

老後の扶養と人権

家族と社会保障

橋本 宏子

一 はじめに

(1) イギリスにおける社会立法の展開は、「私的自治を中心としそこに発生する弊害を地方公共団体で対策し、それに対応できない全国的規模のものを中央政府の課題とする」という構造をとったといわれている^①。そしてこのような自由権を中心とする構成がとられたことが、「社会立法に伴う行政権の拡大が治安警察と関連づけられなかったこと」と関係するものとして理解されている^②。

こうしてみると「イギリスでは、援助を必要とする人びとに対するケアは、第一次的に家族の責任とされ、ついで近隣・友人・民間組織が担い手として責任を負う『私的介護が原則』とされてきた^③」という事実も、かなり複眼的にみな

なければならないことになろう。

コミュニティケアの一環としての家族扶養は、人間が自覚的・主体的に他のかかわりを形成していくモメントとなってきたと考えられるからである。家族扶養が、義務ではなく「権利」あるいは「他をいたわる広々とした義務の回復」と考えられるのも、こうした視点にかかわっている^④。

しかしながら、家族扶養を人権の視点からとらえ返していくことは、もとより簡単ではない。イギリスでも国家政策としての高齢者政策はながいこと劣位におかれ、高齢者はせいぜい単なる保護の対象としてしかとらえられてこなかった。家族扶養や地域ケアが、主として社会保障策の代替の役割を担ってきたことも否定できない。最近でもサッチャー政権下で強調された「コミュニティによるケア」(Care by the Community)が、「福

祉国家」行財政批判につながるものとす

る見解は少なくない。

ただ、さしあたり次のようなことは指摘できよう。

イギリスでも家族による高齢者ケアは、北欧諸国に比べれば多いといわれているが、それはわが国のように同居の家族扶養を軸にしたものとは考えにくいことである。「我が国で在宅」というと、家族に目がむきがちであるが、イギリスでコミュニティというと、家族を超えて、地域社会、そこにおける人びととのつながりの意味が含まれている^⑤といわれることを、冒頭の指摘にあわせて注目しておきたい^⑥。

二 政策と運用の中の家族

一九八〇年代に入り、わが国では、家

族介護を中心に、その支援のための「在宅ケア」政策が具体化されてきている。

こうした政策の採用が、文字通り「家族の意思に基づく扶養^⑦」の下支えになっているのか、結果として「義務としての扶養」を強制することになっているのか、慎重な検討が必要とされる。その場合、高齢者、特に「ぼけ^⑧」のある高齢者を介護している家族は、介護の担い手であると同時に、往々にして、家族自体が精神的・物質的援助を必要とするサービスの受け手であることも、忘れるべきではないであろう。

こうした検討への素材として、まず政策とその運用の中にみえ隠れする「家族」にかかわる諸状況にふれてみたい。

(1) 厚生省は、一九九二年に発行した「ホームヘルプ事業運営の手引き」の中で、「同居家族がいることをもって、派遣を行なわなかったり、派遣の優先順位

を下げるものがあつてはならない」として、ホームヘルパーの派遣が、独居に限らないことを確認している。

しかし問題は、「同居家族が介護できるか、できないか」について、実務担当者などの判断しているかであろう。この点に関する研究報告は「ホームヘルパーの利用の適否や優先順位の判定のさいに考慮される家族条件については、明確な基準がなく『家族による老人扶養を重視するかどうか』は、ワーカーの価値感・知識によってかなり左右されること」を指摘している。そしてたとえば『育児で忙しいため、高齢者の介護ができない』というケースについて、『ホームヘルパーを派遣する必要がある』と考えているケースワーカーは、多いところで二・五％(A自治体)にとどまり、〇％(B自治体)のところもあるのに対し、『老夫婦世帯で妻が要介護のケース』については、A自治体では、六・六％、B自治体では、八・六・四％のケースワーカーが、要派遣と考えている¹²⁾ことが指摘されている。

ば至極当然のようであるが、実際には問題がある。同居家族がいる場合に高齢者の洗濯・掃除・買物等に固執することは、家族の負担を軽減させることになるとは限らず、むしろ増加させることもあるからである。西欧で発展したホームヘルパー制度は「一人ぐらし老人」を念頭においている。同居扶養が相対的に高い日本にホームヘルパー制度を導入する場合にはそれにみあった工夫がされなければならない。

(3) 「入浴サービス」や「移送サービス」を利用する場合には、「家族の付添い」が要件とされることが多い。「付添い」が求められる理由としては、「容態の急変への対応」等があげられているが、制度上一致した理解が示されているわけではない。「付添い」は、家族の「意思」にまかせる柔軟な対応が望まれる。また「家族の付添い」が要件とされることは、「一人ぐらし老人」や「昼間独居」の高齢者の場合には、原則としてこれらのサービスは利用できないことになってしまふ。もっともこれらのサービスを必要とするほどに虚弱な高齢者の「一人ぐらし」そのものが、わが国では極めて難しくその数も少ない。

(4) 特別養護老人ホームの入所措置は、当該高齢者の「健康状態」が定められた基準に該当し、「日常生活動作の状態」または「精神の状態」が、定められた事項に該当する場合に行うものとされている(昭六二・一・三一社老八号・最終改正平五・二・一五老計一七号)。しかし自治体の中には、同居・別居をとわず、すべての扶養義務者(多くは配偶者・子)から、「介護できない理由」を、それぞれ自筆で提出させているところもある。老人福祉法二一条二項の文言が「六十五歳以上の者であつて、身体上又は精神上著しい障害があるために常時の介護を必要とし、かつ「居宅においてこれを受けることが困難なもの」となっているためであろう。また、特別養護老人ホームの場合、入所までの待機期間が、二年とも三年ともいわれる現状では、優先順位を決める際のひとつの目安とされていることも考えられる。しかし実情にたちいて「介護の可能性」を判断することは、実際にはむずかしい。そしてなによりも「老親扶養の法的性格」という扶養の根幹にかかわる問題に関連して検討されなければならない点といえよう。

(5) ショートステイ¹³⁾は、高齢者を介護している家族を支援する事業として重要な位置をしめてきている。ショートステイの希望は多く、通常利用希望月の二カ月前から受付、抽選で利用が決められている。しかし本来は、高齢者を移動させ

ずにすむ、いまだ少し余裕のある在宅介護援助サービスの充実こそ本旨であることも忘れるべきではない。関係者の間ではショートステイにおける事故率は、他のサービスの場合に比べ、相対的に高いと推測されている。いつてみればショートステイは、一次的には「介護者の都合」により、利用が決定される制度である。施設側は、通常の施設入所の場合よりも、多様な諸状況をかかえた高齢者を、限られた「状況把握」のもとで、受け入れざるをえない。高齢者にとつても、環境の変化は、かなりの緊張を伴う場合が多い。ショートステイは、そういう「宿命を背負った制度」であることも視野にいれておきたい。「ショートステイの利用を頻繁に必要とする家族がふえてきている」ということは、それだけ同居扶養が限界のところで行われており、それを補う地域サービスが、「虚弱な高齢者の一人ぐらしを支えるには至っていない」ことを示しているといつてよいであろう。

(6) 社会保険やその関連領域において「介護する家族像」がどのようにとらえられてきているのかも注目されるところである。その意味でも、最近議論をよんでいる介護保険制度創設の動向は、検討に値する。ここでは介護保険の一案として高齢者自身への現物給付に加えて、家

族介護者に対して一定の金銭的支援をする案が浮上してきていること、具体的には全国民共通の介護基礎手当に、介護のため休業する被用者に対して、賃金の一定部分の上乗せを加えた体系が検討されていることだけを指摘しておきたい。

労働省は、昨年介護休業制度の普及促進のため「介護休業制度等に関するガイドライン」を発表している。すでに介護休業を実施している事例から推測すると、現状では介護休業中の賃金は無支給、社会保険料の事故負担分は支給しないところが、ほとんどと考えられる。前述の介護保険制度の具体的なあり方は、こうした実情とも関係してこよう。介護休業期間は勤続年数に算入するところとそうでないところがある。こうした事実からは、家計を全面的に支えている労働者の場合には現状での介護休業制度の利用はむずかしいことがうかがえる。また先の事例をみる限り、すべての企業が「他に介護する者がいない場合」という条件をつけている。介護が女性に、しかも一人の手にしわよせされている現実を克服するには、まだいくつかの媒介項が必要となりそうである。もともと、ガイドラインでは「他に介護する人がいないかどうかを条件とすることは適当ではない」とされている。介護休業期間は、先の事例では、一年間とするところもある

が、ガイドラインでは少なくとも三カ月とされている。その理由として、たとえば脳血管疾患の場合「この間の家族の介護の負担が大きく、家族以外の者が代替できない介護がかなりあること」のほかに、「介護休業を取得できる労働者と要介護者との関係には条件を付さないこととしたこととのバランス」が指摘されている。いずれにせよ、高齢者介護についていえば、ガイドラインの意図する「介護休業」は、家族の応急的対応を想定したものであるといつてよいであろう。

三 社会保障と家族扶養

社会保障制度においては、老人福祉施設における扶養義務者からの費用徴収のように、家族扶養が制度の中に実質的に包摂されていたり、医療保険における「保険外負担」のように、私的な負担が事実上制度を補充している場合が少なくない。以下においては、こうした実情のいくつかを指摘し、現状に対する問題提起としたい。

1 施設入所と世帯・世帯分離

養護老人ホームの場合、「経済的事情」が要件のひとつとされているから、「本人及びその者の生計を維持している者の所得が住民税均等割世帯以下でない」と

入所対象とならない（老人福祉法施行令二条参照）。ここでは「生計を維持している者」は、民法上の扶養義務者に限定されていないことに、まず注目しておきたい。もっとも実務では「生計を維持している者」の所得が、基準以上であつても、その他の諸条件から入所が必要と認められる場合には、世帯分離の措置をして、入所を認めている。しかし通達（厚生省社会局長通知社老七五号）は「養護老人ホームへの入所措置にあたり、いわゆる世帯分離の取扱いをした場合であつても、これは入所要件に関する便宜的な取扱いであり、別世帯として認めることではないので、あくまで同一世帯であることには変更がないものである」として、世帯分離した「生計を維持する者」からの費用徴収は、また別の問題であること

を示している。こうしたことから低所得層を対象とするはずの養護老人ホームにおいて、扶養義務者の一八・八％から、月二万九〇〇〇円の費用徴収がなされている実態が生じてきている。

2 施設入所と扶養義務者からの費用徴収

養護老人ホームあるいは特別養護老人ホームに入所すると、本人またはその扶養義務者から、その負担能力に応じて、費用の全部または一部が徴収される（老福法二八条）。条文上はできる規定であ

り、徴収するかしないか、どのような費用徴収基準を設けるかは、自治体の権限に委ねられている。しかし、実際には国基準がそのまま適用され、本人については「対象収入認定方式」、扶養義務者については「税制転用方式」に基づき費用が徴収されているのが実情である。

(1) 「主たる扶養義務者」とは

通達（厚生省社会局通知社老七四号）は、扶養義務者からの費用徴収は、「主たる扶養義務者」から行うものとしている。それを要約すると、まず、①「主たる扶養義務者」の認定は、被措置者の扶養義務者のうち、配偶者および子について行う。②「主たる扶養義務者」となる被措置者の配偶者または子は、原則として、被措置者が入所の際被措置者と同一世帯にあった者（社会通念上同一世帯と同様と認められる者を含む）とする。③右②により、「主たる扶養義務者」となり得る者が、二人以上ある場合は、最多税額納付者を「主たる扶養義務者」とする。同一世帯に扶養義務者がいない場合には、④出身世帯員でない被措置者の配偶者または子が(i)被措置者を、所得税法等の扶養親族としている場合、(ii)被措置者を自己が被保険者である医療保険の被扶養者としている場合、(iii)被措置者を、給与の計算上扶養手当の対象としている場合に当該配偶者または子を「主たる扶

養義務者」と認定する。また(i)~(iii)に該当する者がいない場合には、「被措置者への仕送り等の状況、被措置者との間の資産面での関係の深さ等を勘案し、社会通念上『主たる扶養義務者』と認められる配偶者又は子を『主たる扶養義務者』とする」とされる。この場合の認定は、福祉事務所長が行う。

(2) 老人ホームの費用徴収で世帯の同一性が問題にされる理由はあるか

世帯の認定について先の通達(社老七五号)は、「生活保護法の取扱いに準じて行うものとする」としている。生活保護法では、「世帯の認定は生計と居住を一にする者は、原則として同一世帯員と認定するもの」とされている。また居住を一にしていない場合であっても、「同一世帯として認定することが適当であるときは同様とすること」とし、その場合を具体的に指摘している(昭三六・四・一発社一二三三号・最終改正平五・三・三一発社援一一二二号)。

しかし翻って考えてみると、生活保護法において世帯が問題となるのは、「日常生活上の共通部分の存在によって、……困窮世帯員の要保護性がその限度においてのみ減ずる」ことにある。とすれば、そもそも日常生活上の共通部分をもたない施設入所の場合に、生活保護法の取扱いに準じて同一世帯の認定を行い、

同一世帯の故をもって扶養義務者から費用徴収を行うことは論理的には一貫しないことになる。

また、現状では、本人および扶養義務者双方からの費用徴収が可能との解釈がとられていることも問題を複雑にしている。

(3) 同一世帯にない扶養義務者に対する「生計維持関係」の認定とその妥当性

老人ホームの場合、先の通達をみるかぎり同一世帯にない扶養義務者(配偶者と子に限られる)から費用を徴収する場合の視点は、被措置者との生計維持関係におかれている。生計維持関係がある以上、生活保護法にいう同一世帯であると判断されているわけである。前述のように「生計維持関係」の判断基準としては、「被措置者を自己が被保険者である医療保険の被扶養者としている場合」等があげられている。こうした基準の導入は、従来の行政対応と比べると説得的といえよう。しかし問題がないわけではない。被措置者を医療保険の被扶養者としている場合であっても、同一世帯内に、他の扶養義務者(配偶者・子)がいる場合には、「主たる扶養義務者」とはならないわけで、論理的には一貫しないことが、まず、指摘されなければならない。また、扶養義務者(配偶者・子)が、医療保険制度などの他制度において、被

措置者を自己の被扶養者とするかどうかは、各保険制度ごとの事情にも規定される。つまり「主たる扶養義務者」の認定には、政策上の「擬制」の要素が少なくない。

たとえば、国民健康保険法の場合、扶養家族もすべて被保険者で、被扶養者という考え方はない。したがって、被扶養義務者が複数いて、その中の一人だけが被用者保険の被保険者であれば、被措置者をその者の被扶養者とするのが選択されることになる。また被用者保険相互においても、保険給付(医療給付と現金給付)の内容に格差があるから、その点でも可能であれば、選択の余地がでてくることになる。たとえば、組合管掌健康保険や各共済組合では、被扶養者の自己負担分(入院二割・外来三割)を補填するため、「付加給付」が行われている。政府管掌健康保険では、本年一〇月より在宅介護支援事業が開始され、被保険者ならびにその被扶養者が特殊ベット・車椅子などの介護器械を借りる際は、そのレンタル料が補助されている。

もともと、社会保険における「被扶養者概念」は勤労諸階層の生存権を保障するため生活保護法とは逆に、広範囲に把握されることが是とされてきた。こうした事実からしても、被扶養者と認定する際に求められる、被保険者との「生計維

持関係」についての医療保険上の解釈基準が、生活保護法等の他法の場合と全く同じと考えることには問題がありそうである。

医療保険上、あるいは税法上等の視点からそれぞれ独自に想定されてきた「扶養」の論理を、福祉法における費用徴収の根拠とするには、現状ではいささか論理の飛躍があるように思われる。

(4) まとめ

養護老人ホーム・特別老人ホームの費用負担は、あくまで民法上の扶養義務の履行の問題として処理すべきことと考える。行政が定める一方的な費用徴収基準が、その者の負担能力として合理的な額であるかどうかについては、すでにいくつかの疑問が提示されている。

「主たる扶養義務者」の認定が、「擬制」にすぎないとするならば、少なくとも、現状との「乖離」を是正する努力が必要となろう。

民法が「扶養の程度又は方法について当事者間で議論が調わないとき、又は協議をすることができないときは、……家庭裁判所がこれを定める」(八七九条)としていること、生活保護法が、扶養義務者からの費用徴収について「協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、保護の実施機関の申立により家庭裁判所が、これを定める」(七七

条二項」としていることとの均衡からしても当然といえよう。とりあえずは、簡易な異議申立や減免制度の導入を検討し、その対応の中から、不合理なケースを「基準化」していく努力が必要となる。③「費用徴収に応ずることイコール扶養」とはいえないとしても、さしあたりは費用徴収を計算に入れて扶養義務者間で協議することが考えられる。

特別養護老人ホームにおける費用徴収については、「施設費用二三万円の内本人からは平均二五〇〇円、扶養者からは平均六〇〇円（全体の四〇分の一）であって、目下のところそれほど重要な機能をもっていない」との指摘もある。そうであるとすれば、扶養義務者からの費用徴収自体を再考することの方が先決ともいえる。しかしいづれにせよ、先の数字はあくまで平均徴収額を示したものであり、実際の扶養義務者からの費用徴収においては、「階層区分上中間層に位置するD階層（費用徴収基準月額一三五〇〇円）からD階層（同四一二〇〇円）の者が、全体の半数近くを占める」と指摘されている事実も重視されなければならない。

3 在宅福祉サービスと世帯単位

(1) ホームヘルプサービス、入浴サービス等の在宅福祉サービスの利用については高齢者の属する世帯の「生計中心

者」から費用が徴収される場合が多い。これらのサービスについての申請書では、申請者が「利用者本人」ではなく、「世帯の生計中心者」とされていることが多いが、これについても行政当局は、申請者から費用を徴収する根拠とするためと説明している。在宅福祉サービスについての費用徴収は、施設利用の場合に比べれば、総じて低額であるといえる。

しかし特にホームヘルプサービスについては、利用料が高額に及ぶ場合があり、利用を辞退するケースも報告されている。また在宅ケアに必要なおむつ等の介護用品の支給、介護用ベットや車いす等の給付・貸与・住宅改造資金の補助についても、本人および世帯の生計中心者の所得によって、補助に制限を設けている市町村が多い。それだけ世帯を単位とする私的扶養が強化されているともいえる。介護用品や住宅改造に対する補助対象階層の範囲拡大・補助内容の拡充は在宅ケアを推進する以上不可欠であるといわなければならない。世帯全体としてみれば介護用品等の出費に加え嚥下が困難な高齢者の場合には流動食の購入等も必要であり全体としての在宅介護費用は、高額に上る場合も予想される。また「完全寝たきりの場合、一ヶ月約三一万円相当の介護労働を家族が担っている」事実をあわせ考えると世帯の生計中心者から

の費用徴収には、老人ホームにおける費用徴収の場合と同様、検討の余地があるといえよう。

(2) 同一世帯か否かの認定の基準も自治体によって異なっている。大まかにいえば、住民票をもとに形式的に判断している場合と、独自に基準を設けて判断している場合がある。後者の場合、高齢者が「単身生活」であるという典型的な事例以外にも「同一敷地内の家屋に身内がいけない」「同一敷地内の家屋と近隣地域に身内がいけない」「同一敷地内の家屋に身内がいても食事が単独」「週二回以上訪れる者がいない」「単身生活と昼間一人ぐらしを含む」とされ、「一人ぐらし」としての認定、ひいては世帯認定にも差があることがわかる。

(3) また、夫が妻の親と同居している場合、世帯の生計中心者である夫の所得を基準に費用徴収が決定されたり、介護用品等の支給が制限されといったことが一般的に行われている。民法上当然の扶養義務者とはいえない配偶者の両親に対する扶養（介護費用の負担）を、実質的に強制することに通じかねない制度の運用には問題がある。最近論議をよんでいる「引取扶養と『嫁』の介護」にも通じる問題点といえよう。現状では「世帯の生計中心者」の認定を、生計中心者が「配偶者」あるいは「子」の場合に限定

するなどの措置が必要となろう。

四 老人虐待とその社会的救済

投薬治療中心の医療保険制度のもとで、高齢者に対する薬・治療は抑制されてきている。必要とされる介護や機能回復訓練も十分に行われず、ベットへのしぱりつけや、たれ流しなど「社会的入院」のもとでの「老人虐待」も指摘されている。介護が期待できないため、その代替として「社会的入院」が存在しているとすると、このことは家族問題とも無関係ではないであろう。家族内での虐待も増加してきていると予想される。高齢者からの呼びかけを無視する・ちょっとした放置や嘲笑・高齢者を傷つける発言といったものまで含めれば、虐待者ではないと断言できる家族はむしろ少ないのではなからうか。典型的な虐待（放任）のケースでは、福祉事務所のケースワーカーに「家を出たい」と訴える高齢者もでてきている。

現在、東京都には、二カ所の高齢者緊急相談センターがあるが、宿泊は二週間までとなっている。養護老人ホームの短期間入所（老人福祉法一条の二）でも一カ月であり、期間を限定しないで緊急

に入所できる施設は皆無といつてよい。東京都周辺では、養護老人ホームへの入所でも早くて一年待たなければならぬといわれている。養護老人ホームは全国的にみれば余裕ができていくといわれるが、通常市町村レベルでは具体的な状況はおさえられていない。緊急の場合には、全国的な状況を把握し、措置委託を検討することも、現状では選択肢のひとつとせざるをえないのではなからうか。

老人福祉法の養護受託（一一一条一項三号）も新しい視点から検討してみる可能性はあるように思われる。施設入所の場合、通常はケースワーカーが、家庭を訪問し、家族とも面談し実情を把握した上で、入所の判定がなされている。「虐待」が予想される場合には、入所の見通しがたった上で家庭訪問を実施するなど、行政手続上の対応にも福祉サービス固有の対処が期待される。

児童虐待については、アメリカでは通報義務づけ法（Child Abuse Reporting Laws）に基づき虐待・放任を発見した者（医師、教師、デイ・ケア・センターの職員など）に児童福祉機関等への通報が義務づけられている。またナーシングホームにおいては、高齢者福祉法（Older Americans Act Amendments of 1987）に基づきオンブズマン制度がとりいれられている。わが国でもこうした事

例を参考に、虐待の予防策を検討することが望まれる。人権の視点からの「行政権の介入」が、慎重にしかし迅速に必要なとされる時期にきているといわなければならない。

各所で行われている高齢者相談では、年金を家族がわたしてくれないという訴えもきかれる。現在一部の自治体では病弱な一人ぐらしの老人に対して「財産保全サービス」を行っているが、年金受領等の代行等を家族のいる高齢者にも拡大していくことが必要となろう。

五 高齢者の意思と自己決定

後期高齢者の増加にともない多少の「ぼけ」を伴った高齢者が増加している。財産管理のトラブルにも「ぼけ」が関係している場合が多い。

こうした場合、民法の禁治産・準禁治産の制度が仮に適用されるとしても取引社会保護の視点が強いこれらの制度においては、高齢者個人の保護を視点にすれば、高齢者の意思を補充し、自己決定を可能にするための配慮は総じて少ない。しかし人権の視点から制度をとらえることは高齢者へのサービスが、保護ではなく、真に「権利」であるための、不可欠の前提条件となつてこよう。この点に関

連していえば、例えばアメリカには「無能力者」と判断された高齢者の身分上の行為を援助するガーディアン（guardian）の制度がある。財産上の管理を行うのは、コンサベーター（conservator）であり、通常ガーディアンとは別の手続に基づき任命されている。

多くの州は、ガーディアンに制限された部分的な権限を与えることを認めている。これは高齢者の残された能力を尊重し、自力では達成の難しい事項に対してのみ援助を与えることにより、決定に対するできるだけ柔軟な対応を高齢者に保障しようとするためである。また、ガーディアンとして適当な人がいない場合には、多くの州で適切な費用で高齢者のために働くパブリックガーディアンの任命が認められている。さらに、ガーディアンが任命された後で、ガーディアンが援助しようとしなかったり、できない場合には、高齢者の利益を守るために、訴訟において高齢者を代理する訴訟のための後見人（guardian ad litem）が別に任命されるようになってきている。以上に例示されるようなアメリカの状況も、実際にはさまざまな課題をかかえていることが指摘されている。

しかしそれでもなおわが国の現状を省みると、制度の相違をこえて示唆深い

ものがあるように思われる。

アメリカにおいても、実際にガーディアンが任命されるケースは全体からみれば少なく、多くは、家族や友人が事実上この役割を担っている。たとえば高齢者が「無能力」と判断された場合、ナーシングホームは、入所者の権利ならびに行動に関するすべての規則・治療プラン等についてガーディアンに説明すべきことが連邦規則によって義務づけられているが、ガーディアンが任命されていない場合には、家族や友人に対し説明がなされ、署名が求められている。ホームにおいて、ベットや車椅子にシートベルトやソウトタイ等を使用すること、高齢者に手袋を着用させること等は一定の要件を充す場合に限定されており、またその使用についても、高齢者もしくは、その代理人によく説明がなされ、納得を得た上で署名が求められている。こうした場合、アメリカでも家族のだれがどこまで、高齢者の意思を代替しているのかについては、個々には曖昧な点が少なくない。しかし、少なくとも高齢者の意思と、家族の意思は通常、明確に区別されているように見受けられる。これに対しわが国の場合、高齢者の意思と家族の意思は必ずしも明確に区別されていない。たとえば、在宅福祉サービスの申請者は、前述のように利用者本人ではなく、

世帯主とされている場合がある。申請者が利用者本人となつていても、実際には家族が記入している場合が少なくない。いずれの場合も、訪問調査がなされれば、ケースワーカーにより高齢者の意思は確認されることになるが、実際には身体的・経済的等の「状況の確認」に調査の重点がおかれ、「高齢者の意思」の確認という視点は明確な拒否がある場合は別として、通常はあまり意識されていないのが実情ではなからうか。しかし、入浴サービスのよう、身体に直接かわるサービスで、特に高齢者の意識がはっきりしていない場合や、ショートステイのように、利用の力点が「介護者の都合」にある場合における高齢者の意思に対する配慮など、いささか検討を要する微妙な問題もそこには含まれている。契約上の意思の確認とは、やや異なり事実としての意思の確認が一層重視される問題であるだけに、新しい検討課題といわなければならない。

本人の意思と家族の意思、家族間相互の意思の問題も、従来は「臓器移植」や「献体」等に関連して取りあげられることが多かったが、今後は従来以上に、さまざまな場面で問題となってくる予想される。アメリカでは、患者自己決定法 (Patient Self-Determination Act) は、ナッシングホームやホームヘルス施設

設などにも適用される。そして高齢者が意思能力を喪失した場合でも、人口心肺、経口栄養等を含む生命維持的な対応について家族なり医者ができるだけ高齢者の意にそった処置をとることができるよう努力が重ねられてきていることは、こうした動向を示唆する一例といえよう。

以上、今後の「広義の家族法」を検討していく上での留意点を可能な範囲で提起してきた。御教示をえて、今後の研究を深めることとしたい。

- (1)(2) 下山英二「人権の歴史と展望」一〇二頁。
 - (3) 老人介護と相続法研究会「老人介護と相続法に関する研究報告書」一六〇頁(戒能民江報告)。
 - (4) 橋本宏子「高齢者保障の研究」二四〇頁。
 - (5) 同五一頁以下参照。
 - (6) 武川正吾「イギリス」ジュリスト増刊一九九三年四月「高齢社会と在宅ケア」二二四頁。
- なお、同論文でも指摘されるように、イギリスでは、レジデンシャル・ホームなどの入所施設もコミュニティ・ケアの一翼を担うものと考えられるようになってきている。
- (7) 「一人暮らしは高齢者にとって高度な危険ではなく、経済的・社会的・保健、心理的支援のない場合に危険な要因となる」ことが指摘されている。佐藤進・広瀬真理子「高齢社会と脆弱高齢者の社会的保護」(1)「世界の労働一九九一年五月号」一五頁。
 - (8) 本稿では意思という言葉は民法の用語

としての意図より広く解している。

- (9) 医学的な専門用語であるはずの「痴呆」には明確な定義はない。「ぼけ」は「痴呆」より広い概念として使われる。金子善彦「老人虐待」三・四頁。
 - (10) 藤崎宏子助教(聖心女子大学)の研究報告「ホームヘルパー派遣決定による行政裁量——家族要件の扱いを中心に」(一九九三・六・一五東京都立大学)による。
 - (11) 注(10)の藤崎報告による。
 - (12) 近年、「嫁」の「介護を扶養義務に位置づけることは実効性に乏しいことはたしかであるが、行為規範としての意義は残る」(吉田邦彦「在宅ケアに関する民法上の諸問題」前掲ジュリスト「高齢社会と在宅ケア」一二七頁)とする見解が主張されてきているが、本文中で指摘したような事実があることも指摘しておきたい。
 - (13) 家族の「意思」としての同居扶養を助長するためなら、ヘルパーは家族が必要とする家事援助を行うぐらいの柔軟な姿勢が望まれる。しかし、そのためには利用者(家族)に市民であることの根源的自覚も求められる。
 - (14) 寝たきり老人等のために、自宅に浴槽を持ち込み介助入浴を行う方法と、施設に高齢者を寝台車で移送し、施設の特設浴槽を利用して介助入浴を行う方法がある。いずれも「家族の付添い」を要件とする場合が多い。(橋本宏子「在宅サービスと公的責任」神奈川法学二一巻一号参照)。
 - (15) 高齢者の生活の利便を図るため、サービスを提供する。通院・施設への送迎の場合が多い(橋本・前掲「在宅サービスと公的責任」参照)。
 - (16) このように述べることは、高齢者を家族から切り離すことが、家族の援助であることを意味するものではない。何組かの高
- 齢者と家族が、集まってデイクラブをつくり、他の家族や高齢者と接する中で、別の視点から状況をとらえ、共に残された時間を楽しく過ごすとする、新しい自主グループも形成されてきている。しかしこうしたことが、普遍的に可能となるためには、いつてみれば「人間の尊厳の根源的意義の自覚」と、それを可能とする諸状況の改善がなされなければならない。
- (17) 家族が全員仕事をもっているため、昼間は一人である高齢者。
 - (18) 老人福祉法一〇条の四第一項三号参照。
 - (19) 介護保険については、河野正輝「介護保険の選択肢」週刊社会保険一七五四が、要を得た論評を加えている。
 - (20) 安藤幸子「介護休業制度の実態」前掲ジュリスト「高齢社会と在宅ケア」一七一〜一七二頁。同論文における調査では、三〇社中、六社が実施している。
 - (21) 平野由美子「介護休業をめぐる動きと法制化問題」前掲ジュリスト「高齢社会と在宅ケア」一六四頁。
 - (22) 一般病院は、基準看護病院と一般病院に分けられる。後者に入院し付添いをつけた場合には、基準看護料金と慣行料金との差額を助成する自治体もある。しかし、医療保険上、看護の必要が認められない場合、基準看護病院に入院した場合、家族が看護した場合は、全くの自己負担となる。制度上「老人病院」といわれる老人保健法の特例許可老人病院は、基準看護病院か、定額払いの診療報酬を採用した医療機関であり、いずれも「看護助成」の対象とはならない。「老人病院」では、相対的に増加してくる「ケアの費用」(平均七〜八万程度)をお世話料として患者・家族から徴収するのが一般的となっている(詳しくは、

山路克文「在宅ケアと施設ケアの今後の課題」前掲ジュリスト『高齢社会と在宅ケア』四二～四六頁参照。

(23) 軽費老人ホームへの入所が適当と考えられるケースでも、軽費老人ホームの不足等から養護老人ホームに入所している場合もある。

(24) 津田光輝「老人ホームの利用者負担の実態と問題点」小川政亮ほか編著『社会福祉の利用者負担を考へる』一二二頁参照。費用の面で、養護老人ホームの方が、軽費老人ホームより高い場合もある(同一二九頁)。

(25) 小川政亮「世帯概念の成立と機能」『家族・国籍・社会保障』一〇〇頁。

(26) 政策は、むしろ施設入所により高齢者の生計を維持する必要がなくなったことに對する「受益者負担」とみているのであろうか。なお、費用負担の問題点については、河野正輝『社会福祉の権利構造』二四〇～二四八頁参照。

(27) 老人福祉法二八条は、老人ホームの費用徴収について「本人又は扶養義務者から費用の全部又は一部を徴収することができ」と規定しているが、「本人又は扶養義務者」の「又は」はandと解釈されているという(津田・前掲一二二頁)。

(28) 従来の対応については、赤石壽美「福祉の費用徴収における世帯と扶養」『統現代民法学の基本問題』六九八頁。および津田・前掲一二二頁等参照。

(29) 保険者が法定給付以外の給付を行う場合をさす。

(30) 小川・前掲一二二頁。

(31) 前掲「老人介護と相続法理に関する調査報告書」六一頁(山脇貞司報告)。

(32) 赤石・前掲七〇〇頁。津田・前掲一三六頁。前掲「老人介護と相続法理に関する

研究報告書」六一頁。

(33) 津田論文は、実態との「乖離」についても事例をあげて指摘している。津田・前掲一三二頁および一四一頁参照。

(34) 通達は、「主たる扶養義務者の認定等に関する取扱いについて著しい不合理が生じる特別な事情がある場合には、福祉事務所長の判断により適当な措置をとることができるものとする」。しかし、その実態については、津田・前掲論文参照。

(35) 吉田・前掲一二七頁。

(36) 津田・前掲一三八頁。老人病院・老人保健施設との負担の格差も大きいと指摘されている(同一二二頁)。

(37) 一時間八〇〇円、月曜から金曜までの計三時間のケースで、一ヵ月で費用はヘルパーの交通費を加え一〇万円をこえる(一九九三年九月一五日、朝日、これは「住民参加型」のホームヘルプサービスの場であるが、市町村のホームヘルプサービス事業を利用した場合もホームヘルプサービス事業費用負担基準によれば「生計中心者の前年所得税課税年額が、一四万〇〇〇円以上の場合、一時間八六〇円であるから、ほぼ同じと考えてよいであろう」。

なお、在宅福祉サービスと費用徴収の実態については、河合克義・小川栄二「地域福祉における費用徴収問題」小川政亮他編著『社会福祉の利用者負担を考へる』参照。

(38) 現状では、補助対象とされるベツトやおむつの種類が限定されているため、利用できない場合がある。また、リクライニングベツトを所得税法上医療費控除の対象とできるかについては、当局の対応は一定でないといわれている。

(39) 在宅介護費用に関する調査結果は、在宅介護費用一ヵ月平均三万四一四六円、一

〇万円以上の世帯も五%をしめることを指摘している(シルバー新報平成五年一〇月五日)。

(40) 城戸喜子「家族による生活保障と費用負担」前掲ジュリスト『高齢社会と在宅ケア』七四頁。

(41) 要綱で減免制度について規定する自治体もふえてきている。従来は「自然災害」等の場合にのみ限定的に「減免」を認める自治体がほとんどであったが、最近では少数ではあるがそれ以外にも「減免」を認める自治体が増えてきている。減免制度の「手続的整備」とその実情に促した運用が、期待される。

(42) 総務庁行政監察局(編)『健やかな老後のために——総務庁の高齢者政策に対する行政監査結果から』一九九一(藤崎宏子氏の前掲報告において資料として提示された)。

(43) 厚生省は、配偶者の老親を「妻」が介護をした場合、また相続権がある息子や娘が介護した場合の相続分の増額の問題等、「介護提供と相続法理」の検討に関心を示している、といわれる(一九九二年七月七日、朝日)。財団法人長寿社会開発センター委託事業として、老人介護と相続法理研究会は、平成五年三月、「老人介護と相続法理に関する研究報告書」を提出している。介護と相続については、「痴呆性老人をかくえる家族の会」等でも関心が高いだけに、問題は複雑である。「嫁」の介護の法的評価は、有償の法理としては「契約の黙示的存在説」(前掲「老人介護と相続法理に関する研究報告書」五八頁、山脇貞司担当部分)が検討に値しよう。「介護義務を扶養義務の一内容として法的義務化する」ことは、女性の介護労働の固定化・強化に手を貸すことになりかねず(同)問題と

いえる。「契約の黙示的存在説」が支持されるとしても、相続となる資産のない層にとって、それでは介護とは一体何なのか、新しい課題を顕在化させることになる。

(44) 平成四年度の診療報酬の合理化は、医療法改正により、医療経済の合理化はかられ、「退院促進」が医療ソーシャルワーカーの業務となっているという(同・前掲「在宅ケアと施設ケアの今後の課題」四二頁)。

(45) 前掲注(44)論文参照。

(46) 金子・前掲「老人虐待」一一頁～一三五頁。

(47) 施設での虐待も問題となっている。養護老人ホームは、個室でない場合がほとんどだから、その点でも問題は残る。

(48) 樋口範雄「アメリカにおける児童保護の法システムと日本の法制度への示唆」ケース研究二二七号八頁。

(49) 東京都社会福祉協議会には、東京精神薄弱者・痴呆性高齢者権利擁護センターが設けられているが、「ぼけ」の高齢者については、当面は専門相談が中心とされている。

(50) カードアン制度についての記述は、R. Brown with Legal Counsel for the Elderly, 'The Rights of Older Person', 327-334 2nd ed.

(51) 同論文参照。

(52) 法律行為を行う場合の意思に対し、事実行為を行う場合の気持の動き、衝動などを区別する意味。

(53) 利谷信義教授は、「家族の法」といっても、実際にはたくさん法律が関係している」ことを指摘されている(たとえば、NHK市民大学「家族の法を考へる」六頁)。(はしもと・ひろこ 神奈川大学教授)