

บทที่ 4

วิเคราะห์ผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานและปัญหาการรับฟังพยานหลักฐาน โดยใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

ความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นความผิดที่แสวงหาพยานหลักฐานได้ยากลำบาก เนื่องจากผู้กระทำความผิดกระทำกันเป็นขบวนการในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม และมักมีการปกปิดซ่อนเร้น แปรสภาพ และทำลายเส้นทางที่เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้เสมอ ถ้าใช้กระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญานั้น อาจไม่ทันการณ์ต่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีได้ ดังนั้น เมื่อมีเหตุจำเป็นอาจต้องใช้มาตรการทางกฎหมายพิเศษ ที่กระบวนการอาจขัดต่อหลักนิติธรรมแต่สนับสนุนนโยบายปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control Policy) เพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดี

4.1 หลักการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตามกฎหมาย

ในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดในทางปฏิบัติของเจ้าพนักงาน กฎหมายให้ใช้มาตรการต่าง ๆ ในการดำเนินการซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญจะปรากฏเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในรูปของกฎหมายลำดับรองที่อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าอำนาจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นอำนาจที่เป็นข้อยกเว้นหรือเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เพื่อให้องค์กรภาครัฐและเจ้าพนักงานสามารถที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ควบคุมอาชญากรรมได้และป้องกันและปราบปรามยาเสพติดได้ ซึ่งภาครัฐจะใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เมื่อปรากฏมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นกับผู้ที่กระทำความผิดตามกฎหมายยาเสพติด หากประชาชนคนทั่วไปที่เป็นผู้บริสุทธิ์มาตรการต่าง ๆ ตามกฎหมายยาเสพติดก็ไม่อาจนำมาใช้ได้ เพราะจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ การล่วงละเมิดกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เจ้าพนักงานหรือองค์กรรัฐต้องรับผิดชอบและต้องรับโทษ

อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติด จะมีอำนาจดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ กับบุคคลใดได้มาตรการทั้งหลายเหล่านั้นต้องเป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ก็ไม่อาจกระทำการนั้น ๆ ได้ กล่าวคือ

1. เจ้าพนักงานยาเสพติดมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายให้อำนาจ
2. การดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ ต้องดำเนินการภายในขอบเขตของกฎหมาย
3. การดำเนินการต้องมีหรือคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

นอกจากนั้นถ้ากระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย เจ้าพนักงานก็อาจมีความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย ตามที่กล่าวมาแล้วว่าการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด การรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมให้ปลอดภัยจากยาเสพติดนั้น การดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เงื่อนไขในการใช้อำนาจอำนาจดังกล่าวจะสามารถนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า

1. บุคคลคนนั้นกระทำความผิดหรือ
2. พยายามกระทำความผิดหรือ
3. เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

เมื่อมีอำนาจแล้วสิ่งที่จะต้องระมัดระวังในการปฏิบัติงานที่สำคัญคือ กรอบการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติดในการปฏิบัติงาน มิใช่ว่ากฎหมายให้อำนาจใช้มาตรการต่าง ๆ ได้แล้วจะทำอะไรก็ได้ทุกอย่าง หากเป็นเช่นนั้นไม่ การปฏิบัติงานจะต้องเคร่งครัดในการใช้ การตีความ และการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมีเงื่อนไขการใช้อำนาจต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตามหลักการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. หลักเหตุอันควร
2. หลักการใช้ดุลพินิจ
3. หลักความยินยอม

1) หลักเหตุอันควร (Probable Cause) หมายถึง ข้อเท็จจริงที่มีมูลเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้ต้องสงสัยใดกระทำความหรือละเว้นกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญา หรือมี

สิ่งของที่ครอบครองไว้เป็นความผิด หรือที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือที่ใช้ในการกระทำความผิดชุกซ่อนอยู่¹

เป็นการที่เจ้าพนักงานต้องทำการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยใช้เหตุผล เช่นเดียวกับวิญญูชนทั่วไป จากข้อเท็จจริงที่ยังไม่ปรากฏความจริงอย่างชัดเจน อันนำไปสู่พยานหลักฐานในกระบวนการสืบสวนและสอบสวนขยายผลต่อไป หลักเหตุอันควรสงสัยเป็นหลักที่สำคัญที่ใช้ตรวจสอบในทางปฏิบัติว่าเจ้าพนักงานของรัฐได้ดำเนินการนั้น ๆ ไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามรูปแบบของรัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐ เจ้าพนักงานของรัฐสามารถปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในสถานการณ์ต่าง ๆ ได้อย่างยืดหยุ่นตามหลักการนี้ เพราะไม่ได้มีกำหนดกรอบและบทนิยามความหมายไว้ ในขณะเดียวกันหลักเหตุอันควรสงสัยนี้ก็หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานของรัฐด้วย กรณีถ้าการดำเนินการของเจ้าพนักงานของรัฐกระทำโดยปราศจากเหตุอันควร ในชั้นศาลก็จะปฏิเสธไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐาน

ในเรื่องนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย และคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานตามมาตรา 33 ดังนั้นวิธีการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานในการสืบสวนหาข้อเท็จจริง จึงเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานที่กระทบต่อสิทธิในชีวิตและร่างกาย เช่น การขอตรวจค้นสารเสพติดโดยอาศัยเหตุอันควรสงสัย การจับ คမ်းขังบุคคล เป็นต้น การคุ้มครองสิทธิตามมาตรา 32 นี้ สอดคล้องกับปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1989 มาตรา 5 อาจกล่าวได้ว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานของเจ้าพนักงานจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อปรากฏเหตุอันควร ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1. เจ้าพนักงานต้องทราบหรือมีข้อมูลอันเป็นข้อเท็จจริงเบื้องต้นที่ทำให้เจ้าพนักงานเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่เพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน และเชื่อว่าบุคคลนั้นมีทรัพย์สิน

¹Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed. (U.S.A.: Thomson,1999), p.1239.

“Probable Cause. 1.Criminal law. A reasonable ground to suspect that a person has committed or is committing a crime or that a place contains specific items connected with a crime. Under the Fourth Amendment. Probable cause-which amounts to more than a bare suspicion but less than evidence that would justify a conviction – must be shown before an arrest warrant or search warrant may be issued.

ในการครอบครองเพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือได้มาจากการกระทำความผิด หรือมีไว้เป็นความผิด การที่เจ้าพนักงานเชื่อโดยสุจริตเป็นความหมายในทางอัตวิสัย (Subjective) ที่เจ้าพนักงานเชื่อว่าเป็นไปได้ที่จะมีทรัพย์สินของผู้นั้นอยู่

2. ต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่วิญญูชนทั่วไปพอจะมองเห็นในความเป็นไปได้ที่จะพบทรัพย์สินของผู้นั้นจากการแสวงหาหลักฐานของเจ้าพนักงาน อันมีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (Objective)

ดังนั้นการพิสูจน์ว่ามี “เหตุอันควร” ต้องแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญทั้งสองประการตามที่กล่าวมาทั้งอัตวิสัยและภาวะวิสัย แสดงให้ปรากฏถึงความเชื่อของเจ้าพนักงานและคนทั่ว ๆ ไป ก็เห็นเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานว่าผู้นั้นมีเหตุอันควรเชื่อเป็นผู้กระทำความผิด เพราะฉะนั้นถ้าเจ้าพนักงานเชื่อโดยสุจริตแต่คนทั่ว ๆ ไป ไม่เชื่อตามก็เรียกว่ายังไม่มีเหตุอันควร การพิสูจน์ต้องกระทำต่อศาลและให้ศาลเห็นตามด้วยว่าจะอะไรเป็นสาเหตุแห่งความเชื่อก็พอ² ไม่ว่าเหตุอันควรสงสัยว่ากระทำความผิดจะเกิดขึ้นก่อนมีการกระทำความผิด ระหว่างมีการกระทำความผิด หรือภายหลังการกระทำความผิด ซึ่งความสงสัยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เจ้าพนักงานว่ามีน้ำหนักเพียงพอที่ศาลจะรับฟังหรือไม่ หลักเหตุอันควรกับความมีเหตุผลเป็นคำที่มีความหมายเหมือนกัน บทบาทหน้าที่ของเจ้าพนักงานต้องการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อทราบรายละเอียดแห่งความผิด ซึ่งเหตุแห่งความเชื่อถือได้ตามหลักเหตุอันควรนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. การมีพยานหลักฐานเพียงพอให้เชื่อ (Mere Evidence)

ข. การมีพยานหลักฐานเชื่อมโยงให้เห็น (Nexus)

ค. ความเป็นไปได้ (Fair Probability) ว่ามีความเป็นไปได้หรือไม่ที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดซึ่งต้องดูเป็นกรณี ๆ ไป

ดังนั้น การพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นมูลที่จะนำมาสนับสนุน “เหตุอันควร” จะต้องคำนึงถึงความน่าเชื่อถือและน้ำหนักของข้อมูลที่ถูกต้องและตรงตามความเป็นจริง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เหตุอันควรสงสัย” ไว้ หากแต่มีปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานความว่า “ข้อเท็จจริงและรายละเอียดแวดล้อมที่เจ้าพนักงานทราบซึ่งได้มาจากข้อมูลที่มีเหตุผลเชื่อถือได้ ในระดับที่วิญญูชนเชื่อว่าการดำเนินการของเจ้าพนักงานผู้นั้น อยู่ในสถานการณ์ที่

² จรินทร์ หะวานนท์, สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น.19-20.

ความผิดได้กระทำลงหรืออยู่ระหว่างกระทำการ โดยผู้ต้องสงสัยได้กระทำ หรือกำลังกระทำ ความผิดนั้นอยู่ ตลอดทั้งทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นอาจถูกค้นพบได้จาก สถานที่หรือตัวบุคคลที่ต้องสงสัย³” ซึ่งใช้เป็นแนวทางวินิจฉัยคดีกรณีความไม่ชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

ในประเทศไทย ไม่ปรากฏกฎหมายที่ให้คำจำกัดความไว้โดยตรงเช่นกัน แต่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 93 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้นบุคคลในที่สาธารณะความว่า

มาตรา 93 ห้ามมิให้ทำการค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด

สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดบทบัญญัติที่บัญญัติให้ใช้หลักเหตุอันควรสงสัยไว้หลายมาตรา ตัวอย่างเช่น ในพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2518 มาตรา 49 พระราชกำหนดป้องกันการใช้สารระเหย พ.ศ. 2533 มาตรา 19 ตามลำดับความว่า

มาตรา 49 ในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ผลิต สถานที่ขาย สถานที่นำเข้า หรือสถานที่เก็บซึ่งวัตถุออกฤทธิ์ ในระหว่างเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบความเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอำนาจนำวัตถุออกฤทธิ์ในปริมาณพอสมควรไปเป็นตัวอย่างเพื่อตรวจสอบหรือในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อาจยึดหรืออายัดวัตถุออกฤทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ตลอดจนภาชนะ หรือหีบห่อบรรจุวัตถุออกฤทธิ์และเอกสารที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี

มาตรา 19 ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ผลิต สถานที่นำเข้า สถานที่ขาย หรือสถานที่เก็บสารระเหยในระหว่างเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชกำหนดนี้ และในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดนี้ อาจยึดสารระเหย ภาชนะบรรจุหรือหีบห่อที่บรรจุสารระเหย หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีได้

การใช้มาตรการต่าง ๆ ตามกฎหมายเจ้าพนักงานจะดำเนินการโดยไม่มีเหตุอันควรสงสัยไม่ได้ เพราะประชาชนทุกคนได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ การดำเนินการใด ๆ ของเจ้าพนักงานจึงต้องปรากฏเหตุอันควรสงสัย

³Carroll v., (United States, 1925), pp. 132, 162.

หลักเหตุอันควร จึงเป็นหลักที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าเจ้าพนักงานได้ปฏิบัติงานไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แม้ว่าการทำงานของเจ้าพนักงานจะได้กระทำไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่การดำเนินการต้องชัดเจนว่ามีเหตุอันควรที่จะเข้าไปดำเนินการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ ซึ่งอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติที่ว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้⁴ ซึ่งเจ้าพนักงานและหรือองค์กรของรัฐอาจต้องถูกฟ้องดำเนินคดีได้ถ้าไม่มีเหตุอันควรที่จะดำเนินการได้

นอกจากตามตัวอย่างที่กล่าวมาแล้ว หลักเหตุอันควร ยังปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดอีกค่อนข้างมาก ยกตัวอย่างเช่นตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 (1) ในเรื่องการเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่เพื่อตรวจค้นหรือในการค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะตามมาตรา 14 (2) อำนาจตรวจหรือทดสอบหรือสั่งให้ได้รับการตรวจสอบหรือทดสอบสารเสพติดที่อยู่ในร่างกาย มาตรา 14 ทวิ หรือในพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 เรื่องการตรวจสอบทรัพย์สิน มาตรา 19 กรณีตามพระราชกำหนดป้องกันการใช้สารระเหย พ.ศ. 2533 ในเรื่องของการเข้าไปในสถานที่ผลิต สถานที่นำเข้า สถานที่จำหน่าย สถานที่เก็บสารระเหยในระหว่างเวลาทำการ ตามมาตรา 19 เป็นต้น

2) หลักการใช้ดุลพินิจ กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติดในการสืบสวนข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดตามกฎหมายยาเสพติดก็ดี การป้องกันและปราบปราม ฯลฯ เป็นการดำเนินการที่สำคัญเพราะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่จึงมีผลที่อาจทำให้เกิดการกระทบกระทั่งกับประชาชนที่ได้รับผลการดำเนินการนั้น

คำว่า “ดุลพินิจ” ของเจ้าพนักงานของรัฐ คือ การใช้สามัญสำนึกภายใต้พฤติการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นบางอย่างโดยเป็นการกระทำที่ไม่ดำเนินการไปตามพิธีการที่เป็นทางการ อันนำมาสู่การให้เจ้าหน้าที่หรืออาจหมายถึงการใช้จิตใจที่ยุติธรรมของเจ้าหน้าที่ที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการทางอาญาในการจะค้นหาผู้กระทำความผิด โดยเป็นการเลือกที่จะบังคับการตามกฎหมาย เมื่อมีการกระทำที่เป็นความผิดอาญาเกิดขึ้น⁵

⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 26.

⁵William G. Doerner, *Introduction to Law Enforcement*, (1992), p. 245.

วัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจ เจ้าพนักงานของรัฐมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือความเสมอภาคและเป็นธรรมต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ดุลพินิจของเจ้าพนักงานจะเป็นผลในการตัดสินใจในการปฏิบัติการต่อเหตุการณ์ที่ต้องเผชิญอยู่ และกฎหมายให้อำนาจไว้ในการตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการนั้น ๆ ซึ่งเจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติดเป็นผู้ที่บังคับใช้กฎหมายตามกฎหมาย มิได้อยู่เหนือกฎหมาย

เหตุที่ต้องให้เจ้าพนักงานต้องใช้ดุลพินิจนั้น สืบเนื่องมาจากความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดตามกฎหมาย ซึ่งมีความรับผิดชอบในบทบาทหน้าที่ที่กว้างขวางในการมาตรการต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้ปลอดภัยจากยาเสพติด อำนาจของเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดมีกว้างขวางในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งในแต่ละสถานการณ์มีความแตกต่างกันไป จึงเป็นสิ่งที่เจ้าพนักงานต้องใช้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาปรับใช้ให้สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายโดยชอบ ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจก่อนที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและยุติธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ซึ่งมาตรการต่าง ๆ ในการป้องกันปราบปรามและแก้ไขยาเสพติดมีกฎหมายออกมาบังคับใช้จำนวนมาก ย่อมเป็นปัญหากับเจ้าหน้าที่ในการที่จะบังคับใช้กฎหมายทุกฉบับได้อย่างมีประสิทธิภาพประสิทธิผลและอย่างถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การมีมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดในเรื่องต่าง ๆ ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 อำนาจการส่งอนุญาตให้ใช้การอำพรางและการครอบครองยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 และ มาตรา 8 เป็นต้น

สภาพงานของการปฏิบัติงานป้องกันปราบปรามและแก้ไขปัญหายาเสพติด กล่าวได้ว่าเป็นงานที่มีอันตราย มีความเสี่ยงสูงทั้งความรับผิดชอบตามกฎหมายและการดำเนินชีวิต จึงเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่เจ้าพนักงานต้องใช้วิจารณญาณอย่างมาก ในการที่ต้องตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น

3) หลักความยินยอม มีหลักการที่สำคัญคือ ต้องยินยอมด้วยความสมัครใจ เกิดขึ้นด้วยความบริสุทธิ์ใจ เต็มใจ ปราศจากการหลอกลวง ช่มชู้ สำคัญผิด ผู้ที่ยินยอมต้องมีความรู้และความเข้าใจในเนื้อหาสาระในสิ่งที่ตนได้ให้ความยินยอมและทราบว่าตนจะได้รับผลอะไรอันเนื่องมาจากความยินยอมนั้น

ความยินยอมถือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่เป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) อันจะทำให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความปกติสุข⁶

คุณธรรมทางกฎหมายมี 2 ประเภทคือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม” (Universalrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) การสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น⁷

การสืบสวนโดยใช้เทคนิคต่าง ๆ เช่น การตรวจค้นตัวบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของชีวิต ร่างกาย จึงมีข้อจำกัดในการสละ โดยต้องได้รับความยินยอมไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸ หลักความยินยอมหรือการสละ (Waiver) สิทธิของตนเองจากการตรวจค้นของเจ้าพนักงานของรัฐ ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แนวคำวินิจฉัยว่า “หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่รโหฐานนั้นให้ความยินยอมอย่างสมัครใจและอย่างเข้าใจ การตรวจค้นโดยไม่มีหมายก็กระทำได้ แม้ไม่มีเหตุฉุกเฉินให้ค้นได้โดยไม่มีหมายก็ตาม”⁹

สำหรับประเทศไทยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่า “หากเจ้าของที่รโหฐานยินยอมให้ทำการค้นที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น หาได้เป็นการค้นที่มีชอบแต่อย่างใดไม่ ซึ่งทำให้พยานหลักฐานจากการค้นนั้นรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”¹⁰

มาตรการสืบค้นข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด โดยการใช้เทคนิควิธีการต่าง ๆ เช่น การใช้สายลับ การล่อให้กระทำความผิด การอำพราง หรือการตรวจค้นบุคคล ซึ่งวิธีการต่าง ๆ ทำเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานเป็นการกระทำที่อาจถือได้ว่าได้มีการยินยอมแล้วหรือไม่ ซึ่งหากถือว่าการใช้เทคนิควิธีการสืบสวนนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองประชาชนต้องให้ความยินยอม กรณีก็ทำให้ทราบตัวผู้กระทำ

⁶ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2543), น.94.

⁷ เฟิงอ๋าง, น.176.

⁸ เฟิงอ๋าง, น.177-178.

⁹ คดี Schneckloth v. Bustamonte, (U.S., 1973), p, 218. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “การสละสิทธิตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, น. 31, (2548).

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1164/2546.

ความผิดหรือต้องสงสัยว่าจะกระทำความผิด เพื่อมีการจับกุมผู้ต้องสงสัยและไปสู่ขั้นตอนการสอบสวนคดีอาญาต่อไป

อย่างไรก็ดี วิธีปฏิบัติในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานในการสืบสวนหาพยานหลักฐานตามกฎหมายยาเสพติดก็ดี หรือเจ้าพนักงานตำรวจในการสืบสวนทั่วไปก็ดี จะต้องทำอย่างไรบ้างนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นขั้นเป็นตอนอย่างแน่นอน เพียงแต่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจสืบสวนข้อเท็จจริงเอาไว้เท่านั้น กรณีการปฏิบัติการสืบสวนตามมาตราต่าง ๆ ของกฎหมายยาเสพติดทั้งหลาย เจ้าพนักงานยาเสพติดก็ได้รับอำนาจดำเนินการเป็นไปตาม พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ออกมาให้อำนาจนั้น ๆ เช่นเดียวกับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17 ความว่า “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจทำการสืบสวนคดีอาญา” ไว้เท่านั้น กรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นดุลพินิจในการเริ่มทำการสืบสวนหรือใช้มาตรการต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติดในขณะใด ก็ย่อมทำได้ตามความประสงค์ อย่างเหมาะสมและตามความจำเป็น

การสืบสวนเป็นวิธีการเฉพาะเจ้าพนักงานผู้ทำหน้าที่สืบสวน ซึ่งเน้นหนักไปในด้านวิธีปฏิบัติมากกว่ากฎหมาย¹¹ โดยมีขั้นตอนและวิธีการหลายรูปแบบ เช่น การออกหาข่าว การปลอมตัว การใช้สายลับ การเฝ้าจุดสะกดรอย การใช้นักต่อล่อผู้กระทำความผิดให้ปรากฏตัว ตลอดจนทั้งใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ใช้ในการดักฟัง กล้องถ่ายภาพ วีดีโอถ่ายภาพ เป็นต้น ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิง ภาไชย ได้อธิบายถึงเหตุที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตายตัวในเรื่องการสืบสวนเพราะว่า การสืบสวนจะไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใด ๆ ซึ่งแตกต่างกับการสอบสวน¹² แต่ทัศนะเช่นนี้ยังฟังไม่ได้ประจักษ์ชัด เพราะการสืบสวนเป็นคำที่กว้างมากและมีเทคนิค วิธีการหลายประการต่าง ๆ กัน การค้นเพื่อหา ยาเสพติดบนบ้านราษฎรเป็นการสืบสวนอย่างหนึ่งและกระทบต่อเสรีภาพของเจ้าของบ้านเรือนที่ถูกค้น การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ดักฟังโดยใช้วิธีต่อเข้ากับสายโทรศัพท์ของราษฎรเพื่อตรวจสอบว่าราษฎรนั้นเตรียมกระทำการอันผิดกฎหมายหรือไม่ก็กระทบต่อเสรีภาพในการพูด และการอยู่อาศัยโดยปกติสุขของราษฎรผู้ถูกดักฟัง ดังนั้นการที่จะกล่าวว่าการสืบสวนไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงน่าจะเป็นการกล่าวที่ไม่ชัดแจ้ง เหตุผลน่าจะ

¹¹ สุนีย์ มัลลิกะมาสย์, “สิทธิของผู้ต้องหาคดีอาญาในระหว่างสืบสวนและสอบสวน,” (วิทยานิพนธ์ภาคปริชาตินิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), น. 41.

¹² คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), น.42.

กล่าวได้ว่า การสืบสวนเป็นการปฏิบัติของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่สืบสวน ซึ่งใช้เทคนิควิธีการปฏิบัติการ การสืบสวนจะกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนประการใด ก็อาจใช้หลักกฎหมายที่วางมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดำเนินการกับเจ้าพนักงานผู้กระทำการนั้น เช่น ทางแพ่ง มีกรณีกระทำละเมิดซึ่งผู้ถูกละเมิดมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ทางอาญามีกรณีเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 ของประมวลกฎหมายอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิทางกฎหมายดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานเหล่านั้นได้ กฎหมายจะกำหนดให้เป็นเรื่องของทางปฏิบัติแต่การไม่กำหนดกฎหมายไว้ไว้ในกฎหมายก็อาจจะกลายเป็นผลร้ายต่อเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการสืบสวนคดีอาญา เพราะเจ้าพนักงานขาดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ ขณะเดียวกันก็ขีดเส้นแบ่งว่า การสืบสวนได้ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันจะเป็นความผิด หรือการสอบสวนใดกระทำไปโดยพอสมควรแก่กรณี และไม่เป็นความผิดทั้งทางอาญาและทางแพ่ง

4.2 ผลกระทบจากการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

4.2.1 การอำพรางตัว

การอำพรางตัว เป็นวิธีการที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางจะเข้าไปแฝงตัวอยู่ในกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมซึ่งเป็นการเข้าไปเป็นสมาชิก โดยการยอมรับของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมจะทำให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นผู้ที่มีสิทธิในการเข้าออกเคหสถานได้ สำหรับการล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารในองค์กรอาชญากรรมหรือเครือข่าย มีดังนี้

1) การล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารในหน้าที่

การที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ใดขององค์กรอาชญากรรมหรือเครือข่ายเป็นการมอบหมายงานเฉพาะส่วนที่ต้องกระทำ เพราะมีการแบ่งแยกหน้าที่ของแต่ละคนเด็ดขาดจากกัน บุคคลหนึ่งจะไม่ทราบหน้าที่ของอีกคนหนึ่ง ซึ่งเป็นการล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารตามที่ตนรู้มาตามหน้าที่เท่านั้น

2) การล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารจากการสืบสวน

การล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารจากการสืบสวน โดยอาศัยโอกาสที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมหรือเครือข่าย ดำเนินการใช้เครื่องมืออุปกรณ์พิเศษเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารที่มีการปกปิดเป็นความลับ ตามอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลในองค์กรหรือเครือข่ายตามระดับชั้น

ไม่ว่าจะมีการล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างใดก็ตามข้อ 1) และ 2) ก็ตาม การเข้าไปอยู่เป็นสมาชิกย่อมถือว่าเป็นการเข้าไปโดยชอบ (มีสิทธิ) แล้ว ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกับสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในเคสสถานกับสิทธิของประชาชนโดยการปฏิบัติการอำพรางย่อมไม่อาจเทียบกันได้ การปฏิบัติการอำพราง จึงไม่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สำคัญของการปฏิบัติการอำพรางคือ การเข้าไปแฝงตัวร่วมในกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมเป็นการกระทำความผิดอาญาหรือไม่

1. การเข้าไปร่วมของเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่กำหนดให้ปฏิบัติการอำพรางนั้น มีการกระทำเพื่อเข้าไปร่วมเป็นสมาชิกของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมโดยให้เกิดการยอมรับและความเชื่อถือว่า ตนเป็นสมาชิก ซึ่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม

2. การกระทำในข้อ 1. นั้น เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม โดยการรวบรวมพยานหลักฐานให้กับผู้ควบคุม ทั้งนี้เพื่อการสืบสวนพฤติการณ์แวดล้อมประการอื่นตามที่ได้ข้อมูลข่าวสาร

3. การสั่งการของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางปฏิบัติการนั้นอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการคือ

1) การสั่งการให้เป็นผู้มีหน้าที่ต่าง ๆ ของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม ซึ่งต้องเข้าร่วมในการประชุมหรือช่วยเหลือ เป็นความผิดฐานซ่อนใจ อย่างไรก็ตาม ผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทำความผิด เพราะเจตนาตั้งแต่แรกมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบสวนให้ได้ข้อมูลข่าวสารของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น การมีส่วนร่วมในกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมเป็นผลของการกระทำตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งการได้รับมอบหมายเช่นนี้ถือว่า ได้รับความไว้วางใจในการปฏิบัติการอำพรางเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเชิงลึกย่อมสมประโยชน์ของการปฏิบัติการอำพราง

2) การสั่งการให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางปฏิบัติการผิดกฎหมายนอกจากกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม เช่น สั่งการให้เป็นผู้ลำเลียงเฮโรอีน 10 กิโลกรัมไปส่งให้กับลูกค้า หรือการสั่งให้ไปฆ่านาย ก เพื่อพิสูจน์ว่าไม่ได้เป็นสายลับของเจ้าหน้าที่ หรือสั่งให้นำหญิงและเด็กเดินทางไปส่งที่ในต่างประเทศก่อนที่จะรับเข้าเป็นสมาชิกเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม เป็นต้น

ในกรณีนี้ ผู้ปฏิบัติการอำพรางดำเนินการลงมือกระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมาแล้ว คงต้องพิจารณาว่า ผู้ปฏิบัติการอำพรางมีเจตนาหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก แต่หาก

มีการกระทำที่บรรลุผลแล้ว จะอ้างว่า ไม่มีเจตนา ก็ไม่มีเหตุผลที่จะรับฟังได้ ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับกลุ่มเครือข่ายและองค์กรอาชญากรรม การปฏิบัติการจึงมีขอบเขตตามที่ถูกกำหนดไว้ การปฏิบัติการนอกจากขอบข่ายจึงถือว่าเป็นการปฏิบัติการนอกเหนือคำสั่ง ซึ่งผู้ปฏิบัติการอำพรางต้องรับผิดชอบส่วนตัว คือ รับผิดชอบในผลของการกระทำที่กระทำไป

ในอดีตที่ผ่านมา การปฏิบัติการอำพราง หากมีการจับกุมกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม ผู้ปฏิบัติการอำพรางย่อมไม่สามารถต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญาได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครอง เหตุการณ์ลักษณะทำนองนี้จะเกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานอื่นมาจับกุม และไม่ทราบว่ามีบุคคลที่เป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางอยู่ หากผู้จับกุมไม่ดำเนินคดีย่อมผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ สำหรับในการจับกุมโดยหน่วยที่ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางก็มักจะปล่อยผู้ปฏิบัติการอำพรางให้หลบหนีไป หรือแจ้งว่าไม่อยู่ในสถานที่ที่มีการจับกุม ซึ่งเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการดำเนินการ

การปฏิบัติการอำพรางจึงนับว่ามีความเสี่ยงมากอยู่พอสมควร ซึ่งการจะเข้าไปล่วงรู้ความลับของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมก็ไม่สามารถกระทำได้โดยง่าย ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครอง การปราบปรามจะให้ผลสัมฤทธิ์ผลย่อมเป็นอุปสรรคตามมา จึงมีความจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การนำมาตรการอำพรางมาใช้เป็นมาตรการที่ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ แต่กลับเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของเจ้าพนักงานปฏิบัติการอำพราง เนื่องจากตัวเขาต้องไปปฏิบัติการเสี่ยงอันตรายเพื่อให้ได้ข่าว โดยการไปคลุกตัวอยู่กับอาชญากร การอำพรางเป็นมาตรการที่ใช้ในการสืบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด อันเป็นวิธีการที่สืบสาวไปถึงผู้กระทำความผิดรายย่อยและผู้กระทำความผิดรายใหญ่ ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้วิธีนี้ ดังนั้น มาตรการอำพรางจึงเป็นมาตรการที่ประเทศไทยสามารถนำมาใช้ได้ ในฐานะที่เป็นมาตรการหนึ่งที่ส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปรามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามหลักควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ข้อดีของมาตรการนี้ช่วยในการสืบสวนข้อเท็จจริงและดำเนินการกับผู้กระทำความผิดรายย่อยและรายใหญ่อีกมาตรการหนึ่ง แต่ก็มีข้อเสีย คือ มีผลกระทบต่ตัวเจ้าพนักงานหรือสายลับ

4.2.2 การใช้มาตรการส่งมอบภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery)

ในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะในคดียาเสพติด พยานหลักฐานสำคัญที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นตัวยาเสพติด ทรัพย์สินอื่นใดที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิด หรืออาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการเชื่อมโยงความสัมพันธ์การกระทำที่เกี่ยวข้อง ถือว่าเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่จะนำมาพิสูจน์ถึงการกระทำความผิด ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวนี้ง่ายต่อการที่ผู้กระทำความผิดจะทำลาย โยกย้าย ซุกซ่อนหรือทำให้เปลี่ยนไปจากสภาพเดิม เพื่อปกปิดการกระทำความผิด ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับวิธีการสืบสวน รวบรวมหลักฐาน โดยวิธีพิเศษเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในการสืบสวน ตรวจค้น จับกุม อีกทั้งการใช้วิธีการสืบสวนโดยวิธีพิเศษในการสืบสวนขยายผลไปถึงตัวนายทุน ผู้บงการ และผู้ร่วมกระทำความผิดอื่น ๆ¹³

การจัดส่งภายใต้การควบคุมเป็นการดำเนินการสืบสวนเพื่อให้ล่วงรู้ถึงผู้รับสิ่งของต้องห้ามปลายทางและผู้ดำเนินการจัดส่งสิ่งของต้องห้ามให้แก่ผู้รับปลายทาง โดยการควบคุมสิ่งของต้องห้ามโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจและได้รับอนุญาตให้ดำเนินการ¹⁴ ซึ่งผู้รับปลายทางเป็นผู้ที่ต้องการสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมาย จึงไม่เป็นการลักลอบหรือการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่

1. กรณีเจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่นเป็นผู้ถือสิ่งของต้องห้าม

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่นยินยอมปฏิบัติการภายใต้การควบคุมซึ่งต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจในการดำเนินการ

1) กรณียาเสพติด การอนุญาตให้ดำเนินการต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งควรต้องระบุถึงบุคคลที่มีอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติการในครั้งนั้น สถานที่จุดหมายปลายทางที่ยาเสพติดจะส่งไปถึง รวมทั้งการนำยาเสพติดกลับมาและรายงานให้รัฐมนตรีว่าการสาธารณสุขทราบ

¹³ ชาติชาย สุทธิกลม, “การบังคับใช้กฎหมายคดียาเสพติด : ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข,” (วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2549), น. 47-48.

¹⁴ กรณียาเสพติดการจัดส่งภายใต้การควบคุมต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการสาธารณสุขและเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการเท่านั้น ส่วนสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมายอื่นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้กระทำได้

การดำเนินการในลักษณะนี้ การนำยาเสพติดจะต้องมีการรับยาเสพติดจากผู้ที่ต้องการส่งยาเสพติดไปยังต่างประเทศซึ่งเป็นจุดหมายปลายทางแก่บุคคลตามที่กำหนดไว้ การที่ผู้ปฏิบัติการเข้าไปยังสถานหรือสถานที่ส่วนตัว (ห้องพักในโรงแรม) ของผู้ส่งยาเสพติด ย่อมถือว่าการเข้าไปโดยความยินยอมของผู้นั่นเอง และเมื่อมีการจัดส่งยาเสพติดให้แก่ผู้รับโดยเข้าไปในสถานหรือสถานที่ส่วนตัว (โรงงาน ห้องพักในโรงแรม) ก็เป็นการเข้าไปโดยความยินยอมเช่นเดียวกัน

ดังนั้น ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่า พยานหลักฐานที่ได้รับมาไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจรับฟังได้ และเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ตามขอบเขตของรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้

2) กรณีสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมายประเภทอื่น ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมายนี้ ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ ความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่จะเป็นการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ได้ให้กระทำได้ ความรับผิดชอบตกแก่เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติการ

2. กรณีบุคคลอื่นเป็นผู้ถือสิ่งของต้องห้าม

เป็นกรณีที่ให้สายลับเป็นผู้ถือสิ่งของต้องห้าม เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมมาก่อน ซึ่งการใช้สายลับประเภทนี้ จะต้องมีการควบคุมอย่างใกล้ชิดเพื่อป้องกัน มิให้สิ่งของต้องห้ามสูญหายในระหว่างที่สายลับเป็นผู้ถือสิ่งของต้องห้ามในการปฏิบัติการนี้ สายลับจะต้องเป็นผู้ที่ไว้วางใจได้และยินยอมที่จะปฏิบัติการดังกล่าว

การปฏิบัติการที่ต้องถูกควบคุมนั้น จะถือว่าเป็นการกระทบกับสิทธิเสรีภาพในร่างกายหรือไม่ กรณีเป็นยาเสพติดย่อมจะสามารถกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งยอมให้มีการใช้วิธีการจัดส่งภายใต้การควบคุมได้ กรณีเป็นสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมายประเภทอื่น ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น การใช้สายลับในกรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3. กรณีที่ใช้ผู้กระทำความผิดและถูกจับให้ถือสิ่งของต้องห้าม

เมื่อมีการจับกุมผู้กระทำความผิด การที่จะให้บุคคลนั้นร่วมดำเนินการในการจัดส่งภายใต้การควบคุม จะต้องได้รับความยินยอมที่จะช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติการเท่านั้น เพราะการไม่ได้รับความยินยอมย่อมถือว่าการบังคับขู่เข็ญ ซึ่งจะทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

สำหรับประเทศไทยการนำผู้กระทำความผิดไปดำเนินการเป็นผู้จัดส่งโดยการควบคุมนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดให้กระทำได้ เนื่องจากขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการจับ คุมขังต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งระยะเวลาการควบคุมตัวได้เพียง 24 ชั่วโมง หากมีกรณีจำเป็นควบคุมได้ไม่เกิน 3 วัน ซึ่งต้องนำผู้ถูกจับฝากขังต่อศาล ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ดำเนินการย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองเพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้

มาตรการ Controlled Delivery เป็นมาตรการเพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในการสืบสวน ตรวจค้น จับกุม อีกทั้งการใช้วิธีการสืบสวนโดยวิธีพิเศษในการสืบสวนขยายตัวไปถึงตัวนายทุน ผู้บงการ และผู้ร่วมกระทำความผิดอื่น ๆ ซึ่งอาจใช้ระยะเวลาเกินไปกว่าที่กฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะ หากเป็นการลักลอบลำเลียงยาเสพติดออกนอกราชอาณาจักรหรือที่เป็นเครือข่ายการค้ายาเสพติดระหว่างประเทศ การสืบสวนเพื่อทำการขยายผลของเจ้าหน้าที่อาจต้องใช้ระยะเวลาในการควบคุมตัวเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งอาจถือว่าเป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี การบัญญัติให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็น อีกทั้งคดียาเสพติดร้ายสำคัญนั้น การที่พนักงานอัยการได้มีส่วนร่วมในการให้คำแนะนำการวางแผนทางการสืบสวน การรวบรวมพยานสำคัญ จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการรวบรวมพยานหลักฐานให้มีน้ำหนัก มีความสมบูรณ์ และพนักงานอัยการยังได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงรายละเอียดพฤติการณ์แห่งคดี เพื่อให้การนำเสนอพยานหลักฐานสู่การพิจารณาของศาลอย่างเป็นระบบรวดเร็วและเป็นธรรม เหตุดังกล่าวจึงทำให้มาตรการ Controlled Delivery เข้าข่ายยกเว้นการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery) เป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ในเรื่องสิทธิในการเดินทาง และสิทธิส่วนตัวในข้อมูลข่าวสาร แต่เป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้ได้เนื่องจากเป็นการส่งเสริมนโยบายปราบปรามอาชญากรรม ดังนั้น การที่เจ้าพนักงาน ป.ป.ส. จะใช้มาตรการติดตามยาเสพติดแต่ละครั้งจะต้องกระทำให้ถูกต้องตามขั้นตอน อันได้แก่ การต้องมีเหตุอันพึงสันนิษฐานไว้ได้ว่าผู้นั้นกระทำการเคลื่อนไหวเกี่ยวกับยาเสพติดจริง (Pre-Disposition) และต้องขอหมายจากศาลทุกครั้งที่ปฏิบัติการ

ข้อดีของมาตรการนี้ทำให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าถึงเส้นทางและข้อมูลของการกระทำความผิด เพื่อเป็นประโยชน์ในการสาวถึงต้นตอหรือตัวการรายใหญ่ในการกระทำความผิด

4.2.3 การดักฟังการกระทำความผิด (Wiretapping)

การดักฟังการกระทำความผิดเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการเก็บข้อมูลหรือหาเบาะแสจากการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบใหม่ โดยเฉพาะอาชญากรรมที่อาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยีเข้าช่วย เช่น เครื่องมือสื่อสารหรือคอมพิวเตอร์ออนไลน์ ทำให้การประสานงานในการประกอบอาชญากรรมทำได้รวดเร็วขึ้น และก่อให้เกิดร่องรอยของการประกอบอาชญากรรมน้อยลง ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติงานเพื่อหาเบาะแสในการกระทำความผิดได้ยากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ เพื่อที่จะให้การทำงานของเจ้าหน้าที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เจ้าหน้าที่จะต้องมีเครื่องมือเครื่องใช้ในการดักจับข้อมูลจากการกระทำความผิดบนเทคโนโลยีเหล่านั้นให้ทันต่อความก้าวหน้าของอาชญากรรม

อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าหน้าที่เลือกใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดกับบุคคลหรือองค์กร ย่อมเป็นการละเมิดเสรีภาพของบุคคลโดยตรง ดังนั้น การใช้มาตรการนี้จะต้องให้ด้วยความระมัดระวัง และจะต้องเป็นไปเพื่อแสวงหาเบาะแสหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเท่านั้นเช่นเดียวกับการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด การที่จะดักฟังการกระทำความผิดแต่ละครั้งจะต้องมี Probable Cause หรือเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลสองฝ่ายได้มีการติดต่อสื่อสารเพื่อประโยชน์จากการกระทำความผิด ไม่ใช่ไปดักฟังใครได้ตามใจชอบ

สำหรับขั้นตอนการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดของไทย แม้จะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดแนวทางในการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้จากการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด แต่ในปัจจุบันนี้เจ้าหน้าที่ของไทยได้มาตรการนี้อยู่บ่อยครั้ง เนื่องจากส่วนใหญ่ความเคลื่อนไหวในการกระทำความผิดจะไม่กระทำโดยโจ่งแจ้ง และมักจะกระทำอย่างลับมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในการนี้เครื่องมือสื่อสารจะเป็นประโยชน์มากในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้กระทำความผิด ยิ่งเครื่องมือสื่อสารใช้เทคโนโลยีที่สูงมากเท่าใด เจ้าหน้าที่ก็จะสามารถตรวจจับการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้กระทำความผิดได้ยากเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายของต่างประเทศจึงได้รับรองการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด เพื่อให้ความสามารถของเจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงการกระทำความผิดมีมากยิ่งขึ้น โดยจะออกเป็นมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับ Electronic

Surveillance หรือมาตรการบังคับที่ใช้กับสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ทุกประเภท โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรงได้แก่ Digital Telephony Act และแนวโน้มของศาลต่างประเทศในปัจจุบันจะยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟังของเจ้าหน้าที่มากขึ้น เท่าที่มาตรการนี้ได้ถูกใช้อย่างสุจริตและไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของสังคมโดยรวม

สำหรับองค์ประกอบของการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ มีดังต่อไปนี้

(1.) มีเหตุอันควรเชื่อ (Probable Cause) ว่ามีการติดต่อสื่อสารเพื่อการประกอบอาชญากรรมเช่นนั้นจริง

(2.) การจะใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ณ ที่ใด จะต้องทำการขออนุญาตจากศาลก่อน การดักฟังโดยไม่ขออำนาจศาลอาจเป็นการดักฟังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

(3.) ห้ามมิให้มาตรการดักฟังเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากที่ระบุไว้ในคำขอต่อศาล

เนื่องจากได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 จัตวา เพื่อให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการในการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งเป็นที่มาของการใช้มาตรการการดักฟังการกระทำความผิดในคดีเกี่ยวกับยาเสพติดนั่นเอง

แนวทางของการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลของการกระทำความผิด อยู่ในมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545¹⁵ กล่าวคือเพื่อการป้องกันและปราบปรามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เข้าไปในสถานที่เพื่อค้นตัวบุคคล จับกุมหรือสอบสวนบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และในมาตรา 14 จัตวา ได้กำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร ไม่ว่าทางไปรษณีย์ ทางโทรศัพท์ โทรสาร เครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายสารสนเทศอื่น ที่อาจถูกใช้เพื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด (Wiretapping) และมาตรานี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดไว้ว่า เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำการขออนุญาตต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อใช้มาตรการดักฟัง และต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

¹⁵ มาตรการเข้าถึงข้อมูลในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนี้ ได้รับการเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2545 มาตรา 9.

ก. เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ข. เมื่อมีเหตุควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ค. ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

และเมื่อต้องการเปลี่ยนเงื่อนไขของมาตรการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีเปลี่ยนไป ให้เจ้าหน้าที่แจ้งเรื่องในอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ได้สั่งไว้แล้วได้ตามสมควร เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินคดี

ปัจจุบันได้มีระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ว่าด้วยการได้มาและการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสาร เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดยาเสพติดดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น โดยข้อมูลข่าวสารในความหมายของระเบียบนี้ ได้แก่ เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่ออื่นเจ้าพนักงานได้ดำเนินการเพื่อให้ได้มาตามคำสั่งของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา

ในการขออนุญาตต่อศาลเพื่อใช้มาตรการนี้ จะต้องทำคำขออนุมัติเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยแสดงให้เห็นถึงเหตุจำเป็นและเหตุที่ทำให้เชื่อว่าเป็นพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด นอกจากนั้น จะต้องระบุวิธีการที่จำเป็นในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เช่น เอกสาร เสียงภาพ แผนภูมิ ระบบแสดงตำแหน่งของเครื่องมือ ระบบโทรคมนาคม ระบบทะเบียน ผู้เช่าและผู้ใช้รวมถึงระยะเวลาที่ใช้ในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ส่วนค่าใช้จ่ายในการดำเนินเข้าถึงข้อมูล หน่วยงานที่ใช้มาตรการนี้จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หมายถึงบรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่ราษฎรในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อกระทำการต่าง ๆ ไปในทางที่พัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจตามที่เขาปรารถนา รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ 2 ลักษณะ คือ

1) การบัญญัติรับรอง และให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ไว้โดยไม่มีการเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ เป็นสิทธิและเสรีภาพเต็มบริบูรณ์ปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัด

2) การรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ไว้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ ส่วนรวมที่เราเรียกว่าประโยชน์มหาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนอื่นในทางใดทางหนึ่ง¹⁶

เสรีภาพประการอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญล้วนแล้วแต่เป็นเสรีภาพในการกระทำทั้งสิ้น (Freedom of action) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในโลกภายนอกตัวเรา เพราะฉะนั้นการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ล้วนแล้วแต่กระทบต่อส่วนรวม หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นได้ไม่มากนักน้อย เพราะฉะนั้นสำหรับเสรีภาพในการกระทำรัฐไม่อาจจะรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรได้อย่างปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ รัฐจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน เพื่อป้องกันไม่ให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ กระทบต่อความสงบเรียบร้อยภายใน หรือป้องกันไม่ให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น รัฐมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎรได้ เสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย มีตรงกัน วิธีการป้องกันไม่ให้รัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจคือการสถาปนา “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” ขึ้นในแผ่นดิน¹⁷

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนั้นหมายความว่า รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ต้องละเว้นจากการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร¹⁸

การลักลอบดักฟังการสนทนาของผู้อื่นทางโทรศัพท์และการแอบอัดเทปการสนทนานั้นลงไปในเทปเป็นเสมือนผู้ผลิตเทปเพลง เป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยเฉพาะของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการสื่อสารเป็นเพียงแง่มุมหนึ่งหรือด้านหนึ่งของสิ่งที่ใหญ่กว่านั้น สิ่งนั้นคือสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือที่เรียกว่า Right of privacy ซึ่งแสดง

¹⁶วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์,” ใน หนังสือรวมบทความและสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร, จัดพิมพ์โดยสำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงาน ป.ป.ส. กองนิติการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2543), น.67.

¹⁷เฟิงอ๋าง, น. 68.

¹⁸เฟิงอ๋าง, น. 68.

ออกมาเป็นรูปธรรม¹⁹ ในพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528 มาตรา 4 ให้อำนาจให้พนักงานข่าวกรองแห่งชาติมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสารและการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน

ซึ่งการข่าวกรองทางการสื่อสารหมายความว่า การใช้เทคนิคและการดำเนินกรรมวิธีทางเครื่องมือสื่อสารด้วยการดักฟัง ดักจับฟังการติดต่อสื่อสารทางสัญญาณวิทยุ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวซึ่งเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของต่างชาติหรือองค์กรการก่อการร้ายอันอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งชาติให้อำนาจดักฟังการสื่อสารระหว่างบุคคลผ่านทางสัญญาณวิทยุ ไม่ใช่ทางโทรศัพท์ วิทยุกับโทรศัพท์ที่ไม่เหมือนกัน²⁰ จะเห็นว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจที่จะทำการดักฟังทางโทรศัพท์ได้และมีผลกระทบถึงความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา²¹

การใช้อำนาจของรัฐในการสืบสวนคดีอาญานี้หลักนิติรัฐจึงมีความจำเป็น เพื่อการแสวงหาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ การดักฟังโทรศัพท์เป็นวิธีการหนึ่งซึ่งจะเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดีจะต้องทำในกรอบของกฎหมาย ที่กฎหมายอนุญาตให้ทำเท่านั้น การดักฟังกับการอัดเทปข้อความที่มาจากตรงแตกต่างกัน การดักฟังนั้นเป็นบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สนทนาของเราที่ผิดกฎหมายด้วย ส่วนการอัดเทปข้อความที่มาจากตรงนั้นถือว่าเป็นวิธีการรับฟังบางประการ ไม่ต่างกับการที่ส่งจดหมายมาให้เรา จดหมายฉบับนั้นเป็นหลักฐานในคดีได้ ซึ่งแน่นอนโดยหลักทั่วไปแล้วการเปิดเผยข้อความในจดหมายเป็นผิดหรือไม่ แต่ถ้าเขากระทำความผิดต่อเรา เราใช้เป็นพยานหลักฐานที่จะเอาความผิดต่อคนที่ส่งข้อความนั้น รัฐธรรมนูญของเราได้เปิดโอกาสเอาไว้ให้ว่าถ้ามีเหตุจำเป็น 3 อย่างเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ²²

¹⁹ เฟิงอ๋าง, น. 69.

²⁰ เฟิงอ๋าง, น. 70-71.

²¹ ณรงค์ ใจหาญ, “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์,” ใน หนังสือรวมบทความและสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร, จัดพิมพ์ โดย สำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงาน ป.ป.ส. กองนิติการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2543), น. 72.

²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์,” ใน หนังสือรวมบทความและสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร, จัดพิมพ์โดย สำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงาน ป.ป.ส. กองนิติการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2543), น. 73-75.

ข้อความที่ดักฟังนั้นคงเอาไปเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลไม่ได้ เพราะว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 เขียนไว้ชัด ไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง²³

กฎหมายที่อนุญาตให้เจ้าพนักงานสามารถละเมิดเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลได้ ต้องเป็นกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญ 2 ประการด้วยกัน จึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁴

ประการที่ 1 คือ ต้องใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานมาลงโทษบุคคลสำหรับความผิดที่มีโทษอุกฉกรรจ์เท่านั้น ไม่ใช่ความผิดโทษที่ดักฟังได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการค้าของผิดกฎหมายต่าง ๆ เช่น ขงหนีภาษี ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง เช่น องค์กร ก่อการร้าย แต่ไม่รวมถึงความผิดที่มีโทษเล็ก ๆ น้อย ๆ การลักลอบดักฟังในตัวเอง เป็นสิ่งชั่วร้าย ต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น จึงจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวม คือ การปราบปรามอาชญากรรมกับประโยชน์ของประชาชนที่ต้องเสียหาย ประโยชน์ส่วนรวมที่ได้ น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เอกชนได้รับ กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ถูกละเมิดความได้สัดส่วน

ประการที่ 2 มาตรการควบคุมเจ้าหน้าที่ที่สามารถไปลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ ให้รัดกุม

การไปดักฟังทางโทรศัพท์ ไม่ได้เอาคำพูดที่ทราบมาไปเป็นพยานหลักฐาน แต่เป็นกรณีที่ได้เบาะแสจากคำสนทนานั้น และจากเบาะแสนี้จึงตามไปเจอพยานหลักฐานจริง ๆ เช่น ไปเจอเอกสารจริง ๆ ได้ไปพบใครสักคนหนึ่ง แล้วส่อเค้าเป็นพยาน เขาเล่ามา ตรงที่ได้ฟังมาจากทางโทรศัพท์หรือได้พบวัตถุพยานอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกฎหมายอังกฤษเรียกว่า consequential evidence ในสหรัฐฯ กลับเรียกว่า Fruit of poisonous tree ซึ่งในอังกฤษกับอเมริกาขัดแย้งกันอยู่ ในอเมริกาโดยหลักเขาตัดไม่เอาความผิด แต่ในอังกฤษกลับถือว่ามีความผิดในตัว ไม่ได้เกิดขึ้นโดยมิชอบ คือมีอยู่โดยชอบแล้ว เพียงแต่ว่าการกระทำโดยมิชอบนั้นเพียงแต่ให้ได้ความ เพื่อนำเจ้าหน้าที่ไปถึงพยานหลักฐานเท่านั้น แล้วโดยหลักเขาให้รับฟัง เว้นแต่ศาลจะเห็นว่ารับฟังแล้วจะทำให้มีผลเสีย มีผลร้ายต่อกระบวนการยุติธรรมมากกว่าปกติ ศาลก็มีดุลพินิจที่จะตัดออกไป ความจำเป็นของการปราบปรามอาชญากรรมบ้านเรา ยังอยากจะเลือกเดินไปในทิศทางของแบบของอังกฤษมากกว่าของสหรัฐฯ โดยถือว่าประการแรก ถือว่าตัวเราที่ได้ดักฟังไม่ได้เอาไปใช้ เราเอาเป็นเพียงความรู้และตามไปรวบรวมพยานหลักฐานได้ ถูกละเมิดของอเมริกาแล้วเรา

²³ เพิ่งอ้าง, น. 77.

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว วรรคที่ 16, น. 79.

จะปราบปรามอาชญากรรมนั้นได้ยากมาก แต่ถ้าใช้หลักของอังกฤษ โดยหลักเราต้องแยกคิด ส่วนที่เราทำผิด การดักฟังผิดก็ไปลงโทษเจ้าหน้าที่ที่ดักฟัง ส่วนเรื่องที่จะเอามาใช้เป็น พยานหลักฐานได้หรือไม่ ดูเป็นกรณี ๆ ไป มีกฎหมายคนละฉบับ²⁵

การดักฟัง ซึ่งเป็นมาตรการภายใต้มาตรา 14 จัดว่าดังกล่าวดูถือได้ว่าเป็นการขยาย อำนาจการทำงานของคณะกรรมการฯ และเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ในการแสวงหาพยานหลักฐาน เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและข้อมูลของผู้กระทำความผิด โดยการใช้ มาตรการพิเศษทางอาญา ที่อาจขัดต่อหลักนิติธรรมตามวิธีพิจารณาความอาญา แต่สนับสนุน หลักการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Policy) ในกรณีที่วิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน ตามปกติที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่สามารถใช้ได้ผล เจ้าพนักงาน ป.ป.ส. อาจจะต้องใช้มาตรการพิเศษทางอาญาอันได้แก่ มาตรการดักข้อมูล (Wiretapping) เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จำเป็นในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพราะในคดี ยาเสพติด มีการปกปิดซ่อนเร้นพยานหลักฐานและข้อมูลส่วนบุคคลทำให้เจ้าหน้าที่แสวงหา พยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้ยากลำบาก ดังนั้น เมื่อพบว่าสามารถใช้ข้อมูลจาก สื่อสารสนเทศ ไม่ว่าจะเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต เครือข่ายการสื่อสาร อย่างเช่น โทรศัพท์และโทรสาร กฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานสามารถทำคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดี ผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อขอให้เครื่องมือดังกล่าวในการดักฟังข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำ ความผิด บทบัญญัติในมาตรานี้จึงขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 36²⁶

ผู้เขียนเห็นว่า การดักฟังนั้นกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในการสื่อสาร ของผู้ถูกดักฟัง แต่เป็นมาตรการที่จำเป็นต้องใช้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปราม ยาเสพติด ซึ่งการใช้ต้องขออนุญาต โดยกำหนดเหตุผลในการใช้รวมถึงเครื่องมือและวิธีการดัก ฟังด้วย พร้อมทั้งเหตุอันควรสันนิษฐานก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งเท่าที่ปฏิบัติมาเจ้า พนักงาณ ป.ป.ส. มีการทำคำขอให้ใช้มาตรการการดักฟังได้มีการขออนุญาตการใช้อย่างถูกต้อง จึงเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

²⁵จรัญ ภักดีธนากุล, “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์,”ใน หนังสือรวมบทความ และสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร, จัดพิมพ์ โดย สำนักงานกฤษฎีกา สำนั กงาน ป.ป.ส. กองนิติการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2543), น. 85.

²⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36.

ข้อดีของการใช้มาตรการนี้คือเป็นมาตรการที่สามารถสืบสวนขยายผลทางคดียาเสพติดได้ค่อนข้างดีและเท่าทันกับการดำเนินการของผู้กระทำความผิด

ความเห็นของนักกฎหมายทั่วไป เกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ²⁷ จากผลการสัมภาษณ์ เจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ตำรวจปราบปรามยาเสพติดและทนายความ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษไว้ดังนี้

1) การล่อซื้อและการอำพราง (Undercover) การนำมาตรการอำพรางมาใช้หากปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องและด้วยความสุจริตแล้ว เห็นเป็นมาตรการที่ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ แต่กลับเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของพนักงานผู้ปฏิบัติการอำพรางเนื่องจากตัวเขาต้องไปปฏิบัติการเสี่ยงอันตรายเพื่อให้ได้ข่าวโดยการไปแฝงตัวอยู่กับอาชญากร อาจถูกจับกุมเพราะความเข้าใจผิด หรือสายลับกลับคำเบิกความเป็นพยานให้จำเลยเวลาขึ้นศาล หรือบางกรณีสายลับที่เป็นเจ้าพนักงานเข้าไปแฝงตัวกับกลุ่มผู้ค้ายานาน ๆ จนกลายเป็นผู้ช่วยติดยาหรือกลายเป็นผู้ร่วมขบวนการค้ายาไปด้วย ดังนั้นในการปฏิบัติจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบที่เคร่งครัด

กรณีการล่อซื้อแยกลำบาก ว่าอะไรเป็นเหตุอันควรเชื่อ ต้องดูพยานหลักฐานประกอบด้วย การขอหมายศาลในกรณีเหตุอันควรเชื่อ เป็นการยากลำบาก จึงต้องมีหลักฐานประกอบด้วย

2) การส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery) เป็นมาตรการในการที่เจ้าพนักงาน จะใช้แสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดจากเบาะแสของเส้นทางการลำเลียง หรือของสถานที่ผลิตหรือจำหน่ายยาเสพติด เพื่อให้ได้พยานหลักฐานมาประกอบเหตุในการออกหมายจับ หรือประกอบเหตุอันควรสันนิษฐานก่อนว่าผู้นั้นกระทำความผิด มาตรการนี้จึงไม่น่ากระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยตรง และถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสืบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่ดั้งเดิมอยู่แล้ว เนื่องจากคำว่าสืบสวนเป็นคำกว้าง ๆ วิธีการ Controlled Delivery ได้ถูกยกระดับมาเป็นมาตราในบทบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์ในด้านการเป็นเครื่องมือที่ชัดเจน

²⁷ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการวิจัย”เรื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กับผลกระทบด้านกฎหมายในการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด”เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2552 โรงแรมมิราเคิลแกรนด์ กรุงเทพมหานคร, น.166.

ให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อที่จะให้เกิดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อควบคุมอาชญากรรม ขณะเดียวกันก็เป็นกฎหมายเพื่อควบคุมเจ้าหน้าที่กันเองเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจได้

3) การดักฟัง (Wiretapping) เป็นอำนาจที่กระทบสิทธิของประชาชน แต่เป็นมาตรการที่จำเป็นต้องใช้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และการใช้มาตรการดักฟังหรือดักจับข้อมูลด้วยวิธีการใด ๆ ต้องขออนุญาต โดยกำหนดเหตุผลในการใช้ รวมถึงเครื่องมือและวิธีการดักฟังด้วย พร้อมทั้งเหตุอันควรสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิด

จากความเห็นของนักกฎหมายทั่วไปนั้น สรุปได้ว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษในคดีอาชญากรรมนั้นเป็นวิธีการที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดี ถึงแม้จะมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนอยู่บ้างก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็มีกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานไว้

อย่างไรก็ดี แม้ผู้เขียนจะสนับสนุนให้มีการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษในการแสวงหาพยานหลักฐานก็ได้หมายความว่า เป็นการลดระดับในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนลงไปแล้วอย่างใด หากแต่หลักการในแนวความคิดของการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยมิชอบยังคงต้องถือเป็นหลักสำคัญที่มาเป็นอันดับแรกอยู่เสมอ กล่าวคือ การที่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้เทคนิควิธีการพิเศษตามที่กล่าวมาในการแสวงหาพยานหลักฐานนี้มีได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องที่รองจากการป้องกันควบคุมอาชญากรรม หากแต่เจตนารมณ์ของการมีบัญญัติกฎหมายดังกล่าวออกมาก็เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกันควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดความเหมาะสมไม่เหินห่างเกินไป โดยการนำเอาหลักคุณค่าของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นต่างหากนั่นเอง

4.3 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

4.3.1 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางโดยการเข้าไปแฝงตัวในกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรมนั้น การได้ข้อมูลข่าวสารก็จะใช้เพียงว่า “สายลับที่ปิดนามแจ้งข่าวว่า” หรือ “ผู้ปกปิดนามประสงค์ขอรับเงินรางวัลแจ้งว่า” ข่าวสารในลักษณะนี้เป็นลักษณะเบื้องต้นเพื่อทราบพฤติการณ์ของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม การดำเนินการจึงต้องมีการสืบสวนด้วยวิธีประการอื่นด้วย เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารยืนยันและให้มีความสอดคล้องตรงกัน มิฉะนั้นจะเป็นข้อมูลข่าวสารที่เลื่อนลอยไม่ปรากฏพยานหลักฐานยืนยัน

ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่า การปฏิบัติการอำพรางไม่อาจรวบรวมพยานหลักฐานได้ทั้งหมด แต่ต้องใช้วิธีการสืบสวนอื่นในการรวบรวมพยานหลักฐาน แต่ก็ไม่ใช่จะไม่มีประโยชน์ เพราะข้อมูลข่าวสารที่ได้รับเป็นข้อมูลที่ยืนยันถึงสถานที่กระทำผิด บุคคล สิ่งของที่ผิดกฎหมาย การคุ้มกันของสมาชิกกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม การสั่งการที่เป็นระบบ และการแบ่งหน้าที่กันทำ ทำให้การสืบสวนด้วยวิธีการอื่นกระทำได้อย่างถูกต้อง มีทิศทาง และตรงตามเป้าหมาย

การปฏิบัติการอำพรางในบางครั้ง ผู้ปฏิบัติการอำพรางต้องดำเนินการสืบสวนในหลายสถานะเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารยืนยันการกระทำความผิดของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม โดยต้องใช้วิธีการดักฟัง การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ติดตั้งตามสถานที่ยานพาหนะ ห้องต่าง ๆ เพื่อให้มีการส่งข้อมูลไปยังศูนย์ควบคุมการปฏิบัติการ ในกรณีนี้ การรับฟังพยานหลักฐานของศาลคงต้องรอดูว่า หากมีการเสนอพยานหลักฐานในแนวทางนี้ ศาลจะมีมุมมองอย่างไร

การดำเนินคดียาเสพติดในอดีตที่ผ่านมา ยังไม่มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการเช่นนี้โดยชัดเจน เนื่องจากที่ผ่านมายังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ มุมมองของศาลอาจจะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยก็ได้ เพราะผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดคนหนึ่งในการได้พยานหลักฐานมา ดังนั้นหากการมีนำผู้ปฏิบัติการอำพรางมาเป็นพยานบุคคลเบิกความยืนยันศาลโดยถือเป็นประจักษ์พยานศาลก็จะรับฟังก็เป็นได้

การรับพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางนั้น ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 วรรค 5 ได้กำหนดว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้จากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรา 11 ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

เสมือนเป็นการกำหนดเงื่อนไขว่าหากการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานได้ขออนุญาตถูกต้องตามมาตรานี้แล้ว พยานหลักฐานที่ได้มาให้รับฟังได้ ทำให้เจ้าพนักงานอาจเข้าใจได้ว่าการกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางสามารถรับฟังได้ทุกกรณี

จากหลักการรับฟังพยานหลักฐานในมาตรา 226 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ว่าพยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่จะเห็นได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางย่อมเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังได้ จึงเสมือนเป็นการยกเว้นของมาตรา 226 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แต่หากพิจารณาความหมายของการอำพรางแล้วจะเห็นว่ามิใช่แต่เพียงการหลอกลวงของพนักงานเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะ เพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน ซึ่งอาจมีปัญหว่าการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวจะลวงเลยเป็นการก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งจะมีผลทำให้การปฏิบัติการอำพรางนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการอำพรางสามารถรับฟังได้หรือไม่

กรณีดังกล่าวมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ของสหรัฐอเมริกา โดยในคดีของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ระหว่าง Sherman v. United State (1958) ได้วางหลักของการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ว่า คือการล่อลวงให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดสนใจหรือตกลงใจหรือจะตกลงใจจะกระทำความผิดให้กระทำความผิดเพื่อจุดประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับบุคคลนั้น

รวมถึงแนวคำพิพากษาฎีกาของไทย ศาลจะยอมรับวิธีการล่อซื้อ เว้นแต่การล่อซื้อนั้นจะถึงกับเป็นการชักชวนคนที่ไม่เจตนากระทำความผิดเลยให้กระทำความผิด เช่น นาย ก. ไม่เคยมีเจตนาจะขายเฮโรอีนมาก่อนเลย แต่มีตำรวจมาเคาะยันคะยอให้ไปช่วยหาเฮโรอีนมาให้โดยจะจ่ายราคาให้อย่างงามจนนาย ก. ทนไม่ไหว เพราะอยากได้เงินจึงไปหาเฮโรอีนมาให้ ถือว่าการกระทำของนายแดงเกิดจากการถูกล่อให้กระทำความผิด นาย ก. ไม่ต้องรับโทษ²⁸

มีความเห็นว่า ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีเจตนาจะกระทำความผิดเรื่องนั้นอยู่ก่อนแล้ว หรือว่ามีพฤติการณ์กระทำความผิดเรื่องนั้นอยู่ก่อนแล้ว แต่เจ้าพนักงานของรัฐหรือผู้เสียหายไม่มีพยานหลักฐานดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้

²⁸ จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 2 , พิมพ์ครั้งที่ 4

ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในระหว่างการปฏิบัติการอันเป็นการนอกเหนือจากเรื่องอำนาจที่ตนได้สร้างขึ้น และการปฏิบัติการอำนาจนั้นจะต้องไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) คือ เจ้าพนักงานต้องไม่เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นโดยที่ผู้กระทำความผิดมิได้มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนเลย โดยมีจุดประสงค์เพื่อจะดำเนินคดีกับบุคคลนั้น และทั้งนี้ในระหว่างการปฏิบัติการอำนาจของเจ้าพนักงานจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพื่อให้ละเมิดต่อกฎหมายน้อยที่สุดตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างการควบคุมอาชญากรรมและหลักนิติธรรม มิฉะนั้นกรณีต่าง ๆ ดังกล่าว ศาลอาจจะเห็นว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบได้ ซึ่งมีผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาไม่อาจรับฟังได้ในชั้นศาลตามมาตรา 226 และนอกจากนี้ เจ้าพนักงานยังอาจถูกดำเนินคดีอาญาในกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้อีกด้วย

4.3.2. การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการจัดส่งภายใต้การควบคุม

การรับพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำนาจนั้น ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 วรรค 5 ได้กำหนดว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้จากการอำนาจของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” ดังนั้นหากมีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมพยานหลักฐานที่ได้มาก็สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

จากความหมายของการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุม ตามมาตรา 8 วรรค 3 หมายถึง การครอบครองชั่วคราวซึ่งยาเสพติดเพื่อส่งต่อแก่ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ คำสั่ง หรือการสะกดรอยติดตามของเจ้าพนักงาน ทั้งนี้ การส่งต่อนั้นให้รวมถึงการนำเข้าหรือส่งออกเพื่อการส่งต่อในหรือนอกราชอาณาจักรด้วย

ดังนั้นการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้จากการจัดส่งภายใต้การควบคุม จึงต้องมีข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีระหว่างประเทศในการให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือ การสืบสวน และการได้รับพยานหลักฐานโดยมีผู้ประสานงานกลาง³⁰ ในการประสานความร่วมมือภายใต้หลักต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

³⁰หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเส้นทางอาญา พ.ศ. 2535.

(1) การจัดส่งภายใต้การควบคุมจากต้นทางต่างประเทศมายังปลายทางประเทศไทย

การรวบรวมพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ในต่างประเทศได้จากการสืบสวน จนกระทั่งมีการผ่านเข้ามาในประเทศไทย การใช้ประโยชน์ต้องมีการประสานความร่วมมือไปยังประเทศนั้น โดยให้มีการสืบพยานหลักฐานจากประเทศนั้น และส่งพยานหลักฐานที่ศาลประเทศนั้นได้มา ส่งมาใช้ประโยชน์ในประเทศไทย

ส่วนการรับฟังพยานหลักฐานที่มีการจัดส่งภายใต้การควบคุมเมื่อผ่านเข้าเขตแดนของประเทศไทย เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในประเทศไทย เป็นผู้รับผิดชอบในการสืบสวนเกี่ยวกับพฤติการณ์ของคดีที่เกิดขึ้นทั้งหมด ภายหลังจากได้มีการจัดส่งให้กับผู้รับในประเทศไทยและจับกุมได้ พยานหลักฐานในส่วนนี้ ก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามวิธีพิจารณาความและการรับฟังพยานหลักฐาน

สำหรับการรับฟังที่ได้จากการสืบพยานในต่างประเทศ ก็เป็นพยานหลักฐานส่วนหนึ่งให้เห็นพฤติการณ์และความสัมพันธ์ของการกระทำความผิดของกลุ่มเครือข่ายในต่างประเทศเพื่อประกอบการพิจารณา

อย่างไรก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้จากการสืบพยานทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ บางครั้งก็ต้องมีการนำพยานบุคคลที่เป็นผู้ควบคุมการจัดส่งมาเบิกความประกอบยืนยันการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายในเขตแดนของประเทศตน เพื่อให้มีความสัมพันธ์กับพยานหลักฐานหลังจากที่มีการผ่านแดนเข้าไปอีกประเทศหนึ่ง

การดำเนินคดีในกรณีวิธีการจัดส่งภายใต้การควบคุม พยานหลักฐานของประเทศต้นทางและปลายทางต้องถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานด้วยกัน เนื่องจากจะมีการจับกุมของกลุ่มเครือข่ายที่มีการส่งสิ่งของต้องห้ามเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งกลุ่มเครือข่ายในต่างประเทศ ก็จะถูกดำเนินคดีในฐานะกระทำการสมคบกระทำความผิด หรือในความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาชญากรรม ส่วนกลุ่มเครือข่ายในประเทศไทยก็จะถูกดำเนินคดีในความผิดที่กระทำในราชอาณาจักร ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้จากการพิจารณาพิพากษาคดี ก็สามารถนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในต่างประเทศหรือในประเทศไทยได้ ตามการร้องขอความช่วยเหลือและความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ ในหลักเกณฑ์ของข้อตกลงทวิภาคีและพหุภาคี

(2) การจัดส่งภายใต้การควบคุมจากต้นทางประเทศไทยไปยังปลายทางต่างประเทศ

การรวบรวมพยานหลักฐานจะมีลักษณะเดียวกันกับข้อ (1) แต่เป็นนัยกลับกัน ซึ่งวิธีการทำนองนี้ การดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานเช่นในกรณียาเสพติดจะเป็นการดำเนินคดีในลักษณะข้อหาสมคบกระทำความผิดและมีการจับกุมก่อนในประเทศไทย โดยผู้นำยาเสพติดมาจัดส่งให้เจ้าหน้าที่อำเภอหรือบุคคลที่ถูกกำหนดให้เป็นผู้ถือยาเสพติดโดยเจ้าหน้าที่ควบคุม จะถูกดำเนินคดีก่อน ส่วนยาเสพติดก็จะดำเนินการให้มีการส่งออกผ่านจากประเทศไทยไปยังปลายทาง

การประสานงานกับเจ้าหน้าที่ในต่างประเทศ หลังจากที่มีการควบคุมยาเสพติดจากประเทศไทยไปยังต่างประเทศแล้ว ตัวบุคคลที่ถือยาเสพติดอาจต้องเป็นผู้ที่ดำเนินการถือยาเสพติดไปจัดส่งให้กับผู้ซื้อในต่างประเทศ โดยเจ้าหน้าที่ในต่างประเทศควบคุมการปฏิบัติการทั้งหมด ซึ่งเจ้าหน้าที่ของประเทศไทยที่ควบคุมยาเสพติดตั้งแต่แรกต้องให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการภายในต่างประเทศทั้งหมด แต่ภายใต้ข้อจำกัดของการใช้อำนาจในต่างประเทศด้วย

พยานหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนทั้งในประเทศไทยจะนำไปใช้เป็นพยานหลักฐาน ในต่างประเทศ ซึ่งเจ้าหน้าที่ประเทศไทยต้องนำพยานหลักฐานที่ได้รับไปใช้พิจารณาในต่างประเทศโดยต้องเบิกความประกอบหลักฐานที่ได้รับ ปกติจะมีเจ้าหน้าที่ของต่างประเทศเข้าร่วมดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนแรก การเบิกความประกอบหลักฐานก็จะต้องสอดคล้องต้องกันกับเจ้าหน้าที่ของไทย ซึ่งรับฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษได้

4.3.3 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากดักฟัง

สำหรับการดักฟังข้อมูลข่าวสารที่ไม่ใช่เกี่ยวกับความผิดยาเสพติด การขออนุมัติและการอนุญาตก็ไม่สามารถกระทำได้ มีประเด็นปัญหา คือ หากมีการอนุญาตให้ดักฟังในเรื่องความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้ว และมีข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังเป็นการกระทำความผิดประเภทอื่นนอกจากความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจากการดักฟังนั้น สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษกลุ่มอาชญากรรมที่กระทำผิดประเภทอื่นหรือไม่ มีข้อพิจารณาในการนำข้อมูลข่าวสารไปใช้ประโยชน์ได้ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจำกัดเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พยานหลักฐานที่ได้รับ จึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ เนื่องจากกฎหมายนี้เป็นกฎหมายอาญา จึงต้องตีความตามถ้อยคำตามตัวอักษรการตีความในทางขยายความจึงไม่สามารถกระทำได้นอกจากนั้นข้อมูลข่าวสารที่ได้รับก็ไม่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐาน

ในศาลได้ เพราะจะถือว่าเป็นการได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบ เนื่องจากเป็นความผิดอื่นที่มีได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ความเห็นที่สอง เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเป็นความสำคัญหลักในการดำรงอยู่อย่างสงบสุขของสังคมและประชาชน แม้ว่า ข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจากการเข้าถึงข้อมูลแม้จะไม่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด แต่เป็นอาชญากรรมประเภทอื่นก็ตาม ข้อมูลข่าวสารที่ได้รับมาก็ถือว่าเป็นมาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้นกลุ่มเครือข่ายอาชญากรรมมิได้มีการดำเนินการเฉพาะเรื่องยาเสพติดอย่างเดียว อาจมีการดำเนินการประเภทอื่น เช่น การค้ามนุษย์และเด็ก การลักลอบค้าอาวุธ การก่อการร้าย การลักลอบขนส่งสิ่งของผิดกฎหมาย การฟอกเงิน หรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งหากข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจำกัดเพียงยาเสพติด การดำเนินการเพื่อปราบปรามอาชญากรรมของกลุ่มเครือข่ายและองค์กรอาชญากรรมก็จะกระทำไม่ได้ ดังนั้น การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ได้รับหากไม่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด ก็สามารถนำข้อมูลข่าวสารที่ได้รับมาใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดีและรับฟังเป็นพยานหลักฐานในศาลได้

การที่รัฐดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เป็นวิธีการสืบสวนสอบสวนประเภทหนึ่ง เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนำมาพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด เพราะจากสภาพของคดีบางประเภทการหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการปกติไม่อาจกระทำได้ หรือกระทำไปได้โดยยากลำบากและไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้พยานหลักฐานนั้นพิสูจน์ความผิดได้ หากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขั้นตอนทางกฎหมายแล้ว การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้มาก็เป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมาย (legal obtained evidence) ส่งผลให้เป็นพยานหลักฐานที่ศาลได้ฟังได้ แต่ถ้าวการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำความดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำจะมีความผิด และพยานหลักฐานที่ได้มาก็เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (illegal obtained evidence)³¹

การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ที่มีชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ รับฟังได้หรือไม่ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ³²

³¹ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข, “การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543), น. 61.

³² เพิ่งอ้าง, น. 62.

1) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ

บทบัญญัติที่เป็นบทบังคับหมายถึง บทบัญญัติที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยเฉพาะ การที่จะก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้อย่างได้เงื่อนไขความจำเป็นบางประการเท่านั้น เช่น การจับหรือการค้นจะกระทำได้เมื่อมีหมายจับหรือหมายค้น เป็นต้น

2) บทบัญญัติที่เป็นข้อปฏิบัติหมายถึง บทบัญญัติที่กล่าวถึงรายละเอียดของวิธีปฏิบัติ ซึ่งมีใช่เป็นการก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยตรง เช่น การจับจะต้องให้ผู้ถูกจับรู้ว่าเขาถูกจับแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 หรือในการค้นเจ้าพนักงาน ผู้ค้นจะจับต้องบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นและทำบัญชีสิ่งของที่ค้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103 เป็นต้น

การแบ่งประเภทพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เกี่ยวข้องกับประเด็นขอบเขตของการรับฟังพยานหลักฐานว่าจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างไร เพราะพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ หากเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่เป็นลักษณะบังคับจะมีผลให้ไม่สามารถรับฟังเข้าสู่สำนวนได้เพราะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติซึ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น เจ้าพนักงานผู้ดักฟังไม่ลงลายมือชื่อบนตลับเทปที่ดักฟังก็ต้องถือว่าเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับเท่านั้น พยานหลักฐานดังกล่าวก็สามารถรับฟังเข้าสู่สำนวนได้

พยานวัตถุเป็นพยานหลักฐานชนิดหนึ่งในการวินิจฉัยเพื่อพิสูจน์ความจริงตามข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความ ส่วนน้ำหนักของพยานวัตถุก็เป็นไปตามรูปเรื่องของคดี³³

คำพิพากษาฎีกาที่ 1828/2534 แถบบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุ แต่เสียงในแถบบันทึกเสียงที่จำเลยอ้างว่าเป็นเสียงโจทก์นั้น จำเลยมีตัวจำเลยเพียงปากเดียวเบิกความเป็นเสียงของโจทก์ที่พูดได้ตอบกับจำเลยโดยจำเลยไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุนให้น่าเชื่อว่าเป็นเสียงของโจทก์ โจทก์ปฏิเสธว่าเสียงในแถบบันทึกเสียงไม่มีเสียงของโจทก์และโจทก์ไม่ได้พูดได้ตอบกับจำเลยดังที่ปรากฏในเอกสารที่จำเลยอ้างว่าถอดจากแถบบันทึกเสียง จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์เคยพูดได้ตอบกับจำเลยตามเสียงที่บันทึกไว้ในแถบบันทึกเสียง

สิ่งของบางอย่างมีผลคาบเกี่ยวกันระหว่างการเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์บันทึกข้อมูลซึ่งเป็นข้อความในภาษาลงในแผ่นดิสก์ ซึ่งเป็นวัตถุชนิดหนึ่ง

³³ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รัชดา, 2536), น. 266.

เมื่อนำแผ่นดิสก์นั้น เข้าเล่นกับเครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องคอมพิวเตอร์จะพิมพ์ข้อความที่บันทึกนั้น ออกมาเป็นรูปภาพสิ่งที่พิมพ์ออกมาเรียกว่า Printout ดังนั้นจึงมีปัญหาในการอ้างส่งเป็น พยานหลักฐานว่าจะส่งอะไรได้บ้างและเมื่ออ้างส่งแล้วจะเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร³⁴

กฎหมายต่างประเทศเช่น Federal Rules of Evidence ของสหรัฐอเมริกา ได้แก้ไข กฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องพยานเอกสารใหม่ โดยได้นำหลักเกณฑ์การอ้างเอกสารเป็นพยาน มาใช้บังคับกับภาพถ่าย ภาพวีดิทัศน์ ภาพจากการบันทึกวิดีโอ ภาพยนตร์ ภาพเอกซเรย์ สิ่งที่เป็น Printout จากเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ดังนั้น กฎเกณฑ์ว่าด้วยการส่งต้นฉบับ (The Best Evidence Rule ของคอมมอนลอว์) และการอ้างรับรองเอกสาร (Authentication) ต้องนำมาใช้กับ พยานประเภทภาพถ่ายและ Printout เหล่านี้ด้วย³⁵

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานเอกสารและพยานวัตถุต่างกันและเนื่องจากความเจริญ ทางเทคโนโลยี เทปบันทึกเสียงจึงเข้ามามีบทบาทในคดีด้วย เมื่อเช่นนี้จึงมีปัญหาว่า เทปบันทึกเสียงจะตกอยู่ภายใต้บังคับกฎเกณฑ์ของพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ เนื่องจาก เทปบันทึกเสียงขาดลักษณะลายลักษณ์อักษรและไม่สามารถอ่านได้โดยตรงพิจารณาเพียงเท่านั้น เทปบันทึกเสียงจึงมิใช่เอกสาร แต่แม้จะมีใช่เอกสาร แต่บางท่านมีความเห็นอนุโลมใช้บทบัญญัติ เรื่องพยานเอกสารในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่เห็นว่า เทปบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุเพราะสิ่งที่บันทึกในเทปนั้นลบหรือปลอมได้ง่ายหรือจะเล่นทับ เสียเลยก็ได้ ซึ่งไม่เหมือนกับเอกสาร ซึ่งค่อนข้างมีความแน่นอนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอกสาร อาจถูกจับได้โดยง่าย³⁶

เกี่ยวกับเทปบันทึกเสียงนี้ยังมีปัญหาต่อไปอีกว่า การนำเทปบันทึกเสียงเข้าสู่ กระบวนพิจารณานั้นด้วยความประสงค์ที่จะยืนยันข้อเท็จจริงอะไรกล่าวคือ เพื่อยืนยันเรื่องราวที่ พูดเช่น กรณีการเอาตัวบุคคลไปเพื่อเรียกค่าไถ่หรือเพื่อยืนยันพฤติการณ์อื่น ๆ เช่น ผู้พูด พูดภาษาไทยชัดหรือไม่³⁷

³⁴ เฟิงอ้าง, น. 268.

³⁵ เฟิงอ้าง, น. 268.

³⁶ คณิ่ง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: มปท), น. 101.

³⁷ เฟิงอ้าง, น. 101.

นอกจากนี้ปัญหาเรื่องเทปบันทึกเสียงยังเลยไปถึงการได้มาอีกด้วยว่าชอบหรือไม่ ในกรณีที่มีการแอบบันทึกเสียงกัน³⁸ มีข้อพิจารณาคือ

ประการแรก ข้อห้ามในเรื่องพยานหลักฐานการห้ามสืบพยานหลักฐานโดยวิธีการ อันมิชอบคือ การห้ามทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง หรือขู่เข็ญ หรือให้สัญญา กับผู้ถูกกล่าวหาเพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้องหา นั้น (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 135, 172)

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดในเรื่องข้อห้าม เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 135 นั้น ย่อมไม่มีปัญหาอะไร พยานหลักฐานที่ได้รับนั้นย่อมรับฟังไม่ได้โดย สิ้นเชิง (มาตรา 226) แต่ในกรณีอื่น ๆ ที่กฎหมายมิได้กล่าวไว้ชัด ยังมีการถกเถียงกัน และได้มีการ เสนอให้พิจารณาโดยแยกสิทธิต่าง ๆ ที่ถูกละเมิดนั้นว่าเป็นสิทธิมูลฐานที่สำคัญหรือไม่ หรือว่าเป็น สิทธิที่รองลงมา หรือว่าเป็นเรื่องที่ปราศจากความสำคัญโดยสิ้นเชิง ซึ่งในการพิจารณาแยกแยะ สิทธินี้จะต้องคำนึงถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ส่วนได้เสียต่าง ๆ ว่าฝ่ายไหนถูกระทบ มากน้อยกว่ากันเป็นต้นว่า การไม่เตือนผู้ต้องหาว่าถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การใช้ยืนยันผู้ต้องหา ในชั้นศาลได้นั้น ถือว่าเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิมูลฐานที่สำคัญพยานหลักฐานที่ได้มาจึงรับฟังไม่ได้ (ฎีกาที่ 769/2482, 1304/2482, 57/2498)³⁹

ประการที่สอง จากหลักผลไม้มงคุดไม่เป็นพิษ ตามหลักนี้ถือว่า กรณีใดที่เป็นกรณี พยานหลักฐานห้ามรับฟังแล้วผลของการนั้นต่อ ๆ มาที่ได้มาโดยทางอ้อมจะเสียไปทั้งนั้น หลักนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอเมริกาถือเคร่งครัดมาก เป็นหลักที่เรียกกันว่า “fruit of the poisonous tree doctrine” อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาเราไม่ได้เดินไกลถึงขนาดนั้น (ฎีกาที่ 143/2487)⁴⁰ โดยในศาลอเมริกาได้วางหลักไว้แน่นอนว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ รับฟังไม่ได้ โดยให้เหตุผลว่า เมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้ว พยานนั้นก็ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้มงคุดเกิดจากต้นไม้มงคุดเป็นพิษ ผลนั้นย่อมมี พิษร้ายด้วย ถ้าศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้แล้ว ย่อมส่งเสริมให้ตำรวจใช้วิธีการ นอกกฎหมายแสวงหาพยานหลักฐานมาประกอบคดีซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง⁴¹

³⁸ เฟิงอ้วง, น. 101.

³⁹ เฟิงอ้วง, น. 83.

⁴⁰ เฟิงอ้วง, น.83-84.

⁴¹ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2543), น. 251-252.

คำพิพากษาฎีกาที่ 4674/2543 การที่จำเลยอ้างส่งเทปบันทึกเสียงซึ่งบันทึกการสนทนาระหว่างโจทก์และจำเลยพร้อมเอกสารที่ถอนข้อความบันทึกการสนทนาเป็นพยานหลักฐานนั้น นับเป็นพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่จำเลยจะนำสืบในประเด็นเรื่องการใช้เงินแม่โจทก์จะไม่ทราบว่ามี การบันทึกเสียงไว้ก็ตาม แต่เมื่อเสียงที่ปรากฏเป็นเสียงของโจทก์จริง และการบันทึกเสียงดังกล่าวเกิดจากการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นคู่สนทนายอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บันทึกเสียงไว้เอง ซึ่งโดยปกติจำเลยย่อมมีสิทธิที่จะเบิกความอ้างถึงการสนทนาในครั้งนั้นได้อยู่แล้ว จึงไม่ถือว่าเทปบันทึกเสียงและเอกสารที่ถอนข้อความนั้นเป็นการบันทึกถ้อยคำซึ่งเกิดจากการกระทำโดยมิชอบอันจะต้องมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 243 วรรคสอง⁴²

คำพิพากษาฎีกาที่ 1014/2540 ข้อความตามเทปบันทึกเสียงของผู้ตายก็รับฟังไม่ได้ว่าเป็นคำกล่าวของผู้ถูกทำร้ายก่อนตาย⁴³

คำพิพากษาฎีกาที่ 1332/2537 จำเลยที่ 2 ฎีกาว่า ศาลรับฟังเทปบันทึกเสียงของจำเลยที่ 1 ที่ผู้เสียหายอัดเสียงไว้จากการสนทนาเรียกเงินกันทางโทรศัพท์และได้ถอดเทปเป็นตัวอักษร เป็นพยานหลักฐานลงโทษจำเลยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเทปบันทึกเสียงไม่อาจฟังชัดตัวผู้พูดได้แน่นอน และอาจตัดต่อข้อความได้ เป็นการโต้แย้งดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาล เป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย ฎีกาจำเลยที่ 2 ฟังไม่ขึ้น⁴⁴

คำพิพากษาฎีกาที่ 3911/2534 ไม่มีกฎหมายบังคับว่า ผู้ที่อ้างเทปบันทึกเสียงเป็นพยานจะต้องถอดข้อความในเทปออกมาหรือต้องนำเทปมาเปิดในขณะพิจารณาคดีของฝ่ายที่

⁴²คำพิพากษาฎีกาที่ 4674/2543, สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศระบบสารสนเทศคำพิพากษาศาลฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2551, <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁴³คำพิพากษาฎีกาที่ 1014/2540, สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศระบบสารสนเทศคำพิพากษาศาลฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2551, <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁴⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 1332/2537, สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศระบบสารสนเทศคำพิพากษาศาลฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2551, <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

อ้างเองหรือฝ่ายตรงข้าม เพราะการนำสืบเสียงพูดเป็นการนำสืบพยานวัตถุ วิธีการใดที่จะทำให้ศาลได้ฟังและรับเสียงนั้นไว้เป็นพยานหลักฐานได้ ผู้สืบก็ชอบที่จะทำได้⁴⁵

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาข้างต้น มีลักษณะที่เป็นบันทึกเทปสนทนาโดยคู่สนทนา ซึ่งไม่ได้มีการบันทึกโดยบุคคลที่สาม ดังนั้นศาลฎีกาจึงมีความเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยถือว่าคู่สนทนาย่อมสามารถอ้างถึงการสนทนาได้อยู่แล้ว แต่การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการบันทึกเทปสนทนา ก็ยังอยู่ภายใต้หลักการรับฟังพยานหลักฐาน เช่น การรับฟังคำกล่าวของผู้ที่ใกล้จะถึงแก่ความตายและรู้ตัวว่าจะตาย ก็รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เป็นต้น ซึ่งศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานประกอบการพิจารณา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่สืบค้น ยังไม่มีการใช้พยานหลักฐานที่ได้รับมาโดยการดักฟัง (การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร) เพื่อใช้ประกอบการพิจารณา เพราะการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นการได้มาโดยมิชอบและกฎหมายในอดีตก็ไม่มีบทบัญญัติรองรับการดักฟังได้

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายได้ พยานหลักฐานที่ได้มารับมาจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร บัญชี และคอมพิวเตอร์ ย่อมใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม คงต้องมีพยานหลักฐานอื่นประกอบใช้เชื่อปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

4.3.4 พยานหลักฐานที่ได้จากการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษกับมาตรา 226/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าเนื่องจากคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น ผู้กระทำความผิดมักจะมีการกระทำที่เป็นขบวนการ มีเครือข่ายในการทำงาน ดังนั้นในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ จึงมีความจำเป็น บางคดีมีการนำเทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษมาใช้หลายวิธี เช่น การปฏิบัติการอำพรางในบางครั้ง ผู้ปฏิบัติการอำพรางต้องดำเนินการสืบสวนในหลายสถานะเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารยืนยันการกระทำความผิดของกลุ่มเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม โดยต้องใช้วิธีการดักฟัง การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ติดตั้งตามสถานที่ ยานพาหนะ ห้องต่าง ๆ เพื่อให้มีการส่งข้อมูลไปยังศูนย์ควบคุมการปฏิบัติการ

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3911/2534, สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศระบบสารสนเทศคำพิพากษาศาลฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2551, <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

และในกรณีที่มีการส่งสิ่งของต้องห้ามตามกฎหมายไปต่างประเทศก็อาจต้องปฏิบัติตามการควบคุมสิ่งของไปด้วยตนเอง ในกรณีนี้ การรับฟังพยานหลักฐานของศาลคงต้องรอดูว่า หากมีการเสนอพยานหลักฐานในแนวทางนี้ ศาลจะมีมุมมองอย่างไร ซึ่งการดำเนินคดีอาชญากรรมในอดีตที่ผ่านมา ยังไม่มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการเช่นนี้โดยชัดเจน เนื่องจากที่ผ่านมา ยังไม่มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการเช่นนี้โดยชัดเจน เนื่องจากที่ผ่านมา ยังไม่มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการเช่นนี้โดยชัดเจน เนื่องจากที่ผ่านมา ยังไม่มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการเช่นนี้โดยชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มารับมาจากใช้วิธีการอำพราง การส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร บัญชี และคอมพิวเตอร์ ย่อมใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม คงต้องมีพยานหลักฐานอื่นประกอบเพื่อให้ปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

สำหรับหลักการรับฟังพยานหลักฐานนั้น เดิมมีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้วางหลักการไว้ว่า พยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ดังนั้น หากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแล้ว ศาลจะต้องไม่รับฟังเด็ดขาด แต่ในปัจจุบันมีมาตรา 226/1 ได้กำหนดหลักการให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นมา

“มาตรา 226/1 ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบหรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นก็ได้ หากการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนมากกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้รับฟังพยานหลักฐานนั้น

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ความสำคัญและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

(4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด และ

(5) การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นมีช่องทางที่จะกระทำได้โดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงใด”

สำหรับวัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมขึ้นมานั้น ได้มีผู้ให้ความเห็นว่าในการบัญญัติมาตรา 226/1 ขึ้นมานั้น เพื่อแก้ไขปัญหาในมาตรา 226 ที่มีลักษณะที่เคร่งครัดมากเกินไป โดยเฉพาะการที่กฎหมายมิได้พิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาเป็นข้อพิจารณาในการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ⁴⁶ ซึ่งจะเห็นได้จากเดิม คือ หากได้ความว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วศาล จะต้องไม่รับฟังโดยเด็ดขาด⁴⁷ โดยจะใช้ดุลพินิจไม่ได้แต่อย่างใด โดยเฉพาะการที่มาตราดังกล่าวกำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการที่จะรับฟัง หรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้โดยอิสระ ด้วยการพิจารณาถึงความชอบธรรมและความสมเหตุสมผลเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าของทฤษฎีป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) กับคุณค่าของทฤษฎีในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) ไปพร้อมกันกับการที่จะเลือกรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น ๆ ภายใต้กรอบหลักเกณฑ์แนวทางตามที่มาตรานี้กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาในเรื่องมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนถึงคุณค่าในเชิงพิสูจน์ความสำคัญและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ และผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่ และการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นมีช่องทางที่จะกระทำได้โดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงใด

⁴⁶ฐานิสร์ วรรณสุข, "ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา คีษากกรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบ," (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.147.

⁴⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์, 2549), น.17.

จะเห็นได้ว่า มาตรา 226/1 ได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้นี้เพิ่มเติม มากีเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกัน ควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมกับการ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดความเหมาะสมไม่เหลื่อมล้ำจนเกินไปโดยเอาหลัก คุณค่าของประโยชน์สาธารณะมาชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการ แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

กรณีดังกล่าวเราจะถือได้หรือไม่ว่า มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติหลักเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายไว้แล้ว โดยศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้โดยอิสระว่าจะรับฟังหรือไม่ ดังนั้น ยังมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับเทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ กำหนดวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นกรณี ที่อาจถือได้ว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามกฎหมายอีกหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นเป็น 2 ประเด็น คือประเด็นแรก เห็นว่า จากข้อพิพาท ดังกล่าวข้างต้น มาตรา 226/1 เป็นเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นมีหลายวิธี การได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยการใช้เทคนิคการสืบสวน สอบสวนพิเศษก็เป็นวิธีการหนึ่ง ซึ่งเดิมเจ้าหน้าที่อาจใช้วิธีการที่ไม่ชอบซึ่งไปมีผลกระทบต่อสิทธิ ของประชาชนเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการใช้ไว้ แต่ปัจจุบันมีกฎหมาย บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ไว้แล้ว ซึ่งผลของการที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ทำให้เจ้าหน้าที่ ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจต้องปฏิบัติหน้าที่ ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดหลักการเอาไว้ นอกจาก พยานหลักฐานที่ได้มาจะไม่ชอบแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่บางคนอาจใช้ตำแหน่งหน้าที่กลั่นแกล้ง ประชาชนได้ และอีกประการหนึ่งคือเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานเพื่อไม่ให้เกิด ปัญหาการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีภายหลังจึงเป็นเรื่องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ จึงถือว่าเป็น คนละกรณีกับมาตรา 226/1

ประเด็นที่สอง เห็นว่าแม้จะมีมาตรา 226/1 มาแก้ปัญหการรับฟังพยานหลักฐาน โดยมิชอบแล้วก็ตาม แต่สุดท้ายแล้วศาลก็ต้องใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานว่าจะรับฟังได้ หรือไม่อยู่ดี โดยศาลอาจพิจารณาถึงการ “เกิดขึ้น” ซึ่งพยานหลักฐานหรือการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานก็ได้ เนื่องจากพยานหลักฐานดังกล่าวได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยถ้า พิจารณาแล้วเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 226/1 ศาลก็ใช้ดุลพินิจรับฟังได้ ซึ่งในการได้มา

ซึ่งพยานหลักฐานโดยไม่ชอบนั้น หากกระทบต่อสิทธิของประชาชนแล้วศาลก็จะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังแน่นอน ในทางกลับกันหากปรากฏว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว แม้ว่าวิธีการได้มาจะกระทบต่อสิทธิของประชาชนอยู่บ้างแต่ก็มีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานนั้น ไม่สามารถใช้ดุลพินิจตัดพยานหลักฐานนั้นออกไปได้ แต่จะสามารถรับฟังลงโทษจำเลยได้หรือไม่ต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบกันไป แล้วแต่กรณี การที่กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดได้มีการกำหนดวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษไว้ อันได้แก่ การอำพราง การส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม และการดักฟังไว้ซึ่งวิธีการดังกล่าวในทางความเป็นจริงล้วนแล้วแต่กระทบต่อสิทธิของประชาชนทั้งสิ้น ก็ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการใช้เทคนิคดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ศาลสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ได้

4.4 การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

ในการดำเนินคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็จะถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น รัฐจึงมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐจะดำเนินคดีผ่านองค์กรของรัฐ ซึ่งในชั้นสอบสวนฟ้องร้องตามระบบอัยการที่สมบูรณ์จะกำหนดให้องค์กรอัยการเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินคดีในชั้นสอบสวนฟ้องร้อง และให้ศาลเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินคดีในชั้นพิจารณาพิพากษา ดังนั้นในประเทศต่าง ๆ ที่ยึดถือระบบอัยการที่สมบูรณ์ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมัน จึงถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกได้และต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบขององค์กรอัยการเท่านั้น ทั้งอัยการยังมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางนอกจากการฟ้องร้องคดีอาญา โดยอัยการสามารถรับคำร้องทุกข์คำกล่าวโทษได้เอง แล้วดำเนินการสอบสวนหรือเข้าควบคุมการสอบสวนของตำรวจหรือสั่งการแก่ตำรวจตามที่เห็นสมควรได้⁴⁸ ผู้ที่รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาในชั้นเจ้าพนักงานจึงเป็นองค์กรอัยการ ตำรวจซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาจึงเป็นเพียง

⁴⁸ ทวีศักดิ์ ฌ ตะกั่วทุ่ง, “งานอัยการของประเทศญี่ปุ่น,” ระบบอัยการสากล, น.103-

เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลือการเท่านั้นมิใช่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบการสอบสวนคดีอาญา⁴⁹

หลักในการดำเนินคดีอาญา

หลักในการดำเนินคดีอาญาเป็นปัญหาของการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาของเจ้าพนักงานกล่าวคือ เป็นปัญหาว่าเมื่อมีข้อสงสัยอันควรว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เจ้าพนักงานมีหน้าที่จะต้องสอบสวนดำเนินคดีหรือไม่ และถ้าฟังได้ว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นจริง เจ้าพนักงานมีหน้าที่จะต้องฟ้องร้องคดีนั้นต่อไปหรือไม่ โดยนัยดังกล่าวนี้หลักดำเนินคดีอาญาจึงมีอยู่ 2 หลัก คือ หลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและหลักดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ⁵⁰ ปัญหาในต่างประเทศเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับอัยการโดยตรง เพราะการสอบสวนฟ้องร้องถือว่าเป็นกระบวนการเดียวกันที่แยกแยกไม่ได้ ความรับผิดชอบในการสอบสวนฟ้องร้อง จึงตกอยู่ในมือขององค์กรเดียวคืออัยการทั้งนี้เป็นไปตามระบบกล่าวหาที่สมบูรณ์⁵¹

หลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (บางท่านเรียกว่าหลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับ)⁵² ในการดำเนินคดีอาญาตามหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องสอบสวนดำเนินคดีขึ้นเองโดยลำพังเมื่อทราบว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะได้มีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษแล้วหรือไม่ และเมื่อได้สอบสวนเสร็จสิ้นแล้วเห็นว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง เจ้าพนักงานก็มีหน้าที่ต้องฟ้องผู้ต้องหาต่อไป

โดยที่หลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายกำหนดหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องคดีดังกล่าวแล้ว หลักเกณฑ์ที่สนับสนุนหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย

⁴⁹ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ให้ตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบการสอบสวนคดีอาญาไม่ใช่อัยการจึงผิดระบบ อ้างใน อรุณี กระจำแสง, “อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), น.130, 131.

⁵⁰คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, น.116-117.

⁵¹วิธีพิจารณาความอาญาของไทยเราเป็นวิธีพิจารณาความอาญาที่ผิดระบบ เพราะแยกความรับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาก่อนชั้นศาลออกเป็นสองฝ่ายคือ พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนได้โดยอิสระ ส่วนอัยการคงเป็นผู้วินิจฉัยว่าจะฟ้องคดีอาญาหรือไม่เท่านั้น

⁵²ดูเพิ่มเติมใน โจซิม เฮอร์แมน, “หลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับ,” แปลโดยเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ พิมพ์เผยแพร่ในการอภิปรายทางวิชาการเรื่อง “การชะลอการฟ้องในทัศนะอาจารย์มหาวิทยาลัย,” ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันศุกร์ที่ 29 กันยายน 2521 (อัครา)

ที่ควรจะต้องทำความเข้าใจก็คือ ในประเทศที่ใช้หลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายนั้นในเบื้องต้นจะมีบทบัญญัติในกฎหมายที่วางหน้าที่ของอัยการไว้ชัดเจนว่า ในกรณีที่มีเหตุสงสัยตามควรว่า ได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น อัยการมีหน้าที่ต้องเข้าดำเนินคดี⁵³ และจากการกำหนดหน้าที่ของอัยการดังกล่าวมาแล้วนั้น เป็นเหตุให้เกิดหลักเกณฑ์ในวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นอันหนึ่ง คือ “หลักเปลี่ยนแปลงไม่ได้” (Immutabilitätsprinzip) กล่าวคือ ตามหลักนี้อัยการจะถอนฟ้องไม่ได้⁵⁴ หลักเปลี่ยนแปลงไม่ได้นี้จึงถือว่าเป็นหลักประกันของหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย⁵⁵ และหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายจึงเป็นหลักประกันความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย นอกจากนี้ยังเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสอบสวนฟ้องร้องคดีอีกด้วย กล่าวคือ ป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพลที่มีชอบด้วยความยุติธรรมต่อเจ้าพนักงานนั้น

หลักดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ คือหลักการดำเนินคดีอาญาที่ตรงข้ามกับหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานอาจไม่ดำเนินการสอบสวนได้ และเมื่อได้สอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริงเจ้าพนักงานก็อาจไม่ฟ้องได้ด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละคดีไป

หลักดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจเป็นหลักผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้บังคับกฎหมาย และเนื่องจากในปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษได้แปรเปลี่ยนไป ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้เลิกใช้ทฤษฎีแก้แค้น (Vergeltungstheorie) และเห็นว่าการลงโทษควรมีจุดหมายเพื่อ “การป้องกันทั่วไป” (Generalprävention) กล่าวคือ การลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งดูดายกับการกระทำเช่นนั้น และเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นขึ้นอีก ก็จะต้องได้รับโทษเช่นนั้นเช่นกัน กับเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดหมายเพื่อ “การป้องกันพิเศษ” (Spezialprävention) กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับความผิดและความชั่วของผู้กระทำความผิดเพื่อให้เขาได้มีโอกาสแก้ไขปรับปรุงตนเองให้ไม่กระทำความผิดเช่นนั้นซ้ำอีกและเพื่อให้เขากลับเข้าสู่สังคมอีกได้

อำนาจและหน้าที่ของพนักงานสอบสวน

เมื่อองค์การอัยการเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินคดีอาญาขึ้นเจ้าพนักงานทั้งหมดขึ้นไปก็จะได้ศึกษาว่าในการดำเนินคดีอาญาขึ้นเจ้าพนักงานก่อนการฟ้องคดีนั้น เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องจะมีอำนาจหน้าที่ต่อผู้ถูกกล่าวหาอย่างไรบ้าง ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่า การดำเนิน

⁵³ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 152 วรรค 2

⁵⁴ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 156

⁵⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, น.121.

คดีอาญาชั้นเจ้าพนักงานจะเริ่มต้นที่เจ้าพนักงานโดยการสอบสวนคดีอาญาและจะสิ้นสุดเมื่อเจ้าพนักงานชี้ขาดเรื่องที่มีการกล่าวหาโดยการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งก็จะอาศัยความจริงที่ได้มาจากการสอบสวนคดีอาญานั้นเอง

ได้มีผู้ให้นิยามว่าการสอบสวนหมายถึง การค้นหาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งบุคคลและสิ่งของที่จะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบขึ้นเป็นพฤติการณ์ของการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือความผิด และสภาวะทางจิตใจที่ประกอบกับเหตุการณ์นั้น การสอบสวนเป็นการตรวจสอบไต่ถามจากสิ่งที่รู้ไปสู่สิ่งที่ไม่รู้ย้อนกลับไปในอดีต เป้าหมายของการสอบสวนคือ การตัดสินความจริงเท่าที่จะสามารถค้นพบมาได้ใน การสืบสวนไต่ถามหาความจริงที่ผ่านพ้นมานั้น ๆ⁵⁶

จากความหมายดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า การสอบสวนเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานทั้งจากบุคคลและสิ่งของ เพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงที่เกิดขึ้นในการกระทำความผิด และนำเอาความจริงที่ได้มาชี้ขาดเรื่องที่มีการกล่าวหากัน หรืออาจสรุปได้ว่าการสอบสวนนั้นมีวัตถุประสงค์ก็เพื่อ⁵⁷

1. เพื่อทราบข้อเท็จจริงแห่งพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เช่น การที่ทรัพย์ของบุคคลหนึ่งหายไปนั้น เป็นเพราะเจ้าทรัพย์ทำหายเอง หรือเป็นเพราะมีคนร้ายลักเอาไป

2. เพื่อพิสูจน์ความผิด เช่น เมื่อฟังว่าทรัพย์นั้นถูกลักไป ก็พิจารณาจากพยานหลักฐานว่า ผู้ต้องหาเป็นคนร้ายนี้จริงหรือไม่

การสอบสวนที่จะประสบผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับรากฐานของความซื่อสัตย์ ความละเอียดถูกต้อง และความจริงใจในการค้นหาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อหาข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ภายใต้การสอบสวน และจะต้องมีความเชื่อถือได้ มีความถูกต้อง และมีความซื่อสัตย์ต่อการรายงานผลของการสอบสวนเช่นกัน ผู้สอบสวนสมัยใหม่คือบุคคลที่ยึดมั่นในความจริงและมีความชัดเจนอย่างสมบูรณ์เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ของเหตุการณ์และรูปการของพยานหลักฐานที่วัดคำนวณได้ และผู้สอบสวนจะทำงานสอบสวนของเขาด้วยความ

⁵⁶Paul B. Weston and Kenneth M. Wells, Criminal Investigation: Basic Perspectives, (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, Inc., 1970), p.1.

⁵⁷คณิ่ง ภาชัย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2530), น.65.

สำนึกอย่างเต็มที่ว่าแม้เพียงข้อโต้แย้งหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยก็อาจจะทำลายความเชื่อมั่นในการสอบสวนของเขานั้นได้⁵⁸

การสอบสวนก็เป็นการกระทำที่เป็นอำนาจรัฐในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม ซึ่งในการค้นหาความจริงเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องใช้อำนาจก้าวล่วงสิทธิของบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การสอบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานและความจริงในคดีนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการใช้มาตรการบังคับต่าง ๆ เช่น การค้น การเรียก การจับ การยึด เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า การสอบสวนครอบคลุมเนื้อหา 2 ประการ คือ การรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับ⁵⁹

1. การรวบรวมพยานหลักฐาน เนื่องจากการสอบสวนเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ต้องหาและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้ต้องหา ดังนั้นจึงต้องมีการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้น แต่อย่างไรก็ตาม การค้นหาความจริงโดยการรวบรวมพยานหลักฐานในการสอบสวนคดีอาญานั้น มิใช่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดก็ได้ ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมีฐานะเป็นประธานในคดี กล่าวคือ ต้องมีสิทธิต่าง ๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้ สิทธิอันหนึ่งของผู้ถูกกล่าวหาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสมัยใหม่ที่มีความสำคัญมากอันหนึ่งก็คือ สิทธิที่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับทราบข้อกล่าวหาหรือถูกฟ้องว่าอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ เพื่อที่เขาจะได้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาหรือให้การแก้ข้อหาในฟ้องได้

พยานหลักฐานที่ต้องรวบรวมเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาและเพื่อที่จะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดนั้นมีอยู่ 3 ชนิด คือ

- 1). พยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาหรือพยานหลักฐานที่ยันผู้ต้องหา
- 2). พยานหลักฐานที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาหรือเป็นประโยชน์กับผู้ต้องหา และ
- 3). พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษผู้ต้องหา

พนักงานสอบสวนจะรวบรวมพยานหลักฐานเฉพาะที่ยันผู้ต้องหาแต่อย่างเดียวหาได้ไม่ แต่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาด้วย เพราะในคดีอาญานั้นต้องตัดสินกันด้วยความจริง และการที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดหรือไม่ว่าสิ่งใดต้องพิจารณาโดยฟังความ

⁵⁸ Paul B. Weston and Kenneth M. Wells, op. cit., footnote 56, p.1.

⁵⁹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.127.

ทุกฝ่ายมิใช่ฝ่ายเดียว นอกจากนั้นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์บรรเทาโทษผู้ต้องหา นั้น พนักงานสอบสวนก็ชอบที่จะดำเนินการรวบรวมด้วย ⁶⁰

2. การใช้มาตรการบังคับ การสอบสวนเป็นการกระทำที่เป็นอำนาจรัฐในการอำนวยความสะดวก และเป็นการค้นหาความจริงเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดข้อกล่าวหา จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องใช้อำนาจก้าวล่วงสิทธิของบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การสอบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานและความจริงในคดีนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการ บังคับต่าง ๆ เช่น การเรียก การจับ การค้น การยึด การควบคุม เป็นต้น บุคคลที่อาจจะถูกรัฐ ใช้มาตรการบังคับเหล่านี้ในชั้นสอบสวนเพื่อการค้นหาความจริงในการรวบรวมพยานหลักฐานมี อยู่ 3 ประเภท คือ ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา และพยานหรือบุคคลซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่าถ้อยคำของเขา อาจเป็นประโยชน์แก่คดีซึ่งรวมถึงผู้ชำนาญการพิเศษด้วย ⁶¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้มาตรการ บังคับต่อผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาในชั้นสอบสวนก็มีความจำเป็น มิฉะนั้นแล้วการดำเนินคดี อาญาก็ย่อมมีอาจดำเนินไปได้ ทั้งนี้ เพราะเป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่ายที่ว่าในการสอบสวน จำต้องให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการแก้ข้อกล่าวหาได้ นอกจากนี้รับยังอาจหาพยานหลักฐานจาก ผู้ถูกกล่าวหาได้ด้วย และตัวผู้ถูกกล่าวหาที่ยังมีฐานะที่เป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งในคดีด้วย ดังนั้น พนักงานสอบสวนซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรตัวแทนของรัฐที่มีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก จึงจำต้องได้ตัวผู้ถูกกล่าวหามาทำการสอบสวน ผู้ถูกกล่าวหาจึงมีหน้าที่ต้องมาพบพนักงาน สอบสวนซึ่งถ้าฝ่าฝืนไม่มาพบ พนักงานสอบสวนก็อาจให้จับตัวมาได้ ⁶² ในกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาของประเทศต่าง ๆ จึงมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการใช้ มาตรการบังคับ ⁶³ ควบคู่ไปกับอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อการค้นหาความจริงในคดี ด้วย

อำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับนี้เป็นอำนาจของ พนักงานสอบสวนในการสอบสวนคดีอาญา ⁶⁴ ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าองค์กรอัยการเป็นผู้ที่มีหน้าที่

⁶⁰ เฟิงอ๋าง, น.130.

⁶¹ เฟิงอ๋าง, น. 130-131.

⁶² เฟิงอ๋าง, น. 52.

⁶³ การใช้มาตรการบังคับนั้น พนักงานสอบสวนอาจใช้อำนาจด้วยตนเองโดยตรงเช่น ในประเทศไทย หรืออาจจะต้องร้องขอต่อศาลให้ศาลเป็นผู้ใช้มาตรการบังคับโดยการออกหมายก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

⁶⁴ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่59, น.127.

รับผิดชอบในชั้นก่อนฟ้องคดีอาญาต่อศาลคือ ดำเนินการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญา และการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาในระบบสากลเป็นกระบวนการเดียวกันที่แบ่งแยกไม่ได้ ผู้ที่รับผิดชอบจึงต้องมีเพียงองค์กรเดียวคือ อัยการ ทั้งนี้ เพราะอัยการจะต้องนำคนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในที่สุด จึงชอบที่พนักงานอัยการจะเข้าดำเนินคดีได้ตั้งแต่ต้น ดังนั้น อัยการจึงเป็นผู้ที่มีอำนาจและหน้าที่ในการควบคุมการสอบสวนคดีอาญา แต่ก็มีได้หมายความว่าอัยการจะต้อง เข้าไปดำเนินการสอบสวนคดีเองทุกเรื่องแต่หมายความว่าอัยการจะต้องมีอำนาจที่จะดำเนินคดีเองได้หรือเข้าควบคุมคดีได้⁶⁵ การดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องตามระบบอัยการที่สมบูรณ์ จึงต้องอยู่ในความรับผิดชอบของอัยการ

อย่างไรก็ดี แม้ผู้เขียนจะสนับสนุนให้มีการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษในการแสวงหาพยานหลักฐานก็มีได้หมายความว่า เป็นการลดระดับในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนลงไปแต่อย่างใดหากแต่หลักการในแนวความคิดของการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยมิชอบยังคงต้องถือเป็นหลักสำคัญที่มาเป็นอันดับแรกอยู่เสมอ กล่าวคือ การที่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้เทคนิควิธีการพิเศษตามที่กล่าวมาในการแสวงหาพยานหลักฐานนี้มีได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องที่รองจากการป้องกันควบคุมอาชญากรรม หากแต่เจตนารมณ์ของการมีบัญญัติกฎหมายดังกล่าวออกมาก็เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกันควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดความเหมาะสม ไม่เหลื่อมล้ำจนเกินไป โดยการนำเอาหลักคุณค่าของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นต่างหากนั่นเอง

จากหลักการที่ว่า การดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นการ “ดำเนินคดีโดยรัฐ” ที่องค์กรทุกองค์กรต้องมีหน้าที่ในการตรวจสอบความจริงแท้ของเรื่องและต้องกระตือรือร้น (Active) ในการตรวจสอบความจริง

เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษเป็นวิธีการสืบสวนสอบสวนที่มีลักษณะเป็นการสืบสวนทางลับการดำเนินงานจะรู้เพียงไม่กี่คน วิธีการก็เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ในทางมิชอบได้ง่าย และเงื่อนไขแห่งความสำเร็จที่สำคัญประการหนึ่งก็คือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล จะเชื่อถือรูปแบบวิธีการของเทคนิคการสืบสวนสอบสวนนี้หรือไม่ ซึ่งหากปราศจากความเชื่อถือจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว

⁶⁵ ศกนิต ฅ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่59, น.24.

พยานหลักฐานที่ได้มาก็ไม่มีประโยชน์ มาตรการตรวจสอบควบคุมจึงมีความจำเป็นและสำคัญอย่างยิ่ง โดยมีวัตถุประสงค์คือ

1. เพื่อป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ เช่น กรณีการใช้มาตรการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม ขั้นตอนการทำงาน เจ้าหน้าที่จะต้องอำพรางตัวเข้าไปอยู่ร่วมในกระบวนการค้ายาเสพติดในระหว่างการทำอำพรางตัวและบางครั้งต้องทำงานคนเดียว อาจต้องครอบครองหรือเก็บรักษายาเสพติดจำนวนมากซึ่งมีมูลค่ามหาศาล ซึ่งบางกรณีต้องปล่อยให้การกระทำผิดดำเนินต่อไปโดยยังไม่จับกุม เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจเป็นผู้ควบคุมหรือรับรู้การกระทำผิดของฝ่ายตรงข้าม ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ไม่บอกผู้บังคับบัญชาหรือเพื่อร่วมงานก็จะได้ค่าตอบแทนมหาศาล ดังนั้นเงื่อนไขและโอกาสดังกล่าวหากปราศจากการควบคุมที่เข้มงวดแล้ว ก็จะเป็นโอกาสให้เจ้าหน้าที่แสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ได้ง่าย เช่น รับประโยชน์จากฝ่ายผู้ค้าเสียเอง ยกยอกของกลาง ซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถทำได้ตลอดเวลา

2. เพื่อป้องกันการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากวิธีการของเทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษนั้นถือว่าการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอยู่แล้ว การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่จึงต้องมีมาตรการการตรวจสอบและกลั่นกรองการดำเนินการอย่างเคร่งครัด

ที่ผ่านมาได้มีการนำเทคนิคการสืบสวนสอบสวนในรูปแบบต่าง ๆ มาใช้ ได้แก่ การดักฟัง แต่วิธีการต่าง ๆ นั้นกำหนดอยู่ในกฎหมายหลายฉบับขึ้นอยู่กับว่าเป็นกฎหมายของหน่วยงานไหน ดังนั้นวิธีการปฏิบัติจึงขึ้นอยู่กับแต่ละหน่วยว่าจะดำเนินการอย่างไร ซึ่งยังไม่มีข้อกำหนดระเบียบวิธีการปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐานกลางที่ทุกหน่วยงานจะต้องยึดถือปฏิบัติร่วมกันซึ่งหากเป็นเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่ขาดมาตรฐานเดียวกันและ เกิดการใช้ อำนาจในทางที่ผิดได้ และทำให้ขาดความเชื่อถือจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและส่งผลให้ พยานหลักฐานที่ได้มาไม่สามารถใช้อ้างอิงเพื่อยืนยันการกระทำผิดได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็น อย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบ

4.4.1 การตรวจสอบโดยองค์กรอัยการ

พนักงานอัยการควรจะมีหน้าที่ในการตรวจสอบถึงพยานหลักฐานที่ตนได้นำเข้ามาสู่สำนวนในการยืนยันความผิดของจำเลยนั้นว่าได้มาด้วยวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ด้วยเช่นกัน หากพนักงานอัยการได้ทราบ หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นเป็นการ ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้พนักงานอัยการก็ต้องปฏิเสธที่จะ

นำพยานหลักฐานนั้นเข้ามาสู่สำนวน จริงอยู่แม้จะไม่มีกฎหมายใดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการต้องปฏิเสธไม่นำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเข้ามาสู่สำนวน ก็ตามแต่เหล่านี้เป็นจิตสำนึกซึ่งผู้เขียนถือว่าเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการที่จะต้องพึงกระทำทั้งนี้ก็เพื่อให้องค์กรอัยการเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยเช่นเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการเพิ่มการตรวจสอบเพื่อถ่วงดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรเพิ่มขึ้นอีกทางหนึ่งนั่นเอง หลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ในกรณีนี้ก็คือ แนวทางขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยบทบาทของอัยการ (Guidelines on the Role of Prosecutors 1990) ตามที่กำหนดใน ข้อที่ 16 ที่ว่า

“ในกรณีที่อัยการได้รับพยานหลักฐานที่ใช้ในการดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหา และอัยการได้รู้หรือมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าพยานหลักฐานดังกล่าวมีการได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือมีการใช้วิธีที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการกระทำทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่เป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่น ๆ อัยการนั้นจะต้องปฏิเสธไม่ใช้พยานหลักฐานเช่นว่านั้นในการดำเนินคดีกับบุคคลใด ๆ นอกเหนือจากจะใช้สำหรับดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวนี้ หรือแจ้งเหตุดังกล่าวให้ศาลได้ทราบกับจะต้องดำเนินการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อให้มีการดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวนี้ ตามกระบวนการยุติธรรม”⁶⁶

⁶⁶Guidelines on the Role of Prosecutors 1990

(16) When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to unlawful methods, which constitute a grave of the suspect's human rights, especially involving torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or other abuses of human rights, they shall refuse to use such evidence against anyone other than those who used such methods, or inform the Court accordingly, and shall take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice.

พนักงานอัยการจึงถือเป็นองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งที่ต้องเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการควบคุมอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจประการหนึ่งนั่นเอง

พนักงานอัยการในฐานะที่เป็นองค์กรที่สำคัญองค์กรหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ก็ควรที่จะต้องเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในแต่ละคดีด้วยเสมอ หากคดีใดพนักงานอัยการได้รู้หรือมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าพยานหลักฐานที่ใช้ในการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้มาโดยวิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการใช้วิธีการที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหา ไม่ว่าจะเป็น การกระทำความผิดใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ พนักงานอัยการก็ต้องปฏิเสธไม่ใช้พยานหลักฐานเช่นนั้นในการดำเนินคดีแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเสมอ เพราะพนักงานอัยการมิใช่คู่ความในเนื้อหาที่จะต้องต่อสู้กับจำเลยในการที่จะต้องหาข้อเท็จจริงกันในคดี หากแต่พนักงานอัยการต่างก็ถือเป็นองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่ในการร่วมกันค้นหาความจริงในส่วนนี้คดีด้วยเช่นเดียวกัน

ในชั้นพิจารณาคดี พนักงานอัยการควรมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าพยานหลักฐานที่ได้นำเข้ามาสู่สำนวนแต่ละกรณีนั้นได้มาด้วยวิธีการใดบ้าง และพยานหลักฐานที่ได้มาในแต่ละประเภทนั้นได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วน หรือได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบธรรมอย่างไรหรือไม่ด้วย เช่น ในกรณีที่พยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่มาจากกรณีในที่รื้อฐานของบุคคล พนักงานอัยการก็ควรที่จะนำสืบเพื่อให้ศาลเห็นด้วยว่าในการค้นที่รื้อฐานนั้นเป็นการค้นโดยมีหมายค้น หรือ มีเหตุตามกฎหมายที่ทำให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นหรือไม่ หรือ ในการอ้างคำรับสารภาพของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน พนักงานอัยการก็ต้องพิสูจน์ว่า การสอบสวนนั้นได้มีการแจ้งสิทธิตามกฎหมายครบถ้วน มีการจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหา มีการอนุญาตให้ผู้ต้องหาได้นำทนายความหรือบุคคลที่ผู้ต้องหาไว้วางใจเข้าร่วมในการสอบสวน หรือพนักงานสอบสวนได้จัดให้มีการสอบสวนอย่างถูกต้องในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปี หรือไม่ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ป้องกันมิให้พบปัญหาต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาต้องถูกละเลยจนอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อไปอีกนั่นเอง

เนื่องจากคดียาเสพติดโดยเฉพาะคดียาเสพติดร้ายสำคัญเป็นคดีที่มีความสลับซับซ้อนทั้งในด้านข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน จำเป็นต้องดำเนินการด้วยความรอบคอบและรัดกุม โดยบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ เมื่อประมาณปลายปี

พ.ศ. 2547 พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ รองนายกรัฐมนตรี ในฐานะผู้อำนวยการศูนย์อำนวยการต่อสู้เพื่อเอาชนะยาเสพติดแห่งชาติ จึงได้มีคำสั่ง คตส. ที่ 30/2527 ลงวันที่ 16 กันยายน 2547 ได้กำหนดแนวทางการประสานงานคดียาเสพติดรายสำคัญ คือ ในคดียาเสพติดรายสำคัญ⁶⁷ ถ้าอยู่ระหว่างการสืบสวน ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจรายงานผู้บังคับบัญชาและประสานงานไปยังอธิบดีอัยการฝ่ายคดียาเสพติดหรืออัยการจังหวัดและแต่กรณี ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติด พนักงานสอบสวนก็ต้องพิจารณาเบื้องต้นว่าเป็นคดียาเสพติดรายสำคัญหรือไม่ หากเป็นกรณีที่เป็นรายสำคัญก็ต้องรายงานผู้บังคับบัญชา และมีหนังสือแจ้งประสานงานไปยังพนักงานอัยการ

จากคำสั่ง คตส.ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าพนักงานอัยการได้เข้ามามีส่วนร่วมในการสืบสวนและสอบสวน โดยเฉพาะในคดียาเสพติดรายสำคัญนั้น การที่พนักงานอัยการได้มีส่วนร่วม

⁶⁷“คดียาเสพติดรายสำคัญ” ตามคำสั่งนี้หมายถึง คดียาเสพติดที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

1) คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ตาม พ.ร.บ.ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และ พ.ร.บ.วัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2518 ซึ่งเป็นของกลางและมีปริมาณอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- 1.1 เฮโรอีน น้ำหนักตั้งแต่ 1 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.2 เมทแอมเฟตามีนตั้งแต่ 10,000 เม็ดขึ้นไป
- 1.3 ไอซ์ น้ำหนักตั้งแต่ 1 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.4 แอ็กซ์ดาซี ตั้งแต่ 1,000 เม็ด หรือน้ำหนักตั้งแต่ 250 กรัมขึ้นไป
- 1.5 โคเคน น้ำหนักตั้งแต่ 1 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.6 ผีน น้ำหนักตั้งแต่ 10 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.7 กัญชา น้ำหนักตั้งแต่ 100 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.8 คีตามีน น้ำหนักตั้งแต่ 1 กิโลกรัมขึ้นไป
- 1.9 มิตาโซแลม ตั้งแต่ 500 เม็ดขึ้นไป

2) คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดฐานสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือหรือพยายามกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534

3) คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่มีการดำเนินงานเป็นเครือข่ายหรือเป็นขบวนการหรือเป็นองค์กรอาชญากรรม และเป็นเป้าหมายของเจ้าหน้าที่ปราบปรามว่าเป็นรายสำคัญ

ในการให้คำแนะนำ การวางแผนทางการสืบสวน การรวบรวมพยานสำคัญ จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการรวบรวมพยานหลักฐานให้มีน้ำหนัก มีความสมบูรณ์ และพนักงานอัยการยังได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงรายละเอียดพฤติการณ์แห่งคดี เพื่อให้การนำเสนอพยานหลักฐานสู่การพิจารณาของศาลอย่างเป็นระบบรวดเร็วและเป็นธรรม⁶⁸

4.4.2 การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

ศาลในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในเรื่องนี้โดยตรงก็ควรที่จะให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้วิธีการอันมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐาน ด้วยการปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น ๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลก็ควรที่จะให้ความสำคัญด้วยการเข้ามามีบทบาทในการค้นหาความจริงในเรื่องดังกล่าวอย่างจริงจังด้วย กล่าวคือ นอกจากศาลควรที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงในเนื้อหาแล้ว ศาลก็ควรที่จะเข้ามาตรวจสอบถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานแต่ละกรณีนั้นว่าเป็นไปโดยชอบกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญด้วย โดยเฉพาะในปัจจุบันการพิจารณาคดีอาญาส่วนใหญ่ศาลมักจะวางตัวเป็นกลาง โดยปล่อยให้ประเด็นในเรื่องนี้เป็นสิ่งที่คู่ความต้องโต้แย้งกันเองทั้ง ๆ ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้นได้ให้อำนาจแก่ศาลในการค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง หรือในบางกรณีแม้คู่ความจะได้โต้แย้งเป็นประเด็นไว้แล้วก็ตามแต่ศาลก็มีค้อยได้ให้ความสำคัญต่อการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นว่าเป็นไปโดยถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ แต่กลับมองว่าการแสวงหาพยานหลักฐานจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็เป็น “เรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก” จึงชี้ให้เห็นได้ว่าในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ใคร่ที่จะเข้ามามีบทบาทในการเข้ามา “ควบคุม” การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานเท่าใดนัก

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในการดำเนินคดีอาญาศาลก็ควรที่จะให้ความสำคัญในการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมเจ้าพนักงานตำรวจด้วยการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบดังกล่าวนั้นตามหลักในเรื่องของการควบคุมเจ้าพนักงานตำรวจโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Control of Police Powers) ด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ศาลในฐานะที่เป็น

⁶⁸ ชาติชาย สุทธิกลม, “การบังคับใช้กฎหมายคดียาเสพติด : ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข,” (วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2549), น. 47-48.

องค์กรที่มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นที่ยิ่งสุดทำของประชาชนได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นฝ่ายบริหารในการแสวงหาพยานหลักฐานมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ

4.4.3 ความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานตามกฎหมาย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้หลักนิติธรรม (Rule of Law) ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศ ในขณะเดียวกันโดยหลักนิติธรรมเช่นกัน ได้ให้อำนาจองค์กรภาครัฐและเจ้าพนักงานในการใช้อำนาจกับประชาชนในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางอย่าง ซึ่งสามารถดำเนินการต่าง ๆ ได้ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น การสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เจ้าพนักงานต้องถูกบังคับให้หลักกฎหมายที่วางมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการดำเนินการกับเจ้าพนักงานผู้กระทำการในทางวินัยและในทางระบบศาล กล่าวคือ

1. ภายในหน่วยงาน จะถูกดำเนินการร้องเรียนทางวินัยข้าราชการ ซึ่งเจ้าพนักงานต้องถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนการกระทำผิดวินัย
2. ในทางแพ่ง ได้แก่ กรณีกระทำละเมิด ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้
3. ในทางอาญา ได้แก่ กรณีเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 ผู้เสียหายมีสิทธิทางกฎหมายดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานเหล่านั้นได้
4. ในทางปกครอง ได้แก่ กรณีคำสั่งหรือการดำเนินการที่มีผลในทางมหาชนของเจ้าพนักงานหรือมติคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกจากหน่วยงาน

ความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานที่เกิดขึ้น หากไม่มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ไว้ในการดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ ก็จะกลายเป็นผลร้ายต่อเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการสืบสวน ทั้งนี้ เพราะเจ้าพนักงานขาดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ ขณะเดียวกันก็ขาดเส้นแบ่งที่ชัดเจนว่า การสืบสวนได้ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันจะเป็นความผิดและไม่เป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2519 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา

พ.ศ. 2550 ไม่มีบทกำหนดโทษไว้โดยตรงสำหรับเจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้ดักฟัง ปฏิบัติการ อำพรางและครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่กระทำการเกินขอบเขตที่กำหนด หรืออาศัย อำนาจดังกล่าวไปกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ ดังนั้น การจะ ลงโทษเจ้าพนักงานที่กระทำความผิด จึงต้องไปใช้มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต” ประกอบกับมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้ใด กระทำความผิดใด ๆ ตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดเสียเอง ต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษ ที่กำหนดสำหรับความผิดนั้น ๆ”

แต่จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีอาจมีปัญหาในการปรับบทบัญญัติดังกล่าว ไปใช้ลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิด เนื่องจากเจ้าพนักงานอาจอ้างว่าตนครอบครอง ยาเสพติดภายใต้การควบคุม หรือได้รับอนุญาตให้ไปปฏิบัติการอำพรางหรือดักฟังโดยชอบด้วย กฎหมาย การใด ๆ ที่กระทำลงระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ถือว่าชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจจะมี ปัญหาในกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่มิได้มีเจตนา แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากการกระทำนั้น ในกรณีที่การกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับความผิด เกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าพนักงานดังกล่าวก็อาจถูกดำเนินคดีโดยใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งอาจถูกลงโทษเป็นสามเท่าของโทษที่ กำหนดสำหรับความผิดนั้น ซึ่งเป็นการไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งสำหรับเจ้าพนักงานซึ่งไม่มีเจตนา ในการแสวงหาประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ หากแต่มีความเข้าใจคลาดเคลื่อนถึงขอบเขต อำนาจของตนในระหว่างการปฏิบัติการหน้าที่ดังกล่าว

กรณีดังกล่าวเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 27 ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการแฝงตัว เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนแล้วจะเห็นว่า มีลักษณะคล้าย กับการอำพรางตัวตามมาตรา 7 ของ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 ซึ่งในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษมาตรา 40 ได้มีบัญญัติลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำ ความผิดคือ นอกจากจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิด อาญาต้องรับโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

จากลักษณะดังกล่าวทำให้มีความชัดเจนในการลงโทษเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติ นอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายในกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับ ตนเองและผู้อื่นที่เป็นความผิดอาญาเท่านั้น

จึงเห็นว่าควรจะมีการบัญญัติบทลงโทษเจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการ
ดักฟัง อำพรางตัว และครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่ปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่
ตามที่กฎหมายกำหนดให้มีความชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีและเพื่อความเป็นธรรมแก่
พนักงานเจ้าหน้าที่