

**Sciences humaines combinées**

ISSN : 1961-9936

: Université de Bourgogne, Université de Franche-Comté, COMUE Université  
Bourgogne Franche-Comté

15 | 2015

Actes du colloque 2015

## Une méthode comparative des droits français et chinois : « De la relation entre service public et fonction publique – Étude comparée des droits français et chinois »

01 August 2015.

**Xiaowei Sun**

DOI : 10.58335/shc.395

 <http://preo.ube.fr/shc/index.php?id=395>

Xiaowei Sun, « Une méthode comparative des droits français et chinois : « De la relation entre service public et fonction publique – Étude comparée des droits français et chinois » », *Sciences humaines combinées* [], 15 | 2015, 01 August 2015 and connection on 04 April 2025. DOI : 10.58335/shc.395. URL : <http://preo.ube.fr/shc/index.php?id=395>

PREO

# Une méthode comparative des droits français et chinois : « De la relation entre service public et fonction publique – Étude comparée des droits français et chinois »

**Sciences humaines combinées**

01 August 2015.

15 | 2015

Actes du colloque 2015

Xiaowei Sun

DOI : 10.58335/shc.395

 <http://preo.ube.fr/shc/index.php?id=395>

---

Introduction

I. Les éléments méthodologiques préliminaires

A. Le choix de l'objet de comparaison

B. La question de la comparabilité

II. Les éléments méthodologiques susceptibles d'évoluer pendant la comparaison

A. La délimitation disciplinaire

B. Le choix des termes à comparer

C. La méthode de traduction

Conclusion

---

## Introduction

- 1 Le 26 septembre 2014, à l'Université de Franche-Comté, j'ai soutenu ma thèse de doctorat intitulée « De la relation entre service public et fonction publique. Étude comparée des droits français et chinois ». Par cette thèse, j'ai souhaité confronter les modèles français et chinois pour analyser la relation entre service public et fonction publique, désormais mise en cause par les phénomènes de privatisation, de contractualisation, d'externalisation et de « managérialisation ».

J'étudie successivement « le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics : la question du périmètre du droit public » et « l'influence du droit privé sur les évolutions du droit de la fonction publique : la question du contenu du droit public ».

- 2 Si, de par mon identité, le choix du droit chinois n'est certes pas un hasard, c'est surtout en considération de données culturelles, politiques, économiques et juridiques relatives à la Chine et par l'observation des faits que j'ai acquis la conviction que la Chine était un élément utile à la compréhension de cette question. D'ailleurs, la question de la comparabilité a été l'un des soucis principaux au plan méthodologique, que j'ai pris le soin de développer dans l'introduction. Ainsi, pendant la recherche documentaire, soucieux de la comparabilité entre les deux pays, j'ai dû considérer que je traitais, en réalité, trois sujets de thèse : l'un en droit français, l'autre en droit chinois, le dernier consistant dans une comparaison des droits. En effet, les droits français et chinois n'ont pas été présumés comparables et la méthode de ce qu'on appelle abusivement le « droit comparé » devait être appliquée indépendamment des objets de comparaison.
- 3 Une fois cernées les difficultés méthodologiques, malgré les divergences politiques et culturelles entre les deux pays, on constate non seulement un même mouvement de recul de l'administration publique dans la gestion des services publics, mais aussi l'influence croissante du droit privé sur le droit de la fonction publique. Les évolutions convergentes du service public dans les deux pays transforment progressivement la conception même d'un État central interventionniste. Dans ce contexte partagé, le sort réservé à la fonction publique ne pouvait que donner des indications intéressantes sur son rôle dans la modernisation de l'État et sur ses nécessaires adaptations.
- 4 Ce n'est donc pas une simple coïncidence que les constructions d'un système de services publics et d'une fonction publique en Chine, tout en étant impulsées par les tendances anglo-saxonnes, restent en liaison étroite avec le droit français qui leur fournit nombre de références théoriques. À l'heure où le droit public français est fissuré par les intrusions du droit privé, un droit public se dessine en Chine avec des phénomènes similaires de privatisation et de contractualisation.

- 5 Le travail public et le service public se trouvent dès lors dans une relation discordante. Le droit public, en tant qu'il régit traditionnellement le service public et la fonction publique, est mis en question tant au niveau de son périmètre qu'au niveau de sa substance. Si une concordance peut être recherchée entre l'identité de l'employeur (critère organique), la nature des activités (critère matériel) et le régime juridique du personnel, public ou privé, elle renvoie à une articulation entre l'État, le marché et la société. À ce stade, ce ne sont plus seulement les éléments conceptuels et techniques du droit français qui influencent le développement du droit chinois, mais une cause bien plus profonde qui se rattache à la notion même d'État. Celle-ci, d'origine juridico-politique, est aussi largement tributaire de la réalité sociale d'une part, et des aspirations du marché d'autre part. À mesure que la relation entre le service public et la fonction publique se distend, la corrélation entre les finalités de l'État et les structures administratives devient moins évidente. Dans ce contexte, la comparaison des droits français et chinois éclaire les transformations en cours du droit public.
- 6 La corrélation traditionnelle et logique entre service public et fonction publique étant mise en cause, il convenait de s'interroger sur l'ampleur, sur le sens et sur la portée de cette discordance. Il s'agissait de discuter l'existence d'un « noyau dur » qui suppose un lien indéfectible entre l'exécution de missions d'intérêt général, le recours à des prérogatives de puissance publique et l'emploi d'agents soumis à un régime exorbitant du droit commun. En d'autres termes, se posait la question de la pérennité de l'équation entre service public, fonction publique et droit public. L'un des objectifs principaux de cette recherche est de démontrer combien les interactions entre les mutations du service public et celles de la fonction publique conditionnent le droit public tant au niveau de son périmètre qu'au niveau de son contenu.
- 7 Tenant une approche positiviste, je tends à démontrer aux termes de cette étude comparée qu'aucun critère juridique ne permet de délimiter un contenu précis et stable de ce « noyau dur » qui unit le service public, la fonction publique et le droit public. Une telle délimitation relève de l'ordre politique. C'est là en effet, en suivant les tendances idéologiques et circonstanciées, que l'on donne une substance à des notions comme missions régaliennes, activités d'autorité

ou encore activités liées à l'exercice de la souveraineté. Le droit public est finalement, malgré ses éléments objectifs, un droit subjectif de la puissance publique, qui façonne les rapports entre l'État, la société et le marché.

- 8 Après cette présentation brève du sujet, de la problématique et des résultats de la thèse, dans le cadre de ce colloque, je voudrais surtout revenir sur l'aspect méthodologique. En effet, il s'agit de la toute première difficulté que j'ai confrontée dès le début de cette recherche. Les précautions méthodologiques, exposées dans l'introduction, conditionnent le développement de la comparaison.
- 9 Parmi ces éléments méthodologiques, certains doivent être déterminés avant le commencement même de la comparaison proprement dite (I), tandis que les autres peuvent être affinés au travers le développement de la recherche (II).

## **I. Les éléments méthodologiques préliminaires**

- 10 Ces éléments concernent d'une part, le choix de l'objet de comparaison (A), et d'autre part, la question de la comparabilité (B).

### **A. Le choix de l'objet de comparaison**

- 11 Le but de cette étude comparée n'est pas de découvrir les lois générales et l'essence du droit (cela aurait pour conséquence d'englober dans la comparaison le plus grand nombre possible d'ordres juridiques), mais d'appréhender une problématique à l'aide de la comparaison. En effet, « une étude comparative satisfaisant toutes les exigences méthodologiques et scientifiques doit nécessairement être restreinte à un nombre limité d'ordres juridiques »<sup>1</sup>. Le nombre est limité, en outre, en raison des moyens du chercheur. La présente recherche est entreprise par un chercheur isolé, non pas par une équipe composée de chercheurs d'origines diverses. Cela limite matériellement l'étendue de la comparaison. La connaissance linguistique constitue un autre facteur déterminant. Il est indispensable, afin de procéder à une comparaison juridique, de maîtriser la langue des pays dont le droit fait l'objet de comparaison car les documents

traduits, bien que de sources officielles et fiables, sont souvent « dénaturés ».

- 12 La pertinence de la comparaison est dévoilée par l'opération comparative même : nous ne pouvons pas savoir ce qui est comparable sans avoir effectué une comparaison. Or, quel est l'intérêt de cette comparaison, au-delà de la simple curiosité scientifique ? La Chine est-elle choisie au hasard pour la connaissance d'un droit étranger par rapport au droit français ? La réponse à cette question est sûrement négative. Pour Pierre Legrand, une telle démarche ne constitue même pas une véritable comparaison des droits. Celle-ci nécessite une justification théorique<sup>2</sup>. Néanmoins, l'analyse théorique de la comparaison repose inéluctablement sur l'observation des phénomènes et des faits après quoi l'observateur établit des hypothèses. La connaissance du droit étranger n'est pas le but de la comparaison, mais elle en est la substance. Notre étude ne propose pas une comparaison théorique consistant à fournir une contribution à la théorie du droit comparé. La décision de poursuivre et d'approfondir une étude comparée entre la France et la Chine est impulsée par un objectif précis : la comparaison se poursuit dans un but de politique législative, c'est-à-dire que l'étude du droit chinois aurait une fonction informative et, le cas échéant, suggestive à l'égard du législateur français. Ce qui se trouve au centre de notre préoccupation est un problème juridique ponctuel, appréhendé par les juristes français et chinois, et non pas le classement des droits. Il s'agit de la « micro-comparaison ». Au-delà de cette fonction pratique, je me contente d'enrichir les notions (en droits français et chinois) par une comparaison dont l'objet est peu abordé.

## **B. La question de la comparabilité**

- 13 Il est évident que nous ne pouvons comparer que des choses comparables. S'agissant de la comparaison juridique, une série de questions se pose d'emblée : peut-on comparer des ordres juridiques ayant des bases très différentes ? Doit-on choisir les ordres juridiques en fonction des systèmes juridiques (sachant que cela suppose au préalable l'affirmation de l'appartenance ou non de tel ou tel ordre juridique à un système juridique) ? Doit-on se limiter au choix d'ordres juridiques appartenant à une même culture générale ? En examinant l'exemple

de la comparaison entre les droits des systèmes occidentaux (anglo-saxon et romano-germanique) et les droits du système socialiste, Léontin-Jean Constantinesco a déjà montré dans son « Traité de droit comparé » que la comparaison entre les ordres juridiques issus de systèmes juridiques très différents est tout à fait possible à condition, bien sûr, de tenir compte de la portée des « éléments déterminants » dans la comparaison<sup>3</sup>. Il ajoute que « ce sont précisément les comparaisons portant sur des ordres juridiques très éloignés et appartenant à des systèmes juridiques différents qui sont les plus fructueuses au point de vue des connaissances scientifiques »<sup>4</sup>. Face au déclin du système socialiste à la suite de l'effondrement de l'Union soviétique et à une harmonisation du *Commun Law* et du système romaniste, impulsée par la construction de l'Union européenne, les doctrinaires juristes chinois ne parviennent à soutenir l'existence d'un système juridique chinois issu des acquis de l'ancien régime impérial. Si la comparaison des droits est nécessairement culturelle, elle contribuera à cerner l'identité d'un ordre juridique dont les contours restent encore indéterminés.

14 Pendant la recherche documentaire, soucieux de la comparabilité entre les deux pays, j'ai dû considérer que je traitais, en réalité, trois sujets de thèse : l'un en droit français, l'autre en droit chinois, le dernier consistant dans une comparaison des droits. En effet, les droits français et chinois n'ont pas été présumés comparables et la méthode de ce qu'on appelle abusivement le « droit comparé » devait être appliquée indépendamment des objets de comparaison. Cette précaution méthodologique m'a conduit à rechercher les documents selon les spécificités de chaque pays. Par exemple, les écrits doctrinaux constituent une partie considérable de la documentation française tandis qu'en Chine, ce sont les textes du Parti communiste de Chine qui occupent une place centrale. Cela ne veut pas dire pour autant que les recherches documentaires française et chinoise aient été indépendantes : une découverte dans le droit d'un pays guide nécessairement les recherches dans le droit de l'autre.

## II. Les éléments méthodologiques susceptibles d'évoluer pendant la comparaison

- 15 Dans le processus de la comparaison, il convient avant tout de délimiter le champ de considération disciplinaire (A). Ensuite, la question du choix des termes à comparer (B) est accompagnée d'un souci méthodique de la traduction (C).

### A. La délimitation disciplinaire

- 16 À l'aube de cette recherche, j'ai procédé à des choix disciplinaires. Je me suis gardé de m'aventurer dans les méthodes propres à la science politique, à la sociologie du droit et à la science administrative, alors même que leurs contenus peuvent concourir à la compréhension du sujet : je me suis efforcé d'aborder ces contenus avec les outils de l'analyse proprement juridique, tout en essayant d'éviter une comparaison purement technique. Ainsi, autour des analyses juridiques, des phénomènes socioculturels aussi bien que des évolutions politiques et économiques sont sciemment mis en lumière et pris en compte afin que la comparaison juridique soit toujours située dans son contexte et qu'elle acquière ainsi un sens réel.

### B. Le choix des termes à comparer

- 17 Quant au processus de la comparaison proprement dite, il est inévitable d'examiner chaque ordre juridique séparément avant de les comparer. Aucun des deux ordres, français ou chinois, ne doit être regardé a priori comme le modèle de référence. Cela étant, le comparatiste ne peut prétendre à la neutralité. Lui et sa méthode de pensée sont conditionnés par un ensemble d'éléments tels que la langue, la culture, l'histoire, la politique et même ses expériences personnelles.

« La subjectivité de la comparaison ne saurait être complètement éliminée, puisque la connaissance d'une culture juridique autre passe nécessairement, pour le comparatiste, par le filtre de ses connaissances antérieures, par sa situation historique particulière à laquelle il ne peut se soustraire. »<sup>5</sup>



- 18 Prendre les droits comme objet d'étude en se situant en dehors et au-dessus des droits nationaux ne lui permet pas de sortir de ces conditions. Le comparatiste serait donc tôt ou tard amené à se positionner. Un tel positionnement s'appuie en grande partie sur la langue dans laquelle le travail de recherche est rédigé : en l'occurrence, le français. Ma langue maternelle étant le chinois, je peux parfois prétendre à une traduction simultanée entre les termes français et chinois, cependant le but final est de présenter ces termes en langue française. À ce titre, je dois prendre d'abord les termes du droit français et, le cas échéant, si la démonstration l'exige, créer des termes (traduits du chinois) qui désignent des sens concrets et immédiatement compréhensibles en français. C'est pourquoi une méthode de traduction s'impose au sein même de la méthode comparative.

## C. La méthode de traduction

- 19 La méthode de traduction juridique ne diffère pas de la méthode de traduction linguistique générale. Le but est de faire comprendre le plus fidèlement et le plus précisément possible les énoncés d'une langue aux interlocuteurs ou lecteurs pratiquant une autre langue.
- 20 La démarche première et la plus adéquate est de trouver des équivalents. Mais c'est précisément là qu'il faut éviter un écueil : la traduction littérale. Il arrive que parfois le terme littéralement traduit existe dans l'autre langue, mais il n'est pas sûr qu'il signifie toujours la même chose. Ainsi le terme « Conseil d'État » pourrait trouver son équivalent littéral en langue chinoise qui est " 国务院 " (Guo-wu-yuan)<sup>6</sup>. Néanmoins celui-ci est le synonyme du gouvernement central tandis que celui-là désigne l'instance suprême de la juridiction administrative. Il ne faut donc pas se contenter de poser le terme traduit et de l'utiliser comme étant acquis. La vérification de la conformité réciproque doit être systématique.
- 21 En deuxième lieu, en cas d'absence d'équivalent, l'auteur s'autorise à créer des termes inexistantes en droit français. Si, parfois, ces termes créés sont dépourvus de sens précis et ne sont pas d'emblée compréhensibles, une explication doit être jointe. Tel est le cas du terme " 事业单位 " (Shi-ye-dan-wei), traduit en français comme « unité de service public » qui n'existe pas en droit français. S'inspirant du terme « unité », au sens institutionnel, issu de la science économique, l'auteur

le combine avec le terme « service public » connu du droit public, pour traduire le terme chinois. En conséquence, la définition du terme créé s'impose dès sa première utilisation.

## Conclusion

- 22 Aux termes de cette contribution, j'espère, au-delà d'une explication de la méthode que j'emploie dans le cadre de ma thèse, apporter quelques critiques à cette méthode. Si les précautions méthodologiques annoncées dès l'introduction de la thèse sont respectées, l'objectif de fonder une méthode spécifique pour la comparaison juridique franco-chinoise reste tout de même inachevé. Le souci se trouve plutôt au niveau sémantique que dans la technique comparative. Une comparaison des droits se poursuit bien au-delà du Droit.

---

1 Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, *op. cit.*, p. 39.

2 Pierre Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 12 et 70.

3 *Idem*, p. 119

4 Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, *op. cit.*, p 40.

5 Pierre Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 57.

6 Le terme chinois littéralement traduit en français est « Conseil des affaires d'État ». Ce n'est certes pas tout à fait identique au terme français. Mais le mot « affaires » au pluriel ne permet évidemment pas de faire la distinction.

---

## **Français**

L'essentiel de cette contribution porte sur l'aspect méthodologique de la thèse intitulé « De la relation entre service public et fonction publique. Étude comparée des droits français et chinois ». Après une présentation succincte du sujet de la thèse ainsi que les résultats de cette recherche, une analyse critique sur la méthode se poursuit dans deux temps : d'abord les éléments préliminaires ; ensuite les éléments qui se sont successivement construits pendant la recherche. L'objectif de cette analyse est, avec un recul nécessaire, d'approfondir les réflexions sur la construction d'une méthode spécifique de la comparaison juridique franco-chinoise.

---

**Xiaowei Sun**

Docteur en droit, CRJFC - EA 3225 - UFC

IDREF : <https://www.idref.fr/185919324>