

育休退園と行政手続

－ 所沢市育休退園処分取消訴訟の3つの執行停止決定を受けて －

伊 藤 周 平

1 問題の所在－育休退園処分の3つの執行停止決定

埼玉県所沢市（以下、1～4までは「市」という）は、これまで、育児休業を取得した保護者に保育園（以下、法律上の用語の「保育所」で統一）の在園児（上の子）がいる場合は、利用継続申請書を提出すれば、年齢に関係なく、保育所の利用を保障していた。しかし、子ども・子育て支援法⁽¹⁾が施行された2015年4月から、保護者が育児休業を取得すると、在園児が年度初日の前日において3～5歳である場合などを除き（所沢市保育の必要性の認定等に関する規則3条2項1～5号。以下「本件規則」という）、保護者の出産日の翌々月末に退園とする（以下「育休退園」という）制度をはじめた。

しかし、育休退園制度の告知が具体的になされたのは、2015年2月下旬であり、しかも、該当する妊婦に、子どもが在園する保育所長（園長）から口頭で説明があったに過ぎない。あまりに急な制度の変更に、保護者は撤回の要望書などを所沢市に提出したものの、市の側からは「ご理解ください」の一点張りの回答しか得られなかった。その後、市は、保護者から相談を受けた弁護士との面談を経て、同年6月1日、本件規則を改正し、3条2項に6号として「前各号に掲げる者のほか、在園児の家庭における保育環境等を考慮し、引き続き保育所等を利用することが必要と認められる場合」を追加した。

2015年6月25日、市内在住の保護者11人が、さいたま地方裁判所に、育児休業を取得したことを理由にした退園処分の差止めの訴え（行政事件訴訟法3条7項、37条の4。以下「行訴」と略）を提起し、仮の差止め（行訴37条の5第2項）を申立てた。しかし、同年7月27日、同地裁は、先の差止訴訟を提訴した原告2名の子どもの保育継続が認められたことなどもあり、仮の差止めの申立てを却下した。市も、育休退園制度は、保育所待機児童との公平性を保つためであるなどとし、育休退園制度を撤回することはなく、結局、同年10

月末まで合計で55人の子どもが、この制度により退園となっている。

一方、2015年6月に、第2子を出産し育児休業を取得した保護者が、保育所在園の第1子（3歳。当時は2歳児クラス）の利用継続を市長に申請したが、利用継続不可となり、同年8月末に、その子は通っていた保育所から退園となった。その保護者が原告となり、同年8月31日、市長の行った利用継続不可決定の取消訴訟と執行停止を求める申立てをし、さらに、同年9月1日に、市福祉事務所長名で保育の利用の解除（正確には「保育の実施の解除」）がなされ、9月2日付で「利用解除通知書」をもって通知されたことを受け、同月11日、解除処分取消訴訟（行訴3条2項）を併合提起し、執行停止（行訴25条2項）を申立てた（筆者も、原告側の意見書を作成し裁判所に提出）。そして、同月29日、さいたま地裁は、保護者の申立てを認め、利用継続不可決定と利用解除処分の執行停止を決定した。市は、同年10月8日に、即時抗告をしないことを明らかにし、9月1日から退園となっていた原告の子どもは、再び10月1日から、もとの保育所に通うことができている。

その後、保育所の利用継続の申請をしたが、利用継続不可となり、2015年10月末に在園児が退園予定となった2人の保護者（先の差止訴訟の原告でもある）が、同年10月23日に、さいたま地裁に、仮の差止めを申立てた。しかし、同月30日、裁判所は、仮の差止めの申立てを却下し、保護者の子ども2人は、10月末で保育所を退園になった。そこで、当該保護者が、利用継続不可決定（以下「本件不可決定」という）と利用解除処分（以下「本件解除処分」という）の取消しの訴えと執行停止を申立てたのが本件である（以下、これらの処分を総称して「本件各処分」という）。そして、さいたま地裁は、2015年12月18日、保護者の申立てを認め、本件解除処分の執行停止を決定した（以下「本件決定」という）。

保育所退園処分の執行停止が認められた事例は珍しく、しかも、3件たて続けに執行停止が認められた事例は過去に例がない。その意義と影響は大きい。本稿では、3つの執行停止決定を踏まえて、適正な行政手続という観点から、本件解除処分の違法性を明らかにするとともに、育休退園をめぐる今後の課題を展望する。

2 本件執行停止決定の意義

(1) 取消訴訟と執行停止

行政事件訴訟法では、処分の取消訴訟が提起されても、「処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない」（行訴25条1項）とされ、執行不停止の原則がとられている。そのうえで、行政事件訴訟法は、仮の救済の制度として、裁判所の決定による執行停止の手法を採用している。すなわち、処分の取消訴訟が提起された場合、「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止をすることができる」（行訴25条2項）とされている。

同条項によれば、執行停止が認められるための積極要件は、①本案が適法に継続していること、②処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があること（行訴25条2項本文）である。2004年の行政事件訴訟法の改正で、従来の「回復の困難な損害」が「重大な損害」に変更され、損害の性質や程度なども勘案することとされた（行訴25条3項）。消極要件は、③公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること、④本案について理由がないとみえるとき（行訴25条4項）とされている。

(2) 本件へのあてはめ

以上の要件を本件にあてはめると、①の本案とは本件各処分の取消訴訟のことであり、これは適法に提訴され継続している。②については、さいたま地裁は、本件決定において「幼児期は人格の基礎を形成する時期であるから、幼児期にどのような環境の下でどのような生活を送るかは、児童の人格形成にとって重要な意味を有する…児童は、保育所等で保育を受けることによって、集団生活のルール等を学ぶとともに、保育士や他の児童等との人間関係を結ぶこととなるのであって、これによって、児童の人格形成に重大な影響があることは明らかである。」としたうえで、保育所で保育を受けていた申立人の子どもが「本件保育所で継続的に保育を受ける機会を喪失することになる損害」は、子どもやその親権者である申立人にとって「看過し得ないものとみる余地が十分にある」とし、これらの損害は「事後的な金銭賠償等によって填補されるものでは

あり得ない」から、本件各処分により生じる「重大な損害を避けるため緊急の必要があるというべき」とした。

申立人の側の主張をほぼそのまま認めたといつてよく、保育所での保育やそこで形成される人間関係が、幼児期の子どもの人格形成に重大な影響をあたえること、保育所で継続的に保育を受ける機会の喪失が、事後的な金銭賠償などで償えない「重大な損害」に当たることを、裁判所が認めた点で大きな意義があるといえる。もっとも、障害をもつ子どもに対する保育所入所の不承諾処分が争われた事案について、不承諾処分によって、保育所に入所して保育を受ける機会を喪失するという損害は、その性質上、原状回復ないし金銭賠償による填補が不能な損害であり、現に保育所に入所することができない状態に置かれているのであるから、損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性もあるなどとして、入所を承諾することを求める仮の義務付けの申立てを認容した例がある（東京地裁2006年1月25日決定。本案の東京地裁2006年10月25日判決も不承諾処分を取り消し入所承諾の義務付けを認めた）。仮の義務付けが認められる要件は、執行停止の要件よりハードルが高い「償うことができない損害を避けるため緊急の必要」がある場合（行訴37条の5第1項）だから、幼児期における保育所での保育の機会の損失が「重大な損害」に当たることは、裁判所も認めるといえる。

③については、退園処分（本件解除処分）が執行停止となり、子どもが保育園に通えることとなったとしても、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれはなく、争点にはならなかった。争点になったのは、④の本案について理由がないとみえるか、つまり、本件各処分が違法となる余地があるか否かである（取消訴訟の勝訴の可能性といってもよい）。この点についても、裁判所は、相手方の主張を退け、申立人側の主張をほぼ認め、本件各処分が「違法とみる余地がある」とした。執行停止決定はあくまでも仮の救済であり、処分の違法性は本案での判決により確定されるため、「余地がある」との表現が使われている。

以上のことから、裁判所は、本件各処分の執行停止を認める決定をした。執行停止が認められたことで、本案の取消訴訟についても、本件解除処分をはじめとする本件各処分の違法性が認定され、原告勝訴の可能性が高くなったといえる。そこで、以下では、本件解除処分の違法性について、行政手続法違反を

中心に考察していく。

3 本件解除処分の手続的違法性

(1) 本件解除処分の法的性格

保護者の育児休業の取得を理由とする、保育所からの退園処分は、当該子どもの保育の必要性が消滅したことにもとづく「保育の実施の解除」に該当する⁽²⁾。

2012年改正前の児童福祉法33条の4では、児童福祉法24条1項にもとづく保育の実施を解除する場合には、あらかじめ保護者に対して、保育の実施の解除の理由について説明するとともに、その意見を聴かなければならないとしたうえで、行政手続法の第3章（12条、14条は除く）の規定は適用しないとしていた（旧法33条の5）。これに対して、改正児童福祉法（2015年4月施行）では、33条の4と33条の5の規定にあった「保育の実施の解除」の文言が削除された。これにより、保育所からの退園処分（保育の実施の解除）は、一般法である行政手続法（平成5年法律88号）の適用を受けることとなった。

「保育の実施の解除」の法的性質は、市町村が、児童福祉法24条1項に規定する市町村の保育所保育の実施義務が消滅したこと（当該子どもの保育の必要性がなくなったこと）を理由として保育の実施を解除するもので、当該保育所での子どもの保育を受ける権利（地位）を剥奪するわけだから、行政手続法上の「不利益処分」（行政手続法2条4号）、具体的には「名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分」に該当する。直接の名あて人は、保護者になっているが、子どもの保育を受ける権利は、保護者の保育を受けさせる権利と表裏一体のものであるから、このように解しても問題はない。

行政解釈でも、厚生省（当時）の関係局長による1994年9月30日付の通達「福祉の措置の解除に係る説明等に関する省令の施行について」において、保育の実施の解除は「行政手続法…に規定する不利益処分に該当する」と解している。判例も、保育の実施の解除は行政手続法にいう不利益処分に当たるとし（横浜地判2006年5月22日判例地方自治284号64頁）、学説上も、不利益処分と解するのが通説である⁽³⁾。

(2) 聴聞手続の法定化の趣旨

そして、行政手続法は、不利益処分については、行政庁に対して意見陳述手続を義務づけている（同法13条1項）。これは、意見陳述を通じて行政庁における事実の認定または法の解釈の誤りを防止し、もって名あて人となるべき者の権利利益を保護しようとする適正手続の法理の要請に由来するとされる⁽⁴⁾。

意見陳述手続は、聴聞手続と弁明手続に分けられるが、「名あて人の資格又は地位を直接に剥奪する不利益処分」については、処分行政庁（本件では所沢市）は、聴聞手続をとらなければならない（同法13条1項1号ロ）。同条の趣旨は、相手方にとくに重大な不利益を与える処分について、その重大性のゆえに正式手続きで口頭審理主義をとる聴聞手続を義務づけたものである⁽⁵⁾。つまり、同条項1号イ、ロに規定する処分は、行政庁の一方的な意思表示によって、許認可等により形成された一定の法律関係を直接に消滅させるものであり、また相手方の権利利益に及ぼす影響も大きいことから、弁明手続よりも厳格な聴聞手続が必要な処分とされているのである⁽⁶⁾。

本件解除処分は、前述のように、市による保育所入所決定（入所承諾）によって形成された保育所の利用という法律関係を直接に消滅させるものであり、退園となる子どもとその親権者たる原告の権利利益に大きな影響を与えることは明らかであるから、聴聞手続を要する不利益処分である。

このことは、さいたま地裁も、先の執行停止決定において「児童は、保育所等で保育を受けることによって、集団生活のルール等を学ぶとともに、保育士や他の児童等との人間関係を結ぶこととなるのであって、これによって、児童の人格形成に重大な影響があることは明らかである。…本件保育所で継続的に保育を受ける機会を喪失することになる損害は…看過し得ないものとみる余地が十分にあり…事後的な金銭賠償等によって填補されるものではあり得ない」としたうえで、「保育の実施（利用）の解除につき、行政手続法の適用があり、所沢市福祉事務所長は、保育の利用を解除する場合には、同法13条1項の聴聞手続を執る必要があると解することができる。」と認めている。

(3) 行政手続法が定める聴聞手続と当事者の手続的権利

行政手続法は、聴聞手続について、聴聞通知の方式（15条）、代理人制度（16

条)、参加人制度(17条)、文書等の閲覧(18条)、聴聞の主宰(19条)、聴聞の期日における審理の方式(20条)など詳細な規定を置いている。

これらは法定聴聞といわれ、いかなる原因事実と法条をもって、どのような不利益処分にあたると評価されたかについて、相当の期間を置いてあらかじめ示されることによって、不利益処分の相手方が、自己の権利利益を守るための主張や証拠書類等の提出による防御手段の行使が聴聞の期日に有効に行使できるようになること⁽⁷⁾、いわば不利益処分を受ける側の防御権を保障する趣旨で設けられたものである。その意味で、不利益処分の名あて人など当事者には、行政手続法上、こうした行政庁の義務に対応し、告知・聴聞を受ける権利や文書閲覧請求権などの手続的権利が認められると解される⁽⁸⁾。

学説では、行政手続法の制定により、①告知・聴聞、②文書閲覧、③理由の提示、④処分基準の設定・公表のいわゆる「適正手続4原則」が、明確に行政庁の行為義務として定められたことから、私人には、行政庁がこの行為義務に従って行動することを求める手続上の権利が付与され、その権利侵害は、処分の違法事由として、抗告訴訟において主張ができるとする見解⁽⁹⁾が有力である。

(4) 聴聞手続を経ずになされた不利益処分の違法性

以上のように、行政手続法の制定により、私人の側に手続的権利が付与されたとすると、法定の聴聞手続を経ないでなされた不利益処分は、行政手続法12条2項に定める事情がない限り、違法(行政手続法違反)となる。そして、本件解除処分は「公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき」(同条2項1号)には該当せず、聴聞手続が義務づけられる不利益処分である。さいたま地裁も、第1の執行停止決定において「所沢市福祉事務所長が、保育の利用を解除するにあたって、聴聞手続を執らない場合には、違法とみる余地がある」としている。

ところが、さいたま地裁は、先の保護者による仮の差止め申立てについては「市の保育の利用継続不可決定に引き続いてされる解除処分については、それにあたって聴聞手続が執られなかったとしても、実質的にみて、保護者の防御権を行使する機会が奪われてはならず、解除処分について手続の公正を害する程度の違法があるとまではいえない場合もあり得る」として、申立てを却下した。

裁判所の判断に動揺がみられるが、後者の仮差止め却下決定を文言どおりとれば、不利益処分を行うにあたって、行政手続法の定める法定聴聞を経ずとも、実質的な聴聞手続（防御権を行使する機会の付与）があれば、違法とはいえない場合があることとなる。しかし、こうした解釈は、行政手続法の趣旨に反し、不利益処分の当事者の法定聴聞を受ける手続的権利を無視したもので、妥当とはいえない。実質的な聴聞手続がなされたので、行政手続法の聴聞手続が必要でありながら、それを経ていない不利益処分がなされ、その処分を違法でないとして認定した裁判例も、そのように解する学説も、少なくとも筆者の知りうる限りでは見当たらない。

(5) 本件解除処分 of 違法性は取消事由に該当すること

裁判所の判断に動揺がみられたのは、本件解除処分について、聴聞手続が執られておらず違法の余地があると認めつつも、市による保育所の利用継続審査（保育の必要性の認定）の過程で、聴き取り調査がなされ、それを踏まえて、本件不可決定がなされているため、本件解除処分に際して、聴聞手続が執られたとしても結果に影響を及ぼさない、つまり聴聞手続の瑕疵は、違法ではあるが、利用継続不可決定という結果に影響を及ぼさないので取消事由には当たらないのではないかと判断に、裁判所が（少なくとも、仮の差止申立ての却下決定の段階では）傾きつつあったからと考えられる。

確かに、行政処分が実体的規範に違反して行われたときには、当該処分は違法となり、かかる違法事由は当然に取消事由（原因）ないし無効事由（原因）となる。しかし、処分に手続違法がある場合には、その違法事由が当然に取消事由（原因）となるかについては争いがある。行政手続法の制定以前にも、聴聞手続の違法性については、処分の実体的違法性とは独立に取消事由になるとした裁判例（大阪地判1980年3月19日行政裁判例集31巻3号483頁）があったが、最高裁判所は、聴聞手続の瑕疵が、結果に影響を及ぼす可能性がある場合のみ、処分の違法性をもたらす（取消事由に該当する）としてきた（最判1971年10月28日民集25巻7号1037頁—個人タクシー事件、最判1975年5月29日民集29巻5号662頁—群馬中央バス事件）。

しかし、行政手続法制定後の事件には、これらの最高裁判決の射程は及び

ないと解すべきである⁽⁹⁾。そして、行政手続法に具現化された適正手続の法理は、正しい手続によってのみ正しい結果が生み出されるという前提に立っている（逆に言えば、正しい手続がなされなければ、その結果も正しくないと推認される）。そもそも、実体さえ誤っていなければよいということであれば、手続上の規制の意味がない。また、前述のように、適正手続4原則が明確に行政庁の作為義務として定められたことから、私人の側には、法定された行政手続により行政処分を受ける権利（手続的権利）があり、行政庁がその義務を果たさないことは、手続的権利の侵害となる。さらに、本裁判所が傾きかけている見解、すなわち「手続をやり直したときに、処分内容に影響を及ぼす可能性がある場合に（限り）手続の瑕疵は処分の取消事由になる」といった伝統的公式は、もはや現在では行政手続違反をめぐる原則的法理としての地位を有していないとの指摘もある⁽¹⁰⁾。

裁判例についても、端的に、行政手続を定めた法令の趣旨に反する手続の瑕疵は処分の取消事由になると判断してきたとみる見解が有力である⁽¹¹⁾。実際、最高裁判所も、行政手続法14条に関する理由の提示の程度について初めて判断した判決（最判2011年6月7日民集65巻4号2081頁）において、不利益処分（免許取消）の理由提示に際し、処分基準の適用関係が示されていないことから、行政手続法14条1項本文の趣旨に照らし、当該処分を違法として取り消している⁽¹²⁾。

本件解除処分は、前述のように、保護者や子どもの権利利益に及ぼす影響がとくに大きく、弁明手続よりも厳格な聴聞手続が要求される不利益処分である。しかも、被告市の側は、本件解除処分は不利益処分に該当しないとして、聴聞手続を執る必要はないことを明言し、実際に聴聞手続を執っていないのであるから、裁判所は、「行政運営における公正の確保」（行政手続法1条1項）の観点からも、本件解除処分を取り消し、市に再考を促し、公正な行政運営を確保する必要がある。いずれにせよ、聴聞手続を経ずになされた本件解除処分の違法性は、処分の取消事由を構成すると解すべきである。

(6) 実質的な防御権を行使する機会は付与されているか

なお、付言すると、利用継続決定の審査から本件解除処分に至る行政過程に

において、実質的にみても、先に、さいたま地裁が述べているような「防御権を行使する機会」が原告側に付与されていたとはいいたい。

市の育休退園制度では、育児休業を取得した保護者から利用継続の申請が市長に対してなされた場合（本件規則10条1項）、市の職員が、当該保護者から、個別に聴取り調査を行い、その聴取り調査の結果と聴取り調査を行った担当者の報告をもとに、保育の必要性の認定に係る諮問機関で審査、判定し、最終的に、市長が利用継続の可否（保育の必要性の認定）を決定するとの運用がとられている（同10条2項）。そして、その決定は、本件規則3条2項6号に該当する場合には「在園児の家庭における保育環境等」を考慮して判断するとされている。

このような当事者の個別具体的な事情（保育環境等）を考慮する場合には（それが、保育の実施の解除という重大な不利益処分につながる場合にはなおさら）、家庭における生活実態や保育環境、子どもの発育状態などの詳細な聴取り調査が必要とされることはいうまでもない。しかし、本件についてみると、訴状および執行停止申立書にあるように、原告に対し、そうした詳細な聴き取り調査がなされたとはいえない。そもそも、この聴き取り調査は、市の側が「在園児の家庭における保育環境等」を調査するもので、相当な期間を置いてなされる正式の聴聞手続とは明らかに異なる。

行政手続法の定める聴聞手続は、聴聞期日において行政庁の職員と当事者（または参加人）が事実をめぐる証拠、反証拠を提出し、それに基づいて聴聞主催者が事実関係において判定するという点で、不利益処分の名あて人による単なる意見の陳述とは区別される。したがって、行政庁が聴聞調書および主催者の意見を参酌して（処分を）決定する（行政手続法26条）というのは、単に参考に供するというのではなく、調書に掲げられていない事実にもとづいて判断することのできないことはもとよりのこと、当事者が記録閲覧請求の機会を行使する余裕のなかった調査資料にもとづいて処分をすることも許されないものと解されている⁽¹³⁾。また、聴聞期日後に新たな証拠が収集されたような場合（たとえば、新たに医師の診断書が提出されたような場合）には、聴聞再開事由となる（同法25条）。証拠提出の機会もなく、聴聞調書も作成されず、わずかな時間でなされた聴き取り調査をもって、「防御権を行使する機会が奪われて」

いないとは、とうていいえないであろう。

また、かりに「手続をやり直したときに、処分内容に影響を及ぼす可能性がある場合に（限り）手続の瑕疵は処分の取消事由になる」という先の伝統的見解に立ったとしても（前述のように、行政手続法制定後の現在では判例・学説もほとんどとっていない立場だが）、本件解除処分における聴聞手続の欠如という瑕疵（違法性）は、取消事由を構成すると考える。というのも、本件規則では、市長による利用継続不可決定がなされた段階で、在園児が自主退園をしなかった場合には、市福祉事務所長は、正当な理由があるものものとして、保育の利用を解除するとされているが（17条3項）、本件解除処分がなされる前に、聴聞手続が行われていれば、訴状や執行停止申立書にあるように、市による事実認定の誤りなど、本件不可決定の違法性が判明し、その結果、福祉事務所長が本件解除処分をしないという判断した可能性が極めて高いからである。

そして、さいたま地裁も、本件決定において「本件解除処分に当たっては聴聞手続が執られていないことが認められるばかりか…本件各処分に当たって、…(子どもの)保育の必要性に関する諸事情について、十分な情報収集がなされ、それに基づく適切な評価がなされたかについては疑問があることなどからすれば、本件解除処分については、実質的にみて、申立人の防御権を行使する機会が奪われており、その手続の公正を害する程度の違法があるとみる余地もないとはいえない。」とした。本件不可決定の実体的違法性まで示唆する決定であり、本案での取消判決の可能性も高くなったといえる。

4 本件解除処分の実体的違法性

本件解除処分の実体的違法性については、別稿⁽¹⁴⁾でも述べた通り、そもそも、退園させられる子どもへの影響を考慮しておらず、子ども・子育て支援法のみならず児童福祉法や日本が批准している子どもの権利条約の規定に反する違法があることを強調しておきたい。

退園させられる子どもの立場に立って考えてみれば、弟や妹が生まれるという情緒不安定になる時期に、慣れ親しんだ保育所から突然退園させられるのである。その衝撃や混乱は、子どもの人格形成や発達にとって、悪影響を及ぼす可能性がある。また、たとえば、育児休業を取得した保護者に、3～5歳児ク

ラスに上の子がいて、2歳児クラスに下の子どもがいる場合、3～5歳児クラスの兄や姉は保育が継続されるのに、2歳児クラスの子どもだけが退園させられる。このような差別的扱いは、退園させられる子どもには、とうてい納得も理解もできないだろう（現実には、本件では、ひとりの原告の子どものうち同じ保育所に通う上の子は退園とならず、下の子だけが退園となっている）。

市は、そうした子どもの状況を全く考慮することなく、法定聴聞手続もせず、退園処分を行い、子どもの保育を受ける権利を剥奪し、その人格権、発達保障の権利を侵害している。本件解除処分は「子どもの最善の利益」（子どもの権利条約3条）を考慮したものとは、とうていいえず、児童福祉法、さらには子どもの権利条約に違反する。子どもにとっては、保育所で友達や保育士と過ごす時間はかけがいのない時間であり、その時間が、ある日突然、断ち切られることの衝撃は、退園する子どもだけでなく、その友達にとっても耐えがたいものであることは容易に想像できる。しかも、それが違法な行政処分がもたらしたものだとしたら、これはもう、自治体による子どもの権利（保育を受ける権利のみならず人格権や発達保障の権利も含む）の侵害というほかない。

なお、子どもの権利条約の12条は、自己の見解をまとめる力のある子どもの意見表明権を保障している。法制度上は規定がないが、同条約の趣旨からすれば、本件解除処分を行うに際して、退園させられる子どもに（本件では、2人の子どものうち1人は、すでに3歳に達していることから、自己の見解をまとめる力はあると考えられる）、意見表明の機会、少なくとも、退園についていやかどうかを聴く機会を与えるべきであったと考える。ちなみに、児童福祉法では、同法27条の措置（児童養護施設への入所措置など）をとるにあたり、児童とその保護者の意向を確認することが前提とされている（児童福祉法26条2項、児童福祉法施行令32条1項）。これらは子どもの権利条約12条にいう意見表明権を具体化した規定といえ⁽¹⁵⁾、立法論的には、保育の実施の解除に際しても、同様の規定を設けるべきと考える。

5 子ども・子育て支援新制度のもとでの育休退園

(1) 子ども・子育て支援新制度の本質と維持された市町村の保育実施義務

以上のような子どもの権利を侵害するような育休退園制度が「児童福祉法そ

の他の子どもに関する法律による施策と相まって…一人一人の子どもが健やかに成長することができる社会の実現に寄与すること」（子ども・子育て支援法1条）を目的とする新しい保育制度（子ども・子育て支援新制度。以下「新制度」という）の実施とともに、なぜ所沢市ではじまったのか。その背景にある問題を探ってみたい。

もともと、新制度導入の目的は、これまでの保育制度（市町村委託・施設補助方式、自治体責任による入所・利用の仕組み）を解体し、介護保険法や障害者総合支援法のような給付金方式（利用者給付方式）・直接契約方式（保護者の自己責任による利用の仕組み）に変えることにある。給付金方式にすることで、保育所への補助金（委託費）にあるような使途制限をなくして企業参入（保育の市場化）を促し、保育供給の量的拡大を図るとともに、市町村の保育実施義務（保育の公的責任）をなくすことを意図して構築された制度といえる。こうした政策意図のもと、2012年改正前の児童福祉法24条1項に定められていた「保育に欠ける」乳幼児について、市町村が「保育所において保育しなければならない」という、市町村の保育実施義務は、当時の民主党政権のもとで国会に提出された児童福祉法改正案では削除されていた。しかし、多くの保育関係者の運動の結果、民主党と自民・公明党両党との、いわゆる3党修正によって、国会の法案審議過程で復活した⁽¹⁶⁾。

改正された児童福祉法24条1項は、市町村が「保護者の労働又は疾病その他の事由により、その監護すべき乳児、幼児その他の児童について保育を必要とする」児童を「保育所において保育しなければならない」と規定し、市町村の保育実施義務は、保育所の利用（入所）児童については、新制度のもとでも維持されることとなったのである。この結果、これまでと同様、市町村の行う保育所入所（利用）不承諾（申込み拒否）決定や保育の実施の解除は行政処分と観念され、それに不服がある場合には、不服申立てや行政訴訟（具体的には「処分の取消の訴え」。行訴3条2項）により争うことができ（本件のように執行停止や仮の差止なども申し立てることができ）、また、本件解除処分のような不利益処分については、行政手続法に規定する手続の履行が市町村に求められる。その意味で、児童福祉法24条1項の復活の意義は大きいといえよう。

とはいえ、改正児童福祉法24条1項には「子ども・子育て支援法の定めると

ころにより」との文言が新たに加えられた。子ども・子育て支援法は、認定子ども園、幼稚園、保育所を「教育・保育施設」とし、支給認定を受けた子どもが、保育所など特定教育・保育施設を利用した場合に、施設型給付費（給付金）を支給する仕組みとなっており、給付金方式・直接契約方式を基本としている（給付金は、法的には認定を受けた子どもの保護者に支給されるが、施設が代理受領する。子ども・子育て支援法27条）。保育所入所（利用）の場合のみ、市町村の保育実施義務が維持されたことで、従来の保育制度（市町村委託・施設補助方式、自治体責任による入所・利用の仕組み）の枠内に置かれ、保護者と保育所（特定保育施設）との直接契約ではなく、保護者と市町村との契約という形をとり、保育料も市町村が徴収し、私立保育所には委託費が支払われる（子ども・子育て支援法附則6条1項。ただし、委託費は、施設型給付費の算定方法で計算された額を支給）。

つまり、新制度は、市町村委託方式と給付金方式という原理的に相異なる仕組みを併存させており、きわめて複雑な仕組みとなっており、法的な不整合や矛盾が随所にみられる。

(2) 育休退園の動向

一方、給付金方式を基本とする新制度は、保育の必要性の認定（保育の利用要件の審査）を支給認定として分離し、保育の利用は、支給認定を受けた子どもの保護者と特定教育・保育施設などとの契約に委ねる形となっている⁽¹⁷⁾。そして、保育の利用要件は、従来の「保育に欠ける」という言葉から「保育を必要とする場合」に改められ（児童福祉法24条1項）、法律の委任を受けた内閣府令に列挙された（子ども・子育て支援法施行規則1条1号～10号）。このうち、保護者が育児休業を取得した場合の扱いは、従来の政令（改正前の児童福祉法施行令27条）には明記されておらず、厚生労働省の通知等による運用が行われてきたが、新制度では、この内閣府令に「育児休業をする場合であって、当該保護者の当該育児休業に係る子ども以外の小学校就学前子どもが特定教育・保育施設又は特定地域型保育事業…を利用しており、当該育児休業の間に特定教育・保育施設等を引き続き利用することが必要であると認められること」と規定された（同条9号）。育児休業中でも、上の子どもが継続的に保育

所等を利用することができる旨が明記されたといえる。

1 でみたように、所沢市は、従来は、継続申請は提出させるが、親が育児休業を取得したときも、保育所に在園中の子どもは、保育所入所要件に該当するとして、保育所の継続入所（利用）を認めてきた。これは厚生労働省の通達などを踏まえた同市の法解釈によるものであった。ところが、新制度の実施にともない、前記法令に規定が設けられたことを根拠に、突如、解釈を変更し、親が育児休業を取得したときは、本件規則3条2項1～6号に該当しないかぎり、保育の必要性が消滅すると解し、育休退園制度をはじめたのである。

ちなみに、「保育園を考える親の会」（普光院亜紀代表）が公表した調査結果によると（2015年10月16日発表）では、首都圏や政令市など100市区のうち、母親が出産して育児休業をとると保育所に通っている上の子が退園となる「育休退園」制度をとっている自治体は、2015年4月時点で5市と昨年より2市減っている。所沢市の裁判の影響もあると思われるが、千葉県八千代市、神奈川県鎌倉市、大阪府堺市が同制度をやめており（筆者の居住する鹿児島市（中核市）でも、育休退園制度を2016年度から廃止する）、前年に引き続き、制度があると回答したのは、神奈川県平塚市、静岡市、熊本市で（静岡市については、育休退園制度を2016年度から廃止予定）、これに所沢市が新たに加わった形だ。育休退園制度のない、もしくは廃止する自治体が多数の中、所沢市の育休退園制度の維持は逆行といってよい。

6 今後の課題

(1) 法的課題

今回の所沢市の唐突な育休退園制度の実施と保護者の意見を聴こうとしない市当局の姿勢に、保護者の側は、まさに最後の手段として、提訴に踏み切った。にもかかわらず、市の側は、所定の行政手続も踏まずに、子どもの退園処分を次々と断行した。筆者は、提訴がされたなら、育休退園制度の撤回か、そこまできなくても、子どもの退園処分については猶予・延期がなされると予想していただけに、所沢市の対応には驚きであった。市当局には、子どもの権利や適正な行政手続に関する理解が欠けているというほかない。

しかも、先の執行停止決定で、裁判所が、退園処分の違法性の余地を指摘し

ているにもかかわらず、所沢市は「(決定で) 制度の違法性が判断されたわけではない」とし、聴聞手続を経ずに育休退園処分を継続している。しかし、所沢市は、執行停止決定について即時抗告をしなかったのであるから、聴聞手続なしで行われたこれまでの各退園処分については、手続的瑕疵があるとして職権で取り消し、退園となった子どもたちを保育所に復帰させるべきである。時間がかかる本案での違法性が認定されないかぎり、聴聞手続すら行わず退園処分を強行することは、保護者や子どもの権利を侵害し続けることを意味する。

しかも、保育所退園処分の場合は、取消訴訟の提起とともに執行停止を申立てても、執行停止決定がなされるまで時間がかかるため、決定を待たず処分の執行がなされてしまい、一時的とはいえ、子どもの保育所からの退園は避けられない。現行の執行不停止原則（行訴25条1項）のもとで、育休退園制度により一時的であれ保育所から退園させられることを防ぐには、利用継続不可決定が出た段階で、退園処分の差止訴訟を提起し、仮の差止めを申立てるしかない。実際、本件で、原告は、子どもを保育所から退園させた場合の影響が大きいことを懸念し、仮の差止めを申立てたのである。しかし、前述のように、仮の差止めの申立ては却下され、2人の子どもは保育所から退園となり、本件執行停止決定が出るまで、1か月半にわたり、保育所に通えなかった。その意味で、執行不停止の原則を見直すか、少なくとも、本件のような保育所退園処分や外国人に対する退去強制処分については、一度執行がなされてしまえば、権利侵害の程度が大きく重大な損害が生じることを考慮し、執行不停止原則を適用しないなどの柔軟な制度に変えていく必要がある⁽¹⁸⁾。

所沢市が、今後も、育休退園制度を続けていくとするならば、退園処分を受けた保護者がさらに原告となり集団訴訟を提起し、立て続けに執行停止の決定を得ることで、子どもの保育所への復帰を図っていくしかない。とはいえ、裁判のハードルは高く、周囲からの様々な圧力もあり、だれもが提訴に踏み切るわけではない。かりに原告となったとしても、時間のかかる裁判をやりぬくには、弁護団を含めた周りの支えが必要となる。金銭的、精神的に疲弊し、提訴を取り下げるに至った事例は、とくに原告が弱い立場に置かれている社会保障裁判では、これまでも多く見受けられる。法的救済には限界がある。

私見では、少なくとも1歳以上の小学校就学前の子どもについては、保護者

の就労や疾病などにかかわらず、保育を受ける権利が保障されるべきであり、児童福祉法に、子どもの保育を受ける権利（保育請求権）を明記する法改正を行うべきと考える。そうなれば、育休退園がてきないことはもとより、そもそも、保育の必要性の認定自体が不要となる。実際、ドイツでは、2013年から、1歳以上の小学校就学前の子どもに、こうした保育請求権を保障し、児童青少年援助法（K J H G）に規定されている⁽¹⁹⁾。ただし、保育を受ける権利が法律に明記されても、実際に、それが保障されるためには、保育所などの整備が不可欠である。かりに児童福祉法に、子どもの保育を受ける権利（保育請求権）が明記されれば、各自治体は、そうした保育施設の整備をせざるを得なくなる。ドイツでも、前述のような保育請求権を保障することで、保育施設の拡充を図るという手法が用いられている。同法は、連邦法（社会福祉法典8編）であり、ドイツにおける保育に関する基本法として、各州政府はその拘束を受けるが、同法で保育請求権を保障することで、かりに、各州政府が、保育を希望する子どもに対して保育施設を提供できなければ損害賠償を請求されるおそれがあるため、各州政府は、保育施設を整備せざるをえなくなるわけである。

しかし、日本の場合、新制度のもとでも待機児童の放置がまかり通っていること、司法に訴える事例がドイツほど多くないことを考えると、市町村の保育施設整備義務および国・都道府県の整備にかかる財政支援義務を児童福祉法に明記する必要があるだろう。

(2) 政治的課題

法的救済に限界があるとすれば、育休退園制度をやめさせるには、政治的解決を図るしかない。法規定を無視し違法処分を平然と連続して行い、本件決定により育休退園処分の違法性の余地が指摘されても、なおかつ育休退園制度をやめようとしなない、かたくなな所沢市の姿勢には、藤本正人所沢市長の「小さい子どもは親のもとで育てるのがよい」（市民トークでの市長の発言）という意思が強く反映していると考えられる。だとしたら、育休退園制度の廃止を公約に掲げる候補者を市長に当選させるしかないが、残念ながら、2015年10月の所沢市長選では、育休退園制度をはじめた現職の藤本氏が再選された。

藤本氏は、自民・公明両党の推薦、つまり安倍政権の支援を受けていた。安

倍政権は、かつてない規模で拡大した安全保障関連法に反対する国民の声をかわすためか、2015年9月に、「アベノミクスの第2のステージ」として、①希望を生み出す強い経済、②夢を紡ぐ子育て支援、③安心につながる社会保障を新たな「3本の矢」に位置付けた新経済政策を打ち出した。このうち、②では、合計特殊出生率を1.8に引き上げ（現在は1.4）、少子化に歯止めをかけること、③では、現在、年間10万人を超す親族の介護を理由とした介護離職をゼロにする、といった目標を掲げた。しかし、法の規定を無視した違法な退園処分を繰り返して反省もしていない藤本市長を支持するということは、結局は、これらの施策がパフォーマンスでしかないことを示唆している。

何よりも、このような違法な（の余地がある）行政がまかり通る市政では、少子化に歯止めがかかるところか、少子化が加速するであろう。少なくとも、育休退園制度で、保育所を退園させられるのであれば、保育所に子どもが通っている家庭では、第2子以降の妊娠は躊躇するであろうし、実際に、2015年3月6日の通知を受け取って以来、退園対象となる保育所を利用する在園児がいる家庭で妊娠した例はみあたらないという⁽²⁰⁾。

今後は、世論を喚起して、所沢市の育休退園問題を野党議員に国会での質問で取り上げてもらうなど、違法な育休退園制度の廃止に向けて、子どもの権利を尊重していく政治を実現する運動を広げていくべきと考える。

注

- (1) 子ども・子育て支援法は、同法にいう「子ども」を「18歳に達する日以後の最初の3月31日までの間にある者」と定義し（同法6条1項）、児童福祉法は、児童とは「満18歳に満たない者」と定義している（同法4条1項）。若干の相違があるが、本稿では、原則として、小学校就学前の子どもの意味で「子ども」の言葉を用い、児童福祉法に関連する部分は「児童」の言葉を用いる。
- (2) 本件では、原告も含め当事者、裁判所も「保育の利用の解除」という表現を用いているが、後述のように、新制度のもとでも、市町村の保育実施義務が維持されており、単なる利用契約の解除ではなく、市町村が保育の実施義務を解除する行政処分と解するのが妥当である。そのため、本稿では「保育の実施の解除」の言葉で統一する。
- (3) たとえば、桑原洋子・田村和之編『実務注釈・児童福祉法』（信山社、1998年）217頁（田村和之執筆）参照。
- (4) 本多滝夫「聴聞と弁明の機会との付与」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）83頁参照。
- (5) 室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅰ－行政手続法・行政不服審査法

- (第2版)』(日本評論社、2008年)149頁(久保茂樹執筆)参照。
- (6) 行政管理研究センター『逐条解説・行政手続法(27年改訂版)』(ぎょうせい、2015年)166頁参照。
 - (7) 室井ほか・前掲注(5)167頁(岡崎勝彦執筆)参照。
 - (8) 塩野宏『行政法Ⅰ(第6版)行政法総論』(有斐閣、2015年)328頁以下参照。
 - (9) 同様の指摘に、塩野・前掲注(8)348頁参照。
 - (10) 大橋洋一「行政手続と行政訴訟」法曹時報63巻9号(2011年)2039頁以下参照。
 - (11) 戸部真澄「行政手続の瑕疵と処分の効力」自治研究88巻11号(2012年)55頁以下参照。
 - (12) 本件解除処分は理由提示についても行政手続法14条1項違反があり、違法といえる。詳しくは、伊藤周平「『育休退園』と子どもの権利保障—所沢市育休退園処分取消訴訟の執行停止決定を受けて」賃金と社会保障1648号(2015年12月下旬号)47頁以下参照。
 - (13) 塩野・前掲注(8)330頁参照。
 - (14) 伊藤周平「所沢市保育所『育休退園』事件訴訟に関する意見書」賃金と社会保障1642号(2015年9月下旬号)25頁以下、および伊藤・前掲注(12)49頁以下参照。
 - (15) 同様の指摘に、加藤智章ほか『社会保障法(第6版)』(有斐閣、2015年)314頁(前田雅子執筆)参照。
 - (16) この間の経緯については、伊藤周平『子ども・子育て支援法と社会保障・税一体改革』(山吹書店、2012年)211頁以下参照。
 - (17) 詳しくは、伊藤周平「子ども・子育て支援新制度のもとでの支給認定と子ども・保護者の権利・上」賃金と社会保障1624号(2014年12月下旬号)6頁参照。
 - (18) 同様の提言として、塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)行政救済法』(有斐閣、2013年)209頁参照。
 - (19) 松宮徹郎「ドイツにおける保育政策・制度の現状—子どもの権利を前面に立てた保育制度改革の内容」月刊保育情報410号(2011年1月号)7頁参照。
 - (20) 開田ゆき「『子どもの保育を受ける権利』を奪う所沢市の『育休退園ルール』」賃金と社会保障1642号(2015年9月下旬号)23頁参照。