

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เป้าหมายของการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศที่พยายามสร้างโอกาสให้ทุกคนสามารถเข้าถึงและใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้จะต้องพัฒนาควบคู่ไปกับเป้าหมายที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้งานมิให้ถูกล่วงละเมิดจากกิจกรรมการใช้งานอินเทอร์เน็ตไปในคราวเดียวกัน จากปัญหาความล่าช้าในการพัฒนากฎหมายส่งผลให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทย ในระยะเวลาที่ผ่านมาเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากกลไกทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่อาจตอบสนองต่อพัฒนาการและความก้าวหน้าของเทคโนโลยีได้ทันทั่วถึงและพัฒนาการของกฎหมายดังกล่าวยังขาดการใส่ใจถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก ซึ่งถือว่า มีสภาพปัญหาพิเศษแตกต่างจากการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใหญ่

ที่ผ่านมารัฐบาลพยายามสนับสนุนเป้าหมายการพัฒนาเฉพาะแต่การสร้างโอกาสของประชาชน โดยเฉพาะเด็กในการเข้าถึงเทคโนโลยี แต่กลับละเลยความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เป็นผู้ใช้งานเท่าที่ควร เป็นเหตุให้มีการละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเด็กได้โดยง่าย แม้ว่าจะมีความพยายามของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อาศัยกลไกของกฎหมายอื่นในการสร้างความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้แก่เด็ก โดยเฉพาะ คณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติซึ่งพยายามวางแนวทางปฏิบัติเพื่อป้องกันมิให้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนถึงสถานะของกฎหมายและการมีผลบังคับใช้ประกอบกับไม่อาจตอบสนองต่อการใช้งานอินเทอร์เน็ตในความเป็นจริงได้เพราะขาดการคำนึงถึงวุฒิภาวะของเด็กแต่ละช่วงวัยและกลไกที่เหมาะสม ซึ่งในขณะเดียวกันต้องไม่ก่อภาระให้แก่ผู้ประกอบการมากเกินไป

การพัฒนากฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นมีความพิเศษแตกต่างจากการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีปกติ เพราะจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูล มิใช่ความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่แท้จริง จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนากลไกพิเศษ เพื่อสนองตอบเงื่อนไขดังกล่าวเพิ่มเติมจากกลไกการขอความ

ยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีปกติทั่วไป โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยสำคัญที่ว่า ความยินยอมดังกล่าวจะต้องตรวจสอบได้ว่ามาจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมที่แท้จริงของเด็ก

เครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นเพื่อเปิดโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลได้โดยง่ายและสำหรับเด็กแล้วเป็นการสร้างโอกาสให้แก่เด็กในการเพิ่มเติมความรู้และประสบการณ์ได้อีกทางหนึ่งอันจะมีผลสำคัญต่อพัฒนาการตามช่วงวัยที่เหมาะสม แต่การสร้างเงื่อนไขที่เคร่งครัดมากเกินไปย่อมเป็นการสร้างข้อจำกัดของเด็กในการเข้าถึงและใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการลดแรงจูงใจของผู้ประกอบการเว็บไซต์ที่จะพัฒนาเว็บไซต์ของตนเพื่อสร้างความรู้และประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์แก่เด็กด้วยจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงสมดุลระหว่างโอกาสของเด็กในการเข้าถึงและใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กับโอกาสที่เด็กนั้นอาจถูกล่วงละเมิดสิทธิของตนโดยไม่รู้ตัว

การสร้างกลไกที่เหมาะสมนั้นไม่จำเป็นจะต้องเลือกใช้เพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งและไม่จำเป็นต้องปรับใช้เงื่อนไขอย่างเดียวกันกับเด็กทุกช่วงวัย ทั้งนี้เพราะเด็กแต่ละวัยย่อมมีวุฒิภาวะแตกต่างกันตามประสบการณ์และโอกาสในการเรียนรู้ที่เพิ่มมากขึ้นและการคุ้มครองสิทธิของเด็กไม่ได้หมายความว่าต้องอาศัยกลไกการได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องพิจารณาว่าเด็กในช่วงวัยนั้นสามารถรู้และเข้าใจผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการยินยอมให้เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนั้นเพียงใด โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาปัจจัยทางสังคมในความเป็นจริงแล้วเด็กอาจมีความรู้ความเข้าใจในบางเรื่องโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศมากกว่าผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งบางคนขาดการติดตามหรือขาดประสบการณ์หรือมีข้อจำกัดในการใช้งาน

นอกจากนี้ กลไกในการขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กที่ใช้งานอินเทอร์เน็ตนั้นควรต้องมีรูปแบบที่หลากหลายเพื่อไม่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้ประกอบการมากเกินไป โดยคำนึงถึงเทคโนโลยีที่เหมาะสมสอดคล้องกับการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตดังกล่าว แต่ยังคงยึดหลักการที่จะต้องตรวจสอบและเกิดความมั่นใจได้ว่าความยินยอมนั้นมาจากผู้แทนโดยชอบธรรมที่แท้จริง

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. โดยมีกฎหมายแม่แบบมาจากประเทศแคนาดา ราชอาณาจักรสวีเดนและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่นับจากวันที่เริ่มต้นร่างกฎหมายจนถึงวันนี้เป็นเวลากว่าสิบปี ซึ่งประเทศต้นแบบดังกล่าวได้ประสบปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมายในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับเด็กภายในประเทศของตน โดยเฉพาะปัญหาการตีความกฎหมาย และพยายาม

พัฒนากฎหมายไปอีกขั้นเพื่อวางกลไกที่เหมาะสมสำหรับเด็กเป็นการเฉพาะ ในขณะที่ประเทศไทยยังคงล่าช้าอยู่กับที่และมองข้ามความสำคัญของปัญหาที่นานาประเทศต่างพยายามหาทางแก้ไข

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยควรพิจารณาการให้ควมคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ก้าวทันต่อความเปลี่ยนแปลงและให้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยสามารถตอบสนองต่อปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิของเด็กจากการพัฒนาเทคโนโลยีได้อย่างสมบูรณ์

5.2 ข้อเสนอแนะ

นอกเหนือจากความจำเป็นเร่งด่วนในการตราร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วประเทศไทยควรสร้างกลไกที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่ใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้มีความชัดเจนขึ้นด้วย ทั้งนี้เนื่องจากการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทยเลือกใช้วิธีการให้ความยินยอมก่อนการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูล (Opt-in) แตกต่างจากบางประเทศที่เลือกใช้วิธีการให้เก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผยข้อมูลได้ แต่เจ้าของข้อมูลมีสิทธิขอให้อุดการดำเนินการเช่นนั้น (Opt-out) กลไกของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตควรจะต้องดำเนินการไปในแนวทางอย่างเดียวกัน โดยมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายดังต่อไปนี้

5.2.1 ควรเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. แล้วเลือกใช้วิธีขยายกรอบกลไกและความคุ้มครองให้ครอบคลุมไปถึงข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

เนื่องจากกระบวนการตรากฎหมายของประเทศไทยเป็นไปอย่างล่าช้า หากรอให้มีการร่างกฎหมายใหม่ทั้งฉบับเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะ อาจส่งผลกระทบต่อการแก้ไขปัญหาซึ่งจะเป็นไปอย่างล่าช้าด้วย จึงควรใช้กลไกของกฎหมายที่อยู่ระหว่างการพิจารณาในขณะนี้ขยายกรอบให้สามารถคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ดีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ไม่ปรากฏหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่ชัดเจนอย่างที่หลายประเทศได้กำหนดไว้ ถึงแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 11 (1) จะให้อำนาจแก่คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดนโยบาย มาตรการ หรือแนวทางการดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ แต่ก็มีปัญหาว่าการที่คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดแนวทาง

สำหรับเด็กหรือสำหรับการใช้งานอินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะนั้นจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือหลักการพื้นฐานที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้จริงหรือไม่ ทั้งนี้เพราะหากพิจารณาจากเหตุผลของการตรากฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงหลักการอันเป็นมาตรฐานสากล ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการใช้อำนาจในการกำหนดแนวทางผิดไปจากที่ควรจะเป็น ประกอบกับผู้ประกอบการอาจเกิดความรู้สึกได้แย้งคัดค้านได้โดยเฉพาะเมื่อแนวทางเช่นนี้เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายแก่ตน จึงควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องของหลักการพื้นฐานเข้าไปเป็นบทบัญญัติหนึ่งในกฎหมายและหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้วจึงค่อยกำหนดเป็นแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้ผู้เกี่ยวข้องยึดถือปฏิบัติตามต่อไป

5.2.2 ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเด็กในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. เพื่อให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการสร้างวิธีการพิเศษสำหรับบุคคลกลุ่มดังกล่าว และกำหนดอายุของเด็กที่ต้องการใช้วิธีการเช่นว่านี้

เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ไม่ได้กล่าวถึงมาตรการสำหรับเด็กไว้เป็นการเฉพาะและไม่มีบทบัญญัติส่วนใดกล่าวถึงผู้แทนโดยชอบธรรม หากคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใช้อำนาจในการกำหนดแนวทางสำหรับคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานอินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะแล้ว อาจส่งผลให้เกิดปัญหาในแง่นิติวิธีว่า แนวทางที่กำหนดเช่นว่านี้มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองและกฎหมายที่ให้อำนาจในการกำหนดแนวทางก็มิได้มีเจตนารมณ์ที่กล่าวถึงเรื่องเด็กหรืออำนาจของผู้แทนโดยชอบธรรมไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด เหตุใดจึงให้กฎหมายลำดับรองสามารถกำหนดขอบเขตสิทธิหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวได้ นอกจากนี้กฎหมายลำดับรองยังขัดหรือแย้งกับหลักความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมหรือหลักการให้ความยินยอมในการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าต้องการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานอินเทอร์เน็ตโดยมีมาตรการที่ถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษ เพื่อลดปัญหาข้อโต้แย้งจากกรณีความกฎหมายได้

ทั้งนี้บทบัญญัติที่กล่าวถึงเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจะต้องพิจารณาเกณฑ์อายุที่เหมาะสมด้วย โดยมีใช้คำนึงถึงแต่เงื่อนไขการบรรลุนิติภาวะหรือเกณฑ์อายุเด็กตามนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แต่อย่างใด ซึ่งหากพิจารณาแนวทางการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กตามกฎหมายต่างประเทศแล้วมีแนวทางที่เป็นไปได้อยู่ 2 แนวทาง

คือ การกำหนดเกณฑ์อายุเดียว โดยกำหนดให้การกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองทุกกรณี แต่หากเด็กคนนั้นมีอายุมากกว่าเกณฑ์ที่กำหนดแล้ว เด็กสามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ อีกแนวทางหนึ่งคือการกำหนดเกณฑ์อายุแบบอ้างอิงความเสี่ยงของการละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจะกำหนดเกณฑ์อายุเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งจะต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองทุกกรณี แต่เมื่อเด็กอายุมากขึ้นตามลำดับ เด็กอาจให้ความยินยอมเองในบางเรื่องได้ เช่น การให้ความยินยอมเฉพาะการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น ไม่รวมถึงการให้ความยินยอมในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูล เป็นต้น

อย่างไรก็ดีไม่ว่าจะเป็นการเลือกใช้แนวทางใดก็ต้องพิจารณาอายุขั้นต่ำที่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองในทุกกรณี หากพิจารณาจากกฎหมายไทยที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุของเด็กแล้ว กฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2541 กำหนดว่าในกรณีที่เจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้นเป็นผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์มีสิทธิที่จะขอตรวจสอบหรือดำเนินการแทนได้ แต่หากผู้เยาว์นั้นมีอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไป การดำเนินการของผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ด้วยหรือในเรื่องการกระทำความผิดทางอาญา ความยินยอมของเด็กอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไปทำให้การกระทำของเราเด็กไม่มีความผิด หรือสิทธิในการดำเนินคดีอาญาซึ่งเด็กมีอำนาจที่จะแจ้งความร้องทุกข์ได้หากมีวุฒิภาวะที่เพียงพอและสามารถเข้าใจสาระสำคัญของเรื่องนั้นได้หรือเด็กอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไปสามารถทำพินัยกรรมได้ ตลอดจนกฎหมายคุ้มครองแรงงานก็อนุญาตให้นายจ้างสามารถจ้างเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี เป็นลูกจ้างทำงานได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเกณฑ์อายุของเด็กตามตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยก็ยอมรับข้อเท็จจริงว่าเด็กที่อยู่ในช่วงวัยที่เหมาะสมแล้วก็มีวุฒิภาวะและวิจรรย์ญาณที่เพียงพอในการตัดสินใจเรื่องสำคัญบางเรื่องได้ ซึ่งในต่างประเทศจะเรียกเด็กกลุ่มนี้ว่า Mature Minor คือผู้เยาว์ที่มีวิจรรย์ญาณเพียงพอ

เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีทางจิตวิทยาที่ได้รับการยอมรับดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อที่ 4.2 แล้ว เด็กในกลุ่มวัยรุ่นที่มีช่วงวัยตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป ก็ถือได้ว่ามีระดับพัฒนาการที่เพียงพอต่อการตัดสินใจ โดยเฉพาะเมื่อได้รับการชี้แจงให้เข้าใจถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตัดสินใจนั้น ซึ่งร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ก็ได้กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการที่จะกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการเก็บและการใช้นั้น ตลอดจนให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลในการตรวจสอบและแก้ไขหรือเพิกถอนความยินยอมของตนได้ด้วย ซึ่งย่อมทำให้เด็กนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาคิดวิเคราะห์ถึงผลดีและผลเสียที่อาจตามมาและให้ความยินยอมได้ด้วยความเข้าใจ

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องของอายุของเด็กที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษในทางกฎหมาย โดยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 74 และมาตรา 75 ว่าในกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาญาเป็นเด็กอายุเกิน 10 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ถือว่ามีเหตุยกเว้นโทษ แต่หากเป็นเด็กอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ถือว่ามีเหตุลดโทษได้ จากเดิมที่กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้สำหรับเด็กอายุเกิน 7 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี และกำหนดเหตุลดโทษไว้สำหรับเด็กอายุเกิน 14 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี โดยได้ให้เหตุผลของการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องอายุไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ ดังนี้

“... นอกจากนี้ กฎหมายของไทยหลายฉบับกำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้ที่อายุสิบห้าปี เช่น มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526 กำหนดให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องทำบัตรประจำตัวประชาชนเมื่อมีอายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดห้ามมิให้นายจ้างจ้างเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีเป็นลูกจ้างและมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กำหนดให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี โดยให้เด็กซึ่งอายุย่างเข้าปีที่เจ็ดเข้าเรียนในสถานศึกษาขั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่สิบหก แสดงให้เห็นว่าเด็กอายุสิบห้าปีกฎหมายยอมรับว่าเริ่มก้าวสู่ความเป็นผู้ใหญ่ มีความสามารถรับผิดชอบได้ ประกอบกับ...”

จากข้อพิจารณาทั้งแนวทางของกฎหมายไทย รวมทั้งเหตุผลและทฤษฎีเกี่ยวกับพัฒนาการของเด็ก ผู้วิจัยจึงเสนอว่าเกณฑ์อายุที่ควรกำหนดให้ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองในการกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กทุกกรณีควรจะใช้เกณฑ์อายุต่ำกว่า 15 ปี แต่อาจเลือกกำหนดเรื่องสำคัญบางเรื่องที่มีความเสี่ยงอย่างมากต่อการละเมิดสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กจะต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองแม้เด็กจะมีอายุ 15 ปี แล้วก็ตามซึ่งแนวทางเช่นนี้ก็ไม่ได้ขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แต่อย่างใดเพราะแม้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กต่ำกว่านิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็ไม่ได้หมายความว่าเด็กที่มีอายุเกินกว่าที่กำหนดแล้วจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเกณฑ์อายุที่กำหนดนั้นเพียงเพื่อจะพิจารณาว่า จะต้องได้รับความยินยอมจากใคร แม้เด็กจะมีอายุเกินกว่าที่กำหนดแล้วการกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กก็ยังคงต้องขอความยินยอมจากเด็กนั่นเอง อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็วางแนวทางป้องกันมิให้มีการโฆษณาหรือเผยแพร่ข้อมูลของเด็กโดยเจตนาให้เด็ก

ได้รับความเสียหายหรือแสวงหาประโยชน์อันมิชอบอยู่แล้วอีกทางหนึ่ง ดังนั้นหากผู้ประกอบการใดกระทำการอันเป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กหรือผู้ปกครองโดยเจตนาจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กหรือแสวงหาประโยชน์เช่นนั้น แม้ว่าเด็กจะมีอายุถึง 15 ปี (แต่ไม่ถึง 18 ปี) และได้รับความยินยอมจากเด็กก็ตามย่อมถือเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าว

5.2.3 ควรวางแนวทางในการขอความยินยอมที่มีความยืดหยุ่น ตลอดจนวิธีการเฉพาะสำหรับการขอความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กซึ่งต้องแตกต่างจากการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลโดยตรง โดยคำนึงถึงเทคโนโลยีที่เหมาะสมประกอบด้วย

หากพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ไม่ได้กำหนดถึงวิธีการในการขอความยินยอมเมื่อมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปแต่อย่างใด คงมีเพียงกำหนดว่าการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลอันมีลักษณะต้องห้าม การใช้หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูล

กลไกที่ไม่ชัดเจนในกรณีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปประกอบกับเงื่อนไขความยินยอมเป็นหนังสือสำหรับการกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีอื่น ส่งผลให้เกิดข้อจำกัดของรูปแบบหรือวิธีการในการขอความยินยอม ประเด็นปัญหาสำคัญของการพิจารณานี้เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่ใกล้ชิดกับชีวิตประจำวันอย่างมาก แต่กลับไม่มีกลไกของกฎหมายรองรับการใช้งานเทคโนโลยีนี้ในการขอความยินยอม นอกจากนี้ กลไกการขอความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กนั้นจำเป็นต้องได้ข้อมูลเบื้องต้นของผู้ปกครองจากเด็กก่อนและเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองแล้วต้องสามารถตรวจสอบได้ด้วยว่าเป็นความยินยอมของผู้ปกครองที่แท้จริง และต้องหามาตรการที่เหมาะสมในการขอความยินยอมในส่วนนี้

จากการศึกษาพบว่า หลายประเทศเลือกใช้กลไกการขอความยินยอมจากผู้ปกครองที่มีรูปแบบหลากหลาย ขึ้นอยู่กับความเสี่ยงที่จะมีการนำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กนั้นไปใช้หรือเปิดเผยต่อไปไม่ได้จำกัดเพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งและมีได้จำกัดว่าจะต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น ซึ่งถือเป็นมาตรการที่มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสถานการณ์ที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้เพราะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงสำคัญประการหนึ่งด้วยว่า หากกลไกการขอความยินยอมมีกระบวนการที่ยุงยากและก่อให้เกิดต้นทุนที่เกินจำเป็นแล้ว ย่อมลดโอกาสของเด็กในการใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั่นเองและผู้ประกอบการก็จะไม่ให้ความสำคัญต่อการผลิตเว็บไซต์ที่จะช่วยเสริมสร้างพัฒนาการของเด็กที่สำคัญควรมีมาตรการสนับสนุนให้ผู้ประกอบการมีส่วนร่วมสามารถเสนอแนวทางในการขอความยินยอมที่มีความน่าเชื่อถือและตรวจสอบได้ อย่างที่สหรัฐอเมริกาเปิดช่องให้ผู้ประกอบการ

เสนอวิธีการขอความยินยอมจากผู้ปกครองให้คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐพิจารณาอนุมัติ ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่จะช่วยสร้างบรรยากาศของการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน

นอกจากนี้ แนวทางของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ได้วางมาตรการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของเอกชนด้วยวิธีการใช้เครื่องหมายรับรองมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อนำไปใช้หรือแสดงต่อประชาชนได้ ซึ่งรวมถึงการนำไปแสดงบนหน้าเว็บไซต์ของผู้ประกอบการด้วย อย่างไรก็ตามก็ตინอกเหนือจากการแสดงเครื่องหมายดังกล่าวแล้ว ควรจะมีการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงสัญลักษณ์เพื่อเตือนผู้ใช้งานให้รู้ตัวว่ากำลังถูกเก็บข้อมูลส่วนบุคคล

5.2.4 มาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานอินเทอร์เน็ตที่จะกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. จะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายฉบับอื่น

นอกจากที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 5.2.2 ว่าร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ควรแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่จะสร้างกลไกพิเศษสำหรับเด็กเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติวิธีเนื่องจากต้องวางกลไกที่กระทบต่อเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเช่นกัน ยังมีข้อพิจารณาด้วยว่าร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 เพื่อวางกลไกให้กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายทั่วไป โดยเมื่อมีกฎหมายใดบัญญัติไว้เฉพาะเป็นอย่างอื่นก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น เว้นแต่มีเหตุอันควรและนายกรัฐมนตรีประกาศกำหนดให้นำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ไปบังคับแทน แต่เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้วอาจกล่าวได้ว่ามีกฎหมายเฉพาะทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งก็กล่าวถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้บางเรื่องด้วย ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ไม่ใช่บังคับในกรณีดังกล่าวทั้งหมดหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการโต้แย้งและทำให้กลไกความคุ้มครองไม่มีประสิทธิภาพได้ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้โดยเพิ่มเติมข้อยกเว้นว่า ในกรณีที่กลไกตามกฎหมายเฉพาะเช่นว่านั้น ไม่มีกลไกในเรื่องใดที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. หรือมีมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ให้ใช้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. บังคับแทน ซึ่งจะช่วยให้เกิดความชัดเจน

ของกฎหมายที่จะใช้บังคับและมั่นใจได้ในมาตรฐานของความคุ้มครอง ตลอดจนเกิดความสอดคล้องเชื่อมโยงกันของบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบ

5.2.5 ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่จะเป็นทางออกสำหรับผู้ประกอบการเว็บไซต์เป็นกรณีพิเศษ

โดยหลักแล้ว ผู้ประกอบการเว็บไซต์ที่ต้องการเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลของผู้ใช้งานนั้นจะมีโอกาสทราบว่าผู้ใช้งานขณะนั้นเป็นเด็กหรือไม่ อายุเท่าใด ก็จากข้อมูลที่ผู้ใช้งานสมัครใจให้ข้อมูลด้วยตนเอง ดังนั้นข้อจำกัดของอินเทอร์เน็ตที่ทำให้สามารถปกปิดตัวตนที่แท้จริงของผู้ใช้งานได้ถือเป็นอุปสรรคสำคัญของผู้ประกอบการที่จะตรวจสอบถึงข้อมูลที่ได้รับจากผู้ใช้งานในเบื้องต้นเกี่ยวกับอายุว่าถูกต้องหรือไม่ ถึงแม้จะมีความเป็นไปได้ที่จะใช้วิธีการบางอย่าง เช่น การตั้งคำถามที่วัดระดับความรู้ เป็นต้น เพื่อใช้ทดสอบร่วมกับอายุที่มีการแจ้ง แต่ย่อมเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบการ และมีใช่เครื่องยืนยันว่าวิธีการเช่นว่านี้จะสามารถคัดแยกกลุ่มอายุของบุคคลอย่างได้ผล

เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มิได้พิจารณาถึงมิติของเด็กและปัญหาจากการปกปิดตัวตนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทำให้มองข้ามปัญหาความจำเป็นในการขอความยินยอมจากผู้ปกครองและวิธีการแยกแยะกลุ่มผู้ใช้งานจากเกณฑ์อายุ จึงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการจะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลของเด็กโดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองโดยไม่รู้ตัว เพราะเข้าใจว่าผู้ใช้งานนั้นเป็นผู้ใหญ่และสามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ส่งผลให้เกิดการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของกฎหมายโดยมิได้มีเจตนา แต่อาจกลายเป็นเรื่องประมาทเลินเล่อและส่งผลให้ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งได้ ซึ่งมาตรฐานของความประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่กำหนดได้ค่อนข้างยาก

ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมาย COPPA ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 6501 ได้กำหนดนิยามคำว่า การได้รับความยินยอมที่ตรวจสอบได้จากผู้ปกครอง หมายถึงการใช้ความพยายามอย่างเหมาะสมเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมดังกล่าวโดยคำนึงถึงเทคโนโลยีที่เป็นไปได้ด้วยเหตุนี้ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขอความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กควรจะต้องยอมรับความเป็นจริงในเรื่องนี้และสร้างภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการภายในขอบเขตที่ผู้ประกอบการสามารถควบคุมได้ด้วย จึงควรหามาตรการทางออกในกรณีเช่นนี้สำหรับผู้ประกอบการให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากได้ใช้ความพยายามอย่างเหมาะสมแล้ว

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเมื่อการใช้งานบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีลักษณะพิเศษที่ง่ายต่อการปกปิดตัวตน จึงควรหามาตรการที่เหมาะสมในการสร้างจุดสมดุลที่จะทำให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถตรวจสอบอายุของผู้ใช้งานได้โดยง่าย เช่น การอนุญาตให้เชื่อมโยงฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรจากเลขบัตรประจำตัวประชาชนให้ตรวจสอบได้เฉพาะวันเดือนปีเกิด เป็นต้น แต่จำเป็นต้อง

พิจารณาถึงสภาพความเหมาะสมด้วยเพราะเว็บไซต์ที่มุ่งโดยตรงต่อเด็กนั้นไม่ได้มีเฉพาะแต่เว็บไซต์ในประเทศไทยเท่านั้น อีกทั้งการคุ้มครองเด็กในกรณีเช่นนี้จะบรรลุผลได้เฉพาะแต่เด็กที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น จึงควรมีทางออกอย่างอื่นสำหรับการผู้ประกอบการเว็บไซต์เป็นการเฉพาะในลักษณะเดียวกับสหรัฐอเมริกา โดยเสนอว่าควรจะวางมาตรฐานขั้นต่ำที่ผู้ประกอบการจะต้องดำเนินการ เช่น การแสดงเครื่องหมายเตือนชัดเจนในหน้าเว็บที่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลมีค่าเตือนเมื่อมีการกรอกอายุว่าหากกรอกอายุเป็นเท็จอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของผู้ใช้งานได้พร้อมกับแสดงลิงค์เชื่อมโยงไปยังนโยบายความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการใช้งานเว็บไซต์ ซึ่งเป็นเพียงตัวอย่างของมาตรฐานขั้นต่ำและหากมีความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการเว็บไซต์สามารถใช้วิธีการอย่างอื่นซึ่งมิได้เพิ่มภาระมากเกินไปจนเกินสมควรในการคัดแยกกลุ่มอายุของผู้ใช้งานและเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก็จะต้องดำเนินการเช่นนั้นด้วย เป็นต้น เมื่อมีการดำเนินการดังกล่าวแล้วก็ให้ถือว่าได้ใช้ผู้ประกอบการเว็บไซต์ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่แล้วและได้รับการสนับสนุนตามกฎหมายว่าไม่ได้กระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยประมาทแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ประเด็นปัญหาเรื่องการโกหกอายุของเด็กจนอาจเป็นสาเหตุให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองนี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อน เพราะทางออกของผู้ประกอบการในลักษณะดังกล่าวถือเป็น การผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมายจนอาจกลายเป็นช่องว่างให้ผู้ประกอบการละเลยมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็ก จึงควรพิจารณาออกแบบกลไกการคุ้มครองที่สร้างความสมดุลทั้งด้านการคุ้มครองเด็กและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตาม ซึ่งหากไม่อาจหาจุดสมดุลเช่นนั้นได้ แนวโน้มของกลไกการบังคับใช้กฎหมายก็ควรมุ่งให้ความคุ้มครองต่อเด็กซึ่งเป็นผู้ต้องได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิเป็นสำคัญเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย