

Title	フランス公法における「政治司法」概念とその変容： 統治機構における政治と司法の交錯点
Sub Title	La notion de en droit public français et sa mutation : Le point d'entrecroisement entre la politique et la justice dans les institutions politiques
Author	橋爪, 英輔(Hashizume, Eisuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.110, (2016. 9) ,p.171- 207
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160915-0171

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

フランス公法における「政治司法」概念とその変容 ——統治機構における政治と司法の交錯点——

橋 爪 英 輔

一 はじめに

- (一) 政治司法概念研究の意義
- (二) フランス憲政学と司法
- (三) 本論文の展開

二 政治司法の概念

- (一) 政治司法の定義
- (二) プシィ＝ポワルムールの識別基準
- (三) 政治司法Ⅱ政治犯罪の管轄権とする説
- (四) 政治司法における責任の主体
- (五) 政治司法の存在意義からのアプローチ
- (六) 小 括

三 政治司法の現代的変容

- (一) リベラル・デモクラシーにおける政治司法

- (二) フランス政治司法の現代的変容
 - (三) 政治司法の脱政治化と新しい政治化
- 四 おわりに

一 はじめに

(一) 政治司法概念研究の意義

フランス公法学や憲法学において「政治司法」と訳される『*justice politique*』という用語は、ほんらい矛盾・対立するものとして考えられる政治と司法が並列する不自然さを思わせる用語である。しかしながら、「政治司法」はフランスの憲法典の中で国家安全に対する罪等の特殊な犯罪の裁判権（事物管轄）や、大統領・閣僚という特殊な身分の裁判権（人的管轄）であり、時には陪審を伴い、時には議会の上院が法院を形成し裁判権を備える高等法院制度の文脈で用いられてきた。⁽¹⁾ もっとも、この「政治司法」概念は本稿で指摘するように、単に高等法院という特殊裁判権のみを指すのではない。例えば、政治学者であるフロランス・ブシイとイヴ・ポワルムール（以下、ブシイ＝ポワルムール）が著した『変容しつつある政治司法』⁽²⁾では、高等法院のような閣僚裁判権にとどまらない、司法裁判権と行政裁判権、そして国際刑事裁判権などを包括した広い分析が試みられている。このような論者からは、「政治司法」概念は必ずしも閣僚裁判権や政治犯罪のための特殊裁判形態を示すものにとどまらないのである。「政治司法」の概念は、第一に、閣僚裁判権のように、司法的な手続を借用した政治機関の決定プロセスとして、政治と司法の混濁を指して（ある時にはネガティブに評価する文脈で）用いられる場合と、第二に、政治と（司）法の双方の曖昧さから生じる政治領域と（司）法領域の境界確定をめぐる諸問題を指して用いられる場合がある。広いコンセンサスを得ている用法は前者であるが、近年の研究をみた場合に後者の重要性を無視しえず、後者が総論的であり、前者が各論的と捉えることも可能である。いずれにせよ、政治司法は政治と司法の交錯という問題状況を表す概念として用いられている。

(二) フランス憲政学と司法

フランスにおける公法学や憲法学はフランスの大学設置科目である『憲法と政治制度』に象徴されるような政治学的傾向をもち、憲政学というべき学問であったことが指摘されており、政治司法の問題もこのようなフランス特有の憲政学の関心の対象となっていたといえるが、さらに司法そのものに特殊フランス的位置付けがなされてきた事情も考慮しなければならない。フランスの司法あるいは裁判官 (*magistrat*) は立法権や執行権に比べると抑制ないし均衡が要請される権力分立の対象から外れる存在であったことが指摘される⁽⁴⁾。その理由としては、①裁判官の民主主義的正統性が欠如していること、そして、フランス特有の理由としては、②裁判官が真正正銘の権力 (*pouvoir*) として認められていない、すなわち、裁判官は機関 (*autorité*)、集団 (*corps*)、ないし秩序 (*ordre*) に過ぎないとみなされてきた⁽⁵⁾という事情が挙げられる。かつてシャルル・ド・モンテスキューがあらわした「国家の裁判官は、法律の言葉を語る口 (*bouche*) に過ぎず、法律の力も厳格さも緩和することができない生命のない存在である⁽⁶⁾」という考え方に従い、フランスの裁判機関は真正正銘の権力ではなく、いわゆる「無の権力 (*puissance nulle*)」であり、過度な解釈権を剥奪された法適用機関という位置付けがなされてきた⁽⁷⁾。

このように、裁判官を権力として観念しないことで権力分立の対象から除外し、他の二権に劣後する位置付けを与えるという特殊フランス的な裁判権の位置付けは憲法学の学問的関心においてもまた相対的に重要度が低いものとされている。フランソワ・サン・ボネは、革命以降の憲政学の主題としては、(α) (一般意思という意味で) 権力を保持し、裁判官が排除される諸権力 (すなわち立法府および行政府) の正統性の問題と、(β) これらの諸機関の間での職務の配分の問題があり、この両者が「憲法 (*constitution*)」という特別法の研究すなわち憲政学の対象であり、憲政学はこのような政治権力の正統性や帰属、枠組を扱う研究であったと指摘する⁽⁸⁾。具体的には (α) では投票方法の研究、

(β) では二院制の問題や執行府の拒否権、解散権、執行者責任の研究が主に行われてきた。このように裁判権や司法は本来の憲政学の関心から外れるのである。

しかしながら、政治司法は本稿で述べる通り政治機関が裁判作用を備える制度を表す概念であり、普通法 (droit common) が適用される司法裁判権との対比が意識されてきた問題であり (この意味で β の問題としての側面が強いものと思われる)、憲政学においても議論されてきたものである。例えば、政治家としても有名であった公法学者のポウル・バステイッドはパリ第五大学での博士課程向け比較憲法学講座 (一九五六―五七年) で政治司法のテーマを扱っている。⁽⁹⁾

(三) 本論文の展開

筆者はフランスにおいて「政治司法」の典型とされている閣僚裁判権の研究をもとに、法と政治の交錯をめぐる問題を論じることをめざしている。そして、本論文では、「政治司法」概念そのものを考察の対象とする。そこで、第一にこの政治司法の概念についての分析を試み、その概念がいかなる憲法問題を射程に入れるものであるか、またどのような特徴をもつ制度を示すものであるかを検討する (↓二)。さらに、第二に、フランスの高等法院制度や共和国法院における閣僚裁判権の例を挙げつつ、政治司法の現代的変容について検討したい (↓三)。

二 政治司法の概念

(一) 政治司法の定義

政治司法の概念については、クセージュ文庫のドゥニ・サラス著『司法の一〇〇の言葉』の《Justice politique》の項を見ると、二つの種類の政治司法——議院内閣制における政治司法とそれにあてはまらない政治司法——に分けて説明されている。後者は、一六六一年のニコラ・フーケの処罰例⁽¹⁰⁾を挙げつつ、次のように説明している。

長年、訴訟が権力の領域に触れる場合は、訴訟は政治的なものに過ぎなかった。裁判官は注意深く選出されるが、手続は最小限で、合法性 (légalité) を欠いていた。権力分立を無視する政体——君主制であれ独裁であれ——はすべてこの系統に組み込まれる。レゾン・デタ (国家的理由 : raison d'État) は競争相手や政敵の排除を覆い隠すために、絶えず訴訟を必要としていた。⁽¹¹⁾

ここでは訴訟の名を借りた政治闘争としての政治司法が問題とされている。このことは、フランクフルト学派のオットー・キルヒハイマーが、その著書である『政治司法 (Political Justice / Politische Justiz)』⁽¹²⁾の副題において「政治目的における法手続 (『司法手続』の利用) (『』書き : 筆者。以下同) と表したことに共通するように思える。なお、議院内閣制における政治司法は、一八一四年憲章で成立し、第三共和政や第五共和政で設けられたような高等法院や一九九三年憲法改正において導入された共和国法院制度、大統領の免責特権の説明であり、政治指導者や政府構成員の責任が問題となる制度のことを指している。

また、『Justice politique』と類似の言葉として注目すべき用語として、アレクシ・ド・トクヴィルが著した『アメ

リカのデモクラシー（第一巻）（一八三六年）第一部第七章「合衆国の政治裁判について」に「政治裁判 (Jugement politique)」という用語が登場するが、トクヴィルはこれを「一時的に裁判する権利を備えた政治的コオル (cops politique)」により下される判決⁽¹³⁾であると述べる。以上の定義は、フランス・アメリカの区別なく、また君主政か民主政かの区別をしていない。トクヴィルの観察した政治裁判は、イギリス・フランスの政治裁判は罪人処罰を目的とする裁判権の政治機関への臨時的な集中であり、公職禁止等の効果は判決そのものではなく、あくまでも罪人処罰という「司法行為 (acte judiciaire)」として分析されている。他方で、アメリカの場合は、政治裁判の主要目的を「権力を濫用した者から権力を剥奪し、その者が将来的に権力の座につくことを防止する」ことであるとして、政治裁判は「判決の形式を与えられた行政行為 (acte administrative)」と捉えられている⁽¹⁴⁾。フランスでは高等法院における閣僚裁判は組織的には議会が法院を構成するが、トクヴィルによると、司法作用ということになる。

トクヴィルは政治機関への裁判権の集中としてみているが、『Justice politique』として表現されてきたフランスの高等法院は憲法典により人民陪審や職業裁判官を伴うものと議会（主に上院）が法院を構成するものがあり、必ずしも組織的側面から、政治司法が「政治機関が裁判すること」を表すという結論は導きえない。この点について、高橋泉がフランスにおける閣僚責任に関する論文において、「人的（閣僚、場合によっては大統領も）・事項的（政治犯罪）の二重の意味において政治性を帯びており、議院（上院）自身が裁判機関とならない場合であっても、下院に訴追権を附与することによって、また、議員陪審や職業裁判官と並んでの議員裁判官の司法参加などを通じて司法手続に政治的色彩を与え続けてきた⁽¹⁵⁾」と説明するように、政治司法が対象とする作用——人的要素（人的管轄）および事項的要素（事物管轄）——でその政治性が問題となる。

政治司法の定義が困難であるという言明は、次の二つの問題が背景にある。第一に、「政治」と「司法」の分離という権力分立の観点からの問題である。この点について、ブシィ＝ポワルムールは、「この「政治と司法の」非両立

性は常に存在していたわけではない。それは、政治作用と司法作用が少しずつ分化され、それぞれに極めて異なる職務と登用 (recrutement) の規定に服する専門化された機関が与えられていくなかでの、国家の建設そして民主化という長いプロセスの産物である」と指摘しており、元来は混然一体のものであった統治作用が、近代国家や民主主義国家の建設過程で分化されていくプロセスを描いている。したがって、政治と司法が完全に分化することを理想とし、たうえて、政治司法はこのような分化プロセスの途上にある存在であるといえる。この点、高橋は、政治司法は、刑事責任と政治責任の「狭間に位置して文字通り〈政治〉と〈司法〉の未分化状況を体现する理論枠組⁽¹⁷⁾」であると評価している。

第二に、「政治」と「法」の概念の問題である。政治司法の分析にあたり、何をもって「政治的 (politique)」とするか、その「政治」概念の定義と、その対面に定義として法的なものは何であるかという問題が伴う。これは、フランスの高等法院や共和国法院において問われる閣僚責任が政治責任か法的責任 (刑事責任) かという論点に関わる。

(二) ブシイ＝ポワルムールの識別基準

このように、政治司法を定義することは困難な作業ともいえる。このような観点から、いかなる裁判制度を政治司法として認識するかという学説上用いられてきた識別基準を分析したのがブシイ＝ポワルムールである。

1 組織的基準

ブシイ＝ポワルムールによれば、この「組織的基準 (critère organique)」は政治権力に対して裁判を行う機関の帰属または独立関係の存在を識別原理とする。典型的には、政治的構成による機関により裁判を行う場合、または裁判体が執行府の一人または複数の構成員——大統領、大臣——または立法府の構成員から構成される場合、その裁判は政治的である⁽¹⁸⁾とする。これは、トクヴィルが指摘するような政治的コオルによる裁判と一致する。しかし、ブシイ＝

ポワルムールはこの基準については次の評価を与える。

構成員を選出し、または、法的ないし事実上の権限を構成員に行使することによって何らかの影響を与える手段を政治的機関が保持する場合に、その裁判体はより鋭敏に政治的といえる。この組織的基準は裁判体の政治的な構成に基づく場合には単純な適用であるが、「裁判体への」圧力を与える手段の行使に基づく複雑な処理である。したがって、政治的権力が司法に対する権限を欠くことのない以上、この別のアプローチはあらゆる司法を政治的とみなす危険がある。⁽¹⁹⁾

確かに裁判機関の構成だけを捉えれば単純な問題になり、現実には裁判官の指名の際に政治的配慮が色濃く影響する場合も考えられる以上、実質的な政治的影響を考慮することも重要であるが、日本の最高裁判所裁判官をはじめとして政治部門による裁判官の指名や任命はおよそ行われていることであり、安易に基準を拡張するのは危険であり、より緻密な分析が必要となろう。また、プシィ＝ポワルムールはこの基準が法創造機関として裁判官が政治性を帯びる「司法の政治化」現象の問題を想定していないとして不適切であるとも指摘している。⁽²⁰⁾

この組織的基準をフランスの高等法院と共和国法院制度に当てはめた場合、専ら議員構成員から成る高等法院はまさに政治司法と認められるが、元老院議員六名と国民議會議員六名、破毀院裁判官三名による混成で、破毀院裁判官が主宰する共和国法院の場合は政治司法に該当するか否かはこの基準からは直ちに導くことが困難である。その意味でも、組織的基準は単独では限界のある基準と思われる。

2 「法外な制度」基準

この基準は「法外な制度 (régime exorbitant) の存在」に着目した基準である。プシィ＝ポワルムールによれば、「立法作用および執行作用が関わる争訟が、普通法を適用除外する手続や普通法を逸脱する実体原則に従う以上、司

法は政治的特徴を帯びる」として特別な手続の存在から政治司法を認識しようとする基準である。⁽²¹⁾ 例えば、手続面で、付託（提訴）に関する限定的な規定や審級上の修正がある場合が指摘される。さらに、三つの場合があり、①特定の政治的職務を行使する「人」に係る場合（免責特権、訴追への同意の必要等の問題）、②公法人（国、地方自治体、公施設）の行為（異議申立が特殊な手続を要する、または政治機関の留保を受ける）の場合、③関係する活動が政治的特徴をもつ場合（選挙上の競争、武力闘争、戦争またはテロ行為）である。①と②については、高等法院の人的管轄（閣僚の管轄権や大統領の免責）、③については事物管轄（国家に対する罪）が該当する。また、前述の高橋の記述にも沿う基準であろう。

もつとも、この基準についてもブシイ＝ポワルムールは「司法が政治的であるとみなしうる特殊性ないし法外性はいかなる程度のものかということを決定するのは未だに困難なままである」と指摘する。⁽²²⁾ その理由としては、この基準は外見的な単純性をもつにすぎない点や、普通法にはない特殊な手続や制度が必ずしも政治的配慮に由来するものではない点を挙げている。

3 事物的基準

第三に、ブシイ＝ポワルムールが「事物的基準（critère matériel）」と形容する基準は、「三重の意味に拡張される政治（la politique）そのものに関する基準」であり、その政治の意味は、①国家（polis）、②権力の地位を獲得するための政治的アクター同士の争い（politics）、③国境内および国境外での国家権力の行使（polity）に分かれるという。これらに關係する問題は政治性を帯びるため、その裁判は政治司法と呼ぶことになる。この基準に関してブシイ＝ポワルムールは具体例を提示していない。サラスが古典的な政治司法の例としていたニコラ・フーケの処罰は政治的闘争のための政治司法といえ、②の事例に該当するように思われる。ただし、この基準でも単独では政治司法の領域を確定するためには不十分であると思われる。

ブシィールポワルムールは、この第三の基準が第一、第二の基準に比べると政治司法が発展した場合の活動領域を限定するためには適切な基準であると評価し、また、構成のみに着目する第一の基準は極めて制限的であり、他方で第二の基準は極めて広汎であるとして、三基準を組み合わせて用いることが適切であると指摘する。⁽²³⁾ただし、これらの識別基準から窺える政治司法の考え方は、政治と司法の関係が問題となる議論に広くあてはまるのではないかと思われる。

(三) 政治司法と政治犯罪の管轄権とする説

1 政治司法と政治犯罪

ブシィールポワルムールの右の三基準で導かれる政治司法は広い射程をもつものであるように思われる。他方で、ミシェル・アンリ・ファールブルは、一七世紀の宰相リシュリュー公爵が示した次の二つの視点に従い政治司法を分析している。⁽²⁴⁾その視点の一つは「組織上の観点」であり、「政治司法は特別な裁判所により行われる裁判である」とする。ここでは政治司法が問題となる特別裁判所と普通法が適用される裁判所すなわち司法裁判所とが対置される。もう一つの視点は、「作用上の観点」であり、政治司法はそれが対象とする「違法行為 (infraction)」によって特徴付けられるとする。その違法行為は、例えば反逆罪や国家安全に対する罪とよばれるものである。

バステッドも政治司法を「国家組織や国家安全に対する侵害や公的問題の指揮に参与する重大な人物の行為を独自の方法で制約する制度」⁽²⁵⁾とし、さらに次のように説明している。

要するに、政治司法は普通法上の刑事裁判ではない。政治司法は刑事法の全体の中で独自のカテゴリを構成するものである。文明化と時代に応じて、ある時には通常の裁判よりも厳格であり、ある時には反対に政治司法の対象となる事実によってより柔軟

で順応的で流動的である。しかし、政治司法は常に固有の特徴を持ち続けている。⁽²⁶⁾

このようにバスティッドも作用面で違法行為に着目しながら、通常裁判所と対置される制度として政治司法を説明している。

フアーブルはこのように組織と作用から特徴付けられる政治司法について、「理論的に、典型的な見方において、政治司法の組織と作用は混濁し、または、部分的ないし全面的に分離される」と評価し、以下の類型に政治司法を分類する。⁽²⁷⁾第一に政治司法が担う作用があらゆる政治犯罪を対象とし、その管轄権をもつ組織が（司法裁判所ではない）特別裁判所とする類型（以下、 α …作用・組織一致型とする）である。第二に、政治司法の担う作用を、最も重大な政治犯罪に限定し、その管轄権をもつ組織を特別裁判所とするが、その他の政治犯罪については司法裁判所に管轄権を帰属させるという類型（以下、 β …作用・組織一部分離型）である。第三に、あらゆる政治犯罪は完全に独自の組織から解放される、すなわち、政治司法が司法裁判所に帰属する類型（以下、 γ …作用・組織全面分離型）である。 α の類型は古代ローマやゲルマン法での制度であり、フランスには五世紀に移入され、フランク王国や一二世紀までの封建制を媒介に存続した。 β の類型についてはフランスの現行制度（論文公刊時は一九六〇年）であると指摘している。 γ の類型においては、政治犯罪と普通法上の犯罪の法的な差異がなくなり、前者がより厳しく処罰される傾向があるという事実上の差異にすぎない。この類型の例としてフアーブルはソ連の例を提示している。ただし、司法裁判所に帰属するとしても、ソ連の場合は自由主義国家的な権力分立を前提にしていないことから、逆に通常の司法裁判所の政治性を考慮に入れる必要があろう。

以上のように、バスティッドやフアーブルは違法行為や政治犯罪に着目し政治司法を説明するものである。このような視点からは、組織上の観点よりも、作用上の観点であるところの政治犯罪と一般的犯罪の区別が重要となってくる。

る。さらにβの類型において、その管轄権の帰属を左右する政治犯罪の重大性を分けるものは何かという問題も存在する（フアーブルは法的な刑罰の重さの違いであるとするが、では何故法的に差異が設けられたかという問題が残る⁽²⁸⁾）。このように政治犯罪をキー概念として政治司法を捉える考え方は第三共和政の公法学者モーリス・オーリウの閣僚の刑事責任の説明にもあらわれている。オーリウは「執行機関の長である者の刑事責任もまた政治責任である。というのは、もちろんここでは普通法上の重罪が問題になっているのではない。これもまた政治責任の基本形態なのである」と捉え、閣僚の刑事責任は「職務の行使の際に犯したすべての種類の政治犯罪を理由とする責任」としている⁽²⁹⁾。ただし、第三共和政の閣僚責任についての憲法上規定は非常に簡素であり（公権力の諸関係に関する一八七五年七月一日の法律一二条）、通常裁判所の競合的管轄権も認められていることから、上記の分類のいずれかに該当するかという点では微妙である。

2 政治犯罪の概念

それでは、政治司法の要素である政治犯罪はいかなる犯罪を対象とするか。政治犯罪の概念がここで問題となる。デニス・ザボはカナダの犯罪学者ではあるが、法制史的・比較法的視点から政治犯罪について分析しており注目値する。

ザボは政治犯罪について、「種の生存が近親婚の禁止により保障されるように、社会も、反逆罪を原型とする政治犯罪の抑制によって維持されるものである⁽³⁰⁾」と説明し、政治犯罪抑制の目的を社会の維持としている。さらに、歴史的沿革を次のように説明する。

まず、古代の政治犯罪についてはアテネの例を挙げ、民主主義を破壊する者を敵とみなし、敵を殺す者は無実とするという考え方のもとで、反逆罪（*perduellio*）や主権侵害罪（*crimen laesae maiestatis*）が想定されてきた。しかし、これらの罪を犯した者は外敵と同視されることから、法的なサンクションは想定されず、実行使がサンクションであ

り、これらの政治犯罪は法体系の埒外にあったという。ファールがアテネでは「組織的に政治司法が存在しない」と指摘する通り、政治司法はないもののその対象となる政治犯罪概念自体は形成過程にあったといえる。

次に、教会法と世俗法の二元的法秩序が存在する中世では、政治犯罪も教会法と世俗法それぞれに反逆罪が存在し、また裁判権も教会裁判所と世俗法の裁判所に区別された。³² アテネでは民主主義の否定が政治犯罪に結びついていたが、ザボによれば、国王と専制君主の区別によって抵抗権が政治思想（トマス・アクィナスの抵抗権論）や実定法に導入された。³³ 他方で、封建制の基礎を構成する忠誠がその背信を政治犯罪として処罰することで維持されていた。

近代では、王権が教会から独立し、各諸侯に優位し、そしてレゾン・デタが封建的忠誠による紐帯に取って代わった。この時期から政治犯罪は罪刑法定主義が適用除外され、裁判所が自由裁量的な犯罪の性質決定と刑罰の決定を行った。この点、「通常の事件では、裁判には証拠の明晰性（*clarté*）と明白性（*évidence*）が要請される。しかし国家の事件については同様ではない。なぜならしばしば推測が証拠の代わりになるべき場合がある」というリシュリユー公爵の言説がレゾン・デタによる政治犯罪を特徴付けている。

このようなレゾン・デタによる政治犯罪は、市民革命による自由主義的国家の誕生により、政治の法への従属が目指されるなかで、政治的な裁判所が徐々に減少していく傾向にあると指摘される。³⁵ ただし、革命後も、確立された（自由主義的）秩序に対する無政府主義者からの脅威への防衛という観点から政治犯罪が注目される場合がある。例えばフランスでは、一九六三年に創設された国家公安法院（*Cour de Sécurité de l'État*）という特別裁判所にテロ犯罪等の政治犯罪の裁判管轄を認めていた。もともと、この法院はその過度な権限が公的自由および意見表明の自由への脅威とみられたため一九八一年に廃止されている。

このように古代から現代にわたり存在する政治犯罪は歴史性のある概念であるゆえに、ザボは「政治犯罪は一定不変の特徴をもたず相対的」である³⁶と指摘する。また「政治的（*politique*）」という形容詞からの副次的特徴から政治犯

罪を次のように特徴付ける。

従って、この犯罪は本質的にはいわば例外的犯罪であり、国内的攻撃（殆ど常に国外的共謀と結びついている）に対する社会コオルの防衛反応であるが、その（政治犯罪の）存在自体によつて政治犯罪から必然的に由来する専制的な威嚇により公的自由を危険に晒すものである⁽³⁷⁾。

ザボによれば、イギリスのように制限列举的に政治犯罪を規定している国もあるが、大陸法的に政治犯罪はこのように曖昧で専制的であり公的自由を脅かすものという特徴をもつのである。

さらに、ザボは政治犯罪の定義について、政治犯罪行為の動機・目的（主観的要素）からは、「確立された政治秩序の修正または転覆、国家安全に対する侵害」であることが、侵害される権利の性質（客観的要素）からは、国家の政治的組織へのあらゆる侵害行為を導き、政治犯罪の成立には政治秩序の部分的または全体的破壊の故意が、必要であると述べる⁽³⁸⁾。また、繰り返しになるが政治犯罪の副次的特徴としては、政治犯罪の定義が「政治的」という文言の實質に依存するため、特定の政治秩序への愛着、政治秩序についての相対的な価値はその秩序が体现する集団性や世論に依存することとなる⁽³⁹⁾。ザボは「現代の情勢から、政治犯罪が、重大な社会的危機や急速な発展による激動を受け熱狂した社会コオルの専有物ということが明らかにになる」という現代的な特徴から、極端に重大な情勢のみが特別裁判所と政治的目的に基づく刑罰類型を正当化するものであると指摘する⁽⁴⁰⁾。

以上のザボの議論から、政治犯罪概念は一定不変のものがあるわけではないが、時代に応じた政治秩序に照らして、確立された政治秩序の修正・転覆や安全への侵害を目的とする国家の政治的組織への侵害行為が政治犯罪の核心部分であるといえる。このような政治犯罪の裁判権を特別裁判所に帰属させる仕組みがリシュリューやファールブルの視点

に立つ政治司法であり、フアーブルのβ型の政治司法においては、ザボが示す政治犯罪の核心部分とそれ以外の政治犯罪（例えば、贈収賄や会社財産濫用）を区別することが適切なのではないかと思われる。

（四）政治司法における責任の主体

フアーブルは、リシュリユーにならない政治犯罪の裁判という政治司法の作用に着目して政治司法を類型化した⁽⁴¹⁾が、他方で、政治的「犯罪者（*criminel*）」という主体の問題に着目した論者としてバンジャマン・コンスタン⁽⁴²⁾を例に挙げて政治司法を説明している。コンスタンは議院内閣制的な高等法院制度を導入した一八一四年憲章に類似した一八一五年帝国憲法附属法の起草を依頼された人物であるが、彼によれば、その主体はまさに閣僚であり、国家を害する危険をもつ多くの閣僚の行為が存在するとしている。具体例としては、不正または無用な戦争の企図、戦争指揮における著しい遅滞または逃走、外交での不手際、経済政策の失敗などによる公の信用の動揺などであるが、このコンスタンの立場からすると閣僚の「有害な」行為をすべて予め規定することは不可能であり、ケースごとに犯罪の性質決定と刑罰を決定する政治的な裁判所の制度による解決が求められることになる。⁽⁴³⁾

このような主体の問題を顕在化させたコンスタンの捉え方が閣僚責任論としての政治司法を発展させることになり、例えば、第三共和政の公法学者であるアデマール・エスマンやジョゼフ・バルテルミーによつてコンスタンの理論が復活しているとフアーブルは指摘している。⁽⁴⁴⁾

また、前述のザボの分析は政治犯罪自体をある程度定義しようとする点で、それを司法裁判所の管轄に移譲する議論に結びつくが、コンスタンの議論は法律による定義を放棄するため、第三共和政的な上院の至高的権限による自由裁量的な政治的裁判を容認する方向に働く。

(五) 政治司法の存在意義からのアプローチ

ブシイ・ポワルムールは本章(二)で提示した三つの識別基準に加えて、社会の他の構成要素との関わりにおいて政治司法にどのような役割や地位を与えるかという視点から、政治司法を分析することが重要であり、政治司法の存在理由ないし存在意義に着目したアプローチをとっている。その存在理由を明らかにするために、政治司法をめぐる二つの歴史的契機に着目している。

1 絶対主義への移行における政治司法

その一つは、ザボも指摘していた点と重なるが、封建制度から絶対主義への移行において、中央集権的な体制のもと、君主の権限の保護と外敵に対する国家の保護の手段として政治司法を位置付けることである。絶対主義では、権力の一元的な掌握が要請され、国家利益とよばれるものは主権者（君主）と一致することになる。こうした君主の主観的なレゾン・デタや国家利益を保護するための、「政治による政治のための」政治司法としての位置付けが第一の歴史的契機における政治司法である。

この絶対主義的要請からの政治司法の位置付けは「国王は違法をなしえない」という法諺から導かれる君主や国家元首の無答責と親和的であり、フランスにおいては共和国大統領の免責をめぐる議論でも維持されることになる。⁽⁴⁶⁾大統領責任については、第三共和政以降、大統領は大反逆罪の責任を負うと規定されたものの、第五共和憲法における二〇〇七年憲法改正により、国際刑事裁判権と新たな高等法院による罷免手続以外に大統領が無答責であることが定められ、再び大統領の免責は憲法上保障されることになった。

2 民主化過程における政治司法

政治司法の第二の歴史的契機は、絶対主義からの解放と国家の民主化過程である。第一の契機である絶対主義は、

私的な領土支配から国家の形で制度化された支配の公的独占への転換として捉えられるが、その主観的なレゾン・デタや国家利益により支配された政治司法の克服のために、君主の利益と「非主観的なレゾン・デタ」⁽⁴⁷⁾を区別する思想、さらに、一八世紀における社会契約理論の優勢が重要な役割を演じたという。ブシィ＝ポワルムールは「社会契約理論が生み出した学説上の議論での豊富な知見において、社会契約理論は、権力の利用を専ら社会への奉仕を究極目的とした法的特権の行使へと変容させ、国家をして、その政治的特徴が多かれ少なかれ表れる司法に服従せしめることを正当化する」と述べる⁽⁴⁸⁾。さらに、民主化過程における政治司法は、政治を法に従属させることと特別裁判所の創設による実現から成り立つと指摘する。

3 政治を法に従属させる諸理由

政治の法への従属の第一の理由に、自由主義的側面が挙げられる。ブシィ＝ポワルムールはアダム・スミスの個人的自由の優越および経済領域の自律性・市場の自己統制能力の信仰が、ジョン・ロック的自由主義に結びつくことを指摘する⁽⁴⁹⁾。「予め制定され、社会の構成員が明示的に同意した法への服従」を重視し、「固有権の保全こそが統治の目的であり、そのために人々は社会に入る」⁽⁵⁰⁾とロックがいうように、自由主義における統治は生命・自由とりわけ各自の財産権（固有権）の保護を目的とするものである。他方で、ブシィ＝ポワルムールは、人民主権に対するある種の懐疑をもち、「ルソーが着想したような民主政と不可分であるような、人民の自己に対する無制約な権力の観念は——恐怖政治（a Terreur）の時に証明された——個人的自由の侵害および多数者による少数者の抑圧という危険を萌芽として孕むものである」⁽⁵¹⁾として「一般意思の表明たる法律」には一定の警戒心をもつ。そして、続けて次のように指摘する。

自由主義的思惟は直接民主制の机上の空論的な仮説を糾弾するのみならず、代議制統治において、他のあらゆる機関を超える民

主主義的洗礼によって高められ、諸特権と諸免責により擁護され、任期中は有権者に対するあらゆる義務を免れた代表者たちが主権者とみなされ暴君と化することを妨げる手段を自由主義的思惟が探究することで、「代表者が暴君と化す」危険な原則を緩和することに努めている。このリスクを避けるために、優越的階級やエリートに権力を維持しようとする者たちは、統治者を有徳で聡明な市民のみから選出することを推奨する⁽³²⁾。

しかし、民主主義の現実ではそのような有徳で聡明な代表者を選出すること、さらには普通選挙が普及した現代において、適性のある者に限定するような被選挙人資格を限定することは困難である。そこで、こうした代議制民主主義における難点を克服するための手段としての統治の技法が導かれる。「あらゆる制度技術的階層で、多数者専制やプレビシットの統治の脅威を避けることが狙いとされた」とブシィ⁽³³⁾「ポワルムールは指摘するのであり、その例として、権力分立、代表に多様性を保障する投票方法の選択、法律の憲法適合性審査制度の導入などがあり、そこに統治者の刑事的または政治的責任追及機能や免責特権の限定が含まれるとする。このようにして政治司法を民主政における統治の技法の一つとして位置付けることが可能である。

第二の理由は人権の普遍性である。フランス革命の思想は人権、すなわち自然的権利であり、時効によって消滅しない権利の普遍性を掲げ、民族自決権の旗のもとにヨーロッパ全域に輸出された。抑圧された者に認められる権利として、一七九三年人権宣言が「圧政への抵抗はそれ以外の人権の帰結である」(三三条)、「政府が人民の諸権利を侵害するとき、蜂起は、人民および人民の部分にとつて最も神聖な権利であり、最も不可欠な義務である」(三五条)と認めている。こうした圧政を受ける者の保護は国際法秩序における実現が期待されることになる。ブシィ⁽³⁴⁾「ポワルムールが「この人権の国際的保護への配慮は次第に、戦争の違法化および永続平和の樹立を目指す機構の設置案に統合されていった」と指摘する通り、人権の普遍性は国際刑事裁判権としての政治司法に、存在理由をある程度与える

ものとして機能している。ただし、国内の通常司法裁判所における国際紛争の解決も一つ的手段であるとブシィ＝ポワルムールは指摘する。その目的は「諸国家が各々の人民に対し自由主義的憲法と賢明な統治を与えることを約束するだけではなく、コスモポリタンの権利と不可分一体であるホスピタリティ原理の尊重とともに、エマニュエル・カントにより引き出された永遠平和の条件の一つである共和政を採用すること」⁽⁵⁴⁾にあるという。カントは永遠平和を実現不可能な理念としながら、「国際法全体の究極目標」としており、以上の指摘はその接近を実現するための国際法、その国内実施として捉えられる。

さらに、民主主義イデオロギーが提唱する他の理由としてモンテスキューの議論が関わってくる。モンテスキューによれば、共和政は、徳、言い換えると法律や祖国への愛を備えることを要求し、各自に公的利益の私的利益への優位を求めている。そしてこの政治的徳の原理は市民、そして統治者にも「常に骨の折れる自己犠牲」を要求するものであった。⁽⁵⁵⁾こうした共和政の原動力としての政治的徳の原理の維持の手段に政治指導者の刑事責任が機能する。ブシィ＝ポワルムールは「刑事的法律が政治指導者によりもたらされた侵害行為に対し制裁を与えることを必要とする」というのは、政治指導者の悪徳の実例が、権力の正統性を失わせ、市民の目の前で共和政の原理を損なわせるからである」と述べつつ、統治者は民主政において「自らの職務への純粋な公僕」を示さなければならないとしている。⁽⁵⁶⁾

4 特別裁判所による実現

以上の法思想的な根拠付けから、政治が法に服するための政治司法が導かれているが、政治司法が通常裁判所と区別される特殊性をもつ理由についてもブシィ＝ポワルムールは分析している。

まず第一に、政治的職務および公的行為の自治主義への配慮のために特別裁判所を重視する動機には従来「警察国家 (État de droit)」思想が正当化の役割を果たしてきたが、革命以降は、それに代わり法律の一般意思の力が重要となる。ブシィ＝ポワルムールは次のように説明する。

一般意思が表明した法律や行政行為において想定されている完全性は、あらゆる統制を免れる待遇を受け、それら法律や行政行為が引き起こす損害についての何らかの国家責任追及を回避する。国家の抗しがたい国民意思および権力の表明は一般利益の実現のために私的利益に優位するが、諸革命にとっては、越権的な裁判官が法律を適用の際に無力化し、あるいは、行政行為を無効にすることは想定できないことである。民主政イデオロギーの成功が確立した立法権および執行権の優位は、せいぜい、立法府および執行府の全面的な依存下にある政治的機関に由来する行為の統制のみを容認することができる⁽⁵⁸⁾。

これは法律とその誠実な執行である行政行為が化体する一般意思を根拠とした議論である。革命以降のフランス憲政史をみれば、法律を一般意思の表明として法秩序の最高位に置くという「法律中心主義 (légalisme)」の考え方が長きにわたり支配的であり、行政行為の統制については、コンセイユ・デタに裁判権を与えた一八七二年五月二七日法律、また憲法適合性審査については、一九五八年の第五共和憲法により創設された憲法院を待たなければならぬ。そもそも革命前の裁判所が権力の擁護者と化したことや「裁判官統治」論にみられる裁判官への不信も一つの要因であり、現代においては裁判官不信の克服も課題となるように思われる。

一般意思の思想は、法律の立法者と執行者に対する「一般意思の表明を歪め、その実施を阻むようなあらゆる取扱⁽⁵⁹⁾」、すなわち司法による介入から立法者と執行者を保護しようとする考えを正当化する。そのために、「代表者や閣僚を不当逮捕や司法ハラスメントのリスクから保護する免責特権、または代表者や閣僚の裁判を担う機関が職務や政治状況を考慮することを狙いとする裁判管轄上の特権」が認められ、政治司法においては、「不完全に定義され、それどころか法律により規定されていない罪刑の存在や多くの障害を含む訴追手続、頻繁に特別裁判権に訴えることにより特徴付けられる政治的刑事法 (droit pénal politique) の自律」が導かれる⁽⁶⁰⁾。このように一般意思の思想は政治司法を特別裁判所に従属させることを正当化する。

第二に議院内閣制上の要請が考えられる。ブシィ＝ポワルムールは、「一般的に、議院内閣制の採用は政治司法への依拠の例外的特徴を強化することに寄与する⁽⁶¹⁾」と分析している。大統領制的な厳格な権力分立制度では、裁判手続（弾劾手続）の開始という威嚇が、統治者（大統領、政府）を退陣させる議会の唯一の手段になるが、議院内閣制の場合には、政治責任追及メカニズム（信任問題）によって辞職を促すようになるため、こうした裁判手続に訴えることを不要とする。このことは、閣僚の刑事責任は政治責任により吸収される「刑事責任の制度的昇華（sublimation institutionnelle）⁽⁶²⁾」が導かれることになる。

第三に、国際法上の理由を挙げているが、これは、ブシィ＝ポワルムールが国内裁判所との比較で、国際的な裁判機関も政治司法に含まれるという考え方に由来する。ブシィ＝ポワルムールによれば、国際的な領域における政治司法（国際刑事裁判など）は、国際法なくしては成立せず、そのような国際法は何よりも政治の産物であり、したがって、国際法上の裁判機関は合意された裁判（justice consensuelle）⁽⁶³⁾となるという。このような国際法上の政治司法については、次のような障害の克服が必要となる⁽⁶⁴⁾。第一に、国際犯罪違反者として政治指導者の刑事責任を問うことが、政治指導者の特権・免責に具体化される国家主権と衝突することである。このことはローマ規程の国内実施として、フランスの二〇〇八年憲法改正で、大統領の免責の例外として国際刑事裁判を認めたことが関連する。第二に、国際社会における犯罪の定義に文化的・政治的な不均一性が存在し、同意の集約を困難にした点である。第三に、人権思想に由来する基本的諸価値の国際的一致が欠如していることである。初期の段階では刑事での国際裁判所は、アドホックな裁判権という最低限の形でしか成立しなかったのである。

（六）小括

本章では政治司法の概念が厳密な定義を行うことが困難でありながら、公法学者のみならず政治学者や刑事法学者

の論放をもとに、その特徴をできるかぎり抽出する試みを行ってきた。ブシイ＝ポワルムールが提示する三つの識別基準によれば、その組み合わせ方によってはフランスの憲法院の一権限である選挙争訟をも政治司法として認識することが可能であり、この意味で、三つの識別基準は政治司法の多義性を導くものとして位置付けることができる。他方、ファールブルは政治犯罪の違法行為やその主体から政治司法を導くものであり、ブシイ＝ポワルムールと比較すると狭義の政治司法と位置付けることが可能である。しかし、政治犯罪という概念に着目した場合に、ザボが指摘する通り、その概念の歴史性や政治性による付随的特徴から一定不変の政治犯罪というものが観念できず、特定の政治秩序への愛着、政治秩序についての相対的な価値は、その秩序が体现する集団性や世論に依存するため、結局のところ特定の政治秩序での政治犯罪ないし政治司法の必要性や存在意義が重要となる。この点、ブシイ＝ポワルムールは、絶対主義における主観的なレゾン・データから抽出される政治司法と民主化過程における政治司法を区別したうえで、後者については社会契約論等の政治思想的観点から、政治を法に従属させる統治の技法として政治司法を位置付け、他方で、一般意思の観点から、政治部門の優越性によって特別裁判所による政治司法を正統化する議論を展開している。このブシイ＝ポワルムールの叙述は社会契約論が重要な役割を果たした市民革命以降の統治機構を特徴付けるものであるが、それでは近代から現代において政治司法はどのように変容したかが問題となる。

三 政治司法の現代の変容

(一) リベラル・デモクラシーにおける政治司法

ファールブルの論文は冷戦の最中に著されたものであり、マルクス主義的政治司法とリベラル・デモクラシーにおけ

る政治司法とを対立させて政治司法を分析することに主眼が置かれている。そのような文脈で、リベラル・デモクラシーにおいては政治が法により吸収（拘束）され、他方でマルクス主義的民主主義においては、逆に法が政治により吸収（拘束）されると分析している⁽⁶⁵⁾。

ファールブルによれば、「法による政治の吸収」の現象は（A）政治的裁判所への司法組織の浸透と（B）政治的裁判所の廃止によって描かれるとし、（A）はさらに、（a）人的要素と（b）手続的要素の二つの要素に分けられる⁽⁶⁶⁾。

司法の人的要素の政治司法への浸透（A-a）は、政治司法の手続に司法裁判官（職業裁判官）等の司法裁判権の人的要素が参画するかという視点から描かれる。ファールブルはフランスや諸外国の政治司法の裁判手続を①第二院型（フランスの一八二四年から一九四〇年までの高等法院で③を除くもの）、②議会裁判権型（第四共和政以降）、③混成的裁判権型（一七九一年・共和暦三年・共和暦八年・一八四八年・一八五二年型）、④憲法裁判所型（オーストリア・イタリアなど）、⑤破毀院型（ベルギーなど）に分ける⁽⁶⁷⁾。①と②の違いは、議会の作用の二分化（*dédoublement*）が単に職務的なものにならぬか（①は立法と政府のコントロールを職務とする第二院が付随的に高等法院の作用を行う）、それとも組織的なものにまで及ぶか（②は議院そのものから切り離された常設機関である）であるが、浸透の容易さは①よりもある程度独立した機関である②が容易であり、分離された裁判機関では技術的補佐という形や政治的訴追の予審の段階での司法人員の参加を可能にする。③は陪審と職業裁判官が関与する場合が多く、④は憲法裁判所の構成員である法学者など職業裁判官外からの任用が問題となる。⑤の破毀院型あるいは司法系統の最上級審に管轄を設ける場合は、政治司法のあらゆる特別な組織が失われたとみることができる。ただし、審級に関して特別の定めを設けている場合がある。日本では裁判所法一六条四号が内乱罪（刑法七十七条）やその幫助（刑法七十九条）の第一審が高等裁判所で行われることを定めているが、⑤の破毀院型に準じたものとしてみることができ⁽⁶⁸⁾。

司法手続の政治司法への浸透（A-b）についてファールブルは、刑事的保障として「予審と裁判の分離原則」と

「弁護人による補佐」という二つの保障に着目する。予審は一八一四年憲章下では貴族院の権限で導入されたが、正式裁判にも予審を担当した貴族院議員が参加していた。第三共和政では、一八八九年に予審制度（九名の元老院議員による委員会）が法律で導入され、予審に参加した元老院議員の忌避が可能になった。さらに、一九四六年憲法では予審委員会の構成員の討議および評決への参加の禁止が定められた。弁護人についてはネー元帥の裁判（一八一五年）とラヴァルの裁判（一九四五年）を例外とし、原則的には認められてきた。

政治的裁判所の廃止（B）については、例えば、アメリカやイギリスでは弾劾手続が純粹に政治責任の追及となっており、弾劾手続で追及された事実・行為が刑事法に抵触した場合は司法裁判所の管轄となる。⁽⁷⁾他方、フランスでは高等法院自体は残存したが、人的管轄および事物管轄双方が縮小する傾向が認められる。

（二） フランス政治司法の現代の変容

フランスの高等法院は伝統的に、主体を特定しない国家安全に対する罪についての事物管轄と主体を特定した閣僚責任や大統領責任の人的管轄を担ってきた。政治犯罪については、共和国大統領の大反逆罪を例外とする免責が、第三共和政の一八七五年二月二五日の法律六条二文や第五共和政憲法の制定当初の旧六八条一項に規定されていた。この共和国大統領の大反逆罪について、第三共和政期の公法学者レオン・デュギが「共和国大統領はその職務の行使の際に犯した犯罪行為について刑事的に責任を負うが、大反逆罪を構成する限りにおいてである。いかなる法律も大反逆罪の犯罪を定義せず、法律が大反逆罪を定義しない限りで、元老院は共和国大統領に有罪判決を下すことができず、罷免も宣告することができないと思われる⁽⁷⁾」と指摘する通り、大統領の事実上の刑事無答責状態を作り出すものであり、また、ファールによれば「国家元首の大反逆罪による責任は理論的なもの」にすぎないのであった。⁽⁷⁾後に大統領についての「大反逆罪」は二〇〇七年憲法改正で削除された。ただし、国際刑事裁判所の裁判権を承認したことに

より（五三条の二）、無答責について新たな例外が規定されている（現行六七条）。

国家安全に対する侵害や陰謀は、一八一四年憲章三三条、第三共和政の一八七五年二月二四日の法律九条、第五共和政憲法の旧六八条二項後段で定められていたが、法律で定義されていなかった大反逆罪とは異なり、一八一四年憲章では国家安全に対する侵害については刑事法に定義が委ねられた。第五共和政憲法の「国家安全に対する陰謀」は現行憲法では削除された。

この点、フランスの重大な薬害事件である「汚染血液事件」⁽⁷³⁾の責任の所在をめぐり、議員が構成する高等法院の機能不全が問題視され、その代わりに職業裁判官三名（うち一名が裁判長）、元老院議員六名、国民議會議員六名を構成員とする共和国法院が創設された一九九三年憲法改正が問題となる。共和国法院は従来の高等法院と断絶した存在であるかという問題設定に対して、公法学者オリヴィエ・ポーは、高等法院が「憲法的特質をもつ刑事裁判権」であるのに対して、共和国法院は「法実体の刑事化」を理由に断絶した存在であると述べている。⁽⁷⁴⁾この「刑事化」の大きな表れが政治司法を特徴付ける「国家安全に対する陰謀」の削除であり、これは「脱政治化」の兆候であるとした。⁽⁷⁵⁾

前節でファーブルが、リベラル・デモクラシーの国家においては、政治司法が組織的かつ権限的に司法に移行していく傾向を示してきたと述べた。他方、高等法院の本来の目的が政治責任追及の一形態としての政治指導者の刑事責任を追及することにあるとする公法学者からすれば、政治司法の司法裁判所への完全な帰属は高等法院のもつ目的に反することになる。第三共和政においては、閣僚の刑事責任が政治責任の一形態⁽⁷⁶⁾や政治的刑事的責任（responsabilité politico-pénale）と考えられていたことから、第五共和政憲法において閣僚の刑事責任が刑事法に拘束されることの意味があらためて問われる。また、共和国法院の創設により裁判機関が議員・職業裁判官の混成となったことも相俟って、ポーは、一九九三年憲法改正により共和国法院によって追及される責任は「政治的・刑事的責任や刑事法典に規定される〈政治指導者の責任〉の枠を同時に超えるものである。したがって、閣僚に対して導入された、一九九三年

改革は以前の政治責任だけではなく、対議会的政治責任に取って代わることを志向する新しい類型の責任を創設したのである⁽⁷⁷⁾と「責任の犯罪化 (criminalisation de la responsabilité)」としてこれを批判した。さらに、ポーは実定刑事法全体の拘束を受ける点を問題視する。

フランスの憲法的伝統が認識していたのは高等法院での責任、すなわち政治司法の周辺的な場合のみであったにもかかわらず、汚染血液事件や一九九三年憲法改正で問われている刑事責任は、「過失軽罪」やまたはかつて「消極的軽罪」とよばれていたもの、言い換えると、法律の執行の際の単純な懈怠を含むような、あらゆる普通法上の重罪および軽罪の責任が今後負われることになる。この変化は果てしない射程を有する。このような閣僚責任はもはや、「政治的刑事的責任」、さらには「刑事的形式に基づく」(オーリウ) 政治責任とよばれていた高等法院での古典的な刑事責任ではなく、普通法の刑事責任である⁽⁷⁸⁾。

ポーは閣僚の刑事責任が普通法の刑事責任に取って代わることを批判し、「閣僚が」咎められるべき責任は職務的違法性 (fautes professionnelles) や職務的違法性 (fautes de service) であって、個人的違法性 (fautes personnelles) ではないのである⁽⁷⁹⁾として、閣僚の刑事責任はあくまでも職務や職務に由来するものに限定すべきと主張する。

同様の主張として、セシル・グラン・バルグにより以下の指摘がなされているのが注目に値する⁽⁸⁰⁾。彼女によれば、事物管轄について、高等法院時代は職務行使の間 (pendant) のすべての行為を、職務行使中 (dans : 旧六八条) になされた (été accompli) とみなすという絶対的な管轄画定を行っていたため明確であった。ところが共和国法院の場合、破毀院判決が憲法六八条の一の「職務行使中になされた行為」を、「国家の諸公務の指揮に直接的関連性 (lien direct) をもつ」場合と解釈したという⁽⁸¹⁾。この破毀院の解釈はポーの述べるように職務的違法性や職務的違法性の考え方を明らかにしたものと思われる。ただし、グラン・バルグは、この定式にあてはまる行為か否かという当てはめ

の問題が生じること、(その解釈のみでは) 事物管轄は不明確であると指摘する。そのため、彼女は閣僚の責任を①職務外行為(例…脱税)、②職務執行による自発的行為(例…名誉毀損、プライバシー侵害)、③職務執行時付随的行為(例…詐欺・背任の共犯、会社財産濫用隠匿罪)、④それ以外の非故意犯罪(過失犯)に分け、①～③は共和国法院の管轄とする刑事責任、④を対議会責任とする構想を呈示する。⁸²⁾したがって、①～④に該当しないものは普通法上の刑事責任となる。ただし、①について共和国法院に管轄を帰属させるためには、憲法上の文言との整合性という問題が残される。

このように、閣僚責任の包括的な司法化(法化)は本来の政治責任を骨抜きにする危険があり、さらに従来、閣僚の刑事責任とされていない普通法上の刑事責任を負わせる危険が存在する。ポーの「責任の犯罪化」批判やゲラン・バルグの閣僚の刑事責任における違法性の再構成の議論は、行き過ぎた政治責任の犯罪化現象の歯止めの議論として注目に値するだろう。この点、共和国法院さえも廃止し、すべて司法裁判所の管轄とする憲法改正案がフランソワ・オランド大統領により提出されたが(ただし、成立には至らなかった)、この改正案においても、訴訟の選別のために、三名の破毀院裁判官ならびに二名のコンセイユ・デタ裁判官、二名の会計検査院主任裁判官を含む調査委員会の承認を手続上要求していることから、閣僚責任が問題になる事件の政治的性格の影響は完全に排除することができないという配慮が窺われる。結局のところ、閣僚裁判権は依然として政治責任と刑事責任の微妙な境界確定問題を抱えることになる。

(三) 政治司法の脱政治化と新しい政治化

ブシイ・ポワルムールは政治司法の変容可能性について次のように表現する。

中間的な司法〔「政治司法」〕は、一般法裁判所と政治的考慮それぞれに与えられた地位に応じて変化する先例という広いパレットを与える。その豊富な色見本は、具体的な組み合わせが変化し、持続的な実践に依存する何らかの制度的パラメータをもとにして構成された類型に注ぐことはできない。一定の構造では、刑事政策としての判例政策 (politique jurisprudentielle) が顕著に、もはや政治的であるように司法を特徴付けることを許さないまでに、変容させる。多様ながら一致した因果関係から生じるこの進化は解明が困難である⁽⁸³⁾。

政治司法の変容はその背景や因果関係が困難としながらも、その変容には①脱政治化 (dépolitisation) と②新しい政治化 (néo-politisation) をみることができると指摘している⁽⁸⁴⁾。

1 政治司法の脱政治化

脱政治化をもたらすものに平等原則が挙げられる。プシィ⁽⁸⁵⁾「ポワルムールは「平等原則に由来する諸価値が司法領域で重きをなすのに応じて、政治指導者たちが純粹にかつ單純に法に縛られているのにすぎないこと、または、指導者たちの行為の被害者が彼らを告訴できないということは認められない」と述べる。こうして、一般意思の完全性に保護されている政治指導者の免責が維持されない状況が作り出されている。それを例証するのが、一つは汚染血液事件であり、これは犠牲者への同情、そして相關的に、免責特権のあらゆる形態への不寛容が増大した民衆の感情的変化の効果を示すものであり、共和国法院創設の憲法改正へ導いたものとして評価される。もう一つは、先にも述べた国際刑事裁判所の創設であり、免責の拒否の世界化がみられるという。

現代において政治司法はますます論争的になっており、政治司法は信憑性を失い、政治司法が下す判決は、政治的打算の結果であると疑われ、明らかに正統性を欠くようになる。対照的に、司法権が独自の正統性を獲得している状況も存在する。フランスにおいて、司法のプロフェッショナル化 (国立司法学院の設立) は裁判官に固有の正統性の

獲得を可能にする。職業裁判官は、確固たる法学的適性、司法領域が政治領域と対照をなす中立性と不偏不党性の価値を根拠とする地位を得ることになる。さらにこの現象は法のグローバル化がもたらす変容により強められ、「裁判官対話 (dialogue des juges)」の発展につながる⁽⁸⁶⁾。そこでの裁判官のイメージは、国際規模での法の生成に関与し、そのために、共通の正統性を援用しようとする裁判官である。

このように、脱政治化した司法モデルの普及は民主主義社会、特に代議制民主主義における政治的正統性の相対化と両立しており、ピエール・ロザンヴァロン⁽⁸⁷⁾が指摘するような「投票による正統性」の衰退、「選挙の脱神聖化」、また、多元主義と不可分である少数者の権利の尊重への配慮が構造的に政治を衰退させる⁽⁸⁸⁾。

このような状況は第五共和政において加速しており、一九六〇年代末期には、「接近性の概念 (l'idée de proximité)」が提唱され、一九八〇年代には、政権交代とコアビタシオンの力も加わり、野党議員に促され憲法院による法律の憲法適合性審査の発展が付託を増加させたことを背景とするドミニク・ルソーに代表される「持続的民主主義」論⁽⁸⁹⁾が湧き起こった。また、一般意思の表明たる「議会制定法律の凋落は、特にEC諸条約・ヨーロッパ人権条約に組み込まれた一般意思の高い表明として裁判所が付託を受けるような事件の審査の際の、法律の条約適合性の審査によって強められる」ことになる⁽⁹⁰⁾。

2 新たな政治化

以上のような、司法性を帯びて政治性を失う政治司法の脱個性化は、「増大する社会的諸関係の法化 (judiciarisation) の根拠と、訴訟が複雑化する通常裁判所の新たな政治化 (néo-politisation)」を併せもつという。法化については、その法源が——国内法的・EU法的・国際法的に——多様化した法の絶え間ない複雑化に起因していることであり、そのことが逆に曖昧で柔軟な法的標準・規範のために、その規範性の緩和をもたらす結果となっている。このような広い法解釈権限を許容することによる適用法規の内容を決定することは裁判官の役割を著しく増大させ、「法を語る

口」としての伝統的な裁判官像から法創設機関としての裁判官への転換を促す。また、政府の立場からも裁判官の役割を増大させている。厄介な社会問題——ベール事件、生命倫理——の解決に裁判的解決を利用することにもこれは起因する。このようにブシィ＝ポワルムールの議論は政治司法の脱政治化を一旦認めたうえ、新たに司法の環境変化という相対的に政治化した裁判官による政治司法が今後展開される可能性があることを指摘するものである。

四 おわりに

筆者は本稿で取り上げたブシィ＝ポワルムールの政治司法についての構想が、フランスの高等法院が担う人的管轄や事物管轄の問題に拘束されず、広く政治と司法の交錯問題についてあてはまる総論的な議論を展開しているものと位置付けた。このような政治司法の概念は多義的で柔軟なものとしてみることができると。他方、ファールブルの議論における政治司法は政治犯罪の裁判作用とその帰属の問題として政治司法を観念していたことから、ブシィ＝ポワルムールに対してファールブルの政治司法の構想は各論的な政治司法として位置付けられるように思える。しかし、両者の議論は自由主義国家や民主主義の発展のもとで政治司法が変容していく傾向を描写するものとして共通性があることは明らかであろう。

本論で指摘したように、政治犯罪はリベラル・デモクラシーの発展により、政治裁判権の組織・作用の両面で、完全ではないものの司法裁判所への移行が進んでいる。また政治犯罪の核心部分といえる国家安全に対する罪や大反逆罪が憲法典から削除されたことで、その周辺部分にあり通常の刑事責任との境界にあるような違法行為（公金横領・名誉毀損・会社財産濫用隠匿罪）の帰属が最近の問題として残存している。汚染血液事件以降の共和国法院での事件としてはセグレーヌ・ロワイヤル事件（二〇〇〇年・名誉毀損罪）、ミシエル・ギルベール事件（二〇〇四年・詐欺罪）、

シャルル・パスクワ事件（二〇一〇年…会社財産濫用罪）がある。

また、組織や責任主体が肥大化・複雑化した現代の行政国家・官僚国家においては、職務行為を前提とする刑事責任、そして、委任関係を前提とし、『君主・主権者・立法者―委任者・問責者』↓『閣僚―受任者・答責者』という古典的なモデルが想定される行政責任が複雑化し、政策実現のための官僚組織の自律性が認められる。日本においても共通するこのような状況において、とるべき手段は刑事責任・行政責任の精緻化を行うか、結局は政治責任の問題として閣僚の対議会責任を充実するかという二つの方向に帰着すると思われる。この点に関連して、二〇〇四年の犯罪学会で法人の刑事責任論をテーマとし、公法学者のフィリップ・ランボーと刑事法学者ブルーノ・ドミンゴによる報告が行われたセッションにおいて登場した「意思決定者責任」なる概念が注目に値する。ドミンゴによれば、この責任は議員や地方公共団体の首長・役員、公務員に課される公的意思決定における責任として觀念され、従来の瀆職罪の刑事責任を「意思決定者責任」として再構成する。治者と被治者の距離が治者の責任を希薄化し責任なき社会を建設するなかで、このような「意思決定者責任」は「政治紐帯の再定義に寄与し、代表と代表されるものとの民主主義的契約の解消を避けるもの」であり、「市民とエリートの空隙を部分的に埋めながら代表制に基づいた民主主義的契約の維持を可能にする代替的統制手段」として、ドミンゴは積極的な評価を「意思決定者責任」に与えている。⁽⁹⁵⁾このように新たに意思決定者やエリートという政治アクターの属性に着目することで、民主主義体制における新たな責任像を描くことも可能であるように思われる。また、正統性を補強し、法創設機関としての政治化した裁判官が政治司法の受け皿としての能力を備えることが、政治司法の変容をもたらすものとして考えられる。

本稿で取り上げた政治司法の変容についてのファーブルの指摘は記述的なものであって、そこから一つの傾向を描き出したものであるが、その現代的な変容をもたらしている要因についてはさらなる検討が必要である。特にフランスでは単なる法適用機関とされた伝統的な裁判官像が変容し、第五共和政のもとで権力性を再獲得する「司法革命」

が指摘されている⁽⁹⁴⁾。政治司法の変容は、さらに司法裁判権の変容の問題との関連で論じられるべきであろう。この点は別稿の課題としたい。

〔付記〕本研究は平成二八年度日本学術振興会科学研究費助成事業 (JP16J05113) の助成を受けたものである。

- (1) 高等法院制度の歴史的展開については、橋爪英輔「フランス憲法における閣僚裁判権——高等法院制度の展開と特徴」法学政治学論究一〇七号 (二〇一五年) 一〇一頁以下参照。
- (2) Florence BUSSY et Yves POIRMEUR, *La justice politique en mutation*, L.G.D.J. 2010, p. 13.
- (3) 山元一「解題Ⅰ 現代フランス憲法学にとつての「政治法」の意義」山元一＝只野雅人編訳『フランス憲政学の動向——法と政治の間』(慶應義塾大学出版会, 二〇一三年) 一頁以下参照。
- (4) 植野妙実子「司法権」同編『フランス憲法と統治構造』(中央大学出版部, 二〇一一年) 一八三頁。
- (5) 現行の第五共和憲法の第八章の標題が裁判機関 (DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE) となつてゐる⁹⁵。
- (6) Charles-Louis de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre XI, chapitre VI, 1748.
- (7) François SAINT-BONNET, « Le < constitutionnalisme > des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des < lits de justice > du XVIII^e siècle », in *Parlement* [s], *Revue d'histoire politique* n°15, 2011, pp. 16–17.
- (8) *Ibid.*, p. 17
- (9) そのテキストとして、Paul BASTID, *Droit constitutionnel comparé. La justice politique*, cours rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Bastid, Paris V, Cours de doctorat, 1956–1957, coll. "Les cours de droit", p. 433.
- (10) ニコラ・フーケは高等法院の元検事総長やジュール・マザランの財産管理の補佐、財務卿などを経て王族に比肩する莫大な財産をもつようになったが、ルイ一四世はフーケの華美にして驕奢なる生活に不快感をもち、一六六一年にフーケは逮捕され、汚職や背任、公金と私財の公私混同等が問われ、三年の裁判のち国外追放となった。Brandine KRIEGL, « Les ministres devant la justice », in *Les Ministres devant la justice*, Actes Sud, 1997, p. 24. * * * BASTID, *op.cit.*, pp. 111–113.
- (11) Denis SALAS, *Les 100 mois de la justice*, PUF, 2011, p. 74.

- (12) Otto KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton: Princeton University Press, 1961.
- (13) Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (édition électronique), tome I, p. 96. sur http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/demo_cratie_r1_1.pdf
- (14) *Ibid.*, pp. 97-98.
- (15) 高橋泉「關係の政治責任 (一)」上智法學論集四五卷一號 (二〇〇一年) 五五頁。
- (16) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 13.
- (17) 高橋・前掲注 (15)′ 五五—五六頁。
- (18) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 20.
- (19) *Ibid.*
- (20) *Ibid.*, p. 21.
- (21) *Ibid.*
- (22) *Ibid.*, p. 23.
- (23) *Ibid.*, p. 24.
- (24) Michel-Henry FABRE, « Justice politique libérale et justice politique marxiste », in *La Justice*, 7^e session du Centre de Sciences politiques de Nice, Justice, 1960, p. 150.
- (25) BASTID, *op.cit.*, pp. 3-4.
- (26) *Ibid.*
- (27) FABRE, *op.cit.*, pp. 150-151.
- (28) *Ibid.*
- (29) Maurice HAURIUO, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, 1933, p. 137.
- (30) Denis SZABO, « Des délits politiques » in *Canadian Journal of Corrections*, vol. 7, Issue 4 1964-1965, p. 430.
- (31) FABRE, *op.cit.*, p. 153.
- (32) *Ibid.*

- (33) SZABO, *op.cit.*, p. 431.
- (34) Armand Jean du Plessis RICHELIEU, *Testament politique d'Armand du Plessis, cardinal duc de Richelieu*, 1688, cité par FABRE, *op.cit.*, pp. 151-152.
- (35) SZABO, *op.cit.*, p. 432.
- (36) *Ibid.*, p. 435.
- (37) *Ibid.*
- (38) *Ibid.*, pp. 435-436.
- (39) *Ibid.*
- (40) *Ibid.*, p. 436.
- (41) FABRE, *op.cit.*, p. 152.
- (42) 辻村みち子・糠塚康江『フランス憲法入門』(三省堂、二〇一二年)三二頁〔糠塚執筆部分〕。
- (43) Benjamin CONSTANT, *De la responsabilité des Ministres*, H. Nicolle, 1815, p. 2 et s.
- (44) FABRE, *op.cit.*, p. 152.
- (45) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 26.
- (46) エスマンが君主の無答責のフナロシーとして大統領の免責を捉え、その代わりに閣僚に責任を負わせるとして、閣僚責任を分析した点に關連する。Adhémar ESMÉNIN, *Éléments de droit constitutionnel*, L.Larose, 1896, p. 81 et S.
- (47) Bernard LACROIX, « Genèses et constructions de l'État moderne », in Antonin. COHEN et alii (dir.), *Nouveau manuel de science politique*, Le Découverte, 2009, p. 65, cité BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 28.
- (48) *Ibid.*, pp. 28-29.
- (49) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 29.
- (50) シモン・ロック(加藤節訳)『元訳統治二論』(岩波書店、二〇一〇年)三〇頁。
- (51) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 30.
- (52) *Ibid.*
- (53) *Ibid.*, p. 31.

- (54) *Ibid.*, p. 32.
- (55) エマニュエル・カント（樽井正義＝池尾恭一訳）『人倫の形而上学（カント全集11）』（岩波書店、二〇〇二年）二〇二頁。
- (56) MONTESQUIEU, *op.cit.*, livre IX, chapitre V, 1748.
- (57) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 33.
- (58) *Ibid.*, p. 34.
- (59) *Ibid.*, pp. 35-36.
- (60) *Ibid.*, p. 36.
- (61) *Ibid.*, p. 37.
- (62) Olivier BEAUD et Jean-Michel BLANQUER, « Introduction », in O.BEAUD, et alii (dir.), *La responsabilité des gouvernement*, Descartes, coll. "Droit", 1999, p. 12.
- (63) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, pp. 38-39.
- (64) *Ibid.*
- (65) FABRE, *op.cit.*, pp. 155-156.
- (66) *Ibid.*, p. 157.
- (67) *Ibid.*, pp. 157-160.
- (68) なお、憲法八二条二項但書により政治犯罪事件における対審の公開は憲法上の要請である。
- (69) FABRE, *op.cit.*, pp. 160-161.
- (70) この点 フランスでは第三共和政において高等法院と通常裁判所の競合的管轄権を認めていたが、第五共和政においては破毀院判決（Cass.crim.14 mars 1963）で通常裁判権の管轄権を否定したことは対照的である。
- (71) Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4. éd., Bocard, 1923, p. 548.
- (72) FABRE, *op.cit.*, p. 164.
- (73) 一九八〇年代、エイズウイルスに汚染された濃縮血液製剤等を服用したことで多数の血友病患者が死亡した惨事である。その社会的影響から共和国法院にローラン・ファビウス元首相やジョルジーナ・デュフワ元社会問題・国民連帯大臣、エドモン・エルベ元保健衛生担当大臣らが訴追され、ファビウスとデュフワは無罪になり、エルベは人の生命に対する故意なき

侵害罪および人の身体の完全性に対する故意なき侵害罪が肯定され有罪となるも、刑の適用が免除された。

- (74) Olivier BEAUD, *Le sang contaminé*, Paris, PUF, 1999, p. 84.
- (75) *Ibid.*, p. 85.
- (76) Cf. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1992, t. I ; reed., Paris, Dalloz, pp. 787-788 note. 23.
- (77) BEAUD *supra* note (74), pp. 100-101.
- (78) *Ibid.*, p. 94.
- (79) *Ibid.*, p. 93.
- (80) Cecile GUERIN-BARGUES, « Cour de justice de la République : pour qui sonne le glas? », in *Jus Politicum*, n°11, 2013. [in <http://juspoliticum.com/article/Cour-de-justice-de-la-Republique-pour-qui-sonne-le-glas-818.html>], p. 9.
- (81) Cass. Crim., Toubon, 13 déc. 2000.
- (82) GUERIN-BARGUES, *op.cit.*, p. 32.
- (83) BUSSY et POIRMEUR, *op.cit.*, p. 41.
- (84) *Ibid.*
- (85) *Ibid.*, p. 42.
- (86) *Ibid.*, p. 43.
- (87) Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, Paris, Seuil, 2006.
- (88) BUSSY et POIRMEUR *op.cit.*, p. 43.
- (89) Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ, 1995. 山元「『持続』を意識する民主主義」の憲法理論」
論究ニューストリー三号 (二〇〇五年) 九三—九九頁。
- (90) BUSSY et POIRMEUR *op.cit.*, p. 45.
- (91) *Ibid.*, p. 46.
- (92) 西尾勝「政府機関の行政責任」平井宜雄ほか『岩波講座基本法学5 責任』（岩波書店、一九八四年）一九二頁。
- (93) Bruno DOMINGO, « Décideurs et personnes morales : extensions de la responsabilité pénale et actualisation du contrat

démocratique », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], XXXIV^e Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, mis en ligne le 17 juillet 2005, consulté le 15 mai 2016. URL : <http://champpenal.revues.org/361> ; DOI: 10.4000/champpenal.361/

(55) Nicolas BRACONNAY et Manuel DELAMARRE, *Institutions juridictionnelles*, Vuibert, 2007, p. 51.

橋爪 英輔（はしづめ えいすけ）

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴

日本学術振興会特別研究員（DC2）

所属学会

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域

全国憲法研究会、憲法理論研究会

主要著作

憲法

「フランス憲法における閣僚裁判権——高等法院制度の展開と特徴」『法

学政治学論究』第一〇七号（二〇一五年）