



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ケアの倫理と関係的権利に基づく社会保障制度の構想 : イギリスのケア法制を手がかりに
Author(s)	西村, 淳
Citation	年報 公共政策学, 13, 207-222
Issue Date	2019
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/74450
Type	departmental bulletin paper
File Information	13-13_Ronbun_Nishimura.pdf



ケアの倫理と関係的権利に基づく社会保障制度の構想 —イギリスのケア法制を手がかりに—

西村 淳*

1. 問題意識

近時の社会保障においては、「自立支援」をその目的に置いた制度が創設されるようになってきている。例えば、生活保護の自立支援プログラムや生活困窮者自立支援事業、障害者福祉における自立支援給付、介護保険における自立した日常生活支援のための給付などがあげられる。このような「自立支援」言説は、従来の社会保障の理念が生存権を基礎に置いた弱者の保護であったのに対し、能動的で自由に生きる人間像を基礎にそれを支援するものであり、給付にとどまらないより広範な支援を目指し、選択や契約を支援する社会保障制度につながるなど大きな意味がある¹⁾。一方で、自立した人間像を前提とするもので、弱い存在に自立を強制することになりかねないとする批判がある²⁾。

本稿は、自立³⁾した人間像に立つ社会保障の方向性を基本的に支持する。一方で、自立した人間像は事実概念でなく目標概念（規範的理念）であり、現実の人間は自立したものではなく、社会状況の中で他者と関係を持ち、支えられる存在であるという事実認識を持つことが、社会保障を考える際には重要であるとする。その上で、近時の規範理論として注目されているケアの倫理と、それを踏まえた権利論である関係的権利論、とりわけイギリス社会保障法学⁴⁾における議論を参照し、関係的権利論が具体的な社会保障制度の構想に何を加えることができるかについて論じるものである。

* 神奈川県立保健福祉大学教授、北海道大学公共政策学研究センター研究員
Email:nishimura-jun@mbf.nifty.com

1) 菊池 [2000]

2) 笹沼 [2008] p. 52、西原 [2009] p. 70など。

3) 経済的なものを中心とした「自立」と、精神的なものを中心とした「自律」との違いを強調し、書き分ける議論もあるが、本稿では生き方としての自立を意味するものとして、原則として「自立」で統一しておく。

4) イギリスの Social Security Law は所得保障法に限られ、日本でいう社会保障法はいくつかの法分野にまたがっているため、本稿ではイギリスにおいて日本の社会保障法学にあたるものを指す。

2. ケアの倫理と関係的権利論⁵⁾

近時、これまで社会保障の理念を説明するものとして使われてきたリベラリズムに基づく正義論に対抗する社会倫理思想として、ケアの倫理が注目されている。ケアの倫理は、平等・衡平・普遍妥当性・義務・自立を強調する正義の倫理に対し、個別具体的な人間関係・感受性・応答責任・ニーズを強調する⁶⁾。また、自己は自立・平等・合理的・統一的なものではなく、他者との交流の中で形成されていく「関係的自己」であるにとらえる⁷⁾。このようなケア論は、論者によって差異があるが、総じて、①個別具体的な状況、②人間相互の継続的關係、③ニーズに応答し支援する責任を重視する点で共通である。人は皆生まれながら自立したものではなく、脆弱なものであり、ケア関係の下で生まれ、つねにケア関係の下にある可能性にあるという基本的な認識のもとに展開されている。

ケアの倫理は正義の倫理に対抗し、異なる次元を表すものとして提起されてきたが、ケアの倫理と正義の倫理を統合し、ケアの倫理に基づく社会政策を提案する議論も盛んに行われている⁸⁾。ケアと正義は異なった原理であるが、補完しあうものであるとの考え方に立って、「ケアは私的領域の問題であり、正義と違って公的領域の問題を論じることはできず、社会政策は論じられない」とする公私領域の峻別を打破し、ケアの倫理に依拠しながら公的領域に適用しうる理論を構想しようとするものである。

こうした議論と関連して、法学的にもケアの倫理の制度化が論じられている。フレッドマンは、現行法は合理性・個人主義・平等・中立な国と法・自由市場を前提としてきたが、ケア関係・情緒の重視・日々の生活・相互依存を重視すべきであり、孤立・自立した個人を出発点とせず、権利は自由の促進のためではなく、ケア責任を成し遂げられるようにデザインすべきであるとしている⁹⁾。またわが国においてケアの倫理を論じている法哲学者である服部高宏は、正義の倫理は、争いの当事者たちをそれぞれ独立の権利主体としてみた上で、抽象的な一般的原理に従い、争いに対して公正な裁定を下すことを求めるものであるのに対し、ケアの倫理は、情感に基づき形成されている人間関係をどのように維持するかという観点から、抽象的な原理よりもその都度の個別具体的な状況の中で、相手との関わりを重視しながら紛争状況に対応すべきだとするものであると論じている¹⁰⁾。

こうしたケアの倫理を法的な権利論として展開したものが関係的権利論である。アメリカで関係的権利論を論じているミノウによれば、関係的権利論は、多様な関係性

5) ケアの倫理と関係的権利論の関係については、西村 [2006] 参照。

6) ギリガン [1986]

7) ノディングズ [1997]

8) Noddings [2002]、キティ [2010]、Held [2006]、Tronto [1993]、Clement [1996]、Engster [2007] など。西村 [2016] 参照。

9) Fredman [1998] p. 36.

10) 服部 [2000] p. 590.

を法や権利の枠組みで考えるアプローチであり、権利とは、他者による加害や侵入から個人の自由を保護する社会的コミットメントだけではなく、他者との関係性を形成する個人の自由を保護する社会的コミットメントでもある¹¹⁾。関係的権利論のポイントは、権利はあらかじめ決められたものではなく、関係によって変わりうるもので、したがって議論や参加を基礎づけるものであるという対話的権利観に基づいていることと、自由に選択したものではなく投げ込まれた特定の関係性の維持や形成とその支援の権利を重視していることになる¹²⁾とされる。

こうした視点は、他者に対する公的支援を本質とする社会保障の理念と方向性を論じる際に役立ち、単に人間を自立したものとしてとらえるのではなく、支援することによって自立が達成されるのだという「支援された自立」¹³⁾という考え方にに基づき社会保障制度のあり方を考えることができるのではないかと考えられる¹⁴⁾。ケアの倫理に基づく社会政策の議論は多くアメリカにおいて行われてきた¹⁵⁾が、もともと社会保障制度が貧弱なアメリカでの議論は、「社会保障制度を充実させるべきである」という程度で、制度の具体性に乏しいものが多かった。一方、アメリカのケアの倫理の議論を参照しつつ、自国の社会保障制度における適用可能性について論じたイギリスでの議論は、具体的な制度論に関わるものであり、わが国にも参考になるものであると思われる。本稿では、主にイギリスの社会保障法学者ヘリングの議論¹⁶⁾を参照し、介護、医療、家族、雇用に関する問題を分析してみたい。

3. 介護

3.1 関係的行為としての介護

介護支援は、要介護者本人ができる限り自立して生活ができるよう、そのニーズに対応したケアの提供など各種の支援を行うものとされてきた。しかしながら要介護者

11) Minow [1986] p. 23.

12) 大江 [2004] p. 98.

13) 秋元 [2010] p. 59、森田 [2016] p. 12参照。

14) 子どもの福祉、医療倫理や治療選択、成年後見など本稿で扱う社会保障関係の制度にとどまらず、紛争当事者間の対話を重視する現代型訴訟や裁判外紛争手続、タウンミーティングなどの参加型制度も関係的権利論が支えるものであるとし（大江 [2004] p. 116）、不法行為法に関する棚瀬孝雄の共同体的正義論、内田貴の関係的契約論、救命手当を促進するための日本版「よきサマリヤ人法」なども関係論的法理論の1つであるとの評価もあり（服部 [2000] p. 595）、関係的権利の考え方は広がりを持つ議論である（関わりの中で変容するものとして「交通する法主体」を提唱する西田 [1995] も参照）が、本稿では社会保障法との関係に限定して論ずる。また、介護者と要介護者の間のケア関係を公的に支援するものとしての社会保障に着目し、主に立法論として論ずる。

15) 注8の各文献参照。なお、わが国において関係的権利論と社会保障制度との関係に言及したものとして湯原 [2014] がある。

16) Herring [2013]。イギリスに日本の社会保障法にあたるまとまった法分野はなく（注4参照）、日本でいうとHerringは医事法・家族法・民事法学者である。

は1人では存在しておらず、介護は要介護者と介護者との間の関係的な行為として行われている。要介護者の自立ニーズだけに着目するのではなく、要介護者と介護者の関係としての介護を支援¹⁷⁾することが必要である¹⁸⁾。関係的権利からの発想では、介護支援を単に要介護者のニーズを満たすケアの提供としてではなく、ケア関係としての介護を支援するものとして、介護者に対する給付や介護者が各種支援を受ける権利に着目する。ただし、その際は介護者のみでなく、介護者と要介護者の関係、つまり介護者と要介護者両方に着目することが必要である。介護者は要介護者よりも力関係において強い立場にあり、介護者の権利だけに着目すると要介護者の権利が侵害されかねないことに注意する必要がある。なお、公的・民間の介護支援サービスが普及しても、とりわけ大部分を占める在宅介護においては、親族によるインフォーマルな介護が中心的な役割を果たしていることは変わらないため、ここで介護者（Carer）とは主に在宅の親族介護者に注目している¹⁹⁾。

3.2 介護者支援

イギリスにおいては、1986年法（The Disability Persons (Service, Consultation and Represent) Act 1986）において初めて言及されて以来、介護者支援（carer support）のための制度が拡充されてきた。イギリスにおける介護サービスは、年齢によって高齢者と障害者を区別することなく、要介護者のニーズを自治体のケアマネジャーがアセスメントし、ニーズが支給基準に合うかどうかを判定した上で、支給基準に合った場合にはケアプランを策定してサービス事業者にサービス提供を委託する仕組みである²⁰⁾。介護者支援の制度では、要介護者のニーズとは別に介護者のニーズをアセスメントし、適切なサービス提供などの支援を行うこととされてきた。ショートステイ（respite care）、ホームヘルプの他、運転教習やパソコンの提供なども含まれる²¹⁾。

イギリスにおける介護者支援制度の発展を見ると²²⁾、1986年法において初めて介護者に言及し、障害者の要介護ニーズの検討にあたり同居介護者の能力と介護の継続可能性を考慮する義務を自治体に課した。1995年法（Carers (Recognition and Services)

17) 本稿における支援とは、サービス給付・現金給付・その他の支援（情報提供など）の全てを含む広義のものとする。公的責任の観点から給付・規制とは異なる情報提供などを狭義の支援として整理した西村 [2018] とは異なることに注意されたい。

18) Herring [2013] p. 25.

19) ただし、介護関係にあることは職業的な介護者の場合でも変わらず、ここで論じられる介護支援の議論は職業的な介護者に対しても当てはまることが多いと思われる。

20) 行政による事業者への委託によりサービスが提供され、利用者と事業者の間の契約に基づくものではないという意味では、わが国の措置方式に近い。Clements [2015]、西村 [2016] 参照。

21) 通達（Guidance）によれば、リラックス教室、ストレス管理訓練、ジムやレジャーセンターの会員、成人教室、職業訓練、趣味関係、旅行なども含まれる。Clements [2015] 参照。

22) Herring [2013] p. 122、三富 [2008] p. 163、岩間 [2003] 参照。

Act 1995) においては、介護者にアセスメント請求権を付与するとともに、介護者の同居要件を撤廃した。2000年法 (Cares and Disabled Children Act 2000) では、介護者から要望があった場合には要介護者とは別に介護者がアセスメントを受ける権利が付与された。2004年法 (Carers (Equal Opportunities) Act 2004) においては、介護者のアセスメント請求権について自治体が介護者に伝える義務と、介護者が適切な支援を受ける権利が明記された。そして、最新の2014年法 (Care Act 2014) においては、介護者の範囲が恒常的介護者以外にも拡大され、介護者の要望がなくてもアセスメントをすることとなり、介護者のアセスメント請求への自治体の対応義務も明記されたのであった。

わが国においては、介護を行う者の状況は介護保険制度における要介護者が給付を受ける権利には影響しない。つまり、介護保険給付を受ける権利の有無は日常生活動作など要介護者の身体的・精神的能力に基づく要介護認定のみで決まり、要介護度ごとに支給限度額が決まる (介保法19条、41条④)。その上で支給限度範囲内でどのようなサービスを受けるかは要介護者と事業者の契約に委ねられている。一方、障害者総合支援法の介護給付の支給にあたっては、介護を行う者の状況は要介護者の支給を受ける権利に影響する。障害者総合支援法では、障害支援区分の判定と支給決定が行われることになっており、サービスの支給決定にあたっては、介護者の状況が勘案されることになっているのである (障総法22条①)。この違いは、介護保険制度は社会保険方式であるために定型的な給付が行われるのに対し、障害者総合支援制度は税方式であるために裁量がおこなわれることや、障害者の場合は高齢者と異なり、ADLに基づく要介護度だけでなく社会参加などの多様なニーズに対応する必要があるためと思われる。しかしながら、(通達では介護者がいるからといってサービスが提供されないことはないとされてはいるものの) 介護者の存在が要介護者にとっての受給要件となるのでは、介護者がいる場合のサービス提供が行われなくなる可能性があり、適切ではない。要介護者のニーズは要介護者の状況だけで判断し、介護者の状況については別に判断し、介護者のニーズに対応するようにすべきであろう。

わが国における介護者支援としては、ほかに介護保険法上の地域支援事業の任意事業として、家族介護支援事業 (介保115条の45③二) があり、自治体ごとに介護者教室、認知症高齢者見守り事業、家族介護継続支援事業 (介護用品の支給、慰労金等の贈呈、交流会の開催、健康相談等) がある程度で²³⁾、介護者支援はあまりおこなわれていない。わが国においては、要介護者に対する給付である通所介護、短期入所、訪問介護などが、休息の必要性など介護者の事情も考慮して提供されることにより、実質的に介護者に対する支援としても機能している面がある。

23) 倉田 [2017]

3.3 介護者・要介護者への現金給付

介護関係を支援する介護者支援として、介護者に対する直接の現金給付に、イギリスの税方式の介護手当（Carers' allowance）がある。同居や血縁が要件ではなく、実質的に介護を行っている者に支給されるが、週64.60ポンド（1万円程度）と低額で、介護者に対する賃金（介護労働の対価）ではなく、介護休業中の所得補填の意味合いであることがわかる²⁴⁾。

わが国における介護者に対する現金給付としては、税方式のものは障害児の養育者に対して支給される特別児童扶養手当しかない（そのほか自治体により独自給付がある場合がある）。社会保険方式のものとしては介護休業給付があり、雇用保険制度の一環であって明らかに介護に対する対価ではなく、介護者の休業に伴う賃金補填の意味をもっているものである。介護そのものに関する給付になっているわけではない。

一方、要介護者に対する現金給付としては、イギリスでは税方式の介護手当（Attendance allowance）があるが、介護者支援との関係では個人予算制度（personal budget）が注目される。個人予算制度は、要介護度に応じた予算額を現金または現物で受給できるものである。ニーズアセスメントと支給基準適合判定を受けたあと、在宅サービスを行政に購入してもらう代わりに（あるいは組み合わせで）、要介護者が自ら介護サービスを購入する費用（介護者を雇う費用を含む）に充てるための現金給付を受けることができるものである。2014年法（Care Act 2014）では自治体は要介護者に個人予算を提示し現金給付を選択させることが優先されている。わが国における要介護度別の介護保険給付上限額と同じような機能ももつものであると言える。

歴史的には、1996年法（Community Care (Direct Payment) Act 1996）で現金給付である直接支払（direct payment）が障害者に対し導入され、2000年に高齢者にも拡大されたあと、2001年法（Health and Social Care Act 2001）で自治体に直接支払の提供義務が課せられた。2008年法では、使い勝手をよくするため、現金給付と現物給付のどちらかではなくその両方を組み合わせ使える個人予算（personal budget）となり、2014年法では権利化された。

介護者支援との関係では、支給された現金給付で同居介護家族を雇うことはできないが、同居家族以外の介護者への支払いに当てることができ、その範囲で介護者支援となる（なおイギリスでは介護者のうち同居は1/3にとどまる）。また、アセスメントと同様に、介護者も別に申請すれば自らそのニーズに対応した個人予算を使うことができる。

ただし、個人予算制度は、要介護者自らが介護者やサービスを選択し、管理する権限を与えることを目的してつくられたものであり、介護者支援を目的としたものでは

24) Herring [2013] p121. なお、イギリスでは一般的に現金給付における社会保険方式と税方式の区別は相対的で、必ずしもわが国のように賃金補填の場合に社会保険方式を原則としているわけではない。

ない。専門職である行政のケアマネジャーによって機械的にサービスをアレンジされるのではなく、個人の希望やニーズに応じて柔軟にサービスが選べることや、介護者に対して弱い立場に置かれがちな要介護者の立場を強くし、両者の権力関係の平等化に資することがメリットとされている。一方で批判としては、行政は現金を支給するだけの役割となり、公的なケア提供責任の放棄になるのではないかと、要介護者に予算の管理能力がない場合が多い（実際に介護者との雇用契約や金銭管理の手続きが困難であるために、高齢者にはあまり使われていない）、現金を自由に使えるので何に使われるかわからず介護につながらないおそれがある、介護者と要介護者の意見が一致しない場合がある、各人がサービスを購入しなければならないので取引コストが大きい、などがあげられている²⁵⁾。

わが国においても、障害領域を中心に要介護者への現金給付の導入をもとめる議論があり²⁶⁾、導入されている事例も札幌市（パーソナルアシスタンス制度）にあるが²⁷⁾、障害者からの専門職による管理への反発と自己決定の要請から、個人の選択権を強めるものとして議論されている。

要介護者に対する現金給付は、介護者と支援サービスを要介護者自らが選ぶことになり、要介護者本人の選択と権限の拡大になるが、一方で、適切な介護サービスの提供に関する公的責任のみならず、専門的支援も後退することになりかねない懸念がある。

これに関連しては、わが国の介護保険法制定時（1997年）に要介護者に対する現金給付を行うことの是非が議論された。制度創設時に参考にしたドイツにおいて現金給付が行われている（現実には7割が現金給付）ことから議論がおこなわれたが、要介護者個人の権利の問題というより、介護者に対する介護の対価支払いの是非として議論された。制度創設時には、家族介護が固定化してしまい、外部の介護サービスの利用につながらない懸念などから、現金給付は設けられずに現在に至っている。近時、介護保険の現金給付を求める意見もあるが²⁸⁾、創設当時と事情は変わっていないと考えられるので、要介護者に現金給付して介護者への支払にあてるよりも、介護者の独自のニーズを把握して適切なサービスを提供するほうが、介護者支援として適当であると考えられる。

25) Herring [2013] p. 131.

26) 岡部 [2017]、小川 [2005] 参照。

27) 介護保険の重度訪問介護制度の枠内で設けられていて柔軟なサービスの提供に結びついていないことや、管理の難しさなどから、利用者は少ない。札幌市以外にも広がっていない。

28) 二木 [2007] p. 132・p. 181、菊池 [2010] など参照。

4. 医療における意思決定

4.1 関係の中での意思決定

従来の医事法は、手術などの医療行為を受けるかどうかや、終末期の医療の方針決定などの意思決定において、自立した患者と医師の1対1の関係を想定し、医師のパターナリスティックな専門的決定に対し患者個人の自立的な意思決定を重視し、情報提供、説明と同意などの重要性を指摘してきたが、現実には、患者の医療上の意思決定は孤立して1人だけでおこなわれるのではなく、家族・介護者・看護師等とのケア関係のネットワークの中で、相談しながら医療上の意思決定がなされることにヘリングは注目する²⁹⁾。このようにとらえると、介護者の意見は、介護者の利害関心や保護者としての主張としてではなく、患者との関係性に基づく意見であるにとらえ、尊重し、支援するべきであると考えられる。ただし、本人の意思と介護者の要請は相克することがあること（本人がある医療行為を受けたくないのに介護者は受けるべきと考える場合など）には注意をする必要がある。

医療上の意思決定が孤立して患者1人で行われるのではなく、ケア関係のネットワークの中で行われることは、わが国でも状況は同じであると言える。ただし、わが国においては、患者本人の自立的な意思決定よりも、家族の意思が患者本人の意思に代替していることが多い現状があり、現段階では「患者本人の意思決定を関係者が支援する」ことがより求められるのではないかと考えられる。

ケア関係のネットワークの中で意思決定が行われる例として、終末期医療においては、従前はもっぱら本人の事前の意思表示（リビングウィルや代理決定者の指定などのアドバンス・ディレクティブ）を尊重することが重要であるとされてきたが、事前指示があっても終末期にそのまま役に立つことは多くないことや、関係者が本人の決定を支援する仕組みを設ける必要があることから、近時は、将来の意思決定能力の低下に備えて、治療・療養から終末期まで人生全般にわたるグランドデザインを設計するために患者と家族や医療職があらかじめ話し合うプロセスであるアドバンス・ケア・プランニングが重視されるようになってきている³⁰⁾。このような考え方から、厚生労働省の示している「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」³¹⁾においても、2018年の改訂で、医療従事者から適切な情報提供と説明がなされ、それに基づいて本人の意思を中心としつつ、家族等の信頼できる者を含めて繰り返し話し合いがなされる過程の重要性を強調するようになっている。

4.2 精神的意思決定能力

精神的意思決定能力の有無は、医療上の診断などを踏まえてあとから判断され、意

29) Herring [2013] p. 153.

30) 西山 [2016] など参照。

31) <https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000197665.html>

思能力がなかったと判断された者の法律行為は無効とされる。後になって意思能力の有無が争われることによる不安定を避けるため、事前に行為能力を制限しておく行為能力制度があり、我が国では民法上の法定後見制度（後見・保佐・補助）と任意後見契約に関する法律に基づく任意後見制度がこれにあたる。ただし、医療上の意思決定は法律行為であるとは解されず、行為能力制度の対象外となっており、医療上の意思決定に関する支援制度が求められている³²⁾。

医療上の意思決定は、自らの決定（意思能力がなくなる前に意思表示がされている場合にはそれ）にしたがうことを原則とするが、家族・介護者・看護師等とのケア関係の中でおこなわれるものである。意思決定能力の有無は、医療専門職から与えられた情報や環境などを考慮して関係の中で判断されるべきであることや、いろんな人と相談をして決めるものであり、1人で決められなくても支援があれば決められることを考えると、意思決定支援の仕組みを整備することが求められる。こうした考え方に基づき2005年に制定されたものが、イギリスの意思決定能力法（Mental Capacity Act 2005）である³³⁾。

この制度は、個別具体的状況において意思決定能力がないとされる範囲を限定する「判断能力存在の推定」を置き、ある時点における能力の有無を判断するのではなく、決定過程を重視し、能力がある状況を生み出すべく関係者が積極的に支援する制度としてつくられたものである。イギリスでは、保護裁判所（Court of Protection）が「法定受託に関する審判（receivership order）」によって判断能力の不十分な人の財産管理能力を制限し、財産管理権を保護裁判所に移行させ、保護裁判所から委任を受けた法定受託人が本人に代わって財産管理を行う仕組みとなっている。2005年法では、保護裁判所の決定が財産管理のみならず、日常生活上の意思決定、医療行為、特定の治療の拒否についても及ぶものとされた。また、これに関連して、判断能力を有しない成年者に代わって意思決定を行う者として、裁判所と法定後見人・任意後見人（deputy・attorney）のほか、医療・介護者や家族なども含まれるようになったことが特色となっている。

介護者との関係では、本人の意思能力がないとされた場合、他者は「最善の利益（best interest）」を実現するよう行動しなければならないが、本人の過去・現在の心情・価値観、事実上の介護者など関係者の見解などすべてを考慮して判断しなければならないとし（1条）、法律行為のみならず医療や介護に関する事実行為の決定に関し、医療従事者のみならず介護者にも決定権限を与えている（5条）。こうした点は、単に要介護者の精神的・意思決定能力の有無を判断するのではなく、介護者と要介護者のケア関係に着目し、それを支援することによって、要介護者が意思決定できるよう

32) 秋元・平田 [2015] p. 176、新井 [2017] p. 55、田山 [2015] p. 46参照。

33) Herring [2013] p. 156、秋元・平田 [2015] p. 104、田山 [2015] p. 143、菅 [2010] p. 13参照。

に支援することを目指していることをあらわしている。

日本の成年後見制度は、後見類型を中心として運用されており、本人の意思決定能力を制限して代理人が代わりに決定することにより本人を保護することに偏っていて、関係者による支援により本人の判断をできる限り支援するという観点が弱いと批判されている³⁴⁾。また、意思決定の範囲は財産上の法律行為に限られていて、医療上の意思決定に及ばず、支援者は裁判所によって認められた法定代理人や任意代理人に限られていて、介護者も含まれていない。医療上の意思決定に法定後見制度が用いられることはないことも現場では問題視されている³⁵⁾。わが国においては、医療上の意思決定において本人の意思より医療者や家族の意思が優先しがちであるため、本人の意思を確認することが優先されるべきで、イギリスのように成年後見制度を改めることはすぐには難しいが、医療上の意思決定を支援する法的な仕組みの構築に当たっては参考になるだろう。

4.3 意思決定者としての介護者

イギリスの意思決定能力法では、医療上の意思決定についても制度の対象となり、自らが意思能力が不十分になった時に備えて、アドバンス・ディレクティブを残すほかに、自分の希望をよくわかっている代理人をたてておくことができる。この代理人は、介護者であることも多い。このほか、イギリスでは、精神保健法に基づく同意入院（1983年精神保健法）や臓器移植に関する同意（2004年人体組織法）での同意権限者や、医療に関する個人情報開示の同意権限者が現在近親者（nearest relative）に限られているのに対し、介護者が含まれるとすべきとする見解がある³⁶⁾。

わが国においても、精神保健福祉法の医療保護入院や脳死・臓器移植法における臓器提供の同意権限者は家族に限られており、制度は類似しているが、精神病院への入院で医療保護入院（本人でなく家族の同意による入院）が多いことや、脳死・臓器移植において本人の同意とは独立に家族の同意が置かれているなど、本人の意思と関係なく家族の同意が優先されている場合が多くあり³⁷⁾、現状では家族以外の者に同意権限を拡大するよりも、ケアを行っている関係者の協力を得ながらも個人の意思を尊重することをより優先すべきであろうと思われる。

5. 家族支援

5.1 ケア関係の単位としての家族と夫婦・親子関係

家族は社会的制度であり、家族と認められることによって法的な効果が与えられる

34) 新井 [2017] p. 53など。

35) 新井 [2017] p. 55・p. 59など。

36) Herring [2013] pp. 168-173.

37) 米村 [2016] p. 212・p. 229.

ことがある。こうした家族の定義は、これまで血縁関係や性的関係をもとにおこなわれてきたが、関係的権利の考え方に基くと、ケアを行う単位として家族を考え、支援するべきであるとする考え方ができる。法によって守るべきものは、血縁や性的関係より、ケア関係であるという考え方である³⁸⁾。

これまで夫婦関係は異性間の性行為を行う関係であることを前提としてきた。子どもを産む能力があるかどうかとは無関係に、性的関係を結ばないことを条件とした婚姻は無効であることや、配偶者以外との性交は民事上違法となりうることなどに現れている。しかしながら、夫婦を子どもあるいは成人した要介護者をケアする単位であると考え、ケア関係を支援する社会制度であると考え、保護されるべき夫婦関係は必ずしも異性間のものでなくてもよく、性的関係がある必要もないことになる。たとえば子どもを育てている同性夫婦を制度上の夫婦と認めてもよいことになる。親子・扶養関係も、生物学的な血縁関係よりも³⁹⁾、ケア関係を重視して考えるべきことになり、子の福祉、養育責任、子が誰を親と認識しているかといった関係重視の観点から、親子・扶養関係を認定することが適切であることになる。

5.2 所得保障制度上の扶養

法的に支援するべき家族関係が、異性間の性的関係や生物学的な血縁関係ではなく、子どもや成人要介護者をケアする関係であると考え、所得保障制度上の扶養関係の考え方も異なってくる。

イギリスの所得保障制度上の扶養の考え方は、夫婦から子どもベースになってきており、配偶者控除は廃止されており、子どもを養育している場合に税額控除が受けられる児童扶養控除（child tax benefit）が創設されていることが代表的である⁴⁰⁾。年金制度においては、遺族は就労して生計を立てることを原則とするようになり、遺族年金の支給は子のある遺族に限定されている⁴¹⁾。

わが国においては、税制上の配偶者控除・配偶者特別控除、年金における第三号被保険者制度は、子の有無と無関係に所得要件だけで配偶者に認められる。遺族厚生年金の受給資格も子の有無と関係なく認められ（ただし30歳未満の子のない妻は有期）、子の有無が要件となっているのは遺族基礎年金くらいである。子の有無と関係なく配偶者であるというだけで扶養関係を認めるのは、女性の就労を不利にするとの批判があり、子を養育していることや成人要介護者を介護していることを扶養の要件にする

38) Herring [2013] p. 187.

39) 実は現在も、人工受精や体外受精のドナーは親と認められないことや、DNA検査よりも婚姻中の子を夫の子と推定する規定が優先することは、生物学的な親子関係よりも社会的な親子関係の考え方に立っていることをあらわしている。Herring [2013] p. 199.

40) Herring [2013] p. 194、西村 [2013] p. 107

41) ただし、就労優先とする考え方から、子のある遺族への遺族年金も近年は一時金化・有期化されて極めて限定的なものになってきている。

など、ケア関係の支援に着目した制度にしていくべきではないかと考えられる⁴²⁾。

6. 介護者の雇用

これまでの労働法は、育児や介護などの家族のケアの責任は私的なものであるとし、労働者は自分で選んだ労働時間中は労働に専念する者であるとする「ケア責任のない労働者モデル」に基づいて組み立てられてきた。現実の労働者は、ケアの責任を負い、必ずしも自由に労働時間を選び、労働を優先することはできない。こうした労働者像に立って、これまでのケア責任のない個人労働者モデルから脱却し、介護と雇用の両立を目指す必要がある。育児と労働の両立については、これまで進展が見られるが、介護との両立については、かなり立ち遅れた状況にある⁴³⁾。

イギリスでは、介護者の就労支援のための弾力的勤務制度（Flexible working）の整備が進んできた。これは、介護の責任を持つ労働者に対し、労働時間の変更、勤務時間帯の変更、在宅勤務などの弾力的勤務を申請する権利を付与するものである（ただし、弾力的勤務をする権利ではなく、使用者は合理的理由がある場合は拒否することができる⁴⁴⁾）。

弾力的勤務制度は、2004年法で6歳以上の子と18歳未満の障害児を持つ親に認められたことから始まった。その後、2006年法（Work and Families Act 2006）ですべての介護・看護者に拡大され、2009年法（Work and Families Act 2009）で17歳未満の子を持つ親に拡大されたあと、2014年法（Children and Families Act 2014）で全労働者に認められるようになった。イギリスでは、ほかに看護時間（time off）、育児休業などが認められてきたが、高齢者・障害者の介護よりも育児が優先されてきており、介護休業について法的な規定は存在しない。

わが国における介護と仕事の両立策を見ると、育児休業法が1995年に改正され、介護休業に関する規定が入って「育児・介護休業法」となり、現在は介護休業・介護休暇・労働時間の短縮に関する規定がある。介護に関する規定は基本的に育児に準じているが、最大2年間で一定程度手が離れる育児に対し、平均5年続くと言われている介護休業については、年間最大93日間の休業など介護の特性に沿ったものとされている。最近の安倍政権による「介護離職ゼロ」対策の中には、介護サービス確保、相談機能の強化、フレイル予防、社会参加、地域共生などとともに、介護休業・介護休暇・柔軟な就労形態の利用率向上が含まれているが、既に制度化されているものの利用率向上に重点を置いたものになっている。

42) 永瀬 [2004] など。

43) Herring [2013] p. 247.

44) 日本の制度とは異なって、一定の上限を認めるというよりも、労働者の選択を認めるものである。Herring [2013] p. 250、JILPT [2017] 参照。なお、弾力的勤務制度の政治的背景については、田中 [2017] 参照。

7. 考察：関係的権利と考えることで見えてくるもの

わが国の社会保障法学においては、近時、社会保障の法理念をめぐる議論が盛んにおこなれている。憲法第25条の生存権にのみ社会保障の規範的基礎を求めてきた従来の議論に対し、社会保障の目的を自立した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備としてとらえる、個人的自由の確保または自立の支援に着目した自由基底の社会保障法理論が有力になっている⁴⁵⁾。筆者は、基本的にこうした立場に立ちながらも、個人の自由の保障を社会保障の指導的理念とすることで、必然的に社会の側に個人の自立を支援する義務を生ずるところに不明確性があると言えないでもないと考え、一方進んで「参加・貢献に基づく権利」を提唱し、個人が社会を作っていく契機を強調するとともに、個人が社会参加・貢献できるようになるための社会の側からの支援義務を導こうとしてきた⁴⁶⁾。個人はひとりで自立して存在しているのではなく、社会との関係をもちながら存在するのが事実であり、参加・貢献という形で社会と関係を持って存在するのが規範的なあり方であると考えているためである。そうした中で、社会保障法を考えるにあたっては、ケアを受け・ケアを行う関係を、社会への参加関係であると捉えて、法的に捉え直す作業が必要であると考えた。本稿はその作業の一環である。

本稿では、ケアの倫理に基づく関係的権利論の観点から社会保障を見た場合に見えてくるものについて検討を行った。その含意は、人間が自立した存在であることを前提に考えるのではなく、一定の状況の下でケアされる関係のネットワークの中にある存在であると考え、ケア関係を支援する必要性が基礎づけられるのではないかと、いうことであった。より詳しくは、以下のようなことが導かれるのではないかと考える。

まず、本稿で見た介護支援、医療上の意思決定、家族支援、介護と就労の両立支援のいずれにおいても、ある一時点という断面で、個人のみに着目して権利の有無を判断するのではなく、一定の時間継続するケア関係に着目して、その関係を継続できるように支援を受ける権利を考える必要性である。関係的権利としてのケアとは、ある段階での権利の有無を判断するための道具としての概念ではなく、権利を作り上げていくための道具概念でと考えられる。

また、関係的権利論は、個人の自由意思によって選択し、選択の結果については責任を負うという近代の個人的権利観への修正の面がある。ケア関係はその関係に入るかどうかを個人が自由に選べるものではなく、巻き込まれるものである。ケア関係がいやであれば自由に離脱できる、という性格のものではない。関係的権利は、ケア関係に巻き込まれていることによる介護者の責任を論じるのではなく、ケア関係を続けていけるために介護者が支援を受ける権利を論ずる。人間は事実として自由ではない

45) 菊池 [2000]

46) 西村 [2013]、西村 [2015] 参照。

が、介護支援は自由になるための支援であり、支援された自立を実現しようとするものとして、自由や自立を補完するものであると考えられる。一方で、巻き込まれた関係を前提としてそれを支援するものであるから、事実としてのケア関係を所与と考えて、関係する本人たちの自由意思を無視してケアを強要するものにならないよう、十分に気を付ける必要がある（ケア関係がうまくいかなかった状況が虐待である）。また、ケアを受ける人とケアを行う人を一体として捉えてその相克を無視し、個人の権利性を曖昧にすることのないようにする必要がある。とりわけ共同体的・家族的価値観が強い日本では注意する必要があるだろう。

関係的権利には、存在する関係に基づいて何らかの権利が生じるという面と、あるべき関係に向けて支援される権利であるという面があるが、関係的権利に基づいた社会保障を論じる場合は、あるべき関係を維持・構築していくためにどのように支援していくかという面の着眼が重要になろう。その意味で、ケアを行う人とケアを受ける人の二者の関係ではなく、そのケア関係を支援する主体を含めた三者の関係で考える必要がある。社会保障を考える場合は、ケアを受ける人の権利とケアを行う人の責任よりも、ケア関係を維持・構築したいケアを行う人・ケアを受ける人の権利と、それを支援する主体、とりわけ公的主体の責任が問題になる。この場合、支援の仕組みという制度論のみならず、支援を受ける権利と支援を行う責任という権利論の具体化は、なお具体的に論じていく必要があるだろう。

※本稿は、科研費（18K01302、18H00796）の助成を受けた研究成果の一部である。

＜参考文献＞

- 秋元美世 [2010] 『社会福祉の利用者と人権－利用関係の多様化と権利保障』 有斐閣
- 秋元美世・平田厚 [2015] 『社会福祉と権利擁護－人権のための理論と実践』 有斐閣
- 新井誠 [2017] 「成年後見制度利用促進法の経緯と成年後見制度の展望」 障害法 1
- 岩間大和子 [2003] 「家族介護者の政策上の位置づけと公的支援」 レファレンス53 (1)
- 大江洋 [2004] 『関係的権利論－子どもの権利から権利の再構成へ』 勁草書房
- 岡部耕典編 [2017] 『パーソナルアシスタンス－障害者権利条約時代の新・支援システムへ』 生活書院
- 小川喜道 [2005] 『障害者の自立支援とパーソナル・アシスタンス、ダイレクト・ペイメント』 明石書店
- 菊池馨実 [2000] 『社会保障の法理念』 有斐閣
- 菊池いづみ [2010] 『家族介護への現金支払い－高齢者介護政策の転換をめぐる』 公職研
- キティ、エヴァ・フェダー [2010] 『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』 白澤社
- ギリガン、キャロル [1986] 『もうひとつの声』 川島書店
- 倉田あゆ子 [2017] 「地域支援事業における家族介護者支援」 名古屋短期大学研究紀要55

- 菅富美枝 [2010] 『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』 ミネルヴァ書房
- 笹沼弘志 [2008] 『ホームレスと自立／排除』 大月書店
- 田中弘美 [2017] 『「稼得とケアの調和モデル」とは何か』 ミネルヴァ書房
- 田山輝明 [2015] 『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』 三省堂
- 永瀬伸子 [2004] 「年金と女性－第三号被保険者をめぐる課題を中心に」 法律時報76(11)
- 二木立 [2007] 『介護保険制度の総合的研究』 勁草書房
- 西田英一 [1995] 「新たな法主体の可能性－コールバーグ／ギリガン論争を出発点に (一) (二)」 法学論叢137(1)・139(1)
- 西原博史 [2009] 『自律と保護－憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』 成文堂
- 西村淳 [2013] 『所得保障の法的構造－英豪両国の年金と生活保護の制度史と法理念』 信山社
- [2015] 「社会保障の規範的基礎についての考察－法学理論と規範理論を手掛りに」 年報公共政策学 9
- [2016] 「ケアの倫理に基づく社会保障の理念－その制度設計に対する意義に関する覚書」 年報公共政策学10
- [2018] 「参加支援の観点から見た社会福祉の法体系論」 神奈川県立保健福祉大学誌 15(1)
- 西山満徳ほか編 [2016] 『本人の意思を尊重する意思決定支援』 南山堂
- ノディングズ、ネル [1997] 『ケアリング』 晃洋書房
- 服部高宏 [2000] 「法システムと『思い遣りの倫理』」 三島淑臣ほか編 『人間の尊厳と現代法理論』 成文堂
- 三富紀敬 [2008] 『イギリスのコミュニティケアと介護者－介護者支援の国際的展開』 ミネルヴァ書房
- 森田修 [2016] 『契約規範の法学的構造』 商事法務
- 湯原悦子 [2014] 「家族介護者支援の理論的根拠」 日本福祉大学社会福祉論集130
- 米村滋人 [2016] 『医事法講義』 日本評論社
- 労働政策研究・研修機構 (JILPT) [2017] 「イギリスにおける仕事と介護の両立支援」 『ヨーロッパの育児・介護休業制度』 資料シリーズ No. 186
- Clement, Grace [1996] *Care, Autonomy, and Justice*, Routledge
- Clements, Luke [2015] *Carers and Their Rights*, Carers UK
- Engster, Daniel [2007] *The Heart of Justice*, Oxford University Press
- Fredman, Sandra [1998] *Women and the Law*, Oxford University Press
- Herring, Jonathan [2013] *Caring and the Law*, Hart Publishing
- Held, Virginia [2006] *The Ethics of Care*, Oxford University Press
- Minow, Martha [1990] *Making All the Difference*, Cornell University Press
- Noddings, Nel [2002] *Starting at Home*, University of California Press
- Tronto, Joan C. [1993] *Moral Boundaries*, Routledge

Social Security System Based on the Ethic of Care and the Relational Rights Theory — Using Discussion on the UK Care Laws —

NISHIMURA Jun

Abstract

This paper explores a possibility of application of the relational rights theory to the social security law as a legal right theory based on the ethics of care using the discussion on the UK care laws. First, when we think of care as a relational activity, it is important to focus on benefits and supports to carers. Second, when the decision of medical treatment is made in the caring network, it is necessary to establish a system to support a decision making by carers. Third, when regarding a family as a unit for caring relationship, it is not necessary to regard marriage as heterosexual relationships with consummation nor parenthood as biological links but as caring relationships. Fourth, for workers with caring responsibility, a system to combine paid work with care is required.

Keywords

ethic of care, relational rights, social security law, carer support, caring relationship