



รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์

เรื่อง

การคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจากมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการ
กำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 : ศึกษากรณีความยินยอมของ
เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันไทยชนะ

ผู้วิจัย

คณาธิป ทองรวีวงศ์

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

พ.ศ.2563

บทคัดย่อ

มาตรการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” เพื่อป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 มีลักษณะเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล สองกลุ่ม ได้แก่ ผู้ประกอบการ และ ผู้ใช้งาน โดยแอปพลิเคชันดังกล่าวเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการเข้าสถานที่ หรือใช้บริการต่างๆของประชาชน จึงเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม จากข้อตกลงการใช้งานมีการขอความยินยอมจากทั้งผู้ประกอบการและผู้ใช้งาน งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษา วิเคราะห์ว่าความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ โดยทำการ วิเคราะห์เปรียบเทียบการตีความกับเกณฑ์ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป การศึกษานี้ใช้ วิธีวิจัยเชิงคุณภาพในการวิเคราะห์เนื้อหาข้อตกลง หลักกฎหมาย แนวทางการตีความ ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดหลักการขอความยินยอมไว้ แต่ไม่ได้กำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนใน การตีความ เช่น ความเป็นอิสระของความยินยอม แต่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรปพบว่ามี การกำหนดเกณฑ์หลายประการในการพิจารณาความยินยอม เช่น การพิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอม โดยใช้เกณฑ์ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข การขอความยินยอมที่มี วัตถุประสงค์หลายอย่าง เมื่อนำเกณฑ์เหล่านี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของไทยชนะ พบว่า ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ หลายประการ ทำให้ความยินยอมของผู้ประกอบการและผู้ใช้งานที่ให้นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ แอปพลิเคชันไทยชนะ, ข้อมูลส่วนบุคคล, ความยินยอม, ผู้ใช้งาน, ผู้ประกอบการ

Abstract

“Thai Chana Application” which is part of “Measures to prevent disease by the government” established to control the spread of Covid-19 by Thai emergency degree and regulations in connection with Contagious disease Act lead to the collection of personal data of Application user and business operator which cause impact on human right of data subject. According to term of use, user is required to press consent button in the program installment stage. Therefore, the objective of this research is to analyze legal issue whether a consent from user which could be classified in two groups, i.e., application user and business operators, to the data controller is consistent with conditions under personal data protection law. The research methodology is qualitative research by conducting comparative analysis of Personal Data Protection Act B.E.2562, General Data Protection Regulation of EU (GDPR) and related guidance’s. The results indicate that Thai law stipulates consent principles similar to GDPR but does not set specific criteria for interpretation. However, GDPR provide several criteria for determining consent, e.g., imbalance of power, negative impact, consent for multiple purposes. This research applies these criteria to interpret consent from user of “Thai chana application” and found that such consent is inconsistent to Data protection law criteria.

Keywords Thai chana application, personal data, consent, Application user, Business operator

บทที่ 1

บทนำ

ในบทนี้ผู้วิจัยจะได้ชี้ให้เห็นถึงที่มาและความสำคัญของปัญหาในการวิจัย วัตถุประสงค์ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ วิธีการวิจัย กรอบแนวคิด และขอบเขตของการวิจัย

1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

(1) สภาพบริบทแวดล้อมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันไทยชนะ

การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนโดยหน่วยงานรัฐเป็นประเด็นปัญหาตามกฎหมายไทยมาตั้งแต่ก่อนตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (คณะรัฐมนตรี, 2560) สำหรับมาตรการให้ประชาชนติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันในฐานะส่วนหนึ่งในภาพรวมของหลายมาตรการที่รัฐบาลหลายประเทศนำมาใช้เกี่ยวข้องกับการป้องกันโรคโควิด-19 ในแง่สิทธิเสรีภาพ มาตรการนี้มีประเด็นผลกระทบในหลายแง่มุม เช่น การสอดแนมโดยรัฐ (Lawson-Tancred et al, 2020) นอกจากข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปแล้ว แอปพลิเคชันเกี่ยวกับการป้องกันโรคติดต่อ อาจจัดอยู่ในกลุ่มของการใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่เพื่อเก็บและใช้ข้อมูลสุขภาพของบุคคล (Cortez, 2014, p.22) แม้ว่าหลายประเทศมีมาตรการดังกล่าวแต่มีลักษณะผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคลแตกต่างกัน โดยหลายประเทศจัดให้มีแอปพลิเคชันที่ทำงานจำกัดเฉพาะการแจ้งเตือนความเสี่ยงผู้ใช้งานโดยไม่เก็บข้อมูลส่วนบุคคลหรือติดตามตัวบุคคล (Oliva, 2020, p.23) ในหลายประเทศมีการใช้แอปพลิเคชันด้วยความสมัครใจปราศจากสภาพบังคับทางกฎหมาย (Kalogeropoulos et al, 2020, p.35)

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันในการป้องกันควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 คือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งในกรณีโรคติดต่อโควิด-19 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจมาตรา 5 ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2563 และมีการขยายระยะเวลาอย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน (มกราคม 2564) จากนั้น นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจมาตรา 9 ออก “ข้อกำหนด” ที่มีลักษณะเป็นข้อห้าม ข้อจำกัดสิทธิ หรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการรวมถึงการปิดสถานที่หรือสถานประกอบการต่างๆ โดยเงื่อนไขของการอนุญาตให้เปิดหรือผ่อนปรนให้ประกอบการได้ ก็คือ ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” (ต่อไปในบทความนี้จะใช้คำว่า “มาตรการฯ”) ซึ่งประกอบด้วยมาตรการย่อย

หลายประการ เช่น การรักษาความสะอาดของสถานที่ การคัดกรองบุคคลผู้ใช้บริการ โดยในที่นี่จะศึกษาเฉพาะมาตรการในส่วนของการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ ซึ่งจะเห็นได้ว่า มาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดฯ ไม่ได้ระบุถึงการบังคับใช้แอปพลิเคชันโดยเฉพาะ แต่ให้อำนาจออกข้อกำหนด ห้ามหรือจำกัดสิทธิต่างๆ รัฐบาลจึงออกข้อกำหนดในลักษณะสั่งปิดกิจการ การบริการ สถานที่ หรือการห้ามเดินทาง โดยกำหนดให้ “การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ” เป็นส่วนหนึ่งของ “มาตรการฯ” หรืออีกนัยหนึ่ง การให้ใช้แอปพลิเคชันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการผ่อนผันหรือข้อยกเว้นจากข้อห้ามหรือข้อจำกัดสิทธิ เช่น เงื่อนไขของการเปิดกิจการ หรือประกอบการ ฯลฯ นอกจากนี้ ในระดับของพื้นที่จังหวัดต่างๆ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ กำหนดปิดสถานที่และวางเงื่อนไข “มาตรการฯ” ไปในแนวทางเดียวกับข้อกำหนดของพระราชกำหนดฯ ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะได้รับการอนุญาตหรือผ่อนผันให้เปิดกิจการหรือประกอบการ จึงเข้าร่วมมาตรการไทยชนะ เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการดำเนินการตามมาตรการฯ

(2) ข้อตกลงและความยินยอมของแอปพลิเคชันไทยชนะ

สำหรับการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ เกี่ยวข้องกับผู้ใช้งาน (User) สองฝ่ายหลัก คือ ฝ่ายผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้า ผู้จัดกิจกรรมต่างๆ ซึ่งจัดให้มีการแสดง QR Code เพื่อให้ผู้ใช้บริการทำการสแกน และ ฝ่ายประชาชนผู้ใช้บริการต่างๆ ที่เป็นคนดาวน์โหลดแอปพลิเคชันและเช็คอิน ณ สถานที่ให้บริการของผู้ประกอบการต่างๆ ที่ก่อนใช้งานต้องยอมรับข้อตกลงของโครงการไทยชนะ ดังมีเงื่อนไขรายละเอียด (ข้อตกลงและความยินยอม www.ไทยชนะ.com, 2563) จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงการใช้งานแยกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

(2.1) ข้อตกลงความยินยอม สำหรับแอปพลิเคชัน ไทยชนะ สำหรับผู้ประกอบการ

มีรายละเอียดดังนี้ ¹

ข้อตกลงและความยินยอม

ในการดำเนินมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

1. คำนิยาม

1. “หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ” หมายความว่า กระทรวงสาธารณสุข หน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข และหน่วยงานอื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุข

¹ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือสำหรับกิจการ/กิจกรรม และประชาชน โครงการ “ไทยชนะ” , 18 พฤษภาคม 2563

2. “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานราชการ และหน่วยงานอื่นใด ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการ หรือดำเนินกิจการหรือกิจกรรม ณ สถานที่ใด ๆ ภายใต้มาตรการป้องกันโรคตามที่ราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ทั้งนี้ ผู้ประกอบการ ให้หมายความรวมถึง ตัวแทน พนักงาน ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบการดังกล่าวด้วย
 3. “ผู้ใช้บริการ” หมายความว่า บุคคลใด ๆ ที่ประสงค์จะเข้ามาภายในพื้นที่ของผู้ประกอบการ หรือ ผู้ที่ประสงค์จะเข้าร่วมกิจกรรมใด ๆ ภายในพื้นที่ของผู้ประกอบการ
 4. “มาตรการฯ” หมายความว่า มาตรการป้องกันโรคตามที่ราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19
2. เมื่อยินยอมตามข้อตกลงฉบับนี้แล้ว ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามที่มาตรการฯ กำหนดอย่างเคร่งครัด
 3. ข้อตกลงและความยินยอมของผู้ประกอบการที่ลงทะเบียนเข้าร่วมมาตรการฯ
 1. ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม และใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ลงทะเบียนไว้ เพื่อการติดต่อในการดำเนินการตามมาตรการฯ
 2. ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ให้ไว้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรการฯ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ กำหนดนโยบาย และดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ รวมถึงเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ
 3. ข้าพเจ้ารับทราบว่าการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จเป็นการกระทำที่ผิดตามกฎหมาย และอาจมีโทษทางอาญา
 4. ข้าพเจ้ายินยอมให้ผู้ใช้บริการและบุคคลทั่วไปประเมินการปฏิบัติตามมาตรการฯ ของข้าพเจ้า และแสดงผลให้ผู้ใช้บริการและบุคคลทั่วไปทราบ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ โดยข้าพเจ้าจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ อันเกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากผลการประเมินตามมาตรการฯ ดังกล่าว
 5. ข้าพเจ้าได้อ่าน เข้าใจ และรับทราบถึงข้อปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการฯ ดังกล่าวข้างต้น หากข้าพเจ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการฯ ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการหรือออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เพื่อแสดงถึงความยินยอมข้าพเจ้าได้ทำเครื่องหมายไว้ในช่องตกลงยินยอมแล้ว

ข้าพเจ้าขอยืนยันและรับรองว่า ข้าพเจ้าเป็นผู้ประกอบการ หรือเป็นผู้ที่ประสงค์จะเข้าร่วม มาตรการฯ ในนามของผู้ประกอบการ และข้อมูลใด ๆ ที่ข้าพเจ้าได้ลงทะเบียนในการเข้าร่วมมาตรการฯ ไว้ (ซึ่งรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล) เป็นข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์ และเป็นปัจจุบันทุกประการ โดยข้าพเจ้าจะ ดำเนินการตามที่กฎหมาย และมาตรการฯ กำหนดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ภายใต้ข้อตกลงและความ ยินยอมนี้ ทั้งนี้ หากข้าพเจ้าผิดคำรับรองดังกล่าว ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการหรือ ออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจทำให้ข้าพเจ้าต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

ข้าพเจ้าได้อ่าน และตกลงยินยอมตามรายละเอียดข้อตกลงและความยินยอมข้างต้น

****หมายเหตุ ผู้ลงทะเบียนรับทราบว่า หากผู้ลงทะเบียนไม่ตกลงและยอมรับตามข้อตกลง และเงื่อนไขข้างต้นจะไม่สามารถลงทะเบียนได้**

(2.2) ข้อตกลงความยินยอม สำหรับแอปพลิเคชัน ไทยชนะ สำหรับผู้ใช้บริการ

ข้อตกลงและความยินยอมสำหรับผู้ใช้บริการแบ่งได้สองส่วนคือ

1) ความยินยอมในขั้นตอนติดตั้งแอปพลิเคชัน² ระบุว่า

ข้าพเจ้ายินยอมให้กระทรวงสาธารณสุข และ หน่วยงานภายใต้กระทรวงสาธารณสุข เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยหมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า สถานที่ และเวลาที่ข้าพเจ้าให้ความยินยอมนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่นๆ โดย ยินยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุขให้เป็นผู้ ประมวลผลและจัดทำระบบข้อมูลดังกล่าวเท่านั้น

² ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือแอปพลิเคชันไทยชนะสำหรับประชาชน , 18 พฤษภาคม 2563 <https://www.ไทยชนะ.com/manual>

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า ข้อมูลที่ข้าพเจ้าให้เป็นข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า ซึ่งเป็นข้อมูลที่แท้จริง ถูกต้อง และเป็นปัจจุบัน

ข้าพเจ้าได้อ่านและตกลงยินยอมตามรายละเอียดข้อตกลงและคามยินยอมข้างต้น

2) ความยินยอมในขั้นตอนการเช็คอิน (สำหรับการใช้งานครั้งแรก)³

ข้าพเจ้าขอแสดงเจตนายินยอม (ในการกดปุ่มด้านล่างนี้) ไว้ให้แก่กระทรวงสาธารณสุข เพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า (ได้แก่ ข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์) ให้แก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐในการบริหารจัดการประมวลผล ข้อมูล รวมถึงในกรณีที่ต้องมีการร้องขอสอบถามข้อมูลเพิ่มเติม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรค และ/หรือเพื่อการบริหารจัดการของหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินมาตรการไทยชนะ เพื่อรองรับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (Covid 19) และ / หรือ เพื่อการดำเนินการ / ออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

ข้าพเจ้าได้อ่านและเข้าใจรายละเอียดการขอความยินยอมข้างต้น

จากข้อตกลงดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งในส่วนของผู้ประกอบการและในส่วนของผู้ใช้บริการ นำไปสู่ประเด็นการพิจารณาภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลว่า การกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจาก ในเดือน พฤษภาคม ค.ศ. 2018 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับใหม่ของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation หรือ GDPR) มีผลใช้บังคับแทนที่ กฎหมายเดิม (Directive 95/46/EC) กฎหมายนี้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบแก่ผู้ควบคุมข้อมูล (Data controller) ซึ่งแบ่งเป็นสามกลุ่มหลักคือ

หน้าที่รักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นที่ตนครอบครองหรือใช้ประโยชน์
หน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการตามเงื่อนไขในการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล
หน้าที่ดำเนินการตอบสนองต่อสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

³ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือแอปพลิเคชันไทยชนะสำหรับประชาชน , 18 พฤษภาคม 2563 <https://www.ไทยชนะ.com/manual>

เงื่อนไขและองค์ประกอบของกฎหมายนี้ ส่งผลกระทบทางลบต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง (Stakeholder) ในแง่มุมต่างๆ เช่น ผลกระทบจากต้นทุนการดำเนินการของผู้ประกอบการที่ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมาย (Scott, Cerulus and Kayali, 2018; Campbell, Goldfarb and Tucker, 2015) ผลกระทบในการแข่งขันและการประกอบธุรกิจ (Russel, 2018 ; Schiff, 2018) ผลกระทบในแง่การลงทุนและการค้าระหว่างประเทศ (Lyons, 2018) ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล (South, 2018; Kollmeyer, 2018)

ในส่วนของประเทศไทย ก่อนปี พ.ศ. 2562 ไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ แต่ก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล เช่น กฎหมายคุ้มครองข้อมูลเฉพาะบางภาคส่วนของธุรกิจ เช่น ธุรกิจการเงิน (คณาธิป ทองรวีวงศ์. 2559) อย่างไรก็ตามในเดือนกุมภาพันธ์ปี พ.ศ. 2562 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก่อนการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคม เพียงไม่ถึงหนึ่งเดือนและประกาศในราชกิจจานุเบกษาในเดือนพฤษภาคม พ.ศ.2562

โดยหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ว่า

“หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยละเอียด โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทุกรายทั่วประเทศทั้งภาครัฐและภาคเอกชนมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขดังกล่าวโดยเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม โดยที่การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดนั้นมีรายละเอียดมากและซับซ้อน กับต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นหน่วยงานและกิจการต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชนจำนวนมากทั่วประเทศยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับมาตรา ๔ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า การยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการใด หรือหน่วยงานใด หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา กรณีจึงสมควรกำหนดให้บางหน่วยงานและบางกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายนี้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้”

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 พบว่ามีองค์ประกอบ หลักการ ในลักษณะเดียวกับกฎหมายสหภาพยุโรปหรือเป็นการนำกฎหมายยุโรปดังกล่าวมาเป็นต้นแบบ

ดังนั้น จากการศึกษาที่กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยวางหลักการเกี่ยวกับการห้ามการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม เมื่อพิจารณาโครงการและข้อตกลงแอปพลิเคชันไทยชนะ พบว่าการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของแอปพลิเคชันดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามหลักการของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย ซึ่งข้อตกลงการใช้แอปพลิเคชันมีการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลทั้งสองกลุ่ม กล่าวคือ ทั้งกลุ่มผู้ประกอบการและกลุ่มผู้ใช้บริการ แต่การขอ

ความยินยอมดังกล่าวมีเงื่อนไขและรายละเอียดหลายประการที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ความยินยอมโดยไม่อิสระ ผู้วิจัยจึงนำรายละเอียดตามข้อตกลงดังกล่าว มาวิเคราะห์ในผลการศึกษาที่เกี่ยวข้องแต่ละหัวข้อ ในประเด็นที่ว่า ความยินยอมที่ผู้ประกอบการให้เพื่อเข้าร่วมมาตรการนี้ สอดคล้องกับเงื่อนไขตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ โดยนำเกณฑ์และแนวทางการตีความของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (Regulation (EU) 2016/679 ซึ่งจะใช้คำย่อว่า GDPR) และกฎหมายไทยมาเป็นกรอบการวิเคราะห์

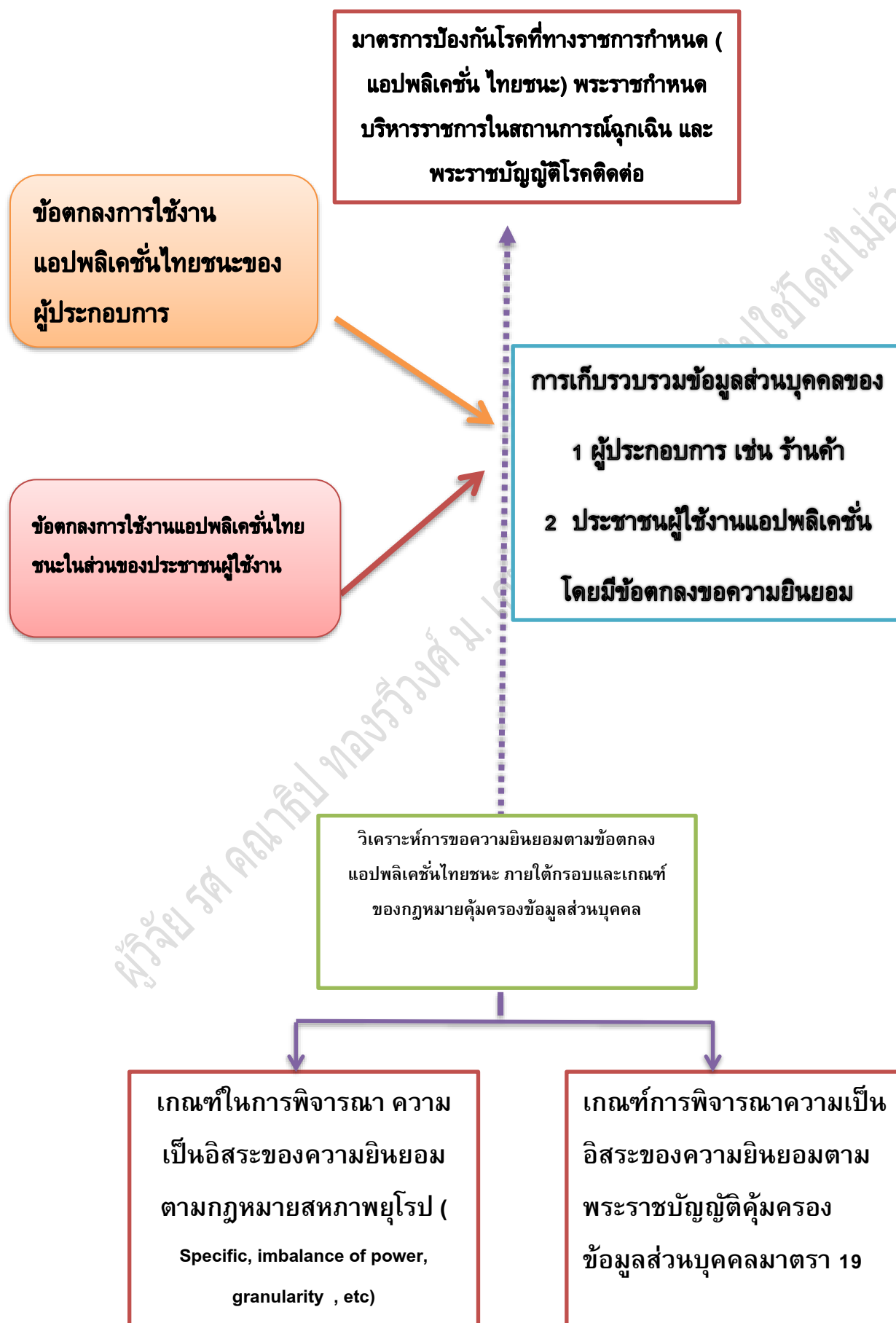
2 วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1) ศึกษาองค์ประกอบของความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป
- 2) วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการและแนวทางการตีความองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรปกับกฎหมายไทย
- 3) นำเกณฑ์การตีความองค์ประกอบของความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาวิเคราะห์ประเมินการขอความยินยอมตามข้อตกลงของมาตรการไทยขณะ โดยแยกเป็นสองส่วนคือข้อตกลงสำหรับผู้ประกอบการ และ ข้อตกลงสำหรับประชาชนทั่วไปที่ใช้บริการ

3 สมมุติฐานการวิจัย

“มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” ในกรณีของมาตรการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ มีข้อตกลงให้ผู้ประกอบการและประชาชนผู้ใช้งานยินยอมให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล แต่เมื่อพิจารณาในกรอบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่ากำหนดเกณฑ์หรือองค์ประกอบหลายประการในการพิจารณาความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมาย เช่น ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข การขอความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง ฯลฯ เมื่อนำเกณฑ์เหล่านี้มาเปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางพิจารณาความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และนำมาวิเคราะห์ข้อตกลงของไทยชนะ พบว่า การขอความยินยอมทั้งในส่วนของผู้ประกอบการและผู้ใช้งานนั้น ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการ ทำให้ความยินยอมของที่ได้รับจากโครงการนี้ไม่ใช่ความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

4. กรอบแนวคิดการวิจัย (Conceptual framework)



5. ระเบียบวิธีวิจัย (Research Methodology) และขั้นตอนของการวิจัย

แนวทางและระเบียบวิธีวิจัย จำแนกตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย ได้ดังนี้

5.1 แนวทางและวิธีการวิจัยเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ข้อ 2.1

งานวิจัยนี้ใช้วิธีศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการปรับใช้และตีความหลักความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรป เพื่อศึกษาถึงเกณฑ์และองค์ประกอบย่อยที่จะใช้พิจารณาความยินยอม

5.2 วิธีการวิจัยเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ข้อ 2.2

งานวิจัยนี้ใช้วิธีศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการปรับใช้และตีความหลักความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรป เพื่อศึกษาถึงเกณฑ์และองค์ประกอบย่อยที่จะใช้พิจารณาความยินยอม

5.3 วิธีการวิจัยเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ข้อ 2.3

งานวิจัยนี้ใช้วิธีศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยนำเกณฑ์การตีความและพิจารณาความยินยอมมาทำการวิเคราะห์เนื้อหาเพื่อปรับใช้พิจารณาความยินยอมตามข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทย ขณะที่การขอความยินยอมตามข้อตกลงดังกล่าวสอดคล้องกับเกณฑ์ความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ อย่างไร

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 จากวัตถุประสงค์ข้อ 2.1 และวิธีวิจัยข้อ 5.1 ผลที่คาดว่าจะได้รับคือ ทราบถึงเกณฑ์และองค์ประกอบของการพิจารณาความยินยอมที่สอดคล้องกฎหมายตามแนวทางกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป

6.2 จากวัตถุประสงค์ข้อ 2.2 และวิธีวิจัยข้อ 5.2 ผลที่คาดว่าจะได้รับคือทราบถึงเกณฑ์หรือองค์ประกอบของความยินยอมที่สอดคล้องกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการเปรียบเทียบกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มาซึ่งเกณฑ์หรือองค์ประกอบที่กฎหมายไทยไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนหรือที่ยังมีปัญหาคือความ

6.3 จากวัตถุประสงค์ข้อ 2.3 ผลที่คาดว่าจะได้รับคือการนำเกณฑ์หรือองค์ประกอบการตีความที่ได้มาตามข้อ 6.2 มาปรับใช้วิเคราะห์ประเมินความชอบด้วยกฎหมายของความยินยอมตามข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะทั้งในส่วนของความยินยอมผู้ประกอบการและความยินยอมผู้ใช้งานเพื่อทราบว่าความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ อย่างไร

7. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาดังนี้

-ขอบเขตด้านเนื้อหา การวิจัยครั้งนี้ศึกษาเฉพาะหลักกฎหมาย องค์ประกอบ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation : GDPR)

-ขอบเขตด้านประเด็นการศึกษา ศึกษาการปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเฉพาะในส่วน ของหลักความยินยอม (Consent) กับกรณีข้อตกลงแอปพลิเคชันไทยขณะ โดยไม่รวมถึงการศึกษาเหตุหรือฐานอื่นตามมาตรา 24 และ 27 นอกเหนือจากความยินยอม

-ขอบเขตด้านเป้าหมายการวิเคราะห์ กล่าวคือ ข้อตกลงและความยินยอมของแอปพลิเคชันไทยขณะ ซึ่งอยู่ในขอบเขตการศึกษาวินิจฉัยครั้งนี้จำกัดเฉพาะการศึกษาข้อตกลงที่ปรากฏเผยแพร่ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2563 ไม่ครอบคลุมถึงข้อตกลงและความยินยอมที่อาจมีการปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขข้อความหลังจากนั้น

8. ข้อจำกัดของการวิจัย

เนื่องจากเป็นโครงการวิจัยที่มีขอบเขตเฉพาะการศึกษาวินิจฉัยปัญหาการตีความหลักความยินยอม และการปรับใช้หลักความยินยอมกับข้อตกลงการใช้แอปพลิเคชัน จึงใช้วิธีการวิจัยจำกัดเฉพาะการวิเคราะห์เนื้อหาเอกสารทางกฎหมายโดยใช้วิธีการเชิงคุณภาพ ไม่ครอบคลุมการใช้วิธีเชิงปริมาณในการทำแบบสอบถามทัศนคติหรือความเข้าใจของผู้เกี่ยวข้อง

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และข้อมูลส่วนบุคคล

เนื่องจากการศึกษาวิจัยนี้มุ่งเน้นศึกษาความยินยอม (Consent) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเมื่อพิจารณาที่มาและกรอบแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะพบว่ามีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดหลายประการ โดยเฉพาะ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ดังนั้น ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเริ่มจากการพิจารณาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล (Right to privacy) และแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

2.1 ความหมายทั่วไปของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

ความหมายทั่วไปทางกฎหมายของ ความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) อาจพิจารณาได้จาก Black's Law Dictionary ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 9 (ค.ศ. 2509) ดังนี้

-ความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) คือ สภาพหรือสภาวะที่ปราศจากการสนใจ การล่วงล้ำ หรือการแทรกแซงจากสาธารณะ ในการกระทำหรือการตัดสินใจ (The condition or state of being free from public attention to intrusion into or interference with one's acts or decisions) Black's Law Dictionary จำแนกสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้สองชนิด ได้แก่

“Autonomy privacy” สิทธิของปัจเจกชนในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของตนโดยปราศจากการแทรกแซง การสังเกต หรือการล่วงล้ำจากภายนอก

“Informational privacy” สิทธิของปัจเจกชนในการเลือกที่จะตัดสินใจว่าข้อมูลเกี่ยวกับตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลละเอียดอ่อนและข้อมูลลับ จะถูกสื่อสารไปยังบุคคลอื่น หรือไมอย่างใด และในระดับใด

2.2 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

หากพิจารณาจากมุมมองเชิงนิติศาสตร์แล้ว “สิทธิ” จัดเป็นแนวคิดทางกฎหมาย ประการหนึ่งซึ่งในระยะแรกนั้น “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจเช่นนี้ได้จะต้องมีตำแหน่งฐานะพิเศษ (Special position) หรือสถานภาพ (status) ของตนเอง ในสังคม ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือมีสถานภาพใด ก็จะมี อำนาจอันชอบธรรม อันยึดโยงและเกิดจากตำแหน่งหรือสถานภาพนั้น เช่น พระมหากษัตริย์ พระสันตะปาปา เป็นต้น ในสมัยโรมันมีการกล่าวถึง Patria Potestas ซึ่งหมายถึง อำนาจของหัวหน้าครอบครัว

(เช่น สามี หรือ บิดา) ในอันที่จะดำเนินการใด ๆ อันเหมาะสมต่อภรรยา บุตร อำนาจนี้แต่เดิมมีความกว้างขวางมากเพราะครอบคลุมชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจดังกล่าว⁴ ด้วยเหตุที่ สิทธิ มีลักษณะเป็นอำนาจอันชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับตำแหน่งหรือสถานภาพนี้เอง ส่งผลให้ บุคคลที่มีตำแหน่งหรือสถานภาพที่อยู่ในลำดับขั้นที่ต่ำกว่าก็จะมี อำนาจอันชอบธรรม น้อยลงโดยเปรียบเทียบกับ อำนาจอันชอบธรรม ของบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งหรือสถานภาพที่สูงกว่า ตำแหน่งหรือสถานภาพดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย จารีต ประเพณี ก็ได้ สถานภาพ ทำให้ผู้มีสิทธิ หรืออำนาจอันชอบธรรมนั้น อย่างไรก็ตามได้มีแนวความคิดที่จะขยายความ สิทธิ ให้แยกออกจากสถานภาพ กล่าวคือแนวคิดที่ว่า สิทธิ ควรจะเป็นของ มนุษย์ ทุกคน มิใช่เฉพาะตำแหน่งหรือสถานะ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิ การขยายแนวคิดของสิทธิ ออกไปนี้อาจมีเหตุผลสนับสนุนจากแนวคิดหลายศาสตร์สาขา เช่น กฎหมาย ปรัชญา ศาสนา การเมือง เป็นต้น หากใช้มุมมองเชิงนิติศาสตร์แล้ว ในการพิจารณา สิทธิ ตามกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่า สิทธิ จัดเป็นแนวคิดทางกฎหมายแนวคิดหนึ่ง (Legal concept)⁵ ทั้งนี้แม้ว่าจะมีแนวคิดอื่นเช่น แนวคิดทางปรัชญามาผสมอยู่บ้างโดยเฉพาะในสมัยกรีก แต่ในระยะต่อมานักคิดต่าง ๆ เริ่มพยายามอธิบายว่าสิทธิ มีลักษณะความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคล และต้องอาศัยความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับได้ตามอำนาจของสิทธิ

ดร. หยุด แสงอุทัย อธิบายความหมายของสิทธิว่า “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”⁶และได้อ้างความเห็นนักกฎหมายของเยอรมันสองคน คือ Windscheid และ Jhering ซึ่งกล่าวถึงสิทธิว่า หมายถึงอำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนงเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์ Alex Well ได้ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิ คืออำนาจ ที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น

คำพิพากษาฎีกา 124/2478 ได้อธิบายถึงความหมายของสิทธิ ซึ่งสรุปได้ว่า สิทธินั้นได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย ในกฎหมาย

⁴ Garner, A. Bryan, ed., Black's Law Dictionary, Ninth Edition, (USA. : West, Thomson Reuters, 2009)

⁵ Seligman, Edward, Johnson, Alvin, Encyclopedia of the Social Science (USA: McMillan, 1932)

⁶ หยุด แสงอุทัย , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาสน์ การพิมพ์,พ.ศ. 2538)

ของเรามีบัญญัติลงโทษการด่าไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 339(2) ฉะนั้น จึงต้องถือว่า กฎหมายเรา
รับรองว่า บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่า และให้ความคุ้มครองไว้สำหรับการนั้น ฉะนั้น การที่จำเลยด่าโจทก์
จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์และเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์มาตรา 420

การพิจารณาจำแนกประเภทของสิทธินั้นอาจจำแนกได้หลายวิธีการ เช่น การจำแนกประเภทของสิทธิเป็น 4
ประเภท⁷ ได้แก่

1) สิทธิ ในตัวบุคคล หมายถึง สิทธิที่บุคคลมีในฐานะเป็นเจ้าของตัวของตัวเอง เช่น สิทธิ ในสภาพ
บริบูรณ์ของร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง ความคิดเห็น สติปัญญา

2) สิทธิ ในทรัพย์สินหมายถึง ประโยชน์หรืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลมีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่าง
และไม่มีรูปร่างทั้งหลาย ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เช่น ทรัพย์ทั้งหลาย ทรัพย์สิทธิ สิทธิเรียกร้องในเรื่อง
หนี้ และสิทธิอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ หรือแห่งสิทธิเรียกร้อง

3) สิทธิ ในครอบครัวได้แก่ ประโยชน์หรืออำนาจที่กฎหมายรับรองในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว เช่น
สิทธิของบิดามารดากับบุตร สิทธิของสามีและภรรยา สิทธิของผู้ปกครองกับผู้เยาว์ และสิทธิในการรับมรดก

4) สิทธิ ในทางการเมือง หมายถึง ประโยชน์ทางการเมืองที่กฎหมายให้แก่บุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐ
เช่น สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง สิทธิรับมรดกเลือกตั้ง เป็นต้น

สิทธิอาจจำแนกเป็น 2 ประเภทดังนี้

1. บุคคลสิทธิ (Jus in Personam) หรือสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับหนี้ เป็นสิทธิที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิ
เรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นสิทธิที่บังคับเอากับตัว
บุคคล มิใช่ต่อทรัพย์สินโดยตรง แต่แม้ว่าสิทธินี้มีได้บังคับกับทรัพย์สินโดยตรง แต่จุดหมายสุดท้ายของบุคคล
สิทธิก็คือการให้ผู้อื่นทำประโยชน์ในทางทรัพย์สินให้แก่ตน จึงจัดเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย มีวัตถุแห่งสิทธิ
เป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการ เช่น ผู้ซื้อสิทธิบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์ที่ซื้อขาย บุคคลสิทธิอาจ
เกิดจากนิติกรรม เช่น การทำสัญญาซื้อขาย หรือนิติเหตุ เช่น ละเมิด บุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดย
เฉพาะเจาะจง เช่น กับคู่สัญญา ใช้นั้นกับบุคคลทั่วไปไม่ได้

2. ทรัพย์สินสิทธิ (Jus in Rem) เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองให้บุคคลมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของตน บุคคล
อื่นจะมีหน้าที่งดเว้นไม่ทำการใด ๆ เป็นการละเมิดหรือรบกวนการใช้สิทธิ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง
ทรัพย์สินสิทธิมีลักษณะสำคัญคือ มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง เกิดขึ้นได้แต่โดยอำนาจกฎหมาย

⁷ ธีระ ศิริธรรมรักษ์ ชูศักดิ์ ศิรินิล เดชา ศิริเจริญ ประเสริฐ ตัณศิริ ,ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย
ทั่วไป, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง,พ.ศ. 2533).

ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป ทรัพย์สินที่ขายกับบุคคลได้ทั่วไป ที่จะต้องงดเว้นไม่ขัดขวางการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน

สิทธิอาจจำแนกพิจารณาโดยแยกเป็นองค์ประกอบต่าง ๆ ได้ 5 ประการ⁸ ดังนี้

1. เจ้าของสิทธิ หรือผู้ถือสิทธิ หรือ ผู้ทรงสิทธิ จะต้องเป็นบุคคลเสมอ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

2. สิทธิก่อให้เกิดหน้าที่ ได้แก่ บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบการใช้สิทธิของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะสิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน

3. เนื้อหาแห่งสิทธิ ได้แก่ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งบุคคลเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องได้จากบุคคลผู้มีหน้าที่ กล่าวคือ สิทธิย่อมเป็นเหตุให้บุคคลมีหน้าที่กระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ

4. วัตถุแห่งสิทธิ ได้แก่ บางสิ่งบางอย่างซึ่งการกระทำหรืองดเว้นตามเนื้อหาแห่งสิทธิเข้ามาเกี่ยวข้อง วัตถุแห่งสิทธิอาจเป็น ทรัพย์สิน หรือบุคคล

5. เหตุให้เกิดสิทธิ ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดสิทธิ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือข้อเท็จจริงซึ่งผลของข้อเท็จจริงเป็นเหตุให้เจ้าของสิทธิได้รับสิทธินั้น

สิทธินี้เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการเริ่มสภาพบุคคลบุคคลนั้น หากพิจารณาให้แคบลง โดยเฉพาะในส่วนของเหตุที่ทำให้เกิดสิทธิ อาจแยกพิจารณาได้อีกสองประเด็น กล่าวคือ หากพิจารณาตามกรอบของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ เหตุที่ทำให้เกิดสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนความเป็นส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคมนั้นคือธรรมชาติ ดังนั้น บุคคลแต่ละบุคคลย่อมได้สิทธินี้มาตั้งแต่เริ่มสภาพบุคคล หากพิจารณาตามกรอบแนวคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง เหตุที่ทำให้เกิดสิทธินี้ย่อมมาจาก กฎหมายของรัฐนั้น ๆ เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายเฉพาะที่รับรองสิทธินี้ เป็นต้นสำหรับแนวคิดกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมืองจะกล่าวในรายละเอียดในส่วนต่อไป

เนื่องจากดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า นอกจากการพิจารณาสิทธิในมุมมองเชิงนิติศาสตร์แล้ว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอาจพิจารณาด้วยศาสตร์สาขาอื่น ๆ และอาจพิจารณาในหลายบริบท ในส่วนต่อไป งานวิจัยนี้จะพิจารณาแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2.3 แนวความคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบททางปรัชญา

⁸ หยุต แสงอุทัย , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, พ.ศ. 2538)

แนวคิดนี้ให้เหตุผลว่า ที่มาแห่งสิทธิของมนุษย์ทั้งหลายนั้นมาจาก แนวคิดตามธรรมชาติ (Idea of Nature) เนื่องจากธรรมชาติเป็นผู้กำหนดระเบียบอันถูกต้องแห่งจักรวาล (Nature Described the Property of the Universe)⁹ ดังนั้น สิทธิของมนุษย์ทุกคนจึงได้รับการอ้างอิงว่า สิทธิธรรมชาติ (Natural rights) เพื่อยืนยันความสำคัญและที่มาของสิทธินี้ ต่อมากำว่าสิทธิธรรมชาติ ได้วิวัฒนาการเป็น สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ทั้งนี้ คำว่า มนุษย์ นั้นย่อมเป็นการย้าถึงความชอบธรรมแห่งสิทธิ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญแห่งชีวิตมนุษย์ที่ถูกต้องเหมาะสม (An essential part of a properly human life)¹⁰ กล่าวคือ ย่อมไม่เป็นการถูกต้องเหมาะสม หากมนุษย์ปราศจากสิ่งซึ่งสิทธิเช่นนี้ นอกจากนี้ การพิจารณา สิทธิมนุษยชน ว่ามาจากสิทธิตามธรรมชาติ ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับแนวคิด กฎหมายธรรมชาติ ด้วย

2.4 แนวความคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบททางศาสนา

หากพิจารณาจากมุมมองของศาสนาคริสต์แล้วจะพบว่า เป็นการมุ่งอธิบายรากฐานที่มาจากสิทธิของมนุษย์ทั้งหลายว่า มาจากพระเจ้าเป็นเจ้า จากคัมภีร์ฉบับเก่าของศาสนาคริสต์ (The old testament) ทำให้พบว่า มนุษย์คนแรกคือ Adam ถูกสร้างขึ้นโดยพระเจ้า เมื่อพระเจ้าเป็นเจ้าให้คุณค่าสูงส่งแก่มนุษย์ ดังนั้น มนุษย์คนอื่น ๆ ที่เกิดมาจากมนุษย์คนแรกที่พระเจ้าสร้างก็จะได้คุณค่าอันสูงส่งนี้ไปด้วย คุณค่านี้ก่อให้เกิดสิทธิ หรือ อำนาจอันชอบธรรม แก่มนุษย์ และเนื่องจากสิทธิดังกล่าวมีที่มาจากพระเจ้า จึงไม่อาจมีผู้ใดมาพรากเอาไปได้ แนวคิดเช่นนี้ไม่จำกัดอยู่เฉพาะศาสนาทางตะวันตกเช่นคริสต์เท่านั้น แต่สามารถพบได้ในศาสนาต่าง ๆ ที่นับถือพระเจ้า (Religions with a Deistic Base)¹¹ ในมุมมองทางศาสนานี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลคือสิทธิที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย เช่น การนำไปไม่มาประดิษฐ์เป็นที่ปิดบังส่วนของร่างกายที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็น¹² อันสะท้อนมาจากแนวคิดคัมภีร์ไบเบิล มีส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมของมนุษย์ ได้กล่าวถึงขอบเขตความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ ซึ่งมีรากฐานมาจากเรื่องราวเกี่ยวกับการกำเนิดของมนุษย์ โดย Adam และ Eve เป็นมนุษย์คู่แรกที่ถูกรังจากภาพลักษณ์ของพระเจ้า คนทั้งคู่ดำเนินชีวิตอยู่ในสวนของพระเจ้าโดยไม่มีเสื้อผ้าอาภรณ์ใด ๆ ปกปิดร่างกาย และไม่รู้จักความเขินอายเป็นเช่นไร

⁹ Kenneth Minogue, "The History of the Idea of Human Right", The Human Rights Reader, (UK: London, 1978)

¹⁰ Ibid.

¹¹ Theodor Meron, Human Rights in International Law, Vol 1 (Oxford : Clarendo Pres, 1984). p.76

¹² Judith Wagner DeCew, In Pursuit of Privacy: Law Ethics and The Rise of Technology (USA: Cornell University Press, 1997), pp. 10-12.

จนกระทั่งทั้งสองได้ขโมยกินผลไม้ต้องห้าม ทำให้ทั้งสองได้รู้จักความรู้สึกเขินอาย ในร่างกายที่เปลือยเปล่าของตน จึงได้นำใบไม้มาประดิษฐ์เป็นเครื่องปิดบังส่วนของร่างกาย ที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็นความรู้สึกดังกล่าวสืบทอดมายังมนุษย์ และทำให้มนุษย์เชื่อถือว่าเรื่องของเนื้อตัว ร่างกายของบุคคลเป็นเรื่องเฉพาะตัว เป็นเรื่องที่สงวนไว้เฉพาะตัวไม่เกี่ยวข้องกับคนอื่น

อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นส่วนตัว ถูกขยายความออกไปจากที่จำกัดอยู่เฉพาะ เนื้อตัวร่างกายของบุคคล ไปรวมถึงครอบครัว ทรัพย์สิน โดยในระยะแรกของการพัฒนาแนวคิด สิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้ มีขึ้นเพื่ออ้างอิงต่อรัฐ ว่าปัจเจกชนมีสิทธิที่สามารถป้องกันมิให้รัฐหรือบุคคลใดล่วงล้ำขอบเขตความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน มีการเรียกร้องให้รัฐรับรองสิทธิในทางทรัพย์สิน เพื่อการแบ่งแยกทรัพย์สินส่วนบุคคลออกจากทรัพย์สินสาธารณะ

2.5 แนวความคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบททางด้านการเมืองการปกครอง

แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในระยะแรกนั้น สืบเนื่องมาจากแนวคิดเกี่ยวกับ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ใช้อ้างอิงต่อรัฐ กล่าวคือ มนุษย์เป็นรากฐานสำคัญของชีวิตของบุคคล บุคคลในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์คุณค่าสูงสุดของ มนุษย์คือการดำรงชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีและด้วยคุณค่าดังกล่าว จึงไม่มีบุคคลใดหรือแม้กระทั่งรัฐ จะสามารถพรากหรือล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวให้ลดน้อยถอยลงไปได้ และไม่สามารถละเลยได้เลย ไม่ว่าในเวลาใด ตามคำอธิบายปรัชญากฎหมายธรรมชาติของ Rudolf Stammier กล่าวว่า รัฐหรือ กฎหมายต้องยึดมั่นในหลักแหล่งการเคารพและการมีส่วนร่วมของมนุษย์ (Principle of Respect & Participation) การกำหนดให้รัฐใช้อำนาจรัฐต้องปฏิบัติต่อมนุษย์ในฐานะที่เป็นจุดหมายในตัวเองภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติที่เน้นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คำสั่ง หรือข้อเรียกร้องทางกฎหมายใด ๆ ต้องไม่ละเมิดต่อการดำรงอยู่ของสภาวะแห่งการเคารพต่อตัวเอง ในตัวบุคคล ศักดิ์ศรีของมนุษย์ย่อมบังคับให้ต้องมีการยอมรับสิทธิของเขา ในการมีส่วนร่วมใน กิจกรรมทางสังคม การเข้าแทรกแซงขวางกั้นต่อการใช้สิทธิดังกล่าว ย่อมเป็นการตรอนสารัตถะแห่งศักดิ์ศรีดังกล่าวของมนุษย์¹⁰ ด้วยเหตุนี้ รัฐมีหน้าที่ต้องรักษาให้คงไว้ซึ่งสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีของปัจเจกชนแต่ละบุคคล สิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เป็นคุณค่าสูงสุดที่รัฐธรรมนูญแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยยึดถือ และให้การรับรอง และคุ้มครอง

¹⁰ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็น จริตทางสังคม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545).

แนวความคิดทางการเมืองการปกครองก็มีความเชื่อมโยงกับแนวคิดด้านปรัชญาด้วย แต่เดิมแนวคิดทางการเมืองนั้นอธิบายที่มาแห่งอำนาจว่า มาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่อยู่เหนือประชาชน เช่น มาจากอำนาจพระเจ้าเป็นเจ้า ดังนั้น ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองจำต้องยอมรับอำนาจนั้น อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อมา นักคิดผู้มีชื่อเสียงด้านการเมืองการปกครองหลายคน เช่น Tomas Hobbes, John Locke, Montesquie, Jean Jaque Rousseau ได้เสนอแนวคิดที่ว่า รัฐบาลโดยชอบนั้น จะต้องได้รับอำนาจการปกครองมาจากผู้ใต้ปกครอง¹¹ ด้วยเหตุนี้ ประชาชนในฐานะปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิ อันเป็นที่มาแห่งอำนาจของผู้ปกครอง ดังนั้น ผู้ปกครองจึงไม่อาจพรากเอาสิทธิดังกล่าวไปจากประชาชนได้

2.6 แนวคิดของ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติและ สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง

แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจัดเป็นแนวคิดแบบปัจเจกนิยม (individualism) มาจากสำนักความคิดสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์จะดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผลเนื่องจากในโลกเป็นระบบที่มีระเบียบใหญ่ทั้งจักรวาลซึ่งมีแก่นสาร (Substance) สำคัญคือ เหตุผล โดยความเป็นเหตุผลของมนุษย์ย่อมไม่ถูกจำกัดด้วยเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรม ดังนั้น ปัจเจกชนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural rights) ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ นักกฎหมายโรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยเชื่อว่าหลักกฎหมายธรรมชาติ (Jus Naturale) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเหตุผลสอดคล้องกับธรรมชาติ มีผลบังคับทั่วไป ครอบคลุมทุกชาติทุกภาษา ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของ ซีเซโร ที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ..กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมและเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์.. ยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงโดยอนันตกาล...” แนวคิดทางกฎหมายโรมันจึงเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลและการคลี่คลายตัวของกฎหมายธรรมชาติ¹² ซึ่งแนวคิดดังกล่าว ส่งผลให้เกิดหลักแนวปฏิบัติ หรือกฎหมาย บ้านเมือง ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ในส่วนต่อไปจะเปรียบเทียบแนวคิดของสำนักความคิดทั้งสอง กล่าวคือ สำนักแนวคิด

กฎหมายธรรมชาติ และสำนักแนวคิดกฎหมายบ้านเมือง

(1) แนวคิดของ สิทธิ ตามสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ

¹¹Chifford Orwin and Thomas Pange, “The Philosophical Foundation of Human Rights” , Human Rights in our time, Edited by Marc F. Platiner, (London, Westview Press, 1984).

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2531).

สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural law) มีแนวคิดที่สำคัญคือ กฎหมายนั้นเกิดและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ กล่าวคือมีอยู่โดยที่ไม่มีใครบัญญัติหรือออกคำสั่ง และมีความเป็นสากลเป็นเหตุผลที่ครอบคลุมทั่วไป นักคิดที่มีแนวคิดนี้ ตัวอย่างเช่น

Aristotle แบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ชนิดคือ (1) กฎหมายธรรมชาติ เป็น กฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติของมนุษย์ อันมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของผู้ใด กฎหมายนี้จึงเหมือนกันในทุกๆ แห่ง เช่น กฎเกณฑ์ที่ไม่ให้มนุษย์ทำร้ายผู้อื่น (2) กฎหมายทางเทคนิค คือ กฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติของมนุษย์ ซึ่งผู้ปกครองกำหนดขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะอย่าง เช่น กฎจราจร ดังนั้น กฎหมายเทคนิคจึงเปลี่ยนไปได้ตามกาลเวลา

Cicero อธิบายกฎหมายธรรมชาติว่า “กฎหมายแท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง กลมกลืนสอดคล้องกับธรรมชาติแผ่ซ่านในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่าเสมอ เป็นนิรันดร ... กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมหรือเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ ไม่เป็นอย่างหนึ่งในขณะนี้หรืออีกอย่างหนึ่งในเวลาต่อมา แต่เป็นกฎหมายประการเดียวที่เป็นนิรันดร ไม่เปลี่ยนแปลง และมีผลผูกพันทุกชาติทุกภาษาตลอดกาล” (True law is right reason harmonious with nature diffuses among all, constant, eternal ... nor is it one law at Rome and another at Athens one now and another at a time, but one eternal and unchangeable, binding all nations through all times...) สรุปได้ว่า กฎหมายธรรมชาติ มีความเป็นสากล ไม่ขึ้นอยู่กับขอบเขตของรัฐ มีความเป็นนิรันดร คือเป็นเหตุผลที่ถูกต้องอยู่ตลอดไป กฎหมายนี้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป คือมีความเป็นสากล ไม่จำกัดอยู่เฉพาะรัฐใดรัฐ

St. Thomas Aquinas แบ่งแยกกฎหมายธรรมชาติออกเป็นกฎหมายลำดับต้น ซึ่งได้แก่สัญญาชาติญาณ ในการรักษาตัวรอด ความปรารถนาในการอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภริยา ความปรารถนาของการอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักที่ว่ามนุษย์จะไม่ทำร้ายผู้อื่นนั่นเอง สำหรับกฎหมายธรรมชาติลำดับรองนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากการนำกฎหมายธรรมชาติลำดับต้น ไปแยกย่อยในรายละเอียด

Hugo Grotius อธิบายว่า กฎหมายธรรมชาติคือปัญญาของเหตุผลที่ถูกต้องที่ชี้ว่าการกระทำอันหนึ่งมีความต่ำทรามในทางศีลธรรม หรือมีความจำเป็นในทางศีลธรรม ทั้งนี้โดยพิจารณาว่าคุณภาพของการกระทำนั้นเป็นไปตามธรรมชาติ หรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์ Grotius ยกตัวอย่างหลักกฎหมายธรรมชาติ เช่น การงดเว้นไม่เอาของผู้อื่นมาเป็นของเรา การรักษาความสัตย์สุจริตที่ให้ไว้แก่ผู้อื่น เป็นต้น¹³

ดังนั้น สิทธิ ตามแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาตินี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์ ไม่มีผู้ใดกำหนดหรือสร้างขึ้นมา และยังมีความเป็นสากลเป็นเหตุผลที่ถูกต้องอีกด้วย ดังนั้น สิทธิ

¹³ นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537).

มนุษย์ชน นั้นก็มีรากฐานแนวคิดจากสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาตินั่นเอง หากพิจารณาตามแนวคิดนี้ หากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิตามธรรมชาติแล้ว แม้ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ บุคคลก็ย่อมมีสิทธิดังกล่าว

แนวคิดของ สิทธิ ตามสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism)

พื้นฐานแนวคิดของสำนักความคิดนี้แตกต่างจากสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ เนื่องจากให้ความสำคัญแก่กฎหมายที่ออกโดยรัฐาธิปัตย์ (Sovereign) หรือผู้ปกครองรัฐ สำนักนี้เห็นว่า กฎหมายที่บัญญัติโดยเจตนาของรัฐบาลคือกฎหมาย (positive law) โดยบุคคลไม่อาจโต้แย้งถึงความถูกต้อง ความยุติธรรม ของกฎหมายที่ออกโดยรัฐาธิปัตย์ได้ ว่าสอดคล้องกับเหตุผลตามธรรมชาติหรือไม่ นักคิดในสำนักความคิดนี้ เช่น

Jean Bodin ซึ่งเป็นผู้สร้างแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย(Sovereignty) ว่าเป็นอำนาจที่เด็ดขาดและถาวร โดยเน้นคุณลักษณะสำคัญของอธิปไตยว่าคืออำนาจอธิปไตย ผลความคิดนี้ทำให้รัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้

Thomas Hobbes เชื่อว่าการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น เกิดจากการที่แต่ละคนเข้ามาทำสัญญาประชาคมยกอำนาจให้รัฐาธิปัตย์เพื่อคุ้มครองรักษาให้แต่ละคนมีชีวิตอยู่รอด จึงยอมให้กฎหมายเป็นไปตามอำเภอใจของรัฐาธิปัตย์ หรือกฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์

John Austin จำแนกกฎหมายเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ กล่าวคือ กฎหมายที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้กำหนดขึ้น และกฎหมายที่มนุษย์กำหนดขึ้น โดยมนุษย์ผู้มีอำนาจเหนือในทางการเมือง John Austin เห็นว่า Positive law คือกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นโดยผู้มีอำนาจเหนือในทางการเมืองสำหรับเป็นแนวทางความประพฤติของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจในทางการเมืองของตน หรือก็คือ คำสั่งของรัฐาธิปัตย์นั่นเอง¹⁴

ดังนั้น หากพิจารณาตามแนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว จะพบว่า บุคคลใดจะมีสิทธิอย่างใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่า มีกฎหมายบัญญัติให้สิทธินั้นหรือไม่ สำหรับในกรณีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of privacy) ในกรณีเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องบัญญัติคุ้มครองเจ้าของข้อมูลจากการกระทำอันส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของข้อมูลนั้น

2.7 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทของสิทธิมนุษยชน

¹⁴ นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537)

จากการพิจารณาแนวคิดทางนิติปรัชญาของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ จะเห็นได้ว่า สิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่ติดตัวคนมาตั้งแต่กำเนิด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน (Human right) กล่าวคือเป็นสิทธิที่มีอยู่ในทุกคนอันเนื่องมาจากการที่เขาเป็นมนุษย์ ไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้นเพื่อให้ได้มา ขอเพียงได้เกิดเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน¹⁵¹⁵ และมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

หากพิจารณาการรับรองสิทธิดังกล่าวในบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศมีการรับรองสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN's Universal Declaration of Human Rights ค.ศ. 1948) ข้อ 12 ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัวในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบลบลูในเกียรติยศชื่อเสียงบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย ต่อการแทรกแซงในสิทธิเช่นว่านั้น”¹⁶

ต่อมาได้มีการจัดทำ กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองของสหประชาชาติ (International Covenant on Civil and Political Rights ค.ศ. 1966) ซึ่งกล่าวไว้ในบทนำว่า “..สิทธิมนุษยชนได้มาจากศักดิ์ศรีอันสืบสายติดตัวมาของบุคคล...” (...Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person...) และในข้อ 17 ของกติกาดังกล่าวได้กำหนดว่า

“1. บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นอยู่ส่วนตัว (privacy) ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่

2. บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงเช่นว่านั้น ”¹⁷

¹⁵Jack Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, The American Law Review, 76 , No.2 ,1982.

¹⁶ “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” [Online] available from, <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

¹⁷ 1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. [Online] available from, <http://untreaty.un.org/cod/av/ha/iccpr/iccpr.html>.

จะเห็นได้ว่า ข้อที่ 17 นี้มุ่งคุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกแทรกแซงในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารทั้งโดยพลการ หรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ยังรวมถึงการที่จะไม่ถูกลบหลู่เกียรติยศ และชื่อเสียงเกียรติคุณ ซึ่งมีลักษณะเนื้อหาคล้ายกับข้อ 12 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เพียงแต่กติการะหว่างประเทศนี้ก่อให้เกิดภาระหน้าที่ต่อรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกใน อันที่จะต้องตรากฎหมาย และกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อให้บทบัญญัติข้อ 17 นี้มีผลในการคุ้มครองสิทธิ ส่วนบุคคลได้อย่างเป็นรูปธรรม

สิทธิมนุษยชน นั้นยังอาจพิจารณาเป็นสิทธิย่อย ๆ อีกหลายประการ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในทางการเมือง สิทธิในการนับถือศาสนา และโดยนัยนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวสามารถจัดเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ซึ่งบุคคลทุกคนย่อมมีอยู่โดยปราศจากข้อจำกัดทางเชื้อชาติ หรือเขตแดน สิทธิมนุษยชนยังมีลักษณะที่เป็นพลวัต กล่าวคือสามารถปรับตัวให้สอดคล้องกับพฤติกรรมมนุษย์และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อาจมีสิทธิมนุษยชนย่อย ๆ ประการใหม่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น สิทธิที่จะไม่ถูกทำให้หายสาบสูญ ทั้งนี้อาจพิจารณาได้จาก อนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการถูกบังคับให้หายสาบสูญ (International convention for the protection of all persons from enforced disappearance) ซึ่ง สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญานี้โดยมติที่ 61/177 อนุสัญญานี้ได้ให้การรับรองสิทธิมนุษยชนในลักษณะเฉพาะอีกรูปแบบหนึ่ง คือ สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้หายสาบสูญ (Right not to be subject to enforced disappearance) โดยข้อ 1 (1) ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ว่า บุคคลใด ๆ จะถูกบังคับให้หายสาบสูญมิได้ (No one shall be subjected to enforced disappearance)¹⁸ หากพิจารณาในภาพรวมของสิทธิมนุษยชนแล้ว แล้วจะเห็นได้ว่า การละเมิดต่อสิทธินี้เท่ากับละเมิดสิทธิมนุษยชน เฉพาะอื่น ๆ ด้วย เช่น สิทธิในชีวิต (right to life) สิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงปลอดภัยส่วนบุคคล (right to liberty and the security of the person) สิทธิที่จะไม่ถูกกระทำการทรมาน (right not to be subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)¹⁹ อนุสัญญาดังกล่าว ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐภาคีของอนุสัญญาโดยตัวของสิทธิเอง (per se) ในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลให้พ้นจากการถูกบังคับให้หายสาบสูญ ไม่ว่าจะมิบบทบัญญัติอื่น ๆ ของอนุสัญญาไว้หรือไม่ก็ตาม²⁰ โดยอนุสัญญา

¹⁸ <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>

¹⁹ Fact Sheet No.6 , Enforced or Involuntary Disappearance [online]; Available form; <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs6.htm#rig>

²⁰ Susan McCrory, The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 7 Human Rights Law Review 545, August 18, 2007.

ดังกล่าวกำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการที่จะต้องใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อประกันว่า การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายประเทศตน จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้กำหนดรับรองสิทธิในลักษณะเฉพาะประการหนึ่งของสิทธิมนุษยชน โดยรัฐภาคีมีพันธกรณีในการบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ทั้งนี้ควรสังเกตว่า สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้หายสาบสูญตามอนุสัญญานี้มุ่งถึงกรณีการละเมิดสิทธิดังกล่าวโดยรัฐ เห็นได้จากการบังคับให้หายสาบสูญตามคำจำกัดความของอนุสัญญาที่มีองค์ประกอบว่า เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยความยินยอมของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากอนุสัญญาต่างๆที่รับรองสิทธิมนุษยชนนั้น เป็นการกำหนดพันธกรณีแก่รัฐ

2.8 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบททางวัฒนธรรม (Cultural context)

หากพิจารณาในบริบททางวัฒนธรรมแล้วจะพบว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะ ขอบเขต และได้รับการให้ความสำคัญแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับทัศนคติและความเชื่อในสังคมนั้น ๆ ในทางมานุษยวิทยา อธิบายว่า ความเป็นส่วนตัวมีลักษณะข้ามวัฒนธรรมและสากล (Cross – Culture และ Cross Species Universal) สังคมทุกสังคมมีวิธีการสร้างขอบเขตทางกายภาพในการคงไว้ซึ่งความเป็นส่วนตัวตามรูปแบบของตนเอง และเนื่องจากความเป็นส่วนตัวขึ้นอยู่กับปัจจัยทางวัฒนธรรมดังกล่าว การที่จะทำให้ประชาชนได้บรรลุวัตถุประสงค์ของความเป็นส่วนตัวได้นั้นเป็นเรื่องหลักเกณฑ์ทางวัฒนธรรมสังคมนั้น ๆ²¹ ในแต่ละสังคมมีการพัฒนาการแนวปฏิบัติและกฎเกณฑ์ทางสังคมของตนขึ้นมา เมื่อมีการยึดถือปฏิบัติอย่างต่อเนื่องก็ทำให้ทางปฏิบัติหรือหลักธรรมดากลายเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) ซึ่งสังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ ถูกต้อง (Opinio Juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (Opinion Necessitatis) จึงจะเป็นการ ถูกต้อง²² การเกิดขึ้นของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ จึงพัฒนาการในบริบททางวัฒนธรรมนั่นเอง จะเห็นได้ว่า วัฒนธรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ เกิดจากการเลือกวิถีการดำเนินชีวิตที่เหมาะสม การเลือก ดังกล่าวทำให้มนุษย์ในแต่ละกลุ่มแต่ละสังคมมีความแตกต่างกันทั้งทางด้านทัศนคติ ค่านิยม และ พฤติกรรม อันมีลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของแต่ละสังคม การเกิดขึ้นของกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในสังคมเป็นเรื่องปรากฏการณ์ทางวัฒนธรรมและวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไป โดยมนุษย์มีส่วนสร้างหรือปรุงแต่งขึ้น ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปรากฏการณ์ที่มี

²¹ Judith Wagner Decew, Ibid.

²² ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม.

ความหมาย และมีวัตถุประสงค์ ปรากฏการณ์เหล่านั้นจึงมีคุณค่า (Value) อยู่ในตัวเองเสมอ การสั่งสมคุณค่าดังกล่าวให้สืบทอดปฏิบัติสืบทอดกันมา และพัฒนาเป็นจารีตประเพณี เป็นกฎเกณฑ์ และเป็น กฎหมายตามลำดับ²³ หากพิจารณาจากมุมมองทางสังคมวิทยาแล้วจะพบว่า การที่พฤติกรรมของมนุษย์ ที่ปฏิบัติต่อกันมาเป็นเวลานานจนกลายเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ ดังนั้น การพิจารณาสีทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทสังคมและวัฒนธรรมนี้จึงมีลักษณะ “อัตวิสัย”(Subjective) คือ ขึ้นอยู่กับความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมนั้น ๆ²⁴ ปรากฏการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นเรื่องส่วนตัวในสังคมหนึ่งแต่ ในอีกสังคมหนึ่งอาจไม่ถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวเลยก็อาจเป็นไปได้

หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างสังคมตะวันตกกับสังคมตะวันออกแล้วจะพบว่า ประเทศในสังคมตะวันตก ให้ความสำคัญกับสิทธิในความ เป็นอยู่ส่วนตัวมากกว่าประเทศในสังคมตะวันออก เนื่องจากพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ของ ชาวตะวันตก การได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพได้มาด้วยความลำบาก ได้มาจากการเรียกร้องการต่อสู้ ทำให้ชาวตะวันตกมีความตระหนักในสิทธิเสรีภาพ และยึดมั่นใน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างแรงกล้า ซึ่งแนวความคิดดังกล่าว แตกต่างจากวัฒนธรรมของชาว ตะวันออกอย่างมากเนื่องจากทัศนคติของชาวตะวันอกต่อสิทธิเสรีภาพ และสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นไม่เข้มข้นเหมือนชาวตะวันตก แต่เดิมมาชาวตะวันอกไม่ค่อยหวงแหน และเคร่งครัดในสิทธิเสรีภาพ อีกทั้งยังมีทัศนคติที่ “อะลุ่มอล่วย” ต่อการกระทำ ที่เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สาเหตุสำคัญ เนื่องจากสังคมตะวันอกนับแต่อดีตมาอุดมการณ์ทางการเมือง ค่านิยม ความเชื่อตามคติ โบราณซึ่งมีรากฐานมาจากคำสอนของศาสนา คำสอนดังกล่าวทำให้เกิดการยอมรับอำนาจของชนชั้นปกครองยอมรับในคุณค่าของครอบครัว ให้ความสำคัญกับผู้ใหญ่ ยอมรับ และเข้าใจสถานะ ที่แตกต่างกันของบุคคล ดังนั้นเหตุการณ์การเรียกร้องสิทธิ เสรีภาพที่ผ่านมา จึงมีความ ประณีประนอมหรือแม้จะเกิดความรุนแรงเสียเลือดเสียเนื้อบ้าง แต่ก็ไม่ใหญ่โตลุกลามเป็นสงคราม กลางเมืองเหมือนอย่างประเทศตะวันตก มีนักวิชาการให้มุมมองว่า ตามทัศนคติของสังคมไทยนั้น “สิทธิ” ไม่ใช่สิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด หากเปรียบเทียบกับ การเปลี่ยนแปลงทางสังคมแอฟริกา ความรุนแรงที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดการเรียกร้องให้มีการยอมรับความแตกต่างและเคารพในความเท่าเทียมกัน และศักดิ์ศรีความ

²³ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.30.

²⁴ อุดม รัฐอมฤต นพนินิ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : นานาสังพิมพ์, พ.ศ. 2544), น.16.

เป็นมนุษย์ และได้มีการบันทึก เก็บไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1993²⁵ ในสังคมตะวันตกเช่นประเทศไทย ลักษณะนิสัยของคนไทยมีลักษณะเกรงใจไม่ ชอบการกระทบกระทั่ง และอะลุ่มอล่วย ดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้น ในอดีตที่ผ่านมาจึงไม่ค่อยปรากฏเหตุการณ์การ เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพหรือโต้แย้งสิทธิใด ๆ จากผู้ปกครองที่เป็นการก่อความรุนแรงเมื่อเทียบกับทางสังคมตะวันตก จากแนวคิดของชาวตะวันตก ซึ่ง ส่งผลในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา คดีที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นจำนวนมาก แม้เพียงแต่การรบกวนทำให้เกิดความรำคาญ หรือละเมิดสิทธิเพียงเล็กน้อยก็มีการกล่าวโทษฟ้องร้องจนกลายเป็นเรื่องปกติธรรมดา สังคมมิได้มองบุคคลผู้ฟ้องร้องดังกล่าวเป็นพวกแปลกแยกจากสังคม แนวคิดและพฤติกรรมดังกล่าวสะท้อนออกมาในกฎหมาย เช่น หลายมลรัฐในสหรัฐมีฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้นเป็นหมวดหนึ่งต่างหากในกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ในมุมมองเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน (Individual) กับ ชุมชน (community) จะพบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่ผ่านมามีส่วนใหญ่เป็นแนวคิดทางตะวันตกซึ่งเน้นให้ ความสำคัญแก่ปัจเจกชน โดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งแตกต่างจากแนวคิด ของทางตะวันออกเน้นความสำคัญของชุมชน โดยไม่ได้พิจารณาว่า สมาชิกแต่ละคนเป็นหน่วยที่อิสระ ที่มีสิทธิเหนือกว่าสังคม วัฒนธรรมดั้งเดิมของทางตะวันออกถือว่าแต่ละคนเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัว ประกอบขึ้นเป็นชนเผ่าชุมชนและประกอบขึ้นเป็นสังคม²⁶ มากกว่าการให้ความสำคัญแก่ปัจเจกบุคคลเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง พื้นฐานทางวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน ทำให้ขอบเขตของความเป็นอยู่ส่วนตัว ในแต่ละสังคมนั้นแตกต่างกัน ตัวอย่างที่เห็นได้ในวิถีชีวิตของชาวตะวันตก คือ แนวคิดที่สำคัญอันสะท้อนบริบททางวัฒนธรรมของความเป็นอยู่ส่วนตัวคือ แนวคิด “ห้องนอนส่วนตัว” (“a room of one’s own”²⁷) ที่เสนอโดย Virginia Woolf แนวความคิดนี้มีว่า การมีห้องนอนส่วนตัวเป็นวัฒนธรรมของชาวตะวันตกที่สืบทอดกันมานาน ซึ่งถือกันว่าทุกคนแม้จะเป็นสมาชิกของสังคม แต่ทุกคนก็เป็นหน่วยที่มีอิสระและอำนาจปกครองในตัวของตัวเอง ดังนั้น ความเป็นอยู่ในครอบครัวไม่ว่าจะยากดีมีจนอย่างไร ทุกคนในครอบครัวมักจะมีห้องนอนส่วนตัว แม้กระทั่งเด็ก เล็กก็ควรมีห้องส่วนตัวเพื่อเป็นพื้นที่ที่จะสามารถพัฒนา

²⁵ นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2537), น.20.

²⁶ พิเชษฐ เมลาพันธ์, สิทธิมนุษยชนและค่านิยมทางวัฒนธรรม, วารสารอัยการ 20 ,237.(พฤศจิกายน พ.ศ. 2540)

²⁷ Judith Wagner Decew, Ibid.

บุคลิกภาพของเขาเองและภายในห้องนอน มันเป็นดินแดนอิสระที่เจ้าของจะทำอะไรก็ได้เด็ก ๆ ต้องเรียนรู้เกี่ยวกับตัวเอง เรียนรู้การจัดการสิ่งแวดล้อมของตัวเอง และเด็ก ๆ ควรได้รับการเรียนรู้เรื่อง “ส่วนตัว” เป็นบทเรียนบทแรกจากบ้าน นอกจากนี้ Virginia Woolf ได้เสนอแนวคิด “a room of one’s own” เพื่อโต้แย้งว่า หญิงมีสิทธิเท่าเทียมชาย หญิงมีสิทธิที่จะพัฒนาความสามารถเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของตนได้ คำกล่าวนี้ เป็นพื้นฐานของแนวความคิดความเป็นส่วนตัวสมัยใหม่ที่ว่า ปัจเจกชนมีพื้นที่เฉพาะ เป็นพื้นที่ที่ได้รับความให้ปราศจากการแทรกแซงจากการแพร่กระจายอำนาจทางปกครองห้องนอนของตนด้วยเช่นกัน²⁸ จากแนวความคิดดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่าชาวตะวันตกให้ความสำคัญกับความเป็นอยู่ส่วนตัวมากจนถึงขนาดยกให้ว่าเรื่องส่วนตัวเป็นบทเรียนบทแรกที่เด็ก ควรได้รับการเรียนรู้ด้วยตัวเองภายในห้องนอน ซึ่งถือว่าเป็นดินแดนอิสระของเขา แนวคิด การมีห้องนอนส่วนตัวนี้ ไม่ค่อยพบเห็นในวัฒนธรรมดั้งเดิมของสังคมตะวันออก ซึ่ง ส่วนใหญ่เป็นครอบครัวขยาย การปกครองระบบอุปถัมภ์ การให้ความดูแลซึ่งกันและกัน ในครอบครัว แม้ในเรื่องการกินอยู่หลับนอน เป็นธรรมเนียมปฏิบัติอย่างเหนียวแน่นของสังคม ตะวันออก โดยมีหัวหน้าครอบครัว ซึ่งได้แก่ พ่อหรือผู้อาวุโสที่สุดที่เป็นผู้ชายจะเป็นผู้ดูแลทุกข์สุข ของคนในครอบครัว แม่ต้องดูแลลูก พี่ดูแลน้อง เป็นลำดับ ครอบครัวคนไทยจึงไม่นิยมมีห้อง ส่วนตัวสำหรับลูกๆ พ่อแม่ ลูกจะนอนรวมกันในห้องกว้าง ๆ ห้องเดียวกัน เพื่อที่จะได้ดูแลลูกอย่างทั่วถึง ทำให้ความตระหนักในสิทธิในความเป็นส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคนในครอบครัวจึงมีน้อย วัฒนธรรมการมีห้องนอนส่วนตัวนี้ยังส่งผลถึงแนวปฏิบัติอื่น ๆ เกี่ยวกับการเคารพความเป็น ส่วนตัว เช่น การจะพบหรือเข้าไปในห้องนอนของคนอื่นต้องเคาะประตูขออนุญาตก่อน การไม่เข้าไปก้าวกายในห้องของผู้อื่นโดยพลการ แม้จะเป็นพ่อแม่หรือสมาชิกในครอบครัวก็ต้องเคารพในความเป็นส่วนตัวของสมาชิกในครอบครัวด้วยกัน หรือในกรณีการอาบน้ำในห้องน้ำแบบปิดของชาวตะวันตก ในขณะที่ วัฒนธรรมดั้งเดิมของชาวตะวันออก มักจะอาบน้ำแบบเปิด เช่น วัฒนธรรมการอาบน้ำในห้องน้ำรวม หรืออาบน้ำพร้อมกันของประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศเกาหลี การอาบน้ำตามแม่น้ำลำคลองของผู้ที่พักอาศัยอยู่ตามริมน้ำของประเทศไทย ซึ่งแนวความคิด วิถีชีวิต และวัฒนธรรมเหล่านี้ ส่งผลกระทบต่อทัศนคติและกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วย จะเห็นได้จากในกฎหมายอาญาของไทยไม่มีหมวดความผิดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยเฉพาะ ในกฎหมายลักษณะละเมิดก็มีได้กล่าวถึงการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้โดยเฉพาะเหมือนดังกฎหมายของประเทศในสังคมตะวันตก

ดังกล่าวมาแล้วว่า แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น แตกต่างกันไปตามบริบทของสังคม หากพิจารณา การรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศปัจจุบันจะเห็นได้ว่า การคุ้มครอง

²⁸ Ibid.

ข้อมูลส่วนบุคคลมีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลสะท้อนจากวัฒนธรรมที่แตกต่างกันในแต่ละสังคม

2.9 แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในบริบทเชิงสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา

Edward Bloustein พิจารณาสหสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในมุมมองทางสังคมวิทยา โดยมองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่ามีความเกี่ยวข้องกับเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้จะต้องมีเกียรติและศักดิ์ศรีของตน และสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิ่งที่ทำให้มนุษย์ดำรงเกียรติและศักดิ์ศรีไว้ได้ Edward Bloustein เห็นว่าในบริบทวัฒนธรรมตะวันตกนั้น ความเป็นปัจเจกชน (Individuality) ย่อมหมายถึงสิทธิที่จะอยู่โดยปราศจากการล่วงล้ำในรูปแบบต่าง ๆ การแยกตัวออกจากการล่วงล้ำและการควบคุมเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับตัวของบุคคลนั้นถือเป็นส่วนสำคัญแห่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ Edward Bloustein ได้อธิบายว่า “บุคคลที่บ้านของตนถูกล่วงล้ำเข้ามาได้ด้วยความสามารถของผู้อื่น การสนทนาถูกฟังด้วยความประสงค์ของผู้อื่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวและครอบครัวถูกรับรู้ด้วยความประสงค์ของผู้อื่น เป็นบุคคลที่มีเกียรติและศักดิ์ศรีน้อยลงรวมถึงทำให้ความเป็นคนน้อยลงไปด้วยสำหรับบุคคลที่สามารถล่วงล้ำเข้าไปในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นไม่ว่าในทางใด ๆ ด้วยความประสงค์ของตน ก็ถือเสมือนเป็นเจ้านาย (master) ของบุคคลนั้น”²⁹ Ellen Alderman and Caroline Kennedy³⁰ (ค.ศ. 1995) เห็นว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) มีความใกล้เคียงกับ สิทธิส่วนบุคคล (Personal right) ซึ่งต่างก็มุ่งเน้นถึงความสำคัญของความเป็นอยู่ส่วนตัวในฐานะเป็นสาระสำคัญของความเป็นตัวตนของมนุษย์ ดังนั้น การที่มนุษย์จะดำรงตัวตนอยู่ในบริบทของสังคมได้จึงจำเป็นต้องมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายมุมมองเชิงสังคมวิทยา เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของกฎเกณฑ์ความประพฤติในสังคม ซึ่งสามารถเชื่อมโยงถึงขอบเขตความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ ทั้งนี้โดยเปรียบเทียบ “หลักบังคับเขตแดน” (Territorial Imperative) จากการศึกษาพฤติกรรมของปลาบางชนิดซึ่งอาศัยอยู่ในชอกหินโดยวิสัยของปลาเหล่านี้ มักจะแสดงความหวงกันบริเวณชอกหินเฉพาะที่อยู่อาศัย ถ้าปลาอื่นเข้ามาซึ่ง มักจะแสดงอาการหวงแหนและขัดขวางป้องกันและแสดงอำนาจยิ่งใหญ่จนทำให้ผู้ล่วงล้ำเขตแดน ต้องยอมรับหรือยอมแพ้และไม่กล้ายุ่งย่ามในเขตนั้นอีก การแสดงออกถึงอาการหวงแหนอาณา เขตดังกล่าวเปรียบได้กับธรรมชาติใน

²⁹ Bloustein, Edward, Individual and Group Privacy, (New Jersey: Transaction Publisher, 2003)

³⁰ Ellen Alderman and Caroline Kennedy, The Right to Privacy, (US:Vintage, 1995)

การดำรงชีวิตของมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นสัตว์สังคมประเภทนี้ ย่อมมีพฤติกรรมที่ไม่แตกต่างกัน และย่อมมีความต้องการมีพื้นที่ส่วนตัวที่สามารถปลีกตัวอยู่ในเขตแดนและแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของ

หลักการบังคับเขตแดนนี้เองเปรียบเทียบกับได้กับการหวงแหนทรัพย์สิน หรือสิ่งอื่นที่อยู่ ในความหวงห้ามหรือในเรื่องครอบครัวของมนุษย์แนวทางการประพฤติดังกล่าวที่ปฏิบัติซ้ำ ๆ กัน อยู่เรื่อย ๆ จนกลายเป็นสิ่งที่ยอมรับและการปฏิบัติจนกลายเป็นกฎเกณฑ์ในที่สุด ซึ่งถือเป็นหลักการที่ส่งเสริมการดำรงชีวิตของชุมชนมนุษย์ ภายในเขตแดนดังกล่าว ไม่ว่าจะสัตว์หรือมนุษย์รู้สึกว่าคุณมี “ความชอบธรรม” มากกว่า จึงแสดงอำนาจในเขตแดนของตน³¹

หากพิจารณาจากมุมมองเชิงมานุษยวิทยา (Anthropology) จะเห็นได้ว่าธรรมชาติของมนุษย์มีการแสดงออก ซึ่งความต้องการแยกตัวเองออกจากสังคม หรือการแสดงออกถึงขอบเขตส่วนตัวหลายประการการแสดงออกที่สำคัญ ได้แก่

1. การแสดงออกโดยการแสดงอาณาเขตหรือการทำเครื่องหมายแสดงอาณาเขตด้วย สิ่งต่าง ๆ เช่น การกั้นรั้วเขตแดนของบ้าน ห้องน้ำ ห้องแต่งตัว ห้องนอนดังเช่นแนวคิด ห้องนอนส่วนตัว ดังกล่าวข้างต้น แนวคิดของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่รับรองกรรมสิทธิ์ของปัจเจกชนก็สะท้อนมุมมองเชิงมานุษยวิทยาเช่นกัน

2. การแสดงออกโดยการจำกัดความสามารถในการเข้าถึงตัวของบุคคล เช่น การ บังคับหรือการจำกัดการเผยแพร่ หรือการใช้ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับตน หรือสถานะทางสังคมแนวคิดของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในชื่อและภาพของบุคคล ก็สะท้อนถึงการแสดงออกลักษณะนี้ การแสดงออกลักษณะนี้ยังรวมถึงการปิดบังชื่อ ไม่ประสงค์ออกนาม (Anonymity) หรือการปกปิด ข้อมูลส่วนบุคคลเช่นสถานะทางการเงิน เป็นต้น มีข้อควรสังเกตว่า แม้บุคคลจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับขอบเขตสาธารณะ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังมีความต้องการจำกัดการเข้าถึงตัวตนของตน เช่น ก ต้องการแสดงความคิดเห็นในกระดานข่าวสาธารณะ ของเว็บไซต์แห่งหนึ่ง ก ไม่ประสงค์ให้ผู้อื่นทราบถึงตัวตนของตน จึงใช้นามแฝง เป็นต้น

3. การแสดงออกโดยการแสดงอารมณ์ เช่น การระงับอารมณ์ หรือความรู้สึกโดยการ หลบหน้า หลบสายตา การหันหลังเข้าหากำแพง ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงการปกป้องตนเองจากการรู้เห็นของสังคม ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการถ่ายภาพนั้น หากผู้ถูกถ่ายภาพรับรู้และไม่ต้องการให้ถ่ายภาพ อาจมีการแสดงออกโดยการ หลบหน้า ยกสิ่งของขึ้นปิดบังใบหน้า เป็นต้น³²

³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน

³² คณาธิป ทองรวีวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จ, 2552)

2.10 แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (Right to be let alone)

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) อาจพิจารณาว่าเป็น สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (Right to be let alone) กล่าวคือ ปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลภายนอก มุมมองนี้มีรากฐานมาจากแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1890 จากบทความที่มีชื่อเสียงและจัดว่าเป็นการวางรากฐานของ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ของระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นก็คือ บทความเรื่อง สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (The right to Privacy) โดย Samuel D. Warren, Louis D. Brandies ซึ่งได้อธิบายความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่าหมายถึง สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง หรือ “right to be let alone” โดยปราศจากการแทรกแซงจากสังคม โดยบทความนี้พยายามชี้ว่าในขณะนั้นรัฐธรรมนูญคุ้มครองบุคคลจากการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ซึ่งบุคคลควรจะได้รับคุ้มครองสิทธิดังกล่าวที่เกิดจากการกระทำของเอกชนคนอื่น ๆ ด้วย³³

ในปี ค.ศ. 1890 ซึ่งบทความนี้ได้เผยแพร่แม้ว่ายังไม่มีเทคโนโลยีสารสนเทศดังเช่นในปัจจุบัน แต่ Samuel D. Warren , Louis D. Brandies ได้สังเกตเห็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศไว้แล้ว และได้ชี้ให้เห็นถึงบทบาทของสื่อมวลชนในยุคนั้นซึ่งเริ่มมีการก้าวล่วงเข้าไปในชีวิตส่วนตัวของปัจเจกชนมากขึ้น ซึ่งทั้งสองท่านได้กล่าวไว้ในบทความว่า “... เครื่องมือที่ทันสมัยสามารถก่อให้เกิดโอกาสในการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เรื่องราวที่กล่าวถึงกันในสถานที่ส่วนตัวอาจจะถูกเผยแพร่ในวงกว้าง(what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops)” สื่อมวลชนก้าวเข้ามาในขอบเขตความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกชนมากขึ้น การซุบซิบนิทาเปลี่ยนสภาพมาเป็นการค้า (Gossip has become a trade)”³⁴ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandies ยังได้อธิบายว่า การละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่บุคคลมีสิทธิอยู่โดยลำพังนั้น มิได้จำกัดเฉพาะกรณีการแสวงหากำไรจากการเผยแพร่เรื่องราวของบุคคลนั้น แต่ยักรวมถึงสิทธิของบุคคลที่จะมีความสุขสงบทางจิตใจ (peace of mind) ในการที่จะป้องกันมิให้บุคคลอื่นเผยแพร่เรื่องราวของตนเอง³⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากมีการเผยแพร่เรื่องราวของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้นแล้ว ก็ถือเป็นการกระทบสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังแม้ว่าการเผยแพร่งกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อแสวงหากำไรก็ตาม Samuel D. Warren และ Louis D.

³³ Warren D Samuel , Brandies D., The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV December 15, 1890, [Online] available at <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>.

³⁴ Ibid.

³⁵ Time, Inc. V Hill, 385 U.S.374,413 (1967)

Brandies ยังได้อธิบายความแตกต่างระหว่างกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท (Defamation) ว่าแตกต่างกับการคุ้มครองสิทธิที่จะอยู่ลำพัง เนื่องจากกฎหมายหมิ่นประมาทนั้นมุ่งคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียง (Injury to reputation) ในขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังนั้นมุ่งคุ้มครองความเสียหายต่อความรู้สึก (Injury to feeling) ดังนั้น สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังหมายถึงสิทธิของความเป็นบุคคล (personality)³⁶

หลังจากบทความดังกล่าวเผยแพร่สู่วงการวิชาการด้านกฎหมายในวารสารกฎหมายของ Harvard ในปี ค.ศ. 1890 แล้ว การพิจารณาคดีต่อๆมาของศาลสหรัฐหลายคดีได้สะท้อนถึงอิทธิพลแนวความคิดนี้ซึ่งจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3 เช่น คดี Union Pacific Railway Co. V Botsford³⁷ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐตัดสินว่าศาลไม่สามารถบังคับให้โจทก์ในคดีแพ่งแสดงรายงานเกี่ยวกับการทำศัลยกรรมได้ โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากบุคคลมีสิทธิในความคุ้มกันส่วนบุคคลที่จะอยู่โดยลำพัง หรือในคดี Time, Inc. V Hill ผู้พิพากษา Abe Fortas ให้เหตุผลว่า บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตตามที่ตนเองเลือกโดยปราศจากการล่วงล้ำ (live one's life as one choose, free from intrusion)

ในคดี Doe V Bolton ผู้พิพากษา William O. Douglas ได้กล่าวไว้ในความเห็นแย้งท้ายคำพิพากษาโดยอ้างถึงสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง (right to be let alone) และอธิบายว่าสิทธินี้ครอบคลุมถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลในการวางแผนที่จะทำกิจกรรมของตน หากมิใช่การกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคมแล้ว ประชาชนทุกคนย่อมเลือกวิถีชีวิตซึ่งตนคิดว่าดีที่สุดได้³⁸ นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Cooley ก็มีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่าเป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการแทรกแซงเช่นกัน โดยอธิบายไว้ในคำรากฎหมายละเมิดของท่านว่า “บุคคลมีสิทธิในความคุ้มกันส่วนบุคคลอย่างสมบูรณ์ (Right of complete immunity) หรือเรียกอีกอย่างว่าสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง (Right to be let alone) สิทธิดังกล่าวนี้ส่งผลให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือความเสียหายต่อบุคคลนั้น”³⁹

อย่างไรก็ตาม การพิจารณา สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่าเป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง ตามแนวคิดของ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandies นั้นก็ยังมีปัญหาอีกหลายประการ เช่น ประเด็นความชัดเจนว่าเรื่องราวใดบ้างที่จะอยู่ในขอบเขตของสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังนอกจากนี้ Anita Allen มองว่าหากพิจารณาสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่าเป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังอาจทำให้การพิจารณาสิทธินี้กว้างเกินไป การกระทำต่อบุคคลอื่นอาจจัดเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ทั้งหมด เช่น การชกหน้าผู้อื่นหรือการแอบมอง

³⁶ Ibid.

³⁷ Union Pacific Railway Co. v. Botsford, 141 U.S. 250 (1891)

³⁸ Doe V Bolton, 410 U.S. 179,213 (ค.ศ. 1973)

³⁹ Cooley M Thomas, Treatise of the law of Torts (Chicago:Callagan and Company,1930)

ผู้อื่น⁴⁰ Ferdinand Schoeman เห็นว่า Samuel D. Warren และ Louis D. Brandies มิได้นิยามอย่างชัดเจนว่าอะไรคือสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง⁴¹ Edward Bloustein เห็นว่าบทความของ มุ่งเน้นที่การพิจารณาช่องโหว่ของกฎหมายคอมมอนลอว์สหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับละเมิดมากกว่าที่จะมุ่งสร้างแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว⁴² อย่างไรก็ตามแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังของ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandies ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญต่อการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวต่อมา

2.11 แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในแง่ของความลับ(Secrecy)

แนวคิดนี้พิจารณาสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในแง่ของความลับ (Secrecy) กล่าวคือ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจะถูกละเมิดก็ต่อเมื่อมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของบุคคล

ผู้พิพากษา Richard Posner ได้อธิบาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อาจแยกพิจารณาออกเป็นสองนัย กล่าวคือ⁴³

นัยแรก สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในแง่ของการอยู่ลำพัง (Being left alone) โดยนัยนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจะถูกละเมิดเมื่อมีการล่วงล้ำหรือรุกรานด้วยพฤติกรรมต่าง ๆ เช่น การติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง (Unsolicited contact) เสียงดังรบกวน เสียงดนตรีที่ไม่พึงประสงค์ เป็นต้น

นัยที่สอง สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในแง่การปกปิดข้อมูล (Concealment of information) โดยนัยนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจะถูกละเมิดเมื่อข้อมูลของบุคคลถูกผู้อื่นรับรู้โดยฝ่าฝืนความประสงค์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลนั้น

⁴⁰ Allen L. Anita (1988). *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Rowman & Littlefield.

⁴¹ Schoeman, Ferdinand, *Privacy: Philosophical Dimensions of literature*, “Philosophical Dimensions of privacy: An Anthology”, Schoeman, Ferdinand(ed.), (UK:Cambridge University Press,1984)

⁴² Bloustein, Edward, “Privacy as an Aspect of Human Dignity” , “Philosophical Dimensions of privacy: An Anthology”, Schoeman, Ferdinand(ed.), (UK:Cambridge University Press,1984)

⁴³Posner, Richard, *Economic analysis of law*, 5th edition (USA:Aspen Law & Business, 1998)

David H. Flaherty อ้างอิงถึงคำอธิบายของAlan F. Westin ในการพิจารณาขอบเขตของความเป็นส่วนตัว โดยแยกเป็นลักษณะต่าง ๆ สามลักษณะ⁴⁴ โดยลักษณะที่สองนั้น คือ ความเป็นส่วนตัวในเชิงความลับ (Secrecy) ในแง่มุมนี้ ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวนั้นจะมุ่งเน้นถึงการจำกัดการเข้ามาล่วงรู้ถึงข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเฉพาะตัวบุคคลนั้นๆ

ภายใต้แนวคิดนี้ บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะปกปิดข้อมูลเรื่องต่าง ๆ ของตน ดังนั้น การเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลหรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิในแง่การรักษาความลับของเจ้าของข้อมูล

2.12 แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในบริบทเชิงขอบเขต

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อาจพิจารณาได้ว่ามีลักษณะเชิงสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ ในการเกิดขึ้นและคงอยู่ของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ จะพิจารณาเปรียบเทียบ ในบริบทเชิงขอบเขตประกอบด้วย กล่าวคือในบริบทนี้จะพิจารณาแบ่งแยก ความเป็นส่วนตัว (Private) ออกจาก ส่วนที่เป็นสาธารณะ (Public) มีนักคิดจำนวนมากที่อธิบายแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทของขอบเขต จะเห็นได้ว่า แนวความคิดว่าด้วยสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกิดขึ้นมานาน ก่อนที่จะมีการ บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แนวคิดในการแบ่งแยกขอบเขต “ส่วนตัว” กับ สาธารณะ ปรากฏขึ้นตั้งแต่สมัยกรีก โรมัน ตามกฎหมายโรมันนั้น การเข้าไปในบ้านของบุคคลอื่นโดยมิได้รับอนุญาตนั้นเป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว (to enter a man's house against his will.. was regarded as an invasion of his privacy) แม้ว่าการเข้าไปเช่นนั้น จะกระทำไปโดยมีหมายก็ตาม ซึ่งตรงกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่า บ้านของบุคคลเปรียบเสมือนเป็นปราสาทของเขา (every man's house is his castle)⁴⁵ องค์ความรู้ที่ว่าด้วย เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ ในความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้เกิดจากแนวความคิดทางปรัชญา ในทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ อันเป็นพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพ คำอธิบายของนักคิดชาวตะวันตกที่มีอิทธิพลต่อสังคมตะวันตกอย่าง Thomas Hobbes, John Lock, Montesquie, Immanuel Kant ล้วนให้ความสำคัญแก่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน พื้นฐานของธรรมชาติ (Nature) โดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิพลเมือง และได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ก่อให้เกิดการแบ่งแยก เป็นกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชนในปัจจุบัน

⁴⁴ David H. Flaherty, Ibid.

⁴⁵ Hunter's Roman Law (3d ed.), 149 [Online] available from; http://historyofprivacy.net/pavesich_v.htm

⁴⁶ Mark Littman and Peter Carter-Ruck, A Report by Justice: Privacy and the Law (London: Stevens & Sons Limited,1970)

แนวคิดพื้นฐานของการพิจารณาสีทธิในความเป็นส่วนตัวจากบริบทเชิงขอบเขตนี้ มาจากความเชื่อที่ว่าธรรมชาติของมนุษย์มีความต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม แต่การอยู่ ร่วมกันในสังคมเอกชน แต่ละคนย่อมมีขอบเขต หรือพื้นที่ที่แยกต่างหากจากสังคมอย่างเคร่งครัด ซึ่งอาจเรียกได้ว่า วิถีชีวิตตามธรรมชาติของมนุษย์ อาจแบ่งได้เป็นสองส่วน คือ

1. ส่วนที่เป็น ชีวิตสาธารณะ (Public Life) คือ การดำเนินชีวิตที่ต้องมีความสัมพันธ์ กับผู้อื่น หรือต่อสาธารณชน ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากสภาพความเป็นจริงในสังคมที่ว่า ปัจเจกบุคคลย่อมไม่อาจอยู่อย่างโดดเดี่ยว (no man is an island) เนื่องจากในการดำเนินชีวิตย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในสังคมได้

2. ส่วนที่เป็น ชีวิตส่วนตัว (Private Life) คือ การดำเนินชีวิตด้วยตัวเอง เป็นชีวิตส่วนที่แยกออกจากสังคม หรือจากผู้อื่น เรียกว่า เป็นชีวิตส่วนตัว

นักวิชาการจำนวนมากยอมรับว่า การแบ่งแยกระหว่างขอบเขตส่วนตัว และสาธารณะ เป็นเรื่องที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้อย่างชัดเจน คำอธิบายต่าง ๆ โดยนักวิชาการ หรือจากคำตัดสินของศาล จึงเป็นเพียงแนวทางในการพิจารณาเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีความเป็นพลวัตร และแตกต่างกันไปตามสังคมต่าง ๆ ขอบเขตระหว่างความเป็นส่วนตัว กับ สาธารณะ จึงเกี่ยวข้องกับโครงสร้างกิจกรรม ของมนุษย์ในสังคมโดยรวม นอกจากนี้ยังผันแปรได้ตามสมัยนิยม และแนวความคิดว่าด้วย ศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัย⁴⁶ ดังนั้น ขอบเขตดังกล่าวจึงไม่ควรจำกัด แต่เพียงข้อพิจารณาเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมาย และแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันเท่านั้น แต่ควรศึกษา แนวคิดคำสอน และแนวทางปฏิบัติดั้งเดิมในสมัยโบราณประกอบด้วย

การแบ่งแยกขอบเขตระหว่าง “ส่วนตัว” กับ “สาธารณะ” ในสมัยโบราณพบได้จากทฤษฎี “divine right of kings” ซึ่งนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขต “ส่วนตัว” กับ “สาธารณะ” หลักการนี้อธิบายว่าพื้นที่สาธารณะ คือพื้นที่ที่มีขอบเขต หรือกว้างขวาง เพียงแค่พื้นที่ ส่วนตัวของกษัตริย์เท่านั้น ในขอบเขตดังกล่าว ทุกคนต้องให้ความเคารพ เพราะถือว่าเป็นสิทธิที่พระเจ้าประทานมาให้แก่กษัตริย์เท่านั้น เหตุผลที่ถือว่าทรัพย์สินส่วนตัวของกษัตริย์อยู่ในขอบเขต สาธารณะ เพราะหากจะว่ากันจริง ๆ แล้ว ทรัพย์สินของกษัตริย์มีไว้เพื่อการพัฒนารัฐ หรือ ชาติ บ้านเมือง ดังนั้น บทบัญญัติหรือกฎหมายที่ใช้กับทรัพย์สินของเอกชน นอกจากนี้ในระบอบการ ปกครองระบอบศักดินา กษัตริย์สามารถประทานทรัพย์สินหรือศักดินาแก่บุคคลใดก็ได้ที่สวามิภักดิ์ บุคคลเหล่านั้นก็จะได้รับสิทธิดังกล่าวไปด้วย และสิทธิที่บุคคลหนึ่ง

ได้รับความกรุณาจากกษัตริย์ เป็นสิทธิที่ทุกคนต้องให้ความเคารพ และไม่สามารถมีใครกล่าวอ้างต่อสิทธินั้นได้เช่นกัน⁴⁷

จากแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า ในมุมมองดังกล่าวมีการแสดงถึงขอบเขตของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นกัน เช่น John Locke อธิบายขอบเขตส่วนตัว และขอบเขตสาธารณะไว้ในงานเขียน The Second Treatise on Government (ค.ศ. 1660) “ส่วนตัว” หมายถึง สถานที่บุคคลมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ที่จะกำหนดการกระทำของตนเอง กำหนดการใช้ทรัพย์สินของตน และกำหนดความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ ตามที่เขาคิดว่าสมควรภายใต้ขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติ John Locke ได้เสนอแนวความคิด ทรัพย์สินส่วนตัว บุคคลควรมีสิทธิในทรัพย์สินของเขาเองอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากทรัพย์สินนั้นบุคคลได้มาตามความเหนื่อยยาก และด้วยแรงงานของเขา ด้วยเหตุนี้สิ่งใดที่เขาได้มาได้ยึดถือเพื่อตัวเองเป็นทรัพย์สินส่วนตัว และแบ่งแยกต่างหากจากสาธารณะ หรือของคนทั่วไปในสังคม⁴⁸ อย่างไรก็ตาม John Locke สรุปว่าการแบ่งขอบเขตของสาธารณะกับส่วนตัวจริง ๆ แล้วมีความซับซ้อนอีกมาก

David H. Flaherty อ้างอิงถึงคำอธิบายของ Alan F. Westin ในการพิจารณาขอบเขตของความเป็นส่วนตัว โดยแยกเป็นลักษณะต่าง ๆ 3 ลักษณะ¹⁶ กล่าวคือ

1 ความเป็นส่วนตัวที่จะอยู่อย่างสันโดษ (solitude) โดยมุ่งเน้นในเชิงกายภาพ กล่าวคือ การจำกัดการเข้าถึงโดยบุคคลอื่น ๆ

2 ความเป็นส่วนตัวในเชิงความลับ (Secrecy) ในแง่มุมนี้ ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวนั้นจะมุ่งเน้นถึงการจำกัดการเข้ามาล่วงรู้ถึงข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเฉพาะตัวบุคคลนั้น ๆ

3 ความเป็นส่วนตัวในเชิงการมีอิสระเหนือกิจกรรมต่าง ๆ ของตน (Autonomy) ในแง่มุมนี้ บุคคลมีความสามารถในการคิดและตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของตนว่าจะกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลนั้น

Alan F. Westin ยังอธิบายว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว พิจารณาได้จากหลายบริบท โดยอธิบายว่าการพิจารณาความเป็นส่วนตัวนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีมิติ ไม่อาจพิจารณาเพียงด้านใดหรือมิติใดเพียงประการเดียวได้

⁴⁷Maurizio Passerin d'Entrèves and Ursula Vogel Editor, Public and Private : Legal, political and philosophical perspectives. (New York : Routledge, 2000)

⁴⁸Judith Wagner Decew, Ibid.

¹⁶David H. Flaherty, Ibid.

จะต้องพิจารณามิติต่าง ๆ ประกอบกัน นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงมิติทางสังคม และวัฒนธรรมประกอบกัน จึงอาจเพียงพอแก่การศึกษาถึงความเป็นส่วนตัว⁴⁹

Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis ได้กล่าวถึง ขอบเขตของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้โดยแบ่งแยกความเป็นส่วนตัวไว้สองกรณี กล่าวคือ

1. ความเป็นส่วนตัวในทางนามธรรม เกี่ยวกับ การที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงอารมณ์ และความรู้สึก เสรีภาพในทางความคิด

2. ความเป็นส่วนตัวในทางรูปธรรมหรือทางกายภาพ เกี่ยวกับ การอยู่โดยลำพัง ปราศจาก การรบกวน กล่าวคือ เป็นสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ และปราศจากการแทรกแซงทางสังคม

Warren และ Brandeis อธิบายว่าการอยู่อย่างสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม เป็น ขอบเขตที่บุคคลควรได้รับความเคารพ และได้รับความคุ้มครอง เพื่อให้สามารถพัฒนาบุคลิก ลักษณะตามที่ต้องการ และมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ และเป็น ความพอใจตราบเท่าที่การแสวงหาความสุขนั้นไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น หรือสาธารณะ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่จะอยู่อย่างสันโดษในขอบเขตหนึ่ง ซึ่งหากเกินจากขอบเขตนี้ไปจะเป็นขอบเขตที่บุคคลนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับสาธารณะ

แนวความคิดดังกล่าวปรากฏในบทความในปี.ศ. 1980 ที่มีชื่อเสียงและมีอิทธิพลต่อการพัฒนาการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของสหรัฐอเมริกาต่อมา นั่นคือบทความเรื่อง “The right to Privacy” โดย Warren และ Brandies⁵⁰

Judith Wegner อธิบายการแบ่งแยกขอบเขตส่วนตัวกับสาธารณะ โดยอ้างอิง คำสอนของ Aristotle ในคำสอนเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์ ในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ย่อมประกอบไปด้วยชีวิต 2 ส่วน คือ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับ สาธารณชน และส่วนที่แยกออก จากสาธารณชนซึ่ง Aristotle อธิบายว่า ในขอบเขตที่เรียกว่า polis นี้ ด้วยเหตุที่ธรรมชาติของมนุษย์ ต้องมีการรวมตัวกันเป็นกลุ่มเป็นสังคม มนุษย์มีความตั้งใจที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในสังคมอย่างเต็มที่ แต่การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม บุคคลแต่ละคนมีขอบเขตที่เรียกกันว่า oikis ซึ่งเป็นพื้นที่ ที่แยกต่างหากจากสังคมอย่างเคร่งครัด ซึ่งได้แก่ บ้าน และวิถีการดำเนินชีวิตของสมาชิกในบ้าน หรือในครอบครัว การมีเพศสัมพันธ์ การเกิด การตาย จากคำสอนนี้ oikis

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Warren D Samuel , Brandies D., The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV December 15, 1890, [Online] available at <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>.

น่าจะหมายถึงเขตแดน ที่เป็น “ส่วนตัว” และกิจกรรมที่เป็นการเฉพาะตัวบุคคล และสมาชิกในครอบครัว ส่วน polis น่าจะ หมายถึงพื้นที่ “สาธารณะ” ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวทางการแบ่งแยกขอบเขตความเป็นส่วนตัวกับสังคมด้วยปัจจัย 3 ประการ กล่าวคือ

1. โครงสร้างของกิจกรรมของมนุษย์ โดยแบ่งเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับสาธารณชน และ กิจกรรมที่เป็นการเฉพาะตัว

2. วัตถุประสงค์ของกิจกรรม

3. แนวทางปฏิบัติในการดำเนินชีวิตในสังคม

การแบ่งขอบเขตต้องประกอบไปด้วยข้อพิจารณาทั้ง 3 ประการ จะยึดถือเพียงข้อใด ข้อหนึ่งไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับโครงสร้างโดยรวมของสังคม

Hillel Steiner เสนอทฤษฎี อสมมาตร (Asymmetry thesis)⁵¹ ในการแบ่งแยกขอบเขตส่วนตัว และ สาธารณะ กล่าวคือ ทั้งความเป็นส่วนตัวและสาธารณะนั้น ต่างมีส่วนที่ไม่เหมือนกัน (Having sides that are not alike) โดยมีลักษณะดังนี้

1. เป็นสิ่งที่อยู่ตรงข้ามกัน หรือไม่เหมือนกันโดยสิ้นเชิง (Entirely non-identical)

2. สาระสำคัญของทั้งสองสิ่งมีที่มาจากซึ่งกันและกัน (the contents of the former are instrumentally derived from the content of the latter)

ลักษณะสองประการนี้ เปรียบได้กับวงกลม 2 วงซ้อนทับกันอยู่ ในวงกลมใหญ่เปรียบ กับพื้นที่ “สาธารณะ” ซึ่งมีวงกลมเล็ก ซึ่งเปรียบกับพื้นที่ “ส่วนตัว” หากพื้นที่วงกลมเล็ก (ส่วนตัว) มี มากพื้นที่วงกลมใหญ่ (สาธารณะ) ก็จะมีน้อยลง หรือเช่นเดียวกัน หากพื้นที่วงกลมใหญ่ (สาธารณะ) มีมาก ก็จะทำให้พื้นที่วงกลมเล็ก (ส่วนตัว) น้อยลง

ทฤษฎี อสมมาตร หรือ “Asymmetry thesis” แสดงให้เห็นถึงลักษณะความสัมพันธ์ (relative) ของ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว กล่าวคือ ถึงแม้ว่าขอบเขตของสิทธิทั้งสอง จะเป็นขอบเขตที่อยู่ตรงข้ามกัน แต่ ความมีอยู่ของขอบเขตนั้นแค่นั้นเพียงใด ย่อมมีความสัมพันธ์กันอยู่และ ถือเป็นตัวกำหนดขอบเขตเนื้อหา สาระซึ่งกันและกันอยู่ อย่างไรก็ตาม Hillel Steiner มิได้จำแนกรายละเอียดว่า สิ่งใด หรือกิจกรรมใด บ้างจัด อยู่ในขอบเขตส่วนตัว และสิ่งใด หรือกิจกรรมใดบ้างจัดอยู่ในขอบเขตของสาธารณะ เพียงแต่อธิบายถึงสิ่งสอง สิ่ง ตรงข้ามกัน อย่างไรก็ตามพื้นที่ตรงข้ามกันนี้ ต้องเป็นพื้นที่ซึ่งวิญญูชนทั่วไปสามารถยอมรับได้ ซึ่งอาจเรียก ได้ว่า เป็นสิ่งที่ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นพ้อง หรือได้มีการสรุปรวมกันว่าสิ่งนั้นมี คุณค่าหรือมีเหตุ

⁵¹Maurizio Passerin d' Entreves and Ursula Vogel Editor, Public and Private: Legal, Political and philosophical perspectives (Routledge,2000),

สมควรยอมรับได้⁵² ซึ่ง John Rawls อธิบายว่า เหตุสมควรที่ประชาชนยอมรับได้นี้⁵³ เรียกว่า Public reason กล่าวคือ เป็นคุณค่าร่วมกันของประชาชน ซึ่งอาจผ่านกระบวนการโต้แย้งการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น หรือ การแสดงความรู้สึกว่าเห็นด้วยหรือไม่ แม้ว่าแนวคิดดังกล่าวจะไม่อาจระบุเจาะจงถึงกิจกรรมหรือพฤติกรรมที่อยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัว และขอบเขตสาธารณะได้อย่างชัดเจน แต่ก็เป็นการรอบแนวคิดที่สำคัญในการพิจารณาสิทธิในความเป็นส่วนตัวในบริบทเชิงขอบเขต สำหรับประเด็นที่ว่า กิจกรรมหรือพฤติกรรมใดที่จัดอยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัว ก็ต้องพิจารณาไปในบริบทของแต่ละสังคมและวัฒนธรรมนั่นเอง ขอบเขตนี้สามารถใช้เป็นกรอบในการพิจารณาว่า กิจกรรมหรือพฤติกรรมเกี่ยวกับการถูกถ่ายภาพ จะอยู่ในขอบเขตส่วนบุคคลที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครอง หรืออยู่ในขอบเขตสาธารณะ ซึ่งได้รับความคุ้มครองน้อยกว่า

Hannah Arendt อธิบายลักษณะสำคัญของพื้นที่ “สาธารณะ” ซึ่งเป็นด้านตรงข้ามของ พื้นที่ส่วนตัวไว้ว่า

1. เป็นพื้นที่ที่ทุกอย่างสามารถเปิดเผยได้ เป็นที่ที่ทุกอย่างสามารถปรากฏแก่สายตา ของทุกคนสามารถได้ยิน ได้ฟัง และเป็นสิ่งที่สามารถเผยแพร่ได้อย่างกว้างขวาง
2. เป็นที่ที่บุคคลดำเนินชีวิตในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชนคนอื่น ๆ เป็นพื้นที่ที่ประชาชนสามารถพบปะ สังสรรค์ แลกเปลี่ยนความคิดเห็น โต้แย้ง พุดคุยถึงความแตกต่าง และ เพื่อหาข้อสรุปร่วมกันในสิ่งที่สังคมให้ความสนใจ หรือเรื่องที่มีผลกระทบต่อสังคม

ในทางตรงข้ามกับพื้นที่สาธารณะ ก็คือ พื้นที่ “ส่วนตัว” คือ พื้นที่ที่มีลักษณะตรงข้าม หรือส่วนที่แยกออกจาก พื้นที่สาธารณะ และลักษณะทั้งสองประการที่เกิดขึ้นในพื้นที่สาธารณะนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยในพื้นที่ส่วนตัว⁵⁴

หลักกฎหมายเยอรมันอธิบายการแบ่งแยกขอบเขต “ส่วนตัว” กับ “สาธารณะ” โดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เรื่องที่ไม่มีความเกี่ยวข้องหรือไม่ได้มีผลกระทบต่อสังคม เช่น เรื่องราวของบุคคลที่ ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่น หรือไม่มีผลต่อสาธารณะ ได้แก่เรื่องเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ทรัพย์สิน
2. กิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคล คือ สิทธิที่จะถอนตัวออก จากสังคม พฤติกรรมของเฉพาะตัวของบุคคล หรือกิจกรรมทางสังคม และวัฒนธรรม เช่น การ ดำเนินชีวิตของสมาชิก

⁵² Ibid

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid .

ในครอบครัวการทำมาหาได้ซึ่งทรัพย์สินเงินทอง ที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อ สังคม การประกอบอาชีพ การติดต่อสื่อสาร ความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ เช่น ความสัมพันธ์กับเพื่อนบ้านเพื่อนร่วมงาน หรือภายในกลุ่มบุคคลที่ตั้งขึ้น ความสัมพันธ์ทางเพศ เป็นต้น

3. การติดต่อสื่อสาร หรือการสนทนาในเรื่องที่มีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคล เช่น การติดต่อสื่อสารทางจดหมาย การสนทนาทางโทรศัพท์ โทรเลข หรือทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่อาจถูกให้คำนิยามอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวซึ่งสมาชิกของสังคมมีเหตุผลควรคาดหมายได้ว่า เรื่องราวดังกล่าวสมควรได้รับการเก็บไว้กับตัวเราเอง เช่น การเขียนจดหมายตอบโต้ หรือเอกสารของตัวเขา หรือเรื่องราวที่เกี่ยวกับร่างกายจิตใจ เรื่องครอบครัว บ้าน หรือความสัมพันธ์อื่น ๆ ของตัวเขา⁵⁵

จากหลักกฎหมายเยอรมันดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นแนวทางการแบ่งแยกขอบเขตของ “ส่วนตัว” กับ “สาธารณะ” ซึ่งไม่สามารถพิจารณาจากปัจจัยอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงประการเดียวได้ ต้องพิจารณาในแง่มุมต่าง ๆ ดังที่กล่าวแล้วประกอบกัน กรณีนี้ Jed Rubenfield ศาสตราจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย Yale ได้ ให้เหตุผลไว้ว่า การให้ความหมายของความเป็นส่วนตัวที่ดีที่สุดก็ เหมือนกับการพิจารณาว่าภาพยนตร์นั้นเป็นลามกอนาจารหรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาอาจไม่สามารถบอกได้เข้าข่ายลามกอนาจารหรือไม่ แต่จะสามารถรู้ได้เมื่อได้ชมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ในการวินิจฉัยว่าเรื่องใดเป็นเรื่อง “ส่วนตัว” หรือไม่จะทราบได้จะต้องได้เห็นเรื่องนั้นเสียก่อน⁵⁶

ดังนั้น หากพิจารณาภายใต้แนวคิดนี้ จะเห็นได้ว่า การพิจารณา ว่าสิ่งใดอยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัว ไม่อาจพิจารณาได้จากลายลักษณ์อักษร แต่ต้องพิจารณาจาก เนื้อหาของเรื่องนั้นๆ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วอาจกล่าวได้ว่า สิ่งเหล่านี้อยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัว

1. บารุณภาพในทางกายภาพของบุคคล กล่าวคือ ความเป็นส่วนตัวในทางกายภาพ หรือเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตัวเองได้ตามเจตจำนงที่ประสงค์ เพื่อสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง หรือพัฒนาบุคลิกภาพ ของตนเอง ซึ่งการที่บุคคลจะสามารถใช้

⁵⁵ Patrick Birkinshaw, Ibid.

⁵⁶ Jed Rubenfield, The Right of Privacy, Harvard Law Review 102, February, 1989. (Jed Rubenfield, ได้อ้างถึงคดี Jacobellis v. Ohio 376 U.S. 184,197 ,1964)

สิทธิดังกล่าวได้นั้น แต่ละบุคคลต้องเคารพในสิทธิในชีวิต และร่างกาย และเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน⁵⁷

2. ข้อมูลอันมีลักษณะเป็นส่วนตัวของคุณบุคคล ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นข้อมูลข่าวสารที่ไม่ใช่ใครก็ได้ที่จะสามารถเข้าถึงได้ การเก็บเป็นความลับ หรืออย่าง น้อยต้องสามารถปฏิเสธมิให้มีการนำไปเปิดเผยได้ ซึ่งในความหมายนี้บุคคลต้องมีความสามารถ ในการคิดและตัดสินใจได้ด้วยตนเอง (Self – Determination) บุคคลมีสิทธิที่จะกำหนดขอบเขต และตัดสินใจเกี่ยวกับการข้อมูลข่าวสาร ที่เกี่ยวกับตนเองว่าจะเปิดเผย หรือเผยแพร่ต่อสาธารณะ หรือบุคคลภายนอกได้ทราบแค่ไหนเพียงไรและด้วยเจตนาที่แท้จริง มิใช่เกิดจากการ หลอกลวง หลงผิด หรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เพราะการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลบางประการ เช่น ข้อมูลข่าวสารที่มีความละเอียดอ่อน การเปิดเผยไม่เป็นเพียงแค่เปิดเผยให้สาธารณะ หรือบุคคลภายนอกได้รู้แล้ว ก็จบกันไป แต่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิเสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง และชีวิตความเป็นอยู่ของเจ้าของข้อมูลข่าวสารนั้นแนวความคิดการใช้สิทธิพัฒนาบุคลิกภาพของตนเกิดจากแนวความคิดในการยอมรับว่าศักดิ์ศรีของมนุษย์ เป็นสิ่งที่แต่ละคนไม่ได้บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของเขา ได้แก่ สิทธิของบุคคลที่จะใช้ชื่อ สิทธิที่มีเหนือชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ภายในขอบเขต “ส่วนตัว”(Private Sphere)ปัจเจกชนแต่ละคนย่อมมีอิสระในการ กระทำการ หรือละเว้นกระทำการใด ๆ โดยปราศจากความเกี่ยวข้องจากสังคม บุคคลมีสิทธิที่จะกีดกันปัจเจกชนคนอื่น หรือแม้แต่รัฐมิให้รบกวน หรือล่วงละเมิดในพื้นที่ส่วนตัวนี้ได้ บุคคล ต้องมีความสามารถในการคิด และตัดสินใจได้ด้วยตนเอง (Self – Determination) ในการตัดสินใจในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตส่วนตัวของตน

จากการพิจารณาสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทเชิงขอบเขตดังกล่าว ผู้วิจัย ตั้งข้อสังเกตว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว นั้นมีลักษณะสำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการแรก ขอบเขตความเป็นส่วนตัวมีลักษณะความเป็นอัตวิสัย (Subjective) ขึ้นอยู่กับตัวแปรด้านวัฒนธรรมและทัศนคติของคนในสังคมนั้นๆ

ประการที่สอง ขอบเขตความเป็นส่วนตัวของคุณบุคคล มีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา กิจกรรมบางอย่างที่เคยอยู่ในขอบเขตสาธารณะในยุคสมัยหนึ่ง อาจแปรสภาพเป็นสิ่งซึ่งอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัว ในอีกยุคสมัยหนึ่ง

เนื่องจากลักษณะความเป็นพลวัตของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ที่ไม่คงที่ (static) เนื่องจากสามารถเปลี่ยนแปลง ขยายความออกไป ดังนั้น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) อาจแตกย่อยออกมา

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543)

เป็นสิทธิต่างๆได้อีกหลายประการ เช่น สิทธิในการดำเนินชีวิตและกำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง (Self-determination) สิทธิในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น สิทธิที่จะสมรสหรือสร้างครอบครัว สิทธิที่จะทำแท้ง สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเลือกศาสนาและการเมือง⁵⁸ เมื่อสภาพสังคมมีการพัฒนาเทคโนโลยีก็มีการเรียกร้องสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในมิติต่าง ๆ เพิ่มขึ้น เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม⁵⁹ สิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนด้วยการติดต่อจากธุรกิจขายตรงโดยผู้รับการติดต่อมิได้เรียกร้อง⁶⁰ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะเป็นพลวัตสามารถพัฒนาขยายตัวออกไปได้ตามสภาพสังคมและพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นอาจมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวชนิดใหม่ ๆ เกิดขึ้นมาได้เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปอีกในอนาคต

จากลักษณะพื้นฐานของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่มีลักษณะความเป็นอัตวิสัยและความเป็นพลวัตดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถนำมาประกอบการพิจารณา เรื่องราว กิจกรรม และพฤติกรรมต่าง ๆ ว่าจะจัดอยู่ในขอบเขตใด กล่าวคือ หากพิจารณาอย่างกว้างๆในบริบททางสังคม วัฒนธรรม ทั่วไปแล้ว เรื่องในกลุ่มต่อไปนี้ อาจจัดอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวได้

- 1 เรื่องเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย การประกอบกิจกรรมส่วนตัวเช่น การแต่งกาย การขับถ่าย การประกอบอาชีพ การมีเพศสัมพันธ์
- 2 เรื่องเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารเฉพาะตัว เช่น สิทธิในการสนทนาทางโทรศัพท์โดยปราศจากการดักฟังจากบุคคลอื่น สิทธิที่จะไม่ถูกเปิดดูจดหมายที่จำหน่ายถึงตน
- 3 เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล เช่น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน
- 4 เรื่องเกี่ยวกับทัศนคติและความเชื่อ เช่น สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา หรือแนวคิดทางการเมือง รวมถึงรสนิยมการดำเนินชีวิตในเรื่องต่าง ๆ

⁵⁸ Trudy Hayden, Evan Hendricks, Jack D. Novik, Your Right to Privacy : A basic Guide to Legal Rights in an Information Society (US: Southern Illinois University Press, 1990)

⁵⁹ คณาธิป ทองรวีวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จ, 2552)

⁶⁰ คณาธิป ทองรวีวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง, (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จ, 2553)

โดยทั่วไปแล้วเรื่องเหล่านี้จัดว่าอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวซึ่งปัจเจกบุคคลย่อมสามารถเลือกกำหนดและตัดสินใจ โดยปราศจากการสอดเข้าเกี่ยวข้องจากรัฐหรือบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีรัฐอาจเข้ามาแทรกแซงด้วยเหตุผลของประโยชน์สาธารณะเช่น การจำกัดสิทธิในทางทรัพย์สิน เป็นต้น

2.13 แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในบริบทของข้อมูลส่วนบุคคล

หากพิจารณาสหสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในแง่ข้อมูลแล้ว งานวิจัยนี้พบว่าแนวคิดการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสะท้อนออกมาในหลักกฎหมายอันจะเห็นได้จากกฎหมายภายในของประเทศต่างๆซึ่งกำหนดขอบเขตและนิยาม ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลแตกต่างกันออกไป นอกจากกฎหมายภายในของประเทศต่างๆแล้ว ในระดับระหว่างประเทศยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการนิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย โดยอาจพิจารณาเป็นตัวอย่างได้ดังต่อไปนี้

ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ จะเห็นได้จากการที่ องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ได้กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการส่งผ่านข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศ (OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data) โดยได้นิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่า หมายถึง ข้อมูลข่าวสารใดเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ระบุหรือสามารถระบุตัวบุคคลได้⁶¹

สำหรับในระดับของกฎหมายประเทศต่าง ๆ นั้น จะเห็นได้ว่ามีหลายประเทศได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ

ในกรณีสหภาพยุโรป (European Union) นั้น EU Directive 95/46/EC, The Data Protection Directive ได้กำหนดนิยาม ข้อมูลส่วนบุคคล (personal data) ไว้ว่า หมายถึง ข้อมูลข่าวสารใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งระบุหรือสามารถระบุตัวบุคคลได้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยเฉพาะการอ้างถึงเลขรหัสประจำตัวหรือปัจจัยเฉพาะอื่นๆเกี่ยวกับลักษณะทางกายภาพ จิตวิทยา จิตใจ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และสถานะทางสังคม⁶²

⁶¹ "personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject); OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, part 1 , general definition, [Online] available from, <http://www.oecd.org/document>

⁶² "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or

สหราชอาณาจักร ได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูล (The Data Protection Act 1998 (DPA)) ตามแนวทางของ Directive 95/46/EC โดยนิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล (personal data) ไว้ว่าหมายถึง “ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของบุคคลซึ่งสามารถระบุตัวบุคคลได้จากข้อมูลนั้นเอง หรือจากข้อมูลหรือจากข่าวสารจากการควบคุมของผู้ควบคุมข้อมูล และรวมถึงการแสดงความคิดเห็น คำบอกเล่าใด ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลที่ผู้อื่นหรือบุคคลที่สามได้กล่าวถึงเจ้าของข้อมูล”

ประเทศออสเตรเลียได้มีการออกกฎหมายความเป็นส่วนตัว (The Privacy Act 1998) นิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล ("personal information") ไว้ว่า หมายถึงข้อมูลหรือความคิดเห็น ซึ่งรวมถึงข้อมูลหรือความคิดเห็นที่เป็นส่วนหนึ่งของฐานข้อมูล ไม่ว่าจะถูกต้องหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าจะถูกบันทึกอยู่ในรูปแบบใดที่สามารถบ่งชี้ตัวบุคคลได้อย่างชัดเจน หรือสามารถยืนยันได้จากข้อมูลหรือความเห็น⁶³

ประเทศแคนาดา ได้มีการออกกฎหมาย “Personal Information Protection and Electronic Document Act , 2000” โดยได้นิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่า “ข้อมูลข่าวสารที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ แต่ไม่รวมถึง ชื่อ ตำแหน่ง หรือที่อยู่ทางธุรกิจ หรือหมายเลขโทรศัพท์ของลูกจ้างในองค์กร”⁶⁴

สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ แต่การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้มีการบัญญัติรวมไว้ในหลักการของ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งได้นิยามความหมายของ “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ไว้ในมาตรา 4 ว่า หมายถึง “ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้

indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

⁶³ “personal information” means information or an opinion (including information or an opinion forming part of a database), whether true or not, and whether recorded in a material form or not, about an individual whose identity is apparent, or can reasonably be ascertained, from the information or opinion. The Privacy Act 1998 [online] available from, <http://www.oecd.org/document> <http://www.austlii.edu.au/au/legis/>

⁶⁴ “personal information” means information about an identifiable individual, but does not include the name, title or business address or telephone number of an employee of an organization.

ให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึง ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย”

ดังนั้น แม้กฎหมายประเทศต่างๆจะนิยามความหมายและขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคลไว้แตกต่างกัน แต่จะเห็นได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นข้อมูลที่สามารถบ่งระบุตัวบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่แนวคิดทางกฎหมายมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองในฐานะเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลประการหนึ่งของบุคคล

หากพิจารณาความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลโดยทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการบ่งชี้เฉพาะ (Identify) ตัวบุคคลนั้นออกจากบุคคลอื่น ซึ่งข้อมูลอันเป็นเอกลักษณ์ และมีลักษณะบ่งเฉพาะนี้ ตัวอย่างเช่น

ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติทางพันธุกรรมของบุคคล เช่น รหัสทางพันธุกรรม กลุ่มเลือด ลายพิมพ์นิ้วมือ ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติทางกายภาพของบุคคล เช่น น้ำหนัก ส่วนสูง ความสมบูรณ์หรือความพิการทางร่างกาย

ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติทางสังคมของบุคคล เช่น การศึกษา อาชีพ ตำแหน่งหน้าที่การงาน ความเป็นสมาชิกขององค์กรต่าง ๆ

ข้อมูลเกี่ยวกับทัศนคติ ความคิด ความเชื่อของบุคคล เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการนับถือศาสนา ข้อมูลเกี่ยวกับความเชื่อทางการเมือง รสนิยมทางเพศ เป็นต้น

ข้อมูลเชิงพฤติกรรมของบุคคล ข้อมูลเหล่านี้จะเกี่ยวกับพฤติกรรมในด้านต่างๆของบุคคล ซึ่งทำให้สามารถทราบลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้นๆได้ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการเดินทางของบุคคล ข้อมูลเกี่ยวกับบริโภคสินค้าและบริการของบุคคล

ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติที่กำหนดขึ้นในการบ่งชี้ตัวบุคคล ด้วยวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น เพื่อวัตถุประสงค์ทางการปกครองและการดำเนินนโยบายบางประการของรัฐ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับ ชื่อ นามสกุล หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน หมายเลขประกันสังคม ข้อมูลที่กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า พาณิชย เช่น หมายเลขบัญชีเงินฝากธนาคาร หมายเลขบัตรเครดิต รหัสในการเข้าสู่ระบบการทำธุรกรรมต่างๆ ข้อมูลที่กำหนดขึ้นเพื่อการติดต่อสื่อสาร เช่น หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่ทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Email address)

ข้อมูลส่วนบุคคล (Personal data) นั้นนอกจากจะจำแนกพิจารณาเป็นข้อมูลด้านต่างๆดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังสามารถจำแนกประเภทข้อมูลส่วนบุคคลได้อีกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป และข้อมูลส่วนบุคคลประเภทละเอียดอ่อน

1 ข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป (Non-sensitive data) กล่าวคือข้อมูลข่าวสารใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งสามารถบ่งชี้หรือบ่งเฉพาะ (identify) ตัวบุคคลนั้นออกจากบุคคลอื่น ๆ ได้ เช่น ชื่อ นามสกุล อายุ รวมทั้งลักษณะกายภาพของบุคคล

2 ข้อมูลส่วนบุคคลประเภทละเอียดอ่อน (Sensitive data) กล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารใดๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลนั้นๆที่มีความเปราะบางหรืออ่อนไหวในการเปิดเผยให้บุคคลอื่นได้รับทราบ เช่น วิธีการดำเนินชีวิต ข้อมูลสุขภาพ ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินคดี ข้อมูลเกี่ยวกับสถานะทางการเงิน ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินธุรกรรมทางการเงิน ข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เป็นต้น

ตัวอย่างของกฎหมายที่จำแนกข้อมูลส่วนบุคคลโดยพิจารณาจากความละเอียดอ่อนของข้อมูล เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูล (Data Protection Act) ของประเทศอังกฤษ ซึ่ง นิยามความหมายของ ข้อมูลส่วนบุคคลละเอียดอ่อน (Sensitive personal data) ไว้ว่าหมายถึงข้อมูล เช่น เชื้อชาติ ความเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา ข้อมูลว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานหรือไม่ ข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพกายและสุขภาพจิต ข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ เป็นต้น⁶⁵

อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ในสังคมปัจจุบันทำให้เป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคลว่า ข้อมูลส่วนบุคคลใดเป็นข้อมูลทั่วไป ที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นรับทราบได้ หรือเป็นข้อมูลละเอียดอ่อนที่ควรคุ้มครองไม่ให้เปิดเผยต่อบุคคลอื่น ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศต่างๆ อาจกำหนดขอบเขตการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับการนิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลว่าจะมีความกว้างหรือความแคบในเชิงขอบเขตและคำนิยามอย่างไร

⁶⁵ Data Protection Act 1998 , Part I, 2 Sensitive personal data means personal data consisting of information as to -

(a) the racial or ethnic origin of the data subject,

(b) his political opinions,

(c) his religious beliefs or other beliefs of a similar nature,

(d) whether he is a member of a trade union (within the meaning of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992),

(e) his physical or mental health or condition,

(f) his sexual life,

[Online] available from, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>

2.14 กรอบแนวคิดการจำแนกพฤติกรรมอันส่งผลกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล

ตามหลักทฤษฎีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอาจจำแนกพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลได้ 3 กลุ่มคือ⁶⁶

- (1) การเก็บข้อมูล (Data collection)
- (2) การประมวลผลข้อมูล (Data processing)
- (3) การเปิดเผยข้อมูล (Data dissemination)

จะเห็นได้ว่า การกระทำพฤติกรรมทั้ง 3 กลุ่มดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของข้อมูลซึ่งนำไปสู่ประเด็นการพิจารณาทางกฎหมายว่า กฎหมายควรเข้ามาคุ้มครองเจ้าของข้อมูลจากพฤติกรรมดังกล่าวอย่างไร

จากการศึกษาแนวคิด ความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และข้อมูลส่วนบุคคล จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีรากฐานมาจากแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งจัดเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งอันอาจจำแนกพิจารณาได้หลายมิติ โดยสิทธิในแง่ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจัดเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่สำคัญในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศซึ่งมีการกระทำเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนอย่างกว้างขวางทั้งภาครัฐและเอกชน แนวคิดทฤษฎีนี้เป็นที่มาของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและกฎหมายไทยซึ่งนำแบบอย่างมาจากยุโรปด้วย

สำหรับในส่วนของความยินยอม (Consent) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ก็สะท้อนให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว โดยเฉพาะในแง่ของสิทธิในการเลือกที่จะให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัวของคุณ ซึ่งสิทธิในการเลือกนี้อาจอยู่ในรูปแบบของการแสดงออกในการให้ความยินยอม หรือหากพิจารณาในกรอบแนวคิดเกี่ยวกับขอบเขตของความเป็นส่วนตัวก็จะเห็นได้ว่าความยินยอมเป็นการแสดงออกของคุณในการกำหนดจำแนกว่าขอบเขตใดที่บุคคลอื่นจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับตนได้

⁶⁶ Solove, Daniel.(2006). A Taxonomy of Privacy. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, No. 3, p. 477.

บทที่ 3

หลักกฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้มีขอบเขตเปรียบเทียบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรปและไทย เฉพาะในประเด็นความยินยอม (Consent) อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับประเทศสมาชิกโดยมีฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ในบทนี้จึงศึกษาถึงกรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังนี้

ระดับที่หนึ่ง หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ในหัวข้อ 3.1 จะได้ศึกษาหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Guidelines) หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ APEC หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของอาเซียน (ASEAN) สำหรับกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งมีผลผูกพันประเทศสมาชิกนั้นจัดอยู่ในระดับนี้

ระดับที่สอง หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามความตกลงทวิภาคี ในหัวข้อ 3.2 จะได้ศึกษาความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี Safe Harbour ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี Privacy shield

ระดับที่สาม หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายภายในประเทศ โดยในหัวข้อ 3.3 จะยกตัวอย่างกฎหมายภายในประเทศสหภาพยุโรป เช่น สหราชอาณาจักร และกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ในบทนี้จะศึกษาและชี้ให้เห็นกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้ง 3 ระดับดังกล่าว ในหัวข้อ 3.1-3.3 หลังจากทำการศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยและสหภาพยุโรปแล้ว งานวิจัยนี้จะศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือเป็นพื้นฐานของการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ โดยเฉพาะพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะศึกษาในหัวข้อ 3.4

3.1 หลักกฎหมายและข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในหัวข้อนี้จะศึกษาหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Guidelines) หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ APEC หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของอาเซียน (ASEAN)

3.1.1 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Guidelines)

ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ นั้น องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ได้กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการส่งผ่านข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศ (OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data) โดยวางหลักการเกี่ยวกับการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้ประเทศต่างๆ พิจารณานำไปปฏิบัติไว้ในกฎหมายภายใน หลักการที่สำคัญเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลที่แนวปฏิบัติของ OECD กำหนดไว้ มีดังต่อไปนี้⁶⁷

1. หลักข้อจำกัดในการเก็บรวบรวมข้อมูล (Collection Limitation Principle) หลักนี้กำหนดว่า การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องเป็นไปโดยมีข้อจำกัด วิธีการในการแสวงหาและเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเป็นวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปโดยการรับรู้และยินยอมของเจ้าของข้อมูล (With The Knowledge or Consent of The Data Subject)

2. หลักคุณภาพของข้อมูล (Data Quality Principle) ข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บจะต้องเป็นข้อมูลที่มีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการใช้ และต้องเป็นข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์และเป็นปัจจุบัน

3. หลักการกำหนดวัตถุประสงค์ (Purpose Specification Principle) หลักการนี้กำหนดให้ต้องมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลที่ชัดเจน

4. หลักข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูล (Use Limitation Principle) หลักการนี้กำหนดว่า จะต้องไม่มีการ ใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูล ที่เป็นไปโดยขัดต่อวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บข้อมูล เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลหรือกฎหมายยกเว้นให้ทำได้

5. หลักความปลอดภัยของข้อมูล (Security Safeguards Principle) หลักการนี้กำหนดว่า จะต้องมีการรักษาความปลอดภัยในการจัดเก็บข้อมูล เพื่อป้องกันความเสี่ยงและความสูญเสียจากการเข้าถึงข้อมูลโดยมิชอบ การทำลาย การใช้ การเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการเปิดเผยข้อมูลโดยมิชอบ

6. หลักการเปิดเผยข้อมูล (Openness Principle) หลักการนี้กำหนดว่า จะต้องมีการเปิดเผยข้อมูล รูปแบบและแนวปฏิบัติในการเปิดเผย

7. หลักความมีส่วนร่วมของปัจเจกชน (Individual Participation Principle) ปัจเจกชนมีสิทธิเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในข้อมูลส่วนบุคคล ในประการต่าง ๆ กล่าวคือ มีสิทธิได้รับการแจ้งยืนยันจากผู้เก็บข้อมูลว่า มีการจัดเก็บข้อมูลของตนหรือไม่ มีสิทธิได้รับข้อมูลที่เกี่ยวกับตนในระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่สมควร

⁶⁷ <http://www.oecd.org/document/>

มีสิทธิได้รับแจ้งเหตุผลของการปฏิเสธการได้รับแจ้งยืนยันเกี่ยวกับข้อมูลของตน หรือเหตุผลของการปฏิเสธการได้รับข้อมูลของตนดังกล่าว มีสิทธิโต้แย้งให้ทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลของตน

8. หลักความรับผิดชอบ (Accountability Principle) หลักการนี้กำหนดว่า จะต้องมีการกำหนดความรับผิดชอบให้กับผู้ควบคุมข้อมูล เพื่อให้ปฏิบัติการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลอย่างสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ที่กำหนดข้างต้น

3.1.2 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกรอบความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC)

ความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2532 โดยมีจุดประสงค์มุ่งเน้นความเจริญเติบโตและพัฒนาที่ยั่งยืนของภูมิภาค และผลักดันให้การเจรจาการค้าหลายฝ่าย รอบอุรุกวัยประสบผลสำเร็จ ขณะเดียวกัน APEC ก็ต้องการถ่วงดุลอำนาจทางเศรษฐกิจของกลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ โดยเฉพาะกลุ่มสหภาพยุโรปอีกด้วย ปัจจุบัน APEC มีสมาชิกทั้งสิ้น 21 เขตเศรษฐกิจ (19 ประเทศ 2 เขตเศรษฐกิจ) ประกอบด้วยประเทศมหาอำนาจทางการเมืองและเศรษฐกิจที่สำคัญ คือ สหรัฐอเมริกา รัสเซีย สาธารณรัฐประชาชนจีน และญี่ปุ่น รวมทั้งสมาชิกอาเซียน และประเทศในอเมริกาเหนือและใต้

APEC เป็นกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างเขตเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก เป็นเวทีสำหรับการแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นทางเศรษฐกิจที่ประเทศสมาชิกสนใจการดำเนินงานยึดหลักฉันทามติ ความเท่าเทียมกัน และผลประโยชน์ร่วมกันของประเทศสมาชิก ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (APEC Information Privacy Principle)

APEC ได้จัดการประชุมเชิงปฏิบัติการฯ ขึ้นระหว่าง 12-13 สิงหาคม พ.ศ. 2551 เพื่อหารือแลกเปลี่ยนประสบการณ์ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศ เสริมสร้างความเข้าใจแก่สมาชิกในการนำ APEC Privacy Framework ไปปรับใช้ให้เหมาะสมแต่ละประเทศสมาชิกที่มีความแตกต่างกันด้านกฎระเบียบและวิธีการดำเนินงาน รวมทั้งเพื่อส่งเสริมการขับเคลื่อนโครงการนำร่อง Data Privacy Pathfinder ในปีพ.ศ. 2551 และการทดสอบโครงการฯ ในปี พ.ศ. 2552

สมาชิกที่เข้าร่วมประชุมประกอบด้วยผู้แทนจากภาครัฐและเอกชน โดยประเด็นหลักในการหารือคือ การพัฒนาแผนการดำเนินโครงการย่อย 9 โครงการภายใต้โครงการนำร่อง Data Privacy Pathfinder และผลการดำเนินงานของสมาชิกที่เข้าร่วมโครงการนำร่องดังกล่าว ซึ่งสมาชิกได้ร่วมสรุปผลแนวทางการดำเนินงานของโครงการและแบบสอบถามซึ่งที่ประชุมฯ เห็นชอบให้เสนอเอกสารดังกล่าวเป็นผลผลิตหนึ่งภายใต้ตัวชี้วัดการดำเนินงานของคณะทำงานกลุ่มย่อยด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

โครงการย่อย 9 โครงการประกอบด้วย

1) CBPR Self – Assessment Guidance for Organization

พัฒนามาตรฐานแนวทางประเมินตนเอง(Self-Assessment) เพื่อช่วยให้ภาคธุรกิจนำแนวทางดังกล่าวไปพัฒนาเป็นแนวทางในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลข้ามพรมแดน (Cross-Border Privacy Rules (CBPRs) ของตนเองได้

สร้างความตระหนักและการรับรู้ในหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้กรอบ APEC (APEP Privacy Principles) และการคุ้มครองบุคคลข้ามพรมแดน (CBPRs)

2) Guidelines for Trustmark Participating in a CBPR System

องค์กรที่ออก Trustmark จะต้องพัฒนาแนวทางที่จะต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นที่ยอมรับในเรื่องของ SBPRs ภายใต้กรอบ APEC

3) Compliance Review of an Organization’s CBPRs

พัฒนาแนวทางสำหรับองค์กรที่ออก Trustmark เพื่อใช้ในการประเมินภาคธุรกิจที่ต้องการนำหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้กรอบ APEC ไปใช้

4) Directory of Compliant Organizations

พัฒนาฐานข้อมูลรายชื่อของภาคธุรกิจที่มี CBPRs และได้รับการรับรองว่าได้ปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้กรอบ APEC

5) DATA Protection Authority and Privacy Contact Officer Directory

พัฒนาฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองข้อมูล รายชื่อเจ้าหน้าที่ที่ดูแลในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในเขตเศรษฐกิจภายใต้กรอบ APEC

6) Template Enforcement Cooperation Arrangements

พัฒนารูปแบบเอกสาร เช่น บันทึกความเข้าใจ (MOU) หรือหนังสือผูกพัน (Letter of Commitment) ซึ่งแสดงถึงข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจในการแลกเปลี่ยนข้อมูลส่งเสริมความร่วมมือระหว่างพรมแดนในการสอบสวน และบังคับใช้

7) Template Cross-border Cooperation Arrangements

พัฒนาแบบฟอร์มรับเรื่องร้องเรียนในรูปแบบเดียวกับแบบฟอร์มขอความช่วยเหลือของ OECD (OECD Request for Assistance From) เพื่อสะดวก เป็นที่ยอมรับต่อการจัดการข้อร้องเรียนข้ามพรมแดน และพัฒนาความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจในการแลกเปลี่ยน สอบสวน บังคับใช้ และให้ความช่วยเหลือในทางจำเป็นและเหมาะสม

8) Guidelines and Procedures for Responsive Regulation in a CBPR System

พัฒนาแนวทางและขั้นตอน (เช่น แผนผัง) ที่ช่วยในการพิจารณาว่า ขั้นตอนในการจัดการข้อร้องเรียนข้ามพรมแดนควรจะเป็นเช่นไร และควรจะดำเนินการอย่างไรเพื่อไปยังขั้นตอนถัดไป

9) CBPR International Implementation Pilot Project

พัฒนาและทดสอบโครงการนำร่องระหว่างเขตเศรษฐกิจที่สนใจเข้าร่วมทดสอบระบบ CBPR การดำเนินโครงการนำร่องฯ มิได้บังคับให้สมาชิกจะต้องปฏิบัติทุกโครงการย่อย แต่สมาชิกสามารถเลือกดำเนินโครงการใด ก่อนหรือหลังได้ตามความสมัครใจ โดยพิจารณาจากความและการดำเนินงานภายในเขตเศรษฐกิจเป็นหลัก ทั้งนี้ เป้าหมายหลักของการดำเนินโครงการนำร่องเพื่อให้สมาชิกได้ตื่นตัวและเริ่มดำเนินการที่เห็นผลเป็นรูปธรรมของสมาชิก

APEC ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (APEC Information Privacy Principles) ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้⁶⁸

1) เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของบุคคลในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัว จึงต้องมีการกำหนดมาตรการการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อป้องกันการใช้ข้อมูลโดยมิชอบและป้องกันความเสียหายที่เกิดจากการใช้โดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการเก็บ การใช้และการส่งมอบ

2) ต้องแจ้งเจ้าของข้อมูลอย่างชัดเจนว่าจะมีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล วัตถุประสงค์การเก็บ ประเภทบุคคลหรือองค์กรที่ข้อมูลส่วนบุคคลอาจได้รับการเปิดเผย ต้องแจ้งสิทธิของเจ้าของข้อมูลและมาตรการที่จะใช้ในการจำกัดการใช้ การเปิดเผย การเข้าถึง และการแก้ไข ทั้งนี้ ต้องแจ้งก่อนหรือในขณะที่เก็บหรือเร็วที่สุดหลังการจัดเก็บ

3) ต้องมีการจัดเก็บอย่างจำกัดเท่าที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเก็บ การเก็บต้องทำโดยวิธีที่ถูกกฎหมาย และวิธีที่เป็นธรรมและเหมาะสม โดยได้แจ้งต่อและได้ขอคำยินยอมจากเจ้าของข้อมูลแล้ว

4) ข้อมูลที่เก็บไว้จะเอาไปใช้ได้เฉพาะตามวัตถุประสงค์ของการเก็บเท่านั้น เว้นแต่ได้รับคำยินยอมจากเจ้าของข้อมูลหรือเป็นไปตามข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด

5) เจ้าของข้อมูลมีสิทธิเลือกว่าจะยินยอมให้มีการเก็บใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของตน

6) ข้อมูลที่จัดเก็บต้องมีความถูกต้อง สมบูรณ์ เป็นปัจจุบัน ตามความจำเป็นและตามวัตถุประสงค์การเก็บ

⁶⁸ APEC Privacy Framework, http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/~media/Files/Groups/ECSG/05_ecsg_privacyframewk.ashx

7) มาตรการคุ้มครองข้อมูลอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดไม่ว่าจะเป็นการสูญหาย เสียหาย การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต การทำลายโดยไม่ได้รับอนุญาตการใช้เปลี่ยนแปลง แก้ไข เผยแพร่โดยมิชอบ

8) เจ้าของข้อมูลมีสิทธิรับรู้ว่ามีการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของตนหรือไม่ และมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลของตนเอง และมีสิทธิขอให้ตรวจสอบความถูกต้องและขอให้ปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม หรือทำลายข้อมูลของตน

9) ผู้เก็บข้อมูลจะต้องรับผิดชอบการจัดมาตรการต่างๆ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวการส่งข้อมูลส่วนบุคคลไปยังบุคคลหรือองค์กรอื่นๆ ไม่ว่าจะภายในประเทศหรือส่งไปยังต่างประเทศจะต้องได้รับคำยินยอมจากเจ้าของข้อมูล และจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมที่ประกันได้ว่าบุคคลหรือองค์กรที่รับข้อมูลไปแล้วจะเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้

3.1.3 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ ASEAN

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาเริ่มจากข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับความเป็นมาของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of South East Asian Nations : ASEAN) จากนั้นจะได้ศึกษากรอบความตกลงของอาเซียนฉบับต่าง ๆ เพื่อให้เห็นภาพรวมของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งไทยเป็นสมาชิก

3.1.3.1 ข้อมูลทั่วไปของ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of South East Asian Nations : ASEAN)

สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ ASEAN ก่อตั้งขึ้นตามปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) เมื่อ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2510 โดยมีประเทศผู้ก่อตั้งแรกเริ่ม 5 ประเทศ คือ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และไทย ต่อมาในปีพ.ศ. 2527 บรูไน ก็ได้เข้าเป็นสมาชิก ตามด้วย พ.ศ. 2538 เวียดนาม ก็เข้าร่วมเป็นสมาชิก ต่อมาพ.ศ. 2540 ลาวและพม่า เข้าร่วม และปี พ.ศ. 2542 กัมพูชา ก็ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกลำดับที่ 10 และทำให้อาเซียนมีสมาชิกครบ 10 ประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้⁶⁹

⁶⁹ <http://www.thai-aec.com/file/asean-history.pdf>

เมื่อ ตุลาคม พ.ศ. 2546 ได้มีการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 9 ที่อินโดนีเซีย ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนได้ตกลงกันที่จะจัดตั้งประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ซึ่งประกอบด้วย 3 เสาหลัก คือ

- 1.ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (Asean Economic Community:AEC)
- 2.ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (Socio-Cultural Pillar)
- 3.ประชาคมความมั่นคงอาเซียน (Political and Security Pillar)

สำหรับเสาหลักการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC) ภายในปี พ.ศ. 2558 เพื่อให้อาเซียนมีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานฝีมือ อย่างเสรี และเงินทุนที่เสรีขึ้นต่อมาในปี พ.ศ. 2550 อาเซียนได้จัดทำพิมพ์เขียวหรือแผนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) เป็นแผนบูรณาการงานด้านเศรษฐกิจให้เห็นภาพรวมในการมุ่งไปสู่ AEC ซึ่งประกอบด้วยแผนงานเศรษฐกิจในด้าน ต่าง ๆ พร้อมกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนในการดำเนินการต่าง ๆ จนบรรลุเป้าหมายในปี พ.ศ. 2558 รวมทั้งการให้ความยืดหยุ่นตามที่ประเทศสมาชิกได้ตกลงกันล่วงหน้า

นอกจากนี้ยังมีการจัดทำปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Charter) ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ 15 ธันวาคม ปี พ.ศ. 2552

3.1.3.2 กฎบัตร อาเซียน (ASEAN Charter)

กฎบัตร อาเซียน (ASEAN Charter) เปรียบเสมือนรัฐธรรมนูญของอาเซียนที่จะทำให้อาเซียนมีสถานะเป็นนิติบุคคล เป็นการวางกรอบทางกฎหมายและโครงสร้างองค์กรให้กับอาเซียน โดยนอกจากจะประมวลสิ่งที่ถือเป็นค่านิยม หลักการ และแนวปฏิบัติในอดีตของอาเซียนมาประกอบกันเป็นข้อปฏิบัติอย่างเป็นทางการของประเทศสมาชิกแล้ว ยังมีการปรับปรุงแก้ไขและสร้างกลไกใหม่ขึ้น พร้อมกำหนดขอบเขตหน้าที่ความรับผิดชอบขององค์กรที่สำคัญในอาเซียนตลอดจนความสัมพันธ์ในการดำเนินงานขององค์กรเหล่านี้ ให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงในโลกปัจจุบัน เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของอาเซียนให้สามารถดำเนินการบรรลุตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขับเคลื่อนการรวมตัวของประชาคมอาเซียน ให้ได้ภายในปี พ.ศ. 2558 ตามที่ผู้นำอาเซียนได้ตกลงกันไว้

ทั้งนี้ผู้นำอาเซียนได้ลงนามรับรองกฎบัตรอาเซียน ในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 13เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 ณ ประเทศสิงคโปร์ ในโอกาสครบรอบ 40 ของการก่อตั้งอาเซียน แสดงให้เห็นว่าอาเซียนกำลังแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าของอาเซียนที่กำลังจะก้าวเดินไปด้วยกันอย่างมั่นใจระหว่างประเทศสมาชิกต่าง ๆ ทั้ง 10 ประเทศ และถือเป็นเอกสารประวัติศาสตร์ชิ้น

สำคัญที่จะปรับเปลี่ยนอาเซียนให้เป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลในฐานะที่เป็นองค์กรระหว่างรัฐบาล ประเทศสมาชิกได้ให้สัตยาบันกฎบัตรอาเซียน ครบทั้ง 10 ประเทศแล้วเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายนพ.ศ. 2551 กฎบัตรอาเซียนจึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 15 ธ.ค. พ.ศ. 2551 เป็นต้นไป

วัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียน

วัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียน คือ ทำให้อาเซียนเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพ มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง และเคารพกฎกติกาในการทำงานมากขึ้น นอกจากนี้ กฎบัตรอาเซียนจะให้สถานะนิติบุคคลแก่อาเซียนเป็นองค์กรระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Organization)

โครงสร้างและสาระสำคัญของกฎบัตรอาเซียน

โครงสร้างของกฎบัตรอาเซียน ประกอบด้วยบทบัญญัติ 13 หมวด 55 ข้อ ครอบคลุมในทุก ๆ เรื่อง ไม่ว่าจะเป็นเป้าหมาย หลักการ สมาชิกภาพ โครงสร้างองค์กรของอาเซียน องค์กรที่มีความสัมพันธ์กับอาเซียน เอกสิทธิ์ และความคุ้มกัน กระบวนการตัดสินใจ การระงับข้อพิพาท งบประมาณและการเงิน การบริหารจัดการ เอกสิทธิ์และสัญลักษณ์ของอาเซียน และความสัมพันธ์กับภายนอก โดยแต่ละหมวดประกอบด้วย

หมวด 1 ความมุ่งประสงค์ และหลักการของอาเซียน กล่าวถึงวัตถุประสงค์ และหลักการของอาเซียนในด้านต่าง ๆ ทั้งความร่วมมือทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและความมั่นคง สิ่งแวดล้อม ฯลฯ

หมวด 2 สภาพบุคคลตามกฎหมาย และสภาพบุคคลตามกฎหมายของอาเซียน เป็นการระบุว่า อาเซียน คือองค์การระหว่างประเทศในระดับรัฐบาล และได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายโดยกฎบัตรนี้

หมวด 3 สมาชิกภาพ กล่าวถึง ประเทศใดบ้างที่เป็นสมาชิกอาเซียน แต่ละประเทศมีสิทธิและพันธกรณีอย่างไรบ้าง รวมทั้งระบุถึงกฎเกณฑ์การรับสมาชิกใหม่ ซึ่งต้องเป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับโดยฉันทามติในที่ประชุมสุดยอดอาเซียน

หมวด 4 องค์กร กล่าวถึงโครงสร้างองค์กร และหน้าที่ของคณะกรรมการการทำงานต่าง ๆ ประกอบด้วย ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน ซึ่งให้จัดประชุมปีละสองครั้ง โดยให้รัฐสมาชิกที่เป็นประธานอาเซียนเป็นเจ้าภาพ นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงคณะทำงานต่าง ๆ ประกอบด้วย คณะมนตรีประสานงานอาเซียน คณะมนตรีประชาคมอาเซียน องค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขา คณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียน เลขาธิการและสำนักเลขาธิการอาเซียน องค์กรสิทธิมนุษยชนอาเซียน มูลนิธิอาเซียน

หมวด 5 องค์กรที่มีความสัมพันธ์กับอาเซียน ระบุว่าองค์การที่มีความสัมพันธ์กับอาเซียนระบุอยู่ในภาคผนวก 2

หมวด 6 ความคุ้มกันและเอกสิทธิ์ กล่าวถึง เอกสิทธิ์ต่าง ๆ ของอาเซียนที่จะได้รับความคุ้มกันในดินแดนของรัฐสมาชิก รวมทั้งเรื่องเอกสิทธิ์ทางการทูตของอาเซียน เลขาธิการอาเซียน พนักงานของสำนักเลขาธิการอาเซียน ซึ่งจะได้รับความคุ้มกันและเอกสิทธิ์ที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ข้อบังคับ

หมวด 7 การตัดสินใจ กล่าวถึงเกณฑ์การตัดสินใจอยู่บนหลักการปรึกษาหารือ และฉันทามติ รวมทั้งขั้นตอนการดำเนินงานต่าง ๆ เช่น หากมีเรื่องละเมิดกฎบัตรร้ายแรง หรือไม่ปฏิบัติตาม ก็ต้องเสนอเรื่องดังกล่าวไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียน เพื่อตัดสินใจ

หมวด 8 การระงับข้อพิพาท กล่าวถึงวิธีระงับข้อพิพาท ซึ่งระบุว่า รัฐสมาชิกต้องพยายามระงับข้อพิพาทอย่างสันติให้ทันท่วงที ผ่านการสนทนา ปรึกษาหารือ หรือเจรจา รวมทั้งอาจใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม และการไกล่เกลี่ย ก็ได้ ซึ่งอาจมีการจัดตั้งกลไกเพื่อระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น แต่หากมีข้อพิพาทที่ระงับไม่ได้ ก็ให้เสนอข้อพิพาทดังกล่าวไปที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเป็นผู้ตัดสินในช่องทางสุดท้าย

หมวด 9 งบประมาณและการเงิน ระบุถึงการจัดทำงบประมาณของสำนักเลขาธิการอาเซียน ซึ่งต้องได้รับการตรวจสอบภายในและภายนอก โดยงบประมาณจะมาจากรัฐสมาชิกอาเซียนจ่ายค่าบำรุงประจำปี

หมวด 10 การบริหารและขั้นตอนการดำเนินงาน กล่าวถึงวาระของประธานอาเซียน ซึ่งจะหมุนเวียนตำแหน่งกันทุกปี ตามลำดับตัวอักษรชื่อภาษาอังกฤษของประเทศ พร้อมกับระบุบทบาทของประธานอาเซียน ที่จะเสริมสร้างและส่งเสริมความสัมพันธ์ให้ดีขึ้นทั้งในและนอกอาเซียน รวมทั้งระบุถึงพิธีการและแนวปฏิบัติทางการทูต

นอกจากนี้ ในหมวด 10 ยังระบุให้ ภาษาอังกฤษ เป็นภาษาที่ใช้ในการทำงานร่วมกัน

หมวด 11 อัตลักษณ์และสัญลักษณ์ กำหนดให้มีคำขวัญของอาเซียนว่า "One Vision, One Identity, One Community" หรือ "วิสัยทัศน์เดียว อัตลักษณ์เดียว ประชาคมเดียว" พร้อมกับกำหนดลักษณะของธงอาเซียน ดวงตราอาเซียน เพลงประจำอาเซียน และให้วันที่ 8 สิงหาคม เป็นวันอาเซียน

หมวด 12 ความสัมพันธ์ภายนอก กล่าวถึงแนวทางและขั้นตอนการเจรจาของอาเซียน กับคู่เจรจา เพื่อดำเนินความสัมพันธ์กับภายนอกองค์กร โดยต้องยึดมั่นตามหลักเกณฑ์ที่กฎบัตรกำหนดไว้ รวมทั้งกำหนดบทบาทของผู้ประสานงานกับคู่เจรจา พร้อมกับระบุความสัมพันธ์กับสหประชาชาติ และองค์การระหว่างประเทศสถาบันอื่นด้วย

หมวด 13 บทบัญญัติทั่วไป และบทบัญญัติสุดท้าย กล่าวถึงการลงนาม การใช้สัตยาบัน การเก็บรักษา การมีผลบังคับใช้ การแก้ไข อำนาจหน้าที่ การทบทวน การตีความบัตร ความต่อเนื่องทางกฎหมาย ต้นฉบับ การจดทะเบียนกฎบัตรอาเซียน สิทธิทรัพย์สินของอาเซียนกฎบัตรอาเซียนช่วยให้อาเซียน

ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เสริมสร้างกลไกการติดตามความตกลงต่างๆ ให้มีผลเป็นรูปธรรม และผลักดันอาเซียนให้เป็นประชาคมเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

จากโครงสร้างบทบัญญัติ 13 หมวดข้างต้น หากนำมาสรุปสาระสำคัญเป็นหมวดหมู่ต่าง ๆ เพื่อให้เห็นภาพรวมชัดเจน ว่า กฎบัตรอาเซียนมีวัตถุประสงค์ และสาระสำคัญอย่างไรบ้าง ก็จะสรุปได้ดังนี้

- ด้านเศรษฐกิจ

มีสาระสำคัญ คือ เพื่อสร้างตลาดและฐานการผลิตเดียวที่มีเสถียรภาพ มั่งคั่ง และมีความสามารถในการแข่งขันสูง มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจที่มีการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า การบริการ การลงทุน และแรงงาน การเคลื่อนย้ายทุนเสรียิ่งขึ้น

- ด้านการเมืองความมั่นคง

เน้นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เสริมสร้างประชาธิปไตย เพิ่มพูน ธรรมาภิบาล และหลักนิติธรรม ตอบสนองต่อสิ่งท้าทายความมั่นคง เช่น การก่อการร้าย ชำรงรักษาเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ให้เป็นเขตปลอดอาวุธนิวเคลียร์ และไม่มีอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูงทุกชนิด

- ด้านความมั่นคงของมนุษย์

เพื่อบรรเทาความยากจน และลดช่องว่างการพัฒนาภายในอาเซียน โดยผ่านความช่วยเหลือซึ่งกันและกันและความร่วมมือ พร้อมกับส่งเสริมพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ผ่านความร่วมมือด้านการศึกษา และการเรียนรู้ตลอดชีวิตในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อเสริมสร้างพลังประชาชน และเสริมสร้างความเข้มแข็งแห่งประชาคมอาเซียน

- ด้านสังคม

มุ่งส่งเสริมอาเซียนที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง สร้างสังคมที่ปลอดภัยมั่นคงจากยาเสพติด เพิ่มพูนความกินดีอยู่ดีของประชาชนอาเซียน ผ่านโอกาสที่ทัดเทียมกันในการเข้าถึงการพัฒนามนุษย์ สวัสดิการสังคม และความยุติธรรม

- ด้านวัฒนธรรม

ส่งเสริมอัตลักษณ์ของอาเซียน โดยเคารพความหลากหลายทางวัฒนธรรมและมรดกของภูมิภาค รวมทั้งร่วมกันอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม

- ด้านสิ่งแวดล้อม

สนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่ คุ้มครองสภาพแวดล้อม ความยั่งยืนของทรัพยากรธรรมชาติ

จากการบังคับใช้กฎบัตรอาเซียนประเทศไทยได้รับผลประโยชน์ อยู่หลายประการ อาทิ ผลประโยชน์จากความร่วมมือต่าง ๆ ของอาเซียนมากขึ้น เนื่องจากกฎบัตรอาเซียนจะช่วยสร้างหลักประกันว่าประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว หรือมิฉะนั้นก็จะมีกลไก เพื่อให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามความตกลง ความสามารถของประเทศไทยในการรับมือกับภัยคุกคามระดับโลกที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรงได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นไข้หวัดนก โรคระบาด ภัยพิบัติทางธรรมชาติ ปัญหาโลกร้อนหรือปัญหายาเสพติด เนื่องจากกฎบัตรจะเสริมสร้างกลไกต่าง ๆ เพื่อให้ไทยและอาเซียนแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทันการณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้กฎบัตรอาเซียนจะช่วยส่งเสริมค่านิยมของประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของประเทศไทย เช่น การไม่ใช้กำลังในการแก้ไขปัญหา การยึดมั่นในหลักประชาธิปไตย ธรรมาภิบาลหลักนิติธรรม และสิทธิมนุษยชน การส่งเสริมความมั่นคงของมนุษย์ และการพัฒนาอย่างยั่งยืน อีกทั้งเพิ่มอำนาจการต่อรองที่เพิ่มขึ้นของประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกอาเซียนในเวทีโลก เนื่องจากกฎบัตรอาเซียนจะช่วยสร้างความน่าเชื่อถือและกติกากำหนดให้อาเซียน และให้ประเทศไทยสามารถโน้มน้าวให้ประเทศนอกภูมิภาคช่วยแก้ไขปัญหาในระดับโลกที่กระทบความเป็นอยู่ของประชาชนอาเซียน รวมทั้งประชาชนไทยได้อย่างมีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น

3.1.3.3 ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ASEAN Economic Community (AEC)

AEC หรือ ASEAN Economic Community ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เป็นเป้าหมายการรวมตัวกันของประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อเพิ่มอำนาจต่อรองกับคู่ค้า และเพิ่มขีดความสามารถการแข่งขันทางด้านเศรษฐกิจระดับโลก รวมถึงมีการยกเว้นภาษีสินค้าบางชนิดให้กับประเทศสมาชิก ส่งเสริมให้ภูมิภาคมีความเจริญมั่งคั่ง มั่นคง ประชาชนอยู่ดีกินดี

โดยในการประชุมสุดยอดอาเซียน ASEAN Summit ครั้งที่ 8 เมื่อ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545 ณ กรุงพนมเปญ ประเทศกัมพูชา ที่ได้เห็นชอบให้อาเซียนกำหนดทิศทาง ได้มีการดำเนินงานที่แน่ชัดเพื่อนำไปสู่เป้าหมายที่ชัดเจน ได้แก่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยจะมีตลาดและฐานการผลิตร่วมกัน และจะมีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน เงินทุน และแรงงานฝีมืออย่างเสรีสำหรับการตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้กำหนดให้สำเร็จภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015)

จากการรวมตัวกันเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยมีพิมพ์เขียวหรือแผนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) เพื่อเป็นแผนงานเชิงบูรณาการด้านเศรษฐกิจต่าง ๆ สำหรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้น มีองค์ประกอบสำคัญ 4 เรื่องคือ

1. การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว (Single Market and Production Base) เพื่อเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ ลงทุน แรงงานฝีมือ เงินทุน อย่างเสรี ซึ่งเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีที่ ได้ตกลงและดำเนินการแล้วเช่น AFTA (ASEAN Free Trade Area) เริ่มปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ.1992) - AFAS (ASEAN Framework Agreement on Services) ครอบคลุมตกลงว่าด้วยการค้าบริการ ลงนามปี พ.ศ. พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ได้เจรจาเปิดเสรีเป็นรอบ ๆ เสร็จไปแล้ว 5 รอบ AIA (ASEAN Investment Area) ครอบคลุมตกลงว่าด้วยการค้าบริการ ลงนามและมีผลตั้งแต่วันที่ พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998)

2. การสร้างอาเซียนให้เป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง (High Competitive Economic Region) โดยการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โทรคมนาคม การเงินการธนาคาร การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

3. การพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกันระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน (Equitable Economic Development

4. การเชื่อมโยงอาเซียนเข้ากับเศรษฐกิจโลก (Full Integratedly into Global Economy)

จากองค์ประกอบสำคัญทั้ง 4 ของ พิมพ์เขียวหรือแผนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ข้อมูลโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นปัจจัยสำคัญของการเคลื่อนย้าย สินค้า บริการ และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศปัจจุบัน

สำหรับกรอบความร่วมมือ ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาวุโสด้านเศรษฐกิจอาเซียนเมื่อวันที่ 21-22 กันยายน พ.ศ. 2547 ที่กรุงเทพฯ สามารถหาข้อสรุปในสาระสำคัญเกี่ยวกับมาตรการร่วมที่จะใช้กับการ รวมกลุ่มสินค้าและบริการ ได้แก่ การเปิดเสรีการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน การอำนวยความสะดวก ด้านการค้า และการลงทุนและการส่งเสริมการค้าและการลงทุน และความร่วมมือในด้านอื่น ๆ ดังนี้

(1) การค้าสินค้า - จะเร่งลดภาษีสินค้าใน Priority Sectors (เกษตร/ประมง/ผลิตภัณฑ์ไม้/ผลิตภัณฑ์ยาง/สิ่งทอ/ยานยนต์ /อิเล็กทรอนิกส์/เทคโนโลยีสารสนเทศ/สาขาสุขภาพ) เป็น 0% เร็วขึ้นจากกรอบ AFTA เดิม 3 ปี คือ จาก ค.ศ. 2010 เป็นปีค.ศ. 2007 สำหรับสมาชิกอาเซียนเดิม 6 ประเทศ และ ปี ค.ศ. 2015 เป็น ค.ศ. 2012 สำหรับประเทศ CLMV โดยได้กำหนดเพดานสำหรับสินค้าทั้งหมดใน Priority Sectors ไม่ต้องการเร่งลดภาษี (Negative List) ไว้ที่ 15%

(2) การค้าบริการ - จะเร่งเปิดเสรีสาขาบริการใน Priority Sectors (สาขาสุขภาพ, e-ASEAN, ท่องเที่ยวและการขนส่งทางอากาศ) ภายในปี ค.ศ. 2010 ทั้งนี้ ให้ใช้ ASEAN-X formula ได้

(3) การลงทุน - จะเร่งเปิดการลงทุนในรายการสงวน (Sensitive List) ภายในปี ค.ศ. 2010 สำหรับอาเซียนเดิม 6 ประเทศ ปี ค.ศ. 2013 สำหรับเวียดนามและ ค.ศ. 2015 สำหรับกัมพูชา ลาว

และพม่า ทั้งนี้ ให้ใช้ ASEAN-X Formula ได้ และส่งเสริมการผลิตในอาเซียนโดยการจัดตั้งเครือข่าย ASEAN Free Trade Zones เพื่อส่งเสริมการซื้อวัตถุดิบและชิ้นส่วนที่ผลิตในอาเซียน (Outsourcing) และดำเนินมาตรการร่วมเพื่อดึงดูด FDI

(4) การอำนวยความสะดวกด้านการค้าและการลงทุน – ซึ่งประกอบด้วยเรื่องต่าง ๆ คือ กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า พิธีการศุลกากร มาตรฐาน (Standard and Conformance) การอำนวยความสะดวกด้านการขนส่ง และ Logistics Service สำหรับการขนส่ง การอำนวยความสะดวกด้านการท่องเที่ยวในอาเซียน และ การเคลื่อนย้ายของนักธุรกิจ ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ประกอบวิชาชีพ และ แรงงานฝีมือ

(5) การส่งเสริมการค้าและการลงทุน และความร่วมมือในด้านอื่น ๆ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ความร่วมมือด้านอุตสาหกรรม และการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ พิธีสารว่าด้วยการรวมกลุ่มรายสาขาของอาเซียน 11 สาขา กำหนดมาตรการร่วม ซึ่งคาบเกี่ยวกับทุกสาขาเช่นเดียวกับในกรอบความตกลงฯ และมาตรการเฉพาะสำหรับการรวมกลุ่มแต่ละสาขานั้น ๆ โดยรวมอยู่ในแผนการรวมกลุ่ม (Road Map) ซึ่งผนวกอยู่กับพิธีสารฯ

- การรวมกลุ่มสินค้าและบริการ 11 สาขานำร่อง จัดเป็นการเปิดเสรีด้านการค้าและบริการ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันผลิตสินค้าและบริการภายในอาเซียนด้วยกัน โดยจะเน้นใช้วัตถุดิบภายในอาเซียนเป็นหลัก ตามความถนัด

3.1.3.4 ความตกลงภายใต้แผนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint)

กรอบความตกลงภายใต้ AEC Blueprint อาจจำแนกได้เป็น 4 ด้านที่สำคัญดังนี้

1.ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ASEAN Trade in Goods Agreement: ATIGA)

ความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (ASEAN Trade in Goods Agreement) หรือชื่อย่อว่า “ATIGA” เป็นความตกลงที่เกิดขึ้นภายในแผนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) ที่ต้องการให้อาเซียนเป็นตลาดเดียวและเป็นฐานการผลิตร่วมกัน โดยมีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานที่มีทักษะ และการเคลื่อนย้ายเงินทุนอย่างเสรีมากขึ้น ความตกลง ATIGA เป็นความตกลงที่มีเกี่ยวข้องกับความตกลงหลายฉบับที่อาเซียนเคยให้สัตยาบันมาก่อนหน้านี้ เช่น

(1) ความตกลงว่าด้วยสิทธิพิเศษทางการค้าอาเซียน (the Agreement on ASEAN Preferential Trading Arrangements : ASEAN PTA) ซึ่งเป็นการให้สิทธิพิเศษโดยสมัครใจ และแลกเปลี่ยนสินค้ากับสินค้า ลงนามเมื่อปี ค.ศ. 1977 มีผลบังคับใช้เมื่อ 1 มกราคม ค.ศ. 1978

(2) การใช้ความตกลงว่าด้วยการใช้อัตราภาษีพิเศษที่เท่ากันสำหรับเขตการค้าเสรีอาเซียน ปี ค.ศ. 1992 (the Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area : CEPT) ซึ่งเกิดจากการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 27-28 มกราคม ค.ศ. 1992 ณ ประเทศสิงคโปร์ โดยผู้นำอาเซียนตกลงที่จะให้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรี (ASEAN Free Trade Area : AFTA) โดยมีการกำหนดการปรับลดอัตราภาษีระหว่างอาเซียนด้วยกันคือ อาเซียนเดิม 6 ประเทศ และอาเซียนใหม่ 4 ความตกลงนี้เกี่ยวข้องกับการปรับลดอัตราภาษี

(3) ความตกลงด้านศุลกากรอาเซียน (ASEAN Agreement on Custom) ปี ค.ศ. 1997 เป็นผลจากการประชุมอธิบดีกรมศุลกากรอาเซียนเมื่อวันที่ 4-5 กันยายน ค.ศ. 1996 ที่ประเทศอินโดนีเซีย โดยข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์คือมีการร่วมมือด้านศุลกากรในอาเซียน

(4) กรอบความตกลงในข้อตกลงยอมรับร่วมกันของอาเซียน (The ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements : MRAs) ปี ค.ศ. 1998 โดยมีมุ่งหมายสร้างมาตรฐานสินค้าและจัดทำความตกลงการยอมรับร่วมกัน (Mutual Recognition Arrangements : MRAs) เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Barrier) ตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการยอมรับร่วมรายสาขา สำหรับอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Electrical and Electronic Equipment) และความตกลงว่าด้วยการยอมรับร่วมว่าด้วยการรับรองขึ้นทะเบียนผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง (ASEAN MRA on Product Registration Approvals for Cosmetics)

(5) กรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (E-ASEAN Framework Agreement) เป็นการลงนามของผู้นำของอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ในวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ณ ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งจะกำหนดแนวทางเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและสื่อสาร สารสำคัญของกรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน ได้แก่ การกำหนดมาตรการที่จะพัฒนาอาเซียนให้เข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศใน 5 ด้านหลัก คือ

- 1) การวางโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ
- 2) การส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์
- 3) การเปิดเสรีด้านการค้า การบริการและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

- 4) การพัฒนาสังคมแห่งเทคโนโลยี

- 5) การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการบริการของรัฐ

(6) พิธีสารเกี่ยวกับการดำเนินการเกี่ยวกับพิกัดอัตราศุลกากรฮาร์โมนไนซ์ของอาเซียน (The Protocol Governing the Implementation of the ASEAN Harmonized Tariff Nomenclature)

ปี ค.ศ. 2003 และในปี ค.ศ. 2004 อาเซียนได้เริ่มเปลี่ยนมาใช้ระบบพิกัดอัตราศุลกากรฮาร์โมนิอาเซียน หรือ AHTN เพื่อให้ศุลกากรของทุกประเทศสมาชิกใช้พิกัดอัตราศุลกากรที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน

(7)กรอบความตกลงว่าด้วยการรวมกลุ่มสาขาสำคัญของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement for The Integration of Priority Sectors) (ค.ศ. 2004) ผู้นำอาเซียนได้ลงนามในกรอบความตกลงว่าด้วยการรวมกลุ่มสาขาสำคัญ และรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนลงนามในพิธีสารรายสาขา (ASEAN Sectorial Integration Protocol) ในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 10 เมื่อเดือน พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ณ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

(8)ความตกลงว่าด้วยการอำนวยความสะดวกด้านศุลกากรด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ณ จุดเดียวของอาเซียน (ASEAN Agreement to Establish and Implement the ASEAN Single Window) ปี ค.ศ. 2005

2.ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement : ACIA) เป็นความตกลงที่เกิดจากปรับปรุงกรอบความตกลงว่าด้วยเขตการลงทุนอาเซียน (Agreement on the ASEAN Investment Area : AIA) ซึ่งเป็นความตกลงเปิดเสรีการลงทุนที่ลงนามในปี ค.ศ.1998 ผสมรวมกับความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Guarantee Agreement : ASEAN IGA) ที่ลงนามในปี ค.ศ.1987 เพื่อเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันในการดึงดูดการลงทุนเข้ามาสู่อาเซียน ภายใต้แผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community Blueprint : AEC Blueprint)

ความตกลง ACIA ได้รับการลงนามในการประชุม ASEAN Summit เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2009 ที่หัวหิน ประเทศไทย ในปัจจุบัน ความตกลง ACIA ยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากประเทศสมาชิกยังให้สัตยาบันไม่ครบมีเพียง บรูไน กัมพูชา มาเลเซีย พม่า สิงคโปร์ และเวียดนาม 6 ประเทศ เท่านั้นที่ได้ให้สัตยาบันแล้ว ยังขาด ไทย อินโดนีเซีย ลาว และ พม่า ที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้นในขณะนี้ทุกประเทศยังคงใช้ข้อผูกพันภายใต้กรอบความตกลง AIA เดิม

ความตกลง ACIA เกี่ยวข้องกับขั้นตอนต่าง ๆ ของการลงทุน เช่น การส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน และอำนวยความสะดวกแก่ผู้เข้ามาลงทุนทั้งการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI) เพื่อสร้างระบอบการลงทุนที่เสรีและเปิดกว้างในอาเซียน เพื่อให้บรรลุเป้าหมายสุดท้ายของการรวมตัวเป็นหนึ่งเดียวกันทางเศรษฐกิจ ภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic

Community : AEC) โดยให้เป็นไปตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community Blueprint : AEC Blueprint)

เนื้อหาของความตกลง ACIA จะประกอบด้วย 3 หมวดใหญ่ 49 ข้อ สำคัญของความตกลงนี้ เช่น

การเปิดเสรีการลงทุน สำหรับ การเกษตร การประมง การป่าไม้ อุตสาหกรรมการผลิต การทำเหมืองแร่และเหมืองหิน รวมถึงการบริการที่เกี่ยวข้อง และสาขาอื่นๆ ตามที่รัฐสมาชิกอาจตกลงกัน โดยรัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทั้งจากนิติบุคคลและบุคคลของรัฐสมาชิก และนิติบุคคลต่างชาติที่จดทะเบียนในอาเซียน เทียบเท่ากับการลงทุนของบุคคลหรือนิติบุคคลของประเทศตน และเทียบเท่ากับการปฏิบัติต่อประเทศที่สาม

-การให้ความคุ้มครองการลงทุน ครอบคลุมการเปิดเสรีทั้ง 5 สาขา และบริการที่เกี่ยวข้อง โดยจะต้องให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนอย่างเป็นธรรม เท่าเทียม และให้ความคุ้มครองและความปลอดภัย ครอบคลุมการชดเชยค่าเสียหายกรณียึดทรัพย์ เว้นคืน หรือเกิดเหตุการณ์ไม่สงบอันเป็นผลมาจากการสู้รบด้วยอาวุธ การจลาจลของพลเมือง หรือภาวะฉุกเฉิน และนักลงทุนต้องสามารถเคลื่อนย้ายเงินทุนได้โดยเสรี

การส่งเสริมการลงทุน รัฐสมาชิกจะต้องร่วมมือกันเพื่อให้อาเซียนเป็นที่รู้จักมากขึ้น ในฐานะเขตการลงทุนที่เป็นหนึ่งเดียวกัน เพื่อเพิ่มการลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาสู่อาเซียนและการลงทุนภายในอาเซียน

การอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน โดยการสร้างสภาวะแวดล้อมที่จำเป็นสำหรับการลงทุน เช่น การปรับปรุงกระบวนการและขั้นตอนในการยื่นคำขอและการให้ความเห็นชอบในการลงทุนให้มีความสะดวก เป็นต้น

3. กรอบความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services หรือ AFAS)

มีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความร่วมมือด้านบริการ และเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้มากขึ้นกว่าการเปิดเสรีใน WTO ทั้งนี้ ผู้นำอาเซียนมีมติที่จะเปิดตลาดการค้าบริการทุกสาขาบริการจนบรรลุเป้าหมายภายในปี ค.ศ.2015 (พ.ศ. 2558)

4. ข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพของอาเซียน

ในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 9 เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2003 ณ เกาะบาหลี ประเทศอินโดนีเซีย ผู้นำอาเซียนทั้ง 10 ประเทศได้ร่วมลงนามในแถลงการณ์ Bali Concord II โดยในแถลงการณ์ได้มีการกำหนดให้จัดทำความตกลงยอมรับร่วม (ASEAN Mutual Recognition Arrangement : MRA) ด้านคุณสมบัติในสาขา

วิชาชีพหลักภายในปี ค.ศ. 2008 เพื่ออำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพ/แรงงานเชี่ยวชาญ/ผู้มีความสามารถพิเศษของอาเซียนได้อย่างเสรี ซึ่งต่อมารัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนได้มีการลงนามในข้อตกลงสาขาต่างๆ เช่น วิศวกรรม พยาบาล สถาปัตยกรรม แพทย์ ทันตแพทย์ บัญชี การสำรวจ เป็นต้น

จากข้อตกลงดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ไม่มีกรอบความตกลงโดยเฉพาะเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือการโอนข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม จากกรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (E-ASEAN Framework Agreement) ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การกำหนดมาตรการที่จะพัฒนาอาเซียนให้เข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศนั้น มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลดังจะได้แยกพิจารณาต่อไป

3.1.3.5 กรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (E-ASEAN Framework Agreement)

กรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (E-ASEAN Framework Agreement) ซึ่งเกิดขึ้นจากการลงนามของผู้นำของอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ในวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ณ ประเทศสิงคโปร์ซึ่งกำหนดแนวทางเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและสื่อสารเพื่อให้ภูมิภาคอาเซียนเชื่อมโยงกันด้านอิเล็กทรอนิกส์ สาระสำคัญของกรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน ได้แก่ การกำหนดมาตรการที่จะพัฒนาอาเซียนให้เข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศใน 5 ด้าน ได้แก่

1. การวางโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ
2. การส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์
3. การเปิดเสรีด้านการค้า การบริการและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี

สารสนเทศและการสื่อสาร

4. การพัฒนาสังคมแห่งเทคโนโลยี
5. การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการบริการของรัฐ

ในกรณีของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ปรากฏในด้านที่ 2 กล่าวคือการอำนวยความสะดวกด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-Commerce) หากกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง

แล้ว หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลปรากฏในมาตรา 5 ของกรอบความตกลงนี้⁷⁰ นั่นคือ “ประเทศสมาชิกจะต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และกรอบของกฎหมายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้บริโภคและพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีนี้ ประเทศสมาชิกจะต้อง ...จัดให้มีมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค” (... take measures to promote personal data protection and consumer privacy...)

จากการประชุมคณะทำงานด้านสนับสนุนการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ ส่งผลให้มีโครงการศึกษาฐานข้อมูลพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาเซียน (ASEAN E-Commerce Data Base Project) โดยมีข้อเสนอแนะในปีค.ศ. 2010 ที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลว่า “การส่งเสริมให้มีรูปแบบอันเป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศในการชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งการสร้างสภาวะแวดล้อมที่มีความมั่นใจ

⁷⁰ ARTICLE 5 Facilitation of the Growth of Electronic Commerce

1. Member States shall adopt electronic commerce regulatory and legislative frameworks that create trust and confidence for consumers and facilitate the transformation of businesses towards the development of e-ASEAN. To this end, Member States shall:

(a) expeditiously put in place national laws and policies relating to electronic commerce transactions based on international norms;

(b) facilitate the establishment of mutual recognition of digital signature frameworks;

(c) facilitate secure regional electronic transactions, payments and settlements, through mechanisms such as electronic payment gateways;

(d) adopt measures to protect intellectual property rights arising from e-commerce. Member States should consider adoption of the World Intellectual Property Organisation (WIPO) treaties, namely: “WIPO Copyright Treaty 1996” and “WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996”;

(e) take measures to promote personal data protection and consumer privacy; and

(f) encourage the use of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms for online transactions

และน่าเชื่อถือในการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคและคุ้มครองผู้บริโภคจากองค์กรประกอบต่าง ๆ ที่ไม่พึงประสงค์ทางอินเทอร์เน็ต”

ในช่วงปีค.ศ. 2012- ค.ศ. 2013 ประเทศสมาชิกหลายประเทศของอาเซียนได้เริ่มมีการปรับปรุงพัฒนากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะ ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย สิงคโปร์ซึ่งมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

3.1.3.6 วิสัยทัศน์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ภายหลังจากปี ค.ศ. 2015 ⁷¹

- ในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 23 เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2556 ผู้นำอาเซียนได้มอบหมายให้คณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Council: ACC) ประสานกับคณะมนตรีของสามเสาหลักประชาคมอาเซียน (การเมืองความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม) เพื่อจัดทำวิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียน ภายหลังจากปี พ.ศ. 2558

- ด้านเศรษฐกิจ ที่ประชุมคณะทำงานระดับสูงว่าด้วยการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (The High-Level Task Force on ASEAN Economic Integration: HLTF-EI) ครั้งที่ 25 เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 ได้จัดตั้งคณะทำงานว่าด้วยการจัดทำวิสัยทัศน์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ภายหลังจากปี พ.ศ. 2558 (The HLTF-EI Working Group on AEC Post-2015 Vision) โดยได้มีการประชุมมาแล้ว 7 ครั้ง (ครั้งล่าสุดเมื่อเดือนมกราคมพ.ศ. 2558 ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย)

- ร่างวิสัยทัศน์ฯ กำหนด 5 องค์กรประกอบหลักของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และกำหนดระยะเวลา 10 ปี (ค.ศ. 2016- ค.ศ. 2025) ดังนี้

องค์กรประกอบหลักที่ 1 : มีการรวมตัวสูง (An Integrated and Highly Cohesive Economy) ประกอบด้วย การเปิดเสรีสินค้า โดยมุ่งเน้นการอำนวยความสะดวกทางการค้า ยกเลิก/ลดมาตรการที่มีโทษภาษี ปรับปรุงกระบวนการพิธีการศุลกากร ปรับประสานมาตรฐานให้สอดคล้องกัน การเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนเพิ่มขึ้น การเปิดเสรีทางการเงินและการบูรณาการและพัฒนาตลาดทุน และการอำนวยความสะดวกการเคลื่อนย้ายแรงงานที่มีฝีมือและนักรธุรกิจ

องค์กรประกอบหลักที่ 2: ความสามารถการแข่งขัน นวัตกรรม และพลวัต (Competitive, Innovative and Dynamic ASEAN) มุ่งเน้นการเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขัน นวัตกรรมและความพร้อมในการรองรับการเปลี่ยนแปลง อาทิ นโยบายการแข่งขัน การคุ้มครองผู้บริโภค

⁷¹ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ สำนักอาเซียน มีนาคม พ.ศ. 2558

ทรัพย์สินทางปัญญา การส่งเสริมนวัตกรรมเทคโนโลยี ภาษีอากร (taxation issues) การยึดหลักธรรมาภิบาล ความสอดคล้องกฎระเบียบต่างๆ การหารือเพื่อหาทำที่ร่วมกันของอาเซียนในประเด็นการค้าใหม่ๆ (การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ แรงงาน สิ่งแวดล้อม) และทิศทางการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของโลก (global mega trends) เป็นต้น

องค์ประกอบหลักที่ 3: ครอบคลุมทุกภาคส่วน ยืดหยุ่น และมีประชาชนเป็นศูนย์กลาง (Resilient, Inclusive, People-Oriented and People Centered ASEAN) มุ่งสร้างความเข้มแข็งแก่ SMEs การเพิ่มบทบาทและการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน ความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public- Private Partnership) การลดช่องว่างด้านการพัฒนา การเข้าถึงแหล่งเงินอย่างทั่วถึง และการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม

องค์ประกอบหลักที่ 4: ขยายความร่วมมือและรวมตัวรายสาขา (Enhanced Sectoral Integration and Cooperation) มุ่งเน้นการรวมกลุ่มรายสาขาต่าง ๆ ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ได้แก่ การขนส่ง โทรคมนาคม e-commerce การเงิน พลังงาน อาหาร เกษตร ป่าไม้ การท่องเที่ยว สุขภาพ เหมืองแร่ และวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

องค์ประกอบหลักที่ 5: เป็นส่วนสำคัญของประชาคมโลก (Global ASEAN) การทบทวน/ปรับปรุงความตกลงการค้าเสรีของอาเซียนกับประเทศคู่เจรจา การขยายความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและความร่วมมือกับประเทศต่าง ๆ ทั้งในระดับภูมิภาคและโลก การเพิ่มบทบาทของอาเซียนในเวทีองค์กรด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพื่อสะท้อนถึงผลประโยชน์ของอาเซียน

ปัจจุบันวิสัยทัศน์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนปรากฏดังจะชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป

3.1.3.7 แผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ค.ศ. 2025 (ASEAN Economic Community Blueprint 2025 หรือ AEC Blueprint) กับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

วิสัยทัศน์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ค.ศ. 2025 มี ดังนี้⁷²

1) สร้างเศรษฐกิจอาเซียนที่มีการรวมตัวอย่างลึกซึ้ง และเชื่อมโยงกันในระดับสูง ซึ่งจะสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่สูงอย่างยั่งยืน และสามารถรับมือได้ กับการเผชิญปัจจัยที่กระทบต่อคุณภาพของระบบเศรษฐกิจและความผันผวนของ เศรษฐกิจโลก

⁷² กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, อาเซียน 20พ.ศ. 25 : มุ่งหน้าไปด้วยกัน : วิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียน 20พ.ศ. 25 และแผนงานประชาคมอาเซียน 2016-20พ.ศ. 25., หน้า 126.

2) ส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่เสมอภาคและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ในอาเซียน ซึ่งจะลดช่องว่างการพัฒนา และหากไม่สามารถทำให้ความยากจนลดลงได้ ขอให้มีการบรรเทาความยากจนลง รักษาอัตราการเติบโตของรายได้ต่อหัว ในระดับสูงอย่างยั่งยืน และเพิ่มขึ้นของชนชั้นกลาง

3) ส่งเสริมการเติบโตทางผลิตภาพที่เข้มแข็ง โดยการพัฒนานวัตกรรม เทคโนโลยี และทรัพยากรมนุษย์ รวมทั้งส่งเสริมการวิจัยและการพัฒนาระดับภูมิภาคเพื่อนำมาใช้ในเชิงพาณิชย์ เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของอาเซียนในการยกระดับภูมิภาคสู่ห่วงโซ่มูลค่าโลกในอุตสาหกรรมบริการและการผลิตที่ใช้ เทคโนโลยีและองค์ความรู้ขั้นสูง

4) ส่งเสริมหลักการแห่งธรรมาภิบาลที่ดี ความโปร่งใส และระบบด้านกฎระเบียบที่ตอบสนองได้ โดยการมีส่วนร่วมอย่างจริงจังของภาคเอกชน องค์กรระดับชุมชน และผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ ของอาเซียน

จากแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ค.ศ. 2025 ผู้วิจัยจะได้พิจารณาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งพบว่า มีความเกี่ยวข้องและมีการระบุถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังต่อไปนี้

การค้าสินค้า⁷³

“.. การดำเนินมาตรการตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 ที่เกี่ยวกับ การยกเลิกภาษีศุลกากรนำเข้าตามความตกลงการค้าสินค้าของอาเซียน (อาทิกา) และ การอำนวยความสะดวกทางการค้าที่ผ่านมาทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายสินค้าที่เสรีมากยิ่งขึ้น ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2568 อาเซียนจะยังดำเนินการต่อไปในการลดหรือยกเลิก มาตรการด้านกฎระเบียบ ณ ด้านพรมแดนและภายในประเทศที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า เพื่อให้บรรลุเป้าหมายการเคลื่อนย้ายสินค้าภายในภูมิภาคได้อย่างมีประสิทธิภาพ แข่งขันได้ และไร้อุปสรรค มาตรการสำคัญ (Key measures) จัดตั้งระบบการเชื่อมโยงข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ ณ จุดเดียวระดับประเทศ ในทุกประเทศสมาชิกอาเซียน และขยายขอบเขตโครงการเชื่อมโยงข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ ณ จุดเดียวของอาเซียนให้ครอบคลุมเอกสารและผู้มีส่วนได้ ส่วนเสียเพิ่มขึ้นในสมาชิกอาเซียนทุกประเทศ...”

การรวมตัวภาคการเงิน การเข้าถึงบริการทางการเงิน และเสถียรภาพทางการเงิน

74

“การส่งเสริมการเข้าถึงบริการทางการเงินเพื่อให้ผลิตภัณฑ์และบริการทางการเงินไปถึงชุมชนที่ยังได้รับบริการไม่ทั่วถึงในวงที่กว้างขึ้น รวมถึงวิสาหกิจขนาดกลาง ขนาดย่อม และรายย่อย

⁷³ เรื่องเดียวกัน., หน้า 130

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน., หน้า 142-146.

นอกจากนี้ ยังครอบคลุมความริเริ่มในการลดช่องว่างทาง อิเล็กทรอนิกส์ในภูมิภาค และสะท้อนการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างด้านประชากร ซึ่งบางประเทศกำลังเข้าสู่การเป็นสังคมสูงวัย โดยมาตรการสำคัญมีดังนี้

ขยายขอบเขตของการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและความรู้ทางการเงิน รวมทั้ง หน่วยงานกลางและช่องทางการกระจายเงินทุน เช่น การให้บริการ ชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีในการลดต้นทุน และการพัฒนาบริการทางการเงิน...

เพิ่มความเข้มข้นในการดำเนินหลักสูตรการศึกษาด้านการเงินและ กลไกการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อส่งเสริมศักยภาพในการบริหารจัดการทางการเงินและกระตุ้นให้มีการเริ่มต้นการให้บริการทางการเงิน โดย ครอบคลุมถึงการเพิ่มความตระหนักรู้ในมาตรการปกป้องส่วนบุคคลต่อ พฤติกรรมหลอกลวงต่าง ๆ รวมถึงการยกระดับมาตรการทางเทคนิค เพื่อรับมือต่อภัยคุกคามจากการฉ้อโกงทางอิเล็กทรอนิกส์

ส่งเสริมการขยายช่องทางการให้บริการทางการเงินซึ่งจะช่วยปรับปรุง การเข้าถึงและลดต้นทุนการบริการทางการเงิน รวมถึงเทคโนโลยีการให้ บริการผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ และการประกันภัยภาคประชาชน”

การคุ้มครองผู้บริโภค⁷⁵

“การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนสำคัญของการเป็นตลาดที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล และเป็นธรรม โดยผู้บริโภคต้องการที่จะมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลอย่างเพียงพอเพื่อใช้ในการตัดสินใจ การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ รวมถึงสินค้าและบริการที่เป็นไปตามข้อกำหนด ด้านมาตรฐานและความปลอดภัย ทั้งนี้ การค้าข้ามพรมแดนที่เพิ่มขึ้น พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และรูปแบบการค้าใหม่ ๆ ซึ่งเป็นผลมาจากโลกาภิวัตน์ และความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยี ทำให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ต้องแสวงหาแนวทางใหม่ ๆ ในการคุ้มครองและส่งเสริม ผลประโยชน์ของผู้บริโภค จึงจำเป็นต้องมีระบบการคุ้มครองผู้บริโภคที่ครอบคลุมทุกมิติ และมีประสิทธิภาพในระดับประเทศและภูมิภาค โดยบังคับใช้ผ่านกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ กลไกการเยียวยา และการสร้างความตระหนักรู้ของสาธารณะ

มาตรการเชิงยุทธศาสตร์มี ดังนี้

1) จัดทำกรอบด้านการคุ้มครองผู้บริโภคร่วมกันของอาเซียน โดยผ่านการมีกฎหมายการคุ้มครองผู้บริโภคในระดับที่สูงขึ้น ปรับปรุงการบังคับใช้และการควบคุม ดูแลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และการมีกลไกการเยียวยารวมถึงกลไก ทางเลือกต่าง ๆ ในการแก้ปัญหาข้อพิพาท

⁷⁵ เรื่องเดียวกันหน้า 156-157.

2) ส่งเสริมการสร้างศักยภาพและให้ความรู้แก่ผู้ประกอบการในระดับที่สูงขึ้น โดยสนองตอบประเด็นที่เป็นข้อกังวลของผู้บริโภคและเพิ่มพูนความรู้ รวมทั้งให้ข้อมูลแก่ ผู้บริโภค

3) สร้างความเชื่อมั่นที่เพิ่มขึ้นให้แก่ผู้บริโภค และการทำธุรกรรมเชิงพาณิชย์ ข้ามพรมแดนโดยเสริมสร้างความเข้มแข็งในการบังคับใช้ข้อกำหนดด้าน ความปลอดภัยของสินค้า การมีส่วนร่วมของผู้แทนผู้บริโภคที่มากขึ้น และการส่งเสริม การบริโภคอย่างยั่งยืน

4) ส่งเสริมประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคในนโยบายด้านต่าง ๆ ของอาเซียน โดยผ่านการประเมินผลกระทบของนโยบายคุ้มครองผู้บริโภคและการพัฒนา นโยบายที่ใช้องค์ความรู้เป็นฐาน และ

5) ส่งเสริมมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในสินค้าและบริการต่าง ๆ เช่น การเงิน พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การขนส่งทางอากาศ พลังงาน และโทรคมนาคม”

โทรคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศ⁷⁶

“วิสัยทัศน์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 จะต่อยอดจากผลสำเร็จของแผนแม่บทเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของอาเซียนฉบับเดิม เพื่อขับเคลื่อนอาเซียน สู่เศรษฐกิจในรูปแบบดิจิทัลที่มีความปลอดภัย ยั่งยืนและสามารถปรับเปลี่ยนได้ รวมทั้ง นำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ให้เกิดนวัตกรรม การรวมตัวกันและครอบคลุมทุกภาคส่วน ของอาเซียน มาตรการยุทธศาสตร์มี ดังนี้

1) การปรับเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ : หาแนวทางการใช้และประสานงานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศมากยิ่งขึ้น เพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและส่งเสริมการค้ารูปแบบดิจิทัลใน อาเซียน

2) การมีส่วนร่วมของประชาชนและการสร้างศักยภาพให้แก่ประชาชนผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ : ส่งเสริมความพยายามในการนำดิจิทัลมาเสริมสร้าง ศักยภาพให้กับบุคคลและทำให้เกิดการพัฒนาชุมชน รวมทั้งหาแนวทางใหม่ ๆ ที่จะเพิ่มการขยายเครือข่ายและการใช้อินเทอร์เน็ตความเร็วสูงได้ทั่วถึงใน อาเซียน

3) นวัตกรรม : สนับสนุนนวัตกรรมและการประกอบการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ รวมถึงการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ เช่น เมืองอัจฉริยะ และข้อมูลขนาดใหญ่และ การวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น

....

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน., หน้า 182-183

8) การประกันและความปลอดภัยด้านข้อมูล : สร้างระบบนิเวศน์ทางดิจิทัลที่น่าเชื่อถือ รวมทั้งส่งเสริมความร่วมมือด้านความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ให้มากยิ่งขึ้น และพัฒนามาตรการที่จะปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล”⁷⁷

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์⁷⁸

“พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ปรากฏทั่วโลก (อีคอมเมิร์ซ) ได้กลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ มากขึ้นของเศรษฐกิจโลกโดยเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์หลากหลายช่องทางสำหรับ การค้าปลีกในโลกยุคโลกาภิวัตน์ที่เชื่อมโยงกันผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร พาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์มีบทบาทสำคัญทั้งในการค้าข้ามพรมแดนและการอำนวยความสะดวก การลงทุนจากต่างประเทศผ่านการให้บริการโดยใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อกลาง นอกจากนี้ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีนัยสำคัญในการลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสำหรับธุรกิจ และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับวิสาหกิจขนาดกลาง ขนาดย่อม และรายย่อย. จากการทำพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีส่วนสำคัญต่อการสนับสนุนการรวมตัวทางเศรษฐกิจใน ภูมิภาคอาเซียน อาเซียนจะต้องส่งเสริมความร่วมมือด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ให้มากยิ่งขึ้น โดยดำเนินการต่อยอดจากมาตรา 5 ของกรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน ซึ่งผู้นำอาเซียนได้ให้การรับรองเมื่อเดือนพฤศจิกายน 2543 โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะพัฒนา ความตกลงด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน เพื่ออำนวยความสะดวกธุรกรรม พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดนในอาเซียน โดยมีมาตรการเชิงยุทธศาสตร์ ได้แก่

- 1) การปรับประสานกฎหมายเรื่องสิทธิและการคุ้มครองผู้บริโภค
- 2) การปรับประสานกรอบด้านกฎหมายสำหรับการระงับข้อพิพาทผ่านระบบออนไลน์ โดยคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่
- 3) ระบบการยืนยันบุคคลทางอิเล็กทรอนิกส์และการอนุมัติสิทธิใช้งาน (ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์) ที่สามารถทำงานร่วมกัน ยอมรับร่วมกัน ปลอดภัย เสถียร และง่ายต่อการปฏิบัติโดยผู้ใช้งาน

⁷⁷ Information Security and Assurance : Build a trusted digital ecosystem including through further strengthening cooperation on cyber security and developing measures to protect personal data

⁷⁸ กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, อาเซียน 20พ.ศ. 25 : มุ่งหน้าไปด้วยกัน : วิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียน 20พ.ศ. 25 และแผนงานประชาคมอาเซียน 2016-20พ.ศ. 25., หน้า 184-185.

4) มีกรอบสำหรับการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลที่เชื่อมโยงกันและครอบคลุมทุกมิติ (Coherent and comprehensive framework for personal data protection)”

จากแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ค.ศ. 2025 พบว่ามีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งอาจจำแนกเป็นสองทิศทาง ดังนี้⁷⁹

ทิศทางแรก หลักการที่ส่งเสริมเศรษฐกิจอันเกี่ยวข้องกับการกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคล

หากพิจารณาพฤติกรรมที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมุ่งคุ้มครองแล้วจะพบว่าพฤติกรรมหลักได้แก่ การเก็บรวบรวม (Collection) การประมวลผลหรือการใช้ (Processing) และการเผยแพร่หรือส่งต่อ (Transfer) จะเห็นได้ว่า

- ในส่วนของการค้าสินค้านั้น มาตรการในการเชื่อมโยงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวม การประมวลผล และการเผยแพร่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

- ในส่วนการรวมตัวภาคการเงินนั้น มีมาตรการที่จะนำไปสู่บริการการเงินอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเก็บข้อมูล ประมวลผล และเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งอาจเป็นการส่งหรือโอนระหว่างประเทศเพื่อการค้าระหว่างประเทศ การขยายตัวของการทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์ในอีกด้านหนึ่งเป็นโอกาสให้เกิดอาชญากรรมอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งกระทบถึงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งาน เช่น การฉ้อโกงทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีหลายรูปแบบ โดยบางรูปแบบจะเกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

- ในส่วนของโทรคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศนั้นจะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับแผนยุทธศาสตร์และมาตรการที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมอันกระทบข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การประมวลผลข้อมูลในลักษณะ “Big data” “Smart cities” ซึ่งล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับการเก็บและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั้งสิ้น

- ในส่วนพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ปรากฏทั่วโลก (อีคอมเมิร์ซ) นั้นก็เกี่ยวข้องกับมาตรการต่าง ๆ ที่ส่งเสริมให้นำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการพาณิชย์ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมจัดการข้อมูลส่วนบุคคลเช่นกัน

ทิศทางที่สอง หลักการที่เน้นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

⁷⁹คณาธิป ทองรวีวงศ์, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน , สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560 , หน้า 35-36

- AEC Blueprint 2025 ให้ความสำคัญกับผู้บริโภคและเน้นย้ำถึงการคุ้มครองผู้บริโภคในบริบทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย อย่างไรก็ตามในส่วนนี้ยังมีได้มีการระบุถึงการคุ้มครองผู้บริโภคในแง่ของข้อมูลส่วนบุคคล

-ในส่วนหลักการที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้แก่ หลักการเกี่ยวกับ โทรมคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งมีหลักว่า “การประกันและความปลอดภัยด้านข้อมูล : สร้างระบบนิเวศน์ทางดิจิทัลที่น่าเชื่อถือ รวมทั้งส่งเสริมความร่วมมือด้านความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ให้มากยิ่งขึ้น และพัฒนามาตรการที่จะปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล”

-นอกจากในส่วนโทรมคมนาคม แล้ว ในส่วนพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ก็มีหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างชัดเจน กล่าวคือ “มีกรอบสำหรับการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลที่เชื่อมโยงกัน และครอบคลุมทุกมิติ (Coherent and comprehensive framework for personal data protection)”

จะเห็นได้ว่า จาก AEC Blueprint นั้น การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้รับการกำหนดเป็นมาตรการสำคัญอันหนึ่งในส่วนของเศรษฐกิจอาเซียนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวดของโทรมคมนาคมและพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ด้วยเหตุนี้ประเทศสมาชิกในอาเซียนจึงมีความผูกพันตามกรอบข้อตกลงที่จะต้องมีการปกป้องคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจากหลักการดังกล่าวนี้ได้จำกัดเฉพาะ “กฎหมาย” แต่รวมถึงมาตรการในด้านอื่นที่ส่งผลในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย เช่นมาตรการทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ จากตัวบทของหลักการจะเห็นได้ว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนจะมีกรอบสำหรับการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล “ที่เชื่อมโยงกันและครอบคลุม” แต่จากการพิจารณาหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสมาชิกในอาเซียนปัจจุบันจะพบว่า มีความแตกต่างในหลักการและรายละเอียด⁸⁰ เช่น หลักการโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศที่กำหนดในกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกบางประเทศนั้นก็ยังมีปัญหาที่อาจส่งผลให้เป็นอุปสรรคทางการค้า หรือกรณีของหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ยังไม่ “ครอบคลุม” ถึงประเด็นและสภาพปัญหาของข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของประเทศนอกกลุ่มอาเซียน อย่างไรก็ตาม หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวไม่ได้ระบุชัดเจนถึงกรณีการทำสัญญาแบบสมาร์ตในสภาพแวดล้อมดิจิทัลไว้โดยเฉพาะ

จากการรวมตัวกันเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยมีพิมพ์เขียว (AEC Blueprint) เพื่อเป็นแผนงานเชิงบูรณาการด้านเศรษฐกิจต่าง ๆ สำหรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้น มีองค์ประกอบสำคัญ 4 เรื่องคือ

⁸⁰ คณาธิป ทองรวีวงศ์, เรื่องเดียวกัน , หน้า 37-38.

1. การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว (Single Market and Production Base) เพื่อเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ ลงทุน แรงงานฝีมือ เงินทุน อย่างเสรี จะเห็นได้ว่า การเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ ดังกล่าวในยุคของการสื่อสารสารสนเทศในปัจจุบัน ต้องอาศัยข้อมูลโดยเฉพาะข้อมูลดิจิทัลเป็นปัจจัยสำคัญ

2. การสร้างอาเซียนให้เป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง (High Competitive Economic Region) โดยการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โทรคมนาคม การเงินการธนาคาร การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

3. การพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกันระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน (Equitable Economic Development

4. การเชื่อมโยงอาเซียนเข้ากับเศรษฐกิจโลก (Fully Integrated into Global Economy)

จากองค์ประกอบสำคัญทั้ง 4 ของ พิมพ์เขียวดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นปัจจัยสำคัญของการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศปัจจุบัน

อาเซียนยังมุ่งมั่นที่จะพัฒนา แนวปฏิบัติที่ดี (Best practice/guideline) เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี ค.ศ. 2015

นอกจากนี้ หากพิจารณากรอบความตกลงเฉพาะของอาเซียน พบว่ามีหลักการที่มุ่งให้ประเทศสมาชิกมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลโดยเฉพาะในกรณีข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ

กรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (e-ASEAN Framework Agreement) ซึ่งเกิดขึ้นจากการลงนามของผู้นำของอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ในวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ณ ประเทศสิงคโปร์ซึ่งกำหนดแนวทางเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและสื่อสารเพื่อให้ภูมิภาคอาเซียนเชื่อมโยงกันด้านอิเล็กทรอนิกส์ สาระสำคัญของกรอบความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน ได้แก่ การกำหนดมาตรการที่จะพัฒนาอาเซียนให้เข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศใน 5ด้าน ได้แก่

1. การวางโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ
2. การส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์
3. การเปิดเสรีด้านการค้า การบริการและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร
4. การพัฒนาสังคมแห่งเทคโนโลยี

5. การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการบริการของรัฐ

ในกรณีของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ปรากฏในด้านที่ 2 กล่าวคือการอำนวยความสะดวกด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-Commerce) หากกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลปรากฏในมาตรา 5 ของกรอบความตกลงนี้ นั่นคือ “ประเทศสมาชิกจะต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และกรอบของกฎหมายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้บริโภคและพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีนี้ ประเทศสมาชิกจะต้อง ..จัดให้มีมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค”⁸¹

จากการประชุมคณะทำงานด้านสนับสนุนการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ ส่งผลให้มีโครงการศึกษาฐานข้อมูลพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาเซียน (ASEAN E-Commerce Data Base Project) โดยมีข้อเสนอแนะในปีค.ศ. 2010 ที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลว่า “การส่งเสริมให้มีรูปแบบอันเป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศในการชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งการสร้างสภาวะแวดล้อมที่มีความมั่นใจและน่าเชื่อถือในการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคและคุ้มครองผู้บริโภคจากองค์กรประกอบต่างๆที่ไม่พึงประสงค์ทางอินเทอร์เน็ต”

ในช่วงปี ค.ศ. 2012- ค.ศ. 2013 ประเทศสมาชิกหลายประเทศของอาเซียนได้เริ่มมีการปรับปรุงพัฒนากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะ ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย สิงคโปร์ และประเทศไทยที่มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรอบกฎหมายระดับอาเซียนไม่ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลไว้โดยเฉพาะรวมทั้งไม่มีพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกจะต้องตรากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังเช่นกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งจะกล่าวต่อไป กฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนหลายประเทศรวมทั้งไทยจึงใช้แนวทางหรือตัวแบบจากสหภาพยุโรป

3.1.4 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายสหภาพยุโรป

ในหัวข้อนี้จะชี้ให้เห็นหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรป โดยแบ่งเป็นช่วงก่อนและหลังกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรปฉบับปี 2018 หรือ GDPR

3.1.4.1 Directive 95/46/EC

Directive 95/46/EC หรือ Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data on the Free Movement of such Data

⁸¹..(e) take measures to promote personal data protection and consumer privacy..

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยคณะกรรมการการยุโรป European Economic Community ในปี ค.ศ. 1995 Directive นี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ต้นแบบ(Model) อันเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ในยุโรป

Directive 95/46/EC มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของบุคคลธรรมดาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวอันเนื่องจากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตราที่ 1 นอกจากนี้ อาร์มภบทที่ 2 ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่า¹⁷⁸²

“ระบบประมวลผลข้อมูลนั้นถูกออกแบบมาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่มนุษย์...ระบบเหล่านี้ต้องการประสิทธิภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลธรรมดาโดยไม่เลือกสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้น โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นส่วนตัว”

นอกจากนี้ ในอาร์มภบทที่ 10 ได้อธิบายว่า⁸³ “ประมวลกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งได้รับความเห็นชอบทั้งในมาตราที่ 8 ของอนุสัญญาเพื่อคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานยุโรปและในหลักทั่วไปของกฎหมายประชาคม ด้วยเหตุนี้การปรับกฎหมายเหล่านี้ให้สอดคล้องกันจะต้องมีทำให้การคุ้มครองที่พึงได้ของพวกเขาอันน้อยย่นลง แต่ในทางกลับกันต้องแสวงหาวิธีที่จะรับรองการคุ้มครองขั้นสูงในประชาคม” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายสหภาพยุโรปมุ่งเน้นให้เกิดความเป็นเอกภาพของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของประเทศในยุโรป

สำหรับหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น Directive 95/46/EC มีดังนี้

- 1) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องถูกประมวลผลอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมาย
- 2) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องถูกจัดเก็บโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน แน่นนอน และ ชอบด้วยกฎหมาย (specified, explicit and legitimate purposes) นอกจากนี้จะต้องไม่มีการประมวลผลข้อมูลที่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์นั้น เว้นแต่เป็นการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์ทางด้านประวัติศาสตร์ สถิติ หรือ วิทยาศาสตร์
- 3) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความเพียงพอ (adequate) ไม่มากเกินไปจนจำเป็น (not excessive) และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บ หรือ ประมวลผลข้อมูลนั้น

⁸² Directive 95/46/EC, Recitals 2.

⁸³ *Ibid.* Recitals 10.

4) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความถูกต้องครบถ้วน และในกรณีจำเป็นต้องเป็นปัจจุบันด้วย

5) ไม่ควรเก็บไว้ในรูปแบบที่สามารถระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของไว้นานเกินไป อีกทั้งต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล

นอกจากนั้น ยังได้วางหลัก ข้อมูลชนิดที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ควบคุมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องใช้มาตรการทางเทคนิคและการจัดการที่เหมาะสม

หลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใน Directive 95/46/EC โดยทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่า มีเนื้อหาที่กว้างขวางกว่าหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใน OECD Guidelines เช่น ได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลชนิดที่มีความอ่อนไหว (sensitive data) ว่าห้ามมิให้มีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าวเว้นแต่จะเข้ากรณีข้อยกเว้น หลักเกณฑ์การแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการประมวลผลต่อองค์กรด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในการ “Opt-out” สำหรับการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์ในการทำการตลาดแบบตรง (direct marketing) เป็นต้น

หลักการเกี่ยวกับการโอนข้อมูลส่วนบุคคลออกนอกประเทศ

Directive 95/46/ECวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อมีการโอนข้อมูลออกจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปไปยังประเทศนอกกลุ่ม ซึ่งสามารถจำแนกประเภทการโอนข้อมูลส่วนบุคคลตาม Directive นี้ ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) การโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป

ประเทศแต่ละประเทศในกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถโอนข้อมูลระหว่างกันได้ เช่นเดียวกับการโอนข้อมูลภายในประเทศเดียวกัน เนื่องจากวัตถุประสงค์ของ Directive 95/46/EC ต้องการให้เกิดการโอนถ่ายข้อมูลส่วนบุคคลภายในกลุ่มประเทศสมาชิกโดยปราศจากอุปสรรคเพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและการค้า

2) การโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศนอกกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรป

การโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศนอกกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น มีข้อจำกัดและข้อพิจารณาหลายประการ เนื่องจากประเทศเหล่านั้นอาจมีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานของกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งหากมีการอนุญาตให้โอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สามเหล่านั้นได้โดยสะดวกปราศจากข้อจำกัด อาจกระทบสิทธิของเจ้าของข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองน้อยลงเมื่อเปรียบเทียบกับยุโรป ดังนั้นกฎหมายสหภาพยุโรป จึงมีบทบัญญัติในมาตรา 25 เพื่อคุ้มครองการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สาม ซึ่งมีหลักว่า

ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นจะถ่ายโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สามได้ ก็ต่อเมื่อประเทศที่สามสามารถรับรองระดับการคุ้มครองที่เพียงพอ⁸⁴ (adequate level of protection) ดังนั้นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจึงไม่สามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สามซึ่งมิได้รับรองระดับการคุ้มครองที่เพียงพอเมื่อเปรียบเทียบกับยุโรป

ในส่วนของระดับการคุ้มครองที่เพียงพอนั้นจะต้องได้รับการประเมินโดยพิจารณาจากทุกพฤติการณ์แวดล้อม โดยจะต้องไต่ตรองจากลักษณะของข้อมูล วัตถุประสงค์และระยะเวลาที่ใช้ในการประเมินผล ประเทศที่เป็นจุดเริ่มต้นและประเทศปลายทางในการโอนข้อมูล หลักกฎหมายทั้งกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะภาคส่วนที่มีผลบังคับใช้ในประเทศที่สาม และข้อปฏิบัติทางวิชาชีพรวมถึงมาตรการความปลอดภัยที่ได้รับการปฏิบัติภายในประเทศนั้น⁸⁵ ซึ่งเป็นการระบุหลักเกณฑ์ทั่วไป ไม่ได้ระบุลงรายละเอียดอย่างชัดเจน ทำให้ต่อมาทางประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้เสนอให้มีแนวทางการประเมินระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดย Working Party ในปี ค.ศ. 1997 โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญไว้ 2 ประการ⁸⁶ คือ ประการที่ 1 เนื้อหาในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในประเทศนั้นจะต้องมีคุณสมบัติ 6 ประการคือ หลักการประมวลผลข้อมูลภายในขอบวัตถุประสงค์, หลักคุณภาพและความได้สัดส่วนของข้อมูล, หลักความโปร่งใส, หลักการรักษาความปลอดภัย, หลักการให้สิทธิในการเข้าถึงเพื่อขอแก้ไขหรือคัดค้านการประมวลผลของเจ้าของข้อมูล, ข้อจำกัดในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลต่อ ส่วนหลักเกณฑ์ประการที่ 2 กระบวนการบังคับใช้ โดยกระบวนการบังคับใช้จะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติ 3 ประการคือ สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ, การสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้เจ้าของข้อมูลให้สามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและมีค่าใช้จ่ายที่ไม่มากจนเกินไป, สามารถให้การช่วยเหลือเจ้าของข้อมูลเพื่อให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายในกรณีที่มีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ต้องมีองค์การอิสระเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลและพิจารณาข้อร้องเรียนต่างเพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ได้อีกด้วย โดย Working Party ได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามวิธีการดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปแบบกฎหมายเสมอไป แต่อาจเป็นวิธีการอื่นใดที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้นก็ได้เช่นกัน

⁸⁴ Directive 95/46/EC, Article พ.ศ. 25(1)

⁸⁵ Directive 95/46/EC, Article พ.ศ. 25(2)

⁸⁶ Article 29 Working Party, “First Orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries – Possible Ways Forward in Assessing Adequacy.”

<http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/1997/wp4_en.pdf>, June 1997

ข้อยกเว้นหลักการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปต่างประเทศ

ข้อยกเว้นหลักการห้ามมิให้โอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สามที่ไม่รับรองระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอ นั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตราที่ 26 โดยแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

1) ข้อยกเว้นตามกฎหมาย

ในมาตราที่ 26 (1) Directive 95/46/EC อนุญาตให้มีการโอนข้อมูลส่วนบุคคลได้หากเข้ากรณีดังต่อไปนี้

a) เจ้าของข้อมูลยินยอมให้มีการโอนข้อมูลอย่างชัดแจ้ง

b) การโอนข้อมูลเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างเจ้าของข้อมูลกับผู้ควบคุมข้อมูลหรือการดำเนินการก่อนการเข้าสัญญาตามที่เจ้าของข้อมูลร้องขอ

c) การโอนข้อมูลเป็นสิ่งจำเป็นต่อการหาข้อสรุปของสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งทำเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลและบุคคลภายนอก

e) การโอนข้อมูลเป็นสิ่งจำเป็นในการคุ้มครองผลประโยชน์สำคัญของเจ้าของข้อมูล

f) การโอนข้อมูลโดยเก็บบันทึกข้อมูลซึ่งตามกฎหมายหรือระเบียบมีหน้าที่ให้ต่อสาธารณชนและซึ่งเปิดให้มีการเข้าถึงข้อมูลได้ทั้งโดยบุคคลทั่ว ๆ ไปหรือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งสามารถแสดงได้ว่าตนมีประโยชน์ส่วนได้เสียที่ขบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะ ภายใต้ขอบเขตว่าประโยชน์ดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยกฎหมายที่ให้เปิดเผยในกรณีนั้นๆ

2) ข้อยกเว้นจากการตกลงทำสัญญา

นอกจากข้อยกเว้นตามกฎหมายข้างต้นที่ทำให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สามที่ไม่มีระดับการคุ้มครองส่วนบุคคลที่เพียงพอแล้ว ยังสามารถใช้วิธีการโอนข้อมูลส่วนบุคคลในรูปของการทำข้อสัญญาที่เหมาะสม (Appropriate Contractual Clauses) ตามมาตราที่ 26 (2) ซึ่งเป็นสัญญาที่มีการกำหนดแม่แบบของสัญญาเอาไว้โดยคณะกรรมการการยุโรป โดยหากผู้โอนและผู้รับโอนข้อมูลได้ทำสัญญาระหว่างกันตามสัญญาแม่แบบ ก็จะสามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อยกเว้นได้เช่นกัน

สัญญาแม่แบบที่ใช้ในการโอนข้อมูลนั้น จะต้องมึเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้โอนข้อมูล (Data Exporter) และผู้รับโอนข้อมูล (Data Importer), สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (Third-party Beneficiary Clause) โดยให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาสามารถเข้าใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการละเมิดข้อสัญญาได้ และเพื่อให้เจ้าของข้อมูลสามารถบังคับใช้สิทธิของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพสัญญาแม่แบบดังกล่าวจึงได้

กำหนดให้ผู้ส่งออกและผู้นำเข้าข้อมูลต้องรับผิดชอบร่วมกันในหลายกรณี โดยเจ้าของข้อมูลสามารถใช้สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้รับโอนข้อมูลละเมิดข้อสัญญาต่อผู้โอนข้อมูลได้โดยตรง

จะเห็นได้ว่าสัญญาแม่แบบได้กำหนดเนื้อหาที่จำเป็นต้องมีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้เท่านั้น ทำให้ผู้โอนข้อมูลหรือผู้รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเพิ่มเติมข้อสัญญาอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจที่นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในสัญญาแม่แบบนี้ได้เช่นกัน เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือ (Mutual Assistance) กับเจ้าของข้อมูลหรือกับหน่วยงานด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทต่าง ๆ ซึ่งการเพิ่มเติมข้อสัญญานั้นสามารถกระทำได้ครบเท่าที่เนื้อหาไม่ขัดแย้งกับสัญญาแม่แบบ

3.1.4.2 Regulation (EU) 2016/679 หรือ GDPR

ยุโรปได้มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับใหม่ (General Data Protection Regulation หรือ GDPR)⁸⁷ เพื่อใช้แทน Directive 95/46/EC โดยมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2018 สำหรับหลักการคุ้มครองข้อมูลตามกฎหมายนี้ ผู้วิจัยจะได้สรุปจำแนกตามแนวคิดทฤษฎีพื้นฐานของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังตารางต่อไปนี้

แนวคิดพื้นฐานของหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล	กฎหมายยุโรป (Regulation (EU) 2016/679 (GDPR))
การประมวลผลข้อมูลต้องชอบด้วยกฎหมาย (fairly and lawfully)	มาตรา 5 (1) (a) การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรมและโปร่งใส
หลักวัตถุประสงค์ (purpose limitation) ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บไปเพื่อวัตถุประสงค์หนึ่งจะต้องไม่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น	ข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกระงับได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนและชอบด้วยกฎหมาย และ

⁸⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

	<p>จะต้องไม่ถูกประมวลในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์</p> <p>มาตรา 5 (1) (b)</p> <p>(ข้อยกเว้น กรณีประโยชน์สาธารณะ วัตถุประสงค์ทางประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ หรือสถิติ ตามมาตรา 89 (1)</p>
หลักการประมวลข้อมูลที่น้อยที่สุด (Data minimization) การประมวลข้อมูลควรกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการประมวลข้อมูลเท่านั้น	<p>การประมวลข้อมูลส่วนบุคคล ต้อง อยู่ภายใต้หลักความเพียงพอ เกี่ยวข้อง และ จำกัดเฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการประมวลข้อมูลนั้น</p> <p>มาตรา 5 (1)(c)</p>
หลักความถูกต้อง (Accuracy) ผู้ควบคุมข้อมูลจะต้องดำเนินการประมวลข้อมูลภายใต้หลักความถูกต้องของข้อมูล	<p>ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีความถูกต้อง และเป็นปัจจุบัน (accurate and up to date)</p> <p>ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องจะต้องถูกลบหรือแก้ไขโดยไม่มีชักช้า</p> <p>มาตรา 5(1)(d)</p>
หลักการเก็บข้อมูล (Data Retention) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกเก็บไว้นานเกินกว่าความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ของการเก็บและประมวลข้อมูลนั้น	<p>ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่เก็บไว้ในลักษณะที่อาจระบุตัวเจ้าของข้อมูลได้ในระยะเวลาเกินความจำเป็น ตามวัตถุประสงค์ของการประมวลข้อมูลนั้น</p> <p>มาตรา.5(1)(e)</p> <p>(ข้อยกเว้น กรณีประโยชน์สาธารณะ วัตถุประสงค์ทางประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ หรือสถิติ ตามมาตรา 89 (1)</p>
หลักความปลอดภัยของข้อมูล (Data security)	<p>ข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความปลอดภัย โดยมีการป้องกันจาก การประมวลข้อมูลโดยปราศจากอำนาจการสูญหาย ถูกทำลาย จากอุบัติเหตุ โดยใช้</p>

ผู้ควบคุมข้อมูลต้องดำเนินการให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บไว้มีความปลอดภัยจากการคุกคามภายนอก และการคุกคามภายใน	มาตรการทางเทคโนโลยีและมาตรการเชิงองค์กรที่เหมาะสม (ปรากฏในหลายมาตรา เช่น มาตรา 5(1)(f), 24(1), 25(1)-(2), 28, 39, 32)
หลักความรับผิดชอบ (Accountability) ผู้ควบคุมข้อมูลต้องปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายนี้	ผู้ควบคุมข้อมูลต้องรับผิดชอบ และแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองข้อมูลตามกฎหมายนี้ มาตรา 5(2)

ในหัวข้อนี้ชี้ให้เห็นหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเปรียบเทียบกับหลักสำคัญของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR) สำหรับหลักการและเงื่อนไขย่อยต่างๆ จะได้นำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป

3.2 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามความตกลงทวิภาคี

ในหัวข้อนี้จะศึกษาความตกลงระดับทวิภาคีที่สำคัญ ได้แก่ ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี ซึ่งแยกเป็นสองฉบับดังนี้

3.2.1 ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี Safe Harbour

ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี Safe Harbour Privacy Principles (โครงการ Safe Harbour)

ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของโครงการ Safe Harbour

1) ความเป็นมาของโครงการ Safe Harbour

ระบบการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะการบัญญัติเป็นระบบกฎหมายเฉพาะเรื่อง (Sectoral law) เพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในแต่ละเรื่องเป็นเรื่อง

เฉพาะ เช่น Fair Credit Reporting Act 1970, Children's Online Privacy Protection Act 1988, Financial Modernization Act 1999 เป็นต้น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายกลางในระดับรัฐบาลกลางที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

นอกจากการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องแล้วสหรัฐอเมริกายังมีการคุ้มครองตัวเองอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่าการให้มีกลไกกำกับดูแลตนเอง (Self-regulation) ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากความเติบโตในทางธุรกิจ การพัฒนาการทางเทคโนโลยีและการประกอบธุรกิจสมัยใหม่ กลไกกำกับดูแลตนเองสามารถมีได้หลายรูปแบบ เช่นการที่กลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพหรือกลุ่มผู้ประกอบการสาขาเดียวกันได้ร่วมกันจัดทำประมวลแนวปฏิบัติ (Code of practice) เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยถือว่าประมวลแนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบวิชาชีพหรือองค์กรที่ร่วมเป็นสมาชิก จำเป็นต้องปฏิบัติตาม หรืออีกวิธีการหนึ่งคือการออกนโยบายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Privacy Policy) ของตนให้แก่สาธารณะชนได้รับทราบว่าองค์กรนั้น ๆ จะปฏิบัติต่อข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าหรือผู้ใช้บริการ เป็นไปในแนวทางใด

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสหภาพยุโรปมีการประกาศใช้ Directive 95/46/EC เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น ในบทที่ 4 บัญญัติว่าด้วยการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศที่ไม่ใช่กลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จะโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปได้นั้นประเทศที่ระบุจะต้องมีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอ มิฉะนั้นจะไม่สามารถรับโอนข้อมูลส่วนบุคคลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ ซึ่งกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องปฏิบัติตาม Directive นี้ ทำให้ในช่วงแรกนั้นเกิดปัญหาในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลจากกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะเหตุว่าประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้รับการพิจารณาจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปว่ามีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่เพียงพอแต่อย่างใด ปัจจัยสำคัญเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติที่ใช้คุ้มครองความเป็นส่วนตัวแยกเป็นส่วนๆ กระจายอยู่ตามบทบัญญัติ กฎเกณฑ์ ข้อบังคับหลาย ๆ ฉบับ และใช้กลไกกำกับดูแลตนเองภายในองค์กร (Self-Regulation) ต่างจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายแม่บทเป็นกฎหมายกลาง นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่มีองค์กรระดับชาติด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะ⁸⁸ ทำให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มี

⁸⁸ John R. Vacca, "The European Data Protection Directive : A Roadblock to International Trade?", in *The Privacy Papers : Managing Technology, Consumer, Employee, and Legislative Action*, ed. Pebecca Herole (New York : CRC Press LLC, 2002), p.570 อ้างถึงในปฏิวัติ

มาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่เพียงพอผลจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ดำเนินการเพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในระดับที่เพียงพอตามมาตรฐานของกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น ได้ส่งผลกระทบต่อขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในปี ค.ศ. 1998 ในกรณีข้อพิพาทระหว่างคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลประเทศสวีเดนกับบริษัทสายการบินอเมริกัน โดยคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลประเทศสวีเดนได้มีคำสั่งให้สายการบินอเมริกันทำการลบข้อมูลด้านสุขภาพ ข้อมูลด้านการรักษาพยาบาลของผู้โดยสารสัญชาติสวีเดนในทันทีภายหลังจากการเดินทางถึงที่หมายแล้วในทุกเที่ยวบิน เว้นแต่จะได้รับการยินยอมจากผู้โดยสารโดยชัดแจ้ง (Explicit consent) ว่าอนุญาตให้ทำการเก็บข้อมูลนั้นต่อไปนี้ ซึ่งปกติแล้วการเก็บข้อมูลต่างๆเหล่านี้ในขณะที่ทำการจองตั๋วเครื่องบิน และจากผลของคำสั่งดังกล่าวนี้เอง ส่งผลให้บริษัทสายการบินอเมริกันไม่สามารถส่งข้อมูลไปยังศูนย์กลางระบบการจองตั๋วโดยสาร (SABRE central Reservation System) ที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ต่อมาบริษัทสายการบินอเมริกันก็ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งข้างต้นต่อศาลปกครองชั้นต้นในประเทศสวีเดน โดยให้เหตุผลว่าการขอความยินยอมจากผู้โดยสารโดยชัดแจ้งเพื่อให้มีการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังสหรัฐอเมริกานั้นไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ (Impractical) อีกทั้งก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่ผู้โดยสารเนื่องจากจำเป็นต้องให้ข้อมูลใหม่ทุกครั้งที่จะจองตั๋วเครื่องบินกับทางบริษัท อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ไม่เห็นด้วยกับข้ออุทธรณ์ดังกล่าว โดยกล่าวว่าเหตุผลเกี่ยวกับความไม่สะดวกของผู้โดยสารไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายได้ หลังจากนั้นก็ได้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อไปยังศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยกคำร้องอุทธรณ์ดังกล่าวเช่นกัน⁸⁹

ดังนั้น ผู้ประกอบการและองค์กรต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับผลกระทบจากหลักเกณฑ์การโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่เข้มงวดซึ่งเป็นผลมาจากการบัญญัติ Directive 95/46/EC ในแนวทางการแก้ปัญหาเฉพาะนั้นทำโดยการที่ผู้ประกอบการมักจะจัดทำสัญญาโอนข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อทำให้สามารถรับโอนข้อมูลจากลูกค้าหรือพนักงานในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้

อุ้นเรื่อน, “ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ”, (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547), น.42.

⁸⁹ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, การโอน ข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, พ.ศ. 2548) น.31-32.

เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาและอุปสรรคทางการค้า รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาโดยกระทรวงพาณิชย์ Department of Commerce) จึงได้เริ่มเจรจากับคณะกรรมการการยุโรป (European Commission) เพื่อหาทางออกในการสร้างความเชื่อมั่นว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีระดับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอและสร้างความมั่นใจให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังสหรัฐอเมริกา ได้ผลจากการเจรจาเป็นระยะเวลาสองปีระหว่างคณะกรรมการการยุโรปและสหรัฐอเมริกาก่อให้เกิดข้อตกลงระหว่างคณะกรรมการการยุโรปกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า “Safe Harbour Privacy Principles” (โครงการ Safe Harbour) เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 และคณะกรรมการการยุโรปได้รับรองว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้เพียงพอในการออก Decision 2000/520/EC ตามมาเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 2000

วัตถุประสงค์ของโครงการ Safe Harbour

หลักการของโครงการ Safe Harbour ในช่วงต้นนั้นได้ระบุเอาไว้ว่า “...ภายใต้อำนาจตามกฎหมายในการส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาการค้าระหว่างประเทศ หลักการได้รับการกำหนดขึ้นโดยการปรึกษาหารือกับภาคอุตสาหกรรมและประชาชนโดยทั่วไปเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การค้าและการพาณิชย์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปหลักของโครงการ Safe Harbour มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้องค์กรของสหรัฐอเมริกาได้รับข้อมูลส่วนบุคคลจากสหภาพยุโรปปฏิบัติตามเพื่อรับรองครให้มีคุณสมบัติเหมาะสมกับโครงการ Safe Harbour และเพื่อตอบสนองต่อระดับการคุ้มครองที่เพียงพอที่ได้สร้างขึ้นไว้เท่านั้น เนื่องจากโครงการ Safe Harbour ได้รับการออกแบบมาเพื่อจุดประสงค์เฉพาะนี้เพียงอย่างเดียว การนำหลักการนี้ไปใช้กับจุดประสงค์อื่น ๆ อาจเป็นการไม่เหมาะสม...” จากหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีโครงการ Safe Harbour นั้นเพื่อให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถโอนข้อมูลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้โดยสะดวกปราศจากอุปสรรค และเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับภาคธุรกิจองค์กรเอกชนต่าง ๆ ที่กำลังขยายตัวอย่างรวดเร็วในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถถ่ายโอนข้อมูลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อนำข้อมูลมาประมวลผลและใช้เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจได้สะดวกยิ่งขึ้น สามารถลดขั้นตอนในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่ยุงยากได้ ไม่ต้องเกิดปัญหา ไม่เปลืองทรัพยากรและใช้เวลานาน ดังเช่นกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนการจัดให้มีโครงการ Safe Harbour นั้นเอง

ต่อมาหลักการ Safe Harbourได้รับการรับรองจากคณะกรรมการการยุโรปโดยการออก Decision 2000/520/EC ซึ่งอารัมภบทที่ 2 ของ Decision ดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “คณะกรรมการการอาจตัดสินใจว่าประเทศที่สามได้รับรองระดับการคุ้มครองที่เพียงพอ ในกรณีนี้ข้อมูลส่วนบุคคลอาจถูกถ่ายโอนจากประเทศสมาชิกได้โดยไม่ต้องมีการยืนยันหลักประกันเพิ่มเติม” แสดงการยืนยันว่าเมื่อคณะกรรมการการได้

ตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการรับรองระดับการคุ้มครองข้อมูลที่เพียงพอแล้วจะทำให้รับโอนข้อมูลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ง่ายขึ้นไม่มีเงื่อนไขและข้อจำกัดอื่นใดเพิ่มเติม

นอกจากนั้น มาตราที่ 1(1) ของ Decision ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ตามวัตถุประสงค์ของข้อที่ 25(2) ของ Directive 95/6/EC สำหรับทุกกิจกรรมที่อยู่ในขอบข่ายของ Directive หลักคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของโครงการ Safe Harbour ดังที่บรรยายไว้ในภาคผนวกที่ 1 ของ Decision ซึ่งได้รับการดำเนินงานตามแนวทางปฏิบัติที่กำหนดโดยข้อสงสัยที่ได้รับการซักถามบ่อยครั้ง (ต่อไปจะเรียกว่า “FAQs”) ที่ออกโดยกระทรวงพาณิชย์สหรัฐในวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 ดังที่บรรยายไว้ในภาคผนวก 2 ของ Decision นี้ ได้รับการพิจารณาว่าสามารถรองรับระดับการคุ้มครองที่เพียงพอสำหรับข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกถ่ายโอนจากประชาคมไปยังองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในสหรัฐอเมริกา” เป็นการตัดสินว่าคณะกรรมการการค้าได้ตัดสินแล้วว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการรับรองระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอ

จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการตัดสินจากคณะกรรมการการค้ายุโรปว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการรับรองระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอดังกล่าว ส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถรับโอนข้อมูลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้

หลักการและวิธีการในการรับโอนข้อมูลระหว่างประเทศตามโครงการ Safe Harbour
โครงการ Safe Harbour มีหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล 7 ประการดังต่อไปนี้

1) หลักการแจ้งให้ทราบ (Notice)

องค์กรนั้นจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบถึงวัตถุประสงค์ในการรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล รวมไปถึงจะนำข้อมูลส่วนบุคคลใช้หรือเปิดเผยในกรณีใดบ้าง อีกทั้งวิธีการที่เจ้าของข้อมูลจะใช้สิทธิในการควบคุมหรือจำกัดการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตน

2) หลักการให้สิทธิเลือก (Choice)

องค์กรนั้นจะต้องให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลใช้สิทธิในการเลือกที่จะปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลของเขาถูกเผยแพร่แก่บุคคลที่สาม หรือปฏิเสธการนำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวเขาไปใช้ในวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่เกี่ยวข้องหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ได้ให้ไว้ในตอนแรก หรือหากเป็นกรณีข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว sensitive อาทิ ข้อมูลด้านสุขภาพ เชื้อชาติ การใช้หรือการเปิดเผยต้องได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งและได้รับการยืนยันจากเจ้าของข้อมูลว่าสามารถเปิดเผยหรือถูกนำไปใช้ได้ ในกรณีที่ต้องมีการเปิดเผยแก่บุคคลภายนอกหรือมีการใช้ในวัตถุประสงค์อื่น ๆ อีก

3) หลักการห้ามโอนข้อมูลต่อ Onward Transfer

องค์กรนั้นจะต้องให้การรับรองว่า จะไม่โอนหรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปยังบุคคลอื่นต่อไป เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเสียก่อน ทั้งนี้บุคคลผู้รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลต่อไปนั้นจะต้อง

เป็นองค์กรที่เข้าร่วมโครงการ Safe Harbourหรือเป็นองค์กรที่ตกอยู่ภายใต้ผลการบังคับของ Directive หรือได้ทำสัญญาการโอนข้อมูลส่วนบุคคล Transborder Data Flow Agreement

4) หลักการรักษาความปลอดภัย Security

องค์กรนั้นจะต้องมีนโยบายและมาตรการรักษาความปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอเพื่อป้องกันการใช้ (Use) หรือเปิดเผย (Disclose) โดยมีขอบ ครอบคลุมมาตรการป้องกันการสูญหาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข การทำลาย หรือการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต

5) หลักความถูกต้องแท้จริงของข้อมูล (Data Integrity)

ข้อมูลที่บริษัทหรือองค์กรจะนำไปประมวลผลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่มีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บ และองค์กรต้องจัดให้มีวิธีการที่เหมาะสมและเชื่อถือได้ว่าข้อมูลที่จะถูกนำไปใช้นั้นมีความถูกต้องแท้จริง (Integrity) มีความครบถ้วน (Complete) และปัจจุบัน

6) หลักการเข้าถึงข้อมูล (Access)

องค์กรนั้นจะต้องเปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลของตน ตลอดจนให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลในการลบ เปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงข้อมูลส่วนบุคคลของตนให้ถูกต้องภายใต้เงื่อนไขและวิธีการอันสมเหตุสมผล

7) หลักการบังคับใช้ (Enforcement)

ผู้ประกอบการจะต้องเผยแพร่วิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากข้อมูลส่วนบุคคลและจะต้องปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าว ทั้งนี้ วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องครอบคลุมถึงการให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลในการร้องเรียน (Complain) เพื่อให้มีการสอบสวนและชี้ขาดในกรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามโครงการ Safe Harbourตามข้อร้องเรียนของเจ้าของข้อมูล การตัดสินใจขององค์กรต่าง ๆ ที่จะเข้าร่วมกับโครงการ Safe Harbourนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจทั้งหมด (Voluntary) โดยองค์กรต่าง ๆ สามารถปรับองค์กรให้มีคุณสมบัติเหมาะสมสอดคล้องกับหลักการทั้ง 7 ประการของโครงการ Safe Harbour ได้ด้วยวิธีที่แตกต่างกัน ซึ่งบริษัทหรือองค์กรดังกล่าวสามารถเลือกที่จะดำเนินการในทางใดทางหนึ่งดังนี้

1) เข้าร่วมโครงการกลไกกำกับดูแลตนเองที่มีหลักการสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Safe Harbourเช่น เข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์กรให้บริการเครื่องหมายรับรองการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Third Party Self-regulatory Programs) ซึ่งผ่านการรับรองจากคณะกรรมการยุโรปแล้วว่าสามารถบังคับให้มีการปฏิบัติตามกลไกกำกับดูแลตนเองขององค์กรดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ อาทิ Trusted และ WEB Trust เป็นต้น

2) จัดทำนโยบายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Privacy Policy) ของตนเองที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Safe Harbour⁹⁰

สำหรับองค์กรที่จะเข้าร่วมโครงการ Safe Harbour นั้น จะต้องทำการรับรองตนเอง (Self-Certify) ว่าจะปฏิบัติตามหลักการของโครงการ Safe Harbour โดยการยื่นเอกสารรับรองตนเองที่ลงชื่อโดยเจ้าหน้าที่บริษัทในนามขององค์กรต่อกระทรวงพาณิชย์ประเทศสหรัฐอเมริกา (หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายหน้าที่) ซึ่งต้องประกอบไปด้วยข้อมูลอย่างน้อยดังต่อไปนี้⁹¹

1. ชื่อ ที่อยู่ไปรษณีย์ ที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายเลขโทรศัพท์และหมายเลขโทรสารขององค์กร

2. คำอธิบายลักษณะของกิจกรรมที่องค์กรจะกระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับจากสหภาพยุโรป

3. คำอธิบายลักษณะของนโยบายความเป็นส่วนตัวดังกล่าว รวมทั้ง:

(a) สถานที่ซึ่งสาธารณชนสามารถอ่านนโยบายความเป็นส่วนตัวได้

(b) วันที่เริ่มมีผลบังคับใช้

(c) สำนักงานที่สามารถติดต่อยื่นข้อร้องเรียน ขอสิทธิการเข้าถึง และรับมือกับปัญหาอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้โครงการ Safe Harbour ได้

(d) เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายที่มีอำนาจทางกฎหมายในการรับฟังข้อร้องเรียนใด ๆ ก็ตามต่อองค์กรเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรืออาจก่อให้เกิดความหลงผิดหรือการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎระเบียบข้อบังคับที่คุ้มครองความเป็นส่วนตัว (ซึ่งได้ลงรายการไว้ในภาคผนวก)

(e) ชื่อของแผนงานคุ้มครองความเป็นส่วนตัวใด ๆ ก็ตามที่องค์กรเป็นสมาชิก

(f) วิธีที่ใช้ในการพิสูจน์การปฏิบัติตามกฎ (เช่น โดยคนในองค์กร หรือโดยบุคคลภายนอก) และ

(g) กลไกในการขอความช่วยเหลืออย่างอิสระซึ่งสามารถใช้ประโยชน์ในการสืบสวนข้อเรียกร้องที่ยังมิได้รับการตัดสินได้

องค์กรจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการเข้าร่วมโครงการ Safe Harbour นับตั้งแต่วันที่องค์กรนั้นได้รับรองตนเองต่อกระทรวงพาณิชย์ (หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายหน้าที่)ว่าจะปฏิบัติตามหลักแนวทางปฏิบัติ

⁹⁰ International Trade Administration, Department of Commerce, “Safe Harbor Overviews” in The Privacy Papers : Managing Technology, Consumer, Employee, and Legislative Action, ed. Pebecca Herole (New York : CRC Press LLC, 2002), p.620

⁹¹ Decision 2000/520, Annex II FAQ 6

ดังกล่าวของโครงการ Safe Harbourกระทรวงพาณิชย์(หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายหน้าที่) เมื่อผ่านการตรวจรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการสมัครเป็นที่เรียบร้อยแล้วก็จะได้รับการประกาศเป็นสมาชิกโครงการ Safe Harbourผ่านเว็บไซต์ของกระทรวงการส่งออก (Department of Export) และจะเก็บรักษารายชื่อขององค์กรทั้งหมดที่ได้ยื่นเอกสารดังกล่าว ประกันสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากการเข้าร่วมกับโครงการ Safe Harbourไว้เช่นกัน และจะแก้ไขรายชื่อดังกล่าวให้ทันสมัยโดยพิจารณาจากเอกสารประจำปี

โครงการ Safe Harbourนั้นสามารถใช้บังคับแก่องค์กรทางการค้าหรือองค์กรธุรกิจอื่น ๆ ที่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นองค์กร บริษัทหรือผู้ประกอบการของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ยังสามารถเปิดโอกาสให้องค์กรหรือผู้ประกอบการจากประเทศอื่น เข้าร่วมเป็นสมาชิกเพื่อได้รับการรับรองดังกล่าวได้อีกด้วย

ข้อยกเว้นของโครงการ Safe Harbour

องค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของโครงการ Safe Harbourแต่อย่างไรก็ตามโครงการ Safe Harbourได้กำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้เอาไว้ใน Safe Harbour Privacy Principles วรรคที่ 4 ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1) มีความจำเป็นสำหรับความมั่นคงของชาติ สาธารณประโยชน์ หรือสอดคล้องกับข้อกำหนดการบังคับใช้กฎหมาย

2) มีพระราชบัญญัติ ระเบียบของราชการ หรือกฎหมายที่มาจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้สร้างข้อผูกพันที่ขัดแย้งกับหลักการ Safe Harbourรวมไปถึงการให้อำนาจตามกฎหมายอย่างชัดแจ้ง (Explicit Legal Authorisations) โดยองค์กรต้องแสดงให้เห็นได้ว่าการฝ่าฝืนหลักของโครงการ Safe Harbourถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตที่ไม่ละเมิดผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายที่มีความสำคัญสูงสุดซึ่งเสริมขึ้นมาจากการให้อำนาจนั้น

3) Directive หรือ กฎหมายของประเทศสมาชิกอนุญาตให้มีข้อยกเว้นหรือการหลีกเลี่ยงไม่ทำตามกฎได้ โดยมีเงื่อนไขว่าข้อยกเว้นหรือการหลีกเลี่ยงไม่ทำตามกฎนั้น ๆ ต้องถูกนำมาใช้ในบริบทที่คล้ายกัน องค์กรต่าง ๆ ควรมุ่งมั่นที่จะปฏิบัติตามหลักของโครงการ Safe Harbourอย่างเต็มที่และโปร่งใส โดยยังคงเป้าหมายที่จะยกระดับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวอย่างสม่ำเสมอ และระบุในนโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวกรณีที่จะมีการนำข้อยกเว้นที่ได้รับความเห็นชอบตาม ข้อ 2) มาใช้เป็นประจำด้วย ด้วยเหตุผลเดียวกัน ในกรณีที่ทางเลือกนั้นสามารถกระทำภายใต้หลักของโครงการ Safe harbor และ/หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา องค์กรนั้น ๆ จะต้องเลือกทางเลือกที่สามารถให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้สูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้

องค์กรที่มีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

เนื่องจากโครงการ Safe harbor มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการถ่ายโอนข้อมูลจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจการค้าการลงทุนของภาคเอกชนเป็นหลัก องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับการกรณีที่เกิดการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามหลักการ Safe Harbour จึงมุ่งเน้นเพื่อการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางการค้าเป็นหลัก

กลไกในการแก้ไขข้อพิพาทและการจัดการในกรณีที่ต้องล้มเลิกในการปฏิบัติตามหลักการโครงการ Safe Harbour ติดต่อกันหลายครั้งนั้น สามารถทำได้หลากหลายรูปแบบ แต่ทั้งหมดนั้นต้องเป็นไปตามข้อกำหนดตามหลักการใน FAQ ว่าด้วยการพิสูจน์การปฏิบัติตามกฎองค์กรต่าง ๆ อาจปฏิบัติตามข้อกำหนดเหล่านั้นได้ผ่านวิธีดังต่อไปนี้⁹²

1) การปฏิบัติตามแผนงานคุ้มครองความเป็นส่วนตัวที่พัฒนาขึ้นโดยภาคส่วนเอกชนซึ่งได้รวมหลักการของโครงการ Safe Harbour ไว้ในกฎระเบียบของโครงการและมีวิธีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพตามที่ได้กำหนดไว้ในหลักการบังคับใช้

2) การร่วมมือกับหน่วยงานควบคุมระเบียบกฎหมายที่จัดเตรียมวิธีรับมือกับข้อร้องเรียนจากปัจเจกบุคคลและวิธีการแก้ไขข้อพิพาทให้ได้

3) ข้อมูลมัดที่จะร่วมมือกับหน่วยงานคุ้มครองข้อมูลที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปหรือตัวแทนที่มีอำนาจจากหน่วยงานนั้น ๆ

วิธีการข้างต้นนี้เป็นเพียงการยกตัวอย่างให้เห็นภาพเท่านั้น มิใช่วิธีการให้ปฏิบัติโดยเคร่งครัด องค์กรเอกชนต่าง ๆ มีสิทธิ์ออกแบบกลไกแบบอื่นในการบังคับใช้ได้โดยอิสระเช่นกัน องค์กรและบริษัทต่าง ๆ นั้น จะอยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานรัฐบาลสหรัฐอเมริกา 2 หน่วยงานด้วยกัน คือ คณะกรรมการการค้าแห่งสหรัฐอเมริกา (The Federal Trade Commission) กับ กระทรวงการขนส่งแห่งสหรัฐอเมริกา (The US Department of Transportation) โดยหน่วยงานทั้งสองมีอำนาจในการสืบสวนข้อร้องเรียนและระงับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและอาจก่อให้เกิดความหลงผิด รวมไปถึงหากมีการฝ่าฝืนหลักการโครงการ Safe Harbour หน่วยงานดังกล่าวสามารถกำหนดให้มีการชดเชยแก้ไขให้แก่ปัจเจกบุคคลได้ โดยไม่จำกัดสัญชาติหรือประเทศอันเป็นที่อยู่บุคคลนั้น

คณะกรรมการการค้าแห่งสหรัฐอเมริกา มีข้อมูลมัดในการพิจารณาตรวจสอบข้อพิพาทที่ถูกส่งมาจากองค์กรเอกชนที่มีกลไกกำกับดูแลตนเอง เช่น BBBOnline และ TRUSTe และประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่กล่าวอ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนหลักการของโครงการ Safe Harbour เพื่อพิจารณาว่ามีการฝ่าฝืนมาตราที่ 5 ของพระราชบัญญัติ Federal Trade Commission ที่ว่าด้วยการป้องกันมิให้มีการกระทำหรือวิธีปฏิบัติ

⁹² Decision 2000/520, Annex II FAQ 11

ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและอาจก่อให้เกิดความหลงผิด ซึ่ง คณะกรรมการการค้าสามารถกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ต้องชำระค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกบุคคลได้ หากมีการปฏิบัติหรือวิธีการการค้าที่เข้าข่ายว่าไม่เป็นธรรม และเป็นการหลอกลวงผู้บริโภคส่วนกระทรวงการขนส่งแห่งสหรัฐอเมริกา มีอำนาจพื้นฐานตามหัวข้อ 49 United States Code Section 41712 กระทรวงการขนส่งแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตรวจสอบข้อร้องเรียนทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ที่ได้ร้องเรียนโดยปัจเจกบุคคล ตัวแทนบริษัทท่องเที่ยว สายการบิน บิน และหน่วยงานภาครัฐทั้งในประเทศและต่างประเทศ

3.2.2 ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและยุโรปกรณี Privacy shield

หลักการสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามความตกลง Privacy shield มีดังนี้⁹³

-หลักทางเลือก (Choice)

หลักการของ Privacy shield มุ่งเน้นรับรองสิทธิเจ้าของข้อมูลโดยให้ข้อมูลมีสิทธิเลือกที่จะไม่ถูกประมวลข้อมูลต่อไป หรือหลัก opt out จากการประมวลข้อมูล เช่น เมื่อข้อมูลส่วนบุคคลถูกโอนไปยังบุคคลที่สามหรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากวัตถุประสงค์ที่เก็บข้อมูลนั้นแต่แรก สำหรับในกรณีข้อมูลอ่อนไหวหรือ sensitive นั้นจะใช้หลักการขอความยินยอมก่อนหรือ opt in ในการเก็บข้อมูล

-หลักความปลอดภัยของข้อมูล (Security)

บริษัทที่เข้าร่วมโครงการ Privacy shield จะต้องมีการที่สมเหตุผลในการคุ้มครองข้อมูลจากการสูญเสียนำไปใช้โดยมิชอบ การเข้าถึง การเปิดเผย การแก้ไข การทำลาย โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย

-หลักบูรณภาพของข้อมูลและการจำกัดวัตถุประสงค์ (Data Integrity and Purpose Limitation)

หลักนี้จำกัดการประมวลข้อมูลว่าต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของการประมวลที่แจ้งไว้ และ หลีกเลี่ยงกิจกรรมที่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว

-หลักการเข้าถึง (Access)

หลักการรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลว่าต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับตนซึ่งองค์กรเก็บไว้รวมทั้งสามารถแก้ไข ลบ ข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง (Inaccurate) หรือประมวลขัดแย้งกับหลักความตกลงนี้

-หลักการแจ้ง (Notice)

⁹³ EU-U.S. Privacy Shield Framework <https://www.privacyshield.gov/EU-US-Framework>.

สำหรับหลักการแจ้ง ตาม PRIVACY SHIELD นั้นมีความเจาะจง รวมทั้งกำหนดข้อมูล รายละเอียดหลายประเด็นซึ่ง กิจกรรมที่จะได้รับการรับรอง PRIVACY SHIELD ต้องแจ้งข้อมูลดังนี้

-การเข้าร่วมโครงการ PRIVACY SHIELD

-ชนิดข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บและ หน่วยงาน ตัวแทน ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรซึ่งจะต้องปฏิบัติตาม หลักการ PRIVACY SHIELD

-ความตกลงที่จะปฏิบัติตามหลักการ PRIVACY SHIELD ต่อข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดที่ได้รับ จากสหภาพยุโรป

-วัตถุประสงค์ของการเก็บและใช้ข้อมูลส่วนบุคคล

-ระดับบุคคลที่สามซึ่งทำการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลและวัตถุประสงค์ของการเปิดเผย

-สิทธิของบุคคลในการเข้าถึงข้อมูล

-ทางเลือกและวิธีการขององค์กรที่เสนอให้บุคคลเพื่อจำกัดการใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ของตน

-องค์กรระดับข้อพิพาทที่เป็นอิสระซึ่งมีอำนาจในการดำเนินการกับข้อร้องเรียนโดยปราศจาก ค่าใช้จ่าย

-การที่จะต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายและการสอบสวนขององค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายสหรัฐ

-ความเป็นไปได้ของบุคคลในการดำเนินการระดับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

-ข้อกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีคำขออันชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานรัฐ

-ความรับผิดชอบในกรณีการส่งต่อข้อมูลไปยังบุคคลที่สาม (Onwards Transfer)

หลักการควบคุม Data processor และ Data controller

ในกรณีการโอนข้อมูลจากผู้ประมวลข้อมูลไปให้บุคคลที่สามทำการประมวลข้อมูลต่อนั้น หลักการใหม่กำหนดควบคุม Onward Transfer โดยบริษัทที่เข้าร่วมโครงการ PRIVACY SHIELD จะต้องทำ สัญญากับบุคคลที่สามซึ่งตนโอนข้อมูลไป โดยผูกพันบุคคลที่สามที่เป็นผู้ควบคุมข้อมูล (Third Party Controller) อันจะต้องจัดให้มีมาตรการคุ้มครองข้อมูลตามหลัก PRIVACY SHIELD ด้วย รวมทั้งประมวลข้อมูล ภายใต้ข้อจำกัดตามหลักวัตถุประสงค์

หาก บริษัทที่ร่วมโครงการ PRIVACY SHIELDประมวลข้อมูลโดยทางบุคคลที่สามซึ่งเป็นตัวแทน (Third Party Agent) จะต้องมีข้อตกลงการประมวลข้อมูลที่สอดคล้องกับหลักคุ้มครองข้อมูลของยุโรป

นอกจากนี้ ต้องมีการแจ้งให้ทราบกรณีผู้รับโอนข้อมูลซึ่งเป็นบุคคลที่สามไม่สามารถดำเนินการให้มีระดับการคุ้มครองข้อมูลที่เทียบเท่ากับยุโรป (Third-Party Recipient is Unable to Provide the Same Level of Protection)

หลักการบังคับใช้หลักการคุ้มครอง(Enforcement) และการเยียวยา

กระบวนการเยียวยา (Redress) ตามข้อตกลงนี้มีหลายระดับเช่น

- การเยียวยาโดยตรง กิจการจะต้องตอบสนองต่อคำร้องจากบุคคลธรรมดา ภายใน 45 วัน

-เจ้าของข้อมูลมีสิทธิร้องเรียนโดยตรงต่อองค์กรอิสระ รวมทั้ง องค์กรคุ้มครองข้อมูลของยุโรป เช่น คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายภายใน

-กระทรวงพาณิชย์สหรัฐ เข้ามามีบทบาทระงับข้อพิพาทกรณีองค์กรที่ไม่ปฏิบัติตามหลัก PRIVACY SHIELD

- การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) ต้องจัดให้มีขึ้นโดยปราศจากค่าใช้จ่าย

-มีกลไกอนุญาโตตุลาการเป็นที่พึ่งสุดท้าย (Last Resort) โดยมีการจัดตั้ง PRIVACY SHIELD Panel ทั้งนี้เจ้าของข้อมูลที่เป็นพลเมืองยุโรปมีสิทธิระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Privacy Shield Panel) ประกอบด้วยอย่างน้อย 20 คนที่แต่งตั้งโดย กระทรวงพาณิชย์สหรัฐและกรมการยุโรป

ในกรณีปัญหาการสอดส่องข้อมูลโดยภาครัฐ มีกระบวนการพิเศษได้แก่ การจัดตั้งองค์กรอิสระ เรียกว่า Privacy shield Ombudsperson ซึ่งเป็นอิสระจากหน่วยงานเกี่ยวกับข่าวกรองหรือ Intelligent Community เพื่อคุ้มครองการล่วงละเมิดข้อมูลจากภาครัฐ

3.3 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลระดับกฎหมายภายในประเทศ

หัวข้อนี้จะศึกษาหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับของกฎหมายภายในประเทศ โดยจะศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ได้แก่ กฎหมายภายในประเทศสหภาพยุโรป โดยเลือกศึกษากฎหมายสหราชอาณาจักร รวมทั้งกฎหมายต่างประเทศนอกเหนือจากกลุ่มสหภาพยุโรป โดยเลือกศึกษากฎหมายแคนาดา และ กฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

3.3.1 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหราชอาณาจักร

กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งงานวิจัยนี้จะทำการศึกษาประกอบด้วยกฎหมายสองฉบับคือ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูล อันเป็นไปตามแนวทางเดียวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR) และกฎหมายเกี่ยวกับการติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง หรือ Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 ซึ่งกำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับกฎหมายสหภาพยุโรปเรื่องการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

(1) Data Protection Act (DPA)

สหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมาย Data Protection Act 1998 เพื่อเป็นการอนุวัติการ (Implement) ตาม Data Protection Directive (Directive 95/46/EC) หลักสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือการกำหนดหน้าที่ให้ ผู้ควบคุมข้อมูล (Data controller) กระทำการตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของกฎหมายนี้ สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจขายตรงนั้น กฎหมายของอังกฤษฉบับนี้ได้กำหนดหลักการไว้ในมาตรา 11 ว่าด้วยสิทธิที่จะห้ามการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ของการตลาดทางตรง

หลักการสำคัญของมาตรา 11 มีดังนี้⁹⁴ “บุคคลมีสิทธิในการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้ควบคุมข้อมูล เพื่อเรียกร้องให้ผู้ควบคุมข้อมูล หยุดทำการประมวลข้อมูลส่วนบุคคล หรือ ไม่เริ่มต้นทำการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ของการตลาดทางตรงเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของตน เมื่อสิ้นระยะเวลาที่สมเหตุสมผลในสถานการณ์นั้นๆ”

(2) Privacy and Electronic Communications Regulations

กฎเกณฑ์ฉบับนี้ของสหราชอาณาจักร เป็นการอนุวัติการตาม Directive 2002/58/EC (PECD) โดยได้กำหนดหลักการห้ามการติดต่อสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ของการตลาดทางตรงเอาไว้ ตามประเภทของการติดต่อลักษณะต่าง ๆ เช่น

⁹⁴ 11. Right to prevent processing for purposes of direct marketing (1) An individual is entitled at any time by notice in writing to a data controller to require the data controller at the end of such period as is reasonable in the circumstances to cease, or not to begin, processing for the purposes of direct marketing personal data in respect of which he is the data subject.[Online],available from http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980029_en_3

มาตรา 20 วางหลักสำหรับกรณีโทรสารไว้ว่า ห้ามบุคคลใดส่งหรือก่อให้เกิดการสื่อสารโดยผู้รับมิได้เรียกร้องเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการตลาดทางตรง โดยการใช้โทรสาร เมื่อหมายเลขที่ส่งโทรสารไปนั้นเป็นหมายเลขของปัจเจกบุคคล เว้นแต่ บุคคลนั้นได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนแล้ว

สำหรับการติดต่อทางโทรศัพท์นั้น มาตรา 21⁹⁵ วางหลัก ห้ามการโทรศัพท์โดยผู้รับมิได้เรียกร้องเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการตลาดทางตรง เมื่อ

-เจ้าของหมายเลขโทรศัพท์นั้นได้แจ้งความประสงค์ไม่รับการติดต่อไว้ก่อนแล้ว

- หมายเลขนั้นได้รับการขึ้นทะเบียนไม่ประสงค์รับการติดต่อไว้ เว้นแต่ หมายเลขนั้นได้ขึ้นทะเบียนไม่ประสงค์รับการติดต่อ ไว้ไม่ถึง 28 วัน ก่อนวันที่เกิดการติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง หรือเป็นกรณีที่เจ้าของหมายเลขซึ่งขึ้นทะเบียนดังกล่าวนั้น ได้แจ้งไปยังผู้ติดต่อว่าไม่คัดค้านในการติดต่อดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เจ้าของหมายเลขนั้นสามารถเพิกถอนความยินยอมได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ

สำหรับช่องทางการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น มาตรา 22 วางหลัก ห้ามบุคคลใดส่งหรือก่อให้เกิดการสื่อสารโดยผู้รับมิได้เรียกร้องเพื่อวัตถุประสงค์ของการทำการตลาดทางตรงโดยใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เว้นแต่ ผู้รับได้แจ้งความยินยอมแก่ผู้ส่งไว้ก่อนแล้ว

3.3.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ผ่านการพิจารณาอย่างเร่งด่วนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในเดือนกุมภาพันธ์ 2562 พร้อมกับกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับ เพียงไม่ถึงหนึ่งเดือน ก่อนการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2562 และประกาศในราชกิจจานุเบกษาในเดือนพฤษภาคม 2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136/ตอนที่ 69 ก/หน้า 52 วันที่ 27 พฤษภาคม 2562)

พ.ร.บ.คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง (General Data Protection) กล่าวคือ โดยหลักแล้วใช้บังคับกับ บุคคล นิติบุคคล ใดก็ตามที่กระทำการ เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูล

⁹⁵ (1) A person shall neither use, nor instigate the use of, a public electronic communications service for the purposes of making unsolicited calls for direct marketing purposes where -

(a) the called line is that of a subscriber who has previously notified the caller that such calls should not for the time being be made on that line; or(b) the number allocated to a subscriber in respect of the called line is one listed in the register kept under regulation 26.

[Online], available from; http://www.opsi.gov.uk/SI/SI2003/2003_2426.HTM#N11

ส่วนบุคคล หรืออีกนัยหนึ่ง ครอบคลุมทั้งการดำเนินการของหน่วยงานรัฐและเอกชน สำหรับการดำเนินการของภาคเอกชนก็ครอบคลุมทุกภาคส่วน (Sector) กล่าวคือ ใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือประเภทธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ในบางภาคส่วนของธุรกิจ อาจอยู่ภายใต้การกำกับหรือควบคุมของกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Specific Personal Data Protection Law) ดังนั้น มาตรา 3 จึงกำหนดขอบเขตในแง่ความสัมพันธ์กับกฎหมายเฉพาะฉบับอื่นไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 3 ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการใด หรือหน่วยงานใดไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น เว้นแต่

(1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้อง ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้เป็นการเพิ่มเติม ไม่ว่าจะซ้ำกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือไม่ก็ตาม

(2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องเรียนบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้อง ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องเรียน

(ข) ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องเรียนตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แต่ไม่เพียงพอเท่ากับอำนาจของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินี้และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวร้องขอต่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลผู้เสียหายยื่นคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินี้ แล้วแต่กรณี

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากมีกฎหมายเฉพาะฉบับอื่นที่วางหลักทับซ้อนกับกฎหมายนี้ กล่าวคือ มีหลักการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเก็บ ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล จะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะนั้น หรืออีกนัยหนึ่ง กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมิได้ยกเลิกกฎหมายอื่น อย่างไรก็ตาม ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายอื่น ไม่อาจยกหน้าที่และการปฏิบัติตามกฎหมายอื่นเป็นข้อยกเว้นของหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ กล่าวคือ ต้องดำเนินการในลักษณะคู่ขนาน โดยปฏิบัติตามหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด และปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดไว้ด้วย

โดยหลักแล้วกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ใช้บังคับกับ บุคคลหรือองค์กรใดที่ทำการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้กำหนดขอบเขตเชิงสาระ โดยกำหนดว่า

กฎหมายนี้ ไม่ใช่บังคับกับการดำเนินการของบุคคล หน่วยงาน หรือองค์กรบางลักษณะ ดังจะเห็นได้จาก
มาตรา 4

“มาตรา 4¹⁰² พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช่บังคับแก่

(1)การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่ทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือเพื่อกิจกรรมในครอบครัวของบุคคลนั้นเท่านั้น

(2)การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ซึ่งรวมถึงความมั่นคงทางการคลังของรัฐ หรือการรักษาความปลอดภัยของประชาชน รวมทั้งหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน นิติวิทยาศาสตร์ หรือการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์

(3)บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ทำการเก็บรวบรวมไว้เฉพาะเพื่อกิจการสื่อมวลชน งานศิลปกรรม หรืองานวรรณกรรมอันเป็นไปตามจริยธรรมแห่งการประกอบวิชาชีพหรือเป็นประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

(4)สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา รวมถึงคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยสภาดังกล่าว ซึ่งเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในการพิจารณาตามหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา หรือคณะกรรมการแล้วแต่กรณี

(5)การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์ รวมทั้งการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(6)การดำเนินการกับข้อมูลของบริษัทข้อมูลเครดิตและสมาชิกตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต

การยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการใด หรือหน่วยงานใดทำนองเดียวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง (2) (3) (4) (5) และ (6) และผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของหน่วยงานที่ได้รับยกเว้นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ต้องจัดให้มีการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามมาตรฐานด้วย”

เปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป จะพบหลักการเกี่ยวกับขอบเขตเชิงสาระ (Material scope)¹⁰³ ดังนี้

¹⁰² พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 4

¹⁰³ Art. 2 GDPR Material scope

กฎหมายนี้ใช้บังคับกับการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลโดยวิธีการอัตโนมัติและโดยวิธีการอื่น แต่ไม่ใช้บังคับกับการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีดังต่อไปนี้

-การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมซึ่งอยู่นอกขอบเขตกฎหมายของ สหภาพยุโรป

-การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยรัฐสมาชิกสำหรับกิจกรรมที่อยู่นอกเหนือขอบเขตบาง บทบัญญัติของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (Chapter 2 of Title V of the Treaty of European Union)¹⁰⁴

-การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยบุคคลธรรมดาซึ่งมีวัตถุประสงค์ส่วนบุคคลโดยแท้หรือ กิจกรรมในครัวเรือน

-การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน สืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีความผิดอาญาหรือการบังคับใช้โทษตามกฎหมายอาญา รวมถึงการ ปกป้องหรือป้องกันภัยคุกคามต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ

จะเห็นได้ว่า มาตรา 4 กำหนดขอบเขตเชิงสาระ กล่าวคือ ไม่บังคับใช้กฎหมายนี้กับการ ดำเนินการของหน่วยงานหรือองค์กรบางชนิด นอกการดำเนินการของหน่วยงานหรือองค์กรตาม (1)-(6) แล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้ยกเว้นการดำเนินการขององค์กรหรือหน่วยงานอื่นได้อีกโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 4 วรรคสอง

เมื่อกฎหมายนี้มีผลบังคับ จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการในวงกว้าง ซึ่งจะตกอยู่ในสถานะ “ผู้ควบคุมข้อมูล” หรือ “ผู้ประมวลผล” และต้องมีหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับ พระราชบัญญัตินี้ เช่น หน้าที่จัดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล หน้าที่ในการดำเนินการเก็บ ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ให้อยู่ภายใต้เหตุหรือฐานทางกฎหมาย (Lawful basis of processing) โดยสภาพ แล้วจึงมีความจำเป็นที่ต้องให้ระยะเวลาภาคธุรกิจและองค์กรต่าง ๆ ในการเตรียมการเพื่อให้สอดคล้องกับ กฎหมาย ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแตกต่างกัน โดยมาตรา 2 กำหนดว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติใน หมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 หมวด 7 และความในมาตรา 95 และมาตรา 96 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้น กำหนดหนึ่งปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

¹⁰⁴ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on European Union - Protocols - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 - Tables of equivalences

จากโครงสร้างบทบัญญัติดังกล่าวในบทที่ 1 เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 2 จะสามารถ
จำแนกผลบังคับของพระราชบัญญัตินี้เป็น สองส่วนคือ

ส่วนที่หนึ่ง บทบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับในวันถัดจากวันที่ประกาศลงราชกิจจานุเบกษา
กล่าวคือ วันที่ 28 พฤษภาคม 2562 บทบัญญัติในส่วนนี้ได้แก่

- บทบัญญัติทั่วไป คือ มาตรา 1 ถึง มาตรา 7
- บทบัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการ คือ หมวดที่ 1
- บทบัญญัติเกี่ยวกับสำนักงาน คือ หมวดที่ 4
- บทเฉพาะกาล คือ มาตรา 91 ถึง มาตรา 94

ส่วนที่สอง บทบัญญัติ ซึ่งมีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา
กล่าวคือ วันที่ 27 พฤษภาคม 2563 บทบัญญัติส่วนนี้ได้แก่

- 1.บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คือ หมวดที่ 2
- 2.บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล คือ หมวดที่ 3
- 3.บทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องเรียนการละเมิดกฎหมาย คือ หมวดที่ 5
- 4.บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบกฎหมาย คือ หมวดที่ 6 และหมวดที่ 7
- 5.บทเฉพาะกาล คือ มาตรา 95 และ มาตรา 96

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติส่วนแรกที่ใช้บังคับเป็นส่วนของการจัดตั้งองค์กร หน่วยงาน เจ้าหน้าที่
ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2562 แต่ในส่วนของหน้าที่และความรับผิดชอบ
ผู้เกี่ยวข้องโดยเฉพาะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ประมวลผล อันได้แก่ผู้ประกอบการต่าง ๆ จะมีผลบังคับใน
ส่วนที่สองคือวันที่ 27 พฤษภาคม 2563 ดังนั้น ผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้
ประมวลผล จะมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้เมื่อบทบัญญัติส่วนที่สองมีผลบังคับ ซึ่ง
ผู้ประกอบการเหล่านี้อาจเป็นผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงินด้วยอีกฉบับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม วันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 “พระราชกฤษฎีกา กำหนดหน่วยงานและกิจการที่
ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562
พ.ศ. 2563” ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹⁰⁵ โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

-มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ.2563 จนถึงวันที่ 31
พฤษภาคม พ.ศ. 2564

¹⁰⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 37 , 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2563, ก หน้า 3

-มาตรา 3 มิให้นำบทบัญญัติในหมวด 2 หมวด3 หมวด 5 หมวด6 และหมวด 7 และมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นหน่วยงานหรือกิจการตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมกำหนด

-มาตรา 4 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมรักษาการตาม พระราชกฤษฎีกานี้

จากหลักการดังกล่าวส่งผลดังนี้

-บทบัญญัติหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 หมวด 7 และความในมาตรา 95 ซึ่งโดยหลักแล้วจะมีผลใช้บังคับในวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 ยังไม่มีผลใช้บังคับไปจนถึง 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 ซึ่งเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ยังไม่มีผลบังคับสำหรับกิจการหรือหน่วยงาน ตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกา จนถึง 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 ดังนั้น กิจการหรือหน่วยงานที่จัดอยู่ในกลุ่ม 22 ประเภทดังจะกล่าวต่อไป จะไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการหรือเงื่อนไขในหมวดดังกล่าว ซึ่งก็คือ หน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ควบคุมข้อมูล และสิทธิของเจ้าของข้อมูล โดยจะต้องปฏิบัติตามหลักการหรือเงื่อนไขเหล่านั้นตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2564 อันเป็นวันที่การยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกานี้สิ้นสุด

- แม้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะอยู่ในกิจการ 22 ประเภท ซึ่งไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการหรือเงื่อนไขทั่วไปของพระราชบัญญัตินี้ แต่ยังคงต้องมีหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล (Data protection) ตามความในมาตรา 3 วรรคสอง ของพระราชกฤษฎีกานี้

- มาตรา 4 วรรคสองกำหนดว่า “การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการใด หรือหน่วยงานใดทำนองเดียวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา” จะเห็นได้ว่า หลักการและเจตนารมณ์ของมาตรานี้ คือการกำหนดขอบเขตในเชิงสาระ (Material Scope) กล่าวคือ กำหนดว่าหลักการของพระราชบัญญัตินี้จะไม่ใช้บังคับแก่บุคคลหรือหน่วยงานใด อันเป็นส่วนขยายของการยกเว้นตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (1)-(6) ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นการยกเว้นโดย “ไม่จำกัด

เวลา” กล่าวคือ บุคคลหรือองค์กรที่ได้รับยกเว้นจะไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการของพระราชบัญญัติ¹⁰⁶ ใดๆก็ตาม ภาครัฐการตราพระราชกฤษฎีกาตามกรอบของตัวบทมาตรา 4 วรรคสอง และทำการระบุหน่วยงานหรือกิจการตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาสอดคล้องกับกฎหมายแม่บท แต่เมื่อพิจารณากิจการหรือหน่วยงานในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกาจะพบว่าระบุกิจการ 22 ประเภทดังนี้

- (1)หน่วยงานรัฐ
- (2)หน่วยงานของรัฐต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ
- (3)มูลนิธิ สมาคม องค์กรศาสนา และองค์กรไม่แสวงหากำไร
- (4)กิจการด้านเกษตรกรรม
- (5)กิจการด้านอุตสาหกรรม
- (6)กิจการด้านพาณิชยกรรม
- (7)กิจการด้านการแพทย์และสาธารณสุข
- (8)กิจการด้านพลังงาน ใอน้ำ น้ำ และการกำจัดของเสีย รวมทั้งกิจการที่เกี่ยวข้อง
- (9)กิจการด้านการก่อสร้าง
- (10)กิจการด้านการซ่อมและการบำรุงรักษา
- (11)กิจการด้านการคมนาคมขนส่ง และการเก็บสินค้า
- (12)กิจการด้านการท่องเที่ยว
- (13)กิจการด้านการสื่อสาร โทรคมนาคม คอมพิวเตอร์ และดิจิทัล
- (14)กิจการด้านการเงิน การธนาคาร และการประกันภัย
- (15)กิจการด้านอสังหาริมทรัพย์
- (16)กิจการด้านประกอบวิชาชีพ
- (17)กิจการด้านการบริหารและบริการสนับสนุน
- (18)กิจการด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี วิชาการ สังคมสงเคราะห์ และศิลปะ
- (19)กิจการด้านการศึกษา

¹⁰⁶ แต่มาตรา 4 อาจกำหนดให้บุคคลหรือหน่วยงานที่ได้รับยกเว้น ไม่ได้รับการยกเว้นทั้งหมด แต่ต้องอยู่ภายใต้บางหลักการ เช่น บุคคลหรือหน่วยงานตามมาตรา 4 (2)-(6) แม้ว่าจะได้รับยกเว้นจากหลักการเกือบทั้งหมดของพระราชบัญญัติ¹⁰⁶ แต่ยังคงมีหน้าที่ “ จัดให้มีการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามมาตรฐานด้วย” (มาตรา 4 วรรคท้าย)

(20)กิจการด้านความบันเทิงและนันทนาการ

(21)กิจการด้านการรักษาความปลอดภัย

(22)กิจการในครัวเรือนและวิสาหกิจชุมชน ซึ่งไม่สามารถจำแนกกิจกรรมได้อย่างชัดเจน

-เมื่อพิจารณากิจการทั้ง 22 ประเภทจะเห็นได้ว่า ครอบคลุมกิจการหรือหน่วยงานด้าน ต่าง ๆ หรือกล่าวได้ว่า การตราพระราชกฤษฎีกานี้ อาศัยหลักการกำหนดขอบเขตเชิงสาระ ตามมาตรา 4 วรรคสอง ที่ให้ “ยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติทั้งหมดหรือบางส่วนมาใช้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการใด ...” มาใช้ยกเว้นกิจการ 22 ประเภทซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นกิจการโดยรวมทั่วไปในประเทศ แต่ไม่ได้ยกเว้นตลอดไปเนื่องจากกำหนดเวลาที่มีผลของพระราชกฤษฎีกานี้เพียงหนึ่งปี ในทางปฏิบัติจึงกล่าวได้ว่าเป็นการใช้วิธีการทางกฎหมายเพื่อ “เลื่อน” หรือ “ขยาย” การบังคับใช้กับกิจการโดยทั่วไป โดยอาศัยถ้อยคำและหลักการตามตัวบท ซึ่งแท้จริงแล้วมีเจตนารมณ์เพื่อยกเว้นบางกิจการและเป็นการยกเว้นโดยไม่มีกำหนดดังเช่นการยกเว้นตามมาตรา 4 (1)-(6) ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการตราพระราชกฤษฎีกานี้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 4 วรรคสอง

ในหัวข้อนี้ได้ศึกษาหลักทั่วไปของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั้งของไทยและสหภาพยุโรป สำหรับการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับสหภาพยุโรปในประเด็นความยินยอมจะทำการศึกษาในบทที่ 4

3.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกันโรคโดยให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ มีดังนี้

3.4.1 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 4 กำหนดนิยามของ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายความว่า สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของ

ประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไข ภัยอันตรายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกฉุนและร้ายแรง”

เมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน มาตรา 5 ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่ว ราชอาณาจักรหรือเฉพาะบางเขตท้องที่ โดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีผลบังคับตลอดเวลาที่กำหนด ในประกาศ แต่ไม่เกินสามเดือน อย่างไรก็ตาม มาตรา 5 ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีขยายเวลาได้อีกเป็นคราวๆ คราวละไม่เกินสามเดือน

ในกรณีสถานการณ์โควิด-19 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 5 โดยเริ่มจากการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ณ วันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2563 (ก่อนหน้านี้มีการใช้ อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าว ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ไปแล้ว โดยประกาศฉบับนี้ ยังคงกำหนดให้สถานการณ์ฉุกเฉินในจังหวัดชายแดนภาคใต้มีผลบังคับควบคู่กัน) และมี การขยายระยะเวลาอย่างต่อเนื่อง

เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว พระราชกำหนดฯ มาตรา 9 ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีออก “ข้อกำหนด” ที่มีลักษณะเป็นข้อห้าม ข้อจำกัดสิทธิ หรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้หลาย ประการ ดังนี้

มาตรา 9 ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือ ป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

(1) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคสสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาต จากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับยกเว้น

(2) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิด ความไม่สงบเรียบร้อย

(3) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มี ข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิด ในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร

(4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

(5) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ

(6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนดังกล่าว หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่ง จะกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดพื้นที่และรายละเอียดอื่นเพิ่มเติม เพื่อมิให้มีการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

3.4.2 ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

หลังจากประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว นายกรัฐมนตรีมีใช้อำนาจมาตรา 9 ออกข้อกำหนดหลายฉบับอย่างต่อเนื่อง สำหรับ มาตรการเกี่ยวกับแอปพลิเคชัน เป็นส่วนหนึ่งของ “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” ซึ่งเริ่มปรากฏจากข้อ 11 ของข้อกำหนดฉบับที่ 1 ดังนี้

ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 1)

ตามที่ได้มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2563 แล้ว นั้น

เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็วและป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นายกรัฐมนตรีจึงออกข้อกำหนดและข้อปฏิบัติแก่ส่วนราชการทั้งหลายภายใต้หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 **การห้ามเข้าพื้นที่เสี่ยง** ห้ามประชาชนเข้าไปในพื้นที่หรือสถานที่ซึ่งมีความเสี่ยงต่อการติดต่อเชื้อโรคโควิด 19 ตามที่กำหนดในมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 17 มีนาคม 2563 หรือตามที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือเจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อได้ประกาศหรือสั่งตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ไว้ก่อนวันที่ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับและที่ทางราชการจะประกาศให้ทราบต่อไป ในกรณีที่ได้รับการผ่อนผัน ให้ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11

ให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือเจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อตามวรรคหนึ่ง เป็นคำสั่งตามข้อกำหนดนี้

ข้อ 2 **การปิดสถานที่เสี่ยงต่อการติดต่อโรค** ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 35 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 พิจารณาสั่งปิดสถานที่ซึ่งมีคนจำนวนมากไปทำกิจกรรมร่วมกันและเสี่ยงต่อการแพร่เชื้อโรคโควิด 19 เป็นการชั่วคราว แต่อย่างน้อยให้สั่งปิดสถานที่ ดังต่อไปนี้

(1) สนามมวย สนามกีฬา สนามแข่งขัน สนามเด็กเล่น สนามม้า ในทุกจังหวัดทั่วราชอาณาจักร จนกว่าจะมีประกาศเป็นอย่างอื่น

(2) ผับ สถานบริการ สถานที่แสดงมหรสพ สถานที่ที่มีการแสดงหรือการละเล่นสาธารณะ สถานประกอบการ อาบ อบ นวด และนวดแผนโบราณ สปา สถานที่ออกกำลังกาย (ฟิตเนส) สถานบันเทิง ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 ในพื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑล ได้แก่ จังหวัดนนทบุรี ปทุมธานี นครปฐม สมุทรปราการ และสมุทรสาคร ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไปจนกว่าจะมีประกาศเป็นอย่างอื่น

(3) สถานที่อื่นนอกจากนี้ เช่น แหล่งท่องเที่ยวธรรมชาติ พิพิธภัณฑ์สถาน ห้องสมุดสาธารณะ ศาลาพักผ่อน สถานีขนส่งหรือโดยสาร ตลาด ห้างสรรพสินค้า ให้พิจารณาโดยสั่งปิดเฉพาะส่วนหรือทั้งหมดและอาจกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขตามความจำเป็นและเหมาะสมโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดหรือกรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงโอกาสเสี่ยงต่อการติดต่อโรค ความจำเป็นของประชาชนในการจัดหาสิ่งอุปโภคบริโภคและการเดินทาง โดยเฉพาะในระยะแรกซึ่งต้องมีการเตรียมตัวหรือปรับตัว ในกรณียังไม่ได้มีคำสั่งให้ปิดสถานที่ใด ให้เจ้าของ หรือผู้ดูแลสถานที่นั้นจัดให้มีมาตรการคัดกรองและปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11 หรือจัดระบบให้สอดคล้องกับมาตรการดังกล่าวให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

ข้อ 3 การปิดช่องทางเข้ามาในราชอาณาจักร ในการใช้ยานพาหนะไม่ว่าจะเป็นอากาศยาน เรือ รถยนต์ หรือพาหนะอื่นใด หรือในการใช้เส้นทางคมนาคมไม่ว่าทางอากาศ ทางน้ำ หรือทางบก เพื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบปิดช่องทางเข้าออก ด่าน จุดผ่านแดน หรือจุดผ่อนปรนตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง สำหรับผู้โดยสารหรือผู้ที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร เว้นแต่

(1) เป็นกรณีหรือผู้มีเหตุยกเว้นตามที่นายกรัฐมนตรี หรือหัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินกำหนด หรืออนุญาตตามความจำเป็นโดยอาจกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขก็ได้

(2) เป็นผู้ขนส่งสินค้าตามความจำเป็น แต่เมื่อเสร็จภารกิจแล้วให้กลับออกไปโดยเร็ว

(3) เป็นผู้ควบคุมยานพาหนะหรือเจ้าหน้าที่ประจำยานพาหนะ ซึ่งจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาตามภารกิจและมีกำหนดเวลาเดินทางออกนอกราชอาณาจักรชัดเจน

(4) เป็นบุคคลในคณะทูต คณะกงสุล องค์การระหว่างประเทศ หรือผู้แทนรัฐบาลที่มาปฏิบัติงานในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลหรือหน่วยงานระหว่างประเทศอื่นตามที่กระทรวงการต่างประเทศ อนุญาตตามความจำเป็น ตลอดจนบุคคลในครอบครัวของบุคคลดังกล่าวโดยติดต่อกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อออกหนังสือรับรองว่าเป็นบุคคลที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรได้โดยแสดง เอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และปฏิบัติตามวรรคสอง

(5) เป็นผู้ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีใบอนุญาตทำงานหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการให้ทำงานในราชอาณาจักร และปฏิบัติตามวรรคสอง

(6) เป็นผู้มีสัญชาติไทย ในกรณีเช่นนี้ ให้ติดต่อสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทยในประเทศที่พำนักเพื่อออกหนังสือรับรอง หรือมีใบรับรองแพทย์ และปฏิบัติตามวรรคสอง โดยให้สถานทูตไทย และสถานกงสุลไทยในต่างประเทศให้ข้อมูลและอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีสัญชาติไทยในการเดินทางกลับเข้ามาในราชอาณาจักร

บุคคลซึ่งได้รับการยกเว้นหรือผ่อนผันตาม (4) (5) หรือ (6) ต้องมีใบรับรองแพทย์ที่ยืนยันว่ามีสุขภาพเหมาะสมต่อการเดินทางทางอากาศ (Fit to Fly Health Certificate) ซึ่งได้รับการตรวจรับรองหรือออกให้มิระยะเวลาไม่เกิน 72 ชั่วโมงก่อนการเดินทาง และเมื่อเข้ามาในราชอาณาจักรแล้วต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11 โดยอนุโลม

เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองมีอำนาจปฏิเสธไม่ให้ผู้ไม่มีสัญชาติไทยที่ตรวจพบหรือต้องสงสัยว่าติดเชื้อโควิด 19 หรือไม่ยินยอมให้ตรวจ เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองได้

ข้อ 4 **การห้ามกักตุนสินค้า** ห้ามผู้ใดกักตุนสินค้าซึ่งเป็นยา เวชภัณฑ์ อาหาร น้ำดื่ม หรือสินค้าอื่นที่จำเป็นต่อการอุปโภคบริโภคในชีวิตประจำวัน ไม่ว่าจะเป็สินค้าควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 หรือไม่ก็ตาม สำหรับกรณีที่เป็นสินค้าควบคุม การผลิตสินค้าให้มีคุณภาพ ปริมาณการผลิต การควบคุมราคาจำหน่ายและการส่งออกป็นอกราชอาณาจักรให้เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนมีความเป็นอยู่อย่างพอเพียงและไม่เกิดภาวะขาดแคลนหรือเดือดร้อนเกินสมควร โดยให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องตรวจและควบคุมดูแลผู้ประกอบการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดตามพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโภคภัณฑ์ พ.ศ. 2497 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ข้อ 5 **การห้ามชุมนุม** ห้ามมิให้มีการชุมนุม การทำกิจกรรม หรือการมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ในสถานที่แออัดหรือกระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ทั้งนี้ ภายในเขตพื้นที่ที่หัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคงประกาศกำหนด

ข้อ 6 **การเสนอข่าว** ห้ามการเสนอข่าวหรือทำให้แพร่หลายทางสื่อต่าง ๆ ซึ่งมีข้อความหรือข่าวสารเกี่ยวกับสถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา (โควิด 19) อันไม่เป็นความจริงและอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอันทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีเช่นนี้ ให้เจ้าหน้าที่เตือนให้ระงับหรือสั่งให้แก้ไขข่าว หรือหากเป็นกรณีที่มีผลกระทบรุนแรง ให้ดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 255๐ หรือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

ให้ศูนย์บริหารสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โควิด 19) เป็นศูนย์กลางจัดให้มีการแถลงหรือชี้แจงข่าว ณ ทำเนียบรัฐบาลเพื่อสร้างความรับรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเป็นประจำและต่อเนื่อง ในกรณีจำเป็นจะขอความร่วมมือจากโทรทัศน์รวมการเฉพาะกิจด้วยก็ได้

ข้อ 7 **มาตรการเตรียมรับสถานการณ์**

(1) ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครและผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดเป็นผู้กำกับการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินทุกมิติในเขตท้องที่ที่ตนรับผิดชอบ หากมีปัญหาให้รายงานกระทรวงมหาดไทย

(2) ให้นำหน่วยงานของรัฐทุกแห่งกำหนดและประชาสัมพันธ์เผยแพร่มาตรการเพื่อช่วยเหลือหรือบรรเทาผลกระทบอันเกิดจากการบังคับใช้มาตรการของรัฐต่อประชาชนตามหน้าที่และอำนาจ โดยพิจารณาใช้งบประมาณของตนเองเป็นอันดับแรก ในกรณีไม่อาจดำเนินการได้ให้เสนอหรือขอรับการสนับสนุนจากรัฐบาล

(3) ให้โรงพยาบาล สถานพยาบาลหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการป้องกันและดูแลรักษาผู้ป่วยทั้งภาครัฐและเอกชน จัดหายา เวชภัณฑ์ เครื่องมือในการตรวจโรค เครื่องช่วยในการหายใจและอุปกรณ์อื่น ๆ ที่จำเป็นให้เพียงพอตามมาตรฐานที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนดหรือแนะนำ ทั้งนี้ให้รวมถึงการเตรียมบุคลากรทางการแพทย์จากแหล่งต่าง ๆ และการเตรียมสถานที่กักกัน สถานที่คุมไว้สังเกตหรือเตียงเพื่อรองรับผู้ป่วยที่อาจเพิ่มจำนวนขึ้นโดยขอความร่วมมือดัดแปลงสถานที่ต่าง ๆ เช่น โรงแรม โรงเรียน มหาวิทยาลัย หอประชุม สถานที่ปฏิบัติธรรม ศาลาวัด อาคารของเอกชนที่ยังไม่ได้ใช้งานหรือสถานที่ราชการ สถานที่เอกชนอื่น ๆ เป็นโรงพยาบาลชั่วคราว

(4) ในการกักกันตัวเองไว้สังเกตอาการตามคำสั่งหรือคำแนะนำของเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้เดินทางข้ามเขตมาจากพื้นที่จังหวัดอื่น ให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยปฏิบัติการควบคุมโรคติดต่อที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจัดตั้งขึ้น หรืออาสาสมัครที่ปฏิบัติงานให้แก่ทางราชการสามารถเข้าตรวจสอบการเฝ้าระวังหรือความเข้มงวดจริงจังในการกักกันตนเองและให้คำแนะนำวิธีปฏิบัติที่ถูกต้องได้ ในกรณีนี้ อาจขอความร่วมมือจากประชาชนในท้องถิ่นให้ช่วยตรวจสอบด้วยก็ได้

ในกรณีตาม (3) ให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบทางราชการ โดยให้กระทรวงสาธารณสุข กรมบัญชีกลาง และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณายกเว้นหรือผ่อนผันตามอำนาจที่มีอยู่

ข้อ 8 มาตรการกึ่งปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภท ให้กลุ่มคนที่มีความเสี่ยงสูงต่อการติดเชื้อโรคโควิด 19 ได้แก่ ดังนี้

ข้อ 8 มาตรการกึ่งปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภท ให้กลุ่มคนที่มีความเสี่ยงสูงต่อการติดเชื้อโรคโควิด 19 ได้แก่ ดังนี้

(1) ผู้สูงอายุตั้งแต่เจ็ดสิบปีขึ้นไป

(2) กลุ่มคนที่มีโรคประจำตัว ได้แก่ โรคไม่ติดต่อเรื้อรังต่าง ๆ เช่น โรคเบาหวาน โรคความดันโลหิตสูง โรคหลอดเลือดหัวใจและสมอง โรคในระบบทางเดินหายใจ โรคภูมิแพ้ซึ่งมีภูมิคุ้มกันต่ำตามธรรมชาติของโรคและด้วยยาที่ใช้รักษา

(3) กลุ่มเด็กเล็กที่มีอายุต่ำกว่าห้าปีลงมา

ทั้งนี้ เว้นแต่บุคคลดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการพบแพทย์ การรักษาพยาบาล การปฏิบัติหน้าที่แพทย์ พยาบาลหรือบุคลากรทางการแพทย์ การปฏิบัติงานหรือการทำธุรกรรมเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์และสถาบันการเงิน ตู้เอทีเอ็ม การสื่อสารมวลชน โทรคมนาคมและไปรษณีย์ การให้บริการขนส่งผู้โดยสารและขนส่งสินค้าเพื่อการบริโภค อุปโภค การจัดหาและซื้อขายอาหาร การติดต่อด้านคดีกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการหรือศาลตามความจำเป็นหรือการเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานตามข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งต่าง ๆ ของทางราชการ หรือมีเหตุจำเป็นอื่น ๆ โดยได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมาย เว้นแต่จะมีประกาศผ่อนผันหรือกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเป็นประการอื่น ทั้งนี้ ต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11

ข้อ 9 มาตรการเกี่ยวกับการออกนอกราชอาณาจักร ให้กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงมหาดไทย และสำนักงานตำรวจแห่งชาติเข้มงวดในการตรวจลงตราหรือออกวีซ่าหรืออนุญาตให้ชาวต่างประเทศซึ่งมิได้มีกิจการงานปกติหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรยังคงอยู่ในราชอาณาจักร

บุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยหรือไม่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรซึ่งประสงค์จะเดินทางออกนอกราชอาณาจักรจะได้รับการอำนวยความสะดวกในการเดินทางโดยต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11 โดยอนุโลม

ข้อ 1๐ มาตรการดูแลความสงบเรียบร้อย ในกรุงเทพมหานคร ให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติจัดเวรยามหรือตั้งจุดตรวจตามถนน เส้นทางคมนาคม สถานีขนส่งหรือโดยสาร เพื่อป้องกันอุบัติเหตุ การก่ออาชญากรรม และการรวมกลุ่มชุมนุมหรือมั่วสุมในลักษณะที่เสี่ยงต่อการแพร่เชื้อโรค หรือการกระทำอันเป็นการฉวยโอกาสซ้ำเติมความเดือดร้อนของประชาชน หรือการก่อกวนเพื่อแพร่เชื้อโรค และหากพบเห็นการกระทำดังกล่าวให้ดำเนินคดีตามกฎหมายทันที

ในจังหวัดอื่นนอกกรุงเทพมหานคร ให้หัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติพิจารณาตามความเหมาะสม แต่อย่างน้อยให้มีมาตรการตั้งด่านตรวจหรือจุดสกัดดูแลการเดินทางข้ามพื้นที่จังหวัดเพื่อจัดระเบียบการเดินทาง การจราจร การเฝ้าระวังหรือสังเกตอาการผู้เดินทาง และพฤติกรรมที่เสี่ยงต่อการติดต่อโรค

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามข้อนี้ ผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง อาจขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เจ้าหน้าที่ กอ.รมน. หรืออาสาสมัครเพื่อปฏิบัติร่วมกันก็ได้ และหากพบเห็นการกระทำดังกล่าวให้ดำเนินคดีตามกฎหมายทันที

ข้อ 11 **มาตรการป้องกันโรค** ให้มีมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อใช้ปฏิบัติเป็นการทั่วไป หรือใช้ในกรณีผ่อนผันหรือยกเว้นการปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ ดังนี้

(1) ให้ทำความสะอาดโดยการเช็ดทำความสะอาดพื้นผิวสัมผัสของสถานที่ที่เกี่ยวข้องก่อนการจัดกิจกรรม และให้กำจัดขยะมูลฝอยทุกวัน

(2) ให้เจ้าหน้าที่ ผู้ประกอบการ ผู้ร่วมงาน ผู้ร่วมกิจกรรม ลูกจ้าง ผู้ใช้บริการสวมหน้ากากอนามัยหรือหน้ากากผ้า

(3) ให้บุคคลตาม (2) ล้างมือด้วยสบู่ แอลกอฮอล์ เจล หรือน้ำยาฆ่าเชื้อโรค

(4) ให้บุคคลตาม (2) เว้นระยะนั่งหรือยืนห่างกันอย่างน้อยหนึ่งเมตรเพื่อป้องกันการติดต่อสัมผัส หรือแพร่เชื้อโรคทางฝอยละอองน้ำลาย

(5) ให้ควบคุมจำนวนผู้ร่วมกิจกรรมมิให้แออัด หรือลดเวลาในการทำกิจกรรมให้สั้นลงเท่าที่จำเป็น โดยถือหลักการหลีกเลี่ยงการติดต่อสัมผัสระหว่างกัน

เจ้าหน้าที่อาจเพิ่มมาตรการใช้แอปพลิเคชันติดตามตัวทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และนำมาตรการคุมไว้สังเกตหรือมาตรการกักกันตัวอย่างน้อย 14 วัน ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อมาใช้แก่บุคคลบางประเภทหรือบางคนได้ตามความจำเป็น

ข้อ 12 **นโยบายการยังคงให้เปิดสถานที่ทำการ** รัฐบาลมีนโยบายให้โรงพยาบาล สถานพยาบาล คลินิกแพทย์รักษาโรค ร้านขายยา ร้านอาหารในส่วนซึ่งมิใช่สถานบันเทิงหรือสถานบริการและแผงจำหน่ายอาหารซึ่งผู้บริโภคซื้อไปบริโภคนอกสถานที่ โรงแรมในส่วนซึ่งเป็นที่พักอาศัย และร้านอาหาร ร้านสะดวกซื้อขนาดเล็ก ร้านค้าทั่วไป ห้างสรรพสินค้าในส่วนซึ่งเป็นแผนกซูเปอร์มาร์เก็ต แผนกขายยา แผนกอาหาร แผนกสินค้าเบ็ดเตล็ดอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิต โรงงาน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจการเงิน ธนาคาร ตู้เอทีเอ็ม ตลาดและตลาดนัดในส่วนซึ่งจำหน่ายอาหารสด อาหารแห้ง อาหารปรุงสำเร็จ อาหารสัตว์ เวชภัณฑ์ และสินค้าเบ็ดเตล็ดอันจำเป็น สถานที่จำหน่ายแก๊สหุงต้ม เชื้อเพลิง ปิมน้ำมัน ปิมน้ำมัน การให้บริการขนส่งผู้โดยสารและขนส่งสินค้า รวมทั้งบริการส่งสินค้าและอาหารตามสั่ง (delivery online) ยังคงประกอบกิจการต่อไปได้ตามปกติเพื่อความสะดวกและความเป็นอยู่ตามปกติของประชาชน มิให้ขาดแคลนหรือเดือดร้อนยากลำบากเกินควร โดยให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11

สถานที่ราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ ยังคงเปิดดำเนินการในวันและเวลาราชการตามปกติ เว้นแต่ที่มีประกาศให้ปิดหรืองดดำเนินการไปก่อนแล้ว เช่น สถาบันการศึกษา ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความสะดวก

ความสะดวกแก่ประชาชนและมีให้ประชาชนต้องเสียประโยชน์หรือละเมิดกฎหมายที่มีกำหนดเวลาให้ปฏิบัติ แต่ควรอำนวยความสะดวกแก่ผู้ปฏิบัติงาน เช่น การจัดเหลื่อมเวลาทำงานและพักเที่ยง การทำงานนอกสถานที่ปกติ และให้เพิ่มบริการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน เช่น การจัดประชุมสื่อสารทางไกล การให้บริการด้วยการสื่อสารแบบดิจิทัล การงดเว้นการกำหนดให้ประชาชนต้องมาแสดงตน หรือยกเว้น ขยายเวลา งดหรือลดหย่อนค่าธรรมเนียมภายใต้กรอบของกฎหมาย

ให้ภาคธุรกิจ ร้านค้าที่เปิดบริการและสถานที่ราชการที่เปิดทำการ วางมาตรการคัดกรอง ผู้ปฏิบัติงานและผู้มาติดต่อหรือใช้บริการให้เป็นไปตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11

ข้อ 13 **คำแนะนำเกี่ยวกับการเดินทางข้ามเขตพื้นที่จังหวัด** ในช่วงเวลานี้ประชาชนพึงงดหรือชะลอการเดินทางข้ามเขตพื้นที่จังหวัดในระยะนี้โดยไม่จำเป็นและควรพักหรือทำงานอยู่ ณ ที่พำนักของตน กรณีจำเป็นต้องเดินทางข้ามเขตพื้นที่ ต้องรับการตรวจคัดกรองและปฏิบัติตามมาตรการที่ทางราชการกำหนด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการติดตามตัวมารับการตรวจอาการหรือกักกันตัว

ข้อ 14 **คำแนะนำในการจัดกิจกรรมอื่น ๆ** การจัดกิจกรรมหรือพิธีการทางสังคมตามประเพณีนิยม เช่น พิธีมงคลสมรส พิธีเซ่นไหว้บรรพบุรุษ พิธีบำเพ็ญกุศล พิธีศพ พิธีสงกรานต์ หรือกิจกรรมภายในครอบครัว ตลอดจนกิจกรรมหรืองานพิธีที่ทางราชการจัดขึ้นหรือเป็นไปตามหมายกำหนดการของทางราชการ ยังคงจัดได้ตามความเหมาะสม แต่ต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดในข้อ 11

ข้อ 15 **โทษ** ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อ 1 ข้อ 2 ข้อ 3 ข้อ 4 ข้อ 5 หรือข้อ 6 แห่งข้อกำหนดนี้ ต้องรับโทษตามมาตรา 18 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และอาจมีความผิดตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 หรือมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี ด้วย

ข้อ 16 **การใช้บังคับ** ข้อกำหนดนี้ให้ใช้บังคับทั่วราชอาณาจักรรวมทั้งพื้นที่ที่อยู่ระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป เว้นแต่จะมีข้อกำหนดเป็นอย่างอื่น

ในกรณีมีความจำเป็น นายกรัฐมนตรีอาจออกข้อกำหนดเปลี่ยนแปลง เพิ่มหรือลดมาตรการ หรือเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาได้โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาและเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะพบว่า มาตรา 9 ไม่ให้อำนาจกำหนดมาตรการป้องกันโรค โดยให้ติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชันไว้โดยชัดเจน แต่ให้อำนาจเกี่ยวกับการสั่งให้ปิดสถานที่หรือห้ามเข้า สถานที่ และให้อำนาจนายกรัฐมนตรีออกข้อกำหนดที่มีรายละเอียด “กำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดพื้นที่และรายละเอียดอื่นเพิ่มเติม...” ดังนั้น ข้อกำหนดจึงมีการสั่งปิดกิจการ การบริการ สถานที่ หรือการห้ามเดินทาง โดยกำหนดให้ “มาตรการป้องกัน โรคที่ทางราชการกำหนด” เป็นรายละเอียดในลักษณะเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่

สำหรับมาตรการเกี่ยวกับแอปพลิเคชัน เริ่มปรากฏขึ้นจากข้อกำหนดฉบับที่ 1 ข้อ 11 ในฐานะ ส่วนหนึ่งของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด โดยในข้อกำหนดฉบับนี้ยังไม่มีลักษณะเป็นเงื่อนไข เชิงบังคับ กล่าวคือ ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการนี้เพิ่มเติม ดังจะเห็นได้จากที่กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่อาจเพิ่มมาตรการใช้แอปพลิเคชันติดตามตัวทางโทรศัพท์เคลื่อนที่” หลังจากข้อกำหนด ฉบับที่ 1 ข้อ 11 มีการออกข้อกำหนดอีกหลายฉบับอย่างต่อเนื่อง และมีการกำหนดให้ใช้แอปพลิเคชัน อย่างชัดเจนมากขึ้น

ผู้วิจัย รศ. คณาธิป ทองรวงศ์ ม. เกษมบัณฑิต ห้ามทำเป็นสื่อออนไลน์

บทที่ 4 บทวิเคราะห์

เนื่องจากแอปพลิเคชันไทยชนะ มีความเกี่ยวข้องกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสองกลุ่ม ได้แก่ ผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้า ผู้ให้บริการสถานที่ต่างๆ ที่เข้าร่วมโครงการ โดยต้องมีการนำข้อมูลลงทะเบียนเข้าสู่ระบบ และ ประชาชนผู้ใช้บริการ ที่ดาวน์โหลดและใช้แอปพลิเคชันไทยชนะในการเช็คอินเข้าใช้บริการร้านค้าหรือสถานที่ต่างๆ โดยในส่วนข้อตกลงการใช้งานของบุคคลสองกลุ่มนี้มีข้อตกลงและรายละเอียดแตกต่างกัน ในการวิเคราะห์ผู้วิจัยจึงจำแนกเป็นสองส่วนตามกลุ่มของเจ้าของข้อมูลได้แก่ 4.1 การวิเคราะห์การความยินยอมของผู้ประกอบการในการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ และ 4.2 การวิเคราะห์ความยินยอมของผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ

4.1 การวิเคราะห์การความยินยอมของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการแอปพลิเคชันไทยชนะ

ดังกล่าวในบทที่ 3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันโรคติดต่อส่งผลว่า ผู้ประกอบการหลายประเภท อยู่ในข่ายถูกสั่งปิดหรือห้ามประกอบการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินและมี มาตรการผ่อนคลายเป็นเปิดกิจการหรือประกอบการได้แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข หรือ ผู้ประกอบการที่ประกอบ ธุรกิจหรือดำเนินกิจการที่ไม่ถูกสั่งปิดแต่ต้องดำเนินกิจการภายใต้เงื่อนไข ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าว หรือที่เรียกโดยรวมว่า มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด จะพบว่าเงื่อนไขหนึ่งคือ การต้องกำหนดให้ ลูกค้าหรือผู้มาใช้บริการ ติดตั้งใช้งานแอปพลิเคชัน เพื่อการป้องกันและควบคุมโรค ในการที่ผู้ประกอบการ จะเข้าร่วมปฏิบัติตามมาตรการนี้ก็ต้องเข้าสู่ระบบในส่วนของตนเองซึ่งจะอยู่ภายใต้ข้อตกลงการใช้งานของ ผู้ประกอบการ ซึ่งมีเงื่อนไขและรายละเอียดดังนี้

ข้อตกลงการใช้งานและความยินยอม สำหรับแอปพลิเคชัน ไทยชนะ สำหรับผู้ประกอบการ
มีรายละเอียดดังนี้¹⁸

ข้อตกลงและความยินยอม

¹⁸ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือสำหรับกิจการ/กิจกรรม และประชาชน โครงการ “ไทยชนะ” , 18 พฤษภาคม 2563

ในการดำเนินมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

1. คำนิยาม

1. “**หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ**” หมายความว่า กระทรวงสาธารณสุข หน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข และหน่วยงานอื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุข
 2. “**ผู้ประกอบการ**” หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานราชการ และหน่วยงานอื่นใด ซึ่งเป็นผู้ประกอบการ หรือดำเนินกิจการหรือกิจกรรม ณ สถานที่ใด ๆ ภายใต้มาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ทั้งนี้ ผู้ประกอบการ ให้หมายความรวมถึง ตัวแทน พนักงาน ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบการดังกล่าวด้วย
 3. “**ผู้ใช้บริการ**” หมายความว่า บุคคลใด ๆ ที่ประสงค์จะเข้ามาภายในพื้นที่ของผู้ประกอบการ หรือ ผู้ที่ประสงค์จะเข้าร่วมกิจกรรมใด ๆ ภายในพื้นที่ของผู้ประกอบการ
 4. “**มาตรการฯ**” หมายความว่า มาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19
2. **เมื่อยินยอมตามข้อตกลงฉบับนี้แล้ว ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามที่มาตรการฯ กำหนดอย่างเคร่งครัด**
 3. **ข้อตกลงและความยินยอมของผู้ประกอบการที่ลงทะเบียนเข้าร่วมมาตรการฯ**
 1. ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม และใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ลงทะเบียนไว้ เพื่อการติดต่อในการดำเนินการตามมาตรการฯ
 2. ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ให้ไว้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรการฯ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ กำหนดนโยบาย และดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ รวมถึงเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ
 3. ข้าพเจ้ารับทราบว่าการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จเป็นการกระทำ ความผิดตามกฎหมาย และอาจมีโทษทางอาญา
 4. ข้าพเจ้ายินยอมให้ผู้ใช้บริการและบุคคลทั่วไปประเมินการปฏิบัติตามมาตรการฯ ของข้าพเจ้า และแสดงผลให้ผู้ใช้บริการและบุคคลทั่วไปทราบ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ โดยข้าพเจ้าจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ อันเกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากผลการประเมินตามมาตรการฯ ดังกล่าว
 5. ข้าพเจ้าได้อ่าน เข้าใจ และรับทราบถึงข้อปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการฯ ดังกล่าวข้างต้น หากข้าพเจ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการฯ ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการหรือออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข

หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เพื่อแสดงถึงความยินยอมข้าพเจ้าได้ทำ
เครื่องหมายไว้ในช่องตกลงยินยอมแล้ว

ข้าพเจ้าขอยืนยันและรับรองว่า ข้าพเจ้าเป็นผู้ประกอบการ หรือเป็นผู้ที่ประสงค์จะเข้าร่วมมาตรการฯ ใน
นามของผู้ประกอบการ และข้อมูลใด ๆ ที่ข้าพเจ้าได้ลงทะเบียนในการเข้าร่วมมาตรการฯ ไว้ (ซึ่งรวมถึง
ข้อมูลส่วนบุคคล) เป็นข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์ และเป็นปัจจุบันทุกประการ โดยข้าพเจ้าจะดำเนินการ
ตามที่กฎหมาย และมาตรการฯ กำหนดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ภายใต้ข้อตกลงและความยินยอมนี้ ทั้งนี้
หากข้าพเจ้าผิดคำรับรองดังกล่าว ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการหรือออกคำสั่งตาม
กฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจทำให้
ข้าพเจ้าต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

ข้าพเจ้าได้อ่าน และตกลงยินยอมตามรายละเอียดข้อตกลงและความยินยอมข้างต้น

****หมายเหตุ ผู้ลงทะเบียนรับทราบ ว่า หากผู้ลงทะเบียนไม่ตกลงและยอมรับตามข้อตกลง
และเงื่อนไขข้างต้นจะไม่สามารถลงทะเบียนได้**

จากเงื่อนไขข้อตกลงดังกล่าว จะสามารถจำแนกเป็น 2 ส่วนคือ ข้อตกลงการใช้งาน และ การแสดง
ความยินยอม สำหรับงานวิจัยนี้จะวิเคราะห์ข้อตกลงดังกล่าวในกรอบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
โดยมีขอบเขตวิเคราะห์เฉพาะหลักความยินยอมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาตรา 19
เปรียบเทียบกับหลักความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป โดยแยกเป็นประเด็น
วิเคราะห์ย่อยๆ ดังนี้

4.1.1 ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรการไทยชนะตามกฎหมาย คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเนื้อหาข้อตกลงประกอบกับหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยและ
สหภาพยุโรป พบว่า นิยามของ “ผู้ประกอบการ” ตามข้อตกลงการใช้งานไทยชนะ หมายถึง “ บุคคลธรรมดา
นิติบุคคล หน่วยงานราชการ และหน่วยงานอื่นใด ซึ่งเป็นผู้ประกอบการ หรือดำเนินกิจการหรือกิจกรรม ณ
สถานที่ใด ๆ ภายใต้มาตรการป้องกันโรคตามที่ราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19
 ทั้งนี้ ให้หมายความรวมถึง ตัวแทน พนักงาน ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบการดังกล่าวด้วย” โดยมาตรการ

ไทยชนะ กำหนดเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับผู้ประกอบการที่จะสมัครเข้าร่วมว่าต้องกรอกข้อมูลต่างๆ เช่น ชื่อ นามสกุล เลขหมายบัตรประชาชน หมายเลขโทรศัพท์ เมื่อพิจารณานโยบายของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พบว่า ข้อมูลเหล่านี้อยู่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลระบุตัวนิติบุคคล แต่ผู้ประกอบการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด หากเข้าร่วมโครงการนี้ก็ต่อกรอกข้อมูลบุคคลผู้เกี่ยวข้อง เช่น กรรมการ ผู้จัดการ หรือ พนักงาน หรือ ผู้รับผิดชอบอื่นใด จึงสรุปได้ว่า มาตรการไทยชนะเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แม้การใช้แอปพลิเคชันเพื่อการป้องกันโรคโควิด 19 มีประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของข้อมูล (Ownership) (Van Erp, Sjef , 2020, p.3) แต่ในกรอบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรป และไทย มิได้กำหนดหลักความเป็นเจ้าของในทำนองเดียวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่กำหนดหลักการคุ้มครอง เช่น การกำหนดเงื่อนไขการเก็บหรือใช้ข้อมูลของบุคคลอื่นดังจะวิเคราะห์ต่อไป

4.1.2 ประเด็นสถานะทางกฎหมายและหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของมาตรการไทยชนะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเนื้อหาข้อตกลงประกอบกับหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย และสหภาพยุโรป พบว่า หน่วยงานที่เป็นผู้รับผิดชอบในการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรการไทยชนะนั้นมีการนิยามไว้ว่า “หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ” หมายความว่า กระทรวงสาธารณสุข หน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข และหน่วยงานอื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุข” เมื่อนำนิยามนี้มาวิเคราะห์ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะเห็นได้ว่า กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานภายใต้สังกัดเป็นผู้อำนาจรับผิดชอบ ตัดสินใจ ดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการที่เข้าร่วม จึงเป็น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data controller) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้มีหน้าที่ในการดำเนินการตามเงื่อนไขเกี่ยวกับเหตุหรือฐานทางกฎหมาย ตามมาตรา 24 และมาตรา 27 ซึ่งโดยหลักแล้วต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรานี้ เว้นแต่เข้าเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องขอความยินยอม เช่น เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยที่มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 24 (6) หลักการนี้เปรียบเทียบกับฐานหรือเหตุทางกฎหมาย (Lawful ground or basis for processing) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR GDPR, Article 4 (2))

ดังนั้น หากกระทรวงสาธารณสุขซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูล อ้างว่าดำเนินโครงการไทยชนะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อการสาธารณสุขหรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ และ ข้อกำหนดที่ออกตามความในพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นที่มาของการกำหนดมาตรการควบคุมโรคตามที่ราชการกำหนด ก็อาจไม่ต้องอาศัยฐานความยินยอม

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้อตกลงและรายละเอียดของมาตรการฯ พบว่า กำหนดขอความยินยอมจาก ผู้ประกอบการที่สมัครใช้งานไว้ในข้อตกลงก่อนการสมัครร่วมโครงการ ซึ่งระบุว่า

“ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม และใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ ลงทะเบียนไว้ เพื่อการติดต่อในการดำเนินการตามมาตรการฯ...”

จะเห็นได้ว่า หากผู้ประกอบการไม่กดปุ่มยินยอมก็ไม่สามารถดำเนินการขั้นต่อไปได้ จึงแสดงถึงการที่ผู้ควบคุม ข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยฐานความยินยอม อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดเงื่อนไขหรือ องค์ประกอบเฉพาะสำหรับความยินยอมไว้หลายประการ ตามมาตรา 19 เช่น ความเป็นอิสระของเจ้าของ ข้อมูล ฯลฯ จึงนำไปสู่ประเด็นการศึกษาวิเคราะห์ของบทความนี้ว่า ความยินยอมของผู้ประกอบการที่ให้เพื่อ เข้าร่วมมาตรการนี้สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่ามีข้อกำหนดองค์ประกอบความยินยอมไว้คล้ายคลึงกันแต่ กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือแนวทางการตีความไว้โดยเฉพาะ ผู้วิจัยจึงจะนำกฎหมายสหภาพ ยุโรปมาวิเคราะห์เปรียบเทียบตามประเด็นที่จะศึกษาต่อไป

4.1.3 ประเด็นความยินยอมที่มีการแจ้งวัตถุประสงค์ (Informed consent)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเนื้อหาข้อตกลงประกอบกับเปรียบเทียบหลักกฎหมายสหภาพยุโรปและไทยพบว่า เงื่อนไขหนึ่งของความยินยอมอันชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 4 (1) คือ เจ้าของข้อมูลต้องได้รับแจ้งข้อมูล ประกอบกับการขอความยินยอมด้วย (Informed consent) หลักการนี้สัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิได้รู้ (Right to be informed) ของเจ้าของข้อมูล

เปรียบเทียบกับเงื่อนไขความยินยอมตามกฎหมายไทย เงื่อนไขนี้ปรากฏใน มาตรา 19 วรรคสาม ที่วางหลัก ดังนี้

“ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการ เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย...”

นอกจากในหลักการขอความยินยอมแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยังกำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุม ข้อมูลแจ้งรายละเอียด (Privacy information or privacy notice) ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึง “วัตถุประสงค์” ของการเก็บรวบรวม (มาตรา 23)

จากการศึกษาเนื้อหาข้อตกลงของมาตรการไทยขณะดังกล่าวข้างต้นพบว่า มีการขอความยินยอมก่อนที่ ผู้ประกอบการจะเข้าสู่ระบบ จึงสอดคล้องกับหลักการแจ้งวัตถุประสงค์ และเป็นการแจ้งรายละเอียดตาม มาตรา 23 แต่เมื่อพิจารณาข้อตกลงการใช้งานพบว่าแจ้งวัตถุประสงค์ไว้หลายประการ เช่น เพื่อติดต่อในการ ดำเนินการตามมาตรการฯ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ กำหนดนโยบาย เพื่อดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกัน และควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น เพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและ ภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ ยอมให้ผู้ให้บริการและบุคคลทั่วไปประเมินการปฏิบัติตามมาตรการฯ และ

แสดงผลให้ผู้ใช้งานและบุคคลทั่วไปทราบ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น

จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ที่ระบุไว้มีลักษณะกว้าง ครอบคลุมกิจกรรมหรือการดำเนินการหลายอย่าง เปรียบเทียบกับมาตรการภาครัฐในการใช้แอปพลิเคชันเพื่อควบคุมโรคติดต่อโควิด-19 ของต่างประเทศพบว่า แบ่งเป็นสองกลุ่มหลักคือ กลุ่มแอปพลิเคชันของประเทศที่มีลักษณะการทำงานเฉพาะการติดตามการสัมผัสโรค โดยการแจ้งเตือนความเสี่ยงต่อผู้ใช้งาน (Contact tracing) ไม่ได้มีลักษณะของการลงทะเบียนก่อนเข้าหรือออกจากสถานประกอบการหรือกิจกรรมต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกา กลุ่มแอปพลิเคชันที่มีลักษณะรวมถึงการลงทะเบียนเข้าออกสถานประกอบการ เช่น นิวซีแลนด์ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขจัดให้มีแอปพลิเคชันชื่อ NZ COVID Tracer และกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ ติดป้ายแสดง QR Code เพื่อให้ผู้ใช้งานสแกนเข้าและออกสถานที่นั้น กำหนดวัตถุประสงค์ของการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการไปใช้เฉพาะเพื่อการติดต่อเกี่ยวกับการดำเนินมาตรการ แต่ไม่รวมถึงวัตถุประสงค์เพื่อการนำไปกำหนดนโยบาย หรือการนำไปใช้เพื่อการควบคุมโรคติดต่ออื่นนอกจากโควิด-19 และไม่รวมถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นนอกเหนือจากสาธารณสุข (Ministry of public health, Newzealand, 2020)) จากการเปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันตามกฎหมายต่างประเทศกับข้อตกลงโครงการไทยชนะจะเห็นได้ว่า การเก็บข้อมูลของผู้ประกอบการตามโครงการไทยชนะมีขอบเขตวัตถุประสงค์กว้างและไม่ชัดเจน จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือเกณฑ์อื่นของความยินยอมดังกล่าวต่อไป

4.1.4 ประเด็นความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือ การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องเป็นไปโดยอิสระ ซึ่งเงื่อนไขปรากฏในกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสี่ซึ่งวางหลักว่า

“ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ”

เงื่อนไขนี้เทียบได้กับกฎหมายสหภาพยุโรป ตามส่วนขยาย (GDPR, recital 32 and 43) อย่างไรก็ตามกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการขอความยินยอมอย่างไรสอดคล้องกับเงื่อนไขนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า ในการพิจารณาความเป็นอิสระนั้น มีเกณฑ์

พิจารณา 4 เกณฑ์ (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2564) กล่าวคือ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข ความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง ผู้วิจัยจะนำเกณฑ์เหล่านี้มาแยกวิเคราะห์ เปรียบเทียบความยินยอมของผู้ประกอบการในการให้โครงการหรือมาตรการไทยขณะเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของตน โดยแยกเป็นหัวข้อย่อย ดังนี้

(1) ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง (Imbalance of power)

เกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, recital 43) กล่าวคือ หากเจ้าของข้อมูลและผู้ควบคุมข้อมูลอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ที่มีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกันจะส่งผลให้ความยินยอมที่ได้รับจากความสัมพันธ์เช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความอิสระ โดยต้องพิจารณาถึง ผลกระทบทางลบอันอาจเกิดขึ้นหากไม่ให้ความยินยอม ซึ่งเห็นได้จากปัจจัยบ่งชี้ เช่น เจ้าของข้อมูลต้องยอมรับต้นทุนที่เพิ่มขึ้น (substantial extra costs) สำหรับความสัมพันธ์ที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะด้อยกว่าหรือเสียเปรียบผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีหลายชนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหน่วยงานรัฐ (Public authority) และเจ้าของข้อมูลเป็นประชาชน (Article 29 Working party of The European Union, 2011, p.12) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามโครงการไทยจะเห็นได้ว่า มีสถานะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานรัฐซึ่งได้แก่กระทรวงสาธารณสุข และ ประชาชนซึ่งได้แก่ผู้ประกอบการต่างๆ เช่น ร้านค้า ร้านอาหาร ฯลฯ ข้อตกลงยอมให้เก็บและใช้ข้อมูลของผู้ประกอบการจึงอยู่บนพื้นฐานที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ส่งผลว่าความยินยอมที่ให้ในสถานการณ์ความสัมพันธ์นี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูล

(2) เกณฑ์พิจารณาผลกระทบทางลบหากไม่ยินยอม (Negative consequence)

แม้เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรองกับผู้ควบคุมข้อมูล เช่น ประชาชนที่ต้องยอมให้เก็บข้อมูลตามโครงการของรัฐ แต่หากสามารถเลือกไม่ให้ความยินยอมโดยไม่ส่งผลกระทบทางลบต่อตน ก็ยังสามารถจัดว่าให้ความยินยอมโดยอิสระได้ ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณาว่าเจ้าของข้อมูลสามารถเลือกหรือปฏิเสธโดยปราศจากผลกระทบทางลบหรือไม่ จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า การวิเคราะห์ผลกระทบทางลบมีความสำคัญในการคุ้มครองความเป็นอิสระในการยินยอมซึ่งต้องอยู่บนพื้นฐานการมีทางเลือกที่แท้จริง (Real choice) (Article 29 Working party of The European Union, 2011, p.12) หากเจ้าของข้อมูลต้องยอมทน (Endure) กับผลกระทบทางลบ (Negative consequences หรือ Detriment) อันอาจเกิดขึ้นหากไม่ยินยอม จะแสดงถึงการขาดทางเลือกที่แท้จริง สำหรับปัจจัยที่บ่งชี้ผลกระทบทางลบพิจารณาทั้งในแง่ผลจากการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอม (Refuse) และ ในแง่ผลจากการถอนความยินยอม (withdraw) โดยผลกระทบทางลบพิจารณาได้หลายมิติ เช่น การข่มขู่ บังคับ กีดกัน ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น คุณภาพหรือการบริการที่ลดลง (Downgrade) (Article 29 Working party of The European Union, 2011, p.10)

เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามโครงการไทยชนะจะเห็นได้ว่า แม้ข้อตกลงตามโครงการดังกล่าวไม่มีโทษทางกฎหมายโดยตรงต่อผู้ประกอบการ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับหรือหน้าที่ในการเข้าร่วมโครงการนี้ แต่เมื่อพิจารณาเชื่อมโยงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อกำหนดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พบว่า หากผู้ประกอบการไม่ร่วมโครงการนี้ จะส่งผลว่า ไม่ได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด อันเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการผ่อนปรนหรืออนุญาตให้ผู้ประกอบการ ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ ซึ่งจัดเป็นผลกระทบทางลบหากไม่ให้ความยินยอมให้เกิดรวบรวมข้อมูลอันเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงเงื่อนไขในการเข้าร่วมโครงการดังกล่าว ความยินยอมของผู้ประกอบการในการให้เก็บข้อมูลตามข้อตกลงไทยชนะ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยอิสระ

(3) การสร้างเงื่อนไขของความยินยอม (Conditionality)

กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดเกณฑ์ “การสร้างเงื่อนไข” (Conditionality) ซึ่งบ่งชี้ว่าความยินยอมที่ได้รับมานั้นไม่เป็นอิสระ โดยมีหลักว่า “ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลถูกนำมาเป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติตามสัญญารวมทั้งการให้บริการ โดยไม่จำเป็นกับการปฏิบัติตามสัญญานั้น” (GDPR, article 7 (4)) โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลไม่เป็นอิสระ เมื่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือการให้บริการขึ้นอยู่กับความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั้งที่ความยินยอมนั้นไม่จำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาหรือให้บริการ” (GDPR, recital 43) หลักการดังกล่าวเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 19 ที่กำหนดว่า “...ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ” ผลการศึกษาโดยนำแนวทางตีความของสหภาพยุโรปมาวิเคราะห์มาตรา 19 พบว่า ความยินยอมอันไม่อิสระหมายถึงกรณีที่ ผู้ควบคุมข้อมูลนำความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมารวม (Bundling) กับการยอมรับข้อตกลงตามสัญญาหรือ นำข้อตกลงตามสัญญาหรือบริการไปรวมกับการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Tying) โดยการควรรวมในลักษณะสร้างเงื่อนไขดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นสำหรับการให้บริการหรือสัญญา และเจ้าของข้อมูลไม่สามารถต่อรองกับเงื่อนไขนั้นได้ (bundled up as a non-negotiable part of terms and conditions) (Article 29 Working Party of European Union, 2018, p.8) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของมาตรการไทยชนะพบเงื่อนไขต้องให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ จึงแยกวิเคราะห์เป็นสองกรณีคือ (1) ความยินยอมสำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับโครงการนี้ เช่น การเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อติดต่อหรือตรวจสอบในการดำเนินการตามมาตรการ และ (2) ความยินยอมสำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ไม่จำเป็นกับโครงการนี้

กรณีนี้เป็นประเด็นสำคัญเนื่องจากมาตรการฯ ใช้แอปพลิเคชันเพื่อป้องกันโรคโควิด 19 ที่ให้อำนาจหน่วยงานรัฐนำข้อมูลไปใช้ได้หลายวัตถุประสงค์ อาจนำไปสู่การที่รัฐวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่และการสอดแนมในวงกว้าง (Falletti, 2021, p.2-3) จากการศึกษาข้อตกลงของไทยชนะ พบว่ามีการขอความยินยอมเพื่อนำไปใช้

วัตถุประสงค์หลายอย่างที่ไม่เกี่ยวกับการป้องกันโรคโควิด 19 เช่น นำข้อมูลไปใช้ “เพื่อกำหนดนโยบาย” ซึ่งอาจเป็นการใช้เพื่อกำหนดนโยบายใดๆของภาครัฐ “เพื่อดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น” “เพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตราการฯ มีผลใช้บังคับ” วัตถุประสงค์เหล่านี้ เป็นการนำข้อมูลไปใช้ กว้างกว่าการควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 อาจรวมไปถึงโรคติดต่ออื่น และอาจรวมไปถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะใดที่นอกเหนือจากการสาธารณสุขด้วย จึงเป็นการนำเงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวข้องมาผูกรวมให้ยินยอม ซึ่งไม่สอดคล้องกับเกณฑ์พิจารณาด้านการสร้างเงื่อนไข อันส่งผลให้ความยินยอมที่ได้รับมานั้นไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระ

(4) ความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง (Granularity)

เกณฑ์ข้อนี้ปรากฏในส่วนขยายที่ 43 ของกฎหมายสหภาพยุโรปที่ว่า หากกระบวนการขอความยินยอมไม่เปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมโดยแยกตามการดำเนินการกับข้อมูล (Processing operation) ก็สันนิษฐานได้ว่าความยินยอมนั้นไม่อิสระ (GDPR, recital 43) ส่วนขยายที่ 32 ระบุว่า ความยินยอมควรครอบคลุมกิจกรรมการประมวลผลทั้งหมดภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกัน หากการประมวลผลมีหลายวัตถุประสงค์ ก็จะต้องขอความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ทั้งหมด (GDPR, recital 32) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย มาตรา 19 ไม่ได้ระบุเกณฑ์นี้ไว้อย่างชัดเจนในส่วนของหลักความเป็นอิสระตามวรรคสี่ แต่อาจตีความตามแนวทางของกฎหมายยุโรปว่าเป็นเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณา “คำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระ” เมื่อนำเกณฑ์ข้อนี้ มาวิเคราะห์กับการขอความยินยอมตามโครงการไทยชนะ ในส่วนของผู้ประกอบการพบว่า มีการนำข้อมูลไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์หลายอย่างแตกต่างกัน และข้อตกลงได้เขียนการขอความยินยอมครอบคลุมวัตถุประสงค์เหล่านั้น แต่ไม่เปิดให้เจ้าของข้อมูลเลือกให้ความยินยอมกับแต่ละกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน อันมีลักษณะขอความยินยอมโดยรวมกับกิจกรรมทั้งหมดที่มีวัตถุประสงค์กว้าง ทำให้เจ้าของข้อมูลไม่สามารถตัดสินใจเลือกยินยอมโดยอิสระ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้

(5) ความเฉพาะเจาะจง (Specific) ของความยินยอม

นอกจากการแจ้งวัตถุประสงค์ในการขอความยินยอมแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลกำหนดเกณฑ์ความเฉพาะเจาะจง (Specific) ของความยินยอม ซึ่งปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, article 4) และกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม ที่กำหนดว่าการขอความยินยอมต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน เกณฑ์นี้แยกวิเคราะห์ได้สองแง่มุมคือ (1) ความเฉพาะเจาะจงของการขอความยินยอมในแง่ของการแยกส่วนจากข้อความอื่นหรือเรื่องอื่น ในแง่นี้ความยินยอมจะต้องแยกออกจากเงื่อนไขอื่นของข้อตกลงหรือสัญญานั้น เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงตามมาตรการไทยชนะ พบว่ามีการขอความยินยอมในการดำเนินการหลายวัตถุประสงค์ กล่าวคือ นอกจากความยินยอมในการให้เก็บรวบรวมข้อมูลของผู้ประกอบการแล้ว ยังรวมถึงการยินยอมรับให้ผู้ใช้บริการประเมินการปฏิบัติตามมาตรการ เช่น ประเมินความสะดวกหรือการจัดระยะห่างในบ้านค้า โดยยินยอมสละสิทธิไม่เรียกร้องค่าเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นจากผลการประเมิน จะเห็นได้ว่า ความยินยอมสำหรับกิจกรรมนี้คือการยินยอมสละสิทธิเรียกร้องหรือดำเนินคดีทางแพ่ง เช่น การเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากผู้ประเมิน ซึ่งเป็นความยินยอมตามกฎหมายคนละหลักและไม่เกี่ยวข้องกับการยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น การขอความยินยอมเรื่องอื่นมารวมกับความยินยอม

ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ประกอบการไม่สามารถแยกให้ความยินยอมสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลและการยินยอมเพื่อวัตถุประสงค์อื่น จึงไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง (2) ความเฉพาะเจาะจงของความยินยอมในแง่วัตถุประสงค์ กล่าวคือหากมีการดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลหลายอย่างภายใต้วัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ก็จะต้องขอความยินยอมแยกส่วนตามวัตถุประสงค์แต่ละอย่าง เงื่อนไขนี้จึงสัมพันธ์กับเงื่อนไขขอความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given) กล่าวคือ เจ้าของข้อมูลต้องมีทางเลือกในการยินยอมสำหรับแต่ละวัตถุประสงค์ (GDPR, Article 6(1)) หรือสามารถแยกการให้ความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน (Separate consent for different processing operations) (Information Commissioner's Office UK, 2020, p.62) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามมาตราการไทยขณะพบว่า มีการขอความยินยอมรวมกันสำหรับกิจกรรมหรือการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง โดยไม่สามารถเลือกให้ความยินยอมแยกแต่ละกิจกรรม นอกจากนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง ยังไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระดังวิเคราะห์แล้วด้วย

4.1.5 การขอความยินยอมที่ทำให้เข้าใจผิด

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจอ้างเหตุอื่นที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดไว้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอม เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ฯลฯ แต่ยังคงอ้างการขอความยินยอมเป็นเหตุแห่งการเก็บข้อมูล ประเทศในสหภาพยุโรปตีความว่าเป็นการขอความยินยอมที่มีชอบเนื่องจากเป็นการทำให้เข้าใจผิด และไม่เป็นธรรม (misleading and unfair) (Information Commissioner's Office UK, 2020, p.62) เพราะแสดงให้เห็นเจ้าของข้อมูลเข้าใจว่าตนเองมีสิทธิเลือกให้ความยินยอมทั้งที่ความจริงไม่มี (False choice) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม กำหนดเงื่อนไขในการขอความยินยอมว่า “ไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว” เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงของมาตรการไทยขณะ พบว่า กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัด อาจอาศัยเหตุอื่นตามที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลมาตรา 24 กำหนดโดยไม่ต้องขอความยินยอม เช่น อ้างเหตุดำเนินการกิจเพื่อป้องกันควบคุมโรคอันเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือ ปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติโรคติดต่อ (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ออกตามพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน (ตามมาตรา 24 (6) แต่กระนั้นยังคงกำหนดข้อตกลงการใช้งานเพื่อขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล การขอความยินยอมเช่นนี้จึงเป็นการทำให้เข้าใจผิด

4.2 การวิเคราะห์การความยินยอมของผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ

มาตรการแอปพลิเคชันไทยชนะในฐานะส่วนหนึ่งของมาตรการป้องกันโรคตามที่ราชการกำหนด สามารถจำแนกความเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลดังที่ปรากฏในข้อตกลงออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจหรือดำเนินกิจการที่เข้าร่วมโครงการเพื่อให้เข้าเงื่อนไขตามมาตรการป้องกันโรค เพื่อให้สามารถประกอบกิจการต่อไปได้นั้น เป็นการนำข้อมูลส่วนบุคคลเข้าสู่ระบบเพื่อเข้าร่วมโครงการดังกล่าวในหัวข้อ 4.1 นอกจากนี้ หากพิจารณาอีกด้านหนึ่งคือผู้ใช้งาน (User) ของแอปพลิเคชันไทยชนะ จะพบว่า เป็นกลุ่มประชาชนทั่วไปซึ่งแม้ว่าไม่ได้มีบทบาทบังคับในลักษณะการกำหนดโทษหากไม่ใช้แอปพลิเคชันดังกล่าว แต่การดาวน์โหลดหรือติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันนี้นับเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการใช้บริการร้านค้าหรือสถานบริการที่เข้าร่วมมาตรการหรือโครงการนี้ โดยทั่วไปก่อนเริ่มการใช้งานผู้ใช้งานต้องอ่านและยอมรับข้อตกลงก่อนจึงจะสามารถใช้งานแอปพลิเคชัน ซึ่งข้อตกลงและความยินยอมสำหรับผู้ให้บริการแบ่งได้สองส่วนดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง ความยินยอมในขั้นตอนติดตั้งแอปพลิเคชัน¹⁹ ระบุว่า

ข้าพเจ้ายินยอมให้กระทรวงสาธารณสุข และ หน่วยงานภายใต้กระทรวงสาธารณสุข เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยหมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า สถานที่ และเวลาที่ข้าพเจ้าให้ความยินยอมนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่นๆ โดยยินยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุขให้เป็นผู้ประมวลผลและจัดทำระบบข้อมูลดังกล่าวเท่านั้น

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า ข้อมูลที่ข้าพเจ้าให้เป็นข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า ซึ่งเป็นข้อมูลที่แท้จริง ถูกต้อง และเป็นปัจจุบัน

ข้าพเจ้าได้อ่านและตกลงยินยอมตามรายละเอียดข้อตกลงและความยินยอมข้างต้น

¹⁹ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือแอปพลิเคชันไทยชนะสำหรับประชาชน, 18 พฤษภาคม 2563 <https://www.ไทยชนะ.com/manual>

ส่วนที่สอง ความยินยอมในขั้นตอนการเช็คอิน (สำหรับการใช้งานครั้งแรก)²⁰

ข้าพเจ้าขอแสดงเจตนายินยอม (ในการกดปุ่มด้านล่างนี้) ไว้ให้แก่กระทรวงสาธารณสุข เพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า (ได้แก่ ข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์) ให้แก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐในการบริหารจัดการประมวลผล ข้อมูล รวมถึงในกรณีที่ต้องมีการร้องขอสอบถามข้อมูลเพิ่มเติม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรค และ/หรือเพื่อการบริหารจัดการของหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินมาตรการไทยชนะ เพื่อรองรับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (Covid 19) และ / หรือ เพื่อดำเนินการ / ออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

ข้าพเจ้าได้อ่านและเข้าใจรายละเอียดการขอความยินยอมข้างต้น

ดังนั้น ในหัวข้อ 4.2 นี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาวิเคราะห์เนื้อหาข้อตกลงการใช้งานในส่วนของผู้ใช้งานดังกล่าวข้างต้น โดยนำหลักความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรปมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยเพื่อวิเคราะห์ว่าข้อตกลงดังกล่าวสอดคล้องกับความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมายตามนัยของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ อย่างไร โดยจำแนกการวิเคราะห์เป็นประเด็นย่อย ดังนี้

4.2.1 ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะตามกฎหมาย

คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

จากการวิเคราะห์ข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยชนะ ที่ปรากฏให้ผู้ใช้งานกดปุ่มตกลงยอมรับก่อนใช้งานพบว่าไม่ได้กำหนดนิยามของผู้ใช้งาน แต่ระบุข้อความว่า

“ข้าพเจ้ายินยอมให้..... เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย หมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า สถานที่และเวลาที่ข้าพเจ้าให้ความยินยอม....”

เมื่อพิจารณานิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พบว่า ข้อมูลเหล่านี้อยู่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไม่ระบุนิยามความหมายของ “เจ้าของข้อมูล” แต่เมื่อพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวประกอบกับนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว พบว่า ผู้ใช้งานที่ตกลงยินยอมดังกล่าวเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรการไทย

²⁰ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด 19, คู่มือแอปพลิเคชันไทยชนะสำหรับประชาชน, 18 พฤษภาคม 2563 <https://www.ไทยชนะ.com/manual>

ชนะ จึงเป็นการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งาน ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

4.2.2 ประเด็นสถานะทางกฎหมายและหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของมาตรการไทยชนะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

จากการวิเคราะห์ข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยชนะ ที่ปรากฏให้ผู้ใช้งานกดปุ่มตกลงยอมรับก่อนใช้งาน พบมีการระบุว่า

“ข้าพเจ้ายินยอมให้กระทรวงสาธารณสุข และ หน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย หมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า”

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อตกลงของมาตรการไทยชนะในส่วนของผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้า ดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 4.1 พบมีการนิยามว่า “หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ” หมายความว่า กระทรวงสาธารณสุข หน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข” เมื่อนำนิยามนี้มาวิเคราะห์ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะเห็นได้ว่า แม้ข้อตกลงไม่ได้ระบุเรียกว่าผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล แต่เนื้อหาข้อตกลงแสดงว่า กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานภายใต้สังกัดเป็นผู้มีอำนาจรับผิดชอบ ตัดสินใจ ดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนผู้ใช้แอปพลิเคชัน จึงเป็น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data controller) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้มีหน้าที่ในการดำเนินการตามเงื่อนไขเกี่ยวกับเหตุหรือฐานทางกฎหมายตามมาตรา 24 และมาตรา 27 ซึ่งโดยหลักแล้วต้องขอความยินยอมจากผู้ใช้งานที่เป็นเจ้าของข้อมูล เว้นแต่เข้าเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องขอความยินยอม เช่น เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 24 (6) หลักการนี้เปรียบเทียบกับได้กับฐานหรือเหตุทางกฎหมาย (Lawful ground or basis for processing) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR GDPR, Article 4 (2))

จากผลการศึกษาเนื้อหาข้อตกลงพบว่า กรณีแอปพลิเคชันไทยชนะนี้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยฐานความยินยอม

จึงนำไปสู่ประเด็นการศึกษาวิเคราะห์ของบทความนี้ว่า ความยินยอมของผู้ใช้งานที่ให้เพื่อเข้าร่วมมาตรการนี้ สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่าการกำหนดองค์ประกอบความยินยอมไว้คล้ายคลึงกันแต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือแนวทางการตีความไว้โดยเฉพาะ ผู้วิจัยจึงนำกฎหมายสหภาพยุโรปมาวิเคราะห์เปรียบเทียบตามประเด็นที่จะศึกษาต่อไป

4.2.3 ประเด็นความยินยอมที่มีการแจ้งวัตถุประสงค์ (Informed consent)

ผลการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายสหภาพยุโรปและไทยพบว่าเงื่อนไขหนึ่งของความยินยอมอันชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 4 (1) คือ เจ้าของข้อมูลต้องได้รับแจ้งข้อมูลประกอบการขอความยินยอมด้วย (Informed consent) หลักการนี้สัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิได้รู้ (Right to be informed) ของเจ้าของข้อมูล ตามกฎหมายไทย เงื่อนไขนี้ปรากฏใน มาตรา 19 วรรคสาม ที่วางหลักว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย...” นอกจากนี้ในหลักการขอความยินยอมแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยังกำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุมข้อมูลแจ้งรายละเอียด (Privacy information or privacy notice) ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึง “วัตถุประสงค์” ของการเก็บรวบรวม (มาตรา 23) จากการศึกษาเนื้อหาข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะพบว่า มีการขอความยินยอมผู้ใช้งานตั้งแต่ขั้นตอนการดาวน์โหลดหรือติดตั้งพร้อมแจ้งวัตถุประสงค์ แต่แจ้งวัตถุประสงค์ไว้กว้าง ดังนี้ “เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่นๆ”

วัตถุประสงค์ของการเก็บข้อมูลมีความสัมพันธ์กับขอบเขตหรือวิธีการดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการภาครัฐในการใช้แอปพลิเคชันเพื่อควบคุมโรคติดต่อโควิด-19 ของต่างประเทศพบว่า มีวัตถุประสงค์แบ่งเป็นสองกลุ่มหลักคือ

-กลุ่มแอปพลิเคชันของประเทศที่มีลักษณะการทำงานอย่างจำกัดเฉพาะ ติดตามร่องรอยการสัมผัส (Contact tracing) หรือ แจ้งเตือนความเสี่ยง (Exposure notification app) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นี้ เทคโนโลยีที่นำมาใช้จึงจำกัดเฉพาะการใช้บลูทูธ (Bluetooth) เพื่อเก็บข้อมูลการเข้าใกล้กันระหว่างเครื่องของผู้ใช้งาน โดยคำนวณจากระยะห่างระหว่างผู้ใช้แอปพลิเคชัน (digital proximity tracking technologies) ข้อมูลที่เก็บรวบรวม จึงเก็บอย่างจำกัดเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการให้ผู้ใช้งานรู้ถึงความเสี่ยง กล่าวคือ ไม่เก็บข้อมูลระบุตัวบุคคล โดยมีการเก็บ คำนวณ และส่งข้อมูลในลักษณะรหัสหรือข้อมูลไม่ระบุตัวบุคคล เช่น ผู้ให้บริการแอปเปิดและถูกละเมิดกำหนดเงื่อนไขทางเทคโนโลยีของแอปพลิเคชันเกี่ยวกับการป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 สำหรับระบบปฏิบัติการ iOS และ Android ซึ่งมีลักษณะการทำงานจำกัดเฉพาะการติดตามร่องรอยการสัมผัสและแจ้งเตือนความเสี่ยงระหว่างผู้ใช้งานโดยไม่เก็บข้อมูลส่วนบุคคล เช่น หมายเลขโทรศัพท์ ชื่อ นามสกุล ฯลฯ ประเทศที่ใช้แอปพลิเคชันลักษณะนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา หลายประเทศในยุโรป

-กลุ่มแอปพลิเคชันที่มีลักษณะการทำงานกว้างกว่าการแจ้งเตือนการสัมผัส แต่รวมถึงการลงทะเบียนเข้าออกสถานประกอบการ เช่น นิวซีแลนด์ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขจัดให้มีแอปพลิเคชันชื่อ NZ COVID Tracer เพื่อให้ผู้ใช้งานสแกนเข้าและออกสถานที่ อย่างไรก็ตามข้อตกลงการใช้งาน กำหนดวัตถุประสงค์ของการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้อย่างจำกัดไม่รวมถึงการควบคุมโรคติดต่ออื่นนอกจากโควิด-19 และไม่รวมถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นนอกเหนือจากสาธารณสุข (Ministry of public health, New Zealand, 2020)

ผลการศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลพบว่า เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือ การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องเป็นไปโดยอิสระ ซึ่งเงื่อนไขนี้

ปรากฏในกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสี่ซึ่งวางหลักว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในการเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ” เงื่อนไขนี้เทียบได้กับกฎหมายสหภาพยุโรป ตามส่วนขยาย (GDPR, recital 32 and 43) อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการขอความยินยอมอย่างไรสอดคล้องกับเงื่อนไขนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า ในการพิจารณาความเป็นอิสระนั้น มีเกณฑ์พิจารณา 4 เกณฑ์ (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2564) คือ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข และ ความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง ผู้วิจัยจะนำเกณฑ์เหล่านี้มาแยกวิเคราะห์เปรียบเทียบความยินยอมของผู้ใช้แอปพลิเคชันไทยขณะ ในการให้กระทรวงสาธารณสุขฯ เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของตน

4.2.4 ประเด็นความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือ การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องเป็นไปโดยอิสระ ซึ่งเงื่อนไขนี้ปรากฏในกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสี่ซึ่งวางหลักว่า

“ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในการเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ”

เงื่อนไขนี้เทียบได้กับกฎหมายสหภาพยุโรป ตามส่วนขยาย (GDPR, recital 32 and 43) อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการขอความยินยอมอย่างไรสอดคล้องกับเงื่อนไขนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า ในการพิจารณาความเป็นอิสระนั้น มีเกณฑ์พิจารณา 4 เกณฑ์ กล่าวคือ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข ความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง ผู้วิจัยจะนำเกณฑ์เหล่านี้ซึ่งจำแนกได้ 5 เกณฑ์ มาแยกวิเคราะห์เปรียบเทียบความยินยอมของผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยขณะเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของตน โดยแยกเป็นหัวข้อย่อย 5 หัวข้อ ดังนี้

(1) ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง (Imbalance of power)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า “ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง” (Imbalance of power) เป็นเกณฑ์

สำคัญในการพิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, recital 43) กล่าวคือ หากเจ้าของข้อมูลและผู้ควบคุมข้อมูลอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ที่มีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกันจะส่งผลให้ความยินยอมที่ได้รับจากความสัมพันธ์เช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความอิสระ โดยต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางลบอันอาจเกิดขึ้นหากไม่ให้ความยินยอม ซึ่งเห็นได้จากปัจจัยบ่งชี้ เช่น เจ้าของข้อมูลต้องยอมรับต้นทุนที่เพิ่มขึ้น (substantial extra costs) สำหรับความสัมพันธ์ที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะด้อยกว่าหรือเสียเปรียบผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีหลายชนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหน่วยงานรัฐ (Public authority) และเจ้าของข้อมูลเป็นประชาชน (Article 29 Working party of The European Union, 2011:12) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ ข้อตกลงแอปพลิเคชันไทยชนะพบว่า มีสถานะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานรัฐซึ่งได้แก่กระทรวงสาธารณสุข และ ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นผู้ใช้งาน ฯลฯ ข้อตกลงยอมให้เก็บและใช้ข้อมูลของผู้ประกอบการจึงอยู่บนพื้นฐานที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ส่งผลว่าความยินยอมที่ให้แก่สถานการณ์ความสัมพันธ์นี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูล

(2) เกณฑ์พิจารณาผลกระทบทางลบหากไม่ยินยอม (Negative consequence)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า แม้เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรองกับผู้ควบคุมข้อมูล เช่น ประชาชนที่ต้องยอมให้เก็บข้อมูลตามโครงการของรัฐ แต่หากสามารถเลือกไม่ให้ความยินยอมโดยไม่ส่งผลกระทบทางลบต่อตน ก็ยังสามารถจัดว่าให้ความยินยอมโดยอิสระได้ ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณาว่าเจ้าของข้อมูลสามารถเลือกหรือปฏิเสธโดยปราศจากผลกระทบทางลบหรือไม่ จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า การวิเคราะห์ผลกระทบทางลบมีความสำคัญในการคุ้มครองความเป็นอิสระในการยินยอมซึ่งต้องอยู่บนพื้นฐานการมีทางเลือกที่แท้จริง (Real choice) (Article 29 Working party of The European Union, 2011:12) หากเจ้าของข้อมูลต้องยอมทน (Endure) กับผลกระทบทางลบ (Negative consequences หรือ Detriment) อันอาจเกิดขึ้นหากปฏิเสธไม่ยินยอมนั้นพิจารณาได้หลายมิติ เช่น การข่มขู่ บังคับ กีดกัน ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น คุณภาพหรือการบริการที่ลดลง (Downgrade) (Article 29 Working party of The European Union, 2011:10) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ จึงมีประเด็นสำคัญว่า ผู้ใช้งานจะได้รับผลกระทบทางลบอย่างไรหรือไม่ หากไม่ยินยอมใช้แอปพลิเคชันที่เก็บข้อมูลส่วนบุคคลนี้

สำหรับผลกระทบในแง่ของโทษหรือความรับผิดตามกฎหมาย เมื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันดังกล่าว พบว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9 ไม่ให้อำนาจกำหนดมาตรการป้องกันโรคโดยให้ติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชันไว้โดยชัดเจน แต่ให้อำนาจเกี่ยวกับ

การสั่งให้ปิดสถานที่หรือห้ามเข้าสถานที่ และกำหนดให้ “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” เป็นรายละเอียดในลักษณะเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ในส่วนของมาตรการแอปพลิเคชัน เริ่มปรากฏในข้อกำหนดฉบับที่ 1 ข้อ 11 ในฐานะส่วนหนึ่งของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด โดยยังไม่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขเชิงบังคับ เห็นได้จากที่กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่อาจเพิ่มมาตรการใช้แอปพลิเคชันติดตามตัวทางโทรศัพท์เคลื่อนที่”

หลังจากข้อกำหนดฉบับที่ 1 ก็มีการออกข้อกำหนดอีกหลายฉบับที่มีลักษณะเชิงบังคับ โดยเฉพาะข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 (ฉบับที่ 17) ประกาศ ณ วันที่ 6 มกราคม 2564

ข้อ 1 กำหนดว่า “...รัฐบาลสนับสนุนให้ประชาชนติดตั้งและใช้ระบบแอปพลิเคชัน "หมอชนะ".... ควบคู่กับการใช้แอปพลิเคชัน "ไทยชนะ" ...

ข้อ 2 ระบุมาตรการสำหรับพื้นที่ควบคุมสูงสุด จังหวัดจันทบุรี จังหวัดชลบุรี จังหวัดตราด จังหวัดระยอง และจังหวัดสมุทรสาคร ว่า “...ให้ผู้ที่อยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าวติดตั้ง และใช้ระบบแอปพลิเคชัน "หมอชนะ" เนื่องจากข้อกำหนดเหล่านี้ออกตามมาตรา 9 จึงเชื่อมโยงกับโทษมาตรา 18 ที่กำหนดว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามมาตรา 9 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ให้อำนาจ เจ้าพนักงาน *เรียกบุคคลใดๆ ให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานใด* หากฝ่าฝืน เช่น ไม่แจ้ง หรือ ปกปิดข้อมูล จะมีโทษตามมาตรา 49 *ฐานฝ่าฝืนคำสั่งเจ้าพนักงาน จำคุกไม่เกิน 1 เดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ* อำนาจตามกฎหมายนี้ นำไปสู่ การสอบสวนโรคหรือการให้แจ้ง “ไทม์ไลน์” เจ้าพนักงานจึงอาจดำเนินคดีแก่บุคคลที่ไม่ติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชันในฐานะ “ไม่แจ้งหรือปกปิดข้อมูล” ซึ่งแม้ว่าจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบด้วย แต่ตัวบทระบุถ้อยคำที่กว้างและขึ้นกับดุลพินิจเจ้าหน้าที่เป็นรายกรณี

เมื่อนำกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มาพิจารณาประกอบกับการตกลงใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะจะเห็นได้ว่า หากผู้ใช้งาน ไม่ยินยอมตามข้อตกลงและไม่ใช้แอปพลิเคชันดังกล่าว อาจได้รับผลกระทบทางลบดังนี้

-ประชาชนในเขตพื้นที่ 5 จังหวัดตามข้อกำหนดฉบับที่ 17 ข้อ 2 เจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ให้เข้าหรือออก รวมทั้งอาจดำเนินคดีฐานฝ่าฝืนข้อ 2 ซึ่งนำไปสู่โทษอาญาจำคุกไม่เกิน 2 ปี ตาม มาตรา 18 นอกจากนี้ เมื่อข้อกำหนดเขียนว่า “ติดตั้งและใช้” ความเสี่ยงจึงอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีติดตั้งแต่ไม่เปิดใช้งานด้วย

-ประชาชนไม่ว่าในพื้นที่ใด ที่ไม่ติดตั้งแอปพลิเคชันดังกล่าว แม้ไม่มีโทษตามกฎหมาย อาจ ไม่ได้รับอนุญาตให้เดินทางหรือเข้าใช้บริการ สถานที่ต่างๆ ที่อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมโรค นอกจากเจ้าหน้าที่แล้ว ผู้ประกอบการที่มีหน้าที่จัดให้มีมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดอาจใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ประชาชนที่ไม่ติดตั้งแอปพลิเคชันดังกล่าวใช้บริการ

-ไม่ว่าประชาชนในท้องที่ใด หากตกเป็นผู้ต้องสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อหรือผู้สัมผัสโรค และพนักงานที่อาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติโรคติดต่อ สอบสวนโรคแล้ว ไม่ปรากฏว่าติดตั้งและใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ อาจ

มีความผิดฐานปกปิดหรือไม่ให้ข้อมูลต่อเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าพนักงาน เป็นรายกรณีเนื่องจากกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างกว้าง

จากสภาพทางกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะไม่ใช่มาตรการบังคับที่มีโทษแก่ประชาชนโดยตรง แต่การไม่ติดตั้งและใช้งานอาจนำไปสู่ผลกระทบทางลบในหลายแง่มุม ทั้งในส่วนของ การดำเนินชีวิตและใช้บริการต่างๆ ดังนั้น ในแง่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอม ของผู้ใช้งาน ในการตกลงยอมรับแอปพลิเคชันไทยชนะ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยอิสระ

(3) การสร้างเงื่อนไขของความยินยอม (Conditionality)

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดเกณฑ์ “การสร้างเงื่อนไข” ซึ่งบ่งชี้ว่าความยินยอมที่ได้รับมานั้นไม่เป็นอิสระ โดยมีหลักว่า “ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลถูกนำมาเป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติตามสัญญารวมทั้งการให้บริการ โดยไม่จำเป็นกับการปฏิบัติตามสัญญานั้น” (GDPR, article 7 (4)) โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลไม่เป็นอิสระ เมื่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือการให้บริการขึ้นอยู่กับความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั้งที่ความยินยอมนั้นไม่จำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาหรือให้บริการ” (GDPR, recital 43)

หลักการดังกล่าวเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 19 ที่กำหนดว่า “...ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ”

ผลการศึกษาโดยนำแนวทางตีความของสหภาพยุโรปมาวิเคราะห์มาตรา 19 พบว่า ความยินยอมอันไม่อิสระ หมายถึงกรณีที่ ผู้ควบคุมข้อมูลนำความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมารวม (Bundling) กับการยอมรับข้อตกลงตามสัญญาหรือ นำข้อตกลงตามสัญญาหรือบริการไปรวมกับการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Tying) โดยการควบรวบในลักษณะสร้างเงื่อนไขดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นสำหรับการให้บริการหรือสัญญา และเจ้าของข้อมูลไม่สามารถต่อรองกับเงื่อนไขนั้นได้ (bundled up as a non-negotiable part of terms and conditions)

(Article 29 Working Party of European Union, 2018 : 8)

(4) ความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง (Granularity)

เกณฑ์พิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอมข้อนี้ ปรากฏใน GDPR ส่วนขยายที่ 43 ระบุว่า หากกระบวนการขอความยินยอมไม่เปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมโดยแยกตามการดำเนินการกับข้อมูล (Processing operation) ก็สันนิษฐานได้ว่าความยินยอมนั้นไม่อิสระ (GDPR, recital 43) ส่วนขยายที่ 32 ระบุว่า ความยินยอมควรครอบคลุมกิจกรรมการประมวลผลทั้งหมดภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกัน หาก

การประมวลผลมีหลายวัตถุประสงค์ ก็จะต้องขอความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ทั้งหมด (GDPR, recital 32)

เปรียบเทียบกับ กฎหมายไทย มาตรา 19 ไม่ได้ระบุเกณฑ์นี้ไว้อย่างชัดเจนในส่วนของหลักความเป็นอิสระตามวรรคสี่ แต่อาจตีความตามแนวทางของกฎหมายยุโรปว่าเป็นเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณา “คำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระ” เมื่อนำเกณฑ์ข้อนี้ มาวิเคราะห์ข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะพบว่ามี การขอความยินยอมเพื่อนำไปใช้วัตถุประสงค์สองอย่างหลักคือ เพื่อป้องกันและควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 และ เพื่อป้องกันและควบคุมโรคติดต่ออื่นๆ จะเห็นได้ว่าการนำข้อมูลไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์หลายอย่างแตกต่างกัน และข้อตกลงได้เขียนการขอความยินยอมครอบคลุมวัตถุประสงค์เหล่านั้น แต่ไม่เปิดให้เจ้าของข้อมูลเลือกให้ความยินยอมเฉพาะการใช้งานเพื่อป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 นอกจากนี้ โรคติดต่ออื่นๆ มีความหมายกว้าง อาจรวมถึงโรคติดต่อที่ไม่มีความรุนแรงที่จำเป็นต้องใช้มาตรการจำกัดสิทธิเช่นโรคติดต่อโควิด 19 การขอความยินยอมโดยรวมกับกิจกรรมทั้งหมดที่มีวัตถุประสงค์กว้าง ทำให้เจ้าของข้อมูลไม่สามารถตัดสินใจเลือกยินยอมโดยอิสระ

(5) ความยินยอมที่เฉพาะเจาะจง (Specific consent)

นอกจากการแจ้งวัตถุประสงค์ในการขอความยินยอมแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลกำหนดเกณฑ์ความเฉพาะเจาะจง (Specific) ของความยินยอม ซึ่งปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, article 4) และกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม ที่กำหนดว่าการขอความยินยอมต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน เกณฑ์นี้แยกวิเคราะห์ได้สองแง่มุมคือ

- 1) ความเฉพาะเจาะจงของการขอความยินยอมในแง่ของการแยกส่วนจากข้อความอื่นหรือเรื่องอื่น ในแง่นี้ความยินยอมจะต้องแยกออกจากเงื่อนไขอื่นของข้อตกลงหรือสัญญานั้น เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงตามแอปพลิเคชันไทยขณะ พบว่ามี การขอความยินยอมก่อนการใช้แอปพลิเคชัน ซึ่งแยกส่วนออกมาเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้แอปพลิเคชันเพื่อป้องกันและควบคุมโรคติดต่อ จึงไม่มีการนำไปรวมกับเรื่องอื่น
- 2) ความเฉพาะเจาะจงของความยินยอมในแง่วัตถุประสงค์ กล่าวคือหากมีการดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลหลายอย่างภายใต้วัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ก็จะต้องขอความยินยอมแยกส่วนตามวัตถุประสงค์แต่ละอย่าง เงื่อนไขนี้จึงสัมพันธ์กับเงื่อนไขความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given) กล่าวคือ เจ้าของข้อมูลต้องมีทางเลือกในการยินยอมสำหรับแต่ละวัตถุประสงค์ (GDPR, Article 6(1)) หรือสามารถแยกการให้ความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน (Separate consent for different processing operations) (Information Commissioner’s Office UK, 2020 :62) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงใช้งานแอปพลิเคชันไทยขณะพบว่ามี การขอความยินยอมรวมกันสำหรับกิจกรรมหรือการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์สองประการหลักคือ เพื่อป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น โดยไม่สามารถเลือกให้ความยินยอมแยกแต่ละวัตถุประสงค์ กล่าวคือ ผู้ที่ไม่ประสงค์ให้ความยินยอมในการเก็บข้อมูลเพื่อป้องกันโรคติดต่ออื่นซึ่ง

ไม่ชัดเจนว่าโรคอะไรบ้างนั้นไม่สามารถเลือกไม่ยินยอมสำหรับส่วนนี้ นอกจากนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง ยังไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระตั้งวิเคราะห์แล้วด้วย

4.2.5 การขอความยินยอมที่ทำให้เข้าใจผิด

จากการวิเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า นอกจากประเด็นความไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมแล้ว ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจอ้างเหตุอื่นที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดไว้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอม เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ฯลฯ แต่ยังคงอ้างการขอความยินยอมเป็นเหตุแห่งการเก็บข้อมูล กรณีเช่นนี้เมื่อศึกษาแนวทางการตีความของประเทศในสหภาพยุโรปพบว่าเป็นการขอความยินยอมที่มีขอบ เช่น คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหราชอาณาจักรวางแนวทางว่า (Information Commissioner's Office UK, 2020 :62) การขอความยินยอมดังกล่าวทำให้เข้าใจผิดและไม่เป็นธรรม (misleading and unfair) เพราะแสดงให้เห็นเจ้าของข้อมูลเข้าใจว่าตนเองมีสิทธิเลือกให้ความยินยอมทั้งที่ความจริงไม่มี (False choice)

เมื่อนำเกณฑ์การพิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบกักฎหมายไทย พบว่า มาตรา 19 วรรคสาม กำหนดเงื่อนไขในการขอความยินยอมว่า “ไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว” เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ พบว่ากระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัด อาจอาศัยเหตุอื่นตามที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลมาตรา 24 กำหนดโดยไม่ต้องขอความยินยอม เช่น อ้างเหตุดำเนินภารกิจเพื่อป้องกันควบคุมโรคอันเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือ ปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติโรคติดต่อ (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ออกตามพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน (ตามมาตรา 24 (6) แต่กระนั้นยังคงกำหนดข้อตกลงการใช้งานเพื่อขอความยินยอมจากผู้ใช้งานที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การขอความยินยอมเช่นนี้จึงไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

5.1.1 สรุปผลการวิจัยในส่วนของความยินยอมของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการไทยชนะ

ผลการวิจัยสามารถสรุปจำแนกตามประเด็นการวิเคราะห์ในหัวข้อ 4.1 ของบทที่ 4 ได้ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบการ ที่เข้าร่วมมาตรการไทยชนะ มีสถานะเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยกระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัดซึ่งเป็น “หน่วยงานเจ้าของมาตรการ” มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลส่งผลให้มีหน้าที่ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการดำเนินการให้สอดคล้องกับเหตุหรือฐานทางกฎหมาย
- (2) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลใช้วิธีการขอความยินยอมจากผู้ประกอบการ จึงมีประเด็นพิจารณาตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลว่าความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับองค์ประกอบหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งบทความวิจัยนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นประเด็นไป
- (3) ประเด็นการแจ้งวัตถุประสงค์ประกอบการขอความยินยอม พบว่าข้อตกลงของมาตรการไทยชนะ มีการแจ้งวัตถุประสงค์ก่อนการขอความยินยอม แต่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย ไม่เจาะจงและกว้าง โดยรวมการขอความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์เหล่านี้เข้าด้วยกัน จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักการแจ้งวัตถุประสงค์
- (4) ประเด็นความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent) พบว่า กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายไทยกำหนดเงื่อนไขในลักษณะคล้ายคลึงกันว่า การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องเป็นไปโดยอิสระ (Freely given) แต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาความเป็นอิสระไว้ ในขณะที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดเกณฑ์ย่อยในการพิจารณาความเป็นอิสระ 4 ประการ ซึ่งผู้วิจัยจะนำเกณฑ์เหล่านี้มาวิเคราะห์กฎหมายไทยและข้อตกลงของไทยชนะ โดยแยกเป็นรายเกณฑ์ มีข้อค้นพบดังนี้
 - 1) เกณฑ์ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง พบว่า กรณีมาตรการไทยชนะ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหน่วยงานรัฐ (Public authority) และเจ้าของข้อมูลเป็นประชาชน แสดงถึงสภาพความสัมพันธ์เชิงอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมตามแนวทางการตีความของสหภาพยุโรป
 - 2) เกณฑ์ผลกระทบทางลบ พบว่า แม้มาตรการไทยชนะไม่มีโทษโดยตรงต่อผู้ประกอบการที่ไม่เข้าร่วม แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายอื่น เช่น ข้อกำหนดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์

ฉุกเฉิน พบว่า หากผู้ประกอบการไม่ร่วมมาตรการนี้อาจไม่สามารถเปิดทำการหรือประกอบการได้ ความยินยอมเพื่อเข้าร่วมมาตรการนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของผลกระทบทางลบ

3) เกณฑ์การสร้างเงื่อนไขที่ไม่จำเป็น พบว่า มาตรการไทยชนะเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ โดยบางประการไม่มีลักษณะกว้างอาจรวมถึงการนำข้อมูลไปใช้เพื่อการบริหารจัดการกำหนดนโยบายใดๆของรัฐ หรือการควบคุมโรคติดต่ออื่นนอกจากโควิด-19 ซึ่งไม่จำเป็นหรือกว้างกว่าการควบคุมโรคติดต่อโควิด-19

4) ความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง (Granularity) พบว่า มาตรการไทยชนะนำข้อมูลไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์หลายอย่างแตกต่างกัน โดยไม่เปิดให้เจ้าของข้อมูลเลือกให้ความยินยอมกับแต่ละกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน

5) กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายไทยกำหนดเงื่อนไขว่า การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจงและแยกส่วน เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของมาตรการไทยชนะพบว่า มีการขอความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลรวมกับความยินยอมในเรื่องอื่น เช่น สละสิทธิเรียกร้องทางแพ่ง อีกทั้งกำหนดรวมวัตถุประสงค์การใช้ข้อมูลหลายอย่างในการขอความยินยอมโดยเจ้าของข้อมูลไม่สามารถเลือกได้ จึงไม่สอดคล้องกับเกณฑ์นี้

(5) ตามแนวทางตีความกฎหมายสหภาพยุโรป กรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลอาจอาศัยฐานหรือเหตุอื่นทางกฎหมายในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลแต่ยังคงทำการขอความยินยอมนั้น เป็นการทำให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจผิดว่ามีสิทธิเลือกยินยอมทั้งที่ความจริงไม่มี จึงทำให้ความยินยอมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของไทยชนะพบว่า ผู้ควบคุมข้อมูลอาจอาศัยเหตุหรือฐานอื่นตามกฎหมาย แต่ยังคงมีการขอความยินยอมซึ่งอาจส่งผลให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจผิด ทำให้ความยินยอมที่เจ้าของข้อมูลให้มานั้นไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการนำหลักกฎหมายและเกณฑ์การพิจารณาความยินยอมของเจ้าของข้อมูลมาวิเคราะห์ ข้อตกลงตามมาตรการไทยชนะจึงสรุปได้ว่า ความยินยอมของผู้ประกอบการตามข้อตกลงดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการตามกรอบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้ความยินยอมที่ได้มานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

5.1.2 สรุปผลการวิจัยในส่วนความยินยอมของผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ

ผลการวิจัยสามารถสรุปจำแนกตามประเด็นการวิเคราะห์ที่ได้ดังนี้

(1) ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จากการศึกษาเนื้อหาข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยชนะ ผู้ใช้งานที่ตกลงยินยอมมีสถานะเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แม้การใช้แอปพลิเคชันเพื่อการป้องกันโรคโควิด 19 มีประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของข้อมูล (Ownership) (Van Erp, Sjeff

,2020:3) แต่ในกรอบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรป และไทย มิได้กำหนดหลักความเป็นเจ้าของในทำนองเดียวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่กำหนดหลักการคุ้มครอง เช่น การกำหนดเงื่อนไขการเก็บหรือใช้ข้อมูลของบุคคลอื่นดังจะวิเคราะห์ต่อไป

(2) ประเด็นสถานะทางกฎหมายและหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของมาตรการไทยขณะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จากผลการศึกษาที่ชี้ให้เห็นว่า กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานภายใต้สังกัดมีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data controller) ดังนั้น หากหน่วยงานดังกล่าว อ้างว่าดำเนินโครงการไทยขณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินภารกิจเพื่อการสาธารณสุขหรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ และ ข้อกำหนดที่ออกตามความในพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นที่มาของการกำหนดมาตรการควบคุมโรคตามที่ราชการกำหนด อาจไม่ต้องอาศัยฐานความยินยอม อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้อตกลงของแอปพลิเคชัน พบว่า กำหนดขอความยินยอมจากผู้ใช้งานตั้งแต่ขั้นตอนการติดตั้ง หากไม่กดปุ่มยินยอมก็ไม่สามารถดำเนินการขั้นต่อไปได้ จึงแสดงถึงการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยฐานความยินยอม อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดเงื่อนไขหรือองค์ประกอบเฉพาะสำหรับความยินยอมไว้หลายประการ ตามมาตรา 19 เช่น ความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูล ฯลฯ

(3) ประเด็นความยินยอมที่มีการแจ้งวัตถุประสงค์ (Informed consent) จากผลการศึกษาที่พบว่า เงื่อนไขสำคัญของความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมายคือ การแจ้งรายละเอียดหรือวัตถุประสงค์ให้เจ้าของข้อมูลทราบ แม้ว่าข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะมีการแจ้งวัตถุประสงค์แต่เมื่อ เปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันตามกฎหมายต่างประเทศ พบว่า แอปพลิเคชันไทยขณะ มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่า การติดตามการสัมผัสโรค (Contact tracing) เนื่องจากมีการเก็บข้อมูลระบุตัวเช่นหมายเลขโทรศัพท์ สถานที่ ซึ่งอาจประกอบกันในการบ่งชี้ระบุตัวบุคคล นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์และลักษณะการทำงานในการเช็คอินระบุสถานที่ที่ไป ข้อแตกต่างประการสำคัญกับวัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันเพื่อป้องกันโควิด 19 ของต่างประเทศ คือ แอปพลิเคชันไทยขณะ มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่า โควิด 19 รวมถึงโรคติดต่ออื่น ดังนั้น การเก็บข้อมูลของผู้ใช้งานจึงมีขอบเขตวัตถุประสงค์กว้างและไม่ชัดเจน จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือเกณฑ์อื่นของความยินยอมดังจะวิเคราะห์ต่อไป

(4) ประเด็นความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent) ผลการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบเกณฑ์พิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอม ประกอบด้วย 4 เกณฑ์ ซึ่งเมื่อนำเกณฑ์เหล่านี้มาแยกวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความยินยอมของผู้ใช้แอปพลิเคชันไทยขณะ ในการให้กระทรวงสาธารณสุขฯ เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของตน พบความไม่สอดคล้องกับหลายเกณฑ์ เช่น ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรองเนื่องจากผู้ใช้งานซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลคือประชาชนทั่วไป และผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งได้แก่กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สำหรับเกณฑ์ผลกระทบทางลบ จะเห็นได้ว่า แม้การใช้แอปพลิเคชันไทยขณะไม่ใช่มาตรการบังคับที่มีโทษแก่ประชาชนโดยตรง แต่การไม่ติดตั้งและใช้งานอาจนำไปสู่ผลกระทบทางลบในหลายแง่มุม ทั้งในส่วนของการดำเนินชีวิตและใช้บริการต่างๆ ดังนั้น ในแง่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอม ของผู้ใช้งานในการตกลงยอมรับแอปพลิเคชันไทยขณะ

จึงไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยอิสระ ประเด็นนี้แตกต่างจากมาตรการของหลายประเทศที่ไม่ได้กำหนดบังคับและไม่ได้บัญญัติกฎหมายที่ส่งผลทางอ้อมให้ประชาชนจำต้องติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชัน นอกจากนี้ ผลการวิจัยที่พบว่าข้อตกลงการใช้งานมีการนำเงื่อนไขอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องมาควรวรวม (Conditionality) เช่น การระบுவัตถุประสงค์ “เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุม..โรคติดต่ออื่นๆ “ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับโรคโควิด 19 และนำวัตถุประสงค์นี้มารวมเป็นเงื่อนไขของข้อตกลงซึ่งผู้ใช้งานไม่สามารถแยกไม่ยอมรับส่วนนี้ได้ จึงไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายของความยินยอมดังนี้ (1) เป็นการสร้างเงื่อนไขที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์การสร้างเงื่อนไข (2) เป็นการขอความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง (Granularity) (3) เป็นการขอความยินยอมที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ความเฉพาะเจาะจง (Specific) ลักษณะเช่นนี้เป็นประเด็นสำคัญในแง่สิทธิเสรีภาพ เนื่องจากมาตรการฯ ใช้แอปพลิเคชันเพื่อป้องกันโรคโควิด 19 ที่ให้อำนาจหน่วยงานรัฐนำข้อมูลไปใช้ได้หลายวัตถุประสงค์ อาจนำไปสู่การที่รัฐวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่และการสอดแนมในวงกว้าง (Falletti, 2021:2-3)

(5) ประเด็นผู้ควบคุมข้อมูลสามารถอาศัยเหตุหรือฐานอื่นในการเก็บรวบรวมข้อมูลแต่ยังคงใช้วิธีขอความยินยอม

แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดเกณฑ์นี้ไว้โดยตรง แต่ปรากฏในแนวทางตีความกฎหมายสหภาพยุโรป ตัวอย่างนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะพบว่า ผู้ควบคุมข้อมูลอาจอาศัยเหตุหรือฐานอื่นตามกฎหมาย เช่น การปฏิบัติตามกฎหมายโรคติดต่อหรือการปฏิบัติภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ยังมี การขอความยินยอมซึ่งเมื่อนำเกณฑ์พิจารณาของยุโรปมาเทียบกับกฎหมายไทยอาจปรับเข้ากับองค์ประกอบ “ทำให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจผิด” ตามมาตรา 19 กล่าวคือ แสดงให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจว่าตนมีสิทธิเลือกให้ความยินยอมทั้งที่ความจริงไม่มี ทำให้ความยินยอมที่เจ้าของข้อมูลให้มานั้นไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

สรุปได้ว่า ผู้ใช้งานที่ดาวน์โหลดติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันไทยขณะ ต้องกดปุ่มยอมรับข้อตกลงการใช้งานที่มีเงื่อนไขให้มีการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ในกรอบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ใช้งานมีสถานะเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และกระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัดซึ่งเป็น “หน่วยงานเจ้าของมาตรการ” มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล แม้ว่าเจ้าของข้อมูลยินยอมแล้วยังต้องพิจารณาองค์ประกอบหรือเงื่อนไขของความยินยอมด้วย เช่น ความยินยอมโดยอิสระ ความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง การแจ้งวัตถุประสงค์เพื่อขอความยินยอม จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปพบว่ามีกำหนดเกณฑ์พิจารณาหลักความยินยอมหลายประการ เมื่อนำเกณฑ์ดังกล่าวมาวิเคราะห์ข้อตกลงของแอปพลิเคชันไทยขณะแล้วพบว่า ความยินยอมของผู้ใช้งานตามข้อตกลงดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการ เช่น ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง การยินยอมที่เชื่อมโยงกับผลกระทบทางลบหากไม่ยินยอม การนำวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมข้อมูลหลายประการมารวมและขอความยินยอมโดยไม่สามารถเลือกยินยอมแยกตามวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันได้ การทำให้เข้าใจผิด ฯลฯ ดังนั้น ความยินยอมที่ได้มาจากมาตรการนี้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

เนื่องจากข้อตกลงการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ มีลักษณะไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขความยินยอม ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหลายประการ จึงมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสองแนวทางคือ

แนวทางที่ 1 หากภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดและนำไปใช้ซึ่งมาตรการแอปพลิเคชันไทยชนะ ยังคงอาศัยความยินยอมตามมาตรา 19 มาตรา 24 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเหตุหรือ ฐานสำหรับการเก็บรวบรวมใช้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการและผู้ใช้งาน ผู้วิจัยมี ข้อเสนอแนะให้ปรับปรุงข้อตกลงการใช้งานและการขอความยินยอมโดย

-กำหนดวัตถุประสงค์การเก็บรวบรวมใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลอย่างจำกัดเฉพาะวัตถุประสงค์ในการ ป้องกันควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 เท่านั้น โดยไม่นำวัตถุประสงค์อื่นเข้ามาแฝงและรวบรวมกับโครงการ หรือแอปพลิเคชันนี้ เช่น วัตถุประสงค์การป้องกัน “โรคติดต่ออื่น” หรือการนำข้อมูลไปบูรณาการใช้กับการ กำหนดนโยบายหรือบริหารนโยบายสาธารณสุขอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 อันเป็นสาเหตุหรือ ที่มาของพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินและมาตรการป้องกันโรคโดยแอปพลิเคชันนี้

-หากมีการนำวัตถุประสงค์อื่นเข้ามารวมหรือประกอบกับการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ ก็ควร กำหนดข้อตกลงการใช้งานและขอความยินยอมให้สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจงและแยกส่วน กล่าวคือ แยกการกำหนดขอความยินยอมเกี่ยวกับวัตถุประสงค์อื่น เช่น วัตถุประสงค์การป้องกัน “โรคติดต่อ อื่น” หรือการนำข้อมูลไปบูรณาการใช้กับการกำหนดนโยบายหรือบริหารนโยบายสาธารณสุขอื่นที่ไม่ เกี่ยวข้องกับโรคติดต่อโควิด 19 โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานหรือผู้ประกอบการ เลือกที่จะยินยอมในวัตถุประสงค์ อื่นเหล่านี้ แยกออกจากความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อป้องกันโรคติดต่อโควิด 19 โดยไม่นำความยินยอมวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันเหล่านั้นมาเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบการ หรือผู้ใช้งานสามารถเลือกความยินยอมแต่ละวัตถุประสงค์แยกจากกันได้โดยอิสระ

แนวทางที่ 2 เสนอแนะให้ภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดและนำไปใช้ซึ่งมาตรการแอปพลิเคชันไทย ชนะ อาศัยข้อยกเว้นจากความยินยอมตามมาตรา 19 มาตรา 24 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเหตุหรือฐานสำหรับการเก็บรวบรวมใช้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการและผู้ใช้งาน เช่น การปฏิบัติตามกฎหมาย การป้องกันชีวิตหรือสุขภาพของประชาชน โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจาก ผู้ประกอบการหรือผู้ใช้งานอีกต่อไป ทั้งนี้ต้องมีความชัดเจนและเจาะจงในวัตถุประสงค์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม

ตาม งานวิจัยนี้มีขอบเขตศึกษาวิเคราะห์เฉพาะในส่วนหลักความยินยอมเท่านั้น จึงไม่ได้วิเคราะห์รายละเอียดเกี่ยวกับเงื่อนไขและการปรับใช้เหตุหรือฐานอื่นอันเป็นข้อยกเว้นของความยินยอมดังกล่าว

5.2.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

เนื่องจากงานวิจัยนี้มีขอบเขตศึกษาวิเคราะห์เฉพาะในส่วนหลักความยินยอมเท่านั้น จึงไม่ได้วิเคราะห์รายละเอียดเกี่ยวกับเงื่อนไขและการปรับใช้เหตุหรือฐานอื่นอันเป็นข้อยกเว้นของความยินยอมดังกล่าว ดังนั้น การศึกษาวิจัยครั้งต่อไปจึงควรศึกษาวิเคราะห์เงื่อนไขของการปรับใช้เหตุหรือฐานอื่นอันเป็นข้อยกเว้นของความยินยอมในกรณีของแอปพลิเคชันไทยชนะ เช่น เช่น การปฏิบัติตามกฎหมาย การป้องกันชีวิตหรือสุขภาพของประชาชน

ผู้วิจัย รศ. คณธิป ทองรวงศ์ ม. เกษมบัณฑิต ห้ามนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

คณาธิป ทองรวีวงศ์. **กฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์: ภาคความผิดต่อระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์**, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. **การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน**. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. สิทธิที่จะถูกลืม (Right to be Forgotten), **วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน** 2, 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2560)

คณาธิป ทองรวีวงศ์. ข้อยกเว้นของการเปิดเผยข้อมูลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 : ศึกษากรณีข้อมูลส่วนบุคคล. **วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น** 1, 1 (มกราคม - มิถุนายน 2560)

คณาธิป ทองรวีวงศ์. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง. **วารสารทางวิชาการบพบัณฑิตย์** 66, 4 (ธันวาคม 2553)

ไทยชนะ, ข้อตกลงและความยินยอม www.ไทยชนะ.com (ออนไลน์) สืบค้นจาก, <https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>

ภาษาอังกฤษ

Alan F. Westin (1967) *Privacy and Freedom*. New York: Atheneu.

Arendt, Hannah. (1973) **The Human Condition**. Chicago: University of Chicago Press.

Björn Grelf,(2018) “Study: Google Is the Biggest Beneficiary of the GDPR,” Cliqz, October 10, 2018, <https://cliqz.com/en/magazine/study-google-is-the-biggest-beneficiary-of-the-gdpr>.

Bloustein, Edward. (1984). **Privacy as an Aspect of Human Dignity**. “Philosophical Dimensions of privacy: An Anthology”, Schoeman, Ferdinand (ed.), (UK: Cambridge University Press,

Campbell, James, (2015): Avi Goldfarb, and Catherine Tucker. "Privacy regulation and market structure." *Journal of Economics & Management Strategy* 24.1 :47-73.

Cate, F. H. (1995). “The EU Data Protection Directive, Information Privacy, and the Public Interest”. *Iowa L. Rev*, 80 : 431 - 443

Daniel Lyons (2018) “GDPR: Privacy as Europe’s Tariff by Other Means?,” *AEIdeas*, July 3, 2018, <http://www.aei.org/publication/gdpr-privacy-as-europes-tariff-by-other-means/>.

Daniel Lyons (2018) “GDPR: Privacy as Europe’s Tariff by Other Means?,” *AEIdeas*, July 3, 2018, <http://www.aei.org/publication/gdpr-privacy-as-europes-tariff-by-other-means/>.

Fromholz, J. M. (2000). “The European Union data privacy directive”. *Berkeley technology law journal*, 15(1) : 460 - 484.

Kanathip Thongraweewong. (2016). Reform of Thai Personal Data Protection Law to enter the ASEAN Community. Bangkok: The Secretariat of the House of Representatives.

Kollmeyer, Barbara (2018), “Chicago Tribune, Los Angeles Times Go Dark in Europe After GDPR Fail,” *MarketWatch*, May 25, 2018, <https://www.marketwatch.com/story/chicago-tribune-la-times-go-dark-in-europe-after-gdpr-fail-2018-05-25>. 38

The International Association of Privacy Professionals (IAPP) (1) (2018) “European Commission Sides with Google in RTBF Case,” accessed September 28, 2018, <https://iapp.org/news/a/ec-sides-with-google-in-rtbf-case/>.

The International Association of Privacy Professionals (IAPP) (2) (2018), Global 500 companies to spend \$7.8B on GDPR compliance , <https://iapp.org/news/a/survey>

ICANN (2018) Temporary Specification for gTLD Registration Data,, adopted May 17, 2018, <https://www.icann.org/resources/pages/gtld-registration-data-specs-en>.

Jack Donnelly. (1982). “Human Rights and Human Dignity”. *The American Law Review*, 76(2) : 303-316.

Jed Rubenfield. (1989). "The Right of Privacy". **Harvard Law Review**, 102(4) : 737 - 807.

Jeff South (2018) "More Than 1,000 U.S. News Sites Are Still Unavailable in Europe, Two Months After GDPR Took Effect, "NiemanLab,August7,2018, <http://www.niemanlab.org/2018/08/more->

Jonathan Spalter (2018) "Broadband CapEx Investment Looking Up in 2017," USTelecom, July 25, 2018, <https://www.ustelecom.org/blog/broadband-capex-investment-looking-201>

Jon Russel (2018)"RIP Klout," TechCrunch, May 2018, <https://techcrunch.com/2018/05/10/rip-klout/>.

John Curtice (2016) How Deeply Does Britain's Euroscepticism Run?, NATCEN, <http://www.bsa.natcen.ac.uk/media/39024/euroscepticism.pdf>.

Kirsty Cooke (2018) Data Shows Awareness of GDPR Is Low amongst Consumers, KANTAR, March 27, 2018,<https://uk.kantar.com/public-opinion/policy/2018/data-shows-awareness-of-gdpr-is-low-amongst-consumers/>.

Lewis Henderson (2018), GDPR is being abused by cyber-criminals to breach complacent businesses, <https://gdpr.report/news/2018/07/04/gdpr-is-being-abused-by-cyber-criminals-to-breach-complacent-businesses/>.

Mariano Di Martino, Pieter Robyns, Winnie Weyts, Peter Quax ,Wim Lamotte, and Ken Andries and Flanders Make (2019) , Personal Information Leakage by Abusing the GDPR "Right of Access", Proceedings of the Fifteenth Symposium on Usable Privacy and Security.August 12–13, 2019 • Santa Clara, CA, USA, pp.371-386

Mark Scott, Laurens Cerulus, and Laura Kayali (2018) "Six Months in, Europe's Privacy Revolution FavorsGoogle, Face-book," Politico, November 27, 2018, <https://www.politico.eu/article/>

Owen Good (2018) "Super Monday Night Combat Will Close Down, Citing EU's New Digital Privacy Law," Polygon, April 28, 2018,

<https://www.polygon.com/2018/4/28/17295498/super-monday-night-combat-shutting-down-gdpr>.

Richard Epstein (2018) “A Not Quite Contemporary View of Privacy,” Harvard Journal of Public Policy 41no.95(2018),http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2018/01/EpsteinPanel_FINAL.pdf.

Ronan Shields (2018) .” Verve to Focus on US Growth as It Plans Closure of European Offices Ahead of GDPR,” Drum, April 18, 2018, <https://www.thedrum.com/news/2018/04/18/verve-focus-us-growth-it-plans-closure-european-offices-ahead-gdpr>.

Roslyn Layton (2017) How the GDPR Compares to Best Practices for Privacy, Accountability and Trust, SSRN Scholarly Paper, March 31, 2017, <https://papers.ssrn.com/abstract=2944358>.

Roslyn Layton (2019) The 10 Problems of the GDPRThe US can learn from the EU’s mistakes and leapfrog its policy, American Enterprise Institute, 2019.

Shane Tews (2018) “How European Data Protection Law Is Upending the Domain Name System,” AEIdeas, February26, 2018, <https://www.aei.org/publication/how-european-data-protection-law-is-upending-the-domain-name-system/>.

Schoeman. (1984). **Ferdinand, Privacy: Philosophical Dimensions of literature.** “Philosophical Dimensions of privacy: An Anthology”, Schoeman, Ferdinand (ed.), UK: Cambridge University Press.

Solove, Daniel. (2006). “A Taxonomy of Privacy”. **University of Pennsylvania Law Review.** 154(3) : 477 - 560.

European Parliament (2018), <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/en/turnout.html> (accessed July 27, 2018).

Warren D Samuel, Brandies D. (1890) “The Right to Privacy”. Harvard Law Review, 4(5) : 193- 220.

Warportal (2018). “Important Notice Regarding European Region Access,” <http://blog.warportal.com/?p=10892>.

ประวัติผู้วิจัย

หัวหน้าโครงการวิจัย

ชื่อ นายคณาธิป ทองรวีวงศ์
 ตำแหน่งทางวิชาการ รองศาสตราจารย์
 การศึกษา -น.ม. (สาขากฎหมายกฎหมายระหว่างประเทศ)
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545
 -Master of Laws Kyushu University, Japan. 2547
 -Master of International Tourism and Hotel Manangement
 Southern Cross University Australia, 2545
 -น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541
 -รัฐศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2541
 น.บ.ท.สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550

ตำแหน่งและภาระงานในปัจจุบัน

ผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายสื่อดิจิทัล คณะนิติศาสตร์
 หน่วยงานที่สังกัด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

ผลงานทางวิชาการ

คณาธิป ทองรวีวงศ์. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความ
 เป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกสอดส่องการสื่อสารข้อมูล.2556
 คณาธิป ทองรวีวงศ์. การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย
 เพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน.ทุนวิจัยจากสำนักงานเลขาธิการสภา
 ผู้แทนราษฎร 2559
 คณาธิป ทองรวีวงศ์.กรอบในการติดตามการพัฒนาและบังคับใช้กฎหมายใน
 การควบคุมการพนันผ่านช่องทางออนไลน์.มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ
 (มสช.) สำนักงานกองทุนสนับสนุนการเสริมสร้างสุขภาพ (สสส.).2561
 คณาธิป ทองรวีวงศ์.การพัฒนากฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ของ
 ประเทศไทยเพื่อการป้องกันและปราบปรามการฉ้อโกงหลอกลวง
 ทางคอมพิวเตอร์.มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต. 2561.

ผู้วิจัย รศ. คณาธิป ทองรวงศ์ ม. เกษมบัณฑิต ห้ามนำไปใช้โดยไม่อ้างอิง