

## Les origines du Code civil japonais

Béatrice Jaluzot\*

- I. L'inscription dans la tradition civiliste
  1. Le choix du modèle français
  2. La querelle de la codification
- II. Le choix du droit comparé
  1. Un choix de raison assumé
  2. Des visions renouvelées du Droit
- III. Conclusion

Le Code civil japonais est entré en vigueur le 16 juillet 1898, il fêtera bientôt ses 120 ans. Bien que remanié à plusieurs reprises depuis la seconde guerre mondiale, sa longévité remarquable est due à la qualité du travail préparatoire qui l'a accompagné.<sup>1</sup> Il s'agit ici de revenir, à grands traits sur ses origines, afin de présenter une vue d'ensemble des grandes étapes que celui-ci a traversées avant d'aboutir à ce résultat magistral. Le lecteur pourra ainsi mieux comprendre pourquoi et dans quelle mesure le code civil japonais s'inscrit dans la tradition civiliste et, au sein de celle-ci, à quels courants théoriques il se rattache.

Le Code civil japonais (*Minpō-ten*, 民法典) est une œuvre importante à plusieurs égards. Historiquement, il a été le premier code civil d'Asie orientale, la première édification juridique dotée d'une volonté politique forte et à laquelle les plus grands moyens disponibles ont été consacrés. À ce titre, il est un modèle pour de nombreux pays asiatiques, qui suivent de près ou de loin son évolution, et s'en inspirent à plus ou moins grande échelle. Sur le plan intérieur, il prend place dans le mouvement titanesque de codification qui anime les débuts de l'ère Meiji, il intervient après la réalisation des lois pénales : le code pénal<sup>2</sup> ainsi que le code de procédure criminelle,<sup>3</sup> préparés par Gustave

---

\* Maître de conférences en droit privé et comparé à Sciences-po Lyon. Directrice-adjointe de l'Institut d'Asie Orientale (UMR 5062), Lyon.

1 Cf. E. HOSHINO (星野英一), *Nihon minpō-ten no zenmen kaisei* (日本民法典の全面改正) [La réforme d'ensemble du code civil japonais], *Jurisuto* 1339 (2007) 90 : « c'est plutôt un bon code ».

2 G. BOISSONADE, *Projet révisé de Code pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (Paris, XIXe année de Meiji (=1886)).

3 G. BOISSONADE, *Projet de Code de procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (Tōkyō 1882).

Boissonade, sont entrés en vigueur en 1882.<sup>4</sup> Les préparatifs de ce code font partie du chantier d'ensemble que constitue la création d'un droit civil dans le pays et ils sont concomitants à ceux du code de commerce.<sup>5</sup> Ce travail, qui intéresse le peuple japonais, est mené de front par le gouvernement avec un chantier aux enjeux politiques majeurs : l'édification d'une constitution. Celle-ci verra le jour en 1889 et deviendra la Constitution de Meiji.

Politiquement, le Code civil occupe une place un peu particulière car il est au cœur d'une préoccupation nationale majeure. Après une isolation de près de 300 ans, le Japon est contraint, en 1854, d'ouvrir ses frontières aux occidentaux. Ceux-ci scellent cette ouverture par la signature de traités largement favorables aux intérêts étrangers. Or, en cette fin de XIXe siècle, le Japon est toujours lié par ces traités. Connus sous la dénomination de « traités injustes », ils lient le pays au départ avec les USA, puis à partir de 1858 avec la Grande Bretagne, la France, les Pays Bas et la Russie<sup>6</sup> auxquels s'ajouteront le Portugal en 1860, la Prusse en 1861, la Belgique en 1866, le Danemark en 1867 et l'Espagne en 1868.<sup>7</sup> Tous sont porteurs d'une clause d'extraterritorialité qui prévoit que les juridictions nationales japonaises ne peuvent être compétentes dans les questions où des sujets étrangers sont impliqués. La raison invoquée à cette règle est l'inadaptation du système juridique nippon aux standards occidentaux. L'entrée en vigueur d'un droit civil est, en conséquence, décisive afin que les autorités japonaises puissent retrouver leur entière souveraineté nationale. Cette question est présente à l'esprit de tous lors des débats qui entourent l'avènement du *Minpō-ten*.

Juridiquement, le Code civil japonais voit le jour près de cent ans après le Code Napoléon, 90 ans après le code autrichien de 1811, mais il entre en vigueur deux ans avant le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand – qui, promulgué en 1896, a différé son entrée en vigueur à l'aube du nouveau siècle, avant le code suisse de 1807–1811. La période, fin du XIXe et début du XXe siècle, est celle d'un foisonnement en matière de codification et les juristes japonais réussirent à faire œuvre parmi les premiers. Loin d'être une copie servile de modèles antérieurs, les auteurs se sont attachés à produire une législation moderne, fruit des idées les plus novatrices de leur temps, s'efforçant non seulement d'atteindre les objectifs fixés par les puissances occidentales, mais aussi de doter leur pays d'institutions durables.

---

4 G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon. Accompagné d'un commentaire*, Tome premier : Des droits réels (Tōkyō 1890–1891) V. Le code pénal sera refondu en 1907, le code de procédure le sera en 1922 puis en 1948.

5 *Id.*

6 Dits « Traités de Ansei », du nom de l'ère durant laquelle ils ont été signés. Cf. L.G. PEREZ, *Japan Comes of Age. Mutsu Munemitsu and the Revision of the Unequal Treaties* (Madison (NJ)/London 1999).

7 M.R. AUSLIN, *Negotiating with Imperialism: the Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy* (Cambridge (MA) 2006).

Le Code civil japonais a été promulgué en deux parties. La première, composée d'une partie générale, du droit des biens et du droit des obligations a été publiée le 27 avril 1896<sup>8</sup> et la seconde, consacrée au droit de la famille et aux successions, l'a été le 21 juin 1898.<sup>9</sup> Rapidement en vigueur après sa promulgation, il l'est aujourd'hui encore après avoir connu un certain nombre de modifications. S'il s'apprête à une réforme majeure, celle de l'ensemble de son droit des obligations, dans l'ensemble, il perdure. Ce résultat est le produit d'un certain nombre de contraintes et de choix éclairés : premier code à avoir employé la méthode comparative (II.), il s'inscrit dans la tradition civiliste d'un droit codifié (I.).

## I. L'INSCRIPTION DANS LA TRADITION CIVILISTE

Incontestablement, le Japon appartient aux pays de droit civil, le législateur japonais ayant fait le choix d'une codification pour son droit. Il rejette ainsi le modèle de *common law*, pourtant connu de lui à l'époque où le choix est opéré. En réalité la démarche est contrainte par les circonstances historiques et politiques, ce qui conduit le législateur japonais à se tourner vers le modèle français (1.). Ce choix sera matérialisé par l'invitation de Gustave Boissonade à rédiger un premier code civil qui jamais n'entrera en vigueur (2.).

### 1. *Le choix du modèle français*

Les premiers traités sont signés sous le règne du dernier Shogun et dès lors, les dirigeants japonais n'auront de cesse de s'en défaire. Conscients de la nécessité impérieuse de se tourner vers l'Occident dans tous les domaines, le droit est la clé de l'indépendance recouvrée. Se doter d'un système juridique moderne permettra de retrouver la souveraineté juridique à l'égard de tous les sujets présents sur le territoire nippon. Le pays doit se doter non seulement de juridictions acceptées par les occidentaux, mais aussi d'un ensemble de textes et de lois reconnus par ces derniers. A cette époque, dans les années 1850–1860, seul le droit français est synthétique, les érudits japonais ne l'ignorent pas. Les conseillers du dernier shogun, vraisemblablement, le francophile Kurimoto Joun (栗本鋤雲, 1822–1897), l'incitent à se tourner vers le droit français.<sup>10</sup>

Cependant, les traités provoquent un affaiblissement irrémédiable du Shogun que nombre de seigneurs d'un Japon encore féodal ne peuvent accepter. Le shogunat est déposé et l'Empereur est remis sur le trône en 1867. Ce changement brutal et radical de régime observe toutefois une certaine continuité : la question de la renégociation des

---

8 Loi n° 89, année 29 de l'ère Meiji.

9 Loi n° 9, année 31 de l'ère Meiji.

10 I. KITAMURA, *Droit français – droit japonais : hier, aujourd'hui, demain*, Lettre du CFDC (Centre français de droit comparé), oct. 2008 (Les 150 ans de relations franco-japonaises), 9.

traités étant au cœur des préoccupations du nouveau gouvernement, celui-ci reprend très tôt à son compte l'intérêt pour le droit français.

a) *La traduction des codes français par Mitsukuri Rinshō*

Au tout début des années 1870 Etō Shimpei (江藤新平, 1834–1874), est en charge des questions juridiques au sein du jeune gouvernement Meiji, il pose les fondations du système juridique japonais. Sous son égide sont institués un lieu d'enseignement du droit : l'école de droit du ministère,<sup>11</sup> les bases de l'administration judiciaire<sup>12</sup> et une commission des lois. Etō prend la tête du tout premier ministère de la justice le 31 mai 1872. Il charge Mitsukuri Rinshō (箕作麟祥) de la traduction des lois françaises. Mitsukuri (1846–1897)<sup>13</sup> apparaît pour la première fois ici, il jouera un rôle très important à l'égard de la réalisation du code et celui-ci occupera une très grande partie de sa vie. Issu d'une famille d'intellectuels, il avait été en premier lieu formé au *rangaku* (蘭学), les études néerlandaises<sup>14</sup> sous l'ancien régime. Doué pour les langues, il avait appris l'anglais auprès de John Manjirō (1827–1898) et était devenu traducteur au service du ministère des affaires étrangères du shogun à l'âge de 16 ans. Il est choisi pour faire partie de la délégation japonaise qui se rend à l'exposition universelle de Paris en 1867. A cette occasion, il apprend le français durant trois mois avant son départ et devient traducteur de l'expédition. Ces qualités lui vaudront de se voir confier la traduction des codes Napoléons par le nouveau régime.

Ce travail sera un immense labeur. La traduction s'appuie sur les ouvrages usuels du XIXe siècle, qui regroupent l'ensemble des textes législatifs français les plus importants. L'attention se concentre sur les codes Napoléon et Mitsukuri se fonde vraisemblablement sur la compilation réalisée par Royer-Collard et complétée par F. Mourlon.<sup>15</sup> Cet

11 *Shihō-sho Meihō-ryō* (司法省明法寮) [Pensionnat du droit du ministère de la justice].

12 P. BIELLEVAIRE, *Georges Bousquet*, in: F. Pouillon, *Dictionnaire des orientalistes de langue française*, Paris, Khartala, 2012.

13 Cf. E. YAMANAKA (山中永之助), *Mitsukuri Rinshō* (箕作麟祥), in: T. USHIOMI (潮見俊隆)/N. TOSHITANI (利谷信義) (éds.), *Nihon no hōgaku-sha* (日本の法学者) [Les grands juristes japonais] (Tōkyō 1975) 1–26; K. SHICHINOHE (七戸克彦), *Genkō minpō o tsukutta hitobito (5) – shusa i'in 2 – Mitsukuri Rinshō – Murata Tamotsu* (現行民法典を創った人びと (5) 主査委員 2・箕作麟祥・村田保) [Les hommes qui ont fait le droit civil contemporain (5) Les membres de la commission d'examen. Mitsukuri Rinshō, Murata Tamotsu], *Hōzemi* (法ゼミ) 657 (2009-9) 72.

14 L. ROJAS, L'expérience de l'île de Dejima ou la naissance d'une culture de la circulation de l'information scientifique et technique au Japon (1641–1853), *Revue internationale d'intelligence économique* (2010/2) 295–305.

15 Cf. KITAMURA (n. 10) 9; Y. NODA (野田良之), *Meiji shonen ni okeru furansu-hō no kenkyū* (明治初年におけるフランス法の研究) [Recherches sur le droit français du début de l'ère Meiji], *Nichifutsu Hōgaku* (日仏法学) 1 (1961) 36. Toutefois nous n'avons pu vérifier l'existence d'une édition de cet ouvrage en 1868. La plus proche est : M. P. ROYER-COLLARD, *Les codes français conformes aux textes officiels, avec la conférence des articles entre eux, avec la collaboration de M. MOURLON* (Paris 1858).

ouvrage est composé de la Constitution française et des Code civil, de procédure civile, de commerce, d'instruction criminelle, pénal, ainsi que de diverses autres lois. Les codes sont traduits l'un après l'autre, le premier est le code pénal,<sup>16</sup> puis vient le Code civil,<sup>17</sup> le code de procédure criminelle et de commerce paraîtront en 1874. Il est à noter que Mistukuri avait préalablement traduit un ouvrage consacré aux lois usuelles et qui présente, par ordre alphabétique, les principales lois françaises.<sup>18</sup> La traduction des codes est un succès de librairie et elle sera rééditée à plusieurs reprises de manière plus compacte. Pourtant, de l'aveu même de son auteur, elle est un échec : il ne disposait d'aucun dictionnaire et faisait face à des concepts inexistant dans la culture japonaise. Le résultat est qu'elle ne peut servir de base à une codification nationale, le gouvernement japonais est contraint d'élaborer un texte mieux adapté.<sup>19</sup> Il choisit de faire appel à des experts étrangers.

b) *Le Code de Boissonade* : « l'ancien code civil » (*kyū-minpō*, 旧民法)

Après cet essai infructueux, le gouvernement japonais choisit de demander à un expert étranger de rédiger ce code. A partir du 30 octobre 1872, la commission du code civil, créée par Etō, commence ses travaux. Au cœur de celle-ci se trouve Georges Bousquet (1845–1937) qui est assisté par Albert du Bousquet (1837–1832) en tant que traducteur.<sup>20</sup> G. Bousquet est l'un des premiers experts étrangers invités par le gouvernement japonais (*oyatoi gaikoku-jin*, お雇い外国人) : avocat à Paris, il avait été approché par le résident japonais en France, Sameshima Naonobu (鮫島尚信, 1845–1880) et il vient tout juste d'arriver comme enseignant à l'école de droit du ministère. Chargé de rédiger un code civil, 91 articles sont produits en septembre 1873, principalement en droit de la famille et des successions, mais les auteurs conseillent au Ministère de la justice de recruter quelqu'un de plus compétent qu'eux.<sup>21</sup>

Sameshima fait alors la rencontre de Gustave-Emile Boissonade de Fontarabie à Paris, à l'occasion de conférences que celui-ci a tenues devant des représentants japonais du ministère de la justice, sur le droit constitutionnel et le droit pénal.<sup>22</sup> Il signe le 24

16 R. MITSUKURI (箕作麟祥)/S. TSUJI (辻士革), *Furansu hōritsu-sho keihō* (仏蘭西法律書刑法) [Recueil des lois françaises – droit pénal] (Tōkyō 1870).

17 R. MITSUKURI (箕作麟祥)/S. TSUJI (辻士革), *Furansu hōritsu-sho minpō* (仏蘭西法律書民法) [Recueil des lois françaises – droit civil] (Tōkyō 1871).

18 A. ROGER/A. SOREL, Codes et lois usuelles classées par ordre alphabétique. 3ème éd. contenant la législation jusqu'à 1868 (Paris 1868). Pour la version japonaise : R. MITSUKURI (箕作麟祥), *Futsukoku jōyō-hō dai 1-2 shū* (仏国常用法. 第1-2集) [Les lois françaises usuelles vol. 1 et 2], in : *Nippon rippō shiryō zenshū* (日本立法資料全集) [Recueil des documents sur l'édification du droit japonais] (1871, reprod. Tōkyō 2004).

19 YAMANAKA (n. 13) 13.

20 YAMANAKA (n. 13) 12.

21 YAMANAKA (n. 13) 13.

22 Cf. BOISSONADE (n. 4) III.

juin 1873 son premier contrat et arrive à Yokohama le 15 novembre.<sup>23</sup> Engagé comme conseiller-légiste, il sera d'abord enseignant à l'école de droit du ministère où il formera un grand nombre de futurs dignitaires du régime et proposera au gouvernement japonais d'envoyer les meilleurs à la faculté de droit de Paris.<sup>24</sup> Parallèlement à ces activités d'enseignement, il joue le rôle de conseiller pour les juges et les fonctionnaires et répond à toute sorte de questions.<sup>25</sup>

Sa mission de légiste, qui s'avèrera être une tâche fort ingrate, prendra progressivement de l'ampleur. Le nouveau ministre de la justice, Ōki Takatō (大木喬任, 1832–1899), lui confie la réforme du droit pénal vers 1875. Cette tâche que Boissonade estime importante, eu égard aux pratiques alors en vigueur et qu'il juge inhumaine, lui prendra peu de temps. En 1874 Ōki demande à Boissonade de préparer les textes,<sup>26</sup> le projet de code de procédure criminelle commence en juillet 1877 et il est achevé fin 1878. Il est présenté concomitamment avec le projet de code pénal au ministère de la justice et au Sénat. Une commission d'examen japonaise apporte plusieurs corrections et la version finale sera présentée en 1879 ;<sup>27</sup> ils entreront en vigueur en 1882.<sup>28</sup> Malgré le soutien sans faille dont lui témoigne Ōki, et dont Boissonade fait l'éloge dans les différentes publications qui accompagnent ses projets, le travail est très difficile et le juriste français ne manque pas de s'en plaindre. Il regrette bien souvent les modifications faites à son texte et qu'il conteste.<sup>29</sup> Les différentes éditions de ses projets se présentent tant comme des explications complémentaires que comme des réponses à ces modifications.

Néanmoins, en 1879, Ōki confie la rédaction du code civil à Boissonade. Celui-ci pense y consacrer cinq ans, mais le projet n'aboutira que près de dix ans plus tard.<sup>30</sup> Le texte présenté, quoique comportant cinq volumes, ne représente pas l'ensemble des matières couvertes par le Code civil français. Même si Boissonade affirme que Ōki lui avait laissé « une complète liberté, pour le fond, comme pour le plan et sur la méthode »,<sup>31</sup> les

23 Cf. Y. OKUBO, La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur : le refus du législateur japonais ?, RIDC (1991) 389–405.

24 Les archives de l'École de droit du ministère sont conservées par l'Université de Tōkyō, cf. *Tōdai gojū-nen shiryō – shihō-sho gakkō gakari shorui* 173 (東大 50 年資料・司法省学校係書類 173) [documents du cinquantenaire de Tōdai – documents de l'école de droit du ministère, n°173]. Je remercie vivement Prof. Y. ITŌ et M. A. TSUJIMURA de m'avoir permis d'y accéder.

25 Cf. Par ex. G. Boissonade, *Boasonāto shi ate shitsumon-roku* (ボアソナート氏宛質問録) [Registre des questions posées à M. Boissonade] (Tōkyō, Meiji 9 (=1876)) ; G. BOISSONADE / G. BOUSQUET/M. INOUE (井上操), *Shitsumon-roku* 2 [Registre des consultations, vol. 2] (Tōkyō, Meiji 10 (=1877)).

26 BOISSONADE (n. 4) VI.

27 BOISSONADE (n. 3) avertissement, VII et VIII.

28 BOISSONADE (n. 2) avertissement, I.

29 J. LEFORT, La réforme du droit civil au Japon, 15 Rev. Dr. Int. Et lég. Comp., 1884, n. 1, p. 348.

30 BOISSONADE (n. 4) VIII.

31 *Id.*, VI.

domaines touchant au droit de la famille et des successions ne lui sont pas confiés. L'idée de séparer ces domaines est peut-être celle de Valtazar Bogisic, le père du droit monténégrin qui en revendique la paternité : ayant reçu une délégation japonaise en 1878, en la personne de Matsukata Masayoshi (松方正義, 1835–1924), il avait recommandé de ne pas confier ces questions à des étrangers.<sup>32</sup> Boissonade s'accommode de ce choix et écrit : « nous étions... convaincu qu'il fallait une profonde connaissance des mœurs et des coutumes séculaires du Japon pour coordonner, modifier et en même temps conserver la constitution de la famille et du droit de succession ».<sup>33</sup> Ainsi les successions et libéralités, les contrats entre époux seront confiés notamment à Kumano Binezō (熊野敏三)<sup>34</sup> qui sera le premier étudiant à faire des études de droit en France<sup>35</sup> et à Isobe Shirō (磯部四郎).<sup>36</sup> Le travail de Boissonade sera finalement publié trois fois : une première en 1880, à destination des autorités japonaises<sup>37</sup> et une deuxième en 1882–1883 avec un commentaire augmenté.<sup>38</sup> L'ultime version sera remise par le Professeur parisien en 1889, le projet est présenté au Conseil des anciens en 1890 et promulgué en 1891.<sup>39</sup>

La contribution de Boissonade porte principalement sur les droits réels et les obligations. En tant que juriste français, il ne peut que s'inspirer du modèle national, cependant il reste clairvoyant sur ce texte : « quelque légitime que soit notre fierté nationale à l'égard des Codes français, [...] il faut reconnaître qu'ils ne sont plus aujourd'hui, sur tous les points, au niveau de la science moderne et des besoins de la pratique journalière ; ils sont surtout incomplets, et manquent le plus souvent, de l'ordre et de la méthode qui facilitent l'étude, l'intelligence et l'application de la loi [...] on a évité de

32 W.G. ZIMMERMANN, Valtazar Bogisic 1834–1908 – Ein Beitrag zur Südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert [Valtazar Bogisic, contribution à l'esprit et à l'histoire du droit slave au 19<sup>e</sup> siècle] (Wiesbaden 1962) 184, 470 (nous remercions chaleureusement Pr. T. OKA et Pr. E. MATSUMOTO de nous avoir transmis ce document).

33 BOISSONADE (n. 4) XIII.

34 M. TOMI'I (富井政章), *Minpō genron dai-icchi-kan sōron jō jūshichi-han* (民法原論 第一卷總論上 十七版) [Principes du droit civil, vol. 1, Principes généraux partie 1, 17<sup>e</sup> édition complétée et augmentée] Tōkyō, Taishō 11 (=1922)) 66.

35 Il arrive à Paris le 5 nov. 1875 et achève son cursus en droit par une thèse soutenue le 27 juillet 1883 sur *Le cours forcé des émissions fiduciaires*. Il contribuera à la fondation de l'Université de Meiji, <https://www.meiji.ac.jp/koho/desukara/sanpomichi/2009/35-kumano.html>.

36 ISOBE avait fait des études à la faculté de droit de Paris en 1875, il fut le deuxième Japonais à obtenir le titre de juriste (*hōgaku-shi* (法学士)), cf. K. SHICHINOHE (七戸克彦), *Genkō minpō o tsukutta hitobito* (21) – Kaneko Kentarō – Isobe Shirō – Boasonādo (現行民法典を創った人びと (5) 金子賢太郎・磯部四郎・ボアソナード) [Les hommes qui ont fait le droit civil contemporain (21) Kaneko Kentarō – Isobe Shirō – Boissonade], *Hōzemi* (法ゼミ) 673 (2011) 55.

37 G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*. Accompagné d'un commentaire, t. 1 et 2 (Tōkyō 1880).

38 G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*. Accompagné d'un commentaire. Deuxième édition corrigée et augmentée. Tome premier : des droits réels ; Tome deuxième : Des droits personnels ou obligations (Tōkyō, XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> année de Meiji (=1882–1883)).

39 Lois n° 28 et 98 de Meiji 23 (=1890), cf. TOMI'I (富井政章) (n. 34) 67.

suivre une aveugle routine ». <sup>40</sup> Le caractère novateur de son travail se manifeste notamment dans le plan adopté : la partie première est consacrée aux droits réels, la deuxième aux droits des obligations, la troisième aux moyens d'acquérir la propriété, la quatrième au droit des sûretés et la cinquième aux preuves. Boissonade s'efforce de rationaliser la division des matières qui fait défaut au code français et qui est tant critiquée par les auteurs allemands.

L'entrée en vigueur est prévue pour 1893. Le choix du droit occidental, imposé par les puissances coloniales de l'époque au travers des Traités injustes de 1858, est désormais ancré dans l'ère Meiji. Il ne sera plus remis en question. Cependant, le travail de Boissonade va l'être, au point d'être anéanti.

## 2. *La querelle de la codification*

« L'Ancien code » se retrouve au cœur d'un conflit à la fois académique, mais aussi politique <sup>41</sup> (1) dont l'issue sera trouvée dans la nomination d'un comité de rédaction entièrement japonais, et qui sera le premier à recourir au droit comparé (2).

### a) *Un conflit politique et académique*

Cet événement a été remis au jour par la doctrine japonaise des années 70–80. <sup>42</sup> L'hypothèse est la profonde influence que cet événement exerce encore aujourd'hui sur le monde académique japonais, il aurait creusé l'écart entre les différentes écoles de droit et cristallisé la doctrine japonaise autour de trois principales familles juridiques : le droit français, droit anglo-saxon, le droit allemand.

Le Code de Boissonade devait entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1893. Le code de commerce, préparé par Hermann Roesler <sup>43</sup> (1834–1894) était dans une situation similaire. Or, en 1889, un an avant de la promulgation du Code civil, est découvert un projet secret de révision des traités inégaux. Celui-ci avait été entrepris par Ōkuma Shigenobu (大隈重信, 1838–1922), ministre des affaires étrangères. Son objet était de proposer, d'une part, une justice mixte au sein de laquelle des juges occidentaux seraient recrutés et d'autre part, la traduction en anglais des Codes japonais. La population et une partie du gouvernement sont scandalisées par un tel acte de soumission. <sup>44</sup>

Par ailleurs, en mai de cette année 1889, un avis contre une codification trop rapide et trop européenne avait été émis par « l'Association des diplômés en droit » (*Hōgaku-*

40 BOISSONADE (n. 4) *Tome troisième : Des moyens d'acquérir la propriété* (1888) VII.

41 OKUBO (n. 23) 389–405.

42 Cf. notamment E. HOSHINO (星野英一), *Nihon minpō no shuppatsu-ten – nihon minpō no kisō-sha tachi* (日本民法の出発点 – 民法典の起草者たち) [Le point de départ du droit civil japonais – au sujet des rédacteurs du code civil], in : *Minpō ronshū* (民法論集) [Recueil d'articles sur le droit civil] (Tōkyō 1986) vol. 5, 145–219.

43 Celui-ci avait joué un rôle très important dans la rédaction de la constitution de Meiji.

44 Cf. OKUBO (n. 23) 395

*shi-kai*, 法学会). Leur reproche portait principalement sur la place accordée aux coutumes : une codification, selon eux, devait être réalisée en considération des coutumes japonaises, or ils accusaient les rédacteurs de n'en avoir pas tenu compte.<sup>45</sup> Pourtant, le ministre de la justice Ōki avait fait mener une campagne de collecte des coutumes qui seront publiées en 1877 sous le titre : *Minji kanrei ruishū* (民事慣例類集) [collection des coutumes en matière civile]<sup>46</sup>. Toujours est il que, allant dans le même sens, Hozumi Yatsuka (穂積八束), Professeur de droit constitutionnel à l'Université impériale – et frère cadet de Hozumi Nobushige, futur rédacteur du code civil – publie en 1891 une tribune dans une revue juridique : « Le code civil apparaît, disparaissent loyauté et piété filiale ».<sup>47</sup> L'adroite formulation du slogan a beaucoup bénéficié aux contestataires. Un examen précis de la portée de l'argument révèle qu'il s'adressait largement au droit de la famille. Ceci ne manque pas de paradoxe, puisque cette partie justement avait été rédigée par des Japonais. Mais la querelle de la codification n'était pas une cabale personnelle contre Boissonade, elle a touché toute la codification réalisée jusqu'alors, qu'elle ait été réalisée par des étrangers ou non. Ce sont en réalité les idées importées et enseignées par Boissonade en la matière qui étaient contestées, par exemple le statut de la femme au sein du couple, l'autorité patriarcale sur la famille, ou encore l'adoption adulte.<sup>48</sup> Boissonade protestera en vain contre ces reproches.<sup>49</sup>

La querelle est d'autant plus virulente qu'elle s'inscrit dans un contexte universitaire particulier. Au sein des études juridiques, deux courants avaient vu le jour. L'un était porté par l'école française, l'autre par l'école britannique. Jusqu'alors pour former ses juristes, le Japon s'était tourné, soit vers la France, soit vers la Grande Bretagne. Les jeunes émules avaient fondé des établissements d'enseignement du droit et plusieurs écoles avaient vu le jour, affichant leur origine dans l'un ou dans l'autre pays. Il en résultait que le droit français et le droit anglais étaient enseignés dans des lieux distincts : le droit anglais est enseigné à la Faculté de droit de l'université de Tōkyō (plus tard, l'Université impériale) et dans deux écoles privées, futures Chūō et Waseda, tandis que

45 T. OKA (岡孝), *Hōten ronsō shiryō-shū no gendaiteki igi shinpojiumu* (法典論争資料集(復刻増補版)の現代的意義 シンポジウム) [Conférence : la signification contemporaine des documents d'archives sur la querelle de la codification], *Chi'iki Kenkyū Jānaru* (地域研究ジャーナル) [Journal de recherche sur les ères culturelles] 23 (2013-3) 53.

46 Shihō-sho (司法省) [Ministère de la justice], *Minji kanrei ruishū* (民事慣例類集) [collection des coutumes en matière civile] (Shihō-sho zōhan (司法省蔵版) [presses du ministère de la justice] 1877) 597 ; K. IKUTA (生田精) (éd.), *Zenkoku Minji kanrei ruishū* (全国民事慣例類集) [collection des coutumes de l'ensemble du pays en matière civile] (Shihō-sho (司法省) [ministère de la justice] 1880) kindai : info:ndljp/pid/786945.

47 « *Minpō dete chūkō horobu* » (« 民法出デテ忠孝亡ブ ») : N. HOZUMI, (穂積陳重), *Hōsō yawa* (法窓夜話) [Conte du soir sur le droit] (Tōkyō, Taishō 5 (=1916)) n° 97, <http://web.kyoto-inet.or.jp/people/t-shinya/yowaindex.html>.

48 OKA (n. 45) 55 à 57.

49 Y. NODA, Gustave Boissonade, comparatiste ignoré, in : Problèmes contemporains de droit comparé, t. 2 (Tōkyō 1962) 235–256, spé. 239.

le droit français l'était à l'école de droit du Ministère de la Justice et dans deux autres écoles, qui deviendront Hōsei et Meiji. Pour les juristes formés au droit anglais, la mise en vigueur du Code Boissonade constituait une menace. L'école anglaise s'est alors appuyée sur les arguments de la contestation pour déclencher la fronde contre le Code Boissonade. De fait ils étaient majoritaires au sein de l'Association des diplômés en droit qui avait lancé la mise en garde.<sup>50</sup>

Suite à cette polémique, le gouvernement propose au Parlement une résolution : ajourner l'entrée en vigueur du code et accorder un délai à une nouvelle commission afin qu'elle corrige le travail effectué. Le conflit se cristallise autour des *pro*-ajournement et des *contra*. Lors de la session parlementaire extraordinaire de 1892, l'ajournement est adopté à une très large majorité. Formellement il ne s'agit pas d'une abrogation, mais d'un report jusqu'à la fin de 1896. Il s'agissait en réalité de laisser un délai aux juristes japonais afin de préparer un nouveau code. Le Code civil et notamment le projet Boissonade sont remis sur le métier.<sup>51</sup>

Le gouvernement du premier ministre Itō Hirobumi (伊藤博文, 1841–1909) constitue alors, par un décret du 25 mars 1893 « une commission d'examen de la codification »<sup>52</sup> auprès du ministère de l'intérieur. Celle-ci est composée de plus d'une cinquantaine de membres, issus de divers horizons : des juristes, des hommes politiques proéminents, mais aussi des représentants du monde des affaires comme le célèbre financier et philanthrope Shibusawa Eiichi (渋沢栄一) en font partie. Au sein de cette commission, deux comités de rédaction sont désignés, l'un pour le code civil et l'autre pour le code de commerce, avec pour mission de rédiger un nouveau texte.

#### b) La désignation d'un comité de rédaction

Pour le Code civil sont désignés : Hozumi Nobushige (穂積陳重, 1855–1926), Tomi'i Masa'akira (富井政章, 1858–1935) et Ume Kenjirō (梅謙次郎, 1860–1910).<sup>53</sup> Au moment des travaux préparatoires, Hozumi a 38 ans, Tomi'i, 35 et Ume 33. Tous trois sont Professeurs à l'Université de Tōkyō, ils ont été formés entièrement aux droits étrangers : le droit anglais et le droit allemand pour le premier et le droit français pour Tomi'i et les droits français et allemand pour Ume.

Hozumi Nobushige<sup>54</sup> est né à Ehime sur l'île de Shikoku. Sélectionné parmi les jeunes gens prometteur, il est admis à étudier à Tōkyō<sup>55</sup> où il est formé à l'anglais et à la

50 Cf. OKUBO (n. 23) 396.

51 OKA (n. 45) 53.

52 Meiji 26, décret impérial n° 11, *Hōten chōsa-kai kisoku* (法典調査会規則).

53 Ce dernier est aussi membre du comité de rédaction du code de commerce.

54 H. AOKI, Nobushige Hozumi: A Skillfull Transplanter of Legal Thought into Japanese Soil, in: Riles (éd.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Hart Publishing 2001) 129–193 ; K. SHICHINOHE (七戸克彦), *Genkō minpō o tsukutta hitobito (3) – Kisōiin – Hozumi Nobushige – Tomi'i Masaakira – Ume Kenjirō* (現行民法典を創った人びと (3) 起草委員・富井政章・梅健次郎) [Les hommes qui ont fait le droit civil contemporain (3) Les membres rédac-

philosophie. Envoyé dans un premier temps à King's College, il entre la même année à Temple Inn et devient barrister en 1880. Il obtient ensuite l'autorisation d'étudier à l'Université de Berlin durant deux ans. Très vite après son retour, alors âgé de 27 ans, il devient Professeur de droit à l'Université impériale de Tōkyō en 1883. Sa formation initiale de philosophe lui confère une approche élevée du Droit qui le font comparer à Portalis. Il cherchera à l'allier avec une approche sociologique, permettant de dresser les passerelles entre culture occidentale et culture japonaise dans le domaine juridique.

Tomi'i a suivi un cursus atypique<sup>56</sup> : né à Kyōto, il y apprend le français. Lorsque le célèbre industriel Emile Guimet effectue son long voyage à la découverte du pays, entre 1876 et 1877, le jeune Tomi'i lui sert d'interprète.<sup>57</sup> Ayant échoué à l'examen d'entrée à l'école de droit du ministère, Tomi'i choisit de venir étudier en France et Guimet devient son mécène. Il s'installe à Lyon en 1877 et quitte la faculté de droit en tant que docteur en 1883. Il rentre immédiatement à Tōkyō et devient professeur de droit à l'Université impériale en août 1885.

Ume, né en 1860, a fait de très brillantes études à Tōkyō. Il est lauréat sans exception de tous les concours et examens passés : après avoir appris le français durant 4 ans, il a étudié le droit à l'école du ministère. Boursier du gouvernement japonais, il arrive en 1886 à Lyon, dans le sillage de Tomi'i. Fort de l'équivalent de sa licence en droit, il soutient sa thèse trois ans plus tard, sur la Transaction.<sup>58</sup> Suite à cela et à l'instar de Hozumi, Ume part pour l'Université de Berlin où il ne séjourne qu'un an, à partir de 1889. Dès son retour au Japon, il est, à son tour, nommé professeur à l'Université impériale.

Tous trois deviendront des personnages de premier plan dans l'univers juridique japonais. Outre leurs fonctions académiques, ils seront les fondateurs d'Universités : Hōsei pour Ume (et Boissonade), Chūō pour Hozumi, Ritsumeikan (Kyōto) pour Tomi'i. Outre le Code civil, ils seront amenés à jouer un important rôle de législateur, Ume rédigera la loi sur le cadastre, Hozumi rédigera la première loi sur l'état civil, Tomi'i, la loi sur la famille impériale, alors loi de rang constitutionnel. En outre, ces rédacteurs occuperont des fonctions intimement liées au pouvoir politique. Tomi'i sera nommé à la chambre des Pairs en 1891. Hozumi sera membre du Conseil privé de l'Empereur en

teurs. Hozumi Nobushige, Tomi'i Masaakira, Ume Kenjirō], Hōzemi (法ゼミ) 655 (2009-7) 64-66.

55 *Daigaku nankō* (大学南校) [Collège sud de l'Université].

56 Cf. N. SUGIYAMA (杉山直治郎) (éd.), *Tomi'i danshaku tsuitō-shū* (富井男爵追悼集) [Ecrits en mémoire du Baron Tomi'i] (Tōkyō 1936).

57 K. OMOTO/F. MACQUIN, *Quand le Japon s'ouvrit au monde. Guimet et les arts d'Asie* (Galimard 2001) coll. Découverte.

58 K. OUMÉ, *De la transaction – 1° en Droit romain – 2° dans l'ancien Droit français – 3° en Droit français actuel comparé avec le Code civil italien et le projet de Code civil japonais. Thèse pour le doctorat soutenue le jeudi 11 juillet 1889, Horitsou Gakoushi du Japon (Paris 1889).*

1916, Ume sera nommé à plusieurs reprises à la tête du bureau de législation auprès du ministère de la justice et sera conseiller-légiste en Corée jusqu'à son décès en 1910.

Ils rédigent un projet qui deviendra le Code civil japonais, le *Minpōten*, parfois désigné comme « Code civil de Meiji » (明治民法典). Ils font en sorte de produire un code moderne, à la pointe du droit européen. Pour y parvenir, ils emploient une nouvelle méthode : celle du droit comparé.

## II. LE CHOIX DU DROIT COMPARÉ

Le droit comparé, en tant que domaine de connaissance, est balbutiant à l'époque des travaux de la commission. Les droits étrangers attirent l'attention de certains auteurs en Allemagne ou en France, mais en tant que domaine scientifique à part entière, il ne sera réellement reconnu qu'avec le Congrès international organisé qu'en 1900 sous l'égide de Raymond Saleilles et Edouard Lambert.<sup>59</sup> Les Japonais font par conséquent figure de précurseurs en l'érigeant en méthode pour la rédaction de leur Code civil. Le choix du droit comparé est d'abord un choix de raison, mais parfaitement assumé (1.), il conduit les juristes nippons s'interroger sur les conceptions fondamentales du Droit et à en développer une vision renouvelée (2.).

### 1. *Un choix de raison assumé*

Au premier abord, il semble que la voie du droit comparé ait été naturelle : les puissances étrangères faisaient pression sur les autorités nippones, il fallait faire en sorte de les contenter, ce qui ne pouvait se faire qu'en connaissant leurs propres horizons juridiques. Cependant la contrainte s'est transformée en un choix réel, au sein duquel les juristes japonais vont s'efforcer de trouver la plus grande liberté possible. Il s'agit d'un choix contraint, certes, mais d'un choix éclairé.

#### a) *Un choix contraint*

Dans quelle mesure les circonstances ont-elles contraint le choix des juristes japonais ? Ceci est difficile à évaluer. La cause déterminante qui les motive est de retrouver la souveraineté juridique. Boissonnade le mentionne dans toutes les introductions de ses ouvrages, embrassant sincèrement la cause de son pays d'accueil. Avant 1870, il n'y avait guère de choix : seul le droit français pouvait être introduit, en raison de ses caractères synthétique et holistique.<sup>60</sup> Etō Shimpei décide de suivre ce modèle et vraisemblablement tout le système juridique naissant s'y conforme. L'organisation judiciaire a été réalisée

---

59 E. LAMBERT (éd.), Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, t. 1 (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905).

60 Cf. NODA (n. 49) p. 236.

par Georges Bousquet en 1872<sup>61</sup> et dans l'attente d'une codification, le droit français est appliqué par les tribunaux japonais comme *ratio scripta*.<sup>62</sup> Toutefois, si le choix de la codification n'est jamais remis en question, celui du modèle français va l'être.

Il peut sembler naturel que les Japonais aient été portés à s'intéresser à tous les types de systèmes juridiques existants : ils devaient satisfaire le grand nombre de puissances étrangères qui l'avaient soumis par les traités commerciaux et les négociations en vue de leur révision sont permanentes. La question de l'extra-territorialité fait partie de l'équilibre diplomatique et les autorités étrangères sont consultées au fur et à mesure de l'avancée législative. Lorsque Inoue Kaoru (井上馨, 1836–1915), chef de la diplomatie japonaise, organise une conférence pour la renégociation des traités en 1882,<sup>63</sup> les ministres d'une dizaine de pays sont consultés, parmi eux, la France, la Grande Bretagne, l'Allemagne.<sup>64</sup>

Néanmoins, l'intérêt des dirigeants nippons pour la diversité des Droits positifs est précoce : les commentaires de Blackstone sont traduits en 1873,<sup>65</sup> peu avant que Mitsukuri – qui est en premier lieu spécialiste de langue anglaise – en fasse de même non seulement pour les codes français, mais aussi pour le droit égyptien : il est l'auteur d'une traduction des lois égyptiennes en 1879.<sup>66</sup>

La politique d'invitation d'experts européens vise aussi une diversification des connaissances juridiques. Boissonade est choisi notamment en raison de son ouverture d'esprit et de son attrait pour le droit comparé.<sup>67</sup> Avant de venir au Japon, il avait manifesté son intérêt pour le droit italien,<sup>68</sup> l'Inde et son droit,<sup>69</sup> le droit grec,<sup>70</sup> il avait participé à la *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*. Dans toutes les introductions de ses projets, il indique s'être inspiré des droits étrangers à sa disposition, en particulier le droit italien, il cite aussi le code civil hollandais, tout en constatant qu'il lui apporte peu. Par ailleurs le gouvernement japonais s'intéresse au droit allemand : un professeur de l'Université de Rostock, Hermann Roesler, arrive au Japon en 1878, il jouera un rôle très important dans la rédaction de la constitution de Meiji et sera

61 Cf. BIELLEVAIRE (n. 12)

62 BOISSONADE (n. 38) VII ; NODA (n. 49) p. 237.

63 Conférence pour la préparation de la révision des Conventions (*jōyaku kaisei no yobi kaigi*, 条約改正の予備会議), instaurée le 25 janvier 1882 par Inoue Kaoru.

64 Cf. R. SIMS, *French Policy toward the Bakufu and Meiji Japan 1854–1895*, (Richmond, Surrey (UK) 1998) 143–176 : France and the Revision of the “Unequal Treaties”.

65 T. HOSHI (星亨) (trad.), *Eikoku hōritsu zensho* (英國法律全書) [Recueil du droit anglais] (Tōkyō, Meiji 6–11 (=1873–1878)).

66 R. MITSUKURI (箕作麟祥), *Ejiputo hōritsu-sho* (埃及法律書) [Recueil des lois égyptiennes], traduction (Tōkyō, Shihō-sho (司法省) [Ministère de la justice] 1879).

67 Cf. NODA (n. 49) 235–256.

68 G. BOISSONADE, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, à l'occasion du livre de M. Th. Huc, (Paris 1873).

69 G. BOISSONADE, *La réserve héréditaire dans l'Inde ancienne et moderne* (Paris 1873).

70 G. BOISSONADE, *La réserve héréditaire chez les Athéniens* (Paris 1873).

le principal artisan de l'ancien code de commerce, dont la destinée malheureuse sera commune avec le travail de Boissonade. Hermann Techow sera chargé du code de procédure civile.<sup>71</sup>

Parallèlement à cela des Japonais sont formés aux droits étrangers. Les meilleurs étudiants de l'École du ministère de la justice, sélectionnés par Boissonade, sont envoyés à Paris à partir du milieu des années 70, à l'instar de Kuamano ou de Isobe. Ume choisit Lyon, mais d'autres sont envoyés à Londres, tel Hozumi. L'attrait du droit allemand est alors croissant : celui-ci étudie deux ans à l'Université de Berlin, entre 1880 et 1881 ; dix ans plus tard, Ume y séjourne un an, en 1889–1890. Les raisons pour lesquelles Hozumi choisit l'Allemagne se trouvent dans ses écrits de voyage, il en mentionne trois : son éducation était de droit anglais, il souhaitait faire du droit comparé ; il savait qu'en Allemagne, la pratique et la théorie étaient réunies alors qu'au Royaume-Uni la formation des juristes était entièrement tournée vers la pratique ; enfin, le pays était en pleine rédaction de son code civil.<sup>72</sup>

Manifestement, les juristes japonais font progressivement d'une contrainte un atout, se confrontant à la pluralité des approches juridiques en Europe et cherchant à en tirer le meilleur parti.

#### b) *Un choix éclairé*

Un aspect marquant dans l'introduction de la conception occidentale du droit au Japon est qu'elle n'a jamais été acceptée sans une distance critique. Malgré l'importance des obstacles rencontrés, tant linguistiques que conceptuels, jamais les juristes japonais ne se sont rangés sous une seule bannière. Aucun des trois juristes n'a voué d'admiration immodérée pour le système par lequel il a été formé, même si une forme de reconnaissance les habitait.

Très tôt, les juristes japonais vont prendre conscience que le droit n'est pas universel, contrairement à ce qui est prétendu en France. Au contraire, il est pluriel. Comme le démontre Hoshino, Hozumi rejette l'idée d'un droit commun à tous les hommes et il reconnaît les liens intrinsèques qui existent entre un droit et son peuple.<sup>73</sup> Dès 1885, et bien longtemps avant que la théorie des familles de droit ne soit popularisée par René David,<sup>74</sup> Hozumi, affirme qu'il existe cinq grandes « familles de droit » (*hōzoku*, 法族) : le droit indien, le droit chinois, le droit musulman, le droit anglais, le droit romain.<sup>75</sup> On

71 Cf. P.-C. SCHENCK, *Der deutsche Anteil an Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesen. Deutsche Rechtsberater im Japan der Meiji-Zeit* (Stuttgart 1997) 291–293.

72 HOSHINO (n. 42) 158.

73 HOSHINO (n. 42) 152.

74 Cf. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (1964).

75 HOSHINO (n. 42) n. 7 ; Hozumi Nobushige [穂積陳重], *Hōritsu go daizoku no setsu* (法律五大族の説) [La théorie des cinq grandes familles de droit], *Hōkyō*, Meiji 17 [1885], n° 1 et n° 5, *Ibun-shū I shoshū* 遺文集 I 所収 [Collection posthume des articles, I].

peut penser que celui-ci avait connaissance des travaux de Josef Kohler, qui, dans les années 1880, s'est intéressé à des droits très peu connus à l'époque : le droit musulman<sup>76</sup> ou le droit chinois.<sup>77</sup> Celui-ci s'intéressera en outre au droit japonais en 1892.<sup>78</sup>

Hozumi se montre très critique à l'égard des droits français et anglais tout en démontrant une haute considération pour le droit allemand. Il compare les trois pays. Au droit anglais, il reproche de ne pas être facilement accessible à celui qui l'aborde pour la première fois. Il écrit : « le droit anglais privilégie l'application concrète du droit... le fait qu'il n'y ait pas de code rend l'apprentissage du droit compliqué » ; « l'organisation du droit apparaît, à ceux qui souhaitent apprendre le droit anglais, défectueuse par endroits ».<sup>79</sup>

Au sujet du droit français, Hozumi reconnaît que celui-ci possède une codification que beaucoup de pays ont repris. La connaître permet de comprendre ces droits. Cependant, il estime que la science juridique française est sur son déclin : « les savants du droit français sont en adoration devant la perfection et la beauté de la codification, ils sont prisonniers du code et de son esprit. L'interprétation du droit fait défaut (est absorbée). Ils finissent par négliger d'en voir les avantages et inconvénients, les défauts et qualités fondamentales ».<sup>80</sup>

Il indique par ailleurs, que deux choses l'ont impressionné en Allemagne : le nombre d'universités et le nombre de publications,<sup>81</sup> ce qui peut être lu comme est une critique implicite à l'égard d'une plus faible activité académique qui règnerait en Grande Bretagne et en France. La seconde est la mise en chantier de la codification. Lors de ses études à Berlin, les travaux préparatoires du BGB étaient en cours et plusieurs professeurs de l'Université de Berlin étaient impliqués dans la rédaction des textes.

Hozumi analyse l'esprit qui anime les systèmes. Il loue le droit allemand<sup>82</sup> dont l'esprit est, selon lui métaphysique : il repose sur la raison (*Vernunft*) alors que le droit français lui paraît imprégné d'émotion. Selon ses observations, celui-ci est le résultat politique de la révolution française et de la philosophie du droit naturel, et il estime que cet esprit ne peut être appliqué au peuple japonais. En revanche, au cœur du droit allemand, se trouve la notion de nationalisme (*kokka*, 国家) qui lui paraît mieux convenir au peuple japonais. Il se penche aussi sur les valeurs fondamentales incorporées par ces

---

76 J. KOHLER, *Moderne Rechtsfragen bei Islamitischen Juristen: ein Beitrag zu Ihrer Lösung* (Würzburg 1885) 20.

77 J. KOHLER, *Das chinesische Strafrecht. Ein Beitrag zur Universalgeschichte des Strafrechts* (Würzburg 1886) 51.

78 J. KOHLER, *Studien aus dem japanischen Recht*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1892) 376–449.

79 Traduction de l'auteur, HOSHINO (n. 42) 159.

80 Traduction de l'auteur, HOSHINO (n. 42) 159.

81 HOSHINO (n. 42) 160.

82 *Id.*

systèmes, il note qu'ils ont en commun la recherche de la justice. Il leur oppose le droit anglais, qu'il estime, en revanche, reposer sur l'utilitarisme.<sup>83</sup>

Ces opinions présentées à partir des années 1885–1890 deviendront celles de la nouvelle génération. Elles offrent une alternative à celles qui sont enseignées par Boissonade depuis plus de dix ans, elles se présentent comme modernes, dynamiques, fruit d'une pensée novatrice, issue d'une toute jeune nation, l'Allemagne. Or Boissonade est au Japon depuis 1873, il a formé un nombre tout à fait considérable de juristes japonais qui occupent quantité de postes dans l'administration, l'enseignement, la justice. Cette vision critique exprimée par Hozumi et partagée par beaucoup d'autres jeunes juristes ne pouvait manquer de conduire à un conflit entre ces courants divergents.

Cette opposition se manifeste lors de la querelle de la codification, dans le basculement de Tomi'i d'un camp à l'autre. Premier docteur en droit du Japon en février 1883,<sup>84</sup> Tomi'i va jouer un rôle très important dans le vote en faveur du report de l'entrée en vigueur du Code Boissonade.<sup>85</sup> Il reprochait au code d'avoir suivi de trop près le Code Napoléon, d'être insuffisamment adapté aux mœurs japonaises, de n'avoir pas tenu compte des travaux d'autres pays, notamment des travaux allemands.<sup>86</sup> En d'autres termes, il suit les arguments politiques et ajoute celui du droit comparé : il faut tenir compte des travaux du droit allemand. En exprimant cette opinion devant la chambre des Pairs alors qu'il en est membre, il fait figure d'exception, l'un des très rares formés au droit français, mais qui ne défend pas l'œuvre de Boissonade. Selon le professeur Okubo, il est possible que Tomi'i ait développé une admiration pour les travaux allemands alors qu'il étudiait à Lyon. De fait, nombreux sont les enseignants lyonnais qui manifestent à cette époque une très grande estime pour le dynamisme doctrinal outre-Rhin. Les tenants de l'école du droit français lui reprocheront longtemps d'avoir manqué à son devoir de piété et de loyauté envers un professeur qui avait consacré vingt ans de sa vie à travailler en faveur du peuple japonais.<sup>87</sup>

Toutefois, au moment de la querelle, le droit allemand est encore relativement peu connu au Japon. Même si Hermann Roesler y est conseiller du gouvernement depuis

83 Selon Hoshino, plus tard, Hozumi découvrira la nouvelle doctrine française, notamment les travaux de Geny et il modifiera son opinion à l'égard du droit français, p. 162

84 M. TOMI'I, Des droits du vendeur non payé. Droit français : des droits de résolution du vendeur non payé. Thèse pour le doctorat soutenue devant la Faculté de droit de Lyon le 14 février 1883 (Lyon 1882).

85 « L'opinion favorable à l'ajournement était soutenue par les écoles anglaise et allemande auxquelles l'école française, excepté MM. Tomi'i et Kinoshita, opposait l'idée de la mise en vigueur immédiate en disant que le code devait d'abord être mis en vigueur, puis être révisé d'après l'expérience faite de son application », N. SUGIYAMA, Les transformations du droit civil français et l'influence du droit français, Annales de l'Institut de Droit comparé de Paris (1936) 203.

86 J. RAY, Hommage au Baron Tomi'i, in : Hommage au Baron Tomi'i et au professeur Henri Capitant (Paris 1936) 14.

87 Cf. SUGIYAMA (n. 85).

plus de dix ans, les Japonais formés au droit allemand sont rares : la première thèse soutenue par en Allemagne par l'un d'eux date de 1893.<sup>88</sup> Cependant, un département de la faculté de droit de l'Université impériale dédié au droit allemand a été ouvert et à l'occasion d'un décret accordant des assistants, deux de ses diplômés sont recrutés par le comité de rédaction du code civil.<sup>89</sup> Niho Kamematsu (仁保亀松) est attaché à Hozumi et Ni'ida Matsutarō (仁井田 益太郎) l'est à Tomi'i. Ce dernier demande la traduction des projets allemands, en particulier de la partie dédiée aux actes juridiques.<sup>90</sup> Le code civil allemand n'étant pas encore prêt, seuls les premier (1888) et deuxième (1894) projets (*Erster Entwurf und Protokolle*) serviront de base aux travaux japonais.

En somme, la codification française et la codification allemande ont été les deux principales sources d'inspiration du *Minpō*. Or l'esprit qui anime ces deux droits est divergent. La mise en présence de ces deux conceptions de la codification fait naître chez ces auteurs une vision renouvelée des théories juridiques occidentales.

## 2. Des visions renouvelées du Droit

Contraints de se former à un domaine entièrement nouveau, les juristes japonais ont été conduits à s'interroger sur la nature intrinsèque du droit. Cette question est l'objet de vives discussions académiques sur le continent. Elles reflètent l'ébullition qui règne en tout domaine à la fin du XIXe siècle, elles témoignent de la très forte activité du monde académique dans le domaine juridique et plus encore dans le domaine des sciences sociales. Le droit naturel est profondément critiqué par le positivisme juridique et par l'école historique, l'évolutionnisme et l'esprit des peuples séduit un grand nombre d'auteurs.

Le professeur Hoshino s'est longuement penché sur la pensée des trois rédacteurs et il en a fait la synthèse.<sup>91</sup> Deux visions apparaissent : une conception savinienne du droit alliée à l'idée d'un progrès juridique (A) ; une vision renouvelée du droit naturel (B). Les trois auteurs adhèrent à des conceptions différentes, sans jamais s'opposer.

### a) L'Ecole historique et le progrès juridique

Hozumi, par sa formation initiale était plus enclin que Tomi'i ou Ume à poser la question du droit en termes philosophiques. La conception qu'il développe se fonde largement sur l'école historique de Savigny, mais elle est teintée de darwinisme social et influencée par le positivisme.

88 T. ARAKI, *Japanisches Eheschließungsrecht, eine historisch-kritische Studie*, Dissertation (Göttingen) 1893.

89 *Hōten chōsa-kai shoki shomu kitei* (法典調査会書記処務規定) [Décret sur la mise à disposition de secrétaires pour la Commission d'examen de la codification], cf. K. SHICHINOHE (七戸克彦), *Genkō minpō o tsukutta hitobito (30-kan)* (現行民法典を創った人びと (30・完)) [Les hommes qui ont fait le droit civil contemporain (30 – fin)], *Hōzemi* (法ゼミ) 682 (2011) 50.

90 *Id.*

91 HOSHINO (n. 42) 150–212 : *Kosō-sha tachi no shisō* (起草者たちの思想) [l'idéologie des rédacteurs].

Au soir de sa vie, Hozumi exprime sa pensée fondamentale<sup>92</sup> dans une œuvre inachevée : *La théorie du progrès du droit*,<sup>93</sup> publiée en trois volumes publiés entre 1924 et 1927, un an après sa mort en 26. Cette théorie analyse le droit sous l'angle du progrès et elle recherche quels en sont les facteurs de dynamisme.

L'auteur affirme que le droit est le résultat d'un processus évolutif qui le conduit à progresser et à s'améliorer, ce qu'il appelle le principe de l'évolutionnisme, mais que l'on peut aussi traduire par principe du progrès : *shinka shugi* (進化主義). Il affirme que l'avenir de la science juridique réside dans l'acceptation juridique de la théorie de l'évolution. Il cite Larmarque, Down, Spencer.

Hozumi observe l'histoire et l'esprit de chaque système, puis il compare ce qu'il a observé. Il en déduit que les êtres humains doivent lutter pour survivre et que seuls ceux qui réussissent à s'adapter le peuvent, les autres sont promis à disparaître. L'analogie est faite avec les systèmes juridiques : selon lui, les familles de droit dans le monde, *hōzoku* (法族), doivent, à l'instar de ce grand principe, s'adapter ou disparaître. Cette analyse indique au législateur la direction de son travail. Le fondement de la théorie de l'évolution du droit repose sur la découverte des principes de droit universels et les légistes doivent les consacrer.

La théorie de l'école historique, tout en affirmant que le droit change en fonction de l'histoire et que l'application générale du droit diffère selon les époques, estime qu'il existe des principes fondamentaux éternels, par exemple, il est interdit d'assassiner un homme ou encore : il n'y a pas de société où le droit absolu de propriété n'existe pas.<sup>94</sup> La mission du législateur est d'accompagner les progrès du droit, en faisant émerger ces principes éternels, en les mettant en œuvre et en « protégeant les progrès accomplis par le peuple ».

Il s'interroge ensuite sur ce qu'est le progrès en droit, et il estime qu'il est intimement lié au progrès social : le droit doit être expliqué selon l'évolution de la société et sa mission est de faire émerger la réalité sociale. Il y a là un processus interactif entre le droit et la société, car en retour, le droit doit pénétrer les habitudes humaines.

Recherchant ensuite le principe moteur de cette évolution, il se penche sur les facteurs qui lui donnent cet élan dynamique. Hozumi trouve ses réponses non dans l'aspect pratique du droit tel qu'il existe en Angleterre, mais dans l'approche théorique des sciences juridiques. Selon lui, toutes les théories et conceptions du droit exercent une influence sur le contenu des règles positives, il les qualifie de *ha* (派) [courant ou doctrine]. Les énumérant, il juge de leur efficacité : plutôt que la doctrine du droit religieux, du droit naturel, ou encore du droit psychologique, ce sont les courants du droit comparé, de l'exégèse, ou encore de l'histoire du droit qui ont permis les progrès les plus impor-

---

92 HOSHINO (n. 42) 151.

93 N. HOZUMI [穂積陳重], *Hōritsu shinka-ron* (法律進化論) [La théorie du progrès du droit], vol. 1 à 3 (Tōkyō 1924–1927).

94 Cf. HOSHINO (n. 42) 175.

tants. Parmi ceux-ci, il voue une admiration particulière à l'école historique allemande et il cite les ouvrages de Savigny.

Il oppose cette école à celle du droit naturel de la seconde moitié du XIXe siècle. Hozumi rejette l'absolutisme et l'universalité des règles de droit. Il met en avant le caractère intrinsèquement populaire des règles juridiques : le droit vient du peuple, c'est lui qui le façonne et le fait émerger. Ce faisant, il rejette la théorie des lois permanentes.<sup>95</sup> Toutefois, il prend quelque distance avec les auteurs allemands sur la question de la force émergente du droit. Selon la théorie de l'école historique, celle-ci repose sur la conviction ou la croyance du peuple en la règle de droit. Selon Hozumi, cela va un peu trop loin car une telle conception est emprunte d'arbitraire. Il est vrai qu'elle paraît laisser au peuple le choix d'accorder ou non la force obligatoire à la règle de droit.

Un autre aspect de sa pensée repose sur une posture fondamentale selon laquelle la science juridique, comme les sciences naturelles, ont la même méthode : le positivisme. Il écrit : « le droit est un phénomène issu d'une société humaine et politique », il est le résultat de « la relation entre l'homme, être physique et être spirituel et le monde extérieur, matériel et immatériel ». Selon lui l'humain est une chose naturelle, la société humaine est une chose matérielle. Si l'on veut ajouter à cela la complexité du droit, alors il faut observer les progrès de toutes les sciences : la physiologie, la psychologie, l'anthropologie, la sociologie. Toutefois, là encore il garde un esprit critique : il est nécessaire d'emprunter aux différentes sciences, mais considérer ces apports comme un dogme serait une grande erreur.<sup>96</sup>

Tomi'i semble adhérer à cette vision du droit, même s'il a peu développé sa propre conception, les questions de théorie et de philosophie du droit n'étaient pas sa préoccupation première, Tomi'i était principalement positiviste. Il a laissé beaucoup d'articles et de textes techniques, Hoshino constate qu'il est difficile de distinguer sa pensée théorique. Cependant, bien qu'il n'ait pas étudié en Allemagne, il souscrit largement aux théories de Hozumi.<sup>97</sup>

Il est à noter qu'il reprend la distinction romaine entre la science du droit et l'art du droit, et il estime que le but de la recherche juridique doit être emprunt des deux. En affirmant sa nécessité, il s'oppose à l'idée que la science du droit se limite à l'interprétation. Il affirme que cette science est avant tout de découvrir les règles.<sup>98</sup> A cette fin, les méthodes des sciences naturelles doivent être appliquées au droit<sup>99</sup>: observation, induction, déduction.<sup>100</sup> Par ailleurs, il insiste sur l'idée que la science est

---

95 *Id.*, 152.

96 *Id.*, 153.

97 *Id.*, 162.

98 *Id.*, 163.

99 *Id.*, 164.

100 *Id.*, 165.

l'observation critique du droit présent, cette critique doit être étayée par la morale, l'économie et l'histoire.

Sur la question du droit naturel, Tomi'i y adhère initialement, puis il évolue par la suite pour la critiquer et finalement s'y opposer.<sup>101</sup>

b) *Le renouveau de la théorie du droit naturel*

En choisissant le droit français, les juristes japonais adoptaient une conception jusnaturaliste du droit. Boissonade s'exprime clairement sur ce point et il fait du droit naturel le principe directeur de son travail : « nous croyons qu'il n'y a aucune des solutions de ce Projet qui ne soit conforme au Droit naturel et qui, par conséquent, en l'absence de loi positive, ne puisse être suppléée par un tribunal sage et éclairé, suivant les lumières de la Raison pure, le sentiment de l'Équité naturelle et la notion de l'Utilité générale ». <sup>102</sup>

Or cette conception est fortement critiquée par la nouvelle doctrine allemande et elle apparaît comme surannée ; cependant Ume en propose une vision renouvelée. Dès son retour au Japon il se livre à une intense production scientifique,<sup>103</sup> mais il n'était pas en charge des questions théoriques, domaine privilégié de Hozumi. Il a laissé très peu d'écrits au sujet de la théorie générale, les éléments les plus marquants sont mentionnés dans un cours donné à l'Université de Hōsei, durant la 27<sup>e</sup> année de l'ère Meiji (1904). Ses enseignements sur la partie générale du droit civil sont l'occasion de détailler précisément sa pensée.<sup>104</sup>

Hoshino démontre que la doctrine qu'il développe est très originale en comparaison avec celles de ses co-auteurs. Un point essentiel de divergence entre Ume d'une part et Hozumi et Tomi'i d'autre part, porte sur l'essence même de ce qu'est le Droit : Ume était partisan du droit naturel mais il en propose une vision renouvelée. Tomi'i, qui pour sa part, a seulement étudié en France, considérait le droit naturel comme un « lieu commun » du XVIII<sup>e</sup> siècle. Il fait ainsi référence à la vision classique du droit naturel, or Ume lui répond que celle-ci est devenue l'opinion d'une nouvelle école de pensée.

Dans un chapitre intitulé « définition du droit », il utilise les expressions *seihō* (性法) [droit naturel] ou *risō-hō* (理想法) [issu de la raison]: droit idéal. La définition du droit naturel qui y figure et qui se présente comme le point de départ de sa réflexion est traditionnelle : il s'agit du droit qui, « spontanément (*jizen*, 自然), repose sur les lois du ciel et de l'homme (*tenri ninsei*, 天理人性) ». Cependant, selon Hoshino, ses développements

101 Tomi'i s'exprime directement sur la question du droit naturel dans 法学総論 où il consacre un chapitre à « droit positif, science du droit ».

102 BOISSONADE (n. 38) (1883), VII.

103 Il fait savoir en France en 1896 qu'il a déjà publié au Japon quatre ouvrages entre 1890 et 1894 sur le droit de la vente, les sûretés, le droit des sociétés ou encore un commentaire sur le code de commerce, cf. *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 25, « Japon », sous la rubrique « bibliographie » (1896).

104 HOSHINO (n. 42) 172.

montrent une position plus souple, ce qui se manifeste notamment dans l'expression « droit idéal ». Plusieurs arguments sont en ce sens.

Ume estime, suivant les préceptes de Kant, que le droit repose sur la raison pratique (*jissai no dōri*, 実際の道理) [raison concrète] et non sur la nature humaine, c'est pourquoi il vaut mieux parler de « droit issu de la raison ». Par ailleurs, Ume cite la théorie de Fouillée selon laquelle le droit « n'est pas une chose présente et immédiate, qui survient instantanément, mais il est uniquement ce qui doit advenir raisonnablement dans le futur, car il faut s'approcher le plus possible de ce qui doit être raisonnable ». Il en déduit qu'il vaut donc mieux parler de droit idéal. En outre, il estime que « les grands principes sont éternels, mais que sur le plan de l'application, le droit dépend de l'époque et du lieu, il doit régir la société, être appliqué en fonction de son utilité à la société et il est indispensable qu'il change ». En d'autres termes c'est la *dōri* (道理) [raison] qui s'applique à la nature de l'homme et elle suit le droit qui provient de la nature. Afin de mieux expliquer son propos, Ume prend un exemple : si l'on pouvait mesurer le degré de civilisation d'une société, dans l'hypothèse où l'on arriverait à 5 degrés, il serait nécessaire d'adopter un droit qui soit adapté à ces 5 degrés ; si l'on arrive à 10, il faut 10 degrés de droit. En revanche, si la société arrive au 5e degré de civilisation, même si on le souhaite, on ne peut pas appliquer le 10e degré. Et si on l'applique de manière forcée, il y aura plus de dommages que d'avantages, ceci ne serait ni idéal, ni raisonnable. D'un autre côté, si la société atteint un degré de 10, le droit ne peut pas régir un degré primitif de 5. Par conséquent le droit idéal est celui qui s'applique au degré de la société. Il en conclut que si l'on doit nommer cette théorie, on doit l'appeler « courant idéaliste » (*risō-ha*, 理想派).

Le célèbre rédacteur oppose cette vision à celle de l'école historique. Hoshino rappelle d'abord, qu'à cette époque, en 1904, l'école historique était « comparativement jeune » et qu'en tant que théorie divergente et nouvelle, elle était puissante, séduisait les jeunes juristes et recueillait beaucoup de suffrages.<sup>105</sup>

Les deux courants achoppent sur la notion « d'idéal ». Selon Ume s'il n'y avait pas ce concept, il n'y aurait ni amélioration ni progrès. Cette acception correspond, selon lui, à la théorie de l'évolutionnisme juridique (*hōritsu shinka-ron*, 法律進化論) car le progrès consiste dans le fait de s'approcher de la notion d'idéal. Or « tandis que chez les tenants de l'école historique, il n'y a pas cette notion d'idéal en droit et même s'ils évoquent un droit naturel, qui vient de la nature, ils ne parlent pas d'amélioration ou de progrès du droit ». Ume leur reproche de nier une chose manifeste, car le changement que les historiens observent, qu'ils l'avouent ou non, est la poursuite d'un idéal.

D'autre part, selon le courant historique, il n'y a pas d'autre droit que le droit légiféré (*setei*, 制定).<sup>106</sup> Or Ume se pose la question de savoir comment faire si le droit légiféré ne suffit pas : « même si l'on légifère précisément, l'être humain n'étant pas parfait,

---

105 *Id.*, 173–174.

106 *Id.*, 175.

beaucoup de mauvaises règles, ou de règles non adaptées apparaissent. De nouvelles situations surviennent ». Il cite les exemples du téléphone, des voitures, des rayons X. A cet égard il prend à témoin le droit français, modèle de droit naturel : la France « n'a pas changé son droit depuis 100 ans, je ne sais pas si c'est de la légèreté, en réalité, sans qu'il n'y ait d'obstacle, quelle qu'en soit la manière, face à une situation pour laquelle il n'y a pas de règle, quand il n'y a pas le moindre droit positif, on résout ces problèmes par l'application du droit naturel, car le droit français reconnaît le droit naturel ». Ume évoque ensuite la situation dans laquelle une mauvaise règle serait applicable à une situation : s'il n'y avait pas de droit naturel, on serait obligé d'admettre l'obligation d'appliquer ces règles jusqu'à ce qu'elles soient réformées. Ici les tenants du courant historique sont en difficultés, or Ume estime qu'elle peut être surmontée par l'application d'un principe fondamental du droit national, « on peut (tout autant) dire qu'il s'agit d'une reconnaissance implicite du droit naturel ». Il ajoute : « il n'y a pas d'obstacle à trancher une question selon la raison ».

Ume affirme qu'en Occident les tenants du droit naturels sont nombreux : « aujourd'hui au Japon, peu nombreux sont ceux qui le disent, cependant en Europe, il y a d'un côté les tenants du courant historique, en Allemagne et ainsi que les positivistes en Angleterre, d'un autre côté, se trouvent les tenants du droit « idéal » qui sont à peu près la moitié : en France, en Italie, en Suisse ».<sup>107</sup>

Sur le plan de l'application pratique du droit, Ume estime qu'il y a deux raisons pour lesquelles le droit naturel est nécessaire de nos jours. La première est, qu'étant un standard juridique, il permet de créer de nouvelles règles, de corriger le droit présent. La seconde est qu'en présence d'une lacune juridique, la difficulté doit être résolue selon le droit naturel. Il invoque à son appui l'équité (*jōri*, 条理) énoncée par le droit positif à l'art. 3 du décret 103 du Daijōkan sur l'organisation judiciaire, 8<sup>e</sup> année de l'ère Meiji (1875).

Toutefois, Ume reconnaît les limites du droit positif (*seitei-hō*, 制定法), il le respecte. Ainsi, lorsque le droit positif est contraire au droit naturel, il ne va pas jusqu'à dire qu'il faut suivre le droit naturel. Il ne pêche pas par excès et s'il sait que selon les opinions, le droit naturel peut servir de justification à une révolution, il n'y souscrit pas.

Ses développements le conduisent à prendre plus généralement position sur les aspects fondamentaux du droit. Il s'interroge notamment sur la démarche cognitive en droit. Il suit la théorie d'un auteur suisse, Roguin, qui divise le rôle de la science (*gakumon*, 学問) en cinq fonctions<sup>108</sup> : créatrice, historique, de la science pure ou théorématique, de l'art, et enfin la fonction critique. Il transpose ces 5 fonctions à la connaissance du droit.

En outre il se penche sur la définition du Droit et il estime que « le droit indique le chemin que doit suivre la société ». Ume évoque aussi la question de la relation entre le droit et la morale. Il considère que la morale fait partie du droit, qu'il en est une partie intégrante,

---

107 *Id.*, 176.

108 *Id.*, 180.

car le droit étant un élément de la société, il doit la suivre et il est en retour limité par celle-ci. Il faut ajouter ici que selon sa théorie, le droit naturel comprend les coutumes.<sup>109</sup>

Hoshino en conclut que beaucoup d'arguments de Ume sont repris aujourd'hui, et que l'on peut donc dire, sans prendre partie pour ou contre le droit naturel que son argumentation est excellente.

Il ne faut pas voir dans cette opposition un affrontement violent entre des partis : Ume était très connu pour son esprit critique, cependant jamais il n'a provoqué de conflit avec Hozumi ou Tomi'i. Ces hommes ont durablement inscrit ces courants de pensée dans la doctrine japonaise, malgré une évolution considérable du droit japonais depuis cette époque et en particulier au contact du droit américain après la seconde guerre mondiale. Leurs travaux pionniers restent une composante du droit japonais contemporain.

### III. CONCLUSION

Avec l'entrée en vigueur du Code de Meiji, le Japon devenait le premier pays d'Asie orientale à se doter d'un Code civil à l'image des pays occidentaux, il affirmait de manière décisive la maturité de son système légal, cherchant à égaler en ce domaine les Européens, alors maîtres du monde.

La distance du temps fait mieux apparaître le délicat équilibre qui a été atteint, entre une nation en proie à une profonde mutation, optant résolument pour une brutale occidentalisation et dont l'avenir n'était pas saisissable au moment des travaux de codification, une pression occidentale encore très prégnante et les besoins de stabilité institutionnelle et sociale indispensables à la destinée de la nation.

Le Code civil japonais, au final, est assez différent de ce qu'avait publié Boissonade. Son plan est inspiré des Pandectes allemands, en cinq parties, il suit la division des matières du BGB. Il a intégré un certain nombre d'institutions absentes du code français, telles que les dispositions sur les personnes civiles ou les personnes morales.

La loi de 1896, qui constitue la première partie du code civil, est aujourd'hui encore en vigueur, mais la réforme d'ampleur du droit des obligations qui est en passe d'être votée devrait en être la première grande réforme. En revanche, la seconde loi de 1898, qui touche aux personnes, a été entièrement refondue après la seconde guerre mondiale afin d'être harmonisée avec les droits fondamentaux introduits dans la Constitution de la paix. La question de sa réforme est débattue, mais elle n'est pas encore à l'agenda des pouvoirs publics.

Au final, nous pouvons affirmer que la réalisation du *Minpō-ten* est l'une des plus fortes manifestations de la foi des juristes japonais en l'efficacité du Droit au bénéfice de leur Nation.

---

109 *Id.*, 193, n. 139.

## RÉSUMÉ

*Le Minpō-ten, le Code civil japonais, aura bientôt 120 ans. Il reste aujourd'hui encore une pièce maîtresse du droit japonais contemporain, un modèle pour un grand nombre de pays asiatiques. Son rôle est à la fois historique, politique et juridique : premier code civil de l'Asie orientale, ce texte réalisé avec un soin tout particulier, a été une étape fondamentale dans la renégociation des traités injustes qui asservissaient le pays à l'égard des puissances occidentales. Ses auteurs ont fait en sorte qu'il soit le fruit des connaissances les plus pointues et les plus novatrices de son époque.*

*L'objectif de cet article est de retracer les étapes de son élaboration et de montrer le caractère original de cette création. Ce code inscrit le droit japonais dans la tradition civiliste ; il est la plus grande œuvre réalisée à ce jour sur la base de la méthode comparative.*

*Le choix d'un système civiliste par le Japon était initialement un choix contraint : la codification étant comprise dès le départ comme la clé pour l'émancipation à l'égard du joug occidental, elle devait être rapidement menée. Or dans les années 1860, le droit français était le principal modèle de droit unifié et synthétique, il était seul à pouvoir être rapidement importé. Plusieurs tentatives ont échoué avant que le code ne voie le jour : le gouvernement a d'abord fait traduire le Code Napoléon, puis il a invité un premier expert français afin qu'il élabore un texte, le second fut Boissonade, dont le travail connut l'échec juste avant d'entrer en vigueur. Ce furent finalement de jeunes juristes japonais, Hozumi, Tomi'i et Ume, qui menèrent le travail à bien.*

*Formés à des écoles différentes – française, anglaise et allemande – ils choisirent la voie du droit comparé afin de réaliser le meilleur texte possible, ils allèrent de manière éclairée techniques françaises et techniques allemandes, sans simplement copier les législations de ces pays. Au final, le code civil japonais est animé par un esprit novateur, qui mêle les théories de l'école historique, le positivisme et la nouvelle école de droit naturel.*

## SUMMARY

*The Minpō-ten, the Japanese Civil Code, will soon be 120 years old. Still nowadays, it is one of the most important pieces of the Japanese legal system and it serves as a model for many other Asian countries. The Japanese code assumes various roles in the Japanese history, in national politics as well as in law. It has been the first code enforced in an East Asian country, carefully worded. As such it has been an important step toward the renegotiation of the Unfair Treaties, which were subjugating Japan under Western powers. Its authors drafted it to be the result of the deepest and most innovative knowledge of its time. The aim of this article is to trace back the steps of its elaboration and to show the original features of this work. This code belongs to the civil law tradition, and it remains the most important law drafted with the help of the comparative legal method.*

*The choice of a civil legal organisation of law was at first a constrained one. The codification was then seen as one of the most important ways for Japan to be released from the yoke of Western powers. Therefore it had to be quickly enforced. In the 1860s', French law was the main model of a unified and synthesized legal system. It was the only one to be promptly imported. Several attempts of codification failed before the Minpō was drafted. The Japanese government first ordered the translation of the Napoleon Code and then invited a French expert to prepare a text. It was the second French expert, Boissonade, whose draft failed only before being enforced. Finally, three young Japanese lawyers – Hozumi, Tomi'i and Ume – succeeded in the task.*

*All three of them were educated in Western countries: France, England and Germany. They chose comparative law in order to elaborate the best draft possible and they critically combined German and French legal techniques without imitating any legislation. As a result, the Japanese Civil Code is driven by an innovative spirit, which merges different legal theories such as the Historical School, positivism, and the New School of Natural Law.*

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Das Minpō-ten, das japanische Zivilgesetzbuch (ZG), wird 120 Jahre alt. Heute noch ist es ein Meisterwerk und wesentlicher Bestandteil des japanischen Rechts. Die Bedeutung dieses Gesetzes ist zugleich eine historische, politische und juristische. Es ist das erste ZG Ostasiens und wurde mit großer Umsicht erarbeitet. Es stellt einen der bedeutendsten Schritte in Richtung der Revision der « ungerechtfertigten Verträge » dar. Seine Verfasser haben es mit dem Ziel geschrieben, eine Kodifikation zu schaffen, welche die tiefgründigsten und modernsten Erkenntnisse der Wissenschaft ihrer Zeit reflektiert. Ziel dieses Beitrages ist es, den historischen Verlauf dieser Kodifikation zu skizzieren, um die ursprünglichen Charakteristika des Gesetzes herauszustellen. Das Minpō steht in der Tradition des civil law und stellt noch heute den bedeutendsten Erfolg der rechtsvergleichenden Methodik dar.*

*Ursprünglich war die Wahl des civil law als Systems durch die Umstände erzwungen. Die Kodifikation wurde von Anfang an als eines der wichtigsten Mittel zur Emanzipierung des von den westlichen Mächten unterdrückten japanischen Volkes angesehen. Sie sollte möglichst schnell erfolgen. Damals, in den 1860er Jahren, war das französische Recht das wichtigste Vorbild für ein einheitliches Rechtssystem; das einzige, das kurzerhand rezipiert werden konnte. Bevor die Kodifizierung schließlich glückte, scheiterte die japanische Regierung jedoch mit verschiedenen Versuchen. Zunächst stellte man auf die japanische Übersetzung des Code Napoleon ab. Dann wurden französische Experten mit der Verfassung des Gesetzes beauftragt, deren wichtigster, Boissonade, aber kurz vor dem Ziel ebenfalls scheiterte. Letztendlich ist es jungen japanischen Juristen gelungen, das Minpō zu entwerfen: Hozumi, Tomi'i und Ume.*

*Alle drei waren in Europa ausgebildet worden: in Frankreich, England und Deutschland. Sie haben die Methode der Rechtsvergleichung gewählt, um die bestmögliche Fassung kodifizieren zu können. Die Autoren haben sich fortschrittlicher deutscher und französischer Rechtstechnik bedient, ohne ihre Arbeit aber als eine reine Kopie fremden Rechts zu fertigen. Das japanische ZG ist vielmehr von einem innovativen Geiste beseelt, der die seinerzeitigen verschiedenen Rechtstheorien miteinander verbindet, so etwa die historische Rechtsschule, den Rechtspositivismus oder die neue Naturrechtsschule.*