

採点実感から見る合格答案の要件

憲法

令和3年4月

担当講師 愛川拓巳

令和2年度採点実感

第2 規制①について

1 職業の自由について

(1) 職業の自由の意義及び特性や、規制①が職業「選択」と職業「遂行」のどちらに関わる問題なのかを明確に論じていない答案が一定数見られた。

(2) 職業の自由の社会的相互関連性が(規制を必要とする理由ではなく)権利の重要性の論拠として説明されるもの、営業の自由を(人格的価値があるというにとどまらず)精神的自由そのものとして説明するもの等、概念や判例の論理を表層的にしか理解していない、あるいは、キーワードを脈絡なくつないでいるような、問題のある答案も見られた。

【Point】

・違憲審査基準の考慮要素として指摘する際は「権利の重要性」ではなく「権利の性質」、「規制の強度性」ではなく「規制態様」と把握する方があてはめが柔軟になる。

2 判例への言及について

(1) 関連する判例に言及しつつ論ずべきことは問題文の要求でもあるところ、全く判例に言及しないまま論述を進める答案が少なからずあった。一般論としても、法曹を目指す者が関連する判例を無視して議論を展開することは許されないであろう。まして、本設問のように当然言及してしかるべき関連判例が存在する事案については、当該判例を明示し、その論旨を踏まえて自らの見解を示すことは必須である。

(2) 判例を引いている場合でも、その内容の理解が不正確な答案が散見された。確かに薬事法事件判決は、具体的規制措置の憲法第22条第1項適合性の判断については、規制の目的・必要性、制限される職業の自由の性質・内容等の程度を検討し、これらを比較衡量した上で決定されなければならないと述べている。しかし、判例は、このような比較衡量と検討は第一次的には立法府の権限と責務であるとし、立法府の裁量の行使を前提として判断を下しているのであって、その点を無視して直ちに比較衡量で判断することを判例の趣旨であるかのように説くのは適切ではない。

【Point】

・判例の文字を表面的に記憶して答案に反映させようとすることは避けるべきである。



BEXA(<https://bexa.jp/>) Twitter@bexa.jp

違憲審査基準論は裁判所による裸の比較衡量を権利の性質や規制態様による類型的判断により拘束するためのロジックである。司法試験の試験委員は、違憲審査基準論を前提としていると思われるところ裸の比較衡量に対しては厳しい評価を加える可能性がある。

(中略)