

法制史研究三十六期  
二〇一九年 十二月

# 肇建近代德國國家法學與基本權體系 ——Georg Jellinek 之人與事（1851-1911）

詹朝欽\*

言及近代德國國家法學，Georg Jellinek（1851-1911）是一個絕對不能被忽略的名字；國家要素如領土、人民與主權，係由他而起；位居當代憲法學核心之基本權體系，亦以其主觀公權利體系開展而來。所有的學者都在回應其所處年代的問題，欲探析法學理論，則不應忽略其來由；法制史或憲法史研究於當代法學之必要，便是如此。在帝國主義與民族主義浪潮的歷史背景下，出生於德國政治自由主張的猶太人家庭、先後旅居奧地利、瑞士，最後又定居德國擔任教職的猶太學者 Georg Jellinek 如何結合哲學之新康德主義與法實證主義，跨越既有的國家理解，提供國家理論於社會及於法之建構以及作為基本權基礎之主觀公權利體系，是為本文宗旨。

關鍵詞：Georg Jellinek、憲法史、法學家、國家法學、基本權體系

---

\* 德國哥廷根大學法學院博士生、國立政治大學法學院博士生；國立政治大學法學碩士、德國哥廷根大學法學碩士

## 壹、前言——Jellinek 何許人也？

自1648年西發里亞條約結束長達三十年的宗教戰爭，確立近代西歐諸國的政治版圖，也奠定了宗教寬容，是為近代國家法學與民主政治人權發展的濫觴，更是公法（*ius publicum*）之發軔。<sup>1</sup>爾後的三百年間，「國家—社會」的二元關係逐漸形成，從中也逐步地發展出人權的具體觀念；<sup>2</sup>國家固然基於契約而形成——或人民之間訂定契約、交付國家權力，或人民與國家訂定契約，委託國家管理<sup>3</sup>——負有保護人民且致力於人民未來福祉之任務，人民亦得以根據基本權利以抵抗國家不法的干預甚至是侵害。基本權理論也隨之逐步開展。時至今日，基本權的適用不只侷限於國家干預之消極防免，更涉及到國家給付之積極請求，<sup>4</sup>甚至不限於國家與人民之間的公法關係，而延展到人民之間的私法關係之中。<sup>5</sup>

儘管基本權理論與體系迄今仍容有歧異，但凡論之，無不從德國十九世紀晚期的公法學者 Georg Jellinek（1851-1911）——以下皆簡稱爲 Jellinek——談起。與 Carl von Gerber（1823-1891）與 Paul Laband（1838-1918）齊名、被譽爲十九世紀德國國家法學者第三把交椅的 Jellinek，於國家法實證主義的方法論戮力甚深，有對於當代公法學發展不可缺少的貢獻，甚至開創了二十世紀初期對國家之理

1 Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München: C. H. Beck, 2009, pp. 152-160.

2 李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起（上）〉，《憲政時代》第29卷第1期（2003.07），頁3。

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1984, pp. 131-136; John Locke, *Über die Regierung*, Stuttgart: Reclam, 1974, pp. 156-159.

4 Krigreen/Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller, 2016, pp. 29-31.

5 德國聯邦憲法法院曾在1958年做出一則判決（Lüth-Urteil），確認了意見自由於基本權之範圍，並將之視爲任何自由之基礎，此外，該判決也建構了德國基本法的客觀價值秩序，肯定基本權之效力不只侷限於國家與個人之間的公法關係，亦涉及個人與個人之間的私法關係。Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (ed.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Bd. 7, Tübingen: Mohr Siebeck, 1958, pp. 198-230 (BVerfGE 7, 198).

解，<sup>6</sup>迄今仍具影響力。在政治學尚未成為獨立的學科，而德國社會學學會（Deutsche Gesellschaft für Soziologie）直到1909年才成立，<sup>7</sup>Jellinek 延續著「國家－社會」二元結構提出了國家理解的雙邊理論（Zwei-Seiten-Lehre），探討國家法中的國家以及社會對於國家的理解。對於國家之概念，最廣為人知的，莫過於國家三要素（Drei-Elemente-Lehre）之見解：國家領土（Staatsgebiet）、國家人民（Staatsvolk）與國家權力（Staatsgewalt）。其於基本權理論的貢獻，則在於透過身份理論（Status-Lehre）建構起主觀公權利的體系（System des subjektiven öffentlichen Rechts），探討國家權力之法律限制以及在必要之國家干預權利與公民自身的法律地位之間取得理性平衡，<sup>8</sup>區別基本權消極面向的防禦權（Abwehrrecht）、積極面向的給付權（Leistungsrecht），以及主動面向、得以參與政治的選舉權（Recht der Abwahl）等性質。

縱使重要性可見一斑，目前關於 Jellinek 及其基本權理論之研究，除李建良〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起〉<sup>9</sup>外，少見於中文文獻，大部分的研究仍以德文為主，除 Jellinek 遺孀 Camilla Jellinek 為其親近的家人所撰寫的 Jellinek 生平<sup>10</sup>作為主要的一手文獻外，Jens Kersten 的 *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*<sup>11</sup>則從其法學博士論文改寫後出版，儘管鮮少論及 Jellinek 於哲學上之貢獻，<sup>12</sup>仍不失為德語地區 Jellinek 研究與國家

6 Michael Stolleis, *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München: C. H. Beck, 1995, p. 323; Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", *Juristische Schulung*, 2011, p. 406; Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, pp. 285-289.

7 Hermann Korte, *Einführung in die Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer, 2017, p. 102.

8 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Bd. 2*, München: C. H. Beck, 1992, p. 451.

9 李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起（上）（下）〉，《憲政時代》第29卷第1、2期（1993.07、10），頁1-30、175-210。

10 Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp. 5-140.

11 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

12 Oliver Lepsius, "Besprechungen: Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre", in:

法學不可忽視的成果。Stanley Paulson 與 Martin Schulte 合編的 *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*<sup>13</sup> 則是編輯了許多 Jellinek 研究的文章，勾勒出生平、學術發展，乃至於個別著作之微言大義。由政治學者 Andreas Anter 編輯的 *Die normative Kraft des Faktischen*<sup>14</sup> 則聚焦於 Jellinek 的國家理解、國家的各種面向，以及國家、憲法及個人之間的關係。此外，關於 Jellinek 研究的單行論文更是汗牛充棟，足見其於當代德國國家學與公法學影響之深。<sup>15</sup>

當代法學之研究，或以從法律規範出發、探討個別規範之概念、理解與具體適用之法釋義學（*Rechtsdogmatik*）為主，卻不以此為限，毋寧亦將視角關注歷史與哲學於法學之意義及連結。羅馬法與當代德國民法典之間的關係如此，公法史亦如是。德國學者 Michael Stolleis 曾表示，「沒有歷史奠基的憲法理論是空洞的，至少就其得以適用於具體的政治環境。」<sup>16</sup> 憲法史的研究得以協助吾人於當代憲法學甚至是基本權理論之理解。<sup>17</sup> Hegel 亦曾表示，每個哲學家都是他那時代之子，而哲學也必須在其思想的時代中把握，<sup>18</sup> 對人物的把握

*IUS COMMUNE. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, 28 (2001), pp. 482-487.

13 Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

14 Andreas Anter (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

15 舉例而言：Christopher Danwerth, “Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)”, *JuS* 2011, pp. 406-410; Winfried Brugger, “Georg Jellineks Statuslehre: national und international”, *Archiv öffentlichen Rechts* 136 (2011), pp. 1-43; Winfried Brugger, “Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist”, in: *Der Staat* 49 (2010), pp. 405-434; Stephan Kirste, “Vom status subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität”, in: Dietmar von der Pfordern/ Lorenz Kähler (Hrsg.), *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 177-201.

16 “Verfassungstheorie ohne historische Fundierung ist leer, jedenfalls wenn sie den Anspruch erhebt, auf konkrete politische Lagen anwendbar zu sein.” Michael Stolleis, *Verfassungs(ge)schichte*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 60.

17 Stolleis 亦言：「已然理解的憲法史形塑了政治思想與法律思想的基礎與背景，因為在歷史上，行動與思想彼此密不可分，也應保持如此（Eine bereit verstandene Verfassungsgeschichte bildet die Basis und den Hintergrund des politischen und rechtlichen Denkens; denn Tun und Denken sind historisch bis zur Ununterscheidbarkeit miteinander verzahnt, und sie sollen es auch für diese Darstellung bleiben.）」Michael Stolleis, *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte*, München: C. H. Beck, 2014, p. 17.

18 “Was das Individuum betrifft, so ist ohnehin jedes ein Sohne seiner Zeit; so ist auch die Philosophie ihre Zeit in Gedanken erfasst.” G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in:

也就必須而對其所處的時代氛圍有所了解，關注 Jellinek 於當代國家法學之研究，便不得忽視其生平及其思維建構之脈絡。作為憲法史之研究，本文以既有之研究文獻為基礎，以下分述三條軸線重構 Jellinek 於十九、二十世紀交際在德意志帝國之身影：自由的家庭傳統、反閃族主義的歧視、海德堡的學術氛圍，<sup>19</sup>進而概述其於國家法學著作之意旨，使吾人於今一窺德國國家法學肇建之些許。

## 貳、政治自由派猶太教師之子

1851年，Georg Jellinek 出生於萊比錫（Leipzig）的猶太人家庭，一生的自由、解放與整合並致力於民族認同的政治立場，來自於他從小生長的環境與家庭教育。<sup>20</sup>其父 Adolf Jellinek（1821-1893）為猶太教拉比，1856年以傳道士身份移居維也納（Wien），並在那裡創設了猶太宗教的學校（Bet-ha-Midrash），Adolf Jellinek 更是被譽為當代最重要的猶太教拉比。<sup>21</sup>Jellinek 也隨之一同移居維也納並在那裡成長；當時正值猶太人在維也納的黃金時期（1860-1880），逐漸形成自我認同，取得市民身份並高舉自由主義。<sup>22</sup>Jellinek 家族對自由派民主運動向有肯定，Adolf Jellinek 的弟弟 Hermann Jellinek 便曾因積極參與民主運動、投入出版業宣傳民主理念，被當局認為是「煽動人民（Volksaufweilger）」於1848年11月在維也納遭到逮捕並於當月底遭到處決。Hermann 的死訊奠定了 Jellinek 一家自由派的政治立場，也促成 Jellinek 後來的政治自由思想基調，其隨後表現在對於法蘭克福保羅教堂憲法（Paulskirchenverfassung）的同情，以及對梅特涅體系

---

Gesamtwerte Bd.7, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1970, p. 26.

19 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, pp. 18-30.

20 Klaus Kempfer, “Judentum, Liberalismus, Nationalismus”, in: Stanley Paulson/ Martin Schulte (hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, p. 65.

21 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 17.

22 Klaus Kempfer, “Judentum, Liberalismus, Nationalismus”, p. 62.

(Metternich-System) 復辟的反感。<sup>23</sup>

年僅20歲的 Jellinek (按：即 Hermann Jellinek) 對布拉格大學所提供的教學感到不滿意，從當時有著強烈社會與精神聯繫關係的奧地利逃往德國……他一開始信奉青年黑格爾學派；他也曾為 Strauß 與 Feuerbach、Arnold Ruge、Bruno Bauer 與 Edgar Bauer 等人的理論所吸引，只是未曾完全沈醉於斯……但後來的法國社會主義人士對他的思想有最深層的影響，特別是 Fournier 激勵了他。他將之譽為從 Spinoza 以來最偉大的道德批判者，並試圖宣傳他的理論於朋友之間和公眾集會。與社會主義的聯繫使得他成為對自由主義的感到憤怒的反對者，也決定了他在基進民主的諸多舉措。<sup>24</sup>

除此之外，Jellinek 偏向自由派的政治立場也來直接來自於他的父親 Adolf Jellinek。Adolf 在維也納佈道、教學的期間，也力抗在此同時逐漸興起的反閃族主義 (Antisemitismus)，卻遭到不小的阻力。儘管奧地利帝國曾經輝煌，境內民族複雜，但在十九世紀末期於境內興起許多來自浪漫主義、民族主義影響的各民族分離運動，除德意志人外，尚有斯拉夫人、匈牙利人與波希米亞人，更遑論散居在歐洲各地的猶太人。當時的德意志人或有立場偏向自由派，保障了猶太解放運動，以 Adolf 為首的維也納猶太人認同運動便依附在德意志自由派之上，以對抗其他民族以教皇至上主張 (Ultramontan)、反對憲政國家而支持傳統封建體制 (Feudalismus) 的聯盟體制，進而反對斯拉夫主義 (Antislavismus)。<sup>25</sup>對他而言，比起其他多瑙河流域諸君

23 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 18.

24 Georg Jellinek, "Hermann Jellinek", in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, pp. 267-268.

25 19世紀初期，俄國便以斯拉夫民族的領導國自稱，以「泛斯拉夫主義」訴諸東歐斯拉夫諸國的聯合，擴張斯拉夫人的居住版圖，以對抗西部德意志人的哈布斯堡王朝與南部的鄂圖曼土耳其帝國，1853-1855的克里米亞戰爭便是該期間的衝突。相對於此，德意志人則以「反斯拉夫主義」與「德意志民族」為號召，向東移居以對抗斯拉夫人的西進。參見 Tzu-hsin Tu, *Die Deutsche Ostsiedlung als Ideologie bis zum Ende des Ersten Weltkriegs*, Kassel: Kassel University Press, 2009, pp. 121-128, 183-191.

主國國族，德意志文化無疑是在這時候較為高尚的文化，並曾表示：「猶太人是在奧地利、波希米亞、匈牙利、加利西亞、摩拉維亞、西里西亞地區的德意志人；那些地方的語言混雜，而猶太人擁戴德語，是文化、教育與學術的支柱。」<sup>26</sup>為對抗在奧地利及其他東歐國家的斯拉夫人，Adolf 著述、出版對斯拉夫人的批評、對國會的抗議，甚至抨擊當時捷克地區的獨立運動，並非為求和平而奮鬥，毋寧意在拓展斯拉夫人的領地。他還組織名為「捍衛德意志於東界之利益（Verein zur Wahrung der deutschen Interessen an den östlichen Grenzen）」的團體，多次宣傳德意志人對於據稱捷克人與匈牙利人在摩爾維亞及西里西亞地區鎮壓民眾與解散結社的抗議。Adolf 認為，猶太人的任務之一，在於移居到斯拉夫或匈牙利地區，「語言、外觀與教育都是國族的重要因素，因此在波希米亞、摩爾維亞與匈牙利的猶太人都是德意志人。」<sup>27</sup>

此外，秉持著政治自由以及與父親相同的對抗反閃族主義運動，Jellinek 也堅決反對「教皇至上主義 (Ultramontanismus)」。<sup>28</sup>儘管國家逐漸世俗化，教皇以及天主教教會對於國家政治與人民信仰仍具有不容忽視的影響力，十九世紀晚期在歐洲興起的反閃族主義，也建立在基督宗教信仰之上，打擊那些不屬於教會管制的猶太人。<sup>28</sup>Jellinek 家族對此之態度，遂明顯可見。

## 參、掙扎於反閃族主義之間

1867年秋天，Jellinek 於維也納大學註冊，就讀於法學院，在 Adolf 認為教育應廣泛涉獵、特別應修讀哲學的鼓勵下，不以個別部門法為限，毋寧多方嘗試。根據其遺孀 Camila Jellinek 為其撰寫的生

26 Klaus Kempfer, "Judentum, Liberalismus, Nationalismus", p. 62.

27 Klaus Kempfer, "Judentum, Liberalismus, Nationalismus", p. 63. 進一步的討論，可參見 Tzu-hsin Tu, *Die Deutsche Ostsiedlung als Ideologie bis zum Ende des Ersten Weltkriegs*, pp. 130-166.

28 Klaus Kempfer, "Judentum, Liberalismus, Nationalismus", p. 64-65.

平，Jellinek 在大學期間涉獵廣泛，除羅馬法與法制史等基礎法學科目外，亦修讀國家經濟學、哲學史、希臘哲學等，甚至還有微積分。隨後，他以法制史為主修，通過了國家考試的許可。1870年，Jellinek 轉往海德堡註冊，以哲學為主；翌年再註冊回維也納大學修讀了一個學期的法律課程，之後又再轉往萊比錫大學註冊，修讀哲學，並在那裡結識當時已是講師的 Wilhelm Windelband。1872年，Jellinek 以《萊布尼茲與叔本華的世界觀之原理與論據——關於樂觀主義與悲觀主義的研究（Die Weltanschauungen Leibniz und Schopenhauers. Ihre Gründe und ihre Berechtigung. Eine Studie über Optimismus und Pessimismus）》取得萊比錫大學的哲學博士學位。1874年，他更在維也納大學取得法學博士學位。擁有法學、哲學雙博士，看似學院之路一帆風順的 Georg 卻沒料想到，反閃族主義歧視的風暴現在才要開始籠罩在他的頭上。

在奧地利行政機關短暫工作後，Jellinek 於1878年提交教授資格論文《法、不法與刑罰的社會倫理意義（Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe）》，<sup>29</sup>卻遭到維也納大學法學院拒絕，理由在於院方不認為 Jellinek 「已經具有作為勝任法學院師資所不可或缺前提條件的法學成熟與教育程度。」儘管這樣的評價似乎不那麼有理由，<sup>30</sup>仍使得 Jellinek 感到非常沮喪，打亂了既有了生涯規劃。一直到1879年，Jellinek 才以〈不法的分類（Klassifikation des Unrechts）〉一文取得試教的資格，隨後以〈絕對與相對的不法（Absolutes und relatives Unrecht）〉在同年7月取得了維也納大學法學院的法哲學教師（Privatdozent）資格。隔年，正當 Jellinek 欲以

29 這本論文後來在1908年推出新版後，反而獲得肯定。Georg Jellinek 在第二版的序言中表示，該論文是德語地區第一篇探討應報與刑罰之間關係作為社會表象的研究。Georg Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin: Verlag von Härling, 1908, p. III. 其中，法即倫理的最小值（Das Recht ist das ethische Minimum）的主張，被認為解決了法哲學一直以來的爭論，也解釋了應報的本質，在20世紀仍值得參考。這樣的主張也使得 Hegel 的法哲學得以重振，甚至使之注入新生命。Camilla Jellinek, “Georg Jellinek. Ein Lebensbild”, pp. 21-22.

30 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 20.

《國家間條約的法之本質（Die rechtliche Natur der Staatenverträge）》申請具有國際法的教學資格時，雖然「該文具有讚揚且激勵人心的特質」卻又再一次地因為反閃族主義的動機，遭到拒絕。這次的拒絕未能阻止 Jellinek，他於1882年以《諸聯邦之理論（Lehre von den Staatenverbindungen）》終於獲得了國家學總論與國際法之教授資格。取得教授資格，便意味著滿足了可以到大學應徵教席的前提條件；這條路走來，對擁有二個博士學位的 Georg Jellinek 來說，多少顯得曲折。然而，風暴尚未遠離，眼前仍是一片驚濤駭浪。

取得教授資格之後，Georg Jellinek 在隔年申請維也納大學法學院兼任教授時，又因為反閃族主義的理由遭到拒絕，教會出版品甚至以「維也納大學的猶太人化」抨擊當時學院裡的猶太教師與職員，<sup>31</sup>所幸後來仍獲得兼任教授的職位，得以維持生計。隨後，儘管 Jellinek 獲得文化部長的同意同額參與教授應聘，仍然不敵奧地利天主教會議所締結的協議；為考量教皇的國際法地位，與國家法相關的國際法講座在應聘教授時，只能考慮天主教的人，因而在1887申請維也納大學的正式教授失利<sup>32</sup>——後者則從茵斯布魯克（Innsbruck）大學聘來 Heinrich Lammasch 擔任刑法與國際法講座的教授。長期以來，Jellinek 在其父 Adolf 的影響下，一直都樂觀地認為，透過著述與出版，得以與當時的反閃族主義相抗衡。但多方失利的結果，讓 Jellinek 備感灰心，並於1889年8月底向維也納大學遞交兼任教授的辭職信，萌生離開奧地利、轉往德國的念頭；Jellinek 一家也在此時籠罩在情緒低潮與經濟困境之中。

正當山窮水複之際，或許也就是柳暗花明之時。Jellinek 向德國以國家聯邦理論與法律與規則等論文遞交申請教授資格，很快地便得到了柏林大學肯定的答覆，「他那傑出的教師才華毫無疑問地保證了他在德國各大學間當下立即的生涯。」<sup>33</sup>時任柏林大學法學院教授

31 Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", p. 34.

32 Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", pp. 47-49, 55-57.

33 Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", p. 65.

的 Rudolf von Gneist 甚至不願聽取他的教授資格演講，而建議直接頒發榮譽教授或是特別正式教授。<sup>34</sup>對此，《新維也納晚報》在同年9月3日寫到：

〈Jellinek 教授的辭職〉維也納大學國家法的兼任教授 Georg Jellinek 博士先生已向課程委員會遞交了他的辭職信，並考慮前往德國繼續發展他的教學工作。人們在已經獲得國家法講座職位時，便不會錯誤地為其辭職以轉到其他地方尋找理由。Jellinek 博士是受人崇敬的傑出專家學者，其關於國家聯邦的作品使之為人肯定……。<sup>35</sup>

德國《法蘭克福日報》則在9月5日的早報上寫到：

維也納大學失去了一名傑出的人才。Georg Jellinek，這位聰明的學者，以及傑出且教學成功的國家法與國際法兼任教授已經遞交了他的辭職信。早在六年半前，他便以傑出的處女作快速地取得講師資格，並在維也納大學以內容豐富的國家聯邦理論論文獲聘為國家法兼任教授。Jellinek 有與正式教授一樣的權利與義務，同樣的薪資。隨著他身為受歡迎的教師以及作為原創且有創造力的學者逐漸備受重視，維也納的法學院便在大約三年前，建議他提出公法正式教授講座的申請。但是，他被任命為正式教授卻一再地延遲，而 Jellinek 則以其開闊的視野開始考慮到外國謀求發展。<sup>36</sup>

獲得了柏林大學的教授資格之後，Jellinek 前往瑞士巴塞爾（Basel）大學擔任教授，然而，反閃族主義的抨擊並未隨著他的離開而停留於奧地利地區，毋寧也蔓延到了瑞士。1890年11月，Jellinek 離開了巴塞爾，接受了海德堡大學的聘請，接任 August von

34 Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", p. 65.

35 轉引自：Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", p. 61-62.

36 轉引自：Camilla Jellinek, "Georg Jellinek. Ein Lebensbild", pp. 62-63.

Bulmerincq 因過世所遺留的講座教授一職。「失去了才懂珍惜」，或許才是普世價值。Georg Jellinek 在維也納致力於學術研究與教學工作，卻不敵反閃族主義的社會風氣，最終捨棄他最愛的家鄉，遠赴他國。至此，他的學術生涯似乎挺過了風暴，駛入汪洋。

## 肆、眾星雲集——海德堡的神話時代

十九、二十世紀之交，無疑是海德堡最輝煌的年代（große Zeit），甚至有「海德堡神話時代」<sup>37</sup>的美譽，在那裡聚集的學者與知識份子，無不對德國乃至於全世界都具有顯著的影響，像是：社會學家 Max Weber 與 Alfred Weber、新康德主義哲學家 Wilhelm Windelband、Ernst Troeltsch 與 Emil Lask，以及 Georg Jellinek。<sup>38</sup> Jellinek 更是在1904年號召了許多同是學者的朋友們，以神學家 Adolf Deißmann 為首地組成學術圈（Eranos-Kreis），致力於「指明政治價值維持，與宗教基礎觀點之間不間斷的關聯，以及基督教理論與古代及中世紀教會於個人相對於國家而來的獨立領域之影響」；作為發起人，Jellinek 以「自由主義的宗教與形上學基礎（Die religiösen und metaphysischen Grundlagen des Liberalismus）」為題進行第一次的報告討論。<sup>39</sup>海德堡的光芒不只屬於男性，Jellinek 的太太 Camilla 在先生在學術上且政治上的支持積極的投入女性運動之中，<sup>40</sup>而 Jellinek

37 Hermann Korte, *Einführung in die Geschichte der Soziologie*, p. 101.

38 Golo Mann, *Erinnerungen und Gedanken. Eine Jugend in Deutschland*, Frankfurt/M.: Fischer, 1986, p. 354.

39 Hans Kippenberg, "Nachwort: Der Heidelberger "Eranos"-Kreis und die religionsgeschichtliche Genealogie moderner Tatbestände", in: Hans Kippenberg (hsg.), *Max Weber Religiöse Gemeinschaften*, MWS I/22-2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 169. Eranos-Kreis 成員涵蓋神學、古代語源學、國民經濟學、國家法學等當時代的海德堡大學學者，其中以 Max Weber 作為著名，後人又稱之為韋伯學術圈（Weber-Kreis）。關於 Eranos 學圈，詳參 Mario Rainer Lepsius, *Max Weber und seine Kreise*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pp. 197-199.

40 Marianne Weber 在回憶錄中提到，Camilla 不只參與了海德堡的女性運動，更涉及到跨地區的，她在1907年出任了德國婦女協會聯會的法律委員會主席，1926年至1930年間還出任了巴登婦女願望聯會的主席，1930年開始還領導了海德堡婦女協會的法律保護地位。Camilla 致力於改善當時德國婦女於政治上、職業上甚至是法律上的地位。Marianne Weber,

的成就也與他的太太密不可分。<sup>41</sup>在海德堡的時期，Jellinek 一躍成爲國際知名學者，不只在學術領域，更是在政治領域。

Jellinek 在海德堡任教期間，正值西南德意志的新康德主義（Südwestdeutscher Neukantianismus）風行的年代，哲學上如 Windelband、法學家如 Lask。新康德主義主張「應然（Sollen）」與「實然（Sein）」之區別；實然之追問可以透過經驗方式來確立，也就是透過描述對象來認識之，而應然所涉及的理念、價值與目的，則必須把個人或社會行動當作研究之對象。價值因此必須透過行動來獲得，而因果關係與利益及目的之確立，則屬於爲了確立、了解並解釋理念與價值的認識範疇。屬於應然之利益、價值與目的必須被拆解於實然之中，才能夠了解社會的諸多問題。<sup>42</sup>換言之，縱使應然與實然有所區別，但並不像 Kant 所主張的彼此互不相連，無從從一方獲知他方，毋寧肯定從實然可以推論出應然。此外，有別於新康德主義認爲，認識從認識者的觀點出發，指涉其於建構認識對象的認識旨趣（Interesse），不同的認識者基於不同的認識觀點，就會有不同的認識對象，而不同觀點之間的中介幾乎不可能，Jellinek 則認爲，認識之對象已是先驗地（a priori）被給定，不同觀點下對於認識對象產生作爲連結之認識結果，則是此一先驗給定物體之不同面向。研究之旨趣便在於統合不同面向於一，進而得出對研究對象的全面性掌握。他進一步以交響樂爲例，說明對象與面向之差異。從心理學與生理學的觀點看來，交響樂並非連續存在的客體；從自然認識而言，交響樂也不存在於客觀的外在世界，而在人們的主觀內在性之中，也僅以空氣震動與藉此所產生之聲音感覺，傳進耳朵後與人腦產生連結之後才被

---

*Lebenserinnerungen*, Bremen: Johs. Storm Verlag, 1948, S. 335. 此外，她還致力於倡導廢除刑法第218條懷孕墮胎罪（§ 218 StGB）。Gustav Radbruch 也曾在海德堡大學法學院於 Camilla Jellinek 70歲生日之際頒發榮譽博士學位時，表示：「她在一個還需要勇氣的時代，就已經對抗了刑法第218條。」Vgl. Gustav Radbruch, "Camilla Jellinek, Ansprache vom 24. September 1930 zum 70. Geburtstag in Baden-Baden", in: *Ruperto-Carola 12* (1960), p. 16; Klaus Kempfer, *Die Jellinek 1820-1955*, Düsseldorf: Droste Verlag, 1998, pp. 382-385.

41 Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", p. 407.

42 Stefan Koriath, *Die Staatszwecklehre Georg Jellineks*, in: Paulsen/Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, pp. 123-124.

人所感覺到。然而，交響樂的美學感覺卻又讓人們感受到它的客觀真實性。<sup>43</sup>以此為度，Jellinek 一反當時法學實證主義下的國家研究，認為他們從規範理論上所理解的國家概念，並不完整，毋寧缺乏了國家於經驗上作為社會現象之一的面相。因此，從社會與法學二個面向上來理解國家，遂成為了 Jellinek 國家學理論的旨趣。

在海德堡期間，Max Weber 與 Jellinek 關係緊密，<sup>44</sup>儘管個性截然不同——相較起 Jellinek 沈穩、謹慎，待人和氣，卻又常寫憂鬱的詩且害怕面對群眾，Weber 顯得較為外放甚至有著好爭的個性，隨時為自己的立場表態並與人爭論<sup>45</sup>——但二人在生活上與學術研究上多有往來。同樣都屬於西南德意志學派，Weber 與 Jellinek 都肯定社會、法學甚至是國家學的研究都屬於文化科學（Kulturwissenschaft）的範疇，亦即應然而非實然的研究，也就是價值判斷的問題，因此目的之追問作為人類行動研究是否妥適之判準，便立於核心地位，例如國家目的理論。由此，二人也先後展開了國家的理型（Ideentypus）主張，更精確地說，Weber 的理型理論無疑是模仿 Jellinek 而來的；Hermann Heller 甚至曾批評，Weber 的主張根本是剽竊 Jellinek 的。<sup>46</sup>儘管如此，相較於 Jellinek 從歷史歸納出國家目的之經驗諸類型（empirische Typen），Weber 仍專注於單一理想類型之提出。但毫無疑問地，Jellinek 對 Weber 在國家哲學上的影響，不僅僅只是知識背景，後者更是對前者有所繼承並在其之上進一步地發展出迄今於社會科學領域仍具影響力的國家概念與方法。<sup>47</sup>

43 Georg Jellinek, *System des öffentlichen Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 15. Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 147.

44 Jellinek 死後，Weber 曾在寄給 Camilla Jellinek 的信中表示他失去了在生活中經常往來的最好朋友。Max Weber, Brief an Camilla Jellinek, 14. Januar 1911, in: *MWG*, Bd. II/7, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 37.

45 Andreas Anter, “Max Weber und Georg Jellinek: Wissenschaftliche Beziehung Affinitäten und Divergenzen”, in: Paulson/Schulte (hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, p. 67.

46 Hermann Heller, *Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 78.

47 Andreas Anter, “Max Weber und Georg Jellinek: Wissenschaftliche Beziehung Affinitäten und Divergenzen”, p. 86.; Andreas Anter, *Max Weber und die Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 46.

除著述豐富外，如：Jellinek 在1892年出版了《主觀公權利體系 (System der subjektiven öffentlichen Rechte)》、1895年則是《人權與民權釋義 (Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte)》，《國家學總論 (Allgemeine Staatslehre)》則出版於1900年，他在海德堡大學法學院的「國家學總論與政治」講演課，更是吸引許多國際學生慕名而來，1896年美國普林斯頓大學也頒發榮譽博士學位給 Jellinek，一戰後美國總統 Wilson 甚至還提供 Jellinek 家庭經濟上的資助。海德堡大學法學院的聲譽如日中天，Jellinek 的作品更是一時之間洛陽紙貴，他的學生甚至還尊稱他為「大師 (Meister)」。<sup>48</sup>

政治上，Jellinek 秉持著自由派的立場，被譽為是「自由的巴登人 (liberaler Baden)」。<sup>49</sup>他在政治與學術上都採取較為保守的自由派立場，曾積極地參與在1897年間的外交事務「Badeni 危機」，又稱為「波希米亞語言衝突 (Böhmischer Sprachenkonflikt)」，<sup>50</sup>而這起事件讓他被認為具有國族主義的傾象，隨後也曾在1908年間關注德國當時的「每日電報事件 (Daily-Telegraph-Affäre)」——該起事件揭露了政黨在帝國國會中過分無能的困境，對當時德國公眾產生無以名狀的震撼，並且引發了第一次的帝國憲法改革呼聲<sup>51</sup>——為之，於1908年國

48 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, pp. 23-25.

49 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 25.

50 該事件的背景在於1866年奧地利帝國在與德國的戰爭中落敗後，奧地利德語區的政治影響力式微，境內各地分離主義興起，導致境內語言複雜的單一帝國陷入政治上的危機。事件本身則來自於以奧匈帝國 (Kaiser-König, K. K.) 總理 Kasimir Felix Badeni 於1897年4月欲在波希米雅地區推行捷克語、德語雙官方語言政策，明令限期要求該地政府官員必須能夠熟練兩種語言且須經語言檢定，卻遭受該區內德語人士的不滿與抗議，甚至引發國會的騷動，進而造成奧地利國家的危機。同年11月，Badeni 辭職。繼任的總理則逐步減緩該法令的執行，最後完全廢除。參見 Hans Mommsen, "1897: Die Badeni-Krise als Wendepunkt in den deutschen-tschechischen Beziehungen", in: Detlef Brandes/ Dusan Kovac/ Jiri Pesek (Hsg.), *Wendepunkte in den Beziehungen zwischen Deutschen, Tschechen und Slowaken 1848-1989*, Essen: Klartext Verlag, 2007, pp. 111-117.

51 Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt/M.: Vittorio Klostermann, 1997, p. 268. 每日電報事件發生於1908年11月初，肇因於德皇威廉二世意圖改善德、英關係，接受由英國軍官 Edward Montagu-Stuart-Wortley 所進行的訪談對話後，將該紀錄轉發給時任總理的 Bernhard von Bülow 來處理，但後者未經德皇確認之下直接轉發給外交部，其中德皇在訪談中帶有情緒的發言導致當時德國與英國的外交關係急劇惡化。該事件更是重創德國內政，德皇被質疑心智不正常，不適任擔任要職，甚至許多官員要求威廉二世退位，以保內政之穩定。威廉二世則將本事件視為人生中重大的失敗，久久不能平復，之後便辭退

家自由黨在海德堡的政黨大會中，以「皇帝與帝國憲法（Kaiser und Reichsverfassung）」為題，發表公開演說；他也在法蘭克福日報上發表文章〈帝國總理的責任（Die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers）〉，並附有修法草案之提議，隨後更發表了針對該草案精細的說明，主張帝國總理不應對皇帝、而應該對聯邦議會（Bundesrate）與帝國國會（Reichstage）負責；其負責的範圍，僅限於由其所組織之各機關及從其所出之法案；帝國國會得以基於國會議員於法定人數的三分之二多數同意下決議對總理表達不信任，而使總理去職。總理則得於一周內作出解散國會的決議。<sup>52</sup>然而，Jellinek 的提議，未能解決已然分裂的德國政黨體系，毋寧因為將政府排除在國會之外，而加劇政黨分裂的困境。<sup>53</sup>

基於二十世紀整個歐洲陷入傳統帝國的分裂，各別國家——或精確地說是民族國家——的發展以及彼此間的相互在衝突，歐陸上的國境如此，海外的殖民地亦然，都使得當時對於國家學乃至於國家法學的研究具有急迫性，不只是來自於國家機關需要一套體系性論述來鞏固自身的統治地位，也來自於人民需要一個安定的環境——一個屬於自己人的家園環境。<sup>54</sup>整體而言，Jellinek 的政治思想無疑是基於國家立場的自由主義（nationalliberal），但言論中常見對國家、民族發展之追求，而非個人人格發展之完全，難謂沒有國家主義（Nationalismus）的傾向，甚至在其演講中「少數族群的權（Das Recht der Minorität）」流露出「國家文化沙文主義（Nationaler Kulturchauvinismus）」的思維。他一方面肯定多民族國家如比利時、瑞士等的國會得以透過在司法與行政單位保障少數族群來避免國家陷入分裂的危機，其政黨也因此僅是政治的政黨而非民族的政黨。但

---

了總理 Bernhard von Bülow 以為報復其並未協助，而放任他遭受公眾的抨擊。詳參：Peter Winzen, *Das Kaiserreich am Abgrund. Die Daily-Telegraph-Affäre und das Hale-Interview von 1908*, Stuttgart: Steiner, 2002, pp. 23-67.

52 Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, pp. 270-271.

53 Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, pp. 280-282.

54 Dieter Gosewinkel, *Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa um 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin: Suhrkamp, 2016, pp. 31-52.

是，在像奧地利這樣有單一強勢民族如德意志人的國家中，則截然不同，若追求各民族自己的語言使用，不論是在公家機關，亦或是學校，都可能會遭受到法律上或行政上的非難。其他手段如語言法令、強制區別各民族之間的居住空間，甚至是個別民族自己的司法審判制度等，都爲了避免多民族卻有單一強勢民族國家的分崩離析。<sup>55</sup>面對德國當時社會主義的興起，他甚至認爲「當有朝一日有產階級與無產階級可能會在國會中激烈的對立時，社會政黨們在未來都可能會緊貼著宗教與民族的政黨。」<sup>56</sup>但就民主之「純然政黨結構下，今日之少數可能成爲明日之多數（Daher kann bei rein politischer Parteilgliederung die Minderheit der Gegenwart die Mehrheit der nächsten Zeit werden）」<sup>57</sup>的想法下，仍大聲疾呼保護並承認少數族群之權利，使之不至於在結構上完全被排除在政治參與之外。

此外，他對於國家主義的支持，更可見於他的演講內容之中；在1905年夏天對海德堡大學學生發表的演講，說到了：「對外，我們是一個民族國家，對內，我們必須先使德意志人民分裂而對立的社會和解而統一，才會是一個民族。爲了實踐詩句『我們願成爲兄弟之民』，這是您們的歷史任務。」<sup>58</sup>在接待外賓來訪時，也說到了：「現今人類文明之領導者，應歸屬於日耳曼人民，德國、英國及美國應一起致力於成就人類歷史的日耳曼時代。」<sup>59</sup>1908年對大學生的演講中，再次展露出國家主義的想法：「禁止文化帝國內的分離主義，捍衛德意志精神的大學，是我們各大學現在且從今以後的使命。我們

55 Georg Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Wien: Alfred Hölder, 1898, pp. 30-31.

56 Georg Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, p. 33.

57 Georg Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, p. 27.

58 "Nach Außen sind wir eine Nation, nach innen müssen wir erst ein Volk werden; die klaffenden sozialen Gegensätze im deutschen Volke zur Einheit zu versöhnen, das ist Ihre geschichtliche Aufgabe, um das Dichterwort zur Wahrheit zu gestalten: ‚Wir wollen sein ein einzig Volk von Brüdern.‘", Georg Jellinek, "Ansprache des Prorektors an die Heidelberger Studentenschaft", in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, p. 350.

59 "Den germanischen Völkern gebührt heute die Führerschaft menschlicher Kultur, und Deutschland, England, Amerika vereint sind berufen, das germanische Zeitalter der Menschheitsgeschichte zu schaffen.", in: Georg Jellinek, "Ansprache des Prorektors an die englischen Bürgermeister und Kommunalbeamten", in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, p. 352.

願爲此奮鬥且抗爭，我們應就此持續地獲勝。」<sup>60</sup>

總結而言，他對於社會主義甚至是社會民主主義式的反動較爲反對；他反對世襲政治，卻也基於當時德國國會小黨林立，各黨派扎根於各自封閉的宗教與社會環境，造成國會內部妥協以尋求共同意志之困難，加上帝國名義上採取聯邦制，實際上卻由普魯士王國領導國會、地方利益失衡而對議會政治抱持反對態度。<sup>61</sup>有趣的是，在民族主義盛行的當時，許多猶太人同時也自我認同爲德意志人——Jellinek 也是如此——以身爲德意志人的一份子爲豪，或支持德意志國家對抗斯拉夫人的移民政策，或力求德意志國家的制度發展與穩定，包含德國與奧地利。但 Jellinek 身後數十年，猶太人對德意志人而言便宛如過街老鼠，不只被驅趕，還遭受法制上的排除，更有納粹時期的諸多迫害。十年河東、十年河西，無限唏噓，莫過於此。

## 伍、近代德國國家法學與基本權體系之初始

Jellinek 著作豐碩，早期主要關懷法哲學、刑法與國際法學，其教授資格論文《法、不法與刑罰的社會倫理意義》中將法理解爲社會之「倫理最小值」且發展出的社會科學研究方法之社會倫理學研究，直至當代仍有影響。而屬於國際法學之《諸聯邦之理論》，更以國家之自我拘束理論來解答主權國家之間如何以條約來產生法之連結的問題，爲後來他在主權國家與法之間的關係奠定了基礎。

在海德堡任教時期，Jellinek 先後所出版的《主觀公權利體系》

---

60 “Dem Partikularismus im Reichte der Bildung zu wehren, die Universität des deutschen Geists zu bewahren, dazu sind jetzt und fürderhin unsere Universitäten berufen. Dafür wollen wir kämpfen und streiten, das sollen wir uns dauernd siegend erringen.” Georg Jellinek, “Ansprache des Prorektors an die Heidelberger Studentenschaft”, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, p. 431.

61 Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, pp. 257-267; Andreas Anter, “Max Weber und Georg Jellinek: Wissenschaftliche Beziehung Affinitäten und Divergenzen”, pp. 71-72.

與《國家學總論》迄今仍有舉足輕重的影響，更可以是他的代表著作。Jellinek 對近代德國法學影響之深，從其於國家學理論與基本權利體系學說被當代學者認為是具有古典（klassisch）之地位，可見一斑。此外，對於 Jellinek 於國家之理解，更不能免於對身份理論之探討；此二者誠謂相互影響。是故，以下將就此二部分概述 Jellinek 於國家理論及身份理論之理解。

### 一、對國家的全面性研究——雙邊理論

對國家全方位的研究，無疑是 Jellinek 一生學術研究的核心，而在他活躍的年代，既沒有社會學也沒有政治學作為獨立的學科領域，因此國家的研究屬於法學院的範疇。儘管如此，他認為法學家以法學方法所為之研究，不過只能把握國家的部分面向即其法之本質（die rechtliche Natur），而不及於其他。這樣的觀點對他而言無非只是「國家的孤立面向 (isolierte Seite des Staates)」。<sup>62</sup>因此，Jellinek 致力於一方面提出國家作為法律制度（rechtliches Institut）且因此是國家法學的研究對象，另一方面則將國家理解為社會組織（gesellschaftliches Gebilde），因而是社會的國家法學研究對象；對他來說，這兩側並非相互對立，毋寧是在國家理論之整體（die gesamte Staatslehre）不可分割的內在關聯繫。兩者必須相輔相成，國家本質之理解方竟全功。<sup>62</sup>

#### （一）社會的國家

根據 Jellinek，社會的國家理論致力於國家的對象性、歷史性以及其自然之存有。<sup>63</sup>基於其認為「國家是人類定居後配有原初統治權力的連結同一性（Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschaftsmacht

62 Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", p. 407.

63 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 151.

ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen.)」<sup>64</sup>因此國家存在於多數人們的意志關係，他們發號命令，也臣服之。國家結合之一體性在於多數人們透過持續、連貫之一致目的的內在連結性所形塑，並以組織方式表現於外在。國家的統治權力僅來自於其固有且原初而不能從他處推導出來的能力（Macht），對他者無條件地實行其意志且得以對抗其他對立之意志。不同於其他政治團體或公社所推得之能力，原初能力僅能從國家自身得出。此外，Jellinek 認為，必然性（Notwendigkeit）與自由（Freiheit）構成了個人的兩大性質，個人之必然性，在於其處於自然法則之拘束，因而不自由；個人之自由則在於社會之中。以 Kant 為基礎，Jellinek 區別了消極自由之意欲（Willkür）與積極自由之意志（Wille），後者作為一種能力，使人得以與他人創建規範，並循之行動；依循自己所設立的法則而行動，人因此是自由的。<sup>65</sup>人因此也必須脫離自然之必然性，走入社會而成為自由之民。國家此一人造物作為個人自由之展現，遂因運而生。

## （二）法學的國家——國家三要件理論

奠基在社會的國家理解之上，亦即將國家理解為人類定居之後配有原初統治權力之連結同一性，已如前述，Jellinek 進一步地認推展法學的國家理論。據此，國家無非是一法之主體（Rechtssubjekt），精確地說，就是由人們連結彼此、形塑成基於連結同一性、且訴諸由該組織成員所形塑出具領導性之意志而來的組織（Körperschaft）。因此，Jellinek 的國家定義建立在三個要件之上：國家領土（Staatsgebiet）、國家人民（Staatsvolk）與國家權力（Staatsgewalt），且此三要件彼此互為條件，缺一不可。對於國家而言，此三要件形塑了國家的主體，卻也是國家意志（Staatswille）的客體，而後者又對國家權力具有重要意義。換言之，國家這個在特定的空間及處於該空間之人民所組織之團體，即是國家意志運作之對象，而表現出支配的

64 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929, pp. 180-181.

65 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, pp. 151-154.

國家權力便是國家意志之具體化。因此，國家得以成為法人、因具有國家意志而擁有主體性，進而行使反映自身的國家權力於特定的空間與特定的人民。

### 1. 國家領土

國家領土作為國家得以展現主體性之連結點，使之與定居之國家成員產生關聯，因此國家內部的人民，並非彼此孤立而被統治的人民團體，毋寧彼此關聯，進而形成連帶性（Solidarität）。客觀而言，國家領土即是國家展現統治之舞台。因此，國家領土便是對被包含在國家這個組織內部的所有人開展統治權力的空間基礎，而無涉於人民是否在該空間內有住所，更無涉於人民的國籍。因此，縱使一國內有他國人，該國家之法律仍可對外國人有效，此即國家權力於國家領土有統治權之展現。此外，國家領土尚有積極面向與消極面項。領土之消極意義在於排除其他非國家權力得以展現而實施統治事實之空間，積極意義則透過所有在特定區域內臣服於國家統治之下的人們來展現。<sup>66</sup>

### 2. 國家人民

所謂國家人民，即是組成國家於其整體性並歸屬於其中的人們。人民具有二功能：其一，人民是國家作為團體之成員，也就歸屬於國家之權力主體；所有的個人便因此彼此基於合作關係而產生聯繫而同時也是國家成員。其二，由於組成國家的人民臣服於國家統治誠命之下，人民便是國家行為的對象。人民之所以組成國家，不是基於特定的傳統、文化或習俗，毋寧是以國籍法之形式所建立之主觀權利之歸屬（die subjektiv-rechtliche Zugehörigkeit）。<sup>67</sup>

### 3. 國家權力

Jellinek 接著解釋，由眾人所組成的目的同一性（Zweckseinheit）仍然需要一個由同一之意志來領導。國家權力便是由此而來、代表整體人民目的的意志，頒布命令，並維護命令之執行。此外，Jellinek 還區別了統治性的權力（Gewalt）與非統治性的權力，後者為國家之

66 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 394-396.

67 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 406-408.

原初權力，推導出國家相對於人民所擁有的統治權力；前者則意指不得反抗的權力。因此，對於非統治性的權力來說，以自身之手段來迫使自己遵循從自身能力而來之命令便無從可能；統治則係指無條件的給予命令且得以強制力使命令得以執行。對於臣服者而言，任何能力皆可撤回，唯獨統治能力無法。<sup>68</sup>

### （三）國家的目的

然而，為什麼個人需要使自己的意志屈就於國家之下？此一問題涉及到作為國家理論核心之問題：國家目的（Zweck）為何？國家的存在是否一定帶有目的，一直有所爭論，或認為自古以來，國家目的的探討已然存在，十七世紀近代政治與國家哲學發展遞嬗以來，國家目的是探討國家正當性不可或缺的判準，時至十九世紀前葉更是國家學研究更以此為準，<sup>69</sup>或有主張，國家目的之確定不免多餘。Jellinek 認為，言及國家的目的，遂意在探問國家之功能（Funktion）。國家的功能便是國家的行動。而每個行動都一定有其動機（Motiv），因此有其目的。國家有其功能，因此有其目的應運而生。<sup>70</sup>換言之，國家作為人類產品（Menschenwerk）而人類行動皆有其目的，因此國家必然有其目的。<sup>71</sup>

此外，國家目的的研究還可以推導出三個子問題：其一，國家制度在歷史事件之經濟結構具有什麼樣的目的？其次，個人所限定的國家在歷史脈絡中具有什麼樣的目的？最後，國家制度在特定的時間點上對其成員及其整體而言有什麼樣的目的？<sup>72</sup>

Jellinek 整理出既有的國家目的理論，首先區別成擴張的（expansiv）國家目的以及限制（limitierend）的國家目的。前者關注個別與整體的福祉卻可能造成國家權力的擴張，後者則力求限縮國家

68 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 427-430.

69 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 230.

70 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 241.

71 Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", p. 408.

72 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 230-231.

權力以維護個人之安全、自由與法律保障，但這二者都仍有所欠缺。前者缺少了內在的界限，使國家權力擴張而缺乏節制，因而產生統治者與被統治者之間的對立關係，「倫理性作為內在行為與態度決不可以外在之權力手段來達到」；<sup>73</sup>後者則使得國家權力難以施展而使人民共蒙不利。相較於此，Jellinek 提出所謂的相對的國家目的（*relativer Staatszweck*），來自於人民及其時代之意識內容；<sup>74</sup>國家目的因此應是也必須是民主決定之對象。

其次，國家有其同一之目的，而且單一國家內不同的目的都會趨於同一，在於視人民為連帶的人民利益（*solidarische Volksinteressen*）並提供有計劃的照護，而此一目的的實現，不透過具有夠大的權力手段的社會要素即國家難以實現。國家的目的便在於照護人民作為具有連帶性之整體的利益。在此基礎之上，Jellinek 再區別出國家的排他目的（*exklusive Zwecke*）與競爭目的（*konkurrierende Zwecke*），前者只對國家而發，後者則在國家較其他團體更適合時而存在。整體國家穩定性的最高原則便是促進人民整體性的未來發展（*Entwicklung der Volksgesamtheit*）。個人（*Individuum*）於此意義下是整體的成員，而人民（*Volk*）則是現在與未來國家成員的整體。個別的人民（*Das einzelne Volk*）則是全人類（*menschliche Gattung*）的成員之一。由此形成了從個人經由人民到全人類的階層體系；國家的任務便在於提供照護於個人的、國家的乃至於全人類的連帶利益。具體言之，就是維持並保護國家人民（*Staatsbürger*）、維持並續造法秩序（*Rechtsordnung*），以及促進法之設置（*Rechtssetzung*）與法之保護（*Rechtsbewahrung*）。<sup>75</sup>

#### （四）國家之自我拘束

有別於傳統帝國以神權政治作為國家統治正當性的來源，Jellinek

73 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 245.

74 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 248-249.

75 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 258, 263.

認為國家的正當性來自於國家自身與法之連結。法秩序於焉不只是國家人民所需服膺的秩序權力，更拘束了國家機關之自身，因其就是國家機關之自身。<sup>76</sup>國家權力的行使人本身也就必須服膺在自己所創設的法律之下。換言之，國家必須提供法、法制度與法秩序給人民，而自己也必須依據法律來行動；人民也因此得以確保國家高權依據法律來運作，亦即依法行政的基本理念，更是程序正義所不可或缺的基礎。進一步言之，國家透過依據自己所設立之法律來行動，自己也才能成為法之主體（*Rechtssubjekt*），擁有權利與義務。<sup>77</sup>

然而，這樣卻會帶來另一個困境：當國家被自己所創設的法秩序所拘束時，國家意志在法秩序設立之前，便必然無從拘束。換句話說，國家之前有什麼？對 *Jellinek* 來說，法固然不是因為國家強制力之執行而來，毋寧係來自於基於「外在權力」所產生之確保之信任；換言之，法之效力不在於基礎規則之設定或授權，<sup>78</sup>而是在於其事實上之慣習，但非透過權力行使所產生之法的單純事實，毋寧係慣習作為人類社會行動規範經反覆實踐後所產生之規範意義。慣習造就了法，也得以廢除法。法即是社會的產物，來自於社會諸團體為了貫徹其利益與權力之抗爭而於國家內產生，且因此經常被皆以協調之形式。<sup>79</sup>

*Jellinek* 將國家的自由提高到法的層次，並以此為連結到國家權力（*Staatliche Gewalt*）的前提條件。國家在內部基於自己作為事實上之權力同一性（*Machteinheit*）反映自己在事實上的權力（*Gewalt*），同時在外部作為國際法之主體形塑國家自身。簡言之，*Jellinek* 認為，透過自我拘束理論得以使國家成為法治國（*Rechtsstaat*），進而成為法人（*juristische Person*）。過去所遺留下來的國家自我拘束問題，透過 *Jellinek* 以 *Kant* 倫理法則作為個人自我立法且遵循以展現自

76 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 367.

77 Hans Boldt, “Staat, Recht und Politik bei Georg Jellinek”, in: Andreas Anter (hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen*, p. 23.

78 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auf. 1934*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 73-99.

79 Hans Boldt, “Staat, Recht und Politik bei Georg Jellinek”, pp. 24-25.

由得到了解決；<sup>80</sup>儘管後者的定言令式無從作為國家規範自我拘束之來源，仍不失為是調和事實性與規範性於國家理論之嘗試。

## 二、以身份理論建構的主觀公權利體系

### （一）身份理論概述

Jellinek 的身份理論迄今仍是基本權分類之基礎，也確定了基本權之抽象地位；個別基本權作為具體的地位得以從中推導出來，呈現出不同的內容與不同之結構。《主觀公權利體系》所欲呈現的，並非區別各種不同基本權的體系化，毋寧是建立起一個基本權的抽象模型，以分類為數眾多且複雜的基本權利。基本權也是抽象的身份理論重要的具體例子之一。<sup>81</sup>

個人於法秩序之間的關係無疑是從個人的意志能力推導出來的；主觀的權利於焉便是以個人利益為目的而獲得承認且被保護的個人意志力（*Willenskraft*）。個人的利益在此形塑了主觀權利的物質要件，但並非每個人類的行動都會具有法律上的重要性，毋寧僅有被法秩序允許而於法有意義的行動才會形塑法之許可（*das rechtliche Dürfen*）。<sup>82</sup>相對而來的不許可並非法外之行動，不受法律管制，毋寧仍在法秩序之內，卻被認為是違法而最終招致刑罰或壓制效果之行動。於是乎，我們很難想像，在法治國之內，有什麼生理上的人類行動，得以逸散於法外之地。

當法秩序對個人的行動能力增加了法之意義，便是人們從法秩序而來的法之可能（*das rechtliche Können*）；<sup>83</sup>換句話說，在法制序內，行動能力之擁有不在於人本身，而是法秩序之授與；沒有法秩序

80 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 469.

81 Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", pp. 409-410.

82 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Durchgesehene und vermehrte Auflage von 1905*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 44.

83 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 51.

授與行動的能力，人便無法從事具有法之意義的行動。是故，我們可以想像，在法秩序的人際關係便是一連串的許可（*Dürfen*）與允許（*Erlauben*），而國家與個人之間的關係，在於可能（*Können*）與允許（*Gewähren*）之中。禁令（*Verbot*）本身並不會對一方造成損害的行動帶來任何的法律效果，毋寧直到國家將「不允許（*Nichtdürfen*）」連結到了授與他人之可能（*Können*），才使得當事人之他方得以主張作為或不作為。換句話說，國家刑罰對特定具體行為之禁令，若無指涉他人源自於國家所授權許可之法益及對之所造成的損害，而國家應特定法益損害之防免，則無從以為禁令，例如：德國刑法第211條對於謀殺他人之禁令，在於人民生命於法秩序所具有之意義，亦即受法秩序所承認而為之所保護，因此人民得以活在法秩序所涵蓋的天地之間而受法律保護，與維護生命相衝突的謀殺行為於焉遂落入國家所不允許之範疇，所以得以成為具有法律效果之禁令，於違法時對行為人生效。然而，由於奴隸在羅馬時期仍屬物而非人的範疇，若奪去奴隸的生命，便因其不屬於人、不受法秩序所保護之對象，也就沒有謀殺禁令之可能。又，若某人奪去另一外星生物之生命，便因後者的生命不受法秩序承認且保護，謀殺之禁令於斯便不具意義。

基本權及從其所以推得出來的主觀公權利，便是生效於國家與人民之間的關係；Jellinek 透過描述在國家與個人之間可能的法律關係，將之回溯至人民的人格性（*Personalität*）。<sup>84</sup>人格性是個人相對於國家所擁有的法之能力（*das rechtliche Können*）的整體，與此相對的即是個別國家成員對彼此的法之許可（*das rechtliche Dürfen*）。對 Jellinek 而言，既然只有國家得以透過自身之統治權力授與給個別人民能力，便因此得以形成法之能力；個別的個人則是透過國家對個人之法律保護有所可能與生效來獲得人格性，也就因此成為法之主體。是故，國家同時也定義了人格性，還必須於個人之個體利益實行之，也就是積極地促進個人利益之維持，或制止之，也就是消極地防免個

84 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pp. 52-53.

人利益受損。根據 Jellinek 的理論，個人的法之能力作為整體概念便會確立具有法之意義的狀態，也就是身份（Status）。身份使國家與個人之間得以具有法之關聯，但身份本身卻不是法。<sup>85</sup>易言之，身份是國家與個人之間得以產生法之關聯的狀態，使人具有人格性而成為法之主體，受法秩序管制、保護，因而得以向國家主張特定的權利；反過來說，唯有進入到法秩序涵蓋的範圍，人才得以成為法所保護的人，也就是得以向國家或主張具有法律效力之請求權，也就是主觀公權利之所在。<sup>86</sup>在此意義之下，人之人格性並非固定不變，毋寧會隨著國家法律與規則而有所改變，例如奴隸制度的廢除，便是將奴隸納入法秩序之涵蓋，使之成為法之主體而有身份之狀態，而進入到「國家—人民」之間的關係，又如既有基本權內容之擴張如智慧財產權，與新興的基本權如隱私權等。

## （二）身份理論分述

Jellinek 區分作為主觀公權利抽象體系的身份為四個種類：被動身份（status subiectionis）、消極身份（status libertatis）、積極身份（status civitatis）與主動身份（status aktiver Zivität），並以此建構起個人於國家之地位安排，以及個人與國家之間的關係。當代基本權釋義學更是由此得以開展；若無 Jellinek 的身份理論，恐難以想像基本權理論如何可能。<sup>87</sup>儘管當代基本權理論無法忽視 Jellinek 的貢獻，仍非所有的主張迄今仍有適用空間，畢竟環境不同，所要面對的問題也不盡相同，但他的身份理論仍有再三反思之價值與必要。

85 Jellinek 表示：「理論上，人格性就是使個人於國家擁有資格的關係。因此在法律上，它是一個狀態，也就是一個身份，個別的權利得以與之相連，但其自身卻非權利。人擁有權利，而人格性即是人。權利意味著擁有，而人以其實然為內容。（Die Persönlichkeit ist theoretisch eine das Individuum qualifizierende Beziehung zum Staate. Sie ist juristische daher ein Zustand, ein Status, an den das einzelne Recht anknüpfen kann, der aber selbst nicht Recht ist. Ein Recht hat man, Persönlichkeit ist man. Das Recht hat ein Haben, die Person ein Sein zum Inhalt.）」，Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pp. 83-84.

86 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 86.

87 Hans Vorländer, "Statuslehre und Staat bei Georg Jellinek", in: Brugger/ Gröschner/ Lembcke (hrsg.), *Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 147.

### 1. 被動身份（status subiectionis）

Jellinek 認為，個人作為所有國家效果之基礎在於臣服於國家之下的被動身份，意指個人之自我決定與人格性都被排除在國家之外；排除了自我決定能力與人格性、臣服於國家意志之下，國家遂再次承認個人之人格性，個人之自我決定能力於焉受有法秩序之限制。<sup>88</sup>乍看之下，被動身份所具有的臣服於國家意之意義且其使個人自主能力受到限縮，似乎與當代國家保障個人人性尊嚴——亦即個人自我決定能力之展現<sup>89</sup>——之任務有所衝突，因而與當代基本權理論與德國基本法各項規定無從產生聯繫，甚至為當代學者批評，認為應限縮地看待被動身份。<sup>90</sup>

然而，對於 Jellinek 被動身份的理解，或許可以從其國家理論著手。有別於「天賦人權」主張，Jellinek 認為，權利之主張毋寧必須在國家的框架之下才有其可能。在國家之前，人受自然法則拘束既非自由，亦無可資主張之權利；人在脫離自然之狀態，透過人之自我立法且循之而有所行動，人才足堪自由。因此，在國家之後，人得以基於被動身份，臣屬於國家及從國家所出之法中，才被認為具有足資抵抗國家的各種權利。換言之，被動身份無非是人在國家中獲得承認而具有法之主體地位的基礎。<sup>91</sup>成為法之主體，人也才得以行使權利；被動身份因而也是其他三種身份的前提條件：沒有滿足被動身份即個

88 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pp. 84-86.

89 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaft (hrsg.), *Kants gesammelte Schriften Bd. 4*, Berlin: de Gruyter, 1911, p. 434; Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaft (hrsg.), *Kants gesammelte Schriften Bd. 6*, Berlin: de Gruyter, 1911, p. 462.

90 Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, pp. 243-248; 李建良，前揭文，頁25-27。

91 從被動身份推論出個人作為法之主體而得以行使權利之論證，亦可於德國學界討論人性尊嚴性質可見端倪。人性尊嚴基於對人作為法主體之社會承認而來，使人得以進入到法之體系，而享有法所授予之基本權。於此意義下，人性尊嚴與其說是基本權之一，未若是基本權之前提。Christoph Enders, “Die Freiheit des status subiectionis”, in: Brugger/ Gröschner/ Lembcke (hrsg.), *Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre*, pp. 114-119; Stephan Kirste, “Vom status subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität”, pp. 195-198; Hasso Hofmann, “Die versprochene Menschenwürde”, *Archiv öffentlichen Rechts* 118 (1993), pp. 363-365.

人臣服於國家之下，其他三種身份便無從可能。

### 2. 消極身份 (status libertatis)

國家以整體利益為目的地行使統治權力，但其行動也因此受限。在國家所不及且否定的領域，則是每個個別國家成員自由地行使自我決定能力之範圍；所謂的國家否定的區域，並非違法之範圍，毋寧係國家管制之所不及處，也就是人民與人民之間的私法自治關係。個人之自由範圍在「國家—人民」之間的關係中，並不產生具有法意義之效果。消極身份便意指在臣服於法秩序之前的自由，且因此是人民得以成為主體之補足。

藉由個人對其自由領域有承認之請求權，消極身份得以受有保護，任何於法無據之命令對其之干預，皆被視為恣意 (willkürlich) 之命令而應禁止。禁止恣意命令之請求權則屬於積極身份之範疇。<sup>92</sup> 消極身份提供了當代基本權理論的核心基礎，也就是防免國家高權對人民於法無據之干預甚至是侵害，亦即基本權之防禦權 (Abwehrrechte) 意義，具體而言即是德國基本法核心的各項自由權，如人身自由、宗教自由、表意自由與集會結社自由等。<sup>93</sup>

### 3. 積極身份 (status civitatis)

國家藉由授與個人得以向國家有所主張的法之能力，來積極地承認個人之地位；個人則因其得以向國家請求有所作為且得以運用法律手段 (Rechtsmittel) 來實現請求權，而獲得從國家而來的市民性 (Zivität)。個人一方面擁有得以對抗國家的權利，另一方面則擁有得以遂行這個權利的能力。<sup>94</sup> 因此，吾人或可認為，消極身份指涉的是防免於國家之自由，而積極身份則謂透過國家而成就之自由。積極身份於當代基本權理論，即是人民得以向國家請求的給付權 (Leistungsrechte) 與保護權 (Schutzrechte)，例如德國基本法第19條第4項之訴訟權。

92 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 94.

93 Christopher Danwerth, "Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)", p. 410.

94 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, S. 114-135.

#### 4. 主動身份（status activus）

最後，國家以保障個人對國家之積極請求權來成就個人之能力；在這個意義下，個人不只是組成國家之成員，更得以擔任國家機關之職務，亦即公務員，畢竟國家之行動仍須依賴個人方得以有所可能。於是乎，個人具有主動之身份，也因此具有在自然自由之外的能力。<sup>95</sup>當個人的法之行動能力越發擴大，其主動身份也就隨之有所積累。總言之，主動身份於當代德國基本權理論之影響在於人民於國家的參與權（Mitwirkungsrechte），也就是德國基本法第38條之投票權。

## 陸、一代宗師之遺緒

1911年年初，Jellinek 逝世。這不只是對德國學界的損失，對 Max Weber 而言也失去了摯友，更對 Camilla Jellinek 來說，是一生摯愛的離去。Camilla 一生皆以 Jellinek 太太的身份，在家中如此，在公眾領域亦如是；Jellinek 的離去讓她頓時失去了生活重心。整理亡夫的著作並為其撰寫生平，對她來說，無疑是一種走出傷痛的方式。待其子女先後離家後，Camilla 才逐步恢復出席公共活動，投身婦女權利運動不遺餘力。儘管如此，Jellinek 的過世仍對家庭經濟造成一定程度的打擊。Jellinek 在世時尚有最多16,000馬克的收入，而過世之後所遺留下來的養老津貼卻最高只佔 Jellinek 最後薪資程度的30%；也就是說，Camilla 一年所收到的養老津貼僅2,250馬克，額外尚有對一名未成年的兒子 Otto Jellinek 的照護津貼，約450馬克。此外，家中還有一名成年但未就業的女兒 Paula Jellinek。頓失經濟支柱讓整個家庭陷入困境。1911年3月，次女 Dora 與當時雖年僅二十出頭，卻以醫學與精神病學專業得以於韋伯學術圈固定出席的 Fritz Busch 成婚，卻因《紐倫堡法案（Nürnberger Gesetze）》<sup>96</sup>而被納粹政府驅逐至捷克泰

95 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, S. 136-193.

96 《紐倫堡法案（Nürnberger Gesetze）》包含《保護德意志血統與德意志榮譽法（Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre）》與《帝國公民法

雷津 (Terezin)，直到1946年才得以歸國。長子 Walter Jellinek 則與其父一樣成爲法律人，先後跟隨 Paul Laband 與 Otto Mayer 撰寫博士論文與教授資格論文，成爲國家法、行政法與國際法的教授。<sup>97</sup>

### 一、Jellinek 理論之批判

人之偉大，在於其強勁的對手；Jellinek 的宗師地位，也可見一斑。特別是在他的《國家學總論》，並非全盤爲時人所接受，對他的評論有褒有貶。維也納大學國家法學教授 Friedrich Tezner (1856-1925) 在爲《國家學總論》所撰寫的書評中，指出作者有明顯的方法論轉向；他認爲，Jellinek 在較早期關於國家聯邦的著作中，仍以法學的方法來把握國家法的概念，據之來檢驗當時的政治體是否符合法學上的國家概念，但在《國家學總論》中卻顯然地改變純然法學的研究方法，而廣泛地援引社會心理學、倫理學、政治與歷史反思等方法，作爲國家學的理論基礎。即使《國家學總論》不再純然是法學的國家研究，Tezner 對於 Jellinek 綜合了其他學科所進行的研究成果仍給予肯定。<sup>98</sup>

Hermann Heller (1891-1933) 視國家爲「於雜多之統一性 (Einheit in der Vielheit)」<sup>99</sup>「在社會實在性活動的統一性 (eine in der gesellschaftlichen Wirklichkeit tätige Einheit)」，<sup>100</sup>其既非純然法學研究之國家理論得以解釋完全，Jellinek 的國家雙邊理論亦難竟全功，

---

(Reichsbürgergesetz)》，頒行於1935年9月15日，係納粹德國爲形塑單一的德意志民族國家，禁止猶太人與非猶太人之間的通婚，進而限制猶太人的工作、強迫猶太人變更姓名，甚至強迫移居他處等舉措。參見 Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, p. 316.

97 Klaus Kempter, *Die Jellineks 1820-1955*, pp. 412-419.

98 Friedrich Tezner, "Buchbesprechung: Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre", in: *Archiv für öffentliches Recht* 17 (1902), S. 604-605. 進一步討論，參見 Dietmar Kettler, "Die Drei-Elemente-Lehre. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung und Kritik", Münster: Dissertation durch die Rechtswissenschaftlicher Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 1995, pp. 52-53.

99 Hermann Heller, "Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart", in: *Archiv öffentliches Recht* 16 (1926), p. 330.

100 Hermann Heller, *Staatslehre*, p. 259.

因其主張從人民真實生活居住的空間提取出國家的概念，無非只是將國家建立在任一現實之擬制（Funktion jener Realitäten）之上。<sup>101</sup> 在 Heller 社會學式實在性學科（soziologische Wirklichkeitswissenschaft）的理解下，國家係一從社會－歷史實在關聯而來的真實歷史產物；<sup>102</sup> 儘管國家結構之探尋，一如國家類型之研究，也致力於從實然中提煉出國家的抽象概念，但 Heller 認為，基於實在性之雜多，我們在化約成類型的過程中，必須隨時注意普遍化可能遠離真實的困境。此外，Heller 在面對國家學之核心問題即國家之目的時，並不處理國家的客觀且超驗之目的——此一取徑無非探詢國家之普遍適用、真實或正確的意義——毋寧直指國家在客觀社會效果中所表露出來的意義，也就是將國家當作社會研究之對象來把握，<sup>103</sup> 國家因此無法從其要件之掌握來理解，更不是規範秩序（Normordnung），具體而言，國家不是由人所組成，而是來自於人們的成就。國家機關也因此是保持在持續更新的狀態之中，統合統治者與被統治者。

Hans Kelsen（1881-1973）批判雙邊理論有根本上的錯誤，許是最為嚴厲。<sup>104</sup> 肯定 Jellinek 使當代國家學理論提升到完整之學術體系之餘，Kelsen 從法學研究方法的基礎出發，直指《國家學總論》兼採社會研究之實然與法學研究之應然，於法學研究之根本上錯誤，因實然與應然之間具有本質上的差異，無法從前者推導出後者，Jellinek 的方法，無疑邏輯上不可能。而且，Jellinek 自己也表示：「國家無法不足以立（Kein Staat ist ohne Recht möglich）」<sup>105</sup> 卻認為，法律必須從實際的事實出發來理解，法之目的即是應用。但 Kelsen 批評，「並非事實上被應用的法產生了法概念，而是法學」，Jellinek 所謂的法之

---

101 Hermann Heller, "Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart", p. 330.

102 Hermann Heller, *Staatslehre*, p. 62.

103 Hermann Heller, *Staatslehre*, pp. 226-227.

104 Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1922, pp. 114-120; Schönener/Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, München: C. H. Beck, 2019, p. 75.

105 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 11.

應用目的，與法概念結構毫無關聯（...ist der Anwendungszweck für die Struktur der Rechtsbegriffe gänzlich irrelevant）。Kelsen 接著表示，法概念的基底，不在於實際的事實，毋寧是法規範（Rechtsnormen）；國家作為法概念的基底因此也就是法規範的整體概念，它或許是法秩序，但決非是以法或法之保衛者或其續造者來進行安排。<sup>106</sup>要言之，Jellinek 試圖從現實生活的經驗中，提煉出法之抽象概念，但在 Kelsen 看來，卻是建築在體驗的擬制之上而如海市蜃樓；法學理論要且必須能解釋法生活之表象（Erscheinungen des Rechtslebens）的主張，更是難以想像。<sup>107</sup>

有別於 Jellinek 與 Kelsen 靜態地視國家為法之產物——前者企圖整合實然與應然涇渭分明之界線，而後者則堅守二者之區別——Rudolf Smend（1882-1975）則批判道：「三要件理論毫無疑問地意指國家理論的問題，還特別意指憲法問題；但其作為國家學之奠基從一開始就導向了空間—靜態思想家的歧途。」<sup>108</sup>他提出國家的整合理論（Integrationslehre），主張國家並非一個靜態的政治團體，毋寧受到時空脈絡、社會文化、人口移動等因素而不斷發生變動的人民生活表述。國家因此是一精神上之關聯體，是個體於需求及體驗的統一性結構，依據統治者與被統治者——因對權力臣服而接受統治行為——之間持續不斷的相互作用而得以存在。國家因此並非法且靜態之產物，毋寧是社會且動態的。以人作為中心地觀察，整合理論的國家無疑更強調國家內的倫理、文化與道德思維面向。<sup>109</sup>

Leonard Nelson（1882-1927）也對 Jellinek 的理論提出了猛烈的批判，與 Kelsen 相似，堅持著應然與實然之間應該涇渭分明，他認為，Jellinek 將國家學定位在透過政治學而非法學方法的學科，也就

106 Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 118.

107 Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 120.

108 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München: Verlag von Duncker & Humblot, 1928, p. 9.

109 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 18; Schöbener/ Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, p. 76.

是研究實然與既已發生現象之結果，並連結到純然法學即應然研究之國家法學，無疑本身就是個矛盾。<sup>110</sup>其錯誤之處，在於要從法規範的效力（*Geltung*）建立在實然之歸屬，若規範有所適用，即是實然之應然為之，仍非實然自身。法因而也絕非以真實的權力展現出特定的效果。儘管 Jellinek 已有認識到這一點，卻未能清楚地釐清規範與規範效力之間的差異，前者僅屬應然而必須連結到後者，才足以呈現實然的現象。<sup>111</sup>有別於將法定位為純粹應然之性質，Jellinek 則是將客觀的法與其外在的權力相連結，與人之內在或心理感受相互對立，法概念因此變成了心理學式的展現、法之判斷也就成了心理的判斷且法學研究也就成為了心理學的分支。<sup>112</sup>Nelson 也表示，實證法學觀點下的法概念，若僅從人民的習慣與立法之規定產生固有之拘束性，將會陷入法作為應該之邏輯矛盾。畢竟，事實於自身無法產出法之規範，而 Jellinek 主張從法之效果來證成法之形成，只是依據歷史經驗之偶然，缺乏規範應有之必然性，也混淆了法律在法上的重要事實以及法本身表面上的來源，也就是不假於其他條件而存在的規範；Jellinek 所謂的「事實之規範效力」於法學研究上，不啻為規範研究與經驗研究之交雜。<sup>113</sup>

## 二、Jellinek 理論之續造

即使有如上述之批判，Jellinek 的國家理論，自當代德國之初仍是主流學說，甚至在二十世紀60年代，不乏許多對《國家學總論》或讚揚、或同情地討論；<sup>114</sup>直到現今，他的三要件理論至少已經被認為

---

110 Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1949, p. 8.

111 Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, p. 9.

112 Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, p. 12.

113 Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, pp. 17-19.

114 讚揚如「（《國家學總論》）是一部不只具有歷史價值的作品，因為他首先在一部專論中總結了一名偉大學者在學衛生涯中分散各處的著作為系統性的整體，其母寧於現在仍必須予以完全的尊崇，由於其在法釋義學的應用下首次清楚地展現了市民法治國的基礎，以及難以匹敵的完整性。」參見 P. Rössler, "Besprechung von Georg Jellinek. Allgemeine

是國家概念的形式類型，重要於國際法對於國家的討論。<sup>115</sup>2009年德國聯邦憲法法院審查里斯本條約一案中，也援引了 Jellinek《國家學理論》作為國家領土的判斷依據。<sup>116</sup>

當然，戰後德國對於 Jellinek 國家學理論的反思，並非照本宣科地全盤接收，毋寧在其基礎之上批判地修正。Herbert Krüger (1905-1989) 認為，儘管國家概念的問題仍然有必要援引三要件理論來回答，但並非基於正確性而是便利性之考量，畢竟該理論並不足以完全地解釋國家的實然 (Sein des Staates)。Jellinek 所認為「出現國家性團體的土地，就其法律層面而言，意指國家權力得以開展其特定的活動的空間，也就是統治者的活動」<sup>117</sup> 之下的國家領土作為國家要件之一的理解，對 Krüger 而言卻顯得過於「自然主義序列 (Naturalistischer Zug)」，<sup>118</sup>照這樣解讀，國家無疑需要某種地基的建築物，人民成為推導出領土不可或缺的要件，而不容許任何改變空間；Krüger 在此連接到 Smend 的國家整合理論，認為國家概念不應該是靜態的要件成就即為已足。再者，三要件之間並非等量以觀，例如國家主權應係國家之功能，而非其之組成來源，又領土無非是人民意識的重要內容，也就是說，領土難以與人民切割開來成為二個孤立的要件，分別以觀。<sup>119</sup>

Martin Kriele 在肯定三要件理論於國家概念仍係判斷標準之餘，亦反思了 Jellinek 的國家學核心議題：權力是否是原初的，抑或是可

---

Staatslehre”，in: *Die öffentliche Verwaltung* 19 (1960.10), p. 768. 同情的看法如 Ernst von Hippel 認為 Jellinek 的《國家學總論》出版雖早，在1960年代仍最具意義，甚至也能讓對政治學感興趣的外行人了解當代政治形成的基礎。參見 Ernst von Hippel, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1963, p. 96.

115 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 60; Schöbener/ Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 88-90.

116 Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (ed.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Bd. 123, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 403 (BVerfGE 123, 267).

117 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 394.

118 Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart: Kohlhammer, 1964, p. 146.

119 Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, p. 146. 相反意見，認為國家領土並非意指地理上的觀點、國家人民並非是國家共同性、國家權力並非是權力機制的功能運作，三要件理論毋寧是代表國家高權的國家權力的地域性射程範圍，而在此範圍之人即屬國家人民。參見 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Stuttgart: Kohlhammer, 2003, p. 61.

以推導出來的？Jellinek 認為，國家對於法／權之設置與義務的成就，甚至是強制地執行義務，都具有壟斷（Monopol）的地位；所有非屬國家權力的權力，皆來自於國家權力，因而國家權力作為「無從推導之權力」即係統治權力。但這樣的看法，顯然於團體的自治權便無法解釋，畢竟自治權並非來自於國家權力的設置，而僅是承認與確認；父母的親權、自助與正當防衛的權利也不是根據國家的授權而成立，毋寧係來自於自然權利，與國家無關，僅需國家的承認。<sup>120</sup> Kriele 認為，與其說國家具有法／權設置與執行的壟斷地位，未若說是其特權（Prärogative）。國家有立法以規範法／權並以強制力執行之的特權，因此得以將獲得承認的權利制度化於實證法之中。<sup>121</sup>

### 三、當代意義與反思——代結論

縱或如此，對於 Jellinek 於國家學與國家法學之貢獻，從當代予以「古典國家學理論（Klassische Staatslehre）」之尊稱可見端倪；他不只開創了當代對於國家之理解，也因他所主張的「事實之規範效力（die normative Kraft des Faktischen）」而拓展了近代法學的研究視野；透過建立起「種屬類型（Gattungstypen）」及其抽象化與系統化的安排，整個社會世界的複雜性得以被化約成為不同的概念。同時，Jellinek 對於社會世界的理解，不止於以概念靜態地來把握，毋寧仍不斷地增補世界之功能於理解；對類型的解釋保持開放性，甚至容有概念變遷之必要，使得社會世界之概念在時間上或系統上廣泛的變遷有所可能。<sup>122</sup>就類型理論而言，Jellinek 以經驗歸納為主，致力於具有普遍性（Allgemeine）的類型，而 Weber 則以觀念類型探尋各種不同的特別面向（Besondere），二人均屬當時海德堡類型理論的代表人物。

120 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, pp. 61-62.

121 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 62.

122 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 455.

在自然法理論告終的學術背景上，既不會認為法理論具有同一性適用層級，也不主張法具有自然之正義訴求，<sup>123</sup>Jellinek 仍不滿於法實證主義對於國家與法的理解，遂而發展出從國家、社會於經驗層面之理解到規範層面之國家理解。於此意義之下，法是外在的行為規範，也是經外在權威承認而頒布，更是具有社會權力保障而對個人意志的應然要求。當個人有迫切遵循規範要求的心理基礎，便得以連結到個人在由國家所建立的法律制度中尋求必然性與自由之可能；法律的規範效力則來自於個人心理基礎之社會普遍化，使之成為人民的規範常態意識。<sup>124</sup>異議者——也就是不在這個集體範疇之中的人，或甚至是社會的少數族群——就被排除在由國家權威以社會規範來承認的範疇之外了，違法行為於焉而生，國家刑罰則正是一種代表社會多數族群給予少數族群不予承認的回應。儘管如此，他們仍非法外之民，毋寧仍可能成為未來的意見多數而仍在法制之內，也因此他們只是不被國家法規範承認，而不是排除在外。

最後以當代德國學者 Jens Kersten 的話作結：「若有人想要在區別實然與應然之際同時處理到事實性與規範性的中介，便會視 Georg Jellinek 為其經典。」<sup>125</sup>

123 關於自然法於19世紀的沒落及其為法理論所取代，參見 Dietmar von der Pfordten, "Die Entwicklung des Begriffs "Rechtsphilosophie" vom 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts", in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), pp. 160-161.; Annette Brockmüller, *Die Entstehung der rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, 1997, pp. 273-278.

124 Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 467.

125 "Wer sich bei der Unterscheidung von Sein und Sollen zugleich um eine Vermittlung von Faktizität und Normativität bemüht, wird in Georg Jellinek seinen Klassiker finden." Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 469.

## 參考文獻

### 一、中文文獻

李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起（上）〉，《憲政時代》，第29卷第1期（1993.07），頁1-30。

李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起（下）〉，《憲政時代》，第29卷第2期（1993.10），頁175-210。

### 二、德文文獻

Andreas Anter (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

Andreas Anter, „Max Weber und Georg Jellinek: Wissenschaftliche Beziehung Affinitäten und Divergenzen“, in: Paulson/Schulte (hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, pp. 67-86.

Andreas Anter, *Max Weber und die Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

Camilla Jellinek, Georg Jellinek. „Ein Lebensbild“, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp.

6-140.

Christoph Enders, "Die Freiheit des status subiectionis", in: Brugger/Gröschner/Lembcke (hrsg.), *Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pp. 109-124.

Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt/M.: Vittorio Klostermann, 1997.

Christopher Danwerth, „Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911)“, *Juristische Schulung* 2011, pp. 406-411.

Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (ed.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 7, Tübingen: Mohr Siebeck, 1958, pp. 198-230. (BVerfGE 7, 198).

Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (ed.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 123, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, pp. 267-437 (BVerfGE 123, 267).

Dieter Gosewinkel, *Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa um 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin: Suhrkamp, 2016.

Dietmar Kettler, „Die Drei-Elemente-Lehre. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung und Kritik“, Münster: Dissertation durch die Rechtswissenschaftlicher Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, 1995.

Dietmar von der Pfordten, "Die Entwicklung des Begriffs 'Rechtsphilosophie' vom 17. Bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts", in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), pp. 151-161.

Dietmar Willoweit, *Deutsche Vefassungsgeschichte*, München: C. H. Beck, 2009.

Ernst von Hippel, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1963.

Friedrich Tezner, „Buchbesprechung: Georg Jellinek, Allgemeine

- Staatslehre“, in: *Archiv für öffentliches Recht* 17 (1902), pp. 604-605.
- G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: Gesamtwerke Bd.7, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1970.
- Georg Jellinek, „Ansprache des Prorektors an die englischen Bürgermeister und Kommunalbeamten“, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp. 349-350.
- Georg Jellinek, „Ansprache des Prorektors an die Heidelberger Studentenschaft“, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp. 349-350.
- Georg Jellinek, „Ansprache des Prorektors an die Heidelberger Studentenschaft“, in: Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp. 430-431.
- Georg Jellinek, „Hermann Jellinek“, in: Georg Jellinekders., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aalen: Scientia Verlag, 1970, pp. 266-271.
- Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929.
- Georg Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Wien: Alfred Hölder, 1898.
- Georg Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin: Verlag von Härling, 1908.
- Georg Jellinek, *System des öffentlichen Rechts*. 2 durchgesehene und vermehrte Auflage von 1905, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- Golo Mann, *Erinnerungen und Gedanken. Eine Jugend in Deutschland*, Frankfurt/M.: Fischer, 1986.
- Gustav Radbruch, „Camilla Jellinek, Ansprache vom 24. September 1930 zum 70. Geburtstag in Baden-Baden“, in: *Ruperto-Carola* 12 (1960)
- Hans Boldt, „Staat, Recht und Politik bei Georg Jellinek“, in; Anderas Anter (hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen*, Baden-Baden: Nomos, 2004, pp.12-35.
- Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*,

- Tübingen: Mohr Siebeck, 1922.
- Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 1. Auf. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Hans Kippenberg, „Nachwort: Der Heidelberger „Eranos“-Kreis und die religionsgeschichtliche Genealogie moderner Tatbestände“, in: Hans Kippenberg (hsg.), *Max Weber Religiöse Gemeinschaften, Max Weber-Studienausgabe I/22-2*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 169.
- Hans Mommsen, „1897: Die Badeni-Krise als Wendepunkt in den deutschen-tschechischen Beziehungen“, in: Detlef Brandes/Dusan Kovac/Jiri Pesek (hsg.), *Wendepunkte in den Beziehungen zwischen Deutschen, Tschechen und Slowaken 1848-1989*, Essen: Klartext Verlag, 2007, pp. 111-117.
- Hans Vorländer, „Statuslehre und Staat bei Georg Jellinek“, in: Brugger/Gröschner/Lembcke (hrsg.), *Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pp. 145-160.
- Hasso Hofmann, „Die versprochene Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 118 (1993), pp. 353-377.
- Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart: Kohlhammer, 1964.
- Hermann Heller, „Bemerkungen zur staats - und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart“, in: *Archiv öffentliches Recht* 16 (1926), pp. 321-354.
- Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden: Sijthoff, 1934.
- Hermann Korte, *Einführung in die Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer, 2017.
- Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaft (hrsg.), *Kants gesammelte Schriften*, Bd. 4, Berlin: de Gruyter, 1911.
- Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Königlich Preußische Akademie

- der Wissenschaft (hrsg.), *Kants gesammelte Schriften*, Bd. 6, Berlin: de Gruyter, 1911.
- Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- John Locke, *Über die Regierung*, Stuttgart: Reclam, 1974.
- Klaus Kempter, „Judentum, Liberalismus, Nationalismus“, in: Stanley Paulson/Martin Schulte (hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, pp. 53-65.
- Klaus Kempter, *Die Jellinek 1820-1955*, Düsseldorf: Droste Verlag, 1998.
- Krigreen/Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1949.
- Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- Marianne Weber, *Lebenserinnerungen*, Bremen: Johs. Storm Verlag, 1948.
- Mario Rainer Lepsius, *Max Weber und seine Kreise*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Stuttgart: Kohlhammer, 2003.
- Max Weber, „Brief an Camilla Jellinek, 14. Januar 1911“, in: *Max Weber-Gesamtausgabe*, Bd. II/7, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- Michael Stolleis, *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München: C. H. Beck, 1995.
- Michael Stolleis, *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte*, München: C. H. Beck, 2014.
- Michael Stolleis, *Verfassungs(ge)schichte*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- Oliver Lepsius, „Besprechungen: Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre“, in: *IUS COMMUNE. Zeitschrift für*

*Europäische Rechtsgeschichte* 28 (2001), pp. 482-487.

P. Rösseler, „Besprechung von Georg Jellinek. Allgemeine Staatslehre“,  
in: *Die öffentliche Verwaltung* 19 (1960.10), p. 768.

Peter Winzen, *Das Kaiserreich am Abgrund. Die Daily-Telegraph-Affäre  
und das Hale-Interview von 1908*, Stuttgart: Steiner, 2002.

Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München: Verlag von  
Duncker & Humblot, 1928.

Stanley Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben  
und Werk*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

Stefan Koriath, „Die Staatszwecklehre Georg Jellineks“, in: Paulsen/  
Schulte (hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen:  
Mohr Siebeck, 2000, pp. 117-132.

Stephan Kirste, „Vom status subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität“,  
in: Dietmar von der Pfordtenm/Lorenz Kähler (hrsg.), *Normativer  
Individualismus in Ethik, Politik und Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck,  
2014, pp. 177-201.

Thomas Hobbes, *Leviathan*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1984.

Tzu-hsin Tu, *Die Deutsche Ostsiedlung als Ideologie bis zum Ende des  
Ersten Weltkriegs*, Kassel: Kassel University Press, 2009.

Winfried Brugger, „Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist“,  
in: *Der Staat* 49 (2010), pp. 405-434.

Winfried Brugger, „Georg Jellineks Statuslehre: national und international“,  
in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), pp. 1-43.

## **Founding German Political Science and the System of Basic Rights in the Modern Era: Georg Jellinek's Life and Work (1851-1911)**

Chao-Chin CHAN\*

Georg Jellinek (1851-1911) is a name which cannot be ignored when speaking about German constitutional law in the modern age. The elements of the nation like territory, people and sovereignty come from him; the system of basic rights as the core of modern constitutional law arose also from his system of the subjective right. Since all scholars respond to the problems of their own eras, legal theories should also be traced back to understand and analyze them. How, then, did Georg Jellinek, who was born into a Jewish family that advocated German political liberalism at a time of imperialism, nationalism and even anti-Semitism, who traveled in Austria and Switzerland, and who finally settled down in Germany as a professor, combine Neo-Kantianism in philosophy with legal positivism; overcome the existing understanding of the nation; and then construct a theory of the nation in terms of society as well as of the law, and the system of the subjective right.

Keywords: Georg Jellinek, history of constitutional law, jurist, constitutional law, system of basic rights

---

\* Doctoral student, Faculty of Law, Georg-August-University Göttingen; LL.M., National Chengchi University; LL.M., Georg-August-University Göttingen