RAPPORT ENTRE LE DROIT CIVIL ET LE DROIT COMMERCIAL DU JAPON

I Introduction
II Les rapports législatifs entre le droit civil et le droit commercial
III Observation théorique sur les rapports entre le droit civil et le droit commercial
IV Les tendances de la théorie et les problèmes
V Conclusion

I. Introduction

Bien que l'on ait l'impression que les rapports entre le droit civil et le droit commercial au Japon ont été déjà traités sous tous les rapports, dans l'état présent de l'étude il ne serait pas tout à fait inutile d'approfondir le sujet: c'est parce que le développement progressif de l'économie de ces dernières années a engendré beaucoup de nouveaux domaines à régler, et que le Code civil et le Code de commerce actuels ont perdu leur propre fonction. Telles métamorphoses des objets de l'étude exigent une toute nouvelle étude synthétique et théorique qui devra surpasser la forme présente de ces deux droits, les droits positifs; et de plus, il faudra réorganiser le système des recherches pour avancer cette nouvelle étude.

II. Les rapports législatifs entre le droit civil et le droit commercial

1. Au point de vue législative, le rapport entre le Code civil (1896) et le Code de commerce (1899) au Japon, c'est que le droit commercial est au droit civil ce que le droit spécial est au droit commun: tandis que le droit civil régle généralement toutes les

relations humaines concernant le droit privé, le droit commercial en régle surtout celles des entreprises. Néanmoins, le droit civil ne régle pas tous les problèmes sur des entreprises qui relèvent généralement du domaine de droit privé, mais considérant le caractère spécial de l'entreprise, il ne fait que compléter les imperfections et les insuffisances des dispositions du droit civil. Donc, quant aux problèmes d'entreprise, il est aussi naturel que le domaine d'application du droit commercial se superpose toujours avec celui de droit civil. De ce point de vue, nous pouvons classer les dispositions du Code de commerce en trois:

(1) les suppléments ou les modifications des règlements du droit civil: par exemple, les dispositions générales sur les actes de commerce (le mandat, la prescription, etc.), la plupart des règlements concernant les ventes commerciales (troisième livre de Code de commerce);

(2) les règlements sur les formes commercialisées des institutions générales de droit civil: par exemple, les dispositions sur les employés de commerce, sur les agents commerciaux, sur le commerce de transport et sur le commerce de magasinage, etc., en vérité, elles ne sont que les formes spéciales des règlements du droit civil sur le mandat, le quasi-mandat, le contrat d'entreprise, le contrat du dépôt, etc. En même sens, on pourrait considérer l'institution des sociétés commerciales comme la forme spécialisée de l'institution des personnes morales de droit civil;

(3) les institutions uniques qu'on ne voit pas dans le domaine du droit civil: les dispositions relatives aux enregistrement commercial, aux firmes et aux livres de commerce, etc. Dans chaque cas, même dans le dernier, quant aux idées fondamentales du droit privé telles que la capacité de jouissance de droits, la capacité d'exercice de droits, l'acte juridique, etc., le droit commercial est fondé sur le principe général du Code civil; et au point de vue de la composition du droit positif, dès que le droit commercial perd son fondement, c'est-à-dire le droit civil, il va s'effondrer.

2. Cette désunion entre le droit civil et le droit commercial a son origine dans le fait historique: le droit commercial, qui est fondé principalement sur le droit coutumier des corporations de marchands au moyen âge ayant le caractère de droit germanique, s'est développé sous la compétence unique des tribunaux de commerce, tandis que, le droit civil, on l'a systématisé en modernisant le droit romain par adoption des résultats modernes des études scientifiques de droit romain. Ainsi, on peut d'abord distinguer le droit commercial du droit civil d'après la compétence judiciare. Mais au Japon, à la différence qu'en France, le tribunal de commerce, tribunal spécial, n'est jamais établi, donc il n'y a pas de distinction selon la compétence judiciaire, ni le code de la procédure spéciale concernant les actions commerciales non plus, tandis que le droit civil, droit substantiel, accompagne le droit de procédure civile. Cependant, pour les actions sur les lettres de change, billets à ordre et les chèques, on a établi les dispositions spéciales dans le droit de procédure civile, par la nécessité de la solution rapide des contestations (1964). Mais, selon la théorie de l'entreprise dont nous allons parler ci-après, la loi sur les lettres de change et les billets à ordre et la loi sur les chèques sont exilées théoriquement du domaine du droit commercial qui est le droit d'entreprise, de même que le droit des faillites qui s'est déjà séparé indépendament du Code de commerce, et il est douteux qu'on puisse considérer les dispositions spéciales sur ces actions comme le droit de la procédure spéciale dans le droit commercial.

Mais pourquoi on en exige, au Japon, la distinction théorique, quand on est en présence de ces deux droits substantiels? D'abord, le choix entre ces deux domaines est fait selon l'ordre d'application de la source du droit. Dans les matières commerciales, le premier article de notre Code de commerce admet l'application préférentielle du droit coutumier commercial sur le droit civil, quand le Code de commerce est muet. Mais, pour savoir si une certaine affaire ressortit aux matières commerciales ou non, et si une coutume ou un droit coutumier est réputé la coutume commerciale ou le droit

coutumier commercial ou non; on doit examiner si elle apartient au domaine d'objet réglé par le droit commercial. En ce sens, il semblerait bien important de préciser ce qui doit être contenu dans le domaine du droit commercial. Toutefois, il n'est pas impossible d'admettre, même au point de vue de la théorie d'interprétation, la possibilité de l'application préférentielle de la coutume ou du droit coutumier sur la loi écrite, sans se baser sur le premier article du Code de commerce. Cette possibilité consiste dans la rationalité et la progressivité de la coutume ou du droit coutumier dans les matières commerciales, et par conséquant, il existe même l'opinion que, au point de vue législative, le premier article devrait être supprimé. Aussi, nous comprenons qu'il n'y a aucune nécessité de préciser le domaine d'objet du droit commercial selon l'ordre d'application des sources du droit. D'ailleurs, dans les domaines de ces deux droits, il y a des dispositions ou des institutions différentes réglant une même affaire; mais ils sont limités aux dispositions générales concernant des actes de commerce, et encore, comme la condition nécessaire pour l'application des dispositions du droit commercial est déterminée tout superficiellement s'appuyant sur les concepts du commerçant et des actes de commerce, la précision d'objet du droit commercial n'a aucune importance directe pour limiter les termes d'application de ces dispositions.

3. Ainsi, au Japon on a distingué le Code civil du Code de commerce et n'a pas adopté un Code unique. Cependant, non seulement on ne peut y trouver aucun sens théorique, mais cela cause l'inactivité des recherches scientifiques qui se rattachent à ces deux Codes (par exemple, la vente commerciale), et empêche les spécialistes du droit civil et du droit commercial d'étudier en collaboration les uns avec les autres; donne un obstacle au progrés continu de la théorie du droit privé.

En partant de cette reconnaissance, La Société Japonaise de Droit Privé a commencé récemment à essayer l'étude synthétique par la collaboration des civilistes et commercialistes, en tenant les

symposia auxquels ont été traités les sujets suivants: sur la personne morale (1957), sur les dédommagements financiers pour les personnes lésées par l'énergie atomique (1959), comment peut-on distinguer la représentation de la personne morale et le mandat donné pour lui par elle (1960), quand la propriété sera transférée en cas de la vente des meubles (1961), théories de droit civil et de droit commercial sur la vente des marchandises (1962), la compensation, peut-elle fonctionner comme garantie? (1965), l'association sans personnalité morale (1967), etc. . .

Nous examinons ici un des sujets des symposia sur la vente des marchandises au point de vue de droit civil et de droit commercial. La vente des marchandises est une forme essentielle de la circulation des richesses dans le système économique capitaliste, et aujourd'hui elle se fait une idée principale du droit des affaires. Donc, nous pouvons même dire qu'au point de vue du droit de contrat, le temps présent, c'est le temps de la vente. Or, les dispositions du Code civil sur le contrat de vente, bien qu'elles sont organisées à ses formes, sont insuffisantes, je crois, pour fonctionner bien de nos jours. Car, le commerce que le Code civil suppose se base sur la vente individuelle et personnelle. Cette attitude fondamentale du droit civil n'est acceptable que pour la vente des immeubles et des choses individuellement déterminées, mais, quand nous considérons le monde commercial d'aujourd'hui où la vente des chose indéterminées, des marchandises fongibles est prépondérante, elle limite inévitablement le domaine d'application.

Bien qu'il soit imparfait, le Code civil, d'une part, établit une règle essentielle du droit privé, dans le Code de commerce, d'autre part, il n'y a que de cinq articles exceptionnels relatifs à la vente et quelques d'autres contrats entre les commerçants (art. 524 à art. 528). Cettes dispositions envisagent aussi une immense quantité de commerces des choses indéterminées, mais elles sont trop pauvres pour satisfaire les besoins actuels du monde commercial, en même temps qu'elles ne sont pas convenables. Alors, les civilistes col-

laborent avec les commercialistes à dresser une forme modèle, en souhaitant qu'elle devient une modèle ou un standard pour passer le contrat ou rédiger les contrats-type ou clauses générales. Mais, dans la pratique, la vente commerciale récente se divise en diverses formes de contrat suivant ses objets, par exemple: la vente des valeurs mobilières, la vente à tempérament des biens inconsommables, la vente de la machine et de l'installation industrielles, etc. ..., et chacune d'elles se développe indépendamment. Pour couvrir ce domaine laissé intact, il serait nécessaire de faire passer la barrière du droit positif, le droit civil et le droit commercial.

III. Observation théorique sur les rapports entre le droit civil et le droit commercial

1. Au Japon, la théorie du divorce de droit civil et de droit commercial est soutenue par les auteurs commercialistes qui réclamaient l'autonomie du droit commercial contre le droit civil pour maintenir son domaine propre.

Une des doctrines connues est la théorie de la "nuance commerciale", qui, renonçant à saisir les faits sociaux au point de vue des actes de commerce, prétend qu'on doit regarder la nuance commerciale de ces faits dont le prototype est l'achat pour revendre. Elle insiste que la nuance commerciale se montre à la collectivité des actes et dans le phénomène de manquement de l'individualité des parties (Dr. Kōtaro Tanaka). Par conséquant, la théorie de la nuance commerciale suppose que le droit civil, comme un droit commun de droit privé, ayant la matière commune au droit commercial, en même temps élargit le domaine d'application sans limite jusqu'à tout le droit privé, et elle extrait le caractère collectif et impersonnel de l'achat pour la revente posée *a priori*, pour réclamer l'indépendance de l'étude de droit commercial de l'étude de droit civil par la recherche de ce caractère dans les dispositions de droit commercial, et limite le domaine d'objet de l'étude de droit com-

mercial. Comme cette théorie renonce à examiner la matière, faits de vie, qui doit être l'objet de recherche, et tente d'examiner par la matière, le droit, elle fait seulement un système clos sur soi-même et en cause les manques d'objectivité et de logique. Toutefois, cette théorie, depuis sa publication d'il y a un demi siècle, avait une influence presque surprenante sur beaucoup de monde de notre pays, à cause de la méthode qu'elle a adoptée.

Ensuite, apparaît la théorie de droit d'entreprise, qui recherche le contenu et la substance des faits sociaux comme un objet de règlement du Code de commerce. Elle apprécie la méthode sociale, économique et historique ainsi que la méthode de droit comparé (Dr. Kan'ichi Nishihara). La théorie de droit d'entreprise a contribué beaucoup pour systématiser le droit commercial. Mais il y a quelques auteurs qui critiquent cette théorie qu'elle n'est qu'une méthode d'interprétation, et insistent à avancer les recherches au-delà de cadres de droit civil et de droit commercial.

2. D'autre part, nous pouvons citer la théorie de l'unification de ces deux droits ou la suppression du Code de commerce, qui a été soutenue depuis assez longtemps. Elle se fonde sur les trois causes suivantes.

(1) Comme le droit commercial est le droit des classes pour protéger les intérêts de la classe commerçante, il désavantage ceux qui traitent avec les marchands qui ont la prédominance économique.

(2) Le droit commercial est généralement appliqué de nos jours à tous ceux qui profitent des institutions du Code de commerce, donc il n'est plus le droit propre aux corporations de marchands.

(3) Il n'y a pas de critérium théoriquement exact pour distinguer le droit civil du droit commercial, si bien que le droit commercial n'a pas de stabilité légale.

Pourtant, le droit commercial actuel du Japon ayant déjà perdu le caractère du droit de la classe en adoptant principalement la

théorie générale de l'acte de commerce, comme le Code de commerce de la France, 1807, la première cause ne pourrait plus être mise en question.

Quant à la deuxième cause, quoiqu'elle soit correcte en tant que la reconnaissance des faits, on ne peut pas nier que les institutions commerciales ont les traits communs, c'est-à-dire le but lucratif, dans le systhème du droit privé, et qu'elles ont une certaine particulalité en contenant les règles particulières qu'on exige à l'entreprise.

Enfin, sur la troisième cause, il est évident qu'il est difficile de déterminer les notions du commerce et du commerçant. Voilà pourquoi jusqu'ici la théorie de la nuance commerciale ainsi que celle de droit d'entreprise se sont efforcées de déterminer le domaine d'application du droit commercial. Et surtout la théorie de droit d'entreprise étant devenue une théorie dominante, la troisième cause ne pourra plus être la base suffisante de l'unification du droit civil et du droit commercial.

En somme, la faiblesse de la théorie de l'unification du droit civil et du droit commercial est due à ce qu'on se propose d'unifier en une forme les deux Codes. Cepedant la théorie de la nuance commerciale ainsi que celle de droit d'entreprise, essaient l'une et l'autre de saisir synthétiquement et systématiquement l'objet du droit commercial, en dépassant ce qui est formel dans les règlements. Donc, il est possible et facile de déterminer théoriquement l'objet de chaque droit, même si les droits civil et commercial soient unis formellement dans un seul Code.

3. Donc, la théorie de l'unification ne veut pas nier substantiellement l'existence du Code de commerce et annuler toutes ses dispositions, mais elle insiste seulement la nécessité de réexaminer et de considérer synthétiquement des dispositions de droit civil et de droit commercial en déniant leur juxtaposition. Et puis la théorie du divorce de ces deux droits reconnaît aussi l'imperfection et le manquement d'unité des Codes civil et commercial actuels, et naturellement elle n'exige pas la rédaction d'un Code d'unification

comme le Code de commerce actuel. En vérité, dans les discussions habituelles entre ces deux théories, bien que leurs opinions soient diamétralement opposées, on n'en voit pas de grande différence. Et le désaccord provient de ce fait: alors que la théorie de l'unification offre la méthodologie des études, la théorie du divorce ne répète que leur opinion théorique.

IV. Les tendances de la théorie et les problèmes

1. Un des traits remarquables du droit contemporain est une augmentation des droits spéciaux. Quant au Code de commerce actuel, le droit des faillites est né indépendamment lors de la codification du Code de commerce (1899), et puis la loi sur les lettres de change et les billets à ordre (1932) et la loi sur les chèques (1933) sont nées en se séparant du quatrième livre du Code de commerce; d'autre part ces lois indépendantes sont établies à la suite les unes les autres: la loi du dépôt des obligations avec garanties (1905), la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (1938), la loi relative aux transports de marchandises par mer internationale (1957), la loi sur l'enregistrement commercial (1963), etc.

Les causes de cette spécialisation sont la suivante.

(1) Le droit commercial a agrandi de plus son domaine d'application pour les citoyens, comme on en voit le type dans le droit des faillites dont le principe a changé des faillites des commerçants en faillites générales. Aujourd'hui il n'existe plus la classe sociale qu'on qualifie les commerçants.

(2) Pour répondre aux demandes du cadre économique, il a été codifié plusieurs lois: par exemple, la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, la loi du dépôt des obligations avec garanties, etc.

(3) Les lois indépendantes comme la loi sur les lettres de change et les billets à ordre, la loi relative aux transports de marchandises par mer internationale, etc., se sont séparées du Code de commerce par la nécessité de l'unité internationale du droit commercial.

(4) Quelques droits sont établis en conséquence de leurs dispositions spéciales. Par exemple, la loi sur l'enregistrement commercial qui se sépara de la loi sur les affaires gracieuses.

Alors que le Code de commerce se décompose, les droits spéciaux s'augmentent de plus en plus, à cause de la nécessité des recherches synthétiques allant au delà du cadre d'un seul Code, le Code de commerce.

Deuxième trait remarquable du droit contemporain, c'est que de divers systèmes légals s'emmêlent et s'influencent les uns les autres, et le phénomène légal doit être consideré dans les rapports réciproques de ces divers systèmes légals, et on ne peut pas les considérer séparément. Par exemple, pour étudier le droit des sociétés commerciales, il faut tenir compte des enchevêtrements compliqués du Code civil, Code du travail, la loi sur les opérations de bourse, la loi antitrust, le Code pénal, etc.

Quant au commerce l'essentiel est le rapport réciproque du droit civil avec le droit commercial. Donc, il est nécessaire de faire des études synthétiques sur le droit privé en dépassant des barrières bâties entre le droit civil et le droit commercial.

Le troisième trait est un accroissement du contrôle et du règlement administratif sur l'économie. D'une part, cela a augmenté des contrôles ainsi que des règlements d'administration économique et a fortifié la responsabilité civile et pénale; d'autre part, cela diminue la fonction du droit positif, à cause de l'augmentation des règlements d'administration publique mais non légals. Cette intervention de l'Etat dans le monde économique aboutit à engendrer, afin d'assurer la politique économique pour maintenir la concurrence libre, un nouveau domaine légal, c'est-à-dire "le droit économique" muni d'une structure double du droit public et du droit privé. C'est là un phénomène qu'on appelle la commercialisation du droit public. Dans cette situation, il faut que l'on fasse des recherches qui sortiront même de la barrière précitée.

2. En tant qu'une théorie, le divorce entre le droit civil et le droit

commercial a de plus en plus perdu sa signification, tandis que le droit commercial est porté à se décomposer davantage en droits spéciaux. Dans ce cas-là, il faut récxaminer les rapports entre le droit civil et le droit commercial, au point de vue de la théorie doctorinale d'une part et au point de vue de la théorie pratique d'autre part.

Considérant ces rapports, d'abord du côté de la théorie doctrinale, le divorce étant un produit de l'histoire comme il est dit plus haut, il semble peut-être impossible de séparer deux codes clairement, soit théoriquement, soit systhématiqument. Alors que le Code civil dispose des principes fondamentaux de la société économique capitaliste, le Code de commerce dispose généralement des principes d'une manière plus concrète s'appuyant sur la base du Code civil. Il dispose des analyses des règles sur les activités d'entreprise et sur les structures d'entreprise. Par conséquent, la science du droit commercial n'a qu'une indépendance relative qui tient seulement à ces objets de l'étude. Ainsi la ligne de démarcation entre deux domaines de ces droits est toujours variable suivant le progrès économique: d'où apparaît le phénomène de commercialisation du droit civil. En général, le phénomène de commercialisation signifie que le droit civil adopte la pensée et le système du droit qui ont été déjà faits et accordés par l'activité commerciale ou par la législation commerciale. Et, le droit commercial perd son domaine d'un côté, mais de l'autre côté, à mesure que la vie économique est variée et compliquée, il élargit son domaine, créant sans cesse de nouveaux ordres légals. La diminution ou l'élargissement du domaine d'application du droit commercial ne montre qu'une néccessité, car avec nécessité le principe du droit qui s'est adapté au progrès et à la conservation du système économique capitaliste, pénétre dans la vie économique des hommes. Enfin ces deux droits sont fondés sur le progrès de capitalisme. Donc, il n'y a pas de grande différence entre la loi concrète, commerciale et la loi abstraite, civile.

A pratiquement parler, je doute la possibilité et l'importance de unifier ces deux codes. Car, si on le juge du point de vue théorique, le divorce de ces deux codes sera impossible, et qui sera sans doute, rétrogressif d'après la tendance actuelle de la législation. De plus, les auteurs qui ne théoriquement croient pas la nécessité de le divorce de ces deux codes, sont amenés à penser qu'il faut décomposer le Code civil, en laissant les lois d'entreprise et les lois spéciales indépendantes du Code civil. Ainsi, il faut détacher la théoric pratique de la théorie doctrinale. Avant tout, ce qu'on doit améliorer, c'est la méthode des études sur ces deux codes qui n'ont aucun rapport l'un l'autre et ne considèrent point les rapports cachés entre ces deux codes.

V. Conclusion

Nous pouvons résumer les descriptions précitées comme suite:

(1) Le Code de commerce du Japon est codifié à côté du Code civil, et le champ d'application de celui-là est limité par la notion d'acte de commerce et de commerçant.

(2) Depuis la codification du Code de commerce, 1899, nous n'avons jamais un tribunal de commerce, ni une loi de procédure commerciale, donc les litiges civils ou commercials doivent être statués selon la même loi de procédure.

(3) L'unification formelle et substanticlle de deux codes telle qu'elle a été réalisée en Italie, nous paraît critiquable tant que nous entendrons théoriquement. La législation japonaise, particulièrement en ce qui concernent les droits privés, est inclinée à établir les lois spéciales pour se conformer aux besoins sociaux, et il nous semble que la législation de nos jours doit être faite s'adaptant aux réalités de la vie sociale. Donc, il ne nous paraît pas que l'unification formelle des codes soit réellement possible.

(4) Le droit commercial est un droit d'entreprise, c'est la théorie dominante chez nous et on a commencé à les étudier non

pas par la notion de l'autonomie du droit commercial, mais par une méthode qui va bien au delà de la barrière de ces deux codes.

Après avoir discuté sur les points ci-dessus avec nos collègues, M. Takayasu Okushima, le chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Waseda, a complété ce rapport pour rendre réponse à l'Institut Sraffa.

〔附　記〕

本稿は，ミラノ・L・ボッコニ大学（イタリア）のアンジェロ・スラファ比較商法・産業法・労働法研究所（Instituto di Dirito Comparato Commerciale, Industiale e del Lavoro "Angelo Sraffa": Via R. Sarfatti, 23 Milano）からの依頼により，わが国における民商二法に関する立法および理論状況ならびにその展望について，私の報告にもとづく本大学法学部民商法関係教員の討論を経て，私の執筆責任において作成したものである。

1969. 11

奥　島　孝　康