

## 新分野「高齢者法」の構築 — 理論と実務の連携から —

代表研究者 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院 教授 関ふ佐子

### 【まとめ】

本研究では、高齢者法という新分野を構築する土台として、法学の研究者が多分野の研究者および実務家と学際的・横断的な共同研究を行うために、高齢者法研究会を創設した。本研究会では、事例研究などを通じて、日本における高齢者特有の法的課題を検証している。

高齢者法の研究の第一歩として、本研究では、高齢者特有の法的支援のあり方を探り、高齢者に接する際に問う倫理的に考慮すべき重要な2つの問いを明らかにした。

### 1. 研究の目的

#### 1-1 研究背景

高齢社会の課題が世界的に問われているなか、1980年代後半から、主にアメリカを中心に「高齢者法(Elder Law)」という法分野が発展しつつある。高齢者法とは、対象を高齢者に特化した法分野であり、高齢者特有の課題に焦点をあて、高齢者にかかわる法制度全般を横断的・学際的・体系的に検証することにより、高齢者特有の法理論を究明し、高齢者の人権を尊重した法政策を探求する学問領域である。

日本では、社会保障法、労働法、民事法、行政法、刑事法などの各法分野で個別に高齢者をめぐる法的課題が扱われており、高齢者特有の課題が適確に検証されているとは言い難い。何が高齢者特有の法的課題なのかは明確ではなく、これを独立して研究する意義も認知されていない。

他方、アメリカの「高齢者法」の知見の導入のみでは、日本の高齢者をめぐる課題が解決するわけではない。例えば、医師による余命宣告は、アメリカと異なり日本では高齢者本人ではなく家族に伝える場合があるなど、高齢者の意思決定に重要な影響を及ぼす高齢者と家族の関係は、両国間で大きく異なる。そこで、日本における高齢者特有の法的課題を明らかにしていく必要がある。

しかし、社会保障法、労働法といった、それぞれの法分野の学会や研究会のみでは、横断的な研究が必要な高齢者法の課題の十分な分析は難しかった。例えば、相続における介護

した家族の寄与分についての研究が、社会保障と家族の役割を考察するうえでは必要である。そしてこの研究にあたっては、社会保障法と民事法双方の研究者の存在が必要となる。

こうした状況をうけ、まず多分野の研究者と実務家が参集し、討議を行う研究会を立ち上げる必要があった。

#### 1-2 研究の場の創設

以上の研究背景から、本研究は、高齢者法研究会を創設し、研究を推進するための基盤を築くことを第一の目的とした。高齢者法研究では、法学の研究者が多分野の研究者および実務家という異なる視角をもつ者と学際的・横断的な共同研究を行い、事例研究などを通じて日本における高齢者特有の法的課題を究明・検証している。本研究は、これにより、高齢者特有の法的課題に特化して体系的な研究を行う「高齢者法」という新しい法分野を日本において確立するための土台の構築を目指した。

#### 1-3 高齢者特有の支援のあり方

高齢者特有の法的課題は多様であり、研究会では、これを多方面から検討していく。本研究では、そうした研究の第一歩として、高齢者特有の法的支援について明らかにしようとした。

### 2. 研究方法と経過

#### 2-1 多分野の研究者と実務家の連携

高齢者は他の世代と比べ、相対的に認知機能や身体機能が低下する傾向にある、人生の終焉をより身近に控えた世代である。他方、平均寿命が伸長し、数十年前の65歳と現在の65歳とでは心身の状態が大きく異なるものの、社会の意識がその変化に対応しておらず、年齢による社会的排除、エイジズム(否定的な高齢者差別)の問題も深刻化しつつある。

こうしたなか、例えば、高齢者雇用が進んだ社会において、認知症が疑われる高齢者に対する退職勧奨を労働法的にどのように考えるべきかの検討が求められている。これにあたっては、高齢者差別に関する法的観点からの研究に加え、認知症に関する医学的・福祉的な知見を

取り入れた緩やかな退職のあり方なども検討する必要がある。

とりわけ、法律学は認知症に関する医学や福祉学の研究知見を必要とする。というのも、契約などの法的関係では、認知症などによる意思能力の低下が大きな課題となるからである。そこで本研究では、医師や福祉の専門家を高齢者法研究会のメンバーとした。

さらに、アメリカでは、「高齢者法」という分野横断的な法分野を、研究者と実務家が連携して構築し、高齢の依頼者特有の課題に日々直面する実務家の苦悩を共に検証しながら発展させてきた。本研究では、このアメリカの手法に習い、高齢者をめぐる事案を抱える実務家を研究会の主要なメンバーとした。弁護士数の増加などから専門分野をもちたい実務家が高齢者法に関心をもったアメリカの動向を、日本は現在追従している。研究者と実務家が共同研究する本研究会での研究は、日本における高齢者法の構築・発展の機動力となろう。

## 2-2 高齢者法研究会の創設

各所への呼びかけなどを行い、2014年8月27日、高齢者法研究会を創設することができた。高齢者法研究会は、社会保障法、労働法、行政法、民事法、医学などの研究者、弁護士、行政書士、厚生労働省などの行政関係者、福祉のNPO関係者など、2015年2月現在、57名の多分野の研究者と実務家を会員とすることができた。具体的には、研究者27名、弁護士15名のほか、医師、行政書士、厚生労働省などの行政関係者、NPO関係者などである。本研究会に所属する弁護士は、成年後見、遺言作成などの高齢者の財産管理業務、債務整理、離婚事件、刑事事件などを担当しつつ、従来の業務のみならず社会保障や雇用保障を含めた総合的な高齢者支援に関心をもつ、東京と横浜の弁護士である。弁護士会の「高齢者・障害者の権利に関する委員会」などに所属する者もいる。

本研究会では、2か月に1度、アメリカの高齢者法の体系書などを参考にして、各種課題を研究者と実務家が討議する形で、実態に即した日本特有の高齢者の法的課題を研究している。このような研究者と実務家がともに集まる研究会は、その研究手法が難しく、半年かけて協議した結果、おおよそ、研究会の報告形式を確立した。具体的には、実務家と研究者が同じテーマについて報告し、討議する形式を基本とすることとした。

なお、高齢者法に関する資料を整理し、研究会の進行を円滑化し、研究者間での資料の共有

化などを支えるために事務局を設置した(リサーチ・アシスタントを採用)。また、研究会のメンバー内の情報交換を促進するためのメーリング・リストを作成し、クラウド・サーバーを使用し報告内容などを共有することとした。

## 3. 研究の成果

### 3-1 高齢者法研究会の開催概要

次の形で、研究会を開催した。

#### (1) 創設研究会

日時：2014年8月27日(水) 14:00～18:00

場所：横浜国立大学 法学研究棟 202室

- ・ 関 ふ佐子 (横浜国立大学)  
「高齢者法の全体像と将来展望」
- ・ 伊奈川 秀和 ((元) 厚生労働省、九州大学)  
「高齢者をめぐる社会保障政策の最新動向」

#### (2) 第2回研究会

日時：平成26年10月30日(木) 16:00～18:30

場所：かながわ県民センター302会議室

- ・ 関 ふ佐子 (横浜国立大学)  
「高齢者特有の法的支援」
  - アメリカの高齢者法との比較研究
- ・ 川島 通世 (弁護士)  
「高齢者の法律問題における悩みごと」
  - 高齢者の法律問題の解決にあたって、  
弁護士倫理面で実際に悩んだ事例の検討

#### (3) 第3回研究会

日時：2014年12月26日(金) 16:00～18:30

場所：かながわ県民センター403会議室

- ・ 柳澤 武 (名城大学)  
「年齢差別禁止法の下における判例法理の展開 ——どのような紛争が生じるのか？」
- ・ 櫻庭 涼子 (神戸大学)  
「年齢差別禁止法の趣旨 ——なぜ立法に至ったのか？」
- ・ 佐藤 亮 (弁護士)  
「高齢者雇用定法と実務対応」
  - 高齢者雇用安定法を概説し、担当した案件で同法が問題になった事案を紹介

#### (4) 第4回研究会

日時：2015年2月19日(木) 16:00～18:30

場所：かながわ県民センター306会議室

- ・ 川久保 寛 (神奈川県立保健福祉大学)  
「市民後見人制度について」
- ・ 村手 亜未子 (弁護士)
  - 本人にお金がなく親族後見人に移行するのがふさわしい事案、保佐人として親族と連携しながら活動している事案の検討

### 3-2 研究者と実務家との連携

アメリカで高齢者法が発展した経験を参照し、定期的に関われる高齢者法研究会においては、研究者は各人が研究する問題関心を報告し、実務家は、実務において抱える課題を報告している。多分野の研究者と実務家による共同研究を通じ、実態に即した高齢者特有の法的課題に関し、参加者の認識の共通化を図っている。こうした研究の場合は、日本にはこれまでなく、研究会を続けることにより、日本特有の現場で起きている高齢者をめぐる法的課題を明らかにしていく予定である。

弁護士は、例えば、内縁の未亡人の遺族年金申請代理業務など社会保障制度の申請代理・代行業務を担いつつあるものの、従来日本の弁護士は、社会保障制度について知見を深める機会に恵まれてこなかった。研究会では、社会保障法の研究者との共同研究により、弁護士実務に資する知見を深めるとともに、理論と実務を結びつけることで、高齢者の社会保障制度をめぐる今後の立法政策に資する議論も行っている。

### 3-3 日本特有の高齢者をめぐる法的課題

3人に1人が65歳以上の者となる社会では、65歳以上の者のニーズ・特徴にあった社会・法制度を整備していく必要がある。

また、年金搾取、医療事故、終末期の自己決定、介護保険・生活保護の受給、施設入所・虐待・事故、犯罪、刑務所内外での介護福祉サービス、高齢離婚、成年後見、相続・遺産分割、遺言、消費者被害といった高齢者特有の各種の法的課題が発生している。例えば、虐待やDVといっても、高齢者その他の主体が抱える課題は異なる。自律した高齢者が家庭内での虐待に対する外部の介入を拒んだ場合、高齢者の自己決定に介入しうる程度は児童虐待の場合と同様ではない。虐待回避のために高齢者が介護施設に避難した方が良い場合も、DV被害者の女性などが施設に避難する場合と比べて、長らくその家や地域で生活してきた高齢者は、不本意な転居によりQOL (Quality of Life) を低下させる可能性がある。

長く生きてきた高齢者は自尊心が高く、精神的虐待の与える影響も大きい。財産のある高齢者も多く、経済的虐待の内容は複雑化している。こうした状況において、高齢者の尊厳を保った問題解決を図るためには、高齢者特有の事由を実態に即してより具体的に抽出し、検証していくことが求められている。

さらに、そもそも何歳以上の者を「高齢者」と捉えるべきか。高齢者像について、高齢社

会の実態にそった社会の意識改革や法政策の見直しも十分進んでいない。そもそも依頼者が高齢者である点の認識が低く、その後のトラブルに困惑した弁護士の事例も報告された。認知症による高齢者の意思能力の低下は、専門家でないと感じることが難しい場合もある。

### 3-4 高齢者特有の法的支援

高齢者法研究会では、以上の高齢者特有の法的課題を探っている。そうした研究の第一歩として行った、高齢者特有の法的支援のあり方についての研究を概説する。

弁護士が直面する課題として、アメリカの高齢者法の比較研究および高齢者法研究会での討議を通じて、次の点が明らかとなった。

はじめに、高齢者と接する際、高齢者像の変化を正確に捉える必要がある。

そのうえで、弁護士が問うべき、倫理的に考慮すべき重要な2つの問いは次の点である。

- ① 依頼者は誰か
- ② 依頼者は行為能力を有しているか

#### 3-4-1 依頼者の特定

依頼者が誰かという点は、弁護士が高齢者を支援する際、第一に考慮せねばならない点である。依頼者の特定は、弁護士の守秘義務、利益相反の回避、弁護士料を受けとる相手といった点との関係でも明確化する必要がある。

弁護士が各種の義務を負うのは、依頼者に対してである。この点、アメリカ法曹協会・法律家職務模範規則(ABA Model Rules of Professional Conduct、以下「ABA」とする。)は、弁護士を規律するルールを定めている。これは、日本の弁護士職務基本規定より詳細な規定となっている。

というのも、高齢者は一般的に弁護士と単独では会わず、家族などが同行する。こうした配偶者、成年子、友人、隣人などは、弁護士と高齢者との話合いにおいて、どのような役割を担うのか。家族などとの対話が多くなると、誰が依頼者かが不明瞭になりかねない。

また、家族の「不当な影響(圧力)」の可能性を常に考える必要もある。例えば、第三者への遺贈は、それが高齢者の意思かと問われやすいが、家族の場合はそうとは限らず、問題が見えにくい。とりわけ、高齢者が家族と同居している場合は、高齢者の意思決定に家族の影響力が及んでいる可能性は高く、高齢者の代理人である弁護士は、高齢者の意思をより注意深く探る必要があることが明らかとなった。

### 3-4-2 依頼者の能力低下

#### (1) 高齢者の能力の低下

高齢者は年齢に伴う疾病により、依頼者としての能力が制限されかねない。高齢者が法律行為を行う十分な能力を有していなければ、弁護士と依頼者の関係を築くことも難しい。

特定の文章に法的効果をもたせるためには、依頼者は議論の内容および文書の必要性を理解し、その一般的な効果を理解する必要がある。その文章が、リビング・ウィル、医療に関する指示、財産の共有、資産の移転または契約のいずれであっても同様である。場合によっては、成年後見を検討すべきことになる。

一般的な状況において、依頼者の行為能力に関する弁護士の予測は不正確なものとなりかねない。例えば、家族などが高齢者を弁護士のところに連れていく場合、家族は高齢者の認知能力の低下について何らかの心配をしたために、弁護士を訪れる場合が多い。このような非医療的な観察は決定的な要因とはならないものの、弁護士が高齢者の行為能力を疑う要素となりかねない。

#### (2) 高齢者法における行為能力

高齢者法においては、行為能力は、「ある」か「ない」という二者択一の質問としてはならないことが明らかとなった。依頼者のなかには、アルツハイマー病などから、認知能力が少しずつ、しかし不可逆的に低下している者がいる。他方、顔と名前が覚えられないといった記憶力の自然な低下により、うつ状態になっている場合もある。後者の場合は、十分な法的判断ができる可能性は高い。

人によっては、時折、混乱していたり、まだらボケであったり、そうした状況が一定期間、または一日の一部のみ続く場合もある。例えば、午前中は、理解力が最もある場合もある。さらには、服用している薬の悪影響を受けている場合もあり、薬を変えたり量を減らすことで、法的な判断が可能となる場合もある。このように、高齢者の行為能力を判断するのは難しい。

#### (3) 高齢者の行為能力を判断する方法

高齢者の行為能力を測るテストや方法は確立されていない。弁護士によっては、個人的な観察や高齢者の身近にいる者の意見に頼っている。しかし、こうした者の意見は、偏りがある可能性が明らかとなった。法律家職務模範規則の注釈 (ABA 1.14 注釈 6) には、こうした

場合の法律家の考慮要素が定められている。

アメリカでは、単に印象のみで判断することのないよう、弁護士によっては、依頼者の注意力の長さ、記憶力、基本的な読み書きの技能をチェックする簡単な精神状態のテストを実施している。他の弁護士は、こうしたテストは試験される者の名誉を傷つけたり、またはそうしたテストを分析する能力を自らが保持していないとして、精神科の専門家が、高齢者の意思能力を評価することを好む。診断医の指導については、法律家職務模範規則の注釈 (ABA 1.14 注釈 6) にも記述されている。

以上の方法は万能薬ではない。認知症の診断結果は、どのような方法を採用するかにより大きく異なるからである。また、代理人を選任する能力と遺言を書く能力が異なるように、どのような法的課題に対処するかで求められる行為能力が異なる点も問題を複雑にしている。

依頼者の能力低下については、局面において異なる、必要とされる行為能力の性質など、以上の点以外にも各種の要素を検証する必要性を本研究は明らかとした。

### 4. 今後の課題

第5回研究会は、介護をテーマとして、4月に開催する予定である。NPO 法人 U ビジョン研究所の本間郁子氏が介護施設における薬漬けなどの問題を報告し、原田啓一郎氏 (社会保障法、駒澤大学) が、研究者の視点から報告する予定である。

これまで、研究会では、①高齢のクライアントをめぐる倫理問題、②雇用における年齢差別、③成年後見人のあり方について検討してきた。今後は、④介護の質の保障に加えて、⑤公的年金などの所得保障、⑥医療保障政策と質の保障、⑦医療におけるインフォームド・コンセント・患者の意思決定・安楽死の法的課題、⑧住宅保障・居住支援と法的課題、⑨財産管理のあり方、⑩高齢者虐待・遺棄・犯罪と法的対応といった課題について研究を重ねたい。各事項に関する事例研究を通じ、何が高齢者に特有の法的課題であるのかを明らかにしたい。

### 5. 研究成果の公表方法

関の研究の成果は、高齢者法研究会において、上記の形で2回報告した。

今後、研究会での検討が進み、高齢者特有の法的課題が明確化されていった際は、それをまとまった形で公表していきたい。