

สวัสดิภาพสัตว์ควรเป็นศีลธรรมของประชาชนหรือไม่: การศึกษาหลัก
'ตราสารที่มีชีวิต' ผ่านมุมมองทางนิติปรัชญา
Should Animal Welfare be Public Morality?: A Study of
'Living Instrument Doctrine' through Jurisprudential Perspectives

ชยานิส จงใจลาน
Chayanis Jongjailan
อิสราภรณ์ เหลืองวิลัย
Issaraporn Luengwilai
ภูริชญ์ น่วมสวัสดิ์
Phurich Nuamsawad
สุกฤตา พกษอาโนชา
Sukritta Procksaanocha
สุพิชญา ไพรสันต์
Supishaya Praisont

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B. Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Wang Mai, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding Author E-mail: 6540227934@student.chula.ac.th

(Received: June 14, 2025; Revised: August 8, 2025; Accepted: August 14, 2025)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายว่า แนวทางการตีความอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปตามหลักการ “ตราสารที่มีชีวิต” ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดตามทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย จากการตีความแบบวิวัฒนาการและการพิจารณาข้อเท็จจริงทางสังคมที่เป็นแนวโน้มที่กำลังก่อตัวในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรป พร้อมทั้งวิเคราะห์ข้อจำกัดของแนวทางการตีความกฎหมายลักษณะนี้ว่าการตีความของศาลภายใต้หลักการตราสารที่มีชีวิตดังกล่าวได้ละเลยสิทธิของคนกลุ่มน้อยโดยเฉพาะสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิว และละเลยเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

บทความนี้จึงมุ่งนำเสนอแนวคิดนิติปรัชญาของ โรนัลด์ ดอร์คิน ภายใต้หลักกฎหมายในฐานะบูรณาภาพเป็นอีกทางหนึ่ง ซึ่งให้ความสำคัญกับการตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบเพื่อให้ได้คำตัดสินที่ดีที่สุด อันมีความเหมาะสมกับคดีศึกษาและหลักการตราสารที่มีชีวิตมากกว่าแนวทางการตีความตามทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย โดยยังคำนึงถึงคำตัดสินในอดีตและสภาพการณ์ปัจจุบันในเชิงองค์รวม เพื่อรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปและคุ้มครองสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนา

คำสำคัญ: หลักการตราสารที่มีชีวิต, สิทธิต่อเสรีภาพในศาสนา, ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย, ศีลธรรมของประชาชน, สวัสดิภาพสัตว์, กฎหมายในฐานะบูรณภาพ

Abstract

This article aims to explain how the European Court of Human Rights' approach of the Living Instrument Doctrine reflects Legal Realism through its evolutive interpretation and evaluation in social facts of emerging trends in member States of the Council of Europe and to further analyze limitations of this approach, whether the Court's interpretation of the Living Instrument Doctrine neglected minority's rights, particularly Muslims and Jews' rights to freedom of religion, and neglected the spirit of the European Convention on Human Rights.

This article thus intends to introduce Ronald Dworkin's jurisprudence of 'Law as Integrity', which concerns the Court's constructive interpretation in order to discover the best case. This jurisprudential approach better suits the case study and the Living Instrument Doctrine than Legal Realism's approach by considering both past decisions and the present condition as a whole to preserve the spirit of the Convention and to protect the right to freedom of religion.

Keywords: Living Instrument Doctrine, Right to Freedom of Religion, Legal Realism, Public Moral, Animal Welfare, Law as Integrity

1. บทนำ

สิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง ซึ่งปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights; UDHR) ประกาศไว้ในข้อ 18 ว่า

“ทุกคนมีสิทธิต่อเสรีภาพในความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของตน โดยการสอน การปฏิบัติ การเคารพบูชา และการประกอบพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพังตนเองหรือในประชาคมร่วมกับผู้อื่น และเป็นการสาธารณะหรือส่วนบุคคล”

สิทธินี้ยังถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ รวมไปถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) ในข้อ 18 และ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)¹ ในข้อ 9

¹ บทความนี้จะกล่าวถึงต่อไปว่า ‘อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป’ หรือ ‘อนุสัญญา’

สิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาที่ย่อมจะหมายรวมไปถึงเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาของตน (Observance) ซึ่งการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบอาหารตามหลักการฮาลาลของชาวมุสลิมและโคเชอร์ของชาวยิวก็ย่อมเป็นสิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามศาสนาอันเป็นเสรีภาพประการหนึ่งที่ตราสารระหว่างประเทศทั้งหลายรับรองไว้เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานจะปราศจากข้อจำกัดใด ๆ โดยสิ้นเชิง ทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปต่างก็บัญญัติข้อยกเว้นให้รัฐจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก (Manifest) ทางศาสนาได้เช่นกัน ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Aim) อันเป็นข้อยกเว้นที่ปรากฏในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป คือ การปกป้องศีลธรรมของประชาชน (Protection of Public Moral)

แม้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights)² จะเคยกล่าวถึงการปกป้องศีลธรรมของประชาชน (Protection of Public Moral) ว่าอาจสื่อถึงการคุ้มครองคุณค่าทางจริยธรรมหรือมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมโดยรวม³ แต่หากพิจารณาจากข้อบทในอนุสัญญา พิธีสารของอนุสัญญา และแนวคำตัดสินอื่น ๆ ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปโดยองค์รวม จะเห็นได้ว่า ศีลธรรมของประชาชน (Public Moral) ไม่มีขอบเขตที่สามารถกำหนดได้ชัดเจนแน่นอนและแตกต่างกันในแต่ละรัฐ อีกทั้งยังตกอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจตามแต่นโยบายของรัฐดังกล่าว⁴

แม้จะไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอน แต่ศีลธรรมของประชาชนในฐานะข้อบทที่เป็นข้อจำกัดเสรีภาพอันเป็นข้อยกเว้น ควรเป็นข้อที่เคร่งครัดภายใต้เงื่อนไขหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความได้สัดส่วน หลักความจำเป็น และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในข้อบท หากตีความข้อบทที่เป็นเงื่อนไขเหล่านี้ยืดหยุ่นและกว้างขวางเกินไปย่อมเป็นการทำให้ขยายขอบเขตการจำกัดเสรีภาพและก้าวล่วงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง ทว่า การตีความเช่นนี้กลับปรากฏในคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในการตีความอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ในคดี *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* ศาลใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตซึ่งเป็นการตีความแบบวิวัฒนาการกับฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วย โดยคำนึงถึงพัฒนาการทางสังคมและบรรทัดฐานที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา และรับรองสวัสดิภาพสัตว์ซึ่งเป็นประเด็นร่วมสมัยในฐานะศีลธรรมของประชาชน (Public Moral) อันเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Aim) ให้กับรัฐในการกล่าวอ้างเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิว

การตัดสินของศาลดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการโต้เถียงได้ว่าเป็นการละเลยสิทธิของชนกลุ่มน้อยและบั่นทอนเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปที่มีขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน จากการตีความข้อจำกัดเสรีภาพอย่างยืดหยุ่นและกว้างขวางเกินไปหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาเหตุผลของศาลในเรื่องพัฒนาการทางสังคมและบรรทัดฐานที่เปลี่ยนแปลงไปโดยพิจารณาจาก

² บทความนี้จะกล่าวถึงต่อไปว่า ‘ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป’ หรือ ‘ศาล’

³ *Dudgeon v. the United Kingdom* App no 7525/76 (ECtHR, 22 October 1981) [47]; Robert Perrone, ‘Public Morals and the European Convention on Human Rights’ (2014) 47(3) *Israel Law Review* 361, 368.

⁴ Robert Perrone, ‘Public Morals and the European Convention on Human Rights’ (n 3) 363.

แนวโน้มของรัฐสมาชิกสภายุโรปที่พอให้เห็นถึงความสำคัญที่เพิ่มมากขึ้นในประเด็นสวัสดิภาพสัตว์ ซึ่งเมื่อรัฐเหล่านี้ไม่ได้มีผู้นับถือศาสนาอิสลามและยิวเป็นคนกลุ่มมาก ย่อมทำให้กลุ่มคนเหล่านี้ถูกกลืนโดยแนวโน้มในความนิยมหรือความเห็นของกลุ่มคนส่วนมากในกลุ่มประชาคมที่ศาลแสวงหาข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ได้ง่าย

คณะผู้เขียนจึงจะนำเสนอบทความนี้ผ่านการวิเคราะห์คดีศึกษาและหลักการตราสารที่มีชีวิต โดยความเห็นของคณะผู้เขียนมีแนวโน้มไปในทางอิงสิทธิมนุษยชน (Human Rights-Based Approach) ซึ่งมุ่งส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ผู้ถือครองสิทธิดังกล่าวแต่กำเนิดเป็นสำคัญ คณะผู้เขียนจะเริ่มจากการนำเสนอหลักการและพัฒนากลไกการตีความอนุสัญญาของศาลผ่านคดีต่าง ๆ จนมาสู่คดีศึกษาควบคู่กับการวิเคราะห์ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของทฤษฎีดังกล่าวในการตีความอนุสัญญาด้วยหลักการตราสารที่มีชีวิตของศาล ตลอดจนข้อจำกัดของการที่ศาลเลือกใช้วิธีการตีความแบบสัจนิยมทางกฎหมายซึ่งอาจนำไปสู่การละเลยสิทธิของชนกลุ่มน้อยในสังคมของหมู่รัฐสมาชิกยุโรปและการขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ในลำดับถัดมา คณะผู้เขียนจะนำทฤษฎีการตีความกฎหมายในฐานะบูรณาการของ โรนัลด์ ดอร์คีน เพื่อเสนอเป็นแนวทางใหม่ในการปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตซึ่งมีความเหมาะสมกว่าทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายเนื่องจากสามารถสร้างความชอบธรรมให้เหตุผลในคำวินิจฉัยและสร้างความสอดคล้องกับระบบกฎหมายในเชิงองค์รวมได้ ซึ่งจะนำมาสู่ผลลัพธ์ในการคุ้มครองสิทธิในการแสดงออกทางศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิว

2. การตีความอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานผ่านหลักการตราสารที่มีชีวิต

2.1 ความหมายและหลักการพื้นฐานของหลักการตราสารที่มีชีวิต

หลักการ “ตราสารที่มีชีวิต” (Living Instrument Doctrine) เป็นหลักการที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักไว้ตั้งแต่ปี 1978 ในคดี *Tyrer v. the United Kingdom* โดยศาลกล่าวว่าอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็น “ตราสารที่มีชีวิต” (Living Instrument) ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการตีความโดยคำนึงถึงสภาพการณ์ในปัจจุบัน (In the Light of Present-day Conditions)⁵

การตีความอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปอย่างมีพลวัตสอดคล้องกับบริบทของสังคมในยุคปัจจุบันมีความยืดหยุ่น⁶ และไม่ได้จำกัดความหมายไว้เพียงตามเจตนารมณ์ดั้งเดิมของผู้ร่างอนุสัญญา กล่าวคือเป็นการตีความแบบวิวัฒนาการ (Evolutive Interpretation) ก็เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นจริงและเป็นรูปธรรม⁷ โดยหลักการพื้นฐานของการพิจารณาตามหลักการตราสารที่มีชีวิตในช่วงต้นมีสามประการ⁸

⁵ *Tyrer v. the United Kingdom* App no 5856/72 (ECtHR, 25 April 1978) [183].

⁶ Kanstantsin Dzehtsiarou, ‘European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights’ (2011) 12(10) German Law Journal 1730, 1731.

⁷ Ivana Jelić and Etienne Fritz, ‘The Living Instrument at the Service of Climate Action: The ECtHR Long-Standing Doctrine Confronted to the Climate Emergency’ (2024) 36(2) Journal of Environmental Law 141, 143.

⁸ George Letsas, ‘The ECHR as a living Instrument: Its meaning and Legitimacy’ in Andreas Føllesdal and others (eds), *Constituting Europe* (Cambridge University Press 2013) 108-09.

ประการแรก ศาลจะยึด “มาตรฐานร่วมสมัย” (Present-day Standards) เป็นเกณฑ์หลักในการตีความ โดยไม่จำกัดอยู่เพียงเจตนารมณ์ดั้งเดิมของผู้ร่างอนุสัญญา

ประการที่สอง มาตรฐานดังกล่าวต้องเป็นสิ่งที่มีความ “ทั่วไป” (Common) หรือ “เป็นที่ยอมรับร่วมกัน” (Shared) ในหมู่รัฐภาคี โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองในทุกรัฐในเรื่องนั้น

ประการที่สาม ศาลจะไม่ให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับท่าทีหรือความคิดเห็นของรัฐที่ถูกร้อง โดยเฉพาะในกรณีที่แนวปฏิบัติของรัฐนั้นขัดแย้งกับมาตรฐานสากลในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรป (Council of Europe)

ในการกำหนดว่าควรปรับขอบเขตของสิทธิหรือไม่ ศาลมักพิจารณามาตรฐานดังที่กล่าวไปข้างต้น ซึ่งถูกกล่าวถึงในฐานะ “ฉันทามติยุโรป” (European Consensus) เป็นองค์ประกอบสำคัญ⁹ โดยศาลจะเปรียบเทียบกฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐภาคีโดยพิจารณาจากกฎหมายในประเทศ หรือคำพิพากษาของศาลในประเทศ ในคดีต่าง ๆ ศาลอาจพิจารณาค่านิยมในปัจจุบันเปรียบเทียบกับค่านิยมในยุคสมัยที่อนุสัญญานี้ถูกตรึงขึ้นว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปและมีการยอมรับในประเด็นใดประเด็นหนึ่งมากขึ้นในรัฐสมาชิกสภายุโรป กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติของหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรปที่สะท้อนให้เห็นถึงฉันทามติยุโรปในเรื่องนั้น ศาลจึงปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตเพื่อยอมรับและขยายขอบเขตสิทธิตามอนุสัญญาให้ครอบคลุมถึงประเด็นดังกล่าว เช่น ประเด็นการรักเพศเดียวกันในฐานะสิทธิในความเป็นส่วนตัว¹⁰ หรือการท้าทายในฐานะสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว¹¹

การที่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปยังคงคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในยุโรปมาเป็นเวลากว่า 70 ปี โดยสามารถรับมือกับความท้าทายด้านสิทธิมนุษยชนในยุคสมัยใหม่ที่ผู้ร่างอาจไม่ได้คาดการณ์ไว้ ย่อมเป็นผลมาจากแนวทางการตีความอนุสัญญาโดยการมองว่าเป็นอนุสัญญาที่มีชีวิตและพัฒนาไปเกินขอบเขตความเข้าใจเดิมที่ผู้ร่างตราไว้ อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่งของการที่ศาลต้องขึงน้ำหนักฉันทามติในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรปในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง หากศาลเห็นว่าไม่มีฉันทามติยุโรปในประเด็นนั้น ๆ ก็ย่อมเท่ากับว่าศาลไม่อาจรับรองประเด็นดังกล่าวให้ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาแต่ให้อยู่ในขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจตามแต่นโยบายของแต่ละรัฐแทน เช่น ประเด็นการรับรองเพศของบุคคลที่แปลงเพศในสหราชอาณาจักร ซึ่งเห็นได้จากคดีในช่วงปี 1986 ถึง 1998¹²

⁹ The Registry of the European Court of Human Rights, ‘Background Paper for the Judicial Seminar 2020: The Convention as a Living Instrument’ (*The European Convention on Human Rights: living instrument at 70, Strasbourg, January 2020*) 4 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar_background_paper_2020_eng> accessed 9 April 2025.

¹⁰ *Dudgeon v. the United Kingdom* (n 3) [60].

¹¹ *A, B and C v. Ireland* App no 25579/05 (ECtHR, 16 December 2010) [235].

¹² *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* App no 22985/93, App no 23390/94 (ECtHR, 30 July 1998) [54]-[61]. See Also *Rees v. the United Kingdom* App no 9532/81 (ECtHR, 17 October 1986); *Cossey v. the United Kingdom* App no 10843/84 (ECtHR, 27 September 1990).

ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 21 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเริ่มปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิต โดยลดการยึดถือฉันทามติยุโรป และเริ่มหันมาอิงกับ “แนวโน้ม” (Trend)¹³ หรือ “แนวโน้มที่กำลังก่อตัว” (Emerging Trend)¹⁴ ซึ่งมีระดับความเข้มงวดน้อยกว่าฉันทามติยุโรป เนื่องจากมีคดีที่ปรากฏว่ายังไม่มีฉันทามติยุโรปอย่างชัดเจนเพื่อใช้ในการตีความสิทธิ โดยศาลหันมาให้ความสำคัญกับแนวโน้มระหว่างประเทศ (International Trend) ทั้งในแง่การยอมรับทางสังคม (Social Acceptance) และการรับรองทางกฎหมาย (Legal Recognition)¹⁵

นอกจากนี้ ศาลยังคำนึงถึงพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ (Trend of Evolution in International Law)¹⁶ โดยอ้างอิงถึงแนวโน้มที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ในกรณีที่เกิดการหรืออนุสัญญานั้นจะยังไม่ถูกให้สัตยาบันโดยรัฐภาคีส่วนใหญ่ก็ตาม และที่สำคัญศาลยังอิงกับค่านิยมร่วมสมัยของสังคมประชาธิปไตย (Common Values of Democratic Societies)¹⁷ โดยอ้างอิงแนวคิดที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในรัฐประชาธิปไตยในปัจจุบัน เพื่อให้การตีความสิทธิสอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

2.2 แนวโน้มต่อประเด็นสวัสดิภาพสัตว์ในฐานะศีลธรรมของประชาชน

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น หลักการตราสารที่มีชีวิตถูกวางหลักมาแต่แรกเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นผลรูปธรรม และมักถูกปรับใช้เพื่อหาขอบเขตของสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่ามีความครอบคลุมถึงประเด็นในคดีหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หลักการตราสารที่มีชีวิตไม่เพียงแต่ใช้กับสิทธิตามอนุสัญญาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วย โดยคำนึงถึงพัฒนาการทางสังคมและบรรทัดฐานนับแต่ปี 1950 ที่มีการรับรองอนุสัญญา¹⁸

คดี *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* ซึ่งเป็นกรณีศึกษาของบทความนี้ เป็นครั้งแรกที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าสวัสดิภาพสัตว์เป็นศีลธรรมของประชาชน (Public Moral) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate Aim) ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา ด้วยการใช้หลักการตราสารที่มีชีวิต โดยคดีนี้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2024 โดยมีข้อเท็จจริง ดังนี้

แคว้นเฟลมิชและแคว้นวอลลูนซึ่งเป็นสองจากสามแคว้นในราชอาณาจักรเบลเยียม มีการตรากฎหมายขึ้นซึ่งห้ามการฆ่าสัตว์¹⁹ โดยไม่ทำให้สัตว์หมดสติ (Stunning) โดยการฆ่าสัตว์ในลักษณะเช่นนี้

¹³ George Letsas, ‘The ECHR as a living Instrument: Its meaning and Legitimacy’ (n 8) 115.

¹⁴ The Registry of the European Court of Human Rights (n 9).

¹⁵ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* App no 28957/95 (ECtHR, 11 July 2002) [72].

¹⁶ *Demir and Baykara v. Turkey* App no 34503/97 (ECtHR, 12 November 2008) [69]-[86].

¹⁷ *Rantsev v. Cyprus and Russia* App no 25965/04 (ECtHR, 7 January 2010) [272]-[282].

¹⁸ *Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique* App no 16760/22 (ECtHR, 13 February 2024) [97].

¹⁹ การฆ่าสัตว์ (Animal Slaughter) ในความหมายนี้ คือ การฆ่าปศุสัตว์ที่เลี้ยงไว้

ยอมกระหนาบต่อการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบอาหารตามหลักการฮาลาลของชาวมุสลิมและโคเชอร์ของชาวยิว²⁰ แม้กฎหมายดังกล่าวจะกำหนดให้การฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรม (Ritual Slaughter) อย่างการฆ่าสัตว์ตามหลักศาสนาทั้งสองสามารถใช้วิธีการทำให้สัตว์หมดสติแบบผันกลับได้ (Reversible Stunning) กล่าวคือ หากสัตว์ไม่ถูกฆ่าก็จะต้องสามารถกลับมามีสติครบถ้วนและใช้ชีวิตปกติได้²¹ แต่ผู้ฟ้องคดีก็กล่าวว่ากฎหมายดังกล่าวทำให้การฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรมเป็นไปได้หรือไม่ก็ไม่เป็นไปได้อย่าง²²

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงต้องวินิจฉัยในประเด็นของสิทธิตามข้อ 9 วรรคหนึ่ง ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป คือ

“ทุกคนมีสิทธิต่อเสรีภาพในความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของตน โดยการเคารพบูชา การสอน การปฏิบัติ และ การประกอบพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพังตนเองหรือในประชาคมร่วมกับผู้อื่น และเป็นการสาธารณะหรือส่วนบุคคล”

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่าการฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรมเป็นการปฏิบัติตามศาสนาซึ่งเป็นการแสดงออกทางศาสนาประการหนึ่งตามข้อ 9 วรรคหนึ่ง และศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการแทรกแซงสิทธิ แต่ศาลยังต้องพิจารณาต่อไปว่าการแทรกแซงนั้นชอบธรรมตามอนุสัญญาหรือไม่ตามข้อ 9 วรรคสอง คือ

“เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของตนอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดซึ่งเป็นการจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อย สุขภาพ หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น”

ประเด็นสำคัญประการหนึ่งในคดีนี้คือ ประเด็นวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate Aim) กล่าวคือ เป็นไปเพื่อศีลธรรมของประชาชน (Public Moral) โดยในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า การปกป้องศีลธรรมของประชาชนไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเพียงเพื่อปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเท่านั้น

นอกจากนี้ แนวคิดเรื่องศีลธรรมโดยสภาพแล้วมีลักษณะเชิงวิวัฒนาการ ซึ่งในเรื่องการส่งเสริมการคุ้มครองสัตว์และสวัสดิภาพของสัตว์ในฐานะสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกถือว่าเป็นคุณค่าทางศีลธรรมที่ผู้คนจำนวนมากในแคว้นเฟลมิชและแคว้นวอลลูนมีร่วมกัน และรัฐสมาชิกอื่น ๆ ของสภายุโรป (Council of Europe) เองก็ได้มีการตรากฎหมายที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน จึงเป็นการยืนยันถึงความสำคัญที่เพิ่มมากขึ้นในประเด็นสวัสดิภาพสัตว์

²⁰ เรวัตร์ วงศ์เดอริ, ‘EU Court backs ban on animal slaughter ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีคำสั่งเห็นชอบกับการสั่งห้ามการฆ่าสัตว์เพื่อเป็นอาหารโดยไม่ทำสัตว์ให้สลบก่อน’ (2021) 2021(46) Halal Insight 30 <<https://digital.car.chula.ac.th/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=halalinsight>> accessed 10 April 2025.

²¹ Mian N Riaz and others, ‘Pros and cons of different stunning methods from a Halal perspective: a review’ (2021) 5(4) Translational Animal Science 1, 2.

²² Harriet Ni Chinnéide and Cathérine Van de Graaf, ‘Animal Welfare v Religious Freedom: Reflecting on the ECtHR’s Decision in Executief van de Moslims van België and Others v Belgium’ (2024) 20(4) European Constitutional Law Review 678, 679.

โดยในคดีนี้ศาลยังได้อ้างถึงคดีอื่น ๆ ที่มีการพิจารณาประเด็นสวัสดิภาพหรือการคุ้มครองของสัตว์อีกสามคดี ได้แก่ คดี *Friend and Others v. the United Kingdom* ในปี 2009 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการล่าและฆ่าสัตว์ในลักษณะเป็นกีฬาซึ่งในสายตาของกฎหมายภายในเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความทรมานแก่สัตว์และเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจในทางศีลธรรมและจริยธรรม ดังนั้น มาตรการที่ป้องกันการทรมานของสัตว์จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพตามวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม คือ การปกป้องศีลธรรม (Protection of Morals)²³

นอกจากนี้ คดี *PETA Deutschland v. Germany* ในปี 2012²⁴ และ คดี *Tierbefreier E.V. v. Germany*²⁵ ในปี 2014 ศาลยังได้วินิจฉัยอีกว่า ในประเด็นความได้สัดส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การใช้เสรีภาพในการแสดงออกของผู้ฟ้องคดีในสองคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องสัตว์และสิ่งแวดล้อมซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ การจำกัดเสรีภาพโดยรัฐจึงต้องมีเหตุผลที่มีน้ำหนัก แม้ในสองคดีหลัง การปกป้องสัตว์จะไม่ได้อยู่ในการวินิจฉัยของศาลว่าเกี่ยวข้องกับศีลธรรมของประชาชนอันเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพตามอนุสัญญา แต่การให้เหตุผลของศาลดังกล่าว ก็สะท้อนให้เห็นแนวโน้มของศาลที่มีต่อการปกป้องสัตว์ สิทธิสัตว์ หรือสวัสดิภาพสัตว์ว่ามีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ จนมาสู่คดีศึกษา

3. ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายกับการตีความทางกฎหมาย

ในทางนิติปรัชญา ทฤษฎีว่าด้วยการชี้ขาดตัดสิน (Theories of Adjudication) มีอยู่สองทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีรูปนัยนิยม (Legal Formalism) และ ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) โดยจุดต่างสำคัญที่จะนำมาศึกษาระหว่างสองทฤษฎีนี้ คือ ประเด็นเรื่องการนำบรรทัดฐานอื่นใดที่ไม่ใช่กฎหมายมาใช้ในการชี้ขาดตัดสินคดี ซึ่งจะเป็มิติด้านหน้าที่นิยมของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักการตราสารที่มีชีวิต

3.1 ความเบื้องต้นของทฤษฎีรูปนัยนิยมและทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย

ทฤษฎีรูปนัยนิยม เป็นแนวคิดที่เฟื่องฟูในช่วงทศวรรษที่ 1870 ถึง 1920²⁶ โดยเป็นแนวคิดที่พิจารณาว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ครบถ้วนในตัว (Comprehensive) เป็นสิ่งสมบูรณ์และอิสระจากปัจจัยอื่น (Autonomous) เป็นระเบียบแบบแผนที่เป็นเหตุเป็นผล (Logically Ordered) และเป็นสิ่งที่แน่นอนตายตัว (Determinate)²⁷ ดังนั้น ทฤษฎีรูปนัยนิยมจึงมีข้อกล่าวอ้างทางความคิดสองประการ²⁸

²³ *Friend and Others v. the United Kingdom* App no 16072/06, App no 27809/08 (ECtHR, 24 November 2009) [50].

²⁴ *PETA Deutschland v. Germany* App no 43481/09 (ECtHR, 8 November 2012) [47].

²⁵ *Tierbefreier E.V. v. Germany* App no 45192/09 (ECtHR, 16 January 2014) [59].

²⁶ Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (Princeton University Press 2010) 1.

²⁷ Ibid.

²⁸ Brian Leiter, 'Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?' (2010) 16(2) Legal Theory 111.

ประการแรก ทฤษฎีรูปนัยนิยมพิจารณาว่า กฎหมายมีความแน่นอนตายตัวอย่างเป็นเหตุเป็นผล (Rationally Determinate) ฉะนั้น ไม่ว่าในคดีใด ๆ ทุกคดีหรือกระทั่งคดีสำคัญที่มีการถกเถียงกันก็ตาม แม้ผู้พิพากษาจะปรับใช้เหตุผลทางกฎหมายต่าง ๆ ที่มีอยู่หลากหลายแล้ว ก็ยังคงต้องได้ผลลัพธ์ในทางคดีที่ถูกต้องเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ประการสอง ทฤษฎีรูปนัยนิยมพิจารณาว่า การชี้ขาดตัดสินคดีย่อมเป็นอิสระจากการใช้เหตุผลประเภทอื่น กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะเข้าถึงผลลัพธ์ในทางคดีที่ถูกต้องหนึ่งเดียวนั้นได้ โดยไม่ต้องพิจารณาบรรทัดฐานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมาย เช่น ศีลธรรมหรือปรัชญาการเมือง

ฉะนั้น ทฤษฎีรูปนัยนิยมจึงเป็นทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงกลไก (Mechanical Jurisprudence) ที่มองกฎหมายเป็นรูปแบบพิธี (Formal) ในการสร้างผลทางกฎหมายด้วยการปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง²⁹ ด้วยเหตุนี้ การชี้ขาดตัดสินคดีของผู้พิพากษาจึงต้องอาศัยเพียงการให้เหตุผลแบบนัยนัยจากกฎหมายเพื่อนำไปสู่ผลแห่งคดีที่ถูกต้องประการเดียวเท่านั้น³⁰

ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายซึ่งเป็นทฤษฎีขัดแย้งตรงข้ามกับนิติศาสตร์เชิงกลไกอย่างทฤษฎีรูปนัยนิยมนั้น ไม่ได้เสนอมุมมองของกฎหมายในความเป็นแบบพิธีแต่มุ่งศึกษากฎหมายในทางปฏิบัติ³¹ ซึ่งวางอยู่บนฐานของทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาที่ถูกพัฒนาในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20³² โดยทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกันถูกพัฒนาจากนักกฎหมายหลายคน แต่ก็ล้วนสะท้อนความคิดที่ปฏิเสธมุมมองของทฤษฎีรูปนัยนิยม เพราะนักสัจนิยมทางกฎหมายมองว่ากฎหมายมีช่องว่างและมักขัดแย้งกันเอง อีกทั้งไม่ได้มีความแน่นอนตายตัวและมีข้อยกเว้นอยู่ในแทบทุกกฎเกณฑ์หรือหลักการ และสุดท้ายหลักการและบรรทัดฐานทางกฎหมายเหล่านั้นก็สามารถก่อให้เกิดผลลัพธ์ทางคดีที่แตกต่างกันได้³³

3.2 คำอธิบายทางความคิดของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย

แม้ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายถูกพัฒนามาอย่างต่อเนื่องโดยงานเขียนทางวิชาการที่มีความแตกต่างกัน³⁴ และประกอบไปด้วยกลุ่มนักนิติศาสตร์ที่หลากหลาย จนมีการแตกแขนงออกไปหลายความคิดและยากจะหาความสอดคล้องกันได้³⁵ แต่ในปัจจุบัน นักวิชาการได้พัฒนาคำอธิบายหลักของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายซึ่งมีอิทธิพลในงานวิชาการขึ้นมาสามด้าน ได้แก่ ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายในฐานะหน้าที่นิยม (Functionalism) และพฤติกรรมนิยม (Behaviorism) ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายในฐานะ

²⁹ วิชัย วิวิทเสวี, 'กฎหมายสังคมนิติบัญญัติ: ประสพการณ์ด้านนิติเศรษฐศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา' (2557) 7(1) วารสารวิชาการ ป.ป.ช. 1, 15.

³⁰ Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (n 26) 1.

³¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, 'สัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา' (2546) 1(1) วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 1, 2.

³² Gregory Shaffer, 'Legal Realism and International Law' in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers* (Cambridge University Press 2021) 82.

³³ Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (n 26) 1.

³⁴ Gregory Shaffer, 'Legal Realism and International Law' (n 32) 85.

³⁵ D.A. Jeremy Telman, 'International Legal Positivism and Legal Realism' in Jörg Kammerhofer and Jean D'Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge University Press 2014) 242.

ข้อวิจารณ์ต่อกฎหมาย และ ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายในฐานะปฏิบัตินิยม (Pragmatism)³⁶ โดยคณะผู้เขียนจะขออธิบายมิติในเชิงหน้าที่นิยมซึ่งเป็นคำอธิบายที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับวิธีการตีความกฎหมายที่จะนำเสนอในบทความนี้

ความเป็นหน้าที่นิยม (Functionalism) เน้นบทบาทหน้าที่ (Functional) และการทำงานของกฎหมายที่สัมพันธ์กับสังคมมากกว่ากฎหมายในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระนามธรรม³⁷ ซึ่งทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายโต้แย้งว่า การตัดสินทางกฎหมาย ซึ่งหมายรวมถึงการชี้ขาดตัดสินคดี ควรนำบริบททางสังคมเป้าหมายทางสังคม และผลกระทบของการตัดสินนั้น มาพิจารณาประกอบด้วย³⁸ กล่าวคือ เป็นการนำบรรทัดฐานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมายมาใช้ในการชี้ขาดตัดสินคดี ไม่ใช่เพียงแค่การใช้ตรรกะและการให้เหตุผลแบบนิรนัยจากกฎหมายเท่านั้น

ดังนั้น ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายจึงไม่ได้มุ่งเน้นเพียงแค่ตัวหลักกฎหมาย แต่มุ่งเน้นไปถึงการตีความหลักกฎหมายนั้นตามบริบทและความมุ่งหมาย และการพิจารณาบริบททางสังคมซึ่งทำให้ต้องพิจารณาการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical Study) และต้องมีการบูรณาการระหว่างกฎหมายและสังคมศาสตร์ด้วย³⁹

คาร์ล เลอเวลลิน (Karl N. Llewellyn) ได้อธิบายถึงจุดร่วมกันของความคิดที่แตกต่างหลากหลายเป็นแขนงต่าง ๆ ในทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายไว้แก่ประการ⁴⁰ โดยมีข้อที่เกี่ยวข้องกับมิติความเป็นหน้าที่นิยม คือ ความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นหนทางสู่จุดหมายทางสังคมหาใช่จุดหมายในตัวเอง (Law as a Means to Social Ends and Not an End in Itself) ซึ่งทำให้ไม่ว่าส่วนใดของกฎหมายก็ต้องถูกตรวจสอบอยู่อย่างสม่ำเสมอถึงความมุ่งหมายและผลกระทบที่มีต่อสังคม รวมถึงกฎหมายนั้นต้องถูกตัดสินภายใต้ความมุ่งหมายและผลกระทบนั้นด้วย นอกจากนี้ ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายมองว่ากฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวอยู่เสมอและสังคมเองก็เช่นกัน แต่สังคมมักจะเปลี่ยนแปลงไปเร็วกว่ากฎหมาย ดังนั้น จึงมีโอกาสอยู่เสมอที่กฎหมายส่วนใดส่วนหนึ่งต้องถูกตรวจสอบเพื่อประเมินความเหมาะสมต่อสังคมที่กฎหมายนั้นประสงค์จะรับใช้ว่ามีมากน้อยเพียงใด

ฉะนั้น จะพิจารณาได้ว่า ในทัศนะของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย การแยกกฎหมายออกจากปัจจัยทางสังคมโดยสิ้นเชิง จะทำให้การชี้ขาดตัดสินคดีขาดการคำนึงถึงเป้าหมายของกฎหมาย รวมทั้งผลกระทบของกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายนั้นต่อสังคม การปรับใช้กฎหมายเช่นนี้ย่อมเป็นการทำให้กฎหมายไม่เปลี่ยนแปลงไปตามสังคมที่ก้าวหน้าไปเร็วกว่ากฎหมาย ดังนั้น จึงทำให้การตัดสินทางกฎหมายให้ผลลัพธ์ออกมาในทำนองส่งผลกระทบด้านลบกับสังคม แม้จะสอดคล้องกับตัวระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่⁴¹

³⁶ Gregory Shaffer, 'Legal Realism and International Law' (n 32) 85.

³⁷ จริญญา โฆษณานนท์, *นิติปรัชญา* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2558) 241.

³⁸ Gregory Shaffer, 'Legal Realism and International Law' (n 32) 85.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Karl N. Llewellyn, 'Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound' (1931) 44(8) Harvard Law Review 1222, 1236.

⁴¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, 'สัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา' (เชิงอรรถ 31) 5.

3.3 ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายกับหลักการตราสารที่มีชีวิต

การที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำตัดสินในลักษณะที่เป็นการทำให้ประเด็นทางสังคมบางประการ อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของอนุสัญญา ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการขยายขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิตาม อนุสัญญาให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมในยุคปัจจุบัน สะท้อนลักษณะของความเป็นทฤษฎีสัจนิยมทาง กฎหมาย โดยหลักการตราสารที่มีชีวิตนั้นย่อมมองเสมือนตราสารนี้ต้องเติบโตขยายไปตามกาลเวลาและ บริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลง ซึ่งสอดคล้องกับความคิดที่ว่ากฎหมายนั้นไม่ได้มีความแน่นอนตายตัว และ ตรงข้ามกับทฤษฎีรูปนัยนิยม เพราะในนัยของทฤษฎีรูปนัยนิยม แม้ศาลจะมีการกลับหลักจากแนว บรรทัดฐานเดิมหรือเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ ศาลก็เพียงค้นพบขอบเขตของกฎหมายและปรับไปตามกฎหมาย ที่มีอยู่แล้วเพื่อแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องแท้จริง

นอกจากนี้ ในมิติความเป็นหน้าที่นิยมของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย ศาลก็สะท้อนการนำ บรรทัดฐานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมายมาใช้ในการชี้ขาดตัดสินคดี และตีความหลักกฎหมายนั้นตามบริบทและ ความมุ่งหมายได้อย่างชัดเจน จากการที่ศาลยกข้อเท็จจริงทางสังคมมาประกอบการพิจารณาว่ามีแนวโน้ม ที่กำลังก่อตัวในรัฐสมาชิกสภายุโรปมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดี และการที่ศาลต้องแสวงหาข้อเท็จจริงทาง สังคมมาเพื่อการชี้ขาดตัดสินคดีนั้นก็แสดงให้เห็นถึงการใช้การศึกษาเชิงประจักษ์ของศาลแก้คดีอีกด้วย อีกทั้ง การที่ศาลวางหลักการตราสารที่มีชีวิตมาแต่แรกนั้น ก็เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลตาม อนุสัญญาเป็นจริงและเป็นรูปธรรม ซึ่งสะท้อนทัศนะของศาลว่าหลักการนี้มีขึ้นเพื่อให้กฎหมายทำงานได้ สอดคล้องกับสังคม การที่อนุสัญญามีการเปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวอยู่เสมอจึงเป็นไปเพื่อให้อนุสัญญา รับใช้สังคมได้ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

อย่างไรก็ตาม วิธีการตีความตามแบบสัจนิยมทางกฎหมายของศาลในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมาก็ยัง ปรากฏข้อจำกัดประการหนึ่งที่ทำให้อนุสัญญายังไม่สามารถรับมือกับความท้าทายด้านสิทธิมนุษยชน จากการเปลี่ยนแปลงในยุคสมัยใหม่ได้ทันทั่วทั้ง อีกทั้ง สำหรับเฉพาะคดีศึกษาของบทความนี้ การที่ศาล ไม่ได้อาศัยวิธีการตีความตามหลักการตราสารที่มีชีวิตซึ่งสะท้อนภาพของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายมาใช้ ตีความอนุสัญญาให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญา แต่กลับใช้ เพื่อขยายขอบเขตข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา ก็สะท้อนข้อจำกัดของทฤษฎี สัจนิยมทางกฎหมายในการตีความกฎหมายอีกสองประการ คือ การทำให้สิทธิของคนกลุ่มน้อยถูกละเลย และทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายถูกรุกละเมิด โดยจะกล่าวถึงข้อวิจารณ์ทั้งสามประการในหัวข้อลำดับ ถัดไป

4. ข้อวิจารณ์ต่อหลักการตราสารที่มีชีวิตในปัจจุบัน

4.1 ความไม่แน่ชัดของการทำให้กฎหมายตามทันสังคม

ข้อวิจารณ์นี้ไม่ได้ปฏิเสธข้อที่ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายมองว่าสังคมก้าวหน้าไปเร็วกว่ากฎหมาย และยอมรับว่าคงเป็นเรื่องที่เลี่ยงไม่ได้ที่กฎหมายมักจะตามหลังสังคมอยู่เสมอ และข้อวิจารณ์นี้เองก็ไม่ได้ ปฏิเสธการนำบริบททางสังคมมาเป็นปัจจัยในการตัดสินคดีเช่นกัน แต่ประสงค์จะชี้ให้เห็นข้อจำกัดของ ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายว่า ยังไม่อาจตอบคำถามได้ว่าแล้วเมื่อใดกันแน่ที่จะถึงเวลาในการจะให้กฎหมาย

ก้าวตามทันสังคม เพราะทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายเพียงเห็นว่ากฎหมายต้องมีความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ทั้งปล่อยให้ป็นดุลพินิจของศาลให้ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายโดยพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงทางสังคม

การปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตโดยคำนึงถึงฉันทามติยุโรปหรือแนวโน้มในสังคมก็สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาประการข้างต้น นอกจากประเด็นที่ว่าศาลแสวงหาข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์และประพัตติตคนเสมือนนักสังคมศาสตร์หรือนักนโยบายอาจไม่เหมาะสมในแง่ความถูกต้องแม่นยำเนื่องจากศาลเป็นองค์กรที่ปรับใช้กฎหมายไม่ใช่องค์กรที่ตรากฎหมาย การทำให้ศาลผู้ปรับใช้กฎหมายต้องรอข้อเท็จจริงทางสังคมให้ก้าวหน้าถึงจุดใดจุดหนึ่งมากพอให้ศาลเห็นถึงแนวโน้มที่กำลังก่อตัวในสังคม กล่าวคือ ศาลต้องรอข้อเท็จจริงทางสังคมตกผลึกเสียก่อนข้อกฎหมายจึงจะยอมรับตามนั้น ทำให้เกิดภาวะดังเช่นที่ได้กล่าวไปในข้างต้นถึงคดีบางคดีที่ศาลไม่เห็นถึงฉันทามติหรือแนวโน้มที่กำลังก่อตัวในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรปจึงไม่ยอมรับเรื่องบางประการให้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

4.2 การคล้อยตามความนิยมของคนกลุ่มมากและละเลยคนกลุ่มน้อย

ในการพิจารณาว่าแต่ละคดีปรากฏแนวโน้มหรือไม่ ศาลจะพิจารณาถึงองค์ประกอบในหลาย ๆ แง่มุมที่รัฐภาคีมีร่วมกัน เช่น กฎหมายภายในและแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ เพื่อสกัดองค์ประกอบการตีความออกมาจากสิ่งที่มีอยู่ร่วมกันของประชาคมที่มากจนถึงระดับที่ก่อให้เกิดแนวโน้มที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นการพิจารณาปัจจัยทางสังคมที่เกิดขึ้นจริงตามแนวทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การตีความเช่นนี้อาจนำไปสู่การสร้างคุณค่าให้แก่ความคิดของคนกลุ่มมากและละเลยสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มคนที่อยู่ในสถานะเสียงส่วนน้อยผ่านคำตัดสินของศาล⁴² เช่น สิทธิของกลุ่มคนที่นับถือศาสนาอิสลามหรือศาสนาอื่นที่มีแนวปฏิบัติที่ต่างจากทางปฏิบัติของรัฐสมาชิกสภายุโรปซึ่งก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าศาสนาอิสลามและศาสนาอื่นไม่ใช่ศาสนาหลักของรัฐเหล่านั้น

เมื่อพิจารณาในมุมมองที่กลับกัน โดยมุ่งไปที่สิทธิของกลุ่มคนกลุ่มน้อย สามารถเห็นได้ว่าวิธีการตีความของศาลโดยใช้ฉันทามติยุโรปหรือแนวโน้มในสังคมเป็นแนวทางนั้น ไม่ได้ใช้กับเฉพาะสิทธิตามอนุสัญญาแต่ใช้กับข้อยกเว้นอันเป็นการจำกัดเสรีภาพตามอนุสัญญาด้วย ฉะนั้น ก็ย่อมทำให้แนวคิดหรือค่านิยมของคนกลุ่มหนึ่งซึ่งมีจำนวนมากกว่าและเป็นทางปฏิบัติกระแสหลักเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมให้การจำกัดเสรีภาพของบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งเพียงเพราะมีจำนวนที่น้อยกว่าและไม่ใช้ทางปฏิบัติกระแสหลัก

ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายที่รองรับการตีความในลักษณะเช่นนี้เอง ก็ไม่ได้วางแนวทางไว้ว่าหากเกิดการที่แนวโน้มทางสังคมที่แปรเปลี่ยนขัดต่อทางปฏิบัติของคนกลุ่มน้อยในสังคม ศาลควรจะชั่งน้ำหนักอย่างไร อีกทั้งหากพิจารณาว่าการตีความกฎหมายและการตัดสินคดีต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสังคม แต่หากผลกระทบนั้นมีผลกระทบเชิงลบปนอยู่ด้วย ศาลต้องทำเช่นไรในการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลักษณะเช่นนี้ที่ผลกระทบทางสังคมด้านลบเกิดขึ้นกับคนกลุ่มน้อย หากศาลเห็นเพียงว่าผลกระทบทางสังคมมีจำนวนน้อยเทียบกับผลกระทบทางสังคมเชิงบวกตามทางปฏิบัติของสังคม เช่นนี้ก็ทำให้ศาลกลายเป็นนักอรรถประโยชน์นิยมที่ละเลยเสียงส่วนน้อยไปได้

⁴² Harriet Ní Chinnéide and Cathérine Van de Graaf, 'Animal Welfare v Religious Freedom: Reflecting on the ECtHR's Decision in Executief van de Moslims van België and Others v Belgium' (n 22) 692-95.

4.3 การขยายขอบเขตของข้อยกเว้นจนทำลายเจตนารมณ์ของกฎหมาย

กฎหมายที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปปรับใช้นั้น คือ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งอนุสัญญานี้มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การตีความอนุสัญญานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาให้สวัสดิภาพสัตว์ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิสัตว์ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิทธิของมนุษย์ โดยตรงมาเป็นข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจนในอนุสัญญา และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์นั้น เป็นการตีความอนุสัญญาที่ไม่ได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ระบุไว้ในอนุสัญญาซึ่งเป็นสิทธิที่มีความสำคัญและควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าสิทธิที่มีได้ถูกกำหนดไว้

ทั้งเมื่อพิจารณาทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย ซึ่งคำนึงถึงว่ากฎหมายจะต้องตอบสนองเป้าหมายของสังคมแล้ว จะเห็นได้ว่า อนุสัญญานี้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งรวมไปถึงการปฏิบัติตามศาสนาเป็นเป้าหมายในทางสังคม อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นในอนุสัญญา ศาลก็ได้ปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตและอ้างเป้าหมายของสังคมในการคุ้มครองสวัสดิภาพสัตว์ด้วย ซึ่งสะท้อนผ่านความสำคัญที่เพิ่มมากขึ้นในประเด็นสวัสดิภาพสัตว์ไม่ว่าจากความคิดเห็นของคนในแคว้นที่มีการประกาศใช้กฎหมายหรือทางปฏิบัติของรัฐ เพื่อจำกัดเสรีภาพที่ปรากฏในตัวบทดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าเป้าหมายทางสังคมที่เป็นหลักและข้อยกเว้นเกิดการขัดแย้งกันขึ้น แต่ศาลกลับให้ความสำคัญกับข้อยกเว้นมากกว่าหลักที่เป็นฐานของตัวบท

ด้วยการที่ศาลใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตแต่ใช้กับข้อยกเว้นที่รัฐจำกัดเสรีภาพตามอนุสัญญาและหากศาลเห็นว่ามีฉันทามติต่อข้อยกเว้นมากขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมจะกลายเป็นตีความขยายขอบเขตการบังคับใช้ของข้อยกเว้นให้มากขึ้นไปจนข้อยกเว้นอยู่เหนือหลัก และอาจทำให้ข้อยกเว้นกลายเป็นหลักกฎหมาย และหลักกฎหมายกลายเป็นข้อยกเว้นไปเสีย อันจะเป็นการทำลายเจตนารมณ์ (Spirit) ของกฎหมายที่มีอยู่ได้

การตีความข้อยกเว้นอันเป็นฐานในการจำกัดเสรีภาพตามอนุสัญญาด้วยหลักการตราสารที่มีชีวิตแบบทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายเช่นนี้ไม่อาจบรรลุเป้าประสงค์ของอนุสัญญาได้เนื่องจากศาลไม่ได้พิจารณาถึงหลักการเบื้องหลังของกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมตามอนุสัญญาซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ สำหรับคดีศึกษา คณะผู้เขียนจึงมุ่งเสนอวิธีการตีความกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายในฐานะบูรณภาพของโรนัลด์ ดอว์กิน มาใช้ในการตีความข้อยกเว้นตามอนุสัญญาแทนการตีความตามทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย เพื่อเป็นการรักษาสสมดุลระหว่างหลักการดั้งเดิมของกฎหมายและพัฒนาการของสังคมตามบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป อันเป็นวิธีที่รักษาทั้งคุณค่าทางนิติศาสตร์หรือสังคมศาสตร์ไปได้ในขณะเดียวกัน

5. ทฤษฎีของโรนัลด์ ดอว์คิน ว่าด้วยการตีความกฎหมาย

ในงานเขียน *Law's Empire*⁴³ ดอว์คินได้จำแนกความคิดทางกฎหมายออกเป็นสามแนวคิด คือ แนวคิดแบบจารีตนิยม (Conventionalism) แนวคิดแบบปฏิบัตินิยม (Legal Pragmatism) และแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายในฐานะบูรณภาพ (Law as Integrity) อย่างไรก็ตาม ดอว์คินได้วิจารณ์แนวคิดทางกฎหมายสองประเภทแรกว่ามีข้อบกพร่องเมื่อนำแนวคิดเหล่านี้มาปรับใช้เพื่ออธิบายการตีความกฎหมาย จากนั้นดอว์คินจึงได้นำเสนอทฤษฎีกฎหมายในฐานะบูรณภาพว่าเป็นหลักการที่นำเสนอการตีความทางกฎหมายได้อย่างดีที่สุด

5.1 ข้อวิจารณ์ของดอว์คินต่อแนวคิดแบบจารีตนิยม และแนวคิดแบบปฏิบัตินิยม

ดอว์คินได้อธิบายแนวคิดแบบจารีตนิยมว่า สิ่งใดได้รับการยอมรับเป็นกฎหมายมักขึ้นอยู่กับการบ่งบอกของจารีตหรือกฎเกณฑ์ทางสังคม เช่น กฎเกณฑ์ที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือผู้มีสภาพเป็นกฎหมาย แนวปฏิบัติของแนวคิดนี้จึงมุ่งเน้นที่การเคารพและบังคับใช้สิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายเป็นสำคัญ⁴⁴ อย่างไรก็ตาม ดอว์คินวิจารณ์แนวคิดดังกล่าวว่าเป็นการสะท้อนถึงการตีความกฎหมายโดยมองย้อนกลับไปยังข้างหลัง (Backward-looking) กล่าวคือ เป็นการที่ผู้ตีความพิจารณาเพียงแต่กฎหมายหรือคำตัดสินหรือธรรมเนียมทางกฎหมายที่มีอยู่ในอดีต โดยไม่ได้พยายามค้นหาหลักการหรือนโยบายทางกฎหมายที่อาจอธิบายการตีความกฎหมายให้มีความพัฒนาก้าวหน้าเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดทางจริยธรรมหรือการเมืองในปัจจุบัน⁴⁵

สำหรับแนวคิดปฏิบัตินิยมซึ่งมีความคล้ายกับทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายนั้น ความสอดคล้องกับบทบัญญัติหรือคำพิพากษาในอดีตโดยหลักการแล้วไม่ส่งผลต่อการพิจารณาถึงความยุติธรรมหรือคุณค่าทางศีลธรรมของการบัญญัติกฎหมายในปัจจุบัน หรือการตัดสินคดีในปัจจุบันแต่อย่างใด⁴⁶ ทั้งยังเปิดช่องให้นำตัวแปรอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย เช่น ความเห็นหรือความนิยมของสังคมในขณะนั้น มาตัดสินกฎหมายเพื่อประโยชน์สูงสุดของสังคมในอนาคต⁴⁷ โดยดอว์คินเห็นว่ากรณีเช่นนี้ย่อมสะท้อนการตีความกฎหมายโดยมองไปข้างหน้า (Forward-looking) ซึ่งคำนึงแต่เพียงการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดสำหรับอนาคตเมื่อเป็นเช่นนี้ ผลลัพธ์จากการตีความกฎหมายในปัจจุบันอาจเกิดความไม่สอดคล้องกับการตีความในอดีตได้⁴⁸

⁴³ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986).

⁴⁴ Ibid 114-17.

⁴⁵ Ibid 226.

⁴⁶ Ibid 151-53.

⁴⁷ Ibid 226.

⁴⁸ Ibid 147, 149, 226.

5.2 กฎหมายในฐานะบูรณภาพ

กฎหมายในฐานะบูรณภาพเป็นผลมาจากการบูรณาการ (Integrate) แนวคิดแบบจารีตนิยมและแนวคิดแบบปฏิบัตินิยมเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของการตีความกฎหมายของแนวคิดก่อนหน้านี้ทั้งสองและนำเสนอการตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบที่ถูกต้อง โดยให้เป็นการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงทั้งกฎหมายและธรรมเนียมที่มีอยู่ในอดีต และพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดสำหรับอนาคต กล่าวคือการมองกฎหมายไปทั้งข้างหลังและข้างหน้าในขณะเดียวกัน⁴⁹

ดอร์คินแบ่งทฤษฎีกฎหมายในฐานะบูรณภาพเป็นสองหลักการ ได้แก่ หลักการบูรณภาพในการตรากฎหมาย (Principle of Integrity in Legislation) และหลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสิน (Principle of Integrity in Adjudication)⁵⁰

“หลักการบูรณภาพในการตรากฎหมาย” กล่าวถึงการตรากฎหมายให้มีความสอดคล้องอย่างเป็นระบบ โดยผู้ตรากฎหมายมีหน้าที่ร่างกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายนั้น และปฏิเสธการตรากฎหมายที่สร้างหลักเหตุผลตามอำเภอใจ เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ซึ่งแสดงถึงรูปแบบที่สอดคล้องกันของความเที่ยงธรรมและความยุติธรรม⁵¹

“หลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสิน” กล่าวถึงการที่ผู้พิพากษานำกฎเกณฑ์ที่ถูกตราขึ้นไปปรับใช้อย่างสอดคล้องกับหลักการ (Principle) ที่อยู่ในตัวบทกฎหมาย⁵² รวมทั้งสอดคล้องกับกฎหมายอื่นซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกัน ด้วยการตีความอย่างเป็นระบบ (Constructive Interpretation) เพื่อบรรลุถึงหลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสินนั้น

อย่างไรก็ดี เมื่อประเด็นที่คณะผู้เขียนต้องการนำเสนอขึ้นเกี่ยวข้องกับ การตีความกฎหมายซึ่งเป็นการที่ผู้พิพากษาปรับใช้กฎเกณฑ์ บทความนี้จะมุ่งอภิปรายในรายละเอียดของหลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสินเพียงอย่างเดียวซึ่งจะได้อภิปรายในลำดับถัดไป

5.3 หลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสิน

หลักการบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสินเป็นหลักการที่ชี้แนะให้ผู้พิพากษาทำการค้นหาลัทธิและหน้าที่ตามกฎหมายผ่านกระบวนการตีความบนสมมติฐานที่ว่ากฎหมายนั้นได้ถูกสร้างหรือเขียนขึ้นโดยบุคคลเพียงคนเดียว อันจะทำให้แสดงถึงมโนภาพทางความยุติธรรมและความเป็นธรรมอย่างสอดคล้องกันทั้งระบบกฎหมาย ดอร์คินได้ยกตัวอย่างเปรียบเทียบที่น่าสนใจว่า กลวิธีในการตีความกฎหมายสำหรับการตัดสินคดียาก (Hard Cases) เพื่อให้เกิดบูรณภาพในการชี้ขาดตัดสินนั้นเปรียบได้กับการเขียนนิยายชุด (The Chain Novel)⁵³

⁴⁹ Ibid 225.

⁵⁰ Ibid 167.

⁵¹ Ibid 221.

⁵² Ibid 217.

⁵³ Ibid 228-32.

กรณีเป็นการสมมติให้ผู้อ่านจินตนาการว่ามีการเริ่มโครงการหนึ่งซึ่งประกอบไปด้วยนักเขียนหลายรายเพื่อร่วมกันเขียนนิยาย ในการเขียนนิยายเพื่อให้สอดคล้องกันทั้งเส้นเรื่องนั้น นักเขียนรายหลังจะต้องทำการตีความเนื้อหาของนิยายบทที่นักเขียนรายก่อนหน้าทุกคนได้สร้างสรรค์ขึ้นมาเพื่อการเขียนงานในบทต่อ ๆ ไป เพื่อบรรลุจุดประสงค์ในการสร้างนิยายที่ถูกเขียนอย่างเป็นระบบมากที่สุดราวกับว่างานชิ้นนี้ถูกเขียนด้วยนักเขียนเพียงคนเดียว

เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ตีความกฎหมายซึ่งเปรียบได้กับนักเขียนจึงต้องตัดสินใจเลือกวิธีการตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความสอดคล้อง ซึ่งผู้ตีความอาจพบวิธีการตีความได้หลายรูปแบบ แต่ผู้ตีความจะต้องเลือกวิธีการตีความที่เหมาะสมที่สุด ผ่านการตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบ (Constructive Interpretation) โดยดอร์คินได้แบ่งออกเป็นสองเงื่อนไข ดังนี้⁵⁴

เงื่อนไขประการแรก การตีความต้องสอดคล้องกับระบบกฎหมายนั้น ไม่ว่าจะเป็น ความสอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานการตัดสินใจของศาลในอดีตก่อน หรือความสอดคล้องกับตัวบทบัญญัติกฎหมายเอง โดยไม่ตีความให้ขัดแย้งกันเองเพื่อคงความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย (Fit) เปรียบได้กับการเขียนนิยายที่นักเขียนจะเลือกใช้วิธีการตีความเนื้อหาเพื่อเขียนบทต่อไปให้สอดคล้องกับเนื้อหาบทก่อนหน้า ทั้งยังสามารถทำให้นักเขียนคนต่อไปสามารถเขียนเรื่องราวต่อไปได้อย่างเป็นระบบ

ทั้งนี้ การตีความที่ต้องสอดคล้องกับระบบกฎหมายนี้ มุ่งพิจารณาถึงความสอดคล้องในเชิงองค์รวมเป็นหลัก การตีความนั้นอาจไม่ตรงกับคำตัดสินคดีก่อนทุกประการ แต่หากพิจารณาในเชิงองค์รวมแล้วสามารถอธิบายการตีความกฎหมายให้ออกมาได้แนวทางเดียวกัน ย่อมถือว่าเป็นการตีความที่สอดคล้องในเชิงองค์รวมแล้ว⁵⁵ หรือในกรณีที่การตีความทางกฎหมายไม่ได้มีความสอดคล้องกัน เช่น การกลับแนวคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในกรณีดังกล่าวยังสามารถรักษาการตีความที่ต้องสอดคล้องกับระบบกฎหมายได้โดยศาลอาจให้เหตุผลว่าคำพิพากษาดังกล่าวนั้นบกพร่องหรือผิดเพี้ยนไป⁵⁶ ซึ่งมักปรากฏผ่านกรณีที่ศาลวางแนวบรรทัดฐานคำตัดสินใหม่เพื่อปรับการตีความกฎหมายให้เข้ากับยุคสมัย⁵⁷ อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ตัดสินพิจารณาหลักการตีความกฎหมายตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขแรก อาจพบว่าการตีความมีได้หลายรูปแบบที่ส่งผลสอดคล้องและสามารถอธิบายระบบกฎหมายในเชิงองค์รวมได้ จึงต้องพิจารณาในเงื่อนไขต่อไป

เงื่อนไขประการที่สอง ในกรณีที่การตีความที่บรรลุหลักเกณฑ์ตามเงื่อนไขที่หนึ่งมีได้หลายรูปแบบ ผู้ตีความจะต้องเลือกวิธีที่ให้ได้มาซึ่งการตีความที่ทำให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีที่สุด (Best Case) อันเป็นการตีความที่มีคุณค่าซึ่งสร้างความชอบธรรมให้ระบบกฎหมายได้ดีที่สุด (Justify) ทั้งเมื่อพิจารณาถึงการตีความตัวบทกฎหมายในกรณีมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ดอร์คินได้อธิบายถึงการตีความตัวบทนี้ว่า หลักบูรณภาพทางกฎหมายย่อมประสงค์ให้ผู้พิพากษาให้เหตุผลในการบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องและลื่นไหลไปกับกฎหมายนั้น และหากการตีความนั้นสามารถสอดคล้องกับกฎหมายอื่นได้ ย่อมเป็นการดียิ่ง

⁵⁴ Ibid 139, 255; Ronald Dworkin, 'Law as Interpretation' (1982) 9 University of Chicago Press 179, 194-96.

⁵⁵ Ibid 230.

⁵⁶ Ibid 195.

⁵⁷ Ian McLeod, *Legal Theory* (1st edn, Red Globe Press 1999) 107.

ในการนี้หลักการ (Principle) และนโยบาย (Policy) ที่อยู่ภายใต้ถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายอาจถูกนำมาใช้เพื่อค้นหาผลลัพธ์ที่ดีที่สุด ซึ่งในการตามหาการตีความที่ทำให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีที่สุด ให้พิจารณาจากจริยธรรมทางการเมือง (Political Morality)⁵⁸

จริยธรรมทางการเมือง (Political Morality) เป็นแนวคิดที่กำหนดให้รัฐบาลกระทำการอย่างเป็นเอกภาพและเป็นการกระทำที่มีหลักการและมีลักษณะสอดคล้องเป็นทำนองเดียวกันต่อกับประชาชนทุกคนซึ่งทำให้ประชาชนทุกคนได้รับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจากรัฐบาล⁵⁹ โดยประกอบไปด้วยสามองค์ประกอบ ได้แก่

ประการแรก หลักความยุติธรรม (Justice) หมายถึง การผสมผสานสิทธิปัจเจกชนและเป้าหมายส่วนรวม ซึ่งสิทธิและเป้าหมายนี้จะได้รับการรับรองโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติในอุดมคติ

ประการที่สอง หลักความเที่ยงธรรม (Fairness) หมายถึง กระบวนการที่จะทำให้พลเมืองทุกคนมีอิทธิพลเท่ากันในการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อตนเอง

ประการที่สาม หลักศุภนิติกระบวนการในเชิงกระบวนการ (Procedural due Process) หมายถึง กระบวนการที่ถูกต้องในการวินิจฉัยว่าประชาชนละเมิดกฎหมายหรือไม่⁶⁰ เมื่อพิจารณาทั้งสามองค์ประกอบเข้าด้วยกัน จะค้นพบการตีความซึ่งสามารถทำให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีที่สุด (Best Case) อันเป็นคำตอบสุดท้ายของทฤษฎีกฎหมายในฐานะบูรณภาพ

นอกจากนี้ ดอร์คินอธิบายการตีความตัวบทโดยแปรผันไปตามแต่ละช่วงเวลาของผู้พิพากษาตีความกฎหมาย กล่าวคือ ให้ผู้พิพากษาศีความโดยพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่บัญญัติไว้ และตีความกฎหมายเสมือนหนึ่งว่ากฎหมายนั้นมีชีวิต⁶¹ โดยมีวัตถุประสงค์ให้กฎหมายสามารถบังคับใช้อย่างยืดหยุ่นไปกับช่วงเวลานั้น ๆ และมีความต่อเนื่องเป็นเนื้อเรื่องเดียว มุมมองการตีความในลักษณะคล้ายกันนี้ได้ถูกกล่าวถึงโดยฮันส์ กาดาเมอร์ (Hans Gadamer) เช่นกัน

กาดาเมอร์ ได้อธิบายว่าแนวคิดการตีความกฎหมายนั้น เป็นการอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้สร้างกฎหมายและผู้ตีความกฎหมาย ซึ่งบุคคลในสองฐานะนี้อาจตกอยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกันเนื่องด้วยความเปลี่ยนแปลงและแตกต่างทางประวัติศาสตร์ อันส่งผลให้ในแต่ละยุคสมัยย่อมมีความเข้าใจในข้อความที่ถูกถ่ายทอดมาจากอดีตในมุมมองของตนเอง ดังนี้ การตีความตามตัวอักษรโดยคำนึงถึงความเป็นไปทางประวัติศาสตร์ประกอบกับสถานการณ์ในปัจจุบันจะนำเสนอกระบวนการอันสร้างสรรค์ที่ทำให้การตีความไปด้วยกันอย่างสอดคล้อง อันทำให้เกิดคุณค่าที่มีชีวิต (Living Value)⁶²

⁵⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (n 43) 238-39.

⁵⁹ Ronald Dworkin, 'Law as Interpretation' (n 54) 194-96.

⁶⁰ เรย์มอนด์ แวกส์, *ปรัชญากฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา (Philosophy of Law: A Very Short Introduction)* (พิเศษ สอาดเย็น, ธงทอง จันทรางศุ แปล, บุ๊คส์เคป บจก. 2564) 98-125.

⁶¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (n 43) 348.

⁶² Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall tr, 2nd rev edn, Continuum Publishing Group 2004) 295-96; Jonathan Crowe, 'Dworkin on the Value of Integrity' (2007) 12(1) Deakin Law Review 167, 171-72.

โดยสรุป แนวทางการตีความกฎหมายของดอร์คินอันเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีกฎหมายในฐานะบรรณภาพ เป็นการคำนึงถึงพลวัตทางสังคมร่วมกับหลักการและนโยบายที่คงอยู่ในระบบกฎหมายประกอบกันเพื่อให้เกิดการตีความที่สอดคล้องและมีความชอบธรรมภายในระบบกฎหมายในเชิงองค์รวมมากที่สุด การตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบของดอร์คินจึงสามารถนำมาใช้อธิบายเพื่อสนับสนุนการตีความหลักการตราสารที่มีชีวิตของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ ทั้งมีข้อเสนอแนะอันควรค่าแก่การพิจารณาต่อไปว่าทฤษฎีนี้มีความเหมาะสมต่อการปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตของศาลมากกว่าแนวทางการตีความหลักการตราสารที่มีชีวิตผ่านทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย

6. ข้อเสนอแนะต่อการปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิต

ดังที่อธิบายไว้ข้างต้น ทฤษฎีกฎหมายในฐานะบรรณภาพของดอร์คินสามารถใช้อธิบายเพื่อสนับสนุนการตีความอนุสัญญาตามหลักการตราสารที่มีชีวิตได้ อย่างไรก็ดี ดอร์คินได้ปฏิเสธทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายในประการที่ทฤษฎีดังกล่าวคำนึงถึงองค์ประกอบในทางสังคมอื่นนอกจากหลักการทางกฎหมายเป็นสำคัญ เช่น แนวโน้มความนิยมของสังคมนั้น ๆ อันทำให้ผลลัพธ์ทางกฎหมายเกิดความไม่แน่นอนซึ่งหากศาลใช้แนวทางดังกล่าวในการพิจารณาคดีอื่น ๆ ต่อไป คำตัดสินของคดีหนึ่งจะประยุกต์ใช้ได้ในช่วงขณะที่ทำการตีความเท่านั้น หากเวลาผ่านไปแม้เพียงไม่นาน องค์ประกอบใหม่ของสังคมถือกำเนิดขึ้น ศาลจะเปลี่ยนแนวการตีความไปในทางเดียวกันนั้นโดยไม่คำนึงถึงคำตัดสินในอดีต

หากเป็นเช่นนี้ต่อไป คำตัดสินแต่ละคดีของศาลในประเด็นหลักกฎหมายเดียวกันจะมีการปรับใช้ไปในแนวทางที่แยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง ขาดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันภายในระบบกฎหมาย และอาจเป็นการละเลยถึงหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Legal Certainty) ในการนี้ กฎหมายในฐานะบรรณภาพจะช่วยแก้ไขข้อบกพร่องของทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย เพื่อนำเสนอแนวทางในการตีความตราสารที่มีชีวิตของศาลที่เหมาะสมกว่า กล่าวคือ กฎหมายในฐานะบรรณภาพเสนอการพิจารณาองค์ประกอบที่ไม่เกินไปกว่าตัวบทกฎหมาย เช่น หลักการหรือนโยบาย เพื่อให้เกิดการตีความอย่างเป็นระบบ

หลักการเบื้องหลังของอนุสัญญาอาจพิจารณาได้จากการศึกษาอารัมภบทของอนุสัญญาซึ่งมุ่งถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี 1949 อันเป็นหลักการในการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์พึงได้รับ ซึ่งเป็นรากฐานแห่งสันติภาพ และความยุติธรรมในสังคมประชาธิปไตย อนุสัญญายังได้มีการเน้นย้ำว่ารัฐสมาชิกมีหน้าที่หลักในการประกันสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในตัวบท โดยยินยอมให้รัฐสามารถตัดสินใจด้วยตนเองในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ซึ่งเห็นได้ว่าอาจรวมถึงการตัดสินใจในข้อยกเว้นต่าง ๆ เพื่อจำกัดเสรีภาพของประชาชนดังเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในหลายคดี

ประเด็นที่เป็นข้อสังเกตจากหลักการเบื้องหลังนี้คือ อนุสัญญามองว่าสิทธิเสรีภาพที่ถูกบัญญัติเป็น “หลัก” ที่รัฐจะต้องยึดถือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นสมควรที่จะปรับใช้อย่างเคร่งครัดและมีขอบเขตจำกัด ซึ่งการตีความในคดีนี้กลับแตกต่างออกไป เนื่องจากศาลวินิจฉัยตีความข้อจำกัดเสรีภาพในลักษณะวิวัฒนาการและยืดหยุ่นโดยนำสวัสดิภาพสัตว์มาเป็นฐานหลักที่นำมาใช้จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิว

นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ ยังได้ให้ความสำคัญถึงหลักการประชาธิปไตยอันเป็นหลักที่รับฟังเสียงส่วนมากแต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ละทิ้งเสียงส่วนน้อย แต่กรณีตามคำพิพากษา ศาลกลับให้ความสำคัญกับความคิดของประชาชนส่วนมากที่คำนึงถึงสวัสดิภาพสัตว์และยกให้เป็นศีลธรรมของประชาชน โดยไม่คำนึงเลยว่าจะเป็นการจำกัดและละเลยสิทธิคนกลุ่มน้อยในการฆ่าสัตว์ตามหลักศาสนาเพื่อการบริโภค จึงอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่าสวัสดิภาพสัตว์นั้นมีความสำคัญถึงขนาดที่สามารถนำมาอ้างเป็นฐานเพื่อจำกัดสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาอันเป็นสิทธิพื้นฐานอันมีความสำคัญอย่างยิ่งได้จริงหรือไม่

นอกจากที่การตีความต้องคำนึงหลักการเบื้องหลังของอนุสัญญาฯ แล้วนั้น แนวคิดของดอร์คินได้เสนอให้พิจารณาควบคู่ไปกับหลักจริยธรรมทางการเมืองเพื่อให้เกิดบูรณาภาพในเชิงองค์รวมอย่างดีที่สุด เมื่อพิจารณาข้อวิจารณ์ในประเด็นเรื่องการให้ความสำคัญกับข้อยกเว้นและประเด็นเรื่องความนิยมของคนกลุ่มมากแล้วนั้น การปรับใช้หลักความยุติธรรมและหลักความเที่ยงธรรมในการตีความตราสารที่มีชีวิตอาจเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถสร้างความชอบธรรมให้กับการตีความของศาลได้มากกว่าทฤษฎีสำนึกทางกฎหมาย โดยสามารถอธิบายได้ ดังนี้

หลักความยุติธรรมสามารถช่วยให้ศาลตีความกฎหมายโดยชั่งน้ำหนักระหว่างข้อบทหลักในการคุ้มครองสิทธิในศาสนาของปัจเจกชน ในที่นี้สิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาที่โดนกระทบคือ สิทธิในการแสดงออกทางศาสนาของกลุ่มชาวมุสลิมและชาวยิว และข้อยกเว้นเรื่องสวัสดิภาพสัตว์อันเป็นเป้าหมายส่วนรวมของรัฐภาคี ซึ่งการชั่งน้ำหนักนี้กระทำได้โดยการอาศัยหลักการทางกฎหมายเพื่อเป็นข้ออ้างในการสนับสนุนว่าควรให้ความสำคัญสิทธิใดสิทธิหนึ่งมากกว่าอีกสิทธิหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการนำหลักการในตัวกฎหมายมาเพื่อให้เหตุผลในการตีความกฎหมายนั้น และหลักความเที่ยงธรรมทำให้ศาลตีความอนุสัญญาฯ โดยตั้งฐานมาจากแนวคิดที่ปัจเจกชนทุกคนมีสิทธิและควรได้รับการประกันสิทธิโดยองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันกล่าวคือ การตีความต้องไม่ทำให้ละเลยสิทธิของคนกลุ่มน้อยดังเช่นการตีความของศาลในคดีศึกษา

ฉะนั้น หากปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายในฐานะบูรณาภาพของดอร์คิน คณะผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความข้อบทในอนุสัญญาของศาล ควรเป็นไปโดยยึดข้อบทหลักในการคุ้มครองสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาโดยไม่ตีความเพื่อขยายขอบเขตการบังคับใช้ข้อยกเว้นจนมากเกินไปเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา และเมื่อพิจารณาถึงหลักจริยธรรมทางการเมืองแล้ว การตีความต้องไม่เป็นการลดทอนสิทธิขั้นพื้นฐานของคนกลุ่มน้อยในการแสดงออกทางศาสนา อันเป็นการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายมากกว่าการพิจารณาถึงแนวโน้มของคนกลุ่มมากโดยลำพัง เมื่อพิจารณาเหตุผลและหลักการตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบของดอร์คินแล้ว การตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Executief van de Moslms van België and Others v. Belgium* จึงไม่ควรรับรองสวัสดิภาพสัตว์เป็นศีลธรรมของประชาชนเพื่อจำกัดสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิว

7. บทสรุป

เมื่อพิจารณาคำตัดสินในคดีต่าง ๆ พบว่าหลักการตราสารที่มีชีวิตของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ถูกนำมาใช้เพื่อตีความอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปแบบวิวัฒนาการ ซึ่งเป็นหลักการที่สะท้อนทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมาย จากการที่ศาลได้พิจารณาจากแนวโน้มที่กำลังก่อตัวในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรปซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายมาประกอบการวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม ในคดีศึกษาของบทความนี้ ศาลกลับใช้หลักการที่ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการตีความมาปรับใช้กับข้อยกเว้นทางกฎหมายที่เป็นฐานทางกฎหมายให้รัฐจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาตามอนุสัญญา โดยศาลยอมรับว่าสวัสดิภาพสัตว์เป็นศีลธรรมของประชาชนและเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรมให้รัฐกล่าวอ้างเพื่อจำกัดเสรีภาพได้

อย่างไรก็ดี การตีความอนุสัญญาให้มีชีวิตเช่นนี้ต้องอาศัยแนวโน้มทางปฏิบัติของรัฐสมาชิกสภายุโรปเป็นสำคัญ โดยทั่วไปแล้ว การปรับใช้หลักการตราสารที่มีชีวิตแบบที่สะท้อนความเป็นสัจนิยมทางกฎหมายอาจยังไม่ชัดเจนแน่นอนว่าเมื่อใดที่กฎหมายต้องก้าวตามทันสังคม เพราะในหลายคดีอื่นก็พบว่าศาลไม่รับรองประเด็นร่วมสมัยบางประการให้อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาเพียงเพราะไม่มีฉันทามติหรือแนวโน้มที่กำลังก่อตัวในหมู่รัฐสมาชิกสภายุโรป ส่วนเฉพาะกรณีของคดีศึกษาก็สะท้อนข้อจำกัดของทฤษฎีสัจนิยมอีกสองประการ คือ การวินิจฉัยโดยพิจารณาปัจจัยทางสังคมจนทำให้ศาลให้น้ำหนักกับความคิดของคนกลุ่มมากอาจเป็นการละเลยเสียงของคนกลุ่มน้อยที่ถูกจำกัดหรือถูกมองข้ามไป อีกทั้ง การที่ทฤษฎีสัจนิยมทางกฎหมายให้ความสำคัญกับเป้าหมายทางสังคม แต่หากเป้าหมายทางสังคมของกฎหมายสองประการเกิดการขัดแย้งกัน กลับกลายเป็นว่าศาลให้น้ำหนักกับข้อยกเว้นจากการพิจารณาแนวโน้มที่กำลังก่อตัวทางสังคมมากกว่าข้อบทหลักที่รับประกันสิทธิของมนุษย์ขั้นพื้นฐาน

ดังนั้น หากนำหลักกฎหมายในฐานะบรรณาธิปไตยของโรนัลด์ ดอว์คินมาใช้กับหลักการตราสารที่มีชีวิต อันเป็นแนวทางที่มุ่งพิจารณากฎหมายอย่างเป็นองค์รวมโดยคำนึงถึงหลักการและนโยบายเบื้องหลังของกฎหมาย และหลีกเลี่ยงการตีความแบบตามกระแสสังคมเพียงอย่างเดียวซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนหรือความลำเอียงต่อความเห็นของคนกลุ่มมาก ย่อมจะส่งผลให้ผลลัพธ์ที่ได้จากการตีความนั้นมีความสอดคล้องกับโครงสร้างโดยรวมของระบบกฎหมายและสร้างความชอบธรรมให้แก่เหตุผลของคำพิพากษาได้ดียิ่งขึ้นและนำไปสู่การตัดสินที่คุ้มครองสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาของชาวมุสลิมและชาวยิวมากกว่าการตัดสินที่รับรองสวัสดิภาพสัตว์เป็นศีลธรรมของประชาชนเพื่อจำกัดสิทธิต่อเสรีภาพในศาสนาตามอนุสัญญา