

2023年4月入学

## 慶應義塾大学大学院入学試験問題

法務研究科

# 小論文試験

- 注 意
1. 指示があるまで開かないこと。
  2. この冊子は、問題用紙・メモ用紙を含めて16頁ある。試験開始後ただちに落丁、乱丁等の有無を確認し、異常がある場合にはただちに監督者に申し出ること。13～16頁はメモ用紙である。
  3. 受験番号（2箇所）と氏名は、解答用紙（表）上のそれぞれ指定された箇所に必ず記入すること。
  4. 解答用紙の※を記した空欄内には何も書いてはならない。
  5. 答えは横書きとし、解答用紙（表）の左上から、小問ごとに順次、1マスに1字ずつ書き進めること。
  6. 答えは、黒インクの万年筆またはボールペンで書くこと。下書きの必要があれば、メモ用紙を利用すること。また、解答用紙を下書きに用いてはならない。
  7. 注意に従わずに書かれた答案、乱雑に書かれた答案、解答者の特定が可能な答案はこれを無効とすることがある。

【問題】以下の文章を読み，【問1】および【問2】に答えなさい。

【問1】

問題文では、「事実を調べれば人の死が分かるのだろうか。」（4ページ下線部）という問いかけについて，どのような「思考実験」をどのような目的のために行い，その結果どのような答えを示しているか。その答えが導かれた根拠も示してまとめなさい（600字以上800字以内）。

【問2】

問題文の論旨をふまえつつ，「脳死は人の死か」という問題についてどう考えるべきか，あなたの見解を自由に記しなさい（1000字以上1200字以内）。

## 〔問題文〕

現代社会において議論が絶えず、生命倫理学においてもテーマとして語られる一つの問題に注目しよう。臓器移植との関わりで論じられる脳死問題である。

「臓器の移植に関する法律」の改正案が2009年7月13日に国会で可決され、一般的に脳死を人の死とする考え方がその条文の中で示された。「脳死は人の死か」という問題は1997年の「臓器移植法」成立以前からの大問題であり、法改正後も完全な国民的コンセンサスに至ったとは言い難く、現在でも倫理学、法学、医学などさまざまな学問領域から多様な見解が論じ続けられている。

脳死をめぐる実際の議論においては賛否両論あるが、一つの典型的な語られ方がある。たとえば、小松美彦を代表とする「生命倫理会議」は今回の法改正を批判し、「「脳死＝人の死」であるとは科学的に立証できていない、という最も重大な事実が省みられなかった」という声明を国内の哲学者、倫理学者、法学者などの専門家71名の連名で発表した。これに対して、脳死肯定派の医学関係者の発言には「医学的に脳死は死である」、「脳死は人の死で、これは社会的あるいは倫理的問題とは無関係である」という見解を示すものがあった。

これらは脳死問題をめぐる反対派・賛成派の主張の一例であるが、両派の対立にもかかわらず共通する大前提がある。それは、「人の死」が科学ないし医学によって証明できる性質のものであるという前提である。科学とは一般に「自然科学」すなわち、自然界の諸現象（事実）の探究、世界における諸対象がいかにあるかを記述し説明する学問一般を指し、人体に関する事実（現象）の探究の学として、医学も自然科学の一種に分類される。脳死をめぐる議論において、「人の死」の問題を科学、医学の問題として捉えるのは脳死賛成派反対派に共通な一つの典型的な見方である。

たしかに、脳死は私たちの脳に関する科学的・医学的な知見と関連するし、さらに脳死判定も医師が行なうものである。それゆえ、この前提を当然と思うかもしれない。もしこのような理解が正しく、「脳死＝人の死」が科学の問題であるなら、「脳死は人の死か」という問いに対する正しい答えは将来のより正確な科学的探究によって発見・証明されるだろう。その場合、脳死問題は本来倫理学とは無関係であり、倫理学がその問題に口を挟むこと

自体がお門違いなことであろう。

しかし、上記の意味で脳死をめぐる議論は混乱に満ちている。それは、問題に対する具体的な主張の混乱というよりはむしろ、議論の大前提となる「脳死＝人の死」問題の理解そのものの混乱である。「脳死は人の死か」とはどのような問いなのだろうか。そしてそもそも「人の死」とは何なのか。科学が人の死を知ることができるのだろうか。

自然科学と「人の死」という特殊な問題は、自然科学と倫理学、あるいは事実と倫理（価値）という、より一般的なテーマのなかに位置付けることができる。事実と倫理というテーマは元々きわめて抽象的であり、メタ倫理学などの主要なテーマとしてこれまで議論されてきた。もちろん抽象的な議論も学問上重要な意味がある。しかしそれが現実の身近な問題に応用できなければ空虚な机上の空論である。

それゆえ本節の目的は、現代応用倫理学などの具体的で身近な問題を「事実と倫理」という、より一般的な視点から捉え直すこと、そして同時に「事実と倫理」という問題について改めて考察することである。したがって本章のテーマは「脳死は人の死か」という問いに対する具体的な回答を試みるもの、脳死問題について具体的な態度表明をするものではない。「脳死は人の死か」という具体的な問題そのものの枠組み、意味を捉えることである。事実を知ればすべきこと（倫理）が分かるのか。脳死問題を手がかりに徐々に明らかにしよう。

まずは「人の死」の問題について考えよう。科学的な探究によって人の死が分かるのだろうか。事実を調べれば人の死が分かるのだろうか。この問いに答えるために、思考実験をしよう。

私たち以上の知性や推論能力をもった、全知の知的生命体が地球にやってくると仮定しよう。その異星人はそこで起こっている出来事を知るためのさまざまな技術や手段（道具）を有し、私たちの社会で起こるあらゆる事実を見通すことができる。そのような異星人が私たちの社会を観察し、そこで知り得たことをすべて一冊の本に書き留める。

この異星人が書く本のなかに「人の死」という言葉が登場するだろうか。考えてみよう。私たちの人体についてあらゆる知識をもつ異星人は、目の前に横たわる人がどの時点で心臓が不可逆的に停止しているかを正確に知ることができるだろうし、すべての脳機能が不可逆的に停止しているかどうか（脳という器官が死んでいるかどうか）も知ることができるだろう。それゆえ、異星人が私たちの人体に関して知りえることを記述した場合、「この人は心臓が不可逆的に停止した」、「この人はすべての脳機能が不可逆的に停止した（脳という器官が死んだ）」、「この人はすべての臓器が不全を起こした」などが本に書き込まれるだろう。また、このようなことと関連して起こる出来事も観察され、たとえば「心臓が止まった人のそばで何人かの人が涙を流している」、「心臓が止まった人が棺桶に入れている」、「心臓が止まった人が焼かれている」などと記述されるだろう。

しかし、このような知りえることをすべて書き留めたとしても、これらの記述のなかに「この人は死んだ（死んでいる）」という命題は出てこないだろう。思考実験の異星人は、たしかに私たちの人体に起こる出来事、たとえば心臓や呼吸の停止、脳機能の停止、すべての臓器の機能不全、すべての組織や細胞の壊死や腐敗、白骨化などの一連の出来事およびそれらの因果関係もすべて知ることができる。しかし、このような一連のプロセスをすべて知りえたとしても、そのなかのどの時点で「人が死んだ」と言っているのか分からないだろう。

思考実験における異星人が知りうることは、事実の探究としての科学（医学）が認識できることと同じである。医学・科学が知りうることは、本当に全脳機能が不可逆的に停止しているか、本当に心臓が不可逆的に停止しているか、などの事実のレベルに属することがらである。しかし、少なくとも臓器移植の文脈における「人の死」は事実ではない。私たちの体に生じる事実をどれだけ正確に知っても、その人が死んでいるかどうかを知ることにはできない。事実の探究のみからは「人の死」を知ることができないのである。

しかし、このように言うと「現実には医師が心臓の停止（及び呼吸停止・瞳孔散大）や、全脳機能の停止（脳死）の判定を行なっていて、医師はそのような事実を確かめることでその人の死を宣言しているじゃないか」と反論したくなるかもしれない。また、私たちが

「なぜこの人が死んだと言えるのか」と問われた場合、「私たちはたとえば「なぜならこの人は何時何分に全脳機能が不可逆的に停止したからだ」と、人の死を成立させる契機となる出来事（事実）をその根拠として答えるじゃないか」と言いたくなるだろう。このようなことからやはり、事実から人の死を知ることができるじゃないか、と反論したくなるかもしれない。

しかし、医師が心臓の停止や全脳機能の停止によって「人の死」の判定を行なえるのは、そもそも「心臓の不可逆的な停止をもって人の死とする」や「全脳機能の不可逆的な停止をもって人の死とする」などの人の死の定義をすでに原則として前提しているからである。これらの定義を前提しなければどの時点で人が死んだかを判断できない。

では、「心停止＝人の死」あるいは「脳死＝人の死」という死の定義を語る命題とはどのような種類の命題なのだろうか。そのために「人の死」とは何かを考えよう。「人の死」は私たちの社会において実質的にどのような意味をもつだろうか。臓器移植の文脈で言うと、「人の死」とはそれをもってその人からあらゆる臓器を摘出することが許される時点のことを指すだろう。しかし、それだけでなく、その時点をもって生きている人がもつさまざまな権利をその人が失う、家族はその人から遺産や生命保険を受け取ることができる、その人を解剖してもよい、その人を火葬してもよい等々さまざまなことを意味する。これらは、「～してもよい」、「～すべき」等の、権利、義務など私たちの行為の規範に関わることである。このような意味がなければ、私たちは「人の死」の時点を確認する必要はなく、どの時点で人が死んだことになってもほとんど困らないだろう。現実の社会において「人の死」はこのような行為規範の短縮形として機能している概念であり、単なる人体の特定の状態に付けられた呼び名やそのような状態の説明ではないのである。

そして、規範を意味する倫理的な概念である「人の死」を述語としてもつ命題、「心停止は人の死である」や「脳死は人の死である」もまた規範を語る命題である。その規範とは、たとえば「全脳機能が不可逆的に停止したのから私たちは臓器を摘出してもよい」という私たちの行為に関する倫理的な規範である。一般に倫理的命題（規範命題）というと、「人を殴るのは悪い」、「困っている人に親切にすべきである」など、「よい／わるい」、「～すべき／すべきでない」等を述語にもつ命題のみと考えるかもしれない。しかし、

「～は人の死である」、「～は死んでいる」などの「人の死」を述語としてもつ人の死の定義もまた倫理的命題なのである。

ここで、なぜ事実をいくら調べても「人の死」が分からないのか、という問いに、「人の死」は倫理的概念であり、「人の死」を定義する命題が倫理的命題だからであると答えることができるだろう。現実には医師が心停止（呼吸停止・瞳孔散大）や脳死の判定を行い、「人の死」の判定を行っているが、それが可能となるのは、「心臓が不可逆的に停止した者は死んでいる」あるいは、「全脳機能が不可逆的に停止した者は死んでいる」という「人の死」に関する倫理原則があらかじめ前提されているからである。そして、このような原則の前提なしには、「心臓が不可逆的に停止した」、「全脳機能が不可逆的に停止した」という事実の記述はできても、それらの状態をもって人が死んだとは語るができない。「人の死」について、それがどのような状態のことを指すかを定義する倫理原則が決まって初めて医師は特定の状態にある人を「死んだ」と言うことができるのである。

しかし、ここで「心臓が停止した人は死んでいる」あるいは「脳機能が停止した人は死んでいる」がそれ自体倫理的命題であることは認めるが、この命題はやはり「心臓が停止した」という事実や「脳機能が停止した」という事実から「人の死」という規範を導くことで成立しているのではないか」と言いたくなるかもしれない。ある出来事が起こったからある倫理的な状態が生じる。このように考えた場合、やはり私たちは事実から規範命題を導いていると言いたくなるかもしれない。

これまで倫理的な原則として位置付けた「全脳機能が不可逆的に停止したら、その人は死んでいる（その人から臓器摘出してよい）」において、その命題の前半部分は事実であり、後半部分は倫理的概念である。この両者はどう関係するのか。これらの命題は、事実から規範を導くことによって成立しているのか。これらの命題の内部構造を明らかにしよう。

ある人が「死んだ」と言えるためにどんな事実が要求されうるかについて考えてみよう。現実的には次の二つが候補となりうるだろう。

「全脳機能が不可逆的に停止したら、その人は死んでいる」

「心臓が不可逆的に停止したら、その人は死んでいる」

これらは「人の死」を現実に応用するための原則的な倫理的命題であるが、「全脳機能が不可逆的に停止する」、「心臓が不可逆的に停止する」のどちらの事実をもって「人の死」としても矛盾は生じない。またどちらの事実についても、そこから必然的に「人の死」の定義が出てくる訳でもない。「人の死」を語る原則的な倫理的命題において、事実と倫理的概念の結びつきは必然的（論理的）ではなく偶然的である。

ここから、「人の死」が成立するための基準として、たまたま私たちの社会で「心停止」もしくは「脳死」という事実が選ばれているにすぎないということが分かるだろう。どちらの事実が「人の死」としてよりふさわしいかは事実の探究のみから決めることができない。つまり、どのような事実をもって「人の死」という倫理的状態が生じるとするか、どのような原則的な倫理的命題を採用するかは、私たちの思想や社会的な取り決めに依存する。

脳死の問題は社会的コンセンサス、社会的合意の問題としばしば言われるが、それは「人の死」問題が私たちの社会がどのような死の定義を採用するかという社会的選択の問題だからである。私たちの身体に生じるさまざまな出来事のプロセスのうちで、私たちがもはや生きている状態とは言えないと考える特定の出来事をもって「人として死んだ」とみなされ、その時点が生／死を分ける時点として規定される。「脳死は人の死である」、「心停止は人の死である」という規範は、「全脳機能の不可逆的停止でもってその人を死んだ」と「みなす」、 「心臓の不可逆的停止をもってその人を死んだ」と「みなす」ことによって可能となる。この「みなす」ということそれ自体が「人の死」が私たちの規範選択に属することを物語っている。

ここから「脳死は人の死か」という問いの次元、「脳死＝人の死」か「心停止＝人の死」という論争の意味を捉えることができるだろう。脳死に反対する者が「脳死の人はまだ心臓が動いているじゃないか。なのになぜそれが人の死と言えるのか」と反論しているのを

よく耳にするだろう。心臓が動いている人を死んだ人とはみなせないのは、「心臓が動いているうちは人は生きている」という考え、「心停止が人の死である」という規範を前提しているからである。つまり、脳死の是非をめぐる論争は、このような「人の死」をめぐる大前提となる倫理的な原則の選択に関する論争であり、事実問題（科学の問題）についての論争ではないのである。

倫理原則内部における事実と倫理的概念は、事実から倫理的命題（概念）が論理的に導出される関係にはない。すなわちこの倫理原則は分析命題ではない。冒頭で確認したが、「人の死」の問題が科学（医学）の問題であると主張されるとき、それが科学によって「立証される」問題として語られる。しかし、「人の死」とはそもそも何らかの事実の探究によって「証明」されたり「発見」されるような科学的真理ではない。そうではなく、「人の死」の定義は私たちの選択や社会的な取り決めによって事実と倫理的概念を結びつけた総合命題である。私たちがいつ死ぬかは、事実（科学）により立証されるのではなく、私たちの社会的な規範の選択によって作りだされるのである。

これまでの考察は「事実と価値（倫理）」、「である（is）とべき（ought）」等とも言い換えられる、倫理学の基礎に関わるより大きな射程のうちに位置付けることができる。伝統的に、事実（である）から価値（べき）を導くことはできないことが定説とされている。「事実」とは、私たちが見たり聞いたりする経験を通じて記述されるものであり、そのような事実の記述は「事実命題」や「である命題」等と言われる。そして「価値命題」を、私たちの行為を「よい／わるい」と評価したり、私たちの行為を「～してもよい」（権利・自由）、「～すべし／すべきでない」（義務）などのように規定する倫理的命題（規範命題）と考えよう。事実命題は「世界がいかにあるか」を記述し、倫理的命題は「私たちがいかに行うべきか」を語る。事実命題から倫理的命題は導かれない。

このことを確認するために、ひとまずもう一度先の思考実験に戻って考えよう。あらゆる事実を知ることができる全知の異星人が観察によって得られない知識とは、私たちの社会における倫理的な規範、倫理的な規範命題である。

全知の異星人が私たちの社会を観察し、記述したとき、そこで起こる出来事として、

たとえば誰かが誰かを「殴る」という行為も記述される。そのことに関して、「いつどこで誰が誰にどのように殴られた」、「被害者は殴られないよう抵抗した」などの事実や「加害者が殴ったのには～という動機・目的があった」、さらには「被害者は殴られたくないと感じた」、「人びとは暴力に怒りを覚えている」などの私たちの心のうちに起こる出来事も含むだろう。

しかし、このような起こった出来事（心理的事実も含む）をすべて詳細に列挙しても、そこには「人を殴ることは悪い」や「人を殴るべきではない」等の倫理的な命題は登場しないだろう。また「A君がBさんを殴った」という事実や、その事実の際したときの「私たちは殴られたくないと感じた」などの心理的事実をいくら分析しても、それのみでは「人を殴ることは悪い」という倫理的命題にはたどりつかない。事実をどれだけ記述しても、そこから倫理的な命題は帰結されない。

それは、ある行為がいいことか悪いことか、すべきことか否かは私たちの経験のうちには現われないからである。同様にある人が「～する権利をもつ」や「～する義務を負っている」などを含む命題も現われないだろう。異星人があらゆる事実を一冊の本に書き留めたときに、書かれないものとは倫理的な規範命題である。もちろん、「悪い」、「すべきでない」等の概念のなかにも、そこに「人を殴ること」は含まれていない。事実と倫理の次元は相互に独立である。

このような事実と価値の次元の峻別は、事実についての探究としての自然科学の領域と、私たちの行為規範を語る倫理の領域を明確に区別することを意味する。再び「人の死」の問題を例に自然科学と倫理の領域について考えよう。

一般に自然科学においては、「概念」を用いて「事実命題」が構成され、それによって特定の事実を記述したり説明する。自然科学は「概念」を用いることによってさまざまな現実を記述したり、出来事の因果関係を説明したりできるようになる。たとえば「脳死」という概念を用いることによって、「全脳機能が不可逆的に停止している」という現実を簡潔に記述することができるようになる。また、出来事の因果関係を突き止めることによって、脳がどのような状態になれば全脳機能が不可逆的に停止するかを知ることが出来る。日本で

採用されている「脳死判定基準」は、具体的には、① 深昏睡、② 自発呼吸の消失、③ 瞳孔固定、④ 脳幹反射の消失、⑤ 平坦脳波、⑥ その条件が満たされた後の6時間以上の時間経過の後の無変化であるが、これらは私たちの体にどのようなことが起これば全脳機能が停止しているかという事実の次元に属する基準であり、科学、医学の探究によって証明されうる領域である。

しかし、これに対して「人の死」とはすでにみたように私たちの行為の規範を規定する概念である。このような倫理的概念（規範概念）が一般の概念と区別され、倫理的概念を述語としてもつ倫理的命題（規範命題）が事実命題と区別される。「倫理的概念」を用いて「倫理的命題」が構成され、それによって、事実の記述や説明ではなく、私たちの行為が規定される。

すでに検討したように、「人の死」は私たちの行為規範、たとえば「人の死＝その人から臓器摘出してもよい」を意味する概念であるが、しかしこのような「人の死」という規範概念の意味を確定するだけでは実践的にどのような人が死者としての扱いを受けていいのか分からず、実践に適用できない。それゆえ、「全脳機能の不可逆的停止」や「心停止」などの特定の事実と結びつけることで、実践的な意味をもつ規範命題となる。

### 倫理的概念の意味

「人の死＝その人から臓器摘出してもよい」

### 原則的な倫理的命題

「全脳機能が不可逆的に停止した〔事実〕ら、その人は死んでいる（その人から臓器摘出してもよい）〔規範概念〕」

あるいは

「心臓が不可逆的に停止した〔事実〕ら、その人は死んでいる（その人から臓器摘出してもよい）〔規範概念〕」

「脳死の定義」や「脳死判定基準」は事実の記述や説明に関わり、自然科学（医学）が

扱う領域に属する。「脳死判定基準」に対して、本当にこの基準を満たせば全脳機能が不可逆的に停止していると言えるのかという議論はありうるが、これも脳の状態という事実の次元での議論である。それに対して、「脳死＝人の死」あるいは「心停止＝人の死」という「人の死の定義」は事実を記述するための定義ではなく、私たちの行為を規定する規範についての取り決めであり、これは倫理の領域に属する。本章冒頭で「人の死」問題についての典型的な見方について触れたが、「人の死」を自然科学（医学）の問題と捉えるのは、次元の異なる二つの領域の混同である。

もちろん、科学者（医学者）が「人の死」の問題について発言することを非難している訳ではない。科学者（医学者）が科学（医学）の知見をきっかけに「人の死」の問題について発言してもまったく構わない。しかし、それはあくまでも科学者（医学者）が倫理的な原則の領域について発言しているのであって、「人の死」が科学（医学）の問題ということではないのである。

先にも触れたが、「人の死」を述語とする命題には「よい／わるい」「べき」「権利／義務」などの言葉が見あたらず、「～である」という形式をもつ。それゆえ、事実命題であり、科学の問題に属するように思えてしまうかもしれない。しかし、すべての「である」命題が事実命題である訳ではないのである。

出典：林大悟「事実を知ればすべきことが分かる？」新名隆志・林大悟〔編〕

『エシックス・センス——倫理学の目を開け——』第2章（ナカニシヤ出版、2013年）

※なお、本文は、問題文として適切な体裁になるよう必要な修正を施している。







