

สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ: ความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ “เบ็กเค่นฟอร์เดอ”

ชุตติเดช เมธิชุตติกุล

บทคัดย่อ

งานชิ้นนี้ต้องการนำเสนอความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ เอิร์นสท์ วูล์ฟกัง เบ็กเค่นฟอร์เดอ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) นักวิชาการด้านกฎหมายผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน ผู้เขียนเสนอว่าเบ็กเค่นฟอร์เดอพยายามนำเสนอแนวคิดว่าด้วยสังคมการเมืองผ่านแนวคิดพื้นฐาน 3 แนวคิด ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐ และรัฐธรรมนูญ ในแง่สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) เป็นฐานคิดสำคัญของแนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญของเบ็กเค่นฟอร์เดอ อันเป็นความคิดที่เป็นรากฐานสำคัญของสังคมการเมือง เพื่อที่จะแสดงให้เห็นข้อพิสูจน์ของข้อเสนอนี้ ผู้เขียนจะพิจารณารากฐานสำคัญของสังคมการเมืองผ่านแนวคิด 3 แนวคิด ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐ และรัฐธรรมนูญ และส่วนสุดท้ายผู้เขียนจะวิเคราะห์ให้เห็นรายละเอียดของความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของเบ็กเค่นฟอร์เดอเพื่อที่จะทำให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นรากฐานที่สำคัญที่สุดของสังคมการเมือง

คำสำคัญ: เบ็กเค่นฟอร์เดอ, รัฐ, รัฐธรรมนูญ, สังคมการเมือง, สิทธิขั้นพื้นฐาน

ชุตติเดช เมธิชุตติกุล กำลังศึกษาระดับปริญญาโท คณะรัฐศาสตร์ (ภาควิชาการเมืองการปกครอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จบการศึกษาระดับปริญญาตรี คณะรัฐศาสตร์ (ภาควิชาการเมืองการปกครอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ Email: <mhonok03@gmail.com>

งานชิ้นนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานวิชาอำนาจรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (PO620) ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2560 โดย ศาสตราจารย์ ดร. นภกรินทร์ เมฆไตรรัตน์ โดยวิชานี้เป็นวิชาระดับปริญญาโทของคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เขียนขอขอบคุณ ศาสตราจารย์ ดร. นภกรินทร์ เมฆไตรรัตน์ มา ณ โอกาสนี้ด้วยที่ได้แนะนำผู้เขียนให้รู้จักเบ็กเค่นฟอร์เดอ และให้คำแนะนำ ตลอดจนความเห็นในการเขียนรายงานชิ้นนี้ในระหว่างที่เรียน ผู้เขียนต้องขอขอบคุณอาจารย์สุวัชร คอมพจน์ สำหรับคำแนะนำในหลายๆ ประเด็นที่ผู้เขียนหาทางออกในการแก้ไขข้อความหรือประเด็นทางความคิดความเข้าใจเกี่ยวกับเบ็กเค่นฟอร์เดอไม่ได้ คำแนะนำของอาจารย์ช่วยชี้ทางออกให้ผมได้เสมอ

Fundamental Rights and Constitutional Principle: Böckenförde's Idea on Fundamental Rights

Chutidech Metheechutikul

ABSTRACT

This article presents the idea about the fundamental rights of Böckenförde, a notable legal German scholar. I argue that Böckenförde proposed the idea of political society through three fundamental concepts including fundamental rights, state and constitution. The fundamental rights are an importance concept of the constitutional principle of Böckenförde which is the important idea of political society. In order to prove this argument, firstly, I examine the three fundamental thoughts of political society, fundamental rights, state and constitution. Finally, I intend to criticize on the idea of fundamental rights of Böckenförde to demonstrate that the fundamental rights are the most important idea of political society.

KEYWORDS: Böckenförde, Constitution, Fundamental Rights, Political Society, State

Chutidech Metheechutikul is a Master degree student, Politics and Government at the Faculty of Political Science, Thammasat University. He was awarded the B.A. in Politics and Government, from the same faculty at Thammasat University. Email: <mhonok03@gmail.com>

This article was developed from a MA final paper in Constitutional Power and Political Institutions Course (PO620, 2/2017) in Politics and Government at the Faculty of Political Science, Thammasat University organized by Professor Dr. Nakharin Mektrairat. I would like to thank Professor Nakharin Mektraira for his very good advice and inspired introduction in particular on Ernst-Wolfgang Böckenförde. My special thanks are also extended to Mr Surat Khompot, a lecturer at the School of Political Science and Laws, Walailak University, for his very good suggestion and useful guideline on this article that clarified many issues of Böckenförde's Ideas and at last made this paper has a clear perspective with lively argument.

บทนำ: จากนักวิชาการสู่บัลลังก์ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เอร์สต์ วูล์ฟกัง เบ็กเค่นฟอร์เดอ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) เป็นที่รู้จักกันในฐานะอดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาตราจารย์ด้านกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ประวัติศาสตร์ และปรัชญา แห่งมหาวิทยาลัยไฟร์บวร์ก (University of Freiburg) หากพิจารณาประวัติของเบ็กเค่นฟอร์เดอ¹ จะเห็นว่า เบ็กเค่นฟอร์เดอเป็นทั้งนักวิชาการและนักปฏิบัติอีกทั้งเป็นผู้ที่ความรู้กว้างขวางไม่ใช่เพียงแค่ความรู้ด้านกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงความรู้ทางประวัติศาสตร์และปรัชญา สิ่งเหล่านี้จึงทำให้เวลาแสดงความเห็น ข้อเสนอแนะ หรือศึกษาปัญหาในปัจจุบัน เบ็กเค่นฟอร์เดอจะพิจารณาในมิติของประวัติศาสตร์และปรัชญาด้วยเสมอ นอกจากนี้ เบ็กเค่นฟอร์เดอยังมีบทบาทในตำแหน่งทางการเมืองอย่างตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังนั้นเบ็กเค่นฟอร์เดอจึงเป็นนักกฎหมายเยอรมันที่มีชื่อเสียงและมีอิทธิพลอย่างมากในวงการกฎหมายของเยอรมนีในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี 2017 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University Press) ได้ตีพิมพ์งานของเขาเป็นภาษาอังกฤษ โดยมี Mirjam Künkler และ Tine Stein เป็นบรรณาธิการดำเนินการจัดแปลในชื่อว่า *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol 1* และมีโครงการจะตีพิมพ์เล่มที่ 2 ในชื่อ *Religion, Law, and Democracy: Selected Writings, Vol 2* (คาดว่าจะตีพิมพ์ในเดือนเมษายน 2019) ก่อนหน้านี้งานของเบ็กเค่นฟอร์เดอเคยถูกแปลเป็นภาษาอังกฤษลงในวารสารต่าง ๆ และรวมเล่มเป็นหนังสือมาก่อนแล้ว แต่กระนั้น งานรวมเล่มบทความที่

1 เบ็กเค่นฟอร์เดอเกิดเมื่อปี 1930 (ปัจจุบันอายุ 88 ปี, 2018) จบปริญญาเอกด้านกฎหมายที่มหาวิทยาลัยแห่งมินสเตอร์ (University of Münster) ในปี 1956 โดยทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “Law and Law-Making Power: From the Beginnings of German Constitutional Law Scholarship to the Heights of Constitutional Law Positivism” นอกจากเบ็กเค่นฟอร์เดอยังจบปริญญาเอกด้านประวัติศาสตร์จาก University of Munich ในปี 1960 ในหัวข้อวิทยานิพนธ์เรื่อง “The Scholarship on Constitutional History in the 19th Century: Contemporary Questions and Models” และได้ทำ “Postdoctoral Habilitation” ในปี 1964 จากมหาวิทยาลัยแห่งมินสเตอร์ ในหัวข้อเรื่อง “Organizational Power in the Realm of Government: An Inquiry into the Public Law of the Federal Republic of Germany” หลังจากนั้น ในช่วงปี 1964-1995 เบ็กเค่นฟอร์เดอได้ไปเป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ตั้งแต่ที่มหาวิทยาลัยแห่งไฮเดลเบิร์ก (University of Heidelberg) และย้ายไปที่มหาวิทยาลัยแห่งบิเลเฟลด์ (University of Bielefeld) จนได้รับตำแหน่งศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชน ประวัติศาสตร์ รัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์กฎหมาย และนิติปรัชญาที่มหาวิทยาลัยแห่งไฟร์บวร์ก (University of Freiburg) จนถึงปัจจุบัน ระหว่างนั้น เบ็กเค่นฟอร์เดอได้ดำรงตำแหน่งกรรมการพิเศษของรัฐสภาว่าด้วยการศึกษาแนวทางเพื่อการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ (The Special Parliamentary Commission of Inquiry on Constitutional Reform) ระหว่างปี 1971-1976 และได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการประจำศาลรัฐธรรมนูญระหว่างปี 1983-1996 หลังจากนั้น เบ็กเค่นฟอร์เดอก็ได้รับการแต่งตั้งเป็นศาสตราจารย์เกียรติคุณ (Professor Emeritus) ประจำมหาวิทยาลัยไฟร์บวร์ก (University of Freiburg) จนถึงปัจจุบัน (Künkler & Stein 2017e, 5-6)

เป็นภาษาอังกฤษเล่มแรกของเขาชื่อ *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law* (Böckenförde 1991) แปลโดย J. A. Underwood ตีพิมพ์ในปี 1991 และมีงานแปลของเขาตีพิมพ์ออกเป็นภาษาอังกฤษลงในวารสารอีก 2 ชิ้นในปี 1996 และ 1997 (Böckenförde 1996; 1997) อย่างไรก็ตาม วงวิชาการก็ยังไม่ถึงกับตื่นตัวต่องานของเขามากนัก เพราะหลังจากปี 1997 ก็ไม่มีงานแปลในภาษาอังกฤษของเขาอีกเลย เฉพาะในประเทศไทยนั้น เบิกเคนฟอร์เดอเป็นที่รู้จักในนักวิชาการสายนิติศาสตร์ที่เรียนจบจากเยอรมนี งานบางชิ้นของพวกเขาจึงอ้างงานของเบิกเคนฟอร์เดออยู่ด้วย (ต่อพงศ์ 2561; วรเจตน์ 2561)

ในแง่นี้จะเห็นได้ว่าเบิกเคนฟอร์เดอเป็นนักกฎหมายร่วมสมัยที่มีอิทธิพลต่อความคิดและการตีความเกี่ยวกับกฎหมายของเยอรมนีอย่างมาก และด้วยสถานะของอดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันอีกตำแหน่งแล้ว เขาจึงเป็นนักวิชาการที่เคยทำงานเชิงปฏิบัติมาอีกด้วย ความคิดทางกฎหมายและการเมืองของเบิกเคนฟอร์เดอจึงน่าจะควรค่าแก่การนำมาศึกษา และเผยแพร่ในวงวิชาการประเทศไทย ดังนั้นโดยอาศัยหนังสือรวมผลงานที่แปลเป็นภาษาอังกฤษชื่อ *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol 1* ผู้เขียนจะใช้หนังสือเล่มดังกล่าวเป็นเล่มหลักสำหรับการสำรวจและทำความเข้าใจความคิดเบื้องต้นของเบิกเคนฟอร์เดอ โดยในหนังสือเล่มดังกล่าวเป็นงานรวมบทความ 16 ชิ้น และบทสัมภาษณ์ 1 ชิ้นในช่วงตั้งแต่ปี 1974-2011 โดยหนังสือแบ่งงานทั้ง 17 ชิ้นนี้ออกเป็น 5 ส่วนด้วยกัน คือ 1) ทฤษฎีการเมืองว่าด้วยรัฐ 2) ทฤษฎีว่าด้วยรัฐธรรมนูญ 3) สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ 4) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ความเป็นพลเมือง และความเป็นอิสระทางการเมือง 5) บทสัมภาษณ์ ดังนั้นงานชิ้นจึงน่าจะเพียงพอที่จะศึกษาความคิดของเบิกเคนฟอร์เดอให้เราพอเห็นความคิดทางการเมืองและรัฐธรรมนูญของเบิกเคนฟอร์เดอได้ โดยในบทความชิ้นนี้ผู้เขียนจะแบ่งเป็น 3 ส่วนหลักด้วยกัน ได้แก่

ส่วนแรก ผู้เขียนจะสรุปภาพรวมของหนังสือเล่มนี้โดยการจัดระบบความคิดของเบิกเคนฟอร์เดอ และเสนอว่าฐานความคิดสำคัญของเบิกเคนฟอร์เดอนั้นมีพื้นฐานมาจากคำอธิบายของคิอริปไตยของโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes นักปรัชญาชาวอังกฤษในสมัยศตวรรษที่ 17) เป็นพื้นฐานเพื่ออธิบายหน้าที่ของรัฐ และผสมกับความคิดของนักคิดเยอรมันอย่างเกออร์ค วิลเฮล์ม ฟรีดริช เฮเกล (Georg Wilhelm Friedrich Hegel นักปรัชญาชาวเยอรมันในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19) โลเรนซ์ ฟอน สไตน์ (Lorenz von Stein นักเศรษฐศาสตร์และสังคมวิทยาชาวเยอรมันในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19) อีกทั้งเป็นที่ปรึกษาจักรพรรดิเมจิ และมีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น) คาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt นักกฎหมายชาวเยอรมันในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 20 ยุคไวมาร์) เฮร์มานน เฮลเลอร์ (Hermann Heller นักกฎหมายชาวเยอรมันในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 20 ยุคไวมาร์) (Künkler & Stein 2017c; 2017e)

ส่วนที่สอง ผู้เขียนจะพิจารณาแนวคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ของเบิกเคนฟอร์เดอโดยอาศัยบทความ 4 ชิ้นในหนังสือ *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol 1* โดยมีงานชิ้นงานของเขาดังต่อไปนี้ 1) *Fundamental Rights: Theory and Interpretation* ตีพิมพ์ในปี 1974 2) *Protection of Liberty against Societal Power:*

Outline of a Problem ตีพิมพ์ในปี 1975 3) *Critique of the Value-based Grounding of Law* ตีพิมพ์ในปี 1990 และ 4) *Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights* ตีพิมพ์ในปี 1990 งานทั้ง 4 ชิ้นนี้จะช่วยให้เราเข้าใจความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของเบเกินฟอร์เดอ เมื่อพิจารณาจากฐานความคิดของเบเกินฟอร์เดอในส่วนแรกของบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนพบว่าถึงที่สุดแล้วฐานคิดที่สำคัญของเบเกินฟอร์เดอต่อการเข้าใจคำอธิบายเรื่องกฎหมาย รัฐธรรมนูญ การเมือง และรัฐนั้น เบเกินฟอร์เดออิงอยู่บนฐานของคำอธิบายว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหลัก ดังนั้นเพื่อจะได้เข้าใจแกนทางความคิดของเบเกินฟอร์เดอ ผู้เขียนจึงเสนอว่าควรจะความเข้าใจแนวคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของเขาในฐานะความคิดพื้นฐานต่อการเข้าใจสิ่งต่างๆ ของเบเกินฟอร์เดอ

ส่วนที่สาม เป็นส่วนสรุป ผู้เขียนจะสรุปภาพรวมของแนวคิดของเบเกินฟอร์เดออีกครั้งว่าโลกทัศน์ของเขาว่าด้วย กฎหมาย การเมือง และรัฐ นั้นเป็นเช่นไร และไปสอดคล้องกับแนวคิดที่เรียกว่า “สูตรของร๊าดบรุค” (Radbruch Formula) ของนักกฎหมายชาวเยอรมันในช่วงก่อนสงครามครั้งที่ 2 นามว่ากุสตาฟ ร๊าดบรุค (Gustav Radbruch) อย่างไร

เบเกินฟอร์เดอว่าด้วยทฤษฎีการเมืองและรัฐธรรมนูญ

หากสรุปให้ชัดเจนว่าอะไรคือความคิดทางการเมืองและรัฐธรรมนูญของเบเกินฟอร์เดอนั้น ผู้เขียนเสนอว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิด 3 ประการด้วยกัน ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐ และรัฐธรรมนูญ ในแง่สิทธิขั้นพื้นฐานถือเป็นสิทธิที่มีมาก่อนสิทธิทางการเมืองอื่น หรือก็คือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่คนทุกคนมีสิทธินี้

สิทธิขั้นพื้นฐานคือสิทธิในเสรีภาพของปัจเจกแต่ละคนที่ได้รับรองโดยรัฐ รัฐมีหน้าที่ปกป้องและห้ามแทรกแซงหรือละเมิดเสรีภาพของปัจเจก ในส่วนฐานคิดเรื่องรัฐ (State) นั้น รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความมั่นคง (Security) สันติภาพ (Peace) และเสรีภาพ (Freedom) แก่ประชาชน ผ่านการเป็นผู้กระทำการ (Framework of Action) ผู้ตัดสินใจ (Decision-Making) และผู้ให้สันติภาพ (Peace-providing Framework) โดยหน้าที่เหล่านี้เป็นหน้าที่เชิงศีลธรรม (Moral Duties) ในแง่นี้ ฐานคิดเรื่องรัฐของเบเกินฟอร์เดอนั้นได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก ฮอบส์, เฮเกล, สไตน์, เฮลเลอร์ และชมิทท์ ที่ได้ก่อรูปความคิดว่าด้วยเรื่องรัฐของเขาขึ้นมา สำหรับรัฐธรรมนูญนั้นเบเกินฟอร์เดอเสนอว่ารัฐธรรมนูญคือแหล่งอ้างอิงความชอบธรรมของรัฐ และจำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาจากอำนาจของประชาชนอันเป็นอำนาจที่พระเจ้าได้มอบให้กับประชาชนโดยตรงภายใต้ฐานคิดแบบเทววิทยาทางการเมือง (Political Theology) ประชาชนสามารถใช้อำนาจนี้ผ่านรัฐสภา หรือผู้ใช้โดยตรงเพื่อการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก็ได้ ในแง่ที่เราจะเห็นว่า เบเกินฟอร์เดอนั้นเป็นนักคิดในเชิงสังคมประชาธิปไตยที่ให้ความสำคัญกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้สร้างและปกป้องสันติสุขของรัฐสำหรับประชาชนทุกคน (Böckenförde 2017e; Künkler & Stein 2017e)

ข้อความดังกล่าวนี้จึงเป็นข้อสรุปเบื้องต้นของส่วนแรกในงานชิ้นนี้ และเพื่อที่จะพิสูจน์ตาม

ข้อเสนอที่ผู้เขียนได้เสนอไปแล้วนั้น ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะค่อยๆ คลี่คลายคำอธิบายต่างๆ เพื่อลงไปในรายละเอียดจากแนวคิดพื้นฐานสามอย่างอันเป็นฐานทางความคิดการเมืองและรัฐธรรมนูญของเบิกเค่นฟอร์เดอ อันได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐ และรัฐธรรมนูญ²

สิทธิขั้นพื้นฐาน: รากฐานของรัฐกับการปกป้องประชาชน

เบิกเค่นฟอร์เดอมีจุดยืนชัดเจนในเรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าต้องปกป้องเสรีภาพของปัจเจกจากการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้นเสรีภาพจึงเป็นการแสดงออกของการดำรงอยู่ของสิทธิขั้นพื้นฐาน เบิกเค่นฟอร์เดอมีข้อเสนอเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน 2 ประการด้วยกันคือ 1) เสรีภาพของปัจเจกจะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐถือเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องรับรอง 2) สิทธิเหล่านี้มีลักษณะเป็นคุณค่าสากลหรือวัตถุประสงค์ (Objective) รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องสิทธิเหล่านี้ให้ดำรงอยู่กับปัจเจกบุคคล ดังนั้นหลักการดังกล่าวต้องถูกนำไปใช้เป็นพื้นฐานสำหรับทุกๆ ระดับชั้นของกฎหมาย (Künkler & Stein 2017d, 210-211)

ในแง่สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นสิทธิที่มีมาก่อนสิทธิทางการเมือง (Pre-political Rights) ในภาษาของชมิทท์ โดยพื้นฐานแล้วเป็นสิทธิสำหรับปัจเจกชนที่เป็นหลักในการพิทักษ์ปกป้องเสรีภาพของปัจเจกชนให้รอดพ้นจากอำนาจของรัฐที่อาจจะมาละเมิดเสรีภาพนี้ได้ ดังนั้นกฎหมายจึงจะต้องทำหน้าที่ในการรับประกันการดำรงอยู่ของสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่นี้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นบรรทัดฐานที่เป็นวัตถุประสงค์ (Objective Norms) คือเป็นแบบแผนที่เป็นจริงและมีคุณค่าในตัวเอง ฉะนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานนี้จะต้องนำไปใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการทำงาน ปฏิบัติงาน และการออกกฎหมายในทุกระดับชั้นของกฎหมาย (Grimm 2016, 169-179)

สำหรับเบิกเค่นฟอร์เดอแล้วนั้น กฎหมายไม่ควรอยู่บนฐานของบรรทัดฐานบางอย่าง เพราะ 1) บรรทัดฐานเป็นเรื่องของจริยศาสตร์ที่จะชี้นำการกระทำของปัจเจกมากกว่าจะเป็นเรื่องของบรรทัดฐานทางกฎหมาย 2) ไม่ส่งเสริมความหลากหลายทางสังคมเพราะให้ความสำคัญกับบรรทัดฐานหลักเท่านั้น ไม่เปิดโอกาสให้กับบรรทัดฐานใหม่ให้ดำรงอยู่ได้ และ 3) จะกลายเป็นการทำให้ความเห็นของผู้พิพากษาและนักวิชาการทางกฎหมายถูกที่สุด และไม่เปิดรับให้กับความเห็นแย้งที่อาจเกิดขึ้น (Künkler & Stein 2017d, 209)

รัฐ: ผู้ให้ ผู้รักษา และผู้พิทักษ์

รัฐในฐานะหน่วยทางการเมืองที่รวมเป็นหนึ่งเดียว (Unified Political Actor) มีหน้าที่หลักอยู่ 3 ประการ คือ 1) ผู้วางกรอบการกระทำ (Framework of Action) 2) ผู้ตัดสินใจ (Decision-Making) และ 3) ผู้ให้สันติภาพ (Peace-providing) โดยสามหน้าที่นี้คือการมุ่งรักษาสันติภาพ และการจัดการความขัดแย้งภายในอันเกิดจากประชาชนด้วยกันเองอย่างสันติ นี่คือหน้าที่สำคัญที่คงรักษาหรือแสดงให้เห็นถึงความสมบูรณ์แบบและความสำเร็จของหน่วยทางการเมืองที่ทำหน้าที่เป็นรัฐ และรัฐ

2 ในปัจจุบันเริ่มมีงานที่ศึกษาความคิดทางการเมืองและกฎหมายของ Böckenförde อยู่จำนวนหนึ่ง เช่น งานของ Vinx (2018a; 2018b) เป็นต้น

นั้นต้องเป็นหน่วยทางการเมืองที่รวมเป็นหนึ่งเดียวจึงจะสามารถบรรลุหรือกระทำการตามเป้าหมายได้ และเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐเป็นรัฐได้ ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า ฐานคิดว่าด้วยรัฐของเบิกเคนฟอร์เดอจึงได้รับอิทธิพลจากฮอบส์เป็นพิเศษ ด้วยการอธิบายที่มุ่งเน้นให้รัฐเป็นผู้ดูแลและรักษาสันติภาพให้ประชาชนสามารถดำเนินชีวิตได้อย่างสันติสุข นอกจากนี้ การกระทำเหล่านี้ไม่ใช่การกระทำตามกฎหมาย (Legal Sense) แต่เป็นหน้าที่ในเชิงศีลธรรม (Moral Duties) ในความหมายที่ว่า เป็นบทบาทหน้าที่โดยกฎธรรมชาติ (Law of Nature) ที่มนุษย์สัมพันธ์กับพระเจ้าโดยตรง รวมทั้งมอบกฎธรรมชาติมาให้นมนุษย์ได้พึงปฏิบัติ ฉะนั้นรัฐจึงต้องปกป้องคุ้มครองประชาชนภายในรัฐทั้งจากภายนอกและรักษาความสงบภายในให้เกิดขึ้น ฮอบส์กล่าวว่าจะไม่มีเสรีภาพหากไม่มีผู้ปกครองที่ชอบธรรม และจะไม่มีสันติภาพหากไม่มีระเบียบที่รัฐได้มอบให้แก่สังคม ในแง่นี้ ความชอบธรรมของรัฐที่เคยขึ้นอยู่กับความชอบธรรมทางศาสนา จึงถูกเปลี่ยนมาเป็นการยอมรับความชอบธรรมในเชิงบทบาทหน้าที่อันเป็นการกึ่งทางศีลธรรมที่รัฐต้องกระทำ หากนั่นคือรัฐ หากไม่กระทำการดังนี้แล้ว รัฐก็หมดความชอบธรรมในฐานะผู้ปกครอง และประชาชนสามารถถอนความเชื่อฟังต่อรัฐได้ ไมร์แจม คังก์เลอร์ (Mirjam Künkler) และไทน์ สไตน์ (Tine Stein) ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการตีความชอบธรรมของเบิกเคนฟอร์เดอมีลักษณะที่เป็นการตีความเพื่อเปิดทางให้กับหลักเสรีนิยม³ (Böckenförde 2017e, 60-63; Künkler &

3 สำหรับการตีความแนวคิดของฮอบส์นั้น มีกลุ่มนักวิชาการตีความความคิดของฮอบส์ไว้หลายรูปแบบด้วยกัน เช่น การตีความของกลุ่มนักวิชาการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (International Relations) อย่างสำนักทฤษฎีสภาพจริงนิยม (Realism; คำแปลนี้ผู้เขียนใช้ตามคำแปลของ จุลชีพ จินวรรโณ โปรตพิจารณา จุลชีพ 2560) ที่อธิบายแนวคิดด้วยรัฐ (State) ในฐานะที่เป็นตัวแสดงหลักในเวทีการเมืองระหว่างประเทศ และสภาพการเมืองระหว่างประเทศเป็นสภาวะแบบอนาธิปไตย (Anarchy) คือไม่มีรัฐใดที่เป็นผู้กุมอำนาจหลักเพียงรัฐเดียว อันเป็นผลมาจากสภาพโดยธรรมชาติของมนุษย์ (Human Nature) มีลักษณะเห็นแก่ตัว ต่างปรารถนาอำนาจเพื่อความอยู่รอด และสะสมอำนาจไปเรื่อย ๆ เพราะด้วยสภาพที่ไร้ซึ่งกฎระเบียบและผู้ดูแลนี้เอง ส่งผลต่อสภาพโดยธรรมชาติของรัฐที่ต่างมีความก้าวร้าวและกระหายซึ่งอำนาจเช่นกัน โดยต่างสะสมอาวุธ และทรัพยากรอื่นๆ เพื่อเพิ่มศักยภาพให้กับกองทัพป้องกันตนเองและในการทำสงคราม ด้วยสภาพที่เป็นอนาธิปไตยเช่นนี้ ทำให้ทุกรัฐต่างระแวงระวังสงสัยซึ่งกันและกันอยู่ตลอดเวลา จึงทำให้การสะสมอาวุธเพื่อความมั่นคงกลับกลายเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้รัฐยิ่งกลัวรัฐเพื่อนบ้าน เพราะการสะสมอาวุธเป็นการเพิ่มศักยภาพทางกองทัพ เพื่อจะสามารถมีศักยภาพพอในการทำสงครามเพื่อความอยู่รอด เมื่อรัฐข้างๆ เห็นเช่นนั้น ก็ยิ่งเพิ่มการสะสมอาวุธขึ้นไปอีก กลายเป็นว่าการสะสมอาวุธเพื่อความอยู่รอดของรัฐในอีกมุมหนึ่งกลับกลายเป็นการสร้างภัยคุกคามและความไม่มั่นคงให้แก่รัฐเองด้วย คำอธิบายนี้เป็นอิทธิพลที่ได้มาจากการตีความชอบธรรมของสำนักทฤษฎีสภาพจริงนิยมในวงวิชาการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Mearsheimer 2013, 77-78) บางกลุ่มตีความในลักษณะทฤษฎีรัฐธรรมนูญ (Constitutional Theory) ในเรื่องของกรณีที่ประชาชนมอบอำนาจให้กับองค์อธิปัตย์อย่างชอบธรรม ในแง่นี้คำอธิบายดังกล่าวได้สร้างอำนาจทางการเมืองที่สมบูรณ์ (Absolute Political Power) ขึ้นมา และมีโอกาสที่จะกลายเป็นทรราชย์ที่มีใบอนุญาต (Licensed Tyrant) ได้เช่นกัน หรือการตีความแบบลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในแง่นี้หนึ่งการอธิบายถึงสังคมที่ปลอดภัยและสันติภาพได้องค์อธิปัตย์ก็ได้สร้างบรรยากาศเอื้อให้ปัจเจกสามารถสะสมทุนในสังคมที่มีความมั่นคง และปลอดภัย และนั่น

Stein 2017e, 38 and 41-42)

คำอธิบายสภาวะธรรมชาติของฮอบส์กลายเป็นฐานสำคัญของรัฐในฐานะผู้ตัดสินใจ (Decision-Making) ตามข้อเสนอของเบ็กเคนฟอร์ด โดยฮอบส์กล่าวว่า มนุษย์นั้นป่าเถื่อน กระจายอำนาจ และเห็นแก่ตัว ต่างมุ่งเอาชีวิตซึ่งกันและกันอยู่ตลอดเวลา ไม่มีอะไรที่ประกันความปลอดภัยนี้ และความไม่ปลอดภัยนี้คือความเท่าเทียมกันที่เกิดขึ้น ดังนั้นมนุษย์จึงต้องแสวงหาสิ่งที่จะมาสร้างความแน่นอนให้กับความปลอดภัยแก่พวกเขาโดยการสละเสรีภาพและความเท่าเทียมนี้ผ่านการทำสัญญา (Contract) ให้กับ “Leviathan” หรือองค์อธิปัตย์ (Sovereignty) เป็นผู้สร้างสันติภาพผ่านระเบียบ และกฎหมายต่าง ๆ เพื่อสละซึ่งสภาวะธรรมชาติให้ผู้คนไม่ต้องระแวงระวังอันตรายต่าง ๆ ที่นำไปสู่ความตายได้ สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract Theory) นั้น นอร์เบิร์ต บ็อบบิโอ (Norberto Bobbio) เสนอว่าในยุคสมัยของฮอบส์นั้นมีแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องสัญญาอยู่ 2 แบบด้วยกัน คือ “Pactum Societatis” (Pact of Union) เป็นสัญญาที่ให้ทุก ๆ ภาคส่วนต่าง ๆ (Civil Society) ในสังคมรวมตัวเป็นหนึ่งเดียว เพราะประชาชนต้องการการปกป้องสำหรับชีวิตและทรัพย์สินของพวกเขา พวกเขาจึงปรารถนาสังคมที่ซึ่งเคารพชีวิตความเป็นอยู่ของแต่ละคนในสังคมภายใต้สังคมที่มีเอกภาพและมีสันติภาพเพื่อตอบสนองการดำรงชีวิตชีวิตตามแบบที่เขาต้องการได้ บ็อบบิโอกล่าวว่า ฮอบส์ปฏิเสธแนวคิดนี้เพราะแนวคิดนี้เน้นการเคารพและทำตามบทบาทของตนเองของทุกภาคส่วนต่าง ๆ ในสังคม แต่ฮอบส์คิดว่าไม่ใช่ทุกภาคส่วนของสังคม ในแง่แนวคิดไม่ได้ประกันว่าสังคมจะสามารถดำรงอยู่อย่างสันติสุขได้ เพราะไม่มีอะไรที่จะรับประกันได้ว่าทุกภาคส่วนจะปฏิบัติตามบทบาทของตนเองและเคารพสิทธิและเสรีภาพของทุกภาคส่วนที่มาร่วมกันเป็นหนึ่งเดียว ดังนั้น ฮอบส์ จึงคิดว่าแนวคิดสัญญาอีกประเภทอย่าง “Pactum Subjectionis” (Pact of Subjection) น่าจะเหมาะสมกว่า โดยแนวคิดนี้ของฮอบส์ได้กลายเป็นฐานคำอธิบายของเขาในการสร้างรัฐนอกสภาวะธรรมชาติโดยประชาชนพร้อมใจรวมเป็นหนึ่งและเลือกสรรผู้ปกครองที่ชอบธรรมให้มาปกครองพวกเขา และประชาชนมีหน้าที่เชื่อฟังผู้ปกครอง และพร้อมที่ยอมสละสิทธิและเสรีภาพบางส่วนเพื่อแลกกับการที่ผู้ปกครองจะมอบความมั่นคงและสันติภาพให้กับพวกเขาในการใช้ชีวิตอย่างไม่ต้องหวาดระแวงผู้ใดที่จะมาพรากชีวิตตนไปได้อันเป็นสภาวะธรรมชาติที่มนุษย์ได้อาศัยอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของการทำสัญญามอบอำนาจให้กับผู้ปกครองหรือก็คือองค์อธิปัตย์นั่นเอง มนุษย์ปรารถนาที่จะใช้ชีวิตในสังคมที่มีสันติภาพแต่ภายใต้สภาวะธรรมชาตินี้มนุษย์ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงความป่าเถื่อน ความไม่มั่นคง และการพรากชีวิตที่บอบช้ำอยู่ ณ ทุกอนุในสภาพดังกล่าว ดังนั้นทางเลือกเดียวที่จะออกจากสภาวะดังกล่าวเพื่อให้รอดพ้นจากลักษณะของสภาวะธรรมชาติที่ดำรงอยู่นี้ มนุษย์ต้องร่วมใจกันในการแสวงหาข้อตกลงร่วมกันในการสร้าง “รัฐ” (State) ขึ้นมา เพื่อให้

คือการชักจูงให้ปัจเจกเข้ามาใช้ชีวิตและสะสมทุนจนสามารถยับยั้งชนชั้นของตนเป็นชนชั้นกระฎุมพี (Bourgeoisie) ได้ในเวลาต่อมา กับอีกกลุ่มที่ดีความชอบสืบทอดในเชิงทฤษฎีประชาธิปไตยถึงความจำเป็นของการรวมกันเป็นหนึ่งของพลเมือง และร่วมกันเลือกสรรผู้ที่เหมาะสมต่อการเป็นองค์อธิปัตย์ในการพิทักษ์และรักษาสันติภาพและความมั่นคงให้กับรัฐ และภายใต้บรรยากาศดังกล่าวพลเมืองจึงจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่ เป็นต้น (Edwards 2002, 55-57)

รัฐได้สร้างเงื่อนไขที่จะทำให้พวกเขาได้ใช้ชีวิตได้อย่างสันติสุข ได้ใช้สิทธิและเสรีภาพที่พวกเขามี ใน
 แห่งนี้ รัฐจึงเป็นผลของเจตจำนงของมนุษย์ เป็นประดิษฐกรรมที่มนุษย์สร้างขึ้นเพื่อให้พวกเขาสามารถ
 หลีกเลียงสภาวะธรรมชาติที่พวกเขาได้เผชิญมาก่อนหน้าได้ (Bobbio 1993, 46-49; Hobbes 1996,
 Ch. XVII, 114) องค์อธิปัตย์จึงเสมือนหนึ่งรัฐที่ได้รับมอบความชอบธรรมนี้มาจากประชาชน ดังนั้น
 รัฐจึงมีสิทธิอันชอบธรรมในฐานะผู้ตัดสินใจ (Decision-Making) ที่ได้รับอำนาจมาจากประชาชน
 (Künkler & Stein 2017e, 38-39; Vinx 2018b, 51-55)

สำหรับรัฐในฐานะผู้วางกรอบการกระทำ (Framework of Action) นั้น เบิกเค่นฟอร์เดอ
 นำแนวคิดนี้มาจากนักกฎหมายเยอรมันในช่วงไวมาร์นามว่าเฮอริมันน์ เฮลเลอร์โดยอธิบายว่ารัฐเป็น
 ผลผลิตของการกระทำของมนุษย์ และได้สร้างเอกภาพขึ้นมาภายใต้การกระทำนั้น รัฐจึงประกอบขึ้น
 อย่างมีเอกภาพด้วยพลังที่หลากหลายภายในรัฐที่ต่างมีผลประโยชน์ของตัวเอง รัฐจึงกระทำการใน
 นามความเป็นเอกภาพที่ประกอบกันขึ้นจากพลังที่หลากหลายภายใน สิ่งนี้จึงเป็นลักษณะของรัฐที่มี
 รัฐธรรมนูญเป็นประชาธิปไตย (Democratic Constitutional State) ที่ได้เพิ่มเติมจากฐานคิดเรื่อง
 รัฐในฐานะผู้ตัดสินใจและผู้ให้สันติภาพ ผนวกกับแนวคิดว่าด้วยรัฐในฐานะผู้กระทำอันมีเอกภาพบน
 ฐานของความหลากหลายภายใน การจะสร้างสันติภาพและจัดการความขัดแย้งภายใน (Internal An-
 tagonism) ต้องอาศัยความร่วมมือ (Cooperation) และการเป็นผู้แทนประชาชน (Representation)
 ที่จะสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างสันติได้ ในแง่แล้ว ฐานคิดว่าด้วยเรื่องรัฐที่เบิกเค่นฟอร์เดอเอื
 มาจากฮอบส์และเฮลเลอร์ คือการบอกว่ารัฐต้องให้ความมั่นคง (Security) สันติภาพ (Peace) และ
 เสรีภาพ (Freedom) แก่ประชาชน (Böckenförde 2017e, 63-68; Künkler & Stein 2017e, 39)

ในส่วนของอิทธิพลที่เบิกเค่นฟอร์เดอได้จากเฮเกล คือ การสร้างเงื่อนไขเพื่อการตระหนักรู้ให้
 กับประชาชน (The Creation of Conditions for Self-realization) หรือคือการพิทักษ์และยอมรับ
 (Protection and Recognition) ปัจเจกชนในฐานะผู้กระทำการที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมาย (Legal
 Equality) และมีสิทธิที่จะสามารถกำหนดชะตาชีวิตของตัวเองได้ และนี่คือองค์ประกอบที่ถูกสร้างขึ้น
 อันเป็นสิ่งสากลที่รัฐทุกรัฐพึงกระทำ สำหรับประเด็นเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)
 นั้น เบิกเค่นฟอร์เดอพยายามอธิบายประเด็นนี้โดยการตอบคำถามที่ว่า “รัฐจะจัดการกับสถานการณ์
 ฉุกเฉินอย่างไรโดยปราศจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือการกระทำที่จะไม่ส่งผลต่อเสรีภาพของ
 ประชาชนหรือหลักการเสรีนิยมของรัฐ” โดยการกลับไปหาคาร์ล ชมิทท์ที่อธิบายประเด็นดังกล่าวว่า
 โดยพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนั้นคือการจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารไม่ใช่เพิ่มอำนาจให้ ดังนั้นภายใต้
 สถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐจะต้องจัดการปัญหาภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้เกี่ยวกับสถานการณ์
 ฉุกเฉิน และต้องจัดการสถานการณ์นั้นบนพื้นฐานของความปลอดภัยและความมั่นคงของเสรีภาพ ที่ไม่ใช่
 เพียงหลักการแต่ต้องเป็นแบบแผนและกระบวนการทำงานของรัฐ อีกทั้งต้องใช้วิธีการที่เหมาะสม
 เป็นวิธีการที่ชั่วคราว มีเป้าหมายชัดเจน และอยู่ในขอบเขตอำนาจศาล (Künkler & Stein 2017e,
 7 and 40)⁴

4 สุวัธ คุมพจน์ ได้กล่าวเสริมประเด็นนี้ว่าเขาเข้าใจแล้ว เบิกเค่นฟอร์เดอได้รับอิทธิพล
 การตีความเฮเกลมาจากกลุ่มเฮเกลปีกขวา (Right-Hegelians) ภายใต้การนำของโจอาคิม ริดเตอร์
 (Joachim Ritter) นักปรัชญาชาวเยอรมันที่สอนอยู่ ณ มหาวิทยาลัยแห่งมินสเตอร์ (University of

ในระยะยาวกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินจะกัดกร่อนหลักนิติรัฐ รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้เพิ่มอำนาจให้กับรัฐ สำหรับสิทธิที่ตามความเข้าใจของเบิกเค่นฟอร์เดอนั้นต้องแยกระหว่างกฎหมายกับมาตรการทางกฎหมาย (Measure) ในแง่นี้ มาตรการทางกฎหมายมีลักษณะพิเศษ เป้าหมายเฉพาะ มีลักษณะชั่วคราว ไม่ได้มีจุดสิ้นสุด ไม่ได้นำไปสู่การบังคับใช้กฎหมาย ไม่ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง แต่เป็นสถานะชั่วคราวที่จะขกเว้นการใช้กฎหมายทั่วไปเพียงชั่วคราวเพื่อแก้ไขปัญหาบางประการที่กลไกกฎหมายในสภาวะปกติอาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ทันทีทั้งที่มาตรการทางกฎหมายจึงได้ช่วยรักษาโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญและหลักนิติรัฐไว้ นี่จึงเป็นมาตรการการรับมือกับสถานะฉุกเฉินที่ไม่กระทบกับเสรีภาพของปัจเจก เบิกเค่นฟอร์เดอได้เสนอวิธีการในเชิงปฏิบัติโดยระบุว่าหากกำหนดเงื่อนไขของสถานการณ์ฉุกเฉินกับหน่วยงานที่ได้รับมอบเพื่อคลี่คลายสถานการณ์ควรจะเป็นคนละส่วนกัน โดยสำหรับหน้าที่กำหนดเงื่อนไขนั้นควรเป็นหน้าที่ของรัฐสภา และสำหรับหน้าที่ที่จะรับมอบอำนาจไปจัดการนั้นควรเป็นรัฐบาล ทั้งนี้ทั้งนั้นการกระทำของรัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย (Künkler & Stein 2017e, 52-53)

สำหรับเรื่อง “Friend-enemy Distinction” ของสิทธิ เบิกเค่นฟอร์เดอได้อธิบายเรื่องนี้เพิ่มเติมว่าส่วนใหญ่มักเข้าใจผิดว่าเป็นทฤษฎีในเชิงคุณค่าบรรทัดฐานทางการเมือง (Normative Theory of Politics) สำหรับเบิกเค่นฟอร์เดอ “Friend-enemy Distinction” คือความเป็นไปได้ในเชิงปรากฏการณ์วิทยาหรือก็คือรูปการจิตสำนึกหรือความคิดนั้นสามารถนำไปสู่ความขัดแย้งภายใน (Antagonism) ได้เสมอในการที่จะระลึกหรือรับรู้ว่ามีใครคือเพื่อนและใครคือศัตรู ดังนั้นความเป็นการเมือง (The Political) จึงเป็นทั้งการนิยามในเชิงพื้นที่ของผู้กระทำ (Subjects) และความสัมพันธ์ในพื้นที่สาธารณะระหว่างประชาชนด้วยกันภายใต้ความร่วมมือเพื่อจัดตั้งหรือการแยกออกจากกัน ในแง่นี้ความเป็นการเมืองจึงมีศักยภาพที่สามารถนำไปสู่การแบ่งแยกเขาและเราออกจากกัน และภายใต้ความเป็นการเมืองนี้ก็ยังกระจายไปสู่ทุกชีวิตทางสังคม ความเป็นการเมืองจึงเป็นลักษณะสำคัญของ

Münster) ที่ซึ่งเบิกเค่นฟอร์เดอเขียนปรัชญาเอกอยู่ที่แห่งนั้น และด้วยอิทธิพลการตีความของริดเตอร์ที่แพร่ไปทั่วเยอรมนีทำให้ถึงกับมีการตั้งสำนักขึ้นมาในชื่อ “สำนักริดเตอร์” (The Ritter School) อิทธิพลดังกล่าวส่งผลต่อความคิดของเบิกเค่นฟอร์เดอในเรื่องของการสร้างชุมชนทางการเมืองที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และเปิดพื้นที่ให้กับ “เนื้อหาการกำกับชีวิตของรัฐ” (The Ethical Substance of the State) หรือ “ความเป็นการเมือง” (The Political) ที่เป็นอิสระจากกรอบของกฎหมาย (สุริช, อยู่ระหว่างการจัดพิมพ์; Ritter, 1984) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความงานของเฮเกลชื่อ “Philosophy of Right” งานชิ้นนี้เป็นการวิเคราะห์ “เสรีภาพ” (Freedom) ของเฮเกลที่เชื่อมโยงประเด็นดังกล่าวกับเรื่องจริยศาสตร์ (Ethics) กระบวนการทางนิติบัญญัติ (Jurisprudence) สังคม และรัฐ โดยเริ่มจากการถกเถียงเรื่องเสรีภาพในพื้นที่ทางการเมืองและสังคม ส่วนคำว่า “สิทธิ” (Right) นั้น มาจากคำเยอรมันว่า “Recht” แต่ในภาษาเยอรมันคำๆ นี้ไม่ได้หมายถึงสิทธิ แต่ยังหมายถึงกฎหมาย (“The Law”) อันหมายถึงกฎหมายทั้งหมดไม่ได้เฉพาะเจาะจงกฎหมายประเภทไหนเป็นการเฉพาะ ในงานชิ้นนี้เฮเกลลงไปในวิเคราะห์ในเรื่องเสรีภาพในบริบททางสังคมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน ความสัมพันธ์กับผู้คน การทำสัญญา ครอบครัว ความรับผิดชอบในเชิงศีลธรรม ระบบกฎหมาย ระบบเศรษฐกิจ และรัฐ (Hegel 2008; Riiter 1984, 124-125; Singer 2001, 33-59)

รัฐสมัยใหม่ รัฐสำหรับชนิพท์ จึงเป็นหน่วยที่มีเอกภาพทางการเมืองของประชาชน หรือก็คือหน่วยที่มีสันติภาพภายใน (Internally Pacified Unity) ดังนั้นความสำเร็จของรัฐในฐานะเอกภาพทางการเมืองนั้นก็คือการที่สามารถทำให้ทุก ๆ ความขัดแย้ง และทุก ๆ ความตึงเครียดสามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้ระเบียบที่สันติ ด้วยการถกเถียงและต่อสู้กันเพื่อหาคำตอบหาจุดของวิธีการแก้ปัญหาที่ลงตัวภายใต้กระบวนการที่เป็นระเบียบและสันติ ดังนั้นในแง่เนื้อหาของกฎหมายจึงเป็นการรับเอาฐานคิดระเบียบ ความเป็นเอกภาพของความแตกต่างหลากหลาย และสันติภาพ เพื่อที่จะรักษารัฐในฐานะเอกภาพทางการเมืองให้ดำรงอยู่ต่อ และสร้างศักยภาพในการเป็นผู้กระทำการตามสิทธิอันชอบธรรมให้แก่รัฐ กฎหมายจึงเป็นบริการที่ให้โดยรัฐ และมีไว้เพื่อรัฐเองด้วย (Künkler & Stein 2017e, 43)

สำหรับขอบสนั้น กฎหมายและสิทธิเกิดจากรัฐ แต่สำหรับชนิพท์ที่เบิกเค่นฟอร์เดอตีความนั้น สิทธิเป็นสิทธิที่ดำรงอยู่ก่อนรัฐ (Pre-political Rights) ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในทางศาสนา เสรีภาพในมโนสำนึกของตนเอง (Conscience) เสรีภาพส่วนบุคคล การล่วงละเมิดมิได้ในอาณาบริเวณบ้านของปัจเจกแต่ละคน ทรัยสินส่วนตัว และสิทธิส่วนบุคคล สิ่งเหล่านี้คือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (Fundamental Rights) ในแง่สิทธินี้จึงเป็นเรื่องในเชิงสิทธิในตัวเองที่เกิดขึ้นก่อนรัฐหรือดำรงอยู่ก่อนในส่วนของการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Political Participation) หรือสิทธิทางการเมือง (Political Rights) นั้นเป็นผลผลิตของรัฐในฐานะที่ปัจเจกเป็นสมาชิกหรือพลเมืองของรัฐ ในแง่การมีส่วนร่วมทางการเมืองจึงมีลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างตัวปัจเจกเองกับปัจเจกคนอื่น ๆ ด้วย (Künkler & Stein 2017e, 44)

สภาวะ “Homogeneity” (Staatsrechtslehre) เป็นสิ่งที่สร้างความเป็นเอกภาพขึ้นมา โดยเบิกเค่นฟอร์เดอตีความสภาวะ “Homogeneity” นี้จากอิทธิพลของเฮลเลอร์ว่านี่คือสิ่งที่จะรับประกันความต่อเนื่องของรัฐ ความชอบธรรมของรัฐจึงขึ้นอยู่กับความยินยอมของประชาชน สภาวะ “Homogeneity” เป็นเรื่องของสังคมไม่ใช่หน้าที่ของรัฐที่จะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างพลังทางสังคมภายในเพื่อที่จะสร้างพื้นที่สาธารณะที่ยั่งยืนอันเป็นพื้นที่ที่พลเมืองมาปฏิสัมพันธ์และแลกเปลี่ยนมุมมองระหว่างกัน และเพื่อจะสร้างสภาวะดังกล่าวให้เกิดขึ้นนั้น จะต้องสร้างพลเมืองที่มี “Civic Virtue” ผ่านการศึกษา (Public Education) และกิจกรรมทางภูมิปัญญาและวัฒนธรรมต่าง ๆ อย่างเปิดกว้าง ไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง เช่น เพื่อการปฏิวัติ หรือเพื่อล้มการปฏิวัติ เป็นต้น และหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ของรัฐที่นอกจากปกป้องและคุ้มครองความปลอดภัยแล้วจะต้องให้การศึกษาเพื่อสร้างสภาวะ “Homogeneity” ที่จะทำให้เกิดเอกภาพทางการเมืองเกิดขึ้น (Künkler & Stein 2017e, 45-46)

สิทธิอันชอบธรรมของผู้ปกครองและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องไปด้วยกัน ภายใต้รัฐที่ให้ความปลอดภัยและสันติภาพเท่านั้นที่จะทำให้ประชาชนสามารถใช้เสรีภาพของเขาได้อย่างเต็มที่ (Self-Determination) ในแง่นี้นิติรัฐ (Rule of Law, Rechtsstaat) จึงเป็นหลักประกันความปลอดภัยสำหรับการใช้เสรีภาพได้ แต่ก็ยังไม่เพียงพอ เบิกเค่นฟอร์เดอจึงอ้างโลเรนซ์ ฟอน สไตน์ว่าความปลอดภัยของสังคมมีหลายระดับสำหรับพลเมืองที่สามารถใช้สิทธิของตนเองได้ตามที่ต้องการนั้นที่จะสนุกและครอบครองสินค้าในทางวัตถุและภูมิปัญญาผ่านเสรีภาพ กระนั้นก็ยังต้องมีระดับของเงื่อนไขทางสังคม

และวัฒนธรรมที่จำเป็นอันเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดูแลและปกป้องการกระทำอันอาจนำไปสู่ความ
 อยุติธรรมที่สามารถเกิดขึ้นได้ (Künkler & Stein 2017e, 50)

รัฐธรรมนูญ: ปรกการแห่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน

เบิกเค่นฟอร์เดอโดยพื้นฐานแล้วเป็นผู้ที่ศึกษาประวัติศาสตร์ในทางกฎหมาย โดยเฉพาะการ
 ใ้หมิตทางประวัติศาสตร์กับแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) นอกจากนี้สำหรับ
 แนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนั้นเป็นแนวคิดที่คาบเกี่ยวกันอยู่บนสามฐานคิด (Liminal Concept)
 อันเกิดจากภาวะของความเป็นสมัยใหม่ ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ รัฐศาสตร์ และทฤษฎีประชาธิปไตย
 คุณค์เลอร์และสไตน์เสริมว่ามีผู้เสนอว่าองค์อธิปัตย์คือรัฐธรรมนูญ แต่เบิกเค่นฟอร์เดอเสนอว่าอำนาจ
 อธิปไตยของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียงนิยาย (Fiction) เพราะว่าไม่มีคุณค่าหรือค่านิยมใดที่จะสามารถ
 บังคับหรือนำไปใช้โดยตัวมันเองได้ แต่องค์อธิปัตย์ปรากฏขึ้นในท่ามกลางความขัดแย้งที่ต้องการหา
 ผู้ตัดสินสุดท้ายในการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการนำเนื้อหาในรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติ ในแง่ที่หน่วยงาน
 ใดจะเป็นผู้ตัดสินในสุดท้ายนั้น เบิกเค่นฟอร์เดอกล่าวว่าเป็นเรื่องของสังคมนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณา
 บนฐานของประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของตน รัฐเป็นสิ่งที่มีความมาก่อนรัฐธรรมนูญ หลังจากก่อตั้ง
 รัฐเสร็จถึงจะมีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น โดยในช่วงยุคสมัยใหม่ภายหลังการปฏิวัติ รัฐส่วนใหญ่มักจะ
 ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างความมั่นคงให้กับรัฐ นั่นก็คือรัฐมีแนวโน้มที่จะพยายามเป็นตัวแสดงที่เป็น
 เอกภาพ (Künkler & Stein 2017a, 134-135)

เบิกเค่นฟอร์เดอได้กล่าวถึงประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญที่มีรากฐานจากลัทธิรัฐธรรมนูญ
 นิยมว่าเริ่มจาก Magna Carta รวมถึงสัญญาในทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Contract, Leges
 Fundamentales) ของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ลักษณะของรัฐธรรมนูญช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษ
 ที่ 17 นั้นเป็นสัญญามากกว่าจะเป็นกฎหมายที่กระทำระหว่างกษัตริย์หรือจักรพรรดิกับขุนนางหรือ
 เจ้าผู้ครองแคว้น ในช่วงยุคต้นสมัยใหม่ (คริสต์ศตวรรษที่ 17-18) เป้าหมายของรัฐธรรมนูญคือ
 ความพยายามจำกัดอำนาจของกษัตริย์เพื่อปกป้องเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดภายใต้อำนาจ
 ของกษัตริย์ ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 รัฐธรรมนูญเป็นสัญญา
 ในระดับสหพันธรัฐที่มีคู่สัญญาเป็นรัฐด้วยกัน ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ
 ประชาธิปไตยที่เป็นทั้งฐานของความชอบธรรมของรัฐ และจำกัดอำนาจของรัฐในเวลาเดียวกัน รวม
 ถึงเป็นผู้กำหนดวิถีชีวิตทางสังคมและการเมืองของประชาชนในรัฐต่างๆ ด้วย (Künkler & Stein
 2017a, 136)

สำหรับในเรื่องของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power, Pouvoir Constitu-
 ant) เป็นเรื่องการเมืองและกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องของบรรทัดฐานและค่านิยมหรือการระบุว่สิ่งไหนชอบ
 ด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนคือแหล่งอ้างอิงที่แท้จริงของความ
 ชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ เบิกเค่นฟอร์เดอนำแนวคิดของ Sieyes ที่สร้างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐ
 ธรรมนูญของประชาชนมาทำทฤษฎีฐานคิดของอำนาจเบ็ดเสร็จของกษัตริย์ โดยการเชื่อมอำนาจนี้
 กับพระเจ้าว่าประชาชนได้รับมอบอำนาจนี้จากพระเจ้า ลักษณะคำอธิบายดังกล่าวจึงเป็นการผสม

ผลงานแนวคิดทางเทววิทยาเข้ากับการเมืองหรือก็คือเทววิทยาทางการเมือง (Political Theology) ที่ประชาชนเป็นมนุษย์ที่เป็นผู้กระทำการอันชอบธรรมเต็มที่ๆ จะปกครองหรือกำหนดระเบียบทางสังคมและการเมืองให้เกิดขึ้น

คำถามสำคัญที่ถูกถามมาตลอดก็คือ “Who guards the guardian?” แนวโน้มส่วนใหญ่คือการพยายามสร้างกลไกที่จะมารองรับ “Last Word” เพื่อยุติวิกฤตหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นและไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะสร้างกลไกเชิงสถาบันมารองรับกระบวนการนี้ และต้องสอดคล้องและชอบธรรมกับรัฐธรรมนูญด้วย หรืออาจพูดได้ว่าเป็นการสร้างกลไกเชิงสถาบันเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เบิกเค่นฟอร์เดอได้ยกตัวอย่างกลไกดังกล่าวโดยยกตัวอย่างของศาลรัฐธรรมนูญและจำแนกประเภทของศาลรัฐธรรมนูญในความคิดของเขาว่าพอที่จะสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท 1) “Unitary” หรือรูปแบบศาลสูงอย่างสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่น ประเด็นของบุคคลธรรมดาจะกลายเป็นประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ 2) แบบเยอรมนี ที่มีขอบเขตอำนาจมาก สามารถพิจารณาเรื่องต่างๆ ด้วยตัวเองเป็นองค์กรอิสระ และ 3) แบบออสเตรเลีย ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม พิจารณาได้แค่กฎหมายบริหารราชการ และบอกได้แค่ว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ได้เป็นผลตัดสินชี้ขาด (Künkler & Stein 2017a, 138-139)

เบิกเค่นฟอร์เดอกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ

คุนเคเลอร์และสไตน์กล่าวว่า เราพอจะสรุปภาพรวมของผลงาน 4 ชิ้นว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของเบิกเค่นฟอร์เดอ ในส่วนที่ 3 ของหนังสือ *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol 1* ว่าเบิกเค่นฟอร์เดอเริ่มจากการพิจารณาแนวคิดพื้นฐานว่าการมีคุณค่าเป็นพื้นฐานของกฎหมาย (Value-base Grounding of Law) นั่นคืออะไร ในงานชื่อ *Critique of the Value-based Grounding of Law* ตีพิมพ์ในปี 1990 ถัดมา เบิกเค่นฟอร์เดอก็จะพูดถึงทฤษฎีว่าด้วยการตีความและหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ใช้อยู่หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ของเยอรมนี โดยพิจารณาจากงาน *Fundamental Rights: Theory and Interpretation* ที่ตีพิมพ์ในปี 1974 และ *Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights* ตีพิมพ์ในปี 1990 ในส่วนสุดท้ายพิจารณาขยายความต่อไปว่าไม่ใช่เพียงรัฐเท่านั้นที่จะต้องถูกจำกัดอำนาจที่อาจไปละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่รวมถึงพลังทางสังคม (Societal Power) ด้วยเช่นกันที่อาจนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพของปัจเจกได้ โดยพิจารณาจากงาน *Protection of Liberty against Societal Power: Outline of a Problem* ตีพิมพ์ในปี 1975 (Künkler & Stein 2017d, 208)

ในแง่นี้พอจะสรุปได้ว่า ฐานคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของเบิกเค่นฟอร์เดอตั้งอยู่บนฐานในเรื่องปทัสถานที่เป็นวัตถุวิสัย และเสรีภาพของปัจเจกที่อยู่เหนือกว่าสิ่งใด ดังนั้นในส่วนที่สองนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากการพิจารณา 1) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะปทัสถานที่เป็นวัตถุวิสัย 2) ทฤษฎีการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนี และ 3) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะหลักการที่จะปกป้องเสรีภาพของปัจเจกชนทั้งจากรัฐและอำนาจทางสังคม

สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะปทัสถานที่เป็นวัตถุวิสัย

เบิกเค่นฟอร์เดอเสนอว่าเราสามารถให้คุณค่า (Value) เป็นพื้นฐานของการตีความและเข้าใจว่าอะไรคือกฎหมาย และนั่นก็คือการชี้แนะเราไปสู่การให้ความชอบธรรม (Legitimacy) ต่อตัวระบบกฎหมายนั้นด้วย ในแง่นี้ การอธิบายว่าคุณค่าต่าง ๆ จึงเป็นคุณค่าพื้นฐานของการตีความหรือชี้แนะในการให้กฎหมาย คำอธิบายนี้ได้เชื่อมโยงฐานคิดแบบนิติปรัชญา (Jurisdico-philosophical Positions) โยงกับวิธีการในการตีความกฎหมาย (Method of Juristic Interpretation) ดังนั้น ระบบกฎหมายนั้นจึงบรรจุไปด้วยชุดคุณค่าต่าง ๆ ของชุมชนนั้น ๆ ดังนั้นแล้วความสำคัญของกฎหมายจึงไม่ใช่แค่เพียงสามารถนำไปใช้บังคับได้จริง แต่ยังไม่รวมถึงการสะท้อนถึงชุดคุณค่าต่าง ๆ ของสังคมนั้น ๆ ด้วย (Böckenförde 2017a, 217)

จุดเริ่มต้นของคุณค่าอยู่ที่ว่าคุณค่าสามารถถูกจัดประเภทของรากฐานทางปรัชญาที่เกิดจากบริบททางภูมิปัญญาและประวัติศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะกลุ่ม เช่น การให้คุณค่ากับราคาในวิชาเศรษฐศาสตร์ คุณค่าจึงเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงการให้ค่าให้ความหมายของสิ่งบางสิ่งในชุมชนหรือสังคมหนึ่ง ๆ นอกจากนี้แล้ว ความเข้าใจคุณค่าก็ไม่ได้มีลักษณะที่เหมือนกันหรือตายตัว เพราะในเรื่องนี้เป็นเรื่องของประสบการณ์ส่วนตัวของแต่ละคน รวมถึงบริบทในเชิงภูมิปัญญาและวัฒนธรรมของคุณค่าด้วยที่มีผลต่อความเข้าใจคุณค่าในแต่ละสังคม (Böckenförde 2017a, 218-220)

ดังนั้นเบิกเค่นฟอร์เดอจึงเสนอต่อถึงรูปแบบการสะท้อนย้อนกลับในนิติปรัชญาของคุณค่า (Philosophical Reflection on Values) ว่ามีรูปแบบการสะท้อนย้อนกลับออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ 1) การสะท้อนย้อนกลับแบบอัตวิสัย (Subjective Reflection) เป็นการเข้าใจคุณค่าภายใต้บริบททางวัฒนธรรมหนึ่ง ๆ และสำนึกในเชิงจริยธรรมของแต่ละคนที่จะยอมรับคุณค่านั้น หากคุณค่านั้นส่งผลดีต่อการดำเนินชีวิตของตน ดังนั้นคุณค่าจึงเป็นพื้นฐานของประเมินเพื่อรองรับความเป็นเหตุเป็นผลของสิ่งที่ทำลงไป 2) การสะท้อนย้อนกลับแบบวัตถุวิสัย (Objective Reflection) ชุดคุณค่าต่าง ๆ นั้นต่างมีคุณค่าในตัวเองอยู่แล้ว เป็นชุดคุณค่าที่สามารถนำไปปรับใช้กับทุกสถานการณ์ ทุกสถานที่ และทุกเวลา การใคร่ครวญต่าง ๆ ในการกระทำนั้นจึงเกิดจากกระบวนการคิดไตร่ตรองของชุดคุณค่าในสังคม แต่กระนั้นการกระทำของมนุษย์ก็ไม่ได้สมเหตุสมผลเสมอไป เบิกเค่นฟอร์เดอยึดมั่นคำอธิบายของแม็ก ชิลเลอร์ (Max Scheler) นักปรัชญาเยอรมันสาย “Neo-Kantianism” ว่าเอาเข้าจริงแล้วการกระทำของมนุษย์นั้นมี 3 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ อย่างแรก ไม่สมเหตุสมผล (Irrational) หรือก็คือคำอธิบายแบบหาสาเหตุผล (Causation) ไม่สามารถอธิบายการกระทำของมนุษย์ได้ อย่างที่สองเป็นเรื่องของอารมณ์ (Emotional) ความเห็นอกเห็นใจ (Sympathy) หรือความเกลียด (Antipathy) อย่างที่สาม เป็นเรื่องของสัญชาตญาณ (Intuitive) เป็นการกระทำในลักษณะของการตอบสนองอย่างฉับพลันมากกว่าจะผ่านการคิดใคร่ครวญมาก่อน แต่กระนั้นคุณค่าก็สามารถนำความเป็นเหตุเป็นผลมาสู่การกระทำของมนุษย์ได้ในฐานะกรอบในการประพจน์และปฏิบัติ 3) การสะท้อนย้อนกลับในเชิงโลกทรรศน์ (Lifeworld-oriented contemplation of Values) เป็นการผสมผสานระหว่างการสะท้อนย้อนกลับแบบอัตวิสัยและแบบวัตถุวิสัย หรือก็คือโลกทรรศน์ของมนุษย์เกิดจากปัจเจกและชุดคุณค่าในสังคมมาเชื่อมโยงกัน นำไปสู่การรับรู้หรือสะท้อนย้อนกลับต่อคุณค่าดังกล่าว คุณค่าจึงเป็น

สิ่งที่เป็นอิสระเหนือปัจเจกกับโลกรอบตัว คุณค่าเป็นเรื่องของการสั่งสมในเชิงโครงสร้างของวัฒนธรรม และภูมิปัญญาอันเป็นสิ่งที่เป็นตัวกำหนดประสบการณ์และการเข้าถึงคุณค่าต่างๆ ของปัจเจก และนั่นนำไปสู่การประพุดติและการปฏิบัติของแต่ละคน (Böckenförde 2017a, 220-223)

แต่กระนั้น จากการสะท้อนย้อนกลับของคุณค่าในส่วนก่อนหน้าก็ยากที่จะปฏิเสธไปได้ว่าการให้ชุดคุณค่าเป็นฐานของกฎหมายยังมีประเด็นปัญหาบางประการที่จะต้องขบคิดถึงความเป็นไปได้ของการมีชุดคุณค่าดังกล่าวไว้เป็นฐานของกฎหมาย ในแง่นี้เบ็กเค่นฟอร์เดอเสนอว่า 1) พื้นฐานของปัจเจกนั้นเป็นเรื่องของการจัดการปัญหาด้านจริยธรรมและศีลธรรมภายใต้กรอบความของกฎหมาย ไม่ใช่ในฐานะชุดคุณค่าที่อยู่ในกฎหมาย นั่นก็คือปัจเจกมักจะคำนึงถึงหลักศีลธรรมโดยทั่วไปที่มุ่งรักษาสันติสุขและความเรียบร้อยในสังคมมากกว่าจะคิดถึงชุดคุณค่าทางกฎหมายในฐานะการกระทำ 2) ดังที่กล่าวไปแล้วในช่วงก่อนหน้าว่าชุดคุณค่าและการกระทำของมนุษย์ไม่เคยสามารถอธิบายด้วยชุดเหตุผลได้ แต่ถึงกระนั้น คุณค่าก็ยังจำเป็นตรึงเท่าที่กฎหมายยังคงมุ่งรักษาระเบียบและสันติภาพเอาไว้ ในแง่นี้ก็ถือหากกฎหมายยังคงมีเป้าหมายเพื่อรักษาสันติภาพให้กับรัฐตามหน้าที่ของรัฐที่เบ็กเค่นฟอร์เดอเน้นย้ำ ชุดคุณค่าต่างๆ ก็ยังจำเป็นหากช่วยส่งเสริมให้กฎหมายสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่คาดหวังไว้ 3) คุณค่าเป็นพื้นฐานของกฎหมายที่มีลักษณะเปิด เพราะชุดคุณค่ารับสิ่งที่ไม่ใช่เหตุผลเข้ามา ดังนั้นความเห็นที่เป็นอัตวิสัยและการตีความต่างๆ ในที่สุดก็จะพัฒนาเป็นกฎหมายต่อไป นั่นก็คือการให้ชุดคุณค่าเป็นฐานของกฎหมายจะทำให้กฎหมายนั้นอาจแปรเปลี่ยนไปตามอัตวิสัยของคนมากกว่าแปรเปลี่ยนไปตามหลักการที่จะมุ่งรักษาสันติภาพให้กับสังคมนั้นๆ (Böckenförde 2017a, 227)

ในแง่นี้ชุดคุณค่าต่างๆ สามารถดำรงอยู่ได้เพราะ 1) ความมีเหตุผล (Validity) ของชุดคุณค่าหนึ่งๆ และ 2) ระดับชั้นของชุดคุณค่า (Ranking and Hierarchy of Values) นอกจากนี้โดยหลักจริยศาสตร์ของชุดคุณค่า (Ethics of Value) แล้ว เงื่อนไขสำคัญพื้นฐานในการขึ้นหรือตัดสินใจการกระทำนั้นไม่ใช่เงื่อนไขเชิงกฎหมาย แต่เป็นเงื่อนไขเชิงศีลธรรม ปัญหาที่ตามมาหากเป็นไปตามนี้ก็คือเส้นแบ่งระหว่างกฎหมายและศีลธรรมก็จะเบางลงไปเรื่อยๆ จนในที่สุดชุดเหตุผลที่อยู่ในกฎหมายจะถูกเข้าไปแทนที่โดยศีลธรรม หรือก็คือการทำให้กฎหมายเป็นเรื่องศีลธรรม (Moralization of the Law) และกลายเป็นสิ่งที่จะรับประกันความเป็นไปได้ของเสรีภาพของปัจเจก ผลที่ตามมาในท้ายที่สุดจึงไม่ใช่การปกป้องเสรีภาพของปัจเจก แต่อาจกลายเป็นอันตรายต่อเสรีภาพที่กระทำผ่านกฎหมาย เพราะว่าในทุกๆ การกระทำหรือการออกกฎหมายก็จะอ้างชุดคุณค่าบางอย่างในฐานะชุดคุณค่าสูงสุด หากใครละเมิดหรือกระทำการที่อาจส่งผลต่อความมั่นคงของชุดคุณค่าสูงสุดนี้ ก็จะกลายเป็นข้ออ้างหรือคำอธิบายในการออกคำสั่งหรือออกกฎหมายเพื่อไปละเมิดเสรีภาพของปัจเจกในที่สุด ในแง่นี้ชุดคุณค่าไม่เคยให้ความชอบธรรมต่อกฎหมาย แต่กฎหมายต่างหากที่เป็นผู้หยิบใช้หรือเลือกใช้ชุดคุณค่าต่างๆ มาสนับสนุนภารกิจหรือการกระทำของกฎหมายเอง (Böckenförde 2017a, 223-229)

เบ็กเค่นฟอร์เดอเสนอต่อไปว่าหากจะพิจารณาว่าถึงที่สุดแล้วกฎหมายควรมีชุดคุณค่าเป็นรากฐานให้กับกฎหมายหรือไม่นั้นสามารถพิจารณาได้ 2 มุมมอง คือ 1) มุมมองแบบเห็นอกเห็นใจ

(Sympathetic Perspective) ชุดิคุณค่าเป็นสำคัญจำเป็นในโลกสมัยใหม่สิ่งนี้จะเป็นรากฐานให้กับกฎหมาย โดยที่ชุดิคุณค่าเหล่านี้เป็นชุดิคุณค่าขั้นพื้นฐานอันเป็นชุดิคุณค่าที่สังคมตระหนักถึงและมิได้เป็นส่วนหนึ่งของชีวิตของผู้คนในสังคมนั้นๆ ดังนั้นผลที่ตามมาจากมุมมองดังกล่าวก็คือการเปลี่ยนแปลงต่อการตระหนักถึงชุดิคุณค่าตลอดเวลานั้นเป็นสิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ แต่ละสังคมไม่ได้มีสภาพแวดล้อมเหมือนเดิมตลอดเวลา แต่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและหากชุดิคุณค่าก่อนหน้าไม่ตอบสนองต่อสภาวะที่เปลี่ยนไป การเปลี่ยนแปลงชุดิคุณค่าก็คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ นี่เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นประวัติศาสตร์ของการดำรงอยู่ของมนุษย์ (Historicity of Human Existence) 2) มุมมองเชิงวิพากษ์ (Critical Perspective) ชุดิคุณค่าจะสร้างกฎหมายที่มีแก่นแกนที่ขึ้นๆ ลงๆ ไม่สม่ำเสมอหรือแน่นอน อันส่งผลให้กฎหมายจะไม่สามารถปกป้องหรือประกันสิทธิต่างๆ ได้เลย เบิกเค่นฟอร์เตอร์ได้ทิ้งท้ายในช่วงก่อนจบบทความว่าจะไรคือชุดิคุณค่าพื้นฐานและมาตรการต่างๆ ของกฎหมายนั้นมื่อจะตอบได้ง่ายๆ แคเพียงการกลับไปพิจารณาชุดิคุณค่าในเชิงปรัชญาเพื่อจะตอบปัญหาดังกล่าวเพราะคำตอบดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะทำให้ชุดิคุณค่ากลายเป็นฐานให้กับกฎหมายและคงรักษาให้ดำรงอยู่ต่อไปได้ (Böckenförde 2017a, 233-234)

ทฤษฎีการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนี

เบิกเค่นฟอร์เตอร์เสนอว่า การจะเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะต้องมีเครื่องมือทางทฤษฎีที่จะช่วยทำความเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือการเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นอยู่กับทฤษฎีที่ใช้ตีความ เบิกเค่นฟอร์เตอร์จึงได้เสนอต่อไปว่าทฤษฎีหรือกรอบการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นอาจพอสรุปได้ว่ามีอยู่ 5 แบบด้วยกัน (Künkler & Stein 2017d, 212; Böckenförde 2017c, 268)

1) คำอธิบายในเชิงเสรีนิยม (Liberal Theory) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะเสรีภาพในพื้นที่ของปัจเจกนั้นเป็นสิ่งที่มาก่อนรัฐ ปังเจกจึงมีสิทธินี้โดยชอบธรรมและรัฐต้องเคารพและปกป้องสิทธิอันนี้เอาไว้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นสิ่งที่ปกป้องเสรีภาพของปัจเจกและจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้ไปละเมิดเสรีภาพของปัจเจก ดังนั้นรัฐต้องสร้างเงื่อนไขให้เอื้อต่อเสรีภาพโดยทั่วไป เสรีภาพในเชิงกฎหมาย เงื่อนไขเชิงสถาบัน เสรีภาพในการแข่งขัน และสภาพแวดล้อมที่เอื้อให้ปัจเจกสามารถใช้เสรีภาพของเขาได้อย่างเต็มที่ ในแง่นี้ เสรีภาพจึงขึ้นอยู่กับการสร้างเงื่อนไขทางสังคมที่แน่นอนเพื่อให้เกิดเสรีภาพที่เป็นจริงที่ดำรงอยู่ในสังคม (Böckenförde 2017c, 268)

2) คำอธิบายในเชิงสถาบัน (Institutional Theory) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะรูปแบบในเชิงสถาบันที่จะต้องปกป้องและรับประกันเสรีภาพของปัจเจกให้สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างที่ตนปรารถนานี้จึงเป็นความพยายามในการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นสถาบัน ทำให้เกิดการตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานและจะนำหลักดังกล่าวนี้มาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย และสร้างเป็นข้อกำหนดและข้อจำกัดในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจก โดยที่ปัจเจกจะไม่ใช่เสรีภาพของตนไปละเมิดเสรีภาพของปัจเจกคนอื่น ๆ ดังนั้นคำอธิบายเชิงสถาบันจึงเป็นการทำให้หลักการปกป้องเสรีภาพกลายเป็นกลไกเชิงสถาบันที่มีประสิทธิภาพในการประกันและคงรักษาเสรีภาพของปัจเจกเอา

ไว้ (Böckenförde 2017c, 273-277)

3) คำอธิบายในเชิงคุณค่าและค่านิยม (Value Theory) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะชุดคุณค่าพื้นฐานของกฎหมายและสังคม สิทธิขั้นพื้นฐานมีหน้าที่ปกป้องและเป็นตัวแทนของชุดคุณค่าต่าง ๆ ที่สำคัญในชุมชนนั้น ๆ ฉะนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นจุดรวมของชุดคุณค่าต่าง ๆ อันเป็นสารถะที่สำคัญของสังคม อีกทั้งชุดคุณค่าดังกล่าวจะกลายเป็นรากฐานที่สำคัญของการสร้างรัฐอีกด้วย (Böckenförde 2017c, 277-280)

4) คำอธิบายในเชิงกลไกประชาธิปไตย (Democratic-functional Theory) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกลไกที่ทำให้การปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นเป็นไปได้ นั่นคือ สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นรากฐานที่สำคัญของการสร้างรัฐประชาธิปไตย ในแง่สิทธิขั้นพื้นฐานจึงไม่ใช่สิทธิเพื่อพลเมืองแต่เป็นการให้พลเมืองมีเสรีภาพ เพราะในฐานะที่พลเมืองเป็นสมาชิกของชุมชนประชาธิปไตยแห่งนี้ เสรีภาพจึงเป็นหลักพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย รัฐจึงมีหน้าที่ที่ต้องทำและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกลไกหนึ่งที่จะทำให้ประชาธิปไตยนั้นมั่นคง (Böckenförde 2017c, 280-282)

5) คำอธิบายในเชิงสวัสดิการ (Welfare Theory) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นนอกจากจำกัดอำนาจรัฐและปกป้องปัจเจกแล้ว ยังมีหน้าที่ให้บริการทางสังคมและสาธารณะอีกด้วย เพราะเสรีภาพอย่างเดียวไม่พอ แต่ยังรวมไปถึงการมีพื้นที่หรือสภาพแวดล้อมในการใช้ชีวิตที่เอื้อต่อการใช้เสรีภาพของปัจเจกด้วย หรือก็คือการเกื้อหนุนให้ปัจเจกสามารถพึ่งตนเองได้อย่างเพียงพอต่อการใช้ชีวิตของเขา รัฐจึงมีหน้าที่ประกันและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน และพัฒนารูปแบบดังกล่าวจากนามธรรมเป็นรูปธรรมให้ได้ นอกจากนี้รัฐจะต้องให้บริการบนพื้นฐานของการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกทุกคน ฉะนั้นเพื่อที่จะสร้างสวัสดิการดังกล่าวให้เกิดขึ้นได้เงื่อนไขทางการเงินและงบประมาณจึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ จำเป็นต่อการรับผิดชอบและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐ ในแง่นี้การกระจายงบประมาณไปให้ท้องถิ่นต่าง ๆ จึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการคงรักษาสหสิทธิขั้นพื้นฐานนี้เอาไว้ให้กับแต่ละปัจเจก (Böckenförde 2017c, 282-285)

แล้วในกรณีของเยอรมนีอย่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) นั้นเราควรตีความสิทธิขั้นพื้นฐานแบบใด หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้มีคำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในประเภทใด แต่โดยหลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในหมวดที่ 1 การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นไม่มีรูปแบบตายตัวว่าเป็นประเภทไหนหรืออยู่ในแบบใด แต่กลายเป็นเรื่องที่ขึ้นกับกรณีไป ว่ากรณีไหนควรใช้การตีความแบบใดในการทำความเข้าใจหรือตัดสินใจตีความที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณา สิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นจะสะท้อนถึงความสัมพันธ์ในลักษณะต่าง ๆ ระหว่างปัจเจกชนและชุมชนประชาชาติ ทั้งในแง่แบบแผนการปฏิบัติ รูปแบบการปฏิสัมพันธ์ หรือขอบเขตอำนาจหน้าที่ของแต่ละคน สิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะของการเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน แต่หากพิจารณาลงไปจะเห็นได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นให้ความสำคัญกับเรื่องเสรีภาพอย่างมาก ในแง่คำอธิบายเบื้องต้นจึงมีลักษณะคำอธิบายแบบเสรีนิยมที่ให้คุณค่ากับเรื่องเสรีภาพของปัจเจกเป็นสำคัญ และต้องถูกนำไปเป็นกรอบในการปฏิบัติในทุกระดับกฎหมายของรัฐ ในอีกด้านหนึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญก็มีลักษณะแบบคำอธิบายเชิงสถาบันในแง่ที่มีความพยายาม

ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นรูปธรรมโดยสถาบันหรือกลไกเชิงสถาบันรองรับการปกป้องและ
ประกันเสรีภาพ แต่ลักษณะเด่นที่สำคัญก็คือกลไกประชาธิปไตยหรือก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเน้น
ย้ำและให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานก็เพราะสิ่งนี้จะช่วยสร้างระบอบประชาธิปไตยอันเป็นระบอบ
ที่จะช่วยคงรักษาเสรีภาพของปัจเจกให้อยู่อย่างมั่นคงภายในรัฐ ดังนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นระเบียบ
ขั้นพื้นฐานที่สำคัญของสังคมแบบเสรีประชาธิปไตยที่ถูกบรรจุไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนี
(Böckenförde 2017c, 285-289)

สิทธิขั้นพื้นฐาน: ผู้พิทักษ์เสรีภาพของปัจเจกชนจากอำนาจรัฐและสังคม

ภัยคุกคามเสรีภาพของปัจเจกที่สำคัญก็คือองค์อธิปัตย์หรืออาจพูดแบบสอพลอคำว่าคือ “Leviathan” ตามชื่อหนังสืออันโด่งดังของเขา แต่ในปัจจุบันไม่ใช่แค่เพียงผู้ปกครองหรือองค์อธิปัตย์เท่านั้นที่
อาจเป็นภัยคุกคามให้ต่อเสรีภาพของปัจเจก แต่พลังทางสังคมก็เช่นกัน โดยเฉพาะการบังคับเชิงสังคม
ที่ในท้ายที่สุดจะกลายเป็นสิ่งที่กัดกร่อนรากฐานของการปกป้องสิทธิในทางรัฐธรรมนูญของปัจเจก
ได้ และสิ่งที่จะทำให้พลังทางสังคมมีผลต่อความมั่นคงของสิทธิขั้นพื้นฐานก็คือเงื่อนไขทางสังคม
และเศรษฐกิจโดยเฉพาะเรื่องความไม่เท่าเทียม (Inequality) (Böckenförde 2017d, 294-295;
Künkler & Stein 2017d, 214)

ฉะนั้นรัฐจะต้องเข้ามาจัดการความไม่เท่าเทียมทางสังคมและเศรษฐกิจดังกล่าวเพื่อไม่ให้สิ่ง
นี้กลายเป็นภัยคุกคามต่อเสรีภาพของปัจเจก เพราะสิ่งนี้จะปลดเงื่อนไขที่จะเอื้อต่อการใช้เสรีภาพ
ของประชาชน รัฐจึงควรกระจายความเสี่ยงหรือลดผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกให้น้อยลงที่สุด แต่
กระนั้นความไม่เท่าเทียมไม่ใช่เรื่องที่จะสามารถแก้ไขให้หมดไปได้โดยง่าย สิ่งสำคัญจึงควรจะทำ
อย่างไรภายใต้บริบทของความไม่เท่าเทียมที่ดำรงอยู่ในรัฐให้ปัจเจกยังคงสามารถใช้เสรีภาพของตน
ได้อย่างเต็มที่ ในแง่นี้ เบิกเคนฟอร์เดอจึงเห็นด้วยกับความคิดของสไตน์ว่า การแก้ปัญหาความไม่
เท่าเทียมทางสังคมนั้นรัฐจะต้องนำหลักการว่าเสรีภาพของปัจเจกไปใช้ในทุกระดับของกฎหมาย ไม่
ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ดังนั้นรัฐจึงต้องส่งเสริมเสรีภาพของปัจเจก ต้อง
ทดแทน และดูแลผลกระทบที่ส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนจากความไม่เท่าเทียมทางเศรษฐกิจและสังคมให้ได้
(Böckenförde 2017d, 290-291 and 298; Künkler & Stein 2017d, 214-215)

ดังนั้นหน้าที่รัฐเกี่ยวกับเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะแบบแผนหรือชุดคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ
ก็คือรัฐจะต้องรับรองในกฎหมาย และห้ามแทรกแซงเสรีภาพของปัจเจก และรัฐจะต้องปกป้องสิทธิ
เหล่านี้ให้ได้ เพื่อที่รัฐจะได้ทำหน้าที่ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นไว้ รัฐจะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐาน
นี้เป็นชุดคุณค่าที่แน่นอนมั่นคง หรือก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะชุดคุณค่าของรัฐธรรมนูญ เป็นชุด
คุณค่าพื้นฐานของทุกๆ กฎหมายของรัฐ ทุกๆ การปฏิบัติงาน การบังคับใช้กฎหมาย หรือการออก
กฎหมายนั้นจะต้องตระหนักถึงสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ในนามของชุดคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญในชุมชน
ในประวัติศาสตร์เยอรมนีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยตัดสินคดี “Lüth Decision” ในปี 1958
อันเนื่องมาจากคำถามเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญนั้นมีผลต่อกฎหมายเอกชนหรือไม่ ผล
การตัดสินของศาลฯ ก็คือมีผล และกลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญที่นำมาสู่หลักการที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น

จะต้องมีผลต่อทุก ๆ ระดับของกฎหมายแห่งรัฐ เบิกเค่นฟอร์เดอเห็นว่า คดีนี้คือจุดอ้างอิงที่สำคัญสำหรับการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานของเขา (Böckenförde 2017b, 236-238, 243-245 and 265; Künkler & Stein 2017 and 210-211)

คุนค์เลอร์ และสไตน์ เสริมคำอธิบายของเบิกเค่นฟอร์เดอว่า เบิกเค่นฟอร์เดอได้ลงไปพิจารณาประเด็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเยอรมันหลังการตัดสินใจคดี “Lüth Decision” รัฐเข้าใจหลักการดังกล่าวว่าเป็นคำสั่งหรือหน้าที่ แต่กลับไม่เข้าใจหลักการพื้นฐานจริงของสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือควรเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกรอบการทำงานของรัฐบาล ไม่ใช่ชุดคุณค่าที่เป็นวัตถุดิบที่มีความแน่นอนมั่นคง ดังนั้นในแง่เบิกเค่นฟอร์เดอจึงเสนอให้ใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ที่จะควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งในเรื่องการออกกฎหมายและการบริหารของรัฐเพื่อที่มันใจได้ว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้จะส่งผลดีต่อผลประโยชน์ของสาธารณะ นอกจากการใช้กลไกทางกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ยังสามารถใช้หลักดังกล่าวผ่านดุลยพินิจของผู้พิพากษาโดยการตีความกฎหมายให้ไปในทางที่สอดคล้องกับจุดประสงค์ของรัฐธรรมนูญ หากการกระทำดังกล่าวนั้นอาจจะถูกกฎหมายแต่อาจส่งผลเสียต่อระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้นสิ่งสำคัญจึงควรให้สมดุลกับชุดคุณค่าที่เป็นอัตวิสัยและวัตถุดิบอย่างสมดุล เพราะมิฉะนั้นแล้วผลที่ตามมาคือเสรีภาพของปัจเจกที่ถูกกัดกร่อนหากคุณค่าที่เป็นวัตถุดิบดังกล่าวอ้างว่าตนคือชุดคุณค่าสูงสุดของชุดคุณค่าทั้งปวง (Künkler & Stein 2017d, 211; Böckenförde 2017b, 242-248)

บทสรุป: เบิกเค่นฟอร์เดอ และ กุสตาฟ รัคบุรค

กล่าวโดยสรุป สิ่งที่คุณเขียนพยายามที่จะทำให้เห็นในงานชิ้นนี้ที่ว่าด้วยความคิดของเบิกเค่นฟอร์เดอ นั้นคือการพยายามทำให้เห็นว่านักคิดทางด้านกฎหมายเยอรมันที่มีอิทธิพลที่สุดคนหนึ่งอย่างเบิกเค่นฟอร์เดอนั้นเวลาที่เขาจะศึกษา พิจารณา หรือตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ ในทางกฎหมาย หรือสถานการณ์บ้านเมืองนั้น เบิกเค่นฟอร์เดอจะย้อนกลับไปหารากฐานทางปรัชญาและประวัติศาสตร์เสมอ เพราะมิติทางด้านกฎหมายเพียงอย่างเดียวมันไม่เพียงพอที่จะทำให้เข้าใจสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างรอบด้านและครอบคลุม ในแง่เบิกเค่นฟอร์เดอจึงเป็นนักวิชาการตัวอย่างที่น่าสนใจมาศึกษาและทำความเข้าใจในบริบทสังคมไทยต่อไป

หลังจากที่คุณเขียนได้คลี่ให้เห็นคำอธิบายทางความคิดในเรื่องการเมืองและรัฐธรรมนูญของเบิกเค่นฟอร์เดอแล้ว จะเห็นได้ว่าฐานคิดของเขามีลักษณะของการผสมระหว่างสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) และสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่สองสำนักนี้พยายามนิยามความหมายของกฎหมายผ่านความยุติธรรมหรือผ่านการที่กฎหมายเป็นการออกโดยผู้ปกครองที่ผ่านกระบวนการที่ได้มาซึ่งอำนาจทางการเมืองอย่างชอบธรรม แต่ลักษณะคำอธิบายดังกล่าวของเบิกเค่นฟอร์เดอ ไปสอดคล้องกับแนวคิดที่เรียกว่า “สูตรของรัคบุรค” (Radbruch Formula) นักกฎหมายชาวเยอรมันในช่วงก่อนสงครามครั้งที่ 2 นามว่ากุสตาฟ รัคบุรคที่พยายามเสนอทางออกให้กับข้อถกเถียงที่ไม่ลงรอยกันระหว่างสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ในตอนหลังถูกขนานนามว่า “สูตรของรัคบุรค” ที่การจะพิจารณากฎหมายว่าต้องสอดคล้องกับหลักความ

ชุดิธรรม และมีกระบวนการออกกฎหมายที่ถูกต้องชอบธรรม มีจุดมุ่งหมายที่ชัดเจน และต้องมีความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายด้วย (แวกส์ 2558; วรเจตน์ 2545) ในแง่นี้คำอธิบายของเบิกเค่นฟอร์เดอในเรื่องการเมืองและรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะที่สอดคล้องกับ “สูตรของร้าวคบุรค” ในแง่ของฐานทางกฎหมายที่จะต้องให้ชุดิคุณค่าบางอย่างเป็นฐานสำคัญ แต่ก็ต้องตระหนักถึงปัญหาของการมีชุดิคุณค่าเป็นฐานทางกฎหมาย และควรคิดหาทางออกและทางแก้ไขไว้ล่วงหน้า ชุดิคุณค่าที่สำคัญสำหรับเบิกเค่นฟอร์เดอคือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่แค่นั้นไม่พอที่จะช่วยประกันหรือให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลในทางปฏิบัติตามหน้าที่เชิงศีลธรรมตามที่ฮอบส์เสนอ และโดยมีรัฐธรรมนูญไว้เป็นกรอบในการจำกัดอำนาจรัฐที่ให้อำนาจรัฐและพลังทางสังคมอื่นๆ จะไม่ใช่อำนาจที่ตนมิไปละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อำนาจรัฐจะต้องถูกควบคุมด้วยกรอบของรัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้ไปละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นรากฐานอันสำคัญของสังคมการเมือง

นี่จึงสอดคล้องกับ “สูตรของร้าวคบุรค” ในเรื่องของการมีชุดิคุณค่าบางอย่างเป็นฐานให้กับกฎหมาย และตัวกฎหมายต้องผ่านการร่างมาอย่างถูกต้องชอบธรรม ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องถูกนำไปปฏิบัติได้จริง และสม่ำเสมอมั่นคง ดังนั้นในอนาคตหากได้มีการศึกษาถึงอิทธิพลของร้าวคบุรคต่อความคิดของเบิกเค่นฟอร์เดอก็เป็นเรื่องที่น่าสนใจและนำไปศึกษาอย่างยิ่ง ด้วยบทความชิ้นนี้ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในเรื่องดังกล่าว แต่เพียงทำให้เห็นเบื้องต้นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะไปมีการศึกษาต่อไปในอนาคต

รายการอ้างอิง

เอกสารภาษาอังกฤษ

- Bobbio, Norberto. 1993. *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*. Tr. Daniela Gobetti. Chicago: The University of Chicago Press.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 1991. *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*. Tr. J. A. Underwood. London: Berg Publishers.
- _____. 1996. “Carl Schmitt Revisited.” *Telos*, 109: 81-86.
- _____. 1997. “The Concept of the Political as the Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory.” [Tr. Heiner Bielefeldt]. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 10, 5, 5-19.
- _____. 2017a. “Critique of the Value-based Grounding of Law.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 217-234. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017b. “Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 235-265. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017c. “Fundamental Rights: Theory and Interpretation.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 266-289. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017d. “Protection of Liberty against Societal Power: Outline of a Problem.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 290-298. New York: Oxford University Press.

- _____. 2017e. “Security and Self- Preservation before Justice: The Paradigm Shift and Transition from a Natural-Law to a Positive-Law Basis in Thomas Hobbes’ System of Law.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 55-68. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017f. “The State as an Ethical State.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 86-107. New York: Oxford University Press.
- Burns, Anthony. 2002. “Hegel.” In *Interpreting Modern Political Philosophy: From Machiavelli to Marx*, eds. Alistair Edwards and Jules Townshend, 162-179. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Edwards, Alistair. 2002. “Hobbes.” In *Interpreting Modern Political Philosophy: From Machiavelli to Marx*, eds. Alistair Edwards and Jules Townshend, 41-59. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Grimm, Dieter. 2016. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. New York: Oxford University Press.
- Hegel, G. W. F. 2008. *Outlines of the Philosophy of Right*. Tr. T. M. Knox. New York: Oxford University Press.
- Hobbes, Thomas. 1996. *Leviathan*. New York: Oxford University Press.
- Künkler, Mirjam & Stein, Tine. 2017a. “Böckenförde’s Constitutional Theory.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 131-140. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017b. “Böckenförde on the Relationship between State, Citizenship, and Political Autonomy.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 300-308. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017c. “Böckenförde’s Political Theory of the State.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 38-53. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017d. “Fundamental Rights and Constitutional Principles in Böckenförde’s Work.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 208-215. New York: Oxford University Press.
- _____. 2017e. “State, Law, and Constitution: Ernst- Wolfgang Böckenförde’s Political and Legal Thought in Context.” In *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol 1, eds. Mirjam Künkler and Tine Stein, 1-35. New York: Oxford University Press.
- Mearsheimer, John J. 2013. “Structural Realism.” In *International Relations Theories: Discipline and Diversity*, eds. Tim Dunne, Milja Kurki, and Steve Smith, 77-93. Oxford: Oxford University Press.
- Ritter, Joachim. 1984. “Person and property in Hegel’s Philosophy of Right (§§34–81).” In his *Hegel and the French Revolution: Essays on the Philosophy of Right*. Tr. Richard Dien Winfield, 24-150. Cambridge [USA]: MIT Press.
- Singer, Peter. 2001. *Hegel: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press.
- Vinx, Lars. 2018a. “Ernst-Wolfgang Böckenförde and the Politics of Constituent Power.” Jurisprudence, DOI: 10.1080/20403313.2018.1442257.
- _____. 2018b. “The Political Theology of the Secular State in Hobbes and Böckenförde.” *Oxford Journal of Law and Religion*, 7: 51-73.

เอกสารภาษาไทย

- จุลชีพ ชินวรโน. 2560. *โลกในศตวรรษที่ 21: กรอบการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์. 2556. “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ: ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิทต์ และฮันส์ เกลเซ่น.” *วารสารนิติศาสตร์*, 42:2: 254-272.
- _____. 2557. “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 43:1: 100-135.
- _____. 2561. *ทฤษฎีสถิตินัยพื้นฐาน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วเรจตัน ภาศิริรัตน์. 2545. “กุสตาฟ ร้าคบุรค กับนิติปรัชญาสายที่สาม.” *วารสารนิติศาสตร์*, 32:2: 453-468.
- _____. 2556. “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 42:4: 968-1007.
- _____. 2561. *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อานกกฎหมาย.
- เวลส์, เรย์มอนด์. 2558. *ปรัชญากฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา*. แปลโดย พิเศษ สอาดเย็น และ ธงทอง จันทรางศุ. กรุงเทพฯ: Openworlds.
- สุรัช คมพจน์. (อยู่ระหว่างการจัดพิมพ์). ศาสนากับรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตย (Democratic Rechtsstaat): สานบอร์มาสกับข้อสังเกตบางประการต่อ “ข้อวินิจฉัยของเบ็กเคนฟอร์เดอ”. ใน *เมื่อขรวาสนิยมถูกท้าทาย: ศาสนาในทฤษฎีสังคมและการเมืองร่วมสมัย*, บก. พิพัฒน์ พสุธารชาติ และ สุรัช คมพจน์. กรุงเทพฯ: Illuminations Editions.

Translated Thai References

- Chulacheeb Chinwanno. 2560. *The World in the 21th Century: Analytical Framework of International Relations*. Bangkok: Chulalongkorn University Press.
- Torpong Kittianupong. 2556. “Who should be the Guardian of the Constitution?: An Academic Debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen.” *Thammasat Law Journal*, 42:2: 254-272.
- _____. 2557. “The German Constitutional Court and the Doctrine of Judicial Self-Restraint.” *Thammasat Law Journal*, 43:1: 100-135.
- _____. 2561. *Theory of Fundamental Rights*. Bangkok: Books and Publications Project, Faculty of Law, Thammasat University.
- Raymond Wacks. 2558. *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Phiset Saatyen and Thongthong Chantharangsu Translated. Bangkok: Openworlds.
- Worachet Pakeerut. 2545. “Gustav Radbruch and the Third Way Legal Philosophy.” *Thammasat Law Journal*, 32:2: 453-468.
- _____. 2556. “The Binding Force of Constitutional Rights.” *Thammasat Law Journal*, 42:4: 968-1007.
- _____. 2561. *History of Idea of Philosophy of Law*. Bangkok: Read in Law Press.
- Surat Khompot. (In Process). Religion and State under Democratic Rechtsstaat: Habermas and Some Observations on “Böckenförde’s Consideration”. In *When was Secularism Challenged: Religion in Contemporary Social and Political Theory*, eds. Pipat Pasutarnchat และ Surat Khompot. Bangkok: Illuminations Editions.