Chukyo University Institute of Economics

Discussion Paper Series

February 2024

No. 2304

日本の生殖補助医療における平等とは何か

――センのケイパビリティからみた生殖医療民法特例法――

西本　和見

日本の生殖補助医療における平等とは何か
――センのケイパビリティからみた生殖医療民法特例法――

西本　和見*

要旨

2020 年 12 月に成立した生殖医療民法特例法は、生殖補助医療を受けられる対象を同性カップルやシングルにも拡大し、親になりたい人の平等を拡大する可能性がある一方、子の出自を知る権利を留保したことで批判されることとなった。今回のケースのように、生殖補助医療においてある平等が他の平等を押しのける場合、どのような倫理的な解決が図られるべきか。本稿はセンのケイパビリティの概念を生殖補助医療に適用し、日本の事例を分析する。センによれば親になりたい人と生まれた子のケイパビリティは双方とも重要な平等の概念であるが、彼らの福祉の平等が対立する場合には子のケイパビリティの平等が優先されなければならない。生殖医療民法特例法は、附帯決議で子の福祉を優先することに同意した一方で、子の知る権利の保障を留保した。よって、二年を目途の検討期間があるとはいえ、生殖医療民法特例法はセンのケイパビリティからみて反平等主義的内容を含む可能性がある。

キーワード
アマルティア・セン、生殖補助医療、ケイパビリティ、平等、日本

* 中京大学経済学部准教授　E-mail: nishimoto@mecl.chukyo-u.ac.jp

1. はじめに

2020 年 12 月 4 日、日本で初めての生殖補助医療に関する法律である「生殖補助医療[1)]の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律」（以下、「生殖医療民法特例法」とする）が臨時国会で可決された。この法律は、生殖補助医療で生まれた子の法的地位を明確にした一方で、誰がどのような医療を受けることができるかを定める行為規制や出自を知る権利等、法律を制定する上で合意に至らなかった多くの課題が未解決のまま残された[2)]。このように、日本における生殖補助医療は、生殖医療民法特例法が制定されてもなお国としての方向性が明確になったとは言えない状況にある。

日本としての生殖補助医療の方向性は、これまでの日本の言説の歩みを見ると、より一層不明瞭である。国のレベルでは、2001 年 7 月に厚生労働省の厚生科学審議会に生殖補助医療部会が設置され、約 2 年にわたって議論された結果、2003 年 4 月の厚生科学審議会生殖補助医療部会報告書（以下、「2003 年報告書」とする）が提出された[3)]。この 2003 年報告書では、生殖補助医療の対象者を夫婦に限って認めること、代理懐胎を禁止とすることが提言された。また出自を知る権利の保障については、その保障が子のアイデンディティ形成において重要であることを認め、15 歳以上で十分な説明を受けた上、提供者についての個人情報を含む情報について開示を請求できるようにすべきだとされた。

しかし、生殖医療民法特例法では、2003 年報告書から一転してそれらの項目は一切盛り込まれなかった。生殖医療民法特例法では、生殖補助医療を受けられる対象が、「夫婦」という文言を避けて表記され、代理懐胎は禁止されなかった。また出自を知る権利の保障についても、それが重要だと指摘されつつも認められることはなかった。この背景には、2017 年以降、それまで中心的に非配偶者間人工授精を行なってきた慶應義塾大学で、将来的に提供者情報を開示する可能性がある旨のインフォームド・コンセントが行われた結果、提供者が急減したという問題がある[4)]。この問題は、生殖医療民法特例法を制定する過程で開かれた参議院法務委員会で出自を知る権利を議論する際に、開示を認めることで生じる負の影響として取り上げられており、権利が認められなかった大きな要因となっている[5)]。

生殖医療民法特例法が、生殖補助医療の対象を拡大する可能性を拓きつつ、子の福祉の保障を 2003 年報告書から後退させて成立したという事実は、日本の生殖補助医療のあり方をめぐって重要な意味を持つ。なぜなら、生殖補助医療で法により認められる対象が拡大すれば生殖補助医療を受けたいという声が高まる可能性があり、そうなれば一層高まるニーズに対して、子の福祉の保障が追いつかなかったり機運が削がれたりすることにもなりかねないからである。このように日本の生殖補助医療のあり方は、方向性が大きく変わる可能性を秘めながら、かなりの振れ幅を持って紆余曲折している。

これは、対立する二つの平等観のどちらを取るかの難しい問題につながる。近年の日本では多様性の尊重の観点から、夫婦以外、例えば同性カップルが生殖補助医療によって子を持つことに対して前向きの意見が見られる[8)]。また、精子提供より医療的サポートを必要とする卵子提供を充実させる体制や代理懐胎の法制化を望む声もあるだろう。そうした立場か

らすれば、生殖医療民法特例法における対象の拡大の可能性は、「不平等」な生殖補助医療を、「平等化」する第一歩と評価できるだろう。しかしながら、子の福祉を重視する立場からすると、日本の生殖補助医療で問題なのは生殖補助医療で生まれた子の権利が十分保障されていないことであり[9]、この不平等を解消することこそが日本の生殖補助医療を「平等化」することに繋がる。これらの二つの平等観は異なる性質のものである。2003 年報告書から生殖医療民法特例法制定までの経緯を見ると、日本はこの二つの平等観の狭間にあるように見える。

アマルティア・センは、『不平等の再検討』の冒頭で「何の平等か」と問いを投げかけ、まさにこのように何の平等を取るかによって、価値が対立する可能性があることを指摘した[10]。どれか一つの平等を取ることが、それ以外の平等を損なう恐れのある状況の中で、我々は何を選びとるべきか。この難問に正面から答えるためにセンが提唱したのがケイパビリティである。センは、到達水準の平等を重視する帰結主義の立場から、最終的な人々の状態のあり様の集合が平等になるように人々の潜在能力を可能な限り追求することを主張した[11]。

生殖補助医療において平等の観念が重要であるという認識は、センとは別の文脈でこれまでにも持たれてきた[12]。誰がどのように生殖補助医療を受けられるのかという平等な自由（equal liberty）の問題は、生殖補助医療において今後も重要な論点となるだろう。しかし、現在の日本のように生殖補助医療の難しい現実に直面する中で、むしろ我々が問うべきは、センの持つ問題意識に沿った、平等が衝突する困難事例をいかに解決するべきかという問いではないだろうか[13]。

生殖のケイパビリティについてはリプロダクティブ・ヘルスの文脈で議論が蓄積されてきた一方で、ケイパビリティ概念はこれまで直接生殖補助医療に結びつけられてこなかった[14]。これは、センが生殖補助医療に言及していないことによると考えられる。しかし、センのケイパビリティ概念は決してリスト化できるものではなく、ケイパビリティ概念の積極的な意味での曖昧さによって、セン自身が取り上げていないケイパビリティが議論の遡上に上る余地はいかなる時も存在している[15]。

本稿はこうした関心から、生殖補助医療をセンのケイパビリティ概念で捉えようとするものである。そしてさらに、生殖補助医療における親になりたい人の福祉と生まれた子の福祉という、場合によって対立する異なる平等観を、ケイパビリティを尺度として並置し、両者が両立するならばどのような条件でそれが可能なのかを議論する。その際、センの経済学の知見を応用しつつ、日本の事例を分析する[16]。

本稿の構成は以下の通りである。第二節で生殖における親になりたい人のケイパビリティを考察し、ケイパビリティからみた生殖補助医療における親になりたい人の平等について議論する。第三節で生殖補助医療で生まれた子のケイパビリティを考察し、ケイパビリティからみた生殖補助医療における子の平等について議論する。第四節でセンの平等観として衡平性の弱公理を挙げ、親になりたい人と生まれた子のケイパビリティを並置しつつ、優

先順位がどちらに置かれるべきかを自由の価値に対するセンの言説から議論する。第五節でまとめを述べる。

2. ケイパビリティと生殖補助医療における親になりたい人の平等

生殖における親のケイパビリティと生殖補助医療における親になりたい人の平等はどのように定義づけられるだろうか。センは福祉の定義から論を始めているので、以下ではセンの用語を紹介しつつ見ていきたい。

センにとっての福祉 well-being[17]とは「その人の生活の質、いわば『生活の良さ』」を表した言葉である[18]。であるから、例えば我々が自らの幸せを追求するとき、我々は福祉を向上させようとしているということになる。また、生活とは「相互に関連した『機能』（ある状態になったり、何かをすること）の集合」であるという[19]。よって、我々が生活の中で成し遂げたものごとすべてが、我々一人ひとりの幸せを形つくる。

この「良さ」に到達するためには、「良さ」を達成するための選択肢が実際に我々の手元になければならない。この選択肢の集合がケイパビリティである。センによれば、ケイパビリティとは、「人が行うことのできる様々な機能 functionings の組み合わせ」であり、「『様々なタイプの生活を送る』という個人の自由を反映した機能ベクトルの集合として表すことができる」[20]。センによれば、我々の「良い生活」は、我々が選び取ることのできるケイパビリティの中に存在している。

問題は、人間が本質的に多様な存在として生まれてくるがゆえに、この可能性の集合が人によって異なるという点である[21]。より多くの可能性を持つ人と、少ない可能性しか持たない人では、個人の福祉を達成するための、福祉の実現しやすさが異なる。だからこそ、ケイパビリティの概念では、福祉を達成する自由ないし機会を到達水準からみて十分に確保することが重要となる。

では、生殖における親になりたい人のケイパビリティとは何か。生殖というテーマで、センのいう一人ひとりの「生活の良さ」を考えたとき、子を持つということは、センのいう機能としての意味を持つ。子を持つことは生活のうちの様々な機能の一つであるので、子を持つことただ一点のみをもって我々の福祉が決まるわけではない。しかし、子を持つということは、それを望む者にとって、この上なく人生を豊かにさせる可能性のある魅力的な選択肢である。だからこそ人々は子を持ちたいと願う。こうして生殖における親になりたい人のケイパビリティとは、子を持つ生活を送ることのしやすさと理解することができる。

ところで、定義よりケイパビリティとは「様々な機能の組み合わせ」であるので、生殖におけるケイパビリティも複数の機能が組み合わさって相互に連関している。例えば、機能の中でも、自己決定できることや安全に医療が受けられることは、生殖における親になりたい人のケイパビリティに関係する。すでに述べたように近年センのケイパビリティをリプロダクティブ・ヘルスの観点から読み解こうとする試みがなされており、これらは生殖における親になりたい人のケイパビリティと密接に関連している。

では、生殖補助医療は生殖における親になりたい人のケイパビリティにどう関係するのか。生殖という問題では、特に「自分（達）との遺伝上の繋がりがある子」を持つ可能性が問われており[22]、従来ここには超え難い壁が立ちはだかっていた。ところが、生殖補助医療技術の発展は、不妊カップル等これまで自分（達）との遺伝上の繋がりがある子を望めなかった人々が子を持つことを可能にした。生殖補助医療技術とは、自分（達）との遺伝上の繋がりがある子を持つことを望みながらそれが叶わなかった人々が、自分（達）との遺伝上の繋がりがある子を持つというケイパビリティを得て、福祉を向上させることを可能にした技術であると理解することができる。

ここで注意したいのは、生殖補助医療技術が我々にもたらしたものは、親になりたい人々のケイパビリティの拡大であって、生殖補助医療技術が親になりたい人の福祉を直接向上させるものではないということである。その違いを、ケイパビリティと福祉の違いから見ていきたい。

まず親になりたい人のケイパビリティについてであるが、生殖補助医療によって、自分（達）の子を持つ機能を得られる可能性が増えるので、親になりたい人のケイパビリティは大きくなるといえる。というのも、生殖補助医療は基本的にインフォームド・コンセントが前提であり、生殖補助医療を選択するという親になりたい人の自由意思のもとに行われる施術であるので、これは親になりたい人が子を持つ選択をする自由ないし機会を増すことにつながるからである。しかし親になりたい人の福祉に目を転じてみると、生殖補助医療によって親になりたい人のケイパビリティが増したからといって、実際に親になりたい人の福祉が向上するとは限らない。これは、生殖補助医療の経済的負担や身体的苦痛、生殖補助医療を利用する自由と機会を得たとしても実際に子を持てるかどうかは分からないこと、子を持てたとしてもそれが第三者を介する生殖補助医療の場合告知をどうするか等、様々なレベルの問題を生殖補助医療が抱えているからである。

ケイパビリティの拡大として理解すべきところを、生殖補助医療が直接我々に幸せをもたらすかのように混同してしまうのは、我々が福祉を「福祉を達成するための自由」ではなく「達成された福祉」で見ようとすることによって起こる。

この区別は、我々が生殖補助医療について観察されるデータのうちどれに注目するかによって例示できる。日本産婦人科学会によれば 2019 年度における体外受精胚移植等の治療のべ件数は 45 万 8101 件であり、出生した子どもの数は 6 万 598 人である[23]。ここで生まれた子どもの数――「達成された福祉」――に注目すれば、それだけの成果を達成した生殖補助医療は親の福祉を向上させたものとして評価される。しかも出生した子どもの数はマイナスになりようがないので、「達成された福祉」でいえば、生殖補助医療は必ず親の福祉を向上させる。

しかし実際の治療のべ件数は出生児数よりはるかに多く、単純計算で出産率は約 13.2%という低さになる。この背後には数多くの失敗例や、一度も子を持つに至らなかった人が存在する。彼らの福祉を考慮すると、生殖補助医療における個々の親になりたい人の福祉は必ず

しもプラスにならないことが想像つく。

センはこの「達成された福祉」と「福祉を達成するための自由」の違いを入念に説明した[24]。そして、社会が一義的に問題にすべきなのは、「福祉を達成するための自由」であると述べた[25]。こうしてセンの用法に則って考えると、生殖補助医療における親になりたい人の福祉は、福祉の概念をそのまま扱うのではなく、一義的にはケイパビリティから理解する方が妥当である。そして問題にすべき「福祉を達成するための自由」すなわちケイパビリティを可能な限り保証することで、平等な社会をつくることが重要となる。

3. ケイパビリティと生殖補助医療で生まれた子の平等

では、生殖補助医療で生まれた子のケイパビリティはどうか。生殖補助医療で生まれた子のケイパビリティも、基本的に親になりたい人と同じように捉えることができる。センの定義からすれば、子の福祉とは、子どもの生活の良さである。そして子どもが十分に生活の良さを達成するためには、生活の良さを実現する機能を達成するための自由と機会としてのケイパビリティが確保されなければならない。

また、ケイパビリティから見た生殖補助医療で生まれた子の平等も親になりたい人と同様に考えることができる。生殖補助医療における親になりたい人の平等とは、子を持つ機能を達成するための自由を、これまでケイパビリティを十分に持てなかった者に対して、できる限り到達水準の平等に適うように実現させることであった。その場合の到達水準とは、生殖補助医療を利用して親になりたい者が子を持つ自由と機会を、生殖補助医療以外の方法で子を持つ人と比べて同程度に得られるようになることである。

これと同様に生殖補助医療で生まれた子の場合をセンの到達水準の平等の観点から考えれば、子にとっての平等な社会とは、生殖補助医療で生まれた子から見て、生殖補助医療で生まれていない子と比して、自らのケイパビリティが同程度に確保されている状態を指す、と言える。では、生殖補助医療で生まれた子どもの、どのような自由と機会が保障されることが、生殖補助医療で生まれた子どものケイパビリティの平等にとって必要となるのか。吉村は子にとって重要なものとして、(1) 法的地位の安定性、(2) 出自を知る権利、(3) 情報の管理とカウンセリングの機会を挙げている[26]。子の福祉に関わるこうした様々な機能を保障することが、生殖補助医療で生まれた子どもが生まれながらに持つ不平等を解消することに繋がる。よって、平等な社会のためには、生殖補助医療で生まれた子ども達が奪われているこれらの自由と機会を、生殖補助医療で生まれていない子ども達と同程度に取り戻さなければならないということになる。そして社会は、社会の中で生きるすべての子ども達に、同じように平等にケイパビリティを確保するよう努めなければならないことになる。

注意したいのは、ケイパビリティとは「様々な機能の組み合わせ」であるので、生殖補助医療で親になりたい人と同様に生殖補助医療で生まれた子のケイパビリティも、例えば吉村の (1) に関連した「法的に安定した生活を送る」や (2) に関連した「自分について知る」などの機能だけではなく、その他の生活の良さを形成する機能との組み合わせで測られる

ということである。その上で、生殖補助医療で生まれた子にとって、子のケイパビリティの平等が重要であることが確認された。

4. ケイパビリティのトレード・オフとセンの平等主義的な解決策

ここまで、センのケイパビリティから生殖補助医療をみてきた。そこから言えることは、生殖補助医療がもたらす福祉をケイパビリティで捉えることができ、生殖補助医療の目指すべきあり方をケイパビリティの平等から読み解くことができるという点である。重要なこととして、生殖補助医療をケイパビリティで捉えようとするときに、本稿で示した親になりたい人と生まれた子のように、誰にとってのケイパビリティの平等を重視するかによって、望ましい社会状態は変わりうる。

もし生殖補助医療が、親になりたい人にとっても生まれた子にとっても、どちらの立場からみても同様に十分に平等を実現するのであれば、問題はないだろう。しかし本稿の冒頭で挙げた慶応大学でのドナー不足のニュースは、子の平等を保障しようとすれば親になりたい人の平等を実現する手段が失われ、逆に親になりたい人の自由と機会を確保しようとすれば子の平等に制限をかけざるを得ないのが日本の現状だということを示している。すなわち現状の日本において、平等の果実を誰が受け取るのかという点で、生殖補助医療を受ける親になりたい人と、生殖補助医療で生まれた子の間で利害が対立している。

両者の平等が対立関係にあるなら、我々は平等な社会のためにどうすべきか。この平等の対立を平等の立場を維持しつつ、解決する手立てはあるのか。以下では、この主題に対して、センの平等の対立に関する理論的・思想的立場を考察しながら接近していきたい。

衡平性の弱公理

『不平等の経済学』で、センは平等の問題に、衡平性の弱公理で答えている。衡平性の弱公理は、経済学における最も重要な不平等の問題の一つである貧困について、平等な所得分配を考える際の基準として提唱された。それは、「個人所得のいかなる水準に対しても、個人 i の厚生水準が個人 j の厚生水準を下回る」場合は、「所与の総所得を i と j を含む n 人の個人の間で分配する際には、最適な分配は個人 j よりも個人 i に対してより多くの所得を与えなければならない」と定義される[27]。この公理が含意するものは、一単位でも不利な立場にある個人は、有利な立場にある個人から補償を受け取ることができるということである。言い換えるならば、有利な立場にある個人が、不利な立場にある個人より、さらに一単位でも多く受け取ることは平等主義の観点から認められない。

この衡平性の弱公理は、センが経済学のみならず社会の不平等全般へ議論を拡張する際にも維持されている。センは「平等とは何か」での問いを皮切りに、平等の問題一般について議論するためのツールとしてケイパビリティ概念を提唱しており、このケイパビリティの概念は、『不平等の再検討』の中で衡平性の弱公理の変数である厚生を評価する方法として位置付けられている[28]。つまり、センがそれまで取り組んできた経済学の不平等研究と、

その後のケイパビリティの議論は理論的な連続性を持っている。

『不平等の経済学』と『不平等の再検討』における衡平性の弱公理の扱いの違いは、評価空間の違いである。センによれば評価空間とは、どの観点から厚生を評価するかという厚生評価の基準になるものである。そして厚生を評価する観点は焦点変数（focal variable）と呼ばれ、焦点変数は複数選択されることもある[30)]。

『不平等の経済学』における貧困を問題にした衡平性の弱公理は、所得という一つの評価空間が予め与えられた場合の議論をするので、定義中では従属変数が所得水準のみの表記となっている。ただし、この公理そのものは別の焦点変数を設定することで、所得水準を別の従属変数に読み替えることが理論上可能であるように設計されたものだった。

他方で、『不平等の再検討』におけるケイパビリティは多次元指標で、どの焦点変数をいくつ採用するかによって評価空間が変わりうることが想定されている。実際にセンは、『不平等の再検討』の中で、所得とは異なる焦点変数――例えば富・自由など――を置くことが可能だと考えた[31)]。

以上のことから、センの主張として、貧困問題だけでなく社会の様々な不平等の問題においても衡平性の弱公理の従属変数を所得のみの場合とは違う別の焦点変数に読み替えて、「特定の焦点変数の観点から見て、1 単位でもより不利な立場の人の自由と機会を優先するべき」というケイパビリティの平等の基準を引き出し得ることになる。

今の議論を生殖補助医療に敷衍すれば、生殖補助医療を利用して親になりたい人と生殖補助医療で生まれた子のように、生殖補助医療が利用できる社会において個人が獲得しているケイパビリティの度合いが人によって違う時に、誰にどれだけケイパビリティを分配するかを考察するために衡平性の弱公理を平等の基準として採用することは可能になる。そして双方のうちより不利な立場にある者のケイパビリティを優先して彼らに自由と機会を与えることが、平等の観点から必要だという主張がセンの理論から擁護されることになる。

機能としての選択の自由

では、より不利な立場の人々とは誰だろうか。センによれば、有利か不利かの判断は、どの評価空間で評価するかによって変わる問題である。センはさまざまにある機能ベクトルの集合うち、良い人生を送るために必要な機能ベクトルの要素をどう選ぶかには恣意性があると述べ、評価空間を偏りなく選定する難しさを指摘した[32)]。

しかしその一方で、センは自由の価値を高く評価した。彼は、良い人生のために必要な価値としての「自由」と機能の関係に着目し、機能の中に「選ぶ」という行為そのものを位置付けるアプローチをとることが、どの評価空間で評価するべきかという問題に一つの実質的な解決策を与えると考えた[33)]。

センにとって、それは単に技術的な解決策に止まらない。センは、選択の自由――すなわち自らの人生のあり方を自分で自由に選びとることができること――自体が私たちの人生

においてどれほど重要になり得るかについて持論を展開している。センは、『福祉の経済学』で次のように述べている。

実質的な選択行為を重要な『機能』のうちに含ませて考えるアプローチは、人が享受する生活の質はただ単に彼／彼女が達成するものの問題であるに留まらず、人がそこから選択する機会を持った可能性の問題でもあるという考え方によっても支持される。この考え方によれば、『良い人生』とは真の選択ができる人生であって、他の面でどんなに豊かであったにせよ特定の生き方を強制されるような人生ではないのである。…それ［＝機能の中に選択の自由を含めること］は、人生を価値あるものにし、ひとの福祉に反映されるべきものとして、機能の全貌を一層よく理解するための正しい一歩であると私は信じている[34)]

こうしてセンは、福祉を達成するための機能のなかでも特に選択の自由――自己決定権――を重視した。良い人生とは自らのうちに選択の自由を持つことである――これは逆に言えば、自らのうちに自己決定権を持たない人々は、不利な立場に置かれているということを意味する。ここまでの議論を総合すると、センの平等観では、人生において選択の自由がない人々の福祉がそれ以外の人々と比べてより良くなる形で福祉が向上されなければならないということになる。

翻って、生殖補助医療ではどうだろうか。生殖補助医療の倫理でしばしば指摘されるのは、生殖補助医療を行った後に生まれる子どもは、生殖補助医療を行うかどうかのインフォームド・コンセントが取れないという点である。生殖医療民法特例法制定の前に行われた参議院法務委員会でも、法務委員会の参考人によって次の発言が行われている。

現在生殖補助医療の基本はインフォームド・コンセント、当事者の合意ということになっています。ところが、生まれてくる子供はまさに当事者なんですけど、同意が取れない当事者なんですね。だからこそ、生殖補助医療に関しては、生まれてくる子供の福祉や権利を最優先しなきゃいけないというのが世界的な合意だと私は思っています[35)]

生殖補助医療を受けるかどうかのインフォームド・コンセントが取れない生殖補助医療で生まれた子どもの福祉が、他の誰の福祉より先んじて優先されなければならないという参考人の発言は、センの立場からも擁護されうる。

生殖補助医療民法特例法にみる平等主義的優越関係

生殖補助医療民法特例法では、法案可決後に各派共同提案[36)]により提出された附帯決議案が付されている。附帯決議案には、上記の参考人の発言に矛盾しない形で、その一の一に「生殖補助医療の提供等については、それにより生まれる子の福祉及び権利が何よりも尊重されなければならない」[37)]と記されることとなった。これは、委員会において法案を審議

し可決するプロセスの中で、自由と機会についてより不利な立場というのは子であるという見識が共有され、子の福祉と権利を何よりも優先することで一致したということを意味する。

センによれば、このことは日本における生殖補助医療の価値規範になりうる。というのも、センはある価値規範の選択が社会の判断の基礎として成り立つためには、その決定が国民による「批判的吟味に対して開かれていることと――明示的ないし暗黙の――公共的承認が得られているという二つの要請が同時に満足されていること」が本質的に必要だと述べているからである [38)]。センは上記の二つの要請に基づくことが価値の対立を実質的に解決する議論の土台となると説明する。本稿においては、国民を主権者とする日本で民主主義のプロセスを経て成立した生殖医療民法特例法、同法の立法にあたって開かれた参議院法務委員会、2003 年報告書が公共的理性の二つの要請を満たすと考えられる。

実は、生殖補助医療において誰の福祉を優先するかという福祉の優越関係については国のレベルの議論でこれまでにも言及されていた。2003 年報告書には、子の福祉を優先するという文言があり [39)]、生殖補助医療民法特例法はこの点で 2003 年報告書を踏襲している。加えて生殖補助医療民法特例法が現在日本で唯一の生殖補助医療における法律であるということを鑑みると、この附帯決議案一の一はこれまで一貫して取られてきた日本の生殖補助医療における価値規範と矛盾しない形で子の福祉の優越関係を確認したものと理解できる。そしてそれは、これまで見てきたように、衡平性の弱公理と「自由」の価値というセンの主張に照らして矛盾なく、ケイパビリティからみた日本の生殖補助医療の親になりたい人と生まれた子の平等主義的優越関係の価値規範となる。

子のケイパビリティを優先させること。これは、平等な社会を目指すなら、具体的に生殖補助医療で親になりたい人と生まれた子の間でどのようなウェイトで、それぞれの価値を認めるかにかかわらず、必ず成り立たねばならない条件である。それにもかかわらず、生殖医療民法特例法は、子の知る権利の保障を留保することによって子の福祉の保障を 2003 年報告書から後退させた。生殖医療民法特例法は、二年を目途の検討期間があるとはいえ、センのケイパビリティからみて反平等主義的内容を含む可能性がある。

5. おわりに

本稿は、センのケイパビリティを通じて、自由と機会の側面から生殖補助医療を捉えつつ、生殖医療民法特例法における平等の価値規範を考察した。まとめとして以下の三点を指摘する。

一つめに、生殖補助医療をケイパビリティで捉えることは可能だということである。
二つめに、センのケイパビリティの平等の観点からみて、親になりたい人と生まれた子どちらのケイパビリティの平等も、重要で尊重されるべきということである。

三つめに、しかしながら、この生殖補助医療で親になりたい人のケイパビリティの平等は

無条件ではないことも明らかになった。その制約とは、生殖補助医療で生まれた子のケイパビリティである。生殖補助医療で生まれた子の自由と機会を優先する形でなければ、親になりたい人のケイパビリティの平等は正当化できない。

本稿が含意することは、子の出自を知る権利を留保した生殖医療民法特例法は、反平等主義的な可能性があるということである。同法には二年を目途の検討期間がある。とはいえ、同法の成立時点で価値規範との整合性が不明なままであった点は批判を免れないだろう。

最後に、衡平性の弱公理は普遍的な平等の価値規範であることを指摘する。本稿では日本で初めて成立した生殖補助医療に関する法律である生殖医療民法特例法に焦点を当てたが、子がインフォームド・コンセントを取れないという点で親になりたい人に比べて不利な立場にある限り、生殖医療民法特例法以後の日本の立法においても、子の福祉を優先することが望まれる。

注

1) 本稿では生殖補助医療という用語を広範な意味で用いる。公益社団法人日本産婦人科学会の定義では、生殖補助医療は「妊娠を成立させるためにヒト卵子と精子、あるいは胚を取り扱うことを含むすべての治療あるいは方法」であり、配偶者間人工授精と非配偶者間人工授精を除外したものとなるが、本稿ではこれら全てを含むこととする。本稿が生殖補助医療を広範な意味で用いる理由は、医療技術の発展度合いによらず、生殖補助医療の倫理を扱うためである。（生殖補助）医療技術の発展度合いは、今何を議論すべきかの枠組みを決める。そして、法整備は（生殖補助）医療技術の発展の後を追うようになされているのが現実である。実際に法整備を行う上では、定義を行い、対象を明確にし、線引きをすることは必要不可欠の作業であるが、本稿は現状から出発して、定義を行い、その枠の中で分析をし、生殖補助医療のあるべき姿を考察するという議論のプロセスを辿らず、初めから生殖補助医療の倫理そのものを議論の対象とする。初めから生殖補助医療の倫理そのものを扱うためには、技術水準に左右されやすい定義を前提とするのではなく、定義を当てはめない「生殖補助医療全体」を対象とするべきだと考える。公益社団法人日本産婦人科学会『11. 生殖補助医療（ART）』、https://www.jaog.or.jp/lecture/11-%e7%94%9f%e6%ae%96%e8%a3%9c%e5%8a%a9%e5%8c%bb%e7%99%82%ef%bc%88art%ef%bc%89/ (最終アクセス日：2024 年 10 月 1 日)。

2) 本法成立に至るまでの経緯、内容と問題点については、以下を参照。永水裕子「あるべき生殖補助医療法制をめぐって検討すべき課題――『生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律』の制定を受けて――」『桃山法学』第 35 巻、2021 年、1-55 頁；柘植あづみ「生殖補助医療の親子関連法成立――何が問題か」『世界』、2021 年、32-35 頁；内田亜也子「生殖補助医療の提供等に関する法整備の実現と課題――生殖補助医療に関する民法特例法案の国会論議――」『立法と調査』（参議院常任委員会調査室・特別調査室）第 431 号、2021 年、210-226 頁、

https://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/20210205.html (最終アクセス日：2024 年 10 月 1 日)。

[3] 厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」2003 年 4 月 28 日。

[4] 『朝日新聞』2020 年 12 月 3 日、朝刊 3 頁；『東京新聞』2020 年 12 月 2 日、朝刊 2 頁。

[5] 第二〇三回国会参議院法務委員会会議録第三号(令和二年十一月十九日)五−六頁。

[6] 厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会、2003 年。

[7] 第二〇三回国会参議院法務委員会会議録第三号(令和二年十一月十九日)九頁。

[8]『朝日新聞』2018 年 12 月 22 日、夕刊 1 頁；曽我部真裕「同性婚、取り残される日本」『朝日新聞』2019 年 10 月 31 日、朝刊 15 頁。

[9] 才村眞理編著『生殖補助医療で生まれた子の出自を知る権利』（福村出版、2008 年）、38-39 頁。

[10] Amartya Sen, *Inequality reexamined* (Oxford University Press: Oxford, 1992), p. ix （池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』岩波現代文庫、2018 年、v 頁）。

[11] Amartya Sen, “Equality of What?,” *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 1. (Salt Lake City: University of Utah Press, 1980). (*Choice, Welfare and Measurement*, Oxford: Basil Blackwell Publisher, [1982]1997, 353-369 に再録、大庭健・川本隆史訳『合理的な愚か者――経済学＝倫理学的探究』、1989 年、225-262 頁）。

[12] John A. Robertson, “Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology,” *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, No. 2, 2004, 323–372; Radhika Rao, “Equal Liberty: Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality,” *The George Washington Law Review*, Vol.76, No. 6, 2008, 1457–1489.

[13] この問題は、センの立場に立てば、功利主義や、困難事例を除いて正義理論を組み立てるロールズ的正義では十分に解決し得ないように思われる。Amartya Sen, “Introduction,” in *Utilitarianism and Beyond*, edited by Amartya Sen and Bernard Williams (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), 1–22（後藤玲子監訳『功利主義をのりこえて』（ミネルヴァ書房、2019 年）、22–23 頁。

リプロダクティブ・ヘルスとケイパビリティを論じたものに、Dejong (2006)がある。またケイパビリティは、開発支援、教育、ジェンダーなど様々な分野で多く利用されており、枚挙にいとまがない。さらに哲学分野でも Nussbaum (2007)により応用可能性が議論されている。

[14] Jocelyn Dejong, “Capabilities, Reproductive Health and Well-Being,” *Journal of Development Studies*, Vol. 42, No. 7, 2006, 1158-1179; Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, (Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007)（神島裕子訳『正義のフロンティア：障碍者・外国人・動物という境界を越えて』（法政大学出版局、2012 年））。

[15] Amartya Sen, “Human rights and capability,” *Journal of Human Development*, Vol. 6, No. 2, 2005,

157-158.

[16] 数学的手続きとしては、本稿は総福祉 W のなかの生殖補助医療の福祉に関わる部分集合 C に関する、（当事者として）親になりたい人の福祉の平等を目指す社会状態と生まれた子の福祉の平等を目指す社会状態の間の（準）順序関係の問題と捉えることができる。この部分集合 C の要素に異なる社会状態として（提供者のプライバシーなど）提供者の福祉を重視する社会状態が存在すると想定することができるが、集合は要素を取り出して比較する事が可能なので、提供者を考慮に入れずに親になりたい人と子のみの（準）順序関係を扱うことができる。よって、本稿には当事者としての提供者が登場しない。ただし、このことは提供者を無視してよいということではない。また、ここで集合の要素と表現したものは、理論的には評価空間と呼ばれるものである。

[17] 本稿では、well-being の訳語として一貫して「福祉」を充てる。これは、『不平等の再検討』におけるセンの用語法とその訳語に倣っている。

[18] Amartya Sen, *Inequality reexamined* (New York: Oxford University Press Inc., [1992]1996), 39（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』（岩波書店、2018 年）、67 頁）。

[19] Sen (1992)1996, 39：訳 67 頁。

[20] Sen (1992)1996, 40：訳 68 頁。

[21] Sen (1992)1996, 19-21：訳 28-29 頁。

[22] 本来、親になりたい人のケイパビリティは、必ずしも自分と血が繋がった子どもを持つことに限られない。親となる手段には、生殖補助医療だけでなく、特別養子縁組も存在するからである。

[23] 日本産婦人科学会「令和 2 年度倫理委員会 登録・調査小委員会報告」『日産婦雑誌』第 73 巻 9 号、2021 年 9 月、1098 頁。

[24] Sen (1992)1996, 50-53：訳 80-85 頁。

[25] Sen (1992)1996, 49：訳 80 頁。

[26] 吉村泰典「Interview」『日本医事新報』第 4595 号、2012 年、16 頁。

[27] Amartya Sen, *On Economic Inequality*, *Expanded edition with substantial annexe by James E. Foster and Amartya Sen* (Oxford: Clarendon Press, [1973]1997), 18（鈴村興太郎・須賀晃一訳『不平等の経済学』（東洋経済新報社、2000 年）、23-24 頁）。

[28] 『不平等の再検討』の注でケイパビリティの平等を議論する際に、センは脚注で衡平性の弱公理に言及している。「私の OEI で取り上げた『平等の弱公理』は、総福祉という変数に関する平等の選好を表していた。」Sen (1992)1996, 15, fn.9：訳 45 頁、注 9（邦訳は原文ママ）。OEI は『不平等の経済学』を指している。

[30] Sen (1992)1996, 2：訳 2-3 頁。

[31] 焦点変数が様々であるのは、センが前提にする人間の多様性ゆえであり、（センのいう）真の福祉のためのケイパビリティアプローチの出発点になっている。

[32] Amartya Sen, *Commodities and Capabilities* (Amsterdam; New York; Oxford: Elsevier Science

Publishers B. V., 1985, pp. 51-69/訳 73-91.

[33] Sen (1985), p. 69/訳 91（角括弧内引用者補足）.

[34] Sen (1985), pp. 69-70/訳 91-92.

[35] 第二〇三回国会参議院法務委員会会議録第三号(令和二年十一月十九日)一一頁。

[36] 自由民主党・国民の声、立憲民主・社民、公明党、日本維新の会、国民民主党・新緑風会及び碧水会。

[37] 第二〇三回国会参議院法務委員会会議録第三号(令和二年十一月十九日)一八頁。

[38] Sen (1973)1997, 206：訳 231 頁。

[39] 厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会、「Ⅱ意見集約にあたっての基本的考え方」、2003 年。