

ซอฟต์แวร์: การพัฒนากฎหมายรูปแบบใหม่ในการกำกับดูแลภาคเอกชน

Soft Law: The Development of a New Legislation to Regulate Private Sectors

กฤติธิดา เกิดลาภผล¹

Kristhyada Kerdlapph

¹นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, รองศาสตราจารย์ ดร. ประจำ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

Doctor of Laws, Associate Professor Dr., School of Law, Sukhothai Tamatha Open University

บทคัดย่อ

ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศต่างๆ ได้มีการพัฒนา “ซอฟต์ลอว์” มากขึ้นเรื่อยๆ ซึ่ง “ซอฟต์ลอว์” เป็นกฎหมายรูปแบบใหม่ในการกำกับดูแลภาคเอกชนโดยเน้นให้เป็นการใช้เครื่องมือทางเลือกหรือเป็นเครื่องมือที่เสริม “ฮาร์ดลอว์” ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นกฎระเบียบข้อบังคับของรัฐที่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายการสั่งการและควบคุมแบบดั้งเดิม “ซอฟต์ลอว์” มีเป้าหมายในการเพิ่มความหลากหลายของเครื่องมือกำกับดูแลภาคเอกชน การพัฒนา “ซอฟต์ลอว์” นี้เกิดขึ้นจากความกังวลในการที่จะหาหนทางเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ ความชอบธรรม และความโปร่งใสของการดำเนินการของภาคเอกชน เครื่องมือทางเลือกเหล่านี้ รวมถึง มาตรการกำกับดูแลตนเอง และมาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ โดยมีการใช้คำทั่วไปว่า “ซอฟต์ลอว์” บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงความหมายที่แนวคิดเหล่านี้มีอยู่ในบริบทของสภาพสังคมในปัจจุบัน โดยจะกล่าวถึงบริบทสำหรับการใช้ “ซอฟต์ลอว์” ดังกล่าว และกล่าวถึงข้อดีและข้อจำกัดของ “ซอฟต์ลอว์” นอกจากนี้ บทความนี้ยังกล่าวถึงความเชื่อมโยงกันของ “ซอฟต์ลอว์” กับมาตรการกำกับดูแลตนเอง และมาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ ผู้เขียนพบว่า “ซอฟต์ลอว์” มีข้อดีในด้านความยืดหยุ่นและการส่งเสริมการกำกับดูแลตนเอง แต่มีข้อจำกัดในด้านการบังคับใช้และการติดตามผล การพัฒนาซอฟต์ลอว์ที่มีประสิทธิภาพจำเป็นต้องมีการวางระบบการกำกับดูแลตนเองให้ชัดเจนและมีองค์กรในการกำกับดูแลภาคเอกชนในการดำเนินการให้เป็นไปตาม “ซอฟต์ลอว์” ที่มีการกำหนดขึ้นมา

คำสำคัญ: ซอฟต์ลอว์ มาตรการกำกับดูแลตนเอง มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ การกำกับดูแลภาคเอกชน

Abstract

In recent decades, many countries have increasingly developed soft law. Soft law is a new legislation to regulate private sectors, emphasizing the use of alternative or support tools to hard law, which is the regulation of the states in the form of traditional command and control legislation. Soft law aims to increase the diversity of the instruments to regulate the private sector. The development of soft law is based on the concern to obtain ways to increase the efficiency, legitimacy and transparency of the private sector's operations. These alternative instruments include self-regulation and co-regulation, which are commonly referred to as "soft law". This article aims to provide an understanding of what these concepts mean in the context of the current social situation. It describes the context in which soft law has been used, and discusses the advantages and limitations of the use of "soft law". In addition, the article discusses the

relationship between soft law and self-regulation and co-regulation. The author found that “soft law” has advantages in terms of flexibility and promotion of self-regulation, but has limitations in enforcement and monitoring. There should be a clear self-regulatory system and an organization to supervise operators to ensure that they comply with “soft law” that has been established.

Keywords: Soft Law, Self-Regulation, Co-Regulation, Private Sectors Regulation

ความนำ

“ซอฟต์ลอว์” (Soft Law) ถือเป็นการกำกับดูแลรูปแบบใหม่ อันเป็นผลมาจากการสร้างข้อกำหนดพื้นฐานเกี่ยวกับความปลอดภัยและการคุ้มครองผู้บริโภค โดยยึดตามมาตรฐานที่จะถือว่าได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกรอบกฎหมายและสามารถถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกำกับดูแลร่วมกันหรือการกำกับดูแลตนเอง² “ซอฟต์ลอว์” มีความแตกต่างจาก ฮาร์ดลอว์ (Hard Law) ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐที่ผ่านรัฐสภามาแล้วจึงมีความแน่นอนและบังคับใช้เป็นการทั่วไป อย่างไรก็ตาม จากข้อจำกัดของ “ฮาร์ดลอว์” ที่ขาดความยืดหยุ่นและอาจไม่สามารถสนับสนุนการสร้างมาตรฐานของสังคมหรือความปลอดภัยที่ดีขึ้นได้อย่างเต็มที่ จึงมีการนำ “ซอฟต์ลอว์” มาใช้

ข้อความคิดทั่วไปของ “ซอฟต์ลอว์”

โดยทั่วไปแล้ว รัฐจะใช้ “ฮาร์ดลอว์” ซึ่งเป็นกฎหมายมาตรฐานเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรม แก้ไขปัญหา ดำเนินการ หรือเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งแน่นอนว่า “ฮาร์ดลอว์” มีความจำเป็นในการกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ทศวรรษ 1980 เป็นต้นมาได้มีกฎหมายรูปแบบใหม่ได้กลายมาเป็นทางเลือกแทนแนวทางดั้งเดิมมากขึ้นและเรื่อยมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงทศวรรษ 1990 เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบาทของรัฐที่นำไปสู่การแพร่หลายของเครื่องมือต่างๆ ที่อยู่ในรูปแบบ “ซอฟต์ลอว์” อันมีลักษณะไม่ผูกมัดเพื่อให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมายในลักษณะที่มีผลผูกพันที่เป็น “ฮาร์ดลอว์” ต่อไป เครื่องมือต่างๆ ในรูปแบบ “ซอฟต์ลอว์” เป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยองค์กรภาคเอกชนที่พบได้ในภาคธุรกิจส่วนใหญ่³ “ซอฟต์ลอว์” ได้ก้าวข้ามมาตรฐานทางกฎหมายแบบเดิมๆ ไปสู่การพัฒนาฐานวิชาชีพที่สูงขึ้นขององค์กรต่างๆ นอกจากนี้ แรงกดดันจากหน่วยงานและองค์กรต่างๆ ที่ต้องการให้มีการกำกับดูแลที่เหมาะสม มีความเป็นมืออาชีพ มีจริยธรรม และ

² Linda A.J. Senden, “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2568, จาก https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943063.

³ European Economic and Social Committee, “European Self -and Co-Regulation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf.

มีบริการสาธารณะที่ดี มากยิ่งขึ้น⁴ นอกจากนั้น "ซอฟต์ลอว์" ยังเป็นประโยชน์ในพื้นที่ที่มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว เช่น เทคโนโลยี เนื่องจากเป็นมาตรการที่มุ่งหมายเพื่อให้มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมแต่อาจไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย มีความยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนได้ง่ายมากกว่า "ฮาร์ดลอว์" ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายอย่างเข้มงวด⁵ นอกจากนั้น "ซอฟต์ลอว์" ยังเป็นแรงผลักดันหรือแรงขับเคลื่อนสำคัญที่ทำให้กฎหมายมีความเข้มแข็งขึ้นจนกลายเป็นการควบคุมที่เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งคือกฎหมายทั้งหลาย เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติ เป็นต้น

ทั้งนี้ "ซอฟต์ลอว์" หมายถึง เครื่องมือกึ่งกฎหมาย เช่น คำแนะนำหรือแนวปฏิบัติ ที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย หรือมีผลผูกพันที่อาจไม่ได้เข้มงวด อีกทั้งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรง หรือไม่มีสภาพบังคับโดยตรง เป็นกฎกติกาที่ออกโดยกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่คำสั่งที่อาศัยอำนาจของรัฐาธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งจะออกโดยรัฐหรือเอกชนก็ย่อมได้ ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดการบริการที่ดี ให้มีการบังคับกันเอง โดยเฉพาะในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการยกมาตรฐานการบริหารและการบริการที่ดีอันควรปฏิบัติ⁶

คำว่า "ซอฟต์ลอว์" เกิดขึ้นครั้งแรกในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น แนวคิดของ "ซอฟต์ลอว์" คือ เป็นแนวคิดทางกฎหมายที่อิงความเชื่อมโยงระหว่างกฎเกณฑ์ที่หลากหลายทางกฎหมายระหว่างประเทศ การผสมผสานกฎหมายของประชาคมเข้ากับกฎหมายภายใน และยังเป็นแนวคิดเพื่อพัฒนาสังคม รวมทั้งสร้างแนวคิดในการสร้างความเชื่อมต่อของกฎหมายที่มีสภาพบังคับเคร่งครัดกับกฎเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในสังคมซึ่งมีความเป็นกฎหมายอยู่ในตัวเอง "ซอฟต์ลอว์" ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศครอบคลุมองค์ประกอบต่างๆ เช่น มติและคำประกาศส่วนใหญ่ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ หลักการ ประมวลจริยธรรม และ มักพบเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาที่เป็นกรอบแผนปฏิบัติการ ตลอดจนพันธกรณีอื่น ๆ ที่ไม่ใช่สนธิสัญญา ซึ่งต่อมาในภายหลัง "ซอฟต์ลอว์" ได้ถูกนำไปใช้ในสาขาอื่นๆ ของกฎหมายในประเทศด้วยเช่นกันรวมไปถึงภาคเอกชนที่มีการยอมรับ "ซอฟต์ลอว์" มากขึ้น เห็นได้จากการกำหนดแนวทางปฏิบัติร่วมกันของบริษัท เช่น แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดีของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดเพิ่มเติม หรือนโยบายของบริษัทเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social

⁴ Robin Creyke, "Soft Law and Administrative Law: A New Challenge," สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก <https://www5.austlii.edu.au/au/journals/AIAdminLawF/2010/4.pdf>.

⁵ Robin Creyke, *ibid*.

⁶ ภัทรารณ รัตนเกษตร, "บทบาทของกฎหมายอย่างอ่อนกับการพัฒนากฎหมายในอนาคต," รายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการระดับชาติพะยัคยาวิจั, มหาวิทยาลัยพะเยา, 2558: 1114.

Responsibility: CSR) เป็นต้น อันมีความสมัครใจและความร่วมมือของผู้ประกอบการเป็นสำคัญ เนื่องจากตระหนักว่าเป็นสิ่งจำเป็น แม้ว่าจะไม่มีหน้าที่ต้องกระทำตามและไม่มีบทลงโทษก็ตาม

"ซอฟต์ลอว์" ในฐานะเป็นกฎหมาย

"ซอฟต์ลอว์" ที่ไม่มีบทลงโทษสามารถมีฐานะเป็นกฎหมายได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจาก ศีลธรรม จารีตประเพณี และปทัสถานทางสังคม อันมีลักษณะอ่อนกว่า "ฮาร์ดลอว์" และไม่มีสภาพบังคับ อย่างไรก็ตาม ศีลธรรม จารีตประเพณี และปทัสถานทางสังคม เหล่านี้ ที่ผ่านมาเป็นแรงผลักดันหรือแรงขับเคลื่อนสำคัญจนสามารถกลายเป็นการควบคุมและเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมที่ต้องปฏิบัติ⁷ ตัวอย่างเช่น องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งคือองค์ประกอบทางจิตเจตจำนง การปฏิบัติตามเกิดจากความความเชื่อมั่นที่ว่าต้องกระทำเพราะเป็นกฎหมาย เห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้มีแค่กฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าควรจะรวม "ซอฟต์ลอว์" เข้าไปเป็นกฎหมายด้วย⁸

รูปแบบของ "ซอฟต์ลอว์"

การนำ "ซอฟต์ลอว์" มาใช้ในลักษณะของการกำกับดูแลตนเอง (Self-Regulation) ของภาคเอกชนเอง เป็นการแสดงเจตจำนงของผู้ประกอบการที่จะถือปฏิบัติในการบริการของตน และตกลงกันสร้างกระบวนการแก้ไขปัญหาโดยสมัครใจ เพื่อให้เกิดการบริการที่ดี ต้นทุนในการบังคับใช้จึงไม่มากนัก เพราะมาจากการยอมตกลงปฏิบัติ และผู้บริโภคจะไว้วางใจผู้ประกอบการที่แสดงตนว่าจะบริการอย่างมีมาตรฐาน ซึ่งกรณีเช่นนี้ "ซอฟต์ลอว์" ก็จะเข้ามาเสริมฮาร์ดลอว์โดยผู้ประกอบการยินยอมกระทำการเพิ่มเติมไปจากข้อบังคับของกฎหมาย เพื่อให้ตนเองมีความสามารถในทางตลาดหรือแข่งขันมากขึ้น โดยมาตรการ "ซอฟต์ลอว์" อาจถูกนำมาใช้โดยการเข้ามาเสริมตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้ว แต่ผู้ประกอบการเข้ามาสร้างกติกาของตนเองว่าจะให้บริการที่ดีกว่ามาตรฐานของกฎหมาย แรงจูงใจที่กระทำการเช่นนี้อาจเนื่องจากเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในการแข่งขันในระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ซึ่งหากมีบริการที่ดีแล้วผู้บริโภคย่อมให้ความเชื่อถือมากกว่าผู้บริการรายอื่น⁹ หรือบางกรณีมีการนำ "ซอฟต์ลอว์" มาใช้ในลักษณะของ มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ (Co-Regulation) ที่อาศัยมาตรการบังคับของภาครัฐเข้ามาช่วย¹⁰

ทั้งนี้ "ซอฟต์ลอว์" มีรูปแบบต่างๆ มากมาย เช่น จรรยาบรรณ คำประกาศ กฎบัตร ข้อตกลง กฎเกณฑ์ มาตรฐาน ในบทความนี้จะกล่าวถึง 2 กลุ่มที่สำคัญ ดังนี้

⁷ เฟ็งอ้วง

⁸ เฟ็งอ้วง

⁹ กฤติญา เกิดลาภผล และคณะ, "มาตรการทางกฎหมายและจริยธรรมเพื่อกำกับดูแลการนำเข้าพืชสมุนไพรกัญชา มาใช้ประโยชน์ในกิจการอาหารและเครื่องดื่ม," (โครงการศึกษาวิจัย, 2566), น. 2566.

¹⁰ เฟ็งอ้วง

“ซอฟต์ลอว์” กลุ่มแรก มาตรการกำกับดูแลตนเอง (Self-Regulation)

มาตรการการกำกับดูแลตนเอง หมายถึง “ข้อตกลงโดยสมัครใจของผู้ประกอบการภาคเอกชนการด้านเศรษฐกิจ พันธมิตรทางสังคม องค์กรที่ไม่ใช่ภาครัฐ หรือสมาคมต่างๆ จะนำแนวปฏิบัติร่วมกันมาใช้กันเอง มีลักษณะเป็นจรรยาบรรณหรือมาตรฐาน โดยเกิดจากความสมัครใจ ไม่มีการบังคับให้ใช้จากรัฐ สำหรับการกำกับดูแลตนเองของภาคธุรกิจในประเทศและในระดับนานาชาตินั้น เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการของภาคเอกชนหรือธุรกิจของประเทศต่าง ๆ มีวิวัฒนาการไปตามแนวความคิดตามระบบการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของโลก ทำให้รูปแบบในการกำกับดูแลการประกอบกิจการจากเดิมที่เน้นการกำกับดูแลอย่างเคร่งครัดเป็นผ่อนคลายเป็นมากขึ้น

ในปัจจุบันสืบเนื่องจากปรากฏการณ์โลกาภิวัตน์ และแนวคิดในการรับกฎหมาย (Reception of Law) ของต่างประเทศมาใช้ในประเทศของตน และแนวคิดเกี่ยวกับองค์การปฏิรูปกฎหมายและการจัดทำกฎหมายให้เป็นเอกภาพ (Unification of Law) ส่งผลให้รูปแบบองค์กรธุรกิจ ลักษณะการประกอบกิจการ ระบบการกำกับดูแลและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เริ่มมีความคล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการกำกับดูแลตนเองของภาคธุรกิจนั้น ยังคงมีความแตกต่างกันบ้างจากพื้นฐานวิถีคิดและวัฒนธรรมในการประกอบธุรกิจของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศอื่น ๆ¹¹ ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วมีแนวคิดในการกำกับดูแลตนเองของภาคธุรกิจค่อนข้างสูง โดยมีการนำ “ซอฟต์ลอว์” มาใช้ในลักษณะของมาตรการกำกับดูแลตนเอง ในหลายกรณี ตัวอย่างในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่มีการนำมาตรการกำกับดูแลตนเอง มาใช้อย่างเป็นรูปธรรม เช่น แนวปฏิบัติของสมาคมการค้า สมาคมประกันภัย บริการทางการเงิน อุตสาหกรรมการโฆษณา งานให้คำปรึกษาทางกฎหมาย กิจการก่อสร้าง วิชาชีพเกี่ยวกับสุขภาพ

จากแนวคิดข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำกับดูแลตนเองของภาคธุรกิจนั้นมีที่มาจากหลายแนวคิด โดยอาจเริ่มจากความรับผิดชอบที่ดีของผู้ประกอบการเอง การร่วมส่งเสริมมาตรการที่ดีจากกลุ่มผู้ประกอบการ หรือมาจากกฎระเบียบของรัฐ ในระดับนานาชาติ มีแนวคิดสำคัญที่มีส่วนส่งเสริมให้ภาคธุรกิจมีความรับผิดชอบต่อสังคม ซึ่งเป็นที่มาของการกำกับดูแลตนเองของภาคธุรกิจ อาทิ องค์กรสหประชาชาติ หรือองค์การชำนาญพิเศษอื่น เช่น องค์การอนามัยโลก เป็นต้น

รูปแบบหนึ่งของมาตรการการกำกับดูแลตนเองในระดับนานาชาติ ที่มีแนวคิดร่วมกันคือเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กร (Corporate Social Responsibility: CSR) โดยเห็นว่าบรรดากิจการต่าง ๆ ในกระบวนการดำเนินธุรกิจ ควรคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค สิทธิมนุษยชน มาตรฐานแรงงาน สิ่งแวดล้อม ตลอดจนเรื่องของบริษัทภิบาลหรือการกำกับดูแลกิจการที่ดี ทั้งนี้ สหประชาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญใน

¹¹National Consumer Council, “Models of self-regulation: An overview of models in business and the profession,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2568, จาก http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc_models_self_regulation.pdf.

ความเป็นบรรษัทพลเมือง (Corporate Citizenship) ของบรรดากิจการทั้งหลาย ที่อาจส่งผลกระทบต่อโลกได้ทั้งในทางบวกและในทางลบอย่างมาก จึงเกิดข้อตกลงโลกแห่งสหประชาชาติ (UN Global Compact) ในปี ค.ศ. 1999 เพื่อเชิญชวนให้บรรดาบรรษัทพลเมืองทั้งหลายเข้าร่วมทำข้อตกลงภายใต้หลักสากล 10 ประการ สำหรับนำไปใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ เพื่อให้ได้ชื่อว่าเป็นบรรษัทพลเมืองที่มีความรับผิดชอบ (Responsible Corporate Citizen) ในสังคมโลก¹²

องค์การระหว่างประเทศหรือองค์กรความร่วมมือระดับนานาชาติ อาจวางแนวปฏิบัติหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับการกิจสำหรับเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกนำไปปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น องค์การอนามัยโลก (WHO) มีการประชุมสมัชชาอนามัยโลก (มติ WHA 41.17) เรื่องเกณฑ์จริยธรรมว่าด้วยการส่งเสริมการขายยา เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีแนวปฏิบัติที่ดีที่เกี่ยวข้องความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กร ผ่านทาง หลักการชี้แนะ (Guiding Principles) ฉบับสำคัญ ๆ ขององค์การสหประชาชาติ เช่น หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights) หรือเอกสารการประชุมสำคัญของสหภาพยุโรป (EU) เป็นระยะ ๆ¹³ ซึ่งอาจเป็นบ่อเกิดของกิจกรรมความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กร หรือนำไปสู่มาตรการกำกับดูแลตนเองของธุรกิจในด้านต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกหรือประเทศอื่นที่ตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องนี้

นอกจากนี้ ในสังคมโลกไร้พรมแดน เกิดปรากฏการณ์ธุรกรรมหรือกิจกรรมในโลกไซเบอร์หรือโลกออนไลน์ เช่น ในสื่อโซเชียลทั้งหลาย การนำมาตรการทางกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับอาจไม่ครอบคลุมกับการละเมิดทางจริยธรรมที่เกิดขึ้นหรืออาจไม่ทันทั่วถึง จึงเกิดรูปแบบการกำกับดูแลตนเองโดยคำนึงถึงผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องในมิติดังกล่าวของผู้ให้บริการทางสื่อโซเชียล เช่น นโยบายในการรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Privacy Policy) ประมวลจริยธรรมของสมาคมผู้ขายตรง หรือบริษัทข้อมูลเครดิต เป็นต้น¹⁴

นอกจาก CSR แล้ว อีกรูปแบบหนึ่งของมาตรการการกำกับดูแลตนเองยังรวมถึง ประมวลข้อพึงปฏิบัติ (Code of Conduct) ซึ่งเป็นชุดแนวปฏิบัติต่อผู้อื่นในการดำเนินธุรกิจ ที่ถูกกำหนดขึ้นให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ค่านิยม วิสัยทัศน์ และพันธกิจขององค์กรเพื่อกำหนดการดำเนินธุรกิจอย่างมีบรรษัทภิบาล (Corporate Governance) โดยมีเป้าหมายเพื่อใช้เป็นกรอบแนวทางปฏิบัติของทุกคนในองค์กรเข้าใจจริยธรรมการดำเนินธุรกิจขององค์กรและถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าทุกคนมีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจอย่างมีจริยธรรมและ

¹² Thai CSR Network, “ซีเอสอาร์ กับ ข้อตกลงโลก 10 ประการ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก <http://www.thaicssr.com/2006/05/10.html>.

¹³ พิมพ์ใจ รื่นเรือง, “การบังคับมาตรการทางจริยธรรมและจรรยาบรรณขององค์กรธุรกิจในประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์และสังคมศาสตร์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2563, น. 5 (2563).

¹⁴ เพิ่งอ้าง

ปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อดำเนินธุรกิจอย่างมีจริยธรรมตามหลักบรรษัทภิบาล จะช่วยให้องค์กรมีภาพลักษณ์ที่ดี ได้รับความเชื่อถือจากผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และช่วยหลีกเลี่ยงปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น¹⁵ และสิ่งที่สำคัญในข้อพึงปฏิบัติคือ “การทำสิ่งที่ถูกต้อง” ที่เป็นพื้นฐานแห่งการตัดสินใจดำเนินการต่างๆ

นอกจาก ความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กร (Corporate Social Responsibility: CSR) ประมวลข้อพึงปฏิบัติ (Code of Conduct) มาตรการกำกับดูแลตนเอง ยังอยู่ในรูปแบบของ ประมวลจริยธรรม (Code of Ethics) ประมวล ประมวลการปฏิบัติ (Code of Practice) อีกด้วย ตัวอย่างของประเทศไทยสำหรับมาตรการกำกับดูแลตนเอง เช่น จริยธรรมและจรรยาบรรณการประกอบวิชาชีพนักข่าว บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

ข้อดีของมาตรการกำกับดูแลตนเอง คือองค์กรต่างๆยอมรับความรับผิดชอบต่อผลกระทบทางสังคมและสิ่งแวดล้อมจากกิจกรรมของตน ซึ่งเป็นการควบคุมในแง่ของพฤติกรรมและส่งเสริมความเชื่อมโยงกับผู้บริโภคและสังคมโดยรวม นอกจากนี้ ยังช่วยในการลดต้นทุนของกระบวนการทางกฎหมาย และทำให้เกิดการปฏิบัติโดยสมัครใจมากขึ้น ยังช่วยจำกัดการขัดแย้งเฉพาะกลุ่มเล็กๆ และ มีการดำเนินการที่เข้มงวดน้อยลงจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม มาตรการกำกับดูแลตนเองมีข้อจำกัดในเรื่องของการที่จะทำให้ผู้เกี่ยวข้องเข้าใจว่ามาตรการกำกับดูแลตนเองเป็นมากกว่าคำชี้แจงทั่วไป นอกจากนั้น อาจพบข้อจำกัดในการการติดตามและตรวจสอบการนำไปปฏิบัติ การไม่มีการตรวจสอบและบทลงโทษนั้นอาจทำให้ดูเหมือนว่ามาตรการกำกับดูแลตนเองเป็นเพียงเครื่องมือส่งเสริมการขายที่ไม่มีศักยภาพในการนำไปใช้จริง และในบางครั้งมาตรการกำกับดูแลตนเองอาจถูกมองว่าเป็นสิ่งทดแทนการกำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐและเป็นเครื่องมือตรวจสอบองค์กร สิ่งสำคัญคือต้องชี้ให้เห็นว่าการกำกับดูแลตนเองนั้นไม่เป็นการยกเลิกการควบคุม แต่เป็นอีกวิธีหนึ่งในการควบคุม เป็นวิธีแก้ปัญหาด้านเลือกหรือเป็นส่วนเสริมของ “ฮาร์ดลอว์” และอยู่ในบริบทของการกำกับดูแลโดยสมัครใจ¹⁶

“ซอฟต์ลอว์” กลุ่มที่สอง มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ (Co-Regulation)

ดังที่กล่าวมาแล้วมาตรการกำกับดูแลตนเองได้แก่ กรณีที่ผู้ออกหลักเกณฑ์ บริหารจัดการ และบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เหล่านั้นดำเนินการโดยองค์กรธุรกิจเอง อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณีที่ต้องอาศัยมาตรการบังคับของภาครัฐเข้ามาช่วย ในกรณีที่มาตรการกำกับดูแลตนเองดังกล่าวมีผู้ฝ่าฝืนจำนวนมากหรือในการประกอบการเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จึงต้องอาศัยมาตรการบังคับของภาครัฐซึ่งมีมาตรการระดับที่กำหนด

¹⁵ Safesiri, “Code of Conduct คืออะไร?”, สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก <https://greedisgoods.com/code-of-conduct/>.

¹⁶ European Economic and Social Committee, “European Self -and Co- Regulation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf.

ไว้เป็นกฎหมายและมีสภาพบังคับทางกฎหมาย“ฮาร์ดลอว์” ด้วย โดยพิจารณาจากความสำคัญหรือระดับความร้ายแรงหรืออันตรายของการกระทำ และ ตามลักษณะปัญหาสภาพบังคับทางจริยธรรมซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ต่อไป เช่น การที่รัฐให้อำนาจแก่สมาคมหรือสภาผู้ประกอบวิชาชีพกำหนดประมวลจรรยาบรรณในระหว่างมวลสมาชิก หากมีการฝ่าฝืนกฎหมายให้อำนาจสั่งการบังคับการ บางกรณีอาจอาศัยมาตรการบังคับของภาครัฐเข้ามาช่วยในวิชาชีพที่มีลักษณะเฉพาะต่างจากอาชีพทั่ว ๆ ไป¹⁷ และมีผลกระทบต่อสังคมอย่างมาก เช่น วิชาชีพแพทย์ พยาบาล วิชาชีพวิศวกร วิชาชีพกฎหมาย วิชาชีพเหล่านี้ต้องมีข้อปฏิบัติตนของผู้ประกอบวิชาชีพอย่างเคร่งครัด มีองค์กรสภาของแต่ละวิชาชีพเป็นผู้กำกับดูแลความประพฤติของสมาชิก เป็นความร่วมมือระหว่างภาคเอกชนและรัฐบาล ที่ให้มีการกำกับดูแลตนเองได้โดยได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายรัฐ อันเป็นการควบคุมร่วมกัน เพื่อให้กฎหมายสามารถปรับให้เข้ากับปัญหาและภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง และดึงเอาประสบการณ์ของฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาใช้ มาตรการควบคุมร่วมกันที่กล่าวมาข้างต้นนี้จึงเรียกว่า “มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ (Co-Regulation)”¹⁸ ตัวอย่างมาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐของประเทศไทย เช่น การควบคุมสมาชิกให้ประกอบอาชีพภายใต้ประมวลจริยธรรม เช่น สภานายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีการควบคุมทนายความประกอบอาชีพให้อยู่ภายใต้จริยธรรมและจรรยาบรรณของอาชีพทนายความดังกล่าว เป็นต้น

ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจจะกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องในกฎหมายที่เพื่อติดตามการบังคับใช้ในกรณีที่ยกหนึ่งฝ่ายใดหรือหลายฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการกำกับดูแลตนเองหรือหากข้อตกลงในการกำกับดูแลตนเองล้มเหลว มาตรการเหล่านี้อาจกำหนดให้มีการรายงานข้อมูลอย่างสม่ำเสมอไปยังรัฐและหากมีความจำเป็นอาจมีการเสนอการแก้ไขกฎหมายหรือมาตรการนิติบัญญัติที่เหมาะสมอื่นๆ โดยใช้มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐ¹⁹ มาตรการกำกับดูแลกึ่งรัฐอาจมีสภาพบังคับต่าง ๆ แล้วแต่กรณีตามความหนักเบาของการกระทำหรือตามระดับความร้ายแรงต่อสังคม²⁰ เช่น

- สภาพบังคับทางวินัย อาจเสนอให้มีกฎหมายกำหนดสภาพบังคับทางวินัยแก่ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนมาตรการกำกับดูแลตนเอง เช่น การดักเตือน ภาคทัณฑ์ การประกาศให้สาธารณชนทราบถึงการฝ่าฝืน การให้พ้นจากการเป็นสมาชิกขององค์กร หรือ

¹⁷ วรากรณ์ วนาพิทักษ์, กฎหมายและจรรยาวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรป่าไม้และสิ่งแวดล้อม, เอกสารการสอนชุดวิชาประสบการณ์วิชาชีพการจัดการทรัพยากรป่าไม้และสิ่งแวดล้อม, (นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), น. 9.

¹⁸ ธรรมนิตย์ สมันตกุลม, “New Legislative Culture: Soft Law,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act90.pdf>.

¹⁹ European Economic and Social Committee, “European Self -and Co- Regulation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2568, จาก https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf.

²⁰ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ.

- สภาพบังคับทางแพ่ง อาจเสนอให้มีกฎหมายกำหนดค่าปรับทางแพ่งแก่ผู้ประกอบการรายที่ฝ่าฝืนมาตรการกำกับดูแลตนเอง หรือชดเชยค่าเสียหาย หรือ
- สภาพบังคับทางปกครอง เช่น เสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อนำระบบอนุญาตหรือจัดแจงมาใช้แก่ผู้ประกอบการ และมีสภาพบังคับโดยห้ามผู้ประกอบการรายที่ฝ่าฝืนมาตรการกำกับดูแลตนเองนั้นหยุดประกอบธุรกิจเป็นระยะเวลาหนึ่งจนกว่าจะสามารถแก้ไขให้เป็นไปตามมาตรฐานได้ (พักการประกอบการ) หรือห้ามมิให้ประกอบการเป็นการถาวร (ยกเลิกการประกอบการ) ตามความหนักเบาของการกระทำ หรือ
- สภาพบังคับทางอาญา หากเป็นเรื่องร้ายแรงจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย ชีวิต หรือกระทบต่อความปลอดภัยของสังคม ก็สามารถนำสภาพบังคับทางอาญามาใช้ เช่น โทษปรับ จำคุก เป็นต้น

ข้อดีและข้อจำกัดของ“ซอฟต์แวร์”

“ซอฟต์แวร์” มีข้อดีในทางปฏิบัติหลายประการ มีความยืดหยุ่น ไม่เป็นทางการ ประหยัด ออกได้ง่าย เปลี่ยนแปลงได้ง่าย โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลักอยู่ตลอดเวลา นอกจากนี้ “ซอฟต์แวร์” ยังส่งเสริมการทำงานร่วมกันระหว่างรัฐและภาคเอกชนผู้ถูกควบคุม โดยร่วมมือกันพัฒนากฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติ อาจกล่าวได้ว่า “ซอฟต์แวร์” นั้นเป็นมากกว่ากฎหมาย เนื่องจากสามารถให้แนวทางที่สร้างสรรค์ซึ่งออกแบบมาเพื่อตอบสนองความต้องการของอุตสาหกรรมแต่ละประเภทโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า“ซอฟต์แวร์” จะทิศทางการพัฒนาและแพร่หลายอย่างกว้างขวาง แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่หลายประการ ในทางปฏิบัติที่อาจทำให้เกิดปัญหาตามมา เช่น ความไม่ชัดเจน และในบางกรณีอาจเกิดข้อผิดพลาดทางกฎหมายได้ และหากไม่ได้รับการปรับปรุงอย่างสม่ำเสมออาจไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา อีกประเด็นที่สำคัญคือ การใช้“ซอฟต์แวร์” ทำให้เกิดการกำกับดูแลแบบลับๆ ที่เข้าถึงได้ยาก และให้อำนาจแก่องค์กรกำกับดูแลตนเองมากเกินไป และอาจมีการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติตามกฎหมายที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งยังอาจสร้างภาระเพิ่มเติมให้กับผู้บริโภคหรือธุรกิจอีกด้วย และท้ายที่สุดอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเพื่อแก้ไขความไม่แน่นอนเหล่านี้ได้ องค์กรต่างๆ อาจมองว่านโยบายของตนเองมีสถานะที่เกินจริง มีโครงสร้างอำนาจโดยใช้ดุลยพินิจ จนนำไปสู่การขึ้นเจ้าหน้าที่ตัดสินใจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และหากปรากฏว่าไม่ได้มีการปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จะทำให้ผู้บริโภคไม่เชื่อถือ และหากมีกรณีที่กฎหมายไม่สนับสนุนให้มีการบังคับ การบังคับให้เป็นไปตามมาตรการจะไม่บังเกิดผล นอกจากนี้ หาก“ซอฟต์แวร์” มีมาตรการที่สังคมถือว่ายอมรับไม่ได้และควรได้รับการลงโทษตามกฎหมาย หรือในกรณีที่เป็นการกระทำที่ร้ายแรงต่อสังคม เช่น การบริการที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพ การบริการที่เป็นการเอาเปรียบแก่ผู้มีฐานะด้อย

กว่าในทางเศรษฐกิจ รวมถึงการกระทำที่เป็นการทุจริตคอร์รัปชัน กรณีนี้อาจต้องมีการผสมผสานระหว่าง “ซอฟต์แวร์” และ “ฮาร์ดแวร์” หรือให้ “ฮาร์ดแวร์” เข้ามาทำหน้าที่บังคับแทน²¹

ดังนั้น ในบริบทสังคมปัจจุบัน กฎเกณฑ์ที่สังคมควรใช้จึงควรมีทั้งสองลักษณะนี้ที่มีความสอดคล้องและเกี่ยวเนื่องกัน มี “ฮาร์ดแวร์” เพื่อให้เกิดการบังคับคนในสังคมและมี “ซอฟต์แวร์” เพื่อเป็นกฎเกณฑ์สำหรับควบคุมการดำเนินชีวิตของคนในสังคมที่เป็นข้อตกลงของกลุ่มคนในสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่ยินยอมหรือยอมรับกฎเกณฑ์ดังกล่าว และใช้เป็นแนวทางปฏิบัติร่วมกัน “ซอฟต์แวร์” จึงเปรียบเสมือนหลักเกณฑ์ที่เพิ่มความระมัดระวังในความรับผิดชอบของคนในสังคมให้มากขึ้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงจะสามารถมีการบูรณาการให้มีความกว้างขวางและครอบคลุมสภาพของสังคมได้มากขึ้น²² อย่างไรก็ตาม การแก้ไขข้อจำกัดในด้านการบังคับใช้และการติดตามผลและเพื่อการพัฒนา “ซอฟต์แวร์” ที่มีประสิทธิภาพจึงจำเป็นต้องมีการวางระบบการกำกับดูแลตนเองให้ชัดเจนและมีองค์กรในการกำกับดูแลภาคเอกชนในการดำเนินการให้เป็นไปตาม “ซอฟต์แวร์” ที่มีการกำหนดขึ้นมา เช่น มีการตั้งรายงานต่อองค์กรกำกับดูแลนั้นเป็นต้น

บรรณานุกรม

กฤติญา เกิดลาภผล และคณะ. “มาตรการทางกฎหมายและจริยธรรมเพื่อกำกับดูแลการนำพืชสมุนไพรกัญชามาใช้ประโยชน์ในกิจการอาหารและเครื่องดื่ม.” (โครงการศึกษาวิจัย, 2566). 2566

ธรรมนิศย์ สุมนต์กุลม. “New Legislative Culture: Soft Law.”

<http://web.krisdika.go.th/data/activity/act90.pdf>, 18 มกราคม 2568

พิมพ์ใจ รื่นเรือง. “การบังคับมาตรการทางจริยธรรมและจรรยาบรรณขององค์กรธุรกิจในประเทศไทย.” ปีที่ 4 ฉบับที่ 2. วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น, (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563)

ภัทรวรรณ รัตนเกษตร. “บทบาทของกฎหมายอย่างอ่อนกับการพัฒนากฎหมายในอนาคต.” รายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการระดับชาติพะเยาวิจัย. จัดโดยมหาวิทยาลัยพะเยา, 2558.

²¹ ธรรมนิศย์ สุมนต์กุลม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18

²² ภัทรวรรณ รัตนเกษตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6

วรารณ วนาพิทักษ์. กฎหมายและจรรยาวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรป่าไม้และสิ่งแวดล้อม, เอกสารการสอนชุดวิชาประสบการณ์วิชาชีพการจัดการทรัพยากรป่าไม้และสิ่งแวดล้อม. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , 2553.

European Economic and Social Committee. “European Self -and Co- Regulation.”

https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf, 15 มกราคม 2568.

Linda A.J. Senden. “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?.” https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943063, 20 มกราคม 2568.

National Consumer Council. “Models of self-regulation: An overview of models in business and the professions.” http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc_models_self_regulation.pdf, 20 มกราคม 2568.

Robin Creyke. “Soft Law and Administrative Law:A New Challenge.”

<https://www5.austlii.edu.au/au/journals/AIAdminLawF/2010/4.pdf>, 18 มกราคม 2568.

Safesiri. “Code of Conduct คืออะไร?.” <https://greedisgoods.com/code-of-conduct/>, 20 มกราคม 2568.

Thai CSR Network. “ซีเอสอาร์ กับ ข้อตกลงโลก 10 ประการ.”

<http://www.thaicrs.com/2006/05/10.html>, 20 มกราคม 2568.