

การตรวจสอบและถ่วงดุลการแสวงหาพยานหลักฐาน : ศึกษากรณีการปฏิบัติการอำพราง
ของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2557
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHECK AND BALANCE OF EVIDENCE GATHERING : A CASE STUDY
OF POLICE UNDERCOVER OPERATION UNDER NARCOTICS PROCEDURE ACT B.E. 2550

Mr. Panurut Suwannarat



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2014
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การตรวจสอบและถ่วงดุลการแสวงหาพยานหลักฐาน :
ศึกษากรณีการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าหน้าที่ตำรวจ
ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550

โดย

นายภาณุรุจ สุวรรณรัตน์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร.อุทัย อาทิวา)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์อรรณพ ลิขิตจิตถะ)

ภาณุรุจ สุวรรณรัตน์ : การตรวจสอบและถ่วงดุลการแสวงหาพยานหลักฐาน : ศึกษากรณีการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 (CHECK AND BALANCE OF EVIDENCE GATHERING : A CASE STUDY OF POLICE UNDERCOVER OPERATION UNDER NARCOTICS PROCEDURE ACT B.E. 2550) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์, 214 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ที่กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษที่มีข้อโต้แย้งมากอย่างหนึ่ง โดยกำหนดให้มีการใช้ระบบขออนุญาตก่อนการปฏิบัติการอำพรางต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวซึ่งเป็นการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรเท่านั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง โดยจะศึกษาเฉพาะกรณีการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมที่ขาดความชัดเจนหลายประการ โดยในแง่การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาซึ่งเป็นเรื่องขอบเขตของการปฏิบัติการอำพราง กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดนิยาม ประเภท วิธีการ ระยะเวลา และความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางในความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นให้ชัดเจน ตลอดจนมิได้มีหลักเกณฑ์ที่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนมากนักโดยเฉพาะการที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้รายละเอียดของหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่เป็นไปตามกฎกระทรวงดังกล่าวกำหนด พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิประชาชนจากความเสียหายของการปฏิบัติการอำพรางเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ขณะที่อเมริกามีรายละเอียดที่ชัดเจน ส่วนเยอรมนีมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ในประมวลกฎหมาย ส่วนในแง่การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการที่ใช้ระบบขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางก่อนการดำเนินการใกล้เคียงกับอเมริกา เยอรมนี อิตาลี แต่ก็เป็นเพียงการตรวจสอบควบคุมภายในเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากประเทศต่างๆดังกล่าวที่มีกลไกการตรวจสอบควบคุมจากภายนอกด้วย

จึงเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติและกฎกระทรวงดังกล่าวทั้งในเชิงเนื้อหาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และในเชิงกระบวนการโดยเพิ่มการตรวจสอบควบคุมจากองค์กรภายนอกโดยอัยการให้มากขึ้นในลักษณะของการตรวจสอบถ่วงดุล

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5486014834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: UNDERCOVER OPERATIONS / NARCOTICS PROCEDURE ACT B.E. 2550 / STING OPERATION / CRIME CONTROL / DUE PROCESS

PANURUT SUWANNARAT: CHECK AND BALANCE OF EVIDENCE GATHERING : A CASE STUDY OF POLICE UNDERCOVER OPERATION UNDER NARCOTICS PROCEDURE ACT B.E. 2550. ADVISOR: ASST. PROF. PAREENA SRIVANIT, Ph.D., 214 pp.

This thesis will focus on a study of Narcotics Procedure Act B.E. 2550, Article 7, which regulates undercover operations, one of the special investigative techniques that have many legal concerns, by control the undercover operations with the requirement of advance authorization from superior officers before execute any undercover operations, in a case of police undercover operations.

The result from the study reveal that the regulations of undercover operation according to Article 7 of Narcotics Procedure Act B.E. 2550, with its ministerial regulations, are uncertain in many issues. In the view of substantive control, which focus on the extent of undercover operations, the regulations' not clarify a definition, type, means, duration and illegal activities, that the undercover agents may be authorized to involve, of the undercover operations besides the lacking of the minimum standard of civil rights and civil liberties protection by authorizing its ministerial regulations to detail almost all principals of the regulations. While "FBI Guideline" of the United States regulate undercover operation more clearly, Germany regulates them by legislation the main principal in the Code of Criminal Procedure. In the view of procedural control, the advance authorization system that roughly seem like the regulations of another, United States Germany and Italy, is only the internal control unlike the others which have the mechanism of external control, more or less.

As a result, this thesis recommends Thailand to adjust Narcotics Procedure Act B.E. 2550, with its ministerial regulations according to Article 7, in both substantive control, by ruling more clearly, and procedural control, by addition of external control, with prosecutors, in the manner of checks and balances.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2014

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สำเร็จลุล่วงได้หากปราศจากความอนุเคราะห์อย่างสูงจากท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านมารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยท่านได้ให้คำแนะนำและแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มาตั้งแต่ต้น ตลอดจนช่วยตรวจสอบแก้ไขข้อผิดพลาดในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ เป็นอย่างสูงที่ให้ความเมตตา กรุณาแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงท่านอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิเวช และท่านอาจารย์ อรรถพร ลิขิตจิตตะ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านได้ชี้แนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ในประเด็นต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากขึ้น นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม ที่ช่วยให้คำชี้แนะในเรื่องต่างๆ ซึ่งสามารถนำมาประกอบในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ดีขึ้นด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และคุณยายของผู้เขียนที่คอยให้การสนับสนุน โอกาสในการศึกษา กำลังใจ ความเข้าใจและปัจจัยต่างๆในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ซึ่งหากไม่ได้รับการสนับสนุนต่างๆดังกล่าว ผู้เขียนคงจะประสบกับอุปสรรคในการจัดทำ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เพิ่มขึ้นอย่างมาก

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ ที่ให้กำลังใจและคอยสอบถามถึงความคืบหน้าของการจัดทำ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้อยู่เสมอ รวมถึงคณาจารย์ เจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต เจ้าหน้าที่ประจำห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ระบบ e-thesis ที่เอื้อเฟื้อและคอยให้ความช่วยเหลือเสมอมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่บุคคลผู้สนใจและด้าน วิชาการทางกฎหมายไม่มากนักน้อย และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอ กราบขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานการวิจัย.....	8
1.4 ขอบเขตการวิจัย.....	8
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
1.7 นิยามศัพท์.....	9
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่จำเป็นในการวิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบและ ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติด.....	12
2.1 การปฏิบัติการอำพราง.....	12
2.1.1 ความหมายของการปฏิบัติการอำพราง.....	18
2.1.2 ประเภทและวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพราง.....	33
2.2 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางที่นำมาสู่หลักเกณฑ์การตรวจสอบ ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550.....	40
2.2.1 ยุครัตนโกสินทร์ช่วงการปฏิรูปบ้านเมือง.....	40
2.2.2 ยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 และยุคอเมริกันวัตร (Americanization).....	43
2.2.3 ยุคปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงต้นศตวรรษที่ 21 ก่อนปี พ.ศ. 2551.....	44

2.2.4 ยุคต้นศตวรรษที่ 21 จนถึงการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2551.....	46
2.3 ภาพรวมระบบการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญาเสพติดของ ราชอาณาจักรไทย	51
2.3.1 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550	51
2.3.2 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547.....	55
2.3.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้าม ชาติ พ.ศ. 2556	57
2.4 ปัญหาและความเสี่ยงของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550	60
2.4.1 ความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำนาจที่เกิดจากลักษณะโดยสภาพของการ ปฏิบัติการอำนาจ	60
2.4.1.1 การปฏิบัติการอำนาจเสี่ยงต่อการใช้ความรุนแรง	60
2.4.1.2 การกระทำความผิดของผู้อำนาจขณะปฏิบัติการอำนาจ	64
2.4.1.3 การใช้อำนาจรัฐในบริบทการปฏิบัติการอำนาจ	66
2.4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้อำนาจกับผู้เป็นเป้าหมายในการปฏิบัติการอำ นาจ.....	68
2.4.1.5 การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำนาจ.....	69
2.4.1.6 ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำนาจกับหลักเกณฑ์การทาง กฎหมายที่สูงกว่าหรือกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากันซึ่งคุ้มครองสิทธิประชาชนใน วัฒนธรรมการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย.....	70
2.4.2 ความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำนาจที่เกิดจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและ ควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550.....	79
2.4.2.1 การตรวจสอบและควบคุมเชิงเนื้อหา.....	79

2.4.2.2 การตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการ	85
2.4.3 ลักษณะของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550	89
2.4.3.1 คำนิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการ อำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติด	91
2.4.3.2 เปรียบเทียบค่านิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุม การปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดกับค่านิยม ตามหลักเกณฑ์ที่เคยมีอยู่ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณา คดียาเสพติด พ.ศ. 2550	93
2.4.3.3 ค่านิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการ อำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดสอดคล้องกับความเป็นจริง ในสังคมไทยหรือไม่.....	95
บทที่ 3 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 และตามหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ.....	103
3.1 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550.....	104
3.1.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง.....	107
3.1.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพราง	113
3.1.3 ผลทางกฎหมายของการปฏิบัติการอำพราง	115
3.2 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของสหรัฐอเมริกา.....	116
3.2.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา	122
3.2.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ.....	136
3.2.3. ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง	145
3.3 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี	146

3.3.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา	149
3.3.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ	151
3.3.3 ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำนาจ	151
3.3 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาชญากรรมของสาธารณรัฐอิตาลี	153
3.3.1 หลักเกณฑ์การล่อซื้อตาม Law no. 309/1990 มาตรา 9	159
3.3.2 หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำนาจตาม Law no. 146/2006 มาตรา 9	159
บทที่ 4 วิเคราะห์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550	161
4.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำนาจ	163
4.1.1 ความหมายการปฏิบัติการอำนาจ	164
4.1.2 การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำนาจ	165
4.1.3 การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจ	167
4.1.4 ระยะเวลาการปฏิบัติการอำนาจ	170
4.1.5 ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจจากความรับผิดชอบ	171
4.1.6 การล่อให้กระทำความผิด	176
4.1.7 เงื่อนไขการปฏิบัติการอำนาจ	179
4.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำนาจ	182
4.2.1 การตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำนาจ	182
4.2.2 การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำนาจ	186
4.2.3 การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำนาจ	188
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	190
5.1 บทสรุป	190
5.2 ข้อเสนอแนะ	195

5.2.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง.....	195
5.2.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพราง	200
5.2.3 ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง.....	203
5.2.4 ข้อเสนอแนะอื่นๆ	203
รายการอ้างอิง.....	205
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	214



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การปฏิบัติการอำพรางเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษที่นำมาใช้สืบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยเฉพาะการจำหน่ายยาเสพติดซึ่งเป็นปัญหาสำคัญของสังคมมานานอย่างต่อเนื่องทั้งในสังคมระดับชุมชน ระดับประเทศ หรือระดับระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดที่เป็นวงจรเชื่อมโยงกันเป็นตลาดยาเสพติดและแม้จะเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าการเสพยาเสพติดบั่นทอนสุขภาพกายและจิต แต่เนื่องจากฤทธิ์ของยาเสพติดทำให้ผู้เสพซึ่งเป็นผู้บริโภคถูกกระตุ้นจากให้มีความต้องการการเสพยาอยู่เรื่อยๆได้ตั้งแต่ครั้งแรกที่เสพส่งผลให้เกิดตลาดผู้บริโภคใหม่ๆได้ง่าย ทำให้ความต้องการยาเสพติดสูงอย่างต่อเนื่อง แม้รัฐจะพยายามเพิ่มต้นทุนในการกระทำความผิดโดยการออกกฎหมายกฎหมายที่มีโทษรุนแรง แต่ในด้านหนึ่งกฎหมายที่รุนแรงก็ทำให้ยาเสพติดมีราคาสูงพอที่จะจูงใจให้มีผู้กระทำความผิด

ด้วยฤทธิ์ของยาเสพติดที่เพิ่มความต้องการของผู้เสพและผลตอบแทนสูงที่จูงใจผู้ขายดังกล่าวทำให้ตลาดยาเสพติดไม่เพียงแต่มีศักยภาพในการดำรงอยู่ แต่ยังสามารถขยายตัวสูงด้วยประกอบกับการเสพยาเสพติดก่อให้เกิดผลร้ายแก่สุขภาพผู้เสพ และก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆตามมาได้มากมาย เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน นอกจากนี้ปัญหายาเสพติดยังมีความเชื่อมโยงกับปัญหาครอบครัวและเยาวชนได้อีกด้วย ทำให้สังคมตระหนักถึงความอันตรายของยาเสพติดและมีปฏิกิริยาตอบโต้ที่รุนแรงต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ปฏิกิริยาของสังคมต่อยาเสพติดดังกล่าวสะท้อนผ่านรัฐที่มีนโยบายปราบปรามยาเสพติดที่รุนแรง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือสงครามยาเสพติดเมื่อปี พ.ศ. 2546 ที่มีการจับกุมปราบปรามอย่างเข้มงวดและการฆ่าตัดตอนและวิสามัญฆาตกรรมมากมายรายวันจนกลายเป็นประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักวิชาการทางสังคมและทางกฎหมาย¹ ตลอดจนสถิติการจับกุมผู้ต้องหา² สถิติการดำเนินคดีใน

¹ พินิจ ลาภธนานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหายาที่ไม่ยั่งยืน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, 2550), หน้า 21.

² เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, กระทรวง, สำนักงานสถิติแห่งชาติ, "สถิติการรับแจ้งและจับกุมกลุ่มคดีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย จำแนกตามประเภทคดีที่รับแจ้ง พ.ศ. 2547 - 2556" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา: <http://service.nso.go.th/nso/web/statseries/statseries13.html>

ศาลยุติธรรม³ และสถิตินักโทษ⁴ ในปัจจุบันล้วนมีผู้ต้องหา จำเลย หรือนักโทษคดียาเสพติดมากที่สุดทั้งสิ้น

เราจึงกล่าวได้ว่าคดียาเสพติดเป็นคดีที่ใช้ทรัพยากรกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากที่สุด และการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก็ยังคงเกิดขึ้นจำนวนมากในหลายปีที่ผ่านมา ทำให้รัฐและเจ้าพนักงานต้องพัฒนาเทคนิคการสืบสวนให้มีประสิทธิภาพในการปราบปรามจับกุมผู้กระทำความผิดมากขึ้นเพื่อให้เท่าทันกับการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งยากแก่การสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานจับกุมเนื่องจากการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crime) ที่มักมีการกระทำในที่ลับตาและไม่ค่อยปรากฏผู้มาแจ้งความร้องทุกข์ และในปัจจุบันขบวนการค้ายาเสพติดมีความซับซ้อนและมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม (organized crime) หรืออาชญากรรมข้ามชาติ (transnational crime) ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อการปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจนสามารถจับกุมผู้ที่อยู่เบื้องหลังได้ยากมากขึ้นอีก

หนึ่งในเทคนิคการสืบสวนพิเศษของเจ้าพนักงานที่นิยมใช้มานานและเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปคือการปฏิบัติการล่อซื้อยาเสพติด (sting operation) ซึ่งเป็นการปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) ประเภทเชิงมีส่วนร่วม (facilitation) อย่างหนึ่งที่ถูกโต้แย้งมากที่สุด⁵ ในปัจจุบันประเทศไทยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางไว้ในหมวดการสืบสวนโดยวิธีการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550⁶ มาตรา 7 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ.2551 ตามมาตรา 2

ก่อนหน้าการการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อยาเสพติดไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดหลักเกณฑ์การสืบสวนคดียาเสพติดโดยการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อโดยตรงซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ว่าการล่อซื้อยาเสพติดเป็นการกระทำที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้วตามอำนาจในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำได้เพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลยพร้อมพยานหลักฐาน มิใช่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบ⁷ ดังนั้น

³ ศาลยุติธรรม, สำนักงาน, "ข้อมูลสถิติคดีประจำปี 2557" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา: http://www.oppbj.go.th/info.php?info=sub_menu&cid=24&pm=3

⁴ ยุติธรรม, กระทรวง. กรมราชทัณฑ์, "สถิติราชทัณฑ์ รท.103" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา: <http://www.correct.go.th/correct2009/stat.html>

⁵ Elizabeth E. Joh, "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review* 62, 11 (2009): 164.

⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125/ตอนที่ 9 ก/หน้า 45/14 มกราคม 2551

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4417/2548

พยานหลักฐานที่ได้โดยการปฏิบัติกรอำพรางโดยการล่อซื้อจึงรับฟังได้ถ้ามิได้เป็นการล่อให้กระทำ ความผิด (entrapment)

อย่างไรก็ดี แม้จะมีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานและบทตัดพยานหลักฐานมาควบคุม การแสวงหาพยานหลักฐานโดยการปฏิบัติกรอำพรางโดยการล่อซื้อมิให้เป็นการล่อให้กระทำ ความผิดก็ตาม แต่ในแง่การกำหนดกลไกการควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางโดยการล่อซื้อว่าใครควร เป็นผู้อนุญาตและควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางโดยการล่อซื้อยาเสพติดกลับไม่ปรากฏกฎหมายลาย ลักษณะอักษรและแนวคำพิพากษากำหนดไว้ การขาดกลไกควบคุมการสืบสวนสอบสวนของเจ้า พนักงานอาจทำให้เป็นช่องว่างของการใช้อำนาจและทำให้ขาดความโปร่งใส

กรณีดังกล่าวปรากฏรายงานการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่จากหลายสื่อด้วยกัน ยก อย่างเช่นกรณีจากคำพิพากษาคดีอาญาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 ต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใน เดือนมกราคม พ.ศ. 2550 ที่เจ้าพนักงานหลายนายปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบกระทำการตั้งข้อหา ครอบครองและจำหน่ายยาบ้าอันเป็นเท็จเพื่อจับกุมบุคคล ทั้งยังเคยต้องคำพิพากษาว่ามีความผิดฐาน เรียกสินบนและกรรโชกทรัพย์หลายราย ในจำนวนนี้มีผู้เสียหายหลายคนที่ถูกจำคุกในเรือนจำจาก การตั้งข้อหาเท็จดังกล่าว⁸ นอกจากนี้ยังมีรายงานของคณะกรรมการสิทธิและนักวิชาการซึ่งรายงานว่า ผู้ตกเป็นเหยื่อของการตั้งข้อหาเท็จมักเป็นผู้มีฐานะทางสังคมหรือเศรษฐกิจต่ำ มักเป็นผู้เสพยา หรือ เป็นผู้เคยมีประวัติการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาก่อน ทั้งนี้เพื่อเป็นการบีบบังคับให้ ผู้เสียหายยอมเป็นสายลับให้และในบางกรณีผู้เสียหายเพศผู้หญิงอาจมีการละเมิดทางเพศอีกด้วย⁹ ซึ่ง จะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อ 2.4

แม้ว่าจะมีกลไกการในคดียาเสพติดและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการ ตรวจสอบการแสวงหาข้อเท็จจริงและการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานชั้นสอบสวน แต่การตรวจสอบ ดังกล่าวก็มีจุดบกพร่องหลายประการอันนำไปสู่การลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก การให้มีทนายความหรือผู้ที่ตนไว้วางใจอยู่ด้วยในการสอบสวนตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁰ มาตรา 7/1(2), 134/3, 134/4(2) นั้นในทางปฏิบัติก็อาจมีการแจ้ง สิทธิดังกล่าวแต่จำเลยอาจไม่เข้าใจสิทธิของตนเช่นว่านั่นจึงไม่ได้เรียกร้องให้จัดหาทนายความหรือผู้ที่ ตนไว้วางใจเข้าร่วมการสอบสวนด้วย หรืออาจไม่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวซึ่งคงมีผลเพียงตามมาตรา

⁸ ไทยรัฐออนไลน์, "อุ้มผัวเมีย ยัดยานรก 4ลูกสมุน คนละ5ปี!" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 4 มกราคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.thairath.co.th/content/406667>

⁹ สุชาติ ทวีสิทธิ์, "เสียงจาก "ชายขอบ": การเคลื่อนไหวสิทธิมนุษยชนเพื่อคนใช้ยาเสพติดในประเทศไทย," ใน ประชากร ชายขอบและความเป็นธรรมในสังคมไทย, กุลภา วจนสาร และ กฤตยา อาชวนิจกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล, 2555), หน้า 231-234.

¹⁰ ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 52/-/หน้า 598/, (10 มิถุนายน 2478).

134/4 วรรคท้ายที่บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้เท่านั้น ดังนั้น แม้พนักงานสอบสวนจะไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นก็หาทำให้การสอบสวนคดีไม่ชอบแต่อย่างใดไม่¹¹ มีข้อน่าสังเกตว่าเมื่อมีการอ้างว่ามีการจับกุมโดยการปฏิบัติกรอำนวยการโดยการล่อซื้อในคดียาเสพติด พยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติกรอำนวยการโดยการล่อซื้อที่มีการอ้างถึงนั้นมักเพียงพอแล้วที่จะฟังลงโทษจำเลยในคดียาเสพติดได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการสอบปากคำจำเลยในเวลาต่อมา

ประการที่สอง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานในคดีความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2537¹² กำหนดให้มีการประสานงานและติดตามการดำเนินคดียาเสพติดระหว่างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (สำนักงาน ป.ป.ส.) กับหน่วยงานผู้รับผิดชอบการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องคดียาเสพติด เพื่อให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดในฐานะองค์กรกลางในการแก้ไขปัญหาเสพติดของชาติได้ทราบและพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงแห่งคดีในการที่จะผดุงความยุติธรรมให้กับประชาชนผู้บริสุทธิ์มิให้ถูกกลั่นแกล้งซึ่งทำให้ เจ้าหน้าที่ ป.ป.ส. มีอำนาจเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนคดีของเจ้าพนักงานอื่นๆ เช่น ตำรวจได้นั้น แม้ดูจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่น่าเชื่อถือ แต่บุคลากรของ ป.ป.ส. ก็มีจำนวนน้อยและจะเข้าร่วมฟังการสอบสวนเฉพาะคดีสำคัญเท่านั้น¹³

ประการที่สาม แม้จะมีการตรวจสอบสำนวนคดีก่อนฟ้องโดยพนักงานอัยการ แต่พนักงานอัยการก็ไม่สามารถทราบความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีได้ คงได้แต่พิจารณาเท่าที่ปรากฏตามสำนวนเจ้าพนักงานเท่านั้น ทำให้มักต้องส่งไปตามสำนวนพนักงานสอบสวนเป็นสำคัญ¹⁴ และแม้จะมีอำนาจในการสั่งสอบสวนเพิ่มเติมได้แต่โดยมากมักไม่มีเวลาทำเช่นนั้นเนื่องจากสำนวนคดีมักถูกส่งมาถึงในเวลาใกล้ครบอายุความฟ้องคดีแล้ว¹⁵

ประการที่สี่ การรับฟังและการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลคดียาเสพติด ในส่วนการรับฟังนั้น นอกจากกฎหมายให้รับฟังคำรับสารภาพเพื่อลงโทษจำเลยได้ตามมาตรา 13 แห่งพ.ร.บ.วิธีพิจารณาคดียาเสพติดแล้ว ก็ยังมี มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้ตัดพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบได้โดยตรง แต่ทางปฏิบัติจำเลยนำสืบยากกว่ามีการกระทำที่มี

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3119/2550

¹² ราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 111 ตอนพิเศษ 33 ง ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2537

¹³ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, คู่มือการประสานงานและการรวบรวมพยานหลักฐานคดียาเสพติด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551), หน้า 14.

¹⁴ กุลพล พลวัน, "การกลั่นกรองดุลพินิจอัยการ," *บทบัญญัติ* 63, 1 (มีนาคม 2550): 13.

¹⁵ สันติสุข ทิพย์สุข, "ความเจริญก้าวหน้าของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," *บทบัญญัติ* 67, 2 (มิถุนายน 2554): 189.

ชอบขแงเจ้าหน้าที่หรือถูกยึดข้อหา เนื่องจากประจักษ์พยานและพยานโดยตรงของฝ่ายเจ้าพนักงานที่อาจคุ้นเคยกับการเบิกความในศาลอาจทำให้ยากที่จะจับพิรุธได้ นอกจากนี้ระบบศาลไทยเน้นพึ่งพยานอย่างกว้าง ไม่เน้นตัดพยานเคร่งครัด ศาลผู้ที่ตัดพยานก็คือผู้ที่ตัดสินคดีเอง ทำให้ข้อเท็จจริงเช่นประวัติการกระทำผิดครั้งก่อนๆของจำเลยมีผลต่อการวินิจฉัยของศาลได้ไม่มากนักน้อย

ในส่วนการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้น ศาลต้องฟังการจับพิรุธพยานขณะเบิกความเป็นสำคัญ ขณะเดียวกันก็ขึ้นอยู่กับทนายความจำเลยในชั้นพิจารณาว่าสามารถถามกระจายประเด็นเพื่อจับพิรุธค่าเบิกความของพยานโจทก์ซึ่งอาจตรวจไม่พบพิรุธ และหากจำเลยเผลอลงลายมือชื่อรับสารภาพในชั้นสอบสวนก็จะยิ่งเพิ่มน้ำหนักพยานหลักฐานของโจทก์ พยานบุคคลฝ่ายที่ 3 ก็หายากในบริบทของการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อ ส่วนถ้ามีการใช้สายลับในบางคดีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ไม่ต้องนำสายลับมาเบิกความก็ได้ ประกอบกับลักษณะของการกระทำความผิดฐานครอบครองยาเสพติดที่ยากจะหาพยานวิทยาศาสตร์ได้อย่างคดีอาญาทั่วไป นอกจากนี้การใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อลงโทษจำเลยมักขึ้นอยู่กับ 2 ปัจจัยประกอบกัน ได้แก่ ประวัติภูมิหลังของจำเลย และความชอบของการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อ¹⁶ ทำให้ในหลายคดีที่จำเลยเคยมีประวัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาก่อนถ้าโจทก์มีพยานหลักฐานได้แก่ ยาเสพติด ธนบัตรที่ลงทะเบียนเลขฉบับหรือถ่ายรูปไว้ ประกอบกับค่าเบิกความของพยานเดี่ยวหรือคู่ของเจ้าหน้าที่ที่เข้าล่อซื้อและชุดการล่อซื้อไม่มีพิรุธ ก็พิพากษาลงโทษจำเลยได้แล้ว¹⁷

ปัจจุบัน พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายหลักในการดำเนินคดียาเสพติดและเป็นกฎหมายที่มีการนำหลักเกณฑ์การสืบสวนสอบสวนวิธีใหม่ๆมาใช้ตลอดจนกำหนดกระบวนการดำเนินคดียาเสพติดเป็นการเฉพาะซึ่งแตกต่างจากคดีอาญาทั่วไปหลายประการที่สำคัญ

ประการแรก กฎหมายดังกล่าววางหลักเกณฑ์และให้อำนาจเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีพิเศษ ได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางซึ่งรวมถึงการล่อซื้อตามมาตรา 7 และการส่งมอบภายใต้การควบคุมตามมาตรา 8

ประการที่สอง ศาลรับฟังคำสารภาพเพื่อลงโทษจำเลยได้ด้วยเกณฑ์อัตราโทษที่ต่ำกว่าเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 ทั้งนี้ตามมาตรา 13

ประการสุดท้าย กระบวนพิจารณาพิพากษาโดยศาลเพียงสองชั้น ได้แก่ ศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ (เว้นแต่กรณีเข้าข้อยกเว้น) ตามมาตรา 18

¹⁶ Bruce L. Hay, "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper* 441(October 2003): 23.

¹⁷ สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่, การชักประเด็นข้อเท็จจริงคดียาเสพติดและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: บัณฑิตอักษร, 2553), หน้า.

นอกจากนี้คดียาเสพติดยังมีกฎหมายที่มีบทสันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งจำเลยจะถูกลงโทษฐานครอบครองหรือจำหน่ายนั้น ขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติดที่อ้างว่าถูกพบในการครอบครองของจำเลย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ มาตรา 15 วรรคสาม

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวประกอบกับเหตุผลในการร่างกฎหมายฉบับนี้ตามเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติดที่ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้มีขึ้นเนื่องจากปริมาณคดียาเสพติดจำนวนมากขึ้นสู่ศาล¹⁸ จึงทำให้เห็นแนวคิดรูปแบบควบคุมอาชญากรรม (crime control) ในกฎหมายฉบับนี้ แท้จริงแล้วประเทศไทยใช้นโยบายในรูปแบบควบคุมอาชญากรรมต่อคดียาเสพติดมาก่อนหน้าการตรากฎหมายฉบับนี้อยู่แล้ว แต่กฎหมายฉบับนี้ได้ยกระดับนโยบายในรูปแบบควบคุมอาชญากรรมในทางปฏิบัติไปสู่การรับรองในทางกฎหมายลายลักษณ์อักษร

นอกจากนี้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ยังเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดหลักเกณฑ์การสืบสวนโดยการล่อซื้อโดยบัญญัติไว้ในหมวดการปฏิบัติการอำพราง มาตรา 7 ซึ่งกำหนดให้การล่อซื้อซึ่งเป็นปฏิบัติการอำพรางจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการขออนุญาตผู้บังคับบัญชา ทั้งยังกำหนดให้มีการตั้งนายทะเบียนเพื่อรายงานข้อมูลประจำปีแก่ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ (ผบ.ตร.) หรือเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (เลขาธิการ ป.ป.ส.) แล้วแต่กรณีด้วย

อย่างไรก็ตามปัญหาการละเมิดสิทธิของประชาชนโดยการปฏิบัติการอำพรางและการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานในคดียาเสพติดยังคงเกิดขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดกรณีหนึ่งคือกรณีเมื่อปลายปี พ.ศ. 2554 ที่จังหวัดสกลนคร เจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อได้เข้าจับกุมบุคคลต้องสงสัยว่าเป็นผู้ค้ายาเสพติด มีการยิงสกัดการหลบหนีเป็นเหตุให้ผู้ต้องสงสัยถึงแก่ความตายซึ่งเป็นกรณีที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ต่อการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานอย่างมาก และเมื่อวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2555 คณะกรรมาธิการการตำรวจ สภาผู้แทนราษฎร ได้สรุปผลการตรวจสอบเบื้องต้นว่าเจ้าพนักงานได้กระทำไปเกินกว่าเหตุจริงตามที่มีการร้องเรียน ขณะนี้คดีได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อการดำเนินคดีทางศาลต่อไป

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสี่ดูเหมือนจะสร้างหลักเกณฑ์การควบคุมการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อยาเสพติดขึ้นมา ทว่าเมื่อพิจารณาประกอบกับบทกฎหมายที่ว่าการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับ

¹⁸ เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด, เสนอโดยค.ร.ม., เลขที่ อ.พ.ที่ 101/50, บรรจุระเบียบวาระการประชุม (ครั้งที่ 34/2550), ประชุมวันที่ 11 กรกฎาคม 2550, หน้า 1

ยาเสพติด พ.ศ. 2555¹⁹ ข้อ 3 แล้วจะเห็นได้ว่าการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติการอำพรางเป็นเพียงการควบคุมภายในองค์กรเท่านั้น และแท้จริงแล้วในทางปฏิบัติก่อนมีกฎหมายดังกล่าวก็มีการขออนุญาตผู้บังคับบัญชาของเจ้าพนักงานตำรวจอยู่แล้ว ทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เพิ่มเติมหลักประกันการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานจากเดิมเท่าใดนัก และในปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่าผลของการไม่ขออนุญาตจะเป็นเช่นไร แต่อาจพิจารณาได้ว่าแม้การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะไม่ได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาอย่างถูกต้อง ก็มีข้อยกเว้นตาม มาตรา 226/1 ที่ใช้ยกเว้นเพื่อรับฟังพยานหลักฐานจากการปฏิบัติการอำพรางนั้นได้อีกชั้นหนึ่ง²⁰

อย่างไรก็ตามการที่คดียาเสพติดมีกระบวนการพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ต่างจากคดีอาญาทั่วไปดังกล่าวข้างต้นซึ่งสะท้อนให้เห็นรูปแบบควบคุมอาชญากรรม (crime control) ทำให้มาตรฐานการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานลดลงจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งทำให้ความเสี่ยงจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบเป็นไปได้มากขึ้น

นอกจากนี้การไม่มีกลไกการควบคุมการปฏิบัติการอำพรางยาเสพติดที่เชื่อถือได้ยังทำให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมาด้วย เช่น ปัญหาการล่อให้กระทำความผิด, ปัญหาการประสานงานของตำรวจระหว่างท้องที่

ดังนั้นหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเป็นภาวะวิสัยมากขึ้น โดยการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น นิยามประเภท ระยะเวลา ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิด เป็นต้น ส่วนการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการนั้นควรมีกลไกจากองค์กรภายนอกมากขึ้น ซึ่งควรจะใช้วิธีใดแน่นั้นเป็นสิ่งที่เราจะศึกษาหาคำตอบกันในวิทยานิพนธ์นี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษามาตรการกลไกและแนวคิดในการควบคุมตรวจสอบการสืบสวนคดียาเสพติดโดยการปฏิบัติการอำพรางในต่างประเทศ

¹⁹ ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 129 ตอนที่ 35 ก, (20 เมษายน 2555)

²⁰ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 (กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง (ประเทศไทย), ม.ป.ป.), หน้า 13.

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และอาจมีการพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 27 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ในบางประเด็นที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้นวัตถุประสงค์แห่งการศึกษา คือ การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ในบริบทของการใช้อำนาจของตำรวจในฐานะเป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรม ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการอธิบายและการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยโดยการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งรวบรวมจาก ตำรา กฎหมาย กฎกระทรวง อนุสัญญาระหว่างประเทศ วิทยานิพนธ์ บทความ รายงานการประชุม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายมาวิเคราะห์เรียบเรียงอย่างเป็นระบบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบมาตรการกลไกและแนวคิดในการควบคุมตรวจสอบการสืบสวนคดีอาชญากรรม โดยการปฏิบัติการอำพรางที่มีอยู่ในประเทศไทยและในต่างประเทศ
2. ทำให้ทราบสภาพปัญหาและประเด็นข้อกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากการสืบสวนคดีอาชญากรรมของตำรวจโดยการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7
3. ทำให้ทราบความหมาย แนวคิดและที่มาของการสืบสวนคดีอาชญากรรมโดยการปฏิบัติการอำพรางในทางวิชาการ
4. ทำให้ทราบความหมาย ขอบเขต และกระบวนการการสืบสวนคดีอาชญากรรมของตำรวจ โดยการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ตลอดจนการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนคดีอาชญากรรมโดยการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวที่มีอยู่ในกฎหมายไทยปัจจุบัน
5. ทำให้ทราบลักษณะความผิดและกระบวนการดำเนินคดีอาชญากรรม

1.7 นิยามศัพท์

เพื่อความสะดวกในการอธิบายและเพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขอ กำหนดให้คำต่างๆ ในวิทยานิพนธ์นี้มีความหมายดังต่อไปนี้

- 1) “กฎกระทรวงฯ” หมายถึง กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555
- 2) “การตรวจสอบควบคุม” หมายถึง การตรวจสอบการใช้อำนาจในแนวตั้งเป็นสำคัญ แต่ในบางบริบทอาจมีความหมายกว้างรวมถึงการตรวจสอบถ่วงดุลด้วย
- 3) “การตรวจสอบถ่วงดุล” หมายถึง การตรวจสอบการใช้อำนาจในแนวนอน
- 4) “การปฏิบัติการอำพราง” ได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางหรือสายลับเป็นสำคัญ
- 5) “เจ้าหน้าที่อำพราง” (undercover agent) หมายถึง เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการดำเนินการของอาชญากรรมโดยไม่เปิดเผยตัวตนของเขาต่อผู้ต้องสงสัย²¹
- 6) “ชุดปฏิบัติการอำพราง” หมายถึง ตำรวจที่ร่วมปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ ในภาคสนามทั้งหมด
- 7) “ตำรวจ” หมายถึง เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นสำคัญ แต่ในบางบริบทอาจหมายถึงเจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ ป.ป.ส.
- 8) “ผู้อำพราง” หมายถึง เจ้าหน้าที่อำพรางและสายลับ
- 9) “สายลับ” (informant) หมายถึง บุคคลผู้มิใช่เจ้าพนักงานและมีใช้บุคคลหรือพยานที่ให้ข้อมูลแก่ตำรวจเมื่อถูกตำรวจสอบปากคำเท่านั้น ที่ให้ความร่วมมือในทางลับกับตำรวจโดยการให้ข้อมูลหรือเบาะแสถึงการกระทำความผิด²² หรือช่วยเหลือในการปฏิบัติการอำพราง โดยการให้ความร่วมมือดังกล่าวมีแรงจูงใจบางอย่าง เช่น เงิน ความกลัวการถูกเอาผิดในการกระทำความผิดส่วนตัว ความกลัวอันตรายจากอาชญากรที่ร่วมกระทำผิดด้วยกันหรือต่างกลุ่มกัน หรือความแค้นส่วนตัว เป็นต้น²³ แต่ไม่รวมถึงพลเมืองดีที่ให้ความร่วมมือซึ่งน่าจะพบได้น้อยในบริบทของอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างเช่นยาเสพติด
- 10) “APC” หมายถึง Federal Agency for the Protection of the Constitution (หน่วยข่าวกรองด้านความมั่นคงของเยอรมนี)
- 11) “CD” หมายถึง การครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุม (controlled delivery)
- 12) “FBIHQ” หมายถึง FBI Headquarters (สำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลาง)

²¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 9 ed. (St. Paul, MN: West, 2009), p. 75.

²² Dennis G. Fitzgerald, *Informants and Undercover Investigations : A Practical Guide to Law, Policy, and Procedure* (Boca Raton, FL: CRC Press, 2007), p. 1.

²³ *Ibid.*, 19-24.

13) “Guidelines” หมายถึง Attorney General’s Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations

14) “SAC” หมายถึง Special Agent in Charge (หัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษ)



บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่จำเป็นในการวิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติด

ในบทนี้เราจะศึกษาแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่จำเป็นในการวิเคราะห์ปัญหาตามวิทยานิพนธ์นี้ จึงเป็นการศึกษาในแง่หลักการทางวิชาการนิติศาสตร์เป็นสำคัญ ส่วนหลักการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะกล่าวถึงในบทที่ 3-4

2.1 การปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) หรือการสืบสวนโดยวิธีการอำพราง (undercover investigation) เป็นหนึ่งในเทคนิคการสืบสวนพิเศษ (special investigative technique) ที่ตำรวจใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเฉพาะพยานหลักฐานในคดีที่ยากจะได้อมา โดยการสืบสวนคดีปกติ เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

เทคนิคการสืบสวนพิเศษ (special investigative technique) หมายถึง เทคนิคการรวบรวมข้อมูลอย่างเป็นระบบที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายใช้โดยไม่ให้บุคคลผู้เป็นเป้าหมายรู้ตัว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจพบและสืบสวนอาชญากรรมและผู้ต้องหา¹ เทคนิคการสืบสวนพิเศษได้แก่ การปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) การส่งมอบภายใต้การควบคุม (controlled delivery) และการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (electronic surveillance)² แต่ในวิทยานิพนธ์นี้เราจะศึกษาการปฏิบัติการอำพรางเป็นสำคัญ

¹ Hans G. Nilsson, "Special Investigation Techniques and Developments in Mutual Legal Assistance - the Crossroads between Police Cooperation and Judicial Cooperation," in *Resource Material Series No.65*, ed. Simon Cornell (Fuchu, Tokyo, Japan: UNAFEI, 2005), p. 41.

² Mustafa Abdullah and others, "Special Investigative Tools to Combat Transnational Organized Crime (Toc)," in *Resource Material Series No. 58*, ed. Hiroshi Iitsuka (Fuchu, Tokyo: UNAFEI, 2001), p. 228.

การปฏิบัติการอำพรางมีความเป็นมาที่ยาวนานโดยแรกเริ่มมักถูกนำมาใช้ด้านความมั่นคงมากกว่าด้านปราบปรามอาชญากรรมในรูปแบบของการใช้จารชน (spy) และสายลับ (informant) เพื่อสอดแนมรวบรวมข้อมูลข่าวศึกและเป้าหมายซึ่งเป็นวิธีการที่ถูกใช้มาตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมัน³

แต่การใช้การปฏิบัติการอำพรางอย่างเป็นระบบนั้นเกิดขึ้นพร้อมๆกับการกำเนิดขององค์กรตำรวจสมัยใหม่ซึ่งก่อตั้งขึ้นครั้งแรกในปารีสในปลายศตวรรษที่ 17 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการคุกคามของกลุ่มทางการเมืองและการปราบปรามอาชญากรรมในกรุงปารีสซึ่งหน่วยงาน bureau de sureté (security) ได้ดำเนินการปฏิบัติการอำพรางอย่างกว้างขวางและเป็นที่อื้อฉาว⁴ ด้วยการใช้ผู้ล่อให้กระทำความผิด (agents provocateur) เข้าไปแทรกซึมในกลุ่มการเมืองที่เคลื่อนไหวต่อต้านรัฐบาลและยุยงให้กลุ่มการเมืองดังกล่าวก่อความรุนแรงและเสียสภาพจนสูญเสียมหาชนชอบธรรมและแนวร่วม แต่เทคนิคการอำพรางก็ยังคงถูกใช้อยู่และถูกปรับปรุงมากขึ้นในช่วงปฏิวัติฝรั่งเศสสมัยการครองอำนาจของ นโปเลียน โบนาปาร์ต ตลอดจนช่วงการรวมอำนาจการปกครองประเทศในเวลาต่อมา⁵

ในสหราชอาณาจักรช่วงศตวรรษที่ 18 มีการใช้นักจับโจร (thief taker) ซึ่งมักเป็นพวกนอกกฎหมายเพื่อช่วยในการติดตามทรัพย์สินที่ถูกขโมยแลกกับค่าตอบแทน⁶ และนักโทษที่ยอมเป็นสายลับเพื่อให้ได้รับการอภัยโทษ⁷ นอกจากนี้ในกลางศตวรรษที่ 18 ยังมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางโดยตำรวจในลอนดอนที่เรียกว่าหน่วย Bow Street Runners ซึ่งก่อตั้งโดย Henry Fielding และมักถือกันว่าเป็นตำรวจอาชีพที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรก⁸

ต่อมาได้มีการปรับปรุงระบบตำรวจให้มีความทันสมัยมากขึ้นจากการออกกฎหมายปรับปรุงตำรวจนครบาล 1829 (Metropolitan Police Improvement Act 1829) ทำให้ระบบตำรวจเดิมที่เป็นการรักษาความสงบในท้องถิ่นไปสู่ระบบตำรวจแบบใหม่ และเพื่อให้ประชาชนไม่หวาดระแวง

³ Edwin W. Kruisbergen, Deborah De Jong, and Edward R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology* 51, 2 (2011): 395.

⁴ Ibid.

⁵ Jacqueline E. Ross, "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review* 69, 3 (2002): 1504.

⁶ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395.

⁷ Orin S. Kerr, "An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment " *Harvard Law Review* 125, 2 (2011): 519.

⁸ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395.

ตำรวจแบบใหม่นี้อย่างเดียวกับกับระบบตำรวจเดิมของยุโรปภาคพื้นทวีปที่มีการใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยตามอำเภอใจหรือกดขี่อย่างทรราช รัฐมนตรีมหาดไทยของอังกฤษในขณะนั้นซึ่งก็คือ Sir Robert Peel จึงได้นำเสนอรูปแบบการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยความยินยอม (policing by consent) ขึ้นซึ่งมีแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับการรักษาความสงบโดยตำรวจที่ปรากฏตัวในเครื่องแบบมากกว่าการใช้ปฏิบัติการลับ⁹

อย่างไรก็ตามระบบดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงมีการตั้งชุดนักสืบนอกเครื่องแบบขึ้นในปี ค.ศ. 1842 ยิ่งไปกว่านั้นภัยคุกคามจากกลุ่มการเมืองในทศวรรษสุดท้ายของศตวรรษที่ 19 เช่น การวางระเบิดของกลุ่ม Fenian ทำให้มีการฝึกและการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยมากขึ้น¹⁰

ในศตวรรษที่ 19 การปฏิบัติการอำพรางในยุโรปถูกใช้และมีการละเมิดสิทธิอย่างกว้างขวาง ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางไม่เพียงแต่ใช้ในการแก้ปัญหาอาชญากรรมเท่านั้น แต่ยังมีมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางเป็นเครื่องมือในการปราบปรามกลุ่มการเมืองที่รัฐบาลเห็นว่าเป็นภัยคุกคามไม่น้อยไปกว่าการใช้ในการปราบอาชญากรรมเลยทีเดียว¹¹

สหรัฐอเมริกาเองก็ไม่กล้าใช้ระบบตำรวจแบบยุโรปภาคพื้นทวีปเช่นเดียวกับอังกฤษ ตลอดจนระวางการใช้จารชนและสายลับของระบบดังกล่าวด้วย เนื่องจากเกรงว่าระบบดังกล่าวจะเป็นอุปสรรคต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นอเมริกาจึงไม่มีหน่วยสอบสวนกลางหรือระดับสหพันธรัฐ (federal investigation) มาโดยตลอด¹²

จนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 20 มีการก่อตั้งสำนักงานสอบสวนกลาง (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI) ขึ้น และในช่วงทศวรรษที่ 1920 และทศวรรษที่ 1930 FBI ใช้การปฏิบัติการอำพรางเพื่อต่อต้านการจารกรรม (espionage) และการก่อวินาศกรรมที่กระทำโดยกลุ่มคอมมิวนิสต์และฟาสซิสต์¹³

และในช่วงเวลาเดียวกัน มีการใช้การรักษาความสงบโดยการอำพรางเชิงการเมืองเพิ่มขึ้นในยุโรปอย่างมากเช่นกัน แต่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง การปฏิบัติการอำพรางในยุโรปก็เริ่มปรากฏ

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 1504.

¹² Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395.

¹³ Ibid.

ความอึดอวมมากขึ้นเนื่องจากการใช้การปฏิบัติการอำพรางอย่างกว้างขวางโดยอาณาจักรไรช์ที่สาม (Third Reich) ที่ปกครองโดยพรรคนาซีและสหภาพโซเวียตและใช้ปฏิบัติการจารกรรมต่อประชาชนของตนเอง¹⁴ ทำให้ประเทศในยุโรปตะวันตกที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยหลีกเลี่ยงที่จะใช้การปฏิบัติการอำพรางในงานปราบปรามอาชญากรรม อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการในงานรักษาความมั่นคงยังคงถูกใช้ต่อไปและเพิ่มมากยิ่งขึ้น¹⁵

ส่วนการใช้การปฏิบัติการอำพรางในงานของตำรวจที่ไม่ใช่บริบทการรักษาความมั่นคงของชาติแต่เพื่อการปราบปรามอาชญากรรมนั้นเพิ่มมากขึ้นนับแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่องค์กรอาชญากรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้ายาเสพติดเพิ่มมากขึ้นทั้งนี้เนื่องจากอาชญากรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crime) กล่าวคือมีการยินยอมกันระหว่างผู้เกี่ยวข้องในอาชญากรรม จึงทำให้การสืบสวนดั้งเดิมของตำรวจที่เป็นการสืบสวนเชิงรับซึ่งมุ่งเน้นไปที่การเริ่มต้นการสืบสวนจากเบาะแสที่ได้รับแจ้งจากผู้เสียหายหรือตรวจพบการกระทำผิดเกิดขึ้น และรวบรวมพยานหลักฐานหลังจากอาชญากรรมได้เกิดขึ้นแล้วนั้นไม่สามารถใช้กับอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายดังกล่าวได้ และนำไปสู่การใช้การสืบสวนใหม่ที่มีลักษณะเป็นการสืบสวนเชิงรุกซึ่งมุ่งเน้นไปที่การรวบรวมพยานหลักฐานก่อนและขณะที่การกระทำผิดเกิดขึ้น¹⁶

ในสหรัฐอเมริกา การพัฒนาการสืบสวนเชิงรุกดังกล่าวนำไปสู่การใช้การปฏิบัติการอำพรางอย่างกว้างขวางโดยเฉพาะการปฏิบัติการที่เรียกกันว่า “การปฏิบัติการซื้อแล้วจับ (buy-bust operation)” ซึ่งเป็นปฏิบัติการที่ตำรวจจะสร้างสถานการณ์หรือโอกาสให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งประกอบอาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น ตำรวจใช้เจ้าหน้าที่อำพรางทำที่เป็นผู้ที่ต้องการซื้อขายยาเสพติด¹⁷

และด้วยการทำสงครามกับยาเสพติดทำให้เทคนิคการใช้การปฏิบัติการอำพรางของหน่วย Drugs Enforcement Administration (DEA) ของอเมริกาที่พัฒนามากขึ้นค่อยๆถูกเผยแพร่ไปยังยุโรปตะวันตก ในตอนแรกนั้น ยุโรปตะวันตกลังเลที่จะรับการปฏิบัติการจากอเมริกามาใช้ ซึ่งความลังเลนี้มิได้เป็นเพราะการปฏิบัติการอำพรางเป็นสิ่งที่แปลกใหม่สำหรับชาวยุโรป แต่ตรงกันข้ามการปฏิบัติการอำพรางเป็นสิ่งที่ยุโรปคุ้นเคยและทราบดีถึงปัญหาของการใช้การปฏิบัติการอำพรางจากความอึดอวมที่เกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ที่หน่วยงานความมั่นคงของรัฐบาลใช้หน่วยอำพรางจารกรรม

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 1504.

¹⁶ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395-396.

¹⁷ Ibid., 396.

และสอดแนมประชาชนตนเองและกลุ่มการเมืองฝ่ายตรงข้าม¹⁸ ประกอบกับการปฏิบัติการอำพรางของอเมริกาที่นำเข้ามาในยุโรปมีหน้าตาเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมากด้วยการผสมผสานกับการใช้เทคโนโลยีการสะกดรอย (electronic surveillance)¹⁹ อย่างไรก็ตามปัญหาองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยาเสพติดทำให้ยุโรปจำเป็นต้องใช้การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอิทธิพลจากอเมริกาดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น²⁰ นักวิชาการบางท่านเรียกปรากฏการณ์นี้ว่า “อเมริกันวัตรของการปราบปรามยาเสพติดในยุโรป (Americanization of European drug enforcement)”²¹ และนับแต่เหตุการณ์ 11 กันยายน (2000) อเมริกาและ EU ก็มีความร่วมมือระหว่างประเทศในการต่อต้านการก่อการร้ายและองค์กรอาชญากรรมมากขึ้นโดยใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษอย่างการปฏิบัติการอำพราง²² ซึ่งแม้แต่กฎหมายระหว่างประเทศอย่างอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime หรือ “UNTOC 2000”) ก็สะท้อนถึงการได้รับอิทธิพลจากแนวคิดการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษซึ่งรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางด้วยและกำลังแพร่ขยายไปทั่วโลกเช่นเดียวกัน

แต่ยุโรปและประเทศอื่นๆได้รับแนวคิดการปฏิบัติการอำพรางที่พัฒนาโดยอเมริกามาทั้งหมด แต่แตกเป็น 3 กลุ่ม คือ²³

1. ประเทศที่มีทัศนคติที่ไม่ดีต่อการปฏิบัติการอำพราง การนำเทคนิคการปฏิบัติการอำพรางมาใช้จึงมีการปรับและกำหนดกลไกการตรวจสอบและควบคุมให้มีความชอบด้วยกฎหมายเข้ากับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศของตนด้วย เช่น เยอรมนี

2. ประเทศที่มีทัศนคติที่ดีต่อการปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ ฝรั่งเศส และประเทศกลุ่มสหภาพโซเวียตเดิม

¹⁸ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," University of Chicago Law Review: 1504.

¹⁹ Ibid., 1505.

²⁰ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," British Journal of Criminology: 396.

²¹ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," University of Chicago Law Review: 1503.

²² Jacqueline E. Ross, "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," American Journal of Comparative Law 52, 3 (2004): 304.

²³ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," University of Chicago Law Review: 1505.

3. ประเทศที่มีทัศนคติที่กลางๆต่อการปฏิบัติกรอำพราง ได้แก่ อังกฤษ และแคนาดา ซึ่งมีรากฐานระบบกฎหมาย common law และไม่ค่อยมีประวัติการใช้การปฏิบัติกรอำพราง

อย่างไรก็ตาม โดยภาพรวมยุโรปส่วนใหญ่ มีทัศนคติต่อการอำพรางไม่ดีนัก ส่วนประเทศในยุโรปที่มีทัศนคติที่ดีก็ได้รับแรงกดดันจากศาลศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ศาล ECHR) ให้กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติกรอำพรางไว้ในกฎหมายระดับเดียวกันกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁴ เพื่อความชัดเจนแน่นอนของกระบวนการยุติธรรมตามสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (rights to fair trial) ที่รับรองโดยอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (อนุสัญญา ECHR) เช่น คำพิพากษาศาล ECHR Teixeira de Castro v. Portugal 1998²⁵

ปัจจุบันการปฏิบัติกรอำพรางได้ถูกใช้กว้างขวางมากขึ้นโดยมิได้จำกัดการใช้แค่ในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้นแต่ขยายไปถึงการกระทำความผิดอื่นๆด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในอเมริกามีการปฏิบัติกรที่เรียกว่า “การล่อจับผู้รับของโจร (anti-fencing sting operation)” ซึ่งเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ยิ่งกว่านั้นยังมีการใช้การปฏิบัติกรอำพรางในรูปแบบของการล่อจับทางอินเทอร์เน็ตด้วย โดยเจ้าหน้าที่อำพรางจะทำที่เป็นผู้เยาว์เพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับผู้เยาว์ทางอินเทอร์เน็ต และนอกจากการปฏิบัติกรอำพรางจะถูกใช้ในการสืบสวนคดีเชิงรุกเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดที่ยากจะตรวจพบอย่างเช่น ยาเสพติด รับของโจร และการล่อลวงทางสื่อออนไลน์แล้ว การปฏิบัติกรอำพรางยังถูกนำมาใช้ในการสืบสวนคดีเชิงรับนับแต่ช่วงทศวรรษที่ 1990 อีกด้วย โดยเจ้าหน้าที่อำพรางทำที่เข้าไปติดสินกับผู้เป็นเป้าหมายจนได้รับความไว้วางใจจนผู้เป็นเป้าหมายยอมเปิดเผยถึงการกระทำความผิดที่ตนเคยทำเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพของผู้ต้องหาคดีต่างๆโดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีฆาตกรรมและคดีคนหาย²⁶

อย่างไรก็ตามการปฏิบัติกรอำพรางของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายซึ่งรวมถึงตำรวจของอเมริกา เริ่มถูกวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้นถึงขอบเขตที่เหมาะสม²⁷

²⁴ Jacqueline E. Ross, "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law* 55(2007): 496.

²⁵ Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 170.

²⁶ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 396.

²⁷ ABC News, "How Undercover Cops in a Florida City Make Millions Selling Cocaine," [Online] Accessed: 13 May 2015. Available from: <http://abcnews.go.com/US/undercover-cops-florida-city-make-millions-selling-cocaine/story?id=20523714>

โดยสรุปแล้ว การปฏิบัติการอำพรางเป็นแนวคิดที่มีมานานในรูปแบบของกลยุทธ์ทางการทหาร ก่อนจะมาเป็นการปฏิบัติการอำพรางอย่างเป็นทางการที่ถือกำเนิดขึ้นในยุโรปในปลายศตวรรษที่ 17 แล้วถูกส่งต่อไปยังอเมริกาในต้นศตวรรษที่ 20 โดยแรกเริ่มนั้นการปฏิบัติการอำพรางถูกใช้ทั้งในด้านความมั่นคงและการปราบอาชญากรรม แต่ต่อมากลับใช้ในเชิงความมั่นคงและการเมืองเพิ่มขึ้นอย่างมากในยุโรป อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการอำพรางในการปราบอาชญากรรมถูกพัฒนาและเติบโตขึ้นในอเมริกาพร้อมกับการปรากฏขององค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยาเสพติดในกลางศตวรรษที่ 20 ก่อนที่จะถูกเผยแพร่กลับเข้ามาในยุโรปอีกครั้ง และมีอิทธิพลต่อกฎหมายการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและการสืบสวนคดียาเสพติดของประเทศต่างๆ ตลอดจนมีอิทธิพลต่อกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม ในปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงปัจจุบัน

2.1.1 ความหมายของการปฏิบัติการอำพราง

นอกจากนักกฎหมายแล้ว การปฏิบัติการอำพรางเป็นที่รู้จักแพร่หลายในประชาชนทั่วไปผ่านทางสื่อสาธารณะในฐานะ “การปฏิบัติการลับ” “การล่อจับ” “การล่อซื้อ” เป็นต้น แต่ความหมายและขอบเขตเชิงวิชาการยังอาจมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนอยู่ และเนื่องจากเรากำลังศึกษาการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติด ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาในส่วนนี้ว่าสิ่งที่เราต้องการตรวจสอบควบคุมซึ่งก็คือการปฏิบัติการอำพรางนั้นคืออะไร ซึ่งในทางวิชาการมีนักวิชาการหลายท่านทั้งในและต่างประเทศได้อธิบายความหมายการปฏิบัติการอำพรางดังต่อไปนี้

อาจารย์อรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ ได้อธิบายว่า

“การอำพราง (undercover) เป็นวิธีการที่เจ้าหน้าที่อำพรางเข้าไปอยู่ในกลุ่มขององค์กรอาชญากรรมเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานและทราบถึงบทบาทในองค์กรอาชญากรรมซึ่งบางครั้งอาจมีการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ร่วมอยู่ด้วย บางกรณีเจ้าหน้าที่ก็มีได้เป็นผู้อำพรางตัว แต่จะใช้บุคคลที่ถูกกำหนดเข้าไปอำพรางตัวโดยการควบคุมของเจ้าหน้าที่ ซึ่งการใช้วิธีการดังกล่าวต้องใช้บุคคลที่มีการรักษาความลับเป็นอย่างดีและต้องปกปิดตัว จะมีลักษณะเหมือนกับสายลับ แต่เปิดตัวเองให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นทั้งการปกปิดฐานะ อาชีพ การงาน เป็นต้น”²⁸

Hans G. Nilsson ได้อธิบายว่า

²⁸ อรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2548), หน้า 82.

“การปฏิบัติการอำพราง หมายถึง การสืบสวนในทางลับที่มีการปฏิสัมพันธ์ (interaction) และการใช้กลอุบาย”²⁹

เอกสารของ UNAFEI* โดย Amy Chang Lee ประกอบกับ Mustafa Abdullah และคณะ ได้อธิบายว่า

“การปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) หมายถึง การสืบสวน (investigation) ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชุดของการดำเนินการอำพรางที่มีความสัมพันธ์กัน (series of related undercover activities) (กล่าวคือการดำเนินการสืบสวนสอบสวนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อสมมติหรือการปกปิดตัวตน) โดยเจ้าหน้าที่อำพรางในเวลาใดเวลาหนึ่ง”³⁰ “ขอบเขตของปฏิบัติการมีความหลากหลายมาก โดยอาจมีระยะเวลาที่สั้นมากเพียงไม่กี่ชั่วโมง หรืออาจมีระยะเวลานานหลายปีก็ได้ โดยอาจใช้กับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นครั้งหนึ่งๆ หรือใช้กับธุรกิจผิดกฎหมายที่มีความซับซ้อน ปฏิบัติการอาจเป็นเพียงการซื้อสินค้าผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด ทรัพย์สินที่ถูกขโมยมา หรืออาวุธปืน ผิดกฎหมาย หรือถึงขั้นการดำเนินธุรกิจอำพรางที่อาชญากรพบและพูดคุยกับเจ้าหน้าที่อำพรางหรือสายลับถึงการดำเนินการของพวกเขา ด้วยการปฏิบัติการอำพราง เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถแทรกซึมเข้าไปในกลุ่มผู้อยู่สูงสุดในองค์กรอาชญากรรมได้โดยทำที่เป็นอาชญากรเมื่อพวกเขาสามารถตัวจริงเผยถึงแผนการของพวกเขาและต้องการความช่วยเหลือในการประกอบอาชญากรรม”³¹

Elizabeth E. Joh ได้อธิบายว่า

“ภารกิจอำพราง (undercover work) เป็นภารกิจที่ตำรวจใช้กลอุบายมากกว่าภารกิจปกติ กล่าวคือเป็นการปกปิดผู้ต้องสงสัยไม่ให้ทราบถึงวัตถุประสงค์และตัวตนที่แท้จริงของตำรวจ”³²

²⁹ Nilsson, H. G., "Special Investigation Techniques and Developments in Mutual Legal Assistance - the Crossroads between Police Cooperation and Judicial Cooperation," in *Resource Material Series No.65*, p. 41.

* United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders

³⁰ Abdullah, M. and others, "Special Investigative Tools to Combat Transnational Organized Crime (Toc)," in *Resource Material Series No. 58*, p. 232.

³¹ Amy Chang Lee, "The United States' Experience in the Investigation and Prosecution of Transnational Organized Crime," in *Resource Material Series No. 73*, ed. Grace Lord (Fuchu, Tokyo, : UNAFEI, 2007), pp. 13-14.

³² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 161.

จากความเห็นของนักวิชาการข้างต้นผู้เขียนจึงสรุปว่า การปฏิบัติการอำพราง หมายถึง การสืบสวน (investigation) ของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายวิธีหนึ่งที่มีความมุ่งหมายในการใช้บุคคลซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่อำพราง (undercover agent) หรือสายลับ (informant) เข้าไปปฏิสัมพันธ์ (interact) กับผู้เป็นเป้าหมายโดยใช้กลอุบาย (deception) โดยปกปิดตัวตน (covert) บุคคลนั้นว่ามีใช่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือมิได้ทำงานให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย และโดยปกปิดวัตถุประสงค์เพื่อการสืบหาตัวตนและพยานหลักฐานเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อจับกุม

ดังนั้น องค์ประกอบของการปฏิบัติการอำพราง จึงได้แก่

1. เป็นการสืบสวนของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายวิธีหนึ่ง
2. มีการใช้บุคคลซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่อำพราง หรือสายลับ
3. มีการเข้าไปปฏิสัมพันธ์กับผู้เป็นเป้าหมาย
4. ในการปฏิสัมพันธ์นั้นมีการใช้กลอุบาย โดยปกปิดตัวตนของบุคคลนั้นว่ามีใช่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือมิได้ทำงานให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย และโดยปกปิดวัตถุประสงค์ และ
5. เพื่อการสืบหาตัวตนและพยานหลักฐานเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อจับกุม

ข้อสังเกต

1) กรณีสายลับ: ในขณะนี้นักวิชาการบางท่าน เช่น อาจารย์อรพรรณ ลิขิตจิตถะ และคณะ, Amy Chang Lee นิยามการปฏิบัติการอำพรางให้มีความหมายรวมถึงการใช้สายลับด้วย แต่นักวิชาการบางท่าน เช่น Hans G. Nilsson, Mustafa Abdullah และคณะ, Elizabeth E. Joh เห็นว่าในการปฏิบัติการอำพราง ผู้อำพรางต้องเป็นตำรวจเท่านั้น และแยกการใช้สายลับ (informant) ซึ่งเป็นเพียงบุคคลธรรมดาเป็นการสืบสวนอีกประเภทหนึ่ง เช่น Hans G. Nilsson เพราะมองว่าการใช้สายลับไม่มีการใช้กลอุบาย³³ เนื่องจากอาจเห็นว่าสายลับมักเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือมีความไว้วางใจกันกับผู้เป็นเป้าหมายอยู่แล้ว หรือใช้เกณฑ์คุณภาพของพยานโดยมองว่าสายลับไม่ต่างกับพยานซัดทอด

อย่างไรก็ตามเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการแยกหรือรวมการใช้สายลับนั้นคือเพื่อความสะดวกในการวิจัยและการอธิบายตามแต่สมมติฐานของแต่ละท่าน และด้วยเหตุเช่นเดียวกันนี้ผู้เขียนจึงเลือกนิยามการปฏิบัติการอำพรางให้มีความหมายรวมถึงการใช้สายลับเพื่อประโยชน์ใน

³³ Nilsson, H. G., "Special Investigation Techniques and Developments in Mutual Legal Assistance - the Crossroads between Police Cooperation and Judicial Cooperation," in *Resource Material Series No.65*, p. 41.

การศึกษาและอธิบายปัญหาตามวิทยานิพนธ์นี้ที่เป็นการศึกษาการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติด ประกอบกับเหตุผลหลายประการต่อไปนี้

ประการแรก การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางลำพังทำได้ยาก จึงต้องอาศัยสายลับด้วย เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายยากที่ตำรวจโดยลำพังจะมีเบาะแสเริ่มต้นในการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้เจ้าหน้าที่อำพรางในทันที แต่ตำรวจต้องอาศัยสายลับ³⁴ ซึ่งมักเป็นผู้กระทำความผิดที่ยอมร่วมมือกับตำรวจ ที่ช่วยให้เบาะแสหรือข้อมูลเบื้องต้นแก่ตำรวจมากพอที่จะขออนุญาตหรือดำเนินการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพราง ดังนั้นการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางจึงมักมีจุดเริ่มต้นจากการใช้สายลับ และถูกรับช่วงการปฏิบัติการต่อด้วยการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางซึ่งมีความน่าเชื่อถือมากกว่า³⁵

ประการที่สอง ในประเด็นการใช้กลอุบายนั้น แม้นักวิชาการบางท่านข้างต้นจะเห็นว่าเนื่องจากอาจเห็นว่าการใช้สายลับไม่มีการใช้กลอุบายเนื่องจากสายลับมักเป็นผู้มีส่วนในการกระทำความผิดหรือมีความไว้วางใจกันกับผู้เป็นเป้าหมายอยู่แล้ว แต่ผู้เขียนเห็นว่าการใช้สายลับมีการใช้กลอุบาย โดยสายลับต้องคอยปกปิดตัวตนของสายลับนั้นว่ามีได้ทำงานให้ตำรวจ และในบางกรณีสายลับต้องช่วยตำรวจในการใช้กลอุบายจัดฉากการกระทำความผิดของผู้เป็นเป้าหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานแห่งการกระทำความผิดด้วย³⁶

ประการที่สาม การใช้สายลับลำพังทำได้ยาก จึงต้องอาศัยเจ้าหน้าที่อำพรางด้วยเช่นเดียวกัน เป็นเหตุผลที่พิจารณาจากมุมตรงข้ามของเหตุผลประการแรกข้างต้น กล่าวคือ ตำรวจมักไม่แสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้สายลับเพียงลำพัง เนื่องจากความเสี่ยงหลายประการ เช่น การกลั่นแกล้งกันหรือสายลับอาจไม่กล้าไปให้การในศาล และประเด็นปัญหาในกฎหมายลักษณะพยานที่ถ้อยคำของสายลับซึ่งมักเป็นผู้มีส่วนกระทำความผิดด้วยอาจถือได้ว่าเป็นคำเบิกความของพยานซัดทอดที่มีความน่าเชื่อถือน้อย ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วหลังจากตำรวจใช้สายลับ ตำรวจก็จะอาศัยเบาะแสจากสายลับนั้น

³⁴ Michael D. Lyman, *Practical Drug Enforcement*, 3 ed. (Boca Raton, FL.: CRC/Taylor & Francis, 2007), pp. 2-3.

³⁵ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature," [Online] Accessed: 11 May 2015. Available from: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/rr05_5/p8.html#a4_14

³⁶ Lyman, M. D., *Practical Drug Enforcement*, p. 24.

นำไปสู่การใช้การปฏิบัติการอื่นๆเพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถืออื่นๆเพิ่มเติมต่อไปซึ่งมักเป็นการใช้เจ้าหน้าที่อำพราง³⁷

แม้ว่าความเป็นจริงแล้ว การใช้สายลับไม่เพียงแต่ให้เบาะแสที่เป็นจุดเริ่มต้นของการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น แต่เป็นเบาะแสเริ่มต้นในการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษแทบทุกชนิดรวมถึงการส่งมอบภายใต้การควบคุม และการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ด้วย อย่างไรก็ตาม การใช้สายลับมีลักษณะใกล้เคียงกับการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางมากกว่าเทคนิคการสืบสวนพิเศษอื่นๆ มีข้อต่างกันเพียงแค่บุคคลผู้อำพรางนั้นมีฐานะเป็นเจ้าของพนักงานหรือไม่เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติการเชิงลึก การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางและการใช้สายลับจึงมีความแตกต่างกันน้อยมาก

ด้วยเหตุดังกล่าววิธีการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางมักมีการร่วมกันกับสายลับอย่างใกล้ชิดและพึ่งพากันและกัน นอกจากนี้หากพิจารณาประวัติความเป็นมาของการปฏิบัติการอำพรางในอดีต เราจะพบว่าการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่ชุดอำพรางและการใช้สายลับมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดเช่นว่านั้นมาตั้งแต่อดีตทางประวัติศาสตร์จนถึงปัจจุบันเลยทีเดียว* ทำให้ผู้เขียนเห็นว่าการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางและการใช้สายลับเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษประเภทการปฏิบัติการอำพรางเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในวิทยานิพนธ์นี้เราจะพิจารณาหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางเป็นหลัก ยกเว้นในประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางโดยสายลับ เราจึงจะพิจารณาถึงการใช้สายลับด้วย

2) การปฏิบัติการอำพรางต้องมุ่งหมายให้มีการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างผู้อำพรางกับผู้เป็นเป้าหมายหรือคாதหมายตามควรได้จากลักษณะปฏิบัติการว่าการปฏิสัมพันธ์กันเช่นว่านั้นอาจเกิดขึ้นได้ เช่น ในการปฏิบัติการอำพรางเชิงข่าวกรอง แม้ผู้อำพรางในกรณีนี้จะมีการกระทำเชิงรับเป็นสำคัญคือการรวบรวมข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยแทรกแซงสภาพแวดล้อมแห่งการกระทำความผิดของบุคคลให้น้อยที่สุด แต่การปฏิสัมพันธ์ก็เป็นสิ่งที่คாதหมายได้ตามควรว่าอาจเกิดขึ้น เป็นต้น และการปฏิสัมพันธ์เช่นว่านั้นไม่จำเป็นต้องอยู่เฉพาะหน้ากัน ดังนั้นแม้จะมีตำแหน่งทาง

³⁷ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในส่วน ความเป็นมา ข้างต้น

กายภาพใกล้เคียงกัน แต่ถ้าสามารถสื่อสารกันได้ด้วยวิธีหนึ่งวิธีใด เช่น โทรศัพท์ ไปรษณีย์ อีเมล เป็นต้น ก็มีการปฏิสัมพันธ์เกิดขึ้น³⁸

การปฏิสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องทำระหว่างบุคคลโดยตรงเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงการกระทำโดยอ้อมผ่านสภาพแวดล้อมที่มุ่งหมายให้มีผลต่อพฤติกรรมของผู้ต้องสงสัย ยกตัวอย่างเช่นเจ้าหน้าที่เอารถยนต์ไปจอดในบริเวณที่มีการรายงานว่ามีรถขโมยรถบ่อยครั้ง เพื่อดึงดูดให้ผู้ต้องหา มาขโมยรถยนต์ดังกล่าว เพื่อจับกุม เช่นนี้ผู้เขียนก็เห็นว่าการปฏิสัมพันธ์เช่นกัน

3) การปฏิบัติการอำพรางมีความมุ่งหมายเพื่อทราบตัวตนของผู้กระทำความผิด มากกว่าเพื่อทราบว่ามีกระทำความผิดเกิดขึ้น³⁹ ซึ่งอาจเป็นเพราะการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วอย่างชัดเจน เช่น พบศพผู้ถูกฆาตกรรม หรืออาจเป็นเพราะการกระทำความผิดนั้นเป็นประเภทที่ถูกสันนิษฐานว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตลอดเวลาโดยบุคคลใดๆ ณ ที่ใด เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสพติด เป็นต้น⁴⁰

4) ในขณะที่การสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีดั้งเดิมโดยทั่วไปใช้กับผู้กระทำความผิดธรรมดา ไร้ฐานะหรือไร้ความรู้ได้ผล การสืบสวนโดยการปฏิบัติการอำพรางจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะ หรือมีความซับซ้อน⁴¹

5) ในทางทฤษฎี การปฏิบัติการอำพรางมักถูกกล่าวถึงในแง่เป็นวิธีสุดท้าย หากวิธีการอื่นๆในการแสวงหาพยานหลักฐานไม่สามารถทำได้หรือทำได้ยาก แต่ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในอเมริกา การปฏิบัติการอำพรางมักเป็นวิธีการที่ถูกใช้ตั้งแต่แรกมากกว่าจะมีการลองใช้วิธีการอื่นแล้วล้มเหลว⁴²

6) การอำพรางเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษ โดยหลักจึงมิใช่เทคนิคที่พึงใช้ในการสอบสวนอย่างเป็นทางการ (inquiry หรือ official investigation) ต่อผู้ต้องหา เนื่องจากจะขัดกับหลักการรับ

³⁸ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations," [Online] Accessed: 21 June 2015]. Available from: <http://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2013/09/24/undercover-fbi-operations.pdf>

³⁹ Gary T. Marx, *Undercover: Police Surveillance in America* (Berkeley, California: University of California Press, 1988), p. 12.

⁴⁰ Lyman, M. D., *Practical Drug Enforcement*, p. 2.

⁴¹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 510.

⁴² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 163.

พึงพยานหลายประการ เช่น หลักพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวง, สิทธิจะไม่ให้การประนีประนอมเอง เป็นต้น

7) ลักษณะของการปฏิบัติการอำพรางในภาพรวมที่สำคัญ ได้แก่

(1) ในด้านระยะเวลา การปฏิบัติการอำพรางอาจใช้เวลาในการดำเนินการปฏิบัติการเพียงไม่กี่ชั่วโมงหรือนานเป็นปีก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าตำรวจได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ต้องการได้ช้าเร็วเพียงใด แต่การปฏิบัติการอาจยุติลงก่อนหน้านั้นด้วยเหตุอื่น เช่น การปฏิบัติการถูกเปิดโปงหรือมีภัยอันตรายต่อผู้อำพรางหรือบุคคลภายนอก เป็นต้น โดยทั่วไปยิ่งระยะเวลาในการปฏิบัติการยาวนาน ยิ่งจับกุมผู้กระทำความผิดได้มากเมื่อสิ้นสุดการปฏิบัติการ⁴³

(2) การปฏิบัติการอำพรางในบางกรณีต้องอาศัยความร่วมมือในด้านต่างๆจากหน่วยงานรัฐอื่นๆนอกจากตำรวจ เช่น ความร่วมมือในการออกเอกสารประกอบการอำพรางของผู้อำพรางเพื่อความน่าเชื่อถือ เป็นต้น หรือความร่วมมือจากเอกชน⁴⁴ เช่น สายลับ

(3) อัตราความสำเร็จของการปฏิบัติการอำพรางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจับกุม เช่น การล่อจับหรือล่อซื้อ จะมีอัตราความสำเร็จเป็นการจับกุมดำเนินคดีอยู่ระหว่าง 70-95% ซึ่งเป็นอัตราสูงมาก⁴⁵ อย่างไรก็ตาม จากการงานวิจัยจำนวนครึ่งหนึ่งของงานวิจัย 27 ชิ้นซึ่งบ่งชี้ว่าการปฏิบัติการอำพรางช่วยลดอาชญากรรมที่เป็นเป้าหมายได้ ล้วนแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติการอำพรางที่ประสบความสำเร็จมีการใช้วิธีการอื่นๆอย่างน้อย 5 วิธีรวมด้วยนอกจากการปฏิบัติการอำพรางซึ่งรวมถึงการใช้การแถลงในสื่อสาธารณะถึงการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจ ยิ่งไปกว่านั้นงานวิจัยส่วนใหญ่ในจำนวนครึ่งหนึ่งดังกล่าวยังบ่งชี้ว่าเป็นการลดลงของอาชญากรรมดังกล่าวเกิดขึ้นเพียงในระยะสั้นเท่านั้น⁴⁶ ส่วนการลดลงของอาชญากรรมในระยะยาวยังไม่มียานวิจัยที่ชัดเจน⁴⁷ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านเห็นว่าประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอำพรางยังไม่มียานวิจัยที่ชัดเจนว่ามีมากแค่ไหน โดยเห็นว่าเราไม่สามารถประเมินประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอำพรางได้จากการจับผู้กระทำความผิดได้ในปริมาณหลายๆเท่านั้น ที่จริงแล้วการยังจับผู้กระทำความผิดได้มากและเร็วโดยการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวหรือการล่อซื้อเพียงอย่างเดียวซึ่งมักจะเป็นผู้กระทำความผิดระดับล่างได้มากเท่าไร ยิ่งสะท้อนความล้มเหลวจากการตัดโอกาสอาศัยความเชื่อมโยงของผู้ที่ถูกจับนั้นกับ

⁴³ Graeme R. Newman, *Sting Operations* (Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, 2007), p. 12.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., 13.

⁴⁶ Ibid., 15.

⁴⁷ Ibid., 13.

เครือข่ายผู้กระทำผิดระดับสูงมากขึ้นเท่านั้น ขณะที่การปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกจะทำให้ผู้อำพรางต้องเผชิญต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างมาก กว่าที่การปฏิบัติการอำพรางจะไปถึงจุดที่ต้องจับกุมผู้กระทำผิดระดับสูง ยาเสพติดจำนวนมากก็อาจถูกลักลอบลำเลียงเข้าสู่ตลาดแล้ว แม้ว่าผู้อำพรางอาจอำพรางเชิงป้องกันได้ เช่น การเปลี่ยนยาจริงเป็นยาปลอมที่ไม่เป็นอันตราย แต่โดยสภาพแล้ววิธีการดังกล่าวคงทำบ่อยไม่ได้นัก⁴⁸ นอกจากนี้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอำพรางยังยากที่จะวัดจากการที่ผู้อำพรางและครอบครัวต้องได้รับผลกระทบในการดำเนินชีวิต ตลอดจนปัจจัยอื่นๆที่ต้องอาศัยการศึกษาเชิงลึกต่อไป⁴⁹

(4) ในแง่ค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการอำพราง โดยทั่วไปถึงการปฏิบัติการใช้ระยะเวลาในการดำเนินการยาวนานยังมีค่าใช้จ่ายมากตามไปด้วย⁵⁰

(5) โดยทั่วไปการปฏิบัติการอำพรางจะต้องดำเนินการอย่างเป็นความลับ การกล่าวถึงการปฏิบัติการในที่สาธารณะโดยเฉพาะผ่านสื่อสาธารณะจึงถูกหลีกเลี่ยง⁵¹ เว้นแต่อาจกล่าวถึงภายหลังการจับกุมเพื่อผลในการข่มขู่อาชญากรรม

(6) การปฏิบัติการอำพรางเป็นเทคนิคที่มีประสิทธิภาพมากเป็นอันดับสองรองจากการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (electronic surveillance)⁵² หากใช้ทั้งสองเทคนิคร่วมกันจะมีศักยภาพในการเก็บข้อมูลครอบคลุมกิจกรรมประจำวันของผู้ต้องสงสัยได้ทีเดียว⁵³ และหากเปรียบเทียบการปฏิบัติการอำพรางกับการสะกดรอย (surveillance) ไม่ว่าจะเป็นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือการสะกดรอยด้วยบุคคล การปฏิบัติการอำพรางละเมิดความเป็นส่วนตัวน้อยกว่าการสะกดรอย⁵⁴ เนื่องจากเป้าหมายรู้ตัวว่าตนกำลังมีปฏิสัมพันธ์กับคนอื่นอยู่แม้จะไม่ทราบว่าเป็นตำรวจหรือผู้ที่ทำงานให้ตำรวจก็ตาม ต่างจากการสะกดรอยที่เป้าหมายไม่รู้ถึงการมีอยู่ของบุคคลอื่นเลย และต้องดำเนินการต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน ในขณะที่การปฏิบัติการอำพราง

⁴⁸ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 1530.

⁴⁹ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

⁵⁰ Newman, G. R., *Sting Operations*, p. 13.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Lee, A. C., "The United States' Experience in the Investigation and Prosecution of Transnational Organized Crime," in *Resource Material Series No. 73*, p. 13.

⁵³ *Ibid.*, 14.

⁵⁴ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 13.

ประหยัดเวลามากกว่า เนื่องจากสามารถใช้ผู้อำพรางสร้างอิทธิพลต่อสภาพแวดล้อมและพฤติกรรมของผู้เป็นเป้าหมายได้ทำให้สามารถควบคุมการกระทำ ความผิดหรือพฤติกรรมที่ทำให้เกิดพยานหลักฐานได้ ในสถานที่และเวลาที่ตำรวจสามารถเก็บพยานหลักฐานนั้นได้ดีกว่า ทำให้ใช้ทรัพยากรและค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการน้อยกว่า⁵⁵

(7) ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการสืบสวนด้วยวิธีแบบดั้งเดิม (ex post enforcement) ซึ่งต้องรอให้อาชญากรรมเกิดขึ้นก่อน โดยเฉพาะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการสืบสวนการกระทำ ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างเช่นคดียาเสพติดซึ่งยากมากที่จะสามารถใช้การสืบสวนด้วยวิธีแบบดั้งเดิมได้⁵⁶

8) เปรียบเทียบระหว่างการสืบสวนโดยวิธีการอำพรางกับภารกิจอื่นของตำรวจ : เราจะแยกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับภารกิจอื่นๆของตำรวจได้อย่างไร ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่ตำรวจใช้สื่อออนไลน์ในนามของแฟนสาวของผู้ต้องหาหลบหนีคดีลักทรัพย์ เพื่อล่อให้ผู้ต้องหา มาในพื้นที่ที่มีการเตรียมการจับกุมไว้⁵⁷ เช่นนี้จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการปฏิบัติการอำพรางหรือไม่?

การเปรียบเทียบระหว่างการสืบสวนโดยวิธีการอำพรางกับภารกิจอื่นของตำรวจจะช่วยให้เข้าใจความหมายและขอบเขตของการสืบสวนโดยวิธีการอำพรางมากขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า Gary T. Marx ผู้ได้รับการยอมรับว่าเป็นนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านการปฏิบัติการอำพรางท่านหนึ่ง⁵⁸ อธิบายได้เห็นภาพชัดเจนโดยพิจารณาจากลักษณะของภารกิจใน 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกเป็นการพิจารณาด้านการปกปิดตัวตนว่าภารกิจนั้นมีการปกปิดตัวตนหรือไม่ (overt หรือ covert) ประการที่สองเป็นการพิจารณาด้านการใช้กลอุบายว่าภารกิจนั้นมีการใช้กลอุบายหรือไม่ (nondeceptive หรือ deceptive) ซึ่งจากการพิจารณาดังกล่าวทำให้แบ่งภารกิจหลักๆของตำรวจออกเป็น 4 ประเภทได้ดังนี้⁵⁹

ประเภทแรกคือภารกิจที่ไม่มีการปกปิดตัวตนและไม่ใช้กลอุบายซึ่งก็คือการสืบสวนคดีอาญาด้วยวิธีดั้งเดิมซึ่งเป็นภารกิจส่วนใหญ่ของตำรวจ ในภารกิจประเภทนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้รับแจ้งจากประชาชนซึ่งอาจเป็นผู้เสียหายหรือพยานว่ามีการกระทำ ความผิด เช่น การฆาตกรรม เกิดขึ้น หรือ

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., 12.

⁵⁷ กรุงเทพมหานครออนไลน์, "ตร.ใช้ไลน์แฟนสาวโจรติดต่อล่อมาจับ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 เมษายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/631921>

⁵⁸ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 163.

⁵⁹ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, pp. 11-12.

อาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีสิ่งบ่งบอกความเป็นเจ้าพนักงานอย่างชัดเจน เช่น เครื่องแบบ อาจออกตรวจตราจนไปพบการกระทำผิดด้วยตนเองก็ได้ เมื่อการกระทำผิดถูกตรวจพบแล้ว คดีจะเริ่มที่ชั้นสอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการ (official investigation) เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่แสดงตัวตนความเป็นเจ้าพนักงานอย่างชัดเจนก็จะทำการสอบปากคำหรือสอบสวน (inquiry) และรวบรวมพยานหลักฐาน ปฏิสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่กับประชาชนในกรณีนี้มักมีความตรงไปตรงมาซึ่งอาจอยู่ในบริบทของการซักถาม การเก็บข้อมูล การออกคำสั่ง การเปรียบเทียบปรับ การให้ความช่วยเหลือ หรือการจับกุม เป็นต้น

ประเภทที่สองคือภารกิจที่ไม่มีการปกปิดตัวตนแต่มีการใช้กลอุบายซึ่งมีสองกรณีด้วยกัน โดยในกรณีแรกนั้นไม่เชิงเป็นภารกิจซะทีเดียว แต่ในทางปฏิบัติก็เป็น“เทคนิค” ที่ตำรวจอาจใช้เพื่อให้งานลุล่วง ตัวอย่างที่ชัดเจนของกรณีนี้คือการใช้กลอุบายในการได้มาซึ่งถ้อยคำหรือแม้แต่คำรับสารภาพจากผู้ต้องหาหรือพยาน เช่น ตำรวจโกหกผู้ต้องหาในการสอบสวนว่าพยานหลักฐานที่จะเอาผิดผู้ต้องหาได้ ผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่นๆอมรับสารภาพแล้ว หรือหากไม่รับสารภาพจะเจอโทษหนัก เป็นต้น ในกรณีนี้ไม่ได้หมายถึงแต่การใช้กลอุบายต่อผู้ต้องหาเท่านั้นแต่รวมถึงการใช้กลอุบายต่อกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของตนเองด้วยโดยตำรวจอาจตกแต่งข้อเท็จจริงเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ข้อห้ามตามกฎหมาย เช่น ตำรวจอ้างว่าพบสิ่งผิดกฎหมายตามหลักการกระทำผิดซึ่งหน้าในการปฏิบัติการอำพราง เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งผิดกฎหมายอันเป็นพยานหลักฐานนั้นชอบด้วยหลักการค้น เป็นต้น ซึ่งอาจถูกโต้แย้ง และในบางกรณีอาจมีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานและการฟ้องดำเนินคดีผู้ต้องหาได้

กรณีที่สอง คือ ภารกิจที่ตำรวจใช้กลอุบายเพื่อแสดงว่าตนมีตัวตนอยู่ในบริเวณใดๆซึ่งอาจเสี่ยงต่อการกระทำความผิดอย่างเช่นที่เปลี่ยวเพื่อการข่มขู่อาชญากรรม เช่น การติดตั้งกล้องรักษาความปลอดภัยปลอม (“กล้องต้มมี”) การติดป้ายเตือนว่าถนนดังกล่าวมีการบังคับใช้กฎหมายจราจรที่เข้มงวด การติดป้ายเตือนว่าบริเวณนั้นๆมีการจับตามองผ่านกระจกเงา หรือป้อมตำรวจเปล่าในที่เปลี่ยว เป็นต้น

ประเภทที่สามคือภารกิจที่มีการปกปิดตัวตนแต่ไม่มีการใช้กลอุบายกล่าวคือเป็นภารกิจที่ต้องการทำอย่างลับๆ โดยไม่ต้องการมีปฏิสัมพันธ์และใช้กลอุบายต่อบุคคลใดๆ อันจะมีผลต่อพฤติกรรมของบุคคลนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นภารกิจที่ต้องการให้บุคคลแสดงพฤติกรรมที่เป็นธรรมชาติมากที่สุดภายใต้สภาวะแวดล้อมและการรับรู้ที่ปราศจากการปฏิสัมพันธ์ที่สร้างขึ้นโดยตำรวจ ภารกิจนี้ได้แก่การสะกดรอยโดยบุคคลหรือโดยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (electronic surveillance) เช่น การที่ตำรวจแอบเฝ้าสังเกตการณ์บริเวณที่น่าสงสัยจากที่สูง การติดตามผู้ต้องสงสัยหรือการเฝ้าระวังผู้ซึ่งอาจตกเป็นเหยื่อจากระยะต่างๆ การเข้าฟังเนื้อหาการกล่าวปราศรัยในการประท้วง การแอบเปิด

จดหมายของผู้ต้องสงสัย การแอบบันทึกภาพหรือเสียงจากกล้องบันทึกภาพหรือเสียงที่แอบติดตั้งไว้ การดักสัญญาณ เป็นต้น

ประเภทที่สี่คือภารกิจที่มีการปกปิดตัวตนและมีการใช้กลอุบายอันหมายถึง ภารกิจการปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) ที่เรามุ่งศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้นั้นเองซึ่งเป็นภารกิจที่เปลี่ยนแปลงจากภารกิจของตำรวจแบบดั้งเดิมที่มุ่งค้นหาการกระทำผิดที่เกิดขึ้นมาเป็นภารกิจที่มุ่งค้นหาตัวตนที่แท้จริงของผู้กระทำความผิดเพื่อจับกุม การสืบสวนตามภารกิจประเภทนี้อาจจะดำเนินการก่อนหรือขณะที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีการปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบตรวจสอบจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐการสืบสวนอาจเริ่มต้นจากการเลือกบุคคลที่คาดว่าจะจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดก่อนที่จะมีการระบุงการกระทำอันเป็นความผิดของบุคคลนั้นได้เลยทีเดียว⁶⁰

เทคนิคการปฏิบัติการอำพรางนี้มุ่งทำลายข้อจำกัดของภารกิจของตำรวจแบบดั้งเดิม โดยเฉพาะในกรณีของอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายที่ตำรวจอาจไม่ทราบถึงการกระทำความผิดว่าได้เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดในที่ลับตาและไม่มีผู้ให้ความร่วมมือหรือไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเพียงพอ โดยเทคนิคดังกล่าวทำให้รัฐสามารถตรวจตราการกระทำหรือการเตรียมการกระทำที่เป็นความผิดได้โดยตรง แต่อาจนำไปสู่ประเด็นการโต้แย้งหลายประการ เช่น การล่อให้กระทำความผิด การละเมิดความเป็นส่วนตัว การละเมิดความไว้วางใจ (violation of trust) เป็นต้น⁶¹

นอกจากนี้มีประเภทที่ห้าซึ่งเป็นประเภทตามความเห็นผู้เขียน คือ ภารกิจที่มีการปกปิดตัวตนและมีการใช้กลอุบายแต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อทราบตัวตนผู้กระทำความผิด หรือการกระทำความผิด เนื่องจากข้อเท็จจริงทั้งสองดังกล่าวเป็นที่ทราบโดยตำรวจแล้ว แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อการติดตามจับกุมผู้ต้องหาที่อยู่ระหว่างการหลบหนีนั้นเอง ภารกิจประเภทนี้ ได้แก่ “การจับโดยการวางแผน” หรือ “การวางแผนจับกุม”

ดังนั้นกรณีปัญหาในส่วนนี้ข้างต้นที่ตำรวจใช้สื่อออนไลน์ในนามของแฟนสาวของผู้ต้องหาหลบหนีคดีลักทรัพย์ เพื่อล่อให้ผู้ต้องหามาในพื้นที่ที่มีการเตรียมการจับกุมไว้ จึงมิใช่การปฏิบัติการอำพรางตามภารกิจประเภทที่สี่ หากแต่เป็นการวางแผนจับกุมผู้ต้องหาหลบหนีตามภารกิจประเภทที่ห้า

⁶⁰ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 9.

⁶¹ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 12.

9) คำที่มีความหมายใกล้เคียงกับการปฏิบัติการอำพราง : การล่อซื้อ (sting)

คำว่า “ล่อซื้อ” ปรากฏในกฎหมายไทยหลายฉบับ ได้แก่ กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555, ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการยึดเงินล่อซื้อเพื่อการปราบปรามผู้จำหน่ายยาเสพติด พ.ศ. 2543 และระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการยึดเงินล่อซื้อเพื่อปราบปรามผู้ค้ายาเสพติด พ.ศ. 2543 แต่ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติความหมายของการล่อซื้อไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกากล่าวถึงการล่อซื้อว่าเป็นเพียงการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยตามอำนาจการสืบสวนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำเพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลยพร้อมด้วยพยานหลักฐาน อันเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ*

นอกจากนี้ยังมีงานเขียนและนักวิชาการหลายท่านทั้งในและต่างประเทศได้อธิบายความหมายไว้ ดังต่อไปนี้

Black’s Law Dictionary ได้อธิบายว่า

“การล่อซื้อ (sting) หมายถึง การปฏิบัติการอำพรางที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย (law enforcement agents) ทำที่เป็นอาชญากรรมเพื่อจับกุมอาชญากรที่แท้จริงขณะกระทำความผิดกฎหมาย”⁶²

ศาสตราจารย์ Graeme R. Newman ได้อธิบายว่า

“การปฏิบัติการล่อซื้อ (sting operations) ประกอบด้วยสององค์ประกอบพื้นฐาน ดังต่อไปนี้

1. โอกาสหรือการล่อลวง (enticement) ให้ประกอบอาชญากรรม โดยโอกาสหรือการล่อลวงนั้นเกิดขึ้นหรือเอื้ออำนวย (exploited) โดยตำรวจ”
2. เป้าหมายที่น่าจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือกลุ่มผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมชนิดใดโดยเฉพาะ

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 81/2551 การใช้สายล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนเป็นเพียงการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยตามอำนาจใน ป.วิ.อ. มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำเพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลยพร้อมด้วยพยานหลักฐาน อันเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

⁶² Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, p. 1550.

3. เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือสายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ (surrogate) ที่อำพรางตัวหรือซ่อนตัว หรือการใช้กลอุบาย (deception) อย่างหนึ่งอย่างใด
4. การจับกุมอย่าง “คาหนังกาเขา” (“gotcha”) ในตอนจบของการปฏิบัติการ”⁶³

ศาสตราจารย์ Bruce L. Hay ได้อธิบายว่า

“การปฏิบัติการล่อซื้อ (sting operation) หมายถึง การดำเนินการช่วยเหลือ (effort) ใดๆ โดยผู้มีอำนาจ (authorities) เพื่ออำนวยความสะดวก (encourage) การกระทำความผิด โดยมีเจตนาเพื่อล่อโทษความผิดที่เกิดขึ้นนั้น ปกติการปฏิบัติการล่อซื้อนั้นจะกระทำโดยบุคคล (agents) ซึ่งอำพรางตัว (undercover) กล่าวคือปกปิดข้อเท็จจริงว่าเขาทำงานให้ผู้มีอำนาจ โดยบุคคลนั้นอาจเป็นตำรวจที่ปลอมตัวเป็นประชาชน หรืออาจเป็นประชาชนซึ่งมักหวังผลประโยชน์จากการได้รับโทษน้อยลงที่แอบทำงานเป็นสายลับให้รัฐบาลก็ได้ แต่สิ่งสำคัญคือบุคคลนั้นต้องได้รับอำนาจในการส่งเสริม (promote) หรือให้ความสะดวก (facilitate) การกระทำความผิดกฎหมายของผู้อื่นซึ่งจะถูกลงโทษจากความผิดนั้นรวมถึงการพยายามกระทำความผิดด้วย” อนึ่ง “ในคดีที่มีโทษทางอาญา ผู้มีอำนาจหมายถึงกฎหมาย แต่ในคดีที่ปราศจากการลงโทษตามกฎหมาย ผู้มีอำนาจอาจเป็นบุคคลหรือองค์กรภาคเอกชนก็ได้”⁶⁴

อาจารย์อรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ ได้อธิบายว่า

“การล่อซื้อเป็นวิธีการสืบสวนประเภทหนึ่งเพื่อให้ได้พยานหลักฐาน โดยผู้กระทำความผิดบางประเภทจะไม่มี การติดต่อกับบุคคลที่ตนไม่รู้จัก ไม่มีความสัมพันธ์ หรือไม่เคยเป็นลูกค้ากันมาก่อน เพราะอาชญากรรมบางประเภทจะจำกัดเพียงผู้ใช้บางประเภทเท่านั้น เช่น ยาเสพติด หลีกเลี่ยงให้บริการ อาวุธสงคราม เป็นต้น บางครั้งสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายก็ไม่ได้มีการแลกเปลี่ยนโดยใช้เงินตราเท่านั้น อาจจะแลกเปลี่ยนกับสินค้าอย่างอื่นซึ่งถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ได้”⁶⁵

⁶³ Newman, G. R., *Sting Operations*.

⁶⁴ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 4.

⁶⁵ อรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 90.

เมื่อพิจารณาการอธิบายความหมายคำว่า “การล่อซื้อ” โดยงานเขียนและนักวิชาการหลายท่านข้างต้น จะเห็นได้ว่าแม้มีความแตกต่างกันเล็กน้อยในบางประเด็น แต่ก็มีความเหมือนพอฟที่เราจะสรุปความหมายของการล่อซื้อได้ว่า

การล่อซื้อ หมายถึง การใช้กลอุบายเพื่อเอื้อโอกาสให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นภายใต้สถานะที่ง่ายต่อการแสวงหาพยานหลักฐานแห่งการกระทำความผิดของบุคคล โดยความมุ่งหมายที่จะใช้พยานหลักฐานดังกล่าวจับกุมและดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเมื่อสิ้นสุดการใช้กลอุบาย

ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างการล่อซื้อ (sting) กับการปฏิบัติการอำพรางคือการล่อซื้อเป็นการปฏิบัติการอำพรางประเภทการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมอย่างหนึ่ง แต่ใช่ว่าการปฏิบัติการอำพรางประเภทการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมทั้งหมดจะเป็นการล่อซื้อ เนื่องจากยังมีการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมจำนวนมากที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้กลอุบายซื้อขายสิ่งผิดกฎหมาย เช่น การแทรกซึมเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมในฐานะผู้อำนวยความสะดวกในการจัดการการนัดพบระหว่างบุคคลในองค์กร เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่าในประเทศไทย “การล่อซื้อ” เป็นคำที่มักใช้กับการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสิ่งผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด อาวุธเถื่อน สัตว์ป่าคุ้มครอง สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ การค้าบริการทางเพศ เป็นต้น และคำว่า “การล่อซื้อ” ก็สื่อชัดเจนในตัวเองถึงวิธีการว่าเป็นการทำที่เข้าไปซื้อเพื่อล่อบุคคลให้จำหน่ายสิ่งผิดกฎหมายให้ แตกต่างจากคำว่า “sting” ในต่างประเทศที่มีได้หมายความจำกัดแต่เพียงการใช้กลอุบายโดยการทำที่เป็นผู้ซื้อเพื่อจับกุมบุคคลซื้อขายจำหน่ายสิ่งผิดกฎหมายอย่างเดียวเท่านั้น แต่รวมถึงการวางกลอุบายเพื่อจับกุมบุคคลที่กระทำความผิดอื่นๆด้วย เช่น ความผิดฐานรับสินบน ชิงทรัพย์ ฉ้อโกง การลวงละเมิดทางเพศ เป็นต้น⁶⁶ ในประเทศไทยก็ปรากฏการใช้กลอุบายในการจับกุมผู้กระทำความผิดอื่นนอกจากความผิดที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสิ่งผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน ตัวอย่างที่ปรากฏ ได้แก่ การกรรโชกทรัพย์⁶⁷ การเรียกรับสินบน⁶⁸ เป็นต้น ซึ่งการใช้กลอุบายในกรณีนี้ไม่เรียกว่าการล่อซื้อ แต่มักเรียกกันว่า “การล่อจับ” ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำว่า “ล่อซื้อ” ซึ่งใช้ในกรณีการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสิ่งผิดกฎหมายมีความหมายแคบกว่าคำว่า “sting” ซึ่งใช้ในกรณีทั่วไป ดังนั้นหากพิจารณาภาษาไทยคำว่า “ล่อ” ที่มี

⁶⁶ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 4-5.

⁶⁷ เนชั่นทันข่าว, "จับโกดเถื่อนกรรโชกทรัพย์นักท่องเที่ยว" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 มกราคม 2558. แหล่งที่มา: <http://breakingnews.nationtv.tv/home/read.php?newsid=748374>

⁶⁸ มติชนออนไลน์, "ตร.ล่อจับผอ.กองช่างอบต. เรียกรับสินบนไม่เซ็นตรวจงาน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 มกราคม 2558. แหล่งที่มา: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1420620314

ความหมายว่า “ใช้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นอุบายชักนำ” และเพื่อสื่อถึงความมุ่งหมายในการจับกุมเมื่อสิ้นสุดกลอุบายแล้ว ในกรณีทั่วไป การใช้คำว่า “ล่อจับ” น่าจะมีความหมายตรงกับ “sting”

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งผิดกฎหมายโดยเฉพาะยาเสพติด ในต่างประเทศมีการใช้กลอุบายทำที่เป็นผู้จำหน่ายที่เรียกว่า “reverse sting” หรือ “การล่อขาย” ซึ่งศาสตราจารย์ Tracey L. Meares ได้อธิบายว่าหมายถึง “การที่เจ้าพนักงานตำรวจ (police officer) ทำที่เป็นผู้ค้ายา (drug dealers) เพื่อจับกุมบุคคลที่เข้ามาขอซื้อยา”⁶⁹ ดังนั้นในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการขายสิ่งผิดกฎหมาย การใช้คำว่า “ล่อซื้อ” เทียบ “sting” จึงค่อนข้างตรงกับความหมายแล้ว

เพื่อมิให้สับสน มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่าการปฏิบัติการที่มีการใช้กลอุบายเพื่อจับกุมผู้ต้องสงสัยที่เจ้าหน้าที่ทราบตัวตนแล้วแต่อยู่ระหว่างการหลบหนีการจับกุมจากการกระทำความผิดที่ทราบแล้วว่าเกิดขึ้น แม้ว่าจะเป็นการปฏิบัติการที่เจ้าหน้าที่ใช้กลอุบายในการปฏิบัติสัมพันธ์และอาจปกปิดตัวตนก็ตาม แต่เมื่อไม่ได้มุ่งหมายเพื่อทราบตัวตนผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิด จึงไม่อยู่ในความหมายการปฏิบัติการอำพราง การล่อซื้อ หรือ การล่อจับที่มุ่งใช้กลอุบายในขณะที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังนั้นในกรณีนี้จึงเป็นการวางแผนจับกุมผู้ต้องสงสัยหลบหนีซึ่งผู้เขียนขอเรียกว่า “การวางแผนจับกุม”

แม้จะปรากฏว่ามีการใช้วิธีการล่อซื้อที่ดำเนินการโดยเอกชน ในบางกรณี แต่เพื่อประโยชน์ในการศึกษาประเด็นปัญหาตามวิทยานิพนธ์นี้ คำว่า “การล่อซื้อ” ในวิทยานิพนธ์นี้ จะหมายถึงการล่อซื้อที่ดำเนินการโดยเจ้าพนักงานของรัฐเป็นสำคัญ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในส่วนของขอบเขตของการวิจัย บทที่ 1 เว้นแต่จะได้เขียนขยายความเป็นอื่น

ในการปฏิบัติการล่อซื้อ ผู้อำพรางต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้กลอุบายมิให้เกินขอบเขตจนกลายเป็นการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นการล่อซื้อที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การล่อให้กระทำความผิด (entrapment) หมายถึง การปฏิบัติการอำพรางที่มีการใช้กลอุบายเพื่อเอื้อโอกาสในการกระทำความผิดต่อบุคคลซึ่งเป็นเป้าหมายของปฏิบัติการและมิได้มีเจตนากระทำความผิดนั้นมาก่อนลงมือกระทำความผิด อันเป็นการก่อเจตนาให้จำเลยผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดเพื่อจับกุมบุคคลดังกล่าวดำเนินคดีในข้อหาที่มีการเอื้อโอกาสนั้น⁷⁰ และทำให้การปฏิบัติการอำพรางนั้นกลายเป็นการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่มีชอบตามกฎหมายในหลาย

⁶⁹ Tracey L. Meares, "Social Organization and Drug Law Enforcement," *American Criminal Law Review* 35, 2 (Winter 1998): 221.

⁷⁰ Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, p. 612.

ประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วย⁷¹ โดยหลักนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของตำรวจ⁷²

2.1.2 ประเภทและวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพราง

การพิจารณาการประเภทการปฏิบัติการอำพรางนอกจากจะมีประโยชน์ทางวิชาการในการศึกษาทำความเข้าใจการปฏิบัติการอำพรางได้มากขึ้นแล้ว ยังมีประโยชน์ในทางปฏิบัติในแง่ที่ว่าประเภทของการปฏิบัติการอำพรางมักจะมีความสัมพันธ์กับการตรวจสอบควบคุมซึ่งแตกต่างกันตามการปฏิบัติการอำพรางแต่ละประเภท

การปฏิบัติการอำพรางอาจแบ่งประเภทได้หลายแบบโดยใช้เกณฑ์ต่างๆ ได้แก่ เกณฑ์ระยะเวลาที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางระยะสั้นกับการอำพรางระยะยาว, เกณฑ์ระดับการแทรกซึมที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางเชิงลึกกับการอำพรางชั่วคราว, เกณฑ์ผู้อำพรางที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางกับการอำพรางโดยสายลับ, เกณฑ์สาระสำคัญของการติดต่อที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางซึ่งมีการติดต่อที่มีสาระสำคัญกับการอำพรางซึ่งมีการติดต่อที่ไม่มีสาระสำคัญ, เกณฑ์พฤติการณ์ที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนกับการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน, เกณฑ์ลักษณะอาชญากรรมที่เป็นเป้าหมายอาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้ว (past crime) กับการอำพรางต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น (future crime) หรือเกณฑ์ลักษณะการปฏิสัมพันธ์ที่อาจแบ่งการปฏิบัติการอำพรางออกเป็นการอำพรางที่มีการปฏิสัมพันธ์ซึ่งหน้ากับการอำพรางทางสื่อ (เช่น ออนไลน์หรือโทรศัพท์) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในที่นี้เราจะพิจารณาการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางตามวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน อันได้แก่ การปฏิบัติการเชิงข่าวกรอง (intelligence operation) ซึ่งเป็นการปฏิบัติการที่มีการปฏิสัมพันธ์ของเจ้าหน้าที่ในเชิงรับ (passive activities) มากที่สุด, การปฏิบัติการเชิงป้องกัน (preventive operation) ซึ่งเป็นการปฏิบัติการที่มีการปฏิสัมพันธ์เชิงรุกมากขึ้นและการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วม (facilitative operation) ซึ่งเป็นการปฏิบัติการที่ต้องอาศัยการมีปฏิสัมพันธ์เชิงรุกของเจ้าหน้าที่มากที่สุด⁷³ ดังนั้นในการพิจารณาประเภทการปฏิบัติการอำพรางในส่วนนี้ เราจะพิจารณา

⁷¹ จริญญา ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 321.

⁷² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 172.

⁷³ *Ibid.*, 163.

วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพรางตัวไปในคราวเดียวกันตามการปฏิบัติการอำพรางแต่ละประเภทดังนี้

1. การปฏิบัติการเชิงข่าวกรอง (intelligence operation)

ในการปฏิบัติการอำพรางที่เป็นการปฏิบัติการการเชิงข่าวกรอง วัตถุประสงค์หลักของการปฏิบัติการคือการใช้กลอุบายในการปฏิสัมพันธ์ด้วยผู้อำพรางเพื่อการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมมากกว่าที่จะใช้กลอุบายเพื่อเข้าไปมีอิทธิพลต่อเหตุการณ์หรือสภาพแวดล้อมแห่งการกระทำผิด และด้วยปฏิบัติการที่จำกัดบทบาทของผู้อำพรางดังกล่าว ทำให้โอกาสในการก่อให้เกิดเจตนาในการกระทำผิดโดยผู้อำพรางซึ่งก็คือการล่อให้กระทำผิด (entrapment) นั้นมีน้อยกว่าการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วม⁷⁴

แม้ว่าการปฏิบัติการเชิงข่าวกรองอาจถูกใช้ในรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมใดๆ ไม่ว่าอาชญากรรมนั้นจะเกิดขึ้นแล้ว กำลังเกิดขึ้น หรือกำลังเตรียมการก็ตาม แต่การปฏิบัติการเชิงข่าวกรองส่วนใหญ่มักเป็นการดำเนินการก่อนการตรวจพบการเกิดอาชญากรรม (anticipatory) มากกว่าหลังการตรวจพบการเกิดอาชญากรรมแล้ว (postliminary) ดังนั้นการปฏิบัติการเชิงข่าวกรองส่วนใหญ่จึงมีเป้าหมายคืออาชญากรรมที่ยังไม่ถูกตรวจพบที่เกิดขึ้นแล้วอย่างเป็นทางการ (ก่อนขั้นสอบสวน)⁷⁵ หรือในบางกรณีอาจยังไม่มีผู้ต้องสงสัย⁷⁶ ตัวอย่างเช่น กรณีตำรวจได้เบาะแสว่ามีบุคคลมาเสนอขายยาเสพติดในบริเวณสถานบันเทิงแห่งหนึ่ง เป็นต้น ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติการการเชิงข่าวกรองเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่มักใช้เพื่อการตรวจพบการกระทำผิดเป็นสำคัญ

ในการปฏิบัติการอำพรางประเภทนี้ผู้อำพรางอาจถูกส่งไปในสถานที่ต่างๆ เช่น เรือนจำ โรงเรียน สถานบันเทิง หรือสถานที่ใดๆ ที่มีความเสี่ยงหรือมีข่าวเกี่ยวกับการกระทำผิด เช่น การจำหน่ายยาเสพติด เพื่อเฝ้าระวัง ยืนยัน หรือหาข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้นๆ⁷⁷

2. การปฏิบัติการเชิงป้องกัน (preventive operation)

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 9.

⁷⁷ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 163.

ในการปฏิบัติการอำพรางที่เป็นการปฏิบัติการเชิงป้องกัน วัตถุประสงค์หลักของการปฏิบัติการคือการหยุดยั้งการกระทำความผิดไม่ให้เกิดขึ้นเลย หรือขัดขวางให้การกระทำความผิดสำเร็จได้ยากมากขึ้นหรือลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ให้น้อยที่สุด ดังนั้นการปฏิบัติการอำพรางประเภทนี้ต้องการการกระทำเชิงรุกของผู้อำพรางมากกว่าการปฏิบัติการเชิงข่าวกรอง⁷⁸

การปฏิบัติการเชิงป้องกันสามารถทำได้ด้วยวิธีการทำให้ศักยภาพในการกระทำความผิดของผู้ต้องสงสัยลดลงหรือถูกเบี่ยงเบนความสนใจ ยกตัวอย่างเช่น ผู้อำพรางที่แทรกซึมเข้าไปในการชุมนุมทางการเมืองที่มีแนวโน้มว่าจะใช้ความรุนแรงอาจเสนอความเห็นคัดค้านกลุ่มผู้ชุมนุมดังกล่าวว่าไม่ควรใช้ความรุนแรงเพื่อลดความอันตรายของผู้ชุมนุมลง⁷⁹ หรือในกรณียาเสพติดผู้อำพรางอาจลับเปลี่ยนยาเสพติดของจริงเป็นยาเสพติดปลอมที่ไม่เป็นอันตรายต่อผู้เสพ⁸⁰ เป็นต้น

3. การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วม (facilitative operation)

การปฏิบัติการอำพรางที่เป็นการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมมีได้หลายลักษณะ แต่ที่มักเป็นที่รู้จักคือการปฏิบัติการล่อจับหรือล่อซื้อ (sting operation) การปฏิบัติการประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมและดำเนินคดีเป้าหมาย⁸¹ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่า การปฏิบัติการอำพรางอีกสองประเภทที่กล่าวแล้วข้างต้นจะมีได้มีความมุ่งหมายทำนองเดียวกัน ที่จริงแล้วการปฏิบัติการอำพรางทั้งสามประเภทมีวัตถุประสงค์สุดท้ายคือการควบคุมอาชญากรรมเช่นเดียวกัน แต่วัตถุประสงค์ที่ใช้เป็นเกณฑ์แบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางในที่นี้หมายถึงวัตถุประสงค์ขั้นต้นที่แต่ละการปฏิบัติการอำพรางอาจให้น้ำหนักวัตถุประสงค์ขั้นต้นแตกต่างกันไป

ในการปฏิบัติการอำพรางประเภทนี้จะใช้กลอุบายล่อให้ผู้ต้องสงสัยกระทำความผิดภายใต้สภาพแวดล้อมที่จัดฉากขึ้นโดยเจ้าหน้าที่เพื่อให้ภัยต่อการเก็บพยานหลักฐานการกระทำความผิดซึ่งมักเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายหรือยากจะได้นำซึ่งพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีปกตಿಯ่างเช่นการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของผู้ต้องสงสัยนั้น⁸² อันเป็นการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปมีอิทธิพลต่อสภาพแวดล้อมแห่งการกระทำความผิด การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมจึงเป็นปฏิบัติการที่มีวัตถุประสงค์ตรงข้ามกับการปฏิบัติการเชิงป้องกันอย่างชัดเจน กล่าวคือในขณะที่การ

⁷⁸ Ibid., 163-164.

⁷⁹ Ibid., 164.

⁸⁰ Jacqueline E. Ross, *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France* (n.p., n.d.), p. 43.

⁸¹ Newman, G. R., *Sting Operations*, p. 11.

⁸² Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 8.

ปฏิบัติการเชิงป้องกันมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งขัดขวางการกระทำความผิดมิให้เกิดขึ้น การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมกลับมีวัตถุประสงค์เพื่อเอื้ออำนวยให้การกระทำความผิดเกิดขึ้น⁸³

การเอื้ออำนวยให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นตามปฏิบัติการประเภทนี้ทำได้หลายวิธีไม่ว่าโดยการทำให้ผู้ต้องหาเข้มแข็งขึ้นหรือโดยทำให้ผู้ที่อาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมอ่อนแอลง ซึ่งสามารถทำได้โดยการให้ความช่วยเหลือหรือการสนับสนุนในด้านเครื่องมือ ทรัพยากร หรือตลาดแก่ผู้ต้องสงสัย ตลอดจนบทบาทของผู้อำนวยการในการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมนั้นอาจเป็นได้ทั้งการทำที่เป็นผู้สมรู้ร่วมคิด เช่น ผู้ซื้อขายเสพติด สมาชิกแก๊งค์ยาเสพติด โจรขโมยรถ ผู้รับซื้อของโจร มือปืน หรือนักการเมืองทุจริต เป็นต้น หรือทำที่เป็นเหยื่อที่ง่ายต่อการถูกกระทำความผิด เช่น การเป็นเป้าที่ง่ายต่อการถูกล้วงกระเป๋า หรือการจัดสถานที่ให้ดูเป็นสถานบริการทางเพศหรือสถานประกอบธุรกิจที่มักถูกรบกวนโดยทรัพย์สิน เป็นต้น⁸⁴ แต่ในบริบทของการสืบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมโดยทำที่เป็นผู้สมรู้ร่วมคิดน่าจะเป็นวิธีที่ถูกใช้โดยทั่วไปมากกว่า

เดิมการปฏิบัติการอำพรางมีความมุ่งหมายเพื่อการข่าวกรองเป็นสำคัญ แต่การปฏิบัติการอำพรางได้เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาจนมีการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมในปัจจุบันซึ่งมีความหลากหลายและในบางบริบทก็มีได้มีเป้าหมายเป็นผู้ต้องสงสัยคนใดเป็นการเฉพาะเหมือนเช่นในบริบทของอาชญากรรมดั้งเดิมอย่างเช่นยาเสพติดหรือการค้าบริการทางเพศเท่านั้น มีลักษณะเป็นการสืบสวนแบบปลายเปิด (open-ended investigation) ที่อาศัยสมมติฐานของความน่าจะเป็นและสิ่งจูงใจ ทำให้ไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุต้องสงสัย การร้องทุกข์กล่าวโทษ หรือผู้ต้องสงสัยที่เฉพาะเจาะจงอีกต่อไป โดยเฉพาะในบริบทของการปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบตรวจสอบจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือข้าราชการ⁸⁵ เช่น การทดสอบว่าเจ้าหน้าที่นั้นจะรับผลประโยชน์ ทุจริต หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในการกระทำความผิดยาเสพติดหรือไม่⁸⁶

โดยทั่วไปการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมดำเนินคดีกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่ในบางกรณีการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ (deterrent) และลดอาชญากรรมเป้าหมายในภาพรวมด้วยการสร้างความหวาดระแวงแก่

⁸³ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 164.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 9.

ผู้กระทำความผิดว่าบุคคลอื่นที่เข้ามามีส่วนในการกระทำความผิดของตน เช่น ผู้ที่เข้ามาติดต่อขอซื้อ ยาเสพติด ตัวการ สมาชิกองค์กรอาชญากรรม เป็นต้น อาจเป็นตำรวจที่ปลอมตัวมาก็ได้⁸⁷ และอาจทำให้ผู้กระทำผิดนั้นไม่อยากจะกระทำความผิดต่อไป หรือทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดนั้นไม่อยากจะลงมือกระทำ ซึ่งในการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมักจำเป็นต้องใช้ร่วมกับวิธีการลดอาชญากรรมอื่นๆ ด้วย⁸⁸ โดยเฉพาะการส่งสารถึงประชาชนจำนวนมาก ทำให้ตำรวจมักใช้สื่อสาธารณะอย่างเช่นการ แฉลงออกสื่อว่าจะมีการปฏิบัติการอำพรางอย่างเข้มข้นเพื่อเป็นการข่มขู่อาชญากรรม⁸⁹

ดังนั้นการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่อาชญากรรมจะมีลักษณะที่ตรงข้ามกับการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมดำเนินคดีใน 2 ประเด็นคือการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่อาชญากรรมจะเน้นไปที่การลดอาชญากรรมเป้าหมายในสังคมในภาพรวม และต้องการให้การปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นที่รับรู้ในวงกว้างผ่านสื่อสาธารณะ แต่การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมดำเนินคดีจะเน้นไปที่การจับกุมผู้กระทำความผิดรายใดเป็นการเฉพาะ และต้องการให้การปฏิบัติการอำพรางนั้นดำเนินการอย่างเป็นทางการอย่างเปิดเผย อย่างไรก็ตามในบางกรณี การปฏิบัติการอำพรางเชิงมีส่วนร่วมหนึ่งอาจมีทั้ง 2 วัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ได้ เช่น การปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อที่สามารถจับกุมผู้ต้องหาได้จำนวนมากและมีการแฉลงโดยใช้สื่อสาธารณะถึงการจับกุมดังกล่าว⁹⁰

ในบรรดาการปฏิบัติการอำพรางทั้งสามประเภท การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมเป็นประเภทที่ถูกโต้แย้งมากที่สุด เนื่องจากเป็นการปฏิบัติการที่ตำรวจมีส่วนร่วมทำให้อาชญากรรมเกิดขึ้น การล่อให้กระทำความผิด (entrapment) จึงมีโอกาสเกิดขึ้นมากที่สุด⁹¹ แม้ว่าตำรวจอาจจะพยายามลดข้อเสียนี้ด้วยการแสวงหาพยานหลักฐานการกระทำความผิดครั้งอื่นๆของผู้ต้องหาเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ต้องหานั้นมีเจตนากระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว แต่โดยทั่วไปการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วม โดยเฉพาะปฏิบัติการล่อซื้อสิ่งผิดกฎหมายเช่นยาเสพติด ตำรวจมักได้มาแต่พยานหลักฐานการกระทำ

⁸⁷ Ibid., 9-10.

⁸⁸ Newman, G. R., *Sting Operations*, p. 15.

⁸⁹ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 10.

⁹⁰ Ibid., 10-11.

⁹¹ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 164-165.

ความผิดในครั้งที่ตำรวจจับได้ก่อน⁹² ด้วยเหตุผลพื้นฐานว่าหากตำรวจมีพยานหลักฐานการกระทำความผิดครั้งก่อนๆของผู้ต้องหาซึ่งปราศจากการแทรกแซงสภาพแวดล้อมแห่งการกระทำ ความผิดของตำรวจแล้ว ตำรวจก็คงไม่จำเป็นต้องจัดฉากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาโดยการปฏิบัติการอำพรางอีก⁹³

และแม้ว่าการปฏิบัติการนั้นจะชอบตามหลักการล่อให้กระทำความผิดก็ตาม แต่การกระทำของตำรวจซึ่งทราบดีว่าตนกำลังมีส่วนในการสร้างโอกาสในการประกอบอาชญากรรมอาจทำให้คนจำนวนมากไม่น้อยกังวล ในขณะที่การปฏิบัติการเชิงข่าวกรองและการปฏิบัติการเชิงป้องกันยังมีความคล้ายคลึงกับภารกิจตำรวจแบบดั้งเดิม⁹⁴ การปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมกลับพยายามสร้างโอกาสการเกิดอาชญากรรม แม้ว่าอาชญากรรมนั้นจะเป็น “อาชญากรรมเทียม” (manufactured offense) ที่ถูกตำรวจสร้างขึ้นเพื่อการจับกุมผู้ต้องหา⁹⁵

ดังนั้นในการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วม ตำรวจต้องพยายามสร้างสมดุลระหว่างการสร้างโอกาสการเกิดอาชญากรรมเทียมกับการควบคุมอาชญากรรมที่แท้จริงด้วยความระมัดระวัง มิเช่นนั้นอาชญากรรมเทียมดังกล่าวอาจนำไปสู่การเกิดอาชญากรรมที่แท้จริงได้และอาจทำให้อาชญากรรมเพิ่มขึ้นแทนที่จะลดลงซึ่งนักวิชาการบางท่านเรียกปรากฏการณ์นี้ว่าการขยายอาชญากรรม (crime amplification) ที่ทำให้เกิดประเด็นต่อการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมว่าแม้อาชญากรรมที่ถูกจับโดยการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมจะเกิดขึ้นจริงตามทฤษฎีองค์ประกอบความผิด แต่เป็นไปได้หรือไม่ที่การปฏิบัติการดังกล่าวทำให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้น ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการขยายอาชญากรรมนี้ยังไปถึงประเด็นที่ว่าผลกระทบของอาชญากรรมเทียมจากการปฏิบัติการเชิงมีส่วนร่วมอาจทำให้เกิดอาชญากรรมที่แท้จริงที่คาดไม่ถึงได้ต่างๆ เช่น การผลิตหรือจำหน่ายยาเสพติดตลาดมืดกลายเป็นแหล่งทุนที่ทำให้อาชญากรรมเกิดมากขึ้น การเอื้ออำนวยการกระทำความผิดของตำรวจทำให้เกิด

⁹² Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 9.

⁹³ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968), p. 190.

⁹⁴ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 165.

⁹⁵ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*: 2.

แนวคิด แรงจูงใจ และความมั่นใจในการกระทำความผิดครั้งต่อไป หรือการปฏิบัติกรอำพรางที่ เฝอญสร้างแรงจูงใจในการกระทำความผิดแก่บุคคลที่ไม่ใช่เป้าหมายของภารกิจ เป็นต้น⁹⁶

นอกจากนี้ด้วยเหตุที่การล่อให้กระทำความผิดเป็นการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้สร้างความคิดในการประกอบอาชญากรรมแก่บุคคลซึ่งไม่เคยคิดที่จะทำมาก่อน ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะถูกจับกุมดำเนินคดีหรือไม่ แต่เราไม่มีทางรู้ได้เลยว่าความคิดในการประกอบอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจะอยู่ในจิตใจของบุคคลนั้นไปนานเพียงใด ซึ่งอาจกลายเป็นการสร้างอาชญากรในสังคมให้เพิ่มมากขึ้นได้

ในบางกรณีการปฏิบัติกรอำพรางหนึ่งอาจมีลักษณะของการปฏิบัติกรอำพรางทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในการปฏิบัติกรอำพรางที่มีการแทรกซึมเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ผู้อำพรางอาจพยายามรวบรวมข้อมูลผู้กระทำความผิดในระดับสูงที่อยู่เบื้องหลังเพื่อยืนยันว่ามีตัวตนหรือไม่และเป็นใครอันเป็นการปฏิบัติกรเชิงข่าวกรอง ขณะเดียวกันผู้อำพรางก็พยายามยับยั้งหรือลดความเสียหายการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมดังกล่าวด้วยการทำให้การผลิตหรือขนส่งยาทำได้ล่าช้าหรือสับเปลี่ยนยาเสพติดที่แท้จริงด้วยยาเสพติดปลอมที่อันตรายต่อผู้เสพน้อยกว่าอันเป็นการปฏิบัติกรเชิงป้องกัน และเมื่อผู้อำพรางรวบรวมข้อมูลได้มากพอที่จะยืนยันตัวตนของผู้กระทำความผิดในระดับสูง ผู้อำพรางก็อาจใช้กลยุทธ์เพื่อเอื้อให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวแสดงพยานหลักฐานการกระทำความผิดของตนภายใต้สภาพแวดล้อมที่มีการจัดฉากโดยชุดปฏิบัติกรอำพรางเพื่อใช้พยานหลักฐานนั้นจับกุมดำเนินคดีผู้กระทำความผิดดังกล่าวและอาจมีการแถลงในสื่อสาธารณะถึงการจับกุมนั้นเพื่อข่มขู่อาชญากรรมยาเสพติดอันเป็นการปฏิบัติกรเชิงมีส่วนร่วม

โดยสรุปการปฏิบัติกรอำพรางอาจแบ่งประเภทตามวัตถุประสงค์ของปฏิบัติกรที่แตกต่างกันได้เป็น การปฏิบัติกรเชิงข่าวกรองซึ่งเป็นการปฏิบัติกรอำพรางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการตรวจพบการกระทำความผิดเป็นสำคัญ, การปฏิบัติกรเชิงป้องกันซึ่งเป็นการปฏิบัติกรอำพรางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งความเสียหายจากการกระทำความผิดและการปฏิบัติกรเชิงมีส่วนร่วมซึ่งเป็นการปฏิบัติกรอำพรางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมผู้กระทำความผิดดำเนินคดีเป็นสำคัญและในบางกรณีอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่อาชญากรรมเมื่อใช้ร่วมกับวิธีการอื่นๆ

⁹⁶ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," [Stanford Law Review](#): 165.

2.2 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางที่นำมาสู่หลักเกณฑ์การตรวจสอบ ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550

2.2.1 ยุครัตนโกสินทร์ช่วงการปฏิรูปบ้านเมือง

ก่อนยุครัตนโกสินทร์แนวคิดการปฏิบัติการอำพรางของประเทศไทยปรากฏในรูปแบบของกลยุทธศึกสงครามที่มีการใช้การข่าวกรองมาตั้งแต่โบราณและตลอดทุกยุคทุกสมัย โดยในการหาข่าวกรองนั้นทหารมีหน้าที่สอดแนม และลาดตระเวนใช้ไส้ศึก⁹⁷

ต่อมาการปฏิบัติการอำพรางอย่างเป็นทางการเป็นระบบในการปราบปรามอาชญากรรมเริ่มมีขึ้นหลังตำรวจอาชัญญักตั้งขึ้นแล้ว ซึ่งตำรวจอาชัญญักตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2405 (1862*) รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ซึ่งเป็นผลจากการล่าอาณานิคมของชาติตะวันตกที่ทำให้ไทยในเวลานั้นต้องปฏิรูปประเทศหลายด้านรวมถึงการพยายามตั้งองค์กรตำรวจอาชัญญักสมัยใหม่อย่างยุโรปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตนครหลวง แต่ภารกิจของตำรวจที่ตั้งขึ้นในช่วงแรกนั้นมุ่งเน้นไปที่การรักษาความมั่นคงเป็นสำคัญ⁹⁸

อย่างไรก็ตาม มีการพัฒนาองค์กรตำรวจมาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ตำรวจอาชัญญักทำให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นด้วยการตั้งโรงเรียนนายร้อยตำรวจขึ้นในปี พ.ศ. 2444 (1901) ซึ่งถือเป็นรากฐานของโรงเรียนนายร้อยตำรวจในปัจจุบัน⁹⁹

ด้วยวัตถุประสงค์ของการตั้งองค์กรตำรวจ คือ การทำให้เป็นที่ยอมรับของชาวตะวันตก ส่งผลให้องค์กรตำรวจอาชัญญักนับแต่การก่อตั้งในรัชสมัยรัชกาลที่ 4 และการพัฒนาให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นในรัชสมัยรัชกาลที่ 5 ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวคิดองค์กรตำรวจอาชัญญักสมัยใหม่ของชาวยุโรปซึ่งได้รับอิทธิพลจากอังกฤษ

⁹⁷ นายกรัฐมนตรี, สำนัก. สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, "ประวัติความเป็นมา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2558.

แหล่งที่มา:

<http://www.nia.go.th/niaweb/content/showsubdetail.asp?fdcode=2111212115111211&dsc=+%BB%C3%D0%C7%D1%B5%D4%A4%C7%D2%C1%E0%BB%E7%B9%C1%D2>

* เพื่อความสะดวกในเปรียบเทียบกับระยะเวลาประวัติศาสตร์ตะวันตก ผู้เขียนจึงขออ้างอิงคริสต์ศักราช และคริสต์ศตวรรษเป็นหลัก

⁹⁸ ตำรวจแห่งชาติ, สำนักงาน, "ประวัติตำรวจไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2558. แหล่งที่มา:

<http://www.policemuseum.police.go.th/html/page3.pdf>

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน.

ในช่วงเวลาเดียวกัน ไทยในเวลานั้นประสบปัญหาอาชญากรรมที่กระทำโดยสมาคมลับชาวจีนที่เรียกกันว่า “อั้งยี่” ซึ่งนอกจากการกระทำความผิดต่างๆ เช่น การกระทำความผิดต่อชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินแล้ว กลุ่มอั้งยี่ยังกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยประกอบกิจการค้าฝิ่นเถื่อนอีกด้วย¹⁰⁰

วิธีการหนึ่งที่น่าสนใจในการปราบปรามอั้งยี่นั้นคือการปฏิบัติการอำพรางเพื่อให้ทราบว่ากลุ่มอั้งยี่นั้นมีความมุ่งหมายผิดกฎหมายหรือไม่ เพียงใด อันปรากฏแนวทางปฏิบัติในตำราของพระศรีเสนา (คิด คชาชีวะ) พิมพ์ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ปี พ.ศ.2459 (1916) ที่กล่าวถึงวิธีปราบอั้งยี่ไว้ซึ่งสามารถเทียบเคียงกับการปฏิบัติการอำพรางในปัจจุบันได้ดังนี้

“การปราบอั้งยี่นั้น ในขั้นต้นท่านจะต้องสืบให้รู้ความจริงเสียก่อน ว่ามันตั้งกันขึ้นเพื่อประสงค์อะไร.....จะทำพิธี (วิธี) อย่างไรเล่า จะให้รู้ต้นสายปลายเหตุอันแท้จริงได้ตลอด ตามหลักสันนิษฐานของข้าพเจ้าแล้วมีอยู่ 3 ทางคือ

1. ถ้ารู้ว่าผู้ใดเป็นอั้งยี่ ต้องเกลี้ยกล่อมปลอมโยนให้มันขยายความจริงออกมาให้โดยละเอียด”¹⁰¹ (เทียบได้กับการใช้สายลับ (informant))

“2. ถ้าอย่างในข้อหนึ่งทำไม่สำเร็จ ท่านต้องเดินแต่ม่วงสาย (คนฉลาดไหวพริบดี) เข้าไปเป็นพวกอั้งยี่เพื่อเป็นสายสืบเอาความจริง (เทียบได้กับการใช้เจ้าหน้าที่อำพราง (undercover agent))

3. ยุให้อั้งยี่พวกเดียวกันเกิดแตกร้างกันให้หมดความเชื่อถือหัวหน้า (เทียบได้กับการปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกัน (preventive operation))”¹⁰²

ตำราดังกล่าวไม่เพียงสะท้อนว่าในช่วงเวลาขณะนั้น ตำรวจไทยมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางในทางปฏิบัติเท่านั้น แต่ยังสะท้อนโดยนัยว่าการปฏิบัติการอำพรางเป็นวิธีที่ศาลยุคนั้นยอมรับและรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางด้วย โดยตีความจากการรับฟังคำเบิกความของสายลับที่เป็นพยานขัดทอดดังนี้

“เมื่อผู้นั้นเปิดความจริงชี้ช่องทางอันเป็นประโยชน์หลักฐาน (หลักฐาน) แก่ท่านแล้ว และเมื่อคิดถึงประโยชน์ที่พวกอั้งยี่ ได้ขยายแก่ท่านด้วยความจริงนั้น พอจะแลกเปลี่ยนให้ประโยชน์แก่มันบ้างพอสมควรแล้ว ท่านควรจะปลิกเอาผู้นั้นออกเป็นพยานเสีย ก็จะเป็นประโยชน์ประกอบคดีให้มีน้ำหนักแน่นแฟ้นขึ้น อย่าเข้าใจเสียว่าเป็นพยานที่ใช้ไม่ได้ แท้จริงเป็นพยานที่ฟังได้ตามกฎหมาย

¹⁰⁰ ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, "สมาคมลับอั้งยี่ในประเทศไทย พ.ศ. 2367-2453" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 56.

¹⁰¹ ศรีเสนา, พระ (คิด คชาชีวะ) วิธีสืบสวนโจรผู้ร้าย เล่ม 1 (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพัฒน์นคร, 2459), หน้า 93.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน.

เหมือนกัน.....แสบบางแห่งใช้วิธีดังนี้ คือเมื่อจับพวกอั้งยี่คนใดคนหนึ่งได้ ถ้ามันให้ประโยชน์ความจริงบ้างแล้ว ควรปล่อยมันเพื่อใช้เป็นสายไปเกลี้ยกล่อมชักชวนพวกเพื่อนให้เข้ามาลูกลักโทษอีก”¹⁰³

ยิ่งไปกว่านั้น พระศรีเสนาายังได้แสดงแนวความคิดการใช้การปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดในระดับสูงที่อยู่เบื้องหลังซึ่งเป็นแนวคิดของการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกสมัยใหม่ อีกด้วย (deep undercover) อีกด้วยว่า

“เวลาที่จะลงมือปราบอั้งยี่นั้น ท่านอย่าได้นอนใจ ท่านต้องรีบจับหัวหน้าลงเสียก่อนให้จงได้ เพราะหัวหน้าเป็นคนสำคัญกว่าพวกสมาชิกอั้งยี่ อุประมา (อุปมา) เหมือนต้นไม้ใหญ่.....ท่านจะลิดแต่กิ่งเล็กๆน้อยๆก็เมื่อใดแล้วต้นไม้จึงจะตาย ทางที่ท่านควรกระทำคืออย่างที่สุดแล้ว ท่านต้องตัดรากแก้ว โคนต้นมันเสีย.....ฉันท.....การปราบปรามอั้งยี่ ซึ่งจะทำให้สมาคมเล็กกลางสูญสิ้นไป ก็ต้องตัดหัวหน้าลงเสียก่อนฉันทนั้น เพราะหัวหน้าเท่ากับรากแก้ว.....”¹⁰⁴

.....ในที่สุดเมื่อได้หลักฐาน (หลักฐาน) พอแล้ว ก็ควรเลือกฟ้องแต่ที่เป็นลำเป็นสัน เช่นอย่างหัวหน้าแลผู้มีหน้าที่ (หน้าที่) ในสมาชิคนั้น หรือพวกสมาชิกซึ่งมันเคยได้กระทำความผิด ตามประสงค์ของอั้งยี่มาแล้ว อย่าได้ละเว้นเป็นต้น แต่ถ้ามันเข้าด้วยความบีบคั้นของพวกอั้งยี่ และมันยังมีได้กระทำความผิดแล้ว ก็ควรกรณณา”¹⁰⁵

ตำราดังกล่าวพิมพ์ในต้นศตวรรษที่ 20 (1916) ซึ่งเป็นช่วงเวลาใกล้เคียงกับการที่อเมริกาตั้งหน่วยสอบสวนกลาง (FBI) ขึ้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนสันนิษฐานว่าหากแนวความคิดปฏิบัติการอำพรางที่ปรากฏในตำราดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากตะวันตก ก็น่าจะได้รับอิทธิพลจากแนวคิดตำรวจอาชีพของยุโรปตะวันตกมากกว่าอเมริกา เนื่องจากตำรวจอาชีพอย่างเป็นทางการของอเมริกาในเวลานั้นเพิ่งเริ่มก่อตั้งขึ้น จึงน่าจะยังไม่มีบทบาทในการเผยแพร่แนวคิดในไทยรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางมากเท่ายุโรปตะวันตก

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ ตำราดังกล่าวสะท้อนการปฏิบัติการอำพรางในสมัยที่ประเทศไทยยังมีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงอาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางในสมัยนั้นไม่เพียงแต่เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติเท่านั้น แต่มีการยอมรับในทางกฎหมายจากรัฐาธิปไตยโดยปริยายที่ยินยอมให้มีการใช้วิธีการปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนในเวลานั้นได้

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, 94-95.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, 93-94.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, 95.

2.2.2 ยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 และยุคอเมริกาอนุวัตร (Americanization)

หลังประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) ปี พ.ศ.2475 (1932) ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 (1939 - 1945) ยังคงปรากฏการปฏิบัติการอำพรางของไทยในด้านการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติดในปี 1941* แต่สถานะทางกฎหมายของการปฏิบัติการอำพรางนั้นยังไม่ชัดเจน อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการอำพรางในด้านความมั่นคงมีความสำคัญมากขึ้นและได้รับอิทธิพลจากอเมริกาผ่านขบวนการเสรีไทยที่ได้รับการฝึกฝนจากหน่วยงาน Office of Strategic Services หรือ OSS (ต้นแบบ CIA ในปัจจุบัน) ของอเมริกา¹⁰⁶ และภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ไทยได้ตั้งหน่วยข่าวกรองสมัยใหม่เพื่อความมั่นคงขึ้นมา¹⁰⁷

ในช่วงสงครามเย็นโดยเฉพาะช่วงสงครามเวียดนาม (1955-1975) การสนับสนุนซึ่งกันและกันระหว่างไทยและอเมริกาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างสองประเทศเพิ่มขึ้นอย่างมากจนเป็นความสัมพันธ์พิเศษ (special relationship) ซึ่งในช่วงนี้เองประเทศไทยได้รับอิทธิพลแนวคิดเสรีประชาธิปไตยและความช่วยเหลือในการพัฒนาต่าง ๆ จากอเมริกาหลายประการ¹⁰⁸ รวมถึงการพัฒนาด้านตำรวจและเทคนิคการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติดผ่านโครงการ Police Administration Project ของ United States Operation Mission (USOM) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Agency for International Development หรือ USAID)¹⁰⁹ จึงสันนิษฐานได้ว่าประเทศไทยในขณะนั้นได้เรียนรู้แนวคิดการสืบสวนโดยวิธีการปฏิบัติการอำพรางที่มีการพัฒนามากขึ้นจากอเมริกา อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติการอำพรางเพื่อปราบปรามอาชญากรรมเป็นสิ่งที่ประเทศไทยคุ้นเคยกันอยู่แล้วมาตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ดังกล่าวข้างต้น

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 887/2484 “.....ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยที่ 1 ผิดตามมาตรา 254 ,60 กฎหมายลักษณะอาญา และผิดพระราชบัญญัติฝิ่น.....ศาลอุทธรณ์ฟังข้อเท็จจริงว่า.....เจ้าพนักงาน (เจ้าหน้าที่อำพราง) มาล่อซื้อฝิ่นจากจำเลยที่ 1 โดยมีได้ แสดงหมายแต่งตั้งให้จับกุมและแต่งกายอย่างราษฎรธรรมดา.....พิพากษายืน.....ศาลฎีกา.....พิพากษายืน”

¹⁰⁶ Central Intelligence Agency (CIA), "A Look Back ... "Free Thai" Movement Is Born," [Online] Accessed: 15 April 2015]. Available from: <https://www.cia.gov/news-information/featured-story-archive/2008-featured-story-archive/free-thai-movement.html>

¹⁰⁷ นายกรัฐมนตรี, สำนัก. สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, "ประวัติความเป็นมา" [ออนไลน์].

¹⁰⁸ การต่างประเทศ, กระทรวง. กรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ "ประวัติความสัมพันธ์ ไทย-สหรัฐฯ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 เมษายน 2558. แหล่งที่มา: <http://uswatch.mfa.go.th/uswatch/th/relationship/history/>

¹⁰⁹ United States Agency for International Development (USAID), Public Safety, USOM, A Brief History of Usom Support to the Thai National Police Department (Bangkok: USAID, 1973), p. 19.

ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ประเทศไทยเริ่มเผชิญปัญหาองค์กรอาชญากรรมมากขึ้น ทั้งจากองค์กรอาชญากรรมที่มีอยู่เดิมอย่างกลุ่มฮั่งยี่ในอดีตจำนวนหนึ่งที่กลายเป็นกลุ่มผู้มีอิทธิพลที่เรียกกันว่า “เจ้าพ่อ”¹¹⁰ และองค์กรอาชญากรรมชาวต่างชาติที่เข้ามาในไทยโดยเฉพาะในจังหวัดท่องเที่ยวต่างๆ¹¹¹ พร้อมทั้งการขยายตัวของธุรกิจผิดกฎหมายซึ่งรวมถึงการค้ายาเสพติดด้วยโดยเฉพาะเฮโรอีนและยาบ้า (ยาบ้า) ที่ระบาดแทนที่ฝิ่น¹¹²

2.2.3 ยุคปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงต้นศตวรรษที่ 21 ก่อนปี พ.ศ. 2551

ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในประเทศไทยที่มาพร้อมกับองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมข้ามชาติสมัยใหม่ที่มีความซับซ้อนในปลายศตวรรษที่ 20 และขยายตัวมากยิ่งขึ้นอย่างต่อเนื่องจนถึงต้นศตวรรษที่ 21 ทำให้ความจำเป็นของการใช้การสืบสวนด้วยวิธีการปฏิบัติการอำพรางมากขึ้นตามไปด้วย อย่างไรก็ตามก่อนปี พ.ศ. 2551 (2008) ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางไว้ แต่ปรากฏการรับรองการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อ (sting operation) สมัยใหม่โดยปริยายของศาลฎีกาในปี 1978* และได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางผ่านแนวคำพิพากษาและการตีความกฎหมายที่มีอยู่ และได้มีการพัฒนาความชัดเจนของหลักเกณฑ์เป็นลำดับจนได้หลักเกณฑ์ในเชิงรับรองอำนาจและรับฟังพยานหลักฐานว่าการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อโดยที่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็น “การสืบสวน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) ชอบที่ตำรวจจะกระทำได้¹¹³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹⁰ Jean Baffie, "The Ang-Yi or Chinese Secret Societies of Thailand. Understanding a Total Social Phenomenon," in *Investigating the Grey Areas of the Chinese Communities in Southeast Asia*, ed. Arnaud Leveau (Bangkok: IRASEC, 2005), p. 24.

¹¹¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *โลกาภิวัตน์กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยพัฒนาสังคม, 2551), หน้า 96.

¹¹² ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด. *ความรู้พื้นฐานเพื่อการป้องกันยาเสพติดในเยาวชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2554), หน้า 4.

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2065/2521 “สืบตำรวจโท ท. เป็นผู้ไปล่อซื้อเฮโรอีนดังกล่าวจากจำเลยโดยขอซื้อ 1 บาท จำเลยล้วงเฮโรอีนซึ่งอยู่ในหลอดกาแฟจากกระเป๋ายีนให้ สืบตำรวจโท จ. กับพวกซึ่งรออยู่ก็เข้าไปจับกุมจำเลย แต่ค้นไม่พอเฮโรอีนอีก แล้ววินิจฉัยว่า เฮโรอีนในหลอดกาแฟที่จำเลยขายให้สืบตำรวจโท ท. นั้น เป็นเฮโรอีนจำนวนเดียวกับที่โจทก์อ้างว่าจำเลยมีไว้ในครอบครอง หากจำเลยมีเฮโรอีนอีกจำนวนหนึ่งไม่มีการกระทำของจำเลยจึงเป็นกรรมเดียว แต่ผิดต่อกฎหมายหลายบท พิพากษายืน” คำพิพากษาศาลฎีกานี้สะท้อนให้เห็นว่าปลายศตวรรษที่ 20 (1978) ปรากฏการยอมรับของศาลฎีกาต่อการล่อซื้อโดยเจ้าหน้าที่อำพรางซึ่งเป็นการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งหลังจากได้รับอิทธิพลจากอเมริกา

¹¹³ จรรย์ ภักดีธนากุล, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, หน้า 321, 324.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 81/2551* “การใช้สายล่อซื้อเพื่อล่อให้กระทำความผิด (entrapment) กระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลย ตามอำนาจใน ป.วิ.อ. มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำได้เพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลย พร้อมด้วยพยานหลักฐาน อันเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ”

แต่ขณะเดียวกันประเทศไทยก็ปรากฏปัญหาเจ้าหน้าที่ล่อให้กระทำความผิด (entrapment) ศาลฎีกาได้วางหลักการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในเชิงควบคุมไว้ด้วยว่า หากการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อนั้นมีการใช้กลอุบายเพื่อเอื้ออำนวยโอกาสมากเกินไปจนทำให้จำเลย ซึ่งเป็นเป้าหมายของปฏิบัติการและมิได้มีเจตนากระทำความผิดนั้นมาก่อนลงมือกระทำความผิด อันเป็นการก่อเจตนาให้จำเลยผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด ย่อมทำให้ผู้อำพรางที่เข้าไปล่อซื้อเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นซึ่งก็คือจำเลยกระทำความผิด และทำให้การล่อซื้อนั้นกลายเป็นการล่อให้กระทำความผิด และมีผลให้บรรดาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อซื้อที่กลายเป็นการล่อให้กระทำความผิดนั้นเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้รับฟังตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226¹¹⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2429/2551 “สืบตำรวจตรี ส. ขอซื้อยาลดความอ้วนซึ่งมีส่วนผสมของเฟนเตอมีนจากจำเลย จำเลยบอกว่าไม่มีและที่ร้านของจำเลยไม่ได้ขายลดความอ้วนดังกล่าวสืบตำรวจตรี ส. จึงบอกว่าคนรักต้องการใช้ยาลดความอ้วน จำเลยจึงบอกว่าจำเลยมียาลดความอ้วนอยู่ 1 ชุด ที่จำเลยซื้อมาไว้รับประทานเอง สืบตำรวจตรี ส. ขอซื้อยาลดความอ้วนชุดนั้นจำเลยจึงขายให้ และเมื่อมีการตรวจค้นร้านขายยาของจำเลยก็ไม่พบสิ่งของผิดกฎหมายอื่นแต่อย่างใด เมื่อจำเลยไม่มีเฟนเตอมีนของกลางไว้เพื่อขายดั่งที่โจทก์ฟ้อง และรับฟังไม่ได้ว่าที่ร้านขายยาของจำเลยเคยมีการขายเฟนเตอมีนมาก่อน ดังนั้น การที่จำเลยขายเฟนเตอมีนของกลางให้แก่สืบตำรวจตรี ส. จึงเกิดจากการถูกล่อให้กระทำความผิด โดยจำเลยไม่มีเจตนาจะกระทำความผิดในการขายเฟนเตอมีนมาก่อน พยานหลักฐานของโจทก์ดังกล่าวจึงเป็นพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบโจทก์ไม่สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226”

* มีข้อสังเกตว่าเหตุใดคำพิพากษาศาลฎีกาปี 2551 ถึงไม่ใช้หลักกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนสันนิษฐานว่าเนื่องจากในเวลานั้นพ.ร.บ.ดังกล่าวยังไม่มีการตรา พ.ศ. 2555 ออกมากำหนดรายละเอียด

¹¹⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 321.

ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางก่อนปี พ.ศ.2551 จึงอาศัยตีความกฎหมายที่มีอยู่แล้ว คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) และมาตรา 226 โดยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

ทั้งหลักเกณฑ์ในเชิงรับรองอำนาจ และหลักการล่อให้กระทำความผิดของศาลฎีกาข้างต้น มิได้ใช้กับการปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อคดียาเสพติดเท่านั้น แต่รวมถึงคดีอื่นๆโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจผิดกฎหมายด้วย เช่น คดีละเมิดลิขสิทธิ์ คดีค้าบริการทางเพศ เป็นต้น¹¹⁵

อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบควบคุมการสืบสวนโดยวิธีการปฏิบัติการอำพรางโดยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวประกอบกับหลักเกณฑ์ความผิดทางอาญา เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ* หรือบงกชัญญัตติที่วางหลักให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นสามเท่าหากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด** เป็นต้นนั้น ล้วนเป็นเพียงการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา (substantive)¹¹⁶ เท่านั้น ส่วนการตรวจสอบควบคุมการสืบสวนโดยวิธีการปฏิบัติการอำพรางเชิงกระบวนการ (procedural) ไม่มีความพิเศษแตกต่างจากการตรวจสอบควบคุมการสืบสวนโดยวิธีทั่วไปในคดีอาญาอื่นๆ

2.2.4 ยุคต้นศตวรรษที่ 21 จนถึงการใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2551

ที่ผ่านมา ประเทศไทยปรากฏการใช้การปฏิบัติการอำพรางในทางปฏิบัติมาตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ แต่ในทางกฎหมายก่อนปี พ.ศ. 2551 (2008) ไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับรองการปฏิบัติการอำพรางเลย แม้จะปรากฏกฎหมายลำดับรองอย่างระเบียบสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการยืมเงินล่อซื้อเพื่อการปราบปรามผู้จำหน่ายยาเสพติด พ.ศ. 2543 (2000) แต่ก็เน้นไปที่การตรวจสอบควบคุมการล่อซื้อซึ่งเป็นการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งในแง่การเงินการคลังมากกว่าการตรวจสอบควบคุมในแง่การใช้อำนาจ หรือในเวลาต่อมาจะปรากฏกฎหมายอันแท้จริง¹¹⁷อย่างพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 (2004) มาตรา 27 แต่ก็ใช้บังคับแก่คดีพิเศษของกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) เท่านั้น ไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่ผู้

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 324.

* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

** พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10

¹¹⁶ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 506.

¹¹⁷ กฎหมายอันแท้จริง หมายถึง กฎหมายซึ่งตราขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดู หุยกต์ แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2548), หน้า 88.

บังคับใช้กฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจทั่วไป แม้ว่าจะมีหลักที่รับรองจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ตาม แต่ก็ยังคงมีความต้องการให้บัญญัติหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายอันแท้จริง (พระราชบัญญัติ) อยู่ และความต้องการดังกล่าวเพิ่มขึ้นนับแต่เริ่มศตวรรษที่ 21 เป็นต้นมา จาก 2 ฝ่ายค่านิยมทางกฎหมายกระบวนพิจารณาคดีอาญาดังต่อไปนี้ ที่นำมาสู่การประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ในปี พ.ศ. 2551

ฝ่ายแรก คือ ฝ่ายที่มีค่านิยมโน้มเอียงไปทางการควบคุมอาชญากรรม (crime control) ยาเสพติดที่ตระหนักถึงภัยคุกคามต่อประเทศไทยจากยาเสพติดและองค์กรอาชญากรรมทั้งภายในและระหว่างประเทศ¹¹⁸ และต้องการเทคนิคการสืบสวนพิเศษที่ได้รับการรับรองทางกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติการอำพราง “เต็มรูปแบบ” เพื่อปราบปรามอาชญากรรมเหล่านี้

กล่าวคือ การปฏิบัติการอำพรางที่ศาลวางแนวคำพิพากษารับรอง คือ การล่อซื้อ (sting) ที่เป็นการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราว (shallow undercover) เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึก (deep undercover) ที่ผู้อำพรางต้องปะปนเข้าไปเป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรมเพื่อระบุตัวตนผู้กระทำความผิดระดับสูงที่อยู่เบื้องหลัง ซึ่งการเข้าร่วมกลุ่มผู้กระทำความผิดเช่นนั้นอาจทำให้ผู้อำพรางมีความผิดในกลุ่มข้อหาอั้งยี่ ซ่องโจร หรือความผิดอื่นในทำนองเดียวกันได้ นอกจากนี้ในกรณีดังกล่าวต้องมีการสร้างความไว้วางใจจากผู้เป็นเป้าหมาย และบางครั้งต้องเพิกเฉยต่อการกระทำความผิดของสมาชิกระดับล่าง หรือยิ่งไปกว่านั้นผู้อำพรางอาจต้องกระทำผิดกฎหมายเสียเอง ซึ่งอาจถึงขั้นฆ่าคนด้วย¹¹⁹ ดังนั้นการกระทำ (หรืองดเว้นการกระทำ) ของผู้อำพรางเชิงลึกโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่อำพรางดังกล่าวนอกจากจะเป็นความผิดอาญาและอาจต้องระวางโทษเป็นสามเท่าหากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้ว* ยังมีความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอีกด้วย** ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางจะแจ้งให้ผู้อำพรางทราบและหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมดำเนินคดีก่อนที่การจับกุมจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามผู้อำพรางยังคงเสี่ยงต่อการถูกจับดำเนินคดีและต้องรับผิดชอบตามกฎหมายโดยหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย¹²⁰

¹¹⁸ พินิจ ลาภธนานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหาก็ไม่ยั่งยืน, หน้า 5.

¹¹⁹ อรรถพร ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 43, 85.

* พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10

** ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

¹²⁰ อรรถพร ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 85.

นอกจากนี้ ยังมีค่านิยมควบคุมอาชญากรรมภายนอกผ่านอิทธิพลกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime หรือ UNTOC) ซึ่งลงนามในปี 2000¹²¹ (พ.ศ. 2543) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นจากความตระหนักในสากลต่อปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและเพื่อต้องการปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว¹²² โดยอนุสัญญา UNTOC ข้อ 20 (1) (Article 20 (1)) ได้บัญญัติถึงเทคนิคการสืบสวนพิเศษอันได้แก่ การครอบครองยาเสพติด ภายใต้การควบคุม (controlled delivery) การสะกดรอย (surveillance) รวมถึงการปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) ด้วย¹²³

แม้ว่าประเทศไทยนับแต่ลงนามจนถึงก่อนปี พ.ศ. 2551 จะอยู่ในฐานะเป็นรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ได้เป็นภาคี (ไทยเข้าเป็นภาคีในปี 2013 (พ.ศ.2556))¹²⁴ และอนุสัญญา UNTOC ข้อ 20 (1) มิได้บังคับให้ประเทศที่จะเข้าเป็นภาคีมีพันธกรณีต้องบัพัญญัติกฎหมายภายในเรื่องการปฏิบัติการอำพราง (ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ)¹²⁵ แต่ประเทศไทยก็เห็นความสำคัญ และได้มีการพัฒนากฎหมายภายในหลายฉบับ* ให้สอดคล้องกับหลักตามอนุสัญญา UNTOC มาโดยตลอด ซึ่งรวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามยาเสพติดด้วย¹²⁶ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดียาเสพติด พ.ศ.2550 ซึ่งบัญญัติถึงเทคนิคการสืบสวนพิเศษ อันได้แก่ การครอบครองยาเสพติดภายใต้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto (New York: United Nations, 2004), p. iii.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid., 26.

¹²⁴ การต่างประเทศ, กระทรวง, "การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปรามและลงโทษ การค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็กเสริมอนุสัญญาฯ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/main/th/media-center/14/40175-การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรม>

¹²⁵ Boister, N., An Introduction to Transnational Criminal Law, p. 169.

* ตัวอย่างกฎหมายหลายฉบับที่ได้รับอิทธิพลจากอนุสัญญา UNTOC เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 เป็นต้น

¹²⁶ อุทัย อาทิวา, "การประชุมรัฐภาคีอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ครั้งที่ 4/2008 : บทบาทของสำนักงานอัยการสูงสุดในการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2558. แหล่งที่มา: http://www.humanrights.go.th/files/Vienna%20COP_08012552.pdf

การควบคุม และการปฏิบัติการอำพราง เช่นเดียวกัน จึงน่าจะได้รับอิทธิพลจากอนุสัญญา UNTOC ด้วย¹²⁷

ฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายที่มีค่านิยมโน้มเอียงไปทางกระบวนการนิติธรรม (due process) ที่เริ่มเห็นปัญหาและความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพราง และต้องการให้บัญญัติการตรวจสอบควบคุม การปฏิบัติการอำพรางในกฎหมายที่แท้จริงเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งฝ่ายนี้ก็ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายในและภายนอกประเทศเช่นเดียวกันกับฝ่ายแรกดังนี้

จากอิทธิพลจากภายในประเทศนั้น เกิดจากปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในการปราบปรามยาเสพติดที่เริ่มปรากฏในสื่อมากขึ้น โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน กระแสของปัญหาดังกล่าวชัดเจนมากขึ้นในช่วงสงครามยาเสพติดในปี พ.ศ.2546 (2003) ที่มีการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่รุนแรง และเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก¹²⁸ จากทั้งในและต่างประเทศ แม้ว่าการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวจะมีได้ตั้งประเด็นต่อการปฏิบัติการอำพรางโดยตรงอย่างชัดเจน แต่ก็ทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อการบังคับใช้กฎหมายคดียาเสพติดของรัฐ

ส่วนอิทธิพลจากภายนอกนั้น ส่วนหนึ่งมาจากการที่ประเทศไทยลงนามในอนุสัญญา UNTOC ซึ่งไม่เพียงตอบสนองต่อความต้องการในการควบคุมอาชญากรรมในลักษณะองค์กรที่มักมีส่วนเกี่ยวข้องกับยาเสพติดโดยบัญญัติถึงการยอมรับเทคนิคการสืบสวนพิเศษอันรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น แต่อีกด้านหนึ่งอนุสัญญาดังกล่าวยังตอบสนองความต้องการกระบวนการนิติธรรมในแง่การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางด้วย แนวความคิดนี้ถูกสะท้อนผ่านกฎหมายต้นแบบ (model law) ที่ออกมาในปี 2012¹²⁹

และแม้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550 (ประกาศใช้ 2008) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 (เดือน 4/2012) จะประกาศใช้ก่อนร่างกฎหมายต้นแบบดังกล่าวจะเสร็จสมบูรณ์ (เดือน 10/2012) แต่เนื่องจากอนุสัญญา UNTOC ข้อ 32 (2) กำหนดหน้าที่ให้เลขาธิการสหประชาชาติจะต้องจัดให้มีการประชุม Conference of the Parties เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน ไม่ช้ากว่าหนึ่งปีหลังจากที่อนุสัญญา

¹²⁷ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2550), หน้า 34.

¹²⁸ พินิจ ลากรณานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหาก็ไม่ยั่งยืน, หน้า 23.

¹²⁹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Model Legislative Provisions against Organized Crime* (New York: United Nations, 2012), pp. 69-70.

UNTOC มีผลใช้บังคับ และนับแต่การประชุมครั้งแรกในปี 2004 ก็มีการจัดประชุมอย่างต่อเนื่องแทบทุกปี¹³⁰ ไม่นับรวมการประชุมแลกเปลี่ยนเชิงวิชาการในระดับย่อยๆ ทั้งเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ เช่น การประชุมที่จัดโดย UNAFEI จึงเป็นไปได้ว่ากฎหมายภายในของไทยทั้งสองฉบับดังกล่าวจะได้รับอิทธิพลแนวคิดการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางจากอนุสัญญา UNTOC และกฎหมายต้นแบบดังกล่าวในช่วงดำเนินการร่างไม่มากนักน้อย

นอกจากแนวคิดการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของไทยจะได้รับอิทธิพลภายนอกจากอนุสัญญา UNTOC แล้ว อิทธิพลอีกส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายต่างประเทศที่ผู้ร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ศึกษาจากกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางของประเทศกรีซ เยอรมนี และออสเตรเลีย โดยกฎหมายของทั้งสามประเทศดังกล่าวได้บัญญัติหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางไว้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการต้องขออนุญาต indictment chamber ตามกฎหมายกรีซ, การต้องขออนุญาตอัยการตามกฎหมายเยอรมนี และการต้องขออนุญาตตำรวจอาวุโสตามกฎหมายออสเตรเลีย¹³¹

หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตามอนุสัญญา UNTOC และกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวไม่เพียงแต่สะท้อนแนวคิดการรับรองการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้นแต่ยังสะท้อนแนวคิดการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางทั้งในเชิงเนื้อหา (substantive) และเชิงกระบวนการ (procedural) อีกด้วย

ด้วยความต้องการจากค่านิยมที่โน้มเอียงไปทางการควบคุมอาชญากรรม (crime control) และค่านิยมที่โน้มเอียงไปทางกระบวนการนิติธรรม (due process) ทั้งภายในและนอกประเทศ จึงนำมาสู่การบัญญัติหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 มาตรา 7 ในปี พ.ศ. 2551 (2008) และมีการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางโดยกฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 (2012) จึงกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ใช้บังคับอย่างเต็มรูปแบบในปี พ.ศ. 2555 (2012) จนถึงปัจจุบัน

¹³⁰ อุทัย อาทิวา, "การประชุมรัฐภาคีอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ครั้งที่ 4/2008 : บทบาทของสำนักงานอัยการสูงสุดในการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี" [ออนไลน์].

¹³¹ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 31-33.

2.3 ภาพรวมระบบการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของราชอาณาจักรไทย

ในส่วนนี้เราจะพิจารณาภาพรวมระบบการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดที่มีอยู่ของประเทศไทยในปัจจุบัน ส่วนรายละเอียดของของหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดโดยตรงเราจะพิจารณาในบทที่ 3

โดยก่อนจะพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 นั้น มีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดียาเสพติดของไทยในภาพรวมดังนี้

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางโดยตรง 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 แต่ในที่นี้เราจะพิจารณากฎหมายการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดเป็นสำคัญจึงต้องพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ประกอบกฎหมายลำดับรอง คือ กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555

2.3.1 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550

กระบวนการวิธีพิจารณาคดียาเสพติดของไทยได้ถูกบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 จึงมีกระบวนการพิจารณาแตกต่างจากคดีอาญาทั่วไป¹³² อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 มีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ในกรณี¹³³ที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ* และเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 จะพบว่า มีบทบัญญัติเพียง 24

¹³² ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, คู่มือการประสานงานและการรวบรวมพยานหลักฐานคดียาเสพติด, หน้า 45.

* “มาตรา 3 บทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาใดซึ่งพระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง หรือกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา รายละเอียดของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติดส่วนใหญ่จึงยังต้องพิจารณาหลักจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นสำคัญ

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550 และกฎกระทรวงฯข้างต้นใช้บังคับกับการปฏิบัติการอำนาจของตำรวจ ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ ป.ป.ส. ด้วย อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่ใช้บังคับต่อเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายทั้งสองนั้นมีความแตกต่างกันเล็กน้อย ในเรื่องตำแหน่งของผู้อนุญาตและผู้ขออนุญาต และเพื่อความสะดวกในการอธิบายและศึกษาวิทยานิพนธ์นี้จึงจะศึกษาในบริบทของการใช้อำนาจของตำรวจเป็นสำคัญในฐานะเป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในคดีอาญาเสพติด ซึ่งอาจนำไปเทียบเคียงกับกรณีเจ้าหน้าที่ ป.ป.ส. หรือเจ้าหน้าที่อื่นได้เช่นเดียวกัน

ระบบกฎหมายลักษณะพยานในกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาของไทยตามตัวบทกฎหมายเป็นระบบผสมที่เน้นไปทางระบบไต่สวน¹³³ แต่ในทางปฏิบัติกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาไทยเน้นไปทางระบบกล่าวหามากกว่า¹³⁴

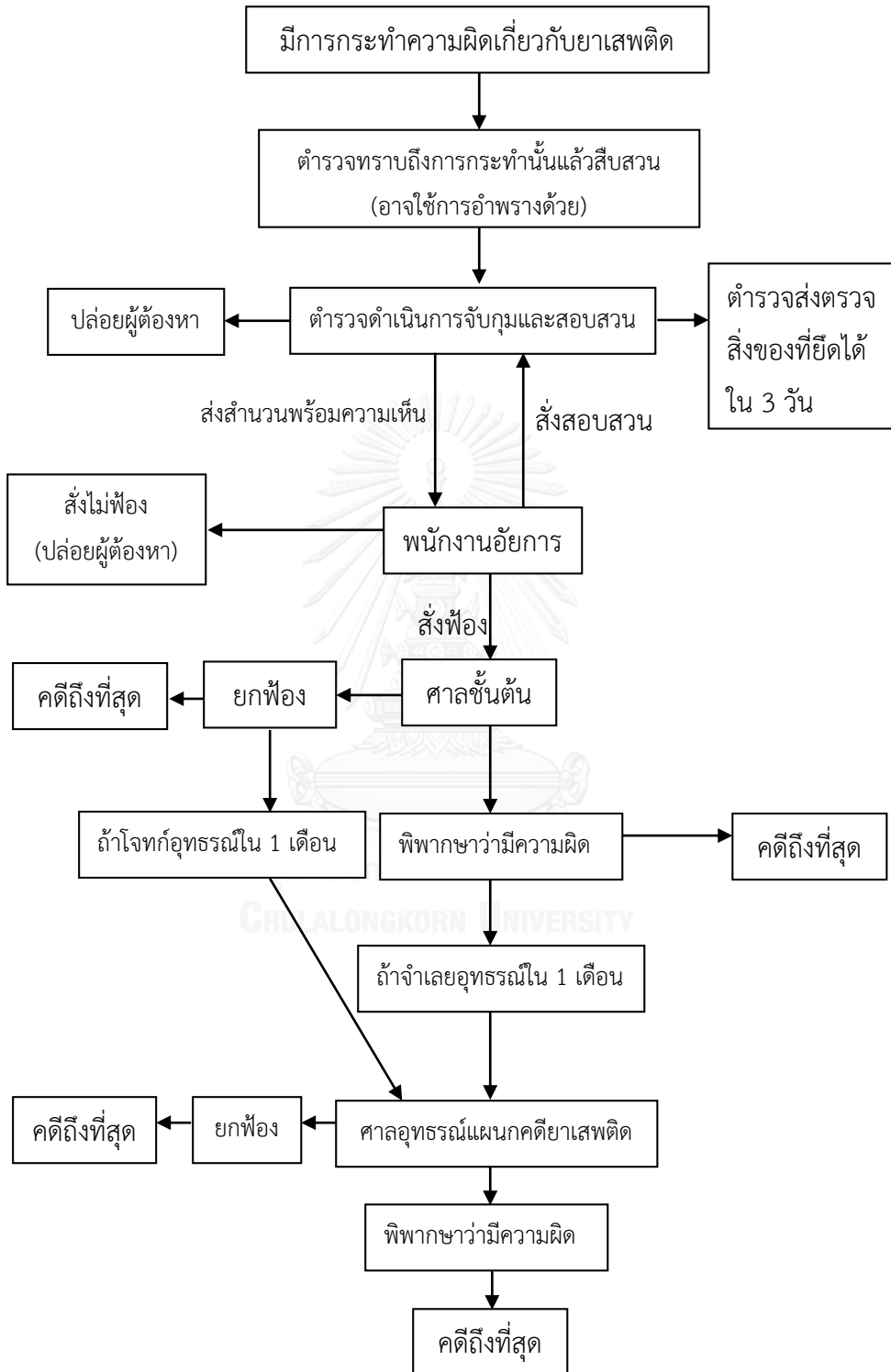
ซึ่งภาพรวมกระบวนการดำเนินคดีอาญาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มีดังนี้ (หน้าถัดไป)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2551), หน้า 7.

¹³⁴ คณิต ฌ นคร, วิอาญาวิพากษ์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 30.

รูปที่ 1 กระบวนการดำเนินคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550



พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ทำให้กระบวนการดำเนินคดีอาญาในคดีอาญาเสพติดมีความเฉพาะแตกต่างจากกระบวนการดำเนินคดีอาญาทั่วไป และยังทำให้หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญาเสพติดแตกต่างจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญาทั่วไปที่ถือปฏิบัติจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นสำคัญ ในประเด็นที่น่าพิจารณาดังต่อไปนี้ (ถ้าไม่พิจารณารวมถึงพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547)

1. เติมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญาเสพติดใช้หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในระบบเดียวกันกับการสืบสวนคดีอาญาทั่วไปซึ่งถือปฏิบัติจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา* แต่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ทำให้ระบบการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญาเสพติดมีหลักเกณฑ์เฉพาะมากขึ้น โดยเฉพาะระบบขออนุญาตเป็นการภายในองค์กรตำรวจในชั้นก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำนาจ

2. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ยกสถานะของการอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการล่อซื้อจากเดิมที่รับรองโดยคำพิพากษาเป็นการรับรองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งยังรับรองการปฏิบัติการอำนาจอื่นๆ โดยเฉพาะการรับรองการกระทำความผิดฐานเข้าร่วมกลุ่มอาชญากรในการปฏิบัติการอำนาจเชิงลึก ตามมาตรา 7 วรรคท้าย หรือการรับรองการครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุม (controlled delivery) ตามมาตรา 8 ซึ่งไม่มีการรับรองเทคนิคการสืบสวนพิเศษเหล่านี้ที่ชัดเจนมาก่อน

3. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสี่ ประกอบกฎกระทรวงฯ เพิ่มความชอบด้วยกฎหมายแก่การปฏิบัติการอำนาจด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจที่ชัดเจนมากขึ้น เช่น เงื่อนไขการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจ ขั้นตอนการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจ เป็นต้น

4. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 วางหลักให้ศาลรับฟังคำสารภาพเพื่อลงโทษจำเลยได้ด้วยเกณฑ์อัตราโทษที่ต่ำกว่าเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 ทั้งนี้ตามมาตรา 13*

* ดูรายละเอียดในหัวข้อ “ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำนาจที่นำมาสู่หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550” ส่วน “ยุคปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงต้นศตวรรษที่ 21 ก่อนปี พ.ศ. 2551”

* มาตรา 13 ในชั้นพิจารณา ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่กรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดหรือคดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกตลอดชีวิตหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานหลักฐานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

5. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ได้ลดกระบวนการในชั้นพิจารณาของศาลฎีกาโดยให้คำพิพากษาคดียาเสพติดของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด เว้นแต่กรณีเข้าข้อยกเว้น ทั้งนี้ตามมาตรา 18**

2.3.2 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

นอกจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ยังมีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งประกาศใช้ก่อนพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 โดยการปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวเรียกว่าการแฝงตัว ซึ่งหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจที่เรียกว่าการแฝงตัวดังกล่าวนี้ไว้ในมาตรา 27 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 โดยหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มิได้ใช้บังคับแก่คดียาเสพติดโดยตรงเนื่องจากคดียาเสพติดมิใช่คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 หรือที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของคณะกรรมการคดีพิเศษ (กคพ.) แต่คดียาเสพติดอาจเป็นคดีพิเศษได้โดยมติของ กคพ. ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ตามมาตรา 21 (2) หรือในกรณีคดียาเสพติดที่มีการกระทำความผิดตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 หรือที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของคณะกรรมการคดีพิเศษ ร่วมอยู่ด้วย จึงอาจมีการใช้การปฏิบัติการแฝงตัวในคดียาเสพติดตามกฎหมายนี้

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวในเชิงเนื้อหาอันเป็นเงื่อนไขการแฝงตัวไว้ว่าในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ (อธิบดี) หรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจให้บุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง

** มาตรา 18 ให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งโดยมิชักช้า และภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 16 และมาตรา 19 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์เฉพาะการกระทำซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นที่สุด

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ในการกระทำความผิดอื่นซึ่งมิใช่ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดคู่ความอาจฎีกาได้ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

นอกจากนี้ยังมียังมีการตรวจสอบควบคุมในเชิงเนื้อหาในลักษณะการเพิ่มระวางโทษแก่ผู้แฝงตัว (ผู้อำพราง) ใดที่กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยผู้นั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 27 วรรคสอง* และถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาให้ระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 40

ส่วนการตรวจสอบควบคุมในเชิงกระบวนการมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญตามข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 คือ ให้ผู้ที่ได้รับการอนุมัติแฝงตัว รายงานผลความคืบหน้าการดำเนินการตามที่ได้รับอนุมัติเพื่อยืนยันเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องใช้ออกสาร หลักฐานและการแฝงตัว ทุก 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับอนุมัติและเมื่อเสร็จสิ้นภารกิจหรือหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายต่ออธิบดีผ่านผู้อนุมัติซึ่งได้แก่รองอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาค ทั้งนี้ตามข้อ 15

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 นั้นมิได้นิยามความหมายการแฝงตัวหรือแบ่งประเภทการแฝงตัวไว้ ต่างจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 ส่วนเงื่อนไขในการดำเนินการแฝงตัวก็เป็นเพียงเงื่อนไขกว้างๆตามมาตรา 27 ที่กล่าวว่า “ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้.....เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน” ยิ่งไปกว่านั้นยังคุ้มครองผู้แฝงตัวจากการกระทำผิดต่อบุคคลที่สามในระหว่างการปฏิบัติการแฝงตัว¹³⁵ ตามมาตรา 27 วรรคสอง และผู้แฝงตัวอาจเป็นบุคคลใดๆซึ่งอาจเป็นสายลับก็ได้ต่างจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 ที่ต้องเป็นเจ้าหน้าที่อำพรางเท่านั้น¹³⁶ ทำให้การแฝงตัวตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ที่อาศัยการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการโดย

* มาตรา 27 วรรคสอง การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ

¹³⁵ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 35.

¹³⁶ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550, หน้า 12.

อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายซึ่งได้แก่องอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาคตามข้อ 10* เป็นสำคัญนั้นอาจไม่เพียงพอหรือไม่ทั่วถึง

เหตุที่การให้บุคคลใดๆ เป็นผู้แฝงตัวตามมาตรา 27 ได้ถือเป็นการลดมาตรฐานการตรวจสอบควบคุม ทั้งที่หากพิจารณาผิวเผินน่าจะถือเป็นในทางตรงกันข้ามคือการเพิ่มมาตรฐานด้วยซ้ำเนื่องจากโดยปกติบุคคลซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายที่ช่วยเหลือตำรวจในการแจ้งข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดมักเป็นสายลับที่ไม่มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมบุคคลดังกล่าวในการปฏิบัติการอำพราง ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงอาจจะถือเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางโดยสายลับด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งไม่มีมาก่อนนั้น เป็นเพราะมาตรา 27 ดังกล่าวมิใช่หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการที่ใช้บังคับกับสายลับทั่วไปที่มักถูกใช้ในการหาข้อมูลเบื้องต้นหรือสนับสนุนเจ้าหน้าที่อำพรางเท่านั้น แต่ยังคงใช้บังคับในกรณีการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีส่วนร่วมซึ่งไม่มีการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางได้ด้วย ผลคือการอาจนำไปสู่การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีส่วนร่วม เช่น การล่อซื้อเพื่อจับกุม โดยไม่ใช้เจ้าหน้าที่อำพรางได้ สายลับซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่อำพรางที่ได้รับการอบรมฝึกฝนการปฏิบัติการอำพรางที่เหมาะสม อาจดำเนินการปฏิบัติการอำพรางโดยมิชอบ เช่น ล่อให้กระทำความผิด หรือกลั่นแกล้งผู้บริสุทธิ์ได้ เป็นต้น นอกจากนี้มาตรา 27 วรรคท้ายยังได้คุ้มครองผู้แฝงตัวซึ่งอาจเป็นสายลับจากการกระทำความผิดที่อาจมีผลต่อบุคคลที่สามได้ ทำให้การปฏิบัติการแฝงตัวโดยสายลับตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นเรื่องที่กรมสอบสวนคดีพิเศษต้องให้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง

2.3.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

ส่วนหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 19 ประกอบข้อบังคับของอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19 พ.ศ. 2556

* ข้อ 10 การอนุมัติให้บุคคล เข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใด ให้เป็นอำนาจของอธิบดี รองอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาค

เมื่อรองอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาคแล้วแต่กรณี อนุมัติให้บุคคลเข้าไปแฝงตัวตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รายงานอธิบดีเพื่อทราบ

(ข้อบังคับของอัยการสูงสุดฯ) ใช้บังคับกับการปฏิบัติการอำนาจเพื่อสืบสวนกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งอาจใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่ทำในลักษณะองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้หลังกฎหมายสองฉบับดังกล่าวข้างต้นเพื่ออนุวัติอนุสัญญา UNTOC 2000 กฎหมายฉบับนี้จึงได้รับอิทธิพลอย่างผสมผสานจากกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และอนุสัญญา UNTOC 2000 ซึ่งที่จริงแล้วทั้งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ต่างก็ได้รับอิทธิพลจาก UNTOC 2000 อย่างไม่เป็นทางการไม่มากก็น้อยเช่นเดียวกัน

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้เพิ่มหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจให้มากกว่าพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ในแง่ของการกำหนดนิยามการอำนาจตามมาตรา 19 วรรคสอง* และเงื่อนไขการปฏิบัติการอำนาจตามข้อบังคับของอัยการสูงสุดฯ ข้อ 7 ที่ใช้หลักเหตุอันควรเชื่อ (probable cause)** ที่ใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกันกับ มาตรา 7 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และข้อ 7 แห่งกฎกระทรวงฯ ขณะเดียวกันได้เพิ่มหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจให้มากกว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ในแง่ของบทบัญญัติที่มีลักษณะเพิ่มระวางโทษแก่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการปฏิบัติการอำนาจตามมาตรา 19 นอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวน เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 19 วรรคท้าย* ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ให้ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ทั้งนี้เป็นไปตาม

* มาตรา 19 วรรคสอง การปฏิบัติการอำนาจ หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

** ข้อ 7 การมอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขั้นหรือปฏิบัติการอำนาจได้ต้องปรากฏว่าเป็นการสืบสวนสอบสวนความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือยานหลักฐานในการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจากการดำเนินการดังกล่าวรวมถึงเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อสืบสวนสอบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์การกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) การสืบสวนสอบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยาก หรืออาจเกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่

(3) เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

* มาตรา 19 วรรคท้าย การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการปฏิบัติการอำนาจตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 30 ซึ่งบัญญัติในทำนองเดียวกันกับมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เหล่านี้ล้วนเป็นการนำหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในเชิงเนื้อหาจากพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาผสมผสานกัน

ส่วนการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในเชิงกระบวนการอาศัยอัยการสูงสุด หรือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเป็นผู้มีอำนาจมอบหมายให้อัยการหรือตำรวจระดับใดตามแต่กรณี เป็นผู้ที่มีอำนาจมอบหมายให้บุคคลใดปฏิบัติการอำนาจได้ตามข้อบังคับของอัยการสูงสุดฯ ข้อ 6

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มิได้แบ่งประเภทการอำนาจ ทั้งยังคุ้มครองผู้อำนาจจากการกระทำผิดต่อบุคคลที่สามตามมาตรา 19 วรรคท้าย โดยผู้อำนาจอาจเป็นบุคคลใดๆที่อาจเป็นสายลับก็ได้ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง** ในทำนองเดียวกันกับพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550

หากจะเปรียบเทียบมาตรฐานการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาชญากรรมติดตามกฎหมายไทยทั้งสามฉบับดังกล่าวไม่ใช่เรื่องง่ายนัก เนื่องจากกฎหมายทั้งสามฉบับมีความมุ่งหมายแตกต่างกัน โดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มุ่งหมายในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดทั่วไป ส่วนพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มุ่งหมายในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งมีลักษณะเป็นคดีพิเศษ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ที่อนุวัต UNTOC 2000 มีความมุ่งหมายในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งอาจมีบริบทของการต้องประสานการดำเนินการกับต่างประเทศทำให้มีหลักเกณฑ์บางประเด็นเข้มงวดน้อยกว่าโดยเฉพาะการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ แต่หากสรุปในภาพรวมเฉพาะมาตรฐานการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจในเชิงกระบวนการเท่านั้นจะเรียงลำดับมาตรฐานการตรวจสอบควบคุมจากมากไปหาน้อยได้ คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วม

** มาตรา 19 วรรคหนึ่ง ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายแล้วแต่กรณี มอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำนาจ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อัยการสูงสุดกำหนดในข้อบังคับ

ร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และการใช้สายลับที่มีลักษณะไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายทั้งสามฉบับ

2.4 ปัญหาและความเสี่ยงของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550

ในส่วนนี้เราจะพิจารณาปัญหาและความเสี่ยงของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 โดยแยกพิจารณาเป็นปัญหาและความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากลักษณะโดยสภาพของการปฏิบัติการอำพราง และปัญหาและความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.4.1 ความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากลักษณะโดยสภาพของการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนนี้เราจะพิจารณาความสำคัญของการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาที่เกิดจากปัญหาและความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากลักษณะโดยสภาพ (autonomy) ของการปฏิบัติการอำพรางเองที่ไม่เพียงแต่อาจเกิดขึ้นในการปฏิบัติการอำพรางของประเทศไทยเท่านั้น แต่เกิดขึ้นในการปฏิบัติการอำพรางของต่างประเทศด้วย ซึ่งมีประเด็นดังนี้

2.4.1.1 การปฏิบัติการอำพรางเสี่ยงต่อการใช้ความรุนแรง

การปฏิบัติการนอกเครื่องแบบของตำรวจมีความตึงเครียดเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติการอำพราง เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางมีความเสี่ยงต่อการใช้ความรุนแรงและอาจสร้างความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อำพราง ผู้เป็นเป้าหมาย ตลอดจนบุคคลที่สามได้

1) ความเสี่ยงต่อชีวิตบุคคล

การปฏิบัติการอำพรางมีความเสี่ยงต่อชีวิตของบุคคลโดยเฉพาะผู้อำพราง ทั้งที่เป็นเจ้าหน้าที่ และสายลับ ตลอดจนชุดปฏิบัติการอำพราง ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลผู้เป็นเป้าหมายการปฏิบัติการอำพรางมีความเป็นไปได้ที่จะเป็นอาชญากรที่มีอาวุธ การไหวตัวทันของผู้เป็นเป้าหมายจึงอาจหมายถึงชีวิตของชุดปฏิบัติการอำพรางโดยเฉพาะผู้อำพรางซึ่งต้องอยู่ในระยะประชิด จึงมีอันตรายอย่างมากจากการถูกจู่ยิง ตัวอย่างกรณีนี้ในประเทศไทยได้แก่กรณีการล่อซื้อของตำรวจ

เซียงราย อ.คอยฮาง เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2558 ที่ตำรวจต้องสูญเสียเจ้าหน้าที่อำพรางและสายลับ บาดเจ็บสาหัส¹³⁷

ความเสี่ยงมิได้มาจากการที่ผู้เป็นเป้าหมายไหวตัวจากการปฏิบัติการของ ตำรวจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสี่ยงจากลักษณะโลกอาชญากรรมที่การใช้ความรุนแรง การหักหลัง และการเอาเปรียบระหว่างอาชญากรด้วยกันเกิดขึ้นได้เสมอ และเมื่อผู้อำพรางที่ปราศจากเครื่องแบบ หรือสิ่งบ่งบอกความเป็นเจ้าพนักงานหรือผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานที่จะได้รับความยำเกรงจากอาชญากรต้องปฏิบัติการในสภาพแวดล้อมอาชญากรรมเช่นนั้น โดยเฉพาะในการปฏิบัติการที่ใช้เวลานาน ผู้ อำพรางก็เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรได้

ตัวอย่างกรณีนี้ได้แก่ เจ้าหน้าที่อำพรางขณะปฏิบัติการโดยทำที่เป็นผู้ค้าราย ย่อยเพื่อสืบสวนหาผู้ค้าปลีกถูกยิงโดยกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดอีกกลุ่มหนึ่งที่ต้องการกำจัดคู่แข่งการค้ายา เสพติด¹³⁸, เจ้าหน้าที่อำพรางอาจถูกปล้นเงินที่จะนำไปหล่อซื้อในระหว่างทาง หรือการยิงกันขณะล่อ ซื้อยาเสพติดเนื่องจากผู้ขายซึ่งเป็นเป้าหมายการปฏิบัติการอำพรางไม่พอใจข้อตกลงหรือต้องการโกง ข้อตกลง¹³⁹

ความเสี่ยงต่อชีวิตดังกล่าวยังกระทบต่อการดำเนินชีวิตตามปกติของผู้อำ พรางและครอบครัวด้วย ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะขณะปฏิบัติการเท่านั้น แต่ยังคงขยายไปถึง ระยะเวลาหลัง การปฏิบัติการได้อีกด้วยหากตัวตนของผู้อำพรางถูกเปิดเผยซึ่งทำให้ผู้อำพรางปละครอบครัวอาจถูก ตามล้างแค้นจากผู้กระทำความผิดหรือพวกพ้องที่ไม่ถูกจับดำเนินคดี ทำให้ผู้อำพรางและครอบครัว ต้องใช้ชีวิตอย่างระมัดระวัง เช่น อาจต้องเปลี่ยนชื่อและที่อยู่ใหม่ เป็นต้น ตัวอย่างกรณีนี้ได้แก่กรณี เจ้าหน้าที่ Joe Pistone ที่หลังจากการปฏิบัติการอำพราง 6 ปี ในมาเฟียนิวยอร์กตระกูล Bonanno เขาและครอบครัวต้องย้ายที่อยู่ถึง 4 ครั้งในช่วงเป็นพยานในศาล และในขณะที่ปฏิบัติการอำพรางมีช่วง ที่เขาไม่ได้เจอครอบครัวถึง 3 เดือน ดังนั้นจะเห็นว่าความเสี่ยงต่อชีวิตในการปฏิบัติการอำพรางกระทบ ต่อการดำรงชีวิตของผู้อำพรางและครอบครัวหลังปฏิบัติการเสร็จสิ้นด้วย¹⁴⁰

¹³⁷ เติลินิวส์, "รองสวป.พลาดท่าล่อซื้อยา คนร้ายยิงดับพร้อมสายลับ," [Online] Accessed: 11 พฤษภาคม 2558.

Available from: www.dailynews.co.th/Content/regional/315167

¹³⁸ Gary T. Marx, "The Cost of Virtue," *New York Times*, (29 June 1980).

¹³⁹ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 177.

¹⁴⁰ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

นอกจากนี้ในบริบทของการแทรกซึมกลุ่มผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดความเสี่ยงของสุขภาพอนามัยของผู้อำพรางอันเนื่องมาจากการเสพยาเพื่อสร้างความไวใจและความเสี่ยงจากการติดยาเสพติดได้มีมากกว่าการสืบสวนในกรณีอื่นๆ¹⁴¹

2) มาตรฐานการแสดงตัวเข้าจับกุมในการปฏิบัติการอำพราง

ปัญหานี้เป็นการพิจารณาในประเด็นที่ว่าประชาชนจะทราบได้อย่างไรว่าเจ้าหน้าที่นอกเครื่องแบบที่จะเข้าจับกุมเขาเป็นตำรวจจริงๆ และตำรวจจะทราบได้อย่างไรว่าประชาชนผู้เป็นเป้าหมายการปฏิบัติการซัดขึ้นการจับกุมเพราะเขาเป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือเพราะเขาเป็นเพียงประชาชนที่ต้องการปกป้องตนเอง ทั้งนี้เนื่องจากการปฏิบัติการอำพราง ชุดปฏิบัติการอำพรางโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่อำพรางต้องนำสิ่งที่แสดงตนว่าเป็นตำรวจออกไปให้มากที่สุดแล้วแทนที่ด้วยเครื่องแต่งกายและท่าทางให้กลมกลืนกับอาชญากรให้มากที่สุด บ่อยครั้งต้องปฏิบัติการในที่ลับตา และบางครั้งต้องปฏิบัติการในเวลากลางคืน ดังนั้นสภาพแวดล้อมของสถานการณ์ และความบกพร่องในการสื่อสารระหว่างชุดปฏิบัติการอำพรางนอกเครื่องแบบที่ติดอาวุธกับผู้เป็นเป้าหมายขณะเข้าจับกุม อาจทำให้ผู้เป็นเป้าหมายซัดขึ้นการจับกุมเนื่องจากไม่ทราบว่าชุดปฏิบัติการนั้นเป็นตำรวจ และอาจเข้าใจผิดว่าเป็นมิถาชชีพหรือกลุ่มค้ายาเสพติดคู่อริที่จะกรรโชกทรัพย์หรือทำร้ายตนจนต่อสู้ซัดขึ้นและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงในที่สุด ทั้งที่ผู้เป็นเป้าหมายอาจยอมจำนนแต่โดยดีหากเขาทราบว่าชุดปฏิบัติการที่กำลังจะเข้าจับกุมเขาเป็นตำรวจ เนื่องจากความตระหนักต่ออันตรายจากการถูกควบคุมตัวโดยตำรวจซึ่งเป็นข้าราชการยังมีกฎเกณฑ์แตกต่างจากอันตรายจากอาชญากรที่ยากจะคาดเดาและอาจทำร้ายร่างกายได้

ตัวอย่างกรณีความเข้าใจผิดนี้ได้แก่ กรณีในไทยที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนอกเครื่องแบบพยายามเข้าควบคุมตัวนิสิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ ที่กำลังขับรถตามข้อมูลที่ได้รับจากแหล่งข่าว ซึ่งในมุมมองของตำรวจก็คือการพยายามเข้าควบคุมตัวผู้เป็นเป้าหมายให้เร็วที่สุด แต่เมื่อความบกพร่องในการสื่อสารขณะนั้นและความล้มเหลวในการแสดงตัวว่าเป็นเจ้าพนักงาน ในมุมมองของผู้เป็นเป้าหมายจึงไม่สังเกตเห็นความเป็นเจ้าพนักงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจเหล่านั้นมากไปกว่ากลุ่มชายฉกรรจ์ในชุดบุคคลทั่วไปที่มีอาวุธพยายามเข้ามาในรถ จึงเกิดการซัดขึ้นและพยายามป้องกันตัว นำไปสู่ความเสียหายของรถผู้เป็นเป้าหมายและรถของบุคคลที่สามที่อยู่ใกล้เคียง¹⁴² หรือกรณีใน

¹⁴¹ สำนักข่าวอิสรา, พงษ์พิพัฒน์ จินดาศรี, "เจาะลึกลงยาเสพติดส่อพิรุณ! ล่องหน 230 ล้าน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.isranews.org/2012/เรื่องเด่น/item/22943-เจาะลึกลงยาเสพติดส่อพิรุณ-ล่องหน-230-ล้าน.html>

¹⁴² ไทยรัฐออนไลน์, "พิชชิงนิสิตแดง 3 ตร.พันโรงพัก" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.thairath.co.th/content/440917>

อเมริกาที่ผู้เป็นเป้าหมายซึ่งมีอาชีพเป็นครูสอนหนังสือถูกยิงอย่างเข้าใจผิดโดยเจ้าหน้าที่จากการพยายามหลบหนีเจ้าหน้าที่อำพรางที่พยายามลากเขาขึ้นรถเพื่อควบคุมตัว¹⁴³

แม้เป็นไปได้ว่าเมื่อผู้เป็นเป้าหมายทราบว่าคุณปฏิบัติกรอำพรางที่จะเข้าจับกุมเป็นตำรวจ ผู้เป็นเป้าหมายจะยังคงต่อสู้ขัดขืนการจับกุมอยู่ในทางปฏิบัติ เพื่อหลีกเลี่ยงข้อยุ่งยากในประเด็นดังกล่าว ตำรวจอาจใช้การเข้าควบคุมตัวผู้เป็นเป้าหมายอย่างรวดเร็วและมั่นคงก่อนที่ผู้เป็นเป้าหมายจะคิดและตัดสินใจทำอะไรได้ทัน แต่การเข้าควบคุมตัวอย่างรวดเร็วและมั่นคงดังกล่าว นอกจากจะเป็นการตัดโอกาสของผู้เป็นเป้าหมายในการยอมจำนนต่อตำรวจด้วยตนเองแล้ว ยังเป็นวิธีการที่เพิ่มความเสี่ยงด้วยการเพิ่มบรรยากาศของความรุนแรงซึ่งหากชุดปฏิบัติการอำพรางเข้าควบคุมตัวผู้เป็นเป้าหมายไม่รวดเร็วเพียงพอ ก็จะเป็นการกระตุ้นให้เกิดการใช้ความรุนแรงขึ้นและเกิดความสูญเสียได้ทั้งสองฝ่าย

ในทางตรงข้าม การไม่ทราบว่าเป็นตำรวจอาจเป็นข้ออ้างของผู้เป็นเป้าหมายที่กระทำความผิดจริงในการขัดขืนต่อสู้กับตำรวจ และทำให้การปฏิบัติการของตำรวจเสี่ยงมากขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 887/2484 เจ้าพนักงานเข้าตรวจจับสุราและฝิ่นที่บ้านจำเลยที่ 1 โดยไม่ได้แสดงหมายตั้งและแต่งกายอย่างราษฎรธรรมดา จำเลยที่ 1 หนีออกไปและร้องไวยวายนจำเลยที่ 3 อยู่คนละบ้านกันได้มาช่วยทำร้ายเจ้าพนักงานโดยเข้าใจผิดว่าเป็นผู้ร้าย แล้วไปแจ้งเหตุต่อผู้ใหญ่บ้านไว้ เมื่อจำเลยเข้าใจผิดโดยจริงใจว่าเจ้าพนักงานเป็นผู้ร้ายเช่นนี้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่เป็นผิดฐานทำร้ายเจ้าพนักงาน

นอกจากนี้การปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นการปฏิบัติการนอกเครื่องแบบอย่างหนึ่งยังอาจเป็นช่องทางของมิฉอาชีพในการกล่าวอ้างว่าเป็นตำรวจนอกเครื่องแบบเพื่อหวังเหนี่ยวเสริภาพและกรรโชกทรัพย์ประชาชนได้

3) การประสานงานระหว่างเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางสามารถตบบุคคลทั่วไปและอาชญากรได้เช่นไร การปฏิบัติการอำพรางก็สามารถตบบาเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกันได้เช่นนั้น และเนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางเป็นการสืบสวนอย่างหนึ่งซึ่งตำรวจมีอำนาจทำได้ทั่วราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17* ในบางครั้งอาจมีความจำเป็นหรือการปฏิบัติการติดพันที่ต้อง

¹⁴³ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 179.

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1259/2542 แม้จำลิบตำรวจ ส.เป็นเจ้าพนักงานตำรวจประจำสถานีตำรวจนครบาลบางขุนเทียนก็ตาม แต่ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 2 (16) จำลิบตำรวจ ส.มีอำนาจและหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทำการจับกุมปราบปราม

ปฏิบัติการอำพรางนอกห้องที่สอบสวนของตน ประกอบกับการขาดการประสานงานในการปฏิบัติการอำพรางระหว่างเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะการประสานระหว่างหน่วยงานของตำรวจต่างห้องที่กันกัติระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรมอื่น ๆ เช่น ฝ่ายปกครอง ป.ป.ส. หรือ DSI กัติ ทำให้อาจเกิดการปฏิบัติการอำพรางต่อเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกันเองเนื่องจากเข้าใจว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง

กรณีความเข้าใจผิดข้างต้นต่างจากการปฏิบัติการอำพรางซ้อน (multiple agents undercover) ที่เจตนาดำเนินการเพื่อตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างผู้อำพรางด้วยกัน¹⁴⁴ กรณีข้างต้นจึงนอกจากจะเป็นการเสียเวลาและทรัพยากรโดยเปล่าประโยชน์แล้ว ในบางครั้งอาจบานปลายเป็นการใช้กำลังระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐที่ปฏิบัติการอำพรางด้วยกันจนเกิดความสูญเสียได้ ยกตัวอย่างเช่นกรณีการปะทะกันเองระหว่างตำรวจและอาสาสมัครรักษาดินแดน (อส.) ที่ต่างก็ปฏิบัติการอำพราง โดยตำรวจต้องการจะล่อซื้อจากผู้เป็นเป้าหมาย ส่วน อส. ตั้งด่านจับกุมผู้เป็นเป้าหมายก่อนเดินทางไปส่งยาให้ตำรวจดังกล่าว อส. จึงปฏิบัติการอำพรางเพื่อขยายผลโดยให้ผู้เป็นเป้าหมายยังคงนัดเอายาไปส่งให้ตำรวจต่อไป จนนำไปสู่การปะทะกันและความสูญเสียชีวิตของ อส. และการบาดเจ็บของฝ่ายตำรวจ¹⁴⁵

2.4.1.2 การกระทำความผิดของผู้อำพรางขณะปฏิบัติการอำพราง

ในขณะปฏิบัติการอำพราง ผู้อำพรางเสี่ยงที่จะกระทำความผิดตั้งแต่การกระทำความผิดเพื่อสร้างความกลมกลืนไปกับผู้เป็นเป้าหมาย ไปจนถึงการกระทำผิดที่เกิดจากการกระทำนอกเหนืออำนาจของผู้อำพรางด้วยเจตนาทุจริต ซึ่งเราอาจแบ่งประเภทการกระทำความผิดของผู้อำพรางในขณะปฏิบัติการอำพรางเป็น 5 ประเภท ดังนี้¹⁴⁶

1. ความผิดเชิงพิสูจน์ (access crime) หมายถึง ความผิดที่เกิดจากการที่ผู้อำพรางกระทำเพื่อพิสูจน์ตนเองให้ได้ความไว้วางใจจากบุคคลผู้เป็นเป้าหมาย ซึ่งอาจเป็นอาชญากรรมไม่มีผู้เสียหายอย่างการเสพยาเสพติด หรืออาจเป็นอาชญากรรมที่ได้รับมอบหมายจากผู้เป็นเป้าหมายซึ่งมี

ผู้กระทำความผิดกฎหมายได้ และยังมีอำนาจทำการสืบสวนคดีอาญาได้ ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 17 อำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดและสืบสวนคดีอาญาดังกล่าวนี้นี้ ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดจำกัดให้ปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในเขตท้องที่ที่เจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นประจำการอยู่เท่านั้น เจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวจึงมีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดและสืบสวนคดีอาญาได้ทั่วประเทศ

¹⁴⁴ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 202.

¹⁴⁵ ผู้จัดการออนไลน์, "ล่อซื้อยาบ้าข้ามกัน ตำรวจจวลเค็ด อส. ช่างโรงพัก ดับ 1 เจ็บ 1" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9510000037226>

¹⁴⁶ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 7.

ผู้เสียหายเป็นบุคคลที่สาม เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรืออาจถึงขั้นทำร้ายร่างกายหรือฆาตกรรมได้เลยทีเดียว¹⁴⁷

2. ความผิดเชิงมีส่วนร่วม (participatory crime) หมายถึง ความผิดที่ผู้อำพรางมุ่งหมายสืบสวน ขณะเดียวกันผู้อำพรางก็มีส่วนร่วมในการกระทำการเพื่อการสืบสวนดังกล่าวด้วย เช่น ในการล่อซื้อยาเสพติด ผู้อำพรางต้องซื้อและครอบครองยาเสพติด เป็นต้น ในเยอรมนี ถือว่าการกระทำความผิดที่ตำรวจสืบสวนโดยมีส่วนร่วมในการกระทำผิดนี้เป็นการกระทำผิดเทียม แม้ว่าจำเลยจะมีพยานหลักฐานว่าจำเลยกระทำผิดนั้นอยู่เป็นประจำก็ตาม¹⁴⁸

3. ความผิดเชิงก่อเจตนา (facilitative crime) หมายถึง ความผิดที่เกิดจากการที่ผู้อำพรางกระทำโดยก่อเจตนาแก่บุคคลผู้เป็นเป้าหมายในการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นไม่มีเจตนามาก่อน หรือมีเจตนากระทำร้ายแรงน้อยกว่านั้น กล่าวคือ เป็นความผิดที่เกิดขึ้นในบริบทของการล่อให้กระทำความผิด (entrapment) นั้นเอง

นอกจากการความผิดเชิงก่อเจตนาที่เกิดจากความตั้งใจของตำรวจที่จะให้ความผิดนั้นถูกกระทำขึ้นเพื่อจับกุมแล้ว การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจอาจเป็นการส่งเสริมการกระทำความผิดอื่นๆ นอกเหนือจากการกระทำความผิดที่ตำรวจกำลังสืบสวนอยู่โดยตำรวจไม่ต้องการก็ได้ ยกตัวอย่างเช่นกรณีในอเมริกา ตำรวจปฏิบัติการอำพรางโดยทำที่เป็นผู้รับซื้อรถที่ขโมยมาโดยให้ราคาสูงมาก จนทำให้มีผู้ไปกระทำความผิดโดยไปปล้นฆ่าเจ้าของรถแล้วเอารถนั้นมาขายแก่ตำรวจดังกล่าว¹⁴⁹ ซึ่งหากลองสมมติกรณีใกล้เคียงกันอย่างเช่นตำรวจล่อซื้อยาเสพติดโดยตั้งราคาซื้อสูงมากก็มีความเสี่ยงที่จะเกิดโศกนาฏกรรมในทำนองเดียวกันได้จากการฆ่าชิงยาเสพติดมาขายต่อให้ตำรวจ

4. ความผิดเชิงละเว้น (crime of omission) หมายถึง ความผิดที่เกิดจากการที่ผู้อำพรางกระทำโดยงดเว้นการกระทำ ความผิดประเภทนี้มักเกิดในบริบทของการปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกันที่ผู้อำพรางมีหน้าที่ต้องยับยั้งมิให้การกระทำความผิดบรรลุผล เช่น การสกัดมิให้ยาเสพติดถูกลักลอบลำเลียงเข้าสู่ตลาดได้ แต่ผู้ปฏิบัติการอำพรางล้มเหลวในการเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันผลของการกระทำความผิดนั้น

¹⁴⁷ อรรถพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 85.

¹⁴⁸ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 555.

¹⁴⁹ Marx, G. T., "The Cost of Virtue."

5. ความผิดเชิงทุจริต (rogue crime) หมายถึง ความผิดที่เกิดจากการที่ผู้อำพรางกระทำโดยทุจริต เช่น แสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่นในทางทรัพย์สิน หรือกระทำความผิดเพราะความรู้สึกส่วนตัว อันได้แก่ ความแค้น หรือกลั่นแกล้ง เป็นต้น

2.4.1.3 การใช้อำนาจรัฐในบริบทการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นการใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งการใช้อำนาจรัฐในบริบทของการปฏิบัติการอำพรางมีปัญหาและความเสี่ยงหลายประการดังนี้

1) ความไม่โปร่งใสของการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติการอำพราง

เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางเป็นปฏิบัติการที่ดำเนินการในทางลับ มีเจ้าหน้าที่รัฐรู้เกี่ยวกับการปฏิบัติการไม่กี่คน ปฏิบัติการเกิดในที่ลับ หรือยากจะเป็นที่สังเกตได้ ซึ่งแม้จะเป็นประโยชน์ในการสืบสวนจับกุมอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย แต่ก็เสี่ยงต่อปัญหาการใช้อำนาจรัฐที่สืบเนื่องมาจากการขาดความโปร่งใสดังกล่าวในข้อที่จะกล่าวต่อไป

2) การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย

วัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐก็คือการป้องกันการเลือกปฏิบัติ และหากการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวคือการบังคับใช้กฎหมายโดยการปฏิบัติการอำพรางซึ่งกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยความสำคัญของการตรวจสอบควบคุมการเลือกปฏิบัติยิ่งมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากรัฐบาลมาจากพรรคการเมืองซึ่งเป็นกลุ่มการเมืองอย่างหนึ่งที่ได้รับการเลือกตั้ง เมื่อพรรคการเมืองดังกล่าวได้ถืออำนาจฝ่ายบริหาร จึงอาจใช้อำนาจนั้นเพื่อทำลายกลุ่มการเมืองหรือกลุ่มที่มีความคิดเห็นแตกต่างจากพรรครัฐบาลโดยการบังคับใช้กฎหมายต่อกลุ่มต่างๆดังกล่าวอย่างเข้มงวด แต่กลับผ่อนคลายการบังคับใช้กฎหมายต่อพรรคพวกเดียวกัน อันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม นำไปสู่การใช้เครื่องมือทางกฎหมายต่างๆรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางเพื่อเอาผิดคดีอาชญากรรมต่อกลุ่มการเมืองที่เห็นต่างได้

หรือในภาพระดับย่อยลงมา ความไม่โปร่งใสของการใช้อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางอาจทำให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุผลของฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมได้ กล่าวคือผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระดับล่าง เช่น ผู้ค้ารายย่อยหรือผู้เสพยาที่ไม่มีฐานะ เป็นคนชายขอบ หรือคนต่างด้าว อาจถูกบังคับใช้กฎหมายโดยถูกจับกุมหรือดำเนินการทางคดีจากการปฏิบัติการอำพรางเข้มงวดกว่าผู้กระทำความผิดระดับสูง ซึ่งไม่เพียงแต่จะเป็นปัญหาทางกฎหมายเท่านั้น แต่จะส่งผลต่อการปราบปรามอาชญากรรมโดยทำให้กระบวนการยุติธรรมรวมถึงเรือนจำเต็มไปด้วยผู้กระทำความผิดระดับล่างดังกล่าว ในขณะที่การระบาดยาเสพติด

จะไม่ลดเนื่องจากผู้ค้ำรายใหญ่และผู้กระทำความผิดระดับสูงยังมีอยู่ และผู้กระทำความผิดระดับล่างเหล่านี้ก็ถูกหามาแทนที่ใหม่ได้ง่าย

นอกจากนี้การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยการบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดเฉพาะต่อผู้กระทำความผิดระดับล่างโดยการใช้การปฏิบัติการอำนาจยังทำให้ผู้กระทำความผิดระดับล่างดังกล่าวโดยเฉพาะผู้เสียหายต้องหลบซ่อนยิ่งขึ้นเนื่องจากกลัวถูกจับหรือถูกบังคับให้เป็นสายลับ และไม่กล้าเข้าถึงอุปกรณ์การเสพที่มีสุขอนามัยหรือไม่กล้าพกเข็มฉีดยาติดตัวเพราะเกรงโดนตรวจค้นนำไปสู่การเสพอย่างการใช้เข็มฉีดยาร่วมกันที่เพิ่มความเสี่ยงต่อโรคติดต่อ เช่น โรคเอดส์¹⁵⁰ ซึ่งขยายเป็นปัญหาสุขภาพและปัญหาสังคมในวงกว้างต่อไปได้

3) การใช้อำนาจตามอำเภอใจในการปฏิบัติการอำนาจ

ลักษณะโดยสภาพของการปฏิบัติการอำนาจที่ขาดความโปร่งใส นำไปสู่ความเสี่ยงต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติ หรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจไปไกลกว่านั้นด้วยการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (abuse of power) ซึ่งอาจเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปจากการปฏิบัติการอำนาจแต่ละครั้งที่การข่มขู่ กรรโชก หลอกลวง และการล่อให้บุคคลกระทำความผิดเป็นเรื่องธรรมดาที่อาจเกิดขึ้นได้ในการปฏิบัติการอำนาจและบ่อยครั้งที่เลยเถิดไปถึงขั้นการยัดข้อหา (planting evidence)¹⁵¹

การใช้อำนาจตามอำเภอใจในการปฏิบัติการอำนาจดังกล่าวเกิดจากแรงจูงใจได้หลายประการ เช่น การกลั่นแกล้ง การล้างแค้น ความอคติ การแสวงหาประโยชน์โดยทุจริตในทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ทางเพศโดยเฉพาะต่อผู้กระทำความผิดหญิง¹⁵² หรือแม้แต่การสร้างผลงานให้เข้าเป้าตัวเลขคดีตามที่ผู้บังคับบัญชากำหนด¹⁵³

ตัวอย่างกรณีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของประเทศไทยในการปฏิบัติการอำนาจในคดียาเสพติด ได้แก่กรณีจากคำพิพากษาคดีอาญาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 ต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในเดือนมกราคม พ.ศ. 2550 ที่เจ้าหน้าที่ ตชด. บางนายปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

¹⁵⁰ สุชาติ ทวีสิทธิ์, "เสียงจาก "ชายขอบ": การเคลื่อนไหวสิทธิมนุษยชนเพื่อคนใช้ยาเสพติดในประเทศไทย," ใน ประชากรชายขอบและความเป็นธรรมในสังคมไทย, หน้า 233.

¹⁵¹ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

¹⁵² สุชาติ ทวีสิทธิ์, "เสียงจาก "ชายขอบ": การเคลื่อนไหวสิทธิมนุษยชนเพื่อคนใช้ยาเสพติดในประเทศไทย," ใน ประชากรชายขอบและความเป็นธรรมในสังคมไทย, หน้า 231.

¹⁵³ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

กระทำการตั้งข้อหาครอบครองและจำหน่ายยาบ้าอันเป็นเท็จเพื่อจับกุมบุคคล เจ้าหน้าที่เหล่านี้ยังต้องคำพิพากษาว่ามีความผิดฐานเรียกรับสินบนและกรรโชกทรัพย์หลายราย ในจำนวนนี้มีผู้เสียหายหลายคนที่ถูกจำคุกในเรือนจำจากการตั้งข้อหาเท็จดังกล่าว¹⁵⁴

4) การทุจริตในการปฏิบัติการอำพราง

ในการปฏิบัติการอำพรางบ่อยครั้งที่เจ้าหน้าที่อำพรางต้องสัมผัสกับทรัพย์สินมีค่าหรือเงินจำนวนมาก ซึ่งหากจิตใจไม่มั่นคงแล้วก็อาจถูกยั่วยวนนำไปสู่การทุจริตได้¹⁵⁵

การกระทำบางอย่างของเจ้าหน้าที่เป็นได้ทั้งการทุจริต (corruption) และการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เช่น การข่มขู่ว่าจะยึดข้อหาหากไม่ให้ทรัพย์สิน การจับกุมผู้บริสุทธิ์แทนผู้กระทำความผิดที่ให้ผลประโยชน์แก่ตน หรือการข่มขู่กรรโชกผู้กระทำความผิดที่แท้จริง เป็นต้น บางครั้งเป็นการทุจริตที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับผู้กระทำความผิด ซึ่งเปลี่ยนจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายมาเป็นผู้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ค้ายาเสียเองโดยจะรับเงินตอบแทนจากผู้กระทำความผิด แลกกับการไม่จับกุม หรือแจ้งข้อมูลข่าวสารบางอย่างให้¹⁵⁶

นอกจากการทุจริตอาจเกิดในลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับผู้เป็นเป้าหมายการปฏิบัติการอำพรางหรือผู้กระทำความผิดแล้ว การทุจริตอาจเกิดในลักษณะของการที่เจ้าหน้าที่รัฐฉ้อราษฎร์บังหลวงในเงินหรือทรัพย์สินของแผ่นดินก็ได้ เช่น การยกยอกเงินยืมล่อซื้อบางส่วนไปใช้ส่วนตัว การยกยอกทรัพย์สิน เงิน หรือยาเสพติดของกลางที่ยึดได้จากผู้กระทำความผิดในการปฏิบัติการอำพราง การทุจริตในการเบิกจ่ายสินบนหรือรางวัลนำจับ เป็นต้น ซึ่งในประเทศไทยปรากฏการวิพากษ์วิจารณ์ระบบการเบิกจ่ายสินบนหรือรางวัลนำจับคดียาเสพติดที่สื่อพิรุชจากเอกสารยอดเบิกจ่ายไม่ตรงกันโดยมีเงินกว่า 230 ล้านบาทหายไป หรือความเป็นไปได้ของการใช้วิธีต่อรองกับผู้ต้องหาในการลดของกลางและชวยคดีเพื่อรับสินบนนำจับหรือรางวัลมากขึ้น¹⁵⁷

2.4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้อำพรางกับผู้เป็นเป้าหมายในการปฏิบัติการอำพราง

ในการปฏิบัติการอำพราง ผู้อำพรางมักต้องปฏิสัมพันธ์กับผู้เป็นเป้าหมายอย่างใกล้ชิด ในการสร้างความสัมพันธ์และความไว้วางใจซึ่งอาจนำไปสู่ความสนิทและความเห็นใจอัน

¹⁵⁴ ไทยรัฐออนไลน์, "อัมพวีเมีย ยัดยานรก 4 ลูกสมุน คนละ5ปี!" [ออนไลน์].

¹⁵⁵ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

¹⁵⁶ สำนักข่าวอิศรา, พงษ์พิพัฒน์ จินดาศรี, "เจาะสินบนยาเสพติดสื่อพิรุชล่องหน 230 ล้าน" [ออนไลน์].

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

เป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้อำพรางได้ โดยเฉพาะการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกที่ใช้เวลาในการปฏิบัติการต่อเนื่องยาวนานและมักใช้เจ้าหน้าที่อำพรางที่เพิ่งเข้ารับราชการได้ไม่นาน เนื่องจากเจ้าหน้าที่หน้าใหม่ๆเหล่านี้ยังมีประสบการณ์น้อยในการเป็นตำรวจ ซึ่งในแง่หนึ่งมีข้อดีคือเจ้าหน้าที่เหล่านี้จะมีภาพพจน์และบุคลิกความเป็นตำรวจไม่มากนักเหมาะแก่การปฏิบัติการอำพราง¹⁵⁸ แต่อีกแง่หนึ่งก็มีข้อเสียด้านประสบการณ์ ความมั่นคงทางจิตใจและความรู้สึก และความสามารถในการควบคุมตนเอง จึงเสี่ยงต่อการสนิทสนมกับผู้เป็นเป้าหมายมากเกินไปจนอาจถึงขั้นมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งกันได้¹⁵⁹

2.4.1.5 การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางอาจเริ่มจากมีผู้หวังดีแจ้งข่าวหรือเกิดจากการขยายผลจากการตั้งด่านจับกุมผู้ลักลอบลำเลียงยาเสพติด แต่การปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดส่วนใหญ่มักเริ่มที่การใช้สายลับซึ่งมักเป็นบุคคลที่มีส่วนในการกระทำความผิด และบ่อยครั้งเป็นการปฏิบัติการร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่อำพรางและสายลับอย่างใกล้ชิด

ในแง่หนึ่งสายลับมีประโยชน์ในการให้ข้อมูลเบื้องต้นที่สำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันนำไปสู่การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่ และช่วยเติมเต็มการปฏิบัติการโดยเจ้าหน้าที่อำพราง แต่ในอีกแง่หนึ่ง สายลับซึ่งมิได้เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่ผ่านการฝึกฝนอบรมทั้งในด้านหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางและในด้านจริยธรรมในการปฏิบัติการอำพรางและมักเข้ามาให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่เพื่อผลประโยชน์บางอย่าง เช่น แลกกับการไม่ถูกจับดำเนินคดี การลดโทษ สินบนนำจับ เป็นต้น เพิ่มความเสี่ยงของบรรดาปัญหาทั้งหมดตั้งแต่ข้อแรกที่เราพิจารณามาตั้งแต่ต้นซึ่งอันตรายต่อปฏิบัติการและการกระทำความผิดต่อบุคคลที่สาม เช่น การแจ้งข้อมูลการกระทำความผิดเท็จหรือยัดพยานหลักฐานการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอันเป็นเท็จแก่บุคคลที่สามเพื่อหวังผลตอบแทนที่มากขึ้นหรือเพื่อการกลั่นแกล้ง เป็นต้น¹⁶⁰

ปัญหาการใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพรางอาจเกิดขึ้นในด้านที่กลับกันก็ได้ กล่าวคือ แทนที่สายลับจะไปก่อปัญหาแก่บุคคลที่สาม พวกเขาอาจกลายเป็นเหยื่อของปัญหาการ

¹⁵⁸ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 202.

¹⁵⁹ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

¹⁶⁰ Ibid.

ปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่เองก็ได้ เช่น การถูกเจ้าหน้าที่บังคับให้เป็นสายลับ การกรรโชกและละเมิดสิทธิมนุษยชนของสายลับ เป็นต้น¹⁶¹

ตัวอย่างกรณีนี้คือกรณีในอเมริกาที่ตำรวจรัฐฟลอริดาจับ Rachel Hoffman อายุ 23 ปี ซ้อหามียาเสพติดไว้ในครอบครอง เธอยอมเป็นสายลับให้ตำรวจเพื่อแลกกับการไม่ต้องถูกดำเนินคดีที่อาจต้องโทษจำคุก 5 ปี ในการปฏิบัติการอำพรางตำรวจส่งเธอเข้าไปติดต่อล่อซื้อยาเสพติดจากผู้ต้องสงสัยว่าเป็นค้ายาเสพติด 2 คน โดยไม่ได้อบรมฝึกฝนการเป็นสายลับแก่เธอเลย การปฏิบัติการดำเนินไปจนถึงจุดวิกฤตเมื่อเธอหายไปจากการติดตามของตำรวจทั้งที่มีเจ้าหน้าที่อำพรางถึง 19 นาย และมีเครื่องบินคอยติดตามคุ้มกัน เธอถูกพบอีกครั้งเสียชีวิตจากการถูกยิงเนื่องจากผู้ค้ายาทั้งสองคนตรวจพบเครื่องบินที่กั้นเสียงในกระเปาะเธอ¹⁶² โศกนาฏกรรมดังกล่าวนำไปสู่การออกกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้สายลับของรัฐฟลอริดาชื่อ "Rachel's Law" ซึ่งวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการในการใช้สายลับ ได้แก่ ประการแรก ต้องมีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่รัฐที่จะใช้สายลับ, ประการที่สอง เจ้าหน้าที่รัฐต้องแจ้งแก่สายลับว่าการให้ความร่วมมือของเขาอาจไม่ทำให้เขาได้รับการลดโทษ และประการสุดท้าย สายลับอาจขอพบทนายความได้ถ้าเขาต้องการ¹⁶³ ซึ่งมลรัฐอื่นๆเริ่มนำเอาหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันไปใช้ในรัฐของตน

2.4.1.6 ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับหลักเกณฑ์การทางกฎหมายที่สูงกว่าหรือกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากันซึ่งคุ้มครองสิทธิประชาชนในวัฒนธรรมการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย

ด้วยลักษณะของเทคนิคการสืบสวนด้วยวิธีการปฏิบัติการอำพรางที่ถูกพัฒนาจากการสอบสวนสืบสวนเชิงรับแบบดั้งเดิมของตำรวจหลังการตรวจพบกระทำความผิดที่มีกฎหมายจำนวนมากคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาอันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายไปสู่การสืบสวนเชิงรุกก่อนการตรวจพบการกระทำความผิดด้วยเทคนิคการสืบสวนพิเศษอย่างการปฏิบัติการอำพรางซึ่งในแง่หนึ่งคือประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยา

¹⁶¹ สุชาติ ทวีสิทธิ์, "เสียงจาก "ชายขอบ": การเคลื่อนไหวสิทธิมนุษยชนเพื่อคนใช้ยาเสพติดในประเทศไทย," ใน ประชากรชายขอบและความเป็นธรรมในสังคมไทย, หน้า 231.

¹⁶² BBC, Walker, R., "The Trouble with Using Police Informants in the Us," [Online] Accessed: 12 May 2015. Available from: <http://www.bbc.com/news/magazine-21939453>

¹⁶³ Florida Legislature, "The 2014 Florida Statutes," [Online] Accessed: 12 May 2015. Available from: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0914/Sections/0914.28.html

เสฟติด แต่ในอีกแง่คือการหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ความคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาตามกฎหมายวิธีพิจารณา
คดีอาญาหรือกฎหมายอาญาและขัดแย้งกับหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

1) ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับค่านิยมตาม หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สูงกว่า

ในประเด็นของความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับหลักเกณฑ์
ความคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายที่สูงกว่าซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการพิจารณาว่าการปฏิบัติการอำ
พรางขัดแย้งกับสิทธิส่วนบุคคล (privacy right) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองอย่างไรเป็นสำคัญ ใน
บริบทของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550* แม้แต่แต่ละประเทศอาจมีกฎหมายสูงสุดคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล
เหมือนกัน แต่มุมมองในแง่เนื้อหาของสิทธิส่วนบุคคลของแต่ละประเทศอาจมีความหมายและขอบเขต
แตกต่างกันได้ ซึ่งได้พิจารณาประเด็นนี้แล้วในบทที่ 4

อเมริกามองสิทธิส่วนบุคคลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลทางกายภาพ
(physical privacy) และเสรีภาพ (liberty)¹⁶⁴ ที่คุ้มครองเจ้าของเคหสถานจากการถูกก่อกรวนหรือบุกร
ุกเข้าไปในเคหสถานนั้น และในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลในการตัดสินใจ (decisional privacy) อันเป็น
สิทธิการมีอิสระในการตัดสินใจที่ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐและเป็นที่มาที่สำคัญในการตรวจสอบ
ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางด้วยหลักการก่อให้เกิดความผิด เนื่องจากเป็นหลักที่จำกัดอำนาจรัฐ
มิให้เข้าไปแทรกแซงลักษณะโดยธรรมชาติของบุคคลที่เป็นเป้าหมายโดยการจู่ใจ หรือส่งเสริมการ
กระทำความผิดโดยมิชอบ¹⁶⁵ การปฏิบัติการอำพรางจึงไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลเหมือนการก
สะกตรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเข้มงวดกว่า แต่การ
ปฏิบัติการอำพรางละเมิดต่อความอิสระในการกระทำของบุคคล¹⁶⁶ และจากความอ่อนแอของการ
ปฏิบัติการอำพรางในกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมือง ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ทำให้
อเมริกากำหนดหลักเกณฑ์การตรวจควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในกลุ่มการเมืองต่างๆเข้มงวดกว่า

* แม้ว่าปัจจุบันขณะดำเนินการศึกษาระดับปริญญาโทที่ประเทศไทยอยู่ระหว่างดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงยังไม่มี
รัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการคงมีเพียงรัฐธรรมนูญชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งจะถือว่าประเทศไทยปราศจากหลักเกณฑ์จากค่านิยมตาม
รัฐธรรมนูญเลยก็เดี๋ยวกไม่ได้ แต่ควรถือถือว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเพียงเหตุแทรกแซงชั่วคราวเท่านั้น

¹⁶⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the
United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 505.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 512-513.

¹⁶⁶ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago
Law Review*: 1510.

กรณีทั่วไป รวมถึงการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ (privileged relationship) เช่น ระหว่างแพทย์กับคนไข้ ระหว่างทนายความกับลูกความ เป็นต้น

ด้วยเหตุที่อเมริกามีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลต่างจากเยอรมนี การปฏิบัติการอำพรางในกรณีทั่วไปจึงไม่ได้จำกัดประเภทการกระทำที่ความผิดที่จะใช้การปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกที่กระทบต่อสิทธิดังกล่าว และก็ไม่ต้องแสดงเหตุจำเป็นอัน เช่น เหตุที่ไม่สามารถใช้การสืบสวนวิธีอื่นได้ หรืออาจใช้ได้แต่บรรลุลผลยากมาก เหมือนกรณีเยอรมนี ยกเว้นการปฏิบัติการอำพรางกรณีเฉพาะที่ถูกตรวจสอบควบคุมโดยคณะกรรมการตรวจสอบภายใน¹⁶⁷ การปฏิบัติการอำพรางในการปราบปรามอาชญากรรมในมุมมองของอเมริกาจึงมิได้ขัดแย้งกับค่านิยมตามรัฐธรรมนูญโดยตัวเอง แต่อาจมีข้อกังวลที่การใช้อำนาจโดยมิชอบ การเข้าไปในเคหสถาน การล่อให้กระทำความผิด และการแทรกแซงกลุ่มการเมืองหรือความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ

ในเยอรมนี สิทธิส่วนบุคคล เรียกว่า สิทธิในบุคลิกภาพ (rights of personality) ซึ่งรับรองเสรีภาพในการตระหนักถึงศักยภาพของตนเองในฐานะปัจเจกชน หรือเสรีภาพในการสร้างสรรค์ตนเอง สิทธิส่วนบุคคลของเยอรมนีจึงถูกมองในแง่ของศักดิ์ศรีของบุคคล (personal dignity) ซึ่งรวมถึงสิทธิในการให้ข้อมูลตนเอง (right of informational self-determination) อันเป็นสิทธิของบุคคลที่จะทราบว่ารัฐเก็บรวบรวมข้อมูลใดเกี่ยวกับตัวเขาไปและจำกัดอำนาจรัฐในการใช้ข้อมูลเช่นนั้น สิทธิในการให้ข้อมูลตนเองนี้จะไม่ถูกละเมิดโดยปริยายเพียงเพราะบุคคลนั้นให้ข้อมูลแก่บุคคลอื่น หรือเพราะบุคคลนั้นอยู่ในที่สาธารณะมิได้อยู่ในเคหสถานหรือที่รโหฐาน จึงเป็นการคุ้มครองในทุกสถานที่ ดังนั้นการปฏิบัติการอำพรางจึงกระทบต่อสิทธินี้ของเยอรมนีเสมอแม้จะเป็นการปฏิบัติการต่อบุคคลเป้าหมายในที่สาธารณะ และทำให้ต้องมีการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวอย่างเพียงพอโดยหลักเกณฑ์การขออนุญาตต่ออำนาจตุลาการก่อนจึงจะดำเนินการปฏิบัติการได้¹⁶⁸

ส่วนอิตาลีนั้น แม้ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญจะได้เป็นประเด็นที่วิพากษ์วิจารณ์กว้างขวางนัก แต่หากพิจารณาจากระบบหมายอำพรางของอิตาลีที่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาตำรวจและดำเนินการภายใต้การตรวจสอบ จึงสะท้อนมุมมองที่อยู่ตรงกลางระหว่างอเมริกาและเยอรมนี แต่มีแนวโน้มในอนาคตไปทางอเมริกาจากการได้รับอิทธิพลแนวคิดทางกฎหมายของอเมริกาที่มีต่อการปฏิรูปกระบวนการวิธี

¹⁶⁷ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 513.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 505-506.

พิจารณาคดีอาญาของอิตาลี และการปฏิบัติการอำพรางระหว่างประเทศร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ทั้งสองประเทศดังกล่าวบ่อยครั้ง

และเมื่อมองกลับไปที่สิทธิส่วนบุคคลในประเทศไทยซึ่งเรียกสิทธิส่วนบุคคลว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ดังที่บัญญัติไว้โดยตรงตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 มาตรา 35 ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง”¹⁶⁹

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากคำปรารภของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550 ที่กล่าวว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 33 มาตรา 36 และมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แล้วจะพบว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางในวิธีพิจารณาคดีอาญานั้น กฎหมายน่าจะมองว่ามีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 33* และ 41** (ประกอบมาตรา 29***) ซึ่งเป็นสิทธิในเคหสถานและทรัพย์สิน ซึ่งเป็นมุมมองความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับค่านิยมตามกฎหมายสูงสุดในลักษณะที่ใกล้เคียงกับแนวคิดสิทธิส่วนบุคคลทางกายภาพของอเมริกา

อย่างไรก็ตามอาจข้อโต้แย้งว่าสิทธิส่วนบุคคลของไทยตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะยังคงมีอยู่จริงหรือไม่ ความเป็นรูปธรรมเพียงใดภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองของไทยที่ตลอดมามีการรัฐประหาร มีการยกเลิกและประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วหลายฉบับ จากการแย่งชิงอำนาจระหว่างกลุ่มการเมืองพลเรือนและกลุ่มการเมืองทหาร ทำให้เกิดคำถามว่าชนชั้นปกครอง

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁶⁹ กุลพล พลวัน, "บุคคลสาธารณะกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว," บทบัญญัติ 64, 3 (กันยายน 2551).

* มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข

การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

** มาตรา 41 สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

*** มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการรัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

ดังกล่าวมีมุมมองต่อรัฐธรรมนูญและค่านิยมที่บรรจุอยู่ภายในโดยตระหนักถึงความศักดิ์สิทธิ์ในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศที่รับรองและคุ้มครองสิทธิประชาชน หรือในฐานะที่เป็นเครื่องมือเชิงรูปแบบทางอำนาจที่ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจตนเองเท่านั้น¹⁷⁰ และแม้ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มักจะมีรัฐธรรมนูญชั่วคราวคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ก็มักมีข้อยกเว้นที่ให้อำนาจพิเศษแก่รัฐตรวนความคุ้มครองดังกล่าวได้โดยไม่ต้องใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติตามวัฒนธรรมระบอบประชาธิปไตย ไม่ว่าในรูปแบบของคำสั่งคณะรัฐประหาร หรืออำนาจพิเศษตาม “กฎหมายมาตรา 17” เป็นต้น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมไทยที่ผ่านมาที่มีการบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามอำนาจพิเศษดังกล่าวด้วย อันสะท้อนถึงการยอมรับวัฒนธรรมอำนาจนิยมและแนวคิดทางสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลาธิปไตยในระบบกฎหมายและระบอบรัฐธรรมนูญไทยซึ่งอาจกลายเป็นระบอบเผด็จการรัฐสภาในที่สุด¹⁷¹

กระนั้นผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาว่าสิทธิส่วนบุคคลไทยมีอยู่จริงหรือไม่ในลักษณะใดนั้น ต้องพิจารณาใน 2 มิติ ได้แก่ มิติทางกฎหมายบ้านเมืองที่กล่าวแล้ว และมิติทางกฎหมายธรรมชาติที่สะท้อนจากความตระหนักในสิทธิของประชาชนไทยว่ามีเพียงใด

ซึ่งจากการพิจารณาในมิติหลังจะเห็นว่าแม้สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองในมิติทางกฎหมายบ้านเมืองอาจไม่ชัดเจน แต่สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายธรรมชาติของไทยมีอยู่จริง และเข้มแข็งมากขึ้นตามการเพิ่มขึ้นของชนชั้นกลางในประเทศไทยและการพัฒนาเทคโนโลยีการสื่อสารไร้พรมแดนที่สร้างยุคโลกาภิวัตน์และที่การกระทำของรัฐไม่ว่าจะมีที่มาที่ชอบธรรมทางการเมืองหรือไม่จะถูกตรวจสอบได้โดยประชาชนอย่างกว้างขวางผ่านการสื่อสารและการรวมในช่องทางทางเทคโนโลยีเหล่านี้ ยิ่งไปกว่านั้นการที่รัฐไม่อาจอยู่โดดเดี่ยวแต่ต้องมีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ การเมืองและวิทยาการกับรัฐอื่นหรือองค์กรระหว่างประเทศ ทำให้การใช้อำนาจรัฐอย่างไม่มีขอบเขตเป็นไปได้เลยในโลกปัจจุบัน

นอกจากนี้ แม้การที่กระบวนการยุติธรรมไทยยอมบังคับตามอำนาจพิเศษเหนือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนส่วนหนึ่งมาจากความสมัครใจ แต่บางส่วนก็เกิดจากความจำยอมมากกว่าที่จะยอมรับอำนาจเช่นนั้นจริงๆ ซึ่งก็เป็นเรื่องที่น่าเห็นใจเนื่องจาก “เมื่อใดที่เสียงปืนดังเมื่อนั้นกฎหมายหมดเสียง (Inter arma silent leges)”¹⁷² อย่างไรก็ตามกระบวนการ

¹⁷⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 222.

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 224, 229-231.

¹⁷² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 244-245.

ยุติธรรมโดยเฉพาะศาลยุติธรรมจะพยายามลดทอนผลร้ายจากกฎเกณฑ์จากอำนาจพิเศษดังกล่าวที่
 ลิดรอนสิทธิของประชาชน หรือควบคุมมิให้ชัดรัฐธรรมนูญ¹⁷³

ดังนั้นเราจึงสรุปได้ว่าประเทศไทยมีแนวคิดสิทธิส่วนบุคคลอยู่จริงและมี
 มุมมองในแง่สิทธิส่วนบุคคลทางกายภาพจากการพิจารณาคำปรารภพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอา
 เสดพิต พ.ศ.2550 และในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลในการตัดสินใจ (decisional privacy) จากการ
 พิจารณาการใช้หลักข้อต่อสู้การล่อให้กระทำความผิด (entrapment defense) ของศาลยุติธรรม จึง
 ทำให้ไทยมองการปฏิบัติการไม่ค่อยมีความขัดแย้งกับสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญเช่นในทำนอง
 เดียวกันกับอเมริกาและไม่มีการโต้แย้งในเรื่องนี้มากเท่าที่เกิดในเยอรมนี

2) ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับสิทธิที่จะไม่ให้การ ปรักร่างตนเอง สิทธิได้รับการแจ้งข้อหา สิทธิปรึกษาทนายความ และบทตัดพยานหลักฐาน เด็ดขาดที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบ

การปฏิบัติการอำพรางหลักเสี่ยงหลักเกณฑ์ความคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาตาม
 กฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากัน ซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาและกฎหมายอาญา

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์
 ความคุ้มครองประชาชนโดยเฉพาะผู้ต้องหาขณะถูกดำเนินคดีอาญาในชั้นต่างๆ โดยเฉพาะในชั้น
 จับกุมและชั้นสอบสวน อันได้แก่ สิทธิที่จะไม่ให้การปรักร่างตนเอง สิทธิได้รับการแจ้งข้อหา สิทธิ
 ปรึกษาทนายความ และบทตัดพยานหลักฐานเด็ดขาดที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ ซึ่งความ
 คุ้มครองเหล่านี้จะทำงานก็ต่อเมื่อประชาชนนั้นมีฐานะเป็นผู้ต้องหาแล้ว ซึ่งในกรณีคดีอาญาทั่วไป
 อย่างเช่นการฆาตกรรม กระบวนการจะเริ่มจากการตรวจพบการกระทำความผิดจากนั้นตำรวจจึงเริ่ม
 สอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการและจับกุมผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีอันเป็นการสืบสวนเชิงรับ
 ซึ่งความคุ้มครองดังกล่าวจะเริ่มทำงานทันทีที่การสอบสวนสืบสวนไปถึงจุดที่มีพยานหลักฐานบ่งชี้ว่า
 บุคคลใดกระทำความผิดซึ่งมักเป็นช่วงเวลาตั้งแต่เริ่มมีการปฏิสัมพันธ์ระหว่างตำรวจกับบุคคลนั้น
 เพราะหากบุคคลดังกล่าวไม่น่าเกี่ยวข้องกับกรกระทำผิด ตำรวจคงไม่ยากปฏิสัมพันธ์
 สอบปากคำต่อบุคคลนั้นมากนัก

แต่ในกรณีคดีอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างเช่นคดียาเสพติด การตรวจ
 พบการกระทำความผิดเหมือนในกรณีคดีอาญาทั่วไปเป็นเรื่องยากมาก กระบวนการจึงเปลี่ยนจากการ
 เริ่มที่การกระทำความผิดแสดงตัวมันเองต่อตำรวจ เป็นการที่ตำรวจออกไปสืบหาการกระทำผิดนั้นเอง
 โดยการปฏิบัติการอำพรางอันเป็นการสืบสวนเชิงรุก

¹⁷³ Ibid., 254, 277.

ซึ่งในกรณีหลังนี้ในโอกาสแรกที่เจ้าหน้าที่อำนาจปฏิบัติสัมพันธ์กับบุคคล เป้าหมายผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เช่น การแนะนำตัวทำความรู้จักกันในขณะ ปฏิบัติการล่อซื้อ บุคคลดังกล่าวยังไม่มีฐานะเป็นผู้ต้องหาที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายวิธี พิจารณาคดีอาญา เนื่องจากยังไม่มีกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังนั้นบรรดาถ้อยคำต่างๆที่ให้ไว้แก่ เจ้าหน้าที่อำนาจซึ่งแม้จะเป็นถ้อยคำที่นำมาปรับปรำบุคคลนั้นได้ก็ไม่ขัดต่อสิทธิที่จะไม่ให้การ ปรับปรำตนเอง สิทธิได้รับการแจ้งข้อหา และสิทธิปรึกษาทนายความ และการที่เจ้าหน้าที่อำนาจใช้ กลอุบายต่อบุคคลนั้นในการล่อซื้อไม่ถือเป็นการหลอกลวงตามกฎหมายไทย แต่หากอาจถือเป็นการ หลอกลวงอันเป็นการกระทำโดยมิชอบตามมาตรา 226 ได้ ก็ไม่ต้องห้ามรับฟังเนื่องจากมาตรา 226 เป็นบทตัดพยานหลักฐานที่ใช้คำว่า “เกิดขึ้น” จากการกระทำโดยมิชอบซึ่งอาจจะเป็นความ ผิดพลาดของการร่างเนื่องจากไม่มีประเทศสากลใดที่ใช้คำว่า “เกิดขึ้น” แต่ใช้คำว่า “ได้มา” ในบทตัด พยานเด็ดขาดทำนองเดียวกันนี้ทั้งสิ้น แต่ก็ทำให้เกิดนิติวิธีที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของกฎหมาย ลักษณะพยานไทยขึ้น และทำให้พยานหลักฐานอย่างเช่นยาเสพติดในกรณีนี้ที่บุคคลผู้เป็นเป้าหมายมี อยู่แล้วในการค้ายาเสพติดมิใช่พยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” จากการหลอกลวงของเจ้าหน้าที่อำนาจ เช่นว่านั้น แต่เป็นพยานหลักฐานที่มีอยู่ก่อนแล้ว ส่วนการใช้กลอุบายซึ่งอาจถือเป็นการหลอกลวงได้ นั้นเป็นเพียงการล่อให้บุคคลผู้เป็นเป้าหมายแสดงพยานหลักฐานแห่งการกระทำความผิดซึ่งคือยาเสพติด นั้นเท่านั้น¹⁷⁴ และเมื่อบุคคลผู้เป็นเป้าหมายจำหน่ายยาเสพติดแก่ผู้อำนาจอันเป็นการที่การ กระทำความผิดซึ่งหน้าเกิดขึ้นแล้ว ทำให้บุคคลนั้นกลายเป็นผู้ต้องหาทันทีพร้อมๆกับการถูกจับกุม ความคุ้มครองต่างๆดังกล่าวจึงจะเริ่มทำงานซึ่งไม่เป็นประโยชน์แก่บุคคลนั้นอีกแล้ว เนื่องจาก พยานหลักฐานที่จำเป็นในการดำเนินคดีแก่บุคคลนั้นไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำที่ให้ไว้ขณะล่อซื้อ ยาเสพติด ทรัพย์สินหรือเงินถูกเจ้าหน้าที่อำนาจรวบรวมไว้ทั้งหมดแล้ว

มีข้อสังเกตว่าเหตุในขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายกระบวนกร ข้อ 7 มีมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับเดียวกันกับการขอมายจับและหมายค้นตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งจะทำได้ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอันเป็นเหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยปกติตำรวจจะได้พยานหลักฐานระดับนี้จากสายลับ และการสืบสวนเพิ่มเติมในขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจ ซึ่งหมายความว่าในขณะที่ตำรวจได้รับ อนุญาตให้ปฏิบัติการอำนาจ ตำรวจมีพยานหลักฐานอันเป็นเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้ว ดังนั้นบุคคลผู้เป็นเป้าหมายของปฏิบัติการอำนาจนั้นก็น่าจะอยู่ใน ฐานะผู้ต้องหาซึ่งได้รัความคุ้มครองจากสิทธิที่จะไม่ให้การปรับปรำตนเอง สิทธิได้รับการแจ้งข้อหา และสิทธิปรึกษาทนายความแล้ว

¹⁷⁴ อนุมานจาก จริญญา ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 317-318.

ดังนั้นในแง่หนึ่งนี่คือการปฏิบัติกรอำพรางเป็นเทคนิคการสืบสวนที่ช่วยแสวงหาพยานหลักฐานอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยาเสพติดได้เป็นอย่างดีและสามารถอธิบายความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยเฉพาะในระบบกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานแบบกล่าวหาที่มักมีความคุ้มครองฝ่ายผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อสร้างความเท่าเทียมกับฝ่ายตำรวจหรืออัยการซึ่งแต่เดิมเป็นอุปสรรคต่อตำรวจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเฉพาะในกรณีอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายและทำให้เกิดการยกฟ้องทางเทคนิคได้

แต่ในอีกแง่หนึ่งนี่คือเทคนิคการสืบสวนที่หลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ความคุ้มครองผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนอันได้แก่ สิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง สิทธิได้รับการแจ้งข้อหา และสิทธิปรึกษาทนายความ ด้วยการแสวงหาพยานหลักฐานที่จำเป็นก่อนการตรวจพบการกระทำความผิดและก่อนชั้นสอบสวนแทน การปฏิบัติกรอำพรางจึงถูกวิจารณ์ว่าแม้บางกรณีไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด แต่การปฏิบัติกรอำพรางเป็นการล่อให้สารภาพ (entrapped confessions)¹⁷⁵ และแทนที่ข้อยกเว้นของหลักการจับต้องมีหมายจับจากการจับการกระทำความผิดซึ่งหน้าที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติมาสู่การกระทำความผิดซึ่งหน้าที่ในสภาพแวดล้อมที่ถูกสร้างขึ้นโดยตำรวจ

3) ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติกรอำพรางกับสิทธิเผชิญหน้าพยาน

ในการสืบสวนอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย สายลับหรือเจ้าหน้าที่อำพรางเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญและมีค่าต่อตำรวจ ในบางครั้งหลังการปฏิบัติกรอำพรางจนมีการจับกุมผู้ต้องหาดำเนินคดี เนื่องจากตำรวจอยากปกป้องผู้อำพรางซึ่งเป็นแหล่งข่าวของตนเพื่อจะใช้สืบสวนต่อไปหรือผู้อำพรางอาจไม่ยอมเปิดเผยตัวตนต่อหน้าจำเลย เพราะเกรงว่าตัวสายลับและครอบครัวอาจถูกคุกคามจากจำเลยได้ ทำให้ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐอาจไม่นำตัวผู้อำพรางมาเบิกความต่อศาลและใช้วิธีให้ตำรวจเบิกความของผู้อำพรางแทน ต่อศาลอันเป็นพยานบอกเล่า ในแง่หนึ่งคือการคุ้มครองผู้อำพรางหรือปกป้องแหล่งข่าว แต่ในอีกแง่หนึ่งก็เป็นการขัดต่อสิทธิของจำเลยที่จะเผชิญหน้ากับพยานและสิทธิที่จะถามค้านพยานผู้อำพรางนั้นที่จะช่วยแสดงว่าผู้อำพรางเป็นใคร ค่าเบิกความให้ร้ายแก่จำเลยเกิดจากผู้อำพรางเคยมีเรื่องโกรธเคืองกับจำเลยกันมาก่อนหรือไม่

ในเยอรมนีผู้อำพรางไม่จำเป็นต้องมาเบิกความต่อศาล ศาลรับฟังพยานบอกเล่าจากเจ้าหน้าที่ตำรวจคนอื่นได้ จึงเกิดความขัดแย้งกับสิทธิเผชิญหน้ากับพยานซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญเยอรมนี แต่ศาลพยายามลดความขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ด้วยการใช้การพรางตัวตนพยาน (disguised witnesses) หรือวิดีโอคอนเฟอร์เรนซ์

¹⁷⁵ Jacqueline E. Ross, "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany," [Online] Accessed: 12 May 2015. Available from: http://works.bepress.com/jacqueline_ross/1

ในอเมริกา ผู้อำพรางถูกคาดหวังจากศาลว่าควรมาเบิกความต่อศาล แต่ก็มิได้มีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวดในลักษณะที่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญอย่างเยอรมนี จนเกิดความขัดแย้งกับหลักการปฏิบัติการอำพราง¹⁷⁶

ส่วนประเทศไทย ผู้อำพรางต้องมาเบิกความต่อศาลหรือไม่ไม่มีหลักเกณฑ์บังคับโดยตรง แต่บังคับโดยอ้อมผ่านหลักการซึ่งน้ำหนักรายงานบอกเล่าและน้ำหนักของพยานหลักฐานอื่นๆในคดี กล่าวคือ หากผู้อำพรางเป็นพยานที่มีน้ำหนักเดียวในฐานะประจักษ์พยานที่น่าจะพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยซึ่งประเด็นสำคัญในคดีได้ แต่ฝ่ายรัฐซึ่งเป็นโจทก์ไม่มีผู้อำพรางหรือประจักษ์พยานอื่นในชุดปฏิบัติการอำพรางมาเบิกความต่อศาล คดีอาจขาดน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องจริงได้ จึงยกฟ้องในที่สุด

คำพิพากษาศาลจังหวัดสงขลาที่ 1207/2528 โจทก์ไม่มีพยานยืนยันว่าเคยเห็นจำเลยจำหน่ายเฮโรอีน ในขณะที่จับกุมไม่มีผู้ใดเห็น เพียงแต่สายลับแจ้งว่าจำเลยกำลังจำหน่ายเฮโรอีน โจทก์ไม่นำสายลับมาเบิกความยืนยันความผิดจำเลย อีกทั้งเฮโรอีนที่จับกุมจำนวนเล็กน้อยมาก ไม่อาจรับฟังลงโทษฐานจำหน่ายเฮโรอีนได้ จึงลงโทษจำเลยเพียงฐานมีเฮโรอีนไว้ในครอบครอง โดยไม่ได้รับอนุญาต

ดังนั้นในทางปฏิบัติ การสืบสวนคดีหรือพฤติการณ์จับกุมในเหตุการณ์สำคัญของการปฏิบัติการอำพราง ตำรวจจะใช้ผู้อำพรางที่กล้าเบิกความอย่างเปิดเผยต่อศาลซึ่งมักเป็นเจ้าหน้าที่อำพรางปฏิบัติการในจุดนั้น แล้วขึ้นเบิกความเป็นพยานต่อศาล¹⁷⁷ และกัน (“cut away”) ผู้อำพรางที่ไม่กล้าเบิกความโดยเฉพาะสายลับซึ่งช่วยให้ข้อมูลเบื้องต้นในการเริ่มปฏิบัติการนั้นออกไปจากชั้นศาลหลังการปฏิบัติการเสร็จสิ้น¹⁷⁸

4. ความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับการห้ามตำรวจละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

เนื่องจากกฎหมายอาญา มาตรา 157 ห้ามตำรวจละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ดังนั้นตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่อำพรางโดยเฉพาะในการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึก เจ้าหน้าที่อำพรางต้องพบเห็นการ

¹⁷⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 564.

¹⁷⁷ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, *คู่มือการประสานงานและการรวบรวมพยานหลักฐานคดียาเสพติด*, หน้า 25.

¹⁷⁸ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

กระทำความผิดต่างๆ ของกลุ่มบุคคลที่เข้าไปแทรกซึม แต่เมื่อปฏิบัติการยังไม่ถึงจุดที่ต้องการจับกุมซึ่งอาจจะเนื่องจากการพยานหลักฐานการกระทำความผิดที่ร้ายแรงหรือรัดกุมกว่านี้หรืออาจต้องการหาตัวผู้กระทำความผิดระดับสูง ทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางนั้นต้องเพิกเฉยหรือละเว้นต่อการจับกุม บังคับใช้กฎหมายต่อกลุ่มบุคคลดังกล่าว ซึ่งหากถือตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้วย่อมเข้าข่ายการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่และเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง เป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย

2.4.2 ความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550

นอกจากปัญหาและความเสี่ยงของการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดจากลักษณะโดยสภาพของการปฏิบัติการอำพรางเองแล้ว พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ยังเผชิญกับความท้าทายในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่มาจากตัวหลักเกณฑ์เองด้วย ในส่วนนี้เราจะพิจารณาปัญหาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ในคดีอาญาซึ่งเป็นปัญหาเฉพาะในกฎหมายไทยทั้งในเชิงเนื้อหาและเชิงกระบวนการ ดังนี้

2.4.2.1 การตรวจสอบและควบคุมเชิงเนื้อหา

การพิจารณาปัญหาการตรวจสอบและควบคุมเชิงเนื้อหา จะเป็นการพิจารณาในประเด็นความหมายและขอบเขตของการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) นิยามความหมายการปฏิบัติการอำพรางไม่ชัดเจน

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสองบัญญัติความหมายการปฏิบัติการอำพรางอย่างกว้างๆว่า “การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน” ซึ่งน่าจะเป็นความประสงค์ของคณะร่างที่ต้องการให้ฝ่ายบริหารโดยกระทรวงยุติธรรมกำหนดรายละเอียดต่อไปตามมาตรา 7 วรรคสี่เพื่อความยืดหยุ่นและสะดวกในการแก้ไขหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางโดยไม่ต้องแก้กฎหมายแม่บท โดยกระบวนการในสภานิติบัญญัติซึ่งต้องใช้เวลา

แต่การนิยามความหมายการปฏิบัติการอำพรางอย่างกว้างโดยถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนดังกล่าว โดยเฉพาะวลี “การดำเนินการทั้งหลาย” และ “โดยลวง...ให้เข้าใจไปทางอื่น” มีผลทำให้ขอบเขตของที่แต่การการปฏิบัติการอำพรางไม่ชัดเจนตามไปด้วย

ส่วนกฎหมายลำดับรองที่ขยายความอันได้แก่กฎกระทรวงฯ ก็มีได้ให้ความชัดเจนในเรื่องนี้เพิ่มขึ้นมากไปกว่าการกำหนดประเภทการปฏิบัติการอำพราง ตามข้อ 3 ที่แบ่งการปฏิบัติการอำพรางเป็น 3 ประเภทโดยไม่ชัดเจนเช่นกัน

จากถ้อยคำตามความหมายการอำพรางที่ไม่ชัดเจนดังกล่าว ทำให้การอำพรางมีนิยามที่ไม่ชัดเจนด้วย ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับภารกิจอื่นๆของตำรวจได้ได้ ตัวอย่างเช่นกรณีที่ตำรวจใช้กลอุบายล่อให้ผู้ต้องหาที่หลบหนีคดีอาชญากรรม เพื่อให้ผู้ต้องหามาในพื้นที่ที่มีตำรวจนอกเครื่องแบบเตรียมการจับกุมไว้เช่นนี้จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการปฏิบัติการอำพรางหรือไม่? ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาตามที่เราได้ศึกษาความหมายและประเภทการปฏิบัติการอำพรางกันมาแล้วในหัวข้อ 2.1 ก็จะสามารถว่ากรณีดังกล่าวมิใช่การปฏิบัติการอำพราง แต่เป็นเพียงการปฏิบัติการนอกเครื่องแบบในการวางแผนจับกุมผู้ต้องหาที่ทราบตัวตนแล้วเท่านั้น แต่หากพิจารณาความหมายจากตัวบทกฎหมายแล้ว แทบจะแยกความแตกต่างไม่ได้เลย

2) ขอบเขตการปฏิบัติการอำพรางไม่ชัดเจน

จากปัญหาความหมายการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ชัดเจน ทำให้ขอบเขตการปฏิบัติการอำพรางไม่ชัดเจนไปด้วย ซึ่งได้แก่ ประเภทและวิธีการ และความคุ้มครองผู้อำพรางจากการกระทำความผิด

2.1) ประเภทและวิธีการการปฏิบัติการอำพรางไม่ชัดเจน

กฎกระทรวงฯ ข้อ 3 แบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ 1. การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในชายงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลาสั้น, 2. การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลาหนึ่ง และ 3. การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว

แม้การแบ่งประเภทดังกล่าวพอทำให้เราเห็นภาพความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกตามประเภทที่ 1 และการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวหรือคราวเดียวตามประเภทที่ 2 และ 3 แต่ยังมีข้อสงสัยในรายละเอียดว่า “การปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใด” ต่างจาก “การล่อซื้อ” อย่างไร? และการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ใช่การล่อซื้อเช่นว่านั้นหมายถึงวิธีการใดบ้าง รวมถึงการล่อขาย(reverse sting) หรือไม่? ซึ่งในประเด็นนี้ ในประเทศไทย

ปรากฏการณ์ล่อขายเช่นกัน¹⁷⁹ ในต่างประเทศ เช่น กรณีในอเมริกา รัฐ Florida Sunrise ซึ่งเป็นเมืองท่องเที่ยว ตำรวจมีการปฏิบัติการอำพรางที่กว้างมากโดยตำรวจสามารถปฏิบัติการล่อขาย ยาเสพติดเพื่อจับผู้ซื้อยาที่เดินทางมาจากที่ต่าง ๆ ดังกล่าว หากปฏิบัติการสำเร็จ สายลับและตำรวจจะได้เงินสินบนและเงินรางวัลนำจับจำนวนมาก จากการยึดทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เงินจูงใจดังกล่าวทำให้บางครั้งสายลับกระทำการนอกขอบเขตด้วยการหลอกบุคคลที่เป็นเพื่อนรู้จักกันมาเป็นปีว่าจะใช้หนี้เงินที่ได้ยืมมาให้ หลังจากรับเงิน บุคคลดังกล่าวถูกตำรวจเข้าจับกุม พร้อมพบยาเสพติดในกระเป๋าของเขาซึ่งถูกสายลับดังกล่าวยึดมาขณะคืนเงินกันด้วย¹⁸⁰ ซึ่งการล่อขายยาเสพติดควรใช้ในประเทศไทยหรือไม่ เพียงใด น่าจะเป็นประเด็นที่ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ แต่การที่กฎหมายไม่กำหนดชัดเจนจึงอาจทำให้ตีความว่าสามารถทำได้

นอกจากนี้ถ้อยคำที่ว่า “ระยะเวลาานาน” หมายถึงนานเพียงใด เป็นปีได้หรือไม่ และมากน้อยต่างจาก “ครั้งคราวชั่วระยะเวลาหนึ่ง” เพียงใด? และ “แล้วเสร็จในคราวเดียว” หมายถึงเวลาไม่เกินกี่ชั่วโมง? ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อทั้งตำรวจและศาลในการแยกประเภทการปฏิบัติการอำพรางอันมีผลต่อการปรับใช้หลักเกณฑ์การขออนุญาตแต่ละประเภทที่แตกต่างกัน

ซึ่งการแยกระหว่างการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกกับปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวเป็นเรื่องยากมาก ในเยอรมนีศาลพิจารณากิจการจากจำนวนครั้งที่มีการปฏิบัติสัมพันธ์กับเป้าหมาย ความซับซ้อนในการสอบสวน ต้องเข้าไปในเคหสถานหรือไม่ ระยะเวลาที่ต้องอำพรางจำนวนบุคคลที่ต้องถูกเจ้าหน้าที่อำพรางใช้กลอุบาย และตำรวจต้องการให้เจ้าหน้าที่อำพรางให้การในศาลหรือไม่ ซึ่งแนวของศาลเยอรมนีก็ยังไม่ชัดเจน บางกรณีถือว่าการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวต้องมีการปฏิบัติสัมพันธ์ไม่เกิน 2 ครั้ง แต่บางกรณีอาจมากถึง 15 ครั้ง¹⁸¹ ดังนั้นการเกณฑ์การแบ่งประเภทที่ไม่ชัดเจนของกฎหมายย่อมเป็นภาระแก่ตำรวจทั้งผู้ขออนุญาตและผู้มีอำนาจอนุญาต และศาลที่จะปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมาย

2.2) ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากการกระทำความผิด

ในประเด็นความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากการกระทำความผิดอันเป็นประเด็นเดียวกันกับประเด็นเจ้าหน้าที่อำพรางกระทำความผิดขณะปฏิบัติการอำพรางได้เพียงใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอำพรางเชิงลึก เราได้พิจารณากันมาแล้วในส่วนขอบเขตการ

¹⁷⁹ ผู้จัดการออนไลน์, "ล่อซื้อยาบ้าซ้ากัน ตำรวจดวลเดือด อส.ข้างโรงพัก ดับ 1 เจ็บ 1" [ออนไลน์].

¹⁸⁰ ABC News, "How Undercover Cops in a Florida City Make Millions Selling Cocaine."

¹⁸¹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 515.

ปฏิบัติการอำพรางในบทที่ 3 ซึ่งมีความเห็นในประเด็นดังกล่าว 2 ฝ่าย ในส่วนของการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามที่เราเรียกว่า “ความผิดส่วนที่สอง” ระหว่างความเห็นที่มองว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ไม่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางที่กระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามขณะการปฏิบัติการอำพราง กับฝ่ายที่เห็นว่าคุ้มครอง

จากการพิจารณาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 กับการปฏิบัติการอำพรางในกฎหมายอื่นอีก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 จะพบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับหลังมีถ้อยคำในทำนองเดียวกันว่าการแฝงตัวหรือการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายดังกล่าวตามลำดับ ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถ้อยคำอย่างเดียวกันนี้ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ในขณะที่การแฝงตัวตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าได้รับความคุ้มครอง ประกอบกับการปฏิบัติการอำพรางตามและพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 ที่ให้ความหมายการอำพรางเหมือนกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ซึ่งวรรคท้ายมีบัญญัติแต่เพียงว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” จึงนำไปสู่ข้อสรุปของผู้เขียนที่เห็นด้วยกับความเห็นแรกที่ว่าเจ้าหน้าที่อำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ไม่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางที่กระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามขณะการปฏิบัติการอำพราง

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรพิจารณาสำหรับกฎหมาย 2 ฉบับดังกล่าวที่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางที่กระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามขณะการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวได้นั้น เหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการตีความดังกล่าวอาจนำไปสู่การที่เจ้าหน้าที่อำพรางสามารถกระทำความผิดต่อบุคคลที่สามได้โดยไม่มี ความผิด ซึ่งในบางกรณีอาจร้ายแรงถึงการฆาตกรรมเลยทีเดียว¹⁸² และหากเปรียบเทียบการกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่อำพรางกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอันเป็นเหตุให้มีการปฏิบัติการอำพรางนั้นขึ้นในเชิงคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว จะพบว่าการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ ชีวิตมนุษย์¹⁸³ ซึ่งร้ายแรงกว่าการกระทำความผิด

¹⁸² อรรถนพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 85.

¹⁸³ คณิต ฒ นคร, วิอาญาวิพากษ์, หน้า 46.

เกี่ยวกับยาเสพติดที่ในเยอรมนีถือว่าละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายคือการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน (public health)¹⁸⁴ ที่เจ้าหน้าที่อำนาจนั้นสืบสวนอยู่เสียอีก

แต่ในอีกแง่หนึ่งแนวคิดของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวมิได้แตกต่างจากแนวคิดในกฎหมายประเทศอื่นๆมากนัก ทั้งนี้เป็นผลมาจากอิทธิพลของแนวคิดหลักเกณฑ์ความคุ้มครองผู้อำนาจ (deontological norm) ของอเมริกาที่ส่งผลต่อความเปลี่ยนแปลงในหลักเกณฑ์ความคุ้มครองผู้อำนาจของประเทศต่างๆในยุโรปโดยเฉพาะอิตาลี รวมถึงไทยจากที่ใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายซึ่งบังคับประชาชนทั่วไป (society-wide prohibitions) ประกอบแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (utilitarian override) เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่อำนาจกระทำความผิดขณะปฏิบัติกรอำนาจ เช่น การครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมโดยเจ้าหน้าที่อำนาจ โดยหลักย่อมมีความผิด แต่ศาลจะพิจารณาถึงประโยชน์และข้อเสียจากการกระทำนั้น หากมีประโยชน์มากกว่าศาลย่อมไม่ลงโทษโดยมักตีความว่าเจ้าหน้าที่อำนาจขาดเจตนา เป็นต้น มาเป็นการใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ (role-specific norms หรือ public authority defense) ตามอเมริกาแทนซึ่งมีหลักว่าหากเจ้าหน้าที่อำนาจกระทำภายในกรอบของอำนาจของตนแล้วแม้จะเกิดความเสียหายเขาก็ไม่ต้องรับผิด อันเป็นหลักกฎหมาย common law¹⁸⁵ ส่วนเยอรมนียังได้รับอิทธิพลดังกล่าวเช่นกันแต่ไม่มากเท่าอิตาลีและไทย และมีแนวโน้มจะได้รับอิทธิพลดังกล่าวมากขึ้นในอนาคต¹⁸⁶ และในความเป็นจริง แม้กฎหมายไทยหรือประเทศอื่นๆที่ได้รับอิทธิพลแนวคิด role-specific norms ดังกล่าวจากอเมริกา แต่ก็คงไม่มีกฎหมายประเทศใดแม้แต่อเมริกาในทางปฏิบัติที่จะยอมให้เจ้าหน้าที่อำนาจของตนกระทำผิดร้ายแรงต่อบุคคลที่สาม เช่น ฆาตกรรม แล้วลอยนวลไปได้

แต่กระนั้นผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจดังกล่าวตามกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนั้น มีผลกระทบต่อค่านิยมระดับสูงตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกกระทบต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง*ที่ไทยมีแนวคิดแบบ

¹⁸⁴ Nina Persak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts* (New York: Springer, 2007).

¹⁸⁵ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 169.

¹⁸⁶ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 10.

* มาตรา 3 วรรคสอง การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

เดียวกับหลักนิติรัฐของเยอรมนีซึ่งมีหลักสำคัญอย่างหนึ่งว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย¹⁸⁷ และในกรณีที่สูงขึ้นทำร้ายร่างกายบุคคลที่สาม ย่อมกระทบต่อสิทธิในชีวิตและร่างกาย ตาม มาตรา 32 วรรคหนึ่ง** ประกอบมาตรา 29*** เพราะถือเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ดังนั้นในแนวคิดความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจ ควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้ชัดเจน

2.3) ความประพัตที่เหมาะสม

เนื่องจากการปฏิบัติการอำนาจเป็นการเข้าไปปฏิสัมพันธ์กับบุคคล ซึ่งนอกจากจะมีประเด็นความขัดต่อกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีประเด็นของความประพัตของเจ้าหน้าที่อำนาจที่อาจไม่ผิดกฎหมายไทยแต่มีปัญหาในแง่เหมาะสม ข้อพิจารณาในเรื่องนี้มีหลายประการ เช่น เข้าไปในเคหสถานได้นานเพียงใด รับผลประโยชน์ใดขณะอำนาจได้บ้าง ความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้เป็นเป้าหมายหรือบุคคลผู้ใกล้ชิดของเป้าหมาย การแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิโดยปลอมตัวเป็นทนายความหรือ หมอ เป็นต้น¹⁸⁸ ซึ่งเรื่องเหล่านี้ยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

3) หลักเกณฑ์ไม่ใช้กับการปฏิบัติการอำนาจโดยสายลับ

หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ไม่ใช้กับการปฏิบัติการอำนาจโดยสายลับ¹⁸⁹ จึงเป็นการเปิดช่องในจุดที่มีดมนที่สุดของการปฏิบัติการอำนาจ เพราะจุดเริ่มแรกสุดของการปฏิบัติการจากการอาศัยข้อมูลจากสายลับ แต่กระบวนการในชั้นสายลับนั้นขาดความชัดเจนทั้งในทางกฎหมายและไม่โปร่งใสในข้อเท็จจริง ในด้านต่างๆ ได้แก่

หลักเกณฑ์การเกณฑ์สายลับ ที่แม้สายลับที่สมัครใจอาจจะมิแต่่น่าจะเกิดได้ยากกว่าที่มาจากกรถูกบังคับหรือควบคุมตัวแลกกับการไม่ถูกจับหรือดำเนินคดีโทษหนัก ซึ่งน่าสนใจว่าเจ้าหน้าที่ตรวจพบการกระทำผิดของสายลับได้อย่างไร ซึ่งไม่ว่าจะมาจากท่าทางที่มีพิรุหรือจาก

¹⁸⁷ น้าแท้ มิบุญสร้าง, "หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," *บทบัญญัติ* 70, 3 (2557).

** มาตรา 32 วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

*** มาตรา 29 วรรคหนึ่ง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

¹⁸⁸ Henry Hamilton and John Ortiz Smykla, "Guidelines for Police Undercover Work: New Questions About Accreditation and the Emphasis of Procedure over Authorization," *Justice Quarterly* 11, 1 (1994): 139.

¹⁸⁹ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550, หน้า 12.

การที่มีคนแจ้งความก็ล้วนขาดความชัดเจน แต่ที่เราทราบแน่ชัดคือการปฏิบัติการอำพรางนั้นต้องมีจุดเริ่มต้นจากที่ใดที่หนึ่งนอกการตรวจสอบควบคุมโดยหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง

นอกจากนี้ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งคืออายุของสายลับ ควรต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าเท่าไร เป็นต้น

2.4.2.2 การตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการ

การพิจารณาปัญหาการตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 จะเป็นการพิจารณาในประเด็นปัญหาจากกลไกการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) การตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ

ปัญหานี้สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสี่ กำหนดให้ฝ่ายบริหารโดยกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจออกกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองในการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขการอนุญาตและมาตรการควบคุมและตรวจสอบการอำพราง ซึ่งหากพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติด้วยถ้อยคำกว้างๆแล้ว มาตรา 7 วรรคสี่จึงเสมือนกับการโอนอำนาจเกือบทั้งหมดในการกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นเทคนิคการสืบสวนที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเสี่ยงต่อผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์จำนวนมากตามที่เราได้พิจารณามาแล้ว อันขัดต่อหลักอำนาจนิติบัญญัติมอบอำนาจไม่ได้ (Doctrine of Non-Delegability)¹⁹⁰ และขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจ

2) การตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการทางอาญา

ในส่วนนี้เราจะพิจารณาปัญหาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ในเชิงกระบวนการทางอาญาในภาพรวม ดังนี้

2.1) การตรวจสอบและควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพราง

การตรวจสอบและควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจใช้ระบบการขออนุญาตจากตำรวจผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นเพียงการตรวจสอบและควบคุมภายใน และแม้หลักเกณฑ์จะกำหนดในเชิงตำรวจชุดปฏิบัติการขออนุญาตตำรวจผู้บังคับบัญชา แต่ทางปฏิบัติ

¹⁹⁰ น้าแท้ มีบุญสร้าง, "หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," บทบัญญัติ: 19.

ผู้บังคับบัญชาที่อาจเป็นผู้มอบหมายให้ตำรวจผู้ใต้บังคับบัญชาไปปฏิบัติการอำพรางในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ได้ อันเป็นการอนุญาตโดยปริยาย

นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร ตามกฎกระทรวงข้อ 15 วรรคหนึ่ง ตำรวจสามารถดำเนินการอำพรางไปก่อนได้ แล้วรายงานภายใน 3 วันหลังเริ่มปฏิบัติการ ซึ่งในทางปฏิบัติ มาตรฐานน่าจะถูกใช้มากในการปฏิบัติการอำพรางขยายผลจากการปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตแล้ว หรือขยายผลจากการตั้งด่านตรวจค้นได้ ซึ่งตามหลักเกณฑ์กฎกระทรวงฯ ข้อ 10 วรรคหนึ่ง การปฏิบัติการอำพรางขยายผลดังกล่าวก็ต้องขออนุญาตเช่นกัน จึงอาจถูกใช้เพื่อเลี่ยงกฎหมายได้โดยเฉพาะการอำพรางชั่วคราวหรือคราวเดียว ข้อยกเว้นนี้เปิดช่องให้ตำรวจสามารถดำเนินการอำพรางไปได้ 2 วันเต็มโดยผู้บังคับบัญชายังไม่ทราบ

2.2) การตรวจสอบและควบคุมขณะการปฏิบัติการอำพราง

การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางไม่มีกลไกการตรวจสอบควบคุมทางกฎหมายอื่นๆโดยตรง ในทางปฏิบัติการตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางจึงขึ้นอยู่กับควบคุมบังคับบัญชาโดยเจ้าหน้าที่หัวหน้าชุดปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น หากไม่รวมการใช้สายลับก่อนการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางแล้ว การปฏิบัติการอำพรางในขั้นนี้จึงมีความโปร่งใสในน้อยที่สุด

2.3) การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพราง

การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพรางมีหลายกลไกด้วยกัน โดยในการพิจารณาปัญหาการตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพราง เราจะสมมติการปฏิบัติการอำพรางเสร็จสิ้นลงด้วยการจับกุมบุคคลผู้เป็นเป้าหมาย

2.3.1) การตรวจสอบควบคุมชั้นสอบสวน

ในชั้นนี้กระบวนการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางยังคงเป็นการตรวจสอบควบคุมภายในโดยพนักงานสอบสวนเป็นหลัก แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้ต้องหาขอทนายความหรือผู้ที่ตนไว้วางใจอยู่ด้วยในการสอบปากคำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ในทางปฏิบัติ อาจมีข้อขัดข้องต่างๆ เช่น ความบกพร่องในการสื่อสารจำเลยจึงอาจไม่เข้าใจสิทธิของตนเช่นนั้น หรือการจับกุมคดียาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพรางอาจเกิดขึ้นในเวลาากลางคืน ยากที่ตำรวจจะสามารถจัดหาทนายความหรือติดต่อผู้ที่ผู้ต้องหาไว้วางใจได้รวดเร็ว

หรือหากไม่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวเลยก็จะมีผลเพียงว่า ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิ หรือก่อนที่จะหาทนายความหรือ พاضيซึ่งผู้ต้องหาไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตามคำขอของผู้ต้องหาจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้เท่านั้น ไม่กระทบต่อความชอบของการสอบสวนคดี

แต่เหนืออื่นใด ในกรณีการจับกุมจากการปฏิบัติการอำ พราง พยานหลักฐานที่อ้างว่ายึดได้จากปฏิบัติการอำ พรางนั้นมักเพียงพอแล้วที่จะดำเนินคดี ลงโทษจำเลยในคดีอาเสพติดได้ และทำให้ความจำเป็นของการสอบปากคำผู้ต้องหาไม่มากไปกว่า ความต้องการสืบสวนขยายผล จึงทำให้สภาพบังคับของการจัดหาทนายความหรือแจ้งผู้ซึ่งผู้ต้องหา ไว้วางใจเบาบางมาก

นอกจากการกลไกจากสิทธิในการปรึกษาทนายความ ดังกล่าว ยังมีกลไกตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานในคดีความผิดตาม กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2537 ที่ กำหนดให้มีการประสานงานและติดตามการดำเนินคดีอา เสพติดระหว่างสำนักงาน ป.ป.ส. กับหน่วยงานผู้รับผิดชอบการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องคดีอา เสพติด เช่น ตำรวจ เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงแห่งคดีในการที่จะผดุงความยุติธรรมให้กับประชาชนผู้ บริสุทธิมิให้ถูกกลั่นแกล้ง ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่น่าเชื่อถือมากขึ้น แต่ก็ทำ ได้จำกัดเนื่องจากบุคลากรของ ป.ป.ส. มีจำนวนน้อยโดยจะเข้าร่วมฟังการสอบสวนเฉพาะคดีสำคัญ เท่านั้น

2.3.2) การตรวจสอบควบคุมชั้นอัยการ

แม้จะมีการตรวจสอบสำนวนคดีที่มีการใช้การปฏิบัติการ อำ พรางก่อนฟ้องโดยพนักงานอัยการ แต่พนักงานอัยการก็ยากที่จะสามารถทราบความถูกต้องแท้จริง ของพยานหลักฐานต่างๆในคดีได้ คงได้แต่พิจารณาเท่าที่ปรากฏตามสำนวนเจ้าพนักงานเท่านั้น ทำให้ มักต้องสั่งไปตามสำนวนพนักงานสอบสวนเป็นสำคัญ และแม้จะมีอำนาจในการสั่งสอบสวนเพิ่มเติม ได้แต่โดยมากมักไม่มีเวลาทำเช่นนั้นเนื่องจากสำนวนคดีมักถูกส่งมาถึงในเวลาใกล้ครบอายุความฟ้อง คดีแล้ว

2.3.3) การตรวจสอบควบคุมชั้นศาล

การตรวจสอบควบคุมของของศาลในคดีอาเสพติดที่มีการ ใช้การปฏิบัติการอำ พราง ในส่วนการรับฟังนั้น มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา มาตรา 226 ที่ใช้ตัดพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบได้โดยตรง แต่ทางปฏิบัติจำเลยนำสืบยากกว่ามีการ กระทำโดยไม่ชอบ เนื่องจากเหตุการณ์ขณะถูกจับกุมมักมีข้อเท็จจริงที่รู้กันแค่ 2 ฝ่ายนั้น และฝ่าย

ตำรวจได้เปรียบมากกว่าในแง่ของอำนาจและในแง่ของการเตรียมการก่อนจับกุม นอกจากนี้ ระบบศาลไทยเน้นฟังพยานอย่างกว้าง ไม่เน้นตัดพยานเคร่งครัด ศาลผู้ที่ตัดพยานก็คือผู้ที่ตัดสินคดีเอง ทำให้ข้อเท็จจริงเช่นประวัติการกระทำผิดครั้งก่อนๆของจำเลยมีผลต่อศาลได้ไม่มากนัก

ส่วนข้อต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิดนั้นในทางปฏิบัติก็เสี่ยงที่จะใช้ เนื่องจากการที่จำเลยยกต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิด ย่อมหมายความว่าจำเลยยอมรับว่ากระทำผิดจริง และการพิสูจน์ก็ไม่ใช่ว่าเรื่องง่ายเลยในบริบทของการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้น ศาลต้องฟังการจับพยานขณะเบิกความเป็นสำคัญ ขณะเดียวกันก็ขึ้นอยู่กับนายความจำเลยในชั้นพิจารณาว่าสามารถถามกระจายประเด็นเพื่อจับพยานคำเบิกความของพยานโจทก์ซึ่งอาจตรวจไม่พบพยานเนื่องจากเจ้าหน้าที่อาจคุ้นเคยกับกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะผู้อำพรางซึ่งสามารถดบตาอาชญากรได้ภายใต้สถานการณ์ที่อันตรายกว่าการให้การในศาลมาก จึงทำให้น่าสงสัยว่าเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะผู้อำพรางจะดบตากระบวนการยุติธรรมในศาลไม่ได้หรือ? ส่วนถ้ามีการใช้สายลับในบางคดีก็อาจไม่ต้องนำสายลับมาเบิกความก็ได้ ถ้ามีเจ้าหน้าที่อื่นอ้างตนเป็นประจักษ์พยาน และยิ่งหากจำเลยซึ่งขาดความรู้ด้านกฎหมายก็อาจกระทำการที่เป็นข้อเสียเปรียบได้ในชั้นจับกุมสอบสวน เช่น ลงลายมือชื่อรับสารภาพ ก็จะมีเพิ่มน้ำหนักพยานหลักฐานของโจทก์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (กฎหมายอาจห้ามรับฟังแต่มีผลทัศนคติที่ศาลมีต่อผู้ต้องหา)

ส่วนพยานบุคคลฝ่ายที่สาม พยานผู้เชี่ยวชาญและพยานหลักฐานเชิงนิติวิทยาศาสตร์ในบริบทของการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดที่มักเป็นข้อหาครอบครองหรือครอบครองเพื่อจำหน่ายก็มีที่ใช้จำกัดคดีอาญาดังเดิมทั่วไป ประกอบกับลักษณะของการกระทำความผิดฐานครอบครองยาเสพติดที่ยากจะหาพยานวิทยาศาสตร์ได้อย่างคดีอาญาทั่วไป นอกจากนี้การใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อลงโทษจำเลยว่าขึ้นอยู่กับ 2 ปัจจัยประกอบกัน ได้แก่ ภูมิหลังของจำเลย และความชอบของการล่อซื้อ ทำให้ในหลายคดีที่จำเลยเคยมีประวัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาก่อนถ้าโจทก์มีพยานหลักฐานได้แก่ ยาเสพติด ธนบัตรที่ลงทะเบียนเลขฉบับหรือถ่ายรูปไว้ ประกอบกับคำเบิกความของพยานเดี่ยวหรือคู่ของเจ้าหน้าที่ที่เข้าล่อซื้อและชุดการล่อซื้อไม่มีพยาน ก็เพียงที่จะพิพากษาลงโทษจำเลยได้

ที่สำคัญ ระบบกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีอาญาของไทยเป็นระบบผสมที่ทางปฏิบัติเน้นกล่าวหา โดยศาลจะวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาแล้วปล่อยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำสืบหักล้างกันเอง ซึ่งทำให้จำเลยในคดียาเสพติดที่มีการใช้การปฏิบัติการอำพรางโดยเฉพาะจำเลยที่ไม่มีฐานะ เสียเปรียบฝ่ายรัฐอย่างมากตั้งแต่เริ่มต้นจนจบ

กระบวนการ นอกจากนี้แต่ละชั้นของกระบวนการจะมีหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งผูกขาดอำนาจในชั้นนั้นๆอยู่ กระบวนการยุติธรรมจะดำเนินไปในลักษณะส่งไม้ต่อกัน องค์การแรกสุดซึ่งก็คือตำรวจจึงมีบทบาทสำคัญที่มีอิทธิพลต่อผลลัพธ์สุดท้ายของคดีอย่างมากโดยเฉพาะในคดียาเสพติดที่มีการใช้การปฏิบัติการอำพราง

2.4.3 ลักษณะของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550

ในส่วนนี้เราจะพิจารณาว่าการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มีลักษณะอย่างไรด้วยเครื่องมือทางทฤษฎีของ Herbert L. Packer และลักษณะดังกล่าวส่งผลอย่างไร

เครื่องมือทางทฤษฎีของ Packer มีลักษณะเป็นแถบสมมติ (spectrum) โดยที่ขั้วปลายสุดของแถบดังกล่าวทั้งสองขั้วเป็นตำแหน่งของรูปแบบ (model) ของกระบวนการยุติธรรมที่มีค่านิยม (value) เป็นพื้นฐานแตกต่างกันคนละขั้ว แถบสมมติที่ประกอบด้วยรูปแบบสองขั้วดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือที่ถูกใช้เป็นการรอบในการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงในแนวโน้มของกฎหมายกระบวนการยุติธรรมที่เกิดขึ้นในปัจจุบันว่ามีทิศทางไปทางขั้วใด แล้วจึงคาดการณ์ผลจากแนวโน้มเช่นนั้น¹⁹¹ กล่าวคือนำกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีอยู่มาพิจารณาว่าน่าจะอยู่ ณ ตำแหน่งใดบนแถบสมมติ แล้วพิจารณาแนวโน้มความเปลี่ยนแปลงว่าน่าจะมีความเป็นไปได้ แล้วจึงคาดคะเนผลที่จะเกิดขึ้นในความเป็นจริง¹⁹²

รูปแบบที่อยู่บนสองขั้วของแถบสมมติดังกล่าว ได้แก่ รูปแบบควบคุมอาชญากรรม (crime control model) และ รูปแบบกระบวนการนิติธรรม (due process model) ซึ่งทั้งสองมีค่านิยมที่เป็นพื้นฐานต่างกันอันได้แก่ ค่านิยมควบคุมอาชญากรรม (crime control value) และ ค่านิยมกระบวนการนิติธรรม (due process value) ตามลำดับและขัดแย้งและแข่งขันกันอยู่ตลอดภายในกฎหมายอาญา¹⁹³ อย่างไรก็ตามค่านิยมที่เป็นพื้นฐานนี้เป็นเพียงการสมมติ คงไม่มีกฎหมาย ผู้ออกกฎหมาย ตำรวจ อัยการ หรือผู้พิพากษาคนใดที่ยึดค่านิยมพื้นฐานในรูปแบบสุดขั้วทั้งหมด แต่เราอาจ

¹⁹¹ Herbert L. Packer, "Two Models of the Criminal Process," *University of Pennsylvania Law Review* 113, 1 (1964): 2.

¹⁹² Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 153.

¹⁹³ Ibid.

ใช้อ้างอิงค่านิยมของกฎหมายหรือบุคลากรดังกล่าว ณ เวลาหนึ่งเวลาใดต่อประเด็นใดประเด็นหนึ่งเท่านั้นเพื่อการวิเคราะห์ได้¹⁹⁴

รูปแบบควบคุมอาชญากรรม (crime control model) ซึ่งมีค่านิยมควบคุมอาชญากรรม (crime control value) มีหัวใจที่สำคัญ ได้แก่ การเน้นประสิทธิภาพในเชิงปริมาณ (quantity) ในการปราบปรามอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม¹⁹⁵ และมีอุดมคติที่มีความเชื่อมั่นต่อองค์กรตำรวจ ในชั้นสอบสวนอย่างมาก¹⁹⁶ กระบวนการยุติธรรมในรูปแบบควบคุมอาชญากรรมจึงมีลักษณะคล้ายกับสายพานการผลิตในโรงงานอุตสาหกรรม (assembly-line)¹⁹⁷ โดยแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะดำเนินไปอย่างรวดเร็วมีการตรวจสอบเป็นเพียงกระบวนการกลั่นกรอง (screening process)¹⁹⁸ และจะมีบุคคลจำนวนมากที่ถูกนำเข้ามาในกระบวนการยุติธรรม

รูปแบบกระบวนการนิติธรรม (due process model) ซึ่งมีค่านิยมกระบวนการนิติธรรม (due process value) มีหัวใจที่สำคัญ ได้แก่ การเน้นประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ (quality) ของกระบวนการยุติธรรมที่ต้องไม่ลงโทษผู้บริสุทธิ์ด้วยความผิดพลาด¹⁹⁹ และมีอุดมคติที่มีความเชื่อมั่นต่อกระบวนการในชั้นศาลอย่างมากว่ามีความเป็นกลางเพราะไม่มีส่วนได้เสียในคดี²⁰⁰ กระบวนการยุติธรรมในรูปแบบกระบวนการนิติธรรมจึงมีลักษณะที่มีอุปสรรคในแต่ละขั้นตอน²⁰¹ และจำกัดการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จ (tyranny)²⁰²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁹⁴ Ibid., 154.

¹⁹⁵ Ibid., 158.

* แม้ตามแนวคิดของ Packer ความเชื่อมั่นในตำรวจและอัยการเป็นค่านิยม crime control เนื่องจากทั้งสองหน่วยงานดังกล่าวในอเมริกามีความใกล้ชิดกันมากโดยตำรวจ (FBI) อยู่ในการควบคุมดูแลของกระทรวงยุติธรรมที่มีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด แต่ในประเทศอื่นๆ เช่น ไทย ทั้งสองหน่วยงานนั้นจะมีโครงสร้างองค์กรที่แยกออกจากกัน และในบางประเทศ เช่น เยอรมนี อิตาลี จะถือว่าอัยการเป็นองค์กรที่ใช้ตุลาการ (judicial authority) ด้วย ดังนั้นในการวิเคราะห์ด้วยเครื่องมือทางทฤษฎีของ Packer ในที่นี้เราจะปรับเปลี่ยนให้ความเชื่อมั่นในอัยการไม่เป็นค่านิยมตามรูปแบบ crime control

¹⁹⁶ ประธาน วัฒนวานิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม," วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520): 151.

¹⁹⁷ Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 163.

¹⁹⁸ Ibid., 159.

¹⁹⁹ Ibid., 164.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid., 163.

²⁰² Ibid., 166.

2.4.3.1 ค่านิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากการพิจารณาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางในภาพรวมทั้งหมดที่ผ่านมาดังกล่าว จะพบว่ากรตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางมีปัญหาความไม่ชัดเจนของกรตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาและกรตรวจสอบและควบคุมเชิงกระบวนการที่มีจุดอ่อนหลายประการ แลเมื่อเราทดสอบกระบวนการกรตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางในภาพรวมตั้งแต่ต้นกระบวนการด้วยเครื่องมือทางทฤษฎีของ Packer ทำให้พบว่ากระบวนการให้อำนาจและบทบาทแก่ตำรวจมากทั้งในเชิงนิติบัญญัติและพฤตินัยในการตัดสินใจความถูกต้องของจำเลย และมีลักษณะของการผูกขาดอำนาจในการสรุปข้อเท็จจริง ทั้งชั้นตอนต่างๆก็มีอุปสรรคน้อยจนเรียกได้ว่าเป็นเพียงกระบวนการกั้นกรอง (screening process) ตลอดจนมีผู้คนที่ต้องเข้ามาในกระบวนการเป็นจำนวนมากในแต่ละปี เช่น ในปีพ.ศ. 2555 มี 382,748 คน และในปีพ.ศ. 2556 มีถึง 464,992 คน²⁰³

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมที่เข้าใกล้ขั้วรูปแบบ crime control model มากกว่าคติอาญาทั่วไปอย่างมาก ซึ่งเกิดขึ้นโดยปริยาย²⁰⁴ ในกระบวนการของคดีอาญาที่มีปฏิบัติกรอำพราง และไม่อาจจะอยู่ในโลกความเป็นจริงได้ตามแนวคิดของ Packer โดยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทำให้การใช้อำนาจของตำรวจในรูปแบบการปฏิบัติกรอำพรางสามารถหลบเลี่ยงกลไกการควบคุมที่มีอยู่ในคติอาญาทั่วไปได้ และทำให้เหลือกลไกการตรวจสอบควบคุมเชิงรูปแบบที่พอจะใช้ได้จริงเพียง 2 กลไก ได้แก่ การตรวจสอบควบคุมภายในตำรวจ และการตรวจสอบควบคุมภายนอกโดยศาล ซึ่งทั้ง 2 กลไกต่างก็มีข้อจำกัด

ข้อจำกัดของการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางเชิงกระบวนการโดยตำรวจด้วยกันอันเป็นการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กร ซึ่งนอกจากจะทำให้มีปัญหาความเป็นกลางจากการที่ฝ่ายตำรวจก็เป็นคู่กรณีกับผู้เป็นเป้าหมายมาตั้งแต่ก่อนเริ่มปฏิบัติกรอำพรางและปัญหาความโปร่งใสแล้ว การตรวจสอบควบคุมยังต้องทำโดยอาศัยกฎหมายการปฏิบัติกรอำพรางที่ไม่ชัดเจนในหลายประการดังกล่าวอีกด้วย

ส่วนข้อจำกัดของการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติกรอำพรางเชิงกระบวนการโดยที่ศาลอันเป็นการตรวจสอบควบคุมภายนอกองค์กร ที่แม้จะเพิ่มความโปร่งใสมากขึ้น แต่การที่ศาล

²⁰³ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, กระทรวง. สำนักงานสถิติแห่งชาติ, "สถิติการรับแจ้งและจับกุมกลุ่มคดีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย จำแนกตามประเภทคดีที่รับแจ้ง พ.ศ. 2547 - 2556" [ออนไลน์].

²⁰⁴ Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 209.

ตรวจสอบโดยอาศัยกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลผ่านการใช้บทตัดพยานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นทำได้ยากมาก และเมื่อกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาไทยเป็นระบบที่เน้นการกล่าวหาจากแนวปฏิบัติของศาล ทำให้ลดทอนการตรวจสอบควบคุมความชอบของการปฏิบัติการอำพรางลงไปอย่างมาก

นอกจากนี้ การที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มีหลักเกณฑ์สำหรับตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน ทำให้ศาลต้องค่อยๆพยายามวางแนวคำพิพากษาให้ครอบคลุมจุดที่ไม่ชัดเจนนั้น

อย่างไรก็ตามการอาศัยหลักกฎหมายจากคำพิพากษาเป็นสำคัญโดยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาเสพติดชัดเจน มีข้อจำกัดหลายประการดังต่อไปนี้

1. เป็นการผลักดันที่ในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไปสู่ฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศ ทำให้ศาลยุติธรรมมีความจำเป็นต้องวางหลักการปฏิบัติการอำพรางที่เกี่ยวข้องแก่คดีเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนดังเช่นในอดีตที่เคยเกิดขึ้นในคดีลักไฟฟ้า

การผลักดันที่นิติบัญญัติไปสู่ศาลทางอ้อมดังกล่าวไม่เพียงแต่ขัดกับระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักอำนาจนิติบัญญัติมอบอำนาจไม่ได้เท่านั้น แต่การสร้างภาระให้ศาลยุติธรรมซึ่งตามปกติแล้วมีหน้าที่เพียงนำหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาตีความและปรับใช้แก่คดีที่อยู่ต่อหน้าด้วยการแสวงหาหลักเกณฑ์สำหรับถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนในภาพรวมด้วย ทำให้เพิ่มภาระแก่กระบวนการยุติธรรมทั้งระบบซึ่งต้องมีความรวดเร็วและต่อเนื่อง

2. ปัญหารายละเอียดของหลักกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาเสพติดซึ่งสืบเนื่องจากการที่ศาลยุติธรรมพยายามวางหลักการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาเสพติดจากคำพิพากษาแต่ละคดี แต่การวางหลักกฎหมายโดยคำพิพากษานั้นต้องใช้เวลาจึงจะสามารถกำหนดรายละเอียดของหลักกฎหมายได้ ตัวอย่างที่ใกล้เคียงที่สุดในกรณีนี้คือการวางหลักกฎหมายของศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) อย่างเช่น สหรัฐอเมริกาที่ในการพิจารณาหลักกฎหมายใดที่วางหลักโดยศาลนั้นต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่รวบรวมย้อนหลังจากหลายๆคดีก่อนเป็นปีที่วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆไว้

ยิ่งไปกว่านั้นเนื่องจากระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ทำให้ศาลไทยซึ่งจำต้องวางหลักอุดช่องว่างของกฎหมายจำเป็นต้องจำกัดบทบาทในการวางหลักมิให้

นอกเหนือไปจากประเด็นพิพาทแห่งคดี ต่างจากศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ศาลสูงจะพยายามวางหลักกฎหมายในคำพิพากษาโดยละเอียดเพื่อเป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไปภายหน้าด้วย

ดังนั้นหลักกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดที่เกิดขึ้นจากศาลสูงของไทยจึงไม่อาจกำหนดรายละเอียดให้ครบถ้วนได้มากไปกว่าประเด็นพิพาทแห่งคดีซึ่งบางครั้งไม่ได้รับการพิจารณาในศาลสูง หรือแม้แต่ไม่เคยเป็นประเด็นในชั้นศาลเลย เนื่องจากคดียุติไปในชั้นก่อนหน้านั้น

3. คำพิพากษาของศาลยุติธรรมไทยซึ่งเป็นศาลในระบบประมวลกฎหมายนั้นโดยหลักแล้วเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันกับคำพิพากษาในคดีอื่นๆ ด้วยเหตุนี้หลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลจึงอาจถูกศาลในคดีหลังพิพากษาวางกลับ หรือแก้ไขหลักกฎหมายทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ ทำให้ความแน่นอนไม่เท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นการที่หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ไม่เพียงแต่อาศัยดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจการปฏิบัติการอำพรางซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่ยังอาศัยดุลพินิจของศาลยุติธรรมในกำหนดหลักเกณฑ์โดยอ้อมผ่านการปรับใช้กฎหมายซึ่งก็มีความแน่นอนน้อยกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงขัดต่อหลัก fair trial ที่กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน และขัดต่อหลักนิติธรรม (rule of law) จากการเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจมากโดยองค์กรในกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นตำรวจหรือศาล ทำให้หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางมีความเป็นอัตวิสัยมาก

2.4.3.2 เปรียบเทียบค่านิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดกับค่านิยมตามหลักเกณฑ์ที่เคยมีอยู่ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550

เราได้ทราบแล้วว่าหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดในปัจจุบันมีรูปแบบที่สะท้อนค่านิยมที่เน้น crime control แต่กฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดดังกล่าวมีกฎหมายลำดับรอง คือ กฎกระทรวงฯที่กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้ระบบการขออนุญาตซึ่งไม่เคยมีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนมาก่อน เช่นนี้จะถือว่าเป็นพัฒนาการของหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่แต่เดิมไม่เคยมีการกำหนดกลไกอย่างชัดเจนดังกล่าว อันจะทำให้หลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดมีความเป็น due process มากขึ้นเมื่อเทียบกับหลักเกณฑ์ในอดีตหรือไม่?

ในการนี้เราจะเริ่มจากการพิจารณาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจที่มีอยู่ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 โดยประยุกต์จากการพิจารณาปัญหาการปฏิบัติการอำนาจที่มีอยู่ในตัวเองโดยสภาพและข้อพิจารณาการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ทั้งในเชิงกระเนือหาและในเชิงกระบวนการทั้งหมด แล้วนำมาเปรียบเทียบกับ การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ก็จะทำให้ทราบแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงของลักษณะหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ได้ว่ามีทิศทางและความโน้มเอียงไปที่รูปแบบข้อใดในเครื่องมือทางทฤษฎีของ Packer ระหว่าง crime control กับ due process

ซึ่งจากการพิจารณาดังกล่าว ทำให้เราพบว่า การประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 แม้จะมีหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำนาจโดยใช้ระบบการขออนุญาต แต่ระบบดังกล่าวจะใช้กลไกการตรวจสอบควบคุมภายในโดยตำรวจผู้บังคับบัญชาของตำรวจผู้ขออนุญาตนั่นเองแล้ว ซึ่งก็เป็นแนวปฏิบัติอย่างไม่เป็นทางการที่ใช้กันมาอยู่แล้วผ่านระบบราชการ และในความเป็นจริงตำรวจผู้บังคับบัญชาก็อาจถูกมอบหมายให้ปฏิบัติการอำนาจโดยคำสั่งของตำรวจผู้บังคับบัญชาเองอันเป็นการอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจโดยปริยาย นอกจากนี้ระบบการขออนุญาตดังกล่าวยังมีช่องให้หลีกเลี่ยงด้วยข้อยกเว้นที่ชัดเจนและหลักเกณฑ์ที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจนด้วย

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 จึงไม่เพียงแต่ไม่บรรเทาปัญหาการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการที่มีมาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 เท่านั้น แต่ยังทำให้หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำนาจในคดีอาญา มีความเป็น crime control มากขึ้น โดยการลดอำนาจการตรวจสอบควบคุมของศาลลง ซึ่งแต่เดิมก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ก็มีเพียงแค่ 2 กลไก คือ ตำรวจและศาลอยู่แล้ว พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังคงลดบทบาทกลไกศาลซึ่งเป็นกลไกการตรวจสอบภายนอกองค์กรตำรวจเดียวที่มีและพอจะใช้ได้ลงไปอีก โดยสะท้อนจาก

1.คดีอาญาโดยหลักไม่มีชั้นศาลฎีกา ตาม มาตรา 18*

* มาตรา 18 วรรคหนึ่งภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 16 และมาตรา 19 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ เฉพาะการกระทำซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นที่สุด

2. ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษตามคำรับสารภาพจำเลยในชั้นศาล (plea guilty) ด้วยหลักเกณฑ์ที่ง่ายกว่ากระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาทั่วไปด้วยการเพิ่มอัตราโทษที่บังคับให้ศาลต้องสืบพยานหลักฐานต่อไป ตาม มาตรา 13**

ประกอบกับลักษณะของคดีอาชญากรรม คือ มีบทสันนิษฐานเด็ดขาดให้การครอบครองยาเสพติดจำนวน...กรัมเป็นข้อหาครอบครองเพื่อจำหน่าย*** ประกอบกับลักษณะของการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาชญากรรมที่มักเกิดในที่ลับ ข้อเท็จจริงในชั้นจับกุมรู้กันเพียงระหว่างเจ้าหน้าที่กับผู้ต้องหา ยากจะมีบุคคลที่สาม

ทำให้กลการตรวจสอบควบคุมภายนอกที่มีอยู่เพียงกลไกเดียวโดยศาลที่พอจะทำงานได้ในคดีอาชญากรรมที่มีบริบทของการปฏิบัติการอำพรางลดทอนลงไปอย่างมากจากหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางในคดีอาชญากรรมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ที่มีความเป็น crime control มากขึ้น

2.4.3.3 ค่านิยมที่สะท้อนจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมสอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคมไทยหรือไม่

เราได้ทราบแล้วว่าหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมมีรูปแบบที่สะท้อนค่านิยมที่เน้น crime control โดยตัวเอง และถูกเพิ่มมากขึ้นโดยเทียบกับหลักเกณฑ์ในอดีต

หากพิจารณาจากเหตุผลในการประกาศใช้ซึ่งปรากฏในร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมแล้ว ทำให้พบว่าลักษณะของ crime control ที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวน่าจะเป็นไปตามความประสงค์ของคณะร่าง ที่ ณ เวลานั้นให้ความสำคัญกับการจัดการกับคดีอาชญากรรมซึ่งมีจำนวนมาก มากกว่าประเด็นความต้องการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติการอำพราง นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมดังกล่าวถูกเสนอโดยรัฐบาลและพิจารณาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ที่ตั้งขึ้นหลังจากการรัฐประหาร ปี พ.ศ.

** มาตรา 13 ในชั้นพิจารณา ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่กรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดหรือคดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกตลอดชีวิตหรือโทษสถานหนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานหลักฐานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

*** พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 มาตรา 15 วรรคสาม การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ตามปริมาณดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย...

2549²⁰⁵ ซึ่งมักเป็นช่วงเวลาที่หน่วยงานราชการต่างๆเสนอกฎหมายที่ตนต้องการแก่รัฐบาลดังกล่าว พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติ พ.ศ. 2550 จึงอาจเป็นหนึ่งในผลผลิตของกฎหมายไทยส่วนใหญ่ที่ผู้เสนอคือราชการหรือหน่วยงานของรัฐ พิจารณาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่มีกมาจากข้าราชการ ซึ่งมักเป็นกฎหมายที่สะท้อนความต้องการของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมากกว่าประชาชน²⁰⁶

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติ พ.ศ. 2550 ก็ได้ถูกประกาศใช้แล้ว เราจึงควรพิจารณาต่อไปว่าลักษณะ crime control ในกฎหมายดังกล่าว ที่เราได้พิจารณามาแล้วพบว่าเกือบจะไม่มีกลไกใดจะตรวจสอบควบคุมการอำพรางศึยาเสพตติได้นั้น สอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคมไทยหรือไม่

ในการพิจารณาดังกล่าวเราจะพิจารณาที่หลักสำคัญของค่านิยมในรูปแบบ crime control ซึ่งมีหลักที่พอสรุปเป็นหัวใจสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ความเชื่อมั่นในองค์กรตำรวจอย่างมาก และการเน้นการปราบปรามอาชญากรรม (ยาเสพตติ) ว่าสอดคล้องและส่งผลในความเป็นจริงของสังคมไทยอย่างไร

1) ความเชื่อมั่นในองค์กรตำรวจ

นับแต่การปฏิรูปประเทศไทยในยุคคลัทธิล่าอาณานิคมจากตะวันตก ตำรวจเป็นองค์กรหลักของรัฐในการรักษาความสงบภายในและเป็นเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายปราบปรามอาชญากรรม

แต่ในทางทฤษฎีทางกฎหมาย ตำรวจเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐซึ่งอาจกระทบสิทธิประชาชนในลักษณะของการบังคับตามกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา รูปแบบที่ให้ความความเชื่อมั่นหรือไว้วางใจผู้ใช้อำนาจรัฐมากเกินไปจนยอมรับการใช้อำนาจที่ปราศจากการ

²⁰⁵ “เนื่องจากในปัจจุบันมีคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพตติขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งคดีดังกล่าวมีลักษณะพิเศษและซับซ้อนแตกต่างจากการกระทำผิดอาญาทั่วไป สมควรมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาศึยาเสพตติโดยเฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การสืบสวนสอบสวน และกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น การอุทธรณ์ ฎีกา และอายุความ เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาและบังคับโทษศึยาเสพตติได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” ดูเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติ พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 9.

²⁰⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 224.

ตรวจสอบควบคุม ย่อมไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางกฎหมายและการเมืองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ที่ระบอบการใช้อำนาจรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบที่เพียงพอ

ส่วนการพิจารณาในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงในสังคมไทย เราจะพบว่า ความเชื่อมั่นในองค์กรตำรวจเป็นเรื่องที่มีการโต้แย้งมาก ไม่ว่าจะโดยผ่านสื่อในประเทศ งานวิจัย ภายในประเทศ หรือโดยสะท้อนจากต่างประเทศ²⁰⁷

อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าในคดียาเสพติด รัฐให้ความเชื่อมั่นในองค์กร ตำรวจมากกว่ากรณีอื่นๆ จนบางครั้งไปไกลถึงขนาดยอมรับโดยปริยายให้มีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ ได้²⁰⁸ ซึ่งเป็นค่านิยมที่เป็น crime control มากกว่ารูปแบบ crime control ของ Packer เสียอีกซึ่ง เขาไม่ยอมรับ และไม่เชื่อว่าสังคมเสรีประชาธิปไตยโดยอมเช่นนั้นได้ แม้แต่ในสังคมนาซี²⁰⁹ ที่แม้สมัย สงครามโลกครั้งที่สอง ทหารนาซีจะใช้วิธีการที่รุนแรงในการปราบปรามยิว แต่พลเรือนที่แม้จะเกลียด ชังยิวจากการโฆษณาชวนเชื่อ ที่อาจสนับสนุนการทำทารุณเพื่อความสะอาด แต่ก็ไม่เห็นด้วยกับการ ทารุณถึงเพียงนั้น เมื่อได้เห็นสภาพค่ายกักกันชาวยิว²¹⁰ นอกจากนี้ผลลัพธ์ของนโยบายการ ปราบปรามยาเสพติดที่เข้มงวดรุนแรงมักกลับทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมีความ รุนแรงมากขึ้นตามไปด้วยจากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบที่มีความซับซ้อน ราคาขายที่แพงขึ้น การพัฒนา ยาที่มีลักษณะง่ายต่อการซุกซ่อนมากขึ้น หรือการผลิตยาที่มีฤทธิ์รุนแรงขึ้นด้วย²¹¹

การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมักถูกมองจากคนในสังคมจำนวนไม่ น้อยว่าเป็นสิ่งที่เลวร้ายมาก การปราบปรามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยรัฐจึงได้รับการสนับสนุน จากผู้คน ไม่ว่าจะวิธีการปราบปรามนั้นจะรุนแรง หรือละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมากเพียงใดก็ตาม ทั้งที่หาก นำวิธีการดังกล่าวไปใช้ในกรณีอื่นๆ อาจจะไม่ได้รับการยอมรับจากผู้คน ยกตัวอย่างเช่น ร่าง พ.ร.บ. เศรษฐกิจดิจิทัล ที่ประชาชนจำนวนมากออกมาต่อต้านมาตรา 36 ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐเข้าตรวจ ยึดคอมพิวเตอร์ของบุคคลได้โดยอาศัยเพียงมีเหตุสงสัยเท่านั้น โดยไม่ต้องขออนุญาต²¹² ขณะที่ พ.ร.บ.ยาเสพติด มาตรา 49 (2) (3) ให้อำนาจแบบเดียวกันนี้แก่เจ้าหน้าที่ในการค้นในเคสสถานหรือ สถานใดๆ หรือยานพาหนะที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามียาเสพติด แต่ไม่ค่อยมีผู้ใดออกมาคัดค้าน ซึ่ง

²⁰⁷ Transparency International, "Thailand," [Online] Accessed: 14 May 2015. Available from:

<http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=thailand>

²⁰⁸ พินิจ ลาภานานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหาก็ไม่ยั่งยืน, หน้า 21.

²⁰⁹ Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 156.

²¹⁰ นำแท้ มีบุญสร้าง, "หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," บทบัณฑิตย: 7.

²¹¹ พินิจ ลาภานานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหาก็ไม่ยั่งยืน, หน้า 2.

²¹² เคลลินิวส์, "เครือข่ายภาคประชาชนค้านกฎหมายเศรษฐกิจดิจิทัล" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 May 2558. แหล่งที่มา: <http://www.dailynews.co.th/it/293908/เครือข่ายภาคประชาชนค้านกฎหมายเศรษฐกิจดิจิทัล>

อาจเป็นเพราะอุปกรณ์คอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่คนจำนวนมากใช้งาน จึงมีผู้รู้สีกว่าตนได้รับผลกระทบมากกว่าในขณะที่อาจจะคิดว่าตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับยาเสพติด จึงไม่ให้ความสนใจ

เรื่องนี้จึงไม่ใช่เรื่องของการที่ประชาชนเชื่อมั่นในตำรวจมาก แต่เป็นเพราะประชาชนส่วนหนึ่งมีปฏิริยาที่รุนแรงต่ออาชญากรรมยาเสพติดมากกว่าต่อตำรวจ โดยผู้คนอาจมองข้ามข้อเท็จจริงไปว่า แม้ไม่ใช่ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด แต่กฎหมายยาเสพติดบังคับใช้กับทุกคน

แนวคิดที่ให้ความเชื่อมั่นต่อองค์กรตำรวจมากเกินไปจึงมีความขัดแย้งกับค่านิยมของไทยซึ่งเป็นตามระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างรุนแรง แม้ในขณะปัจจุบันประเทศไทยจะไม่ได้เป็นประชาธิปไตยเต็มรูปแบบ และแม้เหตุการณ์ที่ผ่านมาอาจสะท้อนว่าเป็นไปได้ที่คนไทยส่วนหนึ่งมีค่านิยมต่อการปราบปรามอาชญากรรมที่ตนเห็นว่ามีภัยร้ายแรง เช่น การทุจริต หรือยาเสพติด ว่าควรมีการใช้อำนาจรัฐเพื่อปราบปรามอาชญากรรมเหล่านี้ได้ด้วยแนวคิดแบบอรรถประโยชน์ แม้จะกระทบกระเทือนต่อกลไกการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นอย่างมากก็ตาม แต่ในประเด็นนี้มีความสัมพันธ์กับแนวคิดทางการเมืองและตัวบุคคลอยู่มาก และยังมีการโต้แย้งกันอยู่ จึงไม่อาจนำมาเป็นข้อสรุปภาพรวมของสังคมไทยมีค่านิยมควบคุมอาชญากรรมโดยเฉพาะยาเสพติดด้วยแนวคิดอรรถประโยชน์ดังกล่าวได้อย่างแน่ชัด

ดังนั้นคงต้องถือว่าความเชื่อมั่นต่อองค์กรตำรวจไม่ได้มีมากถึงเพียงนั้น และยังมีการโต้แย้งกันอยู่ในบริบทของสังคมไทย

2) การให้ความสำคัญกับการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติด

ถ้าเราลองมองข้ามประเด็นความเชื่อมั่นต่อองค์กรตำรวจที่มากเกินไปอันขัดกับสังคมประชาธิปไตยที่เราพิจารณาแล้วในส่วนก่อนหน้า และสมมติว่าเรายอมรับให้มีค่านิยมที่มีความเชื่อมั่นต่อองค์กรตำรวจถึงเพียงนั้น และทำให้เรามีข้อสันนิษฐานตั้งต้นว่าสังคมไทยอาจเห็นความสำคัญของการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติดมาก และเห็นว่าอาชญากรรมยาเสพติดเลวร้ายถึงขนาดมีแนวคิดเชิงอรรถประโยชน์ที่ยอมให้มีการใช้ทุกวิธีการไม่ว่าวิธีใดเพื่อปราบปรามอาชญากรรมนี้ใช่หรือไม่

ซึ่งเราอาจพิจารณาประเด็นนี้ในแง่ของความชั่วร้ายของยาเสพติดที่ทำให้มีการกำหนดให้ยาเสพติดเป็นอาชญากรรมผิดกฎหมาย ได้ดังนี้

ประการแรกในแง่ต่อตัวผู้เสพเอง ที่แน่นอนว่าการเสพยาเสพติดมีผลเสียต่อชีวิตและสุขภาพของผู้เสพ แต่หากเราเทียบเคียงประเด็นนี้กับกรณีกฎหมายอาญาไม่ลงโทษผู้ที่พยายามฆ่าตัวตายแล้ว แม้การเสพยาด้วยความสมัครใจบั่นทอนสุขภาพตนเองก็ไม่น่าจะเป็นความผิด

และถึงแม้ไม่นำหลักกฎหมายอาญาไม่ลงโทษคนพยายามฆ่าตัวตาย แต่ถ้าวางพิจารณากรณีสุขภาพ อนามัยหรือสติปัญญา เทียบกับ สุรา บุหรี่ การกินยารักษาโรคเกินขนาด เสพติดเทคโนโลยี อาหารที่ไม่มีประโยชน์ หรือการกระทำอื่นๆ ก็จะพบความขัดแย้งกัน เนื่องจากอย่างหลังไม่ผิดกฎหมายและ ขยายทั่วไป และน่าจะสงสัยว่ารัฐมีแนวคิดต่อยาเสพติดอย่างไรแน่ ส่วนในด้านการเสพติดนั้น บุหรี่ก็มี นิโคตินซึ่งถือเป็นสารเสพติดเช่นกัน และแม้จะมีฤทธิ์เสพติดน้อยกว่า แต่บุหรี่ยังเป็นจุดเริ่มต้นที่นำผู้ สูบไปเป็นผู้เสพยาเสพติดได้ในฐานะ gateway drug²¹³

ประการที่สองในแง่ต่อผู้อื่น การเสพยาโดยหลักไม่กระทบต่อคนอื่นโดยตรง ต่างจากการสูบบุหรี่ในที่สาธารณะ ในบ้าน ผู้ที่อยู่ใกล้เคียงต้องรับสารพิษมากกว่าผู้สูบเสียอีก²¹⁴ ซึ่ง อาจเข้าข่ายการทำร้ายร่างกายโดยเจตนาถึงเห็นผล และในประเด็นผู้เสพอาจก่ออาชญากรรมต่อผู้อื่น เพราะความมึนเมาหรือทำให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น อาจพิจารณาเทียบได้กับการกระทำความผิดหรือ อุบัติเหตุจากการดื่มสุราซึ่งก็เป็นสิ่งถูกกฎหมาย หรือการลอกเลียนแบบโดยเยาวชนอาจเทียบได้กับ พฤติกรรมที่น่าตำหนิมากมายที่อาจถูกเลียนแบบได้และไม่ผิดกฎหมาย เช่น ความรุนแรงที่ปรากฏใน สื่อ

แต่ในประการที่สามซึ่งเป็นการพิจารณาในแง่มุมมองของการกระทำความผิด องค์กรอาชญากรรม จะทำให้เราเห็นว่าแท้จริงแล้วความชั่วร้ายของยาเสพติดอยู่ที่การเป็นธุรกิจผิด กฎหมายอันเป็นแหล่งรายได้หนึ่งขององค์กรอาชญากรรมซึ่งเป็นภัยคุกคามที่สำคัญต่อสังคม เนื่องจาก ยาเสพติดเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงมีราคาและมีคู่แข่งในตลาดจำกัด

และเหตุผลนี้ยังสะท้อนจากกฎหมายระหว่างประเทศที่นำเสนอมตรการ หรือเทคนิคการสืบสวนพิเศษต่างๆ รวมถึงการปฏิบัติการอำพรางในบริบทของการปราบปรามองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติมากกว่าที่จะเป็นอาชญากรรมรายบุคคล

อย่างไรก็ตาม มีธุรกิจผิดกฎหมายอื่นๆที่เป็นรายได้ขององค์กรอาชญากรรม มากมาย เช่น การค้ำมนุษย์ซึ่งมีลักษณะของการกดขี่เพื่อนมนุษย์และเป็นอาชญากรรมมีผู้เสียหาย มีความชั่วร้ายกว่ายาเสพติด, การพนัน ,อาชญากรรมต่อสิ่งแวดล้อม เช่น การลักลอบตัดไม้ จับสัตว์ คุ่มครอง ที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงทางธรรมชาติและภัยพิบัติ เช่น น้ำท่วม หรือการค้าของเถื่อน เช่น น้ำมัน ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เป็นต้น เหล่านี้ล้วนมีความรุนแรงและกระทบถึงบุคคล

²¹³ Health & Human Services, U.S. Department, "Why Nicotine Is a Gateway Drug," [Online] Accessed: 14 May 2015. Available from: <http://www.nih.gov/researchmatters/november2011/11212011nicotine.htm>

²¹⁴ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, แจ่มศักดิ์ ไชยคุนา, "จะสูดหรือดูดก็เสี่ยงมะเร็งปอด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 May 2015. แหล่งที่มา: <http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/articleDetail.asp?id=654>

ที่สามกว่ายาเสพติด แต่กลับไม่มีกระบวนการยุติธรรมที่เข้มงวด หรือกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางโดยตรงเหมือนกรณียาเสพติด

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนไม่ได้หมายความว่ายาเสพติดเป็นสิ่งไม่สร้างความเสียหาย และที่จริงแล้วยาเสพติดเป็นสิ่งที่มิโทษมากกว่าข้อดีที่สามารถใช้สิ่งที่มีโทษน้อยกว่าทดแทนได้ เช่น การออกกำลังกาย การพักผ่อนให้เพียงพอ เป็นต้น และอาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมที่ร้ายแรงต่อสังคมได้ หากปราศจากการควบคุมที่เหมาะสม แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำที่น่าตำหนิอื่นๆที่ให้ผลร้ายใกล้เคียงกันหรือมากกว่า เช่น บุหรี่ สุรา หรือฆาตกรรม เป็นต้น เหล่านี้กลับมีกระบวนการยุติธรรมที่มีการตรวจสอบได้มากกว่าทั้งในแง่ของกระบวนการทางกฎหมาย คือมี ศาล 3 ชั้น โดยหลัก และในแง่ความเป็นจริงด้วยนิติวิทยาศาสตร์ ผู้เสียหาย หรือพยานบุคคลที่สาม ซึ่งบางกรกระทำไม่ผิดกฎหมายด้วยซ้ำ เช่น การจำหน่ายบุหรี่หรือสุรา เป็นต้น

3) ยาเสพติดในบริบทขององค์กรอาชญากรรม

อย่างไรก็ตาม จากการพิจารณาทั้ง 3 มุม ความชั่วร้ายมากที่สุดของยาเสพติดน่าจะนำหน้าอยู่ที่แหล่งรายได้ขององค์กรอาชญากรรม แต่เมื่อไทย วิยาเสพติดเป็นรูปแบบควบคุมอาชญากรรม ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าตำรวจเชื่อถือได้เพียงใดในการให้ความยุติธรรมแก่ผู้ต้องหาในคดียาเสพติด จากการปรากฏข่าวที่ลดทอนความน่าเชื่อถือหลายครั้ง เช่น กรณีนิติจุฬาฯ หรือแม้แต่คดีที่มีความร้ายแรงกว่า มีกระบวนการที่เป็นอุปสรรคมากกว่า มีการจับตาจากสื่อทั้งในและต่างประเทศมากกว่า ก็ยังมีการตั้งข้อสงสัยของการจับผิดตัว เช่น กรณีคดีข่มขืนฆ่านักท่องเที่ยวที่กระบี่

ความผิดพลาดของตำรวจดังกล่าว อาจเป็นเพราะตำรวจมีภาระหน้าที่มากเกินไป ทั้งการปราบอาชญากรรมอื่นๆ งานป้องกัน งานสืบสวนสอบสวน งานจราจร หรืองานควบคุมฝูงชน ในขณะที่บุคลากร เครื่องมือ และงบประมาณขององค์กรตำรวจจำกัด

ในขณะที่ความเชื่อมั่นที่มีต่อตำรวจยังมีการโต้แย้งกันอยู่เช่นนี้ ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าตำรวจจะสามารถใช้การปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดซึ่งในปัจจุบันมีการตรวจสอบควบคุมน้อย จนขยายผลนำไปสู่การจับผู้กระทำความผิดระดับสูงในองค์กรอาชญากรรมซึ่งมักเป็นผู้มีอิทธิพล มีฐานะ มีอำนาจการเมือง²¹⁵ ได้หรือไม่

ซึ่งในค่านิยม due process ของ Packer ย่อมไม่มั่นใจว่าหากปราศจากกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลแล้วตำรวจจะใช้บังคับกฎหมายกับผู้ต้องหาทุกคนอย่างเท่าเทียมไม่เลือก

²¹⁵ พินิจ ลาภธนานนท์, สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหามันยังไม่ยั่งยืน, หน้า 22.

ฐานะ แต่มักเป็นผู้มีฐานะน้อยที่ถูกดำเนินกระบวนการทางกฎหมายบ่อยครั้ง ดังนั้นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ย่อมได้แก่ คนยากจน คนชายขอบ แรงงานต่างด้าว หรือผู้เสพ และขัดต่อหลักนิติธรรมที่ว่าบุคคลเสมอภาคภายใต้กฎหมายด้วย ไม่นับรวมถึงปัญหาการใช้อำนาจโดยมิชอบ ครอบงำ การแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบ หรือการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งเป็นสิ่งที่มีความเสี่ยงเกิดขึ้นได้ประจำในการปฏิบัติการอำพราง²¹⁶

หรือหากมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางจนนำไปสู่การจับผู้กระทำความผิดก็มักเป็นเพียงผู้กระทำความผิดระดับล่าง (low-level) ซึ่งเราจะเห็นได้จากสถิติการจับกุมและการลงโทษที่มีเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นทุกปีอย่างน่าประหลาดใจ ทั้งที่ตำรวจสามารถจับกุมปลดดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแต่ละปีได้มากขนาดนั้น

ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเราไม่สามารถประเมินประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอำพรางได้จากการจับผู้กระทำความผิดได้ในปริมาณมากๆ เท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงยุทธศาสตร์ในภาพรวม และความสำคัญของผู้เป็นเป้าหมายด้วย ซึ่งในแง่การยิงจับผู้กระทำความผิดได้มากและเร็วซึ่งมักจะเป็นผู้กระทำความผิดระดับล่างได้มากเท่าไร ยิ่งสะท้อนความล้มเหลวจากการตัดโอกาสอาศัยความเชื่อโยงของผู้ที่ถูกจับนั้นกับเครือข่ายผู้กระทำความผิดระดับสูงมากขึ้นเท่านั้น²¹⁷

นอกจากนี้ยังทำให้กระบวนการยุติธรรมส่วนใหญ่จะต้องใช้ต้นทุนจำนวนมากไปกับการจับผู้กระทำความผิดระดับ low-level หรือคนยากจน ซึ่งถูกแทนที่ง่ายสุดและอยู่ล่างสุดในองค์กรอาชญากรรม แต่กลับไม่ได้ผลกำไรเป็นการปราบปรามยาเสพติดและองค์กรอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเหตุที่คดียาเสพติดแต่ละปีก็มีแนวโน้มสูงขึ้นอาจเนื่องมาจากผู้กระทำความผิดระดับ low-level ไม่เพียงแต่เป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรมที่ถูกแทนที่ง่ายสุดและอยู่ล่างสุดเท่านั้น แต่ยังเป็นสมาชิกที่มีจำนวนมากที่สุดอีกด้วย เนื่องจากอาชญากรรมยาเสพติดเป็นอาชญากรรมที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมซึ่งมีโครงสร้างองค์กรลักษณะเป็นรูปปิรามิด โดยผู้อยู่ที่ฐานปิรามิด ได้แก่ ผู้กระทำความผิดระดับล่าง ผู้เสพ

สิ่งนี้สะท้อนจากสถิติการดำเนินคดียาเสพติดที่เพิ่มมากขึ้นทุกปี ที่แม้จะกล่าวได้ว่าเป็นประสิทธิภาพในของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการปราบปรามยาเสพติด แต่อีกแง่หนึ่งย่อมสะท้อนให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญากำลังล้มเหลวในหน้าที่การข่มขู่ป้องปราม

²¹⁶ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature."

²¹⁷ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 1530.

อาชญากรรมยาเสพติด ทั้งที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาส่วนใหญ่ตั้งแต่ขั้นการจับจนถึงการลงโทษ ในเรือนจำกำลังถูกใช้ไปในการปราบปรามยาเสพติด จนขณะนี้ได้ปรากฏสัญญาณของการใช้ ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เกินขีดจำกัดแล้ว เช่น สัญญาณจากปัญหานักโทษล้น เรือนจำเกินกว่า 2 เท่า ซึ่งส่วนใหญ่เป็นนักโทษขอทานค้ายาเสพติดระดับล่าง

ยิ่งไปกว่านั้นการที่เรือนจำเต็มไปด้วยผู้ค้าระดับล่างจำนวนมาก ทำให้ไม่มี เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์เพียงพอที่จะตรวจตราควบคุมนักโทษต่างๆ รวมทั้งนักโทษผู้ค้าระดับสูง ทำให้ นักโทษเหล่านี้ยังสามารถกระทำความผิดควบคุมสั่งการการค้ายาเสพติดจากภายในเรือนจำได้อีกด้วย นอกจากนี้ยังกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการจัดการกับการกระทำ ความผิดอื่นๆนอกจากคดียาเสพติด

ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 คือกฎหมายที่ อาจนอกจากจะเป็นผลผลิตของความต้องการความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ แล้ว ยังอาจเป็นผลผลิตทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากความกลัวส่งหนึ่งคือยาเสพติดมากเกินไป จึงให้อำนาจอีกสิ่งหนึ่งมากเกินไปในการเข้ามาปราบสิ่งที่น่ากลัวนั้น และทำให้นำไปสู่อีกปัญหาหนึ่งคือ ปัญหาการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจอันรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางที่มีข้อโต้แย้งทางสังคม เศรษฐกิจ หรือศีลธรรมได้ไม่แพ้กัน

บทที่ 3

การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 และตามหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของประเทศไทย และของต่างประเทศ โดยในส่วนของประเทศไทยจะพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับคดียาเสพติด ในแง่ของรายละเอียดการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาจเสริมด้วยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นสำคัญ

ส่วนการพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของต่างประเทศจะพิจารณาทั้งในแง่ความเป็นมา หลักเกณฑ์ ตลอดจนปัญหาของหลักกฎหมายดังกล่าวที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศ

หลักกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางในแต่ละประเทศจะได้รับอิทธิพลจากทัศนคติและความเป็นมาเกี่ยวกับการอำพรางในประเทศนั้น ดังนั้นการพิจารณาทัศนคติและความเป็นมาเกี่ยวกับการอำพรางในแต่ละประเทศในภาพรวมก่อนจะทำให้สามารถเข้าใจหลักเกณฑ์ของประเทศต่างๆ ได้ดียิ่งขึ้น โดยสามารถแบ่งกลุ่มประเทศที่มีทัศนคติต่อการอำพรางได้ดังนี้¹

1. ประเทศที่มีทัศนคติบวกต่อการปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ อเมริกา ฝรั่งเศส และกลุ่มประเทศสหภาพโซเวียตเดิม
2. ประเทศที่มีทัศนคติกลางๆต่อการปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ อังกฤษ แคนาดา
3. ประเทศที่มีทัศนคติลบต่อการปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ เยอรมัน

ในบทนี้เราจะพิจารณาอเมริกาในฐานะตัวแทนกลุ่มที่สนับสนุน เยอรมนีในฐานะตัวแทนกลุ่มที่ระมัดระวังการนำการอำพรางมาใช้ และอิตาลีในฐานะหนึ่งในประเทศที่ประสบกับปัญหายาเสพติดในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมมากและเป็นประเทศยุโรปตะวันตกที่รับอิทธิพลทางกฎหมายจากอเมริกาอย่างมาก

¹ Ibid., 1505.

3.1 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550

กฎหมายวิธีพิจารณาคดียาเสพติดวางหลักเกณฑ์หรือกลไกการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7* ประกอบกฎกระทรวงฯ โดยใช้ระบบการขออนุญาตก่อนการปฏิบัติการอำพราง และหากรวมกับหลักเกณฑ์หรือกลไกการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในฐานะการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เท่าที่มีอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จะมีภาพรวมกลไกการตรวจสอบควบคุม ดังนี้ (หน้าถัดไป)



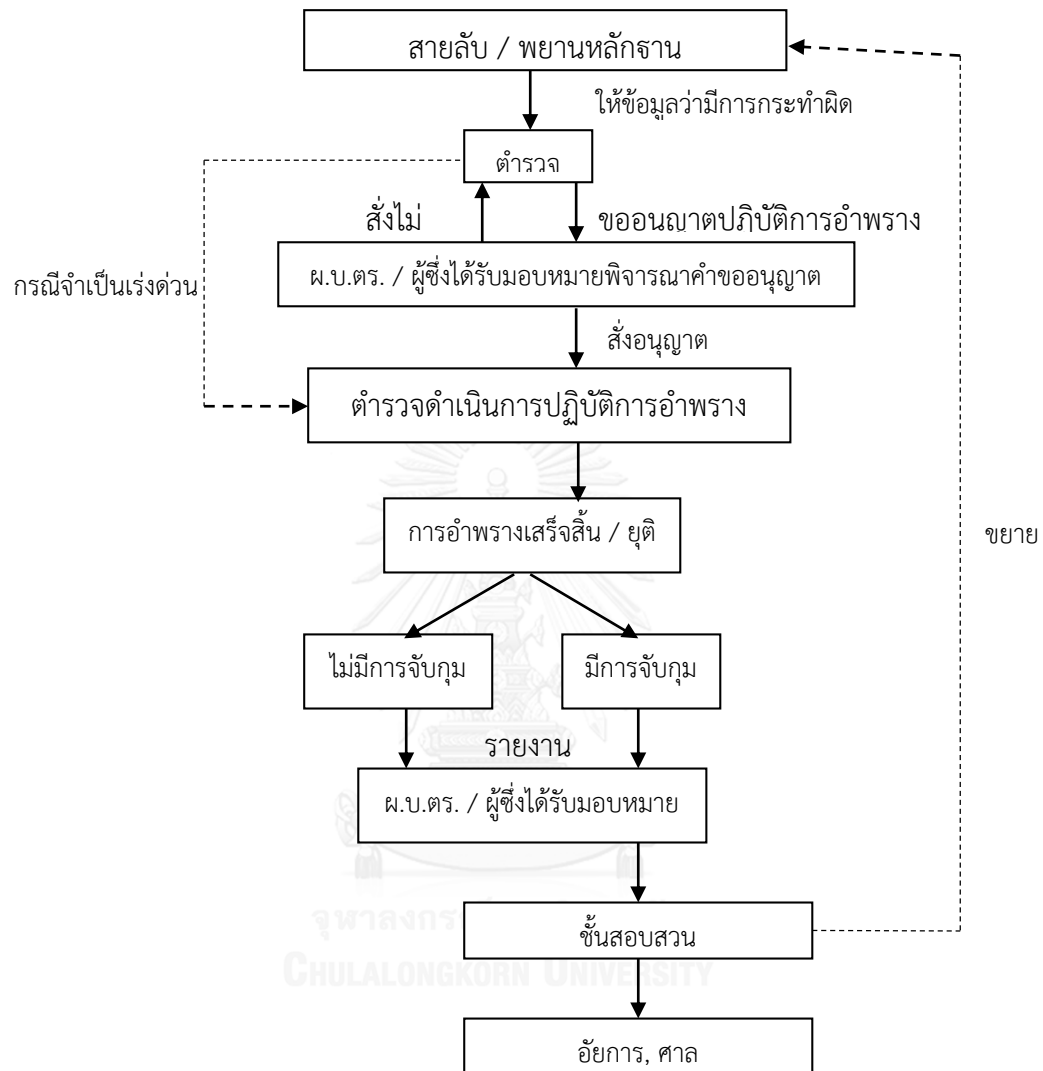
* มาตรา 7 “ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

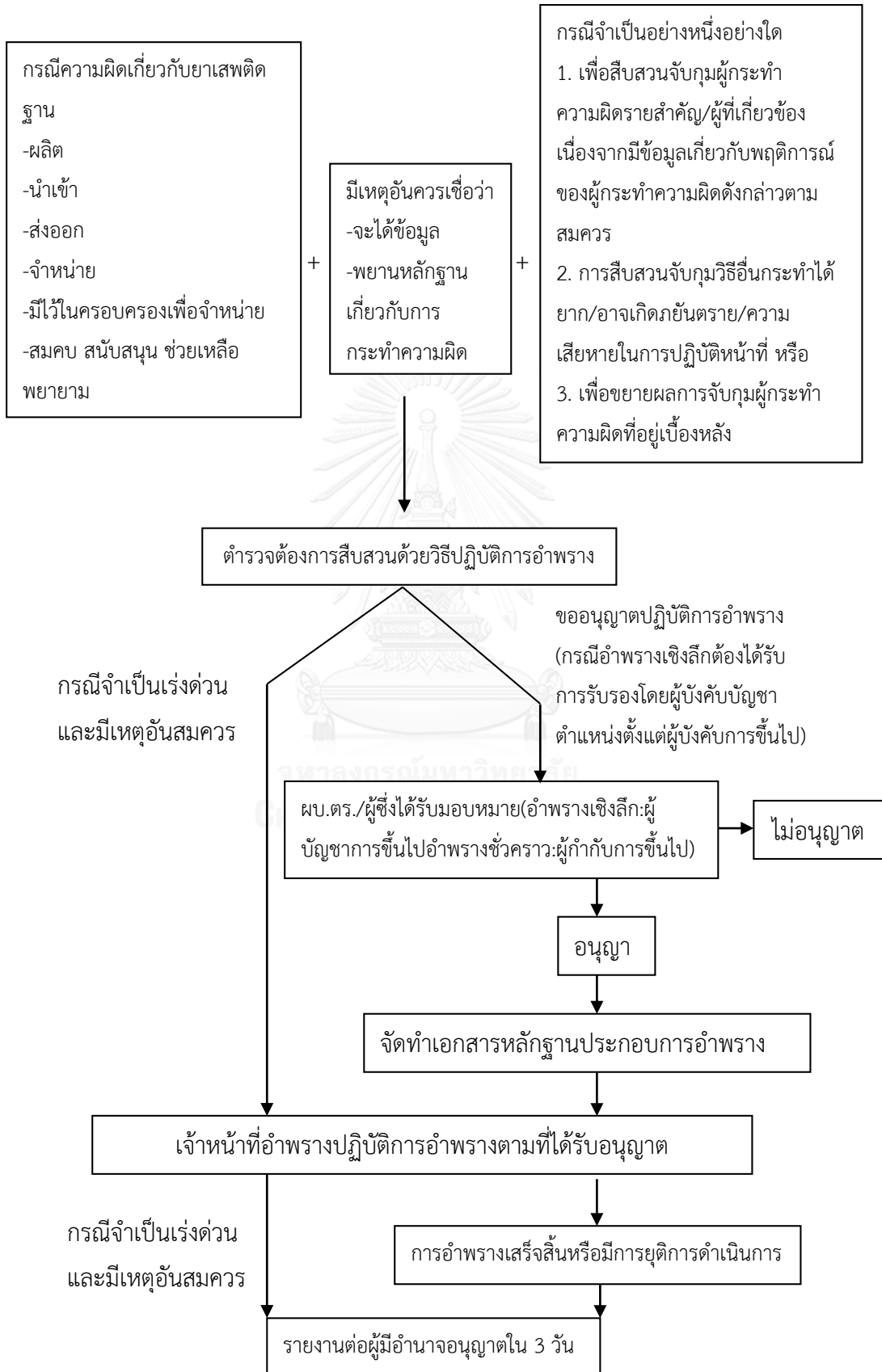
ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดไปก่อนแล้วรายงานผู้มีอำนาจอนุญาตตามวรรคหนึ่งโดยเร็ว

การอนุญาตและการอำพรางตามวรรคหนึ่ง รวมทั้งการดำเนินการตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ในกฎกระทรวงดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

รูปที่ 2 แผนภาพแสดงการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางเชิงกระบวนการ



รูปที่ 3 แผนภาพการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกและการอำพรางชั่วคราว(หรือคราวเดียว)



ในการพิจารณารายละเอียดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง อาจแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาและการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการได้ ดังนี้

3.1.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนนี้จะพิจารณาการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาของการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดสิ่งที่ผู้อำพรางมีอำนาจทำได้และสิ่งที่ไม่มีอำนาจทำได้ในการปฏิบัติการอำพราง โดยแบ่งเป็น ความหมาย ขอบเขต ประเภท และเงื่อนไขของการปฏิบัติการอำพราง ดังนี้

3.1.1.1 ความหมายการปฏิบัติการอำพราง

การพิจารณาความหมายการปฏิบัติการอำพรางมีความสำคัญในแง่การพิจารณาว่าการสืบสวนด้วยเทคนิควิธีใดที่เป็นปฏิบัติการอำพรางอันอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 7 วรรคสอง ได้บัญญัติความหมายการปฏิบัติการอำพรางว่า

“การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน”

จากนิยามตามกฎหมาย เราสามารถพิจารณาองค์ประกอบความหมายการปฏิบัติการอำพรางโดยเทียบกับความหมายสากลที่เราได้พิจารณาในบทที่ 2 ได้ดังนี้

- 1.การดำเนินการทั้งหลาย (ในการสืบสวน*)
- 2.เพื่อปิดบังสถานะ (ตัวตน หรือ identity) หรือวัตถุประสงค์ (purpose) ของการดำเนินการ
- 3.โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน (การใช้กลอุบาย หรือ deception)

จะเห็นได้ว่ามาตรา 7 วรรคสอง นิยามการปฏิบัติการอำพรางไว้กว้างมาก ไม่เพียงแต่หมายถึงการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น แต่รวมถึงการปฏิบัติการล่อซื้อยาเสพติดด้วย²

* มาตรา 7 อยู่ใน หมวด 1 ว่าด้วย การสืบสวน

² ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, คู่มือการประสานงานและการรวบรวมพยานหลักฐานคดียาเสพติด, หน้า 46.

นอกจากการอำพรางแล้ว ยังมีการกล่าวถึง “การล่อซื้อ” ในกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 แต่ไม่ได้ให้นิยามไว้ว่ามีความหมายอย่างไร ต่างจากการปฏิบัติการอำพรางอย่างไร*

3.1.1.2 เงื่อนไขการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางจะดำเนินการได้ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขตามตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่จะใช้การปฏิบัติการอำพรางต้องเป็นความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด หรือสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ส่วนความผิดฐานเสพยาใช้การปฏิบัติการอำพรางไม่ได้

2. ต้องมีเหตุอันควรเชื่อ (probable cause)ว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพรางนั้น ซึ่งเป็นมาตรฐานภาระการพิสูจน์ (standard for burden of proof) ในระดับเดียวกันกับการออกหมายจับ** เลยทีเดียว³

3. ต้องเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1. เพื่อสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายสำคัญหรือผู้ที่เกี่ยวข้องเนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายสำคัญดังกล่าวตามสมควร
2. การสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่
3. เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

3.1.1.3 ขอบเขตการปฏิบัติการอำพราง

* ผู้เขียนได้อธิบายประเด็นนี้ไว้ในหัวข้อ 2.4.2.1

** ป.วิ.อ. มาตรา 66 เหตุที่จะออกหมายจับได้มี ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ

(2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่ง

เหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น...

³ U.S. Congress, CRS, American Law Division, Probable Cause, Reasonable Suspicion, and Reasonableness Standards in the Context of the Fourth Amendment and the Foreign Intelligence Surveillance Act (Washington, D.C.: CRS, 2006), pp. 1-2.

1) ผู้อำพราง : หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึ ยาสเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ใช้บังคับแก่กรณีการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้เจ้าหน้าที่อำพราง เท่านั้น ไม่รวมกรณีการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้สายลับซึ่งไม่ใช่เจ้าพนักงาน⁴

2) ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิด : ในอีกแง่หนึ่งก็คือเจ้าหน้าที่อำ พรางจะสามารถกระทำความผิดเพื่อสร้างความไว้วางใจต่อผู้เป็นเป้าหมายในขณะที่ปฏิบัติการอำพรางได้ เพียงใด ที่ผ่านมาการปฏิบัติการอำพรางโดยเฉพาะการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึก (deep undercover) ในองค์กรอาชญากรรมหรือกลุ่มผู้กระทำความผิด ไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตาม กฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางเสี่ยงที่จะถูกจับดำเนินคดีจากหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจบังคับใช้ กฎหมายและต้องรับผิดตามกฎหมายได้สองส่วน ดังนี้⁵

ความรับผิดส่วนแรก คือ ความรับผิดจากการกระทำภายในองค์กรอาชญากรรม กล่าวคือ การที่เจ้าหน้าที่อำพรางเข้าไปปะปนเป็นสมาชิกหรือมีหน้าที่ในองค์กรอาชญากรรมหรือกลุ่ม ผู้กระทำความผิด เจ้าหน้าที่อำพรางอาจเป็นความผิดในกลุ่มข้อหาอั้งยี่ ซ่องโจร หรือความผิดอื่นในทำนอง เดียวกันได้

ความรับผิดส่วนที่สอง คือ ความรับผิดจากการกระทำต่อบุคคลที่สามภายนอก องค์กรอาชญากรรม กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่อำพรางมีความจำเป็นเพื่อให้ได้พยานหลักฐานมาก ขึ้น หรือเพื่อทราบตัวตนของผู้กระทำความผิดระดับสูงที่อยู่เบื้องหลัง จึงต้องสร้างความไว้วางใจใน องค์กรอาชญากรรมหรือผู้เป็นเป้าหมาย และอาจต้องกระทำความผิดตามที่ได้อบรมหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับ บุคคลที่สามที่เจ้าหน้าที่อาจถูกจับและต้องรับผิดตามการกระทำนั้นๆซึ่งเป็นไปได้ตั้งแต่การนำยา เสพติดไปส่งให้ลูกค้าจนถึงการฆาตกรรมเลยทีเดียว ซึ่งหากการกระทำดังกล่าวบรรลุผลแล้ว ยากที่ เจ้าหน้าที่อำพรางจะสามารถปฏิเสธความรับผิดโดยอ้างว่าไม่มีเจตนา

ในประเด็นความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิดข้างต้น เราสามารถ เทียบเคียงได้กับกรณีผู้แฝงตัวของ DSI ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ 2547 มาตรา 27*

⁴ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึ ยาสเสพติด พ.ศ. 2550, หน้า 12.

⁵ อรรถพร ลิขิตจิตถะ และคณะ, เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 85.

* “มาตรา 27 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำ เนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายมี อำนาจให้บุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตาม วรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ”

ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่าผู้แฝงตัวดังกล่าวได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทั้งสองส่วน⁶ ซึ่งน่าจะเป็นผลจากการตีความ มาตรา 27 วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 เจ้าหน้าที่อำนาจจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกดำเนินคดีในทำนองเดียวกันกับการแฝงตัวของ DSI ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ 2547 มาตรา 27⁷ หรือไม่นั้น ในกรณีความรับผิดในส่วนแรกซึ่งเป็นความรับผิดจากการกระทำภายในองค์กรอาชญากรรม เป็นที่เห็นร่วมกันว่าเจ้าหน้าที่อำนาจได้รับความคุ้มครอง ส่วนในกรณีความรับผิดในส่วนที่สองซึ่งเป็นความรับผิดจากการกระทำต่อบุคคลที่สาม มี 2 ความเห็น

ความเห็นแรก เห็นว่าการปฏิบัติการอำนาจของเจ้าหน้าที่อำนาจกับการแฝงตัวของ DSI มีหลักการเดียวกัน ดังนั้นกระทำความผิดต่อบุคคลที่สามในระหว่างการปฏิบัติการอำนาจนั้นควรได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดตามกฎหมายเช่นเดียวกับหลักการการแฝงตัวของ DSI⁸

ความเห็นที่สอง เห็นว่าการปฏิบัติการอำนาจของเจ้าหน้าที่อำนาจแตกต่างจากการแฝงตัวของ DSI การปฏิบัติการอำนาจจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากกระทำความผิดต่อบุคคลที่สาม⁹

ในทางปฏิบัติ ศาลจะตีความประเด็นนี้ไปในแนวทางใดนั้น คงต้องอาศัยคำตัดสินของศาลสูงกันต่อไป แต่หากพิจารณาข้อคิดเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรมในชั้นพิจารณาร่างแล้ว เป็นไปได้อย่างมากที่ศาลยุติธรรมจะเห็นไปในทางความเห็นแรก¹⁰

อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดดังกล่าวต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นและสมควรแก่การแสวงหาพยานหลักฐานในการปฏิบัติการอำนาจเท่านั้น หากเกินขอบเขตหรือเป็นไปด้วยเจตนาทุจริตเจ้าหน้าที่อำนาจย่อมมีความผิดตามกฎหมาย

⁶ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 35.

⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁸ ชาญณรงค์ ปราณจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550, หน้า 11.

⁹ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 34-35.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 28.

มีข้อสังเกตว่าความผิดทั้งสองส่วนนี้ต่างจากความผิด 5 ประเภทที่ผู้อำพรางเสี่ยงจะกระทำที่เราพิจารณาในบทที่ 2 โดยความผิดทั้งสองส่วนที่เราพิจารณานี้ใช้เกณฑ์การแบ่งจากผู้ปฏิสัมพันธ์จากการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางว่าเป็นองค์กรอาชญากรรมหรือบุคคลที่สามนอกองค์กรนั้น

ส่วนสายลับซึ่งไม่ใช่เจ้าพนักงานอยู่ในบังคับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองใดๆจากกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติถือว่าสายลับเป็นผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานและไม่มีเจตนากระทำผิด¹¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4378/2528 “.....การที่จำเลยที่ 1 และที่ 4 ร่วมมือกับสายลับของเจ้าหน้าที่ตำรวจไปติดต่อล่อซื้อเฮโรอีนจากจำเลยที่ 3 กับพวก โดยจำเลยที่ 1 และที่ 4 มีเจตนาเพื่อช่วยเหลือเจ้าพนักงานตำรวจปราบปรามการค้าเฮโรอีนและโดยหวังเงินรางวัลที่เจ้าพนักงานตำรวจจะแบ่งให้ การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 4 เป็นการกระทำที่ขาดเจตนาที่จะกระทำผิดไม่มีความผิดฐานเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนในความผิดฐานมีเฮโรอีนไว้ในความครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายเฮโรอีน”

3) ระยะเวลาการปฏิบัติการอำพราง : กฎกระทรวงฯ ข้อ 12 กำหนดให้ดำเนินการปฏิบัติการอำพรางให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตไว้ในขั้นก่อนการปฏิบัติการอำพราง ไม่ว่าจะเมื่อครบระยะเวลาแล้วการปฏิบัติการอำพรางนั้นจะบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ก็ตาม แต่ผู้ได้รับอนุญาตอาจทำหนังสือเพื่อขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมระยะเวลาต่อผู้มีอำนาจอนุญาต ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ก่อนการดำเนินการเสร็จสิ้น อย่างไรก็ตาม ให้ผู้ได้รับอนุญาตยุติการปฏิบัติการอำพรางก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามหนังสืออนุญาตแล้ว, ความจำเป็นหรือพฤติการณ์ที่ต้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่มีความจำเป็นในการดำเนินการนั้นอีกต่อไป หรือผู้มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งให้ยุติการดำเนินการและแจ้งให้ผู้ได้รับอนุญาตทราบแล้ว

4) ห้ามล่อให้กระทำผิด (entrapment) : เป็นหลักตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีมาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และยังคงใช้อยู่ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไว้แล้วในส่วนความเป็นมา

5) การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานประกอบการปฏิบัติการอำพราง : ในการปฏิบัติการอำพรางอาจมีความจำเป็นต้องจัดทำเอกสารหรือหลักฐานเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือหรือด้วยเหตุจำเป็นอื่นๆซึ่งกฎกระทรวงฯ ข้อ 11 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้ผู้มีอำนาจอนุญาตแจ้ง

¹¹ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรม พ.ศ. 2550, หน้า 12.

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอความร่วมมือในการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวและให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือ ซึ่งเอกสารหรือหลักฐานที่จัดทำขึ้นดังกล่าวให้ผู้ได้รับอนุญาตนำไปใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น

3.1.1.4 ประเภทการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางได้ถูกแบ่งเป็น 3 ประเภทไว้ตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติการอำพรางประเภทที่ 2 และ 3 ไม่แตกต่างกัน จึงแบ่งเป็น 2 ประเภทได้ดังนี้

1. การอำพรางเชิงลึก (deep undercover) หมายถึง การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในข่ายงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลาานาน

2. การอำพรางชั่วคราวหรือคร่าวเดียว (shallow undercover) หมายถึง การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งหรือซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว

ประเภทของการปฏิบัติการอำพรางจะมีผลต่อหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

มีข้อสังเกตว่าประเภทของการปฏิบัติการอำพรางไม่ได้พิจารณาที่ระยะเวลาเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ เช่น ความต่อเนื่องของการใช้กลอุบายด้วย ยกตัวอย่างเช่น การปฏิบัติการอำพรางที่มีกำหนดระยะเวลาสองเดือน หากตลอดระยะเวลาสองเดือนนั้นเจ้าหน้าที่อำพรางต้องใช้กลอุบายและเข้าไปปฏิสัมพันธ์กับผู้เป็นเป้าหมายเกือบตลอดเวลา เช่น ต้องไปพักอาศัยในเคหสถานเดียวกัน ก็อาจเป็นการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกแล้ว ตรงกันข้ามหากการปฏิบัติการอำพรางที่มีกำหนดระยะเวลาสามเดือน แต่ตลอดระยะเวลาสามเดือนนั้นเจ้าหน้าที่อำพรางเพียงแต่ใช้กลอุบายและเข้าไปปฏิสัมพันธ์กับผู้เป็นเป้าหมายไม่กี่ครั้ง แต่แต่ละครั้งใช้เวลาไม่เกิน 2-3 ชั่วโมง อาจเป็นเพียงการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวเท่านั้น*

ข้อสังเกตประการที่สองคือกฎกระทรวงฯดังกล่าวกล่าวถึงการล่อซื้อ แต่ไม่ได้ให้นิยามไว้ว่ามีความหมายอย่างไร มีความแตกต่างจากการปฏิบัติการอำพรางอย่างไร*

3.1.1.5 การขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมคำสั่งอนุญาตการปฏิบัติการอำพราง

* ตัวอย่างดังกล่าวเป็นเพียงกรณีที่เหมาะสมขึ้นเพื่อชี้ให้เห็นปัจจัยในการพิจารณาประเภทการปฏิบัติอำพรางนอกจากระยะเวลาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น โดยไม่พิจารณาในแง่ความชอบด้วยกฎหมาย

กฎกระทรวงฯ ข้อ 12 วรรคสองวางหลักให้เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับอนุญาตอาจทำหนังสือเพื่อขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมรายการที่ได้รับอนุญาตต่อผู้มีอำนาจอนุญาตก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเสร็จสิ้นตามระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตได้

การขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมรายการการปฏิบัติการอำพรางนี้คงทำได้เพียงแก้ไขเพิ่มเติมในรายละเอียดการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น ส่วนการแก้ไขหรือเพิ่มเติมประเภทการปฏิบัติการอำพรางจากการอำพรางชั่วคราวเป็นการอำพรางเชิงลึกย่อมทำไม่ได้ เว้นแต่จะได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์การขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกโดยอาจอาศัยข้อมูลหรือพยานหลักฐานจากการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวที่ดำเนินการไปแล้วดังกล่าวประกอบการขออนุญาต

3.1.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนนี้จะพิจารณาการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดกลไกการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง โดยแบ่งเป็น การตรวจสอบควบคุมก่อน ขณะ และหลังการปฏิบัติการอำพราง ดังนี้

3.1.2.1 การตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพราง

การตรวจสอบควบคุมก่อนเริ่มการปฏิบัติการอำพรางใช้ระบบขออนุญาตซึ่งเป็นกลไกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศกียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ โดยผู้มีอำนาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจ คือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย และในทางปฏิบัติสันนิษฐานได้ว่าผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจะมีบทบาทในการอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางอย่างมาก ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางแต่ละประเภทต้องขออนุญาตผู้ซึ่งได้รับมอบหมายแตกต่างกันตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 8 ดังนี้

1. การปฏิบัติการอำพรางเชิงลึก ต้องขออนุญาตตำรวจผู้ซึ่งได้รับมอบหมายที่มีตำแหน่งตั้งแต่ผู้บัญชาการหรือเทียบเท่าขึ้นไป โดยผู้ขออนุญาตต้องได้รับการรับรองจากผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการหรือเทียบเท่าขึ้นไป ตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 6

2. การปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวหรือคราวเดียว ต้องขออนุญาตตำรวจผู้ซึ่งได้รับมอบหมายที่มีตำแหน่งตั้งแต่ตำแหน่งตั้งแต่ผู้กำกับหรือเทียบเท่าขึ้นไป โดยไม่ต้องมีการรับรองอย่างกรณีแรก

เมื่อมีการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพราง ให้ผู้มีอำนาจอนุญาตพิจารณาอนุญาตโดยเร็ว หากจะส่งอนุญาต ผู้มีอำนาจอนุญาตต้องตรวจสอบการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางนั้น

ว่าชอบด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติการปฏิบัติกรอำพรางตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 หรือไม่ แต่หากไม่อนุญาตย่อมเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจอนุญาต

โดยหลักแล้วการขออนุญาตต้องทำก่อนดำเนินการปฏิบัติการอำพราง เว้นแต่ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร กฎกระทรวงฯ ข้อ 15 ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางไปก่อนได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตแล้วรายงานโดยระบุความจำเป็นเร่งด่วนและเหตุอันสมควรต่อผู้มีอำนาจอนุญาตโดยเร็ว ภายใน 3 วันนับแต่วันที่เริ่มปฏิบัติการอำพราง และหากการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ ให้ดำเนินการขออนุญาตตามหลักเกณฑ์ในทันทีที่สามารถกระทำต่อไป

นอกจากนี้กฎกระทรวงฯ ข้อ 5 ให้ถือว่าเจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุญาตให้ครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางด้วย ซึ่งดำเนินการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางที่กำหนด อย่างไรก็ตามผู้เขียนขอไม่ลงรายละเอียดในส่วนนี้

ดังนั้นในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร เจ้าหน้าที่ที่จะมีเวลาปฏิบัติการอำพราง 2 วันเต็มโดยไม่ต้องขออนุญาตหรือรายงานผู้มีอำนาจอนุญาต สันนิษฐานว่าในทางปฏิบัติวิธีนี้จะถูกใช้ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวหรือคราวเดียว การปฏิบัติการอำพรางเพื่อขยายผลและการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกที่ถูกเปลี่ยนแปลงจากการการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวหรือคราวเดียวเดิมที่ได้รับอนุญาตแล้ว

3.1.2.2 การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพราง

นอกจากการบังคับบัญชาในระบบราชการแล้ว การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางไม่มีกลไกการตรวจสอบควบคุมทางกฎหมายอื่นๆโดยตรง ในทางปฏิบัติการตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางจึงขึ้นอยู่กับควบคุมบังคับบัญชาโดยเจ้าหน้าที่หัวหน้าชุดปฏิบัติการอำพราง

3.1.2.3 การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพราง

1) ชั้นสืบสวน

เมื่อการปฏิบัติการอำพรางตามที่ได้รับอนุญาตเสร็จสิ้นหรือยุติการดำเนินการ ให้ผู้ได้รับอนุญาตรายงานผลการดำเนินการต่อผู้มีอำนาจอนุญาตภายใน 3 วันนับแต่วันที่การการปฏิบัติการอำพรางเสร็จสิ้นหรือยุติการดำเนินการ ทั้งนี้ตามกฎกระทรวงฯ ข้อ 14

นอกจากนี้ให้นายทะเบียนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจัดทำระบบข้อมูลและรวบรวมพยานหลักฐานหลักฐานเกี่ยวกับการขออนุญาต การอนุญาต และการ

รายงานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด, ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และจัดทำรายงานผลการดำเนินการประจำปีและความเห็นเสนอต่อผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำนาจ ทั้งนี้ตามกฎหมายกระทรวงฯ ข้อ 16

หากการปฏิบัติการอำนาจที่เสร็จสิ้นหรือยุติการดำเนินการ ไม่นำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำนาจนั้นย่อมดำเนินไปไม่เกินขั้นนี้ แต่หากการปฏิบัติการอำนาจนั้นนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิด การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการย่อมดำเนินต่อไปในชั้นสอบสวน

2) ชั้นสอบสวน

หากการปฏิบัติการอำนาจในชั้นสืบสวนนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดและยึดสิ่งของของกลาง นอกจากการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการที่มีอยู่สำหรับคดีอาญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การตรวจสอบถ่วงดุลโดยนายความที่รัฐหาให้หรือของผู้ต้องหาเอง ตามมาตรา 134/1 เป็นต้น ยังมีการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 11 ที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนส่งสิ่งของซึ่งยึดได้ที่อ้างว่าเป็นยาเสพติด ภายใน 3 วันทำการนับแต่เวลาที่พนักงานสอบสวนได้รับสิ่งของนั้นไว้เป็นของกลางในคดีเพื่อให้ผู้ชำนาญการพิเศษตรวจพิสูจน์และทำความเห็นรวมไว้ในสำนวนการสอบสวน เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นที่ไม่อาจส่งสิ่งของที่ยึดนั้นภายในกำหนดเวลาดังกล่าวได้ โดยให้บันทึกเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นที่ไม่อาจดำเนินการดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย

ส่วนการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำนาจในชั้นอัยการและชั้นศาลมีกลไกเช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.1.3 ผลทางกฎหมายของการปฏิบัติการอำนาจ

การปฏิบัติการอำนาจที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวย่อมทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำนาจนั้นเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้โดยไม่ต้องอาศัยข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 226/1 เป็นต้น แม้ในขณะดำเนินการปฏิบัติการอำนาจอาจมีการได้พยานหลักฐานมาโดยไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายปกติ เช่น การเข้าไปในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้น เป็นต้น และเจ้าหน้าที่อำนาจและชุดปฏิบัติการอำนาจย่อมได้รับความคุ้มครอง¹²

¹² ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550, หน้า 12-13.

แต่การปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวไม่ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้เด็ดขาดในทันที แต่พยานหลักฐานนั้นจะรับฟังได้หรือไม่ เพียงใด ต้องพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานในคดีอาญาทั่วไปและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอีกชั้นหนึ่ง¹³ ส่วนเจ้าหน้าที่อำพรางและชุดปฏิบัติการอำพรางจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ เพียงใดนั้น ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลทางกฎหมายของการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แท้จริงแล้วอาจจะเรียกได้ว่ามีผลอะไรเลย ยกเว้นแต่เพียงเจ้าหน้าที่อำพรางอาจไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะความผิดเข้าร่วมกับกลุ่มผู้กระทำความผิดหรือสมาชิกองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น

3.2 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาเสพติดของสหรัฐอเมริกา

ประเทศอเมริกาเป็นหนึ่งในประเทศที่มีอิทธิพลต่อระบบการเมืองและระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ แม้ระบบทั้งสองนั้นอเมริกาจะได้รับอิทธิพลมาจากยุโรปตะวันตกอีกทอดหนึ่ง แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่านับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดระบบการเมืองเสรีประชาธิปไตยและแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของอเมริกามีอิทธิพลต่อหลายประเทศทั่วโลกอย่างมาก ซึ่งรวมถึงแนวคิดการปฏิบัติการอำพรางด้วย¹⁴

อเมริกาเป็นประเทศที่มีรากระบบกฎหมายจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) และเนื่องจากประเทศอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบการปกครองแบบรัฐรวม ประกอบด้วยรัฐบาลกลาง (หรือระดับสหพันธรัฐ) และรัฐบาลมลรัฐ แต่ละรัฐมีหน่วยตำรวจของตนเอง ดังนั้นในการพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางของอเมริกา จะพิจารณาจากการปฏิบัติการอำพรางของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI)* ซึ่งถือเป็นตำรวจของรัฐบาลกลางเป็นสำคัญ ส่วนระบบกฎหมายลักษณะพยานในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาของอเมริกานั้นใช้ระบบกล่าวหา

หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาซึ่งรวมถึงคดีอาญาเสพติดของอเมริกาก็ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดไว้โดยตรง¹⁵ ดังนั้นหลักการล่อให้กระทำความผิด (entrapment doctrine) อันเป็นกฎหมายที่มาจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล (case law) จะมีบทบาทสำคัญ

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

¹⁴ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*: 1503.

* อยู่ในความควบคุมของ U.S. Department of Justice (กระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา)

¹⁵ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 511.

อย่างมากในการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางเชิงเนื้อหา ส่วนการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางเชิงกระบวนการนอกจากจะอาศัยกลไกทางกฎหมายที่มีอยู่ในคดีอาญาทั่วไปแล้ว ยังมีแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุด* เรื่องการสืบสวนด้วยวิธีการปฏิบัติการอำพรางของสำนักสอบสวนกลาง (FBI) (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations หรือ "Guidelines") ซึ่งอัยการสูงสุดออกโดยอาศัยอำนาจตาม United States Code ลักษณะ (Title) 28 มาตรา (Section) 509, 510 และ 533 โดยใช้บังคับกับการสืบสวนสอบสวนของ FBI ตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนคดีอาญาทั่วไป กิจการผิดกฎหมาย และกิจการของการก่อการร้าย (Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations)¹⁶

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า Guidelines ดังกล่าวมิใช่กฎหมาย¹⁷ แต่เราจะพิจารณา Guidelines ดังกล่าวในฐานะหลักเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากที่สุดในการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางของอเมริกา โดย Guidelines ดังกล่าวมิได้กำหนดหลักเกณฑ์โดยเฉพาะสำหรับคดีอาชญากรรมแตกต่างหากจากคดีอื่นๆเหมือนประเทศไทย แต่หลักเกณฑ์นั้นใช้กับการปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนคดีอาญาอื่นๆ นอกจากคดีอาชญากรรมด้วย

อเมริกามีทัศนคติในภาพรวมที่ดีต่อการปฏิบัติการอำพราง เนื่องจากมุมมองที่มีต่อเรื่องสิทธิส่วนบุคคล (ซึ่งได้กล่าวในรายละเอียดแล้วในหัวข้อ 2.4.1.6) และไม่มีประเด็นการปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างการสืบสวนกับการข่าวกรอง หลักห้ามเจ้าหน้าที่และสายลับกระทำผิดกฎหมาย และหลักการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางเพื่อป้องกันอาชญากรรมในอนาคต (future crime) กับการปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบสวนอาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้ว (crime-solving operation)¹⁸ อย่างที่มีในเยอรมนี

นอกจากนี้อเมริกามีรากฐานระบบกฎหมายแบบ common law เช่นเดียวกับแคนาดา อันมีที่มาจากอังกฤษ ที่มีได้มีทัศนคติภาพรวมในทางลบต่อการปฏิบัติการอำพราง มีระบบกฎหมาย

* เทียบได้กับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมด้วย

¹⁶ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

¹⁷ จากหมวดข้อสงวน (Reservation) ที่ระบุว่า "Guidelines นี้มีขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเป็นแนวทางภายในกระทรวงยุติธรรม ไม่ได้เจตนาเพื่อ ไม่ทำให้ และไม่อาจก่อตั้งสิทธิใดๆ ไม่ว่าทางสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติ บังคับในทางกฎหมายโดยฝ่ายใดๆ ในเรื่องใดๆ ไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญา และไม่อาจจำกัดการสืบสวนที่ชอบด้วยกฎหมายหรืออำนาจพิเศษตามกฎหมายของกระทรวงยุติธรรมได้" ดู ibid.

¹⁸ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 513.

ลักษณะพยานเป็นระบบกล่าวหาเป็นสำคัญซึ่งมีหลักสำคัญว่ารัฐผู้เป็นโจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบการกระทำความผิดให้สิ้นข้อสงสัยตามควร ในขณะที่เดียวกันก็มีการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาที่เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาสามารถต่อสู้กับรัฐฝ่ายโจทก์ได้โดยไม่มีภาระได้เปรียบเสียเปรียบกันมากจนเกินไป แต่เมื่อระบบดังกล่าวซึ่งเป็นระบบที่คำสารภาพมีค่ามากต้องเผชิญกับอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างเช่น คดียาเสพติด ซึ่งยากจะมีผู้เสียหายและยากที่จะแสวงหาพยานหลักฐาน ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงประสบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมากจากหลักตามค่านิยม due process เช่น สิทธิผู้ต้องหา บทตัดพยานหลักฐานที่เคร่งครัด¹⁹ เป็นต้น ซึ่งอุปสรรคที่มีอยู่ในกระบวนการยุติธรรมในการแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการตามปกติ ดังนั้นการปฏิบัติการอำพรางจึงเสมือนเป็นทางออกที่มีประโยชน์อย่างมากต่อการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมระบบกล่าวหา ที่ช่วยปราบปรามอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยาเสพติด²⁰ ที่ยากจะแสวงหาพยานหลักฐาน และลดความเสี่ยงต่อการสรุปข้อเท็จจริงจากคำเบิกความที่ยากจะเชื่อถือได้ของสายลับซึ่งมักเป็นผู้กระทำความผิด หรือจากคำเบิกความของเจ้าหน้าที่อำพรางผู้ที่ชำนาญในการใช้กลอุบายต่อผู้ต้องสงสัยพอๆกับการใช้กลอุบายต่อกระบวนการยุติธรรมของตน ทั้งนี้เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางในอเมริกา มักจะมีการใช้การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ร่วมด้วย ทำให้ได้พยานหลักฐานจากภาพและเสียงที่บันทึกไว้มาประกอบซึ่งยากจะบิดเบือนได้²¹

อเมริกาจึงไม่ได้กังวลต่อการปฏิบัติการอำพรางจากสภาพของการปฏิบัติการเอง แต่อเมริกากังวลต่อปัญหาการปฏิบัติการอำพรางที่เกิดโดยบุคคลในกรณีหากมีการละเมิดต่อกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่อำพราง การใช้อำนาจตามอำเภอใจ การล่อให้กระทำความผิด การอำพรางต่อกลุ่มการเมือง การอำพรางที่แทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ อเมริกาจึงเน้นไปที่การควบคุมความน่าเชื่อถือของการปฏิบัติการมากกว่าเรื่องอื่น²²

และด้วยทัศนคติต่อการปฏิบัติการอำพราง การปฏิบัติการอำพรางของอเมริกาจึงไม่อยู่ในบังคับของหลักการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 (Fourth Amendment) ที่ว่าด้วยหลักการยึดและการค้น สะท้อนให้เห็นค่านิยม crime control ที่มีความเชื่อมั่นต่อฝ่ายบริหารมากกว่าฝ่ายรัฐสภาและตุลาการ ในกรณีการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งแตกต่างจากกรณีการสะกดรอยด้วยเครื่องมือ

¹⁹ Ross, J. E., "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany."

²⁰ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 510.

²¹ Ibid.

²² Ibid., 558-559.

อิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา และต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนการปฏิบัติการสะกดรอย²³

การปฏิบัติการอำพรางในอเมริกาปรากฏมาตั้งแต่สมัยหลังสงครามกลางเมืองในปี 1865 โดยหน่วย Secret Service และ IRS ใช้การปฏิบัติการอำพรางเพื่อตรวจสอบว่ารัฐฝ่ายใดหลังแพ้สงครามมีการรับรองสิทธิประชาชนเพียงใด²⁴

ในศตวรรษที่ 20 เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์มีการใช้วิธีทำที่เป็นลูกค้าสั่งซื้อของเถื่อนทางไปรษณีย์²⁵ ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 1920 และทศวรรษที่ 1930 โดยเฉพาะในปี 1936 ปรากฏใช้การปฏิบัติการอำพรางของ FBI เพื่อต่อต้านการจารกรรม และการก่อวินาศกรรมที่กระทำโดยกลุ่มคอมมิวนิสต์และฟาสซิสต์ที่เคลื่อนไหวในอเมริกา²⁶

ส่วนการใช้การปฏิบัติการอำพรางในงานของตำรวจที่ไม่ใช่บริบทการรักษาความมั่นคงแต่เพื่อการปราบปรามอาชญากรรมนั้นปรากฏมาตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 ในเมืองต่างๆของอเมริกาที่ต่างก็สร้างหน่วยพิเศษของตนเองสำหรับต่อกรอาชญากรรมโดยวิธีลับ²⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางมีในอเมริกาก่อนที่อเมริกาจะมีตำรวจส่วนกลางอย่าง FBI ด้วยซ้ำ และหลังการก่อตั้งหน่วย FBI ในต้นศตวรรษที่ 20²⁸ การปฏิบัติการอำพรางในการปราบปรามอาชญากรรมก็ค่อยๆเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะช่วงทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่องค์กรอาชญากรรมและการค้ายาเสพติดเพิ่มมากขึ้น²⁹ การปฏิบัติการอำพรางในการแสวงหาพยานหลักฐานของตำรวจดังกล่าวถูกใช้อย่างมากในทศวรรษที่ 1970 และช่วยให้ FBI จับกุมตระกูลสำคัญที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมมานานได้เกือบทั้งหมด³⁰

²³ Ibid., 512.

²⁴ Hamilton, H. and J. O. Smykla, "Guidelines for Police Undercover Work: New Questions About Accreditation and the Emphasis of Procedure over Authorization," *Justice Quarterly*: 136.

²⁵ Ibid.

²⁶ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395.

²⁷ Hamilton, H. and J. O. Smykla, "Guidelines for Police Undercover Work: New Questions About Accreditation and the Emphasis of Procedure over Authorization," *Justice Quarterly*: 136.

²⁸ Justice, U.S. Department. Federal Bureau of Investigation (FBI), "A Brief History of the Fbi," [Online] Accessed: 5 May 2015]. Available from: <http://www.fbi.gov/about-us/history/brief-history/brief-history>

²⁹ Kruisbergen, E. W., D. De Jong, and E. R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *British Journal of Criminology*: 395.

³⁰ Justice, U.S. Department. Federal Bureau of Investigation (FBI), "A Brief History of the Fbi."

อเมริกาไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจโดยตรง แต่ใช้กลไกตรวจสอบควบคุมโดยรัฐสภา (Congress) เป็นระยะ³¹ การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจโดยสภา Congress ดังกล่าว นำไปสู่การเปิดเผยที่เริ่มสร้างความอึดอัดแก่การปฏิบัติการอำนาจเชิงข่าวกรองของ FBI ในช่วงปี 1970-1989 เริ่มต้นที่การตรวจสอบโดย Church Commission ของคณะกรรมการวุฒิสภาในปี 1973-1976 ที่เปิดเผยถึงการปฏิบัติการอำนาจของ FBI ที่ต้องการลดความน่าเชื่อถือของกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองต่างๆที่เรียกร้องสิทธิพลเมืองต่อต้านการทำสงคราม และสิทธิสตรีในช่วงทศวรรษที่ 1960 ถึงต้นทศวรรษที่ 1970 อันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งรับรองโดยหลักการตามการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 (First Amendment) ยิ่งไปกว่านั้น FBI ยังใช้วิธีการใส่ร้ายสมาชิกในกลุ่มที่เคลื่อนไหวทางการเมืองที่อาจใช้ความรุนแรงว่าเป็นสายของรัฐบาล เพื่อหวังผลให้สมาชิกนั้นถูกละออกจากกลุ่มหรือถูกทำร้าย หรือแม้แต่ถึงแก่ชีวิต นอกจากนี้ประเด็นการใช้การดักฟังโทรศัพท์และการข่มขู่ของ FBI ต่อมาร์ติน ลูเธอร์ คิง จูเนียร์ (Martin Luther King, Jr.) ทำให้คณะกรรมการให้ความเห็นว่าวิธีการดังกล่าวไม่ใช่วิถีระบอบประชาธิปไตย และไม่ต่างอะไรจากระบอบเผด็จการ³²

ข้อกังวลของคณะกรรมการวุฒิสภายังรวมไปถึงการขยายการปฏิบัติการอำนาจของ FBI หลายปฏิบัติการที่เริ่มดำเนินการโดยปราศจากมูลใดๆที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งรับรองโดยหลักการจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 เช่นเดียวกัน³³ ตัวอย่างกรณีที่สำคัญกรณีหนึ่งคือกรณีปฏิบัติการ ABSCAM ที่ถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการเพื่อการศึกษากิจกรรมการอำพราง (Select Committee to Study Undercover Activities) แต่งตั้งโดยวุฒิสภาในปี ค.ศ. 1982 การตรวจสอบดังกล่าวนำไปสู่การเปิดเผยเหตุการณ์อึดอัดของการปฏิบัติการอำนาจของ FBI ภายใต้รหัส ABSCAM ในช่วงปี ค.ศ. 1978-1980 ที่ FBI ใช้เจ้าหน้าที่อำพรางและสายลับทำที่เป็นเศรษฐกิจชาวอาหรับพยายามติดสินบนสมาชิกวุฒิสภาโดยปราศจากข้อบ่งชี้ใดๆว่าสมาชิกนั้นมีพฤติกรรมทุจริต³⁴ และทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าปฏิบัติการดังกล่าวเป็นการล่อให้กระทำผิดหรือไม่³⁵

³¹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 511.

³² *Ibid.*, 533-534.

³³ *Ibid.*, 534.

³⁴ *Ibid.*, 511.

³⁵ Justice, U.S. Department. Federal Bureau of Investigation (FBI), "A Byte out of History: Remembering the Lessons of Abscam," [Online] Accessed: 5 May 2015]. Available from: http://www.fbi.gov/news/stories/2005/february/abscam_020705

รายงานฉบับสมบูรณ์ของของคณะกรรมการดังกล่าวได้ระบุข้อควรระวังในการใช้การปฏิบัติการอำพรางว่าเป็นการปฏิบัติการที่มีความเสี่ยงอย่างยิ่งต่อทรัพย์สิน ความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพของประชาชน และอาจเป็นการสร้างอาชญากรรมที่ไม่เคยมีมาก่อนให้เกิดขึ้น นอกจากนี้แนวปฏิบัติ (guidelines) การใช้สายลับของ FBI ในขณะนั้นก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เพียงพอในประเด็นการใช้ความรุนแรง การร่วมกระทำผิด และการแทรกแซงในความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ์ (privileged relationship)³⁶

เหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การพิจารณาร่างกฎหมายการปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operations Act) ในปี ค.ศ. 1983-1984 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้รัฐสภาตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางของรัฐบาลกลาง โดยก่อนการใช้การปฏิบัติการอำพรางแต่ครั้งต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น³⁷

แต่ในท้ายที่สุดร่างดังกล่าวก็ไม่ถูกตราเป็นกฎหมาย คงมีแต่ แนวปฏิบัติซึ่งออกโดยกระทรวงยุติธรรม (อัยการสูงสุด) ที่ใช้กับการปฏิบัติการอำพรางของ DEA และ FBI และเป็นแนวปฏิบัติที่ตำรวจในมลรัฐต่างๆส่วนใหญ่นำไปใช้ด้วย³⁸ แนวปฏิบัติดังกล่าวที่ใช้ในปัจจุบันคือแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีการปฏิบัติการอำพรางของสำนักสอบสวนกลาง (FBI) (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations หรือ "Guidelines") ซึ่งออกในปี 2002³⁹

เราได้พิจารณาในข้างต้นแล้วว่าอเมริกาไม่มีหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาที่เกี่ยวกับการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางโดยตรง แต่ใช้แนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีการปฏิบัติการอำพรางของ F.B.I (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations หรือ "Guidelines") โดย Guidelines มิได้กำหนดหลักเกณฑ์โดยเฉพาะสำหรับคดียาเสพติดแตกต่างหากจากคดีอื่นๆเหมือนประเทศไทย แต่หลักเกณฑ์นั้นใช้กับการปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนคดีอาญาอื่นๆ นอกจากคดียาเสพติดด้วย โดยอเมริกาเห็นว่าการใช้เทคนิคการอำพรางมีความจำเป็นในการตรวจพบ ป้องกัน และการฟ้องดำเนินคดีต่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ การทุจริตในภาครัฐ การก่อการร้าย องค์กร

³⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 511.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

อาชญากรรม ความผิดเกี่ยวกับสารควบคุม (controlled substances) และการสืบสวนในกรณีอื่นๆ ที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม โดยสภาพของเทคนิคนี้เกี่ยวข้องกับการใช้กลอุบาย และอาจต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคคลซึ่งมีแรงจูงใจและพฤติกรรมที่อาจเป็นที่โต้แย้งได้ เช่น สายลับ จึงควรมีการพิจารณาและการติดตามเฝ้าระวัง (monitored) อย่างละเอียดรอบคอบ ทั้งนี้ตาม Guidelines มาตรา I ซึ่งอเมริกาใช้ระบบการขออนุญาตในการตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพราง

ในการพิจารณารายละเอียดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง อาจแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาและการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการได้ดังนี้

3.2.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา

ในส่วนนี้จะพิจารณาการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาของการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดสิ่งที่ผู้อำพรางมีอำนาจทำได้และสิ่งที่ไม่มีอำนาจทำได้ในการปฏิบัติการอำพราง โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

3.2.1.1 ความหมายการปฏิบัติการอำพราง

การพิจารณาความหมายการปฏิบัติการอำพรางมีความสำคัญในแง่การพิจารณาว่าการสืบสวนด้วยเทคนิควิธีใดที่เป็นการปฏิบัติการอำพรางอันอยู่ภายใต้บังคับของ Guidelines ซึ่ง Guidelines ดังกล่าว ตามมาตรา II เรื่องบทนิยามได้บัญญัติความหมายการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีองค์ประกอบที่ค้ำประกันถึงการปฏิสัมพันธ์ตามความหมายการปฏิบัติการอำพรางในทางทฤษฎีที่เราได้ศึกษากันมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1 ว่า “การปฏิบัติการอำพราง หมายถึง การสืบสวนที่เกี่ยวกับชุดของการดำเนินการอำพรางที่มีความสัมพันธ์กัน (series of related undercover activities) ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อำพราง (undercover employee) ซึ่งตามความมุ่งหมาย (purposes) ของ Guidelines นี้ “ชุดของการดำเนินการอำพรางที่มีความสัมพันธ์กัน” นั้น โดยหลักต้องมีการติดต่อที่มีสาระสำคัญ (substantive) ระหว่างเจ้าหน้าที่อำพรางกับบุคคลผู้ถูกสืบสวนมากกว่า 3 ครั้งขึ้นไป (ดังนั้นการปฏิบัติการอำพรางที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญไม่เกิน 3 ครั้ง ย่อมไม่อยู่ในบังคับ Guidelines นี้) แต่กรณีการดำเนินการอำพรางที่เกี่ยวกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนหรือที่เกี่ยวกับการเงินการคลังนั้นไม่ต้องพิจารณาถึงจำนวนครั้งการติดต่อเช่นว่านั้นในการปฏิบัติการอำพราง การติดต่อจะมีสาระสำคัญ ก็ต่อเมื่อมีการติดต่อสื่อสารกันด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร สายโทรศัพท์ หรือวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อมูลอันเป็นเป้าหมายของการสืบสวน ถ้าเป็นเพียงการ

ติดต่อเล็กๆน้อยๆ เช่น การสนทนาที่ตกลงเวลาและสถานที่นัดพบครั้งต่อไป ย่อมไม่ใช่การติดต่ออย่างมีนัยสำคัญตาม Guidelines นี้”⁴⁰

Guidelines อำพรางของอเมริกายังระบุชัดเจนว่าใช้กับการปฏิสัมพันธ์ทางสื่อออนไลน์ด้วยโดยพิจารณาจากหมายเหตุนิยามการปฏิบัติการอำพรางที่ว่า “ในบริบทของการสื่อสารออนไลน์ เช่น อีเมล และการสนทนาออนไลน์ การสื่อสารหลายครั้ง (multiple transmissions) หรือข้อความทางอีเมล อาจนำมารวมกันเป็นหนึ่งการติดต่อก็ได้ ในทำนองเดียวกันกับชุดของคำที่อาจประกอบกันเป็นบทสนทนา ปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าการสื่อสารทางออนไลน์หลายครั้งในกรณีใดที่สามารถรวมเป็นการติดต่อหนึ่งครั้ง หรือถือเป็นการติดต่อหลายครั้งนั้น ได้แก่ ระยะเวลาระหว่างการสื่อสาร จำนวนครั้งของการสื่อสาร จำนวนครั้งของการสะดุดหยุดลง การเปลี่ยนประเด็น และสื่อที่ใช้ติดต่อสื่อสารกัน เช่น อีเมล IRC เป็นต้น”⁴¹

ยิ่งไปกว่านั้นยังมีการนิยามขยายความถ้อยคำในความหมายการปฏิบัติการอำพรางตาม มาตรา II ด้วย ซึ่งได้แก่

“การดำเนินการอำพราง (Undercover Activities) หมายถึง การดำเนินการใดๆในการสืบสวนที่เกี่ยวกับการใช้นามสมมติหรือการปกปิดตัวตนของเจ้าหน้าที่ (employee) FBI หรือองค์กรบังคับใช้กฎหมายอื่นในระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่นที่ทำงานร่วมกับ FBI

เจ้าหน้าที่อำพราง หมายถึง เจ้าหน้าที่ FBI หรือเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอื่นในระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือส่วนท้องถิ่นที่ทำงานภายใต้การกำกับและควบคุมของ FBI ในการสืบสวนใดๆ ซึ่งความสัมพันธ์กับ FBI เช่นว่านั้นถูกปกปิดจากบุคคลที่สามขณะปฏิบัติการสืบสวนโดยใช้ตัวตนสมมติหรือนามแฝง อันเป็นการปกปิดว่ามีใช้เจ้าหน้าที่ FBI หรือทำงานให้ FBI และรู้กันแค่ระหว่างเจ้าหน้าที่อำพรางกับ FBI”

นอกจากนี้การใช้เทคนิคการอำพรางยังรวมไปถึงการอำพรางเป็นผู้มีสิทธิในกิจการทางธุรกิจ (proprietary business entities) ซึ่งสิทธิในกิจการ (Proprietary) อันหมายถึง ความเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียว ความเป็นหุ้นส่วน บริษัท หรือสิทธิทางธุรกิจอื่นๆที่ดำเนินการในเชิงพาณิชย์ซึ่งเป็นเจ้าของ ควบคุม หรือดำเนินการทั้งหมดหรือบางส่วนโดย FBI และความสัมพันธ์กับ FBI เช่นว่านั้นถูกปกปิดจากบุคคลที่สาม ทั้งนี้ตาม Guidelines มาตรา I

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

ขอบเขตการปฏิบัติการอำพรางตาม Guidelines ดังกล่าว มาตรา II ยังรวมไปถึง การปฏิบัติการอำพรางร่วม ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติการอำพรางที่ทำร่วมกันโดย FBI และ เจ้าหน้าที่ บังคับใช้กฎหมายอื่น ยกเว้นการปฏิบัติการที่ FBI มีบทบาทอย่างจำกัดโดยอาจเป็นการสนับสนุนเพียง ด้านการเงินเล็กน้อย เพียงด้านอุปกรณ์เครื่องมือ หรือเพียงด้านให้คำปรึกษาเท่านั้น ซึ่งที่ไม่ถือว่าเป็น การปฏิบัติการอำพรางร่วม

โดยในการปฏิบัติการอำพรางร่วมจะต้องปฏิบัติตาม Guidelines นี้ โดย FBI อาจ ดำเนินการอำพรางร่วมกับเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอื่น และอาจดำเนินการอำพรางเป็นผู้มีสิทธิใน กิจการ เท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาการปกปิดปฏิบัติการหรือเพื่อประสิทธิภาพ แต่ถ้าการปฏิบัติการอำ พรางร่วมใดที่อยู่ภายใต้การกำกับและควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสหพันธรัฐอื่น และ ได้รับอนุญาตด้วยมาตรฐานกระบวนการที่เทียบเท่ากับกระบวนการอนุญาตการปฏิบัติการที่มีความ ละเอียดอ่อนตาม Guidelines นี้ กระบวนการของเจ้าหน้าที่อื่นดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้แทน กระบวนการตาม Guidelines นี้ได้ แต่ในการดำเนินการอำพรางหรือปฏิบัติการใดที่มีเจ้าหน้าที่อำ พรางของ FBI มีส่วนร่วมอยู่ด้วย ให้นำมาตรา IV.H และ VI.A-B ใน Guidelines นี้มาใช้บังคับด้วยไม่ ว่าเจ้าหน้าที่ใดจะเป็นผู้กำกับและควบคุมการปฏิบัติการ ทั้งนี้ตามมาตรา III

3.2.1.2 วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพราง

Guidelines มาตรา III ได้กล่าวถึงอำนาจและวัตถุประสงค์ทั่วไปของการปฏิบัติการ อำพรางว่า “FBI อาจเข้าดำเนินการอำพรางและการปฏิบัติการอำพรางตาม Guidelines นี้อันควรแก่ การทำให้ภารกิจบังคับใช้กฎหมายของตนสำเร็จลุล่วง ซึ่งรวมถึงการดำเนินการเพื่อหาข้อมูล เบื้องต้น (preliminary inquiries) เพื่อการสืบสวนอาชญากรรมทั่วไป และเพื่อการสืบสวน อาชญากรรมในเชิงข่าวกรอง ในชั้นการหาข้อมูลเบื้องต้น วิธีการดังกล่าวอาจใช้ในการช่วยให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของการหาข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นโดยบุคคลหรือกลุ่มคน เพื่อวินิจฉัยว่าควรมีการสืบสวนอย่างเป็นทางการต่อไปหรือไม่ ในการสืบสวนอาชญากรรมทั่วไป วิธีการดังกล่าวอาจใช้ในการช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสืบสวนเพื่อป้องกัน ไขข้อเท็จจริง (solve) และป้องกันคดีต่อการกระทำความผิด ในการสืบสวนอาชญากรรมในเชิงข่าวกรอง เช่น การสืบสวนกิจการที่ผิดกฎหมายและกิจการของการก่อการร้าย วิธีการดังกล่าวอาจใช้ในการช่วยให้ บรรลุวัตถุประสงค์ของการยืนยันในเรื่องเกี่ยวกับสมาชิก การเงิน มิติทางภูมิศาสตร์ การดำเนินการใน อดีตและในอนาคต และความมุ่งหมายของกิจการที่เป็นหมายของการสืบสวนนั้น ในแง่ที่มี วัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าในการตรวจพบ ป้องกัน และป้องกันคดีต่อการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย ของกิจการนั้น”

3.2.1.3 ประเภทการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางตาม Guidelines อาจแบ่งเป็นประเภทได้ดังนี้

1) การปฏิบัติการอำพรางที่ไม่อยู่ในบังคับ Guidelines ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญกับเป้าหมายไม่เกิน 3 ครั้ง ตามมาตรา II

2) การปฏิบัติการอำพรางที่อยู่ในบังคับ Guidelines ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญกับเป้าหมายเกิน 3 ครั้งขึ้นไป ตามมาตรา II ซึ่งอาจแบ่งตามมาตรา IV ได้เป็น

2.1) การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตจากหัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษ (Special Agent in Charge หรือ SAC) ได้ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติการอำพรางที่มีการเริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลา ตามมาตรา IV.B(1) ไม่เกิน 6 เดือน และอาจต่อระยะเวลาอีก 6 เดือนได้ แต่ระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกิน 1 ปี และมีค่าใช้จ่ายในการเริ่มไม่เกิน \$50,000 (\$100,000 ในกรณีพิเศษคดีซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการไม่เกิน \$50,000) หรือตามจำนวนใดที่ผู้อำนวยการ กำหนดตาม IV.B(2) ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสำนักภาคสนาม (field office) ซึ่งเป็นสำนักงานย่อยของ FBI

2.2) การปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วยตามมาตรา IV.C ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางที่มี “พฤติกรรมพิเศษ” ได้แก่

1) การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติกรรมด้านการเงินการคลัง

การปฏิบัติการอำพรางที่จะเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมด้านการเงินการคลังเมื่อมีการคาดการณ์ตามควร (reasonable expectation) ว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นจะ

(1) จำเป็นต้องซื้อหรือลีสซึ่งทรัพย์สิน อุปกรณ์ สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งอำนวยความสะดวก การแก้ไขดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งอำนวยความสะดวก สัญญาก่อสร้างหรือแก้ไขดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งอำนวยความสะดวก หรือการจ่ายค่าเช่าล่วงหน้ามากกว่า 1 เดือน อย่างไรก็ตาม การซื้อ เช่า หรือลีสซึ่งทรัพย์สินโดยใช้นามสมมติหรือปกปิดตัวตนเพื่อความสะดวกในการสะกดรอยทางกายภาพหรือทางเทคนิคไม่เป็นการปฏิบัติการอำพรางตามความมุ่งหมายของ Guidelines นี้ แต่เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการใช้บงที่จัดสรร จึงต้องได้รับอนุญาตจาก FBIHQ ตามกฎหมาย

(2) จำเป็นต้องนำฝากบงที่จัดสรร หรือรายได้จากการปฏิบัติการอำพรางเข้าสู่ธนาคารหรือสถาบันการเงิน

(3) ใช้เงินรายได้ที่มาจากปฏิบัติการอำพรางเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่จำเป็นและสมควรของปฏิบัติการ

(4) จำเป็นต้องมีข้อตกลงการชำระเงินคืน ค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนกับบุคคลหรือนิติบุคคลที่ให้ความร่วมมือสำหรับกิจที่ทำให้หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลหรือนิติบุคคลนั้นในการช่วยเหลือปฏิบัติการ (ข้อตกลงดังกล่าวที่กำกับบุคคลที่สามต้องได้รับการพิจารณาโดยสำนักงานที่ปรึกษาทั่วไป (Office of the General Counsel) และสำนักงานหัวหน้าเจ้าหน้าที่ทำสัญญา (Office of the Chief Contracting Officer) ของ FBI) หรือ

(5) เกินระยะเวลาหรือใช้ทรัพยากรที่กำหนดไว้โดยผู้อำนวยการ ในกรณีปฏิบัติการที่เริ่มดำเนินการในระดับสำนักงานภาคสนาม กล่าวคือเป็นกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ที่ตามปกติต้องขออนุญาต SAC เพียงลำพังก็ได้ แต่เนื่องจากมีระยะเวลาหรือค่าใช้จ่ายเกินกว่าที่กำหนดจึงกลายเป็นการปฏิบัติการที่มีพฤติการณ์พิเศษด้านการเงินการคลัง ทั้งนี้ตามมาตรา IV.B (2)

2) การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน

การปฏิบัติการอำพรางจะมีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน เมื่อมีการคาดการณ์ตามควร (reasonable expectation) ว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นจะเกี่ยวข้องกับ

(1) การสืบสวนการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการเลือกตั้งหรือแต่งตั้ง หรือผู้ลงสมัครทางการเมือง ในตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจ (position of trust) ระดับตุลาการ นิติบัญญัติ การจัดการ (management) หรือบริหาร ในหน่วยงานรัฐระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่น หรือส่วนย่อยทางการเมืองของหน่วยงานดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม พฤติการณ์บางอย่างที่เกี่ยวกับตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจ (position of trust) ระดับตุลาการ นิติบัญญัติ การจัดการ (management) หรือบริหารนั้น อาจไม่ใช่พฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ในกรณีนี้หัวหน้าแผนก (Section Chief) แผนกจริยธรรมในรัฐ (Integrity in Government) หรือสิทธิพลเมือง กองการสืบสวนอาชญากรรม FBIHQ ผู้เป็นสมาชิกคณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางทางอาญา (Criminal Undercover Operations Review Committee) และมีมุมมองระดับประเทศในเรื่องเกี่ยวกับข้าราชการ จะต้องปรึกษาหารือเพื่อตัดสินว่าการปฏิบัติการอำพรางใดที่ควรเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

(2) การสืบสวนเกี่ยวกับการทุจริตเชิงระบบในหน้าที่ของรัฐที่กระทำโดยข้าราชการใดๆในระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่น

(3) การสืบสวนการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่หรือรัฐบาลต่างประเทศ องค์กรทางศาสนา องค์กรทางการเมือง หรือสื่อมวลชน

(4) การเข้าดำเนินการที่มีผลอย่างมีนัยสำคัญหรือมีการล่วงล้ำต่อการปฏิบัติการอันชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานรัฐระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่น

(5) การก่อกวน การได้มา หรือการดำเนินการซึ่งสิทธิในกิจการ

(6) การจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการกระทำความผิด

(7) การดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่อำนาจที่ต้องห้ามตามกฎหมายสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่นในฐานะที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) หรือร้ายแรง (serious) แต่ไม่รวมถึงการซื้อของโจรหรือสินค้าเถื่อน การขนส่งหรือขายโดยรัฐซึ่งทรัพย์สินซึ่งขโมยมาแต่ไม่อาจระบุเจ้าของได้ การครอบครองและให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่ไม่ได้ส่งเข้าสู่ตลาด (commerce) ธุรกรรมการฟอกเงินที่ไม่เกิน 5 ครั้งและรวมทั้งหมดไม่เกิน \$1 ล้าน การให้สินบนที่ไม่เข้ากรณีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนอื่นๆ หรือการทำการเป็นตัวแทนปลอมต่อบุคคลที่สามเพื่อปกปิดตัวตนของบุคคลหรือความเป็นเจ้าของที่แท้จริงต่อสิทธิในกิจการ แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่รวมถึงการให้ถ้อยคำใดๆภายใต้การสาบานหรือภายใต้ความผิดฐานเบิกความเท็จ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการบางอย่างดังกล่าว เช่น การครอบครองและให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุม การให้สินบน และธุรกรรมใดที่เกี่ยวข้องกับการฝากงบในธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่นๆ จะต้องมีกระบวนการพิจารณาและอนุญาตเป็นการเฉพาะ โดยประสานกับ FBIHQ

(8) ความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่บุคคลที่มีส่วนในการปฏิบัติการอำนาจจะถูกจับกุม หรือให้การเท็จภายใต้คำสาบาน หรือปลอมเอกสารในกระบวนการทางกฎหมายหรือทางราชการ

(9) การเข้าร่วมการนัดพบหรือการเข้าไปมีส่วนในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลกับทนายความของเขา

(10) ความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่บุคคลที่สามจะเข้ามามีความสัมพันธ์ทางอาชีพหรือที่ต้องเก็บเป็นความลับกับบุคคลที่มีส่วนในการปฏิบัติการอำนาจซึ่งทำที่เป็นทนายความ แพทย์ นักบวช หรือสมาชิกสื่อมวลชน กล่าวคือ เป็นกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่มีความเสี่ยงต่อการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ์

(11) การขอข้อมูลจากนายความ แพทย์ นักบวช หรือบุคคลอื่นๆ ซึ่งตามปกติเป็นข้อมูลที่มีเอกสิทธิ์ หรือการขอข้อมูลจากสมาชิกสื่อมวลชนเกี่ยวกับบุคคลซึ่งนักข่าวทราบว่ามีความสัมพันธ์ทางอาชีพหรือที่ต้องเก็บเป็นความลับ

(12) การเข้าไปมีส่วนในการดำเนินการของกลุ่มผู้ถูกสืบสวนเพื่อ การสืบสวนกิจการการก่อการร้าย หรือการเกณฑ์บุคคลจากกลุ่มดังกล่าวมาเป็นสายลับ ซึ่งในกรณีนี้ อาจเกี่ยวกับคดียาเสพติดในกรณีที่กิจการก่อการร้ายนั้นมิได้มาจากยาเสพติด

(13) ความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรง หรือการ บาดเจ็บทางร่างกายต่อบุคคล หรือความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความเสียหายทางการเงิน

(14) การดำเนินการที่ก่อความเสี่ยงอย่างเป็นรูปธรรม (realistic potential) ที่จะมีการเรียกร้องอย่างมีนัยสำคัญต่อสหรัฐอเมริกาในทางละเมิด ทางสัญญา หรือที่ จะต้องมีการใช้ค่าเสียหายเพื่อการเอาทรัพย์สินไป หรือความเสี่ยงอย่างเป็นรูปธรรมที่จะมีการ เรียกร้องอย่างมีนัยสำคัญต่อเจ้าหน้าที่รัฐในการถูกฟ้องละเมิดตามรัฐธรรมนูญ หรือ

(15) การเป็นตัวแทนที่ไม่เป็นความจริงในการดำเนินการโดยบุคคล ผู้มีส่วนในการปฏิบัติการอำพราง หรือการเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามซึ่งไม่ทราบข้อเท็จจริงหรือไม่ให้ ความยินยอม

3.2.1.4. เงื่อนไขการปฏิบัติการอำพราง

มาตรา IV.A กำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางทั่วไปว่าการปฏิบัติการอำพรางที่ ชอบตาม Guidelines นี้จะต้องให้ประโยชน์มากกว่าความเสี่ยงซึ่งได้แก่

(1) ความเสี่ยงต่อบุคคลที่จะได้รับอันตรายต่อร่างกาย ความเสียหายต่อทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินของบุคคลหรือกิจการ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายอื่น ๆ ต่อบุคคล;

(2) ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางแพ่งหรือความเสียหายอื่น ๆ ต่อรัฐ

(3) ความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ์ หรือที่เป็นความลับ และข้อค้ำประกันตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายอื่น ๆ

(4) ความเสี่ยงที่บุคคลผู้เข้าร่วมการปฏิบัติการอำพราง (ซึ่งหมายถึงชุดปฏิบัติการ ทั้งหมดไม่ใช่เฉพาะเจ้าหน้าที่อำพรางเท่านั้น) อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดกฎหมายที่ต้องห้ามตาม มาตรา IV.H. (ที่จะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.2.1.5 ในส่วน การมีส่วนร่วมในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายโดย เจ้าหน้าที่อำพราง) และ

(5) ความเหมาะสมที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องในลักษณะของการดำเนินการที่อาจเกิดขึ้นขณะปฏิบัติการ

ส่วนเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางที่ขออนุญาตจาก SAC ได้ นั้น ตามมาตรา IV.B กำหนดว่าการปฏิบัติการอำพรางที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักภาคสนามซึ่งต้องได้รับการอนุญาตจาก SAC จึงจะเริ่มดำเนินการขยายหรือต่อระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางโดยชอบได้ต้องมีข้อสนับสนุนและพฤติการณ์ว่า

(1) เมื่อพิจารณาจากการกระทำความผิดหรือธุรกิจผิดกฎหมายที่ถูกกล่าวหา นั้น การเริ่มดำเนินการอำพรางได้รับการรับรองจากแนวปฏิบัติของกระทรวง

(2) การขอปฏิบัติการอำพรางนั้นแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่จำเป็น รวมถึงระบุว่าได้ดำเนินการสืบสวนอย่างไรมาแล้วบ้าง และโอกาสที่ปฏิบัติการซึ่งขออนุญาตนี้จะได้พยานหลักฐานหรือข้อมูลที่จำเป็นหากพิจารณาถึงการกระทำความผิดหรือธุรกิจผิดกฎหมายที่ถูกกล่าวหา นั้น

(3) การปฏิบัติการอำพรางจะต้องกระทำโดยลวงล้า่น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นต่อการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลด้วยวิธีการที่มีประสิทธิภาพและในเวลาที่เหมาะสม

(4) การอนุญาตการใช้สายลับหรือแหล่งข่าวที่ไม่เปิดเผยทำได้ตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการใช้สายลับ (Attorney General's Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants หรือ Informants Guidelines)

(5) การเข้าไปมีส่วนอย่างใด ๆ ในการกระทำความผิดกฎหมายที่คาดเห็นได้ของเจ้าหน้าที่อำพรางสามารถขออนุญาต SAC ได้ตามเหตุที่กำหนดในเรื่องการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำพราง ตามมาตรา IV.H และ

(6) หากในเวลาขณะนั้นไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่มีความละเอียดอ่อนหรือเกี่ยวข้องกับการเงินการคลังตามวรรค C คำสั่งนั้นย่อมมีผล

และเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วย ตาม IV.F นั้น ได้แก่

(1) กรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ด้านการเงินการคลังหรือมีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน เงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวประกอบด้วย

(1.1) การอนุญาตของ SAC เป็นหนังสือตามเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางที่อาจได้รับอนุญาตจาก SAC ข้างต้น

(1.2) คำอธิบายปฏิบัติการที่ขออนุญาตและวิธีการปกปิดที่จะใช้, สายลับหรือบุคคลที่ให้ความร่วมมือซึ่งสนับสนุนการปฏิบัติการ รวมถึงประวัติ ข้อมูลการถูกจับกุม และข้อตกลงการรับสารภาพ, ความผิดหรือกิจการผิดกฎหมายที่จะถูกสืบสวน, และบุคคลที่ทราบว่าจะมีความเกี่ยวข้อง

(1.3) ระยะเวลาของปฏิบัติการ

(1.4) คำอธิบายว่าเหตุใดการขออนุญาตจึงเป็นไปตามข้อพิจารณาเรื่องการล่อลวงตามมาตรา V.B. (ที่จะกล่าวต่อไปในส่วนการล่อให้กระทำความผิด) และ

(1.5) ค่าใช้จ่ายที่จะใช้

(2) กรณีการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนต้องระบุข้อมูลต่อไปนี้ด้วย

(2.1) พฤติการณ์ใดที่มีการคาดการณ์ตามควรว่าจะเกิดขึ้น ข้อเท็จจริงน่าจะเป็นอย่างไร และเหตุใดการปฏิบัติการอำพรางนั้นจึงชอบที่จะได้รับอนุญาตในบริบทของพฤติการณ์ดังกล่าว ซึ่งรวมถึง

(2.1.1) ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ข้อ (7) ข้างต้น กรณีเจ้าหน้าที่อำพรางมีส่วนในความผิดอุกฉกรรจ์ ต้องระบุว่าเหตุใดการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายจึงชอบด้วยมาตรา IV.H ที่จะกล่าวต่อไปในส่วน การมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำพราง และ

(2.2.2) ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ข้อ (12) ข้างต้น กรณีก่อการร้ายหรือกิจการก่อการร้าย ต้องระบุว่าเหตุใดการแทรกซึมหรือการเกณฑ์บุคคลจึงจำเป็น ระบุถึงกระบวนการที่จะทำให้การได้มา การเก็บ การเผยแพร่ซึ่งข้อมูลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องที่สืบสวนหรือการดำเนินการสืบสวนอื่นที่ได้รับอนุญาตเกิดขึ้นน้อยที่สุด และอธิบายถึงข้อคำนึงตามรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้น และข้อคำนึงทางกฎหมาย

(2.2) จดหมายจากอัยการระบุว่าได้พิจารณาปฏิบัติการที่ขออนุญาตแล้ว ตลอดจนพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนที่คาดการณ์ตามควรว่าจะอาจเกิดขึ้น ซึ่งเห็นด้วยกับการขออนุญาตและความชอบด้วยกฎหมายของการขออนุญาตดังกล่าว และจะฟ้องดำเนินคดีที่มีการดำเนินการโดยชอบ จดหมายดังกล่าวควรรวมถึงข้อพิจารณาว่าการสืบสวนที่ขออนุญาตสมควรที่จะใช้เทคนิคการอำพรางและประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการตรวจพบ การ

ป้องกัน หรือการฟ้องดำเนินคดีการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นมีน้ำหนักมากกว่าต้นทุนหรือความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายใดๆ

(3) กรณีการขออนุญาตขยายหรือต่อระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางควรระบุผลลัพธ์ที่ได้จากปฏิบัติการนั้น หรืออธิบายถึงความล้มเหลวในการได้ผลลัพธ์ที่มีนัยสำคัญ และในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนเข้ามาเกี่ยวข้องควรมีจดหมายจากอัยการที่เห็นด้วยกับการขยายหรือต่อระยะเวลาการใช้อำนาจ

3.2.1.5 ขอบเขตการปฏิบัติการอำพราง

1) Guidelines นี้ไม่ใช้บังคับกับการสืบสวนที่มีการใช้สายลับ (confidential informants) การอาศัยความร่วมมือจากพยานหรือเป้าหมาย ทั้งนี้เนื่องจากการใช้สายลับปกติจะใช้แนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการใช้สายลับ (Attorney General's Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants หรือ Informants Guidelines) เว้นแต่การสืบสวนนั้นจะใช้เจ้าหน้าที่อำพรางด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา III

ดังนั้นการอนุญาตการใช้สายลับหรือแหล่งข่าวที่ไม่เปิดเผยในการปฏิบัติการอำพรางที่มีเจ้าหน้าที่อำพรางด้วย ให้ทำได้ตาม Informants Guidelines ทั้งนี้ตามมาตรา IV. B(1)(d)

2) ระยะเวลาและงบค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการอำพราง

(1) การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตจาก SAC ได้

(1.1) การปฏิบัติการอำพรางอาจได้รับอนุญาตจาก SAC เป็นระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน และต่อระยะเวลาอีก 6 เดือนได้ แต่ระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกิน 1 ปี การปฏิบัติการอำพรางที่เริ่มตามอนุमतรานี้ต้องมีค่าใช้จ่ายไม่เกิน \$50,000 (\$100,000 ในกรณียาเสพติดซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการไม่เกิน \$50,000) หรือตามจำนวนใดที่ผู้อำนวยการ (Director) กำหนด โดยไม่ต้องขออนุญาตจาก FBIHQ ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา IV.B (2)

(1.2) การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตโดย SAC ต้องได้รับอนุญาตอีกครั้งจากผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมายตามกระบวนการตามมาตรา IV.C-F หากมีระยะเวลานานกว่า 12 เดือน หรือมีค่าใช้จ่ายเกินกว่า \$50,000 (\$100,000 ในกรณียาเสพติดซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการไม่เกิน \$50,000) หรือตามจำนวนใดที่ผู้อำนวยการกำหนด การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานภาคสนามห้ามนานเกินกว่า 1 ปี เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจาก FBIHQ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.G (4)

(1.3) การปฏิบัติการอำนาจที่ได้รับอนุญาตโดย SAC นับระยะเวลาตั้งแต่วันที่ได้รับอนุญาต มิใช่วันที่เริ่มการดำเนินการลับ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.G (5)

(2) การปฏิบัติการอำนาจที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วย ตามมาตรา IV.G

(2.1) การปฏิบัติการอำนาจที่ได้รับอนุญาตจาก FBIHQ ไม่ควรใช้ระยะเวลาเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ระบุในการได้รับอนุญาต และไม่ควรมานานกว่า 6 เดือนโดยไม่มี การอนุญาตใหม่ให้ดำเนินการได้ ยกเว้นกรณีตาม (2.3) ที่จะกล่าวต่อไป

(2.2) ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญไม่ว่าแง่แนวทางหรือวัตถุประสงค์ของ การปฏิบัติการอำนาจที่ได้รับอนุญาตจาก FBIHQ ปฏิบัติการนั้นต้องได้รับการพิจารณาโดย คณะกรรมการพิจารณาการอำนาจเพื่อวินิจฉัยว่าการอนุญาตใหม่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งหากมีการ เปลี่ยนแปลงการปฏิบัติการอำนาจ ระยะเวลาการปฏิบัติการที่เหลืออยู่อาจถูกเปลี่ยนแปลงไปด้วย

(2.3) การปฏิบัติการอำนาจที่ต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการพิจารณา การอำนาจอาจเริ่มดำเนินการหรือขยายระยะเวลาไปพลางก่อนโดยผู้ช่วยผู้อำนวยการในกรณีฉุกเฉิน ด้วยระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน ในกรณีการอนุญาตการเริ่มดำเนินการ การเพิ่มงบประมาณ หรือการ เปลี่ยนแปลงจุดมุ่งหมาย อำนาจในการดำเนินการไปพลางดังกล่าวต้องได้รับสัตยาบันจาก คณะกรรมการพิจารณาการอำนาจในการประชุมครั้งต่อไป

(2.4) ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตใดๆว่าการปฏิบัติการ อำนาจควรได้รับการต่อหรือขยายระยะเวลาหรือไม่นั้น ได้แก่

(2.4.1) เป็นที่คาดหมายได้ว่าการขยายระยะเวลาการปฏิบัติการดังกล่าวจะ ทำให้ได้ผลลัพธ์

(2.4.2) โอกาสที่จะสำเร็จในอนาคตมีมากกว่าเป้าหมายในตอนแรก

(2.4.3) การขยายระยะเวลาการสืบสวนสามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ ทำให้การปฏิบัติการอำนาจถูกเปิดเผย และ

(2.4.4) การขยายระยะเวลาเพื่อความต่อเนื่องของการสืบสวนอาจทำให้มี การบาดเจ็บ ผลกระทบทางการเงิน หรือโดยประการอื่นต่อผู้บริสุทธิ์

3) การมีส่วนร่วมในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่อำนาจ

ตามมาตรา IV.H โดยหลักแล้ว ห้ามเจ้าหน้าที่อำเภอพรังคนใดเข้าร่วมการดำเนินการที่ผิดกฎหมายสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่นเป็นการส่วนตัว หากมีการดำเนินการดังกล่าวถือว่าเป็นการดำเนินการที่ผิดกฎหมายยกเว้นได้รับอนุญาตตาม Guidelines โดยมีรายละเอียดเป็นประเด็นดังนี้

(1) โดยหลักแล้ว ห้ามเจ้าหน้าที่ใดแนะนำหรืออนุญาตการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำเภอพรัง เว้นแต่การมีส่วนนั้นชอบ

(1.1) เพื่อจะได้มาซึ่งข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นเพื่อบรรลุลูกการสืบสวนและไม่อาจได้มาเช่นนั้นได้โดยปราศจากการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายดังกล่าว

(1.2) เพื่อสร้างหรือรักษาความน่าเชื่อถือของการปกปิดตัวตน หรือ

(1.3) เพื่อป้องกันการเสียชีวิตหรือการบาดเจ็บสาหัส

(2) FBI จะต้องใช้มาตรการที่สมควรเพื่อลดการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำเภอพรัง

(3) เจ้าหน้าที่อำเภอพรังต้องไม่

(3.1) มีส่วนในการกระทำที่ใช้ความรุนแรงเว้นแต่เพื่อป้องกันตนเอง

(3.2) ริเริ่มหรืออยู่ในแผนการใดเพื่อกระทำความผิดอาญา ยกเว้นตามมาตรา V ซึ่งได้คำนึงถึงการหลีกเลี่ยงการล่อให้กระทำความผิด ที่จะกล่าวต่อไป หรือ

(3.3) มีส่วนในการกระทำที่เป็นการใช้เทคนิคการสืบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การดักฟังที่ผิดกฎหมาย การเปิดจดหมายอย่างผิดกฎหมาย หรือบุกรุกอันเทียบเคียงได้กับการค้นโดยมิชอบ

(4) Guidelines นี้ไม่ห้ามเจ้าหน้าที่อำเภอพรังใช้มาตรการป้องกันตนเองที่สมควรในกรณีฉุกเฉินเพื่อปกป้องชีวิตตนเองหรือผู้อื่นจากการใช้กำลังโดยไม่ชอบ มาตรการดังกล่าวต้องถูกรายงานต่ออัยการและ FBIHQ ซึ่งต้องแจ้งแก่ผู้ช่วยอัยการสูงสุดกองคดีอาญาในทันทีที่ทำได้

(5) การอนุญาต

(5.1) กรณีการปฏิบัติการอำเภอพรังที่ได้รับอนุญาตจาก SAC ได้นั้น SAC อนุญาตได้เฉพาะการมีส่วนในความผิดที่ไม่ใช่กรณีพฤติการณ์ละเอียดอ่อนตามมาตรา IV.C(2)(g) (ในที่นี้คือพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ข้อ (7) กรณีการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่อำเภอพรังที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่เป็นความผิดร้ายแรง) โดย SAC ต้องอนุญาตการปฏิบัติการอำเภอพรัง

พร่างทั้งหมดและการดำเนินการ รวมถึงปฏิบัติการที่มีการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย การอนุญาตดังกล่าวต้องประกอบด้วยอนุญาต

(5.1.1) การดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งเป็นความผิดลหุโทษหรือความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายสหพันธรัฐ มลรัฐหรือท้องถิ่น

(5.1.2) การตรวจสอบที่ยอมรับร่วมกัน แม้แต่กรณีความผิดตามกฎหมายท้องถิ่น

(5.1.3) การซื้อของโจรหรือของเถื่อน

(5.1.4) การขนส่งหรือขายทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาซึ่งไม่สามารถหาเจ้าของที่แท้จริงได้

(5.1.5) การครอบครองและให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่ไม่นำเข้าสู่ตลาด

(5.1.6) การจ่ายสินบนที่ไม่ใช่กรณีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน

(5.1.7) การทำการเป็นตัวแทนปลอมต่อบุคคลที่สามเพื่อปกปิดตัวตนของบุคคลหรือความเป็นเจ้าของที่แท้จริงต่อสิทธิในกิจการ แต่ไม่รวมถึงการให้ถ้อยคำใดๆภายใต้การสาบานหรือภายใต้ความผิดฐานเบิกความเท็จซึ่งต้องได้รับอนุญาตตามข้อ (2) ที่จะกล่าวต่อไป และ

(5.1.8) ธุรกรรมการฟอกเงินที่ไม่เกิน 5 ครั้งและรวมทั้งหมดไม่เกิน \$1 ล้าน

(5.2) กรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วยนั้น การมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งเป็นความผิดอุกฉกรรจ์หรือเทียบเท่าตามกฎหมายสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือท้องถิ่น และไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา IV.C(2)(g) (ในที่นี้คือพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ข้อ (7) กรณีการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่อำพรางที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่เป็นความผิดร้ายแรง) ข้างต้น ต้องได้รับอนุญาตเพิ่มเติมจากผู้ช่วยผู้อำนวยการหลังจากพิจารณาแล้วโดยคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง ตามมาตรา IV.E.

แต่การมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งมีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญของการเกิดความรุนแรงหรือการบาดเจ็บทางร่างกาย ต้องได้รับอนุญาตโดยผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมาย หลังจากพิจารณาแล้วโดยคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง ตามมาตรา IV.E.

4) การล่อให้กระทำความผิด

ตามมาตรา V (A) การล่อให้กระทำความผิดต้องถูกหลีกเลี่ยงอย่างระมัดระวัง

(1) การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อรัฐก่อเจตนาให้บุคคลผู้ซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดนั้นมาก่อนให้ตัดสินใจกระทำความผิด แล้วล่อลวงให้กระทำความผิดนั้นเพื่อฟ้องดำเนินคดี

(2) นอกจากกฎหมายที่ห้ามการล่อให้กระทำความผิดแล้ว ยังมี Guideline ข้อนี้อ้างเป็นข้อห้ามที่จำกัดการดำเนินการอาพรางของ FBI เพื่อให้แน่ใจว่ากรบเท่าที่เป็นไปได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดจะไม่เป็นประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อกรฟ้องดำเนินคดีอาญา ด้วยเหตุนี้โดยหลักแล้วกรดำเนินการอาพรางที่มีการล่อลวงบุคคลให้กระทำความผิดต้องมีได้รับอนุญาต เว้นแต่ ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตพอใจว่า

(2.1) สภาพที่ผิดกฎหมายของการดำเนินการมีความชัดเจนตามสมควรต่อผู้เป็นเป้าหมาย และ

(2.2) สภาพของการล่อลวงที่ทำนั้นสมเหตุสมผลในมุมมองของบุคคลในธุรกิจที่ผิดกฎหมายซึ่งบุคคลนั้นถูกเสนอให้เข้าร่วม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่มิได้เสนอผลประโยชน์ในการล่อลวงมากเกินไป และ

(2.3) มีการคาดการณ์ตามควรว่าการล่อลวงนั้นจะเปิดเผยการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย และ

(2.4) มีการคาดการณ์ตามควรว่าเป้าหมายกำลังกระทำ หรือกระทำมาแล้ว โดยต่อเนื่อง หรือน่าจะกระทำในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำผิดกฎหมายที่เสนอหรือเทียบเท่าการกระทำผิดกฎหมาย กล่าวคือ เป็นผู้เคยกระทำผิดมาก่อน หรือโอกาสในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายถูกสร้างขึ้น จึงมีเหตุผลให้เชื่อได้ว่าบุคคลใดที่ถูกดึงดูดเข้ามาในโอกาสดังกล่าว หรือถูกนำเข้ามานั้นมีเจตนาที่จะกระทำผิดกฎหมายโดยไตร่ตรองแล้ว

(3) ทรบเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายใด เงื่อนไขตาม 2(4) ถูกกำหนดเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐจะไม่ล่อลวงบุคคลซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดมาก่อนให้กระทำความผิดนั้น แต่มาตรฐานนี้สามารถสละได้โดยผู้อำนวยการทำข้อพิจารณาเป็นหนังสือว่าการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือป้องกันอันตรายร้ายแรงอื่น

3.2.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ

ในส่วนนี้จะพิจารณาการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดกลไกการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง โดยแบ่งเป็น การตรวจสอบควบคุมก่อน ขณะ และหลังการปฏิบัติการอำพราง ดังนี้

3.2.2.1 การตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพราง

การตรวจสอบควบคุมก่อนเริ่มการปฏิบัติการอำพรางใช้ระบบขออนุญาตตาม Guidelines ซึ่งได้กำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางของ FBI ในกรณีต่างๆ ซึ่งในบางกรณีผู้มีอำนาจอนุญาตอาจเป็นผู้ซึ่งได้รับมอบหมายก็ได้ และในทางปฏิบัติอาจสันนิษฐานได้ว่าผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจะมีบทบาทในการอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางอย่างมาก ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางแต่ละประเภทต้องขออนุญาตผู้ซึ่งได้รับมอบหมายแตกต่างกันตาม Guideline ดังนี้

1) การปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตจาก SAC ได้

(1) การเริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสำนักงานภาคสนามต้องได้รับการอนุญาตจาก SAC จึงจะเป็นการปฏิบัติการอำพรางโดยชอบ ซึ่งการอนุญาตนี้ต้องทำการวินิจฉัยเป็นหนังสือ ระบุข้อสนับสนุนและพฤติการณ์ตามเงื่อนไขที่กำหนด ทั้งนี้ตามมาตรา IV.B(1)

(2) SAC อาจมอบอำนาจในการอนุญาตการเริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางแก่ผู้ช่วยหัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษ (Assistant Special Agents in Charge) การมอบอำนาจดังกล่าวควรทำเป็นหนังสือและเก็บรักษาไว้ที่สำนักงานภาคสนามที่สมควร แต่กรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วย ต้องอนุญาตโดย SAC ก่อนเท่านั้น ทั้งนี้ตามมาตรา IV.B (3) และอำนาจในการให้การอนุญาตไปพลางในกรณีฉุกเฉินตามตามมาตรา IV.I (2) ซึ่งเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน ข้อ (12) กรณีการก่อการร้าย หรือ (13) กรณีมีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรง ก็ไม่อาจมอบหมายได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ตามมาตรา IV.I

(3) สำเนาหนังสือการอนุญาตทั้งหมดตาม (1) ดังกล่าว จะต้องนำส่งให้ FBIHQ ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา IV.B (4)

2) การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วย ซึ่งได้แก่

(1) การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์ด้านการเงินการคลัง

การปฏิบัติการอำพรางที่เกี่ยวกับพฤติกรรมด้านการเงินการคลัง SAC จะต้องส่งคำขออนุญาตแก่ FBIHQ ตามเงื่อนไขในเชิงเนื้อหา มาตรา IV.F ทั้งนี้ตามมาตรา IV.C (1)

ความเห็นในการอนุญาตอาจส่งโดยตรงแก่ผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย หรือในกรณีปฏิบัติการที่เกี่ยวกับพฤติกรรมด้านการเงินการคลังข้อ (1)-(3) ที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.2.1 ข้างต้นเท่านั้น ไม่มีพฤติกรรมกรณีอื่นรวมอยู่ด้วย ให้ส่งแก่ผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมายให้พิจารณาอนุญาต ทั้งนี้ตามมาตรา IV.C (1)

การขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่เสนอต่อ FBIHQ ด้วยเหตุพฤติกรรมด้านการเงินการคลังเท่านั้น ไม่มีพฤติกรรมกรณีอื่นรวมอยู่ด้วย ไม่ต้องส่งให้คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางพิจารณาหรืออนุญาต ทั้งนี้ตามมาตรา IV.C (1)

(2) การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน

(2.1) ในปฏิบัติการอำพรางที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนใดๆที่ระบุไว้ดังจะกล่าวต่อไป SAC ต้องส่งการขออนุญาตให้ FBIHQ ตามเงื่อนไขในเชิงเนื้อหา มาตรา IV.F และจดหมายจากอัยการสหพันธรัฐที่เหมาะสมระบุว่าได้พิจารณาปฏิบัติการที่ขออนุญาตแล้ว ตลอดจนพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนที่คาดการณ์ตามควรว่าอาจเกิดขึ้น ซึ่งเห็นด้วยกับการขออนุญาตและความชอบด้วยกฎหมายของการขออนุญาตดังกล่าว และจะฟ้องดำเนินคดีที่มีการดำเนินการโดยชอบจดหมายดังกล่าวควรรวมถึงข้อพิจารณาว่าการสืบสวนที่ขออนุญาตสมควรที่จะใช้เทคนิคการอำพรางและประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการตรวจพบ การป้องกัน หรือการฟ้องดำเนินคดีการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นมีน้ำหนักมากกว่าต้นทุนหรือความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายใดๆ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.F (2)(b)

การขออนุญาตต้องได้รับการพิจารณาโดยผู้ควบคุมดูแล (supervisory personnel) ที่เหมาะสมใน FBIHQ และหากเห็นควรอนุญาต ให้ส่งไปยังคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางพิจารณา จากนั้นการขออนุญาตจะถูกส่งต่อไปยังผู้อำนวยการหรือผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมายให้อนุญาตหรือไม่อนุญาตการขออนุญาตนั้น ทั้งนี้ตามมาตรา IV.C (2)

(2.2) คณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางคดีอาญา (หรือ คณะกรรมการพิจารณาการอำพราง) ตามมาตรา IV.D

(2.2.1) คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ FBI ที่เหมาะสมซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยผู้อำนวยการ และอัยการกองคดีอาญาซึ่งแต่งตั้งโดยผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญา กระทรวงยุติธรรม (DOJ) เป็นประธานซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้อำนวยการ

(2.2.2) เมื่อ SAC ส่งการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจที่เกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนตามวรรค C(2) มายัง FBIHQ ตามกฎของ FBIHQ คณะกรรมการจะประชุมกันเพื่อพิจารณาการขออนุญาต คณะกรรมการจากกองคดีอาญาอาจหารือกับบุคลากร FBI ที่เหมาะสม เจ้าหน้าที่อาวุโสกระทรวงยุติธรรม และอัยการเขต ตามความเหมาะสม คณะกรรมการต้องส่งการขออนุญาตให้ผู้อำนวยความสะดวกหรือผู้ช่วยผู้อำนวยความสะดวกที่ได้รับมอบหมายพร้อมความเห็นว่าจะอนุญาตหรือไม่ ตลอดจนขอเห็นควรให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขการขออนุญาต

(2.2.3) นอกจากการพิจารณาตามมาตรา IV.A. ข้างต้นแล้ว คณะกรรมการยังต้องตรวจการขออนุญาตว่ามีมาตรการที่เพียงพอในการลดโอกาสที่จะเกิดพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนและทำให้ลดความเสี่ยงและการล่วงล้ำที่เกิดจากพฤติการณ์ดังกล่าวหรือไม่ ในกรณีที่คณะกรรมการมีความเห็นอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจ ความเห็นนั้นต้องประกอบด้วยข้อความเป็นหนังสือโดยสังเขปซึ่งอธิบายว่าเหตุใดการปฏิบัติการนั้นจึงควรได้รับอนุญาตในบริบทของการคาดการณ์ถึงพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน

(2.2.4) คณะกรรมการมีความเห็นอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจเมื่อผ่านเสียงข้างมาก หาก

(2.2.4.1) ถ้าผู้ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญาอย่างน้อยหนึ่งคนมิได้เข้าร่วมในการทำความเห็นอนุญาตปฏิบัติการที่เสนอ เพราะเหตุการวินิจฉัยนโยบายทางกฎหมาย ทางจริยธรรม ทางการฟ้องดำเนินคดี หรือทางกระทรวง (departmental) ผู้ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะต้องแจ้งแก่ผู้ช่วยอัยการสูงสุดนั้นและห้ามมีการดำเนินการใดๆต่อการขออนุญาตนั้นต่อไปจนกว่าผู้ช่วยผู้อำนวยความสะดวกที่ได้รับมอบหมายจะได้หารือกับผู้ช่วยอัยการสูงสุดนั้น และ

(2.2.4.2) ถ้าจากการหารือกันกับผู้ช่วยอัยการสูงสุดนั้นมีความเห็นต่างจากผู้ช่วยผู้อำนวยความสะดวกที่ได้รับมอบหมายซึ่งมีความเห็นอนุญาตการขออนุญาตปฏิบัติการนั้น ห้ามมีการดำเนินการใดๆต่อการขออนุญาตนั้นต่อไปจนกว่าจะมีการอนุญาตจากรองอัยการสูงสุด หรืออัยการสูงสุด

(2.2.5) คณะกรรมการควรหารือกับสำนักงานที่ปรึกษาทั่วไปของ FBI และสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย หรือสำนักงานหรือกองที่เหมาะสมอื่นๆของกระทรวงยุติธรรมในเรื่องปัญหาข้อกฎหมายที่มีนัยสำคัญที่ยังไม่มีข้อสรุปเกี่ยวกับอำนาจหรือการกระทำในการปฏิบัติการอำนาจที่ขออนุญาต

(2.2.6) ผู้อำนวยการ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่ได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลดังกล่าวอาจเสนอเรื่องเกี่ยวกับการสืบสวนที่มีความละเอียดอ่อนซึ่งรวมถึงปฏิบัติการที่ใช้สายลับหรือที่อาศัยความร่วมมือจากพยานหรือเป้าหมายแก่คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางเพื่อขอคำปรึกษา คำแนะนำ หรือความคิดเห็น แม้จะไม่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางเลยก็ตาม SAC อาจส่งการปฏิบัติการอำพรางให้ FBIHQ และคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางพิจารณาทั้งนี้ให้เป็นไปตามนโยบายของ FBI แม้จะไม่มีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนตาม Guidelines นี้เลยก็ตาม

(2.2.7) อัยการเขต SAC หรือบุคคลากรของหน่วยงานดังกล่าวอาจร่วมในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางเพื่อช่วยในการพิจารณาการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพราง

(2.2.8) ถ้า SAC และอัยการเขตไม่เห็นด้วยร่วมกันกับเงื่อนไขใดๆที่คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางกำหนดในการอนุญาตการปฏิบัติการอำพราง ทั้งสองอาจหารือกับประธานคณะกรรมการซึ่งอาจนัดประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าวอีกครั้ง

(2.2.9) ในช่วงเวลาใดๆระหว่างการดำเนินการปฏิบัติการอำพราง SAC มีสิทธิอุทธรณ์คำตัดสินของ FBIHQ โดยตรงต่อผู้ช่วยผู้อำนวยการ เช่นเดียวกับที่อัยการเขตมีสิทธิอุทธรณ์โดยตรงต่อผู้ช่วยอัยการสูงสุด กองคดีอาญา หรือรองอัยการสูงสุดตามความเหมาะสม

(2.3) ผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมายอาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่พิจารณาแล้วโดยคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

ยกเว้นการสืบสวนที่มีกรณีพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนตาม (12) กรณีการก่อการร้าย หรือ (13) กรณีมีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรง ผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายเท่านั้นที่อาจอนุญาตปฏิบัติการที่เสนอมาได้ หากมีการคาดการณ์ตามควรว่า

(2.2.1) การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะถูกใช้เพื่อเข้าไปมีส่วนในการดำเนินการของกลุ่มผู้ถูกสืบสวนเพื่อการสืบสวนกิจการการก่อการร้าย หรือการเกณฑ์บุคคลจากกลุ่มดังกล่าวมาเป็นสายลับ (พฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อน (12)) หรือ

(2.2.2) มีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรง หรือการบาดเจ็บทางร่างกายต่อบุคคล หรือความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความเสียหายทางการเงิน (พฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน (13))

(2.4) การขออนุญาตขยายหรือต่อระยะเวลาการปฏิบัติการอำนาจควรระบุผลลัพธ์ที่ได้จากปฏิบัติการนั้น หรืออธิบายถึงความล้มเหลวในการได้ผลลัพธ์ที่มีนัยสำคัญ และในกรณีที่มีพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนเข้ามาเกี่ยวข้องควรมีจดหมายจากอัยการสหพันธรัฐที่เหมาะสมเห็นด้วยการขยายหรือต่อระยะเวลาการใช้อำนาจ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.F (3))

(3) การอนุญาตไปพลางในกรณีฉุกเฉิน ตามมาตรา IV.I

(3.1) ในกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่อาจได้รับอนุญาตจาก SAC ซึ่งโดยปกติต้องอนุญาตเป็นหนังสือก่อนการปฏิบัติการนั้น การอนุญาตไปพลางในกรณีฉุกเฉินจะทำได้ หาก SAC เห็นว่าโอกาสในการสืบสวนที่สำคัญยิ่งจะเสียไปถ้าใช้เวลาไปกับการทำหนังสือการอนุญาต SAC อาจอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจด้วยวาจาได้

(3.2) ในกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการอำนาจ ซึ่งได้แก่ การปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน กระบวนการการอนุญาตไปพลางในกรณีฉุกเฉินต้องทำที่ FBIHQ ซึ่งจะเร่งรัดการพิจารณาและการอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจที่เสนอนั้น ดู IV.G(3) แต่หาก SAC ประเมินว่าสถานการณ์ที่เป็นอยู่นั้นแม้แต่กระบวนการที่เร่งรัดดังกล่าวก็ยังไม่ทันเกินไป SAC อาจอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจนั้นในกรณีดังต่อไปนี้ โดยก่อนให้การอนุญาตในกรณีต่างๆดังกล่าวต่อไป SAC ต้องพยายามหารือกับอัยการสหพันธรัฐที่เหมาะสมและผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย ทั้งนี้ตามมาตรา IV.I (2)

(3.2.1) ในกรณีที่ต้องการการอนุญาตจากผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งได้แก่การปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติกรรมด้านการเงินการคลังข้อ (1)-(3) แต่ถ้ามองอาจจะมีพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน (13) กรณีความเสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรงอย่างมีนัยสำคัญ SAC อาจอนุญาตเมื่อเห็นว่าหากไม่เริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลาปฏิบัติการในทันที ชีวิต ทรัพย์สินหรือความปลอดภัยของบุคคลจะตกอยู่ในอันตรายร้ายแรง

(3.2.2) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน (12) กรณีการก่อการร้าย หรือ (13) กรณีความรุนแรงต่อบุคคลหรือความเสียหายทางการเงิน SAC อาจอนุญาตการปฏิบัติการอำนาจเมื่อเห็นว่าการเริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลาปฏิบัติการเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือป้องกันการบาดเจ็บร้ายแรง

(3.2.3) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อน (12) กรณีการก่อการร้าย หรือการดำเนินการเชิงสอบสวนอื่นที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย SAC อาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางเมื่อเห็นว่าการเริ่มดำเนินการ การขยายหรือการต่อระยะเวลาปฏิบัติการจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียโอกาสในการสืบสวนที่สำคัญยิ่ง

ในกรณีนี้ การขออนุญาตเป็นหนังสือต้องส่งให้ FBIHQ ภายใน 48 ชั่วโมงหลังการปฏิบัติการนั้นได้เริ่มดำเนินการ ขยายหรือต่อระยะเวลา พร้อมกับข้อพิจารณาขั้นต้นและคำอธิบายสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทันทีที่ได้รับแจ้งถึงการอนุญาตฉุกเฉิน FBIHQ ต้องแจ้งคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางที่มาจากกระทรวงยุติธรรม หากการขออนุญาตเป็นหนังสือภายหลังดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาต รายงานฉบับเต็มของการดำเนินการทั้งหมดที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการดังกล่าวจะต้องถูกเสนอต่อผู้อำนวยการซึ่งต้องแจ้งต่อรองอัยการสูงสุด ทั้งนี้ตามมาตรา IV.I (4)

(3.3) ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางออนไลน์ SAC หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจาก SAC อาจอนุญาตเป็นหนังสือให้ดำเนินการอำพรางต่อไปเป็นระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน หากมีความจำเป็นในการดำเนินการติดต่อทางออนไลน์กับเป้าหมายต่อไปเพื่อรักษาความน่าเชื่อถือหรือหลีกเลี่ยงการสูญเสียการติดต่อกับเป้าหมายอย่างถาวรในช่วงระยะเวลาที่การขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางออนไลน์อยู่ระหว่างการจัดทำและเสนอเพื่อขออนุญาต

หากการปฏิบัติการอำพรางที่เสนอเข้ากรณีที่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ช่วยผู้อำนวยการตามมาตรา IV.C(2) เจ้าหน้าที่ที่เหมาะสมของ FBIHQ ต้องได้รับแจ้งทันทีถึงการวินิจฉัยเพื่ออนุญาตอำนาจฉุกเฉินนี้ นอกจากนี้รายงานฉบับเต็มของการดำเนินการทางออนไลน์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้จะต้องถูกเสนอเพื่อการอนุญาตให้ใช้อำนาจในทันทีที่ทำได้ ถ้าได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่อำพรางผู้เก็บรักษาการติดต่อทางออนไลน์ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้ต้อง

(3.3.1) เก็บรักษาบันทึกที่ถูกต้องของการติดต่อสื่อสารทางออนไลน์ทั้งหมด

(3.3.2) หลีกเลี่ยงการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย

(3.3.3) เก็บรักษาข้อมูลออนไลน์ส่วนบุคคลอย่างจำกัดที่สุดเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กล่าวข้างต้น

(3.3.4) หลีกเลี่ยงการติดต่อทางกายภาพกับเป้าหมาย ในช่วงระหว่างการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางทางออนไลน์

(3.3.5) กระทำสิ่งที่จำเป็นและสมควรในช่วงระยะเวลากรณีฉุกเฉินเพื่อปกป้องผู้ที่อาจตกเป็นผู้เสียหายและป้องกันการดำเนินการที่ผิดกฎหมายร้ายแรง หากการ

ติดต่อทางออนไลน์แสดงให้เห็นถึงภัยอันตรายร้ายแรงและใกล้จะถึงต่อบุคคลที่สาม สถาบันการเงิน หรือหน่วยงานของรัฐ และ

(3.3.6) เหตุการณ์ดำเนินการอำพรางถ้าภายในช่วงระยะเวลา 30 วันนั้น มีผลการวินิจฉัยว่าไม่อนุญาตการปฏิบัติการอำพราง

(4) ตามมาตรา IV.H (5)(d) ถ้าเจ้าหน้าที่อำพรางเชื่อว่ามีความจำเป็นและสมควร ตามมาตรฐานที่กำหนดตามมาตรา H(1) ที่จะมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ ก็ควรหารือกับ SAC ซึ่งต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งอำนาจปฏิบัติการไปพลางในกรณีฉุกเฉินจากผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย และได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางด้วยหากเป็นไปได้ ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากกรณีขออนุญาตฉุกเฉินทั่วไปตามมาตรา IV.I ตรงที่ในกรณีนี้ แม้ว่าเป็นการอำพรางที่อยู่ในอำนาจการอนุญาตของ SAC ไม่ว่าจะมีความผิดที่ ต้องส่ง FBIHQ ตามปกติหรือฉุกเฉินทั่วไปตามมาตรา IV.I หรือไม่ก็ตาม โดยหลัก SAC ต้องพยายาม ส่งให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย และคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางด้วยหากเป็นไปได้ หรือหากจำเป็นก็อาจให้การอนุญาตในกรณีฉุกเฉินตามกรณีฉุกเฉินทั่วไปตามมาตรา IV.I

หากการหารือนั้นเป็นไปได้ และเจ้าหน้าที่อำพรางประเมินว่ามีภัยอันตรายร้ายแรง อันใกล้จะถึงต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่อำพรางอาจมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายนั้นตรงเท่าที่เขาไม่เข้าไปมีส่วนในการก่อกองอันตรายนั้นและทำทุกวิถีทางที่จะป้องกันการกระทำที่มีความรุนแรงนั้น และ SAC ต้องจัดทำรายงานในทันทีที่ทำได้และส่งให้ FBIHQ ซึ่งจะแจ้งต่อคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

การตัดสินใจเข้ามีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำพรางในกรณีนี้ อาจได้รับการอนุญาตย้อนหลังหากสมควร กล่าวคือ เป็นกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่เริ่มดำเนินการโดยชอบแล้ว แต่เจ้าหน้าที่อำพรางเชื่อว่าอาจมีการกระทำผิดที่ไม่อาจคาดเห็น แต่ขณะเดียวกันอาจต้องรีบดำเนินการปฏิบัติการแล้ว เช่น หากชักช้าโอกาสในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอาจสูญหายไป เป็นต้น

(5) FBI ต้องแจ้งรองอัยการสูงสุดในทันทีในกรณีที่ FBIHQ ไม่อนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่เสนอและในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางไม่อาจหาเสียงข้างมากในการพิจารณาการขออนุญาต ทั้งนี้ตามมาตรา IV.F (4)

3.2.2.2 การตรวจสอบควบคุมคณะกรรมการปฏิบัติการอำพราง

1) มาตรา VI.A ได้กล่าวถึงการเตรียมความพร้อมเจ้าหน้าที่อำพราง สายลับ และพยานที่ให้ความร่วมมือว่าก่อนการสืบสวน SAC หรือ เจ้าหน้าที่พิเศษผู้ควบคุมดูแลที่ได้รับมอบหมาย

ต้องพิจารณาร่วมกับเจ้าหน้าที่อำนาจแต่ละรายเรื่องการกระทำที่คาดว่าเจ้าหน้าที่อำนาจนั้นจะกระทำและการกระทำที่อาจจำเป็นในระหว่างการสืบสวน SAC หรือ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องหารือกับเจ้าหน้าที่อำนาจในเรื่องพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนหรือด้านการเงินการคลังตามมาตรา IV.C(1) หรือ (2) ที่อาจเกิดขึ้น

เจ้าหน้าที่อำนาจต้องได้รับการแนะนำว่าจะต้องไม่มีส่วนในการกระทำที่ใช้ความรุนแรง ริเริ่มหรืออยู่ในแผนการใดเพื่อการกระทำความผิดอาญา ใช้เทคนิคการสืบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือพยานหลักฐาน หรือกระทำการใดๆที่ฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับเทคนิคการสืบสวนหรือการกระทำของ FBI ตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดหรือนโยบายของกระทรวง และ (ยกเว้นในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา IV.H(5)(d)) เจ้าหน้าที่อำนาจต้องไม่มีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายซึ่งไม่ได้รับอนุญาตตาม Guidelines นี้

เจ้าหน้าที่อำนาจต้องได้รับการแนะนำเรื่องกฎหมายการล่อให้กระทำความผิด

เมื่อเจ้าหน้าที่อำนาจสืบทราบว่าคุณค่าบุคคลที่ถูกสืบสวนนั้นมีเจตนาจะประกอบอาชญากรรมที่รุนแรง ก็ควรพยายามลดความรุนแรงนั้น มิใช่เพิ่มความรุนแรงเพียงเพื่อมุ่งหวังจับกุมดำเนินคดีต่อเป้าหมายในความผิดร้ายแรงได้

2) มาตรา VI.B ได้กล่าวถึงการพิจารณาการกระทำว่าในระหว่างการปฏิบัติการอำนาจ SAC ต้องพิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่อำนาจและบุคคลอื่นๆในการปฏิบัติการอำนาจเป็นระยะ รวมถึงการกระทำที่เสนอหรือคาดเห็นได้ตามควรในการสืบสวนที่ยังคงมีอยู่

การตรวจพบการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตต้องหารือกับบุคคลนั้นและรายงานทันทีต่อผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมายและคณะกรรมการพิจารณาการอำนาจ และวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นควรมีส่วนในการสืบสวนต่อไปหรือไม่

3) มาตรา VI.C ได้กล่าวถึงการหารือต่อเนื่องระหว่าง SAC กับอัยการว่าเมื่อเริ่มดำเนินการและระหว่างการดำเนินการปฏิบัติการอำนาจ SAC หรือเจ้าหน้าที่พิเศษผู้ควบคุมดูแลที่ได้รับมอบหมายต้องหารือเพื่อความต่อเนื่องกับอัยการ โดยเฉพาะในแง่ของสิทธิในกิจการของการปฏิบัติการและความสมบูรณ์และคุณภาพของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดำเนินการ

4) มาตรา VI.D ได้กล่าวถึงกรณีพบปัญหาข้อกฎหมาย จริยธรรม การฟ้องดำเนินคดีหรือนโยบายของกระทรวงที่สำคัญ และพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนที่ไม่ได้คาดเห็นล่วงหน้า ว่า

(1) SAC ต้องหารือกับประธานคณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติการอำนาจคดีอาญาของ FBIHQ เมื่อมีปัญหาข้อกฎหมาย จริยธรรม การฟ้องดำเนินคดี หรือ

นโยบายของกระทรวงที่สำคัญเกิดขึ้นในการปฏิบัติการอำพราง หรือถ้าพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนเกิดขึ้นโดยไม่ได้ถูกคาดการณ์ล่วงหน้า FBI ต้องหารือกับอัยการเขตหรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าว และคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางที่จากกระทรวงยุติธรรมเรื่องควรมีการเปลี่ยนแปลง พัก หรือระงับการสืบสวนตามประเด็นดังกล่าวหรือไม่

(2) เมื่อมีพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนที่ไม่ได้คาดเห็นล่วงหน้าเกิดขึ้น SAC ต้องเสนอการขออนุญาตเป็นหนังสือต่อ FBIHQ เพื่อการอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางก่อนหน้าที่อนุญาตในชั้นสำนักงานภาคสนาม หรือแก้ไขการขออนุญาตที่มีอยู่แก่ FBIHQ ตามมาตรา IV.F

5) หากการปฏิบัติการอำพรางทำให้เกิดความรุนแรงเนื่องจากการกระทำความผิด และเจ้าหน้าที่อำพราง สายลับ หรือพยานที่ให้ความร่วมมือมีส่วนอย่างใดในการกระทำความผิดนั้น SACต้องแจ้งในทันทีต่ออัยการและ FBIHQ ซึ่งจะแจ้งต่อผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญาในทันทีที่ทำได้ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.H (5)(e)

3.2.2.3 การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพราง

มาตรา VI.E ได้กำหนดให้มีการจัดทำรายงานประจำปีโดยคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางต้องเก็บแฟ้มของการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่เสนอเข้ามาทั้งหมด พร้อมกับบันทึกที่เป็นหนังสือของการกระทำของคณะกรรมการต่อการขออนุญาตนั้น และความคิดเห็นที่สำคัญของเจ้าหน้าที่อนุญาต FBI ก็ต้องทำข้อสรุปสั้นๆเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางที่เห็นควรให้อนุญาตโดยคณะกรรมการ บันทึกและข้อสรุปดังกล่าวต้องสามารถตรวจสอบได้โดยรองอัยการสูงสุดที่ได้รับมอบหมายและผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญา

และคณะกรรมการต้องเสนอรายงานเป็นหนังสือต่อผู้อำนวยการ อัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด และผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญาซึ่งมีข้อสรุปถึงประเภทของการปฏิบัติการอำพรางที่อนุญาตและไม่ได้รับอนุญาตพร้อมเหตุผลที่ไม่อนุญาต, ประเด็นสำคัญที่ตั้งโดยคณะกรรมการในการพิจารณาการขออนุญาต และวิธีที่คณะกรรมการแก้ไข และการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างมีนัยสำคัญต่อการปฏิบัติการโดยการแนะนำของคณะกรรมการ

นอกจากนี้มาตรา VI.F กำหนดเรื่องการฝากเงินที่เหลืออยู่ การชำระบัญชีของสิทธิในกิจการ โดยให้ในทันทีที่เงินที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางไม่จำเป็นอีกต่อไปในการดำเนินการ เงินที่ได้มาที่เหลืออยู่ต้องนำฝากเข้าการคลังแห่งสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นรายรับเบ็ดเตล็ด

ตลอดจนสิทธิในกิจการซึ่งมีมูลค่าสุทธิเกินกว่าจำนวนที่กำหนดโดยกฎหมายการอนุมัติจัดสรรงบประมาณของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice Appropriation Authorization Act) หรือหรือกฎหมายอื่นๆต้องถูกชำระบัญชี ขาย หรือเพิกถอน FBI ต้องรายงานพฤติการณ์ดังกล่าวแก่อัยการสูงสุดและอธิบดีกรมบัญชีกลาง (Comptroller General) เงินที่ได้จากการชำระบัญชี ขาย หรือเพิกถอนดังกล่าว หลังจากชำระหนี้หมดแล้ว ต้องนำฝากเข้าการคลังแห่งสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นรายรับเบ็ดเตล็ด

3.2.3. ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง

แม้หลักเกณฑ์ตาม Guidelines การปฏิบัติการอำพรางของอเมริกาจะมีรายละเอียดมากกว่าหลักเกณฑ์ประเทศอื่นที่เราพิจารณา แต่เป็นเพราะ Guidelines มิใช่กฎหมาย คงเป็นเพียงแนวปฏิบัติเท่านั้น สภาพบังคับในทางกฎหมายจึงน้อยมาก ดังนั้นผลของการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ตาม Guidelines จึงมีผลแต่เพียงอาจเป็นความผิดทางวินัยเท่านั้น ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่สามารถนำการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตาม Guidelines มาเป็นข้อต่อสู้ในคดี และศาลก็ไม่มีอำนาจลงโทษการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่มีได้มีฐานะเป็นกฎหมายได้⁴² ยิ่งไปกว่านั้น Guidelines ดังกล่าวโดยหลักยังใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่สำนักสอบสวนกลาง (FBI) เท่านั้น ไม่ใช่บังคับกับตำรวจในระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่น⁴³ แต่มลรัฐหรือท้องถิ่นอาจนำ Guidelines ไปเป็นแบบอย่างการออกแนวปฏิบัติหรือกฎหมายของตนก็ได้⁴⁴ ซึ่งบางมลรัฐก็มีได้นำไปใช้⁴⁵

นอกจากนี้ผลของการฝ่าฝืนหลักการปฏิบัติการอำพรางไม่ทำให้จำเลยยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าพยานหลักฐานโจทก์ที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางรับฟังไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากระบบหมายของเยอรมนี⁴⁶

⁴² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 178.

⁴³ Ibid., 178-179.

⁴⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 511.

⁴⁵ Hamilton, H. and J. O. Smykla, "Guidelines for Police Undercover Work: New Questions About Accreditation and the Emphasis of Procedure over Authorization," *Justice Quarterly*: 145.

⁴⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 513.

3.3 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สาเหตุที่เราควรพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางของเยอรมนี เนื่องจากเป็นประเทศที่มีประสบการณ์เลวร้ายในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 จากการใช้อำนาจของตำรวจ โดยเฉพาะการสอดแนมโดยใช้การปฏิบัติการอำพราง โดยเยอรมนีมีระบบกฎหมายลักษณะพยานเน้นไปทางใต้สวน เนื่องจากในกระบวนการสืบพยานศาลจะเป็นผู้ซักถามพยานเป็นสำคัญ⁴⁷

ต่างจากอเมริกา ในเยอรมนีการปฏิบัติการอำพรางเป็นที่รู้จักและคุ้นเคยในประวัติศาสตร์เยอรมันมายาวนานกว่าอเมริกาในฐานะที่เป็นการปฏิบัติการแฝงตัว (infiltration) ด้านข่าวกรองของหน่วยข่าวกรอง APC (Federal Agency for the Protection of the Constitution) เพื่อความมั่นคงมากกว่าการสืบสวนของตำรวจในคดีอาญา⁴⁸

ก่อนปี ค.ศ. 1992 การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจแทบไม่มีการตรวจสอบควบคุมใดๆเลย มีเพียงการควบคุมหลักๆจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality) การควบคุมดังกล่าวได้แก่ การควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยตรงที่ห้ามตำรวจเพิกเฉยต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย และการควบคุมโดยหลักเกณฑ์เชิงสารบัญญัติ (substantive norm) ที่มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกันโดยแนวคำพิพากษาและความเห็นของนักวิชาการที่ห้ามผู้อำพรางกระทำความผิดและห้ามเอื้ออำนวย (encouraging) มากเกินไปให้บุคคลอื่นกระทำความผิด⁴⁹

นอกจากนี้มีการควบคุมการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจโดยแนวทาง (guidelines) ที่ออกร่วมกันโดยกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงมหาดไทยของแต่ละมลรัฐซึ่งกำหนดเพียงอาชญากรรมที่ใช้การปฏิบัติการอำพรางได้ และข้อควรปฏิบัติกว้างๆ ตลอดจนกฎหมายตำรวจแต่ละมลรัฐที่กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกัน (preventive operation) ต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น (future crime) ดังนั้นหลักการควบคุมต่างๆที่มีอยู่ก่อนปี 1992 จึงเน้นที่การอำพรางเชิงป้องกันมากกว่า⁵⁰

⁴⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี," *ตุลพาห* 55, 1 (มกราคม-เมษายน 2551): 195.

⁴⁸ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 561.

⁴⁹ Ibid., 506.

⁵⁰ Ibid., 507.

กฎเกณฑ์การควบคุมที่ไม่เพียงพอและขาดความชัดเจนดังกล่าวทำให้ผู้คนโดยเฉพาะ นักวิชาการและศาลเกิดข้อสงสัยต่อความโปร่งใสของการปฏิบัติการอำนาจ⁵¹ เจ้าหน้าที่นายหนึ่งเปิดเผยว่าในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1992 ในการปฏิบัติการเจ้าหน้าที่ไม่ได้ตระหนักถึงการล่อให้กระทำ ความผิด และไม่ได้สนใจว่าตนต้องเข้าไปในบ้านของเป้าหมายอันละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว หรือไม่ และปฏิบัติการเชิงข่าวกรองมากกว่าการแสวงหาพยานหลักฐาน⁵² ทั้งยังมีข่าวอื้อฉาวเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำนาจของตำรวจปรากฏอยู่บ่อยครั้ง⁵³ ประกอบกับคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรป (European Court of Human Rights) ที่ว่าการปฏิบัติการอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (rights to fair trial) ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR) กระตุ้นให้เกิดความต้องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการปฏิบัติการอำนาจของตำรวจมากขึ้น⁵⁴

แต่ขณะเดียวกันตำรวจและหน่วยงานฝ่ายปกครองแต่ละมลรัฐ (กระทรวงยุติธรรมและ กระทรวงมหาดไทย) ก็ต้องการอำนาจเพิ่มเติมในการปราบปรามอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น จากการเปลี่ยนแปลงด้านพรมแดนของประเทศทั้งในแง่ดินนัยและพุดินนัยจากสาเหตุต่างๆ ได้แก่ การรวมประเทศระหว่างเยอรมนีตะวันออกกับเยอรมนีตะวันตก (1990) และการรวมกลุ่มประเทศสหภาพ ยุโรป (European Union) ที่ใกล้เข้ามา (1993) ยิ่งไปกว่านั้นกระแสเกี่ยวกับปัญหาองค์กร อาชญากรรมและอาชญากรรมข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในช่วงปี 1980 ส่งผลให้ตำรวจเห็นว่ามี ความจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษต่างๆ รวมถึงการปฏิบัติการอำนาจมากขึ้น⁵⁵

จนมาถึงการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1992 รัฐสภาของเยอรมัน (Bundestag) ได้ตรา กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำนาจ (StPO § 110a) โดยพยายามให้มีความสมดุลระหว่าง ความเห็นของนักวิชาการและศาลที่ต้องการควบคุมการปฏิบัติการอำนาจให้ชอบด้วยหลักนิติรัฐ (rule of law หรือ Rechtsstaatlichkeit) กับความเห็นของตำรวจและฝ่ายปกครองที่ต้องการอำนาจ เพิ่มเติมในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม⁵⁶

การปฏิรูปกฎหมายปี ค.ศ. 1992 ทำให้สร้างความแตกต่างที่ชัดเจนมากขึ้นระหว่าง การปฏิบัติการอำนาจของเยอรมนีกับอเมริกา การปฏิบัติการอำนาจอเมริกาเจ้าหน้าที่อำนาจต้องเข้า

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., 509.

⁵³ Ibid., 507.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid., 508.

⁵⁶ Ibid.

ไปคลุกคลีกับอาชญากรเกือบจะถาวรเลยทีเดียว พวกเขาต้องร่วมทำอาชญากรรมต่างๆ เช่น ขายยา เสพติด ขโมยของ เป็นต้น แต่การปฏิบัติการอำพรางเยอรมนี ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางไม่ใช่เจ้าหน้าที่อำพรางอีกต่อไป แต่เป็นเจ้าหน้าที่ลับ (covert agent) แทน⁵⁷

การปฏิรูปดังกล่าวไม่เพียงแต่ปฏิรูปกฎหมายการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น แต่ยังปฏิรูปโครงสร้างงานราชการตำรวจอีกด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายและเพิ่มความเป็นมืออาชีพและความเชี่ยวชาญมากขึ้น โดยการตั้งหน่วยเพื่อการอำพรางเชิงลึก (deep cover operation) ขึ้นมาโดยเฉพาะแยกจากหน่วยสืบสวน (investigative units) มีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่อำพรางเชิงลึก (deep covert agent) สายลับ และเจ้าหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติการอำพราง⁵⁸ ซึ่งทำให้เกิดการตรวจสอบระหว่างเจ้าหน้าที่อำพรางเชิงลึก (deep covert agent) สายลับ เจ้าหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติการอำพราง และหน่วยสืบสวน โดยหน่วยการอำพรางเชิงลึกสามารถเลือกได้ว่าจะรับทำงานใดที่ได้รับมอบหมายตามที่เห็นว่าเหมาะกับทรัพยากรของหน่วย⁵⁹

อย่างไรก็ตามเนื่องจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ทำให้ทัศนคติของเยอรมนีที่มีต่อการปฏิบัติการอำพรางมีความอ่อนไหวมากกว่าของอเมริกา⁶⁰ โดยเฉพาะการปฏิบัติการอำพรางเชิงลึก (deep undercover) นักวิชาการและผู้พิพากษาจำนวนมากเห็นว่าการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจขัดกับหลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างตำรวจกับหน่วยข่าวกรอง APC ของเยอรมนี⁶¹

หลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างตำรวจกับหน่วยข่าวกรองดังกล่าวมิได้เป็นเป็นหลักที่เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญของเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หรือ Basic Law for the Federal Republic of Germany) แต่มีที่มาจาก ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ตำรวจเกสตาโป (Gestapo) มีอำนาจเบ็ดเสร็จทำให้มีการละเมิดสิทธิของประชาชนจำนวนมาก⁶² จนกระทั่งสิ้นสุดสงคราม กองทัพอากาศฝ่ายสัมพันธมิตร (Allies) ต่อมาในปี 1949 ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ออกคำสั่งว่าฝ่ายสัมพันธมิตรจะอนุมัติการตรารัฐธรรมนูญของเยอรมนี ก็ต่อเมื่อเยอรมนีแบ่งแยกอำนาจตำรวจกับหน่วยข่าวกรองออกจากกัน⁶³

⁵⁷ Ibid., 509.

⁵⁸ Ibid., 510.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., 516.

⁶¹ Ibid., 503.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

หลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างตำรวจกับหน่วยข่าวกรองได้วางหลักว่าอำนาจที่กระทบสิทธิของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจับเป็นของตำรวจไม่ใช่ของหน่วยข่าวกรอง ส่วนตำรวจก็ไม่มีอำนาจปฏิบัติการเพื่อการข่าวกรอง⁶⁴ ดังนั้น การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจจึงถูกวิจารณ์ว่ามีลักษณะคล้ายกับการใช้หน่วยสอดแนม (spy) ภายในประเทศ อันเป็นการอำนาจของหน่วยสอดแนม APC ต้องห้ามตามกฎหมายเยอรมนี⁶⁵

นอกจากหลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างตำรวจกับหน่วยข่าวกรองดังกล่าวแล้ว การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจยังถูกวิจารณ์ว่าขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality) ที่ห้ามตำรวจเพิกเฉยต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย (tolerating law-breaking) ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยข่าวกรอง APC⁶⁶ การปฏิบัติการอำพรางเชิงข่าวกรองของตำรวจที่เลือกจับการกระทำผิดบางกรณีเท่านั้นทำให้ถูกวิจารณ์ว่าเป็นการที่ตำรวจใช้อำนาจของหน่วยข่าวกรอง APC⁶⁷ และเป็นการเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม ระบบการขออนุญาตทำให้ศาลตรวจสอบความชอบของการปฏิบัติการอำพรางได้ง่ายขึ้นว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นได้รับการอนุญาตโดยชอบแล้วหรือไม่ แม้ศาลจะไม่มีทางทราบว่าตำรวจใช้วิธีการใดในรายละเอียดต่อจำเลย แต่ศาลก็สามารถตรวจสอบได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางใช้กับการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้หรือไม่⁶⁸

โดยการปฏิบัติการอำพรางของเยอรมนีมีหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung หรือ StPO) มาตรา 110a ถึง 110c* ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

3.3.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา

การปฏิบัติการอำพรางที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่อำพราง (undercover investigators) เท่านั้นที่อยู่บังคับตาม StPO มาตรา 110a ถึง 110c โดยการปฏิบัติการอำพรางของเยอรมนีเรียกว่า “การใช้เจ้าหน้าที่อำพราง (use of undercover investigators)”

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., 504.

⁶⁸ Ibid., 509.

* มาตรา 110d และ 110e ถูกยกเลิกแล้วในปัจจุบัน ดู Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium, [Online] Accessed: 7 May 2015. Available from: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0753

StPO มาตรา 110a (1) ได้กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่อำพราง (undercover investigators) อาจถูกใช้เพื่อคลี่คลายการกระทำผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุบ่งชี้ข้อเท็จจริงที่เพียงพอ (sufficient factual indications) ว่ามีการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญ (substantial significance) เกิดขึ้น

1. ในขอบเขตการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้ายาเสพติด อาวุธผิดกฎหมาย หรือการปลอมแปลงเงินตราหรือตราประทับราชการ
2. ในขอบเขตความมั่นคงของชาติ
3. ในเชิงพาณิชย์หรือกระทำเป็นประจำ
4. โดยสมาชิกกลุ่มบุคคลหรือในรูปแบบองค์กรใดๆ

เจ้าหน้าที่อำพรางยังอาจถูกใช้เพื่อคลี่คลายอาชญากรรมร้ายแรงที่มีข้อเท็จจริงยืนยันว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นซ้ำ โดยวิธีการดังกล่าวชอบที่จะใช้ได้ (admissible) เมื่อวิธีการอื่นในการคลี่คลายอาชญากรรมร้ายแรงไม่อาจสำเร็จได้ หรือสำเร็จได้แต่ยากมาก เจ้าหน้าที่อำพรางยังอาจถูกใช้เพื่อคลี่คลายอาชญากรรมร้ายแรงที่มีลักษณะพิเศษในการกระทำผิดซึ่งทำให้การปฏิบัติการอำพรางเป็นสิ่งจำเป็นและวิธีการอื่นไม่อาจสำเร็จได้”⁶⁹

จากมาตรา 110a (1) จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางของเยอรมนีไม่ได้ใช้กับคดีอาชญากรรมเท่านั้น แต่ขณะเดียวกันก็มีการจำกัดความผิดที่จะใช้การปฏิบัติการอำพรางไว้เช่นกัน นอกจากนี้ยังสะท้อนถึงหลักวิธีการสุดท้ายในการใช้การปฏิบัติการอำพรางไว้ด้วย

มาตรา 110a (2) และ (3) ยังกล่าวถึงการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่อำพรางทำธุรกรรมภายใต้ตัวตนสมมติด้วยโดยกล่าวว่า

“(2) เจ้าหน้าที่อำพรางต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ดำเนินการสืบสวนโดยการเปลี่ยนแปลงและใช้ตัวตนสมมติ ซึ่งเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจมีส่วนในธุรกรรมตามกฎหมายโดยใช้ตัวตนสมมตินั้น

(3) ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อสร้างหรือรักษาตัวตนสมมติ อาจมีการจัดทำ เปลี่ยนแปลง และใช้เอกสารที่เกี่ยวข้อง”⁷⁰

ส่วนมาตรา 110c ได้กล่าวถึงขอบเขตของเจ้าหน้าที่อำพรางในการเข้าไปในเคหสถานโดยได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิว่า เจ้าหน้าที่อำพรางความยินยอมดังกล่าวต้องอยู่ในกรอบของสิทธิในการเข้าไปในเคหสถานเทียมที่ถูกสร้างขึ้นจากตัวตนสมมติเท่านั้น โดยบัญญัติว่า

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

“เจ้าหน้าที่อำพรอาจเข้าไปในเข้าไปในเคหสถานโดยใช้ตัวตนสมมติด้วยความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ ความยินยอมดังกล่าวไม่ถือว่าเกิดขึ้น หากเจ้าหน้าที่อำพรใช้สิทธิในการเข้าไปในเคหสถานเทียม (pretence of a right of access) เกินขอบเขตไปจากตัวตนสมมติที่ใช้ อำนาจของเจ้าหน้าที่อำพรดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง”⁷¹

ตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่ เจ้าหน้าที่อำพรอาจใช้ปกปิดตัวตนโดยทำที่เป็นเพื่อนกับเป้าหมายและได้รับเชิญจากเป้าหมายให้เข้าไปดูทีวีในห้องนั่งเล่นในบ้านด้วยกัน โดยไม่ปรากฏว่ามีการยินยอมให้เจ้าหน้าที่อำพรเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้านได้ เช่นนี้หากเจ้าหน้าที่อำพรเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้าน เช่น ห้องนอน โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการกระทำที่เกินขอบเขต

3.3.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ

มาตรา 110b (1) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตโดยสำนักงานอัยการว่า

(1) “การใช้เจ้าหน้าที่อำพรชอบที่จะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาตจากสำนักงานอัยการก่อนการดำเนินการอำพร ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและไม่อาจได้รับการวินิจฉัยจากสำนักงานอัยการได้ทันเวลา ให้ถือว่าได้รับการอนุญาตโดยไม่ต้องรอกการวินิจฉัยดังกล่าว แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องยุติหากไม่ได้รับการอนุญาตจากสำนักงานอัยการภายใน 3 วันทำการ การอนุญาตต้องทำเป็นหนังสือและต้องระบุระยะเวลาที่ชัดเจน การขอขยายระยะเวลาชอบที่จะทำได้โดยระบุลักษณะการใช้เจ้าหน้าที่อำพรที่จะดำเนินการต่อไป”⁷²

มาตรา 110b (2) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตโดยศาลว่า

(2) “การใช้เจ้าหน้าที่อำพรต่อผู้ต้องหาใดเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือที่เกี่ยวข้องกับการที่เจ้าหน้าที่อำพรต้องเข้าไปในเคหสถานซึ่งโดยปกติไม่สามารถเข้าไปได้นั้น ต้องขออนุญาตจากศาลในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและไม่อาจได้รับการวินิจฉัยจากสำนักงานอัยการได้ทันเวลา ให้ถือว่าได้รับการอนุญาตโดยไม่ต้องรอกการวินิจฉัยดังกล่าว แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องยุติหากไม่ได้รับการอนุญาตจากสำนักงานอัยการภายใน 3 วันทำการ ให้นำ (1) ประโยคที่ 3 และ 4 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”⁷³

3.3.3 ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพร

การปฏิบัติการอำพรที่ได้รับอนุญาตตามหลักเกณฑ์ StPO ย่อมชอบด้วยกฎหมายซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่อำพรได้รับความคุ้มครองจากการถูกศาลเยอรมนีซึ่งเป็นระบบไตส์วอนเรียกตัวไปเบิกความ

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

ในศาลอย่างเปิดเผยได้ โดยอาจให้การผ่านระบบวิดีโอเทเลคอนเฟอเรนซ์ (video teleconference) การพรางตัวตนพยาน (disguised witnesses) หรือให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเบิกความเป็นพยานบอกเล่าแทน⁷⁴ จึงเป็นการให้อำนาจอย่างไม่เป็นทางการแก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปกปิดการมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 110b (3) ที่บัญญัติว่า

“ตัวตนของเจ้าหน้าที่อำพรางอาจยังถูกเก็บรักษาเป็นความลับ แม้การปฏิบัติการจะได้เสร็จสิ้นแล้ว สำนักงานอัยการและศาลซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการวินิจฉัยการอนุญาตการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางอาจให้มีการเปิดเผยตัวตนเจ้าหน้าที่อำพรางแก่อัยการหรือศาลดังกล่าวได้ การเก็บรักษาตัวตนให้เป็นความลับในกระบวนการดำเนินคดีอาญาสามารถชอบที่กระทำได้ตามมาตรา 96 โดยเฉพาะหากมีเหตุตามควรที่จะกลัวว่าการเปิดเผยตัวตนดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของเจ้าหน้าที่อำพรางหรือบุคคลอื่น หรืออาจเป็นอันตรายต่อการดำเนินการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางต่อไป”⁷⁵

แต่หากการปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ตาม StPO ศาลย่อมมีอำนาจเรียกให้เจ้าหน้าที่อำพรางมาเบิกความอย่างเปิดเผยในศาลและอาจทำให้การมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางถูกเปิดเผยต่อศาลได้ แม้ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่อำพรางจะถูกลงโทษเพราะการฝ่าฝืนนั้นได้ยาก เนื่องจากศาลจะพิจารณาจากเจตนาชั่วร้าย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ และความจำเป็น และตีความว่าเจ้าหน้าที่อำพรางขาดเจตนา ทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางไม่มีความผิดอาญา⁷⁶

นอกจากนี้การปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการนั้นรับฟังมิได้อีกด้วย⁷⁷

ผลทางกฎหมายนี้ยังถูกนำไปใช้ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางโดยสายลับตามหลักเกณฑ์ Confidentiality Regulation ด้วยหลักการเดียวกันด้วย⁷⁸

⁷⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 564.

⁷⁵ Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium,

⁷⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 570.

⁷⁷ Ross, J. E., "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany."

⁷⁸ Jacqueline E. Ross, "Police Informants," in *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, eds. Simon Chesterman and Angelina Fisher (NY.: NYU Press, 2009), p. 166.

3.3 การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดของสาธารณรัฐอิตาลี

อิตาลีเป็นหนึ่งในประเทศที่ประสบกับปัญหายาเสพติดในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมมาก จึงเป็นประเทศหนึ่งที่น่าพิจารณาศึกษาว่าสำหรับประเทศที่มีปัญหายาเสพติดในลักษณะการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมจะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการปฏิบัติการอำพรางอย่างไร

ก่อนการปฏิรูปกฎหมายเป็นระบบกล่าวหาในปี 1988 ระบบกฎหมายลักษณะพยานของอิตาลีใช้ระบบไต่สวนโดยอาศัยกลไกการแสวงหาข้อเท็จจริงจากตำรวจ อัยการ ศาลไต่สวน และศาลการถ่วงดุลอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงระหว่าง 4 องค์กรดังกล่าว ประกอบกับในเวลานั้นยังไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การสืบสวนโดยการปฏิบัติการอำพรางโดยตรงและยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดกลไกการควบคุมการสืบสวนของตำรวจอย่างเข้มงวด คงมีแต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 55 ที่วางหลักว่าตำรวจมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานเบื้องต้นก่อนเริ่มการสอบสวนสืบสวนคดีอาญาอย่างเป็นทางการ (preliminary investigation) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการพบการกระทำความผิด (notizia di reato) ทำให้ช่วงเวลาก่อนการพบการกระทำความผิดซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนที่ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดกลายเป็นพยานหลักฐาน ตำรวจอิตาลีค่อนข้างมีอิสระทางกฎหมายและทางปฏิบัติ (อันเนื่องมาจากการขาดกลไกการควบคุมที่เข้มงวด) ในการใช้ดุลพินิจสืบสวนว่าจะใช้เทคนิควิธีใด รวมถึงการปฏิบัติการอำพราง⁷⁹ และการใช้สายลับ⁸⁰

ต่อมาในปี 1988 การปฏิบัติการอำพรางของอิตาลีถูกกำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งได้รับอิทธิพลจากการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายลักษณะพยานจากระบบเดิมที่เป็นระบบไต่สวนเป็นระบบกล่าวหาในทำนองเดียวกันกับอเมริกาแทน⁸¹ และได้รับอิทธิพลจากพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้อัยการถูกปรับบทบาทจากเดิมที่เป็นผู้ใช้อำนาจในเชิงไต่สวนรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ทั้งความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาไปเป็นผู้สอบสวนเพื่อฟ้องเอาผิดผู้ต้องหาแทน และทำให้การสอบสวนสืบสวนของตำรวจถูกตรวจสอบควบคุมโดยอัยการ แม้ว่ากฎหมาย มาตรา 56 จะกำหนดให้ตำรวจฝ่ายสอบสวนสืบสวน (polizia giudiziaria) ต้องอยู่

⁷⁹ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, pp. 37-38.

⁸⁰ Ibid., 39.

⁸¹ Ross, J. E., "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," *American Journal of Comparative Law*: 306.

ภายใต้การควบคุมของอำนาจตุลาการ (judicial authority) แต่เนื่องจากการยุบองค์กระศาลได้ส่วน ทำให้เป็นที่รู้กันว่าอำนาจตุลาการนั้น หมายถึง อัยการ⁸²

การเพิ่มบทบาทอัยการในการควบคุมการสอบสวนสืบสวนทำให้ตำรวจถูกจำกัดดุลพินิจในการใช้การสืบสวนเชิงรุกอย่างการปฏิบัติการอำพรางและการมีส่วนร่วมหรือเพิกเฉยในการกระทำ ความผิดขณะปฏิบัติการอำพราง เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้อัยการเข้ามาควบคุมการสอบสวน สืบสวนอย่างเป็นทางการในโอกาสแรกทันทีที่มีพยานหลักฐานบ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิดอาญา เกิดขึ้น⁸³

โดยเมื่อพบพยานหลักฐานการกระทำความผิด การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจจะ ดำเนินการได้ต้องได้รับอนุญาตจากอัยการในลักษณะของหมายอำพราง เจ้าหน้าที่อำพรางจึงจะได้รับ ความคุ้มครองจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความรับผิดชอบที่ตนสืบสวน โดยการปฏิบัติการอำพรางจะ ใช้ได้ในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด องค์กรอาชญากรรม และอาชญากรรมข้ามชาติ ดังนั้นเพื่อแลกกับ การที่ตำรวจจะได้รับการคุ้มครองจากความเสียหายในการกระทำผิดกฎหมายขณะปฏิบัติการอำพราง ตำรวจต้องขออนุญาตอัยการและจะต้องดำเนินการปฏิบัติการอำพรางภายใต้การควบคุมของอัยการ อย่างใกล้ชิดซึ่งทำให้ตำรวจขาดอิสระในการปฏิบัติการอำพราง⁸⁴

ในทางปฏิบัติ ตำรวจอาจ “หน่วง” ขั้นตอนการสืบสวนก่อนเริ่มการสอบสวนสืบสวนอย่าง เป็นทางการ เพื่อเพิ่มอิสระในการปฏิบัติการอำพรางของตนมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ตำรวจอาจใช้ เจ้าหน้าที่อำพรางเข้าไปในสถานบริการแห่งหนึ่ง และสืบทราบว่ามีบุคคลจำหน่ายยาเสพติดในนั้น ซึ่ง หากถือว่าข้อมูลดังกล่าวถือเป็นพยานหลักฐานที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่อำ พรางนั้นต้องแสดงตัวและเข้าจับกุมบุคคลนั้นทันที อย่างไรก็ตาม ตำรวจตีความว่าการสืบสวนยังไม่ถึง จุดนั้น เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นเพียงความเท็จก็ได้ จึงต้องมีการสืบสวนเพิ่มเติม อาจโดยการ หาทางเข้าไปตีสนิทกับบุคคลนั้นและขอดูหรือขอซื้อยาเสพติดเพื่อพิสูจน์ทราบว่าเขามียาเสพติด ครอบครองเพื่อจำหน่ายจริง แต่ตำรวจอาจไม่ดำเนินการสืบสวนเพิ่มเติมโดยตรงเช่นนั้นทันที ทั้งนี้ เพื่อรักษาอิสระในการปฏิบัติการอำพรางโดยหลีกเลี่ยงการตรวจพบอาชญากรรมและนำไปสู่ขั้นตอน ในอำนาจควบคุมของอัยการ⁸⁵

⁸² Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 36.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid., 37.

⁸⁵ Ibid., 38.

แต่วิธีการ “หน่วง” ขั้นตอนดังกล่าว ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติการอำพรางเสี่ยงมากต่อการกระทำความผิดโดยปราศจากการควบคุมหรือจากหมายอำพรางที่อนุญาตโดยอัยการ แม้เจ้าหน้าที่อำพรางจะพยายามหลีกเลี่ยงการตรวจพบการกระทำความผิดโดยตรง แต่ในการปฏิบัติการอำพรางซึ่งยากจะควบคุมปัจจัยที่จะกระทบต่อการปฏิบัติการ จากกรณีสมมติในสถานบริการข้างต้น บุคคลผู้เป็นเป้าหมายอาจแสดงยาเสพติดต่อเจ้าหน้าที่อำพรางเอง หากเจ้าหน้าที่อำพรางไม่จับกุม เขาก็อาจถูกดำเนินคดีฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือยิ่งไปกว่านั้น ในการเข้าไปปฏิสัมพันธ์กับ บุคคลผู้ต้องสงสัยดังกล่าวอาจเกิดความยึดเยื้อติดพันจนต้องกระทำความผิด เช่น เสพยาเสพติด ทำให้เสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าตำรวจอาจจะอาศัยข้ออ้างว่ากระทำโดยจำเป็น หรือขาดเจตนาเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ⁸⁶ แต่การอาจต้องไปต่อสู้เช่นนั้นในชั้นศาลย่อมเสี่ยงต่อการถูกลงโทษและยุ่งยากกว่าการมีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้ต้องถูกดำเนินคดีในศาลเลยตั้งแต่ต้น

ความเสี่ยงของตำรวจอิตาลีต่อการถูกดำเนินคดีอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดขณะปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้จริง เพราะตลอดช่วงเวลาในตอนนั้นมีตำรวจหลายรายที่ต้องถูกดำเนินคดีเพราะขนยา ครอบครองยาเสพติดเพื่อส่งให้เป้าหมาย หรือกระทำความผิดเกินขอบเขตที่ยอมรับได้ในทางปฏิบัติ (ซึ่งก็ขาดความชัดเจน)⁸⁷

อย่างไรก็ตาม ในปี 1990 ปัญหาอาชญากรรมยาเสพติดที่เพิ่มมากขึ้นทำให้กฎหมายอิตาลีผ่อนปรนการตรวจสอบควบคุมการใช้การปฏิบัติการอำพรางของตำรวจในการสืบสวนคดียาเสพติด โดยให้อำนาจตำรวจปฏิบัติการอำพรางโดยการล่อซื้อ (simulated purchases of drugs undercover) ได้ด้วยหลักเกณฑ์ตาม Law no. 309/1990 on Narcotics มาตรา 97⁸⁸ แต่การจำกัดอำนาจแต่เพียงการล่อซื้อทำให้การปฏิบัติการอำพรางแคบเกินกว่าที่จะสืบสวนไปถึงผู้กระทำความผิดระดับสูงได้ เนื่องจากการสืบไปถึงผู้ค้ารายใหญ่ ตำรวจต้องปฏิบัติการอำพรางซื้อมาหลายครั้งจนเกิดความไวใจและนำไปสู่การขายในปริมาณที่มากขึ้น ซึ่งตำรวจต้องจ่ายเงินจำนวนมาก และแม้ในท้ายที่สุดจะนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดรายใหญ่ได้ แต่เงินที่ใช้ไปกับการปฏิบัติการครั้งก่อนๆ จำนวนมากก็มักจะไม่ได้กลับคืนมา⁸⁹

⁸⁶ Ibid., 39.

⁸⁷ Ibid., 10.

⁸⁸ Giuliano Turone, "Legal Frameworks and Investigative Tools for Combating Organized Transnational Crime in the Italian Experience," in *Resource Material Series No. 73*, ed. Grace Lord (Fuchu, Tokyo, : UNAFEI, 2007), p. 63.

⁸⁹ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 42.

ยิ่งไปกว่านั้น ในปี 2001 การแก้ไขกฎหมายให้มีความเป็นระบบกล่าวหามากขึ้นโดยเพิ่มความเข้มงวดในการควบคุมการรับฟังถ้อยคำของสายลับที่ปกปิดตัวตน ที่แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะอนุญาตให้ตำรวจปกปิดแหล่งข่าวเหล่านั้นได้ แต่ก็ห้ามตำรวจนำถ้อยคำสายลับมาใช้ในฐานะพยานบอกเล่าตราบเท่าที่สายลับเหล่านั้นยังได้รับการปกปิดตัวตน ข้อห้ามนี้ไม่เพียงแต่ห้ามรับฟังในชั้นศาล แต่ยังห้ามการนำมาใช้ในชั้นสอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการที่ควบคุมโดยอัยการด้วย ผลของหลักเกณฑ์นี้ทำให้การขออนุญาตดำเนินการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถทำได้ โดยอาศัยข้อมูลจากสายลับเพียงอย่างเดียวอีกต่อไป⁹⁰

แต่เช่นเดียวกันกับการถูกควบคุมการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางอย่างเข้มงวดนับแต่ปี 1988 เจ้าหน้าที่ตำรวจทางออกเกี่ยวกับการใช้สายลับในชั้นสอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการ ด้วยการใช้สายลับก่อนชั้นสอบสวนสืบสวนดังกล่าว⁹¹

ผลลัพธ์อีกประการหนึ่งจากการตรวจสอบควบคุมการสืบสวนการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจอย่างเข้มงวด คือ ทำให้เกิดการต่อรองล่วงหน้าระหว่างตำรวจและอัยการว่าจะให้ตำรวจมีอิสระเพียงใดในการปฏิบัติการอำพราง และการกระทำใดบ้างที่เจ้าหน้าที่อำพรางทำได้โดยจะไม่ถูกอัยการดำเนินคดีภายหลังหากคดีถึงชั้นสอบสวนสืบสวนอย่างเป็นทางการ แลกกับการที่อัยการจะสามารถเข้ามามีส่วนในการสืบสวนตั้งแต่ต้น⁹²

จากหลักเกณฑ์และกลไกการตรวจสอบควบคุมการสืบสวนเชิงรุกอย่างการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจอย่างเข้มงวดเกินไป ที่ไม่เพียงแต่ทำให้เกิดปัญหาการขาดความคล่องตัวในการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจซึ่งเป็นอุปสรรคในการปราบปรามอาชญากรรมแล้ว แต่ยังทำให้เกิดผลลัพธ์คือการพยายามหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ยิ่งไปกว่านั้นการเพิ่มขึ้นของปัญหาองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมข้ามชาติ และความจำเป็นในการร่วมมือกับต่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้นโดยเฉพาะอเมริกาที่เสนอการให้ทุน การแลกเปลี่ยนเทคนิคการปฏิบัติการอำพราง และเสนอการปฏิบัติการระหว่างประเทศร่วมกัน⁹³ แม้ที่ผ่านมาจะมีการปฏิบัติการร่วมระหว่างอิตาลีและอเมริกาโดยเฉพาะ DEA แต่ในทางปฏิบัติ กระทรวงยุติธรรมอิตาลีจะพยายามหลีกเลี่ยงการตั้งข้อหาต่อเจ้าหน้าที่อำพรางอเมริกา หรือเสี่ยงการขอส่งตัวเจ้าหน้าที่อำพรางอเมริกามาดำเนินคดีในอิตาลีและแนะนำให้เจ้าหน้าที่อเมริกานั้นอย่าเข้ามาในประเทศอิตาลี

⁹⁰ Ibid., 40.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., 41.

อีก⁹⁴ ซึ่งแน่นอนว่าเจ้าหน้าที่อำพรางของอเมริกาหรือของประเทศใดๆคงไม่สะดวกใจที่จะปฏิบัติการอำพรางร่วมกันในเขตอำนาจของศาลอิตาลีที่อาจลงโทษเขาจากการมีส่วนร่วมกระทำความผิดในการปฏิบัติการอำพราง ประกอบกับพันธกรณีของอิตาลีจากการให้สัตยาบัน UNTOC 2000

จึงนำมาสู่การออกกฎหมาย (Law no. 146/2006) ในปี 2006 ซึ่งอนุวัติการ UNTOC 2000⁹⁵ และแก้ไขหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางโดยผ่อนปรนความเข้มงวดการตรวจสอบควบคุมโดยอัยการด้วยระบบหมายอำพราง อันเนื่องมาจากความต้องการจากปัจจัยภายในและภายนอกข้างต้น⁹⁶

แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงให้อัยการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพราง แต่ก็คลายความเข้มงวดด้วยการระบบหมายอำพรางที่ให้อำนาจตำรวจในการปฏิบัติการอำพรางที่เป็นอิสระและได้รับความคุ้มครองมากขึ้น ระบบหมายอำพรางตาม Law no. 146/2006 นี้ต่างจาก Law no. 309/1990 ตรงที่ไม่จำกัดให้เจ้าหน้าที่อำพรางใช้วิธีการล่อซื้ออย่างเดียวเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่อำพรางสามารถใช้วิธีอื่นโดยเฉพาะการอำนวยความสะดวกด้านโลจิสติกส์ เช่น การรับขนยาเสพติด การจัดหาพาหนะขนส่งยาเสพติดหรือที่เก็บยาเสพติด หรือแม้แต่ประกอบธุรกิจที่ช่วยขนส่งหรือนำเข้ายาเสพติด เป็นต้น⁹⁷ ซึ่งไม่เพียงแต่ทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางแทรกซึมเข้าไปเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดระดับสูงได้เท่านั้น แต่ยังทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางสามารถปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกัน เช่น การเปลี่ยนยาเสพติดเป็นยาเสพติดปลอมที่ไม่เป็นอันตรายแก่ผู้เสพเข้าสู่ตลาดแทนได้ด้วย⁹⁸ นอกจากนี้กฎหมายยังอนุญาตให้และคุ้มครองสายลับในการปฏิบัติการอำพรางเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่อำพรางด้วย⁹⁹ ตำรวจจึงสามารถต่อรองกับผู้กระทำความผิดรายย่อยให้เป็นสายลับเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดรายใหญ่ได้ต่อไป¹⁰⁰

วิธีการอำนวยความสะดวกด้านโลจิสติกส์ดังกล่าวจำเป็นและมีประโยชน์อย่างมากในการสืบสวนคดียาเสพติดในบริบทของประเทศอิตาลีที่การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดส่วนใหญ่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมมาเฟียตระกูลต่างๆที่มีโครงสร้างองค์กรแน่นแฟ้นและมีสายสัมพันธ์

⁹⁴ Ross, J. E., "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," *American Journal of Comparative Law*: 304.

⁹⁵ Francesca Ruggieri and Stefano Marcolini, "Italy " in *Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, ed. Katalin Ligeti (Oxford: Hart Publishing, 2012), p. 383.

⁹⁶ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 41.

⁹⁷ Ibid., 43.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid., 44.

(connection) อย่างเครือญาติ ยากที่เจ้าหน้าที่อำพรางจะแทรกซึมเจาะเข้าไปได้โดยตรง แต่ก็มีจุดอ่อนที่เครือข่ายยาเสพติดและการฟอกเงินในต่างประเทศโดยเฉพาะเครือข่ายยาเสพติดจากอเมริกาใต้ เครือข่ายอาชญากรรมต่างชาติเหล่านี้ต้องอาศัยคนท้องถิ่นในการนำเข้ายาเสพติด¹⁰¹ ดังนั้นด้วยการปฏิบัติการอำพรางตาม Law no. 146/2006 เจ้าหน้าที่อำพรางอิตาลีสามารถเปลี่ยนกลวิธีการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางจากเดิมที่มักใช้การปฏิบัติการอำพรางจากภายในประเทศไปสู่เครือข่ายนอกประเทศ เป็นการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางจากภายนอกประเทศย้อนกลับเข้ามาสู่องค์กรอาชญากรรมภายในประเทศได้ ด้วยการแต่งตั้งตัวเป็นอาชญากรท้องถิ่นที่ให้บริการด้านโลจิสติกส์แก่อาชญากรข้ามชาติ พร้อมกับรวบรวมพยานหลักฐานความเชื่อมโยงระหว่างอาชญากรรมภายนอกประเทศกับอาชญากรรมภายในประเทศจนนำไปสู่การจับกุมอาชญากรรมยาเสพติดทั้งเครือข่ายทั้งในและต่างประเทศในที่สุด¹⁰²

ปัจจุบันการปฏิบัติการอำพรางของอิตาลีมีการตรวจสอบควบคุมโดยตรงจากกฎหมาย 2 ฉบับคู่ขนานกัน ได้แก่ การล่อซื้อตาม Law no. 309/1990 มาตรา 97 และ การปฏิบัติการอำพรางตาม Law no. 146/2006 มาตรา 9 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2010 ทำให้รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยสามารถกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางได้ด้วย¹⁰³

อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องน่าประหลาดใจและรู้สึกขัดแย้งเมื่อพิจารณาจากภาพพจน์ของประเทศอิตาลีที่มักเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมมาเฟียแล้ว แต่กลับพบว่าหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่ผ่านมาของอิตาลีมีความเข้มงวดมาก อย่างไรก็ตามเราจะเห็นได้ว่าอิตาลีมีหลักเกณฑ์ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่เข้มงวด ตำรวจอิตาลีก็ยิ่งหาทางหลบเลี่ยงหลักเกณฑ์ดังกล่าวและยิ่งตีตัวห่างไกลจากขั้นตอนที่เข้มงวดนั้น กล่าวคือ ยิ่งพยายามตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางให้โปร่งใสโดยใช้หลักเกณฑ์และกลไกการควบคุมที่เข้มงวด กลับยิ่งทำให้ตำรวจอิตาลีดำเนินการปฏิบัติการอำพรางในจุดที่มีดมิดมากยิ่งขึ้น ยิ่งต้องการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในขั้นสอบสวนสืบสวนที่เป็นทางการโดยอัยการ (preliminary investigation) กลับยิ่งผลักดันให้ตำรวจอิตาลีปฏิบัติการอำพรางก่อนถึงขั้นสอบสวนสืบสวนโดยอัยการ (pre-preliminary investigation)

¹⁰¹ Ibid., 41.

¹⁰² Ibid., 42.

¹⁰³ Ruggieri, F. and S. Marcolini, "Italy " in *Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, p. 384.

ปัญหาระหว่างตำรวจกับอัยการในการปฏิบัติการอำพรางมิใช่ปัญหาความขัดแย้งทางอำนาจ แต่เป็นปัญหาการแย่งชิงอำนาจในการมีบทบาทควบคุมการสอบสวนสืบสวนเชิงรุก¹⁰⁴

มีข้อสังเกตว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตาม Law no. 146/2006 มาตรา 9 ที่ให้เจ้าหน้าที่อำพรางมีอิสระมากขึ้นในการดำเนินการ ถูกกำหนดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการต่อกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ในขณะที่หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตาม Law no. 309/1990 มาตรา 97 มีข้อจำกัดวิธีการและประเภทความผิดมากกว่า สะท้อนให้เห็นการให้ความสำคัญกับการปฏิบัติการอำพรางเพื่อปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งเป็นปัญหาสำคัญในอิตาลี

3.3.1 หลักเกณฑ์การล่อซื้อตาม Law no. 309/1990 มาตรา 97

3.3.1.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา

เจ้าหน้าที่อำพรางสามารถดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเพื่อล่อซื้อยาเสพติด (simulated purchases of drugs) เพื่อให้ได้พยานหลักฐานการกระทำความผิดเกี่ยวกับการลักลอบลำเลียงยาเสพติด¹⁰⁵

3.3.1.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ

เจ้าหน้าที่อำพรางจะสามารถดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเพื่อล่อซื้อยาเสพติดได้ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาระดับสูงของตำรวจสั่งการหรืออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าว นอกจากนี้จะต้องรายงานรายละเอียดการปฏิบัติการอำพรางใดๆต่ออัยการ (public prosecutor) ในกรณีอัยการอาจมีคำสั่งให้เลื่อนการยึดยาเสพติดของกลางที่ล่อซื้อออกไปจนกว่าการสืบสวนจะเสร็จสิ้นก็ได้หากได้รับการร้องขอเช่นนั้นจากตำรวจ¹⁰⁶

3.3.2 หลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางตาม Law no. 146/2006 มาตรา 9

3.3.2.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา

การกระทำความผิดที่สามารถใช้การปฏิบัติการอำพรางได้แก่ การฟอกเงิน ความผิดที่กระทำต่อบุคคล (เช่น การค้าทาส บริการทางเพศหรือสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก การค้ามนุษย์ เป็นต้น)

¹⁰⁴ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 37.

¹⁰⁵ Turone, G., "Legal Frameworks and Investigative Tools for Combating Organized Transnational Crime in the Italian Experience," in *Resource Material Series No. 73*, p. 63.

¹⁰⁶ Ibid.

การกระทำผิดเกี่ยวกับวัตถุระเบิด อาวุธและเครื่องกระสุนปืน การลักลอบเข้าเมือง ยาเสพติด การแสวงหาประโยชน์หรือชักชวนให้ค้าบริการทางเพศ¹⁰⁷

3.3.2.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ

ตำรวจจะสามารถดำเนินการปฏิบัติการอำนาจได้ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาในระดับสูงของตำรวจของแต่ละหน่วยสั่งการภายใต้การตรวจสอบควบคุมโดยอัยการ (public prosecutor)¹⁰⁸

โดยทั้ง Law no. 309/1990 มาตรา 97 และ Law no. 146/2006 มาตรา 9 วางหลักในการทำงานเดียวกันว่าถ้าเจ้าหน้าที่อำนาจกระทำความผิดโดยมีส่วนร่วมในอาชญากรรมที่กำลังดำเนินการสืบสวน เจ้าหน้าที่อำนาจนั้นย่อมไม่ถูกลงโทษจากการกระทำความผิดเช่นนั้น¹⁰⁹ ควบคุมครั้งนี้รวมไปถึงสายลับด้วยเช่นกัน¹¹⁰



¹⁰⁷ เจียงอรรถที่ 16 จาก The Council of Europe's Group of States against corruption (GRECO), Joint First and Second Evaluation Round: Evaluation Report on Italy (Strasbourg: GRECO, 2009), p. 12.

¹⁰⁸ Ruggieri, F. and S. Marcolini, "Italy " in Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis, p. 384.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ross, J. E., Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France, p. 43.

บทที่ 4

วิเคราะห์การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550

เราได้พิจารณาแล้วว่าการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มีปัญหาและความเสี่ยงอย่างไรในหัวข้อ 2.4 ในบทนี้เราจะนำข้อพิจารณาจากบทที่ 2 – 3 มาวิเคราะห์ว่าหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาของไทยตามบทที่ 3 ควรมีการแก้ไขอย่างไรในแต่ละประเด็นเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศซึ่งได้แก่ Attorney General’s Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations (หรือ “Guidelines”) ของอเมริกา หลักเกณฑ์ตาม Strafprozessordnung มาตรา 110a-110c (หรือ StPO) ของเยอรมนี และหลักเกณฑ์ตาม Law no. 309/1990 มาตรา 97 และ Law no. 146/2006 มาตรา 9 ที่เราได้ศึกษามาแล้วในบทเดียวกัน โดยเราจะเริ่มต้นพิจารณาที่ประเด็นการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง และตามด้วยประเด็นการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง

การวิเคราะห์ในส่วนนี้เราจะใช้หลักการต่างๆเกี่ยวกับการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ตำรวจในทางอาญา และเช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆที่ออกโดยรัฐ การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ ซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักย่อยๆของนิติรัฐอันได้แก่ หลักแบ่งแยกอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายจำกัดอำนาจการบังคับใช้กฎหมายโดยการปฏิบัติการอำพรางของรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ต้องมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขแห่งอำนาจการปฏิบัติการอำพรางของรัฐ และหลักคุ้มครองสิทธิประชาชนที่กฎหมายจะออกมากกระทบสาระสำคัญของสิทธิประชาชนมิได้¹ ซึ่งนอกจากสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในร่างกาย ทรัพย์สินแล้ว ยังมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม คือ สิทธิในการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (fair trial) ซึ่งบังคับให้กฎหมายที่ออกโดยรัฐต้องมีความชัดเจน แน่นนอน และเป็นธรรม²

¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ, โครงการศึกษาเพื่อพัฒนาระบบการตรวจสอบถ่วงดุลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2551), หน้า 11-14.

² น้าแท้ มีบุญสร้าง, "หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," บทบัญญัติ: 14.

นอกจากนี้เราอาจใช้เครื่องมือทางทฤษฎีของ Packer ซึ่งเราได้พิจารณาแล้วในหัวข้อ 2.4.3 ในการวิเคราะห์ในส่วนนี้ แต่ Packer มิได้เปรียบเทียบทัศนคติของค่านิยมระหว่างสองรูปแบบที่มีต่อการสืบสวนโดยวิธีการอำพรางไว้ในหนังสือ *The Limits of the Criminal Sanction* ของเขา แต่เขากล่าวถึงทัศนคติของค่านิยมทั้งสองรูปแบบที่มีต่อการสืบสวนโดยการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (electronics surveillance)³ ซึ่งเราอาจจะนำมาใช้พิจารณาเทียบเคียงได้ในฐานะที่เป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นเดียวกัน

โดยเขาได้ตั้งข้อพิจารณาของทั้งสองรูปแบบไว้ใน 3 ประเด็น ได้แก่ ตำรวจใช้การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการสืบสวนซึ่งเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษได้หรือไม่ ถ้าได้จะใช้ในกรณีใด และมีการควบคุมเพียงใด⁴

ในประเด็นแรกเรื่องตำรวจใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษดังกล่าวได้หรือไม่ซึ่งสะท้อนภาพรวมของทัศนคติของทั้งรูปแบบ crime control และรูปแบบ due process นั้น ทัศนคติของค่านิยมในรูปแบบ crime control เห็นว่าตำรวจใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการสืบสวนได้ โดยเห็นว่าเป็นเครื่องมือที่จำเป็นในการสืบสวนไปถึงผู้กระทำผิดระดับสูงหรือหัวหน้าขององค์กรอาชญากรรมซึ่งมักซ่อนตัวเองภายใต้โครงสร้างขององค์กรที่ซับซ้อนและไม่ลงมามีความผิดเองโดยตรง จนบางครั้งสมาชิกองค์กรผู้กระทำความผิดระดับล่างก็ไม่อาจทราบตัวตนของผู้อยู่เบื้องหลังในระดับบนขององค์กรได้⁵ ในขณะที่ค่านิยมในรูปแบบ due process เห็นว่าไม่ควรมีการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากวิธีการดังกล่าวไม่ต่างอะไรจากการค้นของตำรวจซึ่งเคยสร้างปัญหาในอดีตจนนำมาสู่หลักตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพื่อคุ้มครองประชาชนจากใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่ชอบ⁶ ซึ่งเราอาจนำมาเทียบได้กับการปฏิบัติการอำพรางที่มีการเข้าไปในเคหสถาน ค่านิยมในรูปแบบ due process ยังเห็นต่อปोकว่าหากมีการอนุญาตให้ตำรวจใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ได้ย่อมกระทบต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน⁷

ในประเด็นที่สองเรื่องกรณีที่จะใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษดังกล่าวได้อันเป็นข้อพิจารณาในแง่ของเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางนั้น ค่านิยมในรูปแบบ crime control เห็นว่าไม่ควรมีการจำกัดกรณีที่จะใช้การใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจาก

³ Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 194.

⁴ Ibid., 194-197.

⁵ Ibid., 195-196.

⁶ Ibid., 196-197.

⁷ Ibid., 197.

การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการกระทำความผิดเล็กน้อย ก็อาจนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดรายสำคัญได้⁸ ในขณะที่ค่านิยมในรูปแบบ due process เห็นว่าหากจำเป็นต้องใช้การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์จริงๆ ก็ควรอนุญาตให้ทำได้เฉพาะกรณีการกระทำความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงโดยตรงเท่านั้น เช่น การก่อการกบฏ การจารกรรมข้ามชาติ เป็นต้น ส่วนในกรณีองค์การอาชญากรรมไม่สมควรอนุญาต เนื่องจากการกระทำความผิดที่อ้างว่าอาจเกิดจากองค์กรอาชญากรรมนั้นกว้างเกินไปจนอาจเป็นการกระทำผิดใดๆก็ได้ตามกฎหมายอาญา⁹

ส่วนประเด็นสุดท้ายเรื่องการตรวจสอบควบคุมนั้น ค่านิยมในรูปแบบ crime control เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ของตำรวจโดยศาลตามค่านิยมในรูปแบบ due process เพราะเราเชื่อมั่นตำรวจได้ และตำรวจก็คงไม่ใช่เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์มากเกินไปจากความจำเป็น เนื่องจากตำรวจเองก็มีภารกิจอื่นๆจำนวนมากที่ต้องทำ¹⁰ ยิ่งไปกว่านั้นอันตรายจากองค์การอาชญากรรมมีมากกว่าอันตรายจากการละเมิดสิทธิโดยตำรวจ และแม้จะให้ศาลตรวจสอบควบคุมได้ก็ไม่สามารถป้องกันการละเมิดสิทธิได้มากนัก เนื่องจากโดยสภาพแล้วเป็นไปได้ที่ศาลจะตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอย่างได้ละเอียดถึงขั้นทราบวัตถุประสงค์ของตำรวจในการสะกดรอยที่ชัดเจนก่อนปฏิบัติการ เช่น เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นการเฉพาะเจาะจง เพราะหากตำรวจทราบถึงเพียงนั้นแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องปฏิบัติการสืบสวนด้วยเทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ การตรวจสอบควบคุมโดยศาลจึงทำได้เพียงแค่การตรวจสอบควบคุมกว้างๆเท่านั้นว่าคำขออนุญาตนั้นมีเหตุอันสมควรที่จะให้ตำรวจดำเนินการ หรือไม่ ณ ที่ใด ก่อนการปฏิบัติการเท่านั้น และไม่สามารถตรวจสอบควบคุมปฏิบัติการได้อย่างต่อเนื่องและละเอียดได้¹¹ ในขณะที่ค่านิยมในรูปแบบ due process เห็นว่าผู้ตรวจสอบควบคุมควรเป็นศาลเพื่อจะได้พิจารณากรณีตามคำขออนุญาตในทำนองเดียวกันกับการออกหมายค้น¹²

4.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนนี้จะพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดสิ่งที่ผู้อำพรางมีอำนาจทำได้และสิ่งที่ไม่มีอำนาจทำได้ในการปฏิบัติการ

⁸ Ibid., 196.

⁹ Ibid., 197.

¹⁰ Ibid., 196.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., 197.

อำนาจอันเป็นขอบเขตของการปฏิบัติการอำนาจนั่นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ที่มีการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาที่ชัดเจน ไม่เพียงแต่ทำให้กฎหมายมีความชัดเจน แน่นอน คาดหมายได้ เป็นธรรมและป้องกันการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ (abuse of power) แก่ผู้ต้องหาตามสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (fair trial) เท่านั้น¹³ แต่ยังทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบว่าการกระทำใดชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ก่อนเริ่มดำเนินการปฏิบัติการอำนาจ ซึ่งช่วยลดปัญหาการยกฟ้องเพราะพยานหลักฐานมิชอบได้อีกทางหนึ่งด้วย โดยการพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาที่มีประเด็นดังนี้

4.1.1 ความหมายการปฏิบัติการอำนาจ

การนิยามความหมายการปฏิบัติการอำนาจมีความสำคัญในแง่การพิจารณาว่าการสืบสวนด้วยเทคนิควิธีใดที่เป็นการปฏิบัติการอำนาจอันอยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย

เราได้วิเคราะห์ความหมายการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสอง แล้วในหัวข้อ 2.4.2 ว่ามีบทบัญญัติความหมายการปฏิบัติการอำนาจกว้างๆและขาดความชัดเจน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความได้ว่าการดำเนินการใดบ้างที่เป็น การปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงให้มีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งจากการพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจของต่างประเทศในบทที่ 3 นิยามความหมายการปฏิบัติการอำนาจตาม Guidelines มาตรา II ของอเมริกามีความชัดเจนมากที่สุด ด้วยนิยามการปฏิบัติการอำนาจ (Undercover Operation) และคำอื่นๆที่เกี่ยวข้องตาม หลักการที่เราพิจารณาในหัวข้อ 2.1.1 ทั้งในแง่การระบุวิธีการว่าเป็นการดำเนินการใดๆในการสืบสวน ที่เกี่ยวกับการใช้นามสมมติหรือการปกปิดตัวตนของเจ้าหน้าที่อำนาจซึ่งคำว่า “เจ้าหน้าที่อำนาจ” ก็มีนิยามไว้ด้วยเช่นกัน¹⁴

และมีข้อพิจารณาถึงองค์ประกอบของการปฏิสัมพันธ์โดยกล่าวถึงลักษณะการติดต่อที่มีสาระสำคัญ (substantive) ของการปฏิบัติการอำนาจที่อยู่ในบังคับตาม Guidelines ที่ต้องมีข้อมูลอันเป็นเป้าหมายของการสืบสวน ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสารกันด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร สายโทรศัพท์ หรือวิธีอิเล็กทรอนิกส์ แต่ถ้าเป็นเพียงการติดต่อเล็กน้อยๆ เช่น การสนทนาที่ตกลงเวลาและสถานที่นัดพบครั้งต่อไป ย่อมไม่ใช่การติดต่ออย่างมีนัยสำคัญตาม Guidelines อีกทั้งยังมีหมายเหตุขยายความความหมายของการติดต่อที่มีสาระสำคัญในบริบทของการสื่อสารออนไลน์ เช่น

¹³ น้าแท้ มีบุญสร้าง, "หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," บทบัญญัติ: 14.

¹⁴ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

อีเมล และสนทนาออนไลน์ ที่อาจมีการสื่อสารโต้ตอบกันหลายครั้ง ซึ่งอาจนำมารวมกันเป็นหนึ่งการติดต่อได้¹⁵

ปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าการสื่อสารทางออนไลน์หลายครั้งในกรณีใดที่สามารถรวมเป็นการติดต่อหนึ่งครั้ง หรือถือเป็นการติดต่อหลายครั้งนั้น ได้แก่ ระยะเวลาระหว่างการสื่อสาร จำนวนครั้งของการสื่อสาร จำนวนครั้งของการสะดุดหยุดลง การเปลี่ยนประเด็น และสื่อที่ใช้ติดต่อสื่อสารกัน เช่น อีเมล IRC เป็นต้น

นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการอำพรางเป็นผู้มีสิทธิในกิจการทางธุรกิจ (proprietary business entities) ตามมาตรา 1 ซึ่งก็ได้ให้นิยามคำว่า “สิทธิในกิจการ (Proprietary)” ไว้ด้วยในมาตรา 11¹⁶ ตลอดจนการนิยามการปฏิบัติการอำพรางร่วมระหว่าง FBI กับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายอื่นๆ ที่อยู่ในบังคับตาม Guidelines นี้ว่ามีขอบเขตเพียงใดด้วย¹⁷

ด้วยเหตุนี้การนิยามการปฏิบัติการอำพรางของอเมริกาในลักษณะที่นิยามคำว่า “การปฏิบัติการอำพราง” ในภาพรวมก่อนแล้วนิยามถ้อยคำในความหมายของคำว่า “การปฏิบัติการอำพราง” อีกที ประกอบกับมีหมายเหตุขยายถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนนั้น มีความชัดเจนกว่านิยามการปฏิบัติการอำพรางของประเทศอื่นๆที่เราได้พิจารณาและควรนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงนิยามตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550

4.1.2 การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพราง

แม้การปฏิบัติการอำพรางโดยการใช้สายลับจะมีปัญหาและความเสี่ยงมากตามที่เราได้พิจารณาและวิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 2.4.1 แต่ก็มีความสำคัญในแง่ของการช่วยเจ้าหน้าที่ตำรวจในการหาข้อมูลเบื้องต้นเพื่อนำไปสู่การปฏิบัติการอำพรางอย่างเต็มรูปแบบโดยเจ้าหน้าที่อำพรางต่อไปหรือมีบทบาทในการช่วยเจ้าหน้าที่อำพราง และจากการพิจารณาในหัวข้อ 2.2 เราจะพบว่าตำรวจใช้การปฏิบัติการอำพรางโดยสายลับอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้นการใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพรางควรมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมด้วย

แต่การอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 นั้นไม่รวมถึงการใช้สายลับ¹⁸ การใช้สายลับจึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 และในปัจจุบันก็ยังไม่มียกเว้นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้กับ

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550, หน้า 12.

การตรวจสอบควบคุมการใช้สายลับในคดีอาญาทั่วไปซึ่งรวมถึงคดียาเสพติดทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ด้วย จึงอาจทำให้เกิดการเลี่ยงการใช้การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางซึ่งอยู่ในบังคับตามมาตรา 7 มาสู่การใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดมากขึ้น แม้จะมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 ที่บัญญัติถึงการใช้บุคคลใดๆ ในการแฝงตัวหรืออำพรางซึ่งอาจเป็นสายลับได้ แต่เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.3 แล้วว่ากฎหมายดังกล่าวมิได้ใช้บังคับกับคดียาเสพติดทั่วไปโดยตรง แต่อาจใช้ได้ ในคดียาเสพติดที่มีกรณีเกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งสองฉบับนั้น แต่แม้จะเข้ากรณีตามกฎหมายทั้งสองฉบับนั้น ก็ยังมีปัญหาในแง่ของมาตรฐานของหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมในหลายประเด็นของกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นที่อาจถือได้ว่าต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 เช่นการคุ้มครองผู้อำพรางซึ่งอาจเป็นสายลับต่อบุคคลที่สามได้ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 วรรคท้าย และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19 วรรคท้าย เป็นต้น เมื่อรวมกับการใช้สายลับได้อาจกลับทำให้กฎหมายทั้งสองฉบับนั้นมีข้อโต้แย้งมากกว่าการใช้สายลับในคดีอาญาทั่วไปได้ ดังนั้นจึงสมควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุง

ในต่างประเทศ ทั้งอเมริกา เยอรมนี และอิตาลี ล้วนมีหลักเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรในการตรวจสอบควบคุมการใช้สายลับทั้งสิ้น โดยอเมริกาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมการใช้สายลับโดยเฉพาะคือ Attorney General's Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants¹⁹ ("Informants Guidelines") เช่นเดียวกับเยอรมนีที่มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมการใช้สายลับโดยเฉพาะคือ Confidentiality Regulation²⁰ โดยทั้งสองหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะกำหนดหลักในการใช้สายลับตั้งแต่คุณสมบัติ ขอบเขต การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ เป็นต้น ซึ่งเราจะไม่ลงเอยในรายละเอียดในวิทยานิพนธ์นี้

ส่วนอิตาลีใช้หลักเกณฑ์ตาม Law no. 309/1990 มาตรา 97 และ Law no. 146/2006 มาตรา 9 เช่นเดียวกับการใช้เจ้าหน้าที่อำพราง²¹

¹⁹ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

²⁰ Ross, J. E., "Police Informants," in *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, p. 163.

²¹ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 43.

ดังนั้นการแก้ไขของไทยในส่วนนี้อาจทำได้ 2 ทาง คือสร้างหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการใช้สายลับในคดีอาชญากรรมที่เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะที่แยกออกมาจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ตามแนวทางอเมริกาและเยอรมนี หรือเป็นมาตราในกฎหมายดังกล่าวที่ใช้บังคับแก่กรณีการใช้สายลับซึ่งมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่อำนาจก็ได้ ทั้งนี้อาจอาศัยแนวทางตาม Informants Guidelines หรือ Rachel's law²² ของอเมริกา หรือ Confidentiality Regulation ของเยอรมนี ซึ่งควรมีการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

4.1.3 การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจ

เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.1.2 แล้วว่าการปฏิบัติการอำนาจมีหลายประเภท ซึ่งมีเกณฑ์การแบ่งประเภทอยู่หลากหลายด้วยกัน การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจจะมีความสำคัญในแง่ของการกำหนดการตรวจสอบควบคุมให้เหมาะสมกับการปฏิบัติการอำนาจประเภทนั้นๆ เพราะหากการปฏิบัติการอำนาจทุกประเภทใช้หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมอย่างเดียวกันหมด กล่าวคือไม่มีการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจในหลักเกณฑ์การอำนาจที่สร้างออกมา จะมีผลทำให้การปฏิบัติการอำนาจบางประเภทถูกตรวจสอบควบคุมด้วยหลักเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดมากกว่าที่ควรจะเป็น อันเป็นภาระแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือกระทบต่อการปราบปรามอาชญากรรมได้ หรือในทางกลับกันอาจทำให้การปฏิบัติการอำนาจบางประเภทถูกตรวจสอบควบคุมด้วยหลักเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดน้อยกว่าที่ควรจะเป็น อันทำให้การปฏิบัติการอำนาจมีความเสี่ยงที่จะกระทบสิทธิของผู้ต้องหาหรือประชาชนได้

การปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 ได้แบ่งการปฏิบัติการอำนาจออกเป็น 3 ประเภท ซึ่งหากพิจารณารวมถึงการใช้สายลับด้วยก็อาจถือได้ว่าสายลับเป็นประเภทที่ 4 ที่เกิดขึ้นโดยปริยายจากการเป็นการปฏิบัติการอำนาจในคดีอาชญากรรมที่ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7

เราได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 2.4.2.1 ว่าการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจระหว่างการอำนาจ 3 ประเภทที่แบ่งโดยกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 ด้วยเกณฑ์ระดับการแทรกซึมและระยะเวลาในการอำนาจเป็นสำคัญ ยังขาดความชัดเจนในการจำแนกประเภทดังกล่าว โดยเฉพาะความแตกต่างระหว่าง “การอำนาจ” ซึ่งไม่ได้มีนิยามที่ชัดเจนดังกล่าวแล้ว กับ “การล่อซื้อ” ซึ่งไม่ปรากฏการนิยามความหมายที่ชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเลย ส่วนระยะเวลาในการอำนาจก็เพียงแต่ใช้ถ้อยคำกว้างๆ ว่า “อย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลานาน” ตามข้อ 3 (1) “เป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลา

²² Florida Legislature, "The 2014 Florida Statutes."

หนึ่ง” ตามข้อ 3 (2) และ “ซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว” ตามข้อ 3 (3) เท่านั้น มิได้มีการระบุระยะเวลาที่ชัดเจน ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นปัญหาในการตีความในการจำแนกการปฏิบัติการ อำพรางเท่านั้น แต่ยังมีปัญหาในการตีความระยะเวลาสูงสุดที่ผู้มีอำนาจอนุญาตจะอนุญาตให้มีการ ดำเนินการปฏิบัติการอำพรางได้ว่าเป็นระยะเวลาเท่าใด เป็นปีได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ในชั้นร่างกฎกระทรวงนั้น มีการร่างฯ โดยระบุระยะเวลาที่ชัดเจน และความ ต่อเนื่องของการปฏิบัติการแต่ละประเภท ดังนี้²³

(1) การอำพรางโดยการแทรกซึมเข้าไปในองค์กรหรือหน่วยงานค้ายาเสพติดโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีซึ่งมีระยะเวลาตั้งแต่หกเดือนขึ้นไป

(2) การอำพรางเข้าไปในองค์กรหรือหน่วยงานค้ายาเสพติดเพื่อหาข้อมูลการกระทำความผิด เกี่ยวกับยาเสพติดหรือล่อซื้อยาเสพติด ซึ่งมีระยะเวลาไม่ถึงหกเดือน ไม่ว่าจะเป็นการอำพรางอย่าง ต่อเนื่องหรือเป็นครั้งคราว

(3) การอำพรางเข้าไปในขั้นตอนการล่อซื้อยาเสพติดรายย่อยเพื่อจับกุมซึ่งมีระยะเวลาไม่เกิน สามเดือนโดยการอำพรางเป็นครั้งคราว

อย่างไรก็ตามกฎกระทรวงฯที่ประกาศใช้ในปัจจุบันได้ตัดถ้อยคำเกี่ยวกับระยะเวลาและความ ต่อเนื่องของการดำเนินการที่ชัดเจนในแง่การแบ่งประเภทการอำพราง (แต่ไม่ชัดเจนในด้านการจำกัด ระยะเวลา) ดังกล่าวออกไปในที่สุด

ดังนั้นหลักเกณฑ์การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณา คติ ยาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงให้มีความ ชัดเจนมากขึ้น ซึ่งหากพิจารณาหลักเกณฑ์การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางของต่างประเทศใน บทที่ 4 จะเห็นว่าหลักเกณฑ์การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางตาม Guidelines ของอเมริกามี ความชัดเจนมากที่สุดและอาจใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงได้ ในขณะที่ StPO มาตรา 110a- 110c ของเยอรมนีไม่มีการแบ่งประเภทอย่างเป็นทางการ StPO ของเยอรมนีไม่มีการแบ่งประเภท อย่างเป็นทางการ แต่มีการแบ่งประเภทอย่างไม่เป็นทางการโดยนักวิชาการระหว่างการปฏิบัติการอำ พรางที่ไม่อยู่ในบังคับของ StPO มาตรา 110a-110c ซึ่งได้แก่การปฏิบัติการอำพรางชั่วคราว (shallow undercover) การใช้สายลับ (ซึ่งอยู่ในบังคับของ Confidentiality Regulation) และการ ปฏิบัติการอำพรางต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น (future crime) กับ การปฏิบัติการอำพรางที่อยู่ใน

²³ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, รายงานการประชุมคณะกรรมการร่าง กฎกระทรวง ครั้งที่ 9/2551 วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551 เวลา 13.30 น. (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551) (เอกสารไม่ตีพิมพ์), หน้า 2.

บังคับของ StPO ซึ่งได้แก่การปฏิบัติการอำพรางเชิงลึกต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้ว (past crime)²⁴ ซึ่งประสบปัญหาความไม่ชัดเจนในการจำแนกประเภทเช่นเดียวกับกฎหมายไทยดังกล่าว²⁵ หรืออาจแบ่งประเภทได้โดยใช้เกณฑ์ว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นเจ้าหน้าที่อำพรางต้องเข้าไปในเคหสถานหรือไม่ ตามมาตรา 110b ส่วนประเทศอิตาลีนั้นไม่พบการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางอย่างเป็นทางการตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

เราได้พิจารณาในหัวข้อ 3.2.1 แล้วว่าอเมริกามีการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางตาม Guidelines โดยหลักออกเป็นปฏิบัติการอำพรางที่ไม่อยู่ในบังคับ Guidelines กับปฏิบัติการอำพรางที่อยู่ในบังคับซึ่งได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต SAC และการปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต FBIHQ โดยใช้เกณฑ์ต่างๆ ได้แก่ เกณฑ์สาระสำคัญของการติดต่อระหว่างการปฏิบัติการอำพรางที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญไม่เกิน 3 ครั้งกับการปฏิบัติการอำพรางที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญเกิน 3 ครั้งขึ้นไปซึ่งเป็นการแบ่งโดยปริยายตามมาตรา II, เกณฑ์ระยะเวลาระหว่างการปฏิบัติการอำพรางที่มีระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน และอาจต่อระยะเวลาอีก 6 เดือนได้ แต่ระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกิน 1 ปี กับปฏิบัติการอำพรางที่มีระยะเวลาทั้งหมดเกิน 1 ปี ตามมาตรา IV.B, เกณฑ์ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการว่าการปฏิบัติการอำพรางมีค่าใช้จ่ายเกิน \$50,000 หรือ \$100,000 ในกรณียาเสพติดซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการไม่เกิน \$50,000 หรือไม่ ตามมาตรา IV.B และเกณฑ์พฤติการณ์ว่ามีความเกี่ยวข้องกับ “พฤติการณ์พิเศษ” ซึ่งได้แก่พฤติการณ์ด้านการเงินการคลังหรือมีความละเอียดอ่อนหรือไม่ ซึ่งอย่างไรคือพฤติการณ์ด้านการเงินการคลังหรือที่มีความละเอียดอ่อนมีการกำหนดไว้ชัดเจนตามมาตรา IV.C²⁶

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการปฏิบัติการอำพรางทุกประเภทโดยเจ้าหน้าที่อำพรางในคดียาเสพติดโดยทั่วไปอยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ซึ่งต่างจาก Guidelines ของอเมริกาที่ไม่ใช้กับการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษซึ่งมีการติดต่อที่มีสาระสำคัญไม่เกิน 3 ครั้ง ทั้งนี้ตามมาตรา II ในขณะที่ StPO มาตรา 110a-110c ของเยอรมนีไม่ใช้บังคับกับการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวและการปฏิบัติการอำพรางต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งในแง่นี้หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการ

²⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 514-515.

²⁵ *Ibid.*, 515.

²⁶ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

ปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่อำพรางครอบคลุมกว่าหลักเกณฑ์ของทั้งสองประเทศดังกล่าว แม้ในกรณีการปฏิบัติการอำพรางในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควรตามกฎหมายฯ ข้อ 15 อาจทำให้มีการปฏิบัติการอำพรางชั่วคราวที่ใช้ระยะเวลาไม่เกิน 3 วันหรือคราวเดียวในกรณีจำเป็นเร่งด่วนสามารถดำเนินการไปก่อนได้จนแล้วเสร็จ ซึ่งคล้ายกับการไม่ตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในกรณีดังกล่าวโดยปริยาย แต่การปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวก็อยู่ในบังคับที่ต้องรายงานต่อผู้อนุญาตแม้การดำเนินการอำพรางจะเสร็จสิ้นไปแล้วก็ตาม

4.1.4 ระยะเวลาการปฏิบัติการอำพราง

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ประเด็นระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางซึ่งได้วิเคราะห์ไปบางส่วนแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎหมายฯ มิได้กำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติการอำพรางในแต่ละประเภทไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิได้จำกัดระยะเวลาที่อาจได้รับอนุญาตในการปฏิบัติการอำพราง หากพิจารณาในทางทฤษฎีก็อาจเป็นการเปิดช่องให้มีการอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่ยาวนานหลายปีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งยิ่งการปฏิบัติการอำพรางมีระยะเวลาในการดำเนินการที่ยาวนาน ยิ่งมีความเสี่ยงที่จะกระทบสิทธิต่อผู้เป็นเป้าหมายหรือบุคคลที่สาม ตลอดจนความเสี่ยงในการเกิดผลลัพธ์ที่มาพึงประสงค์ต่างๆตามที่เราได้พิจารณาและวิเคราะห์ในหัวข้อ 2.4 แล้ว จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุง ซึ่งแนวทางที่เราอาจนำมาใช้ในการปรับปรุงแก้ไขนั้นคือ Guidelines ของอเมริกา เนื่องจาก StPO มาตรา 110a-110c ของเยอรมนีไม่ได้กำหนดการจำกัดระยะเวลาที่อาจได้รับอนุญาตในการปฏิบัติการอำพรางไว้เช่นเดียวกัน ส่วนหลักเกณฑ์ของอิตาลีไม่พบข้อมูลว่ามีการจำกัดระยะเวลาดังกล่าว

โดย Guideline ของอเมริกาไม่ได้จำกัดระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางอย่างเด็ดขาด แต่กำหนดให้การปฏิบัติการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษไม่ควรใช้ระยะเวลาเกินกว่า 6 เดือน แต่อาจต่อระยะเวลาได้อีก 6 เดือน แต่ระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกิน 1 ปี ตามมาตรา IV.B (2) เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจาก FBIHQ ทั้งนี้ตามมาตรา IV.G (4)²⁷

ส่วนการปฏิบัติการอำพรางที่ต้องได้รับอนุญาตจาก อันได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษหรือการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่ได้รับอนุญาตมาแล้วครบ 1 ปี ไม่ควรได้รับอนุญาตนานกว่า 6 เดือนโดยไม่มีการอนุญาตใหม่จาก FBIHQ ตามมาตรา IV.G (1) และถ้าการปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตจาก FBIHQ มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ ปฏิบัติการนั้นต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางเพื่อวินิจฉัยว่าการอนุญาตใหม่จำเป็น

²⁷ Ibid.

หรือไม่ ตามมาตรา IV.G (2) ซึ่งอาจมีผลต่อระยะเวลาการปฏิบัติการที่เหลืออยู่ให้ถูกเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย²⁸

นอกจากนี้ตามมาตรา IV.G (5) ยังกำหนดเกณฑ์การนับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาต ตลอดจนมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตว่าการปฏิบัติการอำพรางควรได้รับการต่อหรือขยายระยะเวลาหรือไม่ ตามมาตรา IV.G (6)²⁹ ซึ่งรายละเอียดเรื่องระยะเวลาดังกล่าวไม่มีในหลักเกณฑ์ของเยอรมนีและไม่พบในหลักเกณฑ์ของอิตาลี

มีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 ข้อ 15 ซึ่งเราได้พิจารณาและวิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 2.3 ก็มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการอนุมัติแฝงตัว รายงานผลความคืบหน้าการดำเนินการตามที่ได้รับอนุมัติทุก 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับอนุมัติในทำนองเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในแง่ของระยะเวลาการดำเนินการตาม Guideline ของอเมริกา

4.1.5 ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิด

หลักเกณฑ์ที่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิดมีความสำคัญในแง่ที่ทำให้ทราบว่าเจ้าหน้าที่อำพรางอาจกระทำความผิดในขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางได้หรือไม่ เพียงใด โดยหากเจ้าหน้าที่อำพรางได้กระทำภายในกรอบหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองจากการต้องรับผิดตามกฎหมาย ขณะเดียวกันหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังใช้เป็นจำกัดขอบเขตการกระทำความผิดในขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าหน้าที่อำพรางมิให้กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปด้วย ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิดควรมีความชัดเจนเพื่อให้เจ้าหน้าที่อำพรางทราบตั้งแต่ก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางว่าการกระทำใดที่ได้รับความคุ้มครองบ้าง และเพื่อให้ประชาชนทราบถึงกรอบของการกระทำและตรวจสอบความเหมาะสมของหลักเกณฑ์ดังกล่าว

เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.4.1.2 แล้วว่าในการปฏิบัติการอำพราง เจ้าหน้าที่อำพรางตลอดจนสายลับอาจต้องกระทำความผิดได้ 5 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ ความผิดเชิงพิสูจน์ ความผิดเชิงมีส่วนร่วม ความผิดเชิงก่อเจตนา ความผิดเชิงละเว้น และความผิดเชิงทุจริต

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

เราได้พิจารณาและวิเคราะห์ในหัวข้อ 2.4.2.1 แล้วว่าหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจจากความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้าย ขาดความชัดเจนและทำให้มีความเห็นในการตีความเป็นสองฝ่าย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกาที่เห็นว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้าย ไม่คุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจในการกระทำความผิดที่กระทบบุคคลที่สาม ประกอบกับความเห็น คณะกรรมการร่างกฎหมายฯ ที่เห็นว่าการอำนาจเป็นโจรนั้นไม่น่ากระทำได้³⁰

อย่างไรก็ตามด้วยถ้อยคำตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้าย ที่บัญญัติกว้างๆว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำนาจของเจ้าพนักงาน ตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” จึงไม่ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่อำนาจอาจกระทำความผิด ในขณะที่ดำเนินการอำนาจได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งส่งผลทั้งในแง่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งไม่ทราบขอบเขต ความคุ้มครองอาจไม่มั่นใจในการปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว และในแง่ที่ประชาชนก็ไม่ มั่นใจว่าเส้นแบ่งระหว่างการกระทำที่ได้รับความคุ้มครองของเจ้าหน้าที่อำนาจอยู่ตรงไหน โดยเฉพาะฝ่ายผู้ต้องหาที่ไม่อาจทราบว่าการกระทำใดของเจ้าหน้าที่อำนาจที่เกินขอบเขตอันสามารถ ใช้เป็นข้อต่อสู้ในทางคดีได้ ดังนั้นจึงควรมีการปรับปรุงแก้ไข

โดยในการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจจากความรับผิดชอบตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้ายนั้น จากที่เราได้พิจารณาใน หัวข้อ 2.4.2.1 เราควรใช้แนวทางระหว่างที่ผสมผสานระหว่างหลักเกณฑ์ของอเมริกาและอิตาลีซึ่งใช้ หลักเกณฑ์ตามกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ (role-specific norms หรือ public authority defense) อันเป็นความคุ้มครองที่มีความมั่นคงแก่เจ้าหน้าที่อำนาจ เนื่องจากเป็นความคุ้มครองด้วย หลักกฎหมายเฉพาะซึ่งมาจากหลักกฎหมาย common law มิใช่มาจาก Guidelines ที่มีใช้ กฎหมาย³¹ กับหลักเกณฑ์ของเยอรมนีที่ใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายซึ่งบังคับประชาชนทั่วไป (society-wide prohibitions) ประกอบแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (utilitarian override) อันเป็น ความคุ้มครองที่ไม่มั่นคงเนื่องจากเป็นความคุ้มครองเพียงในทางปฏิบัติซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบุคคล ในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะศาล อันเป็นแนวคิดดั้งเดิมและปรากฏการใช้ในประเทศไทย* และ

³⁰ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, รายงานการประชุมคณะกรรมการร่าง กฎกระทรวง ครั้งที่ 7/2551 วันพฤหัสบดีที่ 10 เมษายน 2551 เวลา 13.30 น. (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551) (เอกสารไม่ตีพิมพ์), หน้า 5.

³¹ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 169.

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4378/2528 ...การที่จำเลยที่ 1 และที่ 4 ร่วมมือกับสายลับของเจ้าหน้าที่ตำรวจไปติดต่อล่อซื้อ เฮโรอีนจากจำเลยที่ 3 กับพวก โดยจำเลยที่ 1 และที่ 4 มีเจตนาเพื่อช่วยเหลือเจ้าพนักงานตำรวจปราบปรามการค้าเฮโรอีนและโดยหวัง

ในอเมริกาด้วย³² ซึ่งมักทำโดยตีความว่าเจ้าหน้าที่อำพรางไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดและทำเพื่อป้องกันความเสียหายจากอาชญากรรมนั้น³³ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าแนวทางตามเยอรมนีสะท้อนให้เห็นความแยบยลของกฎหมาย ที่มีการคุ้มครองการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางโดยพฤตินัย เพราะหากคุ้มครองโดยนิตินัย อาจเผชิญข้อโต้แย้งว่าอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ ขัดหลักนิติรัฐ และหลักกฎหมายอื่นๆ ได้ ทั้งนี้เนื่องจากหลักสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีความคุ้มครองกว้างกว่าอเมริกาและไทยซึ่งเราได้พิจารณาและวิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 2.4.16.

ที่เห็นควรนำมาผสมผสานกันเนื่องจากทั้งหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะของฝ่ายอเมริกาและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายซึ่งบังคับประชาชนทั่วไปประกอบแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเยอรมนีนั้นต่างก็ใช้บังคับกับการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางในทุกกรณีตั้งแต่ความผิดเล็กน้อยจนถึงความผิดร้ายแรง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสม เพราะหลักเกณฑ์ของอเมริกาตาม Guidelines มาตรา IV. C (2)(g)³⁴ จะทำให้มีการเปิดช่องให้มีการอนุญาตกระทำความผิดที่ร้ายแรงได้ ในขณะที่หลักเกณฑ์ตาม StPO มาตรา 110a-110c ของเยอรมนีไม่ได้ให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางตามกฎหมายอย่างชัดเจนและอาจทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางถูกดำเนินคดีและลงโทษจากการปฏิบัติการอำพรางที่แม้กระทำโดยชอบด้วยหลักการได้ แต่เจ้าหน้าที่อำพรางเยอรมนีได้รับความคุ้มครองโดยพฤตินัยจากการที่หากเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่ชอบกฎหมาย เช่น มีการขออนุญาตถูกต้อง ศาลจะไม่เรียกเจ้าหน้าที่อำพรางมาเบิกความในชั้นศาลซึ่งทำให้การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางไม่ถูกเปิดเผยและไม่ถูกลงโทษ³⁵ หลักนี้ยังใช้บังคับถึงกรณีสายลับด้วย³⁶

ดังนั้นในการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้าย ให้มีความชัดเจนควรแบ่งระดับการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในระหว่างการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งอาจ

เงินรางวัลที่เจ้าพนักงานตำรวจจะแบ่งให้ การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 4 เป็นการกระทำที่ขาดเจตนาที่จะกระทำความผิดไม่มี ความผิดฐานเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนในความผิดฐานมีเฮโรอินไว้ในความครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายเฮโรอิน

³² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 169.

³³ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 46.

³⁴ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

³⁵ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 506.

³⁶ Ross, J. E., "Police Informants," in *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, p. 166.

ใช้ Guidelines IV. C (2)(g) ของอเมริกาในส่วนการจำแนกระดับการกระทำความผิดในการปฏิบัติการ อำพรางที่มีกระบวนการขออนุญาตเข้มงวดมากขึ้นแตกต่างกันมาเป็นแนวทาง ซึ่งมีหลักว่าการ ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่อำพรางที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) หรือ ร้ายแรง (serious) ให้ขออนุญาตต่อ FBIHQ แต่ไม่รวมถึงความผิดต่อไปนี้ที่ SAC มีอำนาจอนุญาตได้ คือ การซื้อของโจรหรือสินค้าเถื่อน การขนส่งหรือขายโดยรัฐซึ่งทรัพย์สินซึ่งขโมยมาแต่ไม่อาจจะบุ เจ้าของได้ การครอบครองและให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่ไม่ได้ส่งเข้าสู่ตลาด ธุรกิจการฟอกเงินที่ไม่เกิน 5 ครั้งและรวมทั้งหมดไม่เกิน \$1 ล้าน การให้สินบนที่ไม่เข้ากรณี พฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนอื่นๆ หรือการทำการเป็นตัวแทนปลอมต่อบุคคลที่สามเพื่อปกปิดตัวตนของ บุคคลหรือความเป็นเจ้าของที่แท้จริงต่อสิทธิในกิจการ แต่ไม่รวมถึงการให้ล้อยคำใดๆภายใต้การ สบาณหรือภายใต้ความผิดฐานเบี่ยงความเท็จ

ซึ่งอาจนำมาเป็นแนวทางในการแบ่งการกระทำความผิดในภาพรวมดังนี้

1) การกระทำความผิดร้ายแรง ที่อาจแบ่งเป็น

1.1) การกระทำความผิดที่ไม่สามารถอนุญาตได้อันเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิต่อบุคคลมากที่สุด เช่น การกระทำที่มีอันตรายแก่ชีวิต โดยควรใช้การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ตามกฎหมายซึ่งบังคับประชาชนทั่วไปประกอบแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม ตามแนวเยอรมนี (แต่ Guidelines มาตรา IV.H (5)(c)³⁷ อนุญาตได้)

1.2) การกระทำความผิดที่อาจอนุญาตได้ตามหลักเกณฑ์โดยคณะกรรมการที่มี องค์กรจากภายนอก เช่น อัยการ ตามแนวทาง Guidelines มาตรา IV. C (2)³⁸ ของอเมริกา อันเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิต่อบุคคล เช่น การแทรกซึมในองค์กรอาชญากรรมที่อาจมี การกระทำความผิดต่อบุคคลภายนอก การครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้ การควบคุมโดยเจ้าหน้าที่อำพรางที่มีการส่งยาเสพติดเข้าสู่ตลาด

2) การกระทำความผิดระดับกลางอันเป็นการกระทำที่อาจกระทบสิทธิต่อบุคคล เช่น ความผิดฐานเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรม การครอบครองหรือให้มีการครอบครองยาเสพติดภายใต้การควบคุมที่ไม่ได้มีการส่งยาเสพติดเข้าสู่ตลาดโดยเจ้าหน้าที่อำพราง ซึ่งอาจอนุญาตได้โดย ผู้บังคับบัญชา

³⁷ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

³⁸ Ibid.

3) การกระทำความผิดเล็กน้อยอันเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิต่อบุคคลเล็กน้อย เช่น ลหุโทษ ที่ไม่ต้องขออนุญาตในการกระทำความผิด แต่ต้องรายงาน เป็นต้น

โดยกรณีที่ได้รับอนุญาตตาม 1.2) หรือ 2) หรือไม่ต้องได้รับอนุญาตในการกระทำความผิดตาม 3) ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่อำนาจตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ (role-specific norms) และความคุ้มครองนี้ควรรวมไปถึงการใช้สายลับที่ช่วยสนับสนุนเจ้าหน้าที่อำนาจด้วย แต่ในกรณีที่ผู้อำนาจกระทำความผิดโดยไม่มีอำนาจหรือเกินอำนาจโดยมิชอบ ผู้อำนาจต้องระวางโทษเป็น 2 เท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามแนวทางพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 40

โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตควรใช้แนวทางตาม Guidelines มาตรา IV.H ของอเมริกาซึ่งมีความชัดเจนมากที่สุด เนื่องจากไม่พบในหลักเกณฑ์ของประเทศอื่นๆ โดยวางหลักว่าห้ามเจ้าหน้าที่อำนาจคนใดเข้าร่วมการดำเนินการที่ผิดกฎหมายเป็นการส่วนตัว หากมีการดำเนินการดังกล่าวถือว่าการดำเนินการที่ผิดกฎหมายยกเว้นได้รับอนุญาต และห้ามเจ้าหน้าที่ใดแนะนำหรืออนุญาตการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำนาจ เว้นแต่การมีส่วนนั้นชอบเพื่อจะได้มาซึ่งข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นเพื่อบรรลุการสืบสวนและไม่อาจได้มาเช่นนั้นได้โดยปราศจากการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายดังกล่าว, เพื่อสร้างหรือรักษาความน่าเชื่อถือของการปกปิดตัวตน หรือเพื่อป้องกันการเสียชีวิตหรือการบาดเจ็บสาหัส โดย FBI จะต้องใช้ขั้นตอนที่สมควรเพื่อลดการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่อำนาจให้น้อยที่สุดอย่างไรก็ตามห้ามเจ้าหน้าที่อำนาจต้องไม่มีส่วนในการกระทำที่ใช้ความรุนแรงเว้นแต่เพื่อป้องกันตนเอง, ริเริ่มหรือยุ้งในแผนการใดเพื่อกระทำความผิดอาญา ยกเว้นตามมาตรา V หรือมีส่วนในการกระทำที่เป็นการใช้เทคนิคการสืบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การดักฟังที่ผิดกฎหมาย การเปิดจดหมายอย่างผิดกฎหมาย หรือบุกรุกอันเทียบเคียงได้กับการค้นโดยมิชอบ แต่ไม่ห้ามเจ้าหน้าที่อำนาจใช้มาตรการป้องกันตนเองที่สมควรในกรณีฉุกเฉินเพื่อปกป้องชีวิตตนเองหรือผู้อื่นจากการใช้กำลังโดยไม่ชอบ แต่ต้องรายงานต่ออัยการและ FBIHQ³⁹

อย่างก็ตามอาจมีปัญหามาที่เราได้พิจารณาและวิเคราะห์ในหัวข้อ 2.4.2.1 ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจที่ในด้านหนึ่งคือการอนุญาตให้มีการกระทำความผิดได้นั้น มีประเด็นว่าอาจเป็นการขัดต่อการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจนั้นมีความแน่นอน เช่น มีการจำแนกระดับการกระทำความผิดที่อาจอนุญาตได้อย่างชัดเจนมิใช่

³⁹ Ibid.

การให้ความคุ้มครองการกระทำความผิดได้ทุกประเภท ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 27 วรรคท้าย, มีกระบวนการตรวจสอบควบคุมที่น่าเชื่อถือ และจำกัดกรณีการใช้ ในบริบทเฉพาะคดีอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่จะแสวงหาพยานหลักฐาน เป็นต้น ย่อมไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ที่จริงแล้วการมีหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจที่ไม่ชัดเจนในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดีอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคท้าย นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้มากกว่าด้วยการเปิด ช่องด้วยถ้อยคำที่ไม่แน่นอนและตีความได้หลากหลายดังที่มีผู้ให้ความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่ายที่เราได้ พิจารณาแล้วในหัวข้อ 3.1.3 ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการมีหลักเกณฑ์ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำนาจที่ ชัดเจนดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิประชาชนอย่างสมเหตุผลและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นการ ส่งเสริมหลักนิติธรรมอีกด้วย นอกจากนี้การแบ่งระดับการกระทำความผิดที่อนุญาตให้กระทำได้จะ ช่วยให้การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจมีความสมเหตุผลมากขึ้นและไม่เป็นอุปสรรคต่อ เจ้าหน้าที่ตำรวจในการปราบปรามอาชญากรรมอาชญากรรมอาชญากรรมด้วย

ในประเด็นการห้ามเจ้าหน้าที่อำนาจกระทำความผิดในการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง เช่น การกระทำที่มีอันตรายต่อชีวิตบุคคลนั้น อาจมีการโต้แย้งว่าอาจเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติการได้ โดยเฉพาะในระยะแรกเริ่มที่อาจต้องสร้างความน่าไว้วางใจหรือน่าเชื่อถือหรือไม่ใช่ตำรวจ อย่างไรก็ตาม ปัญหานี้ตำรวจเยอรมนีแก้ไขด้วยการปฏิบัติการอำนาจที่ไม่จำเป็นต้องเริ่มจากการปลอมเป็น ผู้กระทำความผิดระดับล่างที่ต้องกระทำความผิดเชิงพิสูจน์อีกต่อไป แต่ใช้การปฏิบัติการปฏิบัติการอำนาจเป็นกลุ่ม (multiple deep undercover) โดยทำที่เป็นกลุ่มผู้กระทำความผิดหรือองค์กรอาชญากรรม ของตนขึ้นมาเองและเข้าไปติดต่อกับเป้าหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยอาจเข้าไปในฐานะผู้ อำนวยความสะดวกด้านโลจิสติกส์ เป็นต้น หรือถ้าเสี่ยงไม่ได้ก็อาจใช้การจัดฉากช่วย เช่น การจัดฉาก การยิงกันระหว่างเจ้าหน้าที่อำนาจด้วยกันเพื่อสร้างความประทับใจให้เป้าหมาย โดยไม่ต้องไปทำร้าย ใครจริงๆ เป็นต้น⁴⁰

4.1.6 การล่อให้กระทำความผิด

เราได้พิจารณาและวิเคราะห์เกี่ยวกับความหมายและเหตุที่ทำให้การล่อให้กระทำความผิดเป็น สิ่งต้องห้ามในหัวข้อ 2.1 แล้ว นอกจากนี้เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.2.3 และ 3.1.3 ว่าประเทศไทย ควบคุมการล่อให้กระทำความผิดด้วยหลักข้อต่อสู้การล่อให้กระทำความผิด (entrapment defense) ซึ่งเป็นหลักตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีมาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอา ชญากรรม พ.ศ. 2550 และเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ศาลใช้ในการควบคุมการปฏิบัติการอำนาจของ

⁴⁰ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 542.

ตำรวจตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีหลักการในทำนองเดียวกันกับหลัก entrapment defense ของอเมริกาที่จำเลยอาจหยิบยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้ แต่ผลทางกฎหมายของการฝ่าฝืนแตกต่างกัน โดยผลของการล่อให้กระทำความผิดของไทยคือพยานหลักฐานรับฟังมิได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226⁴¹ ซึ่งมักทำให้ฝ่ายรัฐผู้เป็นโจทก์ฟ้องสูญเสียพยานหลักฐานในการตัดสินลงโทษจำเลยอันเป็นผลโดยอ้อมแก่จำเลย ส่วนผลของการล่อให้กระทำความผิดของอเมริกาคือทำให้จำเลยไม่มีความผิดอันเป็นผลโดยตรงแก่จำเลย⁴² โดยเมื่อมีการยกข้อต่อสู้การล่อให้กระทำความผิดขึ้น ศาลต้องมักพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดนั้นอยู่ก่อนหรือไม่ซึ่งเป็นการพิจารณาในเชิงอัตวิสัยมากกว่าที่จะพิจารณาว่าตำรวจมีการเอื้ออำนวยให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด แต่หลัก entrapment defense นั้นใช้ควบคุมการปฏิบัติการอำพรางได้น้อยมาก เนื่องจากประการแรกการที่จำเลยยกข้อต่อสู้ว่าตนถูกล่อให้กระทำความผิด เท่ากับจำเลยสารภาพว่าได้กระทำความผิดจริงแต่เพราะถูกก่อเจตนาโดยตำรวจ ประการที่สองในกรณีของอเมริกาการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวมิใช่เรื่องง่ายเนื่องจากต้องได้รับอนุญาตจากคณะลูกขุนในการเปลี่ยนประเด็นแห่งคดีจากจำเลยกระทำผิดจริงหรือไม่ไปสู่ประเด็นว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำผิดหรือไม่ ซึ่งทำให้การยกข้อต่อสู้เกิดขึ้นน้อยมาก⁴³

ในขณะที่เยอรมนี⁴⁴และอิตาลี⁴⁵ใช้การล่อให้กระทำความผิดเป็นเหตุลดโทษ ดังนั้นจึงต่างกับของอเมริกาที่เป็นเหตุให้ไม่ต้องลงโทษเลย ที่จริงแล้วเมื่อมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางในคดีใด ศาลของทั้งสองประเทศก็จะถือว่าเป็นเหตุลดโทษในคดีนั้นเสมอ โดยยังมีการใช้การปฏิบัติการอำพรางนั้นมีส่วนในการกระทำความผิดของจำเลยมากเท่าใด ศาลก็ยิ่งลดโทษให้มากเท่านั้น ผลคือแม้แต่การปฏิบัติการอำพรางที่เจ้าหน้าที่อำพรางมีส่วนในการกระทำผิดน้อยก็ยังเป็นเหตุให้ลดโทษได้ และทำให้การการปฏิบัติการอำพรางที่เจ้าหน้าที่อำพรางมีส่วนในการกระทำผิดมากจนถึงขั้นล่อให้กระทำความผิดนั้นมีการลดโทษมากที่สุด⁴⁶ ทั้งนี้เนื่องจากทั้งสองประเทศไม่ได้คำนึงถึงตัวบุคคลที่ถูกล่อให้

⁴¹ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 321.

⁴² Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," *Stanford Law Review*: 172.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 555-556.

⁴⁵ Ross, J. E., "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," *American Journal of Comparative Law*: 311.

⁴⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*: 556-557.

กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังคงคำนึงถึงความบริสุทธิ์ของตำรวจ (integrity of police)⁴⁷ แต่อิตาลียังมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอาญาที่ลงโทษเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ล่อให้กระทำความผิดด้วย⁴⁸

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การล่อให้กระทำความผิดของไทยที่ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจรับฟังไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากการพิจารณาที่พยานหลักฐานมากกว่าพิจารณาที่ความผิดของจำเลยโดยตรงเหมือนตามหลักเกณฑ์ของประเทศอื่นๆ ซึ่งมีแนวเดียวกันกับหลักที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ศาล ECHR) วินิจฉัยการปฏิบัติการอำพรางที่มีการล่อให้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่นคดี ECHR : Teixeira de Castro v. Portugal ซึ่งพิจารณาโดยศาล ECHR ในคดีที่ผู้ถูกจับในคดียาเสพติดอ้างว่าเขาถูกเจ้าหน้าที่ซึ่งดำเนินการปฏิบัติการอำพรางโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายล่อให้กระทำความผิด ศาล ECHR ตัดสินว่าการพิพากษาลงโทษจำเลยที่ถูกล่อให้กระทำความผิดขัดกับสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (fair trial) ตาม European Convention on Human Rights (ECHR) มาตรา 6(1) พยานหลักฐานที่ได้มาจึงไม่อาจรับฟังเพื่อลงโทษได้ เนื่องจากการยุบของเจ้าหน้าที่ แม้ว่าเจ้าหน้าที่โปรตุเกสจะต่อสู้ว่าการปฏิบัติการอำพรางของพวกเขาชอบด้วยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงการปฏิบัติการอำพรางไว้ แต่พูดถึงการ CD เท่านั้น แต่ศาลเห็นว่าการสืบสวนโดยการปฏิบัติการอำพรางที่ปราศจากการควบคุมดูแลโดยอำนาจตุลาการ (judicial supervision) และปราศจากพยานหลักฐานที่มีความเป็นภาวะวิสัยในการบ่งชี้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ต้องสงสัยซึ่งมีสภาพการกระทำความผิดที่เป็นอิสระจากเจ้าหน้าที่รัฐ จึงเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่มีชอบด้วยกฎหมาย (legality)⁴⁹

แต่หลักการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าวของไทยอาจนำมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 หรือในกฎกระทรวงฯ ในลักษณะเป็นข้อห้ามหรือข้อคำนึงในการปฏิบัติการอำพรางได้ตามแนวทางของ Guideline มาตรา V ที่กำหนดว่านอกจากกฎหมายที่ห้ามการล่อให้กระทำความผิดแล้ว ยังมี Guideline ซึ่งเป็นข้อห้ามที่จำกัดการดำเนินการอำพรางของ FBI เพื่อให้แน่ใจตรงเท่าที่เป็นไปได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดจะไม่เป็น

⁴⁷ Ross, J. E., "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," *American Journal of Comparative Law*: 317.

⁴⁸ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 11.

⁴⁹ Boister, N., *An Introduction to Transnational Criminal Law*, p. 170.

ประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อการฟ้องดำเนินคดีอาญา ด้วยเหตุนี้โดยหลักแล้วการดำเนินการอำพรางที่มีการล่อลวงบุคคลให้กระทำความผิดต้องมีได้รับอนุญาต เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น⁵⁰

อย่างไรก็ตามในกรณีของการกระทำความผิดที่โดยสภาพแล้วเป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจนหรือกระทบต่อบุคคลที่สามอาจใช้แนวทางการปรับปรุงแก้ไขตามหลักเกณฑ์ของเยอรมนีที่ให้ถือเป็นเหตุผลโทษดังกล่าว

4.1.7 เงื่อนไขการปฏิบัติการอำพราง

เงื่อนไขการปฏิบัติการอำพรางมีความสำคัญในแง่ของการกำหนดสิ่งที่จำเป็นในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางซึ่งจำกัดการใช้การปฏิบัติการอำพรางในวงกว้างโดยไม่มีมูลของการกระทำความผิดซึ่งจะทำให้การปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนกลายเป็นการสอดแนมประชาชนไปในที่สุด

ซึ่งจากการพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 ในหัวข้อ 3.1.1 จะเห็นว่ามี การจำกัดความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เช่น ผลิตจำหน่าย ครอบครองเพื่อจำหน่าย เป็นต้น ที่ใช้การปฏิบัติการอำพรางได้ โดยไม่ใช้กับข้อหาเสพติด ซึ่งในส่วนนี้มีความเหมาะสมแล้วตามแนวคิดการจำกัดกรณีการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเช่นการปฏิบัติการของค่านิยมตามรูปแบบ due process ซึ่งเราได้พิจารณาแล้วในข้างต้น

เงื่อนไขประการต่อมา คือ ต้องมีเหตุอันควรเชื่อ (probable cause)ว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพรางนั้น ซึ่งเป็นมาตรฐานภาระการพิสูจน์ (standard for burden of proof) ในคดีอาญาอย่างหนึ่งและหากพิจารณามาตรฐานภาระการพิสูจน์ทางกฎหมายซึ่งมีหลายระดับ แต่ที่สำคัญในคดีอาญาที่ควรพิจารณามีดังต่อไปนี้

1. มีเหตุอันควรสงสัย (ว่ากระทำความผิด) (reasonable suspicion) ใช้กับอำนาจหยุดและถาวร⁵¹ หรืออำนาจค้นของเจ้าพนักงานปราบปรามยาเสพติด เป็นต้น

⁵⁰ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

⁵¹ U.S. Congress, CRS, American Law Division, Probable Cause, Reasonable Suspicion, and Reasonableness Standards in the Context of the Fourth Amendment and the Foreign Intelligence Surveillance Act, p. 1.

2. มีเหตุอันควรเชื่อ (ว่ากระทำความผิด) (probable cause) ใช้ออกหมายจับ หมายถึง⁵² เป็นต้น “probable cause” เป็นคำจากกฎหมายของอเมริกา อันหมายถึง มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิด⁵³ ตัวอย่างกรณีที่ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในระดับเดียวกันนี้ในกฎหมายไทย ได้แก่ การออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ซึ่งบัญญัติว่า

“เหตุที่จะออกหมายจับได้มี ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ

(2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น...”

ซึ่งคำว่า “พยานหลักฐานตามสมควร” ดังกล่าว หมายถึง มีพยานหลักฐานเพียงพอที่ทำให้เราเชื่อว่ามีเหตุที่จะออกหมายมากกว่าไม่มีเหตุที่จะออกหมาย กล่าวคือ มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ที่ถูกออกหมายจับนั้นน่าจะได้กระทำความผิดมากกว่าไม่ได้กระทำ

3. ปราศจากเหตุอันควรสงสัย (ว่าไม่ได้กระทำความผิด) (beyond a reasonable doubt) ใช้กับการพิสูจน์ในชั้นศาล

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรฐานภาระการพิสูจน์ในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจที่ใช้เหตุอันควรเชื่อ นั้น ในระดับเดียวกันกับมาตรฐานภาระการพิสูจน์ในการออกหมายจับเลยทีเดียว ซึ่งไม่เพียงแต่อาจเป็นอุปสรรคแก่ตำรวจที่ต้องหาพยานหลักฐานเบื้องต้นให้เพียงพอตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจ แต่มีข้อน่าพิจารณาว่าหากตำรวจผู้ขออนุญาตอำนาจมีพยานหลักฐานในการขออนุญาตการอำนาจที่มีมาตรฐานภาระการพิสูจน์เทียบเท่าการออกหมายจับแล้ว ก็น่าจะทำการขอหมายจับได้เลยโดยไม่ต้องขออนุญาตอำนาจ และน่าจะสงสัยต่อไปว่าตำรวจนั้นได้พยานหลักฐานดังกล่าวมาได้อย่างไร

มาตรฐานภาระการพิสูจน์ในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายกระทรวงฯ ข้อ 7 ดังกล่าวสูงกว่าเงื่อนไขการปฏิบัติการอำนาจตาม Guidelines ของอเมริกา มาตรา IV.B(1) (b) ที่มีมาตรฐานต่ำกว่าเหตุอันควรเชื่อ แต่ชัดเจนด้วยการกำหนดถึงรายละเอียดข้อคำนึงด้านอื่นๆ ได้แก่ มี

⁵² Ibid., 2.

⁵³ ประธานศาลฎีกา, สำนัก, "ข้อพิจารณาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://elib.coj.go.th/Article/no.1.pdf>

การดำเนินการสืบสวนอย่างไรมาแล้วบ้าง โอกาสที่ปฏิบัติการซึ่งข้อนี้จะได้พยานหลักฐาน และตาม มาตรา IV.A ยังให้คำนึงถึงความเสี่ยงต่อบุคคล รัฐ และข้อคำนึงตามค่านิยมระดับที่สูงกว่าตาม รัฐธรรมนูญและที่เท่ากันตามกฎหมายอื่นนอกจากการคำนึงถึงประโยชน์ในการสืบสวนคดีหรือการปราบปรามอาชญากรรม และในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ต้องขออนุญาต FBIHQ ด้วย อันได้แก่ การปฏิบัติการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษ ตามมาตรา IV.F มีเงื่อนไขที่ให้อำนาจถึงการล่อให้ กระทำความผิดซึ่งของไทยไม่มี และในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษที่เป็น พฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนต้องมีจดหมายรับรองจากอัยการด้วยว่าเห็นด้วยกับการขออนุญาต และจะ พ้องดำเนินคดีที่มีการดำเนินการโดยชอบในการปฏิบัติการอำพรางนั้น จดหมายดังกล่าวมีข้อพิจารณา ถึงประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติการอำพรางนั้นซึ่งมีน้ำหนักมากกว่าต้นทุนหรือความ เสี่ยงที่จะเกิดอันตรายใดๆ⁵⁴

นอกจากมาตรฐานภาระการพิสูจน์ในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมาย กระทรวงฯ ข้อ 7 ของไทยดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในการหาพยานหลักฐานเพื่อ ขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางแล้ว ยังมีปัญหาในแง่ของการอาจขัดต่อหลักในการรับฟัง พยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ตลอดจนสิทธิในการ ปกษาทนายความ และไม่ให้การปรึกษาตนเองได้ ซึ่งเราได้พิจารณาประเด็นนี้แล้วโดยละเอียดใน หัวข้อ 2.4.1.6 ดังนั้นจึงควรแก้ไขในส่วนนี้โดยอาศัยแนวทางตาม Guidelines ของอเมริกา โดยลด มาตรฐานภาระการพิสูจน์ในการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางลง และชัดเจนด้วยหลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจ การคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับเทียบกับความเสี่ยงหรือความเสียหายต่อบุคคลใดๆที่อาจเกิดขึ้นด้วย มิใช่ คำนึงถึงประโยชน์ในการสืบสวนคดีหรือปราบปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญเพียงด้านเดียวเท่านั้น และใน กรณีที่เป็นการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษ เช่น ผู้อำพรางอาจต้องมีส่วนในการกระทำผิด ร้ายแรง เป็นต้น ควรได้รับการรับรองจากองค์กรภายนอกเช่นอัยการและควรมีการบัญญัติมาตรฐาน ขั้นต่ำในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษไว้ในพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 เฉพาะในประเด็นที่สำคัญด้วยเช่นระบุความผิดที่ผู้อำพรางอาจ กระทำได้ในขณะอำพรางโดยได้รับความคุ้มครอง เป็นต้น

ส่วนเงื่อนไขประการสุดท้ายตามกฎหมายกระทรวงฯ ข้อ 7 ของไทยที่จำกัดวัตถุประสงค์ของการ ปฏิบัติการอำพราง 3 ข้อนั้นเหมาะสมแล้วด้วยการกำหนดถึงหลักวิธีการสุดท้ายใน ข้อ 7 (2) ว่าการ

⁵⁴ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

สืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่

4.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพราง

ผู้เขียนเห็นว่าการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการมีความสำคัญมากกว่าการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาเนื่องจากหากมีการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการที่ดีแต่การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาที่แย่ อย่างน้อยผู้ถูกตรวจสอบควบคุมก็ยังมีผู้อื่นคอยจับตามองและตรวจสอบการกระทำของตนอยู่ ในขณะที่ต่อให้มีการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาที่ดีเพียงใดแต่ถ้าการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการที่แย่ ผู้ถูกตรวจสอบอาจเห็นว่าการกระทำของเขาที่ขัดกับหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหามีโอกาสมากที่จะไม่ถูกตรวจพบโดยการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการที่แย่นั้น โดยในส่วนนี้จะวิเคราะห์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดกลไกการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางให้ เป็นไปโดยชอบตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหา ซึ่ง โดยแบ่งเป็น การตรวจสอบควบคุมก่อน ขณะ และหลังการปฏิบัติการอำพราง ดังนี้

4.2.1 การตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำพราง

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ ของไทยมีการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางก่อนเริ่มดำเนินการโดยใช้ระบบขออนุญาต โดยผู้มีอำนาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางของตำรวจ คือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือตำรวจผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย ซึ่งเป็นการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรที่สะท้อนแนวคิดค่านิยมในรูปแบบ crime control ที่เห็นว่าการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจเพื่อไม่ให้เกิดปัญหา เช่น การจับกุมโดยมิชอบหรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ ควรใช้การตรวจสอบควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาของตำรวจนั่นเองโดยดำเนินการลงโทษทางวินัยแก่ตำรวจรายนั้น⁵⁵

ซึ่งเราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.4.3 แล้วว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และกฎกระทรวงฯ มีหลักเกณฑ์ที่มีค่านิยมในรูปแบบ crime control มากเกินไป จึงควรปรับปรุงแก้ไขให้มีค่านิยมในรูปแบบ due process มากขึ้น โดยค่านิยมในรูปแบบ due process มีทัศนะต่อการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจว่าการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรด้วยโทษทาง

⁵⁵ Packer, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 178.

วินัยตามค่านิยมในรูปแบบ crime control นั้นยากที่การลงโทษจะเกิดขึ้นจริงได้ เนื่องจากตำรวจมักมี “ภูมิคุ้มกันจากการถูกลงโทษ (judgment-proof)”⁵⁶ ทั้งในทางนิติบัญญัติและในทางพฤตินัยที่ตำรวจมักไม่ถูกเอาผิดจากตำรวจด้วยกัน จึงควรใช้การตรวจสอบควบคุมโดยบุคคลหรือองค์กรภายนอกตำรวจ เช่น ในรูปแบบคณะกรรมการซึ่งเป็นบุคคลจากภายนอกองค์กรตำรวจ⁵⁷

และหากพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำนาจของตำรวจในต่างประเทศที่เราได้ศึกษาแล้วในบทที่ 3 ที่ต่างก็ใช้ระบบขออนุญาตก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำนาจแล้ว จะเห็นได้ว่ามีกลไกของการตรวจสอบควบคุมโดยองค์กรภายนอกตำรวจทั้งสิ้น ดังนี้

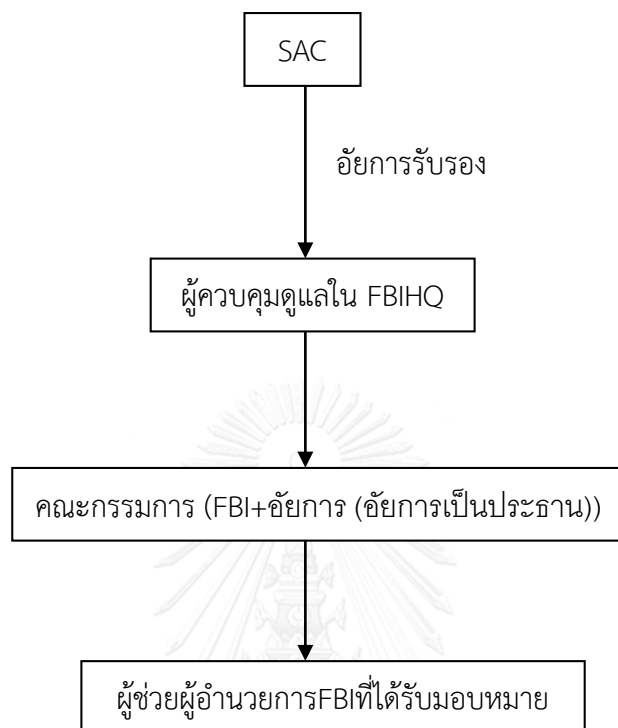
Guidelines ของอเมริกาโดยทั่วไปการปฏิบัติการอำนาจที่มีได้มีพฤติการณ์พิเศษที่มีการติดต่อที่มีสาระสำคัญตั้งแต่ 3 ครั้งขึ้นไปจะใช้การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนดำเนินการอำนาจโดยต้องขออนุญาต SAC ตามมาตรา IV.B⁵⁸ ซึ่งเป็นการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรตำรวจ แต่หากเป็นกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษไม่ว่าจะมีการติดต่อที่มีสาระสำคัญกี่ครั้งก็ตาม จะใช้การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนดำเนินการอำนาจโดย FBIHQ ซึ่งมีการรับรองคำขออนุญาตก่อนโดย SAC ตามมาตรา IV.C โดยหลักเกณฑ์ที่ควรพิจารณาคือการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนดำเนินการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษประเภทพฤติการณ์ที่มีความละเอียดอ่อนซึ่งมีกลไกการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการการอำนาจในลักษณะถ่วงดุลกันระหว่างตำรวจ FBI กับอัยการ ที่โดยทั่วไปจะเริ่มต้นที่ SAC ส่งคำขออนุญาตที่ตนพิจารณาเห็นชอบแล้วประกอบกับมีจดหมายหนังสือรับรองจากอัยการว่าเห็นด้วยกับการปฏิบัติการและพร้อมจะฟ้องดำเนินคดีที่มีการปฏิบัติการดังกล่าว ตามมาตรา IV.F (2) ให้ผู้ควบคุมดูแลใน FBIHQ พิจารณาคำขออนุญาตนั้น ตามมาตรา IV.C (2) หากเห็นควรอนุญาตให้ผู้ควบคุมดูแลใน FBIHQ ให้คณะกรรมการพิจารณาการอำนาจซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ FBI และอัยการที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นประธานโดยผู้อำนวยการ FBI ตามมาตรา IV.D (1) หากคณะกรรมการดังกล่าวเห็นควรอนุญาตให้ส่งให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการ FBI ที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้อนุญาตในขั้นตอนสุดท้าย ยกเว้นการปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์ที่มีความละเอียดอ่อนนั้นเกี่ยวข้องกับก่อกองการร้ายการเข้าไปการร้ายซึ่งในที่นี้อาจเกี่ยวกับยาเสพติดในกรณีที่เกิดการก่อการร้ายนั้นมิอาจได้จากยาเสพติดด้วย หรือความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรง หรือการบาดเจ็บทางร่างกายต่อบุคคล หรือทางการเงิน ที่ผู้อนุญาตในลำดับสุดท้ายต้องเป็น

⁵⁶ Ibid., 200.

⁵⁷ Ibid., 181.

⁵⁸ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

ผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายเท่านั้น ตามมาตรา IV.E⁵⁹ ดังภาพ



ในขณะที่ StPO มาตรา 110a-110c ของเยอรมนี โดยทั่วไปจะให้การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนดำเนินการอำพรางเชิงลึกโดยต้องขออนุญาตอัยการ ยกเว้นกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีเป้าหมายต่อบุคคลใดเป็นการเฉพาะหรือมีพฤติการณ์ที่เจ้าหน้าที่อำพรางต้องเข้าไปในเคหสถาน ต้องขออนุญาตศาล ตามมาตรา 110b⁶⁰

ส่วน Law no. 309/1990 มาตรา 97 และ Law no. 146/2006 มาตรา 9 ของอิตาลี กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องขออนุญาตอัยการก่อนการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเช่นเดียวกัน ซึ่งเราได้พิจารณาแล้วในหัวข้อ 3.3

ดังนั้นพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพติด พ.ศ. 2550 ประกอบบทกฎหมายฯควรมีการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการก่อนดำเนินการอำพรางโดยเพิ่มกลไกการตรวจสอบควบคุมจากองค์กรภายนอก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรปรับปรุงแก้ไขตามแนวทาง Guidelines ของอเมริกาที่มีการตรวจสอบในลักษณะถ่วงดุลที่องค์กรตำรวจถูกจำกัดอำนาจภายใต้

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium,

องค์กรภายนอกซึ่งก็คืออัยการที่เข้ามาตรวจสอบอย่างไม่เด็ดขาดผ่านรูปแบบของคณะกรรมการร่วมกัน ส่วนแนวทางของกฎหมายเยอรมนีและอิตาลีดังกล่าวที่มีการตรวจสอบควบคุมที่องค์กรตำรวจจะถูกจำกัดอำนาจภายใต้องค์กรภายนอกซึ่งก็คืออัยการหรือศาลที่เข้ามาตรวจสอบอย่างค่อนข้างเด็ดขาดก็อาจนำมาปรับใช้ได้ แต่ต้องระมัดระวังเนื่องจากแนวทางดังกล่าวในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจบางประเภทเช่นการอำนาจเชิงข่าวกรองที่ใช้เวลาสั้นๆอาจมีความเป็น due process มากเกินไปในบริบทของคดีอาญาซึ่งเป็นเรื่องอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายโดยเฉพาะเยอรมนีที่ให้ศาลเป็นผู้อนุญาตในบางกรณี แม้การหลักเกณฑ์ของเยอรมนีและอิตาลีอาจจะสอดคล้องกับแนวคิดค่านิยมในรูปแบบ due process ในแง่ของการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจโดยองค์กรภายนอก ตามแนวทางที่เรามุ่งหมายไว้ในการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 และกฎกระทรวงฯ ในข้างต้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าเราควรแต่เพียงแก้ไขให้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ให้มีรูปแบบ due process มากขึ้นเท่านั้น ไม่ใช่การเปลี่ยนรูปแบบของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 และกฎกระทรวงฯ จากที่มีค่านิยม crime control มากเกินไปกลายเป็น due process มากเกินไปแทนซึ่งจะกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และไม่ได้ทำให้การตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจมีประสิทธิภาพมากขึ้นนักซึ่งเป็นความเห็นของผู้เขียนที่ขัดแย้งกับค่านิยมตาม due process ว่าจุดอ่อนที่สำคัญของแนวคิด due process ที่เชื่อมั่นในระบบศาลและการตรวจสอบควบคุมตำรวจจากองค์กรภายนอกมากเกินไปจนลืมนึกถึงข้อเท็จจริงว่าองค์กรศาลหรือองค์กรภายนอกใดๆต่างก็เป็นบุคคลซึ่งอาจใช้อำนาจหรือตัดสินใจผิดพลาดได้ในทำนองเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ยิ่งไปกว่านั้นการตรวจสอบควบคุมในแนวทางที่มีในลักษณะการควบคุมที่เด็ดขาดมากเกินไปจะทำให้เกิดลักษณะของการควบคุมอำนาจมากกว่าการตรวจสอบการใช้อำนาจ หากผู้ที่เข้ามาตรวจสอบมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจได้เด็ดขาดในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตการปฏิบัติการอำนาจใดและทำให้ผู้ตรวจสอบมีสถานะไม่ต่างจากผู้บังคับบัญชาของตำรวจที่ขออนุญาตนั้น นอกจากนี้หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำนาจที่เข้มงวดมากเกินไปจากองค์กรภายนอกอาจทำให้เกิดผลไม่พึงประสงค์ในทางตรงข้าม โดยแทนที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะทำให้การปฏิบัติการอำนาจของตำรวจขอบด้วยกฎหมายมากขึ้น อาจกลายเป็นการทำให้ตำรวจเลี่ยงหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายที่มีการตรวจสอบควบคุมอย่างเข้มงวดโดย “การปฏิบัติการอำนาจนอกระบบ” มากขึ้นดังเช่นที่เคยเกิดในอิตาลี⁶¹ อย่างไรก็ตามแนวทางของเยอรมนีและอิตาลีอาจนำมาใช้ได้ในการปฏิบัติการอำนาจที่มีการเข้าไปในเคสสถานซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการค้น

⁶¹ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 38.

ในส่วนการปฏิบัติการอำพรางในกรณีจำเป็นเร่งด่วนตามกฎหมายกระทรวงฯ ข้อ 15 ซึ่งเราได้พิจารณาแล้วในหัวข้อ 2.4.2.2 ว่าอาจเป็นการเปิดช่องให้มีการเลี่ยงการขออนุญาตการอำพรางด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่อำพรางดำเนินการอำพรางได้ถึง 2 วันเต็มโดยผู้มีอำนาจอนุญาตไม่ทราบ ซึ่งเป็นหลักทำนองเดียวกันกับกฎหมายเยอรมนีนั้น⁶² ควรมีการแก้ไขตามแนวทางของ Guidelines อเมริกา มาตรา IV.I ที่มีข้อพิจารณาที่สำคัญว่าในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ SAC อนุญาตได้ซึ่งปกติต้องอนุญาตเป็นหนังสือก่อนการปฏิบัติการนั้น อาจอนุญาตไปพลางในกรณีฉุกเฉินได้ หาก SAC เห็นว่าโอกาสในการสืบสวนที่สำคัญยิ่งจะเสียไปถ้าใช้เวลาไปกับการทำหนังสือการอนุญาต โดย SAC อาจอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางด้วยวาจาได้ แต่ให้ส่งการอนุญาตที่เป็นหนังสือย้อนหลังดังกล่าวส่งแก่ FBIHQ ด้วย⁶³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ในกรณีฉุกเฉินก็ต้องได้รับอนุญาตจาก SAC ด้วยวาจาก่อน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะขออนุญาตผ่านทางเครื่องมือสื่อสารเช่น โทรศัพท์ ได้ ทำให้ผู้มีอำนาจอนุญาตทราบล่วงหน้าว่ากำลังจะมีการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางซึ่งดีกว่าการไม่ต้องแจ้งก่อนการดำเนินการเลยตามกฎหมายกระทรวงฯ ข้อ 15

4.2.2 การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพราง

เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.4.2.2 แล้วว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎหมายกระทรวงฯ ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางไว้ คงมีแต่กรณีตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 ข้อ 15 ที่ให้ผู้ที่ได้รับการอนุมัติแฝงตัว รายงานผลความคืบหน้าการดำเนินการตามที่ได้รับอนุมัติเพื่อยืนยันเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องใช้ออกสาร หลักฐานและการแฝงตัว ทุก 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับอนุมัติต่ออธิบดีผ่านผู้อนุมัติซึ่งได้แก่องอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาค ซึ่งมีได้ใช้บังคับในกรณีคดีอาญาเสพติดทั่วไป ดังนั้นในกรณีการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ในขณะที่มีการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางนั้น การปฏิบัติการอำพรางในขั้นนี้จะมีโปร่งใสน้อยที่สุด

ที่จริงแล้วในชั้นร่างกฎหมายกระทรวงฯ มีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางโดยการให้ “เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำ

⁶² Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium,

⁶³ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

พราง” เป็นผู้รายงานผลการดำเนินการระหว่างดำเนินการอำพราง แต่เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าเป็น คำที่ไม่ชัดเจนเนื่องจากหากเห็นว่า “เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพราง” หมายถึง ผู้บังคับบัญชาจะมี ปัญหาว่าหมายถึงผู้บังคับบัญชาในระดับใด โดยเฉพาะในกรณีของการปฏิบัติการอำพรางที่เป็นเรื่อง ลับซึ่งอาจทำให้มีการดำเนินการโดยไม่ผ่านผู้บังคับบัญชาบางระดับก็ได้ จึงตัดหลักเกณฑ์นี้ออกไปใน ที่สุด⁶⁴

ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติต พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ โดยมีแนวทางในการแก้ไขของต่างประเทศที่พิจารณาในบทที่ 3 ได้แก่ Guidelines ของอเมริกา ที่ใช้กลไกการตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพราง โดย SAC เป็นหลักซึ่งเป็นการตรวจสอบควบคุมภายใน ในขณะที่เยอรมนี⁶⁵และอิตาลี⁶⁶ มีกลไกการ ตรวจสอบควบคุมภายนอกคืออัยการ แต่การตรวจสอบควบคุมโดย SAC ตาม Guidelines ของ อเมริกามีรายละเอียดมากกว่าโดยที่สำคัญเช่น ตามมาตรา VI.B กำหนดให้ในระหว่างปฏิบัติการ อำพราง SAC ต้องคอยตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่อำพรางและบุคคลอื่น ๆ ในการปฏิบัติการอำ พราง รวมถึงการกระทำที่มีการเสนอหรือคาดเห็นได้ตามควรในการปฏิบัติการที่เหลื่ออยู่ และหาก SAC ตรวจพบการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อหรือกับบุคคลนั้นและรายงานทันทีต่อผู้ช่วย ผู้อำนวยกาที่ได้รับมอบหมายและคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง และวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นควรมี ส่วนในการสืบสวนต่อไปหรือไม่ ตลอดจนต้องคอยหรืออย่างต่อเนื่องกับอัยการตามมาตรา VI.C ใน เรื่องคุณภาพของพยานหลักฐานที่ได้มาจากปฏิบัติการหรือเมื่อพบพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนเกิดขึ้น โดยไม่ได้ถูกคาดการณ์ล่วงหน้า และหรือกับคณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางเมื่อมี ปัญหาข้อกฎหมาย จริยธรรม หรือการฟ้องดำเนินคดีเกิดขึ้น ตามมาตรา IV.D และหากการปฏิบัติการ อำพรางทำให้เกิดความรุนแรงเนื่องจากการกระทำความผิดซึ่งผู้อำพรางมีส่วนทำให้เกิดขึ้น SAC ต้อง แจ้งในทันทีต่ออัยการและ FBIHQ ซึ่งจะแจ้งต่อผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญา ตามมาตรา

⁶⁴ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพตติต, รายงานการประชุมคณะกรรมการยก่าง กฎกระทรวง ครั้งที่ 10/2551 วันพฤหัสบดีที่ 1 พฤษภาคม 2551 เวลา 13.30 น. (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551) (เอกสารไม่ตีพิมพ์), หน้า 5.

⁶⁵ คณิต ฒ นคร, "อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง," ใน อัยการกับการสอบสวน คดีอาญา : รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาในนานาประเทศ, (กรุงเทพฯ: กรม, 2538), หน้า 79.

⁶⁶ Ruggieri, F. and S. Marcolini, "Italy " in Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis, p. 384.

IV.H (5)(e) ดังนี้จึงเห็นควรแก้ไขตามแนวทางอเมริกาที่โดยหลักเน้นการตรวจสอบควบคุมขณะอำพรางโดยองค์กรภายใน แต่มีการประสานกับองค์กรภายนอกคืออัยการด้วย⁶⁷

4.2.3 การตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพราง

เราได้พิจารณาในหัวข้อ 2.4.2.2 แล้วว่าการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการหลังการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ นั้นมีกระบวนการตรวจสอบควบคุมโดยตรงตามกฎหมายดังกล่าวคือเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเสร็จสิ้นหรือยุติแล้วต้องรายงานผลต่อผู้มีอำนาจอนุญาตภายใน 3 วันตามข้อ 14 ในกรณีปกติ และข้อ 15 ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน นอกจากนี้ยังให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติตั้งนายทะเบียนซึ่งมีหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดทำฐานข้อมูลและรายงานประจำปีเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งล้วนเป็นการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางโดยกลไกภายในองค์กรตำรวจทั้งสิ้น ส่วนกระบวนการตรวจสอบควบคุมโดยอ้อมได้แก่การตรวจสอบควบคุมโดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติในชั้นสอบสวน อัยการ และศาลซึ่งเราได้พิจารณาแล้วพบว่า มีปัญหาอย่างไรใน หัวข้อ 2.4.2.2 จึงควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขในส่วนนี้ด้วย

โดยแนวทางที่จะใช้ในการแก้ไขปรับปรุงการตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการหลังการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ประกอบกฎกระทรวงฯ นั้นควรใช้แนวทางตาม Guideline มาตรา VI.E ของอเมริกาที่มีหลักเกณฑ์ให้จัดทำรายงานประจำปีเช่นเดียวกันกับของไทย แต่แตกต่างกันที่ Guideline ให้คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางซึ่งมีอัยการอยู่ด้วยเป็นผู้จัดทำ ซึ่งรวมถึงการจัดทำบันทึกการกระทำของคณะกรรมการในการพิจารณาการอำพรางที่ขออนุญาต ซึ่งบันทึกดังกล่าวต้องสามารถตรวจสอบได้โดยองค์กรภายนอกซึ่งได้แก่รองอัยการสูงสุดที่ได้รับมอบหมายและผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญา ส่วนรายงานประจำปีนอกจากต้องเสนอต่อผู้อำนวยการแล้ว ยังต้องเสนออัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด และผู้ช่วยอัยการสูงสุดหัวหน้ากองคดีอาญาซึ่งเป็นองค์กรภายนอกอีกด้วย

นอกจากนี้ Guideline มาตรา VI.F ของอเมริกายังมีข้อกำหนดที่โดยหลักกล่าวถึงการต้องนำเงินที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางที่เหลืออยู่ต้องนำฝากเข้าคลังของรัฐด้วย ซึ่งรวมถึงเงินที่ได้จากการชำระบัญชี ขาย หรือเพิกถอนสิทธิในกิจการที่ใช้ในการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีมูลค่าสูงกว่าจำนวนที่กำหนดโดยกฎหมาย นอกจากนี้จะต้องนำฝากเข้าคลังของรัฐด้วยเช่นเดียวกันแล้ว FBI ยังต้องรายงานพฤติการณ์ดังกล่าวแก่อัยการสูงสุดและอธิบดีกรมบัญชีกลางซึ่งเป็นองค์กรภายนอกอีกด้วย

⁶⁷ Justice, U.S. Department, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations."

ส่วน StPO มาตรา 110a-110c ของเยอรมนี และ Law no. 309/1990 มาตรา 97 กับ Law no. 146/2006 มาตรา 9 ของอิตาลีนั้นไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ หลังการปฏิบัติการอำพรางเป็นการเฉพาะ คงปรากฏเพียงการตรวจสอบควบคุมกระบวนการยุติธรรม ตามปกติที่อัยการเป็นผู้ควบคุมชั้นสอบสวนอยู่แต่เดิม⁶⁸ ส่วนเยอรมนีศาลเป็นผู้มีบทบาทในการสืบพยานในชั้นพิจารณาเป็นสำคัญ⁶⁹



⁶⁸ Ross, J. E., *Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France*, p. 36.

⁶⁹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, "ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี," *ดุลพินิจ*: 30.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากสถิติการจับกุมผู้ต้องหา¹ สถิติการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม² และสถิตินักโทษ³ ในปัจจุบันที่ส่วนมีจำนวนผู้ต้องหา จำเลย หรือนักโทษคดีอาญาเสพติดมากที่สุดทั้งสิ้น สะท้อนให้เห็นว่ายาเสพติดเป็นปัญหาสำคัญอย่างหนึ่งของประเทศไทย และด้วยลักษณะการกระทำความผิดของยาเสพติดที่เป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย และมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมหรือเครือข่ายผู้กระทำความผิด ทำให้เป็นอุปสรรคแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว โดยเฉพาะประเทศไทยที่เป็นหนึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลักษณะพยานที่เน้นไปทางระบบกล่าวหา⁴ แม้จะมีการใช้การปฏิบัติการอำนาจในทางปฏิบัติและตามแนวคำพิพากษามาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 แต่ด้วยสถานะทางกฎหมายของการปฏิบัติการอำนาจไทยที่ไม่มีความชัดเจนทำให้เฉพาะการปฏิบัติการอำนาจโดยการล่อซื้อเท่านั้นที่เจ้าหน้าที่ใช้นิยมใช้ ส่วนการปฏิบัติการอำนาจเชิงลึกหรือที่ต้องมีส่วนในการกระทำความผิดมากขึ้นนั้นยังไม่ค่อยมีการใช้อย่างเปิดเผยซึ่งทำให้การสืบสวนมีข้อจำกัดในทางกฎหมาย คงมีเพียงพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แต่ก็มีใช้โดยเจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) เท่านั้น

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 จึงถูกประกาศใช้เพื่อกำหนดกระบวนการดำเนินคดีอาชญากรรมที่มีจำนวนมากโดยเฉพาะ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจในคดีอาชญากรรม โดยในมาตรา 7 ได้รับรองการปฏิบัติการอำนาจซึ่งเป็นหนึ่งในเทคนิคการสืบสวนพิเศษที่มักมีการยอมรับกันว่าสามารถป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายอย่างยาเสพติดและองค์กรอาชญากรรมอย่างได้ผล และทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีเครื่องมือในการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติดที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

¹ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, กระทรวง, สำนักงานสถิติแห่งชาติ, "สถิติการรับแจ้งและจับกุมกลุ่มคดีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย จำแนกตามประเภทคดีที่รับแจ้ง พ.ศ. 2547 - 2556" [ออนไลน์].

² ศาลยุติธรรม, สำนักงาน, "ข้อมูลสถิติคดีประจำปี 2557" [ออนไลน์].

³ ยุติธรรม, กระทรวง, กรมราชทัณฑ์, "สถิติราชทัณฑ์ รท.103" [ออนไลน์].

⁴ คณิต ฒ นคร, วิอาญาวิพากษ์, หน้า 30.

แต่ในอีกด้านหนึ่งการปฏิบัติการอำพรางเป็นเทคนิคการสืบสวนที่โดยสภาพแล้วมีปัญหาและความเสี่ยงมากซึ่งได้แก่ ความเสี่ยงต่อการใช้ความรุนแรง ปัญหาการกระทำความผิดของผู้อำพราง ในขณะที่ปฏิบัติการ ปัญหาการใช้อำนาจรัฐในบริบทของการปฏิบัติการอำพราง ปัญหาความสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมระหว่างผู้อำพรางกับผู้เป็นเป้าหมายในการปฏิบัติการอำพราง ปัญหาการใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพราง และปัญหาความขัดแย้งระหว่างการปฏิบัติการอำพรางกับหลักเกณฑ์การทางกฎหมายที่สูงกว่าหรือกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากันซึ่งคุ้มครองสิทธิประชาชนในวัฒนธรรมการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติต พ.ศ. 2550 ซึ่งรับรองการปฏิบัติการอำพรางนั้น มิได้มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่ชัดเจนหลายประการ โดยในแง่การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาซึ่งเป็นเรื่องขอบเขตของการปฏิบัติการอำพราง กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดนิยามความหมายการอำพรางตามมาตรา 7 วรรคสองที่ชัดเจน ทั้งยังโอนอำนาจในการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการปฏิบัติการอำพราง การดำเนินการ และการอนุญาตไปให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎกระทรวงขยายความเกือบทั้งหมดตามมาตรา 7 วรรคสี่ ซึ่งกฎกระทรวงฯ ที่ออกมาก็ขาดความชัดเจนเช่นเดียวกันในหลายประเด็นซึ่งได้แก่ การแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่ชัดเจนในการจำแนกตามข้อ 3, ปัญหาการตีความว่ากฎหมายดังกล่าวรวมถึงการปฏิบัติการอำพรางโดยใช้สายลับด้วยหรือไม่, ระยะเวลาในการดำเนินการอำพรางมีจำกัดที่เท่าใด, เจ้าหน้าที่อำพรางตามกฎหมายดังกล่าวได้รับความคุ้มครองให้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดได้เพียงใด ตามมาตรา 7 วรรคท้าย และเงื่อนไขของการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางตามข้อ 7 ที่พิจารณาถึงประโยชน์ในการสืบสวนเป็นสำคัญเท่านั้นมิได้กล่าวถึงในแง่การคุ้มครองสิทธิมากนัและมีความมาตรฐานการพิสูจน์สูง เหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาความชัดเจนของการตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาและทำให้เกิดการตีความที่แตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย⁵ ซึ่งไม่เพียงเป็นปัญหาในการคุ้มครองสิทธิประชาชนแต่ยังเป็นปัญหาของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่ทราบขอบเขตการปฏิบัติการอำพรางที่ตนจะดำเนินการได้อย่างแน่ชัดอีกด้วย

ส่วนในแง่การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการ แม้จะมีการกำหนดให้มีระบบขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางก่อนการดำเนินการอำพรางแต่ก็เป็นเพียงการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรตำรวจเท่านั้น และไม่มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการอำพรางโดยตรง ส่วนการตรวจสอบควบคุมหลังดำเนินการอำพรางนั้น แม้ว่าจะมีการตรวจสอบควบคุมโดยกระบวนการ

⁵ เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย, เอกสารประกอบการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพตติต พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550, หน้า 27, 35.

ยุติธรรมทางอาญาทั่วไปในชั้นสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนและทนายความ ชั้นอัยการ และชั้นศาล แต่กระบวนการดังกล่าวก็ไม่อาจตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางถูกออกแบบมาเพื่อให้สามารถหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมในกระบวนการยุติธรรมทั่วไปที่เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนสอบสวนวิธีดั้งเดิม ส่วนการตั้งนายทะเบียนจัดทำฐานข้อมูลและรายงานการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายกระทรวงฯ ก็เป็นเพียงการตรวจสอบควบคุมภายในองค์กรตำรวจเช่นเดียวกัน

และเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางของต่างประเทศซึ่งได้แก่ อเมริกา เยอรมนี และอิตาลีแล้วจะเห็นว่าประเทศเหล่านี้มีการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในเชิงกระบวนการที่มีองค์กรภายนอก คือ อัยการหรือศาล ในขณะที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ไม่มี ส่วนในประเด็นอื่นๆ สามารถสรุปเปรียบเทียบเป็นตารางได้ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 กับหลักเกณฑ์ต่างประเทศ (อเมริกา อิตาลี และเยอรมนี) ที่ได้ศึกษาแล้ว ในแต่ละประเด็นที่ควรพิจารณา

ประเด็น	ไทย	อเมริกา	อิตาลี	เยอรมนี
ราระบบกฎหมาย	civil law	common law	civil law	civil law
ระบบกฎหมายลักษณะพยาน	เน้นกล่าวหา	กล่าวหา	กล่าวหา	ไต่สวน
ทัศนคติต่อการอำพราง	บวก	บวก	บวก	ลบ
ความขัดแย้งกับค่านิยมระดับสูง	ไม่ขัด	ไม่ขัด	ไม่ขัด	ขัด
บทตัดพยานที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบใช้ตั้งแต่...	พบบานหลักฐานที่ทำให้บุคคลกลายเป็นผู้ต้องหา	บุคคลถูกจับ/ถูกฟ้อง	ไม่พบข้อมูล	พบบานหลักฐานที่ทำให้บุคคลกลายเป็นผู้ต้องหา
หลักเกณฑ์หลักที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตรวจสอบควบคุมการอำพราง	เจ้าหน้าที่อำพราง: “วิ . ย า เ ส พ ต ต ติ 2550” สายลับ:ไม่มี	เจ้าหน้าที่อำพราง: Undercover Guidelines สายลับ: Informant Guidelines	เจ้าหน้าที่อำพราง&สายลับ: Law no.146/2006	เจ้าหน้าที่อำพราง: StPO 110a-110c สายลับ: Confidentiality Regulation

ขอบเขตการตรวจสอบควบคุมของหลักเกณฑ์ลายลักษณ์อักษร	หลัก:ควบคุมหมด	หลัก:การอำพรางที่มี การติดต่อ ที่มีสาระสำคัญเกิน 3 ครั้ง	หลัก:ควบคุมหมด	หลัก : ควบคุม อำพรางเชิงลึกเท่านั้น
หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมภายนอกก่อนการอำพราง	ไม่มี	หลัก:ไม่มี ข้อยกเว้น:คณะกรรมาการฯ ที่มีอัยการประกอบ	อัยการ	หลัก:อัยการ ข้อยกเว้น:ศาล
หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมภายนอกขณะอำพราง	ไม่มี	หลัก:ไม่มี ข้อยกเว้น:อัยการ	อัยการ	อัยการ
ดุลพินิจอัยการในการไม่ฟ้อง แม้มีการทำผิดจริง	มี	ไม่พบข้อมูล	ไม่มี	หลัก:ไม่มี ข้อยกเว้น :ทางปฏิบัติ
social control	กำลังพัฒนา	เข้มแข็ง	ไม่พบข้อมูล	ไม่พบข้อมูล
หลักเกณฑ์ที่คุ้มครองผู้อำพรางที่กระทำผิดขณะอำพราง	หลัก(วิ.ยาเสพติด,สายลับ): society-wide prohibitions (ประกอบ utilitarian override) ข้อยกเว้น(กฎหมาย DSI, ข้ามชาติ) : role-specific norms	role-specific norms	role-specific norms	society-wide prohibitions (ประกอบ utilitarian override)
แนวความคิดการล่อให้กระทำความผิด	entrapment defense	entrapment defense	เหตุผลโทษ	เหตุผลโทษ

หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในเชิงเนื้อหาที่ไม่ชัดเจนจนใกล้เคียงกับการไม่มีหลักเกณฑ์เลย หลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางในเชิงกระบวนการ

ที่ใช้กลไกภายในองค์กรอย่างเดียวนั้นตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 (ประกอบบทกฎกระทรวงฯ) ประกอบกับหลักเกณฑ์ที่ให้คดีอาญาเสพติดถึงที่สุดที่ศาลในระดับไม่เกินชั้นอุทธรณ์เป็นสำคัญตามมาตรา 18 และหลักเกณฑ์ที่ให้ดุลพินิจศาลรับฟังคำสารภาพเพื่อลงโทษจำเลยได้ด้วยเกณฑ์อัตราโทษที่ต่ำกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 ทำให้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 ตลอดจนกฎหมายอื่นเช่นพระราชบัญญัติอาญาเสพติดให้โทษ มาตรา 15 วรรคสามที่มีบทสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับปริมาณอาญาเสพติดที่อ้างว่าถูกพบในการครอบครองของจำเลยที่อาจทำให้จำเลยที่ครอบครองอาญาเสพติดถูกลงโทษฐานจำหน่ายได้ ทำให้กระบวนการดำเนินคดีอาญาเสพติดในภาพรวมมีรูปแบบที่เน้นไปทาง crime control อย่างชัดเจน และทำให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งได้แก่การปฏิบัติการอำพรางมีการตรวจสอบควบคุมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 น้อยมาก และเมื่อพิจารณาถึงการปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นปฏิบัติการที่มีความปัญหาและความเสี่ยงสูงหลายประการดังที่เราได้พิจารณาแล้วข้างต้นนั้น จะทำให้เห็นได้ว่าการตรวจสอบควบคุมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 มีรูปแบบ crime control มากเกินไป และสมควรมีการแก้ไขปรับปรุงให้มีค่านิยมในรูปแบบ due process มากขึ้น แต่ต้องระมัดระวังมิให้การแก้ไขปรับปรุงดังกล่าวทำให้การตรวจสอบควบคุมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 มีรูปแบบ due process มากเกินไปแทนอันจะเป็นอุปสรรคต่อการควบคุมอาชญากรรมอาญาเสพติด และอาจทำให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์อื่นๆ เช่น การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางที่เข้มงวดเกินไปอาจผลักดันให้ตำรวจใช้ “การปฏิบัติการอำพรางนอกระบบ” มากขึ้นเช่นที่เคยเกิดขึ้นในประเทศอิตาลี

ดังนั้นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขการตรวจสอบควบคุมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 จึงได้แก่ การกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมในเชิงเนื้อหาให้มีความชัดเจนมากขึ้น และการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมในเชิงกระบวนการที่เพิ่มการตรวจสอบควบคุมจากภายนอกองค์กรตำรวจในลักษณะของการตรวจสอบถ่วงดุลมากกว่าการตรวจสอบควบคุม ตลอดจนการวางมาตรฐานขั้นต่ำการตรวจสอบควบคุมในบางประเด็นที่สำคัญไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 ด้วยซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างแนวทางของอเมริกาที่ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพรางไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายอันแท้จริงกับแนวทางของเยอรมนีที่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี (StPO)

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 การตรวจสอบควบคุมเชิงเนื้อหาต่อการปฏิบัติการอำพราง

1. ในประเด็นปัญหาความหมายการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศัตยาเสพติด พ.ศ. 2550 ตาม มาตรา 7 วรรคสอง และประเด็นการใช้สายลับในการปฏิบัติการอำพรางนั้น เห็นว่าควรปรับปรุงแก้ไขโดยใช้แบบอย่างจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ที่ใช้คำว่า “การปฏิบัติการอำพราง” แทนคำว่า “การอำพราง” ตามมาตรา 19 วรรคสอง และหมายความรวมถึงการใช้สายลับตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประกอบกับแนวทางจาก Guidelines ของอเมริกาเพื่อเพิ่มรายละเอียดความหมายให้ใกล้เคียงกับความหมายในทางทฤษฎีโดยเฉพาะการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้อำพรางกับเป้าหมาย ด้วยการแก้ไขมาตรา 7 วรรคสอง ในปัจจุบันให้มีถ้อยคำว่า

“การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การสืบสวนที่มีการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้อำพรางกับบุคคลใด ไม่ว่าจะอยู่เฉพาะหน้ากันหรือไม่ โดยปิดบังสถานะเจ้าพนักงานหรือมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติการภายใต้การกำกับควบคุมของเจ้าพนักงานและปิดบังวัตถุประสงค์ของการสืบสวนนั้น

ผู้อำพราง หมายความว่า เจ้าพนักงานที่ดำเนินการปฏิบัติการอำพราง หรือบุคคลใดที่ดำเนินการปฏิบัติการอำพรางภายใต้การกำกับควบคุมของเจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพราง”

ยิ่งไปกว่านั้นควรมีการกำหนดให้มี “เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพราง” ตามร่างกฎกระทรวงฯเดิม⁶ เป็นผู้รับผิดชอบการปฏิบัติการอำพรางโดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 1 ว่า

“ให้เจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งสูงสุดในหน่วยปฏิบัติการอำพรางหนึ่งคนเป็นเจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพราง”

หน่วยปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า บุคคลทั้งหมดที่ร่วมดำเนินการปฏิบัติการอำพรางในคราวใดๆ”

นอกจากนี้การกำหนดคุณสมบัติผู้อำพรางและหน่วยปฏิบัติการอำพรางในกฎกระทรวงฯ เช่น เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางต้องไม่ใช่ตำรวจเกณฑ์ที่ขณะนี้กำลังอยู่ในขั้นร่างกฎหมาย⁷, ในหน่วยปฏิบัติการอาจจำกัดจำนวนสายลับหรือตำรวจเกณฑ์, บุคคลในหน่วยปฏิบัติการอำพรางต้องไม่มีประวัติการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในช่วงระยะเวลา...ปีก่อนการปฏิบัติการอำพราง, บุคคลใน

⁶ ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎกระทรวง ครั้งที่ 10/2551 วันพฤหัสบดีที่ 1 พฤษภาคม 2551 เวลา 13.30 น. หน้า 5.

⁷ เกล็นนิวส์, "โฆษก ตร. เชื้อ พ.ร.บ.ตำรวจเกณฑ์ ช่วยงานคุมม็อบได้ดี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.dailynews.co.th/crime/336667>

หน่วยปฏิบัติการอำนาจควรมีการอบรมการอำนาจไม่ต่ำกว่า...ชั่วโมงก่อนการปฏิบัติการอำนาจ และควรจำกัดอายุสายลับว่าต้องไม่ต่ำกว่า...ปี และสายลับอาจขอพบทนายความได้ถ้าเขาต้องการใน ทำนองเดียวกันกับ Rachel's law⁸ ซึ่งในรายละเอียดควรมีการศึกษาต่อไป

ยิ่งไปกว่านั้นควรจำกัดขอบเขตการปฏิบัติการอำนาจโดยห้ามปฏิบัติการอำนาจในกรณี ดังต่อไปนี้อย่างเด็ดขาดในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึษาเสพตติ พ.ศ. 2550 ตาม มาตรา 7

(1) การเข้าร่วมการนัดพบหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลกับ ทนายความของเขา และ

(2) ปฏิบัติการที่มีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่บุคคลใดจะเข้ามามีความสัมพันธ์ทางอาชีพ หรือที่ต้องเก็บเป็นความลับกับผู้อำนาจซึ่งทำที่เป็นทนายความ แพทย์ นักบวช หรือสื่อมวลชน

2. ในประเด็นปัญหาการแบ่งประเภทการปฏิบัติการอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณา ศึษาเสพตติ พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 7 วรรคสี่ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 นั้นควรมีการแก้ไข ปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา StPO ของเยอรมนี และร่างกฎกระทรวงฯ เดิม โดยแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึษาเสพตติ พ.ศ. 2550 มาตรา 5 ว่า

“การปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษ หมายความว่า การปฏิบัติการอำนาจที่มีความ เสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของบุคคล ซึ่งได้แก่

(1) การปฏิบัติการที่เข้าไปในเคหสถานอันโดยปกติแล้วบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าไปได้

(2) การปฏิบัติการที่มีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรงหรือการบาดเจ็บทาง ร่างกายต่อบุคคล หรือความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน

(3) การปฏิบัติการที่ผู้อำนาจมีส่วนในการกระทำที่ผิดกฎหมายร้ายแรงที่กฎหมายกำหนด โทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น

(4) กรณีอื่นใดที่กำหนดตามกฎกระทรวงฯ”

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 ให้เป็นดังนี้

“การปฏิบัติการอำนาจตามกฎกระทรวงฯ นี้ ได้แก่

(1) การปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษ หรือ

(2) การปฏิบัติการอำนาจที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษ”

โดยเพิ่มถ้อยคำในกฎกระทรวงฯ ข้อ 1 ว่า

⁸ Florida Legislature, "The 2014 Florida Statutes."

“การปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษ ตามกฎกระทรวงนี้ ได้แก่

- (1) การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในหน่วยงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่อง และเป็นระยะเวลาตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไป
- (2) การปฏิบัติการนอกเขตท้องที่การสอบสวนของเจ้าพนักงาน
- (3) การล่อขाय
- (4) การจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการกระทำความผิด
- (5) การปฏิบัติการที่ผู้อำพรางมีส่วนในการกระทำที่ผิดกฎหมายร้ายแรงที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น
- (6) การปฏิบัติการที่มีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความรุนแรงหรือการบาดเจ็บทางร่างกายต่อบุคคล หรือความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน
- (7) การปฏิบัติการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่มีระยะเวลาเกิน 3 เดือนขึ้นไป หรือ
- (8) การปฏิบัติการที่เข้าไปในเคหสถานอันโดยปกติแล้วบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าไปได้”

3. ในประเด็นปัญหาระยะเวลาการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 7 วรรคสี่ ประกอบกฎกระทรวงฯ ข้อ 3 นั้น ควรมีการแก้ไขปรับปรุง โดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา โดยแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ดังนี้

“การปฏิบัติการอำพรางไม่ควรใช้ระยะเวลาเกินกว่าที่จำเป็น และไม่ควรมานานกว่า 1 ปี โดยไม่มีการอนุญาตใหม่ให้ดำเนินการได้ ยกเว้นกรณีจำเป็นเร่งด่วนตามวรรคสาม”

4. ในประเด็นปัญหาความคุ้มครองเจ้าหน้าที่อำพรางจากความรับผิด ควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา โดยแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 ดังนี้

“ห้ามมิให้อนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่ผู้อำพรางต้องมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่การมีส่วนนั้นชอบ

- (1) เพื่อจะได้มาซึ่งข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นเพื่อบรรลุการสืบสวนและไม่อาจได้มาเช่นนั้นได้โดยปราศจากการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายดังกล่าว
- (2) เพื่อสร้างหรือรักษาความน่าเชื่อถือของการปกปิดตัวตน หรือ
- (3) เพื่อป้องกันการเสียชีวิตหรือการบาดเจ็บสาหัส

โดยในการอนุญาตนั้นจะต้องใช้มาตรการที่สมควรเพื่อลดการมีส่วนในการดำเนินการที่ผิดกฎหมายของผู้อำพรางให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

แต่ในทุกกรณีห้ามผู้อำพราง

(1) มีส่วนในการกระทำที่ใช้ความรุนแรง เว้นแต่เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการใช้กำลังโดยไม่ชอบ แต่ต้องรายงานต่อเจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางซึ่งต้องแจ้งแก่ผู้มีอำนาจอนุญาตและอัยการในทันทีที่ทำได้

(2) ริเริ่มหรืออยู่ในแผนการใดเพื่อกระทำความผิดอาญา

(3) มีส่วนในการใช้เทคนิคการสืบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การดักฟังหรือการสะกดรอยที่ผิดกฎหมาย การเปิดจดหมายอย่างผิดกฎหมาย หรือบุกรุกอันเทียบเคียงได้กับการค้นโดยมิชอบ”

นอกจากนี้ควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจากพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 40 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 30 ที่มีบทบัญญัติในลักษณะเพิ่มระวางโทษแก่ผู้อำพรางที่กระทำเกินอำนาจโดยทุจริต โดยแก้ไขเพิ่มเติมหมวดใหม่โดยแทรกระหว่างหมวด 5 และ หมวด 6 เดิมในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ดังนี้

“หมวด 6 บทกำหนดโทษ

มาตรา 22 ผู้ใดปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 7 หรือมาตรา 8 กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่นให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ให้ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

5. ในประเด็นปัญหาการล่อให้กระทำความผิด ควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ประกอบกับหลักเกณฑ์ของเยอรมนีและอิตาลี โดยแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7 หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

“ห้ามมิให้มีการล่อให้กระทำความผิด และห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำดังกล่าวเพื่อลงโทษจำเลย

ยกเว้นในกรณีที่การกระทำความผิดที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดที่โดยสภาพแล้วเป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจนหรือทำให้บุคคลที่สามต้องเสียหาย ให้ถือว่าการล่อให้กระทำความผิดนั้นเป็นเหตุให้ศาลจะลงโทษจำเลยสำหรับการกระทำความผิดนั้นเพียงใด

ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้ล่อให้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบเป็นตัวการเฉพาะส่วนของการกระทำความผิดที่อยู่ในขอบเขตการล่อให้กระทำความผิดนั้น โดยไม่ต้องมีการฟ้องเป็นคดีใหม่”

6. ในประเด็นเงื่อนไขการปฏิบัติการอำนาจควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา โดยแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 เพื่อให้คำนึงถึงเงื่อนไขด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วยดังนี้

“การปฏิบัติการอำนาจที่ชอบที่จะอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องให้ประโยชน์มากกว่าความเสียดังต่อไปนี้

(1) ความเสี่ยงต่อบุคคลที่จะได้รับอันตรายต่อร่างกาย ความเสียหายต่อทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินของบุคคลหรือกิจการ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายอื่น ๆ ต่อบุคคล

(2) ความเสี่ยงที่รัฐต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือได้รับความเสียหายอื่นๆ

(3) ความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ์หรือที่เป็นความลับ และข้อคำนึงตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายอื่นๆ และ

(4) ความเสี่ยงที่บุคคลผู้เข้าร่วมการปฏิบัติการอำนาจอาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดกฎหมาย

ในการพิจารณาคำขออนุญาตเพื่อจัดตั้งหน่วยปฏิบัติการอำนาจซึ่งประกอบด้วยบุคคลที่มีใจเจ้าพนักงาน ให้ผู้มีอำนาจอนุญาตพิจารณาคำขออนุญาตด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง”

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 ให้เปลี่ยนคำว่า “มีเหตุอันควรเชื่อ” เป็น “มีเหตุอันควรสงสัย” และตัดคำว่า “และ” ในถ้อยคำ “และเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด” ออกแล้วเพิ่มเติมข้อความดังนี้เป็นวรรคใหม่ในวรรคสุดท้าย

“และคำขออนุญาตนั้นแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติการอำนาจจะกระทำโดยลวงล้า่น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นต่อการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลด้วยวิธีการที่มีประสิทธิภาพและในเวลาที่เหมาะสม ตลอดจนแสดงการเข้าไปมีส่วนอย่างใดๆ ในการกระทำความผิดกฎหมายที่คาดเห็นได้ของผู้อำนาจซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การมีส่วนในการกระทำความผิดของผู้อำนาจ

ในกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษควรมีจดหมายรับรองจากอัยการระบุว่าเห็นด้วยกับการขออนุญาตและความชอบด้วยกฎหมายของการขออนุญาตดังกล่าว และจะฟ้องดำเนินคดีที่มีการดำเนินการโดยชอบ”

และแทรกถ้อยคำต่อไปนี้ลงไปกฎกระทรวงฯ ข้อ 12 ระหว่างวรรคสองและวรรคสาม

“คำขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมระยะเวลาหรือรายการที่ได้รับอนุญาตตามวรรคสองดังกล่าวควรระบุผลลัพธ์ที่ได้จากปฏิบัติการนั้น หรืออธิบายถึงความล้มเหลวที่มีนัยสำคัญ และในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษเข้ามาเกี่ยวข้องควรมีจดหมายจากอัยการเห็นด้วยกับการขยายหรือต่อระยะเวลาการปฏิบัติการ”

5.2.2 การตรวจสอบควบคุมเชิงกระบวนการต่อการปฏิบัติการอำนาจ

1. ในประเด็นการตรวจสอบควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำนาจควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา และหลักเกณฑ์ของเยอรมนี โดยแก้ไขหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง ว่า

ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจปฏิบัติการอำนาจเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ยกเว้นในกรณีการปฏิบัติการอำนาจที่มีพฤติการณ์พิเศษตามมาตรา 5 (1) เจ้าพนักงานต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากศาล

และแก้ไขหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วรรคสี่ว่า

“การอนุญาตและการอำนาจตามวรรคหนึ่ง รวมทั้งการดำเนินการตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ในกฎกระทรวงดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจจากองค์กรภายนอกด้วย”

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 9 ให้แก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำเป็นดังนี้

“ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายตามข้อ 8 ต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งและมีอำนาจอนุญาตปฏิบัติการอำนาจตามที่กำหนด ดังต่อไปนี้

(1) ข้าราชการตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้บัญชาการ หรือข้าราชการพลเรือนตำแหน่งตั้งแต่รองเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือเทียบเท่าขึ้นไป มีอำนาจอนุญาตปฏิบัติการอำนาจตามข้อ 3 (1) ยกเว้นกรณีตามข้อ 1 (8) (ที่แก้ไขแล้ว)

(2) ข้าราชการตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้กำกับการ หรือข้าราชการพลเรือนตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกอง หรือเทียบเท่าขึ้นไป ซึ่งมีหน้าที่ในการปราบปรามยาเสพติด มีอำนาจอนุญาตปฏิบัติการอำนาจตามข้อ 3 (2)”

และแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 6 ให้ถ้อยคำเป็นดังนี้

“ ในกรณีที่เป็นกรณขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางตามข้อ 3 (1) ยกเว้นกรณีตามข้อ 1 (8) (ที่แก้ไขแล้ว) ผู้ขออนุญาตต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางซึ่งประกอบด้วยอัยการ และผู้บังคับบัญชา แล้วแต่กรณี ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ขออนุญาตเป็นเจ้าของพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือน ให้ผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการสำนักหรือเทียบเท่าขึ้นไปเป็นหนึ่งในคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

(2) ผู้ขออนุญาตเป็นเจ้าของพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งเป็นข้าราชการทหาร ให้ผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ผู้บัญชาการกองพลหรือเทียบเท่าขึ้นไปเป็นหนึ่งในคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

(3) ผู้ขออนุญาตเป็นพนักงานฝ่ายปกครอง ให้ผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่นายอำเภอหรือเทียบเท่าขึ้นไปเป็นหนึ่งในคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง

(4) ผู้ขออนุญาตเป็นข้าราชการตำรวจ ให้ผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการหรือเทียบเท่าขึ้นไปเป็นหนึ่งในคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง”

นอกจากนี้ควรแก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวงฯ ข้อ 15 ให้ถ้อยคำเป็นดังนี้

“ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางไปก่อนโดยได้รับอนุญาตด้วยวาจาจากผู้มีอำนาจอนุญาตแล้วรายงานโดยระบุมความจำเป็นเร่งด่วนและเหตุอันสมควรต่อผู้มีอำนาจอนุญาตดังกล่าวโดยเร็ว ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามวันนับแต่วันที่เริ่มปฏิบัติการอำพราง

ถ้าการปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่งเป็นกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษ ให้ผู้มีอำนาจอนุญาตด้วยวาจาตามวรรคหนึ่งได้แก่ผู้บังคับบัญชาตาม ข้อ 6

ถ้าการปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่งเป็นกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษตามข้อ 1 (8) ให้ผู้มีอำนาจอนุญาตด้วยวาจาตามวรรคหนึ่งได้แก่ศาล

โดยสรุปคือในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษให้ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายในกรณีตำรวจคือข้าราชการตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้กำกับการหรือเทียบเท่าขึ้นไป ซึ่งต้องจัดทำบันทึกการอนุญาตการอำพรางแก่คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางด้วย ส่วนในกรณีการปฏิบัติการอำพรางที่มีพฤติการณ์พิเศษ ให้ผู้ขออนุญาตส่งคำขออนุญาตซึ่งควรได้รับการรับรองจากอัยการแล้วให้คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางที่ประกอบด้วยอัยการและตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการหรือเทียบเท่าขึ้นไปรับรองและจึงส่งให้ตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้บัญชาการหรือเทียบเท่าขึ้นไปพิจารณา

อนุญาต ยกเว้นที่มีพฤติการณ์พิเศษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขแล้ว มาตรา 5 (1) หรือกฎกระทรวงฯ ที่แก้ไขแล้ว ข้อ 1 (8) ซึ่งเป็นการปฏิบัติการที่เข้าไปในเคหะสถานอันโดยปกติแล้วบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าไปได้ อันเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการค้น

2. ในประเด็นการตรวจสอบควบคุมขณะการปฏิบัติการอำพรางควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 ข้อ 15 โดยแก้ไขหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงฯ โดยเป็นข้อใหม่แทรกระหว่างข้อ 12 และข้อ 13 ให้มีถ้อยคำว่

“ข้อ 13 ให้เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางที่ได้รับการอนุญาตให้ดำเนินการอำพรางรายงานผลความคืบหน้าการดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตเพื่อยืนยันเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องใช้อเอกสาร หลักฐานและการปฏิบัติการอำพราง ทุก 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับอนุญาตแก่ผู้มีอำนาจอนุญาต

ในระหว่างการปฏิบัติการอำพราง เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางต้องคอยตรวจสอบการกระทำของผู้อำพรางและหน่วยปฏิบัติการอำพราง รวมถึงการกระทำที่มีการเสนอหรือคาดเห็นได้ตามควรในการปฏิบัติการที่เหลืออยู่

ถ้าเจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางตรวจพบการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตต้องหารือกับบุคคลนั้นและรายงานทันทีต่อผู้มีอำนาจอนุญาตและคณะกรรมการพิจารณาการอำพราง และวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นควรมีส่วนในการสืบสวนต่อไปหรือไม่

เจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางต้องคอยหารืออย่างต่อเนื่องกับอัยการ ในเรื่องคุณภาพของพยานหลักฐานที่ได้มาจากปฏิบัติการหรือเมื่อพบพฤติการณ์ที่ละเอียดอ่อนเกิดขึ้นโดยไม่ได้ถูกคาดการณ์ล่วงหน้า และหารือกับคณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติการอำพรางเมื่อมีปัญหาข้อกฎหมาย จริยธรรม หรือการฟ้องดำเนินคดีเกิดขึ้น

หากการปฏิบัติการอำพรางทำให้เกิดความรุนแรงเนื่องจากการกระทำผิดซึ่งผู้อำพรางมีส่วนทำให้เกิดขึ้นเจ้าพนักงานผู้ควบคุมการอำพรางต้องแจ้งในทันทีต่ออัยการและผู้มีอำนาจอนุญาต”

3. ในประเด็นการตรวจสอบควบคุมหลังการปฏิบัติการอำพรางควรมีการแก้ไขปรับปรุงโดยใช้แบบอย่างจาก Guidelines ของอเมริกา โดยแก้ไขหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงฯ ข้อ 16 ให้เป็นถ้อยคำดังนี้

“ข้อ 16 คณะกรรมการพิจารณาการอำพรางต้องเก็บแฟ้มของการขออนุญาตการปฏิบัติการอำพรางที่เสนอเข้ามาทั้งหมด พร้อมกับบันทึกที่เป็นหนังสือของการกระทำของคณะกรรมการต่อการขออนุญาตนั้น และข้อสรุปเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางที่เห็นควรให้อนุญาตโดยคณะกรรมการ

บันทึกและข้อสรุปดังกล่าวต้องสามารถตรวจสอบได้โดยรองอัยการสูงสุดที่ได้รับมอบหมาย

คณะกรรมการต้องจัดทำรายงานประจำปีเป็นหนังสือเสนอต่อผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด ซึ่งมีข้อสรุปถึง

(1) ประเภทของการปฏิบัติการอำพรางที่อนุญาตและไม่ได้รับอนุญาตพร้อมเหตุผลที่ไม่อนุญาต

(2) ประเด็นสำคัญที่ตั้งโดยคณะกรรมการในการพิจารณาการขออนุญาต และวิธีที่คณะกรรมการแก้ไข และ

(3) การเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างมีนัยสำคัญต่อการปฏิบัติการโดยการแนะนำของคณะกรรมการ

ในทันทีที่เงินที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางไม่จำเป็นอีกต่อไปในการดำเนินการ เงินที่ได้มาที่เหลืออยู่ต้องนำฝากเข้าคลัง”

5.2.3 ผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง

ควรปรับปรุงแก้ไขในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เรื่องผลทางกฎหมายของหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การปฏิบัติการอำพราง โดยควรอาศัยแบบอย่างจากหลักเกณฑ์ของเยอรมนีที่กำหนดไว้ชัดเจน ในขณะที่ประเทศอื่นไม่ปรากฏ โดยกำหนดให้ในกรณีที่การปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ ศาลย่อมมีอำนาจเรียกให้เจ้าหน้าที่อำพรางมาเบิกความอย่างเปิดเผยในศาลและศาลก็พึงใช้อำนาจเช่นนั้น ซึ่งอาจทำให้การมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่อำพรางถูกเปิดเผยต่อศาลได้ นอกจากนี้ควรกำหนดการปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการณ์นั้นรับฟังมิได้อีกด้วย

5.2.4 ข้อเสนอแนะอื่นๆ

1. ในการปรับปรุงแก้ไขการตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 มีข้อคำนึงว่าต้องไม่เข้มงวดเกินไปจนลดประสิทธิภาพในได้ข้อมูล

เพื่อปราบอาชญากรรมเสพติด และต้องไม่ใช่คนหรือทรัพยากรในการควบคุมมากเกินไปจนเสี่ยงต่อการข่าวร้ายหรือมีต้นทุนมากเกินไป⁹

2. การบันทึกภาพหรือเสียงขณะทำการอำพรางจะทำให้พยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางมีความเป็นภาวะวิสัยมากขึ้น หรือหากทำไม่ได้เพราะอาจเสี่ยงเกินไปก็ควรทำขณะมีการจับกุม คั่นตัว และขณะสอบสวนจำเลยหรือพยาน

3. อาจนำการปฏิบัติการเชิงข่าวกรองมาใช้สุ่มตรวจสอบจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ว่ามีใครที่ทุจริตหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับยาเสพติดหรือไม่

4. นอกจากหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 แล้วควรพิจารณาปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ให้มีความชัดเจนเช่นเดียวกัน แต่อาจไม่จำเป็นต้องมีมาตรฐานเดียวกันเพราะกฎหมายทั้งสามดังกล่าวมีความมุ่งหมายต่างกัน แต่ต้องระมัดระวังปัญหาการเสี่ยงไปใช้กฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ที่มีการตรวจสอบควบคุมที่เข้มงวดน้อยกว่า ซึ่งควรมีการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

⁹ Marx, G. T., *Undercover: Police Surveillance in America*, p. 201.

รายการอ้างอิง

- ABC News. How Undercover Cops in a Florida City Make Millions Selling Cocaine [Online]. 2013. Available from: <http://abcnews.go.com/US/undercover-cops-florida-city-make-millions-selling-cocaine/story?id=20523714> [13 May 2015].
- Abdullah, M., and others. Special Investigative Tools to Combat Transnational Organized Crime (Toc). In Edited by Iitsuka, H., Resource Material Series No. 58. Fuchu, Tokyo: UNAFEI, 2001.
- Baffie, J. The Ang-Yi or Chinese Secret Societies of Thailand. Understanding a Total Social Phenomenon. In Edited by Leveau, A., Investigating the Grey Areas of the Chinese Communities in Southeast Asia. Bangkok: IRASEC, 2005.
- BBC, Walker, R. The Trouble with Using Police Informants in the Us [Online]. 2013. Available from: <http://www.bbc.com/news/magazine-21939453> [12 May 2015].
- Boister, N. An Introduction to Transnational Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Central Intelligence Agency (CIA). A Look Back ... "Free Thai" Movement Is Born [Online]. 2013. Available from: <https://www.cia.gov/news-information/featured-story-archive/2008-featured-story-archive/free-thai-movement.html> [15 April 2015].
- Fitzgerald, D. G. Informants and Undercover Investigations : A Practical Guide to Law, Policy, and Procedure. Boca Raton, FL: CRC Press, 2007.
- Florida Legislature. The 2014 Florida Statutes [Online]. 2014. Available from: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0914/Sections/0914.28.html [12 May 2015].
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. 9 ed. St. Paul, MN: West, 2009.
- Hamilton, H., and Smykla, J. O. Guidelines for Police Undercover Work: New Questions About Accreditation and the Emphasis of Procedure over Authorization. Justice Quarterly 11, 1 (1994): 135-151.
- Hay, B. L. Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment. Harvard Law and Economics Discussion Paper 441 (October 2003).

- Health & Human Services, U.S. Department. Why Nicotine Is a Gateway Drug [Online]. 2011. Available from: <http://www.nih.gov/researchmatters/november2011/11212011nicotine.htm> [14 May 2015].
- Joh, E. E. Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime. Stanford Law Review 62, 11 (2009): 155-199.
- Justice, Canada Department. Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature [Online]. 2007. Available from: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/rr05_5/p8.html#a4_14 [11 May 2015].
- Justice, U.S. Department. The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations [Online]. 2013. Available from: <http://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2013/09/24/undercover-fbi-operations.pdf> [21 June 2015].
- Justice, U.S. Department. Federal Bureau of Investigation (FBI). A Brief History of the Fbi [Online]. Available from: <http://www.fbi.gov/about-us/history/brief-history/brief-history> [5 May 2015].
- . A Byte out of History: Remembering the Lessons of Abscam [Online]. 2005. Available from: http://www.fbi.gov/news/stories/2005/february/abscam_020705 [5 May 2015].
- Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium. [Online]. 2014. Available from: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0753 [7 May 2015].
- Kerr, O. S. An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment Harvard Law Review 125, 2 (2011): 476-543.
- Kruisbergen, E. W., De Jong, D., and Kleemans, E. R. Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence. British Journal of Criminology 51, 2 (2011): 394-412.
- Lee, A. C. The United States' Experience in the Investigation and Prosecution of Transnational Organized Crime. In Edited by Lord, G., Resource Material Series No. 73. Fuchu, Tokyo, : UNAFEI, 2007.

- Lyman, M. D. Practical Drug Enforcement. 3 ed. Boca Raton, FL.: CRC/Taylor & Francis, 2007.
- Marx, G. T. "The Cost of Virtue." New York Times, 29 June 1980.
- . Undercover: Police Surveillance in America. Berkeley, California: University of California Press, 1988.
- Mearns, T. L. Social Organization and Drug Law Enforcement. American Criminal Law Review 35, 2 (Winter 1998): 191-228.
- Newman, G. R. Sting Operations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, 2007.
- Nilsson, H. G. Special Investigation Techniques and Developments in Mutual Legal Assistance - the Crossroads between Police Cooperation and Judicial Cooperation. In Edited by Cornell, S., Resource Material Series No.65. Fuchu, Tokyo, Japan: UNAFEI, 2005.
- Packer, H. L. The Limits of the Criminal Sanction. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968.
- . Two Models of the Criminal Process. University of Pennsylvania Law Review 113, 1 (1964): 1-68.
- Persak, N. Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts. New York: Springer, 2007.
- Ross, J. E. Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany [Online]. 2007. Available from: http://works.bepress.com/jacqueline_ross/1 [12 May 2015].
- . Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy. American Journal of Comparative Law 52, 3 (2004): 569-624.
- . The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany. American Journal of Comparative Law 55 (2007).
- . Police Informants. In Edited by Chesterman, S. and Fisher, A., Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits. NY.: NYU Press, 2009.

- . Regulating the Gray Zone: A Comparative Look at Undercover Policing in the United States, Italy, Germany, and France. n.p., n.d.
- . Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective. University of Chicago Law Review 69, 3 (2002): 1501-1541.
- Ruggieri, F., and Marcolini, S. Italy In Edited by Ligeti, K., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- The Council of Europe's Group of States against corruption (GRECO). Joint First and Second Evaluation Round: Evaluation Report on Italy. Strasbourg: GRECO, 2009.
- Transparency International. Thailand [Online]. 2013. Available from: <http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=thailand> [14 May 2015].
- Turone, G. Legal Frameworks and Investigative Tools for Combating Organized Transnational Crime in the Italian Experience. In Edited by Lord, G., Resource Material Series No. 73. Fuchu, Tokyo, : UNAFEI, 2007.
- U.S. Congress, CRS, American Law Division. Probable Cause, Reasonable Suspicion, and Reasonableness Standards in the Context of the Fourth Amendment and the Foreign Intelligence Surveillance Act. Washington, D.C.: CRS, 2006.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Model Legislative Provisions against Organized Crime. New York: United Nations, 2012.
- . United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto. New York: United Nations, 2004.
- United States Agency for International Development (USAID), Public Safety, USOM. A Brief History of Usom Support to the Thai National Police Department. Bangkok: USAID, 1973.
- กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. ตร.ใช้'ไลน์'แพนสาวโจรติดต่อล่อมาจับ [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/631921> [เข้าถึงเมื่อ 1 เมษายน 2558]
- การต่างประเทศ, กระทรวง. การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษ การค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็กเสริมอนุสัญญาฯ [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/main/th/media-center/14/40175-การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรม.html> [เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2558]

- การต่างประเทศ, กระทรวง. กรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ ประวัติความสัมพันธ์ ไทย-สหรัฐฯ [ออนไลน์].
แหล่งที่มา: <http://uswatch.mfa.go.th/uswatch/th/relationship/history/> [เข้าถึงเมื่อ 15 เมษายน 2558]
- กุลพล พลวัน. การกลั่นกรองดุลพินิจอัยการ. บทบัญญัติ 63, 1 (มีนาคม 2550): 1-22.
- . บุคคลสาธารณะกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว. บทบัญญัติ 64, 3 (กันยายน 2551): 1-11.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2551.
- คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, แจ่มศักดิ์ ไชยคุนา,. จะสูดหรือดูดก็เสี่ยงมะเร็งปอด [ออนไลน์]. 2553. แหล่งที่มา: <http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/epl/articleDetail.asp?id=654> [เข้าถึงเมื่อ 14 May 2015]
- คณิต ณ นคร. วิอาญาวิพากษ์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- . อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง. ใน อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา : รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญานานาชาติ. กรุงเทพฯ: กรม, 2538.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ. 2550. กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง (ประเทศไทย), ม.ป.ป.
- เดลินิวส์. โฆษก ตร. เชื้อ พ.ร.บ.ตำรวจเกณฑ์ ช่วยงานคุมมือบได้ดี [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.dailynews.co.th/crime/336667> [เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2558]
- . เครือข่ายภาคประชาชนค้านกฎหมายเศรษฐกิจดิจิทัล [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.dailynews.co.th/it/293908/เครือข่ายภาคประชาชนค้านกฎหมายเศรษฐกิจดิจิทัล> [เข้าถึงเมื่อ 14 May 2558]
- . รองสวป.พลาดทำล้อชื้อยา คนร้ายยิงดับพร้อมสายลับ [Online]. 2558. Available from: www.dailynews.co.th/Content/regional/315167 [11 พฤษภาคม 2558].
- ตำรวจแห่งชาติ , สำนักงาน. ประวัติตำรวจไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.policemuseum.police.go.th/html/page3.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2558]
- เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, กระทรวง. สำนักงานสถิติแห่งชาติ. สถิติการรับแจ้งและจับกุมกลุ่มคดีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย จำแนกตามประเภทคดีที่รับแจ้ง พ.ศ. 2547 - 2556 [ออนไลน์].

- แหล่งที่มา: <http://service.nso.go.th/nso/web/statseries/statseries13.html> [เข้าถึงเมื่อ 2 พฤศจิกายน 2557]
- ไทยรัฐออนไลน์. พิษยีนีสิตเต้ง 3 ดร.พันโรงพัก [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: <http://www.thairath.co.th/content/440917> [เข้าถึงเมื่อ 11 พฤษภาคม 2558]
- . อุ้มผิวเมีย ยัดยานรก 4ลูกสมุน คนละ5ปี! [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: <http://www.thairath.co.th/content/406667> [เข้าถึงเมื่อ 4 มกราคม 2558]
- น้ำแท้ มีบุญสร้าง. หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. บทบัญญัติ 70, 3 (2557): 1-22.
- นายกรัฐมนตรี, สำนัก. สำนักข่าวกรองแห่งชาติ. ประวัติความเป็นมา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.nia.go.th/niaweb/content/showsubdetail.asp?fdcode=2111212115111211&dsc=+%BB%C3%D0%C7%D1%B5%D4%A4%C7%D2%C1%E0%BB%E7%B9%C1%D2> [เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2558]
- เนชั่นทันข่าว. จับโกดัดเดือนกรรโชกทรัพย์นักท่องเที่ยง [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://breakingnews.nationtv.tv/home/read.php?newsid=748374> [เข้าถึงเมื่อ 18 มกราคม 2558]
- บรรศักดิ์ อวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม. วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520): 142-171.
- ประธานศาลฎีกา, สำนัก. ข้อพิจารณาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://elib.coj.go.th/Article/no.1.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 13 พฤษภาคม 2558]
- ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ. โลกวิวัฒน์กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สถาบันรพีพัฒนศักดิ์, 2551.
- ผู้จัดการออนไลน์. ล่อซื้อยาบ้าซ้ำกัน ตำรวจจวบเจ็ด อส.ข้างโรงพัก ดับ 1 เจ็บ 1 [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9510000037226> [เข้าถึงเมื่อ 11 พฤษภาคม 2558]
- พินิจ ลาภานานนท์. สงครามยาเสพติด การแก้ไขปัญหที่ไม่ยั่งยืน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด, 2550.

- มติชนออนไลน์. ตร.ล่อจับผอ.กองช่างอบต. เรียกรับสินบน-ไม่เซ็นตรวจงาน [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1420620314 [เข้าถึงเมื่อ 30 มกราคม 2558]
- ยุติธรรม, กระทรวง. กรมราชทัณฑ์. สถิติราชทัณฑ์ รท.103 [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: <http://www.correct.go.th/correct2009/stat.html> [เข้าถึงเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2557]
- ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด. คู่มือการประสานงาน และการรวบรวมพยานหลักฐานคดียาเสพติด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551.
- . รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎกระทรวง ครั้งที่ 7/2551 วันพฤหัสบดีที่ 10 เมษายน 2551 เวลา 13.30 น. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551. (เอกสารไม่ตีพิมพ์).
- . รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎกระทรวง ครั้งที่ 9/2551 วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551 เวลา 13.30 น. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551. (เอกสารไม่ตีพิมพ์).
- . รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎกระทรวง ครั้งที่ 10/2551 วันพฤหัสบดีที่ 1 พฤษภาคม 2551 เวลา 13.30 น. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2551. (เอกสารไม่ตีพิมพ์).
- ยุติธรรม, กระทรวง. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด. ความรู้พื้นฐานเพื่อการป้องกันยาเสพติดในเยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2554.
- เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. สำนักกฎหมาย. เอกสารประกอบการพิจารณา ร่าง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550 อ.พ. 101/2550. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2550.
- ศรีเสนา, พระ (คิด คชาชีวะ) วิธีสืบสวนโจรผู้ร้าย เล่ม 1 พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพัฒน์, 2459.
- ศาลยุติธรรม, สำนักงาน. ข้อมูลสถิติคดีประจำปี 2557 [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: http://www.oppb.coj.go.th/info.php?info=sub_menu&cid=24&pm=3 [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2557]
- ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล. สมาคมลับอันยิ่งใหญ่ในประเทศไทย พ.ศ. 2367-2453. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2524.
- สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. การชักประเด็นข้อเท็จจริงคดียาเสพติดและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: บัณฑิตอักษร, 2553.
- สันติสุข ทิพย์สุข. ความเจริญก้าวหน้าของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. บทบัณฑิตย 67, 2 (มิถุนายน 2554): 185-196.

- สำนักข่าวอิศรา, พงษ์พิพัฒน์ จินดาศรี. เจาะลึกลงยาเสพติดสื่อพีรูล่องหน 230 ล้าน [ออนไลน์]. 2013. แหล่งที่มา: <http://www.isranews.org/2012/เรื่องเด่น/item/22943-เจาะลึกลงยาเสพติดสื่อพีรูล่องหน-230-ล้าน.html> [เข้าถึงเมื่อ 12 พฤษภาคม 2558]
- สุชาดา ทวีสิทธิ์. เสี่ยงจาก “ชายขอบ”: การเคลื่อนไหวสิทธิมนุษยชนเพื่อคนใช้ยาเสพติดในประเทศไทย. ใน กุลภา วจนสาระ และ กฤตยา อาชวนิจกุล (บรรณาธิการ), ประชากรชายขอบและความเป็นธรรมในสังคมไทย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล, 2555.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒน์กุล และคณะ. โครงการศึกษาเพื่อพัฒนาระบบการตรวจสอบถ่วงดุลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2551.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี. จุลพาท 55, 1 (มกราคม-เมษายน 2551): 189-196.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2548.
- อรรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ. เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2548.
- อุทัย อาทิเวช. การประชุมรัฐภาคีอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ครั้งที่ 4/2008 : บทบาทของสำนักงานอัยการสูงสุดในการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี [ออนไลน์]. 2009. แหล่งที่มา: http://www.humanrights.ago.go.th/files/Vienna%20COP_08012552.pdf [เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2558]



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นาย ภาณุรุจ สุวรรณรัตน์ เกิดเมื่อ วันศุกร์ที่ 9 ตุลาคม พุทธศักราช 2530 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนผะดุงศิษย์พิทยา ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสามเสนวิทยาลัย ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา และปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีพุทธศักราช 2554 นอกจากนี้ยังสอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 35 ในปีเดียวกัน

