

70年德國防衛民主與憲法保護^{*} —— 後民主時代新挑戰下的省思與再起

林佳和^{**}

摘要

一戰後威瑪共和，價值相對主義下德意志民主實驗，提供納粹新興合法戰略之戰場：生於革命，亡於民主的威瑪，迎來第三帝國。走向戰後，西德建立防衛性民主，作為憲法秩序的核心，不同規範組合起憲法保護，防衛共和，不受由上與由下而來之非暴力憲法敵人的攻擊。50至70年代實驗，從解散共產黨到強調公務員忠誠，憲法保護受到不少批評。歷經風雨飄搖的60年代，西德民主屹立不搖，70年代激進與極端主義浪潮，再度考驗防衛性民主。後民主、後政治時代，讓90年代幾被宣告終結的防衛性民主，一方面更形脆弱，一方面卻因新右派興起，重新尋回動力，準備再起。憲法的規範性力量，能否如Konrad Hesse預言那般，才是正途？70年德國防衛性民主，述說著尚未結束的爭議。

關鍵詞：防衛性民主、價值相對主義、憲法保護、憲法敵人、激進主義、極端主義、自由民主的基本秩序、違憲政黨的解散、後民主、憲法的規範力量。

* [責任校對：陳沐恩]。

** 國立政治大學法學院副教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/65320142.pdf>。



目 次

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| 壹、沉痛的過去：威瑪價值相對主義與納粹新合法戰略 | 伍、挑戰的延續：極右派德國國家民主黨（NPD）標竿 |
| 貳、反省的開始：戰後西德防衛民主之確立與制度建構 | 陸、民主的消失：後民主、後政治時代下防衛民主前景 |
| 參、法律的日常：1950至1970年代的西德防衛民主實踐 | 柒、人民啊人民：憲法規範力量與防衛性民主——代結語 |
| 肆、意識的轉變：從激進主義走向極端主義的典範變遷 | |

民主何其愚蠢啊！所謂民主的最大笑話，無異於提供致命敵人一個摧毀民主自己的手段。我們納粹被逮捕的領袖，開始進入議會成為議員，充分享受著豁免權、各種津貼與免費車票，不必再擔心警察的追捕，能夠比一般國民說得更多，我們的敵人還會為此付出代價，多好啊……我們進入帝國議會，目的是要在民主的彈藥庫中，藉著民主的武器來武裝自己。我們成為議會的代表，為的是要癱瘓威瑪共和的一切信念和支撐。民主如此的愚蠢，還要補貼我們免費車票及津貼，我們也愛莫能助。對於納粹黨而言，任何合法手段，都是推翻現實的適當方式。

Joseph Goebbels，1928年4月，
《我們究竟想在帝國議會幹什麼？¹》

¹ Karl-Dietrich Bracher/Wolfgang Sauer/Gerhard Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, 2. Aufl., 1962, S. 21.

民主是那種最無法抵禦敵人的國家形式。民主的悲劇命運在於，連最兇惡的敵人都可輕易地靠近它的胸膛。民主如果保持對自我的忠誠，就必須容忍一以摧毀民主作為目標的運動，如同對待其他政治確信一般，賦予同樣的發展可能。於是，我們將看到一罕見的戲碼：如果人民提出要求，說不要再給我們之前拿到的權利啦，因為人們意識到，當眾人已被說服，說我們自己最大的悲劇就是擁有權利啊，到了此刻，民主，以其最原初的形式，便告壽終正寢。

Hans Kelsen，1932年，《捍衛民主²》

在憲法中，究竟什麼是民主的？特別在當代，人們總喜歡說：繼續發展民主，去發明一些「進步的」民主……對我個人而言，談到民主，毋寧想到的是古典的民主，也就是歐洲人民至今所爭取到的，仔細觀之，真要講民主的憲法，顯然必須滿足一些特徵……對我來說，創造毀壞民主的那些條件，絕不屬於民主的概念。

Carlo Schmid，1948年9月8日，於制憲會議。

憲法生活，很快地淪落為一系列的憲法爭議……如果說，威瑪憲法因不忠誠而走向敗亡，如同今天大家所說的這般，那麼基本法就有絕佳的可能，死於對憲法的忠誠。

Ernst Forsthoff，1949年12月3日，予Carl Schmitt的私人信件。

2 *Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie*, in: Kelsen (Hrsg.), *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, 1967, S. 60 (62).

壹、沉痛的過去：威瑪價值相對主義與納粹新合法戰略

防衛性民主，德文Streitbare Demokratie——包括學說與實務曾經運用過的不同形容詞：戰鬥的、準備防衛的（kämpferisch, militant, wehrbereite, wehrhafte）³，英文的Militant Democracy，國內的討論不少，簡言之，對於非暴力之與憲法為敵的顛覆手段，民主應該捨棄價值中立之立場，不因其未採取暴力而加以容忍，應採取防衛理念與手段，將之排除於民主場域之外，應為一般常見之認識。不僅本文選擇作為論述重心的德國，在英美學界，防衛性民主之概念亦毫不陌生，美國學者Gregory H. Fox & Georg Nolte在1995年的一篇普受關注的論文中，便將民主區分為「容忍的——程序的」、「防衛的——程序的」、「容忍的——實體的」、「防衛的——實體的」四類。其中，「容忍的——程序的」，意謂著所有內容與決定悉數交給民主程序，包括透過多數決以消滅民主，是以就實體面向而言，亦為不堅持特定價值的容忍；相對的，在實體的民主，民主程序本身不是終極目標，毋寧只是創造使人民得以享有某些必要權利之社會的手段⁴，很有近代民主理論中所謂工具論（Instrumentalismus）的

3 一般說來，德國學界慣用streitbar這個形容詞來稱呼防衛性民主，特別是在聯邦憲法法院的實務上，諸如：BVerfGE 25, 88 (100); 28, 36 (48); 28, 51 (55); 30, 1 (19)，但也曾在1975年5月的激進者裁定（Radikalenbeschuß）中，唯一一次的使用wehrhaft。雖然普遍認為不同的形容詞之間無甚差異，指涉同是防衛性民主，但Eckhard Jesse則認為應有不同：militant與kämpferisch比較強調攻擊，而相對的wehrhaft或wehrbereit偏向民主防衛之準備及能力，而最常被使用的streitbar則介於兩者之間。Jesse建議避免使用militant與kämpferisch，因為不應令人誤解為「積極而具攻擊性的立場」，而是較偏向被動地去防衛對於民主之攻擊，Eckart Bulla亦有類似看法，雖然主張還是依循聯邦憲法法院的用語，但也暗示著選擇不同形容詞者所隱含之不同理解與立場；dazu Eckhard Jesse, Streitbare Demokratie, 1980, S. 20; Eckart Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), S. 340 (342).

4 Gregory H. Fox & Georg Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L L.J. 1, 22 (1995).

味道：民主，在政治體系中唯一優於其他選擇的理由，在於它比較容易達成較佳的結果，經驗上比較容易以與程序無關的正義標準去衡量，而非「民主」本身就比較優⁵。在Fox & Nolte這個有名的分類中，容忍之程序與實體，其對立面都是不容忍的防衛，不僅堅持特定價值（實體），也提前至程序上之不容忍一切有害於實體可能之手段；從政治學的民主理解與分類而言，防衛性民主從不陌生，二戰前夕美國國內所推動之外國代理人登記法，針對納粹德國，顯示相關手段即便在傳統以程序論者（Prozeduralisten）為多的美國民主秩序中，防衛性民主亦不罕見。

當然，這篇主要聚焦於觀察德國防衛性民主經驗。防衛民主在德國，自須從歷史經驗談起。從二戰後德意志聯邦共和國（當時的西德）之立憲文件中可發現：基於一戰後威瑪共和時代，國家社會主義工人黨、即所謂納粹黨（NSDAP, Nazi）奪權（Machtergreifung）之慘痛經驗，制憲者在一開始便確認反法西斯之傾向，認為不應再容許如納粹般的極右政黨以自由為幌，行顛覆國家統治秩序之實，而應將之排除於民主程序外⁶。制憲者認為，為避免民主不自覺地自陷於自殺的危害，有必要將民主敵人排除於民主遊戲之外，應在憲法上採取「戰鬥性的、防衛性的」根本態度；波昂基本法制憲者，不同於威瑪時代價值中立的民主認知，認為針對與憲法及民主為敵的個人或團體，不應再堅守中立，而是建立一全新的、價值拘束的（wertgebunden）自由民主秩序，「自由的敵人沒有自由」、「自由的敵人沒有絕對的自由」，儼然西德基本法制憲會議（Parlamentarischer Rat）中的共識⁷。在「制憲者作成防衛性民主的

5 Jason Brennan, *Gegen Demokratie. Warum wir die Politik nicht den Unvernünftigen überlassen dürfen*, 2017, S. 30.

6 Wolfgang Borchers u. a., *Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung?*, DuR 1976, S. 153 (153 ff.).

7 Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie*, 1978, S. 163（以下簡稱：Lameyer, *Streitbare Demokratie* 1978）；Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie*, JöR 30

憲法基本決定」基礎上，進一步建構以保障自由民主基本秩序（*freiheitliche demokratische Grundordnung*, fdGO）為目的之憲法保護制度（*Verfassungsschutz*），即當前專業言說所論及之防衛性民主的實踐⁸。

波昂基本法創設此一新民主類型，眾所公認，來自威瑪歷史教訓的反映，亦即必須防止如納粹黨一般的民主敵人得以建立獨裁體制，危害人民與世界，是以，制憲者刻意規避了作為威瑪憲法核心的價值相對主義（*Wertrelativismus*），選擇了防衛性民主的基本決定，確認新憲法秩序必須是一價值拘束的，未來的多數決亦不可動搖與更改的憲法核心⁹。在此可見導往防衛性民主的第一個歷史因素：威瑪共和之價值相對主義，乃至以此為基礎的民主理解與秩序。威瑪共和時代的公法學通說，幾近一致地認為，憲法不應區別內容或政治上的影響，均應保留任何修改的可能性，以此去解釋憲法第76條有關修憲之內容¹⁰，所謂「未完成的威瑪憲法」（*die unvollendete Weimarer Reichsverfassung*），主張憲法只是一開放的法律上形式，以促使社會之革新為可能，「幾近所有的革新」，就是此

(1981), S. 147 (180) (以下簡稱：*Lameyer*, *Streitbare Demokratie* 1981)；*Andreas Sattler*, *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie*, 1982, S. 7；*Walther Priepke*, *Das Staats – und Gesellschaftsbild der streitbaren freiheitlichen Demokratie*, *DRiZ* 1974, S. 109 (114).

- ⁸ 學說上在討論憲法保護或國家保護制度時，總強調整套制度係以防衛性民主之憲法基本決定為其正當性基礎，特別是憲法上的憲法保護手段，如基本法第9條第2項之結社禁止、第18條之基本權剝奪、第21條第2項之政黨禁止，作為所謂制度上之出口（*institutioneller Ausfluß*）； dazu *Erhard Denninger*, *Der Schutz der Verfassung*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1984, S. 1293 (1311, 1318)；*Eckhard Jesse*, *Streitbare Demokratie in der Krise?*, in: Jesse (Hrsg.), *Literaturführer: Parlamentarische Demokratie*, 1981, S. 209 (213)；*Günther Willms*, *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, 1962, S. 17.
- ⁹ *Friedrich Karl Fromme*, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, 1960, S. 188；*Christian Graf von Krockow*, *30 Jahre streitbare Demokratie – zum Problem des Wertewandels*, *Gegenwartskunde Sonderheft 1* (1979), S. 5 (5 f.).
- ¹⁰ *Günter Dürig/Walter Rudolf*, *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte*, 2. Aufl., 1979, S. 192 f.

意。威瑪憲法理解之民主，是定義為單純提供政治生活一切的遊戲規則，至於實質內容，則任人自由填補，即使是付出民主的代價亦在所不惜¹¹，這是一個以多數、形式上的多數決，作為國民政治生活實踐最高原則的憲法秩序，如同Richard Thoma所言：「從民主主義及自由主義的觀點，實在無法將一個循合法途徑所作成的多數決，解釋並評價為對國家的顛覆或叛亂」¹²。威瑪憲法標榜形式上容忍思考下的民主，所有社會上於任何時間點所出現之價值或主張，不論內容或可能的真實面貌，都必須一視同仁，只要倡議者不踰越暴力界線，都必須賦予散布及實踐的可能性，最後再依形式多數決原則來決定。威瑪共和第二任內政部長Eduard David在1919年即言道：「有關主張恢復帝制之極右派政黨，是否應命其改組之問題，憲法給予任何政黨所有和平途徑以改變的可能性，只要他們能贏得多數人民的贊同，但暴力則不在保障之列」¹³。

威瑪國家學上的民主理解，來自哲學上的價值相對主義，作為那個時代的主流精神思潮。Max Weber認為，在現實政治的評價上，必須在所有可能的答案中找到一「道德上最終真理」，既荒謬又不可能，只有強烈質疑，才是認識之父（Vater der Erkenntnis）；Weber主張，不同政治價值之拼鬥戰場，原則上不在學院之講堂，而在政治計畫、官僚體系與議會制度中，是以，持續學術上不該信任任何真理的信念，對於政治上之評價，亦應本於評價自由，必須賦予多數無限制之決定權的結論¹⁴。Hans Kelsen認為價值相對主義之世界觀，本身就是民主理念的前提，民主必須完全平等的對待每

11 Konrad Löw, Wehrhafte Demokratie, in: ders., Rechtsstaat-Demokratie-Sozialstaat, 5. Aufl., 1983, S. 103.

12 Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1930, S. 187, 190 f.

13 Anschütz/Thoma (Fn. 12), S. 103.

14 Zitiert nach Hans Herbert von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 112 f.

個人的政治意志，開放所有改變的可能性；面對他所處之威瑪共和時代，已日日上演反民主運動的現實政治，Kelsen以為，這確實是民主的自我矛盾及自我廢棄，但民主為保持自己的忠實一致，必須對以摧毀民主為目標之非暴力活動加以容忍，如果說：民主該不該自我防禦？以此來對抗未來可能變為全民意志的政治主張？單單如此質問，本身就不復為民主，在他眼中，那些反民主的、以埋葬民主為旗幟號召的運動，均不足以動搖理論上對民主憲政秩序的忠誠，在此，Kelsen提出他的著名說法：「吾人必須忠誠地堅守他的旗幟，既使船沉了也一樣，因為，船沉入深水之中，仍能帶來希望，因為自由的理想是無法摧毀的，而且船沉得越深，重新浮現之生機也就越大」¹⁵。法哲學者Gustav Radbruch，至少在威瑪時代，亦為知名價值相對主義者。氏以為，民主之基礎即為相對主義，民主必須隨時準備將權力移轉給贏得多數決的主張與團體；國家領導之決定，關鍵不在於政治主張的實質內容，而在於支持者的多寡，沒有任何一個政治主張可以被證明為不能反對¹⁶。當然，與Kelsen不同，Radbruch本於價值相對主義，卻在「是否應反對極權集權主義某種唯一真理性質之特定價值？」上，做了有趣的回應：「相對主義是一普遍的容忍，只是不包括對於不容忍的容忍」，因為，如價值相對主義的邏輯一貫，則相對主義雖能且應容忍所有意見，但無法包括那些主張本身就是唯一真理的見解¹⁷——容忍只能容忍容忍，不能容忍那些不容忍，看似邏輯悖論，實則引人深思。

¹⁵ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Auszüge), in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 34 (62, 68).

¹⁶ Zitiert nach Wolfram Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, 1968, S. 73 f.; Hella Mandt, Demokratie und Toleranz – Zum Verfassungsgrundsatz der streitbaren Demokratie, in: Peter (Hrsg.), Res Publica: Studien zum Verfassungswesen. Dolf Sternberger zum 70. Geburtstag, 1977, S. 233 (236).

¹⁷ von Arnim (Fn. 14), S. 113.

在威瑪共和價值相對與容忍之規範性預設下，納粹黨所謂非暴力的合法戰術（*gewaltlose Legalitätstaktik*）——德國史學界用語，登上歷史舞台。整體而言，納粹採取之顛覆手段，不再如傳統描述般的主要使用暴力，而是以一種無聲無息的組織及行動方式進行；在戰術上，尊重且利用形式之合法性煙幕，運用政黨政治的議會路線，不根本推翻與否定國家權力的行使——至少行動上不完全如此，進而奪取之，以徹底改造民主體制，利用帶具體國家目標的國家主義，操作人民盲目的狂熱，最終導向非民主的國家秩序¹⁸。納粹信念，係以此合法戰略，「半」掩飾其與憲法為敵之顛覆目的，同時進行恐怖與暴力行動；納粹當然不是非暴力的，但它的特殊性在於：偽裝的、假合法性的（*pseudolegal*）之奪權戰略與戰術，對當時民主政府與一般政治人物而言，簡直聞所未聞¹⁹。國家內部可能產生的危害，非如傳統認知一般，單純來自政治意圖的暴力行為，而是來自可能更有效的、所謂非暴力的體系摧毀（*Systemüberwindung*）：形式上不特別強調或甚至承諾「未來」不會廣泛使用暴力或其他非法手段，但決意追求一憲法或社會秩序的「極端改變」，整個政治行動中，必須不斷宣傳這種「體系摧毀」，並直指某些自由民主必要的結構要素，作為以此導向另一體制的雙重戰略，此即所謂玩弄制度的漫漫長征（*langer Marsch durch die Institutionen*）²⁰。希特勒在1930年的萊比錫帝國法院訴訟程序的作證中，曾驕傲地宣告納粹黨這套合法戰略：「在還沒有掌權之前，我們會姑且尊重威瑪民主的……威瑪憲法只規定了戰場，卻不包括目標。我們進入國家機

18 *Martin Kutscha*, *Verfassung und „streitbare Demokratie“*, 1979, S. 44 f.; *Kurt Sontheimer*, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 1962, S. 38; *Willms* (Fn. 8), S. 11; *Johannes Lameyer*, *Streitbare Demokratie contra Terrorismus?*, ZRP 1978, S. 49 (50).

19 *Reinhard Kühnl*, *Die Weimarer Republik*, 1988, S. 237 ff.; *Bracher/Sauer/Schulz* (Fn. 1), S. 21.

20 *Ludwig Martin*, *Wie steht es um unseren Staatsschutz?*, JZ 1975, S. 312 (313); *Priepke* (Fn. 7), S. 109.

關，為的是透過這個路線，使納粹黨成為重要的角色，因此，當我們擁有塑造國家形式的合憲權利時，當然會選擇我們自己真正要的答案」²¹。

當然，這並非意謂，威瑪時代沒有反對價值相對主義的聲音，也不代表法制上亦毫無針對類似反民主運動的規範存在，特別是在1921年8月26日帝國財政部長Matthias Erzberger遭刺後三天所發布之《保護共和國命令》，以及1922年7月21日因應帝國外交部長Walter Rathenau遇害所急速通過之《共和國保護法》（Gesetz zum Schutz der Republik），惟其中具刑罰性質的憲法保護法律，保護對象仍為共和之國家形式，防止其受暴力之顛覆威脅，仍未脫離威瑪共和容忍非暴力之憲法為敵的出發點²²，至於並非毫無使用暴力之納粹新合法戰術，為何總遭輕放，則是另外一個問題，所謂政治司法（politische Justiz）²³。即便是主張價值相對主義的社會民主黨人、威瑪公法學者Richard Thoma，亦曾提出警告，認不應忽視那些依自由民主之自我決定論所可能導致的弊病：自由可能遭反自由之意圖而濫用，但他仍做出結論，如多數決依循合法途徑作出「推翻憲法根基」之決定，自由民主體制無法評價為違法的顛覆行為，最後，如同1932年帝國內政部主管憲法事務之官員所言：威瑪憲法制定理念在於，依據歷史經驗，國家對言論、集會、結社自由的鎮壓，最後將徒勞無功，那些錯誤及危險的理念都「應該」在自由公開的輿論中消失，然而，它不但沒有消失，反而繼續危險滋事，意

21 Zitiert nach Jesse (Fn. 3), S. 13.

22 Fromme (Fn. 9), S. 165; Gotthard Jasper, Der Schutz der Republik – Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922-1930, 1963, S. 56 ff.; Kutscha (Fn. 18), S. 32 f.; Rudolf Morsey, Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 – Entstehung, Inhalt und Lehren, in: Heidemann (Hrsg.), Freiheitliche Verfassungspolitik – Erfahrungen und Maßstäbe des Grundgesetzes, 1979, S. 39 (57).

23 Statt vieler nur Otto Kirchheimer, Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, 1965, passim.

圖對抗它的國家反而淪為不法，進而創造殉道者，反民主之團體最後獲致其夢寐以求的影響力²⁴。

一個有趣的提問是：為何拿破崙征服歐洲，卻沒有將國民主權、憲政主義、人權思維與民主理念，帶到日耳曼世界？為何唯獨日耳曼人沒有誕生如同其他國家般的資產階級革命？究竟，從政治文化的角度，為何一個所謂思想家、哲學家、音樂家的國度，如此容易被「民主中的反民主」傷害？Kurt Sontheimer曾從政治文化的角度，提出歷史上阻礙德國建立一自由民主體制之五個傳統，對「德國是否合適或有必要採取防衛性民主體制？」提問，亦有相當關連性。這五個德國傳統分別為：國家主義傳統、非政治傳統、德意志理想主義傳統、畏懼衝突傳統、形式主義傳統：

同在國家社會二元論傳統思維下，國家向被德意志社會認為是穩固秩序、促進公益的核心角色，相對的，社會總是往相反的目標去推進。從戰後西德以降，這個傳統被認為削弱甚多，甚至持反感者不亞於贊同之人，但基本上仍然存在，在此背景下，極端主義傾向，不僅被認是反民主，也會遭定性為反國家、有害於公益，是以，當代德國社會或許對於極端主義的免疫力較強，但未必來自對民主的堅持，毋寧是立基於維護國家的確信²⁵。

對政治較為冷漠的傳統，在後國家社會主義時代更為顯著，德國人常有「政治事務應交給政治菁英」心態，是以雖無強烈的參與公共事務之心，但也對政治極端主義之群眾動員模式保持冷漠，互為表裡²⁶。

24 Rudolf Schuster, Über die Grenzen der „abwehrbereiten Demokratie“, JZ 1968, S. 152 (158).

25 Kurt Sontheimer, Deutschlands Politische Kultur, 1990, S. 36 f.

26 Sontheimer (Fn. 25), S. 37 f.

在Sontheimer眼中，德國政治文化特徵，是將現實持續地以一無可達成的理想狀態來加以檢視與衡量，此所謂「德意志唯心主義」(deutscher Idealismus)，使得悲觀心態蔓延，改變現狀多屬無望；戰後1960年代激烈的社會運動與學生運動，使之更形普遍²⁷。某個角度，此種政治文化，可能有利於宣揚「單一美好未來」之極端主義運動得勢²⁸。

德國人畏懼衝突，多企盼追求和諧與秩序，使得政治衝突上難見捍衛或堅持民主的意志，在Sontheimer眼中，這個德意志傳統有利於極端主義，因為他們善於描繪一「抽象存在的共同意志」，一必然導往更美好未來的憧憬，同時試圖讓人們相信，衝突不但非必要、甚至不會存在。相對的，對國家機關而言，亦可能本於此傳統，不願將極端主義放諸於民主秩序中去自行面對與處理，可能習於乾脆直接禁止²⁹，這對於解釋德國防衛性民主之實踐，相當重要。

在形式主義傳統上，與此關聯的，德國社會傾向於以形式法律處理艱難問題，包括將政治搬到法庭上解決。如政黨的主張，德國人經常傾向讓法院來判斷是否違憲，是否加以禁止，而非放諸於民主形成，讓言論市場自行處理³⁰。

當然，Sontheimer所描繪的德國傳統，未必能完整詮釋與預測「德國人是否容易接受極端主義？」、「極端主義是否容易付諸政治上實踐？」，毋寧可提供某種解釋線索：為何德國容易對極端主義運動，採取或許言之過早的干預手段³¹？顯然，威瑪共和的慘痛教

²⁷ Sontheimer (Fn. 25), S. 38 f.

²⁸ Gereon Flümann, *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich*, 2015, S. 121 f.

²⁹ Sontheimer (Fn. 25), S. 39 f.

³⁰ Sontheimer (Fn. 25), S. 40.

³¹ Flümann (Fn. 28), S. 122.

訓，歷歷在目。德國當代政治學者Klaus von Beyme評價：從國際評比來看，當代德國人展現高度的政治興趣，同時肯認與接受民主原則³²，已不復威瑪時代那般令人怵目驚心。Wolfgang Bergem也有類似見解，認昔日有利於威權與獨裁政權滋生之某些政治文化與傳統，「已消逝於柏林共和國」，Sontheimer在後來的著作中，也修正自己之前評述，認不論在言論、理念與價值等方面，當代德國應屬一正常而穩固的西方民主體制³³。這些都是後話，一個防衛性民主的理念與實踐，來自於後威瑪的反省，至臻明確。

貳、反省的開始：戰後西德防衛民主之確立與制度建構

戰爭結束，始自零時（Stunde Null）重新開始，防衛性民主理念，在波昂基本法之制定經過中，便佔有一席重要之地。早在戰時或甚至戰前，不同於古典放任、純多數決民主的「防衛形式想像」，即已出現於政治與專業言說市場；眼見法西斯運動的猖狂，深以民主為慮的公法學者Karl Loewenstein，所謂防衛性民主之父，繼1931年在第七屆德國公法學者年會中呼籲「民主國家應起身對抗國家敵人」後³⁴，在1937年發表之〈防衛性民主與基本權〉（Militant Democracy and Fundamental Rights）一文中，進一步主張：被法西斯主義及運動所威脅之民主立憲國家，有權利及義務，在某些特定要件滿足下，禁止該等一定期間之活動，包括實質內容之主張，限制相關人民之基本權利，甚至禁止該等非民主政黨、主張軍國主義之團體。Loewenstein以為，民主的教條主義，實則為多

³² Klaus von Beyme, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*, 11. Aufl., 2010, S. 81.

³³ Insgesamt Flümman (Fn. 28), S. 125.

³⁴ Karl Loewenstein, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 7 (1932), S. 192 (193).

數決原則所取代之國民主權原則，無限制的政治自由權，所謂應在民主體制中毫無限制的運用，而任何嘗試去對抗者，都只是民主的自我廢棄或至少民主憲法國家的倒退等云云，放諸1930、40年代，都淪為提供以合法形式意圖顛覆民主憲法秩序之反民主運動的合法性基礎，無異「自殺式的冷漠」(suizidale Lethargie)，其結果，民主與民主之容忍，都遭拿來摧毀民主，在基本權及法治國程序保護傘下，反民主機制不但得以建立，還能合法地順遂其陰謀。Loewenstein疾呼，為了對付這種新興的奪權手段，必須要有適當的新興政治暨法律手段加以對抗，同時要不牴觸民主原則之本質內涵及結構性內涵，答案就是必須建立全面性的防衛性民主³⁵。

大戰方酣，亦不斷有思想家反省戰前經驗，沉痛呼籲民主防衛的必要性。德裔社會學家Karl Mannheim，1941年於英國牛津大學發表的〈當代診斷〉(Diagnose unserer Zeit)一文中，認為強調「社會生活中所有實際問題皆應保持中立」的自由及多元主義，伴隨著對所有目標及價值的中立容忍，必須捨棄，為了人類的生存，民主必須質變為一防衛性的民主；與獨裁不同的是，民主所防衛的是社會群體共同形成與協商的價值，包括友愛、互助、社會正義、自由、互敬、人性尊嚴，作為所有社會秩序和平運行之必要基礎。Mannheim疾呼，必須確立新的防衛性民主理念，脫離昔日自由放任，提起勇氣，捍衛與追求一致的西方文明價值，以對抗當代法西斯與獨裁的挑戰³⁶。奧地利裔英國哲學家Karl R. Popper，在1944年的名著《開放社會及其敵人》(THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES)，提出所謂矛盾論(Paradoxa)：自由的矛盾，在於絕對的自由將賦予敵人摧毀自由與和平的可能性，容忍的矛盾，在於絕

³⁵ Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, 31 AM. POL. SCI. REV. 417, 417-32 (1937); Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2. Aufl., 1969, S. 348 ff.; Mandt (Fn. 16), S. 234 f.; Friederike Fuchs/Eckhard Jesse, *Der Streit um die „streitbare Demokratie“*, APuZ 3 (1978), S. 17 (20).

³⁶ Karl Mannheim, *Diagnose unserer Zeit*, 1951, S. 17 f.

對的容忍最終將導致容忍的消失，**Popper**主張，吾人應有權利，不容忍那些不應容忍之事物，應將那些四處傳播不容忍理念的運動，排除於法律保障外，「對於這種要求不容忍的行為，視同如要求謀殺、搶劫或重新恢復奴隸交易一般的犯罪行為」。最後一個矛盾，**Popper**續言，在於民主本身：多數決統治型態，本身隱藏一個危機，即可能走向一根本藐視多數決的獨裁，是以，為了避免與解決這些矛盾，**Popper**主張捨棄威瑪共和以來民主國家的主流，告別價值相對主義的民主認知，走向一全面的防衛性民主³⁷。

戰後，德國公法學界第一位對民主自我危害提出指控與警告者，首推科隆大學**Hermann Jahrreiß**：氏認，民主統治在形式上須具備一技術性條件，即自由權的最低限度保障，必須堅持政治自由權，同時強調多數決得以改變現實狀態的基本原則，但此「技術性內容」無疑會把民主帶入自我弱化，乃至於自我毀滅的危險，因為民主會輕易地容許以偏激手段對抗國家，並為導入混亂無政府狀態之意圖所乘，任何形式的民主都無法逃離此劫數，這是民主自我危害的本質問題。問道：民主要自我保護，除了限制與鬆動政治自由權及多數決的主宰地位外，難道別無他法？如走上這條路，民主還算民主嗎？經過反覆推敲，**Jahrreiß**認為，在一定條件尚未具備成熟前，「一定程度地限制自由權及多數決」，恐無可避免，民主至此，只好先選擇「自我折磨」（*selbstquälerisch*）的道路——防衛性民主³⁸。**Jahrreiß**所謂民主自我保護的一定條件，關鍵是人民堅持民主的自我認知，如具備三個前提，民主就可不必限制政治自由權及多數決原則，防衛性民主就可以捨棄：

37 See KARL R. POPPER, *THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES* (1963); dazu auch Jesse (Fn. 8), S. 212.

38 *Hermann Jahrreiß*, *Demokratie: Selbstbewußtsein – Selbstgefährdung – Selbstschutz* (Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945), 1950, S. 77 f., 86, 88.

- 國家必須堅持民主態度；
- 國民必須適時地監督其代表；
- 國民必須肯定國家的角色，並支持有能之政府。

Jahrreiß的結論很簡單：這些前提，德國無一具備，如貿然開放完全之政治自由權及多數決，將導致民主致命的危害³⁹。同時期公法學者、第一任聯邦憲法法院法官Gerhard Leibholz，提醒道，政治現實上越是平等，越有利於通往極權之路。因此，對民主之本質衝突及自我危害，必須採取對策，應試圖阻止某些自由的濫用，對那些行使憲法上賦予之自由權，意圖於奪權後廢棄自由權者，不能再加容忍，須以不容忍來對抗這些自由的敵人。在必要情形下，對想廢棄自由及理性的多數決，必須捍衛自由而犧牲之。雖然說，民主自我保護，本身也帶著一定的悖論，Leibholz回應說，民主的自我防衛權，必須同樣具備一定的條件方能實現：理性、自由，以及一切西方民主必備之原則，須於內容上互為一致⁴⁰。

在如此歷史、政治暨知識背景下，為避免威瑪國家社會主義運動利用民主而奪權成功之重演，波昂基本法決定，新憲法秩序不能再植基於價值中立上，不能讓那些只是形式上確認憲法規範框架、實質上藐視民主價值之政治運動肆無忌憚地活動，為民主自我保護，制憲者作出憲法基本決定（Grundentscheidung）⁴¹：建立能自

39 Jahrreiß (Fn. 38), S. 78 f.

40 Gerhard Leibholz, Die Struktur der neuen Verfassung, in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967, S. 63 (63 ff.).

41 聯邦憲法法院在1970年12月著名的「監聽判決」（詳後述）中，大幅度地使用「基本法的基本決定」一詞，認為基本法對於基本權，考量公益及保護更高法益，故，對其應有之界限，作成此基本決定，在宣告德國共產黨違憲的更早判決中，亦有相同之運用。BVerfGE 30, 1 (20); 5, 85 (139)。這裡必須忽略所謂「憲法的基本決定」在理論上所遭受的諸多懷疑與批評，「為何制憲者沒有說，憲法上沒有寫，我們仍然認為基本法毫不含糊地作出這些貫穿所有憲法規範與憲法生活之基本決定？而且不容個別基本權抵觸它？」，針對Hans J. Wolff所說的「決定具體國家生存方式的政治基本規範，經由形成國家意志的統治階級來決定，已形成作為憲法法源的原則」，這些提問始終伴隨著憲法基本決定之說法；

我防衛攻擊的防衛性民主，以確認某些不容更改之民主基本價值的、受一定價值拘束的民主憲法秩序⁴²。在此，對某些建立國家意志（zur Bildung des Staatswillens）所需之基本價值，基本法評價為絕對的價值，必須防止對之一切攻擊，即使透過多數決，亦不得排除之⁴³。本於對傳統自由民主思想的修正，原則上只能在容忍那些「肯定且保護該等價值體系」之政治活動，這種肯定某些不變之基本價值、自我保護意圖的典型線索，莫過於基本法第79條第3項永恆條款（Ewigkeitsklausel）、或說修憲的實體界限：「基本法的修改，涉及聯邦之組成、各邦原則上之參與立法或第1條與第20條之基本原則者，不得成立之」⁴⁴；這些包括人性尊嚴、自由、平等在內的實質憲法價值，基本法賦予其優先於多數政治權力意志的優位性，將其排除於多數決可支配的範圍⁴⁵。理論及憲法法院所謂「憲法包含某些國家一致的道德價值與理念」之說法，在1960年代中期以前的近20年西德歲月中，未遭到太多質疑與挑戰，但不可諱言，1966、1967年間所謂基本價值之爭（Streit von Grundwerten），特別是肇因於墮胎與離婚法形成之爭議，延伸至作為議會體制基本遊戲規則之多數決限制問題（「某些基本價值應當排除多數決」），但必須說，基本法第79條第3項突顯之「要求絕對適用之憲法規範性下的憲法秩序」，姑不論其適用效力，事實上取決於真實的社會共識

dazu Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Bachof (Hrsg.), GS Walter Jellinek, 2. Aufl, 1969, S. 33 (48 ff.); Willi Geiger, Grundwertentscheidungen des Grundgesetzes, BayVBl. 1974, S. 297 (297 ff.); Norbert Achterberg, Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, Der Staat 8 (1969), S. 159 (159 ff.).

42 Karlheinz Nollau, Demokratiegründung in Westdeutschland: Die Entstehung der Bundesrepublik 1945-1949, 1974, S. 111 ff.; von Arnim (Fn. 14), S. 112; Bulla (Fn. 3), S. 340 f.; Fuchs/Jesse (Fn. 35), S. 20; Fromme (Fn. 9), S. 164; Lameyer, Streitbare Demokratie 1978 (Fn. 7), S. 20; von Krockow (Fn. 9), S. 5.

43 Bulla (Fn. 3), S. 344 f.; Fuchs/Jesse (Fn. 35), S. 19; Schuster (Fn. 24), S. 154.

44 Brun-Otto Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 79 Rn. 25.

45 Werner von Simson, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 4 (17 ff.).

基礎，即便在70年代後的德國社會，都未面臨太大責難，換言之，標榜著防衛性民主的憲法基本決定，並未隨時代演進而遭逢根本質疑⁴⁶。

波昂基本法建立之民主，立基於民主自我保護，設下民主容忍的界限，亦即，對非暴力之憲法敵人的不容忍，成為戰後防衛性民主的核心內涵，學理稱之「一規範或與規則相關之實質容忍」(eine norm-oder regelbezogene materielle Toleranz)：從實質上劃出容忍界限，指向則是具體的規範規則。憲法秩序將政治上不應再容忍之界限設定為：當民主正當性的核心內涵遭受個人或團體攻擊時，在此，不再受傳統「與憲法為敵之活動必須限於行使暴力、方得制裁」之見解拘束，基本法對於民主——容忍的相互關係，已從形式容忍，走向相對容忍，或稱「壓制性的容忍」，亦即學理所說：對非暴力之反民主活動，應採取抑制、調節、容忍 (Hemmung, Mäßigung, Toleranz)，必要時則通往壓制，以避免重蹈威瑪時代不能對抗納粹新興合法戰術，導致不法及獨裁成為命運之缺憾⁴⁷。波昂基本法對於以非暴力手段進行反民主之運動，已自憲法以下，塑造一制度性的憲法敵人 (Verfassungsfeind) 圖像，並以此作為保障自由民主基本秩序之對抗客體⁴⁸。基本法描繪的憲法敵人，操持著現代革命煽動家們非暴力的顛覆戰略，透過掩飾真實目標之整體宣傳，以摧毀國民信賴，掏空國家機關體制之權威性，分化並埋葬現存統治關係，以達成略誘國民 (Volksverführung) 至一切否定現實

46 Erhard Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), S. 7 (11 f.); Josef Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S. 545 (545).

47 Ulrich Scheuner, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: Listl/Rüfner (Hrsg.), Staatstheorie und Staatsrecht – Gesammelte Schriften, 1978, S. 135 (156); Löw (Fn. 11), S. 102; Mandt (Fn. 16), S. 241; Priepke (Fn. 7), S. 113.

48 Wilhelm Henke, Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Parteiquarantäne, JZ 1973, S. 293 (293); Ralf Dreier, Verfassung und Ideologie, in: Wilke/Weber (Hrsg.), GS Friedrich Klein, 1977, S. 86 (97).

之地步，暴力顛覆者不再只是憲法所能防禦的敵人，而是必須延伸至非暴力的宣傳煽動者，誠如學者所言，儼然已有走向「思想刑法」(Gesinnungsstrafrecht)之勢，當須有進一步的謹慎態度⁴⁹。

防衛性民主下一重要內涵，所謂新自由權的建立：在新興的自由民主中，自由權不能再像相對主義或虛無主義所保障之「無實質內容」，在政治領域中，自由權不等同於恣意，而是必須承載一定的拘束與限制⁵⁰。Hans Hugo Klein指出，在波昂基本法秩序下，不論採取和平或暴力方式以危害自由民主，都不能再以自由權行使來正當化，「任一具體的自由權，都不能有效地任意主張說：不受任何拘束之限制」(Freiheit von heteronomen Verbindlichkeiten)，對自由的必要拘束，乃民主與社會法治國的必要生存要件，基本法的自由權，必須放置於「受第三人權利內容所拘束之自由權」來理解⁵¹。

在防衛性民主的基本決定上，波昂基本法建立所謂預防性憲法保護制度，包括⁵²：

—基本法第18條基本權剝奪：「凡濫用言論自由，特別是第5條第1項出版自由，第5條第3項講學自由，第8條集會自由，第9條結社自由，第10條書信、郵件與秘密通訊自由，第14條財產權或第16條第2項政治難民權，以攻擊自由民主之基本秩序者，應剝奪此基本權」；

49 Dieter-Dirk Hartmann, Verwirkung von Grundrechten, AöR 1970, S. 567 (569 ff.).

50 Klaus Grimmer, Demokratie und Grundrechte – Elemente zu einer Theorie des Grundgesetzes, 1980, S. 301; Gerhard Leibholz, Nachwort zu Johannes Lameyer, Streitbare Demokratie, JöR 30 (1981), S. 193 (195); Ulrich Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: FS Erich Kaufmann, 1950, S. 313 (315) (以下簡稱：Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz); Ulrich Scheuner, Gegenstand und Träger des Verfassungsschutzes, BayVBl. 1963, S. 65 (65) (以下簡稱：Scheuner, Gegenstand und Träger des Verfassungsschutzes)。

51 Hans Hugo Klein, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), S. 53 (64 f.).

52 Lameyer, Streitbare Demokratie 1981 (Fn. 7), S. 180.

- 第21條第2項的政黨禁止：「政黨，依其目標或其支持者之行為，旨在侵擾或排除自由民主之基本秩序，或危害德意志聯邦共和國之存續者，為違憲」；
- 第5條第3項第2句之憲法忠誠：「講學自由受憲法忠誠之拘束」；
- 第61條之彈劾聯邦總統：「聯邦眾議院或聯邦參議院得就聯邦總統故意違反基本法或其他聯邦法，向聯邦憲法法院聲請彈劾」；
- 第98條第2項之彈劾法官：「聯邦法官，如於職務上或非職務上違反基本法之原則或各邦之合憲秩序時，聯邦憲法法院經聯邦眾議院之請求，得以三分之二多數，判令其轉任或退休。如違反出於故意，得予免職」；
- 1968年修憲增訂之緊急狀態法制。

從學理分析，可清楚看出德國戰後防衛性民主的「制度軌跡」，學者Markus Thiel便提出7項規制上的組合（regulatory combinations），描述不同國家法秩序可能採取之規範與手段，呈現「民主的防衛性」⁵³：

- 憲法上保障有不容侵犯與剝奪的「民主核心」；
- 極端的政黨與其他組織；
- 濫用基本人權與自由；
- 對抗國家制度之相關規制與手段；
- 行政上的憲法保護；
- 緊急法制；
- 其他複雜的規範與手段。

⁵³ Markus Thiel, *Comparative Aspects, in THE “MILITANT DEMOCRACY” PRINCIPLE IN MODERN DEMOCRACIES* 379, 395 (Markus Thiel ed., 2009); zitiert nach Flümann (Fn. 28), S. 105 f.

一般所稱憲法保護制度，一般區分為國家保護（*Staatsschutz*）與憲法保護。在Reinhold Zippelius定義下，最廣義的國家保護，係指為保護國家法律上及事實上之存續，使之免受由外或由內而來的攻擊，所建立之所有機關、規範及措施。在此，國家領域之存續暨邊境的保護，亦屬國家保護範疇，相對的，在近代憲法國家出現以後，以憲法秩序作為保護客體，逐漸受到重視，且漸與國家存續保護相區分，而稱為狹義的國家保護，別稱憲法保護，保護客體為「以憲法所規制之國家群體共同生活的法律上及事實上基礎」，亦即「國家透過成文或不成文憲法確立之特別形式」之謂⁵⁴，如此定義也獲得多數學者贊同⁵⁵。

學理上亦有按不同憲法敵人類型，進一步將憲法保護區分為廣狹義者。如Ulrich Scheuner即以為，只要在自由國家秩序中所建立之制度或機關，目的在於保護憲法免受由外、由內而來之攻擊，乃至於由上、由下之憲法敵對行動，以防止內部喪失機能，同時，在一般憲法保護義務外，形成特別的義務暨管轄權，如施予侵害憲法者權利上不利之制裁，或保護憲法機關之組織面向的預防權限等，均屬憲法保護，換言之，Scheuner認為並無特別區分之必要⁵⁶。Erhard Denninger亦以當代市民憲法國自19世紀以降的實現過程，認為只要是保護憲法國之基礎，包括基本權、權力分立、法治國原則、司法獨立、議會主義等，使國家保護之概念，脫離過去單獨

⁵⁴ Reinhold Zippelius, in: Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl., 1991, S. 410 f.; dazu auch Walter Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 59 f.

⁵⁵ Hans Schäfer, Verfassungsschutz im demokratischen Rechtsstaat, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz, 1966, S. 37 (38); Scheuner, Gegenstand und Träger des Verfassungsschutzes (Fn. 50), S. 65 f.; Hans Joachim Schwagerl/Rolf Walther, Der Schutz der Verfassung, 1968, S. 7.

⁵⁶ Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz (Fn. 50), S. 321; dazu auch Bulla (Fn. 3), S. 347; Glaeser (Fn. 54), S. 60 f.; Lameyer, Streitbare Demokratie 1978 (Fn. 7), S. 21.

針對暴力及顛覆國家暨統治組織之範疇，作為今日憲法保護面貌，亦有異曲同工之妙⁵⁷。Klaus Stern列舉10項憲法保護之制度，包括：憲法之規範力量、防衛由上對憲法之攻擊（特別是修憲界限）、憲法法院之司法控制、權力分立與制衡、國家機關的合作、聯邦國之設計、公務員的職務保護、包括抵抗權在內的緊急狀態立法、憲法之開放性及公共性、人民之基本權等，亦可看出採取最廣義憲法保護定義的立場⁵⁸。

相對的，Reinhold Zippelius則認仍有分類之意義，氏以為，對合憲秩序的危害及攻擊，可能來自國家元首、政府或議會等國家機關，如透過隱藏性的違背憲法、或足以構成大規模形式的顛覆或公開的憲法破棄；這種來自「上」的侵害憲法，立憲制度上亦形成各種組織、程序上的保障及控制，即一般所稱憲法之存續保障（Verfassungsbestandsgarantien），基本法第79條第3項的修憲界限便是典型之例。而另一種來自「下」的憲法危害，由個人或團體從事與憲法為敵之行動，以推翻現行秩序為目標，在Zippelius眼中，這才是戰後防衛性民主真正著墨所在，別稱狹義的憲法保護⁵⁹。關此狹義的憲法保護，吾人可觀察以下三種不同類型⁶⁰：

- 一 憲法法院上的憲法保護，特別是基本法第18條的基本權剝奪、第21條之政黨禁止，由聯邦憲法法院獨攬管轄權；
- 一 刑法上的憲法保護，主要是德國刑法第80條以下的和平內亂、內亂及危害民主法治國罪，經宣告違憲政黨之替代組織及其他違憲結社等之組織行為罪，邦內亂罪，禁止對公共秩序為暴力攻擊，侵擾憲法機關及立法機關之運作罪等；

⁵⁷ Denninger (Fn. 8), S. 1293 f.

⁵⁸ Klaus Stern, Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots, in: Strack (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.1, 1976, S. 194 ff.

⁵⁹ Zippelius (Fn. 54), S. 411.

⁶⁰ Zippelius (Fn. 54), S. 413 f.; Schwagerl/Walther (Fn. 55), S. 58 f.

—行政上之憲法保護：主要是指聯邦憲法保護局及與之合作的邦行政機關，以及警察依警察法上之概括條款或刑法規定所為之憲法保護，聯邦憲法保護局作為憲法保護目的之資料蒐集官署，此外，依基本法第9條第2項規定，應禁止目的或其活動與刑法牴觸、違反合憲秩序或國際共同理解並接受之理念的結社等，亦屬行政上的憲法保護。

至於防衛性民主的保護客體，所謂自由民主的基本秩序，亦值得一提。在西方立憲史上即為少見的，波昂基本法形成之基本憲政秩序，不僅要「民主」，而且也必須有「自由」，制憲會議形成這項看法，相當程度影響了西德後來的民主與政治形成。Werner Maihofer認為，波昂基本法除接納西方傳統以來的古典民主概念，例如主權在民、國民利益、多數決及平等以外，亦樹立此憲法秩序的實質內涵，即自由、平等、依法、權力分立原則。在如此理解下，Maihofer主張，自由民主的基本秩序，內含形式及實質原則，應採較狹義的界定，並非包含整個立憲民主的整體範圍，而是僅涉及「某一特定的、重要、關鍵且不可侵害、不可變更的核心」，亦即「以自由為最高價值，透過憲法形式所建立之有限的多數決統治」⁶¹。對於作為防衛性民主核心的自由民主基本秩序，基本法並未對之定義或進一步描繪，在內涵形構上最重要的，無非德國聯邦憲法法院在1952年社會主義帝國黨（Sozialistische Reichspartei, SRP）、1956年德國共產黨（Kommunistische Partei Deutschlands, KPD）兩則判決中的闡釋，如同Christoph Gusy觀察到的，聯邦憲法法院對此概念之發展，做了三個面向的確立：自由民主基本秩序作為基本法上憲法保護的正當性，自由民主基本秩序作為基本法的價值秩序，以及，自由民主基本秩序作為整合目標⁶²。

61 Werner Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der BRD, 1984, S. 173 (173 ff.).

62 Christoph Gusy, Die „fdGO“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1980, S. 279 (284).

在社會主義帝國黨判決中，憲法法院如此定義自由民主基本秩序：

—排除任一暴力或恣意統治的，以國民依當時之多數及自由、平等之自決為基礎，所建立之法治國的統治秩序；此秩序之基本原則應包括：尊重基本法所具體規定之人權，特別是人格權、生命權及自由發展權，國民主權原則，權力分立原則，責任政治原則，依法行政原則，司法獨立原則，多數政黨政治原則，所有政黨機會均等原則，具合憲形成及反對之權利的原則等⁶³。

在共產黨判決中，聯邦憲法法院除重申前開闡釋外，亦加入反共產主義意識型態及政治宣傳活動的論述，引起學界「自由民主基本秩序是否包括特定如資本主義經濟體系？」的論戰。在本案中，法院極力抨擊共產主義關於社會階級的主張，法院認為：主張社會分化，因生產工具之持有與否，即其支配權所生之統治、被壓迫被剝削之階級關係，並以此為政治目標者，亦屬違反自由民主基本秩序的內涵，因此，「自由民主當然的駁斥那些，將私人企業中僱傭勞動的經濟現狀描繪為剝削關係之主張」。法院進一步緩和：「但基本法的自由民主，仍依然背負著防止事實上剝削之任務，亦即應禁止以不當勞動條件及不足勞動工資而利用勞動力之情形」。在法院眼中，共產主義的壓迫概念，與自由民主理解不同，馬克思列寧主義所提及的剝削及階級概念，不容於基本法所建構的自由民主憲法秩序，在此，「每個人均為具有自我負責之形成生活能力的獨立人格，不得單純以階級狀態來決定其行為及思維」⁶⁴。透過聯邦憲法法院的法官法，具體描繪防衛性民主的保護客體——自由民主基本

63 BVerfGE 2, 1 (12 f.); dazu *Grimmer* (Fn. 50), S. 302; *Dreier* (Fn. 48), S. 95; *Fuchs/Jesse* (Fn. 35), S. 20 f.; *Jesse* (Fn. 3), S. 18.

64 BVerfGE 5, 85 (196 ff.); dazu *Kutscha* (Fn. 18), S. 76 ff.

秩序的內涵，至此，整套防衛性民主體系足稱完備：有理念，有制度，有操作內涵，接下來，自然是具體實踐。

參、法律的日常：1950至1970年代的西德防衛民主實踐

防衛性民主與憲法保護，在理念確立後的付諸實踐，充斥著戰後西德的法律日常生活，在前述制度基礎上，面對所謂「憲法敵人」。限於篇幅，這裡很難有非常全面性的分析與論述，僅以聯邦憲法法院之裁判為經緯，觀察一些防衛民主的實踐。特別涉及到政治自由權的限制，意圖剝奪所謂積極的市民特權（Aktivbürgerprivileg），性質與功能應為「例外法」之憲法保護——制憲代表Helmut Ridder、Rudolf Schuster均特別強調⁶⁵，事實上，如果沒有聯邦憲法法院的具體形成，很難是今日吾人所能理解的面貌。防衛性民主雖然在基本法制憲會議中被提及與擁護，也隨之創設相關制度，但談到建構成完整的體系與內涵，沒有聯邦憲法法院裁判實務，幾無想像，Johannes Lameyer即指出，創設戰後西德防衛性民主的主角，說是制憲會議，毋寧說應為聯邦憲法法院，是它在多年的憲法訴訟實務中，從基本法個別條文之具體化中，抽離而形構成一整體的、上位的防衛性民主概念體系，並確立為憲法的基本決定——雖不免有著後設意味⁶⁶。

雖有1952年10月的社會主義帝國黨判決，惟一般談到防衛性民主，論述不多的該判決總被跳過，眾所關注焦點，無疑聯邦憲法法院1956年的德國共產黨判決。在此，法院重申波昂基本法之作為價值拘束的秩序，內涵叫做自由民主基本秩序，並詳述其內容要素，

⁶⁵ Schuster (Fn. 24), S. 154; Bulla (Fn. 3), S. 355.

⁶⁶ Lameyer, Streitbare Demokratie 1978 (Fn. 7), S. 13 f.

亦即在排除任何暴力及恣意的統治下，一個以國民依多數意志及自由平等原則之自決為基礎，建構法治國的統治秩序，如同前述；法院強調，「為了使世界觀及利益的多樣性，不致於妨害一體性的國家意志形成」(Bildung eines einheitlichen Staatswillens)，因此必須在參與意見形成的過程中，要求一致肯定「某些憲法上基本價值的存在」⁶⁷。在解釋基本法第21條第2項政黨禁止條文時，法院肯定合憲性，認為對那些在奪取國家權力機器前，暫且在自由民主之規則下行動，以便將來排除所有其他政治意見者，「將逼使一防衛並保障人性尊嚴的自由民主，不能再對之採取中立的態度，威瑪憲法對於最富攻擊性的極權政黨採取政治漠視之歷史殷鑑，歷歷在目」。是以，政黨禁止與憲法基本原則並不衝突，它是制憲者為解決自由民主國家秩序之邊界問題，所為憲法意志展現，基於歷史教訓，深信在特定的歷史情狀下，不能再採取國家對所有政黨均堅守中立的立場，必須堅持防衛性民主認知⁶⁸。法院進一步提醒：「不能因政黨不肯定、拒絕或反對自由民主基本秩序為最高原則，就一定構成違憲，它必須對現存秩序採取一主動抵抗、攻擊之態度，它必須有計劃的意圖損害此秩序之機能，並準備在未來根本地排除之，始足當之」；憲法理解的民主，必須是防禦性的，單純去防衛對憲法基本秩序的攻擊，包括基本法的政黨禁止，性質上都僅是針對未來之預防性措施⁶⁹。聯邦憲法法院宣告德國共產黨違憲判決，引起政治與學界的關注，對法院的三個核心論證：政黨在基本法的地位為何？為何排除與國家為敵之政黨，是一合乎體系(systemkonform)的制度選擇？自由民主基本秩序應如何定義？在西德成立未滿10年的當下，社會共識仍薄弱，不但判決作成後，替代的組織相繼出現——例如DKP、翻譯上也是德國共產黨，學界對

67 BVerfGE 5, 85 (134, 139).

68 BVerfGE 5, 85 (139).

69 BVerfGE 5, 85 (141 f.).

判決亦不無激烈批評，甚至有只是因應冷戰時代政治正確、僅扼殺左翼政治運動之譏；雖非第一，但無疑最重要的防衛性民主之初試啼聲，紛爭不絕⁷⁰。

1961年6月的《聯邦補償法（BEG）裁定》，事涉戰前曾被逮捕拘禁的共產黨員，請求依該法補償遭拒後提起憲法訴願。本案中，法院認為，自由民主內含之政治容忍，以及制憲者在基本法第9條第2項、第18條、第21條第2項設立之界限，在操作與適用第3條平等原則時，亦應考量。易言之，「本於制憲者在上述三個條文中所明示之基本決定，即對民主價值秩序之積極敵人應加防衛的原則，毫無疑問，只能拒絕原告受補償」⁷¹，在此，防衛性民主基本決定優先於平等權的考量。1969年1月14、15接連兩日，聯邦憲法法院做出兩則裁判，首先是所謂《共產黨候選人裁定》：於德國共產黨遭違憲宣告後，某一黨員仍公開從事競選活動，被以違反政黨違憲宣告之由判處刑罰，提起憲法訴願。法院認為，基本法第21條第2項政黨禁止，本身作為「符合基本法整體理解之防衛性民主的憲法本質呈現」，在公共意見形成、違憲政黨之確認宣告兩者間，應為進一步利益衡量，對聲請人與憲法為敵的個別行動，此時應選擇不利於公共意見形成之結論⁷²。在接下來《NRW邦新聞法裁定》中，某共產黨員被NRW邦政府，以該邦新聞法令為據，剝奪當事人擔任報社編輯暨發行人的職業自由，在窮盡法律救濟途徑後提起憲法訴願。在本案，憲法法院主張，基本法第18條基本權剝奪、第21條第2項政黨禁止，都「扮演著對抗憲法敵人之保護角色」，作為突顯基本法本質之防衛性民主，是以，在此國家保護範圍內，刑法所採取之職業禁止手段，應屬合憲⁷³。

70 Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 54 ff.; Helmut Ridder, Streitbare Demokratie, Neue Politische Literatur 1956, S. 351 (351 ff.); Lameyer, Streitbare Demokratie 1978 (Fn. 7), S. 32 ff.

71 BVerfGE 13, 46 (46 ff.), dazu BayVBl. 1961, S. 378; DöV 1963, S. 627.

72 BVerfGE 25, 44 (55 ff.).

73 BVerfGE 25, 88 (100).

1970年2月18日，聯邦憲法法院作成判決，原因事實是一位聯邦國防軍下級軍官，因宣揚反軍隊的言論，遭軍方懲戒並勒令退伍，提起憲法訴願。法院認為，部隊懲戒法院（*Truppendienstgericht*）應依基本法的價值秩序，衡量言論自由及行為應受懲戒的必要性；對政治上意見表達，法院認已存在一憲法政策上的基本決定，亦即憲法層次上已為必要的利益衡量，「德國是一期待人民會起而防衛自由秩序，同時無法容忍濫用基本權以對抗此秩序之民主」。法院進一步闡釋：防衛性民主亦適用於聯邦國防軍之內部秩序，軍人有其義務，透過其整體行為表達其維護自由秩序的決心，是以，「基於防衛性民主原則所建立之國家，它的自由秩序，無論在軍隊內部的政治討論，乃至於在軍人服役期間內，都無法容忍遭受質疑，甚至去對抗它」⁷⁴。在此所謂《第一則軍人裁定》中，法院首次提及「憲法上已對言論自由與防衛性民主做了利益衡量的決定」，言論自由基本權必須退讓而受壓制，這是典型「憲法基本決定優先於個別基本權」論述方式，再者，防衛性民主不再只是自由民主核心，而是連結至一主觀義務：基本法的防衛性民主，期待人民防衛自由秩序，形成一積極的國民義務⁷⁵；必須承認，走向此「人民有積極的防衛義務」，是本則裁定最為人批評之處。

接下來是兩則重要的判決：首先是1970年12月15日的《監聽判決》（*Abhörurteil*）。Hessen邦政府、一群法官暨律師，同時針對1968年6月24日通過之「基本法第17次增補法」所修正之基本法第10條第2項、第19條第4項，主張違憲，提起抽象法規審查及憲法訴願。此涉及國家緊急法制是否違憲問題，各界爭論極大，聯邦憲法法院也史無前例的公布不同意見書⁷⁶。法院多數意見以為，依憲法

⁷⁴ BVerfGE 28, 36 (48 ff.).

⁷⁵ *Lameyer*, *Streitbare Demokratie* 1978 (Fn. 7), S. 51 f.

⁷⁶ *Peter Häberle*認為，在監聽判決作成的7年後看來，學界幾乎一致地反對判決的理由與結果，「憲法法院在本案所做的第一次公布不同意見書，已在學術的討論上，成為多數意見」；*Peter Häberle*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*,

保護暨防衛性民主的基本決定，修正後的兩條基本法條文，賦予該管機關「拆閱受書信、郵件及通訊秘密保護之任何傳遞」，包括電報、電訊往來、裝置竊聽器，且均無須告知當事人，應屬合憲，因為，「所有的憲法條文，都必須與基本法之必要原則暨價值秩序，為相互一致的解釋」，例如在解釋系爭基本法第10條第2項時，「就必須考量憲法的整體，特別是基本法的基本決定及一般憲法原則」。法院闡釋道，當代德國憲法，已作出防衛性民主決定，它不再容忍濫用基本權以對抗自由秩序之人，憲法敵人不能再援引基本法所保障的自由權，去危害、損及或摧毀憲法秩序與國家的存續⁷⁷。在聯邦憲法法院首次的不同意見書中，少數見解針對保護德國之存續及自由民主基本秩序之問題，區別緊急狀態、司法仍能正常運作的一般狀態兩類，以釐清限制個人自由權之適當界限。少數意見認為，立法者在規範防止危害時，必須衡量不同法益，同時考慮到基本法賦予個人基本權的價值，國家理性（Staatsraison）並非絕對優先，如果立法者錯認此界限，則防衛性民主將造成自我矛盾：為了保護憲法，結果付出憲法所不可變更原則之代價，豈可不慎⁷⁸。

另一則為1975年5月22日的《激進者裁定》（Radikalenbeschluss）：一法律系學生，因不願表明支持自由民主的基本秩序，遭官署拒絕其實習之申請，最後提起憲法訴願，此裁定可說是典型公務員忠誠義務，或是對激進公務員為職業禁止處分的案例。法院以為，公務員忠誠義務在基本法之適用上有其重要地位，既然憲法不再是價值中立，而是將某些核心價值納入保護，並課以國家保障義務，則在此建構之防衛性民主體制上，不應容許「合憲機能，完全取決於公務員是否受憲法拘束之國家，而讓拒絕且對抗自由民主、法治國及社會國秩序的國民，成為國家的公務員或繼續擔任國家的公務

1979, S. 122. 關於不同意見書之討論，請參見：林佳和，憲法法院不同意見書制度之再思考——以德國經驗為中心，輔仁法學，48期，頁1-69（2014年）。

77 BVerfGE 30, 1 (19 ff.).

78 BVerfGE 30, 33 (45 f.).

員」⁷⁹。法院強調，單一的憲法條文不能獨立解釋，它必須從整套憲法之關聯出發，就此，來自威瑪共和慘痛經驗所建立之防衛性民主的憲法秩序，不能容許藉由基本法第3條平等原則拘束，「讓憲法敵人揚長而去」⁸⁰。

1975年《激進者裁定》，加上前述1970年《第一則軍人裁定》，宣告防衛性民主一個新時代的到臨。1970年代始，政治情勢緩和，特別是社會民主政權東進政策（Ostpolitik）崛起，東西德攜手進入聯合國，再採取如政黨禁止般政治風險不小的憲法保護手段，似已過時，取而代之的，是所謂「內在政治敵人」的防衛，亦即對於違反公務員「效忠自由民主基本秩序」之忠誠義務者，阻礙其政治理念之實踐可能，不讓其等有機會參與國家權力的形成，使政治思考與憲法不符之激進份子，遠離國家機器，達到民主自我防衛的目的。聯邦內政部在1972年，首次公布激進者名單，責令所有國家機關與憲法保護機關聯手合作，防堵政治偏激者成為公務員，同時，自1970年《第一則軍人裁定》後，搭配制定法上有關公務員及軍人之規定—例如《統一公務員法制綱要法》（BRRG）第35條第1項、《聯邦公務員法》（BBG）第52條第2項、《軍人法律地位法》（Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, SG）第8條等，建立一全面性的公務員憲法忠誠義務，要求公務員之整體行為，必須顯現為對基本法自由民主基本秩序的擁護，同時展現加以防衛的決心，否則成立公務員法中的職務違反，導致公務員人事體系內的懲戒罰，而對欲成為公務員之申請者，亦須符合所謂保證切結條款（Gewährbietenklausel）要求，提供證明個人擁護自由民主基本秩序之思想內容的保證，否則將之排除於公務員體系外⁸¹。

⁷⁹ BVerfGE 39, 334 (349).

⁸⁰ BVerfGE 39, 334 (368 f.); dazu auch *Friedrich Karl Fromme*, Die Streitbare Demokratie im Bonner Grundgesetz, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 185 (202); *Dreier* (Fn. 48), S. 88 ff.

⁸¹ *Erhard Denninger*, Staatsrecht. Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts

以上分析，可看出在聯邦憲法法院的實務發展下，西德防衛性民主的實踐，從早期政黨禁止——阻止與憲法為敵的政黨繼續從事活動，到1970年代晚期的以公務員忠誠義務為核心。當然，這並不意謂著「解散違憲政黨」之憲法保護手段，不再被考慮援用，在之後的論述可觀察到，在不同的政治社會條件下，「政黨禁止」始終存活於政治言論市場上，對政治實踐產生某些複雜的牽制與導引作用。防衛性民主理念，至少在戰後30年的西德社會，並非只是遙想歷史、慨嘆當代的空包彈，它確實產生一定的規範作用，雖不是已渡萬重山之輕舟，但仍在戰後快速變動的社會背景下，逐步前進。

肆、意識的轉變：從激進主義走向極端主義的典範變遷

戰後德國，並無有重要意義的、對防衛性民主「根本反對」的聲浪，但這並不代表，對民主防衛未有多少批評，特別是針對聯邦憲法法院實務，來自學術界、特別是左派知識界的質疑，從未間斷，以下可略窺一二：

—首先，「限制自由權應屬例外性質，防衛性民主制度改變了這項普遍適用原則」、「防衛性民主將帶來對於自由權的不當侵害」，最典型的批評，它是否扭曲了限制自由權應有之原則——例外關係，進而建立一干預自由權行使的普遍性負擔保留⁸²？是否從基本法的國家機關與職權規定（例如基本法

der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1973, S. 87; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem, in: Denninger/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, 1981, S. 9 (9 ff.); Dreier (Fn. 48), S. 88 f.; Fromme (Fn. 80), S. 299 ff.; Gotthard Jasper, Die Krise der streitbaren Demokratie, DVBl. 1978, S. 725 (729 ff.).

⁸² Kutscha (Fn. 18), S. 134 f.

第73條第10款、第87條第1項的聯邦組織暨權限劃分)，錯誤地導出得干預自由權的一般授權⁸³？不論如何，防衛性民主似乎自始便陷入一個邏輯悖論：為保障自由權，只好限制自由權，永遠難以從邏輯上自圓其說。

- 再者，「防衛性民主不應建立人民積極的憲法忠誠義務」，即便是贊同防衛性民主者，也常常對聯邦憲法法院動不動就強調「人民防衛憲法的忠誠義務」、「人民有以積極作為去履行防衛自由民主基本秩序之義務」，深覺不安。Hans Hugo Klein引用Rudolf Smend的話說：國民作為整體公共法地位前提之「道德使命」，是國家倫理的問題，不是憲法任務的問題，換言之，基本法並未課予人民積極的憲法忠誠義務，至多僅建立一防衛自由民主基本秩序的權利，例如抵抗權⁸⁴。
- 憲法敵人浮濫認定之問題，始終伴隨1970年代以降之防衛性民主實踐，藉由公務員忠誠義務之課責，形成以政治道德來去公民化（Ausbürgerung）。一方面，至少在戰後初期的西德，取決於政治形勢需求的浮濫運用，導致由當政者控制下的極權國家認知，更加複雜難料；自由民主基本秩序可能等同於假國家之名而形構一具體的統治結構，讓自己成為一窺刺國或監視國（Schnüffel- oder Überwachungsstaat）；如被用來對付意圖在合憲範疇內改造社會結構的反對運動勢力，反而讓自己淪為通往極權國家之捷徑⁸⁵。
- 超越合法性與正當性界限，無疑是防衛性民主帶來的奇特現象。Helmut Ridder認為它將徹底破壞合法性之認知，讓本來應屬法律上例外性質者，變為基本原則下的常態；Erhard

83 Kutscha (Fn. 18), S. 133 f.; Denninger (Fn. 46), S. 18; Sattler (Fn. 7), S. 24; Lameyer, Streitbare Demokratie 1981 (Fn. 7), S. 188.

84 Klein (Fn. 51), S. 80; dazu auch Erhard Denninger, Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung, JZ 1975, S. 545 (548 f.).

85 Kutscha (Fn. 18), S. 133; Fromme (Fn. 80), S. 196; Jasper (Fn. 81), S. 725; Bulla (Fn. 3), S. 360; Dreier (Fn. 48), S. 99 f.; Henke (Fn. 48), S. 293.

Denninger亦提及，對形式上仍處於合法性範圍內活動的所謂「敵人」，不再加以容忍，不啻藉由普遍化的防衛性民主主張，超越民主多數決原則，徹底改造法治國的合法性內涵，進而創造超級合法性或說超級正當性，在灰色地帶上，一方面有著被宣告已喪失正當性的合法性（與憲法為敵，但尚未遭禁止），另一方面則存在個別制定法上已屬非法，但憲法上卻可能繼續正當的苟延殘喘，形成同時存在對法律忠誠的憲法敵人（*gesetzztreue Verfassungsfeinde*）、以及正當之法律濫用（*legitimer Gesetzesmißbrauch*）怪異現象⁸⁶。

隨著客觀政治情勢演變，當然也因許多批評——不論來自於理論或實踐，防衛性民主雖然沒有遭逢推翻或面臨重大危機，制度框架與規範結構仍保持完整，但是，防衛性民主的「當代危機」，卻使之必須另尋正當性基礎。必須說，西方國家1970年代後面對日漸猖獗的恐怖活動，隨著反恐怖主義的特別法制建構——例如政治刑法、敵人刑法，德國1976年8月通過的《反恐怖主義者》法案——刑法典第129a條、1977年9月制定之《隔離法》（*Kontaktsperregesetz*），倡議者——如知名的刑事政策專家Achim von Winterfeld，即主張面對例外性質的恐怖主義團體、運動與攻擊，必須以特別法制來因應，普通刑法已無用武之地，吾人需要一能防衛對群體和平之重大危害，又能保障現存法秩序之完整性與持續性的特別法，而其正當性基礎，即為基本法之防衛性民主⁸⁷。姑不論此種「發揮」是否正確，諸多學者均指出，其正好誤認防衛性民主的本質。Lameyer便批評，對抗恐怖主義當然重要，但它與法治國原則並無關聯，它與防衛性民主所要保護的自由民主基本秩序一點關係也沒有；憲法法

⁸⁶ Denninger (Fn. 46), S. 17; dazu auch Jesse (Fn. 3), S. 24; Ulrich K. Preuß, *Legalität und Pluralismus*, 1973, S. 23.

⁸⁷ Achim von Winterfeld, *Terrorismus – Reform ohne Ende? Konzept eines neuen Weges zur Abwehr des Terrorismus*, ZRP 1977, S. 265 (265 ff.).

治國秩序，不會遭恐怖主義所危害，因為它完全不影響法治國的本體，這純屬刑事法之技術問題，不是憲法保護問題⁸⁸；Denninger亦認為，濫用防衛性民主已擴張至內在安全及反恐怖主義刑事法主張，已構成此原則之危機；主張內在安全，不能以無故付出自由代價為方法，同時，憲法的自我保護，並不單純在於維繫國家作為權力組織，而在於本身維持一自由民主形式，是以，不應讓防衛性民主淪為反恐怖主義的超級正當性（Superlegitimität）⁸⁹。

弔詭的是，在「沒有遭受重大責難」、「具一定政治社會共識基礎」，但卻也不免跌跌撞撞的西德防衛性民主，走至70年代中後期、80年代後，隨著東西方冷戰之政治局勢丕變，「憲法敵人」之面貌與形式亦跟著轉換，進入嶄新階段。在此，本文必須進入一偏向政治分析的角度，制度性、政體（Polity）為核心的法學論述，已無法完整關照此一發展軌跡。

戰後西德初期，所謂自由民主基本秩序的敵人，普遍被稱為「激進者」（Radikale），必須放置於激進主義（Radikalismus）下理解，進一步區分為右派與左派激進主義，值得注意的是，這並非來自理論上清楚的區分，毋寧來自具體的、由集權主義（Totalitarismus）滋生之「與國家為敵」的行動外觀，由其實踐所得出之觀察⁹⁰。右派激進者，多視為納粹黨承繼組織，如社會主義帝國黨（SRP），左派則一般受蘇聯指示，從事內亂外患行為之德國共產黨（KPD）為首。在西德初期，「國家性、民主、基本法」之區別，並不顯著，政治上無甚重要，是以，究竟與國家敵對之行為，係針對三者何一？始終在政治實踐與學理分析上看不清楚，是有學者提議，不

88 Lameyer (Fn. 18), S. 49 ff.

89 Denninger (Fn. 46), S. 19 f.

90 Jonas Döring, Der Nutzen der Streitbaren Demokratie. Notstandskonzept, Konsolidierungskonzept, Integrationskonzept?, in: Döring/Dressler/Hummitzsch, Streitbare Demokratie. Ein politisches Konzept zwischen demokratischer Verpflichtung und Meinungsfreiheit, 2016, S. 7 (41).

妨逕以「集權的對抗民主的」(totalitär versus demokratisch)加以理解與區辨⁹¹。激進主義，係以對民主憲法國的否定來定義，正面表述，就是國家社會主義、蘇聯共產主義的意識型態，抽象層次為反面、而具體層次則以正面描述為之，這也就是為何提出防衛性民主之Karl Loewenstein，主張確認民主敵人之程序，只是次要問題，重點在於如何找到對抗敵人的適當方法⁹²。Peter Graf Kielmansegg亦評價道：在戰後初期的防衛性民主中，爭辯的是採取之措施是否有效？充斥的無非針對激進主義的壓迫性防制作為，以及專業言說上之探索沉澱，兩者間不停的游移、猶疑⁹³。

走到1960年代西德，戰後嬰兒潮興起，社會普遍激發出對威瑪共和沉淪之記憶，意圖挖掘納粹政權之陰暗過去。最重要的，東西方冷戰似有從50年代劍拔弩張態勢中緩和跡象，「國家崩潰與滅亡」漸從日常語彙中消失，「舊納粹份子」、「史達林信徒」已成昨日黃花，取而代之的，是新的政治極端主義與恐怖主義 (politischer Extremismus und Terrorismus)，如基民黨國會議員口中之「左派激進的挑釁者」、「那些激進而反民主的理念與行動」。當時國防部長、之後的西德總理施密特 (Helmut Schmidt)，來自社民黨左翼，仍大聲警告著來自「激進的新左翼」與「右派激進之德國國家民主黨」(rechtsradikale NPD)的威脅，即時人所稱「反民主的極端主義者」(antidemokratische Extremisten)或「來自極左與及右之新集權主義」(neuer Totalitarismus von ultralinks und ultrarechts)，這些不禁令人想起威瑪時代那些使政治急遽動盪不安的偏激政黨⁹⁴。必須

91 Hans-Gerd Jaschke, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit. Grundlagen, Praxis und Kritik*, 1991, S. 28.

92 Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, 31 AM. POL. SCI. REV. 638, 646-47 (1937).

93 Peter Graf Kielmansegg, *Von der Notwendigkeit und den Schwierigkeiten streitbarer Demokratie*, in: Schönbohm (Hrsg.), *Verfassungsfeinde als Beamte? Die Kontroverse um die streitbare Demokratie*, 1979, S. 39 (74).

94 Döring (Fn. 90), S. 42.

說，不斷的有學者試圖區分兩者（「兩者是截然不同的」），如Hans-Gerd Jaschke便強調，激進左派來自工人運動，有著民主傳統與啟蒙——人道主義之動機，但激進右派則根基於反動的——威權的統治宰制模式，是否合適將兩者等量齊觀？值得商榷⁹⁵。

憲法保護實踐上，60年代的關鍵詞為「極端主義」，具體脈絡是暴力與內部安全之極端主義者活動，如70年代中期西德內政部長Werner Maihofer之標準說法：「所謂的政治極端主義，係指有具體之事證，足證依其所遵循之目標或為實現該等目標所採取之手段與途徑，全部或一部與自由民主基本秩序不相容的活動或嘗試」⁹⁶。戰後初期使用之「激進」——拉丁文*radix*，表示根源或來源之意，漸為「極端」——*extremus*所取代，指涉核心為對抗自由民主的基本秩序，只要目的、意圖或手段，符合牴觸基本法之破壞憲法秩序核心內涵要件，即可該當「極端主義」。在同為重要公法學者之內政部長Maihofer區分下，極端主義者與激進主義者不同，前者對抗由聯邦憲法法院所發展之基本原則，在憲法體制之外（*außerhalb der Verfassung bewegt*）；後者則採取合憲合法的路徑，尋求在憲法秩序與原則之範疇內變更現行秩序，如憑藉所有合憲手段，追求將土地或生產工具社會化，即為著例⁹⁷。一句題外話：這涉及西德基本法的自由民主基本秩序，內涵上是否包括社會國原則，特別牽涉「資本主義私有財產制」、「經濟的社會化」（*Vergesellschaftung bzw. Sozialisierung*）的重大爭議。在此有個有趣的觀察線索：

一如無法依合法途徑實現，即便不使用非法手段來意圖實現，都不是「僅有」激進主義，而是踏入極端主義。他們拒絕承

⁹⁵ Jaschke (Fn. 91), S. 31.

⁹⁶ Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht. Ergebnisse, Gruppierungen, Hintergründe. Referat Öffentlichkeitsarbeit, 1975, S. 3.

⁹⁷ Werner Maihofer, Politische Kriminalität, in: Funke (Hrsg.), Extremismus im demokratischen Rechtsstaat. Ausgewählte Texte und Materialien zur aktuellen Diskussion, 1978, S. 327 (327 ff.).

認服膺民主的憲法國，明確主張應對抗之，以集權主義意識型態取而代之，最終只有一個答案：必須消滅民主的憲法國⁹⁸。

相較於前述規範性的定義，Wolfgang Gessenharter則主張形式面的描述：個人行為或觀念，團體或制度之行為、象徵或結構，逾越現行社會之共識核心所標示之規範、法律與憲法的界限者，即屬極端主義⁹⁹。Richard Stöss亦有類似極端主義理解：只要公共生活所出現的形式，目的在於顛覆民主憲法國之基本原則者，都可以說是極端主義¹⁰⁰。不可諱言的，向來對極端主義之關注與研究，多聚焦於右派極端主義，並常傾向以此角度敘述與描繪極端主義，如Peter Dudek & Hans-Gerd Jaschke，即主張由意識型態批判、組織社會學、互動理論三個角度來理解極端主義¹⁰¹：

- 在意識型態上，極端主義者擁護一「整體概念」：整體一切優先，諸如民族優先於個人，意志優先於利益，公益優先於部分私益，共同體優先於社會，自然也必須優先於文化；
- 從組織社會學角度，極端主義的政黨或團體，總是標榜藐視與區隔多數決文化，強調主觀，敵視客觀；
- 由互動理論言之，極端主義者與主流的政治與文化形式大相逕庭，明顯不同。

在德國極端主義研究上夙負盛名的Hans-Gerd Jaschke，在2001年重新提出定義，看似揚棄組織社會學的面向：「所謂右派極端主義，作為所有理念、行為方式與行動的整體——不論有無組織性，由種族或族群所致之社會不平等作為出發點，主張人民在族群上單

98 Hans-Gerd Jaschke, *Politischer Extremismus*, 2007, S. 17.

99 Zitiert nach Flümann (Fn. 28), S. 35.

100 Zitiert nach Flümann (Fn. 28), S. 47.

101 Zitiert nach Flümann (Fn. 28), S. 47 f.

一性，嚴拒人權法所要求之平等，強調共同體優先於個人，人民必須臣服於國家理性下，反對自由民主之價值多元主義，最後，意圖將民主翻轉回去」¹⁰²。Wolfgang Benz也列舉右派極端主義七大特徵，雖然說，不免令人懷疑是否以納粹為師而過度受限，包括：具攻擊性之民族主義，反閃族主義與種族主義，無寬容與容忍、信服力量帶來的好處，軍國主義、信奉英明領袖，傾向好戰好鬥的祕密結盟、熱衷於陰謀，神化與美化納粹政權，為達成目標而準備使用暴力¹⁰³。

在此，由於手段平和，但無法依合憲合法方式實現，便踏入憲法保護必須防堵的「極端主義活動」，那麼，這類極端的憲法與民主敵人，不免可能與「激進的憲法之友」(radikaler Verfassungsfreund)混淆，而後者根本不想攻擊憲法秩序、只想改造憲法實踐¹⁰⁴。與昔日涇渭分明的納粹餘孽、史達林主義者不同，此時「合法之侵擾秩序者」，不再是民主與憲法的敵人，不再納入民主防衛與憲法保護下加以處理，而是歸入「激進主義」陣營。自此之，如在專業言說或制度實踐中仍出現激進主義之辭，要不作為某些極端主義者的自我描述，要不作為所謂「激進化過程」(Prozess der Radikalisierung)來理解——例如激進的新納粹份子¹⁰⁵，不復往日之意涵。如此區分激進與極端，只有後者才是憲法與民主之敵，確實引發不少疑惑，因為在政治分析語彙中，兩者經常混用或同時操持，到頭來，抽象概念的語意探索，常變得無關緊要，關鍵是誰來決定、誰來解釋(Quis iudicavit? Quis interpretabitur?)。如同Kurt Sontheimer所說：重

102 Hans-Gerd Jaschke, Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Begriffe, Positionen, Praxisfelder, 2. Aufl., 2001, S. 30.

103 Zitiert nach Flümann (Fn. 28), S. 47.

104 Gustav Heinemann, Freimütige Kritik und demokratischer Rechtsstaat, in: Denninger (Hrsg.), Freiheitliche, demokratische Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik, 1977, S. 61 (64).

105 Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2010, 2011, S. 3, 69.

點在於，誰來決定，哪些激進者因偏離「中道」而成為激進（*wer bestimmt, von welcher Mitte aus das Extreme extrem wird*）。在政治實踐上，決定者自然是主流團體與政黨，由他們來決定，哪些團體、從何時開始「不再與整體利益相容」，所謂「非為當時憲法共識所涵蓋者」，就叫做激進¹⁰⁶。這種從民主中間陣營（*demokratische Mitte*）出發的「左顧右盼」，毋寧來自純粹的功能法角度，這樣的極端概念是否妥適，也遭由年輕政治學者群組成之《批判之右派極端主義研究論壇》（*Forum für kritische Rechtsextremismusforschung*）所質疑¹⁰⁷。合法的激進、非法的極端，在實踐上實在難以區分清楚，彼此重疊結果，也讓遭指控的團體陷入混亂（「明明只是激進卻被指稱極端」），遂有如Martin Kriele所建議的，是否應拋棄兩者，改以「憲法為敵」（*Verfassungsfeindlichkeit*）代之¹⁰⁸。

Manfred Funke嘗試區分兩者：極端主義者企圖「廢除現有之關係與秩序」，旨在推翻現狀（*Status Quo*），原則上不排斥暴力，堅信社會批判之重心在於揭露現實，他們輕視且厭惡被所謂理性論述拖累，傾向於威權式地壓制不同意見者，高度強調所堅持的秩序，毫不掩飾如獲得權力，將廢除多元主義之遊戲規則。雖然在此之前，作為在野的他們，還是會強調此遊戲規則的重要性（對自己有利），群眾對其而言，只是通往獨裁的工具，他們敵視那些只是政權的批判者，認為這些人無可教化，只是罪有應得¹⁰⁹。相對的，Funke續

¹⁰⁶ Kurt Sontheimer, *Gefahr von rechts – Gefahr von links*, zitiert nach Döring (Fn. 90), S. 44.

¹⁰⁷ 請參照該論壇會議論文集：*Forum für kritische Rechtsextremismusforschung* (Hrsg.), *Ordnung. Macht. Extremismus. Effekte und Alternativen des Extremismus – Modells*, 2011.

¹⁰⁸ Martin Kriele, *Verfassungsfeindlicher Extremismus/Radikalismus*, in: Greiffenhagen (Hrsg.), *Kampf um Wörter? Politische Begriffe im Meinungsstreit*, 1980, S. 351 (351).

¹⁰⁹ Manfred Funke, *Extremismus und offene Gesellschaft – Anmerkungen zur Gefährdung und Selbstgefährdung des demokratischen Rechtsstaates*, in: Funke (Hrsg.), *Extremismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1978, S. 15 (19 f.).

言，激進思維就明顯缺乏如此攻擊性的自我確信，常帶有濃厚學術、知識份子氣味，他們多畏懼暴力的蔓延，也常因自己思維之不完美而在實踐上退縮，激進主義者常陷入人道主義目標與不人道路徑間的衝突矛盾，希望創造新的法秩序，卻不願以暴力實現它¹¹⁰。Funke的區分雖不無道理，但似乎以暴力作為唯一的區別標準，也就是讓激進一躍變為極端的臨界點，此時，如再加入其他要素內涵，反使激進與極端之劃分更加不易。例如，宣稱自己服膺民主，卻處處可見毫無維護民主之意念的個人或團體，Funke的區分便顯得麻煩：以向被歸類為右派激進主義的德意志帝國黨（DRP）為例，他們操持激烈語言，卻宣稱自己無意暴力，其實只是戰術性的考量，根本與右派極端主義無分軒輊。德意志帝國黨的激進主義，根本與什麼知識份子或正當的社會批判無關，依照Oliver Sowinski說法，它只是代表一種新型態的民主敵人，只因為某些目的考量，「暫且不與現行法秩序決裂」，隱藏其真實意圖¹¹¹，相同觀察亦出現於Kurt Sontheimer眼中的德國國家民主黨（NPD）¹¹²。是以，再進一步區分反民主的理念思維，以及反民主的行為方式，就與民主為敵而言，至少前者是潛在的，而後者是對外宣示的，可能更為清楚。

隨著70年代新社會運動（neue soziale Bewegungen）興起，讓激進與極端主義之討論，產生新的元素。各式各樣抗議行動，嚴拒議會路線的所謂議會外反對黨（außerparlamentarische Opposition），不僅對傳統以政黨為主之政治參與形式嗤之以鼻，甚至演變為激烈的、攻擊性的暴力行為。市民不服從、封鎖佔領、遊行示威，更毋庸說四處作暴力攻擊的赤軍旅（Rote Armee Fraktion, RAF），經常被視為遊走於極端主義之間¹¹³。認識論上，左翼傾向的新社會運動

¹¹⁰ Funke (Fn. 109), S. 24.

¹¹¹ Oliver Sowinski, Die Deutsche Reichspartei 1950-1965. Organisation und Ideologie einer rechtsradikalen Partei, 1998, S. 14.

¹¹² Sontheimer, Gefahr von rechts – Gefahr von links, zitiert nach Döring (Fn. 90), S. 46.

¹¹³ 典型如Hans Günther Merk，就將新左派（Neue Linken）的示威與佔領講堂大

無疑造就許多困難與障礙：從組織形式或意識型態看來，它都與古典蘇聯共產主義的國家威脅大相逕庭，提出的諸如生態環保議題，更是往昔「憲法與民主敵人」聞所未聞，它非植基於古典的意識形態體系與光譜，而是從工業社會實際問題所滋生；Hans-Gerd Jaschke將此稱為70年代以降「政治抗議的去界限化」(Entgrenzung des politischen Protests)：傳統上那種以階級、社會階層屬性與世界觀為區隔標準的界限，漸次消失，演變為實際或潛在之當事人為主的運動形式(Betroffenenbewegungen)，如反對設置核電廠。更重要的是，新社會運動常打破與跨越合法性界限，走向所謂激進民主的形成要求，在此，內政部門所掌控的警察力量無疑陷入難題：要不要站在憲法保護立場，加以監視，以維護內部安全，甚而擁戴民主的防衛與戰鬥性¹¹⁴？

至此，民主防衛的憲法保護，踏入一個嶄新階段，或者說挑戰。面對新社會運動脈絡下的新左派(Neue Linken)，他們不再像戰後初期那些史達林主義者、不再聽聞蘇聯共產主義意識形態的倡議，不再否定與對抗自由民主基本秩序，反而主張「只有透過社會主義，方得實現自由民主基本秩序」¹¹⁵，如此一來，傳統古典之極端主義標準自難援用，如Peter Haungs所說，此時憲法保護之核心問題在於：「民主憲法國面對的不再是公開的敵人，而是被所謂朋友們所圍繞，而偏偏他們的價值觀、制度理解與是否願意遵守遊戲規則，又顯得令人坐立難安」¹¹⁶。70年代後的西德民主防衛第二階段，所謂民主敵人，不再是國家社會主義或共產主義，踏上舞台

廳等行動，歸類為暴力與公開之抗爭；Hans Günther Merk, Was ist heute Extremismus? Die Bedrohung des Staates von links und rechts, in: Funke (Hrsg.), Extremismus im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 127 (143).

¹¹⁴ Jaschke (Fn. 91), S. 18 f.

¹¹⁵ Kielmansegg (Fn. 93), S. 60 f.

¹¹⁶ Peter Haungs, Staatsbewusstsein im vereinigten Deutschland, zitiert nach Döring (Fn. 90), S. 50.

的，只是那些或許跨越紅線的批判主義¹¹⁷，究竟能否再該當民主與憲法敵人？自啟人疑竇。走到1980、90年代，集權運動與集權主義思維（totalitäre Bewegungen, Totalitarismuskonzept），復成為新的國家防衛對象。

在Erwin K. Scheuch眼中，民主體系下的集權主義運動，「政治生活中破壞的無妥協性」是其特徵，他們基本上反對議會主義，不承認議會是解決社會對立衝突最有效的途徑，甚至直指「議會主義本身就是問題的一部分」，議會功能只是在掩飾現有之剝削關係，鞏固體系現狀；是以，作為極端主義的集權主義運動，主張非政治之無妥協性（apolitische Kompromisslosigkeit），顛覆性的反對議會主義¹¹⁸。Uwe Backes & Eckhard Jesse亦有類似觀察，認為從具體的極端主義現象出發，其實可得出一些典型的、激進的、與西方自由主義傳統牴觸違背的特徵要素：「反對者的大集合」——拒絕民主的憲法國、嚴斥其基本價值與遊戲規則。此時，恐無須在所謂反民主或反立憲主義的光譜上猶豫不決，企圖篩檢出何一端點方屬民主或憲法敵人¹¹⁹。兩位學者提出極端主義思維的六項結構性特徵：絕對性要求（Absolutheitsansprüche）、教條主義、烏托邦虛無主義或相反的拒絕烏托邦、非我族類的朋友——敵人區分、摩尼教（Manichäismus）、陰謀／謀反策略、狂熱與積極主義¹²⁰。學者們有類似觀察，認所有極端主義者都反多元主義、反議會主義，不論來自於光譜左右，即便各自意識型態來源與內涵不同，但就政治生活的外觀與現象來說，左右派別事實上差異不大，只要經辨識明確，

117 Döring (Fn. 90), S. 51.

118 Erwin K. Scheuch, Zum Wiederentstehen der Erlösungsbewegungen, zitiert nach Döring (Fn. 90), S. 51.

119 Uwe Backes/Eckhard Jesse, Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1990, S. 40, 45; dazu auch Eckhard Jesse, Politischer Extremismus und Parteien, in: Jesse/Niedermayer (Hrsg.), Politischer Extremismus und Parteien, 2007, S. 11 (11).

120 Backes/Jesse (Fn. 119), S. 318.

國家就應視之為民主與憲法之敵人，加以防制與對抗，毋須受困於左右光譜兩端的堅持¹²¹。

越來越多樣的極端主義運動與形式，無法以傳統左右意識型態來歸類，如山達基教派（*Scientology*）：與許多國家的開放態度不同，德國向來否認山達基組織為宗教，憲法保護局在90年代即列之為重大監控對象，理由為危害自由民主基本秩序，具集權主義傾向，雖至今難以使用刑法加以制裁，但該教派所喜用之系統性訴訟威脅、心理施壓手段等，仍被視為有反民主特徵¹²²。另一著例為伊斯蘭恐怖主義，或說：伊斯蘭基本教義派之恐怖主義，本於宗教基本教義派之不容忍——集權主義傾向，被歸諸於反民主運動形式；它與傳統極端主義、恐怖主義的不同，套用Bassam Tibi觀察：基本教義派並不真的在意「民主」，它不倡議一個「真正的民主」，以便區別「現實的民主」。基本教義派最重要的主張，是直接將民主視為「非信仰、無信仰」（*Unglaube*），他們不在意什麼憲法與民主秩序，所以無意追求一個什麼不同的形式與實質，在以憲法為敵的判斷上，與自由民主基本秩序之不相容，極其明確¹²³。恐怖主義作為「極端的極端主義」，為追求其政治目標而運用暴力形式，持續性地攻擊國家，不僅藐視國家之權力壟斷，列之為民主與憲法敵人，自無問題。

在不同形式之民主敵人光譜上，如何精準分類，確實不易。Jonas Döring試圖綜合各家說法，提出四個不同的「從立場到行為」（*von Haltung zu Verhalten*）的基本類型¹²⁴：

¹²¹ Döring (Fn. 90), S. 52.

¹²² Döring (Fn. 90), S. 52 f.

¹²³ Bassam Tibi, *Der islamische Fundamentalismus zwischen „halber Moderne“ und politischem Aktionismus*, zitiert nach Döring (Fn. 90), S. 53.

¹²⁴ Döring (Fn. 90), S. 56 f.

- 第一類：消極的、潛在的反民主思想，學理上稱之為所謂「中間的極端主義」(Extremismus der Mitte)，重點在於對民主存在敵意之社會根源，即便不能輕忽，但原則上無法以防衛民主制度加以消弭，至多只能間接展現「如進展到一定程度，則可能啟動相關機制」的準備；
- 第二類：游移於極端主義的、激進的、顛覆的等概念之間，此種類型，至少就中長期而言，可預期對自由民主基本秩序產生危害，但要不經常難以證明，要不對之所採取的預防性手段爭論不休，常有是否侵害其憲法權利之嫌；
- 第三類：已有與民主為敵之公開行為，普遍視為極端主義，已呈現「為追求反民主目標而採取特定政治行為」，毋須限於違反刑法之手段；和平與形式上合法的政治行為，如煽動宣傳、組織政黨、參與選舉，均足當之。此時，對之施以民主防衛手段，一般而言無合法性疑慮，至多只有合目的性考量；
- 第四類：主要聚焦於採取違反刑事法、特別是藐視政治程序規則之暴力性極端主義行為，民主防衛的著眼點，無疑是預防性的，特別是防止對於人身造成的危害¹²⁵。對此恐怖主義之防制，不代表毫無爭論：從法治國觀點，「自由與安全」可能分裂與衝突。弔詭的是：如防衛性民主聚焦於此，或甚至說：自限於此，則某個程度不再需要防衛性民主，因為處理犯罪組織之一般刑事法體系，即可處置，令人尷尬。同時，採取刑事法或其他手段，常出現相容問題，從實務運用可知，要禁止特定政黨，很少是因該政黨該當許多犯罪行為要件，毋寧是禁止該政黨之後，方「尋獲」許多犯罪構成要件事實¹²⁶。

125 例如1991年於薩克森邦(Sachsen)，針對暴力的極右派組織Soko Rex，即組成特別委員會以籌劃預防性的防止其犯罪行為，其他德國各邦亦紛紛跟進；dazu Döring (Fn. 90), S. 57 fn. 285.

126 Günther Willms, Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes und seine Bewährung, 1974, S. 27; dazu ebenfalls Döring (Fn. 90), S. 58.

以上分析，我們可看到80年代、特別是90年代後德國防衛性民主的轉向，相當程度脫離戰後初期西德的「政治引領與侷限」，一方面因新社會運動之影響，那些根本挑戰統治秩序正當性的勢力，開始被冠以「極端主義者」之名，肯定與憲法為敵之屬性，但又必須與那些，理念內涵不同、不採取也不贊同暴力、原則上承認自由民主人權等共識之「激進主義」，涇渭劃分。然而，不可忽略的，即便有前述轉向，但來自極右光譜的政治運動，法西斯身影，從未真正消失於政治舞台，就此，德國防衛性民主邁入新的階段。後者，仍存在於法律溝通場域中，繼續作為憲法保護適用之對象。以下僅以惡名昭彰、戲劇性不斷的德國國家民主黨（NPD）為例，觀察防衛性民主的適用，包括難題與障礙。

伍、挑戰的延續：極右派德國國家民主黨（NPD）標竿

德意志聯邦共和國成立初期，防衛性民主理念最重要呈現之一，無疑是1951年9月甫成立之聯邦憲法法院的兩次解散政黨判決：1952年針對社會主義帝國黨，1956年針對德國共產黨（KPD），這是一個主動出擊的時代¹²⁷。直至1964年西德《社團法》（Vereinsgesetz）公布施行為止，總共有328個政黨被政府機關提請聯邦憲法法院解散之，在沒有具體評估其政治影響，亦即未為真正之政治上裁量的情況下¹²⁸。按Martin Morlock分析，1952、1956年這兩個解散政黨判決，有重要意義：一是新生的聯邦憲法法院力求表現之作，二則對面臨極左極右兩邊陣營之猛烈攻擊，新生的西德

¹²⁷ Ralf Altenhof, Die Entwicklung der streitbaren Demokratie. Über die Krise einer Konzeption, in: Jesse/Löw (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 165 (180).

¹²⁸ Altenhof (Fn. 127), S. 169.

需要穩定的象徵性力量¹²⁹。然而，進一步觀察，兩個判決的意涵仍有不同，1952年針對社會主義帝國黨，明顯是斷絕與納粹黨的聯繫與延續，但1956年的德國共產黨判決，「政治上是否有必要？」已成為重要考量因素，聯邦憲法法院提出之「對自由民主基本秩序必須有積極、鬥爭與攻擊性之敵意」要件，告別往昔單純「有一定思想內容即為已足」¹³⁰，可略見聯邦憲法法院之微妙轉向：隨著1964年的德國國家民主黨（Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD）、1968年的另一個德國共產黨（DKP）成立，「在政治市場上去對抗政治極端主義，應較為有效」之思維開始甚囂塵上。是以，走到70年代，解散違憲政黨之制度，漸有從之前法定原則（Legalitätsprinzip）走向裁量原則（Opportunitätsprinzip）趨勢¹³¹。

70、80年代，防衛性民主漸淪為守勢，以解散違憲政黨為例，實務上漸趨嚴格解釋與適用，「有疑問時自由優先」（in dubio pro libertate），影響防衛性民主實踐甚鉅，學者甚至有「即將走入歷史灰燼」之預測¹³²，90年代開始明顯地減少聲請案件，主流政黨寧可在政治言論市場上對峙政治極端主義，一定程度印證防衛性民主實踐之衰微¹³³。1993年，面對國家名單（Nationale Liste, NL）、自由德意志工人黨（Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei, FDA）的遭聲請解散，聯邦憲法法院均以「該等團體均非政黨，缺乏嚴肅性與政

129 Martin Morlock, Parteiverbot als Verfassungsschutz, ein unauflösbarer Widerspruch?, NJW 2001, S. 2931 (2934).

130 Joscha Assenmacher, Ein neues NPD-Parteiverbotsverfahren in Hinblick auf die streitbare Demokratie, 2013, S. 5.

131 Andrea Härtel, Die Entwicklung des Instituts des Parteiverbots innerhalb der bundesrepublikanischen Konzeption „streitbarer Demokratie“ vor und nach dem NPD-Verbotsverfahren, 2010, S. 82, zitiert nach Assenmacher (Fn. 130), S. 5.

132 Rudolf Wassermann, Aktivierung der wehrhaften Demokratie – Zum Antrag auf NPD-Verbot, NJW 2000, S. 3760 (3762).

133 Jürgen Becker, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 1992, S. 309 (328).

治重要性」裁定程序上不受理，未進一步審查其合憲與否，此時進入所謂「冷政黨禁止」(kaltes Parteiverbot)新階段：透過創設「表面政黨」(Scheipartei)概念，否認其政黨性格，將解散違憲政黨的層次，拉到前階段，先行否定，學者對此看法分歧，有認已違背基本法解散違憲政黨制度的託付，亦有主張既已走到民主穩固時期，不再有來自極右極左之有意義的政治威脅，以防衛性民主理念支撐之解散違憲政黨制度，是否應予延續，實不無反省空間¹³⁴。

談到右派極端主義者，德國各界焦點都在所謂德國國家民主黨上，當然，其他同樣可歸類為極右光譜上的政治團體不少，例如部分併入德國國家民主黨的德意志人民聯盟 (Deutsche Volkunion, DVU)，或是90年代曾於邦議會或地方選舉迭有斬獲，但其黨高層宣示效忠憲法，但仍存在諸多右派極端主義身影，2006年被聯邦憲法保護局認「脫離此類別」之共和人 (Die Republikaner, REP)，或在地方較為活躍之所謂贊成運動 (Pro-Bewegung)、自由同志社 (Freie Kameradschaften)、自主之民族主義者 (Autonome Nationalisten, AN) 等，都有討論的價值¹³⁵；限於篇幅，以下將僅聚焦於最受注意、黨員亦最多之德國國家民主黨，加以討論。

德國國家民主黨成立於1964年，在許多觀察者眼中，這是在意識型態光譜上最接近納粹黨的極右派小黨，幾乎無爭議之憲法敵人，與戰前國家社會主義本質相同，主張以種族為中心之「民族共同體」來建構憲法秩序，描繪一個未來的威權式民族國家，多年來不斷的遭提議，謂應聲請聯邦憲法法院依基本法第21條將之解散，2003年經憲法法院程序上不受理、2017年以不存在對自由民主基本秩序的「具體威脅」而實體駁回，始終功虧一簣。在觀察者Lars Flemming眼中，這個廣受注意的、千萬人皆曰「當然可以解散」的

¹³⁴ Morlock (Fn. 129), S. 2942; Assenmacher (Fn. 130), S. 6.

¹³⁵ 進一步討論請參見：Flümann (Fn. 28), S. 51-54.

這個違憲政黨，最終沒有任何勝利者，只有一個失敗者，叫做「防衛性民主」¹³⁶，Andrea Härtel視2003年聯邦憲法法院程序上不受理，作為防衛性民主在憲法上持續發展與具體化其理念之重大挫敗，間接宣告解散違憲政黨制度之瀕臨破局，對游移於合法性與裁量性原則間的防衛性民主而言，無異重大打擊¹³⁷。

德國國家民主黨，崇尚調和一致的民族共同體——以種族及優生學作為唯一標準，反對西方世界多元的自由民主體系，認為真正的民主，只能是德意志民族統治下的民主，此亦即其黨名「國家民主」之謂。依聯邦憲法保護局2012年的報告，該黨基於「反多元主義、排他、反均等主義」宗旨及特徵，應認與基本法民主暨法治國的核心內涵不符，意識型態明顯屬於「封閉性右派極端主義世界觀」¹³⁸。德國國家民主黨力主一民族的國家主義，認為人性尊嚴僅屬於德意志單一民族享有，民族，非個人，才是該黨著墨與主張之中心。他們所稱的民族，係指種族上與族群上單一體，只有具德意志血緣者——所謂民族德國人（Volksdeutscher），而非具有德國國籍者——所謂護照德國人（Passdeutscher），才是真正的德國人，非白人不能為德國人，某些歐洲人——特別是法國、義大利、英國、波蘭，可以例外。在具體政策上，NPD主張國家之任務在於承擔民族，不論經濟、政治、文化等不同生活領域，都須以民族為唯一導向。非德國人應驅逐於德國之外，應恢復德國馬克，應退出包括歐盟與北大西洋公約組織在內的所有國家組織及結盟，美軍應離開德國——反美主義（Antiamerikanismus）是該黨特徵之一。廢除政治難民制度，力抗德國的伊斯蘭化，反對德國財政挹注歐盟，反對土

¹³⁶ Lars Flemming, Das NPD-Verbotsverfahren, 2005, S. 245, zitiert nach Assenmacher (Fn. 130), S. 1.

¹³⁷ Andrea Härtel, Die Entwicklung des Instituts des Parteiverbots innerhalb der bundesrepublikanischen Konzeption „streitbarer Demokratie“ vor und nach dem NPD-Verbotsverfahren, S. 96, zitiert nach Assenmacher (Fn. 130), S. 5.

¹³⁸ Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2012, 2013, S. 79 ff.

耳其加入歐盟。德國國家民主黨激烈的反以色列，展現清楚反閃族主義態度，並聲援所有與以色列對抗的國家（如伊朗與委內瑞拉）。2018年5月14日，以色列建國70週年紀念日，該黨公開表示：「以色列一向且永遠都是所有爭取民族與社會解放之民族的敵人」，反對軍事干預介入敘利亞、伊拉克與阿富汗¹³⁹。

德國國家民主黨主張威權國家，國家任務在於實現民族共同體的意志。在黨綱中，有許多與納粹國家社會主義似曾相識的內容，例如頌揚「德意志家庭」：女性作為家庭主婦及母親，這是對女性而言最好的生活方式，應賦予其等同於職業的地位；婦女不准墮胎，也不准從事家庭以外的其他生活。反對均等主義式教育，主張應依學生天賦與表現而有所不同，反對教育平等化。在經濟方面，經濟必須為德意志民族服務，所有土地與不動產均屬民族所有。對於性侵致死、殘殺兒童、強盜致死、重大之販毒等犯罪，德國國家民主黨主張恢復死刑。該黨也關心生態議題：要求應推展有機農業，反對核能、基因科技、過度捕撈與動物實驗，但係以民族主義、種族主義、民族衛生角度出發。德國國家民主黨這種混雜敵視外國人、仇恨同性戀者、反閃族主義、敵視身心障礙者、崇尚民族主義的社會模式，乃至於民粹主義的反資本主義論調，在專家眼中，與1920-30年的納粹黨接近，更重要的，不僅在於追求這些目標實現，該黨從不諱言——與納粹黨有異曲同工之妙：必須廢除當之民主的法治國暨憲法國體制。該黨宣稱德國基本法是二戰同盟國強加於德國人身上的產物，主張制定新憲法，由人民直選總統，賦予完全的權力，以排除那些有害的政黨政治。德國國家民主黨主張應重新劃分德國－波蘭邊界，德國國土恢復至1937年狀態。該黨認應重新書寫納粹歷史：同盟國必須為二次世界大戰負責，德國至今仍為外國勢力所盤據佔領；所有納粹戰犯、共犯、幫凶，都不該被

139 *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Nationaldemokratische_Partei_Deutschlands (zul. besucht am 15.08.2019).

追究譴責，如不一起追悼那些一同犧牲的德國人。該黨反對轉型正義，主張應徹底打破猶太中央委員會的影響與力量，反對一味地批評反閃族主義，堅持反閃族主義本身不是問題¹⁴⁰。

無論從何一角度，都該當防衛性民主思維下「民主與憲法敵人」的德國國家民主黨，不斷地成為德國聯邦政府、聯邦議會，欲加解散的違憲政黨。2000年8月，巴伐利亞邦內政部長Günther Beckstein首先發難，基於當時德國及歐洲多起經證實或推測應與仇外有關的恐怖攻擊事件，特別是2000年7月27日俄羅斯發生猶太裔移民遭炸彈襲擊，Beckstein要求聯邦政府應對德國國家民主黨啟動聲請解散程序，其他政黨多響應支持，除擔憂聲請可能徒勞無功的自由民主黨（FDP）外。2001年1月30日，聯邦政府正式向聯邦憲法法院聲請，訴之聲明為確認德國國家民主黨違憲並禁止之，同年3月30日，兩個國會亦自行聲請。聲請三方之主要理由，集中於該黨及主要幹部對外之「與憲法為敵的宣傳」，特別是所謂民族煽動行為（Volksverhetzung），相對的，在暴力之重大犯罪行為，不論預備或著手等，三方聲請人之舉證都極其稀少薄弱，此舉引來不少批評，如Horst Meier譏諷「是否存在具體危害，對聲請人一點都不重要」¹⁴¹。不論如何，聲請憲法法院解散，最後變為醜聞：NRW邦的該黨黨部，遭揭發為憲法保護局佈建之線民所指揮掌控，該邦黨部主委、代理主委暨地區黨刊物之總編輯，都遭舉發是憲法保護局線民，令人啼笑皆非的是，聯邦政府聲請狀有關違憲的舉證，多來自這幾位線民之手。2002年10月，聯邦憲法法院召開調查會議，希望澄清憲法保護機關「秘密調查員」對本案的影響，機關拒絕透露線民真實姓名，聯邦政府內政部長Otto Schily否認有該等情事。

¹⁴⁰ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Nationaldemokratische_Partei_Deutschlands (zul. besucht am 15.08.2019).

¹⁴¹ Horst Meier, „Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos“. — Kritik der Verbotsanträge gegen die NPD, *Leviathan* 29 (2001), S. 439 (439 ff.).

2003年3月18日，聯邦憲法法院作成裁定，宣布停止政黨解散程序¹⁴²，理由在於第二庭有3位大法官，認因憲法保護機關線民之涉入，本案存有無法繼續之程序障礙，「政黨應具備之『與國家保持距離』（Staatsferne）要件，有欠缺之危險」。大法官堅持「我們只處理程序、不涉及任何實體決定」，第二庭的其他4位大法官，則主張應於實體審理程序中，具體確認憲法保護機關究竟對該黨產生何等影響。根據聯邦憲法法院法（BVerfGG）第15條第4項，解散違憲政黨程序必須三分之二多數決，是以3位大法官足以貫徹其意志，終局性地停止解散程序¹⁴³。Friedrich K. Fromme以為，這非僅單純程序問題，而是攸關基本法第21條違憲政黨解散制度之範圍與具體意義之核心爭議¹⁴⁴。

十年後的2012年，因極右派恐怖組織「國家社會主義地下軍」（Nationalsozialistischer Untergrund, NSU）的多起暴力攻擊與謀殺行動，引起德國社會震動，多有應對極端團體再行查禁之呼聲。前幾年，便經常聽聞邦政府傳來應解散極右派政黨的聲音，如境內多起恐怖攻擊事件發生之Sachsen-Anhalt邦，邦內政部長Holger Hövelmann痛陳「新納粹不該在民主國家中落足」、「德國國家民主黨只是在藐視民主、嘲弄納粹暴力的受害人、推動反閃族主義宣傳、鼓勵仇恨外國人與不同想法之人」，不絕於耳¹⁴⁵。該年12月，多個邦政府提議再度聲請聯邦憲法法院解散德國國家民主黨，不論聯邦政府或國會是否支持；翌年提出聲請，聯邦政府並未加入，2017年1月17日，

¹⁴² Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 18. März 2003, Az. 2 BvB 1/01, 2 BvB 2/01 und 2 BvB 3/01 = BVerfGE 107, 339.

¹⁴³ NPD-Verbotsverfahren (2001-2003), siehe [https://de.wikipedia.org/wiki/NPD-Verbotsverfahren_\(2001%E2%80%932003\)](https://de.wikipedia.org/wiki/NPD-Verbotsverfahren_(2001%E2%80%932003)) (zul. besucht am 15.08.2019).

¹⁴⁴ Friedrich K. Fromme, Bestätigte Skepsis – zum Parteiverbotsverfahren der NPD, RuP 2003, S. 178 (183).

¹⁴⁵ Holger Hövelmann, Neonazis haben im demokratischen Staat keinen Platz, 27.11.2007, siehe <http://www.bpb.de/politik/extremismus/rechtsextremismus/41475/pro-ncpd-verbot-hoevelmann?p=all> (zul. besucht am 18.08.2019).

聯邦憲法法院駁回原告聲請，認德國國家民主黨「明顯具有與憲法為敵之理念」——如主張遣返外國人（*Ausländerrückführung*）¹⁴⁶，但因「政治生活上無甚份量」、「並不存在排除德國民主之威脅」、「沒有對自由民主基本秩序有值得一提的危害」，「單純仇視外國人的政黨目標，不足以合理化將其解散」¹⁴⁷。聯邦憲法法院見解，早為聯邦及各邦政府預料之中，「這個黨實在太不重要」（*Partei wohl zu unbedeutend*），沒有加以解散的必要¹⁴⁸，許多學者早有類似主張，Dierk Borstel同以德國國家民主黨為例，認就算百分之百是反民主政黨，但別忘了，解散政黨本質上也是反民主，因此，只有在民主確實落入危險之際，才應考慮啟動，顯然，政治市場上無甚份量的該黨，不在其列¹⁴⁹。聯邦憲法法院終究確認德國國家民主黨是憲法敵人，一定程度改變該黨所享有之法律地位，如行政機關對其中立性要求與拘束，就必須得到相當的限縮¹⁵⁰，大概是這則判決唯一的餘音繚繞。

如何解讀德國國家民主黨之例？一個幾可百分之百確定的違憲政黨，可直接連結至國家社會主義意識型態的反民主、反人權主張，但應放置於政治市場中「被自行處理」？在政治上無影響力，在裁量與便宜原則操作下，不需解散，「等到大尾了再說」？這究竟是德國民主秩序自信心的展現，無須啟動政黨禁止之激烈手段？

146 NPD, 5-Punkte-Plan zur Ausländerrückführung, siehe <http://www.npd-mittelholstein.de/pdf/5-Punkte-Plan.pdf> (zul. besucht am 20.08.2019).

147 *Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13*, siehe https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/01/bs20170117_2bvb000113.html (zul. besucht am 15.08.2019).

148 *NPD-Verbot: Bundesländer rechnen mit Scheitern – Partei wohl „zu unbedeutend“*, FOCUS ONLINE, 02.01.2017, https://www.focus.de/politik/deutschland/npd-verbot-bundeslaender-rechnen-mit-scheitern-partei-wohl-zu-unbedeutend_id_6435470.html (zul. besucht am 15.08.2019).

149 Nach Assenmacher (Fn. 130), S. 8.

150 *NPD-Verbotsverfahren (2013-2017)*, siehe [https://de.wikipedia.org/wiki/NPD-Verbotsverfahren_\(2013%E2%80%932017\)](https://de.wikipedia.org/wiki/NPD-Verbotsverfahren_(2013%E2%80%932017)) (zul. besucht am 15.08.2019).

直接間接宣告防衛性民主的結束？德國國家民主黨之例，突顯在一本質為自由民主的政治秩序中，防衛性民主理論與實踐的困局：如何運用性質上可能為反民主之手段，為捍衛民主，去對抗與壓制民主敵人？規範上的防衛性民主，如何面對與抵禦實踐上的克制或準備揚棄？在一切都太遲之前？

陸、民主的消失：後民主、後政治時代下防衛民主前景

民主危機不只是與民主為敵的行動，在所謂後民主時代，還有其他問題，有趣的是，防衛性民主跟這些結構性發展，究竟毫無關聯？抑或有千絲萬縷的糾纏？例如反民主（Counter-Democracy）：法國歷史學者Pierre Rosanvallon觀察到，人民藉著所有非正式活動，觀察與監督所有政府的政治，預先加以批評指教，再藉由公民不服從先加阻擋，最後藉法院訴訟加以抗爭¹⁵¹。他也使用「拒絕的民主」（democracy of rejection），同樣指出市民社會使用「譴責批判」方式來監督政治行為，社會行動者拒絕提供必要資源，使政治決定無法實現，或透過法院訴訟去「挑戰」政治決定，相對化、去神聖化政治選舉，最後使行政權失去正當性，結果跟新自由主義修辭無異：弱化國家權威，只有市場才是公益的創造者¹⁵²。Danny Michelsen和Franz Walter以政黨為例，政黨盡可能把那些繁複混淆的主張與生活方式整合起來，使黨綱與政策盡可能彈性，迎合民眾意見，盡量綱領式，到最後，完全看不到清楚的政策思考，人民亦將之視為政黨工具性的行為模式，沒有原則的機會主義，最後又帶

151 PIERRE ROSANVALLON, COUNTER-DEMOCRACY. POLITICS IN THE AGE OF DISTRUST 253 (2008).

152 ROSANVALLON, *supra* note 151, at 15; dazu auch Klaus von Beyme, Von der Postdemokratie zur Neodemokratie, 2012, S. 35.

來反民主的抗議行動¹⁵³。一個相關現象，無疑是越來越信任司法，將重要政治問題交給司法決定，不論是執政者或人民，都被迫使用非政治、如訴訟的方法以達成自己政治目標，直接間接助長非民主與非政治的發展趨勢¹⁵⁴。

觀察者說的反民主，在許多地方都可探其蹤影：Christoph Möllers直言，市民社會協助建立民主，但本身卻未必民主，對民主來說，某些組織及參與形式相當重要，但卻相對的未必具民主正當性，值得注意的，這些人民及團體的角色改變，他們成為watchdogs、veto-wielders、judges¹⁵⁵。反民主發展，跟傳統民主與政治想像與現實的落差，有顯著關連，比方說，當吾人提及「何謂政治的政治？民主的政治？政治的民主？」問題時，總會提到三項規範性內涵：形成自由、普遍拘束性、公共性。人們對「自己會受影響與波及的政治決定」，應有真正選擇政治領導與走向的權利，而非停留於「投票行為」。代議民主制度的「消極權力」（negative Macht），使人民在積極權力（投票與選舉）之外，在兩次選舉之間，能使代議士察覺到人民的不滿與不信任¹⁵⁶，應是政治的必要過程，充分且必要要素，顯然，民主無法達成這樣的承諾，讓自己直接間接催生反民主發展。如同Marcel Gauchet提到托克維爾（Alexis de Tocqueville）書寫美國經驗所說的：「民主事實上不是所有靈魂深沉的趨向一致，而是意念的分裂，思考毫無猶豫的敵對」¹⁵⁷，正因對立與敵對，所以需要「過程」，不論稱為意見或意志的競爭、論戰與形成，反民主，走的正好是相反的路徑。

¹⁵³ Danny Michelsen/Franz Walter, Unpolitische Demokratie, 2013, S. 38.

¹⁵⁴ Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 42.

¹⁵⁵ Christoph Möllers, Demokratie. Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 36.

¹⁵⁶ Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 68 f., 73.

¹⁵⁷ Marcel Gauchet, Tocqueville, Amerika und wir. Über die Entstehung der demokratischen Gesellschaften, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, 1990, S. 123 (141).

針對不同形式的民主進程，Ingolfur Blühdorn以歷史發展為據加以區分：第一現代，由菁英導向之行政與官僚組成，呈現科學、技術與經濟之統治與宰制、社會控制、嚴格規範形式，核心是菁英的自主；在第二現代，因宰制與進一步對個人之限制，於是催生了自決與自我實現要求，這個階段的「參與式革命」強調自治、從威權解放出來，核心是解放的革命、民主化的自主；到了第三現代，市民階級自我認同的鬆動與逃逸，逐步摧毀代議民主的規範基礎，就是當代後民主趨勢，Blühdorn稱為「模擬的民主」(Simulative Demokratie)、模擬的政治¹⁵⁸。在這後民主、Democracy 2.0、3.0、New Politic 2.0時代，吾人看到，強調個別參與的、去中心化的市民社會決定式，議題與需求導向的動員，透過彈性的行動者網絡加以組織，植基於後物質主義之認同基礎，側重公民主體的授權與自決，當代「政治氛圍」較授權的、批判的、旁觀的、個別的、即興的、分散的、個案的、低成本的、非義務性的、娛樂的、綜藝的、體驗嘗試的¹⁵⁹；如此背景下，社會只能走向所謂模擬的年代：所有當代的毀滅性力量，都可能動搖傳統的安定，將所有原本可信的事實，裂解為彼此矛盾的圖像、沒有意涵的符號，可以恣意交換的形象與媒體印象，在後民主浪潮中，描繪著規範、價值取向與未來的前景，傳統參與式民主最擅長的事物，已未能符合個人主觀理解，也無法實現個人主觀願望，到最後，可能只剩「對言說、敘事與社會自我描述的生產與再生產」，重點未必是實現什麼，而只是使社會成員、不同的社會行動者，得以認知，他們至少可以展現與體驗自己的社會需求，只有藉著這個方式，才能在後民主的當下滋生與體驗¹⁶⁰。Blühdorn的觀察，在後民主時代中，或許可稱之反民主，站在特定的民主理解上，對他而言，碩果僅存的所謂象徵性代議政

158 Ingolfur Blühdorn, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, 2013, S. 53.

159 Blühdorn (Fn. 158), S. 194.

160 Blühdorn (Fn. 158), S. 177-180.

治，重點不是去描繪現存事物，而是去想像目前不存在的東西¹⁶¹，問題可能成為：這還叫民主嗎？什麼形式與想像的民主呢？這些反民主之個人、團體與運動，當然不是民主或憲法敵人，然而，這並非意謂著，它對自由民主所希望捍衛的某些基本價值，包括多數決原則與議會主義，毫無關聯與威脅。

另一新興發展形式，係所謂民粹主義（Populismus）或民粹運動（populistische Bewegung）。依Margaret Canovan看法，民粹主義的指涉對象是「人民」，但定義各自不同，從小眾的排他性團體（例如海盜黨的駭客），到最原始意義的「單一人民」，不一而足¹⁶²。Michelsen和Walter定義為：作為一種意識型態，將社會直接分裂為兩個對立的、各自同質均一的群體，也就是「共同的人民」對抗「貪汙的菁英」，主張「政治必須是、只能是人民共同的意志」，反菁英的、反制度主義的、反現存政治體系個別基礎的論述方式¹⁶³。他們進一步區分兩種民粹主義：所謂政治上抗議的民粹主義，以及純粹反政治的認同式（單一式）民粹主義。兩者差異極大，前者或為抗議型社會運動之形成，無甚問題；後者則是反政治形式。Pierre Rosanvallon關注到民粹運動的蓬勃，他說，當代社會是由「少數人」加以定義，今天的社會被理解為「許多不可數的少數」所組成，人民變成「少數」的複數名詞，絕非傳統民主的、如盧梭（Rousseau）式的單一人民與其意志，此時，人民主張利己的優先利益，比過去更堅持，政治的產生必須盡可能符合個人的想像，成為「庸俗自由主義之社會理念的霸權」（Hegemonie eines vulgärliberalen Gesellschaftsideals）¹⁶⁴；集體的行動模式、公益的定

¹⁶¹ Blühdorn (Fn. 158), S. 221.

¹⁶² Margaret Canovan, *Populism for Political Theorists?*, 9 J. POL. IDEOL. 241, 248 (2004).

¹⁶³ Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 62.

¹⁶⁴ Pierre Rosanvallon, *Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe*, 2010, S. 11; Pierre Rosanvallon, *Das Jahrhundert des Populismus. Geschichte – Theorie – Kritik*, 2020, S. 15 f.

義，儼然消失，個人的私自主權絕對化，即便它與公共利益衝突，這是Margaret Canovan所稱「民主核心的矛盾」：民主的任務在於，開放民主的場域，將所有的人民納入。但只要如此之納入越成功，政治場域就會越壅塞，越難以預料，只要越少數的人之利益與意見越得到政治影響力，選民就越難掌握民主，越難參透其中的混亂，而這就是民粹運動的形式之一¹⁶⁵。

從後共產主義的俄羅斯民主經驗中，吾人可發現所謂「負面的動員」(negative Mobilisierung)：威權式的民粹主義者，推動負面動員，作為非政治之政治的激情回應，它不提供一言說空間，讓人民能展現政治熱情，又無法實現有吸引力的政治目標，使遭受排除的階級感同身受¹⁶⁶。抽象來說，民粹主義只是一種沒有民主形式的民主意志，民主與民粹不同，但民粹主義者總宣稱兩者相同，而他們的民粹就是民主，其他人的都不配稱為民主¹⁶⁷。民粹主義當然未必如Hans-Jürgen Puhle所言，只是現代性下的反動產物，是由現代化過程中的魯蛇(loser)／失敗者所推動¹⁶⁸，但它確實跟整體政經社情勢轉變息息相關。Klaus von Beyme分析道：民粹主義的誕生，與南歐國家左派退出政治舞台，社會民主政權的衰微有關，更重要的催生條件，無疑是各國主要政黨越來越相近，人民感到異化，從悲觀而陷入消極，越來越少的投票參與，質變為「參與式的抗議民主」(partizipatorische Protestdemokratie)，對政黨存在偏見，暴民不容許政治上的Quietismus(清淨無為主義)，要求單向度的貫徹主張與利益，民粹主義者激烈反彈所謂「無可抵擋的必然」，但與革命

¹⁶⁵ Margaret Canovan, Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy, in DEMOCRACIES AND THE POPULIST CHALLENGE 25, 26 (Yves Meny & Yves Surel eds., 2002); dazu auch Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 147.

¹⁶⁶ Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 370.

¹⁶⁷ Christoph Möllers (Fn. 155), S. 33.

¹⁶⁸ Hans-Jürgen Puhle, Populismus: Form oder Inhalt?, in: Otten/Sicking (Hrsg.), Kritik und Leidenschaft. Vom Umgang mit politischen Ideen, 2011, S. 29 (30).

者不同的是，民粹主義者仍樂意遵守體制規則¹⁶⁹。von Beyme整理民粹主義者的基本假設：民粹主義的宣傳，道德性遠高於綱領性。他們反學術，反不人道的理性主義，刺激與鼓舞人民普遍的偏見，不願加入理性辯論；民粹主義運動的領導者，常自命自由的捍衛者，為捍衛自由，只好起身對抗所謂基本教條的援助思考（fundamentalistische Rettungsideen）；民粹主義者喜歡自命起身對抗經營者的貪汙腐化，喜歡控訴政治階級；民粹主義者很少有穩定的原則體系，多半是「單一議題運動」（single-issue-movement），無法深化與穩固信仰與內涵體系，他們經常採取「過度高估社會某些問題」的策略¹⁷⁰。

常可看到兩類民粹主義者：第一類是克制的民粹主義者，通常是民主左派，接受代議式民主，藉由納入更多團體與利益，走向審議式民主，要求更多的直接民主，但他們懼怕個人式的直接民主，而是希望專業式的直接民主（Sachplebiszite），不會天真的以為：結果必然「比較進步」¹⁷¹；第二類是激進的民粹主義者：主張直接民主，要求在單一的「人民意志」上，採取決斷主義（Dezisionismus），不信任審議民主，甚至相信一定程度的「獨裁」，宛如Domenico Losurdo所說柔軟的波拿巴主義（softer Bonapartismus）¹⁷²。越是新興民主體制，民粹主義的威脅越大，因為不存在穩固的政黨政治，選民波動過大，政黨組織不穩定，傾向將種族上的差異轉換為更偏激的政治路線。民粹主義是對市民社會的重大威脅，因傳統的認同，被民粹主義式地捍衛著。民粹與極端主義不同：極端主義來自於明確的意識型態基礎，包括反對其他意識型態，從未脫離意識型態層次，民粹則不同，它是一種動員的模式與風格，與意識型態無

¹⁶⁹ von Beyme (Fn. 152), S. 50, 52.

¹⁷⁰ von Beyme (Fn. 152), S. 53.

¹⁷¹ Thomas Wagner, Demokratie als Mogelpackung, 2011, S. 131 f.

¹⁷² Domenico Losurdo, Demokratie oder Bonapartismus. Triumph und Niedergang des allgemeinen Wahlrechts, 2008, S. 73.

直接關係，民主政黨與團體亦可能行事非常「民粹」，兩者應有清楚區分¹⁷³。

最後一個值得注意的民主與政治發展，是所謂民主的激進化（*Radikalisierung*），當然，特別是社會抗議與公民不服從，如同一般論述所相信的，兩者已被廣為接受「作為透過投票路徑之傳統代議民主必要的補充性手段」。如John Rawls所言，公民不服從可以是民粹主義的「善」，未必是民主的「惡」，特別是面對威權體系，抗議與抵抗，可能有利於民主的形成¹⁷⁴，無須使之掉入前述民粹運動的反省中；對此，我們需要更精準的分析，特別是面對當前不同形式的激進化民主與公民不服從。Michelsen和Walter對激進民主者提出批評：激進民主者常認為，要追求真正的民主，作為一絕對的真實，沒有相對、沒有妥協或調和，這種得以保障個人自由的政治，事實上不可能仰賴在「持續處於革命之毫無章法與基礎的狀態」下實現，這使激進民主者的主張脫離現實，他們追求一根本性的變遷，運用反制度性的動力，主張自由選舉只是無暴力的分配權力，且結果必然傾向少數人，是以必須透過新的、直接的程序，才能穩固共識、效率與社會和平，說穿了，激進民主者只是從不同面向去限制人民的力量¹⁷⁵。

以Robin Celikates對公民不服從的定義為例：有意的、有一定原則與堅持為基礎的、集體之抗議行為，目標在於：改變、防止或推動特定法律或政治措施。其他的開放性要素包括：是否公開、是否限於非暴力、是否只針對國家機關或制度、是否只限於特定目標、是否必須限於現行體制內的轉型¹⁷⁶。他進一步區分兩種公民不

173 Frank Decker, Die populistische Herausforderung. Theoretische und ländervergleichende Perspektiven, in: Decker (Hrsg.), Populismus. Gefahr für die Demokratie oder nützliches Korrektiv?, 2006, S. 9 (13).

174 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 319-20 (1971).

175 Michelsen/Walter (Fn. 153), S. 59.

176 Robin Celikates, Ziviler Ungehorsam und radikale Demokratie. Konstituierende vs.

服從：道德觀點的，以道德權利或義務作為與法律對抗之理由；以及政治觀點的。公民不服從對民主與政治實踐，究竟扮演何種角色？作為非制度、制度外之政治行為，公民不服從的功能為何？是否為民主實踐¹⁷⁷？在本文脈絡中，後者之政治觀點的公民不服從，特別是它與民主的相互關聯，尤為關鍵。Celikates再將公民不服從區分為三種模式¹⁷⁸：第一種，浪漫主義——個人主義模式，如亨利梭羅：「解釋法律，只能由個人，依其道德與良知」；第二種：自由主義——立憲主義的模式，如John Rawls、Roland Dworkin，他們認為，因為個人的權利或是於憲法中明確規範的政治原則，遭國家制度或多數決之侵害時，這樣的公民不服從即為正當，如Dworkin所言：「如憲法本身即具有原初之道德上權威性，那麼憲法所規範的權利與原則就擁有正當化的效力」¹⁷⁹，或Rawls：「如法律一定程度地超越不正義的界限，那麼，在一民主、某個程度公平的社會或在一幾乎公平的關係中，公民不服從才可能是一正當的選項，但不能將難以避免的漏洞，輕易地將之作為公民不服從的理由」¹⁸⁰。第三種：前衛主義模式（das avantgardistische Modell）——公民不服從作為突破結構性的障礙之手段，如此障礙會阻礙社會轉型，使社會成員無法知悉轉型之必要性與可能性，它來自80年代環保運動，公民不服從是防止社會災難性發展的緊急煞車¹⁸¹。

Konstituierte Macht? in: Bedorf/Röttgers (Hrsg.), Das Politische und die Politik, 2010, S. 274 (280).

177 Celikates (Fn. 176), S. 280 f.

178 Celikates (Fn. 176), S. 282 f., 284 f.

179 RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW. THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION, Cambridge/MA 1999, Einleitung, zitiert nach Celikates (Fn. 176), S. 283.

180 John Rawls, Ein Theorie der Gerechtigkeit, Ffm.1975, S. 387, 390, zitiert nach Celikates (Fn. 176), S. 285.

181 這是Ulrich K. Preuß對於此前衛模式公民不服從的評價；siehe Ulrich K. Preuß, Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie, 1984, S. 110 f.。Niklas Luhmann針對社會抗議，亦有類似看法，抗議得以突顯反思性的缺陷，曝光現代社會的盲點，突

這些公民不服從模式，均有其可議之處。對自由主義—立憲主義式公民不服從的批評，最困難的問題在於民主法治國中有意的違反法律，究竟有無可能被合理化。吾人可以看到，自由主義者反對「威權合法主義下法律即法律」的思維（*Gesetz-ist-Gesetz-Mentalität des autoritären Legalismus*），但一方面卻同樣陷入障礙：在道德上要回答公民不服從是否合理，就不能視之為某種政治實踐，同時以原則上肯認國家秩序與社會現狀為前提，使改良主義的自我限縮於有限的改變，所謂貧乏的、客氣的公民不服從（*sparsamer und abgewogener ziviler Ungehorsam*），作為憲政體制的穩定力量，就必須弔詭地否定公民不服從所蘊含之激進或甚至革命內涵。談到前衛主義模式，則可能陷入認識論或倫理上的威權主義與父權主義，如何辨識所謂社會災難？取決於行動者認識，結果本身就是去政治化與去民主化的過程¹⁸²。或還有第四種模式可想，所謂共和主義的——民主的（*republikanisch-demokratisches*）、激進民主的公民不服從模式，作為一種集體自決的民主實踐，特別在制度性管道已窮盡，或救濟方式已無從有效達成目的時，這種形式的政治行為，能賦予人民與受政治措施影響之相對人，一個表達異議的可能性。如此重新開啟的政治論戰，使公民不服從由向來實質意義的，走向程序主義的論理¹⁸³。另一值得思考的理由在於：形成權力與建構後權力（*konstituierende und konstituierte Macht*）的辯證關係，在此路徑上，公民不服從的正當性，不是來自於良心或什麼更高的法，不是根源於道德哲學原則或什麼傑出洞見，而是來自於單純的事實：我是人民，不但單純的臣民¹⁸⁴。

顯出功能系統自己所無法辨識出的議題；dazu Niklas Luhmann, *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen*, 1996, passim.

182 Celikates (Fn. 176), S. 288 f.

183 Celikates (Fn. 176), S. 290 f., 293.

184 Celikates (Fn. 176), S. 295.

甚至有第五種、來自於左派傳統的激進路線：將公民不服從作為「起義的民主實踐」(*demokratische Praxis der Insurrektion*)，反對權力的寡頭壟斷，即人民水平的結合，自己作為權力的核心，如Etienne Balibar套用Hannah Arendt說的*Potestas in Populo*¹⁸⁵。在此意義下，公民不服從是「為了準備民主的民主實踐」，一種「政治化的行動」，目的不僅在於建立政治的集體自我治理，也包括提出要求，主張「建立政治的可能性」。在激進路線主張下，公民不服從的重要性在於：民主不是國家形式，也不是社會狀態，而是一衝突的過程，一個民主化不會結束的過程，一種內延與外延的自我治理形式，一個社會與政治鬥爭的結果。就民主理論而言，公民不服從是介於兩個對立的「政治」：暴動的政治與憲法的政治之間，或說：一個持續的、沒有中斷之革命，一個作為秩序之國家，與政治之間，Balibar稱之「沒有限制的振動」(*unbegrenztes Oszillieren*)，振動著社會，形成民主與政治¹⁸⁶。

以上分析，應可看出問題的複雜性：字裡行間，後民主時代的反民主、反政治、民粹運動，在在都充斥對防衛性民主念茲在茲的自由民主基本秩序，不論形式或實體，產生程度不一、形式不同的挑戰與衝擊。即便用負面角度觀察，都可以稱之「當代民主的弊病」，不足當之憲法敵人，但如順延防衛性民主基調，無疑可發現兩者間的尷尬：越重視與絕對化防衛性民主——包括理念、制度與實踐機制，越強調自由民主基本秩序那些「不容挑戰的核心內涵」，越須面對現實政治無可想像的各式發展路徑。要防衛民主，交給民主自己嗎？如果民主儼然當代面貌，如何信任它的自我治癒力量？民主防衛對象的民主敵人，是否延伸至「非敵人之偏差現象」呢？還是乾脆擴充憲法敵人之定義與範圍？後民主時代下，如

185 Hannah Arendt, *Macht und Gewalt*, 3. Aufl., 1998, S. 45; Etienne Balibar, *Die Grenzen der Demokratie*, 1993, S. 113.

186 Balibar (Fn. 185), S. 113.

仍然維持、不願捨棄民主的防衛，則如此的自由民主秩序，必須找出因應之道，德國當然也不例外。

柒、人民啊人民：憲法規範力量與防衛性民主——代結語

這是一篇漫談70年德國防衛性民主的文章，從歷史反省出發，觀察理念與制度的形成，乃至於漫長時代中的不同實踐與問題。防衛性民主絕非德國人專利，兩個向來以崇尚自由著稱的國家——美國與法國，在規範上亦配置有諸多防衛民主的措施與手段——法國人也說「共和的統治形式與民主必須保護」、美國人也談「對反民主政黨的處理」，即便瑞士與英國，也都有針對政治性結社的某些禁止規範，雖然說，特別在攸關言論與結社自由上，包括德國在內，大家都必須克制一二¹⁸⁷。在後民主時代，民主必須重新尋回自己應有的方向，包括，if any，防衛性民主面向。

一個古典提問永遠不絕：民主真的有治癒自己的力量嗎？真的可以信賴民主「市場」解決自我問題的能力嗎？我們真的不需要保護憲法及國家，可以捨棄憲法與國家保護，因為，人民會起而捍衛自己的憲法與國家？是否真的可相信，如納粹奪權將不可能再現？在此，不禁想起憲法的規範力量（die normative Kraft der Verfassung）之說。Klaus Stern指出，要保護憲法，以防衛自內或自外而來的憲法敵對力量，最重要關鍵，在於對憲法作為最高規範性的保障及尊重，所謂憲法國家性之維護（Wahrung der Verfassungsstaatlichkeit）¹⁸⁸。Konrad Hesse談得更精準：一合憲秩序越能符合當代時空，憲法內

187 Gregor Paul Boventer, Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat. Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, 1985, S. 236 f.

188 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 150.

容就越能發揮它的拘束力，如此一來，才越有實現憲法內容、捍衛抵抗外來危害之決心，倘若缺乏或喪失憲法規範力量的基本共識，憲法將失去生命力，不再有效力，此時，就算再多的憲法保護制度，都無濟於事¹⁸⁹。Hesse認為，憲法要具備其規範性力量的條件，包括不得忽視當代的各種精神、社會、政治、經濟之規律性，必須與當代自發之力量及趨勢相結合，爾後帶領這些力量去發展，「憲法就是實質的、具體生活關係的整體秩序」¹⁹⁰。Hesse說，憲法要有規範力量，單憑以上條件仍然不足。於憲法生活的權力意志外，必須具備具有憲法意志的人民（Wille zur Verfassung）：人民必須認知一必要性，要共同建立不容廢棄的、脫離過去無限制之恣意統治的國家生活，建立一新的客觀規範秩序；人民必須確信，經由憲法建立之秩序，不只是單純正當化現實狀態與關係；人民必須認知一自我要求，憲法秩序如果沒有他們的意志，將無可適用，只有透過人民意志與行為，憲法才有真正施行的可能¹⁹¹。

所以，人民自己就是彌賽亞，Bruce A. Ackerman所言We the People真的不假。觀察防衛性民主，從發生學、現象學到神祕學，要說是理念、制度與實踐，不妨解讀為人民在特別是政治領域內的意識流動過程。作為民主載體的憲法秩序，確實不會自動變為現實，再多的預設、關卡、限制與制度臨界點，都無法保證通往理想國。俄國大革命領導者列寧，有兩段耐人尋味的話：「什麼是憲法？一張上面寫著人民權利的白紙罷了。到底憑什麼能說，這些人民權利實際上也受到真正的保障呢？唯一可能在於：每一階級的人民意識到並有貫徹這些權利的決心」、「只要法律與現實不相符合，憲法就是虛假」，說的應該是同一件事。民主的敵人永遠不會消

189 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, S. 272.

190 Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 3 ff.

191 Hesse (Fn. 190), S. 9 f., 11 f.

失，國家與政治的危機時時都在，民主不可能沒有防衛，關鍵問題只剩下：我們需要什麼樣的、會奏效且有用的防衛機制？在這篇文章，作者回顧德國經驗，一個不但不完美、甚至留下更多問題的經驗，不但在上個世紀的50、70年代，21世紀的當代，截然不同的時空背景，更是如此。民主當然需要防衛，但，怎麼防衛呢？或許，19世紀德國社會民主黨領袖August Bebel的一句話，可以當作本文最後註腳：「沒有任何事物是永恆的，不管在本質或在人類生活，只有變遷、改變，才是永恆的」（Nichts ist »ewig«, weder in der Natur noch im Menschenleben, ewig ist nur der Wechsel, die Veränderung）。

參考文獻

1. 中文部分

林佳和（2014），憲法法院不同意見書制度之再思考——以德國經驗為中心，輔仁法學，48期，頁1-69。

2. 外文部分

Achterberg, Norbert (1969), Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, Der Staat 8, S. 159-180.

Altenhof, Ralf (1999), Die Entwicklung der streitbaren Demokratie. Über die Krise einer Konzeption, in: Jesse/Löw (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland, Berlin: Duncker & Humblot, S. 165-180.

Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (1930), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen: Mohr.

Arendt Hannah (1998), Macht und Gewalt (1970), 3. Aufl., München: Piper Verlag.

von Arnim, Hans Herbert (1984), Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München: Vahlen.

Assenmacher, Joscha (2013), Ein neues NPD-Parteiverbotsverfahren in Hinblick auf die streitbare Demokratie, Norderstedt: Grin Verlag.

Backes, Uwe/Jesse, Eckhard (1990), Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland (1989), 2. Aufl., Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung.

Balibar, Etienne (1993), Die Grenzen der Demokratie, Hamburg: Argument Verlag.

- Bauer, Wolfram (1968), Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, Berlin: Duncker & Humblot.
- Becker, Jürgen (1992), Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller, S. 309-359.
- von Beyme, Klaus (2010), Das politische System der Bundesrepublik Deutschland (1985), 11. Aufl., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2012), Von der Postdemokratie zur Neodemokratie, Wiesbaden: Springer VS.
- Blühdorn, Ingolfur (2013), Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende, Berlin: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1981), Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem, in: Denninger/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, Baden-Baden: Nomos, S. 9-33.
- Borchers, Wolfgang/Geil, Hartmut/Hase, Friedhelm/Ladeur, Karl-Heinz/Lennartz, Hans-Albert/Ruete, Matthias (1976), Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung?, DuR, S. 153-170.
- Boventer, Gregor Paul (1985), Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat. Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, Berlin: Duncker & Humblot.
- Bracher, Karl-Dietrich/Sauer, Wolfgang/Schulz, Gerhard (1962), Die nationalsozialistische Machtergreifung (1960), 2. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Brennan, Jason (2017), Gegen Demokratie. Warum wir die Politik nicht den Unvernünftigen überlassen dürfen, Berlin: Ullstein.

- Bryde, Brun-Otto (2012), in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 79.
- Bundesministerium des Innern (1975), Verfassungsschutzbericht. Ergebnisse, Gruppierungen, Hintergründe. Referat Öffentlichkeitsarbeit, Berlin: Bundesministerium des Innern.
- (2011), Verfassungsschutzbericht 2010, Berlin: Bundesministerium des Innern.
- (2013), Verfassungsschutzbericht 2012, Berlin: Bundesministerium des Innern.
- Bulla, Eckart (1973), Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98, S. 340-360.
- Canovan, Margaret. 2002. Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy. Pp. 25-44 in *Democracies and the Populist Challenge*, edited by Yves Meny and Yves Surel. Basingstoke: Palgrave.
- . 2004. Populism for Political Theorists?. *Journal of Political Ideologies* 9:241-252.
- Celikates, Robin (2010), Ziviler Ungehorsam und radikale Demokratie. Konstituierende vs. Konstituierte Macht?, in: Bedorf/Röttgers (Hrsg.), Das Politische und die Politik, Berlin: Suhrkamp, S. 274-300.
- Decker, Frank (2006), Die populistische Herausforderung. Theoretische und ländervergleichende Perspektiven, in: Decker (Hrsg.), Populismus. Gefahr für die Demokratie oder nützliches Korrektiv?, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, S. 9-32.
- Denninger, Erhard (1973), Staatsrecht. Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- (1975), Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung, JZ, S.

545-550.

—— (1979), *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*, VVDStRL 37, S. 7-51.

—— (1984), *Der Schutz der Verfassung*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin: De Gruyter, S. 1293-1328.

Döring, Jonas (2016), *Der Nutzen der Streitbaren Demokratie. Notstandskonzept, Konsolidierungskonzept, Integrationskonzept?*, in: Döring/Dressler/Hummitzsch, *Streitbare Demokratie. Ein politisches Konzept zwischen demokratischer Verpflichtung und Meinungsfreiheit*, Norderstedt: Science Factory, S. 7-158.

Dreier, Ralf (1977), *Verfassung und Ideologie*, in: Wilke/Weber (Hrsg.), *GS Friedrich Klein*, München: Franz Vahlen, S. 86-112.

Dürig, Günter/Rudolf, Walter (1979), *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte* (1967), 2. Aufl., München: C. H. Beck.

Flemming, Lars (2005), *Das NPD-Verbotsverfahren*, Baden-Baden: Nomos.

Flümann, Gereon (2015), *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich*, Wiesbaden: Springer VS.

Fox, Gregory H., and Georg Nolte. 1995. *Intolerant Democracies*. *Harvard International Law Journal* 36:1-70.

Fromme, Friedrich Karl (1960), *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Tübingen: J. C. B. Mohr.

—— (1981), *Die Streitbare Demokratie im Bonner Grundgesetz*, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 185-218.

—— (2003), *Bestätigte Skepsis – zum Parteiverbotsverfahren der NPD*, RuP, S. 178-183.

- Forum für kritische Rechtsextremismusforschung (Hrsg.) (2011),
Ordnung. Macht. Extremismus. Effekte und Alternativen des
Extremismus – Modells, Vaduz/Wiesbaden: VS Verlag für
Sozialwissenschaften.
- Fuchs, Friederike/Jesse, Eckhard (1978), Der Streit um die „streitbare
Demokratie“, APuZ 3, S. 17-35.
- Funke, Manfred (1978), Extremismus und offene Gesellschaft –
Anmerkungen zur Gefährdung und Selbstgefährdung des
demokratischen Rechtsstaates, in: Funke (Hrsg.), Extremismus im
demokratischen Rechtsstaat, Düsseldorf: Bundeszentrale für
Politische Bildung, S. 15-46.
- Gauchet, Marcel (1990), Tocqueville, Amerika und wir. Über die
Entstehung der demokratischen Gesellschaften, in: Rödel (Hrsg.),
Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a.M.:
Suhrkamp, S. 123-206.
- Geiger, Willi (1974), Grundwertentscheidungen des Grundgesetzes,
BayVBl., S. 297-299.
- Glaeser, Walter Schmitt (1968), Mißbrauch und Verwirkung von
Grundrechten im politischen Meinungskampf, Berlin: Gehlen.
- Grimmer, Klaus (1980), Demokratie und Grundrechte – Elemente zu
einer Theorie des Grundgesetzes, Berlin: Duncker & Humblot.
- Gusy, Christoph (1980), Die „fdGO“ in der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts, AöR, S. 279-310.
- Häberle, Peter (1979), Kommentierte Verfassungsrechtsprechung,
Königstein/Ts.: Athenäum Verlag.
- Hartmann, Dieter-Dirk (1970), Verwirkung von Grundrechten, AöR, S.
567-580.
- Heinemann, Gustav (1977), Freimütige Kritik und demokratischer
Rechtsstaat, in: Denninger (Hrsg.), Freiheitliche, demokratische

- Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 61-64.
- Henke, Wilhelm (1973), Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Parteiquarantäne, JZ, S. 293-299.
- Hesse, Konrad (1959), Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen: Mohr.
- (1999), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1972), 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Isensee, Josef (1977), Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW, S. 545-551.
- Jahrreiß, Hermann (1950), Demokratie: Selbstbewußtsein – Selbstgefährdung – Selbstschutz (Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945), Tübingen: Mohr.
- Jaschke, Hans-Gerd (1991), Streitbare Demokratie und innere Sicherheit. Grundlagen, Praxis und Kritik, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2001), Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Begriffe, Positionen, Praxisfelder (1993), 2. Aufl., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- (2007), Politischer Extremismus, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Jasper, Gotthard (1963), Der Schutz der Republik – Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922-1930, Tübingen: Mohr.
- (1978), Die Krise der streitbaren Demokratie, DVBl., S. 725-733.
- Jesse, Eckhard (1980), Streitbare Demokratie, Berlin: Colloquium.
- (1981), Streitbare Demokratie in der Krise?, in: Jesse (Hrsg.),

- Literaturführer: Parlamentarische Demokratie, Opladen: Leske und Budrich, S. 209-264.
- (2007), Politischer Extremismus und Parteien, in: Jesse/Niedermayer (Hrsg.), Politischer Extremismus und Parteien, Berlin: Duncker & Humblot, S. 11-22.
- Kelsen, Hans (1967), Verteidigung der Demokratie (1932), in: Kelsen (Hrsg.), Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, S. 60-68.
- (2006), Allgemeine Staatslehre (Auszüge) (1925), in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 34-114.
- Kielmansegg, Peter Graf (1979), Von der Notwendigkeit und den Schwierigkeiten streitbarer Demokratie, in: Schönbohm (Hrsg.), Verfassungsfeinde als Beamte? Die Kontroverse um die streitbare Demokratie, München: Olzog Verlag, S. 39-68.
- Kirchheimer, Otto (1965), Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied/Berlin: Luchterhand.
- Klein, Hans Hugo (1979), Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37, S. 53-114.
- Kriele, Martin (1980), Verfassungsfeindlicher Extremismus/Radikalismus, in: Greiffenhagen (Hrsg.), Kampf um Wörter? Politische Begriffe im Meinungsstreit, München: Carl Hanser Verlag, S. 351-365.
- von Krockow, Christian Graf (1979), 30 Jahre streitbare Demokratie – zum Problem des Wertewandels, Gegenwartskunde Sonderheft 1, S. 5-12.
- Kühnl, Reinhard (1988), Die Weimarer Republik, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag.

- Kutscha, Martin (1979), *Verfassung und „streitbare Demokratie“*, Köln: Pahl-Rugenstein.
- Lameyer, Johannes (1978), *Streitbare Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1978), *Streitbare Demokratie contra Terrorismus?*, ZRP, S. 49-51.
- (1981), *Streitbare Demokratie*, JöR 30, S. 147-192.
- Leibholz, Gerhard (1967), in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe: C. F. Müller.
- (1981), *Nachwort zu Johannes Lameyer, Streitbare Demokratie*, JöR 30, S. 193-196.
- Loewenstein, Karl (1932), *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 7, S. 192-194.
- . 1937. *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I. *American Political Science Review* 31:417-432.
- . 1937. *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II. *American Political Science Review* 31:638-658.
- (1969), *Verfassungslehre* (1959), 2. Aufl., Tübingen: Mohr.
- Losurdo, Domenico (2008), *Demokratie oder Bonapartismus. Triumph und Niedergang des allgemeinen Wahlrechts*, Köln: PapyRossa Verlag.
- Löw, Konrad (1983), in: ders., *Rechtsstaat-Demokratie-Sozialstaat*, 5. Aufl., München: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit.
- Luhmann, Niklas (1996), *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Maihofer, Werner (1978), *Politische Kriminalität*, in: Funke (Hrsg.), *Extremismus im demokratischen Rechtsstaat. Ausgewählte Texte und Materialien zur aktuellen Diskussion*, Berlin: Bundeszentrale für politische Bildung, S. 327-334.

- (1984), Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der BRD, Berlin: De Gruyter, S. 173-237.
- Mandt, Hella (1977), Demokratie und Toleranz – Zum Verfassungsgrundsatz der streitbaren Demokratie, in: Peter (Hrsg.), Res Publica: Studien zum Verfassungswesen. Dolf Sternberger zum 70. Geburtstag, München: Wilhelm Fink Verlag, S. 233-260.
- Mannheim, Karl (1951), Diagnose unserer Zeit, Zürich: Europa Verlag.
- Martin, Ludwig (1975), Wie steht es um unseren Staatsschutz?, JZ, S. 312-316.
- Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold (Hrsg.) (1991), Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl., München: Beck.
- Meier, Horst (2001), „Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos“. — Kritik der Verbotsanträge gegen die NPD, Leviathan 29, S. 439-468.
- Merk, Hans Günther (1978), Was ist heute Extremismus? Die Bedrohung des Staates von links und rechts (1976), in: Funke (Hrsg.), Extremismus im demokratischen Rechtsstaat, Düsseldorf: Bundeszentrale für Politische Bildung, S. 127-146.
- Michelsen, Danny/Walter, Franz (2013), Unpolitische Demokratie, Berlin: Suhrkamp.
- Möllers, Christoph (2008), Demokratie. Zumutungen und Versprechen, Berlin: Wagenbach Verlag.
- Morlock, Martin (2001), Parteiverbot als Verfassungsschutz, ein unauflösbarer Widerspruch?, NJW, S. 2931-2942.
- Morsey, Rudolf (1979), Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 – Entstehung, Inhalt und Lehren, in: Heidemann (Hrsg.), Freiheitliche Verfassungspolitik – Erfahrungen und Maßstäbe des Grundgesetzes, Stuttgart: Bonn Aktuell, S. 39-61.

- Niclaß, Karlheinz (1974), *Demokratiegründung in Westdeutschland: Die Entstehung der Bundesrepublik 1945-1949*, München: Piper.
- Popper, Karl R. 1963. *The Open Society and its Enemies*. New York, NY: Harper & Row.
- Preuß, Ulrich K. (1973), *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1984), *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie*, Frankfurt a.M.: S. Fischer Verlag.
- Priepke, Walther (1974), *Das Staats – und Gesellschaftsbild der streitbaren freiheitlichen Demokratie*, *DriZ*, S. 109-114.
- Puhle, Hans-Jürgen (2011), *Populismus: Form oder Inhalt?* in: Otten/Sicking (Hrsg.), *Kritik und Leidenschaft. Vom Umgang mit politischen Ideen*, Bielefeld: Transcript Verlag, S. 29-48.
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Ridder, Helmut (1956), *Streitbare Demokratie*, *Neue Politische Literatur*, S. 351-368.
- (1975), *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Rosanvallon, Pierre. 2008. *Counter-Democracy. Politics in the Age of Distrust*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2010), *Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe*, Hamburg: Hamburger Edition.
- (2020), *Das Jahrhundert des Populismus. Geschichte – Theorie – Kritik*, Hamburg: Hamburger Edition.
- Sattler, Andreas (1982), *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie*, Baden-Baden: Nomos.

- Schäfer, Hans (1966), Verfassungsschutz im demokratischen Rechtsstaat, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 37-62.
- Scheuner, Ulrich (1950), Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: FS Erich Kaufmann, Stuttgart-Köln: ohlhammer, S. 313-330.
- (1963), Gegenstand und Träger des Verfassungsschutzes, BayVBl., S. 65 ff.
- (1978), Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem (1976), in: Listl/Rüfner (Hrsg.), Staatstheorie und Staatsrecht – Gesammelte Schriften von Ulrich Scheuner, Berlin: Duncker & Humblot, S. 135-170.
- Schuster, Rudolf (1968), Über die Grenzen der „abwehrbereiten Demokratie“, JZ, S. 152-159.
- Schwagerl, Hans Joachim/Walther, Rolf (1968), Der Schutz der Verfassung, Köln: Carl Heymanns Verlag.
- von Simson, Werner (1971), Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29, S. 4-45.
- Sontheimer, Kurt (1962), Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München: Nymphenburger Verlagshandlung.
- (1990), Deutschlands Politische Kultur, München: Piper.
- Sowinski, Oliver (1998), Die Deutsche Reichspartei 1950-1965. Organisation und Ideologie einer rechtsradikalen Partei, Frankfurt a.M.: Peter Lang Verlag.
- Stern, Klaus (1977), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, München: Beck.
- Thiel, Markus. 2009. Comparative Aspects. Pp. 379-424 in *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracies*, edited by Markus Thiel. Farnham: Ashgate.

- Wagner, Thomas (2011), Demokratie als Mogelpackung, Köln: PapyRossa Verlag.
- Wassermann, Rudolf (2000), Aktivierung der wehrhaften Demokratie – Zum Antrag auf NPD-Verbot, NJW, S. 3760-3762.
- Willms, Günther (1962), Staatsschutz im Geiste der Verfassung, Frankfurt a.M./Bonn: Athenäum.
- (1974), Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes und seine Bewährung, Karlsruhe: C. F. Müller.
- von Winterfeld, Achim (1977), Terrorismus – Reform ohne Ende? Konzept eines neuen Weges zur Abwehr des Terrorismus, ZRP, S. 265-269.
- Wolff, Hans J. (1969), Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen (1955), in: Bachof (Hrsg.), GS Walter Jellinek, München: Olzog, S. 33-49.

70 Years of German Defensive Democracy and Constitutional Protection:

Reflection and Restart under the New Challenges
of the Post-democratic Era

*Chia-Ho Lin**

Abstract

After the First World War, Weimar Republic, the German democratic experiment under value relativism, provided the battlefield of the Nazis' emerging legitimate strategy: Weimar, born in revolution and died in democracy, ushered in the Third Reich. Towards the post-war period, West Germany established a defensive democracy as the core of the constitutional order, and different norms combined to protect the constitution from the non-violent constitutional enemy from above and from below. In the 50s and 70s, the experiment ranged from the dissolution of the Communist Party (KPD) to the emphasis on the loyalty of civil servants, and such protection of the Constitution was criticized. West German democracy stood firm in the turbulent 60s, and the wave of radicalism and extremism in the 70s once again tested defensive democracy. In the post-democratic and post-political era, defensive democracy, which was almost declared to an end in the 90s, is more fragile on the one hand, but on the other hand, due to the rise of the New Right, it has regained its momentum and is ready to rise again. Can the normative power of the constitution be the right way, as Konrad Hesse predicted? 70 years of German defensive democracy are a story of unfinished controversy.

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.

KEYWORDS: defensive democracy, value relativism, constitutional protection, constitutional enemies, radicalism, extremism, the basic order of liberal democracy, dissolution of unconstitutional political party, post-democracy, the normative power of the constitution.