

2022

มาตรการคุ้มครองผู้วิจัยตีการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนดความพิดอาษาฐาน
เปิดเพยข้อมูลของผู้นวิจัยตีการอำพราง

อมตะ ชนะพงษ์
คณะนิติศาสตร์

Follow this and additional works at: <https://digital.car.chula.ac.th/chulaetd>

Recommended Citation

ชนะพงษ์, อมตะ, "มาตรการคุ้มครองผู้วิจัยตีการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนดความพิดอาษาฐานเปิดเพยข้อมูลของผู้นวิจัยตีการอำพราง" (2022). *Chulalongkorn University Theses and Dissertations (Chula ETD)*. 6375.
<https://digital.car.chula.ac.th/chulaetd/6375>

This Thesis is brought to you for free and open access by Chula Digital Collections. It has been accepted for inclusion in Chulalongkorn University Theses and Dissertations (Chula ETD) by an authorized administrator of Chula Digital Collections. For more information, please contact ChulaDC@car.chula.ac.th.

มาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนดความผิดอาญฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้
ปฏิบัติการอำพราง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2565
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CORPORATE MEASURES FOR THE PROTECTION OF UNDERCOVER AGENT : A STUDY
OF CRIMINALIZATION OF DISCLOSING INFORMATION OF UNDERCOVER AGENT.



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2022
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนดความผิดอาญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง
โดย	ร.ต.อ.อมตะ ชนะพงษ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(พันตำรวจเอก ดร.ศักดิ์วุฒิ วิบูลสมัย)

อมตะ ชนะพงษ์ : มาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนด
 ความผิดอาญารฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง. (CORPORATE MEASURES
 FOR THE PROTECTION OF UNDERCOVER AGENT : A STUDY OF
 CRIMINALIZATION OF DISCLOSING INFORMATION OF UNDERCOVER AGENT.)
 อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ณัชพล จิตดิรัตน์

มาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง : ศึกษากรณีการกำหนดความผิดอาญารฐาน
 เปิดเผย ข้อมูล ของ ผู้ปฏิบัติการอำพราง (CORPORATE MEASURES FOR THE
 PROTECTION OF UNDERCOVER AGENT : A STUDY OF CRIMINALIZATION OF
 DISCLOSING INFORMATION OF UNDERCOVER AGENT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก :
 ผู้ช่วย ศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตดิรัตน์, หน้า 141

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการในการให้ความคุ้มครอง
 ข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นวิธีการสืบสวนชนิดหนึ่งที่มีความ
 เสี่ยงสูง และหากผู้ปฏิบัติการอำพรางถูกเปิดเผยข้อมูลแล้วอาจเกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้อำพราง
 รวมไปถึงครอบครัวด้วย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ
 พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและ
 ปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกัน
 และปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งให้อำนาจในการปฏิบัติการอำพราง แต่มาตรการที่
 คุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นมาตรการควบคุมภายในองค์กรเท่านั้น ยังไม่มี
 บทบัญญัติใดให้ความคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางจากการถูกเปิดเผยข้อมูลโดยมิชอบ
 ด้วยกฎหมาย อันก่อให้เกิดความเสี่ยงในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปฏิบัติการอำพรางและบ่อนทำลาย
 ประสิทธิภาพในการสืบสวนด้วย ต่อมาได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ คือ ประเทศ
 สหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย ว่ามีแนวทางใดในการคุ้มครองข้อมูลของผู้
 ปฏิบัติการอำพราง พบว่าประเทศเหล่านั้นใช้มาตรการลงโทษทางอาญาและได้กำหนดให้การ
 สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปริญญาโท สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6186089934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: undercover operations., Identity, information, criminalization

Amata Chanapong : CORPORATE MEASURES FOR THE PROTECTION OF UNDERCOVER AGENT : A STUDY OF CRIMINALIZATION OF DISCLOSING INFORMATION OF UNDERCOVER AGENT.. Advisor: Assoc. Prof. NATCHAPOL JITTIRAT

6186089934 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : UNDERCOVER OPERATIONS / IDENTITY / INFORMATION / CRIMINALIZATION

AMATA CHANAPONG : CORPORATE MEASURES FOR THE PROTECTION OF UNDERCOVER AGENT : A STUDY OF CRIMINALIZATION OF DISCLOSING INFORMATION OF UNDERCOVER AGENT. ADVISOR : ASSOC. PROF. NATCHAPOL JITTIRAT, PH.D., 141 pp.

The purpose of this thesis is to study the corporate measures for the protection of undercover agent who conduct the undercover operations, the method of investigation are a high-risk, if the identity of undercover agent is exposed, the life of the undercover agent, including their family, may be endangered.

The result from this study reveals that the undercover operation according to Special Investigation Act B.E. 2547, Narcotics Procedure Act B.E. 2550, Anti-Participation in Transnational Organized Crime Act B.E. 2556 and Anti Money Laundering Act B.E. 2542 but the measures for the protection of undercover agent

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สำเร็จลุล่วงเป็นแน่แท้หากปราศจากความอนุเคราะห์อย่างสูงจากท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แม้ท่านจะมีภารกิจในด้านต่างๆ แต่ท่านก็ได้ให้คำแนะนำแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ แม้ผู้เขียนจะมีภารกิจในด้านการทำงานจนบางครั้งเกิดความท้อใจ ท่านก็ได้ติดตามและผลักดันให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ผู้เขียนจึงกราบขอบพระคุณท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่ให้ความอนุเคราะห์ผู้เขียนตลอดมา

นอกจากนี้ ผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ถึงแม้ว่าท่านจะมีภารกิจมากมายทั้งด้านการสอนและด้านการบริหารงานของคณะ แต่ท่านก็ได้กรุณามอบคำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอดทั้งในวันสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ และวันสอบวิทยานิพนธ์ จนวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมีความสมบูรณ์

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่าน พันตำรวจเอก ดร.ศักดิ์วุฒิ วิบูลสมัย ที่ท่านได้กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ แม้ภารกิจของท่านในงานตำรวจและเป็นที่ยอมรับกันดีว่าเป็นงานที่หนักยิ่ง ท่านก็ได้กรุณาให้คำแนะนำในการปรับปรุง แก้ไขวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยเฉพาะคำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีประโยชน์ยิ่ง

ที่ขาดไม่ได้คือ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนางบุบผา ชนะพงษ์ มารดาของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอดแม้ผู้เขียนจะมีภาวะหมดไฟไปบ้างเนื่องจากหลายสาเหตุไม่ว่าจะเรื่องงานหรือเรื่องส่วนตัว และขอบพระคุณพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ รวมถึงเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรทุกท่านที่คอยให้การสนับสนุนตลอดมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจหรือผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มากก็น้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนหนึ่งส่วนใดผิดพลาด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อมตะ ชนะพงษ์

สารบัญ

หน้า

.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.5 ขอบเขตการวิจัย	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2	5
แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง	5
2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับปฏิบัติการอำพราง.....	7
2.1.1. ความหมายของการปฏิบัติการอำพราง	7
2.1.2 ประวัติและความเป็นมาของการปฏิบัติการอำพราง.....	8
2.1.3 การปฏิบัติการอำพรางในประเทศไทย	13
2.1.4. ความเสี่ยงและผลกระทบของการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง.....	25

2.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพราง .	27
2.2.1 ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น.....	27
2.2.2 หลักเกณฑ์การคุ้มครองนิติสมบัติในวิธีทางสุดท้าย.....	28
2.2.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด.....	29
2.2.4 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดของ Herbert L Packer	30
2.2.5 หลักเกณฑ์ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย	30
2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	33
2.3.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม	33
2.3.2 ทฤษฎีสุนิติกกระบวนการ	34
2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเจ้าพนักงาน	35
2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความลับ	37
2.5.1 ความหมายของความลับ.....	37
2.5.2 ประเภทของความลับ.....	39
บทที่ 3	50
มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางในประเทศไทย	50
3.1 การใช้มาตรการกำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเป็นความลับและการลงโทษทางวินัย	50
3.1.1 การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547	50
3.1.2. การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ.2550.....	53
3.1.3 การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมใน องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556	54
3.1.4 การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542.....	55
3.1.5 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540.....	57
3.2 การใช้มาตรการกั้นผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากการสอบสวนคดีอาญา	59

3.3	มาตรการทางอาญาที่อาจปรับใช้คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง	61
3.3.1	มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง.....	62
3.3.2	มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง.....	64
3.4	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง	74
3.4.1	ความไม่เป็นเอกภาพของข้อมูลที่ถูกกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครอง.....	74
3.4.2	มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางไม่ครอบคลุมตัวบุคคลที่ห้ามเปิดเผย	75
3.4.3	มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางยังไม่ครอบคลุมฐานความผิดอื่น .	76
3.4.4	มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางไม่ครอบคลุมบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครอง	77
3.4.5	ไม่มีมาตรการลงโทษในกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางนั้นทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย.....	78
บทที่ 4	80
	ความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางในกฎหมายต่างประเทศ	80
4.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	80
4.1.1	ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเทกซัส	81
4.1.2	ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐโอไฮโอ	83
4.2	ประเทศฝรั่งเศส	85
4.2.1	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-81	85
4.2.2	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-84	86
4.2.3	ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 434-7-2	86
4.3	ประเทศออสเตรเลีย	87
บทที่ 5	95
	วิเคราะห์แนวทางในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการ	95
	อำพรางในประเทศไทย.....	95

5.1 ลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจ.....	95
5.1.1. รูปแบบการบัญญัติกฎหมาย	96
5.1.2 คุณสมบัติหรือสถานะของบุคคลผู้ที่จะปฏิบัติการอำนาจหรือแฝงตัว	97
5.1.3 ประเภทความผิดที่สามารถใช้วิธีการปฏิบัติการอำนาจหรือแฝงตัวได้	98
5.1.4 คุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิด	101
5.1.5 ลักษณะการกระทำความผิด	102
5.1.6 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ	103
5.1.7 บทกำหนดโทษ	104
5.2 การเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย	104
5.3 ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศในความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจมาใช้บังคับในประเทศไทย	106
บทที่ 6	111
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	111
6.1 บทสรุป	111
6.2 ข้อเสนอแนะ	115
บรรณานุกรม.....	122
ภาคผนวก.....	125
ประวัติผู้เขียน	139

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อาชญากรรม เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นพร้อมกับสังคมของมนุษย์ เกิดขึ้นได้ทั่วไปและไม่มีสังคมใดที่ปราศจากอาชญากรรม ซึ่งแต่เดิมในอดีตนั้นอาชญากรรมจะเป็นอาชญากรรมพื้นฐาน (Basic crime) ซึ่งอาชญากรจะกระทำต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของเหยื่อ ต่อมาสภาพสังคม เศรษฐกิจและเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาขึ้น รูปแบบของการก่ออาชญากรรมจึงมีความซับซ้อนตามไปด้วย จากอาชญากรที่กระทำตามลำพัง มีการพัฒนาไปสู่การรวมตัวของกลุ่มอาชญากรเพื่อกระทำ ความผิด มีการสร้างโครงสร้างองค์กรและระดับการบังคับบัญชา จนที่สุดแล้วอาชญากรได้พัฒนา ไปสู่องค์กรอาชญากรรม (Organized crime)¹ โดยมีจุดมุ่งหมายในการแสวงหาผลประโยชน์ใน ลักษณะที่เป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นเป้าหมายหลักขององค์กรอาชญากรรม โดยมีการก่ออาชญากรรมจาก การค้ายาเสพติด ค้ามนุษย์ ลักลอบค้าของหนีภาษีหรือละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ลักลอบค้าอาวุธ โดยมีรูปแบบการดำเนินการที่ปกปิด ซับซ้อน และบางครั้งถึงกับมีการใช้ความรุนแรงหรือใช้อิทธิพลใน การดำเนินการ ทั้งยังมีการตัดตอนไม่ให้มีการสืบสวนไปถึงผู้บงการที่อยู่ในระดับต้นๆหากมีการ ดำเนินคดีจากรัฐ เป็นเหตุให้การสืบสวนสอบสวนแบบดั้งเดิมเพื่อปราบปรามองค์กรอาชญากรรมนั้น เป็นไปด้วยความยากลำบาก ขณะเดียวกันองค์กรอาชญากรรมก็มีการพัฒนาทั้งรูปแบบและขนาดของ องค์กรเพิ่มขึ้นๆ จนพัฒนาเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational organized crime) ซึ่ง เพิ่มความรุนแรงและซับซ้อนในการทำความผิดเพิ่มขึ้นไปอีก²

การสืบสวนสอบสวนแบบดั้งเดิมเพื่อปราบปรามองค์กรอาชญากรรมเป็นไปด้วยความ ยากลำบาก องค์กรสหประชาชาติและประเทศภาคีสมาชิกรวมถึงประเทศไทยจึงได้ร่างและร่วมลง นามใน อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ.2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ไว้ใน มาตรา 20 ของ อนุสัญญาดังกล่าวโดยได้เรียกร้องให้ชาติสมาชิกบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนพิเศษ

¹ สุชาติ ไตรประสิทธิ์, “ประเทศไทยกับความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา” ใน ร้อยปีอัยการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอัยการสูงสุด, 2535), หน้า 17-20

² เรื่องเดียวกัน

ได้แก่ การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (Controlled delivery)³ การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือในรูปแบบอื่นๆ (electronic or other forms of surveillance)⁴ และการปฏิบัติการอำพราง (undercover operations)⁵

การปฏิบัติการอำพรางนั้นได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยหลายฉบับด้วยกัน โดยกำหนดไว้เป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 ตามลำดับ

สำหรับการปฏิบัติการอำพราง (Undercover operations) หมายถึง การสืบสวนสอบสวนพิเศษรูปแบบหนึ่งที่มีจุดมุ่งหมายในการรวบรวมพยานหลักฐานโดยที่เป้าหมายนั้นไม่รู้ตัว ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางจะใช้เจ้าพนักงานที่ได้รับมอบหมายแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมด้วยการอำพรางข้อมูล คือ ชื่อนามสกุล อาชีพ สถานภาพ ที่อยู่ ฯลฯ เพื่อให้เป้าหมายเชื่อว่าเจ้าพนักงานนั้นเป็นคนอื่น จึงเป็นภารกิจที่มีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของผู้ปฏิบัติการสูงมาก

อย่างไรก็ตามผู้แฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมมักจะมีความเสี่ยงต่อชีวิตและร่างกายเสมอ ดังที่ปรากฏเป็นข่าวว่าสายลับของตำรวจถูกฆ่าตายอันมีสาเหตุมาจากการแจ้งเบาะแส ดังจะเห็นได้จากการเสนอข่าวเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2560 “พบแล้วหนุ่มสายลับตร. ถูกฆ่าหมกต่อหาคใหญ่ แม่รู้ข่าวมาดุถึงรำไห้โฮ”⁶ หรือกรณีที่ข่าวเมื่อวันที่ 28 กันยายน 2561 ว่า “ฆ่าโหดสายตำรวจ พาดหัวโยนคลองโทะฐานแจ้งเบาะแสบ้า”⁷ ดังนั้นการปกปิดข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวจึงเป็นเรื่องสำคัญต่อความสำเร็จของภารกิจและความปลอดภัยของผู้ปฏิบัติการอำพราง

³ United Nation Office on Drug and Crime, “United Nations Convention against Transnational Organized Crime,” 2000 ,

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ พบแล้วหนุ่มสายลับตร.ถูกฆ่าหมกต่อหาคใหญ่ แม่รู้ข่าวมาดุถึงรำไห้โฮ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_398483

⁷ ล่อจับพ่อค้าหน้าเลือด ชายแมสก์เกินราคา พบตุ๋นไว้กว่า 4 หมื่นชิ้น[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/north/1802453>

แม้เหตุการณ์ที่ได้กล่าวข้างต้นจะได้มีการจับกุมคนร้ายได้หรือไม่ก็ตาม แต่กฎหมายที่ประเทศไทยใช้ในปัจจุบันล้วนแต่เป็นกฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำผิดหลังจากได้ลงมือทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้ปฏิบัติการอำพรางไปแล้ว โดยที่ยังไม่มีกฎหมายที่จะลงโทษบุคคลซึ่งเปิดเผยข้อมูลที่แท้จริงของผู้ปฏิบัติการอำพรางต่อผู้อื่นและยังไม่มีการบัญญัติให้ผู้ที่มีส่วนร่วมในการทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้ปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าในฐานะตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนต้องถูกลงโทษ นอกจากนี้ยังไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการต่อสู้หรือขัดขวางเจ้าพนักงานด้วยเนื่องจากผู้เปิดเผยมิได้ใช้กำลังกายภาพแต่อย่างใด ทั้งๆที่เป็นต้นเหตุของความไม่ปลอดภัยของผู้ปฏิบัติการอำพรางและเป็นเหตุที่ต้องยกเลิกการสืบสวนสอบสวนและมีการใช้งบประมาณแผ่นดินไปแล้ว การกำหนดโทษทางอาญาจึงเป็นการป้องกันมิให้ภารกิจในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมล้มเหลวและคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ปฏิบัติการอำพราง

อนึ่ง จากข้อมูลของหน่วยงานที่ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวนั้น พบข้อมูลสถิติว่าอัตราการกระทำผิดในคดีที่หน่วยงานนั้นๆ รับผิดชอบมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นทุกปี เช่น สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด มีข้อมูลการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในปี พ.ศ.2551 จำนวน 133,522 คดีต่อปี และเพิ่มขึ้นจนกระทั่งในปี พ.ศ.2564 มีการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจำนวน 336,582 คดีต่อปี⁸ ส่วนกรมสอบสวนคดีพิเศษนั้นพบข้อมูลคดีพิเศษในปี พ.ศ.2551 มีคดีพิเศษที่ทำการสืบสวนสอบสวนจำนวน 60 คดีต่อปี และมีอัตราการเพิ่มขึ้นทุกปีจนถึงปี พ.ศ. 2563 มีคดีพิเศษที่ทำการสืบสวนสอบสวนจำนวน 333 คดีต่อปี⁹ ส่วนสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินนั้นปรากฏข้อมูลการรับเรื่องรื้อร้องทุกข์ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2562 ถึงวันที่ 30 เมษายน 2563 นั้นปรากฏจำนวนคดีทั้งสิ้น 1,329 คดี¹⁰ แม้จะยังไม่ปรากฏข้อมูลสถิติว่ามีการนำวิธีสืบสวนโดยการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้ในการสืบสวนจำนวนเท่าใด หรือมีผู้ปฏิบัติการอำพรางจำนวนเท่าใดที่ได้รับอันตรายจากการถูกเปิดเผยข้อมูลก็ตาม แต่เมื่อมีการกระทำผิดมากขึ้น โอกาสที่จะนำวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้ในการสืบสวนก็มีมากขึ้นเช่นกัน ทั้งนี้ผู้บังคับใช้

⁸ ข้อมูลเปิดภาครัฐ สำนักงาน ปปส. [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 10 มีนาคม 2564 แหล่งที่มา <https://data.oncb.go.th/>

⁹ DSI ANNUAL REPORT [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 มีนาคม 2564 แหล่งที่มา <https://www.dsi.go.th/Upload/b470d43946b48f7ee7bb3e3c8c70d6f9.pdf>

¹⁰ สถิติรับเรื่องร้องเรียน ร้องทุกข์ แจ้งเบาะแส ระหว่างวันที่ 1 ตุลาคม 2562 ถึง 30 เมษายน 2563 [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 มีนาคม 2564 แหล่งที่มา https://www.amlo.go.th/acoc/uploads/content_attachfile/5ecdeae1858d1.pdf

กฎหมายในหลายประเทศ เช่น บราซิล จีน ญี่ปุ่น อินโดนีเซีย มาเลเซีย สหรัฐอเมริกา และอุกันดา เห็นตรงกันว่า การปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) นั้น มีปัญหาพื้นฐานใกล้เคียงกัน หนึ่งในนั้นคือ ความเสี่ยงที่จะถูกเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงซึ่งจะทำให้ชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำพรางมีความเสี่ยงอันใหญ่หลวง ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางจึงต้องถูกพิจารณา¹¹ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจากความเสี่ยงของผู้ปฏิบัติการอำพราง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยจะต้องพัฒนามาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางและแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของผู้ปฏิบัติการอำพราง หรือป้องกันการถูกแก้แค้น ทั้งยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการสืบสวนสอบสวนและปราบปรามอาชญากรรมอีกด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาการให้ความคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย
2. เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางของประเทศไทยกับ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย
3. เพื่อแสวงหาแนวทางในการกำหนดมาตรการในกฎหมายไทยเพื่อนำมาปรับใช้กับกรณีการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การปฏิบัติการอำพรางนั้น ผู้ที่ปฏิบัติการอำพรางมีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของผู้ปฏิบัติการ หรืออาจถูกแก้แค้น ดังนั้นข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางจึงต้องเป็นความลับ แต่กฎหมายไทยที่ใช้ในปัจจุบันมีมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางที่ยังไม่เหมาะสมโดยเป็นมาตรการควบคุมภายในองค์กรของผู้ปฏิบัติการอำพรางแต่ไม่ครอบคลุมบุคคลภายนอกองค์กร แม้จะมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่อาจจะสามารถนำมาปรับใช้ได้แต่ก็เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางแล้ว ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิด

¹¹ Special Investigative Tools To Combat Transnational Organized Crime (TOC) . [Online] , from URL: http://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No58/No58_22RC_Group1_Phase2.pdf , 2001 , p.234. (Access: 13 December 2019)

เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องปรามมิให้ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจเป็นผลให้บรรล่วัตถุประสงค์ในการปฏิบัติการอำนาจและความปลอดภัยในชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำนาจ

1.4 วิธีดำเนินการวิจัย

ศึกษาโดยวิจัยเอกสารทั้งในภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากแหล่งข้อมูลทั้งที่เป็นตำรา กฎหมาย วารสารกฎหมาย บทความ รายงานวิจัย รายงานสถิติ และวิทยานิพนธ์กฎหมาย ตลอดจนข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในเรื่องที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

1.5 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงที่มา นิยาม แนวคิด รูปแบบ กฎหมายและปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยศึกษาเฉพาะในส่วนประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ.2550 ในส่วนของต่างประเทศจะศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย เพื่อนำมาวิเคราะห์กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้รู้ เข้าใจการให้ความคุ้มครองข้อมูลบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศออสเตรเลีย
2. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจของประเทศไทยกับ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศออสเตรเลีย
3. เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมกฎหมายของกฎหมายไทยในอนาคตที่จะกำหนดความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจ

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง

ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมหรืออาชญากรรมร้ายแรงนั้น การปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวมข้อมูลข่าวสารหรือพยานหลักฐาน เรียนรู้รูปแบบวิธีการทำงานขององค์กรอาชญากรรม และประเมินผลสิ่งที่ย้องค์กรอาชญากรรมจะกระทำในอนาคต ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาใช้ทั้งในการป้องกันอาชญากรรมและใช้ในการสืบสวนสอบสวน อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวควรใช้เป็นมาตรการสุดท้ายที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจะพึงกระทำ เนื่องจากด้วยธรรมชาติของการสืบสวนพิเศษประเภทนี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำพรางหากถูกเปิดโปงข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง จึงต้องใช้เจ้าหน้าที่ที่มีประสบการณ์และต้องวางแผนด้วยความระมัดระวัง ถึงขั้นมีการเปรียบเทียบว่าการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือผู้แฝงตัวจึงเปรียบเสมือนคำสั่งประหารชีวิตบุคคลนั้นและทำลายคุณค่าของการดำเนินการดังกล่าว * ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษา ทิศระเห และสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของการปฏิบัติการอำพราง แนวคิดและทฤษฎีซึ่งเป็นพื้นฐานในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาและกำหนดแนวทางและมาตรการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายและสถานการณ์ของประเทศไทย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

* “Disclosure might constitute a death warrant for the informer and in any event would end the informer's value as such.” Crim. No. 10116. Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Four. August 4, 1972.

2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับปฏิบัติการอำพราง

2.1.1. ความหมายของการปฏิบัติการอำพราง

โดยทั่วไปแล้วประชาชนอาจจะได้ยินหรืออ่านข่าวตามสื่อต่าง ๆ ถึงการปฏิบัติงานของตำรวจเพื่อปราบปรามยาเสพติดหรือของผิดกฎหมายด้วยวิธี “ล่อซื้อ” หรือ “ล่อขาย” แต่ในทางกฎหมายแล้วทั้งสองคำล้วนแต่เป็นการปฏิบัติการอำพรางทั้งสิ้น เพื่อที่เราจะได้ศึกษาถึงการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางที่เป็นข้อมูลลับแล้ว เราจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาความหมายของคำว่า “การปฏิบัติการอำพราง” เสียก่อน

อาจารย์อรณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ ได้อธิบายว่า การอำพราง (Undercover) เป็นวิธีการที่เจ้าหน้าที่อำพรางตัวเข้าไปอยู่ในกลุ่มขององค์กรอาชญากรรมเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานและทราบถึงบทบาทในองค์กรอาชญากรรมซึ่งบางครั้งอาจมีการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ร่วมอยู่ด้วย บางกรณีเจ้าหน้าที่ก็ไม่ได้เป็นผู้อำพรางตัว แต่จะใช้บุคคลที่ถูกกำหนดเข้าไปอำพรางตัวโดยการควบคุมของเจ้าหน้าที่ ซึ่งการใช้วิธีการดังกล่าวต้องใช้บุคคลที่มีการรักษาความลับเป็นอย่างดีและต้องปกปิดตัวจะมีลักษณะเหมือนกับสายลับ แต่เปิดตัวเองให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นทั้งการปกปิดฐานะอาชีพ การงาน เป็นต้น¹

พล.ต.ต.อมเรศฤทธิ์ วัฒนวิบูลย์ ได้ให้ความหมายว่า² การสืบสวนโดยใช้ปฏิบัติการอำพราง หมายถึง การใช้เจ้าหน้าที่ที่มีปฏิภาณไหวพริบ มีความถนัด มีความรู้ประสบการณ์ด้านการสืบสวนสอบสวนเข้าปฏิบัติการลับโดยอำพรางตัวและสถานภาพ รวมทั้งสร้างเรื่องหรือสถานการณ์ลวงให้กับคนร้าย หรือผู้ต้องสงสัยจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้เกี่ยวข้องหลงเชื่อ เพื่อให้ได้รับข้อมูลข่าวสารที่สามารถระบุตัวคนร้ายหรือพฤติการณ์ในการกระทำความผิด และรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้เกี่ยวข้องซึ่งอาจเป็นกลุ่มคนร้าย หรือองค์กรอาชญากรรมที่มีความสัมพันธ์กัน โดยเจ้าหน้าที่อำพรางต้องแฝงตัวแทรกซึมเข้าไป และมีการดูแลควบคุมการปฏิบัติโดยเจ้าหน้าที่คุ้มกันและทีมงานสืบสวนในช่วงเวลาที่กำหนดไว้

¹ อรณพ ลิขิตจิตถะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และสุวัฒน์ รุ่งเมฆารัตน์, “เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ”, รายงานการวิจัย เรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ 2). (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด) หน้า 81

² อมเรศฤทธิ์ วัฒนวิบูลย์, “การสืบสวนสอบสวนคดียาเสพติดโดยวิธีการอำพรางและวิธีการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม”, เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการยกร่างกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550, หน้า 61

แนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพรางของสำนักงานสอบสวนกลาง (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations) ได้ให้คำนิยามว่า “การปฏิบัติการอำพราง หมายถึง การสืบสวนที่เกี่ยวกับกิจกรรมปกปิดที่ดำเนินการอย่างต่อเนื่อง (series of related undercover activities) ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อำพราง (undercover employee) ซึ่งตามความมุ่งหมายของแนววิธีปฏิบัตินี้ กิจกรรมปกปิดที่ดำเนินการอย่างต่อเนื่อง (series of related undercover activities) นั้น โดยทั่วไปแล้วต้องประกอบด้วย การติดต่ออย่างเป็นทางการเป็นเอกเทศ จำนวน 3 ครั้ง ระหว่างเจ้าหน้าที่อำพรางกับบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตามหากกิจกรรมปกปิดนั้นเป็นกิจกรรมที่อ่อนไหวหรือเกี่ยวกับการเงินจะไม่พิจารณาถึงจำนวนการติดต่อ...”³

โดยสรุปแล้วการปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) คือ เป็นหนึ่งในวิธีการสืบสวนสอบสวนพิเศษ ที่ผู้บังคับใช้กฎหมายใช้ในการแสวงหาข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ทำให้ยากด้วยวิธีการปกติและเจตนาเพื่อมิให้เป้าหมายรู้ตัวว่าตกอยู่ภายใต้การสืบสวนของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ทำให้เป้าหมายเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือยินยอมให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายด้วย เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด องค์กรอาชญากรรม การก่อการร้าย หรืออาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งเป็นการนำทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรม (Crime control) มาใช้ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในการปฏิบัติการอำพรางนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายต้องแสดงตนต่อเป้าหมายด้วยการปกปิดอำพรางอาชีพ หน้าที่การงาน สถานภาพหรือเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่เพื่อให้กลมกลืนกับเป้าหมายหรือสิ่งแวดล้อมหรือสถานการณ์ที่จะเข้าแฝงตัว โดยประสงค์ให้เป้าหมายหรือบุคคลที่สามเข้าใจว่าเจ้าหน้าที่เป็นคนอื่น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงต้องมีการเตรียมตัวด้วยการออกเอกสารหรือเปลี่ยนแปลงทะเบียนข้อมูลส่วนบุคคลหรือเอกลักษณ์บุคคลของเจ้าหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำบัตรประจำตัวประชาชน หรือการทำเอกสารทะเบียนต่าง ๆ ขึ้นใหม่

2.1.2 ประวัติและความเป็นมาของการปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางมีประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานโดยในอดีตมักถูกใช้เพื่อความมั่นคงในรูปแบบของจารชน (Spy) และสายลับ (Informant) มากกว่าที่ใช้ในการปราบปรามอาชญากรรม

³ John Ashcroft, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations," *Washington, DC: US Department of Justice*. Retrieved April 8(2002).

วัตถุประสงค์ก็คือ เพื่อสอดแนมและรวบรวมข้อมูลของข้าศึกศัตรูและเป้าหมายในการโจมตี โดยวิธีการนี้มีมาตั้งแต่สมัยยุคโรมัน⁴

การปฏิบัติการอำพรางโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นเริ่มต้นครั้งแรกแบบไม่เป็นทางการที่ประเทศฝรั่งเศสในปลายศตวรรษที่ 17 โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการคุกคามทางการเมืองและการปราบปรามอาชญากรรมในกรุงปารีส โดยใช้ตำรวจแต่งกายเหมือนพลเรือนแทนที่จะใช้การแต่งกายใบชุดเครื่องแบบปกติ⁵ เพื่อมิให้เป็นเป้าถูกจับตามอง วิธีการนี้ถูกใช้ในหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายและหน่วยงานข่าวกรองในประเทศอังกฤษช่วงศตวรรษที่ 18 มีการใช้นักจับโจร (Thief taker) ซึ่งมักเป็นอาชญากรช่วยในการติดตามทรัพย์สินที่ถูกขโมยเพื่อแลกกับทรัพย์สิน⁶ และนักโทษที่ยอมเป็นสายลับเพื่อรับการอภัยโทษ⁷ ต่อมากลางศตวรรษที่ 18 ยังมีการใช้ปฏิบัติการอำพรางโดยตำรวจในลอนดอนที่เรียกว่า Bow Street Runner ซึ่งได้ก่อตั้งโดยนาย Henry Fielding และถือว่าเป็นครั้งแรกที่มีอาชีพตำรวจ⁸ ต่อมา มีการออกพระราชบัญญัติปรับปรุงตำรวจนครบาล ค.ศ. 1829 (Metropolitan Police Improving Act 1829) ซึ่งนำกระบวนการตำรวจเข้าสู่ยุคตำรวจสมัยใหม่ และเพื่อลดความหวาดระแวงของประชาชนจากการกดขี่ข่มเหงโดยตำรวจแบบเก่า Sir Robert Peel รัฐมนตรีมหาดไทยของประเทศอังกฤษในขณะนั้นได้นำเสนอระบบตำรวจในเครื่องแบบมากกว่าตำรวจนอกเครื่องแบบซึ่งปฏิบัติกรลับ⁹ แต่ระบบดังกล่าวยังไม่มีประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมเท่าที่ควร จึงมีการตั้งตำรวจนอกเครื่องแบบขึ้นในปี ค.ศ. 1842 โดยเฉพาะมีภัยคุกคามจากกลุ่มก่อความไม่สงบ Fenian ในศตวรรษที่ 19 ทำให้มีการฝึกและใช้การปฏิบัติการอำพรางมากขึ้น¹⁰

ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงศตวรรษที่ 18 ยังไม่มีการใช้ระบบตำรวจเช่นประเทศอังกฤษ เนื่องจากเกรงกว่าการใช้ตำรวจนอกเครื่องแบบนั้นจะเป็นการขัดขวางต่อการใช้สิทธิเสรีภาพ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴ Edwin W Kruisbergen, Deborah De Jong, and Edward R Kleemans, "Undercover Policing: Assumptions and Empirical Evidence," *The British Journal of Criminology* 51, 2 (2011): 395

⁵ E. A. Brayley Hodgetts, *Vidocq: A Master of Crime* (London: Selwyn & Blount, Ltd, 1928).

⁶ Edwin W. Kruisbergen, Deborah De Jong, and Edward R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumption and Empirical Evidence," *The British Journal of Criminology*: 395

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

⁸ Edwin W. Kruisbergen, Deborah De Jong, and Edward R. Kleemans, "Undercover Policing: Assumption and Empirical Evidence," *The British Journal of Criminology*: 395

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

ของประชาชน จนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 20 มีการก่อตั้งสำนักงานสอบสวนกลาง (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI) และในช่วงทศวรรษปี 1920 และ ทศวรรษที่ 1930 นั้น FBI ได้ใช้ปฏิบัติการอำพรางเพื่อต่อต้านการจารกรรม (espionage) ที่กระทำการก่อวินาศกรรมโดยใช้สายลับจากคอมมิวนิสต์และฟาสซิสต์¹¹

การใช้ปฏิบัติการอำพรางเพื่อปราบปรามอาชญากรรมนอกเหนือจากการใช้ในงานมั่นคงนั้น เริ่มขึ้นเมื่อทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยอดอาชญากรรม (Organized Crime) เติบโตโดยเฉพาะขบวนการค้ายาเสพติด เนื่องจากอาชญากรรมประเภทนี้เป็นอาชญากรรมประเภทไร้เหยื่อ (Victimless) กล่าวคือ เป็นการตกลงกันเองระหว่างผู้กระทำความผิด จึงทำให้การสืบสวนสอบสวนดั้งเดิมของตำรวจที่มุ่งการตั้งรับโดยการรอผู้เสียหายมาแจ้งเบาะแสหรือการตรวจสอบดำเนินคดีหลังการกระทำความผิดเกิดขึ้นไปแล้วจึงค่อยรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งนำมาใช้กับอาชญากรรมประเภทนี้ได้ยาก จึงนำไปสู่กระบวนการสืบสวนแบบใหม่ที่มีลักษณะการทำงานเชิงรุกโดยมุ่งเน้นที่การรวบรวมพยานหลักฐานก่อนที่หรือขณะที่การกระทำความผิดยังดำเนินอยู่¹² โดยในสหรัฐอเมริกาได้มีการใช้ปฏิบัติการอำพรางอย่างแพร่หลายโดยวิธีการล่อซื้อ (buy-bust operation) ซึ่งเป็นการใช้เจ้าหน้าที่อำพรางตัวไปติดต่อซื้อยาเสพติดจากผู้ค้ายา¹³

วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพรางมี 2 ประการดังนี้¹⁴

1) เพื่อใช้ในการสืบสวนคดีอาญาและเป็นวัตถุประสงค์หลักของการใช้เทคนิคล่อซื้อซึ่งหมายถึงรวมทั้งการแทรกซึมเข้าไปในองค์กรหรือกลุ่มผู้กระทำความผิด รวบรวมพยานหลักฐาน ระบุนุ และจับกุมผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุว่าในความผิดบางประเภทผู้กระทำความผิดจะไม่ติดต่อกับบุคคลที่ตนไม่เคยรู้จักหรือไม่มีความสัมพันธ์กันมาก่อนเลยจึงทำให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้การอำพรางตัวเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มเพื่อให้ได้รับความไว้วางใจในระดับหนึ่งจนกว่าจะปรากฏพยานหลักฐานชัด และหากพบการกระทำความผิดซึ่งหน้าก็อาจนำไปสู่การจับกุมตัวผู้กระทำความผิด

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., pp.395-396

¹³ Ibid.

¹⁴ Bruce Hay, Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment (2003), Discussion Paper No.441 10/2003, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper Series, อ้างถึงใน รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยเรื่อง “กฎหมายเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิดอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายนานาชาติ”: 2-2 – 2-3

2) เพื่อลดจำนวนอาชญากรรมการกระทำความผิด เนื่องจากการดำเนินการอย่างจริงจังของรัฐ และเป็นผลพลอยได้จากการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความระแวงไม่กล้ากระทำความผิด เนื่องจากเกรงว่าบุคคลที่มาติดต่อนั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่หรือคนของเจ้าหน้าที่ที่อำพรางตัวมา อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ข้อนี้จะใช้ได้สำหรับความผิดเล็กน้อยทั่วไป เช่น คดีประเวณี คดีการพนัน คดีขายบุหรี่ยาหรือแอลกอฮอล์ให้กับเด็ก คดียาเสพติดเล็กน้อย เป็นต้น และจะใช้ได้เฉพาะในระยะเวลาดำเนินการ (Short-term) เท่านั้น

กลุ่มประเภทคดีที่มีการใช้เทคนิคการปฏิบัติการล่อซื้อสามารถแบ่งได้เป็น 4 กลุ่มประเภท¹⁵ ดังต่อไปนี้

(1) กลุ่มความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายโดยตรงหรือเป็นความผิดที่ไม่มีเหยื่อ หรือรัฐเป็นผู้เสียหาย แต่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย เศรษฐกิจและความมั่นคงของรัฐ และผู้กระทำความผิดกับผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดต่างได้รับหรือเอื้อผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน ได้แก่ คดียาเสพติด คดีก่อการร้าย คดีค้าอาวุธสงคราม คดีให้สินบนหรือทุจริตคอร์รัปชัน คดีทำลายทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม คดีค้าประเวณี คดีปลอมใบกำกับภาษี คดีการพนัน คดีปลอมแปลงเงินตราหรือพันธบัตร หรือคดีเล็กน้อยประเภทขายบุหรี่ยาหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่เด็ก ยาเสพติดหรือสิ่งลามกอนาจาร การซื้อเสียงเลือกตั้ง

(2) ความผิดที่มีเอกชนเป็นผู้เสียหายแต่ยากที่จะเข้าถึงการกระทำความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดและผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดต่างได้รับหรือเอื้อผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน ได้แก่ คดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้า คดีรับของโจร

(3) ความผิดที่มีเอกชนเป็นผู้เสียหายแต่ยากที่จะเข้าถึงการกระทำความผิด เนื่องจากผู้เสียหายมีส่วนรับรู้ในการกระทำความผิดไม่ว่าจะโดยถูกบีบบังคับหรือโดยเต็มใจด้วยได้รับผลประโยชน์ร่วมจากการกระทำความผิด ได้แก่ คดีลวงละเมิดทางเพศ คดีค้ำมนุษย์ คดีฉ้อโกงประชาชน คดีการให้บริการทางการแพทย์หรือเสริมความงามโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้มาตรฐาน

(4) ความผิดที่มีเอกชนเป็นผู้เสียหายแต่ยากที่จะได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ชัดเจนในการพิสูจน์การกระทำความผิด ได้แก่ คดีการใช้เงินตราหรือเอกสารสิทธิปลอม คดีเกี่ยวกับการค้าที่ขายที่ไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบผู้บริโภค คดีลักทรัพย์หรือรถจักรยานยนต์ในที่สาธารณะ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-4 - 2-5

ความผิดทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวนี้มีลักษณะร่วมกันประการหนึ่งที่สำคัญคือ เป็นความผิดที่ ยากต่อการเข้าถึงการกระทำความผิด และโดยส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดจะไม่ติดต่อกับบุคคลที่ตนไม่เคยรู้จัก หรือไม่มีความสัมพันธ์กันมาก่อน ไม่ว่าจะเป็เพราะไม่มีผู้เสียหายโดยตรง หรือเป็นเพราะ ผู้กระทำความผิดและผู้เกี่ยวข้อง รวมทั้งผู้เสียหายจากการกระทำความผิดได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน ในทางใดทางหนึ่ง รวมทั้งหากเป็นคดีที่มีผลประโยชน์มูลค่าสูงแล้ว การกระทำความผิดอาจมีลักษณะ เป็นเครือข่ายขบวนการที่ซับซ้อนในลักษณะองค์กรอาชญากรรมได้อีกด้วย จึงทำให้การแสวงหา พยานหลักฐานโดยวิธีปกติเป็นไปได้ยากหากไม่ใช่เทคนิคการสืบสวนแบบพิเศษร่วมด้วย

การทำสงครามยาเสพติดของประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้วิธีการใช้ปฏิบัติการอำพรางนั้นมีการ พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว มีการพัฒนาด้วยการผสมผสานเทคโนโลยีสะกดรอย (Electronic Surveillance)¹⁶ แต่ในยุโรปตะวันตกยังคงลังเลที่จะใช้วิธีการนี้ เนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางนั้น ในอดีตถูกใช้เป็นเครื่องมือในการคุกคามกลุ่มการเมืองฝั่งตรงข้ามและใช้ในการสอดแนมประชาชน¹⁷ อย่างไรก็ตามจากปัญหายาเสพติดทำให้ยุโรปต้องนำวิธีการปฏิบัติการอำพรางมาใช้โดยเฉพาะ หลังจกเหตุการณ์ 11 กันยายน 2000 ทั้งประเทศสหรัฐและยุโรปก็ได้สร้างความร่วมมือระหว่างกัน ในการต่อต้านการก่อการร้ายและองค์กรอาชญากรรมโดยสนับสนุนการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษที่ รวมถึงการใช้ปฏิบัติการอำพรางด้วย¹⁸ แม้แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศอย่างอนุสัญญา สหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ.2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) มาตรา 20 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกพึงนำวิธี ปฏิบัติการอำพรางมาใช้ด้วย

พัฒนาการของประเทศต่าง ๆ กับการปฏิบัติการอำพรางมีพัฒนาการแตกต่างกันออกไปโดย สามารถแบ่งได้ 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกคือกลุ่มประเทศที่พัฒนารูปแบบการปฏิบัติการอำพรางในแบบ ของตนเอง เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศสวีเดน¹⁹ กลุ่มที่สองคือ กลุ่มประเทศ ที่พัฒนาการปฏิบัติการอำพรางอย่างค่อยเป็นค่อยไป เนื่องจากมีอัตราการใช้จ่ายยาเสพติดน้อยหรือมี

¹⁶ Jacqueline E. Ross, "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *The University of Chicago Law Review* 69, 3 (2002): 1504

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Jacqueline E Ross, "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy," *The American Journal of Comparative Law* 52, 3 (2004):304

¹⁹ Ross, Jacqueline E., "Tradeoff in Undercover Investigation: A Comparative Perspective", *University of Chicago Law Review* 69, 3 (2002): 1503

อาชญากรรมน้อย เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม และประเทศไอร์แลนด์²⁰ และ กลุ่มที่สามคือประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาซึ่งมีการพึ่งพาการปฏิบัติการอำพรางเล็กน้อยเนื่องจากมีอุปสรรคทางข้อกฎหมายคือเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)²¹

2.1.3 การปฏิบัติการอำพรางในประเทศไทย

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยนั้นได้มีการใช้ปฏิบัติการอำพรางในรูปแบบของการที่ตำรวจแต่งกายนอกเครื่องแบบ* หรือใช้สายลับ**ในการปราบปรามอาชญากรรมมาเป็นระยะเวลานานแล้วซึ่งขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้นำการปฏิบัติการอำพรางมาใช้เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในฐานะที่การปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นการสืบสวนตามมาตรา 2 (10) ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่า “การสืบสวน หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อทราบรายละเอียดแห่งการกระทำความผิด” โดยมาตรา 17 บัญญัติให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจทำการสืบสวนได้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจได้อาศัยบทบัญญัติดังกล่าวในการปฏิบัติการอำพราง เช่น ล่อซื้อยาเสพติด และศาลก็ยอมรับฟังพยานหลักฐานจากวิธีการสืบสวนดังกล่าวมาตลอด ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6397/2541 การที่เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้จัดหาธนบัตรให้แก่สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลย ถือเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีอำนาจสืบสวนและจับกุมผู้กระทำความผิดปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด ไม่ถือว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2803/2554 การใช้สายลับล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนเป็นเพียงการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยทั้งสามตามอำนาจใน ป.วิ.อ. มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำได้เพื่อให้ได้โอกาสจับกุม

²⁰ Ibid., pp.1503-1504

²¹ Ibid., p.1504

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 887/2484 “...นายรุตเจ้าพนักงานมาล่อซื้อฝิ่นจากจำเลยที่ ๑ โดยมีได้แสดงหมายแต่งตั้งให้จับกุมและแต่งกายอย่างราษฎรธรรมดา...”

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2423/2523 “สายลับวางเงินมัดจำค่าเฮโรอีนไว้แล้วส่วนในวันจับกุมไม่ได้เตรียมเงินไปชำระอีกจับกุมได้ขณะจำเลยนำสายลับไปเอาของยังฟังไม่ได้ว่ามี การซื้อขายและส่งมอบของที่ซื้อขายกันเฮโรอีนของกลางยังคงอยู่ในความครอบครองของจำเลยในขณะนั้นจำเลยยังไม่มี ความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน”

จำเลยทั้งสามพร้อมด้วยพยานหลักฐาน อันเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยทั้งสาม ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ จึงไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ที่เกิดจากการใช้สายลับล่อซื้อเมทแอมเฟตามีน

จากตัวอย่างนั้นศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยว่าการใช้ปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะใช้สายลับหรือตำรวจอำพรางตัวไปเองย่อมถือว่าเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอันเป็นอำนาจของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(10) และพยานหลักฐานที่ได้สามารถรับฟังได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

อย่างไรก็ตามเมื่อไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางย่อมมีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะเป็นตัวเจ้าพนักงานเองหรือสายลับไม่ได้ความคุ้มครองเพียงพอจนเกิดเป็นข่าวว่าสายลับของตำรวจถูกฆ่าเพื่อแก้แค้นอยู่บ่อยครั้งตามข่าวที่เคยกล่าวไปแล้วในบทที่ 1

ในโลกยุคปัจจุบันจากกระแสสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของประชาชน แนวโน้มของกระบวนการยุติธรรมเริ่มโน้มเอียงจากกระบวนการยุติธรรมตามทฤษฎีป้องกันอาชญากรรม (Crime control) ไปสู่กระบวนการยุติธรรมตามทฤษฎีศุภนิติกระบวนการ (Due Process) รวมถึงในประเทศไทยด้วย ดังนั้นเมื่อการปฏิบัติการอำพรางอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นการสมควรที่จะนำมาตราการดังกล่าวบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อรองรับการกระทำของเจ้าหน้าที่และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน²² ซึ่งต่อมาประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีการปฏิบัติการอำพรางรวมถึงการกำกับดูแลการปฏิบัติการอำพรางในกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

ในสถานการณ์ปัจจุบันซึ่งอาชญากรได้พัฒนารูปแบบบอาชญากรรมให้ซับซ้อนขึ้น ไม่ว่านจะเป็นรูปแบบของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ อาชญากรรมข้ามชาติ หรืออาชญากรรมองค์กร²³ประเทศไทยจึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจในการสอบสวนคดีที่มีความซับซ้อนเหมือนหน่วยงานสืบสวนสอบสวนกลาง (FBI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ หน่วยงานสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ (SID) ของประเทศญี่ปุ่น ดังนั้นกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) จึงถูกจัดตั้งขึ้นภายใต้กระทรวงยุติธรรมของไทย ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษและ

²² สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.), หน้า, หน้า16

²³ สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 23-24

เจ้าหน้าที่คดีพิเศษในการใช้อำนาจสืบสวนสอบสวนพิเศษ ได้แก่ การแฝงตัว การสะกดรอย และการเข้าถึงเอกสารหรือข้อมูลข่าวสาร

ประเภทคดีที่จะเป็นคดีพิเศษนั้น ได้แก่ คดีที่บัญญัติไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ²⁴ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดคดีพิเศษเพิ่มเติมตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547²⁵ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดคดีพิเศษเพิ่มเติมตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2555²⁶ และกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดคดีพิเศษเพิ่มเติมตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2559²⁷

²⁴ ได้แก่ (1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ (5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการเล่นแชร์ (6) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน (7) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ (8) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม (9) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (10) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (11) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเงินตรา (12) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าภาษีอากรสินค้าส่งออกที่ผลิตในราชอาณาจักร (13) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (14) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทย (15) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด (16) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (17) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (18) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ (19) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (20) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม (21) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร (22) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

²⁵ ได้แก่ (1) คดีความผิดตามประมวลรัษฎากร (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสุรา (5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

²⁶ ได้แก่ (1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยแร่ (5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน (6) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องสำอาง (7) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตราย

²⁷ ได้แก่ (1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยา (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยอาหาร (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ (5) คดี

อย่างไรก็ตามคดีที่ไม่ใช่ความผิดตามที่กล่าวข้างต้นทั้ง 42 ประเภท ก็อาจเป็นคดีพิเศษได้หากที่ประชุมคณะกรรมการคดีพิเศษมีมติไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการที่มีอยู่ให้คดีนั้นเป็นคดีพิเศษ ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 21(2)

สำหรับการปฏิบัติการอำพรางนั้น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ใช้คำว่า “การแฝงตัว” โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ว่า

“ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจให้บุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ”

ต่อมาอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษได้ออกข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 ลงวันที่ 7 ธันวาคม 2555 โดยผู้มีอำนาจอนุมัติให้ทำการแฝงตัวกำหนดไว้อยู่ในข้อ 10 ซึ่งกำหนดว่า

“การอนุมัติให้บุคคลเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใด ให้เป็นอำนาจของอธิบดี รองอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาค

เมื่อรองอธิบดี ผู้บัญชาการสำนักคดี หรือผู้บัญชาการสำนักปฏิบัติการคดีพิเศษภาค แล้วแต่กรณี อนุมัติให้บุคคลเข้าไปแฝงตัวตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รายงานอธิบดีเพื่อทราบ”

ข้อสังเกตคือ บุคคลที่สามารถปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวได้นั้น ในมาตรา 27 ใช้คำว่า “บุคคล” โดยมีได้บัญญัติว่าต้องเป็นพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เจ้าหน้าที่คดีพิเศษ ข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ทั้งข้อ 6 ในข้อบังคับดังกล่าวมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของ “เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน” หรือ “บุคคลผู้แฝงตัว” ดังนั้นอาจพิจารณาได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้น อาจกระทำโดยบุคคลใดก็ได้เช่น สายลับ (Informant) มิใช่เฉพาะเจ้าพนักงานตามกฎหมายเท่านั้น

ภายหลังจากได้อนุมัติให้ปฏิบัติการแฝงตัวแล้วให้ดำเนินการตามข้อกำหนด ข้อ 13 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “เมื่อได้รับอนุมัติให้เข้าแฝงตัวแล้ว ให้ผู้บัญชาการสำนักคดี หัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น หรือหัวหน้าคณะทำงาน แล้วแต่กรณี แจ้งเรื่องการอนุมัติโดยอาจปกปิดเอกสารหลักฐานที่ยังไม่สมควรเปิดเผย และจัดทำเป็นบันทึกที่มีชั้นความลับเสนอต่อนายทะเบียน”

ส่วนการควบคุม การเก็บรักษา และการทำลายเอกสาร ข้อมูลนั้น ได้กำหนดไว้ในข้อ 14 ซึ่งกำหนดไว้ว่าให้ผู้บัญชาการสำนักเทคโนโลยีและศูนย์ข้อมูลการตรวจสอบ กรมสอบสวนคดีพิเศษเป็นนายทะเบียน ทำหน้าที่ในการควบคุม เก็บรักษาทะเบียนข้อมูลเอกสาร หลักฐานและการแฝงตัวรวมถึงจัดทำสถิติ และตรวจสอบผลการดำเนินการ โดยจัดทำเป็นบันทึกที่มีชั้นความลับรายงานต่ออธิบดีทุก 6 เดือน และให้นายทะเบียนมีอำนาจแต่งตั้งผู้ช่วยนายทะเบียนได้ตามความจำเป็น แล้วรายงานให้อธิบดีทราบ

(2) การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ.2550

ในอดีตการปราบปรามยาเสพติดโดยการล่อซื้อนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจะอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในการล่อซื้อโดยถือว่าเป็นวิธีการสืบสวนอย่างหนึ่งตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ต่อมาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ.2550 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งให้อำนาจให้การอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพราง ดังนี้

“มาตรา 7 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับปฏิบัติการหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดไปก่อนแล้วรายงานผู้มีอำนาจอนุญาตตามวรรคหนึ่งโดยเร็ว

การอนุญาตและการอำพรางตามวรรคหนึ่ง รวมทั้งการดำเนินการตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ในกฎกระทรวงดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย

การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

การปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวเป็นวิวัฒนาการการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2545/2562 ได้ยอมรับว่า “...การขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางตาม พ.ร.บ.วิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550 มาตรา 7 เป็นมาตรการในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างหนึ่ง อันเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย...” ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้ดำเนินการตามกฎหมายแล้วก็อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 ซึ่งบัญญัติว่า “...พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน...”

การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 7 กำหนดให้เฉพาะ “เจ้าพนักงาน” เท่านั้นเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางได้ ซึ่งคำว่า “เจ้าพนักงาน” นั้น ปรากฏในคำนิยามในพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า เจ้าพนักงาน หมายความว่า เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดนั้น หมายความว่า²⁸ ผู้ที่เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 โดยคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติดังนี้²⁹

(1) เป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ตำแหน่งประเภทบริหาร ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ตำแหน่งประเภทวิชาการ หรือตำแหน่งประเภททั่วไประดับชำนาญงานขึ้นไป

(2) เป็นข้าราชการตำรวจ หรือข้าราชการทหารชั้นสัญญาบัตร

²⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 มาตรา 3

²⁹ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ว่าด้วยการแต่งตั้ง การปฏิบัติหน้าที่และการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. พ.ศ. 2545 ข้อ 7

(3) เป็นข้าราชการกรุงเทพมหานคร ประเภทข้าราชการกรุงเทพมหานครสามัญ ตำแหน่งผู้อำนวยการเขต

(4) เป็นพนักงานเมืองพัทยา ประเภทผู้อำนวยการท้องถิ่นระดับสูง ตำแหน่งหัวหน้าสำนักปลัดเมืองพัทยา

(5) เป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้บังคับบัญชาหัวหน้าหน่วยงานให้มีหน้าที่ปราบปรามผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด และ

(6) เป็นผู้ที่ไม่เคยมีประวัติมีหมองเกี่ยวกับยาเสพติด การทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ หรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี

ส่วนพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น นอกจากจะหมายถึงข้าราชการพลเรือนของกรมการปกครองและข้าราชการตำรวจตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 ยังหมายความถึง³⁰เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้รวมทั้งพัสดี เจ้าพนักงานกรมสรรพสามิต กรมศุลกากร กรมเจ้าท่า พนักงานตรวจคนเข้าเมือง และเจ้าพนักงานอื่น ๆ ในเมื่อทำการอันเกี่ยวกับการจับกุมปราบปรามผู้กระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งตนมีหน้าที่ต้องจับกุมหรือปราบปรามอีกด้วย

ดังนั้นเมื่อกฎหมายได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงไม่อาจหมายรวมถึงสายลับ (Informant) ซึ่งเป็นประชาชนหรือผู้กระทำความผิดที่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

ต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555 ได้กำหนดรูปแบบของการปฏิบัติการอำพรางในข้อ 3 ไว้จำนวน 3 รูปแบบ คือ

(1) การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในหน่วยงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลานาน

(2) การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือ

(3) การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่จะใช้วิธีการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนนั้นต้องกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 กำหนดว่าต้องเป็นความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด หรือสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิด

³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (16)

ดังกล่าว ประกอบกับต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพราง และเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายสำคัญหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดดังกล่าวตามสมควร
- (2) การสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือ
- (3) เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

ผู้ที่มีอำนาจในการอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางนั้น กฎกระทรวงฯ ข้อ 8 ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายมีอำนาจอนุญาตปฏิบัติการอำพรางกรณีผู้ขออนุญาตอยู่ในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และให้เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายมีอำนาจอนุญาตปฏิบัติการอำพรางกรณีผู้ขออนุญาตอยู่ในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดหรือในสังกัดหน่วยงานอื่น โดยในกฎกระทรวงฯ ข้อ 11 นั้นกำหนดให้ในการปฏิบัติการอำพรางหากจำเป็นต้องมีการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานประกอบการปฏิบัติการอำพราง ให้ผู้มีอำนาจอนุญาตมีหนังสือแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอความร่วมมือในการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าว และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือดำเนินการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานแก่ผู้ได้รับอนุญาต

(3) การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556

กฎหมายฉบับนี้เป็นการอนุวัติการตามอนุสัญญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งใน ค.ศ. 2000 (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME 2000) ที่ได้มีการลงนามกันโดยสหประชาชาติเป็นผู้ดำเนินการเมื่อเดือนธันวาคม 2543 อันเป็นผลพวงจากความพยายามร่วมกันจัดทำของผู้แทนประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งผู้แทนจากประเทศไทย ทั้งนี้ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ประชาคมโลกร่วมมือกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Organized Crime)³¹

³¹ วันชัย รุจนวงศ์ และคณะ, “การใช้ถ้อยคำในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรและพิธีสารแนบท้าย,” รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย), หน้า 6-9.

คำว่าองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำนิยามไว้ใน มาตรา 3 ดังนี้ “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” หมายความว่า องค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่การเตรียม การวางแผน การสั่งการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง
- (3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง ส่วนคำว่า “องค์กรอาชญากรรม” หมายความว่า คณะบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปที่รวมตัวกันช่วงระยะเวลาหนึ่งและร่วมกันกระทำการใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดร้ายแรง และเพื่อได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ความผิดที่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงนั้น ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ความหมายไว้ว่า “ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น

การปฏิบัติการอำพรางในพระราชบัญญัตินี้อยู่ที่มาตรา 19 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำพราง เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อัยการสูงสุดกำหนดในข้อบังคับ

การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย”

ผู้ปฏิบัติการอำพรางในพระราชบัญญัตินี้ ต้องเป็นเจ้าของพนักงาน ซึ่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มิได้ให้คำนิยามไว้ จึงต้องด้วยความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) ซึ่งหมายถึง บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่

ต่อมาอัยการสูงสุดได้ออกข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 โดยมีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติการอำพรางเป็นไปตามข้อ 7 กล่าวคือ

“การมอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำพรางได้ต้องปรากฏว่าเป็นการสืบสวนสอบสวนความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจากการดำเนินการดังกล่าวรวมถึงเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อสืบสวนสอบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้องเนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์การกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) การสืบสวนสอบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่

(3) เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ”

(4) การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

พ.ศ.2542

การฟอกเงิน (Money Laundering) นั้นปรากฏขึ้นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยนายเมเยอร์ แลนสกี (Mayer Lansky) เป็นผู้คิดค้น โดยมีหลักการนำเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Dirty money) มาผ่านกระบวนการทางธุรกิจเพื่อให้กลายเป็นเงินที่ถูกกฎหมาย (Clean money) จึงอาจกล่าวได้ว่า การฟอกเงิน เป็นการสร้างและปกปิดผลประโยชน์อันมหาศาลจากการประกอบอาชญากรรม³² โดยเฉพาะอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดจะ

³²ไชยยศ เหมะรัชตะ, มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (2539-2540), หน้า.9.

เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินเสมอ ซึ่งประเทศไทยก็ได้รับผลกระทบเช่นเดียวกัน เนื่องจากประเทศไทยอยู่ในฐานะที่เป็นทางผ่านของยาเสพติดจึงมีปริมาณเงินหมุนเวียนมหาศาลและถูกนำไปปกปิด แปรสภาพให้กลายเป็นเงินที่ถูกกฎหมายแล้วนำกลับมาใช้เป็นทุนประกอบอาชญากรรมอีก ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน จึงมีข้อจำกัดทางกฎหมายในการปราบปราม ต่อมาในปี พ.ศ.2531 สหประชาชาติได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท (United Nations Convention Against Illicit Traffic and Psychotropic Substance, 1988) เรียกกันว่า อนุสัญญาเวียนนา 1988 (Vienna Convention 1988) ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องมีมาตรการในการปราบปรามการค้ายาเสพติด ซึ่งรวมถึงการต้องกำหนดโทษทางอาญาแก่การฟอกเงินด้วย³³ สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักในการพิจารณาตามอนุสัญญาเวียนนา 1988 มีมติแต่งตั้งอนุกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน³⁴ โดยอาศัยการร่างตาม Model Law on Money Laundering, Confiscation and International Cooperation in relation to Drugs. และข้อแนะนำ 40 ประการของ FATF เป็นหลัก ต่อมาพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2542

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2558 เพิ่มอำนาจให้กับเจ้าหน้าที่ให้สามารถปฏิบัติการอำพรางได้โดยเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 46/1 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีความจำเป็นต้องจัดทำเอกสารหลักฐานหรือการอำพรางตนเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด การดำเนินคดีฐานฟอกเงิน หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ให้เลขาธิการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด”

ต่อมาได้มีระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559 โดยในข้อ 3 ให้นิยามคำว่า “การอำพรางตน” หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวง

³³ สำนักงาน ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน: คู่มือประชาชน (กรุงเทพมหานคร: 2543), หน้า.6

³⁴ อรรถนพ ลิขิตจิตถะ, ถาม-ตอบ เกี่ยวกับการกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, (กรุงเทพฯ: กองนิติการ สำนักงาน ป.ป.ส., พิมพ์ครั้งที่ 2, ตุลาคม 2542, หน้า 12-13

ผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

บุคคลที่เป็นผู้ปฏิบัติการอำนาจนั้น ตามกฎหมายนี้บัญญัติให้เฉพาะ “พนักงานเจ้าหน้าที่” ซึ่งคำนิยามในมาตรา 3 นั้น “พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นบุคคลที่มีใช้พนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่อาจปฏิบัติการอำนาจได้ ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่รัฐมนตรีแต่งตั้งคือ³⁵

1) ข้าราชการของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ได้แก่

(1) ข้าราชการที่เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งดำรงตำแหน่ง ตำแหน่งประเภททั่วไป ระดับทักษะพิเศษ ตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับเชี่ยวชาญ และระดับทรงคุณวุฒิ ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ระดับสูง และตำแหน่งประเภทบริหาร ระดับต้น และระดับสูง

(2) ข้าราชการที่เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งดำรงตำแหน่ง นิติกร นักสืบสวนสอบสวน และผู้อำนวยการกองใน (ก) กองกฎหมาย (ข) กองกำกับและตรวจสอบ (ค) กองข่าวกรองทางการเงิน (ง) กองคดี 1 – 3 (จ) กองความร่วมมือระหว่างประเทศ (ฉ) กองบริหารจัดการทรัพย์สิน และ (ช) กองอื่นตามที่เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินประกาศกำหนด

2) ข้าราชการพลเรือนสามัญในส่วนราชการอื่นซึ่งตำแหน่งประเภทบริหาร ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ตำแหน่งประเภทวิชาการตั้งแต่ระดับปฏิบัติการที่ปฏิบัติงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี ขึ้นไป หรือตำแหน่งประเภททั่วไปตั้งแต่ระดับปฏิบัติงานที่ปฏิบัติงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี

³⁵ คำสั่งนายกรัฐมนตรี ที่ 1/2556 เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

3) ข้าราชการตำรวจหรือทหาร ซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ชั้นสัญญาบัตร คือ ร้อยตรีสำหรับข้าราชการทหารบก เรือตรีสำหรับข้าราชการทหารเรือ เรืออากาศตรีสำหรับข้าราชการทหารอากาศ และ ร้อยตำรวจตรีสำหรับข้าราชการตำรวจ ขึ้นไป

4) พนักงานรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 4 หรือเทียบเท่าขึ้นไป

2.1.4. ความเสี่ยงและผลกระทบของการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง

ในการปฏิบัติการอำพรางนั้นโดยธรรมชาติของลักษณะงานแล้วเป็นงานที่มีความเสี่ยงต่อชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำพราง ทั้งสาเหตุเกิดจากการไหวตัวของเป้าหมาย การแข่งขันกันมีอำนาจระหว่างหลาย ๆ องค์กรอาชญากรรมรวมไปถึงความยากลำบากในการใช้ชีวิตส่วนตัวและครอบครัวด้วย ตัวอย่างคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจสายสืบ สถานีตำรวจภูธรป่าแดด พร้อมสายลับ ได้ทำการล่อซื้อยาเสพติดจากผู้ค้ายาเสพติด แต่ผู้ค้ายาเสพติดไหวตัวทันและได้ใช้อาวุธปืนยิงเจ้าหน้าที่ตำรวจพร้อมสายลับเสียชีวิต³⁶

ความเสี่ยงของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิได้มีเฉพาะตัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางแต่กระทบไปถึงครอบครัวอีกด้วย หากมีการเปิดเผยชื่อของผู้ปฏิบัติการอำพรางภายหลังการปฏิบัติการกิจ จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกตอบโต้หรือแก้แค้น ตัวอย่างกรณีเจ้าหน้าที่ Joe Pistone หลังจากภารกิจปฏิบัติอำพราง 6 ปีในกลุ่มมาเฟีย Bonano เจ้าหน้าที่ Joe และครอบครัวต้องย้ายที่อยู่เ็นระหว่างการพิจารณาคดีถึง 4 ครั้ง และในระหว่างภารกิจต้องไม่ได้เจอครอบครัวเลยถึง 3 เดือน³⁷

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้บุคคลธรรมดาเป็นสายลับ (Informant) ทำการปฏิบัติการอำพรางเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี การลดโทษ หรือสินบนรางวัลนำจับ มีตัวอย่างที่สายลับได้รับอันตรายคือ กรณี นางสาว Rachel Hoffman อายุ 23 ปี ถูกจับกุมในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เธอยอมเป็นสายลับให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี ในการปฏิบัติการอำพรางนั้นเธอถูกส่งไปล่อซื้อยาเสพติดจากผู้ค้ายาเสพติดจำนวน 2 ราย โดยไม่ได้ผ่านการฝึกอบรมการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าวเข้าสู่ภาวะวิกฤตเมื่อเธอหายไปจากการติดตามของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

³⁶ ขบวนการค้ายาเสพติดในจ.เชียงราย ยิงตำรวจเสียชีวิต [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/370>

³⁷ Thomas Gabor, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies," (2003).

ต่อมาพบว่าเธอเสียชีวิตจากการถูกยิงโดยผู้ค้ายาเสพติดทั้งสองรายเนื่องจากผู้ค้ายาเสพติดพบเครื่องบันทึกเสียงในกระเป๋าของเธอ³⁸

อันตรายที่เกิดขึ้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นชัดเจนเนื่องจากเป็นคนสุดท้ายที่รู้ว่าการอำพรางนั้นถูกเปิดเผย ทำให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตซึ่งยากที่จะคาดเดาได้ ในนครนิวยอร์กเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางเกือบ 200 คน (สองในสามของกองกำลังผู้ปฏิบัติการอำพรางทั้งหมดของนิวยอร์ก) ขอย้ายไปทำหน้าที่ที่อันตรายน้อยกว่าหลังจากการสังหารนักสืบนอกเครื่องแบบสองคนและการร้องเรียนเกี่ยวกับอันตราย, อุปกรณ์ที่ล้าสมัย และหน่วยสนับสนุนที่ไม่เพียงพอสำหรับการปฏิบัติการอำพราง สิ่งนี้แสดงให้เห็นซึ่งอันตรายที่เกิดแก่เจ้าหน้าที่ที่ถูกเปิดเผยตัวอยู่ในสถานะที่ไม่แน่นอนในสายตาของอาชญากรและตำรวจคนอื่น ๆ³⁹

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้ออกแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพรางของสำนักงานสอบสวนกลาง (Attorney General's Guideline on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations.) ซึ่งออกใช้ในปี 2002 และเป็นแนวทางปฏิบัติที่ตำรวจมลรัฐต่างๆใช้กันด้วย⁴⁰ โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวนั้น มาตรา IV A. ได้กำหนดให้การอนุญาตให้มีการปฏิบัติการอำพรางนั้น ผู้มีอำนาจอนุญาตต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงกับผลประโยชน์จากปฏิบัติการ โดยความเสี่ยงที่ต้องพิจารณามีดังนี้

- (1) ความเสี่ยงของบุคคลที่จะต้องได้รับอันตรายแก่กาย ความเสียหายต่อทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรืออันตรายอื่นๆที่จะเกิดต่อบุคคลอื่น
- (2) ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางแพ่งหรือความเสียหายอื่นๆต่อรัฐ
- (3) ความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือหรือแทรกแซงเอกสิทธิ์หรือความลับในความสัมพันธ์

³⁸ Rob Walker, "The Trouble with Using Police Informants in the Us," [Online] Accessed: 20 December 2019. Available from: <https://www.bbc.com/news/magazine-21939453>

³⁹ Undercover Operation, [Online], Accessed: 20 December 2019. Available from <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-8/key-issues/special-investigative-techniques/undercover-operations.html>

⁴⁰ Ashcrof John, "Attorney General's Guideline on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations.

(4) ความเสี่ยงที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางจะกลายเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดกฎหมายซึ่งต้องห้ามตามมาตรา IV H.

ส่วนในกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางดังที่กล่าวข้างต้น ทั้ง 4 ฉบับนั้นกฎหมายได้ตระหนักถึงความเสี่ยงของผู้ปฏิบัติการอำพรางใกล้เคียงกัน คือ การปฏิบัติการอำพรางเกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน จึงกำหนดมาตรการในการคุ้มครองการปฏิบัติการอำพรางให้เป็นความลับ เมื่อกฎหมายเล็งเห็นถึงความเสี่ยงในการปฏิบัติการอำพรางโดยที่มิได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับบุคคลผู้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพราง เพียงแต่มีโทษทางวินัยสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น จึงอาจมีกรณีที่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใจเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพราง เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ที่ได้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางแต่รับทราบข้อมูลในการปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะเจตนาหรือบังเอิญ หรือบุคคลภายนอกใด ๆ หรือบุคคลในองค์กรอาชญากรรมใด ๆ ที่ได้รับทราบข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือบังเอิญ หากได้นำข้อมูลดังกล่าวไปเปิดเผยต่อผู้อื่นจนอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือครอบครัวกลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ

เมื่อการเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเกี่ยวข้องกับอันตรายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัวแล้ว จึงสมควรเป็นความลับที่ไม่ว่าผู้มีหน้าที่โดยตรงกับการปฏิบัติการอำพรางหรือไม่ หรือบุคคลใด ๆ ที่ได้รับรู้ข้อมูลดังกล่าวจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นต่อผู้อื่น จนอาจเป็นอันตรายแก่ผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือครอบครัวได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องนำมาตราการทางอาญาซึ่งเป็นมาตรการและวิธีการสุดท้ายมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองเจ้าพนักงานหรือผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัว โดยพิจารณาถึงแนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญารฐานเปิดเผยข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเหมาะสม

2.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพราง

2.2.1 ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น (harm to others)

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮार्ट (H.L.A. Hart) ได้ยกข้อความบางตอนในหนังสือชื่อ On Liberty ของจอห์น สจวต มิลล์ (John Stuart Mill) โดยได้อธิบายว่า

“...เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้นคือ เพื่อป้องกันภัยอันอาจเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น...” การที่จะใช้อำนาจโดยอ้างเหตุผลว่า “... เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลย่อมไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบ

ธรรมให้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้นหรืออาจจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่น การกระทำหรือละเว้นการกระทำจะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น...”⁴¹

จะสังเกตได้ว่า จอห์น สจวต มิลล์ ยึดถือหลักการป้องกันภัยที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น เป็นหลักในการพิจารณาว่ารัฐควรออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญามาควบคุมการกระทำใดหรือไม่

2.2.2 หลักเกณฑ์การคุ้มครองนิติสมบัตินิเวศในวิธีทางสุดท้าย (Subsidiärer Rechtsgüterschutz)⁴²

เป็นแนวคิดของ Prof. Dr Dr.h.c. mult Claus Roxin ว่า ความผิดอาญาควรเป็นเรื่องคุ้มครองนิติสมบัตินิเวศในวิธีทางสุดท้าย (Subsidiärer Rechtsgüterschutz)

จากหลักที่วางกฎหมายอาญาควรมีไว้เพื่อคุ้มครอง “นิติสมบัติ” (Gueter) บางประการเท่านั้นก่อให้เกิดผลอย่างน้อยสองประการคือ

(1) การกระทำที่เป็นเพียงขัดต่อศีลธรรมอันดี ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden blosser Moralwidrigkeiten aus dem strafrecht) ปัญหาว่าการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมแต่ไม่กระทบถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (นิติสมบัติ หรือ คุณธรรมทางกฎหมาย) จะถือว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้นเป็นประเด็นที่โต้เถียงกันมายาวนาน โดยได้ผลสรุปว่า โทษทางอาญามีไว้เพื่อคุ้มครองนิติสมบัติ และเป็นการวางรากฐานความคิดแนวเสรีนิยมว่า การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมแต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นแล้ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ส่งผลกระทบคือ ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน ในปี 1966 ได้ยกเลิกความผิดเกี่ยวกับ รักร่วมเพศ เพศสัมพันธ์กับสัตว์ การเผยแพร่สื่อลามก ฯลฯ

(2) การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบบางประการ ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden von Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht)

การละเมิดกฎเกณฑ์ที่รัฐออกมาโดยไม่ได้ละเมิดการคุ้มครองนิติสมบัตินิเวศหากแต่ออกมาเพื่อจัดระเบียบสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย เพื่อให้ประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุข

⁴¹ H.L.A. Hart, Liberty and Morality (California: Stanford University Press, reprinted 1965), p. 4 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร :สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 3

⁴² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน,” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, 18, 192, (กรกฎาคม 2548): 11-12.

เป็นการละเมิดต่อกฎระเบียบที่ไม่ควรนำมาเป็นความผิดอาญา เช่น การจอตกรณที่ห้ามจอด การไม่แจ้งการย้ายที่อยู่

อย่างไรก็ตาม แม้ภารกิจของกฎหมายอาญาจะมีไว้เพื่อคุ้มครองสังคม แต่ไม่ได้หมายความว่า การดำเนินการแก้ปัญหาทุกเรื่องของรัฐจะต้องใช้กฎหมายอาญามาเป็นมาตรการบังคับ การใช้มาตรการทางอาญาควรนำมาใช้ในฐานะที่เป็นมาตรการเสริม (fragmeritarisch) มาตรการอื่น ๆ ในกรณีที่มาตราการอื่น ๆ นั้นไม่อาจบรรลุผลได้ ดังนั้น มาตรการทางอาญาจึงต้องถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็น วิธีการสุดท้ายของนโยบายทางสังคม (die ultima ratio der sozialpolitik) ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการทางอาญานั้นเป็นสิ่งที่รัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรงที่สุด ดังนั้นจึงควรนำมาใช้เมื่อมาตรการอื่นที่กระทบเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผล มิฉะนั้นจะถือว่าขัดกับหลักการได้สัดส่วนอันเป็นพื้นฐานของนิติรัฐ

2.2.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)⁴³

เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนาจากกลุ่มนักวิชาการดังนี้คือ

แนวคิดของ ซีซาร์ เบคเคอเรีย จากหนังสือชื่อ หลักเกณฑ์แห่งศีลธรรมและการนิติบัญญัติเบื้องต้น (Introduction to the Principles of Morals and Legislation) มีสาระสำคัญคือ ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย หากการกระทำดังกล่าวมิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว

ต่อมา จอห์น สจ๊วต มิลล์ ได้เขียนเรียงความที่ว่าด้วยเสรีภาพ โดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า “วัตถุประสงค์ของเรียงความนี้ เพื่อจะเสนอหลักเกณฑ์ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลในสังคมด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าวิธีการที่สังคมนั้นใช้อยู่ จะเป็นวิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือโดยการข่มขู่บังคับทางศีลธรรมโดยประชามติ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปกป้องตนเอง เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติไม่ว่าจะเป็นรายบุคคลหรือโดยส่วนรวมจากการถูกย่ำยีซึ่งเสรีภาพโดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเองโดยมิได้มีผู้อื่นก่อให้เกิด ไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือ

⁴³ อภิรัตน์ เท้ชรศิริ, ทฤษฎีกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์วิญชุน, 2552), หน้า 51

ทางจริยธรรมแล้วย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างที่เพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพการกระทำของมนุษย์”

2.2.4 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดของ Herbert L Packer

Herbert L Packer มีความเห็นว่า โทษทางอาญามีต้นทุนในการบังคับใช้กฎหมายที่สูง ไม่ว่าจะเป็นด้านงบประมาณ บุคลากร และ ระยะเวลาในการบังคับใช้โทษทางอาญา จึงควรนำมาใช้กับความผิดร้ายแรงเท่านั้น⁴⁴

Herbert L Packer มีความเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมมีดังนี้⁴⁵

- (1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมเป็นจำนวนมาก
- (2) หากกระทำความผิดแล้ว จะไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
- (3) หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลง
- (4) หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- (5) ความผิดอาญาดังกล่าวไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ
- (6) ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดนั้น

2.2.5 หลักเกณฑ์ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย

- ความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร. ประธาน วัฒนวาณิชย์⁴⁶

⁴⁴ Herbert Packer, The Limits of the Criminal Sanction (Stanford university press, 1968),.p. 274.

⁴⁵ Ibid, p. 296.

⁴⁶ สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานสรุปสาระสำคัญของการนำเสนอที่มา สภาพปัญหาและข้อเสนอเบื้องต้นของคณะอนุกรรมการฯ รวมทั้งประเด็นวิพากษ์ข้อเสนอของคณะอนุกรรมการฯ และผู้เข้าร่วมการ

(1) ตามหลักสากลการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญา มีข้อควรคำนึง เช่น ต้องเป็น ความผิดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็น ความผิดที่เป็นอันตราย ต่อสังคมหรือเป็นความผิดที่สังคมติเตียน เป็นต้น

(2) การเพิ่มอัตราโทษให้นักขึ้นเพียงอย่างเดียว ไม่สามารถห้ามมิให้ ประชาชนละเมิด กฎหมายได้ แต่การมีกฎหมายที่ชัดเจนจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้ กฎหมายได้เป็นอย่างดี

(3) มีข้อควรคำนึงในการกำหนดโทษทางอาญา เช่น ไม่ควรใช้การกำหนด โทษทางอาญา เพื่อเป็นเครื่องมือในการแก้แค้น ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญา หากผลร้ายที่เกิดจาก การลงโทษมีมากกว่า การกระทำความผิด ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญากับการกระทำที่ประชาชนไม่ เห็นด้วยหรือฝ่าฝืนต่อความรู้สึก ของประชาชน ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญาในความผิดที่ใช้บังคับ ไม่ได้หรือสามารถใช้มาตรการอย่างอื่นแทน การลงโทษทางอาญาได้ เป็นต้น

(4) ผู้ร่างกฎหมายไม่ควรขยายขอบเขตของบทนิยามคำว่า “การกระทำที่ไร้ ศีลธรรม หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย” ให้มีความหมายกว้างเกินไป เนื่องจากอาจจะทำ ให้เกิดปัญหา ในการตีความกฎหมาย

(5) การกำหนดโทษต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมและความสอดคล้องกับหลัก กฎหมาย สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

(6) การนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญา จำเป็นต้องมี หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการ แยกความผิดของโทษทางปกครองและโทษทางอาญาออกจากกันให้ชัดเจน และการกำหนดโทษทางอาญา ควรจำกัดเฉพาะกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

- ความเห็นของศาสตราจารย์สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล⁴⁷

เกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาที่ใช้ตามหลักสากลอยู่ภายใต้หลักการ ดังนี้

(1) หลักความเสมอภาค กล่าวคือ การบังคับใช้โทษทางอาญาจะต้องไม่ ก่อให้เกิด ความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมาย

สัมมนา ในโครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560), หน้า.หน้า 2

⁴⁷ เรื่องเดิม หน้า 3

(2) ต้องคำนึงว่ามีมาตรการอย่างอื่นที่จะนำมาใช้บังคับแทนโทษทางอาญาหรือไม่

(3) ควรกำหนดโทษทางอาญา เฉพาะการกระทำที่เป็นผลเสียหรือมีผลกระทบ ต่อสาธารณะอย่างร้ายแรงหรือกรณีที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

(4) การกำหนดโทษอาญาต้องพิจารณาถึงสภาพบังคับของกฎหมายด้วย กล่าวคือ หากการฝ่าฝืนกฎหมายทำให้ก่อผลร้ายต่อสังคม จึงจำเป็นต้องกำหนดโทษอาญาเพื่อให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบ ไม่กระทำการนั้นอีกต่อไป

(5) ระวังโทษอาญาที่กำหนดต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด

(6) ในการทบทวนกฎหมายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 นั้น ควรมีการกำหนดให้ทบทวนความผิดอาญาบางอย่างว่า มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดนั้น ๆ หรือไม่ หรือควรยกเลิกโทษอาญาสำหรับความผิดในบางประเภท เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือความผิดลหุโทษ ควรได้รับการทบทวนว่า การกำหนดโทษจำคุกสำหรับความผิดดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ในกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญามีดังนี้

1. การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาต้องมีพฤติกรรมที่น่าตำหนิและมีความชั่ว
2. การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาต้องเป็นภัยอันตรายต่อประชาชนหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง
3. การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาต้องไม่ใช่การกระทำที่เพียงแค่ขัดศีลธรรมหรือกฎระเบียบที่ออกโดยรัฐเพื่อจัดระเบียบสังคม
4. การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาด้วยมาตรการอื่นที่ไม่ใช่มาตรการทางอาญา มาตรการทางอาญาต้องถูกใช้ในฐานะวิธีการสุดท้าย

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา หมายถึง การดำเนินการของหน่วยงานต่างๆ ในการบังคับใช้กฎหมายทางอาญา เช่น หน่วยงานตำรวจ หน่วยงานอัยการ หน่วยงานศาล หน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นไปตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการชั้นสืบสวน สอบสวน พิจารณา พิพากษา บังคับคดี หรือกระบวนการอื่นใดจะยังให้เกิดความยุติธรรมในสังคม⁴⁸ กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีเป้าหมายในการดำรงไว้ซึ่งความเรียบร้อยและความสงบสุขของสังคมโดยการปราบปราม การกระทำความผิด แต่ในขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย จึงเกิดความขัดแย้งในทางปฏิบัติระหว่างประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอยู่เสมอๆ ด้วยเหตุนี้ ศาสตราจารย์ เฮอร์เบิร์ต แพคเกอร์ (Professor Herbert Packer) จึงได้คิดรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา 2 รูปแบบ เพื่อเป็นทางเลือกในการกำหนดแนวกระบวนการยุติธรรมทางอาญา⁴⁹

2.3.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมนั้นเป็นทฤษฎีมุ่งเน้นประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมกระบวนการยุติธรรมในประเทศนี้ จึงต้องมีการบังคับใช้กฎหมายและปราบปรามอาชญากรรมโดยเด็ดขาด มีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดในอัตราที่สูง ตลอดจนดำเนินการในขั้นตอนต่างๆด้วยความรวดเร็ว⁵⁰ กระบวนการยุติธรรมตามทฤษฎีนี้มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่มีขั้นตอนต่อกันตามลำดับตั้งแต่ การสืบสวนสอบสวนก่อนจับกุม การจับกุม การสืบสวนสอบสวนหลังการจับกุม การเตรียมตัวก่อนการพิจารณาคดีในศาล การพิจารณาคดีในศาลหรือการทำให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ การพิพากษาคดี และการควบคุมตัว ซึ่งมาวัดวัดความสำเร็จของแต่ละขั้นตอนนั้นขึ้นอยู่กับความสำเร็จในการส่งต่อคดีไปอีกขั้นตอน เพื่อที่จะไปให้ถึงเป้าหมายสูงสุดดังกล่าว ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมต้องการความทุ่มเทในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ การคัดกรองผู้ต้องสงสัย การตัดสินความผิด และ การควบคุมอย่างเหมาะสมต่อผู้ต้องคำพิพากษา การดำเนินการที่ประสบความสำเร็จจะวัดจากจำนวนการจับกุมและคำพิพากษาลงโทษในขณะที่

⁴⁸ กรม คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, "หลักการและพื้นฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 23 ธันวาคม 2558. แหล่งที่มา: www.humanrightcenter.go.th/HRK/หลักการและพื้นฐาน%20.pdf

⁴⁹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press Press, 1968), p.153.

⁵⁰ Ibid., pp.158-159

ทรัพยากรที่ใช้มีอย่างจำกัดข้อดีของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมคือ ความรวดเร็วและความเด็ดขาด โดยความรวดเร็วขึ้นอยู่กับรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ส่วนความเด็ดขาดขึ้นอยู่กับโอกาสในการโต้แย้ง ข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนผู้ต้องหาในสถานีตำรวจนั้น ได้มารวดเร็วกว่าการซักถามโดยคู่ความในศาล กระบวนการที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจได้รับความนิยมนมากกว่ากระบวนการที่ต้องใช้อำนาจศาล⁵¹

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมโดยเนื้อแท้ถูกใช้น้อยมากในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตามตามทฤษฎีนี้ยังเป็นเครื่องมือที่ถูกใช้ในการดำเนินการกับผู้ต้องหาสงสัยหลังจากที่มีการตรวจสอบเบื้องต้นว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีความผิดซึ่งก็คือ การให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ โดยจะลดทอนความสำคัญของการค้นหาข้อเท็จจริง อาจจะถูกคิดว่าทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมนั้นแก่นสำคัญประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 อย่าง คือ 1.กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อปลดปล่อยข้อสงสัยในตัวผู้ต้องสงสัย หรือ 2.การให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพของผู้ต้องสงสัย⁵²

2.3.2 ทฤษฎีสุภนิติกระบวนการ (Due Process)

หากทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรมมีลักษณะเหมือนสายการผลิตในโรงงาน ทฤษฎีสุภนิติกระบวนการก็เหมือนเครื่องกีดขวางที่แต่ละขั้นตอนจะถูกออกแบบเพื่อเป็นตรวจสอบการดำเนินการต่อผู้ถูกกล่าวหาตลอดทั้งกระบวนการ แนวความคิดนี้มีได้สวนทางกับแนวทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรม ทั้งยังมีได้ละเลยต่อความต้องการของสังคมที่จะต้องการลดอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ประกอบด้วยหลายแนวคิดที่ซับซ้อน บางส่วนตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไคร่ครวญถึงประสิทธิภาพของเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันอาชญากรรม⁵³

แนวคิดตามทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรมนั้น การค้นหาความจริงกระทำโดยตำรวจและพนักงานอัยการโดยอาจใช้วิธีที่ไม่เป็นทางการ เช่น การข่มขู่ทั้งทางกายภาพ หรือทางจิตวิทยา หรือการสร้างพยานหลักฐาน แต่แนวคิดตามทฤษฎีสุภนิติกระบวนการนั้นต้องการให้การสอบสวนพิจารณาคดีเป็นทางการและเปิดเผยต่อหน้าศาลโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและอิสระ เน้น

⁵¹ Herbert L Packer, "Two Models of the Criminal Process," U. Pa. L. Rev. 113(1964),pp.10-

⁵² Ibid., p.13

⁵³ Ibid., p.14

การแสวงหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการที่น่าเชื่อถือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจปล่อยตัวจำเลยหรือดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ได้⁵⁴

ในทางปฏิบัติแล้วไม่มีประเทศใดในโลกที่มีระบบกระบวนการยุติธรรมโดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาไว้อย่างมากมายด้วยหลักการตัดพยาน (Exclusionary rule) อันเป็นแนวคิดของทฤษฎีสุกนิติกระบวน แต่ในความเป็นจริงแล้วในการดำเนินคดีอาญานั้นร้อยละ 97 เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างพนักงานอัยการ จำเลย และทนายความของจำเลย⁵⁵ ซึ่งเป็นแนวคิดของทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรม

ส่วนประเทศไทยนั้นผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมของไทยนั้นควรใช้ระบบผสมระหว่างทั้งสองทฤษฎีโดยการให้น้ำหนักทฤษฎีใดมากกว่ากันนั้นขึ้นอยู่กับนโยบายทางอาญาของรัฐว่าต้องการปราบปรามอาชญากรรมประเภทใด เช่น ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมหรืออาชญากรรมร้ายแรง หรืออาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่ผู้กระทำความผิดมีฐานะทางเศรษฐกิจสูงหรือเป็นผู้มีอิทธิพล นโยบายอาญาของรัฐก็ควรให้น้ำหนักในการใช้ทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการปราบปรามการกระทำความผิด ส่วนการปราบปรามอาชญากรรมปกติที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลทั่วไป นโยบายทางอาญาของรัฐก็ควรมุ่งเน้นการให้น้ำหนักทฤษฎีสุกนิติกระบวนเพื่อความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเจ้าพนักงาน

เมื่อเราทราบแล้วว่าการปฏิบัติกรอำพรางนั้นต้องกระทำโดยบุคคลากรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งต้องแฝงตัวด้วยการอำพรางข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ เราควรจะศึกษาว่าเหตุใดผู้ปฏิบัติการอำพรางจึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษโดยการเก็บข้อมูลที่แท้จริงไว้เป็นความลับ

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐที่จะต้องจัดให้มีเพื่อประชาชนที่อยู่ในประเทศให้ได้รับความปลอดภัยและความสะดวกสบาย การจัดการและการดำเนินกิจกรรมของรัฐจึงเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ คือ ประโยชน์สาธารณะ สามารถแบ่งได้ 2 ด้าน คือ ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยและภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความ

⁵⁴ ประธาน วัฒนวานิชย์, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2524): 152-153.

⁵⁵ Jed S Rakoff, "Why Innocent People Plead Guilty," The New York Review of Books 20(2014).

ต้องการของประชาชน⁵⁶ ซึ่งในการปฏิบัติให้ภารกิจของรัฐลุ่มนั้นต้องอาศัย บุคลากรของรัฐในการปฏิบัติงานหรือเจ้าพนักงาน ซึ่งเจ้าพนักงานนั้นจะปฏิบัติงานได้เพียงใดขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายได้ให้อำนาจไว้เพียงใด ตามหลัก “ไม่กฎหมาย ไม่มีอำนาจ”⁵⁷

แม้ว่ากฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานเพื่อปฏิบัติงานบริการสาธารณะ เจ้าพนักงานก็ต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นจะใช้อำนาจเกินเลยจนกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ หรือจะใช้อำนาจของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ไม่ได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีระบบในการตรวจสอบ ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานเป็นพิเศษ แต่การควบคุมเจ้าพนักงานมากเกินไปจนเจ้าพนักงานไม่อาจปฏิบัติงานได้ก็ทำให้เกิดความเสียหายต่อการจัดทำบริการสาธารณะได้ รัฐจึงต้องสร้างมาตรการในการคุ้มครองเจ้าพนักงานเช่นกัน ทั้งรัฐยังต้องหาสมดุลระหว่างการควบคุมและการคุ้มครองเจ้าพนักงานด้วย ซึ่งมาตรการที่ใช้คือ มาตรการลงโทษทางอาญา

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น เจ้าพนักงานนั้นย่อมต้องกระทำการขัดต่อส่วนได้เสียของเอกชนอยู่แล้ว เช่น การจับ การค้น การยึดของกลาง เหตุนี้เจ้าพนักงานจึงยอมตกเป็นที่โกรธแค้นของผู้ถูกใช้อำนาจบังคับทางอาญา ซึ่งอาจแสดงออกด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร หรือด้วยกิริยา หรือการกระทำซึ่งมิใช่เป็นการเสียหายแก่ชื่อเสียงเท่านั้น แต่ยอมทำความเสียหายแก่อำนาจของเจ้าพนักงานด้วย

ในปัจจุบันประเทศไทยนั้นได้บัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมและคุ้มครองเจ้าพนักงานไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในส่วนกฎหมายที่คุ้มครองเจ้าพนักงานเพื่อให้เจ้าพนักงานได้ใช้อำนาจรัฐที่มีความบริสุทธิ์และเด็ดขาด ทำให้เจ้าพนักงานปฏิบัติงานได้ไม่ติดขัด จะอยู่ในลักษณะ 2 หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงาน และ ลักษณะ 3 หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ส่วนกฎหมายที่ควบคุมเจ้าพนักงานเพื่อรักษาอำนาจรัฐให้บริสุทธิ์ สะอาด หรือไม่ทำให้ตำแหน่งมัวหมองในสายตาประชาชน อยู่ในลักษณะ 2 หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และลักษณะ 3 หมวด 2 ความต่อตำแหน่งราชการในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งคำว่า “เจ้าพนักงาน” นั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงาน หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็น

⁵⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2555), หน้า 33

⁵⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), หน้า 21-22

เจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะเป็นประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่”

2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความลับ

การปราบปรามองค์กรอาชญากรรมหรืออาชญากรรมร้ายแรงนั้น การปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการรวบรวมข้อมูลข่าวสารหรือพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวควรใช้เป็นมาตรการสุดท้ายที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจะพึงกระทำ เนื่องจากด้วยธรรมชาติของการสืบสวนพิเศษประเภทนี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำพรางหากถูกเปิดโปงข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง หลักสำคัญจึงอยู่ที่การทำให้องค์กรอาชญากรรมหรือเป้าหมายของการสืบสวนเชื่อว่าเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นเป็นคนอื่น ดังนั้นข้อมูลใดๆ ของผู้ปฏิบัติการอำพรางที่จะนำไปสู่การถูกเปิดเผยสถานะที่แท้จริงจึงต้องเป็น “ความลับ” เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของภารกิจและความปลอดภัยของผู้ปฏิบัติการอำพรางและครอบครัว ดังนั้นในการพิจารณาว่าข้อมูลใดๆ ของผู้ปฏิบัติการอำพรางจะต้องเป็นความลับหรือไม่นั้น จึงจำเป็นเริ่มต้นพิจารณาจากความหมายของ “ความลับ” และประเภทของความลับเสียก่อน

2.5.1 ความหมายของความลับ

ความลับ (Secret) คือ ข้อเท็จจริงที่ถูกปกปิดและไม่ต้องการให้ถูกเปิดเผย ข้อเท็จจริงนั้นเป็นได้ทั้งความบกพร่องและความผิด เช่น การกระทำโดยมิชอบต่อเด็ก หรืออาจจะเป็นเรื่องน่าอับอายจากการทุจริต หรืออาจจะเป็นข้อมูลที่มีค่าสูงและต้องการการปกป้องเป็นพิเศษ เช่น นวัตกรรม หรือ ความมั่นคงของชาติ⁵⁸ ความลับนั้นมีที่มาทั้งเป็นความลับโดยธรรมชาติ (Nature secret) ความลับจากคำมั่น (Promised secret) และความลับจากความไว้วางใจ (Entrusted secret)⁵⁹ ซึ่งแต่ละประเภทมีลักษณะดังนี้

ความลับโดยธรรมชาติ (Nature secret) นั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มีผลผูกพันทุกคนโดยไม่จำเป็นต้องเกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติหรือข้อตกลงใดๆ มนุษย์ต้องการการปกปิดความลับที่จะทำให้ตนเสียหายหรือไม่พึงพอใจ⁶⁰

⁵⁸ Karl-Heinz Peschke, *Christian Ethics, Volume 2: Moral Theology in Light of Vatican II: Volume II Special Moral Theology* (Wipf and Stock Publishers, 2012)., p.402

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

ความลับจากคำมั่น (Promised secret) คือความลับที่บุคคลหนึ่งได้รับรู้จากบุคคลหนึ่งแล้วให้สัญญาต่อกันไว้ว่าจะเก็บไว้เป็นความลับ⁶¹

ความลับจากความไว้วางใจ (Entrusted secret) คือความลับที่บุคคลได้มาแต่เพียงผู้เดียวเนื่องจากเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง ข้อตกลงนั้นมีได้ทั้งชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นความลับของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional secret) เช่น แพทย์ ทนายความ⁶²

ในประเทศไทยนั้นตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2555 ได้ให้ความหมายคำว่า “ความ” หมายถึงคำนำหน้ากริยาหรือวิเศษณ์เพื่อแสดงสภาพ เช่น ความตาย ความดี ความชั่ว ส่วนคำว่า “ลับ” หมายถึง ที่อยู่ในที่พ้นตา, ที่อยู่ในที่ซึ่งแลไม่เห็น, เช่น ที่ลับ ประตูลับ หายลับ, ที่ปกปิดหรือควรปกปิด โดยมีได้ให้ความหมายคำว่า “ความลับ” ไว้โดยตรง ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “ความลับ” หมายถึง สิ่งที่ปกปิดหรือสิ่งที่ควรปกปิด

ในกฎหมายไทยนั้นไม่มีคำนิยามคำว่า “ความลับ” โดยตรง มีเพียงแนวทางคำอธิบายความหมายของคำว่า “ความลับ” ในตำรากฎหมายอาญาและตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “ความลับ” หมายถึง วิธีการหรือข้อเท็จจริงที่ไม่ประจักษ์ต่อคนทั่วไปและเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับนั้น ฉะนั้นการที่จะถือว่าข้อเท็จจริงใดเป็นความลับ จึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดอาจปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด⁶³

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ญ นคร ได้ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิด โดยยอมให้รู้ได้ภายในวงบุคคลอันจำกัด ซึ่งความลับอาจจะเป็นข้อความธรรมดาทั่วไปที่ผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดก็ได้ ซึ่งความลับนั้นจะประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 3 ประการคือ 1.ความไม่ค่อรู้กันของข้อเท็จจริง 2.เจตจำนงที่จะเก็บไว้เป็นความลับ และ 3.ผลประโยชน์ของการเก็บไว้เป็นความลับ⁶⁴

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หัวข้อ 1133, หน้า 2156-2157.

⁶⁴ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), หน้า 281

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลจำกัด⁶⁵

คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 12685/2558 ได้วางแนววินิจฉัยว่า หมายถึง ข้อเท็จจริงที่ไม่ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นข้อเท็จจริงที่เจ้าของความลับประสงค์จะปกปิดไม่ให้บุคคลอื่นรู้

จากคำนิยามที่นักกฎหมายได้อธิบายไว้และตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย อาจสรุปได้ว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อมูลหรือข้อความที่เจ้าของประสงค์ที่จะปกปิดไว้หรือให้ผู้อื่นรู้ได้ในวงจำกัด

ตามพจนานุกรมของ Cambridge ได้ให้ความหมายดังนี้

คำว่า “secret” หมายถึง a piece of information that is only known by one person or a few people and should not be told to others.^{66*}

คำว่า “confidential” หมายถึง secret or private, often in a formal, business, or military situation.^{67**}

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคำว่า “secret” หมายถึง ข้อมูลที่บุคคลคนเดียวหรือสองถึงสามคนเท่านั้นที่รู้และไม่ควรบอกผู้อื่น ส่วนคำว่า “confidential” หมายถึง ความลับหรือความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับงานราชการ ธุรกิจ หรือ การทหาร

2.5.2 ประเภทของความลับ

ได้มีผู้พยายามจัดแยกประเภทของความลับออกเป็น 6 ประเภท⁶⁸ ดังนี้

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 239

* <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/secret> (สืบค้นข้อมูล: วันที่ 15 ธันวาคม 2562)

** <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/confidential> (สืบค้นข้อมูล: วันที่ 15 ธันวาคม 2562)

⁶⁸ Ameera Alqayem, "The Banker Customer Confidential Relationship" Brunel University London, 2015), p.15.

1. ความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Attorney Client Confidentiality)
2. ความลับของการอนุญาโตตุลาการ (arbitration confidentiality)
3. ความลับของรัฐบาล (government confidentiality)
4. ความลับทางธุรกิจ (business confidentiality)
5. ความลับของผู้ป่วย (medical confidentiality)
6. ความลับส่วนตัว (confidentiality in private affairs)

ลักษณะของความลับทั้ง 6 ประเภทโดยสังเขป มีดังนี้

1. ความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Attorney Client Confidentiality)

การรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีประวัติศาสตร์มาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยปรากฏในกฎหมายโรมัน (Roman Law) ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีความซื่อสัตย์ต่อลูกความและไม่สามารถเป็นพยานในคดีของลูกความได้ หลักการนี้ได้ส่งอิทธิพลต่อโครงสร้างหลักกฎหมายต่อประเทศอังกฤษด้วย โดยในสมัยตอนต้นของพระนางอลิซาเบทถือว่า สัจจะและเกียรติของเนติบัณฑิตและทนายความ (Oath and honor of barrister and attorney) จะป้องกันเนติบัณฑิตและทนายความจากการซักถามในศาลเพื่อให้เปิดเผยความลับของลูกความได้⁶⁹

แนวคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีพื้นฐานมาจากความไว้วางใจที่เชื่อว่าทนายความจะให้บริการต่อลูกความอย่างดีที่สุดในการปกป้องผลประโยชน์ของลูกความ เพื่อที่จะได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายที่ดีลูกความจึงเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อทนายความไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เป็นประเด็นทางกฎหมาย เรื่องงาน เรื่องส่วนตัวในครอบครัว หรือแม้แต่เรื่องที่ได้กระทำความผิดทางอาญาล่วงแล้วแต่เกิดจากการที่ลูกความเชื่อใจทนายความว่าจะไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ด้วยภาระผูกพันทางศีลธรรมและกฎหมาย (Ethical and legal obligation) ดังกล่าวจึงป้องกัน

⁶⁹Charles Tilford McCormick and Edward W Cleary, Mccormick's Handbook of the Law of Evidence (West Publishing Company, 1972)., p.175.

ทนายความจากการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของลูกค้าไม่ว่าจะเป็น การติดต่อสื่อสาร การประชุม คำแนะนำทางกฎหมาย หรือเอกสารใดๆที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท⁷⁰

ในระบบกฎหมายคอมมอนว์ของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่มีการลงโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจได้รับการเยียวยาจากการฟ้องมูลละเมิด (Tort) แต่ในบางประเทศแถบยุโรปถือว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเปิดเผยความลับในวิชาชีพเป็นความผิดอาญา เช่น ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี เป็นต้น⁷¹

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้เคยสรุปหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดังนี้⁷²

1. หน้าที่ต้องซื่อตรงต่อลูกค้า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเฉพาะทนายความต้องให้บริการให้สมประโยชน์ของลูกค้าอย่างสุดฝีมือและระมัดระวัง ต้องรักษาซึ่งความไว้วางใจของลูกค้าที่มีต่อตน ไม่เอาเปรียบจากความไม่รู้เท่าทันของลูกค้า เคร่งครัดเกี่ยวกับเรื่องเงินของลูกค้า เมื่อได้รับว่าความต้องทำหน้าที่ด้วยความสามารถอันเหมาะสมกับงาน และใช้ความระมัดระวังอันควรแก่ฐานะผู้ประกอบวิชาชีพ และต้องอุทิศตนเพื่อประโยชน์ของลูกค้าจนสุดความรู้ความสามารถด้วยความอุตสาหะภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย⁷³

2. หน้าที่ต้องซื่อตรงต่อการอำนวยความสะดวกได้แก่ ต่อผู้พิพากษาหรือต่อศาล ต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีทนายความ ตัวความและพยานของเขา และต่อวิชาชีพทางกฎหมาย ส่งเสริม ปรับปรุง ไม่นำความเสื่อมเสียมาสู่ โดยรักษาระดับมาตรฐานทางจิตใจและวิชาชีพเอาไว้

3. หน้าที่ต้องซื่อตรงต่อชุมชน โดยส่งเสริมความยุติธรรมทั้งในการดำเนินงานในศาล และในสำนักงาน และต้องทำให้เกิดความยุติธรรมโดยวิถีทางของกฎหมายและอำนวยความสะดวก

⁷⁰ Thomas Baudesson and Peter Rosher, "Secret Professionnel Face Au Legal Privilege- Professional Secrecy Versus Legal Privilege, Le," *Int'l Bus. LJ* (2006).

⁷¹ J.T. Alves, *Confidentiality in Social Work* (Catholic University of America Press, 1959), pp. 52-53.

⁷² จิตติ ดิงศภัทย์, *หลักวิชาชีพกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สำนักพิมพ์ประกายพิภ, 2533), หน้า 68.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77

4. หน้าที่ต้องซื้อตรงต่อผู้ร่วมวิชาชีพ ได้แก่ ผู้ร่วมสำนักงาน ผู้มีอาวุโสกว่าและรองผู้ช่วยเหลือ เสมียนพนักงาน

5. หน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อตนเอง ให้มีการครองชีพสมฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพและประชาชนคนหนึ่ง แม้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความจำเป็นในการหาเลี้ยงชีพเพื่อตนเองและครอบครัวกับผู้ที่ต้องพึ่งพาอาศัยตนแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าต้องกอบโกยเอาประโยชน์จนเกินเลยเป็นฟุ่มเฟือยเอาเปรียบผู้อื่น

แม้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะต้องรักษาผลประโยชน์และเก็บความลับของลูกค้าแต่ในบางครั้งผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก็มีเหตุจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยความลับของลูกค้าด้วย โดยเฉพาะเมื่อเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสาธารณะและป้องกันประชาชนจากอันตรายร้ายแรง⁷⁴

2. ความลับของการอนุญาโตตุลาการ (arbitration confidentiality)

การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง กระบวนการพิจารณาระงับข้อพิพาททางแพ่ง ที่คู่กรณีทั้งสองตกลงกันโดยใจสมัคร ให้มีการแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลหนึ่งขึ้น เพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการโดยการทำข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น เพื่อให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยผลของคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลผูกมัดคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการจึงเปรียบเหมือนผู้พิพากษานั้นเอง⁷⁵

เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นมีรูปแบบที่ไม่เคร่งครัดเหมือนกระบวนการพิจารณาคดีในศาล นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาคดีในศาลตามกฎหมายแล้วต้องกระทำโดยเปิดเผยเว้นเสียแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้พิจารณาเป็นความลับได้ด้วยหลักกฎหมายดังกล่าว ทำให้การพิจารณาคดีแพ่งบางคดีสาธารณชนสามารถเข้าร่วมฟังการพิจารณาคดีได้ ด้วยเหตุนี้คู่กรณีจึงอาจเลือกใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแทนที่จะใช้กระบวนการพิจารณาคดีในศาลเพื่อรักษาข้อมูลที่เป็นความลับไว้⁷⁶

⁷⁴ Commission of the European Communities, Lawyers in the European Community (Brussels 1987), p 139 - 149

⁷⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 42.

⁷⁶ EMEM UDUAK Udobong, "Confidentiality in International Arbitration; How Valid Is This Assumption?,"(University of Dundee Publications).

ที่มาของการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการ ได้แก่ การตีความสัญญา ข้อตกลงระหว่างคู่ความ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน หรือข้อบังคับขององค์กร⁷⁷

3. ความลับของรัฐ (government confidentiality)

ความลับของรัฐ (government confidentiality) ได้แก่ข้อมูลที่มีความอ่อนไหว เช่น ข้อมูลความมั่นคงของชาติที่เป็นความลับ ความลับทางการทหาร ข้อมูลที่ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความลับทางอาชญากรรม การเปิดเผยหรือการพยายามเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา⁷⁸ ส่วนเหตุผลที่ชอบธรรมที่รัฐบาลมีอำนาจจะกำหนดให้ข้อมูลใดเป็นความลับของรัฐ คือ 1). ปกป้องพลเมือง 2). คุ้มครองสถาบันประชาธิปไตย และ 3). คุ้มครองผู้เกี่ยวข้องหรือมีตำแหน่งภายในประชาคมระหว่างประเทศ แต่ทั้งหลายทั้งมวลนั้นวัตถุประสงค์สำคัญคือ รัฐมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีของชาติและอำนาจอธิปไตยของชาติจากศัตรู⁷⁹

ตลอดช่วงประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติที่ผ่านมา การเก็บรักษาความลับระหว่างรัฐต่างๆเกิดขึ้นอยู่โดยตลอดทั้งในยามสงบและยามสงคราม ขึ้นอยู่กับความสามารถทางการทูตของแต่ละประเทศ เมื่อรัฐบาลต้องการซุกซ่อนหรือปกปิดข้อมูลใดๆ ต่อการถูกเปิดเผย ข้อมูลนั้นจะเป็น “ความลับของรัฐ” ถึงแม้ว่ารัฐบาลส่วนใหญ่จะประกาศว่าตนนั้นเป็นรัฐบาลที่โปร่งใสและอนุญาตให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการได้ก็ตาม แต่รัฐบาลก็ยังมีสิทธิที่จะกำหนดให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทหารเป็นความลับได้⁸⁰ โดยเฉพาะรัฐบาลเผด็จการมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจในการกำหนดให้ข้อมูลเป็นความลับ อย่างไรก็ตามประเทศอังกฤษนั้นเป็นหนึ่งในชาติประชาธิปไตยของโลก ตะวันตกที่การควบคุมข้อมูลข่าวสารไปสู่สาธารณะนั้นขยายตัวมากที่สุด⁸¹ ซึ่งศตวรรษที่ผ่านมาได้มีการกำหนดโทษทางอาญาต่อการเปิดเผยข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตมากกว่า 100 ความผิด⁸²

⁷⁷Ameera Alqayem, “The Banker Customer Confidential Relationship”, pp.26-31.

⁷⁸ Ibid., pp.36-37.

⁷⁹ Robert Timothy Reagan, Keeping Government Secrets: A Pocket Guide for Judges on the State-Secrets Privilege, the Classified Information Procedures Act, and Court Security Officers (Federal Judicial Center, 2007)., p.1

⁸⁰ Ibid., p.4

⁸¹ Ameera Alqayem, "The Limitation of Confidentiality in Governments," Kuwait International Law School Journal.: 38

⁸²James Michael, "The Politics of Secrecy: Closed Government in Britain," Bury St Edmunds: Penguin (1982)., p.9

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังเกิดเหตุการณ์ 19 กันยายน 2001 ซึ่งเกิดสงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War on Terror) บรรดารัฐต่างๆยิ่งปกป้องความลับของชาติยิ่งขึ้นไปอีก

สำหรับประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดนิยามคำว่า “ความลับของรัฐ” หรือ “ความลับของทางราชการ” อย่างไรก็ตามมีกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ได้ให้นิยามคำที่มีความหมายใกล้เคียง คือคำว่า “ข้อมูลข่าวสารลับ” ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 ข้อ 5 ซึ่งให้ความหมายว่า “ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ที่มีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยและอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือที่เกี่ยวกับเอกชน ซึ่งมีการกำหนดให้มีความลับเป็น ชั้นลับ ชั้นลับมาก หรือ ชั้นลับที่สุด ตามระเบียบนี้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและประโยชน์แห่งรัฐประกอบกัน”

4. ความลับทางธุรกิจ (business confidentiality)

การให้ความคุ้มครองความลับทางธุรกิจมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยถือว่าการได้ไปซึ่งความลับทางธุรกิจนั้นเป็นการกระทำที่มิชอบ เช่น ตามกฎหมายโรมัน คู่แข่งที่ล่อลวงหรือชักจูงให้ทาสเปิดเผยความลับทางธุรกิจของนายทาส ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อนายทาส⁸³ ต่อมาในสมัยยุคกลาง นครเวนิสได้มีคำสั่งให้ช่างทำแก้วอาศัยอยู่บนเกาะเท่านั้นเพื่อมิให้กรรมวิธีในการเป่าแก้วรั่วไหลไปยังบุคคลภายนอก⁸⁴ ต่อมากฎหมายได้พัฒนาจนถึงยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมเพื่อปกป้องคุ้มครองความลับทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมในหลายประเทศเช่น อังกฤษ สวีเดน และ ฝรั่งเศส

นิยามของคำว่า ความลับทางธุรกิจ (Business confidentiality) หรือ ความลับทางการค้า (Trade confidentiality) นั้น ยังไม่มีค่านิยามใดที่ให้ความหมายได้ครอบคลุม อย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศส่วนใหญ่จะนิยามจะไปในทิศทางเดียวกัน*

⁸³Earl W Kintner and Jack L Lahr, An Intellectual Property Law Primer: A Survey of the Law of Patents, Trade Secrets, Trademarks, Franchises, Copyrights, and Personality and Entertainment Rights (Macmillan, 1975), pp.117-118

⁸⁴ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5, (ธันวาคม 2545) : 29-92

* ดู US Uniform Trade Secret Act 1985, 1.4, which defines trade secrets as ‘information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, techniques, or process ...’

ส่วนประเทศไทยได้ให้คำนิยามไว้ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 ว่า “ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยัง เข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้ว ต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่ เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

เหตุผลของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามีหลายประการ คือ เพื่อดำรงไว้ซึ่งจริยธรรมทางการค้า ป้องกันไม่ให้เกิดการเอาเปรียบทางธุรกิจและเพื่อสนับสนุนให้เกิดการวิจัยต่อไป⁸⁵

5. ความลับของผู้ป่วย (medical confidentiality)

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนั้นเป็นความไว้วางใจกันอันมีอากัฏฐ์ได้มาอย่างยาวนาน โดยผู้ป่วยจะไว้วางใจให้แพทย์เป็นผู้ดูแลชีวิตและความเป็นอยู่ของผู้ป่วยจึงเปิดเผยข้อมูลทั้งหลายรวมถึงเรื่องส่วนตัว แพทย์จึงมีความผูกพันที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อสาธารณชน ซึ่งหลักการรักษาความลับของผู้ป่วยนั้นถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นครั้งแรกในคำประกาศเจนีวา (Declaration of Geneva) ซึ่งบัญญัติให้แพทย์มีหน้าที่เคารพความลับของผู้ป่วยแม้ผู้ป่วยจะถึงแก่ความตายไปแล้ว⁸⁶

สำหรับประเทศไทยนั้น ศาสตราจารย์นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้คำอธิบายคำว่า ความลับของผู้ป่วย หมายความว่ารวมถึงสิ่งต่างๆที่แพทย์ทราบมาทั้งหมดเกี่ยวกับเรื่องราวของผู้ป่วยของเขาและอาจจะครอบคลุมไปถึงข้อมูลทุกอย่างที่ปรากฏในรายงานผู้ป่วยหรือในเอกสาร ที่เกี่ยวกับผู้ป่วยทุกชนิดที่ใช้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และปัจจุบันยังรวมถึงข้อมูลของผู้ป่วยที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ด้วยและความลับเหล่านี้แม้ว่าผู้ป่วยจะตายแล้วก็ยังจะเก็บเป็นความลับอยู่⁸⁷

6. ความลับในชีวิตส่วนตัว (confidentiality in private affairs)

ความลับในชีวิตส่วนตัวนั้นถือว่าเป็นประเด็นสำคัญที่อ่อนไหวและมีความสำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของสังคมเนื่องมาจากการเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การรักษาความลับในชีวิตส่วนตัวนั้นเป็นเรื่องสำคัญในระบบประชาธิปไตยและเสรีภาพของประชาชน หากจะกล่าวให้ชัดขึ้นนั้น ความเป็นส่วนตัว (Privacy) ของปัจเจกชนนั้นได้รับการคุ้มครองแต่ขณะเดียวกันก็

⁸⁵ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 5: 29-92

⁸⁶ “Declaration of Geneva 1948”, amended at Sydney 1968, 1983, 2006.

⁸⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “แพทย์กับความลับของผู้ป่วย”, คลินิก, 3, (มีนาคม 2530): 191 .

ต้องเคารพในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นด้วย การเคารพความเป็นส่วนตัวจึงเป็นรากฐานสำคัญของเสรีภาพของปัจเจกชน สิทธิมนุษยชน และอิสรภาพ ดังนั้นรัฐบาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะปกป้องการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดความเป็นส่วนตัวได้ด้วยการออกกฎหมาย นี่จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงปรากฏอยู่ในเอกสารข้อตกลงระดับภูมิภาคหรือระดับนานาชาติดังเช่นปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 12 ว่า⁸⁸

“บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบล้างในเกียรติยศและชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองปกป้องโดยกฎหมายต่อการก้าวล่วงในสิทธิเช่นว่านั้น”

ในประเทศไทยนั้นสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 32 ดังนี้

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว การกระทำความผิดเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

สิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right) ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่หรือกระทำโดยลำพังในเรื่องส่วนตัวหรือกิจกรรมส่วนตัวโดยแท้ บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะหวงแหน ปกปิดเรื่องราว ข่าวสาร หรือข้อมูลที่เป็นเรื่องส่วนตัวของตนได้ ข่าวสารหรือข้อมูลในรูปแบบต่างๆ เช่น ชื่อ ที่อยู่ รูปภาพ ภาพถ่าย เสียง ของบุคคลใดๆ ย่อมเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของคนที่นั้นๆ ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง

สำหรับคำว่า “สิทธิความเป็นส่วนตัว” นั้น ได้มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่าน เช่น

⁸⁸ "Universal Declaration of Human Rights," ed. the United Nations General Assembly (Paris 1948).

Richard A. Spinello ได้ให้ความหมายไว้ว่า⁸⁹ หมายถึงการจำกัดการเข้าถึงตัวปัจเจกชนโดยบุคคลอื่น (The limitation of other's access to an individual) ซึ่งประกอบด้วยปัจจัย 3 ประการคือ

- 1) การเก็บรักษาความลับ (Secrecy) หมายถึง การจำกัดมิให้บุคคลอื่นทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง
- 2) การปิดบังชื่อหรือไม่เปิดเผยตัว (Anonymity) หมายถึง การป้องกันมิให้คนอื่นทราบว่าตนเองเป็นใคร
- 3) การอยู่ตามลำพัง (Solitude) หมายถึงการไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาอยู่ใกล้ชิดในทางกายภาพ

คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists) ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิส่วนบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวในการประชุมเมื่อปี ค.ศ. 1967 ที่ประเทศสวีเดน ว่า “เป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังโดยมีการรบกวนแทรกแซงในระดับน้อยที่สุด ซึ่งมีการขยายความว่าหมายถึงสิทธิของปัจเจกชนที่จะดำเนินชีวิตโดยได้รับการคุ้มครองจากสิ่งเหล่านี้ คือ⁹⁰ (a) การแทรกแซงในชีวิตความเป็นส่วนตัว ครอบครัว และเคหสถาน (b) การแทรกแซงในทางกายภาพในทางจิตใจ หรือในทางศีลธรรมและเสรีภาพในทางความคิด (c) โจมตีเกียรติยศหรือชื่อเสียง (d) การไขข่าวแพร่หลาย (being a placed in false light) ซึ่งข้อความอันไม่เป็นความจริงซึ่งทำให้ถูกดูหมิ่นโดยสาธารณชน (e) การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่น่าอับอายในเรื่องส่วนตัวโดยไม่ได้มีส่วนได้เสีย (f) การใช้ชื่อ ข้อมูลเอกลักษณ์บุคคล (Identity) หรือสิ่งที่คล้ายคลึงกัน (g) สอดแนม สอดรู้สอดเห็น หรือรบกวน (h) การล่วงรู้การติดต่อกันทางจดหมาย (i) การใช้การติดต่อสื่อสารในทางที่ผิด (j) เปิดเผยข้อมูลจากการประกอบวิชาชีพ

เมื่อได้ศึกษาถึงความหมายของสิทธิในความเป็นส่วนตัวแล้ว ย่อมต้องศึกษาวัตถุประสงค์แห่งสิทธิซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองก็คือคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ด้วย ซึ่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานไม่ได้ให้ความหมายคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้โดยตรง แต่ได้ให้ความว่าคำว่า “ข้อมูล” ไว้ว่า

⁸⁹ ปฏิวัติ อุ่นเรือน, “ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ,” (สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 9

⁹⁰ International Commission of Jurists, Nordic Conference on the Right of Privacy (International Commission of Jurists, 1967).

หมายถึง ข้อเท็จจริง หรือสิ่งที่ถือหรือยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริง สำหรับใช้หรืออนุมานหาความจริง หรือคำนวณ^{91*}

สำหรับกฎหมายไทย พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ให้นิยาม คำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้ว่าหมายถึง “ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรมหรือประวัติการทำงานบรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีหมายเลข รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึก ลักษณะเสียงของบุคคล หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

ตามกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU Directive 1994) ได้บัญญัติคำนิยาม “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายถึง ข้อมูลข่าวสารใดๆ อันทำให้ระบุตัวหรืออาจระบุตัวบุคคลของบุคคลธรรมดาได้ (เจ้าของข้อมูล) ผู้ซึ่งอาจถูกระบุตัวได้ หมายถึงบุคคลที่อาจถูกบ่งบอกตัวได้ โดยการใช้อ้างอิงทั้งโดยตรงและโดยอ้อมถึงเลขบัตรประจำตัวประชาชนหรือโดยการใช้ข้อมูลเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างเกี่ยวกับสรีระ การทำงานของร่างกายจิตใจ ภาวะทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรมหรือสังคมของผู้นั้น”⁹²

OECD (Organization for Economic Cooperation and Development) ได้ให้ความหมายว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อความใดๆ อันระบุตัวหรืออาจระบุตัวบุคคลได้”⁹³

ข้อมูลส่วนบุคคลโดยทั่วไปนั้นสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ ข้อมูลทั่วไป (Non-sensitive data) กับ ข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive data) ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันดังนี้⁹⁴

1. ข้อมูลทั่วไป (Non-sensitive data) เป็นข้อมูลข่าวสารทั่วไปซึ่งสามารถบ่งชี้ตัวบุคคลได้ได้แก่ ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อายุ การศึกษา อาชีพ สถานะ ซึ่งสามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้

* พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2535, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525), หน้า 133.

⁹² พิมพ์ ลาวัลย์, “การกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับข้อมูลเอกลักษณ์บุคคล”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557) หน้า 18

⁹³ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁴ ศิริกุล ภูพันธ์, “ข้อความคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) หน้า 83

2. ข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive data) ได้แก่ ข้อมูลที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคล เป็นข้อมูลความลับที่ไม่ควรเปิดเผย ได้แก่ ความเชื่อทางศาสนา รสนิยมทางเพศ ข้อมูลสุขภาพประวัติอาชญากร



บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางในประเทศไทย

การศึกษาในบทนี้จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางในปัจจุบันซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายที่ให้อำนาจในการใช้การปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 นอกจากนี้ยังศึกษาถึงกฎหมายอื่นๆ ที่อาจนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางทั้งมาตรการที่มีโทษทางอาญาและไม่มีโทษทางอาญา

3.1 การใช้มาตรการกำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเป็นความลับและการลงโทษทางวินัย

3.1.1 การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ออกข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 โดยในส่วนของมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ข้อ 6 ของข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดว่า การปฏิบัติตามข้อบังคับนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานหรือบุคคลผู้แฝงตัว จึงให้การดำเนินการทุกขั้นตอนตามข้อบังคับนี้ เป็นเรื่องที่มีชั้นความลับข้าราชการและลูกจ้างกรมสอบสวนคดีพิเศษผู้ใดเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามข้อบังคับนี้อันอาจเกิดความเสียหาย ให้ถือเป็นความผิดทางวินัยหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ความผิดทางวินัยตามข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษที่กล่าวถึงมีผลเป็นเช่นไรนั้น ก่อนอื่นเราต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “วินัย” เสียก่อน ซึ่ง คำว่า “วินัย” นั้น หมายความว่า การควบคุม

ความประพฤติให้เป็นไปตามระเบียบแบบแผน โดยวินัยของข้าราชการพลเรือนนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งข้าราชการพลเรือนสามัญมีหน้าที่ต้องรักษาวินัยอย่างเคร่งครัด¹ การรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ได้กำหนดสิ่งที่ข้าราชการพลเรือนต้องกระทำ²และห้ามกระทำ³ ทั้งนี้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 82(6) ได้บัญญัติวินัยให้ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องรักษาความลับของทางราชการ การไม่รักษาวินัยดังกล่าวข้างต้นนั้นหากมีการกระทำดังต่อไปนี้คือ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต หรือละเว้นการกระทำหรือการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดวินัยร้ายแรง⁴ และผู้ที่กระทำความผิดวินัยต้องรับโทษทางวินัย⁵ ข้าราชการพลเรือนที่กระทำความผิดวินัยร้ายแรงนั้น มีโทษ คือ ปลดออก หรือไล่ออก ตามความร้ายแรงแห่งกรณี⁶ แต่หากกระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรงจะมีโทษ คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือ ลดเงินเดือน⁷

นอกจากข้าราชการพลเรือนที่จะต้องรักษาวินัยข้าราชการแล้วนั้น ในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทยยังมีบุคคลากรที่ปฏิบัติงานให้ส่วนราชการต่างๆ อีก 2 ประเภท คือ พนักงานราชการ⁸ และลูกจ้างประจำของส่วนราชการ⁹

พนักงานราชการ¹⁰ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการจ้างตามสัญญาจ้างโดยได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณของส่วนราชการ เพื่อเป็นพนักงานของรัฐในการปฏิบัติงานให้กับส่วน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 80

² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 82

³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 83

⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 85 (1)(7)

⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 88 กำหนดโทษทางวินัยมี 5 สถาน คือ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตัดเงินเดือน (3) ลดเงินเดือน (4) ปลดออก และ (5) ไล่ออก

⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 97

⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 96

⁸ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ.2547

⁹ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ.2537

ราชการ การรักษาวินัยของพนักงานราชการนั้นเป็นไปตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ.2547 กำหนดไว้ในหมวด 4 ว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัย ข้อ 22 ถึง ข้อ 27 ซึ่งมีความสอดคล้องกับการรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนทุกประการ

ส่วนลูกจ้างประจำของส่วนราชการนั้น ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ.2537 มิได้ให้ความหมายไว้ จึงอาจเทียบเคียงตามกฎหมายอื่นได้ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ซึ่งบัญญัติว่า อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

วินัยและการรักษาวินัยของลูกจ้างประจำนั้นเป็นไปตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ.2537 หมวด 4 ข้อ 28 ถึง ข้อ 49 ซึ่งสอดคล้องกับการรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนและพนักงานราชการเช่นกัน โดยการกำหนดให้รักษาความลับนั้นอยู่ในข้อ 35 ซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างประจำต้องรักษาความลับของทางราชการ การเปิดเผยความลับของทางราชการ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง มีโทษคือ¹¹ ปลดออก หรือ ไล่ออก

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่า ข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างของกรมสอบสวนคดีพิเศษคนใด เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวตามข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 อันอาจเกิดความเสียหายต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน หรือบุคคลผู้แฝงตัว อาจได้รับโทษทางวินัย คือ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตัดเงินเดือน (3) ลดเงินเดือน (4) ปลดออก และ (5) ไล่ออก แล้วแต่กรณี

อนึ่ง แม้การแฝงตัวจะมีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน หรือบุคคลผู้แฝงตัว แต่ข้อบังคับดังกล่าวห้ามเฉพาะข้าราชการและลูกจ้างเท่านั้น การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามข้อบังคับนี้ อันอาจเกิดความเสียหายมิได้เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ทั้งยังบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปที่มีใช้ข้าราชการหรือ

¹⁰ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ.2547 ข้อ 3

¹¹ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ.2537 ข้อ 52

ลูกจ้างของกรมสอบสวนคดีพิเศษไม่ได้อีกด้วย ดังนั้นหากผู้เปิดเผยเป็นประชาชนธรรมดาเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

3.1.2. การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึษาเสพติด พ.ศ.2550

ในส่วนของมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ในกฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 ข้อ 2 กำหนดให้การปฏิบัติตามกฎกระทรวงนี้ทุกขั้นตอนเป็นความลับ โดยมีได้กำหนดบทลงโทษทั้งทางวินัยหรือทางอาญาแก่บุคคลที่เปิดเผยความลับตามข้อ 2 แต่อย่างใด จึงอาจนำโทษทางวินัยของข้าราชการพลเรือนซึ่งได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อที่ 3.1.1 มาบังคับใช้กับข้าราชการพลเรือน พนักงานราชการและลูกจ้างประจำโดยอนุโลม

ในส่วนของข้าราชการตำรวจนั้น พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ได้บัญญัติวินัยและการรักษาวินัยไว้ใน หมวด 5 โดยแบ่งเป็นประเภทการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงและการกระทำผิดวินัยร้ายแรงโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว โดยกำหนดให้การไม่รักษาความลับของทางราชการเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง¹² แต่จะเป็นการกระทำผิดวินัยร้ายแรง¹³หากการไม่รักษาความลับของทางราชการก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการอย่างร้ายแรง ซึ่งโทษทางวินัยของข้าราชการตำรวจนั้นมี 7 สถาน¹⁴

อนึ่ง แม้การอำพรางเพื่อล่อซื้อยาเสพติดหรือการแทรกซึมเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมที่ค้ายาเสพติดตามพระราชบัญญัตินี้จะมีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพราง แต่กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 มิได้กำหนดมาตรการหรือบทลงโทษใดๆไว้ จึงสามารถใช้มาตรการทางวินัยกับข้าราชการพนักงานราชการ และลูกจ้างประจำได้เท่า่นั้น การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล

¹² พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 78 (6)

¹³ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 79 (6)

¹⁴ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 82 กำหนดโทษทางวินัย 7 สถานได้แก่ (1) ภาคทัณฑ์ ได้แก่ การลงโทษแก่ผู้กระทำผิดอันควรต้องรับโทษสถานหนึ่งสถานใด แต่มีเหตุอันควรปรานีจึงเพียงแต่แสดงความผิดผู้นั้นให้ปรากฏไว้ (2) ทัณฑกรรม ได้แก่ การให้ทำงานโยธา การให้อยู่เวรยาม นอกจากหน้าที่ประจำหรือการให้ทำงานสาธารณประโยชน์ซึ่งต้องไม่เกินหกชั่วโมงต่อหนึ่งวัน (3) กักยาม ได้แก่ การกักตัวไว้ในบริเวณใด บริเวณหนึ่งที่สมควรตามที่กำหนด (4) กักขัง ได้แก่ การขังในที่จัดไว้เพื่อควบคุมแต่เฉพาะคนเดียวหรือหลายคนรวมกันตามที่จะมีคำสั่ง (5) ตัดเงินเดือน (6) ปลดออก (7) ไล่ออก

เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามกฎกระทรวงนี้อันอาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง กลับมิได้เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ทั้งยังบังคับใช้กับบุคคลทั่วไปไม่ได้อีกด้วย ดังนั้นหากผู้เปิดเผยเป็นประชาชนธรรมดา ก็อาจไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด

3.1.3 การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556

ในส่วนของมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของบุคคลผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ข้อบังคับของอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19 พ.ศ. 2556 ข้อ 3 ได้กำหนดให้การปฏิบัติตามข้อบังคับนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและความ เป็นอยู่ของครอบครัวบุคคลผู้จัดทำเอกสารหรือหลักฐานหรือปฏิบัติการอำพราง จึงให้การดำเนินการ ทุกขั้นตอนเป็นเรื่องลับและการปฏิบัติการก็ทำตามข้อบังคับนี้ ให้ดำเนินการอย่างเคร่งครัด

หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัตินี้ นั้น นอกจากจะมีหน่วยงานของรัฐฝ่ายพลเรือน ตำรวจ ทหาร แล้ว ยังมีองค์กรอัยการซึ่งเป็นองค์กรตาม รัฐธรรมนูญ¹⁵ที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลและการงบประมาณ โดยในพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 ได้กำหนดบทบาท และอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการไว้ทั้งในฐานะพนักงานสอบสวนในกรณีที่มีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย¹⁶ และอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนได้แต่งตั้งให้ พนักงานอัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ทั้งยังกำหนดบทบาทให้อัยการสูงสุดเป็นผู้อนุญาต ให้มีการปฏิบัติการอำพรางด้วย ดังนั้นพนักงานอัยการย่อมมีหน้าที่ต้องรักษาความลับ¹⁷ตามข้อบังคับ ของอัยการสูงสุดดังกล่าวข้างต้นด้วย หากฝ่าฝืนถือว่าเป็นความผิดทางวินัย¹⁸ ซึ่งโทษทางวินัยมีอยู่ 5 สถาน¹⁹ คือ (1) ไล่ออก (2) ปลดออก (3) ให้ออก (4) งดการเลื่อนตำแหน่ง หรือเลื่อนขั้นหรือขึ้น เงินเดือน และ (5) ภาคทัณฑ์ โดยการเปิดเผยความลับนั้นเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง²⁰ มีโทษ

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 248

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20

¹⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 72

¹⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 60

¹⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 84

²⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 88

ทางวินัยคือ ภาคทัณฑ์ หรือ การเลื่อนตำแหน่ง หรือลดเลื่อนขั้นหรือขั้นเงินเดือน แต่หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงจะถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยร้ายแรง²¹ มีโทษไล่ออก ปลดออก²² หรือ ให้ออก²³

อนึ่ง แม้การปฏิบัติกรอำพรางจะมีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน หรือบุคคลผู้ปฏิบัติกรอำพรางจึงต้องเป็นความลับ แต่ข้อบังคับของอัยการสูงสุดดังกล่าวมิได้เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ทั้งยังบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปที่มีใช้ราชการไม่ได้อีกด้วย ดังนั้นหากผู้เปิดเผยเป็นประชาชนธรรมดาเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลก็อาจไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด

3.1.4 การปฏิบัติกรอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติกรอำพรางนั้น ตามระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐาน และการอำพรางตน พ.ศ. 2559 ข้อ 6 กำหนดว่า

“การปฏิบัติตามระเบียบนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นส่วนตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจึงให้การดำเนินการทุกขั้นตอนตามระเบียบนี้ เป็นเรื่องที่มีชั้นความลับ

พนักงานเจ้าหน้าที่ ข้าราชการหรือลูกจ้างของสำนักงานผู้ใดเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามระเบียบนี้อันอาจเกิดความเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้ถือเป็นความผิดทางวินัยหรือความผิดตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง”

เมื่อพิจารณาระเบียบดังกล่าวข้างต้นประกอบมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542²⁴ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 มีการกระทำความผิด 2 ลักษณะ ดังนี้

²¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 85

²² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 86

²³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 87

²⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 66 ผู้ใด

1) ลักษณะความผิดตามมาตรา 66 (1) คือ การที่ผู้มีหน้าที่รายงานตามมาตรา 13 และมาตรา 16 หรือบุคคลใดๆ ได้กระทำการโดยไม่มีเหตุยกเว้น เปิดเผยข้อมูลหรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันอาจทำให้ลูกค้ำหรือบุคคลภายนอกทราบเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้ำ การรายงานธุรกรรมหรือการส่งข้อมูลอื่นใดไปยังสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งในมาตรา 21/1 วรรคท้ายได้กำหนดให้รายงานที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้รับตามหมวดนี้ถือเป็นความลับในราชการเกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

2) ลักษณะความผิดตามมาตรา 66 (2) คือ การที่บุคคลใดๆ ที่ไม่มีหน้าที่รายงานตามมาตรา 13 และ มาตรา 16 รู้ความลับในราชการเกี่ยวกับพระราชบัญญัตินี้แล้วนำไปเปิดเผยแก่ผู้อื่น ซึ่งความลับในราชการตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

(1) รายการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้ำ การรายงานธุรกรรมหรือการส่งข้อมูลอื่นใดไปยังสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตามมาตรา 21/1 วรรคท้าย

(2) รายงานตาม มาตรา 37 คือ รายงานที่คณะกรรมการธุรกรรม รายงานต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เนื่องจากเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินหรือคณะกรรมการธุรกรรมได้มีคำสั่งยับยั้งการทำธุรกรรมใดๆ ที่เกี่ยวข้องหรืออาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน

(3) การดำเนินการตามระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐาน และการอำพรางตน พ.ศ. 2559 ข้อ 6

เมื่อพิจารณามาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 แล้ว อาจนำมาตรา 66 (2) ซึ่งมีโทษทางอาญาและเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพราง

(1) ฝ่าฝืนมาตรา 21/1 หรือ

(2) รู้หรืออาจรู้ความลับในราชการเกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้อื่นรู้หรืออาจรู้ความลับดังกล่าว เว้นแต่เป็นการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือตามกฎหมาย

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาใช้ได้ นอกเหนือจากมาตรการทางวินัยที่ใช้บังคับกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ข้าราชการหรือลูกจ้างของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

3.1.5 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

คำว่า “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” นั้น ในมาตรา 4 ได้บัญญัติความหมายว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน ซึ่งก่อนมีกฎหมายฉบับนี้ การที่ประชาชนจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลของทางราชการนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าพนักงาน ทั้งการเปิดเผยข้อมูลของราชการก็มีความเสี่ยงที่จะผิดวินัย ส่งผลให้เกิดการใช้ดุลพินิจที่จะปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลเป็นส่วนมาก โดยมักจะอ้างว่าเป็นความลับราชการ²⁵ พระราชบัญญัติจึงถูกตราขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อ²⁶

1. รับรองสิทธิของสาธารณชนในการรับรู้ข่าวสารของราชการ และเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในการคุ้มครอง จัดทำ หรือเปิดเผยข้อมูลของราชการประเภทต่างๆ เช่นเดียวกับกฎหมายเสรีของข้อมูลข่าวสาร 1974 (Freedom of Information Act 1974) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

2. เพื่อเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ และในการบริหารงานของรัฐ เพื่อเป็นกลไกในการป้องกันและตรวจสอบการปฏิบัติงานของส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของชุมชนหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

3. เพื่อเป็นการพัฒนาประสิทธิภาพในการจัดทำและบริหารข้อมูลข่าวสารของส่วนราชการให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อการบริหารราชการแผ่นดิน

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ภาครัฐมีหน้าที่ 2 ประการ คือ

²⁵ สำนักงาน เลขาธิการวุฒิสภา, "ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540," นิติบัญญัติ 24(2540):. 1-3

²⁶ สมพรัตน์ ศรีสันติสุข, "การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารราชการของนักข่าวสถานีวิทยุโทรทัศน์: ศึกษาเปรียบเทียบก่อนและหลังการประกาศใช้ พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, สาขาวิชาสื่อสารมวลชน คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า.31-32

1) ข้อมูลข่าวสารที่ภาครัฐต้องส่งข้อมูลไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 7 เช่น โครงสร้างและการจัดองค์กร อำนาจหน้าที่ ระเบียบ กฎหมาย และข้อมูลข่าวสารที่ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนดกำหนด เป็นต้น

2) ข้อมูลข่าวสารที่ภาครัฐต้องยอมให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ตามมาตรา 9 เช่น ผลการวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน แผนงาน โครงการ งบประมาณรายจ่ายประจำปี สัญญา สัมปทาน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องเปิดเผย

(1) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบัน พระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้ ตามมาตรา 14

(2) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐอาจมีคำสั่งไม่เปิดเผยได้ ตามมาตรา 15 โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน โดยมีหลายกรณีที่หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะ หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายหรือหน่วยงานความมั่นคงที่จะไม่เปิดเผยข้อมูล เช่น การเปิดเผยจะทำให้ การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ ไม่ว่าจะเป็นเกี่ยวกับการ ฟ้องคดี การป้องกัน การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือการรู้แหล่งที่มาของข้อมูล ข่าวสารหรือไม่ก็ตาม หรือ การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่ง บุคคลใด เป็นต้น

การวินิจฉัยของหน่วยงานรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ ตามมาตรา 15 นั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจน ทำให้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มี อำนาจ²⁷ ต่อมาได้มีการออกระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับทางราชการ พ.ศ.2544 เพื่อกำหนด วิธีการ กำหนดชั้นความลับ การเก็บรักษาและการใช้ข้อมูลข่าวสารที่ไม่เปิดเผยตาม มาตรา 14 และ 15

²⁷ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และนายฉิปไตร แสละวงศ์, รายงานการวิจัยเรื่อง การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ของรัฐและการต่อต้านการคอร์รัปชันในประเทศไทย (2557), หน้า 416-417

3.2 การใช้มาตรการกันผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากการสอบสวนคดีอาญา

การสอบสวน²⁸ หมายถึง การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องโทษ โดยผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวน คือ พนักงานสอบสวน โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (6) ให้ความหมายของพนักงานสอบสวนว่าหมายถึงเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวน ทั้งนี้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ที่จะต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา²⁹ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้ว การที่พนักงานอัยการจะฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้นั้นต้องผ่านการสอบสวนเสียก่อน พนักงานอัยการจะฟ้องคดีต่อศาลโดยที่ยังไม่ได้มีการสอบสวนไม่ได้³⁰ การสอบสวนจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีอาญาต่อศาล

ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดอาญาโดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น บ่อยครั้งที่การจะประสบความสำเร็จในการปราบปรามเกิดจากการใช้เทคนิค “ล่อซื้อ” (buy-bust operation) ซึ่งผู้ที่จะทำการล่อซื้อนั้นมีทั้งตัวเจ้าพนักงานเองเป็นผู้อำพรางตนเพื่อทำการล่อซื้อยาเสพติด หรือใช้บุคคลที่มีชื่อเจ้าพนักงานกระทำการเป็นสายลับทำการล่อซื้อยาเสพติดแทนเจ้าพนักงาน

เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติว่าพนักงานสอบสวนจะต้องสอบสวนรวบรวมพยานใดบ้าง ดังนั้นดุลพินิจในการรวบรวมพยานหลักฐานจึงขึ้นอยู่กับพนักงานสอบสวนว่าจะทำการสอบสวนเพียงใด ซึ่งหากพนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานในสำนวนการสอบสวนแล้วพนักงานอัยการเห็นว่าพยานหลักฐานในสำนวนการสอบสวนยังไม่พอที่จะฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยต่อศาล พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้³¹ ซึ่งหลักการที่ให้การรวบรวมพยานหลักฐานเป็นดุลพินิจของพนักงานสอบสวนนั้นศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่า³² “...การที่เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้จัดหารธนบัตรให้แก่สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยถือเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีอำนาจสืบสวนและ

²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11)

²⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131

³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคสอง (ก)

³² คำพิพากษาของศาลฎีกา ที่ 6397/2541

จับกุมผู้กระทำความผิดปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด ไม่ถือว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบและที่ พนักงานสอบสวนปกปิดชื่อและตัวตนของสายลับไม่ได้สอบปากคำของสายลับไว้เป็นหลักฐานก็เป็น อำนาจและหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะสืบหาพยานหลักฐานมาประกอบดำเนินคดี และเป็น ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่จะสอบสวนบุคคลใดเป็นพยานก็ได้ การที่พนักงานสอบสวนเห็นว่าไม่ จำเป็นต้องสอบปากคำสายลับไว้เป็นหลักฐานไม่ถือว่าการสอบสวนไม่ชอบ...”

การปกปิดชื่อและตัวตน (Identity) ของสายลับนั้น จึงถือเป็นมาตรการที่พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการใช้เพื่อคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง (Undercover agent) โดยการไม่ สอบสวนผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นพยานบุคคลในสำนวนการสอบสวนคดีอาญา ตัวผู้ปฏิบัติการอำ พรางจึงไม่ต้องไปเบิกความในศาลต่อหน้าจำเลยเนื่องจากพนักงานอัยการมิได้อ้างตัวผู้ปฏิบัติการอำ พรางไว้เป็นพยาน ซึ่งการปกปิดชื่อและตัวตนของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นมีวัตถุประสงค์คือ เพื่อความ ปลอดภัยของตัวผู้ปฏิบัติการอำพราง และเพื่อประโยชน์ของทางราชการในการดำเนินการต่อไปใน ภายภาคหน้า โดยศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาถึงหลักการดังกล่าวไว้ ได้แก่

คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 3862/2540 วินิจฉัยว่า “...โจทก์กับเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ร่วมกับสายลับยอมเป็นพยานโดยตรงอยู่แล้ว หากต้องนำสายลับมาเป็นพยานอีกไม่ เพราะโดยลักษณะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษยอมจะต้องใช้สายลับเป็นผู้ล่อซื้อจึงมีความ จำเป็นต้องปกปิดตัวสายลับเพื่อความปลอดภัย อีกทั้งเพื่อประโยชน์ด้านการปฏิบัติงานครั้งต่อ ๆ ไป ด้วยการไม่นำสายลับมาเป็นพยานหาทำให้พยานหลักฐานของโจทก์น้ำหนักลดน้อยลงไม่...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6951/2540 วินิจฉัยว่า “...พยานโจทก์ที่รู้เห็นและเป็นพยาน ในคดีเป็นเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่จับกุมและปราบปรามการกระทำความผิดตามอำนาจหน้าที่ ของตน หากเบิกความบิดเบือนจากข้อเท็จจริงอาจมีความผิดและได้รับโทษ จึงมีเหตุผลน่าเชื่อว่าเบิก ความไปตามสัจจริง ส่วนการมีสายลับมาช่วยในการล่อซื้อด้วยเป็นแต่เพียงการกระทำเท่าที่จำเป็น และสมควรในการสืบหา พยานหลักฐาน ตามอำนาจในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำเพื่อให้ได้โอกาสจับกุมพร้อมด้วยพยานหลักฐาน แม้จะไม่นำตัวสายลับมาสืบเนื่องจาก เพื่อประโยชน์แก่ราชการในภายหน้าหรือเพื่อความปลอดภัย ของสายลับ ก็รับฟังพยานบุคคลและของกลางที่เกี่ยวข้องกับสายลับนั้นได้ว่ามีสายลับช่วยในการล่อซื้อ จริงพยานหลักฐานโจทก์ที่นำสืบมาจึงมี น้ำหนักมั่นคงฟังได้โดยปราศจากสงสัยว่าจำเลยที่ 1 ได้ กระทำผิดจริง...”

อย่างไรก็ตามก็ใช้มาตรการกันผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากการสอบสวนคดีอาญานั้นมีข้อควรระวังคือ มาตรการนี้จะใช้ได้ผลในการปราบปรามคือศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ต้องมีการนำประจักษ์พยานที่รู้เห็นเหตุการณ์ที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางทำการล่อซื้อยาเสพติดเข้าเบิกความเป็นพยานฝ่ายโจทก์ต่อหน้าจำเลยในศาลด้วย ซึ่งหากปราศจากประจักษ์พยานดังกล่าวแล้ว ศาลอาจพิพากษายกฟ้องจำเลยได้เนื่องจากศาลเห็นว่าพยานหลักฐานโจทก์จึงยังไม่แน่นแฟ้นมั่นคงพอที่จะให้รับฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัย จึงยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 โดยมีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 411/2536 วินิจฉัยว่า

“...โจทก์ไม่มีสายลับที่อ้างว่าเป็นผู้ซื้อเฮโรอีนจากจำเลยมาเป็นพยาน จำเลยย่อมเสียเปรียบไม่มีโอกาสซักค้านพยานโจทก์เพื่อให้ข้อเท็จจริงกระจ่างชัด คำของร้อยตำรวจตรีประชา เนียมสุภาพ กับสิบตำรวจตรีเฉลิมชัย ยังเจริญ เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุม พยานโจทก์ที่เบิกความว่าใช้สายลับเข้าไปล่อซื้อเฮโรอีนจากจำเลยก็ดี คำให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนของจำเลยก็ดี ล้วนแล้วแต่เป็นพยานบอกเล่า ธนบัตรของกลางจำเลยก็ปฏิเสธอยู่ว่าไม่ได้ค้นได้ที่ตัวจำเลย เฮโรอีนของกลางมีเพียง 4 ห่อ น้ำหนักรวม 0.18 กรัมเท่านั้น จำเลยอาจมีไว้เพื่อเสพดังที่อ้างก็เป็นได้ ทั้งร้อยตำรวจตรีประชา กับสิบตำรวจตรีเฉลิมชัยก็เบิกความตอบทนายจำเลยซักค้านว่า เมื่อตรวจค้นพบเฮโรอีนของกลาง จำเลยได้บอกว่าตนเป็นผู้ติดยาเสพติด พยานหลักฐานโจทก์จึงยังไม่แน่นแฟ้นมั่นคงพอที่จะให้รับฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยมีเฮโรอีนของกลางไว้เพื่อจำหน่ายและได้จำหน่ายเฮโรอีนตามฟ้อง...”

3.3 มาตรการทางอาญาที่อาจปรับใช้คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง

เมื่อได้ศึกษามาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้ทำการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นความลับนั้นมีแต่ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงการปฏิบัติการอำพรางตามกฎหมายอื่นซึ่งมีแต่เพียงโทษทางวินัยที่ลงแก่ข้าราชการ พนักงานราชการและลูกจ้างเท่านั้น ประเทศไทยจึงยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้ทำการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนคดีอาญาร้ายแรงอื่น ซึ่งมาตรการทางอาญานั้นเป็นมาตรการสำคัญที่สามารถใช้ในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางได้รวมไปถึงบุคคลในครอบครัวจากภยันตรายที่มาจาก การปฏิบัติหน้าที่ด้วย โดยการใช้มาตรการทางอาญานั้นเป็นไปตามทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นภยันตรายต่อบุคคลอื่น (harm to others) ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2.1 ดังนั้นหากนักกฎหมายเท่าที่มีในปัจจุบันมาเทียบเคียงเพื่อเป็นมาตรการทั่วไปในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางอาจนำมาใช้ได้ดังนี้

3.3.1 มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจ

มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจนั้นเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้บุคคลอื่นที่ไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องล่วงรู้ถึงชื่อและตัวตน (Identity) ที่แท้จริงของผู้ปฏิบัติการอำนาจซึ่งการป้องกันข้อมูลอันเป็นความลับดังกล่าวที่มีประสิทธิภาพ ย่อมก่อให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำนาจรวมถึงบุคคลในครอบครัว ทั้งยังก่อให้เกิดประสิทธิผลในการปราบปรามอาชญากรอีกด้วย โดยมีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้บางกรณีดังต่อไปนี้

1. ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้หากบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ภายในกระบวนการดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติการอำนาจตามกฎหมายและมีหน้าที่ต้องรักษาความลับตลอดทั้งกระบวนการ แต่กลับละเว้นการปฏิบัติที่ต้องรักษาความลับโดยนำข้อมูลที่เป็นความลับไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นหรือเป้าหมายของการปฏิบัติการอำนาจ เจ้าพนักงานผู้นั้นอาจต้องรับผิดตามมาตรานี้ แต่หากผู้ที่เปิดเผยเป็นเจ้าพนักงานอื่นที่ไม่ได้มีหน้าที่โดยตรงในการดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติการอำนาจแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานตามมาตรานี้³³ จึงไม่มีความผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

2. ความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 322 บัญญัติว่า “ผู้ใดเปิดเผยหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใด ๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำที่เป็นความผิดฐานเปิดเผยความลับมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำคือ “เปิดเผยหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก ดังนั้นหากจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใดๆ มิได้ถูกปิดผนึกไว้ก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้แม้จดหมาย โทรเลข หรือเอกสารนั้นจะถูกจัดชั้นความลับไว้ก็ตาม

³³ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1403/2512

นอกจากการความผิดฐานนี้จะต้องมีเจตนาปกติที่จะเปิดเผยถึงจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารใดๆ แล้วยังต้องมีเจตนาพิเศษ คือ

1. เพื่อล่วงรู้ข้อความ หรือ
2. เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออก

เปิดเผย

ทั้งนี้ต้องมีพฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิด คือ การกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ถ้าหากไม่น่าจะเกิดความเสียหายก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิด

ดังนั้นหากข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางอยู่ในเอกสารที่ถูกปิดผนึกไว้แล้ว ถูกเปิดเผยเพื่อที่จะล่วงรู้ข้อมูลและนำข้อมูลออกเปิดเผยต่อเป้าหมายของการปฏิบัติการอำพรางก็อาจเป็นความผิดมาตรานี้ได้

3. ความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 บัญญัติว่า “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชีหรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับ นั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่น อันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดเกี่ยวกับความลับของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional Secretary) ผู้กระทำความผิดต้องมีสถานภาพเป็นผู้มีอาชีพเจ้าพนักงาน แพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือเป็นผู้ช่วยอาชีพดังกล่าว หรือเป็นผู้เข้ารับการศึกษาในอาชีพดังกล่าว และจากการประกอบอาชีพ หรือฝึกอบรมนั้นได้ล่วงรู้ความลับแล้วนำออกเปิดเผยในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด

ดังนั้นหากเจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ใดๆ ในกระบวนการปฏิบัติการอำพรางซึ่ง เป็นความลับ ได้นำข้อมูลในการปฏิบัติการอำพรางไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่น อาจเป็นความผิดตาม มาตรานี้ได้ และยังเป็นความผิดตามมาตรา 157 อีกด้วย

ข้อสังเกต คือ หากผู้ล่วงรู้ความลับแล้วนำความลับไปเปิดเผยประกอบอาชีพอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ แต่การล่วงรู้ความลับนั้นมาจากสาเหตุอื่นโดยที่ตนมิได้มีหน้าที่ในการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางด้วย อาจไม่เป็นความผิดในมาตรานี้

3.3.2 มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง

มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางนี้เป็นมาตรการที่อาจใช้ในกรณีชื่อหรือตัวตนที่แท้จริงของผู้ปฏิบัติการอำพรางถูกเปิดเผยแล้ว จึงจำเป็นต้องนำมาตรการทางอาญามาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลในองค์กรอาชญากรรมหรือบุคคลที่เป็นเป้าหมายในการอำพรางตอบโต้หรือแก้แค้นตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมไปถึงครอบครัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือเพื่อใช้ในการลงโทษผู้กระทำการตอบโต้หรือแก้แค้นผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมไปถึงครอบครัว โดยอาจนำมาปรับใช้ได้ดังนี้

1. ความผิดต่อเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

ก. ฐานต่อสู้อหรือขัดขวางเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 138 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดต่อสู้อหรือขัดขวางเจ้าพนักงานหรือผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติการตามหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการต่อสู้อหรือขัดขวางนั้น ได้กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำว่า “ต่อสู้อ”(Resist) หมายถึง การใช้กำลังขัดขืนเจ้าพนักงาน³⁴ ส่วนคำว่า “ขัดขวาง” (Obstruct) หมายถึง กระทำให้เกิดอุปสรรค ทำให้ลำบากขึ้นในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน³⁵

ความผิดฐานนี้ ต้องกระทำต่อ “เจ้าพนักงาน” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) ให้นิยามว่า “เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะเป็นประจำหรือครั้งคราว และไม่

³⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 53.

³⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 47.

ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ และผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าวัตถุแห่งการกระทำนั้นเป็นเจ้าพนักงาน หากไม่รู้ ไม่เป็นความผิด³⁶

การต่อสู้ขัดขวางที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 138 นี้ ต้องเป็นการกระทำที่ แสดงออกว่ามีการใช้กำลังทางกายภาพ เช่น ใช้มือผลักเจ้าพนักงานขณะทำการตรวจค้นตามหมาย ค้น³⁷ ยิงปืนขึ้นฟ้าเพื่อขู่ตำรวจไม่ให้ทำการจับกุม³⁸ แต่หากไม่มีการกระทำทางกายภาพหรือเพียงนั่งเฉยไม่เป็นความผิด เช่น การดับไฟขณะเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการจับกุมจำเลย แม้จะทำให้เกิดความไม่สะดวก ก็ไม่เป็นความผิดฐานขัดขวางเจ้าพนักงาน³⁹

ความผิดตามมาตรา 138 นี้ นำมาปรับใช้ได้ในกรณีที่บุคคลใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นข้าราชการหรือไม่ และจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ หากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ย่อมเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา และในระหว่างการปฏิบัติการอำพรางนั้น บุคคลซึ่งเป็นเป้าหมายหรือบุคคลใดๆ รู้ว่าผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นเจ้าพนักงานแฝงตัวมา และได้ใช้กำลังทางกายภาพต่อสู้หรือขัดขวางการสืบสวน อาจเป็นความผิดตามมาตรา 138 นี้

ข. ความผิดฐานข่มขืนใจเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 139 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนใจเจ้าพนักงานให้ปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่ หรือให้ละเว้น การปฏิบัติการตามหน้าที่ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“ข่มขืนใจ” หมายถึง บังคับใจอันมีผลทำให้เจ้าพนักงานต้องตัดสินใจปฏิบัติการหรือละเว้นการปฏิบัติการตามหน้าที่และการตัดสินใจได้กระทำไปโดยความกลัวเพราะถูกผู้กระทำ ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย⁴⁰

คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อาหารทำให้มีนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2518

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5479/2536

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 243/2509

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1318/2506

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 55.

“การขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย” หมายถึง การแสดงออกที่ทำให้เข้าใจว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ด้วยวาจาหรือกริยาท่าทาง⁴¹

การกระทำที่เป็นการข่มขืนใจเจ้าพนักงาน ได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ให้ประกันตัวจำเลยเนื่องจากผิดระเบียบ จำเลยถึงพูดว่าจะจัดการย้ายเจ้าหน้าที่ตำรวจไปที่อื่น หรือไม่ก็ฆ่าเสีย เป็นการขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย⁴² การที่จำเลยพูดกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำการจับกุมจำเลยว่า “ถ้าจับมีเรื่องแน่” พร้อมกับมีพวกจำเลย 30-40 คนเดินมาหาเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทำให้ตำรวจกลัวว่าจำเลยกับพวกจะทำร้ายจึงถอยออกมา⁴³ แต่ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ต้องการผลคือเจ้าพนักงานกลัวและยอมทำตามที่ข่มขืนใจ ดังนั้นการที่จำเลยพูดขู่เชิญจะฆ่าผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าพนักงานป่าไม้หากไม่ปล่อยไม้ที่ยึด และผู้เสียหายไม่เกรงกลัวไม่ยินยอมปล่อยไม้ที่ยึด เป็นความผิดชั้นพยายามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 139 ประกอบมาตรา 80⁴⁴

ดังนั้นในกรณีที่บุคคลใดๆ ไม่ว่าจะป็นข้าราชการหรือไม่ และจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ หากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางในการสืบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ย่อมเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา และในระหว่างปฏิบัติการอำพรางนั้น บุคคลซึ่งเป็นเป้าหมายหรือบุคคลใดๆ รู้ว่าผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นเจ้าพนักงานแฝงตัวมา หากได้ข่มขืนใจผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ให้ยกเลิกการปฏิบัติการอำพรางหรือกระทำการแปรพักตร์^{45*} อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

2. ความผิดต่อชีวิตและร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา

วัตถุประสงค์ของกฎหมายในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย คือการคุ้มครองร่างกายและชีวิตของมนุษย์

ก. ฐานฆ่าเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 289 (2) ต้องเป็นการฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำการตามหน้าที่

⁴¹ รชฎ เจริญฉ่ำ, “กฎหมายอาญา (มาตรา 107-208)” ใน คำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาค 1 สมัยที่ 50 ปีการศึกษา 2540 เล่มที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2540), หน้า 25.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2508

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1266/2530

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2989/2537

* พิจารณากรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายว่า เอาใจออกห่าง ไม่ซื่อตรง

ข. ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 296 ต้องเป็นการทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำการตามหน้าที่

การฆ่าหรือการทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานเป็นความผิด เช่นเดียวกันกับการฆ่าบุคคลธรรมดาตามมาตรา 288 หรือทำร้ายร่างกายบุคคลธรรมดาตามมาตรา 295 แต่เป็นเหตุกรณีย์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนั้นต้องลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) การฆ่าหรือทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ ต้องเป็นการกระทำขณะที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ แต่จะฆ่าหรือทำร้ายด้วยเหตุผลใดไม่สำคัญ⁴⁶ เช่น ตำรวจแต่งเครื่องแบบไปจับกุมคนร้าย ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่⁴⁷ แต่สิบเวรทหารกำลังนั่งดูโทรทัศน์อยู่ในเต็นท์พักผ่อน ไม่ใช่การฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่⁴⁸

(2) การฆ่าหรือทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานเพราะเหตุที่จะกระทำการตามหน้าที่ ผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุจงใจเป็นเจตนาพิเศษ คือ เพราะเจ้าพนักงานนั้นจะกระทำการตามหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานป่าไม้จะจับไม้ผิดกฎหมาย จำเลยจึงสั่งให้ขับรถพุ่งชนเจ้าพนักงานคนนั้น⁴⁹

(3) การฆ่าหรือทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานเพราะเหตุที่ได้กระทำการตามหน้าที่ ผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุจงใจเป็นเจตนาพิเศษ คือ ขณะกระทำความผิดนั้นเจ้าพนักงานไม่ได้กระทำการตามหน้าที่แล้ว แต่ถูกทำร้ายหรือฆ่าเพราะเหตุที่ได้ปฏิบัติหน้าที่มาแล้ว เช่น นายตำรวจลงโทษพลตำรวจเพราะเมาสุราอาละวาด พลตำรวจโกรธแค้นจึงฆ่านายตำรวจ⁵⁰

ดังนั้นในกรณีที่บุคคลใดๆ ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการหรือไม่ และจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ หากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติกรอำพรางในการสืบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ย่อมเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา และในระหว่างกรปฏิบัติกรอำพรางนั้นถูกเป่าหมายจับได้หรือหลังจากปฏิบัติกรอำพรางเสร็จสิ้นแล้วถูกเป่าหมายตอบโต้เพื่อแก้

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1238/2515

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 55/2515

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3090/2527

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 784/2529

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1272/2513

แค้นด้วยการฆ่าหรือทำร้ายร่างกายยอมเป็นความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานหรือทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงาน

3. ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556

จากการที่กฎหมายฉบับนี้เป็นการอนุวัติการตามอนุสัญญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ.2000 (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME 2000) ที่ได้มีการลงนามกันโดยสหประชาชาติเป็นผู้ดำเนินการเมื่อเดือนธันวาคม 2543 อันเป็นผลพวงจากความพยายามร่วมกันจัดทำของผู้แทนประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งผู้แทนจากประเทศไทย ทั้งนี้ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ประชาคมโลกร่วมมือกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Organized Crime) ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.3 แล้วนั้น ในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรม มักประสบปัญหาที่พยานจะถูกข่มขู่ ฆ่าหรือทำร้ายร่างกาย หรือติดสินบน เพื่อมิให้พยานให้ความร่วมมือกับผู้บังคับใช้กฎหมาย หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ทำให้การปราบปรามผู้กระทำความผิดไม่มีประสิทธิภาพ อนุสัญญาฉบับดังกล่าวจึงได้นำเอามาตรการเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม (Obstruction of Justice) มาบัญญัติเป็นกฎหมายอาญา อยู่ในอนุสัญญาข้อ 23 และเรียกร้องให้ประเทศภาคีตามกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญา โดยในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 นั้นได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 26⁵¹

⁵¹ “ผู้ใดขัดขวางการสืบสวน การสอบสวน การฟ้องร้อง หรือการดำเนินคดีความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เพื่อมิให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ถ้าเป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้เสียหายหรือพยานเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นไม่ไปพบพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือไม่ไปศาล เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความ หรือเพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความอันเป็นเท็จหรือไม่ให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด

(2) ใช้กำลังบังคับ ชูเชิญ ข่มขู่ ข่มขืนใจ หลอกลวง หรือกระทำการอันมิชอบประการอื่น เพื่อมิให้ผู้เสียหายหรือพยานไปพบพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานสอบสวนพนักงานอัยการ หรือไม่ไปศาล เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความ หรือเพื่อให้ผู้นั้นให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความอันเป็นเท็จ หรือไม่ให้ข้อเท็จจริงหรือเบิกความในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด

(3) ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้สูญหาย หรือไร้ประโยชน์ เอาไปเสีย แก้ไข เปลี่ยนแปลง ปกปิด หรือซ่อนเร้นเอกสารหรือพยานหลักฐานใด ๆ หรือปลอม ทำ หรือใช้เอกสารหรือพยานหลักฐานใด ๆ อันเป็นเท็จในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด

ดังนั้นหากบุคคลซึ่งเป็นเป้าหมายของการปฏิบัติการอำพรางรับรู้ตัวตนและสถานะที่แท้จริงของผู้ปฏิบัติการอำพรางแล้วได้กระทำการดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 อนุมาตรา (2) หรือ (5) อาจเป็นความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรมได้

4. ความผิดฐานเปิดเผยความลับของพยาน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546

ประเทศไทยมีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองพยานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและแนวทางในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ที่กำหนดให้การคุ้มครองพยานเป็นมาตรการเสริมในการต่อต้านการค้ายาเสพติดและรวมทั้งต่อต้านองค์กรอาชญากรรม⁵²

ในบทนิยามมาตรา 3 ให้นิยามว่า “พยาน” หมายความว่า พยานบุคคลซึ่งจะมาให้ หรือได้ให้ข้อเท็จจริง ต่อพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจสอบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา หรือศาลในการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งผู้ชำนาญการพิเศษ แต่มิให้หมายความรวมถึงจำเลยที่อ้างตนเองเป็นพยาน

มาตรการในคุ้มครองพยานนั้น มี 2 ประเภท คือ

1. มาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยาน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 6 คือ ในกรณีที่พยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัย พนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจสอบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา ศาล หรือสำนักงานคุ้มครองพยาน แล้วแต่กรณี อาจจัดให้พยานอยู่ในความคุ้มครองตามที่เห็นเป็นการสมควร หรือตามที่พยานหรือบุคคลอื่นใด ซึ่งมีประโยชน์เกี่ยวข้องได้ร้องขอ และในกรณีจำเป็นบุคคลดังกล่าวจะขอให้เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นช่วยให้ความคุ้มครองแก่พยานได้ตามความจำเป็น ทั้งนี้ต้องได้รับความยินยอมของพยาน

(4) ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวน หรือเรียก รับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ หรือ

(5) ใช้กำลังบังคับ ชูเชิญ ช่มชู้ ช่มชื่นใจ หรือกระทำการอันมิชอบประการอื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวนเพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่

⁵² วรณพร สิทธิกรวงศ์, “การคุ้มครองพยาน : ศึกษากรณีการนำมาตรการฉุกเฉินมาใช้,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 7

ด้วย ทั้งนี้ยังคุ้มครองไปถึงสามี ภรรยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยาน⁵³ซึ่งมีผลต่อการศึกษาที่พยานจะมาเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและพยานได้ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องพิจารณานำมาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานมาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวได้ตามความจำเป็นที่เห็นสมควรอีกด้วย เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะไม่ให้ความยินยอม

วิธีในการคุ้มครองตามมาตรการทั่วไปคือ⁵⁴

1) วิธีการใดๆ ให้พยานได้รับความปลอดภัย ซึ่งคำว่า “ความปลอดภัย”⁵⁵ หมายความว่า ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของพยาน ทั้งก่อน ขณะและหลังมาเป็นพยาน

2) จัดให้พยานอยู่ในที่ที่ปลอดภัย เว้นแต่พยานจะไม่ให้ความยินยอม

3) การปกปิดมิให้มีการเปิดเผยชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ภาพ หรือข้อมูลอย่างอื่นที่สามารถระบุตัวพยานได้

2. มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยาน

มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานนี้จะนำมาใช้กับคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 8 คือ

1). คดีความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หรือกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

2). คดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา

3). คดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา เฉพาะที่เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปเพื่อการอนาจาร เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น และความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและ

⁵³ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 7

⁵⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 6

⁵⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 3

ปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี หรือความผิดเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของกิจการค้าประเวณี ผู้ดูแลหรือผู้จัดการกิจการค้าประเวณี หรือสถานการค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณี

4). คดีความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม ได้แก่ ความผิดฐานอั้งยี่และซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา และให้หมายความร่วมมือถึงความผิดอื่นใดที่มีลักษณะเป็นการกระทำร่วมกันโดยกลุ่มอาชญากร ที่มีการวางแผนอย่างเป็นระบบและมีการวางแผนหรือช่วยเป็นขบวนการหรือองค์กรลับอย่างซับซ้อนและเป็นสัดส่วน

5). คดีความผิดที่มีอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น

6). คดีซึ่งสำนักงานคุ้มครองพยานเห็นสมควรให้ความคุ้มครองพยาน

ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติการใช้มาตรการพิเศษนี้คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือผู้ซึ่งได้รับการมอบหมาย⁵⁶ ทั้งนี้การใช้มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานนั้นสามารถใช้กับสามี ภรรยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานซึ่งมีผลต่อการที่พยานจะมาเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและพยานได้ร้องขอให้นำมาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานมาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวได้ด้วย⁵⁷

วิธีการในการใช้มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยาน คือ มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้⁵⁸

- (1) ย้ายที่อยู่ หรือจัดหาที่พักอันเหมาะสม
- (2) จ่ายค่าเลี้ยงชีพที่สมควรแก่พยานหรือบุคคลที่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของพยานเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปี เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอาจขอขยายระยะเวลาครั้งละไม่เกินสามเดือน แต่ไม่เกินสองปี
- (3) ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อสกุล และหลักฐานทางทะเบียนที่สามารถระบุตัวพยาน รวมทั้งการดำเนินการเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามคำขอของพยานด้วย

⁵⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 9

⁵⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 11

⁵⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 10

(4) ดำเนินการเพื่อให้มีอาชีพหรือให้มีการศึกษาอบรม หรือ ดำเนินการใดเพื่อให้พยานสามารถดำรงชีพอยู่ได้ตามที่เหมาะสม

(5) ช่วยเหลือในการเรียกร้องสิทธิที่พยานพึงได้รับ

(6) ดำเนินการให้มีเจ้าหน้าที่คุ้มครองความปลอดภัยในระยะเวลา ที่จำเป็น

(7) ดำเนินการอื่นใดให้พยานได้รับความช่วยเหลือหรือได้รับความ คุ้มครองตามที่เห็นสมควร

ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการตามมาตรการพิเศษในการคุ้มครอง พยาน ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามคำขอดังกล่าว โดยให้ถือว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ และ ห้ามมิให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเปิดเผยข้อมูลนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ยุติธรรม

ความมุ่งหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือ การค้นหา ข้อเท็จจริงในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งการจะได้ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนสมบูรณ์นั้นย่อมเกิดขึ้นจาก พยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือ พยานวัตถุ โดยการพิสูจน์ความจริง เพื่อให้ศาลเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงนั้น ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยอันสมควร (Proof Beyond a Reasonable Doubt) ดังนั้นจึงต้องอาศัยพยานบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์โดยตรง มาหรือประจักษ์พยานมาให้การต่อหน้าพนักงานสอบสวนหรือต่อหน้าศาลเพื่อยืนยันข้อเท็จจริง ซึ่ง หากปราศจากพยานบุคคลดังกล่าวแล้วเนื่องพยานถูกข่มขู่ คุกคาม หรือพยานไม่รู้สึกรู้ว่าได้รับความ ปลอดภัยจนไม่กล้าไปเป็นพยาน ศาลอาจยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยและพิพากษายก ฟ้องได้ เช่น

“...แม้ก่อนเกิดเหตุเจ้าพนักงานตำรวจได้รับแจ้งจากสายลับว่า จำเลยและ ส. มีพฤติกรรมลักลอบจำหน่ายยาเสพติดให้โทษให้แก่คนในหมู่บ้าน และได้วางแผนล่อซื้อให้สายลับ เข้าไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีน ที่ศาลาที่พักที่เกิดเหตุ แต่เมื่อสายลับส่งสัญญาณให้เจ้าพนักงานตำรวจ เข้าจับกุมจำเลยกับพวก กลับพบโทรศัพท์เคลื่อนที่หมายเลขที่สายลับโทรติดต่อขอซื้อเมทแอมเฟตา มิน และธนบัตรที่ใช้ล่อซื้อของกลางที่ ว. ภริยาของ ส. ไม่ได้พบที่จำเลย และสายลับติดต่อทาง โทรศัพท์เคลื่อนที่กับ ส. ไม่ใช่ติดต่อกับจำเลยโดยตรง เจ้าพนักงานตำรวจทั้งสามปากเบิกความขัดแย้ง กันเรื่องจำเลย หรือ ส. ผู้ใดเป็นคนส่งมอบเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับ ทั้งที่ต่างอ้างว่าข่มขู่อยู่ห่างที่ เกิดเหตุประมาณ 30 เมตร สามารถมองเห็นเหตุการณ์ได้ชัดเจนไม่มีกำแพงหรือสิ่งใดบดบัง คำเบิก ความจึงไม่น่าเชื่อถือ โจทก์ไม่นำสายลับมาเบิกความยืนยันว่าซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยเมื่อโจทก์ไม่

มีพยานอื่นใดมานำสืบให้เห็นว่าจำเลยมีพฤติการณ์หรือร่วมรู้เห็นในการมีและจำหน่ายเมทแอมเฟตา มีน ประกอบกับจำเลยให้การปฏิเสธมาโดยตลอดพยานโจทก์เท่าที่นำสืบมามีข้อสงสัยตามสมควร ว่า จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ จึงให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 227 วรรคสอง...⁵⁹”

ในกรณีที่พยานหรือสามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานได้รับความคุ้มครองตามมาตรการทั่วไปหรือมาตรการพิเศษ ด้วยการปกปิดมิให้มีการเปิดเผยชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ภาพ หรือข้อมูลอย่างอื่นที่สามารถระบุตัวบุคคลดังกล่าว หรือ ย้ายที่อยู่ หรือ เปลี่ยนชื่อตัว ชื่อสกุล และหลักฐานทางทะเบียนที่สามารถระบุตัวบุคคลแล้วถูกผู้อื่นเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความปลอดภัยได้นั้น พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ดังนี้

“มาตรา 21 ผู้ใดเปิดเผยความลับที่เกี่ยวกับสถานที่อยู่ ชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ภาพ หรือข้อมูลอย่างอื่นที่สามารถระบุตัวพยาน สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยาน ซึ่งได้มีการดำเนินการเพื่อให้เกิดความปลอดภัยตามมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้บุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับความปลอดภัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในกรณีที่ผู้ปฏิบัติกรอำพรางไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานหรือสายลับต้องไปให้การต่อพนักงานสอบสวน หรือ เบิกความต่อศาลในฐานะพยาน อาจได้รับความคุ้มครองพยานตาม

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7404/2560

พระราชบัญญัตินี้ได้ การเปิดเผยความลับที่เกี่ยวกับสถานที่อยู่ ชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ภาพ หรือข้อมูล อื่นๆที่สามารถระบุตัวพยาน สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ ใกล้ชิดกับพยาน จึงเป็นความผิดตามมาตรา 21

3.4 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำนาจ

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำนาจไม่ว่าจะเป็นมาตรการลงโทษ ทางวินัยซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะและมาตรการทางอาญาแล้ว พบว่ามาตรการที่มีในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึงตัวบุคคลซึ่งมิใช่ข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างประจำของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติการอำนาจแต่รับรู้ข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจแล้วต้องไม่เปิดเผยข้อมูล ฐานความผิดที่จำเป็นต้องใช้มาตรการในการอำนาจและบุคคลผู้ปฏิบัติการอำนาจยังมีความสอดคล้องกัน อาจสรุปได้ดังต่อไปนี้

3.4.1 ความไม่เป็นเอกภาพของข้อมูลที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครอง

มาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำนาจที่กำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจเป็นความลับนั้น ได้กำหนดไว้ในกฎหมายดังต่อไปนี้คือ ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555, กฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำนาจเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555, ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำนาจ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 และระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำนาจตน พ.ศ.2559 อย่างไรก็ตามสิ่งที่กฎหมายทั้ง 4 ฉบับมุ่งให้ความคุ้มครองโดยกำหนดให้เป็นความลับนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนี้

1. ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 ข้อ 6 กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามข้อบังคับนี้เป็นความลับ

2. กฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำนาจเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555 ข้อ 2 กำหนดให้การปฏิบัติทุกขั้นตอนตามกฎหมายกระทรวงนี้เป็นเรื่องลับ

3. ข้อบังคับอัยการสูงสุดว่าด้วยการปฏิบัติการอำนาจ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 ข้อ 3 กำหนดให้การปฏิบัติทุกขั้นตอนตามข้อบังคับนี้ทุกขั้นตอนเป็นเรื่องลับ

4. ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559 ข้อ 6 กำหนดให้การดำเนินการทุกขั้นตอนตามระเบียบนี้ เป็นเรื่องที่มีชั้นความลับ และการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการตามระเบียบนี้อันอาจเกิดความเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้ถือเป็นความผิดทางวินัยหรือความผิดตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 4 ฉบับ ได้กำหนดไว้อย่างกว้างๆ ว่าให้การดำเนินการปฏิบัติการอำพรางทุกขั้นตอนเป็นความลับ ซึ่งขั้นตอนต่างๆนั้นอาจสรุปได้ดังนี้คือ

การขออนุญาต ==> การทำเอกสารแฝงตัวหรืออำพรางตัว ==> การดำเนินการ ==> การเก็บรักษาข้อมูล การทำลายข้อมูล

อย่างไรก็ตามหากพิจารณารายละเอียดในตัวกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ามีข้อมูลรายละเอียดปลีกย่อยในทุกขั้นตอนของการดำเนินการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นความลับทั้งสิ้น ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องหากเปิดเผยข้อมูลอาจมีโทษทางวินัยและอาจเป็นความผิดอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือ ความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 ได้ แต่หลักการใช้กฎหมายอาญานั้น กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ไม่คลุมเครือ ดังนั้นการที่กฎหมายมิได้กำหนดให้ชัดเจนว่าข้อมูลใดที่ห้ามเปิดเผยแต่กลับกำหนดไว้อย่างกว้าง ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาทั้งสองฐานความผิดนั้นสามารถเอาผิดได้ไม่ว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางที่ถูกเปิดเผยนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อราชการหรือไม่ก็ตามแต่ก็ถือว่าเป็นความลับแล้วเนื่องจากมีกฎหมายกำหนดไว้ การบัญญัติกฎหมายคลุมเครือเช่นนี้จึงขัดหลักการใช้กฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้น เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย

3.4.2. มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางไม่ครอบคลุมตัวบุคคลที่ห้ามเปิดเผย

จากมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 3.1 หรือ 3.2 ก็ล้วนเป็นมาตรการที่มุ่งบังคับใช้กับข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างประจำของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติการอำพรางทั้งสิ้น แต่มาตรการยังไม่ครอบคลุมไปถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งหากเป็นบุคคลธรรมดานำข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางไปเปิดเผยจนเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ แต่จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการความลับในดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.5 แล้ว พบว่าบุคคลธรรมดาที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการดำเนินการเพื่อให้มีการ

ปฏิบัติการอำพราง หากรับรู้ข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ปฏิบัติการอำพรางได้ บุคคลนั้นย่อมมีภาระหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อผู้อื่นที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางได้ เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับโดยธรรมชาติ (Nature secret) ซึ่งบุคคลมีผลผูกพันที่จะไม่เปิดเผยให้ผู้อื่นรู้เนื่องจากอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นได้โดยไม่ต้องมีข้อตกลงใดๆ มาก่อน แต่ยังไม่มีความมาตรการทางกฎหมายใดๆมาใช้บังคับ

อนึ่ง เว้นแต่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 66 (2) เท่านั้นที่มีบทบัญญัติลงโทษบุคคลใดๆ ที่ล่วงรู้ความลับของทางราชการแล้วนำไปเปิดเผยต้องรับโทษทางอาญา แต่ตัวบทกฎหมายดังกล่าวก็ใช้บังคับได้เพียงแต่การปฏิบัติการอำพรางก็เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด การดำเนินคดีฐานฟอกเงินหรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายเท่านั้น⁶⁰ ไม่อาจนำไปใช้กับการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนคดีอาญาอื่น เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ ความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และความผิดอาญาอื่นๆได้

3.4.3. มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางยังไม่ครอบคลุมฐานความผิดอื่น

มาตรการที่กำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเป็นความลับนั้น ได้กำหนดไว้ในกฎหมายดังต่อไปนี้เท่านั้น

1. ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555
2. กฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555
3. ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556

⁶⁰ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐาน และการอำพรางตนพ.ศ. 2559 ข้อ 5

4. ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559

อย่างไรก็ตามพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจอาจใช้การปฏิบัติการอำพรางโดยถือว่าเป็นการใช้เทคนิคในการสืบสวนอย่างหนึ่งโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17 เพื่อทำการสืบสวนในคดีอาญาอื่นๆ ก็ได้ เช่น เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2563 ตำรวจศูนย์ปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ตำรวจภูธรภาค 5 ร่วมกับ พาณิชยจังหวัดเชียงใหม่ ทำการล่อซื้อเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดพร้อมของกลางหน้ากากอนามัย 20,000 ชิ้น เงินล่อซื้อ 285,000 บาท นำตัวดำเนินคดีข้อหาจำหน่ายสินค้าสูงกว่าราคาที่เหมาะสมกว่าด้วยราคาสินค้าและบริการกำหนด และจำหน่ายหน้ากากอนามัยซึ่งเป็นสินค้าควบคุมในราคาสูงเกินสมควรตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ⁶¹

เทคนิคการสืบสวนดังกล่าวนี้กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบการขออนุญาตและวิธีการดำเนินการไว้ดังเช่นกฎหมายทั้ง 4 ฉบับดังกล่าวข้างต้น ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17 จะเป็นความลับหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางนอกเหนือจากการดำเนินตามกฎหมายเฉพาะทั้ง 4 ฉบับแล้ว จะเป็นข้อมูลที่ห้ามเปิดเผยก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 เสียก่อน คือ หน่วยงานหรือรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องออกคำสั่งมิให้เปิดเผยและได้มีการกำหนดชั้นความลับตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 แล้ว ดังนั้นทำให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางในคดีอาญาอื่นๆ มีความเสี่ยงเนื่องจากไม่ได้รับการคุ้มครองมาตรการใดๆ เลย

3.4.4. มาตรการห้ามเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางไม่ครอบคลุมบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครอง

บุคคลที่จะเป็นผู้ปฏิบัติการอำพราง (Undercover employee) สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มดังต่อไปนี้

1. ผู้ปฏิบัติการอำพราง จะเป็นบุคคลใดๆ ก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17

⁶¹ ล่อจับพ่อค้าหน้าเลือด ขายแมสก์เกินราคา พบตุ๋นไว้กว่า 4 หมื่นชิ้น[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/north/1802453>

2. ผู้ปฏิบัติการอำพรางต้องเป็นเจ้าพนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตาม กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555, ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 และ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559

การที่กฎหมายได้กำหนดตัวบุคคลที่จะเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางแตกต่างกันทำให้เกิดความสับสนและไม่เป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ตัวอย่างเช่น

นาย A เป็นบุคคลธรรมดาที่อยากช่วยเหลือราชการในปราบปรามยาเสพติด ต่อมาได้รับการชักชวนจากเจ้าพนักงานให้เป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางเพื่อการค้าขายยาเสพติด นาย A. ไม่สามารถเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางตามกฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555 ได้เนื่องจากมิใช่เจ้าพนักงาน นาย A. เป็นเพียงสายลับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่ออำพรางตัวไปทำการซื้อขายยาเสพติด นาย A. จึงไม่ได้รับการคุ้มครองชื่อและตัวตนตามมาตรการทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่หากนาย A ตกเป็นสายลับตามข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 หรือ ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 นาย A. จะได้รับการคุ้มครองชื่อและตัวตนตามที่ข้อบังคับกำหนดให้เป็นความลับ

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างแล้วจะเห็นได้ว่าการที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางจะได้รับการคุ้มครองจากมาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือไม่เพียงใดนั้น มีความซับซ้อน สับสนและขึ้นอยู่กับว่าการเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นอาศัยอำนาจจากกฎหมายใด มากกว่าที่จะพิจารณาถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายมีมากเท่าใด การใช้มาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางเท่าที่มีในปัจจุบันจึงยังไม่มีเอกภาพ

3.4.5 ไม่มีมาตรการลงโทษในกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางนั้นทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย

การเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางที่เป็นความลับนั้น อาจเป็นความผิดอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือ ความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 หรือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 66

ได้ แต่เมื่ออาชญากรได้ทำการตอบโต้หรือแก้แค้นเจ้าพนักงานหรือสายลับผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมทั้งครอบครัวจนถึงแก่ชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บทางกายแล้ว มาตรการทางกฎหมายที่มีล้วนแต่เป็น มาตรการลงโทษต่อตัวบุคคลที่กระทำความผิดไม่ว่าจะฐานฆ่าผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นเท่านั้น แต่บุคคลผู้เปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางกลับไม่ได้รับผิดทางอาญาเพิ่มเติมด้วยแต่อย่างใดหาก มิได้ร่วมกระทำการฆ่าหรือทำร้ายร่างกายด้วย ทั้งๆที่เป็นต้นเหตุที่เพิ่มความเสี่ยงต่อความปลอดภัย ของผู้ปฏิบัติการอำพรางและทำให้การปฏิบัติการอำพรางต้องยกเลิกภารกิจโดยที่รัฐได้สูญเสีย งบประมาณแผ่นดินไปในการสืบสวนแล้วก็ตาม ตัวอย่างเช่น

ร.ต.ต.เอ ได้อำพรางตัวเข้าไปในกลุ่มแก๊งค์ยาเสพติดเพื่อทำการสืบสวนหาตัวและ ตำหนิรูปพรรณของหัวหน้าแก๊งค์ยาเสพติดที่ชื่อ นายใหญ่ โดยอำพรางตัวเป็นคนขับวินมอเตอร์ไซด์ รับจ้างชื่อ นายเปี้ยก และทำการติดต่อซื้อขายยาบ้าจากแก๊งค์ของนายใหญ่อยู่เรื่อยๆ ต่อมานายเล็กซึ่งเป็น ลูกน้องในแก๊งค์ยาเสพติดของนายใหญ่และเคยถูก ร.ต.ต.เอ จับกุมมาก่อน บังเอิญ พบ ร.ต.ต.เอ มา ติดต่อล่อซื้อยาบ้า จึงได้แจ้งต่อนายใหญ่ว่า นายเปี้ยกนั้น ที่แท้จริงเป็นตำรวจ นายใหญ่จึงซ่อน แผนการล่อซื้อโดยการจับร.ต.ต.เอ ไปฆ่าทิ้งเพื่อปกปิดความผิด จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่า นายใหญ่มี ความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงาน แต่นายเล็กนั้นไม่ต้องรับผิดอาญาใดๆ เลย

จากการศึกษามาตรการที่ใช้ในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะเป็นมาตรการ กำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเป็นความลับประกอบกับมาตรการทางวินัยของข้าราชการ ตามที่ได้ศึกษาในข้อ 3.1 มาตรการกันผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากการสอบสวนคดีอาญาตามที่ได้ ศึกษาในข้อ 3.2 หรือมาตรการทางอาญาตามที่ได้ศึกษากันมาแล้วในข้อ 3.3 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็น มาตรการที่ยังมิได้คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมไปถึงครอบครัวอย่างเพียงพอ เนื่องจากความไม่มี เอกภาพและมีช่องโหว่ของกฎหมายตามปัญหาที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในข้อ 3.4 กล่าวคือ ล้วนแล้วแต่ เป็นมาตรการที่ควบคุมบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการอำพรางเสียส่วนใหญ่ใน ฐานะความลับของวิชาชีพ (Professional confidentiality) โดยใช้โทษทางวินัยมากำกับ แต่มิได้ คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางจากการเปิดเผยข้อมูลโดยบุคคลอื่นๆ ที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะ ความลับตามธรรมชาติ (Nature secret) อย่างเพียงพอเพราะหากบุคคลทั่วไปเปิดเผยความลับใน เรื่องข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางย่อมอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำ พรางรวมไปถึงครอบครัวจากการแก้แค้นของคนร้ายด้วยจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่มีการบัญญัติกฎหมาย กำหนดความผิดอาญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการ คุ้มครองเจ้าพนักงานหรือผู้ที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการตามหน้าที่ตามทฤษฎีการป้องกัน การกระทำที่อาจจะเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นตามที่ได้ศึกษาในข้อ 2.2.1 และทฤษฎีหลักเกณฑ์การ คุ้มครองนิติสมบัตินิเวศทางสุดท้ายตามที่ได้ศึกษาในข้อ 2.2.2.

บทที่ 4

ความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจในกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติการอำนาจจากการถูกเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจในต่างประเทศโดยการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาอันได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ที่มีการใช้การปฏิบัติการอำนาจอย่างแพร่หลาย กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศในระบบซีวิลลอว์และเป็นต้นกำเนิดของการปฏิบัติการอำนาจ และกฎหมายของประเทศออสเตรเลียซึ่งได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำนาจไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ

4.1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ความพยายามที่จะขัดขวางไม่ให้พยานปรากฏตัวในกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล ถือว่าเป็นความผิดอาญา ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการทำร้าย การขู่ เชื้อเชิญ การข่มขู่ หรือให้สินบนแก่พยาน ทั้งนี้เพื่อไม่ให้พยานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล¹ โดยทั่วไปมักจะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม (Obstructing of Justice) เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หมวดที่ 73 ตั้งแต่มาตราที่ 1501 ถึงมาตรา 1521 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม การขัดขวางเจ้าพนักงาน การขัดคำสั่งศาล การยุ่งเหยิงกับพยาน (witness) ผู้เสียหาย (victim) หรือสายลับ (informant) และการตอบโต้พยาน ผู้เสียหาย หรือสายลับ²

ในอดีตนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายให้มีความผิดฐานเบี่ยงความเท็จต่อศาล (Prejury) ความผิดฐานให้สินบนแก่พยาน (Bribery of witness) ความผิดฐานจ่ายเงินให้พยาน (Payment of witness) ความผิดฐานกีดขวางหรือขัดขวางกระบวนการยุติธรรมระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีอาญา (Impeded or Obstructed of the administration of justice

¹ Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Criminal and Justice*, Vol.3, (New York: The Free Press, 1983), p.1091

² John M. Scheb, *Criminal Law and Procedure*, 3rd, (New York: Wadsworth Publishing Company, 1999), p.302

during the investigation or prosecution)³ แต่เมื่ออาชญากรได้มีการพัฒนารูปแบบการกระทำ ความผิดโดยรวมกลุ่มกันเป็นองค์กรอาชญากรรม (organized crime) ซึ่งประสบความสำเร็จในการ กระทำผิดมากกว่ากระทำโดยลำพัง ทั้งยังสามารถแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจและมีการป้องกันการ ถูกดำเนินคดีจนบางครั้งการดำเนินคดีล้มเหลวก่อนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ในปี.ศ. 1970 จึงมีการออกกฎหมายควบคุมองค์กรอาชญากรรม (Organized Crime Control Act) และ กฎหมายองค์กรผิดกฎหมาย (Racketeer Influenced Corrupt Organization Act หรือ RICO) ซึ่ง ได้มีการกำหนดความผิดอาญาใหม่ๆ เช่น การกรรโชกทรัพย์ (Extortion) การเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืม เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด การให้สินบน และการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมระหว่างการสืบสวน สอบสวน⁴ นอกจากนี้ยังมีการออกกฎหมายคุ้มครองเหยื่อและพยาน ค.ศ.1982 (The Victim and Witness Protection Act) ซึ่งก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในกฎหมายเกี่ยวกับการขัดขวาง กระบวนการยุติธรรมภายหลังวันที่ 12 ตุลาคม 1982 มีความผิดฐานใหม่ คือ การยุ่งเหยิงกับพยาน ผู้เสียหาย หรือสายลับ (18 U.S. Code § 1512.Tampering with a witness, victim, or an informant) และการตอบโต้พยาน ผู้เสียหาย หรือสายลับ (18 U.S. Code § 1513.Retaliating against a witness, victim, or an informant)⁵ นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการ ขัดขวางกระบวนการยุติธรรมในระดับมลรัฐอีกด้วย ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานในการคุ้มครองเจ้า พนักงานผู้ปฏิบัติการอำพราง โดยมีกรณีศึกษา เช่น

4.1.1.ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเทกซัส (Texas Penal Code)

ปรากฏว่า⁶ เมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2012 นางสาว Melissa Walthall อายุ 30 ปี ชาวรัฐเทกซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกฟ้องว่ากระทำความผิดฐานตอบโต้เจ้าพนักงาน (Felony retaliation charge) หลังจากโพสต์รูปภาพของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางคดียาเสพติด (undercover narcotics officer) บนเครือข่ายสังคมออนไลน์ FACEBOOK รวมถึงระบุถึงหน้าที่การ งานที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ด้วย นางสาว Melissa Walthall ให้การต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจเมืองเมสควิต

³ Kathleen F Brickey, Corporate Criminal Liability: A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents (Callaghan Wilmette, IL, 1984)., p.86

⁴ Henry M Wroblewski and Kären M Hess, Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice (Wadsworth/Thomson Learning Belmont, CA, 2003)., p.89

⁵ Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Liability, p.88

⁶ ALYSSA NEWCOMB, "Woman Charged with Felony after Posting Undercover Cop's Picture on Facebook

" [Online] Accessed: 16 October 2012. Available from: <https://abcnews.go.com/US/woman-charged-felony-posting-undercover-cops-picture-facebook/story?id=17483006>

ว่าเธอเห็นภาพอยู่บนใบปลิวเมื่อสามสัปดาห์ก่อนหน้านั้นและได้โพสต์เนื่องจากเพื่อนของเธอได้รับความทุกข์จากการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจในคดียาเสพติด สาเหตุเนื่องจากเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2012 เพื่อนของนางสาว Melissa Walthall เห็นภาพถ่ายปรากฏอยู่บนกระดานข่าว (News Feed) โดยใช้ชื่อภาพว่า "Undercover Mesquite Narcotics" พร้อมข้อความว่า "Anyone know this bitch."

เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนได้ตรวจสอบหน้าเพจของนางสาว Melissa Walthall และได้หมายจับจากศาลในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม (harassment charge) หลังจากเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการคุกคามความปลอดภัยของเจ้าพนักงาน แม้เธอจะปฏิเสธที่จะระบุตัวตนเพื่อนของเธอ แต่จากการตรวจค้นคอมพิวเตอร์พบว่าคือนาย George Pickens นาย George Pickens อายุ 30 ปี ให้การต่อเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนว่าเขาและน้องชายคือนาย Bobby Stedham ได้ร่วมกันค้นหาทางออนไลน์เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางและค้นพบFACEBOOKและภาพถ่ายและใช้ทำเป็นใบปลิวเพื่อแจ้งคนอื่นๆ นาย Kevin Lawrence ผู้บริหารระดับสูงของสมาคมตำรวจเมืองเท็กซัสกล่าวว่า มันเป็นเรื่องที่อันตรายมาก ถ้าเจ้าหน้าที่พยายามจะแทรกซึมกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดหรือองค์กรอาชญากรรม สิ่งสำคัญคือต้องทำให้คนอื่นเชื่อว่าเขาไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตำรวจ สิ่งใดก็ตามที่เป็นร่องรอยว่าเขาคือผู้รักษากฎหมายย่อมเป็นสิ่งที่อันตราย

คดีนี้นาย Bobby Stedham ถูกดำเนินคดีฐานตอบโต้เจ้าพนักงาน (retaliation charge)

จากข่าวดังกล่าวข้างต้นนั้น ความผิดฐานตอบโต้เจ้าพนักงาน (retaliation charge) ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา 36.06 ความผิดฐาน การขัดขวางหรือการตอบโต้ (Obstruction or Retaliation)^{7*} มีองค์ประกอบความผิดคือ

(a) บุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นเจตนาที่จะประทุษร้ายหรือขู่เชี่ยวว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(1) เพื่อตอบโต้เพราะการปฏิบัติหน้าที่หรือเพราะสถานะของบุคคลดังต่อไปนี้

(a) เป็นเจ้าพนักงาน, พยาน, จะมาเป็นพยาน หรือสายลับ หรือ

(b) บุคคลผู้แจ้งหรือจะแจ้งการเกิดอาชญากรรม หรือ

(2) ป้องกันหรือทำให้ล่าช้าซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังต่อไปนี้

(a) เป็นเจ้าพนักงาน, พยาน, จะมาเป็นพยาน หรือสายลับ หรือ

(b) บุคคลผู้แจ้งหรือจะแจ้งการเกิดอาชญากรรม”

* Texas Penal Code § 36.06. Obstruction or Retaliation [online], January 2020. Available from: <https://codes.findlaw.com/tx/penal-code/penal-sect-36-06.html> โปรดดูภาคผนวก ก.

การกำหนดโทษ โทษจำคุก ตั้งแต่ 2 ปี ถึง 10 ปี และปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ

แม้มลรัฐเท็กซัสจะมีกฎหมายสำหรับคุ้มครองเจ้าพนักงาน พยาน หรือสายลับแต่ปรากฏว่ามีการเกิดรูปแบบในการตอบโต้เจ้าพนักงานในรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า doxing หรือ doxxing อันเป็นปรากฏการณ์ที่ปัจเจกบุคคลค้นหาเพื่อคุกคามเจ้าหน้าที่ของรัฐและครอบครัวของเขาด้วยการโพสต์ข้อมูลส่วนตัวเกี่ยวกับพวกเขาที่ปรากฏบนออนไลน์ ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายห้ามการตอบโต้เจ้าพนักงานแล้วแต่ก็ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำ doxing* ดังนั้นร่างกฎหมายของวุฒิสภารัฐเท็กซัส (SB 923) จึงได้เสนอความผิดเกี่ยวกับการกระทำ doxing โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโพสต์บ้านเลขที่ หรือเบอร์โทรศัพท์ของเจ้าพนักงานหรือของสมาชิกในครอบครัวของบุคคลดังกล่าวบนเว็บไซต์ที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้เพื่อตอบโต้เจ้าพนักงาน จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามมาตรา 36.06 ด้วยการเพิ่มความผิดใหม่คือ

“(a-1) บุคคลนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดอาญาเมื่อบุคคลนั้นโพสต์บนเว็บไซต์ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ซึ่งที่อยู่ ภูมิลำเนา หรือหมายเลขโทรศัพท์ของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานหรือสมาชิกในครอบครัวหรือบุคคลภายในบ้านของเจ้าพนักงานเว็บไซต์สาธารณะซึ่งโดยมีเจตนาที่จะประทุษร้ายหรือขู่ข่มขู่ว่าจะทำประทุษร้ายบุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวหรือบุคคลภายในบ้านของบุคคลนั้นเพื่อตอบโต้จากการกระทำตามหน้าที่หรือเพราะได้กระทำตามหน้าที่หรือเพราะบุคคลนั้นเป็นเจ้าพนักงาน”

โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2015 และบทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2015

4.1.2. ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐโอไฮโอ (Ohio Revised Code)

วันที่ 12 มกราคม 2013 ปรากฏข่าวว่า⁸ นาย Jason Phillips ชายชาวเมืองโตเลโด มลรัฐโอไฮโอ ประเทศสหรัฐอเมริกาถูกดำเนินคดีอาญาหลังจากโพสต์รูปตำรวจผู้ปฏิบัติการอำพรางของเมืองโตเลโดบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ FACEBOOK และได้ระบุชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจรายนั้นด้วย นาย Jason Phillips อายุ 38 ปี ถูกดำเนินคดีต่อศาลเมืองโตเลโดในความผิดฐาน

* ปรากฏอยู่บนรายงานของคณะกรรมการร่างกฎหมายของรัฐเท็กซัส 2015 TX S.B. 923 (NS) 2015 Texas Senate Bill No. 923, Texas Eighty-Fourth Legislature เมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2015

⁸ "Toledo Man Arrested, Charged after Posting Photo of Undercover Officer on Facebook", [Online]. Available from: <https://www.toledoblade.com/local/police-fire/2013/01/12/Toledo-man-arrested-charged-after-posting-photo-of-undercover-officer-on-Facebook/stories/20130112086>

ขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (Obstructing official business) จากการโพสต์ FACEBOOK นาย Jason Phillips กล่าวว่า เขาได้พบตำรวจเดินอยู่จึงถ่ายรูปด้วยโทรศัพท์มือถือและโพสต์รูปตำรวจบน FACEBOOK พร้อมเนื้อความว่าตำรวจนายนี้เป็นหัวหน้าของกลุ่มพวกขี้ฟ้อง

โฆษกกรมตำรวจ Sgt. Joe Heffernan กล่าวว่า มันเป็นเรื่องความปลอดภัยที่สำคัญมาก เจ้าหน้าที่ที่ต้องตกอยู่ในสถานการณ์อันตรายโดยไม่มีสิ่งปกป้องพวกเขาเหมือนเจ้าหน้าที่ตำรวจปกติ โฆษกกรมตำรวจยังกล่าวอีกว่า สิ่งใดๆที่บุคคลทำเพื่อขัดขวางการสืบสวนสอบสวนย่อมเป็นการกระทำความผิดอาญา เอกลักษณะบุคคลของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางจะคอยป้องกันตัวเจ้าหน้าที่จากการปฏิบัติงานนั้น มันเป็นงานที่อันตรายมากๆ และเมื่อประชาชนจงใจทำให้เกิดอันตรายต่อตัวนักสืบเพิ่มขึ้นอีก ตำรวจจึงต้องจริงจังและดำเนินคดีอาญาต่อบุคคลนั้น ในการฝึกผู้ปฏิบัติการอำพรางที่มีประสิทธิภาพต้องใช้เวลาอย่างมากเพื่อฝึกและหาประสบการณ์ และใครบางคนโพสต์รูปของเจ้าหน้าที่บนสื่อหรือสื่อสังคมออนไลน์หรือหนังสือพิมพ์มากจนไม่สามารถใช้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางได้ กรมตำรวจและเมืองต้องสูญเสียเป็นจำนวนมาก เพราะมันเป็นงานที่ยากลำบาก เจ้าหน้าที่ตำรวจคนล่าสุดที่ถูกฆ่า (นักสืบ Keith Dressel) อยู่ในระหว่างการปฏิบัติการอำพราง

จากบันทึกคำให้การปรากฏข้อเท็จจริงว่า การกระทำนั้นเป็นการขัดขวางหรือต่อต้านการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ทั้งยังก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับอันตรายอีกด้วย ซึ่งนาย Jason Phillips ถูกดำเนินคดีอาญาและได้รับการประกันตัวโดยใช้หลักทรัพย์ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ ตามรายงานของศาล โดยความผิดฐานขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน (Obstructing official business) มาตรา 2921.31.^{9*} มีองค์ประกอบความผิด คือ

(A) ห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการเพื่อขัดขวางหรือทำให้ล่าช้าซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ได้กระทำการตามกฎหมายเว้นแต่ตนเองจะมีอำนาจกระทำการนั้น

(B) ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับผิดฐานขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน, เว้นเสียแต่ว่าเป็นความผิดอื่นตามหมวดนี้แล้ว, ต้องรับโทษระดับกลางขั้นที่สอง (misdemeanor of second degree) ถ้าการกระทำความผิดฐานนี้ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการถูกประทุษร้ายบุคคลใดๆ ได้ต้องรับโทษระดับมหันต์โทษระดับห้า (felony of the fifth degree)

* <http://codes.ohio.gov/orc/2921.31> โปรตดูภาคผนวก ข.

จากตัวบทกฎหมายที่ยกมาเป็นตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจสรุปว่าการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถนำกฎหมายว่าด้วยการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม (Obstruction of justice) มาปรับใช้กับคดีเพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติหน้าที่ได้

4.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) และระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งเป็นระบบการพิจารณาคดีที่ผู้พิพากษามีบทบาทอย่างสูงในการค้นหาความจริงตั้งแต่ชั้นสอบสวน รวบรวมพยานหลักฐานตลอดมาจนกระทั่งในชั้นศาล การสืบพยาน การถามพยานรวมถึงการควบคุมการพิจารณาเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ขณะที่คู่ความจะมีบทบาทน้อยเมื่อเทียบกับระบบกล่าวหา¹⁰

ต่อมา นาย Dominique Perben รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของฝรั่งเศส ได้ผลักดันกฎหมาย Perben II Act. เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย เพื่อใช้ต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรม¹¹ โดยเพิ่มอำนาจให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเพิ่มระยะเวลาในการควบคุมตัว การกำหนดความผิดทางอาญาใหม่ๆ และการใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการดักฟัง การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม และการแทรกซึมด้วยการสะกดรอยหรือการปฏิบัติการอำพราง ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางโดยแบ่งการคุ้มครองเป็น 2 ส่วน คือ การคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง ตาม ข้อ 4.2.1. และ 4.2.2 และการคุ้มครองการปฏิบัติการอำพราง ตาม ข้อ 4.2.3 ดังนี้

4.2.1. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-81^{12*}

บัญญัติว่า เมื่อมีเหตุจำเป็นในการไต่สวนหรือสืบสวนสอบสวนความผิดร้ายแรงหรือความผิดระดับปานกลางที่อยู่ในมาตรา 706-73** ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดี (Judicial

¹⁰ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อ สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม (2558), หน้า.25

¹¹ Gioacchino Polimeni, *The Digest of Organized Crime Cases* (UNODC, 2012), p.12

* <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20051213> โปรดดูภาคผนวก ค.

** ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับ การฆ่าโดยองค์กรอาชญากรรม, การกระทำทารุณหรือโหดร้ายโดยองค์กรอาชญากรรม, การค้ามนุษย์, การลักพาตัวหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยองค์กรอาชญากรรม, เหตุการณ์ร้ายของความผิดฐานล่องหนเพื่อค้าประเวณี, ลักทรัพย์โดยองค์กรอาชญากรรม, เหตุการณ์ร้ายของความผิดฐานกรรโชก, การทำลาย ทำ ให้เสื่อมค่า หรือขำรุคซึ่งทรัพย์สินโดยองค์กรอาชญากรรม, การปลอมแปลงเงินตรา, การก่อการร้าย, อาชญากรรมที่

police) มีอำนาจทำการแทรกซึมได้ ซึ่งการแทรกซึมนั้นหมายถึง การสะกดรอยผู้ต้องสงสัยที่กระทำ ความผิดร้ายแรงหรือความผิดระดับปานกลางโดยทำให้ผู้ต้องสงสัยเชื่อว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ร่วม กระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นได้รับเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed identity) และมี อำนาจกระทำความผิดที่กำหนดตามมาตรา 706-82 ได้

4.2.2.ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-84

บัญญัติว่า

เอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการแทรกซึมต้องไม่ปรากฏ
ในกระบวนการดำเนินคดีใดๆ

การเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร

หากการเปิดเผยนั้นนำไปสู่อันตรายแก่กายต่อเจ้าหน้าที่ คู่สมรส บุตร หรือ
บุพการี ต้องรับโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร

และหากการเปิดเผยนำไปสู่ความตายต่อเจ้าหน้าที่ คู่สมรส หรือ บุพการี ต้อง
รับโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 150,000 ยูโร

4.2.3.ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 434-7-2

บัญญัติว่า โดยไม่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องหา หรือ
ผู้เสียหาย, ผู้ใดโดยอาศัยอำนาจหน้าที่, ตามที่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
กำหนด, ข้อมูลข่าวสารที่เกิดจากการสืบสวนสอบสวนหรือระหว่างการสืบสวนสอบสวนที่เกี่ยวข้องกับ
อาชญากรรมและ จงใจเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่บุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ
45,000 ยูโร

โดยไม่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องหา หรือ
ผู้เสียหาย, ผู้ใดโดยอาศัยอำนาจหน้าที่, การเปิดเผยดังกล่าวในวรรคแรกนั้น, จงใจเปิดเผยข้อมูล
ดังกล่าวแก่บุคคลอื่นซึ่งน่าจะรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ผู้ร่วมกระทำความผิด ผู้สมรู้ร่วมคิด หรือผู้รับ
ประโยชน์จากการกระทำความผิด เมื่อการเปิดเผยนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อขัดขวางการสืบสวนหรือการเปิดเผย
ข้อเท็จจริง ต้องรับโทษจำคุก 5 ปีและปรับ 75,000 ยูโร

ส่งผลต่อความมั่นคงของชาติ, ความผิดเกี่ยวกับการผลิตอาวุธและวัตถุระเบิด, การช่วยเหลือชาวต่างชาติให้เข้ามา ส่ง
ต่อหรืออยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายโดยองค์กรอาชญากรรม, ฟอกเงิน, มีส่วนร่วมในช่องโหว่ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด
ดังกล่าวข้างต้น, ความผิดฐานร้ายแรงผิดปกติที่เกี่ยวกับความผิดดังกล่าวข้างต้น, โจรสลัด, ความผิดเกี่ยวกับการ
แพร่หลายซึ่งอาวุธทำลายล้างสูง และความผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติโดยองค์กรอาชญากรรม

ในการนี้ตามวรรคสอง เมื่อการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมร้ายแรงหรือความผิดที่มีโทษจำคุกสิบปีตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 706-73 กำหนด ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุก 7 ปีและปรับ 100,000 ยูโร

จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่กล่าวมาข้างต้นนั้น อาจสรุปได้ว่า กระบวนการสืบสวนสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสนั้นเป็นความลับที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องปกปิดในฐานะที่เป็นความลับทางวิชาชีพ (Professional confidentiality) โดยกระบวนการสืบสวนจะได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผยข้อมูลการสืบสวนจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีบทกำหนดโทษทางอาญาไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 434-7-2 ส่วนการปฏิบัติกรอำนวยการนั้น จะใช้เพื่อการสืบสวนสอบสวนคดีร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-73 และต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีซึ่งจะได้รับการปกปิดเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนวยการโดยการใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมุติ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 706-81 และมีมาตรการทางอาญาในการห้ามบุคคลใดๆ เปิดเผยข้อมูลของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำนวยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสมาตรา 706-84 โดยไม่ปรากฏข้อยกเว้นในการเปิดเผยแต่อย่างใดตลอดการดำเนินคดี

4.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในศตวรรษที่ 20 นั้นเป็นยุคที่มีการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของการแอบสะกดรอยหรือการสืบสวนสอบสวนเชิงรุก การขยายตัวอย่างมากนั้นเกิดขึ้นในหลายประเทศด้วยการให้อำนาจตามกฎหมายในการใช้อุปกรณ์ดักฟังหรือการดักจับการสื่อสาร บางประเทศในเครือจักรภพเช่น ออสเตรเลียและแคนาดาก้าวหน้าไปกว่านั้นด้วยการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองการถูกฟุ้งหรือละเมิดโทษให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำนวยการหรือสายลับในการกระทำความผิดระหว่างการปฏิบัติกรอำนวยการ¹³

ย้อนกลับไปในปี 1998 กรมอัยการของออสเตรเลียได้ทำการทบทวนการปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 (Crimes Act 1914) ในส่วนที่ 1AB ซึ่งการทบทวนนี้เป็นความพยายามที่จะเพิ่มอำนาจหน่วยปราบปรามยาเสพติดตามยุทธศาสตร์ชาติในการปราบปรามยาเสพติด ซึ่งตามกฎหมายเดิมนั้นอำนาจถูกจำกัดเป็นอย่างมาก รัฐบาลออสเตรเลียจึงยกให้เป็นวาระ

¹³ Simon Bronitt, "The Law in Undercover Policing: A Comparative Study of Entrapment and Covert Interviewing in Australia, Canada and Europe," *Comm L World Rev* 1.

เร่งด่วนในการเพิ่มประสิทธิภาพของเจ้าหน้าที่ปราบปรามยาเสพติด¹⁴ ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรอบการดำเนินการขออนุมัติ ปฏิบัติ และกำกับดูแล “การปฏิบัติการภายใต้การควบคุม” (Controlled Operation) ซึ่งเป็นการปฏิบัติงานที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายใช้ในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำไปสู่การฟ้องคดีอาญา โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตั้งแต่ปี 1996 แล้ว¹⁵

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 (Crimes Act 1914) ของประเทศออสเตรเลียนั้น ได้ให้อำนาจผู้บังคับใช้กฎหมายให้ดำเนินการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม (Controlled Operation) ได้^{16*} ตามคำนิยามในมาตรา 15GD ซึ่งเป็นการสืบสวนสอบสวนที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายดำเนินการหาพยานหลักฐานเพื่อนำไปสู่การฟ้องคดีอาญา และให้อำนาจแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรม เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมร้ายแรง และกฎหมายยังให้อำนาจในการใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed Identity) และสามารถขอหลักฐานเกี่ยวกับเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Evidence of Assumed Identity^{17**}) ด้วยเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนหรือการรวบรวมข้อมูลข่าว อย่างไรก็ตามมันเป็นงานที่มีความอันตรายสูง ดังนั้นข้อมูลการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม (Controlled operation) และเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวจึงไม่ควรถูกเปิดเผย เพื่อคุ้มครองการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมจึงมีการกำหนดความผิดอาญารฐานเปิดเผยข้อมูลโดยปราศจากอำนาจ (Unauthorised disclosure of information) ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 (Crimes Act 1914) มาตรา 15HK และความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Disclosing information about assumed identity) ในมาตรา 15LC

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁴ "Street Legal the Involvement of the National Crime Authority in Controlled Operations," [Online]. Available from: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Former_Committees/acc/completed_inquiries/1999-02/street_legal/report/c01

¹⁵ George Brandis, "National Legal Direction: Prosecuting Offences for the Unauthorised Disclosure of Information Relating to Controlled Operations, Special Intelligence Operations or Delayed Notification Search Warrants " Australia's Federal Prosecution Service (2014).

* <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00075> โปรดดูภาคผนวก ง.

** Crimes Act 1914 Division 3 Evidence of Assumed Identity.

บทบัญญัติความผิดตามมาตรา 15HK ฐาน เปิดเผยข้อมูลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unauthorised disclosure of information) โดยแยกผู้กระทำความผิดเป็น 2 ประเภท คือ ผู้ที่ได้รับมอบหมาย (entrust person) และ กรณีทั่วไปมีดังนี้

กรณีการเปิดเผยข้อมูลโดยผู้ที่ได้รับมอบหมาย (Disclosures by entrust person)

มีองค์ประกอบความผิดคือ

- อนุมาตรา (1) บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อ
 - (a) เป็นหรือเคยเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมาย และ
 - (b) รับรู้หรือครอบครองข้อมูลข่าวสารโดยเหตุที่ตนมีอำนาจหน้าที่

และ

- (c) ผู้นั้นเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และ
- (d) ข้อมูลข่าวสารนั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การ

ควบคุม (controlled operation)

ต้องระวางโทษ : จำคุก 2 ปี

- อนุมาตรา 1(B) บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อ
 - (a) เป็นหรือเคยเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมาย และ
 - (b) รับรู้หรือครอบครองข้อมูลข่าวสารโดยเหตุที่ตนมีอำนาจหน้าที่

และ

- (c) ผู้นั้นเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และ
- (d) ข้อมูลข่าวสารนั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การ

ควบคุม (controlled operation) และ

- (e) เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(i) บุคคลนั้นเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือ ความปลอดภัยของผู้อื่น หรือทำให้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมเสียหาย หรือ

(ii) บุคคลนั้นรู้ว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือความปลอดภัยของผู้อื่น หรือทำให้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมเสียหาย

ต้องระวางโทษ : จำคุก 10 ปี

ทั้งนี้ ผู้ที่ได้รับมอบหมาย (entrust person) นั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 (Crime Act 1914) มาตรา 15GC หมายถึงถึง

(a) ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม (Controlled operation)

(b) บุคคลดังต่อไปนี้

(i) ผู้บัญชาการและตำรวจของเครือรัฐออสเตรเลีย (Australian Federal Police หรือ AFP)

(ii) ตำรวจมลรัฐ หรือตำรวจภูมิภาค

(iii) เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานตรวจคนเข้าเมือง

(iv) ผู้อำนวยการและเจ้าหน้าที่ของ คณะกรรมการอาชญากรรมแห่งออสเตรเลีย (The Australian Crime Commission หรือ ACC)

(v) เจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบจริยธรรมแห่งออสเตรเลีย หรือ

(c) เจ้าหน้าที่ที่ตรวจสอบจริยธรรมของมลรัฐหรือภูมิภาคที่ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบการประพฤติมิชอบและการสืบสวนนั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม หรือ

(d) เจ้าหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) หรือ

(e) บุคคลที่เข้าร่วมทำสัญญา ข้อตกลง หรือ หารือ กับ

(i) หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย หรือ

(ii) หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานตรวจสอบตามข้อ (c) หรือ

(iii) ผู้ตรวจการแผ่นดินของเครือจักรภพ

การเปิดเผยกรณีทั่วไป (Other disclosures) มีองค์ประกอบความผิด คือ

- อนุมาตรา (1D) บุคคลเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อ

(a) เป็นผู้เปิดเผยข้อมูล และ

(b) ข้อมูลเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม และ

(c) การเปิดเผยนั้นอาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือความ

ปลอดภัยของผู้อื่นหรือทำให้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมเสียหาย

ต้องระวางโทษ : จำคุก 2 ปี

- อนุมาตรา 1(E) บุคคลเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อ

(a) เป็นผู้เปิดเผยข้อมูล และ

(b) ข้อมูลเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม และ

(c) เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(i) บุคคลนั้นเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่การหรือความปลอดภัยของผู้อื่นหรือทำให้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมเสียหาย

(ii) บุคคลนั้นรู้ว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายแก่การหรือความปลอดภัยของผู้อื่นหรือทำให้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติการภายใต้การควบคุมเสียหาย

ต้องระวางโทษ : จำคุก 10 ปี

อนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 (Crimes Act 1914) ได้บัญญัติข้อยกเว้นในการเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม ไว้ในมาตรา 15HK อนุมาตรา (2) ซึ่งเป็นหลักการให้เปิดเผยข้อมูลตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรืออนุมาตรา (2A) ซึ่งเป็นหลักการให้เปิดเผยข้อมูลเพื่อการตรวจสอบจริยธรรมโดยคณะกรรมการตรวจสอบจริยธรรม หรืออนุมาตรา (3) ซึ่งเป็นการหลักการเปิดเผยโดยเจตนาสุจริตต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) หรือคณะกรรมการตรวจสอบจริยธรรม หรือ อนุมาตรา (4) ซึ่งเป็นหลักการที่ข้อมูลข่าวสารนั้นเผยแพร่แล้วและผู้เปิดเผยเชื่อว่าไม่ก่อให้เกิดอันตรายใดๆ โดยสุจริต

ความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Disclosing information about assumed identity) ในมาตรา 15LC มีองค์ประกอบดังนี้

(1) บุคคลใดเป็นผู้กระทำผิดเมื่อ

- (a) บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำการหรือไม่กระทำการ และ
- (b) การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นเป็นเหตุให้ข้อมูลถูกเปิดเผย และ
- (c) ข้อมูลที่เปิดเผยหรือเกือบที่จะเปิดเผยนั้นเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับหลักฐานเกี่ยวกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือการใช้หรือได้ใช้เอกลักษณ์สมมุติ

ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี

(2) บุคคลใดเป็นผู้กระทำผิดเมื่อ

- (a) บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำการหรือไม่กระทำการ และ
- (b) การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นเป็นเหตุให้ข้อมูลถูกเปิดเผย และ
- (c) ข้อมูลที่เปิดเผยหรือเกือบที่จะเปิดเผยนั้นเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับหลักฐานเกี่ยวกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือการใช้หรือได้ใช้เอกลักษณ์สมมุติ
- (d) บุคคลนั้นไม่ยี่ติว่าการกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะกระทบต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของผู้อื่น

ต้องระวางโทษ จำคุก 10 ปี

- (3) บุคคลใดเป็นผู้กระทำผิดเมื่อ
- (a) บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำหรือไม่กระทำการ และ
 - (b) การกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นเหตุให้ข้อมูลถูกเปิดเผย และ
 - (c) ข้อมูลที่เปิดเผยหรือเกือบที่จะเปิดเผยนั้นเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับหลักฐานเกี่ยวกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือการใช้หรือได้ใช้เอกลักษณ์สมมุติ
 - (d) บุคคลนั้นไม่ใยดีว่าการกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะกระทบต่อประสิทธิภาพของการสืบสวนหรือการรวบรวมข่าวเกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรม
- ต้องระวางโทษ จำคุก 10 ปี

อย่างไรก็ตามการเปิดเผยข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Disclosing information about assumed identity) มีบทยกเว้นความผิดในกรณีตาม มาตรา 15LC (4) คือ

- (a) เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือ
- (b) เพื่อวัตถุประสงค์ในทางกระบวนการพิจารณาทางคดีที่มีผลมาจากหรือด้วยเหตุประการอื่นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์สมมุติ หรือ รายงานกระบวนการพิจารณาคดีนั้นๆ หรือ
- (c) เพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย หรือหน่วยงานข่าวกรองนั้นๆ หรือ
- (d) เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ ในรัฐเซาท์ออสเตรเลียนั้นมีการตรากฎหมายเป็นการเฉพาะซึ่งมีเนื้อหาใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1914 (Crimes Act 1914) โดยมีวัตถุประสงค์ คือ อนุญาตให้มีการปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operation) และใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed Identity) ได้เพื่อใช้ในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งในและนอกรัฐ เพื่อก่อตั้งโครงสร้างสำหรับการคุ้มครองพยาน โดยยกเลิกกฎหมายฉบับเดิมคือ Criminal Law (Undercover Operation) Act 1995* เป็นกฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ.2009 (Criminal Investigation (Covert operation) Act 2009) ในมาตรา

* หลักการและเหตุผลปรากฏใน Criminal Investigation (Covert operation) Act 2009

26^{18*} ความผิดฐาน เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (disclosing information about assumed identity) มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

(1) บุคคลจะมีความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเปิดเผยข้อมูลซึ่งบุคคลนั้นรู้หรือควรจะรู้ว่ามันถูกเผยแพร่หรือมีแนวโน้มที่จะเผยแพร่ซึ่งเอกลักษณ์บุคคลสมมุติที่ได้รับหรือถูกใช้โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่เจ้าของเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริง และ

(b) บุคคลนั้นรู้หรือควรจะรู้ว่าการเปิดเผยนั้น มิได้กระทำ

(i) โดยอำนาจของฝ่ายบริหารหรือตุลาการตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

(ii) เพื่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการที่เกิดขึ้นจากหรือมีเช่นนั้นเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือวัตถุประสงค์ของรายงานของกระบวนการดังกล่าว หรือ

(iii) ตามความต้องการที่กฎหมายกำหนด

โทษสูงสุด : จำคุก 2 ปี

(2) บุคคลจะกระทำความผิดตามอนุมาตราต่อไปนี้ได้ถ้าได้กระทำความผิดตามอนุมาตรา (1) ในกรณีดังต่อไปนี้

(a) บุคคลนั้นเจตนาที่จะประทุษร้ายต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของผู้อื่นหรือทำให้เสียหายซึ่งประสิทธิภาพของการสืบสวนสอบสวนหรือการเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวกรองที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของอาชญากรรม หรือ

(b) บุคคลนั้นรู้หรือควรจะรู้ว่า การเปิดเผยข้อมูล

(i) เป็นอันตรายหรือจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของผู้อื่น หรือ

(ii) ทำให้เสียหายหรือน่าจะเสียหายซึ่งประสิทธิภาพของการสืบสวนสอบสวนหรือการเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวกรองที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของอาชญากรรม

โทษสูงสุด : จำคุก 10 ปี

โดยสรุปแล้ว ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางซึ่งแม้จะมีชื่อเรียกต่างกัน คือ ปฏิบัติการภายใต้การควบคุม (Controlled operation) และ ปฏิบัติการ

* [https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/CRIMINAL%20INVESTIGATION%20\(COVERT%20OPERATIONS\)%20ACT%202009/CURRENT/2009.7.AUTH.PDF](https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/CRIMINAL%20INVESTIGATION%20(COVERT%20OPERATIONS)%20ACT%202009/CURRENT/2009.7.AUTH.PDF) โปรดดูภาคผนวก จ.

อำพราง (Undercover operation) ก็ล้วนเป็นวิธีการสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานโดยการแฝงตัวและใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมติเช่นเดียวกัน โดยการคุ้มครองนั้นได้มีการแยกการคุ้มครองระหว่างผู้ปฏิบัติการกับกระบวนการปฏิบัติการไว้โดยเฉพาะเจาะจงเช่นประเทศฝรั่งเศส ในประมวลกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 และที่มุ่งหมายคุ้มครองเฉพาะข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพราง ดังเช่น กฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ.2009



บทที่ 5

วิเคราะห์แนวทางในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการ อำพรางในประเทศไทย

จากการศึกษาค้นคว้าในบทที่ผ่านมาได้ปรากฏว่าพบทฤษฎีและแนวคิดในการคุ้มครองบุคคล ผู้ปฏิบัติการอำพราง และมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง ตลอดจนมาตรการทางอาญา ในการคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง ทั้งกฎหมายในประเทศ และกฎหมาย ต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดอาญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางไว้โดยเฉพาะเพื่อ คุ้มครองเจ้าหน้าที่และบุคคลรวมไปถึงครอบครัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางอย่างเหมาะสมและเป็น เอกภาพ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำความรู้ที่ได้จากการศึกษา ค้นคว้าในบทที่ผ่านมา วิเคราะห์ในประเด็น การกำหนดความผิดอาญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเจ้าพนักงานหรือผู้ที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการ ตามหน้าที่ตามทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น โดยเปรียบเทียบกับ กฎหมายของต่างประเทศที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4

5.1 ลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง

จากการศึกษาพบว่าในกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย หรือกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ได้กำหนดให้แนววิธีการสืบสวนสอบสวน พิเศษ คือ การปฏิบัติการอำพรางหรือการแฝงตัวมาใช้กับคดีที่มีความร้ายแรง เช่น ยาเสพติด หรือ ฟอกเงิน และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้น จำเป็นต้องมีการ ปกปิดข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่กล่าวมานั้น ได้แก่ ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อายุ การศึกษา อาชีพ และสถานะของผู้ปฏิบัติการอำพราง ด้วยการสร้างข้อมูลส่วนบุคคลหรือเอกลักษณ์ สมมุติ (Assumed identity) ขึ้นเพื่อลวงให้เป้าหมายของการสืบสวนเข้าใจว่าผู้ปฏิบัติการอำพราง เป็นบุคคลอื่น เมื่อประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายมีโทษทางอาญาบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงเห็นสมควร ที่จะวิเคราะห์รายละเอียดเพื่อประโยชน์ในการบัญญัติกฎหมายดังนี้

5.1.1. รูปแบบการบัญญัติกฎหมาย

จากการศึกษาแนวทางการนำกฎหมายอาญามาปรับใช้ในการดำเนินคดีกับผู้ที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพราง ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย เปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วพบว่า

ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) นั้น การคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ แต่นำกฎหมายทั่วไปด้วยการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมมาปรับใช้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา 36.06 ในความผิดฐาน การขัดขวางหรือการตอบโต้ (Obstruction or Retaliation) หรือประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐโอไฮโอ (Ohio Revised Code) ในความผิดฐานขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน (Obstructing official business) มาตรา 2921.31

ส่วนประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) เลือกที่จะบัญญัติการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลการสืบสวนสอบสวนและการเปิดเผยข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นกฎหมายทั่วไป โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 434-7-2 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 706-84

ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้นได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลการสืบสวนสอบสวนและการเปิดเผยข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นทั้งกฎหมายทั่วไป คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15HK และ 15LC และบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะในกฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ.2009

ส่วนของประเทศไทยนั้น กฎหมายที่มีโทษทางอาญาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 66 และพระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 21 รูปแบบการบัญญัติกฎหมายปรากฏตามตารางที่ 1 ดังต่อไปนี้

รูปแบบการ บัญญัติกฎหมาย	ประเทศไทย	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศ ออสเตรเลีย
กฎหมายทั่วไป		/	/	/
กฎหมายเฉพาะ	/			/

จากตารางที่ 1 สรุปได้ว่ามีประเทศไทยที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางไว้เป็นกฎหมายเฉพาะในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศ

ฝรั่งเศสบัญญัติไว้เป็นกฎหมายทั่วไปประมวลกฎหมายไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้นได้บัญญัติไว้ทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายเฉพาะ

5.1.2 คุณสมบัติหรือสถานะของบุคคลผู้ที่จะปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัว

จากการศึกษาตัวบทกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศดังกล่าวไว้ในบทที่ 4 นั้นพบว่าบุคคลผู้ที่จะปฏิบัติการอำพรางได้นั้น มีดังนี้

สำหรับ**ประเทศสหรัฐอเมริกา**นั้น กระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้ออกแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพรางของสำนักงานสอบสวนกลาง (Attorney General's Guideline on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations.) ซึ่งออกใช้ในปี 2002 และตำรวจในระดับสหรัฐได้นำไปปรับใช้ด้วย ได้ให้นิยามคำว่า ผู้ปฏิบัติการอำพราง (Undercover Employee) หมายถึง เจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI) เจ้าหน้าที่ตำรวจมลรัฐ และผู้บังคับใช้กฎหมายท้องถิ่น ที่ทำงานภายใต้การสั่งการหรือกำกับโดยสำนักงานสอบสวนกลางซึ่งเกี่ยวข้องกับ การสืบสวนสอบสวนอย่างเป็นทางการลับตลอดระยะเวลาของการปฏิบัติการด้วยการปกปิดเอกลักษณ์บุคคลหรือใช้นามแฝง โดยสรุปคือผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้มีแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น

ส่วน**ประเทศฝรั่งเศส**นั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 706-81 .กำหนดให้เฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายคดีหรือตำรวจฝ่ายคดี (officier ou un agent de police judiciaire) เท่านั้นที่สามารถกระทำการได้

สำหรับ**ประเทศออสเตรเลีย**นั้นแม้บุคคลที่มีสิทธิได้รับอนุญาตให้ครอบครองเอกลักษณ์สมมุติจะเป็นได้ทั้งพลเรือนและเจ้าหน้าที่รัฐ^{1*}ก็ตาม ส่วนผู้ที่สามารถทำการอำพรางหรือแฝงตัวเพื่อปฏิบัติการภายใต้การควบคุมนั้นเป็นได้ทั้งเจ้าหน้าที่รัฐและพลเรือน แต่ภารกิจที่ให้พลเรือนทำนั้นต้องมีใช้ภารกิจที่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถทำได้^{2**}

* Crimes Act 1914 Part IAC—Assumed Identities 5KA Application for authority to acquire or use assumed identity

** Crimes Act 1914 Part IAB Controlled operations Division 2 Authorization of controlled operations 15G(h)

สำหรับประเทศไทยนั้น บุคคลที่สามารถปฏิบัติการอำพรางได้มีทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ บุคคลทั่วไป ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าเป็นการใช้อำนาจอำพรางหรือแฝงตัวตามพระราชบัญญัติฉบับใด ดังที่ได้ศึกษากันไว้ที่บทที่ 3.4.4 มาแล้ว ซึ่งปรากฏตามตารางเปรียบเทียบที่ 2 ดังนี้

ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบคุณสมบัติหรือสถานะของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัว

คุณสมบัติ หรือ สถานะ	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศ ฝรั่งเศส	ประเทศ ออสเตรเลีย	พรบ.การ สอบสวน คดีพิเศษฯ	พรบ.วิธี พิจารณา คดีอาชญากรรม	พรบ. ป้องกันและปราบปราม การฟอกเงินฯ	พรบ. ป้องกันและปราบปราม การมีส่วนร่วมในองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติฯ	ประมวล กฎหมาย วิธี พิจารณา ความ อาญา มาตรา 17
เจ้าหน้าที่ของรัฐ	/	/	/	/	/	/	/	/
บุคคลทั่วไป			/	/				/

จากตารางที่ 2 สรุปได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้นที่มีอำนาจในการสืบสวนโดยใช้การอำพรางหรือแฝงตัวได้ ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้น ให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและพลเรือนทำการแฝงตัวได้โดยมีเงื่อนไขคือ กรณีให้พลเรือนแฝงตัวต้องเป็นภารกิจที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถกระทำแทนได้ ส่วนประเทศไทยนั้นให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและบุคคลทั่วไปสามารถทำการอำพรางหรือแฝงตัวได้โดยขึ้นอยู่กับว่าเป็นการอำพรางหรือแฝงตัวโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติใด

5.1.3 ประเภทความผิดที่สามารถใช้วิธีการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวได้

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดเรื่องการสืบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพรางของสำนักงานสอบสวนกลาง (Attorney General's Guideline on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations.) ได้กำหนดในบทนำว่า เทคนิคการสืบสวนด้วยการปฏิบัติการอำพรางนั้นใช้กับการสืบสวน ป้องกัน และฟ้องคดีอาญากับการกระทำผิดเช่น อาชญากรรมคอปกขาว (White collar crime), การทุจริตประพฤติมิชอบ การก่อการร้าย องค์กรอาชญากรรม และบรรดาความผิดเกี่ยวกับสารต้องห้าม

ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 706-81 ให้นำวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้กับความผิดตามมาตรา 706-73 ได้แก่ความผิดเกี่ยวกับการฆ่าโดยองค์กรอาชญากรรม, การกระทำทารุณหรือโหดร้ายโดยองค์กรอาชญากรรม, การค้ามนุษย์, การลักพาตัวหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยองค์กรอาชญากรรม, เหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานล่อลวงเพื่อค้าประเวณี, ลักทรัพย์โดยองค์กรอาชญากรรม, เหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานกรรโชก, การทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือชำรุดซึ่งทรัพย์สินโดยองค์กรอาชญากรรม, การปลอมแปลงเงินตรา, การก่อการร้าย, อาชญากรรมที่ส่งผลต่อความมั่นคงของชาติ, ความผิดเกี่ยวกับการผลิตอาวุธและวัตถุระเบิด, การช่วยเหลือชาวต่างชาติให้เข้ามา ส่งต่อหรืออยู่ในประเทศโดยผิดกฎหมายโดยองค์กรอาชญากรรม, ฟอกเงิน, มีส่วนร่วมในช่องโหว่ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น, ความผิดฐานร่ำรวยผิดปกติเกี่ยวกับความผิดดังกล่าวข้างต้น, โจรสลัด, ความผิดเกี่ยวกับการแพร่หลายซึ่งอาวุธทำลายล้างสูง และความผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติโดยองค์กรอาชญากรรม

สำหรับประเทศออสเตรเลียนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15GE ความผิดร้ายแรงที่จะสามารถนำการปฏิบัติการภายใต้การควบคุม (Controlled operation) มาใช้ได้เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป และเป็นความผิดดังนี้ด้วยคือ

- (a) ลักทรัพย์
- (b) ฉ้อโกง
- (c) หลีกเลี่ยงภาษี
- (d) ละเมิดกฎหมายว่าด้วยอัตราแลกเปลี่ยนเงิน
- (e) สารต้องควบคุม
- (f) การพนันผิดกฎหมาย
- (g) รับผลประโยชน์จากการกระทำผิดของผู้อื่น
- (h) กรรโชกทรัพย์
- (i) ฟอกเงิน
- (j) ขัดขวางกระบวนการยุติธรรม
- (k) ให้สินบน หรือ คอรัปชั่น
- (l) ละเมิดกฎหมายล้มละลายและบริษัท
- (m) ให้ที่พักพิงแก่อาชญากร
- (n) ปลอมเอกสาร รวมถึงปลอมหนังสือเดินทาง
- (o) ค้าอาวุธสงคราม
- (p) ส่งออกหรือนำเข้าสัตว์ป่าโดยผิดกฎหมาย
- (q) จารกรรม หรือก่อวินาศกรรม หรือคุกคามความมั่นคงของชาติ

- (r) กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์
- (s) ลักลอบเคลื่อนย้ายคนข้ามแดน
- (t) เอาคนลงเป็นทาส
- (u) โจรสลัด
- (v) จัดการ สนับสนุนทางการเงิน หรือเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดทางเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งอาศัยอยู่นอกประเทศออสเตรเลีย
- (w) คำว่าใดๆที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเด็ก
- (x) นำเข้าของต้องห้าม
- (Y) ส่งออกของต้องห้าม
- (z) การประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย
- (za) อาวุธปืน
- (zb) การกระทำใดที่มีลักษณะที่แท้จริงเหมือนการกระทำที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า
- (zc) การกระทำใดที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย

ส่วนประเทศไทยนั้นการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ ตามที่ได้ศึกษาค้นคว้ากันมาแล้วในข้อที่ 2.1.3 ได้แก่

1. การปฏิบัติการอำพรางในฐานะที่เป็นการสืบสวนแบบหนึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17 จึงสามารถใช้ได้กับความผิดอาญาทุกฐานความผิด เช่น การล่อซื้อหน้ากากอนามัย การล่อซื้อวัตถุลามกอนาจาร การล่อซื้อบริการทางเพศ การเข้าร่วมเล่นการพนัน ฯลฯ
2. ความผิดจำนวน 42 ประเภท ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 กำหนดรวมถึงคดีอาญาใดๆ ที่คณะกรรมการคดีพิเศษมีมติให้รับเป็นคดีพิเศษด้วย ตามมาตรา 21(2)
3. ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550
4. ความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556
5. ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

โดยสรุปแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทยนั้น ได้ออกแบบให้นำวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้กับความผิดใกล้เคียงกันโดยอาจ

กล่าวได้ว่าเป็นความผิดที่มีความซับซ้อน เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม เกี่ยวกับอาชญากรรมคอปกขาว เกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชัน และเกี่ยวกับยาเสพติดรวมไปถึงสิ่งของผิดกฎหมายอื่นๆด้วย แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตบางประการคือ หลักเกณฑ์การนำวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวไปใช้โดยมีเกณฑ์ว่าต้องเป็นคดีร้ายแรง มีอยู่ 2 ประเทศ คือ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทย ซึ่งประเทศออสเตรเลียนั้น ต้องเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป^{3*} ส่วนประเทศไทยนั้น ฐานความผิดที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดฐาน มีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ต้องเป็นความผิดร้ายแรงที่มีอัตราจำคุกขั้นสูงตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป ส่วนการอำพรางหรือแฝงตัวตามกฎหมายอื่นนั้นไม่มีเงื่อนไขเรื่องอัตราโทษ

5.1.4 คุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิด

จากตัวบทกฎหมายของ**ประเทศสหรัฐอเมริกา**ที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 5.1.1. นั้น กฎหมายมิได้กำหนดสถานะหรือคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงเป็นบุคคลใดๆ ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดา รวมถึงนิติบุคคลด้วย

ส่วนตัวบทกฎหมายของ**ประเทศฝรั่งเศส**นั้น ได้บัญญัติคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดไว้ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส 434-7-2 กำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลการสืบสวน คือ บุคคลผู้ที่อาศัยอำนาจหน้าที่ตามที่บพบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด ดังนั้นผู้ที่ไม่ใช่อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดได้มาซึ่งข้อมูลการสืบสวนแล้วนำไปเปิดเผยจึงไม่อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 706-84 มิได้กำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นบุคคลใดๆ ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลย่อมกระทำความผิดฐานนี้ได้

ส่วน**ประเทศออสเตรเลีย**นั้นได้กำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้ได้รับมอบหมาย (entrust person) กับบุคคลทั่วไป ซึ่งจะมีองค์ประกอบความผิดและโทษแตกต่างกันทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15HK ส่วนกฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ.2009 มาตรา 26 นั้น มิได้กำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดไว้ จึงเป็นบุคคลใดๆซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลย่อมกระทำความผิดฐานนี้ได้

* Crime act 1914 มาตรา 15GE

ส่วนประเทศไทยนั้นทั้งในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 66 และพระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 21 มิได้กำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดไว้ ดังนั้นบุคคลใดๆ ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลย่อมกระทำความผิดฐานนี้ได้ โดยสามารถเปรียบเทียบคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดได้ดังนี้

ตารางที่ 3 การเปรียบเทียบคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิด

คุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิด	ประเทศไทย*	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศออสเตรเลีย
บุคคลทั่วไป	/	/	/	/
ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพราง			/	/

*เฉพาะความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 66(2)

จากตารางที่ 3 สรุปได้ว่าทั้งประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย มีบทกำหนดความผิดที่ลงโทษบุคคลทั่วไปได้เช่นเดียวกัน ขณะเดียวกัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรเลีย ได้บัญญัติความผิดไว้โดยเฉพาะสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวด้วยเช่นกัน

5.1.5 ลักษณะการกระทำความผิดมหาวิทยาลัย

จากการศึกษา ค้นคว้ารูปแบบการดำเนินคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาคิดว่าการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ถือว่าเป็นการขัดขวาง หรือหน่วงเหนี่ยวกระบวนการสืบสวนสอบสวนให้ล่าช้า โดยการเปิดเผยข้อมูลนั้นกระทำได้ด้วยวิธีการใดๆ เช่น การโพสต์ข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าจะเป็นชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ หรือภาพถ่าย ลงบนสื่อสังคมออนไลน์หรือเว็บไซต์

ส่วนกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทยนั้น มิได้กำหนดวิธีการเปิดเผยข้อมูลไว้ จึงอาจตีความได้ว่าเป็นการกระทำการใดๆ ด้วยวิธีการใด ให้ผู้ที่ไม่ใช่อำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องได้รับรู้ข้อมูลที่เป็นความลับ

5.1.6 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ

วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือ สิ่งที่ผู้กระทำความผิดมุ่งหมายกระทำต่อ ในที่นี้คือ ข้อมูล ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าพบว่า ข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองนั้น มีทั้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพราง หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิบัติการอำพราง ซึ่งพิจารณาแล้ว อาจจะได้เห็นว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางซึ่งมีความหมายกว้างกว่า

จากการศึกษาพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพราง รวมไปถึงข้อมูลส่วนบุคคลของครอบครัวด้วยนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา 36.06 มาตรา (a-1) มุ่งคุ้มครอง

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส 434-7-2 มุ่งคุ้มครองข้อมูลในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาทั้งหมด ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 706-84 นั้นมุ่งที่จะคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิให้ถูกเปิดเผย ในระหว่างกระบวนการดำเนินคดี

ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15HK มุ่งที่จะคุ้มครองข้อมูลของการปฏิบัติการอำพราง ส่วนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15LC และกฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ.2009 มาตรา 26 นั้น มุ่งหมายที่จะคุ้มครองเอกลักษณ์สมมุติ (Assumed Identity) ของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิให้ถูกเปิดเผย

ส่วนประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 66 นั้น มุ่งคุ้มครองข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางซึ่งเป็นความลับ และพระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546 มาตรา 21 นั้นมุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนตัว คือ สถานที่อยู่ ชื่อ นามสกุล ภาพ หรือข้อมูลอย่างอื่นที่สามารถระบุตัวพยาน สามี ภริยา ผู้สืบสันดาน หรือผู้บุพการีหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยาน ซึ่งพยานในที่นี้ หมายถึงผู้ปฏิบัติการอำพรางที่ปฏิบัติหน้าที่ในการแฝงตัวเสร็จสิ้นแล้วและได้มาหรือจะมาให้การต่อพนักงานสืบสวนสอบสวน หรือให้การต่อศาลเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ปฏิบัติการอำพรางที่ยังคงแฝงตัวตามภารกิจอยู่

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ แบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

1. ข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัว ซึ่งประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 706-84 ประเทศออสเตรเลียตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15LC และประเทศไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยาน พ.ศ.2546

2. ข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัว ซึ่งประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครอง คือ ประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 434-7-2 ประเทศออสเตรเลียตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15HK และประเทศไทยตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

5.1.7 บทกำหนดโทษ

ตารางที่ 4 การเปรียบเทียบโทษทางอาญา

อัตราโทษ	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศ ออสเตรเลีย	ประเทศไทย
ไม่มีเหตุเพิ่มโทษ	จำคุก 2 – 10 ปี ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ สหรัฐ	มาตรา 706-84 จำคุก 5 ปี ปรับ 75,000 ยูโร มาตรา 434-7-2 จำคุก 3 ปี ปรับ 45,000 ยูโร	2 ปี	5 ปี ปรับ 100,000 บาท*
มีเหตุเพิ่มโทษ	-	มาตรา 706-84 จำคุก 7-10 ปี ปรับ 100,000 - 150,000 ยูโร มาตรา 434-7-2 จำคุก 5-7 ปี ปรับ 75,000-100,000 ยู โร	10 ปี	-

* อัตราโทษเฉพาะความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 66(2)

จากตารางที่ 4 อาจสรุปได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดอัตราโทษไว้ใกล้เคียงกัน คือมีอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 10 ปี ทั้งนี้ไม่รวมประเทศไทยซึ่งยังไม่มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษ

5.2 การเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเหตุหรือหลักเกณฑ์เหตุที่ทำให้การเปิดเผยข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางหรือผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ซึ่งจากการศึกษา ค้นคว้ากฎหมาย

ต่างประเทศได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลียนั้นพบว่ามีแต่เพียงประเทศออสเตรเลียเท่านั้นที่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ทำให้การเปิดเผยข้อมูลโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นความผิด

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ทำให้การเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้แต่กระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมก็ตาม อย่างไรก็ตามมีตัวอย่างคดีที่น่าสนใจคือ UNITED STATES OF AMERICA V. ERICK JAMAL HENDRICKS คดีเกิดขึ้นในศาลยุติธรรมในเขตเมืองคลีฟแลนด์ มลรัฐโอไฮโอ สหรัฐอเมริกา ได้มีการพิจารณาคดีอาญากับจำเลย คือ นาย เरिक จามาล เฮนดริคส์ (ERICK JAMAL HENDRICKS)⁴ ในความผิดเกี่ยวกับการสนับสนุนการก่อการร้าย และคณะลูกขุนในศาลชั้นต้นได้พิพากษานายเริคฯ นั้นมีความผิด นายเริคฯ ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ว่า โดยมีหนึ่งในหลายประเด็นที่ยกขึ้นต่อสู้ คือ ในกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยปรากฏข้อเท็จจริงในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์⁵ ว่าคดีนี้ในศาลชั้นต้นนายเริคฯ ได้โต้แย้งว่า การที่ศาลยอมให้เจ้าหน้าที่สืบสวนของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI) ซึ่งได้ปฏิบัติการอำพรางและใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมติทำการสืบสวนสอบสวนในคดีที่นายเริคฯ ถูกจับกุมมาเบิกความต่อศาลโดยใช้ชื่อและนามสกุลแฝง (undercover pseudonym) และให้พยานแต่งกายปกปิดเล็กน้อย (light disguise) ให้ใช้ทางเดินทางเข้าออกที่หวงห้ามเฉพาะ ให้ใช้วิธีการพิจารณาแบบไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน และใช้วิธีการสืบพยานแบบไม่เผชิญหน้าจำเลยและลูกขุน นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขครั้งที่ 6⁶ ศาลชั้นต้นได้พิจารณาโดยใช้หลักการซึ่งนำหน้าระหว่างความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางกับสิทธิของจำเลยที่จะต้องสืบพยานต่อหน้าจำเลยตามรัฐธรรมนูญแล้ว มีคำสั่งให้มีการพิจารณาคดีแบบ ปกปิดเล็กน้อย (light disguise) และใช้วิธีการถ่ายทอดสดการสืบพยาน เป็นเหตุให้นายเริคฯ อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ แต่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าแม้จะเป็นกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ก็ไม่มีกฎหมายใดของประเทศสหรัฐอเมริกา ให้พยานซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางต้องเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงของตนถึงแม้จะต้องไปเป็นพยานในศาลก็ตาม ศาลก็มีหน้าที่ที่ต้องหามาตรการทางเลือก (the trial court

⁴ Eric Heisig, "Undercover Fbi Agent Will Testify in Disguise to Partially-Closed Courtroom in Terror Suspect's Trial," [Online] Accessed: 20 December 2021. Available from: https://www.cleveland.com/court-justice/2018/03/undercover_fbi_agent_will_test.html

⁵ "United State of America V. Erick Jamal Hendricks," [Online] Accessed: 20 DECEMBER 2021. Available from: <https://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/20a0049p-06.pdf>

* <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/>

must consider reasonable alternatives) โดยซึ่งน้ำหนักระหว่างความปลอดภัยของพยานที่จะไม่ถูกทำอันตราย หรือถูกสะกดรอยหรือถูกติดตามจากผู้ไม่หวังดี กับสิทธิของจำเลยที่ได้รับตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏชัดเจนแล้วว่าความปลอดภัยที่จะไม่ถูกเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลของพยานมีน้ำหนักมากกว่า

ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้น โดยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 706-84 วรรคแรกนั้น ได้บัญญัติห้ามมิให้เปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลสมมุติในการปฏิบัติการอำนาจหรือแฝงตัวอย่างชัดเจน และไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดเหตุยกเว้นไว้ด้วย ซึ่งแม้แต่กระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้น ผู้ปฏิบัติการอำนาจก็ได้รับความคุ้มครองจากคำถามที่อาจเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงทั้งทางตรงและทางอ้อมได้^{7*}

สำหรับประเทศออสเตรเลียนั้น เหตุในการยกเว้นโทษหรือยกเว้นความผิดปรากฏอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1914 มาตรา 15HK (2) และ มาตรา 15LC (4) ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงไว้ในบทที่ 4 แล้ว

โดยสรุปแล้ว การคุ้มครองข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจรวมถึงข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจเป็นสิ่งที่มีความสำคัญลำดับต้นๆ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสนั้นให้ความสำคัญมากถึงขนาดที่จะไม่เปิดเผยแม้กระทั่งในการพิจารณาคดีของศาล ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้นการจะเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจรวมถึงข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

5.3 ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศในความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจมาใช้บังคับในประเทศไทย

แม้ว่าประเทศไทยจะมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลของการปฏิบัติการอำนาจก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่า มาตรการที่ใช้ในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำนาจไม่ว่าจะเป็นมาตรการกำหนดให้ข้อมูลการปฏิบัติการอำนาจเป็นความลับประกอบกับมาตรการทางวินัยของข้าราชการตามที่ได้ศึกษาในข้อ 3.1 มาตรการกันผู้ปฏิบัติการอำนาจออกจากการสอบสวนคดีอาญาตามที่ได้ศึกษาในข้อ 3.2 หรือมาตรการทางอาญาตามที่ได้ศึกษากันมาแล้วในข้อ 3.3 ผู้เขียนเห็นว่าเป็นมาตรการที่ยังมิได้คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำนาจรวมถึงบุคคลในครอบครัวของผู้ปฏิบัติการอำนาจอย่างเพียงพอ เนื่องจากความไม่มีเอกภาพและมีช่องโหว่ของกฎหมายตามปัญหาที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในข้อ 3.4 กล่าวคือ ล้วนแล้วแต่เป็นมาตรการควบคุมภายในองค์กรที่ควบคุมบุคคลที่เป็น

* Code de procédure pénale Article 706-86

เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางเสียส่วนใหญ่ในฐานะความลับของวิชาชีพ (Professional confidentiality) โดยใช้โทษทางวินัยมากกว่า แต่ไม่ได้คุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางจากการเปิดเผยข้อมูลโดยบุคคลอื่นๆ ที่มีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะที่ข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็น “ความลับตามธรรมชาติ” (Nature secret) อย่างเพียงพอ เพราะหากบุคคลทั่วไปเปิดเผยความลับในเรื่องข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางแล้ว ย่อมอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางจากการแก้แค้นของคนร้ายด้วย จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดอาญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง ด้วยเหตุผลและความจำเป็นคือ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเจ้าพนักงานหรือผู้ที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการตามหน้าที่ตาม “ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่น” ตามที่ได้ศึกษาในข้อ 2.2.1 อันจะเป็นการเพิ่มความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปฏิบัติการอำพรางซึ่งส่งผลโดยตรงไปถึงประสิทธิภาพของการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพรางด้วย

นอกจากนี้ จากการศึกษาความเป็นมาของการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัว ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพราง และการศึกษากฎหมายทั้งในประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย พบว่าประเทศไทยนั้นยังไม่มีการบัญญัติความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยครอบคลุมไปถึงทุกภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นตัวข้อมูลของภารกิจในการปฏิบัติการอำพรางเองก็ดี หรือข้อมูลของตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางก็ดีดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงในบทที่ 3.4 ซึ่งเมื่อถ้าหากมีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว ก็ต้องนำกฎหมายเก่าที่มีมาปรับใช้ เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย หรือความผิดตำแหน่งหน้าที่ราชการ ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นช่องว่างทางกฎหมาย แต่ในต่างประเทศได้ใช้โทษทางอาญาในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมด้วยโทษทางอาญาใช้ในรูปแบบการตีความกฎหมายที่มีอยู่เดิม ดังเช่นของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการบัญญัติฐานความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการสืบสวนด้วยการอำพรางหรือแฝงตัว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรบัญญัติความผิดฐาน “เปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง” ซึ่งเป็นไปตาม “ทฤษฎีหลักเกณฑ์การคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย” ตามที่ได้ศึกษาในข้อ 2.2.2. โดยนำข้อดีของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทยดังนี้

1. ประเด็นประเภทของกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยนั้นได้นำมาตรการการสืบสวนที่เรียกว่าปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กร

อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งแตกต่างจากแนวทางการบัญญัติกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศออสเตรเลียที่จะรวบรวมกฎหมายในลักษณะประมวลกฎหมาย หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ก็จะทำกรแก้ไขที่ประมวลกฎหมาย ดังนั้นด้วยนิติประเพณีที่แตกต่างกัน กล่าวคือประเทศไทยนำการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติ ประกอบกับแต่ละพระราชบัญญัติก็มีหลักเกณฑ์ ความหมาย การอนุญาต การกำกับควบคุม และเจตนารมณ์ในการปฏิบัติการอำพรางแตกต่างกัน จึงเห็นควรบัญญัติฐานความผิดเพิ่มเติมในพระราชบัญญัตินั้นๆ

2. ประเด็นคุณสมบัติหรือสถานะของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวซึ่งจะเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสนั้น คุ้มครองแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรเลียมีความเหมือนกับกฎหมายของประเทศไทยคือ ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลทั่วไปสามารถปฏิบัติการอำพรางได้ จึงสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นเดียวกัน เพราะหากพิจารณาตามธรรมชาติของการแฝงตัวหรือการอำพรางนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจไม่สามารถปฏิบัติการบางอย่างได้ จึงจำเป็นต้องใช้บุคคลทั่วไปดำเนินการอำพรางหรือแฝงตัวเข้าไปแทน เช่น การให้ผู้กระทำความผิดทำการขยายผลการจับกุมคดี ยาเสพติด เป็นต้น หรือการต้องใช้ทักษะบางประการที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการสะสมความชำนาญ จึงจำเป็นต้องใช้พลเรือนมาทำการแฝงตัว ผู้เขียนเห็นว่าผู้ปฏิบัติการอำพรางที่ควรได้รับการคุ้มครองควรรวมไปถึงบุคคลทั่วไปด้วยดังที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 27 อย่างไรก็ตามในความผิดบางฐานนั้นเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีความร้ายแรง เช่น ขบวนการค้ายาเสพติด ขบวนการฟอกเงิน หรือองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งมักจะมีส่วนเกี่ยวข้องกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นในการปฏิบัติอำพรางควรดำเนินการโดยเจ้าพนักงานผู้ที่ได้รับการฝึกฝนมาเป็นอย่างดีแล้วเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการอำพราง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกฎหมายปัจจุบันมีความเหมาะสมแล้ว

3. ประเด็นประเภทความผิดทางอาญาที่ใช้มาตรการปฏิบัติการอำพรางได้นั้น ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลียนั้นมีความใกล้เคียงกัน อาจแตกต่างกันในรายละเอียดและหลักเกณฑ์บางประการ เช่น อัตราโทษขั้นต่ำอย่างที่ปรากฏในประเทศออสเตรเลียและประเทศไทยในความผิดบางฐาน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคดีที่จะสมควรใช้มาตรการปฏิบัติการอำพรางนั้น ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นๆ

4. ประเด็นคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายของต่างประเทศได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย สามารถลงโทษบุคคลทั่วไปได้เหมือนกันทุกประเทศ แต่มีประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรเลียที่บัญญัติความผิดสำหรับ

เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางไว้โดยเฉพาะ ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับประเทศไทยนั้นการที่ไม่แยกความรับผิดชอบทางอาญาโดยอาศัยคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดมีความเหมาะสมกว่าเนื่องจากการกำหนดคุณสมบัติหรือสถานะของผู้กระทำความผิดให้เป็นบุคคลทั่วไปนั้นก็มีความครอบคลุมทุกคนแล้ว และหากผู้ที่เปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจต้องรับผิดชอบวินัยหรือต้องรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐาน เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 อยู่แล้ว

5. ประเด็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่กฎหมายควรคุ้มครองนั้น กฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย มีบทบัญญัติคุ้มครองที่ข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพรางเหมือนกันทุกประเทศโดยการคุ้มครองข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed Identity) ซึ่งเอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed Identity) นั้นอยู่ในรูปแบบของหลักฐานใดๆก็ได้ดังตัวอย่างของประเทศออสเตรเลีย แต่มีประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรเลียที่บัญญัติคุ้มครองไปที่ตัวข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นมีความสำคัญเป็นอันดับหนึ่งเพราะเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมไปถึงครอบครัวด้วย ส่วนข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางนั้นก็มีความสำคัญเช่นกันมักจะเป็นข้อมูลที่ถูกเก็บไว้ที่หน่วยงานของรัฐ ซึ่งทั้งข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางกับข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นแทบจะเป็นข้อมูลเดียวกันเพราะต่างมีความเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันจึงเห็นควรที่จะกำหนดความผิดทางอาญาเพื่อคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางและข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางด้วย

6. ประเด็นบทกำหนดโทษนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย มีความใกล้เคียงกัน และมีประเทศฝรั่งเศสกับประเทศออสเตรเลียที่บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกรณีที่เข้าเหตุฉกรรจ์ตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาภาพรวมของบทลงโทษแล้วมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบปีเท่ากันทุกประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดโทษให้ต้องมีการรับโทษหนักขึ้นอันเป็นเหตุฉกรรจ์หรือผลฉกรรจ์ตามความหนักเบา นั้นเหมาะสมกับประเทศไทย

7. ประเด็นเรื่องการเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติการอำพรางโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความปลอดภัยของผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นสิ่งสำคัญ แต่ด้วยระบบกฎหมายของ

ประเทศไทยที่ต้องสืบพยานต่อหน้าจำเลย * และพยานที่จะสืบต่อหน้าจำเลยนั้น พนักงานอัยการในฐานะโจทก์ต้องอ้างบุคคลนั้นเป็นพยานในบัญชีระบุพยานซึ่งต้องปรากฏชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่พนักงานอัยการโจทก์ประสงค์จะนำสืบ ** ซึ่งหากไม่มีชื่อยกเว้นแล้ว พนักงานอัยการอาจต้องตัดพยานปากนี้เพื่อความปลอดภัยและรักษาเอกลักษณ์ส่วนบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำนาจ แต่ก็อาจทำให้คดีนั้นขาดประจักษ์พยานสำคัญของคดีจนเป็นเหตุที่ทำให้ศาลยกฟ้องได้ ดังนั้นเพื่อให้เหมาะสมกับกระบวนการพิจารณาคดีโดยพิเคราะห์ถึงความหนักเบาของความผิด หรือความร้ายของจำเลย ควรจะบัญญัติกฎหมายให้มีเหตุสมควรที่จะเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย



* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172

** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229/1

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

1. การปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) คือ การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลงมือให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปฏิบัติการอำพราง ทั้งนี้จะมีการจัดทำเอกสารหรือหลักฐานเพื่อใช้เอกลักษณ์บุคคลสมมุติ (Assumed Identity) ด้วยหรือไม่ก็ได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรม หรือติดต่อกับเป้าหมายซึ่งเป็นผู้กระทำความผิด ประโยชน์ของการปฏิบัติการอำพรางนั้นคือ เป็นวิธีการสืบสวนสอบสวนที่สำคัญยิ่งในการปราบปรามอาชญากรรมในลักษณะองค์กรอาชญากรรม หรืออาชญากรรมคอปกขาวที่มีความรู้ มีอิทธิพล และมีทรัพยากรทางการเงิน ใช้ในการรวบรวมพยานหลักฐานที่มีลักษณะปกปิดรู้กันเองในหมู่ผู้กระทำความผิด ใช้ในการประเมินโครงสร้างองค์กรอาชญากรรม และทราบในสิ่งที่องค์กรอาชญากรรมจะกระทำในอนาคต ดังนั้นผลสำเร็จของการปฏิบัติการอำพรางจะเป็นไปไม่ได้เลยหากปราศจากการคุ้มครองเอกลักษณ์บุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพรางให้เป็นความลับและไม่ถูกเปิดเผย แม้จะยังไม่ปรากฏข้อมูลสถิติว่ามีการนำวิธีสืบสวนโดยการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้ในการสืบสวนจำนวนเท่าใด หรือมีผู้ปฏิบัติการอำพรางจำนวนเท่าใดที่ได้รับอันตรายจากการถูกเปิดเผยข้อมูลก็ตาม แต่เมื่อมีการกระทำความผิดมากขึ้นตามที่ปรากฏจากสถิติที่ผิเขียนได้นำเสนอมาแล้วใน ข้อ 1.1. ก็แสดงให้เห็นว่ามีโอกาสที่จะนำวิธีการอำพรางหรือแฝงตัวมาใช้ในการสืบสวนก็มีมากขึ้นเช่นกัน ทั้งนี้ผู้บังคับใช้กฎหมายในหลายประเทศ เช่น บราซิล จีน ญี่ปุ่น อินโดนีเซีย มาเลเซีย สหรัฐอเมริกา และอุกันดา เห็นตรงกันว่า การปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) นั้น มีปัญหาพื้นฐานใกล้เคียงกัน หนึ่งในนั้นคือ ความเสี่ยงที่จะถูกเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงซึ่งจะทำให้ชีวิตของผู้ปฏิบัติการอำพรางมีความเสี่ยงอันใหญ่หลวง ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ปฏิบัติการอำพรางจึงต้องถูกพิจารณา ซึ่งเรื่องการถูกเปิดเผยเอกลักษณ์บุคคลที่แท้จริงนั้นเป็นความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางในหลายประเทศเล็งเห็นว่าเป็นปัญหาที่สำคัญมา

เสมอ เพื่อความปลอดภัยของตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัวด้วย จึงต้องใช้เจ้าหน้าที่ที่มีประสบการณ์และต้องวางแผนด้วยความระมัดระวัง ถึงขั้นที่ศาลอุทธรณ์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้เคยเปรียบเทียบไว้ในคดีอาญาที่ Crim.No.10116 ว่า “การเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือผู้แฝงตัวจึงเปรียบเสมือนคำสั่งประหารชีวิตบุคคลนั้นและทำลายคุณค่าของการดำเนินการดังกล่าว” ซึ่งปรากฏตามที่ได้เขียนได้เคยกล่าวถึงในบทที่ 2 ความเสี่ยงของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิได้มีเฉพาะตัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางเท่านั้น แต่ยังกระทบไปถึงครอบครัวอีกด้วย หากมีการเปิดเผยชื่อของผู้ปฏิบัติการอำพรางภายหลังการปฏิบัติการกิจ จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกตอบโต้หรือแก้แค้น ตัวอย่างกรณีเจ้าหน้าที่ Joe Pistone หลังจากปฏิบัติอำพรางเป็นระยะเวลานาน 6 ปีในกลุ่มมาเฟียชื่อ Bonano เจ้าหน้าที่ Joe และครอบครัวต้องย้ายที่อยู่ในช่วงการพิจารณาคดีถึง 4 ครั้ง¹ จะเห็นได้ว่าอันตรายที่เกิดขึ้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยากหากถูกเปิดเผยข้อมูลการอำพรางเนื่องจากเป็นผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นจะคนสุดท้ายที่รู้ว่าการอำพรางนั้นถูกเปิดเผย ทำให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต โดยที่นครนิวยอร์กนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางเกือบ 200 คน (2 ใน-3 ของกองกำลังผู้ปฏิบัติการอำพรางทั้งหมดของนิวยอร์ก) ขอย้ายไปทำหน้าที่ที่อันตรายน้อยกว่าหลังจากการสังหารนักสืบนอกเครื่องแบบสองคนและการร้องเรียนเกี่ยวกับอันตราย, อุปกรณ์ที่ล้าสมัย และหน่วยสนับสนุนที่ไม่เพียงพอสำหรับการปฏิบัติการอำพราง สิ่งนี้แสดงให้เห็นซึ่งอันตรายที่เกิดแก่เจ้าหน้าที่ที่ถูกเปิดเผยตัวอยู่ในสถานะที่ไม่แน่นอนในสายตาของอาชญากรและตำรวจคนอื่น ๆ²

2.จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งให้อำนาจในการปฏิบัติการอำพราง แต่มาตรการที่คุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นมาตรการควบคุมภายในองค์กรเท่านั้น โดยการใช้มาตรการลงโทษทางวินัยเป็นมาตรการในการควบคุมข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางให้เป็นความลับของทางราชการ ซึ่งหากผู้ที่เกี่ยวข้องนำไปเปิดเผยก็ต้องรับผิดชอบทางวินัย แต่มาตรการดังกล่าวมีอาจนำไปใช้บังคับกับบุคคลอื่นที่มีใช้ข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างได้ นอกจากนี้ยังมีการใช้มาตรการในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางด้วยการปกปิดเอกลักษณ์ส่วนบุคคลของผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากสำนวนการสอบสวนคดีอาญา และไม่นำตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางไปเบิกความต่อศาล อย่างไรก็ตามหาก

¹ Gabor, T., "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies."

² "Undercover Operations," [Online] Accessed: 20 December 2019. Updated: May 2018.

พนักงานอัยการโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดนอกจากตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางมานำเสนอต่อศาล ศาลอาจพิพากษายกฟ้องโจทก์ได้

3. จากการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ในบทที่ผ่านมา ผู้เขียนพบว่ามาตรการในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) มีการนำมาตรการลงโทษทางอาญาเป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางด้วยการบัญญัติความผิดอาญาไว้โดยเฉพาะในลักษณะความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยไม่ชอบด้วย โดยจากการศึกษาพบว่าใน**ประเทศสหรัฐอเมริกา**ซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) นั้น การคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางมิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ แต่นักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมมาปรับใช้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา 36.06 ในความผิดฐาน การขัดขวางหรือการตอบโต้ (Obstruction or Retaliation) หรือ ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐโอไฮโอ (Ohio Revised Code) ในความผิดฐานขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน (Obstructing official business) มาตรา 2921.31 ส่วน**ประเทศฝรั่งเศส**ซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) เลือกว่าจะบัญญัติการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลการสืบสวนสอบสวนและการเปิดเผยข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นกฎหมายทั่วไป โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 434-7-2 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 706-84 ส่วน**ประเทศออสเตรเลีย**นั้นได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลการสืบสวนสอบสวนและการเปิดเผยข้อมูลผู้ปฏิบัติการอำพรางเป็นทั้งกฎหมายทั่วไป คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1914 มาตรา 15HK และ 15LC และบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะในกฎหมายการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ. 2009 ส่วนประเทศไทยนั้นยังไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด มีแต่เพียงการนำประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นมาเทียบเคียงปรับใช้เท่านั้นตามที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้ในข้อ 3.3 แม้จะไม่ปรากฏว่าประเทศไทยมีข้อมูลสถิติเรื่องความล้มเหลวของปฏิบัติการอำพรางจำนวนเท่าใด หรือมีผู้ปฏิบัติการอำพรางได้รับความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายจำนวนเท่าใด แต่จากแนวโน้มปริมาณคดีของหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางแล้วพบว่ามี แนวโน้มที่จะสูงขึ้นทุกปีๆ ดังที่เจ้าหน้าที่ตำรวจอาวุโสของประเทศฝรั่งเศสเคยกล่าวไว้ใน การให้ สัมภาษณ์ว่า “การแฝงตัวนั้นยังมีการใช้อยู่ไม่มากนักในประเทศฝรั่งเศส แต่จะเป็นวิธีการ

สำหรับอนาคต”³ ซึ่งประเทศไทยก็มีแนวโน้มที่จะเป็นเช่นประเทศฝรั่งเศสด้วย เมื่อได้ศึกษาในบทที่ ผ่านมาพบว่ายังมีช่องว่างของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ปฏิบัติการอำพรางในเชิงป้องกันไม่ให้บุคคลซึ่ง รู้ข้อมูลใดๆของผู้ปฏิบัติการอำพรางนำข้อมูลนั้นไปเปิดเผย ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าเพื่อเป็นการอุด ช่องว่างและไม่ให้มีกรณี “วิวหาย ล้อมคอก” การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันเหตุที่อาจเกิดในภาย ภายหน้าจึงเป็นไปตามสมมติฐานของการวิจัยว่ากฎหมายไทยที่ใช้ในปัจจุบันมีมาตรการในการ คุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางที่ยังไม่เหมาะสม ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะบัญญัติกฎหมาย กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหาก ประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อม สร้างความมั่นใจให้ผู้ปฏิบัติการอำพรางมากขึ้น ส่งผลดีไปยังการปราบปรามอาชญากรรมโดยเฉพาะ อาชญากรรมองค์กรที่นับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นตามไปด้วยอย่างมีประสิทธิภาพ

6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาเรื่องความเสี่ยงของผู้ปฏิบัติการอำพรางที่อาจเกิดขึ้นได้ในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีการนำวิธีการสืบสวน สอบสวนประเภท การปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) มาใช้แต่ปรากฏว่ากฎหมาย ไทยนั้นมีมาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางที่อยู่ในความเสี่ยงตลอดจน ครอบครัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางด้วยนั้นยังไม่ครอบคลุม กฎหมายที่มีอยู่ก็เป็นการนำมาตราการ ควบคุมภายในองค์กรโดยนำโทษทางวินัยมาใช้เท่านั้นซึ่งก็ได้เฉพาะข้าราชการ พนักงานราชการ และลูกจ้าง ส่วนบุคคลอื่นที่มีใช้บุคคลดังกล่าวข้างต้นก็ได้แต่นำมาประมวลกฎหมายอาญาหรือ กฎหมายมาเทียบเคียงหรือปรับใช้ได้เพียงบางกรณีเท่านั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการบัญญัติ กฎหมายกำหนดความผิดอาชญาฐานเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง ด้วยเหตุผลและความ จำเป็นคือ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเจ้าพนักงานหรือผู้ที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการ ปฏิบัติการตามหน้าที่ตาม “ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจจะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น” อันจะ เป็นการเพิ่มความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปฏิบัติการอำพรางซึ่งส่งผลโดยตรงไปถึง ประสิทธิภาพของการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีปฏิบัติการอำพราง และเป็นไปตาม “ทฤษฎีหลักเกณฑ์ การคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย” คือการนำมาตราการทางอาญามาใช้เมื่อมาตรการอื่นๆ ไม่ สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัวได้ ดังนั้นจึง เห็นสมควรที่จะมีการนำแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศในความผิดเกี่ยวกับการ

³ [Online] Accessed: 14 March 2021. Available from: <https://www.leparisien.fr/faits-divers/la-vie-secrete-des-infiltrés-français-28-12-2006-2007632031.php>

เปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางมาใช้บังคับในประเทศไทย ตามที่ได้วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศไว้ในข้อที่ 5.3 ผู้เขียนจึงขอเสนอมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อคุ้มครองตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางรวมถึงครอบครัวจากการถูกทำอันตรายหรือการแก้แค้น

อนึ่ง ประเทศไทยนั้นได้นำมาตรการการสืบสวนที่เรียกว่าปฏิบัติการอำพราง (Undercover operation) ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งแตกต่างจากแนวทางการบัญญัติกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศออสเตรเลียที่จะรวบรวมกฎหมายในลักษณะประมวลกฎหมาย หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ก็จะทำให้การแก้ไขที่ประมวลกฎหมาย ดังนั้นด้วยนิติประเพณีที่แตกต่างกัน กล่าวคือประเทศไทยนำการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติ ประกอบกับแต่ละพระราชบัญญัติ ก็มีหลักเกณฑ์ ความหมาย การอนุญาต การกำกับควบคุม และเจตนารมณ์ในการปฏิบัติการอำพรางแตกต่างกัน จึงเห็นควรบัญญัติฐานความผิดเพิ่มเติมในพระราชบัญญัตินั้นๆ จะเป็นการเหมาะสม ส่วนการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวโดยใช้อำนาจสืบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม มาตรา 17 นั้น ผู้เขียนเห็นว่ามักจะเป็นคดีที่ไม่มีความร้ายแรง และการอำพรางหรือแฝงตัวนั้นมีระยะเวลาที่สั้น และมักมีจุดประสงค์ก็เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการล่อซื้อ (Buy and bust operation) แล้วกระบวนกรอำพรางหรือแฝงตัวจบลงโดยทันที การสืบสวนนี้จึงมีความเสี่ยงน้อย การปฏิบัติการมักจะทำโดยเจ้าพนักงานเองหรือใช้สายลับ (Informant) ซึ่งหากจะมีการคุ้มครองข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางในกรณีนี้แล้ว ย่อมต้องมีการวิจัยถึงความเหมาะสมของการบัญญัติวิธีปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายกลางเสียก่อน ส่วนการปฏิบัติการอำพรางที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลียนั้น จะใช้กับคดีที่มีอัตราโทษสูง หรือเป็นคดีที่มีความซับซ้อน หรือมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายที่ให้อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางหรือแฝงตัวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้วได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งปราบปรามการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม หรือเป็นคดีที่มี

ความซับซ้อนและมีผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างยิ่งสอดคล้องกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลียแล้ว ก็เป็นการเหมาะสมที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินั้นๆ

ประการที่สอง การกำหนดนิยามคำว่า การปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) นั้นยังไม่เป็นเอกภาพ ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 นั้น การปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) ใช้คำว่า แฝงตัว ซึ่งมีความหมายเดียวกันกับการอำพรางในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 เพื่อให้คำนิยามของการปฏิบัติการอำพราง (undercover operation) มีความเป็นเอกภาพ จึงขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27 โดยให้เปลี่ยนคำว่า “แฝงตัว” เป็น “การอำพราง” โดยให้เพิ่มเติมความหมายของคำว่า “การอำพราง” ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

ประการที่สาม เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดคำนิยามของคำว่า “ข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง” เพื่อกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายให้มีความชัดเจนในการตีความว่า คุณสมบัติทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเจ้าพนักงานก็คือ ข้อมูลใดๆที่ทำให้ระบุตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางได้ว่าสถานะแท้จริงที่ถูกอำพรางคือสิ่งใด โดยเสนอให้มีการเพิ่มเติมคำนิยามในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ดังนี้

“ข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพราง” หมายความว่า ข้อมูลตัวบุคคลเกี่ยวกับ ชื่อ ชื่อสกุล เพศ วันเดือนปีเกิด สัญชาติ ศาสนา ภูมิลำเนา สถานการณ์สมรส วุฒิกการศึกษา ชื่อบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรม ชื่อคู่สมรส หรือชื่อบุตร ซึ่งสามารถทำให้ระบุตัวผู้อำพรางได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

ประการที่สี่ ผู้เขียนขอเสนอให้มีบทลงโทษที่มีอัตราโทษแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือครอบครัวจากการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งหากผู้ปฏิบัติการอำพรางหรือครอบครัวได้รับอันตรายแก่กายหรือถึงแก่ชีวิต โดยที่ผู้เปิดเผยข้อมูลมิได้มีส่วนร่วมในการลงมือประทุษร้าย หรือมิได้อยู่ในฐานะตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ก็ยังคงต้องรับผลร้ายจากความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายที่เกิดขึ้นด้วย

ประการที่ห้า ผู้เขียนขอเสนอให้กำหนดข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น มีเหตุจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงที่ต้องนำผู้ปฏิบัติการอำนาจไปเบิกความต่อศาลเนื่องจากปราศจากประจักษ์พยานหรือพยานหลักฐานอื่น

ประการที่หก ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยกำหนดให้การเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจเป็นความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

1.เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547
ดังต่อไปนี้

“มาตรา 27 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจให้บุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด ขึ้นหรืออำนาจเข้าไปในองค์กรหรือกลุ่มคนใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด

การอำนาจ หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้อำนาจ

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการอำนาจเข้าไปในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ

ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำนาจเข้าไปในองค์กรหรือกลุ่มคนตามวรรคหนึ่ง โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หากการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายจนถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2.เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2550
ดังต่อไปนี้

“มาตรา 7 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจปฏิบัติการอำนาจเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดไปก่อนแล้วรายงานผู้มีอำนาจอนุญาตตามวรรคหนึ่งโดยเร็ว

การอนุญาตและการอำพรางตามวรรคหนึ่ง รวมทั้งการดำเนินการตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ในกฎกระทรวงดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย

การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน

ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางตามวรรคสอง โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หากการกระทำความผิดตามวรรคหก เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายจนถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

3.เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 ดังต่อไปนี้

“มาตรา 19 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำพราง เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อัยการสูงสุดกำหนดในข้อบังคับ

การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่ง โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หากการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายจนถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

“มาตรา 46/1 ในการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ หากพนักงานเจ้าหน้าที่มีความจำเป็นต้องจัดทำเอกสารหลักฐานหรือการอำพรางตนเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด การดำเนินคดีฐานฟอกเงิน หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ให้เลขาธิการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลของผู้ปฏิบัติการอำพรางตามวรรคหนึ่ง โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หากการกระทำความผิดตามวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายจนถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประการที่เจ็ด แม้จะมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางกำหนดให้ทุกขั้นตอนเป็นความลับก็ตาม ได้แก่ ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 ข้อ 6 กฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555 ข้อ 2 ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 ข้อ 3 และระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559 ข้อ 6 แต่หาก

ขั้นตอนทางธุรการในการดำเนินการเพื่อขออนุญาตผู้มีอำนาจในการสั่งให้มีการปฏิบัติการอำพราง หรือขั้นตอนในการเบิกจ่ายงบประมาณนั้นมีขั้นตอนที่ยุงยาก ซับซ้อน หรือเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่มากเกินไปจนอาจเป็นช่องทางที่ทำให้การควบคุมข้อมูลของการปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นไปได้ยาก ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ทุกขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการอำพรางไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการขออนุญาต ขั้นตอนการติดตามประเมินผล ขั้นตอนการเบิกจ่ายงบประมาณนั้น ต้องเป็นความลับและมีบุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น

ประการสุดท้าย ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ.2555 กฎกระทรวง ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2555 ข้อบังคับอัยการสูงสุด ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพราง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 19 พ.ศ.2556 และระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสาร และการอำพรางตน พ.ศ.2559 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะอนุญาตให้มีการอำพรางโดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่กำหนดมาตรการในการคุ้มครองตัวของผู้ปฏิบัติการอำพรางจากภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงเสนอว่าเห็นควรกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมโดยเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะอนุญาตให้ทำการอำพรางหรือไม่ ด้วยการให้ผู้ขออนุญาตอำพรางต้องจัดทำแผนรักษาความปลอดภัยผู้ปฏิบัติการอำพรางในกรณีที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางถูกเปิดเผยหรือกำลังจะถูกเปิดเผยตัวตนหรือกรณีที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางประสงค์จะยุติการปฏิบัติการอำพราง เพื่อนำตัวผู้ปฏิบัติการอำพรางออกจากกลุ่มเป้าหมายหรือออกจากสถานที่ที่มีภัยอันตรายได้อย่างปลอดภัยและทันท่วงที

บรรณานุกรม

- . พบแล้วหนุ่มสายลับตร.ถูกฆ่าหมกมุ่นท้อทาดใหญ่ แม่รู้ข่าวมาดุถึงรำไห้โฮ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_398483 [เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2562]
- . ขบวนการค้ายาเสพติดในจ.เชียงราย ยิ่งตำรวจเสียชีวิต [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/370> [เข้าถึงเมื่อ 20 ธันวาคม 2562]
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน. บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.
- . รายงานสรุปสาระสำคัญของกรณำเสนอที่มา สภาพปัญหาและข้อเสนอเบื้องต้นของคณะอนุกรรมการฯ รวมทั้งประเด็นวิพากษ์ข้อเสนอของคณะอนุกรรมการฯ และผู้เข้าร่วมการสัมมนา ในโครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560.
- คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, กรม. หลักการและพื้นฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.humanrightcenter.go.th/HRK/หลักการและพื้นฐาน%20.pdf [เข้าถึงเมื่อ 23 ธันวาคม 2558]
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.
- . หลักวิชาชีปกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนร่วมจำกัด สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2533.
- จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อ สถาบันวิจัยรพีพัฒนา ศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. 2558.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน. 2539-2540.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ นายชิปไตร แสละวงศ์. รายงานการวิจัย เรื่อง การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐและการต่อต้านการคอร์รัปชันในประเทศไทย. 2557.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- ปวิวัติ อุ่นเรือน. ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ. สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม. วารสารนิติศาสตร์ 9(2524): 152-153.
- ประสพสุข บุญเดช. ความลับทางการค้า. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 5 (2545): 30.
- ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, สำนักงาน. การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน: คู่มือประชาชน. กรุงเทพมหานคร: 2543.
- พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร. พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- พิมพ์ ลาวัลย์. การกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับข้อมูลเอกลักษณ์บุคคล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2557.
- รชฎ เจริญฉ่ำ. กฎหมายอาญา (มาตรา 107-208). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนบัณฑิตยสภา, 2540.
- ล่อจับพ่อค้าหน้าเลือด ขายแมสก์เกินราคา พบตุ๋นไว้กว่า 4 หมื่นชิ้น. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/north/1802453> [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563]
- เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540. นิติบัญญัติ 24(2540): 1-3.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546.
- วรรณพร สิทธิกรวงศ์. การคุ้มครองพยาน: ศึกษารณีกการนำมาตรการฉุกเฉินมาปรับใช้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2527.
- วันชัย รุจนวงศ์ และคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ระยะที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. แพทย์กับความลับของผู้ป่วย. คลินิก 3(2530): 191.
- ศมพรรัตน์ ศรีสันติสุข. การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารราชการของนักข่าวสถานีวิทยุโทรทัศน์: ศึกษาเปรียบเทียบก่อนและหลังการประกาศใช้ พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540.

- วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชาสื่อสารมวลชน คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2542.
- ศิริกุล ภูพันธ์. ข้อความคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.
- ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. โครงการศึกษาวิจัย"กฎหมายเกี่ยวกับการล่อให้กระทำผิดอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายนานาชาติ".
- สุชาติ ไตรประสิทธิ์. ประเทศไทยกับความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ. ใน ร้อยปีอัยการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2535.
- สุรพล ไตรเวทย์. การสอบสวนคดีพิเศษ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน. ข่าวเนติบัณฑิตยสภา 18, 192 (2548): 11-12.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- อมเรศฤทธิ์ วัฒนวิบูลย์. การสืบสวนสอบสวนคดียาเสพติดโดยวิธีการอำพรางและวิธีการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม. ใน เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550. ม.ป.ท.: ม.ป.ป.
- อรรถนพ ลิขิตจิตถะ. ถาม-ตอบ เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน ป.ป.ส., 2542.
- อรรถนพ ลิขิตจิตถะ ณรงค์ รัตนานุกูล และสุวัฒน์ รุ่งเมฆารัตน์. เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2548.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก.

Texas Penal Code -

§ 36.06. Obstruction or Retaliation

(a) A person commits an offense if the person intentionally or knowingly harms or threatens to harm another by an unlawful act:

(1) in retaliation for or on account of the service or status of another as a:

(A) public servant, witness, prospective witness, or informant;

or

(B) person who has reported or who the actor knows intends to report the occurrence of a crime; or

(2) to prevent or delay the service of another as a:

(A) public servant, witness, prospective witness, or informant;

or

(B) person who has reported or who the actor knows intends to report the occurrence of a crime.

(a-1) A person commits an offense if the person posts on a publicly accessible website the residence address or telephone number of an individual the actor knows is a public servant or a member of a public servant's family or household with the intent to cause harm or a threat of harm to the individual or a member of the individual's family or household in retaliation for or on account of the service or status of the individual as a public servant.

(b) In this section:

(1) "Honorably retired peace officer" means a peace officer who:

(A) did not retire in lieu of any disciplinary action;

(B) was eligible to retire from a law enforcement agency or was ineligible to retire only as a result of an injury received in the course of the officer's employment with the agency; and

(C) is entitled to receive a pension or annuity for service as a law enforcement officer or is not entitled to receive a pension or annuity only because the law enforcement agency that employed the officer does not offer a pension or annuity to its employees.

(2) "Informant" means a person who has communicated information to the government in connection with any governmental function.

(3) "Public servant" has the meaning assigned by Section 1.07 , except that the term also includes an honorably retired peace officer.

(c) An offense under this section is a felony of the third degree, except that the offense is a felony of the second degree if:

(1) the victim of the offense was harmed or threatened because of the victim's service or status as a juror; or

(2) the actor's conduct is described by Subsection (a-1) and results in the bodily injury of a public servant or a member of a public servant's family or household.

(d) For purposes of Subsection (a-1), it is prima facie evidence of the intent to cause harm or a threat of harm to an individual the person knows is a public servant or a member of a public servant's family or household if the actor:

(1) receives a written demand from the individual to not disclose the address or telephone number for reasons of safety; and

(2) either:

(A) fails to remove the address or telephone number from the publicly accessible website within a period of 48 hours after receiving the demand; or

(B) reposts the address or telephone number on the same or a different publicly accessible website, or makes the information publicly available through another medium, within a period of four years after receiving the demand, regardless of whether the individual is no longer a public servant.

ภาคผนวก ข.

2006 Ohio Revised Code –

2921.31. Obstructing official business

(A) No person, without privilege to do so and with purpose to prevent, obstruct, or delay the performance by a public official of any authorized act within the public official's official capacity, shall do any act that hampers or impedes a public official in the performance of the public official's lawful duties.

(B) Whoever violates this section is guilty of obstructing official business. Except as otherwise provided in this division, obstructing official business is a misdemeanor of the second degree. If a violation of this section creates a risk of physical harm to any person, obstructing official business is a felony of the fifth degree.

ภาคผนวก ค.**Code de procédure pénale****Article 706-81**

Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section.

L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération, qui comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises au sens de l'article 706-82.

Article 706-84

L'identité réelle des officiers ou agents de police judiciaire ayant effectué l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure.

La révélation de l'identité de ces officiers ou agents de police judiciaire est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende, sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II du code pénal.

**Code pénal****Article 434-7-2**

Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler, directement ou indirectement, ces informations à des personnes susceptibles d'être impliquées, comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est de nature à entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende.

ภาคผนวก ง.

Crimes Act 1914

Part IAB—Controlled operations

15HK Disclosures by entrusted persons

(1) A person commits an offence if:

(a) the person is, or has been, an entrusted person; and

(b) information came to the knowledge or into the possession of the person in the person's capacity as an entrusted person; and

(c) the person discloses the information; and

(d) the information relates to a controlled operation.

Note: Recklessness is the fault element for paragraphs (1)(b) and (d)—see section 5.6 of the Criminal Code.

Penalty: Imprisonment for 2 years.

(1A) Strict liability applies to paragraph (1)(a).

Note: For strict liability, see section 6.1 of the Criminal Code.

(1B) A person commits an offence if:

(a) the person is, or has been, an entrusted person; and

(b) information came to the knowledge or into the possession of the person in the person's capacity as an entrusted person; and

(c) the person discloses the information; and

(d) the information relates to a controlled operation; and

(e) either or both of the following subparagraphs apply:

(i) the person intends to endanger the health or safety of any person or prejudice the effective conduct of a controlled operation;

(ii) the disclosure will endanger the health or safety of any person or prejudice the effective conduct of a controlled operation.

Note: Recklessness is the fault element for paragraphs (1B)(b) and (d) and subparagraph (1B)(e)(ii)—see section 5.6 of the Criminal Code.

Penalty: Imprisonment for 10 years.

(1C) Strict liability applies to paragraph (1B)(a).

Note: For strict liability, see section 6.1 of the Criminal Code.

Other disclosures

(1D) A person commits an offence if:

(a) the person discloses information; and

(b) the information relates to a controlled operation; and

(c) the disclosure will endanger the health or safety of any person or prejudice the effective conduct of a controlled operation.

Note: Recklessness is the fault element for paragraphs (1D)(b) and (c)—see section 5.6 of the Criminal Code.

Penalty: Imprisonment for 2 years.

(1E) A person commits an offence if:

- (a) the person discloses information; and
- (b) the information relates to a controlled operation; and
- (c) either or both of the following subparagraphs apply:

- (i) the person intends to endanger the health or safety of any person or prejudice the effective conduct of a controlled operation;

- (ii) the person knows that the disclosure will endanger the health or safety of any person or prejudice the effective conduct of a controlled operation.

Note: Recklessness is the fault element for paragraph (1E)(b)—see section 5.6 of the Criminal Code.

Penalty: Imprisonment for 10 years.

Exceptions—general

(2) Subsections (1) to (1E) do not apply if the disclosure was:

- (a) in connection with the administration or execution of this Part; or
- (b) for the purposes of any legal proceedings arising out of or otherwise related to this Part or of any report of any such proceedings; or
- (c) for the purposes of obtaining legal advice in relation to the controlled operation; or
- (d) in accordance with any requirement imposed by law; or

(e) in connection with the performance of functions or duties, or the exercise of powers, of a law enforcement agency.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matters in this subsection—see subsection 13.3(3) of the Criminal Code.

Exceptions—integrity testing controlled operation authority

(2A) Subsections (1) to (1E) do not apply, in the case of a controlled operation authorised by an integrity testing controlled operation authority (granted on the basis that an integrity testing authority is in effect), if the disclosure was:

(a) in any of the circumstances mentioned in paragraphs (2)(a) to (e);
or

(b) in connection with the administration or execution of Part IABA, or the Law Enforcement Integrity Commissioner Act 2006, in relation to the integrity testing authority; or

(c) for the purposes of any disciplinary or legal action in relation to a staff member of a target agency, if arising out of, or otherwise related to, the controlled operation; or

(d) in relation to the integrity testing authority:

(i) for the purposes of any disciplinary or legal action in relation to a staff member of a target agency, if arising out of, or otherwise related to, an integrity testing operation authorised by the authority; or

(ii) to an authority of the Commonwealth, a State or a Territory, if the disclosure relates to the misconduct of an employee or officer of the authority.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matters in this subsection—see subsection 13.3(3) of the Criminal Code.

Exception—misconduct

(3) Subsections (1) to (1E) do not apply if:

(a) the person (the discloser) discloses the information to the Ombudsman or the Integrity Commissioner; and

(b) the discloser informs the person to whom the disclosure is made of the discloser's identity before making the disclosure; and

(c) the information concerns:

(i) a corruption issue within the meaning of the Law Enforcement Integrity Commissioner Act 2006 (see section 7 of that Act) in relation to a controlled operation; or

(ii) misconduct in relation to a controlled operation; and

(d) the discloser considers that the information may assist a person referred to in paragraph (a) to perform the person's functions or duties; and

(e) the discloser makes the disclosure in good faith.

Note: A defendant bears an evidential burden in relation to the matters in this subsection—see subsection 13.3(3) of the Criminal Code.

Exception—previously published information

(4) Subsections (1D) and (1E) do not apply to a person disclosing information if:

(a) the information has already been communicated, or made available, to the public (the prior publication); and

(b) the person was not involved in the prior publication (whether directly or indirectly); and

(c) at the time of the disclosure, the person believes that the disclosure:

(i) will not endanger the health or safety of any person; and

(ii) will not prejudice the effective conduct of a controlled operation; and

(d) having regard to the nature, extent and place of the prior publication, the person has reasonable grounds for that belief.



15LC Disclosing information about assumed identity

(1) A person commits an offence if:

(a) the person engages in conduct; and

(b) the conduct causes the disclosure of information; and

(c) the information reveals, or is likely to reveal, that another person has acquired, will acquire, is using or has used an assumed identity.

Penalty: Imprisonment for 2 years.

(2) A person commits an offence if:

(a) the person engages in conduct; and

(b) the conduct causes the disclosure of information; and

(c) the information reveals, or is likely to reveal, that another person has acquired, will acquire, is using or has used an assumed identity; and

(d) the person is reckless as to whether his or her conduct will endanger the health or safety of any person.

Penalty: Imprisonment for 10 years.

(3) A person commits an offence if:

(a) the person engages in conduct; and
 (b) the conduct causes the disclosure of information; and
 (c) the information reveals, or is likely to reveal, that another person has acquired, will acquire, is using or has used an assumed identity; and

(d) the person is reckless as to whether his or her conduct will prejudice the effective conduct of an investigation or intelligence-gathering in relation to criminal activity.

Penalty: Imprisonment for 10 years.

(4) A person does not commit an offence under subsection (1), (2) or (3) if the person causes the disclosure of information mentioned in paragraph (1)(c), (2)(c) or (3)(c) (as the case may be) and the disclosure is:

(a) in connection with the administration or execution of this Part or a corresponding assumed identity law; or

(b) for the purposes of any legal proceeding arising out of or otherwise related to this Part or a corresponding assumed identity law or of any report of any such proceedings; or

(c) made by the Commonwealth Director of Public Prosecutions for the purposes of a legal proceeding; or

(d) in accordance with the exercise of powers or performance of functions of a law enforcement agency or an intelligence agency; or

(e) in accordance with any requirement imposed by law

ภาคผนวก จ.

Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009

26—Disclosing information about assumed identity

(1) A person is guilty of an offence if

(a) the person intentionally, knowingly or recklessly discloses information that the person knows or is reckless as to whether it reveals, or is likely to reveal, that an assumed identity acquired or used by another person is not the other person's real identity; and (b) the person knows, or is reckless as to whether, the disclosure is not made

(i) in connection with the administration or execution of this Act or a corresponding law; or

(ii) for the purposes of proceedings arising out of or otherwise related to this Act or a corresponding law or of a report of any such proceedings; or

(iii) in accordance with any requirement imposed by law.

Maximum penalty: Imprisonment for 2 years.

(2) A person is guilty of an offence against this subsection if the person commits an offence against subsection (1) in circumstances in which

(a) the person intends to endanger the health or safety of another or prejudice the effective conduct of an investigation or intelligence gathering in relation to criminal activity; or

(b) the person knows, or is reckless as to whether, the disclosure of the information

(i) endangers or will endanger the health or safety of another;

or

(ii) prejudices or will prejudice the effective conduct of an investigation or intelligence gathering in relation to criminal activity. Maximum penalty: Imprisonment for 10 years.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ร้อยตำรวจเอก อมตะ ชนะพงษ์
วัน เดือน ปี เกิด	3 เมษายน 2527
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิต โรงเรียนนายร้อยตำรวจ รุ่นที่ 59 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
ที่อยู่ปัจจุบัน	210/343 คอนโดศุภาลัยซีทีริสอร์ท พระนั่งเกล้า ถนนนนทบุรี ตำบลบาง กระสอบ อำเภอเมืองนนทบุรี จังหวัดนนทบุรี



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY