

กฎหมายอย่างอ่อน: ในบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

Soft Law: In the Context of Interstate Security and
Sovereignty Management Instruments

ธีรวัฒน์ ประทุมทอง*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

Tirawat Pratumthong

Faculty of Law, Hatyai University

วันที่รับบทความ 17 ธันวาคม 2568; วันแก้ไขบทความ 20 เมษายน 2569.; วันตอบรับบทความ 29 มิถุนายน 2569

บทคัดย่อ

กฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law) มักจะเป็นที่รู้จักในวงวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลที่กฎหมายอย่างอ่อนได้ถูกหยิบยกมาใช้ประโยชน์ในฐานะของเครื่องมือทางกฎหมาย หรือบางความเห็นที่นิยามว่าเป็นเพียงเครื่องมือกึ่งกฎหมายภายใต้บริบทระหว่างประเทศที่จะนำมาซึ่งความผูกพันระหว่างรัฐที่ไม่เคร่งครัดเด็ดขาดเช่นเดียวกันกับข้อผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ โดยทั่วไปที่อาจเปรียบเทียบได้ว่าอยู่ในความหมายของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ (Hard Law) โดยบทความฉบับนี้ได้นำฐานของความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนมาวิเคราะห์ร่วมกับบริบทเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐซึ่งโดยทั่วไปจะเห็นว่าการผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐนั้นอาจถูกพูดถึงในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปที่รัฐซึ่งเข้าเป็นภาคีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษากฎหมายอย่างอ่อนที่ถูกนำมาใช้ภายใต้ข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศที่มีผลต่อความผูกพันระหว่างรัฐที่ไม่เด็ดขาดซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นด้านความมั่นคง และหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐก็น่าจะเป็นการเปิดมุมมองด้านวิชาการที่น่าสนใจ อีกประเด็นหนึ่งที่สามารถทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจได้ตั้งแต่ฐานของนิยามความหมายหรือการตีความของกฎหมายอย่างอ่อน ภายใต้แนวคิดที่เกี่ยวข้องตลอดไปจนถึงการนำกฎหมายอย่างอ่อนไปใช้ประโยชน์ในบริบทระหว่างประเทศที่หลากหลาย ซึ่งมีส่วนคาบเกี่ยวกับการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐและโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการในทางระหว่างประเทศที่ทุกประเทศต้องเคารพและให้ความสำคัญ คือ หลักการไม่แทรกแซงและหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นฐานสำคัญในการวาง หรือกำหนดความผูกพันในทางระหว่างประเทศภายใต้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อน โดยหลักการสำคัญดังกล่าวจะเป็นฐานในการวิเคราะห์การทำงานของกฎหมายอย่างอ่อนกับการสร้างกฎระเบียบทางความมั่นคงระหว่างรัฐที่ยึดหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นสำคัญ ตลอดทั้งความท้าทายของกฎหมายอย่างอ่อนภายใต้สถานการณ์ด้านความมั่นคงที่เป็นพลวัต

คำสำคัญ: กฎหมายอย่างอ่อน, อำนาจอธิปไตย, ความมั่นคงของรัฐ

* อาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่ เลขที่ 222 ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110

E-mail: Tirawat_oat@outlook.com

Abstract

“Soft Law” is known in the academic circles of international laws for a reason that “Soft Law” is brought up for use as legal tools, or some opinions that define it as semi-legal tools under international contexts to bring about flexible interstate ties. Similar to obligations under general international commitments, it may be compared in the definition of “Hard Law”. In this Article, the basis of “Soft Law” has been analyzed together with the contexts of tools for management of interstate security and sovereignty. In general, it can be seen that obligations under international commitments which are related to interstate security and sovereignty may be mentioned on the basis international laws in general, with which member states shall strictly comply. The Author has opinions that the study of “Soft Law” which is used under international obligations with impacts on flexible interstate ties related to the security issues and the principle of respects to state sovereignty may open up the academic perspectives in another interesting issue that could be understood by learners from the basis of definitions or interpretation of “Soft Law” under the related concepts to the use of “Soft Law” in diverse international contexts overlapped with the management of interstate security and sovereignty, particularly the international principles which must be respected and given importance by all countries, i.e., the principle of non-interference and the principle of respects to state sovereignty, which are important basis in the establishment or determination of interstate ties under the basis of “Soft Law”. Such important principles shall be the basis of analysis of functioning of “Soft Law” and the creation of rules and regulations on interstate security based on the principle of respects to state sovereignty, including challenges of “Soft Law” under the dynamic security situations.

Keywords: Soft Law, Sovereignty, State Security

1. บทนำ

ข้อผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศโดยส่วนใหญ่จะถูกควมรวมอยู่ภายใต้คำว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาซึ่งความผูกพัน และหน้าที่ของรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีในการจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดและเด็ดขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอธิปไตยของรัฐด้วยแล้วคงปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องนำฐานของหลักการในทางระหว่างประเทศที่ห้ามมีการแทรกแซง และหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐมาเป็นหลักคิดสำคัญ เหตุผลดังกล่าวจึงไม่แปลกนักหากจะวิเคราะห์ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยโดยส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ นั่นจึงเป็นเหตุให้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศภายใต้หลักการไม่แทรกแซง และการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ไม่ได้อยู่ในสถานะของกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์นั้นจะนำไปสู่แนวปฏิบัติระหว่างรัฐอย่างไร ดังนั้น กฎหมายอย่างอ่อนที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักการคู่ขนานกับกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ แต่นำมาซึ่งผลการบังคับใช้ที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงนั้นจะเข้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐอย่างไร หลักคิดดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลให้ผู้เขียนต้องศึกษาย้อนไปถึงการตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองต่าง ๆ ที่นำมาซึ่งความเข้าใจในเรื่องสถานะและจุดยืนทางกฎหมายในบริบทระหว่างประเทศ ตลอดจนผลที่เกิดขึ้นหากไม่ปฏิบัติตาม โดยฐานความรู้ดังกล่าวเป็นฐานที่ผู้เขียนได้นำมาวิเคราะห์ร่วมกับการสร้างกฎระเบียบภายใต้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

ทั้งนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การศึกษาเพื่อวิเคราะห์การทำงานของกฎหมายอย่างอ่อนผ่านสถานการณ์ปัญหาสังคมโลกด้านต่าง ๆ จะเป็นตัวสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการใช้บังคับและความสำคัญของกฎหมายอย่างอ่อนในฐานะเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐดังจะมีประเด็นศึกษาในแต่ละหัวข้อ ดังนี้

2. แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอย่างอ่อน

2.1 การตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อน

กฎหมายอย่างอ่อนสามารถแบ่งแยกเพื่อพิจารณาออกได้เป็น 2 มุมมองหลักประกอบด้วย Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่แคบ หมายถึง การอธิบายว่า Soft Law “ไม่ใช่กฎหมาย” เนื่องจากไม่ได้จัดทำขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ¹ ซึ่งทำให้เห็นว่รูปแบบของการตีความ Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่แคบนั้น หมายถึงการตีความภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาที่การออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับภายในสังคมต้องผ่านกระบวนการเสนอร่างกฎหมายการพิจารณาของรัฐสภาและการประกาศใช้ ทั้งนี้ยังได้มีแนวคิดสนับสนุนว่า Soft Law ไม่ใช่กฎหมายซึ่งได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า Soft Law หมายถึง “กฎเกณฑ์แห่งจรรยาบรรณซึ่งโดยหลักการแล้วไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย”² และสำหรับ Soft Law ในมุมมองของคำจำกัดความที่กว้าง หมายถึง ความผูกพันและการมีผลทางกฎหมายกับฝ่ายที่เกี่ยวข้องรวมถึงฝ่ายที่ทำสัญญาและสมาชิกของหน่วยงาน³

¹ Junhai Liu, ‘Globalisation of Corporate Governance Depends on both Soft Law and Hard Law’ (2021) Renmin University of China - Law School 1, 1.

² Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, ‘Hard and Soft Law in International Governance’ (2000) 54(3) International Organization 421, 422.

³ Junhai Liu, ‘Globalisation of Corporate Governance Depends on both Soft Law and Hard Law’ (n 2) 1.

จากนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่แคบซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การที่ถูกตีความว่า “ไม่ใช่กฎหมาย” ที่จะนำมาซึ่งการไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายมีความแตกต่างกันกับกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่กว้าง ที่เห็นว่ากฎหมายอย่างอ่อน “มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยมีข้อจำกัด” ซึ่งอย่างไรก็แล้วแต่การนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนในมุมมองที่กว้างนั้น จากการศึกษายังไม่พบว่าจะถูกตีความให้อยู่ในรูปของกฎหมายหรือไม่นั้น อาจเป็นเหตุผลเพราะการมีผลผูกพันทางกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายเฉกเช่นเดียวกันกับ Hard Law แต่อย่างไรก็ตามโดยเป็นเพียงความผูกพันทางกฎหมายที่ถูกจำกัดอยู่เพียงแค่ความผูกพันและผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาหรือฝ่ายที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญเท่านั้น

ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า Anna Di Robilant (นักวิชาการด้านกฎหมาย) ได้กล่าวว่าความสนใจของนักกฎหมายร่วมสมัยจำนวนมาก (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรป) ได้มีความเห็นต่อ Soft Law ว่าอาจเกิดขึ้นจากแหล่งข้อมูลหลัก 2 แหล่งประกอบด้วยแหล่งที่ 1 คือ แหล่งข้อมูลลัทธิยุคกลางใหม่ (neo-medievalist) เป็นการย้อนกลับไปพิจารณาถึงกฎหมายพาณิชย์ยุคกลาง หรือที่รู้จักกันในชื่อ “*lex mercatoria*” และแหล่งที่ 2 คือ แหล่งข้อมูลทางสังคม (Social Sources) เป็นการกล่าวถึงกลไกของ Soft Law ที่มีลักษณะต่อต้านรูปแบบมุมมองที่นิยมของนักกฎหมายยุโรปในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 โดยเป็นการยึดถือต่อขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมในทางกฎหมายของยุโรป โดยต่อมา Di Robilant ได้วิเคราะห์ถึง Soft Law ภายใต้อองแหล่งดังที่กล่าวมานั้นล้วนเป็นการตีความทางวาทศิลป์ของนักวิชาการและนักกฎหมายร่วมสมัยเท่านั้น⁴

ซึ่งเมื่อวิเคราะห์มุมมองของ Soft Law ทั้งสองแหล่งแล้วเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันในเรื่องของแหล่งที่มาโดยแหล่งที่มาที่ 1 เห็นว่า Soft Law มีแหล่งกำเนิดจากกฎหมายพาณิชย์ยุคกลางซึ่งต่างกับแหล่งที่มาที่ 2 ที่เห็นว่า Soft Law มีแหล่งกำเนิดจาก Social Sources โดยมีรากฐานมาจากขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมในทางกฎหมายของยุโรป ซึ่งยังสามารถสรุปแหล่งกำเนิดของ Soft Law ทั้งสองแหล่งได้อีกว่ากฎหมายอย่างอ่อนอาจเกิดขึ้นได้จากทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายอย่างอ่อนยังได้ถูกพูดถึงโดยนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศและนักกฎหมายเปรียบเทียบที่ได้ตั้งคำถามถึงต้นกำเนิดของกฎหมายอย่างอ่อน โดยได้ทำการร่างผังวงศ์ตระกูลของกฎหมายอย่างอ่อนไว้ 2 รูปแบบ ได้แก่ ระบบกฎหมายพหุนิยมในช่วงยุคกลางและกฎหมายการค้า (*lex mercatoria*) และแนวคิดของกฎหมายสังคมและพหุนิยมทางกฎหมายที่พัฒนาโดยนักนิติศาสตร์ต่อต้านระบบนิยมของยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 19⁵ ในยุโรปการปรากฏตัวอย่างชัดเจนของกฎหมายอย่างอ่อนเริ่มขึ้นในช่วงต้นทศวรรษที่ 1990 ซึ่งเป็นช่วงที่ถือได้ว่า เป็นการปฏิวัติกฎหมายและการกำหนดนโยบายของยุโรป ทำให้เกิดการพัฒนาเครื่องมือทางกฎหมายอย่างอ่อน โดยเฉพาะยุทธศาสตร์การจ้างงานของยุโรป (European Employment Strategy) และความร่วมมือกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป: วิธีการประสานงานแบบเปิด (Open Method of Coordination) ช่วยให้เกิดการกำกับดูแลแบบกระจายอำนาจซึ่งให้แนวทาง และมาตรฐานโดยสมัครใจแทนที่จะเป็นในเชิงของข้อบังคับ ทั้งกลไกกฎหมายที่ไม่ได้มีสภาพบังคับยังได้รับการสนับสนุนจากสภาสอบ

⁴ Filippo M. Zerilli, ‘The rule of soft law: An introduction’ (2010) 56 Journal of Global and Historical Anthropology 1, 9.

⁵ Anna di Robilant, ‘Genealogies of Soft Law’ (2006) Scandinavian Studies In Law 218, 219.

(Lisbon Council) ในปี ค.ศ.2000 ส่งผลให้เกิดเป้าหมายที่สำคัญของการรวมกลุ่มกันของยุโรป คือ การประสานกฎหมาย (Harmonization) และวัฒนธรรมทางกฎหมายที่ร่วมสมัยของยุโรป⁶

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศยังได้ถือว่า เป็นส่วนหนึ่งของกฎระเบียบของกฎหมายอย่างอ่อนซึ่งไม่ได้มีลักษณะบังคับแต่เป็นการประกาศใช้บังคับโดยทั่วไป กฎหมายอย่างอ่อนจึงถูกตีความว่า เป็นบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่จิตใจที่จะไม่มีผลผูกพันแต่ก็ยังมีเกี่ยวข้องในเชิงของกฎหมายซึ่งตั้งอยู่ระหว่างบริบทในทางกฎหมายและบริบทในทางการเมือง⁷ เห็นได้ว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมในมุมหนึ่งยังถูกตีความให้อยู่ภายใต้บริบทของกฎหมายอย่างอ่อน โดยเฉพาะเมื่อมีการเปรียบเทียบว่ากฎหมายอย่างอ่อนนั้นเปรียบได้ว่าอยู่บนฐานของความหมายในทางสองแพร่ง ได้แก่ ในบริบทการใช้บังคับในเชิงของกฎหมาย และในบริบทการใช้บังคับในเชิงของการเมืองซึ่งส่งผลต่อความแตกต่างในการใช้บังคับอย่างชัดเจน ที่หากใช้บังคับในเชิงของกฎหมายก็จะมีผลในกรณีไม่ปฏิบัติตามอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม แตกต่างกับผลที่เกิดขึ้นในการใช้บังคับในเชิงของการเมืองที่อาจไม่ได้ถูกกำหนดผลในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ส่งผลให้เห็นถึงการเพิ่มขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนที่ถูกนำมาปรับใช้ในบริบททั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศที่เพิ่มปริมาณขึ้นเรื่อย ๆ โดยมีการกล่าวว่าการเพิ่มขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนนั้นเกิดจากแรงกดดันของโลกาภิวัตน์ และความยากลำบากต่อการสร้างกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ แม้กฎหมายอย่างอ่อนอาจต้องเจอกับการต่อต้านในช่วงแรก ๆ แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ยอมรับว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้กลายเป็นหลักการสำคัญหนึ่งที่รัฐน่าจะนำมาใช้ประโยชน์ได้ไม่น้อย⁸

จากการศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายอย่างอ่อนได้มีการเติบโตและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนับแต่ทศวรรษที่ 1970 โดยอดีตที่ผ่านมา กฎหมายอย่างอ่อนมักเกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบของกิจการระหว่างประเทศเป็นหลัก เช่น แนวทางปฏิบัติต่อคนต่างด้าว การเป็นพันธมิตรทางทหาร ความสัมพันธ์ทางการทูต ทั้งนี้กฎหมายอย่างอ่อนไม่เพียงแต่แพร่หลายมากขึ้นในทางระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังปรากฏในบริบทภายในประเทศด้วย เช่น กฎระเบียบทางการเงิน การคุ้มครองผู้บริโภค และการบังคับใช้กฎหมาย การพัฒนานี้สอดคล้องอย่างยิ่งกับโลกาภิวัตน์ที่เพิ่มมากขึ้นของความท้าทายภายในประเทศแบบดั้งเดิมกับปฏิสัมพันธ์ข้ามชาติ โดยเหตุผลสองประการสำหรับการเติบโตของกฎหมายอย่างอ่อนทั่วโลกในช่วงสี่ทศวรรษที่ผ่านมา ได้แก่ ความยากลำบากและความซับซ้อนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็น สนธิสัญญา ข้อตกลงผู้บริหาร หรือกฎหมายจารีตประเพณี และการตื่นตัวของกระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำให้เกิดคำถามถึงแนวปฏิบัติภายในประเทศเพียงอย่างเดียวต่อองค์กรที่กำกับดูแล⁹ ดังนั้นกฎหมายอย่างอ่อนถือว่ามีจุดเริ่มต้นมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึง หมายถึง แนวทางปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจถูกตีความให้อยู่ภายใต้ความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนซึ่งส่งผลต่อการบังคับใช้ที่ไม่ได้มีผลอย่างเคร่งครัด ทั้งยังถูกใช้ภายใต้บริบทระหว่างประเทศและภายในประเทศที่มีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ

⁶ ibid 222.

⁷ Arif Ahmed and Md Jahid Mustofa, 'Role of Soft Law in Environmental Protection: An Overview' (2016) 4 Global Journal of Politics and Law Research 1, 2.

⁸ Jean Galbraith and David Zaring, 'Soft Law as Foreign Relations Law' (2014) 103 Cornell Law Review 735, 744.

⁹ ibid 748.

ทั้งนี้ยังได้มีการนิยามและให้คำจำกัดความของกฎหมายอย่างอ่อนว่า เป็นแนวคิดปลายเปิดที่มีความไม่แน่นอน Gary Marchant ตลอดจนทั้งนักวิชาการอย่าง Kenneth W. Abbott และ Elizabeth A. Corley ที่ตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายอย่างอ่อนไม่มีความหมายในทางเทคนิคที่ชัดเจนทั้งคำจำกัดความของคำนี้ยังถูกโต้แย้ง¹⁰ และยังมีมุมมองของนักวิชาการที่เห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนนั้นไม่ได้ถูกจัดหรือจำแนกเอาไว้เป็นหมวดหมู่อย่างชัดเจน แต่เป็นเพียงความต่อเนื่องที่เกิดขึ้นจากกฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับ หรืออาจหมายถึงเพียงการดำเนินการในเชิงการเมืองที่ไม่ได้นำไปสู่พันธกรณีใด ๆ ทั้งนี้ Marchant และ Allenby ยังให้คำจำกัดความของกฎหมายอย่างอ่อนว่าเป็นคำสั้น ๆ ที่ครอบคลุมบรรทัดฐานและเทคนิคต่าง ๆ ที่ไม่มีผลผูกพันเมื่อนำไปสู่ทางปฏิบัติ¹¹

จากการตีความและนิยามความหมายของกฎหมายอย่างอ่อนข้างต้น เป็นการตีความของนักวิชาการที่มีความเห็นไปในทิศทางที่คล้ายกันนั้น คือ การตีความให้กฎหมายอย่างอ่อนหมายถึงแนวคิดที่ไม่มีขอบเขตจำกัดอย่างแน่นอนจึงส่งผลให้ไม่ได้มีการจำแนกหมวดหมู่ของกฎหมายอย่างอ่อนเอาไว้ และสุดท้ายกฎหมายอย่างอ่อนจึงไม่ได้มีผลผูกพันต่อนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นในเชิงของกฎหมาย

2.2 พันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อน

1) พันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อน

โดยเป็นการศึกษาผ่านตัวอย่างของพันธกรณี และความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของสหภาพยุโรป ที่สามารถแบ่งแยกเพื่อวิเคราะห์ออกได้เป็น 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ พันธกรณีความผูกพันกับการบังคับใช้ และผลความเกี่ยวข้องของกฎหมายอย่างอ่อนในทางกฎหมายและนโยบายสาธารณะ¹² ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1 ประเภทพันธกรณีความผูกพันอย่างจริงจังแต่ไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น ความเกี่ยวข้องในทางกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปเกี่ยวข้องกับ “การเฝ้าระวังทางการคลังในระดับมหภาค (ก่อนจะมีการปฏิรูปช่วงปี ค.ศ. 2011 – 2013)”¹³

1.2 ประเภทพันธกรณีความผูกพันอย่างจริงจังแต่ไม่มีผลบังคับใช้ เช่น นโยบายต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกันของสหภาพยุโรป (Common Foreign and Security Policy: CFSP)¹⁴

1.3 ประเภทพันธกรณีความผูกพันที่ไม่จริงจังแต่มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น ประเด็นบางประการของการเฝ้าระวังทางการคลังในระดับมหภาค (นับตั้งแต่มีการปฏิรูปช่วงปี ค.ศ. 2011 - 2013)

1.4 ประเภทพันธกรณีความผูกพันที่ไม่จริงจังและไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น วิธีการประสานงานแบบเปิด อาทิ การจ้างงาน การรวมกลุ่มทางสังคมและเงินบำนาญ การประสานงานด้านเศรษฐกิจ

¹⁰ Kenneth W. Abbott, Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology (JURIMETRICS, Spring 2012) 285 cited in Ryan Hagemann, Jennifer Skees and Adam Thierer, Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future (Colorado Technology Law Journal 2018) 6.

¹¹ ibid.

¹² Fabien Terpan, ‘Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law’ (2013) 21(1) European Law Journal 1, 25.

¹³ ibid.

¹⁴ ibid.

หรือการแข่งขันในบางด้าน เช่น การขนส่ง, นโยบายระดับภูมิภาค, สิ่งแวดล้อม, ผู้บริโภค, การพัฒนา, อุตสาหกรรม, การวิจัยและพัฒนา, การศึกษาและวัฒนธรรม¹⁵

1.5 ประเภทไม่มีพันธกรณีความผูกพันและไม่ได้มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด เช่น บางประเด็นของนโยบายต่างประเทศ และความมั่นคงร่วมกันของสหภาพยุโรป (Common Foreign and Security Policy: CFSP) ซึ่งเป็นการประกาศและเอกสารเชิงกลยุทธ์¹⁶

จากรูปแบบของพันธกรณีและความผูกพันของกฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของสหภาพยุโรปสามารถแบ่งแยกระหว่างพันธกรณีความผูกพันกับการบังคับใช้ได้หลากหลายประเภทที่ทำให้เห็นว่า สำหรับกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะที่ใช้บังคับภายในสหภาพยุโรปนั้น มีทั้งในเชิงของพันธกรณีและความผูกพันที่ทั้งจริงจังและไม่จริงจัง ซึ่งจะส่งผลต่อการบังคับใช้ได้ทั้งในแบบเด็ดขาดและไม่เด็ดขาด โดยข้อน่าสังเกตคือ แม้กฎหมายหรือนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปจะเป็นรูปแบบพันธกรณีและความผูกพันที่จริงจัง แต่ก็ไม่ได้เป็นจุดที่รับประกันได้ว่าจะนำมาซึ่งผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด และเช่นเดียวกันกับรูปแบบพันธกรณีและความผูกพันที่ไม่จริงจังแต่ก็อาจมีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด นั้นจึงส่งผลให้การวิเคราะห์ว่าพันธกรณีและความผูกพันในทางกฎหมาย และนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปจะมีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาดนั้นคงต้องพิจารณาเป็นเรื่องและเป็นประเด็นไป

2) จุดยืนของกฎหมายอย่างอ่อนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

มีการกล่าวว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้ามาเสริมแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม โดยได้เข้ามาผสานกับส่วนที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามแหล่งที่มาเดิมของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น ไม่สามารถหาคำตอบได้เป็นเพราะการที่ไม่มีผลผูกพันอย่างจริงจัง หรือเด็ดขาดนั้นส่งผลต่อขอบเขตและผลในทางกฎหมาย ดังนั้น ภายใต้บริบทระหว่างประเทศจึงต้องมีการปรับตัวพร้อมทั้งการพัฒนาแนวทางให้สามารถรับรองต่อนิติสัมพันธ์ที่ส่งผลต่อความผูกพันในรูปแบบใหม่ด้วยเช่นกัน¹⁷ ในช่วงปี ค.ศ.1980 ได้เกิดแนวปฏิบัติในการจำแนกประเภทของกฎหมายอย่างอ่อนขึ้นซึ่งเป็นการแยกตามการมีผลผูกพันและการไม่มีผลผูกพันของกฎหมายฉบับนั้น ๆ โดยไม่คำนึงถึงรายละเอียด หรือลักษณะของเนื้อหาในกฎหมายนั้นและต่อมาจึงได้ถูกแบ่งแยกการเรียกกฎหมายอย่างอ่อนออกเป็นสองประเภท ได้แก่ “กฎหมายอย่างอ่อนทางกฎหมาย” และ “กฎหมายอย่างอ่อนที่ไม่ใช่กฎหมาย”¹⁸ โดยกฎหมายอย่างอ่อนทางกฎหมาย เช่น กฎหมายอย่างอ่อนที่มีอยู่ภายใต้สนธิสัญญานำมาซึ่งการไม่มีผลผูกมัดในเชิงของการบังคับใช้อย่างจริงจังและเด็ดขาด และสำหรับกฎหมายอย่างอ่อนที่ไม่ใช่กฎหมายนับเป็นการสะท้อนถึงความยากลำบากในการแยกแยะกฎหมายออกจากความไม่เป็นกฎหมาย¹⁹ ดังนั้นการวิเคราะห์เพื่อแยกแยะจึงพิจารณาจากผลการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศว่าเป็นลักษณะที่บังคับใช้อย่างแน่นอน ชัดเจน หรือจริงจัง หรือไม่สำคัญ

จากแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างอ่อน (Sources of Soft Law) ในทางระหว่างประเทศเห็นได้ว่ามีจุดเริ่มต้นที่เป็นบ่อเกิด แตกต่างจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป ดังที่ได้กำหนดไว้

¹⁵ ibid.

¹⁶ ibid.

¹⁷ Marianna Naicker, 'The Use of Soft Law in the International Legal System in the Context of Global Governance' (mini-dissertation, University of Pretoria 2013) 10.

¹⁸ ibid 13.

¹⁹ ibid.

ภายใต้มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งแบ่งแยกบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้ 4 ประเภทหลักอัน ได้แก่ อนุสัญญาระหว่างประเทศ, จารีตประเพณีระหว่างประเทศ, หลักกฎหมายทั่วไป และคำพิพากษาของศาลหรือคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ โดยต่อมาได้เกิดแนวทางในการจำแนกประเภทของกฎหมายอย่างอ่อนขึ้น แต่จากแนวทางดังกล่าวก็ยังคงก่อให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์อยู่ดี นั้นเป็นเพราะความยากในการแยกแยะกฎหมายออกจากความไม่เป็นกฎหมายโดยสาระสำคัญ คือ จะใช้การพิจารณาในเรื่องของผลการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศต่อกฎหมายฉบับนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

2.3 ผลของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างอ่อน

จากการศึกษาพบว่ามีการวิเคราะห์ถึงกรณีนี้ หากมีการละเมิดข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างอ่อนจะส่งผลอย่างไรกับกลุ่มประเทศสมาชิก ได้แก่ ปฏิญญาโบโลญญาของสหภาพยุโรป (The Bologna Process) ซึ่งเป็นกระบวนการปฏิรูปการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่เริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1999 ครอบคลุม 48 ประเทศในยุโรป และองค์กรในยุโรปหลายแห่งรวมถึงสมาคมมหาวิทยาลัยยุโรป (European University Association) มีวัตถุประสงค์และมุ่งมั่นที่จะยกระดับคุณภาพและการยอมรับของระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาในยุโรป และปรับปรุงเงื่อนไขการแลกเปลี่ยนและความร่วมมือทั้งในยุโรปและระหว่างประเทศ²⁰ โดยได้มีข้อเสนอแนะของสภาแห่งยุโรปที่มีความเห็นว่าปฏิญญานี้ไม่ใช่กฎหมายภายใต้ข้อตกลงที่มีความผูกพันซึ่งได้ถือว่าปฏิญญานี้มีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างอ่อน หากประเทศใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงภายใต้ปฏิญญานี้ประเทศที่เป็นภาคีนั้นจะไม่ถูกลงโทษด้วยมาตรการคว่ำบาตรอย่างเป็นทางการ แต่อาจถูกกีดกันหรือถูกตัดออกจากสมาชิก ดังนั้นผลการตัดสินใจจากการบังคับใช้ปฏิญญานี้ดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นการกระทำผ่านองค์กรศาล แต่เป็นเพียงการโน้มน้าวใจทางศีลธรรมโดยเฉพาะความกลัวหรือความกังวลที่อาจถูกกีดกัน หรือถูกตัดออกจากสมาชิกของกลุ่มประเทศ²¹

ดังนั้นจะเห็นว่า สำหรับความตกลงในทางระหว่างประเทศบางฉบับแม้อาจอยู่ในฐานะของข้อตกลงระหว่างประเทศที่จะนำไปสู่พันธกรณีระหว่างประเทศระหว่างรัฐซึ่งเป็นภาคีสมาชิกก็ตาม แต่ก็ยังไม่ได้เป็นสิ่งที่รับประกันได้ว่าพันธสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะนำไปสู่ผลต่อการบังคับใช้อย่างจริงจัง และเคร่งครัดเสมอไปอย่างปฏิญญาโบโลญญาของสหภาพยุโรปที่มีผลใช้บังคับในเชิงของกฎหมายอย่างอ่อน ส่งผลให้หากไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ได้ถือเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำไปสู่กระบวนการในทางศาลแต่อย่างใด แต่จะเป็นผลในทางการเมืองระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกอาจมีความห่วงกังวลต่อการถูกกีดกัน หรือถูกตัดออกจากการเป็นสมาชิก

3. การจัดการความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐภายใต้กฎหมายอย่างอ่อน

3.1 กฎหมายอย่างอ่อนกับความท้าทายในบริบทข้อตกลงด้านความมั่นคงระหว่างรัฐ

โลกาภิวัตน์และการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในระดับโลกที่น่าสนใจดังที่ Flood กล่าวไว้ว่า “กฎหมายอย่างอ่อน คือ ความนุ่มนวลที่สร้างขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญในระหว่างการร่างข้อตกลงทางกฎหมาย

²⁰ European University Association, ‘Bologna Process and European Higher Education Area’ (European University Association) <<https://www.eua.eu/our-work/topics/bologna-process.html>> accessed 17 April 2026.

²¹ Filippo M. Zerilli, ‘The Rule of Soft Law: An introduction’ (n 5) 5.

หากปราศจากความนุ่มนวลนี้แล้วกฎหมายอย่างอ่อนก็คงไม่อาจถือกำเนิดขึ้นได้”²² จากที่ผ่านมาการถือกำเนิดเกิดขึ้นของกฎหมายอย่างอ่อนยังพิสูจน์ให้เห็นว่า ประสบความสำเร็จในการสร้างระเบียบทางกฎหมายในระดับโลกมาแล้ว²³ และยังมีการเปรียบเทียบถึงรูปแบบของความแตกต่างในการใช้บังคับ ที่แม้ว่าความแข็งแกร่งของกฎหมายภายในของรัฐมักจะเชื่อมโยงกับอำนาจในการใช้บังคับ (โดยมีวิธีการลงโทษอย่างเป็นทางการ) แต่ความแข็งแกร่งของกฎหมายโลก หรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะอยู่ที่ความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ที่แตกต่างซึ่ง หมายถึงการมีความยืดหยุ่นและความนุ่มนวลในการใช้บังคับ²⁴ ต่อมาจึงได้มีการนิยามว่ากฎหมายอย่างอ่อนถือเป็นเทคโนโลยีทางกฎหมาย และการเมืองที่สอดคล้องกับยุคปัจจุบันของระบบทุนนิยมโลกที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวโน้มสำคัญสองประการในกระแสโลกาภิวัตน์ของกฎหมาย ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ การขยายตัวของกระบวนการและช่องทางการตรากฎหมายที่เพิ่มขึ้น และประการที่สอง คือ การเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการที่คู่ขนานไปกับแนวโน้มโลกาภิวัตน์ของกฎหมายในประการแรก ทั้งยังมีนักมานุษยวิทยาทางกฎหมาย Benda-Beckmann และ Eckert ได้กล่าวว่า “ในขณะที่อำนาจอธิปไตยของรัฐถูกท้าทายมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะเดียวกันรัฐบาลของรัฐต่าง ๆ ก็เข้ามามีอำนาจในการควบคุม และเฝ้าระวังโดยกำหนดข้อจำกัดสิทธิของพลเมืองหรือประชาชนอย่างที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในประวัติศาสตร์กฎหมายยุคใหม่”²⁵

จะเห็นว่าโลกาภิวัตน์ทางกฎหมายในระดับโลก หรือระดับระหว่างประเทศนั้นกฎหมายอย่างอ่อนได้เข้าไปมีบทบาทสำคัญเพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายในระดับระหว่างประเทศที่รัฐภาคีต้องถือปฏิบัติ และคงไม่แปลกนักหากจะวิเคราะห์ว่ากฎหมายอย่างอ่อนก็ถือเป็นฐานสำคัญภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นความท้าทายของโลกาภิวัตน์ในทางกฎหมายก็นับเป็นสิ่งที่แต่ละรัฐควรตระหนักนั้นก็เพื่อการปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงของสังคมโลก เพื่อการใช้บังคับกฎระเบียบสังคมทั้งในบริบทระหว่างประเทศไปจนถึงกฎระเบียบสังคมภายในประเทศที่เป็นไปในทิศทาง หรือรูปแบบเดียวกันโดยยังใช้ฐานของการเคารพอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

3.2 กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทเครื่องมือด้านการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ

กฎหมายอย่างอ่อนที่เข้าไปมีบทบาทในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐนั้น สามารถพิจารณาได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศฉบับดังต่อไปนี้

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอย่างอ่อนมีมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1970 และได้รับความนิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมที่เห็นได้จากการผลักดันให้มีกฎหมายอย่างอ่อนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมขึ้นในปี ค.ศ.1972 ผ่านเอกสารต่าง ๆ ซึ่งได้แก่ ปฏิญญาการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์หรือปฏิญญาสตอกโฮล์ม (Declaration of the UN Conference on the Human Environment: Stockholm Declaration 1972) ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การออกหลักการ 26 ประการเกี่ยวกับมนุษย์และสิ่งแวดล้อม โดยมีหลักการข้อที่ 21 กำหนดหลักการพื้นฐานให้รัฐต่าง ๆ มีสิทธิอธิปไตยในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของตนเองตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมอันเป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ และการแสดงความรับผิดชอบให้เกิดความแน่ใจว่าจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

²² ibid 7.

²³ ibid.

²⁴ ibid.

²⁵ ibid 8.

ต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือพื้นที่นอกเหนือขอบเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐตน²⁶ ทั้งยังมีหลักการในข้อที่ 26 ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความขัดแย้งทางอาวุธ โดยเป็นการปกป้องโลกจากอาวุธนิวเคลียร์จึงได้สั่งการให้รัฐต่างๆ มุ่งมั่นที่จะบรรลุข้อตกลงเพื่อกำจัดและทำลายอาวุธดังกล่าว²⁷ อันจะเห็นได้ว่าปฏิญญานี้ได้กำหนดและวางแนวทางปฏิบัติของรัฐให้ดูแลรักษาสสิ่งแวดล้อมด้านต่าง ๆ และยุติการใช้อาวุธที่อาจนำมาซึ่งการบ่อนทำลายสิ่งแวดล้อม โดยเป็นการกระทำภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยไม่ส่งผลกระทบต่อรัฐอื่นอันเป็นการปฏิบัติที่สอดคล้องตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ

3.3 กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทเครื่องมือด้านการรักษาความมั่นคงของรัฐ

สถานการณ์ปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่สำคัญในโลกปัจจุบันเรื่องหนึ่งคือ “ปัญหาด้านการก่อการร้าย” ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อความมั่นคงของรัฐ โดยการตรากฎหมายระหว่างประเทศในด้านการก่อการร้ายส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินผ่านกระบวนการพหุภาคีส่งผลให้เกิดสนธิสัญญา²⁸ ในขณะเดียวกันกฎหมายอย่างอ่อนก็ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ต่อการสร้างบรรทัดฐาน และแนวปฏิบัติระดับโลกตลอดทั้งนโยบายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย²⁹ โดยได้มีการจำแนกถึงประโยชน์และเหตุผลของการนำกฎหมายอย่างอ่อนมาใช้ในบริบทของการสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายในแต่ละประการดังนี้³⁰

ประการที่ 1 มีความรวดเร็ว ไม่เป็นทางการ มีข้อจำกัดและขั้นตอนที่ยูกยากน้อยกว่า

ประการที่ 2 เป็นการจัดทำขึ้นโดยกลุ่มรัฐที่มีแนวคิดเดียวกันซึ่งมีฉันทามติในระดับที่สมเหตุสมผลเกี่ยวกับค่านิยม กระบวนการ และผลลัพธ์

ประการที่ 3 มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ประการที่ 4 เป็นเครื่องมือในการเติมช่องว่างในกรณีที่ไม่มีความตกลงในรูปของสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณี

ประการที่ 5 เป็นเครื่องมือในการพัฒนาตีความของการพัฒนากฎหมายเพื่อขึ้นำ จำกัด และสนับสนุนการดำเนินการด้านกฎระเบียบ

ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้ามาเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการพัฒนากฎระเบียบ และสร้างมาตรฐานของบรรทัดฐานทางกฎหมายในแต่ละประการสำคัญดังที่ได้กล่าวไป ซึ่งไม่ได้มีผลบังคับใช้เด็ดขาดเช่นเดียวกันกับข้อตกลงในรูปของสนธิสัญญา อีกทั้งยังถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่เข้ามาผสานและเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมายที่นำไปสู่การใช้งาน โดยคำนึงถึงความยืดหยุ่นต่อการใช้กฎระเบียบหรือมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายนั้นก็เพื่อประโยชน์สูงสุดคือการรักษาความมั่นคงของรัฐ

²⁶ Arif Ahmed and Md. Jahid Mustofa, 'Role of Soft Law in Environmental Protection: An Overview' (n 8) 5-6.

²⁷ ibid 6.

²⁸ Krisztina Huszti-Orban and Fionnuala Ni Aoláin, 'The Impact of "Soft Law" and Informal Standard-Setting in the Area of Counter-Terrorism on Civil Society and Civic Space' (Human Rights Center, University of Minnesota Law School 2020) 5.

²⁹ ibid 6.

³⁰ ibid.

จากการศึกษาพบว่า “ธรรมชาติของการสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายโดยมีรูปแบบกฎหมายอย่างอ่อนเข้าไปเกี่ยวข้อง” สามารถจำแนกได้ใน 5 ประเด็น ดังนี้³¹

ประเด็นที่ 1 ขนาดการแพร่กระจายของบรรทัดฐานในรูปของกฎหมายอย่างอ่อนแม้อาจวัดได้ยาก แต่ก็ถือได้ว่าเกิดขึ้นมากในช่วงเวลาสั้น ๆ โดยโครงสร้างการต่อต้านการก่อการร้ายระดับโลกถือได้ว่าเป็นโครงสร้างที่มีขนาดใหญ่และกว้างที่นำมาซึ่งการที่สามารถกำหนดขอบเขตของประเด็นต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพและอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงบรรทัดฐานในรูปแบบของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แบบเด็ดขาด

ประเด็นที่ 2 กฎหมายอย่างอ่อนยังเป็นปัญหาต่อการอธิบายถึงขอบเขตของการใช้บังคับแนวทางปฏิบัติเชิงบรรทัดฐาน คำประกาศซึ่งเป็น “แนวปฏิบัติที่ดี” ตลอดทั้งกฎเกณฑ์ทางเทคนิคต่าง ๆ ว่าสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติที่นำมาซึ่งผลสัมฤทธิ์ได้มากน้อยเพียงใด

ประเด็นที่ 3 กฎหมายอย่างอ่อนมีความแตกต่างจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปเนื่องจากมีสภาพบังคับที่น้อยกว่า สำหรับบรรทัดฐานของกฎหมายอย่างอ่อนในด้านการต่อต้านการก่อการร้ายถูกออกแบบมาพร้อมกับขีดความสามารถ ความเชี่ยวชาญทางเทคนิค ตลอดทั้งรูปแบบของการสนับสนุนที่แตกต่างและไม่เหมือนกันกับกฎหมายในด้านอื่น ๆ เนื่องจากมีโครงสร้างระดับโลกที่เอื้อต่อการนำไปปฏิบัติได้โดยตรง

ประเด็นที่ 4 มาตรฐานของกฎหมายอย่างอ่อนเชิงบรรทัดฐานหลายประการมีความเชื่อมโยงกันอย่างมีนัยสำคัญตลอดทั้งเสริมสร้างและต่อยอดซึ่งกันและกัน โดยเฉพาะสถานะทางกฎหมายและมาตรฐานที่มีความเป็นอิสระและเชื่อมโยงกัน การขยายตัวของบรรทัดฐานอย่างต่อเนื่องช่วยเสริมสร้าง และส่งเสริมการพัฒนากฎเกณฑ์จึงถือเป็นมุมมองด้านกฎระเบียบในทางระหว่างประเทศที่ไม่เคยเห็นมาก่อน

ประเด็นที่ 5 การสร้างบรรทัดฐานรวมถึงการกำกับดูแล และการดำเนินการภายใต้รูปแบบของกฎหมายอย่างอ่อนขององค์กรด้านสิทธิมนุษยชน และประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนยังค่อนข้างจะห่างไกลต่อการถูกนำไปใช้และปฏิบัติ

จากธรรมชาติของการสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายโดยใช้รูปแบบของกฎหมายอย่างอ่อนเข้าไปเป็นตัวกำหนดโครงสร้างทั้ง 5 ประเด็น ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า กฎหมายอย่างอ่อนได้ถูกนำไปใช้ในสถานะเครื่องมือหนึ่งทางกฎหมายที่ไม่ได้มีผลบังคับใช้อย่างเด็ดขาด โดยนำไปซึ่งประโยชน์ในการวางโครงสร้างของกฎระเบียบและบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งมีลักษณะเฉพาะ คือ การใช้บังคับที่ยืดหยุ่น และความเป็นอิสระที่ส่งผลต่อการพัฒนาให้ก้าวหน้าต่อรูปแบบ และวิวัฒนาการของการก่อการร้ายในปัจจุบัน และอนาคตที่สามารถแก้ไขปรับเปลี่ยนโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการที่ยาก และซับซ้อนเช่นเดียวกับกฎหมายโดยทั่วไปทำให้เห็นว่ากฎหมายอย่างอ่อนจึงน่าจะเป็นอีกเครื่องมือตัวช่วยสำคัญต่อการสร้างความร่วมมือระหว่างรัฐ เพื่อต่อต้านการก่อการร้ายในทุกรูปแบบ อันนำมาซึ่งความมั่นคงของรัฐทั้งในระดับภายในประเทศไปตลอดจนถึงระดับระหว่างประเทศ

3.4 ข้อสังเกตและข้อโต้แย้งการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมกับแนวทางในการใช้กฎหมายอย่างอ่อน

³¹ ibid 6-7.

ประเด็นการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมอย่างเช่นที่เกิดขึ้นของโคโซโวที่ทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่ารัฐต่าง ๆ สามารถแทรกแซงทางกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมได้หรือไม่ (โดยเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ) ต่อมาภายหลังกรณีของโคโซโว Kofi Annan ขณะดำรงตำแหน่งเลขาธิการสหประชาชาติ เรียกร้องให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมซึ่งนำไปสู่การทำรายงานในบริบทของ “กฎหมายอย่างอ่อน” หลายชุดโดยคณะกรรมการและองค์การระหว่างประเทศที่เรียกร้องอย่างชัดเจนให้มีหลักความรับผิดชอบในการปกป้อง (The responsibility to protect doctrine: R2P) ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล โดยเป็นการตรวจสอบผ่านรายงานดังต่อไปนี้ ได้แก่ รายงานของคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอำนาจอธิปไตยของรัฐในปี ค.ศ.2001, รายงานของคณะกรรมการระดับสูงว่าด้วยภัยคุกคาม ความทำลาย และการเปลี่ยนแปลงในปี ค.ศ.2004 และรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ เรื่อง “เสรีภาพที่กว้างขวางยิ่งขึ้น” ในช่วงปี ค.ศ.2005³² จนกลุ่มผู้ที่มีความเห็นให้สามารถแทรกแซงรัฐได้ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ภายใต้กฎหมายอย่างอ่อนขึ้น³³

แต่ถึงอย่างไรก็ตามประเด็นในเรื่องของการเข้าแทรกแซงรัฐ โดยเหตุผลทางมนุษยธรรมก็อาจกล่าวถึงปัญหาที่กลืนไม่เข้าคายไม่ออกอยู่ใน 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ “คำถามที่เกี่ยวข้องกับความชอบธรรมในการเข้าแทรกแซงรัฐ โดยเหตุผลทางมนุษยธรรมที่เป็นการไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ” และ “ความจำเป็นที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลในการหยุดยั้ง การละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อหลักมนุษยธรรม”³⁴ ต่อมาเป็นผลให้กลุ่มผู้ที่เห็นด้วยกับการเข้าแทรกแซงรัฐด้วยเหตุผลด้านมนุษยธรรมใช้แนวทางของกฎหมายอย่างอ่อนในการแก้ไขกฎหมายที่เคร่งครัด ดังที่เห็นได้จากคณะกรรมการการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (International Commission on Intervention and State Sovereignty: ICISS) ได้พยายามวางกรอบใหม่โดยเปลี่ยนภาษาจากการแทรกแซงทางมนุษยธรรมว่าเป็นเรื่องของสิทธิที่รัฐสามารถใช้เป็นเหตุในการอ้างเพื่อเข้าแทรกแซงได้ โดยได้หันมาใช้แนวทางคู่ขนานแทนนั้นคือ “อธิปไตยในฐานะความรับผิดชอบ” และ “ความรับผิดชอบในการปกป้อง” บุคคลที่ต้องตกอยู่ในความเสี่ยงร้ายแรง ที่จะกลายเป็นจุดที่นำมาซึ่งการคลายข้อสงสัยที่อาจเกรงว่าการแทรกแซงทางมนุษยธรรมอาจเป็นใบอนุญาตทางการเมือง และทางกฎหมายแก่รัฐที่มีอำนาจในการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เล็กและอ่อนแอกว่า โดยนัยสำคัญของกรรมาธิการนั้น คือ เป็นการเสนอแนะว่าความรับผิดชอบในการป้องกันนั้นเป็นเพียงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ไม่เข้มงวดที่กำลังเกิดขึ้นใหม่ซึ่งดำรงอยู่ควบคู่กับการคุ้มครองอธิปไตยของรัฐตามกฎหมายที่เข้มงวดในสนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่³⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเด็นในเรื่องของข้อสังเกต และข้อโต้แย้งการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรม (ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ) ได้กลายเป็นข้อถกเถียงถึงความชอบธรรมเป็นผลให้คณะกรรมการการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (ICISS) ได้วางกรอบใหม่โดยหันมาใช้แนวทางคู่ขนานว่าคือ “อธิปไตยในฐานะความ

³² Gregory C Shaffer and Mark A Pollack, 'Hard versus Soft Law in International Security' (2011) 52 BCL Rev 1147, 1211.

³³ ibid 1216.

³⁴ ibid 1217.

³⁵ ibid 1220-1221.

รับผิดชอบ” และ “ความรับผิดชอบในการปกป้อง” ที่ถือได้ว่าเป็นการนำแนวทางของกฎหมายอย่างอ่อนเข้ามาเพื่อเป็นตัวช่วยในการวางกรอบการตีความจากเดิมที่มีลักษณะเคร่งครัดแต่ถึงอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการทำลายหลักการห้ามแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด เป็นเพียงการเสนอแนะว่าความรับผิดชอบในการปกป้องนั้นเป็นเพียงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ไม่เข้มงวดที่กำลังเกิดขึ้นใหม่ซึ่งดำรงอยู่ควบคู่กับการคุ้มครองอธิปไตยของรัฐ ตามกฎหมายที่เข้มงวดในสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่เท่านั้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

แม้ความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐ โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์ (Hard Law) แต่บทความฉบับนี้ได้พยายามอธิบายให้เห็นถึง กฎหมายอย่างอ่อนในบริบทของการเข้ามาเป็นเครื่องมือการจัดการความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐผ่านสถานการณ์ปัญหาสังคมโลกด้านต่าง ๆ ที่จะเป็นตัวสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการใช้บังคับ และความสำคัญของกฎหมายอย่างอ่อน ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญที่ต้องการเปิดมุมมองทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่ผู้ศึกษาได้เข้าใจว่ากฎหมายอย่างอ่อนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญอย่างไร ตลอดทั้งเมื่อนำมาวิเคราะห์ร่วมกันกับความผูกพันระหว่างประเทศทางความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐแล้วนั้น จะทำหน้าที่ในรูปแบบใดและส่งผลประโยชน์ต่อกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกอย่างไร ซึ่งจากการศึกษานั้นพบว่าด้วยความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนที่มีผลบังคับใช้แบบไม่เคร่งครัดและเด็ดขาด ส่งผลให้เกิดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังถูกยกให้เป็นเทคโนโลยีทางกฎหมายและการเมืองที่มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับการนำมาประยุกต์ใช้กับความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ทั้งนี้ยังพบว่าความผูกพันภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐที่กฎหมายอย่างอ่อนได้เข้าไปมีบทบาทพร้อมนั้นเกิดขึ้นภายใต้บริบทของพันธกรณีระหว่างประเทศที่หลากหลาย อาทิ ความผูกพันในทางระหว่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การต่อต้านและป้องกันการก่อการร้าย อีกทั้งในประเด็นการแทรกแซงรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมที่ได้นำแนวทางของกฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law) ในฐานะของกรอบใหม่โดยเป็นแนวทางคู่ขนานไปกับหลักกฎหมายที่เคร่งครัดในประเด็นของการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งประเด็นทั้งหมดล้วนแล้วมีส่วนคาบเกี่ยวกับประเด็นการจัดการด้านความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐทั้งสิ้น

4.2 ข้อเสนอแนะ

กฎหมายอย่างอ่อนถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่สำคัญรูปแบบหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการที่ถูกนำมาใช้ในประเด็นด้านความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยระหว่างรัฐที่จะส่งผลประโยชน์ให้เกิดกับรัฐภาคีสมาชิกภายใต้ข้อตกลงในทางระหว่างประเทศที่นำมาซึ่งความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งกระบวนการจัดทำเพื่อใช้บังคับก็มีความซับซ้อนที่น้อยกว่า อีกทั้งยังพบว่าการนำกฎหมายอย่างอ่อนมาเพื่อใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้นหากรัฐเลือกที่จะดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศโดยใช้ฐานของกฎหมายอย่างอ่อนเป็นเครื่องมือที่เกี่ยวข้องในประเด็นด้านความมั่นคง และอำนาจอธิปไตยก็น่าจะเป็นอีกหนทางหนึ่งในการผสมผสานความร่วมมือและความสัมพันธ์ทางการทูตที่สำคัญ