HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Le droit et la morale : un memorandum
Author(s)	KOYAMA, Noboru
Citation	北海道大學 法學會論集, 2, 119-127
Issue Date	1952-07-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17041
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_p119-127.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

Le droit et la morale

——un mémorandum——

Noboru Koyama

I

1 Ce que je suis sur le point d'écrire, ce n'est pas une dissertation, mais seulement un mémorandum sur la relation du droit à la morale.

Je suis un étudiant en droit de procédure civil. Malgré cela, je porte de l'intérêt à la question de la relation du droit à la morale. Telle est la raison.

2 Dans l'Etat moderne il faut que la justice soit rendue par ce droit positif qui est établi précédemment par le parlement pour la norme ou le critérium pour résoudre des affaires civiles. Il ne faut pas qu'elle soit rendue par l'arbitraire du juge. Mais s'il n'y a pas de droit positif que l'on peut appliquer au cas, qu'est-ce-que le juge doit faire? Doit-il dénier la justice? Non! Ce qu'on appelle le déni de justice n'est pas seulement admis, mais aussi plutôt interdit. Donc alors que doit-il appliquer au cas pour render un jugement? Quand il applique la morale au cas, est-ce-qu'on pourrait en conclure qu'il a violé le

principe de la justice par le droit positif?

II

1 Le droit est un être objectif. Il est devant le sujet de connaissance. Il ne s'agit pas dans ce mémorandum si le droit est fait artificiellement ou s'il a crû naturellement. En tous cas le droit est un être donné. Cette proposition hypothétique est le point de départ de ma pensée.

2 Le droit régle la vie commune et sociale du peuple. Le droit privé régle la vie privée du peuple. C'est la fonction du droit. Ce "régler" du droit a deux éléments. L'un est le contenu de régler. L'autre est la volonté de régler. La question sur la volonté de régler est en relation avec la question sur la raison de ce qu'on doit se soumettre au droit. Mais cette question est hors de sujet dans ce mémorandum. Ici il s'agit du contenu du droit. Et le contenu du droit doit être le mieux en conformité avec l'Etat actuel de la vie commune du peuple. Le mieux signifie le mieux en détail, le mieux approprié et le plus juste ou impartial. Cette conformité est nécessaire étant derivée de la nature ou de la fonction du droit.

III

1 Il est inévitable qu'on produise des affaires civiles dans la vie commune. Les affaires civiles produites, on doit les résoudre. Et en outre une affaire semblable doit être résolue toujours de la même façon

Pour cela il faut que l'organe qui résout soit organisée et unifiée parfaitement.

2 Dans l'Etat moderne l'organe d'état, qui a le nom de "la cour," exclusivement a le droit de résoudre des affaires civiles qui se sont levées entre citoyens. Cette fonction de résoudre est faite par forme de jugement.

3 Et maintenant, la cour fait le jugement. Et de plus la cour seule fait cela exclusivement. Et de plus la cour doit faire le jugement quel que soit le cas.

4 Dans la constitution japonaise il y a une proposition. C'est que personne ne doit être dénié du droit d'accès à la cour (Article 32). Le droit d'accès à la cour, c'est, en cas criminel, le droit d'être mis en jugement de cour qui est fondée sur la poursuite légale contre l'accusé. C'est le droit d'être mis en jugement d'organe légitime d'Etat qui est fait par procédé qui est juste légalement. On demandait ce principe spécifiquement pour assurer l'équité de justice criminelle. Ce principe se révéle aussi dans l'article 37 section 1 de la constitution.

Aussi ce droit, en cas civil, signifie la liberté de poursuivre un procès en justice soi-même et, on n'admet pas que la cour dénie le jugement ou le néglige. On dit que ce qu'on appelle l'interdiction (1) de déni de justice résulte de cet article.

(1) Conf. l'article 4 du code civil français.

5 En tout cas, la cour doit toujours faire le jugement. Et de plus la cour doit résoudre une affaire

semblable de la même façon. A cause de celà deux questions se lèvent. Voici l'une. Qu'est-ce-qui est le critérium pour résoudre les affaires? Voici l'autre. Quand il n'y a pas de critérium, comment doit-on faire le jugement? résoudre les affaires? Une étroite relation théorique et historique lie ces deux questions.

6 Dans l'Etat moderne ces questions apparaissent ainsi. A première vue il nous semble qu'il y a deux propositions contradictoires. L'une est que la cour est interdite de dénier la justice même quand il n'y a pas de droit positif pour appliquer au cas. L'autre est que la cour doit décider l'affaire en appliquant les prescriptions de droit positif.

Mais, est-ce qu'il y a vraiment une contradiction? Les deux propositions sont-elles contradictoires l'une à l'autre? Pour le savoir nous devons analyser les propositions, spécifiquement cette dernière proposition. C'est-à-dire, quand on dit qu'il n'y a pas de droit positif, que signifie-t-il? S'il n'y a pas de droit positif, en quel cas et en quelle sens?

IV

1 Le critérium pour résoudre les affaires civiles. C'est le droit. Il va sans dire que cela est naturel. Le contenu de droit nous est déjà donné. Par conséquent il nous doit être évident en détail. Mais il n'est que "doit être." Actuellement il n'est pas tellement évident pour les hommes. Pour faire le

contenu du droit évident il faut qu'on le connaisse par la force de raison. C'est-à-dire il est nécessaire qu'on fasse le contenu du droit objectivement évident pour n'importe qui par la connaissance. Par la connaissance le droit devenait évident en substance pour les hommes. La chose connue par la raison, est seulement évidente pour les hommes objectivement. Ce droit connu on l'a nommé le droit positif.

2 Il y a deux méthodes pour connaître le contenu du droit. L'une la voici. Quand il y a une nécessité de résoudre une affaire concrète, on connaît le droit qui est nécessaire pour réglementer l'affaire ou la vie civile qui produisait l'affaire. En ce cas, le droit est le plus concrèt, le plus individuel, le plus spécifique et le plus actuel. C'est-à-dire c'est la méthode de justice ou jugement. L'autre la voici. On connaît au préalable le droit qui a la fonction de résoudre l'affaire qu'on prévoit se produire. Et le droit de ce cas conséquemment est plus ou moins abstrait, universal, générique et idéal. C'est-à-dire c'est la méthode de législation.

3 La législation et le jugement ont pour but de régler la vie sociale du peuple. La législation atteint à son but en établissant le contenu de réglementation abstraite et générale. Le jugement atteint à son but par la solution actuelle des affaires qui éclatent entre l'un et l'autre. Et cette solution est faite en établissant la régle concrète qui régit réellement la relation entre deux parties.

Quand nous voyons au point qu'elles font la substance concrète de régler la vie sociale légalement, la législation et la justice sont toutes les deux la fonction législative et créatrice.

Mais quand nous voyons au point qu'elles montrent, en face des affaires générales ou universelles et spécifiques ou individuelles, l'application du principe fondamental qu'on doit vivre socialement, la législation et la justice sont toutes les deux la fonction judiciaire et de juger.

4 Et puis, sous le principe du règne des lois on demande que le droit, qui est la critérium pour résoudre les affaires produites entre citoyens, soit établi au préalable, à mon avis, soit connu au préalable. Par conséquent sous le principe du régne des lois, la méthode de connaître le contenu du droit est la méthode de législation. Donc le critérium pour résoudre les affaires est, sous le principe du règne des lois, le droit qui est établi (connu) au préalable, c'est-à-dire le droit positif. En un mot, nous pouvons avoir cette conclusion.

5 Entre la législation et la justice il y a une substance commune. Celle ci est de connaître l'ordre légal donné. Quand nous le connaissons généralement, le fait (=connaître) est nommé la législation. Quand nous le connaissons spécifiquement, le fait est nommé la justice. J'ai dit l'ordre donné. C'est l'ordre qui est déjà avant notre connaissance. Il doit être complet. Par conséquent, on doit faire une connaissance complète. Le système qu'on fait en le connaissant doit être conséquemment complet. Mais la raison ou la force de connaître de la personne n'est pas complète. Et de là le système de droit positif, c'est-à-dire le résultat d'avoir connu l'ordre donné, est nécessairement incomplet. Et puis, sous le principe du règne des lois, on doit connaître l'ordre donné au préalable. Et de là le système de droit positif est

nécessairement incomplet. Incomplet ici signifie que le système de positif connu n'est pas identique à l'ordre donné à ce temps et en cette place. Comme on le dit, la connaissance=la législation a deux points incomplets. De cette nature incomplète ce qu'on appelle le défaut de droit est né. Et puis il s'y produisait la question qu'on doit ajuster le défaut de droit et le déni de la justice.

V

1 Ce qu'on appelle le défaut de droit est vu en trois cas. Le premier est le cas où on ne régle pas légalement malgré qu'il y ait les relations dans la vie qu'on doit nécessairement régler légalement. C'est-à-dire le cas où il n'y a pas de droit positif qui régle ces relations. Le deuxième est le cas où la manière de régler est incomplète. Le troisième est le cas où la manière de régler est injuste.

2 Dans le premier cas, par quelle critérium doit-on résoudre les affaires? Même dans le premier cas ce droit doit être celui qui régle les relations dans la vie desquelles les affaires se produisent. Mais c'est seulement "doit être." Actuellement personne ne connaît encore ce droit. Donc il faut qu'on connaîsse le droit qui n'est pas encore connu.

3 Le système de droit qui doit être est momentané. Exactement dit, le système de droit de ce moment est autre que le système de droit du prochain moment. Sous le système de droit écrit on exprime le contenu du droit (=le résultat qu'on a connu abstraitement au préalable le système de droit qui doit être)

en forme de phrase. Par conséquent deux points difficiles sont nés. L'un le voici. Contre la question "qu'est-ce-que le droit actuellement en vigueur?" on doit, en se fondant sur cette phrase, rechercher le système de droit actuellement en vigueur rétroactivement par cette phrase. Voici l'autre. Parce que le système se fixait en phrase et en temps, on ne peut pas mettre le système, qui est recherche rétroactivement par une phrase, exactement sur le systéme de ce moment qui doit être. Le premier et deuxième cas de ce qu'on appelle le défaut de droit sont nés de ces points difficiles.

4 Mais la partie qui ne s'adapte pas exactement, est réduite par la fonction d'interprétation. Pourquoi est-ce possible? C'est parce que la phrase abstraite fait l'interprétation élastique possible. Sans doute il y a une limite à l'élasticité. Donc le défaut de droit reste. Quand il y a un défaut de droit, c'est en connaîssant la partie du système qui doit être en ce moment, que l'on peut combler le droit. C'est-à-dire cette partie doit régler la vie que le droit positif connu n'a pas réglé encore. Mais cette partie ne peut pas être contre le principe fondamentale du système de droit positif qui est déjà connu. C'est un point difficile sous le système de droit écrit.

5 Mais, en résumé, à la question "quand il y a un défaut de droit par quel critérium on doit faire le jugement?," on peut répondre "par le droit connu nouveau."

Dans le passé, sur ce critérium, on agitait la morale, la raison, le droit naturel ou la régle du législation [1]etc. Mais cette méthode de poser une question, elle n'est pas propre. Le droit est le crité-

rium. Cela va de soi. La question doit être posée comme cela. Ce droit qui est le critérium, comment peut on connaître ce droit? Cette question est une question de connaissance soi-même, n'est pas de l'objet de connaissance.

(1) Dans l'article 1 de code civil suisse.

6 Quant au deuxième cas, on peut en dire autant que sur le premier cas.

7 Quant au troisième cas, la substance de ce cas est la faute de connaissance de la personne. Cette faute est née facilement sous le système de droit écrit. On connaît à faux quelque partie du système de droit qui doit être. En résultat cette partie est exprimée comme le droit positif injuste. Cette faute doit être corrigée par le même procédé que le drpit positif est connu ou établi, c'est-à-dire, par la décision du parlement. Le droit positif injuste doit être radié par la décision du parlement. C'est parce que sous le système de droit écrit on croit très important ce qu'on appelle la sécurité de droit—la sécurité de droit écrit—.