

บทที่ 2

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process of Law Model) และ แนวคิดเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (Crimes Control Model) เกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ปัจจุบันนานาประเทศส่วนใหญ่จะใช้หลักนิติรัฐในการปกครอง กล่าวคือรัฐให้ความสัมพันธ์กับประชาชน และให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคล โดยอยู่ภายใต้ระบอบแห่งกฎหมาย ระบอบแห่งกฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าถึงหนทางและวิธีการที่ถูกนำมาใช้เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการทางปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์สองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ โดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้ระเบียบแห่งกฎหมายที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดดังกล่าวสร้างขึ้นด้วยเหตุนี้ลักษณะเฉพาะของนิติรัฐที่ชัดเจนอันหนึ่งก็คือในการปฏิบัติต่อผู้ได้ปกครองฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการต่างๆ ได้ก็แต่เฉพาะที่ระเบียบแห่งกฎหมายที่บังคับอยู่ในขณะนั้น เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ฯลฯ อนุญาตให้ไว้

หลักนิติรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ตนเองต้องการ

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐก็มีผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ ในการดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะนี้ ในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในบางกรณี แต่รัฐต้องมีหลักประกันต่อประชาชนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งและเป็นการทั่วไป กล่าวคือ รัฐไม่เพียงมีบทบัญญัติป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจเกิน

ขอบเขต แต่ต้องมีบทบัญญัติให้มีรัฐบาลที่สามารถรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อยไว้ได้ตลอดจนรักษาสถาบันทางสังคมและเศรษฐกิจได้ด้วย¹

ทั้งนี้ กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐลงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุนี้ในนิติรัฐ (Legal State) ไม่เฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันเองเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายด้วยเช่นกัน จึงได้มีผู้กล่าวว่าผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐ คือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law)² ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นสูงต่ำอย่างไรก็ตาม ไม่สามารถที่จะรูดล้ำหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ ตรงกันข้ามอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะต้องแสดงได้ว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้น

การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นกรณีที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายได้จำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชนไว้ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการที่รัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมและรักษาไว้ซึ่งความสงบของสังคมส่วนรวม แต่ถึงอย่างไรก็ดี รัฐต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนเป็นหลักเช่นเดียวกัน ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือ Due Process of Law Model และ แนวคิดในเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือ Crimes Control Model เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างแนวคิดทั้งสองในการบังคับใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

¹ จิตติ ติงศภักดิ์, หลักวิชาขึ้นนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2533), น.60.

² ไพรัช ไตสวัสดิ์, “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.5.

2.1 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process of Law Model)

แนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือหลักกระบวนการยุติธรรม (Due Process of Law)³ เป็นหลักที่ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐได้มาโดยวิธีการจับคน หรือ การยึด อันมิชอบโดยเด็ดขาด เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สิทธิ (Right) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น สิ่งใดรัฐธรรมนูญกำหนดเป็นสิทธิ หมายความว่า รัฐให้สิทธิแก่ประชาชน โดยรัฐมีพันธกรณีหรือหน้าที่ที่ต้องทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น เปรียบเสมือนรัฐเป็นลูกหนี้ ประชาชนเป็นเจ้าหนี้

เสรีภาพ (Liberty) คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น มีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น สิ่งใดรัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเสรีภาพ หมายความว่า ประชาชนมีเสรีภาพเช่นนั้น โดยรัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะงดเว้นไม่ขัดขวางการให้เสรีภาพนั้นของประชาชน แต่รัฐไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องจัดหาสิ่งที่เป็นเสรีภาพมาให้ เสรีภาพจึงต่างจากสิทธิที่สิ่งใดเป็นสิทธิถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐโดยเจาะจงในการทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น⁴

เหตุผลในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายมี 3 ประการ คือ

ประการที่ 1 เหตุผลในแง่ของการยับยั้งมิให้เจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำการเช่นนั้นอีก (deterrent) ในกรณีนี้อาจเป็นการยับยั้งเจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นโดยเฉพาะเจาะจง (specific deterrent) หรือยับยั้งเจ้าหน้าที่รัฐผู้อื่นๆ โดยทั่วไป (general deterrent) ก็ได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าเจ้าหน้าที่รัฐทำการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล เจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นย่อมตระหนักดีว่าศาลจะไม่

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 9, (2521), น.123.

⁴ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 พร้อมข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ. 2550), แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), น.138.

ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังเป็นอย่างแน่แท้ ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นอาจไม่กล้ากระทำการดักฟังโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลต่อไปอีก เมื่อจะทำการดักฟังทางโทรศัพท์ในคราวต่อไป จำเป็นจะต้องดำเนินการให้มีการขออนุญาตจากศาลเสียก่อน หลักการเดียวกันนี้ก็มุ่งหวังว่าจะมีผลเป็นการยับยั้งต่อเจ้าพนักงานรายอื่นๆ โดยทั่วๆ ไปด้วย

ประการที่ 2 เหตุผลในแง่ของความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (Judicial Integrity) นอกจากเหตุผลในแง่ของการยับยั้งแล้ว ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลอาจต้องเสื่อมเสียไปถ้ายอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลย ก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ด้วยเช่นกัน (partnership in official lawlessness)

หลักในเรื่องความยุติธรรมเป็นกลางของศาลที่จะไม่เอียงเอนเข้ากับฝ่ายใด มีผลเป็นการบังคับให้ศาลต้องไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการเตือนให้ฝ่ายบริหารผู้ควบคุมเจ้าหน้าที่รัฐให้ได้ตระหนักว่า ศาลจะไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารได้รับผลประโยชน์ใดๆ จากการกระทำอันมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารนั้น

ประการที่ 3 เหตุผลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคล (Right of Privacy) ของผู้ถูกเจ้าหน้าที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น แนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็คือ รัฐจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิหรือความคุ้มกันหรือรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชน โดยไม่ชอบด้วยกระบวนการความแห่งกฎหมาย⁵ หรือปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ย่อมกระทำไม่ได้

⁵ จิรนิติ หะวานนท์, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน,” *ตุลพาน*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 31, (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527), น.36.

2.2 แนวคิดเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (Crimes Control Model)

แนวคิดในเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย⁶ หรือ แนวความคิดตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) เป็นแนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับการควบคุมปราบปรามอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก ส่วนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องรองลงไป ทั้งนี้เชื่อว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษตามกฎหมายได้นั้นย่อมกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตที่ถูกคุกคามจากภัยอาชญากรรม⁷

แนวคิดในเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย หรือแนวความคิดตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม จึงมุ่งส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมในด้านการควบคุม ระวังและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก โดยการดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมต้องมีความรวดเร็ว และแน่นอน ขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการทางอาญาจะต้องไม่มีแบบพิธีที่เป็นอุปสรรคต่อการค้นหาข้อเท็จจริง การดำเนินคดีและการพิจารณาพิพากษาคดี

ตามหลักแนวคิดดังกล่าวกระบวนการการดำเนินคดีทางอาญาจะมีขึ้นเพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมเท่านั้น เจ้าหน้าที่รัฐต้องมีวิธีการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานพิสูจน์การกระทำความผิดของอาชญากร และวิธีการค้นหาพยานหลักฐานดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพบางส่วนของประชาชนได้ ซึ่งรวมถึงวิธีการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐก็ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บริสุทธิ์ควบคู่กันไปด้วย กล่าวคือ รัฐต้องพยายามในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนให้มากที่สุดและจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจในการป้องกันและปราบปราม

⁶ กิตติมา ประคุณคดี, “การดักฟังทางโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น.6 – 8.

⁷ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์, การออกหมายค้น หมายจับ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, รายงานการวิจัย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ชวนพิมพ์ 50 จำกัด), 2550, น.14.

อาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ โดยประชาชนเองจำเป็นต้องยอมให้รัฐผลักดันภาระบางประการให้แก่ประชาชนได้และยอมส่งผลให้สิทธิบางส่วนประชาชนจะได้รับควบคุมครองน้อยลงไปด้วย

ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐจำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยยึดถือหลักสำคัญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State Principle) ซึ่งมีสาระสำคัญว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจควบคุมกันไปด้วย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจดักฟังทางโทรศัพท์ และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

แนวคิดและแนวทางการพัฒนาการใช้อำนาจดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์มีที่มาจากกรณีที่กระบวนการยุติธรรมของนานาประเทศต่างต้องการสืบสวนสอบสวนการกระทำผิดที่จะเกิดหรือเกิดขึ้นแล้ว เพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นภายในประเทศของตนในทุกวิถีทางเพื่อธำรงไว้ซึ่งความสงบสุข ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเพื่อเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ติดต่อถึงกันได้ ในขณะที่เดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจนเกินขอบเขต

ความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ประเทศแรกๆ ที่มีการบัญญัติกฎหมายการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ก็คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเริ่มในปี ค.ศ.1928 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 เกี่ยวกับดักฟังทางโทรศัพท์เป็นครั้งแรกในคดี *Olmstead v. United States*⁸ ซึ่งในคดีนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางได้ดักฟังการสนทนาที่มีการกล่าวโทษกัน ด้วยการติดอุปกรณ์บนสายโทรศัพท์ (tapping the telephone wires) นอกบ้านพักของจำเลย โดยปราศจากหมายค้นหรือความยินยอมของจำเลย คณะผู้พิพากษาเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า การดักฟังทางโทรศัพท์ดังกล่าว ไม่ถือเป็นการค้นหรือการยึด ในความหมายตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4

⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, (1928) Retrieved October 1, 2008, from <http://www.law.cornell.edu>.

ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีการค้นสถานที่เกิดขึ้นในคดีนี้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางดักฟังการสนทนา โดยปราศจากการเข้าไปในเคสสถานหรือ สถานที่ทำงานของจำเลย และเสมือนไม่มีการตรวจสอบสถานที่ใดๆ ทั้งยังไม่มีกรยึดสิ่งของเกิดขึ้น เพราะการดักฟังการสนทนาไม่ใช่สิ่งของที่จับต้องได้ ศาลจึงเห็นว่าจำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว

คณะผู้พิพากษาพิจารณาว่าการดักฟังทางโทรศัพท์ที่ไม่เป็นการละเมิดข้อห้ามว่าด้วยการค้นและการจับตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ครอบคลุมเท่าที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 บัญญัติขึ้นขณะที่เทคโนโลยียังไม่พัฒนา แต่มิได้ละเลยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล (Right of Privacy)

การไม่ได้รับความยินยอมและการไม่มีหมายให้ดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องวิธีการหรือสถานที่ที่ถูกเฝ้าสังเกตและติดตาม ย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวในประเด็นผลประโยชน์ส่วนบุคคล

อย่างไรก็ดี ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็ได้ยึดแนวคำวินิจฉัยในคดี Olmstead มาเป็นเวลานานกว่า 40 ปี การดักสัญญาณหรือการดักฟังการติดต่อสื่อสาร (wiretapping) เจ้าหน้าที่รัฐสามารถกระทำได้ หากไม่มีการล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟัง แต่ถ้การสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่รัฐไปล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์ ศาลก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาภายใต้ Federal Communications Act of 1934 ซึ่งบัญญัติห้ามดักสัญญาณการสื่อสารของพลเรือน และห้ามเปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการดักสัญญาณการสื่อสารของพลเรือน

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.1967 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็ได้กลับแนวคำวินิจฉัยคดี Olmstead ในการพิจารณาคดี Katz v. United States⁹ ซึ่งในคดีนี้ เจ้าหน้าที่ได้ติดตั้งอุปกรณ์การฟัง (Listening Device) ไว้ด้านนอกตู้โทรศัพท์สาธารณะเพื่อบันทึกเสียงการสนทนาของจำเลย จากนั้นมีการนำข้อมูลที่ได้มาจัดทำเป็นเอกสารในการกล่าวโทษ โดยศาลตัดสินว่าการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มีความหมายดังกล่าวมานั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

⁹ Katz v. United States, 389 U.S. 347, (1967) Retrieved October 1, 2008, from <http://www.uscourts.gov>.

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 มุ่งคุ้มครองบุคคลมิใช่สถานที่ และขยายความคุ้มครองไปยังสถานที่ใดๆ ที่ปัจเจกบุคคลยังคงเหตุผลในการคาดหวังความเป็นส่วนตัว (reasonable expectation of privacy)

โดยศาลเห็นว่าในคดีนี้ จำเลยยังคงเหตุผลในการคาดหวังความเป็นส่วนตัว ทั้งในการสนทนาและในตู้โทรศัพท์สาธารณะที่ใช้ในการสนทนา คดี Katz ทำให้การที่เจ้าหน้าที่รัฐดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการออกหมายอนุญาตให้ดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยในการตัดสินคดี Katz แตกต่างไปจากคดี Olmstead ดังกล่าวมาข้างต้น โดยศาลไม่คำนึงถึงแต่เพียงว่ามีการล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์หรือไม่เท่านั้น หากแต่ศาลคำนึงถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์ด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลใดต่างก็ต้องการสิทธิความเป็นส่วนตัวของตน ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวด้วย หากจะมีการดักฟังทางโทรศัพท์บุคคลใด เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องได้รับอนุญาตหรือขออนุญาตจากศาลก่อน

ต่อมาในปี ค.ศ. 1968 ซึ่งเป็นระยะเวลาหนึ่งปีหลังศาลพิจารณาคดี Katz สถานิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาได้เห็นชอบกับแนวคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าว และมีการบัญญัติกฎหมาย Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968 Title III ว่าด้วยเรื่องการดักฟังการติดต่อสื่อสารโดยตรงและผ่านทางสาย (Interception of wire and oral communications) ทั้งในส่วนของภาครัฐและภาคเอกชนไว้ กล่าวคือ การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ในภาครัฐถือเป็นเครื่องมือที่ใช้การสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดทางอาญา แต่ในภาคเอกชน ถือเป็นเครื่องมือในการได้มาหรือป้องกันข้อมูลที่มีค่าหรือข้อมูลที่ทำให้เสื่อมเสีย

ต่อไปจะกล่าวถึงแนวคิดในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ก็คือ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

ประเทศเยอรมนีมีการอนุญาตให้ใช้การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ เพื่อการสืบสวนการกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมสำคัญ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1968 ซึ่งจะใกล้เคียงกับการที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีการบัญญัติใช้กฎหมาย Omnibus Crime Control and Safe Street Act

มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์จะอนุญาตเฉพาะการกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมสำคัญที่กำหนดไว้ เช่น ความผิดฐานค้ามนุษย์, การปลอมแปลงเงินตราหรือคดีฆาตกรรม, ชิงทรัพย์, ปล้นทรัพย์, จับตัวเรียกค่าไถ่, คำทรัพย์สินที่ถูกโจรกรรมหรือคล้ายๆ กับความผิดฐานรับของโจรในประเทศไทย, ความผิดฐานฟอกเงิน, กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืนหรือความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งนี้ กฎหมายจะอนุญาตให้เพียงเพื่อช่วยในการสืบสวน กรณีที่เมื่อเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการยากที่จะค้นหาความจริงหรือหาตัวผู้ต้องสงสัยในการกระทำผิดด้วยวิธีการอื่นแล้วเท่านั้น

การดักฟังทางโทรศัพท์ของประเทศเยอรมนีสามารถทำได้ทั้งกับผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิดหรือผู้ทำการแทนในนามของผู้กระทำความผิดเอง ผู้นำส่งข้อมูลข่าวสารผู้ทำหน้าที่รับข้อความทางโทรศัพท์แทนผู้กระทำความผิดหรือส่งต่อข้อมูลแทนผู้กระทำผิดทางโทรศัพท์ หรือผู้ที่ติดต่อกับผู้กระทำผิดทางโทรศัพท์ ตามกฎหมายแล้วมาตรการดังกล่าวต้องมีคำสั่งของศาล โดยข้อมูลที่ได้มาจะถูกนำมาใช้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลเท่านั้น หลังจากนั้นต้องทำลายเมื่อไม่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลนั้นในการดำเนินคดี

ความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายในการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ของประเทศฝรั่งเศส เริ่มจากการที่ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1974 ซึ่งมีการรับรองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันของปัจเจกบุคคล และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55 ก็บัญญัติไว้ว่า สนธิสัญญาหรือความตกลงใดๆ ที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นโดยชอบ เมื่อได้ประกาศโฆษณาแล้วย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เมื่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นๆ เช่นเดียวกัน ต่อมาได้เกิดปัญหาในการตีความระหว่าง ศาลฝรั่งเศสและศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในคดี Kruslin ผู้พิพากษาสอบสวน (Le Judge d'instruction)¹⁰ แห่งเมือง Sain-Gaudens ทำการสอบสวนคดีความผิดฐานฆ่าคนตาย โดยได้มอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม (L'officier de police judiciaire) ทำการดักฟังและ

¹⁰ Code of Criminal Procedure Retrieved October 10, 2008, from www.legifrance.gouv.fr

บันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลที่ใช้เครื่องโทรศัพท์ของนาย Terrieux ในคดี Baron ขณะสนทนากับผู้อื่น ระหว่างวันที่ 15-17 มิถุนายน ค.ศ.1982¹¹

ในวันสุดท้ายเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ได้ดักฟังและบันทึกการสนทนาระหว่าง นาย Kruslin ซึ่งพักอาศัยอยู่ในบ้านของนาย Terrieux กับบุคคลอื่นซึ่งใช้โทรศัพท์สาธารณะติดต่อ มาถึงนาย Kruslin ในระหว่างการสนทนาบุคคลดังกล่าวได้พูดถึงการปล้นร้านของเครื่องประดับ ชื่อ La Gerbe d'or ซึ่งตั้งอยู่ในเมือง Toulouse และเจ้าของร้านถูกฆ่าตายระหว่างการปล้นครั้งนั้น

ต่อมาได้มีการใช้ข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ มาดำเนินคดีกับนาย Kruslin ในความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุอุกฉกรรจ์และฆ่าคนโดยเจตนา แต่นาย Kruslin ได้ต่อสู้คดีว่าข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังสามารถใช้เป็นหลักฐานดำเนินคดี ได้เฉพาะในคดี Baron ซึ่งเป็นมูลเหตุให้เกิดการดักฟังและบันทึกการสนทนาเท่านั้น จะใช้เป็น หลักฐานพิสูจน์ความผิดของคนที่ต้องหาซึ่งเป็นคดีใหม่ไม่ได้ ศาลชั้นต้นฝรั่งเศสพิพากษาว่าข้ออ้าง ของนาย Kruslin ฟังไม่ขึ้น

นาย Kruslin ได้ฎีกาคัดค้านคำพิพากษาของศาลล่างต่อ Cour de Cassation โดย อ้างว่า ตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ที่บัญญัติว่า การที่องค์กรหรือเจ้าพนักงานของรัฐแทรกแซงการใช้ สิทธิส่วนตัว ชีวิต ครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารถึงกันของปัจเจกบุคคลจะเป็น มาตรการซึ่งในสังคมประชาธิปไตยแล้ว จำเป็นแก่การป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญา ได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและกฎหมายนั้นต้องมี ลักษณะสองประการดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องมีบทบัญญัติด้วยถ้อยคำที่ชัดเจนเพื่อให้ประชาชนได้ทราบล่วงหน้า ว่า ในกรณีใดและภายใต้เงื่อนไขเช่นไร องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะมีอำนาจกระทำการซึ่งมี ผลกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อสิทธิในชีวิตส่วนตัว และสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึง กัน

¹¹ นิยม เต็มศรีสุข, มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ความเป็นมา การบังคับใช้ และข้อเสนอในการพัฒนา กฎหมาย, เอกสารวิชาการ, กรมสอบสวนคดีพิเศษ, กระทรวงยุติธรรม, 2549, น.34 – 37.

ประการที่สอง ต้องมีบทบัญญัติกำหนดขอบเขตอำนาจ กระบวนการและรูปแบบของการใช้อำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม Cour de Cassation ได้มีคำพิพากษาฎีกาของนาย Kruslin โดยให้เหตุผลว่า การตรวจการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลโดยองค์กร และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนคดีอาญาที่ได้ทำลงภายใต้เงื่อนไขบางประการ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายใน และในขณะเดียวกันก็ชอบด้วยอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วย ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการกระทำดังกล่าวอาจใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

ต่อมา นาย Kruslin ได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสขัดต่ออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ศาลยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมที่ได้รับมอบอำนาจ ทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างบุคคลเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริง หรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ และหลักกฎหมายดังกล่าวก็มีคุณลักษณะสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายทุกประการ กล่าวคือ บุคคลทั่วไปสามารถรับรู้ได้ อีกทั้งยังมีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่า ในกรณีใดและภายใต้เงื่อนไขเช่นไร ผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมผู้รับมอบอำนาจ จะทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาได้ แต่กฎหมายดังกล่าวยังขาดหลักประกันที่สำคัญคือ

1) ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด ได้กำหนดประเภทของบุคคลที่อาจถูกดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ และประเภทของความผิดที่อาจใช้มาตราดังกล่าวไว้ ดังนั้น จึงเปิดช่องให้มีการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของปัจเจกบุคคลไว้อย่างกว้างขวาง

2) ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด กำหนดระยะเวลาขั้นสูงที่จะทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลเอาไว้

3) ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด กำหนดเงื่อนไขของการถ่ายการสนทนาเป็นลายลักษณ์อักษร มาตรการรักษาสืบบันทึกการสนทนาเพื่อป้องกัน

การตัดต่อหรือทำให้เสียลักษณะดั้งเดิมเอาไว้ ทำนองเดียวกัน กฎหมายฝรั่งเศสก็ได้กำหนด บังคับให้มีการลบ หรือทำลายสิ่งบันทึกการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้เอาไว้

ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจึงตัดสินว่า ระเบียบกฎหมายของฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมยังไม่ สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 จึง เป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่ทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้ตราบัญญัติฉบับที่ 91 - 646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขึ้นใช้ บังคับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา โดยมีเนื้อหาของบทบัญญัติว่า ความลับของการสื่อสารถึงกันทาง โทรคมนาคมย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย องค์การของรัฐจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบ กระเทือนต่อความลับของการสื่อสารถึงกันได้ ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่เป็นแก่การรักษาไว้ซึ่ง ประโยชน์สาธารณะ และภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้เท่านั้น

2.3.1 ความหมายของการดักฟังทางโทรศัพท์

การดักฟังทางโทรศัพท์ (wire tap) หมายถึง การลอบฟังด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ประเภทหนึ่งในลักษณะเป็นการดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์โดยปราศจากความยินยอมของคู่ สนทนาทั้งสองฝ่าย

การดักฟังทางโทรศัพท์ คือการติดตามการสนทนาทางโทรศัพท์ (Monitoring of telephone conversations) และทางอินเทอร์เน็ตโดยบุคคลที่สาม ส่วนใหญ่ดำเนินการด้วยวิธีการ ปกปิด เหตุที่ได้ชื่อว่า “การดักฟังทางโทรศัพท์” เป็นเพราะใช้วิธีการต่อเชื่อมอุปกรณ์ติดตามการ สนทนาเข้ากับสายโทรศัพท์ของบุคคลที่จะถูกติดตามการสนทนา และถอนอุปกรณ์ออก หรือการ ติดอุปกรณ์รับสัญญาณไฟฟ้าขนาดเล็กเพื่อรับฟังการสนทนา¹²

การลักลอบฟังข้อมูลข่าวสารด้วยอุปกรณ์ดักฟัง (Wiretapping) หมายถึง รูปแบบ ของการลอบฟังทางอิเล็กทรอนิกส์โดยการดักจับข้อมูลหรือแอบฟังทางโทรคมนาคมด้วยวิธีการ ปกปิดการบันทึกข้อมูลหรือการใช้เครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารผ่านทางสาย¹³

¹² เฟิ่งอ๋าง, น.16.

¹³ West's encyclopedia of American Law ,(USA:West Pub,1997), p. 270.

การดักฟัง หมายถึง การลอบฟังการสนทนาด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะที่เป็น การดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์ที่บุคคลอื่นมีถึงกัน โดยมีได้รับความยินยอมจากคู่สนทนา นั้น ซึ่งการดักฟังไม่จำเป็นจะต้องดักฟังเฉพาะโทรศัพท์เท่านั้น แต่ในความหมายที่แท้จริง การดัก ฟังเป็นการดำเนินการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลของบุคคล โดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ได้ข้อมูล ข่าวสารซึ่งส่งทางสายหรือคลื่นแม่เหล็กอื่น ๆ อาจจะเป็นข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรศัพท์ โทรสาร โทรพิมพ์ หรือการลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร และปัจจุบัน เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวก็มีหลากหลายประเภท

ตัวอย่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ดักฟังการสนทนา เช่น¹⁴

1) กล้องวงจรปิดซ่อนในฐานโคมไฟ มีเครื่องส่งภาพ วีดีโอไร้สายในตัว เพียงเสียบ ปลั๊กไฟ ก็สามารถเห็นภาพในจอมอนิเตอร์ด้วยระบบ INFRARED ทำให้สามารถเห็นภาพในที่มืด ได้

2) กล้องส่องในที่มืดระบบ INFRARED สามารถเห็นภาพในเวลากลางคืนได้สว่าง เหมือนกลางวัน กล้องจะส่งแสง INFRARED ที่มองไม่เห็นด้วยตาเปล่าออกไป สะท้อนกับวัตถุซึ่ง อยู่ในที่มืด แสงนั้นจะสะท้อนกลับมายังเครื่องจับแสง INFRARED ซึ่งจะทำให้เห็นภาพได้

3) เครื่องดักฟังขนาดเล็กไร้สาย ใช้ระบบคลื่นวิทยุ FM และ UMF ส่งสัญญาณได้ไกล ประมาณ 300 เมตร การใช้งานสามารถนำไปวางที่เป้าหมาย และเครื่องจะส่งสัญญาณไปยัง เครื่องรับ

4) เครื่องบันทึกโทรศัพท์อัตโนมัติ สามารถบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ที่ได้ เครื่อง จะทำงานโดยอัตโนมัติ เมื่อมีสัญญาณโทรเข้าหรือโทรออกและหยุดทำงานเมื่อวางสาย สามารถ ติดตั้งและเดินสายนำไปซ่อนอำพรางสายตาผู้อื่นได้

5) เครื่องดักฟังโทรศัพท์ เป็นปลั๊กเสียบเข้ากับปลั๊กโทรศัพท์ทั่วไป เพียงนำ สายโทรศัพท์มาเสียบก็สามารถฟังคู่สนทนาได้ทั้งสองทาง สามารถฟังได้ทางคลื่นวิทยุ FM

¹⁴ อนุกรรมการดักฟัง ไฮเทค สอดส่อง หรือล่วงละเมิด, (17 กุมภาพันธ์ 2540), ปีที่10 ฉบับที่ 3071, กรุงเทพมหานคร, น.12, อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมาย อื่นๆที่เกี่ยวข้อง, รายงานการศึกษาวิจัย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ , 2540), น.24.

6) เครื่องดักฟังข้ามกำแพง สามารถนำไมโครโฟนไปแนบกำแพงห้อง ซึ่งหนาไม่เกิน 6 นิ้ว เพื่อฟังการสนทนาของอีกห้องหนึ่งได้

7) เครื่องดักฟังโทรศัพท์มือถือ ระบบ 800 MHz และ 900 MHz สามารถดักฟังโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือมือถือได้ สำหรับการใช้งานกับโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือมือถือที่อยู่ห่างไม่ถึง 10 กิโลเมตร

สำหรับวิธีการที่ใช้ในการดักฟังทางโทรศัพท์นั้นอาจทำได้หลายวิธี¹⁵ ดังต่อไปนี้

1) Loop Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยการพ่วงสายหรือ Tap สายโทรศัพท์ที่แยกจากตู้พักสายเดินเข้าอาคารที่ต่อเข้ากับเครื่องโทรศัพท์

2) Trunk Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยการดักสัญญาณจากสายที่เดินต่อจากชุมสายขนาดใหญ่ ซึ่งใช้ร่วมกันหลายเลขหมาย ต้องใช้ไมโครโปรเซสเซอร์ช่วยเลือกดักฟังเฉพาะหมายเลขโทรศัพท์ที่ต้องการฟัง

3) Microwave Truck คือ การดักฟังทางโทรศัพท์ในกรณีที่เป็นกรณีเป็นการเชื่อมโยงที่ชุมสายที่อยู่ห่างกัน ตัวอย่างเช่น การโทรศัพท์ทางไกลระหว่างจังหวัด จะใช้จานรับสัญญาณติดตั้งใน ระยะทาง 5 ไมล์จากเครื่องรับปลายทาง เพื่อดูดสัญญาณจากสายอากาศนำเข้าเครื่องแปลงสัญญาณ และทำการดักรับข้อมูลการสื่อสารเฉพาะหมายเลขที่ต้องการ จึงจะบันทึกการสนทนาไว้

4) Satellite Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยวิธีการเช่นเดียวกับ Microwave Trunk เพียงแต่ใช้จานดาวเทียมแทนชุมสายขนาดใหญ่

5) Fiber optic trunk คือ การดักฟังทางโทรศัพท์จากสายเคเบิลใยแก้วนำแสงซึ่งต้องใช้เทคนิคอย่างสูงประกอบกับต้องต่อเพิ่มกับอุปกรณ์อื่น

6) การดักฟังทางโทรศัพท์จากตู้สวิตช์ที่ชุมสาย วิธีนี้กระทำได้โดยใช้คีมปากปูช่วยในการดักฟังการสนทนาของบุคคลทางโทรศัพท์บ้านหรือโทรศัพท์ที่ใช้สาย ซึ่งการติดต่อสื่อสารถึงกัน จะต้องผ่านชุมสายโทรศัพท์ก่อน จากชุมสายจะผ่านไปยังตู้โทรศัพท์ข้างถนน แล้วจึงแปรสัญญาณคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเป็นสัญญาณเสียง ระหว่างทำการดักฟัง ผู้ดักฟังจะต้องรู้หมายเลขโทรศัพท์ และคู่สายที่ต้องการดักฟัง หรือรู้หมายเลขผู้ที่เป็เป้าหมายแห่งการดักฟังก่อน หลังจากนั้นจึง

¹⁵ ขบวนการใต้ดิน ดักฟังโทรศัพท์ เส้นทางจารชน, (14 มกราคม 2539), มติชนรายวัน, น.17 และ กฎหมายดักฟังโทรศัพท์ อพยพปล้นสิทธิประชาชน, (8 กรกฎาคม 2539) กรุงเทพธุรกิจ, น.2, อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพิ่งอ้าง, น.25.

ดำเนินการเปิดตู้เขียวขององค์การโทรศัพท์ ซึ่งตั้งอยู่ริมถนนทั่วไป แล้วนำคีมปากนุไปหนีบตรง
คู่สายดังกล่าว ก็จะสามารถฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้

7) การดักฟังทางโทรศัพท์ที่ชุมสายขององค์การโทรศัพท์ เมื่อทราบหมายเลขของ
เป้าหมายที่จะทำการดักฟังทางโทรศัพท์แล้ว โดยทั่วไปแต่ละชุมสายขององค์การโทรศัพท์จะมี
โปรแกรมซอฟต์แวร์ช่วยในการดักฟังทางโทรศัพท์ เมื่อใช้คีมปากนุคีบชุมสายของหมายเลข
เป้าหมายแล้วต่อเข้ากับลำโพงก็จะสามารถฟังการสนทนาได้

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างของวิธีการที่ใช้ในการดักฟังทางโทรศัพท์เท่านั้น
การดักฟังทางโทรศัพท์อาจกระทำด้วยวิธีการอื่นๆ ได้อีกหลากหลายวิธีการและบางวิธีเป็นการดัก
ฟังการสนทนาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโทรศัพท์มือถือที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน
ซึ่งจะต้องใช้โปรแกรมซอฟต์แวร์และเครื่องมือที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างสูงในการดัก
ข้อมูลการสนทนา

2.3.2 ความหมายของการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

คำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อมูลที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา
หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์
จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ และโทรสาร¹⁶

ในประเทศสหรัฐอเมริกาคณะกรรมการกิจการที่ปรึกษา¹⁷ ได้ให้ความหมายของคำว่า
ข้อมูลคอมพิวเตอร์และสารสนเทศในรูปแบบของดิจิทัลหรืออิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ ไว้อย่างกว้างๆ โดยให้
มีความหมายรวมถึง แฟ้มไปรษณีย์เสียง (Voice Mail Files) แฟ้มไปรษณีย์เสียงสำรอง (Backup
Voice Mail Files) แฟ้มและไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมล (E-mail Messages and Files)
แฟ้มอีเมลสำรอง (Backup E-mail Files) อีเมลที่ถูกลบทิ้ง (Deleted E-mail) แฟ้มข้อมูล (Data

¹⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, ทวีศักดิ์ กอนนันทกุล และ สุรางคณา แก้วจำนง,
คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 , (กรุงเทพมหานคร :
สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์
และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2544), น.16.

¹⁷ ประเสริฐ คันธมานนท์ และ สมชัย จันทรมัสการ, “พยานหลักฐานดิจิทัล,
”บทบัญญัติ, เล่ม 62 ตอน 1 (มีนาคม 2549), น.44.

Files) แฟ้มโปรแกรม (Program Files) แถบบันทึกสำรองและถาวร (Backup and Archival) แฟ้มข้อมูลชั่วคราว (Temporary Files) แฟ้มประวัติระบบ (System History Files) สารสนเทศของเว็บไซต์ที่เก็บอยู่ในรูปแบบของข้อความ (Texts) รูปภาพ (Graphics) หรือเสียง (Audio) แฟ้มฉบับบันทึกเข้าออกเว็บไซต์ (Web Site Log Files) แฟ้มแคช (Cache Files) คุกกี้ (Cookies) และ สารสนเทศอื่นๆ ที่บันทึกขึ้นโดยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ย่อมหมายความว่ารวมถึงการได้มาซึ่งหมายเลขโทรศัพท์ที่โทรเข้าหรือโทรออก โดยใช้ Pen register Trap and Trace Device ซึ่งใน 18 U.S.C. ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 3127(3) ได้นิยาม pen register ไว้ว่าหมายถึง อุปกรณ์หรือกระบวนการที่บันทึกหรือถอดรหัสสารสนเทศเกี่ยวกับการโทรศัพท์ การติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณ ซึ่งมีการส่งโดยใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ส่งตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตามสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะต้องไม่มีเนื้อหาของการสื่อสาร¹⁸

ทั้งนี้ pen register จะไม่รวมถึงอุปกรณ์หรือกระบวนการที่ใช้ในการเรียกเก็บค่าบริการหรือบัญชีค่าใช้จ่าย (cost accounting)

ส่วนนิยามคำว่า อุปกรณ์ trap and trace หมายความว่า อุปกรณ์หรือกระบวนการซึ่งจับอิมพัลส์อิเล็กทรอนิกส์ หรืออย่างอื่นที่ส่งเข้ามาโดยแสดงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นหมายเลขผู้โทรเข้า หรือการติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณ ซึ่งสามารถระบุถึงแหล่งที่มาของการสื่อสารตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ให้บริการ อย่างไรก็ตามสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว จะต้องไม่มีเนื้อหาของการสื่อสาร

Pen Register and Trap and Trace Device เป็นอุปกรณ์ที่เพียงทำให้ทราบเลขหมายที่มีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันเท่านั้น แต่ไม่สามารถทำให้ทราบถึงเนื้อหาในการติดต่อจากการสนทนา รวมทั้งไม่สามารถทำให้ทราบว่าคู่สนทนากันเป็นใคร แต่ถือเป็นการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่ง เป็นเครื่องมือที่ให้ผู้ทำการสืบสวนสอบสวนสามารถมองเห็นภาพความเชื่อมโยงของเส้นทางการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน หรือเส้นทางของข้อความจากจุดหนึ่งไปยังจุดหนึ่ง ซึ่งอาจบ่งชี้ได้ถึงกลุ่มคนที่คบค้าสมาคม นิสัย ความสนใจ และกิจกรรมของบุคคลที่เป็นเป้าหมายในการสืบสวนสอบสวนได้

¹⁸ แผนกอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และทรัพย์สินทางปัญญา, สำนักงานคดีอาญา, กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, 2002 (แปลโดย) สำนักงานอัยการสูงสุด, น. 133.

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภทหลักๆ ได้ดังนี้

ประเภทแรก คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เพียงจัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งมนุษย์เป็นผู้สร้างข้อมูลดังกล่าวขึ้น

ประเภทที่สอง คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ความแตกต่างระหว่างข้อมูลทั้งสองประเภทจะขึ้นอยู่กับว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมนุษย์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้สร้างข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ฉะนั้น ข้อมูลที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ได้แก่ แฟ้มไปรษณีย์เสียง แฟ้มไปรษณีย์สำรอง แฟ้มอีเมล แฟ้มอีเมลสำรอง อีเมลที่ถูกลบทิ้ง แฟ้มข้อมูลแถบบันทึกสำรองและถาวร และสารสนเทศของเว็บไซต์ที่เก็บอยู่ในรูปแบบของข้อความ รูปภาพ หรือเสียง สำหรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้แก่ แฟ้มโปรแกรม แฟ้มข้อมูลชั่วคราว แฟ้มประวัติระบบ แฟ้มลงบันทึกเข้าออกเว็บไซต์ แฟ้มแคช และคุกกี้ เป็นต้น

ประเภทที่สาม คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ประกอบไปด้วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์และที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งสองประเภท ตัวอย่างเช่น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นแผนภูมิ (Chart) ซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่ได้จากการทำงานของโปรแกรมตารางการทำงานหรือคำนวณ (Spreadsheet Program) เป็นต้น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเป็นผลที่ได้จากการที่ระบบคอมพิวเตอร์ประมวลผลข้อมูลตัวเลขต่างๆ ที่มนุษย์ใส่เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์

การได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีหลายวิธี แต่วิธีการได้มาโดยปราศจากการยินยอมของบุคคลคู่สนทนาทั้ง 2 ฝ่ายก็คือ การดักข้อมูล

การดักข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมิทั้งการใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการดักฟัง การสนทนา เพื่อให้ได้มาซึ่งเสียงและเนื้อหาของการสื่อสารและการใช้คอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ดักข้อมูลที่ส่งผ่านกันทางคอมพิวเตอร์หรือระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ต

การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ คือ การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือสิ่งต่างๆ ที่ได้มาจากการปฏิบัติงานของระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น คลื่นอิเล็กทรอนิกส์ (electromagnetic radiation) เป็นต้น การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์อาจกระทำได้สองวิธี

วิธีแรก คือ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยตรงแล้วจึงดักข้อมูลคอมพิวเตอร์

วิธีที่สอง คือ การใช้เครื่องดักข้อมูล (electronic eavesdropping devices) ซึ่งเป็น การอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยที่ผู้ดักข้อมูลไม่จำเป็นต้องเข้าถึงระบบ คอมพิวเตอร์เลย เพียงแต่วางเครื่องดักข้อมูลไว้ในระยะที่สามารถดักข้อมูลได้ก็พอแล้ว¹⁹

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะและวิธีการดักข้อมูลแล้วจะเห็นว่า การดักข้อมูลสามารถ กระทำได้โดยง่ายและสะดวกมากกว่าการเข้าถึงคอมพิวเตอร์ และการตรวจพบการกระทำ ความผิดดังกล่าวก็เป็นเรื่องยาก เนื่องจากผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ และ ข้อมูลที่ถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ก็ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเกิดความเสียหายแต่อย่างใด ทำให้ไม่มีร่องรอยการกระทำ

คำว่า การเข้าถึง หมายถึง การเข้าไป การส่ง การสื่อสาร การนำข้อมูลเข้าไปเก็บไว้ การนำข้อมูลออกมา การใช้ประโยชน์ใดๆ จากข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ และ เครือข่ายคอมพิวเตอร์

คำว่า การเข้าถึง หมายถึง การเป็นเหตุให้คอมพิวเตอร์ปฏิบัติหน้าที่ใดๆ แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือลบโปรแกรม หรือข้อมูล ทำซ้ำ หรือย้ายโปรแกรม หรือนำข้อมูลไปเก็บไว้ในที่อื่น การใช้โปรแกรมหรือข้อมูลซึ่งนำออกมาจากคอมพิวเตอร์ที่เก็บโปรแกรมหรือข้อมูลนั้น ๆ

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายถึง การแสดงผลข้อเท็จจริง ข้อความ หรือความเห็นรูปแบบ ที่เหมาะสมสำหรับใช้ในการประมวลผลโดยระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งโปรแกรมที่ทำให้ระบบ คอมพิวเตอร์ รวมทั้งโปรแกรมที่ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ทำงาน

การเข้าถึง (access) จะหมายรวมถึงการเข้าถึงทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนจากระบบ คอมพิวเตอร์ซึ่งได้แก่ ฮาร์ดแวร์ (hardware) ส่วนประกอบต่างๆ (components) ข้อมูลต่างๆ ที่ถูก เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ แต่ไม่รวมถึงการส่งข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail message) หรือไฟล์ (file) ไปยังระบบคอมพิวเตอร์

การเข้าถึงนี้รวมถึงการเข้าระบบคอมพิวเตอร์ระบบอื่นด้วย ในกรณีที่ระบบ คอมพิวเตอร์นั้นถูกเชื่อมต่อกับเครือข่ายการติดต่อสื่อสารสาธารณะ (public telecommunication networks) หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่บนเครือข่ายเดียวกัน

¹⁹ องอาจ เทียนศิริบุญ, "อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์: การกำหนดฐานความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 31.

ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์หากจำแนกตามระยะทางของการเชื่อมต่อระหว่างอุปกรณ์สื่อสารสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทดังนี้²⁰

Local Area Network (LAN)

ระบบเครือข่ายแบบนี้จะเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่มีการเชื่อมต่ออุปกรณ์สื่อสารในระยะทางที่จำกัดซึ่งมีความเร็วในการแลกเปลี่ยนข้อมูลสูง เป็นเครือข่ายที่ใช้ในหน่วยงานต่างๆ เฉพาะกลุ่มจึงเป็นระบบเครือข่ายแบบปิด (Close Network) เช่น ระบบอินทราเน็ต (Intranet) เป็นต้น

Metropolitan Area Network (MAN)

เป็นระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ครอบคลุมพื้นที่มากกว่าระบบเครือข่ายแบบ LAN

เครือข่ายนี้เกิดจากการเชื่อมต่อของเครือข่ายคอมพิวเตอร์แบบ LAN ตั้งแต่ 2 เครือข่ายเข้าด้วยกัน

Wide Area Network (WAN)

เป็นระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่มีขนาดใหญ่ ประกอบด้วยระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ทั้งแบบ LAN และเครือข่ายคอมพิวเตอร์แบบ MAN พื้นที่ของเครือข่ายสามารถครอบคลุมพื้นที่ได้ในระดับประเทศ หรือระดับโลก และเป็นระบบเครือข่ายแบบเปิด (Open Network) ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) ก็เป็นระบบเครือข่ายแบบ WAN เช่นกัน

ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Network)²¹ เป็นระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่เกิดขึ้นจากการเชื่อมต่อเครือข่ายต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น LAN หรือ WAN หลายเครือข่ายเข้าด้วยกัน ทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์นับล้านๆ เครื่องทั่วโลกสามารถติดต่อสื่อสารกันได้

เครื่องคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องที่เชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะใช้มาตรฐานของการสื่อสารแบบเดียวกัน เรียกว่า TCP/IP หรือ Transmission Control Protocol/Internet Protocol และเครื่องคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะต้องมีหมายเลขประจำตัวของเครื่องนั้น หรือที่เรียกว่า IP address ที่ประกอบด้วยเลขฐานสอง 4 ชุด ชุดละ 8 บิต ดังนั้น

²⁰ ศรีไพโร ศักดิ์รุ่งพงศากุล, เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ และสารสนเทศ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด, 2544), น.165.

²¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนนันทกุล และ สุรางคณา แก้วจำนง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.50.

เลขหมายของ IP address จึงมีขนาด 32 บิต ต่อมาเพื่อความสะดวกในการทำงานได้มีการแปลง IP address ที่อยู่ในระบบตัวเลขฐานสองเป็นระบบเลขฐานสิบ 4 ชุดเช่นเดิมเนื่องจากเลขหมาย IP address มีจำนวนมากขึ้น ทำให้ไม่สะดวกต่อการจำเลขหมาย ดังนั้น จึงได้มีการกำหนดชื่อที่เป็นตัวอักษรเพื่อใช้แทนหมายเลข IP address โดยเรียกชื่อที่ใช้แทนว่า โดเมนเนม (Domain Name) ดังนั้น โดเมนเนม ก็คือชื่อที่เป็นตัวอักษรของเลขหมาย IP address ของเครื่องคอมพิวเตอร์นั่นเอง

โดเมนเนมจะประกอบด้วยชื่อเครื่องคอมพิวเตอร์ ชื่อเครือข่ายท้องถิ่น ชื่อโดเมนย่อย และชื่อโดเมน

การเชื่อมต่อระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องอาศัยอุปกรณ์พื้นฐานสำคัญ ได้แก่ เครื่องคอมพิวเตอร์ โมเด็ม สายโทรศัพท์ โดยเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ตผ่านการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider หรือ ISP)

ทั้งนี้ ในการเชื่อมต่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะมีอุปกรณ์สำคัญอีกชนิดหนึ่งซึ่งนับเป็นคอมพิวเตอร์ประเภทหนึ่งใช้ในการจัดหาเส้นทางที่จะเชื่อมระหว่างคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งกับคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่ง คือ อุปกรณ์จัดเส้นทาง หรือ Router

อย่างไรก็ตาม การเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมักเป็นการเชื่อมต่อโดยผ่านการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือ ISP แต่ในบางกรณีก็อาจเป็นการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยตรง (Direct Internet Access) โดยไม่ผ่านการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต มักเป็นการเชื่อมต่อกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยหน่วยงานของรัฐ หรือสถาบันการศึกษา เป็นต้น

นอกจากการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตที่กล่าวมาข้างต้น โดยทั่วไปแล้วเป็นการติดต่อระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น ต่อมาจึงเริ่มมีการประยุกต์ให้มีการใช้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านระบบโทรศัพท์มือถือได้ด้วย โดยเรียกเทคโนโลยีนี้ว่า WAP หรือ Wireless Application Protocol ที่สามารถใช้โทรศัพท์มือถือเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้โดยไม่ต้องอาศัยโมเด็ม (MODEM) และสายโทรศัพท์เช่นเดิม

การใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) หรือที่เรียกว่า e-mail นั้นก็เป็นรูปแบบการติดต่อสื่อสารอีกประเภทหนึ่งที่ใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อช่วยให้การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลสะดวก และรวดเร็วยิ่งขึ้น หากจะเปรียบเทียบระหว่างการส่งจดหมายธรรมดา และจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แล้ว โดยปกติในการส่งจดหมายธรรมดานั้น ผู้ส่งจะต้องมีการระบุชื่อและที่อยู่ของผู้รับ ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็เช่นเดียวกัน ผู้ส่งจะต้องระบุที่อยู่ของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ที่อยู่ของผู้ส่งและผู้รับในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเราเรียกว่า e-mail address เปรียบเสมือนชื่อบุคคล เลขที่บ้าน และที่อยู่ในการส่งจดหมายธรรมดา e-mail address จะประกอบด้วย ชื่อผู้ใช้ (User Name) และชื่อโดเมนเนม (Domain Name)

เนื่องจากกฎหมายของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่กำหนดให้การเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจเป็นความผิด ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการเข้าถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์หรือทางคอมพิวเตอร์ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

การให้ความคุ้มครองความลับในการติดต่อสื่อสารนั้น ในต่างประเทศจะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้อยู่ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการดักฟังข้อมูลจากระบบการติดต่อสื่อสารต่างๆ เช่น กฎหมายห้ามการดักฟังโทรศัพท์ (wire tapping) และการดักข้อมูลในระหว่างการติดต่อสื่อสาร (interception of data communications)

2.4 แนวคิดว่าด้วยการตรวจสอบอำนาจรัฐในการดักฟังทางโทรศัพท์ และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

แนวความคิดในการดำเนินคดีทางอาญาในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของประชาชนให้มากที่สุด โดยรูปแบบที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป คือ รูปแบบตามแนวความคิดของ Herbert Packer ในบทความเรื่อง “Two Model of the Criminal Procedure” ซึ่งได้เสนอว่า การดำเนินคดีอาญานั้นสามารถจัดรูปแบบใหญ่ๆ ได้ 2 รูปแบบคือ รูปแบบซึ่งเน้นในเรื่องการควบคุมอาชญากรรมเพื่อรักษาความเรียบร้อยของบ้านเมือง (Criminal Control Model) หรือแนวคิดเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และรูปแบบในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นกับประชาชน (Due Process Model) หรือแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แนวคิดทั้งสองรูปแบบนี้มีความแตกต่างอยู่ที่การให้ความสำคัญระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของประชาชน กล่าวคือรูปแบบแรกจะให้ความสำคัญของรัฐมากกว่าของประชาชน แต่รูปแบบหลังจะให้ความสำคัญของประชาชนมากกว่าของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองรูปแบบดังกล่าวก็มีวัตถุประสงค์สุดท้ายเดียวกัน ซึ่งก็คือ การทำให้กระบวนการทางอาญาสามารถคุ้มครองผู้บริสุทธิ์และลงโทษคนผิด อันส่งผลให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

จากแนวความคิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญในระดับต่างๆ กัน โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในส่วนของที่จะถูกระงับหรือจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะปฏิบัติต่อประชาชน ทำให้เกิดวิวัฒนาการทางแนวความคิดที่จะหาวิธีให้สังคมเกิดการยอมรับและเคารพในสิทธิเสรีภาพของบุคคลจนกระทั่งเป็นแรงผลักดันให้เกิดบทบัญญัติที่ใช้เป็นหลักสากล เพื่อให้มนุษยชาติยอมรับเป็นแนวทางปฏิบัติในเวลาต่อมา

แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าประชาชนที่มีสิทธิโดยธรรมชาติดังกล่าวแล้วจะต้องมีอำนาจใช้สิทธิของตนได้เต็มที่ แต่ทางตรงกันข้ามกลับเป็นที่ยอมรับกันว่าประชาชนที่อยู่ในสังคมที่เจริญแล้ว จำเป็นต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพลงในบางส่วน เพื่อการอยู่ร่วมกันด้วยความสงบสุขในสังคม ทั้งนี้ เนื่องจากไม่มีระบบการบริหารความยุติธรรมทางอาญาใดที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายมารับโทษหรือลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่โดยไม่ถูกระงับหรือถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐจึงสามารถใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยกระทำการในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ของประชาชนได้ เช่น การที่รัฐใช้อำนาจในการจับกุม การค้น และการดักฟังทางโทรศัพท์ เป็นต้น โดยรัฐจะกระทำการดังกล่าวได้ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ประเทศในโลกเสรีส่วนมากจะปกครองประเทศโดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งถือเป็นหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลที่มีประสิทธิภาพเป็นอย่างยิ่ง โดยอาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” ซึ่งเรียกรวมให้ภาระหน้าที่ของรัฐมีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองอันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้นหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และในแง่ของตัวบุคคล แล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์

เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญ²²

ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาตามบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อไป²³

อย่างไรก็ตาม การที่มีกฎหมายตราบังคับใช้ออกมาเป็นจำนวนมากก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในการติดตามศึกษา การทำความเข้าใจศึกษาและการหยิบยกขึ้นบังคับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่มิใช่ นักกฎหมาย แม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมโดยตรงก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ไม่สนใจติดตามหยิบยกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ ซึ่งส่วนใหญ่ไม่ทราบว่ามีกฎหมายบังคับอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่บังคับการตามกฎหมายทุกฉบับที่มีโทษทางอาญา ย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ และเป็นไปตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาผู้แทนราษฎรจึงมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องมีหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจในการออกหมายอาญาและพิจารณาคดีต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการมา

การติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ จึงนับเป็นการควบคุม ตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารวิธีการหนึ่งที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่ง

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Officials) จะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดยเจ้าหน้าที่ต้องมีความเคารพในหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดด้วยเสมอ

²² บวรเจตน์ สึงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และ คดีคดีศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.22.

²³ กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น.133.

วิธีการประการหนึ่งที่จะทำให้หลักนิติรัฐ หรือ รัฐที่ปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน และเพื่อป้องกัน หรือแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การให้ขั้นตอนดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทุกขั้นตอนโปร่งใส (Transparency) ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย (Accountability)²⁴

การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคล ต้องเป็นมาตรการแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน การรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นมาตรการสุดท้าย เมื่อไม่อาจแสวงหาข้อมูลข่าวสารเพื่อคุ้มครองคุณค่าดังกล่าวได้โดยวิธีการอื่นๆ แล้ว เพื่อให้เป็นไปตามนี้ การดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะกระทำได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่ได้มีหรือจะมีการกระทำผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นยังต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างรัดกุม ในกระบวนการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ทุกขั้นตอน เริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่รัฐที่ประสงค์ใช้การดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระทำนองเดียวกับศาล ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดระยะเวลาขั้นสูงที่จะกระทำการเช่นนั้น รวมไปถึงหลักประกันว่าจะไม่มีการติดต่อการบันทึกเสียงการสนทนา หรือการถ่ายเสียงการสนทนา เป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนหลักประกันว่าจะมีการทำลายสิ่งบันทึกเสียงการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้แล้ว²⁵

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องมีการบัญญัติองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ โดยองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่ามีความบริสุทธิ์ ยุติธรรม โปร่งใส ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกระทำที่ต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็คือ ศาล

²⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.543.

²⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 86.

แนวคิดที่ให้องค์กรภายนอกที่มีได้มีส่วนได้เสียกับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายทำการกลั่นกรองคำร้องขอและอนุมัติให้มีการดักฟังได้ ก็เพื่อให้การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ต้องใช้ความรอบคอบและละเมียดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด ท้ายสุดก็คือข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างชัดเจนและโปร่งใส เนื่องจากกระบวนการดักฟังดังกล่าวมีองค์กรศาลคอยควบคุมกับดูแลอย่างเคร่งครัด

2.4.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

มาตรการควบคุมภายใน (Internal Control) เป็นการควบคุมภายในองค์กรบังคับใช้กฎหมายเอง ทั้งนี้ตามสายงานการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นการควบคุมโดยอาศัยการบังคับบัญชา (controle hierarchique)

การควบคุมบังคับบัญชา²⁶ คือ มาตรการหนึ่งของการรวมอำนาจบริหาร (centralization) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางด้วยกันเอง ในรูปของสายการบังคับบัญชา (hierarchie) กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา หากเห็นว่าการกระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการต่างๆ ไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจการเพิกถอน รวมทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง และอำนาจที่จะสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาตัวผู้ใต้บังคับบัญชาอีกด้วย หมายความว่า การที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนเพื่อกระทำการต่างๆ เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอำนาจการควบคุมของผู้บังคับบัญชาในกรณีดังกล่าวนี้มี 3 ประการด้วยกัน คือ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัย อำนาจที่จะโยกย้ายหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น และอำนาจที่จะเลื่อนขั้นเงินเดือน เป็นต้น

การบังคับบัญชาภายในองค์กรของรัฐนั้น ถือเป็นหลักสำคัญในการปฏิบัติงาน ทั้งยังเป็น การตรวจสอบการทำงานของผูปฏิบัติ แต่การที่จะมีการตรวจสอบและถ่วงดุลไปพร้อมกันนั้น

²⁶ ไพรัช โดสวัสถ์, อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 2, น.14.

ผู้ที่ใช้อำนาจและผู้ตรวจสอบควรเป็นผู้ที่มีอำนาจระดับเดียวกันเป็นอย่างน้อยและต้องมีการตรวจสอบขั้นตอนการใช้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตั้งแต่การเริ่มทำคำร้องขอ ซึ่งได้แก่ การตรวจสอบรายงานการสืบสวนไปจนถึงปัญหาที่ผู้ทำคำร้องประสบมาซึ่งเป็นเหตุให้มีการขอให้ใช้อำนาจดังกล่าว ดังนั้น หน่วยหรือส่วนที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลจึงต้องมีอำนาจเทียบเท่าหรือมากกว่าหน่วยหรือส่วนที่ใช้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

2.4.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายนอกหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

มาตรการควบคุมภายนอก (External Control)²⁷ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเป็นการควบคุมโดยองค์กรอื่นๆ ในกระบวนการยุติธรรม คือ องค์กรตุลาการหรือศาล องค์กรอัยการ และทนายความ ในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี อาทิ การจับ การค้น การควบคุมตัว การสอบสวน ตลอดจนถึงการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลด้วยการใช้วิธีการดักฟังทางโทรศัพท์ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใสและเป็นธรรมมากที่สุด

เพื่อเป็นการรับรองเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยมิอาจถูกล่วงละเมิดได้ กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่า โดยหลักแล้วการดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมมิอาจกระทำได้ เว้นแต่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมจะต้องประสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Privacy of individuals)²⁸ จากการถูกลอบฟังการติดต่อสื่อสารและการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดักฟังการติดต่อสื่อสารเพื่อให้ได้ข้อมูลที่จำเป็นในการป้องกันมิให้มีการก่ออาชญากรรมและสืบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด

²⁷ กุลพล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น.64.

²⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น.111.

ฉะนั้น ในการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐดักฟังทางโทรศัพท์ได้จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่จะทำการดักฟังทางโทรศัพท์ไว้เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดักฟังทางโทรศัพท์ที่กว้างวงกระทบกระเทือนเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันของบุคคลโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ระบบการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างรัดกุมในกระบวนการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ทุกขั้นตอน เริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่รัฐที่ประสงค์ดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระทำนองเดียวกับศาล

2.4.2.1 ศาล

นอกเหนือจากการที่ให้อำนาจศาลในการอนุมัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนไม่ยอมขออำนาจศาลในการกระทำการดังกล่าว พยานหลักฐานที่ได้มาย่อมมิชอบด้วยกฎหมายและศาลย่อมจะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิด

หลักการรับฟังพยานหลักฐานของศาลนั้น ตามหลักสากลหรือที่เรียกกันว่า fruit of the poisonous tree ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่มีความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบหรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น

ดังนั้น หากข้อมูลการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้มาจากการดักฟังทางโทรศัพท์หรือการเข้าถึงข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อนนั้น ถือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังไม่ได้ ศาลจะไม่รับฟังทุกกรณี

จะเห็นได้ว่าศาลจะถือหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ²⁹ เพื่อเป็นการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยทางอ้อมอีกทางหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่ได้ทราบว่าจะหากยังคง

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา พร้อมด้วย คำอธิบายมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ตาม พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 25,26,27,28,29 (เฉพาะชั้นตอนก่อนการพิจารณา), (กรุงเทพมหานคร : หจก.จิวรัชการพิมพ์, 2551), น.396.

ฝ่าฝืนกฎหมายการดักฟังทางโทรศัพท์หรือการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น การดักฟังดังกล่าวก็จะไร้ผลเพราะข้อมูลข่าวสารที่ได้มารับฟังไม่ได้ ประกอบกับมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย และเป็นการคุ้มครองประชาชนจะมีได้ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยปราศจากเหตุอันควร

ทั้งนี้ ถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลย ก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ด้วยเช่นกัน หรือเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาซึ่งถือเป็นนักกฎหมาย หากสนับสนุนการใช้กำลังการใช้วิธีนอกกฎหมาย ย่อมได้ชื่อว่าทรยศต่อวิชาชีพของตน³⁰ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้นในประเทศที่ปกครองโดยใช้หลักการนิติรัฐ

2.4.2.2 อัยการ

องค์กรอัยการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลที่ได้มาจากเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน เพื่อประมวลเป็นสำนวนส่งฟ้องผู้กระทำความผิดต่อศาล ดังนั้น อัยการจึงต้องมีบทบาทและอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการกระทำต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวน เพื่อที่ข้อมูลที่ได้มาจะสามารถนำเสนอเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้อย่างบริสุทธิ์ชัดเจน อันจะยังประโยชน์ให้แก่กระบวนการยุติธรรมในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น ในกรณีการอนุมัติให้มีการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ล่วงหน้าหรือในกรณีฉุกเฉินของบางประเทศ กฎหมายจะให้เป็อำนาจของอัยการในการอนุมัติให้เจ้าหน้าที่สืบสวนทำการดักฟังไปก่อน แต่ต่อมาต้องรายงานการปฏิบัติต่อศาลตามขั้นตอนการทำคำร้องขอในกรณีปกติภายใน 48 ชั่วโมง

ดังนั้น อัยการที่จะอนุมัติให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ จะต้องมีการตรวจสอบและกลั่นกรองข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวนและปัญหาที่ประสบจนไม่สามารถได้ข้อมูลมาด้วยทางอื่นหรืออาจจะเป็นอันตรายเกินควร จึงถือว่า อัยการเป็นอีกองค์กรที่คอยถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

³⁰ จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.53.

2.4.2.3 ประชาชน

ในประเทศเยอรมนีการใช้มาตรการการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะต้องแจ้งให้กับผู้ถูกระทบสิทธิโดยตรงจากการถูกใช้มาตรการดังกล่าวนี้ทราบเมื่อสภาพความเป็นอันตรายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นหมดสิ้นลง ถ้ายังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าเหตุความเป็นอันตรายนั้นยังมีอยู่หรือไม่ก็ให้แจ้งทันทีที่วินิจฉัยได้ว่าเหตุแห่งความเป็นอันตรายนั้นหมดสิ้นลงแล้ว แต่ไม่จำเป็นต้องแจ้ง ถ้าไม่ปรากฏเหตุดังกล่าว เมื่อผู้ถูกระทบสิทธิได้รับการแจ้งถึงการใช้มาตรการดังกล่าวสามารถมีสิทธิฟ้องร้องได้

จะเห็นได้ว่าแนวคิดการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐต่างๆ โดยประชาชนยังเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับมานานในโลกยุคเสรีนี้ เนื่องจากประชาชนแต่ละคนมีสิทธิส่วนบุคคลและเสรีภาพในการสื่อสาร ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ได้กระทำการดักฟังจนเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีเหตุอันควร ประชาชนย่อมมีอำนาจที่จะทวงคืนซึ่งสิทธิเสรีภาพของตนที่ถูกระทบกระเทือน และการทวงคืนนั้น รัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐต่างๆ ก็เปิดช่องให้ประชาชนได้ดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้อย่างชัดเจนและเป็นการทั่วไปอีกด้วย

ปัจจุบันประชาชนสามารถร้องทุกข์กล่าวหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐได้ โดยร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ ผู้บังคับบัญชาระดับสูงขึ้นไป หรือหน่วยงานในระดับสูงขึ้นไปหรือองค์กรที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่

การร้องทุกข์นี้นับว่าเป็นการใช้สิทธิที่สำคัญประการหนึ่งของประชาชน รัฐธรรมนูญหลายประเทศได้บัญญัติรับรองสิทธินี้ไว้ในฐานะที่เป็นสิทธิมูลฐานของพลเมือง

การร้องทุกข์มีผลดีหลายประการ ตัวอย่างเช่น

ประการแรก ทำให้ประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองและได้รับความเดือดร้อนหรือการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐมีโอกาสแจ้งหรือรายงานความเดือดร้อนต่างๆ ให้ฝ่ายบริหารทราบ เพื่อหาทางแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนนั้นได้ทัน่วงที เพราะหากให้ประชาชนให้สิทธิฟ้องร้องต่อศาล ก็อาจใช้เวลาานพอสมควรกว่าจะมีคำพิพากษาอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะไม่ทันต่อเหตุการณ์ นอกจากนั้นประชาชนจะต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อการดำเนินคดีในศาล

ประการที่สอง ทำให้ผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายบริหารได้รับทราบถึงเดือดร้อนของประชาชน เนื่องจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงไม่ค่อยมีโอกาสได้ทราบถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น หากเจ้าหน้าที่ชั้นต้นไม่รายงานขึ้นมา หรือปกปิดข้อเท็จจริง เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายบริหารจะ

ได้หาวิธีแก้ไขหรือกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินการอย่างเหมาะสมต่อไป³¹ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ประชาชนก็สามารถตรวจสอบการทำงานโดยการกล่าวโทษได้ ในกรณีที่มีการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม³² ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาได้อีกทางหนึ่ง

³¹ กุลพล พลวัน, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 23, น.187.

³² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 24, น.563.