

第一 設問1

1 「不作為」(行政不服審査法3条)とは、①法令に基づく、②申請に対して、③何らの処分をもしないことをいう(同条括弧書)。

2 まず、本件要綱は法令そのものではないところ、法令に基づくといえないように思える。しかし、本件要綱は老人福祉法の福祉施設への入所させる措置のための手続を具体化したものである。これは、要綱の形式をとっているが、法令の解釈と一致するものであるといえるから、実質的には法令に基づくといえる(①)。

3 次に、申請といえるか。

(1) 申請とは、①法令に基づき、②何らかの利益を付与する処分を求める行為であって、③行政庁に認諾の応答義務があるものを言う(行手法2条3号参照)。

(2) 上記の通り法令に基づくものであるといえる(①)。入所措置という利益を付与する処分を求める行為である(②)。本件要綱8条は申請という文言を用いており、また、9条は通知するものとする規定していることから通知義務があると読める(③)。

(3) したがって、申請に該当する。

4 そして、行政庁は何らの処分をもしないため(③)、「不作為」に該当する。

第二 設問2

1 Bは本件入所措置の直接の名宛人ではないところ「法律上の利益を有する者」(行訴法9条1項)として原告適格が認められるか。

2 「法律上の利益を有する者」とは、当該処分によって自己の権利もしくは法律上保護された利益を侵害されまたは必然的に侵害されるものをいう。本問では、監護権への制約が認定できる児童虐待の場合と異なり、擁護者には親の監護権があるわけではないため、Bは自己の権利を侵害されるとして準名宛人として原告適格を有するとはいえない。

3 もっとも、当該根拠法令が、不特定多数人の具体的利益を一般公益に解消吸収せしめることなく、個々人の個別的利益としても保護する趣旨である場合には、当該利益は法律上保護された利益に該当する。具体的には、行訴法9条2項を参照する。

(1) 高齢者虐待防止法9条は高齢者の生命身体等を保護する旨の文言を用いているが、擁護者の利益を保護する旨の規定は用いていない。しかし、同法1条は擁護者の負担の軽減、14条は擁護者の支援について規定している。従って、同法は、擁護者の負担軽減という利益をも保護する趣旨である。

(2) しかし、擁護者の負担軽減という利益は人それぞれ異なる抽象的なものである。また、確かに擁護すればするほど増加するものではあるが、それも人によって異なる。くわえて、児童虐待防止法と異なり、手続的保障の規定も存在しない。これらから、法は、擁護者の利益を個々人の個別的利益としてまでは保護しない趣旨である。

(3) よって、Bは「法律上の利益を有する者」として原告適格を有さない。

第三 設問3

国家賠償(国家賠償法1条1項)の要件は、①国または公共団体の公権力の行使にあたる

公務員が、②その職務を行うについて、③故意または過失によって違法に、④他人に損害を加えたこと、である。市長は公共団体の公権力の行使にあたる公務員である（①）。本件入所措置は市長の権限に基づきなされているためその職務を行うについてといえる（②）。入所費用相当額の損害が発生している（④）。故意または過失によって違法にとは、取消訴訟の違法性とは異なり職務上の注意義務に違反することをいうと解される。そこで、以下では、その注意義務違反の前提として、処分の違法性の主張を行う。

1 時点②

（１） 「居宅においてこれを受けることが困難なもの」という要件に該当する事実がないのに要件に該当するとして処分をした違法があるのではないか。

ア 「居宅においてこれを受けることが困難なもの」という要件は少なくとも高齢者虐待がある場合には充足される。そして高齢者虐待該当性は、身体に外傷が生じるおそれのある暴行、衰弱させるような著しい減食、著しい暴言その他の高齢者に著しい心的外傷を与える言動の有無等を考慮する（高齢者虐待防止法４条４項１号参照）。

イ まず、本問では、Ａは低ナトリウム症であると診断され、その際、医師から家庭での食事が原因であると述べている。また、入院後の検査においても一定の改善は見られたものの、未だナトリウム濃度は低いままであった。このことから、食事による虐待がなされたおそれがあるように思える。しかし、ナトリウムの濃度が低下したのは、Ｂが高齢のＡを気遣い塩分の高い食事を控えていたからである。医療の専門的な知識のないＢがそのような行動を取るのも無理はない。また、入院後も一定は回復していることから一定の食事の改善があったと推認される。医師から食事が原因であると告げられたとはいえ、直ちに高齢のＡに高塩分の食事を摂らせることを躊躇しても仕方がない。

次に、ケアマネージャーによって一時保護の申請がなされている。しかし、ケアマネージャーは就任から日が浅く、ＡとＢの関係性を深く知った上での行動であったとは言い難い。また、１０年来ＢはＡの介護を行っており、虐待のおそれが高いとも言い難い。低ナトリウム症の症状が出た時も病院に連れて行っており、虐待をしているのであれば隠すはずである。

さらに、Ｂはその後退所の要求をするとともに、医師の助言を受け入れる等の覚書を提出する旨を申し立てており、誠実な態度をとっている。このようなＢが虐待をしていたとは考えにくく、虐待の事実がなかったことが推認される。くわえて、Ａの身体には外傷があるとか、ＡはＢに怯えて帰りたくない旨を述べているとかいう事情もない。

以上の事情を勘案すると虐待の事実はなかったというべきである。

ウ したがって、「居宅においてこれを受けることが困難なもの」という要件を充足していないという違法がある。

（２） 「やむを得ない事由により・・・入所することが著しく困難であると認めるとき」という要件に該当する事実がないのに要件に該当するとして処分をした違法があるのではないか。

ア 「やむを得ない事由により・・・入所することが著しく困難であると認めるとき」とは、自ら施設と入所契約を締結することが困難である場合等を指す。

イ 本問では、ケアマネージャーの助けを借りて申請を行なっているため、入所契約を行うことも可能であるといえる。また、上記の通り虐待の事実はないのであるから B の協力のもと施設と入所契約を結ぶことも可能である。

ウ したがって、「やむを得ない事由により・・・入所することが著しく困難であると認めるとき」に該当しない。

2 時点③

(1) 老人福祉法 12 条は解除のあることを前提とした規定になっているため、措置権限を定めた同法 11 条に基づき解除の権限も付与されていると解する。そして、法の目的は唐人の心身等を保護する点にあるため、この目的達成のために措置が不要となった場合には、解除すべきであると解する。特に事後的に要件の不充足が判明した場合には当然に解除すべきである。具体的には、解除することによる利益と不利益とを比較衡量する。

(2) 解除しない場合には入所費用についての負担が増加し、B が不利益を被る。他方で、虐待の事実はなかったといえるため解除しても A に不利益が生じるとは言い難い。

(3) したがって、解除すべきであるのにしていないという違法がある。

令和 8 年度司法試験本試験 行政法再現答案

設問 1

1 A の C 市長に対する行政不服審査法に基づく不作為についての審査請求は適法か。

- (1) まず、A は本件要綱 8 条に基づき緊急一時保護を申請しているところ、本件要綱は法令の委任に基づくものではなく、行政の内部基準たる行政規則にすぎないから国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。
- (2) そして、行政不服審査法に基づく不作為についての審査請求が認められるためには、「法令に基づく申請」(行政不服審査法 3 条) がなされていることを要する。「申請」(行政手続法 2 条 3 号) とは、法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいい、本件要綱に基づく緊急一時保護の申請は、老人福祉法 11 条に基づく入所措置の一環としての緊急一時保護を求めるものである。老人福祉法 11 条等の福祉の措置決定は施設でサービスを受ける地位を設定する法的効果を有していることから、本件要綱に基づく申請は自己に対し何らかの利益を付与する処分を求める行為であるといえることができる。また、児童虐待の場合には、児童福祉法の規定に基づき、入所措置とは別に一時保護を行うことができるが、高齢者虐待防止法 9 条 2 項は、高齢者を一時的に保護するために、老人福祉法 11 条等の福祉の措置を講じるように求めていることから、本件要綱に基づく申請が、老人福祉法 11 条に基づくものであり、行政庁が諾否の応答をすべきこととされているかが問題となる。

この点について、高齢者虐待防止法 9 条 2 項は、市町村又は市町村長は、7 条 1 項もしくは 2 項の規定による通報又は前項に規定する届出があった場合には、老人福祉法 11 条の規定による措置を講じるものとする規定されており、これらの通報や届出は法令に基づくものといえる。しかし、本件要綱に基づく申請がなされても、市町村に対し老人福祉法 11 条 1 項 2 号の要件を満たし、福祉の措置が必要か否かの判断を促すにすぎず、法令に基づいて行政庁に諾否の判断を義務付けるものということとはできない。また、本件要綱 9 条は、市長は、保護する必要があると認めた場合は、申請者に通知するものとする規定されており、市長の判断に裁量が認められていることから、市長が保護する必要はないと判断した場合には、通知はなされず、行政庁の諾否の応答が義務付けられているとは言えない。

- (3) したがって、本件要綱に基づく申請は、「法令に基づく申請」とはいえないため、A の C 市長に対する行政不服審査法に基づく不作為についての審査請求は適法とはいえない。

設問 2

1 B が本件入所措置の取消訴訟を提起した場合、B に取消訴訟の原告適格が認められるか。B が当該処分の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」(行訴法 9 条 1 項)

に当たるかが問題となる。

- (1) この点について、「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たると解する。そして、その判断は9条2項に従って判断する。
- (2) 本件について、本件入所措置は老人福祉法11条1項2号に基づいてなされている。そして、児童の親権を行う保護者による児童虐待の場合、児童福祉法は原則として、児童の親権を行う保護者の意に反して27条1項3号の措置をとることができないとしており、28条1項に該当するときであっても、当該措置をとるためには家庭裁判所の承認を得ることを必要としている。これに対し、高齢者の場合には、その子である養護者に児童の場合の親権に相当するような親の監護権があるわけではなく、老人福祉法11条の措置をとるにあたって、養護者の意向を確認しなければならないとするような規定も存在しない。また、高齢者虐待防止法14条は養護者に対する支援について定めているものの、同法は高齢者虐待の防止、養護者に対する支援等に関する施策を促進し、もって高齢者の権利利益の擁護に資することを目的としており(1条)、究極的には高齢者の権利利益を保護することを目的にしていると読み取ることができる。そのため、14条も高齢者の権利利益を保護するための一環として養護者に対する支援について定めているにすぎず、養護者の利益そのものを保護することを目的にした規定であるということとはできない。
- (3) したがって、老人福祉法は養護者の権利利益を保護していると解することはできないから、Bは「法律上の利益を有する者」には当たらない。よって、Bに原告適格は認められない。

設問3

第1 時点②において本件入所措置の要件が充足されていたかについて

1 まず、Bは時点②において、Aに対しきちんと食事も与えているため、高齢者虐待があったとはいえず「居宅においてこれを受けることが困難なもの」という困難性要件を満たしているとはいえないと主張することが考えられる。また、Aを介護する意思もあることから、「やむをえない事由により介護保険法に規定する地域密着型介護老人福祉施設又は介護老人福祉施設に入所することが著しく困難であると認めると」という補充性要件も満たしていないと主張することが考えられる。

2 これに対し、C市は、老人福祉法11条1項2号は「困難なもの」や「やむをえない事由」という不確定概念で要件を定めており、高齢者に入所等の措置をするかどうかは高齢者の保護と家庭関係の調和の観点から専門技術的な判断が要求されるため、C市に要件裁量が

認められると反論することが考えられる。

そして、Aの自宅での療養が継続した場合には、血中ナトリウム値が低下して意識障害が生じ、Aの生命に重大な危険が発生する恐れがあり、Aに生命の危険が迫っている下で、Aが居宅において常時の介護を受けることが困難であり、自ら介護福祉施設等と契約することも困難であると判断して、本件入所措置をとったことはC市の裁量の範囲内であると反論することが考えられる。

第2 時点③において本件入所措置の解除の要件が充足されているかについて

1 Bはその後の事情の変化により、困難性要件及び補充性要件を満たさなくなり、本件入所措置を解除すべきであると主張することが考えられる。具体的には、入所措置の解除は事後的に要件を満たさなくなったことでなされるから行政処分の撤回ということができ、入所措置を定める老人福祉法11条1項2号が解除の根拠規定となる。そして、BがAの希望に応じて介護福祉施設等に入所することに協力するつもりであること及び居宅介護を継続する場合でも定期的にAに血液検査を受けさせ、血中ナトリウム値が低下した場合には直ちに入院または入所させるつもりであることから困難性要件及び補充性要件を事後的に満たさなくなったため、解除しなければならないと主張することが考えられる。

2 これに対し、C市はAの認知面における能力低下がみられ、要介護状態が重度になっており、B以外の者がAと介護老人福祉施設等との契約を手助けできる状況になっていないことから、Aが自ら介護老人福祉施設等と契約することが困難である状況は変わっていないため、解除により得られる利益よりもAの不利益の方が大きいとして解除することはできないと反論することが考えられる。

以上