

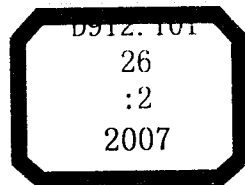
法治国公法学 原理与实践

| 陈新民/著 |



FAZHIGUOGONGFAXUE
YUANLIYUSHIJIAN

中国政法大学出版社



法治国公法学 原理与实践

| 陈新民/著 |



FAZHIGUOGONGFAXUE
YUANLIYUSHIJIAN

中国政法大学出版社

目 录

第 18 篇	论政党的内部民主制度	(1)
第 19 篇	论公务员的忠诚义务	(25)
第 20 篇	德国 19 世纪法治国概念的起源	(52)
第 21 篇	国家的法治主义	(77)
第 22 篇	法治国家理念的灵魂	(134)
第 23 篇	社会主义法治国之概念	(187)
第 24 篇	示威的基本法律问题	(220)
第 25 篇	行政国家理念的澄清	(259)
第 26 篇	宪法与行政法之关联	(275)
第 27 篇	德国行政法学的先驱者	(288)
第 28 篇	行政法学的拓荒者	(306)
第 29 篇	中国公法学的启蒙者	(314)
第 30 篇	行政程序法的立法考虑	(339)
第 31 篇	服务行政及生存照顾的原始概念	(350)
第 32 篇	行政法之任务	(382)
第 33 篇	宪法的维护者	(395)
第 34 篇	宪法的躯壳与灵魂	(413)
第 35 篇	社会法治国家理念的缔造者	(431)

第18篇

论政党的内部民主制度

在一个政党中,思想来自上层,然后影响下层,这是产生愚蠢思想的最佳途径,……政党的思想应该来自下层。

——西蒙·波娃,沙特最后的话语

壹、前言

民主国家的政党,是由某些国民聚集所成立的一种“政治团体”(社团),借着参加国家或地方之选举,争取选民支持,获得行政或立法机关之职(席)位,在这种政治过程中,来形成、凝聚及实现本身及国民的政治意志。因此,政党是一个论政及参政的团体。每个政党之属性——如以有无具备民主要求——,自会对一个民主及追求民主理念的社会,或多或少造成影响。要求政党必须是一个民主政党的呼声,中外皆早有所闻。探讨一个民主政党的概念与制度,尤其是以宪法的角度着手,是本文所欲尝试之处。

一个政党可否归为民主的政党,可以以两方面来观察。一是以该政党所要追求之理念(党纲所要揭橥者),是否是一个民主的或是一个独裁的政治理念。这是以该政党的行为目的所为之区分。二是以该政党的内部来区分。若是该政党之内部——结构及行事准则——有符合民主者,即可称之为民主政党。由于前者——政党之行为目的——有无合乎民主,率多会与国家之宪政秩序有所抵触。在许多国家,这些政党之活动也不会获得法律之许可——例如经过政党禁止的政党违宪

审查手续——。^{〔1〕} 因而政党之目的有无符合民主要求已变成讨论政党违宪性与否之问题范围。不复再为讨论民主政党时所重视。^{〔2〕} 故,一个政党方是否为民主政党,端以其之内部有无民主来论断。亦即,一个内部民主的政党是一个民主之政党。

政党的内部民主制度,会因为各国与地区的政治、法制及法律体系之不同,而异其内容。鉴于台湾地区法律之渊源及体系,与德国之关系极为密切;而对于政党内部的民主体制问题——就以纯法律角度来讨论,及其探讨层面之深广而言,该国法学界贡献尤多。本文即以德国学理及制度为讨论中心,再于必要时,参酌其他国家与地区类似或相关之制度,相予佐证及补充。冀望这个在台湾地区仍停留在政治价值讨论的政党内部民主问题,在本文剖析后,能以实证的法律规范立场,获得一个全面及清晰的制度架构。

贰、政党与民主

一、政党之自由与政党之民主

以宪法的眼光重视一个政党的“内部民主”问题,是在第二次世界大战以后,才兴起的。在第二次世界大战前各国的宪法“政党”理念——举德国《威玛宪法》而言,认为人民有权利组成并加入一个政党。这是人民之基本权利(结社权)。人民行使上述权利与人民在私法领域内行使,如成立公司等,并无二样。只不过,政党是“政治性”的结社罢了。政党并未形成一个特殊的“宪法制度”(Verfassungsinstitution),而无异是人民结社权的衍生制度。在这种对政党之组成及其内部运作,由人民依“私法自治”及一般社团法来规定之状态可知,宪法对一个政党的“民主性”问题,任诸党员及政党本身来决定。因此,宪法只是以保障人民结社权之立

〔1〕 例如德国《基本法》第二十一条第二项,《联邦宪法法院法》第四十三条至四十七条,《西德政党法》第三十二条以下;意大利1948年1月1日《宪法过渡条款》第十二条的禁止法西斯党;《土耳其1961年宪法》第五十七条,见Y. Abadan, Das Türkische Parteiengesetz, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für G. Leibholz zum 65. Geburtstag. Bd II. 1966, S. 303.

〔2〕 不过,政党的“追求目的(理念)”及其“内部”形态多有密不可分之关系。一个追求集权主义之政党在党内能维持真正的“民主原则”也令人怀疑。所以,讨论某一政党有无“违宪”时,也常常会讨论到其内部的“民主性”问题,反之亦然。

场,来维护政党之“自由”而漠视政党的“民主性”问题。^[3]

诚然,若是能够妥善的运用“政党自由”制度,亦非不可以达到“政党民主性”之理想。这种情形,多以海洋法系的国家为然。以实行两党内阁制的英国,政党的目的是挑选及支持该党的候选人进入国会,组成内阁或国会中的反对派。政党的活动,主要在国会内表现。政党的领袖就是国会领袖(在执政党方面则为内阁首相),故政党及政党领袖兢兢业业,多于“选民之声音”而少于“党员之声音”。政党所在意的,是否以后能否继续在位,而不太在乎党员之期待。因此,英国对于“党内民主”之问题,显然并未太关心。由于“国会政治”的制度使然,由“两党竞争”(或“多党竞争”)为争取选民支持,“政党间之民主竞争”(Interparty democracy)显得较“政党内之民主”(Intraparty democracy)来得重要。^[4]虽然党员并不能予政党领袖许多实质上之影响,即政党领袖主要是代表政党向“选民负责”。但是,政党领袖也不能完全漠视党员之声音及期望。由于社会及国家长久树立的民主理念及传统,英国由“政党自治”(autonomy of party)引申的政党政治,由政党的内部规范及参与选举的外在国家选举程序,使得英国的政党亦能博得“民主政党”之声音。^[5]

另外一个例子,可举美国作说明。美国的政党性质也和英国有极大之不同。美国并无类似英国组织及立场泾渭分明的政党。英国因为实施责任内阁制度,国会内的“政党纪律”(party discipline)颇为严格,也造就成强而有力的政党领袖。为了贯彻党的政见及部署选战,党拥有全国性之组织及以全国、全盘着眼的党政策。相形之下,美国的政党,就显得极为松散。就党之组织而言,各政党几乎没有常设且有实权之全国性组织存在。^[6]国家采“分权”制度,掌行政大权的总统及掌立法大权的国会,分庭抗礼,总统可拥有“立法否决权”,否决国会所通过之法案,也因此,类似英国责任内阁所需求的,行政权必须获立法权之支持方可之制度,即不

[3] 《威玛宪法》对政党未特别规定,只是在一三零条提及公务员“为全民服务,而非为一党派服务”时,提及“政党”。故将政党视为国内政治纵横捭阖之团体,而公务员与之保持“政党中立”。

[4] 见 W. Jäger, Partei und System, eine kritische Einführung in die Parteienforschung, 1973, S. 113; K. Loewenstein, über die parlamentarische Parteidisziplin im Ausland, in: Forsthoff/Loewenstein, Die politischen Parteien im Verfassungsrecht, 1950, S. 31.

[5] R. T. McKenzie, British political Parties, The Distribution of Power with the Conservative and Labour Parties, 2nd Edition New York 1963, pp. 636, 647.

[6] 例如“中央党部”之类的组织。美国的政党虽亦有类似“全国委员会”(national committee)的组织,但这些组织名义上是政党的全国最高机构,却未有任何实权可以指挥及监督各州之党部。各州的党部同样的也无法支配“更下级”之党部决议。所以,各党部间并无严格的“隶属”关系可言。见 F. J. Sorauf, Political Parties in the American System, Boston, 1964, p. 40.

须在总统制适用。美国国会内的政党色彩及国会议员之“政党性”便不太明显!从而,类似英国国会内的“政党纪律”要求即不存在。^[7]

美国的政党也未如许多欧洲的政党是一种具有强烈“意识形态”的“信念团体”(Gesinnungsgemeinschaft),^[8]对政策的路线有明显的价值取向。而美国的政党却是专以“选举公职”竞取公职职位为目的。利用“公职位置”的更迭,来决定及改变政策。因此,各个候选人的“个人色彩”超过了其所隶属政党之色彩。故美国的政党的组织及功能是为配合上述“人的推举”而存在,政党并未为其自身及其党员“事先”即订立一个“政策方针”以资号召选民。是美国政党与欧洲政党一个极大之分野。^[9]

这种以地方党部为党务运作中心(分权化, decentralization), 政党的政策及意识形态的淡化, 并无频繁及积极意义的党内活动、中央(联邦)及地方的立法及行政之分权制度……使得美国的政党制度, 并不迫切需要考虑“党内民主”之问题。在现实的运作上, 美国政党主要在“提名候选人”之过程上(即党内初选制度, primary), 方有实践“民主理念”之必要(详下文)。除此外, 学界及政界鲜有主张“党内民主”制度之建立者。^[10]

由“政党自由”及竞争制度, 和靠着“政党自治”、“政党自律”制度可以在上述二个国家内实践民主政治。但是, 这两个国家, 一个是世界上历史最悠久的立宪及议会政治国家; 另一个是实施成文宪法最久且同是实行民主政治历史悠久之国家。两国除了已树立坚实的民主理念外, 后者极特殊的政党制度, 却也是世界各国所少见的。在世界其他国家的政党政治就曾产生弊害。尤其是于二次世界大战其间, 在欧洲兴起的极端主义之政党, 竟有夺取或推翻民主政权体制之情形出现, 如德国、意大利、俄国及西班牙等。这些在政党内、外皆以反民主方式宣扬及组成的政党, 究竟应否受到国家法律规范之“拘束”, 是在第二次世界大战之后的欧洲, 受到政界及宪法学界所重视的课题。

第二次世界大战后, 意大利在 1947 年 12 月 27 日公布的《宪法》第四十九条规定“每个人民有自由组党之权利, 来以民主之方式, 决定国家政策”。意大利在本

[7] K. Loewenstein, aaO., S. 26.

[8] J-T Blank, Die innerparteiliche Willensbildung nach dem Grundgesetz, ihre Ausgestaltung im Parteiengesetz und ihre Berücksichtigung in den Parteistatuten, DVBl 1976, 566.

[9] E. J. Sorauf, supra, p. 50; P. Haungs, Parteiendemokratie in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 17; C. J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy, revised Ed. Boston, 1949, pp. 416, 417.

[10] F. J. Sorauf, 认为除上述理由外, 政党由外在之控制——如舆论——亦可更有效的(比由党内而来的)监督政党行为。Supra, p. 52.

宪法中规定人民享有“组织政党”之权利,同时也要求该政党必须“以民主方式”决定国家政策。惟《意大利宪法》未再对政党之行为有所规范,而意大利亦未制定规范政党“民主性”之政党法律,故“政党民主”仍只停留至宪法的宣示作用。^[11]

1958年9月28日公布的《法国宪法》第四条亦规定:政党及政治团体可参与竞选。其组成及行为皆享有自由。其并应遵守国民主权及民主之原则。《法国宪法》对政党之民主性即有明确的规定,即国民主权及民主两大项,是极有助于对政党民主概念的阐释。

1976年4月2日的《葡萄牙宪法》第四十七条亦规定:人民拥有结社,包括组织政党之权利,而政党内之意见须以民主之方式形成之。《葡萄牙宪法》此条规定是将党内民主之保障,以“民主形成党内意见”为内容。

1975年6月5日的《希腊宪法》第二十九条(第一项)规定:政党之组织及行为应有助于国家民主秩序的自由开展。此种对于政党的“民主”要求自是以较抽象之方式表现之。

1961年5月27日的《土耳其宪法》第五十七条(第一项),政党的内部规章、政纲及行为必须符合基于人权及人类自由之民主共和国理念……^[12]《土耳其宪法》此条规定是将政党与“人权”相联结,显示出其重视人权与政党相关联之意义。

最后可举1949年4月23日的德国《基本法》第二十一条(第一项),该条除保障政党的成立自由外,亦且规定“其内部秩序应符合民主原则”。至于何为“内部秩序”及“民主原则”?则须另以法律定之(同条文第三项)。

上述欧洲国家之宪法内皆或较具体,或较抽象的提及政党之应具“民主性”。然而,究竟政党的“民主理念”为何?亦即,政党以何种标准及原则,作为其内部“民主化”之指标?有待再予讨论之必要。

二、政党的民主概念

(一)政党发展之弊病——寡头趋向

提及政党“民主化”问题,必先讨论罗伯·米谢尔斯氏的“政党寡头趋向论”。德国名学者罗伯·米谢尔斯(Robert Michels)于1911年,在德国莱比锡出版一本名为《现代民主中的政党社会学》(Zur Soziologie des Parteiwesens in der Demokratie),副题是“团体生活的寡头趋向之研究”(Untersuchungen über die Oligarchischen

[11] T. Stammen, Political Parties in Europe, translated by G. Cannon-Kern, Westport 1981, pp. 72, 86.

[12] 参见 Tsatsos/Morlok, Parteienrecht, 1982, S. 241.

Tendenzen des Gruppenlebens)的书,以社会学之立场研究政党之问题。^[13] Micheals以当时德国社会民主党(SPD)以及大工业同会“德国贸易同盟”(DHU)之结构与运作,获得一个结论。氏以为现代社会的政党,规模都逐渐庞大起来,也逐步走上了“专业知识”的时代。政党也因此会形成固定的“组织”——所谓的组织体系化(organisatorische Strukturierung)。政党的组织必会操在极少部分的“党精英”之手中。党的领导阶层除了控制政党的日常政务外,也实际影响了政党政策之决定,党员只有听任党领袖之领导。政党走上了这种“寡头领导”之趋势是不可避免的,故氏提出一个脍炙人口之名言——“寡头之铁律”(eisernes Gesetz der Oligarchie, iron law of oligarchy),来综归其结论。依此铁律,政党必会形成“寡头领袖”之组织,除了小的政党外,愈大的政党,其寡头领导情况愈严重,其距离“民主”的理念也愈远。党员对党务及党政策已毫无置喙之余地,所谓“党大会”对党之“政策提案”也成为党代表最多能称“是或否”,甚至沦为“鼓掌大会”之情况。所以,氏称“组织即等于寡头”(Organisation = Oligarchy)。寡头组织必使民主“窒息”。^[14] Micheals以社会学的眼光分析这种发展之趋势,可以由“技术层面”及“心理层面”来讨论。在“技术层面”方式,由于现代的政党的组织极为庞大,组织的运作,非一般的党员(尤其是当时的德国社会民主党的党员,多系劳工)有时间及能力,能予参预。最后必须靠一群“专业党工”及职业政客来掌握,方得顺利推动党务。在“心理层面”而言,党员间广泛的存有一种心态,希望所隶属之政党,是一个(或是会形成一个)大规模的政党,如此即更能保障其利益或是愈易使彼之政治意志得以实现。同时,群众心理也希望有人能“领导”他们达到这个理想。当政党的领导阶层获得广大党员承认及信任后,本身除一方面会期望达到党员之期待外,另一方面必会“巩固”其领导地位,于是乎,“寡头”地位即会形成。^[15]

R. Micheals 提出这个政党“寡头铁律”,认定现代政党不可避免必会背离“民主”理想而趋向“寡头”,受到许多学界之批评。^[16] 尽管如此,证诸欧洲稍后的历

[13] 1. Aufl. 1911; 2. Aufl. 1925, (1957 重印)。

[14] R. Micheals, aaO., S. 24; R. Wichard, Parteien in der Demokratie, eien Einführung in die allgemeine Parteienlehre, 1977, S. 68; U. Lohmar, Innerparteiliche Demokratie, 1968. S. 2.

[15] R. T. McKenzie, p. 16. 以 1910 年德国社会民主党的干部共有三十四人,而其党员的数目是干部的二百五十倍,可知干部与党员的悬殊比数,见 M. Duverger, Political Parties (Translated by North), New York, 1963. P. 154.

[16] 学界批判 Micheals 多以氏以当时,特定时期及特定政党所作的结论,未必适用于今日,如 R. Wichard, aaO. S. 69; 美国学者 Sorauf 则以美国政党之特色(注 9 之本文)否认 Micheals 之理论可适用在美国政党。Sorauf, supra, p. 52; McKenzie 则以英国与欧洲大陆不同的国会政治、阁员须为“选民”而非为“党员”(或政党)负责的民主传统,也不适合 Micheals 所倡议的“铁则”。Mckenzie, supra, p. 644.

史,许多大规模的政党,如俄国的共产党、意大利的法西斯党及德国的国社党,都是形成寡头式政党,也掌握了国家之政权。为了正本清源,就必须对所谓政党的“民主”概念予以分析。

(二) 国家民主理念与政党民主理念

何谓政党内的民主?该民主理念和国家的民主理念有无差别?是首先要讨论的问题。

一般而言,民主是用在国家之层次,例如决定国家之政体,人民之基本权利及立国基本原则等等,在日常的法律用语中,将民主作为规范行为之标准者,就极为少见。^[17]主张两者有“同一性”者,认为政党所要“遵循”的民主与国家所要遵循的民主是相同的,无所差异。因此,国家所应适用之民主原则及民主模式,例如肯定人民之基本权利,采行代议制度,主权在民,法治国家原则……都可以及必须在政党之制度内,付诸实现。^[18]

坚持政党的民主和国家的民主理念必须是相同之看法,容易导出一些极端之结论。由于国家的民主理念,主要是渊源于古典的“主权在民”之理论(即“国民主权”)。国家的权力来源必须获得人民之同意方可。由此理论导出国家的人权、代议制度、法律保留、权力分立……,倘若完全移植到政党之制度上,首先将使政党之功能萎缩下去,例如,政党内部的民主,依 R. Miceals 在其“寡头铁律”中所使用的(虽然对之氏并未再予详论及予以定义)该民主见解,无疑的,却是这个古典的,由鲁索主张的“治者须得到被治者同意”,让被治者由治者的“擅断权力”中解放出来,作为“民主”之写照。所以, Miceals 认为推展到政党之内部关系,亦必须党魁(党之组织及领导阶层)能够得到党员之同意,方可有所作为,此是氏认为政党所不可能达到这个民主之理想! Miceals 以这种古典式的,单纯的以“治者须得被治者同意”作为“民主与否”的“单一标准”,也是其受到抨击之处。^[19]由于嗣后之历史显示出寡头政党之弊害,有些引 R. Miceals 之论者,在战后便兴起一种“激进民主”(radikaldemokratische Theorie)之理论。为了根绝政党会形成“寡头”制度,该理论认为政党必须贯彻“全面民主化”(Totaldemokratisierung)。党员必须由“专擅”的党组织中“解放”出来,该党方可属于一个“民主政党”。党的政策必须完全

[17] E. Forsthoff, aaO. (前注4), S. 16.

[18] 类似的规定,较清楚的是上述《土耳其宪法》;较不清楚的是《法国宪法》。主张“直接适用者”,如德国学者 J-T Blank, aaO., S. 565; 意大利学者 G. Cassandro 及 V. Crisafulli, 见 G. Cassandro, in: Die Stellung der politischen Parteien in der Verfassung, 1969, S. 52; V. Crisafulli, in S. 67.

[19] 如 R. Wichard, aaO., S. 69.

“由下至上”反映及决定,因此,党的组织完全成为“反映”及“传达”党员“公意”之机器,除了担任“党员公意”的“传声筒”及执行该“公意”外,政党的组织,不应该有任何作为;这才是“民主”的政党,^[20]方是“直接民主”制度。^[21]这种惟恐政党之组织会形成“寡头”而要将政党之组织“单纯化”(退化)为只是“接收及传递”党员意见之执行机构,未免有“因噎废食”之憾。而且,对于日渐复杂及多样化之社会,党员数目庞大且成份复杂,如何方能“完全”的凝聚党员之“公意”以作为党政策之决定标准?故“全面民主论者”(以激进民主论者)其出发点虽然无可非议。但是,在现实方面以空泛的“国民主权”(党员主权)来诉诸政党体制改革,注定前途坎坷而在理论上也不无极多可疑之处。^[22]

另外,适用在国家的“民主”体制能否在政党之体制内,全盘适用,亦应考虑到政党的“体制”及功能方可。例如,人权及其依宪法的保障及限制,可否完全于政党内部,视为党员之权利来适用?如承认党员亦有完全之“结社权”则可在所属政党内再度“结社”,政党是否会形成分裂?国家民主制度规定投票制度是“秘密投票”制,在政党内亦否一律须秘密投票不可?政党应否如国家一样,设立类同“国会”之机构及制定“依法行政”之制度来控制党务之进行?……这些问题,明显的,皆容有商酌之余地。^[23]因此,国家的民主理念,许多是涉及且规范国家(公权力)与人民之间的关系,与政党的民主要求,是规定人民与非公权力之“社团”——政党之间的关系不同,不可一概而论。以目前学界绝大多数之见解,是采“修正适用说”,适合规范政党内关系的“民主”理念,原则上是源于国家之民主理念及制度,惟,必须“有所修正”,务必须考虑政党之“功能”及特性后,才予援用。^[24]

接下来的问题便是,如何在考虑政党的功能制度下,界定可适用在政党内部关系中的“民主”原则及其内容?

[20] R. Wichard, aaO., S. 63. 关于此种理论之发展,见 E. Fraenkel, Strukturanalysen der modernen Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte, B49/69, 1969, 3-27.

[21] 国家“民主”原则中的“代议制度”在此就未受到重视。参见 G. Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1967, S. 93ff. P. Haungs, aaO., S. 13. 相反的,见 R. Scholz, Krise der parteienstaatlichen Demokratie? Grüne und Alternative in Parlament, 1983, S. 39.

[22] W. Jäger, aaO. (前注 4), S. 118.

[23] 学者 Seifert 即认为,以最后一个例子做说明,政党不可能设置一个类似“国会”之机构,长期的(常设的)来监督及控制党务“行政”之行为。同样的,党员代表大会虽然是政党的最高权力机构,但也不可能时常且持续的召开,来“复决同意”政党机构之决策。故无法全面接收国家之民主理论。K-H Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 195.

[24] 如 Tsatsos/Morlok, aaO., S. 36; W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl. 1972, S. 50.

叁、政党民主概念具体化 ——德国法制之参考

虽然欧洲许多国家之宪法皆已揭橥政党民主化之理念,已如上述。但是,这是皆为不太明确的理念。能够经由国会以制定专门法律(如《政党法》)之方式来“具体化”者并不多见。^[25]而其中以德国在1967年7月24日所制定的《政党法》,有较详尽的规定。而在1967年制定《政党法》前,德国宪法学界对《基本法》第二十一条所谓“政党内部秩序应合乎民主原则”,也已经有热烈的讨论。例如名学者E. Forsthoff在《基本法》甫公布时(1950年)就认为政党的内部民主原则,不外是:
①摒弃法西斯的“领袖政党”之形式,将党之大权不可操在党领袖手中;②指政党的意见决定,应循由下至上之方式,政党不可以只由少数人控制,必须保证党员能持续的影响党的决策。亦即,政党的体制必须由基层而起,开放来遏止党的官僚及专擅主义,依氏之意见,前者似嫌狭隘,因为,即使禁止“领袖政党”之存在,但基于党员公意,愿服从在某“党领袖”下,亦实质会形成该型政党。故依氏见,宁不采前者“除外式”的诠释而主张后面之看法。^[26]然而,不论是由《基本法》立法时之背景^[27]或是日后学界及法院的许多看法,^[28]对德国甫经历过的“集权式政党”(领袖式政党)心仍有余悸,故有意排除这类型的政党是不违反立宪原意,是可以确定的!^[29]

除了政党的组织形态外,Forsthoff的意见——如同前述之意大利及葡萄牙宪法对政党民主化所做之要求一致——,政党必须让党员能民主决定及参与党的决策。为了贯彻这个目标,德国的《政党法》便在传统的“政党自律”(由政党自行决定其内部秩序)及目前的政党民主化理想中,加重后者之份量。而对前者加以适

[25] 除了德国外,其他制定政党法的国家略有奥地利1975年7月1日的《政党任务、财政及选举法》(Bundesgesetz über die Aufgaben, Finanzierung und Wahlwerbung politischer Parteien, BGBl. Nr. 404);土耳其于1965年7月13日公布《政党法》(见Y. Abadan, aaO. S. 283f);阿根廷于1965年亦公布《政党法》;葡萄牙于1974年公布《No. 595/74法律》;韩国于1962年12月(第一二四六号法律,最后修正1980年)皆有公布《政党法》。不过,对于政党内部民主问题,上述诸法律皆未作进一步详尽之规定。

[26] Forsthoff, aaO., (前注4). S. 16.

[27] Forsthoff, aaO. S. 44; U. Lohmar, aaO., S. 6, 在草拟本条文时,即以纳粹之统治经验作为立法之理由者。

[28] 如联邦宪法法院在1952年所作的“社会帝国党违宪”判决时,即表明党员对党领袖不必绝对服从。BVerfGE2, 1/40.

[29] 如Seifert所认为,纳粹党的“领袖式”政党应予排斥。

度之限制。^[30]大致上,德国《政党法》对政党的组织及其权限皆有限制,其重心便在于保障党员的权利,能够获得政党之重视。^[31]以德国政党之内容,有以下数个重点可供比较法学上研究之处:

一、政党的组织

德国《政党法》对政党的组织及其权限,原则上可由各政党自行依照党章来决定。不过,该法(第六条)也要求各政党必须具备书面的党章及党纲,而党章必须规定除政党的各级组织及权限外,必须对党员的加入及退出的权利义务、纪律措施(包括开除党籍)等,予以规定。针对各级政党内部最高权力机关,该法规定必须是党员大会及代表大会。党员(代表)大会至少每两年必须召开(及改选)一次。各地区的党大会,有权决议其管辖区内关于党纲、地区党章、仲裁法庭规则、缴费规则、本区党部之解散及与他党合并等等事宜(地区党部之自治权)。党大会亦可选举党之领导人(如党委员会之主席及委员、仲裁法庭之仲裁员,参加上级会议之代表……)等人事表决权。以及,至少每二年,政党之委员必须接受党大会之审查财务及工作成效(见该法第八、九条)。因此,类似国家行政机关受到民意机关之拘束,政党内部之党务机关也受到“党员代表”之拘束,以平衡党干部之权力。^[32]

二、宪法基本权利与党员权利

虽然每个政党皆必须在其党章内规定党员之权利与义务。但是民主与“人权”是密不可分之理念,党员享有宪法的保障之“基本权利”与否?是讨论党内民主问题必须先解决的一个前提。这个问题也涉及到一个政党的党章对党员权利之限制,所可达到的“限度”。

[30] 由政党本身的“自律”、“自治”(Autonomie)转成为国家法律对之的“他律”(Heteronomie)来遏止政党因“自律”而产生之反民主后果。见 R. Wolfrum. Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Grundgesetz, 1974, S. 81; 也如 v. d. Heydt-Sacherl 所称,是“强迫性的政党民主化”(Die erzwungene Demokratisierung der Parteien),见氏著 Soziologie der deutschen Parteien, 1955, S. 153. 在其他国家的《政党法》(如前注 25)多半只规定政党的成立事项,其余都让诸政党之“自律”来决定政党之运行。

[31] 德国内政部早于 1957 年即网罗数名宪法名教授,组成政党法立法的专业小组,参与研究立法事宜。当时小组对政党民主的见解即主要是:党内之意见形成必须由下至上以及政党之组织及运作不可流向独裁化,堪称正确见解。见 Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission, 2. Aufl., 1958, S. 157.

[32] 依同法九条二项甚且规定,倘党章有规定各级党部的某些干部可以成为“当然”的上级党大会之代表时,这种“依职务取得代表权”(ex officio)之代表不得超过全体有表决权之大会代表总额之五分之一。这个规定旨在防止党务干部操纵党大会之决议,立意颇值参考。

在德国学界是广泛承认一个政党的党员在所属政党内,仍旧享有宪法所定的,诸如言论权、结社权……等基本权利,而免受到政党之内部规章(纪律措施)之限制。但是,对于党员这些权利的来源依据,却存有分歧。

主张“直接渊源说”之学者,认为党员在政党内可完全行使基本权利,是因为这些权利直接源于宪法的人权条款。宪法的人权规定直接在“政党内部关系内”获得实践。这并非为了反对政党本身,而是为了促使党员更能积极且民主的参与党内意见之形成。故党员的权利是由宪法基本权利条款直接所赐,产生一种“程序的积极权”(status activus processualis)。^[33]

采“直接渊源论”将党员与政党间的关系,比同国家及人民间之关系,才有产生这种将人权直接适用在政党内部关系上之理论,引起学界极大之批评。由于党员是以私人之身份加入政党,而党员与政党关系是纯粹之私法关系,^[34]适用公法关系的人权理论,总是明显之瑕疵。^[35]

另有折衷“直接渊源说”与承认政党内部关系是私法关系者,认为可以采用“对第三者效力理论”(Drittwirkung),使宪法基本权利能够在政党内的私人(私法)关系内,获得直接之适用效力。^[36]由于基本权利的对第三者效力理论并未获得学界的普遍承认,而直接适用此理论亦有实际上之困难,^[37]故将这个理论移植到政党内部关系,亦未被接受。^[38]

绝大多数之学者,是以《基本法》在第二十一条已经明文规定政党的内部秩序必须合乎民主原则,而所谓民主原则必也承认党员基本权利在内,故由此有拘束力之宪法条款,可以导出党员亦拥有基本权利之结论。而且,就宪法的结构,规范政

[33] 如 H. Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975, SS. 186, 189; E. Lengers, Rechtsprobleme bei Parteiausschlüssen, Diss. Bochum, 1973, S. 66.

[34] 只有极少数的学者,如 K. Hesse 认为这种关系是“公法关系”,氏因而推论到政党对党员权利之限制,是“极接近特别权力关系”更是在德国学界无人接受之看法。见 K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL H. 17 (1959) S. 45, 另收录在 K. Hesse, Ausgewählte Schriften 1984, S. 77; G. Zieburg (hrsg.) Beiträge zur allgemeinen Parteienlehre, 1969, S. 149. 批评者甚多,如 W. Henke, aaO. S. 55; R. Wolfrum aaO. S. 135; H. Lenz/C. Sasse, Parteiausschluss und Demokratiegebot, JZ1962, S. 240. Fn. 91.

[35] W. Henke, aaO. S. 86.

[36] 引发这个问题的讨论,是在德国内政部的项目小组之报告,见 Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, (前注 31 处), S. 160; 支持者,如 W. Luthmann, Die innere Ordnung der Parteien nach dem Grundgesetz und ihre Ausführung durch das Parteiengesetz, Diss. Köln 1961, S. 97, 98. 关于“第三者效力理论”,请参见本论文集第 2 篇。

[37] 见陈新民,前揭文,收录于本文集第 2 篇,肆处。

[38] Tsatsos/Morlok, aaO. S. 54ff; R. Wolfrum, aaO. S. 135; W. Henke, aaO. S. 87; K-H Seifert, aaO. S. 214.

党内部民主性之条款(第二十一条)是制定在宪法人权条款(一至十九条)外,亦可佐证,政党的内部民主制乃另一个“宪法制度及要求”,不必视为宪法人权条款的直接衍生制度。^[39] 诚然,德国《基本法》是将政党制度及其内部民主化,提升成为宪法的一个制度(宪法化, Konstitutionalisierung),^[40] 自然应可由立法者依宪法的人权理念,在实践这个宪法委托(Verfassungsauftrag)过程——制定《政党法》——来实践之。^[41] 因此,这个见解洵为合理之见解。^[42]

三、入党及退党权

德国《政党法》(第十条一、二项)规定,政党内部的人事机关依党章有关规定,可以自由决定党员的入党申请。对入党申请之拒绝,可以不需附理由。经法院判决丧失选举及被选举权者,不得加入政党为党员。另外,惟恐政党会成为“封闭性”的政党,同法条也同时规定,政党制定或公布概括性或有期间性的“不收党员”之政策,亦非法所许可!故除此外,在原则上,政党拥有极大之自由来决定党员之加入。另外,党员也可享有随时退党之权利。

由上述规定,除退党权外,在“入党权”方面亦有不少问题有待澄清。

首先,是关于政党“决定权”之问题,由于政党只须依党章的规定,即可否决入党申请者,又不需附理由,因此,倘若政党以意识形态、个人喜好以及滥权之方式,故意拒绝入党之申请者,却无需附理由,极有可能,该“恣意滥权”可隐藏于“不必附理由”之制度下。学界对此制度之“合宪性”与否,即存有极大之怀疑!^[43] 要求

[39] 如 W. Henke, aaO. S. 86; R. Wolfrum, aaO. S. 136; K-H Seifert, aaO. S. 214; N. Zimmermann. Rechtsstaatsprinzip und Parteigerichtbarkeit, 1979. S. 138.

[40] BVerfGE 5, 85/388; R. Scholz, aaO. S. 9.

[41] Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, (前注 31 处) S. 160; 关于“宪法委托”之理论,参见本文集第一篇,《论宪法委托之理论》。

[42] 少数反对者,如 E. Lengers, 则以为《基本法》第二十一条有关政党内部秩序应该合乎“民主原则”,只不过是空泛的法律(指导)原则,并不能因而确定党员即可享有人权,必待立法者决定方可。见 E. Lengers, aaO. S. 67/68. 氏这种看法忽视基本法该条文之“强行性”,自不足采信。此参见 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 42.

[43] 如 H. Trautmann 以为,宪法保障人民有服公职及参政之权利(《基本法》三十一条),而参加政党寻求参政机会,即可能被政党“滥权”剥夺,这个“参政权保障”效力减低至极,故认为“不必附理由否决”制度乃违宪之制度。H. Trautmann, aaO. S. 198/199. 在《政党法》公布前联邦宪法法院(在社会帝国党案)曾反对这种制度, BVerfGE 2, 1/42. 69; K-H. Seifert, aaO. S. 209, Fn. 152 亦认为是不民主之制度。

《政党法》应该强迫各政党的党章内规定禁止恣意拒绝入党申请之呼吁,早有所闻。^[44]再加上,被拒绝入党者,亦无实质的法律救济程序^[45]可资补救。故为避免政党利用党章以违反宪法平等权之方式吸收或拒绝某些党员,似有必要强制政党的党章订定不可滥权行使政党“党员抉择权”之条文。此外,拒绝入党申请应附理由,恐亦系政党民主风度之体现。^[46]

德国《政党法》虽只规定被法院剥夺选举(及被选举)权者不得为党员。至于其他未成年人、外国人、公务员(含法官)及军人之入党权,则毫无限制,自可由各政党以党章决定之。^[47]

另外,政党不可以“概括性及附期间”的停止吸收党员之规定。虽然立法者这种要求政党“开大门原则”(Grundsatz der offenen Tür)^[48]使得新血能继续进入政党组织内。但是,假设政党内部有此需要(如行政人员正欠缺)时,自可以频频利用“个案拒绝”(且可不必附理由)方式,来达成不收党员之目的!故,这条“开大门”之条款,其实际可行性,不无值得怀疑。^[49]

四、党员的言论权

政党是人民政治性的结社,党员参加政党也是希望藉此来参与及形成其政治

[44] W. Henke, aaO. S. 92; G. Schmid, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, 1981, S. 149; «土耳其政党法》第八、九条有禁止政党党章因为语言、家教、种族、性别……之差异作为吸收党员之标准。见 Y. Abadan, aaO. (前注1) S. 292.

[45] 目前德国三个主要政党基督教民主党简称基民党(CDU);社会民主党简称社民党(SPD)及自由民主党简称自民党(FDP)的党章都有救济规定,许可被拒绝入党者,向上级党部“申诉”之权利(见本文下注75处);而向法院提起诉讼者,法院虽可受理,但是,只要政党已依党章之规定办理,则是属于政党的裁量权范围,法院将会予以驳回。H. Schiedermaier, Parteiausschluss und gerichtlicher Rechtsschutz AöR 104, 1979, 217.

[46] 不过,德国学界之通说反对之。如德内政部项目小组(前注33处)即主张不可强迫政党接收党员,只须有救济程序规定即可, S. 164; Henke 以为民主原则并不一定要有“绝对(某一)党权”,因为这是政党的“自由裁决”范围, W. Henke, S. 90; 同 K-H Seifert, aaO. S. 209.

[47] 目前德国三大政党接受上述人等之入党申请,惟未成年人年纪需满十六岁以上。至于法官、公务员及军人之入党权利,《意大利宪法》第九十八条(三项)有规定,可依法律予以限制。而德国学界普遍反对限制之。G. Rabus 曾言,若禁止法官及公务员入党,会使政党在政策决定上,少了有专业知识及训练之党员之参与及协助,政策之品质,将会降低! G. Rabus, Die innere Ordnung der politischen Parteien im gegenwärtigen deutschen Staatsrecht, AöR 39, 1952/53, S. 180; 另 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 56, 亦持此见解。

[48] G. Schmid, aaO. S. 148.

[49] R. Wolfrum, aaO. S. 158; 除此理由外, Seifert 更以“政党自由”之原则,批评这个条款是违宪。aaO. S. 210.

意志。因此,在政党内部“民主化”原则,无疑的,党员的言论自由权,是居于最重要之地位。^[50]

(一) 消息来源(信息自由)之保障

为确保党员拥有正确及充分的信息及价值判断标准,政党不可以以党章或其他内部规章来限制党员“接触”其他信息之权利。例如,不可以禁止党员参观别的政党所举办之展览、参加他党所办之政见演讲或是禁止订阅他党及党员所著作、出版之刊物等等属于“信息”(Information)之来源。对党员的“信息自由”,应该是采“绝对保障”。^[51]

(二) 言论自由的时间限制

传统的见解,为了维护政党“对外一致”之印象,并且,使内部能够团结起见,多认为,在政党形成“决议”以前,允许党员自由之议论,一经“决议”后,即必须停止。^[52]然而,这种看法,渐渐形成德国学界少数之见解。由于政党的政策并非一成不变。少数言论不必恒为少数言论。为了促使政党之决策能够有所更迭,尤其是现代社会愈形复杂,政治决策考虑的层面,就必须深远其变动性也愈速、愈快。故即使政党内部已经形成“决议”,并未意味该“决议”已经作了最妥善之决定。故党员亦可继续谈论(及批评)之,以促使决策人员随时修正其决议。^[53]

认为政党既经“决议”后,党员再予批评会导致政党“团结形象”受损,甚或“分裂”者,似有过尤之虑。因为,即使许可党员继续言论,并不意味该“决议”不被该议论者所奉行!除了该“反对言论”有逾越“言论尺度”(详下述)可另行究论外,行使言论自由者其“言”与“行”——“奉行决议”,既未一致,应该不会损及已决之党政策,故宜尽可能容忍之。^[54]

[50] 几乎是学界一致的见解,如 K-H Seifert, aaO. S. 215; N. Zimmermann, aaO. S. 139; J-T Blank, aaO(前注 8 处)S. 566.

[51] K. Hesse, aaO. In: Ziebur (Hrsg.) (前注 37 处)S. 150; J-T Blank, aaO. S. 566; K-H Seifert, S. 215, 然而, Seifert 更进一步认为,政党亦不可以“强迫”党员接受及参加本党提供的资源。

[52] 如 K. Hesse, in: Ziebur (Hrsg.), S. 150; G. Rabus, aaO. S. 182; J-T Blank, 567.

[53] K-H Seifert, aaO. S. 215; H. Lenz/C. Sasse, aaO. S. 240; Strunk 则以为,为了避免党员成为“鼓掌党员”,形成“僵硬的党内民主”,更应许可党员自由言论,以活泼党内的意见交流。是 G. P. Strunk, Meinungs freiheit und Parteidisziplin, JZ1978, S. 89.

[54] 如 G. Dux 所言。Meinungsfreiheit als innere Ordnung der politischen Parteien, DVBl. 1996, S. 555.