

### บทที่ 3

#### การตรวจสอบและถ่วงดุลการดักฟังทางโทรศัพท์และ การได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ

มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นมาตรการที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในประเทศเสรีประชาธิปไตยหลายประเทศ เนื่องจากเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการที่จะได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร หรือข้อเท็จจริง เพื่อพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ มาตรการดังกล่าวเหมาะสมแก่การใช้กับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับองค์การอาชญากรรมหรือเป็นองค์การก่อการร้าย หรือการกระทำความผิดอาญาที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของประชาชน

อย่างไรก็ตาม การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จากการสื่อสารของบุคคล นับเป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของประชาชนซึ่งถือเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy)<sup>1</sup> ของบุคคลอย่างร้ายแรงมาก ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งมีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารหรือรับรองเป็นสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล การใช้มาตรการอันเป็นการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่มีการบัญญัติยกเว้นรัฐธรรมนูญหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มีความรุนแรง ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมายก็ต้องคำนึงถึงการกระทบสิทธิของประชาชนควบคู่ไปด้วย

ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องบัญญัติให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจในการอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวเป็นขององค์กรที่เป็นกลาง และมีความน่าเชื่อถือต่อประชาชนที่คาดหวังว่าองค์กรนั้นจะดูแลและตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง ซึ่งองค์กรนั้นก็คือ องค์กรตุลาการ

---

<sup>1</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง, รายงานการศึกษาวิจัย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2540), น.1.

หรือศาล และฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้จำกัดการใช้อำนาจตามมาตรการดังกล่าวของฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่รัฐด้วยการบัญญัติให้ใช้มาตรการดังกล่าวเฉพาะประเภทความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เท่านั้น

### 3.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลภายในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมีจุดประสงค์เพื่อก่อให้เกิดการตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐด้วยตนเอง ก่อนการขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต่อหน่วยงานภายนอกซึ่งก็คือ ศาล ทั้งนี้ ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงการงานที่รอบคอบ เกรงครัดต่อการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย และยอมส่งผลให้บุคคลภายนอกหรือองค์กรภายนอกที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้มาตรการดังกล่าว มีความเชื่อถือในกระบวนการปฏิบัติงานที่มีความชัดเจนและโปร่งใส

ในต่างประเทศ กฎหมายว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จะมีกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลการขอใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลไว้อย่างเคร่งครัด เจ้าหน้าที่ต้องผ่านการตรวจสอบหลายชั้นตอนจากหลายส่วนหรือหลายหน่วยงานภายในองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั่นเอง ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนว่าจะได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายอย่างแท้จริง

#### 3.1.1 กระบวนการขออนุญาตดักฟังทางโทรศัพท์และได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องการจะใช้อำนาจดักฟังทางโทรศัพท์ได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในแต่ละครั้ง เจ้าหน้าที่จะต้องปรึกษาพนักงานอัยการเพื่อทำการเตรียมสำนวนและข้อมูลเกี่ยวกับพยานหลักฐาน สำหรับกรณีที่เป็นความผิดในระดับรัฐสำนวนดังกล่าวจะต้องได้รับการตรวจสอบจากอัยการสูงสุดของสหรัฐ รองอัยการสูงสุด ผู้ช่วยอัยการสูงสุดในแผนกคดีอาญาหรือผู้ที่อัยการสูงสุดได้มอบหมาย ส่วนในกรณีที่เป็นความผิดระดับมลรัฐ จะต้องส่งสำนวนคดีให้อธิบดีอัยการประจำมลรัฐ หรือพนักงานอัยการประจำเขต

ทั้งนี้ Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III ได้กำหนดองค์ประกอบกระบวนการขออนุญาตใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยชอบด้วยกฎหมายไว้ดังต่อไปนี้<sup>2</sup>

1) การขออนุญาตหรือการขออนุญาตใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องกระทำผ่านพนักงานอัยการผู้มีอำนาจสูงสุดตามที่กำหนดในกฎหมายนี้

2) ในสำนวนจะต้องปรากฏรายละเอียดแห่งคดีที่ชัดเจนเกี่ยวกับรายงานการสืบสวนสอบสวนที่ได้ทำไปแล้ว ชื่อและข้อมูลการกระทำความผิดของผู้ต้องสงสัย วิธีการดักข้อมูลอุปกรณ์ที่ใช้ในการดักข้อมูล และขั้นตอนที่ใช้ในการดักข้อมูลอย่างละเอียด

การระบุประเภทของการสื่อสารที่จะทำการดักสัญญาณ ว่าเป็นประเภทใดนั้นต้องระบุว่าเป็นการสื่อสารทางสาย (Wire communications) ซึ่งจะรวมถึงการส่งผ่านเสียง (aural transfers) ที่มีบางส่วนผ่านทางสายระหว่างจุดส่งและจุดรับ เช่น การสนทนาทางโทรศัพท์ ซึ่งรวมถึงโทรศัพท์ไร้สาย (cellular phone) บันทึกรับข้อความเสียง (voice mail) วิทยุติดตามตัว (voice pager) และโทรศัพท์พื้นฐาน (landline telephone) หรือ

การสื่อสารทางตรงหรือโดยวาจา (Oral communications) เป็นการสื่อสารกันระหว่างบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่มีเหตุผลที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัว หรือ

การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic communications) ซึ่งจะเป็นการติดต่อสื่อสารผ่านทางอุปกรณ์ที่แสดงข้อมูลและหรือตัวเลขหน้าจอ (Digital Display) เครื่องโทรสาร (Fax machines) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic mail: e-mail) และการส่งทางคอมพิวเตอร์ (Computer Transmissions) บางส่วนของการส่งทางดาวเทียม (Satellite Transmissions) แต่ไม่รวมวิทยุติดตามตัวสัญญาณเสียง (Tone-only pager) อุปกรณ์ติดตามร่องรอย (Tracking Device) หรือเครื่องโอนข้อมูลการเงินอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Fund Transfer Information)<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Donald P. Delaney, Dorothy E. Denning, John Kaye, & Alan R. McDonald, WIRETAP LAWS AND PROCEDURES WHAT HAPPENS WHEN THE U.S. GOVERNMENT TAPS A LINE Retrived October 15, 2008 from <http://www.vortex.com/privacy/wiretap-laws>

<sup>3</sup> นิยม เต็มศรีสุข, มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ความเป็นมา การบังคับใช้ และข้อเสนอในการพัฒนากฎหมาย, เอกสารวิชาการ, กรมสอบสวนคดีพิเศษ, กระทรวงยุติธรรม, 2549, น. 92.

การระบุข้อหาที่เป็นความผิดที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่ามีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งความผิดนั้นต้องทำการดักสัญญาณ และต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ในกรณีการดักการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ การร้องขอทำการดักสัญญาณ อาจกระทำได้เฉพาะอาชญากรรมสำคัญตามกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

การระบุรายละเอียดของประเภทและสถานที่ของจุดที่จะดักสัญญาณ เว้นแต่เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายเกี่ยวกับการดักสัญญาณที่มีการเคลื่อนที่ไปเรื่อยโดยเป็นการร้องขอเฉพาะ ทั้งนี้ คำร้องขอต้องแสดงข้อมูลให้ชัดเจน และต้องชี้ให้เห็นว่าเป็นการยากที่จะระบุสถานที่หรือชื่อของสถานที่ที่จะเป็นตำแหน่งที่จะทำการดักสัญญาณการสื่อสารโดยตรง

อนึ่ง ในกรณีที่ดักสัญญาณการสื่อสารทางสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้องเคลื่อนที่ไปเรื่อย ในคำขอต้องอธิบายและชี้ให้เห็นว่ามีสถานที่หรือชื่อของสถานที่หลายแห่งและเปลี่ยนสถานที่ไปเรื่อยๆ เพื่อขัดขวางการใช้มาตรการดักฟังและได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมแนบเอกสารอนุญาตให้ดำเนินการดังกล่าวจากกระทรวงยุติธรรม ลงนามโดยผู้มีตำแหน่งเทียบเท่าผู้ช่วยอัยการแห่งสหรัฐอเมริกาหรือเหนือกว่า

3) เจ้าหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่า วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีด้วยวิธีอื่นหรือวิธีการปกติอาจเป็นอันตรายต่อเจ้าหน้าที่มากเกินไปเกินควรและวิธีดักข้อมูลเป็นวิธีที่ดีที่สุด

4) เจ้าหน้าที่จะต้องระบุระยะเวลาที่ขออนุญาตดักฟัง รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริง โดยเฉพาะต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการสื่อสาร เพื่อการกระทำความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการดังกล่าวไว้ไม่เกิน 30 วัน หากจะขยายเวลาต้องขออนุญาตอีกครั้ง

5) กรณีที่เป็นคำร้องขอขยายระยะเวลาดักฟัง จะต้องระบุว่า การดักฟังยังได้ข้อมูลไม่เป็นที่น่าพอใจ หรือคำอธิบายที่มีเหตุผลถึงการไม่บรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ประสบผลสำเร็จจากการดักฟังที่ศาลได้อนุญาตครั้งที่ผ่านมา

6) เจ้าหน้าที่ต้องแสดงพยานหลักฐานเพื่อแสดงว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลคนเดียวกับบุคคลที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิดด้วย

7) เจ้าหน้าที่สามารถขอใช้มาตรการเพิ่มเติมจากที่ขอหมายไว้เดิมแล้วก็ได้

เพื่อความชัดเจนผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างแนวทางการปฏิบัติงานของ Federal Bureau of Investigation หรือ FBI ในการขออนุญาตใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติ Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ FBI ที่ประจำท้องที่ที่เกิดเหตุ

จะต้องทำสำนวนการสอบสวนและรายงานข้อมูลเกี่ยวกับพยานหลักฐานยื่นปรึกษากับพนักงานอัยการประจำเขต เพื่อให้พนักงานอัยการได้ตรวจสอบและให้ความเห็นในเบื้องต้น หลังจากนั้นจึงยื่นเรื่องให้

1) Department of Justice's office of Enforcement Operation (OEO) ในส่วนงานกฎหมายอาญา และ

2) FBI Headquarter (FBI HQ) ในส่วนงานของ Legal Counsel Division (LCD) และ

3) Criminal Investigative Division (CID)

ต่อมา Criminal Investigative Division หรือ CID จะส่งเรื่องให้ Program Manager of the Criminal Program พิจารณาว่าเหมาะสมที่จะใช้การดักฟังข้อมูลทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์กับคดีตามสำนวนนี้หรือไม่ และเจ้าหน้าที่ฝ่าย LCD และ OEO จะทำการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง

เมื่อสำนวนการสอบสวนผ่านขั้นตอนการตรวจสอบของ FBI Headquarter แล้วต้องส่งไปให้ผู้ช่วยอัยการสูงสุดสหรัฐที่ได้รับมอบหมายทำการตรวจสอบและลงนาม จากนั้นสำนักงานอัยการสูงสุดสหรัฐ (US Attorney Office) จะจัดทำเอกสารคำร้องขอต่อศาลพร้อมหมาย ไปยังศาล เพื่อให้ผู้พิพากษาศาลสหรัฐได้ลงนาม

สรุปขั้นตอนของการทำคำร้องขออำนาจศาลในการที่เจ้าหน้าที่ FBI จะใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด จะต้องผ่านหน่วยงานต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>4</sup>

- (1) FBI agent
- (2) FBI field office attorney (principal legal advisor)
- (3) FBI field office management
- (4) Attorney in local US Attorney's Office
- (5) DOJ Office of Enforcement Operations (OEO)
- (6) BBI HQ Legal Counsel Division (LCD)
- (7) BBI HQ Criminal Investigative Division (CID)
- (8) DOJ Deputy Assistant Attorney General (or higher)

---

<sup>4</sup> Donald P. Delaney, Dorothy E. Denning, John Kaye, Alan R. McDonald, *supra* note 2

## (9) Federal District Court Judge

ในประเทศเยอรมนีกระบวนการขออนุญาตให้ใช้การดักฟังทางโทรศัพท์จะดำเนินถึงหลักประกันเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเรื่องความลับในการสื่อสารซึ่งไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยมีกฎหมายที่ให้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์ 2 ฉบับ คือ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10)) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung)

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10)) ให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องความลับในการสื่อสารทางจดหมายไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล รวมถึงการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เพื่อป้องกันอันตรายที่กระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือความดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธ์รัฐหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง รวมทั้งความมั่นคงของกองกำลังทางทหาร โดยการไปรษณีย์ของสหพันธ์รัฐมีอำนาจเปิดผนึก ตรวจสอบบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสาร

มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 จะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อเกิดกรณีที่น่าสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบของประเทศความมั่นคงที่กระทบภายในและภายนอกประเทศ การก่อการร้าย หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว และการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้อีกหรือหากกระทำได้อีกเป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควร และมาตรการการดักฟังทางโทรศัพท์จะกระทำได้อีกเฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยเท่านั้น โดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 บัญญัติให้สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร หรือสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐ ต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดประเภท ขอบเขต และระยะเวลาและระบุถึงเหตุแห่งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้อีกหรือหากกระทำได้อีกเป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควร โดยผู้มีอำนาจในการอนุมัติ คือ เจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือรัฐมนตรีสหพันธ์รัฐ ซึ่งจะอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน

การได้รับอนุมัติต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่ยื่นคำร้องขอ ซึ่งอาจถูกระงับการอนุมัติได้ เมื่อกรณีเหตุแห่งความสงสัยไม่มีอยู่หรือไม่มีความจำเป็นที่จะเข้าถึงข้อมูลและเอกสารต่างๆ เนื่องจากไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตามการกระทำความผิดของบุคคลอื่นได้อีกต่อไป เว้นแต่มีจุดเชื่อมโยงของการวางแผนหรือมีกระทำความผิดเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้กำหนดไว้ ดังนั้น เมื่อข้อมูลหรือเอกสารต่างๆ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไปจะต้อง

ทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆ ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงาน หากผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษทางอาญาและมีโทษปรับทางปกครองอีกส่วนหนึ่ง

กระบวนการในการขออนุญาตดักฟังทางโทรศัพท์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ สหพันธ์รัฐมาตรา 10 มีดังนี้

1) การกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร จะมีได้ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้องเท่านั้น การยื่นคำร้องจะต้องอยู่ในขอบเขตของกิจการงานในหน้าที่ของหน่วยงานที่ยื่นคำร้อง โดยผู้ยื่นคำร้องได้แก่

(1) สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (das Verfassungsschutz) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยประธานของสำนักงานหรือผู้กระทำการแทน

(2) เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ (die Verfassungsschutz behorden der Laender) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน

(3) สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร (das Amt Fuer den militaerischen Abschimdienst) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน กรณีที่เกิดการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกองกำลังทหารแห่งสหพันธ์ (Bundeswehr)

(4) สำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์ (Bundesnachrichtendienst) จะต้องยื่นคำร้องโดยหัวหน้าสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์หรือผู้กระทำการแทน กรณีที่เกิดการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์

2) คำร้องจะต้องระบุประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของการขอใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ โดยคำร้องจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรประกอบเหตุผลซึ่งแสดงให้เห็นว่าการสืบสวนหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจจะกระทำได้หรือเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก

3) ผู้มีอำนาจอนุมัติ ในกรณีที่คำร้องยื่นโดยเจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติและวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติคือเจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย (die zustaeendige oberste Landeshoerde) หากในกรณีที่คำร้องของเจ้าพนักงานระดับสหพันธ์ ผู้มีอำนาจอนุมัติคือรัฐมนตรีสหพันธ์ผู้ได้รับมอบอำนาจหน้าที่นี้จากนายกรัฐมนตรีสหพันธ์

4) หลักเกณฑ์ในการอนุมัติ การอนุมัติต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องต่อการไปรษณีย์ของสหพันธ์ (die Deutsche Bundespost) หรือหน่วยงานการสื่อสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเพื่อทราบและปฏิบัติ โดยจะต้องแจ้งประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่กำหนดนั้นตลอดจนสถานที่ซึ่งอนุญาตให้มีการเฝ้าติดตามการติดต่อสื่อสารนั้นๆ

ให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แจ้งอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้แก่หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้องทราบด้วย และให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐแจ้งให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทราบถึงการอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่หน่วยของตนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการด้วยเช่นกัน

เมื่อเสร็จสิ้นการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว จะต้องแจ้งให้กับผู้ถูกระทบสิทธิโดยตรงทราบถึงการถูกใช้มาตรการดังกล่าวนี้ เมื่อสภาพความเป็นอันตรายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นหมดสิ้นลง ถ้ายังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าเหตุความเป็นอันตรายนั้นยังมีอยู่หรือไม่ ก็ให้แจ้งทันทีที่วินิจฉัยได้ว่าเหตุแห่งความเป็นอันตรายนั้นหมดสิ้นลงแล้ว แต่ถ้าหากไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวขึ้น เจ้าพนักงานก็ไม่จำเป็นต้องแจ้ง เมื่อผู้ถูกระทบสิทธิได้รับทราบการแจ้งถึงการใช้มาตรการดังกล่าวแล้วก็สามารถมีสิทธิฟ้องร้องได้

กฎหมายฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้หน่วยงานที่ใช้มาตรการดังกล่าวทางโทรศัพท์ที่ได้รับอนุมัติจะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่มีสิทธิยื่นคำร้องและการกำกับดูแลของเจ้าพนักงานซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ

กฎหมายอีกฉบับของประเทศเยอรมนีที่ให้อำนาจในการใช้มาตรการดังกล่าวทางโทรศัพท์ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (German Criminal Procedure Code; Strafprozessordnung; StPO)

กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ในการให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการตรวจตราดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารเพื่อที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรง และจะมีอำนาจกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดต่างๆ ตามความผิดที่กำหนดไว้ โดยกระบวนการในการขออนุญาตมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) เจตนารมณ์ของกฎหมายในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจตราดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสาร เพื่อที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงได้

2) มูลเหตุในการให้อำนาจรัฐในการตรวจตราดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารทางไกลด้วยเครื่องบันทึกเสียง จะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าว

3) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลผู้จะถูกดักฟังทางโทรศัพท์ หรือถูกยึดไปรษณีย์ภัณฑ์และจะต้องระบุประเภท ขอบเขตและระยะเวลาของมาตรการที่จะใช้ ด้วย ระยะเวลายาวนานที่สุดจะต้องไม่เกิน 3 เดือน การขยายระยะเวลาดังกล่าวกระทำได้อีกแต่ จะต้องไม่เกิน 3 เดือน ในกรณีที่มีเหตุผลดังระบุไว้ในข้อ 2)

ในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ โดยเจ้าพนักงานของรัฐตามกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี เจ้าพนักงานของรัฐผู้ร้องขอจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีเหตุ อันควรสงสัยว่า บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยมีจุดประสงค์ในการดักฟังการติดต่อสื่อสารก็เพื่อที่จะแสวงหา พยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรง นั้นได้ เช่นเดียวกับ Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III ของประเทศ สหรัฐอเมริกา เพื่อให้ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการดักฟังทางโทรศัพท์ สามารถใช้เป็น พยานหลักฐานในชั้นศาลได้อย่างถูกต้อง

ประเทศในระบบประมวลกฎหมายอีกประเทศหนึ่งที่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการ ดักฟังทางโทรศัพท์คือ ประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้มีการบัญญัติรัฐบัญญัติ 91 - 646 ในบรรพที่ 2 ว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงให้อำนาจฝ่ายบริหาร ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ โดยผู้มีอำนาจ ในการใช้มาตรการดังกล่าวคือ นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรียมอบหมายคนใดคนหนึ่งโดย คำแนะนำของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในหรือ รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการตุลาการ หรือตามคำแนะนำของผู้ที่รัฐมนตรีเหล่านี้มอบหมาย

ทั้งนี้ การใช้มาตรการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมโดยฝ่ายบริหาร มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเพิ่ม ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้ายหรือ อาชญากรรม และการอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและแสดงเหตุผลในการ ใช้มาตรการดังกล่าวประกอบด้วย

### 3.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายนอกหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ถือเป็นหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลที่มีประสิทธิภาพเป็น อย่างยิ่ง โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วน ร่วมในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น

กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญ<sup>5</sup> ของการปกครองรัฐบาลแบบนิติรัฐหรือการปกครองโดยยึดหลักกฎหมายเป็นสำคัญ

ดังนั้น หลักการถ่วงดุลที่เป็นสากลในต่างประเทศที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายจะบัญญัติกรอบในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูลด้วยมาตรการดังกล่าวได้ก็แต่เฉพาะความผิดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น และการขออนุญาตก็ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการซึ่งก็คือองค์กรศาลหรือผู้พิพากษามีอำนาจในการจะอนุญาตหรือไม่อนุญาต หากการใช้มาตรการดังกล่าวจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินควร หรือฝ่ายบริหารฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายย่อมมีระวางโทษทางอาญาและทางปกครองและข้อมูลที่ได้มานั้น ศาลก็จะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี เนื่องจากถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับเป็นการตรวจสอบโดยศาลในชั้นกระบวนการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง จึงถือได้ว่าหลักการถ่วงดุลดังกล่าวมานี้ ถือเป็นหลักการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่รัฐโดยองค์กรภายนอกต่างๆ ไม่ว่าจะเป็ศาล อัยการ รวมไปถึงองค์กรอิสระที่ตั้งขึ้นตามมาบทบัญญัติของกฎหมายที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ โดยเฉพาะ

### 3.2.1 การบัญญัติประเภทความผิดที่อนุญาตให้มีการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

แม้กฎหมายว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จะไม่ได้บัญญัติเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานไว้ แต่การที่กฎหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่รัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เฉพาะความผิดที่กำหนด ย่อมตีความในทางกลับกันได้ว่า หากไม่ใช่ความผิดที่กำหนดไว้กฎหมายจะไม่อนุญาตให้ดักฟังการสนทนาและไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีดังกล่าว

<sup>5</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.22.

การไม่รับฟังนี้ กฎหมายไม่รับฟังทั้งตัวบทบันทึกเสียงและข้อความที่สนทนา ไม่ว่าจะ เป็นข้อความ รับสารภาพหรือข้อความที่นำไปสู่พยานหลักฐานอย่างอื่น<sup>6</sup> เนื่องจากฝ่ายตุลาการหรือองค์กรศาล ใช้มาตรการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจฝ่ายบริหาร เพื่อให้เห็นว่าเป็นการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยทางอ้อมอีกทางหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่ได้ทราบ ว่า หากยังคงฝ่าฝืนกฎหมายการดักฟังทาง โทรศัพท์หรือการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ การดักฟังดังกล่าวก็จะไร้ผลเพราะข้อมูล ข่าวสารที่ได้มารับฟังไม่ได้ ประกอบกับมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเคารพและปฏิบัติตาม กฎหมาย และเป็นการคุ้มครองประชาชนจะมีได้ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยปราศจากเหตุอันควร

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติประเภทความผิดที่อนุญาตให้มีการดักฟังทาง โทรศัพท์และการเข้าถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 2516 (1) ของ Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 ซึ่งลักษณะของความผิดทางอาญาที่จะสามารถดักฟังเพื่อ ประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรมมีดังนี้<sup>7</sup>

(a) ความผิดที่มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี ตามมาตรา 2274 ถึง 2277 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐเกี่ยวกับการบังคับใช้ The Atomic Energy Act of 1954

มาตรา 2284 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐเกี่ยวกับการก่อ วิศวกรรมอุปกรณ์นิวเคลียร์หรือพลังงาน

ความผิดตามภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ ในบทที่ 37(เกี่ยวกับการ จารกรรม) บทที่ 105 (เกี่ยวกับการก่อวิศวกรรม), บทที่ 115 (เกี่ยวกับการก่ออกบฏ), บทที่ 102 (เกี่ยวกับการก่อจลาจล), บทที่ 65 (เกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินส่วนตัวโดยมีเจตนาร้ายต่อ เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว), บทที่ 111 (เกี่ยวกับการทำลายเรือ), หรือบทที่ 81 (เกี่ยวกับโจรสลัด)

<sup>6</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ:เปรียบเทียบ ระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน,” ตุลพาท, ปีที่ 31, ฉบับที่ 3, (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527), น.48.

<sup>7</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, สำนักงานอัยการสูงสุด, สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, การรวบรวมพยานหลักฐานบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม และผู้มีอิทธิพล, การประชุมทางวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรมครั้งที่ 2, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2551, จาก <http://www3.rlpd.moj.go.th/documents/collect.pdf>, น . 437.

(b) การละเมิดมาตรา 186 หรือมาตรา 501(c) ของภาค 26 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐ(เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดในการจ่ายเงินและกู้ยืมแก่ องค์กรผู้ใช้ แรงงาน), การปล้นหรือกรรโชก และเป็นความผิดที่มีโทษตามภาค 18

(c) ความผิดต่างๆ ซึ่งต้องถูกลงโทษภายใต้ภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐดังต่อไปนี้

มาตรา 201(การให้สินบนเจ้าพนักงานและพยาน) มาตรา 224 (การให้สินบนในการแข่งขันกีฬา), อนุมาตรา (d), (e), (f),(g), (h) หรือ (i) ของมาตรา 844 (การใช้ระเบิดโดยผิดกฎหมาย), มาตรา 1084 (การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับการพนัน), มาตรา 751 (เกี่ยวกับการหลบหนีจากที่คุมขัง), มาตรา 1503, 1512 และ 1513 (การข่มขู่หรือทำร้ายเจ้าพนักงาน ลูกขุน หรือพยานทั่วไป), มาตรา 1510 (การขัดขวางการสืบสวนคดีอาญา), มาตรา 1511(การขัดขวางการบังคับใช้กฎหมายสหรัฐหรือมลรัฐ), มาตรา 1751 (การลอบฆ่า การลักพาตัวประธานาธิบดีและคณะ) มาตรา 1951 (การเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางการค้าโดยข่มขู่หรือใช้ความรุนแรง), มาตรา 1952 (การกระทำเกี่ยวกับการเดินทาง หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐโดยจุดมุ่งหมายเพื่อชื้อเอาเงินจากกิจการค้า), มาตรา 1958 (การรับจ้างฆาตกรรมโดยใช้เครื่องอำนวยความสะดวกในการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ), มาตรา 1959(เกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมที่รุนแรงโดยจุดมุ่งหมายการชื้อเอาเงิน), มาตรา 1954 (เสนอให้ยอมรับจะให้หรือชักชวนให้มีอิทธิพลหรือต่อการดำเนินการของโครงการผลประโยชน์ของลูกจ้าง), มาตรา 1955(การห้ามประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพนัน), มาตรา 1956 (การแปรสภาพเครื่องมือเกี่ยวกับการเงิน), มาตรา 1957(การเกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงินในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย), มาตรา 659(การลักทรัพย์จากการขนส่งสินค้าระหว่างมลรัฐ), มาตรา 66 (ยึดยกเงินบำนาญหรือเงินสวัสดิการ) มาตรา 1343 (ฉ้อโกงทางสายวิทยุหรือโทรทัศน์), มาตรา 2315 และ 2252 (การกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็ก), มาตรา 2312, 2313, 2314 และ 2315 (การขนส่งทรัพย์สินที่ขโมยมาระหว่างมลรัฐ), มาตรา 2321 (เกี่ยวกับการค้าพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์หรือส่วนประกอบพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์), มาตรา 1203 (เกี่ยวกับการจับคนเป็นตัวประกัน), มาตรา 1029 (เกี่ยวกับการฉ้อโกงและเกี่ยวกับกิจกรรมที่ใช้เครื่องมือล้วงความลับ), มาตรา 3146 (เกี่ยวกับการลงโทษ การไม่ปรากฏตัว), มาตรา 3521 (b) (3) (เกี่ยวกับการให้พยานย้ายที่อยู่และการช่วยเหลือ), มาตรา 32 (เกี่ยวกับการทำลายเครื่องบิน หรือเครื่องอำนวยความสะดวกในเครื่องบิน), มาตรา 1963 (การฝ่าฝืนโดยองค์กรที่ใช้อิทธิพลข่มขู่และให้สินบน), มาตรา 115(เกี่ยวกับการข่มขู่ หรือแก้แค้นต่อเจ้าพนักงานสหรัฐ, มาตราในบทที่ 65 (เกี่ยวกับการทำลายเครื่องมือให้พลังงาน), และมาตรา 1341 (เกี่ยวกับ

การขู่ขู่ทางไปรษณีย์), มาตรา 351 (การฝ่าฝืนเกี่ยวกับการลอบฆ่าหรือทำร้ายร่างกายสมาชิก  
รัฐสภา, คณะรัฐมนตรีหรือผู้พิพากษาศาลสูง), มาตรา 831 (เกี่ยวกับการห้ามประกอบธุรกิจ  
นิวเคลียร์), มาตรา 33 (เกี่ยวกับการทำลายพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์ หรือเครื่องอำนวยความสะดวก  
สะดวก) หรือมาตรา 1992 (เกี่ยวกับการทำลายรางรถไฟ)

(d) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงที่ต้องถูกลงโทษภายใต้มาตรา 471, 472 หรือ  
473 ของภาค 18 นี้

(e) ความผิดเกี่ยวกับการขู่ขู่เกี่ยวกับคดีความภายใต้ภาค 11 หรือการผลิต  
การนำเข้าการรับการปกปิด การซื้อ การขาย หรือความผิดในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด  
กัญชา หรือยาอันตรายอื่นที่มีโทษตามกฎหมายสหรัฐ

(f) ความผิดต่างๆ โดยรวมถึงกิจการค้าเชื่อ ซึ่งเอาเปรียบภายใต้มาตรา 892, 893  
หรือ 894 ของภาค 18 นี้

(g) การฝ่าฝืนมาตรา 532 ของภาค 31 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (การรายงาน  
ธุรกิจทางการเงิน)

(h) การฝ่าฝืนที่เป็นความผิดตามมาตรา 2511 และ 2512 (เกี่ยวกับการดักฟังทาง  
โทรศัพท์และการเปิดเผยการสื่อสาร และเครื่องมือดักฟัง) ของภาค 18 นี้

(i) การฝ่าฝืนบทที่ 71 (เกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจาร) ของภาค 18 นี้

(j) การฝ่าฝืนมาตรา 1679 a (c) (2) (เกี่ยวกับการทำลายท่อส่งก๊าซธรรมชาติ) หรือ  
อนุมาตรา (i) หรือ (n) ของมาตรา 1472 (เกี่ยวกับมลพิษอากาศ) ของภาค 49 แห่งประมวลกฎหมาย  
สหรัฐ

(k) การฝ่าฝืนทางอาญาในมาตรา 2778 ของภาค 22 (เกี่ยวกับ the Arms Export  
Control Act)

(l) ผู้ที่ลี้ภัยมาจากการทำความผิดที่ระบุไว้ในมาตรานี้ หรือ

(m) การสมคบที่จะกระทำความผิดต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

(m,) การฝ่าฝืนมาตรา 922 และ 924 ของภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ  
(เกี่ยวกับอาวุธปืน) ; และ

(n) การฝ่าฝืนมาตรา 5861 แห่งประมวลกฎหมายภายใน ค.ศ. 1986 (เกี่ยวกับอาวุธ  
ปืน)

ส่วนในประเทศเยอรมนีได้บัญญัติประเภทความผิดที่อนุญาตให้มีการดักฟังทาง  
โทรศัพท์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung) เพื่อที่จะ

แสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญา ร้ายแรง ตามความผิดที่กำหนดไว้ 4 กลุ่ม คือ กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคง, กลุ่มความผิด อาญาฐานปลอม, การค้ามนุษย์, สิทธิเสรีภาพในร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน และความสงบสุขของ ประชาชน, กลุ่มความผิดอาญาตามกฎหมายอาวุธ การควบคุมอาวุธสงคราม และกลุ่มความผิด อาญาตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ โดยการขอคำสั่งศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี ได้บัญญัติแยกเรื่อง อำนาจในการดักฟังโทรศัพท์ และอำนาจในการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ออกจากกันจึงต่างจาก พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 ที่มีการบัญญัติถึงการได้มาซึ่งข้อมูล ทั้ง 2 กรณีไว้ด้วยกัน โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงในบทต่อไป

เดิมนั้น กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่เฉพาะการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ โดยต้องได้รับ อนุญาตจากศาลก่อน แต่ในกรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็นเร่งด่วน ก็ให้พนักงานอัยการมีอำนาจ ดังกล่าวอนุญาตได้ แต่ต้องนำมาเสนอต่อศาลเพื่อขอความเห็นชอบภายใน 3 วัน สำหรับ ไปรษณีย์ภัณฑ์ที่จะถูกยึดนั้น จะต้องเป็นจดหมาย พัสดุไปรษณีย์หรือโทรเลขที่ถูกส่งมาให้แก่ผู้ถูก กล่าวหา ซึ่งจะต้องเป็นประโยชน์ในการสืบสวนคดีอาญา

ต่อมา ประเทศเยอรมนีจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา(German Criminal Procedure Code;Strafprozessordnung;StPO) ให้อำนาจแก่ เจ้าหน้าที่รัฐเข้าถึงข้อมูลในการดักฟังโทรศัพท์ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าการดักฟังโทรศัพท์ มีพัฒนาการมาจากกรอบกฎหมายเดิมที่ให้อำนาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารทางไปรษณีย์ภัณฑ์ และ ประเภทความผิดที่เจ้าหน้าที่รัฐ สามารถขออนุมัติจากศาลเพื่อเข้าถึงข้อมูลได้นั้น สามารถแยก ประเภทความผิดออกเป็น 4 กลุ่ม ได้ดังนี้

#### กลุ่มที่ 1

ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐ และเป็นอันตรายต่ออธิปไตยและประชาธิปไตยหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของมลรัฐและเป็น อันตรายต่อความมั่นคงระหว่างประเทศ (มาตรา 80 - 82, 84 - 86, 87-89, 94 -100 STGB) และ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 - 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรวมรัฐ (Vereinggesetz)

การกระทำความผิดอาญาต่อการป้องกันมลรัฐ (มาตรา 109d-109h STGB)

การกระทำความผิดอาญาต่อระเบียบมหาชน (offentliche Ordnung) มาตรา 129 - 130 StGB, มาตรา 47 วรรคหนึ่งข้อ 7 กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (Auslaendergesetz)

การหลบหนีการเกณฑ์ทหาร การสนับสนุนช่วยเหลือผู้หลบหนี หรือสนับสนุนการไม่จงรักภักดีต่อประเทศ (มาตรา 16, 19 และ มาตรา 1 วรรคสาม กฎหมายอาญาทหาร Wehrstrafgesetz)

การกระทำความผิดอาญาต่อความมั่นคงของกองทัพตามสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) หรือกองทัพที่อยู่ในกรุงเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสามที่ประเทศเยอรมนี (มาตรา 89, 94 - 97, 98 - 100, 109d - 109g StGB, มาตรา 16, 19 กฎหมายอาญาทหารและ มาตรา 7 กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา)

#### กลุ่มที่ 2

ความผิดฐานปลอมแปลงเงินตราและธนบัตร (มาตรา 146, 151, 152 StGB)

ความผิดฐานค้ามนุษย์ (มาตรา 181 ข้อ 2 StGB)

ความผิดฐานฆาตกรรม ทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือความผิดฐานฆาตกรรมล้างเผ่าพันธุ์ (Mord, Totschlag, Voelkermord)

ความผิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคล (มาตรา 234 234a 239a 239b StGB)

ความผิดฐานปล้นทรัพย์และกรรโชกทรัพย์ (มาตรา 249 - 251, 253, 255 StGB)

ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน

#### กลุ่มที่ 3

ความผิดอาญาตามกฎหมายอาวุธ (Waffengesetz) มาตรา 52a วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม มาตรา 53 วรรคหนึ่ง ข้อ 1, 2

ความผิดอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาวุธสงคราม (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)

#### กลุ่มที่ 4

ความผิดอาญาตามกฎหมายว่ายาเสพติด (BtMittelgesetz)

มาตรา 29 วรรคสาม ข้อ 1, 4 หรือมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ข้อ 1, 2 หรือการกระทำเป็นปกติธุรกการค้าหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มผู้กระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งข้อ 4 หรือในกรณีที่การพยายามกระทำความผิดอาญาเหล่านั้น ต้องรับโทษทางอาญาด้วยหรือการเตรียมการโดยผ่านการกระทำความผิดอย่างหนึ่ง และการค้นหาข้อเท็จจริงหรือการตรวจสอบถึงที่อยู่ ที่ซ่อนหลบตัวของผู้ต้องหาโดยวิธีการอื่นได้กระทำแล้ว แต่ไม่ประสบผลหรือเป็นไปได้โดยยากยิ่ง การกำหนดให้มีการดักฟังจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะผู้ต้องหา หรือผู้มีเหตุผลน่าเชื่อว่าเป็นผู้ส่งข่าวให้ผู้ต้องหา หรือบุคคลซึ่งผู้ต้องหาได้ใช้โทรศัพท์

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาตรา 10 (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10)) ของประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติให้อำนาจรัฐดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เพื่อป้องกันอันตรายที่กระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือความดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธรัฐหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง รวมทั้งความมั่นคงของกองกำลังทางทหาร หรือเมื่อเกิดกรณีน่าสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบของประเทศ ความมั่นคงที่กระทบภายในและภายนอกประเทศ การก่อการร้าย หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว

สำหรับประเภทแห่งการกระทำผิดที่จะทำการดักฟังและการได้มาซึ่งข้อมูลการสนทนาตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาตรา 10 มาตรา 2(1) จะต้องมิใช่ข้อเท็จจริงที่น่าสงสัยว่ามีผู้วางแผนการจะกระทำความผิดหรือกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

1) ความผิดฐานเป็นศัตรูของประเทศหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศ ตามมาตรา 80, 80a, 81, 83, 84 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) ความผิดอาญาฐาน กระทำการเป็นอันตรายต่อนิติรัฐและประชาธิปไตยตามมาตรา 84, 85, 86, 87, 88, 89 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 20 วรรคหนึ่งข้อ 1, 2, 3 และ 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรวมประเทศ (Vereinsgesetz)

3) ความผิดอาญาฐาน กระทำการเป็นศัตรูต่อมลรัฐหรือกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนความมั่นคงภายนอกของประเทศ ตามมาตรา 94, 95, 96, 97a, 97b, 98, 99, 100, 100a แห่งประมวลกฎหมายอาญา

4) ความผิดอาญาฐาน ผิดต่อการป้องกันมลรัฐ (gegen die Landesverteidigung) ตามมาตรา 109e, 109f และ 109g แห่งประมวลกฎหมายอาญา

5) ความผิดอาญาฐาน ผิดต่อความมั่นคงของกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมนีตามสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) หรือกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในมลรัฐเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสาม ตามมาตรา 87, 89, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 109e, 109f, 109g แห่งประมวลกฎหมายอาญา ประกอบกับมาตรา 7 แห่งกฎหมายเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 4

<sup>8</sup> นิยม เต็มศรีสุข, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.44 – 54.

6) ความผิดอาญาฐานก่อตั้งกลุ่มก่อการร้าย ตามมาตรา 129a แห่งประมวลกฎหมายอาญา

7) ความผิดอาญาตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง ข้อ 8 ตามกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติประเภทความผิดที่อาจทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ไว้ในรัฐบัญญัติเลขที่ 91 - 646 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม โดยแยกออกเป็น 2 บรรพ บรรพแรกเป็นประเภทความผิดที่สามารถใช้มาตรการการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล และบรรพที่สองเป็นประเภทความผิดที่สามารถใช้มาตรการการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคง

ประเภทความผิดที่สามารถใช้มาตรการการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล คือ การกระทำความผิดอาชญากรรมขั้นรุนแรงและความผิดอาชญากรรมที่มีโทษปานกลาง หากโทษที่กฎหมายกำหนดให้มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เมื่อมีความจำเป็นที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ ศาลสามารถสั่งให้มีการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมต่างๆ ได้ โดยศาลต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร

ส่วนรัฐบัญญัติ 91 - 646 บรรพที่สอง บัญญัติให้ใช้มาตรการการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ หรือคุ้มครองขีดความสามารถทางด้านวิทยาศาสตร์และเศรษฐกิจของชาติ หรือป้องกันการก่อการร้ายและการก่ออาชญากรรม

### 3.2.2 กระบวนการในการอนุญาตให้ดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์กรณีปกติ

กระบวนการในการอนุญาตให้ดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของต่างประเทศนั้น หากเป็นกรณีใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อให้ได้ข้อมูลมาประกอบเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ศาลจะมีหน้าที่หลักในการพิจารณาว่าคำร้องขอของเจ้าหน้าที่มีเหตุอันสมควรในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ คำร้องมีมูลหรือควรเชื่อถือได้จากรายงานการสืบสวนของเจ้าหน้าที่ที่มีความชัดเจน โปร่งใส

ดังนั้น หากเป็นกรณีเหตุแห่งความสงสัยไม่มีอยู่หรือไม่มีความจำเป็นที่จะเข้าถึงข้อมูล เนื่องจากไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตามการกระทำความผิดของบุคคลอื่นได้อีกต่อไป เว้นแต่มีจุดเชื่อมโยงของการวางแผนหรือมีกระทำความผิดเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้กำหนดไว้

ดังนั้น เมื่อข้อมูลหรือเอกสารต่างๆ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์อีกจะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆ ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงาน หากผู้ใดฝ่าฝืนต้องมีโทษทางอาญา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาอำนาจของศาลในการออกหมาย ไม่ใช่ผู้พิพากษาทุกคนที่มีอำนาจในการออกหมายในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการออกหมายในเรื่องดังกล่าว จะต้องได้รับการฝึกอบรมเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าหน้าที่มาเป็นอย่างดี ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การที่ผู้พิพากษาจะพิจารณานุญาตให้ใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ตาม Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1) มีเหตุอันควรเชื่อ (Probable Cause) ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง และมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด
- 2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การดักข้อมูลการสื่อสารสามารถทำให้รู้ข้อมูลสำคัญในการการกระทำความผิดได้ และใช้เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่
- 3) เจ้าหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าไม่สามารถใช้วิธีการสืบสวนวิธีอื่นได้อีกแล้ว เนื่องจากใช้แล้วไม่ประสบผลสำเร็จหรือหากใช้วิธีการอื่นแล้วจะเป็นการอันตรายต่อเจ้าหน้าที่มากเกินไป และวิธีการดักข้อมูลทางการสื่อสารเป็นวิธีที่ดีที่สุด
- 4) เมื่อมีพยานหลักฐานอันเชื่อได้ว่า บุคคลผู้ต้องถูกดักข้อมูลได้ใช้การติดต่อสื่อสารประเภทดังกล่าวจริง หรือสืบสอบแล้วพบว่าเครื่องมือสื่อสารนั้นมีชื่อผู้ต้องหาเป็นเจ้าของ

ทั้งนี้ เมื่อเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เสร็จสิ้นแล้ว Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III ยังได้กำหนดให้ สำนักงานอัยการเขต มลรัฐ หรือสหรัฐ แล้วแต่กรณี ซึ่งรับผิดชอบสำนวนคำขอให้มีการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ให้ส่งรายงานการปฏิบัติงานเกี่ยวกับผลการปฏิบัติงานการดักฟังการกระทำความผิด ภายในระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันที่คำสั่งศาลหมดอายุหรือถูกยกเลิก โดยให้ส่งไปที่หน่วยงาน Administrative Office of the United States โดยหน่วยงานดังกล่าวจะรวบรวมรายงานการใช้อำนาจการดักฟังที่เกิดขึ้นภายในปีนั้นมาจัดทำเป็นรายงานประจำปี หรือ Report on Applications for Order Authorizing

or Approving the Interception of Wire, Oral, or Electronic Communications (Wiretap Report) โดยในรายงานจะมีเนื้อหาสาระและสถิติเกี่ยวกับหัวข้อดังต่อไปนี้

- 1) จำนวนครั้งที่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการดักข้อมูลการสื่อสาร
- 2) ระยะเวลาที่ได้มีการใช้มาตรการดักข้อมูลการสื่อสารและสถิติการขอขยายระยะเวลาต่อศาล
- 3) ประเภทของสถานที่ที่ได้ติดตั้งอุปกรณ์ดักฟังการกระทำความผิด เช่น บ้านพักอาศัย อพาร์ทเมนท์ สถานที่ราชการ สถานที่สาธารณะ ฯลฯ
- 4) ฐานความผิดที่ตรวจสอบได้จากการดักข้อมูลการสื่อสาร
- 5) สถิติเกี่ยวกับจำนวนบุคคล หน่วยงาน หรือ การติดตามคดีตามที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ภายในรอบปี
- 6) ค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการปฏิบัติงาน
- 7) จำนวนอุปกรณ์ที่นำมาใช้ ตัวอย่างเช่น เครื่องอัดเสียงระหว่างการสนทนาทางโทรศัพท์ ไมโครโฟน และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ
- 8) จำนวนผู้ต้องหาที่ถูกจับได้จากการใช้มาตรการดักข้อมูลการสื่อสาร และจำนวนผู้ที่ถูกดำเนินคดี
- 9) สถิติเกี่ยวกับคดีในชั้นศาล เช่น จำนวนคดีที่ศาลลงโทษ ยกฟ้อง หรือรอการพิจารณา ฯลฯ

ในประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยกระบวนการในการอนุญาตดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์โดยคำสั่งของศาลไว้ว่า ผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจที่จะสั่งให้มีการดักฟังการบันทึก และการคัดลอกข้อมูลการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคล โดยการใช้มาตรการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้อำนาจและการควบคุมของศาล<sup>9</sup> ทั้งนี้ ในการอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ พร้อมทั้งระบุหมายเลขเครื่องที่จะมีการติดต่อสื่อสาร

<sup>9</sup> Code of Criminal Procedure, Title III, Section III, Subsection 2, Article 100

ความผิดที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ออกคำสั่ง ระบุถึงเหตุผลและความจำเป็นในการดักฟังรวมไปถึงระยะเวลาที่คำสั่งนี้มีผลบังคับไว้ด้วย<sup>10</sup>

ทั้งนี้ ผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวน มีอำนาจที่จะสั่งให้องค์กรและหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคม หรือองค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคมแล้วแต่กรณี ทำการติดตั้งเครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลสำคัญในคดี

ส่วนการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ รัฐบัญญัติ 91-646 ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการควบคุมดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจการดักฟังของฝ่ายบริหาร

คณะกรรมการดังกล่าว จะประกอบด้วย

(1) ประธานกรรมการ ซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่เหมาะสม จำนวน 4 คน ซึ่งรองประธานสภาแห่งรัฐ และรองประธานศาลฎีกาคนที่ 1 ร่วมกันจัดทำขึ้น ประธานกรรมการมีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 1 คน ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง และมีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎร

(3) สมาชิกวุฒิสภา ซึ่งประธานวุฒิสภาแต่งตั้งทุกคราวที่มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ถ้าแทนที่สมาชิกวุฒิสภาบางส่วนต้องพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ประธานกรรมการและกรรมการจะเป็นรัฐมนตรีในขณะเดียวกันไม่ได้

กระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลของคณะกรรมการควบคุมดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ จะเริ่มตั้งแต่ การอนุญาตให้มีการใช้อำนาจการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคม นายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรียมอบหมายต้องยื่นสำเนาหนังสืออนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ต่อประธานกรรมการภายใน 48 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่นายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรียมอบหมายทำการออกหนังสือหรือต้องการใช้อำนาจการดักฟัง นั่นเอง

<sup>10</sup> Code of Criminal Procedure, Title III, Section III, Subsection 2, Article 100 -1

หากประธานกรรมการเห็นว่า การอนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ประธานกรรมการจะเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการขออนุญาตใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายบริหาร

ในกรณีคณะกรรมการวินิจฉัยว่าการอนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม เป็นไปโดยฝ่าฝืนรัฐบัญญัติ คณะกรรมการต้องแนะนำให้นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งยับยั้งการดักฟังและให้แจ้งข้อแนะนำดังกล่าวให้รัฐมนตรีที่เสนอแนะให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายออกหนังสืออนุญาตให้ทราบ

ในประเทศเยอรมนีการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์โดยฝ่ายบริหารเพื่อความมั่นคงของประเทศ ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 จะกำหนดให้คณะกรรมการ (Kommission) ซึ่งประกอบด้วย ประธานหนึ่งคน ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษา เป็นนักกฎหมายวิชาชีพ กล่าวคือ มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หรือทนายความก็ได้ และกรรมการอีกสองคนร่วมเป็นคณะกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการ (Gremium) โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐและอยู่ในวาระตามระยะเวลาของวาระการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีหลักเกณฑ์ว่า การดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการชุดนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อมีการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ แต่ต้องไม่น้อยเกินกว่า 3 เดือน นับแต่วันสิ้นสุดวาระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการจะเป็นองค์กรกลางในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามมาตรการดังกล่าว โดยเจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือรัฐมนตรีสหพันธ์รัฐจะต้องแจ้งการอนุมัติการดักฟังทางโทรศัพท์ให้คณะกรรมการ (Gremiums)<sup>11</sup> ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสภาแห่งสหพันธ์รัฐแต่งตั้ง จำนวน 5 คน ทราบเป็นระยะๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง และแจ้งให้คณะกรรมการ (Kommission) ทราบถึงการอนุมัติและข้อมูล เอกสารที่ได้มาโดยการใช้อำนาจตามมาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 โดยต้องแจ้งทุกๆ เดือน แต่ในกรณีที่ไม่ได้ข้อมูลใดๆ มาจากการใช้มาตรการดังกล่าว ต้องแจ้งให้ทราบอย่างช้าที่สุดภายในระยะเวลา 5 ปี นับตั้งแต่ยกเลิกการใช้มาตรการดังกล่าว

คณะกรรมการ (Kommission) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยด้วยตนเองหรือเมื่อมีคำร้องเกี่ยวกับความจำเป็น มูลเหตุ และการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ของการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ หากคณะกรรมการวินิจฉัยว่า ไม่มีมูลหรือไม่มีความจำเป็นในการใช้มาตรการ

<sup>11</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.99.

ดังกล่าว รัฐมนตรีสหพันธ์รัฐผู้ม้ออำนาจหน้าที่ดังกล่าว ต้องยกเลิกการใช้มาตรการดังกล่าวโดยไม่มีชักช้า

คณะกรรมการชุดนี้มีความเป็นอิสระในการทำงานไม่อยู่ภายใต้การสั่งการใดๆ และมีอำนาจในการออกระเบียบการทำงานของตน แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ (Gremium) และต้องรับฟังความเห็นจากคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐก่อน

ในส่วนของมลรัฐ สภาพของมลรัฐจะเป็นองค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการอนุมัติการใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารหรือมาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้นๆ ตลอดจนการตรวจสอบมาตรการต่างๆ ที่ออกโดยเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้นๆ ด้วย

การอนุมัติให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารและการใช้มาตรการดังกล่าวตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 ข้อมูลข่าวสารที่ได้มา จะไม่สามารถนำเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีในชั้นศาลได้

การอนุมัติให้ใช้การดักฟังทางโทรศัพท์จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องการไปรษณีย์ของสหพันธ์รัฐ (Die Deutsche Bundespost) หรือหน่วยงานการสื่อสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องให้ทราบและปฏิบัติตาม โดยจะต้องแจ้ง ประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่กำหนดนั้นตลอดจนสถานที่ซึ่งอนุญาตให้มีการเฝ้าติดตามการติดต่อสื่อสารนั้นๆ

มาตรการที่อนุมัติให้ดำเนินการได้นั้น มีกำหนดระยะเวลาที่สุุดไม่เกิน 3 เดือน แต่อาจยื่นคำร้องขออนุญาตให้มีการอนุมัติขยายระยะเวลาได้อีกไม่เกิน 3 เดือน ในกรณีที่เกิดเหตุที่มีการยื่นคำร้องนั้นยังคงมีอยู่

นอกจากนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 ยังได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐแจ้งการอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้แก่หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐทราบถึงการอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่หน่วยงานของตนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ

หน่วยงานที่รับผิดชอบในการใช้การดักฟังทางโทรศัพท์ คือ หน่วยงานที่มีสิทธิยื่นคำร้อง โดยจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ

การใช้การดักฟังทางโทรศัพท์ ในกรณีที่เกิดเหตุแห่งความสงสัยอันเป็นเงื่อนไขของการอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวนั้นไม่มีอยู่ หรือมาตรการที่ได้กำหนดไว้นั้นหมดความจำเป็นแล้ว จะต้องเลิกใช้มาตรการนั้นโดยทันที โดยหน่วยงานที่ยื่นคำร้องจะต้องแจ้งให้การไปรษณีย์แห่งสหพันธรัฐหรือหน่วยงานอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับเครื่องสื่อสารทั้งหลายที่ช่วยเหลือในการเข้าถึงข้อมูลทราบด้วย

การทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้รับมาจากการดักฟังทางโทรศัพท์ ในกรณีที่มีข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการเกี่ยวกับการสื่อสารทางไปรษณีย์หรือการดักฟังการสื่อสารทางไกล หากไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไป เจ้าหน้าที่จะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆ เหล่านี้โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ การทำลายดังกล่าวนี้จะต้องมีการบันทึกและลงนามไว้เป็นหลักฐาน<sup>12</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาตรา 10 ยังบัญญัติให้อำนาจแก่การไปรษณีย์ของสหพันธรัฐมีอำนาจที่จะออกประกาศ เกี่ยวกับการกำหนดระเบียบการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์และการส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ต่างๆ และหน่วยงานอื่นๆ ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการสื่อสาร ทั้งยังมีอำนาจที่จะออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบ และการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์ การส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ต่างๆ และการตรวจตราตลอดจนการบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสาร โดยจะต้องตรวจสอบตามระเบียบที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการทำงานร่วมกันระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และตามหลักเกณฑ์ในการเปิดสิ่งของต่างๆ ที่ปิดผนึกและระดับความลับต่างๆ เพื่อเป็นการตรวจสอบการขออนุญาตในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ของหน่วยงานอื่นๆ ภายในประเทศ

กฎหมายอีกฉบับของประเทศเยอรมนีที่บัญญัติให้อำนาจรัฐในการดักฟังทางโทรศัพท์ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการใช้เป็นประโยชน์แก่การค้นหาคำความจริงในคดี<sup>13</sup> คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ในการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการตรวจตรา ดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสาร เพื่อสอบสวนสอบสวนหาพยานหลักฐานมาใช้ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>12</sup> เฟ็งอ้าง, น.102.

<sup>13</sup> เฟ็งอ้าง, น.103.

การใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการตรวจตราดักฟังการสื่อสารทางไกล เจ้าหน้าที่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีคำสั่งอนุญาตของศาลให้กระทำเช่นนั้นได้ โดยคำสั่งอนุญาตจะต้องทำเป็นหนังสือระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลผู้เป็นเป้าหมายในการดักฟัง ประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่ต้องการใช้ซึ่งศาลจะอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจที่ศาลสามารถขยายระยะเวลาในการใช้มาตรการดังกล่าวต่อไปได้ ทั้งนี้ ต้องไม่เกิน 3 เดือน

เมื่อเหตุต่างๆ ตามที่เจ้าหน้าที่ได้ขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารหมดไป มาตรการต่างๆ ซึ่งอาศัยคำสั่งอนุญาตของศาลย่อมตกไปด้วย เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งการยกเลิกการใช้มาตรการดังกล่าวให้ศาลและการไปรษณีย์สหพันธรัฐทราบ ข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการดังกล่าว หากไม่มีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์ เจ้าหน้าที่ต้องทำลายโดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพนักงานอัยการและต้องมีการลงนามไว้เป็นหลักฐานด้วย

### 3.2.3 กระบวนการในการอนุญาตให้ดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์กรณีฉุกเฉิน

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติขั้นตอนการวิธีดักฟังทางโทรศัพท์เป็นกรณีฉุกเฉินหรือโดยเร่งด่วนไว้ใน Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 หากเจ้าหน้าที่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการดังกล่าว กรณีที่จะเกิดการกระทำความผิดทางอาญาต่อชีวิตหรือร่างกาย หรือการสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ กฎหมายฉบับดังกล่าวจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ไปก่อนล่วงหน้าได้ แต่เจ้าหน้าที่จะต้องทำเรื่องขออนุญาตจากศาลตามระเบียบภายใน 48 ชั่วโมงนับจากเวลาที่ใช้มาตรการดักฟังดังกล่าว หากไม่ขอให้ศาลออกหมายภายในเวลาที่กำหนด การดักฟังการทางโทรศัพท์ที่ได้กระทำไปแล้ว ให้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืน Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 แต่มลรัฐต่างๆ สามารถบัญญัติกฎหมายมลรัฐของตนให้มีมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของประชาชนสูงกว่านี้ได้ ตัวอย่างเช่น ศาลมลรัฐนิวยอร์กมีวิธีแก้ไขปัญหาคำขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์กรณีฉุกเฉิน โดยทางศาลจะมีคำสั่งให้ใช้มาตรการดักฟังไปก่อน และพิจารณาจากการให้การของพนักงานอัยการเกี่ยวกับสำนวนโดยวาทะ แต่พนักงานอัยการจะต้องทำสำนวนและคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรไปให้ศาลภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ศาลออกคำสั่ง ด้วยเหตุนี้ หมายชั่วคราวในการดักฟังทางโทรศัพท์ของศาลมลรัฐนิวยอร์กแต่ละครั้งจะมีอายุเพียง 24 ชั่วโมง

ประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ในกรณีฉุกเฉินซึ่งมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลสำคัญในคดีไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยบัญญัติให้พนักงานอัยการมีอำนาจในการกำหนดให้มีการดักฟังและบันทึกเสียง แต่มีผลเพียง 3 วันเมื่อไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาล แต่หากศาลอนุญาตจะให้ได้ไม่เกิน 3 เดือน ต่อมาหากมาตรการดังกล่าวไม่มีอยู่แล้วคำสั่งศาลก็จะตกไป ส่วนเอกสารที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์แล้วนั้นต้องทำลายภายใต้การดูแลของพนักงานอัยการ

ประเทศเยอรมนียังได้มีการบัญญัติมาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ในกรณีฉุกเฉินเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของสหพันธ์รัฐไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาตรา 10 ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารได้ก่อนจะแจ้งเรื่องต่อคณะกรรมการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวบรวมข่าวต่างๆ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอันตรายต่างๆ ที่มีการติดต่ออาชญากรรมในการโจมตีประเทศเยอรมนี เพื่อเตรียมตัวเผชิญต่อภัยอันตรายดังกล่าว

### 3.2.4 การกำหนดระยะเวลาในการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ในประเทศสหรัฐอเมริการะยะเวลาที่ศาลจะอนุญาตให้ดักฟังโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จากการสื่อสารได้นั้น จะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุผลตามคำร้องขออนุญาตนั้น แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III บัญญัติว่าศาลจะอนุญาตเกินกว่า 30 วันมิได้ หากมีกรณีจำเป็นต้องดักฟังต่อไปก็ต้องมีการยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาล โดยคำร้องก็ต้องระบุรายละเอียดและเหตุทำนองเดียวกับการขออนุญาตดักฟังในครั้งแรก และศาลก็จะพิจารณาขยายระยะเวลาการดักฟัง โดยใช้เกณฑ์เหมือนกับการพิจารณาคำร้องในครั้งแรกเช่นกัน

หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ขออนุญาตใช้วิธีการติดตั้ง Pen register เพื่อบันทึกหรือถอดรหัสสารสนเทศเกี่ยวกับการโทรศัพท์ การติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณ ซึ่งมีการส่งโดยใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ส่งตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการติดตั้งอุปกรณ์ Trap and Trace เพื่อบันทึกข้อมูลที่ส่งเข้ามาโดยแสดงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นหมายเลขผู้โทรเข้า หรือการติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณ ซึ่งสามารถระบุถึงแหล่งที่มาของการสื่อสารตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ให้บริการ โดยการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะไม่มีเนื้อหาของ การสื่อสาร จึงเป็นอุปกรณ์ที่เพียงทำให้ทราบเลขหมายที่มีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันเท่านั้น

ซึ่งศาลอาจอนุญาตให้ใช้วิธีการดังกล่าวเป็นระยะเวลา 60 วัน<sup>14</sup> หากเจ้าหน้าที่ต้องการขอขยายระยะเวลา ศาลจะอนุญาตให้ขยายระยะเวลาได้อีกไม่เกิน 60 วัน เช่นเดียวกัน

ประเทศเยอรมนี กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาตรา 10 บัญญัติให้สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร หรือสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ ต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดประเภท ขอบเขต และระยะเวลา โดยต้องระบุถึงเหตุแห่งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้หรือหากกระทำก็เป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควร ซึ่งผู้มีอำนาจในการอนุมัติ คือ เจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือรัฐมนตรีสหพันธรัฐ ซึ่งจะอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน และจะต้องแจ้งการอนุมัติดังกล่าวให้คณะกรรมการสิทธิการทราบเป็นระยะๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง

ส่วนระยะเวลาในการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีนั้น กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาของมาตรการที่จะใช้ โดยระยะเวลายาวนานที่สุดจะต้องไม่เกิน 3 เดือน การขยายระยะเวลาดังกล่าวกระทำได้อีก แต่จะต้องไม่เกิน 3 เดือน

ในประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในรัฐบัญญัติเลขที่ 91 – 646 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม

กรณีที่ใช้มาตรการดักฟังโดยคำสั่งศาลตามบรรพ 1 กำหนดเวลาที่คำสั่งให้ดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันมีผลบังคับได้ไม่เกิน 4 เดือน และขยายออกไปได้ภายใต้แบบและเงื่อนไขดังกล่าวได้อีกไม่เกิน 4 เดือน

การอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงตามบรรพ 2 จะมีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และสิ้นผลบังคับทันทีที่กำหนดเวลา 4 เดือนล่วงหน้าไป อย่างไรก็ตาม การขยายเวลาที่อนุญาตนั้นมีผลบังคับออกไปอีกย่อมกระทำได้อีกภายใต้แบบและเงื่อนไขเดิม แต่ต้องไม่นานเกินกว่า 4 เดือน

---

<sup>14</sup> แผนกอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และทรัพย์สินทางปัญญา, สำนักงานคดีอาญา, กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, 2002 (แปลโดย) สำนักงานอัยการสูงสุด, น.135.

### 3.2.5 กระบวนการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล

ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ที่ตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และอำนาจในการพิจารณาคดี เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนจึงต้องทำหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามิเหตุอันควรวินิจฉัยการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ประกอบกับต้องนำเสนอข้อมูลที่ได้มาโดยการใช้อำนาจดังกล่าวต่อศาลในกระบวนการพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่ง

ดังนั้น การที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายมีการตรวจสอบและถ่วงดุลกันเองและปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ตั้งแต่การขออนุญาตใช้อำนาจการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ย่อมทำให้ศาลพิจารณาเห็นว่าข้อมูลที่นำเสนอต่อศาลน่าเชื่อถือและศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีได้อย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม

การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในแต่ละครั้ง เจ้าหน้าที่สามารถบันทึกข้อมูลข่าวสารที่สื่อสารหรือการสนทนาของบุคคลไว้ได้ทั้งหมด แต่ในทางปฏิบัติจะบันทึกภาพและเสียงเป็นระยะๆ โดยบางจังหวะจะต้องหยุดเทปและกรอกลับเพื่อตัดเสียงที่ไม่จำเป็นต่อการสืบสวนสอบสวนออก วิธีการนี้สามารถลดความเสี่ยงต่อการบันทึกเสียงบทสนทนาส่วนตัว ข้อมูลส่วนตัวหรือไปทำการบันทึกข้อมูลอื่นที่ไม่ได้อยู่ในสำนวนคดีที่ทำคำร้องต่อศาล ซึ่งหากเมื่อนำเทปเช่นนั้นมาเสนอต่อศาล อาจเป็นการที่เจ้าหน้าที่ไปละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกดักฟังก็ได้ ดังนั้น เมื่อมีการบันทึกเสียงเสร็จสิ้นแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถนำมาตัดต่อเทปส่วนที่ไม่จำเป็นในการดำเนินคดีออกได้ และยังสามารถทำสำเนาเทปดังกล่าวเก็บไว้ได้หลายชุด เพื่อนำส่งให้ศาลและพนักงานอัยการพิจารณาต่อไป

กฎหมาย Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเวลาไม่เกิน 30 วัน หากเจ้าหน้าที่มีความจำเป็นจะต้องใช้ระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังเพิ่มเติม จะต้องขออนุญาตต่อศาลเพื่อให้ออกหมายอีกครั้ง และเทปหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ได้ทำการบันทึกไว้สามารถนำมายื่นต่อศาลได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 10 ปี

รัฐบัญญัติเลขที่ 91 - 646 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์โดยคำสั่งศาลไว้ว่า สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องปิดผนึก

และประทับตราผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาสอบสวน และต้องถ่ายการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมที่เป็นประโยชน์แก่การพิสูจน์ความจริงเป็นลายลักษณ์อักษรและรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวน ในกรณีที่มีการติดต่อสื่อสารถึงกันเป็นภาษาต่างประเทศ ให้จัดให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านการแปลจัดทำคำแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส

### 3.2.6 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ในประเทศสหรัฐอเมริกาข้อมูลที่ได้จากมาตรการการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในคณะลูกขุนใหญ่ สำนักงาน พนักงานเจ้าหน้าที่ หน่วยงานที่รักษาระเบียบ คณะกรรมการทางกฎหมายหรือองค์กรอื่นใด หากการเปิดเผยข้อความจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้

หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เปิดเผยข้อความการดักฟังทางโทรศัพท์ได้แก่

1) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายผู้ใดที่ได้รับอนุญาตด้วยวิธีใดๆ ตามลักษณะนี้ ได้ทราบข้อความการสื่อสารทางสาย ทางคำพูดหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังดังกล่าว อาจเปิดเผยข้อความดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายอื่นภายในขอบเขตที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าพนักงานของเจ้าพนักงานซึ่งได้กระทำการเปิดเผยหรือได้รับทราบการเปิดเผยนั้น

2) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายผู้ใดที่ได้รับอนุญาตโดยวิธีใดๆ ตามลักษณะนี้ ได้ทราบข้อความการสื่อสารทางสายทางคำพูดหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังดังกล่าว อาจใช้ข้อความดังกล่าวภายในขอบเขตที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่

3) บุคคลใดๆ ที่ได้รับอนุญาตโดยวิธีใดๆ ตามลักษณะนี้ ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ อาจเปิดเผยข้อความแห่งการสื่อสารดังกล่าว หรือพยานหลักฐานที่ได้มาในขณะที่ทำให้การเป็นพยานภายใต้การสอบสวน หรือปฏิญาณในการพิจารณาโดยหน่วยงานของสหรัฐ หรือมลรัฐ หรือหน่วยงานทางการเมืองของสหรัฐหรือมลรัฐ

4) การดักฟังที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือฝ่าฝืน จะไม่ได้รับความคุ้มครองในการเปิดเผย

อย่างไรก็ตามได้มีหลักยกเว้นหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ 4 หลัก คือ

1) หลัก Standing จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Alderman v. United States ที่พิจารณาว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ จะใช้กับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกระทบสิทธิจากการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรงเท่านั้น

2) หลัก Impeachment จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Harris v. New York ที่พิจารณาว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ อาจนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น มาพิสูจน์หรือหักล้างคำพยานบุคคลอื่นหรือคำให้การปฏิเสธของจำเลยได้

3) หลัก Harmless Error จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Chapman v. California และคดี Arizona v. Goyette ที่วินิจฉัยว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ถ้าเป็นการได้มาโดยมิชอบในข้อรายละเอียดปลีกย่อย พยานหลักฐานนั้นยังรับฟังได้

4) หลัก Good Faith จากแนวคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาในคดี U.S. v. Williams ที่ว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐเชื่อโดยสุจริต (Good Faith) และเหตุอันสมควร (Reasonable Ground) ว่ามีอำนาจกระทำพยานหลักฐานนั้นสามารถรับฟังได้

ในนานาประเทศที่มีการบัญญัติใช้กฎหมายว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น มักจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีการขออนุญาตให้ถูกต้องตามกฎหมายด้วยแล้ว ศาลย่อมจะไม่รับฟังเนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในการสื่อสารของประชาชนไว้ การละเมิดสิทธิดังกล่าวจะกระทำต่อเมื่อมีการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น

เหตุผลในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งมิให้เจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำการเช่นนั้นอีก และแสดงไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล

หากศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบลงโทษจำเลย ก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการลวงละเมิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ด้วยซึ่ง ก็เท่ากับเป็นมาตรการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เพื่อให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ควบคุมเจ้าหน้าที่รัฐ

และเหตุผลในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายประการสุดท้ายก็เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักสำคัญ

### 3.2.7 บทลงโทษในกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดโทษผู้ดักฟังทางโทรศัพท์หรือการเข้าถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยปราศจากอำนาจไว้ใน ประมวลกฎหมายสหรัฐ ภาค 18 มาตรา 2511 (Interception and Disclosure of Wire, Oral, or Electronic Communications)<sup>15</sup> เป็นบทบัญญัติเพื่อลงโทษผู้ที่กระทำการดักเอาและเปิดเผยการสื่อสารไม่ว่าจะเป็นการสื่อสารทางเสียง หรือข้อความที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งบุคคลที่ถูกตัดสินว่าได้ละเมิดกฎหมายมาตรา 2511 อาจถูกลงโทษจำคุก 5 ปี สำหรับการทำความผิดครั้งแรก และในประมวลกฎหมายสหรัฐ ภาค 18 มาตรา 2701 (Unlawful Access to Stored Communication) บัญญัติเกี่ยวกับการเข้าถึงการสื่อสารระหว่างบุคคลโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อลักลอบเอาการสื่อสารที่ได้ถูกเก็บไว้ไปใช้ประโยชน์ และกำหนดให้การได้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การขัดขวาง การเข้าถึงที่ชอบด้วยกฎหมายในสิ่งที่เก็บไว้ในลักษณะที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ เป็นความผิดอาญา

ประเทศเยอรมนีกำหนดบทลงโทษแก่ผู้เปิดเผยความลับ ที่ได้มาจากการดักฟัง การสนทนาทางโทรศัพท์ และความผิดเกี่ยวกับการไม่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการใช้มาตรการดักฟังทางโทรศัพท์ไว้ว่า กรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษทางอาญาและปรับทางปกครอง คือ

<sup>15</sup> นันทิพย์ บุญเกิด, ความรับผิดทางอาญากรณีละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล : ศึกษาเฉพาะกรณีข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์, (สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.56.

1) ในกรณีที่การสื่อสารทางไกลตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนี้ หรือตามมาตรา 100a และ 100b แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ถูกเจ้าหน้าที่รัฐควบคุมตรวจสอบ ข้อเท็จจริงต่างๆ จะถูกควบคุมดูแลจากบุคคลซึ่งเกี่ยวกับการสื่อสารหรือข้อเท็จจริงที่ได้มานั้น ผู้ฝ่าฝืนโดยแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้ผู้อื่นทราบต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ

2) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการสื่อสารและเครื่องมือสื่อสารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการไปรษณีย์ของสหพันธ์ กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังต่อไปนี้ เป็นการกระทำผิดระเบียบในทางปกครอง ต้องระวางโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 300,000 มาร์ค คือ

(1) ไม่แจ้งข่าวสารหรือส่งไปรษณีย์ทันทีให้ หรือไม่ให้ความร่วมมือในการควบคุมดูแลตรวจสอบการสื่อสาร

(2) ไม่ปฏิบัติหรือเตรียมอุปกรณ์การดักฟังให้พร้อม ในการควบคุมตรวจสอบในระดับความลับต่าง ๆ

3) เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนี้ จะต้องให้ความสะดวกกับการปฏิบัติงานของการไปรษณีย์ของสหพันธ์ หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือสื่อสารทางไกลของการบริการสาธารณะ

ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 226 – 1 บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเกี่ยวกับการดักฟังโทรศัพท์โดยบุคคลทั่วไป มีโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 45000 ยูโร<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Penal Code, First Part, Book II, Title II, Chapter VI, Section I, Article 226-1  
Retrieved October 10, 2008, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)