

2021年度

大阪市立大学大学院法学研究科法曹養成専攻入学者選抜試験

【3年標準型】

小論文試験問題 (配点：200点)

注意事項

- 1 机上に各自の「受験票」を出しておくこと。
- 2 問題冊子は、監督者が「解答始め」の指示をするまで開かないこと。
- 3 問題冊子は、全部で7ページである。

解答用紙は、全部で3ページである。

問題冊子、解答用紙に脱落のあった場合には申し出ること。

解答用紙は切り離さないこと。
- 4 解答用紙の上部所定欄に、1ページには受験番号及び氏名を、2ページ以降は各ページに氏名を忘れずに記入すること。
- 5 解答は、すべて解答用紙の所定欄に記入すること。
- 6 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。

次の文章（嶋津格「動物保護の法理を考える」法律時報 88 巻 3 号・2016）を読んで、あとの問いに答えなさい。なお、出題に際し、一部省略した箇所および表現を変更した箇所がある。

1 モラル・ウェイト

日本ではまだ少ないが、欧米では大きな街ならどこにも菜食主義者（ベジタリアン）用のレストランが多数営業している時代になった。健康上または美容上の理由や単に食物の好みにすぎないベジタリアンもいるが、中心は倫理上の理由からするベジタリアンである。この人々は肉が嫌いなのではなく、動物を殺して食べるという行為は善くないことだから（不当な犠牲を動物に強いることになるから）、という理由によって、食肉の快樂をあきらめて菜食主義を採る。菜食主義の是非を論じること自体は本稿の目的ではないが、その立場を擁護した R. ノージックの議論は、この種の倫理問題を扱うやり方の例としても興味深い。原典は 1974 年に出版されていて古いが、この分野の先駆的業績の一つといえる。

「もしあなたが、音楽のビートに合わせて指を鳴らしたいと思ったが、何か奇妙な因果連鎖によって、あなたが指を鳴らすことが 1 万頭の牛が大きな痛みと苦しみを経て死ぬ原因となることをあなたが知っていたとしたら……あなたが指を鳴らすことは、完全に申し分のないことなのだろうか。」とノージックは尋ねる。もし答えが否定的であれば、つまりこの状況で指を鳴らすことは慎むべきだ、といったものになるなら、あなたは牛になんらかの道徳的重み（moral weight）があると考えていることになる。これは、他から押しつけられた考えなのではなく、あなたが元々立っていた、しかしかならずしも自覚はしていなかった、あなた自身の立場だ、というのである。例は架空でも、問われているのは現実の自己理解である。

ではその「重み」はどれほどだとノージックは考えているのだろうか。「(米国では) 動物を食べることは健康のために必要なわけではなく、他の食料品より安価なわけでもない……。そうすると動物食による利得は、……味覚上の喜び……にあることになる。問題は、……動物をも食べることによって得られるこれらの利得の限界的増加分が、動物の生命と苦痛に対して払われるべき道徳上のウェイトに優るのかどうかという点にある。」米国紳士録でノージックは「ユダヤ人菜食主義者協会の会員」とされていたと記憶するので、彼はこの点について「優るのではなく劣る」と答えて、味覚上の利得をあきらめ、菜食主義を採ることになったのだと考えられる。

なお同書ではノージックは自分がこの立場に立つとは明言しないまま、「最小すぎる立場」として「動物には功利主義、人間にはカント主義（常に同時に目的として扱われ、手段として他の犠牲にはできない）」という二元論的立場を提示している。これは明示的な二重基準だから、形式的に見ても不公平だが、犠牲のための功利主義的正当化を要求する限度で、つ

まり他のより大きな利益のためにだけ犠牲にできるという形で、動物のモラル・ウェイトを是認している。

ちなみに議論はこの後、人間より優れた宇宙人がいる場合にはこの基準は三重になって人間が二番目の地位につき、宇宙人が最高の地位につくとともに、宇宙人のためになら人間を犠牲にすることが許される、という可能性があるなどという方向に展開する。まあ、現在動物が置かれている立場に人間が置かれるような場合も想像してみなさい、ということであろう。あなたはそれでもこの二重基準（というか、基準が三重以上になりうる論理）を支持するのか。

どうもノージックは功利主義一般に否定的なようだが、現在の動物保護をめぐる規範の状況は、後に述べるように、ここで（動物にのみ適用される）功利主義と言われているものが基本的に妥当していると考えられる。動物実験に関して見られるように、必要な場合には、必要な限度に限って、動物を犠牲にすることが許される、というものだからである。それでもEUによる化粧品指令では、化粧品という必要性の薄い目的のために動物を犠牲にすることは許されないとの論理に従って、動物実験によって開発した化粧品のEU圏への持ち込みやそこでの販売を全面的に禁止する、といった規則が制定されている。後述の「三つのR」という動物実験の基準の背後にある論理もこれに近似する。限定的ではあっても、功利主義も動物保護について一定の有効性はもつのである。

2 一元論

ラディカルな動物保護論者は、動物と人間を包括する道德上の一元論を主張する。例えば、一元的功利主義を採るP. シンガーと一元的権利論を採るS. ワイズなどが挙げられる。

1975年に初版が出て、この分野を事実上切り開いたともいえる『動物の解放』でシンガーは、レイシズム（人種差別）やセクシズム（性差別）に連なる意味でスピーシーシズム（種差別）を定義し、それを批判する。そして、これらを通して擁護すべき平等主義について論じる。その場合、平等主義を能力その他の事実面における平等によって基礎づけることは危険だという。なぜならそんなことをすれば、人種や性差についてそれらの事実面での科学的調査が行われ、もし重要な側面で対等ではないとの結果が出た場合、平等主義者は、その調査は事実認識として誤りだ、と主張するか、さもなければ平等主義そのものを撤回せねばならなくなってしまうからである。平等主義はそのようなものではなく、たとえ主体間に事実としての格差があっても妥当する。それは、それぞれの必要性と利益に対する配慮の平等を規定（prescribe）する意味の平等主義だからだ、というのである。

「我々の関心と配慮が正確に何をせよと我々に要求するかは、我々がすることによって影響を受ける者たちの性格に応じて異なる。アメリカで成長中の子供たちのよき生にたいする関心であれば、子供たちに読むのを教えることを要求するだろうし、ブタたちのよき生に

たいする関心であれば、ブタたちを他のブタたちといっしょに適切な食物と自由に走り回れる空間とがある場所に置いておくことを要求するだけだろう。しかし基本的要素——その利益が何であれ、その存在者の利益を考慮に入れるということ——は、平等原理に従って、すべての存在者に向けて広げられなければならない。黒い存在者にも白い存在者にも、男性的存在者にも女性的存在者にも、人間の存在者にも非人間の存在者にも。」

ここでの「存在者」に共通するとされているものは、ここでは「必要性と利益」であるが、虐待禁止などの規範に関するならそれは、苦しみを経験 (suffer) するということだろう。また功利主義は元来、快と苦の総量を問題にするのだから、快と苦を経験するとは思えない植物などはこの「存在者」には入らない。しかし動物については、この経験があると考えられるかぎりでも功利計算の中にも含める、という態度は、ベンサム以来の思想的伝統に属している。

ただ人間を含めた動物に一つの物差しを適用するシンガーの理論は、重度の障害をもつヒトよりも認知その他において優れており、それゆえより高度の配慮を要求する道徳的立場に立つ類人猿、のようなカテゴリーを生じさせるおそれもある。この点が特にドイツで問題にされ、優生思想との近似性を疑われ、激しい非難にさらされることになった。人間（という種に属する個体）を特別扱いし、能力と独立に「人権」の主体とするという現在の標準的な扱いと、シンガーの立場がどのような関係になるのか、など、考えるべき論点はまだ多いようである。

2000年に出版されたワイズの『檻を揺らして』も、特に法学の分野で動物の権利論に関して大きな理論上の影響力をもった本である。本の構成は大がかりで、議論が広い分野に渡っていて読み応えがあるが、ごく絞って要約すれば、当面議論をチンパンジーとボノボ（当時広範に悪条件下で各種の実験に使用されて犠牲になっていた）に限って、これらをモノとしてではなく法的人格として扱い、身体の尊厳への権利、そしてそれに従った訴訟上の救済請求権を認めるべきだ、というのが結論である。

霊長類研究の成果が積み重なるにつれて、チンパンジーとボノボがもつ能力が、一般に予想されていたよりも高いことが明らかにされてきた。手話や絵文字を使って人間と対話ができるようになった個体（それぞれが固有名で呼ばれている）が報告されたり、群の中で後天的に伝達される知識が多い（つまり伝統をもつ）ことがわかったり、道具を作って使う（シロアリ釣りなど）ことがわかったりしてきたのである。一般に心 (mind) や意識の定義は難しく、特にそれが「ある」ことの証明は不可能ともいえるが、これは人間についても同じで、哲学上の心身問題を構成する。より常識的な形では心は、あるかないかではなく、どの程度複雑か、自己意識を含む自他の認知や感情の高いレベルに達しているか、といった程度問題として捉える専門家が多くなっている。要するに少なくともチンパンジーとボノボは、権利主体として扱われるに足る、というかそうなるべき、知能と意識をもっている、とワイズは判断するのである。

しかし、権利の主体は人間に限られる、という常識は強固であり、この壁を崩すことには当然大きな困難がある。これとの関連で、事実に関しても大規模な世界認識の変更がいかに大きな抵抗を受けるかを示す文脈で、17世紀のガリレオ事件に言及もしている。自分が唱える地動説が望遠鏡による木星の月の観測などによって証明できたと思ってもそれが他に認められず、ガリレオは結局異端として有罪の判決を法王庁より受け、終身監視下に置かれた。これに関して、クーンの『科学革命の構造』も引用しながら、パラダイム転換が受け入れられることの難しさを語るのである。

しかし、権利主体として動物というこれまで存在しなかったものが認められるとしたら、その過程は黒人奴隷が財産としてではなく人間として認められるようになる過程と平行したものになるだろう。政治的にはこれは、南北戦争で北軍が南軍を打ち破ることで解決したが、その決着がつくずっと以前の時代から、多くの議論や記述が、奴隷制度の是非両方の立場からなされており、それらを引用しながら展開される議論は興味深い。特に賛成論は、現在からは愚かに見えるが、もし動物についての常識が変化すれば、現在の権利否定論が将来は同様の酷薄な議論に見えるようになる、ということを示している。中でも成功例として強調されるのは、植民地時代にアメリカから英国に逃げてきた黒人奴隷（サマーセット氏）が捕まり、船に乗せて連れ戻されそうになった時、他の市民の請求に応じて人身保護令状を発給しこれを救済した、1772年の英国の裁判官マンスフィールド卿の裁定である。

ワイズは、米国の裁判所でチンパンジー等に訴訟適格を認めさせることをめざしている。だから、法的権利についての一般的分析や、実践上の技術的問題なども論じている。結論的には、英米圏では上記のサマーセット事件のように裁判官の裁量による部分が大きいことから、誰か裁判官の一人がその決断をすればある種の革命は可能だ、とワイズは考えているようで、候補となる裁判官のサーヴェイなども行っている。もちろんこの「裁量」や「決断」は、恣意的な決定という意味ではなく、その正しさを確信することで行われる決定、ということであり、しかもそれは「法的な」正しさについての確信であることが前提である。

現実には、実験に使われて犠牲になろうとしているチンパンジーかボノボについて、その代理人として何らかの組織や個人が、人身保護令状を請求する、といったことであろう。チンパンジーとボノボは突破口であって、もしこれが成功すれば、権利主体の範囲を他の優れた能力（弱い意味で定義される自律の能力）が確認されている高等生物、つまりオランウータンやゴリラから、イルカ、クジラ、ゾウ、オウム、カラス、そしてイヌなどにも拡張してゆくことが想定されていることは、いうまでもない。請求権の対象となる権利の範囲も、当初の身体的完全性（bodily integrity）と身体的自由（bodily liberty）から、生殖の権利、子孫をもつ権利、適切で十分な生息場所への権利、などへと広がることが考えられている。ただ、チンパンジーなどの場合、人間と接触させることで一定の人間化（human-enculturation）が可能であることがわかっているが、これを権利に含めるべきかは未決の難問だ、としている。

この種のことを実現しようとして訴訟を提起するなどの活動はこれまで行われているの

だが、権利主体としてどれかの動物が裁判所の救済を受ける、という形ではまだ実を結んでいない。待たれているパラダイム転換またはゲシュタルト転換は、たとえ実現するとしてもまだまだ先になるらしい、ということである。

3 立法先行型のアプローチ

一方で、動物虐待を禁止する立法（**anti-cruelty law**）は、日本を含む世界中で増加するとともに、内容も徐々に厳格化しつつある。米国のロースクールでも、動物法の講義を開設するところが広がっている。特にEUでは、各国の国内法や各種EU指令を通して動物保護のためのルール化がもっとも熱心に取り組まれている。その他、動物実験に関しては、機関内倫理委員会による実験計画の審査が多くの世界的ジャーナルによって要求されるので、その承認をえた研究でないと成果の発表が不可能な時代になりつつある。

米国での動物保護法の現状は複雑で、連邦レベルでは一見包括的に見える動物福祉法（**Animal Welfare Act**）があるが、それには対象となる動物の範囲などで、大きな例外が設けられている。実験動物についてその大半を占めているマウスとラットそれに鳥類が適用外であったり、特に重要な産業である畜産に関連する動物（**Farm Animals**）が全体としてこの法の外に置かれたりしている。その結果連邦法による規制のない畜産動物については、州によって内容の異なる立法が林立している。それも、州議会による立法もあるが、住民投票による直接立法によるものも多い。大規模工場によるもの（**Factory Farming**）を含む畜産業界の利害と、動物保護団体の活発な活動との対立と交渉・妥協によって、各州の立法内容も異なっているが、基本的には、畜産業特に食肉生産は経済活動として認めながら、飼育される動物の置かれる環境を改善するためのルールを作ってゆく、という形に落ち着くのが一般である。多層の鉄線ケージでニワトリを飼うことの禁止や、ブタや子牛を身動きできない枠（**crate**）に入れたままにすることの制限、動物たちが窓もないような部屋で立錐の余地もないほど詰め込まれて飼われることのないように、飼育条件（壁や動物同士にぶつからずに自由に方向を変えられるだけのスペースを義務づけるなど）が設定される。

その意味では法的世界の中で動物は一般に、すでに単なるモノの地位を脱して、保護の対象として扱われているともいえる。また、上記のシンガーやワイズがこの問題を取り上げるに至った直接の動機になっていると思われる過酷な動物の扱いの一定部分は、虐待禁止法を厳格化することで防止されるようになっており、たとえばシンガーの本に写真があったようなショッキングな状況におかれている実験動物や家畜はもういないはずである。各地の動物保護法が、罰則も軽微で抜け穴の多いザル法という面はまだあるが、動物保護強化の方向に立法が進んでいることは疑いがない。以下、その根拠について、少し考えてみたい。

ワイズが人間と動物の間にある厚い壁を壊す一元主義を訴えたのに対して、同じ法律家であるR. ポズナーはワイズを批判して、むしろ「人間中心のアプローチ」を擁護する。これは、我々の発展して行く知識と感じ方に応じた立法を行いながら、我々の動物にたいする

態度を改善して行こう、という用意を伴っている。しかしワイズのような権利を基礎タームとする司法を経由するのではなく、人々の意識に応じて内容が変化してゆく立法を経由した社会変化を予想するアプローチであるから、動物の権利はここでの論理のステップとして入ってこないのである。

少し自由な言葉で述べれば、ポズナーによるワイズ批判の中心は、ワイズの提案では突破口はわかってもエンドポイントが定まらず、そのような状態のままでは漸進的変化しかできない司法に解決を委ねることはできない、という点にある。どの動物をどんな条件の時に、誰を代理人として認めて救済するのか。救済される動物の引き取り手は誰にするのか。野生動物、家畜、実験動物、ペットなどに応じて、法的処理に必要な事項も異なるだろうが、それらを個々の裁判官が混乱なく決められるのか。動物の権利を認める方向に踏み出した場合予想される巨大な社会変化がありうるが、その責任は誰が取るのか、また必要になる費用は誰が負担するのか（負担者はそれに合意したのか）……。ワイズやシンガーが繰り返し類比する黒人や女性の解放と、裁判を通した動物への権利付与は、実際には大いに異なる、という点が重要である。基本的には支配的な人間（白人、男性）と同じ能力をもちながら差別の下に置かれてきた人間（黒人、女性）を「解放」しても、解放されたのは人間たちなのだから、言語で意思疎通でき、経済的自立の力も少なくとも潜在的にはあり、自分の行動の責任もとれるはずである。それができると考えるからこそ差別を批判し平等を求めてきたのである。しかし動物はもっとも知能にすぐれたチンパンジーであっても、誰か代理人や保護者を通してしか訴訟活動も法律行為もできないし、民事刑事の責任も取れない。何らかの取り決めや約束に応じて自分の行動を変化させることもできない。新たにルールを全部作って行かねば、動物の解放など不可能なのだから、これは司法というより立法の仕事だ、というのである。

その際ポズナーは、人間の法が人間中心になるのは当然だという。動物保護法は、動物が権利をもつから制定するという論理によるのではなく、残酷な扱いを受ける動物に同情し、それを救うために一定のコスト（金銭以外を含む）を負担してもよい、と多くの人考えるようになるから、つまり人間の観点から、制定されるのである。もしそうではなく、種貫通的功利主義の観点を貫くなら、一定の条件では動物の利益のために人間が犠牲になることを認めねばならなくなるはずである。これについてはいくつもの不幸な例が考えられるが、どれも我々の道徳的直感とはうまく整合しない（チンパンジーの功利的容量が重度障害者のN分の1であれば、N+1匹のチンパンジーを救うためにはその人の方を犠牲にすべきだ、など）。我々は人間だから、我々の道徳的直感は功利主義が要求するようには働かないのであって、それでよいのだ、というのがポズナーの答えである。不要な苦痛を動物に与えるべきではないが、医薬品の開発など必要な場合には、「三つのR」など犠牲を限定するための条件を守りながら動物実験を行うことが認められるべきなのである。

最後に、動物虐待禁止法は法による道徳の強制にならないのか、という論点がある。これについて結論だけのべれば、道徳の真空地帯で法を運用することは不可能であり、最後は法

的強制によって得られるもの（動物の悲惨さ軽減）と失われるもの（動物を配慮する労力からの自由）との衡量になるが、虐待を是認すべき理由は乏しく、禁止は許される。しかし食肉用動物に関連して、多数が賛成すれば菜食主義の強制が許されるかについては、人間にとって基本的な食物選択の自由を侵害するので不可である。

注釈：著者は、「三つのR」を次のように説明する。つまり「三つのR」とは、**Refinement**（麻酔などによる痛みの限定）、**Reduction**（犠牲になる個体の数の削減）、**Replacement**（PCソフトなど動物実験の代替方法の開発）が標準となるが、ここには、元になる研究そのもののコスト・ベネフィットについての規定（動物に犠牲を強いてまで実行するに値する研究なのか）が含まれないなど、限界も指摘されている。

問 1 下線部について、「一定の有効性をもつ」ものの、それが「限定的」であるとは、どういうことか。本文に即して 250 字以内で説明しなさい。

（配点：50 点）

問 2 ワイズの一元的権利論とはどのような考えか。本文に即して 350 字以内で説明しなさい。

（配点：70 点）

問 3 シンガーとポズナーのそれぞれの立場から、人間は動物を虐待してはならないという義務はどのように基礎づけられるか。本文に即して 400 字以内で説明しなさい。

（配点：80 点）

<出題の趣旨等 2021年度 小論文>

[出題の趣旨]

問1から問3すべて、文意を的確に把握し、それを精密な論理によって表現する能力を試している。

なお、言うまでもないが、他の論述式試験科目と同じく、法科大学院で学ぶうえでの基本的学力として、文章の正確な読解力、論理的な推論、分析、判断を的確に行うことのできる能力、および思考のプロセスと結果とを明確に表現する能力があるかどうか、前提として問われている。

[配点]

問1	50点
問2	70点
問3	80点
合計	200点

[採点基準]

・問1について

功利主義が動物保護について「一定の有効性をもつ」こと、しかし、それが「限定的」であることの双方について、本文を正確に読解したうえで、適切に説明できているかどうかを基準に採点した。

・問2について

ワイズの一元的権利論について、動物を法的人格（または権利主体）として扱うこと、チンパンジーとボノボを突破口として、権利主体の範囲を他の高等生物に拡張していくこと、司法による救済（たとえば、代理人が人身保護令状を請求すること）が構想されていること、動物に認められる権利の範囲を拡張していくこと等、本文を正確に読解したうえで、適切に説明できているかどうかを基準に採点した。

・問3について

シンガーおよびポズナーのそれぞれの立場について本文の内容を必要な範囲で正確にまとめられているかどうか、また、それぞれの立場から、人間が動物を虐待してはならないという義務がどのように導出できるかが適切に説明できているかどうかを基準に採点した。

以上