

アメリカ高齢者法の沿革

関ふ佐子

一、高齢者法 (Elder Law) の概要

1. 高齢者法の可能性

アメリカには社会保障法という法分野は存在せず、わが国で社会保障法として扱われている領域は、医療関係法 (Health Law)、貧困者法 (Poverty Law)、障害者法 (Disability Law) といった個別の分野として確立されている。こうしたなかで、高齢者をとりまく法律問題の増大を反映し、「高齢者法」という一つの世代を対象とする法分野が誕生した。

「高齢者法」は、対象を高齢者に特化した法分野であるがゆえに、高齢者特有の課題に焦点をあて、高齢者をめぐる法理論の究明を試みている。そして、高齢者にかかわる法制度全般を対象とし、横断的に検証する学問領域となっている。例えば、社会保障制度のみならず、従来わが国では民事法の領域とされてきた成年後見制度を対象とするなど、わが国では社会保障法、労働法、家族法、医事法、刑事法といった各領域でそれぞれ取り扱っている課題を、高齢者という視点から体系的に考察する法分野となっている。

アメリカにおいて高齢者法が誕生したのは、高齢者が他とは異なる社会保障

制度を必要とする法主体であると捉えられたためであろう。アメリカは、社会保障(公的な保障)の役割を鋭く問い続けてきた国であるからこそ、保障の対象として高齢者を抽出するという、比較法的にみても特徴的な制度を構築した。高齢者をとりまく問題を体系的に取り扱う高齢者法の確立は、高齢者を特別視するアメリカの社会保障制度の実態を浮き彫りにするものである。さらに高齢者法は、高齢者の特徴や高齢者に対して公的な保障を行う意義や範囲を考察する上で有用な素材を提供しており、アメリカの高齢者法から学ぶ意義は大きい。高齢者法という法分野について、わが国でも耳にする機会が増えてきた。2007年9月の日米法学会は、「高齢者法にみるアメリカの社会保障」というテーマのシンポジウムを開催した¹⁾。

本稿では、こうした高齢者法の内容と沿革を説明する²⁾。この作業は、今後わが国において、高齢者にかかわる法分野を発展させてゆく上での指針となる。というのも、高齢者をめぐる法的問題が深刻化するわが国でも、高齢者に焦点をあてた研究や実務の必要性が出現しており、アメリカで高齢者法という法分野が体系化されていった軌跡を辿っているからである。研究としては、わが国では2002年に、はじめて『高齢者法』と題する著作が出版された³⁾。

実務では、弁護士会が、高齢者をめぐる問題に特化した委員会などを作り、その法律問題の解決に取り組みつつある。1995年の福岡弁護士会北九州部会による「高齢者あんしん法律相談」、1996年の名古屋弁護士会での「高齢者110番」、1997年の東京第二弁護士会による「高齢者財産管理センター」などの開設を皮切りに、各地の弁護士会が高齢者の財産管理の問題解決を始めていった。例えば横浜弁護士会は、会内でこの問題に取り組んできた興石英雄弁護士によると、1997年に「高齢者・障害者財産管理(支援)センター」の設立を計画した。その後、弁護士会としては高齢者・障害者支援センターは設けず、神奈川県社会福祉協議会が運営する「かながわ権利擁護相談センター」(あしすと)と、横浜市社会福祉協議会が運営する「横浜生活あんしんセンター」と連携する形で、2001年に弁護士会が設置した「高齢者と障害者の権利に関

する委員会」が各センターとの窓口となり活動してきている。社会福祉士などの福祉の専門家にも法律相談の場に関与してもらうことにより、福祉的な相談にも対応できる形としている点が横浜弁護士会の特徴である。また横浜弁護士会では、2007年より高齢者・障害者のための専門法律相談窓口を週1回開設するとともに、弁護士会まで来られない高齢者・障害者のための出張法律相談も検討中である⁹⁾。日弁連は、2001年開催の日弁連人権擁護大会でのシンポジウム「契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える」を契機に、翌2002年度から「高齢者・障害者権利擁護の集い」を開催している¹⁰⁾。

弁護士の活動領域は広がりつつある。横須賀市では、成年後見の市長申立てにおける第三者後見人確保の目的や、市が把握した高齢者・障害者の権利侵害を解決するために、関連職種や団体とネットワークを構築することをめざして、平成16年から2ヶ月に一度「成年後見制度情報交換会」が開催されてきた。これには、弁護士、司法書士、行政書士、社会福祉士、家庭裁判所の書記官と調査官、社会福祉協議会、市役所（長寿社会課、障害福祉課）など20名前後の者が参加している。関連職種や団体とのネットワークの構築により、市が高齢者・障害者の権利侵害事案を把握した場合は、このネットワークが対応を討議し、適切な職種に具体的対応を依頼している¹¹⁾。弁護士は、権利侵害を受けた高齢者の代理人になったり、市長申立てによる後見開始の第三者後見人になったり、高齢者の虐待事件を担当している。高齢社会では、このようなネットワークが各地域に構築されることがますます求められていくであろう。

こうしたわが国の実務と学界の動向は、アメリカで高齢者法という法分野が確立していった軌跡に通じるところがある。わが国もロースクールの発展と弁護士数の増加から、将来的に高齢者法という法分野へのニーズが高まろう。以下では、それを示唆するアメリカの経験を紹介する。

2. 高齢者法とは何か¹²⁾

高齢者法は¹³⁾、一般的に65歳以上の者を指す「高齢者」にかかわる法実務

を反映させた法分野である。「高齢者」という用語は、時として、60歳以上、55歳以上、さらには退職者といったより若い年代の者を指す言葉として使用されている⁹⁾。このなかで、65歳以上の者を意味する場合が多いのは、これが伝統的な定年年齢であり¹⁰⁾、かつ当初は公的退職年金の支給開始年齢だったからである¹¹⁾。とはいえ、ここでは、何歳からという厳密な年齢は重要ではない。ある一定の年齢を境に、それ以上を高齢者として区別することの意義が肝要となる。

高齢者法の内容は、二つの分野が中心を占めている。一つは、医療関係法関係、二つめは所得と資産の保護と維持関係である。高齢者は若い世代よりも医学的ニーズが高く、その結果それにかかわる法的支援を必要とする。そして高齢者固有の金銭面での紛争も多い。高齢者法は、古くからある分野(代表的にはEstate Planning/計画的遺産処分¹²⁾)と新しい分野(例えばメディケイド・プランニング/医療扶助の計画的受給)とを合わせた形で発展した法分野である。

現在高齢者法は、人生の後期を計画する際に役立つ法分野に発展している。なお、「医療関係法」および「所得と資産の保護と維持関係」にかかわる法分野であり続けているが、医療関係法などの具体的内容は、高齢者法が誕生した当時とは異なるものとなっている。今日高齢者法専門の弁護士は、人生の後期にかかわる多様な法的問題に取り組んでいる。具体的には、成年後見、高齢者の虐待や遺棄、年齢差別、遺言や信託、年金計画、長期ケア計画(介護計画)、そしてナーシングホームでのケアの質の保障をめぐる問題などを業務内容としている。

高齢者法の出現以前に高齢者に深くかかわる法分野として確立されたのは、計画的遺産処分である。計画的遺産処分は、遺言、信託、検認¹³⁾とそれまで呼ばれていた法分野を総称する傘のような存在となった¹⁴⁾。各種の法実務を反映させたこうした動向は、その他の法分野でもあった。この点「高齢者法」は、既存の法分野をまとめた分野の呼称である上に、新しい業務を弁護士が開拓した際に、新業務の属する領域を定義付けうる呼称ともなっている。「高齢者法」

という用語は、既存の法分野、および従来なかった法実務の創出を促す法分野の双方を指す集合的な呼称なのである。

アメリカでは、新しい法分野が、実務の変遷を反映して発達している。「高齢者法」と呼ばれる法分野も、高齢者をめぐるニーズの変遷に実務家や研究者が反応し確立されていった。そして21世紀になると、その存在は広く一般的に認知されるようになった。次に、高齢者法の形成史をより詳細に説明することにより、高齢者という集団に着目して固有の法的支援を行っていった背景を明らかにしたい。

二. 高齢者法形成史

高齢者法の発展は、第一に、高齢者の数およびその相対的な財産の増大に起因している。こうした明白な要因に加えて、高齢者法の出現は、二つの社会的な力の収束に負うところが大きい。それは、高齢者法と今日呼ばれる業務領域を編みだそうとした弁護士の要望、およびそれと同時期に見られた、高齢者と法をめぐる学問的関心の高まりである¹⁹⁾。

1. 実務のニーズ

1980年代前半には、未だ「高齢者法」という用語を使用する実務家はいなかった。それが今日では、自らを高齢者法専門の弁護士と称する者が増加しつつある上に、こうした弁護士が集まる組織も存在する。1988年に結成された全国高齢者法弁護士会、通称NAELAである²⁰⁾。この変化の要因としては、主に、弁護士数の急増、弁護士業務への女性の流入²¹⁾、専門分化の促進と受容²²⁾、高齢者をとりまく法制度の変遷、高齢者の実数増、並びにその法的ニーズの増大および複雑化が指摘されている²³⁾。

(1) 専門分化の促進

1990年、アメリカの弁護士数は72万人強となった。1970年の35万5千人と比較した場合、20年間で2倍以上増加したことになる²⁰⁾。そして、数の増加が理由のすべてではないものの、多くの弁護士が経済難に陥った。ここで弁護士として生計を立ててゆくための戦略の一つが、専門分化だった。専門分化は決して新しい対応策ではなかったものの、専門分化を促進した、それまでとは異なる時代の変化が存在した。

まず業務量の増加や仕事内容の複雑化から²¹⁾、一人の弁護士が依頼人のあらゆる要求に対応するのが困難となり、その業務を専門によって絞っていった。また、都市にある大型の弁護士事務所が専門分化を押し進め、付加価値のある専門知識をもつ弁護士に、より高給を支払うようになった。

「広告」をめぐる規制の変化も弁護士の専門分化に加担した²²⁾。自らが問題解決の適任者であることをアピールする上で、当該分野の「専門家」という宣伝文句は効果的だったからである。専門の弁護士に相談したいと顧客が考えるようになったのは、専門家の存在を宣伝した広告の出現によるところが大きいと指摘されている²³⁾。高齢者法専門の弁護士であるとの宣伝は、比較的多くの顧客の注意を引きつけた。さらに、高齢者法の弁護士にとって、宣伝の効果は他分野の弁護士より決定的である。高齢者法専門の弁護士は、企業や会計士といった他者からの紹介が業務の中心を占めるタイプの弁護士とは異なり、直接接触してくる高齢者や家族を対象とすることが多いからである。

顧問弁護士をもたず日常的に弁護士を必要としない個人が、特定の専門的な問題を抱えたために、関連法を熟知する弁護士を探した。例えば、高額なナーシングホームへ入居する際にメデイケイドを受給したいと考える者が増加したものの、伝統的な計画的遺産処分を行う弁護士は、メデイケイドの受給資格を得る際に必要な知識を十分に持ち合わせていなかった。そこで、相対的に数の少なかった高齢者法の知識をもつ弁護士が注目された。こうしたニーズをもつ顧客を獲得する上で、専門性を顕示する宣伝の効果は高かったのである。

(2) 計画的遺産処分 (Estate Planning) から高齢者法へ

弁護士の業務内容は、依頼人の需要に応じて変遷する。高齢者法の弁護士を必要とする依頼人の増加は、この分野の発展を説明する根拠の一つといえよう。同時に、関連分野における顧客の減少も、高齢者法の実務の拡大に寄与した。とりわけ1976年に連邦遺産税²⁰⁾の申請が劇的に減少し、計画的遺産処分をめぐる状況が変わったことの影響は大きい。

1916年の連邦遺産税、1932年の連邦贈与税 (gift tax) が導入される前は、遺言の起草が弁護士の主要な業務であった。複雑な信託の問題などがない限り、大抵の弁護士はその仕事をこなせた。しかし連邦遺産・贈与税の創設とともに、より専門的な知識が必要となり、遺産税の専門家が誕生し、とりわけ1950年代に増大した。さらに、対象財産の管理業務も加わり、「計画的遺産処分」という領域が生まれ、計画的遺産処分を専門とする弁護士が出現した。

ところがその後、1976年の税制改革法が、連邦遺産税の対象となる財産を著しく減少させた。同法は統合資産移転税を創設し、60万ドル相当の単一統合税額控除が、生涯額3万ドルの贈与税控除と、6万ドルの遺産税控除に取って代わった²¹⁾。60万ドルの譲渡まで連邦遺産税が課せられないために、多くの資産は連邦資産税の対象外となった。こうして配偶者控除と生存配偶者に対する信託の利用によって、財産が120万ドルより少ない夫婦は、連邦遺産税を回避できることになった²²⁾。

この1976年の税制改革法の影響により、計画的遺産処分を専門とする弁護士に対するニーズが急速に減少した²³⁾。さらに、保険業者、会計士、ファイナンシャル・プランナー (融資アドバイザー) といった法曹以外の職種との競争にも、弁護士は直面した。また、相続関係の一般手続をとらずに移転しうる資産割合も増加し、計画的遺産処分の意義を失わせていった。普通預金、定期預金、投資信託、生前信託、生命保険、および私的年金プランにおける共有財産の設定、並びに個人退職勘定²⁴⁾において死亡時受取人の指定が可能となり、多くの人にとって、遺言で処分する財産は縮小した。

こうして計画的遺産処分を仕事とした際の利益が減少し、より広い領域に業務を拡大する弁護士が増えた。その対象の一つとなったのが高齢者法である²⁰⁾。自らを高齢者法専門の弁護士と称した者は、高齢者に幅広い法的支援を提供する一環として、財産管理の仕事も行った。そこで、依頼人の資産移転問題の解決に加えて、各種のメニューを提供し、長期ケアの支払い、年金計画、医療における意思決定、老後の住宅の手配をめぐる問題なども取り扱った。

このほか、遺言をめぐる状況の変化も、高齢者法を業務内容とする弁護士を増やした。遺書の起草は、その検認を行ってこそ、利益を得ることができるのである。ところが、十分な報酬を弁護士に保障していた検認の固定料金が、反トラスト法に違反すると判断され²¹⁾、交渉により料金が決められることとなった。また裁判所は、弁護士料の妥当性を示すよう求め、顧客も弁護士を選ぶ際に料金に注目するようになり、安易な料金設定ができなくなった。さらに、退職とともに温暖な地方に引っ越すなど、依頼人が転居する場合も増え、遺言を起草した弁護士から離れた所で依頼人が死亡するようになった。そこで、遺言を起草し検認により利益を上げるという、古くからある業務スタイルが機能しにくくなっていった。今日の弁護士には、遺言の作成を依頼してきた顧客に、高齢者法にかかわる追加の法的支援を販売する必要がでてきたわけである。

(3) 心理的要因

高齢者法は、お金儲けのみならず、人助けとなる仕事に携わることの可能な専門分野と捉えられやすく、弁護士の倫理観や就業意欲をかき立てやすい。企業などの組織よりも、血の通った個人と向き合いたい弁護士には最適である。高齢、最愛の者の死、健康の衰え、自らの死といった人の基本的な営みから生じる個人の法的問題を解決する領域だからである。例えば、保健医療²²⁾に関する事前の指示 (advanced directive)、ないしは継続的効力をもつ委任状²³⁾の作成による、依頼人の将来に対する心配の除去がそうした業務にあたる。

こうした高齢者法の拡大は、ベビーブーマーの弁護士が熟年期に達した年代

と重なるが、これは偶然ではない。1960年代に急進的理想主義の先例を受けたベビーブーマーの多くは、社会改革の道具として法律に関心をもった。法の実務はその理想とかけ離れたものだと感じた弁護士にとって、高齢者法は良いことをしながら生活の糧を得られる領域と見えた。高齢者法の実務では、中産階級および労働者階級の依頼人の支援をすることが多い点も、こうした弁護士を満足させている。貧困法を専門としていた弁護士の多くが、とりわけメディゲイドをめぐる知識を活かして、高齢者法に参入した³³⁾。

また比較的新しい領域である高齢者法は、知識を増やせば活躍できる局面もあるのではと、経験の浅い弁護士を惹きつけている。そして、保守的な伝統領域よりも女性が参入しやすいからか³⁴⁾、訴訟よりも法律相談が多いからか、急増する女性弁護士も惹きつけている³⁵⁾。さらに、看護師、ソーシャルワーカー、医師、株式仲介人などのキャリアを持ち、第二の職業として法曹を選択した人からも注目されている。例えば医療における意思決定では、看護師や医師としての弁護士以前の職業経験が生かされることになる。

以上のような実務の状況と、高齢化の進展や法的支援を求める高齢者のニーズの増大により、高齢者法は一つの法分野として認知されていった。そして、高齢者の法的問題をめぐる学界の関心の高まりが、この傾向を促進した。

2. 学界の状況

(1) 関心の高まり

アメリカの法学研究者は、研究分野の厳格なグループ化を疑問視する傾向にある。例えば、わが国や大陸法の伝統をもつ国々とは異なり、私法、公法、社会法という形で、自らの研究を分類することもない。大きなロースクールであっても、各講義科目は独立しており、分野ごとに講座などが分かれていない。こうしたなかで、各研究者が専門とする研究分野、学界の状況は、アメリカ・ロースクール協会(AALS)の組織形態に見ることができる。AALSは、各ロースクールを構成メンバーとするが、事実上は法学研究者の集合体であり、会員の知的

関心を反映した89もの各部門から編成されている(2008年)³⁶⁾。

このAALSにおいて、1985年、「高齢と法(Aging and the Law)」部門が創設された。他の部門では、高齢者にかかわる問題を十分に取り上げることが出来ないと考えた研究者が立ち上げたのである。従来、関連部門には、ニーズに着目した分野である「贈与的譲渡(Donative Transfers)」や「受託者と計画的遺産処分(Fiduciaries and Estate Planning)」などがあった。しかし、対象となるニーズではなく、高齢者という世代に焦点をあてた部門の必要性を感じた研究者を満足させるものではなかった。「高齢と法」部門の組織化と発展は、高齢者をめぐる諸問題に注目する法学研究者の視点を示している。高齢者にかかわる法的問題を取り上げる研究の増加も、学界の関心の高まりを示すものである³⁷⁾。

(2) 研究方法と対象の変化

AALSでの「高齢と法」部門の創設は、法の社会科学という側面を強調する、法学教育をめぐる潮流に乗ったものでもある³⁸⁾。社会科学的方法に対する法学者の関心の高まりは、1930年代のリーガル・リアリズム運動にまで遡ることができる。リーガル・リアリズム論者による伝統的な法学教育への批判も手伝い、研究者は研究室から出て、実態調査を行った。そしてロースクールにおいても、伝統的な学問領域とは異なる新しい科目が発展した。「法と社会」、「法とコンピュータ」といった、「法と[]」と題する科目が出現した。これは、法学研究に深みをもたせるために、経済学や社会学など他領域の研究も重要であるという認識の増加、および形式主義的な法理よりも、人間の行動や組織の実態に即した法学研究への欲求を反映している。

こうした傾向のなかで、研究者の関心を集めたのが家族法である。1960年代までは、家族法は離婚などを扱うだけの領域であると捉えられ、注目する研究者は少なかった。しかし、家族の役割や人の基本的価値への法の影響といった、より広範囲の社会的問題を取り扱うようになり、家族法は新しい局面を迎

えた。同様に、特定の集団をめぐる法的問題に対処する少年法や児童の保護に特化した法も発展した。高齢者法の出現は、「法と【 】」科目への関心の延長線上にあり、とりわけ家族法の人気や、特定の集団に着目する法の発展と結び付いている。

消費者保護法や貧困法は、依頼人のニーズに即した法学研究の分類化に寄与したという点で、高齢者法の誕生を導いた。これらの法分野は、法の体系から法の範囲を定めず、特定の集団に影響を与える法的問題を、包括的にとりまとめて扱うという特徴がある。

また高齢者法は、広範囲の問題を検証することから、細かい法の説明よりも法の概念化に力点を置く公共政策の一部と位置づける研究者もいる。条文や判例のみならず、老年学、社会学、公共財政学、経済学といった法以外の学問分野をも参照しなければならない学際的なアプローチは、競合する幅広い価値のなかで法も機能すると捉える研究者を惹きつけている。

さらに高齢者法は、1960年代以降のロースクールのカリキュラムを劇的に変化させた、臨床的法学教育（クリニック）に適している³⁹⁾。高齢者法クリニックには、意思無能力をめぐる問題に専念するもの、メデイケイドをめぐる問題に焦点をあてたものなどがある。クリニックは、学生による無料の法律相談という形で、依頼人の具体的問題を処理しながら実践的な法の適用方法を学ぶ科目である。無料の法律相談を行うために、一般的な弁護士業務と競合しないよう、対象を貧困者に限定することが多い。そこで貧困者の多い高齢者は、クリニックに適した素材をふんだんに提供している。

このように法学の研究分野は、今日の法学教育の基礎を築いたラングデル（Christopher C. Langdell）の時代、すなわち一九世紀の終わりに分類された伝統的な教義上の区分に比べて、1950年代以降、大幅に拡張されてきた。法学の研究が、形式主義から離れて社会の現実的な問題を課題としてきた傾向の促進に、高齢者法の研究も寄与した。

(3) 研究対象となった高齢者

このように、高齢者にかかわる法律問題を解決してゆくニーズが、時代とともに高まっていった。そして専門分化を促進した弁護士業務をめぐる社会や法制度の変容が、実務における高齢者法の必要性を高めた。弁護士実務の動向が法学の新分野構築に反映されるアメリカでは、高齢者法という分野が創設され発展したわけである。また、法の社会科学という側面を重視する学界状況の変遷なども、「高齢者」という一つの世代を対象とする学問領域の誕生に寄与した。実務と学界双方のこの傾向は、ロースクールの講義やクリニックにおける、高齢者法の科目増にも反映されている。

以上見てきたように、高齢者法は、契約法や刑事法のような特定の領域を検証する法分野ではなく、消費者法や貧困者法のような、特定の集団に影響を与える法的問題すべてを取り扱う法分野である。さらに、消費者のような特定の問題にかかわる集団ではなく、家族や少年のような、問題領域とは切り離された要素によって区分された特定の集団や個人をめぐる学問である。こうして独立した法学研究の対象として抽出された「高齢者」という一つの世代を研究する高齢者法の概略を、次に高齢者法の教科書から検証してゆく。

三. 高齢者法の全体像

(1) 高齢者法の教科書

高齢者法の全体像の概略は、高齢者法の教科書⁴⁰⁾の目次に見ることができる⁴¹⁾。

高齢者法のケースブックの内容を概観すると、第一章「高齢人口——法への挑戦」は、序章として、高齢者の特徴や高齢者特有の法理論を概観している。第二章「倫理問題と法的支援」では、高齢の顧客が他とは異なる点について説明し、弁護士が高齢者を支援する際に留意すべき点を挙げている。わが国でも注目されている、「雇用における年齢差別」について詳細に取り扱うのが第三

章である。第四章「所得保障」では、高齢者の所得を支える、公的年金、補足的所得保障、私的年金などを解説している。第五章「医療保障」は、メディケア（高齢者・障害者医療保険制度）や民間の健康保険を究明するものである。ナーシングホームや在宅での長期ケアの支払方法や課題は、第六章「長期ケア（介護保障）」で考察している。第七章「住宅保障」は、わが国では未だ固有の領域として研究されることの少ない住宅保障に関する章である。わが国では民事法の対象となっている成年後見制度も、第八章「後見」で検証されている。計画的遺産処分から発展した高齢者法は、第九章を「財産管理」にあてている。そして第十章は、わが国では医事法の領域でもある「医療における意思決定」、第十一章は、高齢者をめぐって深刻化する「高齢者虐待、遺棄、犯罪」について取り上げている。

(2) 教科書にみる高齢者法の特徴

次に、高齢者法の特徴を炙り出すという視点から、再度教科書の構成を分析してみる。高齢者法の教科書は、高齢社会をめぐる問題状況や法的課題をまとめた総論を第一章におき、ここで、世代間正義や高齢者の権利といった、高齢者特有の法理論を探っている。高齢者に焦点をあてた研究分野であるからこそ、こうした総論が可能となる。そして、高齢者を対象とする実務に資する内容を第二章に記載している。教科書の初めに、高齢の顧客に対処する際の弁護士の留意点を記載している点は、高齢者法が実務に即した法分野であることを示すものといえよう。そして、働ける人、自立しうる人は働くという自助の精神が強いアメリカである。まず雇用における年齢差別を第三章で検証している。

わが国では社会保障法の領域となる年金、医療、介護保障については、第四章から第六章で検討している。社会保障のなかでは、第一に公的年金制度を解説しており（第四章）、高齢者の自立にとって所得保障は必須であること、そしてアメリカ人にとって公的年金制度が重要であることを確認できる。医療保障を考察する第五章は、教科書のなかでも、最もページ数を割いた章となって

いる。メデイケアをはじめとする医療保障の研究が、高齢者法の研究において占める割合を反映したものといえよう。長期ケア(介護保障)については第六章で、財源に加えて質の保障をめぐる課題を検証している。高齢者ケアは、財源確保のみでは保障されない領域なのである。第二版から第三版に書きかえられる過程で、医療保障の章に割くページ数が削られる一方、「ナーシングホーム契約」「ナーシングホームの質の保障をめぐる訴訟」といった節が追加されるなど長期ケアの章の分量が増えている。アメリカにおいても高齢化に伴い介護の問題が重要となってきた点を示唆される。

その後の章は、わが国の社会保障法学においては十分に研究されているとはいえないが、高齢者の自立に欠かせない課題を取り上げている。まず第七章が、高齢者の長期在宅生活を可能とする住宅保障である。そして第八章から第十一章で検討する、後見、財産管理、医療における意思決定、並びに高齢者虐待、遺棄および犯罪をめぐる問題は、わが国では民事法、医事法、そして刑事法で扱われている領域である。いずれも、高齢者が一市民として市場において自活するための支援を必要とする領域である。そもそも高齢者法は、前述した通り、計画的遺産処分から発展した。第八章と第九章は、そうした高齢者法の起源となる領域である。

このように高齢者法は、高齢者をめぐる多様な法的問題を全般的に検討し、わが国では異なる領域において研究されている課題を横断的に考察している。高齢者法という視点からあらゆる問題に取り組むことで、高齢者にはいかなる保障がなぜ必要かという命題を、多角的観点から常に問うことが可能となっている。

- 1) 日米法学会には、アメリカからは高齢者法の大家であるピッツバーグ大学の Lawrence A. Frolik (テーマ: The United States Approach to Economic Assistance to the Elderly: Cultural Values in Conflict), および医療保障の分野で活躍するセントルイス大学の Sidney D. Watson (テーマ: Health Insurance for the Elderly in the United States: When Welfare, Wealth, and Markets Clash) を招聘し、わが国からは高齢者法の研究に相応しい学際的なメンバーが集まった。社会保障の研究者としては大原 利夫 (関東学院大学) が「アメリカにおける高齢者の所得保障」、筆者が「アメリカにみる「高齢」保障」を報告し、労働法の研究者である櫻庭 涼子 (神戸大学) が「アメリカにおける年齢差別禁止の法理」、憲法の研究者である尾形 健 (同志社大学) が「アメリカにみる社会保障給付の権利保障——政府給付 (government benefits) とその司法的救済をめぐる議論から」を報告した。司会は社会保障法の研究者である品田 充儀 (神戸市外国語大学) および菊池 馨実 (早稲田大学) が担当し、コーディネーターを筆者が務めた。詳しくは、「シンポジウム「高齢者法にみるアメリカの社会保障」アメリカ法 2007-2 号 (2008 年掲載予定) 参照。
- 2) 一般的に、高齢者法に関する主要文献である高齢者法のケースブック (教科書) LAWRENCE A. FROLIK & ALISON McCHRISTAL BARNES, ELDER LAW: CASES AND MATERIALS (4th ed. 2007), および高齢者法についてコンパクトにまとめた LAWRENCE A. FROLIK & RICHARD L. KAPLAN, ELDER LAW IN A NUTSHELL (4th ed. 2006) に基づく。
- 3) 山口浩一郎=小島晴洋『高齢者法』(有斐閣, 2002 年)。本著は、わが国の高齢者を取り巻く法制度を、社会保障制度に限定せず網羅的に検証したものであり、わが国の高齢者法研究における先駆的著作である。それ以前に高齢者をめぐる法律問題に焦点をあてたものとしては、川野正輝=菊池高志『高齢者の法』(有斐閣, 1997 年) が各種の論点を検証し、問題を包括的に考察している。また、高齢者の状況や政府の施策は、内閣府 (編)『高齢社会白書』(財務省印刷局) が毎年まとめている <<http://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/index-w.html>> 大学での講義科目としての「高齢者法」は、筆者が 2003 年から開講しているものが、わが国での初めての試みである。筆者は、2007 年から「Aging and Law」という、主に途上国の学生を対象とした英語による講義も開講している。
- 4) 横浜国立大学のロースクールでは、こうした横浜弁護士会の協力を得て、弁護士による「実務高齢者・障害者問題」という科目を 2004 年以降開講している。
- 5) 2007 年にも、「地域で安心して暮らすためのヒント～権利侵害ゼロを目指して～」というテーマの下で、第 5 回の集いが開かれた。日弁連、関弁連、横浜弁護士会が主催し、神奈川県、横浜市健康福祉局、川崎市、神奈川県社会福祉協議会が共催し、全国から約 440 名の弁護士、市民、福祉関係者が参加した。
- 6) 奥石弁護士が参加する成年後見制度情報交換会では、各団体が成年後見に関する情報を提供するとともに、市役所や社協のかかえている具体的事案についてケース検討が行われてきた。他方、虐待問題に全国のなかでも先進的に取り組んでいる横須賀市は、2001 年に「高齢者虐待防止ネットワーク事業」を立ち上げ、2003 年には金沢市とともに国のモデル事業地に選ばれた。市の長寿社会課にある「高齢者虐待防止センター」は、必要に応じて弁護士、医師、警察なども参加したネットワークミーティングを開催し、虐待に対応してきた。また難

- しい事例は、成年後見制度情報交換会の事例検討の対象とし、各専門家の意見を求めてきた。
- 7) 以下、Frolik, *The Developing Field of Elder Law: Historical Perspective*, 1 ELDER L.J., 1 (1993) and Frolik, *The Developing Field of Elder Law Redux: Ten Years After*, 10 ELDER L.J., 1 (2002) 参照。1993年論文は、高齢者法の形成史に力点を置いたものであり、2002年の論文は、93年論文執筆時から10年たったことを契機に、10年間の動向や今日における高齢者法の内容について具体的に説明したものである。
 - 8) 発展途中である高齢者法という法分野においては、「高齢者法」を表記する英語も、未だ定まっていない。「Elder law」ないしは「Elderlaw」のいずれの用語を使用するのが、共通理解があるわけではない。全国高齢者法弁護士会 (NAELA / National Academy of Elder Law Attorneys) や多くの著作は、「Elder law」という用語を採用している (FROLIK & BARNES, *supra* note 2; and FROLIK & KAPLAN, *supra* note 2)。「Elderlaw」という合成語へのこだわりも依然として存在するが、「Elder law」の採用の増加とともに減少しつつある (前述した LAWRENCE & ALISON のケースブックの書名は、第2版まで、ELDERLAWであった)。また何人かの著者は、「aging」という用語を採用している (PETER STRAUSS ET AL, *AGING AND THE LAW* (1990) 参照)。他方、高齢の依頼人を補佐する方法を弁護士に助言する本のいくつかは、「elderly」という用語を使用している (LAWRENCE A. FROLIK & MELISSA BROWN, *ADVISING THE ELDERLY OR DISABLED CLIENT* (1992); JOHN J. REGAN, *TAX, ESTATE & FINANCIAL PLANNING FOR THE ELDERLY* (1993) 参照)。アメリカ自由人権協会 (American Civil Liberties Union) が助成した本は、「older persons」を使用する (ROBERT N. BROWN ET AL, *THE RIGHTS OF OLDER PERSONS* (1979) 参照)。さらに、アメリカ・ロースクール協会 (AALS / Association of American Law Schools) には、高齢者をめぐる問題を専門とする部門があるが、その名称は「Aging and Law」である。同一の著者であっても各種の用語を使い分けており、名称の統一には、未だ時間がかかりそうである。
 - 9) 高齢者のための強力なロビー団体である、アメリカ退職者協会 (AARP / American Association of Retired Persons) には、50歳から加入できる。日本労働者協同組合連合会 [AARPの挑戦——アメリカの巨大高齢者NPO] (シーアンドシー出版、1997年) 36頁。
 - 10) 定年年齢 (強制退職年齢) は、年齢差別禁止法 (ADEA / Age Discrimination in Employment Act) によって廃止される以前は、しばしば65歳に設定されていた。そこで65歳が、労働者の退職年齢とみなされていた。定年制度の廃止により、年齢を、高齢期への入り口として捉える状況が多少減少しつつある。
 - 11) 2000年より、満額の公的退職年金を受給しうる支給開始年齢 (完全退職年齢) が、65歳から徐々に引き上げられており、最終的には (2022年までに) 67歳に引き上げられる予定である。42 U.S.C.S. § 416(f) (1) (E) (2008)。
 - 12) Estate Planning (計画的遺産処分 / 財産管理) : 遺言法、相続法、物件法、信託法、家族法、税法、保険法等といった諸種の法制度を総合的に勘案して、財産を有する者 (またはその弁護士) が、老後や死亡にそなえて財産の管理や処分を検討し、その具体案を探ること。またはこのために上述の諸法を総合的に把握する、法の一つの分野。田中英夫 [英米法辞典] (東京大学出版会、1991年) 309頁参照。
 - 13) 検認 (Probate) : 「法定の方式に従って遺言能力のある遺言者によって作成された遺言とし

- て証明され、裁判所によって確定されること。またはそのような遺言であるかどうか、その有効・無効を確定する手続。」田中・前掲書（註12）668頁。
- 14) "Estate Planning" という用語がいつ頃一般的に使用されるようになったかは定かではないが、次の著名な本が出た1953年には確立されていたといえよう。JAMES A. CASNER, *ESTATE PLANNING, CASES, STATUTES, TEXT, AND OTHER MATERIALS* (1953).
 - 15) 全般的に、Frolik (1993), *supra* note 7, at 4-18 以下参照。
 - 16) NAELAには2000人を超える会員があり、本部はアリゾナ州トゥーソンにある。
 - 17) ロースクールへの女性の進学率は、1970年の8.6%から、1991年には42.5%に上昇した。弁護士に占める女性の割合は、1970年には2.8%であったのに対し、1988年には30%に上昇した。AMERICAN BAR ASS' N. *LEGAL EDUCATION AND PROFESSIONAL DEVELOPMENT - AN EDUCATIONAL CONTINUUM. REPORT OF THE TASK FORCE ON LAW SCHOOLS AND THE PROFESSION: NARROWING THE GAP* 18, 20 (1992).
 - 18) *Id.* at 41-46.
 - 19) Frolik (1993), *supra* note 7, at 4-18.
 - 20) 弁護士の人口比率は、1970年の1対572人から1990年の1対320人に上昇した。なお、高齢者法の弁護士は、HP <<http://www.pickalawyer.com/Elder-Law.htm>>で探することができる。
 - 21) 例えば1974年の被用者退職所得保障法（ERISA / Employee Retirement Income Security Act）は、業務内容を複雑化した。
 - 22) 弁護士の広告に対する州の規制は、*Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977) によって無効となった。
 - 23) Frolik (1993), *supra* note 7, at 4-18.
 - 24) 遺産税（Estate tax）：「人が死亡した場合の遺産に課される租税であり、わが国の相続税に相応する。」田中・前掲書（註12）309—310頁。
 - 25) I.R.C. § 2001(c). 統合資産移転税（unified transfer tax）、単一統合税額控除（single unified credit）。その他、I.R.C.（Internal Revenue Code / 内国歳入法典）2056条に基づく、配偶者控除（marital deduction）がある。連邦遺産税の対象となる資産は、1981年の経済再生税法（Economic Recovery Tax Act）によってさらに減少した。同法は、配偶者控除の対象となる配偶者への財産譲渡の類型を拡張した。JOHN R. PRICE, *PRICE ON CONTEMPORARY ESTATE PLANNING* 100 (1992).
 - 26) 1986年には、50万ドルを越す総資産を持つ被相続人は僅か2.2%であり、1%ないしは22,000人の被相続人のみが、連邦遺産税の支払い責任を負った。Byrle M. Abbin, *The Politics of Transfer Taxation or Watching Sausage Being Made - Is Anyone in Charge?*, 25 *INST. ON EST. PLAN.* 4-1, 4-5 (1991).
 - 27) 今日、人口の上位1%がアメリカの富の25%から40%を所持している。こうした集団における計画的遺産処分のニーズは存続しているものの、必要とされる弁護士の数は限られている。J. Thomas Eubank, A.D. 2001: *Estate Planning in the Future*, 21 *INST. ON EST. PLAN.* 20-1, 20-3 (1987); John Langbein, *Taking a Look at the Pluses and Minuses of the Practice*, *TR. & EST.* 10 (Dec. 1989).
 - 28) 個人退職勘定（Individual Retirement Account）：「種々の税制上の特典を受ける年金プランに

- 参加していない個人、独立営業者の退職用積立奨励のために、被用者退職所得保障法(ERISA)により設けられた制度。この勘定に現金で支払われた額が課税対象から控除可能となる。」田中・前掲書(註12)440—441頁。
- 29) 人生設計に比重をおくといった形で、計画的遺産処分の領域を再構築する可能性について論じた者もいる。Peter J. Strauss, *Elder Law in the Nineties*, 1 ELDER L.J., 19 (1993)。
- 30) 弁護士会によって公表されていた最低料金が無効と判断された。Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)。
- 31) “health care”の訳語として、「医療」や「保健医療」がある。また、“home health care”となると、「在宅健康管理」と訳されることもある。アメリカで“health care”という用語は、医療を指す言葉、医療のみならず介護や健康管理をも含む言葉、健康管理を指す言葉、および健康管理に加えて看護を含む言葉といったように、多様な意味合いで使用されている。そこで本稿では、その局面ごとの意味を反映して“health care”という用語を訳すこととし、「保健医療ケア」、「医療」、「保健医療」などと訳し分けた。
- 32) [本人無能力の場合も] 継続的効力をもつ委任状(Durable power of attorney):「通常のpower of attorney(委任状)は、本人が無能力となった場合には失効するのが原則であるため、そのような場合の財産管理等を、信頼する依頼人に委ねる方法として用いられる委任状。」田中・前掲書(註12)282—283頁。
- 33) Frolík (1993), *supra* note 7, at 16; and Frolík (2000), *supra* note 7, n.2.
- 34) 当時の、全国高齢者法弁護士会(NAELA)における女性理事の割合(女性7人、男性8人)と、アメリカ法律家協会(ABA/American Bar Association)の不動産・検認・信託委員会(Real Property, Probate and Trust Council)における割合(女性9人、男性16人)は、この傾向を示すものである(1992年)。
- 35) 訴訟を専門とする仕事よりも時間を自由に使いやすい点も、高齢者法の魅力かもしれない。論者によっては、女性は男性よりも、高齢者法に不可欠な仲裁、相談、交渉といった手腕に長けているとする。一般的に男女の才能の差異について、生来女性は滋養的(nurturers)であり男性は闘争的とする。CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE — PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT (1982) 参照。
- 36) いくつもの部門(セクション)に参加できる。部門の数は増殖し、専門分化が進んでいる。AALS/Association of American Law Schools <http://www.aals.org/services_sections.php>
- 37) Susan McGlamery et al., *Gerontology and the Law: A Selected Bibliography, 1986-90 Update*, 64 S. CAL. L. REV. 1677 (1991); Pauline M. Aranas et al., *Gerontology and the Law: A Selected Bibliography, 1984-85 Update*, 60 S. CAL. L. REV. 899 (1987); Leonette Williams, *Gerontology and the Law: A Selected Bibliography, 1982-83 Update*, 57 S. CAL. L. REV. 633 (1984); John Hasko et al., *Gerontology and the Law: A Selected Bibliography*, 56 S. CAL. L. REV. 291 (1982)。
- 38) Note, *Modern Trends in Legal Education*, 64 COLUM. L. REV. 710, 724-27 (1964)。
- 39) 臨床的法学教育(Clinical legal education):「学生に現実の法的問題の処理にタッチさせることにより、法律家としての技量の向上と実体法の理解の深化をはかるために設けられた。セミナーと実習からなる。」田中・前掲書(註12)153頁。“Clinic”と呼ばれるこの科目を、

本稿でも「クリニック」と訳すことにする。クリニックは、教育経費の助成を得やすいといった理由から、ロースクールの経営面からも支持されている。

- 40) FROLIK & BARNES, *supra* note 2 参照。アメリカのロースクールで使用される教科書の中心は、ケースブックである。FROLIK & BARNES のケースブックは、高齢者法についての第一の基本書といえるケースブックである。
- 41) 高齢者法のケースブックの目次は、具体的には次のようになっている。なお、教科書全体における各章の比重を見る際の参考として、それぞれの章に割かれているページ数を挙げておく。節（見出し）の多さは必ずしも内容の密度を反映してはならず、例えば「医療保障」に関する第五章は、節の数こそ少ないものの、内容は充実している。

第一章 高齢人口——法への挑戦（37頁）

- A. 序論
- B. 誰が高齢者であるか
- C. 統計にみる高齢者
- D. 85歳以上人口の増大
- E. 性別による高齢の形態
- F. 人種による高齢の形態
- G. 依存割合
- H. 老化の肉体的影響
- I. 法への挑戦——高齢者特有の事情
- J. 対立する価値——自立対保護
- K. 世代間正義
- L. 年齢差別
- M. 給付に対する高齢者の権利
- N. エイジズムと自己決定

第二章 倫理問題と法的支援（47頁）

- A. 高齢者の法的ニーズ
- B. 高齢者法をめぐる実務
- C. 高齢の依頼者の法律相談
- D. 高齢の依頼者にかかわる弁護士倫理問題
- E. 調停と高齢の依頼者
- F. 意思能力に疑問のある依頼人
- G. 法律扶助

第三章 雇用における年齢差別（66頁）

- A. 立法史
- B. 憲法による解決の失敗
- C. 保護対象者
- D. 例外
- E. 採用差別の事例の立証
- F. 年齢差別による解雇の立証
- G. 人員削減
- H. 差別的インパクト (Disparate Impact)
- I. 年齢以外の合理的な要素 (RFOA / Reasonable Factor Other Than Age) 抗弁
- J. 真正な職業資格 (BFOQ / The Bona Fide Occupational Qualification) の例外
- K. 従業員福利制度の抗弁
- L. 自発的な早期退職プラン
- M. 権利放棄と義務の免除
- N. 実施手続

- O. 救済方法
- P. 州法上の救済
- 第四章 所得保障 (62頁)
 - A. 公的年金——過去と現在
 - B. 公的年金に関する社会の態度
 - C. 改革案
 - D. 性別問題
 - E. 人種問題
 - F. 他の公的年金制度
 - G. 補足的所得保障 (SSI)
 - H. 私的年金
 - I. 被用者退職所得保障法 (ERISA) の要件
- 第五章 医療保障 (97頁)
 - A. 医療政策序説
 - B. 政府の医療保障
 - C. 民間の医療保険給付
 - D. 質の保障
 - E. 医療費の支払い——詐欺と濫用
- 第六章 長期ケア (介護保障) (87頁)
 - A. 長期ケア概観
 - B. 合衆国外での長期ケア
 - C. 長期ケアの支払い
 - D. メディケイド
 - E. 適切なケアと質の保障
 - F. ナーシングホームの質の保障
 - G. ナーシングホーム契約
 - H. ナーシングホームの質の保障をめぐる訴訟
- 第七章 住宅保障 (52頁)
 - A. 序説
 - B. 住居選択に向けた計画
 - C. 適所での老化
 - D. 高齢者住宅
 - E. 支援付住宅
 - F. 居住支援と法律上の制約
 - G. 政府が補助金を支給する高齢者住宅
- 第八章 後見 (69頁)
 - A. 高齢者をめぐる後見の需要
 - B. 後見法の発展
 - C. 基本的自由と後見
 - D. 後見手続におけるデュー・プロセス
 - E. 後見における調停
 - F. 無能力の判定
 - G. 後見人と被後見人との権限配分
 - H. 後見人の権能の範囲
 - I. 誰が後見人を勤めるべきか
 - J. 後見人の解任と後見の終了
- 第九章 財産管理 (23頁)
 - A. 継続的効力をもつ委任状
 - B. 共同所有権
 - C. 撤回可能信託

第十章 医療における意思決定 (84頁)

- A. インフォームド・コンセントの原理
 - B. インフォームド・コンセント——神話か現実か
 - C. 意思能力のある患者の死ぬ権利
 - D. インフォームド・コンセント——精神的無能力患者
 - E. 終末疾患、脳死、永続的植物状態
 - F. 無能力患者のための代理意思決定——保健医療に関する事前の指示
 - G. 代理の意思決定者の任命
 - H. 正式な事前の指示なしでの生命維持治療の終了
 - I. 安楽死と医師の補助による自殺
- 第十一章 高齢者虐待、遺棄、犯罪 (64頁)

- A. 序説
- B. 虐待と遺棄の定義
- C. 高齢者虐待の犠牲者
- D. 高齢者を虐待した者とその理由
- E. 自己管理懈怠
- F. 成人保護サービス・システム
- G. 施設による遺棄への対応
- H. 高齢者と刑事司法制度