



วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว

ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว จะมีปัญหาที่สำคัญสองส่วนด้วยกันคือ ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวก่อนกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล และปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวในกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ส่วนแนวทางการควบคุมนั้นมีแนวทางการควบคุมโดย การตรวจสอบด้วยองค์กรภายในและภายนอก กรมสอบสวนคดีพิเศษ

4.1. ปัญหาและแนวทางการควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวในทางปฏิบัติของกรมสอบสวนคดีพิเศษ

หลังจากเมื่อได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ไปแล้ว เป็นระยะเวลาประมาณเกือบสองปี ในส่วนที่กฎหมายนี้บัญญัติให้เจ้าพนักงานตามกฎหมายนี้สามารถใช้อำนาจพิเศษโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตามหลักกฎหมายการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวตามมาตรา 27 ซึ่งอนุญาตให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมาย อนุญาตให้จัดทำเอกสาร หรือหลักฐานใดชิ้น หรือให้บุคคลใดเข้าไปแฝงตัว เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายนี้ นั้น ได้มีหลักการใช้และมีปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างใดบ้างในทางปฏิบัตินั้น ได้ทำการสัมภาษณ์ สอบถามผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการใช้กฎหมายนี้ พอสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

1. นาย ธาวิต เพ็งดิษฐ์ รองอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ¹

นาย ธาวิต เพ็งดิษฐ์ กล่าวว่าโดยสรุปเกี่ยวกับอำนาจการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวตามมาตรา 27 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 นั้น ในขั้นตอนการร่างกฎหมายมาตรานี้ กรมสอบสวนคดีพิเศษเห็นว่า ก่อนที่จะมีกรมสอบสวนคดีพิเศษ เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือ เจ้าพนักงานบังคับใช้กฎหมายอื่น เช่น เจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ปปส.) ก็

¹ สัมภาษณ์ ธาวิต เพ็งดิษฐ์, รองอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ, 24 กุมภาพันธ์ 2549.

ใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวหรือสายลับ กันโดยทั่วไปอยู่แล้ว ในการสืบสวนคดี ยาเสพติด หรือคดีอาชญากรรม เพียงแต่ไม่มีการเขียนกฎหมายให้มีการรับรองให้ถูกต้อง หลักกฎหมายมาตรานี้ จึงนับว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มี บทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีการสืบสวนสอบสวนในลักษณะที่เป็นการแฝงตัวหรือสายลับ ถือว่า เป็นวิสัยทัศน์ประการหนึ่งของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งเน้นการปฏิบัติการเชิงรุกอย่างหนึ่งในการ ปฏิบัติการสืบสวนสอบสวนป้องกันอาชญากรรมและคุ้มครองเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการแฝงตัวหรือ สายลับด้วย และถึงแม้ว่า ในขั้นตอนการเสนอกฎหมายนั้น กรมสอบสวนคดีพิเศษไม่ได้ศึกษา หลักการของกฎหมายต่างประเทศมาก่อน แต่ก็ได้คำนึงถึงหลักปัญหาที่มีอยู่จริงในการใช้ใน ประเทศไทย ที่หลักการนี้มีการใช้จริงแต่ยังไม่มีกฎหมายรองรับ จึงได้เสนอให้มีกฎหมายในเรื่องนี้ ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษนี้ โดยเห็นว่าการควบคุมการปฏิบัติโดยให้อธิบดีหรือผู้ ได้รับมอบหมาย เป็นผู้อนุญาตและควบคุม รับผิดชอบตามกฎหมายโดยออกเป็นข้อบังคับนั้น เหมาะสมแล้ว เพราะการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวหรือสายลับ จะต้องทำกันเป็นความลับ เพื่อความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติและผู้เกี่ยวข้องในแผนการดำเนินการนั้น และสามารถ ปรับปรุงข้อบังคับให้เหมาะสมได้ง่ายเพราะเป็นอำนาจของอธิบดีที่จะกำหนดข้อบังคับได้เอง

2. พันตำรวจเอก ทวี สอดส่อง รองอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ²

พันตำรวจเอก ทวี สอดส่อง ได้กล่าวถึงหลักการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ตาม มาตรา 27 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ว่า “นับตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้ใช้ มาถึงปัจจุบัน การสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ได้มีการนำไปใช้ในการปฏิบัติแล้วในสอง รูปแบบ คือ การจัดทำเอกสาร หรือหลักฐานใดชิ้น และการให้บุคคลเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือ กลุ่มบุคคลเป้าหมายที่จะทำการสืบสวนสอบสวน” โดยเฉพาะการจัดทำเอกสาร หรือหลักฐานใด ชิ้น เพื่อเข้าไปทำการสืบสวนสอบสวนในคดีพิเศษนั้น ได้มีการจัดทำในทางปฏิบัติและประสบ ความสำเร็จ แล้วหลายคดี เช่น การสืบสวนสอบสวนคดีความผิดที่มีการสมยอมราคาในการ ประมูลงานของทางราชการ (การฮั้วประมูล) ได้อนุญาตให้มีการจัดทำเอกสารและหลักฐานขึ้น และให้เจ้าหน้าที่ไปทำการแฝงตัวประมูลงานเพื่อ

² สัมภาษณ์ พ.ต.อ.ทวี สอดส่อง, รองอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ, 24 กุมภาพันธ์ 2549.

ดำเนินคดีในลักษณะเช่นนี้มาหลายครั้งแล้วและประสบความสำเร็จสามารถมีการจับกุมผู้กระทำ ความผิดได้ จึงนับว่ามีประโยชน์ในการใช้งานมาก แต่ก็มีปัญหาในทางปฏิบัติว่าในการจัดทำ เอกสารหรือหลักฐานใดชิ้นนั้น หากเอกสารนั้นต้องเกี่ยวกับหน่วยราชการอื่นใด จำเป็นต้องมีการ ประสานงานทำข้อตกลงกันไว้ก่อนจึงจะสามารถกระทำได้ และบางหน่วยงานก็ไม่มั่นใจว่ากรม สอบสวนคดีพิเศษ สามารถกระทำได้ตามกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติก็มีการ ประสานงานกันได้ หากมองให้เป็นปัญหาก็อาจมองได้ว่าความเข้าใจกฎหมายในเรื่องนี้ยังเป็น ของใหม่ จะต้องมีการพัฒนากันต่อไปอีก

ส่วนขั้นตอนในการอนุญาตและเก็บรักษาหลักฐานในการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดชิ้น เพื่อเข้าไปแฝงตัวนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ร้องขอต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี หรือรองอธิบดี โดยจะต้องทำ รายงานเป็นลายลักษณ์อักษร จากนั้นจะนำไปเก็บรักษาไว้ที่นายทะเบียนข้อมูล ซึ่งปัจจุบันนี้มี ผู้อำนวยการสำนักเทคโนโลยีและศูนย์ข้อมูลการตรวจสอบ เป็นผู้เก็บรักษาและเป็นผู้ได้รับ มอบหมายจากอธิบดีให้อนุญาตให้บุคคลเข้าไปแฝงตัว ในเรื่องอนุญาตให้บุคคลเข้าไปทำการ แฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษนั้น ปัจจุบันกรม สอบสวนคดีพิเศษได้มีการนำไปใช้ในการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษที่เกิดขึ้นใน 3 จังหวัดภาคใต้ แต่ไม่ได้อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของกรมสอบสวนคดีพิเศษเข้าไปทำการแฝงตัวด้วยตัวเอง คงให้ สายลับหรือใช้บุคคลที่เคยร่วมเป็นขบวนการโจรก่อการร้ายเข้าไปร่วมแฝงตัวกับ แต่ก็มีปัญหาใน เรื่องการปฏิบัติงาน โดยหากเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นๆจับกุมตัวสายลับหรือคน ของกรม สอบสวนคดีพิเศษที่ใช้ไปปฏิบัติงานในเรื่องนี้ได้ จะไม่เชื่อว่าเป็นคนของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ที่ ใช้ให้ปฏิบัติงาน เพราะไม่สามารถตรวจสอบได้ เจ้าหน้าที่ของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ระดับสูง จะต้องเข้าไปประสานงานด้วยตลอดเวลา

ส่วนปัญหาในกรณีสายลับหรือบุคคลที่กรมสอบสวนคดีพิเศษที่อนุญาตให้เข้าไปแฝงตัว ร่วมกระทำผิดกับกลุ่มคนหรือองค์กร ได้กระทำความผิดร่วมกันจะได้รับรองว่าเป็นการ กระทำโดยชอบตามหลักกฎหมายการแฝงตัวหรือไม่ ปัจจุบันกรมสอบสวนคดีพิเศษ ยังไม่เคย อนุญาตหรือมีนโยบายให้สายลับหรือบุคคลที่เข้าไปแฝงตัว สามารถใช้สิทธิตามหลักกฎหมาย ดังกล่าว โดยจะให้เจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมการปฏิบัติการของสายลับหรือบุคคลเข้าไปแฝงตัว ตกกับ บุคคลดังกล่าวว่า ไม่อนุญาตให้กระทำความผิดร่วมกับกลุ่มบุคคล หรือองค์กร ที่เข้าไปแฝงตัว หาก กระทำจะไม่ถือว่าอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ที่กรมสอบสวนคดีพิเศษอนุญาต และเมื่อกระทำ ความผิดจะอ้างหลักว่าเป็นการกระทำโดยชอบตามมาตรา 27 วรรคสองไม่ได้ แต่สามารถอ้าง หลักเรื่องความจำเป็น หรือป้องกัน ตามหลักประมวลกฎหมายอาญาได้

กรณีที่ยังไม่เคยให้เจ้าหน้าที่ของกรมสอบสวนคดีพิเศษด้วยตนเองเข้าไปแฝงตัวในองค์กรอาชญากรรมนั้น เพราะว่าบุคคลกรของกรมสอบสวนคดีพิเศษยังไม่มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนี้มากนัก แต่ปัจจุบันได้ส่งเสริมให้บุคคลกรไปฝึกอบรมเรื่องมาตรการพิเศษต่างๆ กับสถาบันการฝึกอบรมต่างๆ มากขึ้นโดยลำดับ เช่น ส่งบุคคลก่อนไปฝึกอบรมกับสถาบันการบังคับใช้กฎหมายนานาชาติ สาขากรุงเทพมหานคร (International Law Enforcement-Bangkok) (ILEB) จัดหลักสูตรอบรมร่วมกับศูนย์รักษาความปลอดภัยแห่งชาติ เป็นต้น

กรณีมีคำถามว่า ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษมีหลักเกณฑ์ อนุญาต ควบคุม การปฏิบัติในเรื่องการแฝงตัวเหมาะสมแล้วหรือไม่ เห็นว่าข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษในเรื่องการแฝงตัวมีความจำเป็นต้องเปิดกว้างไว้เหมือนกับข้อบังคับในปัจจุบันเพราะเป็นเรื่องในการปฏิบัติงานด้านการสืบสวนในสนามจริง ต้องคำนึงถึงในเรื่องความปลอดภัยของผู้ปฏิบัติงาน หัวใจสำคัญของเรื่องนี้คือการต้องปกปิดไว้เป็นความลับ หากจะให้ขออนุญาตให้ทำการสืบสวนสอบสวนในเรื่องการแฝงตัวจากองค์กรอื่น เช่น ศาล หรือพนักงานอัยการ เห็นว่าอาจทำให้ความลับรั่วไหลจะทำให้มีการเปิดเผยตัวตนของบุคคลที่เข้าไปแฝงตัว ซึ่งส่วนมากบุคคลดังกล่าวจะไม่ไว้วางใจบุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำการติดต่อและควบคุมการปฏิบัติภาคสนาม แต่การควบคุมตรวจสอบโดยการเก็บข้อมูลที่อนุญาตไว้กับนายทะเบียนนั้นสามารถควบคุมตรวจสอบได้ เพราะการอนุญาตและรายงานการแฝงตัวต้อง รายงานเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานอ้างอิงและเป็นหลักฐานในการเบิกจ่ายเงินในการปฏิบัติหน้าที่

สำหรับข้อบังคับที่ออกโดยอธิบดีนั้น เห็นว่าในแรกเริ่มของการปฏิบัติหน้าที่การสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวนี้ ต้องมีการพัฒนาไปอีก ในเบื้องต้นยังไม่พบข้อบกพร่องมากนัก หากเมื่อมีข้อบกพร่องอธิบดีก็อาจแก้ไขพัฒนาข้อบังคับให้รัดกุมต่อไปได้ง่าย เพราะเป็นอำนาจของอธิบดีในการแก้ไขหรือออกข้อบังคับดังกล่าว

ส่วนหลักการทบทวนการปฏิบัติงานการแฝงตัวในรูปแบบคณะกรรมการทบทวนการแฝงตัวที่สำนักงานสืบสวนสอบสวนกลางสหรัฐอเมริกาหรือ FBI ใช้ปฏิบัตินั้น เหมาะสมกับรูปแบบจะใช่เป็นการควบคุมการแฝงตัวของกรมสอบสวนคดีพิเศษหรือไม่ เห็นว่าแนวทางดังกล่าวเป็นเรื่องที่ดี แต่ปัญหาของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ยังไม่ค่อยมั่นใจในตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคณะกรรมการว่าจะรักษาความลับได้ในระดับใด หากเมื่อมีความเหมาะสมแล้วอาจพัฒนาการไปในรูปแบบเช่นนั้นก็ได้

กรณีคำถามที่มีข้อเสนอแนะว่า ควรให้คณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ เข้ามาควบคุมในการใช้อำนาจการอนุญาตให้แฝงตัวหรือไม่อย่างไร เห็นว่าไม่ควรให้คณะกรรมการสอบสวนคดีเข้ามาเป็นบุคคลที่อนุญาตให้ทำการแฝงตัว เพราะคณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษมีบุคคลเป็นจำนวนมากการรักษาความลับอาจทำได้ยาก และไม่ทันต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรมสอบสวนคดี

พิเศษ เพราะการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวเป็นเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ ฉะนั้นต้องให้เป็นดุลพินิจของผู้ปฏิบัติงานในการใช้ความเหมาะสมที่จะใช้วิธีการใดการทำงาน แต่เห็นด้วยหากจะรายงานผลการปฏิบัติราชการในเรื่องการแฝงตัวต่อคณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ เป็นรายงานประจำปี แต่จะไม่รายงานลงรายละเอียดถึงว่า การปฏิบัติการณ์เป็นอย่างไร ใครปฏิบัติการณ์เป็นสายลับ หรือเจ้าหน้าที่เข้าไปแฝงตัว เพราะเป็นการรักษาความลับ ซึ่งกรมสอบสวนคดีพิเศษ รายงานผลการปฏิบัติราชการต่อคณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ ตามกฎหมายในเรื่องนี้อยู่แล้ว

สำหรับการควบคุมค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติราชการในเรื่องการแฝงตัวนั้น ต้องปฏิบัติราชการและเบิกจ่ายเงินตามที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยค่าใช้จ่ายสำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2548

3. ร้อยตำรวจเอก สุรวุฒิ รัชไสย์ พนักงานคดีพิเศษ 6 กรมสอบสวนคดีพิเศษ³

ร้อยตำรวจเอก สุรวุฒิ รัชไสย์ ได้ให้ความเห็นในเรื่องหลักการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวว่า ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานคดีพิเศษ การสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวมีความจำเป็นต้องใช้ในกรณีที่ไปแสวงหาหาข้อเท็จจริงในกลุ่มเป้าหมายอาชญากรรมที่สำคัญ วิธีการสืบสวนแบบธรรมดา คือสังเกต รวบรวมพยานหลักฐานอื่น ติดตามสะกดรอย ไม่สามารถเข้าถึงเป้าหมายได้ หรือในกรณีการกระทำความผิดที่ต้องมีการเข้าไปมีส่วนร่วมผู้เห็นในการกระทำผิดด้วย เช่น การกระทำความผิดต่อเด็กและสตรี การสมยอมราคาในการประมูลงานราชการ (ฮั้วประมูล) เป็นต้น วิธีการขั้นตอนการสืบสวนสอบสวน ของกรมสอบสวนคดีพิเศษ จะเริ่มต้นด้วยการพิจารณาของหัวหน้างานสืบสวนในแต่ละคดีนั้น คือพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ จะเสนอข้อมูลในเบื้องต้นที่เห็นว่าการสืบสวนสอบสวนใดจะมีความจำเป็นต้องใช้วิธีการเช่นนี้ ต่อผู้บัญชาการสำนักงานเทคโนโลยีและศูนย์ข้อมูลการตรวจสอบ พิจารณาในเบื้องต้นว่า แผนปฏิบัติการที่เสนอให้มีการแฝงตัวเหมาะสมหรือไม่ หรือหากไม่มีแผนก็จะทำการแนะนำวิธีการและกระบวนการให้ จากนั้นจะนำเสนอขออนุมัติให้มีการแฝงตัวต่ออธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ ผ่านรองอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ (ปัจจุบันคือ พันตำรวจเอก ทวี สอดส่อง) ตรวจสอบและอนุมัติ

เมื่ออธิบดีอนุมัติ จะนำไปเก็บไว้ที่สำนักเทคโนโลยีและศูนย์ข้อมูลตรวจสอบ โดยมีผู้บัญชาการสำนัก เป็นนายทะเบียนควบคุม เก็บข้อมูลไว้เป็นพยานหลักฐาน

กรณีคำถามที่ว่าปัญหาในทางปฏิบัติการควบคุมดุลพินิจในการอนุญาตให้มีการแฝงตัว จำเป็นต้องให้บุคคลภายนอก เช่น พนักงานอัยการ หรือศาล มาร่วมตรวจสอบและอนุญาตให้เริ่มวิธีการแฝงตัวหรือไม่ นั้น เห็นว่า วิธีการแฝงตัวเป็นขั้นตอนปฏิบัติงานในวิธีการสืบสวนสอบสวนใน

³ สัมภาษณ์ ร.ต.อ.สุรวุฒิ รัชไสย์, พนักงานคดีพิเศษ 6, 24 กุมภาพันธ์ 2549.

สนามเป็นความลับ การปฏิบัติการเป็นขั้นตอน มีแผนวิธีการปฏิบัติการ หลายอย่างและมีความจำเป็นเร่งด่วนในการปฏิบัติหน้าที่ ดุลพินิจการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำการแฝงตัวจะขึ้นอยู่กับแต่ละคดีและประสบการณ์สืบสวนของผู้ปฏิบัติงาน หากให้ศาล หรือพนักงานอัยการ ต้องอนุญาตก่อน จะทำให้ล่าช้าและความลับ อาจรั่วไหล ทำให้แผนปฏิบัติการเสียหายได้ จึงไม่สมควรให้บุคคลภายนอกให้การอนุญาต

ปัญหาที่เกิดขึ้นทางปฏิบัติการเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว จะมีปัญหาในเรื่องการหาตัวบุคคลที่จะเข้าไปทำการแฝงตัวในกลุ่มอาชญากรรมเป็นส่วนใหญ่ จะมีปัญหาในเรื่องเทคนิคการทำงานมากกว่าปัญหาในทางกฎหมาย เช่นปัญหาในเรื่องการจัดทำเอกสาร หรือหลักฐานขึ้น จะมีปัญหาในการประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่จะไม่ยินยอมร่วมมือกับกรมสอบสวนคดีพิเศษ ทำให้มีโอกาสว่า กรมสอบสวนคดีพิเศษมีความจำเป็นต้องขอให้คณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ กำหนดเป็นข้อบังคับการปฏิบัติหน้าที่ในคดีพิเศษระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 22 (4) ต่อไป

กรณีที่มองว่าการอนุญาตให้สืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว บุคคลที่เป็นผู้ขอก็เป็นบุคคลในกรมสอบสวนคดีพิเศษ และผู้อนุญาตก็เป็นอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษเอง จะเป็นการให้อำนาจอธิบดีมากเกินไป นั้น เห็นว่าการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว เป็นขั้นตอนในการปฏิบัติหน้าที่ ที่ต้องใช้ดุลพินิจในการขออนุญาตที่มีสถานการณ์ขึ้นอยู่กับความจำเป็นในรายละเอียดของคดีแต่ละเรื่อง ไม่ใช่ข้อกฎหมายที่ต้องให้ศาล หรือพนักงานอัยการ ให้ความเห็นชอบได้ การที่กฎหมายอนุญาตให้อธิบดีเป็นผู้อนุญาตนั้นเห็นว่าเหมาะสม เพราะอธิบดีจะเป็นบุคคลที่กรองข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องที่เกิดขึ้น ร่วมกับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติในกรมสอบสวนคดีพิเศษเอง หากมีข้อผิดพลาดอธิบดีต้องรับผิดชอบด้วย และการอนุญาตนั้น จะมีการเก็บข้อมูลไว้ที่นายทะเบียน สามารถตรวจสอบได้หากจำเป็นต้องทำการตรวจสอบ อาจมีข้อบกพร่องว่าหากมีปัญหากเกิดขึ้นอาจมีการทำลายพยานหลักฐานนั้น เห็นว่าการกระทำเช่นนั้นก็มีเจ้าหน้าที่ หรือนายทะเบียนต้องรู้เห็นการกระทำ เป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก หากจะให้คณะกรรมการทบทวนการอนุญาตให้สืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ตามแนวทางของสำนักงานสืบสวนสอบสวนกลาง หรือ FBI ปฏิบัติ เห็นว่าเป็นแนวทางที่ดี แต่จะมีปัญหาว่าคณะกรรมการจะรักษาความลับในการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวได้ในระดับใด

กรณีคำถามที่ว่า กรมสอบสวนคดีพิเศษ ควรรายงานการสืบสวนสอบสวนให้คณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ ทราบเมื่อทำการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว เมื่อปฏิบัติการเสร็จสิ้นแล้วนั้น เห็นด้วยในแนวทางดังกล่าว แต่ไม่ควรรายงานในรายละเอียดเกินไปที่จะทำให้ความลับในการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวรั่วไหลไป อาจเกิดความเสียหายแก่บุคคลที่เข้าร่วมปฏิบัติการดังกล่าว นั้น ส่วนค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว กรมสอบสวนคดี

พิเศษ มีหลักเกณฑ์การเบิกจ่าย ตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยค่าใช้จ่ายสำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2548

จากการสัมภาษณ์สอบถามความคิดเห็นของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวน ด้วยวิธีการแฝงตัว ตามมาตรา 27 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 แล้ว จะเห็นได้ว่า

1. การสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวตามหลักการนี้ เป็นวิสัยทัศน์ของกรมสอบสวนคดีพิเศษที่ได้นำเสนอหลักการนี้ไว้ในกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากเห็นว่าในการปฏิบัติจริงของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ได้มีการปฏิบัติการจริงอยู่แล้วเพียงแต่ไม่มีกฎหมายรองรับจึงสมควรนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายให้ถูกต้อง เช่น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

2. ปัญหาการควบคุมอนุญาตให้มีการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวก่อนที่จะนำคดีไปพิจารณาในชั้นศาลนั้น ปัจจุบันกรมสอบสวนคดีพิเศษให้เป็นอำนาจของอธิบดี รองอธิบดี หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดีเป็นบุคคลอนุญาต โดยเฉพาะการจัดทำเอกสารและหลักฐานขึ้นนั้น กรมสอบสวนคดีพิเศษให้ความสำคัญมากต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและความจำเป็นอย่างถี่ถ้วนว่ามีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้สำหรับการสืบสวนสอบสวนที่จะประสบความสำเร็จ นั้นๆแล้ว จึงจะอนุญาตให้จัดทำเอกสารและเข้าไปแฝงตัวในการสืบสวนสอบสวนได้ ส่วนในกรณีอนุญาตให้บุคคลใดเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มบุคคลนั้น ปัจจุบันยังไม่เคยให้เจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษด้วยตนเองเข้าไปแฝงตัวในคดีที่ใช้ความรุนแรงในการก่ออาชญากรรม เช่น คดีความมั่นคงใน 3 จังหวัดภาคใต้ แต่จะใช้สายลับ หรือบุคคลอื่น ที่เคยเป็นบุคคลในองค์กรเหล่านั้น เข้าไปแฝงตัวในขบวนการก่อการร้ายเหล่านั้น และต้องมีข้อตกลงกับสายลับหรือบุคคลที่อนุญาต ว่ากรมสอบสวนคดีพิเศษมีขอบเขตไม่อนุญาตให้เข้าไปกระทำความผิดร่วมกับเหล่าอาชญากรรมเหล่านั้น หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นถือว่าเกินขอบเขตที่กรมสอบสวนคดีพิเศษอนุญาตจะไม่ได้รับผิดชอบเกิดขึ้นถือว่าเกินขอบเขตที่กรมสอบสวนคดีพิเศษอนุญาตจะไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นการกระทำที่โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักมาตรา 27 วรรคสอง แต่สายลับหรือบุคคลที่อนุญาตอาจอ้างหลักการกระทำโดยจำเป็นหรือป้องกัน ตามหลักประมวลกฎหมายอาญาได้

3. สำหรับข้อบังคับของอธิบดีที่อนุญาตให้แฝงตัวนั้นเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันแล้ว ที่จำเป็นต้องให้ข้อบังคับนั้นเปิดกว้างไว้ให้เป็นดุลพินิจของอธิบดีที่จะอนุญาตให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว และจำเป็นต้องพัฒนาการข้อบังคับของอธิบดีต่อไปหากมีข้อบกพร่องเกิดขึ้น ตามพัฒนาการในเรื่องการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ซึ่งปัจจุบันกรมสอบสวนคดีพิเศษ ได้ส่งบุคลากรไปอบรมในเรื่องเทคนิควิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการหาข่าว

จากหน่วยงานต่างๆ มากขึ้น เพื่อจะได้มีบุคคลกรที่เชี่ยวชาญ และจะได้ปรับปรุงหลักกฎหมายและข้อบังคับในเรื่องนี้ให้เหมาะสมต่อไป

ปัญหาในทางปฏิบัติด้านการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวในองค์อื่น

4.1.1. ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ

สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ เป็นหน่วยงานสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีโดยขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 สรุปรวมกันได้ดังต่อไปนี้

1. ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน
2. ติดตามสถานการณ์ภายในประเทศและต่างประเทศ ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงและรายงานตรงต่อนายกรัฐมนตรีและสภาความมั่นคงแห่งชาติ และกระจายข่าวกรองความมั่นคงแห่งชาติให้หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องใช้ประโยชน์
3. ศึกษา วิจัยและพัฒนา เกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรองและการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือนเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน
4. เป็นศูนย์กลางประสานกิจการด้านข่าวกรอง กับหน่วยงานอื่นทั้งในประเทศและต่างประเทศ และรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน ทำหน้าที่เป็นประธานคณะที่ปรึกษาการข่าว และรับผิดชอบการบริหารจัดการข่าวกรองแห่งชาติ
5. เสนอแนะนโยบายและมาตรการ ตลอดจนให้คำแนะนำ และคำปรึกษาด้านข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือนต่อนายกรัฐมนตรี สภาความมั่นคงแห่งชาติ หน่วยงานราชการและรัฐวิสาหกิจ

การปฏิบัติงานของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ จะเป็นการปฏิบัติงานในเชิงเป็นหน่วยงานรวบรวมข้อมูลข่าวสารในฐานะเป็นศูนย์กลางประสานกิจการด้านการข่าวกรอง ที่ได้มาจากหน่วยงานที่ทำงานด้านการข่าวต่างๆ เช่น สำนักงานตำรวจสันติบาล กองทัพบก กองทัพเรือ กองทัพอากาศ กระทรวงมหาดไทย กระทรวงต่างประเทศ เป็นต้น โดยจะเป็นหน่วยงานที่วิเคราะห์ข้อมูลข่าวสาร เพื่อเสนอให้นายกรัฐมนตรีและสภาความมั่นคงทราบในแต่ละสถานการณ์

ในด้านการปฏิบัติงานด้านการข่าวของสำนักงานข่าวกรองที่เป็นเชิงรุกเข้าไปหาข่าวด้วยตนเองในแนวทางการปฏิบัติจะทำการหาข่าวใน 2 ลักษณะที่สำคัญ คือ

1. การหาข่าวสารที่เป็นข่าวเปิด^{*} สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ มีหน้าที่รวบรวมวิเคราะห์ข่าวสารต่างๆ เพื่อนำเสนอให้นายกรัฐมนตรีทราบ และอาจแจ้งเตือนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับข่าวสารดังกล่าวให้รับทราบด้วย

2. การหาข่าวสารพิเศษ ข่าวสารที่สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติต้องการทราบเป็นพิเศษ นอกเหนือจากข่าวเปิด สำนักงานข่าวกรองจะทำการสืบสวนหาข่าวด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การสอบถามจากแหล่งข่าว หรือผู้ให้ข่าว การให้เจ้าหน้าที่เข้าไปแฝงตัวตามกลุ่มคนหรือองค์กรใดๆ เพื่อการหาข่าวสาร หรือการตรวจสอบเอกสารต่างๆ แต่การปฏิบัติดังกล่าวนี้จะต้องทำการเป็นการลับที่สุด โดยต้องไม่กระทำการเป็นการผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย

ปัญหาการหาข่าวของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ

เนื่องจากสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน ในกิจกรรมการหาข่าวสารเพื่อภารกิจหน้าที่ดังกล่าวนี้ จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่การข่าวของสำนักงานข่าวกรองออกไปหาข่าวสาร ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การสอบถามจากแหล่งข่าวหรือผู้ให้ข่าวที่เกี่ยวข้อง การแฝงตัวไปในองค์กร หรือกลุ่มบุคคลต่าง หรือการดักจับการติดต่อสื่อสารทางสัญญาณวิทยุ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของต่างชาติ หรือองค์การก่อการร้าย อันอาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งชาติ

* ข่าวเปิด หมายถึง ข่าวสารที่มีการนำเสนอให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป เช่น ข่าวทางโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ วิทยุ เป็นต้น

* พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528 มาตรา 3

"การข่าวกรอง" หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมุ่งหมาย กำลังความสามารถ และความเคลื่อนไหว รวมทั้งวิถีทางของต่างชาติ หรือองค์การก่อการร้ายที่อาจกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐบาลนำมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดนโยบายแห่งชาติ

"การต่อต้านข่าวกรอง" หมายความว่า การดำเนินการเพื่อต่อต้านการกระทำของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้าย ที่มุ่งหมายจะให้ได้ไปซึ่งความลับของชาติ หรือทำลายความมั่นคงแห่งชาติโดยการจารกรรม การบ่อนทำลาย การก่อวินาศกรรม และการก่อการร้าย

"การข่าวกรองการสื่อสาร" หมายความว่า การใช้เทคนิคและการดำเนินการวิธีทางเครื่องมือสื่อสาร ด้วยการดักจับการติดต่อสื่อสารทางสัญญาณวิทยุ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้าย อันอาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งชาติ

ในการปฏิบัติการดังกล่าวนั้น ปัญหาที่เกิดจากการปฏิบัติ มีดังต่อไปนี้

1. เจ้าหน้าที่ของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในกรณีปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร

2. การหาข่าวของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติตามพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 ที่ให้อำนาจไว้จะครอบคลุมเฉพาะการดำเนินการหาข่าวสารเพื่อทราบถึงความมุ่งหมายของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้ายที่อาจจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติเท่านั้น จึงไม่เป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนคดีอาญาทั่วไป ตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3. การดำเนินการหาข่าว ของเจ้าหน้าที่สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ ต้องกระทำการไปในขอบเขตของอำนาจตาม พ.ร.บ.ข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 และจะต้องไม่ไปละเมิดกฎหมายอื่นแต่อย่างใด หากมีการละเมิดต่อกฎหมายเจ้าหน้าที่ของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

4. การดำเนินการหาข่าวด้วยการแฝงตัวเข้าไปในองค์กร หรือกลุ่มบุคคลใด เพื่อประโยชน์ในการหาข่าวกรอง หรือการต่อต้านข่าวกรอง ก็จะทำให้เท่าที่ไม่ไปละเมิดต่อกฎหมายเท่านั้น คล้ายกับอำนาจการสืบสวนสอบสวนในคดีอาญาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ คือไม่สามารถไปละเมิดต่อกฎหมายใดๆได้ และไม่มีกฎหมายพิเศษคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ในกรณีการปฏิบัติการแฝงตัวเพื่อการหาข่าวสาร

5. ในปัจจุบันในการปฏิบัติการหาข่าวของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ จะประสานงานใกล้ชิดกับสำนักงานตำรวจสันติบาล ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติในการปฏิบัติการหาข่าวสาร

สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติเป็นหน่วยงานองค์การรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน มีภาระหน้าที่หลัก ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร ภายใต้พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528 อีกทั้งเป็นศูนย์กลางประสานกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือนกับหน่วยข่าวกรองอื่นภายในประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

การปฏิบัติการข่าวกรอง สำนักงานข่าวกรองมีหน้าที่เป็นองค์กรประสานความร่วมมือและกระจายข่าวให้กับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวกับความมั่นคง และยังมีหน้าที่หาข่าวสารที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติฝ่ายพลเรือน ในการปฏิบัติการหาข่าว มีรูปแบบคล้ายกับเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรม คือมีทั้งการแฝงตัวเข้าไปในองค์กร หรือกลุ่มบุคคล เพื่อการหาข่าว มีการทำเอกสาร หรือหลักฐานได้ขึ้น เพื่อการหาข่าวด้านความมั่นคง มีปัญหาว่าบางครั้งการ

กระทำการหาข่าวหากไปกระทำการละเมิดต่อกฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการละเมิดเกี่ยวกับหน้าที่ในการแฝงตัว หรือการทำเอกสาร หรือหลักฐานใดชิ้นนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ให้กระทำได้ เจ้าหน้าที่จึงต้องกระทำการหาข่าวเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ต้องทำการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ภายใต้บัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งไม่มีวิธีการพิเศษในการแสวงหาพยานหลักฐาน เช่นวิธีการดักฟังโทรศัพท์ การอนุญาตให้จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดชิ้น หรือการอนุญาตให้บุคคลใดเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มบุคคล เพื่อการหาข้อมูลข่าวสารแต่อย่างใด ฉะนั้นปัญหาของเจ้าหน้าที่สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ ในการดำเนินการหาข่าวกรอง หรือการต่อต้านข่าวกรอง จึงคล้ายกับปัญหาของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญานั้นเอง คือในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับให้มีการหาข่าวด้วยวิธีพิเศษได้ เช่น อำนาจในการดักข้อมูลข่าวสารทางโทรศัพท์แบบชนิดมีสาย การอนุญาตให้จัดทำเอกสาร หรือหลักฐานใดชิ้น เพื่อประโยชน์ในการหาข่าว เป็นต้น

การแก้ไขปัญหของสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ ได้มีความพยายามในการแก้ไขพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ ให้มีบทบัญญัติรองรับให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการพิเศษในการหาข้อมูลข่าวสารได้ เช่นกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ตาม พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ต่อไป

4.1.2. ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของศูนย์รักษาความปลอดภัย กองบัญชาการทหารสูงสุด

ศูนย์รักษาความปลอดภัย กองบัญชาการทหารสูงสุด มีหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการข่าวกรองและการต่อต้านการข่าวกรองทางทหารเพื่อความมั่นคงของประเทศ การรักษาความปลอดภัยร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสำหรับองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ ตลอดจนบุคคลสำคัญ การรักษาความปลอดภัยทางทหาร ทางข่าวกรอง และทางการสื่อสาร รวมทั้งการดำเนินการฝึกศึกษาด้านการข่าวกรอง และการปฏิบัติการกิจอื่นๆตามที่ผู้บังคับบัญชามอบหมาย รวมทั้งเป็นองค์การรักษาความปลอดภัยฝ่ายทหาร ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 ในการปฏิบัติการหาข่าวกรองและการต่อต้านข่าวกรองทางทหารเพื่อความมั่นคงของประเทศนั้น ศูนย์รักษาความปลอดภัยได้แบ่งลักษณะการปฏิบัติงานออกเป็นสองส่วนที่สำคัญ คือ

1. การหาข่าวในพื้นที่ของศัตรู*
2. การหาข่าวในพื้นที่ของฝ่ายเราหรือฝ่ายเดียวกัน

* พื้นที่ของศัตรู หมายความว่าพื้นที่ที่อยู่ในการควบคุมโดยอำนาจของศัตรู

1. การหาข่าวในพื้นที่ของศัตรู ศูนย์รักษาความปลอดภัย มีหน้าที่หาข่าวด้านความมั่นคงของประเทศในพื้นที่ของศัตรู ทั้งที่เป็นการหาข่าวในลักษณะข่าวเปิด และการหาข่าวลับ การหาข่าวทั้งสองประเภทจะต้องทำการเป็นการลับในชั้นความลับที่สุด เพื่อพยายามปกปิดซ่อนเร้นไม่ให้ศัตรูทราบถึงตัวเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการหาข่าว การปฏิบัติการหาข่าวในลักษณะเช่นนี้จึงไม่จำกัดการปฏิบัติการใดๆก็ได้เพื่อจะได้ข่าวสารซึ่งอาจจะเมิดกฎหมายภายในประเทศ หรือระหว่างประเทศ อีกทั้งการหาข่าวในลักษณะเช่นนี้เจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เจ้าหน้าที่ใช้งานจะไม่มีหลักฐานหรือเอกสารใดที่เกี่ยวข้องว่าเป็นบุคคลของศูนย์รักษาความปลอดภัย หากถูกจับกุมหรือถูกเปิดเผยตัวเอง และในการปฏิบัติการก็จะทำการลับที่สุดเพื่อความมั่นคงของประเทศ และตัวเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน ปัจจุบันการหาข่าวสารในพื้นที่ของศัตรู ศูนย์รักษาความปลอดภัยไม่มีกฎหมายรองรับว่าเจ้าหน้าที่สามารถกระทำการใดได้บ้าง และไม่มีควมจำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเพราะเป็นการปฏิบัติการเพื่อความมั่นคงของประเทศในพื้นที่ของศัตรู หากบัญญัติไว้เป็นกฎหมายจะทำให้เสียเรื่องความลับจะถูกเปิดเผยอาจเป็นอันตรายต่อผู้ปฏิบัติการ

2. การหาข่าวในพื้นที่ของฝ่ายเราหรือฝ่ายเดียวกัน ศูนย์รักษาความปลอดภัย ทำการหาข่าวสารด้านความมั่นคงทางการทหารในสองลักษณะเช่นเดียวกับการดำเนินการในพื้นที่ของศัตรู คือการหาข่าวสารตามข่าวเปิด และการหาข่าวลับโดยการใช้เจ้าหน้าที่เข้าไปแสวงหาข่าวหรือเข้าไปแฝงตัวตามองค์กร หรือกลุ่มบุคคลต่างๆเพื่อการหาข่าว

การแฝงตัวเข้าไปหาข่าวสารในองค์กรหรือกลุ่มคนต่างๆในพื้นที่ของฝ่ายเราจะมีปัญหาทางด้านกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง หากการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เจ้าหน้าที่ใช้งานไปละเมิดต่อกฎหมาย โดยที่ศูนย์รักษาความปลอดภัยไม่มีกฎหมายรองรับว่าการหาข่าวในลักษณะการแฝงตัว หรือการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้น เป็นการชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไร แนวทางการปฏิบัติการศูนย์รักษาความปลอดภัย จะประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในระดับผู้บังคับระดับสูงที่เข้าถึงชั้นความลับที่สุด เพื่อให้ทราบถึงการปฏิบัติการของศูนย์รักษาความปลอดภัยเพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ของศูนย์รักษาความปลอดภัยละเมิดต่อกฎหมาย หรือถูกดำเนินคดีโดยฝ่ายเดียวกัน

การปฏิบัติการในพื้นที่ฝ่ายเดียวกัน ศูนย์รักษาความปลอดภัยจะพยายามปกปิดให้เป็นความลับที่สุด เช่นกัน หากเจ้าหน้าที่ของศูนย์ถูกจับกุมได้โดยฝ่ายเดียวกัน จะประสานงานแจ้งให้ทราบถึงการปฏิบัติการ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำการผิดกฎหมายต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่ฝ่าฝืน และการหาข่าวสารของศูนย์รักษาความปลอดภัย เมื่อได้ข่าวสารและวิเคราะห์ข่าวสารแล้ว จะแจ้งเตือนให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบ เพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป แต่ข้อมูลที่ศูนย์รักษาความปลอดภัยแจ้งให้

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการนั้น จะไม่สามารถไปดำเนินการอ้างเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศูนย์รักษาความปลอดภัยว่าเป็นข่าวสารที่อนุญาตให้เปิดเผยได้

ศูนย์รักษาความปลอดภัย กองบัญชาการทหารสูงสุด เป็นหน่วยงานองค์การรักษาความปลอดภัยฝ่ายทหาร มีหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการข่าวกรอง และการต่อต้านข่าวกรองทางทหาร เพื่อความมั่นคงของประเทศ ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 จะมีการปฏิบัติการด้านการข่าวกรอง ในสองรูปแบบหลักๆคือการหาข่าวในพื้นที่ของศัตรูและการหาข่าวในพื้นที่ของฝ่ายเดียวกัน ซึ่งโดยปกติแล้วการหาข่าวของศูนย์รักษาความปลอดภัย เน้นภารกิจหลักคือการหาข่าวด้านความมั่นคงทางทหารในพื้นที่ของศัตรูเป็นหลัก จึงไม่มีปัญหาในเรื่องการปฏิบัติการให้ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการปฏิบัติการหาข่าวในพื้นที่ของศัตรูไม่มีความจำเป็นต้องจำกัดการปฏิบัติงาน แต่จะคำนึงถึงเฉพาะความปลอดภัย และผลในการปฏิบัติเท่านั้น และส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ส่วนการหาข่าวสารในพื้นที่ฝ่ายเดียวกัน จะทำภายใต้กรอบกฎหมายภายในประเทศ จะไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ไปกระทำการที่ผิดต่อกฎหมาย เพราะศูนย์รักษาความปลอดภัยไม่มีบัญญัติกฎหมายรองรับให้กระทำการนอกขอบเขตกฎหมายภายในทั่วไป และไม่มีบัญญัติกฎหมายวิธีการสืบสวนหาข่าวแบบพิเศษรองรับคุ้มครองเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ในทางการปฏิบัติ จะเน้นการประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติการเท่านั้นเพื่อแก้ไขปัญหาไม่ให้เจ้าหน้าที่ไปละเมิดกฎหมายในการเข้าไปหาข่าวสาร

ตารางเปรียบเทียบอำนาจและหน้าที่ในการสืบสวนหาข่าวสารระหว่าง กรมสอบสวนคดีพิเศษ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ศูนย์รักษาความปลอดภัย และสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ

หน่วยงาน	อำนาจและหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายที่เกี่ยวข้อง
กรมสอบสวนคดีพิเศษ	- สืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ ตาม พ.ร.บ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547	พ.ร.บ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547
สำนักงานตำรวจแห่งชาติ	- สืบสวนสอบสวนคดีอาญาทั่วไป	-ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
ศูนย์รักษาความปลอดภัย กองบัญชาการทหารสูงสุด	- ปฏิบัติการข่าวกรองและการต่อต้านการข่าวกรองทางทหารเพื่อความมั่นคงของประเทศ และเป็นองค์การการรักษาความปลอดภัยฝ่ายทหาร	-ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 -ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544
สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ	ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน	-พ.ร.บ.ข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 -พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 -ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 -ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544

4.2. ปัญหาการควบคุม ตรวจสอบการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแฝงตัว

เนื่องจากวิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวนี้ เป็นเทคนิควิธีการสืบสวนชั้นสูง ให้ผลสำเร็จในการสืบสวนสอบสวนมาก ในต่างประเทศได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายและวิธีการดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวไว้ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวนั้นได้วางมาตรการควบคุม อนุญาตและตรวจสอบ วิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวไว้ เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หากแต่ตามหลักกฎหมายในประเทศไทยไม่ได้บัญญัติหลักกฎหมายในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน ในอดีตสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งมีหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ก็ยอมรับว่าได้ใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว โดยที่ไม่ได้มีหลักกฎหมายบัญญัติไว้แน่ชัด คงอาศัยแต่หลักกฎหมายอาญาและหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาทั่วไป เป็นแนวทางในการปฏิบัติการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ต่อมาในปี พ.ศ.2547 เมื่อมีการจัดตั้งกรมสอบสวนคดีพิเศษขึ้น จึงได้ออกกฎหมายในเรื่องการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวไว้โดยชัดเจน หลักกฎหมายวิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวเป็นหลักกฎหมายใหม่ในประเทศไทย การถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจตามหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ จึงเป็นที่สงสัยว่าหลักกฎหมายการแฝงตัวของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ได้วางหลักการถ่วงดุลตรวจสอบไว้เหมาะสมแล้ว หรือไม่ ปัญหาในเรื่องดังกล่าว สามารถนำมาวิเคราะห์หลักกฎหมายในเรื่องนี้ได้ดังต่อไปนี้

4.2.1. ปัญหาการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

การให้อำนาจการแฝงตัวตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ในระหว่างการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในมาตรา 27 ได้มีการถกเถียงกันในที่ประชุมของวุฒิสภาโดยนายสักรอกแสงเรื่องวุฒิสมาชิ⁴ ได้อภิปรายไว้ว่า กฎหมายมาตรานี้เป็นกรณีที่บัญญัติให้อธิบดีที่จะให้บุคคลเข้าไปจัดทำเอกสารหลักฐานขึ้น หรือเพื่อเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลใดเพื่อเข้าไปสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ตามที่ กคพ. กำหนด และกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งนายสักรอกแสงเรื่อง มีความเห็นว่าการกำหนดเพิ่มเติมอีกวรรคหนึ่ง คือ ให้มีวรรคที่สามที่กำหนดว่า "เมื่อได้มีการดำเนินการตามวรรค

⁴ รายงานการประชุมคณะกรรมการ วิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ครั้งที่ 6 ลง 11 กรกฎาคม 2546 หน้า 1/5

หนึ่งแล้ว ให้อธิบดีรายงานให้ กคพ. ทราบ" เหตุผลคือ ควรที่จะต้องมีกำกับดูแลและตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษ แล้วก็เพื่อตรวจสอบว่า การทำผิดกฎหมายแล้วให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบนั้นมีลักษณะการกระทำอย่างไร และเป็นไปตามข้อบังคับที่ กคพ. กำหนดหรือไม่ จึงเห็นควรให้รายงานให้ กคพ. ทราบอีกครั้งหนึ่งหลังจากที่มีการดำเนินการไปแล้ว แต่เมื่อมีการลงมติขอแก้ไขเพิ่มเติมในวรรคดังกล่าว ปรากฏว่าที่ประชุมไม่เห็นด้วย หากเมื่อนำข้อเสนอที่ให้มีการเพิ่มเติมในมาตราดังกล่าวมาพิจารณา ผู้เขียนเห็นด้วยกับความคิดของนายสัก กอแสงเรือง วุฒิสมาชิก ว่าควรให้มีการกำกับดูแลและตรวจสอบการใช้อำนาจของอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย โดยมีเหตุผลดังนี้

มาตรานี้เป็นการให้อำนาจบุคคลที่เข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มบุคคล โดยการกระทำใดๆก็แล้วแต่ เกี่ยวกับเรื่องที่จะเข้าไปแฝงตัว เพื่อหาพยานหลักฐานข้อเท็จจริงในคดีนั้น ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ ถึงแม้โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็หมายความว่ากฎหมายได้บัญญัติ ยกเว้นให้การกระทำของบุคคลที่กระทำตามมาตรา 27 นี้ไม่เป็นความผิด และยังมีผลให้พยานหลักฐานที่ได้มานั้นเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ด้วย ทั้งที่การกระทำในมาตรานี้อาจเป็นการคุกคามสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปได้ จึงจำเป็นต้องหาวิธีการที่จะกำกับดูแล และตรวจสอบอย่างรัดกุม และมีเหตุผล ในขณะที่เดียวกันก็ต้องเอื้อต่อการที่ผู้ปฏิบัติงานจะสามารถปฏิบัติงานได้ตามวัตถุประสงค์ด้วย

การกำหนดให้ขอบเขตอำนาจของอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษไว้กว้างว่า "ในกรณีจำเป็น และประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อำนาจอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย เป็นผู้ให้อำนาจบุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด" จะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจแก่อธิบดีอย่างมาก ในการให้อำนาจแก่บุคคลใดในการกระทำอย่างใดในการแฝงตัวดังกล่าว โดยที่อธิบดีเป็นผู้ให้อำนาจ และยังเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ในการอำนาจดังกล่าวด้วย จนดูเหมือนว่าทั้งหมดล้วนเป็นอำนาจของอธิบดีในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้จนเกือบสิ้นเชิง โดยไม่มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจ หรือมีการตรวจสอบดุลพินิจจากฝ่ายใดเลย เมื่อเปรียบเทียบหลักการอนุญาตให้ทำการสืบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวตามหลักกฎหมายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 รวมทั้งข้อบังคับของอธิบดีที่ออกตาม

หลักกฎหมายนี้ กับหลักการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางของสหรัฐอเมริกา(F.B.I.)⁵ มีข้อเทียบเปรียบเทียบกันได้ดังต่อไปนี้

1. ผู้มีอำนาจในการอนุญาตในการแฝงตัว

1.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ บัญญัติให้เป็นอำนาจของอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย

1.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I. บัญญัติให้เป็นอำนาจของผู้ได้รับมอบหมายพิเศษจาก จากแทนพิเศษ (Special Agent In Charge (SAC)) หรือบางกรณีอาจต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานใหญ่ของ F.B.I. และต้องเสนอให้คณะกรรมการทบทวนการปฏิบัติการอำพรางตัว (Undercover Review Committee) ประชุมทบทวนคำอนุญาตของ (SAC) แล้วเสนอความเห็นจะอนุญาตหรือไม่อนุญาต ในการดำเนินการแฝงตัว

2. ผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้จัดทำเอกสารขึ้นเพื่อการแฝงตัว

2.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ บัญญัติให้เป็นอำนาจของอธิบดี หรือรองอธิบดี

2.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I. บัญญัติให้เป็นไปในลักษณะข้อ 1.2

3. ช่วงเวลาที่อนุญาต

3.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้บัญญัติช่วงเวลาที่อนุญาตไว้

3.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I. บัญญัติไว้ว่า จะต้องไม่นานเกินกว่าความจำเป็นในแต่ละเหตุการณ์ แต่ต้องไม่เกิน 6 เดือน เว้นแต่จะได้รับอนุญาต จากคณะกรรมการทบทวนการแฝงตัว หรือ ผู้ช่วยผู้อำนวยการ FBI ที่รับมอบหมายอาจขยายเวลาได้ไม่เกิน 30 วัน หรือหากเป็นคดีที่พิเศษอาจอนุญาตได้อีก แต่ไม่เกิน 1 ปี

⁵ดูรายละเอียดหลักกฎหมายการแฝงตัวตาม พ.ร.บ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 รวมทั้งข้อบังคับของอธิบดี กับ The attorney General Guideline on Federal Bureau of investigation undercover operation ภาคผนวกท้ายวิจัย

4. การเข้าไปมีส่วนร่วมส่วนร่วมเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่เข้าปฏิบัติการแฝงตัว

4.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่อนุญาตไว้

4.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการจะต้องพยายามไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามข้อบังคับการแฝงตัว หรือตามหลักการป้องกันตัว หรือหลักความจำเป็น หากต้องใช้ความรุนแรงตามสถานการณ์ต้อง สถานการณ์ต้องรายงานให้ผู้อำนวยการ FBI หรือผู้ช่วยอำนวยการสูงสุดผู้ดูแลแผนกคดีอาชญากรรมทราบทันทีที่เป็นไปได้

5. การอนุญาตกรณีฉุกเฉิน หรือชั่วคราว

5.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่อนุญาตไว้

5.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I บัญญัติไว้ว่า ในกรณีฉุกเฉิน หรือชั่วคราวที่เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายให้อนุญาตทำการแฝงตัวพิเศษ (SAC) เห็นว่ามีเหตุผลความจำเป็นต้องดำเนินการสืบสวนด้วยการแฝงตัวอาจอนุญาตให้ดำเนินการแฝงตัวได้ทันที แต่ต้องรายงานให้สำนักงานใหญ่ F.B.I HQ. ทราบภายใน 48 ชั่วโมง เป็นลายลักษณ์อักษร และต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่กระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นสมาชิกในคณะกรรมการทบทวนปฏิบัติการแฝงตัวทราบด้วย หากละเอียดต้องเสนอให้ ผู้อำนวยการ FBI หรือ รองอำนวยการสูงสุดเป็นผู้ดำเนินการแจ้งให้ คณะกรรมการทบทวนปฏิบัติการแฝงตัวทราบเอง

6. หลักการป้องกันให้ผู้บริสุทธิ์มิให้ถูกล่อให้กระทำความผิด

6.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่อนุญาตไว้

6.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการแฝงตัวต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด หรือที่เรียกว่า Entrapment

7. หลักการควบคุมการปฏิบัติการอำพรางตัว

7.1. ข้อบังคับของกรมสอบสวนคดีพิเศษ บัญญัติเรื่อง การควบคุม การเก็บรักษา และการทำลายข้อมูล ว่าให้อธิบดีแต่งตั้งนายทะเบียนที่ทำหน้าที่ในการเก็บทะเบียนข้อมูล เอกสารหลักฐาน และการแฝงตัว เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ และเมื่อหมดความจำเป็นแล้ว ให้เสนออธิบดีเพื่ออนุมัติทำลาย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการแฝงตัวนั้นให้เป็นไปตามระเบียบกระทรวงยุติธรรม โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

7.2. ข้อบังคับของหน่วยงาน F.B.I บัญญัติไว้ว่า การควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัว ก่อนเริ่มดำเนินการ ต้องมีการเตรียมเจ้าหน้าที่ให้เข้าใจถึงหน้าที่ของผู้ปฏิบัติ ไม่ให้เข้าไปมีส่วนริเริ่มในแผนการก่อให้เกิดอาชญากรรม หรือผิดกฎหมาย เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามหลักการแฝงตัวนี้ ต้องมีการทบทวนมาตรการที่ได้กระทำไปแล้ว มีการปรึกษาอย่างต่อเนื่องกับพนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายไว้เป็นพิเศษ เมื่อมีเหตุการณ์อันไม่คาดคิดมาก่อนเกิดขึ้นต้องปรึกษาอัยการหรือตัวแทนของกระทรวงยุติธรรมที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการทบทวนการปฏิบัติการแฝงตัว ต้องมีการรายงานการปฏิบัติการแฝงตัวของคณะกรรมการทบทวนการปฏิบัติการแฝงตัวซึ่งรวบรวมคำร้องขออนุญาตให้ทำการแฝงตัวทั้งที่อนุญาตและไม่อนุญาต พร้อมเหตุผล ปัญหาข้อขัดข้องในการปรึกษาหารือของคณะกรรมการให้ผู้อำนวยการ FBI อัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด และผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่รับผิดชอบแผนกอาชญากรรม ทราบ และเจ้าหน้าที่ FBI ต้องรายงานค่าใช้จ่ายในค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการแฝงตัวต่อผู้อำนวยการ FBI ภายใต้กฎเกณฑ์ด้านการคลังของกระทรวงการคลังสหรัฐอเมริกา หรือภายใต้หลักการชำระเงินด้วยใบเสร็จรับเงินเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายการแฝงตัวตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 วางกรอบข้อบังคับไว้ ว่าเป็นอำนาจของอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ได้รับมอบหมาย โดยให้อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษออกข้อบังคับสำหรับวิธีการนี้ไว้⁶ ซึ่งก็มีเนื้อหาเป็นหลักการกว้างๆ ไม่ได้มีรายละเอียดในการควบคุมตรวจสอบการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวพอจะเทียบได้กับหลักการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางของสหรัฐอเมริกา(F.B.I.) ได้เลย ซึ่งเมื่อก่อนขั้นตอนการร่างกฎหมายได้มีผู้อธิบายว่าหลักการเช่นนี้มีในหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางประเทศสหรัฐอเมริกา(F.B.I.) และได้มีสมาชิกวุฒิสภาได้สอบถามว่าหลักการเช่นนี้ก่อนมีการนำเสนอกฎหมายนั้น ผู้นำเสนอได้ศึกษาจากต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งผู้นำเสนอกฎหมายตอบว่าไม่ได้มีการศึกษามาก่อน แต่ทราบมาว่าเคยมีในประเทศสหรัฐอเมริกา⁷ ซึ่งเมื่อได้บัญญัติเป็นกฎหมายแล้วเมื่อเปรียบเทียบกับหลักการแฝงตัวของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางสหรัฐอเมริกา(F.B.I.) ตามที่ผู้นำเสนอกฎหมายกล่าวอ้างแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการควบคุม ตรวจสอบการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางประเทศสหรัฐอเมริกา(F.B.I.)มีเนื้อหาค่อนข้างรัดกุมมากกว่าหลักการของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษมาก

⁶ ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วย การอนุญาตให้จัดทำเอกสาร หรือการแฝงตัว พ.ศ.2548

⁷ รายงานการประชุมคณะกรรมการ วิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ครั้งที่ 6 ลง 11 กรกฎาคม 2546 หน้า 1/5

ตารางเปรียบเทียบหลักการการอนุญาตให้ทำสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวระหว่าง
กรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) และสำนักงานสืบสวนสอบสวนกลางสหรัฐอเมริกา (FBI)

รายละเอียด	กรมสอบสวนคดีพิเศษ(DSI)	สำนักงานสืบสวนสอบสวน กลางสหรัฐอเมริกา (FBI)
1. ผู้มีอำนาจอนุญาต	อธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย	- ตัวแทน FBI (SAC) - FBI HQ - คณะกรรมการทบทวนการ อนุญาตการแฝงตัว
2. ช่วงเวลาที่อนุญาต	ไม่มีกำหนดไว้	ไม่เกิน 6 เดือน ขยายได้ไม่เกิน 30วันหรือไม่เกิน1ปีกรณีพิเศษ
3. การเข้าไปมีส่วนร่วมในการ กระทำความผิด	ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้	ห้ามเข้าไปมีส่วนร่วมในการ กระทำความผิด
4. การอนุญาตกรณีฉุกเฉินหรือ ชั่วคราว	ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้	ตัวแทน FBI (SAC) อนุญาตได้ แต่ต้องรายงาน FBI HQ ภายใน 48 ชั่วโมง
5. การป้องกันไม่ให้ผู้บริสุทธิ์ถูก หลอกลวงให้กระทำความผิด	ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้	ห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่หลอกลวง ให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด
6. การควบคุมการปฏิบัติ	- กำหนดนายทะเบียนควบคุม การอนุญาตและตรวจสอบ เอกสาร	- เตรียมเจ้าหน้าที่ในการ ดำเนินงานและปรึกษา พนักงานอัยการอย่างต่อเนื่อง - รายงานประจำปี - รายงานค่าใช้จ่าย

ผู้วิจัยเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของอธิบดีตามหลักกฎหมายการแฝงตัวนี้ ขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก อาจเกิดปัญหาความไม่โปร่งใส ความน่าเชื่อถือของการใช้อำนาจควรมีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกเพราะกฎหมายมาตรานี้ เป็นมาตรการพิเศษคล้ายกับมาตรา 25 ซึ่งควรที่จะมีการตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นเดียวกับ มาตรา 25 คือ องค์การของศาล ซึ่งหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การให้สายลับของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนของต่างประเทศเช่น สหรัฐอเมริกา ก็ให้มีคณะกรรมการทบทวนการปฏิบัติการแฝงตัว โดยคณะกรรมการประกอบด้วย พนักงานอัยการและข้าราชการจากกระทรวงยุติธรรม ร่วมเป็นคณะกรรมการเป็นผู้ตรวจสอบการให้ดุลพินิจซึ่งถือว่าเป็นบุคคลนอกองค์กรสืบสวนสอบสวน เป็นคนตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจและเมื่อมีการตรวจสอบ และถ่วงดุลการใช้อำนาจนอกองค์กรแล้ว ก็ควรที่จะได้รับการตรวจสอบจากภายในองค์กรอีกด้วยซึ่งก็คือ คณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ (กคพ.) เป็นองค์ตรวจสอบภายในตามหลักกฎหมายนี้ เพราะหากการสืบสวนสอบสวนนั้นล้มเหลว หรือได้พยานหลักฐานไม่เพียงพอต่อการนำมาดำเนินคดี หรือ พนักงานอัยการมีความเห็นสั่งไม่ฟ้อง อันทำให้คดีไม่ได้ขึ้นมาสู่ศาล ศาลจึงไม่มีโอกาสที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ฉะนั้นจึงสมควรที่จะมีการตรวจสอบการใช้อำนาจภายในองค์กรอีกชั้นหนึ่งด้วย

4.2.2 ปัญหาการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวเปรียบเทียบกับ อำนาจการจับ หรือ การค้น โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 นั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้กำหนดให้อำนาจการจับหรือการค้น ไว้โดยให้อำนาจการออกหมายจับหรือค้นโดย ฝ่ายตำรวจได้เอง⁸ โดยพลการหรือมีผู้ร้องขอก็ได้⁹ หรือในกรณีที่เจ้าพนักงานผู้

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 (ก่อนแก้ไข พ.ศ.2548)

"เจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจออกหมายอาญาได้ภายในเขตอำนาจดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าเป็นหมายจับผู้ต้องหาที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลได้แก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่
- (2) ถ้าเป็นหมายจับจำเลยหรือผู้ต้องหาที่อยู่ในอำนาจศาล ได้แก่ศาล
- (3) ถ้าเป็นหมายค้น ได้แก่ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่
- (4) ถ้าเป็นหมายขัง จำคุก หรือปล่อย ได้แก่ศาล"

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59 (ก่อนแก้ไข พ.ศ.2548)

สามารถออกหมายได้ไปปฏิบัติหน้าที่โดยตัวเอง ออกจะจับกุม¹⁰ หรือตรวจค้น¹¹ ได้โดยไม่มีหมาย หากมีเหตุอันสามารถออกหมายได้ปรากฏตามกฎหมาย

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามหลักกฎหมายดังกล่าว นั้น แม้ต้องอาศัยเหตุผลตามที่กฎหมายบัญญัติ และระเบียบกระทรวงมหาดไทย หรือระเบียบของกรมตำรวจ แต่ก็เป็นโอกาสในการใช้อำนาจนั้นอย่างกว้างขวาง ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจากการใช้บัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวของหน่วยงานที่บังคับใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยมีการตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นแต่เพียงภายในองค์กร ซึ่งอาจอยู่ในรูปของระเบียบภายในหน่วยงาน สร้างความคลางแคลงใจแก่ประชาชนผู้ถูกบังคับใช้ตามกฎหมาย อันเป็นที่มาของการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยให้อำนาจการออกหมายจับ หมายค้น เป็นอำนาจของศาล แต่เพียงองค์กรเดียว เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในลักษณะเดียวกันกับ มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ก็เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่ให้อำนาจอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมายใช้ดุลพินิจให้บุคคลจัดทำเอกสารต่างๆ ขึ้น หรือเข้าไปแฝงตัว ในกลุ่มคนหรือองค์กรใด เพื่อการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ โดยให้เป็นไปตามข้อบังคับของอธิบดีและแม้จะมีมาตรา 40 ของพระราชบัญญัตินี้ จะบัญญัติว่าหากผู้กระทำการตามมาตรา 27 กระทำนอกเหนือวัตถุประสงค์ของการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ จะไม่ได้รับการคุ้มครองว่าเป็นการกระทำโดยชอบ และมีบทลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษสองเท่าของความผิดนั้นอันเป็นบทลงโทษที่หนักขึ้น เพื่อเป็นการปรามการกระทำของเจ้าพนักงานไม่ให้กระทำการเกินกว่าอำนาจที่ได้รับ ผู้เขียนเห็นว่าข้อบังคับของอธิบดีเองหรือการตรวจสอบ ภายหลังว่าผู้ปฏิบัติตามมาตรา 27 กระทำนอก

“เจ้าพนักงานหรือศาลผู้มีอำนาจออกหมายจับ หมายค้น หรือหมายขัง จะออกหมายนั้นโดยพลการ หรือโดยมีผู้ร้องขอก็ได้

ในกรณีที่มีผู้ร้องขอ เจ้าพนักงานหรือศาลผู้ออกหมายจะต้องสอบให้ปรากฏเหตุผลสมควรที่จะออกหมายนั้นเสียก่อน เหตุผลนั้นจะได้มาจากคำแจ้งความโดยสาบานตัวหรือจากพฤติการณ์อย่างอื่นก็ได้”

¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 วรรคสาม (ก่อนแก้ไข พ.ศ.2548)

“เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ จับด้วยตนเองไม่ต้องมีหมาย แต่ต้องเป็นในกรณีที่จะออกหมายจับได้ตามประมวลกฎหมายนี้

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคสาม (ก่อนแก้ไข พ.ศ.2548)

“เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นด้วยตนเองไม่ต้องมีหมายค้นก็ได้ แต่ต้องเป็นในกรณีที่จะออกหมายค้นหรือค้นได้ตามประมวลกฎหมายนี้”

วัตถุประสงค์หรือไม่ ก็ต้องรอให้มีเหตุความเสียหาย ผิดพลาดบกพร่องขึ้นมาก่อน จึงจะมาพิจารณาลงโทษผู้ฝ่าฝืน ซึ่งเงื่อนไขเช่นนี้ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกัน การใช้อำนาจเช่นนี้ได้ และยิ่งกลับเป็นผลเป็นผลร้ายแก่เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้อีกด้วย

ในกรณีที่มีการสืบสวนสอบสวนโดยการแฝงตัวลี้มเหลว หากเป็นคดีตาม มาตรา 21(1) แล้ว ก็จะไม่มีความกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่แล้วมาของเจ้าพนักงานมากนัก เพราะเป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางการเงิน และทางเศรษฐกิจ เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งโดยลักษณะของคดีประเภทนี้จะไม่มีการใช้ความรุนแรงในการประกอบอาชญากรรม แต่หากเป็นคดีตามมาตรา 21 (2) ซึ่ง กคพ. มีมติให้ดำเนินการ นั้นส่วนใหญ่เป็นคดีที่มีความสำคัญ และอาชญากรรมมักจะใช้ความรุนแรงในการก่อเหตุ ซึ่งในระหว่างการประกอบอาชญากรรมอาจใช้ให้เจ้าพนักงานซึ่งทำการแฝงตัวอยู่ในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลนั้นเป็นผู้ลงมือกระทำการ เพื่อเป็นการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ใจ หรือทดสอบความเป็นมืออาชีพ หรือแม้แต่การร่วมลงมือกระทำความผิดนั้นเสียเองกับองค์กรหรือกลุ่มบุคคลนั้น เพื่อที่จะยืนยันให้องค์กรหรือกลุ่มบุคคลนั้นมีความไว้วางใจในตัวเจ้าพนักงาน และองค์กรหรือกลุ่มบุคคลเหล่านี้ก็มักจะเป็นการกระทำความผิดร้ายแรง เช่น การผลิตหรือขนส่ง ยาเสพติด การค้าอาวุธสงคราม การค้าหญิงโสเภณี หรือ การก่อการร้าย

การใช้ดุลพินิจให้อำนาจเช่นนี้ จึงจำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบขอบเขตการใช้อำนาจ ว่าในการเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลนั้นสามารถกระทำได้เพียงไร จากองค์กรอื่น นอกเหนือจากอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย ว่าสมควรให้เข้าไปแฝงตัว หรือเป็นสายลับหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการถ่วงดุลเช่นเดียวกับมาตรา 25 หรืออาจออกข้อบังคับหลักการแฝงตัวให้มีมาตรฐานหลักการคล้ายกับหลักการแฝงตัวของหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลางสหรัฐอเมริกา (F.B.I.) ตามที่ผู้เสนอกฎหมายได้กล่าวอ้างอิงไว้ในชั้นร่างกฎหมาย เพื่อที่จะป้องกันการปิดความลับผิดชอบหากเกิดกรณีที่มีการสืบสวนสอบสวนนั้นไม่ประสบความสำเร็จ หรือมีการกระทำอื่นนอกขอบเขตวัตถุประสงค์ แล้วภายหลังอธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายปฏิเสธว่าไม่ได้อนุญาตให้มีการปฏิบัติการแฝงตัวไม่ได้ เพื่อจะได้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผู้ปฏิบัติการตามหลักกฎหมายนี้ต่อไป

4.3. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว

หลักกฎหมายการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว นั้นโดยหลักกฎหมายแล้วพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีได้ หรือมีคุณสมบัติที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ (Probative Value) ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานใน

คดีนั้นได้ หรือที่เรียกว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่มีข้อยกเว้นอยู่ว่าถ้ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติหรือวางกฎเกณฑ์ ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใดประเภทใดไว้ พยานหลักฐานชนิดนั้นประเภทนั้น ก็จะเข้าลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ (Inadmissible Evidence) ต่อดูกดตึงไป กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเรียกว่า บทตัดพยานหลักฐาน (Exclusionary Rule)¹² สำหรับในการวิจัยนี้จะนำเสนอบทตัดพยานหลักฐาน หรือหลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยการแฝงตัว ดังนี้ คือ หลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ หลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานบุคคลที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด และหลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด

4.3.1. หลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹³ (Rule against illegal obtained evidence)

พยานหลักฐานซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการอันมิชอบนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามหลักการของศาลไทย ทำให้หลักฐานนั้นไม่อาจนำมาพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดในชั้นศาลได้ พยานหลักฐานในคดีอาญาซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการอันมิชอบนี้ มักจะเป็นกรณีการดำเนินคดีอาญาโดยภาครัฐ ซึ่งจะต้องมีการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานโดยพนักงานสืบสวนสอบสวนมาก่อนที่จะฟ้องคดี ซึ่งในการสอบสวนนั้นพนักงานสืบสวนสอบสวนอาจใช้วิธีการต่างๆซึ่งล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือบุคคลอื่น เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดี อันทำให้เกิดปัญหาว่า ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้หรือไม่ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. คำให้การของพยานบุคคลในชั้นสอบสวนซึ่งเกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นตามหลักรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 243 วรรคสองบัญญัติว่า "ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้" ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 บัญญัติว่า "ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง

¹² จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร: จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2548), หน้า 252.

¹³ เรื่องเดียวกันข้างแล้ว หน้า256

ทรมาน ให้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆเพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างไร ในเรื่องที่ต้องหานั้น" และมาตรา 226 บัญญัติว่า "พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจนได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น..." ดังนั้นคำให้การของพยานบุคคลไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหา หรือพยานอื่นซึ่งพนักงานสอบสวนใช้วิธีการอันมิชอบทั้งหลายดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดขึ้น จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ มีข้อสังเกตว่าพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเหล่านี้มีความไม่น่าเชื่อถืออยู่ในตัวมันเอง เพราะเมื่อพยานจำต้องให้การเพราะถูกบังคับ ชูเชิญ ทรมานหลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆแล้ว คำพยานนั้นก็ยากที่จะเชื่อได้ว่าเป็นความจริง นอกจากนี้ คำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนซึ่งให้การโดยพนักงานสอบสวนยังมีได้ให้ผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง(มาตรา 134/4)¹⁴ หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา134/2 และมาตรา134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 วรรคท้าย ถือว่า เป็นคำพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ และรับฟังไม่ได้เช่นกัน และในชั้นจับกุมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 84 วรรคสี่ บัญญัติว่า "ถ้อยคำใดๆที่ผู้ถูกจับให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานผู้จับ หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับ ถ้าถ้อยคำนั้นเป็นคำรับสารภาพของผู้ถูกจับว่าตนได้กระทำความผิด ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าเป็นถ้อยคำอื่น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือตามมาตรา 83 วรรคสอง แก่ผู้ถูกจับ แล้วแต่กรณี " หากเจ้าพนักงานผู้จับกุมหรือรับตัวผู้ถูกจับไม่ได้ดำเนินการตามบทกฎหมายดังกล่าวนั้น พยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เพราะต้องด้วยบทกฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(1)ผู้ต้องหา มีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้

(2)ผู้ต้องหา มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจ เข้าฟังการสอบปากคำตนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างไรก็ดีให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้

ถ้อยคำใดๆที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อหน้าพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะ

ดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา134/2 และมาตรา134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้

ข. พยานหลักฐานที่ค้นหรือยึดมาได้เนื่องจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหาที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ในข้อนี้ เป็นกรณีที่ตัวพยานหลักฐานเกิดขึ้นโดยชอบ แต่พนักงานสอบสวนได้มาก็เพราะทราบจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหาที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ในเรื่องนี้ศาลอเมริกาวางหลักไว้แน่นอนว่า พยานหลักฐานเช่นนี้รับฟังไม่ได้ เพราะเมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานหลักฐานมานั้นเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็เป็นสิ่งไม่ชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ ผลนั้นย่อมมีพิษร้ายด้วย (The fruit of a poisonous tree doctrine)¹⁵ ถ้าศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้แล้ว ย่อมส่งเสริมให้ตำรวจใช้วิธีนอกกฎหมาย แสวงหาพยานหลักฐานมาประกอบคดีซึ่งไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง แต่ตามกฎหมายไทย ศาลฎีกาได้เคยตัดสินเรื่องนี้ไว้เป็นบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 500/2474 ว่าแม้คำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะรับฟังมิได้ แต่พยานอื่นที่ได้จากคำรับอันมิชอบนั้น เป็นพยานที่รับฟังได้ ดังนั้นพยานหลักฐานอื่นๆที่ได้มาจากคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ เพราะตัวมันเองไม่ได้เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ เพียงแต่วิธีการที่ได้มาไม่ชอบเท่านั้น ศาลไทยจึงยอมรับพยานนี้

ค. พยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามปกติแล้วเจ้าพนักงานตำรวจจะล่วงละเมิด เข้าทำการจับ ค้น หรือควบคุมตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยพลการไม่ได้ เพราะจะเป็นความผิดอาญาฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309, 310 หรือการเข้าไปค้นในเคหสถานของผู้หนึ่งผู้ใดโดยพลการ ก็เป็นความผิดฐานบุกรุก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362, 364 หรือการเปิดจดหมายโทรเลข หรือไปรษณีย์ ภัณฑ์ของบุคคลใดโดยพลการ ก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 322 ได้เช่นกัน แต่ถ้าเจ้าพนักงานทำการจับ ค้น ตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องการจับ ชัง ค้น จำคุกและปล่อยชั่วคราว โดยทำตามระเบียบขั้นตอนต่างๆ โดยเคร่งครัดก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92, 93 และ 105 หากไม่ทำตาม เจ้าหน้าที่จะต้องมีความผิด และพยานที่ได้มาย่อมเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ

สำหรับกฎหมายไทย แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 จะห้ามรับฟังพยานชนิดที่ "เกิดขึ้น" โดยมิชอบ แต่ก็มิได้หมายความว่าความรวมถึงพยานที่ "เกิดขึ้น" โดยชอบ แต่ "ได้มา" โดยมิชอบด้วย ดังนั้น ศาลฎีกาจึงตัดสินวางหลักว่า พยานหลักฐานแม้จะได้มาด้วยวิธีการอันไม่ชอบก็รับฟังได้ ซึ่งเป็นเพราะแม้พยานหลักฐานเหล่านี้แม้จะได้มาโดยมิชอบ แต่

¹⁵ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547).

คุณค่าในการพิสูจน์ความจริงของพยานก็มีได้ลดลงไป และเมื่อพยานมีคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแล้ว ก็สมควรที่จะยอมให้นำสืบให้ศาลรู้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ดีที่สุด

ง. พยานหลักฐานที่ได้จากการล่อให้กระทำความผิด บางครั้งในความผิดที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของผิดกฎหมาย เช่น การจำหน่ายยาเสพติด อาวุธเถื่อน รับของโจร ฯลฯ หรือการซื้อขายการบริการที่ผิดกฎหมาย เช่น หญิงโสเภณี ฯลฯ ซึ่งผู้กระทำความผิดมักจะต้องแอบทำการติดต่อซื้อขายกันอย่างลับๆ ทำให้โอกาสที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะจับตัวผู้กระทำความผิดได้คาน้ำคางเขาขณะกระทำความผิด เพื่อที่จะได้ของกลางครบถ้วนนั้นเป็นไปได้ยาก และถ้าจะจับได้ภายหลังที่มีการกระทำความผิดไปแล้วก็มักจะไม่ได้ของกลาง ซึ่งทำให้คดีมีหลักฐานไม่เพียงพอที่จะฟ้องให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษได้ จึงมีวิธีการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะปลอมตัวเข้าไปทำการซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายนั้นเสียเอง เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดี ซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจเรียกว่าการล่อซื้อ วิธีการเช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตามปกติแล้วศาลจะยอมรับวิธีการเช่นนี้ แม้แต่ศาลอเมริกาที่ความเคร่งครัดสูง ก็ยังยอมอนุญาต เว้นแต่การล่อซื้อนั้นจะถึงกับเป็นการชักชวนให้ผู้ที่ไม่เคยมีเจตนาจะกระทำความผิดเลย ให้กระทำความผิด ซึ่งเป็นข้อแก้ตัวอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ที่เรียกว่า 'entrapment' แต่ถ้าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดนั้นอยู่แล้ว การที่เจ้าพนักงานเข้าไปใช้อุปบายล่อซื้อ ไม่ถือเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำความผิด

จ. พยานหลักฐานที่พนักงานอัยการนำสืบ แต่มิได้ผ่านการสอบสวนมาก่อน จะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่ ตามปกติพนักงานอัยการย่อมพิจารณาและสังคดีตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนการสอบสวน และเมื่อสั่งฟ้องก็จะนำสืบพยานหลักฐานที่มีอยู่ในสำนวนการสอบสวน และเมื่อสั่งฟ้องแล้วก็จะไม่มีการสอบสวนเพิ่มเติมอีก ดังนั้นพยานหลักฐานที่ไม่อยู่ในสำนวนการสอบสวนจึงมักทำให้เกิดข้อสงสัยว่า พนักงานอัยการไปได้พยานหลักฐานนั้นมาได้อย่างไร แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากพนักงานอัยการมีฐานะเป็นโจทก์ ย่อมมีสิทธิเต็มที่ในการนำสืบพยานหลักฐาน ดังนั้น ถ้าพนักงานอัยการไปค้นพบพยานหลักฐานบางชิ้นระหว่างการพิจารณา ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อรูปคดีของตน ก็ไม่น่าจะมีข้อห้ามใด มิให้พนักงานอัยการนำสืบพยานหลักฐานเช่นว่านั้น

* entrapment "การล่อให้กระทำความผิด" หมายถึง การที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของไปปลุกฝังในจิตใจ ให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดตกลงใจกระทำความผิด ถูกโน้มน้าวจิตใจให้ตกลงใจกระทำความผิดและถูกดำเนินคดีในความผิดที่กระทำนั้น (The attorney General Guideline on Federal Bureau of investigation undercover)

เหตุผลที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการจับ และการค้นที่มีชอบของเจ้าพนักงานนั้นมี 3 ประการ คือ

1. เหตุผลในแง่การข่มขู่ หรือยับยั้ง (deterrence) กล่าวคือ ศาลเชื่อว่า หากศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นๆ แล้ว ก็น่าจะมีส่วนช่วยให้เจ้าพนักงานของรัฐ โดยเฉพาะตำรวจ ปรับปรุงวิธีการสืบสวนเสียใหม่ เพื่อมิให้มีการกระทำโดยมิชอบอีก ทั้งนี้เพราะพนักงานสืบสวนสอบสวนย่อมจะทราบดีว่า ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวโดยแน่นอน

2. เหตุผลในแง่ความบริสุทธิ์และยุติธรรมของศาล (Fairness) กล่าวคือ ในระบบกระบวนการยุติธรรมของศาล ศาลถือว่าตนเองเป็นกลาง และไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หากศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ก็จะทำให้ศาลเป็นคู่กรณีเข้ากับฝ่ายบ้านเมือง ในการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายต่อประชาชนเสียเอง

3. เหตุผลในแง่การชดเชยความเสียหายแก่ราษฎรผู้ถูกละเมิดสิทธิ (remedies) เมื่อมีการละเมิดสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มีวิธีการชดเชยความเสียหายแก่ราษฎรหลายวิธี แต่วิธีที่ใช้แพร่หลายที่สุดคือ ให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานโดยมิชอบ เพราะหากศาลสั่งไม่รับฟังพยานหลักฐานแล้ว ก็เสมือนหนึ่งว่าศาลชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย และเป็นการประกันสิทธิของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับผลเสียของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีดังนี้

1. การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน เป็นการวินิจฉัยที่ขัดต่อความเป็นจริง กล่าวคือ ขณะที่ศาลอ้างว่า Exclusionary Rule จะเป็นการกำจัดแรงจูงใจที่จะแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ แต่ในที่สุดก็เกิดปัญหาว่าในความเป็นจริง ยังไม่มีข้อพิสูจน์ใดที่สามารถยืนยันความเชื่อของศาล เช่นนั้นว่าถูกต้อง ตรงกันข้าม การที่ตำรวจจับตัวผู้ต้องหาแล้ว อัยการนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาล ต่อศาล แต่ศาลปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยเหตุผลว่าพยานหลักฐานได้มาโดยมิชอบ เป็นการที่ศาลใช้หลักวิธีพิจารณาความมาวินิจฉัยคดีมากกว่าเนื้อหาของคดี ในที่สุดผลร้ายย่อมตกอยู่กับฝ่ายตุลาการเอง เพราะประชาชนย่อมจะมองว่า จำเลยชนะเกือบทุกคดี และผู้กระทำผิดรอดพ้นจากการถูกลงโทษ เพราะศาลเคร่งครัดกับวิธีพิจารณาความในศาลเกินไป ผู้พิพากษาบางท่านของสหรัฐอเมริกา เช่น ท่านผู้พิพากษา Burger ท่านเป็นผู้คัดค้านการนำหลัก Exclusionary Rule มาใช้อย่างเคร่งครัด กล่าวไว้ในคดีเรื่องหนึ่งว่า หลักนี้ใช้มานานแล้ว และปรากฏว่ามีข้อบกพร่องอย่างเห็นได้ชัด แน่แน่นอน คำรับสารภาพของจำเลยที่ตำรวจได้มา เพราะการบังคับ ขู่เข็ญ จำเลยโดยตัวมันเองก็เป็นสิ่งที่น่าสงสัยว่าจะเชื่อได้สักเพียงใด แต่ในคดีนี้หลักฐานปรากฏชัดทั้งป็น และหลุดเหวไรอันของกลาง เงินปลอม รวมทั้งซากศพที่ถูกฆ่าตายนอนอยู่ที่พื้น แต่ศาลกลับวินิจฉัยว่า

มีการค้นโดยไม่ชอบ ทั้งๆที่หลักฐานเป็นที่น่าเชื่อถือ โดยไม่มีข้อกังขา และคุณค่าของพยานหลักฐานดังกล่าวจะมีมากมหาศาลก็ตาม Burger ได้วิจารณ์ว่า เหตุผลในทางทฤษฎีที่ประปรายปรามการกระทำที่มิชอบของตำรวจ โดยอาศัยหลัก Exclusionary Rule กลายเป็นรางวัลก้อนใหญ่สำหรับอาชญากร ที่สังคมจะต้องจ่ายด้วยราคาที่แสนจะแพง ในการนี้ จำเลยที่ตำรวจพบหลักฐานว่าเป็นผู้กระทำผิดจะได้รับการปล่อยตัว เพราะการสืบสวนสอบสวนกระทำโดยไม่ชอบ ผลก็คือ ทำให้เสียความเป็นธรรม และเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนได้ เพราะบุคคลที่เคยทำผิดแล้ว มักเป็นผู้กระทำผิดซ้ำอีก โดยไม่มีการลงโทษใดๆแก่บุคคลนั้นเลย นอกจากนั้นหากพยานหลักฐานของอัยการมีน้อยขึ้น และรายการที่ศาลไม่รับฟังเป็นขึ้นสำคัญต่อการพิจารณา เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย หากอัยการไม่อาจหาพยานขึ้นอื่นๆได้อีก ศาลอาจจะต้องยกฟ้องจำเลยไปเลยก็ได้

2. การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน อาจมีผลกระตุ้นให้เจ้าพนักงานทำการอันมิชอบบางอย่าง กล่าวคือ เพื่อให้ศาลเห็นว่าวิธีการที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานถูกต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว เช่น กรณีของกลางตก (dropsy case) โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจให้การว่า จำเลยทิ้งของกลาง เช่น น้อยยาเสพติด ทันทีที่เห็นเจ้าพนักงาน ทั้งๆที่ความจริง ตำรวจได้ของกลางนั้นมา เพราะแอบเข้าไปซ่อนตัว ดูความเคลื่อนไหวอยู่ในบ้านของจำเลยเป็นต้น นอกจากนั้นแล้ว ตำรวจยังอาจอาศัยหลัก Exclusionary Rule มาเป็นเครื่องมือในการสมคบช่วยจำเลยผู้กระทำผิดได้ โดยจงใจจับ คั่น หรือยึด พยานหลักฐานจากผู้กระทำผิด โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้พยานหลักฐานนั้นเสียไป หรือรับฟังไม่ได้ ในขณะเดียวกันประชาชนก็อาจเข้าใจได้ว่า ตำรวจทำทุกอย่างเพื่อสืบหาตัวคนร้ายแล้ว แต่ศาลต่างหากที่เคร่งครัดในกฎหมายมากไป จนไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มานั้นเอง

การประเมินและวิเคราะห์ปัญหาการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จากหลัก Exclusionary Rule ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าศาลมักจะใช้วิธีการปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบ เพื่อเป็นการทำลายแรงจูงใจที่จะทำให้ตำรวจแสวงหาพยานโดยมิชอบ เพราะแม้ได้พยานหลักฐานนั้นมา ศาลก็ไม่รับฟังอยู่ดี แต่ในกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และออสเตรเลีย รวมทั้งการตีความของศาลในประเทศไทยยอมให้มีการฟังพยานเช่นนี้ได้ โดยถือว่าเมื่อพยานมีคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแล้ว ก็สมควรจะยอมให้นำสืบให้ศาลได้รู้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ดีที่สุด ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้ริเริ่มแนวความคิดไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือ Exclusionary Rule เริ่มมีแนวความคิดที่จะปรับปรุง หรือเปลี่ยนแปลงหลักการนี้ใหม่ โดยให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานได้

ถ้าศาลเห็นว่าเจ้าพนักงานตำรวจได้กระทำการอันมิชอบนั้น ด้วยความบริสุทธิ์ใจ (good faith) ว่าการกระทำของตนสอดคล้องกับกฎหมาย และมีเหตุอันสมควรที่ทำให้เจ้าพนักงานตำรวจเชื่อเช่นนั้น ผู้พิพากษาไวท์ (Justice White) เป็นผู้นำแนวความคิดนี้ โดยเห็นว่า หลักไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ควรได้รับการทบทวนใหม่ เพราะหลักดังกล่าวเป็นอุปสรรคอย่างไรเหตุผลในการแสวงหาความจริงในคดีอาญา(senseless Obstacle to arriving at the truth in many criminal trials) และนอกจากนี้ ถ้าพิจารณาเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐจำนวนมาก ที่เกี่ยวกับการสืบสวนคดีอาญา จะเห็นได้ว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่จะตีความ จำกัดเนื้อหาของบทแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มากขึ้นทุกที ทั้งนี้เพื่อหันมาสนับสนุนนโยบายการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) ที่มีปัญหาอย่างมากในระยะหลัง ในแง่ที่ว่าขาดประสิทธิภาพ เพราะไม่ได้รับการส่งเสริมโดยฝ่ายตุลาการของศาลสหรัฐอเมริกาสำหรับในประเทศอังกฤษ กฎหมายอังกฤษมิให้ยึดถือหลักการไม่รับฟัง (Exclusionary Rule) ตามแบบอย่างกรณีของสหรัฐอเมริกา เพราะที่อังกฤษ เน้นที่คุณค่าในการพิสูจน์ความผิดมากกว่าวิธีการ กล่าวคือ ศาลอังกฤษไม่ยอมรับว่าเป็นหน้าที่ของศาล ที่จะตัดพยาน (obligatory exclusion of evidence) เพราะ

1. หากให้ศาลตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบในทุกกรณี จะทำให้ผลการปราบปรามอาชญากรรม และพิสูจน์ความผิดของจำเลยขึ้นอยู่กับวิธีพิจารณาในศาลมากกว่าสาระและเนื้อหา และจะเป็นอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงต่อการบริหารกระบวนการยุติธรรม หากจะต้องวางหลักว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่สามารถใช้อันจำเลยซึ่งถูกฟ้องคดีได้

2. การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลในกรณีเช่นนี้ ไม่ได้แยกความแตกต่างเกี่ยวกับการฝ่าฝืนโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทั้งไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงว่า เป็นการฝ่าฝืนในเรื่องเล็กน้อยหรือไม่ ศาลอังกฤษเคยกล่าวไว้ในคดีเรื่องหนึ่งว่า สิทธิส่วนบุคคล (the right of privacy) เป็นสิทธิพื้นฐาน และมีความสำคัญน้อย เมื่อสังคมถูกล้อมรอบด้วยอิฐ และปูนครก (bricks and mortars) กล่าวคือ เมื่อมีภัยอันตรายร้ายแรงเกิดกับสังคม สิทธิในทางส่วนตัว ย่อมมาภายหลังประโยชน์สังคมนั่นเอง สำหรับศาลในประเทศเยอรมัน การไม่รับฟังพยานหลักฐาน มาจากรากฐานในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา ซึ่งได้แก่ rechtsstatsprinzip คือ การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา โดยการขู่เข็ญ หรือหลอกลวง เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำร้ายผู้ต้องสงสัย เพื่อให้ได้มาซึ่งของกลางในคดีอาญาพยานหลักฐานที่ได้จากการค้น และยึดที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์นี้ รับฟังไม่ได้โดยเด็ดขาด ต่างกับ verhältnismässigkeit คือ พยานที่ได้จากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (Privacy) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน พยานหลักฐานประเภทนี้ ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังได้บ้างโดยชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิด และความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เช่น

ในกรณีความผิดอุกฉกรรจ์ หรือเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศผลประโยชน์ของชาติอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคล ตัวอย่างเช่น มีการแอบฟังเทปบันทึกเสียงสนทนาของบุคคลในคดีที่ตำรวจกำลังพยายาม หาทางปราบปรามคดีฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือคดีความมั่นคงของชาติ ผลของการแอบฟังดังกล่าวรับฟังเป็นพยานได้ นอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศเยอรมันยังมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติการไม่รับฟังพยานหลักฐานไว้เฉพาะเรื่องราวอีกด้วย เช่น คำให้การเป็นผลร้ายแก่ตนเอง การดักฟังการสนทนา ยกเว้นฐานความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การค้ายาเสพติด การปลอมแปลงเงินตรา และเอกลักษณ์ของพยานบุคคลบางประเภท อย่างไรก็ตาม กฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ล้วนมีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ส่วนในประเทศออสเตรเลีย กฎหมายของมลรัฐต่างๆ กำหนดให้มีการตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะกรณี เช่น ในกรณีของการลอบดักฟัง บางมลรัฐให้ตำรวจต้องขออนุญาตจากศาลก่อน บางมลรัฐไม่กำหนดให้ต้องขออนุญาตจากศาล แต่กำหนดฐานความผิดที่จะใช้เครื่องมือดังกล่าว ประโยชน์ที่รัฐจะได้จากการใช้เครื่องมือนี้ต้องชัดเจน และสิทธิส่วนบุคคลของราษฎรต้องได้รับการกระทบโดยจำกัดขอบเขต ซึ่งการตัดพยานหลักฐานที่มิชอบของศาลออสเตรเลียกระทำในลักษณะที่จำกัด ไม่กว้างขวางเหมือนอย่างศาลสหรัฐอเมริกา

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น ศาลไทยเคยตีความว่า การจับซึ่งเป็นกระบวนการหนึ่งของการสืบสวนแม้กระทำโดยไม่ชอบ แต่ถ้าการใช้อำนาจการสอบสวนชอบแล้ว อัยการก็ฟ้องคดีได้ตามมาตรา 120 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ถือว่าการสอบสวนเสียไปทั้งหมด ดังมีคำตัดสินของศาลฎีการองรับไว้ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1163/2518 การที่ตำรวจนายหนึ่งขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริงหรือไม่แล้วจำเลยที่ยอมร่วมประเวณีและรับเงินจากตำรวจผู้นั้น ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8187/2543 การที่เจ้าพนักงานตำรวจ ใช้สายลับนำเงินไปล่อซื้อ เมทแอมเฟตามีนจากจำเลย ที่มีไว้ครอบครองเพื่อจำหน่ายอยู่แล้ว เป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้ว มิได้ล่อหรือชักจูงให้กระทำความผิดอาญาที่จำเลยไม่ได้กระทำความผิดมาก่อน การกระทำของเจ้าพนักงานดังกล่าวเป็นเพียงวิธีการ เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และไม่เข้าข้อห้ามอ้างเป็นพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 และเมื่อนำเอาหลักกฎหมายการแผ่ดวงตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ซึ่งอนุญาตให้ทำการแผ่ดวงได้มาพิจารณาตามหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาหรือเกิดขึ้นโดยมิชอบแล้ว จะเห็นได้ว่าสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะกฎหมายอนุญาตไว้ จึงไม่ถูกห้าม

รับฟังพยานหลักฐานแต่อย่างใด แต่มีข้อสังเกตว่า หากเจ้าหน้าที่อื่นที่ปฏิบัติการแฝงตัว ซึ่งไม่มีกฎหมายอนุญาตไว้ ต้องพิจารณารับฟังพยานหลักฐานตามหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาหรือเกิดขึ้นโดยมิชอบดังกล่าวข้างต้น

4.3.2. หลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานบุคคลที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด

บุคคลที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนี้ อาจถูกดำเนินคดีเป็นผู้ต้องหา หรือถูกฟ้องเป็นจำเลย หรืออาจไม่ถูกดำเนินคดีก็ได้ สำหรับตัวจำเลยเองนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 บัญญัติว่า "ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน" หมายความว่า ถ้าบุคคลที่โจทก์อ้างเป็นพยาน มีฐานะเป็นจำเลยในคดีนั้น บุคคลนั้นเป็นพยานโจทก์ไม่ได้ คือโจทก์ไม่มีสิทธิให้ศาลหมากเรียกบังคับให้จำเลยมาเป็นพยาน และถ้าคดีนั้นมีพยานหลายคน กฎหมายก็ห้ามทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยมาเป็นพยานเพื่อยืนยันเอาความผิดกับตัวจำเลยนั่นเอง และการอ้างจำเลยมาเป็นพยานของตนเพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่ง ในคดีนั้นด้วย เหตุผลที่กฎหมายห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานยืนยันตัวจำเลย ก็เพราะกฎหมายถือว่า บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความปรักปรำตัวเอง (Right Against Self-Incrimination)¹⁶ ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง การที่โจทก์ฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการยุติธรรมที่โจทก์จะอาศัยประโยชน์จากคำเบิกความของจำเลยเองเพื่อลงโทษจำเลย ส่วนที่กฎหมายห้ามโจทก์มิให้อ้างจำเลยคนหนึ่งเป็นพยานยืนยันจำเลยอีกคนหนึ่งนั้น ก็เพราะจำเลยแต่ละคนตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวและความสิ้นหวัง คือ กลัวว่าถ้าตนให้การว่าทำผิดก็ต้องได้รับโทษ และหวังว่าถ้าตนได้ให้การขัดท้อควาคนอื่นทำผิด ก็อาจทำให้ตนเองรับโทษน้อยลง หรือพ้นโทษไปเลย ดังนั้น คำให้การของจำเลยจึงไม่น่าเชื่อถือ

สำหรับปัญหาการรับฟังพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด อาจแยกพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

ก. กรณีมีจำเลยหลายคน และจำเลยคนหนึ่งสมัครใจให้การเป็นพยานขัดท้อควาจำเลยอีกคนหนึ่ง กรณีนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 233 บัญญัติว่า "จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานได้ ในกรณีที่จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานศาลจะให้เข้าสืบก่อนพยานอื่นฝ่ายจำเลยก็ได้ ถ้าคำจำเลยซึ่งให้การเป็นพยานนั้นปรักปรำ หรือเสียหายแก่จำเลยอื่น จำเลยอื่นนั้น

¹⁶ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร, นิติสำนักพิมพ์บรรณการ, 2547).

ชักค้ำนได้" ซึ่งเป็นการให้โอกาสแก่จำเลยอื่นที่จะป้องกันตนเองเมื่อถูกจำเลยคนหนึ่งให้การ ปรักรำ ถ้าพิจารณาตามนี้แล้ว น่าจะต้องถือว่า คำเบิกความของจำเลยคนหนึ่งที่ทำให้การชดทอด จำเลยอื่นนั้นรับฟังได้ เพราะมิฉะนั้นจะต้องให้โอกาสจำเลยอื่นชักค้ำนด้วยเหตุใด แต่อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาได้ตัดสินวางบรรทัดฐานตลอดมาว่า คำเบิกความของจำเลยคนหนึ่งจะรับฟังยันจำเลย อื่นไม่ได้

ข. กรณีผู้ร่วมกระทำความผิด แต่มิได้ถูกฟ้องเป็นจำเลย ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีการ ดำเนินคดีเป็นผู้ต้องหาแต่แรก หรือตอนแรกถูกดำเนินคดีเป็นผู้ต้องหา แต่พนักงานอัยการใช้ ดุลพินิจ มีความเห็นสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันไว้เป็นพยาน (แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าอัยการยังมีได้มี ความเห็นสั่งไม่ฟ้อง แม้จะกันผู้กระทำความผิดบางคนไว้เป็นพยาน ภายหลังอัยการอาจกลับฟ้องผู้ ที่กระทำความผิดเหล่านี้อีกได้ ตามนัยยะคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1052/2491) กรณีเช่นนี้ โจทก์ยอมอ้าง ผู้กระทำความผิดที่กันไว้มาเป็นพยานได้ และศาล รับฟังพยานเช่นนี้ได้ ไม่ถือเป็นคำชดทอด ระหว่างจำเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2483, 534/2512) คำของผู้กระทำความผิดด้วยกันที่กัน ไว้เป็นพยานนี้ ศาลรับฟังเป็นพยานได้ แต่โจทก์จะต้องมีพยานหลักฐานอื่นประกอบด้วยจึงจะฟัง ลงโทษจำเลยได้ คำพยานประกอบนั้นไม่ต้องถึงกับมารับรองตามคำของผู้กระทำความผิดด้วยกัน ทุกๆข้อ เพราะถ้ามีพยานอื่นถึงเช่นนั้นแล้ว คำของผู้กระทำความผิดด้วยกันก็ไม่จำเป็นในคดีเลย คำพยานประกอบที่กฎหมายต้องการให้มันนั้นมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นพยานที่แสดงให้เห็นว่า จำเลยได้เกี่ยวข้องกับกระทำความผิด อาจจะเป็น พยานโดยตรง หรือพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณีก็ได้ ซึ่งสนับสนุนคำของผู้กระทำความผิดด้วยกัน ในข้อสำคัญบางประการที่ว่าได้มีการกระทำความผิดจริง และว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

(2) พยานประกอบจะต้องไม่ใช่ผู้ร่วมกระทำความผิดอีกคนหนึ่งที่ถูกกันไว้เป็นพยาน เหมือนกัน (หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 401/2496)

(3) พยานประกอบนี้ต้องเป็นพยานที่รับฟังได้ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น ต้องไม่ใช่ พยานบอกเล่า หรือถ้าเป็นพยานบอกเล่าก็ต้องเป็นพยานบอกเล่าที่เข้าช้อยกเว้นให้รับฟังได้

ค. กรณีผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งถูกดำเนินคดีจนเสร็จเด็ดขาด พ้นจากฐานะจำเลยไปแล้ว ดังนี้ เมื่อบุคคลดังกล่าวมิได้มีฐานะเป็นจำเลยในขณะที่จะเป็นพยาน ย่อมไม่ต้องห้ามรับฟังตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 แต่ถ้าไม่มีพยานอื่นประกอบ ก็รับฟัง ลงโทษจำเลยไม่ได้ มีข้อน่าสังเกตว่า ผู้ร่วมกระทำความผิดที่พ้นสภาพจำเลยไปแล้วนี้ น่าจะมี น้ำหนักรับฟังได้เหมือนพยานทั่วไป ไม่น่าจะต้องมีพยานอื่นประกอบอีก เพราะเขาถูกดำเนินคดี เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว ไม่มีข้อควรกังวลว่าจะปรักรำจำเลยเพื่อเอาตัวรอดอีก แต่ศาลฎีกาก็ยังถือ ว่า ถ้าไม่มีพยานประกอบแล้ว ก็จะไม่รับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ สำหรับพยานประกอบในกรณีนี้ น่าจะ เป็นหลักเกณฑ์เดียวกับกรณีผู้ร่วมกระทำความผิดที่ถูกกันไว้เป็นพยานตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

จากหลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานบุคคลที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิด หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด เมื่อวิเคราะห์กับหลักกฎหมายการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 จะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งนั้นกฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการได้และให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ ถึงแม้ว่าผู้แต่งตั้งซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าไปมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้น ฉะนั้นผู้ปฏิบัติการแต่งตั้งจึงไม่ถือว่ากระทำความผิดตามหลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป คือขาดองค์ประกอบของการกระทำผิดอาญา หรือมีกฎหมายยกเว้นไม่ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิด¹⁷ จึงไม่ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามหลักกฎหมายนี้ แต่มีข้อสังเกตว่าหากเจ้าหน้าที่อื่นซึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 นี้แล้ว จะอ้างพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแต่งตั้งได้หรือไม่ คงจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

4.3.3. หลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment)

ปัญหาความยากลำบากในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาแม้จะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น แต่การกระทำผิดนั้นเป็นการสมประโยชน์กับบุคคลอื่นหรือบุคคลนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ได้แก่ ความผิดประเภทให้สินบนเจ้าพนักงานหรือความผิดประเภทจำหน่ายของสิ่งผิดกฎหมาย การกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำจะต้องอาศัยโอกาสหรือช่วงจังหวะเหมาะที่จะกระทำผิดก่อนเป็นเบื้องแรก เพราะในเมื่อกฎหมายเอาผิดทั้งผู้ให้และผู้รับ หรือการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งผิดกฎหมาย จึงมักจะกระทำกันในที่ลับทำให้หาประจักษ์พยานที่รู้เห็นถึงการกระทำผิดได้ยากและไม่ค่อยมี ด้วยเหตุนี้ฐานะของบุคคลอื่นที่เป็นผู้ให้ก่ิดี หรือผู้ร่วมกระทำผิดที่ดี จะเป็นผู้รู้เห็นข้อเท็จจริงในการกระทำผิด จึงเป็นพยานที่พิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดได้เป็นอย่างดี แต่ในเมื่อบุคคลเหล่านั้น ได้ประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียในการกระทำผิดด้วยการที่บุคคลเหล่านี้เป็นพยานจึงยากต่อการที่จะป้องกันปราบปราม

การใช้วิธีการล่อจับ ล่อซื้อเป็นกรรมวิธีในการรวบรวมพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดในทันทีที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น แต่พยานหลักฐานที่รวบรวมมีปัญหามาก คือ

¹⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป หน้า 74.

* entrapment "การล่อให้กระทำความผิด" หมายถึง การที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของไปปลุกฝังในจิตใจ ให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดตกลงใจกระทำความผิด ถูกโน้มน้าวจิตใจให้ตกลงใจกระทำความผิดและถูกดำเนินคดีในความผิดที่กระทำนั้น (The attorney General Guideline on Federal Bureau of investigation undercover)

การใช้เวลารวบรวมพยานหลักฐานในขณะนั้นได้ใช้เวลาจำกัดเพียงชั่วระยะเวลากระทำผิดเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตและยุติธรรม มิฉะนั้นพยานหลักฐานที่รวบรวมมาก็เกิดข้อโต้แย้งได้ว่าได้มาโดยมิชอบได้ หรือแม้จะได้พยานหลักฐานของกลางที่ใช้ในการกระทำผิด ก็ไม่ใช่ว่าจะมีน้ำหนักเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าผู้นั้นกระทำผิดจริง และเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ข้อเท็จจริงเกี่ยวเนื่องกับพยานหลักฐานยังคงเป็นสิ่งสำคัญ และข้อเท็จจริงจากเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติและคุณสมบัติเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ต้องไม่มีเหตุระแวงสงสัยว่าจะมีการกลั่นแกล้งปรักปรำผู้กระทำผิด แม้บางกรณีพยานหลักฐานที่ได้จากการล่อให้กระทำผิดจะไม่มีน้ำหนักเพียงพอ แต่เมื่อข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำผิดซึ่งโจทก์มีหน้าที่สืบประกอบด้วยนั้น มีน้ำหนักเพียงพอให้รับฟังได้ว่าผู้นั้นกระทำผิดจริง ศาลก็สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้

การล่อให้กระทำผิด เป็นวิธีการล่อซื้อประการหนึ่ง ซึ่งจำเป็นต้องใช้สายลับในการล่อซื้อ ในวิธีการดังกล่าวมีความจำเป็นต้องมีการคุ้มครองสายลับหรือเจ้าหน้าที่ ที่กระทำการล่อซื้อเพื่อมิให้ต้องรับโทษและการนำพยานหลักฐานมาใช้เพื่อให้ศาลรับฟังลงโทษได้ อีกทั้งวิธีการล่อซื้อที่มีการใช้ย่อมมีความเสี่ยงอันตรายเป็นอย่างมากในการปฏิบัติหน้าที่ บางครั้งเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การใช้วิธีการดังกล่าว นอกจากต้องสามารถตรวจสอบได้และมีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้แล้ว ยังต้องมีการวางแผนการโดยต้องตรวจสอบสายลับ หรือหน้าที่หน้าที่ปฏิบัติการ และซักซ้อมความเข้าใจในแผนการที่เตรียมการไว้ โดยมีระยะเวลาที่จะดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด สถานที่ สภาพแวดล้อมอื่นตามที่กำหนดไว้ หากระยะเวลา สถานที่ และสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป สายลับหรือเจ้าหน้าที่ต้องยกเลิกแผนการทั้งหมด เพราะการควบคุมไม่อยู่ภายใต้สถานการณ์ที่กำหนดไว้ ความเสี่ยงและความปลอดภัย จะเกิดแก่สายลับ หรือเจ้าหน้าที่ ดังนั้น คำสั่งที่มีการกำหนดไว้ในแผนการย่อมต้องปฏิบัติการอย่างเคร่งครัด

พยานหลักฐานที่ได้จากการล่อให้กระทำผิด สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้ ในกรณีถ้าการที่เจ้าพนักงานก่อให้เกิดกระทำผิด ถ้าถึงขนาดที่ไปชักจูงให้คนที่ไม่ได้ตั้งใจที่จะกระทำความผิดกระทำความผิดเพราะทนการชักจูงไม่ได้ จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ไม่ต้องรับผิดได้ แต่ถ้าเจ้าพนักงานแค่เข้าไปติดต่อกับหรือ ร่วมกระทำความผิดเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปประจำอยู่แล้ว ไม่ได้เริ่มกระทำความผิดเพราะการชักชวนของเจ้าพนักงาน ผู้กระทำความผิดจะยกหลัก Entrapment ขึ้นต่อสู้ไม่ได้

* entrapment "การล่อให้กระทำผิด" หมายถึง การที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของไปปลุกฝังในจิตใจ ให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดตกลงใจกระทำความผิด ถูกโน้มน้าวจิตใจให้ตกลงใจกระทำความผิดและถูกดำเนินคดีในความผิดที่กระทำนั้น (The attorney General Guideline on Federal Bureau of investigation undercover)

วิธีการหนึ่งที่จะช่วยเจ้าพนักงานตำรวจในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อผู้ถูกมัดจำเลยก็คือ การล่อซื้อโดยสายลับ ซึ่งในทางปฏิบัติโจทก์มักไม่ยอมให้สารลับนี้ มาเบิกความเป็นพยานในชั้นศาล ทั้งนี้โดยอ้างว่าเพื่อความปลอดภัยของสายลับนั่นเอง แต่ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีการใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยานหลักฐานในคดีต่างๆ จะวินิจฉัยเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวแรก กรณีที่ต้องนำสายลับผู้ล่อซื้อมาเป็นพยานหลักฐานยืนยันการกระทำ มิฉะนั้นจะลงโทษจำเลยไม่ได้ เนื่องจากถ้อยคำพยานที่เป็นสายลับเข้าไปล่อซื้อเป็นพยานบอกเล่า (ฎีกาที่ 3024/2541) ยิ่งถ้าเจ้าพนักงานผู้จับกุมจำเลยเพราะสายลับมาบอกได้เบิกความขัดแย้งกันเองหรือแตกต่างในข้อสาระสำคัญยิ่งทำให้คำพยานโจทก์ไม่มีน้ำหนักรับฟังมากขึ้นไปอีก จึงลงโทษจำเลยไม่ได้ (ฎีกาที่ 979/2538 และฎีกาที่ 7613/2542) และเจ้าพนักงานตำรวจมิได้เห็นเหตุการณ์ในขณะที่สายลับทำการล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลย เมื่อไม่นำสายลับซึ่งเป็นพยานโดยตรงมาสืบ คำเบิกความของเจ้าพนักงานตำรวจที่มิได้เห็นเหตุการณ์ดังกล่าว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นการสอบสวนก็ตาม แต่บันทึกคำให้การดังกล่าวเป็นเพียงพยานบอกเล่า ซึ่งจำเลยไม่มีโอกาสซักค้าน (ฎีกาที่ 378/2532 และฎีกาที่ 154/2538) ทั้งในชั้นพิจารณาคดี จำเลยให้การปฏิเสธมาตลอด คำพยานโจทก์ที่เป็นเจ้าพนักงานตำรวจและบันทึกคำให้การดังกล่าว จึงไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะรับฟังลงโทษจำเลยได้ การที่เจ้าพนักงานตำรวจมิได้เห็นเหตุการณ์ขณะสายลับทำการล่อซื้อยาเสพติดจากจำเลย แม้เจ้าพนักงานตำรวจจะเข้าไปตรวจค้นพบธนบัตรของกลางที่ใช้ในการล่อซื้อจากตัวจำเลย หรือจากข้าวของเครื่องใช้ของจำเลยที่อยู่ในบ้านก็ตาม ศาลมักจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าจำเลยอาจรับธนบัตรนั้น จากสายลับโดยประการอื่นหรือมีเหตุผลอื่นที่มีใ้การซื้อขายยาเสพติดจากสายลับก็เป็นได้ การที่ไม่นำสายลับซึ่งเป็นประจักษ์พยานที่รู้เห็นเหตุการณ์โดยตรงมานำสืบ จึงไม่ทำให้ศาลสามารถเชื่อ ได้โดยสนิทใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3024/2541 และฎีกาที่ 617/2542)

แนวที่สอง การที่ไม่นำสายลับมาสืบก็เพื่อความปลอดภัยของสายลับและเพื่อประโยชน์ด้านการปฏิบัติงานครั้งต่อไปด้วย ดังนั้น การที่ไม่นำสายลับมาสืบ จึงมิได้ทำให้พยานหลักฐานของ โจทก์มีน้ำหนักลดน้อยลงไป รับฟังลงโทษจำเลยได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจได้แอบซุ่มดูเหตุการณ์ขณะสายลับทำการล่อซื้อยาเสพติดจากจำเลยเมื่อสายลับซื้อขายยาเสพติดได้แล้ว เจ้าพนักงานตำรวจก็ได้เข้าจับกุมจำเลยทันทีถือว่าเจ้าพนักงานตำรวจเป็นพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์โดยตรงร่วมกับสายลับ (ฎีกาที่ 63/2540) กรณีไม่จำเป็นต้องนำสายลับมาเป็นพยานอีก (ฎีกาที่ 3862/2540) เพราะการมีสายลับมาช่วยในการล่อซื้อเป็นเพียงการกระทำที่จำเป็นและสมควรในการสืบหาพยานหลักฐานเท่านั้น (ฎีกาที่ 6951/2541)

ส่วนกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจไม่เห็นเหตุการณ์ในขณะที่สายลับทำการล่อซื้อยาเสพติดจากจำเลยแต่ เมื่อสายลับซื้อยาเสพติดได้แล้ว ก็มาบอกเจ้าพนักงานตำรวจที่แอบซุ่มรอเหตุการณ์อยู่ และเจ้าพนักงานตำรวจได้ทำการจับกุมจำเลยทันที โดยพบธนบัตรของกลางที่ใช้ในการล่อซื้อที่ตัวจำเลยหรือพบเห็นขณะจำเลยกำลังทิ้งยาเสพติด หรือทำลายยาเสพติด (คำพิพากษาฎีกาที่ 7616/2542) เมื่อคำพยานของเจ้าพนักงานตำรวจได้เบิกความเป็นขั้นตอนต่างๆที่เป็นไปในระยะใกล้ชิด ทั้งจำเลยก็ให้การรับสารภาพในชั้นจับกุม ศาลรับฟังพยานโจทก์ ลงโทษจำเลยได้ (ฎีกาที่ 672/2539)การนำสืบการวางแผนจับโดยให้เจ้าพนักงานตำรวจปลอมตัวหรือการแฝงตัว (undercover operations) เป็นผู้ซื้อเฮโรอีน ก็เพื่อจะได้พยานหลักฐานการกระทำผิดของผู้ต้องหา หรือข้อเท็จจริงว่าจำเลยทั้งสามร่วมกันมีเฮโรอีนไว้ในความครอบครอง จึงเป็นการกระทำภายในขอบอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ตำรวจปลอมตัวเป็นผู้ซื้อ ทางปฏิบัติทำกันอยู่เสมอ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า (undercover operations) ศาลไม่ถือว่าเจ้าพนักงานเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด ถ้าไม่ปลอมตัวเป็นผู้ซื้อก็ไม่อาจจับกุมจำเลยได้โดยง่าย จึงเป็นการนำสืบพยานโจทก์ตามฟ้อง (ฎีกาที่ 185/2539)

นอกจากนี้กรณีสืบสวนที่ใช้วิธีการรวบรวมพยานหลักฐานโดยการใช้สายลับหรือเจ้าหน้าที่เข้าไปแฝงตัว โดยบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว เพียงแต่พยานหลักฐานจากการสืบสวนโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้ในกรณีเกี่ยวกับการล่อซื้อนั้น มีคำพิพากษาที่ถือว่าไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 818/2543 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้สายลับนำเงินไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีน จากจำเลยซึ่งมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอยู่แล้ว เป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้ว มิได้ล่อหรือชักจูงใจให้จำเลยกระทำความผิดอาญาที่จำเลยไม่ได้กระทำความผิดมาก่อน การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าว เป็นเพียงวิธีพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และไม่เข้าข้อห้ามอ้างเป็นพยานหลักฐานโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

จากหลักกฎหมายการห้ามรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาวิเคราะห์กับหลักการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ซึ่งบัญญัติให้การสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวเป็นวิธีการชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงสามารถนำพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีการแฝงตัวดังกล่าว นั้น เป็นพยานหลักฐานได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถูกตัดห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามกฎหมายเรื่องบทตัดพยานหลักฐานแต่อย่างใด เว้นแต่ว่ากระบวนการวิธีการแฝงตัวนั้นจะกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย จึงจะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่

ได้มาหรือเกิดขึ้นโดยมิชอบ และถูกห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งจะต้องวิเคราะห์รายละเอียดที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีต่อไป แต่ก็ยังเป็นข้อสังเกตว่า การสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวนั้น มีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 เท่านั้นบัญญัติรับรองว่าเป็นวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฉะนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่นซึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ไปดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว ก็อาจมีปัญหาว່ายานหลักฐานที่ได้มานั้นจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้หรือไม่ ซึ่งจะต้องวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายการรับฟังพยานหลักฐานที่กล่าวมาข้างต้นนั้น

4.4. แนวทางการควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของประเทศไทย

การแสวงหาพยานหลักฐานชั้นสูงในประเทศไทยนั้น ในหมู่นักสืบสวนจัดให้การสืบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวหรืออำพรางตัว หรือสายลับ จัดเป็นวิธีการสืบสวนในชั้นสูง ผู้ปฏิบัติและผู้ควบคุมการปฏิบัติต้องเป็นผู้มีความชำนาญ และมีทักษะเป็นพิเศษ ซึ่งวิธีการสืบสวนเช่นนี้ประเทศไทย เคยปฏิบัติอยู่เป็นประจำ หากแต่ไม่ได้มีการเรียนการสอนเป็นหลักสูตรการสืบสวน มักจะได้รับการถ่ายทอดในการปฏิบัติ แต่ภายหลังได้รับการเรียนการสอนเป็นหลักสูตรผ่านหน่วยงานช่วยเหลือของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือแคนาดา ซึ่งก็มีสองรูปแบบ คือการสืบสวนโดยให้เจ้าหน้าที่อำพรางหรือแฝงตัว หาข่าว เรียกว่า "Undercover Operations" หรือการแฝงตัวหาข่าวของ เจ้าหน้าที่ของรัฐและการสืบสวนโดยให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่หาข่าว เรียกว่า "Informant operations" หรือสายลับ การปฏิบัติทั้งสองวิธีดังกล่าวนี้ ตามคู่มือปฏิบัติราชการว่าด้วยการสืบสวนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติของไทย ได้แนะนำไว้เช่นกัน หากแต่กรอบการนำพยานหลักฐานที่ได้จากวิธีการสวนดังกล่าวนี้ ศาลไทยรับเป็นพยานหลักฐานได้ในกรอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน โดยไม่ได้มีกฎหมายพิเศษรับรองไว้แต่อย่างใด

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 ได้บัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากวิธีการสืบสวนดังกล่าวว่า เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็เป็นหลักการใหม่ในหลักกฎหมายของไทย นอกจากบัญญัติหลักการดังกล่าวแล้วยังได้วางหลักการควบคุมถ่วงดุลวิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวไว้ด้วย ฉะนั้นหลักการควบคุมการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวของประเทศไทยจึงมีระบบการควบคุมสองทาง คือการควบคุมโดยพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 และการควบคุมโดยศาล

การควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวภายใต้พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

หลักทฤษฎีของการร่างกฎหมายวิธีสารบัญญัติที่ดีนั้นจะต้องพยายามรักษาสมดุล (balance) ระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเป้าหมายสองประการนี้มีทฤษฎี crime control model ของ Herbert L.Packer กล่าวถึงทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เน้นทางด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งเน้นที่จะควบคุม ระวังและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก คดีอาญาจะดำเนินไปตามขั้นตอนต่างๆที่กำหนดไว้อย่างสม่ำเสมอ โดยมีกระบวนการกั้นกรอง (Screening) ในแต่ละขั้นตอน และขั้นตอนต่างๆจะดำเนินไปต่อเนื่องและเป็นการปฏิบัติงานประจำ ซึ่งจะเริ่มตั้งแต่การสืบสวนก่อนทำการจับกุม การจับกุม การสอบสวนภายหลังการจับกุม การเตรียมคดีเพื่อฟ้องศาล การพิจารณาคดีและการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด และการปลดปล่อยจำเลย ดังนั้น การดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมจึงต้องมีความรวดเร็วและแน่นอน ฉะนั้นเมื่อได้ตัวผู้กระทำความผิดมาแล้วทฤษฎีนี้ก็ให้สันนิษฐานว่า ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริงๆและจะมีการดำเนินงานต่อไปตามขั้นตอน ไปจนถึงการพิจารณาคดีพิพากษาของศาล แต่การค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นศาลมีอยู่น้อยมาก ทฤษฎีนี้ถือว่าวิธีดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ได้แก่ การวินิจฉัยคดีให้เสร็จไปตั้งแต่ขั้นตอนต้นๆของกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ ตำรวจและอัยการ อันจะทำให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์ได้รับการปลดปล่อยโดยเร็ว และในขณะเดียวกันก็จะทำให้การดำเนินคดีกับผู้ต้องหา มีพยานหลักฐานแน่นแฟ้น หรือผู้ต้องหารับสารภาพ และอีกทฤษฎีหนึ่งคือ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ยึดกระบวนการภายใต้กฎหมายเป็นหลัก การดำเนินคดีอาญาต้องมีกระบวนการเป็นธรรมตามขั้นตอนต่างๆของกระบวนการยุติธรรม ทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมในชั้น ตำรวจและอัยการ แต่เห็นว่าจะต้องจัดให้มีการพิจารณาคดีหรือไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาอย่างเป็นทางการ และเปิดเผยในศาลยุติธรรม ทฤษฎีนี้ถือว่าบุคคลจะถือว่ามีความผิดก็ต่อเมื่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณาพิพากษาแล้วว่ามี ความผิด นอกจากนี้ผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาจะต้องปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายอย่างถ่องแท้แล้วในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา พิจารณาคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายและคอยทบทวนวิธีการที่ตำรวจหรืออัยการสืบเสาะมา หรือที่ศาลสืบเสาะมาเองว่าได้มาโดยเป็นธรรมหรือไม่ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าทฤษฎีทั้งสองมีวิธีปฏิบัติ (Procedures) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีแรกเน้นด้านความมีประสิทธิภาพ ความรวดเร็วแน่นอนของกระบวนการยุติธรรมในชั้นต้น โดยเฉพาะตำรวจและอัยการ อันเป็นการใช้ทรัพยากร

อย่างจำกัด ซึ่งจะทำให้สังคมอยู่ในภาวะที่จะต้องยอมรับการปฏิบัติของกลไกรัฐบางประการ แต่ทฤษฎีที่สองเน้นทางด้านตัวบทกฎหมาย โดยมุ่งจะให้ความเป็นธรรม และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน ซึ่งถือได้ว่าเป็นระบบในอุดมคติ (Ideal type) ที่นักนิติศาสตร์แสวงหา

โดยเป้าหมายสองประการนี้ จะต้องไม่โน้มเอียงไปในทางหนึ่งทางใดมากนัก หากคำนึงแต่ความคล่องตัวในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากเกินไป ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อนเพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการดำเนินการต่างๆ เช่น การค้น โดยวิธีการต่างๆ (การดักฟังโทรศัพท์ การค้นในเคสสถานได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น การจับโดยไม่มีหมายเป็นต้น) ในทำนองเดียวกัน หากมุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป โดยเกรงว่าประชาชนจะได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้กระทำความผิดก็อาจพ้นจากการนำตัวมาลงโทษ อันจะส่งผลเสียหายต่อสังคม

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 อาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายวิธีสารบัญญัติประเภทหนึ่ง ซึ่งกำหนดวิธีการดำเนินการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ ตามกำหนดในกฎหมายนี้ไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ก็สรุปได้ว่าเป็นกฎหมายในประเภทวิธีสารบัญญัติเหมือนกัน เมื่อพระราชบัญญัติการสอบสวนคดี พ.ศ. 2547 เป็นกฎหมายวิธีสารบัญญัติ การกำหนดวิธีการดำเนินคดี ก็ย่อมอยู่ในหลักเกณฑ์ ทฤษฎีของการรักษาสมดุล (Balance) ระหว่างอำนาจรัฐ และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังกล่าวไว้ข้างต้น

วิธีการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัว ตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัตินี้ก็เช่นเดียวกันถูกออกแบบมาเพื่อบังคับใช้เป็นวิธีการพิเศษ ในการสืบสวนหาพยานหลักฐาน ซึ่งพยายามถ่วงดุลอำนาจไว้ กล่าวคือ

1. การใช้ดุลพินิจที่จะให้บุคคลใดเข้าไปแฝงตัวตามพระราชบัญญัตินี้ นั้น ต้องมีเงื่อนไขประการแรกในเบื้องต้นคือ “ กรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้” กรณีที่จะถือได้ว่าเป็นกรณีจำเป็นนั้น ก็จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องๆ นั้น เพราะในแต่ละเรื่องนั้นก็จะมีเหตุผลและความจำเป็นที่แตกต่างกันออกไป

2. ผู้ใช้ดุลพินิจก็คือ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ได้รับมอบหมาย แต่ต้องเป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด¹⁸ ข้อกำหนดนี้เองจะเป็นกรอบวัตถุประสงค์ในเบื้องต้นที่อธิบดีกำหนดให้ข้อบังคับบุคคลเข้าไปใช้วิธีการแฝงตัว กระทำได้ในขอบวัตถุประสงค์เท่านั้น(มาตรา40 จะบังคับลงโทษผู้แฝงตัว ผ่าฝืนการกระทำนอกกรอบวัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบหมายในการเข้าไปแฝงตัว เพื่อทำการสืบสวนสอบสวน)

¹⁸ ข้อกำหนดของอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ ว่าด้วยการแฝงตัว อ้างแล้วข้อ 42

3. เมื่อมีเหตุตามข้อ 1, 2 อธิบดีจึงจะอนุญาตมอบให้บุคคลใด เข้าไปทำเอกสาร หรือหลักฐานใดๆ หรือเข้าไปแฝงตัว หรือทั้งทำเอกสาร หลักฐานใดๆ และเข้าไปแฝงตัว ในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลใดเพื่อทำการสืบสวน สอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้

4. ตามมาตรา 40 ของพระราชบัญญัตินี้ หากผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 27 (ผู้ทำการแฝงตัว) กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 27 วรรคสอง ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ให้ระวางโทษเป็นสองเท่าของความผิดนั้น

เมื่อพิจารณาแล้ว พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ นี้ได้วางหลักถ่วงดุลไว้ตรวจสอบการใช้อำนาจการแฝงตัว ตามมาตรา 27 และมาตรา 40 เป็นการตรวจสอบภายในองค์กรเอง โดยกล่าวคือ กรณีมีความจำเป็น และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ อธิบดีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในหน่วยงานกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ได้รับมอบหมาย เป็นผู้พิจารณาเองว่าเหตุอย่างใดสมควรหรือไม่ โดยมีข้อบังคับซึ่งอธิบดีเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง แม้จะมีมาตรา 40 คอยถ่วงดุลเป็นหลักประกันรองรับว่าหากผู้ปฏิบัติตามมาตรา 27 นั้น กระทำนอกเหนือวัตถุประสงค์จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย โดยรับโทษเป็นสองเท่า นั้น ก็เป็นการตรากฎหมายไว้ในลักษณะอย่างกว้างๆ ยากที่จะพิสูจน์เอาผิดกับผู้ฝ่าฝืนได้ เพราะในการพิจารณาว่าผู้ปฏิบัติการแฝงตัว กระทำเกินขอบวัตถุประสงค์หรือไม่ ต้องพิจารณาตามข้อกำหนดที่อธิบดีเป็นผู้กำหนดเอง ซึ่งหากข้อกำหนดนั้นวางไว้ไม่แน่นอน และขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก ก็จะไม่มีความหมายนอกกรอบได้ว่า การกระทำอย่างไรของผู้แฝงตัว ฝ่าฝืนขอบวัตถุประสงค์ หรือในอีกลักษณะหนึ่งก็คือ ต้องให้มีเหตุเกิดขึ้นแล้ว ต้องให้ผู้เสียหายมาเป็นการพิสูจน์ความผิดของผู้แฝงตัว ว่ากระทำเกินขอบวัตถุประสงค์หรือไม่ ซึ่งก็เป็นการยากลำบากในการนำพยานหลักฐานมาต่อสู้กับหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 นั้น การควบคุมการปฏิบัติการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัว ผู้ซึ่งมีอำนาจอนุญาตและควบคุมได้แก่อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายจากอธิบดี โดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอธิบดีซึ่งประกาศบังคับไว้แล้วซึ่งก็มีหลักการเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับตัวกฎหมาย พ.ร.บ. การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 นั้นเอง ก็คือให้อำนาจอธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายเป็นผู้อนุญาตและควบคุมการปฏิบัติเองแต่ฝ่ายเดียว ไม่มีองค์กรอื่นใดเข้ามามีส่วนร่วมรับรู้ในการใช้อำนาจในเรื่องนี้เลย หากเปรียบเทียบกับหลักการควบคุมการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของสำนักงานสืบสวนสอบสวนกลาง FBI ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็นับว่ามีข้อแตกต่างกันอย่างชัดเจน

เมื่อหากเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งเคยให้อำนาจเจ้าพนักงานเป็นผู้มีอำนาจในลักษณะนี้ ก็พอจะเทียบได้กับ การให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ในการออกหมายจับหมายค้น ก่อนประกาศใช้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งภายหลังประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ถูกรื้อแก้ไขเป็นปัจจุบัน ต้องให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรภายนอกคอยมาถ่วงดุลอำนาจ การใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริง ถึงเหตุอันสมควร (probable cause) ในการออกหมายจับหรือหมายค้นหรือเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 25 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้คือ ต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าวและไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้ การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวันโดยกำหนดเงื่อนไขใดๆก็ได้ และให้ผู้เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามมาตรานี้ ภายหลังที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ บรรดาข้อมูลข่าวสารที่ได้มา ตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่ง และให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีพิเศษดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่ กคพ. กำหนด" จะเห็นได้ว่ามาตรา 25 ดังกล่าวข้างต้นก็เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษของผู้สืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อำนาจค่อนข้างเป็นพิเศษ ก็จำเป็นต้องให้องค์กรภายนอกคอยถ่วงดุลการใช้อำนาจไว้ ซึ่งในที่นี้ก็คือองค์กรศาล ซึ่งเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน ที่เป็นหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ที่เป็นไปตามหลักสากลทั่วไป และโดยทั่วไป

การกำหนดให้มีวิธีการควบคุมองค์กรไว้ 2 แบบ ก็คือ 1. การควบคุมภายในองค์กร และ 2. การควบคุมโดยองค์กรภายนอก

การควบคุมภายในองค์กร

หลักการบริหารงานทั่วไป หรือตลอดทั้งหลักการบริหารงานราชการยุติธรรม (public justice administration) นั้น คือการบริหารงานให้ระบบการทำงานที่วางไว้ตามสายงานการบังคับบัญชา ให้ไหลลื่นไปตามระบบคล้ายกับสายน้ำหรือระบบกลไกของเครื่องยนต์ต่างๆ แต่ระบบราชการวางระบบไว้ตามโครงสร้าง เช่น โครงสร้างการบริหารงานราชการตามพระราชบัญญัติการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งจะวางระบบกลไกการปฏิบัติงานของหน่วยราชการไว้ เช่น กระทรวงมีผู้บริหารสูงสุดฝ่ายข้าราชการประจำ คือ ปลัดกระทรวง ในแต่ละกระทรวงจะมีกรมต่างๆในสังกัด ซึ่งแต่ละกรมก็จะมีผู้บริหารสูงสุด คือ อธิบดี ซึ่งภายในกรมก็จะมีหน่วยงานระดับกอง และย่อมาเป็นแผนกเป็นต้น ซึ่งในการบริหารงานก็จะมีส่วนการบังคับบัญชาไล่ระดับกันไป เช่น ปลัดกระทรวงมีอำนาจการบังคับบัญชาทั้งหมดในกระทรวง ผ่านอธิบดีกรมต่างๆ อธิบดีบังคับบัญชาข้าราชการทั้งหมดในกรมผ่านผู้อำนวยการกอง ผู้อำนวยการกองบังคับบัญชาต่อไปยังแผนก หัวหน้าแผนกบังคับบัญชาข้าราชการทุกคนในแผนก เป็นต้น

เพราะฉะนั้น การควบคุมโดยองค์กรภายในจึงหมายความว่า การควบคุมการปฏิบัติราชการกันเองภายในกระทรวงเดียวกัน กรมเดียวกัน หากมีการกระทำความผิดในกรณีต่างๆ ก็จะลงโทษกันเองตามสายงานบังคับบัญชาตามปกติ ซึ่งตามปัญหาตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัตินี้ เป็นกฎหมายวิธีสารบัญญัติ ให้อำนาจอนุญาตให้ผู้ปฏิบัติตามมาตรา 27 โดยการควบคุมของอธิบดี (ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาในระดับกรม) ออกข้อบังคับให้ปฏิบัติภายในหน่วยงานของตนเอง การพิจารณาอนุญาตให้ปฏิบัติ ตามมาตรา 27 ตัวอธิบดี หรือผู้ได้รับมอบหมาย เป็นผู้ใช้ดุลพินิจอนุญาต จึงถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรภายในในระดับกรม แต่ตามมาตรา 10 (5) แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มี คณะกรรมการคดีพิเศษ (กคพ.) เป็นองค์กรตามพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจดังนี้

มาตรา 10 ให้คณะกรรมการคดีพิเศษ(กคพ.) มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงกำหนดคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง(1)
- (2) กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดพลาตตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง(1)
- (3) มีมติเกี่ยวกับคดีความผิดทางอาญาอื่นตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1)

- (4) กำหนดข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ตามที่มีบทบัญญัติกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ กคพ.
- (5) ติดตามและประเมินผลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้
- (6) ให้ความเห็นชอบหลักสูตรสอบสวนคดีพิเศษ
- (7) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่มีกฎหมายกำหนดเป็นหน้าที่ของ กคพ.

รายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (2) มติตามวรรคหนึ่ง (3) และข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง (4) ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

คณะกรรมการคดีพิเศษ หรือ กคพ.จึงมีอำนาจติดตามและประเมินผลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ตามมาตรา 1 (5) หากแต่เป็นการติดตามประเมินผลในภาพรวม ของการปฏิบัติงาน ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ได้เน้นไปที่การปฏิบัติตามมาตรการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ เช่น การดักฟัง หรือการแฝงตัว การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ถือว่าเป็นการควบคุม การถ่วงดุลการใช้อำนาจ โดยองค์กรภายในของตัวเองเช่นกัน

ปัญหาการควบคุมภายในองค์กร

การควบคุมตรวจสอบภายในองค์กรนั้น ตกอยู่ในสายการบังคับบัญชาขององค์กรเหมือนเดิม โดยมีกฎระเบียบภายใน ของหน่วยงานบังคับไว้ เช่น หากกล่าวหาว่าผู้กระทำผิดเป็นหัวหน้าแผนก ตัวผู้ทำการลงโทษได้อาจเป็นตั้งแต่ผู้อำนวยการกองขึ้นไป และตัวผู้ไต่สวนต้องเป็นระดับหัวหน้าแผนกเท่านั้น หรือเหนือกว่าขึ้นไปเป็นต้น ซึ่งการดำเนินการไต่สวน อาจเป็นรูปแบบคณะกรรมการโดยคณะกรรมการก็เป็นข้าราชการสังกัดหน่วยงานเดียวกัน ย่อมไม่อาจเชื่อถือได้อย่างสนิทใจถึงความโปร่งใสในการไต่สวนลงโทษ

ตัวอย่างเช่น ปัญหาการควบคุมและการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนขององค์กรตำรวจ มีการตรวจสอบการสืบสวนสอบสวนไว้ 2 ระดับ คือ

1. การตรวจสอบโดยสายสายบังคับบัญชาปกติ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมการสืบสวนสอบสวนให้เป็นธรรมถูกต้องมิให้ล่าช้า เช่น การกำหนดให้มีแบบรายงานควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ประจำวัน (A Daily Call Sheet) การตรวจสอบติดตามผลเป็นระยะๆ ทั้งในลักษณะธรรมดาทั่วไป หรือตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่แบบจุลจิม (คือการตรวจสอบพื้นที่ใด โดยผู้ถูกตรวจสอบไม่รู้ตัวล่วงหน้า) กับการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ ในรูปคณะกรรมการตรวจสอบเป็นการเฉพาะ ซึ่งจัดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญหลายฝ่ายที่มีคุณวุฒิความสามารถข้อสัตย์สุจริตและประสบการณ์เหมาะสม

ดังเช่นการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ที่สืบสวนของตำรวจอังกฤษ เพื่อดำเนินการตรวจสอบติดตามผลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนเป็นการเฉพาะ รวมทั้งได้กำหนดระยะเวลา การตรวจสอบที่แน่นอนสม่ำเสมอ เช่น การตรวจสอบผลการปฏิบัติงานโดยคณะกรรมการทุกๆรอบ 3 เดือน เพื่อตรวจสอบยืนยันถึงความถูกต้อง ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวน หรือพิจารณาข้อบกพร่องต่างๆ มาประกอบใช้เป็นแนวทางปรับปรุงวิธีการปฏิบัติการสืบสวนสอบสวนให้มีประสิทธิภาพต่อไป

2. การตรวจสอบเมื่อมีกรณีที่มีผู้เสียหาย ผู้ต้องสงสัยหรือผู้กล่าวโทษได้ร้องขอความเป็นธรรม ในการสืบสวนสอบสวนนับเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยตรงของเจ้าพนักงานนั้นๆและคณะกรรมการตรวจสอบ การสืบสวนสอบสวนที่จะต้องถือเป็นภารกิจสำคัญ ที่จะตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ให้ได้ความจริงโดยกระจ่าง แจ่มผลการพิจารณาให้ผู้ร้องขอความเป็นธรรมโดยพลัน และอย่างมีผลลัพธ์แห่งการพิจารณาที่ประจักษ์ชัดแจ้ง เป็นธรรม แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ปัญหาการตรวจสอบภายในขององค์กรตำรวจไทย ก็คือเมื่อมีการร้องเรียน ว่าเจ้าพนักงานตำรวจที่สืบสวนทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ยอมเป็นหน้าที่ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่จะต้องดำเนินการตรวจสอบหาข้อเท็จจริงในเหตุที่มีการร้องเรียน โดยมีขั้นตอนและวิธีดำเนินการ ขั้นตอนของกฎหมายระเบียบ หากมีมูลความจริงตามคำร้องเรียน ก็มีมาตรการเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นการดำเนินการในทางปกครอง แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่กระทำมิชอบเหล่านั้น แต่การดำเนินการในทางปกครองของตำรวจเช่นนี้ ในสายตาของประชาชนผู้ร้องเรียนก็อาจจะมองภาพของการดำเนินการไปในทางลบ ว่าการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายตำรวจอาจส่อไปในทางช่วยเหลือซึ่งกันและกันโดยไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชน เช่น ผู้สอบสวนมีความสนิทคุ้นเคยกับข้าราชการตำรวจผู้ถูกร้องเรียน หากผู้สอบสวนไม่มีอุดมคติในการดำเนินการอย่างสูง ผลของการสอบสวนซึ่งมีการรายงานกลับมาถึงผู้บังคับบัญชาก็อาจจะไม่ได้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง กรณีเช่นนี้ก็ยอมเป็นเหตุให้ผู้ร้องเรียนมองภาพการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐส่อไปในทางช่วยเหลือเกื้อกูลเจ้าหน้าที่รัฐด้วยตนเอง หรือเป็นกรณีประชาชนกลั่นแกล้งร้องเรียนเจ้าหน้าที่รัฐ โดยผู้สอบสวนดำเนินการสอบสวนจากพยานหลักฐานต่างๆ จากประชาชนผู้ร้องเรียนจัดหามาให้ ผลการสอบสวนก็ต้องฟังว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีการกระทำผิดตามเรื่องที่ถูกร้องเรียนทั้งที่ความเป็นจริงอาจไม่ได้เป็นไปตามที่ร้องเรียน เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ยอมจะไม่ได้รับความเป็นธรรมเช่นเดียวกัน เพราะการดำเนินการดังกล่าวไม่ใช่การดำเนินการโดยองค์กร หรือคณะกรรมการอิสระ ซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเป็นองค์กรหรือคณะกรรมการอิสระ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อย่างเคร่งครัด เช่นในต่างประเทศความเกรงกลัวของประชาชนที่จะไม่ได้รับความเป็นธรรมเช่นนี้ก็ยอมจะมีอยู่

และเป็นเหตุให้มีทัศนคติมองการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไปในทางไม่ถูกต้องซึ่งตามความเป็นจริงมิได้เป็นเช่นนั้น ซึ่งนับว่าแตกต่างกับต่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ราษฎร ร้องเรียนต่อองค์กรอิสระที่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

การควบคุมภายนอกองค์กร

การควบคุมโดยองค์กรภายนอก หมายถึงการให้อำนาจองค์กร หรือหน่วยงาน นอกเหนือไปจากองค์กรที่จะถูกตรวจสอบเข้าไปมีอำนาจหน้าที่ ได้สวนหาข้อเท็จจริงในองค์กรที่ถูกตรวจสอบว่า ประเด็นที่เป็นปัญหานั้นองค์กรที่ถูกตรวจสอบนั้น ใช้อำนาจหน้าที่ถูกต้องหรือไม่ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบนั้น ไม่ได้อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาเดียวกับองค์กรที่ถูกตรวจสอบ

ตัวอย่างที่1 การตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ในกระบวนการยุติธรรมโดยองค์กรศาล เช่น ในกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย ในขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาลอาจเรียกได้ว่าเป็นระบบกล่าวหา ก็คือมีผู้กล่าวหาฝ่ายหนึ่ง กับผู้ถูกกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีศาลอยู่ตรงกลาง เป็นเสมือนตุลรับคานทั้งสองไม่ให้เอียงไปข้างใดข้างหนึ่ง ตำรวจเป็นองค์กรฝ่ายบริหารคอยดำเนินการให้เกิดความสงบเรียบร้อยต่อบ้านเมือง การดำเนินงานของตำรวจไม่ใช่งานขั้นสุดท้าย ยังจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการอีก ปัญหาที่ว่าวิธีการสืบสวนบางอย่างเป็นวิธีการที่เห็นได้ชัดว่าจะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างชัดเจน เช่น การลอบดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ การลอบติดเครื่องวีดีโอแอบถ่ายเหตุการณ์ในบ้านผู้ต้องสงสัยก็ตีการลอบติดเครื่องดูบันทึกเสียงการสนทนาต่างๆของผู้ต้องสงสัยในเคสสถานของผู้ต้องสงสัยก็ตีกรณีเหล่านี้กฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นเรื่องการค้นและการยึดแม้ว่าจะไม่ใช่การค้นและการยึดสิ่งที่มีรูปร่าง (tangible things) ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาไม่ยอมรับสิ่งเหล่านั้น จนในที่สุด ต้องนำไปบัญญัติไว้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4ซึ่งให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ปลอดจากการจับค้นและยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่ากรกระทำโดยการตรวจค้นยึดตำรวจจะต้องได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยต้องได้รับหมายจากศาลซึ่งเป็นองค์กรอิสระก่อน

ตัวอย่างที่2 การตรวจสอบอำนาจของตำรวจ โดยองค์กรอิสระภายนอก อีกองค์กรหนึ่งคืออัยการ พนักงานอัยการมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบการทำงาน ของพนักงานสืบสวนสอบสวนได้มาก เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้อำนาจพนักงานอัยการมีฐานะเป็นผู้กลั่นกรองสำนวนการสอบสวน หากเห็นว่าการสอบสวนไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ก็อาจจะใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สั่งให้พนักงานสอบสวน สอบสวนเพิ่มเติม ส่งพยานมาให้ซักถามเพิ่มเติม การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาวางกรอบ

การทำงานของอัยการไว้เช่นนี้ เพื่อเป็นการตรวจสอบ และถ่วงดุลการใช้อำนาจของตำรวจ เป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกอีกอย่างหนึ่ง

แต่ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 32บัญญัติว่า“ ในกรณีที่ กคพ. เห็นว่าเพื่อประสิทธิภาพในการปราบปรามการกระทำความผิดคดีพิเศษ กคพ. จะให้ความเห็นชอบให้คดีพิเศษ คดีหนึ่งคดีใด หรือคดีประเภทใด ต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารแล้วแต่กรณี มาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หรือมาปฏิบัติหน้าที่ ร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เพื่อให้คำแนะนำ และตรวจสอบพยานหลักฐานตั้งแต่ชั้นเริ่มการสอบสวนแล้วแต่กรณีก็ได้ เว้นแต่การสอบสวนคดีพิเศษที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) (ค) หรือ (ง) ต้องมีพนักงานอัยการ หรืออัยการทหาร มาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษทุกคดีแล้วแต่กรณีทั้งนี้การสอบสวนร่วมกัน หรือการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กคพ. กำหนด”

จากบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างจากอำนาจของ พนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นข้อสังเกตว่า การปฏิบัติงานของพนักงานอัยการ และพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ตามมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พนักงานอัยการ และพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้ใช้อำนาจถ่วงดุลกันแต่กลับเป็นการร่วมกันสืบสวนสอบสวน หาพยานหลักฐานดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพื่อนำมาฟ้องร้องต่อศาล พอจะเทียบได้กับ ระบบการสอบสวนคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งให้อำนาจพนักงานอัยการเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวน เป็นการดำเนินการตามแบบระบบกฎหมายไต่สวน ตามระบบดำเนินคดีอาญาแบบไต่สวนตามหลักกฎหมาย civil law ซึ่งแตกต่างกับระบบการดำเนินคดีในประเทศไทยซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่ว เป็นระบบกล่าวหาเป็นส่วนใหญ่ ในชั้นดำเนินคดีในชั้นพิจารณาคดี รวมทั้งนิติวิธีของการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย ยังถือแนวระบบกล่าวหาตามระบบศาล common law จึงถือได้ว่าการดำเนินการตามมาตรา 32 ดังกล่าว หากให้อัยการเข้ามาถ่วงดุลอำนาจของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ก็จะกลายเป็นการควบคุมภายในองค์กรไป

การควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของศาลไทยประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย(Code)ในการพิจารณาคดีต่างๆต้องดำเนินการไปตามกรอบกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ส่วนในการดำเนินอาญาของไทยนั้น ศาลไทยรับฟังพยานหลักฐานเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ตามหลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วยการแฝงตัวนั้น ศาลไทยควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวผ่านหลักกฎหมายการรับฟังพยานหลักฐานโดยยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวนด้วย

การแฝงตัวโดยมีเงื่อนไขว่าพยานหลักฐานนั้นต้องไม่เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่พยานบุคคลที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกฎหมายหรือเป็นพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดและยอมรับฟังพยานหลักฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายการควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวของศาลไทยนั้นเป็นหลักประกันการสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยว่า การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะไม่กระทำการรुक้าขอบเขตสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยเกินไปกว่าที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้นั่นเอง