

## 2021年度同志社大学大学院司法研究科

### 後期日程入学試験問題解説

#### 憲法

##### 第一問

解説 立法事実の変化が法律の憲法適合性判断に影響した例としては、古くは、定数は正訴訟に関する一連の判決（最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁、最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁など）の、合理的正期間論を、上げることが可能であろうが、近時、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外日本人選挙権制限規定違憲判決）、最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁（国籍法違憲判決）、最大判平成25・9・4民集67巻6号1320頁（非嫡出子相続分規定違憲決定）といった最高裁の違憲判決の中にその例が頻出していることが注目される。このような手法については、相続分についての判断に見られるように、判例変更を必要とせずにあたな違憲判断を柔軟に示せるという利点もありうるが、先例や過去の徒な正当化に繋がっているのではないかという批判もありうる。以上についての具体的な論述を求めている。

##### 第二問

解説 最決平成26年7月22日判例集未登載の事案をアレンジした問題である。同事件では表現の自由（憲法21条）の制約は認められなかったが、本問では事案を変更している。そして、本問の事案に即しつつ、本件条例がXの表現の自由を制約することを論証する必要がある。

また、Xの表現の自由の制約が認められるとして、次に審査の厳格度をどの程度にするかが重要となる。審査の厳格度を決定する要素として、①権利の重要性和②制約態様の2点がある。

まず、①権利の重要性については、二重の基準論についてその根拠も含めて論証する必要がある。すなわち、二重の基準論とは、周知のとおり、自由権を精神的自由と経済的自由とに分類し、前者への制約について、より厳格な基準を用いて合憲性審査を行うという思考方法である。そして、二重の基準論の根拠として、(a)精神的自由の方が経済的自由よりも重要とする実体的価値論、(b)精神的自由の確保は民主政の過程を健全なものにするために不可欠である一方、経済的自由にはそのような意義はなく福祉国家的観点からすれば一定の制約は望ましいこともありうるという民主的政治過程論、(c)精神的自由に対する制約については裁判所が基本権制約の当否を判断しやすい一方、経済的自由に対する制約については立法や行政による複雑な経済政策が関わっており、裁判所にはそれを十分審査する能力が備わっていないこともあるという司法能力限界論などが従来主張されてきた。これらの議論を踏まえつつ、本問に即した根拠によって本問の表現の自由の重要性を基礎づける必

要がある。

次に、②制約態様については、内容規制についてその問題点も含めて論証することが求められる。すなわち、内容規制とは、表現をその伝達するメッセージを理由として制限するものを意味し、内容規制はさらに、(a)様々な立場、見解、観点がある中で特定の立場、見解、観点のみを禁止するという規制（見解規制）と(b)特定の主題につき、その主題に関してどのような立場をとるかとは関係なしに、その主題を内容とする表現を禁止するという規制（主題規制）に分かれる。そして、内容規制には①思想の自由市場を歪めることや②不当な動機に基づく規制のおそれが生じることなどの問題点があることから、厳格な審査が必要とされる。

このような要素を考慮して審査の厳格度を決定した後、目的手段審査を行うこととなる。特に、Y県内のコンビニエンスストア全店での漫画の販売禁止が（たとえ制裁規定はなくても）目的達成のために過剰な（又は過小な）規制ではないかといった検討が求められる。