

## RETOUR AUX SOURCES OU RETOUR EN ARRIÈRE ?

Analyse et interprétation du retour en force des États membres dans le traité de Lisbonne

David Courron

L'Histoire retiendra sûrement de la date du 13 décembre 2007, sous l'appellation « Traité de Lisbonne », ses dimensions juridique et politique. Juridique, d'abord, avec la signature du *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*<sup>1)</sup> sur la base du traité modificatif négocié par une conférence inter-gouvernementale (CIG)<sup>2)</sup> tenue la même année et qui, d'une part, révisé le traité sur l'Union européenne (TUE)<sup>3)</sup>, cadre général de l'Union qui définit les principes essentiels qui la structurent, et d'autre part, rebaptise le traité de Rome en traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>4)</sup> qui précise les modalités pratiques de mise en œuvre des principes posés par le TUE. Politique, ensuite, avec la clôture définitive de l'interminable processus d'adaptation des institutions communautaires (connu sous le vocable « approfondissement ») à la nouvelle donne géopolitique apparue avec la chute du Mur de Berlin en 1989. Mais en retiendra-t-elle la dimension ontologique ? « Nul doute, plus que par le passé, le traité de Lisbonne démontre jusqu'à la caricature le rôle prépondérant des États dans la construction européenne ». <sup>5)</sup> Cette remarque illustre bien la vigoureuse reprise en main par les États membres du devenir d'une aventure qui avait bien failli leur échapper en 2004 avec le projet de constitution, et comment « [d']un processus d'étatisation de l'Union, engagé par le traité constitutionnel, on est passé à un mouvement

1) Publié au *Journal officiel de l'Union européenne* du 17 décembre 2007 (n° C306) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:FR:HTML>> (consulté le 12.01.2009). Sauf mention contraire, tous les textes législatifs cités sont consultables en ligne sur le site internet <<http://eur-lex.europa.eu>>.

2) Les travaux de la CIG se sont déroulés du 23 juillet au 19 octobre 2007 dans le cadre très précis du mandat adopté à l'unanimité le 23 juin 2007 lors du Conseil européen de Bruxelles.

3) Le traité sur l'Union européenne, adopté à Maastricht en 1992, a été modifié par la suite par le traité d'Amsterdam en 1997 et le traité de Nice en 2001.

4) Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne antérieurement traité instituant la Communauté économique européenne puis la Communauté européenne à partir de 1993, adopté à Rome en 1957, a été modifié par l'Acte unique européen en 1986 et les traités de Maastricht, Amsterdam et Nice.

5) BERRAMDANE Abdelkhalq, « Le traité de Lisbonne et le retour des États », in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, JCP/La Semaine juridique, éd. générale n° 9-10, 27 février 2008, pp. 23-28.

de réification de l'Union, par et pour les États membres ».<sup>6)</sup>

Alors que le référendum français<sup>7)</sup> pour ou contre la ratification du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*<sup>8)</sup> organisé le 29 mai 2005 avait replacé les enjeux européens au cœur des controverses nationales pour la première fois depuis la consultation relative au traité de Maastricht en 1992<sup>9)</sup>, le vote négatif des Français, renforcé par celui des Néerlandais, le report *sine die* des consultations prévues dans d'autres États membres (particulièrement au Royaume-Uni et au Danemark) ainsi que la « pause de réflexion » décidée en juin 2005 vont placer la construction européenne devant un risque durable de paralysie institutionnelle. Suivant de peu la signature du traité de Nice<sup>10)</sup>, supposé faire mieux que ceux de Maastricht et Amsterdam « incapables d'apporter des solutions aux problèmes institutionnels en grande partie causés par l'élargissement »<sup>11)</sup>, le Conseil européen de Laeken<sup>12)</sup> avait, en effet, convoqué une Convention sur l'avenir de l'Europe<sup>13)</sup> chargée de proposer un texte constitutionnel « censé mettre un terme au processus quasi permanent de réformes institutionnelles »<sup>14)</sup>. Or, au début 2007, après son abandon, aucune ébauche de solution ne semblait devoir s'offrir, alors même que le délai fixé par le traité de

6) *Ibid.*, p. 24.

7) Les résultats du référendum sur le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe sont les suivants : électeurs inscrits : 41 789 202, votants : 28 988 300, suffrages exprimés : 28 257 778 (soit un taux d'abstention de 30,63 %), OUI : 12 808 270 (soit 44,18 % des suffrages exprimés), NON : 15 449 508 (53,30 % des suffrages exprimés) et 2,52 % de bulletins blancs ou nuls. Conseil constitutionnel, *Décision du 1er juin 2005 - Proclamation des résultats du référendum du 29 mai 2005* [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/20050601/index.htm>> (consulté le 10.03.2006). On notera que les juges constitutionnels, après avoir opéré diverses rectifications d'erreurs matérielles et procédé aux redressements nécessaires, ont recalculé les résultats annoncés par le Ministère de l'Intérieur : 45,32 % des suffrages exprimés pour le OUI et 54,68 % des suffrages exprimés pour le NON. En revanche, le bon, mais non exceptionnel, taux de participation ne classe ce scrutin qu'au 9ème rang des 13 consultations référendaires organisées en France depuis 1945.

8) Ce traité, signé à Rome le 29 octobre 2004, par les représentants des 25 pays membres de l'Union européenne et 3 candidats à l'adhésion, marque l'achèvement d'un long processus original, initié par la déclaration de Laeken du 15 décembre 2001, alliant négociations intergouvernementales et débats au sein de la Convention présidée par Valéry Giscard d'Estaing. Ce traité se compose de 4 parties : l'architecture institutionnelle (Partie I), la Charte des droits fondamentaux de l'Union (Partie II), les politiques et le fonctionnement de l'Union (Partie III) et diverses dispositions générales et finales (Partie IV) sans omettre de nombreuses annexes.

9) Le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 a été approuvé à 51,04% par le peuple français à l'occasion d'un référendum tenu le 20 septembre 1992.

10) Le traité de Nice, signé le 26 février 2001, est entré en vigueur le 1er février 2003.

11) L'HELGOUALC'H Éric, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe - Une étape dans la dynamique constitutionnelle européenne » in *Cahiers Européens de Sciences-Po*, Paris : Centre d'Études Européennes, n°3, 2005, 25 p., p. 3.

12) 14-15 décembre 2001.

13) Première étape qui conduira au traité constitutionnel signé à Rome le 29 décembre 2004, elle est présidée par Valéry Giscard d'Estaing et poursuit ses travaux du 28 février 2002 au 10 juillet 2003. Elle laisse la place à une Conférence inter-gouvernementale qui s'appuiera sur ses conclusions lors de ses négociations du 4 octobre 2003 au 18 juin 2004.

14) L'HELGOUALC'H, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe... », *op.cit.*

Nice pour la réforme de la composition de la Commission parvenait à son terme<sup>15)</sup>. C'est de la présidence allemande<sup>16)</sup> que viendra le salut qui la première s'attachera à résoudre la quadrature du cercle : « mettre d'accord les gouvernements attachés au maintien du traité constitutionnel, tel quel, ceux qui n'en voulaient plus, et ceux qui ne se sentaient pas capables de le présenter à leurs électeurs pour une deuxième fois »<sup>17)</sup>.

C'est donc dans ce contexte où se mêlent crise de légitimité, caractérisée par une méfiance accrue des opinions, et crise de motivation, caractérisée par un désengagement massif des dirigeants<sup>18)</sup>, que les 27 ont ciselé avec un luxe de détails et de précautions le cadre rigide du mandat attribué à la nouvelle CIG<sup>19)</sup>. Celle-ci se voit assigner, dans la pure tradition européenne de révision des traités, la tâche de « rédiger [...] “[un] traité modificatif” modifiant les traités actuels en vue de renforcer l'efficacité et la légitimité démocratique de l'Union élargie et d'améliorer la cohérence de son action extérieure »<sup>20)</sup>. Si l'œuvre accomplie à Lisbonne est la copie presque parfaite de la constitution sur le fond (I), puisque « le traité modificatif introduira dans les traités actuels, qui restent en vigueur, les innovations découlant des travaux de la CIG de 2004 »<sup>21)</sup>, elle rompt néanmoins avec elle sur la forme étant donné que « le concept constitutionnel, qui consistait à abroger tous les traités actuels pour les remplacer par un texte unique appelé “Constitution”, est abandonné »<sup>22)</sup>. Le traité de Lisbonne consacre, par ailleurs, « une véritable exaltation de l'État membre » tant à travers la maîtrise par celui-ci du processus d'élaboration du traité (II) qu'à travers le renforcement de son statut dans l'architecture européenne (III).

## I- Le traité de Lisbonne ou le triomphe posthume de la substance constitutionnelle de 2004

S'il n'est pas excessif d'affirmer que l'essentiel des acquis et innovations du traité

15) Le protocole sur l'élargissement annexé au traité de Nice prévoit qu'à partir de la date d'entrée en fonction de la première Commission suivant l'adhésion du vingt-septième État membre (donc normalement à partir de novembre 2009), le nombre de commissaires sera inférieur à celui du nombre d'États. Le nombre exact sera alors fixé par le Conseil statuant à l'unanimité.

16) Du 1er janvier au 30 juin 2007.

17) ZILLER Jacques, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, coll. Clefs Politique, Paris : Montchrestien lextenso éd., 2008, 159 p., p. 17.

18) COSTA Olivier, MAGNETTE Paul, « *Sortir l'Union de la crise constitutionnelle* », Garnet Policy Brief 2007, 20 p. [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.toutteleurope.fr/fr/observatoire-europe/europe-en-idees/etudes-et-revues/dans-les-think-tanks/mai-2007.html#c19352>> (consulté le 26.05.2007).

19) « Mandat de la CIG », in *Conclusions de la Présidence*, Conseil européen de Bruxelles, juin 2007, 31 p. [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/loadDocument.aspx?id=339&lang=EN&directory=fr/ec/&fileName=94933.pdf>> (consulté le 2.02.2009).

20) Point 1 du « Mandat de la CIG », *Ibid.*, p. 15.

21) *Ibid.*

22) *Ibid.*

constitutionnel a été sauvegardé dans le traité de Lisbonne : seuls 5 articles sur 448 (467 en tenant compte des protocoles) ont disparu, cela tient avant tout à l'absence d'autres options réalistes compte-tenu des délais par lesquels les États européens se trouvaient contraints. Comme le note J. Ziller, « les dirigeants politiques des 27 États membres [...] étaient convaincus qu'il ne serait pas possible de se mettre d'accord sur un contenu différent des réformes jugées nécessaires, à moins de rouvrir des discussions dont personne ne pouvait prédire le résultat [...] »<sup>23)</sup>. Se satisfaire des règles du traité de Nice ou sauvegarder les compromis de 2004, telle était l'alternative. Nécessité fit donc loi !

Parmi les acquis sauvegardés (la substance de la première partie du traité constitutionnel<sup>24)</sup>), faisons d'emblée figurer les innovations les plus connues du traité constitutionnel tant sur le plan institutionnel que matériel, la présidence de l'Union assurée par le président du Conseil européen « élu à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demi, renouvelable une fois » (art. 15-5)<sup>25)</sup>, une Commission plus resserrée « correspondant aux deux tiers du nombre d'États membres » (art. 17-5)<sup>26)</sup>, une Cour de justice de l'Union européenne restructurée comprenant la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés (art. 19-1)<sup>27)</sup> et aux compétences étendues chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (art. 19-1)<sup>28)</sup> et de statuer « conformément aux traités : sur les recours formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales [ou] à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions » (art. 19-3)<sup>29)</sup>, le renforcement du rôle du Parlement européen et des parlements nationaux, l'approfondissement des compétences internes et externes de l'Union et les modalités de vote et l'extension du champ de la majorité qualifiée<sup>30)</sup>. Sur ce dernier point, il est particulièrement intéressant de remarquer que si « le Conseil [des ministres] statue à la majorité qualifiée, sauf dans les cas où les traités en disposent

23) ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, *op.cit.*, pp. 21-22.

24) Sur un total de 60 articles, 30 sont redistribués dans le TUE, 27 dans le TFUE et 3 ont été abandonnés.

25) « Version consolidée du traité sur l'Union européenne », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 9 mai 2008 (n° C115) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:FR:HTML>> (consulté le 11.01.2009).

26) *Ibid.* À compter du 1er novembre 2014.

27) *Ibid.*

28) *Ibid.*

29) *Ibid.*

30) « À partir du 1er novembre 2014, la majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 55 % des membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union. Une minorité de blocage doit inclure au moins quatre membres du Conseil, faute de quoi la majorité qualifiée est réputée acquise. ». Art. 16-4. *Ibid.*

autrement » (art. 16-3)<sup>31)</sup>, le Conseil européen, lui, « se prononce par consensus, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement » (art. 15-4)<sup>32)</sup>. Dépourvu de toute fonction législative, contrairement au Conseil, le Conseil européen qui « donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales » (art. 15-1)<sup>33)</sup> incarne, par son processus décisionnel consensuel, la nature éminemment intergouvernementale de la construction européenne.

Faisons aussi figurer au premier rang la confirmation du caractère obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>34)</sup>. Proclamée à Nice le 7 décembre 2000, la Charte n'avait pas en soi valeur juridique, contrairement aux traités, jusqu'à ce qu'elle soit incorporée dans le projet de constitution au titre II. Cet acquis a été confirmé en dépit de l'opposition déterminée du Royaume-Uni et de la Pologne moyennant son maintien hors des traités. Toutefois, en disposant que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités »<sup>35)</sup>, le traité de Lisbonne, sans l'intégrer ni dans le TUE ni dans le TFUE, lui garantit néanmoins une visibilité accrue en tant qu'instrument juridique de tout premier plan, non seulement dans le droit de l'Union mais aussi en droit interne, où son invocation dans les affaires portées devant les juridictions nationales et européennes ne devrait pas manquer de lever les dernières incertitudes quant à son contenu et à sa portée réelle.

Autre acquis également repris par le traité de Lisbonne, les protocoles sur le rôle des parlements nationaux et sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui lui sont annexés. En vertu du Protocole sur le régime des parlements nationaux dans l'Union européenne, les parlements nationaux sont informés par les institutions de l'Union et en reçoivent notification des projets d'actes, veillent au respect du principe de subsidiarité, participent aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, prennent part

---

31) *Ibid.*

32) *Ibid.*

33) *Ibid.*

34) Élaboré en 2000 par la Convention présidée par Roman Herzog sur la base des « droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par l'Union et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme », ce texte comporte un préambule et 54 articles qui se distribuent en 7 titres intitulés Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice et Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte.

35) Nouvel art. 6, al. 1. TUE. *Traité de Lisbonne, op.cit.* (voir note 1).

aux procédures de révision des traités et participent à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen (art. 12)<sup>36)</sup>. Quant au Protocole sur l'application des principes de subsidiarité<sup>37)</sup> et de proportionnalité<sup>38)</sup>, qui régissent l'exercice des compétences de l'Union, il prévoit, en complément du principe posé à l'article 5 du TUE, d'une part, que « les projets d'actes législatifs sont motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité, [que] tout projet d'acte législatif [devra] comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité [et que] cette fiche [devra] comporter des éléments permettant d'évaluer son impact financier et, lorsqu'il s'agit d'une directive, ses implications sur la réglementation à mettre en œuvre par les États membres, y compris, le cas échéant, la législation régionale »<sup>39)</sup>, et d'autre part, que « tout parlement national ou toute chambre de l'un de ces parlements peut, dans un délai de huit semaines à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif dans les langues officielles de l'Union, adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime que le projet en cause n'est pas conforme au principe de subsidiarité »<sup>40)</sup>. Par ailleurs, sont réaffirmés les deux grands principes démocratiques qui fondent la vie et l'action politiques de l'Union européenne : la démocratie représentative (art. 10)<sup>41)</sup> légitime l'action des institutions européennes et la démocratie participative (art. 11) associe les peuples par le biais des procédures de consultation en amont de la préparation des actes de l'Union et de l'initiative législative populaire<sup>42)</sup>. Enfin, le traité de Lisbonne consacre, outre la suppression de

36) « Version consolidée TUE », *op.cit.*

37) « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. » Art. 5-3. *Ibid.*

38) « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. » Art. 5-4. *Ibid.*

39) Art. 5. « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 17 décembre 2007 (n° C306) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:FR:HTML>> (consulté le 12.01.2009).

40) Art. 6. *Ibid.*

41) « Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen. Les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens. » « Tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens. » (al. 2 et 3). « Version consolidée TUE », *op.cit.*

42) « Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités. » (al.

la structure en piliers<sup>43)</sup> héritée du traité de Maastricht, la fusion entre l'Union et les Communautés, procède à un rappel particulier à la monnaie unique, précise les critères et la procédure d'adhésion ainsi que la possibilité de retrait volontaire d'un État membre et rappelle le principe de la séparation des pouvoirs entre les institutions européennes et entre l'Union et les États membres en disposant que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale [et qu'elle] respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale, [en] particulier, la sécurité nationale [qui] reste de la seule responsabilité de chaque État membre »<sup>44)</sup>.

La fidélité du traité de Lisbonne aux dispositions du traité constitutionnel ne doit cependant pas faire illusion sur la réalité du retour en force des États, notamment à travers la maîtrise du processus de négociation et d'élaboration du nouveau traité.

## II- Une maîtrise sans précédent par les États membres du processus d'élaboration du traité

La reprise en main par les États membres du devenir de l'Union européenne est illustrée de façon éclatante par le sort réservé au principe fondateur du traité constitutionnel de double légitimité des peuples et des États : l'affirmation de « la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun »<sup>45)</sup> laisse désormais la place à une formulation sans équivoque : « Par le présent traité, les hautes parties contractantes instituent entre elles une Union européenne [...] à laquelle les États membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs »<sup>46)</sup>. Cette nouvelle donne se traduit dans les conditions d'élaboration du traité de Lisbonne lui-même,

4) *Ibid.* « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent les dispositions relatives aux procédures et conditions requises pour la présentation d'une initiative citoyenne au sens de l'article 11 du traité sur l'Union européenne, y compris le nombre minimum d'États membres dont les citoyens qui la présentent doivent provenir. » (art. 24-1). « Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 9 mai 2008 (n° C115) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:FR:HTML>> (consulté le 14.01.2009).

43) Aux côtés des traités communautaires CEE, CECA et EURATOM, le second pilier englobait la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et le troisième pilier recouvrait la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (JAI).

44) Art. 4-2. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

45) Titre I, art. I-1. « Traité établissant une constitution pour l'Europe », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 16 décembre 2004 (n° C310) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:fr:HTML>> (consulté le 14.06.2007).

46) Titre I, art. 1.1. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

« triomphe de l'intergouvernemental »<sup>47)</sup>.

Gage de démocratie, d'ouverture et de transparence, la procédure de révision ordinaire via la convocation d'une Convention, bien que pérennisée par le traité de Lisbonne<sup>48)</sup>, a été écartée en raison de l'urgence à agir<sup>49)</sup> et de la reprise presque en l'état des dispositions élaborées par la Convention sur l'avenir de l'Union. Par ailleurs, désireux de se débarrasser de l'épée de Damoclès que pourraient faire peser sur l'indispensable réforme le recours à des référendums et le nécessaire effort de lisibilité dans le cadre d'un processus conventionnel qui associerait par définition les citoyens, les États membres ont, lors du Conseil européen de Bruxelles des 21-22 juin 2007, adressé à la CIG de 2007 un mandat extrêmement précis qui stipule qu'il « constitue la base et le cadre exclusifs des travaux de la CIG »<sup>50)</sup> et qui détaille avec force futurs à sens impératif<sup>51)</sup> ce que les États membres attendent d'elle, si bien que « [p]our la première fois dans l'histoire de la construction européenne, une CIG chargée d'élaborer un traité n'a eu d'autre fonction que celle de reprendre sans barguigner le texte, fruit du compromis réalisé au sein du Conseil européen et rédigé par ce dernier »<sup>52)</sup>. Indiscutablement, la détermination à éviter tout recours au référendum a assuré le triomphe de la légitimité étatique au détriment de la légitimité démocratique<sup>53)</sup>, quand bien même, à l'exception de l'Irlande, aucune disposition constitutionnelle interne n'imposait l'autorisation de ratification par voie référendaire comme le montre le choix à l'unisson de 26 pays pour la voie parlementaire. De même qu'elle a privilégié la formule du « mini-traité », lancée par Nicolas Sarkozy qui « signifiait surtout qu'il s'agirait d'un traité qui ne serait pas assez important pour mériter

47) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 24.

48) Titre VI art. 48 : « Les traités peuvent être modifiés conformément à une procédure de révision ordinaire. Ils peuvent également être modifiés conformément à des procédures de révision simplifiées. » (al. 1) ; « Le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil des projets tendant à la révision des traités. Ces projets peuvent, entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités. » (al. 2) ; « Si le Conseil européen, après consultation du Parlement européen et de la Commission, adopte à la majorité simple une décision favorable à l'examen des modifications proposées, le président du Conseil européen convoque une Convention [...]. La Convention examine les projets de révision et adopte par consensus une recommandation à une Conférence des représentants des gouvernements des États membres. Le Conseil européen peut décider à la majorité simple, après approbation du Parlement européen, de ne pas convoquer de Convention lorsque l'ampleur des modifications ne le justifie pas. Dans ce dernier cas, le Conseil européen établit le mandat pour une Conférence des représentants des gouvernements des États membres. » (al. 3). « Version consolidée TUE », *op.cit.*

49) « La CIG achèvera ses travaux le plus rapidement possible, et en tout état de cause avant la fin de 2007, afin de laisser suffisamment de temps pour que le traité qui en sera issu soit ratifié avant les élections au Parlement européen de juin 2009. » (paragraphe 11). *Conclusions de la Présidence*, *op.cit.*, p. 2.

50) « Mandat de la CIG », *op.cit.*

51) À titre d'exemple : « Le traité UE conservera », « Le traité UE sera divisé », « Le système de vote prendra effet », « La terminologie reflétera ».

52) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 24.

53) *Ibid.*



un référendum »<sup>54)</sup>, elle a motivé la mise sous le boisseau de toutes les références au terme « constitution » imposée par le mandat de la CIG : « Le traité UE et le traité sur le fonctionnement de l'Union n'auront pas de caractère constitutionnel. La terminologie qui y sera utilisée reflétera ce changement : le terme "constitution" ne sera pas utilisé, le "ministre des affaires étrangères de l'Union" sera appelé haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, et les termes "loi" et "loi-cadre" seront abandonnés au profit du maintien des termes actuels de "règlements", "directives" et "décisions". De même, les traités modifiés ne contiendront aucun article mentionnant les symboles de l'UE tels que le drapeau, l'hymne ou la devise. En ce qui concerne la primauté du droit de l'UE, la CIG adoptera une déclaration rappelant la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE »<sup>55)</sup>.

Dès la présentation du projet préliminaire de traité constitutionnel par la Convention<sup>56)</sup> jusqu'à la version définitive du TCE, les discussions autour de la nature de ce texte, constitution ou traité, sont allées bon train sans néanmoins parvenir à un consensus. Comme le rappelle pourtant fort à propos J. Ziller, « il s'agissait bien d'un traité, c'est-à-dire d'un accord de droit international public au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1976 »<sup>57)</sup>, ce que le juge constitutionnel français est d'ailleurs venu confirmer avec sa décision du 19 novembre 2004 selon laquelle « il résulte des stipulations du traité soumis au Conseil constitutionnel, intitulé "Traité établissant une Constitution pour l'Europe", et notamment de celles relatives à son entrée en vigueur, à sa révision et à la possibilité de le dénoncer, qu'il conserve le caractère d'un traité international souscrit par les États signataires du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne »<sup>58)</sup>. Quoiqu'il en soit, le TCE ayant été perçu par une frange de l'opinion publique européenne comme la dernière étape avant l'adoption d'une véritable constitution d'une fédération d'États nations et la mise en danger supposée des identités nationales, les négociateurs de Lisbonne se devaient de « montrer qu'on ne pouvait garder la forme même du traité constitutionnel »<sup>59)</sup>. Concrètement, cela s'est traduit par le retour à la procédure classique de l'amendement plutôt que celle de la *Novellierung*<sup>60)</sup>: « la CIG

54) ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, *op.cit.*, p. 92.

55) Point 3 du « Mandat de la CIG », *op.cit.*, p. 16.

56) Le 28 octobre 2002.

57) ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, *op.cit.*, p. 83.

58) Conseil constitutionnel, *Décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004* (non conformité partielle) [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-505-dc/decision-n-2004-505-dc-du-19-novembre-2004.888.html>> (consulté le 18.10.2008).

59) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 24.

60) Au lieu d'adopter ou de promulguer seulement une loi de révision contenant les amendements aux

est invitée à rédiger un traité ([...] dénommé “traité modificatif”) modifiant les traités actuels en vue de renforcer l’efficacité et la légitimité démocratique de l’Union élargie et d’améliorer la cohérence de son action extérieure. Le concept constitutionnel, qui consistait à abroger tous les traités actuels pour les remplacer par un texte unique appelé “Constitution”, est abandonné : le traité modificatif introduira dans les traités actuels, qui restent en vigueur, les innovations découlant des travaux de la CIG de 2004 »<sup>61)</sup>. Certes, le recours à la technique des amendements présentait la garantie de ne pas voir remises en discussion des dispositions déjà en vigueur avec les traités antérieurs, mais il entraînait un risque d’illisibilité accrue du nouveau traité dans l’attente de sa publication sous une version consolidée. Enfin, le renforcement de la maîtrise par les États membres du processus d’élaboration du traité de Lisbonne se traduit aussi, d’une part, par le maintien de l’architecture multiple des textes sans véritable hiérarchie entre les nouveaux TUE et TFUE, puisque, comme le prévoit l’art. 1, al. 3, « ces deux traités ont la même valeur juridique »<sup>62)</sup>, preuve, s’il en était, que ce traité s’inscrit bien dans le cadre classique d’un processus international de *treaty making power*, et d’autre part, par un retour à plus de procédures intergouvernementales. Ainsi, en dépit de la suppression de la structure en piliers, subsistent encore des spécificités du second pilier consacré à la diplomatie et à la défense européennes qui tendent même à en renforcer le caractère intergouvernemental<sup>63)</sup>. Après avoir posé le principe général en vertu duquel « la compétence de l’Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l’ensemble des questions relatives à la sécurité de l’Union, y compris la définition progressive d’une politique de défense commune qui peut conduire à une défense commune »<sup>64)</sup>, le traité de Lisbonne prévoit en bonne place que « la politique étrangère et de sécurité commune est soumise à des règles et procédures spécifiques »<sup>65)</sup>. On notera, parmi les plus significatives, que la PESC est définie et mise en œuvre par le Conseil européen et le Conseil<sup>66)</sup>, qui statuent à l’unanimité, sauf dans certains cas où les traités en disposent autrement, que l’adoption d’actes législatifs en la matière est exclue, que les rôles spécifiques du Parlement européen et de la Commission dans ce domaine

---

textes en vigueur auparavant, cette technique allemande de révision d’un texte normatif consiste à réadopter une loi qui intègre les modifications décidées sur la forme d’une version consolidée.

61) Point 1 du « Mandat de la CIG », *op.cit.*, p. 15.

62) « Version consolidée TUE », *op.cit.*

63) Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et politique européenne de sécurité et de défense (PESD). Voir Titre V chap. 1 et 2. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

64) Article 24-1. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

65) *Ibid.*

66) Cette politique est exécutée par le haut représentant de l’Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et par les États membres, conformément aux traités. *Ibid.*

sont définis par les traités et que la Cour de justice de l'Union européenne est déclarée incompétente en ce qui concerne ces dispositions. Enfin, on précisera que « [s]i un membre du Conseil déclare que, pour des raisons de politique nationale vitales et qu'il expose, il a l'intention de s'opposer à l'adoption d'une décision devant être prise à la majorité qualifiée, il n'est pas procédé au vote »<sup>67)</sup>, et enfin que la CIG prévoyait dans ses conclusions que les dispositions portant sur la PESC et la PESD n'affecteraient ni « les responsabilités [et] les compétences de chaque État membre en ce qui concerne l'élaboration et la conduite de sa politique étrangère »<sup>68)</sup> ni « le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense des États membres »<sup>69)</sup>.

Loin d'être cantonné à un simple renforcement de la maîtrise du processus de négociation et d'élaboration du nouveau traité, le retour en force des États membres s'inscrit plus durablement dans la consolidation de leur statut au sein de l'Union tant par le renoncement à l'étatisation et à la constitutionnalisation que par l'affermissement de leurs pouvoirs.

### III- Un renforcement conséquent du statut des États membres dans l'architecture européenne

Si l'acquis du traité constitutionnel a été recyclé dans celui de Lisbonne, le concept constitutionnel est, en revanche, conformément aux prescriptions du mandat adressé à la CIG, définitivement abandonné, ce qui s'accompagne « [d']un délestage de tout ce qui rappelle de près ou de loin l'idée d'un État européen en construction »<sup>70)</sup>. En disposant que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités [et que] [c]es valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes », le nouveau traité reprend, certes, les valeurs et les objectifs de l'Union, parmi lesquels se retrouvent la promotion de la paix, de ses valeurs et du bien-être de ses peuples, la libre circulation des personnes au sein d'un espace de liberté, de sécurité et de

67) Art. 31-2. Le texte poursuit : « Le haut représentant recherche, en étroite consultation avec l'État membre concerné, une solution acceptable pour celui-ci. En l'absence d'un résultat, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut demander que le Conseil européen soit saisi de la question en vue d'une décision à l'unanimité. ». « Version consolidée TUE », *op.cit.*

68) « Déclaration n°14 à l'Acte final de la CIG », in BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 25.

69) *Ibid.*

70) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 25.

justice sans frontières intérieures, la réalisation d'un marché intérieur et l'établissement d'une union économique et monétaire dont la monnaie unique est l'euro, le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, le développement d'une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social, la promotion de la cohésion économique, sociale et territoriale et de la solidarité entre les États membres, le respect de la richesse de la diversité culturelle et linguistique, la sauvegarde et le développement du patrimoine culturel européen et la contribution à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples<sup>71)</sup>. Toutefois, l'article 8 du TCE relatif aux symboles de l'Union est sacrifié. Même si, dans la pratique, le drapeau bleu étoilé, l'hymne à la joie de Beethoven, la devise, la monnaie et la journée de l'Europe subsisteront, « les États membres ont biffé tout ce qui évoque un État en gestation »<sup>72)</sup>. Par ailleurs, à l'instar de la nouvelle dénomination prévue par le TCE de « ministre des affaires étrangères » abandonnée car faisant par trop référence à l'organe politique d'une institution étatique, les termes « loi » et « loi-cadre » sont eux aussi délaissés au profit du lexique communautaire traditionnel de « règlement » et « directive »<sup>73)</sup> bien moins évocateurs de l'émergence d'un pouvoir législatif au sein de l'Union. En outre, le principe de la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont dévolues est atténué afin de ne pas trop évoquer le fédéralisme. Ainsi, loin d'être consacré comme dans le traité constitutionnel<sup>74)</sup>, ce principe, pourtant bien établi par une jurisprudence constante de la CJCE depuis l'arrêt *Costa c/ ENEL*<sup>75)</sup>, se trouve relégué dans la déclaration n°17 relative à la primauté dans laquelle « la Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence »<sup>76)</sup>. À cette déclaration est annexé l'avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007 sur la primauté, selon lequel il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe

71) Article 5, « Version consolidée TUE », *op.cit.*

72) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 25.

73) Point 3 du « Mandat de la CIG », *op.cit.*, p. 16.

74) L'article I-6 sous l'intitulé le droit de l'Union disposait que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres. » « Traité établissant une constitution pour l'Europe », *op.cit.*

75) Arrêt de la CJCE du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, dans laquelle la Cour répondait à une question préjudicielle du juge conciliateur de Milan dans une affaire résultant de la contestation d'une facture d'électricité.

76) « Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 9 mai 2008 (n° C115) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:FR:HTML>> (consulté le 25.02.2009).

fondamental dudit droit, inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. Cet avis rappelle aussi qu'à l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante, la primauté n'était pas mentionnée dans le traité, ce qui est toujours le cas actuellement, et insiste sur le fait que cette non-inscription dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence de la CJCE en vigueur. Certes, au regard des règles du droit international public, cette déclaration induit les mêmes conséquences que l'article du TCE. En effet, la signature du traité de Lisbonne par tous les États membres implique leur acceptation officielle de l'existence de ce principe et de la jurisprudence en vigueur, « une déclaration interprétative adoptée par les 27 ayant la même valeur juridique que les traités »<sup>77)</sup>. Cependant, « cette dévaluation formelle de la primauté [...] pourrait fort bien encourager certaines juridictions suprêmes des États membres à maintenir leurs réticences<sup>78)</sup> à l'égard de la primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel »<sup>79)</sup> et « laisse un arrière-goût de tentative de tromperie [...] symptôme le plus aigu de la disparition de la confiance mutuelle dans l'Union européenne »<sup>80)</sup>. En dernier lieu, le refus d'intégrer la Charte des droits fondamentaux, acte fondateur d'un État en devenir, témoigne du refus de certains États membres de la moindre évolution de l'Union vers une quelconque forme étatique, ce qu'illustre en ces termes la déclaration n°1 relative à l'interprétation de la Charte : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, juridiquement contraignante, confirme les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. » « La Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ».<sup>81)</sup>

Au-delà de la seule renonciation à la constitutionnalisation, le retour en force des États dans le traité de Lisbonne se manifeste également par le renforcement de leurs pouvoirs et les menaces qui pèsent sur l'acquis communautaire : « [d]e façon subreptice, en contrebande, à la marge, par touches successives à coup de réécriture et d'amendements

77) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 25.

78) Par exemple, le Royaume-Uni a toujours fait valoir son hostilité à la codification du principe de primauté depuis la Convention de 2003, alors même qu'il avait été l'un des premiers à en codifier les conséquences dans son droit interne dans le *European Communities Act* de 1972 avant son adhésion à la CEE en 1973 qui incluait « l'acquis communautaire », soit l'ensemble du droit communautaire traités, actes de droit dérivé et jurisprudence, et que le peuple britannique avait approuvé lors du référendum de 1975.

79) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 25.

80) ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, *op.cit.*, p. 104.

81) « Déclarations annexées à l'acte final », *op.cit.*

de certaines dispositions, de déclarations interprétatives et de protocoles, les États membres, selon une démarche sciemment organisée, vont mettre au centre de l'Union l'État membre dans toute sa majesté souveraine, renforçant ses pouvoirs dans l'Union et remettant en cause, implicitement, et l'idée d'intégration communautaire et celle de cohésion au sein de l'Union »<sup>82)</sup>. En premier lieu, c'est dans la maîtrise du processus décisionnel, à travers le système de vote et l'association au processus législatif des parlements nationaux, qu'apparaît l'affermissement des États membres dans l'architecture européenne. Si le principe de la double majorité, États et population, est repris dans le traité de Lisbonne<sup>83)</sup>, il est néanmoins prévu qu'il ne s'applique qu'à la date du 1er novembre 2014 et que, jusqu'au 31 mars 2017, l'ancien système de vote du traité de Nice qui surévalue le poids de l'Espagne et de la Pologne puisse être rétabli à la demande d'un État. Parallèlement, la pérennisation au-delà de 2017 d'un mécanisme avec minorité de blocage, qualifié de compromis polonais<sup>84)</sup>, pourrait accroître les tentations au repli sur l'intérêt national et l'âpreté des négociations entre partenaires européens. D'un autre côté, en prévoyant que « les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union » (art. 12)<sup>85)</sup> particulièrement à travers les processus législatif et de révision des traités, le traité de Lisbonne fournit aux États membres la possibilité de peser sur l'action de l'Union par la voie de leur représentation nationale. Il en va ainsi en matière de subsidiarité avec, outre la saisine de la CJCE, la voie du recours en annulation et le mécanisme d'alerte précoce dans le cadre de la procédure législative, le quasi droit de veto dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Dans le cadre des procédures de révision simplifiées, c'est d'un veto constitutionnel dont dispose désormais chaque parlement dans la mesure où « en cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après [...] transmission, la décision [...] n'est pas adoptée »<sup>86)</sup>. L'acquis communautaire subit également de rudes assauts avec la disparition de la notion même à l'exception des préambules où, selon une reformulation plus classique, il s'agit de « poursuivre le processus créant une Union sans cesse plus étroite entre les peuples

82) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 26.

83) Art. 16 TUE et art. 238 TFUE.

84) « À partir du 1er avril 2017, si des membres du Conseil, représentant : a) au moins 55 % de la population, ou b) au moins 55 % du nombre des États membres, nécessaires pour constituer une minorité de blocage résultant de l'application des articles 16, paragraphe 4, premier alinéa, du traité sur l'Union européenne ou 238, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, indiquent leur opposition à l'adoption d'un acte par le Conseil à la majorité qualifiée, le Conseil en délibère. » Déclaration n°7 in « Déclarations annexées à l'acte final », *op.cit.*

85) « Version consolidée TUE », *op.cit.*

86) Art. 48. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

de l'Europe »<sup>87)</sup>, mais aussi avec de nombreuses clauses de gel et de réversibilité des compétences de l'Union, compétences définies de façon restrictive. Nous mentionnerons, à titre d'exemple, l'art. 5-2 qui dispose « [qu'e]n vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent [et que] toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »<sup>88)</sup>. La déclaration n°24 précise, quant à elle, que « le fait que l'Union européenne a une personnalité juridique n'autorisera en aucun cas l'Union à légiférer ou à agir au-delà des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités »<sup>89)</sup>. Le traité de Lisbonne innove même en matière de réduction des compétences de l'Union, d'une part, par l'abrogation des compétences existantes de l'Union au nom du principe de subsidiarité, « catalyseur de récupération des compétences perdues par les États membres »<sup>90)</sup>, et d'autre part, par la réduction des compétences attribuées à l'Union par la voie de révision ordinaire des traités. En effet, dans le premier cas, il prévoit que « les représentants des gouvernements des États membres, réunis en Conférence intergouvernementale, conformément à la procédure de révision ordinaire prévue à l'article 48, paragraphes 2 à 5, du traité sur l'Union européenne, peuvent décider de modifier les traités sur lesquels l'Union est fondée, y compris en vue d'accroître ou de réduire les compétences attribuées à l'Union dans lesdits traités »<sup>91)</sup> et, dans le second cas, que « le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil des projets tendant à la révision des traités. Ces projets peuvent, entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités. Ces projets sont transmis par le Conseil au Conseil européen et notifiés aux parlements nationaux »<sup>92)</sup>. Enfin, le traité de Lisbonne reprend et assouplit l'œuvre de différenciation engagée, dès le traité d'Amsterdam, avec l'introduction du concept d'Europe à géométrie variable et de coopérations renforcées, qui « risque de corrompre l'idée même de construction européenne, en mettant à mal l'unité et la primauté du droit de l'Union ». Les clauses de différenciation du TCE sont reprises pour concerner les domaines de la PESC/PESD, de l'Union économique et monétaire (UEM), de l'espace de sécurité, de liberté et de justice (ELSJ), de la « coopération structurée »<sup>93)</sup>

---

87) *Ibid.*

88) *Ibid.*

89) « Déclarations annexées à l'acte final », *op.cit.*

90) BERRAMDANE, « Le traité de Lisbonne... », *op.cit.*, p. 27.

91) Déclaration n°18 concernant la délimitation des compétences, in « Déclarations annexées à l'acte final », *op.cit.*

92) Art. 48-2. « Version consolidée TUE », *op.cit.*

93) Article 46. *Ibid.*

en matière de défense et des « clauses freins-accélérateurs »<sup>94)</sup> dans le domaine pénal, avec un seuil déclencheur abaissé d'un tiers des États membres à neuf États membres.

### En guise de conclusion

Près de huit ans après s'être engagée dans la réforme de ses institutions et quatre ans après le choc du non de la France au projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'Union européenne semble en passe de se doter de nouvelles règles institutionnelles de nature à lui redonner les moyens de l'efficacité et de l'action. Ce mouvement favorable aux États en les replaçant au cœur du dispositif européen peut être interprété *a priori* comme un recul par rapport à l'innovation qu'avait introduit l'aventure constitutionnelle. Or, outre le fait qu'il s'inscrit dans la tradition historique et l'esprit même d'une construction européenne fruit de la seule volonté des gouvernements<sup>95)</sup>, les traités qui en sont issus paraissent de nature à remettre l'Europe sur les rails vers « une union sans cesse plus étroite »<sup>96)</sup> sans toutefois hypothéquer la forme définitive de cette union en devenir.

Retour aux sources ou retour en arrière ? Afin de risquer une réponse, une clarification des enjeux s'impose. Soit on considère, à juste titre, que le TCE était un traité de droit international au même titre que tous les traités européens depuis celui de Paris en 1951, ceux de Rome en 1957 et jusqu'à celui de Lisbonne, alors la question n'a plus de pertinence. Car, en effet, les principales innovations institutionnelles du TCE ont toutes été reprises en l'état par un traité qui ne fait en somme que renouer avec la pratique des avancées, certes laborieuses mais continues, de la construction européenne selon une approche interétatique. Le traité de Lisbonne opère donc une réelle avancée qualitative tout en renouant avec les modalités plus conventionnelles d'une négociation orchestrée et conduite par les protagonistes de l'aventure : les États membres. En revanche, la question retrouve tout son sens dès lors qu'est opérée une prise de position en faveur de

94) Art. 82-3 et 83-3. « Version consolidée TFUE », *op.cit.*

95) DEHOUSSE Renaud, *La fin de l'Europe*, Paris : Flammarion, 2005, 191 p. « La méthode communautaire garantit à la fois la diversité et l'efficacité de l'Union. Elle assure le traitement équitable de tous les États-membres, des plus grands aux plus petits. Elle fournit un moyen d'arbitrer entre divers intérêts au travers de deux filtres successifs : le filtre de l'intérêt général, au niveau de la Commission ; le filtre de la représentation démocratique, européenne et nationale, au niveau du Conseil et du Parlement, qui constituent ensemble le pouvoir législatif de l'Union. [...] Qu'il s'agisse d'organes non élus [la Commission et la cour de Justice] n'a rien d'étonnant si l'on tient compte du fait qu'ils ont été créés par les États pour régler des rapports entre États. » pp. 16-17.

96) Titre I, art. 1er, al. 1. « Version consolidée du traité sur l'Union européenne », in *Journal officiel de l'Union européenne* du 24 décembre 2002 (n° C325) [en ligne]. Disponible sur : <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2002:325:SOM:FR:HTML>> (consulté le 23.03.2009).



la poursuite ou de l'arrêt définitif de l'aventure européenne. Évaluer le traité de Lisbonne à l'aune d'une union à la nature bien précise, fédérale, confédérale, marché libre, association d'États-nations entre autres, à laquelle selon des convictions propres on souhaite parvenir à terme, rend de nouveau possible le choix entre régression ou avancée. Mais un choix qui reste néanmoins tout subjectif. En l'absence d'une conscience nationale européenne structurée, d'une opinion publique européenne constituée, d'un débat politique européen transnational fécond, la redéfinition fondamentale de la construction européenne proposée par le traité constitutionnel d'une étatisation de l'Union européenne ne pouvait qu'échouer. En ce sens, le retour en force des États traduit avant tout un retour aux sources même du projet européen et une reprise en main du devenir d'un colosse désormais acteur incontournable de la scène internationale plus encore en termes de potentialités que de résultats effectifs.

Avec le projet de constitution, l'Union européenne, en s'émancipant de la tutelle fondatrice des États, s'était fourvoyée sur un terrain instable et avait fini par s'enliser dans les sables d'un avenir irréaliste pour bon nombre de ceux appelés à en devenir les citoyens. Persévérer dans cette voie aurait pu présenter le danger redoutable de faire subir à l'ensemble de l'aventure un sort proche de celui dont avait été victime la Communauté européenne de défense en août 1954. Le retour des États sur la passerelle du paquebot et le retour à la tradition intergouvernementale pour la décision des choix stratégiques garantit sinon le succès du moins la poursuite de l'aventure. En ce sens, le traité de Lisbonne, élaboré sous la conduite des États-membres « maîtres des traités »<sup>97)</sup>, marque une double avancée, qualitative d'une part, grâce à la reprise de la substance constitutionnelle, et stratégique d'autre part, puisqu'elle ne ferme la porte à aucun des futurs envisageables pour l'Union et crée les conditions d'un débat démocratique à l'échelle du continent.

---

97) Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, « Traité de Maastricht ».

鼎談

## ヨーロッパ私法基本概念の検討

ハンス・ハッテンハウアー

『民法の基本概念—歴史的・法解釈学的入門—』を読む(1)

田 中 実  
伊 藤 司  
平 林 美 紀

### I はじめに

T：ヨーロッパ研究センターの研究会の一つとして、「ヨーロッパ私法基本概念」を検討する研究会を立ち上げ、民法がご専門で比較法の対象として主としてドイツさらに中央ヨーロッパ法を検討されている伊藤司先生（以下 I）平林美紀先生（以下 H）のお2人、西洋法史を担当し主にローマ法や近世ヨーロッパ法学の歴史を講義している私田中（以下 T）で、まずは Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München の第2版（2000）を検討することになりました。そして研究会の成果を、邦訳や本格的な研究論文の形ではなく、幾分ルーズな鼎談の形でこのセンター報に連載していくことにいたしました。このような形を取った背景には、一方で、メンバーが法学部と法科大学院のダブル教育を担う中で極端にタイトな研究生生活を余儀なくされているため論文形式にまとめることが困難である、といういささかネガティブな要素も入っていますが、他方で、地域研究センターの活動を学生の教育にも生かすという提言がなされている中で、地域研究を専攻しているわけではなくセンターの活動から直接的な恩恵を蒙ることの比較的少ない法学部の学生への還元として、法律学の勉強の基礎として意味がありしかも肩がこらずに読めるものの提供を試みる、という積極的な側面もあります。

この作品の初版はバルセロナからスペイン語訳 Gonzalo Hernández (trad.), *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, 1987 も出版されておりますので〔以下、スペイン語訳と呼ぶ〕、ドイツ語の単語や構文あるいはその内容が捉えにくい場合などに参照したり、あるいは話の中でスペイン語訳の単語を補ってロマンス語により馴染みのある方に参考にして

いただこうと思います。

まず、講読材料として最初にこの本の講読を提案下さった I 先生から作品について若干説明いただけますか。

I : Hattenhauer のこの作品は私がドイツの在外研究中に読んでいたものです。タイトルからも分かりますように、民法の基礎的な概念について法学的な観点からの説明のみならず歴史的な展開が叙述されているもので、とても魅力的なものだと思ったのです。思想的ないし哲学的な背景も含む随分広いパースペクティブから述べられているものですから、読んでいくうちに、中身をより正確に理解するために他の人たちと一緒に丁寧に読みたいという気になりました。また本書は、基本的な概念の変更を伴うドイツ債権法改正作業—これはその後実現をみたわけですが—が進められる中で、立法作業に歴史的な洞察があまりに欠如していることに対する危機意識から書かれたものであると著者自身告白しています。この意味でも、民法の改正作業が現実の日程にのぼりつつある今日の日本にあって紹介する価値があると思ったわけです。

私どもには不案内の分野の文献の援用や引用も多々ありますので、必ずしも本格的専門的な議論はできませんが、むしろそうした素養のあまりない法律家ならどう読むか、あるいは読んでしまうのか、ということが披露できれば、他の分野の方との対話にも繋がるかと思えますし、センターの学際的な要請にも一定程度応じることができのではないかと考えます。また T 先生がおっしゃったように教育的な意味もこめまして、話の中で学生が手にとりやすい文献の紹介もできればと思います。ただ今はインターネットの図書検索が容易になりましたから、それほど詳細な書誌情報は必要ないと思います。

T : Hattenhauer といえば、法制史分野では大部の『ヨーロッパ法史』Europäische Rechtsgeschichte の著者、あるいは啓蒙期の『プロイセン一般ラント法』Allgemeines Landrecht für die Preussische Staaten von 1794 の利用しやすい刊本の編者として有名ですね。後者の法典はすぐ後の話で出てくると思います。ところで H 先生は民法改正の私案作成を目指す研究にたずさわっておいでですが。

H : はい、上智大学の加藤雅信教授が代表を務める民法改正研究会のメンバーになっております。国際取引法の統一化やヨーロッパに共通の契約法の構築、さらにはオランダ民法やドイツ債権法の実現、そしてフランスの債権法改正作業といったヨーロッパの代表的な国内法の改正がなされる中で、日本でもこれらが精力的に紹介されています。研究会では、ヨーロッパのみならず、同じく民法改正の動きのある東アジアの研究者を招き、2008年3月に「民法改正国際シンポジウム—日本・ヨーロッパ・アジアの改正動向比較研究—」という国際的なシンポジウムを開催しましたし、さらに、この秋の名古屋での私法学会では、過去3年あまりの研究会の成果として

財産法に関する条文提案をふまえたシンポジウムを行ないました。私どもの研究会以外にも民法の特に債権法改正を目指す研究グループが複数ありまして、現在、学界では、ヨーロッパの新立法の紹介がなされ、日本の条文の具体的提案、民法の学者内部でのある種の合意の形成が進められています。こうした動きの中、果たして世界で生じている新たな理論や改正がヨーロッパ法あるいは大陸法の伝統の中でどう位置づけられ評価されるのか、という問題に対して、最近では基礎法的な素養なりとっかかりとなるものがあまりにも少ないのではとっております。

T：例えばヨーロッパの研究者がおいでになり、法制史の知識の少ないメンバーの研究会なり講演会なりで「これはローマ以来の伝統だ」と言われていても真偽が確かめられずにいて弱っている、ということを知ることがあります（お前もこの種の研究会に顔を出せというルビがふってあったのかも知れません）。基礎法学、実定法学、実務の連携の欠如・困難はいつの時代でも言われていることですが。ちなみに法学の歴史的素養を真正面から取り上げたものとして、村上淳一編『法律家の歴史的素描』（東大出版会）があり、2002年秋に横浜桐蔭大学で開催されたシンポジウムが質疑応答も含め採録されています。

ところで、私もこの Hattenhauer の本については、民法の基本概念について、著者自身の明確な考えを押しつけるというよりも、どちらかというと、その概念をめぐっていくつかのトピックを提示して、忘れてしまっている、あるいは知られていない知識なり視座を提供してくれているという印象を受けました。この意味でも研究会の議論のきっかけにとってもいい本だと思います。しかも大部なものではないので、かえって丁寧に読んでいけると思います。本書の構成や進め方についてお話を聞えますか。

I：構成は、第1章人（＝人格）Person, la persona、第2章法人 Juristische Person, la persona jurídica 第3章物 Sache, la cosa、第4章法律行為 Rechtsgeschäft, el negocio jurídico、第5章債権債務関係 Schuldverhältnis, la relación obligatoria、第6章不法行為 Unerlaubte Handlung, actio ilícito、第7章所有権 Eigentum, la propiedad、第8章婚姻 Ehe, el matrimonio、第9章家族 Familie、これはスペイン語訳では親権 Derecho de guarda paterno となっています、第10章相続法（＝相続権）Erbrecht, derecho hereditario、第11章資本 Kapital（この章は第1版にはなくスペイン語訳はありません）、第12章労働 Arbeit（この章も同じです）、第13章民法 Bürgerliches Recht, derecho civil、そして最後に第14章「おわりに」 Nachwort, epílogo からなっています。

研究会の進め方ですが、H先生と私は、まずは主たる専門領域つまり債権債務関係、相続法＝相続権をそれぞれ担当しようと思います。

T：では私はお二人の得意分野を避ける形で、いわば補充的・穴埋めに担当すると

いうことにして、物のところを担当させていただきます。従ってこの鼎談は本の順序とは違う進め方になります。もっとも担当と言いましてもとりあえずは仮訳の準備に責任を持つということで、研究会では3人で知恵を出し合ってよりよい理解を目指すと同時に様々な問題を喚起したり提起できれば、と思っております。

## 第3章 物

### 第1節 単語・概念の歴史の崩壊

H：では最初にT先生に第3章「物」についてお願いしたいと思います。まずは物についての第3章「物」の第1節は *Auseinanderfallen von Wort- und Begriffsgeschichte* です。節の表題で、概念史というのはわかるのですが、*auseinanderfallen* というのが若干わかりにくいですね。内容を見ると、「物 *Sache* という用語があるからといって、法律家が、明確な輪郭を持った洗練された『物』という概念を有していたわけではないこと、とりわけ今日の民法の規定する有体物としての物概念が獲得されていたわけではないこと」、という意味で用いられているのかな、とも思うのですが。

I：そうですね。私たちがあまり考えたことのない *Sache, cosa* の言わば概念史が述べられていますので、さっそく中身を紹介願えませんか。

T：はい。私も節の表題にはとまどいました。スペイン語訳では *derrumbamiento de la tradición histórica de concepto y palabra* となっています。直訳すると、「概念および単語の歴史的伝統の崩壊」ということでしょうか。確かに *auseinanderfallen* は本来「崩壊する」*rompersi* なり「粉々になる」*cadere in pezzi* といった意味があるようです。言葉の歴史も概念の歴史もともに崩壊してしまっているということなのでしょう。

さて著者は、最初にドイツ民法90条を援用して、今日では物 *Sache* を有体物と把握している (*anfassen*)、つまりそういう概念として捉えている (*be-greifen*) ために *Sache* の本来の語義が見えなくなっていることを指摘しています。物を有体物と捉えると、それはまさに具体的なモノを示す概念だと言えるでしょうけれど、そもそも *Sache* とは最も抽象的で具体的イメージが掴みにくいもの *abstraktest und anschauungsleerst, los mas abstractos e inconcretos* の一つだった、としています。ドイツ民法の条文が出ていますが、日本語文献で学生が対応する条文を知るにはどうすればいいでしょうか。

I：翻訳としては、戦前のものですが神戸大学外国法研究会編『獨逸民法』『仏蘭西民法』（有斐閣）が役にたちます。ともに戦後に復刻版が出ています。フランス民法典については法曹会からも2冊本が出ています。ドイツは先に述べたように

近年債務法の現代化つまり大改正がなされていますし、フランス民法もたびたび改正がなされ、さらに目下は様々な改正草案が出ていますから、やはりインターネットのサイトが威力を発揮します。フランス民法の条文については <http://www.legifrance.gouv.fr>、ドイツ民法については <http://www.gesetze-im-internet.de/> という、ともに政府のサイトが便利で、いずれも民法の英訳も出てきます。日本の条文から対応するドイツ民法なりフランス民法の条文をつきとめるには、『注釈民法』（有斐閣）の当該条文を見るのが簡便です。

T：さて本文に戻ります。Sache は sagen 「述べる、言う」と親近の単語であり、元来の意味は「法律上の争い」Rechtsstreit, causa や「訴訟」Prozess, proceso である、とされています。古来の裁判手続きでは（Im alten Gerichtsverfahren, en los antiguos procedimientos judiciales）口頭の訴えの方式つまり定型的な決まり文句を「述べる」ことによって訴訟がなされたわけで、まず原告が被告に ansprechen（sprechen は英語の speak と同じ起源の単語）するものであり、この主張あるいはより狭い意味での請求に対して被告が verantworten することが、つまり答弁・応答することがなされていた、というのです。このことは今日のドイツ法の「請求権」Anspruch という概念を想起させるというのですが、後者も「答弁」Klagebeantwortung といった表現に連なるといえるのかもしれませんが。

I：古来の裁判手続きが口頭主義であったというのですが、この「古来の」というのは、何に対比させているのでしょうか。いわゆる継受ローマ・カノン法の書面主義に対する、継受以前の「ゲルマン的」手続きを考えていいのでしょうか。

T：そうですね。ゲルマン的というか、ローマ法継受以前の非ローマ型訴訟における口頭主義と、ローマ・カノン法の書面主義という対比で古い alt, antiguo という単語を理解しておきたいと思います。もっとも古代のローマ法の訴訟について、いわゆる古拙な法律訴訟では、厳格に定型的な発話文言に極端にまで拘束されていた手続きであったことは知っておく必要があります。このあたりの理解には、ウルリッヒ・マンテ（田中実・瀧澤栄治訳）『ローマ法の歴史』（ミネルヴァ書房）の短い叙述がとても役に立つと思います。書面性との対比でいいますと、厳格な法律訴訟の後に発達した方式書訴訟手続きになっても、法務官の面前、さらに審判人や百人法廷での口頭弁論が重要だったと思います。ヨーロッパの民事訴訟の歴史についてはアルトゥール・カウフマン（小野木常・中野貞一郎編訳）『民事訴訟法概史』（信山社）や塙浩『フランス民事訴訟法史』『フランス民事訴訟法史続』（信山社）がありますが、いずれもかなり難しい本です。

古典古代では、政治集会における議案に対する議会弁論（συμβουλευτικός, délibératif）と神や死者や都市国家などを称讃する演示弁論（επιδεικτικός, épideictique, démonstratif）と並んで、というよりもまさにそれら二つにまさって法

廷弁論 (δικανικός, judiciaire) こそすぐれて弁論家の活躍領域だったのです。ケケロの作品群は言うまでもなく、クインティリアヌスの『弁論家の教育』も、第一義的には法廷弁論を念頭において書かれていると思います。人文系と法学系のバランスのとれた素養を持つ者によらない近代語訳は、残念なことに難解なものになりがちです。一般的に日本の法律家にはこれらの作品はほとんど馴染みがないと思います。伝クインティリアヌスの『大模擬弁論集』 *declamationes maiores* などに代表される、ローマの若い学生が退屈しないように工夫された弁論教材などは、弁論術の歴史の中での評価はともかく、日本の法律家にももっと知られていいジャンルだと思います。

話がそれましたが、ローマはむしろ書面性への完全な移行を強く拒んでいたと思います。また中世において証書実務が優勢になっても、本来は発話形式の問答契約が理解されなくなった後代においても、問答契約を行った旨が契約書で記載されるのが習わしであったと言われていることも、付け加えておきたいと思います。

H : 著者は、口頭で予め定められた決まり文句のやりとりをして、判決にいたる一連の経緯すべてが Sache だったとして、今日の判決でも In Sachen という定型的な言い方にこの古来の意味が残っていることを指摘しています。

T : In Sachen はどう訳したらいいですか。

I : 「事実関係において」ということでしょう。今日でも Sache は、係争中の事件 *anhängige Sache* とか、事件を移送する *Sache abgeben* のように事件の意味でも用いられますし、*Sachverhalt* 事実関係のように「事実」の意味もあります。また訴訟判決との対比で本案判決は *Sachurteil* と言います。これらは少しドイツ法を勉強した人なら誰もが知っていることですが、Sache の本来の意味が「物」ではなくむしろこちらであったことがとても興味深いですね。

T : ラテン語の *res* も、物を意味する他に、みなさん御存知の表現 *res iudicata* (既判力) からわかるように事件、事項の意味がありますので、むしろローマ法の継受段階の直訳からドイツ語の Sache にも二つの意味があてがわれたのだと推測したいような気になりますが、そうではなくドイツ語の中で *sagen* と同類なのだという Hattenhauer の所見はとても面白いですね。

H : 著者は、訴訟事件を表す単語が物という意味も表すことになるというこのような推移が英単語の *thing* にも見られると指摘しています。『ランダムハウス英和辞典』(小学館) ですと、物としての *thing* とは別立ての単語で、立法議会や法廷の意味の *thing* が挙げられていますね。ドイツ語の語源については、グリムの辞典を見てもそうですが、より簡便な *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 2. Aufl. Akademie Verlag, Erfurt, 1993 の Sache の項を見ても、古高ドイツ語 *sahha*, 中高ドイツ語 *sache* には *Rechtssache*, *Rechtsstreit*, *Angelegenheit*, *Ursache*, *Ding* の意

味が、sacu には、Verfolgung, Krieg, Prozeß の意味が挙げられており、さらに英語の sake やドイツ語の Ursache, Grund といった単語の指摘もあります。やはり『ランダムハウス英和辞典』で sake の末尾を見ても類似の趣旨が記されています。

I : 英語の thing はドイツ語の Ding と同じ起源なのでしょうね。Hattenhauer は、ドイツでも Ding は元来、裁判手続き Gerichtsverhandlung にほかならなかったとして、この意味は今日でも諺 Gut Ding will Weile haben に残っているとしています。これはどういう意味ですか。

T : 調べたところ日本の諺「急いてはことをし損じる」に対応するもの、と理解されているようです。ですから Gut Ding は漠然と「よいこと」を示しているのではないのですね。私は、根が怠け者なので、最初は「果報は寝て待て」といったものかと誤解したのですが、「自己に有利な判決を得るには時間がかかるものだ」というのが原義だったというのですね。このあたりはゲルマニストにきいてみたいですね。スペイン語訳では el refrán 《las cosas de palacio van despacio》 advierta de que en el palacio (de justicia) hay que dar tiempo al tiempo つまり「法廷では機が熟すのを待たなければならない」と直訳風に警句として訳されています。

H : ラテン語の causa (訴訟) からフランス語の chose へも類似の展開が見られるとされています。『ロベール仏和大辞典』(小学館)の chose の末尾、語源のところにも同じことが書かれています。ラテン語の causa から chose と cause の2つの単語が作られたようですね。

T : Ding が裁判集会の意味だというのは、著者は書いていませんが、ウェーバーの法社会学の例の「Dinggenossenschaft 的的法発見」を思い浮かべる人が多いのではないのでしょうか。彼の名著『経済と社会』の第7章法社会学は、かつては多くの日本の法学者を魅了し、3つの邦訳、石尾芳久訳(法律文化社)、小野木編訳(日本評論社)、世良晃志郎訳(創文社)が出版されています。それぞれに特徴があると思います。世良訳には実に詳しい訳注が付されており、小野木編訳には末尾に法哲学者の矢崎光圀先生のエレガントな解説が付されています。ウェーバーのドイツ語構文は読者に緊張を強いるもので、それに対応する日本語訳も、彼の特殊な用語や表現が、市民権を得ていない訳語やカタカナ語で表現されていることも加わって、読むのに骨が折れます。『経済と社会』には、英訳やイタリア語訳もあるのですが事情はあまり変わりません。法社会学の部分のみのフランス語訳 Jacques Grosclaude の訳 Sociologie du droit は比較的助けになると思います。

ここでは、「Dinggenossenschaft 的的法発見」がどういう文脈ででてくるかを、ごく簡単に述べさせて下さい。ウェーバーは、第1節で法の内容・事項面での分化を述べた後、第2節で権利がどのように作られるか、その形式・形成を扱い、第3節で法の形式・形成面での様々な性質を扱っています。形式・形成面での性質とはわ



かりにくいですが、ここでは、そもそも新しい法がどのように作られるのか、あるいは発見されるのかが解説されています。始原的には、呪術に依拠する法発見、それからカリスマによる法発見や法創造、さらに法名望家による法創造が説明された後に、戦争によってこうした発見態様に変革もたらされ、武装集団が集会によって紛争を解決する形式が出現するというのです。なるほどここでは共同体によって判決つまり法発見がなされるわけですが、しかしカリスマ性のある者またはカリスマ性はなくとも官職を保持する者が判決を提案し、その他の参加者は提案を受け入れるか拒否するかを選択だけがあるという枠組みが作られます。つまりいわゆる自由な審議型ではないわけです。このような法の発見をウェーバーは Dinggenossenschaft 的発見と呼んでいます。

H：こうして中世では近代的な物概念はほとんど認識できないと書かれたあと、中世哲学あるいは神学に話が進んでいますね。スコラ哲学の人間と物の捉え方の基準が聖書であること、そして聖書の冒頭では、視覚可能な他のすべての世界と同じく人も神の創造物としてあらわれます。神は6日間で世界を創造するわけですが、まずは無生物、それから植物、そして動物が作られ、最後の創造日に人間が作られます。そしてより下位にあるものからより上位にあるものが順に創造されたとして、そのまま秩序をなすと考えられているようです。そして著者はトマス・アクィナス(1225-1274)の『神学大全』I. 96. 1の一節をドイツ語で紹介していますね。

T：彼が紹介しているドイツ語訳も邦訳も素人の私には正直わかりにくかったです。邦訳は山田晶『神学大全』(創文社)7冊125-126にあり、そこでは次のように約されています。若干原語の単語を入れて紹介しましょう。

「第九十六問題 無垢の状態における人間にふさわしい支配について 無垢の状態におけるアダムは諸々の動物を支配するものであったか。

・・すべての動物は、然るに、本性的に人間のもとに立つべきなのであって、このことは次の三つのことがらに基づいて知られる。第一には、自然の過程 *naturae processus* に基づいてである。けだし、事物の生み *generatio* の過程にあっては、『不完全なもの』から『完全なもの』へ進むという或る種の秩序・序列 *ordo* が認識される一つまり質量は形相のためにあり、より不完全な形相はより完全な形相のためにあるのであるが、まさしくこれと同様のことが、自然の使用 *usus* ということにあっても見出されるのであって、すなわち、『不完全なるもの』は『完全なるもの』の用に供せられる。植物は、すなわち、その養いのために大地を用いるし、動物は植物を、そして人間は植物ならびに動物を用いるのである。だからして、人間が動物を支配するという事は自然本性的なことがらにほかならない。アリストテレスが『政治学』第一巻に、『森の動物の狩猟は正しい自然本性的なことがらである。なぜなら人間は、このことを通じて、自然本性的におのが所有であるところのもの

を自分の手にすることを求めているわけなのだから』(山田晶訳 7 冊 125-126)。

ここにある、「第一には、自然の過程 *naturae processus* に基づいてである。事物の生み *generatio* の過程にあっては、『不完全なもの』から『完全なもの』へ進むというある種の秩序・序列 *ordo* が認識される」は難しいですね。原文は、*Primo quidem, ex ipso naturae processu. Sicut enim in generatione rerum intelligitur quidam ordo quo proceditur de imperfecto ad perfectum (nam materia est propter formam, et forma imperfectior propter perfectiorem)* , ita etiam est in usu rerum naturalium, nam imperfectiora cedunt in usum perfectorum です。トマス・アクィナスについては、フランスの素晴らしいサイト <http://docteurangelique.free.fr> があります。そこで読める『神学大全』1984年のドミニコ会によるフランス語訳ですと *La première est l'ordre même de la nature. De même que, dans la genèse des choses, on saisit un certain ordre selon lequel on passe de l'imparfait au parfait, car la matière est pour la forme et la forme plus imparfaite pour celle qui est plus parfaite, de même en est-il aussi de l'usage qui est fait des choses de la nature, car les êtres plus imparfaits sont mis à la disposition des plus parfaits* とありました。ここでは *in generatione* が *dans la genèse des choses* と「創世記」をも思わせる単語になっていて、たった今 I 先生に述べていただいた Hattenhauer の趣旨に合致する理解ではないか、と思いました。もちろんその直前の *ex ipso naturae processu* と繋がるのかも考えなければならないですし、専門家の方から厳密な理解ではないとお叱りを受けるかもしれません。我々の当面の目的は Hattenhauer 先生の文章から知恵を拝借するということですから、こうした誤解の可能性もあえて記録して、この鼎談をお読み下さる方々の批判を仰ごうと思います。

I : そして万物が神の創造物であるという点では人と物とに違いはないわけですが、人間は万物の *Krone, rey*—万物の霊長とでも訳すのでしょうか—神は支配権 *Herrschaft* を人間に貸与した *verliehen habe*、というのです。ですから人間は他の被造物を近代的な所有者 *Eigentümer* のように支配するのではなく、あくまで神の創造した秩序のおかげで支配するのだ、というのですね。著者は、この意味で神学的基礎に基づいての、人に対置される「近代的な物概念」はなかったとの結論に至っています。

T : もっとも引用されている『神学大全』の箇所では、トマスは人に所有権 *dominium* を認めることについて丁寧に議論をしていることを指摘しておきたいと思います。このあたりのことも専門的な研究が豊富なのですが、われわれ法律家にはそれほど馴染みがありません。2008年に出版された、アルベラン『物権法の歴史』*Jean-Louis Halpérin, Histoire du droit des biens* の第5章「所有権概念の出現」の最初の数節が中世における神学者と教会法学者の理論にあてられていて、教父トマ

ス・アクィナスの理論、さらに教皇とフランシスコ会との清貧論争が所有権の理論に与えた影響を簡潔に述べてくれていますので助かります。この章の冒頭で、アルペランは、

「近代というものの起源が中世にあることについて今日異議をとらえる者はいない。16世紀と17世紀にまさに誕生する近代国家も、中世の終わりの数世紀の王制での諸制度によってつくられた土壌に根ざしている。人の（主観的）権利についても同様であり、その中でもっとも重要なものが19世紀に人権として認められたのである。人権が中世のそして宗教的な起源を有しているというイエリネック Jellinek のテーゼは、20世紀初頭のフランスにおいて物議をかもししたが、今日では、主観的権利や所有権といった概念の歴史に関する数多くの研究によって確認されている」と述べています。私たちのこの鼎談の意義を支えてくれる一節なのでまずは紹介しておきたくなりました。実は研究休暇中一学期間この本のもとになったパリの高等師範学校での講義を聴講していたので、こんなに早く出版されてとても重宝しています。

さて肝心のトマスについての説明ですが、アルペラン先生は、Hattenhauer が説明している「人間の動物に対する支配は、人間をその頂点に置く生物の階層秩序によって正当化 (quaestio 96)」されるということに加えて、「神は、万物の主であるから我々に物を受領することを命じることができ、従って我々が占有しているのは神の意志によるのだから、他人の財産を奪う盗みとは言えないのだ」という論拠を重視しています。こうして「万物は神によって造られ神に属しているという啓示と、外的な物の占有は人間にとって自然的なことであるというアリストテレスの思想との調和」がはかられているというのです。トマスが、キリスト教信仰とアリストテレス哲学を調和したとは、私どもでも常識としては知っていますけれども、所有権の正当化についてもこの側面からトマスを理解することができるというわけです。その後、教皇庁とフランシスコ会とのいわゆる清貧論争を通じて、イエスはその物について訴訟を提起しようという意思などなかったのだから、彼の衣服や食事に対しても所有権を想定できないという所有権を厳格に否定する側からの立論が皮肉にも近代の所有権概念を浮き彫りにすることになった、という説明をし、そしてすでにトマスの弟子ドメニコ会修道士パリのジャン・キドール Jean Quidort de Paris が、「技能、労働および勤勉」によって物が個人に固有のものになると説明していたことを指摘しています。

## 第2節 ローマ法の物 Die res des römischen Rechts

I：さて次の節はローマ法の物概念ですね。盛期および後期中世の法律家は普通法の裁判規範として『ローマ法大全』を学んでいたわけですから、ローマ法の物概念の

影響下にあるわけですね。もっとも概念といっても、ヤウォレヌス法文からの有名な格言「(法においては) あらゆる定義は危険である」が援用され、ローマでは物の様々な分類が精緻になされる一方で、物の定義は洗練されなかったというのが全体の内容だと思うのですが。

T: その通りです。Hattenhauer は、『ローマ法大全』の最も重要な『学説彙纂』の物についての章(第1巻第8章)の冒頭を指摘していますが、若干不正確ですので、首項から第1項にかけての邦訳を紹介しましょう。『学説彙纂』Digesta 全50巻のうち、プロータと呼ばれる最初の4巻は、モンローによるすぐれた英訳(Charles H. Monro (trans.), *The Digest of Justinian*. 15巻までの英訳。近年1分冊のみ復刻されていますが、印字が悪く読めない箇所があったりします)を参考にされたわかりやすい春木一郎訳『ユースティニアヌス帝学説彙纂 IIPOTA』(有斐閣)がありますので、これも利用して下さればと思います。

ちなみに『学説彙纂』の全訳については、アメリカのフィラデルフィアから出版されているワトソン編英訳の改訂版が近々出版されることになっています。また現時点でオランダ語訳やスペイン語訳が完成しており、ドイツ語新訳は28巻まで、イタリア語新訳は19巻まで出版されています。オランダ語訳がドグマーテッシュの面では周到に考えられている、というのが私の率直な印象です。ワトソン編英訳には近代の校訂版であるモムゼン版との対訳全4巻本と英訳のみの全2巻本があります。各国の翻訳出版の状況については、Antonio Guarino, *Diritto privato romano*の末尾の文献目録が大変詳しいと思います。

さて『学説彙纂』の物についての章の冒頭を邦訳しておきましょう。

『学説彙纂』1巻8章1法文 ガイウス『法学提要』2巻

「首項 物は二つに大別される。というのも神法上の物と人法上の物があるからである。神法上の物とは、例えば神聖物 *res sacrae* [e.g. 神殿] や宗教物 [e.g. 墓、墓地] などである。例えば城壁や城門といった聖護物 *res sancta* もある程度神法上の物に類するものである。ところで神法上の物は誰の財産にも属さない。これに対して人法上の物は、たいていは誰かの財産に属するのであるが、誰の財産にも属さないこともありうる。なぜなら相続財産は、ある者が相続人になる前は、誰の財産にも属さないからである〔休止相続財産 *hereditas jacens*〕。さて人法上の物には公の物と私の物とがある。公の物〔公有物 *res publica*〕は何人の財産にも属しないと考えられている。団体自体に属すると考えられているからである。これに対して個人に属するものが私の物である。

1項 さらに物には有体物と無体物とがある。有体物とは接触できるものである。例えば農場 *fundus*、奴隷、衣服、金、銀、その他無数の物がそうである。無体物とは接触できないものであり、権利として成立するものである。例えば相続権

(= gloss. 相続財産)、用益権、どんな形であれ発生する債権債務関係がそうである。相続財産中に個々の有体物が含まれるということはこの問題とは別の話である。なぜなら農場から収受される果実も有体物であり、何らかの債権債務関係に基づく我々の債権の目的は、例えば農場、奴隷、金銭のように多くの場合有体物であるが、相続権（相続財産）そのもの、使用収益権そのもの、債権そのものは、無体物であるから。役権とも呼ばれる、地役権（農村型不動産役権）および建物役権（母市における不動産役権）〔日本の民法の地役権は、この両者をあわせた不動産役権〕も無体物の数に入る〕。

H: このガイウスの説明だと、物の概念には債権やさらには相続権（相続財産）も入っていますから、「物とは、ローマ人にとってすべてであり、近代の法解釈学の意味では、何でもなし」という Hattenhauer の解説も誇張ではないと思ってしまうですね。このように広く捉えると逆に物の概念が把握しにくくなり、実際、ローマ人は物の定義にはあまり関心を示さずに、その分類には知恵を絞ったとされています (zerbrachen sich den Kopf, se rompieron la cabeza)。著者は、先のガイウスが述べている分類以外で、私たちの民法学の分類に影響を与えているものとしてどのようなものを挙げていますか。

T: はい、代替物、消費物などが挙げられています。しかし、先に挙げたガイウスの無体物には、物概念が広がったために、役権や相続権（相続財産）、さらに債権も含まれていることがあったこと、また、何か論理整合的な閉じた体系を志向していたわけではないことは注意を要すると思います。そしてローマ法の継受以後も 19 世紀にいたるまで、法律家は物概念を追求するよりも、むしろ物の分類に意を用いたとありますね。Hattenhauer は、これがドイツ民法典の 91 条ないし 100 条にも反映しているというのです。

I: 確かに日本の民法典とは異なり、ドイツ民法典では、91 条代替物 Vertretbare Sachen、92 条消費物 Verbrauchbare Sachen、93 条本質的構成部分 wesentliche Bestandteile、94 条不動産の本質的構成部分 wesentliche Bestandteile eines Grundstücks、95 条仮装的構成部分 Scheinbestandteile、96 条不動産所有権と結合する権利 Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind、97 条主物と従物 Hauptsache und Zubehör、98 条従物たる農具 Inventar als Zubehör、99 条果実 Früchte、100 条収益 Nutzungen と、教科書的な精緻な分類がなされていますね。日本ですと、87 条の主物と従物、88 条の果実、89 条の果実の分配くらいで、他はむしろ講学上の分類として教科書に委ねられています。

T: ところが面白いことに、1794 年のプロイセン一般ラント法には、物を定義する端緒が見られるというのですね。ラント法の 1 部 2 章 1 条以下が挙げられています。

1 条 本法における意味では、物とは、権利又は義務の客体となりうるすべての

ものをいう。

2条 人の行為も、同様にその権利も、それが他の権利の客体となる限りで、物という一般的な名称のもとに把握される。

3条 狭義で物と呼ばれるものは、性質または人の合意によって自立性を有するものであって、その自立性によって継続的な権利の客体たりうるもののみである。

I : プロイセン一般ラント法は、あらゆる生活関係を合理的に規律しようとするいわゆる啓蒙期の思潮を反映した2万条近くにおよぶ立法として有名ですね。最初にT先生が述べられたように、この法典の刊本編集と解説 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staat von 1794. Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Güthner Bernert. Frankfurt a. M. 1970*) も Hattenhauer 先生の主要な業績の一つです。日本語の訳はありますか。

T : もちろん全条文が訳されているわけではありませんが、『西洋法制史史料選Ⅲ近世・近代』(創文社)に、若干の条文について石部雅亮先生の訳があり、また先生の本格的な研究書『啓蒙期絶対主義の法構造—プロイセン一般ラント法の成立—』(有斐閣)もあります。それにしても3条の意味はわかりにくいですね。プロイセン一般ラント法の注釈書として有名なフェルスターの物の概念の説明を紹介しておきましょう。いくつかの版がありますが、南山大学図書館所蔵のものを利用しました (Franz Förster, *Preussisches Privatrecht, I.* (bearbeitet von M. E. Eccius, 1896, S. 105-106)。大づかみで訳すと、次のようになると思います。

「権利の目的即ち権利又は義務の客体となりうるように、人の権利が関係するもの、人の意思に服するものを、ラント法は物と呼んでいる。

本法典は、有体物、並びに他人の権利及び行為を含むこの広い物概念と、より狭い概念とを対置している。狭い概念で物と呼ばれるのは、性質又は人の合意によって自立性を有するものであって、その自立性によって継続的な権利客体となりうるようなものである。Kochは有体物と無体物の対立が考えられている、としている。しかし『性質によって』という表現は、有体物のことだと解さなければならないとしても、『人の合意によって自立的』という表現は、さらに進んで、その手段の背後にある別の目的に達するための単に一時的な手段ではないすべての客体のことが意味されていること、そしてラント法は、行為に対する権利つまり債権 *Obligationen* を、所有権の取得又は保持の手段としてしか考えていないので、債権は〔物概念から〕排除されることを想定しているのである。この意味で債権債務関係は人にとって継続的な利益のあるものではないというのは、つまり手段は目的が達成されると利益がなくなるからなのである。債権は権利の生成に関するものであり物権は存在に関するものである。債権は占有及び所有権の客体たりうるのか、というプロイセン法で提起されている問いに対して否定的な判断を下していることはこのことと関

連する。ところが、債権も用益権及び質権によって把握されうる erfassen [用益権および質権の客体になる]。その限りで、債権は（人の合意による）取引関係に従って、これらの物権の客体として扱うことを可能にする十分な自立性を獲得した。ラント法の意味するところの占有、取得時効、所有権のありうる客体として、ラント法がしばしば物という表現で認めざるをえないのであるが、もっぱら念頭においていた有体物の他に、物として、継続的な権利、自立的な権利、継続的な使用権、[土地から回帰の給付を受ける権利である]物的(物上)負担もまた考えられるのである。

権利の客体とは、権利者に対しその要求を満たすのに役立つものとされる。この目的は道徳的、法的なものではなく経済的なものである。これによれば権利の目的は財貨と表現されるのであり、人に帰属するあらゆる権利の目的の総体がその者の財産をなしている」。

I：そうですね。プロイセン一般ラント法の条文自体は、権利の客体一般という広い物概念を採用し、非常にカズイスティッシュな物の分類を行っているわけです。ところがこの解説が書かれる時代になると、ラント法の逐条解釈の体裁をとりながらも、パンデクテン法学にも、また当時の実務にも、そして BGB や日本民法にも繋がる物概念と親和的な説明が試みられています。物権と債権を峻別し、そこで物権の絶対性を確立することと、とりわけ所有権の客体、対象を有体物に限定していくことに関連があるのかとも思いますが、継続的な権利や物的負担と封建制度との関わりも気になります。Hattenhauer は、近世・近代の物の概念の話に移っていますね。

### 第3節 法的概念としての物

H：はい、法的概念あるいは法律概念としての物という節に移ります。一般ラント法は、物として法的に意味のある客体、対象のリストが挙げられているのですが、これが100条以上にわたるといいます。1編2章6条の動産・不動産から始まって、現金、有価証券、貴金属、宝飾品などなど。このような細かな分類について Hattenhauer はローマ法以来の伝統にあるとしていますが、古代ローマ人による分類以上に詳細ですよ。

T：ええ、一般ラント法の編纂者たちは一方でこうした分類をしつつ、他方で自然法論からは、「権利の客体」Gegenstände von Rechten, objectos de derechos として物を一般的に定義することを学んでいるとされています。そして近世自然法あるいは理性法論者としてクリスティアン・ヴォルフが挙げられ、それからカントの法論へと移っています。

H：理性法論というときと自然法論というときの違いはありますか。

T：自然法はすでに古代から中世を通じてずっと主張されていますから、こうした伝統的自然法論と区別するときに、グロティウスあたりからの、いわゆる一般的に近

代的な自然法＝自然権思想に直接に影響を与えた 17、18 世紀啓蒙期の自然法論を理性法論と称することがあります。ヴィアッカー（鈴木祿弥訳）『近世私法史』（創文社）Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 第 3 部（第 2 版では第 4 部）のタイトルは理性法論の時代となっています。コーイングの『ヨーロッパ私法 1500 年から 1800 年』では、「合理主義的な自然法」Das rationalistische Naturrecht という表現が用いられ、カヴァンナの『ヨーロッパにおける近世・近代法史 法源および法思想』Storia del diritto moderno in Europa では、「自然法論の発生」il sorgere delle dottrine giusnaturalistiche という章に続いて「法学合理主義の勝利」il trionfo del razionalismo giuridico という章をたてています。近世、近代の場合も「自然法」という言葉を残した方がわかりやすいと思います。代表的な近世自然法論者として法思想史の教科書に必ず挙げられるのが、グロティウス（1583-1645）、プーフェンドルフ、トマジウスそしてこのヴォルフです。彼らについては、まずは和田小次郎『近代自然法学の発展』（有斐閣）が手引きとなります。法思想というよりもより法制史や専門法学の面からアプローチしたものとして、勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』（ミネルヴァ書房）があります。自然法の著作は基本的にラテン語で書かれていますが、特にグロティウス『戦争と平和の法』（初版 1625 年）やプーフェンドルフ『自然法と万民法』（初版 1672）およびその簡略版『自然法による人間と市民の義務』（初版 1673）は、バルベラックの説明的なフランス語訳を通じてロマンス語圏でも広く読まれたとされています。邦訳としてはグロティウス（一又正雄訳）『戦争と平和の法』（酒井書店）がありますが、残念ながらそれ以外の作品は邦訳されていないと思います。さてヴォルフの自然法論については全 8 巻におよぶ大部の『科学的方法によって考察された自然法』（1740-1748）がありますが、Hattenhauer は簡略な『自然法・万民法提要』の 121 節を引用しています。この作品はドイツ語（Grundzüge des Natur-und Völkerrecht）とラテン語（Institutiones juris naturae）で読むことができます。若干原文のドイツ語が違いましたが、1962 年以降に刊行されている全集から両方を参照して、引用箇所だけでなく節全体を紹介しましょう。

「我々に有用でありうるあらゆるもの＝存在（ein jedes Ding, welches nützlich sein kann, ens omne, quod nobis usui esse potest）を我々は物 Sache と名づける。有用でありうる、とは、例えば、生命を維持するために、快適安全に生きるために、如何様であれ身体および精神の完全を促し不完全を防ぐために有用でありうる、ということである。ところで物は感覚で感じることのできる有体物であるか、感覚で感じることができずもっぱら悟性 Verstand (intellectus) でのみ把握される無体物であるかである。権利や精神活動の所産 die Fertigkeiten der Seele (habitus animae) が後者である。生命および健康の維持のためにそして精神を完全なものに



するために必要とされる必要物 (res necessariae)、生活を快適に自己の事務を自身で処理するために役立つ (nützlich) 有用物 (res utiles)、満足を促進する又は愉快なことに資するためだけの快適・享樂物 (res voluptuariae) とがある。さらに自然が自ずからもたらす自然物 (res pure naturales) もあれば、人の勤勉がなされてはじめて自然がもたらしてくれる、つまり勤勉を通じて引き出される生産物 (res industriales) もあれば、人の技術によってもたらされる人為物 (res artificiales) もある』『自然法・万民法提要』(1部4章121節)。

H : 今日の民法とは違って、知的財産権も包含しうる抽象的で非常に広い物概念ですね。このような概念が近世自然法論に見られるのはとても興味深いです。物の概念を規定するにあたって、この時代の自然法論の特徴とされている、幸福や完全を目指すべき人間の義務に関連づけられ、物がその義務を果たす目的に資するものと把握されていることも、なるほどと思いました。

I : Hattenhauer が、自然法論の物概念が理性法の義務論 Pflichtenlehre, la doctrina del deber と関連づけられているけれども一般ラント法の起草者はこの物から権利概念 Rechtsbegriff, 法的概念 un concepto jurídico を作っているとしていることも指摘しておきたいですね。彼は、一般ラント法が自然法論者を師としつつ凌駕しているとも、ヴォルフの物概念は法律専門的なものではないとも書いていますよね。いずれにせよこうした幸福追求といった目的を想定した義務論はカントで批判されるわけですね。他方で Hattenhauer は、主体と客体の峻別、つまり行為をなす者とその行為を受ける物との区別を重視し、そのことをカントにつなげていますね。

T : I 先生が注目されたことについて、石部先生も先に挙げた『啓蒙期絶対主義の法構造』で、一般ラント法編纂者のスワルツが、「自然権を導き出す論理がヴォルフと異なっている。ヴォルフが人間の完全性を達成する自然的義務から自然権を導き出すのに対し、スワルツは直接自然権を措定しこれを法的に強制可能な権利と見る。ヴォルフの自然法論は自然的義務論で、したがって道徳哲学の一部をなすが、スワルツのそれは、道徳哲学から区別された一般法理論ないし一般国家学として展開されるのである」と指摘されています。

さて、カントについて Hattenhauer は『人倫の形而上学』の序論から次の文を引用しています。

「物とは帰責能力のないものである。従って、自由な選択意思の客体であって、それ自身には自由が欠けているものは、どれも物 (res corporalis) である」。

カントは、まさに自由意思を有するがゆえに帰責能力があるとされる人との対比から、自由意思なき主体の対象となるという広い物概念を導き出しています。意思の有無が区別の基準になっていて、もはや具体的な目的から物を定義していません。

H : カントはなるほどここで非常に抽象的で広い物を想定しているように思えます

が、最後に付されているラテン語は、法律家なら「有体物」と理解しますから、ちょっと違和感がありますよね。このあたりをきちんとつめないと、なかなか実りのある学際的対話は難しいかもしれません。

T：私もそう思います。概念自体を構築する権利なり自由が哲学者にはありますが、実定的な概念から逸脱している場合には丁寧な解説が望まれますよね。さて Hattenhauer は、サヴィニーがカントのこの考えを受容したとして、直ちにサヴィニー『現代ローマ法体系』1巻53節から以下の文章を引用しています。

「自由意思なき自然は我々によって支配されるのではあるが、全体としてではなく、あくまで一定の空間の線引きがなされてのことである。自然のうちでそのように限定を受けた部分を我々は物と名づけるのであり、それゆえ最初の種類の可能な権利がこれに関するものである。つまり物に対する権利 *Recht an einer Sache* であり、それはその最も純粋で完全な形態が所有権と呼ばれる」（53節）。

この53節は「法律関係の種類」を扱っている重要で興味深い箇所ですので、引用箇所より前も少し紹介しておきましょう。サヴィニーはこの節の最初で、「意思は何に対して作用を及ぼすことが可能なのか、つまりどこまで意思の支配が広がりうるのか」を問うています。意思は、自己の人格（身格）*die eigene Person* に対してと、外界に対して作用を及ぼすのであり、外界には、我々と同じ意思の主体と意思の客体つまり意思なき物があるとします。そうだとすると、見たところ、意思支配が及ぶのは、自己の人格、意思のなき自然、他の人格の三つであるように思えるわけです。このように書いて、サヴィニーは直ちに、しかし自己の人格に対する意思の支配に法律関係、権利関係を想定することを非難していきます。

H：今日ではすぐに自己決定などと言って片づける傾向があるように思うのですが、自己の意思による自己自身の人格や身体に対する支配が果たして法律関係に値するかどうかを周到に述べていることは印象的ですね。少し Hattenhauer の叙述からは離れますが、この鼎談を、彼の著書を章立てに従って人格の章からではなく、物概念の章から始めましたのでここですこし立ち止まって考えても面白いと思います。

T：私も同感です。彼の立論は難しいですよ。自己の意思による自己の人格に対する支配ということから、一つには精神面での様々な力に対する支配を生得の権利とし、さらにそこから思想の自由を演繹することに対して、サヴィニーは思想そのものあるいは思想に対する支配＝所有権が他人から侵害を受ける可能性など考えられないのだから、ここに法律関係、権利関係を想定するのは誤りであるとしています。では精神面ではなく人格の可視的な側面つまり身体に対する支配はどうでしょう。この支配を想定し推し進めていく（*Entwicklungen*）と自殺の権利を承認することになってしまうということから、つまりいわば不当な帰結になるからとして、ここに法律関係を想定するのは誤りであるとしています。そもそも法律関係と

は、実定法によって承認されそして限界・境界が確定されるものであり、我々自身に対する我々の力は実定法によって承認されたり境界が確定されたりしないというのです。これに対して意思なき客体に対する支配が所有権だとしています。そして、我々と同様に意思を持つ他人に対しては、その個々の行為についてのみ、その行為者の自由から分離され、我々の意思による支配がなされるのであり、これが債権であるとしています。さらに、所有権や債権は、我々の力の人為的な拡張であるからそれには実定法による承認と境界の画定が必要なものに対して、我々自身に対する力は実定法の承認や限界づけは不要だといえます。

I：もちろんサヴィニーは人の不可侵を考え、その保護には法制度が用意されていることを述べています。ただ、あくまで実定法の承認と画定が必要な、そして有機的で変遷していく関係のみを法律関係と捉えているのですね。

T：人の不可侵からの法的保護制度として、ここで犯罪（に対する刑罰）や占有の保護の例が挙げられていることは大変示唆的です。占有については次の節に繋がりますが。

I：近代法、意思主義そして個人主義といった漠然としたイメージから我々は随分といろいろな帰結を、あるいは安直に演繹しているような気がします。しかしサヴィニーの理論はそうした我々の態度を戒めてくれますよね。彼が考えている実定法によって確定・画定される法律関係の概念をきちんと理解しないとイケませんが、これは本格的なサヴィニー研究が必要になりますから、ここでは自由意思のある主体とそうでない客体というカントの区別がサヴィニーにも踏襲されているということ、そして物は、もはや、「幸福や人格の完成」といった人の義務を実現する目的に資する手段とは把握されていないことを確認できれば、と思うのですが。

H：所有権や債権は、人格の不可侵ということから純粋に発展して出てくるのではなく、あくまで実定的な制度だとしている点など、近世自然法との違いが浮き彫りになっていると思います。ちなみに邦訳ということですが、今ではサヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系』（成文堂）が7巻まで出版されていますね。私は大学院生のときに、今年度法学部ご退職の伊藤高義先生のドイツ語専門書講読で読んでいたことがありますが、確かT先生も出席されていたことがあったとか。

T：はい、『現代ローマ法体系』について、石部先生に講読形式で、贅沢なことに個人授業を受けたのが最初で、また一時期伊藤先生の講読に参加させていただいて大人しく坐っておりました。H先生とは年齢差から残念ながら一緒にできませんでした。いずれも1巻と3巻を読んでいた。今もそうですが、とりわけ当時はなかなか理解ができず叙述の値打ちも分からなかったと思います。今でも九州や大阪で定期的に講読会や研究会があるとききます。

I：Hattenhauer は、サヴィニーが自己目的で物の定義をしているのではなく、直ち

に古典的な「物に対する権利」としての所有権と結びつけていることを指摘していますね。そして物概念が、市民社会の所有権秩序、所有権という市民社会の秩序 *bürgerliche Eigentumsordnung, ordenamiento civil de la propiedad* の基礎であったとしています。

H：もし自由意思を持たない客体というように物を広く捉えると、ここでの *Eigentum* は民法典のいう「所有権」よりもより広く「所有」「財産権」と考えていかも知れませんね。あるいは、単なる精神活動の所産などを狭義の所有権秩序から排除するためには、物概念を限定する必要があったとも言えます。Hattenhauer はまずは物概念を「人でないもの」と定義した箇所、やはり物の理論は直接に民法理論の中心になったのだとしていますね。

I：あと大変気になりますのは、先に挙げた「自由意思なき自然は我々によって支配をされるのではあるが、全体としてではなく、あくまで一定の空間の線引きがなされてのことである」の箇所から、Hattenhauer が、サヴィニーはいわば一物一権主義をとっており流動的な集合物 *Sachgesamtheiten, la totalidad objetiva* を一つの物と捉えることを否定している、と評価していることです。つまり物概念がますます狭くなり、サヴィニーは、所有権の客体である物としてあくまで一冊一冊の本を考え、ある蔵書全体を物とは把握できないと考えていたというのです。

T：引用箇所がまさにそのことを述べているのか分かりかねますが、今日の日本では集合物はどのように捉えているのですか。譲渡担保などの問題があると思うのですが。

I：はい、集合物 *Gesamtsache* について、これもまた条文には書かれていないのですが、民法上は一個の物と取り扱うことはできない、とされています。例外は、大きく言うと二つあります。一つは特別法で財団とされているものです。工場財団とか港湾運送事業財団などがそうです。特別法によって所有権の対象となるわけですが、他方で、公益性に鑑み、様々な制約が課されていることがあります。もう一つは、倉庫内の商品のように流動性がある集合物であっても譲渡担保の目的物となりえます。これは判例による物概念の変更でしたが、その輪郭が不明確であったために、平成 17 年に「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が制定され、それによれば動産譲渡登記ファイルへの登記が民法 178 条の引渡しがあったものとみなされ、第三者に対する対抗要件を獲得します。しかも譲渡担保に限らない譲渡一般に適用されるということですから、この特別法によって、民法の原則が大きな変更をこうむっていますね。

T：なるほど、ありがとうございます。確かに、近年の特別法による変容に驚きますね。