

**LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON
ET LE NOUVEAU CODE CIVIL, À
L'OCCASION D'UNE
DOUBLE PUBLICATION DE M. JOHN
HENRY WIGMORE. MEMOIRE PRESENTE
A L'INSTITUT DE FRANCE**

Published @ 2017 Trieste Publishing Pty Ltd

ISBN 9780649629824

Les Anciennes Coutumes du Japon et le Nouveau Code Civil, à l'Occasion d'une Double
Publication de M. John Henry Wigmore. Memoire Presente a l'Institut de France by G.
Boissonade

Except for use in any review, the reproduction or utilisation of this work in whole or in part in any form by any electronic, mechanical or other means, now known or hereafter invented, including xerography, photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, is forbidden without the permission of the publisher, Trieste Publishing Pty Ltd, PO Box 1576 Collingwood, Victoria 3066 Australia.

All rights reserved.

Edited by Trieste Publishing Pty Ltd.
Cover @ 2017

This book is sold subject to the condition that it shall not, by way of trade or otherwise, be lent, re-sold, hired out, or otherwise circulated without the publisher's prior consent in any form or binding or cover other than that in which it is published and without a similar condition including this condition being imposed on the subsequent purchaser.

www.triestepublishing.com

G. BOISSONADE

**LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON
ET LE NOUVEAU CODE CIVIL, À
L'OCCASION D'UNE
DOUBLE PUBLICATION DE M. JOHN
HENRY WIGMORE. MEMOIRE PRESENTE
A L'INSTITUT DE FRANCE**

A. M. Viollat
hommage affectueux

H. B.

5

LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON

ET

LE NOUVEAU CODE CIVIL,

A L'OCCASION D'UNE DOUBLE PUBLICATION

DE

M. JOHN HENRY WIGMORE.

Mémoire présenté à l'Institut de France
(Académie des Sciences morales et politiques)

PAR

M. G. BOISSONADE,

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris,
Conseiller-légiste du Gouvernement japonais.



Extrait de la *Revue française du Japon*, Nos 24, 25 et 26.

TOKYO
1894.

Imprimé par Hakubunsha, No. 1, Shichome, Ginza, Tôkyô.

LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON

ET

LE NOUVEAU CODE CIVIL,

À L'OCCASION D'UNE DOUBLE PUBLICATION

DE

M. JOHN HENRY WIGMORE (1).

231

Mémoire présenté

à l'Académie des Sciences morales et politiques,

par

M. G. BOISSONADE.

(Lu par M. G. Picot dans les séances
des 16 et 30 Septembre 1893.)

L'ajournement de la mise en vigueur des deux derniers Codes, voté récemment par le Parlement du Japon, a été sans doute plus remarqué en France et en Europe que ne l'avait été leur promulgation, il y a trois ans⁽²⁾. Si même nous supposons qu'un fait venant de si loin ait attiré quelque attention en Europe, en dehors de ceux qui s'occupent du mouvement législatif étranger, c'est parce que la nouvelle législation civile et commerciale du Japon était considérée par les pays avec lesquels il a des traités comme la dernière étape nécessaire pour qu'il pût arriver au but légitime de ses efforts persévérants, à sa complète autonomie, c'est-à-dire à l'abolition du privilège d'extraterritorialité dont les étrangers jouissent encore au Japon.

Parmi ceux qui ont remarqué cet incident, lequel ressemble à un échouement au port, après un long et heureux voyage, il n'a pas manqué de personnes de bonne volonté qui, pour n'être pas à court d'explications, ont trouvé bien

(1) *Materials for the study of private law in old Japan*, publiés sous les auspices et aux frais de l'*Asiatic Society of Japan*;—*New Codes and old customs of Japan*.

(2) Ces deux derniers Codes sont le Code civil et le Code de Commerce. Quant aux deux Codes criminels, ils sont en vigueur depuis plus de 10 ans, et le Code de Procédure civile depuis plus de deux.

simple de dire que des Codes conçus et rédigés d'après les principes occidentaux ne pouvaient convenir à un peuple de l'Extrême-Orient, dont la religion, les usages et les besoins sont si différents des nôtres.

Quelques-uns même n'ont pas manqué de rappeler, à cette occasion, qu'ils avaient prédit que les Japonais ne pourraient continuer à marcher ainsi au pas de course dans la voie des innovations, sans être bientôt forcés de s'arrêter brusquement, et même de revenir en arrière.

Au risque de diminuer la satisfaction des uns et des autres, mais avec la certitude de rendre la confiance à ceux qui ont reconnu aux Japonais un esprit ouvert aux progrès et une grande aptitude à s'assimiler les bienfaits de la civilisation occidentale, nous demandons à cette illustre Compagnie, qui a dans son domaine les progrès de la Législation et l'expansion du Droit, la permission de rétablir la vérité sur les causes de l'ajournement du Code civil et du Code commercial japonais, à la veille même de leur mise en vigueur⁽³⁾.

En même temps, nous montrerons que cet ajournement, si fâcheux qu'il soit pour le présent, ne compromet pas l'avenir de ces Codes.

Après un an, il semblerait que notre entreprise est bien tardive⁽⁴⁾.

Nous la croyons, au contraire, plus opportune, car, d'une

(3) Ces deux Codes, promulgués en 1890, devaient entrer en vigueur le 1^{er} Janvier 1893. Le vote du Parlement pour l'ajournement au 31 Décembre 1896 est du mois de Juin 1892 et la Sanction Impériale n'a été donnée que le 22 Novembre 1892.

(4) Nous avons déjà publié, l'an dernier, dans la *Revue française du Japon* (Août 1892), une *Réponse aux objections de la Diète et au Manifeste des légistes* (anglo-japonais).

On trouvera dans la 1^{re} Partie de ce Mémoire quelques-unes des idées qui ont été exprimées dans le travail sus-énoncé, parce que l'Académie ne le connaissait pas. On y trouvera aussi quelque chose de ce que l'auteur a eu occasion de dire, récemment, sur le Droit naturel, lors de la distribution des diplômes au *Wa-futsu horitsu gakko*; mais il ne serait guère possible de le retrancher ici. D'ailleurs, quand des vérités sont contestées, il est bon, tant que leurs adversaires persistent à les attaquer, que leurs adeptes ne craignent pas d'insister à les défendre.

For TX
36642

part, le mouvement de retour en faveur des Codes est déjà commencé et la Diète vient de voter les principales matières du Code de Commerce : *les Sociétés, la Lettre de change et la Faillite*, et cela, presque sans aucun changement aux anciennes dispositions ; d'autre part, un légiste américain a fait, récemment, une publication, en anglais, des anciennes coutumes civiles japonaises et des principales décisions judiciaires (*records, precedents*) des deux derniers siècles, lesquelles, comme on le verra bientôt, donnent le démenti le plus éclatant et le plus inattendu aux allégations des adversaires des nouveaux Codes.

A ce sujet, il faut rappeler que le plus grand reproche fait au Code civil et au Code de Commerce était d'être basés sur des principes qui peuvent être bons pour l'Occident, où ils se sont établis lentement et où ils ont été acceptés par un grand nombre de générations successives, tandis qu'ils seraient, dit-on, étrangers, pour la plupart, au Japon ancien et moderne, applicables à des besoins que n'a pas le pays et, parfois même, en opposition formelle avec les traditions familiales et l'organisation des fortunes.

Or, on verra bientôt que si un reproche était à faire aux Codes japonais, ce serait plutôt de ne pas s'être assez affranchis de ces traditions, qui ne sont plus en accord avec l'esprit moderne du pays dégagé de toutes les idées féodales.

PREMIÈRE PARTIE.

Quand on cherche, dans les discours des deux Chambres, dans les pamphlets et dans la presse locale, les causes de cette campagne entreprise contre les Codes, on trouve si faibles celles qui ont été mises en avant qu'on est facilement convaincu qu'il y en a d'autres qu'on n'osait pas avouer, mais qu'il est facile de découvrir.

Ainsi, pouvait-on dire sérieusement :

Que ces Codes reposaient sur les principes d'une religion étrangère qui n'admet ni le respect du Souverain ni celui des père et mère ; tandis que cette religion enseigne,

au contraire, "d'honorer son père et sa mère et de rendre à César ce qui est à César" et, plus généralement, "de respecter les puissances établies (*omnis potestas a Deo*)?"

Que les Codes français, auxquels les nouveaux Codes japonais sont empruntés, ne conviennent qu'à des pays républicains; tandis qu'ils ont régi la France sous deux Empereurs et sous deux Dynasties royales, aussi bien que sous deux Républiques?

Enfin, que ces mêmes Codes, ayant près d'un siècle d'existence, ne sont plus en accord avec les besoins des temps nouveaux; tandis qu'au contraire, ils ont été si souvent modifiés que, dans certaines matières, c'est pour les légistes une œuvre laborieuse que d'y démêler ce qui est encore en vigueur et ce qui est renouvelé?

Il y avait peut-être une certaine habileté à susciter contre les nouveaux Codes l'animosité des sentiments religieux et politiques; mais s'il ne convient pas de douter ici de la bonne foi des opposants, on ne peut leur accorder le bénéfice d'une *probabilis error*, car il leur était facile de comprendre que des Codes de droit privé n'ont rien de commun avec les dogmes religieux et avec la forme du Gouvernement.

Il n'était pas plus sérieux de dire que le Code civil sacrifie les droits de l'Etat à ceux de l'individu: il a prétendu, au contraire, faire à chacun sa part légitime de droits. Il est vrai qu'il considère la puissance de l'Etat comme établie uniquement dans l'intérêt des individus et pour protéger et favoriser leur développement moral et intellectuel; c'est que les rédacteurs du Code japonais n'étaient pas sectateurs de la *Sociobiologie*: pour eux l'Etat n'est pas un organisme dont les individus ne seraient que les cellules.

Un autre reproche qu'on a encore fait au nouveau Code civil est d'admettre, avec Montesquieu (Liv. I^{er}, Chap. I^{er}), "un Droit naturel, des rapports d'équité, antérieurs aux lois positives" et dont celles-ci doivent s'inspirer.

Cependant le Code civil n'a pas eu à faire de profession de foi à cet égard : il n'a pas eu la prétention de poser les principes qui doivent guider le législateur ; il n'est pas une Loi sur les lois, une Constitution ; il n'est lui-même qu'une *loi positive* et, par cela même, il prend la place du *droit naturel* dans toutes les dispositions qu'il édicte. Si les Rédacteurs de ce Code se sont inspirés du Droit naturel, s'ils n'ont eu d'autre ambition que de lui donner une formule dans les matières civiles, ils ne l'ont pas dit et n'avaient pas à le dire. Que si les adversaires de ce Code, comme ses défenseurs, y découvrent le Droit naturel, c'est la meilleure preuve que ce droit n'est pas une chimère ; donc ils se condamnent eux-mêmes.

Il est vrai d'ailleurs que, dans deux cas, le Code civil s'est référé explicitement au Droit naturel, pour suppléer à ce qui pourrait manquer à ses dispositions : le plus saillant est lorsque, au sujet des Preuves, il avertit le juge que, "dans l'interprétation de la loi, il doit se "pénétrer autant de son esprit que de ses termes, et y "suppléer par les principes de l'Equité et de la Raison."

Mais pourquoi cette guerre au Droit naturel ?

C'était encore un motif politique. On soutenait que "ce prétendu Droit naturel est incompatible avec la Constitution japonaise, d'après laquelle tous les droits du peuple japonais lui viendraient de la concession du Souverain."

Heureusement, la Constitution japonaise ne porte rien de semblable. Ce qu'on peut soutenir, c'est que les droits *politiques* qui, jusqu'à la Constitution, appartenaient à l'Empereur seul, n'ont été concédés au peuple que dans la mesure déterminée par la Constitution. Et remarquons, en passant, que cette mesure est très large, puisqu'un des premiers actes du nouveau Parlement a été de voter l'ajournement de Codes sanctionnés et promulgués par l'Empereur lui-même, alors qu'il avait encore la plénitude du pouvoir législatif.

Mais, en matière de droits *privés*, cette théorie de

l'octroi du Souverain est tout-à-fait imaginaire : le pays eût été vraiment dans une situation aussi triste que singulière, s'il n'eût été jusqu'ici régi par aucune autre règle de droit privé que celles qui lui auraient été octroyées par l'Empereur. En effet, avant la promulgation des deux Codes de droit privé, les Ordonnances Impériales sur les matières de droit civil et commercial ont été fort peu nombreuses et tout-à-fait spéciales ; les tribunaux ne pouvaient donc décider la plupart des litiges qu'en y appliquant les usages et coutumes, et, au cas fréquent de leur insuffisance, en suivant les précédents judiciaires locaux. Or, comme on n'imaginera pas de dire, sans doute, que ces précédents s'étaient formés sous la direction Impériale ou Shogounale, comme ils étaient généralement conformes, soit à l'Équité ou à la Justice, soit à la Raison commune ou à l'Utilité pratique, il faut bien reconnaître qu'ils n'étaient qu'une application d'un Droit universel et par conséquent naturel. C'est ainsi que les jurisconsultes romains décidaient les questions douteuses, tantôt *Æquitatis ratione*, tantôt *ratione Utilitatis*.

Dans les cas mêmes où, depuis la Restauration du Pouvoir Impérial dans sa plénitude, par l'abolition de la Féodalité et du Shôgounat, il est intervenu des Ordonnances Impériales en matière civile, prétendrait-on dire que l'Empereur n'a suivi que son bon plaisir (*sic volo, sic jubeo*) ? Ce serait aussi peu respectueux qu'inexact : l'Empereur prenait conseil de Ministres justes et éclairés, et c'était toujours dans l'Équité, la Raison et l'Utilité, c'est-à-dire dans les dictées du Droit naturel, qu'il puisait le nouveau droit positif. Je suppose volontiers que ses conseils s'inspiraient de Confucius, qui dit que "le principe du Gouvernement est ce qui est juste et droit"⁽⁵⁾ ; mais, en même temps, ils se rencontraient, sans le connaître alors, avec Montesquieu, lorsqu'il dit : "Les lois

(5) *Kou-go*, chap. XII, § 17.