
 論 説

高齢者福祉利用者の法的位相に関する一考察

林 倅 如

目次

はじめに

一 「制度的」高齢者像

二 「保護＝服従の構造」における受動的利用者

三 高齢者福祉利用の従属性

四 「その有する能力に応じ自立した日常生活を営む」高齢者へ
おわりに

はじめに

1 日本では、高齢者福祉に係る制度形成の歴史を遡って考えてみれば、制度的な意味での高齢者¹⁾は、1963年老人福祉法(昭和38年7月11日法律第133号)の制定によってはじめて現れた²⁾。すなわち、老人福祉法の制定により、ある程度共有したニーズをもつ65歳以上の者が利用者として指定されており、加齢による生活障害に対応する財やサービス提供の必要性が法的に認められるようになり、またそして、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利の保障方法としては、一定の資格や条件を満たした高

-
- 1) 総人口に占める65歳以上の人口割合を「高齢化率」、高齢化率について7%を超えた社会を「高齢化社会」、14%を超えたのを「高齢社会」と呼ぶ用語は、1956年の国連報告書に由来する。当時、日本の平均寿命は男性が63.59歳、女性が67.64歳であり、おおむね平均寿命を超えた人が老人や高齢者と呼ばれていた(内閣府編集『平成21年版高齢社会白書』(2009年)12頁を参照(<http://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/index-w.html> 最後アクセス日:2017/10/3))。その後、高齢者という言葉が1980年代後半以降政府文書で一般的に使われ始めたようである。また、65歳以上人口の比率が21%に達する「超高齢社会」等の呼び方も社会の有り様を見る上で一つの目安として次第に定着してきた。岩村正彦「高齢化社会と法(1)―高齢化の現状と基本政策」法学教室第37号(2007年)13頁を参照。
- 2) 老人福祉法における法的表現は「高齢者」ではなく、「65歳以上の者」である。

齢者を選定してそれらの生活に欠かせない福祉サービスや財を公的に提供するといった高齢者福祉の利用者像が描かれてきた。しかしながら、事実上存在している高齢者の実態は様々であり、その姿が時代とともにたえず変化しつつある。それに、人口の高齢化に伴う高齢者の生活需要増の問題は、今までの法制度が想定していなかった一方、かかる制度がその前提としてきた諸条件を変えてしまうこともある。このように、高齢者福祉制度に現れる「制度化された高齢者像」と「事実上存在している高齢者の実態」との乖離³⁾は、法形成に由来する内在的矛盾である。そして、いかにして高齢者の生活実態に法制度を接近させるかという問いは法的課題である。

2 1980年代の社会保障「再編」期⁴⁾、これとは異なる1990年代以降の社会保障構造改革⁵⁾を経てきた今日の高齢者福祉制度は、2000年から介護保険の導入により、「措置から契約へ」というフレーズに見られるように、契約による利用関係を生みだした。ここでの利用者は福祉サービスの契約当事者と位置づけられ、消費者として捉えられる存在である。確かに、介

3) この捉え方は「人権」概念の二面性問題から示唆を獲得する。「人権」概念の二面性とは、人権や生存的権利を論じる場合、それは「『人間』という主体的概念と『生きる』という人間の最低必要条件を示す概念」として、超時間性・超空間性を有する「『人間』の本源的要求にかかわるもの」だと認識されてきたが、実際には、国家の実定法制度に規定された「人権」は、当時の社会経済的条件または一定のイデオロギーによって諸社会的要求を法規範化した制度的概念である。後者は前者の要求を忠実に反映するものでなく、常にそれを歪曲して「人間の本源的要求に対して『虚像』を形成するもの」であった。下山瑛二『人権の歴史と展望 [増補版]』(法律文化社、1980年)8頁以下を参照。

4) 1980年代の社会保障改革は、国家の負担削減および機能の重点化の課題と有機的な関連があり、既存の社会保障体系の枠内での各制度の切り下げと国庫支出の引き下げを行うことが中心であった。すなわち、福祉サービスに対する国の費用負担を直接・間接に縮小する方向を示し、福祉事務の地方権限委譲の推進とともに国の財政負担の漸進的な削減が行われてきた。紙野健二「福祉国家と公的規制」公法研究60号(1998年)174頁を参照。

5) 90年代以降の社会保障「構造改革」は、80年代とかなり異なり、社会保障制度の理念およびあり方がその構造から抜本的に変更された。とりわけ、社会福祉分野では、介護保険制度の導入および社会福祉基礎構造改革により、従来の措置制度による社会福祉の提供方式から、事業者と利用者との契約によりサービスを利用する契約方式へと転換された。また、福祉サービスの提供に民間業者の参入が解禁されて、市場化・営利化がはかられると同時に、公的支出または公的責任の範囲が縮小された。この時期では、引き続き公的支出または公的責任の縮小方向が加速されるとともに、社会保障分野に市場メカニズムまたは競争原理を持ち込むという傾向がみられた。紙野・前掲注4、184～185頁、高田清恵「新自由主義への理論的対抗に関する一考察—社会保障法学の立場から」法の科学第39号(2008年)62頁を参照。

護保険制度では、高齢者が自己の意思にもとづいて契約によって介護サービスを購入できることを通じ、従来の措置利用と比べた場合には利用者の「主体性」が強化され、介護サービス利用をめぐる権利性が高まるという構図が描かれている。しかしながら、高齢者の生活実態は様々であり、すべての者が自律的・自己決定できる個人とは限らない。従来の措置制度における高齢者とは異なるかについてさらなる法的検証が求められる。

ここでは、実定法上高齢者がどのように捉えられるか、また、それと事実上の高齢者の生活実態との乖離がどのくらいあるか、という考察は、かかる権利問題の所在である。かかる考察を通じ、高齢者の権利状況を把握して高齢者福祉利用そのものの本質を見極めることが可能である一方、また、この乖離の現実を見据えることで、かかわる権利課題の実質的実現にさらに一步近づくことにもなると考えられる。よって、その権利保障方法の方向性の発見をも導くことができるであろう。

3 本稿は上記の問題意識を念頭におきながら、制度上定められた高齢者像の解明作業を行うものである。転換期にある日本の高齢者福祉制度を検討素材にして、高齢者福祉をめぐる利用者の法的地位を析出して「制度化される高齢者像」と「事実上存在している高齢者の実態」との乖離という法制度の内在的矛盾を明らかにしながら、高齢者福祉そのものの本質をあらためて確かめようとするものである。

一 「制度的」高齢者像

1 現存の法制度や法的ルールは、それらが作られた時代の社会的・経済的条件を前提に、適用対象の有り様を措定しながら、その内容を形作るものである。高齢者福祉に関わる制度の生成において、どのような高齢者像⁶⁾を前提としているかが制度の内実と密接に関連する一方、具体的にい

6) ここでは高齢者福祉をめぐる法的人間像をさす。社会保障制度において、法主体としての人（間）が実定法上どのように捉えられてきたかという問題提起でもある。法的人間像に係る議論は、最初、社会保障法における権利の性格または究極の根拠の所在を解明するため、社会保障をめぐる権利主体の法的イメージ—社会保障法における人間像—をはじめ問題視してきた。社会保障法をどう捉えるかという本質にかかわるものでもある（西谷敏「社会保障法における人間像」(大阪市立大学)法学雑誌 19巻2号(1972年)を参照)。かかる議論は1970年後半

かなる権利擁護手段・権利保障方法が用意されているかという制度面にも、制度の前提となっている高齢者像が見受けられる。法的に考える際には、利用者としての「高齢者」とは何か、具体的にどのような人間として表現されているかが、最初の問題である。そして、なぜ「一定の年齢以上の人」を高齢者としてとらえるか、年齢の区分によって特定される人間が法的にいか読み取られているか、そして、かかる年齢層における権利の問題がいか認識されてきたか、といった問題が問われている。

高齢者という用語は1995年高齢社会政策基本法(平成7年法律第129号)の制定によってはじめて法的に現れる。それまでは日常的に用いられる言葉としては「老人」であった。また、2005年高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律(平成17年法律第124号)で、高齢者が「65歳以上の者」として定められるまでは(同法第2条第1項)、法的には老人や高齢者に関する定義を掲げることはなかった⁷⁾。にもかかわらず、従来、公的年金保険および医療保険各制度と介護保険制度等の社会保障制度において、各々の政策目的に達しようとする具体的施策の適用対象を確定するため、「65歳以上」あるいは「一定の年齢以上の人」を資格条件として定めたことはまれではなく、近時の制度においても、年齢の区分によっておおそ「高齢者」を「65歳以上の人」としてとらえていたように見える⁸⁾。

以降一度沈静したが、1990年代後半から再び活発となった。近時の研究実績は菊池馨実「社会保障法における人間像」法律時報80巻1号(2008年)、同『社会保障の法理念』(有斐閣、2000年)、久塚純一「医療保険と介護保険における高齢者像—『一定の年齢以上の』と『制度された高齢者』」法律時報77巻5号(2005年)、秋元美世『社会福祉の利用者と人権』(有斐閣、2010年)、同「社会保障法と自立」社会保障法第24号(2007年)などである。なお、社会保障法以外の個別化・専門化した法学の各分野では、たとえば民法学や憲法学においても各自の視角から法的人間像をめぐって行われた検討は多くある。

7) 老人福祉法の立法当時は、老人のハンディキャップの程度は児童の場合と異なり、個人差が多く、年齢によって画一的に区分することが適当ではないと考えたため、老人という用語を定義せず、その解釈を社会通念上把握される概念にゆだねたという経緯があった。橋本宏子「老人福祉法の成立とその意義」福島正夫編『家族政策と法 2 現代日本の家族政策』(東京大学出版会、1976年)258頁、百瀬孝『日本老人福祉史』(中央法規、1997年)76頁を参照。

8) たとえば、公的年金について、老齢基礎年金と老齢厚生年金の支給年齢資格は「65歳」であり(国民年金法(昭和34年4月16日法律第141号)第26条および厚生年金保険法(昭和29年5月19日法律第115号)第42条)、障害基礎年金等の受給権を有していない障害者に特別障害給付金の支給年齢資格は「65歳」である(特定障害者に対する特別障害給付金の支給に関する法律(平成16年12月10日法律第166号)第2条第1項第1号)、農業者老齢年金の支給要件は「65歳に

ところで、実際に、法的にはじめて「一定の年齢以上の人々」を権利行使の主体としてとらえたり、生活支援の対象者であるとしてとらえたりするのは、1963年の老人福祉法である。すなわち、老人福祉法の制定により、はじめて、加齢による生活障害に対応する高齢者福祉の必要性が認められ、65歳以上の人＝高齢者個人を対象として、普遍的な意味での市民だけではなく⁹⁾、共通した独自のニーズを有する人々と位置づけられ、また、それとともに適切な財やサービスの公的支給を法的に考えてきた。この意味で、「制度的な意味での高齢者」¹⁰⁾が初めて法に登場した。もちろん、それ以前において、法的には、65歳以上の人がいなかったわけではない。事実上存在する65歳以上的人是、傷病や身体に障害があり、あるいは定められた基準以下の困窮状態にある場面により、制度上「65歳以上の身体障害者」や「貧困者」などの姿であられ、健康保険法や国民健康保険法、身体障害法あるいは生活保護法の対象となったのであった。

なぜ、法的に「一定の年齢以上の」人間＝高齢者という特定の年齢層を取り立てて概念化し、ある財やサービスを享受する地位あるいは資格を認めるのか。その答えにたどりつくうちに、かかる制度あるいは法規範に想定された人間像のあり方にかかわる考え方もうかがえるであろう。

達する」であり（独立行政法人農業者年金基金法（平成14年12月4日法律第127号）第28条）など。公的医療および介護保険制度について、後期高齢者医療広域連合の区域内に住所を有する「75歳以上の者」および法定障害状態にある「65歳以上75歳未満の者」を後期高齢者医療制度の被保険者とする（後期高齢者の医療の確保に関する法律（平成18年6月21日法律第83号）第50条）、介護保険の第1号被保険者の年齢要件は「65歳以上の者」で、サービス利用資格である「要介護者」・「要支援者」も原則的に「65歳以上の者」という年齢要件が定められる（介護保険法第7条第3、4項と第9条第1項）など。その他、一定条件を満たす「65歳以上の者」を居宅介護・施設入所措置の実施対象者とする（老人福祉法第5条の4、第10条の3、第10条の4、及び第11条）、定年を段階的に65歳に引き上げること（高齢者等の雇用の安定等に関する法律（昭和46年5月25日法律第68号）第9条、国家公務員制度改革基本法（平成20年6月13日法律第68号）第10条第3号）など。

- 9) すなわち、人間はすべて生まれながらにして平等に法的人格となり、自由意思主体＝個人＝法的人格者として定位した個人、という近代市民法の間人像を指す。しかし、この法的人格は、生きる人間の具体的差異を捨象しながら、その普遍的・抽象的諸属性を形式化したものである。広渡清吾『資本主義法の現在』民主主義科学者協会法律部会編『改憲・改革と法—自由・平等・民主主義が支える国家・社会をめざして』法律時報増刊（2008年）7頁を参照。近代市民法における人間像の虚偽性批判について、沼田稲次郎『社会法理論の総括』（勁草書房、1975年）56頁以下を参照。

- 10) 久塚純一・前掲注6・49頁を参照。

2 周知のように、封建社会から市民社会への転換において、自由に生き方や暮らし方を決定でき、他者に統制・支配されないという人格的に自立した人間像の確立は、同時に、自らの生活が他者に依存せずに自ら責任を持たなければならないことを意味した¹¹⁾。法的論理あるいは法制度上においても、「身分から契約へ」というスローガンのように、人間が自由意思の主体であり、すべて生まれながらにして平等に法的人格を有するものとして(形式的に)一律に扱われることが法的に定められた。ここでは、人々が例外なく商品所有者(労働者は自己の労働力の、資本家は生産手段の所有者)として、互いの合意にもとづいて対等平等で財貨の交換を行うことができる「自律的な強い人間」であると考えられてきた。このようにして、市民社会のすべての社会構成員¹²⁾が商品交換関係に組み込まれ、その生活のほとんどを市場から手に入れることが想定されたため、法的には私的自治の原則の確立が必要であったが、国家との関係では市民の自律性が主張され、強制法などによる国家の法的形成機能が必要最低限に限定されると考えられてきた。要するに、原則的に商品交換関係をつうじて個人の生活が保障されることが想定されるため、生活保障の問題もまた、商品交換市場を媒介する市場原理の枠の中で処理され、それと別個独立の法理にもとづく処理は必要と考えられていなかった¹³⁾。

11) すなわち生活自己責任原則である。秋元美世・前掲注6(「社会保障法と自立」)・9頁を参照。

12) なお注意すべきことは、近代市民法の下で、人間の関係について、生産・分業・交換という経済関係の中で諸個人の関係を基礎として把握することが中心となり、ここにいう権利主体が生活主体としての諸個人ではなく、商品交換市場に登場する商品所有者である。しかし、近代の市民社会では、形式的に権利能力や行為能力を認められたとしても、当然に市民社会の構成員になれるわけではなかった。当時、基本的には、市民社会の構成員は財産と教養に恵まれる家長(男性)のみ限定されていた。なぜなら、市民社会の取引関係に入っていくためには、一定の財産を所有していることが前提であり、また、当時、家長は家族の統率者として、その生産活動を統括するとともに、生産に必要なものを市場で調達したり、かつ、生産物を商品として市場で売ったりしていた。すなわち、家長相互の間には交換可能性があり、平等に自律的な市民として互いに財貨の交換を行うことができるからであった。吉田克己「民法における『人間像』の転換 近代から現代へ」法学セミナー 529号(1999年)34～35頁を参照。

13) 当時、夫優位の家長家族を前提とする家族モデルでは、家長たる高齢戸主の私的扶養体制はもちろん、家族内で構成員の一人としての精神的・肉体的および経済的弱者を保護し扶助することも強力に維持されていた。民法上の家族扶養義務、あるいは社会保障制度上よく使われている世帯単位原則、親族扶養優先原則などはその遺制の存在である。また、論理的に、資本主義的商品生産・交換を支える市場原理が「ギブ・アンド・テイクの交換的關係を『正義』とするところの

しかし、現実には市民間で実質的不平等と貧富の差が広がり、基本的な法律関係が労働者・消費者と企業との間のものへと変わり、経済的社会的力関係の不均衡が構造化され、経済的弱者の生活のリスクや困難が増大してきた。ついに、市場の法理をもってしても解決しえない個人の生活上のニーズをいかに法の視野にとりいれ、いかにして充足できるかに法の関心が寄せられるようになった。そこで、市場経済への依存性の緩和・調整を図るためにさまざまな形態と内容で国家が介入・調整せざるをえないことは周知のとおりである。かかる規範的根拠について、市場経済の論理にもとづく個人的レベルの交換的關係でなく、経済の論理を制約する新しい価値観への転換がみられる¹⁴⁾。そのうち、生活自己責任原則とのかかわりでの変化が大きく、いままで他者に依存しないことを意味する自助自立という考え方が修正を受け入れざるをえなくなった¹⁵⁾。

家族の扶養についてみれば、多くの国民が労働力の担い手となる現代資本主義社会においては、労働者が賃金の収入をもってその家族を扶養することは賃金といった経済法則の反映である一方、私的扶養は市場の法理(す

法原理]であり、原則としてそれと生活の原理が一致するため、生活保障の法理は独立の法理として市場の法理から分離する必要がなかった。ただ、個別的偶然的事情で商品交換関係によって生活を保障されない者についてのみ、例外的特殊的に生活保障の法を考慮すれば足りる。渡辺洋三「福祉についての権利論」法の科学第10号(1982年)105～106頁を参照。概して、他者に依存せざるをえない要扶養の子どもや高齢者などについて、かなりの部分は生活の基礎単位としての家族の中で対応されてきた。

14) これは、人間の関係をめぐって、従来市民法上捨棄された諸個人の様々な生活的側面を重要視し、また、それを前出の経済関係から分離し、相対的に独立した「生活」概念として把握したうえで、交換関係に基づく市場の法理と別個な生活の論理に適合的な法的仕組みを要請する、いわゆる社会権の登場である。ここでは、市民法のもとで例外とみなされ、商品交換を基礎とする交換的正義をよらない生活保障が逆に原則とされ、また、生活主体としての諸個人の権利保障とその構築という論理的問題を正面から取り上げられるようになった。渡辺洋三・前掲注13・106～107頁を参照。

15) 具体的には、労働者間の相互扶助制度としての共済組合や、さらにその発展形態としての社会保険制度に体现されている「集団的自助」といった考え方が受け入れられてからはじめ、しだいに物的・経済的支援のための社会的な仕組み—社会保障が展開してきたという点にあらわれる。秋元美世・前掲注6(「社会保障法と自立」)・10頁を参照。この制度経緯をさかのぼって、「賃金=労働力の再生産」の概念にもとづき、社会保障(の本質)を労働力再生産費の未払い分—いわば「社会的賃金」として取り戻すための措置として理解すれば、生活自己責任の原則の修正形態としての社会保障は、歴史的産物である。資本制社会における生活問題に対する国家政策の歴史的必然性を有するといえる。工藤恒夫『資本制社会保障の一般理論』(新日本出版、2003年)第1～4章までを参照。

なわち生活維持個人責任原則への依存)を前提とすることでもある。多就業世帯中心の家族構成に移行した社会生活構造のもとで、いったん雇用の機会が失われるとき、それまでの個人生活責任原則は行き詰まり、その限界が現れた。当時、法的対処は稼得機会や稼働能力の喪失原因をめぐって、所得保障にあわせ、対人的社会福祉サービスあるいは福祉関連給付などの制度を並立的・補足的に導入する試みがあった。とはいえ、1960年代以降、農村から若年労働者が都市へ大量に流出し、脱農業化と都市化が急速に押し進められていた。この流出化は、都市部での核家族現象を招き、それとともに、農村部では高齢者層の生活基盤が変わり、従来の「家」制度を中心とした、個人の生活および社会的集団生活維持のための社会的統制秩序を崩壊させてしまい、私的扶養体制が維持できなくなり、結局のところ、高齢者の扶養等の問題が深刻化し、さらなる法的対応が要請されるようになった¹⁶⁾。

3 そして、法的には、適用範囲を確定する際にして、高齢者など要保護者の範囲を画定してその概念をある程度具体化することが不可避である。適用対象のみならず、保護の内容や方法についても、利用者の具体的属性を特定して「保護の必要性」という形で定義し、さらに、一定の枠をはめることを適用条件にして、ある一定の社会階層の法的保護を目指す立法が展開されてきた¹⁷⁾。たとえば、老人福祉法上、サービスの利用資格や

16) 当時の高齢者問題は老後の生活(経済)不安と表す「貧」および「病」、社会生活における不安・孤立問題および家族からの疎外と表す「孤」という三つの現象として説明された。三浦文夫「高齢化社会と老人福祉」講座社会福祉第8巻『高齢化社会と社会福祉』(有斐閣、1983年)を参考。なお、老後の生活保障問題が社会問題化を示した要因は、戦後日本の私的扶養に関する法や政策、また、それと深くかわりあう社会的扶養に関する法政策の非対応性にあると指摘される。佐藤進「日本型福祉国家の法政策の展開過程—高齢化と社会的扶養の現実態とその問題を中心に—」福祉国家第4巻『日本の法と福祉』(東京大学出版会、1984年)133頁以下を参照。

17) この動きは市民法の一面性・虚偽性の反省として、個人主義的自由放任の原理ないし理念を「特定集団・社会」の特殊性に照応し、その福祉、経済的保障などために修正する社会法の誕生だと言われる。沼田稲次郎・前掲注9・386頁を参照。関連して、近年の憲法学においても、人権と人間的現実の関係に関心を傾注し、「人一般としての個人ゆえに権利の主体とされるようになる」という「人権の近代性」の意義を重視しながら、当事者のおかれた個別具体的状況に関して法理論上どこまで配慮しうるか、どのアプローチが有効かについて、さまざまな検討が行われ、「近代国家による『人』(人格)の一括承認という古典的定式を、現代社会の多元的文脈において『組み替える』」企図が示される。その具体的論点としては、自

権限発動条件を設定する際に、同制度に措定された利用者像—特定された高齢者の属性—は具体的に取り込まれ、在宅介護サービスあるいは老人ホームへの入所等措置権限の発動条件として、「65歳以上の者」のみならず、「身体上又は精神上の障害がある」あるいは「認知症である」ために「日常生活を営むのに支障がある」こと（同法第10条の3、第10条の4各項各号）、あるいは「環境上の理由および経済的理由」により在宅介護が困難であること（第11条第1項第1号）、「養護者がいないか」または「養護者の養護が不相当である」こと（同項第3号）などがあげられる。

このように、法的に、高齢者の特殊性を取り上げ、人間一般ではなく、要保護の特定集団に法的保護を与える動きは、生きた人間の具体的差異を積極的に認める意味とともに、近代市民法における「自律した強い人間」像から現代市民法における「保護を必要とする弱い人間」への人間像の転換をも見出すことができるだろう。むろん、日本国憲法第25条にいう「健康で文化的最低限度な生活を営む権利」の規範意義はここにあり、自律（立）した健全な個人のみならず、貧困や障害または老齢によって精神的・身体的・経済的自律性が不十分な個人をも人権論の射程におくべきことは当然である¹⁸⁾。

二 「保護＝服従の構造」における受動的利用者

1 従来、日本の社会保障制度は、受給事由（要保護の原因）にもとづいて受給主体が類型化されて、ニーズと給付も標準化されている。それは労働力の再生産の保障といった前提で、組織労働者の共済制度（社会保険）

己決定権をさまざまな角度から分析したものであり、また、「個人の生の尊重」や「自律」的個人像をめぐる近時の議論もその一端である。近時の検討について尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011年）第3章を参照。

- 18) 高齢者の人権というテーマの捉え方について、「憲法上の問題につきつめれば、それは憲法第13条の個人の尊重（人権の尊重）と、25条の生存権に到達することになる」（橋本公亘「老人の人権と病人の人権」同『国政と人権』（有斐閣、1989年）215頁を参照）という指摘は示唆的である。権利問題について高齢者は未成年者や女性と異質なものははっきりいえず、抽象的に高齢者の人権を語ることより、具体的にかかる福祉制度における利用者の人権という論じ方が望ましい（竹中勲「高齢者の人権と憲法学（1）」産大法学28巻3・4号（1995年）145頁を参照）。なお、いわゆる高齢者法や高齢者法学のような「層としての高齢者」に関する法制度・法理論の動きに対しても、「高齢者における『層（＝集団）』と『個（＝個人）』との緊張関係」に留意すべきである。

と救貧制度から発達してきた公的扶助との2つから構成され、主に労働力喪失の補填にもとづく所得保障を中心に展開してきた¹⁹⁾。高齢者福祉を含む対人福祉サービスの保障はこの延長線上に、経済成長の恩恵物という方向性をもつものであって、せいぜい所得保障に対してそれを補充・代替する機能をもつといった程度にすぎなかった²⁰⁾。

介護保険法施行前まで、老人福祉法を中心に展開されてきた高齢者福祉制度においては、法の基本的仕組みとして、法律上の権利発生要件と内容(法的効果)がやや不透明であり、実体法だけではなく、手続法の側面においても、権利としての形成は徹底されてなかった²¹⁾。このため、行政による認定決定などの行為を具体的な請求権の成立要件と解するか否かにより、かかる給付の受給の法的性質すなわち請求権の存否が左右されるため、利用者が請求できる法的地位の有無はやや曖昧であった。また、給付の実施に至る過程全般にわたって、国や地方公共団体などの公的行政主体がきわめて強力な関与を行ってきたことも、その特徴であった。こうした職権

19) 西原道雄＝小川政亮「日本社会保障法の問題点」小川政亮ほか編『岩波講座第10巻現代法と労働』(1965年)327～340頁および347頁(西原道雄執筆)を参照。戦後日本社会保障制度形成の一応の到達点と称された皆保険・皆年金体制が、日本の社会保険制度の原型ともいわれてる。それは、主に従来労働力の保全と再生産を図る職域保険における被保険者(被用者・常用労働者)とその扶養者の範囲を徐々に拡大したことによって展開してきたとともに、被用者保険に加入できない自営業者や非正規・非常用労働者について別途に地域保険を用意したわけであった。その制度設計上、正規・常用労働者を中心に(職域)被用者保険を組織し、自営業者や非正規・非常用労働者を(非被用者)地域保険に包摂したのであった。かかる連帯の基礎を労働者と地域住民に求め、労働者の連帯を正規・常用労働者に制限し、非正規労働者を地域住民の連帯に委ねる政策であった。近時の文献について、阿部和光「社会保険の形成と展開」河野ほか『社会保険改革の法理と将来像』(法律文化社、2010年)などである。

20) 戦後日本の社会保障政策において、どのような技術形態を取ろうとも、生活保障のあり方は主に現金給付体系＝所得保障を中心に展開してきた。それに対して、非経済的保障の対人的社会福祉サービスは極めて「補足的・補充的位置」におかれた。この流れは1980年の福祉見直し論に関連してさらに強く議論されつつある。これらの所論により、将来の社会保障制度の構想に関して、一応、生活保障の軸として社会保険や公的扶助等の技術形態のいずれをとりようとも、所得保障体系の完結を前提に、社会福祉サービスは市場で個人のニーズを即する対人的サービスおよび福祉関連給付を、「商品」として求めるものである。佐藤進「社会福祉サービスと受益者の権利」講座社会保障第5巻『生活と福祉の課題』(総合労働研究所、1981年)208頁を参照。また、この考え方は介護保険制度のみならず、社会福祉基礎構造改革とその後の支援費制度の基本構想として、現行の日本社会福祉制度に定着したといえる。

21) 措置制度における福祉サービスの受給権利についての検討は、拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成(1)」名大法政論集第249号(2013年)26～34頁を参照。

主義的に構成された法的仕組みにおいて、かかる利用者が国家により保護されるべき「客体」と認識されてきた。例えば、老人福祉法上、「老人は多年にわたり社会の進展に寄与してきた者として、かつ、豊富な知識と経験を有する者として、敬愛される・・・」（同法第2条）²²⁾、「国および地方公共団体は老人の福祉を増進する責務を有」し（第4条第1項）、市町村は必要に応じて、居宅介護サービスあるいは老人ホームの入所等の措置をとるべきものとされており（第10条の4および第11条）、この必要な措置を積極的に実施するとともに、民間老人福祉事業者の活動との連携および調整等支援体制の整備に努めるべきである（第10条の3第1項）。さらに、前述した措置権限の発動前提として、「市町村は老人の福祉に関し、必要な実情の把握に努めること。」（第5条の4第2項第1号）となっているため、居宅介護サービスや老人ホームの入所を必要とする高齢者にとって、措置を受けることによりかかる給付を受給することは「利用者に与えられた権利ではなく、単に公的機関に措置義務があることから派生する反射的利益である」という行政解釈がなされた²³⁾。このようにして、一見積極的に見える老人福祉行政は、実際には、措置権者の市町村に給付の可否、さらに給付内容の程度を決定する裁量権を与える結果を生じた²⁴⁾。結局のところ、利用者側の高齢者は権利主体でなく、管理の対象でしかない「客体」的存在だと考えられた。

2 法制度上、なぜ、かつては高齢者福祉の利用者が「客体」として受動的地位に置かれるか、という問題について考えてみよう。従来高齢者福祉の利用を経済成長の恩恵として扱ってきた制度背景とのかかわりが深い。これが要因の一つである。高齢者福祉サービスの本質とその利用過程に内在する利用者の従属的特性がもう一つの要因でもある。

まず、前者に関して、高齢者福祉制度形成の基本的考え方を探り、法制度上利用者の受動的地位形成の構造的な原因を検討する。戦後日本の高齢

22) これは労働力としての有用性を基準とする発想だともいわれる。橋本宏子『高齢者保障の研究—政策展開と法的視角—』（総合労働研究所、1981年）9頁を参照。

23) 厚生省社会局老人福祉課監修『改訂老人福祉法の解説〔改訂版〕』（中央法規出版、1987年）88～89頁を参照。

24) この職権主義的構成が2000年介護保険制度施行後にも維持されている。兩制度の併行により、高齢者福祉をめぐる権利実現は二重構造となっている。

者福祉制度は1963年老人福祉法の制定により形式的に登場した。当時は、平均寿命が伸び、高齢化が進み始めた時期であった一方、高度経済成長期における都市集中化・産業化に代表される『新しい貧困』現象が明らかになった。老人福祉法の制定は、「高齢人口の増加、『私的扶養の減退』という状況のもとで、老人問題が新しい段階を迎えたことを反映するものといえ」る²⁵⁾。1973年の老人福祉法改正も寝たきり高齢者問題を対応するために、居宅介護サービスを提供する老人家庭奉仕員、または老人ホームの入所などを制度化するものであった。

ところで、上記の老人福祉法は、扶養共同体的機能を強制する家族観が強く働き²⁶⁾、家族による扶養困難の低所得高齢者層を法の適用対象として規定する。同法の制定により「高齢者のような労働力価値の希薄なハンディキャップを、生活保護法の範囲から除外し、老人福祉法の名のもとに、その処遇を現状の生活保護法以下の水準を固定化する『生活保護人員の量的削減対策』の方向で機能」したという側面があった²⁷⁾。有力に批判されて

25) 橋本宏子・前掲注7・234頁を参照。

26) 橋本宏子・前掲注22・133～142頁を参照。戦後の日本では、「家」が廃止されたとはいえず、「現実の家族=世帯が、国家権力による把握と規制の対象となり、また多くの政策と法の展開の前提として依存されるものとなったことが理解されるだろう。... 家族制度の収斂過程の帰結は... 国家及び経済社会を安定させる基礎としての位置づけを与え、かつそのことを通じて、『扶養共同体』としての機能をも十分に発揮できるものになりたい...」と。それに、住民登録制度は世帯を扶養共同体と把握する手段であり、それを通じて、生活保護法を含むさまざまな社会保障政策上、「びぼう的な世帯強化策や、イデオロギー操作の強化がみられることになる」利谷信義「戦後の家族政策と家族法」福島正夫編『家族1総論 政策と法』（東京大学出版会、1975年）117～120頁を参照。また、社会保障立法上定着している世帯概念は、「世帯を同じくするとされた成員を一律に扶養法的関係にある家族員的地位に近接ないし同化させる機能を賦与され、多くの手続上、「行財政的事務の便宜と能率的観点から、世帯主に代理・代行・代表的ないし連帯責任的地位を与えている」小川政亮「世帯概念の成立と機能」小川政亮著作集第4巻『家族・子どもと社会保障』（大月書店、2007年）36～37頁を参照。そして、1980年代以降、家族介護を中心に、その支援のための「在宅ケア」政策が具体化されたことも、「家族の意思に基づく扶養」の支えということを意味し、結果として「義務としての扶養」を強制する傾向は見られる（利谷信義「老後の扶養と人権—家族と社会保障」法律時報65巻12号（1993年）67頁を参照）。また、当時「日本型福祉社会」という考え方もその延長線として捉えられ、かかる「日本的性格とは本来の社会保障制度の未熟をカバーするために、家族と地域社会とにより一層依存することにはかならない」小川政亮「福祉と家族—老親扶養を中心に—」福祉国家第4巻『日本の法と福祉』（東京大学出版会、1984年）185頁を参照。

27) 橋本宏子・前掲注7・230頁を参照。ちなみに、1960年代高度経済成長期における労働力流動化政策は稼働能力あるものの生活保護の打ち切りを促進したことであった。老人福祉法の施行時点（1963年8月）から、保護施設としての養老施

いるとおり戦後日本の社会保障観に関して、経済成長優先政策をもって、経済成長に伴う国民所得を増加させながら、経済的弱者と呼ばれる者の所得水準をも向上させ、社会保障制度の漸次的拡大により国民の生存権の実現を図るという発想が、主流であった²⁸⁾。しかし、労働能力に制約を持って直接生産に結びつかない高齢者は経済成長の恩恵を受けなかった。そのため、1960年代の国民皆保険・皆年金体制を経て、70歳以上の老人医療費支援制度（高齢者の医療費負担の無料化）や公的年金の給付額の引き上げなどの所得保障により、所得の再配分を行い、経済成長期における高齢者と勤労国民間の所得格差を埋めようとした。そこでは、老人福祉法にもとづく老人家庭奉仕員の派遣および老人ホームの入所が前述の所得保障政策を補充・代替する一方、従来所得保障政策上労働力のないものの「劣等待遇」要素も当然に取り込まれていた。

老人福祉法には、利用の開始について申請手続が明記されず、「必要な実情」の把握を理由に、権限発動の要否については措置権者（行政庁）の専門的判断が最適だと認められ、受給者の資格について「必要」と認められた高齢者のみに限定する。高齢者福祉の利用については職権による措置とされており、居宅介護サービスを行政庁の権能である「できる給付」、老人ホームの入所を行政庁の「義務給付」と解し、また、利用者の「必要性」および給付の「最適性」等利用規制の介在により、措置の可否のみならず、給付内容の適否を含め、すべて措置権限者の裁量にもとづくものと考えてきた。その際、福祉政策の実施に要する財源は福祉の公平的配分という政策的要請として問われてきた。また、後述する専門性の要請およ

設の収容者が老人福祉法上の措置へ移しかえられたため、60歳以上の生活保護者数が一時的に減少したのは事実であった。この頃、老人福祉法以外、精神薄弱者福祉法または母子福祉法を含む福祉立法は続々生活保護法から独立して新たに制定され、稼働能力を欠いた高齢者や障害者等不安定層の対策として行われたのであった。しかし、かかる制度は経済のひずみを是正することがその本来の目的であるものの、実際に、労働力のない者の「劣等処遇」としての役割を担ったと指摘された。橋本宏子・前掲注22・163頁を参照。

28) この滴り効果を期待する成長政策をもって社会保障制度の充実を図る戦略は「福祉元年」と称された1973年まで持続した。しかし、1973年秋のオイル・ショックを境に、その終焉を迎えた。高度経済成長の持続が不可能になり、低成長に移行する中で、財政難は直視せざるをえなかった問題であった。政策的には社会保障制度の拡大に歯止めがかけられ、福祉充実のために支出の増大に見込まれる経費について「真に必要とされる分野・階層等に適切な給付を」重点的に振り向けられるべきという姿勢に変わった。

び公平的配分の政策的要請の両方とも考慮事項としてなお整序しなければならない。それゆえ、福祉利用関係の確定に至る手続の過程で、給付を行うか否かあるいはどのような給付を行うかについて行政の裁量の余地があり、利用者は裁量決定の内容にしたがうものとされる。結果、利用者個人の要保護状態と必要な処遇内容の整合性・照応関係を判断する際に、福祉利用について行政庁による専門技術・政策的判断がなお中心をなし、利用者は従属的な地位におかれ、その主体的意思には重きがおかれてこなかった。さらに、利用者は行政との関係で「保護されるべき客体」とされる。したがって、従来、権利としての福祉利用の捉え方がきわめて弱く、要保護者・被保護者に対して行政による恣意的支配が横行し、その反面、他者から保護を受け、依存する者は保護者に服従しなければならない構造が形成されることとなった²⁹⁾。

3 また、福祉利用の際に、さまざまな形でサービスの提供主体に対する利用者の依存性・従属性が生じる余地もある。

そもそも高齢者福祉サービスの本質とその利用過程における利用者の従属的特性があるため、この特性のために、高齢者福祉利用の可否またはその内容の当否に関する判断のみならず、給付内容の受給過程にも、措置権限者である行政側あるいは実際の福祉サービス提供者の専門的裁量に任せざるをえないという側面がある。制度上、この特徴を踏まえ、高齢者福祉の利用についてその権利実現の最適方法・手段の判断を措置権者等の裁量にゆだねるという職権主義的仕組みをとるのは当然だともいえる。しかしながら、この依存・従属性は、単に、福祉実施機関が福祉措置の裁量権限を付与されていることから生ずるものだけではなく、そもそも要介護・援護ニーズの特性に内在するものであり、福祉サービスの専門性から生ずるものだというべきである。節を改めて論ずる。

29) 社会福祉行政においては、権利保障の仕組みとしての性格が希薄であり、その帰結として保護実施者への服従が所与のこととされてきた。こうした権利の確立を欠いた保護と服従との裏腹の関係について、「近代的自己決定=自己責任原理、およびそれと表裏をなす保護=服従構造」は生存権保障制度の機能を妨げてきた、という指摘がある。笹沼弘志『ホームレスと自立/排除』（大月書店、2008年）72頁を参照。

三 高齢者福祉利用の従属性

1 高齢者福祉利用の従属的特徴について、高齢者福祉ニーズの特性、給付内容の専門性および福祉裁量の介在、の三点からその原因を解明したい。

まず、高齢者福祉の従属性は元来、高齢者福祉の本質に潜むものだと考えられる。その理由は高齢者福祉ニーズの特性にある。高齢者福祉の利用者は、加齢によって精神的・身体的自律性が徐々に低下しつつある高齢者であり、各々生活障害を抱え、歩行・食事・入浴等日常生活の要求を実現するため、何らかの援護を必要とする人々である。そのニーズは比較的軽微な家事の世話から、より専門的な介護および機能的回復訓練まで多様であり、また、個々の要保障者の要援護状態は千差万別である。福祉従事者の介助は、要介護・要援護高齢者にとって、程度差こそあれ、それを受けずには日常生活が不可能となると考えられる。また、實際上、要介護・援護の高齢者は精神的自律性の減退や専門的知識の不足のため、自らニーズまたは必要となるサービスを判断しにくく、福祉従事者の行う介助に頼らざるをえないという事例は少なくない。ちなみに、高齢者の要援護性が人間として最も基礎的な自主性・主体性を実現・回復しようとするニーズにある。また、他者（福祉従事者等）の介助に依存するほかにないという特性がある。そして、利用者の要介護・援護状態の厳しさ—福祉ニーズの要援護性が高ければ高いほど、福祉従事者等の介助への依存度または従属性が高くなるという傾向—がある。

2 適切な介護サービスの実施については、量的側面のみならず、最も望ましい状態となるように提供されるか否かという質的側面も問題となり、常に変化しつつある利用者のニーズに応ずるため、介護・援護サービスの方法や手段も多岐にわたる。こうした個々の要介護高齢者の要介護状態の多様性と常時的な可変性に対応するためには、その要介護状態などの調査・判定、給付内容の決定およびサービスの実施という各段階において、専門的知識や経験にもとづく専門技術的判断がなされる必要がある。たとえば、老人福祉法にもとづき老人ホームへの入所措置をする場合に、入所措置の基準により入所者となるべき老人の健康状態、日常生活動作の状況、精神の状況、家族状況または住居の状況などを調査した上で、総合的に判

定しなければならないことはその具体例である³⁰⁾。もちろん、個々の利用者の要援護性により、ここにいる専門性には程度の差が存する。高齢者福祉の利用過程において、サービスの提供に要求される専門性の程度が高ければ高いほど、利用者の需要の程度が高くなり、そして専門家たる福祉従事者への依存性または従属性も強まるであろう。

3 福祉利用の要否またはその内容の当否に関する判断のみならず、サービスの給付過程においても、福祉サービスの提供者側に専門技術的裁量を認めざるをえないことは、福祉ニーズの特性とそれにもとづくサービス給付の専門性から導かれた制度上の帰結である。福祉ニーズの特性および給付内容の専門性から生み出される技術的要請ともいえよう。措置決定を適切な福祉利用の確保のための法的仕組みとする措置制度では、行政庁の裁量権行使について専門性の要請および公平的配分の政策的要請の二つの要請からその正当性理由を説明することができる。ここには、専門技術的・政策的判断に関し委ねられた裁量の範囲が大きいほど、利用者に対する福祉実施機関などの支配の度合も強まり、その反面として、利用者の従属性もいっそう顕著になる。措置による福祉利用においては、措置決定について福祉実施機関などが一方的権限を付与されているからこそ、措置権者に対する利用者の従属的地位がより固定化されることは、従来から指摘されてきた。また、受け手の利用者と実施機関との間に一定の交渉関係が存在するが、ただ、この交渉関係が一様ではない。個々の高齢者の要援護性の程度差により、すべての高齢者が実際に福祉実施機関等と交渉できる地位を有するとはいいがたい。とりわけ、経済的にあまり自己資源を保有せず、代わりに福祉サービスの供給を期待する低所得者層にとってはいっそう厳しい。利用情報や関連法制度の適用のみならず、利用可能な救済手段等について把握できず、交渉力を欠いている場合が多いため、低所得高齢者層において福祉利用の従属傾向が強いともいえよう³¹⁾。

30) 新たな「老人ホームへの入所の入所措置等の指針について」(平成18年3月31日付け老発第0331028号厚生労働省老健局長通知)の「第四 老人ホームへの入所措置の基準 1 養護老人ホームに関する判定事項」を参照。

31) 河野正輝『社会福祉の権利構造』(有斐閣、1991年)70頁および111頁を参照。

四「その有する能力に応じ自立した日常生活を営む」高齢者へ

1 1990年代半ば以降になると、社会保障システムの全体的見直しとしてのいわゆる社会保障「構造改革」が始まり、高齢者福祉分野においても、公的供給体制の見直しと民間参入の容認を含む福祉供給主体の複数化とともに、「利用者の選択」や「利用者本位の仕組みの重視」を強調し、また、従来福祉サービス利用の必要性判断の際にあまり重視されてこなかった利用者の主体性価値、すなわち選択の自由を法的に取り戻そうという視点に立ち³²⁾、利用者とサービス提供者との契約関係への移行—いわゆる「措置利用から契約利用へ」と移行させる制度改革—がすすめられてきた。そのなかで、介護保険法によりはじめて制度化された仕組みが存する。すなわち、介護サービスの提供に関して、営利・非営利の別を問わずに供給主体を複数化し、より多様で効率的なサービス供給を目指しながら、他方で、要介護者の該当性とその要介護状態の区分に係る市町村の認定を受けることを前提に（同法第19条）、介護内容の具体的形成について、介護支援専門員の援助による介護サービス計画の作成（8条23項）および指定居宅サービス事業者の自己選定（41条3項）といった契約手法を用いることにより、利用者の選択権行使や自己決定の実現を図る、という仕組みである³³⁾。

2 ここでは、利用者個人の嗜好を反映できるよう、このような利用手続の契約化をすすめることにより、従前の措置制度上の申請または受給権をめぐる権利性の問題は緩和されたといわれる。また、前述した福祉に係る専門性と利用者の主体性³⁴⁾尊重の両立という問題を調和的に解決しようとする意図をみて

32) 厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『高齢者介護保険制度の創設について—審議の概要・国民の議論を深めるために（老人福祉保険審議会報告書・厚生省介護保険制度案大綱）』（ぎょうせい、1996年）25頁、池田省三「社会福祉政策を転換する介護保険」ジュリスト1131号（1998年）34～35頁を参照。福祉サービス提供の契約方式への転換について、「消費者契約としての性格」が活発に議論されている（代表的な研究として、岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）、笠井修「福祉契約と契約責任」新井=秋元=本沢編著『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）、中野妙子「介護保険法および障害者自立支援法と契約」季刊社会保障研究45巻1号（2009年）など）。

33) 拙稿・前掲注21・42頁以下および同「適切な福祉利用の確保とその公法的構成（2）」名大法政論集第251号（2013年）238～241頁を参照。

34) 主体性という概念は厳密な法的意味を有するものとはいいがたいが、とりあえず、制度変革に伴う利用者の法的地位の変化に関して、従前のような措置決定に

とることができる。すなわち、介護保険法においては、措置制度における弊害—利用者の受動的地位とそれにより生じた権利性の弱さなどの権利性阻害要因—を克服して利用者の主体性を回復するために、介護サービスの利用者事業者と対等な地位にあるものとして位置づけるという体裁がとられている。合意にもとづく給付内容の形成という契約的手法の導入によって、介護サービスの内容の具体的形成を利用者と提供者との間の交渉に委ねる一方、利用者の選択と専門技術的政策的判断の間の齟齬を可能な限り防止するために、介護利用に係る実施プロセスを複数の段階に区分し、要介護等認定と介護契約の二つの段階の組合せにより福祉利用に係るニーズ判定を行う。ここでは、ニーズ判定の適正性の担保を、二つの段階の機能分担に託そうとしている。それに、介護サービスの利用プロセスにおいては、契約手法の採用により利用者の選択権行使を保障し、適切な利用状態を求めると同時に、要介護状態の判定や介護サービス計画の作成などに対する専門家の参加という法的仕組みを通じて、要介護高齢者の契約当事者としての対等な地位が法的に補完されているといえよう³⁵⁾。何よりも、介護サービスの利用にあたっては、専門家の参加が介護サービス水準の向上に資するものであり、不可欠の条件でもある。そのため、介護サービスを担う専門家らの労働条件等権利保障を通じて、介護サービスを利用する要介護者にとっての役務水準を向上しようとすることも重要である。

3 介護保険法 41 条 3 項の法意に照らせば、利用者が介護サービス提供者を選択する権利を有する。ところが、介護保険制度における契約手法は「問題解決のための政策手段という性格を明確に帯びている³⁶⁾」。法的には、介護保険利用関係の契約化に示される選択自由のフィクション性を認めざるをえなく³⁷⁾、介護サービス利用の従属性に応じて、これまでの契約自由

服して福祉給付を受ける受動的な地位から、福祉利用の実現過程で能動的な権利主体として利用内容の形成を決定できる積極的な地位へ、という変化を説明するために、主体性という表現を用いる意味が認められると考えられる。本稿では、問題発見という意図で、かつて利用者のおかれた従属的・客体的な法的地位に対置するための概念として主体性という用語を用いる。

35) 拙稿・前掲注 33・269 頁以下を参照。

36) 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点—社会保障法と消費者法との交錯—」季刊社会保障 35 卷 3 号 (1999 年) 252 頁、又坂常人「契約による福祉と行政の責任」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』(有斐閣、2001 年) 861 頁を参照。

37) 額田洋一「福祉契約序説」自由と正義 2001 年 5 月号 (2001 年) 15 頁、又坂常

の原則の修正ないし消費者保護という観点にとどまらない行政関与および権利擁護の仕組みが定められる。介護サービスの専門技術的要請にもとづくだけでなく、潜在的利用者との調整を図るための要介護等認定や、契約締結能力の向上にとどまらない契約内容の適正性の確保のための介護支援専門員による介護サービス計画の作成（8条23項、8条の2第18項）といった個々の関与手法は、対等な当事者としての「実質的な」交渉・合意を確保するための総合的な仕組みとして制度化される³⁸⁾。よって、要介護高齢者個人の契約交渉能力を補完して、各々の利用者が本当の意味での自己決定を行えよう、「その有する能力に応じ自立した日常生活を営む」高齢者像を担保しようとするものでなければならない。

おわりに

以上、制度化された高齢者の法的意味を確かめたうえで、老人福祉法に定められた高齢者の虚像とその権利実態を論じようとした。實際上、経済成長志向的かつ職権主義的の制度構成の下で、高齢者福祉の利用者がかかる権利の主体とはいいいにくく、単に高齢者福祉の受け手であり、公に「保護されるべき客体」とされてきた。かかる受給の権利性が曖昧になったのはこの受動的地位の形成とのかかわりが深いと考えられる。確かに、職権主義的給付構造上、利用者の主体性・自主性の観点が欠落することがその原因とよく指摘される。しかしながら、職権主義的の制度構成と解釈論の桎梏がその唯一の原因ではなく、福祉利用の従属的特性こそがその主な要因だと論じた。そして、論理上のみならず、実際上でも、福祉利用の従属性要因とみなされる福祉裁量の存在理由または必要性は、福祉ニーズの特性とその特性にもとづく給付の専門性から引き出されたことがわかった。

また、といったことは、福祉の「準市場」化あるいは「民間開放」さらには公私「協働」の動向のなかにおいても、変わることがない。介護保険法においては、介護利用の権利実現過程における利用者の意思を反映すること、その

人・前掲注36・862頁、河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）153～154頁、秋元美世「措置から契約へ—社会福祉と契約—」法の科学第40号（2009年）81頁以下などを参照。

38) 拙稿・前掲注33・270～275頁を参照。

選択の「自由」を制度的に保障することが意識的に組み入れられている。介護サービス利用関係の形成にあたっては、被保険者・利用者が自主的・積極的に参画し、自らの選好によって介護内容の具体的形成に関する意思決定を行うことは想定されている。こうした私的主体が何らかの形で法秩序の共同形成に寄与する点が見受けられる。そして、介護保険法では、法律関係の形成に参画する主体として介護サービス利用者を位置づけ、対等な当事者としての地位を確立するという点において、能動的に働きかける私的主体を積極にとらえる協働の現象に接近することも見受けられる³⁹⁾。ただし、権利保障の脈絡の下で以上の種々の法的仕組みを包括的に理解するならば、そこに、民法法に対する行政法あるいは公的コントロールの独自の存在の意義が有すると考えられる。もちろん、かかる公的関与の制度化に関しては、多種多様な手法を視野に取り入れ、さらなる法的検証を行う作業が必要である。これは今後の課題としたい。

最後に、すでに高齢者介護問題に直面する東アジア諸国のうち、少なくとも韓国、中国あるいは台湾では、高齢者介護をめぐる保障制度についてそれぞれ独自の政策的対応や法制度整備が行われる動きはみられる。ところが、介護サービスの保障についていかにして制度化するか、また制度化しても、そこに現れた高齢者像が決して一様とはいえない。外国法の比較研究に際して、日本をその素材にして、介護サービスの保障制度における高齢者のあるべき姿をあらためて確かめようとするのは、かかる権利保障方法の再考にとって共通点や差異を浮き彫りにするという意味があるといえる。とりわけ、台湾では、2015年に介護サービス法が制定されたが、その財源調達のための公的介護保険法案が政権交代によって廃案となった。にもかかわらず、限られた税財源をもとにいわゆる「介護10年計画2.0(2017～2026年)」が2017年から実施されている。この折、要介護高齢者がいかにとらえられるのかは制度上はつきり認識されたとは言いがたい。そこで問題は、日本における高齢者福祉利用者の法的位相を検証した、本稿のような作業を行うことで認識されるようになる台湾の現状がどのようなものかである。その分析は他日を期さなければならない。

39) 私的主体による協働現象がいかなる公法的意味を有するかについて、紙野健二「協働論の方法、論点および課題」法律時報81巻4号(2009年)101～104頁では、個々の法分野における「国民の権利や利益の保障のために求められる国家・行政のあり方に応じて、協働の適否もしくは要否、その条件または存在形態」が多義的であることから、それぞれの条件整備のあり方をふまえて、その根拠づけ、実体的・手続的規律および責任法理の構築を行うべきである、と説かれている。