

論
説保安林指定解除にかかる
確認解除制度の問題点

石 崎 誠 也

はじめに

転用を目的として保安林の指定解除を行う場合に、確認解除という方式がとられることがある。これは、保安林指定解除の予告に関する手続が終了後、都道府県知事が代替施設設置工事を命じ、その工事の完了を確認した後、保安林指定を解除する方法である。その代替施設設置のための工事は森林法三四条二項によって許可されるが、その際には代替施設だけでなく転用目的施設のすべてが許可の対象となる。例えば、リゾート施設建設のために保安

林地域の開発を行う場合、ゴルフ場やホテルなどが完成した後に保安林の指定解除が行われる訳である。本稿はかかる保安林指定解除にかかる確認解除方式の問題点を検討しようとするものである。⁽¹⁾

(1) 保安林関係の通達等は、林野庁編「保安林必携(平成三年版)」日本治山治水協会を参照した。

一 保安林指定解除にかかる確認解除制度の概要

1 確認解除を必要とする場合

保安林の指定解除は、①保安林指定の理由が消滅したとき(森林法二六条一項——いわゆる「一項解除」であるが、本稿では「理由消滅解除」と称する)と、②公益上の理由により必要が生じたとき(同二項——いわゆる「二項解除」、本稿では「公益理由解除」と称する)に行われる。解除権者はいずれも農林水産大臣であるが(同条一項、二項)、国有林内の全保安林並びに私有林の水源かん養保安林、土砂流出防備保安林及び土砂崩壊防備保安林は農林水産大臣に留保され、それ以外の保安林については、都道府県知事にその権限が委任されている(森林法四〇条、同法施行令五条)。

さて保安林指定区域に公共施設やゴルフ場等のレクリエーション施設の建設を行おうとする場合には保安林指定

を解除しなければならないが、このような解除が「転用を目的とする解除」と呼ばれているものである。転用目的の解除には、公益理由解除の場合もあるが、理由消滅解除の場合も少なくない。平成五年度の保安林指定解除の概況をみると、公益上の理由によるものが一八六四件一四八六ヘクタールであり、指定理由の消滅によるものが三二二件五四七ヘクタールである。後者の内、保全対象消滅によるものは一〇八件八一ヘクタールにとどまる。残りの二二五件四六六ヘクタールが転用を目的とする解除であると考えられる。⁽¹⁾公益理由解除に該当するのは、現行実務上、「保安林を土地収用法その他の法令により土地を収用若しくは使用できることとされている事業又はこれに準ずるものの用に供する必要があるとき」とされており、それに該当しない場合は理由消滅解除によることとなる。⁽²⁾

このような転用目的の指定解除の場合、現行実務上いわゆる確認解除方式がとられている。これは、保安林の解除予定林として告示された保安林につき、法定の意見書提出期間終了後、都道府県知事は事業者に代替施設の設置等を命じ、当該施設の設置等が講じられたこと又は確実に講じられることについて知事が確認した後に保安林の解除の告示を行うものとするものである。⁽³⁾

確認解除方式が採用されるのは、理由消滅解除の全ての場合と公益理由解除の一部である。⁽⁴⁾転用目的の理由消滅解除の場合、代替施設が完成しなければ指定理由は消滅しないから、これは論理的に見ても必要な前提要件である。⁽⁵⁾他方、公益理由解除の場合は、代替施設の設置が論理的に必要な前提要件ではない。しかし、公益目的の解除といえども保安林指定の理由が存続する以上、保安林機能を代替する施設を設置することなしに指定を解除することは許されないであろう。この代替確認方式は、同時に、事業者に対し代替施設設置を確実に行為するための担保的機能も期待されている。通達は、「解除予定保安林において、転用目的以外の用に供し、若しくは供しようとするこ

とが明らかとなつた場合又は法第三四条第二項の許可(代替施設設置工事作業許可のこと——筆者注——)の期間内に、代替施設の設置等が厳正に行われぬか、若しくは行われる見込みがない場合には、当該解除予定保安林につき解除を行わないことがある旨を事業者にあらかじめ通告するものとする。」としてゐる。⁽⁶⁾

2 代替施設設置工事の法律関係(森林法三三四条二項による保安林内作業許可)

さて、代替施設の設置はどのような法律関係のもとで行われるのであろうか。公益理由の解除の場合は、保安林指定を解除するにあつて、転用施設の事業者(国や自治体の場合もあれば私人の場合もある)に代替工事を負担として課すこともありうる。しかし、理由消滅解除の場合は、論理的には、代替施設が完成しなければ指定を解除することができない性質のものである。ところが、保安林指定が解除されるまでは保安林を伐採することは許されない。保安林内の樹木伐採許可(法三三四条一項)や開墾作業許可(法三三四条二項——本稿では「保安林内作業許可」と称する)も基本的には保安林としての機能の存続を前提としたものと解されるので、代替工事は本来不可能なはずなのである。

しかし、現行制度上、代替施設設置工事は森林法三三四条二項の開墾作業許可によって行われている。同項は、「保安林においては、都道府県知事の許可を受けなければ、立竹を伐採し、立木を損傷し、家畜を放牧し、下草、落葉若しくは落枝を採取し、又は土石若しくは樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為をしてはならない。」とするもので、同条五項は「都道府県知事は、第二項の許可の申請があつた場合には、その申請に係る行為がその保安林の指定の目的に支障を及ぼすと認められる場合を除き、これを許可しなければならない。」として

いる。もっとも、代替施設設置のためには樹木の伐採が必要になるが、これは三四条二項の保安林内作業許可によって当然に認められるものではない。保安林内における樹木の伐採は、同条一項の伐採許可が必要なのである。同項は、「保安林においては、政令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければ、立木を伐採してはならない。」と規定している。その許可基準は、伐採の方法が当該保安林にかかる指定施設要件に適合し、かつ、当該指定施設要件に定める限度を超えない限りである（同条三項、四項）。

ところが、代替施設設置工事のための保安林の伐採は、この伐採許可を必要としない。なぜなら、一項は但書きで許可を要しない場合を列挙しており、その第六号に「その他省令において定める場合」をあげ、省令である森林法施行規則が、代替施設工事の場合は伐採許可を要しないとしているからである。すなわち、同規則二二条の八第一項は法三四条一項六号により伐採許可を要しない場合を規定し、その五号で「法第三四条第二項の規定による許可を受けて、当該保安林の機能に代替する機能を有する施設を設置し、又は、当該施設を改良するため、あらかじめ都道府県知事に届け出たところにしたがって立木を伐採する場合」を挙げているのである。この場合、代替施設設置に必要な限りでの伐採が認められているのではない。実際には、転用目的施設（例えばゴルフ場やスキー場）の全体の建設が行われている。これは、先に挙げた規則五号が「代替施設」に限定することなく、「代替する機能を有する施設」としており、作業許可申請には代替施設を含む転用目的施設全体の設置計画の届出がなされるからである。

例えば、次に取り上げる宮崎県一ツ葉リゾート開発では、六一ヘクタールの保安林が解除の対象となり、解除予定地全部を対象とする保安林内作業許可がなされ（二〇万本が伐採対象）、ゴルフ場、テニス場、オーシャンドール

ム(大規模屋内プール)、高層ホテル等々の建設がなされたが、代替施設として申請されたのは、修景植栽工、排水工、張芝工、林相強化植栽工⁽⁷⁾だけであった。この一ツ葉リゾート開発の場合、一九九〇年四月一八日に農林水産大臣によって解除予定保安林の通知が宮崎県知事になされ、翌年九年一月三〇日に同知事の委任を受けた同県中部農林振興局長によって上記保安林内作業許可処分が出された(その間に保安林周辺住民五名の意見書が提出されたが、九〇年七月、意見書提出者は利害関係者にあらずとして意見書が却下されている)。そして、一期工事の完成を待ってゴルフ場やオーシャンドーム部分の保安林指定が解除され(一九九三年四月二二日)、同年七月にリゾート施設「シーガイヤ」としてオープンしている。さらに、一九九四年一〇月には高層ホテルが完成し、当該部分の指定解除処分がなされている(二〇月一日)。

この例が示すように、保安林の指定解除処分は、保安林の伐採が済み転用目的施設も完成した時点で行われる。この時点では保安林への復帰が事実上不可能であり、この時点で保安林解除処分の取消訴訟を提起しても実効性は殆どないのである。むしろ、転用を目的とする保安林伐採にとって決定的に重要な行政処分は、森林法三四条二項の保安林内作業許可処分なのである(保安林指定解除の実質的な決定は解除権者による保安林解除予定林の通知である)。

ところが、この森林法三四条二項の開墾作業許可処分によって保安林の伐採と転用目的施設の建設が実施されている現行の仕組みは、法的にいくつかの問題を投げかけている。以下では、この問題が典型的に生じたと思われる前記宮崎一ツ葉リゾート訴訟と福島県磐梯町の清水リゾート開発の事例を取り上げつつ、問題点を解明したいと考⁽⁸⁾える。

- (1) 『森林保全』一七号・日本治山治水協会(一九九四年一〇月)。なお、指定理由消滅解除のうち、レク施設等を目的とするものは三七件二七ヘクタールであり、前年度より増加している。
- (2) 昭和四五年六月二日、四五林野治第九二二号林野庁長官通達「保安林及び保安施設地区の指定、解除等の取扱いについて」第二の二(最終改正は平成二年六月一日二林野治第一八六八号)。
- (3) 平成二年六月一日、二林野治第一八六八号林野庁長官通達の別紙二「保安林の転用に係る解除の取扱い要領」第二「解除の取扱い」三(三)。
- (4) 公益理由解除で確認解除方式によらなければならないものは、主に一ヘクタールを超える開発でかつ森林法一〇条の二第一項の1号から3号までに該当しないものである。1号から3号までは次の通りである。
- 1 国又は地方公共団体が行う場合。
 - 2 火災、風水害その他非常災害のために必要な応急措置として行う場合。
 - 3 森林の土地の保全に著しい支障を及ぼすおそれが少なく、かつ、公益性が高いと認められる事業で省令で定めるもの
の施行として行う場合(省令は施行規則八条の三で、鉄道施設など二種を定める)。
- 前掲平成二年通達と同箇所
- (5) 注2の四五年通達第二の一(三)参照。
- (6) 注3の「保安林の転用に係る解除の取扱い要領」第三「その他手続き上の留意事項」三。
- (7) 後に紹介する宮崎県一ツ葉リゾート訴訟に出された被告側第一準備書面(保安林内作業許可処分取消訴訟にかかるもの)による。
- (8) ところで、宮崎県一ツ葉リゾート開発も福島県磐梯町清水水平リゾート開発も共にリゾート法(総合保養地域整備法)に

よる我国最初の基本構想承認を受けたリゾート開発であり、それぞれの基本構想の中心的計画であった。これは単なる偶然ではなく、リゾート法によるリゾート開発が環境に重大な影響を及ぼすような乱開発を促進しかねないという、法律制定時から指摘された危惧を如実に示しているように思われる。

二 宮崎県一ツ葉リゾート訴訟宮崎地裁判決について

1 事件の概要

このリゾート開発計画の概要と保安林指定解除に至る経緯は既に述べた通りである。この構想の事業主体は、宮崎県と宮崎市の他、フェニックス国際観光等の民間会社が参加する第三セクター「フェニックスリゾート」であり、本計画は都市計画法五九条四項に基づく宮崎広域都市計画公園事業として県知事の認可をえて行われた。なお、本件保安林は国有林であり、明治三〇年以来潮害防備保安林に指定されていたものである。国有財産法に基づく国有林の使用許可処分は、保安林内作業許可処分の出された翌日（一九九一年一月三一日）に宮崎宮林署長によって行われている（一三三・八ヘクタール）。保安林の伐採及びリゾート施設建設工事は同年二月より開始されたが、この保安林伐採に反対する主に宮崎市に居住する住民約三〇名が、同九一年四月、保安林内作業許可処分及び国有財産使用許可処分に対する二つの取消訴訟を提起し、同年五月に「フェニックスリゾート」を被告として松林伐採工

事差止めを求める民事訴訟を提起した。このうち二本の行政訴訟について、一九九四年五月三〇日に宮崎地裁判決が出された。本稿がとりあげるのは、宮崎県中部農林振興局長を被告とする保安林内作業許可処分取消請求事件に係る判決である。⁽¹⁾ 民事差止訴訟については、工事完成を理由として、一九九四年七月に却下判決がだされ確定している。

2 判 旨

① 原告適格

本訴訟では、住民らの原告適格の有無も争点となった。判決は、本件保安林の周縁部より一キロメートル以内に居住する者には訴えの利益があるとして、結局二名の原告適格を認め他の二六名の原告適格を否定した。保安林内作業許可処分に対する周辺住民の原告適格も興味ある論点であるが、本稿ではこの問題には立ち入らない。

② 法三四条二項、五項が予定している形質変更行為の内容

判決は、法三四条二項の保安林内作業許可処分の対象は、森林の状態を維持または復元させる場合に限られ、保安林の転用を目的とする形質変更行為は本許可処分の対象ではないとした。しかし、農林水産大臣による保安林解除予告の手続が既に終了している場合は、例外的に本項による作業許可処分がなされうるとした。

「立木の伐採（法三四条一項）や形質変更行為（法三四条二項）は、その後保安林を元のおりの森林に復帰させることを予定したものと解され、又、保安林を恒久的に森林でなくするための手続としては、本来、保

保安林の解除が予定されており、保安林の指定または解除の処分権者が農林水産大臣であるのに対し、保安林における形質変更行為の許可権者は知事であることからすると、法三四条二項によって許可をなし得るのは、原則として、森林としての状態をそのまま存続させ、又一時的に右状態を失わせても将来元のような森林に復帰させることを予定した形質変更行為に限られ、林道の開設や恒久的建造物の建築等のような、部分的にせよ森林としての状態を将来にわたって失わせるような行為、すなわち、保安林の転用に係る行為については、原則として法二六条の保安林の解除処分を行うことができるだけであり、法三四条二項によって許可を行うことはできないと解される。

（中 略）

前述の通り、原則として、法三四条による許可の対象となる形質変更行為には、保安林の転用に係る行為までは含まれていないと解されるが、例外的に、当該保安林につき、法二六条の解除事由が存在し、法二七条以下の解除に必要な手続も終了している場合には、形式的には解除されていないものの、実質的には当該保安林についての保安林の指定の目的は消滅しており、保安林の転用に係る形質変更行為の許可を行っても、当該保安林の指定の目的の達成に支障を及ぼすことはなく、又、このような場合には、解除権者である農林水産大臣の、当該保安林につき解除を行うという意思が明確であり、右のような許可を行っても、都道府県知事が農林水産大臣の解除の判断権を侵害するものとはいえない。したがって、……少なくとも、当該形質変更行為の許可処分には、取り消し得べき違法性はないと解される。」

③ 法二六条の保安林の指定の解除事由について

以上の論理から、作業許可処分の適否を判断するためには、保安林指定解除決定の適否が判断されなければならないことになる。ここで、判決は、「理由消滅解除」（一項解除）とも「公益理由解除」（二項解除）とも異なる、いわば「二六条自体解除」といふべき新しい解除事由を設定した。

「法二六条は、保安林の指定の解除事由として、保安林の指定の理由の消滅（一項）及び公益上の理由による必要の発生（二項）を規定している。ところで、保安林が潮害の防備に果たす役割は大きいといふことはできるけれども、後に述べるようにその機能には限界があり、保安林の指定制度が目的とする各種の利益の達成は必ずから制限されたものとならざるを得ない一方、右制度が強度の財産権の制限を伴うものであること、保安林の指定の際には、必ずしも目的達成のために必要最小限での範囲でのみ指定がされているわけではないと考えられることに鑑みると、保安林の解除事由の存否については、保安林の指定制度により図られる利益とそれによりもたらされる不利益との比較考量の見地から判断すべきである。そして、法二六条二項にいう「公益上の理由により必要が生じたとき」に該当する公益性とは、その存在が肯定される限り、保安林の指定が解除された場合、保安林によって周辺住民等が保護されている具体的利益が侵害される蓋然性が高い場合であつても、なお解除が可能であるような場合を指す。そこで、法二六条一項の指定の理由の消滅に該当するとまではいえないものの、それに準じる程度に、保安林の指定の理由が乏しい場合には、右に述べた内容の公益性は認め難いときであつても、一般的な意味での公共性がある程度は認められるとすれば、法二六条自体により、保安林の指定の解除を行うことができる」と解される。」

④ 本件の事業の公共性の有無

判決は、本件保安林指定解除の目的であるシーガイアの建設は、法二六条二項にいう「公益上の理由」には該当しないものの、一般的な意味での公共性は認められるとした。

「法二六条二項の要件に該当する場合は、行政庁内部の取扱いはともかくとして、法の解釈上は、何ら代替施設を設置することなく、保安林の指定の解除が行えることになるが、このような取扱いが許される場合は限定されており、そこでいう公益上の理由による必要とは、一般的な意味での公共性では足りず、保安林の指定を上回る高度の公益性がある場合をいうと解される。ところが、シーガイアの本質は観光娯楽施設であり、それが仮に地域経済の活性化の一助になるとしても、保安林の指定の解除による被害の蓋然性を考慮することなくこれを行うことが許されるという意味での公益性を備えているとみることが困難である。ただ、リゾート法の趣旨・目的は、……その内容は抽象的・一般的なもので、潮害防備保安林としての本件解除予定保安林が存在することにより守られている近隣住民の生命、身体、財産という重要かつ具体的な利益に比べれば、その重要性の程度は相当程度低いものといわなければならないけれども、シーガイアの建設を目的とする都市計画公園事業は、……一定の公共性ある事業と認められる。」

⑤ 本件保安林の指定理由の程度

したがって、本件解除予定保安林については、法二六条一項の保安林の指定の理由の消滅の場合に準ずる程度に、指定の理由が乏しいといえるか否かが問題となる。そこで判決は、本件保安林解除申請部分の指定が解除された場

合の影響について、本件解除予定保安林を除く本件保安林、本件県有保安林及び一ツ葉有料道路の津波に対する機能、並びに本件残置森林等の塩害・潮風害に対する機能を検討し（詳細略）、結論として本件保安林の指定解除によっても保安林機能は失われなかったとした。そして、次のように述べる。

「本件解除予定保安林については、本件許可処分時点において、保安林指定の理由が消滅した場合に準じる程度に保安林の指定の理由が乏しくなっており、かつ、本件解除予定保安林の保安林指定を解除することについては、一定の公共性も認められるから、右時点において、法二六条により、本件解除予定保安林の保安林指定を解除することができたと認められる。したがって、本件許可処分には、取り消し得べき違法性は認められないというべきである。」

3 検 討

本判決は、長沼ナイキ訴訟に次いで保安林指定解除の是非が問われた数少ない事例であり、転用を目的とする保安林内作業許可処分（従って確認解除方式）が争われた事例としてはおそらく最初のものであろう。また、本判決はいくつかの注目すべき解釈を提示した。

① その一つは、先にもあげた「二六条自体解除」という第三の解除理由を設定したことである。これは、ちょうど一項解除（理由消滅解除）と二項解除（公益理由解除）の中間に位置するので、比喩的に「一・五項解除」ともいえるかもしれない。すなわち、公益性に準じる程度の一般公共性と指定理由消滅に準じる程度の指定理由の欠如とを要件とする解除である。このような判断を示した背景は、推測するに、果たしてリゾート施設の建設が保

安林の指定解除の理由たるにふさわしい公益性を有しているかということに裁判所自身が疑問を払拭しえなかつたということではなからうか。

ところで、本件保安林指定解除は「公益理由解除」であつた。これは、本件リゾート開発が都市公園事業として認可されているからである。既述のように、行政運用上、土地収用法の対象事業に該当するものを「公益理由解除」対象事業としており、都市公園事業はそれに該当するからである（なお、ゴルフ場建設等は、それ自体が土地収用法の対象事業に当然に該当するものではないので、代替施設設置を行った上で「理由消滅解除」方式をとっている例が多い）。

裁判所の判決は、このような行政運用を厳しく批判することになった。すなわち、「公益目的解除」の対象を土地収用対象事業で機械的に判断したとしても客観的には保安林指定解除の理由に足りえないものが存在するということを示したわけである。保安林の公益理由解除の事由たるにふさわしい事業かどうかについて実質的に見極める必要を示したものであろうが、逆にみれば、リゾート法に基づくリゾート施設開発が高い公益性を有していないという裁判所の評価も窺われる。

しかし、ここで一項解除でも二項解除でもない二六条自体による解除の可能性を認めたことは適切であろうか。いわば一項の要件も完全には満たさないし、同時に二項の要件も完全には満たさないとするれば、この計画は本来保安林指定解除を基礎づけるものではなかつたと結論づけるしかないのではなからうか。特に、本件保安林指定解除は「公益理由解除」で行われたのであるから、当該公益性の欠如を示せば本件保安林指定解除は違法とされるべきであつたように思われる。保安林が樹木の伐採を厳しく制限してもなお確保すべき重要な自然環境、生活環境ない

し産業上の利益を保護しているとすれば、その解除要件を安易に緩和すべきではないと考えるからである。

② 本判決のもう一つの特徴は、法三四条二項による保安林内作業許可は、森林機能を維持または復元させることを前提に行われる処分であつて、転用を目的とする作業のための許可は本来なしえないものであるという解釈を示したことである。これは、森林法の解釈からすれば極めて当然の解釈といえるが、転用を目的とする保安林解除において、代替施設設置をはじめ開発予定施設すべての建設を本許可によつて認めている実務への批判となり得るものである。

たしかに、判決は既に解除予告手続の終了したものについては、転用を目的とする場合であっても、本項による作業許可処分をなしうるとしている。これは、転用目的のための代替施設等の工事のために作業許可の場合は、少なくとも解除予告手続が終了していることが許可要件となつて示している。実務も、解除予告手続終了を転用目的の場合の作業許可処分の当然の前提としていたが、法令上はそれが必ずしも明確ではなかつたので、これは重要な判示であると思われる。

4 確認解除方式にかかる訴訟法上の問題点について

① 本件は、法三四条二項に基づく保安林内作業許可処分に対する取消訴訟である。原告がかかる取消訴訟を提起した理由は、現行の確認解除方式の下にあつては、保安林指定解除自体を訴訟で争うことが著しく困難であるというところにある。

既述のように、保安林の指定解除は、保安林の伐採がすべて終了し、さらに代替施設や転用目的施設が完成して

（つまり、原状回復が事実上不可能な段階になって）初めてなされる。従って、その時点まで保安林指定解除処分を争うことはできないのである。ところが現在の判例理論によれば、代替施設完成後は保安林指定解除処分を争う訴えの利益は消滅するとされているので、実は解除処分なされたときは、もはやその取消を求めることは誰にもできないのである⁽³⁾。

もっとも、筆者には、代替施設完成後は訴えの利益が消滅するという理論は大いに疑問である。なぜなら、後述の磐梯清水水平リゾート開発の事例が示すように、代替工事そのものが不完全である場合があり、このような場合には代替施設の完成によって訴えの利益が消滅すると考えることは不条理だからである。代替施設の不完全さが立証されたら、保安林の解除は違法なものとならないだろうか。さらに、この判例理論は、保安林の持つ多様な森林機能（いわゆる保安林の公益的機能）を軽視しているからである。森林の持つ公益的機能には、①水源かん養機能、②山地災害防止機能、③生活環境保全機能、④保健文化機能があるとされており、保安林の機能もその指定目的にとどまらず多様な機能を有している⁽⁴⁾。これらの機能は、代替施設工事によっては完全には補完しえないものである。だとすれば、保安林指定解除の是非は、代替施設の有無だけで判断されるべきものでないと考えることが大切である。ところで、林地開発許可（森林法一〇条の二）の対象となる民有林の場合、その許可にあたってはこれらが総合的に考察される（具体的には、(ア)災害発生のおそれがある場合、(イ)水害発生のおそれがある場合、(ウ)水の確保へ著しい支障を及ぼすおそれのある場合、(エ)環境を著しく悪化させるおそれのある場合、(オ)水の当する場合は、森林の開発は許可されない）。地域森林計画対象民有林以上に森林機能が重視される保安林にあって、指定解除の際に考慮されるべき事項が前者より狭いというのは、はなはだ不条理である。むしろ、森林法一〇

条の二、第二項が示す考慮要素の考慮の上に、当該保安林の指定目的の確保のための措置がより厳しく考えられねばならないとすべきであろう。行政実務はそのようにしている。すなわち、転用目的の保安林指定解除の場合の実務上の判断基準は、林地開発許可に関する判断基準を適用しており、さらにいくつかの基準をより厳しくしているのである。これは、行政内部的措置というより、保安林法制の目的からして当然に求められるものと解すべきであろう。⁽⁵⁾

ただ、代替施設完成によっても訴えの利益は消滅しないと考えてもいくつかの課題は残る。その一は、判例の現状を見るならば、林地開発許可に関する森林法一〇条の二の個人法益保護性が否定される可能性が高く、保安林制度の周辺住民保護機能は保安林の指定目的との関連においてだけであり、森林一般の公益的機能は周辺住民の保護法益ではないと解釈されるおそれがあることである。森林の公益的機能に対する周辺住民の利益の保護法益性の有無を森林法制及び行政訴訟制度に即してさらに考察していかなければならないであろう。その二は、工事完成後であれば保安林自体が消滅して原状回復は不可能だという視点から訴えの利益が否定される可能性も払拭しえないことである。その三は、保安林指定解除について執行停止を求める余地が全くなくなることである。たしかに執行停止の要件は厳しいが、確認解除の場合は、執行停止の余地が存在しえない。いずれにせよ、工事完了後に初めて保安林解除処分取消訴訟を提起しうるとしたら、救済の実はあがらないし、訴訟法上の障碍も完全には克服しえないのである。しかし、保安林指定解除処分（現在では、開発許可制度の中で根拠法の第三者保護目的性が明確に肯定されている数少ない例である）について司法審査を受けることが不可能に近いという現状は、簡単に見過すべきではないであろう。

② 以上の状況から、確認解除方式の場合、保安林指定解除を行政訴訟で争うとすれば、今日では保安林内作業許可処分を争わざるを得ない。しかし、これは保安林内作業許可処分に関する訴訟であつて、解除決定そのものを争うものではない。保安林内作業許可処分と保安林解除決定との関係には、未だ検討されていない部分が少なくない。宮崎地裁判決は、転用を目的とする保安林内作業許可の場合には、保安林解除決定と予定告示が適法に行われていることが保安林内作業許可処分の要件であるとし、また保安林指定によつて法律上の利益を有するとされた周辺の住民は当該許可処分を争う原告適格性を有するとしたが、これは保安林解除処分と保安林内作業許可処分とが密接な関連性を有すると判断したものと考えられる。現行確認解除方式を前提とする限り、この判決は最低限の要請として定着させることが必要であろう。

但し、保安林内作業許可処分は、保安林指定解除の予定通知や解除処分と異なり、その処分のなされたことや内容は周辺住民に一般に知らされない。保安林解除処分との密接な関連性を認めるならば、保安林解除予定告示と同様に、保安林内作業許可処分についても周辺住民に知らせる必要があるであろう（この点は、磐梯清水リゾート開発に関連して後述する）。また、この保安林内作業許可処分を争う場合でも、原告は、訴訟の過程で工事が完了してしまつた場合には許可の効力が消滅し訴えの利益がなくなると判断されるおそれを覚悟しておかねばならない。原状回復が不可能と判断されるような場合は、執行停止制度の活用が必要とならう。

③ ところで、宮崎地裁判決は、保安林指定解除についての法二七条以下の手続が終了していた場合にだけ、例外的に転用を目的とする保安林内作業許可処分をなしうるとしていた。これは解除予定の決定が転用目的の保安林内作業許可処分を可能にするという効果をもたらすという点で一定の法的効果を有すると解釈してもよい。だとす

れば、保安林指定解除予告を行政処分と見立てる可能性が生じると考えられないだろうか。

たしかに、行政処分についての今日の一般的な理解からすれば、解除予告告示に処分性を認めるのは非常に困難である。しかし、上述のように保安林指定解除処分自体を訴訟で争うことも、現状では同様に困難なのである。宮崎地裁判決の述べるように、保安林指定解除の実質的決定が解除予告告示の段階でなされているとすれば、この実質的決定を処分と見立てて、その時点で取消訴訟を認めることが、現行の保安林指定解除手続の実務に照らして重要なのである。この場合、処分と考えられるのは知事が行う解除予告の告示であろう。従って、保安林指定解除予告告示に形式的行政処分性を認めるか、あるいは、同告示に自体に一定の法的効果を認めて直裁に行政処分性を肯定するかどちらかの論理立てを行うことになる。後者の論理立ての場合は、宮崎地裁判決の述べるように、解除権者による保安林指定解除の実質的決定がこの時点でなされること及び本告示が転用を目的とする保安林内作業許可処分の要件となっていることがその根拠となる。もつとも、後者の立論をすると、予告告示後の意見書の提出及び意見聴取の手続の性質をどう理解すればよいのかという問題が生じるが、筆者としては、意見書提出期間を経過すること又は意見書の提出があった場合には意見の聴取手続が終了することを停止条件として、解除予告告示の効果が発生すると解することにならうと考える（つまり、転用目的の保安林内作業許可処分をなしうる）。なお、最終的な保安林解除処分も行政処分であることはいうまでもない。すなわち、当該地域に対する保安林としての規制はこの時点で一般的に消滅するし、仮に解除予告告示手続が適法であったとしても、代替施設工事が不十分であったような場合には、解除処分が違法となる可能性がある。

- (1) 判決は未公開。但し、本判決は「判例地方自治」誌が掲載予定と聞く。
- (2) 札幌高裁昭和五一年八月五日判決・判例時報八二二号二頁（三三二頁以下）、最高裁昭和五七年九月九日判決・民集三六卷九号一六七九頁。
- (3) 前注最高裁判決及び同判決の団藤裁判官の反対意見参照。最高裁のこの部分の判旨についての評釈として、金子正史『ジュリスト』七八二号一〇六頁、三辺夏雄『昭和五七年度重要判例解説』五五頁、園部逸夫『法曹時報』三五卷九号一七五九頁、田中館昭橘『民商法雑誌』九〇卷二号九四頁、並木茂『昭和五七年度行政判例解説』、磯部力『行政判例百選 Ⅱ（第三版）』四〇二頁等。
- (4) 森林の持つ機能には、木材資源の経済的価値に着目した経済的機能、その環境資源としての価値に着目した公益的機能があるといわれており、近年、その公益的機能がますます重視されるようになってきている。ここで「公益的」という表現が用いられているのは、「経済的」に対する用語であって、「公益的機能」が「個人法益保護機能」と対立する意味で用いられているのではないことは、いうまでもない。公益的機能については、様々な観点からの分類が可能であるが、本文であげた四機能の分類は、現行の「森林資源の基本計画」（昭和六二年七月二八日農林水産省告示）による。なお、日本弁護士連合会公害対策・環境保全委員会『森林の明日を考える』有斐閣（一九九一年）三三二頁は、森林には経済的機能、公益的機能、さらに生態学的機能があるとしており（前二者が人間の側からみた機能であり、第三の機能は森林の存在それ自体の持つ生態系形成の機能である）、公益的機能について、①水源涵養機能、②災害防止機能、③公害防止・自然環境保全機能、④気候調節機能、⑤学術的価値・遺伝子資源、⑥保健休養機能に分けている。
- (5) 六四頁の注(2)、平成二年通達別紙二第三三(一)ウ「その他の満たすべき基準」。
- (6) 林地開発許可の隣人保護性を否定した事例として、津地裁昭和六〇年七月一八日判決・訟務月報三二卷五号一〇三九頁。

(7) 最高裁平成五年九月一〇日判決・判例時報一五一四号六二頁(本判決については、法学教室一六二号・荒秀解説)及び最高裁昭和五九年一〇月二六日判決参照。

三 磐梯清水平リゾート開発における保安林解除と代替施設設置をめぐる問題点

1 磐梯清水平リゾート開発の概要

福島県の「会津フレッシュリゾート構想」は、全国で最初にリゾート法による国の承認を得た基本構想の一つである(一九八八年七月)。磐梯清水平リゾート開発は、同基本構想の表磐梯重点整備地区の基本プロジェクトであり、「会津フレッシュリゾート構想」の最大プロジェクトである⁽¹⁾。磐梯清水平リゾート開発の概要は、福島県耶麻郡磐梯町清水平地区を中心に猫魔ヶ岳、丸山、磐梯山に囲まれた一〇二六ヘクタールの広大な敷地に、スキー場(二九コース・三五キロメートル・七八二ヘクタール)、ゴルフ場(一八ホール・九四ヘクタール)、ホテル、乗馬コース、コンドミニウムなどを整備する総合リゾート施設の建設である。このリゾート開発のため、磐梯町、日本航空、J R東日本などからなる第三セクター「磐梯リゾート開発株式会社」が設立され、さらに開発事業実施のために磐梯町と磐梯リゾート開発が出資する「磐梯清水平開発株式会社」設立された(一九八八年一〇月)。現在、この開発

計画はほぼ完成し、一九九三年一二月にスキー場がオープンしたのに続き、一九九四年七月にはゴルフ場も営業を開始している。

2 本リゾート開発にかかる保安林の指定解除について

本リゾート開発は、開発計画書によれば、保安林六六九・三ヘクタールを開発予定地内に含み、その内一二四・七ヘクタールが保安林の解除を必要とするものとされている。保安林は、磐梯町所有のものを含めて民有林であつて、国有林は含まれていない。解除予定保安林は、ほぼその全てがスキー場又はゴルフ場予定地に含まれる。

① スキー場部分の保安林解除

スキー場予定地では、一一六・七ヘクタールが解除対象となつたがその殆どが水源かん養保安林であり、一部に保健保安林が含まれていた。スキー場予定地は国立公園地域内にあり、スキー場建設は国立公園事業として実施された。そのため、スキー場予定地内の保安林解除は、公益理由解除（二項解除）として行われた。保安林の解除手続は、水源かん養保安林部分については一九九〇年八月一四日に農林水産大臣からの解除予定通知があつた旨の福島県知事の告示がなされ、保健保安林部分については同日付けで福島県知事より解除予定の告示がなされている。指定解除処分は、スキー場建設工事終了後、水源かん養保安林部分については農林水産大臣によって一九九三年一月二四日に、保健保安林部分については福島県知事によって同月三〇日になされている。なお、解除された水源かん養保安林に代替するものとして、隣接地に一八八ヘクタールが新たに保安林として指定されたことである。

② ゴルフ場部分の保安林解除

ゴルフ場予定地では一四ヘクタールが解除対象であり、その全てが水源かん養保安林である。これは、娯楽施設建設のための解除であり、理由消滅解除（一項解除）として行われた。一九九〇年七月二七日付で農林水産大臣より解除予定の通知がなされ、一九九三年一月二四日付けで指定解除処分がなされている。

③ 保安林指定解除に対する異議申し立て

上記保安林解除処分内、農林水産大臣が一九九三年一月二四日に行った二件の保安林指定解除処分（ゴルフ場部分とスキー場部分）について、翌一月二二日付で、隣接町村等に居住する七名の住民より、農林水産大臣に対し行政不服審査法に基づく異議申し立てがなされており、現在審理が進行している。

3 代替施設工事計画等及びその変更の概要

① 保安林内作業許可

森林法三四条二項による保安林内作業許可は、県知事の委任を受けた若松林業事務所長によって、一九九〇年九月二九日より、その後の作業内容変更許可を含め一九九二年一月二日まで、六回にわたって出されている。

② 当初の代替施設設置工事計画の概要

保安林指定解除申請の際の事業計画書によると、以下のような工事が予定されていた。スキー場建設工事関係で、

リフト（ゴンドラを含め八本）、センターハウス、レストハウス（三棟）、浄化槽、駐車場、取付道路・管理用道路、防災施設（排水工、緑化工、擁壁等防災工事、道路工）。ゴルフ場建設工事関係で、ゴルフコース、リゾートホテル、アコモ（コンドミニウム）、ショッピングモール、汚水処理施設、温泉給湯施設、道路、防災施設（排水工、緑化工、擁壁等防災工事、道路工）。さらに共通防災施設として、防災調節ダム（八基、このうち七基がロックファイル型ダムで一基——大谷川四号——がコンクリートダム）、防災ダム（三基）、沈砂池（二ヶ所）。

工事は、計画の段階では、工事費総額二四三億円（スキー場関係八二億円、ゴルフ場関係一五三億円、共通防災工事八・五億円）となっており、スキー場およびゴルフ場の防災工事関係と共通防災工事を合わせた代替施設工事関係の費用は二二億円であった。代替施設工事も相当大規模なものであったが、それでも工事全体のごく一部である。

これらの工事全体が代替施設等に関する工事計画として、保安林内作業許可処分の対象となったのである。

③ 代替工事計画の変更

ところが、リゾート施設工事が進行する中で、当初予定した代替施設が計画通りに建設しえないことが明らかになってきた。事業主である磐梯清水開発は、一九九一年一月に保安林内作業許可処分の変更を申請し、翌一九九二年二月一八日に許可されている。変更申請の内容は、保安林内作業許可期間の延長であって、当初の一九九二年一月三〇日とされていた行為許可期間の終期を一九九四年四月三〇日とするものである。その理由として、共通防災施設につき、次の通りの変更を示していた。

防災調節池 滝尻川1号 (利害関係者との調整により位置変更)

滝尻川3号 (区域拡大、新規の保安林解除が必要)

大谷川3号 (湧水により不適當地として中止)

大谷川4号 (堀込み工事による土砂流出の危険が高く用途変更)

大谷川1号、2号 (上記事由により容量拡大)

磨上川1号 (施設エリアの拡大)

防災ダム 滝尻川1号 (防災調節池滝尻川3号の拡大により不要↓中止)

これらは、いずれも相当に大規模な工事の変更であつて、なかには新規の保安林指定解除を必要としたものもある⁽²⁾。筆者は現地で大谷川3号予定地及び大谷川4号防災調節池用のダムを見たが、前者は樹木が伐採され基礎調査を行つた形跡があつたが、湧水があることは素人眼にも明確に認識できた(但し、それがダム建設を不可能とするほどの湧水であつたかどうかは筆者には判断不可能であつた)。もし、当初の計画作成の時点で適切な調査が行われていれば、樹木の伐採も行わずにすんだであろうと思われた。後者については、相当な規模のコンクリートダムは完成していたが、小屋川砂防1号堤(一九九二年二月着工、一九九三年三月竣工)というようにその用途が変更されてきた(いうまでもなく、当初予定されていた貯水の機能は果たしていなかつた)。なお、筆者らの聞き取り調査によれば、これらの防災ダム等の工事費も当初の見積りよりはるかに高額であつたとのことである。⁽³⁾

4 本件事例が提起した問題点

磐梯清水平開発の事例は、代替施設工事を含む転用施設建設工事の途中において、当初の代替施設工事計画の不十分性が判明した事例である⁽⁴⁾。しかも、それはとても軽微とはいえない程度のものである。これは現行の確認解除方式が内包する問題点の一つを浮かび上がらせている。すなわち、保安林伐採と転用施設建設工事の段階で代替施設の不十分性が判明しても、実際には現状への回復が不可能なほどに、保安林の伐採と転用施設の建設が進んでいるということである。このような場合、次のような問題発生が予想される。第一に、保安林機能を代替する施設設置が技術的ないし経済的にもはや不可能であることが判明した場合であっても、保安林の原状回復が不可能なことである。本来ならば、保安林の指定解除がなしえないはずである。第二に、事後的に代替施設工事の欠陥が判明した場合でも、保安林解除予定告示手続は終了してしまっているので、もはや周辺住民は意見書を提出する等の手続ができないことである。仮に、代替工事計画が変更されたとしても、それが保安林の機能を十分に代替するかどうかを確かめて、それによって改めて保安林解除の是非を判断することも不可能である。あるいは、当初は保安林指定解除や代替施設建設に意見書を提出しなかった住民も、変更された代替計画によれば何らかの不利を有することとなり、その場合には反対するという場合も起こりえよう。（この場合、保安林内作業許可処分を争うことは可能であるが、前述のように保安林内作業許可処分の有無や内容は周辺住民らには一般に公示されない）。

このことから、二つのことが要請されよう。第一には、保安林解除予定告示にあたっては、代替工事計画が詳細に周辺住民に知らされることが必要であり、それは保安林解除手続の一環をなすものとして位置づけられなければ

ばならないということである。これらは、保安林解除の是非を判断する際の重要な考慮要素である。工事計画変更の際も、同様に公表されなければならないであろう。第二は（これがより本質的であるが）、代替施設建設のために許される保安林の伐採は必要最小限のものとどめ、代替施設工事建設に不可分の工事を除き、代替施設以外のための伐採は許可しないことである。代替施設が完全に完成した後、その他の施設建設工事を許可すべきである。代替工事計画に欠陥があり、保安林解除を行うべきではないと判断される場合に、できる限り原状回復が可能な状態におかなければならないはずである。

(1) 今村都南雄編著『リゾート法と地域振興』ぎょうせい（一九九二年）所収の第二部・第二章「リゾート開発と自治体行政——会津フレッシュリゾート開発の場合」（松野光伸執筆）二二二頁、なお「会津フレッシュリゾート構想」の概要もこの論文に示されている。

(2) 保安林内作業許可処分は、当初の事業計画に変更があれば変更許可を受けなければならない。また、本件工事計画変更に伴い、新規に河川法による工作物設置許可が出されており、これに対する審査請求も前述した保安林指定解除処分に対する異議申立者から出されている。

(3) 一九九四年九月に磐梯清水平株式会社に対して行った聞きとりによれば、ダム関係で三百億円を要したとのことであった。

(4) 本開発の問題点については、藤原信編著『スキー場はもういらぬ』緑風出版（一九九四年）所収の、菅家博昭「会津地方の新設スキー場開発の問題点」も参照されたい。

五 まとめにかえて

1 確認解除方式の問題点

以上では、確認解除方式による保安林指定解除処分への訴訟上の問題点と保安林内作業許可処分による代替施設等建設上の問題点を、事例に即して分けて述べてきたので、まとめてみたい。現行の確認解除には、次の問題点が指摘できる。

第一は、解除予告の手続と代替施設等の設置許可手続が連動していないことである。もともと、これは保安林指定解除一般にかかわる問題であつて確認解除方式だけに特有の問題ではない。ここでは、代替施設計画が不明なために保安林指定解除に対する態度を決定できない、意見書を提出しても不十分なものとなることが予想される、工事の途中で代替施設の欠陥が判明しても保安林の指定解除に新たに異議をとなえることができない、等の問題が生じる。上述したように、保安林解除予告告示の際に代替施設工事計画も公表することや、代替施設工事計画に軽微とはいえない変更の必要が生じたときは、あらかじめ保安林指定解除の是非を再検討することが必要であろう。ところが、確認解除の場合は、保安林解除処分のないまま（つまり、解除処分は是非について司法判断を求め余地のないまま）これらの工事が進められるのである。

第二は、現行実務では、保安林内作業許可処分代替施設だけでなく、転用目的施設全体の工事が可能とされて

いることである。そのため、工事の途中で代替施設の欠陥が判明しても、あるいは仮に保安林指定解除決定の不適法性が判明しても、もはや原状回復が著しく困難な状況になるまでに保安林の伐採や土地の形質形状の変更、堅固な建築物の設置が進んでしまっている。従って、仮に保安林解除の前提として代替施設の設置を認めるとしても、それは代替施設設置に必要な最小限のものとし、保安林への原状回復ができるかぎり可能な状況にしておくことが必要であろう。

第三に、確認解除方式では、保安林の指定解除処分について司法審査を受けることが著しく困難になっているという問題がある。ここでは、保安林伐採と代替施設及び転用目的施設完成後に解除処分が行われるため、訴訟による救済の実効性がないこと、代替施設完成による訴えの利益消滅の可能性があること、執行停止制度を活用する余地が全くなくなること等の問題がある。

2 確認解除方式に対する基本的疑問

前述したように、確認解除方式は転用目的の保安林指定解除の場合に行われ、代替施設及び転用目的施設が申請された転用目的の通りに行われることを担保することに意義があるとされているようである。しかし、公益目的解除の場合は、特定の目的のために保安林指定が解除されるのであるから、その限りでは確認解除方式が必ずしも必要とはいえないであろう。

問題は理由消滅解除の場合である。ここでは、たしかに、代替施設完成を理由として保安林指定が解除された後は当該地域の開発を制限できなくなるという危惧には、一理ある。また、なによりも代替施設設置を確認しなければ

ば指定理由が消滅しないのである。しかし、そもそも、保安林の指定解除をするために代替施設の建設を行い、それを確認した上で「指定理由消滅」を理由に保安林の指定解除を行うこと自体に根本的な問題があるのではなからうか。⁽¹⁾また、かかる代替施設工事を法三四条二項の保安林内作業許可処分によって許可すること、宮崎地裁判決が指摘するように基本的な疑義を免れない。

ところで、宮崎地裁判決は、「公益理由解除」の場合は「法の解釈上は、何ら代替施設を設置することなく、保安林の指定の解除が行えることになる……」としている（判決文二九頁）。しかし、いくら公益上の理由があるといえども、当該保安林の持つ機能を代替する施設の設置は必要なのではなからうか。公益目的の施設であるから保安林の保護機能が消滅しても周辺住民は我慢せよということはいかにも乱暴な議論であって、それを森林法が許容しているとは解することは許されないのであろう。もつとも、「理由消滅解除」の場合は、代替施設設置なしに指定理由が消滅しないという意味で、それが論理的に要請される指定解除要件であるが、「公益理由解除」の場合は規範的に要請される条件（負担）という違いはある。たしかに、このように論じると、いずれにせよ両者は「代替施設設置」を必要とすることになるから、一項と二項の実質的差異がなくなり、二項解除（公益理由解除）を設けた理由がなくなると反論されるかも知れない。しかし、両者の差は、代替施設設置義務にあるのではないと考えるべきである。指定理由消滅解除とは、一般に説明されるように、例えば保護対象の消滅等（居住者がいなくなったとか、農地が消滅したとか）によって保安林指定が解除される場合だけであると解すべきであらう。つまり、保安林機能が持続している段階で転用を目的に保安林の指定を解除できるのは公益上の理由がある場合だけであって（代替施設設置を条件とする）、転用目的の解除は第一項（理由消滅解除）の予定する解除ではないと考えることも可

能なのである。ここに二項解除を特別に設置した理由があると考えるべきではなからうか。そもそも代替施設を設置することによって保安林指定理由が消滅し、それによって一項解除を行うという現行実務の方が、極めて詭弁的であるように筆者には思われるのである。また、詭弁的だからこそ、解除前に代替施設設置のための保安林伐採を認めなければならぬという論理的矛盾が生じるであらう。

本稿において、現行実務である確認解除方式の問題点を指摘してきたが、最も根本的な問題は、転用を目的とする保安林指定の解除を、代替施設設置による指定理由消滅を理由に認めていること自体にあることを最後に指摘しておきたい。

(1) 現行実務が、代替施設設置を指定理由消滅解除事由のひとつにしていることについては、四五年通達の第一参照。通達は、指定理由消滅解除の事由を、四項目あげている。代替施設以外では、①受益対象が消滅したとき、②自然現象等により保安林が破壊され、森林への復旧が著しく困難と認められるとき、③森林施業の制限をなくしても受益の対象を害するおそれのないとき、が列挙されている。

(2) 森林法制研究会「改訂 森林法・森林組合法」(特別法コンメンタール)第一法規(一九八〇年)一一一頁は、「代替施設」の設置による指定理由の消滅については、解釈論上異論のあるところである」とし、一定の条件の下に「指定理由が消滅したものとみなして取り扱ふとされている」としている。本書の執筆者は農林省の担当者である。つまり、行政実務担当者の解説でも、代替施設の設置による転用は本来の指定理由消滅とは異なるものであることを認めているのである。たしかに、公益上の理由がなくても保安林指定を解除する正当な理由が存在する余地を全く否定することはできないかも知

れない。このような場合でも、森林法三四条二項の保安林内作業許可処分によるのではなく、要件と効果を厳しく限定した代替工事作業許可制度を導入する等の立法的措置が必要であろう。転用を目的とする保安林指定解除を代替施設建設を理由に二六条一項（指定理由消滅解除）で行うのは、現行法制下にあつては再検討すべきである（もつとも、リゾート開発等が引き起こした保安林の乱開発という現状を鑑みるならば、転用を目的とする保安林解除は公益上の理由のある場合に限定し、それ以外の目的での転用は認めないことが重要であると思われるので、上記のような立法措置は安易に行われるべきではないと考える）。

本稿執筆にあたって、宮崎県一ツ葉リゾート訴訟原告代理人である後藤好成弁護士より判決文その他の訴訟資料の提供を受けることができました。また、磐梯町清水平地区保安林指定解除処分の異議申立人である五十嵐建蔵氏及びその代理人である菅家博昭氏には、大切な資料をお借りしたうえ、貴重なご教示もいただきました。さらに、宇都宮大学農学部藤原信教授は、快く『森林保全』誌を提供して下さいました。これらの方々のご援助なしには、本稿をまとめることは到底不可能でした。厚くお礼申し上げます。

また、貴重な時間を割いて、私の聞き取り調査にご協力していただいた磐梯清水平株式会社・福島県庁・磐梯町役場の担当者にも、この場をお借りしまして、お礼を申し述べたいと思います。