

社會科學論叢2010年10月  
第四卷第二期 53-102 頁

# **防禦性民主與德國民主的正常化**

## **Defensive Democracy And the Normalization of German Democracy**

中國文化大學政治學系助理教授 蕭國忠

Kwo-Chung Shaw

Assistant Professor of the Department of Political Science, Chinese  
Culture University

## 防禦性民主與德國民主的正常化

蕭國忠

中國文化大學政治學系助理教授

---

### 中文摘要

究竟一個民主已經鞏固的國家，應該以何種態度與法制來面對留存在體制內的激進勢力？倘若視之為競爭對手且與之共存是必然的話，那麼聯邦德國在繼續保留防禦性民主的條件下，究竟要如何恰當地運作防禦性民主，才能夠保有民主的多元和寬容之特色？這當中涉及到哪些關鍵因素？為回答這些問題，本文嘗試從不寬容激進勢力的緣起到最後與之共存的整個變遷歷程，對防禦性民主作深入的探析。與此同時，在探析的過程中，德國民主的正常化軌跡將會逐步地被映照出來。

**關鍵詞：**激進勢力、防禦性民主、自由且民主的基本秩序、黨禁、憲政愛國主義。

---

\* 經兩位審查人對本文提出許多寶貴的意見，筆者在此表達感謝之意。

## 壹、前言

有關民主化進程的第一個階段——「民主轉型」的解釋，主要有三種理論取向（David Potter等著，2003：14-29）：（一）現代化理論途徑（modernization approach），主要以李普賽（Seymour M. Lipset）的著作**政治人**（*Political Man*）為理論代表；（二）轉型理論途徑（transition approach），主要以羅斯托（Dankwart Rustow）的文章〈民主的轉型〉（*Transition to Democracy*）為代表；（三）結構理論途徑（structural approach），主要以摩爾（Barrington Moore）的名著**獨裁與民主的社會起源：現代世界中的貴族與農民**（*Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*）為代表。事實上，上述這些不同的理論取向正透露出一個事實，亦即民主轉型的路徑是多元的，是無法以單一因素來解釋的。然而民主化進程的第二個階段——「民主鞏固」的達成是否存在著多元路徑，甚至獨特路徑？若有的話，究竟是存在制度面、抑或非制度面？對於包括我國在內的新興民主國家而言，此一問題應該是值得深思的。

從制度面來看，每一個民主國家的制度設計無不受到個別的傳統、結構以及歷史經驗所影響；對於聯邦德國而言，歷史經驗對其制度設計的影響尤其明顯。基於威瑪共和——德國第一個民主政體失敗的經驗，制憲者為預防聯邦德國——德國第二個民主政體因激進主義運動而重蹈威瑪共和的覆轍，故而在制度設計上，直接在基本法中為聯邦德國的民主鞏固創設了一種構築在價值制約基礎上的護憲機制——「防禦性民主」（*wehrhafte Demokratie*）。每一個民主國家皆有保護其憲政體制的機制，不過聯邦德國直接在國家根本大法中植入此一機制，則是相當特殊的首例。<sup>1</sup> 因此，濫用自由權在聯邦德國是屬於憲法層次的「違憲」問題，在其他民主國家則只是法律層次的「違法」問題；此外，在聯邦德國更有所謂「政黨違憲」的問題，及其因起訴於「聯邦憲法院」而來的「黨禁」訴訟。憲法的目的在於規範與限制國家權力的行

<sup>1</sup> 對於憲政體制的保護機制，通常都是以憲法之下的法律來架構之。例如我國在國家安全法、人民團體法以及刑法等法律中都有相關的規範；其中，國家安全法第2條第1項明文規定：「人民集會、結社，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」

使，進而保障人民的自由，這是眾所周知的民主常識；故而限制自由權、甚至剝奪基本權的防禦性民主，可謂是一種相當特殊的護憲機制。有鑑於此，不禁令人聯想到，德國歷史發展經驗中的「德意志獨特之路」（*Deutscher Sonderweg*）。<sup>2</sup> 何謂德意志獨特之路？這是描述出現在德國歷史中的一種不規律性（*Unregelmässigkeit*）現象。也就是說，德國這個在歷史上曾經被稱許為「思想家與詩人的國度」，卻也是一個「珊珊來遲的國家」，其不僅在工業化與現代化，甚至在國家體制的發展與民主制度的建構過程中，無不選擇了一條不同於英、法等歐洲國家的路徑。基此，本文認為，透過基本法中的防禦性民主機制，制憲者為聯邦德國的民主鞏固創設了一條獨特路徑。

為充分展現對「激進主義」運動的推手——「激進勢力」<sup>3</sup> 不寬容的戰鬥決心，防禦性民主透過非法化戰略並配以強大的防禦打擊，為聯邦德國的民主構築起第一道防禦戰線，也因而形塑出「德國民主」<sup>4</sup> 在其鞏固過程中的鮮明特色——好戰。眾所周知，（自由）民主具有多元和寬容的特色，即使是極端或偏激等激進價值觀，只要遵守民主規範都會被允許存在。因此，曾經在防禦性民主積極運作下的德國民主，視激進勢力為水火不容的敵人，可謂是一種不寬容且帶有父權主義色彩的「非常態民主」，本文稱之為「監護式民主」。監護式民主將特定的憲政價值觀置於如同碉堡般的層層制度保護中，對於不承認、拒絕、甚至與之對立的價值觀則視之為毒蛇猛獸，並且施以嚴厲打擊與強力壓制，因其在相當程度上牴觸民主的多元主義相對價值觀，故而造成了「（自由）民主的非常狀態」。雖然防禦性民主對於德國民主的鞏固有一定程度的助益，但其所造成的非常態民主卻也讓不少人詬病。事實證明，除了與憲政體制以及選舉制度等相關聯的制度性因素之外，植基於認同憲政民主的政治文化，

<sup>2</sup> 有關「德意志獨特之路」請參閱[http://de.wikipedia.org/wiki/Deutscher\\_Sonderweg](http://de.wikipedia.org/wiki/Deutscher_Sonderweg)。2009/10/1。

<sup>3</sup> 本文中的激進主義或激進勢力是指「政治」激進主義或「政治」激進勢力。眾所周知，激進政黨是激進勢力最重要的政治組織，與體制外的革命政黨不同，激進政黨是留存在體制內的反體制政黨。

<sup>4</sup> 本文中的德國民主是指聯邦德國在防禦性民主的指導原則下，所建構的一種價值制約之民主。

才是德國民主鞏固的真正關鍵所在，而緣起於此一政治文化的憲政愛國主義，更是對抗激進主義運動的精神利器。

在德國民主達成鞏固之後，其運作也已由民主的非常狀態轉變為正常狀態，此一轉變歷程本文稱之為「正常化」。因此，是否要終止防禦性民主，並廢棄這條似乎是閒置不用的獨特路徑，自然引起輿論的關注，且無可避免地會觸及一個根本性問題：究竟一個民主已經鞏固的國家，應該以何種態度與法制來面對留存在體制內的激進勢力？倘若視之為競爭對手且與之共存是必然的話，那麼在繼續保留防禦性民主的條件下，究竟要如何恰當地運作防禦性民主，才能夠保有民主的多元和寬容之特色？這當中涉及到哪些關鍵因素？為回答這些問題，本文嘗試從不寬容激進勢力的緣起到最後與之共存的整個變遷歷程，對防禦性民主作深入的探析。由於此一變遷所反映出來的結果就是德國民主的正常化，所以在探析的過程中，德國民主的正常化軌跡也將會逐步地被映照出來。

在學術研究上，探討防禦性民主離不開對激進主義（或激進勢力）的發展作連帶討論，反之亦然。若就文獻的數量來看，以激進主義為主的研究文獻要遠多於防禦性民主的研究文獻。拜洛伊特（Bayreuth）大學政治學教授巴克斯（Uwe Backes）與肯尼茨（Chemnitz）科技大學政治學教授葉塞（Eckhard Jesse）在1987年合編的**激進主義與防禦性民主**（Backes and Jesse, 1987），該書詳細剖析激進主義的發展及其對防禦性民主的影響，是研究德國激進主義的重要文獻。在此一研究基礎上，巴、葉二人於1989年進一步合著**德國的政治激進主義**（Backes and Jesse, 1989），書中對於激進主義從1949年到1988年之間的發展與演變作了詳細的分析與探討，且在1993年與1996年補充了許多資料並重新出版，因而增加了不少篇幅。至於針對防禦性民主的研究，葉塞在1980年出版的**防禦性民主**一書是重要的研究文獻（Jesse, 1980），其主要聚焦於防禦性民主的理論、實務與挑戰。另外，葉塞於1999年發表的論文〈防禦性民主與政治激進主義：1949~1999〉（Jesse, 1999: 583~597），對於整個防禦性民主的創建、發展、演變、挑戰與展望作了精闢的分析，讓讀者能夠對於防禦性民主有一個完整的認識。再者，提爾（Markus Thiel）在2003年所編的**防禦性民主**（Thiel, 2003），該書總共收集12篇論文，其主要是以法學觀點

來探討防禦性民主。至於國內學者的相關研究，皆無例外地聚焦在右激進主義（或右激進勢力）之上，極少對防禦性民主有所著墨。政治大學國際關係研究中心研究員吳東野的〈德國東部「右傾極端主義」崛起之探討〉（1992: 65-73）、副研究員湯紹成的〈德國極右勢力的發展〉（1998: 79~88）與政治大學政治學系教授葉陽明的〈戰後德國極右主義、極右政黨對憲政民主之挑戰〉（2007: 33~94），這三篇論文是國內研究德國右激進主義的代表性文獻；其中，葉陽明教授在論文中特地對防禦性民主作連帶說明。

已經正常化的德國民主，因為戰鬥性隱而不顯，在運作上自然也呈現出與激進勢力共存的多元和寬容樣貌。影響所及，完成階段性任務的防禦性民主遂不再引人注目；但發生於2001年的國家民主黨（Nationaldemokratische Partei Deutschlands/NPD）的黨禁申請案卻引起聯邦德國社會的高度矚目，使得防禦性民主再度成為輿論的焦點。其次，如上所言，國內學界在探討德國右激進主義的同時卻遺漏防禦性民主的研究，讓人覺得有遺珠之憾。再者，對防禦性民主從緣起、運作與變遷的整個歷程做探討，並且連帶映照出德國民主正常化的軌跡，應該是國內學術研究上新的嘗試。有鑑於此，本文除了以防禦性民主為主軸，對其做詳細的探析，並且連帶映照出德國民主正常化的軌跡之外，同時也要藉此明白指出，在民主化進程的第二個階段——民主鞏固的關鍵在於，根植於體制認同且刻劃在人民心版上的第二道防禦戰線之出現。換言之，在第二道防禦戰線出現之前的民主鞏固過程中，立法者（或制憲者）如何在制度設計上以精心匠工的機制構築民主的第一道防禦戰線，當中的確存在著一條源於歷史經驗等不同國情的獨特路徑，但絕不可因此而否定促成根源於體制認同的無形戰線——第二道防禦戰線出現的必要條件（體制輸出面報酬遞增的產出效果）。

本文試圖從五個子題來對主題做循序漸進式的探析：（一）緣起：拒絕民主木馬與不寬容激進勢力；（二）德國民主的第一道防禦戰線：防禦性民主的制度架構與構成要素；（三）好戰的德國民主：正當性問題與過當防衛的後果；（四）防禦性民主的變遷與不再好戰的德國民主；（五）與激進勢力共存的德國民主：憲政愛國主義與防禦性民主的未來。最後，在結論的部分，將提出本文的六個重要研究發現，並且在前面的分析基礎上，對黨禁所依據的違憲



性判準做進一步的討論，藉以展望未來可能的演變。此外，在研究方法上，本文採用新制度學派的研究途徑——新制度主義（new institutionalism），亦即一方面強調歷史、結構對制度形成的制約，另方面也重視選擇制度的政治菁英之動機與考量，以及制度對民間社會和國家內部的規範力量。在有關民主化的研究，新制度主義者認為，民主化的成敗除了受到非制度性因素的影響外，同時也受到制度性因素的制約。基此，本文的分析架構如下：首先，透過對威瑪共和失敗經驗之剖析，藉以瞭解制憲者創設防禦性民主的思考觀點；其次，經由對防禦性民主的制度架構、構成要素與實際運作之分析，進而明白指出，防禦性民主的積極運作造成監護式民主的後果，導致出現民主的非常狀態之現象；再者，將防禦性民主的變遷與聯邦德國的民主鞏固一併探討，藉以清楚呈現，德國民主的運作已從民主的非常狀態轉變為正常狀態，而其關鍵乃在於防禦打擊的備而不用；最後，進一步探討，在既要保留防禦性民主，又要與激進勢力共存的條件下，要如何運作防禦性民主才能夠保有民主的多元和寬容之特色。

## 貳、緣起：拒絕民主木馬與不寬容激進勢力

### 一、民主木馬的出現與威瑪共和的失敗

史實顯示，在專制威權遺毒未除、復辟勢力虎視眈眈、轉型正義束之高閣的情況下，奉行自由主義的威瑪共和，迎進了一匹木馬進入民主政體內部而不知。眾人炫於木馬的華麗外表，卻昧於其包藏禍心的致命危險，卒至於造成威瑪共和被激進勢力合法顛覆的悲劇。

在威瑪憲法三讀通過的當時，內政部長戴維德（Paul David）隨即自豪地宣稱：「有了這部憲法，德國就是世界上最民主的民主國家（Jasper, 1963: 10）。」制憲的國民議會議長費倫巴哈（Konstantin Fehrenbach）則是驕傲地接著說：「從現在起德國人民就是世界上最自由的人民（Jasper, 1963: 10）！」然而，在一片歡欣鼓舞聲中，令人深感憂心與不安之處，乃是威瑪憲法第76條有關修憲的規定。按該條款規定，立法機關只要依據多數決程序，

無論採取那一種取向的法律，都可以主張該法律所決定的立場是有憲法依據的。換言之，憲法中的任何條文皆可經由立法程序，依據國會兩院三分之二的多數決原則修改之。因此，針對反體制的激進政黨有關「改制權」（Recht auf Umgestaltung）的問題，戴維德的答覆如下：

爾等得經由合法的途徑達到爾等所企盼的改制，其前提要件是：贏取多數人民支持爾等的世界觀。是故，政治上的暴力方法將失其必要性……。凡依據法定程序的和平改制皆是被允許的，這才是真正的民主之核心價值（Jasper, 1963: 14; 1987: 158）。

由戴氏上述的回答可以清楚看出，在「最民主的民主國家」中，憲法只不過是一種可被任意更換的政治遊戲規則，直接根源於「制憲權」（這是一種具有創造性的「政治上之力」）的「憲章」之不可侵犯性則是不被承認的。有鑑於此，執著於自由主義的公法學者安虛治（Gerhard Anschütz）依法實證主義的觀點大膽直言，透過修憲來改制是合法的，因為：

憲法不在立法機關之上，而是被立法機關所宰制。……憲法可經由立法程序來修改，……這種修改在內容與範圍上是毋需區隔的，因為只要依據憲法第76條的法定程序，任何形式的修憲皆是被允許的；……重要者諸如國家體制、聯邦制、基本權等皆得修改之。……由眾議院、參議院和多數人民所取得的修憲權，其在實質上是不受限制的（Jasper, 1987: 157）。

綜合上述，所謂「真正的民主」竟然是意指在自由主義下，一種立基於價值中立之上的極端相對主義之政治形式；故而在無限上綱國民主權原理與多數決原則之後，這種民主將無可避免地沉淪為悖離法治國原則的純形式主義民主——「程序性民主」。因此，信仰不同世界觀的政黨只要獲得「全世界最自由的人民」之多數支持，即可冠冕堂皇地站在國民主權的制高點上，依多數決的程序，以「修憲」（Verfassungsänderung）之名行「制憲」



（Verfassungsgebung）之實，達到「破憲」（Verfassungsdurchbrechung）合法改制的目的。莫怪法學家施密特（Carl Schmitt）一針見血地直批，建構這種程序性民主的威瑪憲法無異是一部「空白支票憲法」（Jasper, 1987: 158）；然而諷刺的是，鼓吹自由主義的公法學者托瑪（Richard Thoma）竟然宣稱，這種允許和平改制的憲法才是「一部體現自由與民主自決的偉大憲法」（Löw, 1995: 250）。

由於立法機關擁有內容與目的不受限制的修憲權，致使激進政黨想方設法欲贏取修憲的多數，藉以任意宰制憲法，最後不只導致憲法成為無用的碎紙，而且更證明了這種純形式主義的程序性民主只是一種門戶洞開、引狼入室的民主而已。蓋憲法之上的「人民」與在憲法框架內行使憲法所規定的政治權利之「人民」，二者在性質上是不相同的，故而源於憲章的「修憲權」（這是一種被創造出來的「法律上之權限」）其位階當然是在決定憲章的「制憲權」之下；所以讓修憲權等同制憲權，其實就是製造憲法本身的內在矛盾。反體制的德國國家社會主義工人黨（Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei/NSDAP，簡稱「國社黨」或「納粹黨」，以下一律簡稱「納粹黨」）很快就發現，這種「真正的民主」所標榜的依據國民主權原理與多數決原則的和平改制權，其實就是一匹可以顛覆威瑪共和的民主木馬；不僅如此，該黨甚至更進一步地察覺到，在無限上綱多數決原則之後，民選的眾議院無疑就是民主木馬的內核所在。是故，眾議院自然被納粹黨視為顛覆威瑪共和的民主軍火庫，而為了進入軍火庫並取得其中的武器——內容與目的不受限制的修憲權，該黨極盡所能地利用民主所保障的自由權壯大自己，並經由選舉而魚貫地進入眾議院。莫怪納粹黨中央宣傳部長戈培爾（Joseph Goebbels）會對其黨徒露骨直言：

咱們進入眾議院的目的，是要利用民主軍火庫中的武器來裝備咱們；咱們成為眾議員的目的，是要利用威瑪的信念（筆者註：民主的程序正義、議員的言論免責權與多數決原則等）來癱瘓眾議院。民主是如此的愚蠢，為了荒謬的遊戲而供應咱們免費車票與豐厚的薪資，這可

是民主自身的問題啊（Löw, 1995: 250）！<sup>5</sup>

在納粹黨掌控了眾議院的多數席次並取得修憲權後，該黨首腦希特勒（Adolf Hitler）隨即率領黨徒躍出木馬，一舉摧毀威瑪共和，迅速建立起極權的法西斯體制，並遂行個人的獨裁統治。於全面掌權後，總理兼總統的希特勒大言不慚地誇言：「藉由民主的愚蠢荒唐，余戰勝了民主！而那些民主人士是不可能擊敗余的，因為余已將重啟此類荒謬遊戲的前提條件毀滅殆盡（Löw, 1995: 251）。」

## 二、波昂不是威瑪

### （一）防禦性民主的提出與入憲

「波昂不是威瑪！」「莫忘1933！」為避免民主內部再度出現木馬，導致重蹈威瑪共和失敗的覆轍，聯邦德國的制憲者在民主碉堡的思維下，決心為德國第二個民主政體構築一套特別的保護機制，亦即後來所謂的防禦性民主。其後聯邦憲法法院也明白指出，「基本法之國」（der Staat des Grundgesetzes）<sup>6</sup>乃是制憲者「基於威瑪民主悲劇的慘痛經驗」（aus der bitteren Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Demokratie）所建構的一種「戰鬥的、防禦的民主」（streitbare, wehrhafte Demokratie）（BVerfGE 39, 368）。

事實上，防禦性民主的概念提出可追溯到納粹德國時期。因納粹政權的迫害而流亡美國的德國社會學者李文斯坦（Karl Loewenstein），

<sup>5</sup> 「荒謬的遊戲」其德文原文是Bärendienst（熊的工作），出自拉·封登（La Fontaine）預言故事中的短篇故事：「熊與喜歡園藝的人」。在故事中，一個喜歡園藝的老人與熊成為好朋友並邀熊回家同住，其條件是，熊必須為老人驅趕蒼蠅。故事的結局是，熊為了驅趕停在老人鼻尖上的蒼蠅，抓起石頭擲下去，故而打死蒼蠅的同時也將沉睡中的老人砸死。

<sup>6</sup> 「基本法之國」意指立基於基本法之上的德意志聯邦共和國。der Staat des Grundgesetzes的「Staat」在這裡主要是指涉一種抽象的政治法律秩序；換言之，基本法之國就是以基本法為最高法規範所建立的政治法律秩序。因為「人性尊嚴之尊重與保護」是基本法的終極價值所在，而對於此一終極價值的保護與實踐，乃是整個德意志聯邦共和國政治法律秩序存在的目的。

其在1937年便因威瑪共和失敗的經驗而提出「好戰的民主」(Militant Democracy)之模型，藉以有效對付體制內的反民主勢力(Wikipedia-Streitbare Demokratie, 2009/12/16: 1)。有鑑於此，在制訂基本法的「立法會議」(der Parlamentarische Rat)上，非常具有影響力的「主要委員會」(Hauptausschuss)主席史密德(Carlo Schmid)堅定地表示：「未來將不允許任何人，利用基本權來對抗民主和自由的基本秩序(Löw, 1995: 251)。」

由此不難看出，制憲者不僅欲以防禦性民主對抗激進勢力，更要以之杜絕民主木馬的出現；因其相信，唯有如此才能真正解決「民主自身的問題」，俾徹底防止因門戶洞開導致合法顛覆民主、和平改制的「愚蠢荒唐」之事再現。

## (二) 價值制約的民主：自由且民主的基本秩序之確立與其不可侵犯性

如上所言，民主自身的問題除了濫用自由權作為攻擊民主的武器之外，其更棘手的問題無疑是多數決原則的濫用，並以之作為終結民主的毀滅性武器；然而弔詭的是，多數決原則正是根源於民主所標榜的國民主權原理。著名的奧地利純粹法學派大師凱爾森(Hans Kelsen)在其論民主的本質與價值(*Vom Wesen und Wert der Demokratie*)一書中，藉用新約聖經的故事來批評多數決原則的濫用，並且明白指出，一味奉行多數決原則的民主之致命盲點與愚蠢荒唐之處：

因為彼拉多不知道真相，所以讓群眾來決定。群眾要求釋放巴拉巴，然而巴拉巴是一個殺人犯，本身無罪的耶穌反而被釘十字架。由此可見群眾是愚蠢的、甚至是犯罪的(Kelsen, 1929: 103)。

毋庸諱言，多數無法創造真理與正義，它頂多只能賦予政治行動的正當性，但絕非正確性。事實上，希特勒是利用他眼中的「無知與無能的多數」(Mehrheit von Nichtwissern und Nichtskönnern)作為工具(Hitler, 1993: 97)，為納粹主義(Nazism)的極權世界觀作合法背書。其後再巧妙地將正當性曲解等同為正確性，據此變造出唯一的真理與正義，用以證明鎮壓異己不但具有合法性，同時也具有正當性與正確性，如此逐步遂行其獨裁野心。鑑於

此一民主自身的問題，制憲者遂不再採用立基於價值中立之上的極端相對主義民主觀，決定先確立憲政的核心價值—自由且民主的基本秩序（*freiheitliche demokratische Grundordnung*），且令其具有不容被個人曲解與被多數變更的不可侵犯性。關於此種價值制約的民主，法哲學家賴特布魯（Gustav Radbruch）曾有如下的論述：

民主政治具有相對主義的背景，並且預設將國家的領導權轉移給任何取得多數支持的一方。是支持者的數目，而不是政治意見的實際內容決定國家領導權的歸屬，因為沒有一種政治觀是可以被證明的，也沒有一種是可以被反駁的。惟這種相對主義包含相當部分的懷疑與寬容，它是以成熟和智慧為前提，對年輕人而言是不容易理解的；無可避免的，仍然必須將有限的世界圖像當作所謂的世界圖像來向年輕人展示（Radbruch, 1949: 159）。

鑑於威瑪共和極端相對主義的民主政治形式所造成的禍害，所以賴特布魯眼中的年輕人，無疑就是1948/49年制訂基本法時的德國。毋庸諱言，賴氏顯然認為，對於當時這個不成熟且未具有智慧的年輕人而言，基於監護論的考量而預先排除某些有害的價值觀，乃是不得不的必要。然而，何謂自由且民主的基本秩序？雖然基本法在第18條（基本權的剝奪）與第21條第2項（違憲政黨的確認）中植入此一概念，但並未給予明確的定義。迨至1952年，聯邦憲法法院在社會主義帝國黨（*Sozialistische Reichspartei/SRP*，簡稱「社帝黨」）的黨禁判決中方才明白指出：

自由且民主的基本秩序排斥任何形式的暴力與專制統治，並展現出一種法治國的治理秩序，而此一治理秩序是建立在依據當下多數意志的人民自決和自由、平等的基礎之上。是故，自由且民主的基本秩序至少應包括底下這些基本原則：體現於基本法中基本人權之尊重，尤其是對於生命與自由發展的人格權之尊重，以及國民主權、權力分立、責任政府、依法行政、司法獨立、多黨制度、政黨平等與組黨自由

（BVerfGE 2, 1）。

由上述聯邦憲法法院的詮釋可以清楚看出，構成自由且民主的基本秩序之要素並非只有國民主權與多數決原則而已；相反的，自由且民主的基本秩序是多面向的，基本人權的尊重、分權與責任政治、依法行政、司法獨立等的法治國原則無不屬於其不可或缺的構成要素。不過，針對此一詮釋，專研防禦性民主的政治學者葉塞批評聯邦憲法法院為德不卒，因為該院沒有進一步指出此一詮釋的法源所在（Jesse, 1980: 19）。眾所周知，人權保障與國家組織共同構成了基本法的二大組成部分，而基本人權章的首要條款—第1條（人性尊嚴之尊重與保護）乃是整部基本法與基本人權章的核心所在，<sup>7</sup> 至於國家組織章的首要條款——第20條（國家組織與分權的基本原則）則是整個國家組織與權力架構的核心所在。所以葉塞直言，基本法第1條與第20條的內容與聯邦憲法法院對於自由且民主的基本秩序之詮釋內容，其在本質上是一致的；既然如此，聯邦憲法法院在其詮釋中，就應該明白指出並闡明此二條款是整部基本法的核心所在。蓋唯有如此，才能從基本法第79條第3項的永久條款中清楚洞見，作為「基本法之國」的德意志聯邦共和國之憲政核心價值——自由且民主的基本秩序，實實在在的被高舉放在憲章的位階上，故而具有不可侵犯性。換言之，自由且民主的基本秩序不容透過修憲的多數變更之，藉以徹底防止木馬再現，並有效杜絕形式合法的和平改制，亦即所謂的「合法政變」（legaler Staatsstreich）。

### （三）不給反民主者自由，不對不寬容者寬容

事實顯示，在一個開放的社會中，激進勢力（尤其是其政治組織—激進政黨）總是擅於利用自由權的合法性保護傘，公然進行反民主的活動。是故，制憲者認為自由且民主的基本秩序不僅需要被有效保護，而且必須將其供奉在配

<sup>7</sup> 盧梭（J. J. Rousseau）在其社約論的第一卷第一章劈頭直言：「人生而自由，卻無處不在枷鎖之中。」其後的論述都是圍繞著這個問題，並尋求解決方法。同樣的，基本法第1條劈頭直言：「人性尊嚴不可侵犯，尊重及保護人性尊嚴是所有國家機關的義務。」第1條之後的基本人權與國家組織的規定，其實都是圍繞著這一個核心價值所創設的憲政制度。

置強大打擊火力的制度碉堡之中，否則其不可侵犯性只是空言。故而在確立了憲政核心價值的不可侵犯性後，防禦性民主的建構便得以在此基礎上展開；惟在建構防禦性民主之前，必須先回答一個問題：究竟一個民主政體應該以何種態度與法制來面對其所宣稱的敵人？

無可否認的，長期存在於德國社會中的專制威權幽靈，並未隨著納粹政權的崩潰而煙消雲散，加上認同憲政民主的政治文化尚未成形，著實令人深恐激進勢力的餘孽將伺機再起，並再度由背後插刀來謀殺民主。基此認知，面對體制內的民主敵人—激進勢力，制憲者堅持「不給反民主者自由，不對不寬容者寬容」的戰鬥決心。換言之，民主不應保障不認同、或甚至欲摧毀民主者的自由；蓋唯有如此，民主在保障自由不受危害的同時，才不會出現保障危害民主的自由之矛盾現象，俾有效防止木馬、以及民主再度被謀殺的憾事重現。

在「不給反民主者自由，不對不寬容者寬容」的戰鬥決心下，制憲者決定採用「非法化戰略」（Illegitimierungsstrategie）來圍堵並破解激進勢力的「合法性戰術」（Legalitätstaktik），藉以縮小、甚至摘除激進勢力的合法性保護傘（Jesse, 1999: 583~587）。在非法化戰略下，凡意圖破壞或推翻自由且民主的基本秩序者為違憲；換言之，除非是公開進行體制外的革命，否則民主是不允許利用其本身所保障的多數決民主程序被偷天換日、和平改制的。

## 參、德國民主的第一道防禦戰線：防禦性民主的制度架構與構成要素

### 一、制度架構

在堅持不寬容反民主者的戰鬥決心，以及確立非法化戰略後，防禦性民主的制度建構於焉展開。首先，針對自由權的濫用，基本法規定：結社的目的或其活動與刑法牴觸或違反憲政秩序者，應禁止之（基本法第9條第2項）；為保護自由且民主的基本秩序，必要時得不通知相關人，逕行限制秘密通訊自由（基本法第10條第2項）；為防止對自由且民主的基本秩序所構成的危險，得限制遷徙自由（基本法第11條第2項）。除了前述的「限制」自由權的機制



外，對於民主危害較大者，更有「剝奪」基本權的規定，亦即凡濫用言論自由，尤其是出版自由、講學自由、集會結社自由、秘密通訊自由、財產權或庇護權（Asylrecht），以攻擊自由且民主的基本秩序者，應剝奪此基本權（基本法第18條）。

其次，為了防堵激進分子滲透進入公務機關，基本法明定公務員與國家的關係是「公法上的職務與忠誠關係」（das öffentlich-rechtliche Dienst-und Treueverhältnis），亦即是所謂的「特別權利義務關係」（基本法第33條第4項）；基此，國家得要求公務員宣誓效忠和積極擁護憲法，違者得開除之（Badura, 1986: 242~245）。

再者，對於民主的運作與品質影響至鉅的政黨，基本法特別以「黨禁」來因應「政黨自由」的濫用。制憲者刻意在架構憲政核心價值的第20條之後的第21條第2項規定，意圖破壞或摧毀自由且民主的基本秩序、或危害德意志聯邦共和國之存在的政黨為違憲；至於政黨是否違憲，由聯邦憲法法院判定之。對於違憲的政黨，聯邦憲法法院得裁定解散並禁止成立替代組織。

繼之，為解決因朝小野大所引發的「憲政僵局」（Verfassungsstörung），基本法創設了「立法緊急狀態」（Gesetzgebungsnotstand）以因應之。在憲政僵局中，其最嚴重的情況無非是眾議院中的激進勢力匯聚成為「否定的多數」，並以「自我當機」（Selbst-Ausschaltung）的消極方式來封殺、或不審查聯邦政府急需的法案，致令憲政的正常運作受到干擾，此時聯邦政府依法得宣布立法緊急狀態（基本法第81條第1項）。<sup>8</sup> 在立法緊急狀態宣布後，若眾議院再度拒絕該法案、或雖通過而其辭句為聯邦政府聲明無法接受者，則只要得到參議院單方面的同意，該法案視為已通過（基本法第81條第2項）。<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 憲政僵局的出現乃因朝小野大所引發的衝突結果。在這種情況下，眾議院往往因建設性不信任投票的限制而無法倒閣，而現任總理又認為不適合解散眾議院，從而內閣所需要的法案無法通過。威瑪共和晚期，納粹黨與共產黨在眾議院中形成一個否定的多數，任意封殺政府急需的法案，並癱瘓整個眾議院的運作；當時可透過總統直接解散眾議院，或藉由總統獨裁權的行使，以命令取代法律來解決此一僵局，然其結果卻造成立法與行政的嚴重失衡。戰後，採議會制的聯邦德國改以立法緊急狀態因應之。

<sup>9</sup> 為避免憲政獨裁機制的被濫用，導致傷害人民的基本權，基本法特別區分「憲政僵局」與「例外狀態」。憲政僵局的前提條件與例外狀態不同，它是一種憲法上的「異

此外，在面對激進勢力發動大規模的群眾運動，並引發社會不安或騷動，導致對憲政秩序造成嚴重威脅時，基本法的因應機制是「內部緊急狀態」（innerer Notstand）。亦即當聯邦或某一邦出現內部緊急狀態時，為避免威脅自由且民主的基本秩序之緊急危險，該邦除了得請求他邦警力支援外，更可要求聯邦派遣邊境保衛隊（Bundesgrenzschutz）協助之（基本法第91條第1項）；遭受緊急危險威脅的邦，若本身無意或無能排除危險時，聯邦政府得強行介入，置該邦及他邦警力於其直接指揮下，並得直接派遣邊境保衛隊介入之（基本法第91條第2項）。

一旦激進勢力完全掌控立法與行政兩權，且透過形式的「修憲」來遂行實質的「制憲」，試圖發動一種來自上面的合法政變；面對此一暗渡陳倉藉以顛覆民主的行徑，基本法預設了「永久條款」的機制，明白宣告此一行為是違憲的（基本法第79條第3項）。最後，當別無其他救濟方法以防止自由且民主的基本秩序被摧毀時，基本法特別規定，此時每一位聯邦德國人民皆得「揭竿起義」反抗之（基本法第20條第4項）。換言之，在此一例外狀態下，人民得行使具有自然法性質的「反抗權」（Widerstandsrecht），<sup>10</sup> 作為捍衛民主的「非常手段」（exzeptionelle Mitteln），而其目的乃在於維護或重建自由且民主的基本秩序。

除了前述基本法中關於防禦性民主的制度架構外，不容小覷的是，刑法中有關危害民主法治國的犯罪規定（刑法第80-91條），相關的犯罪行為構成要

---

常情況」（abnorme Lage），產生於某一個憲法機關無法履行正常憲政功能的「當機」（Ausschaltung）情況；最有名的例子就是在威瑪共和晚期，右激進的納粹黨與左激進的共產黨狼狽為奸地癱瘓整個眾議院的運作，完全漠視憲法所賦予眾議院的角色與功能，一味地為反對而反對，以封殺政府的法案、阻礙政府的施政為目的。再者，與例外狀態不同，憲政僵局的異常情況並非不可能以正常的憲政手段排除之；因此，為排除憲政僵局的異常情況，而使用例外狀態的非常手段，絕對是不被允許的。

<sup>10</sup> 德國共產黨（Kommunistische Partei Deutschlands/KPD，簡稱「共產黨」）宣稱「西德」是「非德意志的」，主張對其行使反抗權以推翻之。聯邦憲法法院在1956年的共產黨黨禁判決中，則將反抗權詮釋為「緊急權」（Notrecht），而行使反抗權的目的在於維護或重建自由且民主的基本秩序。見BVerfGE 5, 85。

不過，將屬於緊急狀態法制的反抗權正式植入基本法中（第20條第4項），則要等到1968年的基本法修改。

件以及處罰規定，也構成了聯邦德國保護國家法益的護憲環節。例如刑法第81條規定，意圖危害德意志聯邦共和國之存在、或變更立基於基本法之上的憲政秩序，而以暴力或暴力威脅著手實行者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。再者，為了讓聯邦憲法法院的黨禁判決確實被遵行，刑法第84條規定，繼續運營被聯邦憲法法院宣告違憲的政黨、或在組織上被聯邦憲法法院確認為被禁政黨的替代政黨，首謀者或教唆者處三個月以上，五年以下有期徒刑或併科罰金；前述政黨的積極分子或其相關組織的支持者，處五年以下有期徒刑或併科罰金。

## 二、構成要素

若對前述的制度架構進行剖析，當可清楚看到，由防禦性民主所構築的德國民主第一道防禦戰線包含有三個構成要素：「前進部署」（Vorverlagerung）、「價值制約」（Wertgebundenheit）與「防禦打擊」（Abwehrbereitschaft）<sup>11</sup>（Jesse, 1999: 584~585）。經由前進部署與價值制約，制憲者的「非法化戰略」得以落實在整個制度架構之中；而防禦打擊則是展現不寬容反民主者的戰鬥決心，並保證予以迎頭痛擊且繩之以法。

從整個制度邏輯來看，落實非法化戰略的第一步就在前進部署。雖然縱火燎原的違法性是毋庸置疑的，但焚草星火亦可串燒成為燎原大火，故而為達防微杜漸之效，對以燎原為目的的焚草者，加以監控與規範自是有其必要性。基此認知，為防範未然並有效對抗激進勢力和和平改制的合法性戰術，民主的第一道防禦戰線有必要盡可能地往前推移，全面進駐「非暴力形式的政治行動領域」（Bereich des nicht-gewaltförmigen politischen Handelns）作前進部署。在前進部署下，凡合法的政治行動，不只其外顯的行為必須是非暴力的，內在的意圖更不得危害、甚或摧毀自由且民主的基本秩序，而權力場域的主要行為者一政黨則受到最嚴格的規範。循此可知，非法化戰略因前進部署而跳脫行為價值的事後規範，直接進入目的價值的範疇，對具有惡劣傾向的政黨作預防性的

<sup>11</sup> Abwehrbereitschaft直譯是「防禦待命」，因其重點在「快速打擊」，所以本文譯為「防禦打擊」。

事前規範。毫無疑問的，在此一目的價值取向的合法性判準下，激進勢力不易再「以形式合法掩護實質違法」，有恃無恐地躲藏在自由權的合法性保護傘下暗渡陳倉，其政治行動的自由空間無可避免地受到嚴格的規範與制約。

落實非法化戰略的第二步—價值制約，意指自由且民主的基本秩序被設定為非暴力形式的政治行動領域中違法性的價值判準，其功用在規範政治行動的目的。凡政治行動的目的與憲政的核心價值——自由且民主的基本秩序牴觸者，為違憲；同樣的，藉修憲而變更自由且民主的基本秩序者，亦是違憲。

在非法化戰略完全落實在制度中之後，激進勢力的合法性戰術遂得以被有效破解；接著就要展現不寬容的戰鬥決心，對激進勢力施以防禦打擊，藉以徹底杜絕星火燎原的可能後果出現。至於作為防禦打擊的武器主要有三種，分別是黨禁、禁止結社與剝奪基本權，三者之中以黨禁最重要。事實上，以違憲政黨的確認為核心所構築的整個黨禁機制，正是防禦性民主的核心所在。

經由上述的剖析不難發現，在防禦性民主的三個構成要素中，放棄相對主義改採監護式的價值制約是一種非常獨特的規範；在此價值規範下對激進勢力進行不寬容的防禦打擊，因而形塑出德國民主的特色——好戰。此外，值得一提的是，基於保護自由且民主的基本秩序之目的，聯邦政府依法得設立情蒐總部（基本法第87條第1項），此一機構就是目前隸屬於內政部的「聯邦護憲局」（*Bundesamt für Verfassungsschutz*）。<sup>12</sup> 在整個防禦性民主的制度架構中，聯邦護憲局等於是執行非法化戰略的「天眼」，內設有專責部門負責監控激進勢力的活動和蒐集其違憲的證據。

總而言之，前進部署、價值制約與防禦打擊是防禦性民主三個不可或缺的構成要素，也因此才得以建構出一座火力強大且固若金湯的民主碉堡，藉以完全落實並貫徹制憲者的非法化戰略與戰鬥決心。雖然在基本法中遍尋不著「防禦性民主」的用語，但社會理論家曼漢（*Karl Mannheim*）在基本法頒布後不久，很快就察覺出此一德國民主的特色，並引用李文斯坦所提出的「好戰的民

<sup>12</sup> 聯邦護憲局是在1950年「聯邦護憲條例」頒布後設立的。聯邦護憲局其實就是所謂的聯邦調查局，負責國內情蒐任務，而聯邦情報局（*Bundesnachrichtendienst/BND*）則是負責國外情蒐工作。

主」稱呼之（Mannheim, 1951）。聯邦憲法法院則是在1956年的共產黨黨禁判決中（BVerfGE 5, 85），第一次使用「戰鬥民主」（*streitbare Demokratie*）的稱呼，其在1975年除了繼續使用「戰鬥民主」一詞外，同時也使用「防禦性民主」（*wehrhafte Demokratie*）的用語（BVerfGE 39, 368）。除此之外，還有其他不同的稱呼，例如「設防的民主」、「警醒的民主」、「鬥爭的民主」等。固然有以上這些不同的稱呼與用語，不過在臺灣的我們已習慣於「防禦性」民主（“*wehrhafte*” *Demokratie*）的用語。

## 肆、好戰的德國民主：正當性問題與過當防衛的後果

曾經在防禦性民主積極運作下的聯邦德國，一度造成與激進勢力敵我不兩立的監護式民主之結果，從而也引發不少批評。至於這些批評，則集中在規範面與運作面之上：規範面的批評主要是針對價值制約，這關涉到整個防禦性民主的正當性問題；運作面的批評則是針對防禦打擊，並且聚焦在過當防衛的後果——非常態民主之上。至於前進部署則少見批評，因為自由權本非絕對的權利，況且政治行動的領域屬公領域，而個人或政黨在公領域中原本就受到較多的限制；所以從這個觀點來看，防禦性民主以前進部署限縮激進勢力的政治行動空間，似乎是比較沒有爭議的。<sup>13</sup>

### 一、價值制約的正當性問題

永久條款確立了自由且民主的基本秩序之不可侵犯性，其目的在禁止反民主的多數藉修憲之名遂行制憲之實，俾永遠關閉合法政變之門。然而，若從國民主權原理的角度觀之，立即浮現出一個問題：永久條款是否具有正當性？倘若因為抵觸國民主權原理而不具有正當性的話，那麼整個防禦性民主的非法化戰略勢必出現一個致命的漏洞，任由激進勢力游走其中，自由且民主的基本秩序終將被掏空而顛覆，民主鞏固也將成為遙不可及的海市蜃樓。

<sup>13</sup> 事實上，對於「前進部署」亦有值得深思的批評意見，本文將其留待最後的結論中來探討，以作為展望防禦性民主與德國民主的未來可能演變。



首先，批評者認為，永久條款不具正當性。蓋民主立基於國民主權之上，倘若不能依多數人民的意志來自由決定國家的所有一切、甚至終結民主，那麼此種主權就不是完整的主權；據此論點推之，永久條款不僅牴觸國民主權原理，更剝奪後代子孫的自決權，故而不具正當性。乍看之下，此一批評在形式邏輯上言之成理，似乎難以反駁；惟細究此一論點，不難察覺問題的焦點其實就在於多數決的界限，亦即民主的主權者可否以其多數的決定，將主權轉讓給獨裁者，進而終結民主呢？雖然有認為多數決原則應自始至終貫徹到底，即使以民主程序終結民主亦無不可，因為民主也有死亡的時候；但通說認為，多數決以不破壞民主原則為界限，所以不允許民主的主權者濫用數量上的宰制優勢，將主權轉讓給獨裁者（吳文程，2005：203）。<sup>14</sup>也許只有形式主義者，才會將這種憑藉多數決程序的民主自殺，視為合於民主原則的行動；事實上，民主的自殺就是民主原則的放棄，絕非民主原則的實踐，更不是民主的政治行動。

其次，上述純形式主義的民主理解與法治國原則絕對是不相容的。因為法治國在本質上是以人性尊嚴、自由與正義的保障為目的，此一目的同時也是衡量政治行動的實質合法性之客觀價值所在（Stern, 1984: 781）；更重要的是，此一客觀價值既不受國家支配，同樣也不受公民（Staatsbürger）與民族（Staatsvolk）支配。是故，放棄主權者地位的自決權只是一種虛假的民主權利，其除了與當家作主的民主原則不相容之外，更讓法治國的基本價值陷於自相矛盾之中。民主國家中的任何人皆無權利出賣自己永為奴隸，更不被允許將此種枷鎖任意加諸在後代子孫身上，這不僅對個別的公民適用，同樣也適用於整個民族。民主國家的公民是權利主體，這是不容質疑的；當下的公民對於他們自己的命運擁有自決權，未來的公民當然也有權利決定他們自己的命運，這種權利是不容被剝奪的。因此，讓後代子孫被奴役，才是真正剝奪他們的自決權，其不公不義實不亞於奴役其他民族（Löw, 1995: 252）。

<sup>14</sup> 其實只要明白區分憲法之上的「人民」與在憲法框架內行使政治權利的「人民」二個概念不同之處，就可清楚區別，此處所謂的民主的主權者屬於後者的「人民」概念，如此就可以導出多數決的界限所在。



再者，另有三個針對永久條款的有力批評，在此一併枚舉：（一）永久條款將會導致社會僵硬，致使基本法之國無法靈活適應社會的新發展。（二）永久條款是無用的空言，因為反民主的激進政黨一旦擁有足夠的權力，勢必凍結、甚至廢棄永久條款；所以永久條款與障眼法無異，只是在激進勢力之前營造一種虛假的安全，導致待命的防禦打擊反而被弱化。（三）永久條款牴觸國家中立原則，因為國家不得成為任何特定族群、宗派、階級與黨派的統治工具。針對前述三個批評，其反駁理由如下：首先，永久條款所確立的永久價值，在實際上並未妨礙社會秩序在民主框架內的繼續發展。雖然明文禁止對自由且民主的基本秩序作變更，但整個自由開放的政治法律體系依舊保有其不斷適應社會變遷的彈性。其次，對於永久條款無法約束掌控大權的激進政黨之必然結果，其實制憲者也心知肚明；然而，他們的考量是，絕不讓民主的敵人戴上「合法性面具」（Maske der Legalität），藉以杜絕合法政變的可能性（Jesse, 1999: 585）。再者，永久條款所確立的民主框架以及程序正義，使得大部分的國家政策皆能反映社會多數成員的意見，這與獨裁統治刻意維持特定人、或特定集團的利益是不相同的；況且，國家中立是指公民在私領域中的行動，只要不妨礙他人自由，國家對其價值、信念等皆抱持不過問的中立態度。至於公民在公領域中的行動，雖受到較多的規範和制約，但只要這些規範和制約不與憲政的核心價值牴觸，且具有民主正當性便無可非議（江宜樺，1998：105~109）。

最後，根據上述的探討與分析可知，永久條款具有正當性，因其而來的價值制約自然也具有正當性。<sup>15</sup> 然而，真正不容忽視的問題是，源於價值制約而來的自由權限制條款本身所潛藏的濫用危險。一旦自由權限制條款被濫用，尊重少數的民主原則將被刻意抹滅，導致政治上的「異議」在防禦打擊下被污名化與被鎮壓，因而造成另一種多數專制的形式。將自由且民主的基本秩序作為不容侵犯與不可變更的憲政核心價值，確實有助於早期聯邦德國的社會穩定與民主鞏固；惟因其而來的價值制約也應該為社會成員保留異議的空間，否則不

<sup>15</sup> 事實上，從法學觀點來看，建構在基本法中的價值制約正是「自我主張為正當的合法性」之體現。參閱蔡宗珍（2004：161~162）。

僅會悖離民主社會多元開放的本質，同時也會喪失其得以不斷成長的內在動力（許國賢，2001：64）。關於自由權限制條款的濫用問題，因涉及到防禦性民主的過當防衛，所以本文安排在下一小節中作詳細探析。

## 二、過當防衛的後果

### （一）機會原則下的不公平現象

基本法第21條第2項規定，政黨依其目的及其黨員的行為，意圖破壞或摧毀自由且民主的基本秩序、或危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲；政黨是否違憲，由聯邦憲法法院判定之。在司法上審查以確認政黨的「違憲性」（Verfassungswidrigkeit），目的在以此作為黨禁判決的理由。所以在整個黨禁訴訟中，黨禁申請能否奏效，關鍵就在於聯邦憲法法院的違憲性確認之結果。實務上，聯邦憲法法院曾直接依據基本法第21條第2項，以及聯邦憲法法院法（Bundesverfassungsgerichtsgesetz/BVerfGG，簡稱「憲院法」）第13條第2款和第43條以下的規定，在1952年與1956年分別確認社帝黨以及共產黨的違憲性，並以之作為黨禁判決的理由（BVerfGE 2, 1; BVerfGE 5, 85）。<sup>16</sup>

雖然違憲政黨的確認是專屬於聯邦憲法法院的司法權限，但是否對違憲政黨提出司法確認並據以申請黨禁，其權限則在聯邦政府與國會兩院（憲院法第43條第1項）。<sup>17</sup> 基於不告不理的司法特性，作為防禦打擊的主要武器——黨禁的啟動權實際上是掌控在聯邦政府與國會兩院的手中。從整個運作的實際經驗來看，在行政與立法機關決定是否對違憲政黨提出黨禁申請時，「政治優先法律」的「機會原則」（Opportunitätsprinzip）是其權衡考量的主要依據。換言之，雖然某一政黨的違憲性是確鑿的，但是該黨是否會被禁，首要關鍵就在

<sup>16</sup> 社帝黨宣稱第三帝國依然存在，堅持德意志聯邦共和國的新政府不具正當性；共產黨在其德國民族統一綱領（*Programm der nationalen Wiedervereinigung Deutschlands*）中，明白宣示要推翻艾德諾政權（*Sturz des Adenauer-Regimes*）。此二激進政黨咸認為，立基於基本法之上的「西德」是「非德意志的」，並且誓言推翻「西德」。

<sup>17</sup> 若以刑事訴訟的規定來理解黨禁訴訟，則政黨違憲可被視為一種「公訴罪」，必須由檢察官（政府或國會）向唯一具有管轄權的聯邦憲法法院提起告訴。

於行政與立法機關的政治權衡；因此，若沒有提出黨禁申請，則該違憲政黨就可以逍遙法外、高枕無憂了。

在了解黨禁的實際運作之後，再深入分析上述的社帝黨與共產黨的黨禁判決以及1968年擱置德國共產黨（Deutsche Kommunistische Partei/DKP，簡稱「德共黨」）<sup>18</sup>的黨禁申請案，不難發現機會原則刻劃在這三個案例上不公平的鑿鑿痕跡。其實社、共兩黨的被禁，除了與當時的政治局勢有關外（「莫忘1933」的反納粹壓力和東德共黨政權的威脅），主要關鍵還是在於基督民主聯盟／基督社會聯盟（Christlich-Demokratische Union/Christlich-Soziale Union；CDU/CSU，簡稱「基民黨／基社黨聯盟」）與德國社會民主黨（Sozialdemokratische Partei Deutschlands/SPD，簡稱「社民黨」）的政黨利益考量。再者，拉大時間跨距來看，倘若沒有被禁，社帝黨與共產黨也不可能聯邦德國的政黨體系中扮演重要的角色，更遑論對自由且民主的基本秩序造成具體危害。

至於德共黨，雖然違憲證據確鑿（Olzog & Liese, 1991: 198），<sup>19</sup>但內閣會議基於四點政治考量，決議擱置對該黨的黨禁申請：（一）避免聯邦德國被類比為當時反共且獨裁的西班牙與葡萄牙；（二）倘若對德共黨施以黨禁，卻任令在選戰中大有斬獲的國家民主黨氣焰高漲，那麼恐被批評為不公平的「打左不打右」；（三）外交上東進政策的考量，因為一旦對德共黨提起黨禁申請，不僅不利兩德關係正常化的協商，同時也將損及與東歐共黨國家建立外交關係的努力成果；（四）經濟發展與政治穩定帶來自信，認為可以應付與整合德國社會主義統一黨（Sozialistische Einheitspartei Deutschlands/SED；亦即所謂的「東德共產黨」）的馬前卒—德共黨。不過法律畢竟不同於政治，基於政治權衡的機會原則，最後反而造成法治國的內在矛盾；亦即一個實質違憲的政黨，不但未受黨禁處分，反而還享有合法政黨在法律上受保障的地位與權利。

<sup>18</sup> 1956年共產黨被禁後，轉入地下活動，其地下組織在1960年代末浮出檯面，稱為德共黨。所以德共黨就是共產黨的替代組織，全名皆是德國共產黨，且皆簡稱為「共產黨」；然而，為方便區別，本文稱KPD為共產黨，DKP為德共黨。

<sup>19</sup> 德共黨自視為「革命戰鬥黨」，揚言要依照東德的模式，以革命的方式在西德境內實現社會主義。

此外，對德共黨的容忍，也讓人不得不對其前身共產黨的被禁產生強烈的質疑，懷疑司法是否為政治背書。總而言之，在這三個案例中，社帝黨與共產黨的被禁顯然是不符合比例原則的過當防衛，而容忍違憲的德共黨則是嚴重傷害法治國的公平原則。

## （二）過度設防與打擊

1950年代初，挺立於東歐鐵幕前的聯邦德國，不僅成為反共的最前哨，甚至更面臨東德共黨政權的嚴峻挑戰；受此影響，加上當時以基民黨／基社黨聯盟為主的保守勢力執政，國內的政治與司法運作因而趨於保守。在濃烈的反共氛圍中，共產黨被禁後，該黨黨員接二連三地被控觸犯叛亂罪，且很快地被定罪判刑。一連串秋後算帳的司法行動，全然顯露出刑事判決背後的反共思維，因而導致刑罰政治化的不公現象出現。直到1961年，聯邦憲法法院明確指出這些刑事判決的違憲性後，這種以刑罰鎮壓政治對手的枉法不公行動才終於劃下句點（BVerfGE 12, 296）。此外，在1964年「社團法」（Vereinigungsgesetz）頒布前，聯邦與各邦的內政部總共發布了328個行政禁令，逕行強制解散反民主的激進團體，並起訴這些團體的負責人與重要幹部（Dose, 1999: 122~123; Jesse, 1999: 586~587）。前述這些事實不約而同地指出，在政治的反共大轟下，這種高強度與高密集度的防禦打擊不但違反比例原則，而且更造成一股白色恐怖的肅殺氣氛。

值得注意的是，在擱置德共黨（1968年）與國家民主黨（1968年）的黨禁申請後，隨即浮現一個令人關心的問題：是否應將這些逍遙法外的實質違憲政黨的支持者排除在公務機關之外？1972年，聯邦與各邦政府針對此一問題作出了共同決議——「參與激進組織的公務員之處置原則」（Grundsätze über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen）（Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen, 1972: 342）。由內容觀之，此一共同決議亦可稱為「激進分子決議」（Extremistenbeschluss，亦稱為“Radikalenerlass”），其總共臚列三項處置原則，簡述如下：（一）公務員須時時刻刻、毫無保留且積極擁護自由且民主的基本秩序；若未盡此義務，致令人懷疑其忠誠者，雇用機關得審查並決定是否開除之。（二）欲擔任公務員者，必須保證會時時刻刻、毫無保

留且積極擁護自由且民主的基本秩序；凡有敵憲行為、或隸屬於某一敵憲組織者，不得進入公務機關服務。（三）公務機關的工友與雇員亦適用前述規定。正如預料，激進分子決議所要求的「忠誠審查」引發極大的爭議，被批評是一種荒謬且違憲的「良知審查」；此外，賦予行政機關擁有忠誠審查權，不僅可能會促使一個威權國家與順民社會的出現，甚至將使得公務機關的成員成為乖乖牌的阿諛諂媚者。再者，捨棄基本法中構成要件明確且能夠被客觀證明的「違憲性」概念，反而採用一個人人必須臣服但內容不確定的概念——「敵憲性」（*Verfassungsfeindlichkeit*），其嚴重牴觸法治國的法規範明確性原則，自是毋庸置疑。

更甚者，整個激進分子決議的執行，最後竟然演變成只針對德共黨黨員的不公現象，故而被批評是對付該黨黨員的「職業禁令」。雖然聯邦憲法法院明白指出，「無論一個敵憲的政黨有無被禁止，不應以其成員身分，而應以欲擔任公務員者的個人行為，作為決定是否拒絕雇用的判準。」（*BVerfGE 39, 334*）然而，由保守的基民黨與基社黨執政的邦仍一意孤行，繼續封殺德共黨黨員於公務機關之外，形成法治國內部一國兩制的精神分裂現象。政治學者榮泰默（Kurt Sontheimer）的批評指出，激進分子決議除了導致對法治國的非難（*Beanstandungen*）之外，更讓作為自由民主國家的聯邦德國在1970年代嚴重蒙羞（1993: 201）。

### （三）非常態民主的出現與轉機

事實顯示，德國並未隨著二戰的結束以及納粹政權的瓦解而立即處於「歸零時刻」（*Stunde Null*），尤其在涉及價值觀的政治文化領域更是如此。為對抗反民主的激進勢力以避免威瑪悲劇的重演，對於一開始因認同憲政民主的政治文化尚未成形而自信不足的聯邦德國政府而言，防禦性民主的落實與貫徹自然有其必要性。藉由基本法中的防禦性民主機制，制憲者為德國第二個民主政體構築一道銅牆鐵壁、固若金湯的（第一道）防禦戰線。所以在整個1950、60年代，甚至直到1970年代初，亦即聯邦德國進行民主鞏固的初期，防禦打擊的高強度與高密度運作，致使防禦性民主的戰鬥性顯露無遺；然而，在過度設防與打擊下，自由權在相當程度上被嚴重壓制。是故，此時的德國民主視



激進勢力為水火不容的敵人，可謂是一種不寬容且帶有父權主義色彩的監護式民主。在人民對於民主政治仍然陌生且懷疑的情況下，監護式民主將特定的價值觀置於如同碉堡般的層層制度保護中，對於不承認、拒絕、甚至與之對立的價值觀則視之為有害的毒蛇猛獸，並且施以嚴厲的打壓，因其明顯抵觸民主的多元主義相對價值觀與寬容精神，最後導致民主出現非常狀態的現象。惟無可否認的是，民主政治具有相對主義的背景，因為沒有一種政治觀是可以被證明的，也沒有一種是可以被反駁的；基此認知，這種價值制約且好戰的監護式民主就是一種非常態民主。對於這種因防禦性民主的積極運作所造成的民主之非常態現象，批評之聲不絕於耳，甚至擔心將會導致威權國家的出現。

綜觀整個防禦性民主的制度架構，以運作面的防禦打擊這一部分最為人詬病，而針對防禦打擊的批評，主要聚焦在防禦性民主最重要的打擊武器——黨禁之上。實務上，是否對違憲政黨提出黨禁申請，完全繫於聯邦政府與國會的裁量權，此處適用政治優先法律的機會原則，但也因為政治權衡而嚴重傷害法治國的平等原則。弔詭的是，固然機會原則下的政治權衡曾令法治國蒙羞，卻也讓防禦打擊具有自我調整的靈活性，進而使得原本好戰的德國民主可以不再好戰，轉而呈現出民主的正常運作樣貌。

進一步觀察黨禁從情蒐、訴訟到執行的全部過程，不難發現利用國家權力打擊政治對手，藉以維護政黨利益的鑿鑿痕跡。是故，為防止國家權力的濫用，作為最重要的防禦打擊武器——黨禁在其訴訟程序中內建有分權制衡的機制，亦即區分「起訴權」（提起政黨違憲確認，並主張黨禁）與「審判權」（確認政黨有無違憲，並據以宣告黨禁），並由強調效能的聯邦政府與著重公平正義的聯邦憲法法院分別掌控之，藉此發揮制衡的作用。<sup>20</sup>此外，在握有「起訴權」的聯邦政府這邊，因實際上皆為聯合政府的型態，所以在執政聯盟內部自然形成一種啟動整個黨禁訴訟的一道制衡。此一雙重制衡除了在很大程

<sup>20</sup> 固然國會有權提出黨禁申請，但由於聯邦德國施行議會制，作為政府首長的總理掌控國會（眾議院）的多數席次，所以透過政黨政治的運作，演變成黨禁申請主要是由聯邦政府提出。再者，聯邦護憲局直接隸屬於內政部，加上政府擁有許多行政資源與管道可直接掌握政黨的違憲證據，而國會則否，況且黨禁的執行也是由政府機關（內政部）負責的，因此黨禁申請由聯邦政府提出較妥。



度上能夠避免黨禁淪為壓迫反對黨的超級武器之外，同時也因為機會原則的緣故，令黨禁能夠在新的政治局勢中，無窒礙地調整打擊強度與打擊對象，讓德國民主順利地由民主的非常狀態轉變為正常狀態，進而避免防禦性民主成為被抨擊的箭靶。

## 伍、防禦性民主的變遷與不再好戰的德國民主

### 一、隱而不顯的戰鬥性與黨禁的轉向

如上所言，在共產主義的外在威脅下，以及「莫忘1933」的國內保守政治氛圍中，為有效保護憲政民主，防禦性民主確曾以強大的打擊火力鎮壓激進主義運動，其戰鬥性也因而顯露無遺。然而，在德國民主快速鞏固的過程中，防禦性民主在運作上也隨著政治局勢的改變而作相應的調整；一段時間過後，這些經年累積的調整終於刻劃出防禦性民主的變遷，德國民主也因而得以呈現出正常狀態的運作樣貌。令人訝異的是，防禦性民主的價值規範構成要素—前進部署與價值制約的嚴密組合關係並未隨著變遷而鬆動；換言之，這兩個構成要素依舊有效發揮制約的功能，並且繼續以環環相扣的組合架構整個非法化戰略。事實上，變遷僅發生在倍受批評的防禦打擊這一部分，其實際運作已由原本的火力全開，調整為幾乎是備而不用的熄火狀態。至於這個重大轉變，可以從三種打擊武器的實際使用情形得到印證，亦即剝奪基本權從未有之，<sup>21</sup> 禁止結社在1964年後已大幅減少，甚至最重要的打擊武器——黨禁在1956年之後就未再宣判。由於德國民主在1960年代末、70年代初已達致鞏固，導致備而不用的防禦打擊讓防禦性民主的戰鬥性隱而不顯，進而讓德國民主褪失原本的好戰特色，並且與英、法等歐洲國家的民主幾乎是無所差異。

整個防禦打擊除了弱化為幾近備而不用的熄火狀態外，黨禁在運作上更出現了「打法西斯不打馬克思」的打擊轉向，究其原因，主要有二：一是1968

<sup>21</sup> 剝奪基本權的申請由眾議院、聯邦政府或邦政府提出後，再由聯邦憲法法院審查及確認後宣告。時至今日，只出現過2件剝奪基本權的申請案，但都沒有通過聯邦憲法法院的審查。

年的學生運動（簡稱為「六八運動」），二是1989年東德共黨政權的垮臺。眾所周知，六八運動是帶有左派色彩的「西方文化大革命」，它夾雜著馬克思主義、享樂主義與反威權主義的成分，並且主張對當時的威權式保守體制採更直率的批判立場。對體制的批判深深影響聯邦德國人民的政治態度與行為模式，卒至於對公民文化的出現起了推波助瀾的催化作用。這種對威權持批判立場與追求政治參與的公民文化，最先出現在知識分子社群中，並且認為，不應將持批判立場的左派反（資產階級的）民主運動，等同為威脅憲政民主的毒蛇猛獸。另外，由於德共黨成功整合進入「國會外反對黨運動」，甚至與一些民主組織結盟，導致對共產黨的鎮壓成為被抨擊的箭靶，且轉而要求一種契合時代的政治寬容，最後這種寬容又轉變成為強烈反對「教條式的反共主義」。對德共黨的黨禁申請無疾而終後，雖然透過修改刑法的方式，授權給立法機關得對該黨提出刑事訴追，但當時的大聯合政府（1966~1969）始終不願對德共黨採鎮壓行動；至於引發高度爭議的激進分子決議，也僅侷限在一些保守政黨執政的邦被繼續執行。總之，六八運動明顯地對黨禁的實際運作產生深遠的影響，致令其朝「寬容」左激進的德共黨之有利方向發展。然而，即使六八運動支持追求更大程度的政治寬容，但無論如何，卻絕不肯承認法西斯的右激進勢力是合法的。

至於1989年東德共黨政權的垮臺，不僅導致「真實的社會主義」（*der reale Sozialismus*）在德國土地上煙消雲散，更連帶使得所有的左激進團體一蹶不振，甚至有些團體直接就地解散。惟整個局勢的逆轉著實令人瞠目結舌，蓋兩德統一後的第一次全德眾議院選舉，前東德共產黨的後繼組織——「民主社會主義黨」（*Partei des Demokratischen Sozialismus/PDS*，簡稱「民社黨」）竟然成功登上聯邦德國的政治舞臺。<sup>22</sup> 由於民社黨並非是民主聖杯的真正守護者，因此所有的民主政黨無不戒慎恐懼地與該黨劃清界線，唯恐被戴上紅帽。隨著德西的政經勢力如洪水般地大舉入侵德東，加上該區的失業率快速攀升，

<sup>22</sup> 1990年德國統一後的眾議院選舉，雖然民社黨在全國範圍只獲得2.4%的政黨票，但卻囊括德東地區11%的政黨票。按聯邦憲法法院在選前的政黨機會平等判決，民社黨無需在全國，只要在德東地區得票率超過5%，便可參與眾議院的席次分配（該次例外只適用於1990年的眾議院選舉）。該次選舉民社黨共獲得17個席次，順利進入眾議院。

致使民社黨除了在邦層級的選舉中連連告捷、聲勢不斷高漲之外，同時更被德東人視為是代表該區利益的「本土政黨」。<sup>23</sup> 在形勢比人強的情況下，終於逼使泥於德西觀點的主要政黨不得不正視民社黨存在的事實，及其背後所代表的政治與社會意涵。

究竟民社黨是否為民主政黨？倘若是的話，那麼理應讓它在聯邦層級的政治承擔治理責任；倘若不是的話，那麼即使在邦層級的政治也不應該與其合作，更遑論合組邦聯合政府。<sup>24</sup> 此一問題對黨禁的最終轉向具有關鍵性意義，亦即倘若民社黨是民主政黨，那麼該黨便不歸屬於防禦性民主的非法化戰略所要對付的激進政黨，因此在定位上就不是一個「被容忍的違憲政黨」，而是「受基本法保障的合憲政黨」。最後，基於二個政治考量，決定承認民社黨是民主政黨，以便讓該黨參與政黨政治之運作，並讓其共同負起治理責任。首先，基於權力政治的考量，因為社民黨不願與基民黨在德東地區合組聯合政府，以免讓民社黨成為德東地區左派勢力的雨水匯集池。其次，考量德東人的感受，認為不應該排斥一個地區性大黨，以免讓德東人民有被殖民化的感覺。

事實上，大部分的德東人並不認為民社黨是激進的，反而認為該黨才是真正「德東人的政黨」（Partei der Ostdeutschen）；故而在德東人的支持下，民社黨迅速成為扎根立足於眾議院的政黨，<sup>25</sup> 甚至是德東地區某些邦的最大黨。相對於民社黨的幸運際遇，國家民主黨等右激進政黨在1989年後依舊處處受

<sup>23</sup> 站在德東人的立場來看，德國統一是「東德」被「西德」併吞，他們因而失去了國家、失去了認同符號、失去了社會主義、也失去了習慣使用的東德馬克。很快的，在弱肉強食的資本主義社會中，不少德東人突然發現，民社黨是唯一留下來的東西，相對於那些「外來政黨」，它才是「本土政黨」。

<sup>24</sup> 1994年，在德東的Sachsen-Anhalt出現一個受到民社黨容忍、由社民黨執政的少數政府。之後，在德東地區最北端的邦Mecklenburg-Vorpommern，出現第一個由社民黨與民社黨合組的「紅紅」聯合政府。

<sup>25</sup> 2005年眾議院選舉前，為拓展德西的選票，在曾任社民黨主席的拉封登（Oskar Lafontaine）牽線下，民社黨與德西的左派政黨—勞動與社會正義黨（Arbeit & soziale Gerechtigkeit-Die Wahlalternative; WASG）合作，共組左派聯盟（Linksbündnis）；有鑑於此，民社黨遂在2005年7月將其德文名稱改為Linkspartei.PDS。該次選舉結果，此一左派聯盟得票率8.7%，按比例分配到54個眾議院席次。2007年6月，民社黨正式合併勞動與社會正義黨，新的黨名為「左派黨」（Linkspartei.PDS/die Linke）。

到壓制與隔離。在引起國際社會矚目的仇外騷動中，右激進政黨甚至被認為是仇外意識形態的提供者，<sup>26</sup> 因而被德國政府繼續置於聯邦護憲局以及各邦護憲廳的嚴密監控下。

## 二、促成變遷的因素

促成防禦性民主（主要是防禦打擊）變遷的因素可區分為制度性因素與非制度性因素，前者主要是聯邦憲法法院的制衡角色、行政與立法機關的裁量權以及緊急狀態法制，而後者主要是政治文化。

### （一）制度性因素

#### 1. 聯邦憲法法院的制衡角色

在整個黨禁訴訟中，政黨是否違憲僅能由聯邦憲法法院確認之，藉以制衡提出黨禁申請的聯邦政府與國會，進而確保國家權力的行使合於法治國的實質精神。為確認政黨是否違憲，聯邦憲法法院必須進行相關證據的審查，而此一政黨違憲確認權的直接法源就在基本法第21條第2項。此外，憲院法第46條第1項更課予黨禁申請人的舉證責任，亦即必須證明其黨禁主張是有理由的，聯邦憲法法院才會採信並確認被主張的違憲性，再據此確認作為黨禁判決的理由。雖然處於嚴打激進勢力的風聲鶴唳中，但為防止黨禁的濫用，聯邦憲法法院在共產黨的黨禁判決中，毅然樹立政黨違憲的確認判準：

政黨不因不承認、或拒絕自由且民主的基本秩序之最高原則，甚或因提出另一種對立的政治原則，就率爾操觚地認定其已然違憲。確切言之，一個違憲的政黨，不只必須具備一種對抗自由且民主的基本秩序之積極鬥爭與攻擊之態度（eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung），更必須計畫周詳地（planvoll）阻礙此一基本秩序的運

<sup>26</sup> 右激進政黨的意識形態「具有反民主與維繫傳統右派意識形態之特質。其所傳達的威權政治概念不僅在闡揚『國家至上、民族至上』的價值觀，同時亦把國家地位置於社會之上，絕不容許存在多元化的『民族共同體』」。由於「呈現出社會的某種不對等意識，很自然地就會產生排斥『非我族類』的行為」（吳東野，1992：65）。

作，並且圖謀進一步摧毀此一秩序。自由民主國家不應為對抗敵憲政黨而先發制人採取行動，它寧可採取守勢，僅只針對基本秩序的攻擊作防衛（BVerfGE 5, 141）。<sup>27</sup>

在上述的判決中，作為憲法守護者（Hüter der Verfassung）的聯邦憲法法院鄭重地告誡黨禁申請者：「自由民主國家不應為對抗敵憲政黨而先發制人採取行動，它寧可採取守勢，僅只針對基本秩序的攻擊作防衛。」雖然共產黨因此一判決被解散，並且禁止成立替代組織，但也讓聯邦政府與國會欲再度提出黨禁申請時，必須認真考量聯邦憲法法院的制衡角色以及可能敗訴的政治風險。

## 2. 行政與立法機關的裁量權

是否提出黨禁申請，繫於聯邦政府與國會的裁量權，其所依據的是「機會原則」。換言之，在政治優先法律的運作原則下，不僅必須將可能敗訴的政治風險列入考量，更要計算政治上的成本效益：亦即是要在沸沸揚揚的黨禁訴訟後，該被禁政黨轉入地下活動，反而更難以監控；抑或是讓該違憲政黨在民主選舉中因敗選而自然消失。

在針對德共黨與國家民主黨的黨禁申請討論中，雖然聯邦政府認為該二政黨違憲的證據確鑿，但基於政治權衡終究還是擱置了黨禁申請。值得注意的是，當時執政聯盟內部對激進政黨的處置策略形成了一個共識，那就是先以非法化戰略將激進政黨貼上違憲標籤；接著以「政治手段」對付違憲政黨的同時，更指示護憲機關嚴密監控其所有的活動；最後，違憲政黨因得不到選民的認同與支持，卒至於在選舉中因敗選而逐漸植物人化或泡沫化（Rudzio, 1991: 101~103）。在這個共識中，黨禁被認為是最後、也是風險最高的手段——「司法手段」。

<sup>27</sup> 直到目前為止，共產黨的黨禁判決是聯邦德國最後一個黨禁判決。事實上，本申請案於1951年已由（聯邦）政府正式向聯邦憲法法院提出，由於爭議性甚大，所以遲遲無法作出判決。據說當時聯邦憲法法院第二庭的庭長曾赴波昂（Bonn），親自詢問政府是否真的堅持此一申請案。直到1956年，聯邦憲法法院終於做出此一充滿爭議的共產黨黨禁判決。



### 3. 緊急狀態法制

倘若以設定的功能為標準，那麼防禦性民主的打擊武器可區分為二大類型：一是預防性武器，另一是鎮壓性武器；<sup>28</sup> 黨禁、禁止結社與剝奪基本權屬於前者，而由反抗權、立法緊急狀態和內部緊急狀態所建構的緊急狀態法制則屬於後者。整體觀之，可發現二者是相輔相成、缺一不可的關係，共同構築防禦打擊的整體性。在實際的運作上，若無鎮壓性武器，僅依靠預防性武器來捍衛民主，則可能會因杯弓蛇影心態而嚴峻執法，極盡可能地打擊激進勢力；然而卻也可能出現箝制與鎮壓自由權之嚴重流弊，導致寒蟬效應，政治上的反對黨恐難立足。反之，若無預防性武器，僅賴鎮壓性武器來捍衛民主，則任令激進勢力心懷不軌地玩弄焚草星火，導致民主陷於燎原大火的險境中，造成國家與社會的動盪，這也絕非保障自由權的本意。

原本防禦性民主的武器庫中只配備有預防性武器，卻無鎮壓性武器。直到1968年基本法大修後，<sup>29</sup> 反抗權、立法緊急狀態與內部緊急狀態等鎮壓性武器才正式加入德國民主的第一道防禦戰線，防禦打擊的整個武器系統終於完備。從此以後，由於預防性武器不再需要一直處於火力全開的狀態，故而防禦打擊在實際的運作上，方能真正具備靈活性與層級性。<sup>30</sup>

### （二）非制度性因素：認同憲政民主的政治文化

促成防禦性民主變遷的非制度性因素，主要是政治文化的轉型。六八運動催化政治文化的轉型，一般而言，到了1960年代末、70年代初，聯邦德國已

<sup>28</sup> 預防性與鎮壓性二者的區分，本文是以激進勢力的行動已經對憲政秩序造成嚴重威脅，或其已經大舉進入國會，且達到令憲法機關（尤其是國會）在運作上產生當機（Ausschaltung）之緊急危險程度為標準，此一情勢下與其相對應的打擊武器可歸類為鎮壓性武器；若非如此，則屬於預防性武器。

<sup>29</sup> 經由1968年6月24日基本法第17次的增修，緊急狀態立法被引進基本法中，其中涉及到增加、修改與刪除的條款高達28條。反對在基本法中建構緊急狀態法制者批評，緊急狀態立法將創造一個主權者的人民無法去除的權力卡特爾（Machtkartell），因此德國第二個民主政體的終結是可預見的。從事後的發展來看，此一看法只是杞人憂天的想像。不過，因為學生團體激烈反對此一增修案，導致六八運動的暴力化，一些左激進學生團體甚至組織恐怖團體（例如「赤軍團」，Rot Armee Fraktion/RAF），進行謀殺、爆炸、甚至劫機等恐怖主義活動。

<sup>30</sup> 截至目前，緊急狀態法制從未使用過。



經成功塑造出公民文化；此時多元主義的相對價值觀已經內化成為菁英（尤其政治菁英）的信念，而原本崇尚威權、深受順民文化薰陶的聯邦德國人民也已經蛻變成爲公民社會的民主人。俯仰於德國第二個民主政體之中，基本權獲得保障，個人生命與人格得以自由發展，人性尊嚴受到充分的尊重與保護，基本法之國所構築的憲政民主，不僅讓人得以安身立命於「思想家與詩人的國度」，同時更獲得人民的衷心認同。事實證明，根植於此一體制認同上的政治文化，進一步地由內部強化德國第二個民主政體的體質。影響所及，政治領導人的信心大增，認為可以儘量使用代價最低的政治手段來對付激進勢力，同時也為免於被批評，防禦性民主的防禦打擊自然以備而不用為原則。

此外，從體制認同的角度觀之，緊急狀態法制的引進，其所顯示的意涵無疑是一種心理取向；亦即聯邦德國人民終於知道為何與為誰而戰，那就是他們認同德意志聯邦共和國的憲政民主，願意為基本法之國而戰。事實上，這種體現於政治文化的熱愛基本法之國且認同憲政民主，正是哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）所說的「憲政愛國主義」（Verfassungspatriotismus）（蕭高彥，1997：12）。

## 陸、與激進勢力共存的德國民主：憲政愛國主義與防禦性民主的未來

### 一、德國民主的第二道防禦戰線：憲政愛國主義

憲政愛國主義的概念是政論家史坦貝格（Dolf Sternberger）率先提出來的；史氏認為，這是一種根源於對基本法之國認同的愛國主義，更是對抗激進勢力的精神利器（1993a: 2~4）。在紀念基本法30周年慶的短文〈憲政愛國主義〉<sup>31</sup>中，史坦貝格語重心長的說：「民族情感的傷痛仍在，因為我們並非生活在一個完整的德國之中；惟我們生活在一個完整的憲政國家之中，而她本身

<sup>31</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.5.1979 (Sternberger, 1993a: 2~4).

就是一種祖國。」所以基本法之國就是「德國人的祖國」，<sup>32</sup> 故而憲政愛國主義就是「祖國之愛」的適當表達。史氏接著描述自由且民主的基本秩序在德意志聯邦共和國的具體實現，並且明白指出，「沒有國家就沒有自由，更沒有外在於國家的人權，因為人權必須經由國家轉換成為公民權」；「基本法是一部好憲法，我們無需畏怯對基本法的稱頌」，因此「我們絕不允許為了民族與其完整性而拋棄這部憲法」。在文章的結尾，史氏義正嚴詞、鏗鏘有力的說：「合宜適度的不滿是對國家有裨益的，但不會因為這種不滿而減少對這部憲法的忠誠。對抗那些公開的敵人以保護這部憲法，乃是愛國主義者的義務。」

在史坦貝格的論述中不難發現，自由且民主的基本秩序是促使不同背景的社會成員能夠對話溝通的形式程序，在這個制度規範的基礎上，進而產生價值理念上的交疊共識——體制認同。在此一新的認同下，基本法之國終於蛻變成爲聯邦德國人民的祖國，而憲政愛國主義就是緣起於祖國之愛。這一個重新獲得的祖國，是值得每一位德國人為它效命的，所以對抗那些公開的敵人以保護憲政民主，乃是愛國主義者在道德上義不容辭的義務，更是祖國之愛的適當表達。

1980年代末期以後，提倡憲政愛國主義的人士中，以法蘭克福學派的大師級學者哈伯瑪斯最引人注目。哈氏認為憲政民主體現了近代合理化生活的結晶，也成為進一步合理化的催化劑；至於憲政民主的此種合理性，基本上是一種文化的合理性。基此認知，哈氏強調政治文化在憲政民主中的樞紐地位，而政治文化本身其實就可以作為憲政愛國主義的共同基礎（蕭高彥，1997：12；江宜樺，1998：113）。故而哈氏進而指出，政治文化所形塑的憲政認同，使得聯邦德國人民普遍表現出一種憲政愛國主義的精神。基於深植於信念中對基本法原則、以及西方社會自由民主的基本價值之認同與奉行，致使絕大多數的人民忠於德意志聯邦共和國的憲政民主，並熱愛自己的國家。這種愛國

<sup>32</sup> 早在1959年9月16日，Dolf Sternberger在Frankfurter Allgemeine Zeitung寫了一篇標題〈祖國〉的短文，在文中Sternberger提問：「我們是否已經重獲一個值得每個人為她效命的祖國？」Sternberger斬釘截鐵地回答說：「是的！這個祖國就是我們所創造的共和國（Republik），這個祖國就是我們現在真正享有的自由（Freiheit）。」（Sternberger, 1993b: 1~2）。

主義產生於制度文化—政治文化，與基於特定民族的道德文化以及宗教信仰的族群文化不同，它是以具有普遍性的憲政民主之基本價值以及自由、平等和成熟的公民理念為維繫中心（葉陽明，2006：34-35）。<sup>33</sup>

事實證明，鑲嵌於人民心版上的法治國原則，加上對於憲政民主的堅定信仰，使其成為政治文化中防堵民主木馬的強大抗體，而根源於對基本法之國的熱愛與效忠的憲政愛國主義，更是對抗激進勢力的精神利器。基本法以前進部署的方式，在非暴力形式的政治行動領域中，為德國民主構築第一道防禦戰線—防禦性民主，成功地塑造出一座堅固的民主碉堡。憲政愛國主義的出現與提倡，則又更進一步地深入人民的政治價值觀之中，為德國民主架設第二道防禦戰線，以有效避免禍起蕭牆的憾事再現。<sup>34</sup>事實上，聯邦德國在民主化的進程中，民主鞏固的成功關鍵就在於第二道防禦戰線的出現。不過，隨著民主鞏固而來的問題是：既然德國民主在運作上已經正常化，因此是否要終止基本法中的防禦性民主機制，藉以廢棄這條價值制約且好戰的「獨特路徑」？

## 二、防禦性民主的未來：如何與激進勢力共存？

### （一）繼續禁止激進勢力抑或與之共存？

早在1980年代的時候，由於防禦打擊的備而不用，導致防禦性民主的運作處於被束之高閣的狀態，致令它的辯護者憂心忡忡並且大聲疾呼，要求盡可能與更果斷地強化防禦打擊以保護德國民主（Fromme, 1981: 185~218）。迨至統一後，前東德共產黨的黨員在德東地區不僅能夠進入公務機關服務，甚至更可任職法官；尤有甚者，這些前共產黨的黨員不但毋需接受「忠誠審查」，而且

<sup>33</sup> 比較史坦貝格與哈伯瑪斯的憲政愛國主義，可發現其中的差異。史坦貝格的憲政愛國主義是悲情的，必須接受與消解民族分裂的損失；不過，史氏的憲政愛國主義隨著德國的統一而實現。反觀哈伯瑪斯不再將憲政愛國主義理解為接受與消解損失，反倒是理解為產生自德意志民族國家的衰落所出現的政治願景。哈氏的憲政愛國主義所著眼的是歐洲統合，甚至是世界公民的出現；所以他主張憲政民主不僅體現近代生活合理化的結晶，同時也是進一步合理化的催化劑（Fuhr, 2007: 5）。關於憲政愛國主義，在APuZ B01~02/2007的「（憲政）愛國主義」專刊中，有一系列的文章探討這個議題。

<sup>34</sup> 有關戰後聯邦德國的民主鞏固，可參閱蕭國忠（2007：76~93）。

僅在最低程度上被要求，只要不執迷於前政權的意識形態即可。有鑑於此，防禦性民主的更有效運作自然成為社會注目的焦點。政治學者盧啟歐（Wolfgang Rudzio）認為，防禦性民主必須積極運作，因為即使「在其他的西方民主國家，只要反民主的勢力顯露出其危險性，其行動空間立即會受到限縮，英國限制莫斯萊運動（Mosley-Bewegung）<sup>35</sup> 以及美國禁止共產黨就是顯著的例子」。<sup>36</sup>

相對於辯護者，防禦性民主的批評者卻指證歷歷地聲稱，觀察激進主義從戰後迄今的整個發展歷程，其實激進主義的強弱與防禦性民主並無直接關聯。換言之，激進主義運動並未因防禦性民主而銷聲匿跡，其中右激進勢力反而經歷了此起彼落的三大波發展歷程，<sup>37</sup> 而東德共產黨的後繼政黨（民社黨，以及民社黨之後的左派黨）更擁有穩固的支持者，業已成為眾議院與德東各邦議會中的有效政黨。至於德國第二個民主政體，也並未如制憲者所擔憂的，因激進主義運動而重蹈威瑪共和失敗的覆轍，反倒因此而更加鞏固。事實證明，當初制憲者設想以黨禁來阻絕激進政黨攫取議會的立法權，然而此一目標的達成並非是運用黨禁的結果，而是歸因於第二道防禦戰線的出現與有效運作。是故，作為第一道防禦戰線的防禦性民主已無存在的必要性，因為德國民主已經鞏固且成熟。再者，倘若防禦性民主繼續存在的話，其不只有害個體發展的自由，而且更妨礙民主本身的正常發展。基此，憲法學者黑塞（Konrad Hesse）率然指出，聯邦憲法法院在相關的判決中，一再以防禦性民主的「目的價值」取向作為指導原則，卻刻意忽略它的相對代價，這是令人憂心的（Hesse, 1988: 260）。

<sup>35</sup> 莫斯萊運動是一種法西斯主義運動，由Oswald Mosley（1896~1980）發起，並且曾在1932年創建法西斯黨（British Union of Fascist/BUF）。由於該黨與德國納粹黨往來密切，所以在1940年被禁。

<sup>36</sup> 必須說明的是，在限制或禁止激進政黨方面，採價值相對主義的英、美等其他西方民主國家，其完全是基於法律、尤其是刑法中有關國家安全的規定而行動；然而採價值制約的德國，則直接根據基本法中的防禦性民主機制而行動，這是不相同的，同時也是相當獨特的。

<sup>37</sup> 有關戰後右激進勢力的三大波發展歷程，參閱葉陽明（2007：48~66）；湯紹成，（1998：80~87）。

面對辯護與批評兩造聚訟盈庭且各自言之成理的論證，本文認為，整個問題的解決切入點，關鍵在於必須先釐清激進勢力存在的意涵、及其與民主的關係。葉塞說：「無可避免的，每一個開放的社會無不留存著反民主的殘渣；『多些冷靜少些驚慌』是有利於民主的，並可弱化激進勢力（Jesse, 2005: 37~38）。」進而言之，每一個開放的社會都應該將反民主的殘渣之增加一激進政黨的選舉成果視為對民主本身的一種「備忘便條」（Denkzettel）（Jesse, 2005: 38）。蓋激進勢力的浮沉所反映者，乃是民主品質的良窳，只要民主所追求的二個目標——「自由」與「平等」過度失衡，失望與不滿的人民對民主自然就會產生疏離感與冷漠；倘若一旦出現一位擅於煽風點火的民粹主義者，反民主的勢力便會獲得源自失望與不滿所轉變的狂熱能量，開始興風作浪。或許防禦性民主能夠壓制住表層的民主反潮，但無論如何，絕對是無法根除來自深處的能量，甚至因刻意不讓其宣洩而形成壓力鍋現象，最後反而引發爆炸性的體系危機。事實上，激進勢力始終存在於民主的陰影幽暗處，且虎視眈眈地欲伺機而動，故而民主只能與之共存並正面回應其挑戰。凡是想利用司法手段直接滅絕激進勢力，終將因激烈反彈而徒勞無功，畢竟防禦性民主有其功能上的限制，它是永遠無法取代社會與經濟政策的。

## （二）堅守被動防衛原則，信任公民社會的民主人

既然民主無法跳脫出本身的陰影，那麼就無可避免地必須與激進勢力共存，並且將其視為政治體系中的競爭對手，以正面回應來自民主的陰暗背面之挑戰。是故，從這個角度來看，防禦性民主似乎淪為多餘無用之物，甚至是令人欲去之而後快的有害民主之物。不過，德國兩大政黨——基民黨／基社黨聯盟與社民黨卻不約而同地認為，唯有在一個受保護的憲政民主之中才能真正享有自由，為有效對抗激進勢力，防禦性民主有繼續存在的必要性（Rudzio, 1991: 101~103; Schäuble, 2009: 10~14）。然而問題是，究竟要如何恰當地運作防禦性民主，讓其既可以與激進勢力共存又能夠維持民主的正常狀態？

比較其他國家的民主，其實不難發現，凡已鞏固的民主必擁有二道防禦戰線，所以德國民主的獨特之處並不在於它的二道防禦戰線，而在於基本法在價值制約的基礎上所直接建構的第一道防禦戰線，及其不寬容激進勢力的防禦打



擊。是故，欲保留並同時讓德國民主在運作上呈現出寬容與多元之樣貌，其首要關鍵無疑就在於防禦打擊的調整。如本文第五節所分析，在整個防禦性民主的變遷過程中，防禦打擊的對象已轉變成為「打法西斯不打馬克思」，所以上述問題的答案可以只聚焦在找出一條與右激進勢力——納粹遺毒的共存之道。事實上，倘若將右激進勢力作長時間的比較觀察，可以發現：一方面，當下的右激進勢力更具有暴力性，公然縱火騷動、攻擊外國人以及燒毀猶太教會堂；<sup>38</sup> 另一方面，對憲政體制卻又較不具有攻擊性，尤其對於參與選舉的右激進政黨而言，更是如此。德國統一使得帶有濃厚民族主義色彩的右激進勢力，無法再將植基於基本法之上的憲政民主作為攻擊的稻草人，<sup>39</sup> 因此轉而高舉反全球化、反美與反資本主義的大纛，同時也更善於操弄合法性戰術。有鑑於此，要如何因應右激進勢力的挑戰，確實是一個棘手的問題。2003年3月18日聯邦憲法法院宣告中止對國家民主黨的黨禁訴訟（2 BvB 1/01; 2 BvB 2/01; 2 BvB 3/01），<sup>40</sup> 由於此一案件具有指標性，所以從分析國家民主黨在此一判決前後的發展情形，應該就可以從中找到問題的答案。

針對國家民主黨的黨禁申請討論開始於2000年夏天，隨即於翌年的1月和3月分別由聯邦政府、眾議院與參議院正式向聯邦憲法法院提起黨禁申請；惟隨之而來的三個黨禁訴訟，毫無例外地皆被聯邦憲法法院宣告中止。事實顯示，此一大張旗鼓卻徒勞無功的司法行動，不僅讓國家民主黨聲勢大漲，同時也

<sup>38</sup> 據統計，與右激進勢力有關的犯罪行為由1996年的8370件，大幅增加為2000年的1,5951件，在這1,5951件的犯罪行為中有998件屬於暴力犯罪（Manfred Handwerker, 2002: 145）。

<sup>39</sup> 由此可知，聯邦德國的國家認同是無法僅建立在自由主義所強調的體制認同之上，民族主義所強調的族群認同與文化認同也構成了國家認同的重要成分。無論如何，從聯邦德國的民主鞏固與國家認同建構的過程中可以看到，沒有任何一個國家的正當性是完全的，即使是自由主義的國家認同，也隱含著非自決的強制性。

<sup>40</sup> 起訴國家民主黨的理由，乃因為該黨肆無忌憚地公開宣揚其民族革命的理念，並揭露推翻聯邦德國憲政民主的企圖心。在國家民主黨黨禁案的審理過程中，意外發現護憲機關安插在該黨北萊茵邦（Nordrhein-Westfalen）黨部的二個臥底人員（V-Mann），其一曾擔任該黨部副主席，另一更是該黨部的現任主席。這些始料未及的案外案，一再橫生枝節，致使訴訟無法順利進行，聯邦憲法法院只好中止該案的審理。見葉陽明，2007：66, 81；另外，有關國家民主黨的黨禁訴訟，請見Jesse（2003: 1026~1031）；Jesse（2005: 36~37）。



令防禦性民主再度招致猛烈的批評，甚至被視為打壓反對黨的政治工具，對前述三個憲法機關而言，可謂是極不光彩的挫敗。<sup>41</sup> 針對國家民主黨的打壓行動本該偃旗息鼓、莫再躁動，且趕快找出政治上的停損點；但不善罷甘休的民社黨，始終想方設法、處心積慮地欲剷除國家民主黨。2005年春，該黨執意地欲將「反法西斯條款」（antifaschistische Klausel）放進薩克森邦（Sachsen）的憲法中；無可避免的，此一行動引發了輿論的嚴厲譴責與國家民主黨及其支持者的強烈反彈。<sup>42</sup> 其實此一反法西斯條款可以追溯到2001年民社黨在眾議院的提案，該黨試圖將類似的條款強行移入基本法之中，惟礙於其他政黨的反對，故而無法得逞。事實證明，這種利用反法西斯條款與黨禁手段，欲逕行對國家民主黨施加滅絕式的政治打壓，反而導致該黨在2004年薩克森邦的邦議會選舉中政黨票得票率大增，由1999年的1.4%大幅增加為9.2%；尤甚者，2005年的眾議院選舉，該黨在薩克森邦得票率4.8%，明顯高居全國之冠（Jesse, 2005: 34~35）。<sup>43</sup>

由以上說明可知，大張旗鼓地利用立法與司法手段刻意打壓國家民主黨，或許政治上有其「莫忘1933」的宣示作用，但隨之而來的卻是更大的負面效應。黨禁如同會飛回原點的飛鏢，倘若沒有擊中目標反而會傷了自己。因此對付（右）激進勢力只能秉持「政治優先法律」的原則來「冷處理」，不僅要儘

<sup>41</sup> 國家民主黨是徹徹底底反民主的，雖然實質違憲，但未被禁，故而仍繼續領取國家對政黨的財務補貼。針對這種既矛盾又諷刺的現象，有認為應該修改政黨法規定，停止對國家民主黨的補貼，然而此種主張恐違背基本法的政黨特權原則。

<sup>42</sup> 反法西斯條款：「種族主義的、仇外的和反猶太主義的行為以及納粹主義思想的鼓吹與散播是不被允許的，這是邦的職責，也是所有邦民的責任。」反法西斯條款明顯違反基本法的精神，因為基本法是反所有的左右政治激進主義，並非只反法西斯的右激進主義（Jesse, 2005: 37）。

<sup>43</sup> 2005年的眾議院選舉，NPD的全國得票率1.6%，明顯高於2002年的0.4%以及1998年的0.3%。

事實上，早在1970年代，在共黨政權的高壓政策下，東德依舊出現右激進分子的活動。當時的統治當局不是將其視為太保與流氓來加以處置，就是歸罪於來自西方階級敵人的影響，對於他們的右激進思想則一味地予以打壓。然而，這種高壓政策只獲得表面效果；因為在1989年東德政權崩潰以及1990年德國統一時，社會呈現一片混亂，這些原先被壓抑已久的右激進思想立即宣洩出來，再加上德西地區右激進勢力的領導與煽動，德東的右激進勢力便快速成形（湯紹成，1998：83）。

量避免挑起「打自己家的小孩給外人看」的負面觀感，<sup>44</sup> 更要知道激進勢力與民主品質的消長關係。所以欲保留防禦性民主就必須堅守「被動防衛」原則，令防禦打擊盡可能地備而不用。關於被動防衛原則，聯邦憲法法院早在末代黨禁判決——共產黨的黨禁判決中已明白指出：「自由民主國家不應為對抗敵憲政黨而先發制人採取行動，它寧可採取守勢，僅只針對基本秩序的攻擊作防衛。」有鑑於此，在硬性的司法手段上，必須堅守防禦打擊的被動防衛原則，「多些冷靜少些驚慌」，並且儘量採用軟性的政治手段，對激進政黨進行冷處理。換言之，必須信賴公民社會的民主人，讓其以選票來裁決，令激進政黨因得不到認同與支持，最後在選舉中因敗選而漸次地植物人化或泡沫化。讓司法介入具有高度政治性的黨禁問題，必須是情非得已的「最後手段」（Ultima Ratio）（Schäuble, 2009: 10~14），同時務必要有效發揮黨禁本身內建的制衡功能。蓋唯有如此才能創造雙贏，亦即既可以保留防禦性民主，又能夠讓德國民主的實際運作更符合民主的多元主義相對價值觀。況且，在始終有效存在的非法化戰略下，激進勢力必須隨時謹記在心，自由並非是絕對的，他們的合法性戰術是有界限的（Jesse, 1999: 594）。是故，雖然不廢止防禦性民主，但與激進勢力共存並視之為競爭對手的德國民主，相較於英、法等歐洲國家的民主運作，幾乎已難以察覺其間的差異。

## 柒、結論：發現與展望

### 一、發現

綜合以上的探析，本文在此提出六個重要的研究發現：

<sup>44</sup> 右激進勢力的一個共通點，就是對於納粹德國的修正式看法。一方面，他們否認希特勒掀起二戰及其所犯下的罪行，其中主要包括屠殺600萬猶太人的罪行；另一方面，他們選擇性地宣揚納粹黨的政策，比如廣建高速公路以有效解決失業問題等等，藉以改善民眾對納粹黨的印象。更甚者，右激進分子還希望收復在二戰後被蘇聯（現在的俄羅斯）與波蘭所佔領的德國東方領土，因為他們認為生活在當地的同胞受到嚴重的歧視。這種看法十分敏感也具有高危險性，因為俄、波兩國人民對於德軍在二戰期間的欺凌記憶猶在，隨時可能導致德國與這兩個國家之間關係惡化（湯紹成，1998：86~87）。

（一）民主化進程的第二個階段—民主鞏固，其在制度面的安排是多元的；然而，基於威瑪共和失敗的慘痛經驗，聯邦德國在民主碉堡的思維下，直接在基本法中植入防禦性民主的機制，無疑是一種相當特殊的憲政首例。本文認為，基於歷史經驗的教訓，為防止激進勢力合法政變的憾事再現，制憲者在制度面為聯邦德國的民主鞏固創設了一條明顯不同於英、法等歐洲國家的獨特路徑，亦即直接在國家根本大法中創設具有濃厚監護色彩的防禦性民主機制。

（二）防禦性民主由前進部署、價值制約與防禦打擊所組成，並且構成德國民主的第一道防禦戰線。事實上，凡已鞏固的民主必具備二道防禦戰線（制度面與非制度面），所以德國民主獨特之處並非因其具備二道防禦戰線，而是在制度面以憲章位階的永久條款直接確立憲政核心價值—自由且民主的基本秩序之不可侵犯性，並且據此構築價值制約的第一道防禦戰線。由於此一防禦戰線被盡可能地往前推移，並且全面進駐非暴力形式的政治行動領域作前進部署，所以制憲者所設計的非合法化戰略因而跳脫行為價值的事後規範，直接進入目的價值的範疇作部署。基此，激進勢力的合法性戰術可以被有效破解，進而得以對具有惡劣傾向的敵憲組織作預防性的事前規範，甚至直接施以防禦打擊。

（三）在防禦性民主的積極運作下，視激進勢力為水火不容的民主敵人，然因過當防衛導致自由權在相當程度上被嚴重壓制，造成一種不寬容且帶有父權主義色彩的監護式民主。監護式民主對於不承認、拒絕、甚至與之對立的價值觀視之為有害的毒蛇猛獸，並且施以嚴厲的打壓；因其明顯牴觸民主的多元主義相對價值觀與寬容精神，最後導致民主出現非常狀態的現象。毋庸諱言，這些被打壓的激進勢力其實在政治上尚未成氣候，甚至根本就是無關氣候，故而這些高壓行動嚴重違反法治國的比例原則。此外，完全繫於聯邦政府與國會裁量權的黨禁申請，在政治優先法律的機會原則下，法治國的平等原則反而必須退讓。這一切種種不僅令人懷疑司法淪為政治的工具，同時也讓作為自由民主國家的聯邦德國一度嚴重蒙羞。事實顯示，因為運作面的高強度與高密集度的防禦打擊，才導致民主出現非常狀態的現象。因此，德國民主由與激進勢力敵我不兩立轉變為與之共存的正常化關鍵，就在於將防禦打擊調整為備而不用的熄火狀態。

（四）防禦性民主在非暴力形式的政治行動領域中，為德國民主構築了第一道防禦戰線，成功地在制度面塑造出一座堅固的民主碉堡。憲政愛國主義的出現與提倡，則又更進一步地深入人民的政治價值觀之中，為德國民主在非制度面架設起第二道防禦戰線，藉以避免禍起蕭牆的憾事再現。然而，毫無疑問的是，德國民主的鞏固並非全然依賴防禦性民主這條獨特路徑而達致的。從非制度面來看，鑲嵌於人民心版上的法治國原則，加上對於憲政民主的堅定信仰，才是政治文化中防堵民主木馬的強大抗體，而根源於對基本法之國的熱愛與效忠的憲政愛國主義，更是對抗激進勢力的精神利器，同時也是德國民主鞏固的關鍵所在。當初制憲者設想以黨禁來阻絕激進黨攫取議會的立法權，惟此一目標的達成並非是運用黨禁的結果，而是歸因於第二道防禦戰線的出現與有效運作。

（五）對違憲政黨提出黨禁申請，全然繫於聯邦政府與國會的裁量權，並且適用政治優先法律的機會原則。雖然機會原則下的政治權衡曾令法治國蒙羞，但也讓最重要的防禦打擊—黨禁的運用得以隨著政治局勢的改變、以及第二道防禦戰線的成形而作相應的調整，讓原本好戰的德國民主也可以轉變，進而呈現出民主應有的正常運作樣貌。確切言之，促成此一變遷的因素可區分為制度性因素與非制度性因素，前者主要是聯邦憲法法院的制衡角色、聯邦政府與國會的裁量權以及緊急狀態法制，後者主要是認同憲政民主的政治文化。惟必須注意的是，變遷僅只發生在倍受批評的防禦打擊之上，至於前進部署與價值制約的嚴密組合關係並未隨著變遷而鬆動。換言之，這兩個防禦性民主的構成要素依舊有效發揮制約功能，並且繼續以環環相扣的組合架構起對付激進勢力的非法化戰略。

（六）政黨有無違憲固然是司法問題，但該不該被禁則是政治問題，應該儘量讓公民社會的民主人來裁決之。事實上，以司法判決處理像黨禁這類的政治問題，不但難以真正定紛止爭，反而造成不少的政治副作用。再者，黨禁如同會飛回原點的飛鏢，倘若沒有擊中目標反而會傷了自己。所以黨禁的運用必須堅守被動防衛原則，令其盡可能地備而不用；也就是說，必須信賴公民社會的民主人，讓其以選票來裁決，令激進黨因得不到認同與支持，最後在選舉中因敗選而漸次地植物人化或泡沫化，這才是最低政治成本的解決之道。因

此，讓司法介入具有高度政治性的黨禁問題，必須當作不得已的最後手段，同時務必有效發揮黨禁本身內建的制衡功能。蓋唯有如此才能創造雙贏，亦即既可以保留防禦性民主，又能夠讓德國民主的實際運作更符合民主的多元主義相對價值觀與寬容精神。

## 二、展望

毫無疑問的，隨著鞏固的步履而轉變為常態的德國民主，以冷處理的方式對付激進政黨，乃是民主正常發展所必要的；而且也如同葉塞所言，在始終有效存在的非法化戰略下，激進政黨必須隨時謹記在心，自由並非是絕對的，其合法性戰術是有界限的。然而，不容忽視的是，關於規範面的非法化戰略，憲法學者黑塞批評聯邦憲法法院一再以防禦性民主的「目的價值」取向作為指導原則，卻刻意忽略它的相對代價。事實上，黑塞此一有關黨禁判準的批評意見，不僅是針對防禦性民主的前進部署，同時也涉及到防禦性民主和德國民主未來的可能演變。

毋庸諱言，在1956年的共產黨黨禁判決中，聯邦憲法法院是依據目的價值取向，採用「惡劣傾向」的原則作為違憲性的確認判準。誠然德國並未隨著二戰的結束以及納粹政權的瓦解而立即處於歸零時刻，長期存在於社會中的專制威權幽靈並未全然煙消雲散，甚至仍牢牢盤踞在不少人的內心深處。因此，在認同憲政民主的政治文化尚未成形的情況下，法哲學家賴特布魯認為，民主政治的相對主義包含相當部分的懷疑與寬容，「它是以成熟與智慧為前提，對年輕人而言是不容易理解的，無可避免的，仍然必須將有限的世界圖像當作所謂的世界圖像來向年輕人展示」。換言之，賴氏認為，為了保護這個他所謂的年輕人，基於監護論的考量而預先排除某些有害的價值觀，這乃是一種不得不的必要。然而，基本法制訂至今已逾半個世紀，德國不再是一個分裂的國家，內外存在的安全威脅也已不復存在，加上憲政愛國主義的提倡和社會化，且德東地區在體制轉型後民主業已快速鞏固，所以整個客觀的政治局勢大不同於基本法制訂之初。時至今日，這個年輕人已經長大成熟且具有多元主義的相對價值觀與寬容的智慧，亦即當初的德意志聯邦共和國早已由新興民主國家步入了民主已鞏固且成熟的老牌民主國家。因此，是否有必要在一種不信任人民的監護思



維下，繼續排斥某些所謂的有害價值觀？

1996年，時任聯邦憲法法院院長的林芭荷（Jutta Limbach）法官在專訪中直言，倘若時空轉換，共產黨的黨禁申請是在她任內提出的話，她一定會予以拒絕的（Ich hätte den KPD-Verbotsantrag abgelehnt.）（Leggewie & Meier, 2002: 180~183）。雖然共產黨被禁的理由如同聯邦憲法法院的判決所言：「一個違憲的政黨，不只必須具備一種對抗自由且民主的基本秩序之積極鬥爭與攻擊之態度，更必須計畫周詳地阻礙此一基本秩序的運作，並且圖謀進一步摧毀此一秩序。」但無可否認的是，聯邦憲法法院所謂的違憲政黨，其對於自由且民主的基本秩序之危害，其實也僅止於「圖謀」的階段，並未達到「著手實行」而造成「明顯而立即的危險」之程度。因此，林芭荷進而指出，黨禁如同懸於政黨頭頂上的「筭魔克雷斯寶劍」（Damoklesschwert），這種不時的威脅反而成為政治鬥爭中最受歡迎的武器（Leggewie and Meier, 2002: 180~183）。有鑑於此，在國家民主黨的黨禁訴訟中，聯邦憲法法院第二庭的發言人嚴曲（Hans-Joachim Jentsch）法官意有所指地說，針對黨禁必須發展出一套適當的標準（ein angemessener Maßstab）（Leggewie and Meier, 2002: 16）。本文認為，此一適當的標準應該是依據「行為價值」取向，與時俱進地採用「明顯而立即的危險」之原則作為違憲性的確認判準。果真如此，就規範面而言，放棄目的價值取向的事前規範，改採行為價值的事後規範，原本被極大化地往前推移的防禦戰線得以大幅內縮，雖然未放棄基本法中的價值制約，但卻能更加彰顯民主的寬容和多元之特色。換言之，自由且民主的基本秩序依舊具有不可侵犯性，其他對立的價值觀只要對其不造成明顯而立即的危險，亦不排斥之。就運作面而言，固然依舊將黨禁作為情非得已的最後手段，但卻可以有效避免法治國的矛盾與諷刺現象出現：例如國家民主黨這種當下所謂的實質違憲政黨，因未被施以司法上的黨禁處分而得以逍遙法外，甚至依法繼續享受國家對政黨的財務補貼。<sup>\*</sup>（收件：2009年10月1日，接受刊登：2010年5月18日）



## 參考文獻

### 一、中文

- David Potter等著，王謙等譯，2003，**民主化的歷程**（臺北：韋伯文化國際出版有限公司）。
- 江宜樺，1998，**自由主義、民族主義與國家認同**（臺北：揚智文化事業股份有限公司）。
- 吳文程，2005，**政黨與選舉概論**（臺北：五南圖書出版公司）。
- 吳東野，1992，「德國東部「右傾極端主義」崛起之探討」，**問題與研究**，第31卷第7期，7月：頁65~73。
- 許國賢，2001，「少數權利與民主」，**政治科學論叢**，第15期，12月：頁63~82。
- 葉陽明，2005，**德國憲政秩序**（臺北：五南圖書出版公司）。
- 葉陽明，2006，「論德國民主鞏固下的遺毒——右激進勢力」，發表於2006年臺灣政治學會學術研討會——再訪民主：理論、制度與經驗（臺北：臺灣政治學會主辦，2006年11月25~26日）。
- 葉陽明，2007，「戰後德國極右主義、極右政黨對憲政民主之挑戰」，**社會科學論叢**，第1卷第1期，4月：頁33~94。
- 湯紹成，1998，「德國極右派勢力的發展」，**問題與研究**，第37卷第12期，1998年12月：頁79~88。
- 蔡宗珍，2004，**憲法與國家**（臺北：元照出版公司）。
- 蕭高彥，1997，「國家認同、民主主義與憲政民主：當代政治哲學的發展與省思」，**臺灣社會研究季刊**，第26期，6月：頁1~27。
- 蕭國忠，2007，「德國民主化的經驗：制度性與非制度性因素之分析」，**問題與研究**，第46卷第1期，3月：頁63~99。

### 二、德文

2 BvB 1/01, 2 BvB 2/01, 2 BvB 3/01

Webseite von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/bs20030318\\_2bvb000101.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/bs20030318_2bvb000101.html). 2007/4/23.

Backes, Uwe and Eckhard, Jesse. 1987. *Extremismus und streitbare Demokratie* (Stuttgart: Mohr Siebeck).

Backes, Uwe and Eckhard Jesse. 1989. *Politischer Extremismus in der Bundesrepublik* (Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung).

Badura, Peter. 1986. *Staatsrecht* (München: C. H. Beck).

Dose, Nicolai. 1999. "Der deutsche Rechtsstaat," in Thomas Ellwein & Everhard Holtmann eds., *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland* (Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag), pp. 122~134.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:

BVerfGE 2, 1;

BVerfGE 5, 85;

BVerfGE 12, 296;

BVerfGE 39, 334.

Extremistenbeschluss, in Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen 1972, p. 342.

Webseite von Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen: [http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/KontinuitaetUndWandel\\_verordnungExtremistenbeschluss/](http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/KontinuitaetUndWandel_verordnungExtremistenbeschluss/). 2007/8/4.

Fromme, Friedrich Karl. 1981. "Die streitbare Demokratie im Bonner Grundgesetz: Ein Verfassungsbegriff im Wandel," in Bundesministerium des Innern ed., *Verfassungsschutz und Rechtsstaat: Beiträge aus Wissenschaft und Praxis* (Köln: Heymanns), pp. 185~218.

Fuhr, Eckhard. 2007. "Was ist des Deutschen Vaterland?" *Aus Politik und Zeitgeschichte* (APuZ B01~02/2007)

Webseite von Bundeszentrale für politische Bildung:

<http://www.bpb.de/publikationen/QQGVF.html> .2007/5/29.

Handwerger, Manfred ed. 2002. *Das politische System der Bundesrepublik*

- Deutschland* (Bamberg: Buchners Verlag).
- Hesse, Konrad. 1988. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. ergänzte Aufl. (Heidelberg: C. F. Müller).
- Hitler, Adolf. 1993. *Mein Kampf* (München: Eher).
- Jasper, Gotthard. 1963. *Der Schutz der Republik-Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922~1930* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- Jasper, Gotthard. 1987. "Der Geist von Weimar: Die Grundentscheidungen der Weimarer Verfassung und ihre Bewährung," in Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit ed., *Die Weimarer Republik: Das Schwere Erbe*, Band 1 (München: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit), pp. 147~190.
- Jesse, Eckhard. 1980. *Streitbare Demokratie* (Berlin: Colloquim Verlag).
- Jesse, Eckhard. 1999. "Streitbare Demokratie und politischer Extremismus von 1949 bis 1999," in Thomas Ellwein & Everhard Holtmann eds., *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland* (Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag), pp. 583~597.
- Jesse, Eckhard. 2003. "NPD und streitbare Demokratie", *Deutschland Archiv*, 36. Jahrgang (Juni), pp. 1026~1031.
- Jesse, Eckhard. 2005. "Das Auf und Ab der NPD", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B42/2005 (Oktober), pp. 31~38.
- Kelsen, Hans. 1929. *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- Leggewie, Claus and Horst Meier eds. 2002. *Verbot der NPD oder mit Rechtsradikalen leben?* (Frankfurt am Main: Suhrkamp).
- Löw, Konrad. 1995. *Der Staat des Grundgesetzes* (München: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit).
- Mannheim, Karl. 1951. *Diagnose unserer Zeit* (Zürich: Europa-Verlag).
- Olzog, Günter and Hans-J. Liese. 1991. *Die politischen Parteien in Deutschland*

(München: Olzog Verlag).

Radbruch, Gustav. 1949. *Kulturlehre des Sozialismus*, 3. Aufl. (Berlin: Arani Verlag).

Rudzio, Wolfgang. 1995. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland* (Opladen: Leske + Budrich).

Schäuble, Wolfgang. 2009. "Sechzig Jahre wehrhafte Demokratie", *Die Politische Meinung*, Nr.473 (April) (Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung), pp. 10~14.

Sontheimer, Kurt. 1993. *Grundzüge des politischen Systems der neuen Bundesrepublik Deutschland*, 15. Aufl. (München: Riper).

Stern, Klaus. 1984. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, 2. Aufl. (München: C. H. Beck).

Sternberger, Dolf. 1993a. "Verfassungspatriotismus," in Günter C. Behrmann & Siegfried Schiele eds., *Verfassungspatriotismus als Ziel politischer Bildung?* (Schwalbach/Ts.: WOCHENSCHAU Verlag), pp. 2~4.

Sternberger, Dolf. 1993b. "Vaterland," in Günter C. Behrmann & Siegfried Schiele eds., *Verfassungspatriotismus als Ziel politischer Bildung?* (Schwalbach/Ts.: WOCHENSCHAU Verlag), pp. 1~2.

Thiel, Markus ed. 2003. *Wehrhafte Demokratie* (Tübingen: Mohr Siebeck).

Wikipedia-Streitbare Demokratie

Webseite von Wikipedia: [http://de.wikipedia.org/wiki/Wehrhafte\\_Demokratie](http://de.wikipedia.org/wiki/Wehrhafte_Demokratie).  
2009/12/16.

# Defensive Democracy And the Normalization of German Democracy

Kwo-Chung Shaw

Assistant Professor of the Department of Political Science, Chinese Culture University

---

## Abstract

What kind of attitudes and legal systems should a consolidated democracy use to deal with radical forces that have remained in the political system? If these radical forces are deemed as competitors and must co-exist with democracy, how should the Federal Republic of Germany execute the defensive democracy appropriately to maintain the diversity and tolerance of democracy? What key factors are involved in this process? In order to answer these questions, this paper attempts to use the evolutionary process from intolerance toward radical forces to the realization of coexistence and conducts an in-depth analysis of defensive democracy. At the same time, this exploration shall gradually shed light on the trajectory of the normalization of German democracy.

**Keywords:** radical forces, defensive democracy, free democratic basic order, prohibition of political parties, constitutional patriotism.