

日本における司法制度改革の最近の動向

北海道大学名誉教授 中村睦男

1 日本国憲法による司法権の位置づけ

第2次世界大戦終了後 1946年に制定された現行日本国憲法は、立法、行政および司法の三権を分立させ、司法権を国会および内閣と区別される裁判所という独立の国家機関に与えている。日本国憲法 76 条 1 項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定めている。

司法権に関して最も重要な原則は、司法権の独立である。裁判が公正・厳格に行われることは、個人の尊厳と人権を重んじる近代立憲主義の不可欠の要請である。司法権の独立は、何よりも裁判官の独立を意味し、それを実効的にするために裁判官の身分保障の制度が設けられている。日本国憲法 78 条は、裁判官が罷免されるのは、①裁判により、裁判官が心身の故障のために職務を執行できないと決定された場合、②国会に設けられる弾劾裁判所で、裁判官としての威信を著しく失う非行があったと判断された場合に限定し、行政機関による懲戒を禁止している。また、裁判官の職権の独立については、日本国憲法 76 条 3 項により、「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律のみに拘束される」と規定して、裁判官に対するあらゆる不当な干渉や圧力を排除している。

司法権の独立は、裁判機構の運用をできる限り司法府の自主性に委ねることを要請する。1889年に制定された明治憲法では、司法行政権は行政権の一部門である司法大臣の監督の下にあったため司法権の独立は不十分であった。これに対して、現行日本国憲法は、司法行政権は、最高裁判所を頂点とする裁判所自身の自主的な運営に委ねられている。下級裁判所の裁判官の任命権は内閣にあるが、内閣による任命は最高裁判所が指名した者の名簿によって行われなければならないことになっており、実際上も、最高裁判所の指名した者の名簿によらないで裁判官が任命された例は存在しない。

最高裁判所の裁判官は、内閣によって任命されるが、任命後最初に行われる衆議院議員総選挙の際に国民審査に付されることによって、国民の民主的コントロールを受けることになっている。最高裁判所の裁判官は、15名であり、実際の運用では、概ね、裁判官出身6名、弁護士出身4名、検察官出身2名、その他の有識者3名（行政官、外交官、大学教授）の構成になっている。裁判官および検察官といった広義のキャリア司法官職が15名の裁判官の過半数を占めているのが、日本の最高裁判所の特徴である。最高裁判所の裁判官は、国民審

査によって国民の民主的コントロールを受けることになっているが、国民審査は実効的に運用されてはいない。国民審査に対する、国民の関心は高くなく、裁判官の任命後最初に行われる衆議院総選挙の際に実施される国民審査で罷免を可とする投票は多い場合でも有効投票の一割程度に止まっている。過去に国民審査で罷免された最高裁判所裁判官の例は存在しない。

日本の立憲政治の下で、国家権力に対する司法権の独立は守られており、裁判官は、清廉潔白で、公正な裁判を行っているという評価は確立している。しかし、裁判所の自主的運営は、實際上、エリート裁判官である司法官僚によって担われており、裁判が国民から遊離しているという批判も根強く存在している。裁判が国民から遊離しているかどうかについての評価は、分かれるにしても、従来の日本の司法が「小さな司法」であることは確かであり、司法の機能を充実強化するために司法制度改革の論議が進められていくのである。

2 国民の司法参加

最高裁判所自身が国民の司法参加を検討し始めたのは、1980年代の終わりからである。1988年5月3日の憲法記念日の記者会見で、当時の矢口洪一最高裁判所長官は、「欧米でなぜ裁判というものが国民の間に定着しているように見えるか。それはやはり裁判そのものへの国民の参加があるからだと思う。裁判への国民の参加には、長い歴史があり、それが土台にあって現実の司法制度への参加は場合によって陪審制となり、あるいは参審制となっている。だから国民には法曹と一体になって、自分たち各人が正義を実現し、真実を発見している、そういう気持ちがあるからではないか」という趣旨のことを語り、その後も最高裁判所は欧米に係官を派遣して陪審制、参審制の研究をしていることが新聞で報道されているⁱⁱ。民間のレベルでも、日本弁護士連合会や各地の弁護士会が陪審制や参審制の導入について検討を始めた。また、1990年代には、日本の経済構造の改革が大きな時代の課題になって、そこでは、規制緩和による、より自由な経済活動の必要性が指摘され、それに伴う紛争の解決は事後的な司法の機能に期待された（例えば、日本経済団体連合会による「司法改革についての意見」）ⁱⁱⁱ。学説においても、刑法学の第一人者である平野龍一は、刑事司法改革の方向として、参審制の提唱を行って注目を集めた^{iv}。そして、司法改革へ大きく踏み出すのは、1999年に内閣の下に設置された司法制度改革審議会の意見書によってである。

3 司法制度改革審議会意見書の提出

司法制度改革審議会は、「21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明かにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関

与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ことを目的として設置された。司法制度改革審議会は、会長には著名な憲法学者である佐藤幸治が就任し、合計 15 名のメンバーで構成されていた。

2001 年 6 月に提出された司法制度改革審議会意見書は、「21 世紀の我が国社会にあっては、司法の役割の重要性が飛躍的に増大する」という認識に立って、「国民が、容易に自らの権利・利益を確保、実現できるよう、そして、事前規制の廃止・緩和等に伴って、弱い立場の人が不当に不利益を受けることがないよう、国民の間で起きる様々な紛争が公正かつ透明な法的ルールの下で適正かつ迅速に解決される仕組みが整備されなければならない」ことを明らかにしている。つまり、それまで日本の統治の仕組みの特徴とされる行政による事前規制から、ルールに基づく裁判所による紛争の事後統制の強化へと向かうことである。

今回の改革の意義について、意見書の「おわりに」の箇所、「今般の改革は、昭和 22 年に施行された日本国憲法に基づいて発足した現行の制度を、半世紀を経て初めて、利用者である国民の視点から抜本的に改革するもの」であることを明らかにしている。^④会長である佐藤幸治の言葉によると、「お上としての司法」から「国民の司法」への転換を図ろうとするものである^④。

このような立場から大小さまざまな司法制度の改革が提案されている。そのうち本報告で取り上げるのは、法科大学院の設置による法曹養成制度の改革、一般市民が裁判に参加する裁判員制度の設置、一般市民が公訴提起に参加する検察審査会の権限強化、違憲立法審査制度の活性化である。

4 法科大学院の設置

司法制度改革審議会意見書では、法曹（裁判官、検察官、弁護士）人口の大幅な増加のために、専門職大学院である法科大学院を設置することが提案された。そこでは、法曹の需要が今後増大する要因として、経済・金融のグローバル化の進展、人権、環境問題等の地球的課題や国際犯罪等への対処、知的財産権、医療過誤、労働関係等の専門的知見を要する法的紛争の増加が挙げられている。

法曹人口については、1999 年の数字では、総計 20,730 人で、1997 年の法曹人口の国際比較では、法曹一人当たりの国民の数は、日本が約 6,100 人に対して、アメリカが約 290 人、イギリスが約 710 人、ドイツが約 740 人、フランスが約 1,640 人に見られるように、先進諸国の中で日本の法曹人口は際立って少ない。グローバル化した世界で、日本の法曹人口の大幅な増加が必要であり、法科大学院を含む新たな法曹養成制度の整備により 2010 年頃には新司法試験

の合格者数が年間 3,000 人に達成することを目指し、2018 年頃までには、法曹人口は 5 万人規模に達することが見込まれた。なお、2010 年 12 月 1 日現在の弁護士数は、28,868 人になっている。

法科大学院の教育は、理論的教育と実務的教育を架橋するものと位置づけられ、教員は、研究者教員と実務経験を有する実務家教員とによって構成される。カリキュラムは、①法律基本科目群、②実務基礎科目群、③基礎法学・隣接科目群、④展開・専門科目群の四つの柱から成っている。

2004 年 4 月には、全国 68 校で 5,767 人が入学した。直近の 2010 年 4 月の入学者数は、74 校で 4,122 人になっている。これに対して、新司法試験の合格者数は、2006 年 1,009 人（合格率 48,3%）、2007 年 1,851 人（合格率 40,2%）、2008 年 2,065 人（合格率 33,0%）、2009 年 2,043 人（合格率 27,6%）、2010 年 2,074 人（合格率 25,4%）になっている。

問題なのは、司法制度改革審議会意見書では、受験者の合格率が 7~8 割となっていたのが、2010 年には 2 割 5 分にまで落ちており、合格者数も 2010 年頃には 3 千人となっていたのが、2 千人に止まっていることである。合格者数の増加については、弁護士の側から弁護士の数を急激に増加することに反対の意向が強い。2010 年度・2011 年度の日本弁護士連合会会長の選出に当たって、弁護士増員ヘースの減速を公約した候補者である宇都宮健児が会長選挙で勝利したのは、弁護士数の増加に消極的な弁護士の姿勢を示すものである。受験者の合格率が低いのは、合格者数が少ないことその他、法科大学院の設置認可に当たり、文部科学省が設置する大学院の数や入学定員の規制を十分に行わなかったことによる。その結果、法科大学院の学生は、新司法試験の受験に関する科目、即ち、公法系基本科目（憲法・行政法）、民事系基本科目（民法・商法・民事訴訟法）、刑事系基本科目（刑法・刑事訴訟法）は熱心に学修するが、受験に関係のない科目については熱心に学修しないことになることが心配されている。

法科大学院の設置の趣旨は、「司法試験という『点』のみによる選抜ではなく、法学教育、司法試験、司法修習を有機的に連携させた『プロセス』としての法曹養成制度を新たに整備する」（司法制度改革審議会意見書）ことであつたが、法科大学院の理念が没却されることが現在危惧されている。文部科学省と法務省は、法科大学院の統廃合と入学定員の削減を図ろうとしている。

5 裁判員制度

（1）裁判員制度とは何か

一般の国民が裁判員として刑事裁判に参加して、職業裁判官と一緒に裁判を行う裁判員制度は、裁判員法の施行により 2009 年 5 月 21 日からスタートしている。裁判員は、選挙人名簿をもとに作られた裁判員候補者名簿の中から、一

つの事件毎に裁判所によって籤により選ばれる。通常、裁判官 3 人と裁判員 6 人で裁判を行い、被告人を有罪と判断するためには、裁判官と裁判員それぞれ 1 人以上を含む過半数の賛成が必要となる。裁判員裁判の対象となる事件は、殺人、傷害致死、危険運転致死、放火など重大な犯罪で、年間約 3,000 件が見込まれている。

(2) 制度化の経緯

国民の司法参加は、日本では、明治憲法下の 1923 年に制定された「陪審法」により、陪審制度が採用され、1928 年から 1943 年の短い間に施行されたに過ぎなかった。この陪審制度は、被告人が陪審を辞退する選択権を持ち、また、陪審の答申に裁判官は拘束されないという制度としても不十分であった。

司法制度改革審議会意見書は、国民の司法参加について、「国民が司法に参加する場面において、法律専門家である法曹と参加する国民は、相互の信頼関係の下で、十分かつ適切なコミュニケーションをとりながら協働していくことが求められる」としつつ、「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度を導入すべきである」とし、「参加する国民を仮に『裁判員』と称する」とした^{vii}。

司法制度改革審議会の審議の過程では、主として英米法系諸国で採用されている陪審制度や、主としてヨーロッパ大陸諸国で採用されている参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の問題点を吟味した上で、特定の国にとらわれることなく、日本にふさわしいあるべき国民参加の形態を検討した結果、裁判員制度の導入が決定されたのである^{viii}。職業裁判官と一般国民の協働により裁判を行うという点では、陪審制度より参審制度に近いといえる。

裁判員制度を導入した基本的な理念は、「一般の国民が、裁判過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる」ということである。日本の司法は、伝統的には司法権の独立を旗印にした身分保障のある裁判官の自主的運営を強調していたのに対して、裁判員制度の導入により国民の司法参加という民主的側面が認識されるようになったといえる。また、裁判員制度導入の副次的な効果としては、刑事裁判が集中して迅速に審理を行うことが期待されている^{ix}。

(3) 憲法上の論点

裁判員法の制定に当たっては、憲法上の論点も提出された。憲法上の論点としては、①裁判員が裁判官と同等の権限を持って評議に加わることは、憲法 7 条 3 項により保障された裁判官の職権の独立を侵害するのではないか、②憲

法32条及び37条が被告人に保障する、身分が保障され、職権の独立が認められた職業裁判官による公平な裁判を受ける権利を侵害するのではないか、③死刑判決を下す可能性のある裁判員になる義務を国民に課すことは、そもそも憲法18条後段が禁止する「その意に反する苦役」にならないか、さらに死刑制度に反対する者の思想信条の自由や、宗教上の教義で人を裁くことを禁止されている者の信教の自由に反するのではないか、ということが考えられる。

これに対して、今日の憲法学説の多数は、裁判員制度を合憲と解釈している。
①憲法76条3項の裁判官の独立は、裁判官が法規範にのみ拘束され、外部からの具体的な指令に拘束されないことを意味し、司法権の行使に対する法律に基づく制約は、それが司法の機能を確保するため不可欠のものであれば、許容される。裁判員制度は、多様な知識や経験を有する市民が司法に参加することで、よりよい裁判が得られるという立法者の判断のもと、裁判員と裁判官の権限の配分を工夫し、合議体による事件解決プロセスが適正である場合には、憲法76条3項の裁判官の独立に違反しないというのである。②憲法32条及び37条1項が保障する公平な裁判所における裁判を受ける権利は、憲法76条以下で予定されている職業裁判官の裁判を受ける権利と解し、裁判員が参加する裁判は被告人の「公平な裁判所において裁判を受ける権利」を侵害するという主張が存在する。問題は、裁判員の参加する裁判所が「公平な裁判」を行い得る裁判所であるかどうかである。裁判員法は、職業裁判官の専門性の判断が特に求められる「法令の解釈」及び「訴訟手続に係る判断」を専ら裁判官に留保し、「法令の適用」、「事実の認定」及び「刑の量定」は、裁判官と裁判員が合議によって判断するものと定め、職業裁判官と裁判員の役割分担が適切に配慮されている。また、合議体による事件解決プロセスは、裁判員に公平誠実に職務を行う義務や守秘義務を課す一方で、裁判員に職権の独立を保障し、裁判員の欠格事由や事件に関連する不適格事由を定めるなど不公平な裁判が行われないように仕組みられている。このように、裁判員法は、裁判官と裁判員から成る裁判所が「公平な裁判所」における裁判を行うための条件を満たしている。③裁判員に選任されることにより、国民の「その意に反する苦役」になったり、思想信条の自由や信教の自由を侵害されるという主張に対しては、裁判員法は、「やむを得ない事由」が存在する場合には裁判員を辞退できる旨を規定し、さらに政令は「精神上又は経済上の重大な不利益」を理由とする辞退を認めており、辞退を柔軟に認める運用においては憲法違反の問題が生じないと考える。

(4) 裁判員裁判の実施状況

2009年5月21日に裁判員法が施行されている。最高裁判所のホームページで、裁判員裁判の2009年の実施状況を見ると次のようになっている。

2009年12月末現在で142件の裁判員裁判が実施された。これら142件の内

訳を罪名別にみると、強盗致傷事件 42 件、殺人事件 33 件、覚醒剤取締法違反事件 16 件の順になっている。

裁判員の選任手続の概況としては、裁判員候補者名簿に登録された人数は、29 万 5,036 人で、そのうち、選定された裁判員候補者の総数は 1 万 3423 人であり、選任された裁判員の数は 838 人であった。辞退が認められた裁判員候補者の総数は、7,134 人であり、辞退率は 53.1%であった。主な辞退事由としては、調査書の回答に基づく辞退（70 歳以上、学生等）が 33.3%で一番多く、事業における重要用務が 24.5%、疾病傷害が 15.1%、介護養育が 11.3%となっており、政令にいう「精神上又は経済上の重大な不利益」等を理由として辞退が認められた者が 73 人（6.6%）となっている^{xi}。

法廷で審理を行った日数は、ほとんどの事件（134 件）が 4 日以内に終了している。また、判決内容を決めるための評議の時間は、平均 6.6 時間であった。裁判員経験者へのアンケート調査の結果では、審理の内容については、70.9%の裁判員が「理解しやすかった」と回答しており、評議については、75.8%の裁判員が「十分に議論ができた」と回答している。また、裁判員に選ばれる前は、「あまりやりたくなかった」又は「やりたくなかった」と回答した者が 55.7%に上っていたのが、裁判員として裁判に参加した後では、96.7%の者が「非常によい経験と感じた」又は「よい経験と感じた」と回答し、充実感をもって裁判員としての職務に従事したことが何うことができる。

裁判官裁判を経験した裁判官の感想も公表されている。多くの裁判官が、裁判員が真剣であることに感銘を受けた、あるいは、国民の参加意欲の高さを実感したと回答しており、裁判員経験者の感想と裁判官の感想が呼応していることは、非常に興味深いものがある。

裁判員制度は、施行後 3 年を経過した場合に、施行状況を検討して、必要な措置を講ずることになっている。2008 年 12 月に、最高裁判所に「裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会」が設置され、裁判員裁判の実施状況を検証している。現在までのところ裁判員制度は順調に運用されているといえる。

19 世紀フランスの政治思想家 Tocqueville は、『アメリカのデモクラシー』の中で、陪審制とくに民事訴訟における陪審が、人民にとって「学校」としての意義があることを次のように述べている^{xii}。

「陪審制は人民の判断力の育成、理解力の増強に信じきれぬほど役立つ。私の見解では、これが最大の利点である。それは無償でいつでも開いている学校とみなすべきである。陪審員一人一人そこに来て自分の権利を学び、上級階級の中でももっとも学識に富み開明的なメンバーと日々交わり、法律の実用に即して教わる学校、弁護士の活躍、判事の見解、さらに原告被告の熱意を見ているうちに、法律の内容が陪審員にも理解できるようになる。そういう学校なの

である。」

ここでトクヴィルが陪審制について述べていることは日本の裁判員制度にも当てはまるといえよう^{xiii}。

6 検察審査会

検察官が公訴を提起しない決定に対して審査する検察審査会は、1948年から設置されていたが、裁判員法の制定と同時に公訴権の行使に関する民意の反映をより実効化するための法改正があった。検察官の不起訴の決定に対して、選挙権を有する国民の中から籤で選ばれた、11人の検察審査員が、起訴をすべきであるという議決をした場合に、検察官は事件を再検討し、起訴をしない場合には、改めて検察審査会で審査し、その結果、起訴をすべきであるという2度目の議決がなされると、裁判所によって指定された弁護士が起訴の手続きを行うことになっている。2011年1月~~30~~³¹日に小沢一郎民主党元代表が政治資金規正法違反で起訴されたのは、検察審査会の2度目の起訴議決によってである。

か〜8人〜メ

31日

7 違憲立法審査制度

日本の違憲審査制度は、最高裁判所を頂点とする司法裁判所が事件性を伴った訴訟で裁判する付随的審査制であるが、最高裁判所が司法消極主義をとっていると学説からは批判されてきたところである。司法制度改革審議会の意見書は、「違憲立法審査制度については、この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば、種々の背景事情が考えられるが、違憲立法審査権行使の終審裁判所である最高裁判所が極めて多くの上告事件を抱え、例えばアメリカ連邦最高裁判所と違って、憲法問題に取り組む態勢をとりにくいというという事情を指摘しえよう。上告事件数をどの程度絞り込めるか、大法廷と小法廷の関係を見直し、大法廷が主導権をとって憲法問題等重大事件に専念できる態勢がとれないか、等々が検討に値しよう。また、最高裁裁判官の選任等の在り方についても、工夫の余地があろう」と指摘して、最高裁判所が憲法問題に取り組める態勢の整備や裁判官選任方法の改善を示唆していたが、具体的な改善策を提示してはいない。

司法制度改革審議会意見書が提出された翌年の2002年から2004年まで最高裁判所裁判官の任にあった滝井繁男は、退官後公刊した『最高裁判所は変わったか』と題する著書で、「消極的にすぎると批判されることが少なくなかった憲法裁判についても、変化の兆しが生まれつつあるとみることもできるのではないかと述べている^{xiv}。1947年5月3日以来最高裁判所が法律を違憲と判断した合計8件の判決のうち、2001年からの10年間で3件が出され、また、重要な憲法裁判で最高裁裁判官が補足意見、意見、反対意見といった個別意見を表

明することも多くなっていることから、学説においても違憲審査の活性化が語られるようになってきている^{xv}。法律の規定を違憲と判断した最近の3件とは、郵便法の免責規定を憲法17条の国家賠償請求権に違反すると判断した最高裁2002年9月11日大法廷判決（民集56巻7号1439頁）、在外日本人選挙権制限規定を選挙権に違反すると判断した最高裁2005年9月14日大法廷判決（民集59巻7号2087頁）及び非嫡出子の国籍取得を制限した国籍法の規定を憲法14条の法の下の平等に違反すると判断した最高裁2008年6月4日大法廷判決（民集62巻6号1367頁）である。

憲法訴訟における権利の救済方法についても、判例は進展をみせている。立法行為（立法不作為を含む）に対する国家賠償請求の可否について、従来の判例は、在宅投票制廃止訴訟に関する最高裁1985年11月21日判決（民集39巻7号1512頁）が、国会議員の立法行為は、「立法内容が憲法の一義的な文言に違反しているにかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき容易に想定しがたいような例外的な場合」にのみ違法となると判断していた。これに対して、在外日本人選挙権訴訟で、最高裁は、例外的な場合を、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害することが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠である場合と、より明確に国家賠償法によって救済される範囲を拡大している。また、在外日本人選挙権訴訟判決は、憲法訴訟の救済方法として、公法上の当事者訴訟である権利の確認訴訟を認めているのは注目される。この判決は、2004年に司法制度改革の一環として行われた行政事件訴訟法の改正で明示的に規定された「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（4条）を活用しており、国家賠償請求訴訟とともに、立法不作為に対する新たな救済の道を切り拓くものである。

国籍法違憲判決も、違憲判断による当事者の権利の救済に新たな素材を提供している。本判決は、子の国籍取得に当たり、非嫡出子を嫡出子と区別するために、国籍法3条1項が「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したこと」という過剰な要件を設けていることを違憲と判断するものであるが、違憲の瑕疵を是正するため、「同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈し」て、すなわち「合理的で合憲的な解釈」によって非嫡出子の国籍の取得を認めている。

^{xv} 新藤宗幸『司法官僚』（岩波新書）（岩波書店、2009年）は、①最高裁判所事務総局の幹部、②高等裁判所長官・事務局長、地方裁判所・家庭裁判所所長、③最高裁判所調査官、④最高裁判所事務総局局付判事補の4つのカテゴリーに属する裁判官が、全国3,500人の

裁判官の人事や予算、裁判の運用や法解釈の指導・助言に大きな力を持っていることを指摘している。

ii 渡部保夫他『現代司法』（日本評論社、1992年）153頁。

iii 田口守一「市民参加と刑事司法」ジュリスト1414号（2011年）152頁。

iv 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を」ジュリスト1148号（1999年）2頁以下、同「参審制度採用の提唱」ジュリスト1189号（2000年）50頁以下。

v <http://www.kantei.go.jp/sihouseido/report/ikennsyo/index.html>、ジュリスト1208号（2001年）185頁以下。

vi 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』（有斐閣、2002年）34頁（佐藤）。

vii 「裁判員」という名称は、刑事訴訟法学の松尾浩也が、2001年1月9日に司法制度改革審議会のヒアリングにおいて、この呼称を用いたのが最初であった（松尾浩也『刑事法学の地平』（有斐閣、2006年）25頁参照）。

viii 辻裕教「法案提出に至る経緯と法案の概要」ジュリスト1268号（2004年）49頁。

ix 佐藤他・前掲書335頁（井上）

x 裁判員制度の導入前に陪審制と参審制の合憲性に関する学説を検討し、陪審制と参審制ともに合憲であり、陪審制か参審制かは政策的な当否の問題であると主張し、裁判員制度の議論に道を開いた憲法学説として、常本照樹「司法権一権力性と国民参加」公法研究57号（1995年）66頁以下が注目される。裁判員制度に対する憲法学説については、笹田栄司「憲法から見た裁判員制度」世界779号（2008年）106頁以下、同「裁判員制度と憲法的思考」ジュリスト1363号（2008年）79頁以下、森山弘二「裁判員制度の骨格に関わる憲法上の論点」吉田善明先生古稀記念論文集刊行委員会編『憲法諸相と改憲論』（敬文堂、2007年）421頁以下、土井貞一「日本国憲法と国民の司法参加」長谷部恭男他編集代表『変容する統治システム』（岩波書店、2007年）235頁以下、柳瀬昇「裁判員制度の憲法理論」法律寺堂81巻1号（2009年）62頁以下、成澤孝人「裁判員制度と憲法理論」法の科学41号（2010年）64頁以下など参照。

xi 田口・前掲論文155頁は、「本来、これはきわめて例外的な辞退自由であるが、とくに精神上の重大な不利益については、精神的な問題は主観的なものであるから申請者の気持ちを尊重せざるをえなかったのではないかと推測される」とし、「裁判員になることは国民の義務ではあるが、同時に一種の権利の側面があるのであるから、このようないわば権利放棄の事態もある程度緩やかに認められてよいように思われる」と述べている。

xii トクヴィル著・松本礼二訳『アメリカのデモクラシー第一巻（下）』（岩波文庫）（岩波書店、2005年）188～189頁。

xiii 司法制度改革審議会のメンバーであった井上正仁が、裁判員導入の趣旨として、日本の司法制度にとっての意義と国民にとっての意義の二つがあり、国民にとっての意義は、「これまでわが国においては、個々の国民にとって、司法というものはほとんど無関係で、縁遠いものであるという感覚ないし意識が非常に強かったけれど、これからの社会では、そういうことではなく、国民が司法のいろいろな過程に主体的に参加することによって、司法というものが、自分たちのものであり、自分たちが分担して支えていかなければいけないという意識を持っていただく必要がある」と述べる考え方にも共通している（井上正仁・長沼範良・山室忠「国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号（2001年）134頁（井上））。

xiv 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009年）59頁。

xv 戸松秀典「違憲・合憲の審査の動向」ジュリスト1414号（2011年）23頁は、「違憲判決の頻度がましたこと、司法審査による保護人権領域の拡大、審査基準の形成・発展、および最高裁判官の違憲表明の活性化といったことをもって司法積極主義的傾向の登場と性格付けることができる」が、依然として司法消極主義的な場面を認めることができるので、「穏やかな司法積極主義」と呼んでいる。宍戸常寿「憲法訴訟の今を知る」法学セミナ

一674号(2011年)2頁は、「違憲審査と憲法訴訟論の活性化?」という小見出しをつけている。