

私的扶養における家族の位置づけと社会保障の行方  
—民法における老親扶養規定の変遷と、家族をめぐる責任のあり方—

The future of social security and the positioning of the family in private support.

教授 鳥野猛

[要約]

本論文では今後ますます増大すると思われる年金や医療、そして介護といった社会保障財源との関係から、「年老いた親の面倒をいったい誰が見るのか」という視点を切り口として、私的扶養における家族責任の位置づけを扶養条項制定の経緯のなかから整理したものである。具体的には、民法の老親扶養規定を明治民法から遡る作業と同時に、家庭裁判所へ申し立てがなされた戦後からの扶養請求事例の整理を行った。とりわけ老親扶養についての歴史的変遷と、判例という実践的な事実とをつき合わせながら、私的扶養のなかでも老親介護と扶養との関係についての検証を行いながら、これからの社会保障における「社会」という言葉に、「国家」、「家族」、「個人」、「市場」というすべてのフレーズが財源問題と関係するなか、「介護」と「扶養」という概念やキーワードが、「家族」のなかでどう機能し得るのかについて、これまでの整理と問題提起を試みたものである。

[キーワード]

老親扶養 家族 社会保障 私的扶養 民法

## 序論

社会保障や社会福祉に関する問題を取り上げるうえで、その要因や対策を図る際、必ずと言っていい程、「家族」というキーワードが登場する。

以前から認識されてきた部分ではあったが、「家族は福祉における含み資産<sup>1</sup>」として政策的に豪語されたのが36年前。その間「そもそも家族とは…」といった、最も小さい社会単位としての器の定義にも変更が求められ、いまでは医療技術の発達に伴い、これまでは不可能であった生まれ方や逝かせ方が、可能となり現実となるなか、家族を形成する手段やその時期についても法的な回答が必要とされるまでに至っている。

「家族」をめぐる昨今の国内情勢を例示すると、2006年の教育基本法改正においても、家族という表現ではないものの第10条「家庭教育」という言葉で、子どもの教育についての第一義的責任を父母に定める家族観を採っている。また、1990年代以降の民法をめぐる論議のなかでも、夫婦別姓や女性に対する離婚後の再婚禁止期間の短縮や撤廃、非嫡出子における相続権の平等化、さらに生殖医学の技術的進歩に伴って、代理母をめぐる親子関係問題や、精子提供者が死亡した後での人工授精をめぐる親子の問題をはじめ、民法がこれまで規定してきたような家族という枠組みでは対処できないほどにまで多様化した家族をめぐる論議は、程度の差こそあれ、古くて新しい「家族」をどう捉えるのかという視点から絶えず議論の対象になっている。さらに、先の選挙で大勝した自由民主党の改正憲法草案でも、第24条に「家族は、互いに助け合うべき」という文言を新たに追加するなど、単なる精神論だけではなく、国が抱える様々な問題に対し、政府としても「家族」に依存しなければならない、いや、これ以上の家族の崩壊によって国が多くの負担を強いられるのを避けたいという思いから、「家族」に関する論議が後を絶たない状況となっている。

現在のところ、とくに政治的には、家族を「子どもの健全育成の基盤」または、「子どもを養育する責務」といった子育てに重きがおかれる傾向も否めないが、本論文では「介護を伴う親の面倒見」について、老親扶養の歴史的理論的経緯を含めた整理のなかから、家族の捉え方や位置づけを探るものである。

つまり、今後ますます増大すると思われる年金や医療、そして介護といった社会保障財源との関係から、「年老いた親の面倒をいったい誰が見るのか」という視点を切り口として、私的扶養における家族責任の位置づけを扶養条項制定の経緯のなかから整理するものである。これからの社会保障における「社会」という言葉に、「国家」、「家族」、「個人」、「市場」というすべてのフレーズが財源問題と関係するなか、「介護」と「扶養」という概念やキーワードが、「家族」のなかでどう機能し得るのかについて、これまでの整理と問題提起を試みたい。

## 第1章 私的扶養理論をめぐる歴史的経緯

### 第1節 明治民法における私的扶養の考え方と家族の位置づけ

「子どもを産み育て、そして親を看取る」。これらは家族の機能または役割として、人類

が誕生した頃から脈々と受け継がれてきた営みであったと言えよう。その脈々と受け継がれてきた営みの場であった「家族」に異変が生ずるなか、とくに扶養と家族との関係について本章では整理したい。手法として、家族という器の定義を考える際、歴史的経緯を念頭におく必要があり、なかでも明治維新以降における近代法制定の段階で、とくに第二次世界大戦前の近代的法制度が整備されつつあった明治期からの導入過程をひも解く作業を通じ、家族がどう理解され、どう位置づけられてきたのかを整理したい。

当時の明治新政府は、江戸末期に諸外国から締結させられた不平等条約（治外法権・関税自主権の剥奪）を撤廃し、また当時の慣習法を見直すため、早くから民法典の編纂事業を進めてきた。政府は明治6年（1873年）、法学者で教育者でもあったフランス人ボアソナードを招き、フランス民法を基礎とする法案を作成。明治23年（1890年）に公布、3年後の明治26年（1893年）から施行しようと考えた。しかし国情に合わないとの反対論<sup>2</sup>から延期せざるを得ず、政府は法典調査会を設け新しい民法制定に力を注いだ。その結果、旧民法の施行延期から5年程の期間を経て、明治31年（1898年）に明治民法が誕生することになる。

これまでの扶養条項については、旧民法が「養料」支給義務に関する四ヶ条しか有していなかったのに対し、明治民法では親族の扶養責任について、第四編第八章「扶養ノ義務」という独立の章を設け、全十ヶ条にもわたる詳細な規定を作成した。またその他にも戸主の家族に対する扶養義務を規定した「戸主及ビ家族」の章が、第一章総則に次ぐ第二章に位置づけられた。これら明治民法の特徴は、近代市民法的権利義務的構成を採りながらも、その内容は「家」制度的扶養法を随所に取り入れたものであった<sup>3</sup>。親族による扶養構造と、「家」による扶養構造との関係を整理すると次のようになる。

親族による扶養構造は、「互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」権利義務的關係として構成された。これは旧民法（明治23年＝1890年）が、扶養（養料）を権利義務的關係としたことに対し、「生活に困った親族に対して扶養をすることは道徳的な問題であって、それを権利義務という法的関係において構成することは、道徳心を害する恐れがあり、倫常を壊乱する<sup>4</sup>」という反対派の主張によって延期させられたことに鑑み、妥協策を模索しつつ対応したものである。つまり扶養を権利義務的關係としながらも、家制度的な色彩を色濃く残すことで、法典論争の際に反対派からだされた批判をかわすものとなっている。

扶養の範囲、順位、程度、方法について、旧民法との相違点を整理してみたい。扶養義務者の範囲については、明治民法第954条で「直系血族、兄弟姉妹、及ビ夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊属ニシテ其家ニ在ル者」と規定している。これは旧民法と比較しても大きな違いはみられず、狭く限定したものとなっている。扶養の順位については、扶養義務者、権利者というように明文化されており、扶養義務者については明治民法第955条で、直系卑属、直系尊属、夫婦の一方と他方の在家の直系尊属、兄弟姉妹の順で明記している。また権利者については明治民法第957条で、直系尊属、直系卑属、夫婦の一方と他方の在家の直系尊属とされている。これらの順位は、妻子よりも親を大事にするという発想から、「家」

制度的な性格を残すものとなっている<sup>5</sup>。扶養の要件については、明治民法第 959 条 1 項で「自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ成コト能ハザルトキ、又ハ自己資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハザルトキ」と規定している。扶養の方法については、明治民法第 961 条で「扶養義務者ハ其選択ニ從ヒ扶養権利者ヲ引取りテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラスシテ生活ノ資料ヲ給付スルコトヲ要ス」と規定し、旧民法の養料支給義務の項目に加えて、引取扶養<sup>6</sup>を選択順位の始めに位置づけている。この引取扶養の優先順位を上位におくことで、旧民法制定時の反対派からの「国情に合わない」という批判をかわす理由づけが存在すると思われる。つまりこの規定は、明治民法における扶養規定が、引取扶養という親族間の同居形態を新しく設けたことで、権利義務的關係に基づくものとしながらも同居扶養に伴う親族間の情誼、道徳的な「家」制度的色彩を強調したものと思われる。

この場合の「家」による扶養構造とは、「戸主」による扶養責任のことを指し、戸主の扶養責任は、明治民法第 762 条で「家督相続ニ因リテ戸主ト為リタル者ハ其家ヲ廃スルコトヲ得ス」とされ、「家」の維持責任を負うと考えられていた<sup>7</sup>。また扶養義務として明治民法第 747 条では「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負ウ」とし、これは旧民法の第 244 条「戸主ハ家族ニ対シテ養育及ヒ普通教育ノ費用ヲ負担ス」に相当する部分であり、「…内容的にも単なる扶養・教育の費用負担義務である<sup>8</sup>」と考えられる。このように扶養（ここでは養料）を権利義務的關係とする旧民法に対しての批判から、扶養が道義によって履行されなかった場合の強制・拘束的手段である義務化、また戸主の権限である扶養責任をも法定化するという規定を盛り込んだ内容として、当時の明治民法が完成した。

以上を要約すると、明治民法は親族間において扶養責任を権利義務的關係と規定する一方、家族の情誼や道徳を基礎とする家制度的要素を盛り込んだものとなっている。つまり扶養原則については、戸主による扶養義務と、親族による扶養義務の二重構造になっている<sup>9</sup>。ここでの二重構造とは、親族間における扶養義務をまずベースとし、それが機能されない場合に最終的な救済方法として、戸主による扶養義務が発生するものと考えべきであろう。明治民法は、旧民法における養料規定の権利義務的性格が「国情に合わない」という反対派からの意見に対し、妥協案として扶養方法に引取扶養規定を設け、また解釈としても扶養が実際に行われなかった場合における法的拘束力としての義務化であることを強調するものであった。つまり、明治民法における扶養規定は、戸主による家制度の強化というよりはむしろ妥協案を探りながら、親族間の扶養義務を強化するものであった。それは、明治民法では戸主の権限である経済的独占（家督相続）や、家族支配権について規定されてはいるものの、扶養義務の内容においては扶養・教育に関する費用負担義務であり、結果として「戸主の扶養義務は親族扶養よりも後順位<sup>10</sup>」とされていることから理解できる。また権利義務的關係として構成された親族扶養は、これまでの「家」制度的家族の枠組みのなかで評価されなかった個人を解放する、という点においては評価できる一方、ここでいう権利義務的關係とは、親族間においてであって、国家と個人に対してのものではない。つまり親族間における扶養責任を法的義務とすることで、私的扶養の強化を図る

ことを意味していた。そのことは、とりわけ生活困窮者の救済に関し、国家の責任を回避する考え方として現れている<sup>11</sup>。

このような発想は、日本における 1900 年代という時代背景を考慮に入れた際、資本の本源的蓄積期に伴う社会問題の増大、そこから生じる譲歩としての救貧施策と無関係ではないだろう。1874 年に制定された恤救規則においては、対象者を独身者とし、救貧を人民相互の情誼で行うことを原則としている。また 1929 年に出された救護法においても依然として、家族制度・隣保相扶の淳風美俗の精神を前提とするものであった。これらは同居を前提とする親族間の扶養が経済面だけではなく、身体的・精神的側面においても都合がよいことを見込み、本来国がみるべき生活保障への要求や救済を家族に負わせることで、問題を潜在化・吸収させる作用を意図していたと思われる<sup>12</sup>。

## 第2節 明治民法から現行民法までの私的扶養をめぐる経緯

現行民法は、昭和 22 年（1947 年）の民法改正のなかで定められたわけであるが、1945 年のポツダム宣言受諾後、GHQ の指導のもとで国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の三つを支柱とした日本国憲法が制定され、これまでの習慣、思想とは全く異なった価値体系である国家をつくる作業の一つとして生まれた経緯がある。戦後、大国の介入によって、国のあり方そのものにまで至る大きな価値観の転換が求められたわけであるが、「孝」という子から親へのベクトルに対しては、国民感情を含め法制化を担当した当時の専門家においても、様々な意見が出され認識レベルでの切り替えが困難であった時期と思われる。

戦後の新民法の制定にあたっては、大正 14 年臨時法制審議会で出された議論をもとに作成された経緯がある。審議会の内容は、明治民法の制定当時からの批判部分であった、扶養条項に関する「繁雑」、「非常にぎこちなくできていて実行性に欠ける<sup>13</sup>」という点を考慮して、「第三四 扶養義務 扶養ニ付イテハ扶養ヲ為スベキ者其他ノ大綱ヲ規定スルニ止メ扶養義務者ノ順位、扶養ノ程度、方法等ニ関スル現行法ノ繁雑ナル規定ヲ整理シ家事審判所ヲシテ適宜之ヲ裁断セシムルモノトスルコト」と簡略化したものである。つまり細かな規定を設けるよりは、家事審判所が個々の家族状況を考慮して具体的な審判を下すというイメージであった<sup>14</sup>。

上記のような経緯から現行民法が生まれたわけであるが、骨格としては明治民法の扶養条項が全十カ条から成っていた詳細なものを、現行民法では全五カ条に簡素化したものになっている。改正点としては、1. 「家」制度の廃止に伴って戸主制度を基礎にした制約がなくなった。2. 夫婦間扶養を基礎にした。3. これまでの扶養規定であった権利者・義務者の順位をなくし、扶養義務者についてのみ直系血族と兄弟姉妹に限定した（第 877 条 1 項）。4. 家庭裁判所によって特別の事情があると認められる場合に限って、三親等内の親族間においても扶養の義務がある（第 877 条 2 項）。5. 扶養の程度・方法についても当事者の協議に委ね、それができない場合には家庭裁判所が定めることができる（第 879 条）、という内容である。

次に上記のような扶養法理論の流れの中で、現在に至ってもなお定説となっている中川善之助の理論を整理したい。

## 第2章 現行民法における私的扶養の考え方と家族の位置づけ

### 第1節 中川善之助理論の概要<sup>15</sup>

現行民法における私的扶養の思想は、中川善之助博士によるところが非常に大きい。現在に至っても定説にまでなっている中川の扶養二分論が、戦後民主主義の洗礼を受けて民法改正が行われる約20年も前から理論化されていたこと、そしてその論理が時代の流れにより修正を加えられながらも、現在においてさえなお有用性を発揮していること、これらを考え合わせると、中川の理論を再度整理し今日的な課題を洗い出す作業は、本論文でキーワードとして取り上げている「家族」や「年老いた親を、いったい誰が面倒を見る義務を負うのか」について何らかの示唆があるものと思われる。

中川は当時の扶養制度を「身分法」から、その結合的差異に注目して四つに分けることを試みた。1. 親族法、2. 親子法、3. 家族法、4. 婚姻法である。1. 親族法は、「一定範囲の親族関係あることのみに基づいて起こる身分関係の法規中、親子法のみを除外したもの」とし、身分法における結合の程度としては「自己の生活を犠牲にすることなき限度」としている。2. 親子法は、親が子を養育することの規範であり、親と未成熟の子との間における関係としている。3. 家族法は、家族共同体の継続と統制のためにある、つまり「家」族法である。4. 婚姻法は、継続的性結合共同体の法規であり、そのために同居の義務が課せられている。

中川はこのように身分法の世界を四つに分けた上で、範囲、程度、原因から、二つにまとめることを試みた。つまり「夫婦相互間及び親の未成熟なる子に対するの義務は、著しく他の二者、即ち家族法上戸主の負う所の及び親族法上一定範囲の近親が負担する所の扶養義務と異なることを発見するのである」として、「婚姻法上の扶養義務と親子法上の扶養義務は、その基本的身分関係の必然的絶対的要素たるもの」であって「生活保持の義務」と規定した。中川の文学的な表現を借りるならば、「生活保持の義務」は、「最後の一片の肉、一粒の米までも分け食らふべき義務であり、他者の生活を『助け助くる』に非ずして、之を自らの生活として保持するものである」ということになる。

他方、親族法上の扶養義務は、「扶養義務者が自己の地位相当なる生活を犠牲にしない程度に、扶養上の出損をなし得る場合にのみ負担せしめられる」として、「偶然的相対的」なものとして解し、親族法と家族法とを含めて「生活扶助の義務」と規定した。扶養における責任という点においては、「生活扶助義務」より「生活保持義務」の方が重い義務となる。

この扶養二分論の理論的背景について整理すると、中川はスイス民法の親族扶養義務に関する規定をベースにしている。その規定は「unterhalt」と「unterstützung」に分けられており、前者は婚姻上の協生義務と親が未成熟の子に対する養育義務であり、後者は一般の扶養義務となっている。二つのスペルの意味も、中川が「生活保持義務」、「生活扶助

義務」の定義で使用している「必然的絶対的」、「偶然的相対的」に対応するものとなっている。

このように中川の扶養義務二分論は、当時の「家」制度的色彩が濃い時代にあって、「現実の家族・親族生活と法の矛盾を解釈学的に解決する<sup>16</sup>」ロジックとして高く評価されるものであった<sup>17</sup>。

## 第2節 私的扶養理論をめぐる現行民法の課題 一扶養二分論への批評を中心にして一

中川が扶養法理論のなかで生活保持義務と生活扶助義務についての扶養義務二分論を提唱したのは、昭和3年の論文「親族的扶養義務の本質<sup>18</sup>」であった。中川の理論は、民法改正後においても通説的な役割を果たしてきたが、高度経済成長期と重なる1960年代後半頃から批判的な見解が現れてくる。それら個々の評価を分析することで、中川理論の限界や、現代の非常に多様化した家族関係にあって、新たな課題が顕在化されるものと考えている。

石井健吾は「自己責任の原則を基調とする近代法のもとでは、生活困窮者の生存を維持するための扶養義務でさえ余儀なく承認された例外であるから、相手方の生活困窮を要件とせず、かつしばしば最低限度の生活維持を超えるところの一体的な生活保持のための経済援助を義務付けることは、親と未成熟の子の間であっても、明文の規定なくしては許されないのではなかろうか<sup>19</sup>」として自己責任を原則とする現代社会においては扶養義務でさえ例外的なものとして位置づけている。

鈴木禄弥は、「保持義務、扶助義務は、扶養義務の両極のいわば理念型を示す言葉としてなら認められてよいが、具体的事案における具体的扶養義務をまず『保持義務』か『扶助義務』かと規定しそれによってその効果を定めるといった態度は、避けなければならない。その意味で『保持義務』『扶助義務』という区別は、少なくとも法技術的概念としては重要性がない<sup>20</sup>」としてあくまで二分論は理念として存在するだけで、具体的な法技術的な価値はないとしている。

青木道夫は、「生活保持義務を負う扶養義務者の健康で文化的な最低限度の生活が保障されなくなる」として、私的扶養の負担強化につながることを危惧し、「国家や社会が個人の生活を保障する究極の理想においては、生活保持も生活扶助も質的な差ではなく、たんに程度の差にすぎないのであって、それは現段階におけるいちおうの区別にほかならないであろう<sup>21</sup>」として二つの扶養義務を単なる程度の差にすぎないものとしている。

米倉明は、「親一般ではなく、『老親』については、未成熟子と同様の処遇をすべきである。なお、二元的な扶養理論は紛争解決にはさして有用ではなく、誤解を招きやすく、さらには悪用されてもいるくらいであるから、このような理論を使わないほうがよく、使うべきでもないといえよう<sup>22</sup>」と論じている。

これと同じ様な理論として渡瀬勲も、老親扶養の程度については、生活保持義務の程度ないし生活保持義務の程度と生活扶助義務の程度の間あたりに位置づける主張をしている

る<sup>23</sup>。これらは昭和40年8月3日福岡家庭裁判所小倉支部より出された審判例<sup>24</sup>を基礎においたものである。また石曾根清晃においても、高齢者の扶養請求時における生活状況は未成熟子と酷似しており、相続においても第一順位の立場にあり、また自分を育ててくれた両親に対する愛情が、妻子のそれよりも劣るとは感情的にもあまり考えられないことを理由に、調停での技術面からは老親扶養義務の本質と妻子における扶養義務との本質を区別することに意味を見いだせないとしている<sup>25</sup>。

深谷松男は、中川の扶養二分論を前提として、生活保持義務に含まれる配偶者扶養と未成熟子扶養との質的差異に注目し、夫婦扶養と親子扶養との区別を無視した理論の展開に対して批判的な意見を述べている<sup>26</sup>。

さらに異なる視点として渡辺洋三は、扶養二分論を「扶養する側の責任」からみた理論構成であり、「扶養される側」の視点が全く含まれていないと主張している<sup>27</sup>。つまり「だれの責任で生存権の保障が実現されるかは、第一義的に重要なことではない。…権利の保障ということ自体が重要であって、責任が扶養義務者にあるのか、国家にあるのか、その他にあるかは、責任を負う者の内部的分担にすぎない」としたうえで、「要扶養者の生存の必要と生存権の保障という観点から統一的に眺めるならば、伝統的な二分論は成り立たなくなるのは当然であり、これに代わって一元論が登場するのも不可避である」と論じ、さらに加えて「現代国家において、生活扶助と生活保持との関係よりは、私的扶養と国家政策との関係の方が、第一義的に重要な問題である」として、公的責任と扶養制度との関係から論じたものもある。

それ以降の論文では、生活保護制度をはじめとした社会保障政策や福祉施策との関係から責任論を問うものが多く、とりわけ生活扶助義務に規定される老親との関係については、老人福祉制度との関連からの分析が主で、扶養二分論をめぐるその妥当性についての批評は少なくなり、上記のように細かい各論ごとでの指摘が続く程度となっている。

以上中川による扶養義務二分論と、それに対する主な評価を整理した。そのなかで扶養理論における今後の課題を導き出したい。

私的扶養を「生活保持義務」と「生活扶助義務」とに分ける‘扶養二分論’についての主な批評は、まず石井健吾「未成熟子の養育費請求の方法について<sup>28</sup>」、同年鈴木祿弥「生活保持義務と生活扶助義務の間にはいかなる差異があるか<sup>29</sup>」から始まり、米倉明「老親扶養と民法<sup>30</sup>」を最後に、社会保障制度や福祉施策にとって代られた感が否めない。つまり中川理論の批評は、1960年～70年代の間に最も盛んに讓論され、それ以降、扶養二分論に対する新しい視点からの評価は影を潜める傾向にある。

超高齢社会を間近に控え、これからの扶養のあり方をめぐってクローズアップされるべき課題は、高齢者の「介護」をめぐる問題である。

### 第3節 高齢者（老親）扶養をめぐる介護の位置づけと民法上の問題

介護を要する高齢者に対する扶養問題を考慮する際に、民法における一般的な扶養規定



を前提としながら、引取扶養をからめた介護が扶養規定にどう位置づけられているのか整理を行いたい。

現行民法における扶養義務の範囲としては、第 877 条 1 項「直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある」とし、2 項では「家庭裁判所は特別の事情があるときは、前項に規定する場合の外、三親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる」と規定している。つまり民法で規定する扶養とは、要扶養者と一定の親族的身分関係にある者が生活を維持するために行う経済的給付<sup>31</sup>である。扶養の程度・方法については、民法第 879 条において「…当事者間に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、扶養権利者の需要、扶養義務者の資力その他一切の事情を考慮して、家庭裁判所がこれを定める」と規定し、かなり包括的・白地的なものとなっている。これらは、家庭裁判所の専門的技術が発揮されるものとして高く評価・期待できる一方で、扶養内容を法的基準でもって図ることができない、という欠点を持ち合わせている<sup>32</sup>。現在の審判例、学説上での位置づけを整理すると、扶養の程度については、概ね中川による扶養二分論を採用している。配偶者と未成年子に関しての扶養義務は生活保持義務とし、老親を含めたその他の親族については生活扶助義務という考え方である。扶養の方法については、経済的扶養（金銭扶養）と引取扶養の二通りがあるが、私的扶養の性質が親族間における経済的給付を原則としていることから、経済的扶養が望ましいとされている<sup>33</sup>。扶養の要件としては、扶養権利者に扶養必要状態があり、同時に扶養義務者に扶養可能状態が併存していなければ成立しない。この場合の扶養必要状態とは、明治民法の第 959 条 1 項「自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ為スコト能ハサルトキ」に相当すると考えられ、現行民法にも加重要件はない<sup>34</sup>。

以上民法第 877 条から第 881 条までの扶養規定は、要約すると親族間における経済的困窮性のみを要件にして、金銭給付という方法で解決を図る私的救済処置であるといえよう。つまり、現行民法には高齢者の「介護」を伴う扶養について、直接義務づける規定はないということである。

たしかに、扶養の手段として介護労働を伴う引取扶養については、法で強制できるものではなく、近年の審判例として例外的に身上監護による扶養を扶養義務者らに対する法的義務としたものも存在するが、概ね慎重な対応となっている。また、介護保険法の施行に伴い、介護労働の社会化が謳われてからは、その費用負担が扶養義務者間で問題になる可能性はありながらも<sup>35</sup>、高齢者の介護労働を伴う扶養については、「社会保障の制度が発達するその日までの暫定的規程<sup>36</sup>」または、「社会保障へ完全昇華せしめられ<sup>37</sup>」という予測通り、高齢者介護の問題は介護保険制度や老人福祉制度に集約される傾向が強くなっている。

### 第 3 章 老親扶養申立請求事例にみられる扶養の動向

戦後からの約 50 年間、つまり介護保険制度がスタートする時期までの特徴的な老親扶養をめぐ

る扶養請求事例を鳥瞰すると以下ようになる<sup>38</sup>。

1950年代のものでは、家督相続を受けた長男が年老いた親や兄弟の扶養責任を負う事案が特徴的であり、戦後間もないころの社会事情を反映した内容となっている。1960年～80年代にかけての事案では、扶養理論的にも中川が唱えた扶養二分論をめぐる論議が活発に行われていた時期と相まってか、老親からの扶養請求に対しても、その扶養の程度に関しては、「親族扶養における具体的扶養義務は扶養義務者の職業、社会的地位に応じた文化的生活をした上で、経済的余裕がある場合に負担すべきものと解される」という生活扶助義務を採用するものが多くなっている。その後、1990年代に入ってから、老親に対する扶養の程度が、従来の生活扶助義務を採用するものの、過去の親子関係にみられる交渉程度の密度から、「老父母に対する成熟子の扶養義務は、夫婦間及び未成熟子に対する扶養義務と異なり、生活扶助義務であるとされているが、老親扶養は過去における養育の事実、相続権の有無、扶養義務者と扶養請求者とのこれまでの交渉の程度等の点を考慮すると、他の一般の親族扶養の場合と比較して、扶養の程度はやや異なり、生活保持義務的な配慮をすることも許される…」(平成2年9月1日広島家裁、家月第43巻2号162頁…別添資料No.50)とし、老親に対する従来の「生活扶助義務」ではなく、「生活保持義務」にまで引き上げるための条件を提示した事案も登場する。

つぎに、介護の社会化をスローガンとした介護保険制度がはじまってから、現在に至るまでの審判事例を整理したい。介護保険制度がスタートしてから現在までの14年間で収集した事案は、高齢者施設に入所した扶養権利者と、そこでかかる費用負担をめぐって、扶養義務者間同士で争ったものが主であるが、他に介護労働の提供に伴う寄与分請求や、また成人に達した大学生の学費等を離婚した元父親がどの程度まで負担する扶養義務があるのかについて列挙したい(別添資料参照「戦後から現在に至る成人からの扶養(老親)請求事例一覧」)。

### [事例1]

要扶養者である83歳の母親をグループホームに入所させる方法により扶養したものの、グループホームの入所中に要する費用のうち、被扶養者の収入額を超える部分を負担するという東京家庭裁判所(平成16年12月2日審判)の原審判において、被扶養者がグループホームに入所中に要する費用のうち、被扶養者の収入額を超える部分の負担を命じられた原告人が、その負担者を相手方とするように求めた即時抗告審において、扶養義務者間の経済事情を詳細に認定して、即時抗告を棄却した事例である<sup>39</sup>。グループホームにかかる費用は月額14万9,000円。被扶養者の年金等の収入は月額11万6,000円。その差額3万3,000円を扶養義務者が支払うというもの。

#### [被扶養者の扶養の必要度]

被扶養者である83歳の母親は、介護保険制度による要介護認定では要介護状態区分5で無職である。共済組合遺族年金として年額106万4,200円、厚生年金として年額16万5,000円、高額介護サービスにかかる東京都大田区からの給付金として年額約16万8,000円の合計約140万円と収入認定される。月額になおすと、11万6,000円となる。

一方、グループホームの入所に要する費用は、毎月の家賃 3 万 7,000 円、食費 4 万 5,000 円、共益費 5,000 円、修繕積立金 5,000 円、光熱費 1 万 5,000 円であり、合計介護施設利用料として 10 万 7,000 円を必要とし、くわえて介護保険自己負担分 2 万 9,000 円、医療費 4,000 円及び税金等で 9,000 円と考えられることから、以上合計は 14 万 9,000 円となる。

[扶養義務者である長男（抗告人）の経済状況]

不動産収入と給与所得で月額 66 万円（月額 44 万円の収入と月額 22 万円の不動産賃料）の収入に対し、1 か月あたりの支出額が約 37 万円程度であり、扶養能力は十分にあると認定。

[扶養義務者である相手方二女・三女の経済状況]

月額 40 万円の給与収入はあるものの、手取額としては多くても月 35 万円程度であり、一方の支出額としては約 32 万円として認定。扶養能力は無いと判断。

[裁判所の判断]

結論としては、二女・三女に被扶養者が不足する費用を負担させることは相当ではなく、抗告人である長男に負担させることが妥当という判断。要扶養者がグループホームに入所し生活する上での不足分である月額 3 万 3,000 円を長男である扶養義務者が支払うことで決着。

## [事例 2]

要扶養者である母親が有料老人ホームに入居したが、ホームに入居する際の入居一時金や月々の室料等諸経費にかかる費用への、扶養義務者の扶養能力の有無を判断した事例。

裁判の要旨としては、扶養義務者の収入、家族関係、家計の状況等に基づいて、扶養義務者世帯の家計収支と総務省統計局作成の家計調査年報による家計収支との比較から、扶養義務者に生活扶助義務に則った相応の扶養料を負担する扶養能力が存するものと認めたもの<sup>40</sup>。

[被扶養者の扶養の必要度]

有料老人ホームを利用するにかかる月々の諸経費としては、室料が 4 万 5,150 円、管理費が 4 万 5,150 円、食費 7 万 3,500 円、水道光熱費や居宅サービス介護利用者負担額、施設立替金等を含め、月額約 18 万 5,000 円程度。

一方、母親本人の収入は、厚生年金で年額 108 万 0096 円、国民年金年額 10 万 6,296 円で、約 120 万円程度の年間収入しかない。収支の計算上、年間 102 万円が不足し、月で割りなおすと 8 万 5,000 円の不足となる。よって、扶養の必要性があると判断できる。

[扶養義務者である子らの主張]

扶養義務者である申立人は、兄弟であり同じ扶養義務者である相手方に対し、母親の有料老人ホームにかかる月々の室料等の諸経費及び医療費の分担金として、月 3 万 5,000 円の負担を求めているが、相手方は月 1 万円以上の負担は無理であると主張。

[裁判所の判断]

要扶養状態である母親の有料老人ホームにかかる月々の不足分を扶養義務者である子ら3人で均等に負担するというのであれば、扶養義務者である子、一人当たり月額3万円の負担となる。しかし、子の老親に対する扶養義務は民法第877条1項による生活扶助義務、すなわち自らの社会的身分に相応しい生活をしてなお余力がある限りにおいて負う義務であり、余力のない者に対して負担を義務づけることはできない、という点から扶養義務者である相手方の余力を考えると、平成17年度中に給与として支払いを受けた金額は880万2,049円であった。総務省統計局の家計調査年報平成16年家計支出編に照らし合わせると、実収入が66万3,295円で実支出が49万4,788円であり、貯蓄純増5万4,229円を含めた16万8,507円の黒字となる。ただ、相手方世帯は他に扶養義務者である子がいなくても考え合わせると、上記の統計数値の世帯人員は平均3.74人であるから、相手方世帯の支出額はさらに少ないものと予測される。

よって相手方には、扶養義務者である子ら3人で均等に負担することを前提とした額を負担する余力が存すると認められる。

### 【事例3】

被相続人に対する介護を理由とする寄与分の申し立てに対し、申立人である相続人の介護の専従性を認めた上で介護労働の有償性を肯定し、申立人の寄与分を遺産総額の3.2%強である750万円と定めた事例<sup>41</sup>。

#### 〔申立人寄与分額の主張〕

申立人が被相続人と同居を始めた昭和48年から平成7年12月末までの家事労働の分として、1日当たり2,000円とし、その8,000日分の1,600万円を寄与分として主張。さらに平成8年から平成12年8月24日までの洗髪介助、約1,700日分を1回あたり300円とし、3日に1回の約574回分として17万2,200円。排泄介助などの身辺介助を1回1,000円、1日1回として170万円。この期間中の家事労働一般を1日5,000円として850万。この期間における合計1,037万2,200円。

かつ、平成12年8月25日から平成13年11月までの約450日の介護に関する寄与分は、平成12年に導入された介護保険制度の介護報酬基準を参考にし、入浴介助は1回で1万3,250円として450日分の596万2,500円。排泄介助は1回400円で、1日4回として72万円。家事一般は1日1万円として450万円。深夜の排泄介助として1回1,000円、2日に1回として20万円。これらすべての合計額は3,775万4,700円が寄与分として認められるべきと主張。

#### 〔裁判所の判断〕

認定された事実としては、被相続人が大柄な体型であり介助者の肉体的負担が極めて大きかったことを考慮して、1日当たりの介護費用を1万2,000円～1万3,000円程度として当該期間の介護労働を換算すると600万円程度が妥当。そして被相続人の失禁等の排泄介助の実態や、平成11年ころから被相続人が幾度となく転倒しており、その行動に注意を要

する見守り等を勘案すると、遺産総額中の3.2%強の750万円を相当とする。

#### [事例4]

成人に達した子の大学教育にかかる費用請求と、離婚した父親の扶養義務の程度についての事例である。一般に成人に達した子の大学教育の費用を親が負担すべきであるとまではいえないが、4年制大学への進学率が高まっており、相手方の学歴や原告人の学業成績からすれば、原告人の4年制大学進学は予想されていたこと、原告人及び同居親である母の収入だけでは大学生活が十分に送れないこと、また相手方に今後とも一定程度の収入を得ることが見込まれ、相手方が話し合いによるのであれば一定額の支払いに応じると述べていることなどの一切の事情を考慮して、相手方である父親に原告人が大学を卒業すると見込まれる月まで、扶養料として月額3万円の支払いを命じることが相当とした事例<sup>42</sup>。

この事案は、大学3年生である成人した子が、離婚した父親に対して大学を卒業するまでの月額11万5,000円の扶養料の請求をめぐる内容であったが、原審であるさいたま家庭裁判所越谷支部の審判では、「…子が成人した後は、親族間の扶養としての生活扶助義務いわゆる自分の生活を犠牲にしない限度で、被扶養者の最低限の生活扶助を行う義務であると解されている。そして、通常、親が支出する子の大学教育のための費用は、本来、生活保持義務の範囲を超えているし、むしろ生計の資本の贈与としての性格を有する…」として、生活保持義務としての扶養料の支払いを命じることが相当ではないとし、成人した大学生である子からの請求を却下したものである。

その内容を不服とした原告事件の東京高裁では、原告人の要扶養状態や、相手方の経済事情を考慮しつつも、離婚した父親である相手方の「話し合いによる解決であれば、1か月当たり3万円を限度として支払う用意がある」とした意見を取り入れたもので、あくまでも生活扶助義務の範囲内で決着を試み確定したものである。

#### 小括

介護保険制度がはじまった2000年以降に申し立てられた扶養請求事件では、従来の係争当事者とはいささか異なる関係人が登場することになる。事例1と事例2をみても分かるように、当事者が扶養義務者である成人した子らとなっている。現行の介護保険制度では、毎月の保険料と介護サービスを利用した際の1割の利用料が、利用者（要扶養者）の負担となっている。サービスの中心も、要介護者の在宅における訪問介護や訪問看護といった訪問系や、デイサービスなどの通所系が主となっているが、要介護度の上昇に伴って家族による在宅介護では限界が生じ、特別養護老人ホームや高齢者住宅、またグループホーム等の施設系への入所・入居への移行が余儀なくされている実態も存在する。その際、施設系のサービスを利用するとなると平均して13万～20万円程度の費用が発生することとなり、要介護者である高齢者本人の年金収入だけでは負担しきれない場合も現状としては存在する。

事例を分析するなかにおいても、扶養が必要となる条件に、介護の必要性は加味されておらず、扶養の方法として施設に入所・入居した場合の収支バランスから、要扶養状態を図っている傾向がある。つまり、介護を伴う老親の扶養に至っては、身上監護的な引取扶養の義務や強化が法規制に馴染まないという従来までの扶養理論を踏襲し、扶養の方法を経済的援助に限定していることから、老人ホーム等の施設系に入所・入居した場合における費用の不足分を、扶養義務者に課するというスタイルを採っている。このようなことから、扶養義務者である子らの収支を正確に計算し、生活扶助義務の範囲内で捻出可能な扶養可能性の程度から実際の扶養料を算出するものとなっている。事例1と事例2の老人ホームへ入所し要扶養者が月々の生活する費用を義務として課す試算をみる限りにおいては、生活扶助義務の範囲内であるとみられる。

また同じように介護をキーワードとしたものでは、在宅で介護をした分の寄与分を求めた事例3をみると、介護費用にかかる算出基準を、介護保険制度における介護報酬基準から算定する等、事例のなかでは争点になっていないが、介護労働における専門性も問われる視点の一つであろう。

そして事例4でいえば、成人した大学生である子の大学生活にかかる費用を、離婚した元父親が生活扶助義務の範囲内で扶養するというものであるが、過去の裁判例では、申立人が同じような成人した大学生から元父親に対する扶養請求に対し、生活保持義務的な扶養義務を課した判決内容のものも存在する<sup>43</sup>。このような点で、家族による扶養と介護保険制度との関係を見ると、若年者である第2号被保険者の保険料を、親である第1号被保険者が肩代わりする義務までも射程として入ってくることにもなり<sup>44</sup>、また逆に事例1、事例2を拡大解釈すると、要扶養者と扶養義務者である親子関係において、過去の交渉の程度が密であり親からの相続等で優遇された者が、負担付の贈与契約等の延長で、老親が介護サービスを利用したような場合における1割以上の利用料の支払いを肩代わりする、というケースも現実には非常に多いと思われる。

## 結論

「家族」が問われ続けるいま、家族によってどこまでの助け合いが可能であるのか、家族によって、という場合に、どのような条件や支援があれば「いまの家族」は機能し続けられるのだろうか。本論文では、民法の老親扶養規定を明治民法から遡る作業と同時に、家庭裁判所へ申し立てがなされた戦後からの扶養請求事例の整理を行った。とりわけ老親扶養についての歴史的変遷と、判例という実践的な事実とをつき合わせながら、私的扶養のなかでも老親介護と扶養との関係について検証を行った。現行の民法には、介護労働を伴う老親の扶養規定は存在しないものの、家庭裁判所に申し立てられた扶養請求事例には、老人ホームへの入所に伴う費用負担が扶養義務者間で争いとなるなど、年老いた親の扶養をめぐる介護の問題は、現象として顕在化のされかたは時代によって異なりながら、依然として「少子・高齢社会」の行く末を占うものが散見される。

民法上の扶養理論にみられる介護の位置づけ<sup>45</sup>については、先にも触れたとおり法的な規定は存在しない状態であり、法律が介入しての解決策としては、扶養と相続とを絡ませた扶養契約<sup>46</sup>や、介護を労働として捉え民法第904条2項の寄与分規程の適用から相続法における財産分与とする考え方<sup>47</sup>程度しか、残されていないのが実情である。さらにこれらは、いずれも有資産高齢者に限定した扶養のあり方でしか過ぎない限定的なものである。

一方、社会保障の領域では、私的扶養とされる老親の介護をどう捉え、解決を図ってきたのだろうか。たしかに年老いた親の面倒見をめぐる「社会保障に完全昇華せしめる」とした先人民法学者<sup>48</sup>の予見通り、2000年にスタートした介護保険制度によって、介護を伴う老親扶養の問題は解消できるかのようにも思われた。国の果たすべき責務、家族が負うべき扶養の義務について、「家族介護から社会介護」への移行を謳った介護保険法は、公的責任という意味でその財源の半分を税と保険料が投入された構成を採っていることから、財源面での公的責任は一方で担保されていると言えるだろう。また、第2号被保険者と位置づけられる40歳以上の者では、生活保護受給者を除いて保険料を支払っていることから、世代間における介護労働を伴った老親扶養義務を履行しているとも考えられる。これは介護保険だけに止まらず、賦課方式を採る年金保険であっても、年金保険料の強制的な加入によって、自らの老親に限らず高齢世代への経済的扶養を履行する結果となっている。

2013年8月に提出された社会保障制度改革国民会議の報告書でも、介護保険財源の確保を図るため、保険料の上昇や利用料の増加が想定されているが、保険料負担の上昇を採用した場合、親子間という私的扶養の枠を超えた社会保障的観点からの世代間扶養の点では合致する。また、介護サービスを利用した場合における現在1割負担の利用料の上昇においても、成人に達した子どもの老親への扶養義務の履行という点から、利用料負担の増加分を家族が負担する、いわば仕送りのような経済的扶養という意味での家族間による私的扶養的考え方に立てば、一方では整合性が図られるとも考えられる。

最近の家庭裁判所に申し立てられた扶養請求事件では、過去の養育費や学費等、親子間における交渉程度の密度から、老親に対する扶養にしても従来の「生活扶助義務」程度のものではなく、「生活保持義務的」な負担の大きい法的義務が課される事例も現れてきており、一方で、資産を多く所有する高齢者の増加によって、負担付の贈与契約や扶養契約による、扶養程度の高い権利義務関係が発生する傾向にあると思われる。老親に対する扶養という意味では、要扶養者である親へ仕送り等の経済的援助と、介護労働を伴う身上監護的援助という二つの側面がある。世界のなかでも最長寿国となった我が国においては、老親が生き続ける、または生かし続けるために、国家だけではなく家族や個人にとっても、莫大な経費がかかるようになってきている。そのため、老親に限っては、経済的支援だけではなく、介護を伴う物理的な労働を伴った扶養によって生存が保たれている状況にある。

こうしたなか、介護を含む身上監護的扶養を、介護保険制度という仕組みに加入することで、世代間的な扶養を履行していることになり、また年金制度への参加によって、これも世代間的な経済的扶養を履行していることになるわけである。それに加えて、家族によ

る負担をより強化する策は、扶養料の二重取りとなる危険性も一方では孕んでいる。

現在、家族という最小単位での社会的な器は、2010年の国勢調査でも一世帯の平均が現在2.42人となり、4人を超えていた1960年代とは大きく変化している。そして独り暮らし世帯は世帯全体の三分の一を占め、はじめて夫婦と子どもの世帯を上回るまでに器が小さくなっていることが数字で表されている。

また経済的扶養という視点から、2013年7月に国立社会保障・人口問題研究所が出した「生活と支え合いに関する調査—家族間の支え合い・生活困窮者の状況・震災の影響—」の調査結果では、20歳から60歳代の人のなかで、「自分の親へ経済的支援をしている人」の割合は、男性で14.3%、女性で10.5%と、前回調査の2007年よりも男女ともその割合は上昇している。とくに、男性では40歳代が17.4%と最も高いという結果となっている。

そして実際の介護を伴う扶養の面では、2010年の厚生労働省国民生活基礎調査によると、高齢の親と独身の子だけで暮らす世帯は約383万7千世帯と、高齢者のいる世帯の2割を占めるまでに到っている。そのなかで「同居の場合、誰が介護をしているのか」という質問でも、男性による介護が3割を超えており、現在では、親族ではあるものの他人である「嫁」から、血族である「娘・息子」が直接的な介護者であるケースが増加している、という報告も存在する。

つまり、介護保険制度の到来で、家族による介護が社会による介護へと「昇華」するように思えて14年が経過しようとしているが、経済的扶養そして介護を伴う身上監護の割合は、逆に増加している現実も実態として横たわっていることが分かる。

しかし他方で、私的扶養と公的扶助との関係では、具体的に生活保護法第4条「保護の補足性」原理により、私的扶養が優先すると条文上では明記されてはいるものの、運用上、実際にはそうはなっていない<sup>49</sup>。生活保護受給者のなかで仕送り等の扶養を受けている者は2%程度と、私的扶養が優先するという保護の補足性原理は、扶養という点に限定するならば機能していないことが分かる<sup>50</sup>。また、扶養という意味で未成年者への養育という点では、母子世帯における離婚した父親からの養育費の受け取り状況は2割を切っている<sup>51</sup>。このような社会保障上の実態からするなら、民法上の扶養規定である親から未成熟な子に対する「生活保持義務」や、成人した子から老親への「生活扶助義務」といった扶養二分論は、そもそも成り立たなくなっているというのが実情であろう。

家族を含めた私的扶養の限界から、社会保障としての私的扶養優先というアプローチが一方で甘くなり機能不全を起こしているのか、それとも社会保障がいわば弱者救済を目的としていたことから、モラルハザードやスティグマ（烙印）の払拭によって、社会保障の制度利用が依存しやすい構造的矛盾を内包していたがゆえに、私的扶養の部分に頼るよりも、社会福祉や社会保障の利用へと心が流れてしまったのかについては、今後の検討を要する点である。

ただどちらにせよ、社会保障との関係では、消費税の増税を間近にひかえ、増税した部分の使い道を年金や医療、介護といった分野に投入すべきといわれるように、税金である



のか保険料であるのかは別として、社会保障の拡充には財源論の視点が大前提の論議となる。充実した給付でありながらも、負担は最小限にという考え方は、論理矛盾を孕んでいくことから、これまでの社会保障や社会福祉の理念や発想に対して、現状を踏まえた正しい認識や統一が必要なようにも思われる。選別主義的発想に立った福祉政策ではなく、すべての国民に対する福祉サービスの普遍化を意図した方向性は、スティグマの払拭に最大の関心があった福祉の歴史にあって奏功しながらも、介護保険制度をみてもわかるように、サービスを「利用する」という発想への変化を生んだ。逆にいえば、そのスティグマによって社会保障や福祉の財源が確保・維持されてきたことも否めない点があろう。

社会保障や福祉サービスを「利用する」という発想に変化し、選別ではなく普遍的なサービス提供によりスティグマの払拭が図られた現在、そのために維持・確保できなくなった財源をどう確保しながら、また配分を行い、そのコンセンサスをどのような理論でもって証明・説明していくのか。

「いまの家族」や、「いまの社会保障」の考え方では、増大する財源不足を家族員である個人へ転嫁させるという方法で当座をしのぐしか解決策は見いだせないだろう。その結果として、家族責任が強まらざるを得ず、政府が執拗に繰り返す「家族による助け合い」に期待する他はない状況となっている<sup>52</sup>。

現実には、保育所に預けることでの子育てや、老人ホームに親を入所させる面倒見といった、家族機能的役割を社会化・外注化している現状を考え合わせると、それらにかかるコストは、家族員個々による負担増でしか消化できないようにも感じる。「一家族への責任強化ではなく、社会保障の拡充のなかで…」という座りがよい結論では、消費増税分を見込んでも到底足りない毎年1兆円以上の社会保障費用の増大に対し、あまりにも無責任な回答であるように思われる<sup>53</sup>。

これからの論議でいうと、いまの「家族」を、従来の「家族」という捉え方で論じるからこそ、家族の崩壊や家族の多様化、家族の縮小という表現が並ぶが、その「家族」のあり方や構成を再度見直した際、どのような器が「家族」と再構成・再定義されるのか、また再構成・再定義された「家族」の誕生によって、私的扶養という場合の「私的」や、社会保障という場合の「社会」さえもが再定義を迫られるように思う。

家族という存在は、社会を構成する最小の単位でありながらも、あくまで器にしか過ぎず実態は把握しきれない。その器を形づくる個々の家族員によって成り立っていることを考えれば、家族という器への補強が必要であるべきなのか、それとも家族員である個々への支援を優先すべきであるのかが問われているように思える。

本論文では、私的扶養における家族の位置づけを、老親扶養をめぐる家族と社会保障の役割から整理を試みたが、上記のように今後の家族といった器の定義だけではなく、「財源」をキーワードにした「国家」や「個人」、「市場」といった様々な要因が絡んでくるなかでの分析が必要であることだけは確かである。

以上

#### 【参考文献】

- 中川善之助「親族的扶養義務の本質（一）—改正案の—批評—」法学時報 38 卷 6 号、1928 年。
- 中川善之助「親族的扶養義務の本質（二・完）—改正案の—批評—」法学時報 38 卷 7 号、1928 年。
- 中川善之助『身分法の基礎理論—身分法及び身分関係—』河出書房、1939 年。
- 牧野英一『家族生活の尊重』有斐閣、1954 年。
- 藪重夫「親族扶養の法的性格に関する一試論」北大法学会論集 7 卷 2 号、1956 年。
- 川島武宣『イデオロギーとしての家族制度』岩波書店、1957 年。
- 小川政亮「親族扶養をめぐる生活保護行政の実態」法律時報 29 卷 5 号、1957 年。
- 磯野誠一「家族制度と扶養の義務」法律時報 29 卷 5 号、1957 年。
- 中川善之助『扶養 家族問題と家族法 V』酒井書店、1958 年。
- 小川政亮「社会保障制度との関連」『扶養家族問題と家族法 V』酒井書店、1958 年。
- 沼正也「親族の扶養」『扶養家族問題と家族法 V』酒井書店、1958 年。
- 西原道雄「扶養の史的諸形態とその背景」『扶養家族問題と家族法 V』酒井書店、1958 年。
- 磯野誠一「審判による扶養義務」『家族法大系 V 親後見・扶養』有斐閣、1960 年。
- 沼正也「公的扶助と私的扶養の限界」『家族法大系 V 親格・後見・扶養』有斐閣、1960 年。
- 中川善之助「扶養義務」『親族法』青林書院、1962 年。
- 鈴木祿弥「生活保持義務と生活扶助義務の間にはいかなる差異があるか」『民法の基礎知識（1）』、有斐閣双書、1964 年。
- 西原道雄「社会保障法における親族の扶養」『ジュリスト』301 号、1964 年。
- 井ヶ田良治「民法典論争の法思想的構造」『思想』493 号、岩波書店、1965 年。
- 井ヶ田良治「民法典論争の法思想的構造（続）」『思想』506 号、岩波書店、1966 年。
- 加藤一郎編「現代法と市民」『現代法 8 岩波講座』岩波書店、1966 年。
- 湯沢擁彦「家族の変質と老親扶養の不変性」法律時報 462 号、1967 年。
- 中川善之助「扶養義務の二つの原型について」学習院大学法学部研究年報 1、1968 年。
- 星野通編「旧民法典と民法典論争」『民法典論争資料集』日本評論社、1969 年。
- 深谷松男「現代家族と私的扶養の法理（一）」金沢法学 16 卷 1.2 号併合、1969 年。
- 中川善之助『家族法研究の諸問題』勁草書房、1969 年。
- 那須宗一「老人扶養研究の現代的意義」『老人扶養の研究』、垣内出版、1970 年。
- 青木道夫『改訂家族法論 I』法律文化社、1971 年。
- 中川淳「老人扶養の現代的課題」法律時報 44 卷 13 号、1972 年。
- 明山和夫『扶養法と社会福祉』有斐閣、1973 年。
- 佐藤隆夫「民法 730 条の法的意義」国学院法学 10 卷 3 号、1973 年。
- 明山和夫他「シンポジウム現代の老人問題」ジュリスト 543 号、1973 年。
- 中川淳「現代家族法の諸問題」法学セミナー、1973 年。
- 渡辺洋三『法社会学研究 家族と法』東京大学出版会、1973 年。
- 小川政亮「社会保障制度と家族」『講座家族 7 家族問題と社会保障』弘文堂、1974 年。
- 深谷松男他「家族と扶養」『講座家族 7 家族問題と社会保障』弘文堂、1974 年。
- 渡辺益男「家族の変動と社会保障」『講座家族 7 家族問題と社会保障』弘文堂、1974 年。
- 渡辺洋三「現代家族法理論」『家族 政策と法 1 総論』東京大学出版会、1975 年。
- 利谷信義「戦後の家族政策と家族法」『家族 政策と法 1 総論』東京大学出版会、1975 年。
- 山脇貞司「扶養義務の性質」静岡大学法経研究 23 卷 2.3.4 号、1975 年。
- 森岡清美「変動する危機の現代家族」『季刊社会保障研究』VOL12 No1、1976 年。
- 佐藤隆夫「親族扶養と公的扶助」『民法学 7』有斐閣双書、1976 年。

- 湯沢擁彦「老人問題と老親扶養の動向」『家族政策と法 3』東京大学出版会、1977年。
- 伊藤とみ子「審判例にみる親族扶養優先の原則」九大法学 35号、1977年。
- 久貴忠彦『民法講義 7 親族』有斐閣大学双書、1977年。
- 泉久雄「扶養」『民法講義 7 親族』有斐閣大学双書、1977年。
- 山脇貞司「生活保持義務と生活扶助義務の関係」ジュリスト増刊 1313号、1978年。
- 竈山京「高齢者の生活構造と生活実態」『高齢化社会と老人問題』ジュリスト総合特集 12号、1978年。
- 加藤永一「老親扶養の裁判例と法的問題」『高齢化社会と老人問題』ジュリスト総合特集 12号、1978年。
- 浦本寛雄「民法 730 条と家事調停—佐藤・利谷両教授の問題提起を機縁として—」『熊本法学』27巻、1978年。
- 浦本寛雄「戦後における扶養法展開の一側面—民法 730 条の法的性および機能—」『熊本法学』28巻、1979年。
- 安倍正三「扶養審判の本質と機能」『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣、1979年。
- 深谷松男「私的扶養と公的扶養」『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣、1979年。
- 鈴木祿弥「多数当事者間の扶養関係」『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣、1979年。
- 佐藤隆夫「生活保持と生活扶助」『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣、1979年。
- 米倉明「老親扶養と民法」『高齢化社会』東京大学公開講座、1979年。
- 明山和夫「老人福祉と家族法」『現代家族法大系 1 家事・審判・戸籍』有斐閣、1980年。
- 小野義美「近代日本における私的扶養の法構造」(一、二、三・完)、宮崎大学教育学部紀要、社会科学 49号、1980年。
- 中川善之助「基本法コンメンタール」No. 47 新版親族・相続、日本評論社、1981年。
- 渡辺洋三「現代法理論—現代家族法と特殊法—」『法社会学研究 現代法と法社会学』東京大学出版会、1981年。
- 太田武男「老親扶養をめぐる諸問題」『現代の親子問題』有斐閣、1982年。
- 代田和一「老後の生活をめぐる紛争の実証的研究—扶養・親族間の紛争調整事件を中心として—」『家庭裁判所月報』34巻3号、1982年。
- 佐藤隆夫「民法 730 条の法的意義について—浦本寛雄教授説に答える—」『国学院法学』18巻1号、1982年。
- 佐藤隆夫「民法 730 条の近代家族法上の意義」『ケース研究』No. 195、1983年。
- 土肥幸代「寄与分主張の実態—扶養・療養看護を中心に—」判例タイムズ 526号、1984年。
- 上野雅和「扶養義務」『民法講座 7 親族・相続』有斐閣、1984年。
- 上野雅和「扶養契約老人扶養をめぐる」『現代契約法大系 7』、1984年。
- 副田義也「家族に対する福祉政策を問う」『社会福祉研究』35号、1984年。
- 白井典子「老人扶養—昭和 57 年東京家庭裁判所本庁における事例研究—」『ケース研究』201号、1984年。
- 星野栄一『民法講義 7 親族・相続』有斐閣、1984年。
- 利谷信義「福祉と家族」『福祉国家 4 日本の法と福祉』東京大学社会科学研究所、1985年。
- 杉崎光世「老親扶養に関する家事審判例」八幡大学論集 36巻 2.3号併合、1985年。
- 西原淳「親族間の監護と扶養義務」判例タイムズ 558号、1985年。
- 上野雅和「社会福祉における費用徴収と扶養義務」『社会福祉研究』39号、1986年。

- 上野雅和「私法学からみた私的扶養と生活保護」『社会保障法創刊号』、1986年。
- 上野雅和「最近の老親扶養の裁判例と法的問題—老親の面倒見をめぐる—」『法律のひろば』39巻12号、1986年。
- 石曾根清晃「老親の扶養と調停」『自由と正義』38巻9号、1987年。
- 清水昭子「法と現代家族—老親扶養を手がかりとして（一・二完）」京都大学法学会『法学論業』121巻5号、1987年。
- 渡辺洋三『親子のきずな』岩波書店、1987年。
- 亀山幸吉「介護における実践と理論の史的展開と課題」『社会福祉研究』第51号、1988年。
- 深谷松男『新版現代家族法』青林書院、1988年。
- 全社協『介護費用のあり方—その社会的負担を考える—』中央法規出版、1989年。
- 袖井孝子「老人と家族のための介護システム J」『季刊社会保障研究』vol. 26 No. 1、1990年。
- 古瀬徹「老人介護政策」『季刊社会保障研究』vol. 26 No. 1、1990年。
- 山口春子「在宅の要介護老人に対する家族ケアの限界と公的施策の課題」東京都立大学人文学部『人文学報』No. 218、1990年。
- 宮田和明「社会福祉の危機の構造」『社会福祉の人間の原理』文理閣、1990年。
- 袖井孝子他「社会的介護と社会的養護」『社会福祉研究』第48号、1990年。
- 佐々木政人「高齢化社会における児童養護と老親扶養」『社会福祉研究』第49号、1990年。
- 上野雅和「高齢化社会と老親の扶養—老親介護をめぐる—」『法学教室』123号、1991年。
- 石川稔「社会保障制度と家族」『社会保障の新しい理論を求めて』東京大学出版会、1991年。
- 村上雅子「高齢者介護の保障と費用負担」『社会保障の新しい理論を求めて』東京大学出版会、1991年。
- 本沢巳代子「生活保持義務と生活扶助義務」『夫婦・親子 215 題』野田愛子編判例タイムズ 747号、1991年。
- 袖井孝子「家族の変化と老人介護の将来」『社会福祉学』第32-1号、日本社会福祉学会、1991年。
- 谷口知平『家族法の研究（上）家族法』信山社出版、1991年。
- 河野正輝『社会福祉の権利構造』有斐閣、1991年。
- 佐藤隆夫「親族扶養の生活扶助義務の性格」『国学院法学』29巻2号、1991年。
- 山脇貞司「成熟子の老父母扶養と生活保持的考慮の要否」『民商法雑誌』105巻1号、1991年。
- 深谷松男「生活保持義務と生活扶助義務」『講座1 現代家族法』第4巻親権・後見・扶養 日本評論社、1992年。
- 鈴木経夫「扶養義務者の範囲及び程度」『講座現代家族法』第4巻、日本評論社、1992年。
- 山脇貞司「高齢者の扶養をめぐる諸問題」『講座現代家族法』第4巻、日本評論社、1992年。
- 太田武男「最近の審判例に現れた老親扶養の尙題」『福祉と家族の接点』法律文化社、1992年。
- 広末利弥「家族責任ではなく公的保障を」『賃金と社会保障』No. 1080、1992年。
- 総務庁「老後の生活と介護に関する調査結果の概要」総務庁長官官房老人対策室、1992年。
- 金森久雄「高齢化問題研究の課題」『高齢化社会の経済学』東京大学出版会、1992年。
- 宮島洋「政府の役割」『高齢化社会の経済学』東京大学出版会、1992年。

- 都村敦子「高齢社会と家族援助—政策税制の再検討—」『高齢化社会の経済学』東京大学出版会、1992年。
- 上野雅和「老親介護をめぐる諸問題」信山社、1992年。
- 上野雅和「社会保障法と扶養義務」『家族法改正の課題』日本加除出版所、1993年。
- 庄司洋子「現代家族の介護力」『ジュリスト高齢社会と在宅ケア』、1993年。
- 吉田邦彦「在宅ケアに関する民法上の諸問題—特に事故責任及び老人介護問題—」『ジュリスト高齢社会と在宅ケア』、1993年。
- 橋本宏子「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。
- 坂本重雄・山脇貞司『高齢者生活保障の法と政策』多賀出版、1993年。
- 岡本多喜子『老人福祉法の制定』誠信書房、1993年。
- 有地亨『新家族法の判決・審判案内』弘文堂、1995年。
- 新井誠・佐藤隆夫『高齢社会の親子法』勁草書房、1995年。
- 田村五郎『親子の裁判 この30年』中央大学出版部、1996年。
- 深谷松男『現代家族法（第3版）』青林書院、1997年。
- 乾昭三・二宮周平『新民法講義5 家族法』有斐閣、1997年。
- 有地亨『家族法概論（改訂版）』法律文化社、1998年。
- 湯沢擁彦「戦後日本の老人扶養と相続の変容」奥山恭子・田中真砂子・義江明子編『扶養と相続』早稲田大学出版部、1998年。
- 奥山恭子「少子高齢社会における扶養と相続」奥山恭子・田中真砂子・義江明子編『扶養と相続』早稲田大学出版部、1998年。
- 鈴木航児「高齢者の扶養と社会保障」村重慶一編『現代裁判法大系10 親族』新日本法規出版、1998年。
- 大村敦志『家族法』有斐閣、1999年。
- 利谷信義『現代家族法学』法律文化社、1999年。
- 浦本寛雄『家族法』法律文化社、2000年。
- 国立社会保障・人口問題研究所編『社会保障と世代・公正』東京大学出版会、2002年。
- 小島奈津子『贈与契約の類型化』信山社、2004年。
- 中川淳『夫婦・親子関係の法理』世界思想社、2004年。
- 平田厚『家族と扶養』筒井書房、2005年。
- 烏野猛「社会福祉における公私責任—老親扶養をめぐる家族責任を素材として—」滋賀文化短期大学研究紀要第10号、2005年。
- 山田昌弘『迷走する家族—戦後家族モデルの形成と解体—』有斐閣、2005年。
- 野田愛子・梶村太一編『新家族法実務大系第2巻』新日本法規出版、2008年。
- 長沼建一郎『介護事故の法政策と保険政策』法律文化社、2011年。
- 中山直子『判例先例親族法—扶養—』日本加除出版株式会社、2012年。
- 水野紀子『社会法制・家族法制における国家の介入』有斐閣、2013年。
- 山本起世子「民法改正にみる家族制度の変化」園田学園女子大学論文集第47号、2013年。
- 国立社会保障・人口問題研究所「生活と支え合いに関する調査」2013年7月24日。
- 「社会保障制度改革国民会議報告書～確かな社会保障を将来世代に伝えるための道筋～」社会保障制度改革国民会議、平成25年8月6日。

- 1 『厚生白書』1978年度版、91頁。
- 2 伝統を重んじる日本の国情と、フランスの自然法思想に依拠したボアソナード案との、いわゆる民法典論争。
- 3 深谷松男「現代家族と私的扶養の法理（一）」金沢法学第16巻1.2号合併、1971年、6頁。
- 4 戴重夫「親族扶養の法的性格に関する一試論」北海道大学法学会論集7巻2号、1956年、13頁。
- 5 深谷松男「現代家族と私的扶養の法理（一）」、前掲（注3）、8頁。
- 6 明治民法において扶養の方法が、旧民法で規定されていた養料支給義務から引取扶養を一つの選択要素に加えたことについて、小野義美は「近代日本における私的扶養の構造（三・完）」（宮崎大学教育学部紀要社会科学1980年No.49、57頁）のなかで、「我国における引取扶養の実態を重視し、これを金銭扶養と同列化したものである」と論じている。この場合の引取扶養の実態とは、おそらく当時における90%以上を占める同居率の高さや、同居扶養の高さから導かれたものと推測できる。
- 7 小野義美「近代日本における私的扶養の法構造（三・完）」宮崎大学教育学部紀要社会科学No.49、1980年、55頁。
- 8 小野義美、同上、56頁。
- 9 小野義美、同上、57頁「明治民法では、その扶養構造は戸主の扶養責任と親族の扶養責任二元的構成をとり、両者の関係は、先ず親族の扶養責任が問題とされ、次いで、親族扶養でカバーし得ない部分について最終的保障という意味を含めて、戸主の扶養責任が追及される」。
- 10 小野義美、同上、56頁。
- 11 この点に関しては、深谷松男、前掲（注3）9頁で「…増加しつつある貧困生活者の救済を国家責任から遠ざける必要性和から、家族道徳に期待するに止まらずして、扶養義務を法的義務としたのであろうし、また他方、天皇を頂点とする家族国家権力体制の基盤である『家』的家族の間の扶養については、その道徳的義務を法的義務とすることによって、国家権力という外部からの力によって、その秩序を維持する必要があったのであろうと考えられる」という表現からも明らかである。
- ・磯野誠一「家族制度と扶養の義務」『法律時報』29巻5号、1957年、61頁「…主張し得る権利としては認めたくないが、体制維持の基盤となる家族秩序の維持に国家権力が介入したいために、形式的には権利義務として規定せざるを得なかったのだろう」。
- ・明山和夫『扶養法と社会福祉』有斐閣、1973年、57頁「日本の資本主義経済は、…法制的・倫理的『家』のイデオロギーの下に親族扶養の必要を強調し、…『親類縁者ニ之ヲ助ケ』しめ、国家及び資本家はその扶養の負担から免れることが必要であった」。
- ・小川政亮「社会保障制度との関連」『扶養 家族問題と家族法V』中川善之助他編集、酒井書店、1968年、153頁。
- 12 こうした視点は、当時の法典論争における断行派の一人であった梅謙次郎『民法要義二巻之四親族法』（明治32年＝1899年）に書かれている内容からも理解することができる。同氏は、扶養義務法定化の必要性についての個所で、要救助者に対して国や地方自治体が責任をもって救助することは到底財源の許すことではないとして、『救済スヘキ天然ノ地位』にあり、自然の愛情で結ばれる家族・親族が救助に当たることを自然的行為とした。
- 13 我妻栄『戦後の民法改正の経過』日本評論社、1956年、44頁。
- 14 これに関しては、石村善助「明治民法以後の扶養法」『扶養 家族問題と家族法V』（酒井書店、1968年、144頁）に大正14年臨時法制審議会で決議された「民法親族編中改正要綱」の「家事審判所ヲシテ適宜之ヲ裁判セシムルコト」については「現行の家事審判制度とは異なりむしろ通常裁判所への出訴を絶対的に阻止しようという、いわゆる日本型審判・調停思想を前提とする考えが存したということを目すべきである」という主張がある。これらはやはり家事審判所を複雑な規定から解放するというよりは、扶養を道徳観念として理解させようとする意図があったことが伺える。
- 15 中川善之助「親族的扶養義務の本質（一）」『法学新法』38巻6号、1928年。
- ・中川善之助「親族的扶養義務の本質（二・完）」『法学新法』38巻7号、1928年。
- ・中川善之助『家族法研究の諸問題』勁草書房、1969年。
- 16 本沢巳代子「生活保持義務と生活扶助義務」『判例タイムズ』No.747、1991年、359頁。
- 17 鈴木祿弥・幾代通・広中俊雄「生活保持義務と生活扶助義務とのあいだにはいかなる差異があるか」『民法の基礎知識（1）』有斐閣双書、1964年、182頁。
- ・渡辺洋三「現代家族法研究序説」『家族と法』法社会学研究5、東京大学出版会、1973年、6頁。
- 18 中川善之助「親族的扶養義務の本質（一）」、前掲（注15）。
- 19 石井健吾「未成熟子の養育費請求の方法について」『ジュリスト』302号、1964年、59頁。
- 20 鈴木祿弥他『民法の基礎知識（1）質問と解答』有斐閣双書、1964年、191頁。
- 21 青木道夫『改訂 家族法論1』法律文化社、1971年、232頁。
- 22 米倉明「老親扶養と民法」『高齢化社会』東京大学公開講座、1979年、186頁。米倉は著書の中で今日

の社会があるのは老親の貢献によるものであって、老親の扶養は無駄なものではなく、また自分を育ててくれた老親に対する愛情が妻子に劣るものではない、と述べている。

<sup>23</sup> 渡瀬勲「老親の親に対する子の扶養義務」東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究(2)』有斐閣、1973年、118頁。

<sup>24</sup> 福島家裁小倉支部、昭和40年8月3日(家裁月報18巻85頁)。申立人は71歳の実母であり、相手方は長男である。申立人は高血圧症に併せて腎臓病ももっており、小康状態を保っていた。相手方は過去に高等教育を受けさせてもらい、現在は月収約5万円程度で裕福な暮らしをしている。両者の間には心理的な葛藤があり、同居にての扶養は極めて困難なものとされる。このような状況下で審判は「相手方は〇〇専門学校卒業という高等教育まで授けられ養育せられおる等の事情を参酌するときは所謂生活保持義務の範囲において申立人の扶養程度は毎月9,028円の金銭扶養を為すことが相当であると認められる」として、これまでの老親扶養義務に関しては生活扶助義務であったものを保持義務とした事例。

<sup>25</sup> 石曾根清晃「老親の扶養と調停」『自由と正義』38巻9号、1987年、34頁。

<sup>26</sup> 深谷松男「夫婦の扶養」『講座家族7 家族問題と社会保障』弘文堂、1974年、237頁。

<sup>27</sup> 渡辺洋三「現代家族法理論」『家族 政策と法』1総論 東京大学出版会、1975年、200頁。

<sup>28</sup> 石井健吾「未成熟子の養育費請求の方法について」、前掲(注19)。

<sup>29</sup> 鈴木祿弥『民法の基礎知識(1) 質問と解答』、前掲(注20)。

<sup>30</sup> 米倉明「老親扶養と民法」、前掲(注22)。

<sup>31</sup> 扶養とは親族的身分関係から生ずる権利義務関係としてとらえ、それを具体化させるために扶養権利者に扶養請求権を与え、義務者としてはそれを履行する手段として金銭的給付を行うという構造である。

・梅謙次郎『民法要義巻之四・家族法』勁草書房、1899年、542頁。

・穂積重遠『親族法』岩波書店、1933年、698頁。

・西原道雄「親族的扶養の法的保障(一)」『法学協会雑誌』74巻、1957年、103頁。

・沼正也「扶養に関する諸問題 親族の扶養」『扶養 家族問題と家族法V』1968年、277頁。

・深谷松男「現代家族と私的扶養の法理(一)」、前掲(注3)5頁。

・青木道夫『改訂 家族法論1』、前掲(注21)。

・明山和夫『扶養法と社会福祉』有斐閣、1973年、107頁。

<sup>32</sup> 山脇貞司「扶養の順位・程度・方法」『判例タイムズ』No.747、1991年、361頁。

<sup>33</sup> 中川善之助『親族法』第5章「扶養義務」青林書房、1962年、600頁。

<sup>34</sup> 中川善之助、同上、601頁。

<sup>35</sup> 拙稿「老親扶養と介護の社会保険化—介護保険法改定の動きに伴う利用者負担の増加と扶養義務のあり方—」日本社会保障法学会編『社会保障学』、法律文化社、2005年。

<sup>36</sup> 我妻栄他『親族法・相続法』一粒社、1962年、346頁。

・中川善之助『民法大要』勁草書房、1975年、161頁。

・阿部浩二「親族的扶養の性格」法学18巻1号、1954年、91頁。

<sup>37</sup> 沼正也「扶養に関する諸問題 親族の扶養」、前掲、(注31)292頁。

・沼正也「公的扶助と私的扶養の限界」『家族法大系V親族・後見・扶養』、有斐閣、1960年、150頁。

<sup>38</sup> 戦後から2000年までの『家庭裁判月報』を整理したものについては、拙稿「社会福祉における公私責任—老親扶養をめぐる家族責任を素材として—」滋賀文化短期大学研究紀要第10号、2005年を参照。

<sup>39</sup> 東京高裁 平成17年3月2日棄却確定(家月57巻11号55頁)。(原審：東京家裁 平成16年12月2日 家月57巻11号64頁)。

<sup>40</sup> 新潟家裁 平成18年11月15日認容確定(家月59巻9号28頁)。

<sup>41</sup> 大阪家裁 平成19年2月26日認容・一部棄却確定(家月59巻8号47頁)。

<sup>42</sup> 東京高裁 平成22年7月30日取消・認容確定(家月63巻2号145頁)。(原審：さいたま家裁越谷支部 平成22年3月19日)。

<sup>43</sup> 東京高裁平成12年12月5日判決『家庭裁判月報』53巻5号187頁。

<sup>44</sup> 拙稿「老親扶養と介護の社会保険化—介護保険改正の動きに伴う利用者負担の増加と扶養義務のあり方—」日本社会保障法学会編『社会保障法』法律文化社、2005年。

<sup>45</sup> 拙稿「社会福祉における公私責任—老親扶養をめぐる家族責任を素材として—」前掲(注38)。

<sup>46</sup> 上野雅和「扶養契約」『現代契約法大系』7巻、有斐閣、1984年。大村敦志『家族法』(有斐閣、1999年)は、「かつて監護教育を受けた子どもが何らかの対応をする必要がないか。…援助は親子間では贈与として扱われることになるだろう。…この贈与と引替えに将来の扶養が約束されたりすることも考えられないではない」として、昔に受けた恩を贈与としてとらえ、その恩を返す行為が老親への扶養であるという認識である。しかし、負担付贈与や遺贈は、相互間の信頼や愛情関係を基礎にした、極めて情緒的な契約であるため、その前提が崩れた際におけるリスクは大きく、介護や扶養という将来にわたって時期が確定されない約束の履行については、非常に不安定な取り決めでもある。中川淳『夫婦・親子関係の法理』(世

界思想社、2004年)の「老親扶養のための贈与・遺贈と親子関係の破綻」でも取り上げられている最高判昭和53年2月17日判例タイムズ360号143頁、最高判昭和56年11月13日判例時報1024号51頁も参照。

<sup>47</sup> 介護労働と民法第904条2項の寄与分規程は、1980年民法の一部改正によって女性の権利を守ることを目的として、財産法領域の改正が行われた経緯がある。「共同相続人中に、被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養監護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加につき特別の寄与をした者があるときは、被相続人が相続開始の時において有した財産の価額から共同相続人の協議で定めたその者の寄与分を控除したものを相続財産としてみなし、…相続分に寄与分を加えた額をもってその者の相続分とする」という規定である。つまり、介護を含めた療養監護を行うのはほとんどの場合において女性であることから、介護労働を積極的に評価したものである。しかし条文にもあるように「被相続人の財産の維持又は増加」がみられる場合のみ認められるのであって、介護を含めた療養監護を行ったとしても財産の維持・増加がみられない場合には認められない限界がある。つまりこの寄与分規程は、介護を含めた療養監護を単なる財産法における財産形成の延長でしかとらえられない点が課題として残されている。盛岡地裁昭和61年4月11日審判を参照(『家庭裁判月報』38巻12号71頁)。

<sup>48</sup> 沼正也「扶養に関する諸問題 親族の扶養」、前掲(注31)、291頁では、老親扶養など金銭給付だけの性格をもつような生活扶助義務については、社会保障制度へと完全昇華させることを是とする一方、介護のような身上監護を同居している家族が行う場合には、民法第730条「直系血族及び同居の親族は、互いに扶け合わなければならない」を根拠とした生活保持義務の視点が必要であると論じている。そして家庭内での扶け合いの精神や行為を「私的保護の社会保障性」という表現であらわしている。

<sup>49</sup> 旧生活保護法(昭和21年9月9日法律第17号)の第3条では、「扶養義務者が扶養をなし得る者には、急迫した事情がある場合を除いては、この法律による保護はこれをなさない」とし、扶養義務者の存在の有無において保護の欠格条項を設けていた。しかし、現行の生活保護法では従前の欠格条項を撤廃し、単に民法上の扶養が生活保護に優先して行われるべきだという建前を規定するに止めている。つまり扶養は保護の要件ではない、という解釈である。小山進次郎『改訂増補 生活保護法の解釈と運用』(中央社会福祉協議会、1950年)130頁の「生活保護法における扶養義務の取扱上留意すべき事項」でも、「扶養義務の問題は、本来道義上の問題として取り扱われることがふさわしい性質のものであることを常に念頭に置き、努めて当事者間の話し合いで問題を解決するようにし、法律に訴え、法律上の問題として取り運ぶことはやむを得ない場合に限るようにすること。」と注意書きが付け加えられている。実際の保護ケースワーカーの必携書である『生活保護手帳』(中央法規出版、2012年度版)においても同様の記載がある。つまり、終戦後の時代から、世界第三位の経済大国となった今に至るこの60年以上ずっと、上記の小山進次郎による解釈のまま通説として、また実際の運用においても修正されていないということである。

<sup>50</sup> 平成24年6月12日第180回国会の予算委員会第25号で、生活保護受給者に扶養可能な親族が存在し、その扶養義務者との負担額の協議が調わない場合に自治体が活用できる家裁への申し立てが昨年はゼロであり、最高裁の調べでも1950年の生活保護法制度創設以来この62年間で24件という報告からしても、私的扶養を前提とした公的扶助の適応がなし崩しになっていることが分かる。

生活保護法第77条「被保護者に対して民法の規定により扶養の義務を履行しなければならない者があるときは、その義務の範囲内において、保護費を支弁した都道府県又は市町村の長は、その費用の全部又は一部を、その者から徴収することができる。」

2「前項の場合において、扶養義務者の負担すべき額について、保護の実施機関と扶養義務者の間に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。」

<sup>51</sup> 厚生労働省「平成23年度全国母子世帯等調査結果報告」。

<sup>52</sup> 平成25年8月に出された政府の「社会保障制度改革国民会議の報告書」第1部の2「社会保障制度改革推進法の基本的な考え方」のなかでも、日本の社会保障を、自助と共助、公助の最適な組み合わせとし、「自助を基本としつつ、自助の共同体としての共助(=社会保険制度)が自助を支え、自助・共助で対応できない場合に公的扶助等の公助が補完する仕組み」を基本とする内容となっている。

<sup>53</sup> 財源論の視点からではなく、生存権という観点からの分析も必要であることは確かなのだが、生存権論をめぐる最近の論調が極めて低迷していることや、社会保障の利用や福祉サービスへのニーズが、偶発的・不可避的・社会的な要因からではなく、個人責任による個人的な傾向が強いなか、本稿ではあえて生存権論からのアプローチを試みるのではなく、それらは次への課題として整理したい。