

Science du droit constitutionnel au Japon

MINAMINO, Shigeru
Doctorant à l'Université de Paris X-Nanterre

<https://hdl.handle.net/2324/4123947>

出版情報 : 1998-11
バージョン :
権利関係 :



MINAMINO Shigeru

E-mail: ~~minamino@asahi.email.ne.jp~~

DEA de Théorie Générale et Philosophie du Droit
Université Paris X - Nanterre

Mémoire

Sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Troper

Science du droit constitutionnel au Japon

Novembre 1998

« Sommaire »

Introduction	p. 1
 Première Partie Histoire constitutionnelle du Japon	
Prologue : le mot « <i>Kempô</i> »	p. 7
Chapitre I <i>Préhistoire de la Constitution de 1889</i>	
Section 1. Fermeture et ouverture du pays	p. 11
Section 2. Restauration de Meiji	p. 14
Chapitre II <i>Histoire de la Constitution de 1889</i>	
Section 1. Première histoire de la Constitution de 1889	p. 17
Section 2. Seconde histoire de la Constitution de 1889	p. 40
Chapitre III <i>Histoire de la Constitution de 1946</i>	
Section 1. Élaboration de la Constitution	p. 62
Section 2. Constitution du Japon de 1946	p. 69
 Seconde Partie Science du droit constitutionnel au Japon	
Prologue : le mot « <i>Gakumon</i> »	p. 87
Chapitre IV <i>Débat sur l'acte constituant</i>	
Section 1. Commencement	p. 92
Section 2. Développement	p. 101
Chapitre V <i>Débat métathéorique</i>	
Section 1. Débat sur l'interprétation du droit	p. 114
Section 2. Débat sur la distinction dualiste	p. 127
Chapitre VI <i>Résumé des deux débats</i>	p. 154
Section 1. Thèse de la « Révolution d'août »	p. 155
Section 2. Thèse de la « distinction critique »	p. 171
 Épilogue	p. 180
 Bibliographie	p. 183
Table des matières	p. 192

Introduction

D'après le souvenir d'un des constitutionnalistes représentatifs du Japon actuel, HIGUCHI Yoïchi (1934-), professeur émérite des Universités de Tokyo et de Tôhoku, il y a déjà presque quarante ans, en octobre 1960, dans un amphithéâtre de la Faculté de droit de Paris, son maître René Capitant donnait, à peine rentré d'une mission de trois ans comme Directeur de la Maison franco-japonaise à Tokyo, une conférence sur le Japon à la demande d'un cercle d'étudiants qui s'appelait « *Les Amis du Tiers-Monde* ». Au cours de cette conférence, Capitant insistait sur l'important intérêt non seulement de l'originalité traditionnelle du Japon, mais aussi et surtout de celle du Japon moderne, à savoir une possibilité de développement économique et d'institutions démocratiques et libérales, tandis qu'à l'époque, ce pays isolé n'était pour beaucoup d'Occidentaux l'objet que d'une curiosité touristique. L'autre aspect que Capitant voulait révéler aux intellectuels occidentaux à cette époque serait beaucoup moins connu aujourd'hui, à savoir, « le sens profond que pourrait avoir un enracinement des institutions démocratiques et libérales, c'est-à-dire du constitutionnalisme d'origine occidentale, dans cet archipel d'Extrême-Orient »¹.

Capitant insistait sur « l'important intérêt de l'originalité du Japon moderne ». En effet, selon les mots de Higuchi, « il s'agit d'un rare exemple dans le monde d'après la Seconde Guerre mondiale, de ralliement (...) à la démocratie libérale en dehors des pays occidentaux de civilisation chrétienne »². La Constitution actuelle du Japon, qui proclame dans son préambule le constitutionnalisme d'origine occidentale comme « principe universel de l'espèce humaine », a déjà plus de cinquante ans. Elle demeure, sans aucune

¹ Voir HIGUCHI Yoïchi, « Un grand paradoxe, ou la notion d'« Occident » dans les problèmes constitutionnels actuels au Japon », *Pouvoirs*, n° 35, 1985, pp. 23-33 at p. 23, reproduit dans HIGUCHI Y., *Le Constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 213-224 at p. 213.

² *Supra*, pp. 23 et 24 (p. 214).

modification ni addition, la loi fondamentale sous laquelle ce pays, pourtant dépourvu de matières premières et littéralement ravagé par la Seconde Guerre mondiale, a pu néanmoins connaître un développement économique dans une certaine stabilité et paix sociale.

Bien qu'à la suite de l'échouage en 1543 de navires portugais sur ses côtes et de l'arrivée en 1549 de missionnaires jésuites espagnols, dont François Xavier, le Japon ait été, pendant une centaine d'années, en contact avec la civilisation occidentale, le pays du Soleil levant s'est complu, excepté durant cette période, dans un isolement qui dura une quinzaine de siècle. À cet égard, il est normal que les Japonais et les Occidentaux des 19^e et 20^e siècles, lorsqu'ils découvrirent le degré de leur différence sur bien des plans, aient à la fois été choqués et intrigués par leur découverte mutuelle.

Il n'est pas rare qu'un choc ou une curiosité éveille de part et d'autre un certain intérêt pour une recherche sur ce qui les a entraînés. Les Japonais d'aujourd'hui peuvent sans doute se vanter d'avoir acquis une certaine connaissance des Occidentaux. Il semble, en revanche, que la réciproque ne soit pas vraie, si ces connaissances des Japonais sont, dans une certaine mesure, exactes, en dépit même de ce que pourrait laisser penser les propos d'un Premier Ministre français pour lequel les Japonais ne sont que des fourmis économiquement envahissantes!

Il n'est pas exact, à la vérité, de prétendre que le Japon est un pays dans lequel les exportations excèdent les importations. C'est même, d'un certain point de vue, le contraire. En effet, depuis la deuxième moitié du 19^e siècle, le Japon s'est attaché et s'attache toujours à importer les pensées occidentales. Cela est particulièrement vrai dans le domaine des sciences sociales et des sciences juridiques. Les Japonais sont sans doute entrés les premiers en contact, en dehors du monde germanophone, avec les ouvrages de Max Weber, et les travaux de L. Stein, R. Gneist, R. Jhering, C. F. W. Gerber, A. Merkel, P. Laband, G. Jellinek, E. Ehrlich, H. Kelsen, C. Schmitt, J. S. Mill, A. V. Dicey, M. Hauriou, L. Duguit, R. Carré de Malberg ont été importés dès leurs publications. Par contre, en Occident, on trouvera plus rarement les œuvres de Japonais, en

dehors de la littérature de Sôseki, Tanizaki, Kawabata, Mishima, ou le cinéma d'Ozu, Yokomizo, Kurosawa et Oshima.

Bien entendu, on ne peut ne pas insister sur le caractère *sui generis* du japonais. On peut concevoir que les Occidentaux ne soit pas portés, à moins d'un motif exceptionnel, à l'étude d'ouvrages écrits dans une langue qui n'a aucun trait commun, syntaxiquement ou lexiquement, avec les leurs. Ceci est d'autant plus vrai pour un ouvrage en japonais écrit avant la guerre. Dans son « message de remerciement de l'auteur » de la traduction française des « *Essais sur l'histoire de la pensée politique au Japon* », exemple rare d'exportation du Japon dans le domaine des sciences sociales, MARUYAMA Masao (1914-1996), historien de la pensée politique et intellectuel représentatif du Japon d'après-guerre, explique ce phénomène en ces mots : « De nos jours, le public français cultivé, à la lecture, par exemple, de Descartes ou de Pierre Bayle, ne trouvera certes pas facile le contenu de leur pensée ni ne s'enthousiasmera en aucune façon, une fois surmontées les difficultés de compréhension de ces deux auteurs. Néanmoins, même si leur écriture a quelque peu vieilli, Descartes comme Bayle écrivent dans une langue qui ne diffère pas essentiellement de celle du français actuel. En conséquence, le lecteur français, qui sera certes peu intéressé par le contenu de la pensée de ces deux auteurs, n'éprouvera aucune difficulté linguistique majeure dans *l'acte-même de lecture* de leurs œuvres. Le problème est ici que les citations innombrables de traités philosophiques d'Itô Junsai ou d'Ogyû Sorai que renferment ces « *Essais sur l'histoire de la pensée politique au Japon* » sont écrites dans une langue qui, *en soi*, est extrêmement difficile à déchiffrer, même pour le public cultivé japonais actuel. On peut dire que le lecteur japonais qui a tant soit peu étudié l'anglais, l'allemand ou le français lorsqu'il était étudiant à l'université trouvera plus facile et se sentira plus familier des ouvrages philosophiques rédigés en langues européennes que des traités de maîtres confucéens de l'époque d'Edo écrits en style sino-japonais (*kanbun*). Une telle situation a pour arrière-plan un phénomène remarquable et inconnu en Occident : l'absence de continuité linguistique et stylistique entre la langue écrite japonaise d'avant l'ère Meiji (si l'on considère cette dernière

comme ligne de partage), et la langue écrite moderne »³. Certes, la langue écrite à partir de l'ère Meiji s'est peu à peu rapprochée de la langue contemporaine, mais cette explication de Maruyama s'applique *mutatis mutandis* à l'écriture des sciences juridiques du Japon d'avant-guerre.

La question n'est toutefois pas seulement de nature linguistique. La nécessité peut être également souvent, que cela soit bon ou mauvais, mère de recherche. Tandis que les Japonais ressentaient et ressentent toujours, naturellement, la nécessité de connaître et de comprendre les pensées juridiques de l'Occident afin d'adopter tant bien que mal le constitutionnalisme d'origine occidentale, le besoin n'était et n'est toujours pas aussi vif pour les Occidentaux de puiser dans les pensées juridiques du Japon les ressources nécessaires au maintien de leur constitutionnalisme.

À partir de la restauration de Meiji de 1868, le « Grand Empire du Japon » s'est efforcé de se moderniser et de devenir un pays démocratique et constitutionnaliste, malgré certaines vicissitudes, dont l'extrême malheureux fut la Seconde Guerre mondiale. À la suite de la défaite, le Japon, doté d'une nouvelle Constitution proclamant sa résolution inébranlable de ne jamais répéter les horreurs de la guerre, s'est hâté d'enraciner la démocratie libérale de type occidental, en dépit de la persistance d'un certain mouvement réactionnaire.

L'histoire constitutionnelle du Japon est en effet, si nous la simplifions, celle du combat entre ce qui est par excellence occidental et ce qui est prétendument japonais. Dans ce sens, le cas japonais devrait pouvoir représenter « un rare exemple » et donc pouvoir avoir un « sens profond » et un « important intérêt » aux yeux des Occidentaux. Il *devrait* le pouvoir. Pour répondre à la question de savoir si, en réalité, le Japon moderne peut ou non y prétendre, il faudrait d'abord acquérir une certaine connaissance de celui-ci. En fait, notre travail a précisément pour objet de faciliter l'accès à cette connaissance.

³ MARUYAMA Masao, *Essais sur l'histoire de la pensée politique au Japon*, trad. fr., Paris, PUF, 1996, p. XIV.

La science du droit constitutionnel dans le Japon d'après-guerre a connu un développement considérable, aussi bien qualitativement que quantitativement. Ses caractéristiques majeures sont, sans aucun doute, son immense variété, et probablement aussi, la profondeur de ses études sur des doctrines étrangères, notamment anglaises, allemandes, américaines, et françaises. Malgré cela, ces travaux dont certains semblent très intéressants et importants, ne peuvent toujours pas aujourd'hui prétendre à être l'objet d'échanges internationaux. Même si la cause principale en est la négligence des Japonais qui n'ont pas suffisamment cherché à attirer l'œil des lecteurs occidentaux, il n'en reste pas moins vrai que la situation actuelle est regrettable, à commencer pour les Japonais eux-mêmes. L'autre but caché et plus ambitieux de notre travail ci-dessous est donc d'être une condition préalable nécessaire pour que les Occidentaux puissent avoir une certaine connaissance et que cette connaissance permette d'éveiller une certaine curiosité chez le lecteur, et qu'en conséquence, les échanges internationaux qu'elle susciterait commencent à équilibrer la « balance commerciale » du Japon.

Fort de ces objectifs assez orgueilleux, nous présenterons dans un premier temps l'histoire constitutionnelle du Japon (*Première partie*). Dans cette partie nous regarderons d'abord le contexte historique dans lequel le Japon, sous l'influence de l'étranger, s'est trouvé contraint d'établir des institutions juridiques à l'occidentale (Chapitre I). L'histoire de la modernisation juridique du Japon est marquée par la promulgation de la Constitution de 1889. Nous suivrons ensuite l'histoire nippone sous cette constitution, de sa genèse à sa disparition provoquée par la Seconde Guerre mondiale (Chapitre II). À la suite de la défaite, le Japon s'est donné l'actuelle Constitution de 1946. Sous cette constitution, le nouveau Japon commence définitivement à se rallier au constitutionnalisme occidental. Nous consacrerons, en dernier lieu, un autre chapitre destiné principalement à évoquer l'histoire de son élaboration et son contenu (Chapitre III). Nous y traiterons succinctement certains mouvements réactionnaires que le Japon a connus depuis 1946. Toute cette partie sera écrite sous l'angle de l'influence du monde occidental sur les Japonais.

Ces informations préliminaires étant fournies, nous présenterons

ensuite la science du droit constitutionnel du Japon actuel (*Seconde partie*). Présenter intégralement un domaine des sciences d'un pays, cependant, est un travail titanesque, voire impossible. Nous choisirons donc, du point de vue de la théorie générale du droit, deux débats qui nous semblent essentiels et qui devraient intéresser les théoriciens du droit. Il s'agira, d'une part, du débat sur l'acte constituant de la Constitution de 1946. Bien qu'il se prête à de nombreux développements, nous aborderons principalement les questions tournant autour de la notion de souveraineté (Chapitre IV). Nous envisagerons, d'autre part, le débat métathéorique. Il s'agira de la question de l'interprétation, de la méthode juridique et de la scientificité de la science du droit constitutionnel (Chapitre V). Ici encore, le point de vue de l'auteur se voudra aussi descriptif que possible. Enfin, nous présenterons, en guise de résumé de ces deux débats, le discours d'un auteur actuel sur ceux-ci (Chapitre VI). Nous laisserons au lecteur le soin d'évaluer les discours que nous présenterons.

Au demeurant, on ne peut nier, bien entendu, que lorsqu'un auteur décrit, en particulier lorsqu'il décrit le langage des hommes, il existe déjà une certaine perspective qui lui est propre, à moins qu'il n'en copie l'intégralité mot à mot. Dans ce sens, il est indéniable que les présentations des doctrines japonaises seront ici, jusqu'au bout, les nôtres. En outre, il s'agira là de discours tenus en japonais. En qualité d'auteur, nous espérons pouvoir faire mentir autant que possible l'adage bien connu : *Traduttore è Traditùre*.

S'il s'avère que notre travail ci-dessous puisse susciter chez le lecteur français de l'intérêt pour la science du droit constitutionnel au Japon et puisse, de surcroît, favoriser les échanges intellectuels avec les Japonais, l'objectif d'un étudiant venu en France de l'Extrême-Orient aura été atteint, voire dépassé.

Première Partie

Histoire constitutionnelle du Japon

Prologue : le mot « *Kempô* »

Le mot japonais « *Kempô* », équivalent actuel de *constitution* ou de *Verfassung*, fut employé pour la première fois dans l'histoire du Japon au début du 7^e siècle, par un prince impérial, Shôtoku Taishi (574-622), fils de l'Empereur⁴ Yômei (540 <586- 587) et régent pour l'Impératrice Suiko (554 <593-628> 639). Fervent bouddhiste, Shôtoku Taishi s'employa à répandre la doctrine de Bouddha parmi la noblesse, à une époque où régnaient les croyances traditionnelles du shintoïsme. À l'issue d'une guerre entre les deux familles de Soga et Mononobe, respectivement de confession bouddhiste et shintoïste et depuis toujours rivales politiques auprès de la famille impériale, Shôtoku Taishi devint régent en 593 et accorda son soutien à SOGA no Umako, chef de la famille Soga. Shôtoku Taishi proclama en 594 le bouddhisme comme religion d'État et commença la construction de temples à Osaka et Nara. En 604, il promulgua sa « Constitution en dix-sept articles (*Jûshichijô no Kempô*) », qui devait avoir une immense influence sur les gouvernements ultérieurs comme sur le comportement social des Japonais en général⁵.

Voici un extrait de la traduction de la « Constitution en dix-sept articles » de Shôtoku Taishi⁶.

⁴ Le mot « Empereur » traduit mal le caractère *sui generis* du « *Tennô* » en japonais, car il évoque des images occidentales d'empereur romain, médiéval ou napoléonien etc. Sur ce point, voir FUKASE Tadakazu et HIGUCHI Y., *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon*, Paris, PUF, 1984, pp. 49 et s.

⁵ Sur Shôtoku Taishi et sa « Constitution en dix-sept articles », voir FUKASE T., « Héritage et actualité de l'ancienne culture institutionnelle japonaise », *Revue internationale de droit comparé* (RIDC), n° 4, 1985, repris dans Centre français de droit comparé/Société de législation comparée, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, pp. 185-205.

⁶ Voir les traductions par Louis FREDERIC, *Le Japon, Dictionnaire et civilisation*, Paris, Robert Laffont, 1996, p. 512 et par FUKASE T., *supra*, pp. 202-204. Nous les avons partiellement

1. Respectez la paix et évitez les discordes.
2. Vénérez de tout cœur les trois trésors : le Bouddha, le dogme et le bonze.
3. Obéissez avec révérence aux Édits impériaux.
4. Tous les nobles, petits et grands, doivent observer la politesse comme règle de base.
5. En restreignant leur repos et abandonnant leur propre intérêt, les juges doivent clairement rendre leur jugement.
6. C'est une loi ancienne et bonne de punir les méchants et de récompenser les vertueux. Selon elle, ne laissez pas cachées les bontés des personnes et redressez leurs mauvaiesetés.
7. Chaque personne a un devoir à remplir. Elle doit le faire avec une diligence sans défaut.
8. Tous les nobles, petits et grands, doivent apparaître à leur poste tôt le matin et retourner tard chez eux.
9. La sincérité est l'âme de la bonne conduite. Soyez sincère dans chaque moment de votre vie.
10. Ne soyez pas en colère et pardonnez à un œil coléreux. Soyez tolérants pour les griefs des autres contre vous.
11. Faites la distinction entre les actes méritoires et les méfaits et récompensez ou punissez-les justement.
12. Les gouverneurs et maîtres des nouveaux territoires ne doivent pas imposer de taxes à leurs peuples. Il n'y a pas deux souverains dans le pays. Il n'y a pas de deux maîtres à servir pour le peuple.
13. Tous les officiers doivent connaître les devoirs de leurs charges.
14. Tous les fonctionnaires, petits et grands, ne doivent pas être jaloux.
15. C'est le droit chemin des fonctionnaires de se tourner vers le public et de se détourner du privé.
16. C'est une loi ancienne et bonne que d'utiliser le peuple en choisissant une saison propice.
17. Ne soyez jamais seul juge des affaires importantes. Délibérez-en avec plusieurs personnes.

amendées.

Si l'on entend par « constitution », ou bien « l'ensemble des normes qui ont une valeur supérieure à celle des autres normes, qui peuvent servir de fondement de validité à d'autres normes et qui elles-mêmes ne sont fondées sur aucune norme juridique »⁷, ou bien l'ensemble des normes qui ont « pour objet d'instituer les règles de droit fondamentales concernant la nature de l'État, le régime politique, la désignation des gouvernements et la définition de leurs compétences, les libertés et les droits garantis aux individus et aux groupes sociaux »⁸, ou bien encore l'ensemble des normes dont l'objet principal est de garantir les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs⁹, la « Constitution » de Shôtoku Taishi ne fut une constitution dans aucune acception formelle, matérielle ni constitutionnaliste du mot. Sa constitution fut un manifeste religieux et moral plutôt qu'une norme politique et juridique. Bien que cette « Constitution » fût loin d'avoir le sens communément admis du mot, ou plutôt parce qu'elle l'était, il est dit qu'elle devait « conditionner pour une grande part les manières d'agir et de penser des Japonais »¹⁰. Nous ne pouvons examiner ici comment ces articles de Shôtoku Taishi ont pu influencer la mentalité japonaise, mais il nous semble assez intéressant de noter que l'on peut y trouver certaines règles que l'on admet souvent aujourd'hui comme les « préférences » morales contemporaines des Japonais : éviter la discussion et vouloir la paix dans l'intimité, observer la courtoisie, aller au travail plus tôt et sortir du bureau plus tard que d'autres, éviter la responsabilité personnelle en prenant des décisions collectives...

Par la suite, le Japon n'a plus, depuis Shôtoku Taishi, utilisé le mot « *Kempô* » pour quelque texte juridique que ce soit, et ceci jusqu'au 19^e siècle, même s'il est vrai qu'il connut de nombreuses lois, édits, décrets etc. Nous ne traitons pas ici la question de savoir s'il y avait des constitutions au sens matériel dans le Japon pré-moderne, question qui reste relativement peu

⁷ Georges BURDEAU, Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Paris, LGDJ, 1997, p. 33.

⁸ Georges VEDEL, « Qu'est-ce que la Constitution? », in *La Constitution de 1958 à quarante ans*, le site officiel du Conseil constitutionnel (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/>), 1998.

⁹ Il est connu que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

¹⁰ L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 512.

étudiée encore aujourd’hui aussi bien par la science du droit constitutionnel que par celles de l’histoire de la pensée juridique ou du système juridique du Japon. Ici, où nous essayons d’examiner la science du droit constitutionnel du Japon moderne plutôt que de réfléchir sur l’histoire de la pensée au Japon, il suffirait d’indiquer que c’est dans la Constitution de 1889 que le mot « *Kempô* » fut finalement employé officiellement comme le vrai équivalent japonais des mots *constitution* ou *Verfassung*.

Chapitre I Préhisteire de la Constitution de 1889

Section 1. Fermeture et ouverture du pays

A. Fermeture du pays

Il fallut attendre le 19^e siècle pour que les termes occidentaux *constitution* ou *Verfassung* soient importés au Japon, pays isolé de l'Extrême-Orient. Se cantonnant pendant deux cents ans dans un isolement total, comme la plupart des pays de l'Asie orientale entre le 17^e et le 19^e siècle, le Japon, sous le gouvernement du shogunat des Tokugawa (1603-1868), interdisait les voyages à l'étranger sous peine de mort et s'abstenait radicalement de tout échange commercial avec l'étranger, excepté la Chine et les Pays-Bas, pays qui n'avaient pas de liens étroits avec le catholicisme. En 1634, le shogunat construisit Dejima, îlot artificiel en forme d'éventail, d'une superficie de 13.000m², situé dans la rade de Nagasaki, et y fit héberger des marchands portugais. Après la loi de 1639 qui interdit aux bateaux portugais d'approcher, promulguée suite à la révolte de 1637 des chrétiens de Shimabara, péninsule près de Nagasaki, les Hollandais du port de Hirado (Nagasaki) furent transférés sur l'îlot de Dejima, à la place des Portugais, qui furent obligés de partir avec leurs familles pour aller s'installer à Macao. La fermeture du pays ainsi accomplie, le Japon n'avait plus désormais qu'une relation assez limitée avec les Hollandais via ce seul port de commerce ouvert de Dejima¹¹.

Il n'est pas difficile d'imaginer combien ont pu être étonnés et épouvantés les Japonais ordinaires, ayant vécu dans un isolement total du monde extérieur pendant deux siècles, lorsqu'ils virent une escadre de quatre gigantesques navires américains, deux à vapeur et deux à voiles, jeter l'ancre devant Uraga, port de mer à l'entrée de la baie d'Edo (ancienne appellation de

¹¹ À Dejima, il y avait 65 bâtiments qui abritaient non seulement les bureaux des compagnies de commerce hollandaises, mais également leurs logements et ceux de leurs familles et employés japonais, notamment des interprètes. Les Hollandais n'avaient pas le droit de quitter cette base, sauf pour des visites officielles. Les Hollandais de la *Dutch East India Company* devaient payer à la ville de Nagasaki une somme annuelle de 55 *kan* d'argent (environ 206kg) comme prix annuel de location de l'île. Voir L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 187.

Tokyo) en juillet 1853. Il en alla de même pour les autorités shogunales. Brandissant les missives du Président américain Millard Fillmore qui exigeaient du Japon, d'une part un traitement plus humain des naufragés, et d'autre part l'ouverture de ports pour le commerce et d'autres pour le ravitaillement, le commodore Matthew Calbraith Perry (1794-1858) réussit finalement à faire du shogunat, qui n'avait d'autre choix que d'accepter l'exigence américaine devant cette énorme pression militaire, le signataire contraint, le 31 mars 1854, du traité d'amitié américano-japonais de Kanagawa. Par ce traité, le Japon acceptait d'ouvrir les ports de Shimoda (Shizuoka) et de Hakodate (Hokkaido) au ravitaillement des navires et d'accueillir à Shimoda un consul américain. Ainsi prit fin l'isolement du pays du soleil levant.

B. Ouverture du pays

Les choses évoluèrent dès lors assez vite. Conformément au traité de Kanagawa, le premier consul des États-Unis Townsend Harris (1804-1878) arriva au Japon en 1856 et signa avec le treizième Shôgun d'Edo, TOKUGAWA Iesada (1824 <1853- 1858), le traité américano-japonais d'amitié et de commerce (traité d'Ansei) le 28 juillet 1858, qui ouvrait au commerce avec les États-Unis six ports du Japon : Nagasaki, Kanagawa, Hyogo, Shimoda, Niigata et Hakodate. Ce traité américano-japonais fut suivi de traités similaires signés quelques semaines plus tard avec les Pays-Bas, la Russie, la Grande-Bretagne (août 1858), la France (octobre 1858) et, de 1860 à 1868, avec le Portugal, la Prusse, la Belgique, l'Italie et l'Espagne. Ces traités prévoyaient l'échange de consuls entre les deux pays signataires, le droit pour les étrangers de résider dans ces ports et également l'établissement d'un principe d'extraterritorialité très large reconnaissant au consul le droit de juger les ressortissants dans les matières civiles et pénales. Conjugué à la privation du droit autonome de douane, l'établissement de ce principe devait rapidement provoquer chez les Japonais des vagues de protestations contre ces traités et donner lieu à des violences contre les étrangers et à l'assassinat d'II Naosuke (1815-1860),

conseiller le plus écouté du shogunat.

À la suite de l'assassinat d'Ii, le Shôgun se vit obligé, pour la première fois depuis deux siècles et demi, de consulter l'Empereur, qui était, à Kyoto, à l'écart de la vie politique mais restait autorité morale, culturelle et religieuse. C'est au cours de cette période que l'autorité shogunale d'Edo entra dans une phase de mutation profonde. Sous l'influence principale de l'école philosophico-politique de Mito¹², visant à la fois à la restauration du pouvoir impérial et à la proscription des « barbares », c'est-à-dire des étrangers, deux clans adverses se constituèrent : d'un côté, les partisans du shogunat et de l'autre les adeptes de l'Empereur. À l'issue d'une période de trouble de plusieurs années allant même jusqu'à la guerre civile, les adversaires du shogunat obtinrent finalement la victoire en 1868 : ce fut la Restauration de Meiji.

¹² L'École de Mito fut une sorte de société shintô-confucéenne établie à Mito, actuelle préfecture d'Ibaraki, par TOKUGAWA Mitsukuni (1628-1700), comme « centre de recherches sur l'histoire », à la fin du XVII^e siècle, dans le but de compiler une grande histoire du Japon, le *Dai Nihon-shi* (qui ne sera terminée qu'en 1906). Cette société d'historiens prônait le nationalisme et suivait les principes de la philosophie néo-confucéenne et du *kokugaku*, mouvement littéraire et historisant qui se développa dans le but de promouvoir la culture japonaise par opposition à la culture chinoise. Cette vue de l'histoire centrée sur la culture de l'Empereur se vit exposée dans de nombreux ouvrages et fut discutée au sein d'une académie fondée par TOKUGAWA Nariaki (1800-1860), « dans le but de trouver une solution aux problèmes posés par la décadence du shogunat et l'arrivée des navires étrangers dans les eaux japonaises, et de proposer des réformes tant sur le plan politique que sur celui des armées. Cependant, elle tendait à une sorte de conservatisme politique, bien qu'étant de plus en plus adverse du régime shogunal. L'influence de cette « école de Mito » fut grande après la restauration de Meiji (1868) et continua jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, soutenue par quelques érudits soucieux de préserver l'héritage national ». L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 743.

Section 2. Restauration de Meiji

A. Fondation du gouvernement Meiji

L'Empereur Mutsuhito (l'Empereur Meiji, 1852 <1866- 1912) publia, en mars 1868 à Kyoto, capitale du Japon depuis 794, « Les cinq articles du vœu impérial (*Gokajô no Goseimon*) » :

1. Une assemblée de la noblesse sera constituée et la politique nationale sera décidée selon l'opinion publique.
2. Les supérieurs et les inférieurs devront avoir un seul esprit et renforcer la puissance du pays.
3. Civils et militaires tout comme le peuple ordinaire devront pouvoir réaliser leurs aspirations de sorte que l'esprit du peuple ne soit pas affaibli.
4. Les pratiques mauvaises du passé devront être abandonnées et on devra se conformer aux usages internationaux.
5. La connaissance devra être recherchée dans le monde entier et les fondements de l'autorité impériale renforcés.

En plus de ces cinq articles plus ou moins progressistes, le gouvernement de Meiji publia le lendemain « cinq notes publiques (*Gobô no Keiji*) » assez traditionnelles et conservatrices dans lesquelles il exhortait le peuple à la pratique des vertus confucéennes, condamnait l'homicide sous toutes ses formes, le vol et la désertion devant l'impôt, interdisait le christianisme et les sectes non reconnues, désapprouvait les conduites xénophobes et défendait de voyager hors du Japon. En juillet 1868, l'Empereur donna à Edo le nom de Tokyo, et vint s'y installer l'année suivante.

Le nouveau gouvernement de Meiji, qui vit ainsi le jour, fut naturellement confronté à un grand nombre de tâches. La première d'entre elles fut l'établissement d'un régime centralisé. Si l'ancien gouvernement shogunal s'était bien écroulé, les gouvernements locaux restaient, eux, toujours féodaux, comme pendant l'ère d'Edo. < Rétrocession de terre et habitants > des seigneurs

provinciaux à l'Empereur, « destruction des domaines seigneuriaux et établissement des préfectures », fondement du régime de trois conditions (*Kazoku* ou anciens nobles et seigneurs, *Shizoku* ou anciens samouraïs et *Heimin* ou peuple ordinaire), et enfin l'édit sur la conscription furent les principales mesures prises entre 1868 et 1873.

Dans le domaine de la politique étrangère, le gouvernement impérial fit, malgré la xénophobie des adeptes de l'Empereur qui étaient arrivés au pouvoir, volte-face pour finalement s'engager dans l'ouverture du pays et l'établissement de relations amicales avec l'étranger. En effet, pour maintenir l'indépendance nationale face aux pressions formidables des puissances occidentales alors en pleine expansion dans le monde extra-occidental, le Japon n'eut pas d'autre choix que d'entretenir des relations amicales avec les pays occidentaux, dont les puissances militaires s'étaient magnifiquement, notamment lors de la défaite du clan de Satsuma (maintenant Kagoshima) contre l'Angleterre en 1863¹³ et du bombardement de Shimonoseki (Yamaguchi) par une flotte anglo-américano-franco-hollandaise en 1864 en représailles aux attaques des navires occidentaux par le clan de Chôshû l'année précédente. C'est dans ce contexte qu'une grande mission officielle d'information fut envoyée par le gouvernement de Meiji en Europe et aux États-Unis en 1871.

B. Mission d'Iwakura

Cette mission, dirigée par IWAKURA Tomomi (1825-1883), chargé des Affaires étrangères et futur Conseiller privé de l'Empereur Meiji, comprenait OKUBO Toshimichi (1830-1878), Conseiller privé de l'Empereur et chargé des Finances, KIDO Takayoshi (1833-1877), futur ministre de l'Intérieur, ITO

¹³ « Un marchand anglais ayant été tué en 1862 par des samouraïs de Satsuma, le gouvernement britannique demanda des indemnités au shogunat et Satsuma ainsi que le châtement des meurtriers. Le clan de Satsuma ayant refusé de payer les 25 000 livres demandées, une escadre de sept navires britanniques entra dans la baie de Kagoshima pour obliger le clan de Satsuma à négocier. Les pourparlers n'aboutissant pas, il y eut échange de coups de canon, qui résulta en la destruction partielle de la ville ». L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 961.

Hirobumi (1841-1909), futur premier Premier Ministre, accompagnés de secrétaires, savants et étudiants, ce qui faisait en tout une cinquantaine de personnes, sans compter les serviteurs. Cette mission s'embarqua à Yokohama le 23 décembre 1872 pour arriver à San Francisco le 15 janvier 1872. Elle parvint à Washington le 4 mars 1872 et y rencontra le Président américain Ulysses S. Grant. Puis elle quitta Boston en août 1872 pour se rendre en Grande Bretagne. Après la visite d'une dizaine de pays¹⁴, la mission se rendit enfin à Marseille où, le 20 juillet 1873, elle s'embarqua pour le Japon où elle rentra le 13 septembre 1873.

L'objet de cette mission d'Iwakura était, avant tout, de s'informer sur les pays occidentaux. En fait, le Japon voulait depuis longtemps négocier avec ces pays pour réviser les traités d'Ansei signés en 1858, car ceux-ci accordaient aux pays occidentaux le principe d'extraterritorialité, même hors des ambassades, et dépouillaient le Japon du droit autonome de douane. Afin de réaliser son vœu le plus cher, le Japon devait se montrer comme un pays suffisamment modernisé, au moins en apparence, afin de rassurer les pays occidentaux sur le fait que le Japon juge leurs ressortissants (on laissait alors la priorité à l'abolition du principe d'extraterritorialité), ou plutôt, pour qu'ils ne puissent refuser de négocier la révision en prétextant l'immaturité juridique du Japon. Si ce vœu ne fut exaucé que vingt ans plus tard, soit en 1894 (le droit autonome de douane ne fut rétrocédé au Japon qu'en 1911), le fait que de grands personnages de l'État et de futurs dirigeants du pays soient directement entrés en contact avec le monde occidental eut une grande signification. Dans le domaine juridique, le Japon fit ici résolument ses premiers pas sur le chemin de la codification et de la fondation des institutions politiques modernes. En d'autres termes, le Japon commença à se chercher un constitutionnalisme.

¹⁴ Elle se rendit à Londres où la Reine Victoria la reçut le 5 décembre. Elle arriva ensuite à Paris où elle fut accueillie par le Président Adolphe Thiers. Ce furent ensuite des visites au Roi Léopold II de Belgique (18 février 1873), au Roi Guillaume III de Hollande (25 février), à l'Empereur Guillaume I^{er} d'Allemagne (11 mars), au Tsar Alexandre II à Saint-Petersbourg (3 avril), au Roi Christian IX du Danemark (19 avril), au Roi Oscar II de Suède (25 avril), au Roi Victor-Emmanuel II d'Italie (13 mai), à l'Empereur François-Joseph I^{er} d'Autriche-Hongrie (8 juin) et enfin au Président Cérésiole de Suisse (21 juin 1873).

Chapitre II Histoire de la Constitution de 1889

Section 1. Première histoire de la Constitution de 1889

A. Genèse de la Constitution

Le mouvement pour la liberté et les droits du peuple

Simultanément à l'envoi de la mission d'Iwakura, les pensées juridiques occidentales furent brusquement importées et se développèrent au Japon. Outre des personnages participant eux-mêmes à la mission, des étrangers recrutés et invités par le gouvernement de Meiji (*Oyatoi Gaikoku-jin* : employés étrangers) remplirent des rôles très importants. Parmi ceux-ci, Gustave Émile Boissonade (1825 <1873-1895> 1910), professeur parisien, qui enseigna dans les universités japonaises et allait aider à la rédaction des codes pénal (1882) et civil (1890), Karl Friedrich Hermann Roesler (1834 <1878-1893> 1894), professeur de Rostock, qui allait contribuer à celles de la Constitution de 1889 et du code commercial (1890), et Albert Mosse (1846 <1886-1890> 1925), juriste berlinois, qui lui aussi allait collaborer à l'établissement des institutions administratives locales, étaient les personnages les plus influents¹⁵.

Dans le monde civil aussi, c'est dans cette période que commença et fleurit le « *Jiyû Minken Undô*, (mouvement pour la liberté et les droits du peuple) ». Les traductions en 1871 par NAKAMURA Keiu, dit Masanao (1832-1891) de « *Self Help* » de Samuel Smiles, et de « *On Liberty* » de John Stuart Mill, furent largement lues, comme le furent aussi les traductions de « *L'esprit des lois* » de Montesquieu en 1878 par GYO Reishi et de « *Du contrat social* » de

¹⁵ Dans d'autres domaines, sont connus Erwin von Bälz, médecin allemand (1849 <1876-1905> 1913), Ernest Francisco Fenollosa, philosophe et historien de l'art américain (1853 <1878-1890, 1896-1900> 1908), Edward Sylvester Morse, zoologiste américain (1838 <1877-1883> 1925), Josiah Conder, architecte anglais (1852 <1877- 1920), Antonio Fontanesi, peintre italien (1818 <1876-1878> 1882), Vincenzo Rgusa, sculpteur italien (1841 <1876-1882> 1927), Edmund Naumann, géologue allemand (1850 <1875-1885> 1927) etc.

J.-J. Rousseau en 1882 par NAKAE Chomin¹⁶, qui était un jeune étudiant de la mission d'Iwakura. Écrivain et philosophe, fondateur de l'Université de Keio, FUKUZAWA Yukichi (1834-1901) influença lui aussi profondément cette époque. Dix ans avant la mission d'Iwakura, Fukuzawa s'était joint en 1860 à la première mission shogunale aux États-Unis, et deux ans plus tard, à celle qui parcourut l'Europe. Ayant auparavant appris le hollandais puis l'anglais, il y avait étudié les différents aspects de la civilisation occidentale, et à son retour, il publia ses notes sous le titre « *Seiyô Jijô* (Conditions de vie en Occident) » (1866, 1868 et 1870), ouvrage en trois volumes qui connut un immense succès. Outre son « *Seiyô Jijô* », son « *Gakumon no Susume* (Encouragement à la science) » (1872), qui commence par la célèbre phrase : « le Ciel ne créa pas d'hommes au-dessus d'hommes, ni d'hommes au-dessous d'hommes... », son « *Bunmeiron no Gairyaku* (Aperçu d'une théorie de la civilisation) » (1875) et enfin son « *Tsûzoku Minkenron* (Sur les droits du peuple) » (1878) furent les ouvrages les plus diffusés de son temps. L'idée des droits naturels de l'homme devint alors le courant dominant chez les intellectuels éclairés comme chez le grand public alphabète¹⁷.

En janvier 1874, une demande pour la fondation d'un parlement composé de représentants élus du peuple fut déposée par une équipe d'anciens conseillers impériaux, qui avaient démissionné en 1873 à la suite d'une confrontation autour du projet d'intervention militaire en Corée. Certes le gouvernement, considérant que le temps de la fondation d'un parlement n'était pas encore venu, ignore cette demande. Mais celle-ci parut dans les quotidiens le lendemain et il s'ensuivit une grande querelle parmi le peuple et, peu après, au sein même du gouvernement. Il est vrai que le gouvernement, dirigé par Iwakura et Okubo, n'était en fait pas hostile à l'établissement du régime

¹⁶ Cependant, il est vrai que ces acceptations des pensées occidentales subirent la contrainte du temps. Le traducteur de J. S. Mill, Nakae, entendait par « *society* » tout simplement le gouvernement et par « *individuals* », en fin de compte, le peuple. L'essence chez Mill de la liberté de l'individu opposée à la « *social tyranny* » ne fut donc malheureusement pas bien comprise par le traducteur. Comme remarque pénétrante sur l'ambiguïté de la notion de liberté chez les Japonais modernes, en comparant cette traduction de Nakae à une autre pertinente parue en 1895, voir OKADA Tomoyoshi, *Jiyû Keizai no Shis* (Pensée de l'économie libérale), Tokyo, Tokyo University Press, 1979.

¹⁷ On considère que le taux d'alphabétisation au début de la période de Meiji était d'environ 45% pour les garçons et 15% pour les filles. Voir L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 28.

constitutionnel et parlementaire, ou plutôt les dirigeants du pays reconnaissaient bien sa nécessité, mais ils souhaitaient simplement le faire d'une façon graduelle. Quant au peuple ordinaire, bien que l'opportunité de la fondation d'un parlement ne fût pas au départ l'unanimité, les slogans du mouvement populaire allaient finir par revendiquer une constitution et un parlement immédiats. Officiellement ignorés, ces anciens conseillers fondèrent des associations politiques et organisèrent des mouvements sociaux de grande envergure.

Face à la montée radicale du mouvement au niveau national, le gouvernement fut obligé de concilier les radicaux et les temporisateurs. Aussi, en avril 1875, décréta-t-il que le régime constitutionnel serait établi sous peu. C'est en vertu de ce décret que furent ainsi fondés le *Genrô-in*, Conseil privé de l'Empereur dont la tâche était de conseiller celui-ci dans l'édiction des lois, le *Chihôkan Kaigi*, Conseil composé des représentants des conseils municipaux, dont le but était de transmettre les revendications régionales au gouvernement, et la *Daishin-in*, Cour Suprême judiciaire dont les compétences étaient non seulement de casser les décisions des cours inférieures mais aussi, le cas échéant, de rendre elle-même des décisions. Si cette « conciliation » était une carotte, le gouvernement s'empressa de manier le bâton. Au mois de juin, il édicta le décret sur la médisance, par lequel les diffamations et calomnies contre l'Empereur et les fonctionnaires allaient être sévèrement punies, et en septembre le décret sur la presse, par lequel les quotidiens, journaux et toutes autres publications allaient être soumis à autorisation.

Au mois de septembre 1876, un édit impérial ordonna au *Genrô-in* de procéder en secret à l'élaboration d'un projet de constitution, à la fois « sur la base de la spécificité de l'État japonais » et « en tenant largement compte des droits des pays occidentaux ». Ce texte présente parfaitement « les deux éléments entre lesquels l'histoire constitutionnelle japonaise ne cessera pas de flotter : ce qui est spécifiquement japonais, d'une part, et ce qui s'inspire du principe universaliste du constitutionnalisme moderne, d'autre part »¹⁸. Le

¹⁸ HIGUCHI Y., *supra* note 1, p. 28.

Genrô-in exprima, quelques mois plus tard, sa préférence pour le second, en soutenant que « tous les pays éclairés et prospères, excepté la Russie, adoptent le constitutionnalisme, soit monarchique, soit démocratique et le Japon ne peut se passer d'un constitutionnalisme pour se développer »¹⁹. À son premier projet de 1880, inspiré par les constitutions européennes de l'époque, en particulier par les Constitutions belge et prussienne, il fut reproché d'être abusivement inspiré par des droits occidentaux et il fut finalement repoussé par les hommes forts du pouvoir, qui pensaient que ce projet trop occidental ne serait pas compatible avec le *Kokutai*²⁰, la forme fondamentale de l'État japonais.

Quant au « mouvement pour la liberté et les droits du peuple », malgré la limitation de la liberté de la presse, il flambait de nouveau sous la forme de réunions ou meetings. En mars 1880, une pétition pour la création du Parlement signée par presque quatre-vingt-dix mille personnes fut déposée, qui ne fut pas même reçue par les autorités, et la « *Kokkai Kisei Dômei*, Ligue pour la création du Parlement », fut créée. Le gouvernement réagit, en avril, en édictant un décret sur la réunion et en envoyant les officiers de police aux réunions organisées par la Ligue, pour finalement interdire celle-ci. Bien loin de se calmer, cependant, le mouvement s'embrasa. La Ligue organisa, illégalement, de grands rassemblements où les participants amenaient leurs projets personnels de constitution²¹. C'est précisément durant cette période que le mot « *Kempô* » se confirma comme traduction des termes *constitution* et de *Verfassung*.

L'édit impérial de 1881

Le « mouvement pour la liberté et les droits du peuple » atteignit son

¹⁹ Voir *ibid.*

²⁰ Notion très fréquemment utilisée jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale. Littéralement, le mot signifie le « corps d'État ». C'était « une sorte de concept nationaliste englobant tous les archétypes se référant au caractère sacré de la culture japonaise, comme à l'autorité divine de l'Empereur, et tendant à symboliser la Nation elle-même ». L. FREDERIC, *supra* note 6, p. 640.

²¹ Sur les projets civils de constitution, voir IENAGA Saburo, *Nihon Kindai Kempô Shisô-shi Kenkyû* (Étude sur la pensée constitutionnelle du Japon moderne), Tokyo, Iwanami Shoten, 1967; HAYASHI Shigeru, *Kindai Nihon Seitô-shi Kenkyû* (Étude sur les partis politiques du Japon moderne), Tokyo, Misuzu Shobô, 1996.

apogée en 1881 à l'échelle nationale. Cédant à la pression, l'Empereur proclama dans son édit du 12 octobre 1881 : « Nous fîmes fonder le régime constitutionnel (...), le *Genrô-in* et les conseils municipaux. Nous convoquerons en 1890 le Parlement pour réaliser notre intention première. Désormais nous commandons à nos sujets d'élaborer le projet. Concernant les compétences de l'institution (...), nous publierons en temps opportun la Constitution. Celui qui agite les masses en hâte et trouble l'ordre social sera puni par les lois (...) ». Ainsi la fondation du Parlement fut-elle finalement déclarée, même s'il était prévu qu'elle n'interviendrait que dix ans plus tard, et la promulgation de la Constitution fut également promise, bien qu'elle ait été renvoyée à un « temps opportun ».

Ignorant tous les projets civils de constitution, le gouvernement commença à dessiner une esquisse constitutionnelle plus équilibrée entre la « spécificité de l'État japonais » et les « droits des pays occidentaux ». Il nomma ITO Hirobumi responsable de la rédaction constitutionnelle et chargea INOUE Kowashi (1843-1895) des recherches nécessaires. Inoue avait eu plusieurs fois des entretiens avec Boissonade et Roesler et s'interrogeait en particulier sur la différence entre les régimes anglais et prussien. Inoue était plutôt favorable à la monarchie constitutionnelle prussienne car le pouvoir parlementaire y était moins fort qu'en Grande-Bretagne. Inoue, séduit par le régime prussien, soutenait que le Japon devait s'éloigner de la pensée anglaise et se consacrer à l'étude allemande. En effet, à la suite de son unification sous l'impulsion de la Prusse, l'Allemagne était alors en passe de fonder un empire puissant, et en outre, dans les États du sud de l'Allemagne, comme la Bavière, les monarchismes fonctionnaient assez bien. Pour le gouvernement japonais, qui souhaitait un type de monarchisme constitutionnel où le pouvoir impérial fût assez fort, la Prusse était un modèle parfait. Avec le concours du gouvernement, la *Doitsu-gaku Kyôkai* (Association des études allemandes) fut fondée en 1881, et s'occupa spécialement de traduire les ouvrages de Johann Caspar Bluntschli, dont son « *Allgemeines Staatsrecht* ».

La mission d'Ito

Il est naturel que dans ce contexte la mission d'investigation constitutionnelle d'Ito et Inoue, envoyée en mars 1882 par le gouvernement, ait choisi l'Allemagne pour destination. À Berlin, pendant cinq mois (de fin mai à juillet, de fin novembre à février), Ito fit ses recherches sous la direction de Rudolf von Gneist (1816-1895), et à Vienne, pendant trois mois (d'août à novembre), sous celle de Lorenz von Stein (1815-1890). Il est dit qu'Ito aurait été plus heureux à Vienne qu'à Berlin, car à Berlin, Gneist ne lui donna pas un cours intégral, mais seulement des entretiens fragmentaires, en confiant à son disciple Albert Mosse (1846-1925), de cinq ans le benjamin d'Ito, le soin de le lui donner. Mais il semble qu'Ito fut impressionné lorsque Gneist lui exprima « la théorie très despotique » selon laquelle « quand on fonde un parlement, il est souhaitable d'en faire un de type faible, car l'intervention du parlement dans les matières militaires et budgétaires causera d'emblée un trouble »²². À Vienne, au contraire, Stein ne fut pas avare de son temps et prit la peine d'expliquer à Ito en détail notamment la différence entre les régimes constitutionnels. Ito put alors écrire à Iwakura en août 1882 : « Sous la direction de deux maîtres très connus en Allemagne, Gneist et Stein, nous avons acquis les théories et les moyens pour repousser l'influence de ceux qui prennent, à tort, pour principe les œuvres des libéraux extrémistes de l'Angleterre, des États-Unis et de la France, et complotent de culbuter le Japon (...). Les deux maîtres soutiennent que parmi les régimes qu'on trouve de par le monde, on distingue généralement deux types : la monarchie constitutionnelle et le régime républicain. Dans la monarchie constitutionnelle, le pouvoir monarchique doit s'installer au-dessus du pouvoir parlementaire ... »²³.

En novembre, Ito revint à Berlin et écrivit une autre lettre en jetant un regard sur son séjour à Vienne : « Selon le cours de M. Stein, sont indispensables pour la politique constitutionnelle les lois de la famille impériale, les organismes du gouvernement et l'organe législatif, et si l'un des trois manque,

²² Lettre d'Ito à MATSUKATA Masayoshi de mai 1882, cité par OHISHI Makoto, *Nihon Kempô-shi* (Histoire constitutionnelle du Japon), Tokyo, Yûhikaku, 1995, p. 78.

²³ Cité par OHISHI M., *ibid* (2^e éd., 2005, p. 107).

ce n'est plus une politique constitutionnelle. C'est la Constitution qui les fonde et les fait fonctionner (...). Beaucoup d'auteurs contemporains, dans leurs réflexions sur le régime politique, essaient de prendre exemple sur le gouvernement parlementaire de la Grande-Bretagne. Et ils soutiennent, en même temps, respecter la famille impériale. (...) Mais si l'on établit un gouvernement parlementaire, on ne peut ne pas réduire le pouvoir impérial. Si l'on respecte le pouvoir impérial, on ne peut fonder un gouvernement parlementaire. Je trouve que les auteurs contemporains attachent trop d'importance au républicanisme et aux droits du peuple, et sont hostiles à la politique de la monarchie constitutionnelle ... »²⁴.

La rédaction du projet

Dès leur retour au Japon en août 1883, Ito et ses collègues commencèrent à rédiger un projet de Constitution, en se référant donc aux régimes allemands. En même temps démarrèrent les aménagements nécessaires pour le fondement du régime constitutionnel, avec la collaboration de Roesler et des fonctionnaires prussiens qui avaient été invités par le gouvernement : Carl Rudolph (1841-1915), Hermann Techow (1838-1909) etc. Il s'agissait principalement de mettre en place les systèmes ministériel, parlementaire, local, de la famille impériale et de la justice administrative.

En 1885, Roesler rédigea un avant-projet de loi sur le contentieux administratif. Cet avant-projet, reprenant les principes de l'obligation de recours administratif préalable et de l'énumération des objets de contentieux, fut établi, selon les mots de Roesler, en modifiant sans excès les systèmes autrichien et français. En ce qui concerne le système parlementaire, fut achevée la même année l'esquisse d'un règlement relatif au Parlement, « en étudiant les titres et les moyens de nomination et d'élection des membres des deux chambres ainsi que les circonscriptions électorales et les pratiques des

²⁴ Son destinataire est inconnu. Cité par OHISHI M., *supra*, p. 80.

délibérations des pays européens »²⁵. Pour achever cette esquisse, l'équipe en charge se référa aux auteurs anglais, comme Walter Bagehot, Th. Erskine May, Reginald Dickinson, (« *Summary of the Rules and Procedure of Foreign Parliaments* », 1882²⁶) etc. Probablement à cause de son caractère anglomane excessif, cette esquisse ne vit jamais le jour.

Le système ministériel fut dessiné principalement par Ito et Inoue. À la fin de l'année 1885, il fut décidé de créer la fonction de Premier Ministre, qui dirigerait les ministres d'État. Ito devint ainsi le premier Premier Ministre de l'histoire du Japon. Juste après sa nomination, Inoue lui écrivit: « Quant au système ministériel, si l'on incline vers celui de la Grande-Bretagne, un jour le *vote of confidence* (sic) interviendra. Il est souhaitable que chaque ministre prenne sa propre responsabilité, excepté dans le cas particulier d'une responsabilité collective tel que prévu dans la Constitution allemande. C'est là, à mon avis, que se fait la distinction entre le *Parliamentary System* et le *Constitutionary System* (sic) »²⁷. Inoue ne voulait pas introduire au Japon un « parlementarisme » à l'anglaise, mais un « *Großmächtikabinett* » à l'allemande. Ainsi, à la fin du mois de décembre, outre le Premier Ministre, furent institués les Ministres de la Maison Impériale, des Affaires étrangères, de l'Intérieur, des Finances, de l'Armée de Terre, de la Marine, de la Justice, de l'Éducation nationale, de l'Agriculture et du Commerce, et de la Poste. Non pas en tant que « *Primus inter pares* », mais en tant que « *großer Kanzler* », le Premier Ministre se dota du haut pouvoir de contrôle des autres ministres.

ITO indiqua à INOUE Kowashi et à ses collègues, au printemps 1886, les sept directions fondamentales à suivre pour l'élaboration de la Constitution, en en confirmant les principes essentiels, c'est-à-dire, que la Constitution serait

²⁵ Les mots d'OZAKI Mitsuyoshi, responsable de recherche sur le système parlementaire. Cité par OHISHI M., *supra*, p. 93.

²⁶ Dans sa deuxième édition publiée en 1890 sous le titre « *Summary of the Constitution and Procedure of Foreign Parliaments* », Dickinson exprime sa gratitude envers « Mr. Kantara Kaneko, Secretary to the Imperial Privy Council in Japan » à la fin de la préface et insère la traduction anglaise de la Constitution japonaise de 1889 en annexe. KANEKO Kentaro (1853-1942), membre majeur de l'équipe de rédaction du projet de Constitution d'Ito, était alors en Europe pour étudier les régimes parlementaires. Voir OHISHI M., *Nihon Kempô-shi no Shûhen* (Environnement de l'histoire constitutionnelle du Japon), Tokyo, Seibundô, 1995, pp. 187 et 188.

²⁷ Cité par OHISHI M., *supra* note 22, p. 98.

accordée par l'Empereur, que le Premier Ministre serait doté d'un pouvoir large vis-à-vis des autres ministres, et que le Parlement serait composé de deux chambres :

1. Le Code de la famille impériale sera édicté, et les règles portant sur la famille impériale seront définies hors de la Constitution.
2. La Constitution sera élaborée en s'appuyant sur le *Kokutai* et l'histoire japonaise.
3. La Constitution se limitera aux grands principes concernant la politique du pays, et ses articles seront simples et clairs, afin qu'elle puisse dans l'avenir s'adapter aux nouvelles évolutions du pays.
4. Les règles sur le Parlement et l'élection législative seront fixées par les lois.
5. L'organisation de la Chambre des Pairs sera définie par un édit impérial, dont la révision nécessitera le consentement de celle-ci.
6. Le territoire du Japon ne sera pas déterminé dans la Constitution, mais dans la loi.
7. L'impeachment de ministre ne sera pas reconnu. Les membres du Parlement auront le droit de transmettre leurs opinions à l'Empereur²⁸.

Négociations sur la révision des traités

Dans le même temps, une équipe menée par le Ministre des Affaires étrangères, INOUE Kaoru (1835-1915), s'engageait dans des négociations sur la révision des traités « inégaux ». Le premier mai 1886, une conférence internationale pour la révision des traités eut lieu au Ministère. Cette conférence se déroula sur 26 séances, jusqu'en avril 1887. À partir de la sixième séance, à la suite de la demande de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne, les projets de traité sur le commerce et celui sur la juridiction furent négociés séparément. Le projet du nouveau traité sur la juridiction fut arrêté lors de la 26^e séance (le 24 avril 1887). Son contenu principal était le suivant :

²⁸ Mémoires de KANEKO Kentaro, cité par OHISHI M., *supra*, p. 113.

1. Au plus tard deux ans après la ratification du traité, tout le territoire japonais sera ouvert aux étrangers, et les étrangers jouiront des mêmes droits et prérogatives que les Japonais (articles 1er et 2).
2. Le gouvernement japonais fixera pendant ladite période les organisations et les lois juridictionnelles en suivant les principes occidentaux : les codes pénal, de procédure pénale, de commerce, civil, de procédure civile, etc. seront rédigés et publiés, et au plus tard 16 mois après la ratification du traité, les traductions des codes seront transmises aux pays signataires (article 4).
3. Au cas où la juridiction japonaise procéderait à un procès civil, la majorité des juges seront des étrangers. Les juges étrangers seront nommés par le gouvernement japonais, mais leur changement sera défini à la majorité qualifiée au sein de la « Cour de direction » composée de juges étrangers de la Cour Suprême (*Daishin-in*) (articles 7 et 8).

Le gouvernement s'empressa, en août 1886, juste après la sixième séance, de nommer une équipe de codification dont le président fut INOUE Kaoru, Ministre des Affaires étrangères, et comptant comme membres étrangers Boissonade, William M. H. Kirkwood (1850-1906), conseiller du Ministre de la Justice, Rudolph, Roesler et Mosse.

Il se trouve que Boissonade s'opposait fermement à ce projet de traité sur la juridiction. Selon la lettre d'INOUE Kowashi à Ito du 7 mai 1887, le professeur français aurait dit à « un Japonais intime » : « Je me sens en deuil pour le Japon. Celui-ci est en train de couler dans un océan de condoléances irréparables, car les négociations pour la révision des traités sont de plus en plus envahies par les consuls étrangers et si le projet original demeure sous cette forme, tous ses contenus seront désavantageux pour lui et les résultats de cette révision seront encore pires que les traités originaux. Il n'y a pas d'autre choix que de continuer les traités originaux, en évitant sa ratification par l'opinion publique et par le soin du gouvernement »²⁹. Au mois de juin,

²⁹ Cité par OHISHI M., *supra*, p. 122.

Boissonade transmet également ses opinions au Ministre de la Justice, en disant que « sur la question de l'intérêt, de l'honneur et de la sécurité du Japon, la situation future du pays envisagée par cette révision sera encore pire que la situation actuelle »³⁰.

Malgré les efforts du gouvernement pour garder secrètes les négociations et les opinions défavorables au projet, comme celle de Boissonade, l'ensemble fut rapidement connu par le biais de publications clandestines. Au sein du gouvernement même, les adversaires de la révision voyaient leurs rangs grossir. Suite à une campagne à l'échelle nationale contre sa politique, le Ministre des Affaires étrangères INOUE Kaoru fut finalement obligé, en juillet 1887, d'annoncer aux délégués des pays la prolongation illimitée de la conférence pour la révision et fut contraint de démissionner. La révision échoua pour le moment et le projet s'enlisa.

Quant à la codification, outre les codes pénal et de procédure pénale qui avaient déjà été rédigés par Boissonade et publiés en 1882, la rédaction du code de la Famille impériale et celui de la Constitution commencèrent véritablement à partir de 1886. Comme nous l'avons évoqué plus haut, le principe selon lequel le Code de la Famille impériale (*Kôshitsu Tempan*) et la Constitution (*Kempô*) seraient les deux normes supérieures du pays avait déjà été établi. Il s'agit du régime « *Ten-Ken* », régime « dyarchique » du *Kôshitsu TEMpan* et de la *KEMPô*, qui allait régner au Japon de 1889 jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Les premiers projets d'Inoue, de Roesler et d'Ito

En mai 1887, INOUE Kowashi, après avoir consulté Roesler et Mosse, finit de rédiger un projet de Constitution. Comportant au total 72 articles, ce projet s'articulait autour de sept chapitres : « les règles fondamentales », « le peuple », « le Conseil des ministres », « le Parlement », « le pouvoir judiciaire », « l'impôt et les finances » et « l'armée ». À l'origine, Inoue avait intitulé le

³⁰ Cité par OHISHI M., *supra*, p. 123.

premier chapitre « la souveraineté » et y énumérait les compétences de l'Empereur, mais, adoptant l'opinion de Mosse, il supprima finalement cette énumération et changea le titre. En même temps Roesler, lui aussi, à la suite de la demande d'Ito, acheva de rédiger son projet de 95 articles. Ce projet présentait la particularité de limiter le pouvoir du Parlement dans le vote du budget. Ito commença à examiner les projets d'Inoue et de Roesler en juin et rédigea son propre projet composé de sept chapitres et 89 articles, dans le courant du mois d'août. Ses caractéristiques principales étaient les suivantes :

1. Les sept chapitres s'appelaient « les règles fondamentales », « l'Empereur », « le Parlement impérial », « les droits et devoirs des sujets », « le pouvoir judiciaire », « l'Administration » et « dispositions finales ». Dans la mesure où les articles relatifs aux droits de l'homme furent placés après ceux sur le Parlement et où ceux concernant l'armée furent supprimés, ce projet se rapprochait de celui de Roesler ;
2. Le terme de « Parlement impérial (*Teikoku Gikai*) » fut ici employé, de même que les termes de « Chambre des Pairs (*Kizoku-in*) » et de « Chambre de représentants (*Shûgi-in*) » ;
3. Les articles relatifs aux finances, que les projets de Roesler et d'Inoue avaient mis dans un chapitre indépendant, furent inclus dans celui de « l'Administration » ;
4. La justice administrative fut intégrée, comme dans le projet d'Inoue, dans le chapitre du « pouvoir judiciaire », bien que le projet de Roesler l'eût traitée dans de « l'Administration ».

Le chapitre de « l'Administration » fut étoffé en conséquence de la troisième caractéristique ci-dessus. Il est particulièrement remarquable que les règles sur les finances aient été considérablement influencées par le projet de Roesler. En effet, le projet d'Inoue prévoyait qu'au cas où le projet de budget serait refusé par le Parlement impérial, le budget de l'année précédente serait exécuté. Or, l'article 85 du projet d'Ito était écrit en ces termes : « Si l'une des chambres du Parlement impérial ne vote pas le budget ou s'il y a un désaccord

sur le budget entre le gouvernement et l'une des chambres, le budget sera exécuté par la sanction de l'Empereur, avec l'approbation d'une des chambres du Parlement. Si les deux chambres ne le votent pas ou s'il y a un désaccord entre le gouvernement et les deux chambres, le budget sera exécuté par la sanction de l'Empereur sous la responsabilité du Conseil des ministres ». Son premier alinéa fut introduit en prenant exemple sur les mesures prises par le gouvernement bismarckien lors du fameux « *Preußischer Verfassungskonflikt* » des années soixante, et fut la stipulation de la thèse bismarckienne de « *Lückentheorie* ». Le second alinéa se basa sur le projet de Roesler qui stipulait que « lorsque l'accord sur le budget n'est pas réalisé, l'Empereur sanctionne son exécution sous la responsabilité du Conseil des ministres ».

Inoue se hâta d'élaborer des commentaires détaillés article par article sur le projet, qui furent présentés à la fin du mois d'août. Voici les cinq points essentiels de ses critiques³¹ :

1. Il faut supprimer les expressions selon lesquelles l'Empereur est « chef d'État » et son corps est « inviolable et sacré », car ces expressions sont « théoriques » et « morales » ;
2. Le chapitre IV intitulé « droits et devoirs des sujets » doit précéder le chapitre sur « le Parlement impérial » ;
3. Il faut suffisamment prendre en considération l'autonomie du Parlement et son droit de contrôle sur le gouvernement ;
4. Parmi les articles du chapitre XI sur « l'Administration », ceux qui concernent les finances doivent figurer, à l'instar des constitutions étrangères, dans un chapitre séparé ;
5. L'article 70 stipulant que « le pouvoir administratif sera contrôlé et unifié au sein du Conseil des ministres » doit être supprimé car il est incompatible avec l'article 4 selon lequel l'Empereur dispose de la puissance étatique.

Inoue mit singulièrement l'accent sur le troisième point, en disant que :

³¹ Voir OHISHI M., *supra*, p. 139.

« une fois que la Constitution et le Parlement sont établis, il est inévitable de doter le Parlement de compétences satisfaisantes. (...) Si l'on ne le dote pas ainsi, on ne peut savoir à quoi sert la Constitution, ni à quoi sert le Parlement ». Quant à l'article 85 dudit projet, telles étaient les critiques d'Inoue : « Cet article est établi à l'exemple du discours de Bismarck de 1863. En résumé, il aboutit à stipuler que, s'il y a désaccord sur le budget entre le gouvernement et le Parlement, le gouvernement l'exécutera. Tout sera alors comme si le projet de budget n'avait pas, dès le commencement, été présenté au Parlement, comme si le Parlement n'était, dès le commencement, pas fondé et comme si la Constitution n'avait pas, dès le commencement, été établie. (...) Si l'on essaie d'introduire cette forme despotique ancienne qui est contraire au constitutionnalisme, dans quel but se donner maintenant la peine d'établir un régime constitutionnel ? Si cet article est arrêté et promulgué, la Constitution ne sera plus une vraie constitution. Dans le monde entier, existe-t-il une constitution despotique ? (...) L'opinion de M. Roesler, qui veut faire de la stratégie politique de Bismarck la Constitution japonaise, se fonde sur la conjecture fautive selon laquelle le constitutionnalisme oriental n'est que nominal et l'Orient n'a pas encore atteint une maturité suffisante pour se donner un vrai constitutionnalisme »^{32,33}.

Roesler présenta lui aussi des commentaires détaillés, mais pour la plupart des articles du projet, il émit un avis favorable. Il exprima toutefois son désaccord sur la question de la suppression des articles relatifs aux règles électorales, à la liberté de campagne électorale et à la rémunération des parlementaires, ainsi que sur l'insuffisance des compétences du Parlement impérial, privé notamment des droits de proposition des lois, de consulter l'Empereur, de recevoir des pétitions, de poser des questions au gouvernement, etc.

³² Cité par OHISHI M., *supra*, pp. 140 et 141.

³³ Il faut émettre toutefois des réserves sur le « despotisme à la bismarckienne » de Roesler, car ce pieux catholique avait comme idée fondamentale « la monarchie sociale » et pensait que « le monarque, dans une société capitaliste qui donne lieu à l'antagonisme des classes, doit être doté d'une fonction régulatrice pour harmoniser l'ensemble de la communauté nationale ». Voir Johannes Siemes, *Nihon Kokka no Kindaika to Roesler* (Modernisation de l'État japonais et Roesler), Tokyo, Mirai-sha, 1970, pp. 125 et s.

Le projet d'octobre

À la lumière de ces matériaux, et à l'occasion des réunions qu'en octobre 1887 Ito organisa chez lui avec ses collègues, le projet de Constitution fut réexaminé et un nouveau projet établi. Les caractéristiques principales de ce nouveau projet furent les suivantes :

1. En ce qui concerne sa forme, les chapitres de l'ancien projet intitulés « les règles fondamentales » et « l'Empereur » furent réunis dans un nouveau premier chapitre tout en gardant le titre « l'Empereur ». L'ordre des deux chapitres « le Parlement impérial » et « droit et devoirs des sujets » fut permuté ;
2. En ce qui concerne son contenu, furent introduits les droits des deux chambres de consulter l'Empereur, de recevoir des pétitions et de poser des questions au gouvernement. Les articles relatifs à la composition de la Chambre des Pairs unifiés dans un article unique stipulant qu'elle « se compose des membres de la famille impériale, de *Kazoku* (ancien nobles et seigneurs) et de ceux qui sont nommés par l'édit impérial » et que « les règlements concernant leurs titres, nominations, prérogatives etc. seront définis par l'édit impérial » ;
3. En ce qui concerne le Chapitre V sur « le pouvoir administratif », d'une part l'article qui stipulait que « le pouvoir administratif sera contrôlé et unifié au sein du Conseil des ministres » fut supprimé et d'autre part il fut stipulé qu'en cas de refus du projet de budget, le budget de l'année précédente serait exécuté.

Le projet de mars

Ce projet d'octobre allait encore être modifié plusieurs fois, et en mars 1888, un projet presque définitif fut rédigé. Le chapitre II sur les « droits et devoirs des sujets » resta sans modification, mais les articles relatifs aux finances, stipulés dans le chapitre de « l'Administration », furent transférés dans un nouveau chapitre intitulé « les Finances ». Le chapitre de « l'Administration » fut complètement supprimé et une partie de ses articles fut déplacée dans le

nouveau chapitre IV intitulé « Ministères d'État et Conseillers privés de l'Empereur ». Par conséquent, le Conseil des ministres en tant qu'organisme collégial disparut. Quant aux compétences parlementaires, l'ancien projet d'octobre avait indiqué que seules les « dépenses nécessaires pour s'acquitter des obligations juridiques » étaient dispensées de l'approbation du Parlement pour leur exécution, mais le projet de mars les étendit : « En ce qui concerne les dépenses se fondant sur le pouvoir impérial, nécessaires pour accomplir les obligations du gouvernement résultant des lois et des résolutions prises au Parlement, elles seront inscrites au budget. Néanmoins, le Parlement impérial ne peut en supprimer ni réduire la somme sans l'approbation du gouvernement » (article 67). Tandis que la modification du projet d'octobre avait élargi le domaine échappant au vote du Parlement, ce projet de mars, eu égard au souci de préserver le pouvoir du Parlement, prit une forme selon laquelle le pouvoir parlementaire portait bien sur ce domaine, le contenu du droit de vote restant en pratique limité.

Finalement, les projets de Constitution et de Code de la Famille impériale furent ainsi, le 27 avril 1888, présentés à l'Empereur. En même temps, les projets de Code électoral, de Code parlementaire et d'Édit sur l'organisation de la Chambre des Pairs furent également établis.

Délibération au sein du Conseil privé de l'Empereur

Le 28 avril 1888, le décret créant le nouveau Conseil privé de l'Empereur, *Sûmitsu-in*, fut publié. Les tâches du *Sûmitsu-in* étaient de « discuter des matières importantes de la politique du pays en présence de l'Empereur » et de « tenir des conférences, présenter les opinions à l'Empereur, et lui demander son approbation ». Ce Conseil privé se composait d'un président, d'un vice-président, de conseillers, d'un secrétaire général, et de secrétaires. ITO Hirobumi démissionna alors du poste de Premier Ministre et fut nommé Président du Conseil. INOUE Kowashi fut nommé secrétaire général. Le 8 mai, en présence de l'Empereur, la cérémonie d'ouverture du Conseil eut lieu, et à cette occasion fut publié l'édit impérial disant que « nous rendons les projets de

Code de la Famille impériale et de Constitution, que nous avons ordonné aux sujets d'établir, au Conseil et à sa discussion ». Ito prit ensuite la parole en attirant l'attention des membres sur le caractère confidentiel de la délibération et proclama : « nous devrions normalement commencer par discuter du Code de la Famille impériale, mais en raison des circonstances, nous sommes obligés pour le moment de commencer par discuter de la Constitution ».

Les lectures du projet de Constitution au sein du Conseil commencèrent le 18 juin. Le Président Ito annonça au début de la séance : « Tandis qu'en Europe, il n'est pas vrai que la politique constitutionnelle ait commencé seulement à ce siècle (...), dans notre pays, ces choses appartiennent encore au monde inconnu. Par conséquent, en ce moment même où nous rédigeons la Constitution, il est inévitable que nous cherchions et fixions avant tout le pivot du pays. (...) Au demeurant, voilà plus de mille ans que la politique constitutionnelle bourgeoise en Europe. Non seulement les peuples européens s'habituent à ce système, mais ils possèdent aussi une religion, qui en est le pivot et pénètre profondément les esprits. Les esprits populaires s'unissent autour de la religion. Quant à notre pays, la puissance de la religion est faible et il n'y a pas de pivot. Le bouddhisme (...) est aujourd'hui déjà sur le déclin, et le shintoïsme (...) n'a pas assez de puissance en tant que religion pour convertir les esprits du peuple. Ce qui doit être le pivot de notre pays ne peut donc être que la famille impériale. Pour cette raison, dans ce projet de Constitution, nous faisons attention à ce point et essayons autant que possible de respecter le pouvoir impérial et de ne pas le contraindre. (...) En d'autres termes, dans ce projet, nous avons pris comme pivot le pouvoir impérial et, en voulant ne pas le blesser, nous nous sommes enhardis à refuser le principe européen de division de la souveraineté. Il ne s'agit donc pas d'un de ces régimes européens où le pouvoir impérial et le pouvoir populaire collaborent. C'est le principe fondamental de ce projet de Constitution »³⁴. Néanmoins, comme nous allons le voir maintenant, Ito allait montrer une autre facette plus constitutionnaliste lors du débat qui émergea au sein du Conseil.

³⁴ Cité par OHISHI M., *supra* note 22, pp. 164 et 165.

La première querelle au sein du Conseil porta sur l'article 5 du projet stipulant que « l'Empereur exécute, avec l'approbation du Parlement impérial, le pouvoir législatif ». Il s'éleva une critique selon laquelle le terme d'« approbation » impliquait un renversement hiérarchique de l'Empereur et du Parlement. Ito répliqua à cet argument en disant : « Quand on veut créer un régime constitutionnel (...), il faut en comprendre l'essence. (...) Quand on crée ce régime et institue un Premier Ministre responsable, celui-ci assume la responsabilité de sa politique d'une part vis-à-vis de l'Empereur et d'autre part vis-à-vis du Parlement. (...) Lorsque le régime constitutionnel est établi, il est inévitable que, dans l'administration, le pouvoir de l'Empereur se limite plus ou moins en instituant le Premier Ministre, et que, dans la législation, l'Empereur ne puisse rédiger les lois sans l'approbation du Parlement. Ces deux limites au pouvoir de l'Empereur sont l'essence du régime constitutionnel. Sans ces deux limites, il n'y aurait plus de régime constitutionnel »³⁵. Malgré cet argument d'Ito, le Conseil décida finalement de remplacer le mot « approbation » par « collaboration ».

Lors de la deuxième lecture du projet, le 22 juin, une autre querelle, fameuse, concernant les droits et devoirs des sujets, se posa. Le Ministre de l'Éducation MORI Arinori (1848-1889) exprima en effet la critique suivante : « Il faut remplacer le titre du chapitre V « droits et devoirs des sujets » par celui de « responsabilités des sujets ». Les termes de « droit » et de « devoir » ne doivent en effet pas être écrits dans une constitution, mais dans une loi. La notion de « sujet » se définit par rapport à l'Empereur. Les sujets n'ont pas vis-à-vis de l'Empereur de droits, mais seulement des responsabilités. Il suffit donc de stipuler dans une constitution les responsabilités des sujets vis-à-vis de l'Empereur »³⁶. Ito le contredit d'emblée en ces termes : « l'essence de la création d'une constitution est, en premier lieu, la limitation du pouvoir impérial et, en second lieu, la garantie des droits des sujets. Si l'on n'énumère pas dans une constitution les droits des sujets et se contente de stipuler seulement les responsabilités de ceux-ci, il semble qu'il ne soit plus nécessaire de rédiger une

³⁵ Cité par OHISHI M., *supra*, p. 167.

³⁶ Cité par OHISHI M., *supra*, p. 168.

constitution. La constitution ne se forme qu'avec la limitation du pouvoir impérial et l'insertion des droits et devoirs des sujets. (...) La constitution, sans devoirs et droits des sujets, ne peut devenir le protecteur des sujets »³⁷. Mais la véritable intention de Mori semblait être ailleurs. Il répondit à Ito : « Les sujets possèdent naturellement la propriété, la liberté d'expression, etc. Il faut les protéger et les limiter par les lois. Il n'est donc pas bon qu'on les traite comme si elles n'étaient que le produit de la constitution. (...) Même si les termes de « droits et de devoirs » ne paraissent point dans la constitution, les sujets ont toujours la propriété et la liberté d'expression »³⁸. On pourrait douter, néanmoins, des convictions libérales de Mori, bien qu'il se fonde ici sur l'idée de droits naturels, car c'est Mori lui-même qui avait auparavant critiqué l'usage du mot « approbation ». En fait, l'opinion de Mori sur ce point était que le Parlement ne devrait pas avoir un pouvoir du même niveau que celui de l'Empereur et qu'il ne devrait être qu'une assemblée consultative, et donc que les décisions votées au Parlement devraient pouvoir changer par la volonté de l'Empereur. Cette intervention de Mori resta sans effet, et le chapitre V demeura inchangé.

Finalement, la délibération sur les projets de Constitution et du Code de la Famille impériale finit le 13 juillet et celle sur les projets des Codes parlementaire et électoral débuta après l'été et finit le 31 octobre. Les projets auraient dû être arrêtés par ces délibérations, mais le *Sûmitsu-in* tint de nouveau deux conférences au milieu et à la fin de janvier 1889. Ayant modifié plusieurs articles, le Conseil vota enfin, le 5 février, les projets définitifs de Constitution, des Codes parlementaire, électoral et financier, et du décret sur la Chambre des Pairs. Ces projets furent présentés à l'Empereur et reçurent son approbation.

³⁷ Cité par OHISHI M., *supra*, p. 169.

³⁸ Cité par OHISHI M., *ibid.*

B. Promulgation de la Constitution

Le 11 février 1889, la cérémonie de promulgation de la Constitution eut lieu au Palais impérial de Tokyo. L'Empereur Meiji annonça d'abord que « par le pouvoir que nous héritons de nos ancêtres, nous donnerons ce grand texte impérissable aux sujets présents et futurs ». Le texte de « la Constitution du Grand Empire du Japon » fut ensuite donné par l'Empereur au Premier Ministre KURODA Kiyotaka (1840-1900). Ainsi la Constitution « accordée » par l'Empereur fut-elle publiée dans le journal officiel du même jour, en même temps que le Code parlementaire (loi n° 2), le Code électoral de la Chambre des représentants (loi n° 3), le Code financier (loi n° 4) et l'Édit sur la Chambre des Pairs (édit n° 11). Le Code de la Famille impériale fut également promulgué le même jour mais, en tant que loi privée de la Famille de l'Empereur, ne fut pas publié.

La révision des traités

Ces travaux accomplis, il semblait que les conditions pour réaliser le vœu du Japon, c'est-à-dire la révision des traités inégaux, étaient réunies. Succédant à INOUE Kaoru, le nouveau Ministre des Affaires étrangères OKUMA Shigenobu (1868-1912), fondateur de l'Université de Waseda à Tokyo, rédigea un projet de révision des traités. Il supprima la nomination de juges étrangers pour les procès civils et l'obligation pour le Japon de transmettre au préalable la traduction anglaise des codes. En ce qui concerne le système juridictionnel de consul, son projet reconnut d'abord sa persistance dans les concessions étrangères pendant une durée de cinq ans puis, en l'abolissant à l'expiration de cette durée, accorda la propriété foncière aux étrangers. Okuma n'eut pas recours comme ses prédécesseurs aux tables rondes mais négocia fermement de manière individuelle avec chaque pays. Il en résulta que le nouveau traité fut signé d'abord avec les États-Unis, juste après la promulgation de la Constitution, le 20 février 1889, puis avec l'Allemagne en juin et la Russie en août. Il faut néanmoins remarquer que la négociation d'Okuma fut

accompagnée de deux « déclarations » du Ministre des Affaires étrangères : *primo*, que des juges étrangers seraient employés au sein de la Cour Suprême ; *secundo*, que les codes pénal, civil, commercial, etc., qui étaient en cours de révision et de rédaction, seraient achevés cette année et traduits en anglais. Certes, le projet d'Okuma, accompagné de ces déclarations, était donc encore loin d'être « égal », mais du fait qu'il limitait la nomination des juges étrangers à la seule Cour Suprême et n'obligeait pas le Japon à transmettre les traductions anglaises des codes aux étrangers, il méritait d'être considéré comme plus avancé que le projet d'Inoue.

Or, malgré un secret rigoureux, un extrait du projet d'Okuma fut publié dans un quotidien anglais le 19 avril, et cet article fut traduit et publié au Japon en mai. De nouveau, se développa un mouvement vigoureux contre cette révision des traités jugée encore inégale. L'opinion publique ne s'étant point encore calmée en automne, et à la suite de la démission du Président du *Sûmitsu-in* Ito et de l'attentat contre Okuma, le gouvernement Kuroda fut obligé de démissionner en bloc. Successeur provisoire, le Premier Ministre SANJO Sanetomi (1837-1891) demanda aux États-Unis, à la Grande-Bretagne et à la Russie l'ajournement illimité de l'entrée en vigueur des traités déjà signés, qui aurait dû avoir lieu le jour du premier anniversaire de la promulgation de la Constitution, et aussitôt, lui aussi, démissionna le 24 décembre. Par la suite, les gouvernements ultérieurs essayèrent d'établir un projet de révision égalitaire. Certes les codes principaux avaient déjà été publiés, mais l'entrée en vigueur des codes civil et commercial, publiés en 1880 et qui aurait dû entrer en vigueur en 1890, resta repoussée à la suite de ce qu'on appelle « la controverse des codes »³⁹. Sous le deuxième ministère Ito (1892-1896), le gouvernement reprit ses travaux de nouvelle codification et finalement, en 1894, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, il signa un nouveau traité avec la Grande-Bretagne supprimant intégralement le système juridictionnel de consul, ainsi que, pendant les trois années suivantes, de nouveaux traités avec les États-Unis,

³⁹ Le code civil rédigé par Boissonade fut considéré trop « individualiste » et « égalitaire » entre hommes et femmes, et parents et enfants. Le professeur de droit constitutionnel de l'Université impériale de Tokyo HOZUMI Yatsuka (*infra*) critiqua vigoureusement ce code à la française, en disant : « le Code civil apparaît, la piété filiale disparaît ».

l'Italie, la Russie, l'Allemagne et la France. Leur entrée en vigueur n'eut cependant lieu que deux ans plus tard, et ce n'est qu'à la fin de l'ère Meiji que le Japon reprit le droit autonome de douane, par la signature d'un premier traité avec les États-Unis en 1911.

L'ouverture du Parlement

Parallèlement à la révision des traités, le gouvernement s'engagea dans l'aménagement des lois organiques. Outre le règlement sur la Chambre des Pairs et des codes électoral et parlementaire, dont la Constitution prévoyait la rédaction en les nommant explicitement, celle-ci stipulait, dans certains articles, que les lois correspondantes seraient promulguées. Il s'agissait de la composition de la juridiction (Art. 57), des objets d'un procès administratif, de l'organisation de la Cour des comptes, etc. Ainsi furent promulguées et publiées la loi sur la Cour des comptes (mai 1889), la loi sur la composition de la juridiction (février 1890), la loi sur la justice administrative (juin 1890), la loi sur la pétition (octobre 1890), etc.

Comme le prévoyait l'édit impérial de 1880, le Parlement impérial devait être créé en 1890. La tâche incombait donc au gouvernement d'examiner les questions concrètes concernant l'ouverture du Parlement. Sa proposition ayant été acceptée, KANEKO Kentaro (1853-1942), qui avait participé à la rédaction de la Constitution avec Ito et Inoue, partit en juillet 1889 aux États-Unis et en Europe afin d'y poursuivre ses investigations sur les systèmes parlementaires occidentaux. Parallèlement, pendant son absence, le secrétariat provisoire du Parlement impérial fut formé, avec comme secrétaire général INOUE Kowashi. Kaneko emporta les traductions anglaises des commentaires de la Constitution, du Code de la Famille impériale et également d'autres Codes, et consulta de nombreuses personnalités marquantes à propos de la Constitution et des institutions du Parlement : en Europe, R. Jhering, J. F. Chlumecky, L. Stein, A. V. Dicey, W. R. Anson, J. Bryce etc., et aux États-Unis, O. W. Holmes, J. B. Thayer, etc. En juillet 1890, la première élection législative eut lieu, au

suffrage restreint direct⁴⁰, et la nomination des membres de la Chambre des Pairs s'acheva en octobre. Le 29 novembre 1890, la première séance du Parlement impérial fut ouverte et le même jour, la Constitution entra finalement en vigueur.

⁴⁰ Seuls les hommes de plus de 25 ans qui payaient des impôts directs supérieurs à 15 yen. Il est dit qu'il n'y eut que 450 000 électeurs, soit un pour cent de la population. Le résultat de l'élection fut que sur les trois cents sièges, les partis de l'opposition en gagnèrent 174.

Section 2. Seconde histoire de la Constitution de 1889

A. Application de la Constitution

La Constitution de 1889, entrée en vigueur en novembre 1890, resta sans aucune modification jusqu'à la promulgation de la Constitution actuelle de 1946, consécutive à la défaite du Japon. En fait, sous cette seule Constitution, le « Grand Empire du Japon » allait connaître des vicissitudes autour du constitutionnalisme allant d'un extrême à l'autre.

Les quatre phases de l'histoire de la Constitution de 1889

Dans l'un de ses articles, HIGUCHI Yoichi divise l'histoire antérieure à la Constitution de 1946 en quatre grandes étapes⁴¹. Vient d'abord la *première période*, celle des années 1870-1890, « où le constitutionnalisme japonais se cherchait ». La *deuxième étape* est marquée par la promulgation de « la Charte impériale de 1889 ». Mettant l'accent sur le fait que le pouvoir imposa « d'en haut » cette loi fondamentale et que si celle-ci contenait, certes, un parlement dont la chambre basse était élue et les droits « gracieusement octroyés » par l'Empereur à ses sujets, le pouvoir n'en rejeta pas moins un gouvernement responsable devant la chambre élue ainsi que l'idée des droits de l'homme, ce constitutionnaliste japonais ose appeler cette loi fondamentale, non pas « Constitution », mais « Charte impériale ». Certes, le Japon se donna par cette « Charte impériale » un constitutionnalisme, mais celui-ci n'était, comme nous l'avons vu, que ce dont les publicistes allemands qualifient le constitutionnalisme prussien, qui était justement le premier modèle de cette « Charte » japonaise : *Scheinkonstitutionalismus*, ou « constitutionnalisme apparent », donc non authentique. Higuchi fait remarquer que, sous cette Constitution pseudo-constitutionnaliste, néanmoins, le Japon allait flotter, sur le plan de l'interpré-

⁴¹ Voir HIGUCHI Y., *supra* note 1, pp. 27 et s.

tation de la Constitution et également au niveau de la politique réelle, entre deux tendances : d'une part, une interprétation et une application aussi libérales et occidentales que possible de la Constitution, et d'autre part, une interprétation et une application entièrement autoritaires et japonaises. Il reconnaît dans cette époque de lutte plus ou moins doctrinale entre les deux tendances, des années 1920 à la première moitié des années 1930, la *troisième phase* de l'histoire antérieure à la Constitution de 1946. Comme nous le verrons, la tendance autoritaire réussit définitivement à chasser le courant libéral en 1935, et Higuchi fait de l'époque qui va de cette année jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale la *quatrième phase*.

Nous allons maintenant aborder l'histoire de l'application de la Constitution en nous appuyant sur le cadre de Higuchi. Nous commençons par ce qu'il appelle la « *deuxième étape* », période qui commence juste après la promulgation de la Constitution.

HOZUMI Yatsuka, premier professeur de droit constitutionnel

En l'an 1889, à peine rentré de six années d'études en Allemagne, HOZUMI Yatsuka (1860-1912) fut nommé professeur à la Faculté de droit de l'Université impériale de Tokyo et commença son cours de droit constitutionnel. La fondation de cette université remonte à 1630, lorsque le shogunat d'Edo créa une académie officielle pour enseigner les classiques chinois comme le confucianisme, la médecine et les arts militaires. En 1856 une autre école fut créée à Edo pour l'étude et la traduction des livres étrangers et pour enseigner les sciences occidentales, et deux ans plus tard, le shogunat fonda une troisième école, de médecine, pour enseigner et pratiquer la vaccination antivariolique. Ces trois écoles furent finalement unifiées en 1877 sous le nom d'« Université de Tokyo ». Celle-ci prit le titre de « *Teikoku Daigaku* (Université impériale) » en 1886, qu'elle garda jusqu'à la défaite. Hozumi y enseigna pendant 24 ans jusqu'à sa retraite prématurée en 1912. Pendant son séjour en Allemagne, il avait étudié à Heidelberg, Berlin et à Strasbourg sous les directions de Paul Laband, Rudolph Sohm, etc.

Hozumi écrivit un article intitulé « *Shin Kempô no Hôri oyobi Kempô Kaishaku no Kokoroe* (Philosophie de la nouvelle Constitution et instructions de l'interprétation) » quelques jours avant la promulgation de la Constitution⁴². Il résuma lui-même son discours en cinq points :

1. La Constitution du Grand Empire du Japon est une constitution accordée par l'Empereur.
2. La cérémonie de promulgation de la Constitution est celle de révision constitutionnelle. On y change la Constitution non-écrite de monarchie dictatoriale à la Constitution écrite de monarchie constitutionnelle.
3. Après la promulgation de la nouvelle Constitution, le Japon ne sera pas monarchie parlementaire mais monarchie constitutionnelle.
4. La promulgation de la nouvelle Constitution ne coupe point la continuité juridique, soit *Rechtskontinuität* (*sic*), entre le *Kokutai* du pays antérieur et postérieur à celle-ci.
5. Le texte de la nouvelle Constitution n'est pas nécessairement l'ensemble de la Constitution. Quand on interprète la Constitution, il faut tenir compte de l'histoire du *Kokutai* et également se référer aux anciennes lois et coutumes dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la nouvelle Constitution.

La notion de « *Kokutai* »

Un trait caractéristique de la doctrine de Hozumi est, avant tout, de mettre le *Kokutai* au premier plan de l'interprétation constitutionnelle. De fait il écrivit dans son manuel de 1910 : « La constitution d'un pays est une loi fondamentale relative au *Kokutai* et au régime politique propres à ce pays. Il doit donc s'y trouver l'interprétation indépendante et originale de ce pays. (...) De ce point de vue, j'ai pour principe de ne pas m'attacher aux exemples et

⁴² Cité par HASEGAWA Masayasu, *Nihon Kempô-gaku no Keihu* (Généalogie de la science du droit constitutionnel du Japon), Tokyo, Keisô Shobô, 1993, p. 96.

doctrines de l'étranger »⁴³. Le *Kokutai*, littéralement « corps d'État », était chez Hozumi d'abord « la forme d'existence de la souveraineté dans l'organisation de l'État »⁴⁴, ou, en d'autres termes, « la question de savoir quelle volonté naturelle doit être considérée comme la souveraineté d'État »⁴⁵. Toutefois, pour Hozumi, ce n'était pas la constitution qui déterminait cette forme ou cette question, mais « la conviction du peuple uni »⁴⁶. Ainsi, ce terme devint-il un mot quotidien signifiant « généralement le caractère d'une nation ou d'un État »⁴⁷. En effet, « l'obscurité de la doctrine de Hozumi se trouve dans le fait que le *Kokutai* en tant que mot quotidien et celui en tant que terme juridique se distinguent dans un contexte et s'unifient dans l'autre »⁴⁸. Il caractérise le *Kokutai* japonais en ces mots : « La famille et l'État ne sont pas deux choses différentes. Une famille fait un État et un État fait une famille. Tous les deux honorent les ancêtres, et sous la protection de leurs âmes les descendants vivent ensemble avec amitié et respect. L'autorité du chef de famille vient de la divinité des ancêtres, et il se trouve à leur place et protège leurs descendants. L'obéissance de la famille à l'autorité du chef de famille n'est autre chose que l'obéissance à la divinité des ancêtres. L'autorité de l'Empereur vient de la divinité de ses ancêtres, et il se trouve à leur place et gouverne les descendants que ses ancêtres aiment. L'obéissance du peuple au pouvoir de l'Empereur n'est autre chose que l'obéissance à la divinité du pays. L'État est une grande famille, la famille est un petit État. C'est le principe du fondement du pays. C'est l'essence du *Kokutai* [du Japon] »⁴⁹. Insistant sur l'omnipotence de l'État-Empereur, la doctrine de Hozumi fut considérée *légitime* et devint le courant influent jusqu'au début des années 1920.

Une autre caractéristique de la doctrine de Hozumi porte sur sa compréhension unique du régime politique. Comme nous l'avons vu plus haut, Hozumi soutenait que le Japon postérieur à la promulgation de la Constitution

⁴³ HOZUMI Yatsuka, *Kempô Teiyô* (Manuel de droit constitutionnel), Tokyo, Yûhikaku, 1910, t. I, p. 3. Cité par HIGUCHI Y., *Kempô I*, Tokyo, Seirin Shoin, 1998, p. 56.

⁴⁴ HOZUMI Y., *supra*, p. 29.

⁴⁵ *Supra*, p. 39.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 99.

⁴⁹ Cité par HASEGAWA M., *supra*, p. 100.

était une monarchie constitutionnelle et non une monarchie parlementaire de type anglais. Selon ses mots, « le régime constitutionnel est le régime où le parlement et le gouvernement se divisent et s'opposent, et où le pouvoir suprême se situe au-dessus de ceux-ci et les contrôle et harmonise. C'est le cas des États de l'Allemagne et de l'Amérique du nord. Le régime parlementaire est le régime où le parlement a le pouvoir suprême et omnipotent, et où le gouvernement y est assujéti. C'est le cas de la Grande-Bretagne et de la France »⁵⁰. Il ne considérait pas comme caractéristiques du constitutionnalisme la limitation du pouvoir impérial, l'instauration d'un parlement élu, la promulgation d'une constitution écrite ni la protection des droits de l'homme, mais uniquement la « séparation des pouvoirs ». Pour lui, le parlementarisme à l'anglaise n'était pas un constitutionnalisme mais un « despotisme du parlement » qui, évitant la séparation entre le parlement et le gouvernement, subordonnait le gouvernement au parlement, donc à la majorité parlementaire. C'est la raison pour laquelle il soutint que le régime politique de la Constitution japonaise n'était pas parlementariste mais constitutionnaliste et s'attachait à une « séparation des pouvoirs » assez originale, laquelle n'avait pas pour but de limiter le pouvoir exécutif et impérial. Ainsi sa thèse de la séparation des pouvoirs insistait-elle sur l'indépendance du pouvoir exécutif et impérial vis-à-vis du Parlement, mais elle ignorait complètement en revanche celle du pouvoir législatif vis-à-vis du gouvernement, bien que la Constitution ait, en fait, stipulé les matières réservées au législateur.

La méthode historique

Le cinquième point du résumé du discours de Hozumi de 1889 cité plus haut caractérise sa méthode d'interprétation constitutionnelle. Se référant plusieurs fois à Savigny (bien que son principe ait été de « ne pas s'attacher aux exemples et doctrines de l'étranger » !), il prônait une méthode historique. Celle-ci commence par le refus de l'idée de contrat social et de droits naturels,

⁵⁰ HOZUMI Y., *Giin sei oyobi Rikken sei* (Parlementarisme et constitutionnalisme), Tokyo, 1901. Cité par HASEGAWA M., *supra*, p. 101.

qu'il critiquait ainsi : « la thèse du contrat social fonde la création d'un État sur l'engagement libre du peuple. Elle n'a aucun fondement historique et n'est qu'une imagination. Même si cela était réel, pour quelle raison un engagement d'un temps passé contraindrait-il dans l'avenir et perpétuellement le peuple ? Cela est théoriquement incompréhensible. Que des hommes fassent un État, cela n'est ni plus ni moins que la formation d'une famille par ceux que le sang unit, et c'est le résultat naturel de l'évolution sociale. L'origine de l'État est inconsciente, et plus tard, les hommes devenant conscients le consolident »⁵¹. Pour lui, c'était le fait historique que la Constitution eût été accordée par l'Empereur qui comptait. Ensuite, il ne faisait pas remonter la Constitution aux systèmes européens comme celui de la Prusse, mais à l'histoire du *Kokutai* japonais. La méthode comparative fut donc omise chez lui. Quand il comparait le Japon avec l'étranger, il ne choisissait pas l'Europe de son temps, mais celle d'avant le christianisme, c'est-à-dire, la Grèce et la Rome antiques ainsi que la Germanie où il trouvait le fondement de sa thèse de l'État-Famille. En résumé, sa méthode historique fut, « présupposant que le *Kokutai* de son temps et l'idéologie du système familial qui le fonde existent depuis longtemps au Japon, de citer des exemples de l'étranger s'il en existe offrant une similarité, et s'il n'en existe pas, de s'honorer d'un caractère exceptionnel du Japon »⁵². Sa méthode historique pourrait bien, dans ce contexte, être perçue comme « ahistorique ».

Il pourrait sembler étrange que la doctrine de Hozumi ainsi caractérisée soit devenue influente aux environs du début du 20^e siècle, alors que les dirigeants du gouvernement, et en particulier les rédacteurs de la Constitution comme Ito et Inoue, ainsi que nous l'avons déjà vu, voulaient introduire et appliquer le constitutionnalisme d'une façon moins autoritaire, du moins comparé à Hozumi. En fait, nous ne pouvons pas trouver sur ce point d'études détaillées. Nous sommes obligés ici de nous contenter de remarquer certains points : d'abord, Hozumi fut le premier et le seul professeur de droit constitutionnel à l'Université impériale de Tokyo, qui resta la seule université

⁵¹ HOZUMI Y., *supra* note 43, p. 196.

⁵² HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 106.

nationale jusqu'à la fondation de l'Université impériale de Kyoto en 1897. Ayant pour vocation première de former principalement les hauts fonctionnaires, l'Université impériale de Tokyo avait à cette époque une influence considérable sur les jeunes dirigeants du pays. Ensuite, une fois nommé professeur à cette université, juste après son retour d'Allemagne, Hozumi publia plusieurs articles et ouvrages successifs, dans lesquels il présentait une doctrine systématique, doctrine qui ne correspondait pas tout à fait à ce que le gouvernement attendait au départ⁵³. Certes, Ito et ses collègues avaient réclamé qu'un pouvoir relativement grand soit attribué au Parlement, mais à la suite de la première élection, remportée par l'opposition, la doctrine de Hozumi, dans la mesure où elle soutenait la « séparation des pouvoirs » et l'invulnérabilité du gouvernement-État-Empereur, pouvait constituer une thèse « opportune » pour le gouvernement, qui craignait la montée excessive du pouvoir parlementaire.

La doctrine « légitime » de Hozumi subit, néanmoins, une critique rigoureuse en 1912, juste avant la mort prématurée de celui-ci. Cette année-là, presque en même temps, deux ouvrages furent publiés : « *Teikoku Kempô Kôgi* (Cours sur la Constitution impériale) » d'UESUGI Shinkichi (1878-1928), successeur fidèle à la chaire de Hozumi, et « *Kempô Kôwa* (Discours sur la Constitution) » de MINOBE Tatsukichi (1873-1948), professeur de droit administratif à l'Université impériale de Tokyo.

MINOBE Tatsukichi

Minobe avait fini ses études à l'Université en 1898 et avait travaillé pendant deux ans au Ministère de l'Intérieur. À la suite de la recommandation du professeur de théorie juridique de l'État et de droit administratif à l'Université, ICHIKI Kitokuro (1867-1944), il entra à l'école de doctorat de l'Université et étudia l'histoire du droit comparé. À l'issue de trois années d'études en Allemagne, en Grande-Bretagne et en France, il tint la chaire

⁵³ INOUE Kowashi exclut, plus tard, Hozumi du comité d'édition pour les commentaires semi-officiels de la Constitution. Voir INADA Masatsugu, *Meiji Kempô Seiritsu-shi* (Histoire de la promulgation de la Constitution de Meiji), Tokyo, Yûhikaku, t. I, 1960, p. 883.

d'histoire du droit comparé de 1902 à 1911. Il cumula, à partir de 1908, la chaire de droit administratif en succédant à Ichiki. C'est alors qu'Uesugi succéda à Hozumi à la chaire de droit constitutionnel, et ce n'est qu'en 1920 que Minobe commença à enseigner le droit constitutionnel. Cette année-là, une deuxième chaire de droit constitutionnel fut créée à l'Université impériale de Tokyo.

Minobe critiqua vivement, dans la préface de son ouvrage, la doctrine de Hozumi : « C'est une thèse déguisée de l'autocratie, qui, en employant le terme *Kokutai*, propage par tous les moyens des idées despotiques, opprime les droits du peuple et exige de celui-ci l'obéissance absolue »⁵⁴. Uesugi, quant à lui, réprova Minobe en écrivant que sa doctrine était « une hérésie sur le *Kokutai* » et qu'« il fallait absolument l'expulser »⁵⁵. Ainsi naquit le célèbre débat du *Kokutai* entre Uesugi et Minobe⁵⁶.

Le débat du *Kokutai*

Minobe résuma les sept points essentiels de son argument comme suit⁵⁷:

1. Un État est une collectivité et il a une personnalité juridique (*Staatspersönlichkeit*).
2. La souveraineté, droit de gouverner, appartient à cet État.
3. L'État est une personne juridique, donc il agit toujours par ses organes.
4. De la différence de l'organe étatique, apparaît la différence du régime politique.
5. Il y a parmi les organes étatiques toujours un seul organe suprême, et de la différence dans l'organisation de cet organe apparaît la différence entre régime monarchique et régime républicain.
6. Les différences entre monarchie / république, entre régime constitutionnel /

⁵⁴ Cité par HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 109.

⁵⁵ Cité par HASEGAWA M., *ibid.*

⁵⁶ Plusieurs articles sur ce sujet d'Uesugi et Minobe (et quelques-uns de Hozumi) sont rassemblés dans HOSHIIJIMA Jiro (éd.), *Uesugi Hakase tai Minobe hakase Saikin Kempô-ron* (Thèses constitutionnelles récentes de Dr. Uesugi v. Dr. Minobe), 1913, réimp., Tokyo, Misuzu Shobô, 1989.

⁵⁷ Voir HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 110.

despotique, etc. distinguent les régimes politiques. Il n'est pas théoriquement justifié d'employer la notion de *Kokutai* en plus de celle de régime politique.

7. Même dans une monarchie, le monarque n'a pas le droit de gouverner en tant que son propre droit, mais n'en dispose qu'en tant qu'organe suprême de l'État. En conséquence, le sujet du droit n'est pas le monarque.

Cet argument fut perçu, par Minobe lui-même, comme le fruit de la théorie générale de l'État, qui pourrait s'appliquer non seulement au cas japonais, mais à tous les États. Minobe écrivit plus tard que la Constitution de 1889 avait adopté « dans une large mesure les principes du constitutionnalisme communs aux pays européens » et que par conséquent « il fallait se baser sur ces principes quand on l'interprète »⁵⁸. En effet, ayant étudié pendant son séjour à l'Allemagne sous la direction de G. Jellinek, il se référait souvent au nouveau courant de l'*Allgemeine Staatslehre*⁵⁹. En contraste avec Hozumi-Uesugi, il essaya d'interpréter et d'appliquer la Constitution japonaise d'une façon aussi démocratique et libérale que possible.

Hozumi critiqua dans son dernier écrit la thèse de la personnalité juridique de l'État de Minobe. Selon ses mots, « cette thèse naquit en Allemagne dans le but de concilier la monarchie et la démocratie. Néanmoins, certains auteurs du Japon essaient de l'importer, sans aucune nécessité, au Japon. Ils essaient d'expliquer notre *Kokutai*, en négligeant de nombreux détails, à l'aide de doctrines étrangères. (...) Notre notion du *Kokutai* est composée, sans aucun besoin d'aide d'extérieure, de notre histoire et de notre pensée propre »⁶⁰. La thèse de Minobe de « l'Empereur-organe de l'État » avait, selon Hozumi, pour but de nier la souveraineté de l'Empereur et n'était donc point compatible avec le *Kokutai* japonais. D'après Uesugi, également, la thèse de Minobe, bien que l'article premier de la Constitution stipulât que « le Grand Empire du Japon

⁵⁸ MINOBE Tatsukichi, *Chikujô Kempô Seigi* (Précis article par article de la Constitution), Tokyo, Yûhikaku, 1927, p. 5, cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 56.

⁵⁹ Minobe fut le premier introducteur de Jellinek au Japon. Il traduisit par exemple en 1906 sa « *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895) ».

⁶⁰ HOZUMI Yatsuka *Hakase Rombun-sh* (Recueil du Dr. HOZUMI Yatsuka), 1913, pp. 887-888, cité par IWAMA Akimichi, « *Senzen ni okeru Kempô Kaishaku no Hôh* (Méthode de l'interprétation constitutionnelle d'avant-guerre) », in SUGIHARA Yasuo (éd.), *Kempô-gaku no Hôh* (Méthode de la science du droit constitutionnel), Tokyo, Keisô Shobô, 1984, pp. 3-69, at p. 13.

était gouverné par l'Empereur héritier d'une dynastie millénaire », soutenait que l'Empereur n'était pas le sujet du droit de gouverner mais un organe de l'État japonais, qui était lui-même la collectivité constituée de l'ensemble du peuple japonais, et conduisait à la conclusion selon laquelle l'Empereur était un serviteur du peuple entier. Cette thèse, pour Uesugi, n'était donc pas compatible avec le *Kokutai* japonais⁶¹.

UESUGI Shinkichi

Uesugi affirma explicitement se fonder sur la *Begriffsjurisprudenz*, en s'exprimant en ces termes : « Je pars du même principe fondamental que Laband. La théorie juridique de l'État (*Staatsrechtslehre*) est strictement juridique et doit être nettement séparée de l'intérêt politique. J'exclus définitivement le principe selon lequel le droit serait influencé par l'intérêt. (...) Pour interpréter le droit, il ne faut employer d'autre méthode que la logique »⁶². Pour ce soi-disant positiviste, *dura lex, sed lex*. Il dit encore : « Même les lois qui nous semblent immorales, et même les lois qui causent dans un cas particulier un résultat immoral, si ces lois sont édictées par le souverain, il faut sans discuter de leur résultat leur obéir. C'est une grande morale de l'espèce humaine »⁶³. En conséquence, « une fois que la Constitution, le grand texte impérissable, est promulguée, il n'est point permis lui contrevenir »⁶⁴. Uesugi critiqua ensuite la *Freirechtsbewegung*, qui, selon ses mots, « en échappant à la contrainte logique et en se fondant sur la commodité pratique de la société, essaie de trouver les règles de droit en dehors et au-dessus du droit positif » et qui, après tout, « aboutit à faire des jugements subjectifs de chacun le droit »⁶⁵. Selon lui, la thèse de Minobe se fondait justement sur ce courant.

Dans son positivisme comme dans son hostilité contre le mouvement

⁶¹ Voir HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 111.

⁶² UESUGI Shinkichi, *Kokutai, Kempô oyobi Kensei* (*Kokutai, Constitution et politique constitutionnelle*), 1916, pp. 308 et 346, cité par IWAMA A., *supra* note 60, p. 29.

⁶³ UESUGI S., *Teikoku Kempô Jutsugi* (*Commentaire de la Constitution impériale*), 1914, pp. 162 et 163, cité par IWAMA A., *ibid.*

⁶⁴ UESUGI S., *supra* note 62, p. 217, cité par IWAMA A., *supra* note 60, p. 30.

⁶⁵ UESUGI S., *supra*, pp. 335 et 383, cité par IWAMA A., *ibid.*

de libre-découverte du droit⁶⁶, il faut remarquer qu'Uesugi n'était pas toujours cohérent. Sa méthode positiviste ne portait que sur une partie très limitée. D'abord, il reconnut, comme résultat logique du fait que seul le droit positif est un droit, l'existence de la lacune en droit (il ne prenait pas comme principe le dogme de plénitude du droit de Laband!). Dans le *Raumrechtsfreier*, ce serait l'État-Empereur qui prendrait la décision. En d'autres termes, en présence d'un vide juridique, sa méthode de *Begriffsjurisprudenz* ne serait pas appliquée. Ensuite, il finit par faire prévaloir la justification politique sur la légalité, en disant : « la constitution existe pour l'État. Il n'est pas vrai de dire que l'État existe pour la constitution »⁶⁷. Ici aussi, la distinction entre les jugements juridique et politique ne serait pas accomplie. Finalement, il considéra la Constitution comme « arme » de l'Empereur pour exercer son pouvoir de gouverner. Pour lui, les constitutions occidentales auraient été promulguées par le peuple en forçant les monarques, et leurs principes auraient été de contraindre le pouvoir monarchique. À l'inverse, la Constitution du Japon aurait été promulguée par l'Empereur en se fondant sur sa propre volonté et son principe aurait été de servir d'arme à l'Empereur, c'est-à-dire, d'élargir son pouvoir.

Il s'inscrivit ainsi dans une démarche strictement positiviste concernant la limitation des compétences du Parlement, mais en revanche, pour ce qui est du pouvoir exécutif-impérial, en soutenant que « le souverain peut commander et interdire au peuple quelque chose que ce soit, (...) et par conséquent il n'est pas toujours vrai qu'il ne peut ordonner le peuple qu'en se fondant sur les règles juridiques déjà édictées »⁶⁸, il suivit une autre manière d'interprétation refusant la contrainte par la Constitution, manière illustrée par sa thèse selon laquelle l'article 31 de la Constitution, stipulant que les articles

⁶⁶ Nous nous permettons, pour le moment, de donner au terme allemand « *Freirechtsbewegung* » cette traduction. La traduction française par Catherine Rouffet d'une des premières présentations de l'histoire de la philosophie du droit allemande, Guido FASSO, *Storia della filosofia del diritto, vol. III, Ottocento e Novocento*, 1974 (Paris, LGDJ, 1976), le traduit plus littéralement comme « le mouvement du droit libre ». Accessoirement, elle traduit « *Begriffsjurisprudenz* » comme « la jurisprudence des concepts », mais nous employons dans le texte le terme allemand lui-même.

⁶⁷ UESUGI S., *op. cit.*, p. 259, cité par IWAMA A., *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸ UESUGI S., *supra*, pp. 237 et 238, cité par IWAMA A., *supra*, p. 33.

relatifs aux droits des sujets n'empêchaient pas l'exécution des prérogatives de l'Empereur lors d'une guerre ou d'une crise d'État, serait le principe et ces articles relatifs aux droits seraient l'exception⁶⁹.

La méthode de Minobe

Il est vrai que Minobe, quant à lui, employait une méthode d'interprétation plus ou moins « mouvante » ou « souple », mettant l'accent sur la méthode comparative et se fondant sur une position proche du mouvement de libre-découverte du droit. En premier lieu, Minobe rejetait la notion de *Kokutai* de la science du droit constitutionnel. Il entendait par régime politique l'ensemble des organes de gouvernement ou organes juridiques, et par *Kokutai* le caractère moral et historique de l'État sur lequel ces organes sont basés. Il dit : « La notion de *Kokutai* est un concept qui montre le fait historique que notre empire a depuis sa création une dynastie millénaire et le fait moral que nous, le peuple japonais, avons un sentiment unique au monde de respect et docilité vis-à-vis de la Famille impériale »⁷⁰. Ainsi, selon lui, le régime politique était-il une notion juridique et une question de droit constitutionnel et de théorie juridique de l'État, tandis que le *Kokutai* était une notion morale et une question d'éthique et de morale⁷¹. Il insistait lui aussi sur la spécificité du *Kokutai* japonais, mais selon lui, il ne s'agissait que d'une différence de « *Volksgeist* » et non de « *Staatsverfassung* » (*sic*), et il refusait la thèse de Hozumi-Uesugi fondant la spécificité de la Constitution sur celle du *Kokutai*⁷².

En second lieu, il considérait comme caractère fondamental de la Constitution le fait qu'« elle combinait d'une part le monarchisme basé sur le *Kokutai* du Japon et d'autre part le constitutionnalisme transmis par la civilisation occidentale »⁷³, et soutenait que l'on devait interpréter les parties de la Constitution relatives au monarchisme en se fondant sur l'histoire propre du

⁶⁹ Voir UESUGI S., *supra*, p. 254, cité par IWAMA A., *ibid.*

⁷⁰ MINOBE T., *supra* note 58, pp. 4 et 5, cité par IWAMA A., *supra*, p. 35.

⁷¹ Voir HOSHIJIMA J., *supra* note 56, p. 297.

⁷² *Supra*, p. 299.

⁷³ MINOBE T., *Nihon Kempô no Kihon Shugi* (Principes fondamentaux de la Constitution du Japon), 1934, p. 92, cité par IWAMA A., *supra* note 60, p. 35.

Japon, mais celles relatives au constitutionnalisme en se fondant sur les principes constitutionnalistes développés en Occident⁷⁴. Considérant ensuite que le constitutionnalisme de la Constitution de 1889 avait pris modèle sur les constitutions des États allemands, en particulier celles de la Prusse et de la Bavière, et que ces constitutions elles-mêmes avaient pris modèle sur la Constitution anglaise, la Constitution française de 1814, la Constitution belge de 1830 etc.⁷⁵, il essayait d'interpréter la Constitution japonaise à l'aide des théories juridiques de l'État de l'Allemagne du 19^e siècle, notamment celle d'Eugen Ehrlich et surtout celle de G. Jellinek.

Sur sa position proche du mouvement de libre-découverte du droit, nous pourrions remarquer, en premier lieu, que Minobe écrit, en critiquant la méthode d'Uesugi : « un des points auxquels nous ne pouvons pas consentir dans les doctrines constitutionnelles de notre pays est que l'on donne trop d'importance au texte lorsqu'on interprète la Constitution » et il faut plutôt formuler « une interprétation qui ne s'attache pas trop obstinément à la lettre et qui puisse répondre aux changements de situation », en d'autres termes, une « interprétation non pas littérale, mais raisonnable »⁷⁶. En second lieu, sa théorie des sources du droit éclaire bien sa méthodologie de l'interprétation. Minobe considérait d'abord comme sources du droit constitutionnel, outre la constitution écrite, « la coutume constitutionnelle » et « le *Vernunftrecht* constitutionnel ». Il soutenait ensuite que le droit constitutionnel non-écrit, d'une part, « comble ce que la constitution écrite passe » et d'autre part, « montre le critère juste pour interpréter ce que la constitution stipule »⁷⁷. Il reconnaît ainsi la primauté du droit constitutionnel non-écrit sur la constitution écrite et, de plus, reconnaît la supériorité du « droit de raison ». En d'autres termes, « pour savoir ce qu'est le droit, la réflexion sur la justice et l'intérêt social est la plus importante » et « la grande tâche du juriste n'est autre chose que de juger ce qui est la justice et ce qui va dans le sens de l'intérêt social »⁷⁸.

⁷⁴ MINOBE T., *supra* note 58, p. 26, cité par IWAMA A., *supra*, pp. 35 et 36.

⁷⁵ Voir HOSHIJIMA J., *op. cit.*, pp. 313 et 314.

⁷⁶ MINOBE T., *supra* note 58, pp. 6, 25 et 26, cité par IWAMA A., *op. cit.*, p. 49.

⁷⁷ Voir *supra*, pp. 33 et 34, cité par IWAMA A., *supra*, p. 50.

⁷⁸ MINOBE T., *Kempô Teiyô* (Manuel de droit constitutionnel), Tokyo, Yûhikaku, 5^e éd., 1933, pp. 6

En effet, la doctrine de Minobe fut une *Rechtsdogmatik*. Certes, il concevait la science du droit comme une science du phénomène social et donc une branche des *Sozialwissenschaften* (*sic*), en critiquant Hans Kelsen qui la catégorisait en science normative⁷⁹. Mais il n'envisageait pas une science de la connaissance qui eût pour but une connaissance du droit existant au Japon de son temps. Il ne distinguait pas la connaissance du droit de l'interprétation du droit, et les mélangeait immédiatement. Sa critique contre Kelsen finit par répéter simplement la conception jellinekienne, en ignorant la signification du fait que Kelsen avait pris précisément pour objet de son *« Ideologiekritik »* la *Staatsrechtslehre* et la *Verwaltungsrechtslehre* de l'Allemagne du 19^e siècle⁸⁰. La doctrine de Minobe fut par nature une interprétation de la Constitution, et en ce sens une pratique, mais en tant que telle, elle joua un grand rôle dans l'histoire constitutionnelle du Japon afin d'appliquer la Constitution d'une manière autant constitutionnaliste que possible.

Le débat entre Uesugi et Minobe, initié en 1912, s'acheva par la victoire de Minobe. Déjà en 1912, Hozumi se lamentait en ces termes sur l'atmosphère qui régnait au Japon : « quand certains auteurs critiquent [la thèse de Minobe], des journaux et magazines les injurient et défendent cette hérésie. (...) Il existe même des auteurs prétendument égalitaires qui essaient de réprimer un argument légitime en soutenant qu'exprimer une opinion hérétique est un exercice de la liberté d'expression »⁸¹. En effet, par ce débat entre Minobe et Uesugi, « l'interprétation plus constitutionnaliste de la Constitution, qui s'était consolidée depuis la deuxième moitié des années 1890, marqua le déclin de la doctrine de Hozumi, qui avait été jusqu'alors considérée comme la doctrine légitime et officielle »⁸².

Il va sans dire que ce changement considérable n'eut pas lieu

et 7.

⁷⁹ MINOBE T., « *Kelsen Gakusetsu no Hihan* (Critique de la doctrine de Kelsen) », 1935, cité par OKUDAIRA Yasuhiro, « *Minobe Kempô-gaku no Hôhō to Shiten* (Méthode et point de vue du droit constitutionnel de Minobe) », in Acte de symposium « Méthode du droit constitutionnel », *Hôritsu Jihô*, vol. 40, n° 11, 1968, pp. 4-62 at p. 6.

⁸⁰ Voir OKUDAIRA Y., *supra*, p. 9.

⁸¹ HOZUMI Y., *Kokutai no Isetsu to Jinshin no Dôkô* (Hérésie sur le *Kokutai* et tendances de l'opinion publique), in HOSHIJIMA J., *supra* note 56.

⁸² HASEGAWA M., *supra* note 42, pp. 112 et 113.

fortuitement. Pendant les vingt années qui suivirent la promulgation de la Constitution de 1889, la société japonaise, hors de la tour d'ivoire de l'Université impériale de Tokyo, s'était incontestablement préparée à accueillir cette nouvelle thèse plus constitutionnaliste. Ceci se caractérisait avant tout par le développement de la politique parlementaire. Comme nous l'avons vu plus haut, à la suite de la première élection, la majorité du premier Parlement fut occupée par l'opposition, composée des membres actifs du *Jiyû Minken Undô*, mouvement pour la liberté et les droits du peuple. De nombreux partis politiques naquirent et encouragèrent la participation de la bourgeoisie à la politique. Le gouvernement essaya bien, au début, de se détacher des partis, de corrompre certains opposants pour faire voter le budget, ou bien d'intervenir dans l'élection législative⁸³, ou même encore d'utiliser un Édít impérial pour faire voter le budget⁸⁴. Mais en 1898, le premier ministère composé en partie de membres de l'opposition devenue majoritaire fut formé. Dès lors, dans cette société où se conjuguèrent le développement rapide de l'économie capitaliste et les victoires des guerres sino-japonaise (1895) et russo-japonaise (1905), la bourgeoisie éclairée non seulement ne put plus être éloignée de la politique, mais ne put davantage accepter comme légitime la doctrine de Hozumi-Uesugi qui voulait limiter autant que possible le pouvoir du Parlement et la participation de la bourgeoisie à la politique.

L'année 1912 vit également la fin de l'ère Meiji, avec le décès de l'Empereur le 30 juillet. À la mort de son père, Yoshihito (1879-1926) accéda au trône, marquant ainsi le début de l'ère Taishô⁸⁵. Pendant son règne, l'Empereur Taishô, « atteint d'une sorte de méningite, s'occupa peu des affaires

⁸³ La deuxième élection législative de 1892, comme sous le nom d' « élection sanglante », vit le gouvernement Matsukata intervenir violemment et l'on dénombra 25 morts et 388 blessés graves. Le résultat fut néanmoins la victoire de l'opposition (163 sièges sur 300).

⁸⁴ En 1893, le deuxième gouvernement Ito employa, pour passer outre l'opposition contre l'augmentation du budget militaire, un Édít impérial qui demandait au Parlement de collaborer avec le gouvernement en déclarant que l'Empereur lui-même offrirait de l'or et les fonctionnaires paieraient dix pour cent de leurs salaires pour construire des navires de guerre.

⁸⁵ Au Japon, depuis l'an 645, chaque Empereur a, à son avènement, décrété une ère nouvelle et en a changé si les circonstances le demandaient ou si, plus simplement, il lui convenait de marquer une scission dans la continuité de son règne. Jusqu'à l'Empereur Meiji, la plupart des Empereurs eurent plusieurs noms d'ères, mais à partir de la Restauration de Meiji de 1868, chaque Empereur n'eut plus qu'une seule ère, et c'est sous le nom de celle-ci qu'il fut après sa mort dénommé officiellement.

politiques »⁸⁶, et durant cette période, la Constitution de 1889 fut appliquée de la façon la plus démocratique et constitutionnaliste. Cette époque est connue sous le nom de « *Taishô Democracy* ».

La « *Taishô Democracy* »

La « *Taishô Democracy* » fut marquée par deux séries de « *Goken Undô*, mouvement pour la défense du régime constitutionnel », qui revendiquaient respectivement la consolidation de la politique des partis et le suffrage universel. Ces mouvements étaient organisés principalement par des gens de la ville et comptaient parmi leurs militants de nombreux opposants de la Chambre des représentants, des journalistes, juristes, commerçants, industriels etc. Le premier mouvement gagna en 1918 la formation du premier authentique ministère de la majorité politique, ministère HARA Takashi (1856-1921), composé de membres de son parti, excepté les ministres des Affaires étrangères, de l'Armée de terre et de la Marine. C'est à cette époque que la pratique du ministère responsable devant la Chambre basse fut établie avec le slogan « *Kensei no Jôdô*, voie authentique de la politique constitutionnelle ». En d'autres termes, le parlementarisme à l'orléaniste fut, en tant que pratique politique, fondé. À la suite de la dissolution de la Chambre basse par le gouvernement KIYOURA Keigo (1850-1942), dissolution causée par la montée du deuxième mouvement, et des élections générales consécutives de 1925, le président du parti, KATO Takaaki (1860-1926), devint le 24^e Premier Ministre. Son ministère, appelé « ministère de coalition pour défendre le régime constitutionnel »⁸⁷, édicta d'emblée la loi du suffrage universel, par laquelle le droit de vote fut accordé à tous les hommes de plus de vingt-cinq ans, indépendamment du montant de l'impôt. À partir de ce ministère Kato jusqu'à l'assassinat du 30^e Premier Ministre INUKAI Tsuyoshi (1855-1932) du 15 mai 1932, le Japon vécut sur l'alternance entre les deux partis favorables au régime constitutionnel.

⁸⁶ L. FRÉDÉRIC, *supra* note 6, p. 1075.

⁸⁷ Le ministère Kato fut composé des trois partis politiques majoritaires qui avaient réclamé le suffrage universel lors du deuxième « mouvement pour la défense du régime constitutionnel ».

Durant cette « *Taishô Democracy* », à côté de la politique constitutionnaliste, la science du droit constitutionnel et la philosophie du droit elles aussi se développèrent. Elles apparurent comme le nouveau courant de la jeune génération défiant la doctrine de Minobe, dont l'autorité s'était affermie dans les cercles académiques et aussi dans le monde pratique. Aussi, furent introduits au Japon les auteurs du *Neukantianismus* comme Emil Lask⁸⁸, Rudolf Stammler et Gustav Radbruch. Ce fut également à cette époque que les premières traductions de Kelsen furent publiées : celles de ses « *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911) » en 1920 par TAMURA Tokuji (1886-1958), et de son « *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) » en 1924 par HORI Makoto (1898-1980)⁸⁹.

Cependant, la « *Taishô Democracy* », de même que l'ère Taishô, ne dura pas longtemps. En effet, sous le nouvel Empereur Hirohito (1901-1989), qui succéda à l'Empereur Taishô et inaugura l'ère Shôwa en 1926, le Japon allait se précipiter dans une série d'événements tragiques, barbares et sanglants en rejetant tout ce qui était occidental et en étouffant entièrement toute trace de constitutionnalisme.

B. La « sortie » de la Constitution

Un mauvais présage

La « sortie » de la Constitution, qui jusqu'alors avait été appliquée tant bien que mal d'une façon constitutionnaliste, fut d'abord perceptible sur le plan de la politique. En fait, il y avait déjà eu un signe avant-coureur, ironie du sort, alors même que le « mouvement pour la défense du régime constitutionnel »

⁸⁸ TSUNETO Yasushi traduisit en 1921 son *Rechtsphilosophie* (1905).

⁸⁹ Plus tard, dans l'ère Shôwa qui commença en 1926, les études sur Kelsen prospérèrent. Comme traductions au début de Shôwa, « *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928) » en 1932 par KURODA Satoru, « *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2. Aufl., 1929) » en 1932 par NISHIJIMA Yoshiji, « *Reine Rechtslehre* (1934) » en 1935 par YOKOTA Kisaburo, « *Allgemeine Staatslehre* (1925) » en 1936 par KIYOMIYA Shiro etc.

atteignait son apogée. En 1925, le ministère Kato édicta, en même temps que la loi du suffrage universel, la loi du maintien de l'ordre public (loi n° 46). Il est dit que le gouvernement craignait en effet, en introduisant le suffrage universel, la conquête des sièges au Parlement par le prolétariat, avec ses conséquences sur la radicalisation du mouvement social. On retrouve une nouvelle fois la politique de la carotte et du bâton à la japonaise. En effet, la prospérité qui avait suivi la fin de la première guerre mondiale avait provoqué une hausse exorbitante des prix, et une émeute s'était déclenchée, commençant par le pillage de boutiques appartenant à des marchands de riz en 1918 et se répandant aussitôt dans tous le pays⁹⁰. De plus la Confédération Générale du Travail du Japon se forma en 1921 en prenant comme principe la confrontation du patronat et des syndicats. L'année 1921 avait également vu la création de la Confédération des socialistes japonais et en 1922 le Parti communiste japonais naquit dans la clandestinité. De surcroît, le Japon noua des relations diplomatiques avec le gouvernement soviétique en 1925, ce qui faisait craindre au gouvernement la pénétration du communisme. Ces événements servirent de prétexte à l'édiction de la loi de maintien de l'ordre public. Ainsi, l'article premier de cette loi stipulait-il que « celui qui fonde une association dans le but de transformer le *Kokutai* ou dénier le régime de la propriété individuelle, ou celui qui y participe en connaissance de cause sera condamné à dix ans maximum de travaux forcés ou de prison ».

Sous la domination de la doctrine de Minobe, selon laquelle la notion de *Kokutai* ne signifiait que le caractère moral et historique de l'État, on put attendre jusqu'à l'ère Shôwa sans que cette loi, conçue au début comme une loi visant plutôt à l'anticommunisme, prenne tout son sens, qu'il s'agisse ou non de celui que son auteur voulait originellement lui donner. Au cours de la troisième année de Shôwa, en 1928, la première élection générale au suffrage universel eut lieu. À cette occasion, huit membres des partis prolétariens furent élus⁹¹ et le Parti communiste japonais, sortant de l'anonymat, commença ouvertement ses activités. Surpris de cette situation, le ministère TANAKA Giichi (1864-1929)

⁹⁰ Ces « émeutes de riz » se produisirent dans 39 des 47 préfectures et les armées furent envoyées à 122 endroits. Il est dit qu'au total 700 000 personnes participèrent aux émeutes.

⁹¹ Les huit élus obtinrent 490 000 voix (4,9%).

révisa la loi de maintien de l'ordre public et y introduisit la peine de mort⁹². En 1931, l'armée japonaise conquiert la Mandchourie (une partie de ce qui forme aujourd'hui la Chine du Nord-Est) et le ministre WAKATSUKI Reijiro (1866-1949), ayant perdu l'appui du peuple à cause de sa politique économique, ne put contrôler l'action de l'armée et démissionna. Dès lors, le gouvernement allait devenir de plus en plus impuissant à contrôler l'armée et à réagir contre les attentats de l'extrême-droite. En mai 1932, le Premier Ministre Inukai fut assassiné par de jeunes officiers de marine. En 1933, le Japon se retira de la Société des Nations en réplique au Rapport de Lytton qui ne reconnaissait pas l'invasion de l'armée japonaise en Mandchourie comme une action de défense légitime, ce que soutenait le Japon.

En mai 1933, le Ministère de l'Éducation HATOYAMA Ichiro (1883-1959) mit en non-activité forcée le professeur de droit criminel de l'Université impériale de Kyoto TAKIGAWA Yukitoki (1891-1962), sous prétexte que sa doctrine libérale était marxiste. Le conseil des professeurs de la Faculté de droit et de nombreux étudiants opposèrent une résistance obstinée en réclamant l'autonomie de l'université et la liberté d'enseignement et de recherche et, finalement, plusieurs professeurs démissionnèrent en signe de protestation, dont SASAKI Soichi (1878-1965), professeur de droit constitutionnel (〈 *Takigawa Jiken*, affaire Takigawa 〉).

L'affaire de la « thèse de l'Empereur-organe de l'État »

En février 1935, un baron prit la parole à la Chambre des Pairs et s'exprima en ces termes : « Parmi les ouvrages interprétant la Constitution de notre pays impérial, il en existe quelques uns qui détruisent le *Kokutai* de notre pays qui brille d'or et n'a aucune déficience. (...) Il s'agit de « *Chikujō Kempō Seigi* (Précis article par article de la Constitution) », « *Kempō Satsuyō* (Esquisse de droit constitutionnel) » [de Minobe], etc. (...) La thèse de « l'Empereur-organe de l'État » est une thèse que l'on ne doit pas employer dans le Grand Japon

⁹² Plusieurs cadres du Parti communiste furent arrêtés en mars et avril 1928.

d'aujourd'hui, et je sollicite vivement de votre part une confirmation sur ce point ». Le Premier Ministre OKADA Keisuke (1868-1952) lui répondit: « Je ne crois pas qu'il y ait, dans les ouvrages du Docteur Minobe, si on en lit l'ensemble, d'erreur concernant la notion de *Kokutai*, mais il semble que certains termes soient utilisés improprement »⁹³. Minobe, également membre de la Chambre depuis 1932, répliqua une semaine plus tard : « J'ai la conviction que si on lit mes ouvrages avec attention et si on leur rend justice, il n'y a aucune raison d'émettre ces critiques. Le baron Kikuchi soutient que mes livres déniaient notre *Kokutai* et la souveraineté impériale, mais cela ne prouve qu'une chose, qu'il ne lit pas mes livres, ou bien s'il les lit, qu'il ne les comprend pas. Que la prérogative de gouverner l'État appartienne, dans notre Constitution, à l'Empereur est une chose dont personne ne doute. (...) Les vues que je développe dans mes ouvrages sont, en premier lieu, que la prérogative de gouverner l'État de l'Empereur ne doit, en tant que notion juridique, pas être conçue comme un droit mais comme une compétence; en second lieu, qu'elle n'est pas un pouvoir illimité et omnipotent, mais une compétence qui doit être exercée selon les stipulations de la Constitution »⁹⁴.

Le gouvernement, qui ne souhaitait pas au départ condamner Minobe, dut finalement le faire sous la pression d'une extrême droite enragée, en déclarant le 15 octobre 1935 que la thèse de « l'Empereur-organe de l'État » de Minobe « osait contester notre *Kokutai* sacré » « en s'appuyant trop sur les exemples de l'étranger » et qu'« il fallait prendre comme principe l'essence de notre *Kokutai* unique au monde et hisser sa quintessence »⁹⁵. Minobe fut par la suite chassé de la Chambre des Pairs et ses principaux ouvrages furent interdits par le Ministère de l'Intérieur, et dans le même temps, Minobe fut l'objet d'une agression. À la suite de cette « Affaire de la thèse de l'Empereur-organe de l'État », Minobe, qui, ayant atteint l'âge de retraite, avait démissionné de l'Université l'année précédant cette affaire, fut réduit au silence. Le Japon entra

⁹³ Le procès-verbal sténographique de la Chambre des Pairs, in Numéro spécial du *Journal officiel*, le 18 février 1935, repris dans *Kôjien* (Grand dictionnaire du japonais), Tokyo, Iwanami Shoten, 4^e éd., 1997, CD-ROM.

⁹⁴ La Chambre des Pairs, le 25 février 1935, *loc. cit.*

⁹⁵ « Communiqué du gouvernement pour éclaircir le *Kokutai* », cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 57.

ainsi dans la *quatrième phase* de son histoire constitutionnelle.

D'après les mémoires d'un constitutionnaliste de cette époque, « à l'issue de l'interdiction des ouvrages du Dr. Minobe, l'Université impériale de Kyoto fit spontanément suspendre le cours de droit constitutionnel du Prof. Watanabe [Sotaro], qui adhérait à la thèse de Minobe, et l'Université impériale de Kyûshû, elle aussi, décida de ne plus employer le terme « organe ». Le Prof. Miyazawa [Toshiyoshi, (*infra*)] de l'Université impériale de Tokyo, quant à lui, se tint sur la réserve, et le Dr. Sasaki [Soichi, qui, depuis sa démission protestataire de l'Université impériale de Kyoto, enseignait à l'École nationale de commerce de Kobe, future Université de Kobe] décida de démissionner [de cette École]. Ainsi les professeurs favorables à la thèse de « l'Empereur-organe de l'État » furent-ils *de facto* écartés des chaires de droit constitutionnel des principales universités. La plupart des auteurs firent en sorte que leurs ouvrages soient retirés de la circulation ou les révisèrent. La nomination du jury du concours de fonctionnaire fut monopolisée par des auteurs s'opposant à la thèse de la personnalité juridique de l'État et soutenant la souveraineté de l'Empereur. Ainsi s'organisa le contrôle des doctrines constitutionnelles »⁹⁶.

Dans le même temps, les adeptes du nouveau courant de la théorie pure du droit, qui était né lors de la « *Taishô Democracy* » et avait prospéré au début de l'ère Shôwa⁹⁷, furent, pour les uns, obligés de suspendre leurs recherches kelseniennes et, pour les autres, contraints d'abandonner Kelsen et de s'attacher à Carl Schmitt⁹⁸ et même à Otto Koellreutter⁹⁹. En outre, les ouvrages de Hozumi et Uesugi furent ressortis pour combler le vide provoqué par l'interdiction de la doctrine de Minobe¹⁰⁰.

⁹⁶ SUZUKI Yasuzo, *Nihon Kensei-shi Kenkyû* (Étude sur l'histoire de la politique constitutionnelle du Japon), p. 329, cité par HASEGAWA M., *supra* note 42, p. 173.

⁹⁷ Voir *supra* note 89.

⁹⁸ Sa « *Verfassungslehre* (1928) » était largement lue. Il y avait aussi un recueil de ses articles traduits sous le titre « *Kokka, Gikai, Hôritsu* (État, parlement, loi) » par HORI Makoto et AOYAMA Yoshimichi en 1939.

⁹⁹ Sa « *Deutsche Verfassungslehre* (1935) » fut traduite par YABE Sadaharu et TAGAWA Hirozo et publiée sous le titre « *Nachisu Doitsu no Kempô-ron* (Théorie de la Constitution de l'Allemagne nazie) » en 1939. Un recueil de ses conférences datant de son séjour au Japon (1938-1939), « *Shin Kokka Kan* (Nouvelle vision de l'État) », fut aussi publié en 1942.

¹⁰⁰ Aussi, « *Kempô Teiyô* (*supra* note 43) » de Hozumi fut-il réimprimé en 1935 et le fut jusqu'à sa

À partir du bannissement de Minobe, aussi bien au niveau de la politique réelle qu'au niveau universitaire, le Japon allait rapidement dégringoler dans une période de ténèbres où la Constitution, sous laquelle le pays avait pu, dans une certaine mesure et pendant une vingtaine d'années, avoir un constitutionnalisme à l'occidentale, fut peu à peu occultée pour finalement être amenée à « sortir », tant sur le plan politique que sur le plan universitaire.

En février 1936, un Coup d'État tenté par des groupes ultra-nationalistes composés d'environ mille quatre cents officiers et soldats de l'armée de terre, qui assassinèrent entre autres le Ministre des Finances et le Ministre de l'Intérieur, avorta, la tentative d'assassinat du Premier Ministre Okada ayant échoué. Puis la guerre sino-japonaise éclata en 1937, et YANAIHARA Tadao (1893-1961), professeur d'économie à l'Université impériale de Tokyo, fut contraint de démissionner à cause de sa critique envers la politique coloniale du gouvernement. Ces événements furent suivis par la loi de mobilisation nationale de 1938, la dissolution de tous les partis politiques de 1939, la conclusion de l'alliance nippo-germano-italienne de 1940, et finalement, la déclaration de la guerre du Pacifique de 1941... Il ne put alors plus exister de constitutionnalisme au Japon, même si la Constitution de 1889 continuait, formellement, d'exister.

Chapitre III Histoire de la Constitution de 1946

Section 1. Élaboration de la Constitution

A. Défaite du Japon

La guerre du Pacifique se termina par la défaite du Japon. Alors même que le Japon vivait les heures les plus sombres de son histoire, et qu'il n'existait plus aucun espoir d'échapper à l'anéantissement militaire total (largages des bombes atomiques à Hiroshima [le 6 août 1945] et à Nagasaki [le 9 août 1945], entrée de l'URSS dans la guerre du Pacifique [le 8 août 1945]), la question la plus sérieuse pour le gouvernement japonais restait celle du *Kokutai*. Le gouvernement proposa le 10 août aux Pays alliés d'accepter la Déclaration de Potsdam « sous réserve que la Déclaration n'imposât pas de modifications aux prérogatives de l'Empereur de gouverner l'État ». Dans leur réponse du 11 août les Pays alliés indiquèrent simplement que, premièrement, dès la capitulation, les compétences de l'Empereur et du gouvernement japonais pour gouverner l'État tombaient sous la sujétion du commandant des Pays alliés qui prendrait les mesures nécessaires pour réaliser les dispositions de la Déclaration, et que, deuxièmement, le régime politique du Japon serait déterminé, en respectant la Déclaration, par la volonté du peuple japonais exprimée librement ». Le gouvernement japonais, sans s'enquérir davantage du sens exact de cette réponse, accepta la Déclaration le 14 août 1945. Le pays fut ainsi soumis à l'occupation des Forces Alliées dirigées par le Général Douglas MacArthur (1880-1964), qui arriva au Japon le 30 août.

Le paragraphe 10 de la Déclaration de Potsdam prescrivait que « le gouvernement japonais dût éliminer tous les obstacles à la restauration et au renforcement de la tendance démocratique parmi le peuple japonais » et que « les libertés d'expression, de religion et de pensée, et le respect des droits fondamentaux de l'homme dussent être établis ». Son paragraphe 12 prévoyait

comme condition de l'évacuation des Forces Alliées « l'établissement d'un gouvernement responsable, ayant une tendance pacifique conformément à la volonté du peuple japonais exprimée librement ». Au début de l'occupation, le gouvernement japonais maintenait que malgré la capitulation, le *Kokutai* demeurerait intact, et que, pour réaliser les dispositions de la Déclaration, il n'y avait aucun besoin de réviser la Constitution. C'était aussi l'opinion de la plupart des constitutionnalistes. Ainsi Minobe écrivit : « la réalisation d'une politique démocratique est tout à fait possible sous le régime actuel, et je suis convaincu que la révision constitutionnelle n'est pas si urgente qu'il faille le faire maintenant sous cet état d'alerte ». Pour lui, « il va sans dire que l'insistance sur la notion extrêmement étroite et mystique de *Kokutai* n'est point fondée sur le texte de la Constitution »¹⁰¹.

Mais à la suite de la suggestion insistante de MacArthur qu'il était crucial de réviser la Constitution pour réaliser la Déclaration de Potsdam, le gouvernement établit le 27 octobre 1945 un comité non-officiel pour examiner la question de savoir s'il y avait effectivement lieu d'amender la Constitution, et, dans l'affirmative, quels amendements étaient appropriés. Ce comité eut pour président MATSUMOTO Joji (1877-1954), Ministre d'État, parmi ses conseillers Minobe, et certains membres universitaires comme MIYAZAWA Toshiyoshi (1899-1976), disciple de Minobe et professeur de l'Université impériale de Tokyo (*infra*), KIYOMIYA Shiro (1898-1989), professeur de l'Université impériale de Séoul¹⁰² puis de Tôhoku¹⁰³, KAWAMURA Matasuke (1894-1979), professeur de l'Université impériale de Kyûshû puis juge à la Cour Suprême. À l'issue d'une période d'environ trois mois de délibérations secrètes, ce comité rédigea une proposition de révision de la Constitution, dont le contenu était assez conservateur, en ce sens qu'il maintenait le principe de la souveraineté impériale et le Conseil privé de l'Empereur, *Sûmitsu-in*, non responsable devant le Parlement, et qu'il conservait de nombreuses réserves aux lois en ce qui concerne les droits de l'individu. Ce projet du Comité Matsumoto envisageait

¹⁰¹ *Asahi Shimbun* (Quotidien Asahi), le 20-22 oct. 1945, cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 59.

¹⁰² L'Université impériale de Séoul fut créée en 1910 juste après l'annexion de la Corée par le Japon.

¹⁰³ HIGUCHI Yoichi est l'un de ses anciens disciples à l'Université de Tôhoku.

simplement de « libéraliser » la Constitution de 1889 et n'était en rien un projet de révision fondamentale.

Le projet MacArthur

Le 1^{er} février 1946, le *Quotidien Mainichi* (*Mainichi Shimbun*) révéla le projet secret du Comité Matsumoto. Prenant conscience du conservatisme au sein du Comité et de son insensibilité au climat international d'hostilité au régime impérial, le Grand Quartier Général du Commandant Suprême des Alliés (« G.H.Q., (*General Headquarters*) », décida de rédiger sa propre version de projet de révision au sein de sa *Gouvernement Section*. MacArthur indiqua le 3 février les principes fondamentaux de révision de la Constitution au Général de brigade Courtney Whitney (1899-1969), responsable de la rédaction du projet. Dès le lendemain, Whitney et une vingtaine de collègues, parmi lesquels les Lieutenants-colonels Alfred Hussey (1899-19?) et Milo E. Rowell (1903-1977), commencèrent la rédaction du projet¹⁰⁴. Les trois principes de MacArthur furent, dans leurs grandes lignes, les suivants :

1. Le régime impérial sera maintenu. L'Empereur sera le chef de l'État, mais ses compétences seront déterminées par la Constitution et il sera responsable devant le peuple.
2. La guerre, qui est un exercice de la souveraineté d'État, sera exclue comme moyen de règlement des conflits et comme moyen de préserver la sécurité de l'État. La défense et la protection du Japon seront confiées aux « idéaux élevés qui sont en cours de mouvoir le monde ».
3. Le régime féodal sera aboli. Le titre de noble (*Kazoku*) ne sera accordé qu'aux familles impériales.

Ignorant que le G.H.Q. avait lui-même commencé de rédiger un projet, le gouvernement japonais lui transmit le projet du Comité Matsumoto, composé

¹⁰⁴ La plupart de ses collègues, y compris Whitney lui-même, étaient d'anciens élèves des *Law Schools* de Harvard, Stanford etc.

de onze chapitres et de quatre-vingt-deux articles, le 8 février. Le 13 février, le G.H.Q. remit le texte dit « projet MacArthur » au gouvernement japonais et l'exhorta à réviser la Constitution sur la base de ce projet.

Le gouvernement japonais fut abasourdi par la présentation inattendue de l'esquisse du G.H.Q.¹⁰⁵, qui contenait, outre la protection des droits fondamentaux (Chapitre III), un article premier stipulant que « l'Empereur est le symbole de l'État japonais et de l'unité du peuple japonais », mais aussi la renonciation à la guerre (Art. 8), le système de la Chambre unique (Art. 41), le système du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême (Art. 73)¹⁰⁶ etc. Après une certaine résistance¹⁰⁷, il consentit cependant, mais à contrecœur, à procéder à un amendement de la Constitution sur cette base¹⁰⁸. Le 2 mars 1946, le gouvernement acheva alors son projet de Constitution qui comprenait neuf chapitres et cent-neuf articles. Ce projet du 2 mars, dont la principale modification vis-à-vis du projet MacArthur fut d'introduire le bicaméralisme, ne fut en fait guère que la traduction japonaise du projet MacArthur.

Délibération sur le projet de Constitution

Le Conseil des Ministres du 5 mars jugea qu'« il n'y avait d'autre choix que de se plier à l'esquisse américaine », et transmit ce jugement à l'Empereur. Prenant en considération la procédure de révision constitutionnelle

¹⁰⁵ Il est dit que lorsque Whitney transmet le projet MacArthur à Matsumoto et YOSHIDA Shigeru, Ministre des Affaires étrangères, ceux-ci perdirent un instant leurs couleurs. Voir OHISHI M., *supra* note 22, p. 276.

¹⁰⁶ À ce propos, l'article 73 stipulait aussi que le Parlement pouvait renverser la décision d'inconstitutionnalité de la Cour Suprême par la majorité qualifiée. On peut voir là sans doute l'influence de l'expérience américaine de l'activisme judiciaire de la période du *New Deal*, voir *infra* note 127.

¹⁰⁷ En effet, Matsumoto envoya un « supplément à l'explication du projet de révision constitutionnelle » au G.H.Q., dans lequel il écrivit : « Chaque État a une situation et un esprit du peuple, se fondant sur son histoire propre. (...) Le système juridique est comme une végétal. (...) En effet, il est vrai que si l'on transplante la rose occidentale au Japon, son parfum disparaît complètement », cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 67.

¹⁰⁸ Il est dit qu'en donnant son esquisse le G.H.Q. avertit que c'était la seule solution pour éviter l'accusation de l'Empereur comme criminel de guerre et pour conserver le régime impérial. Voir TANAKA Hideo, « A History of the Constitution of Japan of 1946 », in TANAKA H. (ed.), *The Japanese Legal System*, Tokyo, Tokyo University Press, 1976, pp. 660-661.

stipulée par l'article 73¹⁰⁹ de la Constitution de 1889, le gouvernement décida de faire en sorte que l'Empereur apparaisse avoir introduit les amendements de la Constitution sur son initiative. Le 6 mars, le gouvernement publia le projet de révision constitutionnelle accompagné d'un rescrit impérial disant : « Nous, en nous fondant sur la volonté nationale et en adoptant le principe de respect des droits fondamentaux de la personnalité, voulons faire ajouter certains amendements fondamentaux à la Constitution et asseoir le relèvement de l'État »¹¹⁰.

Le 10 avril, une élection législative au suffrage universel des deux sexes¹¹¹ eut lieu et les représentants de la quatre-vingt-dixième et dernière législature du Parlement impérial sous la Constitution de 1889 furent élus. Ce fut la première élection où la nouvelle loi sur l'élection de la Chambre basse, dont le projet avait été présenté et voté à la précédente législature de décembre 1945 sous la pression du G.H.Q., fut appliquée. Après la délibération et le vote au sein du *Sûmitsu-in*, le projet de révision fut déposé au Parlement le 20 juin, avec le rescrit impérial portant ces mots : « Nous déposons ici, selon l'article 73 de la Constitution de l'Empire, le projet de révision de la Constitution au Parlement impérial, en voulant une révision intégrale de la Constitution par la volonté du peuple librement exprimée »¹¹².

B. Promulgation de la Constitution

À l'issue d'une délibération de deux mois à la Chambre basse et d'un

¹⁰⁹ « Lorsqu'il faudra dans le futur réviser des articles de cette Constitution, un rescrit impérial introduira le projet au Parlement impérial ».

¹¹⁰ Cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 61.

¹¹¹ Les électeurs furent les hommes et les femmes de plus de 20 ans. Suite à cette élection, 39 femmes furent élues sur les 466 sièges, et les principaux partis furent : le Parti libéral japonais (*Nihon Jiyû-tô*), 140 ; le Parti progressif japonais (*Nihon Shimpô-tô*), 94 ; le Parti socialiste japonais (*Nihon Shakai-tô*), 93 ; le Parti communiste japonais (*Nihon Kyôsan-tô*), 8.

¹¹² Cité par OHISHI M., *supra* note 22, p. 281.

mois et demi à la Chambre des Pairs, le projet fut finalement voté à la Chambre des représentants le 7 octobre 1946. Ce projet de « Constitution du Japon » contenait onze chapitres et cent-trois articles. Les principaux points révisés au sein du Parlement furent les suivants¹¹³ :

1. « (...) Le statut de l'Empereur se fonde sur la volonté générale suprême du peuple » (Art. premier) fut remplacé par « (...) Le statut de l'Empereur se fonde sur la volonté générale du peuple auquel la souveraineté appartient ».
2. À l'article 15, l'alinéa 3, stipulant que « le suffrage universel par les adultes est garanti pour l'élection des fonctionnaires », fut ajouté.
3. À la fin de l'article 44, stipulant que « les conditions d'éligibilité des membres des deux Chambres et de leurs électeurs sont fixées par la loi. Cependant, il n'existe aucune discrimination basée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale, l'origine familiale », furent ajoutés « l'éducation, la propriété ou le revenu ».
4. À l'article 66, l'alinéa 2, stipulant que « le Premier Ministre et les autres ministres d'État doivent être des civils », fut ajouté.
5. « La présente Constitution, les lois édictées dépendant de celle-ci, et les traités sont les règles juridiques suprêmes du pays » (Art. 98) fut remplacé par « la présente Constitution est la règle juridique suprême du pays ».

Les points ci-dessus furent révisés suite à la demande du G.H.Q. Il y eut également des révisions autonomes de la part du Parlement, au nombre desquelles :

6. Au début du premier alinéa de l'article 9 stipulant que « le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant qu'exercice de la puissance de l'État, et à la menace ou l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux », fut ajouté « aspirant sincèrement à une paix internationale ».

¹¹³ Voir OHISHI M., *supra*, pp. 286 et 287.

fondée sur la justice et l'ordre ». Et au début du deuxième alinéa stipulant qu'« il ne sera jamais maintenu d'armées terrestres, navales, aériennes ou autres forces. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu », fut ajouté « Pour atteindre le but fixé à l'alinéa précédent ».

7. À l'article 25, le premier alinéa stipulant que « toute personne a droit au maintien d'un niveau minimum de vie saine et culturelle » fut ajouté.
8. La Cour Suprême devint « le tribunal de dernier ressort » et il fut stipulé qu'« il a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous les autres actes officiels quels qu'ils soient »¹¹⁴.
9. À l'article 98, l'alinéa 2 stipulant que « les traités conclus par le Japon et les règles internationales établies doivent être scrupuleusement observées » fut ajouté.

Ce projet de révision intégrale fut voté sans modification au *Sûmitsu-in*¹¹⁵, et sanctionné par l'Empereur le 29 octobre. Ainsi la nouvelle Constitution du Japon fut-elle publiée au Journal officiel le 3 novembre 1946 et entra finalement en vigueur le 3 mai 1947. Le même jour, le nouveau Code de la Famille impériale entra également en vigueur. Il fut édicté, voté et promulgué en tant que loi. En d'autres termes, le régime « dyarchique » de *Ten-Ken* disparut et le système hiérarchique des normes juridiques ayant pour sommet la Constitution apparut¹¹⁶. Cependant, il n'en est pas moins vrai que jusqu'en 1952, date où le Traité de paix de San Francisco fut signé, où cessa l'occupation par les Pays alliés et où le Japon reprit son indépendance et sa souveraineté, la Constitution du Japon ne fut pas toujours, littéralement, la « règle juridique suprême du pays » (Art. 98).

¹¹⁴ Dans le projet MacArthur, le système de la justice administrative n'existait pas.

¹¹⁵ Lors de la réunion du 29 octobre, Minobe, alors membre du Conseil, était absent.

¹¹⁶ L'article 2 de la Constitution de 1946 stipule que « le trône impérial est dynastique et la succession se fait conformément au Code de la Famille impériale *adopté par la Diète* » (souligné par nous).

Section 2. Constitution du Japon de 1946

A. Le « défi démocratique »

La Constitution du Japon de 1946 n'a fait l'objet, depuis sa promulgation, d'aucune révision ni ajout et vient de fêter son cinquantième anniversaire. Cette Constitution apparaît bien enracinée dans la société japonaise. En effet, sous cette Constitution, le Japon, bien que dépourvu de matières premières et littéralement ravagé par la guerre, a connu un développement économique d'une rapidité extraordinaire¹¹⁷ et s'est fait une place parmi les pays occidentaux libéraux et démocratiques. Avant tout, pour nous qui essayons de décrire la science du droit constitutionnel du Japon contemporain, le fait que cette science ait pu et puisse encore se développer sous cette Constitution, comme nous le verrons plus bas, et ceci sans comparaison avec la période de la Constitution de 1889, est d'une importance fondamentale. Si l'on songe également au fait qu'ayant depuis l'ouverture du pays au monde occidental oscillé entre ce qui est occidental et ce qui est japonais, le Japon d'avant la guerre ait fini par rejeter entièrement les valeurs libéro-démocratiques pour devenir un pays radicalement ethnocentrique et barbare, le défi à la démocratie du Japon pourrait être jugé réussi. Aussi, on a pu dire que « [l]e pays qui a le mieux réussi à concilier son mode traditionnel de fonctionnement avec les règles de la démocratie formelle qui lui étaient imposées par l'Occident est le Japon »¹¹⁸.

Les principes fondamentaux de la Constitution

On considère généralement que les trois principes fondamentaux de la Constitution du Japon sont le pacifisme, le respect des droits fondamentaux de

¹¹⁷ Par exemple, en 1967, le P.N.B. du Japon occupait le deuxième rang après les États-Unis dans les pays capitalistes.

¹¹⁸ Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 15^e éd., 1998, p. 358.

l'homme sans *« Gesetzesvorbehalt »* et le principe de la souveraineté du peuple. Ces principes constitutionnels, dont aucun n'existait dans la Constitution de 1889, sont précisément ceux qui permirent le défi démocratique du Japon. Nous jetons maintenant, *primo*, un regard sur les principaux textes de la Constitution qui les expriment¹¹⁹.

Premièrement, en ce qui concerne le pacifisme, le préambule de la Constitution déclare tout d'abord que « nous, peuple japonais, (...) décidés à ne jamais plus être les témoins des horreurs de la guerre du fait de l'action du gouvernement, (...) établissons fermement cette Constitution (...) » (premier paragraphe). Dans son deuxième paragraphe, il continue en déclarant que « nous, peuple japonais, désirons la paix éternelle et sommes profondément empreints des idéaux élevés présidant aux relations humaines ; nous sommes résolus à préserver notre sécurité et notre existence, confiants en la justice et en la foi des peuples du monde épris de paix (...) » puis que « nous reconnaissons à tous les peuples du monde le droit de vivre en paix, à l'abri également de la peur et du besoin ». L'article 9 stipule ensuite qu'« aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant qu'exercice de la puissance de l'État, et à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux. Pour atteindre le but fixé à l'alinéa précédent, il ne sera jamais maintenu d'armées terrestres, navales, aériennes ou autres forces. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu ».

Deuxièmement, pour ce qui est des droits de l'homme, le chapitre III (Art. 10 - Art. 40) intitulé « droits et devoirs du peuple » offre leur catalogue. D'abord l'article 11 stipule que « le peuple n'est privé de l'exercice d'aucun des droits fondamentaux de la personne humaine. Les droits fondamentaux que la présente Constitution garantit au peuple sont accordés au peuple d'à présent et à venir en tant que droits éternels et inviolables ». L'article 13 dit que « tout le peuple est respecté comme individu (...) » et l'article 14 déclare le principe de

¹¹⁹ Voir la « traduction provisoire en français de la Constitution du Japon recommandée par le Ministère des Affaires étrangères du Japon », reprise dans *Étude de droit japonais*, *supra* note 5, pp. 362-370. Nous l'avons partiellement amendée.

l'égalité : « tout le peuple est égal sous la loi ; il n'existe aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale ». Outre ces articles principaux, il existe des articles garantissant la liberté d'opinion et de conscience (Art. 19) ; la liberté de religion (Art. 20) ; les libertés d'assemblée, d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression (Art. 21, al. 1^{er}) et les interdictions sans réserve de censure et de violation du secret de communication (Art. 21, al. 2) ; les libertés de choisir et de changer la résidence, et de choisir une profession (Art. 22, al. 1^{er}) et la liberté de se rendre en pays étranger ou de renoncer à la nationalité (Art. 22, al. 2) ; la liberté de la science (Art. 23) ; le droit au maintien d'un niveau minimum de vie saine et culturelle (Art. 25) ; le droit de recevoir une éducation égale (Art. 26), le droit de travailler (Art. 27) ; le droit des travailleurs de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement (Art. 28) ; le droit de propriété (Art. 29), et enfin les droits concernant la procédure pénale (Art. 31 - Art. 40).

Troisièmement, en ce qui concerne le principe de la souveraineté du peuple, le préambule déclare d'abord dans son premier paragraphe que « nous, peuple japonais, agissant par l'intermédiaire de nos représentants dûment élus à la Diète, (...) proclamons que la souveraineté appartient au peuple (...). La politique nationale dépend du mandat sacré du peuple, dont les pouvoirs sont exercés par les représentants du peuple et dont les bénéfices sont à la jouissance du peuple (...) ». Dans son article premier, la Constitution stipule ensuite que « l'Empereur est le symbole de l'État et de l'unité du peuple japonais. Le statut de l'Empereur se fonde sur la volonté générale du peuple auquel la souveraineté appartient ».

L'Empereur

Secundo, en ce qui concerne les institutions politiques, contrastant avec l'ancienne Constitution, l'actuelle Constitution prive l'Empereur de tout pouvoir politique. L'article premier exprime que, comme nous l'avons vu ci-dessus, l'Empereur n'est plus qu'un symbole, et l'article 4 stipule que

« l'Empereur ne peut exercer que les seules fonctions relatives aux affaires d'État prévues par la présente Constitution et il n'a pas de pouvoirs relatifs à la politique d'État ». La Constitution énumère ensuite les « affaires d'État » qui sont du ressort de l'Empereur : les publications de révision constitutionnelle, de loi, de règlement et de traité ; la convocation de la Diète ; la dissolution de la Chambre des représentants ; la proclamation des élections générales des membres de la Diète ; l'attestation de la nomination et de la révocation des ministres d'État ainsi que des pleins pouvoirs et lettres de créances des ambassadeurs et ministres ; l'attestation de l'amnistie, de la commutation de peine, de la grâce et de la réhabilitation ; le décernement des distinctions honorifiques ; l'attestation des instruments de ratification et autres documents diplomatiques ; la réception des ambassadeurs et ministres étrangers ; la présidence des cérémonies (Art. 7, n° 1 - n° 10) ; enfin les nominations du Premier Ministre désigné par la Diète et du Président-Juge de la Cour Suprême désigné par le cabinet (Art. 6). On y dénombre certes quelques fonctions apparemment relatives à la politique, mais puisque « tous les actes de l'Empereur relatifs aux affaires d'État requièrent le conseil et le consentement du Cabinet, qui en est responsable » (Art. 3), l'Empereur n'a point de droit de décision substantielle, mais seulement nominale.

La Diète

Le chapitre IV (Art. 41 - Art. 64) est consacré à la « Diète ». À la différence du Parlement impérial de la Constitution de 1889, qui n'était qu'un organe assistant l'Empereur dans ses fonctions de législateur (l'article 5 de celle-ci stipulait : « l'Empereur, avec la collaboration du Parlement impérial, exerce le pouvoir législatif »), la Diète de l'actuelle Constitution, composée des deux chambres des représentants (*Shûgi-in*) et des conseillers (*Sangi-in*) (Art. 42), est « l'organe suprême du pouvoir d'État et le seul organe légiférant de l'État » (Art. 41). « Les deux Chambres se composent de membres élus, représentants du peuple tout entier » (Art. 43).

Le pouvoir de la Diète est en effet assez large : « Un projet de loi ou

une proposition de loi devient loi après son adoption par les deux Chambres, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par la présente Constitution » (Art. 59). Il n'y a pas d'énumération des matières du domaine de la loi comme dans l'article 34 de la Constitution de la Ve République. Outre son pouvoir légiférant, la Diète peut introduire des amendements à la Constitution (Art. 96), examiner, modifier et décider le budget (Art. 60 et 86), donner l'approbation nécessaire à la conclusion des traités (Art. 61 et 73 n° 3), créer un tribunal de mise en accusation des magistrats contre lesquels un procès de destitution a été intenté (Art. 64), mener des enquêtes en matière de politique d'État et exiger la présence et l'audition de témoins, ainsi que la présentation de documents (Art. 62).

Le Cabinet

« Le pouvoir exécutif est dévolu au Cabinet » (Art. 65). Ici aussi, à la différence de l'ancienne Constitution qui stipulait que chaque ministre d'État aidait l'Empereur à gouverner l'État, l'actuelle Constitution explicite tout d'abord que, compte tenu de l'incompétence de l'Empereur en matière de politique d'État, c'est le Cabinet qui exerce exclusivement le pouvoir exécutif. « Le Cabinet se compose du Premier Ministre, qui en assure la présidence, et des autres ministres d'État » (Art. 66 al. 1^{er}). « Le Premier Ministre est désigné par les membres de la Diète, sur résolution de celle-ci » (Art. 67 al. 1^{er}) et il « nomme les ministres d'État » (Art. 68 al. 1^{er}). Il « peut révoquer à son gré les ministres d'État » (*ibid.*, al. 2)¹²⁰. Le Premier Ministre est ainsi doté d'un grand pouvoir.

L'article 73 stipule ensuite : « Le Cabinet, en sus de ses fonctions d'administration générale, est chargé des tâches suivantes : appliquer fidèlement la loi et gérer les affaires d'État ; diriger la politique étrangère ; conclure les traités : il doit cependant obtenir l'approbation préalable, ou selon les cas, subséquente, de la Diète ; diriger l'administration, conformément aux

¹²⁰ Le Premier Ministre a, à trois reprises, révoqué un Ministre d'État depuis 1946 (1947, 1953, 1986).

normes définies par la loi ; préparer le budget et le soumettre à la Diète ; décréter afin d'exécuter les dispositions de la présente Constitution et de la loi : cependant, il ne peut inclure de stipulations pénales dans ces décrets sans y être autorisé par la loi ; statuer en matière d'amnistie générale, d'amnistie spéciale, de commutation de peine, de grâce et de réhabilitation ». En plus de cet article, la Constitution reconnaît au Cabinet la faculté de désigner le Président-Juge de la Cour Suprême (Art. 6 al. 2) et de nommer les autres juges de celle-ci (Art. 79 al. 1^{er}) ainsi que les juges des tribunaux de moindre instance (Art. 80 al. 1^{er}) ; de décider la convocation de la Diète en sessions extraordinaires (Art. 53) et de décider, en cas de péril national, de convoquer la Chambre des conseillers en sessions urgentes (Art. 54 al. 2) ; et de créer, aux fins de combler des déficits budgétaires imprévus, un fonds de réserve, par une résolution de la Diète, et de l'employer sous sa responsabilité propre (Art. 87 al. 1^{er}).

Enfin, « le Cabinet, dans l'exercice de son pouvoir exécutif, est solidairement responsable devant la Diète » (Art. 66 al. 3) et « si la Chambre des représentants adopte une motion de censure, ou rejette une motion de confiance, le Cabinet doit démissionner en bloc, à moins que la Chambre des représentants ne soit dissoute dans les dix jours » (Art. 69)¹²¹. Ainsi, considère-t-on généralement que la Constitution de 1946 a établi un régime parlementaire moniste.

Le pouvoir judiciaire

Le premier alinéa de l'article 76 stipule que « le pouvoir judiciaire, dans son ensemble, est dévolu à une Cour Suprême ainsi qu'à tous les tribunaux de moindre instance créés par la loi ». Et l'alinéa 2 de cet article stipule : « Il ne peut être créé de tribunal extraordinaire »¹²², et « aucun organe ou service de l'administration ne peut être investi de l'exercice du pouvoir

¹²¹ Depuis 1946, à quatre reprises une motion de censure fut adoptée (23.12.1948, 14.3.1953, 19.5.1980, 18.6.1993) et à chaque fois la Chambre des représentants fut dissoute. Aucune motion de confiance ne fut présentée.

¹²² La seule exception prévue par la Constitution elle-même à cet article est le tribunal de mise en accusation des magistrats, créé par la Diète (Art. 64).

judiciaire en dernier ressort ». La Cour Suprême est « le tribunal de dernier ressort qui a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous les autres actes officiels quels qu'ils soient » (Art. 81). L'actuelle Constitution établit ainsi un système judiciaire moniste de type américain. Toutefois, la Constitution elle-même n'aborde pas le système de jury¹²³. La Constitution est également muette sur la question de savoir si la Cour Suprême peut ou non contrôler la constitutionnalité des lois d'une façon abstraite, comme le fait la Cour de Karlsruhe¹²⁴. Mais la Cour Suprême elle-même statua sur ce propos, dans une décision de l'assemblée générale du 8 octobre 1952, en indiquant que « cette Cour ne peut exercer le pouvoir de rendre un jugement abstrait sur un conflit concernant l'interprétation de la Constitution, des lois, des décrets etc. en prévoyant l'avenir, en l'absence de *case and controversy* concrets »¹²⁵.

À la différence de la Constitution de 1889 qui stipulait : « le pouvoir judiciaire est exercé, au nom de l'Empereur, par les tribunaux suivant la loi » (Art. 57 al. 1^{er}), la Constitution de 1946 édicte l'indépendance totale des juges : « tous les juges exercent leurs fonctions indépendamment suivant leur conscience et sont tenus seulement par la présente Constitution et les lois » (Art. 76 al. 3). « Les juges ne peuvent être révoqués que par la voie de la mise en accusation publique, à moins qu'ils ne soient judiciairement déclarés mentalement ou physiquement incapables de s'acquitter de leurs fonctions officielles. Aucune action disciplinaire contre les juges ne peut être entreprise par un organe administratif » (Art. 78). Concernant l'assurance statutaire des juges, l'article 79, introduit par le G.H.Q. sans doute en souvenir de la période du *New Deal*¹²⁶, est probablement le plus caractéristique : dans son alinéa 2, il

¹²³ L'alinéa 3 de l'article 3 du Code des tribunaux (1947, loi n° 59) stipule que « la promulgation du présent Code n'empêche pas d'établir, dans la procédure pénale, le système de jury par la loi ». Mais ce système n'a pas depuis été établi.

¹²⁴ Néanmoins, l'Allemagne a le système de *Verfassungsbeschwerde*, et elle n'exerce donc en réalité pas seulement un contrôle abstrait.

¹²⁵ *Saikô Saibansho Minji Hanrei Shû* (Recueil des décisions civiles de la Cour Suprême), vol. 6, n° 9, p. 783.

¹²⁶ Ou bien, en souvenir de la période plus ancienne des environs du début du vingtième siècle où la Cour Suprême des États-Unis jouait un double rôle comme contre-pouvoir du gouvernement : d'une part, elle se prononça contre l'égalité des races en reconnaissant la constitutionnalité d'une loi discriminatoire (*Plessy v. Ferguson*, 1896) et d'autre part elle fut le

stipule que « la nomination des juges de la Cour Suprême est soumise à l'examen du peuple lors des premières élections générales des membres de la Chambre des représentants suivant leur nomination, et est de nouveau soumise à l'examen lors des premières élections générales des membres de la Chambre des représentants à l'expiration d'une période de dix ans, et ainsi de suite », et dans son alinéa 3, cet article stipule que « dans les cas mentionnés à l'alinéa précédent, si la majorité des votants se prononce pour le renvoi d'un juge, celui-ci sera révoqué »^{127,128}. Afin de faire fonctionner ce système de révocation des juges de la Cour Suprême comme tel, le Code de la juridiction établit un système d'opinion dissidente avec signature similaire à celui des États-Unis. « Les juges de la Cour Suprême sont mis à la retraite lorsqu'ils atteignent l'âge-limite fixé par la loi » (Art. 79 al. 5).

Quant aux juges des tribunaux de moindre instance, ils « sont nommés par le Cabinet d'après une liste des personnes désignées par la Cour Suprême. Tous les juges demeurent en fonction dix années, avec possibilité de renouvellement de leur mandat, sous réserve qu'ils soient mis à la retraite dès qu'ils atteignent l'âge fixé par la loi » (Art. 80 al. 1^{er}). En pratique, le mandat des juges décennal est, malgré le terme « possibilité de renouvellement », systématiquement reconduit jusqu'à leur retraite à l'âge fixé, sauf dans un seul cas exceptionnel où, en 1971, un juge demandant son renouvellement ne fut pas désigné par la Cour Suprême. Celle-ci, sans indiquer le motif de non-renouvellement, a soutenu qu'« un renouvellement est exactement la même chose qu'un premier engagement et la réunion des juges de la Cour Suprême décide, à sa discrétion libre, si un candidat est ou non digne d'être

protecteur de la liberté économique du type « laissez-faire » en limitant la politique de l'anti-trust (*United States v. E.C.Knight Co.*, 1895), en appliquant la loi anti-trust à l'action d'un syndicat ouvrier (*Loewe v. Lawlor*, 1908), et en déclarant inconstitutionnelle la loi établissant le système fédéral d'impôt sur le revenu (*Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 1895). Sur la Cour Suprême des États-Unis de cette époque, voir Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921.

¹²⁷ Certes l'article 79 emploie le terme « nomination », mais la nomination des juges de la Cour Suprême étant définitive, il est considéré que ce système est celui de la révocation. Voir la décision de la Cour Suprême du 20 février 1952, *Saikô Saibansho Minji Hanrei Shû* (*supra*), vol. 6, n° 2, p. 122.

¹²⁸ Il n'existe pas dans l'histoire depuis 1946 de cas où des juges de la Cour Suprême aient été révoqués.

juge »¹²⁹.

Le révision constitutionnelle

Tertio, en ce qui concerne la révision constitutionnelle, l'article 96 est libellé comme suit : « Les amendements à la présente Constitution sont introduits sur l'initiative de la Diète, par vote des deux tiers au moins de tous les membres de chaque Chambre; après quoi ils sont soumis au peuple pour ratification, laquelle requiert le vote affirmatif d'une majorité de tous les suffrages exprimés à ce sujet, lors d'un référendum spécial ou à l'occasion d'élections fixées par la Diète. Les amendements ainsi ratifiés sont immédiatement promulgués par l'Empereur au nom du peuple, comme partie intégrante de la présente Constitution ». On considère, ainsi, que la Constitution de 1946 est une constitution parmi les plus rigides.

B. L' « excédent démocratique » ?

Or, la Constitution japonaise de 1946, que nous venons de présenter, a vu deux types d'auteurs s'exprimer à son sujet : d'une part, des auteurs favorables à celle-ci prétendant que c'est grâce à elle que le Japon a pu et peut toujours, plus ou moins, réussir le défi démocratique, ce qui, selon eux, est souhaitable ; d'autre part, des auteurs hostiles à cette Constitution soutenant que c'est à cause de celle-ci que le Japon a perdu ses vertus traditionnelles, ce qui, de leur point de vue, est regrettable. Il y a en effet toujours eu, dès les premières années suivant sa promulgation, et encore aujourd'hui, certaines opinions réprouvant le caractère excessif de cette Constitution.

À l'opposé de la quasi-totalité des constitutionnalistes d'après-guerre

¹²⁹ La réponse du Secrétaire général de la Cour Suprême au Comité de la Justice de la Chambre des représentants du 13 avril 1971, cité par HIGUCHI Y., *supra* note 43, p. 505.

qui ont bien accueilli la nouvelle Constitution et ont essayé de réaliser les valeurs libéro-démocratiques que celle-ci exprime, certains auteurs toutefois, soit politiques, soit journalistiques, ou encore certains intellectuels, continuent d'exiger une révision constitutionnelle, sans que leurs efforts aient été jusqu'à présent couronnés de succès.

En fait, le Comité de l'Extrême-Orient des Pays alliés, qui, depuis l'adhésion de l'URSS, avait pris ses distances vis-à-vis du G.H.Q., estimait qu'il fallait que la Constitution soit réexaminée par lui-même et la Diète japonaise dans les premières années suivant son entrée en vigueur. Reprenant la suggestion du Comité, le gouvernement proposa à la Diète, en août 1948, de fonder une commission de recherche sur la révision constitutionnelle, mais la Diète se montra très réticente et la fondation de la commission ne fut pas réalisée. Le gouvernement déclara le 20 avril 1949 qu'il n'avait pas l'intention de réviser la Constitution, et le 28 avril, le Comité de l'Extrême-Orient décida lui aussi de ne plus suggérer au Japon de la réviser.

Les premiers révisionnistes universitaires

Deux groupes d'universitaires, par contre, exprimèrent des opinions favorables à une révision. Le « Groupe de recherche sur le droit public », composé d'une dizaine de constitutionnalistes et politologues de plusieurs universités de Tokyo, publia son « opinion sur la révision constitutionnelle » le 20 mars 1949, dans laquelle il soutenait que la Constitution devait être révisée pour s'adapter mieux à l'esprit de la Déclaration de Potsdam. Il insistait sur les points suivants, qu'il estimait être les principaux points à réviser¹³⁰ :

1. Le chapitre intitulé « l'Empereur » n'a pas sa place en tête de la Constitution. Si l'on suit l'idée de la politique constitutionnelle démocratique que la Déclaration de Potsdam exprime, il faut rechercher l'abolition du système impérial et la fondation du système républicain. Cependant, en tant que projet de révision

¹³⁰ Kôhō Kenkyū-kai (Groupe de recherche sur le droit public), « Kempō Kaisei Iken (Opinion sur la révision constitutionnelle) », *Hôritsu Jihô*, vol. 21, n° 4, 1949, pp. 56 et s.

plus réalisable, il faut exprimer le principe de la souveraineté du peuple en reconnaissant le système impérial et en explicitant le statut symbolique et cérémonial de l'Empereur.

2. En ce qui concerne le deuxième chapitre intitulé « Renonciation à la guerre », il faut supprimer l'expression « comme moyen de règlement des conflits internationaux » de l'alinéa premier de l'article 9, et pour son alinéa 2, il faut remplacer l'expression « pour atteindre le but fixé à l'alinéa précédent » par « pour quelque but qu'il soit ». En effet, bien que l'esprit original de l'article 9 soit de renoncer à toute guerre, y compris la guerre pour la défense, les expressions de cet article peuvent entraîner le malentendu selon lequel il y aurait certaines réserves.
3. Il faut insérer dans le chapitre III « Droits et devoirs du peuple » un article qui exprime le droit de résistance. À la liberté d'expression stipulée à l'article 21, il faut ajouter la « liberté de manifestation ».

Dans le même temps, le « Groupe de recherche sur le droit constitutionnel de l'Université de Tokyo », rassemblant une vingtaine de professeurs de droit constitutionnel, droit administratif, droit pénal, droit commercial, droit du travail, science politique etc., publia, lui aussi, son opinion sur le sujet de la révision constitutionnelle¹³¹. Dans ses remarques générales, il disait : « la Constitution, en prenant le principe de la souveraineté du peuple, met au premier chapitre les articles relatifs à l'Empereur (...). Il est inévitable d'y trouver une incohérence logique ». Il soutenait qu'il fallait donc nommer le premier chapitre « Articles généraux » et y exprimer les principes de la souveraineté du peuple, du pacifisme éternel et du respect des droits fondamentaux. Afin d'exprimer le principe de la souveraineté du peuple, il soutenait également qu'il fallait réordonner les chapitres de la façon suivante : Chapitre II « Droit fondamentaux du peuple », Chap. III « l'Empereur », Chap. IV « la Diète », Chap. V « le Cabinet », Chap. VI « la Juridiction », Chap. VII

¹³¹ Tôkyô Daigaku Kempô Kenkyû-kai (Groupe de recherche sur le droit constitutionnel de l'Université de Tokyo), « Kempô Kaisei no Shomondai (Questions sur la révision constitutionnelle) », *Hôgaku Kyôkai Zasshi* (Revue de droit privé de la Faculté de droit de l'Université de Tokyo), vol. 67, n° 1, 1949, pp. 1 et s.

« l'Autonomie locale », Chap. VIII « les Finances », Chap. IX « les Amendements », et Chap. X « la Loi suprême ». De plus, ce groupe réclamait la suppression des pouvoirs de l'Empereur de nommer le Premier Ministre et le Président-Juge de la Cour Suprême (Art. 6), et de convoquer la Diète et de dissoudre la Chambre des représentants (Art. 7, n^{os} 2 et 3) et insistait sur le caractère nominal et cérémonial des pouvoirs de l'Empereur.

Ces deux travaux menés par des universitaires des premiers temps exprimèrent tous deux des « opinions supportant les principes fondamentaux de la Constitution et réclamant la révision constitutionnelle afin de les éclairer et renforcer »¹³². Excepté ces deux travaux, le révisionnisme sous la Constitution de 1946 a toujours été contre les principes fondamentaux de celle-ci.

Le « réarmement » du Japon

C'est la fondation de la République populaire de Chine en octobre 1949 et le déclenchement de la guerre de Corée en juin 1950 qui firent faire une volte-face radicale à la politique des gouvernements américain et japonais vis-à-vis du pacifisme de la Constitution de 1946. Dès le déclenchement de la guerre « chaude » sur le continent asiatique, le gouvernement nippo-américain commença à exclure les membres du parti communiste japonais et les dirigeants des syndicats ouvriers des organisations publiques et des grandes entreprises. Dans le même temps, le « réarmement » du Japon débuta.

« Le mode particulier du réarmement japonais s'est caractérisé par les trois facteurs suivants : 1. la pression américaine pour un authentique réarmement du Japon [par voie de] révision constitutionnelle, 2. l'adaptation du Japon, avec une certaine résistance, à ce compromis qu'est l'augmentation graduelle de la force défensive sans réviser la Constitution, 3. la confusion continue sur la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de cette force

¹³² SATO Isao, « Kempô Kaisei-ron no Keihu to Genjô (Généalogie et état actuel des thèses révisionnistes de la Constitution) », *Juriste*, n° 638, 1977, pp. 44 et s., at p. 45.

défensive »¹³³. Le 8 juillet 1950, le Général MacArthur remit un mémorandum sur l'augmentation des forces de police, et le décret d'urgence du 10 août, promulgué par le gouvernement japonais, créa les *Keisatsu Yobi-tai* (Équipes de réserve de Police), dont l'effectif fut fixé à 75 000 personnes. Le gouvernement américain demanda ensuite le réarmement du Japon, sous la forme d'une armée de Terre de 350 000 soldats, par la voie d'une révision de l'article 9 de la Constitution.

Le Premier Ministre YOSHIDA Shigeru (1878-1967) refusa, « en disant que la révision constitutionnelle en vue du réarmement était impossible, pour quatre raisons : [les difficultés économiques de l'après-guerre], le risque d'encourager les éléments militaristes à l'intérieur, une profonde méfiance des pays voisins et le problème constitutionnel trop délicat. Le Général MacArthur présenta un compromis entre Washington et Tokyo : faire stationner les armées américaines sur l'archipel japonais, mais laisser le Japon augmenter graduellement [les Équipes de réserve de Police] sans réviser la Constitution, ce qui fut l'objet du Traité de sécurité américano-japonais de 1952. Ce Traité de sécurité de 1952, dans son Préambule, [obligea] politiquement le Japon à se réarmer, et [la Diète japonaise] édicta le 31 juillet 1952 la loi sur [les *Hoan-tai*, Équipes de Sécurité] avec 117 000 hommes »¹³⁴. À la suite de l'entrée en vigueur du Traité de paix de San Francisco le 28 avril 1952, par lequel il fut mis fin à l'occupation du Japon, la Diète adopta en juin 1954 la loi sur les *Jiei-tai*, Forces d'autodéfense, composées de 250 000 hommes. Paradoxalement, c'est sous une constitution qui prône le désarmement que le renforcement graduel de la force militaire fut ainsi accompli, ce qui « contraste avec le réarmement ouest-allemand opéré par une révision expresse de sa Loi fondamentale »¹³⁵.

¹³³ FUKASE T., « De quelques aspects particuliers et universels de la paix constitutionnelle japonaise », *RIDC*, n° 4, 1978, repris dans *Études de droit japonais*, *supra* note 5, pp. 145-167, at p. 155.

¹³⁴ *Supra*, p. 156.

¹³⁵ *Supra*, p. 155.

Le révisionnisme « autonomiste »

Il n'est pas étonnant que, dans ce contexte historique, les révisionnistes aient accentué leur pression en faveur d'une révision de l'article 9 de la Constitution, et que les auteurs favorables aux principes fondamentaux de celle-ci, surtout au principe de pacifisme, aient abandonné leurs velléités de révision pour, au contraire, essayer de « défendre » la Constitution contre les révisionnistes, dont les thèses étaient certes variées, mais qui, pour l'essentiel, « tombaient d'accord sur le fait qu'elles convergeaient vers la thèse de l'élaboration « autonome » d'une constitution ayant pour noyau le réarmement du Japon »¹³⁶.

En janvier 1955, un groupe de recherche de droit constitutionnel publia un « Projet de constitution autonome du Japon »¹³⁷. Composé principalement de professeurs éliminés du courant libéral après la fin de la guerre, dont par exemple KURODA Satoru (1900-1990), l'un des premiers introduceurs de Kelsen au Japon converti ensuite à la doctrine de Schmitt dans les années trente, et YABE Sadaharu, premier traducteur de Koellreutter, ce groupe insistait ouvertement sur la suppression de l'alinéa 2 de l'article 9 (non-détention d'une armée). Il réclamait également la reconnaissance à l'Empereur du statut de chef d'État et l'insertion d'un article principal exprimant que « les droits fondamentaux pouvaient être limités par la loi en raison du bien-être public », ainsi que l'abolition du système de révocation des juges de la Cour Suprême par le peuple et le rétablissement du système de l'ère Meiji de préfet des collectivités locales nommé par l'État. En outre, il soutenait l'amendement de la procédure de révision constitutionnelle afin d'assouplir celle-ci.

En 1956, la Diète vota une loi créant une Commission de recherche sur la révision constitutionnelle. Composée d'une trentaine de membres de la Diète¹³⁸ et d'une vingtaine d'universitaires, la Commission déposa son rapport

¹³⁶ MIYAZAWA Toshiyoshi (éd.), *Kempô Kaisei* (Révision constitutionnelle), Tokyo, Yûhikaku, 1956, p. 4.

¹³⁷ Kempô Kenkyû-kai (Groupe de recherche sur le droit constitutionnel), *Nihon-koku Jishu Kempô Shian* (Projet de constitution autonome du Japon), Tokyo, Keisô Shobô, 1955.

¹³⁸ Le parti socialiste ne participa pas aux travaux de cette commission, bien que 10 sièges lui aient été attribués.

final, après un long intervalle, en 1964. Ce rapport final indiqua que « sur la question de savoir s'il est bon ou non de réviser la Constitution, la Commission ne concluait pas. Elle présentait simplement deux thèses antagonistes sur la révision, leurs fondements et leurs différences, et remettait la décision sur la justesse de chaque thèse au jugement du peuple »¹³⁹. Le fait qu'il ait fallu presque dix ans pour que cette Commission présente son rapport final, qui, de surcroît, se terminait par une conclusion plutôt modérée, avait bien une cause politique. En 1954, succédant au gouvernement Yoshida, qui avait été prudent vis-à-vis de la révision constitutionnelle, le gouvernement de HATOYAMA Ichiro (1883-1959) fut constitué. Le nouveau gouvernement lança de front le slogan de la « promulgation d'une constitution autonome ». Or, aux élections générales des membres de la Chambre des représentants de février 1955, les partis anti-révisionnistes (Parti socialiste, Parti communiste etc.) virent le nombre de leurs sièges augmenter. Après l'unification en novembre 1955 des partis conservateurs dont son parti (Parti démocrate), le gouvernement Hatoyama établit ladite Commission en mai 1956. Toutefois, aux élections des membres de la Chambre des conseillers de juillet 1956, les partis anti-révisionnistes obtinrent, une fois encore, plus d'un tiers des sièges de la Chambre. Certes, le parti conservateur récemment unifié (Parti libéral-démocratique, PLD) restait toujours majoritaire au sein de la Diète, mais à partir de cet épisode, aucun parti n'allait plus oser réclamer ouvertement une révision constitutionnelle, craignant de perdre les voix d'électeurs devenus de plus en plus pro-constitutionnels¹⁴⁰. Ainsi peut-on dire que les révisionnistes furent « en quelque façon marginalisés durant les années 1960-1970 »¹⁴¹.

Or, une vingtaine d'années plus tard, le révisionnisme constitutionnel se réveilla à la suite de la victoire électorale inattendue du PLD aux élections simultanées des représentants et des conseillers de 1980. À cet égard, un rapport daté du 30 juillet 1982 du Comité sur les questions constitutionnelles du PLD

¹³⁹ « Kempô Chôsa-kai Hôkoku-sho (Rapport de la Commission de recherche sur la Constitution) », *Hôritsu Jihô*, n° spécial, 1964, p. 364.

¹⁴⁰ En effet, les résultats de sondages d'opinion publique montrent que la Constitution était de plus en plus acceptée par le peuple. Sur l'évolution des résultats, voir FUKASE T. et HIGUCHI Y., *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon*, *supra* note 4, p. 326.

¹⁴¹ HIGUCHI Y., *supra* note 1, p. 24.

s'exprimait en ces termes : « Notre temps est l'ère de l'État-providence, dans laquelle on accorde de l'importance non seulement aux droits et libertés d'individus, mais aussi au bien-être du peuple entier, donc la Constitution ne doit pas être une simple déclaration des droits, mais il faut équilibrer les droits avec les responsabilités du peuple. (...) De ce point de vue, l'actuelle Constitution semble incliner un peu trop vers les droits et libertés »¹⁴².

Le révisionnisme politique des années quatre-vingt se caractérisa par son hostilité contre « l'excédent » du libéralisme, de l'individualisme et de la démocratie au Japon. En effet, « les mouvements révisionnistes condamnent la Constitution en tant que source de tous les maux démoralisateurs. Elle a détruit, d'après eux, la base même de la société japonaise en y introduisant la philosophie individualiste d'origine occidentale. La dénomination péjorative « *made in USA* » de la Constitution signifie donc moins un ressentiment du grand vaincu militaire de 1945 qu'un mépris profond à l'égard de tout ce qui est individualiste et, par conséquent, de la civilisation occidentale »¹⁴³.

Dans la première moitié des années quatre-vingt-dix, le révisionnisme, toujours politique, refit surface à l'issue de la guerre du Golfe. La question portait, là encore, sur l'article 9. Il s'agissait de l'envoi des Forces d'autodéfense hors du territoire national au nom de la « contribution internationale ». Finalement, le gouvernement, édictant une loi en 1990, envoya des dragueurs de mines, sans évoquer une révision constitutionnelle. Ici aussi, la politique japonaise fut en grand contraste avec celle de l'Allemagne, qui révisa la Loi fondamentale pour envoyer ses armées hors du cadre de l'OTAN. En 1992, une loi sur la collaboration aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies fut votée et des troupes des Forces d'autodéfense furent envoyés au Cambodge, sans davantage tenir compte des assertions selon lesquelles il était inconstitutionnel d'utiliser les Forces d'autodéfense dans un autre but que l'autodéfense

¹⁴² Cité par HIGUCHI Y., « *Nihon Kempô-gaku to « Fukushima » Mondai* (Science du droit constitutionnel du Japon et la question du « bien-être ») », in Institut des sciences sociales de l'Université de Tokyo (éd.), *Fukushi Kokka* (État-providence), vol. 4, Tokyo, Tokyo University Press, 1984 ; repris dans HIGUCHI Y., *Kindai Kempô-gaku ni totte no Ronri to Kachi* (Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1994, pp. 121-167, at p. 149.

¹⁴³ HIGUCHI Y., *supra* note 1, p. 26.

du Japon, ce qui avait même été l'avis officiel du gouvernement jusqu'à la guerre du Golfe.

En 1994, un quotidien japonais, le *Yomiuri Shimbun*, le plus tiré au monde (9,7 millions d'exemplaires le matin et 4,5 le soir), publia un projet provisoire de révision constitutionnelle¹⁴⁴. Ce projet supprimait l'alinéa 2 de l'article 9 et reconnaissait de front l'existence des Forces d'autodéfense, ajoutait un nouveau chapitre sur la « collaboration internationale » et permettait l'envoi de celles-ci hors du territoire national. Il changeait également la procédure de révision constitutionnelle d'une façon similaire au projet de 1955, en la rendant donc moins difficile.

Le mouvement révisionniste n'a, jusqu'à présent, jamais vu la réussite de ses projets. Néanmoins, cela ne tient pas, comme nous l'avons vu, à ce que la Constitution est unanimement acceptée, ni, probablement, à ce qu'il n'existe aucune nécessité de l'amender. Le malheur du Japon réside dans le fait que, comme le montre typiquement le cas de l'article 9, alors même que presque tous les constitutionnalistes considèrent que certaines pratiques politiques du gouvernement sont inconstitutionnelles, le gouvernement n'ose pas les changer ni réviser la Constitution, et dans le fait que l'antagonisme entre pro-révisionnistes et anti-révisionnistes s'apparente de plus en plus à une confrontation idéologique entre les partisans d'un retour à l'époque d'avant-guerre et ceux de la démocratie constitutionnaliste. Lorsque les révisionnistes soutiennent quelques amendements constitutionnels, même si ceux-ci ne portent que sur l'introduction de certains nouveaux droits de l'homme ou sur le renforcement de la décentralisation, les constitutionnalistes y décèlent souvent, et parfois trop sensiblement, des intentions cachées d'officialiser par la même occasion les Forces d'autodéfense, ou de rendre l'Empereur chef d'État, ou encore d'introduire la possibilité de limitation des droits de l'homme par la loi. Réciproquement, quand les constitutionnalistes s'opposent et résistent au mouvement des révisionnistes, ces derniers leur reprochent d'être irréels, anachroniques, dogmatiques, voire d'être des impérialistes culturels. Ainsi, ne

¹⁴⁴ *Yomiuri Shimbun*, le 3 novembre 1994. Sur ce projet, voir YAMAMOTO Hajime, « Révision de la Constitution, pacifisme et droit fondamentaux au Japon », *RFDC*, n° 24, 1995, pp. 823-838.

peut-il presque pas exister de débats théoriques sur une réforme du système constitutionnel japonais.

À l'opposé de sa facette politique, philosophique ou dogmatique selon qu'on en parle en bien ou en mal, vis-à-vis d'une révision constitutionnelle, la science juridique d'après-guerre au Japon a joui d'un développement incomparable à celle d'avant-guerre en tant que discipline. C'est précisément l'objet de la seconde partie que d'aborder celle-ci.

Seconde Partie

Science du droit constitutionnel au Japon

Prologue : le mot « *Gakumon* »

L'article 23 de la Constitution du Japon de 1946 stipule : « La liberté de *Gakumon* est garantie ». Le mot « *Gakumon* » a une portée assez vaste. La « *traduction provisoire en français de la Constitution du Japon recommandée par le Ministère des Affaires étrangères du Japon* »¹⁴⁷ le traduit par « enseignement ». Il nous semble toutefois que cet emploi du mot n'est pas tout à fait adéquat. Ce n'est pas seulement parce que, dans la jurisprudence constitutionnelle de la France, est conférée à la « liberté de l'enseignement », principe à valeur constitutionnelle affirmé par la décision du Conseil constitutionnel de 1977¹⁴⁸ à propos de l'enseignement privé, une portée qui semble étroite. Ayant en effet refusé la demande des requérants d'affirmer que la liberté de l'enseignement s'appliquait à l'enseignement supérieur et particulièrement aux enseignants des universités, le Conseil considéra en 1984 que « les dispositions critiquées ne [touchaient] pas à la liberté de l'enseignement mais [étaient] relatives à l'organisation d'un service public et aux droits et obligations des enseignants chercheurs chargés de l'exécution de ce service et associés à sa gestion et, comme tels, relevant d'un statut différent de celui des personnes privées »¹⁴⁹. C'est plutôt parce que, en employant le terme d'« enseignement », on ne pourrait pas bien comprendre la raison pour laquelle la Constitution nippone exprimerait explicitement, outre la liberté d'opinion et de conscience (Art. 19) et

¹⁴⁷ Voir *supra* note 119.

¹⁴⁸ Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Recueil des Décisions du Conseil constitutionnel*, 1977, p. 42.

¹⁴⁹ Considérant n° 8 de la décision no 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Recueil*, 1984, pp. 30 et s. Voir Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1997, pp. 564 et s.

celle d'expression (Art. 21), la liberté de *« Gakumon »* .

Comme nous l'avons vu plus haut, le Japon a subi, notamment pendant la période à partir de la seconde moitié des années trente et jusqu'à la fin de la guerre, une grave oppression de la liberté d'expression au sein du public comme au sein des universitaires. À une certaine époque, les universitaires ne pouvaient pas exercer leur liberté d'expression en tant que professeurs, mais pouvaient en jouir, quoique difficilement, en tant que citoyens. On considère donc généralement que la Constitution stipula la liberté de *« Gakumon »* en sus de la liberté d'expression avant tout afin d'éviter que l'histoire ne se répète. L'essence de la liberté de *« Gakumon »* n'est pas seulement l'affirmation du caractère obligatoire de l'aide de l'État aux établissements d'enseignement privé et le respect du caractère propre de ceux-ci, comme il ressort de la jurisprudence constitutionnelle française¹⁵⁰, mais aussi « la liberté pour tout homme d'enseigner ce qu'il considère comme conforme à la vérité (...) [qui est dans son exercice] à peu près totale dans l' [enseignement] supérieur »¹⁵¹, et l'autonomie de chaque université, ce que l'on qualifie généralement en France sous le terme de *« liberté universitaire »*¹⁵².

En effet, le mot japonais *« Gakumon »* signifie « les connaissances et méthodes systématisées se fondant sur une certaine théorie déterminée » et constitue « le terme générique recouvrant la philosophie, l'histoire, la littérature, les sciences sociales, les sciences naturelles etc. »¹⁵³. Le courant dominant des constitutionnalistes japonais reconnaît d'abord dans l'article 23 de la Constitution la garantie de la liberté de recherches scientifiques, celle d'annoncer ou de publier les fruits de ces recherches et celle d'enseigner ces

¹⁵⁰ Voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *supra*, pp. 350-352.

¹⁵¹ Conclusions du Commissaire du gouvernement Thery sur C.E. du 5 avril 1974, citées par L. FAVOREU et L. PHILIP, *supra*, p. 571.

¹⁵² Un manuel de droit constitutionnel récemment paru, qui fera probablement date dans l'histoire des manuels de droit constitutionnel français en ce sens qu'il consacre une grande partie aux différents droits et libertés fondamentaux, inclut certes la liberté des enseignants dans la rubrique de *« la liberté d'enseignement »*, mais ce n'est qu'en tant que son *troisième* contenu et comme le montre le titre de la sous-rubrique *« Liberté d'enseignement et liberté des enseignants »*, l'auteur semble bien distinguer la liberté d'enseignement *stricto sensu* et liberté des enseignants, en se référant à ladite décision du Conseil avec son nom courant : *« Libertés universitaires »*. Voir L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 824-826.

¹⁵³ *Kôjien* (Grand dictionnaire du japonais), *supra* note 93, CD-ROM.

fruits. Il est ensuite généralement admis qu'il reconnaît l'autonomie des universités¹⁵⁴. L'autonomie des universités est conçue comme la conjugaison de l'autonomie de l'administration du personnel et celle du contrôle et de la gestion des équipements et des étudiants. En d'autres termes, la liberté de « *Gakumon* » peut être considérée comme l'équivalent de ce que l'on appelle aux États-Unis « *academic freedom* ». Puisque la liberté de « *Gakumon* » est un peu plus large que « la liberté universitaire » en français, et que le mot « *Gakumon* » ne concerne pas seulement les recherches universitaires bien que cette liberté soit considérée principalement comme celle dont les universités jouissent, nous employons ici comme traduction de l'expression « liberté de *Gakumon* » celle de « liberté de la science ».

Protégée par cette « liberté de la science » garantie par l'article 23 de la Constitution, la science du droit constitutionnel du Japon d'après-guerre a pu prendre un essor considérable.

Le système général de l'éducation au Japon prévoit, après une école maternelle non obligatoire, six années d'école primaire (entre 7 et 12 ans) et trois d'école moyenne (entre 13 et 15 ans) obligatoires et gratuites. Ceux qui le désirent peuvent ensuite entrer dans un lycée national, local, ou privé, où ils suivent trois années de cours (entre 16 et 18 ans). Viennent ensuite les concours d'entrée aux universités, chaque université ayant son concours propre. Chacune des 47 préfectures compte au moins une université nationale, quelques universités préfectorales, municipales, ou communales, et des universités privées. En 1996, on comptait au Japon 231 universités publiques et 883 privées¹⁵⁵.

C'est à l'université que les Japonais commencent à étudier le droit, si l'on néglige les quelques connaissances acquises sur le système politique et

¹⁵⁴ Voir par exemple HASEBE Yasuo, *Kempô*, Tokyo, Sinsei-sha, 1996, pp. 226 et s. Cela est également reconnu par la jurisprudence de la Cour Suprême. Voir sa décision de l'assemblée générale du 22 mai 1963, *Saikô Saibansho Keiji Hanrei-shû* (Recueil des décisions pénales de la Cour Suprême), vol. 17, n° 4, p. 370.

¹⁵⁵ Accessoirement, 4 183 lycées publics et 1 318 privés, 62 lycées techniques dont 3 privés, 24 560 écoles primaires publiques et 170 privées, 6 269 écoles maternelles publiques et 8 737 privés, et de nombreuses écoles spécialisées tant publiques que privées. Voir L. FREDERIC, *supra* note 6, pp. 205 et 206.

juridique au cours de l'éducation civique dispensée au collège et au lycée. Bien que les universités n'aient pas toutes une faculté de droit, nombreuses sont celles qui comptent au sein du corps professoral au moins un(e) constitutionnaliste. Cette abondance de constitutionnalistes repose, notamment, sur le fait que même les universités sans faculté de droit¹⁵⁶, qui veulent pouvoir donner aux étudiants un certificat d'aptitude pédagogique à l'enseignement secondaire, sont obligées par la loi de leur offrir un cours de droit constitutionnel. Dans la mesure où beaucoup d'universités veulent se voir reconnaître par le Ministère de l'Éducation la faculté de donner aux étudiants ce certificat, bon nombre d'entre elles sont conduites à rechercher des enseignants de droit constitutionnel. Or, il n'existe pas au Japon d'agrégation pour les professeurs d'université. Le recrutement d'enseignants et le décernement des titres d'« assistant », « maître de conférence », « professeur adjoint », « professeur » et « professeur émérite » sont décidés de façon indépendante et autonome par le conseil des professeurs de chaque université (le président d'université n'a généralement pas de grand pouvoir sur les affaires touchant au personnel). Il en va de même des universités publiques : les professeurs sont, dans ce cas, fonctionnaires de l'État ou de la collectivité locale, et c'est certes bien l'État ou la collectivité locale qui les emploient formellement, mais en pratique, c'est le conseil des professeurs qui décide dans ces domaines. En ce sens, le professeur japonais n'est pas professeur à telle ou telle université, mais professeur *de* telle ou telle université.

Étant donné ces circonstances, il n'est pas étonnant de trouver actuellement au Japon beaucoup de « professeurs » de droit et de « constitutionnalistes ». En effet, lors de la fondation en 1948 de la « Société japonaise du droit public », seulement une vingtaine de professeurs de droit constitutionnel et de droit administratif étaient présents¹⁵⁷. Mais en 1998, année de son

¹⁵⁶ Beaucoup d'universités privées établissent des facultés de droit, mais il n'y a que 15 universités nationales ayant leur faculté de droit : Université de Hokkaidô, Tôhoku (Sendai), Tokyo, Hitotsubashi (Tokyo), Niigata, Kanazawa, Nagoya, Kyoto, Osaka, Kôbe, Okayama, Hiroshima, Kagawa, Kyûshû (Fukuoka) et Kumamoto.

¹⁵⁷ Voir ASHIBE Nobuyoshi, « Nihon Kôhō Gakkai no 50 nen (Cinquante ans de la Société japonaise du droit public) », in HIGUCHI Y. *et al.* (éd.), *Kempō Riron no 50 nen* (Cinquante ans des théories constitutionnelles), Tokyo, Nihon Hyōron-sha, 1996, pp. 330-338, at p. 330.

cinquantième anniversaire, cette Société compte presque 1 150 membres.

Cette augmentation considérable signifie, qu'il soit bon ou mauvais, que la science du droit constitutionnel et ceux qui s'engagent dans celle-ci, constitutionnalistes, sont littéralement variés au Japon. Il va sans dire que nous ne sommes pas en mesure ici de rassembler toutes les études constitutionnelles et de les présenter, et encore moins de les analyser. Ci-dessous, nous choisissons plutôt de présenter chronologiquement quelques uns des grands débats de la science du droit constitutionnel d'après-guerre, parmi ceux qui nous semblent avoir influencé cette même science et présenter un certain intérêt pour un lecteur français.

Chapitre IV Débat sur l'acte constituant

Section 1. Commencement

L'un des débats aujourd'hui classique en science du droit constitutionnel au Japon surgit dès les premiers temps de la genèse de la Constitution de 1946. Il est logique que parmi les grands débats qu'elle a connus celui-ci soit venu le premier, car il concernait précisément sa naissance, c'est-à-dire, l'acte constituant de 1946.

La Constitution de 1946 exprima, comme nous l'avons déjà vu, le principe de la souveraineté du peuple en déclarant que « nous, peuple japonais, (...) proclamons que la souveraineté appartient au peuple » (Préambule, 1^{er} paragraphe) et en employant l'expression de « volonté générale du peuple auquel la souveraineté appartient ». Ceci est en contraste avec l'ancienne Constitution, qui stipulait : « le Grand Empire du Japon est gouverné par l'Empereur, héritier d'une dynastie millénaire » (Art. 1^{er}) et « l'Empereur est le chef de l'État et dispose de la puissance étatique (...) » (Art. 4).

Ce contraste n'était cependant pas, au début, unanimement reconnu comme tel. Le gouvernement, qui n'avait pas même songé au départ que l'acceptation de la Déclaration de Potsdam nécessiterait une révision constitutionnelle, cherchait à expliquer d'une façon ou d'une autre qu'il existait une continuité juridique entre les deux Constitutions. Ainsi, le Ministre de l'État KANAMORI Tokujiro (1886-1959), chargé du projet de révision, répondit lors de la délibération sur le projet au sein du Parlement impérial que le régime politique du Japon s'était en réalité depuis toujours fondé sur le principe de la souveraineté du peuple, mais que ceci n'avait pas été bien compris, que la nouvelle Constitution ne faisait que corriger ce malentendu et que la substance n'avait donc pas changé. Selon lui, le *Kokutai* du Japon avait toujours voulu dire que l'Empereur se trouvait au centre de l'admiration du peuple, et ce *Kokutai*

n'allait pas changer, même après la révision constitutionnelle¹⁵⁸. Il employait donc la notion de *Kokutai* dans le sens moral et historique, et en insistant sur son caractère inchangé, il tentait d'expliquer la continuité juridique du régime étatique du pays.

Dans ce contexte, une thèse qui reconnaissait de front la rupture des deux Constitutions fut présentée dans un article intitulé « *Hachigatsu Kakumei to Kokumin Shuken Shugi* (Révolution d'août et le principe de la souveraineté du peuple) », paru dans une revue culturelle en mai 1946¹⁵⁹. Il fut écrit par MIYAZAWA Toshiyoshi (1899-1976), successeur de Minobe à la chaire de droit constitutionnel de l'Université de Tokyo.

A. Thèse de la « Révolution d'août »¹⁶⁰

La Constitution de 1946 fut promulguée suivant la procédure de révision de l'ancienne Constitution, autrement dit, elle naquit formellement comme amendement de celle-ci au titre de son article 73. Néanmoins, selon Miyazawa, « dans l'actuel projet de Constitution, il existe certaines choses que l'on ne peut expliquer par la révision constitutionnelle ». « Parmi les caractéristiques du projet de révision publié au mois de mars 1946 par le

¹⁵⁸ Voir HIGUCHI Y., *Kempô I*, *supra* note 43, p. 90.

¹⁵⁹ MIYAZAWA Toshiyoshi, « La Révolution d'août et le principe de la souveraineté du peuple », *Sekai Bunka*, mai 1946, complété et repris sous le titre de « Nihonkoku Kempô Seitan no Hôri (Explications juridiques de la naissance de la Constitution du Japon) » dans son recueil, *Kempô no Genri* (Principes du droit constitutionnel), Tokyo, Iwanami Shoten, 1967, réimp. 1993, pp. 375-399.

¹⁶⁰ Il existe nombre d'études sur cette thèse et sur le débat autour de celle-ci au Japon. Pour les articles écrits en langues occidentales, voir HIGUCHI Y., « Réflexion très simple sur le caractère juridique de révision constitutionnelle suivant les données fournies par l'expérience japonaise 1945-46 », Rapport japonais pour la Table ronde de l'Association internationale de Droit constitutionnel à Rotterdam (les 29 et 30 octobre 1992), dactylographie ; et HASEBE Y., « The August Revolution Thesis and the Making of the Constitution of Japan », *Rechtstheorie*, Beiheft 17, 1997, S. 335-342. De plus, A.C. OPPLER, « The Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation », *Washington Law Review*, August, 1949, vol. 24, n° 3, pp. 293 et s. est cité par Miyazawa lui-même comme un article qui approuve sa thèse, voir MIYAZAWA T., *supra*, p. 393.

gouvernement, la plus importante est, sans aucun doute, le principe de la souveraineté du peuple. Sur la question de savoir si, afin de démocratiser la politique du Japon et d'en faire de nouveau un pays démocratique, il fallait adopter le principe de la souveraineté du peuple, ou s'il était souhaitable de l'adopter, il y a eu depuis la capitulation du Japon beaucoup de débats. (...) En général, l'opinion selon laquelle, pour établir la démocratie dans la politique du Japon, il n'était pas forcément indispensable d'adopter ce principe était dominante. (...) Toutefois le gouvernement rejeta le principe théocratique de la souveraineté de l'Empereur, adopta le nouveau principe de la souveraineté du peuple et décida de réaliser la politique démocratique en se fondant sur ce principe »¹⁶¹.

Miyazawa poursuit : « Le principe de la souveraineté du peuple que le projet du gouvernement reconnaît doit être considéré, sur le plan du principe, comme tout à fait différent de celui qui a existé dans la politique japonaise jusqu'ici. (...) Le principe fondamental de la politique japonaise a été jusqu'à aujourd'hui théocratique : l'autorité politique ultime était censée émaner directement de la Divinité ; (...) l'Empereur était censé gouverner le Japon en tant que descendant de Dieu voire en tant que Dieu lui-même. (...) Mais le principe de la souveraineté du peuple ne reconnaît pas Dieu comme fondement de l'autorité politique. Il expulse Dieu de la politique. Ici, la volonté du peuple est le fondement ultime de la politique »¹⁶².

Concevant ainsi un contraste radical entre les deux Constitutions, Miyazawa pose la question sérieuse de savoir s' « il est ou non théoriquement possible de réformer le principe fondamental de la politique du Japon, c'est-à-dire, de passer du principe théocratique au principe de la souveraineté du peuple, par voie de révision constitutionnelle ». Pour Miyazawa, « le principe fondamental que présuppose une constitution et sur lequel celle-ci se fonde ne peut être modifié par le procédé de révision constitutionnelle, car le principe fondamental d'une constitution dote ce procédé du fondement de sa validité. Modifier le principe fondamental par le procédé de révision est

¹⁶¹ MIYAZAWA T, *supra*, p. 375 et 376-379.

¹⁶² *Supra*, pp. 379-381.

logiquement impossible. (...) Ceci signifie un suicide logique et est juridiquement impossible. En d'autres termes, le principe selon lequel l'Empereur gouverne le Japon en se fondant sur la volonté du Dieu ne peut être réformé par le procédé de révision stipulé par la Constitution de 1889 »¹⁶³.

« S'il en est ainsi, continue-t-il, est-il juridiquement permis que ce projet du gouvernement tente d'abolir le principe théocratique et de fonder celui de la souveraineté du peuple en appliquant le procédé de révision ? Je crois que ceci est en fait théoriquement possible. Mais ce n'est pas parce que l'on peut effectuer n'importe quelle révision dès lors que l'on suit le procédé de révision. Certes la révision envisagée actuellement par le projet du gouvernement ne peut pas normalement être admise, mais dans ce cas précis, elle l'est pour une raison singulière »¹⁶⁴.

Miyazawa explique ensuite quelle est cette « raison singulière ». Il met l'accent sur l'acceptation par le gouvernement de la Déclaration de Potsdam. Comme nous l'avons vu, la Déclaration exigeait qu'un gouvernement soit établi conformément à la volonté du peuple japonais exprimée librement. Et la réponse des Alliés du 11 août à la position du gouvernement japonais, qui considérait que la Déclaration ne contenait pas de revendication de modifier les prérogatives de l'Empereur de gouverner l'État, fut simplement de confirmer que le régime politique du Japon devait être déterminé (...) par la volonté du peuple japonais exprimée librement. Le gouvernement accepta finalement la Déclaration le 14 août. Miyazawa soutient que l'expression « le régime politique du Japon sera déterminé par la volonté du peuple japonais exprimée librement » signifie que l'autorité ultime à propos de la politique japonaise réside dans la volonté du peuple, et qu'en d'autres termes, le peuple est souverain. Et le principe de la souveraineté du peuple diffère radicalement du principe de la théocratie. Le Japon décida par la défaite de rejeter la théocratie et d'adopter le principe de la souveraineté du peuple¹⁶⁵.

¹⁶³ *Supra*, pp. 381 et 382.

¹⁶⁴ *Loc. cit.*

¹⁶⁵ Voir *supra*, pp. 383 et 384.

« Le gouvernement japonais ne pouvait légalement effectuer cette réforme », écrit Miyazawa. « Il en va de même pour la volonté de l'Empereur. Par conséquent, cette réforme doit être considérée, juridiquement, comme une révolution, (...) dans la mesure où elle était une réforme que l'on ne pouvait effectuer par la procédure de révision dans le cadre prévu par la Constitution. Autrement dit, la défaite amena une révolution. Par la force du fait qu'est la défaite, la théocratie fut rejetée et le principe de la souveraineté du peuple fut adopté. (...) Dans ce contexte, cette révolution, « Révolution d'août », est, du point de vue de l'histoire constitutionnelle, la seule révolution depuis la Restauration de Meiji. Le principe fondamental de la politique japonaise subit à cette occasion une révolution copernicienne »¹⁶⁶.

Miyazawa conclut : « Par la « Révolution d'août », le principe fondamental de la politique du Japon passa de la théocratie à celui de la souveraineté du peuple. Certes, la Constitution de 1889 et le régime impérial restèrent formellement tels qu'ils avaient été. Mais leur principe fondamental changea complètement. (...) Le fait que le projet du gouvernement exprimât comme principe fondamental le principe de la souveraineté du peuple peut être expliqué seulement en présupposant la « Révolution d'août ». Dès lors que la théocratie a déjà été niée en tant que principe fondamental de la politique du Japon et que le principe de la souveraineté du peuple a déjà été établi à sa place, on peut édicter celui-ci sous la forme d'une révision constitutionnelle. Comme je l'ai évoqué plus haut, si ce changement n'avait pas été occasionné par la « Révolution d'août », il ne serait pas possible de réformer le principe fondamental par la procédure de révision constitutionnelle »¹⁶⁷.

Miyazawa complète plus tard sa thèse. Selon lui, le fait que l'actuelle Constitution déclare la souveraineté du peuple n'est donc qu'une confirmation des conséquences de l'acceptation de la Déclaration. En d'autres termes, cette déclaration de la Constitution n'a pas un effet créateur, mais simplement un effet déclaratoire. Si et seulement si l'on considère que la souveraineté du peuple avait déjà été établie au Japon par la « Révolution d'août », on peut

¹⁶⁶ *Supra*, p. 384.

¹⁶⁷ *Supra*, pp. 386 et 387.

admettre que l'actuelle Constitution, qui fut le résultat d'une révision de l'ancienne Constitution suivant son article 73, fut légalement promulguée. De plus, au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, plusieurs parties de l'ancienne Constitution avaient été fondamentalement transformées dans la mesure où elles étaient incompatibles avec le nouveau principe de la souveraineté du peuple. Dès lors que le principe de souveraineté avait changé et que le contenu de l'ancienne Constitution avait déjà été fondamentalement transformé, parmi les procédures de révision, les délibérations au sein de la Chambre des Pairs et du Conseil privé de l'Empereur, ainsi que la sanction du l'Empereur, ne furent pas juridiquement nécessaires¹⁶⁸.

Miyazawa soutenait ainsi qu'il existait bien une grande rupture juridique entre les deux Constitutions, mais que, malgré celle-ci, la nouvelle Constitution, promulguée en tant que révision de la précédente Constitution, était légale et valide.

Sur cette thèse de Miyazawa, les avis étaient partagés. Selon certaines critiques, par exemple, l'acceptation de la Déclaration de Potsdam n'aurait pas eu d'effet comme droit réel, c'est-à-dire l'effet immédiat d'une transformation en la souveraineté du peuple, mais elle n'aurait eu qu'un effet comme droit personnel, à savoir, l'effet de contraindre le Japon à établir la souveraineté du peuple, et donc le principe de la souveraineté du peuple n'aurait été établi que par la promulgation de la nouvelle Constitution¹⁶⁹ ; ou encore, la révision constitutionnelle serait matériellement illimitée et en conséquence il ne serait pas nécessaire d'employer la notion de révolution afin d'expliquer la légalité de la promulgation de la Constitution de 1946¹⁷⁰. Parmi les autres critiques de son temps, nous regardons maintenant ce que l'on appelle la « thèse de la

¹⁶⁸ *Supra*, pp. 388 et 389.

¹⁶⁹ Critique posée par Kanamori, Ministre de l'État, lors du débat avec Miyazawa au sein de la Chambre des Pairs le 26 août 1946. Contre cette critique, Miyazawa répondit que la négation de la souveraineté impériale n'était autre chose que l'affirmation de la souveraineté du peuple et qu'il n'était pas possible pour le gouvernement de promettre d'abolir la souveraineté impériale et d'adopter la souveraineté du peuple sous la souveraineté impériale. Voir MIYAZAWA T., *supra*, p. 395.

¹⁷⁰ Critique posée par KAWAMURA Matasuke (*supra*), juge de la Cour Suprême et ancien professeur de l'Université impériale de Kyûshû, dans son article du mois de mai 1947. Voir MIYAZAWA T., *supra*, pp. 396-398.

souveraineté du *Nomos* », qui allait entraîner un débat houleux avec Miyazawa.

B. Thèse de la « souveraineté du *Nomos* »

La thèse de la « souveraineté du *Nomos* » fut soutenue par OTAKA Tomoo (1899-1956), professeur de philosophie du droit de l'Université de Tokyo, dans son livre intitulé « *Kokumin Shuken to Tennô-sei* (Souveraineté du peuple et régime impérial) » publié en 1947¹⁷¹. L'auteur avait par ailleurs étudié sous la direction de Kelsen à la fin des années 1920 à l'Université de Vienne, et était également très influencé par Gustav Radbruch, y compris par les pensées datant de ses dernières années.

Tout d'abord, Otaka soutient que le terme de « souveraineté » dans l'expression de la souveraineté du peuple signifie le « pouvoir politique suprême », mais qu'elle n'est pas un pouvoir omnipotent et qu'il existe une règle qui la limite. D'après lui, « la question de savoir comment concevoir la souveraineté dans l'État aboutit à celle de savoir comment saisir la relation entre la loi et le pouvoir ». Sur cette relation, les uns considèrent que « *might is right* » (*sic*), et les autres que « la loi se fonde sur l'idée de la Justice et tous les pouvoirs quels qu'ils soient doivent se soumettre à cette idée ». Partageant l'opinion de ceux-ci, Otaka écrit : « Si la souveraineté conçue comme pouvoir au-dessus du droit est anachronique, il importe peu que le sujet de la souveraineté soit le prince ou le peuple. La souveraineté en tant que *Almighty* (*sic*), qui peut fabriquer à son gré n'importe quelle constitution et peut la violer à son gré, ne peut jamais être « le principe universel de l'espèce humaine »

¹⁷¹ OTAKA Tomoo, *Souveraineté du peuple et régime impérial*, Tokyo, Seirin Shoin, 1947. Nos citations ci-dessous de ce livre sont par KANNO Kihachiro, « Nomos Shuken Ronsô Shiken (Opinion personnelle à propos du débat sur la souveraineté du *Nomos*) », *Hôgaku* (Revue de la faculté de droit de l'Université de Tôhoku), vol. 50, n° 7, 1987 ; repris dans KANNO K., *Zoku Kokken no Genkai Mondai* (Questions sur la limite de la puissance de l'État, II), Tokyo, Bokutaku-sha, 1988, pp. 345-400.

(Préambule de la Constitution de 1946), même si elle est la souveraineté du peuple ». « La loi ne doit pas être édictée par le pouvoir de ce monde à son gré. Le prince ne peut la fabriquer à son gré, mais il doit exercer son pouvoir suivant l'idée du droit. Par conséquent, si l'on appelle le souverain ce qui a l'autorité suprême dans l'État, le prince n'est pas souverain, mais la souveraineté réside dans le *Nomos* »¹⁷²¹⁷³.

Le contenu du *Nomos* est, selon Otaka, « l'égalité de l'homme. C'est le bien-être égalitaire de tous les hommes ». En se référant à Aristote, Otaka soutient que le critère de la justesse de la politique se trouve dans son but qui est le bien-être égalitaire de l'homme, et que la souveraineté n'est pas un pouvoir inconditionné mais plutôt un pouvoir conditionné par l'idée du droit. « Ceci est la signification de < la souveraineté en tant qu'idée du droit > ». Ensuite, il insiste sur le danger que, dans l'État démocratique, la volonté du pouvoir réel puisse se considérer comme juste au nom de la volonté générale du peuple. Il dit : « La volonté générale du peuple n'est pas juste parce qu'elle est la volonté du peuple. Elle n'est juste que si elle est juste »¹⁷⁴.

À partir de ces présuppositions, Otaka réfléchit sur l'acte constituant de 1946. Il admet d'abord qu'au Japon la souveraineté fut apparemment transférée de l'Empereur au peuple. Cependant, la différence entre les deux principes de souveraineté ne doit pas être exagérée, car, selon lui, la souveraineté ne doit jamais être exercée dans n'importe quelle voie voulue par son détenteur, qu'il soit l'Empereur ou le peuple. Le souverain authentique, qui est l'autorité la plus haute au Japon, ne peut par conséquent être ni l'Empereur ni le peuple, mais, depuis toujours, le *Nomos*. Même sous l'ancienne Constitution, le gouvernement de l'État aurait été conduit conformément à ce principe

¹⁷² Cité par KANNO K., *supra*, pp. 347 et 348.

¹⁷³ On peut trouver d'autres pensées semblables à cette thèse d'Otaka. Par exemple, les auteurs français de l'école doctrinaire sous la Restauration comme François Pierre Guillaume Guizot et Pierre-Paul Royer-Collard soutenaient que la théorie rousseauiste de la souveraineté populaire entraînerait la démagogie et que donc la seule souveraineté qui gouverne la société devrait être « la souveraineté de la constitution » ou « la souveraineté de la Justice et de la Raison ». En d'autres termes, la souveraineté ne devrait pas, selon eux, avoir pour but la réalisation de la volonté de la majorité du peuple, mais celle de ce qui est juste et raisonnable pour le bien-être du peuple. Voir HASEBE Y., *Kempô*, *supra* note 152, pp. 55 et 56 ; et Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. fr., 1993, Paris, PUF, p. 136.

¹⁷⁴ Voir KANNO K., *supra* note 169, pp. 348-350.

universel. Le principe de la souveraineté impériale signifiait simplement que l'Empereur symbolisait cet idéal du droit et du gouvernement. Ainsi, selon Otaka, n'y-a-t-il aucune différence profonde entre les deux Constitutions¹⁷⁵.

Tandis que Miyazawa insistait sur la rupture entre les deux Constitutions, Otaka soutenait, au contraire, leur continuité. Afin de ne pas « exagérer » le transfert « apparent » de souveraineté, Otaka employait la notion de la souveraineté du *Nomos*, restée depuis toujours cohérente au sein du pays, et soutenait qu'il n'était pas nécessaire d'expliquer l'acte constituant de 1946 en employant la notion de révolution.

Or, Otaka lui-même indiqua plus tard que son discours n'avait pas directement pour objet la thèse de Miyazawa¹⁷⁶. Toutefois, celui-ci, sensible au fait qu'Otaka se référait au débat qu'il avait eu à la Chambre des Pairs avec le Ministre de l'État Kanamori, écrivit un article critiquant de front le discours d'Otaka. C'est ainsi que naquit le débat entre Otaka et Miyazawa.

¹⁷⁵ Voir HASEBE Y., *supra* note 158, p. 337.

¹⁷⁶ Voir OTAKA T., « Jijitsu to shitenno Shuken to Tōi to shitenno Shuken (Souveraineté comme fait et souveraineté comme devoir-être) », *Kokka Gakkai Zasshi* (Revue de droit public et de politique de la Faculté de droit de l'Université de Tokyo), vol. 64, n° 4, 1950, pp. 197-222, at p. 198.

Section 2. Développement

A. Miyazawa et Otaka

Le nouvel article de Miyazawa de 1948, qui provoqua véritablement le débat avec Otaka, fut intitulé, par référence au titre du livre de celui-ci, « *Kokumin Shuken to Tennô-sei ni tsuitenô Oboegaki* (Note sur la souveraineté du peuple et le régime impérial) »¹⁷⁷. Le débat allait ensuite se développer au fil des articles « *Nomos no Shuken ni tsuite* (Sur la souveraineté du *Nomos*) »¹⁷⁸ d'Otaka (1948), « *Nomos no Shuken to Sophiste* (Souveraineté du *Nomos* et sophiste) »¹⁷⁹ de Miyazawa (1949), et « *Jijitsu to shitenô Shuken to Tôi to shitenô Shuken* (Souveraineté comme fait et souveraineté comme devoir-être) »¹⁸⁰ d'Otaka (1950).

La critique de Miyazawa

Entendant par « souveraineté », dans les expressions du type « souveraineté du prince » ou « souveraineté du peuple », « la puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique de l'État », Miyazawa affirme d'abord que « la souveraineté du prince est le principe selon lequel le sujet de la souveraineté est le prince ou la souveraineté appartient au prince, et dans ce cas la manière d'être de la politique de l'État est déterminée en définitive par la volonté du prince. (...) Par contre, la souveraineté du peuple est le principe selon lequel le sujet de la souveraineté est le peuple ou la souveraineté appartient au peuple. Ici le peuple n'est pas certaines personnes, mais tous. (...) Par conséquent, l'essentiel du principe de la souveraineté du

¹⁷⁷ MIYAZAWA T., « Note sur la souveraineté du peuple et le régime impérial », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 62, n° 6, 1948 ; repris dans son recueil, *Principes du droit constitutionnel*, *supra* note 157, pp. 281-317.

¹⁷⁸ OTAKA T., « Sur la souveraineté du *Nomos* », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 62, n° 11, 1948, pp. 574-603.

¹⁷⁹ MIYAZAWA T., « Souveraineté du *Nomos* et sophiste », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 63, n° 10-11-12, 1949, repris dans son recueil, *Principes du droit constitutionnel*, *supra* note 157, pp. 318-344.

¹⁸⁰ *Supra* note 174.

peuple est que la souveraineté n'appartient pas à certaines personnes comme le prince plutôt qu'elle n'appartient au peuple »¹⁸¹.

Il critique ensuite la thèse d'Otaka : « Où est la souveraineté ? La souveraineté du prince ? La souveraineté du peuple ? La thèse de la souveraineté du *Nomos* n'y répond point. (...) Ce que nous traitons maintenant est la question de savoir qui est le « roi ». (...) Il va sans dire que le « roi » ne peut violer le *Nomos* ou la Justice. (...) Est-ce que le prince est le « roi », ou bien est-ce le peuple qui est « roi » ? La question est là. (...) En d'autres termes, bien que la thèse de la souveraineté du *Nomos* soutienne que la souveraineté appartient au *Nomos*, la vraie question est de savoir qui détermine en définitive le contenu concret de ce *Nomos*. (...) Celui qui détermine ce contenu est le sujet de la souveraineté. (...) Le principe selon lequel la personne qu'est le prince le détermine est la souveraineté du prince, et celui selon lequel les hommes ayant certains titres comme les princes ou les nobles ne peuvent monopoliser le statut déterminant de ce contenu est la souveraineté du peuple. Il s'en déduit que la souveraineté du prince est incompatible avec la souveraineté du peuple, et que l'approbation de l'une signifie logiquement et nécessairement la dénégation de l'autre ». Selon Miyazawa, la thèse de la souveraineté du *Nomos* « joue le rôle d'un pansement, qui couvre la blessure fatale infligée au régime impérial par l'adoption de la souveraineté du peuple ». Elle est une « *apologia* (*sic*) du régime impérial sous la nouvelle Constitution, qui veut couvrir d'un voile la transformation fondamentale de la souveraineté de l'Empereur en celle du peuple » et même si son intention subjective est irréprochable, la question ici est de savoir si la souveraineté du peuple est ou non compatible avec le régime impérial, et c'est une question de connaissance objective, non pas d'espérance subjective »¹⁸².

La réponse d'Otaka

Ayant admis que sa thèse de souveraineté du *Nomos* est une *apologia*

¹⁸¹ MIYAZAWA T., *supra* note 175, pp. 285 et 287.

¹⁸² *Supra*, pp. 296, 297, 305, 306, 299, 316.

du régime impérial, Otaka essaie de déplacer le point essentiel du débat en répondant à Miyazawa comme suit : « La raison pour laquelle je soutient la thèse de la souveraineté du *Nomos* ne se limite pas à cela. En tant que philosophe du droit, je voulais aborder la grande question de l'espèce humaine depuis la confrontation de Socrate et des sophistes de savoir si le droit, après tout, est mû par le *might* (*sic*) ou, au contraire, si tout *might* quel qu'il soit est contrôlé par le droit. (...) Ma thèse est celle de la négation de la souveraineté, celle de la suppression de la souveraineté. Que la souveraineté appartienne au *Nomos* signifie la négation du fait que des hommes réels aient la puissance ultime de déterminer le contenu du *Nomos* à leur gré »¹⁸³.

« Selon M. Miyazawa, la souveraineté est « la puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique de l'État ». Néanmoins, lorsqu'on dit que le peuple dispose de la souveraineté, est-ce que le peuple a cette puissance réelle ? (...) Qu'une constitution démocratique exprime que la souveraineté appartient au peuple ne prouve pas qu'elle fait une analyse sociologique sur la question réelle de savoir où est ce pouvoir. (...) Dans un État démocratique, le peuple veille à ce que la politique réelle de l'État soit effectuée suivant le *Nomos*. En d'autres termes, la souveraineté du peuple signifie la responsabilité du peuple. (...) Si l'on considère que la majorité du peuple a alors le pouvoir de faire ce qu'elle veut parce que la puissance qui détermine la manière d'être de la politique de l'État est détenue par le peuple, on prendrait à tort le principe de la force. (...) Quand les sophistes soutenaient que la Justesse était ce que les hommes forts ont décidé, Socrate leur rétorquait qu'il existait des justesses auxquelles même les hommes forts devaient obéir. La thèse de M. Miyazawa me semble être le principe sophiste de force, ou le positivisme sophiste »¹⁸⁴.

La contre-critique de Miyazawa

Miyazawa critique de nouveau la réponse d'Otaka. Il délimite lui aussi

¹⁸³ Otaka T., *supra* note 176, pp. 588-590.

¹⁸⁴ *Supra*, pp. 600-602.

le point essentiel de son discours. Il n'essaie pas de critiquer la thèse de la souveraineté du *Nomos* elle-même, mais plutôt « sa tentative, en soutenant cette thèse, d'amoindrir la distinction principielle entre la souveraineté du peuple et la souveraineté de l'Empereur et de faire l'*apologia* du régime impérial ». Même si l'on remplace comme Otaka le mot de « souveraineté » par celui de « responsabilité », « cela ne signifie que la négation du mot « souveraineté » et ne signifie pas la négation de ce que l'on appelle « souveraineté ». À qui incombe cette « responsabilité » ? À l'Empereur, ou bien au peuple ? Cette question est en droit d'attendre une réponse ». Et il ajoute : « Il va sans dire que je ne considère pas que la décision prise par la majorité soit toujours juste. (...) Quand une politique violente est effectuée au nom de la majorité, je suis prêt à la combattre de toutes mes faibles forces sous la bannière puissante de M. Otaka »¹⁸⁵.

Ce débat entre les deux professeurs de l'Université de Tokyo fut suspendu par l'article d'Otaka de 1950, qui commençait par : « Voilà plus de deux ans que le débat m'opposant à M. Miyazawa autour de la question du régime impérial et de la souveraineté du peuple a commencé. Il me semble falloir y mettre fin maintenant de peur que les lecteurs ne s'ennuient. (...) La signification d'un débat est de trouver finalement une vérité commune en confrontant différentes opinions et thèses sur une question de points de vue différents. Je voudrais me permettre de clore les échanges d'opinion sous forme de débat, et de chercher quels points ont été éclairés par le débat »¹⁸⁶.

La clôture d'Otaka

Après avoir résumé les deux discours, Otaka remarque d'abord une différence entre la pensée de Miyazawa à l'époque où celui-ci écrivait, en 1934, un article intitulé « *Kokumin Daihyô no Gainen* (Notion de représentation du peuple) » et celle qu'il exprime dans le débat. Dans cet article monumental, sur lequel nous reviendrons plus tard, il examinait minutieusement la notion de représentation du peuple, et révélait que derrière cette notion il n'existait

¹⁸⁵ MIYAZAWA T., *supra* note 177, pp. 326, 330 et 340.

¹⁸⁶ OTAKA T., *supra* note 174, p. 197.

aucune substance méritant ce nom et qu'elle n'était qu'une idéologie nominale, en employant précisément la manière kelsenienne de l'*Ideologiekritik*. Or, selon Otaka, Miyazawa semble déplacer dans le débat son ancienne position méthodologique strictement consacrée à la connaissance des faits vers une autre position mettant l'accent sur la connaissance des normes¹⁸⁷.

Otaka soutient que, du point de vue de la connaissance des faits, le pouvoir est toujours exercé par un petit nombre de personnes dans quelque société politique que ce soit, et que dans ce sens, il n'existe pas de différence entre les pays de la souveraineté du prince et ceux de la souveraineté du peuple. Mais « dans le domaine des normes, que le pouvoir prenant une décision définitive en politique appartienne au peuple tout entier ou au prince distinct du peuple par son statut implique une différence fondamentale de la structure de l'État. Par conséquent, dit-il, M. Miyazawa a, dans ce débat, parfaitement raison de dire que la souveraineté du peuple en tant qu'idée est nettement distinguée de celle de l'Empereur en tant qu'idée. En d'autres termes, si et seulement si ma thèse de la souveraineté du *Nomos* rend cette distinction vague, elle a tort »¹⁸⁸.

« La question de savoir, continue-t-il, qui est le détenteur de la souveraineté ne revient pas à chercher aux mains de qui « la puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique » appartient en fait, mais aux mains de qui elle *doit*, indifféremment aux faits, appartenir. L'idée de souveraineté du prince selon laquelle elle doit appartenir au prince doit donc être bien distinguée de celle de souveraineté du peuple selon laquelle elle doit appartenir au peuple tout entier. (...) La question de savoir où la souveraineté est n'est pas une question de faits, ou *quaestio facti* (*sic*) sociologique, mais une question de devoir-être, d'idée, ou *quaestio juris* (*sic*) normative ». En d'autres termes, « la souveraineté dont la science juridique discute n'est pas la souveraineté en tant que fait mais celle en tant que devoir-être »¹⁸⁹. Ainsi Otaka admet-il avec Miyazawa que, dans la mesure où il s'agit d'une question de

¹⁸⁷ Voir *supra*, pp. 208-210.

¹⁸⁸ *Supra*, p. 213.

¹⁸⁹ *Supra*, pp. 213-214 et 206.

Sollen, il faut distinguer la souveraineté de l'Empereur de la souveraineté du peuple.

« Cependant, dit-il, on ne peut s'arrêter ici. (...) Ou plutôt, la question commence seulement à apparaître ici ». « Que le peuple possède la souveraineté ne signifie pas que le peuple décide de chaque manière d'être de la politique. Celle-ci est déterminée par des détenteurs peu nombreux élus parmi le peuple. Selon la règle de la démocratie, les détenteurs du pouvoir politique sont la « représentation » du peuple. Mais comme M. Miyazawa le remarquait autrefois, la notion de représentation du peuple a bien un caractère idéologique. De plus, en tant que question de fait, il arrive souvent que le détenteur du pouvoir politique, qui devrait normalement représenter le peuple, est en réalité manœuvré par la puissance de l'argent ou est le pantin d'un gouvernement étranger. Dire néanmoins que la souveraineté appartient au peuple, c'est, si l'on en dit du bien, une idée, un devoir-être, ou un principe. Si l'on en dit du mal, c'est une idéologie, une fiction, ou seulement un « nom »¹⁹⁰.

Enfin Otaka conclut : « Le but de la politique est toujours d'augmenter l'intérêt commun du peuple. C'est le peuple lui-même qui peut le mieux savoir ce qui est l'intérêt commun du peuple. En faisant en sorte que la politique reflète l'opinion et le jugement du peuple, on peut progressivement approcher la politique réelle de la règle de la politique. En d'autres termes, ce faisant, on peut rendre la souveraineté, en tant que devoir-être, plus réaliste. Voilà où l'on doit trouver la règle de l'activité politique du peuple. (...) En ce sens, j'ai soutenu qu'il fallait changer la conception existant jusqu'ici selon laquelle la souveraineté est une « puissance », mais qu'il fallait concevoir celle-ci comme une « responsabilité » que le peuple endosse pour lui-même. (...) Comme le stipule l'article 12 de la Constitution du Japon, « la liberté et les droits garantis au peuple par la Constitution devront être préservés par les soins constants du peuple ». (...) Si la souveraineté du peuple demeure simple devoir-être, elle ne peut signifier la réalisation d'une vraie démocratie. Dans le cas de la souveraineté du peuple, à la différence de la souveraineté de l'Empereur, on

¹⁹⁰ *Supra*, pp. 214 et 219.

peut, selon la volonté du peuple, faire que la souveraineté en tant que devoir-être ne reste pas un simple devoir-être, en lui donnant l'appui des faits. Il en résulte que le peuple peut établir la politique pour le peuple par son pouvoir. Nous devons remarquer ici la différence substantielle entre les principes de la souveraineté de l'Empereur et de celle du peuple. (...) La souveraineté de l'Empereur et celle du peuple ne diffèrent pas en ce sens que toutes les deux envisagent la réalisation du *Nomos*, mais elles diffèrent radicalement en ce sens que dans la première on veut trouver le chemin du *Nomos* en obéissant à l'ordre de l'Empereur, tandis que dans la seconde on veut trouver ce chemin par la responsabilité et la collaboration du peuple. Il me semble beaucoup plus crucial de reconnaître la différence entre les deux souverainetés sur ce point que de reconnaître la différence superficielle entre les principes de souveraineté des deux Constitutions »¹⁹¹.

Discours sur le débat

Le débat sur l'acte constituant, qui fut d'ailleurs le premier débat sur la notion de souveraineté dans la science du droit constitutionnel de l'après-guerre, fut volontairement interrompu par Otaka. Peut-être à cause de ce dénouement, il a été généralement considéré, pendant une assez longue période et sans doute un peu hâtivement, que ce débat s'était achevé par le triomphe de Miyazawa¹⁹². Plus tard, quelques nouvelles remarques sont toutefois venues corriger cette estimation un peu grossière et unilatérale. En effet, on peut examiner non seulement la pertinence de chaque thèse, mais aussi leur opposition même.

KANNO Kihachiro (1928-), professeur de l'Université de Tôhoku, par exemple, estime que « le motif politique de la thèse de la souveraineté du *Nomos* d'Otaka se trouvait, comme le remarquait Miyazawa et comme le reconnaissait

¹⁹¹ *Supra*, pp. 220-222.

¹⁹² Par exemple, SUGIHARA Y., *Kokumin Shuken no Kenkyû* (Étude sur la souveraineté du peuple), Tokyo, Iwanami Shoten, 1971, dit que « Miyazawa a battu Otaka complètement » (p. 9) et que « cela a été la victoire de la thèse de Miyazawa et la défaite de celle d'Otaka » (p. 11).

Otaka lui-même, dans l'*apologia* du régime impérial sous la nouvelle Constitution, et [que] cette tentative a échoué. De plus, il est indéniable que la thèse de la souveraineté du *Nomos* avait l'intention de brouiller la signification de la transformation du « principe fondamental du régime politique » du Japon, ou au moins qu'elle fonctionnait comme telle. La remarque de Miyazawa sur ce point était donc juste. Otaka lui aussi l'admit en reconnaissant la différence radicale entre la souveraineté de l'Empereur en tant que *principe* et la souveraineté du peuple en tant que *principe*. C'est un aboutissement majeur du débat qu'Otaka ait admis que la question de savoir où la souveraineté réside n'est pas une *quaestio facti* mais une *quaestio juris* »¹⁹³. Toutefois Kanno doute que Miyazawa et ses partisans aient bien compris le vrai problème qu'Otaka avait posé, ou voulu poser.

Nous pouvons remarquer, comme Kanno, que la thèse d'Otaka est la version japonaise du jusnaturalisme soutenu par Radbruch après la guerre. En effet, la « *philosophische Geltungslehre* » de Radbruch, à la différence de la « *juristische* » *Geltungslehre* de Kelsen et de la « *soziologische* » *Geltungslehre* d'Ehrlich, soutient que « le droit est une aspiration vers la Justice. (...) Si une loi nie l'aspiration vers la Justice intentionnellement, (...) cette loi n'a pas de validité, le peuple n'a aucune obligation de lui obéir, et les juristes doivent avoir le courage de lui dénier le caractère de droit »¹⁹⁴. La thèse de la souveraineté du *Nomos* peut être conçue comme une théorie du fondement de la validité du droit, selon laquelle le fondement de la validité du droit est le *Nomos*, la règle absolue de la Justice. S'il n'en était pas ainsi, selon Kanno, Otaka n'aurait fait que servir un réchauffé de la théorie hobbesienne selon laquelle entourer d'attentions le bien-être du peuple, *salus populi*, ferait partie des offices du souverain, *summi imperantis officia*, au titre d'une obligation tirée de la loi naturelle, alors que le souverain ne serait contraint de se justifier sur ce point que vis-à-vis de Dieu¹⁹⁵.

¹⁹³ KANNO K., « Opinion personnelle à propos du débat sur la souveraineté du *Nomos* », *supra* note 169, pp. 362 et 363.

¹⁹⁴ Gustav RADBRUCH, « Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945 », in *Der Mensch im Recht*, S. 106, cité par KANNO K., *supra*, pp. 367 et 368.

¹⁹⁵ Voir Thomas HOBBS, *Leviathan*, Cap. 30 (*opera latina* 3), p. 240, cité par KANNO K., *supra*, p.

Dans la mesure où la thèse de la souveraineté du *Nomos* est conçue comme une théorie naturaliste sur le fondement de la validité du droit, toute critique à son égard devrait être une critique contre le jusnaturalisme. Quand Miyazawa disait qu'il n'essayait pas de condamner la thèse de la souveraineté du *Nomos* elle-même, mais seulement « l'intention d'Otaka d'amoindrir, en vertu de cette thèse, la distinction principielle entre la souveraineté du peuple et la souveraineté de l'Empereur et de faire l'*apologia* du régime impérial », il semble que Miyazawa cherchait à esquiver un débat sur la validité du droit. Néanmoins, Miyazawa soutenait par ailleurs que « la vraie question ici était de savoir qui détermine en définitive le contenu concret du *Nomos* » et que « celui qui le détermine était le sujet de la souveraineté ». Ici, la thèse de souveraineté de Miyazawa se ramenait à la question du sujet de la souveraineté, comme Schmitt l'explicite en ces termes : « Tous sont d'accord là-dessus : lorsque des conflits éclatent au sein de l'État, chaque parti ne désire naturellement que le Bien commun --- n'est-ce pas justement la raison du *bellum omnium contra omnes* ? ---, mais la souveraineté, et donc l'État lui-même, consiste à trancher le conflit, donc à définir une fois pour toutes ce que sont l'ordre et la sûreté publics, à quel moment ils sont mis en cause, etc. (...) Que Dieu seul soit souverain, c'est-à-dire celui qui agit comme son représentant incontesté ici-bas sur terre, que ce soit l'empereur, le prince ou le peuple, c'est-à-dire ceux qui sont en droit de s'identifier sans contestation possible au peuple --- toujours la question tourne autour du sujet de la souveraineté, c'est-à-dire autour de la notion appliquée à une réalité concrète »¹⁹⁶, car « à proprement parler seul quelque chose existant concrètement peut être souverain, pas une norme simplement valide »¹⁹⁷. Or, selon la pensée du décisionisme, « [o]n peut juridiquement trouver le fondement juridique ultime de toute validité et de toute valeur juridique dans un acte de volonté, dans une décision qui, en tant que décision, crée le < droit > en général, et dont la < force juridique > ne saurait être déduite de la force juridique des règles de la décision »¹⁹⁸. Que Miyazawa

366.

¹⁹⁶ C. SCHMITT, *Théologie politique*, 1922, trad. fr., Paris, Gallimard, 1988, pp. 19 et 20.

¹⁹⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *supra* note 171, p. 136.

¹⁹⁸ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1995, p. 81.

en ait été conscient ou non, d'après Kanno, sa thèse du sujet de la souveraineté contenait bien un moment l'amenant potentiellement au décisionisme schmittien. Miyazawa pensait-il que la validité du droit se fondait sur la volonté du peuple, qui est l' « être comme l'origine du devoir-être »¹⁹⁹ ? N'ait-il par conséquent la distinction entre l'être et le devoir-être ?

Miyazawa prétendait, par ailleurs, que la souveraineté dans l'expression de la souveraineté du peuple était un principe, ou une idée. Afin de lever l'apparente contradiction avec sa définition du terme de souveraineté selon laquelle elle est « la puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique de l'État », il faut supposer que Miyazawa voulait dire par là que le *principe* de la souveraineté du peuple et non la souveraineté du peuple elle-même, signifiait un principe ou une idée selon lesquels la manière d'être de la politique de l'État devrait être déterminée en définitive par la puissance de la volonté du peuple²⁰⁰. Ainsi on pourrait distinguer chez Miyazawa une proposition d'être (« la souveraineté est une puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique de l'État ») et une proposition de devoir-être (« le principe de la souveraineté du peuple est une idée selon laquelle la manière d'être de la politique de l'État doit être déterminée par la volonté du peuple »).

Kanno résume : « Quand il critiquait la thèse de la souveraineté du *Nomos* en disant que la souveraineté dans l'expression de la souveraineté du peuple pouvait être appelée le pouvoir constituant, Miyazawa voulait critiquer la thèse jusnaturaliste qu'est la thèse de la souveraineté du *Nomos*, sur le terrain de la théorie de la validité du droit (...). À l'inverse, quand il disait que la souveraineté dans cette expression était une idée ou un principe, Miyazawa insistait sur la différence principielle entre l'ancienne et la nouvelle Constitution. (...) La thèse du pouvoir constituant soutenue par Miyazawa contre la thèse de la souveraineté du *Nomos* en tant que théorie sur la validité du droit est une thèse du même niveau que la thèse de la souveraineté du *Nomos*, soit une proposition de connaissance sur la validité du droit. Par contre, le principe de la

¹⁹⁹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 137, voir KANNO K., *supra* note 169, p. 372.

²⁰⁰ Voir KANNO K., *supra*, pp. 371 et 372.

souveraineté du peuple en tant que principe fondamental de la constitution positive qu'est la Constitution du Japon est une proposition de norme, ou proposition de devoir-être, qui n'a pas valeur de vérité. (...) La question de savoir si le fondement de la validité d'une constitution est le *Nomos* ou la volonté politique existante est une chose. La question de savoir si une constitution accepte telle ou telle thèse relative au fondement de sa validité --- tel ou tel « dogme politique » si l'on adopte le langage de Kelsen²⁰¹ --- et si elle la déclare comme principe fondamental en est une autre »²⁰².

Ainsi Kanno suppose-t-il que la translation du sujet du débat, *metabasis eis allo genos*, par Miyazawa est due à une confusion dans la définition du mot souveraineté, ou plutôt, à une « utilisation intentionnellement ambiguë de ce mot »²⁰³. Mis à part cette ambiguïté éventuellement « intentionnelle », la remarque finale d'Otaka selon laquelle la question de savoir qui est le détenteur de la souveraineté est, indépendamment des faits, la question de savoir aux mains de qui « la puissance qui détermine en définitive la manière d'être de la politique de l'État » doit appartenir, constitue donc une question de devoir-être, soit une *quaestio juris*. Elle marquait, dans ce contexte, le fait qu'Otaka pouvait nettement avoir conscience de l'opposition entre lui et Miyazawa, du moins dans l'un des aspects de la thèse de celui-ci.

Sur la question de devoir-être, les deux auteurs pouvaient donc être finalement d'accord. On pourrait sans doute dire que sur ce point « Miyazawa a battu Otaka ». « Cependant, on ne peut s'arrêter ici. (...) Plutôt, la question commence seulement à apparaître ici ». Il s'agit de la thèse de la souveraineté du *Nomos* en tant que théorie sur la validité du droit.

Comme nous l'avons remarqué plus haut, la thèse d'Otaka en tant que théorie de validité du droit était une théorie jusnaturaliste. En effet, Otaka présupposait un cognitivisme selon lequel il est possible de connaître ce qui est

²⁰¹ Miyazawa lui-même affirmait : « lorsque Kelsen soutenait que la souveraineté du peuple était un « dogme politique », cela avait le même sens que lorsque je disais que la souveraineté du peuple était un principe, une idée », en se référant à H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 331. Voir MIYAZAWA T., *supra* note 177, p. 334.

²⁰² Kanno K., *supra*, p. 380.

²⁰³ *Supra*, p. 381.

juste par l'expérience. Il dit : « Ne peut-on connaître ce qui est juste ? Si, on peut le connaître. On peut le connaître si l'on réalise en fait les choses que l'on a décidé à la majorité. L'expérience nous permet de le connaître »²⁰⁴. Il va sans dire qu'il présupposait ici la connaissabilité de l'existence et du contenu du *Nomos* et également la thèse selon laquelle « l'idée d'un droit juste univoquement connaissable et vérifiable existe », thèse qui fonde le jusnaturalisme²⁰⁵. Le *Nomos* d'Otaka pourrait ainsi être rapproché du droit super-positif, ou « *übergesetzliches Recht* », de Radbruch²⁰⁶.

Sur ce point, la critique de Miyazawa était la suivante : « [La thèse de] la souveraineté du *Nomos* ne parle que d'un principe, évident, selon lequel la décision de la volonté politique du souverain, qu'il soit prince ou peuple, doit obéir au *Nomos*. Tout le monde l'admettra. Mais, même si [cette thèse de] la souveraineté du *Nomos* était admise par tout le monde, la question posée ici ne serait point résolue. Le *Nomos* a la souveraineté. Très bien. Mais qui détermine en définitive le contenu de ce *Nomos* ? Tout le monde continuera à le demander »²⁰⁷. En fait, Miyazawa critiquait la thèse de la souveraineté du *Nomos* elle-même. Or, Otaka montrait, bien que d'une manière assez générale et abstraite, le contenu du *Nomos*. Cependant, Miyazawa mettait en cause la question de savoir qui détermine son contenu. Cela signifie que Miyazawa présupposait un certain scepticisme moral²⁰⁸. En outre, selon Miyazawa, le *Nomos* est ce que le « roi » détermine comme tel. S'il en est ainsi, la validité du droit doit dépendre de la décision du « roi », et il en résulte que la thèse de Miyazawa, probablement contre son intention, est une sorte de jusnaturalisme, ou ce que Ross appelle le pseudo-positivisme²⁰⁹, pensée qui considère comme valeurs suprêmes la stabilité juridique et l'obéissance au droit positif.

²⁰⁴ OTAKA T., *supra* note 176, p. 601.

²⁰⁵ Voir G. RADBRUCH, « Der Relativismus in der Rechtsphilosophie », in *Der Mensch im Recht*, S. 80, cité par KANNO K., *supra* note 169, p. 384 ; repris dans G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe, Band 3 : Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, SS. 17-22, at S. 17.

²⁰⁶ G. RADBRUCH, « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », in *Rechtsphilosophie*, 7. Aufl., S. 336, cité par KANNO K., *supra*, p. 368.

²⁰⁷ MIYAZAWA T., *supra* note 175, p. 303.

²⁰⁸ Voir HASEBE Y., *supra* note 158, p. 338.

²⁰⁹ Voir Alf ROSS, « Validity and the conflict between Positivism and Natural Law », *Revista Juridica* (Buenos-Aires), IV, 1961, pp. 46-92.

Ce débat, outre qu'il avait l'aspect d'un débat sur la souveraineté comme nous l'avons vu jusqu'ici, contenait en germe le développement ultérieur de la science du droit constitutionnel au Japon. En 1969, un article écrit par un philosophe du droit critiqua vigoureusement la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa. Ce jeune kelsenien mettait en cause le caractère « apologétique » de la thèse de Miyazawa, en particulier lorsqu'elle soutenait que la souveraineté du Japon avait été transférée, par l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, de l'Empereur, non pas à MacArthur, mais au peuple²¹⁰. En fait, avant cette critique d'idéologie à la kelsenienne, il était reproché, du point de vue juridico-marxiste, à la thèse de la « Révolution d'août » de ne pas être scientifique car elle ne concordait pas avec plusieurs faits historiques de la période entre l'acceptation de la Déclaration de Potsdam et la promulgation de la Constitution. Selon cette critique, la thèse de Miyazawa soutenant que, bien que la souveraineté du Japon eût été intégralement perdue pendant l'occupation, elle avait néanmoins été transférée de l'Empereur au peuple, était une « *apologia* interprétative »²¹¹.

Ainsi le débat entre Otaka et Miyazawa légua-t-il à la science du droit constitutionnel ultérieure un autre grand thème de réflexion : la scientificité d'une doctrine.

²¹⁰ NAGAO Ryuichi, « Futatsu no Kempô to Miyazawa Kempô-gaku (Les deux Constitutions et la science du droit constitutionnel de Miyazawa) », 1969 ; repris dans NAGAO R., *Nihon Hô Shisô-shi Kenkyû* (Étude sur l'histoire de la pensée juridique du Japon), Tokyo, Sôbun-sha, 1981, pp. 316-320.

²¹¹ HASEGAWA M., « Nihonkoku Kempô Seitei-shi-ron (Discours sur l'histoire de la fabrication de la Constitution du Japon) », *Hôritsu Jihô*, nov. 1956.

Chapitre V Débat métathéorique

Section 1. Débat sur l'interprétation du droit

Questionnement ignoré de Miyazawa

MIYAZAWA Toshiyoshi écrivit en 1934 un article intitulé « *Kokumin Daihyô no Gainen* (Notion de représentation du peuple) » dans les *Mélanges offerts en hommage à Minobe*, dans lequel il insistait sur l'*Ideologiekritik* en tant que tâche cruciale des sciences sociales²¹².

Dans cet article, Miyazawa soutient, en s'inspirant de « *Ideologie und Utopie* » de Karl Mannheim, qu'il faut strictement distinguer, en science juridique, l'interprétation du droit²¹³ et la science du droit. Dans la première, l'activité spirituelle n'est pas pour lui une connaissance du droit mais une création d'un nouveau droit plus concret et est donc exclusivement pratique. Dans la seconde, à l'inverse, elle est une connaissance du droit et est donc exclusivement théorique. En conséquence, selon Miyazawa, les notions employées dans l'interprétation du droit, au contraire de celles employées dans la science du droit, ne doivent pas par essence concorder avec la réalité. Il appelle idéologie les idées se faisant notions scientifiques, qui doivent par définition concorder avec la réalité, mais qui dans les faits ne concordent pas avec elle. En ce sens les idéologies montrent dans la plupart des cas des idéaux qui ne sont pas réalisés comme s'ils l'étaient, et par ce biais, elles persuadent qu'une réforme réelle est inutile et favorisent le maintien du *statu quo*. Les idéologies seraient donc au service de la classe dirigeante du moment. « Néanmoins, dit-il, les idéologies ne peuvent fonctionner comme telles que si

²¹² MIYAZAWA Toshiyoshi, « La notion de représentation du peuple », in *Mélanges MINOBE Tatsukichi : Kôhō-gaku no Sho Mondai* (Problèmes de la science du droit public), Tokyo, Yûhikaku, 1934 ; repris dans MIYAZAWA T., *Principes du droit constitutionnel*, *supra* note 157, pp. 185-225.

²¹³ Miyazawa annote ici le terme d'« interprétation du droit » et se réfère à Kelsen. Il le cite comme suit : « voir Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1934, pp. 9 et s. ; *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, *Juristische Wochenschrift*, 58. Jg. 1929, S. 1723 f. ». Voir MIYAZAWA T., *supra*, p. 188, note 1.

l'on n'a pas conscience du fait qu'elles sont idéologies, en d'autres termes, du fait que leurs contenus ne concordent pas avec la réalité. Une fois qu'un désaccord entre elles et la réalité est révélé et que le masque d'une théorie scientifique est levé, elles ne peuvent plus être idéologies et se transforment en idéaux ». Selon lui, « remarquer le caractère idéologique des notions ayant un caractère idéologique et révéler leur désaccord avec la réalité, c'est-à-dire, transformer dans ce sens les idéologies en idéaux, doit être une tâche naturelle de la science, laquelle se consacre au service de la vérité »²¹⁴.

Deux ans plus tard, en 1936, un an après l'affaire de la thèse de « l'Empereur-organe de l'État » de Minobe, Miyazawa écrivit un autre article métathéorique, intitulé « *Hôritsu-gaku ni okeru Gakusetsu* (Doctrines en science juridique) »²¹⁵. Il y distingua d'abord deux catégories dans les doctrines (*Lehrsätze*) juridiques : les « doctrines interprétatives » et les « doctrines théoriques », en présupposant qu'une doctrine juridique était avant tout une proposition dans sa forme.

Selon lui, l'interprétation du droit consiste à essayer de trouver une solution pour telle ou telle affaire par le droit existant. Elle est différente de la connaissance théorique du droit. Elle ne consiste pas à affirmer des faits empiriques ou des pensées réelles des hommes réels, ni à penser ce qui a été auparavant pensé (*Nachdenken eines Vorgedachten*), mais plutôt à penser ce que le législateur pourrait penser²¹⁶, soit à penser jusqu'à la fin ce qui a été pensé (*Zuendedenken eines Gedachten*²¹⁷). En d'autres termes, elle consiste à chercher la volonté rationnelle du législateur et à chercher le droit « juste » dans tel ou tel cas concret. Cette activité spirituelle n'est donc pas un acte de connaissance théorique mais de volonté pratique. Miyazawa écrit : « Radbruch dit que l'interprétation du droit est le mélange non séparable d'un élément théorique et d'un élément pratique, d'un élément de connaissance et d'un élément de

²¹⁴ MIYAZAWA T., *supra*, pp. 187 et 188.

²¹⁵ MIYAZAWA T., « Doctrines en science juridique », *Hôgaku Kyôkai Zasshi* (Revue de droit privé de la Faculté de droit de l'Université de Tokyo), vol. 54 n° 1, 1936 ; repris dans MIYAZAWA T., *Doctrines en science juridique*, Tokyo, Yûhikaku, 1968, réimp. 1995, pp. 65-85.

²¹⁶ Voir G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 196, cité par MIYAZAWA T., *supra*, p. 72.

²¹⁷ Voir G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, SS. 110 und 111, cité par MIYAZAWA T., *ibid.*.

création, de reproduction et de production, scientifique et supra-scientifique, objectif et subjectif²¹⁸. La raison pour laquelle l'interprétation du droit est une interprétation réside dans le fait qu'elle est avant tout pratique, créative, productive, supra-scientifique et subjective »²¹⁹. Dans ce sens, selon Miyazawa, l'interprétation du droit est toujours l'édiction du droit et la création du droit. L'interprétation et la législation ne sont en conséquence pas différentes dans leur essence. S'il en est ainsi, la doctrine interprétative est une proposition pratique. On peut donc appeler la doctrine interprétative la doctrine « pratique ».

Par contre, la doctrine théorique porte, toujours selon Miyazawa, sur la connaissance du droit existant. Son but est de connaître comme tel le droit qui existe dans la réalité sociale. On ne traite pas ici la question de savoir si ce droit existant est bon ou mauvais, conforme à la Justice ou non, si son sens est clair ou obscur, concret ou abstrait. Il ne peut y avoir de lacune du droit. La synthèse systématique des fruits de la connaissance théorique du droit est la science du droit. Dans ce sens, on peut appeler la doctrine théorique la doctrine « scientifique ».

En résumé, « L'interprétation est un acte de volonté. Tout le contenu d'une doctrine interprétative est donc une opinion pratique et fortement subjective de l'auteur (...). On ne peut déterminer quelle doctrine interprétative est *wahr* (sic) d'une manière théorique et scientifique »²²⁰. « La connaissance théorique est (...) une activité spirituelle qui doit être distinguée de la volonté pratique et qui sert uniquement à l'idée de connaissance objective »²²¹.

À vrai dire, à l'époque de l'affaire de la thèse de « l'Empereur-organe de l'État », Miyazawa se vit lui aussi contraint de ne pas interpréter la Constitution de 1889 de façon libérale, et fut obligé de publier des articles moins directement relatifs à l'interprétation de la Constitution qu'aux questions métathéoriques ou de théorie générale du droit. Or, si l'on songe au fait que

²¹⁸ Voir G. RADBRUCH, *supra*, S. 111 (Note originale de Miyazawa).

²¹⁹ MIYAZAWA T., *supra* note 213, p. 71.

²²⁰ *Supra*, p. 76.

²²¹ *Supra*, p. 79.

Miyazawa, en prenant exemple du géocentrisme et de l'évolutionnisme, soutient que la justesse d'une doctrine théorique ne doit pas être déterminée par l'autorité mais seulement par la conformité à la vérité et qu'ainsi l'officialisation d'une doctrine théorique est absurde, car une officialisation n'est qu'un ordre de considérer telle ou telle chose d'une certaine manière et ne change pas la chose elle-même (*Eppur, si muove* !), on peut voir dans cette article une réaction très critique et en même temps habile à l'égard de l'affaire de la thèse de « l'Empereur-organe de l'État », dans la mesure où il considère que cette thèse de Minobe était une doctrine « théorique ». De plus, si l'on songe au fait que même dans le monde germanophone Topisch ait pu dire, en 1964, qu'en contraste avec ses travaux en tant que théoricien du droit, les travaux de Kelsen en tant que critique d'idéologie n'attiraient pas une attention méritée²²², et, de surcroît, au fait que Kelsen développa considérablement ce genre de travaux surtout plus tard, la prévoyance et l'originalité de Miyazawa semblent prendre tout leur relief. Néanmoins, la science du droit constitutionnel dans le Japon d'après-guerre s'efforça d'abord d'établir des « doctrines interprétatives », sans suffisamment recevoir le questionnement métathéorique de Miyazawa sur la distinction entre connaissance et jugement de valeur.

Il faut attendre les années cinquante pour que la science juridique au Japon commence à être sensible à la question métathéorique. En fait, ce n'est pas un constitutionnaliste ni un théoricien du droit, mais un civiliste qui aborda le premier cette question. Ainsi le débat sur la méthode juridique naquit-il d'abord sous la forme d'un débat sur l'interprétation chez les privatistes, puis chez les philosophes du droit, et enfin, avec un certain retard, chez les constitutionnalistes, qui allaient réfléchir sur leurs propres méthodes.

²²² Voir l'introduction de Ernst Topisch à H. KELSEN, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Berlin, 1964. Aussi, voir M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État », in *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 17, 1990 ; repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 143-160 ; et la présentation de M. Troper à H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. fr., Paris, Economica, rééd., 1988.

A. Civilistes et philosophes du droit

Questionnement d'un civiliste

C'est KURUSU Saburo (1912-1998), professeur de droit civil de l'Université de Tokyo, qui amorça le débat sur l'interprétation en écrivant deux articles successifs dans la première moitié des années cinquante. Le contexte dans lequel Kurusu posa la question de l'interprétation et le débat autour de celle-ci se développa rapidement fut celui du changement radical de politique constitutionnelle au Japon dans les années cinquante. Comme nous en avons déjà mentionné les étapes, à la suite de la guerre de Corée, le G.H.Q. réorienta sa politique d'occupation et exigea le réarmement du Japon. Le gouvernement japonais s'exécuta en créant d'abord les Équipes de réserve de Police, puis en 1954 les Forces d'autodéfense, tout ceci sans modifier la Constitution, mais en modifiant en revanche radicalement son interprétation de l'article 9 de la Constitution. Ce changement vertigineux, ou plutôt arbitraire, dans l'interprétation du gouvernement fit naturellement naître aussi bien dans le public que chez les juristes la question de savoir ce qu'est l'interprétation. Le fait qu'un civiliste ait lancé le débat montre bien que les constitutionnalistes étaient occupés à réagir aux « mauvaises » interprétations de la Constitution du gouvernement afin de freiner le retour à un pays militariste.

Ce civiliste dit d'abord, d'une façon qui frise l'autodénigrement : « Lorsqu'on interprète une loi, en affirmant dans un cas que ce n'est pas possible vis-à-vis du texte, mais en soutenant dans l'autre que celui-ci n'est pas si important ; ou bien en fondant la plupart du temps son interprétation sur l'opinion des rédacteurs de la loi, mais en indiquant parfois que leur opinion n'est pas décisive ; ou bien encore en remontant l'histoire pour fonder son interprétation dans un cas, mais en l'ignorant dans l'autre, on choisit à son gré le chemin convenable à la direction que l'on souhaite. Je crois que tout le monde a déjà eu un sentiment de ridicule et de vide, en suivant cette manière d'interprétation »²²³. Il continue sur le même ton : « Comme le juriste est

²²³ KURUSU Saburo, « Hô no Kaishaku to Hôritsuka (Interprétation du droit et juriste) », *Shihô* (Revue de droit privé), n° 11, 1954, p. 16.

orgueilleux ! Il soutient toujours que son interprétation est la seule qui soit juste et objective. Comme il est mou ! Il ne peut se rassurer qu'en s'en remettant intégralement aux lois et en considérant que toute la vie humaine doit être réglementée par les lois. Comme il est irresponsable ! Il essaie de toutes ses forces de cacher sa subjectivité derrière l'objectivité »²²⁴.

Les remarques principales contenues dans les deux articles de Kurusu peuvent être résumées comme suit²²⁵ :

1. L'interprétation du droit consiste « à faire un jugement juridique qui semble être le plus approprié socialement, en partant de la loi et en se fondant sur un jugement subjectif de valeur, dans la mesure où l'interprète peut penser que son interprétation sera admise comme interprétation possible de cette loi et ne sera pas jugée infondée »²²⁶.
2. En d'autres termes, l'interprétation du droit peut être plurielle et il ne peut exister une seule interprétation objectivement juste. Le choix d'une parmi les interprétations possibles est le résultat du jugement subjectif de valeur de l'interprète.
3. Certes il existe un certain « cadre » de l'interprétation du droit, mais « le soi-disant « cadre » n'est jamais clair ni immuable », et « le jugement subjectif de valeur de l'interprète modifie même le cadre de la loi »²²⁷.
4. « Un conflit sur l'interprétation du droit est, quand il s'agit d'une question politique, une sorte de conflit politique, et il n'est pas admissible d'imputer au droit le résultat de l'interprétation. Il faut reconnaître franchement que l'interprète a une responsabilité politique sur celui-ci »²²⁸.
5. La bonne méthode d'interprétation n'est pas de déduire logiquement les normes juridiques des stipulations de la loi positive, mais de les puiser dans l'analyse et l'observation de la relation sociale réelle. (...) Il faut toujours employer cette méthode

²²⁴ *Supra*, p. 22.

²²⁵ Voir YAMAUCHI Toshihiro, « Sengo ni okeru Kempô Kaishaku no Hôhō (Méthode de l'interprétation constitutionnelle d'après-guerre) », in SUGIHARA Y. (éd.), *Méthode de la science du droit constitutionnel*, *supra* note 60, pp. 71-130.

²²⁶ KURUSU S., « Hô no Kaishaku Tekiyô to Hô no Junshu (Application-Interprétation du droit et observance du droit) », *Hôgaku Kyôkai Zasshi*, vol. 68, n° 5, 1950, p. 447.

²²⁷ *Supra*, pp. 436 et 444.

²²⁸ KURUSU S., *supra* note 221, p. 23.

« sociologique »²²⁹.

Le questionnement de Kurusu connut aussitôt des réactions de la part des civilistes, des philosophes du droit, et d'autres universitaires. Le « Groupe juridique de l'Association des scientifiques démocratiques » tint sa conférence annuelle en 1955 sur le thème de « la tâche et la perspective de la science juridique du Japon »²³⁰, et la « Société japonaise de philosophie du droit » tint la sienne en 1954 sur le thème de « l'interprétation du droit »²³¹. Ainsi beaucoup d'auteurs, dont la plupart étaient non-constitutionnalistes, allaient-ils s'engager dans ce débat sur l'interprétation.

Réactions

Un autre civiliste de l'Université de Tokyo, KAWASHIMA Takeyoshi (1909-1992) fut, comme son collègue Kurusu, l'un des auteurs les plus influents de ce débat. Il participa activement à ladite conférence de la Société japonaise de philosophie du droit et également à un colloque organisé par la revue juridique « *Hôritsu Jihô* » en mai 1954 sur le thème de « la « scientificité » de l'interprétation du droit », et publia en 1955 un livre intitulé « *Kagaku to shiten no Hôritsu-gaku* (Science juridique en tant que science) » dans lequel il exprima ses idées de façon systématique. Les opinions de Kawashima peuvent être résumées comme suit²³² :

1. « Toute interprétation du droit est une sorte de jugement de valeur »²³³.
2. « L'« objectivité » d'une interprétation du droit revient à l'« objectivité » du système de valeurs qui est le critère de ce jugement de valeur ». « Le système de valeurs est déterminé et formé par les conditions sociales de la vie et par la

²²⁹ *Supra*, p. 23.

²³⁰ Le Groupe juridique de l'Association des scientifiques démocratiques, *Nihon Hôgaku no Kadai to Tembô* (Tâche et perspective de la science juridique du Japon), Tokyo, 1955.

²³¹ Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit, *Hô no Kaishaku* (Interprétation du droit), Tokyo, 1954.

²³² Voir YAMAUCHI T., *supra* note 223, pp. 77-79.

²³³ KAWASHIMA T., *Science juridique en tant que science*, p. 122.

façon dont sont disposés les intérêts sociaux. Le système de valeurs de chacun est déterminé par sa relation d'intérêt et son propre intérêt qu'il doit défendre ». Le système de valeurs est donc subjectif, mais qu'un jugement de valeur ne soit « valable » que pour une personne ou qu'il le soit pour plusieurs, c'est une autre question à laquelle on pourra répondre en regardant si le système de valeurs qui est le critère du jugement de valeur est ou non soutenu par plusieurs personnes. L'« objectivité », en ce sens qu'un jugement de valeur est « valable » pour plusieurs personnes, est donc proportionnelle au nombre de personnes soutenant ce système de valeurs qui est critère du jugement de valeur. En d'autres termes, l'« objectivité » est réductible à une « question de quantité »²³⁴.

3. « La science juridique en tant que science ne peut dire quel système de valeurs doit être choisi, mais peut dire à quelle valeur sociale sert tel ou tel jugement de valeur, quel rapport existe entre cette valeur sociale et tel ou tel système de valeurs (rapport entre jugement de valeur et valeur, entre valeur et système de valeurs), quelle relation d'intérêt tel ou tel système de valeurs reflète (base socio-économico-politique d'un système de valeurs), quel système de valeurs sera dans l'avenir dominant selon la règle du développement social, etc. Les réponses à ces questions peuvent être vérifiées non pas par la croyance ou le désir de chacun, mais par des faits empiriques. La tâche de la science est de chercher ces conclusions. Seulement avec ces réponses, pourra-t-on réaliser le but ultime de la science qu'est la prévision, la maîtrise, et la réforme des phénomènes »²³⁵.

En contraste avec l'insistance de Kurusu sur la subjectivité de l'interprétation du droit, Kawashima mettait l'accent, en admettant que celle-ci fût un jugement subjectif de valeur, sur la possibilité pour l'interprétation du droit d'être objective et scientifique. Or, OTAKA Tomoo lui aussi, d'un autre point de vue assez différent, aborda cette question lors de la conférence de la Société japonaise de philosophie du droit. Il soutenait les points suivants²³⁶ :

²³⁴ Parole de Kawashima dans le débat, in *Interprétation du droit*, *supra* note 229, pp. 79 et 80.

²³⁵ KAWASHIMA T., *Supra* note 231, p. 84.

²³⁶ Voir YAMAUCHI T., *supra* note 223, pp. 79 et 80.

1. « L'interprétation du droit n'est pas une simple connaissance du droit, mais une activité qui forme concrètement et développe un système de valeurs dont l'*outline* (*sic*) est présenté sous la forme d'une loi écrite »²³⁷. Il est notamment clair dans le mouvement de libre-découverte du droit et dans l'interprétation téléologique que l'interprétation du droit n'est pas par essence différente de la législation et est un choix de but et un jugement de valeur. Mais il est tout aussi clair que l'interprétation de la *Begriffsjurisprudenz* sert les valeurs et est menée par le but.
2. L'interprétation du droit, même si elle est un acte du jugement de valeur, n'est pourtant pas toujours uniquement subjective. « Certes le jugement de valeur d'un homme réel est un acte moral subjectif. Mais que l'acte moral soit subjectif ne signifie pas nécessairement que le jugement et le raisonnement eux-même le soient aussi ». « Un jugement de valeur dans l'interprétation du droit est contraint objectivement par le système de valeurs qui se cache derrière lui. Le choix d'un système de valeurs dépend donc des valeurs de chacun, mais (...) le jugement que l'on rend sur une question concrète du droit est objectivement déterminé par la règle de valeurs immanente à ce système de valeurs »²³⁸.
3. L'interprétation du droit peut être une sorte de science, lorsqu'elle révèle la règle de valeurs immanente au droit, mais elle n'est pas une science dans le même sens que la physique ou la biologie, de même que toutes les sciences appliquées et technologiques ne sont pas des sciences pures²³⁹.
4. Le jugement de valeur sur la question du droit est multiple. La philosophie de la démocratie est le relativisme, et celui-ci permet la pluralité des valeurs²⁴⁰.

Ayant admis que l'interprétation du droit était un acte de jugement de valeur, Otaka soutint, comme Kawashima, qu'une telle interprétation du droit pouvait toutefois avoir un caractère objectif et pouvait donc être appelée une

²³⁷ Rapport d'Otaka, in *Interprétation du droit*, *supra* note 229, p. 20.

²³⁸ *Supra*, pp. 22 et s.

²³⁹ Voir *supra*, p. 24.

²⁴⁰ Voir *supra*, p. 26.

science. Il mit donc lui aussi plutôt l'accent sur l'objectivité de l'interprétation du droit.

Outre les auteurs que nous venons d'évoquer, il en apparut d'autres, de tendance historico-marxiste, qui soutenaient que l'objectivité ou la scientificité de l'interprétation pourrait être vérifiée en se fondant sur le « sens du développement de l'histoire » ou sur la « loi du développement historique ».

À la suite de ce débat sur l'interprétation du droit des années cinquante, la science juridique du Japon put recueillir un consensus sur au moins une constatation, à savoir que l'interprétation du droit n'était pas un acte de connaissance mais de jugement de valeur. La question de savoir si cette interprétation pouvait ou non être objective, et si oui, dans quel sens, fut alors placée au cœur du débat, qui allait continuer d'une autre façon chez les constitutionnalistes.

B. Constitutionnalistes

Dans la seconde moitié des années cinquante, certains constitutionnalistes commencèrent à s'intéresser au débat sur l'interprétation du droit des civilistes et des philosophes du droit. Néanmoins, il est permis de douter que les constitutionnalistes, à quelques exceptions près, aient bien accepté la constatation consensuelle des civilistes et des philosophes du droit. YAMAUCHI Toshihiro (1940-), professeur de l'Université Hitotsubashi, distingue trois groupes dans les travaux des constitutionnalistes de l'époque sur ce thème : premièrement, ceux qui discutaient des principes ou critères sur lesquels l'interprétation du droit constitutionnel devait se fonder, comme les principes de démocratie, de respect de droits de l'homme, de pacifisme etc. ; deuxièmement, ceux qui soutenaient que l'interprétation du droit était un acte de connaissance objective ; et troisièmement, ceux qui se fondaient sur le débat

des civilistes et discutaient de l'interprétation du droit constitutionnel²⁴¹.

Un des auteurs du deuxième groupe écrit par exemple : « Interpréter [le droit constitutionnel] signifie éclaircir le sens de la norme objective qu'est la Constitution. (...) Il faut exclure les volontés politiques des interprètes ». Cet auteur critique le schéma de Miyazawa d'avant-guerre d'après lequel « l'interprétation du droit consiste à essayer de trouver une solution à telle ou telle affaire par le droit existant », et soutient que l'interprétation ne donne pas toujours « la solution », car la Constitution passe dans certains cas sous silence des matières pourtant considérées comme de nature constitutionnelle. En d'autres termes, sur les matières que la Constitution passe sous silence, la science du droit constitutionnel ne peut trouver aucune solution. Cet auteur délimite ainsi l'interprétation du droit constitutionnel et soutient qu'une telle interprétation est un acte de connaissance²⁴².

Un autre auteur de ce groupe distingue d'abord l'interprétation et l'application du droit. Selon lui, l'interprétation est avant tout une connaissance des faits que telle ou telle loi montre et revient ensuite à saisir le sens normatif que la loi comprend et le jugement de valeur qu'elle suggère. Ce n'est pas autre chose que de connaître ce que la loi considère comme des valeurs. L'interprétation du droit est donc une connaissance des faits, même si elle est différente d'une connaissance des faits purs, dans la mesure où les faits que l'interprétation du droit prend pour objet portent sur un jugement de valeur. Mais ce jugement de valeur n'est pas celui de l'interprète. C'est celui qui est compris dans la loi elle-même. À l'inverse, l'application du droit consiste, selon cet auteur, à décider comment résoudre telle ou telle affaire, puis à le réaliser. Connaître quel résultat on obtiendra en appliquant telle ou telle loi, c'est l'interprétation. Par conséquent, l'interprétation n'est pas affectée par la justesse du résultat, tandis que l'application, elle, est dirigée par celle-ci. L'interprétation est donc une activité morale non-téléologique et de pure connaissance, tandis

²⁴¹ Voir YAMAUCHI T., *supra* note 223, p. 86.

²⁴² Voir KOJIMA Kazushi, « Kempô-gaku no Kadai to Hôhō (Tâche et méthode de la science du droit constitutionnel) », in SUZUKI Y. (éd.), *Kempô-gaku no Kadai* (Tâche de la science du droit constitutionnel), cité par YAMAUCHI T., *supra*, pp. 89 et 90.

que l'application est une activité téléologique et pratique²⁴³.

Le troisième groupe de constitutionnalistes, qui reconnaissaient comme les civilistes que l'interprétation était un acte de jugement de valeur, comptait, lui aussi, certains auteurs importants. Parmi eux, HASEGAWA Masayasu (1923-), professeur de l'Université de Nagoya, analysa le débat des civilistes et examina d'une façon détaillée l'interprétation du droit constitutionnel. Yamauchi résume le discours de Hasegawa de cette manière²⁴⁴ :

1. « Les deux tendances de l'interprétation du droit constitutionnel [jusqu'à présent, c'est-à-dire, la tendance formaliste et la tendance téléologique] semblent être contradictoires, mais en fait les deux ont ce même défaut qu'elles ne peuvent saisir le caractère social de l'activité d'interprétation et qu'elles ne développent pas leurs interprétations après avoir suffisamment examiné l'essence du droit qu'elles prennent pour objet de l'interprétation. (...) Exclure intégralement le jugement de valeur de l'interprétation du droit, alors qu'elle ne peut jamais éviter l'intermédiaire d'un jugement de valeur de l'interprète, et à l'inverse, maintenir la subjectivité du jugement de valeur, revient dans les deux cas à adopter le même jugement de valeur non-scientifique. Les deux tendances ont bien montré [à partir de 1935 et jusqu'à la défaite] qu'elles pouvaient concorder d'une manière arbitraire avec quelque jugement de valeur politique que ce soit »²⁴⁵.
2. « Nous devons partir du fait qu'une constitution est le fruit d'un certain système-jugement de valeurs et a donc certaines formes, soit articles, qui ne sont ouvertes qu'à un certain système-jugement de valeurs, et qu'elle conserve son efficacité en s'appuyant sur un certain système-jugement de valeurs (...). L'interprétation du droit constitutionnel revient d'abord à éclaircir ce système de valeurs politico-économico-sociales qui fonde la constitution, et sa tendance

²⁴³ Voir ICHIEN Ichioku, *Hô no Kaishaku to Tekiyô* (Interprétation et application du droit), cité par YAMAUCHI T., *supra*, pp. 90 et 91.

²⁴⁴ Voir YAMAUCHI T., *supra* note 223, pp. 93 et 94.

²⁴⁵ HASEGAWA M., « Kempô no Kaishaku (Interprétation du droit constitutionnel) », *Hôritsu Jihô*, vol. 28, n° 2, 1956, p. 95.

fondamentale est déterminée par la décision de l'interprète de prendre telle ou telle attitude vis-à-vis du système de valeurs »²⁴⁶.

3. « Celui qui souhaite faire une interprétation juste du droit doit d'abord connaître scientifiquement la loi du développement social en étudiant les fruits des sciences sociales. (...) Il doit ensuite comprendre parfaitement les pratiques constitutionnelles et les techniques juridiques qui créent ces pratiques à partir de la constitution écrite. (...) Si et seulement si les pratiques constitutionnelles et l'interprétation du droit constitutionnel par le pouvoir étatique qui les crée sont saisies clairement et que le rapport entre le système de valeurs d'un interprète et chacune de celles-ci est concrètement éclairci, on peut interpréter la constitution en ayant un fondement scientifique »²⁴⁷.

²⁴⁶ *Supra*, p. 96.

²⁴⁷ *Supra*, p. 98.

Section 2. Débat sur la distinction dualiste

En 1960, AOMI Junichi (1924-), professeur de philosophie du droit de l'Université de Tokyo, écrivit un article sur le débat de l'interprétation des années cinquante et résuma les questions qui y avaient été posées en trois points : 1° l'interprétation du droit dépend-elle d'un jugement de valeur, et si oui jusqu'à quel point ? ; 2° le jugement de valeur dans l'interprétation du droit nuit-il à l'objectivité de celle-ci, et si oui jusqu'à quel point ? ; 3° le fait que l'interprétation du droit contienne toujours un élément subjectif est-il un phénomène normal, ou doit-il être combattu comme un phénomène malsain ?²⁴⁸

Sur le premier point, Aomi affirme que la plupart des auteurs entendent par interprétation du droit une activité faite dans la réalité par les juristes et que celle-ci contient certes quelques éléments de connaissance pure et de découverte, mais doit être conçue comme une activité qui s'accompagne d'un choix pratique de valeurs.

Sur le deuxième point, ayant présenté d'abord la thèse « objectiviste » selon laquelle un mélange de jugements de valeur ne s'accompagne pas nécessairement d'une subjectivation de l'interprétation du droit, et la thèse « subjectiviste » pour laquelle c'est précisément le cas, Aomi soutient ensuite que « la thèse « objectiviste » souffre d'une grande *fallacy* (*sic*). Cette *fallacy* est appelée, depuis G. E. Moore, « *the naturalistic fallacy* » (...). La thèse objectiviste part de la notion d'une « évolution de l'histoire ». Mais il semble que la notion d'« évolution » soit déjà une notion de valeur. Certes, personne ne peut nier qu'il existe un certain « courant » à l'histoire dans une perspective globale et également dans une perspective plus restreinte. Mais ce courant ne suit pas strictement une ligne droite. (...) Décider si une partie de l'histoire est une « avancée » ou un « recul », ou bien encore une « stagnation », ne serait pas

²⁴⁸ AOMI Junichi, « Sengo Nippon ni okeru Hô Kaishaku-ron no Kentô (Examen de discours sur l'interprétation du droit dans le Japon d'après-guerre) », 1960, repris dans AOMI J. (éd.), *Hô Kaishaku no Riron* (Théorie de l'interprétation du droit), Tokyo, Gakuyô Shobô, 1975, pp. 158 et s.

possible sans un certain point de vue de valeurs »²⁴⁹.

Aomi conclut sur ce point par ces mots : « La tâche importante de la philosophie du droit contemporaine est d'examiner, de façon générale et systématique, les conditions de l'objectivation du jugement de valeur compris dans l'interprétation. L'une des tâches cruciales de l'interprétation du droit est de montrer aussi clairement que possible jusqu'à quel point une interprétation se fonde sur la connaissance de phénomènes qui *existent* et à partir de quel point commence un choix pratique de phénomènes qui *doivent exister*. Ce n'est qu'à ce prix que l'interprétation du droit peut obtenir une objectivité maximale et, dans les domaines sur lesquels cette objectivité ne peut porter, la responsabilité politique dont Kurusu parle peut alors être éclaircie »²⁵⁰.

Nous pourrions trouver ici un certain héritage de la distinction faite par le Miyazawa d'avant-guerre entre connaissance et jugement de valeur ainsi que de son relativisme. Ce discours de Miyazawa-Aomi provoqua de nouveau certaines réactions. La Société japonaise de philosophie du droit organisa en 1967 une conférence sur le thème de « l'interprétation et l'application du droit »²⁵¹, et certaines critiques du point de vue objectiviste y furent présentées.

Les civilistes, quant à eux, ayant comme compréhension commune que l'interprétation du droit était un acte de jugement de valeur, allaient s'efforcer, à partir du milieu des années soixante, de chercher des résultats et interprétations « appropriés », au lieu d'interprétations « correctes », en employant la méthode dite du *balancing*, ou de comparaison des profits²⁵².

Les constitutionnalistes, de leur côté, allaient se scinder en plusieurs courants. Les uns continuèrent à soutenir que l'interprétation est un acte de connaissance²⁵³, tandis que d'autres s'attachèrent à critiquer ce point de vue.

²⁴⁹ *Supra*, pp. 160 et 161.

²⁵⁰ *Supra*, p. 161.

²⁵¹ Voir l'Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit, *Hô no Kaishaku to Unyô* (Interprétation et application du droit), Tokyo, 1967.

²⁵² Voir par exemple HOSHINO Eiichi, « Mimpô Kaishaku-ron Josetsu (Exorde à la théorie de l'interprétation du droit civil) », in *Interprétation et application du droit*, *supra*, pp. 89 et s.

²⁵³ Comme critique contre « *the naturalistic fallacy* », voir WATANABE Yôzô, « Shakai Kagaku to Hô no Kaishaku (Sciences sociales et l'interprétation du droit) », in *Interprétation et application du*

Un des courants dominants allait chercher l'objectivité maximale de l'interprétation-jugement de valeur subjective, comme le prônait la conclusion d'Aomi. Un autre courant tout aussi dominant allait chercher les critères à employer dans l'interprétation constitutionnelle, et en particulier dans la justice constitutionnelle. À partir des années soixante-dix, en effet, les recherches sur la justice constitutionnelle s'appuyant sur les doctrines américaines devinrent « à la mode »²⁵⁴. Les constitutionnalistes, ayant admis que l'interprétation était un acte de jugement de valeur, essayaient d'établir des théories dans le but de contraindre l'interprétation des juges constitutionnels. Nous ne présentons pas ici ce développement de la science du droit constitutionnel des années soixante-dix. Nous jetons plutôt un regard sur un article paru en 1982, qui constitua d'ailleurs un aboutissement pour les constitutionnalistes japonais sur la question de méthode des années soixante-dix et introduisit, en même temps, un nouveau questionnement.

A. Thèse de la « distinction critique »

Lors de la conférence de la Société japonaise de philosophie du droit de 1981, dont le thème était « Droit, Science juridique et Idéologie », HIGUCHI Yoïchi présenta un rapport intitulé « *Science et pensée dans la science du droit constitutionnel du Japon* »²⁵⁵. Il y discutait sur la distinction entre « *Ninshiki* », connaissance, et « *Hyôka* », appréciation²⁵⁶, en prenant pour exemple la thèse de

droit, supra, pp. 57 et s.

²⁵⁴ Le premier ouvrage systématique sur la justice constitutionnelle fut celui d'ASHIBE N., *Kempô Soshô no Riron* (Théorie de la justice constitutionnelle), Tokyo, Yûhikaku, 1973.

²⁵⁵ Voir HIGUCHI Y., « Nihon Kempô-gaku ni okeru « Kagaku » to « Shisô » », in *Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit*, Tokyo, 1982, révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, *supra* note 142, pp. 3-26.

²⁵⁶ Le mot japonais « *Hyôka* » correspond à « *Beurteilung* » en allemand. Nous employons la traduction « appréciation » dans le sens neutre du mot. En effet, « *Hyôka* » est au fond équivalent à « jugement de valeur », mais du fait qu'en japonais, on emploie parfois comme traduction de « jugement de valeur » un autre terme « *Kachi Handan* », et que l'on dit par exemple « *Hyôka* est *Kachi Handan* », nous employons ci-dessus, en attirant l'attention du lecteur sur sa neutralité, le

la « Révolution d'août » de Miyazawa. Il reprit la critique envers Miyazawa selon laquelle sa thèse aurait un caractère « apologétique ».

Il aborde la question de la « science » et de la « pensée » dans la science du droit constitutionnel en comparant les doctrines de Minobe et de Miyazawa. Selon Higuchi, la doctrine de Minobe faisait une lecture des plus constitutionnalistes de la Constitution de 1889 et de ce fait, elle joua un rôle de tout premier plan dans l'application d'une constitution du « *Scheinkonstitutionalismus* » d'une manière aussi constitutionnaliste que possible. La doctrine de Minobe souffrait toutefois de problèmes méthodologiques et ce fut précisément son successeur Miyazawa qui les critiqua. L'article de Miyazawa de 1934 fit époque dans l'histoire de la science du droit constitutionnel au Japon en distinguant nettement la « science » et la « pensée », la doctrine scientifique et la doctrine interprétative, ou encore la connaissance et l'appréciation. En fait, cette théorie dualiste de Miyazawa émergea au moment même où l'interprétation constitutionnaliste de Minobe en était arrivée à ne plus pouvoir produire d'effet comme telle. Or, dans la période de l'après-guerre, une fois que la nouvelle Constitution exprimant comme principe universel de l'espèce humaine certains principes constitutionnalistes eut été promulguée, la doctrine de Miyazawa, alors doctrine la plus influente, se chargea d'un rôle d'interprétation sur cette Constitution authentiquement constitutionnaliste.

C'est la thèse de la « Révolution d'août » que la doctrine de Miyazawa, assumant ce rôle, soutint tout d'abord après la guerre. Higuchi en distingue deux aspects : l'un est la révélation de la négation du principe de la souveraineté de l'Empereur en tant que principe constitutionnel fondamental et de la rupture entre les principes fondamentaux des deux Constitutions ; l'autre est l'explication selon laquelle la négation du principe de la souveraineté de l'Empereur conduisit à l'adoption de celui de la souveraineté du peuple. Higuchi fait remarquer qu'il fut reproché à ce deuxième élément de la thèse son caractère apologétique, en particulier par des auteurs qui avaient sans doute la même position méthodologique que le Miyazawa d'avant-guerre, à savoir, le

mot « appréciation ».

dualisme kelsenien.

La « double fonction » d'une doctrine

Higuchi discute ensuite de la « double fonction » d'une doctrine. Mettant l'accent sur le fait que Miyazawa admettait par ailleurs que « le Japon avait perdu par la capitulation sa souveraineté [dans le sens de l'indépendance de l'État], était devenu un État non-souverain, et son pouvoir gouvernemental avait été assujéti au pouvoir du commandant suprême des Pays alliés »²⁵⁷, et également sur le fait que Miyazawa suivait le principe moniste sur le rapport entre le droit international et le droit national, reconnaissant la supériorité des traités internationaux sur la Constitution²⁵⁸, Higuchi soutient que l'on peut considérer que le principe de la souveraineté du peuple chez Miyazawa était un principe déjà limité par le droit international. S'il en est ainsi, selon lui, on peut bien concevoir que Miyazawa ait pu considérer, sans contradiction inhérente, la possibilité de la fondation du principe de la souveraineté du peuple même dans une situation où la souveraineté de l'État était inexistante. Dans ce sens, le fait que Miyazawa ait soutenu le transfert du principe de la souveraineté de l'Empereur au peuple, et non à MacArthur, ne signifierait pas nécessairement qu'il ait falsifié la connaissance dans un but pratique. En d'autres termes, en tant qu'interprétation, le deuxième aspect de la thèse de la « Révolution d'août » pourrait être considéré comme cohérent.

Higuchi n'en émet pas moins des réserves sur ce point. Celles-ci concernent, en l'occurrence, la « justesse » de concevoir la souveraineté du peuple comme une notion qui peut être établie même dans une situation où la souveraineté de l'État est perdue. Outre la « justesse » de l'emploi de cette notion dans le but de sa connaissance, selon lui, il faut mettre en cause la « justesse » de l'interprétation de cette notion faite du point de vue du monisme. Cette question de la « justesse » est celle d'une proposition pratique et d'une

²⁵⁷ MIYAZAWA T., *Nihon-koku Kempô* (Constitution du Japon), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1955, p. 42, cité par HIGUCHI Y., *supra*, p. 11.

²⁵⁸ Voir MIYAZAWA T., *supra*, p. 818, cité par HIGUCHI Y., *supra*, p. 12.

confrontation entre des interprétations, des positions d'appréciation, et donc entre des pensées.

Ayant ainsi distingué deux aspects dans la thèse de Miyazawa, l'un concernant la connaissance et l'autre l'interprétation, Higuchi essaie de parer la critique envers cette thèse en soutenant qu'elle était, intrinsèquement, cohérente en tant que doctrine interprétative. Mais il ne nie pas le fait que, comme nous l'avons vu plus haut, Miyazawa lui-même ne distinguait pas consciemment ou explicitement dans sa thèse de la « Révolution d'août » la doctrine scientifique et la doctrine interprétative. Par conséquent, selon Higuchi, « on pourrait considérer que la thèse de la « Révolution d'août » ait conduit à prétendre que Miyazawa soutenait une proposition pratique au nom de la connaissance et en tant que doctrine scientifique »²⁵⁹.

Higuchi commence alors à réfléchir sur la distinction entre connaissance et appréciation dans la doctrine juridique en général. En fait, sa réflexion sur le sujet vient, comme l'admet explicitement Higuchi, en réaction envers une problématique posée par un civiliste²⁶⁰. Ce civiliste scinde la thèse insistant sur la distinction entre connaissance et appréciation en deux niveaux : en premier lieu, la thèse de la distinction en tant que proposition relative à l'acte de connaissance (y compris la transmission du résultat de cette connaissance), et en second lieu, la thèse en tant que proposition relative à l'appréciation pratique. Plus précisément, la première soutient que l'on ne doit pas mêler l'appréciation à l'acte de connaissance, et la seconde soutient que l'on ne doit pas proposer quelque chose au nom de la connaissance, mais au nom des valeurs auxquelles on s'attache. La première a pour but d'assurer l'objectivité d'une connaissance, et la seconde de faire prendre conscience de sa responsabilité à celui qui fait une proposition pratique ou une appréciation. En plus de ces objets, les deux thèses ont des effets accessoires, et suivant la réaction vis-à-vis de ces effets, il peut exister différents types d'attitudes, même

²⁵⁹ HIGUCHI Y., *supra*, p. 14.

²⁶⁰ Voir HIRONAKA Toshio, « Ninshiki / Hyōka Shumbetsu-ron ni kansuru Oboegaki (Note sur la thèse de la distinction de connaissance/appréciation), in *Mélanges SERA Terushiro*, t. II, Tokyo, Sōbun-sha, 1977, pp. 137-154.

si leurs buts sont communs.

Thèse de la distinction sur le plan de la connaissance

Primo, Higuchi classe les attitudes possibles en trois types, en ce qui concerne la première thèse de la distinction entre connaissance et appréciation, c'est-à-dire, en tant que proposition relative à l'acte de connaissance.

Une première attitude consiste à ignorer tous les effets accessoires et à s'engager dans la connaissance. C'est la thèse de la « *distinction simple* ». Suivant une autre attitude également consacrée à la connaissance, l'auteur de la connaissance, s'il prévoit des effets accessoires à celle-ci qui ne lui paraissent pas souhaitables, exprime afin de les contenir une appréciation ou une proposition. Higuchi nomme cette position la thèse de la « *distinction critique* ». Finalement, une troisième attitude consiste, pour l'auteur, à décider volontairement s'il faut ou non continuer l'acte de connaissance, dans le cas où il prévoit des effets accessoires qui lui paraissent non souhaitables. Par exemple, le « *connaisseur* » de ce type décide de suspendre ses recherches ou de s'abstenir de publier les résultats de sa connaissance. Higuchi donne à ce type de tendance le nom de thèse de l'« *union consciente* ». Il élimine ici l'attitude qui ne distingue pas connaissance et appréciation (thèse de l'« *union simple* ») et celle qui défigure intentionnellement la connaissance pour telle ou telle volonté pratique (thèse de l'« *union gauchie* »).

Afin d'illustrer ces trois types d'attitudes, Higuchi présente le discours de M. Michel Troper, qui « a produit des travaux remarquables en tant que kelsenien de la génération d'après-guerre en France »²⁶¹.

Higuchi s'exprime en ces termes : « En France, à partir des années soixante-dix, à la suite de l'activation du contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel, on peut observer un certain détournement de la science du droit constitutionnel jusque là à tendance « *politique* » vers une

²⁶¹ HIGUCHI Y., *supra* note 253, p. 18.

autre tendance qualifiée de « juridicisante ». Dans ce contexte, M. Troper remet en question le sens de la « norme » dans le contexte de la « juridiction ». Il examine intrinsèquement l'explication de Kelsen selon laquelle l'assertion qu'il existe une norme contraire à la norme supérieure, en particulier une loi inconstitutionnelle, est une *contradictio in adjecto*, et selon laquelle cette loi est valable aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée par une autorité compétente et n'est donc pas inconstitutionnelle, et il va au-delà en disant : « Ce qui fait l'objet de l'interprétation, en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte (...). [Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera.] Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte. (...) [La loi], jusqu'à l'interprétation du juge, n'a pas de sens vrai ni de sens faux »²⁶². Cela revient à dire que ce que le pouvoir constituant et le législateur produisent n'est qu'un texte, que c'est l'organe d'application qui pose lui-même la norme qu'il appliquera et que donc, que le contrôle de la constitutionnalité des lois existe ou non, la supériorité d'une constitution n'est qu'une fiction »²⁶³.

Higuchi poursuit : « Je ne suis pas tout à fait d'accord avec cette connaissance, mais il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la vérité de cette connaissance, mais plutôt de savoir comment M. Troper situe une telle connaissance dans l'ensemble de ses travaux en tant que chercheur »²⁶⁴.

« Sa connaissance, dont il est question ici, est confrontée de front à l'idée de la supériorité d'une constitution, ou plus généralement, à l'idée de contrainte des pouvoirs publics par le droit. Dans ce sens, elle est une démystification révélant la réalité cachée derrière cette idée. Il est naturellement possible d'imaginer qu'exprimer cette connaissance signifierait encourager la tendance de la société réelle à affaiblir les contraintes du pouvoir par le

²⁶² M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommages à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 133 et s. (Note original de Higuchi) ; repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, supra note 220, pp. 293-315, at pp. 304-305 et 313.

²⁶³ HIGUCHI Y., *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁴ *Loc. cit.*

constitutionnalisme ou par l'État de droit, mais M. Troper, partant de l'idée qu'il faut contenir ces effets, fait par ailleurs des propositions pratiques pour affaiblir ou éliminer ceux-ci. Par exemple, dans *« Réinventer le Parlement »*, dont il est l'un des coauteurs, il insiste sur les maux du *« gouvernement des juges »* et revendique la réduction du rôle des juges, en proposant de réintroduire certains systèmes correspondant au *« référé législatif »* de l'époque révolutionnaire²⁶⁵ ». Higuchi présente ainsi le discours de M. Troper, qui, selon lui, est un exemple du deuxième type d'attitude présenté ci-dessus, et est donc apparenté à la thèse de la *« distinction critique »*.

Thèse de la distinction sur le plan de la proposition pratique

Secundo, en ce qui concerne la thèse de la distinction en tant que proposition relative à l'appréciation pratique, Higuchi discerne également trois types de positions. Il présente tout d'abord le commentaire d'un socio-économiste japonais sur la thèse de la distinction soutenue par Weber lors du débat sur la politique sociale. D'après ce commentaire, vers le début du siècle, lorsqu'à cause de l'augmentation de ses frais, la politique sociale de l'Allemagne représentait une charge gigantesque pour l'industrie, que, dans le même temps, les paroles de la *Sozialdemokratische Partei* devenaient de plus en plus influentes et que l'antagonisme entre les syndicats et les patrons s'aggravait, « faire remarquer l'ascientificité de proposer activement des voies d'amélioration sociale depuis des chaires universitaires et de stimuler la conscience sociale des auditeurs, signifiait que, (...) dans leur fonction sociale, les chaires allemandes étaient accablées sous le fardeau de l'amélioration sociale et l'abandonnaient »²⁶⁶. Higuchi transporte *mutatis mutandis* ce commentaire à la

²⁶⁵ P. BRINBAUM, F. HAMON, M. TROPER, *Réinventer le Parlement*, Paris, Flammarion, 1978, pp. 215-217. Toutefois, dit Higuchi, la position pratique de M. Troper, c'est-à-dire son appréciation du contrôle de la constitutionnalité, évoluera dans la mesure où il essaiera plus tard d'expliquer la légitimité du juge constitutionnel par la notion de *« représentant »* de la Constitution de 1791, dans laquelle le roi était, à côté du Corps législatif, considéré comme un *« représentant »* qui exprime la volonté générale. Voir M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, pp. 31 et s. (Note original de Higuchi) ; repris dans M. TROPER, *supra* note 220, pp. 329-346.

²⁶⁶ OGOCHI Kazuo, *Shakai Seisaku* (Politique sociale), Tokyo, Yûhikaku, 1949, p. 60.

situation actuelle du Japon et discute des effets de la thèse de la distinction relative à l'appréciation pratique. Les trois types distingués en fonction des effets accessoires sont ici les mêmes que ceux que nous avons vu plus haut : *distinction simple*, *distinction critique* et *union consciente*.

Implications de la thèse de la *distinction critique*

Or, dans la science juridique, selon Higuchi, des notions juridiques et des propositions constituées de celles-ci fonctionnent souvent, voire presque toujours, en même temps comme « doctrine scientifique » et comme « doctrine interprétative ». En d'autres termes, comme c'est le cas dans la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa, une doctrine juridique a souvent une « double fonction ». « Aussi, qu'une constitution établisse un régime parlementaire ou un régime d'Assemblée est une question de doctrine scientifique. Mais normalement, on construit des doctrines interprétatives en partant de la constatation que cette constitution établit, par exemple, un régime parlementaire. [Outre les positions des thèses de l'*union simple* ou de la *distinction simple*,] il peut exister deux autres positions qui consistent, dans un cas, à ne pas exposer une doctrine scientifique qui rendrait sa doctrine interprétative moins persuasive (thèse de l'*union consciente*) ou, dans l'autre, à exposer la doctrine scientifique (e.g., cette constitution établit un régime d'Assemblée) mais en même temps, à oser soutenir une doctrine interprétative différente de sa doctrine scientifique (e.g., elle établit un régime parlementaire) (thèse de la *distinction critique*) »²⁶⁷. Néanmoins, celui qui adhère à la thèse de la *distinction critique* doit accepter que sa doctrine interprétative puisse devenir très peu persuasive. En effet, cet auteur serait amené à soutenir que telle constitution a pris le système A, sur le plan de sa connaissance, et le système B sur celui de son interprétation. Il est possible que cette doctrine interprétative soit attaquée sous le prétexte qu'elle est une « interprétation fautive ». Si cette doctrine interprétative est ainsi conçue et par conséquent ne peut plus exister comme « doctrine », elle sera présentée comme proposition de réforme d'un

²⁶⁷ HIGUCHI Y., *supra* note 253, p. 23.

système ou comme critique envers le système existant. Elle sera développée comme proposition pratique.

En tant que proposition relative à l'appréciation pratique, dit Higuchi, la thèse de la *distinction critique* conduit au même résultat. Outre la thèse de la *distinction simple* et celle de l'*union simple*, il peut y avoir d'abord la position de l'*union consciente*, dans laquelle l'auteur a bien conscience que son interprétation est une proposition pratique, mais afin d'éviter que sa doctrine interprétative ne devienne moins convaincante, il choisit de ne pas expliciter son caractère pratique et soutient son interprétation en la reliant à sa proposition de connaissance. Il peut y avoir ensuite l'attitude de la *distinction critique*, selon laquelle l'auteur ne doit pas présenter sa doctrine interprétative au nom de la connaissance, mais doit plutôt présenter une autre opinion sous la forme d'une proposition pratique afin de remédier à l'affaiblissement de la force persuasive de sa doctrine interprétative. Ici aussi, « cette dernière position voit son interprétation perdre considérablement de sa force persuasive, car elle révèle elle-même que sa doctrine interprétative n'est pas scientifique ni même objective et ne peut être que subjective.

Il en résulte, continue Higuchi, que les thèses de l'*union consciente* et de la *distinction critique* ont en commun la conscience de la responsabilité subjective de l'interprète qui soutient une doctrine interprétative. (...) En effet, la thèse de la *distinction critique* éprouve, dans la mesure où elle tient compte de l'effet d'une doctrine interprétative, certaines difficultés à maintenir sa position avec constance et devient infiniment proche de la thèse de l'*union consciente* »²⁶⁸.

La thèse de la distinction de Higuchi est, elle-même, une proposition pratique. C'est le résultat d'un choix et l'expression d'une pensée. En d'autres termes, la thèse de la distinction, selon laquelle on doit distinguer connaissance et appréciation, ne peut être soutenue au nom de la science. Comme l'admet Higuchi, « même si l'on peut d'abord dire que la science et la pensée, la connaissance et l'appréciation, *sont* deux actes différents de l'homme, dans la mesure où l'on reprend la position méthodologique du dualisme sur laquelle la

²⁶⁸ *Supra*, p. 24.

thèse de la distinction doit normalement se fonder, alors de cette proposition de connaissance, on ne peut déduire la proposition de valeur que l'on *doit* donc les distinguer ». Or, Higuchi ajoute : « Si reprendre la thèse de la distinction revient à exprimer une position de pensée, cela amène à considérer que l'on ne doit pas être indifférent à l'effet de cette distinction *au nom de la science*. Dans la mesure où l'on reprend la thèse de la distinction, la science ordonne de s'engager dans la connaissance pure, mais il importe en même temps de prendre conscience que la question de choix, sur le plan de la pensée ou de la pratique, demeure, qui fait que l'on sera indifférent à l'effet de sa connaissance ou que l'on essaiera d'y réagir d'une façon ou d'une autre »²⁶⁹.

Cette thèse de la distinction de Higuchi suscita plusieurs réactions, dont certaines allaient à nouveau prendre la forme d'un débat. Nous allons maintenant le regarder.

B. Critique de la thèse de la « distinction critique »

KANNO Kihachiro, qui critiqua par ailleurs vivement la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa, critique également la thèse de la *distinction critique* de Higuchi. Kanno aborde, en particulier, l'insistance sur la « double fonction » d'une doctrine et la présupposition logique de la thèse de distinction de Higuchi.

La « double fonction » d'une doctrine?

Primo, pour ce qui est de la « double fonction » d'une doctrine, Higuchi indiquait, en présupposant la distinction entre doctrine interprétative et doctrine scientifique, que des notions juridiques et des propositions

²⁶⁹ *Supra*, p. 15.

constituées de celles-ci fonctionnent en même temps au niveau de la doctrine interprétative et au niveau de la doctrine scientifique. Il scindait ensuite la thèse de la « Révolution d'août » en deux. D'un côté une thèse considérant que le principe de la souveraineté de l'Empereur fut nié par l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, et de l'autre une thèse soutenant que la négation du principe de la souveraineté de l'Empereur signifia l'adoption de celui de la souveraineté du peuple. Dans cette deuxième démarche, en particulier, Higuchi considérait que la thèse de Miyazawa fonctionnait en même temps comme doctrine scientifique et comme doctrine interprétative.

Kanno avoue que l'explication de Higuchi relative à cette deuxième démarche de Miyazawa est « si obscure qu' [il] ne peut saisir sa vraie signification »²⁷⁰. Il considère, provisoirement, que sa vraie signification consiste à dire que, dans cette deuxième démarche, la thèse de Miyazawa était une doctrine interprétative. Ainsi écrit-il : « selon Higuchi, la thèse de la « Révolution d'août » est une doctrine scientifique dans la mesure où elle soutient que l'acceptation de la Déclaration de Potsdam signifia la négation de la souveraineté de l'Empereur, mais elle est une doctrine interprétative dans la mesure où elle soutient que celle-ci signifia l'adoption de la souveraineté du peuple, et elle est donc une doctrine de Janus. Bien que Miyazawa lui-même ait explicité que « la souveraineté de l'Empereur n'était pas compatible avec la souveraineté du peuple », et que « l'affirmation de l'une signifiait logiquement la négation de l'autre », Higuchi indique que la thèse de Miyazawa n'est une doctrine scientifique que sur le plan de la négation de la souveraineté de l'Empereur et est une doctrine interprétative sur le plan de l'affirmation de la souveraineté du peuple »²⁷¹.

Kanno doute d'abord que la facette de la thèse de Miyazawa qui insiste sur la négation de la souveraineté de l'Empereur soit une « doctrine scientifique » comme l'indique Higuchi. Pour lui, elle est, au même titre que la

²⁷⁰ KANNO K., « Hachigatsu Kakumei Setsu Oboegaki (Note sur la thèse de la Révolution d'août) », *Hôgaku* (Revue de droit de la Faculté de droit de l'Université de Tôhoku), vol. 47, n° 2, 1993 ; repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État, II*, *supra* note 169, pp. 141-163, at p. 142.

²⁷¹ *Supra*, pp. 142 et 143.

thèse selon laquelle l'acceptation de la Déclaration de Potsdam ne provoqua pas la transformation du *Kokutai*, une « doctrine interprétative » : elle se fonde d'abord sur une *interprétation* en vertu de laquelle l'expression de la Déclaration, exigeant qu'un gouvernement soit établi conformément à la volonté du peuple japonais exprimée librement, signifierait la négation immédiate de la souveraineté de l'Empereur ; elle se fonde également sur le monisme *radical* relatif au rapport entre droit international et droit national, pour lequel non seulement le fondement de la validité du droit étatique se trouverait dans le droit international, mais aussi l'ensemble du droit étatique contraire au droit international serait formellement invalide, monisme *radical* qui fut rejeté par son ancien défenseur Kelsen lui-même²⁷².

Kanno émet ensuite des doutes lorsque Higuchi affirme que l'autre facette de la thèse de Miyazawa, qui insiste sur la fondation de la souveraineté du peuple, serait une « doctrine interprétative ». « S'il était vrai, comme l'indique Higuchi, que le fait que « Miyazawa ait soutenu le transfert du principe de la souveraineté de l'Empereur au peuple n'impliquait pas nécessairement qu'il ait falsifié la connaissance dans un but pratique », la thèse de Miyazawa ne serait-elle pas, même dans sa deuxième facette, une « doctrine scientifique » ? »²⁷³ Probablement, dit Kanno, Higuchi considère qu'elle est une « doctrine interprétative » parce que la « doctrine interprétative » qu'est le monisme selon lequel le principe de la souveraineté du peuple était déjà limité par le droit international affecte cette seconde facette. Néanmoins, selon Kanno, « si Miyazawa fonde une « doctrine interprétative » sur une constitution qui n'a pas encore été promulguée (la publication de la thèse de la « Révolution d'août » eut lieu avant sa promulgation), et s'il soutient, en se fondant sur cette doctrine, que la souveraineté du peuple déjà limitée par le droit international fut établie au mois d'août 1945, cela signifie simplement que la thèse de Miyazawa n'est qu'une thèse apologétique »²⁷⁴.

²⁷² Kanno se réfère ici à Alfred VERDROSS, *Völkerrecht*, 5. Aufl., S. 112 f. ; H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, S. 146 ff. ; *General Theory of Law and State*, p. 398 et *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 341 f.

²⁷³ KANNO K., *op. cit.*, p. 145.

²⁷⁴ *Supra*, p. 146.

Pour Kanno, la thèse de la « Révolution d'août » est, quelque soit la facette que l'on considère, une doctrine interprétative sur la Déclaration de Potsdam et sur la réponse des Pays alliés du 11 août 1945, doctrine qui se fonde sur le monisme *radical*, sur la thèse de limitation de la révision constitutionnelle et sur une interprétation de la Déclaration et de la réponse qui s'y rattache. Elle éprouve quelques difficultés à trouver une réponse à la question de la pertinence du monisme *radical* et à celle de la compatibilité de ce monisme *radical* avec la thèse de limitation de la révision constitutionnelle.

Se référant ainsi à la thèse de la « Révolution d'août », Kanno critique la thèse de la « double fonction » d'une doctrine de Higuchi. Miyazawa entendait, affirme Kanno, par « doctrine scientifique » le résultat de l'acte théorique de connaissance, et par « doctrine interprétative » le résultat de l'acte pratique de jugement de valeur. En d'autres termes, pour Miyazawa, la « doctrine scientifique » était un énoncé des faits, et la « doctrine interprétative » un énoncé de devoir-être. La première était une proposition de *Sein*, et la seconde une proposition de *Sollen*. S'il en est ainsi, selon Kanno, « il est presque inconcevable que chacune des deux facettes de la thèse de la « Révolution d'août » fonctionnent en même temps comme « doctrine scientifique » et comme « doctrine interprétative » »²⁷⁵. Pour Miyazawa, une doctrine était soit scientifique soit interprétative. Ce qui fonde le dualisme de Miyazawa est le *Methodendualismus* (de Radbruch) et le dualisme entre *Sein* et *Sollen* (de Kelsen). De ce point de vue, il n'est pas possible que la proposition soit en même temps un énoncé d'être et une proposition de devoir-être. Il en va de même pour la proposition qu'est une doctrine juridique. Soutenir qu'une doctrine peut à la fois être vérifiée en tant que doctrine scientifique et dépendre du choix de chaque auteur en tant que doctrine interprétative, c'est, selon Kanno, abandonner ou nier le dualisme méthodologique.

En prévoyant que « Higuchi affirmera probablement avoir dit seulement qu'une doctrine *fonctionnait* à la fois comme doctrine scientifique et

²⁷⁵ KANNO K., « Hachigatsu Kakumei Setsu Oboegaki Kôki (Postface au note sur la thèse de la Révolution d'août) », *Hôgaku*, vol. 49, n° 1, 1985 ; repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État*, II, *supra* note 169, pp. 165-197, at p. 170.

doctrine interprétative, et jamais qu'elle *était* à la fois une doctrine scientifique et une doctrine interprétative »²⁷⁶, Kanno examine la « fonction » d'une doctrine juridique. Avec Kelsen²⁷⁷, il soutient que la fonction d'un énoncé des faits consiste à faire connaître à autrui quelque chose sur un objet en faisant appel à son intelligence, et la fonction d'une proposition de devoir-être est de prescrire la volonté d'autrui en faisant appel à sa volonté. Parallèlement, la fonction d'une doctrine scientifique est de faire connaître à autrui quelque chose sur le droit positif et la fonction d'une doctrine interprétative est de créer un nouveau droit en faisant appel à autrui, en particulier à la personne qu'est un organe d'État. Il s'en déduit que, selon lui, la thèse de la « double fonction » d'une doctrine juridique revient à la thèse selon laquelle une doctrine juridique fait connaître à autrui quelque chose sur le droit positif et en même temps provoque la création d'un nouveau droit, c'est-à-dire, la thèse selon laquelle la science du droit et l'interprétation du droit ne font finalement qu'une.

Présupposition logique de la thèse de la distinction

Secundo, Kanno met en cause la présupposition logique de la thèse de la *distinction critique* de Higuchi. Il commence par citer la thèse de celui-ci : « la thèse de la distinction, qui est une proposition selon laquelle on doit distinguer connaissance et appréciation, est (...) le résultat d'un choix et donc l'expression d'une pensée. (...) En effet, même si l'on peut dire que la science et la pensée, la connaissance et l'appréciation, *sont* deux actes différents de l'homme, dans la mesure où l'on reprend la position méthodologique du dualisme sur laquelle la thèse de distinction doit normalement se fonder, alors de cette proposition de connaissance, on ne peut déduire la proposition de valeur que l'on *doit* donc les distinguer ».

Bien qu'il considère lui aussi qu'il est impossible de déduire une

²⁷⁶ *Supra*, p. 172.

²⁷⁷ Kanno se réfère ici à H. Kelsen, « Die Grundlagen der Naturrechtslehre », in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, I, S. 870.

proposition de droit ou une proposition de devoir-être²⁷⁸ d'un énoncé (*Aussage*), Kanno indique néanmoins que l'on peut déduire de la proposition < connaissance et appréciation *sont* différentes > la proposition < on *doit* les distinguer >. Malgré l'emploi du verbe < devoir >, la seconde proposition n'est pas une proposition de devoir-être, ni une < proposition de valeur >, ni encore une < proposition pratique >. Il soutient que le terme « < *devoir* > employé ici exprime une règle de pensée, une exigence de logique, et non une norme sur l'acte social de l'homme »²⁷⁹. En général, le sens de la proposition < S et P sont différents, donc on doit distinguer S et P > est que, dans la mesure où l'on présuppose que S et P sont différents, si l'on veut bien raisonner, on doit distinguer S et P²⁸⁰. Si l'on affirme que S et P sont différents et que, du même point de vue, on ne les distingue pas, cela conduit à être en contradiction avec la loi de non-contradiction (< *Il n'est pas ainsi que A et non A puissent être vrais ensemble* >), et la logique exige donc de distinguer S et P. Le mot < *devoir* > n'est utilisé que pour exprimer cette exigence logique. Pour Kanno, si l'on admet que la connaissance et l'appréciation sont différentes, les distinguer est une nécessité logique, une nécessité du raisonnement. Par conséquent, la proposition de Higuchi < on doit distinguer connaissance et appréciation > n'exprime, dans ce sens, que la conséquence logique de la proposition de connaissance < la connaissance et l'appréciation sont différentes >, et est donc elle-même une proposition de connaissance, et non de valeur. La thèse de la distinction de Higuchi n'est donc pas, pour celui qui s'attache au dualisme entre être et devoir-être, le résultat d'un choix ni l'expression d'une pensée.

Kanno critique également Higuchi lorsqu'il dit que « si reprendre la thèse de la distinction revient à exprimer une position de pensée, cela amène à considérer que l'on ne doit pas être indifférent à l'effet de cette distinction *au nom de la science*. Dans la mesure où l'on reprend la thèse de la distinction, la science ordonne de s'engager dans la connaissance pure, mais il importe en

²⁷⁸ Kanno ne distingue pas proposition de droit et proposition de devoir-être.

²⁷⁹ KANNO K., « < Hihanteki Shumbetsu-ron > Gûkan (Impression sur la < thèse de la *distinction critique* >), in *Hô no Riron* 4 (Théorie du droit 4), Tokyo, Seibundô, 1984, repris dans KANNO K., *supra* note 169, pp. 215-238, at p. 217.

²⁸⁰ Kanno ici se réfère à R. EISLER, *Wörterbuch des philosophischen Begriffe*, 4. Aufl., Bd. 2, S. 52.

même temps de prendre conscience que la question de choix, sur le plan de la pensée ou de la pratique, demeure, qui fait que l'on sera indifférent à l'effet de sa connaissance ou que l'on essaiera d'y réagir d'une façon ou d'une autre ». Entendant par l'expression « l'effet de cette distinction » « l'effet accessoire de la publication du résultat d'une réflexion développée en se fondant sur la thèse de la distinction », Kanno comprend donc que « ce que M. Higuchi veut dire est que l'on ne doit pas être indifférent « au nom de la science » à l'effet accessoire de la publication d'une doctrine »²⁸¹. Pour Kanno, la proposition « on doit distinguer connaissance et appréciation » est l'expression de la conséquence logique de la proposition « la connaissance et l'appréciation sont différentes » et est une proposition de connaissance. On ne peut donc en déduire la proposition de devoir-être « on ne doit pas être indifférent au nom de la science à l'effet accessoire de la publication d'une doctrine » en se fondant sur le dualisme méthodologique. En d'autres termes, la proposition « on ne doit pas être indifférent ... » n'est pas une conséquence de la thèse de la distinction, mais une proposition indépendante qui n'a rien à voir avec cette thèse.

En avouant que la distinction de deux niveaux dans la thèse de la distinction (en tant que proposition relative à l'acte de connaissance et à l'appréciation pratique respectivement) est extrêmement difficile à comprendre et qu'il n'a pu saisir la différence entre les trois positions de chaque niveau, Kanno résume « avec beaucoup d'imagination » ce que Higuchi veut dire²⁸² :

Il existe trois attitudes pratiques que peut adopter un chercheur adhérant à la thèse de la distinction, lorsqu'il est confronté au dilemme que s'il veut dire la vérité, il ne peut être fidèle à sa norme de Justice, et s'il veut être fidèle à sa norme de Justice, il ne peut dire la vérité. Premièrement, il cherche la vérité et publie le résultat de sa recherche en ignorant sa norme de Justice et l'effet accessoire (thèse de la *distinction simple*). Deuxièmement, il publie sa doctrine, qu'il croit vraie, et lorsqu'il pense que l'effet accessoire n'est pas souhaitable vis-à-vis de sa norme de Justice, afin de le contenir ou de le compenser, il publie également son jugement de valeur (*distinction critique*). Troisièmement, il cherche à être fidèle à sa norme de Justice et décide de suspendre ses recherches ou la publication du résultat de celles-ci, ou encore, il devient

²⁸¹ KANNO K., *op. cit.*, p. 221.

²⁸² Voir *Supra*, p. 229.

malhonnête et persiste à soutenir que son appréciation est vraie (*union consciente*). Je crois, en ce qui me concerne, que la deuxième attitude est bonne et je voudrais également vous la recommander. En la suivant, vous pouvez atteindre deux buts : celui d'assurer l'objectivité d'une connaissance et celui de faire prendre conscience de votre responsabilité subjective. De plus, vous pouvez rassurer votre conscience en tant que chercheur et en tant que citoyen.

Kanno conclut par ces mots : « La publication d'une doctrine s'accompagne toujours de quelque effet accessoire. Mais si elle est le résultat d'une recherche de la vérité, même si elle est objectivement fausse, même si sa publication produit un effet politiquement non souhaitable, publier cette doctrine est pour un chercheur, sinon un devoir, du moins un droit. Exercer ou non ce droit est sa décision subjective. (...) Même s'il prévoit un effet qui ne lui semble pas politiquement souhaitable, dans la mesure où l'on reconnaît la valeur propre de la science, soit celle du *Gakumon* (...), on doit respecter la liberté de publication de cette doctrine »²⁸³. Pour Kanno, la thèse de la *distinction critique* que Higuchi « recommande » est une exigence d'exprimer une appréciation ou une attitude pratique afin de contenir un effet accessoire à la publication d'une doctrine lorsqu'elle ne paraît pas souhaitable à son auteur. Kanno écrit par ailleurs que « c'est une recommandation d'autocensure. La « thèse de la *distinction critique* » peut être utilisée afin de justifier des reproches à l'égard de chercheurs qui n'acceptent pas la recommandation d'autocensure. (...) J'ai critiqué M. Higuchi, non seulement parce que son opinion sur la thèse de la distinction est erronée, du fait qu'il la considère comme une proposition de valeur, mais aussi parce que sa thèse de la *distinction critique* peut, en tant que recommandation d'autocensure, mettre en danger la liberté de la science »²⁸⁴.

Higuchi répond aux deux points principaux que Kanno critique : la « double fonction » d'une doctrine et la présupposition logique de sa thèse. Nous regardons les réponses apportées par Higuchi dans l'ordre inverse de

²⁸³ *Supra*, p. 236.

²⁸⁴ KANNO K., « Sairon « Hihanteki Shumbetsu-ron » (Nouvelle discussion sur la « thèse de la distinction critique ») », in *Hô no Riron* 8, Tokyo, Seibundô, 1987, repris dans KANNO K., *supra* note 169, pp. 247-263, at pp. 262 et 263.

celui dans lequel nous avons suivi la critique de Kanno jusqu'ici.

Réponse sur la présupposition logique

Primo, en ce qui concerne la présupposition logique de sa thèse, Higuchi considère tout d'abord que Kanno entend par « soutenir que l'on ne doit pas distinguer S et P » « nier que S et P sont différents »²⁸⁵. S'il en est ainsi, le « devoir » de la thèse de la distinction (« on *doit* distinguer connaissance et appréciation ») n'exprime que la loi du raisonnement et l'exigence de la logique, et donc nier la thèse de la distinction revient à contredire la loi de non-contradiction. « Néanmoins, dit Higuchi, la thèse de la distinction soutient-elle simplement que « celui qui considère que la connaissance et l'appréciation sont des activités humaines distinctes ne doit pas nier le fait qu'elles sont différentes » ? N'attire-t-elle l'attention sur le « devoir » qu'en tant que loi du raisonnement et exigence de la logique, ce qui semble tout à fait évident ? (...) Dire que celui qui considère que S et P sont différents *doit* raisonner en considérant que S et P sont différents est une chose, et le « devoir » ici est la loi du raisonnement, l'exigence de la logique. Dire que celui qui considère que S et P sont différents *doit* les traiter différemment en est une autre. La loi de non-contradiction n'est ici concernée en aucune façon »²⁸⁶.

En général, selon Higuchi, un énoncé selon lequel deux choses sont différentes est une proposition de connaissance qui peut être appliquée à *une certaine facette* des choses. Certes le noir et le blanc sont différents, mais si l'on observe ce point qu'ils ont en commun de ne pas être des couleurs (teintes), ils ne sont pas différents, et en mettant l'accent sur ce point commun, on peut soutenir qu'il faut les traiter identiquement. Cela n'a rien à voir avec la loi de non-contradiction. Même si l'on considère que la connaissance et l'appréciation sont deux actes humains différents, du même point de vue, en observant que

²⁸⁵ Voir HIGUCHI Y., « « Hihanteki Shumbetsu-ron » Hihan Kô (Réflexion sur la critique de la « thèse de la distinction critique ») », in *Mélanges offerts en hommage à HIRONAKA Toshio*, Tokyo, Sôbun-sha, 1986 ; révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, *supra* note 142, pp. 27-56, at p. 29.

²⁸⁶ *Loc. cit.*

toutes deux sont identiquement des actes humains, on peut choisir une autre position selon laquelle on ne doit donc pas les distinguer. Higuchi poursuit : « Dans la mesure où l'on considère que [la thèse de la distinction] exprime la loi du raisonnement, l'exigence de la logique, je suis bien entendu d'accord. La proposition « la connaissance et l'appréciation sont différentes, donc on doit les distinguer » ne veut, néanmoins, pas dire que cela. Elle signifie aussi qu'une fois considéré, d'un certain point de vue, que les deux sont différentes, on doit les traiter, même si elles peuvent avoir un caractère commun selon un autre point de vue, en se fondant sur leur caractère différent. C'est la question que j'ai traitée jusqu'ici »²⁸⁷.

Sur l'autre point de la critique de Kanno, c'est-à-dire sur le discours de Higuchi soutenant que « si reprendre la thèse de la distinction revient à exprimer une position de pensée, cela amène à considérer que l'on ne doit pas être indifférent à l'effet de cette distinction *au nom de la science* », on peut d'abord admettre que, puisque Higuchi considère que la thèse de la distinction est une proposition pratique, et non une proposition de connaissance, l'une des critiques de Kanno selon laquelle on ne peut déduire une proposition de devoir-être d'une proposition d'être, ne peut fonctionner comme critique. Cela ne signifie toutefois pas que la thèse de Higuchi échappe à d'autres critiques. Un autre constitutionnaliste reproche en fait précisément à Higuchi qu'il condamne déjà, lorsqu'il dit que l'on ne doit pas être indifférent à l'effet de cette distinction au nom de la science, la position de la *distinction simple*, et de surcroît, il la condamne *au nom de la science*²⁸⁸.

Higuchi répond ainsi : « Je considère que soutenir la position que l'on s'engage dans la connaissance en ignorant l'effet accessoire est un choix possible, si l'on se rend compte qu'il s'agit du résultat d'un jugement de valeur. C'est précisément la raison pour laquelle je critique la position selon laquelle on peut être indifférent au nom de la science à quelque effet accessoire que ce soit comme résultat d'une connaissance. Je considère que celui qui ose ignorer l'effet

²⁸⁷ *Supra*, p. 33.

²⁸⁸ Voir YAMASHITA Takeshi, « Tabû to shiteno Kempô ? (Constitution, en tant que tabou ?), *Hôgaku Shimpô*, vol. 19, n^{os} 1-2, at p. 355, cité par HIGUCHI Y., *loc. cit.*

accessoire ne doit pas le faire au nom de la science, mais au nom de son jugement de valeur »²⁸⁹. L'une des dernières phrases de Kanno selon laquelle « publier [une] doctrine est pour un chercheur, sinon un devoir, du moins un droit » est pour Higuchi, l'expression même de sa pensée, si l'expression « sinon un devoir » est remplacée par « n'est pas un devoir ». Higuchi conclut sur ce point en reprenant les mots de Kanno : « Je voudrais critiquer la thèse selon laquelle, même s'il prévoit un effet qui ne lui paraît pas politiquement souhaitable, l'auteur doit publier sa doctrine car c'est là l'exigence de la science. C'est précisément le sens de ma phrase que l'on ne doit pas être indifférent à un effet accessoire à la thèse de la distinction *au nom de la science* »²⁹⁰.

Réponse sur la « double fonction » d'une doctrine

Secundo, nous regardons maintenant la réponse de Higuchi sur la « double fonction » d'une doctrine²⁹¹. En cherchant un exemple dans la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa, Higuchi en isola, lors de la conférence de la Société japonaise de philosophie du droit de 1981, deux facettes, et soutint que la facette qui insistait sur la négation du principe de la souveraineté de l'Empereur par l'acceptation de la Déclaration de Potsdam était soutenable en tant que doctrine scientifique, et que l'autre facette, qui insistait sur l'adoption du principe de la souveraineté du peuple, fonctionnait à la fois comme doctrine interprétative et comme doctrine scientifique.

Tout d'abord, sur le premier point, Higuchi précise son propos : « En premier lieu, si j'ai donné l'impression que je ne doutais pas que cette facette de la thèse de Miyazawa fût une connaissance théorique, de plus une connaissance vraie, je souhaite corriger cette impression. Il va sans dire que l'on doit toujours se demander si ce qui se présente comme une connaissance théorique est vrai

²⁸⁹ HIGUCHI Y., *supra*, p. 34.

²⁹⁰ *Loc. cit.*

²⁹¹ Voir HIGUCHI Y., « « Hachigatsu Kakumei » Setsu Rikai no Shiten (Perspective de compréhension de la thèse de la « Révolution d'août ») », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 97, n^{os} 5-6, 1984 ; révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, *supra* note 142, pp. 59-71.

ou non. Je considère que seul ce qui résiste à ce doute, au test de *« falsification »*, dit à la popperienne²⁹², et tant qu'il lui résiste, peut être considéré comme vrai, dans un sens toutefois relatif et provisoire. (...) Je considère que, dans un temps et un lieu donné, étant donné une certaine définition des termes, chercher où la souveraineté existe peut être une question de connaissance théorique. En second lieu, j'ai certes seulement dit dans mon rapport à la conférence que la facette de la thèse de Miyazawa qui insistait sur la négation de la souveraineté de l'Empereur pouvait être soutenue en tant que doctrine scientifique, mais je ne nie pas qu'elle joue également le rôle d'une doctrine interprétative. Ce que j'appelais la *« double fonction »* d'une doctrine en science juridique peut concerner, dans ce cas, à la fois la facette qui insistait sur la négation de la souveraineté de l'Empereur et celle qui insistait sur la fondation de la souveraineté du peuple. Je ne considère pas que la première facette corresponde uniquement à la fonction de doctrine scientifique et la seconde à la fonction de doctrine interprétative. (...) Sur la première facette, je n'ai certes pas exprimé que la thèse de la *« Révolution d'août »* pouvait être aussi examinée en tant que doctrine interprétative. Mais cela était dû au fait que la critique récente révélant le caractère apologétique de cette thèse concernait d'abord la seconde facette, et surtout que l'on pouvait considérer que cette critique traitait la thèse de la *« Révolution d'août »* comme une doctrine scientifique. La critique de son caractère apologétique ne peut avoir de signification qu'en tant que critique contre la doctrine scientifique, et comme l'admet ce critique lui-même, *« il est naturel qu'une doctrine interprétative soit politique et elle ne peut être l'objet de la question posée ici »*²⁹³. C'est précisément pourquoi j'ai insisté sur le fait que cette seconde facette de la thèse de Miyazawa avait une double fonction, non seulement en tant que doctrine scientifique, mais aussi en tant que doctrine interprétative »²⁹⁴. Et comme nous l'avons déjà vu, pour Higuchi, en tant que doctrine interprétative, la seconde facette de la thèse de Miyazawa pouvait être

²⁹² Higuchi explique ici son emploi de l'expression *« à la popperienne »*. Selon lui, le discours de Popper a pour objet la science naturelle, la science causale, dont le critère de réfutation est le rapport avec les faits. Higuchi présuppose que l'on peut déterminer la vérité ou la fausseté de la connaissance normative. Voir *supra*, pp. 65 et 66.

²⁹³ NAGAO R., « Les deux Constitutions et la science du droit constitutionnel de Miyazawa », *supra* note 208, p. 320, cité par HIGUCHI Y., *supra*, p. 62.

²⁹⁴ HIGUCHI Y., *supra*, pp. 62 et 63.

considérée comme cohérente car celui-ci estimait que la souveraineté du peuple était déjà limitée par le droit international.

En présupposant qu'il est possible de connaître une norme, Higuchi considère que l'on peut traiter, en tant que question de connaissance, la question de savoir si la souveraineté de l'Empereur fut maintenue ou non après l'acceptation de la Déclaration de Potsdam. Il dit ainsi : « Je considère que la thèse de la « Révolution d'août » peut, dans sa facette qui soutenait la négation de la souveraineté de l'Empereur par l'acceptation de la Déclaration, être traitée comme une doctrine scientifique, donc comme une connaissance théorique, et elle est vraie, dans un sens relatif et provisoire, en tant que telle »²⁹⁵. Néanmoins, nous pourrions douter que l'explication de Higuchi, qui commence par la phrase « la question ici est de savoir comment entendre la Déclaration de Potsdam et la réponse des Alliées datée du 11 août »²⁹⁶, réussisse en fait à prouver que cette facette de la thèse de Miyazawa n'était pas une interprétation de la Déclaration et de la réponse, comme le soutient Kanno, mais une connaissance de la négation du principe de la souveraineté de l'Empereur. Comme nous l'avons déjà vu, Higuchi admet que cette première facette de la thèse de Miyazawa « peut être saisie également en tant que doctrine interprétative ». S'il en est ainsi, il nous semble d'autant plus difficile de comprendre sur quel fondement se base Higuchi pour soutenir qu'elle est une connaissance.

Ensuite, sur la seconde facette de la thèse de Miyazawa qui insiste sur l'adoption du principe de la souveraineté du peuple, Higuchi attire l'attention sur le fait qu'il a bien dit que cette facette fonctionnait non seulement comme doctrine interprétative, mais aussi comme doctrine scientifique. Higuchi répète qu'il est possible de considérer que cette facette de la thèse de Miyazawa est cohérente sur le plan de l'interprétation. Même si, comme nous l'avons vu plus haut, cette remarque de Higuchi est plutôt convaincante, il nous semble toutefois qu'il n'exprime pas de manière satisfaisante dans quel sens elle peut être également une doctrine scientifique.

²⁹⁵ *Supra*, p. 63.

²⁹⁶ *Supra*, p. 64.

Jusqu'ici la signification de la thèse de la « double fonction » d'une doctrine de Higuchi paraît assez difficile à saisir. D'après Higuchi, cependant, ce qu'il a voulu dire est « la chose très simple ci-dessous »²⁹⁷. Le texte est un peu long, mais puisqu'il semble relativement clair, nous le citons presque intégralement.

« Une doctrine scientifique est, comme le dit M. Kanno, un énoncé, une proposition de connaissance, mais il faut distinguer ce qui exprime une explication causale et ce qui décrit une norme. (...) Dans la mesure où la thèse de la « Révolution d'août » est un discours autour de la question de savoir où est la souveraineté, il va sans dire qu'il s'agit d'une proposition qui décrit une norme. Or, je considère qu'une norme, écrite ou non-écrite, peut être à la fois l'objet d'une connaissance et d'une interprétation. (...) Ainsi, par exemple, sous une constitution, une doctrine qui soutient que le peuple est souverain montre-t-elle, en tant que doctrine scientifique exprimant le résultat de la connaissance d'une norme, que « cette constitution stipule que le peuple doit être le souverain » (description d'un devoir-être par un « connaisseur »), et, en tant que doctrine interprétative exprimant le résultat d'une interprétation, elle suggère la proposition pratique selon laquelle « le peuple doit être le souverain » (création d'un devoir-être par un « connaisseur »). M. Miyazawa, en prenant l'exemple d'« un État où il existe deux doctrines, l'une soutenant que la forme juridique de cet État est la monarchie, l'autre que c'est la république », dit qu'elles construisent les notions de monarchie et de république afin de connaître correctement la forme juridique de l'État et veulent l'expliquer en les employant, et qu'elles sont donc des doctrines scientifiques²⁹⁸. Ici, l'une comme l'autre décrit le résultat d'une connaissance de la norme constitutionnelle qui détermine la forme de l'État. Mais en même temps, la proposition « l'État X est monarchie » fonctionne en tant que doctrine interprétative de la norme constitutionnelle, c'est-à-dire comme une doctrine dont le contenu est la

²⁹⁷ HIGUCHI Y., « Sengo Kempô-gaku to Sengo Hihan no Kempô-gaku (Science du droit constitutionnel de l'après-guerre et science du droit constitutionnel de la critique de l'après-guerre) », *Hôsei Ronshû* (Revue de droit et de politique de l'Université de Nagoya), n° 109, 1986 ; révisé et repris dans HIGUCHI Y., *supra* note 142, pp. 72-92, at p. 84.

²⁹⁸ Voir MIYAZAWA T., « Doctrines en science juridique », *supra* note 213, p. 81.

création d'un devoir-être par l'interprète.

Dans la mesure où une doctrine interprétative est considérée par essence comme pratique, elle ne peut être vérifiée à la lumière d'une doctrine scientifique, et ne peut donc fonder sa justesse sur la concordance avec une doctrine scientifique. En général, une doctrine interprétative qui peut invoquer sa concordance avec une doctrine scientifique est plus facilement acceptée et prend une position avantageuse dans un conflit entre doctrines. Ainsi, une doctrine scientifique peut être utilisée par l'auteur d'une doctrine interprétative, et quand bien même l'auteur d'une doctrine scientifique serait lui indifférent aux doctrines interprétatives, elle peut être utilisée par autrui. En l'occurrence, il est possible qu'une doctrine interprétative soit présentée sous l'apparence d'une doctrine scientifique et que, par conséquent, une position qui veut s'engager uniquement dans une doctrine scientifique soit gauchie par l'attrait d'une doctrine interprétative (c'est en particulier le cas d'un auteur d'une doctrine scientifique qui est en même temps l'auteur d'une doctrine interprétative). Je crois que, pour l'auteur d'une doctrine, afin d'être conscient de ce risque, être toujours sensible à la question de la double fonction d'une doctrine a une grande signification. Ainsi, par exemple, concernant une loi mauvaise, si l'on se fonde sur la position selon laquelle « dans la science du droit, dont la tâche est la connaissance du droit, il va sans dire que l'on ne peut dire qu'une loi mauvaise n'est pas un droit, mais dans l'interprétation du droit, dont le but est toujours de trouver un droit juste dans un cas concret, à l'inverse, on peut dire qu'une loi mauvaise n'est pas un droit » (Miyazawa), (...) on peut prévenir le gauchissement de la doctrine scientifique qui veut connaître cette loi comme telle, causé par l'intérêt pour une doctrine interprétative qui veut montrer qu'une loi n'est pas mauvaise.

La raison pour laquelle Miyazawa proposa la thèse de la distinction entre la doctrine interprétative, qui est une opinion pratique et subjective de l'auteur, et la doctrine scientifique, qui sert uniquement à l'idée de connaissance objective, n'était pas liée au fait que les deux existaient séparément en tant que deux choses indépendantes, mais au contraire, au fait que les deux étaient trop

souvent mélangées »²⁹⁹.

En fait, on peut douter qu'il s'agisse là d'une « chose très simple », mais sans aller plus loin, nous achevons ici notre description des débats métathéoriques représentatifs de la Constitution de 1946. Nous allons maintenant résumer ce que nous avons décrit jusqu'ici, en présentant un autre constitutionnaliste issu d'une génération plus jeune.

²⁹⁹ HIGUCHI Y., *supra*, pp. 84-86.

Chapitre VI Résumé des deux débats

Dans ce chapitre, nous allons résumer les débats que nous avons présentés dans les chapitres précédents. Nous allons pour cela nous référer, principalement, à un auteur d'une génération plus jeune que ceux que nous avons traités, car, d'une part, il nous semble qu'il est l'un des plus importants constitutionnalistes et théoriciens du droit du Japon actuel, et d'autre part, il apparaît que, grâce à lui, nous pourrions bien éclaircir le problème et présenter l'un des aboutissements de la science du droit constitutionnel au Japon. Cet auteur est HASEBE Yasuo (1956-), professeur de droit constitutionnel de l'Université de Tokyo, successeur à la chaire de Higuchi. Dans son recueil sur la métathéorie du droit constitutionnel³⁰⁰, Hasebe traite de nombreuses questions : « la théorie de l'interprétation de Michel Troper » (Chapitre 1), « le droit en tant que coutume » (Chap. 2), « le droit de l'homme : un non-sens exagéré ? » (Chap. 3), « la souveraineté : délivrance de la magie ? » (Chap. 4), « la justice constitutionnelle : de la procédure au principe » (Chap. 5), « le droit pour le bien-être ? » (Chap. 6), « pourquoi les Japonais ne prennent-ils pas le droit au sérieux ? » (Chap. 8), « *hard case* et la conscience du juge » (Chap. 9), « la constatation des faits et la théorie des probabilités » (Chap. 10), etc. Le septième chapitre, intitulé problématiquement « *Science en tant qu'interprétation* »³⁰¹, qui fut, à la différence de la plupart des autres chapitres, publié pour la première fois dans ce recueil, nous intéresse ici en particulier. Dans ce chapitre, Hasebe aborde deux questions. L'une est de savoir ce que signifie la connaissance, ou la science du droit, qui est distinguée de l'appréciation dans la thèse de la *distinction critique* de Higuchi. L'autre est de savoir par quelle pensée morale cette thèse de Higuchi est justifiée. Sur le premier point, Hasebe, lui aussi, prend pour exemple la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa. Il nous semble ainsi possible de résumer les chapitres précédents en présentant ce discours de Hasebe.

³⁰⁰ HASEBE Y., *Kenryoku heno Kaigi, Kempô Gaku no Meta Riron* (Scepticisme envers le pouvoir, la métathéorie de la science du droit constitutionnel), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1991.

³⁰¹ HASEBE Y., « Kaishaku to shitenô Kagaku », in *supra*, pp. 149-180.

Section 1. Thèse de la « Révolution d'août »

A. Présuppositions

Comme nous l'avons déjà vu, Higuchi présupposait tout d'abord que la connaissance et l'appréciation étaient deux activités différentes de l'homme. Ceci était également le cas chez le Miyazawa d'avant-guerre. Hasebe commence par examiner cette présupposition même. Il se réfère à Bentham³⁰² et Kelsen.

Jeremy Bentham

Bentham, lui aussi, insiste sur la distinction entre *Expositor* et *Censor*, entre le « droit qui est » et le « droit qui doit être ». Pour lui, le fondement de cette distinction repose sur le principe pratique qu'est le principe d'utilité, selon lequel il faut réaliser le plus grand bonheur de l'ensemble de la société. Si l'on mélange le « droit qui est » et le « droit qui doit être », la réalisation d'un système idéal se fondant sur le principe d'utilité sera entravée. Pour Bentham, la vérité n'a pas de valeur en soi. Elle n'a de valeur que dans la mesure où elle est déduite du principe d'utilité. De surcroît, l'activité de connaissance de l'homme elle-même est, pour lui, dirigée par le principe d'utilité. On ne se dote pas d'un critère *a priori* pour déterminer ce que l'on connaît comme réalité, et ce que l'on considère comme fiction, avec son expérience sensorielle. En fin de compte, on distingue les choses existantes et les choses non-existantes par le principe d'utilité selon lequel on peut maximiser le bonheur en considérant telle ou telle chose comme réalité existante. Pour Bentham, la connaissance et l'appréciation sont, au fond, guidées par un même principe.

Il s'en déduit, selon Hasebe, que la distinction entre connaissance et appréciation n'est pas nécessairement contradictoire avec le discours selon lequel on peut objectivement connaître une valeur, qui serait ici l'utilité. Il en va

³⁰² Hasebe fonde ici sa lecture de Bentham principalement sur G. POSTEMA, « Facts, Fictions and Law », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 16, 1983.

de même pour un certain jusnaturalisme. Entre soutenir que l'on peut objectivement connaître, en ayant recours à sa raison, que la vérité ou la vie humaine est une valeur fondamentale, qui ne tire son origine de rien, et soutenir que l'on ne peut pas logiquement déduire de la proposition de connaissance « Socrate est un homme » la proposition de valeur « on ne doit pas tuer Socrate », il n'existe pas de contradiction. John Finnis, l'un des jusnaturalistes représentatifs contemporains, accepte bien la distinction entre connaissance et appréciation³⁰³.

Higuchi, quant à lui, ne présuppose pas, de façon évidente, le cognitivisme benthamien, et il n'exprime pas non plus explicitement le jusnaturalisme. Hasebe écrit alors : « Comme la plupart des discours le font, et ne peuvent que le faire, la thèse de la distinction critique part elle aussi d'une position intermédiaire. La question de savoir quel cognitivisme apparaîtra si l'on remonte au fondement de ce point de départ reste à poser. Nos démarches ci-dessous présupposent, comme Higuchi, la conclusion provisoire que la connaissance et l'appréciation sont différentes (bien entendu, la position, comme celle de Kelsen, selon laquelle la différence entre *Sein* et *Sollen* est inexplicable et est donnée à notre conscience de façon immédiate peut par ailleurs exister³⁰⁴) »³⁰⁵.

Hans Kelsen

La distinction entre connaissance et appréciation est parfois traitée comme celle entre *Sein* et *Sollen*. Kelsen remarque que la connaissance objective de *Sollen* est possible et que cette connaissance est présentée sous la forme d'une proposition de *Sollen*³⁰⁶.

³⁰³ Voir John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 33-42 et 66, cité par HASEBE Y., *supra* note 299, p. 154.

³⁰⁴ Hasebe se réfère ici à H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., § 4 (b).

³⁰⁵ HASEBE Y., *op. cit.*, pp. 152 et 153.

³⁰⁶ Voir H. KELSEN, *op.cit.*, § 21, cité par HASEBE Y., *supra*, p. 155.

Comme Joseph Raz l'a expliqué³⁰⁷, Kelsen remarque qu'il existe deux types de propositions de *Sollen* relatives au droit. L'une est l'énoncé engagé (*committed statement*), typiquement posé par un juge engagé dans la position selon laquelle l'ordre juridique dans lequel il se trouve est moralement juste. C'est donc une sorte d'appréciation. L'autre est l'énoncé détaché (*detached statement*), souvent posé par les avocats et les professeurs de droit. Dans ce cas, l'auteur ne s'attache pas à la justesse morale de l'ordre juridique mais présuppose explicitement ou implicitement que l'ordre juridique est valide et obligatoire. C'est donc une sorte de connaissance objective. Comme cet énoncé de *Sollen* en tant que connaissance objective est possible, Kelsen considère que la science du droit, qui ne se borne pas à prévoir l'acte d'un juge, peut exister. Or, selon Hasebe, « un énoncé détaché n'est possible que dans la mesure où le même énoncé peut exister en tant qu'énoncé engagé. En d'autres termes, l'existence de celui-là dépend de l'existence de celui-ci »³⁰⁸.

Hasebe résume ainsi : « un énoncé engagé et un énoncé détaché, distinct l'un de l'autre, peuvent formellement être identiques, mais l'un est une appréciation et l'autre est une connaissance. En conséquence, une même phrase de *Sollen* peut, pour une personne donnée, être conçue comme une proposition de connaissance, et pour une autre, être conçue comme une proposition d'appréciation. De plus, il arrive souvent qu'un même auteur se déplace inconsciemment d'un point de vue à l'autre. Une situation similaire peut, de façon plus complexe, être observée dans une doctrine de science juridique »³⁰⁹.

Nous pourrions trouver ici une réponse de la part de Hasebe au débat autour de la « double fonction » d'une doctrine juridique entre Higuchi et Kanno. Hasebe ajoute en effet que « l'opposition entre M. Higuchi et M. Kanno ressemble à celle entre le réalisme et le phénoménalisme par rapport au monde physique. Le réaliste soutient qu'un disque paraît, de front, circulaire, mais paraît, de flanc, ovale. Le phénoménaliste quant à lui soutient qu'il n'existe que

³⁰⁷ Voir J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, pp. 140-143 et 153-159, cité par HASEBE Y., *ibid.*

³⁰⁸ HASEBE Y., *op. cit.*, p. 153.

³⁰⁹ *Supra*, p. 154.

les *sense-data*³¹⁰ du cercle et de l'ovale, et que l'idée selon laquelle derrière ces *sense-data* il existe un disque est une métaphysique inutile. De la même façon, M. Higuchi soutient qu'une unique phrase peut signifier à la fois une proposition de connaissance et une proposition d'appréciation, mais pour M. Kanno, il n'existe qu'une proposition de connaissance ou une proposition d'appréciation, déjà interprétée, et la phrase qui existe prétendument derrière ces propositions n'est pas une doctrine juridique. En conséquence, pour M. Kanno, une doctrine, qui est déjà interprétée comme connaissance ou comme appréciation, ne peut jamais avoir de « double fonction »³¹¹.

Hasebe examine ensuite la scientificité d'une interprétation en prenant, comme Higuchi et bien d'autres, l'exemple de la thèse de la « Révolution d'août » de Miyazawa.

B. Interprétation et science

Afin de répondre à la question de savoir si l'on peut considérer la thèse de Miyazawa de la « Révolution d'août » comme une « science » réfutable, dans le sens que lui donne Popper, Hasebe insiste sur le sens du terme « révolution ». En d'autres termes, la question cruciale est de savoir comment comprendre le déplacement discontinu de la souveraineté, que soutient la thèse de la « Révolution d'août ».

Le souverain chez Bentham

Si l'on entend par souverain, comme Bentham, une personne ou une assemblée de personnes auxquelles la plupart du peuple a l'habitude et la

³¹⁰ Sans doute, Hasebe emploie-t-il ici cette notion dans le sens que Josiah Royce lui a donné.

³¹¹ *Supra*, p. 155.

disposition à obéir³¹², « on ne peut pas considérer qu'au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, et encore moins immédiatement, le peuple soit devenu cette assemblée, car il est difficile d'imaginer qu'une habitude du peuple puisse naître instantanément, et il n'a jamais été rapporté que l'apparition d'une telle disposition à l'obéissance ait été observée. Le souverain que suppose Bentham doit naturellement être un petit nombre de personnes au sein du peuple et il n'est pas facile d'imaginer que le peuple entier devienne ce souverain. Si le déplacement de la souveraineté en ce sens avait été évoqué à la défaite, il faudrait considérer (...) qu'il s'agit du transfert de la souveraineté de l'Empereur à MacArthur »³¹³.

Pour Hasebe, il est ainsi difficile d'expliquer la thèse de Miyazawa, qui soutient que la souveraineté a été transférée de l'Empereur au peuple, selon la théorie benthamienne.

La règle de reconnaissance de Hart

H. L. A. Hart insiste sur la « règle de reconnaissance, *Rule of recognition* » qui détermine le critère du droit adéquat, plutôt que sur la notion de souveraineté. D'après lui, l'identité d'un système juridique change quand change la règle ultime de reconnaissance employée par les juges pour identifier ce qui doit être compté comme droit³¹⁴. Dans cette optique aussi, la question de savoir si un système juridique conserve ou non son identité est une question de fait. On peut confirmer ce qu'est la règle de reconnaissance en observant les pratiques réelles des juges d'une juridiction donnée et dans un temps donné³¹⁵. Cependant, écrit Hasebe, on ne peut pas confirmer que la plupart des juges au Japon aient dramatiquement transformé leurs pratiques réelles et se soient

³¹² Voir Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophismes politiques*, trad. fr., Paris, LGDJ, 1996, pp. 114 et 161.

³¹³ HASEBE Y., *op. cit.*, pp. 156 et 157.

³¹⁴ Voir Herbert. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 1994, pp. 100 et s. et spéc. pp. 120-121 ; trad. fr. de 1^{ère} éd. (1961), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 127 et s. et spéc. pp. 149-151.

³¹⁵ Voir HASEBE Y., « The August Revolution Thesis and the Making of the Constitution of Japan », *supra* note 158, p. 339.

arrêtés d'appliquer les règles incompatibles avec le principe de la souveraineté du peuple aussitôt que la Déclaration de Potsdam fut acceptée.

Si l'on essaie d'expliquer le déplacement discontinu de la souveraineté en s'appuyant sur les actions du peuple ou des organes d'application du droit, « le discours selon lequel il est survenu immédiatement un changement révolutionnaire dans ces actions au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, comme la thèse de la « Révolution d'août » le soutient, devient un discours imaginaire, et inacceptable. En d'autres termes, ce discours sera aisément réfuté par des faits, et dans la mesure où il sera aisément réfuté par des faits, on pourrait certes le qualifier de « réfutable ». Néanmoins, une telle interprétation de la thèse de la « Révolution d'août » comme une doctrine facilement réfutable ne concorde sans doute pas avec l'intention de Miyazawa »³¹⁶.

Aussi, Hasebe cherche-t-il d'autres discours qui puissent éventuellement expliquer le déplacement immédiat et discontinu de la souveraineté de l'Empereur au peuple. Il traite ceux de Kelsen, puis de Ross.

Le changement de la norme fondamentale chez Kelsen

D'après Kelsen, une révolution, soit un changement discontinu de l'ordre juridique, « se produit dès que l'ordre juridique d'une communauté est annulé et remplacé par un nouvel ordre de façon illégitime, c'est-à-dire d'une façon qui ne soit pas prescrite par le premier ordre »³¹⁷. Lorsqu'une nouvelle constitution naît sans suivre la procédure de révision constitutionnelle que l'ancienne constitution prescrit, on peut considérer que la norme fondamentale que l'ordre juridique positif présuppose est également modifiée, et donc on peut soutenir qu'un changement discontinu de l'ordre juridique survient. En d'autres termes, lorsqu'une constitution est établie sans suivre les dispositions de l'ancienne constitution relatives à la révision constitutionnelle, une

³¹⁶ HASEBE Y., *supra* note 299, p. 157.

³¹⁷ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fr., Paris, LGDJ, 1997, p. 171.

révolution survient et la continuité historique de l'ordre juridique est rompue³¹⁸. « *Decisive is only that the valid constitution has been changed or replaced in a manner not prescribed by the constitution valid until then* »³¹⁹(317). « [E]n violant l'ancienne constitution, [l'acte de révolution] vise à la modifier ou à en établir une nouvelle. C'est un délit relativement à l'ancienne constitution, et un acte de création du droit relativement à la nouvelle constitution »³²⁰.

« Si l'on a recours à ce discours, dit Hasebe, il semble que l'on puisse bien expliquer le changement discontinu et immédiat [causé par la défaite] conformément à la thèse de la « Révolution d'août ». Le principe fondamental sous la Constitution de Meiji était celui de la souveraineté de l'Empereur, et il a cédé sa place, au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, à celui de la souveraineté du peuple. Le principe de la souveraineté impériale ne devrait pas s'attendre à céder sa place à quelque autre principe que ce soit, et il ne devrait donc pas pouvoir être modifié. On peut alors considérer que lors du remplacement de ce principe par celui de la souveraineté du peuple, un changement immédiat et discontinu d'un ordre juridique est survenu »³²¹.

Cependant, il existe selon Hasebe une difficulté dans le fait que « l'on ne peut déduire du discours de Kelsen lui-même que le déplacement de la souveraineté de l'Empereur à la souveraineté du peuple est un changement discontinu. Il n'existe aucun obstacle dans la conception kelsenienne à la cession par l'Empereur de sa souveraineté au peuple en se fondant sur le principe de la souveraineté de l'Empereur. Par conséquent, l'interprétation selon laquelle, sous le principe de la souveraineté de l'Empereur, le gouvernement japonais a légalement décidé, lors de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, de transférer la souveraineté au peuple, peut être soutenue au même titre que la thèse de la « Révolution d'août ». On ne peut pas là déterminer d'après la concordance avec les faits laquelle est juste, car toutes les deux peuvent expliquer les faits concrets historiques. Pour fonder la thèse de la

³¹⁸ Voir H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., § 34 (f), cité par HASEBE Y., *supra* note 299 p. 168.

³¹⁹ H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, trad. angl. de *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Massachusetts, Peter Smith, 1989, p. 209 [§34 (f)].

³²⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 194 note 9.

³²¹ HASEBE Y., *op. cit.*, p. 158.

« Révolution d'août », il faut expliquer que le déplacement de la souveraineté de l'Empereur au peuple ne peut pas être un déplacement continu, en ne s'appuyant pas seulement sur les faits »³²². Hasebe envisage alors un autre discours, celui d'Alf Ross.

La norme fondamentale et la limite de la révision constitutionnelle

Or, il nous semble toutefois qu'il n'est pas inutile, en abandonnant quelques instants Hasebe, d'examiner une lecture différente de Kelsen que celle que nous avons adoptée jusqu'ici. En effet, selon une autre lecture, proposée par exemple par H. Ehmke, la norme fondamentale limite, du point de vue de la théorie pure du droit, la révision constitutionnelle et il est impossible de réviser cette norme fondamentale. C'est par exemple le cas du principe de la souveraineté du peuple sous la Constitution de Weimar³²³. Suivant cette lecture, presque ignorée aujourd'hui, la théorie pure du droit soutient que la révision constitutionnelle par laquelle le transfert de la souveraineté serait survenu n'est pas juridiquement possible.

Néanmoins, il nous semble que la théorie kelsenienne de la norme fondamentale ne répond pas de front à la question de savoir s'il y a une limite à la révision constitutionnelle. La norme fondamentale de Kelsen consiste à dire, tout compte fait, que nous devons nous comporter comme la constitution le prescrit (« *We ought to behave as the constitution prescribes* »)³²⁴. Plus précisément, le contenu de la norme fondamentale de Kelsen est que nous devons nous comporter suivant la signification subjective de l'acte de volonté que l'on reconnaît comme l'acte constituant, ou encore, suivant la signification subjective de l'acte de volonté que l'on peut reconnaître comme l'acte constituant par

³²² *Loc. cit.*

³²³ Voir H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, SS. 27 f., cité par KANNO K., « *Kompon Kihan to Kempô Kaisei no Genkai* (Norme fondamentale et limite de la révision constitutionnelle) », *Niigata Daigaku Hôkei Ronshû* (Revue de droit et d'économie de l'Université de Niigata), vol. 14, n° 4, 1966 ; repris dans KANNO K., *Kokken no Genkai Mondai* (Questions sur la limite de la puissance de l'État, I), Tokyo, Bokutaku-sha, 1978, pp. 105-154, at p. 114.

³²⁴ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, p. 8 [§4 (b)].

l'intermédiaire de la norme fondamentale³²⁵.

Afin de répondre à la question de savoir si la norme fondamentale limite la révision constitutionnelle, nous employons le même exemple qu'Ehmke, et nous nous plaçons dans la situation où le « peuple en tant que législateur » est chassé par un dictateur³²⁶. On peut distinguer deux cas.

Primo, il s'agit du cas où le dictateur ne chasse pas le peuple législateur suivant le procédé de révision constitutionnelle. Ce bannissement ne peut être considéré comme un acte juridique, et si l'on veut toutefois le voir comme juridiquement valide, il faut donc établir une nouvelle norme fondamentale. Quand le régime dictatorial se sera stabilisé, les juristes considéreront l'ordre de contrainte de ce régime comme l'ordre juridique au sens kelsenien. Dans ce cas, les juristes devront présupposer une nouvelle norme fondamentale. En d'autres termes, la remarque faite par Ehmke, selon laquelle il faut présupposer une nouvelle norme fondamentale pour considérer valide le bannissement par un dictateur du peuple législateur³²⁷, est sans aucun doute pertinente, dans la mesure où ce bannissement n'a pas été évoqué suivant le procédé de révision constitutionnelle. Il faut néanmoins remarquer que la nécessité de présupposer une nouvelle norme fondamentale dans ce cas-là n'a rien à voir avec la question de savoir s'il y a une limite à la révision constitutionnelle. La question d'(il)limitation de la révision constitutionnelle devrait être de savoir s'il existe une limite à la révision opérée suivant le procédé prescrit par la constitution; les deux thèses de la limitation et de l'illimitation de la révision admettent communément qu'une révision violant le procédé de révision n'est pas juridiquement admise.

Secundo, il s'agit du cas où le dictateur chasse le peuple législateur tout en suivant le procédé de révision. Dans ce deuxième cas seulement, la question de savoir s'il faut présupposer une autre norme fondamentale pour considérer valide un tel bannissement a un rapport avec la question de limitation de la

³²⁵ *Supra*, p. 46 [§6 (c)].

³²⁶ Voir KANNO K., *op. cit.*, pp. 150 et s.

³²⁷ Voir H. EHMKE, *op. cit.*, S. 31, cité par KANNO K., *supra*, p. 150.

révision constitutionnelle. Ehmke répondant affirmativement à cette question-là, il soutient donc que, du point de vue de la théorie pure du droit, sous la Constitution de Weimar, le principe de la souveraineté du peuple limitait la révision de celle-ci. Certes, s'il faut présupposer une nouvelle norme fondamentale afin de considérer valide même un acte accompli suivant la procédure de révision, on peut dire de la révision constitutionnelle qu'elle est limitée, parce que, en l'exprimant à la kelsenienne, dire qu'il y a une limite à la révision constitutionnelle revient à soutenir qu'il existe un acte de volonté de réviser une constitution, même suivant la procédure de la révision, qui ne peut être considéré comme acte juridique sans présupposer une nouvelle norme fondamentale³²⁸.

Or, la réponse à la question de savoir s'il existe un tel acte de volonté dépend du contenu de la norme fondamentale. Dès lors que la norme fondamentale kelsenienne consiste, comme nous l'avons vu plus haut, à dire que l'on doit se comporter comme la constitution le prescrit, la question de savoir s'il existe un acte de volonté qui ne peut être considéré comme acte juridique qu'en présupposant une nouvelle norme fondamentale doit devenir une question d'interprétation de la constitution existante. Si l'on considère que la disposition concernant la révision constitutionnelle signifie qu'il est permis d'évoquer n'importe quelle révision dès lors qu'elle est opérée suivant ce procédé, on peut affirmer que toute révision est possible sous la norme fondamentale existante. À l'inverse, si l'on interprète cette disposition comme interdisant que certaines matières soient révisées même si la révision est opérée suivant ce procédé, il s'en déduit qu'une telle révision touchant les matières explicitement interdites n'est pas permise par cette constitution et que donc, sous la norme fondamentale qui ordonne de se comporter comme la constitution le prescrit, il est impossible de considérer que cette révision soit un acte juridique. Dans ce cas, afin de considérer cette révision comme un acte juridique, il faut présupposer une autre norme fondamentale. En d'autres termes, la révision de telles matières représente un dépassement de la limite de révision constitutionnelle.

³²⁸ Voir KANNO K., *supra*, p. 151.

Dans tous les cas, la norme fondamentale de Kelsen n'est qu'une présupposition selon laquelle nous devons nous comporter comme la constitution le prescrit, et il semble donc difficile de considérer, comme Ehmke, que la norme fondamentale elle-même limite la révision constitutionnelle. Il nous semble que de la théorie kelsenienne de la norme fondamentale, on ne peut déduire aucune réponse univoque à la question de savoir s'il existe une limite à la révision constitutionnelle régulière. En d'autres termes, il nous semble que Kelsen ne répond pas à cette question. On ne peut déduire qu'une réponse « réservée » selon laquelle la question de la limitation de la révision constitutionnelle dépend de l'interprétation de telle ou telle constitution positive. Si l'on entend par thèse de la limitation de la révision une doctrine selon laquelle il existe, théoriquement ou logiquement, une limite à la révision régulière de toute constitution, Kelsen semble se ranger plutôt du côté de la thèse de l'illimitation de la révision, dans la mesure où elle s'oppose à cette thèse de la limitation.

Si l'on raisonne ainsi, on ne peut trouver, comme le dit Hasebe, d'obstacle chez Kelsen à considérer que le déplacement de la souveraineté de l'Empereur au peuple est un changement discontinu. Nous revenons donc maintenant à Hasebe, qui aborde ensuite le discours de Ross.

Le changement de la norme fondamentale chez Ross

Il s'agit de l'exemple assez connu du père et de son fils³²⁹ : lorsque le fils était petit, il était obligé d'obéir à son père, mais une fois qu'il eut atteint un certain âge, le père lui ordonna de se comporter désormais selon son propre jugement.

Une explication possible de cette indépendance du fils vis-à-vis du père est la suivante. Le fondement de l'indépendance présuppose que le fils doit toujours obéir à son père. En d'autres termes, comme il doit toujours obéir

³²⁹ Voir A. ROSS, « On Self-reference as a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, v. 78, 1969, cité par HASEBE Y., *supra* note 299, p. 168.

au commandement de son père, il doit obéir à l'ordre du père de se comporter désormais selon son propre jugement. Selon cette explication, il est possible pour le père de rétracter son commandement et de mettre de nouveau son fils sous sa domination. Mais on peut trouver quelques difficultés à cette explication. Tout d'abord, elle est différente de l'explication habituelle que l'on donne du fondement de l'indépendance d'un enfant. On pense normalement que l'homme doit se comporter selon son jugement indépendant et qu'un fils n'obéit à son père qu'exceptionnellement, quand il est petit. Ainsi considère-t-on habituellement que dès que le fils a grandi et en est arrivé à se comporter selon son jugement, le pouvoir de domination du père disparaît. Il en va de même pour la relation entre l'Empereur et le peuple japonais : « le peuple, lui, du moins, devrait penser qu'une fois que la souveraineté lui a été transférée, l'Empereur ne peut plus reprendre sa souveraineté par sa volonté. S'il en est ainsi, il faut penser que le déplacement de la souveraineté doit se fonder sur autre chose que la souveraineté de l'Empereur »³³⁰.

La deuxième difficulté est, selon Ross, qu'il y a une contradiction entre la prémisse majeure « le fils doit obéir au commandement de son père » et la conclusion « le fils doit se comporter selon son jugement indépendant ». Un raisonnement qui produit une conclusion contradictoire à la prémisse majeure peut logiquement être qualifié de non-approprié.

La troisième difficulté concerne l'axiome logique selon lequel une phrase qui contient une référence à elle-même est un non-sens logique³³¹. Si l'on considère que les attributions du père contiennent la compétence de céder au fils sa compétence concernant le comportement du fils, il apparaît un cercle vicieux logique. Ayant supposé que, parmi les attributions du père, la compétence de céder ses propres attributions à autrui soit X, et les autres compétences soient Y, on peut confirmer le contenu de Y en énumérant une par une les

³³⁰ Voir HASEBE Y., *supra*, pp. 159-160.

³³¹ Hasebe discute par ailleurs de façon plus détaillée de la question de l'auto-référence, également en se référant à Ross. Voir HASEBE Y., « Kempô-ten ni okeru Jiko Genkyû (Auto-référence dans une constitution) », in *Mélanges offerts en hommage à ASHIBE Nobuyoshi : Kempô Soshô to Jinken no Riron* (Justice constitutionnelle et théorie du droit de l'homme), Tokyo, Yûhikaku, 1985, pp. 821-842.

attributions. Mais quant au contenu de X, s'agissant de la compétence de céder à autrui ses attributions (X et Y), il peut être en partie déterminé par énumération (Y1, Y2, Y3 ...), mais il reste à déterminer le contenu de X qui est lui-même la compétence de céder à autrui les attributions (X et Y1, Y2, Y3 ...). Il se pose en conséquence de nouveau la question de savoir ce qu'est le contenu de X. Ainsi, le contenu de X ne peut jamais être déterminé. L'existence d'attributions dont le contenu ne peut être déterminé sera rejeté pour une raison de logique³³².

Ainsi, si l'on se fonde sur le discours de Ross, le transfert de la souveraineté de l'Empereur au peuple ne peut-il être un déplacement fondé sur la volonté de l'Empereur, soit un déplacement juridiquement continu, mais doit être expliqué comme un déplacement discontinu et donc révolutionnaire. Mais ce discours, indique Hasebe, présuppose que, sous l'ancienne Constitution, la règle selon laquelle la souveraineté était attribuée à l'Empereur était la norme suprême de l'État. Comme l'explique Ross lui-même, les difficultés ci-dessus peuvent en fait être surmontées en présupposant qu'une autre norme lui était encore supérieure. Par exemple, si l'on considère que la norme « jusqu'à ce que l'Empereur ait nommé son successeur, on doit obéir à l'Empereur; une fois qu'un successeur est nommé, on doit alors lui obéir jusqu'à ce que celui-ci nomme son successeur ... » fondait la souveraineté de l'Empereur, on peut ne pas considérer comme discontinu le déplacement de la souveraineté de l'Empereur au peuple. Il en résulte qu'il n'existe pas de nécessité, même en se fondant sur le discours de Ross, de considérer ce déplacement de la

³³² Hasebe n'en admet pas moins par ailleurs que, contre cette théorie de l'impossibilité logique et sémantique de l'auto-référence, des auteurs comme Popper, Hart, Mackie pensent que l'auto-référence est selon le cas possible (K. R. POPPER, *Conjectures and Refutations*, 2nd ed., 1965, pp. 304 et s. ; H. L. A. HART, « Self-Referring Laws » (1964), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, pp. 170 et s. ; J. L. MACKIE, *Truth, Probability, and Paradox*, 1973, pp. 258 et s.). Néanmoins, selon Hasebe, Hart reconnaît bien que l'auto-référence dite « totale ou pure », comme celle présente dans la phrase « cette proposition est fausse », est un non-sens (H. L. A. HART, *ibid.*, p. 178). La différence entre Ross et Mackie revient à une question de convention concernant l'usage du mot « non-sens ». Selon Ross, une phrase qui contient une autre phrase dont le sens ne peut être déterminé par énumération-transcription est un « non-sens », tandis que pour Mackie, même une phrase qui contient une série de phrases dont la dernière est indéterminée a un « sens » dans la mesure où les autres phrases que la dernière sont déterminées. Voir HASEBE Y., « *Hard Case to Saibankan no Ryôshin (Hard Case et la conscience du juge)* », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Gakushûin*, n° 21, 1986 ; repris dans HASEBE Y., *Scepticisme envers le pouvoir*, *supra* note 298, pp. 204-230, at pp. 213-215.

souveraineté comme une révolution.

La scientificité de la thèse de la « Révolution d'août »

Comme nous l'avons vu en suivant Hasebe jusqu'ici, si l'on adopte le discours de Bentham ou celui de Hart, il est assez difficile de comprendre que le pouvoir ultime législatif ait été déplacé instantanément de l'Empereur au peuple au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam. Si l'on est d'accord avec Kelsen ou avec Ross, on peut certes considérer que le déplacement de la souveraineté survint de façon révolutionnaire par l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, mais on peut également considérer, sous le rapport des faits, que ce déplacement ne fut pas révolutionnaire mais juridiquement continu. Hasebe indique qu'il est difficile de savoir quelle considération est la plus proche de la vérité, en examinant la concordance avec les faits ou la consistance logique. « Nous pouvons connaître précisément tous les faits historiques concrets, sans savoir si la thèse de la « Révolution d'août » est ou non correcte »³³³.

« Adhérer ou non à la thèse de la « Révolution d'août », dit Hasebe, ne peut être décidé que par la morale politique de chaque auteur. Cela ne signifie pas que la thèse de la « Révolution d'août » ne puisse être une connaissance objective dans aucun sens. Elle peut l'être au moins en ce sens qu'elle montre que sa compréhension du déplacement de la souveraineté peut être un discours cohérent et peut correspondre aux faits historiques. Qu'elle soit une connaissance ou une appréciation dépend du fait qu'elle est une doctrine « engagée » ou une doctrine « détachée ». Qu'elle soit ou non engagée dépend du choix de l'auteur »³³⁴.

« Même si la thèse de la « Révolution d'août » est une « science », elle n'est pas, comme les sciences naturelles, une science qui sera vérifiée par sa concordance avec des faits concrets. Du moins, il n'est pas vrai que seule cette

³³³ HASEBE Y., *supra* note 299, p. 161.

³³⁴ *Loc. cit.*

concordance avec les faits fonde la valeur de cette thèse en tant que connaissance de la « Révolution d'août ». Comme Hart le remarque, la science soucieuse de connaître et de décrire la relation juridique ne peut pas se borner à décrire les données observables d'un point de vue externe, mais elle doit comprendre et connaître quel sens ces données ont du point de vue des membres impliqués dans cette relation³³⁵ »³³⁶. Un observateur des règles du trafic automobile d'une société ne doit pas seulement décrire quel pourcentage de voitures s'arrête lorsque le feu devient rouge, mais aussi comprendre quel sens a le feu rouge pour les conducteurs. L'observateur ne doit pas se contenter de traiter le feu comme un simple *signe* naturel de ce que les gens vont se comporter d'une certaine façon, comme les nuages sont un signe de ce qu'avec telle ou telle probabilité la pluie va arriver. Selon Hart, il doit comprendre que les gens considèrent le feu rouge comme un *signal* qui leur est adressé de s'arrêter et qu'ils l'acceptent ainsi comme critère de comportement de soi et d'autrui. Cette observation consiste, dit-il, à « se référer à l'aspect interne des règles examinées de leur point de vue interne »³³⁷. Puisque la relation entre le feu rouge et l'arrêt des voitures ne peut pas s'expliquer seulement par la causalité empirique, la connaissance du droit ne peut être satisfaite que si une description du point de vue interne est faite.

Ainsi Hasebe considère que la thèse de la « Révolution d'août » est une compréhension du système du point de vue interne, dans le sens hartien. Elle cherche à expliquer de façon cohérente le passage de l'ancienne Constitution à la nouvelle, du point de vue des membres impliqués dans le régime constitutionnel d'après-guerre, en considérant que celui-ci était un régime rompant avec le régime d'avant-guerre sur le fondement de la légitimité. S'il en est ainsi, elle est, originellement, l'expression d'une position pratique et est donc une appréciation. Si elle peut être aussi une connaissance objective, c'est parce que Miyazawa ne s'engage pas dans cette position et qu'il en est détaché. Néanmoins, « pour que cette connaissance objective et détachée puisse exister, il

³³⁵ Voir H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *supra* note 312, pp. 114 et s.

³³⁶ HASEBE Y., *op. cit.*, p. 162.

³³⁷ H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 115.

faut que la compréhension du système qu'elle décrit puisse bien justifier la naissance de l'actuelle Constitution, du moins du point de vue des participants au système. En d'autres termes, la possibilité de l'existence [d'une doctrine juridique] en tant que science du droit dépend de la possibilité de son existence en tant qu'interprétation pratique. Bien entendu, comme le suggère la thèse de la « double fonction » de Higuchi, il semble difficile de savoir si la thèse de la « Révolution d'août » est soutenue en tant que science ou bien en tant qu'appréciation, si l'on ne s'en tient qu'au texte de la thèse »³³⁸.

³³⁸ HASEBE Y., *op. cit.*, pp. 162 et 163.

Section 2. Thèse de la « *distinction critique* »

A. Présuppositions

Comme nous l'avons vu jusqu'ici, Hasebe insiste, à l'instar de Hart, sur le point de vue interne lorsqu'il réfléchit à la scientificité d'une doctrine juridique. Nous abordons maintenant la question de savoir comment l'on peut traiter, en adoptant cette position, la thèse de la « *distinction critique* » de Higuchi. D'après Hasebe, si la connaissance de la norme présuppose le point de vue interne des membres impliqués dans tel ou tel système, il semble qu'il n'y ait pas une si grande incompatibilité entre la description d'une connaissance d'un certain point de vue et la publication d'une autre interprétation comme opinion pratique d'un auteur. Sur une donnée observable, il est normal qu'il puisse exister concurremment plusieurs interprétations. Même si une connaissance objective peut exister, cela ne signifie pas qu'une seule connaissance correspondant aux faits puisse exister, mais simplement qu'il peut exister une description objective de la question de savoir comment la donnée sera considérée du point de vue interne des membres impliqués dans telle ou telle interprétation. En effet, il est possible que le fait de révéler qu'une interprétation en désaccord avec la position pratique d'un auteur peut néanmoins être un discours cohérent produise un effet plus ou moins défavorable à cet auteur, mais par ailleurs, dans le domaine des sciences sociales, il est également tout à fait normal qu'il existe plusieurs interprétations contradictoires sur une même donnée. Il semble ainsi que la thèse selon laquelle l'acte de connaissance exige de l'auteur un choix sévère ne soit pas si convaincante.

Hasebe considère cependant une autre possibilité, c'est-à-dire, un autre type de connaissance que la compréhension interne des membres d'un système. Il s'agit de la connaissance du point de vue externe.

Le point de vue externe

Selon Hasebe, lorsque Higuchi soutient que l'on ne peut insister sur la valeur de « dignité de l'individu » au nom de la science, Higuchi semble penser à la science en tant que description du point de vue externe. On peut bien entendu décrire objectivement, d'une position détachée, une compréhension de la Constitution faite d'une position qui s'engage dans la valeur qu'est la « dignité de l'individu ». Que Higuchi soutienne que c'est toutefois impossible signifierait qu'il traite ici sous le nom de science une description d'un système qui ne présuppose pas un tel point de vue interne³³⁹.

« Néanmoins, dit Hasebe, dans la mesure où l'auteur ne peut donner une raison fondée sur une autre connaissance objective qui puisse surmonter l'effet accessoire non-souhaitable de la connaissance objective, son attitude sur le choix de valeurs devrait être considérée comme injuste et incohérente. Dans le cas de la « dignité de l'individu », présenter une compréhension historique selon laquelle cette valeur se fonde sur une idéologie bourgeoise de l'Occident, qui elle-même se base sur, ou justifie, l'exploitation de la classe basse ou des colonisés, apportera normalement un effet défavorable à l'auteur qui s'engage dans cette valeur. Cependant, dans la mesure où cet auteur ne peut donner, du point de vue interne, de raison fondée sur une connaissance objective ou du moins concordant avec cette connaissance objective, raison selon laquelle la valeur de « dignité de l'individu » serait digne d'être promue, on doutera de la sincérité de sa conviction. Il ne semble pas nécessaire de s'inquiéter de la publication d'une connaissance objective produisant un effet défavorable, dans la mesure où l'auteur peut avancer une telle raison avantageuse pour sa position »³⁴⁰.

Cette démarche de Hasebe sous-entend, comme il l'admet lui-même, deux choses. Elle sous-entend d'abord que le critère du jugement de valeur d'un auteur est identique à celui des autres. L'auteur considère sans doute son attitude comme bonne, en se fondant sur sa connaissance objective et son

³³⁹ Voir HASEBE Y., *supra* note 299, pp. 163 et s.

³⁴⁰ *Supra*, p. 166.

appréciation. Mais il est en fait possible que les autres auteurs, confrontés à la même connaissance, rendent un autre jugement de valeur par le biais d'un autre raisonnement ou d'un autre critère de valeurs. Par conséquent, une situation dans laquelle les valeurs de cet auteur deviendraient difficiles à réaliser pourrait survenir. La démarche de Hasebe sous-entend ensuite que l'objet du choix de valeurs par un auteur donné est identique à celui du choix de valeurs par les autres auteurs. Mais il est en réalité possible qu'un choix de valeurs que l'auteur considère comme indifférent à la publication de sa connaissance y soit précisément relié pour les autres. Hasebe prend l'exemple d'un auteur dont les recherches l'ont amené à la connaissance selon laquelle le canon d'une religion qu'il n'embrasse pas est une contrefaçon. La publication de sa connaissance évoquerait éventuellement parmi les croyants un désarroi sincère et dans la société un bouleversement profond. Il est, de plus, possible que cette conséquence accessoire ne soit pas souhaitable pour l'auteur lui-même.

Vu ces considérations, Hasebe conclut que, puisqu'il est possible, du moins dans le cadre d'une analyse du point de vue externe, que la publication d'une connaissance apporte un effet accessoire défavorable à l'auteur, le questionnement de Higuchi a bien une signification. En outre, s'il n'existe pas en général dans la société beaucoup de gens sensibles à la distinction entre connaissance et appréciation, on peut examiner la question du choix d'un auteur conscient de l'effet accessoire à la publication dans le grand public, même dans le cadre d'une analyse du point de vue interne.

Hasebe octroie ainsi une signification à la thèse de la distinction de Higuchi et cherche ensuite son fondement moral.

B. Fondement moral de la thèse de la « *distinction critique* »

Les caractéristiques de la thèse

Hasebe rappelle d'abord les caractéristiques de la thèse de la *distinction critique*, selon laquelle l'auteur publie le résultat d'une connaissance comme tel, mais essaie de contenir l'effet accessoire à cette publication, qui ne lui est pas souhaitable, en exprimant des propositions pratiques³⁴¹.

La première caractéristique est que cette thèse nie le conséquentialisme intégral selon lequel on n'arrête son regard que sur l'effet de la publication d'une connaissance. Selon Hasebe, la négation de la position unifiant consciemment connaissance et appréciation signifie la négation du conséquentialisme intégral.

La seconde est, cependant, qu'une position qui ignore la conséquence de la publication et soutient que l'on peut se contenter de publier sa connaissance est refusée en tant que thèse de la *distinction simple*. Les conséquences de la publication doivent être considérées par l'auteur lorsqu'il choisit de publier sa connaissance.

Ainsi la thèse de la *distinction critique* soutient que l'on doit essayer de contenir l'effet défavorable de la publication. Cette thèse, selon Hasebe, considère l'obligation de publication de la connaissance comme une obligation justifiée par une raison spécifique. En effet, cette thèse n'exige pas comme condition nécessaire de la publication que l'auteur soit en mesure, après la publication, de démentir intégralement l'effet accessoire. En d'autres termes, elle ne se résume pas à la position selon laquelle l'auteur doit comparer les effets favorable et défavorable de la publication et le résultat prévu de son effort pour nier l'effet défavorable, et il ne doit publier sa connaissance que si le résultat lui est globalement favorable. En vertu de la thèse de la *distinction critique*, la connaissance doit être toujours, indifféremment à l'effet accessoire, publiée.

³⁴¹ Voir *supra*, pp. 169 et s.

La rationalité usuelle

S'il en est ainsi, « la thèse de la *distinction critique* contient, dit Hasebe, certains éléments qui nous embarrassent »³⁴². Elle contient en particulier un élément contradictoire avec l'idée qu'il est plus rationnel d'agir de façon efficace pour promouvoir un objectif pratique lorsqu'on en a un, à savoir, l'idée de « rationalité maximisante (*maximizing rationality*) » de S. Scheffler³⁴³. Lorsqu'un auteur a un but pratique et considère en fin de compte que ne pas publier sa connaissance sert plutôt à sa promotion, il semble correspondre plus à la rationalité usuelle de considérer que cet auteur doit s'abstenir de la publier. Même si l'auteur a éventuellement un autre but pratique, comme par exemple le progrès de la science ou la diffusion de la vérité, il semble plus conforme à la rationalité usuelle de choisir d'arrêter la publication ou la connaissance si, ayant comparé le résultat de son effort pour nier l'effet défavorable de la publication et ses valeurs pratiques contradictoires, arrêter la publication lui paraît servir à réaliser son but global. La thèse de la *distinction critique* lui ordonne néanmoins de publier sa connaissance. Hasebe tente alors de comprendre comment et pourquoi celle-ci peut surmonter cette rationalité usuelle.

Une explication possible est la suivante. On peut considérer que la thèse de Higuchi se fonde, en fait, sur une sorte de conséquentialisme. Dans tel ou tel cas particulier, il semble souhaitable de ne pas publier la connaissance pour promouvoir le but pratique d'un chercheur. Mais dans une perspective de long terme, d'après cette explication, publier plutôt à chaque fois sa connaissance conduit, en fait, à réaliser son objectif. Or, le chercheur a pour but pratique de découvrir et de transmettre la vérité. Un chercheur assiste parfois à la confrontation de ce but majeur et d'un autre, et estime éventuellement qu'il lui vaut mieux ne pas publier le résultat de ses recherches, en considérant l'ensemble de ses buts. Mais il serait plus utile pour réaliser l'ensemble des buts du chercheur de suivre la règle selon laquelle on doit toujours publier sa connaissance, plutôt que de décider de la publier ou de ne pas la publier selon

³⁴² *Supra*, p. 170.

³⁴³ Voir S. SCHEFFLER (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, 1988, p. 252, cité par HASEBE Y., *supra*, p. 175.

les cas.

Si l'on adopte cette explication, on peut dire que la thèse de la *distinction critique*, qui paraît en opposition avec la rationalité usuelle, s'appuie au fond sur une idée conséquentialiste. Cependant, Hasebe lui oppose de nouveau une réserve. Il se réfère à la critique générale envers l'utilitarisme des règles. Selon cette critique, même si l'on considère qu'il vaut mieux obéir strictement à une règle pour en tirer le bénéfice dans une perspective de long terme, examiner à chaque fois cette règle et l'appliquer seulement dans le cas où son application apportera un bénéfice amèneront en réalité un plus grand bénéfice même dans le long terme. Ainsi, l'explication conséquentialiste ne peut pas non plus, selon Hasebe, justifier la thèse de la *distinction critique*.

L'intégrité de la conviction

Comme autre explication possible du fondement moral de la thèse de la *distinction critique*, Hasebe présente le discours de B. Williams, qui critique le conséquentialisme et l'utilitarisme³⁴⁴.

Williams illustre son propos par un exemple : X vient d'avoir un doctorat en chimie et il cherche un travail ; il a un enfant en bas âge et sa femme travaille mais gagne peu ; un ami lui propose un emploi dans un institut d'études sur les armes biologiques et chimiques ; X est contre ces armes ; or, même s'il refuse cet emploi, l'institut ne disparaît pas et s'il le refuse, un autre chercheur probablement moins réticent sera employé ; enfin sa femme n'est pas opposée à cet emploi.

Williams considère, dans cet exemple où X devrait, du point de vue du conséquentialisme, accepter l'emploi, qu'il ne doit néanmoins pas le prendre. Car, parmi les activités de l'homme, il y en a certaines qui ne doivent pas être l'objet d'un calcul utilitariste. Insister pour qu'il accepte la décision ordonnée par un calcul utilitaire vis-à-vis de ces activités est une attaque contre

³⁴⁴ Voir B. WILLIAMS, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, 1973, pp. 93 et s., cité par HASEBE Y., pp. 172 et s.

l' « intégrité » de sa conviction³⁴⁵.

Hasebe estime que l'on peut trouver une idée semblable dans la thèse de la *distinction critique*. Pour un chercheur, connaître la vérité et la publier constitue le noyau de sa profession. Abandonner cette tâche parce qu'elle n'est pas compatible avec un autre but pratique signifie pour lui renoncer à la valeur du noyau de sa vie. Suspendre la publication en se fondant sur des considérations du type conséquentialiste signifie l'effondrement de l'intégrité de sa conviction et l'aliénation fondamentale de son activité de recherche. Pour lui, la valeur de la vie consiste principalement en la connaissance et la publication en tant que chercheur, et d'autres valeurs lui sont ultérieures, dans l' « ordre lexique » de Rawls³⁴⁶.

La morale de la thèse de la « distinction critique »

Pour Hasebe, le chercheur qui adopte la thèse de la *distinction critique* est un individu qui a une telle conviction. Seulement en présupposant cette morale, peut-il refuser, en restant cohérent, tout motif fondé sur des considérations conséquentialistes d'arrêter la publication et peut continuer à publier le résultat de sa connaissance. Néanmoins, il n'est pas à la vérité forcément nécessaire d'adopter la thèse de la *distinction critique* pour maintenir l'intégrité de sa conviction. Comme le remarque Williams³⁴⁷, pour nier l'un des extrêmes qu'est le conséquentialisme, il n'est pas indispensable de verser dans l'autre extrême qu'est, en l'occurrence, la thèse de la *distinction critique*. De plus, il arrive parfois que la publication soit à l'encontre de l'intégrité de la conviction qui fonde cette thèse.

Il emploie de nouveau un exemple³⁴⁸ : Y est un médecin profondément

³⁴⁵ Voir B. WILLIAMS, *supra*, pp. 108-117, cité par HASEBE Y., *supra*, p. 173.

³⁴⁶ Voir J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1971, pp. 42-44, cité par HASEBE Y., *supra*, p. 174. Voir J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. fr., Paris, Seuil, 2^e éd., 1997, pp. 68 et s.

³⁴⁷ Voir B. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 90, cité par HASEBE Y., *supra*, p. 174.

³⁴⁸ Hasebe doit cet exemple à A. MONTEFIORE (ed.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge, 1975, pp. 10-11, voir HASEBE Y., *supra*, p. 174.

engagé dans la conviction qu'un médecin doit traiter également tout malade quel qu'il soit ; il ne refusera pas de traiter même le président d'un parti politique qu'il ne soutient pas, même s'il prévoit sûrement que la guérison du président créera de grands obstacles à la réalisation de la politique du parti qu'il soutient ; mais que doit-il faire si son malade est un dirigeant nazi et que sa guérison provoquera certainement la déportation d'un peuple ? Dans ce cas, sa conviction selon laquelle il doit traiter de façon égale, en tant que médecin, tout homme ne serait-elle pas ébranlée ?³⁴⁹

Hasebe conclut par ces mots : « Le chercheur qui adopte la thèse de la *distinction critique* est celui qui s'engage dans la valeur d'une connaissance neutre vis-à-vis de toute activité pratique. Pour que cette connaissance neutre soit possible, il faut certaines conditions socio-politiques, dont la liberté de la science et la démocratie présupposant la concurrence des partis politiques. S'il en est ainsi, lorsque la publication d'une connaissance semble ébranler fondamentalement la liberté de la science, par exemple, cette publication détruit sans doute l'intégrité de la conviction du chercheur qui s'engage dans la thèse de la *distinction critique*. Si le choix de soutenir que l'on doit distinguer connaissance et appréciation, comme l'indique Higuchi, se fonde sur un certain jugement de valeur, il ne doit pas être permis de publier le résultat d'une connaissance qui renverserait le fondement de ce jugement de valeur. Le fait que M. Higuchi lui-même parle du rapprochement infini de la thèse de la *distinction critique* et de celle de l'*union consciente* pourrait être plus facilement expliqué si l'on présuppose la démarche ci-dessus³⁵⁰ »³⁵¹.

Higuchi est un constitutionnaliste qui a toujours insisté et insiste

³⁴⁹ Voir A. MONTEFIORE, *supra*, pp. 16 et 17, cité par HASEBE Y., *ibid.*

³⁵⁰ Une des différences entre la thèse de la *distinction critique* et la thèse de l'*union consciente* est, remarque Hasebe, que « la thèse de la *distinction critique* peut exprimer sa position explicitement, mais pour la thèse de l'*union consciente*, l'expression de sa position est auto-destructive. Une fois que l'auteur avoue qu'il existe certains cas où il ne doit pas publier sa connaissance, la publication de sa connaissance ne peut plus avoir la confiance des lecteurs, et par conséquent, le but global de la thèse de l'*union consciente* ne pourrait plus être réalisé. (...) L'auteur de la thèse d'*union consciente* est obligé d'adopter l'*union consciente* en ce qui concerne sa position même de l'*union consciente*. Par contre, l'auteur de la thèse de la *distinction critique* peut faire une *distinction critique* en ce qui concerne sa position même de *distinction critique* », HASEBE Y., *op. cit.*, p. 176, note 10.

³⁵¹ HASEBE Y., *supra*, p. 175.

encore constamment sur l'établissement d'un individualisme fort dans une société japonaise qui connaît souvent une tendance vers le corporatisme et le communautarisme plutôt que vers l'individualisme *stricto sensu*, tendance qui remonte probablement à la « Constitution en dix-sept articles » de Shôtoku Taishi, et dans une société où le terme « individualisme » est souvent employé dans le sens péjoratif du mot. Sa thèse de la *distinction critique* elle aussi, il nous semble, repose sur un « individu fort » qui lui est caractéristique.

Nous avons ainsi pu résumer, tout au moins sur certains points, les débats sur l'acte constituant et sur la métathéorie. Nous sommes arrivés au terme de notre sujet.

Épilogue

« *De la traduction vient toute science* »

(Giordano Bruno)

De façon assez prétentieuse, nous avons pu écrire, avant d'aborder notre travail ci-dessus, que s'il pouvait donner au lecteur français l'occasion d'être intéressé par la science du droit constitutionnel au Japon et s'il pouvait être l'initiateur d'échanges intellectuels avec les Japonais, notre objectif aurait été atteint, et dépassé. Après avoir présenté la science du droit constitutionnel au Japon, son histoire et son état actuel, nous devons maintenant, ce travail achevé, avouer un certain sentiment de regret et d'inquiétude.

Au moins aurions-nous dû, ou aurions-nous pu, présenter la science du droit constitutionnel au Japon d'une autre, d'une meilleure façon ?

Nous commençons par avouer notre sentiment en ce qui concerne l'histoire constitutionnelle du Japon. Nous avons défini, avant de la présenter, notre perspective en disant que nous l'écririons sous l'angle de l'influence du monde occidental sur les Japonais. Si nous avions été plus versés dans les discours juridiques de l'Occident du tournant du siècle, nous aurions pu la décrire d'une manière plus éclatante, en éclaircissant leur influence sur les Japonais de cette époque. Nous n'avons sans doute pas pu examiner suffisamment quelles doctrines occidentales ont influencé le Japon, et comment elles l'ont influencé, alors que ceci était précisément notre intention. Nous avons évoqué seulement les influences occidentales que nous avons pu reconnaître. C'est notre premier regret.

À l'inverse, outre la limite de nos connaissances sur les doctrines occidentales, nous devons honnêtement reconnaître notre insuffisance concernant l'histoire constitutionnelle du Japon elle-même. Comme les auteurs auxquels nous nous sommes souvent référés le regrettent par ailleurs, il n'existe, en fait, que peu d'études sur celle-ci, même au Japon. Par contraste avec la

France où l'on peut dire que l'histoire constitutionnelle, sans parler de celle de la troisième République, est un domaine largement abordé, au Japon, l'histoire de la Constitution de 1889, celle des doctrines constitutionnelles et celle de la politique constitutionnelle, n'est pas encore devenue, à quelques épisodes et auteurs près, que nous avons traités ici, l'objet de recherches florissantes. Aussi souffrons-nous d'un vague malaise. Si nous avions pu aborder de façon plus détaillée les travaux des Japonais sous ladite Constitution, nous aurions sans doute pu profiter d'autres exemples de l'influence des Occidentaux.

Ces sentiments de mécontentement de notre part sont encore renforcés en ce qui concerne notre présentation de la science du droit constitutionnel du Japon d'après-guerre. Nous nous sommes auparavant excusés de ne traiter que deux débats qui nous semblaient essentiels. Le choix fut-il bon ? A-t-il bien contribué à notre objectif ? En d'autres termes, ces deux débats ont-ils en soi la moindre chance d'intéresser le théoricien du droit en France ? Afin de réaliser notre objectif, aurions-nous dû choisir d'autres discours chez les Japonais ? Voilà une autre de nos inquiétudes.

Même si ces débats portent bien le ferment de l'intérêt du théoricien du droit, nous nous inquiétons de savoir si nous avons bien pu le faire lever. Nous avons essayé de traiter les sujets du point de vue de la théorie générale du droit, et n'avons donc employé des discours sur des cas propres au Japon, jusqu'au bout, qu'à titre d'exemple. Mais en conséquence même de cet effort, n'avons-nous pas plutôt fini par exhiber notre insuffisance sur la théorie générale ?

À l'opposé de son intention, si jamais notre travail a en fait plutôt donné au lecteur l'impression que la science du droit constitutionnel au Japon n'était pas intéressante, ni digne d'être l'objet d'échanges intellectuels avec eux, il n'existe pas de regret plus grave.

Or, il n'existe pas de dommage plus grand pour le lecteur d'une œuvre que celui causé lorsque l'auteur, à la fin, n'avoue que des sentiments de regret et d'inquiétude sur son travail, quand bien même cet auteur serait venu d'un pays dont les ressortissants sont connus pour leur modestie, parfois superficielle.

De plus, pour un lecteur rationnel, il importe peu de savoir si le but personnel d'un auteur a ou non été atteint. Nous devons donc tenter de remédier au regret du lecteur, tout en espérant qu'il n'a pas surgi avant qu'il ne lise cet épilogue.

Nous croyons, honnêtement, avoir pu présenter, d'une façon aussi précise que possible, du moins quelques facettes de la science du droit constitutionnel au Japon. Et le fait que son histoire, comme ses discours contemporains, se soit référée et se réfère toujours aux discours occidentaux, familiers à notre lecteur, a été également, nous le pensons, éclairci. À l'aide de ces matériaux, le lecteur doit pouvoir croire en la possibilité d'une conversation avec les Japonais sur un terrain commun. Ceci nous semble être déjà un des aboutissements de notre travail.

Pour finir, un dernier regret : nous n'avons pas suffisamment pu présenter les discours des Japonais sur les auteurs français contemporains. Si nous avions pu le faire, le lecteur aurait été beaucoup plus intéressé, surtout s'il est un lecteur auquel les Japonais se réfèrent fréquemment. Nous ne pouvons qu'espérer une autre occasion. Il n'est pas rare de voir surgir un nouveau sujet au moment même où le précédent a été accompli.

MINAMINO Shigeru

◁ *Bibliographie* ▷

*Nous nous permettons de n'offrir que la liste des travaux
auxquels nous nous sommes référés.*

Introduction

MARUYAMA Masao, *Essais sur l'histoire de la pensée politique au Japon*, trad. fr., Paris, PUF, 1996.

HIGUCHI Yoïchi, « Un grand paradoxe, ou la notion d'◁ Occident ▷ dans les problèmes constitutionnels actuels », *Pouvoirs*, n° 35, 1985, pp. 23 et s.

Première Partie

Prologue

Louis FREDERIC, *Le Japon, Dictionnaire et civilisation*, Paris, Robert Laffont, 1996.

Georges BURDEAU, Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Paris, LGDJ, 1997.

FUKASE Tadakazu et HIGUCHI Y., *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon*, Paris, PUF, 1984.

FUKASE T., « Héritage et actualité de l'ancienne culture institutionnelle japonaise », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1985, repris dans Centre français de droit comparé / Société de législation comparée, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, pp. 185 et s.

Georges VEDEL, « Qu'est-ce que la Constitution ? », in *La Constitution de 1958 à quarante ans*, le site officiel du Conseil constitutionnel (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/>), 1998.

Chapitre II

- Kôjien (Grand dictionnaire du japonais), Tokyo, Iwanami Shoten, 4e éd., 1997, CD-ROM.
- Guido FASSO, *Histoire de la philosophie du droit, XIXe et XXe siècles*, trad. fr., Paris, LGDJ, 1976.
- HASEGAWA Masayasu, *Nihon Kempô-gaku no Keihu* (Généalogie de la science du droit constitutionnel du Japon), Tokyo, Keisô Shobô, 1993.
- HAYASHI Shigeru, *Kindai Nihon Seitô-shi Kenky* (Étude sur les partis politiques du Japon moderne), Tokyo, Misuzu Shobô, 1996.
- HIGUCHI Y., *Kempô I*, Tokyo, Seirin Shoin, 1998.
- HOSHIJIMA Jiro (éd.), *Uesugi Hakase tai Minobe hakase Saikin Kempô-ron* (Thèses constitutionnelles récentes de Dr. Uesugi v. Dr. Minobe), 1913, réimp., Tokyo, Misuzu Shobô, 1989.
- HOZUMI Yatsuka *Hakase Rombun-shû* (Recueil du Dr. HOZUMI Yatsuka), 1913.
- HOZUMI Yatsuka, *Giin sei oyobi Rikken sei* (Parlementarisme et constitutionnalisme), Tokyo, 1901.
- HOZUMI Y., *Kempô Teiyô* (Manuel de droit constitutionnel), Tokyo, Yûhikaku, 1910.
- IENAGA Saburo, *Nihon Kindai Kempô Shisô-shi Kenky* (Étude sur la pensée constitutionnelle du Japon moderne), Tokyo, Iwanami Shoten, 1967.
- INADA Masatsugu, *Meiji Kempô Seiritsu-shi* (Histoire de la promulgation de la Constitution de Meiji), Tokyo, Yûhikaku, t. I, 1960.
- MINOBE Tatsukichi, *Chikujô Kempô Seigi* (Précis article par article de la Constitution), Tokyo, Yûhikaku, 1927.
- MINOBE T., *Kempô Teiyô* (Manuel de droit constitutionnel), Tokyo, Yûhikaku, 5^e éd., 1933.
- MINOBE T., *Nihon Kempô no Kihon Shugi* (Principes fondamentaux de la Constitution du Japon), 1934.
- OHISHI Makoto, *Nihon Kempô-shi* (Histoire constitutionnelle du Japon), Tokyo, Yûhikaku, 1995.
- OHISHI M., *Nihon Kempô-shi no Shûhen* (Environnement de l'histoire constitutionnelle du Japon), Tokyo, Seibundô, 1995.
- OKADA Tomoyoshi, *Jiyû Keizai no Shisô* (Pensée de l'économie libérale), Tokyo, Tokyo University Press, 1979.
- Johannes SIEMES, *Nihon Kokka no Kindaika to Roesler* (Modernisation de l'État japonais et Roesler), Tokyo, Mirai-sha, 1970.
- UESUGI Shinkichi, *Teikoku Kempô Jutsugi* (Commentaire de la Constitution impériale), 1914.
- UESUGI S., *Kokutai, Kempô oyobi Kensei* (Kokutai, Constitution et politique constitutionnelle), 1916.

- IWAMA Akimichi, « *Senzen ni okeru Kempô Kaishaku no Hôhō* (Méthode de l'interprétation constitutionnelle d'avant guerre) », in SUGIHARA Yasuo (éd.), *Kempô-gaku no Hôhō* (Méthode de la science du droit constitutionnel), Tokyo, Keisô Shobô, 1984, pp. 3 et s.
- OKUDAIRA Yasuhiro, « *Minobe Kempô-gaku no Hôhō to Shiten* (Méthode et point de vue du droit constitutionnel de Minobe) », in Acte de symposium « Méthode du droit constitutionnel », *Hôritsu Jihô*, vol. 40, n° 11, 1968, pp. 4 et s.

Chapitre III

Asahi Shimbun (Quotidien Asahi), le 20-22 oct. 1945.

Yomiuri Shimbun (Quotidien Yomiuri), le 3 novembre 1994.

Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 15^e éd., 1998.

Kempô Kenkyû-kai (Groupe de recherche sur le droit constitutionnel), *Nihon-koku Jishu Kempô Shian* (Projet de constitution autonome du Japon), Tokyo, Keisô Shobô, 1955.

Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921.

MIYAZAWA Toshiyoshi (éd.), *Kempô Kaisei* (Révision constitutionnelle), Tokyo, Yûhikaku, 1956.

TANAKA Hideo (ed.), *The Japanese Legal System*, Tokyo, Tokyo University Press, 1976.

FUKASE T., « De quelques aspects particuliers et universels de la paix constitutionnelle japonaise », *RIDC*, n° 4, 1978, repris dans *Études de droit japonais*, pp. 145 et s.

HIGUCHI Y., « *Nihon Kempô-gaku to < Fukushi > Mondai* (Science du droit constitutionnel du Japon et la question du < bien-être >) », in Institut des sciences sociales de l'Université de Tokyo (éd.), *Fukushi Kokka* (État-providence), vol. 4, Tokyo, Tokyo University Press, 1984; repris dans HIGUCHI Y., *Kindai Kempô-gaku ni totte no Ronri to Kachi* (Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1994, pp. 121 et s.

« Kempô Chôsa-kai Hôkokusho (Rapport de la Commission de recherche sur la Constitution) », *Hôritsu Jihô*, n° spécial, 1964.

Kôhō Kenkyû-kai (Groupe de recherche sur le droit public), « Kempô Kaisei Iken (Opinion sur la révision constitutionnelle) », *Hôritsu Jihô*, vol. 21, n° 4, 1949, pp. 56 et s.

SATO Isao, « Kempô Kaisei-ron no Keihu to Genjô (Généalogie et état actuel des thèses révision-

nistes de la Constitution) », *Juriste*, n° 638, 1977, pp. 44 et s.

Tôkyô Daigaku Kempô Kenkyû-kai (Groupe de recherche sur le droit constitutionnel de l'Université de Tokyo), « Kempô Kaisei no Shomondai (Questions sur la révision constitutionnelle) », *Hôgaku Kyôkai Zasshi* (Revue de droit privé de la Faculté de droit de l'Université de Tokyo), vol. 67, n° 1, 1949, pp. 1 et s..

YAMAMOTO Hajime, « Révision de la Constitution, pacifisme et droit fondamentaux au Japon », *RFDC*, n° 24, 1995, pp. 823 et s..

Seconde Partie

Prologue

Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Recueil des Décisions du Conseil constitutionnel*, 1977, p. 42.

Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Recueil*, 1984, pp. 30 et s.

Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1997.

L. FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, André ROUX, Otto PFERSMANN, Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998.

HASEBE Yasuo, *Kempô*, Tokyo, Sinsei-sha, 1996.

Chapitre IV

OTAKA Tomoo, *Kokumin Shuken to Tennô-sei* (Souveraineté du peuple et régime impérial), Tokyo, Seirin Shoin, 1947.

Carl SCHMITT, *Théologie politique*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1988.

C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. fr., Paris, PUF, 1993.

C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1995, p. 81.

SUGIHARA Y., *Kokumin Shuken no Kenkyû* (Étude sur la souveraineté du peuple), Tokyo, Iwanami Shoten, 1971.

- HASEBE Y., « The August Revolution Thesis and the Making of the Constitution of Japan », *Rechtstheorie*, Beiheft 17, 1997, S. 335 et s.
- HASEGAWA M., « Nihonkoku Kempô Seitei-shi-ron (Discours sur l'histoire de la fabrication de la Constitution du Japon) », *Hôritsu Jihô*, nov. 1956.
- HIGUCHI Y., « Réflexion très simple sur le caractère juridique de révision constitutionnelle suivant les données fournies par l'expérience japonaise 1945-46 », Rapport japonais pour la Table ronde de l'Association internationale de Droit constitutionnel à Rotterdam (les 29 et 30 octobre 1992), dactylographie.
- KANNO Kihachiro, « Nomos Shuken Ronsô Shiken (Opinion personnelle à propos du débat sur la souveraineté du *Nomos*) », *Hôgaku* (Revue de la faculté de droit de l'Université de Tôhoku), vol. 50, n° 7, 1987; repris dans KANNO K., *Zoku Kokken no Genkai Mondai* (Questions sur la limite de la puissance de l'État, II), Tokyo, Bokutaku-sha, 1988, pp. 345 et s.
- MIYAZAWA T., « Hachigatsu Kakumei to Kokumin Shuken Shugi (Révolution d'août et principe de la souveraineté du peuple) », *Sekai Bunka*, mai 1946, complété et repris dans son recueil, *Kempô no Genri* (Principes du droit constitutionnel), Tokyo, Iwanami Shoten, 1967, réimp. 1993, pp. 375 et s.
- MIYAZAWA T., « Kokumin Shuken to Tennô-sei ni tsuiteno Oboegaki (Note sur la souveraineté du peuple et le régime impérial) », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 62, n° 6, 1948, repris dans son recueil, *Principes du droit constitutionnel*, pp. 281 et s.
- MIYAZAWA T., « Nomos no Shuken to Sophiste (Souveraineté du *Nomos* et sophiste) », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 63, n° 10-11-12, 1949, repris dans son recueil, *Principes du droit constitutionnel*, pp. 318 et s.
- NAGAO Ryuichi, « Futatsu no Kempô to Miyazawa Kempô-gaku (Les deux Constitutions et la science du droit constitutionnel de Miyazawa) », 1969, repris dans NAGAO R., *Nihon Hô Shisô-shi Kenkyû* (Étude sur l'histoire de la pensée juridique du Japon), Tokyo, Sôbun-sha, 1981, pp. 316 et s.
- A.C. OPPLER, « The Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation », *Washington Law Review*, August, 1949, vol. 24, n° 3, pp. 293 et s.
- OTAKA T., « Jijitsu to shitenô Shuken to Tôi to shitenô Shuken (Souveraineté comme fait et souveraineté comme devoir-être) », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 64, n° 4, 1950, pp. 197 et s.
- OTAKA T., « Nomos no Shuken ni tsuite (Sur la souveraineté du *Nomos*) », *Kokka Gakkai Zasshi*,

vol. 62, n° 11, 1948, pp. 574 et s.

Gustav RADBRUCH, « Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945 », in *Der Mensch im Recht*.

G. RADBRUCH, « Der Relativismus in der Rechtsphilosophie », in *Der Mensch im Recht*.

G. RADBRUCH, « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », in *Rechtsphilosophie*, 7. Aufl.

Alf ROSS, « Validity and the conflict between Positivism and Natural Law », *Revista Juridica* (Buenos-Aires), IV, 1961, pp. 46 et s.

Chapitre V

Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit, *Hô no Kaishaku* (Interprétation du droit), Tokyo, 1954.

Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit, *Hô no Kaishaku to Unyô* (Interprétation et application du droit), Tokyo, 1967.

Le Groupe juridique de l'Association des scientifiques démocratiques, *Nihon Hôgaku no Kadai to Tembô* (Tâche et perspective de la science juridique du Japon), Tokyo, 1955.

P. BRINBAUM, F. HAMON, M. TROPER, *Réinventer le Parlement*, Paris, Flammarion, 1978.

ICHIEI Kazuo, *Hô no Kaishaku to Tekiyô* (Interprétation et application du droit), Tokyo.

KAWASHIMA Takeyoshi, *Kagaku to shitenô Hôritsu-gaku* (Science juridique en tant que science), Tokyo, 1954.

Hans KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. fr., Paris, Economica, rééd., 1988.

MIYAZAWA T., *Nihon-koku Kempô* (Constitution du Japon), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1955.

OGOCHI Kazuo, *Shakai Seisaku* (Politique sociale), Tokyo, Yûhikaku, 1949.

AOMI Junichi, « Sengo Nippon ni okeru Hô Kaishaku-ron no Kentô (Examen de discours sur l'interprétation du droit dans le Japon d'après-guerre) », 1960, repris dans AOMI J. (éd.), *Hô Kaishaku no Riron* (Théorie de l'interprétation du droit), Tokyo, Gakuyô Shobô, 1975, pp. 158 et s.

HASEGAWA M., « Kempô no Kaishaku (Interprétation du droit constitutionnel) », *Hôritsu Jihô*, vol. 28, n° 2, 1956.

HIGUCHI Y., « Nihon Kempô-gaku ni okeru < Kagaku > to < Shisô > », in *Annuaire de la Société japonaise de philosophie du droit*, Tokyo, 1982, révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, pp. 3 et s.

- HIGUCHI Y., « ‹ Hihanteki Shumbetsu-ron › Hihan Kô (Réflexion sur la critique de la ‹ thèse de la distinction critique ›) », in *Mélanges HIRONAKA Toshio*, Tokyo, Sôbun-sha, 1986, révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, pp. 27 et s.
- HIGUCHI Y., « ‹ Hachigatsu Kakumei › Setsu Rikai no Shiten (Perspective de compréhension de la thèse de la ‹ Révolution d'août ›) », *Kokka Gakkai Zasshi*, vol. 97, n° 5-6, 1984, révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, pp. 59 et s.
- HIGUCHI Y., « Sengo Kempô-gaku to Sengo Hihan no Kempô-gaku (Science du droit constitutionnel de l'après-guerre et science du droit constitutionnel de la critique de l'après-guerre) », *Hôsei Ronshû* (Revue de droit et de politique de l'Université de Nagoya), n° 109, 1986, révisé et repris dans HIGUCHI Y., *Logique et valeur pour la science du droit constitutionnel moderne*, pp. 72 et s.
- HIRONAKA Toshio, « Ninshiki / Hyôka Shumbetsu-ron ni kansuru Oboegaki (Note sur la thèse de la distinction de connaissance / appréciation), in *Mélanges SERA Terushiro*, t. II, Tokyo, Sôbun-sha, 1977, pp. 137 et s.
- KANNO K., « Hachigatsu Kakumei Setsu Oboegaki (Note sur la thèse de la Révolution d'août) », *Hôgaku* (Revue de droit de la Faculté de droit de l'Université de Tôhoku), vol. 47, n° 2, 1993, repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État, II*, pp. 141 et s.
- KANNO K., « Hachigatsu Kakumei Setsu Oboegaki Kôki (Postface au note sur la thèse de la Révolution d'août) », *Hôgaku*, vol. 49, n° 1, 1985, repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État, II*, pp. 165 et s.
- KANNO K., « ‹ Hihanteki Shumbetsu-ron › Gûkan (Impression sur la ‹ thèse de la distinction critique ›), in *Hô no Riron 4* (Théorie du droit 4), Tokyo, Seibundô, 1984, repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État, II*, pp. 215 et s.
- KANNO K., « Sairon ‹ Hihanteki Shumbetsu-ron › (Nouvelle discussion sur la ‹ thèse de la distinction critique ›) », in *Hô no Riron 8*, Tokyo, Seibundô, 1987, repris dans KANNO K., *Questions sur la limite de la puissance de l'État, II*, pp. 247 et s..
- KOJIMA Kazushi, « Kempô-gaku no Kadai to Hôhō (Tâche et méthode de la science du droit constitutionnel) », in SUZUKI Yasuzo (éd.), *Kempô-gaku no Kadai* (Tâche de la science du droit constitutionnel).
- KURUSU Saburo, « Hô no Kaishaku to Hôritsuka (Interprétation du droit et juriste) », *Shihô*

- (Revue de droit privé), n° 11, 1954.
- KURUSU S., « Hô no Kaishaku Tekiyô to Hô no Junshu (Application-Interprétation du droit et observance du droit) », *Hôgaku Kyôkai Zasshi*, vol. 68, n° 5, 1950.
- MIYAZAWA T., « Kokumin Daihyô no Gainen (Notion de représentation du peuple) », in *Mélanges MINOBE Tatsukichi: Kôhō-gaku no Sho Mondai* (Problèmes de la science du droit public), Tokyo, Yûhikaku, 1934, repris dans MIYAZAWA T., *Principes du droit constitutionnel*, pp. 185 et s.
- MIYAZAWA T., « Hôritsu-gaku ni okeru Gakusetsu (Doctrines en science juridique) », *Hôgaku Kyôkai Zasshi*, vol. 54 n° 1, 1936, repris dans MIYAZAWA T., *Doctrines en science juridique*, Tokyo, Yûhikaku, 1968, réimp. 1995, pp. 65 et s.
- M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État », in *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, no 17, 1990, repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 143 et s.
- M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommages à Charles Eisenmann*, 1975, repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, pp. 293 et s.
- M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, pp. 329 et s.
- YAMASHITA Takeshi, « Tabû to shitenô Kempô ? (Constitution, en tant que tabou ?), *Hôgaku Shimpô*, vol. 19, n° 1-2.
- YAMAUCHI Toshihiro, « Sengo ni okeru Kempô Kaishaku no Hôhō (Méthode de l'interprétation constitutionnelle d'après-guerre), in SUGIHARA Y. (éd.), *Méthode de la science du droit constitutionnel*, pp. 71 et s.

Chapitre VI

- Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophismes politiques*, trad. fr., Paris, LGDJ, 1996.
- H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953.
- John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 1994.
- H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. fr. de 1^{ère} éd. (1961), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

- HASEBE Y., *Kenryoku heno Kaigi, Kempô Gaku no Meta Riron* (Scepticisme envers le pouvoir, la métathéorie de la science du droit constitutionnel), Tokyo, Nihon Hyôron-sha, 1991.
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960.
- H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, trad. angl. de *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Massachusetts, Peter Smith, 1989.
- H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997.
- J. Rawls, *A Thory of Justice*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1971.
- J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. fr., Paris, Seuil, 2^e éd., 1997.
- J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979.
- S. Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, 1988.
- B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, 1973.
- HASEBE Y., « Kempô-ten ni okeru Jiko Genkyû (Auto-référence dans une constitution) », in *Mélanges offerts en hommage à ASHIBE Nobuyoshi: Kempô Soshô to Jinken no Riron* (Justice constitutionnelle et théorie du droit de l'homme), Tokyo, Yûhikaku, 1985, pp. 821 et s.
- HASEBE Y., « *Hard Case to Saibankan no Ryôshin* (*Hard Case* et la conscience du juge) », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Gakushûin*, no 21, 1986, repris dans HASEBE Y., *Scepticisme envers le pouvoir*, pp. 204 et s.
- HASEBE Y., « Kaishaku to shitenô Kagaku (Science en tant qu'interprétation) », in HASEBE Y., *Scepticisme envers le pouvoir*, pp. 149 et s.
- KANNO K., « Kompon Kihan to Kempô Kaisei no Genkai (Norme fondamentale et limite de la révision constitutionnelle) », *Niigata Daigaku Hôkei Ronsh* (Revue de droit et d'économie de l'Université de Niigata), vol. 14, no 4, 1966, repris dans KANNO K., *Kokken no Genkai Mondai* (Questions sur la limite de la puissance de l'État, I), Tokyo, Bokutaku-sha, 1978, pp. 105 et s.
- A. Ross, « On Self-reference as a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, v. 78, 1969.

◁ Table des matières ▷

Introduction	p. 1
 Première Partie Histoire constitutionnelle du Japon	
Prologue : le mot ◁ <i>Kempô</i> ▷	p. 7
Chapitre I <i>Préhistoire de la Constitution de 1889</i>	
Section 1. Fermeture et ouverture du pays	p. 11
A. Fermeture du pays	p. 11
B. Ouverture du pays	p. 12
Section 2. Restauration de Meiji	p. 14
A. Fondation du gouvernement Meiji	p. 14
B. Mission d'Iwakura	p. 15
Chapitre II <i>Histoire de la Constitution de 1889</i>	
Section 1. Première histoire de la Constitution de 1889	p. 17
A. Genèse de la Constitution	p. 17
Le mouvement pour la liberté et les droits du peuple	p. 17
L'édit impérial de 1881	p. 20
La mission d'Ito	p. 22
La rédaction du projet	p. 23
Négociations sur la révision des traités	p. 25
Les premiers projet d'Inoue, de Roesler et d'Ito	p. 27
Le projet d'octobre	p. 31
Le projet de mars	p. 31
Délibération au sein du Conseil privé de l'Empereur	p. 32
B. Promulgation de la Constitution	p. 36
La révision des traités	p. 36
L'ouverture du Parlement	p. 38
Section 2. Seconde histoire de la Constitution de 1889	p. 40
A. Application de la Constitution	p. 40
Les quatre phases de l'histoire de la Constitution de 1889 ...	p. 40
HOZUMI Yatsuka, premier professeur de droit constitutionnel	p.41
La notion de ◁ <i>Kokutai</i> ▷	p. 42

La méthode historique	p. 44
MINOBE Tatsukichi	p. 46
Le débat du <i>Kokutai</i>	p. 47
UESUGI Shinkichi	p. 49
La méthode de Minobe	p. 51
La « <i>Taishô Democracy</i> »	p. 55
B. La « sortie » de la Constitution	p. 56
Un mauvais présage	p. 56
L'affaire de la « thèse de l'Empereur-organe de l'État »	p. 58
Chapitre III Histoire de la Constitution de 1946	
Section 1. Élaboration de la Constitution	p. 62
A. Défaite du Japon	p. 62
Le projet MacArthur	p. 64
Délibération sur le projet de Constitution	p. 65
B. Promulgation de la Constitution	p. 66
Section 2. Constitution du Japon de 1946	p. 69
A. Le « défi démocratique »	p. 69
Les principes fondamentaux de la Constitution	p. 69
L'Empereur	p. 71
La Diète	p. 72
Le Cabinet	p. 73
Le pouvoir judiciaire	p. 74
La révision constitutionnelle	p. 77
B. L'« excédent démocratique » ?	p. 77
Les premiers révisionnistes universitaires	p. 78
Le « réarmement » du Japon	p. 80
Le révisionnisme « autonomiste »	p. 82

Seconde Partie Science du droit constitutionnel au Japon

Prologue : le mot « <i>Gakumon</i> »	p. 87
Chapitre IV Débat sur l'acte constituant	
Section 1. Commencement	p. 92

A. Thèse de la « Révolution d'août »	p. 93
B. Thèse de la « souveraineté du <i>Nomos</i> »	p. 98
Section 2. Développement	p. 101
A. Miyazawa et Otaka	p. 101
La critique de Miyazawa	p. 101
La réponse d'Otaka	p. 102
La contre-critique de Miyazawa	p. 103
La clôture d'Otaka	p. 104
Discours sur le débat	p. 107
Chapitre V <i>Débat métathéorique</i>	
Section 1. Débat sur l'interprétation du droit	p. 114
Questionnement ignoré de Miyazawa	p. 114
A. Civilistes et philosophes du droit	p. 118
Questionnement d'un civiliste	p. 118
Réactions	p. 120
B. Constitutionnalistes	p. 123
Section 2. Débat sur la distinction dualiste	p. 127
A. Thèse de la « distinction critique »	p. 129
La « double fonction » d'une doctrine	p. 131
Thèse de la distinction sur le plan de la connaissance	p. 133
Thèse de la distinction sur le plan de la proposition pratique	p. 135
Implications de la thèse de la <i>distinction critique</i>	p. 136
B. Critique de la thèse de la « distinction critique »	p. 138
La « double fonction » d'une doctrine ?	p. 138
Présupposition logique de la thèse de la distinction	p. 142
Réponse sur la présupposition logique	p. 146
Réponse sur la « double fonction » d'une doctrine	p. 148
Chapitre VI <i>Résumé des deux débats</i>	p. 154
Section 1. Thèse de la « Révolution d'août »	p. 155
A. Présuppositions	p. 155
Jeremy Bentham	p. 155
Hans Kelsen	p. 156
B. Interprétation et science	p. 158

Le souverain chez Bentham	p. 158
La règle de reconnaissance de Hart	p. 159
Le changement de la norme fondamentale chez Kelsen ...	p. 160
La norme fondamentale et la limite de la révision constitutionnelle	p. 162
Le changement de la norme fondamentale chez Ross	p. 165
La scientificité de la thèse de la « Révolution d'août »	p. 168
Section 2. Thèse de la « <i>distinction critique</i> »	p. 171
A. Présuppositions	p. 171
Le point de vue externe	p. 172
B. Fondement moral de la thèse de la « <i>distinction critique</i> »	p. 174
Les caractéristiques de la thèse	p. 174
La rationalité usuelle	p. 175
L'intégrité de la conviction	p. 176
La morale de la thèse de la « <i>distinction critique</i> »	p. 177
 Épilogue	 p. 180
 Bibliographie	 p. 183
 Table des matières	 p. 192