

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเด็กในกรณีเครือข่ายสังคม  
อินสตาแกรม : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย  
กับกฎหมายสหรัฐอเมริกา  
The Protection of Children's Right to Privacy  
in case of "Instagram": The comparative study  
of Thai and the U.S. laws

กัณทิมา ช่างทำ Kuntima Changtam\*

คณาธิป ทองรวีวงศ์ Kanathip Thongraweewong\*\*

บทคัดย่อ

การใช้งานเครือข่ายสังคมอินสตาแกรม อาจทำให้เกิดการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลลักษณะต่าง ๆ ของเด็ก เช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หมายเลขโทรศัพท์ ภาพถ่ายของเด็ก รวมทั้งข้อมูลอันอาจระบุตัวตนอื่น ๆ (Personally Identifiable Information) ข้อมูลเหล่านี้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้ให้บริการอินสตาแกรม อาจเป็นต้นเหตุนำไปสู่การกระทำละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของเด็กรวมทั้งอาจนำไปสู่อาชญากรรมอื่น ๆ เช่น การเฝ้าติดตามคุกคามทางอินเทอร์เน็ต (Cyberstalking) การนำข้อมูลเชิงเอกลักษณ์ไปใช้โดยมิชอบ (Identity Theft) จากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาพบว่า กฎหมายเฉพาะที่วางหลักเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก คือกฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวออนไลน์ของเด็กออนไลน์ (Children's Online Privacy Protection Act หรือ COPPA) ซึ่งกลไกสำคัญของกฎหมายนี้คือการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือสื่อออนไลน์ต่าง ๆ ที่เก็บข้อมูลของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ให้ต้องขอความยินยอมของผู้ปกครองเด็กก่อนจึงทำการเก็บข้อมูลได้ จากการวิเคราะห์กฎหมาย COPPA กับกฎหมายไทยพบว่า ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในแง่ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในบริบทการใช้งานอินเทอร์เน็ตและสื่อออนไลน์ กฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ยังไม่ครอบคลุมและเพียงพอในการนำมาปรับใช้คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอันจะนำไปสู่มาตรการเชิงป้องกันการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กก่อนที่จะเกิดปัญหาการละเมิดต่าง ๆ ทางออนไลน์กับเด็กต่อไป

**คำสำคัญ:** กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล, สิทธิส่วนบุคคล, ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก, COPPA, อินเทอร์เน็ต

\* อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น

\*\* นักวิชาการเชี่ยวชาญกฎหมายสิทธิส่วนบุคคล และกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ

## Abstract

*The use of “Instagram” (IG) application leads to the importation of personal data of children to computer system. Such personal data which include name, surname, address, email address, phone number, images, and other personally identifiable information are maintained and controlled by IG. This can cause the invasion of privacy and other cybercrime such as cyber stalking, and identity theft. According to the study of the U.S. Laws relating to the protection of children’s personal data, the paper found that there are specific statutes in the U.S. relating to the protection of children’s personal data which is referred to as: “Children’s Online Privacy Protection Act”, hereinafter called COPPA. The COPPA imposes duty on service providers such as websites, social network applications, and other online applications who collect data of children under the age of 13. The main principle of COPPA prohibits such service providers from collecting children’s information without parental consent. As a result of comparative study of COPPA and Thai related laws, this paper indicated that there are no specific laws in Thai legal system which aim at protecting children’s personal data stored in internet and online applications. Although there are several laws for protecting children, this paper found that the specific provisions relating specifically to the protection of children personal data have not yet been stipulated in those laws. Hence, suggestions regarding the amendments of existing laws are made in order to protect children’s personal data as preventive measures for other cybercrimes.*

**Keywords:** Personal data, right to privacy, children’s personal data, internet

## บทนำ

อินสตาแกรม (Instagram, ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “IG” ) เป็นผู้ให้บริการโปรแกรมประยุกต์ (Application) เกี่ยวกับการถ่ายภาพและแลกเปลี่ยนข้อมูลภาพถ่าย ซึ่งมีจุดเด่นคือผู้ใช้งานสามารถตกแต่งภาพด้วยฟิลเตอร์ (Filter) และเครื่องมือตกแต่งภาพชนิดต่าง ๆ โดย IG ยังมีลักษณะของการเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ด้วย เนื่องจากผู้ใช้งานสามารถสร้างหน้าประวัติของตน และแลกเปลี่ยนข้อมูลภาพถ่ายกับผู้ให้บริการรายอื่น ๆ มีระบบ Followers และ Following เลือกติดตามผู้ใช้งานที่ต้องการได้ และสามารถแสดงความคิดเห็น (Comment) รูปภาพของผู้ใช้งานอื่น ๆ ได้ นอกจากนี้ ผู้ใช้งาน IG สามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมอื่น ๆ ได้อีกด้วย เช่น Facebook , Twitter, Tumblr เป็นต้น ต่อมาผู้ให้บริการเครือข่ายสังคม Facebook ได้ซื้อกิจการของ IG ไป (“Facebook Buys Instagram for \$1 Billion”. *ABC News*. Retrieved April 27, 2012.) อย่างไรก็ตาม การใช้งาน IG ที่เกี่ยวกับเด็กนั้น นำไปสู่ปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ซึ่งบทความนี้จะเริ่มจากการชี้ให้เห็นสภาพและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น จากนั้นจะอธิบายหลักสำคัญของข้อตกลงการใช้งาน (Term of use) ซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ใช้งานและผู้ให้บริการไว้ ข้อตกลงนี้สะท้อนถึงหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA) ดังนั้น หลังจากอธิบายหลักสำคัญในข้อตกลงการใช้งานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเด็กแล้ว จะได้ชี้ให้เห็นหลักสำคัญของกฎหมาย COPPA ที่เกี่ยวข้อง อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายต่าง ๆ ต่อไป

## สภาพปัญหา

เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะพฤติกรรมการใช้งาน IG ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ผู้เขียนจะได้จำแนกพิจารณาประเด็นปัญหา 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 เด็กเป็นผู้สมัครใช้งาน IG และโพสต์ภาพของตนลงใน IG กรณีนี้จะเห็นได้ว่าแม้ในด้านหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเด็กมีเสรีภาพในการสื่อสาร แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้นมีความเห็นว่าควรมีการจำกัดหรือควบคุมการใช้งาน IG ของเด็ก เนื่องจากเด็กอาจยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอและเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเสี่ยงต่อพฤติกรรมอันตรายบางประการในสื่อสังคมออนไลน์ เช่น อาจมีการถูกล่อลวง การถูกติดตามคุกคามออนไลน์ (Stalking) การถูกกลั่นแกล้งรังแก (Bullying) การตกเป็นเป้าหมายของผู้กระทำการคุกคามทางเพศ (Sexual Predator) หรือถูกนำข้อมูลเช่นภาพเด็กใน IG ไปใช้ในทางที่มีขอบ

กรณีที่ 2 ผู้ปกครองเด็ก เป็นผู้สมัครใช้งาน IG โดยใช้ชื่อของเด็ก และโพสต์ข้อมูลเกี่ยวกับเด็กเช่น ภาพถ่าย วิดีทัศน์ ลงใน IG กรณีนี้พบทั่วไปในประเทศไทย (ข่าวเกี่ยวกับผู้ปกครองพยายามร้องเรียนกรณีเด็กสมัครใช้งาน IG เช่น <http://thirdparent.com/parents-are-powerless-as-instagram-will-not-delete-underage-accounts/>) ทั้งยังมีกรณีที่น่าไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมอย่าง

กว้างขวางถึงการที่ผู้ให้บริการ IG ระบุหรือเพิกถอนการใช้งาน IG ที่ผู้ปกครองสมัครดังกล่าว (กรณี  
ข่าวเกี่ยวกับปัญหาการที่ทาง IG ระบุหรือปิดบัญชีผู้ใช้งานที่เป็นเด็กในประเทศไทย เช่น [http://www.tnnthailand.com/news\\_detail.php?id=52521&t=news](http://www.tnnthailand.com/news_detail.php?id=52521&t=news), <http://news.truelife.com/detail/3280245>)

จากลักษณะข้อเท็จจริงดังกล่าวยังนำมาสู่ประเด็นปัญหาทางกฎหมายอีกหลายประการ โดย  
ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะได้ชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นทาง  
กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้งาน IG ของเด็กต่อไป

### ข้อตกลงการใช้งาน (Term of Use)

จากข้อตกลงการใช้งาน (ปรับปรุงในปี 2013) จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงที่สำคัญและเกี่ยวข้อง  
กับการใช้ IG ของเด็ก มีดังต่อไปนี้

- เงื่อนไขพื้นฐาน (Basic Terms) “ผู้ใช้งานจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 13 ปี”

- เงื่อนไขทั่วไป (General Conditions) ผู้ให้บริการสงวนสิทธิที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ  
ยุติบริการ หรือ การให้บริการของผู้ให้บริการ ด้วยเหตุใดก็ได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ผู้ให้  
บริการสงวนสิทธิปฏิเสธการเข้าถึงบริการของบุคคลใด เมื่อใด และด้วยเหตุใดก็ได้เมื่อมีการฝ่าฝืน  
ข้อตกลงดังกล่าวข้างต้น สิทธิหยุดการให้บริการทั้งหมดหรือบางส่วนแก่ผู้ใช้งานที่ฝ่าฝืนดังกล่าว  
รวมทั้งมีสิทธิใช้ดุลพินิจฝ่ายเดียวในการยกเลิกบัญชีผู้ใช้งานที่ฝ่าฝืนด้วย

### แนวปฏิบัติของชุมชน (Community Guideline)

นอกจากข้อตกลงการใช้งาน (Term of use) แล้ว ผู้ให้บริการ IG ยังมีการกำหนดแนวปฏิบัติ  
สำหรับผู้ใช้งานเครือข่ายสังคมออนไลน์ IG ซึ่งเรียกว่า แนวปฏิบัติของชุมชน (Community Guideline)  
สำหรับหลักสำคัญที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

สิ่งที่ไม่พึงปฏิบัติ (What not to do)

- โปสต์ภาพหรือวิดีโอที่คนอื่นซึ่งมิใช่เป็นของผู้ใช้งานซึ่งรวมถึงโปสต์ของผู้อื่น ข้อมูลที่คัดลอก  
หรือรวบรวมมาจากอินเทอร์เน็ต

- โปสต์ภาพหรือวิดีโอของคนอื่น ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลย่อมมีสิทธิในภาพที่ตนถ่ายขึ้นและมี  
สิทธิดังกล่าวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

- เผยแพร่รูปภาพหรือวิดีโอที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร

- เผยแพร่รูปภาพหรือวิดีโอเด็กที่มีลักษณะเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน

แนวปฏิบัติของชุมชนนี้ มีผลผูกพันทางสัญญาเช่นเดียวกับข้อตกลงการใช้งาน ทั้งนี้เนื่องจาก  
ข้อตกลงการใช้งานระบุว่า ผู้ใช้บริการตกลงปฏิบัติตามแนวปฏิบัติของชุมชนดังกล่าว (ข้อตกลงการ  
ใช้งานข้อ 14 ระบุว่า “You must comply with Instagram’s Community Guideline”)

## นโยบายเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัว (Privacy Policy)

ในการใช้งาน IG นั้น ผู้ให้บริการจะมีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ของผู้ใช้งาน ซึ่งข้อมูลเหล่านี้อาจแบ่งได้หลายประเภท เช่น ข้อมูลที่ผู้ใช้งานให้กับทางผู้ให้บริการ เช่น ชื่อผู้ใช้งาน รหัสผ่าน ข้อมูลประวัติ ข้อมูลเชิงเนื้อหา (User content) เช่น ภาพถ่าย วิดีทัศน์ ความคิดเห็น (Comment) ต่าง ๆ ดังนั้น ในนโยบายความเป็นส่วนตัวกำหนดรายละเอียดว่า ผู้ให้บริการจะเก็บข้อมูลส่วนบุคคลใดของผู้ใช้บริการบ้าง และจะดำเนินการเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าวอย่างไร โดยผู้ให้บริการอาจนำไปใช้ ประมวลผลหรือส่งให้บุคคลที่สาม เพื่อวัตถุประสงค์ของการโฆษณาและการตลาด และกำหนดการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่า ผู้ให้บริการจะไม่ให้เช่าหรือขายข้อมูลของผู้ใช้งานแก่บุคคลที่สามโดยมิได้รับความยินยอมก่อน เว้นแต่กรณีที่กำหนดในนโยบายนี้ เช่น ส่งต่อข้อมูลให้กับบุคคลที่สามที่ช่วยทาง IG ในการบริการ บุคคลที่สามในกรณีของการโฆษณาเพื่อทำให้เกิดการโฆษณาที่ตรงกลุ่มเป้าหมาย เป็นต้น

จากนโยบายเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวของ IG ซึ่งได้ปรับปรุงในปี 2013 นั้น จะเห็นได้ว่าหลักสำคัญของนโยบายความเป็นส่วนตัวของ IG คือ เมื่อผู้ใช้งานตกลงใช้บริการของ IG แล้ว แสดงว่าผู้ใช้งานตกลงและยอมรับว่า ผู้ให้บริการได้ให้บริการแก่ผู้ให้บริการในการเผยแพร่ภาพถ่ายและวิดีโอที่ส่งสู่สาธารณะ

สำหรับกรณีของเด็กนั้น IG มีนโยบายเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวของเด็กดังนี้

- ความเป็นส่วนตัวของเด็ก (Children's Privacy) กำหนดไว้ว่า “ผู้ให้บริการจะไม่เก็บข้อมูลใด ๆ ของบุคคลใด ๆ ที่อายุต่ำกว่า 13 ปี รวมทั้งไม่อนุญาตให้บุคคลที่ผู้ให้บริการรู้ว่าอายุต่ำกว่า 13 ปี ลงทะเบียนใช้งาน IG บริการของ IG มิได้มุ่งหมายให้บริการต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในกรณีที่เราทราบว่าได้ทำการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ปกครองแล้ว เราจะรีบลบข้อมูลนั้นออกโดยเร็วที่สุด” นอกจากนี้ยังมีคู่มือผู้ปกครอง (Parent's guide) โดยมีเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับอายุของเด็กว่า “IG มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของผู้ใช้งานที่ 13 ปี ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเด็กออนไลน์” แต่อย่างไรก็ตาม IG จะทำการลบบัญชีผู้ใช้งานที่อายุต่ำกว่า 13 หากได้รับแจ้งและสามารถระบุได้ว่าผู้ใช้งานดังกล่าวอายุต่ำกว่า 13 ปี

## กฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเด็ก

เนื่องจากการใช้งานโปรแกรมประยุกต์ IG สำหรับผู้ใช้งานในประเทศไทยนั้น เป็นการให้บริการโดยผู้ให้บริการต่างชาติที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ข้อตกลงการใช้งานที่ผู้ตกลงใช้งานยอมรับนั้นก็ได้รับผลกระทบจากข้อกำหนดของกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวด้วย ดังนั้น ในบทความนี้จึงมุ่งวิเคราะห์เฉพาะกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อเนื้อหาและเงื่อนไขในข้อตกลงการใช้งานของ IG ซึ่งก็คือกฎหมาย COPPA

## หลักการสำคัญของกฎหมาย Children's Online Privacy Protection Act หรือ COPPA

กฎหมายลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกาฉบับนี้ได้วางหลักคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of privacy) ของเด็ก โดยมีหลักสำคัญดังนี้

ห้ามผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือบริการออนไลน์อื่น ๆ ซึ่งมุ่งหมายให้บริการกับเด็ก หรือ ผู้ให้บริการใด ๆ ที่มีความรู้อย่างแท้จริงว่าตนได้เก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ทำการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ตั้งบัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ผู้ให้บริการไว้

- แจ้งเตือน (Notice) ในเว็บไซต์ว่าจะมีการเก็บข้อมูลใดของเด็ก รวมทั้งแจ้งว่าจะมีการนำไปใช้อย่างไร และแนวปฏิบัติในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว

- ขอความยินยอมซึ่งอาจแบ่งรูปได้จากผู้ปกครอง (Verifiable Parental Consent) สำหรับการเก็บ ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก (Code of Federal Regulation (C.F.R) Children's Online Privacy Protection Rule) และกฎหมายนี้ได้วางหลักคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) ของเด็ก ซึ่งหมายถึงบุคคลที่อายุไม่เกิน 13 ปี ((C.F.R) section 312.2) โดยมุ่งคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก (Personal Information) หมายถึง ข้อมูลใด ๆ ที่อาจระบุตัวเด็กได้ (Individually Identifiable Information) รวมถึง ชื่อและนามสกุล ที่อยู่อาศัย ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือข้อมูลการติดต่อออนไลน์อื่น ๆ หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขประกันสังคม หน้าที่หลักของผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือผู้ให้บริการออนไลน์อื่น ๆ ที่รู้ว่าตนทำการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานที่เป็นเด็ก คือการขอความยินยอมจากผู้ปกครอง (Parental consent) ก่อนการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลของเด็กดังกล่าว นอกจากนี้ผู้ให้บริการยังมีหน้าที่ต้องทำการประกาศ (Notice) แจ้งว่า จะมีการเก็บข้อมูลใดของผู้ใช้งานที่เป็นเด็ก วัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลนั้น ตลอดจนแจ้งให้ทราบว่าข้อมูลดังกล่าวจะถูกนำไปใช้อย่างไร ((C.F.R) section 312.3)

กฎหมาย COPPA ให้อำนาจคณะกรรมการการค้าสหรัฐ (Federal Trade Commission ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า "FTC" ) ออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียดของหลักกฎหมายตาม COPPA ได้ ทั้งนี้ FTC ออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เช่น หลักการให้ความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็ก FTC Children's Online Privacy Protection Rule (1999) ซึ่งอาจทำได้ด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น การส่งโทรสาร (Fax) นอกจากนี้ยังกำหนดให้เว็บไซต์ที่จะเก็บข้อมูลเด็ก ต้องจัดให้มีหมายเลขโทรศัพท์ที่ไม่เสียค่าบริการ (Toll free) สำหรับผู้ปกครองในการติดต่อให้ความยินยอมในการเก็บข้อมูลดังกล่าว รวมทั้งการแสดงความยินยอมทางอิเล็กทรอนิกส์ (C.F.R section 312.5)

## การบังคับใช้กฎหมาย COPPA

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายนี้ FTC มีอำนาจดำเนินคดีกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางแพ่ง (15 U.S.C.A section 6505 (a)) ตัวอย่างคดีสำคัญที่แสดงถึงการบังคับใช้



กฎหมาย COPPA โดย FTC มีดัง เช่น กรณีของเว็บไซต์ GirlsLife.com ซึ่งให้บริการเว็บไซต์แก่เด็กหญิง อายุ 9-14 ปี โดยให้บริการบทความ คอลัมน์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ใช้งาน หน่วยงาน FTC กล่าวหาว่า เว็บไซต์ดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมาย COPPA เนื่องจากเก็บข้อมูลที่ระบุตัวตนของเด็ก เช่น ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็ก อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการ FTC ตกลงระงับข้อพิพาทกับเว็บไซต์ดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น การลบข้อมูลระบุตัวตนของเด็กออกจากระบบ รวมทั้งชำระค่าปรับ Federal Trade Commission, Civil Action No. Monarch Services and Girl's (2001) จะเห็นว่ากฎหมายตัวนี้จะมีส่วนป้องกันมิให้เว็บไซต์นำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไปใช้เพื่อการตลาด หรือส่งข้อมูลต่อไปยังบุคคลที่สาม (Danielle Garber, 2001, P.129, 154.)

สำหรับในกรณีของ IG ซึ่งนอกจากเป็นโปรแกรมประยุกต์เพื่อการถ่ายและเผยแพร่ภาพออนไลน์แล้วยังมีลักษณะเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมอีกด้วย แต่จากข้อตกลงการใช้งานจะเห็นว่าโดยหลักแล้ว IG ห้ามเด็กอายุต่ำกว่า 13 ใช้งาน จึงไม่ได้มีระบบการขอความยินยอมจากผู้ปกครองก่อน

ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายต่าง ๆ ต่อไป โดยเริ่มจากการวิเคราะห์ข้อตกลงการใช้งานซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่พื้นฐานของผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ IG

## วิเคราะห์ข้อตกลงการใช้งานของ IG (Term of Use)

ข้อตกลงการใช้งานนี้มีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ในเชิงสัญญาระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ต่าง ๆ เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับผลของข้อตกลงหรือสัญญาที่เกิดขึ้นทางออนไลน์ ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกา นั้นอาจจำแนกพิจารณาประเภทของข้อตกลงได้ 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) ข้อตกลงในลักษณะ “Shrinkwrap” ซึ่งพบได้ใน สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Shrinkwrap agreement หรือ Shrinkwrap license) ข้อตกลงในลักษณะนี้เกิดขึ้นเมื่อมีการซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยถือว่าผู้ซื้อสนองรับเงื่อนไข เมื่อนำโปรแกรมดังกล่าวติดตั้งในเครื่องคอมพิวเตอร์ (Running the program) จะเห็นได้ว่า ความตกลงนี้มีลักษณะที่ผู้ซื้อไม่อาจต่อรองใด ๆ หรือเป็นความตกลงฝ่ายเดียว (Unilateral contract) (Mark A. Lemley, 1995) แต่ศาลก็ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวว่ามีผลบังคับได้ตั้งแต่คดีใน ค.ศ.1996 ต่อมาศาลในสหรัฐทั้งระดับมลรัฐและศาลระดับสหรัฐ (Federal Courts) หลายคดีได้วินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาคดีดังกล่าว

(2) ข้อตกลงในลักษณะ “Browsewrap” หรือ “Browsewrap Agreement” ข้อตกลงลักษณะนี้พบได้ในกรณีที่ผู้ใช้งานเว็บไซต์สนองรับเงื่อนไขการใช้งาน เมื่อผู้ใช้งานทำการใช้เว็บไซต์นั้น ๆ (Ian A. Rambarran, 1885) ในคดีที่ผู้ใช้งานเว็บไซต์ฟ้องผู้ให้บริการเว็บไซต์ซึ่งอ้างเงื่อนไขข้อตกลงดังกล่าวเพื่อไม่รับผิดชอบต่อการใช้นั้น ศาลในสหรัฐอเมริกาบางแนววินิจฉัยในหลายคดีว่า ความตกลง

ลักษณะ “Browsewrap” ดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ (Unenforceable) คดี Specht v. Netscape ซึ่งศาลตัดสินว่า ข้อตกลงดังกล่าวไม่อาจยกขึ้นอ้างเพื่อใช้ผูกพันโจทก์ได้ เนื่องจากข้อตกลงลักษณะ “Browsewrap” ดังกล่าวมิได้มีการตอบรับหรือสนองรับจากโจทก์ อย่างไรก็ตามในบางคดีศาลก็ตัดสินว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวมีผลบังคับได้เช่นคดี (Hubbert v. Dell Corp, 2005) ซึ่งศาลอุทธรณ์ใน Illinois เห็นว่าการปรากฏขึ้นของข้อตกลงตามลิงค์นั้นบุคคลผู้ใช้งานทั่วไปก็ย่อมจะสังเกตเห็นแล้ว

(3) ข้อตกลงในลักษณะ “Clickwrap” ซึ่งหมายถึงข้อตกลงที่ผู้ให้บริการเว็บไซต์เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ สำหรับการใช้งานเว็บไซต์นั้น ๆ ขึ้น โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานจะต้องอ่านเงื่อนไขดังกล่าวก่อน และผู้ใช้งานจะต้องกดปุ่ม (Click) ว่า ตนประสงค์จะ ยอมรับ ข้อตกลงเงื่อนไขนั้นหรือไม่ หากไม่ตกลงยอมรับเงื่อนไขก็ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลเนื้อหาใด ๆ ของเว็บไซต์นั้นได้ การที่ผู้ใช้งานตอบตกลงในเชิงยืนยัน (Affirmative assent) หรือการ “สนอง” รับคำเสนอของผู้ให้บริการเว็บไซต์ (Ian A. Rambarran, 1885) ศาลในสหรัฐอเมริกาวางแนวว่าความตกลงระหว่างผู้ใช้งานเว็บไซต์กับผู้ให้บริการเว็บไซต์ในลักษณะของ “Clickwrap” นั้นมีผลใช้บังคับได้ (Enforceable) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อตกลงลักษณะนี้จะมีผลบังคับเนื่องจากมีการแสดงการตอบรับเงื่อนไขโดยผู้ใช้งานก็ตาม แต่อาจไม่มีผลบังคับด้วยเหตุอื่น

สำหรับ การใช้งาน IG นั้น มิได้มีการให้ผู้ใช้งานต้องกดปุ่มตกลงยอมรับเงื่อนไขข้อตกลงการใช้งานนั้น ทั้งนี้ในส่วนแรกของข้อตกลงการใช้งานระบุว่า “เมื่อคุณได้เข้าถึงหรือใช้งาน เว็บไซต์ บริการ หรือโปรแกรมประยุกต์ใด ๆ ของ IG ก็ถือได้ว่าคุณตกลงผูกพันกับเงื่อนไขข้อตกลงการใช้งานนี้” จึงมีลักษณะเป็น “Browse wrap” ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลในสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นได้ว่า ความมีผลใช้บังคับได้ของข้อตกลงลักษณะนี้จะต้องพิจารณาว่า ผู้ใช้งานโดยทั่วไปหรือวิญญูชนนั้น สามารถสังเกตเห็นได้ถึงข้อตกลงดังกล่าวหรือไม่

### วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับมาตรการทางเทคนิคในการบ่งระบุอายุของเด็ก

กฎหมาย COPPA รวมทั้งกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการ FTC มิได้กำหนดวิธีการบ่งระบุอายุเด็กที่ชัดเจน ทำให้ในทางปฏิบัติเด็กมีการใช้วิธีการต่าง ๆ เพื่อหลบเลี่ยงโดยให้ข้อมูลเท็จเกี่ยวกับอายุ (Age falsification) (Warmun, 2000, P. 189-216.) เช่น เด็กอาจกรอกอายุเป็นเท็จเพื่อสมัครใช้บริการได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครอง ทำให้เด็กยังคงใช้งานเว็บไซต์ต่าง ๆ ได้และเกิดความเสียวต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ในประเด็นนี้ การบังคับใช้กฎหมาย COPPA ก็คือยังไม่มีมาตรการทางเทคนิคซึ่งเป็นที่ยอมรับในการบ่งระบุอายุเด็ก จากคดีเว็บไซต์เครือข่ายสังคม Xanga พบว่าการที่ผู้ให้บริการ มิได้มีการพิสูจน์อายุ (Age verification) เพื่อจำแนกว่าผู้ที่สมัครใช้งานเป็นเด็กนั้น คณะกรรมการ FTC ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ในขณะที่คดีของเว็บไซต์เครือข่ายสังคม Imbee.com ซึ่งมีความพยายามในการพิสูจน์อายุของเด็กโดยให้ผู้ปกครองตอบรับมานั้น คณะกรรมการ FTC ก็เห็นว่ายังไม่เหมาะสมและเพียงพอในการที่จะถือได้ว่าได้รับความยินยอมของ



ผู้ปกครอง นักวิชาการ (Lauren A. Matecki, 2010) เห็นว่า เป็นการยากสำหรับผู้ให้บริการเว็บไซต์เครือข่ายสังคมที่จะดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมาย COPPA ได้ สำหรับกรณีของ IG นั้น แม้ IG กำหนดคุณสมบัติอายุขั้นต่ำของผู้ใช้งานที่ 13 ปี ส่งผลให้โดยหลักแล้วเด็กไม่อาจใช้งาน IG ได้ แต่จากคู่มือผู้ปกครองของ IG แสดงให้เห็นว่า IG มิได้กำหนดบังคับให้ผู้ใช้งานระบุอายุ นอกจากนี้ IG ก็ยอมรับว่าในทางปฏิบัติมีเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นผู้ใช้งาน แต่ทาง IG จะลบบัญชีดังกล่าวออกไปหากได้รับแจ้งและสามารถระบุได้ว่าผู้ใช้งานดังกล่าวอายุต่ำกว่า 13 ปีเท่านั้น

## วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตคำนิยามความหมายของ “ผู้ให้บริการ” ตามกฎหมาย COPPA

ผู้ให้บริการที่ตกอยู่ภายใต้ नियามของ COPPA มีสองประเภทคือ

*ประเภทแรก* “ผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือบริการออนไลน์อื่นที่มุ่งหมายให้บริการแก่เด็ก (Website or Online Service directed to children) ทั้งนี้ไม่ว่าบริการทั้งหมดหรือแต่ส่วนใดส่วนหนึ่งที่มุ่งหมายให้บริการแก่เด็ก อย่างไรก็ตาม หากเป็นเพียงทำลิงค์เชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์หรือบริการออนไลน์ที่มุ่งให้บริการแก่เด็กก็ยังไม่ถือว่าเป็นผู้ให้บริการที่มุ่งหมายให้บริการแก่เด็ก”

จากนิยามของ “เว็บไซต์ที่มุ่งให้บริการกลุ่มผู้ใช้งานที่เป็นเด็ก” (Directed toward children) นั้นมีความหมายกว้าง จึงอาจมีปัญหาวว่า เว็บไซต์บางแห่งที่มีได้มุ่งให้บริการเด็กโดยตรง แต่ก็มิได้ห้ามเด็กใช้บริการ ทำให้มีผู้ใช้งานที่เป็นเด็กอยู่ด้วย ปัญหานี้ในทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายเจ้าหน้าที่จะมุ่งเน้นตรวจสอบเว็บไซต์ที่มุ่งให้บริการแก่เด็ก สำหรับกรณีของ IG นั้น โดยเนื้อหาข้อมูลที่ปรากฏมิได้มุ่งเน้นไปที่กลุ่มเด็ก แต่เป็นการใช้งานของผู้ใช้งานทั่วไป นอกจากนี้ข้อตกลงการใช้งานยังระบุไว้ชัดเจนว่าไม่ให้บริการแก่เด็ก หากเปรียบเทียบกับกรณีของเว็บไซต์ GirlsLife.com จากลักษณะข้อเท็จจริงและพฤติกรรมการใช้งานจะเห็นได้ว่า เนื้อหาข้อมูลและบริการของเว็บไซต์เหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงกลุ่มเป้าหมายผู้ให้บริการว่าเป็นกลุ่มเด็ก

*ประเภทที่สอง* ผู้ให้บริการที่มีความรู้อย่างแท้จริง (Actual knowledge) ว่าตนได้ทำการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก กล่าวคือ แม้โดยสภาพของเว็บไซต์นั้นมีได้มุ่งหมายให้บริการกับเด็ก แต่หากมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ให้บริการนั้นทราบว่าเว็บไซต์หรือบริการของตนได้เก็บข้อมูลจากเด็ก ก็ถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ สำหรับประเด็นนี้อย่างไรจึงจะถือว่ามีรู้จริงนั้นก็จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ในกรณี IG นั้นจากข้อกำหนดการใช้งานและนโยบายจะเห็นได้ว่า IG มีหลักการชัดเจนซึ่งห้ามเด็กใช้งาน และจะลบบัญชีของเด็กออกไปหากสามารถระบุได้ว่าผู้ใช้บัญชีนั้นเป็นเด็ก ดังนั้น โดยหลักแล้ว IG จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการในขอบเขตของ COPPA ซึ่งจะเห็นว่า IG มิได้มีการกำหนดกระบวนการขออนุญาตจากผู้ปกครองไว้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นว่า หากมีผู้ใช้งานอื่นร้องเรียนมายัง IG ว่ามีเด็กใช้งานอยู่ และทาง IG ไม่ดำเนินการลบบัญชีออกไปตามเงื่อนไขของตน จะเห็นได้ว่าแม้ว่ามีผู้ร้องเรียนมา แต่ทาง IG ก็

อาจอ้างว่าไม่สามารถระบุอายุของผู้ใช้งานที่ต้องสงสัยนั้นได้ และอาจปฏิเสธว่า “ไม่มีความรู้อย่างแท้จริง” ว่าผู้ใช้งานบัญชีนั้นเป็นเด็ก แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ใช้งานระบุอายุชัดเจนว่าต่ำกว่า 13 ปี และทาง IG ไม่ดำเนินการลบบัญชีนั้น ดังนี้อาจถือได้ว่า IG “มีความรู้อย่างแท้จริง” ตามนัยแห่งกฎหมายนี้แล้ว

## วิเคราะห์ประเด็นการจำกัดเสรีภาพของเด็ก

ในสหรัฐอเมริกามีกฎหมายหลายฉบับที่คุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเด็ก และถูกศาลตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กฎหมาย กฎหมายคุ้มครองเด็กออนไลน์ (Child Online Protection Act ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า COPA) ซึ่งวางหลักควบคุมเนื้อหาข้อมูลที่มีลักษณะ “เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์” ที่มีอายุไม่เกิน 17 ปี ลักษณะลามกอนาจารหรือมีลักษณะยั่วยุความต้องการทางเพศ เมื่อปี ค.ศ. 2007 ศาลได้ตัดสินคดี American Civil Liberties Union et al. V. Alberto R. Gonzales โดยพิจารณาว่า กฎหมาย COPA ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากกระทบสิทธิและเสรีภาพในการพูด การแสดงความคิดเห็น เพราะศาลเห็นว่า ยังมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถคุ้มครองผู้เยาว์จากเนื้อหาลามกอนาจาร เช่น ซอฟต์แวร์การคัดกรองเนื้อหา (Filter software) ดังนั้นการห้ามผู้เยาว์เข้าถึงเนื้อหาข้อมูลจึงเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า การใช้เกณฑ์มาตรฐานของชุมชนร่วมสมัย (Contemporary community standard) มาพิจารณาว่าวัตถุหรือข้อมูลนั้นเป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ (บุคคลอายุต่ำกว่า 17 ปี) นั้นมีลักษณะกว้างเกินไป (Overinclusive)

สำหรับ การคุ้มครองเด็กตามกฎหมาย COPPA นี้มุ่งเน้นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก จะเห็นได้จากหลักการห้ามการเก็บข้อมูลที่บ่งระบุตัวตนของเด็กโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง เป็นต้น อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นกลไกเชิงป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กก่อนที่จะเกิดการกระทำความผิดอื่นโดยอาศัยข้อมูลดังกล่าวต่อไป แตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่น ๆ ของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กในบริบทการสื่อสารออนไลน์ ที่มุ่งเน้นการควบคุมเนื้อหาข้อมูลออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก (Federal Trade Commission, 2006) อย่างไรก็ตามมีความเห็นแย้งว่า การที่กำหนดให้เด็กต้องได้รับอนุญาตจากผู้ปกครองก่อนการสมัครใช้งานเว็บไซต์นั้น เป็นการขัดขวางกระบวนการพัฒนาการเรียนรู้และความบันเทิงของเด็ก รวมทั้งส่งผลทำให้เด็กไม่สามารถสื่อสาร ค้นคว้าข้อมูลได้อย่างทันต่อสถานการณ์และเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว (Leslie Harris, 2008, P. 23)

นอกจากนี้ นักวิชาการบางท่านเห็นว่า กฎหมาย COPPA ส่งผลกระทบในทางอ้อมเป็นการจำกัดสิทธิการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของเด็ก เนื่องจากผู้ให้บริการเว็บไซต์และสื่อออนไลน์พยายามหลีกเลี่ยงความเสี่ยงต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย COPPA รวมทั้งหลีกเลี่ยงภาระและต้นทุนในการจัดให้มีการขอความยินยอมจากผู้ปกครอง จึงอาจปฏิเสธการให้บริการต่อเด็ก โดยนัยนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิการเข้าถึงข้อมูลของเด็กโดยอ้อม อย่างไรก็ตามยังไม่มีกรณีพิพาทในประเด็นนี้

## วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการให้ความยินยอม

เงื่อนไขสำคัญตามกฎหมาย COPPA ที่ผู้ให้บริการที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนี้ต้องปฏิบัติ คือ จะต้องดำเนินการให้ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กก่อนจึงให้เด็กใช้บริการได้ โดยต้องมี การแจ้ง (Notice) ถึงการเก็บข้อมูลและรายละเอียดของการเก็บข้อมูลดังกล่าวด้วย กล่าวคือ COPPA กำหนดว่าจะต้องมี “ความยินยอมของผู้ปกครองที่พิสูจน์ความถูกต้องได้” (Verifiable parental consent) (COPPA section 1302 (9)) โดยนิยามความหมายความยินยอมดังกล่าวไว้ กว้าง ๆ สรุปได้ว่า วิธีใด ๆ ก็ตามที่ที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าผู้ปกครองของเด็กได้รับแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแล้วสำหรับตัวอย่างของวิธีการที่ถือว่าพิสูจน์ความถูกต้องได้ เช่น การพิสูจน์ยืนยันตัวตนของผู้ปกครองโดยเลขหมายบัตรอื่นที่ระบุตัวได้ เช่น เลขหมายประกันสังคม ความยินยอมทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่า แม้ว่ากฎเกณฑ์ของ FTC มิได้กำหนดว่าวิธีการใดเป็นวิธีการหลักที่ประสงค์ให้เว็บไซต์ต่าง ๆ นำมาใช้อย่างเป็นทางการเป็นมาตรฐานเดียวกัน (Janine Hiller et al., 2008, P. 417, 429) ประเด็นสำคัญของการฝ่าฝืนกฎหมาย COPPA ก็คือการที่ผู้ให้บริการไม่ได้แสดงถึงการขอความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กก่อนเก็บข้อมูลส่วนบุคคล สำหรับผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศมีความ คิดเห็นว่าการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อให้ผู้ปกครองแสดงความยินยอมก็เป็นการสร้างภาระต้นทุน แก่ผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก (David Medine, 2001)

## วิเคราะห์ประเด็นลักษณะการใช้งาน IG ของเด็กกับผู้ปกครอง

กลไกสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในระบบออนไลน์ของกฎหมาย COPPA เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะพฤติกรรมการใช้งาน IG ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ผู้เขียนจะได้จำแนก พิจารณาประเด็นปัญหา 2 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นผู้สมัครใช้งาน และโพสต์ภาพของตนลงใน IG ซึ่งอาจ จำแนกได้สองกรณีย่อยคือ

1) ผู้ปกครองยินยอมด้วยในการที่เด็กใช้งาน IG ตามกฎหมาย COPPA จะเห็นได้ว่า หาก ทางผู้ให้บริการ IG อนุญาตให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีใช้งาน และได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองแล้ว ก็ถือได้ว่าเป็นการสอดคล้องกับกฎหมาย อย่างไรก็ตาม IG ห้ามบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งเป็นการ กำหนดเงื่อนไขที่สูงกว่ากฎหมายดังกล่าว ดังนั้นความยินยอมของผู้ปกครองก็ไม่อาจส่งผลเป็นการ ยกเว้นเงื่อนไขพื้นฐานในข้อตกลงการใช้งานดังกล่าว

2) ผู้ปกครองไม่ยินยอมและพยายามยุติการใช้งาน IG ของเด็ก กรณีนี้ ทาง IG มีช่องทาง เปิดให้ผู้ปกครองร้องเรียนว่าเด็กเป็นผู้ใช้งานบัญชีนั้น ทาง IG ก็มีได้ดำเนินการต่อบัญชีนั้น สำหรับ ประเด็นที่ว่า การที่ IG มิได้ดำเนินการใด ๆ จะถือได้ว่ารู้อยู่แล้วว่ามีเด็กเป็นผู้ใช้งานตามกฎหมาย COPPA หรือไม่ ได้วิเคราะห์แล้วข้างต้น

กรณีที่ 2 ผู้ปกครองเด็ก เป็นผู้สมัครใช้งานในชื่อของเด็ก และโพสต์ข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก เช่น ภาพถ่าย วิดีทัศน์ ลงใน IG กรณีนี้เมื่อพิจารณาข้อตกลงการใช้งานจะเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าว ขัดต่อข้อตกลงที่ระบุในส่วนข้อตกลงพื้นฐาน (Basic Terms) กล่าวคือ “ผู้ใช้งานจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 13 ปี” และ “ผู้ใช้งานตกลงว่าจะต้องไม่สร้างบัญชีผู้ใช้งานสำหรับคนอื่น ๆ ที่มีชื่อตัวเอง” ดังนั้นเมื่อมีการกระทำที่ขัดต่อข้อตกลงการใช้งาน ทาง IG ก็มีสิทธิตามข้อตกลงที่จะระงับการใช้บัญชีดังกล่าวได้

## วิเคราะห์ประเด็นปัญหาอื่น ๆ ของกฎหมาย COPPA

นอกจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนพบว่าปัญหาและอุปสรรคในการปรับใช้กฎหมาย COPPA นั้น ยังมีอีกหลายประการ เช่น ประเด็น ผู้ให้บริการเว็บไซต์ขนาดเล็กเห็นว่า กฎหมาย COPPA สร้างภาระและต้นทุนให้กับผู้ให้บริการเว็บไซต์ เช่น ต้องจ้างนักกฎหมายเพื่อร่างนโยบาย สำหรับเว็บไซต์ของตนเกี่ยวกับความปลอดภัยของเด็กให้สอดคล้องกับหลักการตามกฎหมาย COPPA รวมทั้งต้องจ้างผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคเพื่อตรวจสอบการเก็บข้อมูลของเด็กในเว็บไซต์ของตนให้ สอดคล้องกับกฎหมาย (Jennifer Wolcott, 2001) รวมไปถึงการที่กฎหมาย COPPA คุ้มครองเฉพาะ เด็กอายุไม่เกิน 13 ปีนั้นอาจยังไม่เพียงพอเนื่องจากบุคคลอายุเกิน 13 ปี เช่นกลุ่มวัยรุ่น (Teenager) ก็เป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางต่อพฤติกรรมการรบกวนทางเว็บไซต์และเครือข่าย ออนไลน์ไม่น้อยไปกว่าเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี (Anita Allen, 2001, P. 751, 770) นักวิชาการบาง ท่านยังเห็นว่าการไม่ครอบคลุมอายุในช่วงกลุ่มวัยรุ่นนับเป็นจุดบกพร่องที่สำคัญของกฎหมายนี้ (Andrew Hotaling, 2008) กลุ่มวัยรุ่นมักจะไม่ตระหนักถึงผลกระทบในทางลบที่จะตามมาจากการ แลกเปลี่ยนและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนทางเว็บไซต์หรือเครือข่ายออนไลน์ต่าง ๆ (Berkman Center of Internet & Society, 2009) กลุ่มวัยรุ่นยังมีสภาพจิตใจที่เปราะบางและหวั่นไหวง่ายต่อการได้รับ ข้อมูลต่าง ๆ ทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่ส่งเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์หรือ วัตถุประสงค์อื่น (Heather Osborn Ng, 2009) ดังนั้นกลุ่มสิทธิเด็กและสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น “Academy of Pediatrics” “Children Now” “Center for Digital Democracy” เรียกร้อง ให้แก้ไขกฎหมาย COPPA ให้ครอบคลุมผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 18 ปีด้วยเนื่องจากเป็นกลุ่มที่เปราะบาง และควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน (Jane Coviello, 2008, P. 35)

## วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมาย COPPA กับกฎหมายไทย

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (COPPA) ซึ่งวางหลักคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ของเด็กโดยกำหนดหน้าที่สำหรับผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือสื่อออนไลน์ที่เก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กก่อน เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน จะพบว่า ไทยมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กหลายฉบับได้แก่

- พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มุ่งส่งเสริมการ

พัฒนาเด็กและเยาวชน แต่ไม่ได้มีหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กแต่อย่างไร

- พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ก็มีหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเด็กและเยาวชน เช่น การสอบสวนเด็กหรือเยาวชนต้องกระทำในสถานที่ที่เหมาะสมโดยไม่ปะปนกับผู้ต้องหาอื่นหรือมีบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องอยู่ในสถานที่นั้นอันมีลักษณะเป็นการประจานเด็กหรือเยาวชน ห้ามมิให้เจ้าพนักงานผู้จับกุมเด็กหรือเยาวชน หรือพนักงานสอบสวนจัดให้มีหรืออนุญาตให้มีหรือยินยอมให้มีการถ่ายภาพหรือบันทึกภาพเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิด เว้นแต่เพื่อประโยชน์ในการสอบสวน ซึ่งเป็นการคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น มิได้มุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทของข้อมูลส่วนบุคคล

- พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเด็กและเยาวชน โดยห้ามการกระทำบางประการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเด็ก เช่น ห้ามการกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก ห้ามการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก ห้ามบังคับ ชู่เชิญ ใช้อำนาจ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะนำไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

ดังนั้น แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีส่วนเกี่ยวข้องที่อาจนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเด็กในบริบทของการสื่อสารข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต แต่ไม่ได้มีหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่ผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือสื่อออนไลน์ต่าง ๆ ได้เก็บข้อมูลดังกล่าวไว้

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมาย COPPA ของสหรัฐอเมริกาซึ่งก่อกำเนิดขึ้นตั้งแต่ปี 1996 กฎหมายเฉพาะของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กดังกล่าวข้างต้น มิได้มีหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในบริบทของการใช้งานอินเทอร์เน็ตหรือสื่อออนไลน์ กล่าวคือ ไม่มีหลักการห้ามผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือสื่อออนไลน์ต่าง ๆ เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเด็กโดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครอง

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งมีขอบเขตในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเฉพาะที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐเท่านั้น (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2555, หน้า 39-51) จึงไม่อาจนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของภาคเอกชนดังเช่นผู้ให้บริการเว็บไซต์และสื่อออนไลน์ต่าง ๆ ที่เก็บข้อมูลผู้ใช้บริการทั้งบุคคลทั่วไปและเด็ก อนึ่งร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ครอบคลุมภาคเอกชนก็ยังไม่มีการบังคับเป็นกฎหมาย ดังนั้นจึงยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดมาตรการเชิงป้องกัน สำหรับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ นั้นแม้ว่า มีบางฐานความผิดที่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำโดยมิชอบต่อข้อมูล

ส่วนบุคคลในระบบคอมพิวเตอร์ เช่น การกำหนดความผิดสำหรับผู้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบ (มาตรา 7) การทำให้เสียหาย แก้อื้อ เปลี่ยนแปลง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ (มาตรา 9) แต่ก็ล้วนแต่เป็นมาตรการที่อาจนำมาปรับใช้ในขั้นตอนเมื่อเกิดการกระทำความผิดต่อข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ที่เก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นในการปกป้องคุ้มครองข้อมูล รวมทั้งไม่มีมาตรการเชิงป้องกันสำหรับการคุ้มครองข้อมูลของเด็กโดยเฉพาะแต่อย่างไร

## สรุป และข้อเสนอแนะ

กลไกสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในระบบออนไลน์ของกฎหมาย COPPA นั้นมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ร่วมกันระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ปกครอง กล่าวคือ ผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือกิจกรรมออนไลน์อื่น ๆ จะต้องได้รับความยินยอมของผู้ปกครองก่อนจึงจะเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กได้

จากการวิเคราะห์กฎหมาย COPPA กับกฎหมายไทยพบว่า ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในแง่ข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในบริบทการใช้งานอินเทอร์เน็ตและสื่อออนไลน์ กฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ยังไม่ครอบคลุมและเพียงพอในการนำมาปรับใช้คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ 2 แนวทางดังนี้ (1) เสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยเพิ่มเติมหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในบริบทของการใช้งานอินเทอร์เน็ตและสื่อออนไลน์ โดยพิจารณาจากหลักการและองค์ประกอบจากตัวแบบ (Model) ของกฎหมาย COPPA (2) เสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขร่าง พรบ. ข้อมูลส่วนบุคคลโดยเพิ่มเติมหลักกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการเว็บไซต์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานที่เป็นเด็ก โดยพิจารณาจากหลักการและองค์ประกอบจากตัวแบบ (Model) ของกฎหมาย COPPA



## รายการอ้างอิง

- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2555). *กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน* กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2555). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคม, วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาแห่งประเทศไทย, ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 พฤษภาคม 2555.*
- Andrew Hotaling. (2008). *Protecting Personally Identifiable Information on the Internet: Notice and Consent the Age of Behavioral Targeting*, 16 *Communication Law Conspectus*.
- Anita Allen. (2001). *Minor Distractions: Children, Privacy and E-Commerce*, 38 *Houston Law Review*, 751, 770.
- Berkman Center of Internet & Society, Harvard University. (2009). *Enhancing Child Safety & Online Technology*, Retrieved March 3, 2014. from, <http://cyber.law.harvard.edu/pubrelease/isttf/>
- Danielle Garber. (2001). *COPPA: Protecting Children's Personal Information on the Internet*, 10 *Journal of Law & Public Policy* 129, 154.
- David Medine. (2001). *Letter to Donald Clark*, Secretary, FTC, Retrieved March 15, 2014. from, <http://www.ftc.gov/privacy/coppa2/comments/opa.htm>
- Federal Trade Commission. (2002). *Staff Report: Protecting Children's Privacy under COPPA, A Survey on Compliance*. Retrieved Feb. 15, 2014. from, [www.ftc.gov/os/2002/04/coppasurvey.pdf](http://www.ftc.gov/os/2002/04/coppasurvey.pdf)
- Federal Trade Commission. (2007). *FTC, Implementing the Children's Online Privacy Protection Act: A Report to Congress*. Retrieved Feb. 21, 2014. from, [www.ftc.gov/reports/coppa/07/Report\\_to\\_Congress.pdf](http://www.ftc.gov/reports/coppa/07/Report_to_Congress.pdf).
- Federal Trade Commission. Press Release. (2006). *FTC, UMG Recordings, Inc. to Pay \$400,000, Bonzi Software, Inc. to Pay \$75,000 to Settle COPPA Civil Penalty Charges* Retrieved Feb 18, 2014. from, <http://www.ftc.gov/opa/2004/02/bonziung.shtm>
- Federal Trade Commission. Press Release. (2006). *FTC, Xanga.com to Pay \$1 Million for Violating Children's Online Privacy Protection Rule* Retrieved Jan. 14, 2014. from, <http://www.ftc.gov/opa/2006/09/xanga.shtm>.
- Federal Trade Commission Press Release. (2008). *FTC, Imbee.com Settles FTC Charges Social Networking Site for Kids Violated the Children's Online Privacy Protection Act; Settlement Includes \$130,000 Civil Penalty* Retrieved Jan. 22, 2014. from, <http://www.ftc.gov/opa/2008/01/imbee.shtm>.
- Federal Trade Commission. (2007). *Implementing the Children's Online Privacy Protection Act : A Report to Congress*. Retrieved March 15, 2014. from, <http://www.ftc.gov/oia/ftccoppareport.pdf>

- Federal Trade Commission. (2007). *Implementing the Children's Online Privacy Protection Act : A Report to Congress*. Retrieved Feb. 16, 2014. from, [www.ftc.gov/reports/coppa/07/Report\\_to\\_Congress.pdf](http://www.ftc.gov/reports/coppa/07/Report_to_Congress.pdf)
- Federal Trade Commission, Civil Action No. Monarch Services and Girl's Life, Civil Action No. BigMailbox -- Civ. Action 01-605-A , .Retrieved Jan. 27, 2014. from, <http://www.ftc.gov/opa/2001/04/girlslife.shtm>
- Federal Trade Commission. (2006). *How to comply with the Children's Online Privacy Protection Rule*. Retrieved Feb. 22, 2014. from, [www.ftc.gov/bcp/edu](http://www.ftc.gov/bcp/edu)
- Heather Osborn Ng. (2009). Targeting Bad Behavior: Why Federal Regulators Must Treat Online Behavioral
- Jane Coviello. (2008). *Internet Safety: Legislative Initiatives for our Protection*, New Jersey Law Magazine.
- Janine Hiller et al., (2008). *Pocket Protection*, 45 American Business Law Journal 417, 429.
- Jennifer Wolcott. (2001). *A Year Later, Kids' Privacy Rule Still Debated*, Christian Science Monitor, Apr. 18, 2001.
- Joshua Warmun. (2000). *Can COPPA Work? An Analysis of the Parental Consent Measures in the Children's Online Privacy Protection Act*, 11 Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal.
- Lauren A. Matecki. (2010). *Update: COPPA is Ineffective Legislation! Next Steps for Protecting Youth Privacy Rights in the Social Networking Era*, 5 Northwestern Journal of Law & Social Policy. 369.
- Leslie Harris. (2008). *MySpace Coming of Age for Age*, ABC NEWS ONLINE, Feb. 28, 2008, Retrieved Feb. 5, 2014. from, <http://abcnews.go.com/Technology/Story?id=4355851&page=1>.
-