



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความยินยอมและความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ชื่อผู้แต่ง: เฉลิมรัช จันทรานี

การอ้างอิงที่แนะนำ: เฉลิมรัช จันทรานี, ‘ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความยินยอมและความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562’ (2566) 52(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้สนับสนุนหลัก

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

CHANDLER MHM

ผู้สนับสนุนร่วม



DS&B DOMNERN
SOMGIAT
& BOONMA

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2162 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความยินยอม
และความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาภายใต้
พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562
Issues Concerning Interplay between Consent and
Necessity for the Performance of a Contract under
the Personal Data Protection Act B.E. 2562*

เฉลิมรัช จันทรานี

ทนายความ, บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเค็นซี จำกัด

Chalermrat Chandranee

Associate, Baker & McKenzie Ltd.

วันที่รับบทความ 23 ตุลาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 12 กุมภาพันธ์ 2566; วันที่ตอบรับบทความ 27 กุมภาพันธ์ 2566

บทคัดย่อ

ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องสามารถอ้างอิงฐานทางกฎหมายอย่างน้อยฐานใดฐานหนึ่งตามที่กำหนดไว้ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งได้แก่ฐานความยินยอมอันมีสถานะเป็น

* บทความนี้เป็นบทความทางวิชาการของผู้เขียน การวิเคราะห์และความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏขึ้นในบทความนี้เป็นเพียงความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับแนวทางในการวิเคราะห์หรือการให้ความเห็นของสำนักงานที่ผู้เขียนสังกัดอยู่.

บทหลัก และฐานทางกฎหมายอื่น ๆ อีก 6 ฐาน รวมถึงฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาอันมีสถานะเป็นบทยกเว้น โดยในการปรับใช้ฐานทางกฎหมายดังกล่าว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเริ่มต้นพิจารณาจากฐานทางกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากฐานความยินยอม ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของความยินยอมก่อนเสมอ เช่น หากกรณีมีนิติสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นการอันจำเป็นต้องกระทำเพื่อการปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวในทางภาวะวิสัย ซึ่งโดยหลักต้องไม่รวมถึงกรณีที่มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามสัญญาของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็สามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเป็นฐานในการดำเนินการดังกล่าวได้ ตัวอย่างเช่น กรณีของการให้บริการระบบสมาชิกซึ่งผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้จัดให้มีข้อตกลงและเงื่อนไขสำหรับการให้บริการดังกล่าวเป็นการเฉพาะ และกรณีของการทำสัญญาว่าจ้างนักแสดงหรือนางแบบเพื่อให้มาปรากฏตัวในสื่อที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากกรณีไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น อีกทั้งไม่มีฐานทางกฎหมายอื่นใดที่จะสามารถปรับใช้แก่กรณีได้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจมีความจำเป็นต้องขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตัวอย่างเช่น กรณีของการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพิ่มเติมจากความยินยอมที่ได้รับตามหนังสือให้สิทธิในภาพถ่ายของบุคคล และหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัย เป็นต้น โดยความยินยอมดังกล่าวจะต้องเป็นความยินยอมที่ชัดแจ้ง ซึ่งผู้ให้ความยินยอมได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นอย่างครบถ้วน อีกทั้งเป็นความยินยอมที่ให้โดยอิสระ เช่น โดยปราศจากเงื่อนไขในการให้ความยินยอมสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือไม่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการด้วย

คำสำคัญ: ข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอม สัญญา

Abstract

In order to collect, use, or disclose personal data of a data subject, the data controller shall be able to rely on at least one of the lawful bases as prescribed under the Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019), namely consent basis, which is the general principle, and other 6 lawful bases, including necessity for the performance of a contract, which are exceptions thereto. When applying the aforesaid lawful bases,



the data controller shall always consider lawful bases other than consent, which are exceptions to consent first. For instance, where there is a contractual relation between the data controller and the data subject, if such contract is valid pursuant to the applicable law, and the collection, use, or disclosure of personal data is objectively necessary for the performance of obligations under such contract, which generally shall not include the case where the provision of consent is stipulated as a contractual obligation of the data subject, the data controller shall be able to rely on the necessity for the performance of a contract basis. This includes the provision of membership or loyalty program where the data controller has provided specific terms and conditions therefor and the hire of actors or models for his or her appearance in the relevant media. However, where the aforesaid conditions are not met, and there is no other lawful basis which could be applicable, the data controller may be required to obtain consent for collection, use, or disclosure of personal data from the data subject. This includes the obtaining of consent for collection, use, or disclosure of personal data in addition to consent obtained under the Model Release form and Informed Consent Agreement form. In such event, the consent obtained shall also be explicit, informed, and freely given, such as without a condition to provide consent for collection, use, or disclosure of personal data, which is not necessary for or not relevant to the contract entering, including the provision of the service.

Keywords: personal data, consent, contract

1. บทนำ

ในโลกยุคปัจจุบันที่ธุรกิจแทบทุกอุตสาหกรรมล้วนขับเคลื่อนไปโดยอาศัยข้อมูล ปริมาณมหาศาลเป็นฐานในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ จนมีคำกล่าวที่ว่า “ข้อมูลเปรียบได้ดั่งน้ำมันชนิดใหม่” (“Data is new oil.”) ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากอาจให้ความสนใจ แต่เพียงผลลัพธ์ปลายทางของการนำข้อมูลชนิดต่าง ๆ ของผู้บริโภคมาใช้งาน จนหลงลืมที่จะให้ความสำคัญกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้บริโภค และนำไปสู่การรุกรานความเป็นส่วนตัว หรือการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคในวงกว้างทั้งโดยรู้ตัวและโดยไม่รู้ตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ด้วยสภาพของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันที่มีการดำเนินการด้วยวิธีการออนไลน์กันมากขึ้น อันนำไปสู่ปริมาณของข้อมูลที่อาจไหลเวียนเข้าสู่การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจที่มากยิ่งขึ้น โดยสภาพปัญหาเช่นนี้ สหภาพยุโรปจึงได้มีการตราข้อกำหนดทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูล (General Data Protection Regulation) (“GDPR”) ขึ้น และได้ประกาศใช้ข้อกำหนดดังกล่าว ในวารสารทางการแห่งสหภาพยุโรป (Official Journal of the European Union) ตั้งแต่วันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ. 2559

สำหรับในประเทศไทย มีความพยายามในการยกร่างกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขึ้นอยู่หลายครั้ง ตั้งแต่การออกมาตรการการปฏิรูปกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ ภายใต้นโยบายเทคโนโลยีสารสนเทศ (ไอที-2000) ที่ได้รับความเห็นชอบตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2539 ซึ่งประกอบด้วยความพยายามในการร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ จำนวน 6 ฉบับ รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล¹ จนในท้ายที่สุดก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (“PDPA”) ขึ้นภายใต้อิทธิพลสำคัญของ GDPR โดยพระราชบัญญัตินี้ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาตั้งแต่วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 และได้มีผลบังคับใช้ทั้งฉบับอย่างเต็มรูปแบบในวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2565 ที่ผ่านมา

นับตั้งแต่ PDPA ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีความพยายามอย่างต่อเนื่องทั้งโดย นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงานทางกฎหมาย ไปจนถึงหน่วยงานกำกับดูแลในการอธิบายหลักการสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการ ตลอดจนประชาชนทั่วไปได้รับทราบ อย่างไรก็ตาม ในบรรดาหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมากภายใต้ PDPA อาจกล่าวได้ว่าหนึ่งในหลักการที่เข้าใจยากและก่อให้เกิดความสับสนในหมู่ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมากที่สุด ได้แก่ บทบัญญัติ

¹ นคร เสรีรักษ์, ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ในประเทศไทย (พิมพ์ครั้งที่ 2, พายัพ 2563) 264 – 265.



ในเรื่องฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ว่าในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าครั้งใด ๆ ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซึ่งตาม PDPA เรียกว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” นั้นจะต้องสามารถอ้างอิงฐานทางกฎหมายฐานหนึ่งฐานใด ใน 7 ฐานตาม PDPA ได้ ซึ่งในระหว่างฐานทางกฎหมายทั้งเจ็ดดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าฐาน “ความยินยอม” และฐาน “ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา” เป็นฐานทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดความสับสนมากที่สุด ซึ่งส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะความแตกต่างระหว่างหลักการของความยินยอม และสัญญาที่ PDPA ได้กำหนดขึ้นใหม่ตามแนวทางของ GDPR กับข้อความคิดเกี่ยวกับความยินยอม และสัญญาที่มีปรากฏอยู่เดิมในระบบกฎหมายของประเทศไทย เช่น คำอธิบายว่าความตกลงยินยอม ในการทำข้อเสนอและคำสนองรับเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของสัญญา² ไปจนถึง การกำหนดบทนิยามตามกฎหมายบางฉบับให้ “ข้อสัญญา” หมายความว่า “ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม...”³ ดังนั้น หากมิได้ศึกษาหลักการและเหตุผลของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลให้ถี่ถ้วน ก็อาจเข้าใจผิดไปได้ว่า “ความยินยอม” และ “ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา” นั้นมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกันและกัน และสามารถใช้แทนที่กันได้ ซึ่งไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่อย่างใด

บทความนี้จะทำการสำรวจตรวจสอบข้อความคิดที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมและสัญญา ที่มีปรากฏอยู่แล้วในระบบกฎหมายไทยตั้งแต่ก่อนการมาถึงของ PDPA ตลอดจนวิเคราะห์เปรียบเทียบ ความแตกต่างระหว่างข้อความคิดดังกล่าวกับหลักการที่ PDPA ได้แนะนำขึ้นใหม่ ตลอดจนหลักการ ในเรื่องเดียวกันตามบทบัญญัติของ GDPR และแนวทางการตีความที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำไปสู่ การเสนอแนะแนวทางการตีความกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม เพื่อประโยชน์ในการนำไป ปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง และเป็นปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันในทางปฏิบัติอยู่ใน ปัจจุบันต่อไป

2. ฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

โดยที่มาตรา 19 ของ PDPA กำหนดห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หากไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะมีบทบัญญัติใด แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือกฎหมายอื่นอนุญาตให้กระทำการเช่นนั้นได้ และมาตรา 24

² หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* (เล่ม 1, ภาค 1 - 2, มนินทร์ พงศาปาน ผู้ปรับปรุงแก้ไข, พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2559) 308.

³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3.

ประกอบกับมาตรา 27 กำหนดว่าผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ แม้ว่าจะไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากการดำเนินการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 24 (1) – (6) กรณีจึงอาจสรุปได้ว่า ฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจะทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยชอบด้วย PDPA นั้นมีอยู่ทั้งสิ้น 7 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ (1) ฐานความยินยอม⁴ (2) ฐานวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการจัดทำเอกสาร ประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยหรือสถิติ⁵ (3) ฐานการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคล⁶ (4) ฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา⁷ (5) ฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁸ (6) ฐานความจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย⁹ และ (7) ฐานการปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁰

บทบัญญัติว่าด้วยฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลข้างต้นมีที่มาจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป กล่าวคือ GDPR ที่ได้ปรับปรุงและพัฒนาขึ้นมาจากคำสั่ง 95/46/EC (Directive 95/46/EC) อันเป็นกฎหมายในเรื่องเดียวกันของสหภาพยุโรปที่มีผลบังคับใช้อยู่ในอดีต ซึ่งได้กำหนดแบ่งประเภทของฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ในทำนองเดียวกัน¹¹ เนื่องจาก PDPA เป็นกฎหมายใหม่ที่ยังไม่ปรากฏแนวทางการใช้การตีความของผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ในทางปฏิบัติ ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวจำนวนมากจึงมักตีความกฎหมายดังกล่าว โดยอาศัยเทียบเคียงกับแนวทางการใช้และการตีความ GDPR และคำสั่ง (Directive) 95/46/EC ของสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากลักษณะการบัญญัติของบทบัญญัติว่าด้วยฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้ PDPA และ GDPR ตลอดจนคำสั่ง (Directive) 95/46/EC เปรียบเทียบกัน จะเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญประการหนึ่ง กล่าวคือ GDPR และคำสั่ง

⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 ประกอบมาตรา 24 และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง.

⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (1).

⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (2).

⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (3).

⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (4).

⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (5).

¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (6).

¹¹ General Data Protection Regulation Article 6 (1) (a) – (f).



(Directive) 95/46/EC ของสหภาพยุโรปนั้นจะกำหนดลักษณะของฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ทั้ง 6 ประเภทไว้ในลักษณะที่เท่าเทียมกัน โดยกำหนดไว้เป็นอนุมาตราย่อยในบทบัญญัติมาตราหนึ่ง ในทำนองเดียวกัน และการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจได้รับการรับรองให้มีผลเป็นการอันชอบด้วยกฎหมายได้โดยอาศัยฐานทางกฎหมายอย่างน้อยฐานใดฐานหนึ่ง จากจำนวน 6 ฐานดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องให้ความสำคัญกับฐานทางกฎหมายฐานหนึ่งฐานใด เป็นพิเศษ¹² แม้ฐานการประมวลผลอื่น ๆ ตามกฎหมายของสหภาพยุโรปจะมีขอบเขตการปรับใช้ ที่แคบกว่าฐานความยินยอมก็ตาม¹³ อย่างไรก็ตาม PDPA กลับกำหนดไว้เป็นหลักการทั่วไปในมาตรา 19 ว่าผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และกำหนดสำหรับหลักการดังกล่าวอีกครั้งในมาตรา 24 ส่วนต้น และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง โดยฐานการประมวลผลอื่น ๆ ปรากฏอยู่ในฐานะข้อยกเว้นของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 24 (1) – (6) เท่านั้น กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงของ กิจกรรมการประมวลผลในแต่ละกรณีต้องด้วยองค์ประกอบตามมาตรา 24 (1) – (6) อันมีลักษณะ เป็นการขมวดข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกัน กล่าวคือ เป็นเรื่องการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลเช่นเดียวกัน ให้มีลักษณะที่แคบลงภายในขอบเขตอันจำกัด เช่น เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา หรือมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย บางประการ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็สามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ในกรณีนั้น ๆ ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นการกำหนดผลทางกฎหมายที่ตรงกันข้ามกับบทบัญญัติมาตรา 19 มาตรา 24 ส่วนต้น และ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างฐานความยินยอมและฐาน การประมวลผลอื่นตาม PDPA มีสถานะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบทหลัก (*jus commune*) และ บทยกเว้น (*jus singulare*)¹⁴

เมื่อบทบัญญัติในเรื่องฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภอื่นนอกเหนือจาก ความยินยอมมีสถานะเป็นเพียงข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้น โดยหลักการใช้และการตีความกฎหมาย โดยทั่วไป ประการแรก ในแง่ของลำดับการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจากบทยกเว้นมีลักษณะเป็น การกำหนดผลทางกฎหมายที่ตรงกันข้ามกับบทหลักสำหรับกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจง

¹² Directive 95/46/EC Article 7 (a) – (f) และ General Data Protection Regulation Article 6 (1) (a) – (f).

¹³ Article 29 Data Protection Working Party, ‘Opinion 15/2011 on the definition of consent’ (2011) 7.

¹⁴ ดู สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 20, วิญญูชน 2557) 130.

บทยกเว้นจึงควรต้องมาก่อนบทหลัก¹⁵ กล่าวคือ ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลควรพิจารณาฐานทางกฎหมายอื่นนอกเหนือจากความยินยอมตามมาตรา 24 (1) – (6) ก่อนฐานความยินยอม หากฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ไม่สามารถปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงในกรณี นั้น ๆ ได้ จึงค่อยอาศัยฐานความยินยอมเป็นฐานทางกฎหมายสุดท้ายสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว¹⁶ ประการที่สอง ในแง่ของการตีความกฎหมาย บทบัญญัติที่มีลักษณะ เป็นข้อยกเว้นย่อมสมควรได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดเพื่อให้มีผลเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้เท่านั้น โดยไม่อาจขยายความออกไปหรือนำไปใช้โดยเทียบเคียงแก่กรณีใดได้¹⁷ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ข้อยกเว้น ดังกล่าวกลายเป็นหลักการทั่วไปในท้ายที่สุด อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าหลักการใช้และการตีความ กฎหมายข้างต้นเป็นเพียงหลักการทั่วไปเท่านั้น ในการใช้และการตีความกฎหมายเฉพาะแต่ละเรื่อง ยังอาจต้องพิจารณาถึงเหตุผลหรือเจตนารมณ์เฉพาะของกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย¹⁸ ดังนั้น การใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นโดยอาศัยแนวทางที่แตกต่างไปจากนี้จึงสามารถ เป็นไปได้เช่นเดียวกัน

อนึ่ง ในประเด็นนี้มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมด้วยว่า แม้ฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูล ส่วนบุคคลทั้ง 7 ประเภทย่อมส่งผลให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายได้ในทำนองเดียวกัน แต่ฐานความยินยอมและฐานทางกฎหมาย อื่น ๆ ก็อาจมีขอบเขตในการตีความที่แตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น นอกจากนี้ การอ้างอิง ฐานทางกฎหมายที่ต่างกันยังอาจส่งผลถึงการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ต่างกัน อีกด้วย เช่น ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยฐานความยินยอม ฐานทางกฎหมายดังกล่าว ย่อมสิ้นสุดลงได้เสมอหากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใช้สิทธิถอนความยินยอม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า

¹⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากโดยทั่วไปบทยกเว้น (*jus singulare*) ย่อมมีลักษณะเป็นบทพิเศษ (*jus speciale*) และบทหลัก (*jus commune*) ก็ย่อมมีลักษณะเป็นบททั่วไป (*jus generale*) อยู่ในตัว จึงย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าบทพิเศษย่อมมาก่อน บททั่วไป (*Lex specialis derogat legi generali*) ในทำนองเดียวกันกับกรณีของหลักการทำนิติกรรมโดยได้รับความยินยอม จากผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 21 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นบทหลัก (*jus commune*) ซึ่งหากปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นสามารถปรับเข้ากับบทยกเว้น (*jus singulare*) ตามมาตรา 22 - 25 ของประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ได้ เช่น เป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำไปเพื่อจะได้มาซึ่งสิทธิ หรือเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่ หรือเป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์ ต้องทำเองเฉพาะตัว กรณีที่ต้องปรับใช้บทยกเว้นดังกล่าวก่อนเสมอ อันจะส่งผลให้นิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้กระทำการไม่เป็นโมฆียะ ไม่ว่าจะได้รับ ความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือไม่ก็ตาม

¹⁶ คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, ‘แนวทางการดำเนินการในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562’ 2 – 3.

¹⁷ สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 14) 130 – 131.

¹⁸ เพิ่งอ้าง.

เป็นกรณีเดียวที่ฐานทางกฎหมายตาม PDPA สามารถสิ้นสุดลงได้โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงองค์ประกอบอื่น ๆ อันแตกต่างไปจากการสิ้นไปของฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงภายนอกเป็นสำคัญทั้งสิ้น

3. ความยินยอมตามระบบกฎหมายไทย

3.1 ความยินยอมก่อนการมาถึงของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ก่อนการประกาศใช้ PDPA ในปี พ.ศ. 2562 ข้อความคิดเกี่ยวกับความยินยอมมีปรากฏอยู่บ้างแล้วในระบบกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นการให้ความยินยอมต่อการทำนิติกรรม เช่น หลักการเรื่องความยินยอมในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนการให้ความยินยอมต่อการอื่นที่มีใช้ในนิติกรรม เช่น หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*) ความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขหรือการบำบัดรักษาตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพ ซึ่งความยินยอมแต่ละประเภทดังกล่าวอาจมีลักษณะและเงื่อนไขทั้งที่เหมือนและแตกต่างจากความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากเจตนารมณ์ที่ต่างกันของกฎหมายในแต่ละเรื่อง

ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด มีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า ความยินยอมแต่ละประเภทดังกล่าวข้างต้นล้วนแล้วแต่เป็นความยินยอมที่ขึ้นอยู่กับเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ให้ความยินยอมเป็นสำคัญ โดยที่เจตนาหรือการแสดงออกใด ๆ ของผู้ที่ถือเอาประโยชน์จากความยินยอมนั้นย่อมไม่ใช่สาระสำคัญแต่อย่างใด เช่น การให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ซึ่งย่อมเป็นอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวของผู้แทนโดยชอบธรรมอันไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้เยาว์หรือคู่กรณีในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ หรือความยินยอมตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*) ซึ่งก็ย่อมถือเอาเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ถูกระทำเป็นสำคัญเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดหน้าที่ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความยินยอมเช่นนั้น มีผลสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย เช่น การที่พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 กำหนดให้บุคลากรที่เกี่ยวข้องต้องแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับบริการหรือผู้ป่วยทราบก่อนการให้บริการสาธารณสุขหรือก่อนดำเนินการบำบัดรักษาอยู่เสมอ อันเป็นนัยว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องที่จะต้องแสดงเจตนาขอความยินยอมจากผู้รับบริการหรือผู้ป่วย และฝ่ายผู้รับบริการหรือผู้ป่วยก็มีสิทธิที่จะแสดงเจตนาให้ความยินยอมตามที่มีการร้องขอได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ป่วยเข้ารับการบำบัดรักษาในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานบำบัดรักษา ซึ่งกฎหมาย

กำหนดว่าความยินยอมในกรณีดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ¹⁹ สถานพยาบาลหรือสถานบำบัดรักษาดังกล่าวจึงอาจจัดเตรียมหนังสือขอความยินยอมจากผู้ป่วย ในการเข้ารับการรักษาไว้ล่วงหน้า กรณีจึงอาจพิจารณาได้ว่าการแสดงเจตนาขอความยินยอม โดยฝ่ายสถานพยาบาลหรือสถานบำบัดรักษาฝ่ายหนึ่ง และการแสดงเจตนาให้ความยินยอม โดยฝ่ายผู้ป่วยอีกฝ่ายหนึ่ง หรือในบางกรณี อาจเป็นผู้ที่จะถือเอาประโยชน์จากความยินยอม นั้นเอง ที่เลือกที่จะดำเนินการบางอย่างโดยสมัครใจเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจากผู้ให้ความยินยอม เช่น การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้จัดให้มีข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ดังนั้น แม้โดยทั่วไปความยินยอม ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ให้ความยินยอมเป็นสำคัญ แต่กรณีก็อาจมีการแสดงเจตนา ของคู่กรณีฝ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยได้ ความยินยอมดังกล่าวจึงอาจเกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นความตกลง สองฝ่ายได้เช่นกัน

3.2 ความยินยอมในบริบทของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยหลักแล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล จะสามารถกระทำการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามมาตรา 19 ของ PDPA อันมีที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 6 (1) (a) และมาตรา 7 ของ GDPR อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก PDPA มิได้กำหนดบทนิยามของ “ความยินยอม” ไว้ดังเช่นมาตรา 4 (11) ของ GDPR ซึ่งปรากฏการกำหนดว่าความยินยอมต้องมีลักษณะสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง เป็นความยินยอมที่ให้โดยอิสระ (freely given) ประการที่สอง เป็นความยินยอม ที่เฉพาะเจาะจง (specific) ประการที่สาม เป็นความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอมได้รับทราบข้อมูลที่ จำเป็นอย่างครบถ้วน (informed) และประการที่สี่ เป็นความยินยอมที่ไม่คลุมเครือ (unambiguous)²⁰ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 19 ของ PDPA ก็มีได้กำหนดว่าการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูล ส่วนบุคคลนั้นต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง (for one

¹⁹ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 21 วรรคสอง.

²⁰ General Data Protection Regulation, Article 4 (11) “‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her”.



or more specific purposes) ดังเช่นมาตรา 6 (1) (a) ของ GDPR กรณีจึงอาจสรุปได้ว่าลักษณะของความยินยอมตาม PDPA นั้นมีความแตกต่างไปจากความยินยอมตาม GDPR อยู่ กล่าวคือ ความยินยอมตาม PDPA นั้นมีลักษณะหรือองค์ประกอบเพียง 3 ประการตามที่ระบุในมาตรา 19 เท่านั้น ได้แก่ ประการที่หนึ่ง เป็นความยินยอมที่ให้โดยชัดแจ้ง²¹ ประการที่สอง เป็นความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอมได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นอย่างครบถ้วน²² และประการที่สาม เป็นความยินยอมที่ให้โดยอิสระ²³ โดยไม่รวมถึงการมีลักษณะเป็นความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจาก PDPA ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 4 (11) และมาตรา 6 (1) (a) ของ GDPR ดังที่อธิบายข้างต้น²⁴ ทั้งนี้ ความยินยอมที่ขาดไปซึ่งลักษณะประการหนึ่งประการใดใน 3 ประการดังกล่าวนี้ย่อมเป็นความยินยอมที่ไม่มีผลผูกพันเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และไม่ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ตามกฎหมาย²⁵ โดยหากพิจารณาเทียบเคียงจาก GDPR อาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบทั้ง 3 ประการข้างต้นมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1 ความยินยอมที่ชัดแจ้ง

มาตรา 19 วรรคสอง ของ PDPA กำหนดว่า “การขอความยินยอมต้องทำโดยชัดแจ้ง เป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้” อันเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับความยินยอมในทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 (11) ของ

²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 วรรคสอง.

²² พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 วรรคสาม.

²³ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 วรรคสี่.

²⁴ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาตามแนวปฏิบัติ 05/2020 ของคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของยุโรป ว่าด้วยความยินยอมตามข้อกำหนด 2016/679 (Guidelines 05/2020 of the European Data Protection Board on consent under Regulation 2016/679) จะเห็นได้ว่าหลักความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง (specific consent) ตาม GDPR มีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) เป็นการให้ความยินยอมเพื่อวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจง (specific) (2) เป็นความยินยอมที่แยกเป็นส่วน ๆ (granular) และ (3) มีการแยกส่วนข้อความในการขอความยินยอมออกจากเรื่องอื่น ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของ PDPA จะเห็นได้ว่า มีหลักการที่คล้ายคลึงกันเฉพาะในเรื่องการแยกส่วนข้อความในการขอความยินยอมออกจากเรื่องอื่น ๆ ตามที่ปรากฏในมาตรา 19 วรรคสาม เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประกอบกับแนวทางการดำเนินการในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมีการกำหนดว่า “การขอความยินยอมต้องระบุวัตถุประสงค์ในการให้ความยินยอมอย่างเฉพาะเจาะจง (specific) ไม่ใช่ระบุวัตถุประสงค์อย่างกว้าง ๆ เป็นการทั่วไป” และ “ห้ามมิให้ระบุวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหลายประเภทหรือหลายเรื่องหรือเป็นการทั่วไปมารวมอยู่ในการขอความยินยอมเพียงครั้งเดียว” ด้วย ก็อาจกล่าวได้ว่าการขอความยินยอมตาม PDPA นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจง (specific consent) เช่นเดียวกัน เพียงแต่หลักการดังกล่าวไม่ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในตัวของ PDPA เท่านั้น

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 วรรคเจ็ด.

GDPR ที่กำหนดว่าการให้ความยินยอมต้องกระทำ “โดยการประกาศหรือโดยการกระทำอันเป็นการยืนยันอย่างชัดเจน” (by a statement or by a clear affirmative action) ภายใต้อิทธิพลของการขอหรือการให้ความยินยอมจึงต้องกระทำผ่านการประกาศที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรวมถึงวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์²⁶ หรือการประกาศโดยวาจา อันรวมถึงการทำเครื่องหมายในกล่อง (ticking a box) การเลือกการตั้งค่าทางเทคนิค ตลอดจนการประกาศหรือการกระทำอย่างอื่นซึ่งบ่งชี้ถึงเจตนาของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างชัดเจน²⁷ เช่น การเลื่อนบาร์บนหน้าจอ (swiping a bar on a screen) การโบกมือหน้ากล้องอัจฉริยะ (smart camera) และการหมุนโทรศัพท์ตามเข็มนาฬิกา トラバタ (trabata) ที่การกระทำดังกล่าวสามารถสื่อถึงความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้²⁸ แต่ไม่รวมถึงการนิ่งเงียบ (silence) หรือนิ่งเฉย (inactivity) และการทำเครื่องหมายในกล่องไว้ล่วงหน้าโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (pre-ticked boxes)²⁹ ด้วยเหตุนี้ เงื่อนไขในส่วนนี้ของความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจึงมีความแตกต่างอย่างชัดเจนจากความยินยอมก่อนการมาถึงของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ความยินยอมในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ และความยินยอมตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*) ซึ่งอาจเป็นเพียงความยินยอมโดยปริยาย เช่น การแสดงอาการรับรู้การทำนิติกรรมของผู้เยาว์โดยไม่คัดค้าน³⁰ หรือการนิ่งไม่ขัดขวางก็ได้³¹

3.2.2 ความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอมได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นอย่างครบถ้วน

มาตรา 19 วรรคสาม ของ PDPA กำหนดว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย

²⁶ มีข้อสังเกตว่า Recital 32 ของ GDPR กล่าวถึงวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (electronic means) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการประกาศที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยใช้คำว่า “ซึ่งรวมถึง” (including) ในการอธิบาย อันเป็นการสอดคล้องกับลักษณะของการให้ความยินยอมโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งย่อมมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรโดยสภาพ อย่างไรก็ตาม มาตรา 19 ของ PDPA กลับระบุถึงวิธีการขอความยินยอม กล่าวคือ การทำเป็นหนังสือ และการทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในระนาบเดียวกัน โดยใช้คำสันธานเชื่อมว่า “หรือ” อันเป็นการสื่อว่าวิธีการขอความยินยอมทั้งสองวิธีดังกล่าวเป็นวิธีการต่างประเภทกัน ซึ่งไม่น่าจะสอดคล้องกับเหตุผลของเรื่องในประเด็นนี้

²⁷ General Data Protection Regulation, Recital 32.

²⁸ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 of the European Data Protection Board on Consent under Regulation 2016/679 (EDPB, 2020) 19.

²⁹ General Data Protection Regulation, Recital 32.

³⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2556) 67 – 70.

³¹ สุพัชรินทร์ อัครวิธานนท์, ‘พัฒนาการของหลักกฎหมาย Volenti non fit iniuria : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551) 101 – 108.



ข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย...” อันเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับความยินยอมที่สอดคล้องกันกับบทบัญญัติของ GDPR กล่าวคือ มาตรา 4 (11) ที่กำหนดว่าความยินยมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ไว้โดยได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นอย่างครบถ้วน (informed)³² ซึ่งอย่างน้อยควรรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับตัวตนของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (identity of the controller) วัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล³³ และสิทธิในการถอนความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล³⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจให้หรือไม่ให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล³⁵ อันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขของความยินยอมตามกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่ก่อนการมาถึงของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น หลักการแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับบริการหรือผู้ป่วยได้รับทราบก่อนเสมอตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพ³⁶ และหลักความยินยอมที่ได้มาโดยบริสุทธิ์ตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*)³⁷ และความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา³⁸

เพื่อประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลในการได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นดังกล่าวข้างต้นอย่างครบถ้วน แม้มาตรา 19 วรรคสาม ของ PDPA จะมีได้กำหนดรูปแบบหรือวิธีการที่ตายตัวในการให้ข้อมูลดังกล่าวไว้ แต่ก็ได้ระบุเป็นข้อกำหนดขั้นต่ำไว้ว่า “...การขอความยินยมนั้นต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน มีแบบหรือข้อความที่เข้าถึงได้ง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่าย และ

³² มีข้อสังเกตว่า ข้อมูลที่ PDPA กำหนดโดยตรงให้ต้องแจ้งแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในขณะขอความยินยมนั้นมีเพียงวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น ในขณะที่ตาม GDPR นอกจากวัตถุประสงค์ของการประมวลผลแล้ว ข้อมูลที่ต้องแจ้งอย่างน้อยต้องรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับตัวตนของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และสิทธิในการถอนความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย อย่างไรก็ตาม ตามแนวทางการดำเนินการในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้กำหนดว่า ในการขอความยินยอม ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึง (1) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (2) วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมเพื่อนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้หรือเปิดเผย (3) รายละเอียดประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะมีการเก็บรวบรวม และ (4) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการถอนความยินยอม และรายละเอียดว่าจะกระทำได้อย่างไรได้โดยวิธีใด อย่างไร อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับที่กำหนดไว้ตาม GDPR แต่เป็นการกำหนดที่เพิ่มเติมไปจากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ตามตัวบทของ PDPA

³³ General Data Protection Regulation, Recital 42.

³⁴ General Data Protection Regulation, Article 7 (3).

³⁵ European Data Protection Board (เชิงอรรถ 28) 15.

³⁶ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง.

³⁷ สุพัชรินทร์ อัครวิชานนท์ (เชิงอรรถ 31) 101 – 108.

³⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10, เนติบัณฑิตยสภา 2551)

ไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว...” อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 7 (2) ของ GDPR ซึ่งระบุว่าหากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลให้ความยินยอมในบริบทของการประกาศที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องอื่นด้วย “การขอความยินยอมต้องได้รับการนำเสนอด้วยวิธีที่สามารถแยกออกจากเรื่องอื่นได้อย่างชัดเจน ในรูปแบบที่เข้าใจและเข้าถึงได้ง่าย โดยใช้ภาษาที่ชัดเจนและเรียบง่าย” ซึ่งหมายความว่าข้อมูลดังกล่าวจะถูกแอบซ่อนไว้ในข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของการให้บริการไม่ได้³⁹

3.2.3 ความยินยอมที่ให้โดยอิสระ

มาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA กำหนดว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม...” อันเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับความยินยอมที่สอดคล้องกันกับมาตรา 4 (11) ของ GDPR ที่กำหนดว่าความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ไว้โดยอิสระ (freely given) กล่าวคือ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความเลือกอย่างแท้จริงหรือโดยอิสระในการที่จะให้หรือไม่ให้ความยินยอม หรือถอนความยินยอมดังกล่าวโดยไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ⁴⁰ ดังนั้น หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจน หรือหากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมที่แตกต่างหากสำหรับกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างจากกัน หรือหากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ขึ้นอยู่กับการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ถึงแม้ว่าความยินยอมดังกล่าวจะไม่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีที่อาจมีปัญหาได้ว่าความยินยอมที่ได้รับมานั้นไม่ใช่ความยินยอมที่ได้มาโดยอิสระ⁴¹ และอาจส่งผลให้ความยินยอมดังกล่าวไม่สามารถใช้อาศัยเป็นฐานทางกฎหมายของการประมวลผลส่วนบุคคลได้ อันมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับหลักการที่ว่าความยินยอมนั้นต้องได้มาโดยบริสุทธิ์ ปราศจากกลฉ้อฉล หลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด ตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*) แต่เป็นที่พึงสังเกตว่าหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระตาม PDPA นี้มีขอบเขตที่กว้างขวางและครอบคลุมข้อเท็จจริงในหลายกรณีกว่ากรณีตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*volenti non fit iniuria*) เป็นอย่างมาก กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีองค์ประกอบหรือบริบทใด ๆ อันอาจส่งผลต่อความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลผู้ให้ความยินยอมแม้เพียง

³⁹ European Data Protection Board (เชิงอรรถ 28) 16.

⁴⁰ General Data Protection Regulation, Recital 42.

⁴¹ General Data Protection Regulation, Recital 43.



เล็กน้อย แม้องค์ประกอบดังกล่าวจะไม่ถึงกับเป็นการทำกลฉ้อฉล การหลอกลวง การข่มขู่ หรือ การสำคัญผิด กรณีก็อาจถือได้ว่าส่งผลต่อความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว

ในประเด็นเรื่องความยินยอมที่ให้โดยอิสระนี้ ทั้ง PDPA และ GDPR ได้ระบุถึงกรณีหนึ่ง ซึ่งอาจส่งผลต่อความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอมไว้ในตัวบทอย่างชัดเจน โดยตอนท้ายของมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA ระบุว่า “...ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการ ใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มี ความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ” ส่วนมาตรา 7 (4) ของ GDPR ระบุว่า ในการวินิจฉัยว่าความยินยอมได้ให้ไว้โดยอิสระหรือไม่ ให้คำนึงอย่างที่สุดด้วยว่า การปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการ มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมต่อการประมวลผล ข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งไม่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ แม้กรณีดังกล่าวจะมีใช้กรณีเดียวที่อาจ ส่งผลต่อความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม แต่การบัญญัติเฉพาะถึง กรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในตัวบทก็แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีความ ประสงค์จะแยกฐานทางกฎหมายทั้ง 2 ประเภท กล่าวคือ ฐานความยินยอมและฐานสัญญา ออกจากกัน⁴² ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงไม่อาจกำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งโดยหลักต้องอาศัยความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ตามสัญญา ของตน เพียงเพื่อที่จะอาศัยสัญญาดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายแทนที่ความยินยอมของเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคลได้

ในทำนองเดียวกับกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอมตาม PDPA เองก็อาจเกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นความตกลงสองฝ่ายได้เช่นเดียวกัน โดยจะ เห็นได้อย่างชัดเจนจากถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 19 ของ PDPA ซึ่งระบุถึงทั้ง “การขอ ความยินยอม” โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลฝ่ายหนึ่ง และ “การให้ความยินยอม” โดยเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย การแสดงเจตนา ขอความยินยอมและให้ความยินยอมดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญา ตามกฎหมายแล้ว ตามที่จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดต่อไปในส่วนที่ 4.1 กรณีจึงอาจก่อให้เกิดปัญหา ที่ต้องพิจารณาว่า ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะสามารถอาศัยความยินยอมที่เกิดขึ้นในรูป ของความตกลงสองฝ่าย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ “สัญญาให้ความยินยอม” ดังกล่าวเป็นฐาน ทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยอ้างว่ากรณีมีความจำเป็น ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่

⁴² European Data Protection Board (เชิงอรรถ 28) 10.

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้อธิบายไปในตอนต้นแล้วว่า ความยินยอมและความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตาม PDPA นั้นมีลักษณะเป็นฐานทางกฎหมายที่แตกต่างหากจากกัน ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างข้อสัญญาให้ความยินยอม ไม่ว่าทั้งที่เป็นความตกลงแตกต่างหาก หรือที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักว่าเป็นความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 19 ของ PDPA และอาศัยข้อสัญญาให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ เว้นแต่ในกรณีที่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวมีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญา รวมถึงการให้บริการ ตามที่จะได้กล่าวถึงต่อไปในส่วนที่ 5.

4. ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจสามารถดำเนินการดังกล่าวได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากกรณีเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญา ทั้งนี้ ตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA อันมีที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 6 (1) (b) ของ GDPR⁴³ ซึ่งหากพิจารณาเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ตาม GDPR ในการอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว จะต้องปรากฏว่ามืองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ การมีอยู่ของสัญญาตามกฎหมายลักษณะสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญาตามกฎหมายลักษณะสัญญา และความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาในทางภาวะวิสัย⁴⁴

4.1 การมีอยู่ของสัญญาตามกฎหมายลักษณะสัญญา

เนื่องจาก PDPA ไม่ได้กำหนดนิยามของ “สัญญา” ไว้เป็นการเฉพาะ โดยปรากฏเพียงถ้อยคำซึ่งระบุว่าสัญญานั้นหมายความว่าความรวมถึง “การให้บริการใด ๆ” ด้วยเท่านั้น⁴⁵ แตกต่างจากในเรื่องของ

⁴³ General Data Protection Regulation, Article 6 (1) (b) “processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract”.

⁴⁴ European Data Protection Board, Guidelines 2/2019 of the European Data Protection Board on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects (EDPB, 2019) 9.

⁴⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 วรรคสี่.



ความยินยอม ที่มีการกำหนดเงื่อนไขในบริบทของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะเจาะจง การพิจารณาความหมายของข้อความคิดว่าด้วยสัญญาตาม PDPA จึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติบทนิยามของ “สัญญา” ไว้โดยชัดแจ้ง มีแต่เพียงความหมายของ “นิติกรรม” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 149 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในภาพรวม โดยเฉพาะในหมวดว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญาตามมาตรา 354 ถึงมาตรา 368 ก็เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า “สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์”⁴⁶ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทย จึงต้องพิจารณาถึงความถูกต้องตรงกันของคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาซึ่งมุ่งต่อการก่อผลทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสำคัญ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าสัญญาดังกล่าวจะมีการกำหนดเรื่องค่าตอบแทนหรือไม่ เพียงแต่มีประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาก็เพียงพอแล้ว⁴⁷ โดยนัยนี้ การแสดงเจตนาขอและให้ความยินยอมระหว่างผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ การที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่งตามกฎหมายไทยได้เช่นกัน เพียงแต่สัญญาให้ความยินยอมดังกล่าวนั้น ไม่ว่าจะทำขึ้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งหรือแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ก็ย่อมไม่อาจถือเป็นสัญญาตามความหมายของตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA ได้ โดยผลของหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระตามมาตรา 19 วรรคสี่ ที่ได้แยกความยินยอมและความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาออกจากกัน ครอบคลุมทั้งที่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วสัญญาที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะอาศัยเป็นฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 (3) ได้นั้น จะต้องมิประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่นอกเหนือไปจากเพื่อขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย มิฉะนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจไม่สามารถอาศัยสัญญาดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายตาม PDPA ได้

⁴⁶ ศันสน์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิทยุชน 2557) 285.

⁴⁷ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช (เชิงอรรถ 2) 308 – 311.

4.2 ความสมบูรณ์ของสัญญาตามกฎหมายลักษณะสัญญา

ตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญาของประเทศไทย สัญญาใดแม้เกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริง สัญญาดังกล่าวก็อาจไม่สามารถก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ หากว่ากฎหมายไม่รับรองให้สัญญาดังกล่าวมีผล อันเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของนิติกรรมซึ่งโดยทั่วไปมีอยู่ 2 กรณีด้วยกัน ได้แก่ กรณีของนิติกรรมที่เป็นโมฆะ และกรณีของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ⁴⁸ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสำหรับกรณีของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น กฎหมายกำหนดให้ถือว่านิติกรรมดังกล่าวมีผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกกล่าว โดยจะตกเป็นโมฆะและเสียเปล่าไปก็ต่อเมื่อมีการบอกกล่าวโดยผู้มีสิทธิบอกกล่าวตามกฎหมายเท่านั้น⁴⁹ เมื่อพิจารณาในแง่มุมของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จึงย่อมมีเพียงสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเท่านั้นที่ไม่สามารถอ้างอิงอาศัยเป็นฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ ส่วนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั้น ย่อมสามารถใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ตามปกติ ตราบเท่าที่สัญญาดังกล่าวยังมิได้ถูกบอกกล่าวตามเงื่อนไขของกฎหมาย

4.3 ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาในทางภาวะวิสัย

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญา และสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะสามารถอาศัยสัญญาดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ก็ต่อเมื่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนั้นเป็นการจำเป็นอย่างแท้จริงในอันที่จะปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหนึ่ง ๆ ได้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญาที่เกี่ยวข้องได้เลย

ความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนี้ หมายความว่าความจำเป็นจากมุมมองในทางภาวะวิสัย (objective) ของสัญญาเรื่องหนึ่ง ๆ เท่านั้น แต่ไม่หมายรวมถึงความจำเป็นในทางอัตวิสัย (subjective) จากมุมมองของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ แม้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะได้กำหนดหน้าที่บางประการของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้

⁴⁸ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 46) 155 – 157.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176.

เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องยอมรับไว้เป็นการล่วงหน้า การปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เฉพาะเจาะจงดังกล่าวก็อาจไม่ถือว่าเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าเป็นการจำเป็นเพื่อปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA ดังเช่นกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจกำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาล่วงหน้าว่า เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ในการให้ความยินยอมต่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองต่อผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งที่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องหรือจำเป็นต่อการปฏิบัติตามหน้าที่หลักตามสัญญาระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลแต่อย่างใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงไม่อาจอาศัยข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นเองฝ่ายเดียวดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการอาศัยกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องบนฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาได้ ด้วยเหตุนี้ในการวินิจฉัยว่ากรณีใดมีความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA หรือไม่ จึงจำต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัยเป็นรายกรณีไปว่า รากฐาน (rationale) ของสัญญานั้น ๆ กล่าวคือ สารสำคัญ (substance) และวัตถุประสงค์มูลฐาน (fundamental objective) ของสัญญาดังกล่าวนั้นคืออะไร โดยเฉพาะในกรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญาย่อย ๆ เป็นจำนวนมากในสัญญาหนึ่ง ๆ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งข้อสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องและไม่ได้มีความเกี่ยวข้อง กับรากฐานของสัญญานั้น ๆ เลย⁵⁰

ในกรณีของเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายและพาณิชย์ ซึ่งมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาแต่ละประเภทไว้อย่างชัดเจนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย⁵¹ เช่น ในสัญญาซื้อขาย ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สิน รวมถึงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย⁵² หรือในสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าย่อมมีหน้าที่จัดให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าก็ย่อมมี

⁵⁰ European Data Protection Regulation (เชิงอรรถ 44) 9.

⁵¹ ในกรณีของการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาตามที่มีการกำหนดไว้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ มีข้อสังเกตว่า นอกจากการอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA แล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังอาจอาศัยฐานการปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 24 (6) ของ PDPA ได้ในบางกรณีอีกด้วย กล่าวคือ กรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเนื่องจากมาตรา 24 (6) ของ PDPA ระบุถึงการปฏิบัติตามกฎหมาย “ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล อันแตกต่างจากมาตรา 24 (3) ซึ่งระบุถึงความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่าจะต้องเป็นหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล.

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453.

หน้าที่ชำระค่าเช่าเพื่อการนั้นให้แก่ผู้ให้เช่า⁵³ หากการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลใด โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เป็นไปเพื่อให้คู่สัญญาไม่ว่าฝ่ายใด ๆ สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้ กรณีย่อมไม่เป็นที่สงสัยว่าการดำเนินการดังกล่าว ย่อมเป็นการอันจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญานั้น ๆ เนื่องจากหน้าที่ตามสัญญาตามที่กำหนดไว้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมมีลักษณะเป็นรากฐาน (rationale) ของสัญญานั้น ๆ อย่างปฏิเสธไม่ได้ เช่น ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสั่งซื้อสินค้าจากร้านค้าออนไลน์ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล โดยเลือกชำระราคาสินค้าผ่านบัตรเครดิต ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องประมวลผลข้อมูลบัตรเครดิตและข้อมูลที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อวัตถุประสงค์ในการชำระราคาสินค้าและการจัดส่งสินค้าตามสัญญา⁵⁴ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายที่ทั้งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กรณีไม่ได้หมายความว่าสำหรับเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หากไม่ใช่หน้าที่โดยตรงตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว กรณีจะไม่มีมีความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว เช่น แม้บทบัญญัติว่าด้วยสัญญาซื้อขายจะไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ขายต้องให้การรับประกันสำหรับสินค้าที่มีการซื้อขาย หากการเก็บรักษาข้อมูลบางประเภทไว้ภายในระยะเวลาอันมีกำหนดนั้นเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามข้อสัญญาเกี่ยวกับการรับประกันดังกล่าว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ย่อมสามารถดำเนินการดังกล่าวโดยอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาได้เช่นกัน⁵⁵

อย่างไรก็ตาม สำหรับสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือจากเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคู่สัญญา มีการตกลงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันเองตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ตลอดจนข้อสัญญากำหนดหน้าที่อื่น ๆ ที่อาจมีการตกลงกันเพิ่มเติมไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้น ในการพิจารณาว่าการปฏิบัติตามหน้าที่ใดอันเกิดจากการตกลงกันเองระหว่างคู่สัญญานั้นจะถือเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นรากฐาน (rationale) หรือเป็นสาระสำคัญและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์มูลฐานของสัญญาฉบับนั้น ๆ หรือไม่ โดยอาจพิจารณาว่า หากปราศจากข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว คู่กรณีแห่งสัญญาทั้งสองฝ่ายจะยังคงประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญาฉบับนั้น ๆ หรือไม่ หากแม้ไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว กรณีก็ยังเป็นที่สันนิษฐานได้ว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็ยังคงจะเข้าทำสัญญา

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537.

⁵⁴ European Data Protection Regulation (เชิงอรรถ 44) 10.

⁵⁵ เฟ้งอ้าง 12.

ดังกล่าวอยู่ดี กรณีเช่นนี้ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นรากฐาน (rationale) ของสัญญาฉบับนั้น ๆ ได้ เช่น กรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสั่งซื้อสินค้าจากร้านค้าออนไลน์ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้แสดงเจตนาเลือกที่จะไปปรับสินค้าที่ส่งด้วยตนเอง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลย่อมไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องเก็บรวบรวมหรือใช้ข้อมูลที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล⁵⁶ หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังคงกำหนดเป็นหน้าที่ในสัญญาว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ให้รายละเอียดที่อยู่ของตนแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เช่น เพื่อการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะทำการติดต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดในอนาคต ดังนี้ ข้อสัญญากำหนดหน้าที่ดังกล่าวย่อมไม่ใช่สาระสำคัญและมีได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์มูลฐานของสัญญาซื้อขายดังกล่าว โดยแม้จะไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว กรณีก็เป็นที่ยอมรับได้ว่าคู่สัญญาก็จะยังคงเข้าทำสัญญาดังกล่าวอยู่ดี ดังนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงย่อมไม่อาจถือเป็นรากฐาน (rationale) ของสัญญา และผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลย่อมไม่สามารถอ้างอิงข้อสัญญาดังกล่าวเป็นฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA ได้

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญานี้ย่อมผูกติดอยู่กับหนี้หรือหน้าที่อันเกิดแต่สัญญาหนึ่ง ๆ ดังนั้น หากสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้หรือตัวหนี้ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงหรือใช้บังคับไม่ได้ไม่ว่าด้วยสาเหตุใด ๆ เช่น มีการเลิกสัญญา⁵⁷ สัญญาดังกล่าวสิ้นสุดลงด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไข สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่เป็นโมฆะและถูกบอกล้างโดยคู่กรณี หรือข้อสัญญาดังกล่าวได้รับการวินิจฉัยว่าไม่สามารถใช้บังคับได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กรณีย่อมไม่อาจถือว่ามี ความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ๆ ได้อีกต่อไป

ทั้งนี้ นอกเหนือจากกรณีอื่นเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA และมาตรา 6 (1) (b) ของ GDPR ดังที่ได้อธิบายมาตามข้อ 4.1 – 4.3 ดังกล่าวข้างต้น บทบัญญัติดังกล่าวยังได้เปิดช่องไว้สำหรับกรณีที่ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าสัญญานั้น ๆ จะเกิดขึ้นหรือไม่ แต่กรณีก็มีความจำเป็นที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลบางประการ เพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น ๆ ด้วย เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่อาจเข้ามาเป็นลูกค้า เพื่อตอบกลับคำถามของบุคคลดังกล่าวอันเกี่ยวกับคำแนะนำในการให้บริการของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล⁵⁸ เป็นต้น

⁵⁶ เฟิงอ้าง 10.

⁵⁷ เฟิงอ้าง 12.

⁵⁸ เฟิงอ้าง 13.

5. กรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องให้ความยินยอมสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการ

แม้หลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA จะได้แยกฐานทางกฎหมายทั้งสอง กล่าวคือ ฐานความยินยอม และฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาออกจากกัน หลักการดังกล่าวก็ยังเปิดช่องเป็นข้อยกเว้นไว้ตามความในตอนที่ห้าซึ่งบัญญัติว่า ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล “ที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ” ซึ่งเท่ากับว่า หากกรณีมีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจกำหนดให้การให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเงื่อนไขสำหรับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการดังกล่าวได้ โดยนัยนี้ ข้อสัญญาให้ความยินยอม อันเป็นฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะของทั้งฐานความยินยอมและฐานสัญญา จึงเป็นสิ่งที่อาจมีขึ้นได้ในกรณีอื่นจำกัดดังกล่าว

บทบัญญัติข้างต้นมีที่มาจากมาตรา 7 (4) ของ GDPR ซึ่งกำหนดว่า ในการวินิจฉัยว่า ความยินยอมนั้นได้ให้โดยอิสระหรือไม่ ให้คำนึงอย่างที่สุดว่าการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการ มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมต่อการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล “ซึ่งไม่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญา” (not necessary for the performance of that contract) หรือไม่ ประกอบด้วย ในประเด็นนี้ มีข้อสังเกตเบื้องต้นว่าบทบัญญัติของ PDPA ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างจาก GDPR กล่าวคือ ในขณะที่ GDPR ระบุถึงการปฏิบัติตามสัญญา (performance of a contract) รวมถึงการให้บริการ (provision of a service) ซึ่งต่างมีลักษณะเป็นหน้าที่หรือหนี้อันเกิดแต่นิติสัมพันธ์ตามสัญญาด้วยกันทั้ง 2 ประการ แต่ PDPA กลับระบุถึงการเข้าทำสัญญา (entering into a contract) ซึ่งมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่ง และการให้บริการซึ่งมีลักษณะเป็นหนี้อันเกิดแต่สัญญาอีกประการหนึ่ง ดังนี้ หากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด ก็อาจเกิดผลเป็นว่า ข้อยกเว้นของหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระนี้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีที่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญา รวมถึงการปฏิบัติตามสัญญาเฉพาะที่มีลักษณะเป็นการให้บริการเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีอื่น ๆ ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการให้บริการ อันเป็นการตีความที่ก่อให้เกิดผลประหลาดและไม่น่าจะถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ ถ้อยคำที่ว่า “การเข้าทำ



สัญญา” ตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA ดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรได้รับการตีความให้มีความหมายอย่างกว้าง โดยหมายความรวมถึง “การปฏิบัติตามสัญญา” ด้วย

โดยอาศัยหลักการและเหตุผลข้างต้น หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลส่วนบุคคลใด ๆ ในการเข้าทำสัญญากับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่มีต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าจะการปฏิบัติตามสัญญานั้น ๆ จะมีลักษณะเป็นการให้บริการหรือไม่ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ย่อมสามารถขอความยินยอมสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยไม่ถือเป็นการขัดต่อหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA ดังนี้ จึงเห็นได้ว่าอาจมีบางกรณีที่กิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหนึ่ง ๆ สามารถปรับเข้าได้กับทั้งฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาในขณะเดียวกัน ซึ่งก็สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 6 ของ GDPR ซึ่งกำหนดว่าการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อและตราบทว่าที่ฐานทางกฎหมาย “อย่างน้อยฐานหนึ่งฐานใดดังต่อไปนี้” (at least one of the following) สามารถปรับใช้ได้ แม้โดยทั่วไป GDPR จะมีความพยายามในการแยกฐานทางกฎหมายทั้งสองออกจากกันดังที่อธิบายไปแล้วในตอนต้น

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการแบ่งแยกฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาออกจากกันนี้ ถึงที่สุดแล้วมีข้อสังเกตว่า หากพิจารณาตามบริบทของ GDPR จะเห็นได้ว่าการแบ่งแยกดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมาตรา 6 ของ GDPR กำหนดลักษณะของฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั้ง 6 ประเภทไว้ในลักษณะที่เท่าเทียมกัน ดังนั้นในกรณีที่มีฐานทางกฎหมายมากกว่า 1 ฐานซึ่งสามารถปรับเข้าได้กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการแยกแยะฐานทางกฎหมายแต่ละประเภที่อาจทับซ้อนกันออกจากกันไว้ดังเช่นในกรณีนี้ ก็อาจเกิดปัญหาได้ว่าฐานทางกฎหมายใดควรเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีเช่นนั้น ซึ่งย่อมจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างกันต่อไป อย่างไรก็ตามสำหรับในบริบทของ PDPA หากพิจารณาถึงบทบัญญัติว่าด้วยฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 19 และมาตรา 24 ในฐานะบทหลักและบทยกเว้นโดยเคร่งครัด การกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการแบ่งแยกฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาออกจากกันตามที่ปรากฏในมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA อาจไม่มีความจำเป็นมากเท่ากับการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ภายใต้ GDPR เนื่องจากโดยหลักการ ฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นบทยกเว้นควรได้รับการปรับใช้แก่กรณีก่อนฐานความยินยอมซึ่งมีสถานะ

เป็นบทหลักอยู่แล้ว ดังนั้น ประเด็นเกี่ยวกับการให้ความยินยอมสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญา อันอาจนำไปสู่ประเด็นว่าจะปรับใช้ฐานความยินยอมหรือฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา จึงไม่น่าจะเป็นปัญหามากนักภายใต้บริบทของ PDPA เนื่องจากหากกรณีปรากฏว่าการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นการจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญา ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็สามารถอ้างถึงฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นบทยกเว้นได้เลย โดยไม่ต้องพิจารณาฐานความยินยอมซึ่งเป็นบทหลักอีกอยู่แล้ว⁵⁹

ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด แม้การกำหนดหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของ PDPA อาจไม่มีความจำเป็นสำหรับการพิจารณาว่าจะปรับใช้ฐานความยินยอม หรือฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาแก่กรณี เนื่องจากฐานทางกฎหมายทั้งสองย่อมไม่สามารถปรับใช้แก่กรณีเดียวกันได้ดังเหตุผลที่ได้เสนอข้างต้น นอกเหนือจากประโยชน์ในแง่ของการกำหนดขอบเขตของฐานความยินยอม และฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีทั่วไปตามที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในส่วนที่ 3.2.3 และส่วนที่ 4.1 นั้น หลักการดังกล่าวก็ยังคงมีประโยชน์ในแง่ของการกำหนดขอบเขตของฐานความยินยอมในกรณีเฉพาะ โดยทำหน้าที่ในการยกเว้นองค์ประกอบของฐานความยินยอม ว่าด้วยความยินยอมที่ให้โดยอิสระในบางกรณีอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากกรณีเป็นที่ยอมรับกันว่าหลักความยินยอมที่ให้โดยอิสระนี้ ไม่เพียงแต่เป็นสาระสำคัญของความยินยอมซึ่งเป็นฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป (general personal data) ตามมาตรา 24 ของ PDPA เท่านั้น แต่ยังถือเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของความยินยอมโดยชัดแจ้งซึ่งเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ละเอียดอ่อน (sensitive personal data) เช่น ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา ประวัติอาชญากรรม ตลอดจนข้อมูลสุขภาพ ตามมาตรา 26 ด้วย โดยที่บทบัญญัติมาตรา 26 มิได้กำหนดฐานทางกฎหมายว่าด้วยความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการทั่วไปไว้ และกำหนดขอบเขตของฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ในลักษณะที่แคบกว่าฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปตามมาตรา 24 เป็นอย่างมาก ความยินยอมจึงอาจกลายเป็นฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมในหลายกรณี และในบางกรณีการให้ความยินยอมดังกล่าวก็อาจเป็นการจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือการให้บริการของ

⁵⁹ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังคงมีประโยชน์ในแง่ของการกำหนดขอบเขตของฐานความยินยอม และฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นประเด็นว่าจะสามารถปรับใช้ฐานทางกฎหมายแต่ละฐานดังกล่าวแก่กรณีตามลำดับที่ได้อธิบายข้างต้นได้หรือไม่ เช่น การปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อระบุว่า ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถถือเอาข้อสัญญาให้ความยินยอมเป็นสัญญาตามความหมายของฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในส่วนที่ 3.2.3 และส่วนที่ 4.1.

เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ในกรณีของผู้ให้บริการอุปกรณ์อัจฉริยะ (smart device) เช่น นาฬิกาอัจฉริยะ (smart watch) พร้อมด้วยซอฟต์แวร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจมีการเก็บรวบรวมข้อมูลสุขภาพของผู้ใช้งาน เช่น อัตราการเต้นของหัวใจ และระดับความเข้มข้นของออกซิเจนในเลือด กรณีมีปัญหว่าหากผู้ใช้งานไม่ให้ความยินยอมแก่ผู้ให้บริการอุปกรณ์อัจฉริยะในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการก็อาจไม่สามารถให้บริการเกี่ยวกับสุขภาพตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอได้ แต่กรณีก็มีปัญหาต่อไปว่า หากมีการขอความยินยอมจากผู้ให้บริการ การให้ความยินยอมของผู้ใช้บริการในบริบทดังกล่าวจะส่งผลให้ความยินยอมที่ได้มาไม่ใช่ความยินยอมที่ให้โดยอิสระหรือไม่ ในประเด็นนี้ ย่อมเห็นได้จากเหตุผลที่ได้เสนอไว้ในตอนต้นของส่วนนี้ว่า เป็นกรณีที่สามารถปรับใช้ข้อยกเว้นของหลักความยินยอมโดยอิสระได้ เนื่องจากความยินยอมดังกล่าวถือเป็นความยินยอมที่จำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาหรือการให้บริการนั่นเอง

6. การปรับใช้ฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาในทางปฏิบัติ

เนื่องจากฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตาม PDPA นั้นมีขอบเขตการปรับใช้ที่คาบเกี่ยวกันดังที่ได้อธิบายมาในตอนต้น อีกทั้งเนื่องจาก PDPA เองก็เป็นกฎหมายใหม่ที่เพิ่งมีผลบังคับใช้ได้ไม่นานนัก ในทางปฏิบัติจึงมีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมากที่อาจเกิดความสับสนในการเลือกใช้ฐานทางกฎหมายทั้งสองสำหรับกิจกรรมการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของตน เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นในการพิจารณาปรับใช้ฐานทางกฎหมายทั้งสองในทางปฏิบัติ บทความนี้จึงขอเสนอตัวอย่างแนวทางในการปรับใช้ฐานทางกฎหมายทั้งสองใน 3 กรณี ดังนี้

6.1 กรณีข้อตกลงและเงื่อนไขการให้บริการระบบสมาชิก (Membership Program / Loyalty Program)

ในการประกอบธุรกิจซื้อขายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ ผู้ประกอบธุรกิจมักจัดให้มีบริการระบบสมาชิกเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขายสำหรับสินค้าหรือบริการของตน ระบบสมาชิกโดยทั่วไปมักมีลักษณะเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ในระยะยาวระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับการทำธุรกรรมรายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจอาจกำหนดเงื่อนไขว่าผู้บริโภคจะได้รับคะแนนสะสม 10 คะแนนจากทุก ๆ ธุรกรรมที่มีมูลค่าเกินกว่า 100 บาท และเมื่อ

ผู้บริโภคได้สะสมคะแนนจนถึงจำนวนที่กำหนด ก็จะสามารถใช้คะแนนดังกล่าวเพื่อแลกกับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ รวมถึงการได้รับของสมนาคุณ หรือการได้แลกซื้อสินค้าอื่นในราคาพิเศษ เป็นต้น โดยในการทำให้มั่นใจว่าจะมีการปฏิบัติตามระบบสมาชิกดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจบางรายอาจจัดให้มีข้อตกลงและเงื่อนไขการให้บริการระบบสมาชิกที่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น และกำหนดให้ผู้บริโภคต้องเข้าผูกพันตนในข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าว ที่แตกต่างหากจากนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคในบริบทของการทำสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการเป็นรายกรณี

เนื่องจากการให้บริการระบบสมาชิกอาจจำเป็นต้องมีการเก็บรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลบางประการของผู้บริโภค เช่น ชื่อ นามสกุล ตลอดจนรายละเอียดเกี่ยวกับที่อยู่และการติดต่อ ผู้ประกอบธุรกิจในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจต้องอาศัยฐานทางกฎหมายฐานหนึ่งฐานใดตาม PDPA ในการดำเนินการดังกล่าว กรณีจึงมีความจำเป็นต้องวินิจฉัยว่า ผู้ประกอบธุรกิจสามารถอาศัยฐานทางกฎหมายใดเป็นฐานในการดำเนินการดังกล่าวได้

โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตาม PDPA นั้นมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบทหลักและบทยกเว้นดังที่ได้อธิบายมาในตอนต้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงต้องพิจารณาฐานทางกฎหมายอื่นตามมาตรา 24 (1) – (6) ซึ่งมีลักษณะเป็นบทยกเว้น ก่อนฐานความยินยอมซึ่งมีลักษณะเป็นบทหลัก สำหรับในกรณีนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจได้จัดให้มีข้อตกลงและเงื่อนไขเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ตามระบบสมาชิกระหว่างตนและผู้บริโภคไว้อย่างชัดเจน กรณีย่อมพิจารณาได้ว่ามีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคแล้ว หากสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ของผู้บริโภคซึ่งเป็นไปเพื่อการให้บริการระบบสมาชิกย่อมถือเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งสิ้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมตาม PDPA จากผู้บริโภคในกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม หากในการให้บริการระบบสมาชิกดังกล่าวผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้จัดให้มีข้อตกลงที่ชัดเจนระหว่างตนและผู้บริโภค กรณีก็อาจถือไม่ได้ว่ามีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาที่จะสามารถใช้อาศัยเป็นฐานทางกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ ผู้ประกอบธุรกิจจึงอาจจำเป็นต้องขอความยินยอมตาม PDPA จากผู้บริโภคในกรณีหลังนี้ เว้นแต่การให้บริการระบบสมาชิกดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการเก็บรวบรวมหรือใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเลย เช่น การดำเนินการโดยอาศัยบัตรสะสมแต้มในรูปแบบกระดาษ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจย่อมไม่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตาม PDPA ตั้งแต่ต้นอยู่แล้ว

6.2 กรณีหนังสือให้สิทธิในภาพถ่ายของบุคคล (Model Release)

ในการถ่ายทำสื่อประเภทต่าง ๆ เช่น ละคร ซีรีส์ ภาพยนตร์ ตลอดจนโฆษณาประเภทต่าง ๆ ซึ่งต้องมีภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวของบุคคลใด ๆ ปรากฏอยู่ ผู้จัดให้มีการถ่ายทำมักดำเนินการให้บุคคลที่จะปรากฏตัวในภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวลงนามในหนังสือให้สิทธิในการใช้และเผยแพร่ภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหวของตนแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่บุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นจะสามารถดำเนินการใด ๆ แก่ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวได้ตลอดทั้งกระบวนการอย่างชอบด้วยกฎหมาย ตั้งแต่การถ่ายทำ การตัดต่อ การโฆษณา ตลอดจนการนำออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในช่องทางต่าง ๆ โดยสิทธิที่มีการอนุญาตให้แก่กันและกันนี้ ได้แก่ สิทธิในภาพนิ่งหรือในภาพเคลื่อนไหวของบุคคล ซึ่งอาจนับเนื่องได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่ไม่ใช่การอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะ แม้ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวนั้นอาจถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลประเภทหนึ่งตาม PDPA ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม⁶⁰ เนื่องจากแนวปฏิบัติในการจัดให้มีหนังสือให้สิทธิประเภทนี้มีมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้ PDPA ซึ่งรับรองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะแล้ว

แม้หนังสือให้สิทธิดังกล่าวข้างต้นมักเป็นหนังสือที่ลงนามโดยผู้ให้สิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่เนื่องจากหนังสือดังกล่าวมักถูกจัดทำขึ้นในรูปของข้อความมาตรฐานซึ่งจัดทำโดยฝ่ายผู้ผลิตสื่อและมีการเสนอข้อความดังกล่าวให้ผู้ให้สิทธิได้ลงนามในภายหลัง กรณีจึงอาจนับได้ว่าการแสดงเจตนาที่เกี่ยวข้องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว กล่าวคือ มีคำเสนอขอใช้สิทธิในภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวของบุคคลจากฝ่ายผู้ผลิตฝ่ายหนึ่ง และมีคำสนองซึ่งตกลงให้สิทธิตามที่มีการร้องขอจากผู้ให้สิทธิ เช่นว่านั่นอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคำเสนอและคำสนองดังกล่าวมุ่งต่อการก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลที่เกี่ยวข้องจะสามารถใช้ภาพถ่ายของบุคคลที่ลงนามในหนังสือดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายผู้ผลิตและผู้ให้สิทธิในกรณีนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว กรณีจึงมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่า ฝ่ายผู้ผลิตจะสามารถอาศัยสัญญาดังกล่าวเป็นฐานในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยภาพถ่ายของบุคคล ซึ่งมีสถานะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ต้องขอความยินยอมตาม PDPA แยกต่างหากจากการจัดให้มีการลงนามในหนังสือข้างต้นอีกส่วนหนึ่งได้หรือไม่

⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6.

ในกรณีนี้ เนื่องจากมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเกิดขึ้นระหว่างฝ่ายผู้ผลิตและผู้ให้สิทธิในภาพถ่ายดังกล่าวแล้วตามที่ได้อธิบายข้างต้น และหากในกระบวนการก่อสร้างสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อบกพร่องใด สัญญาดังกล่าวก็ย่อมมีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม โดยที่นิติสัมพันธ์ตามหนังสือให้สิทธิในกรณีนี้เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิฝ่ายเดียวแก่ฝ่ายผู้ผลิตในการใช้และเผยแพร่ภาพถ่ายของผู้ให้สิทธิเท่านั้น โดยสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ผู้ให้สิทธิได้แสดงเจตนาให้สิทธิ โดยการลงนามในหนังสือดังกล่าว แต่หนังสือให้สิทธิดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่ประการใดไม่ว่าสำหรับฝ่ายผู้ผลิตหรือผู้ให้สิทธิในภาพถ่ายเช่นนั้น ในอันที่จะต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ภายหลังจากที่ได้มีการเข้าผูกพันในข้อตกลงดังกล่าวอีก ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายผู้ผลิตจึงอาจไม่สามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเป็นฐานสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีนี้ได้ เนื่องจากไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวเลย เว้นแต่ว่าสัญญาดังกล่าวจะกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ก่อให้เกิดหน้าที่บางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไว้ด้วย เช่น หน้าที่งดเว้นกระทำการสำหรับผู้ให้สิทธิในการไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด อันจะเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของฝ่ายผู้ผลิต ดังนี้ หากไม่มีฐานทางกฎหมายอื่นใดที่จะสามารถปรับใช้แก่กรณีได้ ฝ่ายผู้ผลิตก็ต้องขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้ให้สิทธิในภาพถ่ายดังกล่าว โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขในการขอความยินยอมตาม PDPA ให้ถูกต้องอีกส่วนหนึ่งด้วย⁶¹

อย่างไรก็ดี กรณีอาจแตกต่างออกไปหากเป็นกรณีที่ฝ่ายผู้ผลิตได้ว่าจ้างให้บุคคลใด ๆ มาปรากฏตัวในภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวข้างต้น โดยมีการกำหนดเป็นหน้าที่ตามสัญญาให้บุคคลดังกล่าวต้องมาปรากฏตัวในสื่อประเภทหนึ่งประเภทใด เช่น กรณีของสัญญาว่าจ้างนักแสดง ซึ่งกำหนดว่านักแสดงคนดังกล่าวจะต้องเดินทางมาร่วมถ่ายทำซีรีส์ตามเวลาและสถานที่ที่มีการกำหนดหรือตกลงร่วมกัน หรือกรณีของสัญญาว่าจ้างนางแบบ ซึ่งมีการกำหนดว่านางแบบรายดังกล่าวจะต้องเดินทางมาร่วมการถ่ายทำโฆษณาตามเวลาและสถานที่ที่มีการกำหนดหรือตกลงร่วมกัน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้นักแสดงหรือนางแบบดังกล่าวหรือไม่ หากสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และ

⁶¹ ในประเด็นนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ฐานทางกฎหมายที่ฝ่ายผู้ผลิตสามารถอาศัยได้ในกรณีนี้ย่อมขึ้นอยู่กับรายละเอียดของข้อสัญญาที่ปรากฏในหนังสือให้สิทธิในแต่ละกรณีเป็นสำคัญ เช่น หากมีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่ฝ่ายผู้ให้สิทธิพึงต้องปฏิบัติตามไว้อย่างชัดเจน กรณีก็อาจอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA ได้ หรือแม้จะไม่มีกำหนดข้อสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน หากหนังสือให้สิทธิดังกล่าวได้กำหนดรายละเอียดของข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้อย่างครบถ้วนและชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้ให้สิทธิสามารถคาดหมายได้ว่าภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวของตนจะถูกนำไปใช้อย่างไร กรณีก็ยังสามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 24 (5) ของ PDPA ได้ เป็นต้น.

สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย กรณีย่อมมีความชัดเจนว่าฝ่ายผู้ผลิตสามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเป็นฐานสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล กล่าวคือ ภาพถ่ายของนักแสดงหรือนางแบบในกรณีนี้ได้ เนื่องจากการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยภาพถ่ายของนักแสดงหรือนางแบบนั้นย่อมเป็นการจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างข้างต้น เพราะการมีอยู่ของภาพถ่ายของนักแสดงหรือนางแบบในซีรีส์หรือสื่อโฆษณาดังกล่าวนั้นย่อมถือเป็นรากฐาน (rationale) กล่าวคือ เป็นสาระสำคัญและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์มูลฐานของสัญญาว่าจ้างดังกล่าวข้างต้น โดยหากฝ่ายผู้ผลิตไม่สามารถใช้หรือเผยแพร่ภาพถ่ายของนักแสดงหรือนางแบบในบริบทของซีรีส์หรือสื่อโฆษณานั้น ๆ ได้ ก็คงไม่มีเหตุผลให้มีการเข้าทำสัญญานี้กันมาตั้งแต่ต้น

6.3 กรณีหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัย (Informed Consent Agreement)

ในการดำเนินการศึกษาวิจัยไม่ว่าในสาขาวิชาใด ๆ เช่น การศึกษาวิจัยทางจิตวิทยาหรือการศึกษาวิจัยทางคลินิก ซึ่งมีการศึกษาวิจัยอาสาสมัคร (research subject) ที่เป็นมนุษย์ ผู้วิจัยมักต้องจัดให้อาสาสมัครได้ลงนามในหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัย (Informed Consent Agreement) ซึ่งอาจเป็นไปตามหลักจริยธรรมในการวิจัยหรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ผู้วิจัยจะสามารถดำเนินการศึกษาวิจัยดังกล่าวได้อย่างถูกต้องหรือชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับ (หากมี)

เนื่องจากการศึกษาวิจัยบางประเภท ผู้วิจัยอาจต้องทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของอาสาสมัคร เช่น พฤติกรรมการใช้ชีวิตในด้านต่าง ๆ ของอาสาสมัคร ตลอดจนข้อมูลความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสุขภาพของอาสาสมัคร ผู้วิจัยในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจมีความจำเป็นต้องอาศัยฐานทางกฎหมายฐานหนึ่งฐานใดตาม PDPA ในการดำเนินการดังกล่าว

ในกรณีนี้ แม้นิติสัมพันธ์ซึ่งเกิดจากหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยดังกล่าวข้างต้นอาจมีสถานะเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทำนองเดียวกับกรณีของหนังสือให้สิทธิในภาพถ่ายของบุคคล (Model Release) ตามข้อ 6.2 ข้างต้น เนื่องจากหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยดังกล่าวก็มักถูกจัดทำขึ้นในรูปของข้อความมาตรฐานซึ่งจัดทำโดยฝ่ายผู้วิจัย และมีการเสนอข้อความดังกล่าวให้อาสาสมัครได้ลงนามในภายหลัง กรณีจึงอาจนับได้ว่าการแสดงเจตนาเสนอและสนองจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่ายแล้ว โดยคำเสนอและคำสนองดังกล่าวมุ่งต่อการก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ การที่ผู้วิจัยจะสามารถดำเนินการศึกษาวิจัยนั้นไปได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในทำนองเดียวกันกับกรณีของหนังสือให้สิทธิในภาพถ่ายของบุคคล (Model Release) ตามข้อ 6.2 เนื่องจากนิติสัมพันธ์ตามหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยในกรณีนี้เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิ

แต่เพียงฝ่ายเดียวแก่ผู้วิจัยในการดำเนินการศึกษาวิจัยเท่านั้น โดยสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่อาสาสมัครได้แสดงเจตนาให้สิทธิโดยการลงนามในหนังสือดังกล่าว แต่หนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่ประการใดไม่ว่าสำหรับผู้วิจัยหรืออาสาสมัคร ในอันที่จะต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดภายหลังจากที่ได้มีการเข้าผูกพันในข้อตกลงดังกล่าวเลย ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงอาจไม่สามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเป็นฐานสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีนี้ได้ เนื่องจากไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดเลยที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว เว้นแต่ว่าสัญญาดังกล่าวจะกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ก่อให้เกิดหน้าที่บางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไว้ด้วย ดังนี้ หากไม่มีฐานทางกฎหมายอื่นใดที่จะสามารถปรับใช้แก่กรณีได้ ผู้วิจัยก็ต้องขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจากอาสาสมัคร โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการขอความยินยอมตาม PDPA ให้ถูกต้องอีกส่วนหนึ่งด้วย⁶²

7. บทสรุป

เนื่องจากหน้าที่ในการอาศัยฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตาม PDPA และฐานทางกฎหมายแต่ละฐานก็ส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างกันออกไป ในการพิจารณาว่าการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนควรอาศัยฐานทางกฎหมายใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความคาบเกี่ยวกันระหว่างฐานความยินยอมและฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญานั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงควรพิจารณาปรับใช้ฐานทางกฎหมายแต่ละฐานดังกล่าวตามลำดับตามที่ได้อธิบายมาในตอนต้น และคำนึงถึงองค์ประกอบของฐานทางกฎหมายแต่ละฐานด้วยความระมัดระวัง

⁶² ในประเด็นนี้ มีข้อสังเกตในทำนองเดียวกับส่วนที่ 6.2 ว่า ฐานทางกฎหมายที่ผู้วิจัยสามารถอาศัยได้ในกรณีนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับรายละเอียดของข้อสัญญาที่ปรากฏในหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยในแต่ละกรณีเป็นสำคัญ เช่น หากมีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่อาสาสมัครพึงต้องปฏิบัติตามไว้อย่างชัดเจน กรณีก็อาจอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 24 (3) ของ PDPA ได้ หรือแม้จะไม่มีกำหนดข้อสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน หากหนังสือให้ความยินยอมในการวิจัยดังกล่าวได้กำหนดรายละเอียดของข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้อย่างครบถ้วนและชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้อาสาสมัครสามารถคาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนจะถูกนำไปใช้อย่างไร กรณีก็ยังสามารถอาศัยฐานความจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 24 (5) ของ PDPA ได้ อย่างไรก็ตาม พึงสังเกตว่า หากข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นต่อการศึกษาวิจัยดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ละเอียดอ่อน เช่น ข้อมูลสุขภาพของอาสาสมัคร กรณีก็อาจต้องพิจารณาฐานทางกฎหมายสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ละเอียดอ่อนตามมาตรา 26 ของ PDPA ประกอบด้วย.



กล่าวคือ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลควรเริ่มต้นพิจารณาจากฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของฐานความยินยอมก่อนเสมอ โดยหากกรณีไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการปรับใช้ฐานความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ใช่การอันจำเป็นต้องกระทำเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าว อีกทั้งไม่มีฐานทางกฎหมายอื่นใดที่จะสามารถปรับใช้แก่กรณีได้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจพิจารณาขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องในลำดับต่อไป