

法國的司法獨立*

L'indépendance de la justice en France

■法蘭西學院院士 巴黎第二大學榮譽教授 Pierre DELVOLVÉ 皮耶 德沃維

1. 獨立是司法的首要條件之一，但是司法及獨立等兩個概念都不易予以界定。

司法首先是一種特質，也就是實現正義，它在於能給予每個人其所應得的。但是一想到亞里斯多德在其（倫理學第五章）大作中所提出的區分，我們立刻能夠感受到此事的複雜性。亞里斯多德將正義區分為「普遍的正義」與「個別的正義」，而在司法所真正涉及的領域，也就是「個別正義」的概念之中，又進一步區分交換的正義與分配的正義。

司法的此項特質透過其實現正義的職能而展現出來，也就是對於兩造主

張其權利的爭執作出裁斷，或是對於那些違法者給予制裁（此即民事司法與刑事司法之區分）。

雖然在比較進化的社會可能出現私人的法官（例如在今日國際商法領域中特別發達的仲裁法庭），但是此項實現正義的職能最主要還是由國家所建置的機構（及其法官）來行使。

就法國而言，法國的國家建構歷程與司法部門的制度化有十分密切的關聯性¹：從君王的司法裁判義務，到創設一個以君王之名作出裁判的司法團體。及至今日，「仍是以國家之名，且與國家不可分的方式作出司法裁判」。²

正是因為與國家的關係十分密

* Delvolvé 教授 2017 年 9 月 14 日於法務部司法官學院的演講稿，譯者為陳淳文。文中由數字起始之隨頁註為原註，因其多涉及書名、裁判或法條資訊，原則上不予中譯。由字母起始之隨頁註則為譯者所加，以期有助於讀者之理解。

¹ V. notamment J. Krynen, *L'Etat de justice – France XIIIème-XXème siècles*, 2 vol., Gallimard, 2012

² Conseil d'Etat (Section) 27 février 2004, *Mme Popin*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 21ème éd., 2017, n° 104



切，此乃構成司法獨立的難題之一。

司法獨立就其本身而言也是一種特質，也就是不依賴他者的特質。

此獨立特質是司法的首要條件。在 2017 年 7 月 31 日有關歐盟及其會員國與加拿大簽署全面經貿協定的決定中，法國憲法委員會才又再次援引其恆常不變的表述：「獨立與公正原則乃與司法職能之行使不可分離」³，而獨立原則與公正原則二者亦彼此相互不可分離。

確保司法獨立的困難主要在於司法乃是隸屬於國家下的一個機關，行使國家應有之職能，因而使其無法與立法權及行政權完全分離：立法權制定有關司法機關的組織規範，同時更制定司法機關所要適用的法律；而行政權則會介入司法機關之組織與人事。基此，立法權與行政權對於法院的創設，其運作調整與其人員任命等事項，扮演一個無法迴避的角色；而也正因為如此，引發了司法獨立的問題。至於在司法機關之內，特別是在下級審法官與上級審法官

之間，法官們彼此之間也存在著獨立的問題。

在國家之外，還有諸如媒體，以及我們今日所稱之社群網絡等組織，其對司法行使非正式卻極為強大的影響力。

司法獨立的評價，一方面由組構成司法之各個機關，另一方面由作出司法裁判之個體等兩個面向來看：所以此種評價既考量組織與機關層次，同時亦慮及個人層次。⁴

2. 為了追求司法獨立，法國曾出現過不少災難。例如在舊王政時期，國王曾創設特別法庭來追訴並審判那些他認為特別有害於其權力的人：例如為了審判財政總督 Fouquet (1661-1665) 而特設的正義法庭，或是為了打擊地方貴族而於 1665 年在 Auvergne 地區所創設的「青天法庭」中的特別庭。^a 相反的，十八世紀時法國各地的法院，因其成員都是自己擁有財源的封建地主，故確保了法院的獨立性。但是他們對抗國王的力道，不僅撼動整個舊王政體制，

³ Par exemple Conseil constitutionnel n° 2010-110 QPC 25 mars 2011, n° 2011-199 QPC 25 novembre 2011, n° 2012-250 QPC 8 juin 2012, n° 2014-704 DC 11 décembre 2014, n° 2014-457 QPC 20 mars 2015, n° 2015-506 QPC 4 décembre 2015

⁴ V. C. Guarneri, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », in *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 2, p. 287-319

^a 所謂「青天法庭」是國王派到地方之人員所組之特別法庭的名稱，以處理地方之冤獄或不公平判決為名，但卻有剷除地方封建勢力之實。以 1665 年 Auvergne 地區之青天法庭特別庭為例，四個月內處理完 1360 件投訴案，其中有 692 件被判有罪，其中並有 347 人被判死刑。

最後還導致其崩解。

法國大革命從前述歷史經驗吸取教訓：透過 1790 年 8 月 16 日 -24 日法律及共和三年果月 16 日政令，大革命後所建立的新制禁止法院「以任何方式干擾行政機關之運作」，禁止法院「以行政官員行使職權之理由而傳喚官員到庭」，也「不得透過審理案件之機會去審查行政行為，不論所審案件之性質為何」，透過這些規定建立了行政官署與司法機構的分離原則。

大革命以及特別是其後的帝國時期法制，重新組織建立一個相當於公務員體系的普通法院體系。1958 年憲法第八章將此普通法院體系稱為「司法官署」而不稱為「司法權」。而平行於此司法官署，1872 年 5 月 24 日的法律建立一個由「國政院」（即最高行政法院）執掌的行政司法體系。^b

包括共和體制在內之不斷更迭的不同政治體制，總是伴隨著一次又一次的司法人事清算，以確保新創建的政體

不會遭致舊司法體系的抵制。從大革命一直到二十世紀末，凡是在國家動盪時期總會看到新設的特別法庭（高等軍事法院，國家安全法庭等），其獨立性總是令人質疑，雖然它們還是曾利用時機展現其獨立性。

逐漸地，司法獨立的情況愈來愈穩定，甚至日漸被體系化。

3. 以下的討論必須先排除 1958 年憲法所創設的憲法委員會，它主要負責法律的違憲審查工作，且已逐漸成為一個真正的憲法法院，其獨立性也不再被質疑；其特點在此不予深入。以下僅討論一般司法概念下的兩個組成部分——行政法院體系與普通法院體系。

由此二法院所形構的兩元法院體系，已被最高位階的法規範所肯認。對於行政法院而言，不僅其對於行政事項享有專屬的裁判權，且此項專屬權連立法者也不得予以侵犯⁵，更為重要的是憲法本文肯認此二法院體系之存在，並在其上分別設置國政院（最高行政法

^b 國政院（Conseil d'Etat）是拿破崙所創設的機構，負責審理行政訴訟案件，並協助政府處理法制事務。其院長向來由總統或內閣總理掛名，但其並不參與該院之運作；實際的領導人為該院的副院長。自 2006 年修法後，政治部門不再掛名，院長職位已不存在，而由副院長執掌全院事務。本文以下之所以不將其直接譯為「最高行政法院」或「中央行政法院」的理由是因為：行政訴訟業務僅是該院職務內容的一部分，而非全部。在組織上，「訴訟廳」僅是國政院內部七個廳中的一個廳而已；其他尚有五個協助政府法制工作的法制諮詢廳，及一個研究廳。而訴訟廳下分十個訴訟庭，其扮演法國最高行政法院的角色。

⁵ Conseil constitutionnel n° 86-234 DC 23 janvier 1987 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n°84



院)與最高法院(又稱破毀法院)⁶。基於,如果我們要瞭解法國的司法獨立,我們就必須同時提及行政司法(即行政法院體系)與普通司法(即普通法院體系)的情形。

4. 在每個法院體系之內,其組織亦多元分化。

在普通法院體系裡,傳統上區分為法官(行使審判功能)與檢察官(行使追訴功能)。在此之中有些領域已做特別的安排,包括在審判部分(諸如商業法庭、勞資爭議法庭、農地租賃法庭等,乃屬第一審級之事務專屬管轄法院,其法官並非由職業法官出任)與在刑事追訴部分(例如 2013 年 12 月 6 日的兩個法律所創設的「共和國財務金融檢察官」與設於巴黎刑事法庭的「反恐追訴與調查組」)。

這些法院體系的內部分化或組織調整,並不妨害這些司法人員與司法機關的一體性:

首先,普通法院體系下的所有司法官都屬於同一個群體,他們接受相同的養成教育,「所有司法官在其職業生涯中,都肩負著可能被指定為法官或檢察官的使命」,⁷但是法律對於這兩類職位的制度設計,有些面向(職涯發展與職權內容)是分化的,因而有人會提出審判法官之法律地位是否應該有所改變的質疑。

其次,就如同憲法委員會所詮釋的:⁸「依照憲法第六十六條規定,司法官署(即普通法院)包括法官與檢察官」。而歐洲人權法院也如此肯認:「普通法院體系內的所有司法官(即法官與檢察官)代表法國憲法第六十六條所指稱的司法官署」。⁹

最後,行政法院體系並不區分法官與檢察官。而其最重要的區分則是國政院(最高行政法院)與其他行政法院(地方行政法院與上訴行政法院)之區分,因為它們的組成成員身分不同:國

⁶ Conseil constitutionnel n° 2010-71 QPC 26 novembre 2010, Rec. p. 343 ; dans le même sens précédemment n° 2009-595 DC 3 décembre 2009, Rec. p. 206)

⁷ Art. 1.II de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸ Conseil constitutionnel n° 93-326 DC 11 août 1993, n° 2010-14/22 QPC 30 juillet 2010 法國現行憲法為 1958 年的第五共和憲法,其憲法第 66 條之條文內容如下:任何人不得被恣意剝奪人身自由(第 1 項)。司法官署乃是個人自由的捍衛者,其必須依據法律規定,確保個人之自由原則受到尊重。(第 2 項)

⁹ C.E.D.H. 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06

政院的成員不具司法官之身分，而其他行政法院的法官則都是司法官。^c

5. 由此二部分（普通法院與行政法院）所組成之法國司法體系，其制度上之獨立，確實是有明確的規範：憲法第六十四條雖僅提及「司法官署的獨立」¹⁰，但是在涉及普通法院獨立之憲法條文外，尚有 1872 年 5 月 24 日之法律作為行政法院體系獨立之保證，而該法律屬於具有憲法位階之「共和國法律所承認的基本原則」。換言之，行政法院體系獨立之保證亦由具有憲法位階之法規範所保障。行政法院之獨立性表現在其對行政事件的專屬管轄權，不論是立法者，內閣政府，更不用說是任何其他行政官署，都不得侵犯之。¹¹ 就此點而言，歐洲人權法院在其 2001 年 6 月 7 日的 *Kress c. France*¹² 一案中特別讚揚法國

「創設行政法院，並讓此法院持續存在並運作，可以說是法治國原則最重要的進展成就之一。」

前述法國尊重司法獨立的規範情形符合國際上的要求：包括 1950 年歐洲人權公約著名的第六之一條所規範的：在「公正且獨立之法院」前實現「公平審判權」；以及 1985 年 8 月 26 日到 9 月 6 日於米蘭舉辦的聯合國第七屆犯罪防治與罪犯處遇大會所通過，並由聯合國大會於 1985 年 11 月 29 日與 12 月 13 日所通過之第 40/32 號及第 40/146 號決議文所肯認的「司法官獨立原則」。

再就法官個人層次之獨立而言，亦有明確規範：在司法官倫理義務彙編中如此規定：「司法官之獨立性乃透過法令予以確保，…面對行政權與立法權

^c 國政院內包含兩類人員，一類是院內的一般行政人員，共約 410 人。另一類則是國政院成員，共約 300 人。除開副院長與廳長外，國政院成員分成三類，位階最高的稱為「國政委員」（conseiller d'Etat），居中的是「審查官」（maître de requête），位階最低的是「助理審查官」（auditeur）。助理審查官乃由法國國家行政學院畢業生中成績優異者選拔出任，而審查官中的四分之三是由助理審查官升任，四分之一由院外人員選任（如至少有十年以上年資之公務員，稅務官、審計法院法官、行政法院或普通法院法官等）。至於國政委員中，有三分之二是由審查官升任，另外三分之一則是由院外人員選任。國政委員之所以不具司法官地位，是因為其職位常因政府需要而調動。除開職務調動之外，他們與其他司法官的保障並無不同。依其官網公布之 2014 年數據，國政委員人數為 118 人，審查官為 88 人，助理審查官為 15 人，加上副院長與廳長總共成員人數為 232 人。

¹⁰ Conseil constitutionnel n° 2011-185 QPC 21 octobre 2011, Rec. p. 516

¹¹ Conseil constitutionnel n° 80-119 DC 22 juillet 1980, Rec. p. 46 ; n° 86-224 DC 23 janvier 1987, Rec. p. 8 ; n° 89-271 DC 11 janvier 1990, Rec. p. 21. Dans le même sens n° 2001-448 DC 25 juillet 2001 à propos de la Cour des comptes, qui est une juridiction administrative, relevant du contrôle de cassation du Conseil d'Etat

¹² Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 99



時，司法官都必須維護其獨立。…不論是指揮訴訟程序之進行，主導兩造辯論到作出裁判，司法官都必須以獨立之方式為之。」

在行政法院體系，經 2016 年 4 月 20 日法律修訂之行政訴訟法典第 L 131-2 條規定：「國政院之成員必須以最獨立、尊嚴、公正、廉潔與嚴謹的方式來行使職權，其一切行為舉止必須排除所有合理的懷疑。」相同的條文內容也見於規範地方行政法院與上訴行政法院成員的第 L 231-1-1 條，而不同於國政院成員之身分，地方與上訴行政法院之成員法律明定為「司法官」，他們都具有司法官之地位。

6. 法治國的概念必須與司法國的概念相結合：法治國乃以法規範作為一切之基礎，公權力之組織與運作都必須符合法規範；而法治國之實現則必須透過獨立之司法。

然而，吾人必須注意不要去盡信華麗的辭藻及所被宣示的原則。我們必須確實地去檢驗司法是否真的是以獨立之方式去建構並運作。此項檢驗可以司法機關所擁有財力與資源作為對象，因為要讓司法能夠以最獨立的方式來運作，其擁有多少財力與資源至關重要。

但是從法制的觀點來看，吾人僅能先檢視確保司法獨立的機關 (I)，再進一步看確保獨立的方法 (II)。

I. 確保獨立的機關

7. 二元法院體系建構了兩個分離的法院組織，其中確保普通法院體系獨立的機關具有憲法位階 (A)，而行政法院體系則非如此 (B)。但這並不表示普通法院體系的獨立保障情形優於行政法院體系。

A. 普通法院體系的獨立保障機構

8. 在所有確保獨立的機構中，首先要提的是憲法第六十四條指定共和國總統為「司法官署獨立的擔保人」。

此規定對於「共和國總統」與「司法」在國家中各自應扮演何種地位的思考，格外具有意義。如前所述，司法乃國家所建構之制度，共和國總統則被置於國家之首，相應於此，總統自然成為司法之首。而 1958 年憲法條文所規定的內容，戴高樂總統在其 1964 年 1 月 31 日的著名記者會中，以更強烈的方式予以呈現：「整個不可分割的國家權威乃由人民將其全部交付給共和國總統，總統之外，無人有此地位，不論是政務人員，常任文官，武職人員，還是司法人員，沒有一個職位是由人民所授權，並由人民決定其去留的。」此段宣示比憲法第六十四條所規範的內容更遠，因為其隱含著連司法機關之存在（包括其建立與維繫）都必須依賴總統。這段話展現一種皇室概念的國家觀，以及司法在國家中之應有地位，這

就宛如路易十五在 1766 年 3 月 3 日於巴黎法院一場名為「鞭笞會議」中的演說內容。^d

在憲法第六十四條之外，並沒有其他法律條文進一步明確落實此條文之內容。因為欠缺進一步之規範，致使該條文之實際運作情況呈現出不同的結果。特別是有些總統的論述給予司法官奇特的評價，因而遭致資深司法官不顧總統顏面而予以回擊。¹³

事實上，總統是必須作出一些與司法官署有關的決定，特別是人事任命權。長期以來總統一直是最高司法委員會的主席，但是近來的發展已經將總統由此職位拔除，即便憲法第六十四條規定總統行使司法獨立擔保人之職能時，由最高司法委員會予以協助；而此憲法條文迄今並未被修改。

9. 在第三共和時期，1883 年 8 月 30 日有關司法組織改革的法律，首次

建立最高司法委員會。該委員會乃由最高法院各庭共同組成之聯席會議，負責審理司法官的懲戒事項。由於該委員會是由法律所建置，故其並不具憲法位階，而且它只是最高法院內的一個特別組織，並非是一個獨立於普通法院體系之外的機構。不過，其所被賦予之角色，亦即是司法官之懲戒，在當時被視為是司法官的保護機制，故其有助於司法獨立。

一直要到第四共和憲法（1946 年），最高司法委員會才變成一個具憲法位階的憲法機關，且其職權也不僅止於司法官之懲戒，尚包括司法官之任命與職務調整。

自此以降，如何確保司法獨立的問題便環繞在最高司法委員會的組成方式與職能角色上。就組成方式而言，一方面要避免法官行會主義（亦即由多數法官組成，導致法官彼此相互照應袒

^d 法國舊王政時期法院的創設，原本是用來作為國王的顧問，並協助國王處理訴訟案件。到了十八世紀，各地法院都希望成為一個獨立於國王之外的主體，並由他們做為國家利益的代表人。換言之，法院從國王的顧問角色想要變成國王的監督角色。路易十五這日來到巴黎法院，在這場鞭笞會議中國王對法官們說：我親自來回應您們所提諫誨書。在其演說中他特別強調：「法官既不能成為一個團體，更不能成為王國中三個階級外的另一個階級。法官是我的官吏，負責協助我作出司法裁判，其所行使之權力乃是源自於我，歸屬我個人的權力。」

¹³ 例如在 2016 年 10 月 13 日最高法院院長就職典禮時，最高法院院長與檢察總長的演說內容。他們援引一本 2016 年甫才出版，名為「總統不該這麼說」這本書中總統對法官甚為尖銳的批判片段，然後予以回擊。（以下為譯者所加）另外，此處所謂「奇特的評價」包括諸如前總統沙克奇在最高法院的講話：「我希望法官多元化，我不希望是同一個模子，同一群人，就像一堆小青豆，同樣顏色，同樣大小，甚至是同樣索然無味的人來擔任法官。」前總統歐蘭德曾說：「司法機關是軟弱無能的機關，所有的檢察官與法官都只會躲藏，只會玩弄道德，只會說不喜歡政治人物。」這些話引起法官的反擊，尤其是後者，且因反擊力道很大，迫使歐蘭德總統最後致函最高法院院長澄清其談話內容，並表達其歉意。



護)，另一方面也要避免政治影響。就其職能角色而言，必須考量對於政府部門所作的最終決定權，最高司法委員會應有多大的介入空間？一直以來，我們都在追求平衡，但一直以來，我們都還找不到令人滿意的配置或安排。

1946 年第四共和憲法（第九章）規定：最高司法委員會由十四名委員組成，總統為主席，司法部長為副主席，國民議會由議會外社會人士中選出六名委員，法官自行選出四名法官代表為委員，最後還有兩個委員名額由總統任命，此二人不得是國會議員，也不得是司法官。至於最高司法委員會的職權，就是向總統提出有關司法官之懲戒與任命之建議。更廣泛地說，最高司法委員會「確保司法獨立」，但在此用語之外，沒有其他細節性或具體性規定。

到了第五共和時期，最高司法委員會依然維持憲法位階的地位，不過其組成與職權歷經多次改革，可謂曲折多變，且未來還可能再改變。

在 1958 年憲法所規定的原始版本中，與第四共和一樣，總統任主席，司法部長任副主席，另外有九名委員由總統任命，其資格由組織法予以詳細規定：包括兩名專業人士，六名普通法院之司法官，總統乃依最高法院所提供之建議名單任命，一名由國政院所推選的國政委員。在此規定中，透過任命權與

主席權，總統具有優勢主導地位。僅有在處理懲戒事項時，政治部門（即總統及司法部長）才不得介入，此際是由最高法院院長擔任最高司法委員會之主席。此外，在司法官的任命權上，最高法院院長對於最高法院法官與上訴法院院長之人選，享有提名權。

爾後，歷經多次改革，總統被拔除於最高司法委員會之外，並逐步強化該委員會的職能角色。

首先，在 Vedel 院長所領導之修憲研議委員會提交修憲建議報告書之後，依 1993 年 7 月 25 日所通過的憲法修正案與 1994 年 2 月 5 日的組織法，最高司法委員會的改革如下：總統及司法部長依然擔任主席與副主席，但司法官自行選任之委員人數變成 12 人（6 名法官，6 名檢察官），其他的任命委員人選（共 4 人）則由總統，國民議會議長與參議院議長三人分別各任命一人，及國政院選出一名國政委員共十八人組成。最高司法委員會內部再分成法官委員會（扣除主席，由 5 名法官，1 名檢察官及 4 名選任委員共十人組成）與檢察官委員會（5 名檢察官，1 名法官及 4 名選任委員共十人組成）等兩個組織，負責此兩類人員的懲戒事宜。此外，法官委員會對於法官任命的建議權，從最高法院法官與上訴法院院長之人選推薦，擴增至所有法院院長；且對

於所有法官之任命，該委員會都可提交參考意見。至於檢察官的任命權，則依然被保留在內閣會議手上。

為了使第五共和憲法體制更加現代化而推動的憲政改革，於 2008 年 7 月 23 日通過憲法修正案，修改了憲法第六十五條，並由 2010 年 7 月 22 日之組織法予以補充，此次改革將總統與司法部長拔除其最高司法委員會主席與副主席之職位，改由最高法院院長擔任主席，並由檢察總長擔任候補主席，此二人並分別擔任法官委員會與檢察官委員會之主席。另外共有八名外部委員（總統及兩院議長各任命 2 人，國政院推舉 1 人，律師公會推舉 1 名律師）共同參與此兩個委員會（每個委員會共 15 人，扣除主席與 8 名外部委員，尚有 6 名司法官共同組成；法官委員會的司法官包括 5 名法官及 1 名檢察官，檢察官委員會則是 5 名檢察官加 1 名法官），其職權內容包括其所屬司法官之任命與懲戒。最高司法委員會全院大會應總統之請求，針對司法獨立問題；以及應司法部長之請求，針對司法官之倫理義務與司法權之運作等問題，提交諮詢意見。最後，最高司法委員會擁有獨立的預算。

透過為落實憲法第六十五條修正

案而制定之組織法的違憲審查時機，憲法委員會¹⁴表示：「由被審查之法規範整體以觀，最高司法委員會本身之獨立有助於司法官署（即普通法院體系）之獨立」，而被審查之組織法，其主要部分皆符合憲法所要求之司法獨立。

10. 然而，這樣的改革似乎仍然不夠。自 2013 年起又啟動新一波的改革，其計畫將最高司法委員會外部委員的任命權由政治部門（即總統及國會兩院院長）移轉到司法官手上，由司法官組成的一個獨立委員會來處理外部委員之任命。此外，此項改革也賦予最高司法委員會得以自行啟動並召開有關司法獨立問題的討論。此改革法案的激進性格歷經國會兩院的審議程序，已大幅淡化。雖然最終在 2016 年 4 月 26 日國會兩院通過此改革法案，但因涉及修憲事項，必須要國會兩院聯席之修憲大會五分之三的加重多數門檻，方能通過。但因政治上的因素而無法達到此修憲門檻，歐蘭德總統只好放棄此項改革計畫。

2017 年 5 月 7 日剛勝選的總統於 7 月 3 日在國會兩院聯席會議中表示，他「將要確保一個充分且完整的司法獨立」，希望達到「行政權與司法權的分離，並強化最高司法委員會的角色」。在未來一年，新政府將會依此方向推動

¹⁴ Conseil constitutionnel n°2010- 611 DC 19 juillet 2010, Rec. p. 148



新的改革。

新的改革將勢必會比現行規定更加深入，而行政法院體系是否也要有相同的改革呢？

B. 行政法院體系的獨立機構

11. 雖然我們可以在現行憲法中找到行政法院體系存在的憲法依據，但是卻沒有任何憲法條文明確規定行政法院的地位，以及確保其獨立的機構。事實上，行政法院體系的獨立保障不是來自於特定機關，而是來自於人們的信念及其慣行。不過，近來已有朝此方向所作的一些組織改造運動。

首先，1986年1月6日的法律中有相關條文確保行政法院法官的獨立，其保障範圍先是僅有地方行政法院法官，然後在1987年12月31日法律創設上訴行政法院之後，保障範圍擴及上訴行政法院法官。前述法律創設了行政法院最高委員會（完整全名是：行政法院與上訴行政法院最高委員會），作為行政法院法官獨立保障的機關，而該組織歷經多次變革，最後修訂之規範為2016年10月13日之條例。¹⁵ 與該條例一起通過的還有其他相關法律，它們都是為了強化「行政法院法官的自主

地位，以期更加保障其獨立性。」¹⁶ 因此，過去已經被最高行政法院¹⁷ 認定是構成「獨立保障」機制的相關條款，都因新法而被強化。

此行政法院最高委員會由國政院之副院長擔任主席，其他組成成員尚包括一名擔任行政法院督察主任的國政委員，由各個行政法院院長推舉院長代表一人，最高行政法院秘書長，司法部訴訟處處長，五名行政法院法官代表，以及分別由總統及國會兩院院長各任命一名總數為三名的外部法學專家共十三人所組成。

此委員會一方面處理行政法院法官的個別權益問題，另一方面也負責檢討地方或上訴行政法院之組織或運作等相關問題。

但此委員會之執掌範圍並不包括國政院（但國政院在此委員會內卻極具影響力）。

12. 至於國政院，2016年10月13日的條例創設一個「國政院最高委員會」¹⁸ 取代過去的國政院諮詢委員會。該委員會由國政院副院長擔任主席，尚有七個廳的廳長，八名由國政委員所選出的國政委員代表，以及由總統及國會

¹⁵ Dispositions codifiées aux articles L 232-1 à L 232-7 du code de justice administrative

¹⁶ D. Moreau, *Revue française de droit administratif*, 2017, p. 5-7. Dans le même sens communiqué à l'issue du conseil des ministres du 4 janvier 2017

¹⁷ Conseil d'Etat 26 mai 2010, *Marc-Antoine*

¹⁸ Dispositions codifiées aux articles L 132-1 et L 132-2 du code de justice administrative

兩院院長各任命一名外部委員共十九人組成。吾人可以看到在此組成中，除了三名外部委員會外，其餘十六人都是國政院的國政委員。此正足以展現國政院的自主性，其乃由其自己人來處理自己的事務。

此最高委員會的自主性可由其法定職權獲得確認：首先，國政院副院長可針對國政院之職權，組織與運作等問題，諮詢此委員會。其次，所有有關國政委員法定地位的問題，以及國政委員行使職權的問題，都必須事先諮詢該委員會。最後，國政委員的懲戒乃由該委員會向總統提出懲戒建議；這些都是確保獨立的方式。

II. 確保個人獨立的方式

13. 獨立保障也必須及於法官個人層次。個別法官的任命情形與可能施加於個別法官身上的監督行為，都可以檢驗法官的獨立保障情況。

A. 法官的任命

14. 法官獨立保障的衡量可以先從其原始任命情形，以及爾後的職位變動情形來看。

就法官的原始（初次）任命而言，基於司法二元體系，以及每個法院

體系內又有不同類型的司法官，導致司法官的任命條件十分多元，於此無法詳細介紹。以下僅討論最核心的部分，也就是在法官被任命（包括初次任命與爾後的遷調）的時機，有哪些機制可以確保法官之獨立。

最基礎的機制就是職業法官的選任必須通過考試，而且考試的方法必須能夠客觀地評價考生的能力。就此而言，必須遵從「1789年人權宣言第六條所揭示的原則，也就是所有公民在法律之前皆平等，除了基於其品德與才能而作的區別之外，所有公民皆有相同的權利依據其能力，公平地競爭所有的頭銜、職業或公職。」¹⁹就法官的選任而言，首先，僅能考量能力，品德與才氣；其次，能力，品德與才氣的評價方式必須與司法官的職能密切相關，而且能夠確保司法之前人人平等的理念¹⁹雖然尚有其他非經考試途徑而成為職業法官的可能性，但是這些非考試之進用途徑皆被十分嚴格的法規範所框限。基此，對於某些特殊專業法庭法官的選任方式，是否符合公正與獨立之要求？憲法委員會對其進行審查之後，宣告有些晉用方式違憲²⁰，有些則被判定為符合

¹⁹ Conseil constitutionnel n° 2001-445 DC 19 juin 2001

²⁰ Par exemple pour les juges de proximité : Conseil constitutionnel n° 2003-466 DC 20 février 2003 ; pour les assesseurs des tribunaux des affaires de sécurité sociale : Conseil constitutionnel n° 2010-76 QPC 3 décembre 2010; pour la désignation des conseillers prud'hommes : Conseil constitutionnel n° 2014-704 DC 11 décembre 2014



前述憲法要求²¹。

在考選之後，最重要的是任命程序能提供確保獨立的保證；而普通法院體系與行政法院體系二者的獨立保證方式並不相同。

15. 對普通法院體系的司法官而言，最高司法委員會扮演重要的角色；其制度變革不斷強化其對法官與檢察官任命的影響力。

依現行規定，其對法官任命扮演雙重的角色：

高階法官任命之「建議權」：包括最高法院法官，上訴法院院長及地方法院院長等，最高司法委員會向總統提出建議人選。總統雖有任命權，且可退回建議人選，但其任命必須以最高司法委員會的建議為基礎。

其他法官任命之「同意權」：其他法官的任命程序是由司法部長提出任命人選，再由總統予以任命。但是部長所提出之任命人選必須先送交最高司法委員會審核，如果最高司法委員會對於特

定待任命人選作出「不同意」之意見，總統即不得任命該員。

對於檢察官以及司法督察官^o之任命，最高司法委員會享有「被諮詢權」，其僅能對司法部長所提名之人選提出審查意見，但此審查意見僅具參考性質，不能拘束總統。換言之，即使其審查意見是負面的，總統依然可以任命被質疑的人選。

前述這些規定究竟發生什麼功效？若由最高司法委員的年度報告內容來了解實際運作情況，吾人可以說最高司法委員會與司法部訴訟處對於將任命之人選，有充分的對話。對於有建議權的人選，最高司法委員會所提之人選，基本上都是被尊重的。即使是在同意權的場域，最高司法委員會仍對被提名人選提出審查意見，並作成同意與否之結論。其審查意見與結論通常也都發生效果，政治部門都予以尊重。最後，在被諮詢權領域，若是其諮詢意見是負面的，任命案通常也就不會續行。此外，

²¹ Ainsi pour certains membres du tribunal maritime commercial : Conseil constitutionnel n° 2010-10 QPC 2 juillet 2010 ; pour certains membres de la commission centrale d'aide sociale : Conseil constitutionnel n° 2012-250 QPC 8 juin 2012; pour certains membres du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire : Conseil constitutionnel n° 2014-457 QPC 20 mars 2015

^o 「司法督察官」創設於 1964 年，是普通法院體系的行政監督機關，有獨立預算，主要負責監督法院是否正常運作（如重要證物遺失之調查及追究），以及法官之貪瀆或倫理問題。司法督察官置於司法部之下，包括一名總督察官，六名副總督察官，及 26 名督察官，這些人員皆由高階司法官出任。外加書記官及其他相關行政人員，是一個共約六十人組成的機關，其中司法官佔 38 名。

最高司法委員會所提具之所有有關司法官任命之人事意見，當事人都有副本而知悉其內容。此種作法一方面確保程序之透明性，另一方面也有助於最終處分之作成的客觀性；就是這些機制形構成普通法院體系的獨立性。

而這些確保體系獨立之機制仍被認為有所不足：有新的改革建議希望進一步強化最高司法委員會對於檢察官之任命所扮演的角色。甚至有人提出要設置國家總檢察長（或共和國總檢察長），並由其來指揮全國的檢察官。而此總檢察長之任命方式，必須透過最高司法委員會之參與而確保其獨立性。

至於行政法院體系之法官，雖然對於某些層級的法官存有得不經考試而直接予以晉用的途徑，近來的改革已更加嚴謹地限制此途徑之運用。這種原本希望引進外部人才來強化法院能力的制度設計，必須透過更嚴謹的規範來避免因政治權力部門之偏好而破壞原本期待強化多元與提升能力的制度設計美意。

16. 對於司法官任命情況的分析，尚不足以衡量法官個人層次的獨立保障情形；還必須輔以司法官職位調遷的分析。就此部分，以下針對兩個面向提出觀察：

第一，涉及未經當事人同意或違反當事人意願之職務調動。就此而言，普通法院法官享有明確之保障，因為憲

法第六十四條明定普通法院法官之地位是「不得被撤換職務的」。地方及上訴行政法院法官也享有相同的保障，因為依據行政訴訟法典第 L 231-3 條規定：「若未經法官事前同意，法官不得被調至新職；即使新職是屬晉升之職位，亦不得為之。」

但是類似的條文用語，並未被明確規範於檢察官及國政院之國政委員身上。因為欠缺類似的保障機制，故檢察官之獨立性屢被質疑。但是對於國政院之委員而言，基於該機構長久以來的實務操作，以及十分深嵌的組織精神，國政委員在事實上一樣享有「不得被撤換職務」的地位，故其獨立性可不被質疑。

第二，涉及因晉升而生的職務變動：快速晉升或延緩晉升都可能影響司法官的獨立性。針對此點，最高司法委員會對於普通法院法官的晉升，與前述有關法官的任命一樣，扮演相當吃重的角色。基於不同司法官之職位差異，最高司法委員會得分別行使其建議權，同意權及被諮詢權。而從實務操作經驗來看，最高司法委員會的意見都被尊重。至於地方及上訴行政法院法官之晉升，地方及上訴行政法院最高委員會建立客觀的晉升排序表與專長列表，然後依此二表決定行政法院法官之晉升。

在國政院（最高行政法院），其委



員之晉升完全依照年資自動調整。至於院中相關的重要職位，實務上則由國政院自行籌組之委員會負責管理與作出決定。國政院之獨立性²²曾由歐洲人權法院明白予以肯認：「雖然在法規範上並沒有任何條文明白規定國政委員享有不得被撤換的地位，但是事實上國政院透過其長久運作之慣行，早已確保其不得被撤換之地位與其獨立性。這些行之有年的慣行包括如國政院透過其內部委員會自主管理而不受外界干涉（不像檢察官那樣須遵從其上級司法部長之意志），或是國政委員乃依年資自動晉升等。不論是面對外部之政治權力部門，乃至是國政院內部之領導階層，這些慣行都是國政會維護其自主性的擔保機制。」基於這些確保獨立之機制，因而也就排除了一切監督。

B. 法官之監督

18. 「法官的監督」此用語看似十分矛盾，因為獨立與監督二者並不相容。然而，如果為了確保獨立而必須排除事前監督，並非必然不得有事後監督。

就事前監督而言，毫無疑問地，不得有任何有關行使職權的指示下達給普通法院的法官。即便是司法部長對於

針對法官所制定之新法經常作出解釋，這些解釋新法的命令，對法官並不生拘束效力。

至於行政法院體系，法官不接受事前指揮監督自屬當然。法國行政法院的獨立性在下列案件中特別為歐洲人權法院所肯認。該案涉及行政法院的成員之一，過去稱為「政府委員」，並自2009年修法後改稱為「公益報告官」的法官，其在行政訴訟中扮演類似刑訴程序中的檢察官角色，站在公共利益的立場一方面解析案情，另一方面向法庭提出裁判之建議方案。雖然政府委員（公益報告官）在裁判作成之前提出代表公共利益（官方）的建議方案，但歐洲人權法院在2001年6月7日 *Kress c. France*²³ 一案中表示「政府委員的公正性與獨立性無可質疑」。

19. 在普通法院體系，最主要的問題其實是在檢察官身上。依據1958年12月22日之司法官地位條例第五條規定：「在司法部長的權威之下，檢察官接受上級之指揮監督」，僅有在檢察官「蒞庭行使職權時」，其言詞論述才是自由的；但是這項「口頭自由」並不能平衡其必須臣服於層（上）級權力的義務。

²² 9 novembre 2006, Société Sacilor Lormines, n° 65411/01

²³ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 99

檢察官必須臣服於上級的規定令人質疑其獨立性。而前述規定也導致歐洲人權法院在第一個有關此事項之裁判，即 *Medvedyev c. France*²⁴ 一案中如此表述：「(法國的) 檢察官並不屬於本院歷來裁判所認定的『司法官署』，而此項判斷最主要的理由是基於檢察官並不獨立於行政權之外」。這樣的論述片段雖然沒有直接出現在 2010 年 3 月 29 日歐洲人權法院大審判庭所作的判決文字中，但其精神卻躍然於判決文字之上。數月之後，在另一案中²⁵ 歐洲人權法院又再次表示：「鑑於其法定地位，法院認定法國的檢察官並無法滿足必須獨立於行政權之外的要求」。歷經這些裁判，歐洲人權法院此項見解，可以說是已經「確定」²⁶。爾後，法國最高法院刑事庭也向歐洲人權法院的見解靠攏，在其判決²⁷ 中亦作如此表述：「刑事預審庭認為檢察官屬於歐洲人權公約第五條第三項之司法官署的見解是錯誤的，因為檢察官之相關規定並沒有提供該條項所要求之公正與獨立之保證」。

自此以降，已有不少規定已經被

修改或即將被修改，希望能限制「檢察官必須服從上級」的影響。

就現階段而言，政府（內閣）的刑事政策主導權是不可能被剝奪的。憲法委員會曾經肯認：依照憲法第二十條規定之精神，刑事政策由政府主導並決定。²⁸ 而依照刑事訴訟法第三十條規定：司法部長主導並決定刑事政策，「為達此目的，司法部長得對檢察官下達一般性指令。」

在此框架下，司法部長能否介入個案不無疑問。長期以來，司法部長的確有介入個案的可能性。透過逐步改革，如今此事已不可能再發生。在修法之前，司法部長皆公開宣示不會介入個案。2013 年 7 月 25 日的法律修正刑事訴訟法第三十條，新的規定為：「司法部長不得對個案下達任何指令」。但是此規定並不表示司法部長不得與聞個案，完全不得知悉個案資訊。此規定只是禁止司法部長針對特定個案下達諸如發動偵查或簽結等個案指令。

如今已由檢察官自己行使公訴權及請求法院依法判刑，但是檢察官行使

²⁴ C.E.D.H. 10 juillet 2008, *Medvedyev c. France*, n° 3394/03

²⁵ C.E.D.H. 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06

²⁶ C.E.D.H. 27 juin 2013, *Vassis c. France*, n° 62736/09

²⁷ 15 décembre 2010, n° 10-83674

²⁸ Conseil constitutionnel n° 2016-555 QPC 22 juillet 2016



職權「必須遵守其所必須履行之公正原則」(刑訴法第三十一條規定)憲法委員會在其決定中進一步闡釋²⁹：「檢察官隸屬於司法官署，而基於司法官署之獨立原則衍生出檢察官職權自由原則，亦即檢察官在刑事法庭之前，必須為了保護社會法益而自由行使其公訴權。」

建置於每個刑事上訴法院的檢察長，領導指揮其轄區內下級法院之檢察官。依據刑事訴訟法第三十六條規定，檢察長得指揮命令檢察官，透過必須附於卷宗的書面指令，檢察長得以著手偵查或下令發動偵查，同時檢察長於必要時，亦得向管轄法院以書面提出起訴書。

由此看來，檢察體系內部的階層關係限制了檢察官的獨立性。就如同檢察官的任命情形，如前所述，最高司法委員會僅有被諮詢權，既無建議權，也無同意權。

面對此問題，有不少改革方向已經被提出，除了強化最高司法委員會在檢察官任命時所扮演的角色外，也有如建置一個國家總檢察長（或共和國總檢察長）的建議，使其獨立於政府之外，負責指揮監督整個檢察體系之運作。

20. 至於事後監督，前述最高司法委員會有關司法官晉升與遷調的參與，基本上是以司法官過去執行職務之表現

為其評價基礎，就某個程度而言，這似乎是一種事後監督。不過嚴格而言，這並不算是監督。真正的監督是透過調查來實現，而且可能伴隨著懲戒處分。

在普通法院體系裡，2016年12月5日的命令重新改組督察組織，並將過去不屬於其督察對象的最高法院，透過此次修法而將其納入督察範圍。此新措施引發包括最高法院院長及檢察總長的反彈。

此次修法將過去已經存在的各類督察組織予以整合成一個司法督察總處，直接隸屬於司法部長之下；其成員主要是由普通法院體系之司法官所組成。

司法督察總處乃是對於「司法部之內，以及普通法院體系內之所有機關，局、處、內部單位，附屬組織或公營造物等各類組織進行調查、監督、研究、提供諮詢建議，以及評鑑等各項工作。…司法督察總處負責評價各級法院，各級機關，各營造物院所或附屬組織之活動內容，運作情形與績效表現。此外，其調查任務也對這些組織如何對其所屬人員提供服務，進行評價。司法督察總處提交有用之建議或觀察報告。」其調查工作完全聚焦於機關之運作層面，而不及於任何司法決定之內容，也不及於作成司法決定的方式或過程。

²⁹ Conseil constitutionnel n° 2016-555 QPC 22 juillet 2016

不過，新設的司法督察總處隸屬於內閣之下，此讓最高法院高層感到苦惱與不安。如果此司法督察總處改隸於最高司法委員會之下，此苦惱與不安應該將會消失。若是如此，則普通法院體系的事後監督制度就會與行政法院體系一致。

行政法院體系的事後監督機制乃由國政府自己負責。依據行政訴訟法典第 R 112-1 條規定：「行政法院的督察任務在國政府副院長的權威之下，由一名國政委員負責，並有數名國政委員協助。其任務內容就是檢視行政法院之組織與運作。」這是針對行政法院體系進行監督的具體表現。

對於國政府自己，並不存在任何監督機制（其實在 2016 年 12 月 5 日命令生效之前，最高法院也不受任何監督）；這是尊重其優越地位的具體展現。

21. 新近的改革透過制定司法官倫理法典明確規定司法官應遵守之義務，進一步強化對司法官的懲戒。

依據 1994 年 2 月 5 日組織法之規定，最高司法委員會負責研擬並公告司法官倫理義務彙編，而「獨立」正是所有義務中的首要義務。在最高司法委員

會內本就設有一個「協助與監督倫理組」，2016 年 8 月 8 日的組織法規定，必須新設一個「司法官倫理團」。

普通法院倫理組織的改革情形與行政法院體系十分相像³⁰：國政府在 2011 年就自行通過一個行政法院之倫理憲章，並在 2012 年設置一個「法官倫理團」，2016 年 4 月 26 日的法律將前述規定予以法律化³¹。

前述法規讓法官清楚知道自己的義務。如果法官違反其義務，懲戒程序最後可能導致各種制裁（依據 2010 年 7 月 22 日組織法之規定，訴訟當事人亦可對普通法院法官發動懲戒程序。）當然，為了避免破壞司法獨立，懲戒程序必需配有應有的保障機制。

這些保障機制最重要的就是必須依照嚴謹的程序規定，並且是由最高司法委員會負責裁決。如前所述，最高司法委員會分成法官委員會與檢察官委員會等兩個部分，被懲戒之司法官由其所屬委員會負責懲戒。如果被懲戒人是法官，懲戒處分由最高司法委員會自己作成。如果被懲戒人是檢察官，最高司法委員會向司法部長提出懲戒建議，而司法部長在正常的情況下都是尊重此建

³⁰ V. notamment C. Vigouroux, « Déontologie du juge administratif », Revue française de droit administratif, 2017, p. 8

³¹ Art. L 131-4 et L 131-5 du code de justice administrative



議，並依其建議內容進行懲戒。

至於地方及上訴行政法院法官的懲戒，長期以來行政法院最高委員會僅有懲戒建議權，懲戒最終決定權屬於司法部長。但是自 2016 年 10 月 13 日的條例通過後，行政法院法官的懲戒權已改隸於行政法院最高委員會。³² 對於國政委員的懲戒，由國政院自己組成的最高委員會提出懲戒建議，然後由國政委員的任命者（也就是總統）作出最終懲戒處分³³；只是此事從未發生過。

22. 事後監督所餘的最後一個面向，就是涉及法官之任命或懲戒處分的救濟制度，其由國政院負責管轄。

國政院負責審理有關任命處分爭議的撤銷訴訟，以及針對透過法庭形式作出之懲戒決定的救濟爭訟，而此際所涉及之訴訟類型則為廢棄訴訟。

國政院所管轄之司法官救濟案件不僅是行政法院體系法官之案件，同時也包括普通法院體系司法官之案件（此種制度安排難免會引起普通法院體系司法官或多或少的不滿）。

就某個程度來說，國政院可以說是確保法國司法獨立的最終擔保人，而為了要扮演好此角色，它自己當然就更需要獨立了。

23. 每當一個富涵政治或財務性格的複雜案件爆發之後，一定就會再激起有關法國司法獨立的討論。以行政法院為例，當在選舉訴訟中勝選一方被判當選無效之後，敗訴者就譴責法官是基於政治立場之不同而作出此判決。類似的情形也見於普通法院體系，只要是針對當選之政治人物或是參選人發動刑事程序，必然招致當事人之反擊；2017 年的總統大選就發生類似的案例。

對於那些不論是來自於司法權外部或是來自司法權之內，對於法國司法獨立情況的誇大批判或不實指控，必須保持距離，冷靜以對。吾人不能否認政治部門，乃至工商金融等業界可能干擾司法的情事，的確是存在的。然而，司法權透過其兩大組成部分（普通法院體系及行政法院體系）形構成一個職業團體。而其個別成員，也就是每一個司法官，他們都清楚理解獨立與公正是他們最重要的義務。近年來不論是針對法院之組織面向，還是針對法官倫理義務所作的改革，都是在強化司法獨立與公正之保障。

24. 當我們在判決中看到司法權對抗立法權與行政權時，我們就看到司法權展現其獨立性，而此獨立性既是功能

³² Art. L 236-3 du code de justice administrative

³³ Art. L 136-4 du code de justice administrative

上的獨立，也是機關上的獨立。

具體的案例如國政院在適用法律時，其所詮釋之條文意涵與立法者之原意相反（如對於立法者規定不得提起任何訴訟救濟之事項，國政院受理其撤銷訴訟³⁴），或是撤銷總統所作之處分，即便是依據立法者透過法律明確授予總統全權而作成之處分³⁵，或是受理並審查國會之行政行為³⁶，或是以法院強制令要求政府必須對空氣污染情況採取必要措施等³⁷；這些都是行政法院獨立行使職權，以司法權對抗立法權或行政權的具體案例。

在普通法院體系裡，吾人也發現「近年來法院裁判違反立法原意或改變立法原意的例子愈來愈多」³⁸。例如對於引渡事項，立法者原排除任何救濟途

徑，但最高法院卻仍受理其救濟³⁹；又如對於羅浮宮所採購之畫作，最高法院以賣方錯誤為由撤銷此契約⁴⁰；此外，對於受孕期間之產檢沒有發現胎兒畸形而生出殘障兒的事件，法國法律原是不賦予損害賠償請求權，但是最高法院透過2006年1月24日的三個判決肯認受害人有權提出損害賠償請求。

更廣泛地說，透過最高法院於1975年⁴¹及國政院於1989年⁴²所作的見解變更後，最高法院及國政院有權拒絕適用法律，當爭議之法律違反國際條約，特別是歐洲人權公約，歐盟條約，以及由歐盟條約所衍生之次級規範（規則或指令）。此拒絕適用法律的權力一方面強化國際條約，以及法國法院裁判的司法權威，另一方面也強化法官

³⁴ Conseil d'Etat 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. dame Lamotte*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 57

³⁵ Conseil d'Etat 19 octobre 1962, *Canal*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 76

³⁶ Conseil d'Etat 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 9

³⁷ Conseil d'Etat 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre*

³⁸ Ph. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 402

³⁹ Cour de cassation Chambre criminelle 17 mai 1984

⁴⁰ Cour de cassation 1^{ère} Civ. 22 février 1978 et 13 décembre 1983, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, Dalloz, 13^{ème} éd., t. 2, n° 148-149

⁴¹ Cour de cassation Chambre mixte 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Recueil Dalloz 1975, p. 497, conclusions A. Touffait

⁴² Conseil d'Etat (Assemblée) 20 octobre 1989, *Nicolo*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 87



的獨立性。同樣的，自從 2010 年法國建置「優先之合憲性問題」審查，法官可將有違憲嫌疑的法律移請憲法委員會審查，透過此先決程序，法官參與撼動法律的工作。而此項質疑法律違憲的先決程序，正是司法權與立法權保持距離的具體展現。

整體而言，司法獨立在法國是真實存在的，即使總會有蔑視司法的人在不同時機去質疑司法的獨立性。

25. 這些蔑視司法者不僅質疑司法獨立，甚至可能會危害司法獨立。今日之媒體可以對司法施加壓力，尤其透過社群媒體與網際網路等新傳播方式，媒體的力量變得更加強大。透過媒體報導與網路瘋傳可以動搖正在進行的司法案件，透過「推定」特定爭議行為是有過失的媒體爆料，即使此常見手法違反刑法上之無罪推定原則，但仍會迫使司法機關不得不對爭議行為進行調查。

當我們透過修法拔除了司法部長得以要求檢察官發動偵查的命令權之後，媒體的壓力反倒能迫使檢察官不得不發動刑事偵查程序。具體的案例如 2017 年的總統大選中，在初選中勝出而代表傳統右派參選總統的 Fillon，被媒體指控其擔任議員期間，讓其太太及

子女擔任公費助理，坐領乾薪。在媒體報導壓力下，國家金融檢察官認為其有介入之義務，遂於 2017 年 1 月 25 日約談當事人，並於同年 2 月 16 日開啟初步調查程序。即使是在現在，同一個檢察官在 2017 年 8 月 4 日對於一位甫才被任命為憲法委員會委員的人發動初步調查程序，該員亦被指控利用其子女為人頭詐領公帑。本來是由政府（內閣及部會）享有之層級指揮權，如今竟似改由媒體所掌控之輿論所取代。

這是現今我們探討司法獨立所面臨的另一個新的問題面向。我們可以說媒體與司法之關係，乃不同於司法與立法或行政等政治權力部門間之關係。就機關或組織層面而言，媒體與司法之間毫無疑問地並不存在組織性或機關性之關聯。媒體只不過是使用其表達意見之自由，而輿論之警戒亦有助於保護公共利益（這也就是為何立法者要給予他們「警戒者」的地位）。然而媒體所表達之意見可以轉變成壓力，而不論是來自於政府，或是來自於媒體的壓力，最終都可能變成一種政治性壓力。而正是要能夠對抗這類壓力，司法獨立才能被確保。

Pierre DELVOLVÉ

L'indépendance de la justice en France

■ Membre de l'Institut Professeur émérite de l'Université de Paris (Panthéon-Assas)
par Pierre DELVOLVÉ

1. L'indépendance est l'une des conditions premières de la justice mais ni la justice ni l'indépendance ne sont faciles à définir.

La justice est d'abord une qualité, consistant à reconnaître à chacun ce qui lui est dû ; mais déjà sa complexité apparaît avec la distinction d'Aristote (Ethique à Nicomaque, livre V) entre la justice générale et la justice particulière, celle-là étant le domaine du droit proprement dit, et en son sein, la justice commutative et la justice distributive.

Cette qualité s'exerce à travers la fonction consistant à rendre la justice, c'est-à-dire à trancher les litiges entre des personnes s'opposant sur leurs droits ou à infliger des peines à celles qui ont violé le droit (ce qui fait apparaître une distinction entre justice civile et justice répressive).

Cette fonction s'exerce par des organes (les juges), qui, même dans des sociétés évoluées peuvent être encore des juges privés (cas de l'arbitrage, particulièrement développé aujourd'hui dans le commerce international), mais qui pour l'essentiel sont institués au sein de l'Etat.

En France, la construction de l'Etat est étroitement liée à l'institutionnalisation de la justice¹. Au devoir du Prince de rendre la justice a répondu la création d'un corps judiciaire rendant la justice en son nom. Aujourd'hui encore « *la justice est rendue de manière indivisible au nom de l'Etat* »².

¹ V. notamment J. Krynen, L'Etat de justice – France XIIIème-XXème siècles, 2 vol., Gallimard, 2012

² Conseil d'Etat (Section) 27 février 2004, Mme Popin, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 21^{ème} éd., 2017, n° 104



C'est une des raisons qui posent la question de son indépendance.

Celle-ci est en soi une qualité, consistant à ne pas dépendre d'autrui.

Elle est la condition première de la justice. Le Conseil constitutionnel français vient de le rappeler en reprenant dans sa décision du 31 juillet 2017 sur l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, une formule constante³ : « *Les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* » - indépendance et impartialité étant elles-mêmes indissociables l'une de l'autre.

La difficulté d'assurer l'indépendance de la justice tient à ce qu'elle est une fonction et un organe de l'Etat et dans l'Etat et à ce que elle ne peut être complètement dissociée ni du pouvoir législatif, appelé à adopter les lois qui la régissent et celles qu'elle doit appliquer, ni du pouvoir exécutif, appelé à intervenir de son organisation. Ainsi le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif exercent un rôle inévitable dans la création des juridictions, leur aménagement, ainsi que dans la désignation de leurs membres : c'est essentiellement par rapport à eux que se pose la question de l'indépendance de la justice. Au sein même des institutions juridictionnelles, la question de l'indépendance se pose pour les juges les uns par rapport aux autres, particulièrement pour les juges d'un degré inférieur par rapport à ceux qui sont d'un degré plus élevé.

Au-delà de l'Etat, on doit aussi tenir compte du pouvoir, à la fois informel et fort, qu'exercent des organes d'influence tels que la presse et aujourd'hui ce que l'on appelle « les réseaux sociaux ».

L'indépendance de la justice s'apprécie ainsi au regard des institutions qui la constituent et des personnes qui la rendent : elle doit être à la fois institutionnelle et personnelle⁴.

2. Elle a connu des avatars en France. Sous l'Ancien Régime, on peut citer la création de juridictions créées par le roi pour poursuivre et condamner des personnes qu'il considérait comme particulièrement dangereuses pour son pouvoir : la chambre de justice constituée pour condamner le Surintendant des finances Fouquet (1661-1665), la commission

³ Par exemple Conseil constitutionnel n° 2010-110 QPC 25 mars 2011, n° 2011-199 QPC 25 novembre 2011, n° 2012-250 QPC 8 juin 2012, n° 2014-704 DC 11 décembre 2014, n° 2014-457 QPC 20 mars 2015, n° 2015-506 QPC 4 décembre 2015

⁴ V. C. Guarneri, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », in *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 2, p. 287-319

extraordinaire des « Grands jours d'Auvergne » qui siégea en 1665 pour réprimer la noblesse locale. En contrepoint, au XVIIIème siècle, les Parlements, dont l'indépendance était assurée par les charges dont leurs membres étaient propriétaires, s'opposèrent au roi dans des conditions telles qu'ils ébranlèrent la monarchie et contribuèrent à sa chute.

La Révolution en tira la leçon : par la loi des 16-24 août 1790 puis par le décret du 16 fructidor an III, elle interdit aux tribunaux de « *troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs* », de « *citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* », de « *connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient* », instaurant ainsi le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

La Révolution et surtout l'Empire réorganisèrent la justice en un corps judiciaire qu'on pouvait comparer à un corps de fonctionnaires. La Constitution de 1958 la reconnaît comme une « autorité judiciaire » (titre VIII) – mais non comme un « pouvoir judiciaire ». Parallèlement s'est constituée une justice administrative exercée par le Conseil d'Etat, dont la loi du 24 mai 1872 a définitivement établi l'assise.

La succession des régimes politiques s'accompagna d'une succession d'épurations, y compris sous les Républiques, permettant de protéger les nouvelles institutions contre les risques d'une opposition judiciaire. Les périodes de temps troublés, jusqu'à la fin du XXème siècle, connurent des juridictions d'exception (Haut tribunal militaire, Cour de sûreté de l'Etat) de l'indépendance desquelles on a pu douter bien qu'elles aient pu la manifester à l'occasion.

Progressivement la situation s'est stabilisée et même systématisée.

3. Il faut mettre à part le Conseil constitutionnel, création de la Constitution de 1958, qui est devenue progressivement une véritable juridiction constitutionnelle, chargée essentiellement du contrôle de la constitutionnalité des lois. Son indépendance n'est guère mise en cause. Sa particularité n'a pas à être exposée ici. On n'envisagera que la justice de droit commun, dans ses deux composantes – administrative et judiciaire.

La dualité de ces ordres juridictionnels a été confirmée au plus haut niveau juridique. Non seulement il existe au profit de l'ordre administratif un domaine de compétence pour statuer en matière administrative auquel le législateur ne peut porter atteinte⁵, mais encore, plus radicalement, la Constitution reconnaît deux ordres de juridictions au sommet desquels sont

⁵ Conseil constitutionnel n° 86-234 DC 23 janvier 1987 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n°84



placés le Conseil d'État et la Cour de cassation⁶. Ainsi, si l'on veut rendre compte de la justice et de son indépendance en France, il faut parler autant de la justice administrative que de la justice judiciaire.

4. Au sein de chaque ordre de juridiction, l'organisation s'est diversifiée.

Dans l'ordre judiciaire, la distinction du siège (dont les magistrats exercent les fonctions de jugement) et du parquet (dont les magistrats exercent celles de poursuite) est traditionnelle. Certains domaines font l'objet d'aménagements particuliers soit pour le jugement (en première instance, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes, tribunaux paritaires de baux ruraux notamment, dont les membres ne sont pas des magistrats professionnels) soit pour les poursuites (création du Procureur de la République financier par deux lois du 6 décembre 2013 ; sections d'instruction et de poursuites antiterroristes au Tribunal de grande instance de Paris).

Cela n'empêche pas l'unité du corps judiciaire et celle de l'autorité judiciaire,

D'une part, tous les magistrats judiciaires appartiennent au même corps ; leur formation est la même ; « *tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet* »⁷. Mais, comme on le verra, certains aspects de leur régime (carrière, fonctions) sont diversifiés: et même la question se pose de savoir si le statut des magistrats du siège ne devrait pas évoluer.

D'autre part, comme l'a dit le Conseil constitutionnel⁸, « *l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution [...] comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet* » ; la Cour européenne des droits de l'homme admet aussi que « *l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire représente l'autorité judiciaire citée à l'article 66 de la Constitution* »⁹.

Pour l'ordre administratif, il n'existe pas de distinction entre le siège et le parquet. La distinction principale est celle du Conseil d'Etat d'une part et des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs d'autre part : leurs membres appartiennent à deux corps

⁶ Conseil constitutionnel n° 2010-71 QPC 26 novembre 2010, Rec. p. 343 ; dans le même sens précédemment n° 2009-595 DC 3 décembre 2009, Rec. p. 206)

⁷ Art. 1.II de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸ Conseil constitutionnel n° 93-326 DC 11 août 1993, n° 2010-14/22 QPC 30 juillet 2010

⁹ C.E.D.H. 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06

distincts. Ceux du Conseil d'Etat n'ont pas la qualité de magistrats, alors que ceux des cours et tribunaux l'ont.

5. L'indépendance institutionnelle de la justice dans ses deux composantes (judiciaire, administrative) a été expressément formulée. L'article 64 de la Constitution parle seulement de « l'indépendance de l'autorité judiciaire »¹⁰ ; mais, il résulte, outre ces dispositions en ce qui concerne l'autorité judiciaire, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative¹¹. Plus particulièrement, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 7 juin 2001, *Kress c. France*¹², a « salué » « la création et l'existence même de la juridiction administrative [...] comme l'une des conquêtes les plus éminentes de l'Etat de droit ».

Ainsi sont respectées des exigences exprimées dans l'ordre international : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 reconnaît dans son fameux article 6.1 le « droit à un procès équitable » devant « un tribunal indépendant et impartial » ; l'Assemblée générale des Nations Unies a confirmé dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985 le principe de « l'indépendance de la magistrature » parmi ceux qu'a adoptés le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985.

L'indépendance personnelle des juges est également reconnue expressément. Le recueil des obligations déontologiques des magistrats judiciaires précise : « *l'indépendance des magistrats est garantie statutairement... Les magistrats préservent leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif... Les magistrats conduisent les procédures, mènent les*

¹⁰ Conseil constitutionnel n° 2011-185 QPC 21 octobre 2011, Rec. p. 516

¹¹ Conseil constitutionnel n° 80-119 DC 22 juillet 1980, Rec. p. 46 ; n° 86-224 DC 23 janvier 1987, Rec. p. 8 ; n° 89-271 DC 11 janvier 1990, Rec. p. 21. Dans le même sens n° 2001-448 DC 25 juillet 2001 à propos de la Cour des comptes, qui est une juridiction administrative, relevant du contrôle de cassation du Conseil d'Etat

¹² Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 99



débats et rendent leurs décisions de façon indépendante... »

Dans l'ordre administratif, l'article L 131-2 du code de justice administrative, dont la rédaction a été modifiée par la loi du 20 avril 2016, dispose que « *Les membres du Conseil d'Etat exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard* » ; la même formule est reprise à l'article L 231-1-1 pour les membres des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, auxquels est expressément reconnue la qualité de « magistrats » que n'ont pas les membres du Conseil d'Etat.

6. Ainsi doivent se trouver combinés Etat de droit et Etat de justice : l'Etat de droit, fondé sur le droit, organisé et fonctionnant conformément au droit, est assuré par la garantie de justice qu'offre une justice indépendante.

Il faut se garder cependant de la grandiloquence des mots et des déclarations de principe. Il faut vérifier concrètement que la justice est instituée et fonctionne de manière indépendante. Cet examen pourrait porter sur les moyens financiers et matériels dont elle dispose et dont on doit souligner l'importance pour qu'elle fonctionne en toute indépendance.

Du point de vue juridique, on ne peut le faire qu'en examinant les organes de l'indépendance (I) et les modalités de l'indépendance (II).

I. Les organes de l'indépendance

7. La dualité des ordres de juridiction a conduit à établir pour chacun d'eux deux sortes d'organes distincts. Ils le sont au niveau constitutionnel pour l'ordre judiciaire (A), non pour l'ordre administratif (B). Cela ne signifie pas que l'indépendance de l'ordre judiciaire est mieux assurée que celle de l'ordre administratif.

A. Les organes de l'indépendance de la justice judiciaire

8. Au premier rang, l'article 64 de la Constitution désigne le Président de la République comme le « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

Cette solution est significative de la conception de la place de la justice et du Président de la République dans l'Etat. Comme on l'a vu, la justice est une institution de l'Etat ; le Président de la République est lui-même placé à la tête de l'Etat ; corrélativement il est à la tête de la justice. Ce que le texte constitutionnel dit en 1958, le Général de Gaulle l'a exprimé de manière encore plus forte dans sa fameuse conférence de presse du 31 janvier 1964 : « *l'autorité indivisible de*

l'Etat est confiée tout entière au Président par le peuple et [...] il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui ». Cette déclaration va plus loin en ce qui concerne la justice que ce dit l'article 64 puisqu'elle implique que l'existence même de la justice (son établissement, son maintien) dépend du Président. Elle exprime une conception proprement royale de l'Etat et de la justice dans l'Etat, à l'instar de celle que Louis XV exprimait devant le Parlement de Paris lors la séance « de la flagellation » du 3 mars 1766.

Le texte de l'article 64 n'a pas donné lieu à une mise en œuvre explicite par d'autres textes. Sa pratique a pu donner lieu à des solutions variables ; surtout des déclarations ont pu révéler une curieuse appréciation de la magistrature par certains présidents de la République, entraînant des réactions indignées des plus hauts magistrats¹³.

Il revient au Président de la République d'adopter certaines décisions concernant l'ordre judiciaire, et spécialement les nominations (voir plus loin). Il a été longtemps président du Conseil supérieur de la magistrature. Mais l'évolution a conduit à l'en faire sortir alors même que l'article 64 continue à dire qu'il est « assisté » par ce Conseil dans l'exercice de sa fonction de garant.

9. Le Conseil supérieur de la magistrature est apparu pour la première fois sous la IIIème République avec la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, qui donnait cette appellation à la formation de la Cour de cassation, toutes chambres réunies, statuant sur la discipline des magistrats. Etabli seulement par la loi, il n'avait pas alors un statut constitutionnel ; formation particulière de la Cour de cassation, ce n'était donc pas un organe distinct des juridictions judiciaires ; le rôle qui lui était attribué en matière disciplinaire était présenté comme une garantie pour les magistrats, pouvant contribuer à leur indépendance.

C'est avec la IVème République que le Conseil supérieur de la magistrature devient un organe spécial de statut constitutionnel, exerçant des fonctions au sujet non seulement de la discipline des magistrats mais aussi de leur nomination et de leur carrière.

¹³ Discours du Premier Président et du Procureur général lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation le 13 octobre 2016 à la suite de la publication d'un livre (Un Président ne devrait pas dire ça, par G. Davet et F. Lhomme, Stock, 2016) reproduisant des propos peu amènes du Président de la République



Le problème depuis lors a été de déterminer exactement sa composition et son rôle : pour sa composition, il faut éviter un corporatisme judiciaire et une influence politique ; pour son rôle autre que disciplinaire, portant sur la nomination et la carrière des magistrats, il faut mesurer le degré de son intervention dans des décisions finalement prises par les autorités gouvernementales. Un équilibre a été recherché ; il n'a jamais été trouvé de manière satisfaisante.

La Constitution de 1946 (titre IX) : - compose le Conseil supérieur de la magistrature de 14 membres, dont le Président de la République, président, le garde des sceaux, ministre de la justice, vice-président, six personnalités élues par l'Assemblée nationale en dehors de ses membres, quatre magistrats élus par leurs pairs et deux membres désignés par le Président de la République en dehors du Parlement et de la magistrature ; - le charge de la discipline des magistrats et de la présentation de leur nomination au Président de la République. Plus généralement il « assure leur indépendance » - sans autre précision.

Avec la Vème République, si le statut du Conseil supérieur de la magistrature reste constitutionnel, son contenu a été sinueux et peut encore évoluer.

Dans sa version d'origine, la Constitution de 1958, comme précédemment, donne la présidence du Conseil supérieur au Président de la République et la vice-présidence au garde des sceaux, ministre de la justice; neuf autres membres sont désignés par le Président de la République dans des conditions qu'une loi organique a précisées : deux personnalités qualifiées, six magistrats sur proposition du bureau de la Cour de cassation et un conseiller d'Etat sur celle de l'assemblée générale du Conseil d'État. La prééminence du Président de la République est donc assurée à la fois par sa présence et par la nomination des autres membres. Ce n'est qu'en matière disciplinaire que le Conseil statue sous la seule présidence du Premier Président de la Cour de cassation en l'absence des autorités gouvernementales. Il n'intervient dans la nomination des magistrats que pour proposer celle des membres de la Cour de cassation et des premiers présidents de cour d'appel.

Depuis lors, plusieurs réformes ont été adoptées, conduisant progressivement à détacher le Conseil du Président de la République et à renforcer son rôle.

Tout d'abord, à la suite des travaux du comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel, la loi constitutionnelle du 25 juillet 1993

et la loi organique du 5 février 1994 qui la prolonge, tout en maintenant le Président de la République et le garde des Sceaux comme président et vice-président, y introduisent douze magistrats élus par leurs pairs, d'autres membres désignés non seulement par le Président de la République, mais par celui de l'Assemblée nationale et par celui du Sénat, distinguent deux formations, l'une pour les magistrats du siège, l'autre pour les magistrats du parquet, spécialement en matière disciplinaire, élargissent le rôle de proposition du Conseil dans les nominations à celles de président de tribunal de grand instance et lui donnent un rôle d'avis pour les autres nominations – tout en excluant pour le parquet le cas des nominations en conseil des ministres.

Une nouvelle réforme a été réalisée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, modifiant l'article 65 de la Constitution, et la loi organique du 22 juillet 2010. Elle retire au Président de la République et au garde des sceaux la présidence et la vice-présidence du Conseil, pour donner au Premier président de la Cour de cassation, éventuellement suppléé par le Procureur général près cette Cour, la présidence de la formation plénière, et à chacun d'eux respectivement la présidence de la formation spécialisée pour les magistrats du siège et de celle qui l'est pour ceux du parquet. Huit personnalités extérieures à la magistrature (un conseiller d'Etat désigné par le Conseil d'Etat, un avocat désigné par le président du Conseil national des barreaux, six personnalités désignées à raison de deux respectivement par le Président de la République et le président de chaque assemblée parlementaire) participent à toutes les formations ; six magistrats élus participent aux formations spécialisées ; certains d'entre eux participent à la formation plénière. Chaque formation spécialisée se prononce sur les nominations et la discipline des magistrats auxquels correspond sa spécialisation ; la formation plénière donne les avis demandés par le Président de la République à propos de l'indépendance de l'autorité judiciaire, et répond aux questions dont le saisit le ministre de la justice au sujet de la déontologie des magistrats et du fonctionnement de la justice. Enfin le Conseil supérieur dispose de l'autonomie budgétaire.

A l'occasion de l'examen de la loi organique mettant en œuvre les dispositions nouvelles de l'article 65 de la Constitution, le Conseil constitutionnel¹⁴ a considéré « *qu'il résulte de*

¹⁴ Conseil constitutionnel n°2010- 611 DC 19 juillet 2010, Rec. p. 148



l'ensemble de ces dispositions que l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire » et que, pour l'essentiel, la loi organique les respectait.

10. Cela n'a pas paru suffisant : une nouvelle réforme a été engagée à partir de 2013 avec l'ambition de donner au Conseil la majorité aux magistrats, d'y faire désigner les personnalités qualifiées par un collège indépendant, de permettre au Conseil de se saisir lui-même des questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le projet s'est étioilé au fur et à mesure de la procédure parlementaire ; un texte a été adopté par les deux assemblées du Parlement en termes identiques le 26 avril 2016. Mais, pour être achevée, la réforme devait obtenir l'approbation du Congrès (réunissant les deux assemblées parlementaires) à la majorité des 3/5èmes : l'impossibilité d'atteindre ce seuil en raison de blocages politiques a conduit le Président de la République de l'époque à renoncer à faire aboutir le projet.

Le nouveau Président élu le 7 mai 2017 a déclaré devant le Congrès réuni le 3 juillet suivant qu'il fallait « assurer l'indépendance pleine et entière de la justice », arriver à la « séparation de l'exécutif et du judiciaire, en renforçant le rôle du Conseil supérieur de la magistrature ». Une nouvelle réforme devrait intervenir en ce sens d'ici un an.

Elle devrait donc aller plus loin que les solutions actuelles. La question reste posée de savoir si elle porterait aussi sur la justice administrative.

B. Les organes de l'indépendance de la justice administrative

11. Alors même qu'il est admis désormais que l'existence d'une justice administrative trouve son fondement dans la Constitution (v. supra), son texte ne comporte expressément aucune disposition sur son statut ni sur les organes devant assurer son indépendance. Celle-ci, comme on le verra, résulte plus d'un état d'esprit et d'usages que d'organes particuliers. Toutefois un mouvement récent a conduit à aménager certaines institutions en ce sens.

La première - le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel - a été créée par la loi du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, non pour l'ensemble de la justice administrative, mais pour les tribunaux administratifs, puis pour les cours administratives d'appel lorsque celles-ci ont été instituées par la loi du 31 décembre 1987 . Il a été lui-même modifié à plusieurs

reprises, en dernier lieu par une ordonnance du 13 octobre 2016¹⁵, adoptée en même temps que d'autres textes destinés à « *autonomiser le statut des juges administratifs pour mieux garantir leur indépendance* »¹⁶. Ainsi se trouvent renforcées des dispositions dont le Conseil d'Etat¹⁷ a considéré que déjà précédemment elles constituaient « *une garantie d'indépendance* ».

Ce Conseil comprend, sous la présidence du vice-président du Conseil d'Etat, le conseiller d'Etat, président de la mission d'inspection des juridictions administratives, le secrétaire général du Conseil d'Etat, le directeur chargé au ministère de la justice des services judiciaires, un chef de juridiction élu par ses pairs, cinq représentants des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, trois personnalités choisies pour leurs compétences dans le domaine du droit nommées respectivement par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

Il connaît d'une part de questions individuelles, d'autre part des questions intéressant le fonctionnement et l'organisation des cours et tribunaux.

Il n'est pas compétent à l'égard du Conseil d'Etat (dont les autorités sont très présentes en son sein).

12. Pour le Conseil d'Etat, à la commission consultative qui existait précédemment a été substituée par une autre ordonnance du 13 octobre 2016¹⁸ une « *commission supérieure du Conseil d'Etat* », composée du vice-président du Conseil d'Etat, qui la préside, des sept présidents de section, de huit membres élus du Conseil d'Etat et de trois personnalités qualifiées désignées respectivement par le Président de la République et le président de chaque assemblée parlementaire : on peut y relever la majorité écrasante qui appartient aux membres du Conseil d'Etat lui-même. C'est une illustration de l'autonomie du Conseil d'Etat dans sa propre gestion.

Cela est confirmé par les fonctions de la commission supérieure : elle est consultée par le vice-président du Conseil d'Etat sur les questions intéressant la compétence, l'organisation ou le fonctionnement du Conseil d'Etat ; elle émet un avis sur toute question relative au statut

¹⁵ Dispositions codifiées aux articles L 232-1 à L 232-7 du code de justice administrative

¹⁶ D. Moreau, *Revue française de droit administratif*, 2017, p. 5-7. Dans le même sens communiqué à l'issue du conseil des ministres du 4 janvier 2017

¹⁷ Conseil d'Etat 26 mai 2010, *Marc-Antoine*

¹⁸ Dispositions codifiées aux articles L 132-1 et L 132-2 du code de justice administrative



des membres du Conseil d'Etat ; elle peut également être consultée sur toute question générale relative à l'exercice de leurs fonctions. En matière disciplinaire, elle propose les sanctions à infliger aux membres du Conseil d'Etat. C'est une modalité de l'indépendance.

II. Les modalités de l'indépendance individuelle

13. L'indépendance doit être assurée pour chaque juge individuellement. Elle doit se vérifier dans les conditions de nomination et dans les contrôles pouvant éventuellement exercés.

A. La nomination des juges

14. L'indépendance des juges peut se mesurer dans les conditions de leur nomination initiale et des changements dont elle peut faire l'objet ensuite.

S'agissant de leur nomination initiale, non seulement la dualité des ordres de juridiction mais encore la diversité en leur sein des différentes catégories de juges conduit à une grande diversité des conditions de nomination, dont on ne peut rendre compte dans les détails. On se concentrera ici sur l'essentiel pour déterminer dans quelle mesure l'indépendance de la justice est assurée à l'occasion des nominations (incluant dans cette appellation les promotions dont les juges peuvent faire l'objet).

Il faut observer qu'à la base, les juges professionnels sont recrutés par la voie de concours, dont les modalités doivent permettre d'assurer une appréciation objective des capacités des candidats : à cet égard, s'applique « *le principe proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, selon lequel tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils 'sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents'* » ; « *s'agissant du recrutement des magistrats, en premier lieu, il ne doit être tenu compte que des capacités, des vertus et des talents ; en deuxième lieu, les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte doivent être en relation avec les fonctions de magistrats et garantir l'égalité des citoyens devant la justice* »¹⁹. Il existe des voies parallèles de recrutement sans concours mais elles sont elles-mêmes encadrées par des conditions rigoureuses. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu vérifier pour certains juges de juridictions particulières le respect des exigences d'indépendance et d'impartialité, en constatant qu'elles étaient satisfaites²⁰ ou au

¹⁹ Conseil constitutionnel n° 2001-445 DC 19 juin 2001

²⁰ Par exemple pour les juges de proximité : Conseil constitutionnel n° 2003-466 DC 20 février 2003 ; pour les assesseurs des tribunaux des affaires de sécurité sociale : Conseil constitutionnel n° 2010-76 QPC 3 décembre 2010; pour la désignation des conseillers prud'hommes : Conseil constitutionnel n° 2014-704 DC 11 décembre 2014

contraire qu'elles ne l'étaient pas²¹.

Pour l'essentiel, les procédures de nomination offrent des garanties. Elles ne sont pas les mêmes pour l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

15. Pour les magistrats judiciaires, on retrouve le rôle du Conseil supérieur de la magistrature.

On a vu l'évolution qui a conduit à élargir son rôle à l'égard des magistrats du siège et à l'égard de ceux du parquet.

Aujourd'hui, pour le siège, ce rôle se dédouble :

il consiste en des propositions pour les nominations des plus hauts magistrats : ceux de la Cour de cassation, les premiers présidents de cour d'appel et les présidents de tribunal de grande instance ; le Conseil supérieur a donc l'initiative mais le Président de la République auquel revient le pouvoir de nomination peut refuser de la suivre ;

ce rôle est celui d'avis conforme pour les autres magistrats du siège ; l'initiative appartient au ministre de la justice mais le Conseil supérieur peut s'y opposer : le Président de la République ne peut nommer un magistrat à l'égard duquel le Conseil supérieur a donné un avis défavorable.

Pour le parquet et pour les membres de l'inspection générale de la justice, si doit être recueilli l'avis du Conseil supérieur de la magistrature, ce n'est qu'un avis simple : ni le Conseil ne fait de proposition ni son avis défavorable ne peut empêcher le Président de la République de procéder à une nomination qui lui paraît opportune.

Ces règles juridiques doivent être ramenées à la pratique suivie, telle qu'elle est décrite dans le rapport annuel du Conseil supérieur : en réalité, il existe une sorte de dialogue entre le Conseil supérieur et la Direction des services judiciaires du ministère de la justice au sujet des nominations à venir. Les propositions de nomination faites par le Conseil supérieur sont normalement suivies. Même dans les cas où il n'a pas en droit un pouvoir de proposition, il émet des recommandations et procède à des signalements qui sont suivis d'effet ; même dans les cas où en droit il n'émet qu'un avis simple, son contenu défavorable n'est pas suivi d'une nomination. En outre les positions exprimées par le Conseil supérieur sont portées à la

²¹ Ainsi pour certains membres du tribunal maritime commercial : Conseil constitutionnel n° 2010-10 QPC 2 juillet 2010 ; pour certains membres de la commission centrale d'aide sociale : Conseil constitutionnel n° 2012-250 QPC 8 juin 2012; pour certains membres du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire : Conseil constitutionnel n° 2014-457 QPC 20 mars 2015



connaissance des intéressés, ce qui assure la « transparence » et contribue à l'objectivité des solutions. Ce sont des facteurs de l'indépendance du système.

Ils ne sont pas jugés suffisants : des propositions tendent à renforcer le rôle du Conseil supérieur, notamment pour la nomination des magistrats du parquet, voire à instituer un Procureur général de la Nation (ou de la République), nommé lui-même dans des conditions garantissant son indépendance, auquel reviendrait la coordination du ministère public (parquet) à l'échelon national.

Pour les membres de la juridiction administrative, si des recrutements directs sont possibles sans concours à certains grades, des dispositions récentes ont voulu en encadrer les conditions pour empêcher que la faveur politique dénature un système destiné à apporter à ces juridictions des compétences venant de l'extérieur.

16. L'analyse des conditions de nomination n'est pas suffisante pour mesurer l'indépendance personnelle des juges. Elle doit être complétée par l'observation des changements dont leur situation peut faire l'objet. Deux aspects doivent être relevés.

Le premier est celui des changements sans ou contre la volonté des intéressés. A cet égard une garantie est donnée pour les magistrats judiciaires du siège puisque, selon l'article 64 de la Constitution elle-même, ils sont « *inamovibles* », et pour les magistrats des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, qui le sont aussi en vertu de l'article L 231-3 du code de justice administrative ; ils « *ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ».

Les mêmes expressions ne sont reprises ni pour les magistrats judiciaires du parquet ni pour les membres du Conseil d'Etat. Pour les premiers, cela peut faire douter de leur indépendance ; pour les seconds, le doute peut être levé par la constatation d'une inamovibilité de fait, très ancrée dans l'esprit et la pratique de l'institution.

Elle se traduit en particulier dans le second aspect des changements de situation, celui de l'avancement – dont la rapidité ou le retard peut affecter l'indépendance des intéressés. Pour les magistrats judiciaires, il est assuré dans les conditions mêmes de nomination exposées plus haut, qui donnent au Conseil supérieur de la magistrature, pour les magistrats du siège, selon les cas un rôle de proposition ou d'avis conforme, pour ceux du parquet un rôle d'avis simple, avec, dans la pratique, une réelle influence. Pour les membres des cours

administratives d'appel et des tribunaux administratifs, leur Conseil supérieur établit les tableaux d'avancement et les listes d'aptitude.

Au Conseil d'Etat, l'avancement se fait exclusivement et automatiquement à l'ancienneté ; pour les grades ou fonctions les plus importantes, il donne lieu en pratique à une gestion par le Conseil d'Etat lui-même (son bureau, son conseil supérieur). La Cour européenne des droits de l'homme²² a reconnu que « *L'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat n'est pas prévue par les textes mais se trouve garantie en pratique tout comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'Etat, sans ingérences extérieures, (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice à la différence des magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'Etat elles-mêmes* ». Cela exclut tout contrôle.

B. Le contrôle des juges

18. L'expression peut paraître choquante tant l'indépendance est incompatible avec le contrôle.

Pourtant, si elle exclut le contrôle *a priori*, elle n'exclut pas un contrôle *a posteriori*.

Pour le contrôle *a priori*, dans l'ordre judiciaire, il est évident qu'aucune directive ne peut être adressée aux magistrats du siège pour l'exercice de leurs fonctions. Si le ministère de la justice adopte souvent des circulaires pour éclairer les destinataires (et en particulier les magistrats) sur le sens et la portée de nouvelles dispositions législatives, elles ne s'imposent pas à eux.

S'agissant de l'ordre administratif, l'indépendance de la juridiction administrative a particulièrement été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle a été saisie de la question du « commissaire du gouvernement », membre de la juridiction qui, sous cette appellation ancienne changée en 2009 par celle de « rapporteur public », expose une affaire à la juridiction et en propose la solution. Dans son arrêt précité du 7 juin 2001, *Kress c. France*²³, la Cour reconnaît que « *nul n'a mis en doute l'indépendance et l'impartialité du commissaire du gouvernement* ».

19. La question essentielle porte, dans l'ordre judiciaire, sur les magistrats du parquet. Aux termes de l'article 5 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative

²² 9 novembre 2006, *Société Sacilor Lormines*, n° 65411/01

²³ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 99



au statut de la magistrature, « *les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice* » ; c'est seulement « à l'audience » que « *leur parole est libre* », ce qui ne contrebalance pas la soumission au pouvoir hiérarchique.

La soumission des magistrats du parquet à leurs autorités hiérarchiques fait douter de leur indépendance et a conduit la Cour européenne des droits de l'homme, dans un premier arrêt rendu dans l'affaire *Medvedyev c. France*²⁴ à « *constater que le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : [...] il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* » - formule qu'elle n'a pas reprise dans l'arrêt rendu dans la même affaire en Grande chambre le 29 mars 2010 (elle y est sous-entendue), mais qui se retrouve dans un arrêt rendu quelques mois dans une autre affaire²⁵ : « *la Cour considère que, du fait de leur statut [...], les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif* », position qui est ainsi « tranchée »²⁶. La Cour de cassation (Chambre criminelle)²⁷ s'est rangée à cette position en jugeant dans une affaire que « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte* ».

Désormais certaines solutions sont aménagées ou pourraient l'être pour limiter la portée de la soumission du parquet au pouvoir hiérarchique.

Il n'est certes pas possible en l'état de retirer au Gouvernement son rôle dans la politique pénale. Le Conseil constitutionnel souligne qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution elle est déterminée par le Gouvernement²⁸. Selon l'article 30 du code de procédure pénale, elle est conduite par le ministre de la justice ; « *à cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales* ».

²⁴ C.E.D.H. 10 juillet 2008, *Medvedyev c. France*, n° 3394/03

²⁵ C.E.D.H. 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06

²⁶ C.E.D.H. 27 juin 2013, *Vassis c. France*, n° 62736/09

²⁷ 15 décembre 2010, n° 10-83674

²⁸ Conseil constitutionnel n° 2016-555 QPC 22 juillet 2016

Dans ce cadre, la question est de savoir si le ministre de la justice peut intervenir dans des affaires individuelles. Pendant longtemps, cela était possible. Progressivement cela ne l'a plus été. D'abord des ministres de la justice ont annoncé qu'ils ne le feraient pas. Puis la loi du 25 juillet 2013 a modifié l'article 30 du code de procédure pénale en disposant que désormais le ministre de la justice « *ne peut [...] adresser aucune instruction dans des affaires individuelles* ». Cela n'interdit pas qu'il en soit informé mais cela exclut qu'il ordonne d'engager ou d'arrêter des poursuites.

C'est au ministère public (parquet) seul d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi «*dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* » (article 31 du même code). Le Conseil constitutionnel ²⁹ précise : « *Il découle de l'indépendance de l'autorité judiciaire, à laquelle appartiennent les magistrats du parquet, un principe selon lequel le ministère public exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, l'action publique devant les juridictions pénales* ».

Le rôle du procureur général, institué auprès de chaque cour d'appel, et duquel dépendent les procureurs institués auprès de chaque tribunal de grande instance, doit être souligné : selon l'article 36 du même code, il « *peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes* ».

Ainsi, le lien hiérarchique à l'intérieur du parquet limite l'indépendance de ses membres. Il doit être rapproché des conditions de nomination de ses membres, dont on a vu qu'elles comportaient de la part du Conseil supérieur de la magistrature un avis simple, et non une proposition ou même seulement un avis conforme.

Des réformes ont été proposées, non seulement pour renforcer le rôle du Conseil supérieur dans la nomination des membres du parquet, mais même, comme on l'a vu plus haut, pour instituer un Procureur général de la Nation (ou de la République), indépendant du gouvernement, encadrant l'activité du parquet.

20. Pour le contrôle a posteriori, on peut observer que les analyses auxquelles procède le

²⁹ Conseil constitutionnel n° 2016-555 QPC 22 juillet 2016



Conseil supérieur de la magistrature dans l'appréciation des promotions peuvent apparaître comme comportant à certains égards une forme de contrôle de sa part sur l'activité passée des intéressés ; mais ce n'est pas à proprement parler un contrôle. Celui-ci peut se réaliser par des inspections et peut comporter des sanctions disciplinaires.

Dans l'ordre judiciaire, la réorganisation du service de l'inspection par un décret du 5 décembre 2016 a suscité une réaction des organes (Premier président et Procureur général) de la plus haute juridiction (la Cour de cassation) à laquelle il étend un système duquel elle était soustraite antérieurement.

A l'inspection des services judiciaires et à d'autres inspections préexistantes, est substituée une inspection générale de la justice qui les regroupe. Elle est placée auprès du garde des sceaux, ministre de la justice. Elle est composée essentiellement de magistrats de l'ordre judiciaire.

Elle « *exerce une mission permanente d'inspection, de contrôle, d'étude, de conseil et d'évaluation sur l'ensemble des organismes, des directions, établissements et services du ministère de la justice et des juridictions de l'ordre judiciaire [...] Elle apprécie l'activité, le fonctionnement et la performance des juridictions, établissements, services et organismes soumis à son contrôle ainsi que, dans le cadre d'une mission d'enquête, la manière de servir des personnels. Elle présente toutes recommandations et observations utiles* ». Ses investigations portent exclusivement sur le fonctionnement des services ; elles ne portent ni sur le contenu des décisions de justice ni sur la manière dont elles sont rendues.

Mais le rattachement de l'inspection au gouvernement crée un malaise qu'ont exprimé les autorités de la Cour de cassation et qui pourrait être levé si elle était rattachée au Conseil supérieur de la magistrature, rejoignant ainsi à certains égards les solutions dont relèvent les juridictions administratives.

Pour l'ordre administratif en effet, le système d'inspection est assuré par le Conseil d'Etat lui-même. Aux termes de l'article R 112-1 du code de justice administrative, « *La mission permanente d'inspection des juridictions administratives est exercée, sous l'autorité du vice-président du Conseil d'Etat, par un conseiller d'Etat assisté d'autres membres du Conseil d'Etat. / La mission contrôle l'organisation et le fonctionnement des juridictions* ». C'est une manifestation de l'encadrement des cours et tribunaux administratifs.

Il n'existe pas d'inspection pour le Conseil d'Etat (comme il n'en existait pas pour la Cour de cassation jusqu'au décret du 5 décembre 2016). C'est une des manifestations de sa prééminence.

21. La discipline des juges a récemment été renforcée par l'adoption de codes de déontologie précisant le comportement qu'ils doivent observer.

Pour les juges judiciaires, conformément à la loi organique du 5 février 1994, le Conseil supérieur de la magistrature a élaboré et rendu public un recueil des obligations déontologiques des magistrats : l'indépendance y est présentée comme la première obligation. Il existe au sein du Conseil supérieur un service d'aide et de veille déontologique ; la loi organique du 8 août 2016 a prévu la création d'un collège de déontologie.

Ainsi s'établit une situation comparable avec celle de l'ordre administratif³⁰ : le Conseil d'Etat avait spontanément adopté en 2011 une première Charte de la déontologie de la juridiction administrative et créé en 2012 un collège de déontologie ; la loi du 20 avril 2016 a officialisé ces solutions³¹.

Ces dispositions permettent aux juges de connaître leurs devoirs avec précision. S'ils les méconnaissent, une procédure disciplinaire aboutissant à des sanctions peut être engagée (le cas échéant, pour les juges judiciaires, en vertu de la loi organique du 22 juillet 2010 sur plainte d'un justiciable). Mais il faut évidemment que cette procédure, pour ne pas altérer l'indépendance des juges, comporte des garanties.

Elles le sont pour les magistrats judiciaires par l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature, statuant dans la formation propre à chaque catégorie de magistrats (siège, parquet) selon des règles procédurales rigoureuses. Pour les magistrats du siège, le Conseil supérieur prononce lui-même la sanction ; pour ceux du parquet, il la propose au ministre de la justice, celui-ci reprenant généralement la proposition.

Pour les magistrats des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, alors que pendant longtemps le Conseil supérieur de ces cours et tribunaux n'avait qu'un pouvoir de proposition, la décision finale appartenant au ministre de la justice, depuis une ordonnance

³⁰ V. notamment C. Vigouroux, « Déontologie du juge administratif », Revue française de droit administratif, 2017, p. 8

³¹ Art. L 131-4 et L 131-5 du code de justice administrative



du 13 octobre 2016 le pouvoir disciplinaire appartient au Conseil supérieur lui-même³². Pour les membres du Conseil d'Etat, les sanctions disciplinaires sont prononcées sur proposition de la commission supérieure du Conseil d'Etat par l'autorité investie du pouvoir de nomination (c'est-à-dire normalement par le Président de la République)³³; il n'en est guère d'exemple.

22. Il reste un ultime aspect du contrôle, celui qui s'exerce à l'égard des décisions prises à l'égard des juges : les nominations, les sanctions. Il appartient au Conseil d'Etat.

C'est à lui qu'il revient de statuer soit par la voie du recours pour excès de pouvoir soit par celle du recours en cassation (contre les sanctions infligées sous forme juridictionnelle).

Il est compétent pour les décisions prises à l'égard non seulement des membres des juridictions administratives mais aussi de ceux des juridictions judiciaires (ce qui n'est pas sans susciter une certaine irritation de la part de la magistrature judiciaire).

A certains égards, on peut dire que le Conseil d'Etat est ainsi l'ultime garant de l'indépendance de la justice. Il doit l'être de sa propre indépendance.

23. Le débat sur l'indépendance de la justice en France renaît chaque fois qu'éclate une affaire délicate, aux résonances politiques ou financières. On en a des exemples pour la juridiction administrative lorsque, saisie de litiges électoraux, il lui est reproché de comporter en son sein des membres d'une opinion politique opposée à celle de l' élu dont l'élection est annulée. On en a d'autres en matière judiciaire lorsque sont engagées des procédures contre un élu ou contre un candidat, comme cela fut le cas lors de l'élection présidentielle de 2017.

Il faut se garder des exagérations et des procès d'intention autant contre la justice que de la part de la justice. Il ne faut pas nier les interférences qui peuvent exister entre le monde de la justice et celui de la politique voire celui des affaires. Mais la justice comme corps, dans ses deux composantes (administrative autant que judiciaire), et ses membres individuellement ont conscience de leurs devoirs d'indépendance et d'impartialité. Les réformes récentes, tant dans l'organisation des juridictions que pour la déontologie des juges, ont accru les garanties destinées à les assurer.

24. L'indépendance de la justice se manifeste dans des jurisprudences contrant le pouvoir

³² Art. L 236-3 du code de justice administrative

³³ Art. L 136-4 du code de justice administrative

législatif et le pouvoir exécutif, qui manifestent une indépendance fonctionnelle valant autant que l'indépendance organique.

On en a des exemples avec des arrêts du Conseil d'Etat interprétant la loi dans un sens contraire à ce qu'elle dit (ainsi l'admission du recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs alors qu'elle avait exclu tout recours³⁴), annulant des décisions du Président de la République prises en vertu des pleins pouvoirs que la loi lui avait donnés³⁵, admettant d'examiner des décisions d'organes parlementaires³⁶, ordonnant au gouvernement de prendre des mesures pour lutter contre la pollution de l'air³⁷.

Du côté judiciaire, on observe que « les arrêts qui contredisent ou réforment la loi se sont multipliés depuis quelques années »³⁸. La Cour de cassation a admis par exemple le pourvoi contre les avis d'extradition, que la loi écartait³⁹; elle a censuré un achat de tableau par le Louvre, pour lequel il avait profité d'une erreur des vendeurs⁴⁰; par trois arrêts du 24 janvier 2006, elle a écarté pour les procès en cours une loi interdisant l'indemnisation du préjudice d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé durant leur gestation.

Plus généralement, par des revirements effectués par la Cour de cassation en 1975⁴¹ et le Conseil d'Etat en 1989⁴², désormais les juges écartent la loi lorsqu'elle est contraire à un traité international, en particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les traités de l'Union européenne et le droit qui en est dérivé (règlements, directives). Cela renforce l'autorité non seulement des traités mais aussi celle de la jurisprudence, et par là même l'indépendance des juges. De même, depuis qu'a été

³⁴ Conseil d'Etat 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. dame Lamotte*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 57

³⁵ Conseil d'Etat 19 octobre 1962, *Canal*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 76

³⁶ Conseil d'Etat 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 9

³⁷ Conseil d'Etat 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre*

³⁸ Ph. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 402

³⁹ Cour de cassation Chambre criminelle 17 mai 1984

⁴⁰ Cour de cassation 1^{ère} Civ. 22 février 1978 et 13 décembre 1983, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, Dalloz, 13^{ème} éd., t. 2, n° 148-149

⁴¹ Cour de cassation Chambre mixte 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Recueil Dalloz 1975, p. 497, conclusions A. Touffait

⁴² Conseil d'Etat (Assemblée) 20 octobre 1989, *Nicolo*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, n° 87



mis en place le système de la question prioritaire de constitutionnalité (2010), les juges, en la transmettant au Conseil constitutionnel, participent à l'ébranlement de la loi en manifestant eux-mêmes sa distance par rapport à elle.

Pour l'essentiel, l'indépendance de la justice est une réalité en France, même si des contempteurs de la justice la mettent en doute à l'occasion.

25. Ils peuvent eux-mêmes la menacer. Désormais la presse peut elle-même exercer une pression. Sa puissance s'est développée avec les modalités nouvelles de diffusion que permettent Internet et les réseaux sociaux : il peut en résulter un emballement mettant en branle l'action de la justice ; en dénonçant des comportements « présumés » fautifs, selon une expression courante directement contraire à la présomption d'innocence du droit pénal, ils conduisent l'autorité judiciaire à les examiner.

Paradoxalement, au moment où est supprimé le pouvoir du ministre de la justice d'ordonner au parquet d'engager des poursuites, la pression des médias conduit le ministère public à ouvrir une procédure. On l'a vu lors de la campagne présidentielle de 2017 lorsqu'a été reproché à M. Fillon d'avoir fait financer des emplois fictifs au profit de sa femme et de ses enfants : le Procureur financier national s'est cru en devoir d'ouvrir une enquête préliminaire (25 janvier 2017) puis d'ouvrir une information judiciaire (16 février 2017). On le voit en ce moment même, où est reproché à un membre du Conseil constitutionnel récemment nommé d'avoir lui aussi fait bénéficier ses enfants d'emplois fictifs : une enquête préliminaire a également été ouverte par le même Procureur (4 août 2017). Au pouvoir hiérarchique du gouvernement s'est substitué celui de l'opinion publique.

C'est un nouvel aspect du problème de l'indépendance de la justice qui apparaît. On pourra dire qu'il ne ressemble pas à celui des rapports entre la justice, d'une part, le législatif et l'exécutif, d'autre part. Il ne s'agit certes pas ici de rapports organiques. Et l'on peut faire valoir que la presse ne fait qu'utiliser la liberté d'expression, que les alertes de l'opinion publique contribuent à protéger l'intérêt public (c'est ce qui a conduit le législateur à établir un statut des « lanceurs d'alerte »). Il n'en reste pas moins que l'expression peut se transformer en pression, que la pression peut être politique autant de la part de la presse qu'elle l'est de la part du gouvernement. Il faut assurer contre elle l'indépendance de la justice.

Pierre DELVOLVÉ

詢答交流實錄：

問 (LB011 葉喬鈞學員)：

從特定法國學者提出的權力結構來看，司法是一種規訓的過程，當司法機關忠實執行任務的時候，可能使人民深信規訓而不自知，那該如何使司法機關在保持司法獨立的同時，也能確保翻轉結構的能力？

答：這個問題看起來是在討論司法權跟民主的問題，任何一個法院的裁判，都是以主權者之名，至少法國是以人民，以人民之名作出司法裁判，所以他是一個主權的行為，就像這個立法權，立法也是以人民之名制定法律，所以這個情況是一樣的。所以過去司法是以國王之名作出裁判，那現在的主權者從國王變成了人民，所以現在是以人民作為司法的真正的這個作成裁判的主體。在立憲主義的結構之下，現在人民透過制定憲法決定了國家的權力結構，包括司法權跟人民之間關係，以及司法權跟其他權力部門之間的關係。

最終司法權的運作是依照法律跟憲法，那法律跟憲法也都是源自於人民，雖然這只是一個迷字，我們想像國家所有的權力都是來自於人民，雖然是這樣，可是從邏輯上跟法律的制度來講，當法官作成裁判的時候，他是來自於人民的授權，依照人民的所設置的框

架做出決定，所以法官所作出的決定，當然不可能是對抗人民，或者是違反人民，就是對抗主權或是違反主權者，可是不要誤解成有一部分的人對這樣的裁判不滿，或者有一些人對這樣的裁判不認同，就認為司法裁判是對抗人民，這個是錯的，因為這一部分人，就只是一部分人，這一部分人不能自稱為自己就是主權者，主權者所形塑的是透過我們剛剛講這樣的一個邏輯、這樣的一個制度延續而生的權力，所以最終司法權運作都應該是在人民所設定的框架，人民所賦予的權限之下來運作，所以他應該不至於跟人民產生對抗的局面。

如果今天有一個裁判做出來一個決定，假設真的是多數人不滿意的話，假設這個裁判是依法審判的話那當然人民可以透過立法、修法的過程來改變這樣的事情。

在法國為了強調、維護兩性的平等，通過一個法律，這個法律規定特別是在地方選舉，你提出的政黨的名單必須要性別平等，你要平三個男的三個女的或是四個男的四個女的，這樣的一個強制規定的法律，送到法國的違憲審查機關"憲法委員會"被宣告為違憲，被宣告為違憲的理由就是，他不能去違反人民的這個整體性，就是說人民要參選就參選，你不能強制一半一半這樣的一個設計。因為憲法委員會，作出的這



個決議是依照憲法所作出的決定，所以法國後來怎麼辦，就修憲。

這就像一位已過世的教授曾說，過去這個法王的法，所提出的法令要到國會，由國會來同意，那麼國會不同意他的法就沒有辦法，意志沒有辦法實現，那這個情形跟現在是一樣，只是結構改變了，現在憲法委員會認為依照憲法，你不能制定這樣的法律，那人民如果不滿，人民就修改憲法，這個時候憲法委員會也沒有辦法。

而同樣的在行政命令的體系裏面，如果政府制定了一個行政命令，被行政法院給撤銷，那麼政府就透過國會的多數制定法律，一但這樣子行政法院的意見就沒有辦法拘束政府，因為政府已經透過國會的多數取得、用立法的方式來解決這樣的問題。

所以從剛剛介紹的這個例子可以看出來「人民主權」，人民作為主權者，最終可以在最後時出現，當有一些時候司法的決定跟人民的多數意志可能相抵觸的時候，在這個情況之下人民主權透過體制性的方法，是一樣可以改變，維護他的主權者的性格。

回到剛剛講的，就算有一部分的人，他們就算上街抗議，他們的意見也不能去改變，也不能去影響司法，因為畢竟他們不是主權者，真正的人民作為主權者必須要經過憲法規制的體制運作

來展現，所以基於法院裁判的既判力，他是不需要受到這些外在的影響而改變。例如一個法國過去發生的例子，這個例子其實過去台灣有發生類似事情，不難想像，就是一個婦女長期接受家暴，最後終於有一天忍不住把丈夫給殺了，一個殺夫的事件，就像李昂的小說，案發之後法院依法審判，判處這個婦女該有的徒刑，可是輿論以及社會團體反彈非常大，因為覺得這個女人很可憐，長期被家暴，行為根本可認為屬於正當，總而言之是很正常地為了要自我解脫所做的行為，外面的輿論對法院的裁判反應非常強烈，但是因為在法國是人民參與刑事審判，但是儘管有人民參與做出了裁判，可是外面還是有很強反彈聲音，那麼最後是由總統用特赦的方法來解決。從這裡也可以看出來，總統特赦權這常常被認為是不應該的，可是不要忘了，總統其實就像我們講的，他做為國家的最高的權力，他做出的這一個特赦，基本上並沒有推翻司法裁判，可是改變了這個婦女的命運，那麼最終作為一個法學者他是相信法律、相信法，可是法有時候的確會比較很嚴格、比較極端，所以要怎麼樣能夠在適用法律的時候，能夠注意到它應有的彈性，或者它應有的調整尺度，可以是解決問題的一個重要的方法。

問 (LD012 王曼寧)：院士、陳教

授好，謝謝院士跟教授帶來精彩的演講，我的問題是近期我們的司法改革有提出檢察官屬性是否應屬行政官的議題，那法國的相關經驗是不是可以為我國借鑑，法國的司法界如何回應檢察議題，檢察官獨立性可能產生的矛盾，謝謝教授。

答：這是個長久且現在還在的一個問題，法國的檢察官跟法官在國內法，同屬司法官這樣的一個地位，等於說，這樣的一個地位在歐洲人權法院裡面應該是在2010年的判決裡特別強調，在判決裡面指出法國的檢察官不屬於歐洲人權公約裡面第5條第3項有關司法機關的概念，因為他的不獨立性。檢察官帶有行政權色彩的一部分，因他的責任是在維護公共利益，在維護社會的利益，在法庭之前維護社會跟公共利益。那麼檢察官最常在刑事犯罪裡面扮演為了維護社會公共利益而執行職權，甚至在純粹私人的私法案件裡，他也可能是為了公共利益而需要扮演角色的空間。

在民事的案件裡面，特別是為了維護家庭這個制度，特別是小孩的利益，檢察官也有機會會介入這樣的一個民事案件，依照相關的規定來維護家庭體系裏面的公共利益。所以一般認為檢察官是權力部門的這個代理人，這樣的想法是錯的，其實檢察官是社會公益的

代理人，他依照國家的法律來維護社會公益。

所以就如同剛剛所講的，檢察官可以說是在法庭之前代表且維護社會公益所不可或缺的一個成員，而這個社會公共利益同時也是政府就是公權力，就像剛剛講的，依照法國憲法第20條，刑事政策本身就是社會公益，追求社會公義的一部分，所以檢察官是在這樣的一個框架下來行使他的權力。

檢察官是為了實現公益的國家代表人，同時又是行政權的一部分，所以他很像蝙蝠，蝙蝠面對動物的時候就說我是動物，面對鳥的時候就說我是鳥，所以我一下是這邊，我一下是那邊，我兩邊都是，所以檢察官就很有這樣的一個類似的性格。檢察官既然具備這樣的一個特性，所以不論他的任命，還是他行使職權的方式都跟法官有所不同，例如任命的方式，總統其實是掌握、就是行政權的部門就是掌握決定性的權力，那麼對於各刑事政策通案的部分，他還是有這個指揮命令權的可能性，那麼對於個案的指揮命令權，現在法國法律是禁止的。

法國的檢察官很聰明，就是說長久以來具有這樣的一個特色，也就是說他寫的凡是形諸於文字，基於層級原則，可能會受限於他的上級，可是他在法庭的陳述、他的口語是絕對的自由，



他可以完全不理會起訴書，做完全自由地陳述，也就是說從這裏面呈現出來他受到拘束也是一半，文字是拘束，口語是自由的。

法國目前有提出的改革方向，包含想要設立一個代表國家的國家總檢察長，他跟我們的檢察總長的差別，是法國的這個改革的方向，是計畫連刑事政策的權力都從法務部移到國家總檢察長這邊，也就跟我們現存的制度不一樣，我國在刑事政策部分，還是法務部長具有指令權，法國現在打算要提的計畫、設計的制度，包括刑事政策以及個案部分完全由國家總檢察長來掌控。可是如果想要落實必須要修改憲法，因為我們剛剛講憲法第 20 條，政府在總體之下不能夠掌控國家的刑事政策，要達到這樣的目的把政策權移到一個特設的組織，這個國家總檢察長的部分必須要透過修憲，可是修憲的程序豈是那麼容易？在法國目前也不是那麼容易的。

談到這個我們可以談一下過去法國的制度裡面，那法國制度裡面有一個掌控國家印璽的掌璽官，他可能跟現在的法務部長也叫做掌璽部長有點類似，可是還是有區別，法國這個掌璽官是屬於一個職務不得被調動的官，所以他是一個應該具獨立性，掌璽官的職掌是所有法令要通過的話必須要掌璽官蓋章，因他擁有這個蓋印的章璽的權力，所以

具有反對國王想要通過法案之權力。過去為了要擺脫掌璽官不肯蓋章之狀況，透過制度的改革，把掌璽官的這個蓋印的權力移到現在的法務部長的這個位子，所以現在由法務部長來蓋這個章。那這個改革的差別在於過去的掌璽官是不能被調動位子的，那把這個掌璽的權力拿走，換給法務部長後，法務部長可以時常被換掉，所以具有這個差別。

剛剛講的這樣的一個改革方向，不要忘了，當你是從過去的經驗回顧今天，若我們希望把這個刑事政策的權力，移到一個獨立且不受挑戰的國家總檢察長，一旦這個制度出現，如果回顧歷史的話，就可以知道很快且遲早地，他又會再次改變，因為他的權力一定又會再移走。所以說，創設一個完全獨立於政府之外的一個檢察體系是一個很美好的想像，問題是誰來任命、用什麼方式來任命，那這個就是回到我們剛剛重複的一個問題，就是說到底這個最獨立的是誰？來處理這個問題。現實上，回到我們報告裡面一開始就強調的，司法權畢竟是屬於國家的一部分，那麼刑事政策乃至於判決所呈現的判例趨勢，你不能完全排除國家或概括傳遞國家權力的政治部門對於司法權有一定程度的介入或者影響，當然這個介入要加括號，不是真正的那種，他總是會有一些方向，因為他畢竟是國家的一部分，當

然說這樣的一個見解，在法蘭西學院裡面也有一些人可能對他的見解是持反對立場或者不認同的立場，可是不管怎麼樣，回到剛剛講的就是說，當然我們不希望政治完全介入司法，把司法搞得烏煙瘴氣，可是理想上弄一個完全獨立於所有權力部門之外的純粹獨立的機構，這也非常不務實地。所以回到剛剛所講的兩個概念，一個是相對性，也就是說所有的制度設計找不到完美，這跟憲法是一樣的，找不到完美只是相對的，重點不要相信有一個制度設計出來以後所有的事情都解決了。第二個更重要的是，運作制度的這些人要有他的想法跟信念，當他有強烈的想法跟信念，這個制度可能才會運作得更好。

結語：

因為時間的關係我們只能在這裡做結，我要再次謝謝各位聆聽，並跳脫出我作為演講者的這樣一個身分，講一些激勵、期待跟鼓勵的話。在座的諸位，今天是這裡的學員，明天你就是法官或者是檢察官，請諸位在信念上面一定要清楚地記住！您不是政府的代理人，您是國家透過公權力所賦予的國家代理人，所以您該追求的不是代替政府去從事這些具政治性格的活動，而是應該要時時刻刻以公共利益、以社會的法律意義為衡量的重點及核心，做為行使權力的指標，以上作為我們今天演講的結語，謝謝大家。