



การคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจากมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกัน
การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ศึกษากรณีความยินยอมของผู้ประกอบการใน
การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ

**The Protection of Personal Data Subjects from the Covid-19 Preventive Measures of the Thai
Government: a Study of Consent from Business Operators to Personal Data Processing under
the “Thai Chana Application”**

คณาธิป ทองรวีวงศ์

Kanathip Thongrawewong

คณะนิติศาสตร์ และ สถาบันกฎหมายสื่อดิจิทัล มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย
Faculty of Law and Digital Media Law Institute, Kasembundit University, Bangkok, Thailand
E-mail: kanathip.tho@kbu.ac.th

บทคัดย่อ

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และข้อกำหนดที่ออกตามมาตราดังกล่าว ประกอบกับกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ส่งผลให้ รัฐมีอำนาจสั่งปิดกิจการหรือห้ามประกอบการต่างๆ โดยอ้างเหตุเพื่อป้องกัน โรคติดต่อ โควิด -19 แต่กฎหมายดังกล่าวเปิดทางให้มีการผ่อนปรนหรืออนุญาตให้ ประกอบการได้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม “มาตรการป้องกัน โรคที่ทางราชการกำหนด” รวมถึง มาตรการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ ซึ่งมีข้อตกลงให้ผู้ประกอบการยินยอมให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล งานวิจัยนี้ จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิเคราะห์ว่าความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ โดยทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบการตีความกับเกณฑ์ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพ ยุโรป ผู้ประกอบการต้องให้ความยินยอมตามข้อตกลงใช้งานการศึกษานี้มีวัตถุประสงค์ ด้วยวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพในการวิเคราะห์เนื้อหาข้อตกลง หลักกฎหมาย แนวทางการตีความ เพื่อนำเสนอในเชิงพรรณนา ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กำหนดหลักการขอความยินยอมไว้ แต่ไม่ได้กำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนในการ ตีความ เช่น ความเป็นอิสระของความยินยอม แต่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรปพบว่ามีกำหนด เกณฑ์หลายประการในการพิจารณาความยินยอม เช่น การพิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอม โดยใช้เกณฑ์ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบทางลบ การสร้างเงื่อนไข การขอความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง



เมื่อนำเกณฑ์เหล่านี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของไทยชนะ พบว่า ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการ ทำให้ความยินยอมของผู้ประกอบการที่ให้นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ: แอปพลิเคชันไทยชนะ ข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอม ผู้ประกอบการ

Abstract

Thai emergency decrees and regulations in connection with the Contagious Disease Act of Thailand authorize the Thai government to prohibit or restrict the operation of services or businesses for the prevention of the spread of Covid-19. However, those laws allow business owners to operate their businesses under the condition that they must comply with the “Preventive Measures” as determined by the Thai government as well as “Thai Chana Application” which requires business operators to consent to its terms and conditions. Therefore, the objective of this research was to analyze legal issues whether the consent from business operators given to the data controller was consistent with the conditions as specified by the personal data protection law. The research was conducted using qualitative methodology through the comparative analysis of the Personal Data Protection Act B.E.2562, Regulation (EU) 2016/679 (GDPR), and related guidances. The results indicated that Thai law stipulated consent principles similar to GDPR but did not contain specific criteria for legal interpretation. However, GDPR was found to provide several criteria for determining consent, e.g., the imbalance of power, negative impact, consent for multiple purposes. Hence, this research applied those criteria to interpret the consent from business operator to the “Thai Chana Application” and found that such consent was inconsistent with the data protection law criteria.

Keywords: Thai Chana application, Personal data, Consent, Business operator

1. บทนำ

การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนโดยหน่วยงานรัฐเป็นประเด็นปัญหาตามกฎหมายไทยมาตั้งแต่ก่อนตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (คณะรัฐมนตรี, 2560) สำหรับมาตรการให้ประชาชนติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันในฐานะส่วนหนึ่งในภาพรวมของหลายมาตรการที่รัฐบาลหลายประเทศนำมาใช้เกี่ยวข้องกับการป้องกันโรคโควิด-19 ในแง่สิทธิเสรีภาพ มาตรการนี้มีประเด็นผลกระทบในหลายแง่มุม เช่น การสอดแนมโดยรัฐ (Lawson-Tancred et al, 2020) นอกจากข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปแล้ว เกี่ยวกับการป้องกันโรคติดต่อ อาจจัดอยู่ในกลุ่มของการใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่เพื่อเก็บและใช้ข้อมูลสุขภาพของแอปพลิเคชันบุคคล (Cortez, 2014, p.22) แม้ว่าหลายประเทศมีมาตรการดังกล่าวแต่มีลักษณะผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคลแตกต่างกัน โดยหลายประเทศจัดให้มีแอปพลิเคชันที่ทำงานจำกัดเฉพาะการแจ้งเตือนความเสี่ยงผู้ใช้งาน โดยไม่เก็บข้อมูลส่วนบุคคล



หรือติดตามตัวบุคคล (Oliva, 2020, p.23) ในหลายประเทศมีการใช้แอปพลิเคชันด้วยความสนใจปราศจากสภาพบังคับทางกฎหมาย (Kalogeropoulos et al, 2020, p.35) สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันในการป้องกันควบคุมโรคติดต่อโควิด-19 คือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งในกรณีโรคติดต่อโควิด-19 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจมาตรา 5 ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ ๒๖ มีนาคม พ.ศ. 2563 และมีการขยายระยะเวลาอย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน (มกราคม 2564) จากนั้นนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจมาตรา 9 ออก “ข้อกำหนด” ที่มีลักษณะเป็นข้อห้าม ข้อจำกัดสิทธิ หรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการรวมถึงการปิดสถานที่หรือสถานประกอบการต่างๆ โดยเงื่อนไขของการอนุญาตให้เปิดหรือผ่อนปรนให้ประกอบการได้ ก็คือ ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” (ต่อไปในบทความนี้จะใช้คำย่อว่า “มาตรการฯ”) ซึ่งประกอบด้วยมาตรการย่อยหลายประการ เช่น การรักษาความสะอาดของสถานที่ การคัดกรองบุคคลผู้ใช้บริการ โดยในที่นี้จะศึกษาเฉพาะมาตรการฯ ในส่วนของแอปพลิเคชันไทยชนะ ซึ่งจะเห็นได้ว่า มาตรการ 9 แห่งพระราชกำหนดฯ ไม่ได้ระบุถึงการบังคับให้ใช้แอปพลิเคชันโดยเฉพาะ แต่ให้อำนาจออกข้อกำหนด ห้ามหรือจำกัดสิทธิต่างๆ รัฐบาลจึงออกข้อกำหนดในลักษณะสั่งปิดกิจการบริการ สถานที่ หรือการห้ามเดินทาง โดยกำหนดให้ “การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ” เป็นส่วนหนึ่งของ “มาตรการฯ” หรืออีกนัยหนึ่ง การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการผ่อนผันหรือข้อยกเว้นจากข้อห้ามหรือข้อจำกัดสิทธิ เช่น เงื่อนไขของการเปิดกิจการ หรือประกอบการ ฯลฯ นอกจากนี้ ในระดับของพื้นที่จังหวัดต่างๆ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ กำหนดปิดสถานที่และวางเงื่อนไข “มาตรการฯ” ไปในแนวทางเดียวกับข้อกำหนดของพระราชกำหนดฯ ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะได้รับการอนุญาตหรือผ่อนผันให้เปิดกิจการหรือประกอบการ จึงเข้าร่วมมาตรการไทยชนะ เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการดำเนินการตามมาตรการฯ สำหรับการใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะ เกี่ยวข้องกับผู้ใช้งาน (User) สองฝ่ายหลัก คือ ฝ่ายผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้า ผู้จัดกิจกรรมต่างๆ ซึ่งจัดให้มีการแสดง QR Code เพื่อให้ผู้ใช้บริการทำการสแกน และ ฝ่ายประชาชนผู้ใช้บริการต่างๆ ที่เป็นคนดาวน์โหลดแอปพลิเคชันและเช็คอิน ณ สถานที่ให้บริการของผู้ประกอบการต่างๆ บทความวิจัยนี้ ศึกษาเฉพาะในส่วนของผู้ประกอบการ ที่ก่อนใช้งานต้องยอมรับข้อตกลงของมาตรการไทยชนะ ดังมีเงื่อนไขรายละเอียด (ไทยชนะ, ออนไลน์) ที่จะนำมาวิเคราะห์ในผลการศึกษาที่เกี่ยวข้องแต่ละหัวข้อ ในประเด็นที่ว่า ความยินยอมที่ผู้ประกอบการให้เพื่อเข้าร่วมมาตรการนี้ สอดคล้องกับเงื่อนไขตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ โดยนำเกณฑ์และแนวทางการตีความของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (Regulation (EU) 2016/679 ซึ่งจะใช้คำย่อว่า GDPR) และกฎหมายไทยมาเป็นกรอบการวิเคราะห์

2. วัตถุประสงค์

1) ศึกษาองค์ประกอบของความยินยอมที่สอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป



2) วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการและแนวทางตีความองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรปกับกฎหมายไทย

3) นำเกณฑ์การตีความองค์ประกอบของความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาวิเคราะห์ประเมินการขอความยินยอมตามข้อตกลงของมาตรการไทยขณะในส่วนของผู้ประกอบการ

3. วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยนี้ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยวิธีการวิเคราะห์เนื้อหา (Content analysis) โดยมีขอบเขตศึกษาวิเคราะห์ ด้วยทฤษฎี แนวปฏิบัติที่ออกตามกฎหมาย บทความวิชาการ เอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหา (Comparative analysis) กฎหมายไทยและสหภาพยุโรป นำเกณฑ์ตีความหมายและองค์ประกอบของความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล มาวิเคราะห์เนื้อหาข้อตกลงของมาตรการไทยขณะ

4. ผลการวิจัยและวิเคราะห์ผล

4.1 ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรการไทยขณะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ผลการศึกษาพบว่า นิยามของ “ผู้ประกอบการ” ตามข้อตกลงการใช้งานไทยขณะ หมายถึง “บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานราชการ และหน่วยงานอื่นใด ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการ หรือดำเนินกิจการหรือกิจกรรม ณ สถานที่ใด ๆ ภายใต้มาตรการป้องกันโรคตามที่ราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ทั้งนี้ ให้หมายความรวมถึง ตัวแทน พนักงาน ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบการดังกล่าวด้วย” โดยมาตรการไทยขณะ กำหนดเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับผู้ประกอบการที่จะสมัครเข้าร่วมว่าต้องกรอกข้อมูลต่างๆ เช่น ชื่อ นามสกุล เลขหมายบัตรประชาชน หมายเลขโทรศัพท์ เมื่อพิจารณานิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พบว่า ข้อมูลเหล่านี้อยู่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลระบุตัวนิติบุคคล แต่ผู้ประกอบการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด หากเข้าร่วมมาตรการนี้ก็ต้องกรอกข้อมูลบุคคลผู้เกี่ยวข้อง เช่น กรรมการ ผู้จัดการ หรือ พนักงาน หรือ ผู้รับผิดชอบอื่นใด จึงสรุปได้ว่า มาตรการไทยขณะเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสถานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แม้การใช้แอปพลิเคชันเพื่อการป้องกันโรคโควิด-19 มีประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของข้อมูล (Ownership) (Van Erp, 2020, p.3) แต่ในกรอบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรป และไทย มิได้กำหนดหลักความเป็นเจ้าของในตนเองเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่กำหนดหลักการคุ้มครอง เช่น การกำหนดเงื่อนไขการเก็บหรือใช้ข้อมูลของบุคคลอื่นดังจะวิเคราะห์ต่อไป

4.2 ประเด็นสถานะทางกฎหมายและหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของมาตรการไทยขณะตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ผลการศึกษาพบว่า หน่วยงานที่เป็นผู้รับผิดชอบในการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรการไทยขณะนั้นมีการนิยามไว้ว่า “หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ” หมายความว่า กระทรวงสาธารณสุข หน่วยงาน



ภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข และหน่วยงานอื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุข” เมื่อนำนิยามนี้มาวิเคราะห์ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะเห็นได้ว่า กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานภายใต้สังกัดเป็นผู้มีอำนาจรับผิดชอบ ตัดสินใจ ดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการที่เข้าร่วม จึงเป็น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data controller) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้มีหน้าที่ในการดำเนินการตามเงื่อนไขเกี่ยวกับเหตุหรือฐานทางกฎหมาย ตามมาตรา 24 และมาตรา 27 ซึ่งโดยหลักแล้วต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรานี้ เว้นแต่เข้าเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องขอความยินยอม เช่น เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 24 (6) หลักการนี้เปรียบเทียบกับได้กับฐานหรือเหตุทางกฎหมาย (Lawful ground or basis for processing) ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR GDPR, Article 4 (2))

ดังนั้น หากกระทรวงสาธารณสุขซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูล อ้างว่าดำเนินการมาตรการไทยขณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อการสาธารณสุขหรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ และ ข้อกำหนดที่ออกตามความในพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นที่มาของการกำหนดมาตรการควบคุมโรคตามที่ราชการกำหนด ก็อาจไม่ต้องอาศัยฐานความยินยอม อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้อตกลงและรายละเอียดของมาตรการฯ พบว่า กำหนดขอความยินยอมจากผู้ประกอบการที่สมัคร ใช้งานไว้ในข้อตกลงก่อนการสมัครร่วมมาตรการ ซึ่งระบุว่า “ข้าพเจ้ายินยอมให้หน่วยงานเจ้าของมาตรการฯ เก็บ รวบรวม และใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ข้าพเจ้าได้ลงทะเบียนไว้เพื่อการติดต่อในการดำเนินการตามมาตรการฯ...” หากผู้ประกอบการไม่ยินยอมก็ไม่สามารถดำเนินการขั้นต่อไปได้ จึงแสดงถึงการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยฐานความยินยอม อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดเงื่อนไขหรือองค์ประกอบเฉพาะสำหรับความยินยอมไว้หลายประการ ตามมาตรา 19 เช่น ความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูล ฯลฯ จึงนำไปสู่ประเด็นการศึกษาวิเคราะห์ของบทความนี้ว่า ความยินยอมของผู้ประกอบการที่ให้เพื่อเข้าร่วมมาตรานี้สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่ามีการกำหนดองค์ประกอบความยินยอมไว้คล้ายคลึงกันแต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือแนวทางการตีความไว้โดยเฉพาะ ผู้วิจัยจึงจะนำกฎหมายสหภาพยุโรปมาวิเคราะห์เปรียบเทียบตามประเด็นที่จะศึกษาต่อไป

4.3 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) ในการ



เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึง “วัตถุประสงค์” ของการเก็บรวบรวม (มาตรา 23) จากการศึกษาเนื้อหาข้อตกลงของมาตรการไทยขณะพบว่า มีการขอความยินยอมก่อนที่ผู้ประกอบการจะเข้าสู่ระบบ จึงสอดคล้องกับหลักการแจ้งวัตถุประสงค์ และเป็นการแจ้งรายละเอียดตามมาตรา 23 แต่เมื่อพิจารณาข้อตกลงการใช้งานพบว่าแจ้งวัตถุประสงค์ไว้หลายประการ (ไทยชนะ, ออนไลน์) เช่น เพื่อติดต่อในการดำเนินการตามมาตราฯ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบกำหนดนโยบาย เพื่อดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 และโรคติดต่ออื่น เพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ ขอมให้ผู้ให้บริการและบุคคลทั่วไป ประเมินการปฏิบัติตามมาตรการฯ และแสดงผลให้ผู้ให้บริการและบุคคลทั่วไปทราบ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของ โรคโควิด-19 และโรคติดต่ออื่น

จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ที่ระบุไว้มีลักษณะกว้าง ครอบคลุมกิจกรรมหรือการดำเนินการหลายอย่าง เปรียบเทียบกับมาตรการภาครัฐในการใช้แอปพลิเคชันเพื่อควบคุมโรคโควิด-19 ของต่างประเทศพบว่า แบ่งเป็นสองกลุ่มหลักคือ กลุ่มแอปพลิเคชันของประเทศที่มีลักษณะการทำงานเฉพาะการติดตามการสัมผัส โรคโดยการแจ้งเตือนความเสี่ยงต่อผู้ใช้งาน (Contact tracing) ไม่ได้มีลักษณะของการลงทะเบียนก่อนเข้าหรือออกจากสถานประกอบการหรือกิจกรรมต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกา กลุ่มแอปพลิเคชันที่มีลักษณะรวมถึงการลงทะเบียนเข้าออกสถานประกอบการ เช่น นิวซีแลนด์ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขจัดให้มีแอปพลิเคชันชื่อ NZ COVID Tracer และกำหนดให้ผู้ประกอบการต่างๆ ติดป้ายแสดง QR Code เพื่อให้ผู้ใช้งานสแกนเข้าและออกสถานะนั้น กำหนดวัตถุประสงค์ของการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการไปใช้เฉพาะเพื่อการติดต่อเกี่ยวกับการดำเนินการ แต่ไม่รวมถึงวัตถุประสงค์เพื่อการนำไปกำหนดนโยบาย หรือการนำไปใช้เพื่อการควบคุมโรคติดต่ออื่นนอกจากโควิด-19 และไม่รวมถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น นอกเหนือจากสาธารณสุข (Ministry of Public Health, New Zealand, 2020)) จากการศึกษาเปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันตามกฎหมายต่างประเทศกับข้อตกลงมาตรการไทยจะเห็นได้ว่า การเก็บข้อมูลของผู้ประกอบการตามมาตราไทยขณะมีขอบเขตวัตถุประสงค์กว้างและไม่ชัดเจน จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือเกณฑ์อื่นของความยินยอมดังกล่าวต่อไป

4.4 ประเด็นความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent) ผลการศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลพบว่า เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือ การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องเป็นไปโดยอิสระ ซึ่งเงื่อนไขนี้ปรากฏในกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสี่ซึ่งวางหลักว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ” เงื่อนไขนี้เทียบได้กับกฎหมายสหภาพยุโรป ตามส่วนขยาย (GDPR, recital 32 and 43) อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการขอความยินยอมอย่างไรสอดคล้องกับเงื่อนไข เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า ในการพิจารณาความเป็นอิสระนั้น มีเกณฑ์พิจารณา 4 เกณฑ์ (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2564) กล่าวคือ ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง ผลกระทบ



ทางลบ การสร้างเงื่อนไข ความยินยอมที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง ผู้วิจัยจะนำเกณฑ์เหล่านี้มาแยกวิเคราะห์ และเปรียบเทียบความยินยอมของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรการไทยชนะและยินยอมให้มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของคน

4.4.1 ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง (Imbalance of power) เป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาความเป็นอิสระของความยินยอมตามกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, recital 43) กล่าวคือ หากเจ้าของข้อมูลและผู้ควบคุมข้อมูลอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ที่มีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกันจะส่งผลให้ความยินยอมที่ได้รับจากความสัมพันธ์ เช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความอิสระ โดยต้องพิจารณาถึง ผลกระทบทางลบอันอาจเกิดขึ้นหากไม่ให้ความยินยอม ซึ่งเห็นได้จากปัจจัยบ่งชี้ เช่น เจ้าของข้อมูลต้องยอมรับต้นทุนที่เพิ่มขึ้น (substantial extra costs) สำหรับความสัมพันธ์ที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะคือยกว่าหรือเสียเปรียบผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีหลายชนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหน่วยงานรัฐ (Public authority) และเจ้าของข้อมูลเป็นประชาชน (Article 29 Working party of the European Union, 2011) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามมาตรการไทยชนะจะเห็นได้ว่า มีสถานะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานรัฐซึ่งได้แก่กระทรวงสาธารณสุข และ ประชาชนซึ่งได้แก่ผู้ประกอบการต่างๆ เช่น ร้านค้า ร้านอาหาร ฯลฯ ข้อตกลงยอมให้เก็บและใช้ข้อมูลของผู้ประกอบการจึงอยู่บนพื้นฐานที่เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ส่งผลว่าความยินยอมที่ให้ในสถานการณ์ความสัมพันธ์นี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูล

4.4.2 แม้เจ้าของข้อมูลอยู่ในสถานะความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรองกับผู้ควบคุมข้อมูล เช่น ประชาชนที่ต้องยอมให้เก็บข้อมูลตามมาตรการของรัฐ แต่หากสามารถเลือกไม่ให้ความยินยอมโดยไม่ส่งผลกระทบทางลบต่อตน ก็ยังสามารถจัดว่าให้ความยินยอมโดยอิสระได้ ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณาว่าเจ้าของข้อมูลสามารถเลือกหรือปฏิเสธโดยปราศจากผลกระทบทางลบหรือไม่ จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปพบว่า การวิเคราะห์ผลกระทบทางลบมีความสำคัญในการคุ้มครองความเป็นอิสระในการยินยอมซึ่งต้องอยู่บนพื้นฐานการมีทางเลือกที่แท้จริง (real choice) (Article 29 Working Party of The European Union, 2011) หากเจ้าของข้อมูลต้องยอมทน (endure) กับผลกระทบทางลบ (negative consequences หรือ detriment) อันอาจเกิดขึ้นหากไม่ยินยอม จะแสดงถึงการขาดทางเลือกที่แท้จริง สำหรับปัจจัยที่บ่งชี้ผลกระทบทางลบพิจารณาทั้งในแง่ผลจากการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอม (refuse) และ ในแง่ผลจากการถอนความยินยอม (withdraw) โดยผลกระทบทางลบพิจารณาได้หลายมิติ เช่น การข่มขู่ บังคับ กดดัน ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น คุณภาพหรือการบริการที่ลดลง (downgrade) (Article 29 Working Party of The European Union, 2011)

เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามมาตรการไทยชนะจะเห็นได้ว่า แม้ข้อตกลงตามมาตรการดังกล่าวไม่มีโทษทางกฎหมายโดยตรงต่อผู้ประกอบการ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับหรือหน้าที่ในการเข้าร่วมมาตรการนี้ แต่เมื่อพิจารณาเชื่อมโยงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อกำหนดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พบว่า หากผู้ประกอบการไม่ร่วมมาตรการนี้ จะส่งผลว่า ไม่ได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด อันเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการผ่อนปรนหรืออนุญาตให้ประกอบการ ทำ



ให้ผู้ประกอบการไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ ซึ่งจัดเป็นผลกระทบทางลบหากไม่ให้ความยินยอมให้เก็บรวบรวมข้อมูลอันเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงเงื่อนไขในการเข้าร่วมมาตรการดังกล่าว ความยินยอมของผู้ประกอบการในการให้เก็บข้อมูลตามข้อตกลงของมาตรการไทยชนะ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยอิสระ

4.4.3 การสร้างเงื่อนไขของความยินยอม 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” ผลการศึกษาโดยนำแนวทางตีความของสหภาพยุโรป มาวิเคราะห์มาตรา 19 พบว่า ความยินยอมอันไม่เป็นอิสระหมายถึงกรณีที่ ผู้ควบคุมข้อมูลนำความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมารวม (bundling) กับการยอมรับข้อตกลงตามสัญญาหรือ นำข้อตกลงตามสัญญาหรือบริการ ไปรวมกับการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (tying) โดยการควมรวมในลักษณะสร้างเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ไม่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นสำหรับการให้บริการหรือสัญญา และเจ้าของข้อมูลไม่สามารถต่อรองกับเงื่อนไขนั้นได้ (bundled up as a non-negotiable part of terms and conditions) (Article 29 Working Party of the European Union, 2018) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงของมาตรการไทยชนะพบเงื่อนไขต้องให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ จึงแยกวิเคราะห์เป็นสองกรณีคือ (1) ความยินยอมสำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับมาตรการนี้ เช่น การเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อติดต่อหรือตรวจสอบในการดำเนินการตามมาตรการ และ (2) ความยินยอมสำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ไม่จำเป็นกับมาตรการนี้

กรณีนี้เป็นประเด็นสำคัญเนื่องจากมาตรการฯ ใช้แอปพลิเคชันเพื่อป้องกัน โรคโควิด-19 ที่ให้อำนาจหน่วยงานรัฐนำข้อมูลไปใช้ได้หลายวัตถุประสงค์ อาจนำไปสู่การที่รัฐวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่และการสอดแนมในวงกว้าง (Falletti, 2021, p.2-3) จากการศึกษาข้อตกลงของไทยชนะ พบว่ามีการขอความยินยอมเพื่อนำไปใช้วัตถุประสงค์หลายอย่างไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันโรคโควิด-19 เช่น นำข้อมูลไปใช้ “เพื่อกำหนดนโยบาย” ซึ่งอาจเป็นการใช้เพื่อกำหนดนโยบายใดๆของภาครัฐ “เพื่อดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น” “เพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ” วัตถุประสงค์เหล่านี้ เป็นการนำข้อมูลไปใช้ กว้างกว่าการควบคุม โรคโควิด-19 อาจรวมไปถึงโรคติดต่ออื่น และอาจรวมไปถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะใดที่นอกเหนือจากการสาธารณสุขด้วย จึงเป็นการนำเงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวข้องมาผูก



รวมให้ยินยอม ซึ่งไม่สอดคล้องกับเกณฑ์พิจารณาด้านการสร้างเงื่อนไข อันส่งผลให้ความยินยอมที่ได้รับมานั้น ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระ

4.4.4 ความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง (Granularity) เกณฑ์ข้อนี้ปรากฏในส่วนขยายที่ 43 ของกฎหมายสหภาพยุโรปที่ว่า หากกระบวนการขอความยินยอมไม่เปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมโดยแยกตามการดำเนินการกับข้อมูล (Processing operation) ก็สันนิษฐานได้ว่าความยินยอมนั้นไม่อิสระ (GDPR, recital 43) ส่วนขยายที่ 32 ระบุว่า ความยินยอมควรครอบคลุมกิจกรรมการประมวลผลทั้งหมดภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกัน หากการประมวลผลมีหลายวัตถุประสงค์ ก็จะต้องขอความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ทั้งหมด (GDPR, recital 32) เปรียบเทียบกับ กฎหมายไทย มาตรา 19 ไม่ได้ระบุเกณฑ์นี้ไว้อย่างชัดเจนในส่วนของหลักความเป็นอิสระตามวรรคสี่ แต่อาจตีความตามแนวทางของกฎหมายยุโรปว่าเป็นเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณา “คำนึงอย่างถึงที่สุดในการเป็นอิสระ” เมื่อนำเกณฑ์ข้อนี้ มาวิเคราะห์กับการขอความยินยอมตามมาตรการไทยขณะ ในส่วนของผู้ประกอบการพบว่า มีการนำข้อมูลไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์หลายอย่างแตกต่างกัน และข้อตกลงได้เขียนการขอความยินยอมครอบคลุมวัตถุประสงค์เหล่านั้น แต่ไม่เปิดให้เจ้าของข้อมูลเลือกให้ความยินยอมกับแต่ละกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน อันมีลักษณะขอความยินยอม โดยรวมกับกิจกรรมทั้งหมดที่มีวัตถุประสงค์กว้าง ทำให้เจ้าของข้อมูลไม่สามารถตัดสินใจเลือกยินยอมโดยอิสระ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้

4.5 ประเด็นความเฉพาะเจาะจง (Specific) ของความยินยอม นอกจากการแจ้งวัตถุประสงค์ในการขอความยินยอมแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลกำหนดเกณฑ์ความเฉพาะเจาะจง (Specific) ของความยินยอม ซึ่งปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR, article 4) และกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม ที่กำหนดว่าการขอความยินยอมต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน เกณฑ์นี้แยกวิเคราะห์ได้สองแง่มุมคือ (1) ความเฉพาะเจาะจงของการขอความยินยอมในแง่ของการแยกส่วนจากข้อความอื่นหรือเรื่องอื่น ในแง่นี้ความยินยอมจะต้องแยกออกจากเงื่อนไขอื่นของข้อตกลงหรือสัญญานั้น เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงตามมาตรการไทยขณะ พบว่ามีการขอความยินยอมในการดำเนินการหลายวัตถุประสงค์ กล่าวคือ นอกจากความยินยอมในการให้เก็บรวบรวมข้อมูลของผู้ประกอบการแล้วยังรวมถึงการยินยอมรับให้ผู้ให้บริการประเมินการปฏิบัติตามมาตรการ เช่น ประเมินความสะอาดหรือการจัดระยะห่างในร้านค้า โดยยินยอมสละสิทธิไม่เรียกร้อยค่าเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นจากผลการประเมิน จะเห็นได้ว่า ความยินยอมสำหรับกิจกรรมนี้คือการยินยอมสละสิทธิเรียกร้อยค่าเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นจากผลการประเมิน จะเห็นได้ว่า ความยินยอมสำหรับกิจกรรมนี้คือการยินยอมสละสิทธิเรียกร้อยค่าเสียหายใดๆ เช่น การเรียกร้อยค่าเสียหายในมูลละเมิดจากผู้ประเมิน ซึ่งเป็นความยินยอมตามกฎหมายคนละหลักและไม่เกี่ยวข้องกับการยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น การขอความยินยอมเรื่องอื่นมารวมกับความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ประกอบการไม่สามารถแยกให้ความยินยอมสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลและการยินยอมเพื่อวัตถุประสงค์อื่น จึงไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง (2) ความเฉพาะเจาะจงของความยินยอมในแง่วัตถุประสงค์ กล่าวคือหากมีการดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลหลายอย่างภายใต้วัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ก็จะต้องขอความยินยอมแยกส่วนตามวัตถุประสงค์แต่ละอย่าง เงื่อนไขนี้จึงสัมพันธ์กับเงื่อนไขความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given) กล่าวคือเจ้าของข้อมูลต้องมีทางเลือกในการยินยอมสำหรับแต่ละวัตถุประสงค์ (GDPR, Article 6(1)) หรือสามารถแยกการให้



ความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน (Separate consent for different processing operations) (Information Commissioner's Office UK, 2020) เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์ข้อตกลงตามมาตรการไทยชนะพบว่า มีการขอความยินยอมรวมกันสำหรับกิจกรรมหรือการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์หลายอย่าง โดยไม่สามารถเลือกให้ความยินยอมแยกแต่ละกิจกรรม นอกจากนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง ยังไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระดังวิเคราะห์แล้วด้วย

4.6 ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจอ้างเหตุอื่นที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดไว้ในกรณีเก็บรวบรวมข้อมูลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอม เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ฯลฯ แต่ยังคงอ้างการขอความยินยอมเป็นเหตุแห่งการเก็บข้อมูล ประเทศในสหภาพยุโรปตีความว่าเป็นการขอความยินยอมที่มีขอบ เนื่องจากเป็นการทำให้เข้าใจผิด และไม่เป็นธรรม (misleading and unfair) (Information Commissioner's Office UK, 2020) เพราะแสดงให้เห็นเจ้าของข้อมูลเข้าใจว่าตนเองมีสิทธิเลือกให้ความยินยอมทั้งที่ความจริงไม่มี (False choice) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม กำหนดเงื่อนไขในการขอความยินยอมว่า “ไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว” เมื่อนำเกณฑ์นี้มาพิจารณาข้อตกลงของมาตรการไทยชนะ พบว่ากระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัด อาจอาศัยเหตุอื่นตามที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลมาตรา 24 กำหนดโดยไม่ต้องขอความยินยอม เช่น อ้างเหตุดำเนินการกิจเพื่อป้องกันควบคุมโรคอันเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือ ปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติโรคติดต่อ (มาตรา 24 (3) หรือการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ออกตามพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน (ตามมาตรา 24 (6) แต่กระนั้นยังคงกำหนดข้อตกลงการใช้งานเพื่อขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล การขอความยินยอมเช่นนี้จึงเป็นการทำให้เข้าใจผิด

5. สรุปผลการศึกษา

ผู้ประกอบการ ที่เข้าร่วมมาตรการไทยชนะ มีสถานะเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยกระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัดซึ่งเป็น “หน่วยงานเจ้าของมาตรการ” มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งใช้วิธีการขอความยินยอมจากผู้ประกอบการ จึงมีประเด็นพิจารณาตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลว่าความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับองค์ประกอบหรือเงื่อนไขต่างๆ หรือไม่ เช่น ความยินยอมโดยอิสระ ความยินยอมโดยเจาะจง การแจ้งวัตถุประสงค์เพื่อขอความยินยอม จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปพบว่าการกำหนดเกณฑ์พิจารณาหลักความยินยอมหลายประการ ซึ่งเมื่อนำเกณฑ์ดังกล่าวมาวิเคราะห์ข้อตกลงมาตรการไทยชนะแล้วพบว่า ความยินยอมของผู้ประกอบการตามข้อตกลงดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการ เช่น ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง การยินยอมที่เชื่อมโยงกับผลกระทบทางลบหากไม่ยินยอม การนำวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมข้อมูลหลายประการมารวมและขอความยินยอม โดยไม่สามารถเลือกยินยอมแยกตามวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันได้ การทำให้เข้าใจผิด ฯลฯ ดังนั้น ความยินยอมที่ได้มาจากมาตรการนี้จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 19 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งจะส่งผลทางกฎหมายต่อไปว่าการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของมาตรการไทยชนะเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจ



อาศัยเหตุอื่นอันเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 19 ที่ไม่ต้องอาศัยความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล เช่น มาตรา 24 (4) เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล นำไปสู่ประเด็นต่อไปในอีกระดับหนึ่งว่า การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษานี้

6. เอกสารอ้างอิง

คณาธิป ทองรวีวงศ์ (2560) การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน (รายงานผลการวิจัย) กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

คณาธิป ทองรวีวงศ์ (2564). หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ไทยชนะ. (ออนไลน์). ข้อตกลงและความยินยอม www.ไทยชนะ.com. สืบค้นจาก,

<https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>

Article 29 Working party of The European Union (2011). Opinion 15/2011 on the definition of consent. Retrieved November 15, 2020, from <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/>

Article 29 Working party of The European Union (2018). Guidelines on consent under Regulation 2016/679, Retrieved November 15, 2020, from <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/>

Cortez, N. (2014). The Mobile Health Revolution? (2014) UC Davis Law Review, Vol. 47.

Falletti, E. (2021). Privacy Protection, Big Data Gathering and Public Health Issues: COVID-19 Tracking App Use in Italy Retrieved 15 January, 2021 from <https://ssrn.com/abstract=3758800>

The European parliament and the council of the European union (2016). Regulation (EU) 2016/679 (GDPR). Retrieved 20 January, 2021 from <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

Information Commissioner's Office (ICO), UK (2018). Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR) Retrieved November 12, 2020, from www.ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection

Kalogeropoulos, A., Fletcher, R., and Nielsen, R. (2020) Even Low News Users Say They Are Willing to Take Preventive Measures against COVID-19, Reuters Institute for the Study of Journalism.

Lawson-Tancred, H., Price, H., and Provetti, A. (2020), COVID-19 Contact Tracing: Eight Privacy Questions Explored A Reply to de Montjoye et al. Retrieved November 30, 2020, from <https://ssrn.com/abstract=3607089> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3607089>



Ministry of Public Health. (2020). Public Health Guidelines for businesses and services. Retrieved December 22, 2020, from <https://www.health.govt.nz/our-work/diseases-and-conditions/covid-19-novel-coronavirus/covid-19-information-specific-audiences/guidelines-businesses-and-services>

Oliva, J. (2020) Surveillance, Privacy, and App Tracking: Assessing Legal Responses to COVID-19. Boston: Public Health Law Watch.

Van Erp, S. (2020) Who 'Owns' the Data in a Coronavirus Tracing (And/or Tracking) App?. Coronavirus and the Law in Europe. Retrieved January 15, 2021 from <https://ssrn.com/abstract=3678095> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3678095>