

## บทที่ 4

### ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายอันเกิดจากการละเมิด สิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก จากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยจากกล่าวได้ว่าแนวความคิดในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในปัจจุบันนั้นยังไม่มี ความชัดเจนและต้องอาศัยกลไกทางกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่หลายส่วนในการให้ความคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก โดยกลไกที่มีอยู่ปัจจุบันหรือแม้แต่กลไกตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อเด็กแต่อย่างใด อีกทั้งยังมีความล่าช้าอย่างมากในการตรากฎหมาย ทั้งนี้นโยบายของรัฐสนับสนุนการเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศให้เด็กมีโอกาสเข้าถึงได้โดยง่าย ซึ่งเท่ากับผลักให้เด็กเข้าสู่ความเสี่ยงที่จะถูกละเมิดสิทธิโดยมิได้คำนึงถึงแนวทางป้องกัน ส่วนกลไกที่มุ่งคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กอย่างแท้จริง เพราะไม่ได้คำนึงถึงวิธีการปฏิบัติที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครอง

หากพิจารณาจากกลไกการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลในต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่ามีการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของเด็กเป็นการเฉพาะ โดยคำนึงถึงปัจจัยและวิธีการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครอง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กอย่างแท้จริง ทั้งนี้ประเทศไทยนำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศแคนาดา (The Personal Information Protection and Electronic Documents Act หรือ PIPEDA) และกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนและกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาใช้เป็นข้อมูลทางวิชาการในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ....<sup>1</sup> แต่จากการศึกษาพบว่าประเทศแคนาดานั้น

---

<sup>1</sup> บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 515/2552 หน้า 5

มีแนวความคิดในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเป็นการเฉพาะแล้ว<sup>2</sup> แต่เนื่องจากยังไม่มีกรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในขณะนี้ จึงมีการกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการให้ความยินยอมโดยกล่าวถึงกรณีของเด็กไว้ให้ถือว่าข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กนั้นเป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหวและกลไกการขอความยินยอมในกรณีดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงพัฒนาการของความคิดและวุฒิภาวะของเด็กด้วยว่าสามารถให้ความยินยอมในเรื่องนั้นได้หรือไม่<sup>3</sup> ในขณะที่ราชอาณาจักรสวีเดนและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป ซึ่งอยู่ระหว่างการศึกษาศึกษาและพิจารณาออกกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเช่นเดียวกัน ดังที่ได้นำเสนอไว้ในบทที่ 3 แต่ประเทศไทยนอกจากความล่าช้าในการตรากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะทั่วไปแล้วยังกลับมาทบทวนความสำคัญของมาตรการที่เหมาะสมเป็นการเฉพาะเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กอีกด้วย

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวทางของกฎหมายต่างประเทศในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ได้สะท้อนให้เห็นปัญหาของประเทศไทยที่ยังมิได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิในเรื่องนี้อย่างจริงจังและกลไกทางกฎหมายทั้งที่มีอยู่แล้วในปัจจุบันหรือที่เป็นร่างกฎหมายซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาตราเป็นกฎหมายก็ยังคงมีปัญหาและอุปสรรค ดังต่อไปนี้

#### 4.1 ปัญหาจากการไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนของกฎหมายในเรื่องนี้

จากการศึกษาพบว่าการพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กนั้นมีแนวทางที่เป็นไปได้อยู่ 3 แนวทางหลัก ได้แก่ (1) การตรากฎหมายเฉพาะเรื่องอย่างเช่นในกรณีของสหรัฐอเมริกา (2) การกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับเด็กไว้ในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างชัดเจนอย่างเช่นที่สหภาพยุโรปกำลังพิจารณาแก้ไขกฎหมาย The Directive (3) การใช้กลไกตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปที่มีอยู่แล้ว โดยสร้างกลไกพิเศษเพื่อการ

<sup>2</sup> The Working Group of Canadian Privacy Commissioners and Child and Youth Advocates (2009, November 12). *There Ought to Be a Law: Protecting Children's Online Privacy in The 21st Century*. Retrieved January 25, 2015, from [http://www.cdpcj.gc.ca/documents/children\\_privacy\\_internet.pdf](http://www.cdpcj.gc.ca/documents/children_privacy_internet.pdf)

<sup>3</sup> The Office of the Privacy Commissioner of Canada. (2013, April). *Privacy and Social Media in the Age of Big Data: A Report of the Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics*. Retrieved January 25, 2015, from <http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/411/ETHI/Reports/RP6094136/ethirp05/ethirp05-e.pdf>

คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก เช่น การกำหนดแนวทางพิเศษหรือกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองอย่างในกรณีของประเทศอังกฤษหรือสาธารณรัฐเกาหลี

หากเป็นการพัฒนามาตรฐานคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กตามแนวทางที่ 1 หรือแนวทางที่ 2 ย่อมมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ค่อนข้างชัดเจนและไม่ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... มีความเป็นไปได้ว่าประเทศไทยอาจเลือกใช้แนวทางที่ 3 โดยคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 กำหนดนโยบายหรือแนวทางในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อสร้างกลไกพิเศษสำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต แต่ปัญหาสำคัญที่จะเกิดขึ้นจากการใช้วิธีการดังกล่าว คือความไม่ชัดเจนของหลักการพื้นฐานของกฎหมาย ถึงแม้ว่าแนวทางนี้จะเป็แนวทางอย่างเดียวกับที่ประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐเกาหลีเลือกใช้ แต่สิ่งที่แตกต่างอย่างมีนัยสำคัญคือ กฎหมายของประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐเกาหลีนั้นมีการนำหลักการพื้นฐานของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นสากลกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติในกฎหมาย<sup>4</sup> หรือแม้แต่มติของคณะกรรมาธิการก็มีการนำไปบัญญัติไว้เช่นกัน<sup>5</sup> ดังนั้นการใช้และการตีความกฎหมายจึงถูกกำหนดไว้ให้เป็นไปตามกรอบของหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว แต่ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ไม่มีการนำหลักการพื้นฐานไปกำหนดไว้ให้ชัดเจน แม้ว่าบทบัญญัติของร่างกฎหมายจะสอดคล้องกับหลักการพื้นฐาน แต่ก็มิได้สะท้อนให้เห็นกรอบของหลักการเช่นว่านี้ได้อย่างชัดเจนและทำให้อำนาจของคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไม่มีขอบเขตอย่างที่ควรจะเป็นจึงอาจก่อให้เกิดการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางดังกล่าวว่าไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือหลักการพื้นฐานของกฎหมายได้ โดยเฉพาะในกรณีที่แนวทางดังกล่าวสร้างอุปสรรคในการปฏิบัติตามจนเกินความจำเป็นเพราะความไม่เข้าใจในหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นพื้นฐานที่แท้จริง

---

<sup>4</sup> South Korea - Personal Information Protection Act, Article 3 (Personal Information Protection Principles) UK Data Protection Act, Schedule 1 The Data Protection Principles.

<sup>5</sup> The Personal Information Protection and Electronic Documents Act, Schedule 1 - Principles Set Out In The National Standard of Canada Entitled Model Code for The Protection of Personal Information, CAN/CSA-Q830-96.

#### 4.2 ปัญหาจากการไม่กำหนดเกณฑ์อายุที่เหมาะสมของเด็กซึ่งจะต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูล

เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่เป็นร่างกฎหมายอยู่ในขณะนี้ไม่ได้กล่าวถึงเด็กหรือเยาวชนไว้อย่างชัดเจน จึงอาจส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความว่า เงื่อนไขความยินยอมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นจะรวมถึงกรณีของเด็กหรือไม่ และจะใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้เพียงใด

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการขอความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อจะมีการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล จึงเป็นไปได้ว่าอาจมีการตีความกฎหมายในเรื่องนี้ให้ถือเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป แต่หากตีความเช่นนั้นแล้วย่อมเท่ากับว่าเด็กไม่ว่าจะอายุเท่าใดก็สามารถที่จะให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ทั้งหมด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กซึ่งอยู่ในวัยที่มีความสุ่มเสี่ยงในการใช้วิจารณญาณและง่ายต่อการถูกชักจูงด้วยสิ่งล่อใจ

แต่หากตีความไปในอีกทางหนึ่งว่า การให้ความยินยอมของเด็กนั้นยังคงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ต้องพิจารณาความรู้ความเข้าใจในสาระสำคัญและผลของการให้ความยินยอมแล้วก็เป็นไปได้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะอาศัยนิยามของคำว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้หมายความรวมถึงผู้ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้อง กับข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยอาจมีการตรากฎกระทรวงกำหนดให้เด็กที่มีอายุในเกณฑ์ที่กำหนดสามารถให้ความยินยอมได้หรืออาจกำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดสามารถให้ความยินยอมได้ แต่การใช้แนวทางการตีความเช่นนี้ก็มิอุปสรรคสำคัญในเรื่องนิติวิธี เพราะร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าให้อำนาจในการกำหนดเรื่องเกณฑ์อายุสำหรับการขอความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็ก จึงอาจถือเป็นการใช้กฎหมายลำดับรองในระดับกฎกระทรวงยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและเกิดการโต้แย้งได้ว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดก็มีความรู้ความเข้าใจในสาระสำคัญและผลของการให้ความยินยอมได้เช่นกัน

นอกจากนี้หากไม่มีการกำหนดเกณฑ์อายุไว้เลยแล้วปล่อยให้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิด ย่อมต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรู้ความสามารถของเด็กเป็นรายกรณี ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติและจะทำให้กฎหมายกลายเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครอง

สิทธิในที่สุด เพราะกฎหมายฉบับนี้สร้างเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม แต่กลับขาดความชัดเจนย่อมส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายขาดประสิทธิภาพได้

ตัวอย่างปัญหาจากความไม่ชัดเจนมีปรากฏเป็นกรณีศึกษาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไม่ได้กล่าวถึงเด็กไว้เป็นการเฉพาะและไม่ได้กำหนดอายุของเด็กที่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความ 2 เรื่อง ที่เป็นประเด็นโต้เถียงกัน เรื่องแรกคือ การพิจารณาเกณฑ์อายุของเด็กที่จะให้ความยินยอมเองได้เป็นรายบุคคลมีปัญหาความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีคำพิพากษาของศาลปกครองแห่งเมืองลูนเบิร์ก (Higher Administrative Court of Lüneburg) ในคดีหมายเลขที่ 11LC114/13 วินิจฉัยว่าหากเด็กอายุไม่ถึง 14 ปีให้ความยินยอมในเรื่องใดแล้ว โดยหลักต้องถือว่าเป็นโมฆะ ซึ่งดูเหมือนจะกำหนดเกณฑ์อายุไว้ชัดเจนว่าเด็กอายุเกิน 14 ปี ขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมได้ แต่ในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ของเมืองแฮม (Higher Regional Court of Hamm) ในคดีหมายเลขที่ I-4 U 85/12 วินิจฉัยว่า ไม่สามารถกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่าเด็กที่มีอายุระหว่าง 15 ถึง 18 ปี จะสามารถรับรู้และเข้าใจในผลของการให้ความยินยอมต่อการจัดการหรือประมวลผลข้อมูลของตนได้ ซึ่งเท่ากับว่าแม้เด็กจะมีอายุเกินกว่า 14 ปี แล้วก็ต้องพิจารณาด้วยว่าเด็กคนนั้นสามารถรับรู้และเข้าใจผลของการให้ความยินยอมดังกล่าวด้วยหรือไม่ คำพิพากษาทั้งสองคดีนี้จึงชี้ให้เห็นว่าผู้ประกอบการไม่อาจยึดถือเพียงอายุของเด็กหรือเยาวชนมาเป็นเกณฑ์ได้ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนต่อผู้ประกอบการในการจัดการหรือประมวลผลข้อมูลว่าควรจะต้องขอความยินยอมจากใครเพราะผู้ประกอบการก็ไม่อาจทราบถึงความรู้ความสามารถของเด็กเป็นรายบุคคลได้<sup>6</sup>

ปัญหาโต้เถียงอีกเรื่องหนึ่งเป็นการตีความถึงความชอบด้วยกฎหมายของการให้ความยินยอมด้วยตนเองของผู้เยาว์ซึ่งควรต้องมีกฎหมายรองรับด้วย โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับการให้ความยินยอมแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง แนวทางหนึ่งเห็นว่าการให้ความยินยอมนั้นถือเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนา (Declaration of Intent) ตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา แต่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่าเป็นเพียงการกระทำในความเป็นจริง (Real Act/Factual Act) มิใช่การแสดงออกซึ่งเจตนา ซึ่งในปัญหาดังกล่าวยังไม่มียุติที่ชัดเจน และหากพิจารณาว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาแล้ว ก็ควรมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดกฎเกณฑ์

<sup>6</sup> Carlo Piltz. (n.d.). *European data protection law and minors – no legal certainty*. Retrieved January 25, 2015, from <http://germanitlaw.com/?p=961#more-961>Christopher

ยกเว้นให้เด็กหรือผู้เยาว์ให้ความยินยอมในกรณีนี้เองได้เพื่อยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาในเรื่องการแสดงเจตนาของผู้เยาว์<sup>7</sup>

เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาได้เทียบจากการตีความกฎหมายที่เกิดขึ้นในสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนีทั้ง 2 ปัญหาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นปัญหาพื้นฐานที่เกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายและจะต้องเกิดขึ้นในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในที่สุดแล้วก็จะส่งผลให้เกิดอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายหากยังคงละเลยไม่หยิบยกประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นมาพิจารณาอย่างจริงจัง

แนวทางของกฎหมายไทยที่ปรากฏในปัจจุบันซึ่งมีการใช้กลไกของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่อายุ 18 ปี ก็อาจถือเป็นเกณฑ์ที่ค่อนข้างเคร่งครัดจนเกินไปเพราะในความเป็นจริงแล้วกฎหมายก็ยอมรับว่าเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ถึง 18 ปี มีความคิด ความสามารถและวุฒิภาวะที่เหมาะสมในบางเรื่อง ซึ่งอาจจะดีกว่าผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรม และต้องยอมรับว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศนั้นบางครั้งผู้ใหญ่ก็มีความรู้ความเข้าใจน้อยกว่าเด็กที่ใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอยู่เป็นประจำ

จากการศึกษาพบว่ากฎหมาย COPPA ของประเทศสหรัฐอเมริกา เดิมก่อนจะมีการตราเป็นกฎหมายนั้นในขั้นตอนทางคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ได้เสนอรายงานสนับสนุนกฎหมายโดยให้คำแนะนำเกี่ยวกับเกณฑ์อายุที่เหมาะสมสำหรับการขอความยินยอมจากผู้ปกครองไว้ที่อายุไม่เกิน 12 ปี ต่อมาเมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายในชั้นแรกได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่เกิน 16 ปี แต่เมื่อมีการนำร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาแล้ว มีการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กตามกฎหมายลดลงเหลือเพียง 13 ปี โดยไม่ปรากฏเหตุผลอธิบายแต่อย่างใด ซึ่งมีความเห็นส่วนหนึ่งเห็นว่าอาจเป็นเพราะในช่วงเวลาเดียวกับที่มีการตรากฎหมาย COPPA นั้น รัฐสภาได้ตรากฎหมายอีกฉบับหนึ่งชื่อ Child Online Protection Act (COPA) ซึ่งห้ามมิให้มีการเผยแพร่ข้อความอันอาจส่งผลร้ายหรือเป็นอันตรายต่อเด็กบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กไว้ที่ 16 ปีอยู่แล้ว<sup>8</sup> ดังนั้นเรื่องนี้อาจส่งผลร้ายหรือเป็นอันตรายต่อเด็กซึ่งมีอายุเกิน 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปีนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวและไม่มี ความจำเป็นต้องกำหนดเกณฑ์อายุเกี่ยวกับการให้ความยินยอมที่อาจกระทบต่อโอกาสของเด็ก

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> *Brief for The State of California as Amicus Curiae in Support of Neither Party*, in *Fraley v. Facebook, Inc., et al.*, no. 11-CV-01726 (N.D. Cal., Apr. 4, 2011). Retrieved March 15, 2015, from [http://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/fraley\\_v\\_facebook\\_curiae.pdf](http://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/fraley_v_facebook_curiae.pdf)

ในการใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซ้ำอีก ซึ่งเมื่อพิจารณาตรรกะอย่างเดียวกับกฎหมายไทยแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27 ก็ได้ให้ความคุ้มครองเด็กมิให้มีการโฆษณาหรือเผยแพร่ข้อมูลเด็กหรือผู้ปกครองซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีแล้ว เช่นเดียวกับกฎหมาย COPA และไม่มีควมจำเป็นใดที่จะต้องกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กสำหรับการขอความยินยอมจากผู้ปกครองไว้ที่อายุ 18 ปี อีก

ร่างกฎหมายของสหภาพยุโรป Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจน เพราะแม้จะให้นิยามคำว่าเด็ก หมายถึงผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่เมื่อเป็นเรื่องการให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแล้ว ก็กำหนดเกณฑ์อายุไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากเกณฑ์อายุตามปกติในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง โดยเกณฑ์ที่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองอยู่ที่อายุต่ำกว่า 13 ปี แสดงให้เห็นว่าการให้ความยินยอมนั้นไม่ควรยึดโยงกับหลักกฎหมายในเรื่องการบรรลุนิติภาวะในการทำนิติกรรมหรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแต่อย่างใด และยังบัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 8 วรรคสองของร่างกฎหมายดังกล่าวว่า หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมโดยกำหนดอายุของเด็กในการให้ความยินยอมเช่นนี้ไม่กระทบต่อหลักกฎหมายของประเทศภาคีสมาชิกในเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ช่วยไม่ให้เกิดการโต้แย้งอย่างที่ปรากฏเป็นปัญหาดังตัวอย่างในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีข้างต้น นอกจากนี้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ได้ศึกษาข้างต้นก็แสดงให้เห็นชัดเจนว่าแต่ละประเทศไม่ได้ยึดถือเกณฑ์อายุในการบรรลุนิติภาวะหรืออายุตามความมุ่งหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

จากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุของเด็กเพื่อประโยชน์ในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลนี้ ไม่ได้หมายความว่าประเทศดังกล่าวละเลยต่อการคุ้มครองสิทธิของเด็กตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแต่อย่างใด เพราะการคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นอาจใช้กลไกอย่างอื่นเพื่อการคุ้มครองเด็กก็ได้ มิใช่ว่ากลไกการให้ความยินยอมของผู้ปกครองจะเป็นกลไกเพียงอย่างเดียวที่มีอยู่ หากแต่ยอมรับว่าเด็กมีช่วงวัย วุฒิภาวะและพัฒนาการที่เติบโตมากขึ้นตามประสบการณ์การรับรู้และเข้าใจ จึงควรพิจารณาสร้างกลไกที่มีความเหมาะสมกับพัฒนาการของเด็ก และต้องคำนึงถึงเสรีภาพของเด็กในการเข้าถึงและใช้งานเครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศประกอบด้วย

ทั้งนี้สถาบันพัฒนาการเด็ก (Child Development Institute) พิจารณาถึงพัฒนาการของเด็กในแต่ละช่วงวัยทั้งในด้านการเติบโตทางกายภาพ สถิติปัญญา ภาษา การเข้าสังคมและอารมณ์ แล้วนำมาใช้แบ่งพัฒนาการช่วงวัยของเด็กออกเป็น 4 ระดับ ได้แก่ วัยแรกเกิด (Infants/Babies) ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 0-2 ปี วัยเริ่มหัดเดินหรือก่อนเข้าเรียน (Toddlers/Preschoolers) ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 3-5 ปี วัยเข้าเรียน (School Age Children) ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 6-12 ปี และวัยรุ่น (Adolescents/Teenagers) ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 13-18 ปี<sup>9</sup> โดยช่วงวัยรุ่นนั้นเป็นวัยที่เริ่มมีสังคมและความเป็นส่วนตัวมากยิ่งขึ้น และถือเป็นช่วงที่เปลี่ยนผ่านระหว่างความเป็นเด็กไปสู่ความเป็นผู้ใหญ่ซึ่งจะต้องเตรียมความพร้อมสำหรับการก้าวเข้าสู่ช่วงวัยผู้ใหญ่ด้วย โดยนักจิตวิทยาชาวสวิสเซอร์แลนด์ชื่อ ฌอง เปียเจต์ (Jean Piaget) ซึ่งเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีพัฒนาการทางสติปัญญา (The Theory of Cognitive Development) ได้ให้ความเห็นว่าเด็กในช่วงวัยนี้สามารถคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผลและคิดในสิ่งที่ซับซ้อนอย่างเป็นนามธรรมได้มากขึ้น เมื่อเด็กพัฒนาได้อย่างเต็มที่แล้วจะสามารถคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผลและแก้ปัญหาได้เป็นอย่างดีจนพร้อมที่จะเป็นผู้ใหญ่ที่มีวุฒิภาวะต่อไป<sup>10</sup>

#### 4.3 ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของรูปแบบในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ได้กำหนดไว้ในมาตรา 16 ว่าในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไปด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลัก Informed Consent คือการให้ความยินยอมหลังจากที่รับทราบและเข้าใจผลของการให้ความยินยอมนั้น และการขอความยินยอมนั้นต้องไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการข้อมูลส่วนบุคคลในการกำหนดแบบหรือข้อความในการให้ความยินยอมดังกล่าวได้ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าลักษณะของความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล จะต้องเป็นความยินยอมที่ชัดเจนเท่านั้น ไม่อาจนำเอาหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมโดยปริยายมาใช้บังคับในกรณีนี้ได้และมีความเป็นไปได้ว่าหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอาจกำหนดแบบหรือข้อความในการขอ

<sup>9</sup> childdevelopment. (n.d.). *Ages & Stages*. Retrieved March 15, 2015, from <http://childdevelopmentinfo.com/ages-stages/>

<sup>10</sup> Wikipedia. (n.d.). *Adolescence*. Retrieved March 15, 2015, from <http://en.wikipedia.org/wiki/Adolescence>

ความยินยอม นอกจากนี้การดำเนินการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องสำคัญ ได้แก่ การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะต้องห้าม การใช้หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือด้วย

ปัญหาว่ากลไกการให้ความยินยอมในลักษณะเช่นนี้จะมีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือไม่ ทั้งนี้ในกรณีที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอาจขอความยินยอมจากเด็กหรือเยาวชนได้โดยตรง กลไกในการให้ความยินยอมแบบปกติย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาใด แต่หากเป็นกรณีที่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กแล้ว กลไกการให้ความยินยอมแบบปกติย่อมไม่อาจบรรลุผลอย่างเดียวกันได้ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) การขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็ก จำเป็นจะต้องได้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กคนนั้นเพื่อประโยชน์ในการขอความยินยอมด้วย แต่จะติดข้อจำกัดของกฎหมายเพราะเท่ากับเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในเรื่องข้อมูลของผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรม โดยไม่ได้รับความยินยอม

(2) การขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมนั้น มิใช่การได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นผู้กำลังใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยตรง จะมีวิธีการอย่างไรเพื่อให้มั่นใจได้ว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นเป็นผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมที่แท้จริง ในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาเด็กไม่ต้องการให้ผู้ปกครองของตนรู้ เช่น การสร้างข้อมูลที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Email) ปลอมหรือให้เจ้าหน้าที่โทรศัพท์หาบุคคลซึ่งไม่ใช่ผู้ปกครองที่แท้จริง เป็นต้น เงื่อนไขความยินยอมในกรณีนี้จึงไม่ใช่เพียงแค่เป็นความยินยอมของผู้ปกครอง (Parental Consent) เท่านั้น แต่จะต้องเป็นความยินยอมของผู้ปกครองที่สามารถตรวจสอบได้ด้วย (Verifiable Parental Consent)

มีข้อสังเกตในกรณีของประเทศอังกฤษ แม้ว่าผู้ตรวจการสารสนเทศจะกำหนดเกณฑ์อายุว่าในกรณีที่เจ้าของข้อมูลที่มีอายุไม่เกิน 12 ปี ผู้ประกอบการจะต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองทุกกรณี แต่ก็ไม่ได้กำหนดแนวทางที่ชัดเจนว่าจะทำอย่างไรเพื่อให้มั่นใจว่าเป็นความยินยอมของผู้ปกครองที่แท้จริง โดยผู้ตรวจการสารสนเทศเคยให้ข้อเสนอแนะในเรื่องนี้ไว้ว่าการได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองนี้จะต้องมีมาตรการบางอย่างให้สามารถตรวจสอบได้ด้วยการเป็นความยินยอมของผู้ปกครองที่แท้จริง มิใช่แค่ใช้วิธีการให้เด็กยืนยันว่าได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองโดยใช้เมาส์คลิกบนหน้าเว็บ หากผู้ประกอบการจำเป็นต้องได้รับความยินยอม

จากผู้ปกครองแต่ไม่ใช้ความพยายามสร้างมาตรการในการตรวจสอบความยินยอมเช่นนั้น  
ก็ไม่ควรดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น<sup>11</sup>

(3) การใช้งานระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นมีวิธีการที่ทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว  
ในการติดต่อสื่อสาร แต่กลไกการขอความยินยอมในบางกรณีที่ยังคับให้ต้องได้รับความยินยอม  
เป็นหนังสือนั้น ส่งผลให้เกิดความล่าช้าเพื่อให้ได้มาซึ่งหนังสือให้ความยินยอมที่มีลายมือชื่อ  
ของผู้ปกครอง ในขณะที่สามารถใช้สื่อเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อช่วยให้กระบวนการดังกล่าว  
เป็นไปได้โดยง่าย เช่น การติดต่อผ่านไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือการส่งหนังสือให้ความยินยอม  
ทางโทรสาร หรือแม้แต่การถ่ายภาพแล้วส่งผ่านข้อมูลด้วยการ Upload เข้าสู่ระบบ ตลอดจนการใช้  
ระบบสื่อสารทางไกลผ่านจอภาพ เป็นต้น ซึ่งยังไม่มีความชัดเจนว่าการดำเนินการเช่นว่านี้  
จะสามารถทำได้หรือไม่ และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์  
พ.ศ. 2544 มาตรา 8 และมาตรา 9 ที่กำหนดให้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถนำมาใช้แทน  
การทำนิติกรรมเป็นหนังสือและแทนการลงลายมือชื่อได้ จะสามารถนำมาใช้สนับสนุนกลไก  
ในส่วนนี้ได้หรือไม่ ในเมื่อได้พิจารณาแล้วว่า การให้ความยินยอมในกรณีนี้ไม่อาจถือเป็นการทำ  
นิติกรรมและมีข้อพิจารณาด้วยว่าในสหรัฐอเมริกา นั้น คณะกรรมาธิการการค้าแห่งสหพันธรัฐ  
ไม่อนุญาตให้ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการให้ความยินยอม

(4) ข้อเท็จจริงสำคัญประการหนึ่งที่ต้องยอมรับคือ เด็กเป็นวัยที่ง่ายต่อสิ่งล่อใจ ถึงแม้  
ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... จะกำหนดเงื่อนไขไว้ในการขอความยินยอม  
ว่าต้องไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว  
แต่หากมีการจูงใจให้รางวัล หรือหากเป็นเกมก็อาจเป็นการให้ของขวัญพิเศษสำหรับใช้ในการ  
เล่นเกม ย่อมมิใช่การหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิดในวัตถุประสงค์อันจะต้องห้ามตามกฎหมาย  
แต่อย่างใด จึงควรมีมาตรการควบคุมการดำเนินการในลักษณะเช่นนี้ด้วย

(5) กลไกการขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมที่สร้างขึ้นมานั้น  
นั้น อาจทำให้เด็กเลือกวิธีการโกหกอายุของตนเพื่อให้สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองและ  
สามารถใช้งานเว็บไซต์ได้อย่างที่ต้องการ จะมีกลไกอย่างไรในการตรวจสอบข้อมูลในส่วนนี้

ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาทางปฏิบัติที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้  
และจำเป็นต้องพิจารณาถึงมิติทางกฎหมายทุกมิติที่เกี่ยวข้องกันเพื่อหากลไกที่เหมาะสมที่สุด  
โดยต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับวุฒิภาวะของเด็กและเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของโลกออนไลน์

<sup>11</sup> Alasdair Taylor. (n.d.). *Websites, data protection and children*. Retrieved January 25, 2015, from <http://www.seqlegal.com/blog/websites-data-protection-and-children>

ด้วยการสร้างภาระหรือความยุ่งยากมากเกินไปย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการ แต่หากกลไกที่กำหนดขึ้นนั้นง่ายต่อการหลีกเลี่ยงย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กเช่นกัน

#### 4.4 ปัญหาจากความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองแตกต่างกัน

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่ามีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่วางหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไว้โดยเฉพาะ โดยออกเป็นประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ เรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนตัวของเด็กที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม เมื่อตรวจสอบแล้วกลับพบว่าประกาศฉบับนี้ไม่ได้อยู่ในระบบฐานข้อมูลของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาและที่สำคัญไม่ปรากฏว่าอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายใดออกประกาศดังกล่าว จึงมิได้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย หากแต่มีลักษณะของการขยายความบทบัญญัติของกฎหมายแล้วขอความร่วมมือไปยังผู้ประกอบการเว็บไซต์ที่ให้บริการเท่านั้น

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาไม่ได้กล่าวถึงเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแต่อย่างใดและในมาตรา 4 บัญญัติให้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีสภาพอย่างกฎหมายทั่วไป หากมีกฎหมายเฉพาะเรื่องใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ก็จะต้องถือปฏิบัติตามนั้น เว้นแต่นายกรัฐมนตรีประกาศให้นำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้เพิ่มเติมหรือแทนที่กฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น

หากร่างกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนและสร้างความสับสนให้เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องได้ ทั้งนี้เพราะมีความไม่ชัดเจนว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็กเท่านั้น หรือถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กด้วย ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ประกอบการเว็บไซต์มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประกาศขอความร่วมมือของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ โดยห้ามมิให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กตามที่กำหนดโดยเด็ดขาดมิฉะนั้นย่อมเป็นการละเมิดสิทธิของเด็กและเป็นความผิดตามกฎหมาย ทั้งที่กลไกตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... ยังเปิดช่องให้มีการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลในกรณีเช่นนี้ได้

ปัญหาที่ต้องพิจารณาประการต่อมาว่าประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยใช้วิธีขยายความบทบัญญัติของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จะทำให้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีสถานะเหมือนอย่างกฎหมายเฉพาะในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก

ได้หรือไม่ ทั้งที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ชัดเจน

นอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แล้ว เนื่องจากการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามปัญหาที่ศึกษานี้มีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศด้วย ซึ่งมีกฎหมายเฉพาะอีก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งให้อำนาจแก่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ โทรคมนาคม จึงจำเป็นต้องพิจารณาให้กลไกทางกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวนี้สอดคล้องกัน

#### 4.5 ปัญหาการขาดกลไกทางออกของผู้ประกอบการในกรณีที่เกิดเป็นผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตพยายามหลีกเลี่ยงข้อจำกัด

การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นกลไกที่สร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการเว็บไซต์และถ้าเป็นความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทน โดยชอบธรรมของเด็ก ยิ่งก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการเพิ่มขึ้น และไม่มีหลักประกันสำหรับผู้ประกอบการเว็บไซต์แต่อย่างใดว่า บุคคลผู้ที่กำลังใช้งานเว็บไซต์ของตนอยู่นั้นเป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างแท้จริง หรือเป็นเพียงเด็กที่กำลังปิดบังอายุที่แท้จริงของตน ทั้งนี้เพราะสภาพของการทำงานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นง่ายต่อการปกปิดตัวตนหรือการใช้นามแฝงโดยไม่สามารถตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้งานได้ ทำให้โอกาสจะตรวจสอบรู้ว่าใครเป็นบุคคลที่กำลังใช้งานที่แท้จริงเป็นไปได้ยาก ดังนั้น ถ้าพึงการสร้างเงื่อนไขการขอความยินยอมที่ตรวจสอบได้ของผู้ปกครองก็ย่อมไม่เกิดผลในความเป็นจริงหากขาดกลไกที่จะตรวจสอบอายุที่แท้จริงของผู้ใช้งานในเวลาเดียวกัน ซึ่งปัญหานี้เป็นปัญหาเฉพาะในกรณีที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตเป็นเด็กซึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง

ในมุมมองกลับกันการจะสร้างเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการเว็บไซต์จะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบอายุของผู้ใช้งานอย่างเคร่งครัด ทั้งที่สภาพการใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นง่ายต่อการปกปิดตัวตน ในที่สุดก็จะไม่มีผู้ประกอบการเว็บไซต์รายใดที่อยากจะให้บริการแก่เด็กอีกต่อไปเพราะมีหน้าที่และต้นทุนที่สูงกว่ากรณีปกติ จนกลายเป็นการปิดกั้นโอกาสของเด็กในการใช้งานเว็บไซต์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวทางที่เหมาะสมเพื่อหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองเด็กกับโอกาสที่จะสนับสนุนการพัฒนาสื่อที่มีคุณภาพสำหรับเด็กในเวลาเดียวกัน

แนวทางที่เป็นไปได้นี้น่าจะเป็นกรณีการเชื่อมโยงข้อมูลทะเบียนราษฎรโดยอาศัยเลขประจำตัวประชาชน แต่แนวทางเช่นนี้เท่ากับต้องยอมให้เอกชนเข้าใช้ฐานข้อมูลของรัฐ จึงควรต้องวางมาตรการที่เหมาะสม และยังมีอุปสรรคบางประการเพราะจะตรวจสอบได้เฉพาะกรณีที่ผู้ใช้งานเป็นคนไทยเท่านั้น อีกทั้งอาจมีข้อจำกัดสำหรับเว็บไซต์ต่างประเทศที่สร้างสรรค์สื่อให้เด็กไทยเข้าใช้งานได้ ตลอดจนยังไม่อาจแก้ไขปัญหาจากการปกปิดตัวตนได้อย่างแท้จริงหากมีการใช้เลขประจำตัวประชาชนของบุคคลอื่นในการเข้าใช้งานเว็บไซต์นั้น จึงควรจะมีมาตรการที่เหมาะสมอย่างอื่นควบคู่กันด้วย