

สรุปข้อคิดเห็นของ คณาธิป ทองรวีวงศ์¹ ในส่วนของเวที ร่างกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล

ใน

“ เวทีหารือภาคประชาสังคมว่าด้วยการอภิบาลอินเทอร์เน็ต
"การอภิบาลอินเทอร์เน็ตและการเตรียมตัวขององค์กรประชาสังคมในประเทศไทย" ”

17 กพ 58

ประเด็นแรก เหตุผลและความจำเป็นของการมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ คณาธิปได้แบ่งเหตุผลออกเป็นสองกรณี

กรณีแรก เหตุผลด้านสิทธิส่วนบุคคล (Privacy) ซึ่งเห็นว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญและเป็นรากฐานการออกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหลายประเทศ กล่าวคือ สภาพข้อเท็จจริงจากการที่ประชาชนถูกล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวด้านข้อมูล โดยคณาธิปได้ยกตัวอย่างงานวิจัยหลายฉบับที่แสดงให้เห็นปัญหาของไทยจากการไม่มีกฎหมายดังกล่าว เช่น

งานวิจัยเกี่ยวกับ Spam , การขายตรง ซึ่งให้เห็นว่า การติด Tag โฆษณา การส่ง Email การส่งข้อความสั้น ซักชวนให้ซื้อสินค้า หรือบริการหรือสมัครร่วมการขายตรงนั้น เป็นการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนทั่วไป เมื่อดูกฎหมายไทยพบว่า ไม่มีกฎหมายที่ควบคุม ณ จุดที่เกิดการติดต่อรบกวนดังกล่าว พรบ ขายตรงฯ ก็มีได้บัญญัติไว้เฉพาะสำหรับประเด็นพฤติกรรมนี้ สำหรับ พรบ คอมฯ แม้ว่ามีมาตรา 11 แต่ก็ยังมีปัญหาเช่น หากผู้นั้นไม่ปิดปิดปลอมแปลงที่มาของการส่งก็ไม่ผิด ในต่างประเทศเช่นสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายเกี่ยวกับ SPAM โดยเฉพาะ ซึ่งอาจนำมาเป็น model ในการปรับปรุง พรบคอมฯ มาตรา 11 ได้ แต่คณาธิปยังเห็นต่อไปว่า การควบคุมหรือลงโทษในขั้นตอนการส่ง Spam เป็นเพียงปลายเหตุของปัญหาเนื่องจากต้นตอของการติดต่อช่องทางต่างๆอันรบกวนนั้น มีประเด็นว่า ผู้ติดต่อได้ข้อมูลการติดต่อมาได้อย่างไร ซึ่งอาจได้มาจากการซื้อขายข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆ ซึ่งในจุดนี้ไทยไม่มีกฎหมายควบคุมเลย คณาธิปยังได้ยกตัวอย่างกฎหมายใหม่ที่ สนช เพิ่งผ่านการพิจารณาไป คือ พรบ ทวงหนี้ฯ ซึ่งมีหลักการที่ดีในการควบคุมพฤติกรรมทวงหนี้ที่กระทบสิทธิส่วนบุคคล เช่นการจำกัดช่วงเวลาและบุคคลที่จะถูกทวงถามได้ ซึ่งกฎหมายนี้ก็ไปจัดการที่ปลายเหตุของการติดต่อเช่นกัน

1

รองศาสตราจารย์และคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น , kanathip@yahoo.com , www.thaiprivacylaw.com

งานวิจัยเกี่ยวกับการเก็บข้อมูลเพื่อทำแผนที่ออนไลน์ เช่น **Google street view** ซึ่งนอกจากเก็บภาพถ่ายแล้วยังเก็บข้อมูลการสื่อสารทาง **WiFi** ที่เป็นข้อมูล **packets** อันส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน ซึ่งในยุโรปมีหลายประเทศที่ปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการรับมือกับการกระทำของ **Google** แต่ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายใดจะนำมาปรับใช้ได้เลย ซึ่งเป็นช่องโหว่ของกฎหมายหากไม่มีการบัญญัติกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลที่วางหลักควบคุมในขั้นตอนของการเก็บข้อมูล

งานวิจัยเกี่ยวกับการเก็บข้อมูลเชิงพฤติกรรมผู้บริโภค โดยภาคธุรกิจเพื่อนำไปทำการโฆษณาที่เจาะจงสำหรับกลุ่มลูกค้า (**Targeted advertising**) ชี้ให้เห็นว่า แม้บางภาคธุรกิจเช่นธนาคาร จะมีกฎหมายเฉพาะควบคุมการเก็บข้อมูลลูกค้า แต่ภาคธุรกิจอื่นๆโดยทั่วไปในปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายควบคุมการเก็บข้อมูลของลูกค้าเลย กล่าวคือ อาจทำการเก็บได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมแต่อย่างใด นอกจากนี้ยังอาจนำข้อมูลไปประมวลผล ส่งต่อให้ธุรกิจพันธมิตรได้โดยไม่อาจมีกฎหมายใดนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของลูกค้าได้

เหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลในเชิงข้อเท็จจริงในกรอบการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

กรณีที่สอง เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลอาจสร้างขึ้นโดยที่มิได้เกิดจากการตระหนักหรือเรียกร้องสิทธิจากภาคประชาชน แต่ด้วยเหตุผลที่รัฐต้องการส่งเสริมการค้า การลงทุน ทั้งนี้เนื่องจาก กฎหมายภายในของบางประเทศ อาจใช้ความไม่มีของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของประเทศอื่น มาเป็นเหตุในการกีดกันการค้ากับประเทศนั้นๆ หรืออาจทำให้เกิดอุปสรรค เช่น กรณีสหภาพยุโรป จาก **Directive 95/46/EC** มาตรา 25 เป็นที่มาของการที่ประเทศสมาชิกสามารถออกกฎหมายวางเงื่อนไขว่าจะไม่ให้มีการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่ไม่มีระดับการคุ้มครองข้อมูลที่เหมาะสมกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของยุโรป (**Adequate level of protection**) นอกจากนี้ ในระดับความตกลงพหุภาคี จะเห็นได้ว่า กรณีการเปิดเสรีด้านบริการตามกรอบของ **GATS** ซึ่งโดยหลักแล้วประเทศสมาชิกต้องเปิดเสรีการค้าบริการให้ประเทศอื่น แต่มีข้อยกเว้นในมาตรา 14 (**Article XIV General Exceptions**) ที่ประเทศสมาชิกอาจมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการประมวลผลและส่งต่อข้อมูล กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อาจไม่เปิดเสรีด้านบริการให้กับประเทศที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ แต่ปัจจุบันยังไม่มีคดีในกรอบของ **WTO** ที่มีการกีดกันการค้าโดยอ้างข้อยกเว้นเกี่ยวกับกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว

หลังจากชี้ให้เห็นเหตุผล ความจำเป็น ที่มาของกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล คณะกรรมาธิการได้ชี้ให้เห็นหลักสำคัญของกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นหลักพื้นฐานสำคัญที่สะท้อนอยู่ในกฎหมายต่างประเทศรวมทั้งร่าง พรบ ฉบับต่างๆของ ไทย เช่น

หลักสำคัญของ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ตาม **European Union Directive 95/46/EC** ที่มีหลักสำคัญเช่น การรักษาคุณภาพของข้อมูล มาตรการของการประมวลผลข้อมูลที่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อกำหนดในการประมวลผลข้อมูลชนิดพิเศษ เช่น ข้อมูลส่วนตัวโดยเฉพาะ (**sensitive data**) สิทธิในการได้รับแจ้งการเก็บข้อมูลต่างๆ

ของเจ้าของข้อมูล สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของเจ้าของข้อมูล สิทธิในการคัดค้านการประมวลผลของเจ้าของข้อมูล การรักษาความปลอดภัยในการประมวลผลข้อมูล การส่งผ่านข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่สาม รวมทั้งยังได้ชี้ให้เห็นประเด็นสำคัญของการปรับแก้ Directive 95/46/EC ที่จะมีหลักที่เข้มข้นขึ้นในการขอความยินยอมที่จะต้องแสดงออกโดยแจ้งชัด รวมทั้งความเข้มข้นของ **right to be forgotten** และ **right to data portability** โดยกรณีนี้ยังได้ยกตัวอย่างกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลของเยอรมันและเบลเยียมที่สะท้อนหลักของ Directive 95/46/EC ดังกล่าว และชี้ให้เห็นว่า ร่าง พรบข้อมูลส่วนบุคคลฉบับที่มีได้กำหนดหลักความยินยอมไว้ในขั้นตอนการเก็บข้อมูลนั้น อาจทำให้การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไม่เกิดประสิทธิภาพเต็มที่ เนื่องจากตามหลักการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของปัจเจกชนจะต้องได้รับความยินยอมทั้งขั้นตอนการเก็บ การประมวลผล และการเปิดเผยหรือส่งต่อข้อมูล ซึ่งตามกฎหมายหลายประเทศในยุโรปได้สะท้อนหลักความยินยอมทั้งสามขั้นตอนดังกล่าว สำหรับกรณีนี้ผู้เข้าร่วมสัมมนา เห็นว่า ตาม APEC Privacy Framework นั้น ในขั้นตอนของการเก็บข้อมูลมีเพียงการแจ้งให้ทราบ (Notice) ก็เพียงพอแล้วนั้น กรณีนี้เห็นว่ากรอบความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั้น อาจแบ่งแยกกรณีการคุ้มครองในขั้นเก็บข้อมูลได้สองกลุ่ม คือ กลุ่มที่ต้องขอความยินยอมในขั้นตอนของการเก็บ และ กลุ่มที่เพียงมีการแจ้งให้ทราบในขั้นตอนของการเก็บข้อมูลก็เพียงพอ หากพิจารณาหลักของ Framework ดังกล่าวที่เกี่ยวกับการเก็บข้อมูล² พบว่า Framework นี้เพียงวางกรอบให้มีการแจ้งว่ามีการเก็บและแจ้งวัตถุประสงค์การเก็บอันจัดอยู่ในกลุ่มที่สอง แต่กรณีนี้โดยส่วนตัวและตามหลักแนวคิดของสิทธิส่วนบุคคลแล้ว เห็นด้วยกับกลุ่ม ที่ต้องขอความยินยอมในขั้นตอนของการเก็บ โดยเห็นว่าหลักการของ Framework นี้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองให้สูงกว่าได้ นอกจากนี้หากพิจารณาเหตุผลทางการค้าหรือทางธุรกิจ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายอาจกังวลว่า การขอความยินยอมในขั้นตอนการเก็บนั้นจะก่อให้เกิดภาระต้นทุนแก่ผู้ประกอบการ กรณีนี้กรณีนี้เห็นว่า ปัจจุบันภาคธุรกิจบางภาคเช่น การเงินการธนาคารก็มีการขอความยินยอมในขั้นตอนการเก็บอยู่แล้ว นอกจากนี้ร่างกฎหมายยังสามารถเปิดช่องให้มีการกำหนดกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดวิธีการรายละเอียดในการขอความยินยอม ซึ่งอาจกำหนดวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สะดวกและรวดเร็วได้ ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคต่อการค้ามากเกินไปแต่อย่างไร

² part iii. APEC information privacy principles, principle 2, notice