

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสายลับในคดียาเสพติด

เมื่อได้ทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อของสายลับที่เป็นเอกชนและเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับคดียาเสพติดที่มีการดำเนินการในลักษณะขององค์กรอาชญากรรม รวมทั้งแนวทางการสืบสวนและการคุ้มครองสายลับในกรณีที่เป็นปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อ โดยการใช้สายลับจากต่างประเทศแล้ว ในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการปฏิบัติการอำพรางการล่อซื้อของสายลับในการปฏิบัติการว่ามีกฎหมายคุ้มครองหรือไม่ เพียงใด และการควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติ รวมทั้งเปรียบเทียบแนวทางการสืบพยานลับหลังตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเรื่องคำนิยามเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อ

การปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อ ถือได้ว่าเป็นเครื่องมือในการสืบสวนที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่งในการดำเนินการกับการจัดการกับอาชญากรรมในรูปขององค์กรอาชญากรรมหรืออาชญากรรมข้ามชาติ โดยมีการสืบสวนเกี่ยวกับกิจกรรมลับที่มีความสัมพันธ์กันและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายกำหนดวิธีการมีความจำเป็นต่อการแทรกซึมเข้าไปในระดับสูงขององค์กรอาชญากรรม ซึ่งการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อนี้เป็นวิธีการสุดท้ายที่จะนำมาใช้เนื่องจากเป็นการปฏิบัติการที่มีความเสี่ยงต่อผู้ที่เข้าไปปฏิบัติการเป็นอย่างมาก อีกทั้งหากเกิดความผิดพลาดจนทำให้สมาชิกขององค์กรอาชญากรรมนั้นรู้ตัว เจ้าหน้าที่หรือสายลับอาจจะตกอยู่ในอันตราย และไม่สามารถสืบทราบข้อมูลขององค์กรนั้นได้อีก บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้อำพรางนั้นอาจไม่ใช่เจ้าหน้าที่ แต่อาจจะเป็นการใช้บุคคลอื่นในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเรียกว่า “สายลับ” ก็ได้

การอำพรางและการล่อซื้อของเจ้าหน้าที่หรือสายลับมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สามารถเข้าถึงพื้นที่เป้าหมายซึ่งเป็นองค์กรอาชญากรรมและสามารถติดต่อกับบุคคลในองค์กร โดยไม่เปิดเผย

สถานะที่แท้จริง เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับภารกิจและกิจกรรมขององค์กรรวมทั้งวิธีการดำเนินการขององค์กร

ลักษณะของบุคคลที่สามารถจะปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อในองค์กรอาชญากรรมได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าได้ดี มีบุคลิกในการเข้าพื้นที่เป้าหมายได้อย่างกลมกลืน และการเข้าไปในบางพื้นที่จำเป็นต้องใช้บุคคลที่สามารถใช้ภาษาท้องถิ่นนั้น ๆ ได้ และจะต้องมีความรู้และประสบการณ์ในเรื่องที่ตนจะเข้าไปอำพรางเป็นอย่างดี

เมื่อได้พิจารณาแนวทางในการปฏิบัติการลับของสายลับและเจ้าหน้าที่แล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะของการปฏิบัติการ โดยการเข้าไปในกลุ่มขององค์กรอาชญากรรมหรือเครือข่าย เพื่อสืบทราบข่าวหรือข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการขององค์กรหรือการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และจะมีการปฏิบัติการร่วมกันในระหว่างเจ้าพนักงานและสายลับ โดยไม่มีแนวทางในการแบ่งแยกที่ชัดเจนว่าในกรณีใด บุคคลใดจะเป็นผู้ดำเนินการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในแต่ละกรณี แต่อย่างไรก็ดี การปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานและการปฏิบัติการของสายลับยังมีความแตกต่างกัน คือ การปฏิบัติการของเจ้าพนักงานจะอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด คือ เจ้าพนักงานตามกฎหมายยาเสพติดมีอำนาจดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ กับบุคคลได้แต่ต้องเป็นการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่สามารถทำได้ กล่าวคือ ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ประกอบกับกฎกระทรวงที่ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 ซึ่งได้กำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถปฏิบัติการอำพรางได้โดยการขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และมีการบัญญัติรับรองสิ่งที่ได้มาจากการปฏิบัติการดังกล่าวให้เป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ นอกจากนี้ ยังได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานในกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควรยังสามารถปฏิบัติการอำพรางไปได้โดยไม่ต้องขออนุญาตก่อนตามความในมาตรา 7 วรรคสาม แต่อย่างไรก็ดี การปฏิบัติการก็จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงและต้องมีการรายงานต่อผู้บังคับบัญชาด้วย แต่เมื่อเปรียบเทียบกับปฏิบัติการของสายลับจะเห็นว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติงาน การรายงานผลการดำเนินการให้แก่เจ้าหน้าที่ที่มอบหมาย รวมถึงไม่มีบทบัญญัติรองรับหรือคุ้มครองการปฏิบัติการและพยานหลักฐานที่ได้จากการดำเนินการดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่การดำเนินการของสายลับอาจจะอยู่ในแผนการปราบปรามของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจปฏิบัติการแล้วก็ตาม แม้ว่าการดำเนินการของสายลับจะเป็นการปฏิบัติการของเอกชนแต่ในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้อำนาจ เพราะเป็นการปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับ

อนุญาตตามที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติการอำพรางได้แล้ว แต่การที่กฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือเท่านั้นที่สามารถปฏิบัติการอำพรางได้ กรณีจึงไม่อาจถือว่า บทบัญญัติที่กำหนดไว้จะสามารถใช้บังคับกับสายลับได้

ส่วนการอำพรางตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 นั้น มาตรา 19 วรรค 2 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน” โดยที่เงื่อนไขในการปฏิบัติการอำพรางตามข้อบังคับของอัยการสูงสุดข้อ 7 ใช้หลักเกณฑ์อันควรเชื่อ (probable cause) ที่ใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกันกับมาตรา 7 วรรคสอง¹แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และข้อ 7² แห่งกฎกระทรวงฯ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติการอำพรางตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ประกอบกับกฎกระทรวงที่ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 การอำพรางตามมาตรา 19 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และการแฝงตัวตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 สามารถสรุปได้ว่า “การปฏิบัติการอำพราง” หมายถึง การดำเนินการทั้งหลาย

¹ มาตรา 7 วรรคสอง “การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

² ข้อ 7 ผู้มีอำนาจอนุญาตจะพิจารณาอนุญาตปฏิบัติการอำพรางได้ เมื่อปรากฏว่าเป็นการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดในฐานะผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด หรือสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ประกอบกับต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพราง และเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายสำคัญหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดดังกล่าวตามสมควร

(2) การสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือ

(3) เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

เพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

กล่าวโดยสรุปคือ ในปัจจุบันการปฏิบัติการอำพรางของสายลับที่เป็นเอกชนในคดีอาชญากรรมนั้นยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองโดยตรง เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ประกอบกับกฎกระทรวงที่ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรม พ.ศ. 2555 บัญญัติว่า ผู้ขออนุญาตต้องเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม คือ ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น กฎหมายจึงจะให้ความคุ้มครอง แต่ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 นั้น สามารถใช้บังคับได้กับทั้งเจ้าพนักงานของรัฐและเอกชน เฉพาะในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันปราบปรามการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเท่านั้น ส่วนการที่จะใช้การปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 จะต้องเป็นคดีพิเศษตามที่ระบุไว้ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น แต่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับได้เฉพาะกับเจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) เท่านั้น ไม่รวมถึงสายลับ

โดยจากการพิจารณากฎหมายเรื่องการปฏิบัติการอำพรางจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คือ สาธารณรัฐอิตาลีซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป กฎหมายสหรัฐอเมริกาให้คำนิยามการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อไว้ว่า “เป็นการสืบสวนที่ต้องใช้กิจกรรมเกี่ยวกับการอำพรางจำนวนหลายครั้งในช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อำพรางเพื่อจุดประสงค์ตามข้อกำหนด”, “การล่อซื้อ” หมายถึง การซื้อของเถื่อน สารควบคุมหรือสิ่งอื่นที่มีความสำคัญต่อการสืบสวนคดีอาญาจากผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้ให้ข้อมูลที่เป็นความลับมีส่วนร่วมภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้ข้อมูลที่เป็นความลับ” และให้คำนิยามของเจ้าหน้าที่อำพรางไว้ว่า หมายถึง “เจ้าหน้าที่ของ FBI เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานอื่นที่อยู่ภายใต้การควบคุมของ FBI ในการสืบสวนเฉพาะกรณีซึ่งจะต้องได้รับการปกปิดความเกี่ยวข้องของตนกับหน่วยงาน FBI จากบุคคลภายนอกโดยวิธีการปลอมการแสดงตนเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการสืบสวน” ซึ่งโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจปฏิบัติการอำพราง และห้ามนำไปใช้กับสายลับ แต่การอำพรางตามพระราชบัญญัติพลริต้า ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับผู้ให้ข้อมูลลับว่า “บุคคลที่ร่วมมือกับหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นความลับเพื่อปกป้องบุคคลหรือหน่วยสืบราชการลับที่รวบรวมหรือพยายามสืบสวน” คำว่าบุคคลตาม

พระราชบัญญัติพลริต้าดังกล่าวนี้จึงหมายความรวมถึงตัวสายลับด้วย ซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าการกระทำความผิดที่สามารถใช้การปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความผิด อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ การคอร์รัปชัน การก่อการร้าย องค์กรอาชญากรรมความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และการสอบสวนคดีอื่น ๆ ที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง

ส่วนกฎหมายสาธารณรัฐอิตาลี การอำพราง หมายถึง การดำเนินการสืบสวนสอบสวนโดยวิธีการปลอมแปลงการแสดงตนของเจ้าหน้าที่ในคดีอาญาร้ายแรง โดยการปฏิบัติการอำพรางจะใช้ได้ในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด องค์กรอาชญากรรม และอาชญากรรมข้ามชาติ โดยความคุ้มครองความลับของเจ้าหน้าที่นั้นครอบคลุมทั้งเจ้าหน้าที่อำพรางรวมถึงสายลับด้วย ซึ่งกฎหมายสาธารณรัฐอิตาลี กำหนดว่าการกระทำความผิดที่สามารถใช้การปฏิบัติการอำพราง ได้แก่ การฟอกเงิน ความผิดที่กระทำต่อบุคคล (เช่น การค้าบริการทางเพศ หรือสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก การค้ามนุษย์ เป็นต้น) การกระทำความผิดเกี่ยวกับวัตถุระเบิดอาวุธและเครื่องกระสุนปืน การลักลอบเข้าเมืองยาเสพติด การแสวงหาประโยชน์หรือการชักชวนให้ค้าบริการทางเพศ

แต่กฎหมายไทยในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 นิยามไว้ว่า “การอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน” ซึ่งกฎหมายไทย กำหนดให้ใช้ในการปฏิบัติการอำพรางคดียาเสพติดที่สำคัญ คือความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย สมคบ สนับสนุนช่วยเหลือหรือพยายามกระทำความผิด หรือความผิดลักษณะข้างงานอาชญากรรมยาเสพติด โดยการพิจารณาอนุญาตจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขว่า การสืบสวนด้วยวิธีการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปราบปรามอาชญากรรมยาเสพติด การสืบสวนจับกุมด้วยวิธีอื่นกระทำไม่ได้ยาก หรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่

จะเห็นได้ว่า ทุกประเทศยกเว้นประเทศไทยกำหนดให้เจ้าพนักงานหรือก็คือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงสายลับมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางในคดียาเสพติดได้ แต่สำหรับประเทศไทยจะให้ อำนาจเฉพาะเจ้าพนักงาน (เจ้าหน้าที่ของรัฐ) เท่านั้น ส่วนความหมายของการปฏิบัติการอำพรางนั้น ประเทศไทยจะมีกรณีของการลวงให้เข้าใจไปทางอื่น ซึ่งโดยภาพรวมแล้วทุกประเทศก็มีความหมายไปในทางเดียวกัน

4.2 ปัญหาการคุ้มครองการกระทำของสายลับในขณะปฏิบัติหน้าที่

ในชั้นปฏิบัติการนั้นในบางครั้งตัวสายลับอาจจะต้องกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวสารและพยานหลักฐานที่จำเป็นต่าง ๆ ที่ทำให้การสืบสวนสำเร็จ โดยพยานหลักฐานดังกล่าวไม่อาจได้มาโดยวิธีอื่นนอกจากการร่วมกระทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรืออาจจะต้องกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของสายลับดังกล่าวเอง ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของสายลับ มีเพียงแต่กฎหมายอาญาในเรื่องการป้องกันและการกระทำโดยจำเป็นมาใช้อ้างกับการกระทำความผิดดังกล่าวเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ในบางกรณีที่ตัวสายลับต้องทำร้ายร่างกายผู้อื่นเพื่อให้กลุ่มผู้ค้ายาไม่ระแวงสงสัยในตัวสายลับ อันอาจจะทำให้เกิดอันตรายแก่ตัวสายลับและเป็นการเปิดเผยตัวตนของสายลับนั่นเอง การกระทำดังกล่าวของสายลับเพียงแต่อ้างได้ตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67(2) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพราะเพื่อให้ตนเอง หรือผู้อื่น พ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้น ตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” เท่านั้น แต่การอ้างดังกล่าวไม่สามารถทำให้สายลับเหล่านั้นพ้นผิดในทันที ยังคงต้องมีการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีในชั้นศาลก่อน ซึ่งใช้ระยะเวลาานาน โดยในระหว่างนั้นตัวสายลับจะต้องตกเป็นจำเลยในความผิดที่ตนได้กระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวสารและพยานหลักฐานที่จำเป็นต่าง ๆ ที่ทำให้การสืบสวนสำเร็จ โดยพยานหลักฐานดังกล่าวไม่อาจได้มาโดยวิธีอื่นนอกจากการร่วมกระทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรืออาจจะต้องกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของสายลับเอง อันเป็นการกระทำความผิดในหน้าที่ของรัฐเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ มิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเอง หรือในกรณีที่มีการจับกุมเครือข่ายหรือองค์กรอาชญากรรม หากเป็นการจับกุมโดยหน่วยงานอื่นซึ่งไม่ทราบข้อมูลว่ามีบุคคลที่เป็นสายลับปฏิบัติการอำพรางอยู่ สายลับซึ่งปฏิบัติการอำพรางย่อมไม่สามารถต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครอง และหากจับกุมแล้วไม่ดำเนินคดีย่อมมีความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา H. ของ Attorney General’s Guidelines Regarding the use of Confidential Informant ได้กำหนดในเรื่องของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดไว้ว่า เจ้าหน้าที่หรือสายลับอำพรางจะเข้าไปมีส่วนร่วมกระทำความผิดต่อกฎหมายของรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่นไม่ได้ เว้นแต่เมื่อได้รับอนุญาตตามข้อกำหนดนี้ และต้องมีเหตุดังต่อไปนี้ คือ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวสารและพยานหลักฐานที่จำเป็นต่าง ๆ ที่ทำให้การสืบสวนสำเร็จ โดยพยานหลักฐานดังกล่าวไม่อาจได้มาโดยวิธีอื่นนอกจากการร่วม

กระทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรือเพื่อรักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของเจ้าหน้าที่อำพราง หรือเพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่ชีวิตหรือการบาดเจ็บสาหัสของเจ้าหน้าที่ หากฝ่าฝืนจะต้องรับผิดชอบส่วนตัว

โดยการปฏิบัติการอำพรางและการล่อซื้อของสายลับนั้น เมื่อมีการกำหนดในเรื่องของมีการส่วนร่วมในการกระทำผิดแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบควบคู่กันไปด้วย เพื่อที่จะทำให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติการ ซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกา กำหนดให้การสืบสวนทั่วไป เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติจะต้องขออนุญาตอำพราง โดยมีเจ้าหน้าที่พิเศษควบคุมเป็นผู้พิจารณาอนุญาตในแต่ละสำนักงานสาขาของ FBI โดยการอนุญาตต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ส่วนการสืบสวนคดีความผิดที่มีความสำคัญ คือ การปฏิบัติการอำพรางที่ต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมการเงิน การปฏิบัติงานภายใต้เงื่อนไขที่ละเอียดอ่อนนั้น เจ้าหน้าที่พิเศษผู้ควบคุมต้องส่งเรื่องคำขอให้สำนักงานใหญ่ FBI เป็นผู้พิจารณาอนุญาต โดยกรณีที่เป็นการปฏิบัติงานภายใต้ เงื่อนไขที่ละเอียดอ่อนต้องมีคณะกรรมการทบทวนการอำพรางเป็นผู้พิจารณาคำขออีกชั้นหนึ่ง

ตามมาตรา 6B กำหนดให้ในระหว่างการปฏิบัติการอำพราง SAC ต้องคอยตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่อำพรางและบุคคลอื่น ๆ ในการปฏิบัติการอำพราง รวมถึงการกระทำที่มีการเสนอหรือคาดเห็นได้ตามควรในการปฏิบัติการที่เหลื่ออยู่และหาก SAC ตรวจพบการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตต้องหารือกับบุคคลนั้นและรายงานทันทีต่อผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย และคณะกรรมการพิจารณาการอำพรางและวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นควรมีส่วนในการสืบสวนต่อไปหรือไม่ และหากการปฏิบัติการอำพรางทำให้เกิดความรุนแรงเนื่องจากการกระทำผิดซึ่งผู้อำพรางมีส่วนทำให้เกิดขึ้น SAC ต้องแจ้งทันทีต่ออัยการและ FBIHQ ซึ่งจะแจ้งต่อผู้ช่วยอัยการสูงสุด หัวหน้ากองคดีอาญาทันทีที่ทำได้

กฎหมายสาธารณรัฐอิตาลี กำหนดให้เจ้าหน้าที่อำพรางสามารถดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเพื่อล่อซื้อยาเสพติดเพื่อให้ได้พยานหลักฐานการกระทำผิดเกี่ยวกับการลักลอบลำเลียงยาเสพติดได้ แต่เจ้าหน้าที่อำพรางจะสามารถดำเนินการปฏิบัติการอำพรางเพื่อล่อซื้อยาเสพติด (simulated purchase of drug) ได้ นั้น ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาระดับสูงของตำรวจสั่งการอนุญาตการปฏิบัติการอำพรางดังกล่าว นอกจากนี้จะต้องรายงานรายละเอียดการปฏิบัติการอำพรางใด ๆ ต่ออัยการ ในการนี้อัยการอาจมีคำสั่งให้เลื่อนการซื้อยาเสพติดของกลางที่ล่อซื้อออกไปก่อนจนกว่าการสืบสวนจะเสร็จสิ้นก็ได้หากได้รับการร้องขอเช่นนั้นจากตำรวจ

กฎหมายไทย กำหนดให้การขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร กรณีผู้ปฏิบัติการเป็นเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ป.ป.ส) ขึ้นต่อเลขาธิการ

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ส่วนกรณีผู้ปฏิบัติการเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ยื่นต่อผู้บัญชาการตรวจแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย โดยการอนุญาตต้องเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 แต่สำหรับการตรวจสอบควบคุมในขณะปฏิบัติการอำพรางนั้น นอกจากการบังคับบัญชาในระบบราชการแล้ว การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางไม่มีกลไกการตรวจสอบควบคุมโดยกฎหมายอื่นโดยตรง ในทางปฏิบัติการตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำพรางจึงขึ้นอยู่กับ การควบคุมบังคับบัญชาโดยเจ้าหน้าที่ชุดปฏิบัติการอำพราง โดยการตรวจสอบดังกล่าวนี้ใช้บังคับกับกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงสายลับ

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายทั้งสามประเทศในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายสาธารณรัฐอิตาลี และกฎหมายไทยกำหนดให้มีการขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางต่อผู้บังคับบัญชาสูงสุดหรือหัวหน้าหน่วยงานผู้รับผิดชอบของหน่วยงานเช่นเดียวกันทุกประเทศ แต่สาธารณรัฐอิตาลีจะต้องรายงานรายละเอียดการปฏิบัติการอำพรางใด ๆ ต่ออัยการ และประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมี SAC เป็นหลักในการตรวจสอบควบคุมภายในร่วมไปกับการรายงานต่ออัยการ

4.3 ปัญหาการคุ้มครองสายลับในชั้นพิจารณา

หลักเกณฑ์การสืบพยานในคดีอาญาของไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งโดยหลักแล้วการสืบพยานต้องกระทำต่อหน้าจำเลยโดยเปิดเผย ทั้งนี้หลักการสืบพยานในศาลที่สำคัญ ได้แก่ การสืบพยานจะต้องกระทำต่อหน้าจำเลย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้าพยานและการถามค้านพยาน ทำให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่จำเลยในการดำเนินคดี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า “การพิจารณาและการสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ซึ่งหลักการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งนั้น ศาลไทยได้ถือเคร่งครัดมาตลอดว่าถ้าการพิจารณาและสืบพยานไม่ได้กระทำต่อหน้าจำเลยย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำเบิกความพยานไม่อาจรับฟังเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้แม้ว่าจำเลยจะยินยอมก็ตาม แต่ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติวิธีพิจารณายาเสพติด พ.ศ. 2550 ได้กำหนดในเรื่องของการสืบพยานลับหลังไว้ ตามมาตรา 12 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งจำเลยมีทนายความ ถ้าปรากฏว่าจำเลยคนใดจงใจไม่มาศาลหรือหลบหนี และมีความจำเป็นเพื่อมิให้

พยานหลักฐานสูญหายหรือยากแก่การนำมาสืบในภายหลัง เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรก็ให้ศาลมีอำนาจสืบพยานหลักฐานลับหลังจำเลย แต่ต้องให้โอกาสทนายความของจำเลยที่จะถามค้านและนำสืบหักล้างพยานหลักฐานนั้นได้” แต่เป็นในกรณีที่จำเลยคนใดตั้งใจไม่มาศาลหรือหลบหนีเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้คุ้มครองตัวสายลับในกรณีที่จำเลยมาศาล เพราะหากจำเลยมาศาลก็ย่อมที่จะสามารถรู้ถึงตัวตนของสายลับที่จะมาเบิกความในชั้นพิจารณาได้ ทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่ตัวสายลับเอง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาและสืบพยานในศาลต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน และสิทธิในการทำการถามค้านพยานซึ่งถือว่าเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่ง จึงได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีข้อยกเว้นในเรื่องการพิจารณาคดีแบบปิดหรือการพิจารณาคดีโดยลับอยู่ คือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็น ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งไม่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีเข้ามาในห้องพิจารณาคดี เช่น เพื่อคุ้มครองพยาน หรือเพื่อรักษาความลับของทางราชการ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ได้ โดยที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการพิจารณาคดีอาญาโดยลับ ดังนี้ คือ

1) คู่ความฝ่ายที่ต้องการให้การพิจารณาคดีโดยลับต้องแสดงให้เห็นถึงประโยชน์ที่สำคัญกว่านั้นก็คือเรื่องของการมีอคติ

2) การพิจารณาคดีโดยลับต้องไม่เกินไปกว่าความจำเป็นเพื่อป้องกันผลประโยชน์นั้น

3) ศาลที่พิจารณาคดีต้องคำนึงถึงความเหมาะสมที่จะให้มีกระบวนการพิจารณาแบบลับ และ

4) ศาลต้องทำคำวินิจฉัยที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนการพิจารณาลับนั้น

สรุปคือ ทั้งศาลของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ตามปกติการพิจารณาและสืบพยานในศาลต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย แต่ประเทศไทยสามารถมีการสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มาศาล ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่คุ้มครองสายลับเท่าที่ควร ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อยกเว้นในเรื่องการพิจารณาคดีแบบปิดหรือการพิจารณาคดีโดยลับอยู่ คือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็น ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งไม่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีเข้ามาในห้องพิจารณาคดี เช่น เพื่อคุ้มครองพยานได้