

บทที่ 4

การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิกรณีข้อมูลส่วนบุคคล ของเด็กบนอินเทอร์เน็ต

ในบทนี้ผู้เขียนได้นำเนื้อหามาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2-3 มาทำการวิเคราะห์ โดยผู้เขียนได้นำหลักกฎหมายทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศมาทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบ เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาและความสำคัญของกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อันจะนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายรวมถึงการออกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยมีรายละเอียดจะมีดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับบทนิยาม

4.1.1 ข้อมูลส่วนบุคคล

สำหรับสภาพปัญหาประการแรก คือ เรื่องบทนิยาม เดิมทีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทยนั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ พ.ศ. 2540 ในมาตรา 4 มีการให้คำนิยามเกี่ยวกับ “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมายถึง ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเรื่องเฉพาะตัว ได้แก่ การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม ประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือเลขหมาย รหัส หรือสิ่งที่บ่งลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย”

นอกจากพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้วก็มีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะ เริ่มมีการใช้กฎหมายฉบับนี้ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลให้มีประสิทธิภาพและเพื่อเยียวยาเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจากการถูกละเมิดในข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 26 ด้วย พระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของ ข้อมูลส่วนบุคคล ไว้ในมาตรา 6 ว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ” เท่านั้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 6 นี้

ได้กล่าวถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นลักษณะทั่วไป ยังไม่มีการให้ความหมายของคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ได้ครอบคลุม เพียงพอกับสถานการณ์ในปัจจุบัน อีกทั้งยังระบุไม่ครอบคลุมถึงการเก็บรวบรวมบนสื่อออนไลน์ของเด็กด้วย อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความหรือปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายได้ในอนาคต

จากสภาพปัญหาในหัวข้อนี้ มีแนวคิดที่เกี่ยวข้องในการวิเคราะห์ ได้แก่ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล ที่ถือเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสังคม ในสิทธิส่วนบุคคลนั้นก็ให้ความหมายกว้างและครอบคลุมในหลาย ๆ เรื่อง เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย เกษสถาน การเดินทาง การติดต่อสื่อสาร ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล และนอกจากนี้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถือว่าอยู่ภายใต้พื้นฐานของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์พึงจะต้องมีอีกด้วย ดังนั้นการได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก็ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนหรือมนุษย์ทุกคนพึงจะได้รับเช่นกัน ยังมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องอีก อันได้แก่ การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ และเรื่องของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสังคมไทย อาจกล่าวได้ว่าทุกคนล้วนมีสิทธิเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงรัฐจะต้องกระทำให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนเป็นเป้าหมายสูงสุดในการดำเนินมิใช่แค่เพียงคารา นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ก็ให้ความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้อย่างกว้างและครอบคลุมถึง ข้อมูลที่เป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล คือ ข้อมูลที่เป็นเรื่องเฉพาะตัว และข้อมูลที่จะต้องเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ตัวบุคคลได้ กล่าวคือ สิ่งที่สามารถบอกลักษณะที่สามารถทำให้รู้ถึงข้อมูลของบุคคลจากข้อมูลข่าวสารนั้น หรือเรียกว่า ข้อมูลที่บอกความเป็นตัวตนของบุคคล หากนำแนวคิดนี้นำมาปรับใช้กับในเรื่องของคำนิยามของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” นั้นอาจจะทำให้มีความหมายที่กว้างและครอบคลุมถึงเด็กในกรณีต่าง ๆ และมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการตรากฎหมายออกมาเป็นการเฉพาะในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก คือ กฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเด็กบนเว็บไซต์ ปี ค.ศ. 1998 (Child Online Privacy Protection Act of 1998) หรือ ที่รู้จักกันในนามของ COPPA ที่เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเด็ก ได้มีการให้คำนิยามของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายถึง ข้อมูลรายบุคคลที่สามารถระบุได้เกี่ยวกับบุคคลที่เก็บรวบรวมแบบออนไลน์รวมทั้งชื่อและนามสกุล ที่อยู่ที่บ้านหรือที่อยู่เชิงกายภาพอื่น ๆ รวมทั้งชื่อถนนและชื่อเทศบาลนครหรือเทศบาลเมือง ที่อยู่อีเมล หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขประกันสังคม หรือตัวระบุอื่นใดที่คณะกรรมการกำหนดใบอนุญาตการติดต่อทางกายภาพหรือออนไลน์ของแต่ละบุคคลที่เจาะจงหรือข้อมูลเกี่ยวข้องกับเด็กหรือผู้ปกครองของเด็กเหล่านั้นที่เว็บไซต์เก็บรวบรวมบนเว็บไซต์

จากเด็ก ภายหลังมีการแก้ไขให้ครอบคลุมถึงข้อมูลต่าง ๆ ของบุคคลที่ออนไลน์หรือข้อมูลส่วนบุคคลบนอินเทอร์เน็ตด้วย

เมื่อทำการพิจารณาประกอบกับยุคสมัยปัจจุบันนี้ประเทศไทยควรมีการเพิ่มคำนิยามเพื่อเป็นการครอบคลุมถึงกรณีของเด็ก และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือผู้ปกครองของเด็ก เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาตามมา เช่น อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของเด็ก หรือมีการเก็บ PD (Personal Data) ของเด็กไปโดยไม่ได้ตั้งใจและเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานหรือองค์กรที่ต้องใช้กฎหมายฉบับนี้

ดังนั้น ควรมีการเพิ่มเติมความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” โดยเพิ่มความหมายให้ครอบคลุมมากขึ้น ควรมีการเจาะจงข้อมูลต่าง ๆ ให้หลากหลายมากยิ่งขึ้น เช่น ข้อมูลรายบุคคลที่สามารถระบุได้เกี่ยวกับบุคคลที่เก็บรวบรวมแบบออนไลน์ หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขประกันสังคม หรือตัวระบุอื่นใดที่คณะกรรมการกำหนดใบอนุญาตการติดต่อทางกายภาพหรือออนไลน์ของแต่ละบุคคลที่เจาะจงหรือข้อมูลเกี่ยวข้องกับเด็กหรือผู้ปกครองของเด็กเหล่านั้นที่เว็บไซต์เก็บรวบรวมบนเว็บไซต์จากเด็ก เป็นต้น

4.2 ปัญหาการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กขั้นต่ำที่ควรได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

หากย้อนไปพิจารณากฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่เป็นกฎหมายที่ตั้งขึ้นบนหลักการของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้มีการระบุวิธีที่หลากหลายในการป้องกันความรุนแรงรวมไปถึงการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองเด็ก การปฏิบัติต่อเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นหลักแต่ก็มิได้ครอบคลุมถึงกรณีที่เป็นการป้องกันเด็กบนสื่ออินเทอร์เน็ตหรือสื่อออนไลน์แต่อย่างใด ไม่มีข้อกำหนดหรือหลักการในการปฏิบัติของผู้ประกอบการเว็บไซต์หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไว้แม้แต่น้อย นอกจากนี้มีกฎหมายพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ พ.ศ. 2540 ก็ยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กหรือการรวบรวมข้อมูลของเด็กบนอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงการกำหนดในเรื่องของเกณฑ์อายุเด็กที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไว้เช่นเดียวกัน

กฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้นถือเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะแต่จะเห็นได้ว่าปัจจุบันแม้จะมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้ทำการบัญญัติเนื้อหาในเรื่องของเกณฑ์อายุเด็กแล้วไว้ในมาตรา 20 แต่ก็ยังเป็นการกล่าวถึงการคุ้มครองในลักษณะเป็นภาพกว้าง ควรมีการกำหนดเกณฑ์อายุให้เหมาะสมหรือกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หรือควรเห็นให้มีความหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ของเด็กแยกออกมาเป็นการเฉพาะเพื่อเพิ่มเติมและกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก เพื่อให้เวลามีปัญหาในทางกฎหมายที่มีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไม่ต้องปรับใช้กฎหมายในบทหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิด แต่ควรมีกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่ถูกละเมิดบนสื่ออินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะโดยตรง

นอกจากนี้ หากทำการพิจารณาถึงกฎหมาย COPPA ของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้อย่างชัดเจนที่กำหนดให้เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี เพื่อมุ่งใช้กับผู้ให้บริการเว็บไซต์และบริการทางด้านออนไลน์และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความและเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก สหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กบนโลกอินเทอร์เน็ตมาก เพราะเขาถือว่าเด็กเป็นวัยที่ต้องได้รับการคุ้มครองมากที่สุด จะเห็นได้จากกรณีที่มีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก เช่น กรณี Youtube โดนฟ้องเนื่องจากทำผิดกฎหมาย COPPA เป็นเงินกว่า 170 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เมื่อมีผลเช่นนี้ทาง Youtube จึงได้ออกประกาศและคำอธิบายถึงการสร้างเนื้อหาสำหรับเด็กออกมา โดยประกาศออกมาตั้งแต่ช่วงเดือนกันยายน แต่สำหรับในประเทศไทยเพิ่งจะเข้ามามีการปรับเปลี่ยนหลาย ๆ อย่าง รวมไปถึง Youtuber ที่ก็ต้องพร้อมที่จะปรับเปลี่ยนกฎระเบียบต่าง ๆ สำหรับการทำเนื้อหาที่มีเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีมาเกี่ยวข้อง เป็นต้น

ในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีการเล็งเห็นถึงอายุในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของเด็ก ๆ ว่าลดลงเรื่อย ๆ และผู้เยาว์ก็เพิ่มจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ ที่ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการเรียนรู้และความบันเทิง ตาม “รายงานการวิจัยระดับชาติเรื่องการใช้อินเทอร์เน็ตของผู้เยาว์ปี 2018” ที่ออกโดยกระทรวงคุ้มครองสิทธิเยาวชนของคณะกรรมการกลางของสันนิบาตเยาวชนคอมมิวนิสต์และศูนย์ข้อมูลเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (CNNIC) จะเห็นได้ว่าการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิที่สำคัญและเป็นทักษะพื้นฐานของผู้เยาว์ในปัจจุบัน ผู้เยาว์ถึงร้อยละ 87.4 ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการเรียนรู้ และ โรงเรียนประถมศึกษาและมัธยมศึกษาหลายแห่งใช้แอปการเรียนรู้เพื่อการเรียนรู้ ทำให้สาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีกฎหมาย Protection of Personal Information of Children (PCPPIC) ที่เป็นการป้องกันความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กและมีการกำหนดเกณฑ์อายุไว้ว่า “เด็ก” ตามข้อกำหนดนี้ หมายถึง ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งในการออกกฎหมายนี้มุ่งเน้นให้ความสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก เป็นการเพิ่มระดับสูง ในข้อกำหนดการรวบรวม การจัดเก็บ การใช้ การถ่ายโอนและการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก

และสาธารณรัฐไอร์แลนด์ The Data Protection Commission (DPC) ที่ได้จัดทำแนวทางนี้ (“ปัจจัยพื้นฐาน”) เพื่อกำหนดมาตรฐานที่ทุกองค์กรควรปฏิบัติตาม เมื่อรวบรวมและประมวลผลข้อมูลของเด็ก นอกจากนี้ ยังตระหนักถึงสิทธิของเด็กเพื่อใช้สิทธิในการปกป้องข้อมูลของตน เช่น

เพื่อให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกลบ โดยบริการออนไลน์เพื่อที่พวกเขาจะไม่เป็นภาระในวัยผู้ใหญ่กับการตัดสินใจที่พวกเขาทำเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของพวกเขา DPC มีการเจาะจงถึงเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการคุ้มครองเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เด็กหรือผู้ให้บริการจะมีเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการขั้นสูงสุด อาจกล่าวได้ว่า ใช่วิธีการตามความเสี่ยงในการตรวจสอบอายุของผู้ใช้ของตน เพื่อให้การป้องกันที่กำหนดไว้ในหลักพื้นฐานนำไปใช้กับการประมวลผลทั้งหมดของข้อมูลเด็กจะเห็นได้ว่าสาธารณรัฐไอร์แลนด์ได้มีการเล็งเห็นถึงปัญหาและให้ความสำคัญจึงได้จัดทำ “Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing” (or “the Fundamentals”) ขึ้นมาเพื่อป้องกันข้อมูล เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

นอกจากนี้ ในการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของ DPC ยังกำหนดในกรณีที่ว่า การกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำจะไม่ถือเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ ในการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตหรือการเข้าใช้บริการเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มจะไม่ใช้ข้อยกเว้นที่จะทำให้ผู้ให้บริการไม่ต้องดำเนินการใด ๆ ตามข้อกำหนดของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์

ดังนั้น ประเทศไทยควรเล็งเห็นถึงความสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก โดยควรมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ ในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแยกออกมาจากกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อย่างเช่นสามประเทศที่ยกตัวอย่างข้างต้น เพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็ก รวมไปถึงขั้นตอนหรือกำหนดรายละเอียดวิธีการต่าง ๆ ที่เป็นการคุ้มครองเด็กโดยตรง เพื่อไม่นำการคุ้มครองของกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในกรณีของเด็ก

4.3 ปัญหาการประมวลผลข้อมูล

ในเรื่องของการประมวลผลหากทำการพิจารณาแล้วจะพบว่า การประมวลผลข้อมูลนั้น มีการแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การประมวลผล เพื่อการตลาดและเพื่อการโฆษณา ซึ่งในปัจจุบันนี้ เด็กหรือผู้เยาว์สามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้ง่ายและสะดวกมากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างสถานการณ์ง่าย ๆ เช่น การเข้าสู่ชื่อของออนไลน์ต่าง ๆ ปัจจุบันนี้ เด็ก ๆ อาจเข้าใช้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมากขึ้นและมีการเข้าสู่ชื่อของออนไลน์มากขึ้น มีการกรอกข้อมูลบางส่วนลงไป ซึ่งข้อมูลเหล่านั้น อาจเป็นส่วนหนึ่งที่ใช้ในการประมวลผลเพื่อการตลาดหรือเพื่อการโฆษณาได้ แม้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้น มีการกล่าวถึงกรณีการประมวลผลข้อมูล โดยมีหลักการในการประมวลผล คือ หลักการประมวลผลข้อมูลที่น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นตามมาตรา 22 ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การประมวลผลเอาไว้เป็นการทั่วไป และในมาตรา 26 มีการห้ามเก็บรวบรวมข้อมูล

ส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือข้อมูลอ่อนไหว ซึ่งไม่มีกรณีของการประมวลผลข้อมูลของเด็กว่าควรจะมีลักษณะ รูปแบบใด

และหากทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐไอร์แลนด์จะเห็นได้ว่ามีการกำหนดชัดเจนในเรื่องของการประมวลผลข้อมูลของเด็กว่าควรมีลักษณะในการประมวลผลอย่างไร กล่าวได้ว่า ในการประมวลผลข้อมูลของเด็กนั้น ห้ามแทรกแซง หรือปราศจากการแทรกแซง ในกรณีประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ โดยอาศัยฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ ควรมีการประเมินและทำให้มั่นใจว่าการประมวลผลข้อมูลนั้นจะไม่เป็นการสร้างผลกระทบในเชิงลบด้านอื่น ๆ ต่อผู้เยาว์ได้ และในการประมวลผลข้อมูลของเด็กนั้น DPC กำหนดไม่ให้ประมวลผลข้อมูลอัตโนมัติในกรณีของเด็ก เช่น การซื้อขายทางออนไลน์ การโฆษณาต่าง ๆ ที่นำข้อมูลของเด็กไปใช้ทางการตลาดเพราะผู้เยาว์มีความอ่อนไหวและเสี่ยงต่อการชี้นำทางพฤติกรรมได้ง่าย

ดังนั้น สำหรับประเทศไทย จึงควรมีการกำหนดถึงกรณีการประมวลผลในข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไว้ว่าควรมีลักษณะอย่างไร หรือควรที่จะมีมาตรการหรือข้อบังคับห้ามเก็บรวบรวมหรือประมวลผลข้อมูลของเด็กหรือไม่ เพื่อเป็นผลดีต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและทันยุคสมัยกับโลกปัจจุบัน หรือเรียกเป็นการช่วยสร้างสภาพแวดล้อมออนไลน์ที่ปลอดภัย เหมาะสม และเคารพความเป็นส่วนตัวต่อผู้เยาว์

4.4 ปัญหามาตรการให้ความยินยอม

4.4.1 ลักษณะของการให้ความยินยอมในกรณีของผู้เยาว์

ประเทศไทยเรามีกฎหมายกำหนดความหมายของ คำว่า “เด็ก” ไว้ใน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีการให้คำนิยามคำว่าเด็กไว้แต่อย่างใด มีเพียงการกล่าวถึงเรื่องความสามารถในมาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์”

และมาตรา 20 ที่บัญญัติว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”

จะเห็นได้ว่า มีกฎหมายกำหนดในเรื่องของอายุของเด็กที่บรรลุนิติภาวะและในเรื่องของความสามารถไว้ หากเด็กมีอายุไม่ถึงตามที่กฎหมายกำหนดก็มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอม หรือได้รับการอนุญาตจากผู้ปกครองเสียก่อน เช่นเดียวกันกับเรื่องการขอความยินยอมในข้อมูล

ส่วนบุคคลของเด็ก กล่าวคือ หากเด็กยังมีอายุไม่ถึงตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดก็จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองเช่นเดียวกัน แต่สำหรับในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะมีการกำหนดถึงกรณีให้ความยินยอมสำหรับผู้เยาว์ไว้แล้วใน มาตรา 20 ที่มีการกำหนดหลักการและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมเป็นการเฉพาะสำหรับเด็ก นอกจากนี้ ตามมาตรา 20 ในประเด็นของความยินยอมผู้ที่ต้องให้ความยินยอมต้องพิจารณาหลักการทั่วไปของความยินยอมตามหลักการทั่วไปตามมาตรา 19 เช่น ความยินยอมโดยอิสระ แยกส่วน ใช้ภาษาที่อ่านง่าย ไม่ทำให้เข้าใจผิด แต่ยังคงไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก

อย่างไรในกรณีปัญหานี้หากไปดูที่ความหมายของความยินยอมคืออะไรนั้นถึงแม้ว่ามีคำจำกัดความทางกฎหมายของความยินยอม ก็อาจมีความแตกต่างกันไปตามสถานที่และสถานการณ์ แต่แนวคิดทั่วไปก็เหมือนกันเสมอ คือ การยินยอมเป็นกระบวนการต่อเนื่องในการหาหรือเกี่ยวกับขอบเขตและสิ่งที่คุณพอใจ ซึ่งในความยินยอมเหล่านี้มันก็มีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถือเป็นการป้องกันในเรื่องของสิทธิมนุษยชน เนื่องจากเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกคนพึงจะได้รับและเพื่อไม่ให้เด็กถูกระงับจากสังคมหรือถูกเอาเปรียบจากบุคคลหรือสังคมได้

ดังนั้น ในเรื่องของความยินยอมก็ถือเป็นเรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่เป็นตัวช่วยในการป้องกันสิทธิของเด็กไม่ให้ถูกละเมิดหรือถูกเอาเปรียบจากการที่เด็กยังอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยความช่วยเหลือในการป้องกันเหตุต่าง ๆ จากรัฐและผู้ปกครองโดยผู้ปกครองคอยให้ความคุ้มครองเด็กโดยการให้ความสำคัญเรื่องความยินยอม และรัฐที่คอยช่วยเหลือและสร้างแนวทางแก้ไขหรือกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาหรือป้องกันปัญหาเหล่านี้

อย่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในสหรัฐอเมริกา Child Online Privacy Protection Act of 1998 หรือ COPPA ได้กล่าวถึงเรื่องความยินยอมว่าให้สิทธิพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ปกครองของเด็กเต็มที่ในเรื่องของการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ของเด็กที่ผู้ใช้บริการหรือเว็บไซต์ นอกจากนี้การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสิทธิโดยเฉพาะทำให้หลักเกณฑ์ของ COPPA ก่อนข้างมีความชัดเจนและเคร่งครัดทำให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้

สำหรับสาธารณรัฐประชาชนจีนก็เห็นว่าปัจจุบันนี้ผู้เยาว์ถึง ร้อยละ 87.4 ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมาก ทำให้จีนได้มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่ายปฏิบัติตามหลักการของความชอบธรรม ความจำเป็น ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน รับประกันความปลอดภัย และการใช้งานที่ถูกต้องตามกฎหมายเมื่อรวบรวม จัดเก็บ ใช้ โอน หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ภายได้ (PCPPIC) ข้อกำหนดนี้ นอกจากนี้ PCPPIC ได้กำหนดให้เด็ก

ผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ปกครองก่อนที่จะมีการรวบรวมหรือใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ผู้ให้บริการเครือข่ายต้องมีตัวเลือกในการระงับความยินยอมด้วย ในการขอรับความยินยอม อีกทั้งในช่องทางและวิธีการร้องเรียนและรายงานวิธีการและวิธีการในการแก้ไขและลบข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก หากมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในเรื่องการแจ้งเตือน จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กอีกครั้ง หรืออาจกล่าวได้ว่าสิทธิในเรื่องของความยินยอมส่วนใหญ่จะตกเป็นหน้าที่ผู้ปกครองหรือเด็ก

และในสาธารณรัฐไอร์แลนด์ที่มีการกำหนดในเรื่องความยินยอมที่เจาะจงและถึงเห็นถึงความสำคัญในกรณีของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กได้มีการกำหนดในข้อ 2 ว่าความยินยอมที่ชัดเจน ในกรณีที่เด็กให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลของตน ความยินยอมโดยชัดแจ้ง การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ต้องทำโดยอิสระ มีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงแจ้งรายละเอียดในการประมวลผลอย่างชัดเจนและไม่คลุมเครือ

จะเห็นได้ว่า ทั้งสามประเทศที่กล่าวมานั้นมีกฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์ที่ต่างกันในเรื่องของการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กและในเรื่องของการให้ความยินยอม กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกา (COPPA) มีกล่าวถึงในเรื่องของความยินยอมจะต้องมีลักษณะเป็นการชัดเจน ชัดแจ้งและเคร่งครัด และประเทศจีน (PCPPIC) ก็ชัดเจน มีการรับประกันความปลอดภัย และการใช้งานที่ถูกต้องตามกฎหมายเมื่อรวบรวม จัดเก็บ ใช้ โอน หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กและสาธารณรัฐไอร์แลนด์ความยินยอมนั้นต้องได้รับโดยชัดแจ้ง การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ต้องทำโดยอิสระ มีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจง แจ้งรายละเอียดในการประมวลผลอย่างชัดเจนและไม่คลุมเครือ

สำหรับประเทศไทยในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีการกำหนดไว้เป็นลักษณะชัดเจนเกี่ยวกับความยินยอม ใน มาตรา 20 ที่ถือเป็นกรณีการให้ความยินยอมของผู้เยาว์และมาตรา 19 ที่กล่าวถึงการให้ความยินยอมในลักษณะของคนทั่วไป ไม่ได้มีการกำหนดถึงการให้ความยินยอมของเด็กเป็นการเฉพาะว่าควรมีลักษณะเป็นการชัดเจนเหมือนกับกรณีการให้ความยินยอมในข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อนหรือข้อมูลอ่อนไหวหรือข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ ตามมาตรา 26

ดังนั้น ในเรื่องของกรณีความยินยอมของผู้เยาว์นั้น สามารถกล่าวโดยสรุปได้คือ ใน PDPA ของไทยนั้นไม่มีการแยกกรณีของเด็กออกมา ทำให้การให้ความยินยอมของผู้เยาว์นั้นไม่มีการระบุไว้ว่าควรมีลักษณะเป็นอย่างไร จึงควรมีการระบุลักษณะเอาไว้ว่าควรเป็นการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ต้องทำโดยอิสระ มีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงแจ้งรายละเอียดในการประมวลผลอย่างชัดเจนและไม่คลุมเครือ หรืออาจจัดให้ข้อมูลส่วนบุคคล

ของเด็กนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อนหรือข้อมูลอ่อนไหวหรือข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ ตามมาตรา 26

4.4.2 การให้ความยินยอมไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้เยาว์

หากพิจารณาถึงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะพบว่า การเปลี่ยนแปลงในเรื่องของสถานะของผู้เยาว์นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ 2 กรณี คือ

1) บรรลุนิติภาวะโดยอายุ บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 บริบูรณ์ (มาตรา 19)

2) บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว (มาตรา 20 และ มาตรา 1448)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หากมีการเปลี่ยนสถานะจากผู้เยาว์เป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะหรือกลายเป็นบุคคลที่สามารถมีสิทธิกระทำการใด ๆ ก็ได้ตามลำพัง หรือการบรรลุนิติภาวะตามการสมรส หากภายหลังมีการหย่าจะให้อธิบายว่าหลุดพ้นจากการผู้เยาว์ จะไม่กลับมาเป็นผู้เยาว์อีกเพราะถือว่าเป็นการบรรลุนิติภาวะโดยเหตุ

แต่ในกรณีกฎหมายของ สาธารณรัฐไอร์แลนด์ ที่ DPC มีการกำหนดในเรื่องของการห้ามเปลี่ยนแปลงสถานะ ในข้อ 8 กล่าวคือ ความยินยอมไม่เปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นผู้เยาว์ไม่ว่าการได้รับความยินยอมจากตัวของผู้เยาว์หรือผู้ปกครอง ไม่ควรเป็นเหตุให้ปฏิบัติต่อผู้เยาว์ในเรื่องนั้น ๆ เสมือนว่าผู้เยาว์เป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งหากเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ตรงข้ามกัน

ดังนั้น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ควรมีการกำหนดแยกออกมาเป็นกรณีใหม่ กล่าวคือ เมื่อผู้เยาว์ได้รับความยินยอมแล้ว ภายหลังมีการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ให้อธิบายว่าเขายังคงเป็นผู้เยาว์ ไม่มีการถอนความยินยอมหรือไม่มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ต่อไปโดยไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสถานะ

4.5 ปัญหามาตรการลงโทษ

ปัญหาในเรื่องของมาตรการการลงโทษ ในกรณีที่มีการนำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กมาใช้ ควรมีการกำหนดโทษบุคคลที่กระทำการจัดเก็บข้อมูลหรือนำข้อมูล ไปเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ จนทำให้เด็กเกิดความเสียหาย ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณหรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ของเด็ก เนื่องจากหากไม่มีการกำหนดโทษที่เป็นการเฉพาะเจาะจงหรือโทษที่กล่าวถึงผู้ที่ได้นำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไปใช้นั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาได้ เช่น ในเมื่อไม่มีโทษกล่าวถึงโดยตรง

ก็อาจจะมีส่วนร่วมเอาข้อมูลของเด็กไปใช้ในทางที่มีขอบได้ และหากโทษนั้นไม่หนักพอ จะเป็นการห้ามไม่ให้กระทำการที่อาจจะทำให้ผู้รวบรวมข้อมูลหรือเว็บไซต์ลงมือทำความผิดเหล่านี้ได้ เพราะเหตุบทลงโทษไม่หนักพอที่จะเป็นการห้ามปรามไม่ให้กระทำ

หากกล่าวถึงมาตรการการลงโทษแล้วนั้น ก็มีแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้อง คือ ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำความคิด ในลักษณะการกระทำความคิดนั้นก็อาจมีสาเหตุที่มากระทบต่อจิตใจ ผลักดันให้กระทำความคิด ซึ่งหากทำการพิจารณาถึงสภาพธรรมชาติของมนุษย์อาจสามารถแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ ทางบวกและทางลบ และเมื่อมีการตัดสินใจกระทำความคิดลงไปหรือมีการละเมิดกฎหมายไปแล้วนั้นบุคคลที่กระทำความคิดก็จะต้องได้รับโทษหรือถูกลงโทษ ซึ่งโทษจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนกระทำผิดหวนกลับไปทำผิดได้อีก และต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบความคิดที่ได้กระทำลงไป วัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นอาจถือเป็นเรื่องคลาสสิกมีมาตั้งแต่สมัย Lex Talionis และมีการเพิ่มเติมมาจนถึงปัจจุบัน มีการแบ่งออกเป็น 5 เรื่องคือ การแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ยังยั้ง การตัดความสามารถกระทำความคิด การแก้ไขฟื้นฟูและการนำกลับสู่สังคม ซึ่งในกรณีนี้จะเน้นไปถึงการข่มขู่ยังยั้ง เพื่อสร้างประโยชน์สังคมเพราะการลงโทษใดสามารถยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับไปทำผิดได้อีกและยับยั้งไม่ให้มีผู้ใดเลียนแบบ การลงโทษนั้นจะเกิดประโยชน์ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด “อรรถประโยชน์นิยม” (utilitarianism) หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการการลงโทษในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นี้ จะต้องมีการกำหนดโทษเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาผู้กระทำความคิดลงมือทำความผิดซ้ำ หรือมีผู้กระทำความคิดอีก ถือเป็นกรณียกขังการกระทำผิดอย่างหนึ่งตามหลักการของทฤษฎี

สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในมาตรา 27 มีการห้ามเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแต่ไม่มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูล การนำไปใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กบนสื่ออินเทอร์เน็ตจึงไม่มีบทลงโทษในเรื่องนี้

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดความรับผิดชอบทางแพ่ง หมวด 6 ไว้ในมาตรา 77 และมาตรา 78 บทกำหนดโทษซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 โทษอาญา มาตรา 79 ถึงมาตรา 81 ส่วนที่ 2 คือ โทษทางปกครอง มาตรา 82 ถึงมาตรา 90

1) โทษทางแพ่ง มาตรา 77 จะเป็นกรณีค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 77 นี้ถือเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ เจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ถึงความเสียหาย แต่เมื่อพิจารณาดูถึงลักษณะการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลจะเห็นได้ว่า บางกรณีก็อาจจะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรม

ในมาตรา 78 กำหนดว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทน

ที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้แล้วแต่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่กินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง และแม้มาตรา 78 นี้ ได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษแต่ต้องมีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริงกับมาตรา 77 ดังนั้น ในกรณีนี้เจ้าของข้อมูลไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายแท้จริง ศาลก็ไม่สามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นได้

ถ้าเปรียบเทียบกับ GDPR ของสหภาพยุโรปในหลักการเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทน แตกต่างกับมาตรา 77 และมาตรา 78 ในบางประเด็น เช่นความรับผิดชอบร่วมกันและสิทธิไต่เบี่ย

2) โทษทางอาญา มีการจำแนกออกเป็นดังนี้

(1) ความผิดมาตรา 79 วรรคหนึ่ง มีการแบ่งออกเป็น 3 กรณี ได้แก่

(1.1) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ผ่าฝืนมาตรา 27 วรรคหนึ่ง ในกรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 26 โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่เข้าเหตุที่ไม่ต้องอาศัยความยินยอม

(1.2) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ผ่าฝืนมาตรา 27 วรรคสอง มีการกำหนดหน้าที่แก่บุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้รับข้อมูลจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งผู้รับข้อมูลอาจมีสถานะใดก็ได้ และการเปิดเผยตามวรรคแรกอาจต้องเข้าเหตุที่ใช้หรือเปิดเผยโดยไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 26 เมื่อรับมาแล้ว ผู้รับข้อมูลต้องใช้หรือเปิดเผยอย่างจำกัดเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่ได้ทำการแจ้งไว้ พิจารณาโทษของการฝ่าฝืนมาตรา 27 วรรคสอง จะพบว่า โทษอาญา ตามมาตรา 79 และโทษทางปกครองของการฝ่าฝืนมาตรา 27 วรรคสองกำหนดความผิดสำหรับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น หากผู้รับข้อมูลมิได้มีลักษณะตามนิยามของผู้ควบคุมข้อมูลแม้จะทำการฝ่าฝืนมาตรา 27 วรรคสองนี้ก็ถือว่าไม่มีโทษอาญาและโทษทางปกครอง

(1.3) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลโอนหรือส่งข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 26 ไปต่างประเทศโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 28

(2) ความผิดมาตรา 79 วรรคสอง กรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกระทำการตามมาตรา 79 วรรคหนึ่ง แต่ต้องมีเจตนาพิเศษ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” การฝ่าฝืน มาตรา 27 หรือ มาตรา 28 ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลชนิดพิเศษ หลายกรณีลักษณะของพฤติกรรมส่งผลกระทบต่อชื่อเสียง จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 79 วรรคหนึ่ง แต่หากปรากฏว่าผู้ควบคุมข้อมูลที่ฝ่าฝืนนั้นมีเจตนาพิเศษเพื่อจะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 79

(3) ความผิดตามมาตรา 81 กำหนดความผิดกรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการงานของนิติบุคคลที่กระทำผิด แต่ต้องปรากฏว่าบุคคลเหล่านั้นมีส่วนผิดจากการ

สั่งการหรือละเว้น กล่าวคือ ถ้าฟังข้อเท็จจริงว่าบุคคลนั้นมีสถานะหรือตำแหน่งที่ระบุยังไม่ถือว่ามีความผิด

3) โทษปรับทางปกครอง

ในโทษทางปกครองของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลปรากฏในหมวด 7 ส่วนที่ 2 ตามมาตรา 82-84 และมาตรา 89

GDPR หรือกฎหมายของสหภาพยุโรป ก็มีการกำหนดโทษทางปกครอง โดยแบ่งออก 2 ฐานหลัก คือ ฐานความผิดที่หนึ่ง (มาตรา 83 (4)) โทษปรับทางปกครองสูงสุด 10,000,000 ยูโร หรือร้อยละ 2 ของรายได้ทั่วโลกในปีงบประมาณที่ผ่านมา แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า การฝ่าฝืนบทบัญญัติที่จะถูกปรับฐานนี้ คือมาตรา 8 มาตรา 11 มาตรา 25-39 มาตรา 42 และมาตรา 43 ส่วนฐานที่สอง โทษปรับทางปกครองสูงสุด 20,000,000 ยูโร หรือร้อยละ 4 รายได้ทั่วโลกในปีงบประมาณที่ผ่านมา แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า การฝ่าฝืนบทบัญญัติที่จะถูกปรับ (มาตรา 5) การประมวลโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการขอความยินยอมที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย (มาตรา 6, มาตรา 7, มาตรา 9) การไม่ปฏิบัติตามสิทธิของเจ้าของข้อมูลตามมาตรา 12-22 การโอนหรือส่งข้อมูลออกนอกสหภาพยุโรปตามมาตรา 44-49 จะเห็นได้ว่า โทษปรับทางปกครองเชื่อมโยงกับบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ตามหน้าที่บางประการกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดไว้

ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรือ COPPA จะมีการกำหนดบทลงโทษที่สูงสำหรับบริษัทที่ไม่ปฏิบัติตามในการค้นหาผู้ฝ่าฝืน FTC สนับสนุนให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตยื่นคำร้องเรียนสำหรับเว็บไซต์ที่พวกเขาคิดว่าละเมิดหลักเกณฑ์ในอดีตโทษสูงสุดต่อการละเมิดหนึ่งครั้งคือ 16,000 ดอลลาร์ อย่างไรก็ตาม ในปี 2559 บทลงโทษสูงสุดได้เพิ่มขึ้นเป็น 40,654 ดอลลาร์ต่อการละเมิดหนึ่งครั้ง ดังนั้น หากทำการรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากเด็กเพียง 10 คน แต่ไม่ปฏิบัติตาม COPPA คุณจะถูกปรับสูงสุด 4,065,400 ดอลลาร์ โดยทั่วไปจำนวนเงินที่ธุรกิจจะถูกลงโทษขึ้นอยู่กับว่าการละเมิดนั้นชัดเจนเพียงใด และบริษัทได้รับจากข้อมูลส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตามปี 2562 โทษปรับอยู่ที่ 5 พันล้านดอลลาร์ ทำลายสถิติโทษปรับสูงสุด จากกรณี Facebook, Inc. และยื่นข้อจำกัดใหม่และโครงสร้างองค์กรที่ปรับเปลี่ยนซึ่งจะทำให้ บริษัท รับผิดชอบต่อการตัดสินใจเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้เพื่อชำระค่าธรรมเนียม Federal Trade Commission ที่บริษัท ละเมิดคำสั่ง FTC ปี 2555 โดยหลอกลวงผู้ใช้เกี่ยวกับความสามารถในการควบคุมความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล

จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กประกอบกับกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกามีลักษณะเข้มงวด ดังนั้น ในการ

ให้คุ้มครองสิทธิของเด็กกรณีข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กบนอินเทอร์เน็ตจึงมีกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะโดยตรง มีความชัดเจน ครอบคลุมและสามารถบังคับใช้ได้โดยตรงจุดและมีประสิทธิภาพเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาภายหลัง นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกาก็ได้มีการกำหนดโทษปรับไว้สูงสำหรับกรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนเป็นกรณี

หรืออย่างในกรณีของสาธารณรัฐไอร์แลนด์ที่มีการกำหนดไว้ใน “Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing” ในข้อที่ 9 ในเรื่องของความรับผิดชอบของเจ้าของแพลตฟอร์ม ในกรณีที่ผู้ให้บริการที่ได้รับผลประโยชน์หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการใช้งานของผู้รับบริการ DPC ตั้งความคาดหวังไว้ว่า ผู้ให้บริการควรรับภาระในการจัดทำมาตรการในการระบุตัวตนของผู้ใช้งานและการยืนยันตัวตนของผู้เยาว์และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ปกครองจะต้องให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์

แต่สำหรับประเทศไทยนั้นถ้าทำการพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กหลาย ๆ ฉบับพบว่า แม้มีการกำหนดโทษหรือบทลงโทษเอาไว้แล้วสำหรับกรณีนำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไปใช้ หรือเก็บรวบรวมข้อมูลของเด็ก แต่ก็ยังไม่เหมาะสมเพียงพอกับสภาพปัญหาที่พบเจอในปัจจุบัน ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับตัวเจ้าของแพลตฟอร์มหรือผู้ให้บริการที่ได้รับผลประโยชน์จากการใช้งานของผู้รับบริการ ไม่ว่าจะเป็น Twitter, Facebook, Instagram

ดังนั้น ประเทศไทยที่จะบทลงโทษที่อาจถือได้ว่าเข้มงวดที่สุด เพราะมีทั้ง โทษทางแพ่ง อาญา และปกครอง จึงควรกำหนดกฎหมายเพิ่มให้มีการกำหนดฐานความผิดและบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับกรณีการละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กบนโลกอินเทอร์เน็ตในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยกำหนดให้ชัดเจนถึงการกระทำความผิดและบทลงโทษที่เหมาะสม ซึ่งควรมีการเจาะจงโทษชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอ อย่างแนวทางที่ได้ศึกษาจากกฎหมายต่างประเทศและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับยุคสมัยปัจจุบันและเพื่อคุ้มครองเด็กได้ตรงจุดและเกิดประโยชน์มากที่สุด