

สารบัญ

บทที่ 1	วัตถุประสงค์ของการศึกษาของทฤษฎีสถิตินชั้นพื้นฐานในฐานะทฤษฎีทางรัฐธรรมนูญ.....	19
1.1	แนวทางการศึกษาและวัตถุประสงค์ของการศึกษาเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะทฤษฎีในทางรัฐธรรมนูญ	19
1.2	ข้อความคิดเกี่ยวกับคำว่า “ทฤษฎี” (Theorie; Theory)	23
1.3	ข้อความคิดว่าด้วย “ทฤษฎีสถิตินชั้นพื้นฐาน” (Grundrechtstheorie) และ “ทฤษฎีการใช้การตีความบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Grundrechtsdogmatik)	25
1.3.1	ทฤษฎีสถิตินชั้นพื้นฐาน (Grundrechtstheorie)	25
1.3.2	ทฤษฎีการใช้การตีความบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsdogmatik)	27
บทที่ 2	ข้อความคิดว่าด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน...	33
2.1	สิทธิขั้นพื้นฐานกับการแบ่งประเภทของกฎหมายและทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย	33
2.1.1	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายมหาชน	33
2.1.2	สถานะของสิทธิขั้นพื้นฐานในทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย	36
2.2	ข้อความคิดว่าด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Rechtsnorm) และบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsnorm)	39
2.2.1	ความแตกต่างหลากหลายของมโนทัศน์ว่าด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมาย	40
2.2.2	ข้อความคิดว่าด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsnorm)	46
2.3	ภารกิจหน้าที่ของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Funktion der Grundrechte)	50

2.3.1	ภารกิจหน้าที่ดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน	50
2.3.1.1	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ใช้ยื่นอำนาจรัฐ (Status negativus)	50
2.3.1.2	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ (Status positivus)	52
2.3.1.3	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในการมีส่วนร่วมในการแสดง เจตจำนงทางการเมือง (Status activus)	54
2.3.1.4	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะหลักการคุ้มครองสถาบันทางกฎหมาย (Einrichtungsgarantien; Institutsgarantien; Institutionelle Garantien)	56
2.3.2	ภารกิจหน้าที่ของสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองทางภาวะวิสัย	59
2.3.2.1	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการจำกัดอำนาจ ของรัฐ	59
2.3.2.2	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะ “มาตรฐาน” ที่ใช้กำกับการใช้และการ ตีความกฎหมาย	60
2.3.2.3	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะหลักการที่ใช้ในการพัฒนาจากรัฐ เสรีนิยมไปสู่การเป็นสังคมรัฐ (Sozialstaat)	62
2.3.3	หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิในการมีส่วนร่วม ของประชาชน	64
2.3.3.1	หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	64
2.3.3.2	หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมของ ประชาชน	66

บทที่ 3 โครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน..... 69

3.1	ความสำคัญของการศึกษาเรื่องโครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน	69
3.2	ความแตกต่างระหว่าง “กฎเกณฑ์” (Regeln; rules) และ “หลักการ” (Prinzipien; principles)	71
3.2.1	คำอธิบายของ Josef Esser	72
3.2.2	คำอธิบายของ Ronald Dworkin	73

3.2.3 คำอธิบายของ Robert Alexy	75
3.2.3.1 การพิจารณา “หลักการ” ในฐานะข้อเรียกร้องให้มีการบังคับใช้ อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด (Optimierungsgebote; optimisation requirement; requirement to be optimized)	77
3.2.3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการปะทะกันของสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์ (Regelkonflikte) และการปะทะกันของสิ่งที่เป็นหลักการ (Prinzipienkollision)	79
ก. การปะทะกันของสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์ (Regelkonflikte)	79
ข. การปะทะกันของสิ่งที่เป็นหลักการ (Prinzipienkollision)	80
3.2.3.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความแน่นอนเด็ดขาดของผลบังคับของ บรรทัดฐาน	86
3.2.4 ข้อสรุปเบื้องต้น	88
3.3 ทฤษฎีที่ใช้กำหนดลักษณะความเป็น “กฎเกณฑ์” หรือความเป็น “หลักการ” ของสิทธิขั้นพื้นฐาน	89
3.3.1 ทฤษฎีที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็น “หลักการบริสุทธิ์”	89
3.3.2 ทฤษฎีที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์บริสุทธิ์”	93
3.3.2.1 สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญโดยปราศจาก เงื่อนไขในการตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิ (Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte)	94
3.3.2.2 สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขธรรมดาในการ ตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit einfachem Vorbehalt)	99
3.3.2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรวจ กฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt)	100
3.3.3 ทฤษฎีที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นทั้งกฎเกณฑ์และหลักการ ในเวลาเดียวกัน	101
3.4 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะ “คุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ”	108
3.4.1 ความหมายของ “คุณค่า” (Werte; Values)	109

3.4.2 “คุณค่า” กับ “การใช้และการตีความกฎหมาย”	113
3.4.3 ความหมายของคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ และการพิจารณารัฐธรรมนูญ ในฐานะระบบแห่งคุณค่า	115
3.5 ทฤษฎีเรื่อง “การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน” ในฐานะแกนกลางของการ ศึกษาทฤษฎีสถิตินชั้นพื้นฐาน	123
3.5.1 การแข่งขันกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtskonkurrenz)	124
3.5.2 การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtskollision)	129
3.5.2.1 ความหมายของการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน	129
3.5.2.2 การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานในนิติสัมพันธ์ระหว่าง เอกชนกับเอกชน	131
3.5.2.3 การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานในนิติสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล มหาชน	140
3.5.3 หลักการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน (Abwägung der Grundrechte) และหลักการตีความกฎหมายให้รัฐธรรมนูญทุกมาตรามีผลใช้บังคับ (Grundsatz der praktischen Konkordanz)	144
3.6 การปะทะกันแห่งคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ	148
3.6.1 ลักษณะของการปะทะกันของบรรดาคุณค่าทั้งหลายในทางรัฐธรรมนูญ	148
3.6.2 ตัวอย่างการปะทะกันของคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ	151
3.6.2.1 การปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับคุณค่าในทางศาสนา	151
3.6.2.2 การปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับจารีตในสังคม การเมือง	153
3.6.3 การชั่งน้ำหนักและการประสานคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ	158
บทที่ 4 ทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน.....	161
4.1 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่ง : ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อรัฐ และองค์กรของรัฐ	162
4.1.1 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญ	162
4.1.2 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อฝ่ายนิติบัญญัติ	163
4.1.3 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อฝ่ายบริหาร	164

4.1.4	ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อฝ่ายตุลาการ	165
4.2	ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ : ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชน	166
4.2.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับปัญหาสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชน	166
4.2.2	การตีความขยายผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน : สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะระบบแห่งคุณค่า	168
4.2.3	ทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชน (Drittwirkung)	174
4.2.3.1	ทฤษฎีเรื่องผลบังคับโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชน (Unmittelbare Drittwirkung)	175
4.2.3.2	ทฤษฎีเรื่องผลบังคับโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชน (Mittelbare Drittwirkung)	175
4.3	ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Staatliche Schutzpflicht)	177
4.3.1	ข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐ	177
4.3.2	การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายเอกชนและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกระบวนการตรากฎหมาย	178
4.3.3	การตรากฎหมายเอกชนกับการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน	182
4.3.4	สรุปข้อความคิดเรื่องหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐ	187

บทที่ 5 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางอัตวิสัยหรือสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล (Subjektives Recht) และสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางภาวะวิสัย (Objektives Recht)..... 189

5.1	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางอัตวิสัยหรือสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล (Subjektives Recht)	190
5.1.1	ความหมายของสิทธิทางอัตวิสัยหรือสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล	190
5.1.2	เนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานเมื่อพิจารณาในทางอัตวิสัยหรือสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล	193
5.1.2.1	สิทธิในเชิงป้องกัน (Abwehrrecht)	194

5.1.2.2	สิทธิเรียกร้องที่ก่อให้เกิดหน้าที่กับรัฐ (Leistungsrecht)	194
5.1.2.3	สิทธิเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติอย่างเสมอภาค (Grundrechte als Gleichbehandlungsrechte)	195
5.2	สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางภาวะวิสัย (Objektives Recht)	195
5.2.1	ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองทางภาวะวิสัย	196
5.2.2	พัฒนาการของข้อความคิดและเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองทางภาวะวิสัย	199
5.2.3	คำพิพากษาอุดมศึกษา (Hochschulurteil) – ตัวอย่างการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองทางภาวะวิสัย	201
5.2.4	ข้อวิพากษ์วิจารณ์การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองทางภาวะวิสัย	208
บทที่ 6	ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน.....	209
6.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน	210
6.2	ความหมายของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน	212
6.3	ประเภทของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	215
6.3.1	การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (Verfassungsunmittelbare Schranken)	216
6.3.1.1	การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในถ้อยคำของบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง	216
6.3.1.2	การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆ	218
ก.	ความหมายและความสำคัญของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆ	218
ข.	การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ	221
ค.	ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ	224

ง. สรุปกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสิทธิขั้นพื้นฐานหรือ คุณค่าที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆ และกรณีศึกษา	227
---	-----

6.3.2 การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอ้อมจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ	229
---	-----

6.3.2.1 ความหมายของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอ้อมจาก บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ – การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยกฎหมาย	229
--	-----

6.3.2.2 ประเภทของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมาย	231
--	-----

ก. สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขธรรมดา ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ	231
--	-----

ข. สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษ ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ	233
---	-----

6.3.2.3 ขอบเขตของการใช้เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ขั้นพื้นฐาน (Schränken-Schranke)	234
---	-----

ก. หลักการประกันสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน	238
--	-----

ข. หลักความพอสมควรแก่เหตุ	240
---------------------------	-----

ข. 1 หลักความเหมาะสม	241
----------------------	-----

ข. 2 หลักความจำเป็น	242
---------------------	-----

ข. 3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ	243
---	-----

6.3.2.4 ข้อพิจารณาเรื่องเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ขั้นพื้นฐานกับทฤษฎีหลักการ (Prinzipientheorie)	245
--	-----

บทที่ 7 ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพ.....	251
----------------------------------	-----

7.1 ความหมายของ “สิทธิ” “เสรีภาพ” และ “สิทธิในเสรีภาพ”	251
--	-----

7.2 ข้อความคิดว่าด้วย “เสรีภาพ”	259
---------------------------------	-----

7.2.1 เสรีภาพตามคำอธิบายของ Immanuel Kant	261
---	-----

7.2.2 เสรีภาพเชิงบวก (Positive Liberty) และเสรีภาพเชิงปฏิเสธ (Negative Liberty)	264
--	-----

7.2.2.1 เสรีภาพเชิงบวก (Positive Freiheit; positive liberty)	264
--	-----

7.2.2.2 เสรีภาพเชิงปฏิเสธ (Negative Freiheit; negative liberty)	266
7.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่าง “เสรีภาพเชิงบวก” และ “เสรีภาพเชิงปฏิเสธ”	269
7.3 เสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย	271
7.3.1 การรับรองเสรีภาพโดยไม่มี การรับรองสิทธิเรียกร้อง (Unbewehrte Freiheiten)	272
7.3.2 การรับรองเสรีภาพพร้อมกับการรับรองสิทธิเรียกร้อง (Bewehrte Freiheiten)	274
7.4 การรับรอง “เสรีภาพทั่วไป” (Das allgemeine Freiheitsrecht)	277
7.4.1 ความหมายและสาระสำคัญของ “เสรีภาพทั่วไป” (Das allgemeine Freiheitsrecht)	278
7.4.2 ประเภทของ “เสรีภาพทั่วไป”	285
7.4.2.1 เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการของบุคคล (Allgemeine Handlungsfreiheit)	286
7.4.2.2 เสรีภาพในการกำหนดบุคลิกลักษณะของตนเอง (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)	292
ก. เสรีภาพในการกำหนดตนเอง (Selbstbestimmung)	293
ข. เสรีภาพในการรักษาความเป็นตัวของตัวเอง (Selbstbewahrung)	294
ค. เสรีภาพในการแสดงออกถึงตัวตนของตนเอง (Selbstdarstellung)	295
7.4.3 ปัญหาการจำกัด “เสรีภาพทั่วไป”	295
7.4.3.1 เสรีภาพที่ปราศจากข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Tatbestandlosigkeit) และเสรีภาพที่ปราศจากเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญ (Substanzlosigkeit)	296
7.4.3.2 เงื่อนไขการจำกัด “เสรีภาพทั่วไป” ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	299
7.4.3.3 ทฤษฎีพรมแดนอิสระของปัจเจกบุคคล (Sphärentheorie)	304

7.4.3.3.1	พรมแดนอิสระของปัจเจกบุคคลกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Menschenwürde; Human Dignity) และภาพความเป็นมนุษย์ (Menschenbild; Image of Man; Conception of Man)	305
-----------	---	-----

7.4.3.3.2	การแบ่งประเภทพรมแดนอิสระของปัจเจกบุคคล	308
-----------	--	-----

ก.	พรมแดนแห่งชีวิตที่เป็นสาระสำคัญที่สุดในการดำเนินชีวิตส่วนตัวของมนุษย์ (Kernbereich privater Lebensgestaltung)	309
----	---	-----

ข.	พรมแดนส่วนบุคคล (Weitere Privatsphäre)	313
----	--	-----

ค.	พรมแดนที่เกี่ยวข้องกับสังคม (Sozialsphäre)	316
----	--	-----

7.4.3.4	กฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (Abwägungsgesetz; rule of weighing) กับเสรีภาพทั่วไป (Allgemeines Freiheitsrecht)	317
---------	--	-----

7.5	บทสรุป	322
-----	--------	-----

บรรณานุกรม.....	325
-----------------	-----

ดัชนี.....	337
------------	-----