

論 說

大規模開発行為に対する指導要綱の機能

——新潟県における大規模開発行為の適正化対策要綱を素材として——

石 崎 誠 也

- 一、はじめに
- 二、全国の大規模開発指導要綱の概況
- 三、新潟県における大規模開発規制の概要
- 四、大規模開発行為に関する指導要綱の機能
- 五、まとめにかえて

一、はじめに

ゴルフ場やスキー場等の大規模施設の開発に関しては、現行法律上、一般に大規模施設設置許可制度はなく、また施設の種類の応じた特別の許可（例えばゴルフ場開発許可というようなもの）を必要としないものも少なくない。もつとも大規模施設が法令上の開発許可を全く必要としないケースは例外的であり、そのほとんどは開発予定地の状況によりそれぞれ必要な個別法律または条例上の許認可を得なければならぬ（都市計画法、農地法、森林法、県自然公園条例など）。つまり、ゴルフ場等大規模施設の開発の多くは、形式的に見れば各種許認可のモザイク的な積み重ねによってなされるのである。⁽¹⁾しかし、これらの大規模開発は自然環境や生活環境に重大な影響を与えるものであり、これらの影響を総合的に評価するでなければその適否を決定することはできないだろう。さらに、関係自治体の意向、地権者の意志、周辺住民の意志等を無視することも許されるべきではない。そこで、実際の許可にあたっては、これらを総合的に考慮する仕組みが必要になるはずである。ところが、上述のように個別法令上の許可でしか開発をコントロールできないとすると、大規模開発の適否を総合的に判断するのに限界が生じることが予想される。

そこで、都道府県の多くは大規模開発行為に対する指導要綱を制定し、事前協議という方法で大規模開発の適否を総合的に審査し指導している。もちろん各自治体が条例で一定規模以上の開発行為について許可を義務づけることもあるが、未だこのような例が一般的であるとはいえない。⁽²⁾

本稿は、新潟県における大規模開発行為の適正化対策要綱やゴルフ場スキー場適正開発指導指針を中心に、主にゴルフ場開発許可を念頭におきながら、これらの要綱等の機能や問題点を考察しようとするものである。なお、参考とした資料は、筆者が全都道府県に送付を依頼した際に返答のあったものに限られ（四二都道府県、全都道府県を網羅するものではないこと、また筆者の考察の手がかりとなるものが主に新潟県の要綱やその運用によるものであり、かかる限界を持つものであることをあらかじめお断りしたい）。

本稿が考察の対象としようとしているのは、いわゆる指導要綱である。要綱は、もともとは行政組織内部の事務処理基準であって行政内規の一種であるが、一九七〇年代の宅地開発指導要綱に端を発する各種の指導要綱に見られるように、今日では、住民や事業者などに対する行政活動の基準としての機能を持つようになってきている。むしろ、これらの多くは、行政活動の基準というにとどまらず、住民や事業者らがそれを遵守することを期待して制定され告示されている。このように住民や事業者の行動を規制する性格を持った要綱が一般に指導要綱と呼ばれているものである。

上述のように、要綱は本来的には行政内規の一種であり、それが直ちに住民を法的に拘束するという意味での法規性を持つものではない。指導要綱という表現が示すように、行政指導の基準を成文化し告示したものとされる³⁾ 所以である。しかし、しばしば指摘されているように、要綱は行政活動の裁量基準としての機能を有しており、裁判規範としての機能を持ちうることも否定できないであろう。⁴⁾ 本稿は、都道府県が制定する大規模開発行為に対する指導要綱が、法令上の許可権限行使に際しての裁量基準的機能を持ち得るのではないかという予測のもとに、大規模開発行為指導要綱の機能を考察しようとするものである。

なお、実際に自治体が制定する大規模開発に関する指導要綱は、「要綱」という名称の他、「指導要領」「指導指針」「取扱方針」等の名称を持つものがあるが、本稿ではそれらが上記の性質を持つものであれば、「要綱」の中に含めて考察する。

(1) 新潟県において昨年（一九九一年）一年間及び今年七月末までに、開発許可の出されたゴルフ場は五件あるが、それぞれが必要とした法令上の許可は次の通りである。

- A ゴルフ場 林地開発許可（森林法）、農地転用許可（農地法）、農業振興地域からの除外（農振法）
- B ゴルフ場 林地開発許可（森林法）、農地転用許可（農地法）、市街化調整区域における開発許可（都市計画法）
- C ゴルフ場 林地開発許可（森林法）
- D ゴルフ場 林地開発許可（森林法）、農地転用許可（農地法）、農業振興地域からの除外（農振法）
- E ゴルフ場 林地開発許可（森林法）、農地転用許可（農地法）、市街化調整区域における開発許可（都市計画法）、農業振興地域からの除外（農振法）

なお、農振地域からの除外は土地取得の段階に行われる。また、いずれのゴルフ場も上記許可の他に新潟県自然環境保全条例による届出が必要である。上記の五件では、森林法の林地開発許可が全部の例で必要であり、四件が農地転用許可を必要としている。また一件あたり約三本の許可がなされているようである。協議に要した期間は、土地取得に関する事前協議が約五ヶ月から約二年、開発行為に関する協議が約三ヶ月から一年八ヶ月である。

二秒を超える大規模開発行為は、なんらかの許可を必要とする場合がほとんどであるが、まれにいわゆる開発許可を必

要としない例もあるとのことである。最近では、自社用産業廃棄物処理施設（約五〇）があった。

(2) 全国的な開発規制条例及び要綱に関する研究として、久世公堯「土地にかかる条例・要綱等の実態と問題点」自治研究

四九卷一三号（一九七三年）五五頁以下参照。

都道府県段階での大規模開発行為に対する規制条例としては、次のようなものがある。

- ① 開発行為一般を対象とするものとして、岡山県と沖繩県の県土保全条例。これらは、一定規模（岡山県一〇、沖繩県〇・三〇）以上の開発行為に知事の許可を義務づけている。また、群馬県は大規模土地開発事業規制条例で五〇以上の開発事業の事前協議と承認を定めている。

② 自然環境保全条例で、ゴルフ場など特定の開発計画を知事の許可のもとにおく例もある（福岡県環境保全に関する条例、北海道自然環境保全条例など）。福岡県条例は、一般の自然環境保全条例と同じく自然環境保全地域の指定と開発規制に関する規定の他、「生活環境の保全」という章（第五章）をおき、「生活環境の適正な保全に著しい影響を及ぼすおそれのある規則で定める工場の設置又は宅地の造成その他の開発の行為をしようとする者は、あらかじめ、規則で定めるところにより、知事の許可を受けなければならない」（第二八条）と開発行為の許可制を定め、規則で定めるなかに三〇以上のゴルフ場が含まれている。

北海道条例は、ゴルフ場・スキー場・ゴルフ場等に類する施設（主にスポーツ施設）・遊園地の建設、宅地造成、土石の採取でいずれも一〇以上の土地について行われるものが対象である。

福岡県と北海道の違いは、福岡県条例が法令上の許可が必要な開発行為についても条例上の許可が必要であるとしているのに対し、北海道条例は都市計画法上の開発許可をはじめいくつかの許可を必要とする開発行為については条例の許可対象からはずしていることである（但し、多くのゴルフ場が関係する農地法の転用許可や森林法一〇条の二の林地

開発許可は適用除外事由とされていない）。

その他、県の自然環境保全条例で、特定の地域（国立公園、国定公園、県立自然公園、県自然環境保全地域など）など以外の地域に、一定規模以上の開発行為に届出を義務づけているものが多い（長野県、新潟県など）。

③ 特にゴルフ場等を対象とした条例として、「山梨県ゴルフ場等造成事業の適正化に関する条例」（一九七三年）がある。また千葉県宅地開発等の基準に関する条例は、宅地開発事業の他、一九八三年より一〇鈴以上のゴルフ場等（ゴルフ場、野球場、遊園地など運動レジャー施設）を適用対象に加えた。両条例とも、開発許可制度を採用するものではないが、開発行為に先だつて、知事との事前協議と知事の同意を義務づけるとともに、設計が条例の定める基準に適合していることの確認を受けなければならないとしている。

④ 近年、リゾート開発の適正化を図るために条例を制定する例もある。「福島県リゾート地域景観形成条例」（一九八九年）がその例であるが、兵庫県の「淡路地域の良好な地域環境の形成に関する条例」（一九九〇年）も淡路島におけるリゾート開発の適正化を主な目的とするものであり、開発許可制度を採用している。

③ 関哲夫『行政指導（現代行政法全集5）』ぎょうせい（一九九一年）一六六頁。

④ 要綱の有する裁量基準的性格とそれによる裁判規範的機能の指摘については、芝池義一「行政法における要綱および協定」『基本法学四一契約』岩波書店（一九八三年）二八四頁、室井力「条例と要綱」『法学セミナー増刊 これからの地方自治』二二九頁、千葉勇夫『行政指導の研究』法律文化社（一九八七年）一六六頁等を参照。

二、全国の大規模開発指導要綱の概況

最初に、ゴルフ場開発規制に焦点をあてながら、各都道府県における大規模開発行為に対する指導要綱の概況を見ておきたい。

1 大規模開発行為一般にかかる指導要綱の状況

(1) 制定状況

① 開発規制条例を持たない都道府県の多くが、大規模開発行為指導要綱あるいは土地開発（利用）事業指導要綱など、何らかの形で大規模開発に関する指導要綱を制定している。これらの殆どは、開発目的の土地取得または開発行為に先立つ事前審査や事前協議を定めるものであり、開発計画への同意や協議了承があった後に法令上の届出や許認可申請または開発行為ができるものである。

なお、土地取得に関する事前協議は、国土法による土地取得の届出に関し、特に大規模なものについて事前協議を義務づけるものである。殆どの都道府県が大規模な土地取引前の事前協議に関する要綱をもつが、土地取得事前協議のみを対象とした要綱を制定する例と（例えば岐阜県は「土地取引等における事前指導要綱」と「土地開発事業の適正化に関する指導要綱」の両者を持つ）、大規模開発指導要綱に開発指導と併せて規定する例とがある（新潟県の他、青森県の「大規模土地取引及び開発行為に関する指導要綱」など）。

② 開発規制条例を有している場合でも、その運用基準としての指導要綱を制定する例もある。例えば、「群馬県大規模土地開発事業に関する指導要領」や「福岡県開発事業に対する環境保全対策要綱」などである。

③ 最近では、リゾート開発を特に対象とした開発指導要綱も制定されているが、照会に回答のあったものとして、「千葉リゾート開発事業の適正誘導に関する指導要綱」（一九九一年）と福岡県の「玄海レク・リゾート地域整備の指針」（一九九〇年）がある。両者とも、総合保養地域整備法（リゾート法）による承認を受けた基本構想の特定地域の開発または特定民間施設整備を対象としたものである。

(2) 要綱の主な内容

① 事前協議制度

大規模開発指導要綱の基本的な仕組みは、一定規模以上の開発行為に対し、知事との事前協議を義務づけ、協議了承の通知または知事の同意を得たものについてのみ、法令上の許認可申請または工事を行うことができるものである（この場合、要綱による審査を事前審査、法令上の許認可に関する審査を本審査と呼ぶようである）。また、開発行為の事前審査（同意）と事前協議を分け、特に大規模な開発行為（一〇畝ないし二〇畝以上）については事前審査前に事前協議を行うとする例もある（静岡県土地利用事業の適正化に関する指導要綱）。

しかし、法令上の許認可申請も協議申請と並行して行い、協議了承と法令上の許認可を同時に行うとする要綱も少数ではあるが存在する（新潟県の他、岐阜県土地開発事業の適正化に関する指導要綱など）。

② 対象

おおむね一畝ないし五畝以上の開発行為（土地の区画形質の変更）としているようであるが、一〇畝以上のものもある（例えば宮崎県大規模開発事業に関する指導要綱は一〇畝、宮城県大規模開発行為に関する指導要綱は二〇畝以上）。対象となる開発行為の種別を特に限定しない例と限定する例がある。前者の例として前記宮城県要綱や香川県大規模土地開発事業指導処理要綱など、後者の例として新潟県要綱や愛媛県大規模開発行為に関する指導要綱などがある。

③ 適用除外

要綱の適用除外については、次のようになっている。

1、国や地方自治体またはそれに準じるような団体の行為は、ほぼ全ての要綱で適用除外とされている。国や自治体の出資する団体（第三セクターなど）については、対応が分かれている。新潟県要綱は、県出資の第三セクターは適用を除外しているが、岩手県ゴルフ場等大規模開発行為指導要綱は国又は地方公共団体が四分の一以上を出資する法人の事業を適用対象外としている。勿論、第三セクターについて適用を除外しない例も少なくない。

2、大規模開発行為に関する指導要綱は、一般に法令上の許認可対象行為であっても適用除外としていない。むしろ、法令上の許認可にあつての事前審査であることを明記したり（鹿児島県土地利用対策要綱等）、要綱の掲げる事項を勘案して知事は法律上の許認可を行うものとする^と明記する例もある（香川県大規模土地開発事業指導処理要綱）。しかし、都市計画区域（あるいは市街化区域に限定する例もある）において行われる開発行為や土地区画整理法の土地区画整理事業については、殆どの要綱が適用対象外としている。

④ 手 続 き

協議書は、開発予定地の市町村（長）を經由して知事に提出する（ほぼ全例）。その際、市町村長は受理要件を満たすものかどうかを審査し、受理した場合には意見を付して知事（土地利用対策課など担当課）に送付する。

知事は、関係部局と相互に調整したうえ、同意・不同意等の意見を表明し必要な勧告を行う。一般には、同意または協議了承の通知を受けて法令上の届出や許可申請または開発行為ができることになる。

⑤ 審 査 基 準

審査基準としては、各自治体により若干の差はあるが、おおむね次のような事項があげられている。

- 1、関係する土地利用規制法令への適合性
- 2、開発行為の避けられるべき区域（危険地域、優良農地⁽¹⁾）。
- 3、自治体（県や市町村など）の土地利用計画への適合性
- 4、国や自治体の公共施設ないし公益的施設整備計画への支障とならないこと
- 5、災害防止、公害防止、良好な地域環境の確保
- 6、自然環境保全、文化財保護
- 7、必要な公共的施設の整備・配置・当該開発行為実現の確実性

このように要綱の審査基準は比較的一般的記述が多いが、別表等で、詳細な基準を規定する例も少なくない（静岡県土地利用事業に関する指導要綱は、別表で一般的基準と各開発行為の種別ごとに個別的基準を定め、それぞれ詳細な基準を示している）。

⑥ 開発協定

ほぼ全ての要綱が、自治体（都道府県または市町村）と事業者との開発協定締結を要求しており、締結が確実に行われることを同意基準として明記している例も少なくない。なお、開発協定締結は自治事務と考えられるので、協定締結にあたって、各自自治体が議会の承認を必要とする旨を条例で定めることは可能であろう（地方自治法第九六条第二項）。

⑦ 実効措置

要綱の実効性を確保するために、(1)公表、(2)法令上の許認可への配慮、(3)関連公共事業や公共的サービスへの斟酌等を定める例がある（例えば福井県土地利用指導要綱や徳島県土地利用指導要綱などは違反に対する措置が比較的詳細に規定してある）。しかし、新潟県をはじめとして制裁規定を持たない例も少なくない。

2 特にゴルフ場を対象とした指導要綱や取扱要領など

近時のゴルフ場開発の瀬出とそれによる環境問題の深刻化を背景として、ほぼ全ての都道府県が、なんらかの形でゴルフ場開発に対する指導要綱を制定している。

要綱の場合、(ア)ゴルフ場等の開発規制条例の運用基準として制定されているもの（山梨県ゴルフ場等造成事業の適正化に関する条例の運用基準。なお北海道は前述のようにゴルフ場開発を道自然環境保全条例の許可対象としているが、その条例とは別に「ゴルフ場開発の規制に関する要綱」を制定して開発規制を行っている。）、(イ)新潟県のように大規模開発行為指導要綱の運用基準として制定されているもの（このような場合、「要綱」という名称は用

いず「指導指針」あるいは「指導要領」と称する例が多い）、(ウ)大規模開発行為指導要綱に対応するものがなく、ゴルフ場等に関してのみ指導要綱を制定するもの（例えば埼玉県ゴルフ場等の造成事業に関する指導要綱、三重県ゴルフ場等の開発事業に関する指導要綱）、(エ)ゴルフ場開発を特に対象とした独自の要綱を持たず、大規模開発行為一般に関する指導要綱のなかで、ゴルフ場をはじめ開発行為の種別ごとに指導基準（技術指針）を設けているものとがある（福岡県開発事業に対する環境保全対策要綱や愛知県土地開発行為に関する指導基準など）。

要綱の内容は、大規模開発行為に関する指導要綱等他の条例や要綱などとの関係で、必ずしも一致するものではないが、概ね次のような事項が含まれる。

① ゴルフ場建設に対する都道府県の基本的姿勢を示すもので、基本的基準といえるものであるが、その内容から積極的基準と消極的基準に分けられる。前者には、国土利用都道府県計画や同市町村計画その他土地利用計画との整合性、地域の振興及び発展への貢献性、市町村長の積極的推進姿勢などがあげられる。後者に関しては、ゴルフ場開発の禁止ないし抑制地域の規定等があげられる。（これについては、大規模開発行為に対する指導要綱で規定する場合もあるが、ゴルフ場開発指導要綱で規定する例も少なくない。）

② ゴルフ場開発に対しては、多くの都道府県でいわゆる新規開発抑制や総量規制がなされており、これがゴルフ場開発規制の特徴となっている。この総量規制は、ほとんどの場合、事前協議書の受理基準という位置づけがなされている。三重県は大規模土地取引等に関する事前指導要綱にゴルフ場の新規開発を認めない旨を規定している。

なお、総量規制を定める場合、その例外として、(1)地域振興その他の理由により市町村長が認めるものや（北海道ゴルフ場開発の規制に関する要綱など）、(2)国または地方公共団体の定めた開発計画等に位置づけられるもの（同

前)が許容される旨の規定が多いが、最近では、リゾート法により承認を受けた重点整備地域等における特定施設としてのゴルフ場も総量規制の対象からはずす例が多く(三重県や新潟県など)、同法が開発容認のための、いわば免罪法となっている状況がある。

③ ゴルフ場建設の事前協議等の申請にあたって若しくは計画の承認等にあたって、一定数以上の地権者の同意を得ていることが要件とされる例が多い。協議の申請にあたっては、開発予定地の地権者数及び面積の八〇%〜九〇%の同意を求める例が多く、協議終了基準としては一〇〇%同意を要求する例も少なくない(新潟県や群馬県など。なお、静岡は土地利用事業指導要綱の一般基準で定める)。

また地元住民の同意を何らかの形で要求する例がある。例えば、鹿児島県ゴルフ場建設に関する取扱方針は申請書の受理基準として周辺利害関係者の同意をあげている。三重県は開発区域内の自治会の同意を原則として必要とするほか、事業者が知事及び開発区域市町村長と締結すべき協定に地元住民への説明と同意の確保に関する事項が想定されているものとしている。⁽²⁾

④ 自然・生活環境保全及び災害防止措置並びにゴルフ場の設計基準に関するものである。これらに関しては、比較的一般的な基準にとどまる場合と具体的かつ詳細な基準を示す例がある。後者については、特に個別的技術指針等の形で別に定める例も多い。ゴルフ場やスキー場開発に特徴的なものとしては、森林残置率に関する基準、植栽義務、排水施設や調整池に関する基準等がある。その中には、法律上の許認可に関わる国の示した基準より厳しい基準を設定している例もある。(例えば、北海道ゴルフ場開発の規制に関する要綱が示す森林法上の林地開発許可対象森林での森林残置率は、同許可に関する林野庁許可基準運用細則より厳しい。三重県の要綱も同。)

⑤ ゴルフ場で使用される農薬による環境汚染が深刻な問題として指摘され、社会的な問題となつてから、農薬使用に関する規制を要綱にも取り入れる例がふえている。特に千葉県は、農薬不使用の確約をかわすことが協議了承の基準とされ、農薬全面禁止として注目を浴びた。

⑥ 開発協定に関しては、ほぼ全ての要綱が、開発事業者と関係自治体（府県若しくは市町村又はその両方）と開発協定を結ぶことを義務づけており、その締結あるいは締結の確実性が協議了承基準となつている。

⑦ その他、会員権募集を協議了承後とするなどゴルフ場運営に関する規定が盛り込まれている例が多い。

(1) 概ね次のような地域が挙げられるようである。

- 1、国立公園及び県立自然公園条例の自然公園区域
- 2、県自然環境保全条例の自然環境保全地域
- 3、農用地区域
- 4、鳥獣保護区内の特別保護地区
- 5、保安林、保安施設地区
- 6、砂防法の指定土地
- 7、地すべりの防止区域
- 8、急傾斜地崩壊危険区域
- 9、文化財保護法・条例に基づく史跡、名勝、天然記念物など

(2) 三重県「ゴルフ場等の開発事業に関する指導要綱」は、一九九一（平成三）年に一部改正されたが、改正前は市町村長の意見書により地元の意向を把握するとされていた。この時点での、要綱運用上の問題を指摘するものに、村田正人「ゴルフ場開発をめぐる法規制の問題点」日本の科学者 Vol.26 No.9（一九九一年）四七頁。

三、新潟県における大規模開発に対する指導要綱の概要

1 新潟県大規模開発行為の適正化対策要綱

(1) 沿革

新潟県は大規模開発に関する規制条例を持たず、「大規模開発行為の適正化対策要綱」その他の要綱で対応している。

「新潟県大規模開発事業の適正化対策要綱」が最初に制定されたのは一九七三年（昭和四八年）であった（いわゆる旧要綱）。その時期は、「昭和四〇年代後半からのいわゆる土地ブームで投機的な土地取引、無秩序な乱開発がすすんできた」時であり、全国的にも同種の要綱が制定された時期とほぼ一致している。その趣旨は、「昭和四〇年代後半からのいわゆる土地ブームで投機的な土地取引、無秩序な乱開発がすすんできたため、法的規制の及ばないところを補完し、土地の有効利用と適正な開発を誘導し、乱開発の防止と県土の均衡ある発展を図るため」と説

明されているが、この旧要綱は、許認可手続きにおける行政内部の運用基準的色彩の強いものであったと言われている。⁽¹⁾

しかし、昭和四九年に国土利用計画法が制定されたことに伴い、旧要綱を「新潟県大規模開発行為の適正化対策要綱」と改称して全面的に改正した（以下、「要綱」と略す）。これは、国土利用計画法に基づく土地取得に対する事前協議と開発行為の事前協議を定めたものであるが、本要綱は、開発事業者に対する指導要綱としての性格を強めるものであった。その後、昭和六〇年に「社会経済情勢、関連法令の整備もあり」全面改正を行った。⁽²⁾

ところが、昨年（一九九一年）一二月、土地取得に関する事前協議に関して、「異例」の改正が行われた。⁽³⁾それは、十日町市の当間（あてま）高原に予定されていたゴルフ場の土地取得が難航し、年内の土地取得事前協議が終了する見通しが立たなくなったために取られた措置である。本件ゴルフ場は、リゾート法による承認を受けた新潟県リゾート構想の中核的計画としての当間高原リゾート計画の中心的計画であり、この事業者である「当間高原リゾート株式会社」は、新潟県や十日町市も出資する第三セクターであった。改正の内容は、「国土利用計画法の土地の取引規制と農地法第三条、第五条及び第七三条の許可との調整について」（昭和五〇年農林省構造改善局長通達）に基づく調整が地方農政局長との間で行われるものについては、土地取得事前協議の対象となる開発行為から除外するものである。そのため、本件ゴルフ場については、ゴルフ場開発に反対する一部の地権者を除いて、年内の土地売買契約が締結されることになった。この出来事は、要綱による開発行為の規制・指導の一つの限界を示したものと見える。すなわち、県をはじめ自治体が開発推進の立場を強く示したとき、要綱が十分な歯どめたりえないことがあるということである。この点は条例による規制との大きな違いである。

「要綱」は、大規模開發行為に對する事前協議を通じて、開發行為の適正化を図ろうとするものであるが、事前協議は、①土地取得に關する事前協議と、②開發行為に關する事前協議に分かれる。なお、両事前協議を同時に行う同時協議の制度も予定されている。本稿で考察の対象とするのは、主に開發事前協議であるが、土地取得協議についてもその概要を簡単に説明する。

(2) 土地取得の事前協議

国土利用計画法の許可や届出を必要とする土地取得（国土利用計画法第一四条第一項に規定する権利を契約により対価を伴って取得し、又は設定すること）のうち、大規模開發行為を行うための土地取得に關して特に知事との事前協議を求めるものである。

対象となる土地は、国土利用計画法の許可又は届出を必要とする土地であつて、(イ)五畝以上の土地、(ロ)二畝を超える農地又は採草牧草地、(ハ)農振法の規定する農用地区域を○・三畝以上含む土地、(ニ)森林法上の保安林を含む土地、(ホ)自然公園法上の特別地域（国定公園内の特別地域を除く）を含む土地、及び、(ヘ)文化財保護法により指定された史跡名勝天然記念物を含む土地である。但し、(イ)から(ホ)までについては、都市計画法上の市街化区域内の土地は対象から除外している。

上記に該当する土地を取得しようとする者は、土地取得事前協議書を当該土地の所在する市町村長を経由して知事に提出しなければならない。知事は、国土利用計画法第一六条第一項又は同第二四条第一項の基準に即して必要な指導及び助言を行い、土地取得の内容が適當であると判断したときには、土地取得者に了承通知を行う。もし、

知事が不相当と判断したときは、了承通知を行うものとされている。土地取得者は、了承通知を受理した後に、国土法の届出を行うことになる。

(3) 開発行為の事前協議

① 趣旨・性格

開発行為の事前協議とは、大規模な開発行為（土地の区画形質の変更をいい、非常災害のため必要な応急措置として行う行為と通常の管理行為は除かれる）について、あらかじめ知事を実施計画を協議させ、開発行為を適正に誘導しようとするものである。事前協議と称しているが、法律又は条例により許認可又は届出の必要な開発行為は、協議と並行して許認可の申請又は届出を行い、協議了承通知と知事の権限に属する許認可は同時に行うことが予定されている。いわば一段階審査型といえるであろうが、他県の大規模開発指導要綱の多くが協議終了後に改めて法令上の許認可等の申請を行い審査するという、いわゆる事前審査・本審査の二段手続きを定めているのと異なっており、新潟県要綱の一つの特徴をなしている。開発事前協議と法令上の許認可審査手続きは事前協議主管課である土地利用対策課と関係各課で意見調整を行いながら進められ、全ての許認可が適当と判断されるまで協議は了承されないことが予定されているのである。その意味では、本要綱は知事の権限に属する開発許認可手続きに関する総合調整的要綱としての性格を持っているといえる。なお、本稿では、開発行為の事前協議を開発協議と略称する。

② 対象

開発協議の対象は、二畝以上の一団の土地の開発行為（大規模開発行為）で次に列挙する事業を目的とするもの

である。(1)宅地の造成(これには住宅用地だけでなく、商業用地、工業用地も含まれる)、(2)廃棄物処理施設の設置、(3)牧場の建設、(4)砂利、岩石又は土等の採取(この場合は五畝以上の開発行為)、(5)ゴルフ場の造成、(6)スキー場の造成、(7)公園若しくは遊園地又は動植物園の建設、(8)運動場、車両競争場又は乗馬場の建設、(9)その他のスポーツ施設又はレクリエーション施設の建設(要綱第六条)。

このように、協議の対象は列挙されており、この事業以外を目的とする開発行為は協議対象外である。

③ 適用除外

本要綱は、開発協議に関して適用除外を一〇項目あげている(第七条)。それには、国又は地方公共団体が行う大規模開発行為や都市計画法上の市街化区域内で行う大規模開発行為など全国の例と一致するものもあるが、本要綱の特徴として、第一に県の出資する第三セクターが要綱の適用対象から除外されていることが挙げられる。一般には、公社・公団を除き、自治体が出資する団体(第三セクターなど)については適用除外としない例が多く、仮に適用除外とする場合でも一定の出資比率を超えている場合に適用除外とする例もある。その点、新潟県要綱の場合、県の出資比率は問われない。なお、第三セクターでも県が出資しない限り要綱の適用は除外されず、また、土地取得の事前協議については、県出資の第三セクターでも適用除外とはならない。第二に、電気工作物及びガス工作物を設置するための大規模開発行為、並びに国有林野内の大規模開発行為については要綱の適用を除外しているが、全国的にこれらを要綱の適用対象外とする例は多くない。(前二者については他に愛媛県大規模開発行為に関する指導要綱が同じく適用対象外としているが、国有林野内開発行為は適用対象から除外していない。)前二者については「電気事業法及びガス事業法に基づきそれぞれ所要の調整が図られるため」、後者については「林野庁

で関係法令間の調整を図ることとなるので」と説明されているが（新潟県企画調査部長「新潟県大規模開発行為の適正化対策要綱の改正について（通知）」昭和六十二年三月九日）、国有林野における大規模開発行為が環境保全との関係で重要な問題を引き起こしている例は少なくなく、自治体あるいは住民の開発審査手続きへの参加の仕組みを考へることは重要であろう。⁴

④ 手続

事業主は、開発行為予定地が所在する市町村（所在市町村と称している）の長を通じて開発行為事前協議書を提出する。所在市町村が二つ以上に関係する場合は、それぞれの長に提出する。前述のように、法令上、行政庁の許可可または届出が必要な場合は、協議と並行して許可の申請又は届出を行う。市町村長は、すみやかにその内容を調査し、意見を付して知事へ送付する（第六条第二号、第四号）。長は受理後二週間以内に知事に送付するものとされている（前記通知）。

県の事務処理としては、開発行為事前協議書は土地利用対策課長が受理し、審査する。その際、土地利用対策課長は当該協議に関係する法令上の事務所管課に意見を求め、特に必要がある場合は新潟県土地利用調整会議で協議する。

開発協議の内容が市町村長及び関係課の意見に照らし適当であると判断されたならば、知事名で事業主に協議した承通知が出され、また必要な法律・条例上の許可可も同日付けで出されることになる。もし、土地利用対策課長が協議が整う状況にないと判断した場合は、事業主に協議の取り下げを指導する（以上、新潟県大規模開発行為の適正化対策要綱に基づく協議事務処理要領）。

⑤ 指導基準

知事は、協議において、適正な開発が行われるように必要に応じて指導助言を行うのであるが、その際の指導基準は次の八項目が挙げられている（第八条）。すなわち、(1)土地利用関係法令・条例・規則への適合性、(2)県及び市町村の土地利用計画への適合性、(3)県及び市町村の事業計画や公共施設等整備計画への支障のないこと、(4)災害防止・良好な地域環境確保のための必要な配慮、(5)自然環境保全・文化財保護・公害防止についての適切な配慮、(6)がけ崩れ及び土砂流出防止のための必要な措置、(7)公共施設及び公益的施設の適正配置、(8)開発行為の実現の確実性である。

これらの指導基準は他の県の指導要綱でも一般に見られるところであるが、いくつかの県が規定するような原則的に開発行為に含まれるべきでない地域の規定はない。また、大規模開発行為指導要綱に規定される指導基準は比較的一般的であり、より詳細な個別的基準や技術基準は設定されていない。但し、ゴルフ場・スキー場については、後述の「ゴルフ場・スキー場適正開発指導指針」で関連基準が存在する。

⑥ 開発協定

所在市町村の長は、協議の整った大規模開発行為について、事業主と開発協定を結ぶよう努めるものとされている（第一条）。

⑦ その他

協議了承後、協議内容に重要な変更を加える場合は、事業主はあらかじめ知事と協議することが必要である（第九条）。

また、協議の有効期間は二年とされており、協議終了後二年を経過しても工事に着手しない場合は、協議は取り下げられたものとみなされる。この協議の有効期間の定めは全国的に同様である。

なお、本県の場合、要綱に違反する開発行為に対する制裁規定はない。

2 特にゴルフ場開発に関する指導指針等

(1) ゴルフ場・スキー場適正開発指導指針

① 性 格

本指導指針は、リゾート開発ブームの中で、新潟県においてもゴルフ場やスキー場開発計画が急増し、同時に環境保全との関係で行政機関の十分な対応が求められるという社会的状況のもとで、一九八九年八月に制定されたものである。本指導指針の性格は、前記の大規模開発行為の事前協議にあたって、特にゴルフ場やスキー場に対する行政指導の指針を示したものであり、「大規模開発行為の事前協議制度の運用の一環として位置づけられるものであり、土地取得事前協議及び開発行為事前協議の各段階において、指導指針の内容を踏まえて手続き及び審査をすすめることになるもの」と規定されている（指導指針第二一三）。また、本指導指針は、開発事業の計画内容を検討する際の留意すべき事項等の「最低限度指針」であり、「地域の実情に応じて、計画内容をより適正なものとするため更に必要な検討をすることを妨げるものではない」とされている（同第二一四）。

② 開発事業計画作成の手順及び留意事項

本指導要綱は、事業者が開発事業計画を作成するにあたっての手順（第三）及び留意事項（第四）を規定する。

基本的な計画手順は、(1)概略計画の策定、(2)基礎条件調査、(3)基本計画の作成、(4)調査測量及び環境影響評価、(5)基本計画の修正、(6)設計（概略設計と実施設計）という手順になる。特に、ゴルフ場・スキー場の開発に関して環境影響評価（アセスメント）を事業者に義務づけたことは、本指導指針の重要な規定である。アセスメントは、開発行為事前協議の前に実施することとされている。なお、アセスメントの基準は別に定めるとされていたが、本県においてアセスメント要綱が作成されたのは一九九一年四月である。アセスメント要綱の対象となるのは五〇〇以上の開発行為であるので、ゴルフ場開発はほぼアセスメント要綱の適用対象となる。

また、開発事業者は、市町村等の指導を受けつつ計画を作成するものとされており、(1)国・県・市町村の土地利用計画との整合性、(2)公害防止、自然環境保全についての適切な配慮、(3)災害防止や保水・遊水のための事前調査と対策、(4)事業遂行の確実性、(5)施設経営管理の健全・適切性、(6)地元雇用等地域振興上の効果の確実性、の六項目の留意事項が示されている。

③ 協議了承の基準

本指導指針が開発行為に対する指導上の留意事項として示すのは、基本的に事前協議の協議了承基準である。

土地取得協議に関する協議了承基準は、指導指針本文中には規定されていないが、本指針の別紙一（開発事業計画フロー）に、(1)価格が著しく適正を欠かないこと、(2)農用地除外の縦覧・異議申出期間満了、保安林解除事前協議完了など利用目的に関する六項目が示されている。

開発協議に関する協議了承基準は、以下の通り一五項目示されている（第五「開発事業計画に係る審査及び指導上の留意事項」）。

- (1) 法律・条例への適合性
 - (2) 開発区域内主要道路が区域外公道と二車線以上の幅員で接続
区域及び周辺の動植物保存措置
 - (3) 景観維持への配慮、公害防止措置
 - (4) 水質汚濁その他公害防止の適正な措置
 - (5) 農薬等の使用にあたって、環境保全等の観点からの適切な措置
 - (6) 開発区域から極力除外されるべき森林（ア）土地保全上重要、イ）水源として依存度が高い、ウ）環境保全に必要、
（エ）高生産性）
 - (7) 残置森林等の配置計画（森林法に基づく開発行為の許可基準に適合）
 - (8) 森林法及び都市計画法の開発許可を要しない場合に基づくべき基準（河川砂防技術基準等）
 - (9) 優良農地の保全・確保（極力農地を回避）
 - (10) 確実な資金手当の方法
 - (11) 施設完成後の経営収支計画に無理のないこと（ゴルフ場の会員募集計画等が過大でないこと）
 - (12) 地権者全員の同意
 - (13) 周辺関係者の理解をうるための十分な説明
 - (14) 市町村との開発協定締結の確実性
 - (15) 市町村との開発協定締結の確実性
- なお、開発協定に含む事項として、（ア）地元雇用や地元振興策、（イ）工事廃止等に伴う防災工事、（ウ）農薬使用の管

理を含む森林・緑地維持計画、工、環境保全措置の履行が特に指示されている。大規模開発行為一般と異なり、ゴルフ場・スキー場は開発協定締結が必要的なものとされている。

④ その他

事業実施上の留意事項として、会員募集は事前協議の了承通知後とすることなどが規定されている。

(2) ゴルフ場の開発計画に関する取扱方針

① 性格

本取扱方針は、上記のゴルフ場・スキー場指導指針が出された翌年（一九九〇年）に、ゴルフ場建設の集中化傾向に対し立地の適正化をはかることを目的として出されたものである。⁵⁾ この取扱方針の性格は、いわば事前協議申請の受理基準であって、上記(1)の指導指針が主に協議了承基準を示したのと異なる。⁶⁾ すなわち、この基準に該当するかどうかにより申請の取扱を決定するのである（県知事「ゴルフ場の開発計画に関する取扱方針の運用について（通知）」（一九九〇・一〇・二五）。この取扱方針が適用されるのは、土地取得協議と開発協議とのいずれか早い方である。従って、一般的には土地取得協議の段階で適用されることになる。

② 基準の内容

「方針」は、今後のゴルフ場の建設に係る事前協議は、次の二要件とも満たすものに限られるとした。

第一は、いわゆる総量規制である。すなわち、計画予定の市町村（計画市町村と呼ぶ）において、既存のゴルフ場及び既に事前協議書の受理されたゴルフ場と申請に係るゴルフ場の面積を加えた面積が計画市町村の面積の二%

以内であり、かつ、計画市町村に所在するゴルフ場が三場以内であることである。

第二に、当該開発計画は計画市町村長が地域振興の一環として推進するものであり、次のいずれの要件にも合致するものでなければならぬとされた。すなわち、(ア)県及び市町村の土地利用計画に合致すること、(イ)地権者の総面積の八〇%以上の同意があることである。

③ 適用除外

本方針は次のような例外を設けている。その一は、計画市町村に初めて作られるゴルフ場の場合は、当該市町村の面積の二%を超えるものであっても一八ホール以下のゴルフ場の開発を認めるというものであり、その二は、計画市町村長が地域振興に寄与するものとして特に開発を要望する計画で、(ア)リゾート法の承認を受けた新潟県構想の特定施設として位置づけられているもの、あるいは、(イ)過疎地域または準過疎地域を区域とする市町村の計画で知事が認めるもの、(ウ)その他特に必要と知事が認めるものである。

3 新潟県の大規模開発行為に対する指導要綱等の特徴

全国的な状況と比較して、本県の大規模開発行為に対する指導要綱の特徴をあげるならば、以下の点があげられる。第一に、開発協議に関して一段階審査型であることである。すなわち、多くの県が要綱による事前協議終了後に、法令上の許認可の申請を行うという仕組みをとるのに対し、本県の要綱は、開発協議と法令上の許認可手続きは同時に行われる。すなわち、要綱が開発に係る許認可基準として機能しているということが出来る。第二に、適用除外が比較的多いといえる。第三に、審査基準が比較的一般的であり、いわゆる個別的基準や技術基準が要綱等

には含まれていないことがあげられる。また、周辺住民の参加や意見反映の仕組みが十分に整えられているとはいえないという点も指摘しておくべきであろう。周辺住民の理解や同意に関係するように記述は、大規模開発行為適正化指導要綱にはなく、ゴルフ場・スキー場適正開発指導指針に、「周辺関係者の理解を得るために、十分な説明が行われていること」が協議了承基準として示されているだけである。そのため、県や基礎自治体がゴルフ場等の開発を推進する立場に立った場合（本県ではこのようなケースが少なくないのであるが）、要綱や指導指針が乱開発の十分な歯止めとなりうるかが、開発に批判的な住民には疑問視されることもありえよう。この点に関しては、具体的に詳細な審査基準が示され、周辺住民の意志を反映させるしくみを整備することが、開発計画に対する十分な審査や適切な開発規制を行うことに資するのではないかと思われる。

- (1) 『県土利用のすがた（第一四集）』新潟県企画調整部（一九八九年）九七頁以下による。
- (2) 同前。
- (3) 県の企画調整発長は「空前絶後のケース」と表現したように報道されている。新潟日報一九九一年二月一三日付け。
- (4) なお、ゴルフ場その他のリゾート施設設置のための国有林の保安林指定解除予告を前提とする保安林開墾許可（この場合は、樹木の伐採も可能となる）や国有財産使用許可処分が争われている裁判として、宮崎県一ツ葉リゾート訴訟がある。
- (5) この取扱方針の対象となるゴルフ場は、一八ホール以上かつホール平均距離一〇〇m以上または、九ホール以上（二八ホール未満）でホール平均距離一五〇m以上のものである。
- (6) 同様の方式をとるものに、群馬県大規模土地開発事業に関する指導要領がある。

四、大規模開発行為に関する指導要綱の機能

(1) 大規模開発行為指導要綱の総合審査機能

都道府県の大規模開発行為指導要綱の機能として第一にあげられるのは、それが大規模開発行為の適否に関する総合的審査機能を持っていることである。⁽¹⁾総合的な観点とは、当該都道府県や関係基礎自治体の土地利用計画との整合性、関係自治体や地権者の合意の有無（本県では採用していないが、周辺住民の同意の有無を入れる場合もある）、自然及び生活環境の保全、公害や災害の防止等であり、これらが要綱の協議了承基準となっているのである。また、この点では法律上の審査基準の欠如を補う機能を有していることも含まれる。（例えば、現在、法令上の審査基準としては明文でとりいれられていない農薬使用基準を設定したり、森林法上の開発許可を必要としない開発にあたって、盛土量などの工事技術基準を設定したり、森林残置率などを設定しうる。）⁽²⁾いわゆる総量規制や地域振興政策上からの審査は、現行開発規制法制上は、要綱によるしかないであろう。⁽³⁾その他、会員権募集など健全なゴルフ場経営や利用者保護の指導基準を設けることもある。この意味では、大規模開発行為に対する指導要綱には、公害防止政策や自然環境及び生活環境保全政策、更には地域経済政策をも含めた自治体の総合的土地利用政策が反映しているといえる。⁽³⁾大規模開発行為の地域に与える影響が多面的でかつ多大なだけに、自治体としては、法令上の規制にとどまらず、このような総合的観点から大規模開発行為を指導し規制して行かざるを得ないのである。

(2) 知事の許認可権限行使基準としての要綱

第二に、大規模開発行為指導要綱は、知事の開発行為許認可権限行使の基準（裁量基準）としての機能を持つといえる⁽⁴⁾。それは、大規模開発行為に関する指導要綱が都道府県知事の開発許可権限と結びついて制定されていることによる⁽⁵⁾。この点では、宅地開発指導要綱をはじめ多くの指導要綱が、基礎自治体に開発許認可に関する権限が存在しないか存在しても建築確認のように羈束性の強い場合において制定されているのと、状況を異にする。

特に、本県のように一段階審査方式をとる場合は、かかる性格づけが容易であるが、多くの道府県が採用する二段階審査方式でも、実質的には許可基準としての機能を有していると言えるだろう。つまり、要綱基準を満たさなければ、本審査においても許可は与えられないとの見通しを示し、開発事業者に計画の見直しを指導するものという意義を持つと考えることができる。

しかし、大規模開発行為に対する指導要綱を知事の権限に属する許可権限の行使基準と考えるにあたって、検討すべきいくつかの論点がある。

① 個別法律上の許可基準の明確化としての要綱

要綱の中には、個別法律上の許可基準を明確にしたものと性格づけられるものがある。

例えば、ゴルフ場開発を例にして、森林法上の開発許可と農地法上の転用許可について考えてみる。

森林法の許可として問題となるのは、地域森林計画対象民有林における開発許可の場合が多いが、同法一〇条の二は、開発行為により、(1)土砂流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがあること、(2)水害防止機能からみて水害を発生させるおそれのあること、(3)水源かん養機能からみて水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがあるこ

と、(4)当該森林の周辺地域における環境を著しく悪化させるおそれのあること、のいずれにも該当しないときは許可しなければならぬとしている。つまり、要件については一義的に規定するのではないが、行為裁量は認めないよう(6)に書いてある。

ところで、この開発許可に関しては「開発行為の許可基準の運用について」（運用基準）という農林事務次官通達（一九七四年）と林野庁長官による運用細則についての通達が出されている（一九七四年、なお一九九〇年改正）。運用基準は、開発許可の許可要件に関し一般的事項と上記各号のそれぞれについて基準を示し、そのなかには、例えば、開発行為によって周辺の地域における住民の生活及び産業活動に相当の悪影響を及ぼすことのないように適切な配慮がなされていることが明かであること（第三の一の(六)）、開発行為による土砂の移動が必要最小限であること、（第三の二の(一)）、相当面積の森林又は緑地の残置又は造成が適切に行われることが明かであること（第三の四の(一)）等が規定してある。

更に運用細則においては、その六で、上記第三の一の(六)に関して「例えば地域住民の生活への影響の関連でみて開発行為に係る事業の実施に伴い地域住民の生活環境の保全を図る必要がある場合には、申請者が関係地方公共団体等と環境の保全に関する協定を締結していること等が該当する。」としており、後二者に関しても、開発行為における切土量・盛土量の基準や（運用細則八）、残置森林率や森林の配置等について規定している（運用細則表四）。運用細則には、その他の技術的細則も記載されている。

これから、関係自治体との開発協定の有無（厳密には、森林法が保護対象としている当該森林の有する災害防止・水害防止・水源かん養・環境保全に関する事項を内容とする開発協定ということになるが）、切土量や盛土量、

森林残置率及びその配置等を考慮することは、許可要件の成否にかかわる判断事項だということになる。これらは、上述のようにゴルフ場等の開発指導要綱で規定することも多く、それらは森林法上の開発許可基準を示したものとすることも不可能ではない。

次に、農地法上の問題として考えると次のようにいえる。農地法自体は、転用許可基準（特に実体的基準）については殆ど規定していない。いわば、転用許可については許可権者の裁量に委ねているようである。しかし、実際には農林事務次官通達として「農地転用許可基準」が出されており（一九五八年、一九九〇年に大幅改訂）、これが許可基準となっている。これは、形式的には通達であり行政内部基準というものであるが、許可権限行使に関わる重要な基準としてあたかも法規であるかのように機能している。また、知事の行う農地転用許可が機関委任事務であることから見れば、この通達は主務大臣の指揮監督権の行使ともいいうるであろう。

そこでゴルフ場造成を考えた場合、「第二章 許可方針」の「第二節 一般的基準」が「申請について次の各事項を検討し、これに該当しない場合はこれを許可しない。」としており、その「第四 用排水」の二で「申請に係る事業が取水し又は排水する場合には、その時期、方法、水量、水質等について農業、水産業等の産業又は公衆衛生等に及ぼす影響が少ない場合で関係者の反対がないこと。」と定めていることや、「第五 被害防除」の「一」が「転用に伴い土砂の流出、堆積、崩壊等のおそれがある場合又は当該事業により生じるガス、湧水、粉じん、捨石、鉞煙等により附近の農業、水産業等の産業又は公衆衛生等に影響を及ぼすおそれのある場合において、必要な防除措置がとられていること。」と定めていることが特に関係しよう。例えば、農薬使用規制についても、この第四の具体的運用として、ゴルフ場における農薬使用基準を要綱で設定し、それを満たさない場合は、公衆衛生に及ぼす影

響が大であるとして許可を与えないことはありうる。この場合、開発業者にとつても、要綱は農地転用基準をより具体化したものとして、予測可能性を与えるものとなる。また、開発業者がこの基準に不服な場合は、不許可処分を何らかの形で争うことになるが、その際にこの要綱が農地法に違反するものであるか又は裁量権行使の踰越・濫用に該当するような不合理な裁量基準であるかが問われることになる。

以上のように開発指導要綱のある部分については、法令上の許可権限行使に関する裁量基準を明示したものと考
えることができる。これらの許可権限については、知事の権限に属する機関委任事務であることが多いが、知事はその裁量権の範囲内において、各自治体の実状に応じた権限行使基準を設定することは不可能ではないであろう。
ここでは、機関委任事務であっても、長の適切な裁量権行使の重要性を考えなければならぬ。⁽⁸⁾

② 国の通達より厳しい基準を要綱で設定しうるか

また、国の通達による許可基準や運用基準等より厳しい基準を知事は要綱で設定しうるかという問題がある。その例は先にあげたものなどがある（五四頁）。これらは、許可根拠法律の規範的意義、通達の趣旨等を勘案して判断しなければならぬであろうが、通達は形式的には国民の権利義務を直接に規律する法規ではないことからすれば通達と異なる基準で許可権限を行使することが国民との関係で直ちに違法となることはないと考えられる。たしかに、通達も一種の裁量基準としての許可基準であることを考えると、合理的根拠のない通達違反の処分が裁量権の踰越・濫用と判断される可能性のあることは否定できない。しかし、大切なのは要綱の示す判断基準が法律に違反していないかどうかである。森林法の開発許可の場合、行為裁量を認める要綱には法律規定との抵触関係を引き起こす可能性があるが、要件認定基準に関しては各自治体の状況に即した判断基準を設定する余地がありうる。た

しかに、建築確認の場合などでは、法律上の覇権性が強く、要綱の実効性に限界が生じることはありうるが、大規模開発行為指導要綱については、法律上の許可権限行使基準と考える余地が多いのである。⁽⁹⁾

通達を、機関委任事務における主務大臣の指揮監督という側面からいわゆる指示通達だと考えたとしても、前記許可基準や運用基準は、各許可のための最低基準を示したものと考えることができ、許可権者である知事が当該都道府県の実状を考慮して、より厳しい基準を設定することも不可能ではないと考えることができる。通達自体が一義的な基準を示していない場合は、法律や通達の趣旨に反しない範囲で、各許可権者がその基準を具体的に示すことは可能であろう。⁽¹⁰⁾

むしろ、許可基準が住民に予め示され、それに沿った許可権限の行使が行われることが裁量権の適正な行使に貢献することになるのであって、要綱にそれらを設けることは裁量基準の明確化としての意義を持ちうるであろう。

但し、本県の場合、先に述べたように、要綱や指導基準の規定する指導基準はやや一般的であり、実質的には各個別法律やその施行規則さらには通達等が許可基準となっており、要綱は関連法律の許可基準が充されるかどうかを総合的に評価するという側面が強い。

さらに、大規模開発指導要綱に規定例は少ないが、付近住民の同意を要求することが要綱上可能かという問題がありうる。付近住民の同意については、例えば前述したように「関係者の反対のないこと」(農地転用許可基準)と許可基準に規定する場合があり、そのような場合には、その判断基準として原則として周辺住民の合意を求めることは不可能ではないように思われる。むしろ、周辺住民に対する影響の大きい大規模開発の場合、周辺住民の同意を要綱で要求し、法令上の許可が必要な場合で、その根拠法律の規制目的が災害防止や環境保全等周辺住民の生

活利益に関係する場合やこれらの事項が許可の際の考慮事項となつてゐる場合は、特に法律上許可要件が一義的に規定され且つ裁量の余地のない場合（このような場合が仮にあるとすればであるが）の他は、周辺住民の同意の有無を裁量権行使における考慮事項の一つとすることは許されると考えられる。この場合、同意なしの許可が全く許されないと考えることは困難であろうが、同意を得ないことの正当性の有無や同意を与えないことの不当性の有無が裁量権行使にあつて勘案されることにならう。⁽¹¹⁾

③ 個別法律上の許可基準たりえない基準を設定できるか

次に問題となるのは、許可権限行使に際しての根拠法律上の判断基準とはいえない事項を要綱で規律した場合、その性格をどのように考えればよいのかということである。

もつとも、いずれの法律から見ても許可基準に該当しないという事項は必ずしも多くはないが、いわゆる総量規制はそういうものと考えられよう。総量規制については、本県だけでなく他県でも、事前協議申請の受理基準としてゐる例が多い。これ自体は、法律上の拘束力のない指導ということになるのであろうが、一般には「非常に強い指導力」でその実効性が発揮されてゐる。⁽⁸⁾

また、開発予定地によつては、必要な法令上の許可との関連で、要綱の審査基準ではあるが法令上の審査基準ではないというものも理論的にはありえよう。例えばゴルフ場開発において、森林法上の開発許可は必要であるが農地上上の転用許可は不要だという場合、ゴルフ場において使用する農薬の規制が考慮事項となりうるかについては、見解のわかれるところであろう。（筆者としては、農薬使用基準が森林法上の開発許可の判断要素となりえないといいきることに躊躇するところがある。すなわち、前記運用基準の第二の一の(六)及び運用細則第六に含まれると

考えることは不可能ではない。しかし、一般には当該森林の持つ環境保全機能への影響が与えられているので、完成したゴルフ場での農薬使用の問題は林地開発許可とは別問題と考えられていようである。新潟県に問い合わせたところ、担当者は、ゴルフ場の農薬使用規制は指導事項であるとしても不許可事由にはならないだろうという見解であった。

このような場合に、要綱に違反するが故に許可を与えないということができるといえる問題が生じる。(本県では、実務的には要綱の基準を満たさない時は申請の取下げを指導しているとのことであるが、上記のような問題がある場合に不許可処分をなしうるかを理論的に検討することは、要綱の性格を考察するうえで参考になると思われる。)

このような場合の考え方として、第一には、要綱の基準はあくまで指導基準であり、開発事業者の意思に反して強制することはできないという考えがありうる。第二には、大規模開発行為に関わる開発許可の権限行使にあたって正当な考慮事項であるという解釈を追求する道があろう。確かに、許認可行為が霸束的行為である場合にはこの方法は困難を伴うが、先にあげたように農地法や森林法の許可基準には、計画された開発行為の環境に及ぼす影響の防除措置等が挙げられており、ここに含まれる基準等は少なくない。多くの大規模開発行為に関係する都市計画法上の開発許可においても、このような可能性は追求しうる。しかし、環境保全のための事項がこれらに該当するとしても、いわゆる総量規制がそのままこれらに該当するかはやはり疑問の余地があろう。また地域経済への寄与等が開発許可の考慮事項となりうるかは、さらに検討が必要である。

第三に、これらは各自自治体の土地利用計画に基づく政策決定基準を示したものとして、各自自治体が許認可に必要な協力を与えるかどうかの基準を示したものと考えることも可能であろう。例えば、ゴルフ場開発はその殆どが法

律上の許可を必要とするので、関係自治体の協力を得られない場合、開発許可を得ることはまず不可能である。つまり、関係自治体の長の同意を得ることや関係自治体との開発協定を締結することが困難となり、それらの欠如は、要綱に基づく協議を了承させるためだけでなく、法令上の許可をうることにとつても障害となりうる（例えば、林地開発許可にとつて関係市町村長の意見聴取が必要なものとされており——森林法一〇条の二、六項——、また前述のように許可運用基準は環境保全に関する関係自治体との協定の締結をあげている。特にゴルフ場の場合、その多くが農地転用許可のために農振法（農業振興地域の整備に関する法律）の農用地区域から除外される必要があるが、この除外を得るのがほぼ不可能となる。）

たしかに、総量規制だけを根拠として（あるいはそれだけを理由とする関係自治体の長の同意や開発協定の欠如を理由として）ゴルフ場開発に必要な許可を拒否しうるかについては、厳密には疑問の余地もありえよう。しかし、関係自治体の自然環境や生活環境に重大な影響を与え、場合によっては自治体財政や地域経済にも重大な影響を与えかねない大規模開発行為に關係自治体はその土地利用計画に立脚して開発行為に対し開発協定を締結しないなどの消極的姿勢をとり（法令上の義務的行為の懈怠は別として）、その結果、開発行為のための必要な許可が得られなくなったとしても、これを一概に非難することはできない。その場合、要綱等で総量規制その他の基準を設定することは、都道府県もしくは関係市町村の土地利用計画の具体化を示したものの、いわば許認可に必要な協力を与えるかどうかの基準を示したものということも可能であろう。そして、許認可の基準に關係自治体との協定の締結等があげられている場合には、協定を締結しないことを理由とする不許可処分の違法性は、要綱自体の基準の合理性の有無ないし協定不締結措置の合理性の有無が裁量濫用の問題として問われることになるのではないだろうか。

もつとも、大規模開発行為に対する指導要綱は都道府県が策定したものであり、各基礎自治体がそれを基準としなければならぬというものではない。ここで述べたのは、都道府県の実綱を満たさないことが基礎自治体が開発行為に協力しないという判断の一つの基準たりうるのではないかということである。各基礎自治体がそれぞれの要綱でさらに厳密な基準を設定することも勿論可能であろう。⁽¹²⁾

④ 要綱に違反する開発許可の違法性について

大規模開発行為に関する指導要綱が許認可権限行使の裁量基準であるとすると、そこから要綱違反の違法性を裁量濫用の法理で論じる可能性がでてくるように思われる。たしかに、要綱に違反する許可が直ちに違法となるとは言えないかも知れないが、指導要綱は明示された裁量基準であり、それに沿って知事が権限を行使することが一般には求められていると言えよう。そして、正当な理由のないまま要綱を逸脱した場合、それによる許可は裁量権の濫用を構成する可能性があると考えることができのではなかろうか。勿論、許可申請者が不許可処分⁽¹³⁾の違法性を主張することもあろうが、許可に反対する住民が要綱違反による裁量権濫用の違法性を主張して争う可能性を否定することはできないように思われる。

(1) 大規模開発行為に関する指導要綱のかかる総合調整的機能は、要綱の制定者自身も期待するところであつて、このことを明記した要綱や通達も少なくない。また、都道府県段階における開発指導要綱のこの総合調整的機能をいち早く指摘したものと、塩野宏・西尾勝・久世公堯「地方公共団体の土地政策にかゝる条例・要綱をめぐる諸問題」自治研究四九巻一三三号（一九七三年）二八頁（西尾発言）。この点に関していえば、大規模開発行為に関する規制条例も、このような

総合審査的機能をより強い実効性で有しているといえよう。

- (2) もつとも、農地転用許可基準はつい数年前まで、原則としてゴルフ場開発を目的とする転用は認めないとしていた（農地転用許可基準は一九八九年三月に大幅に改訂され、それまでゴルフ場建設を目的とする転用は原則として認めないとしていた部分を判除した）、総量規制が農地法の許可基準に全くなりえないと即断することもできないと思われる。しかし、農地転用許可基準としてのゴルフ場抑制とある自治体区域における総量規制とは、規制の仕組みが異なるので、詳しい検討は必要であろう。

- (3) 指導要綱が各自治体の土地利用政策や町づくり政策を反映したものであることは多言を要しなまいと思われるが、いわゆるワンルームマンション指導要綱の展開の中に自治体の住宅政策の変化をみるものに寺尾仁「ワンルーム・マンション指導要綱の意義——基礎自治体における住宅政策の端緒」地域開発二五八号（一九八六年）四一頁。

また、このような視点から宅地開発指導要綱の意義と限界を分析するものとして、千葉昭彦「宅地開発指導要綱の意義と限界」経済地理学年報第三四巻第三号（一九八八年）二四頁以下。

- (4) 要綱が農地法や森林法の許可基準としての性格を持つことを指摘するものに、塩野他・前掲一四頁（西尾発言）。なお、本稿四七頁注（4）参照。

- (5) このことを明記する例として、本稿五〇頁参照。

- (6) 林地開発許可を羈束裁量行為と理解することも不可能ではないであろうが、実際には本文記述のように国の通達である運用基準や運用細則に準拠して行われており、要件認定に関して行政機関の裁量の余地を認めざるを得ないように思われる。その限りでは、裁量権の踰越・濫用の法理による裁量統制がなされることになるが、その際、前記運用基準や要綱等が裁量基準としての性格を持つことになると思われる。なお、林地開発許可に行為裁量が認められないかどうかは検討の

余地がある。

(7) この基準が第一種、第二種、第三種のいずれの農地にも適用されることについては、桜井秀美『新版農地転用許可基準の解説』学陽書房（一九八九年）六七頁。

(8) 許認可行政における都道府県知事の裁量については、磯崎初仁「許認可行政と自治体」自治体学会編『自治の原点』（年報自治体学二号）良書普及会（一九八九年）一一一頁以下を参照。なお、ゴルフ場開発の場合、転用面積が二畝を超え、農林水産大臣許可案件となることが少なくない。この場合、許可申請は都道府県知事を経由して行われ、知事は意見を付さなければならぬ。要綱はその際の判断基準となるであろう。

(9) もつとも、建築確認の場合でも、特段の事情のある場合は、確認処分を留保する余地があり（最高裁昭和六〇年七月一日六日判決、判時一一六八号四五頁）、第三者の利益に影響を及ぼす開発許可で行為裁量の全く認められないものは多くはないであろう。

(10) ここでは自治体の法解釈が重要な意味をもつ。この点に関し、原田尚彦「地方自治の法としくみ」学陽選書（一九九〇年、全訂版）一五五頁以下参照。

(11) 指導要綱による住民「同意」の要請については、千葉勇夫「行政指導の研究」法律文化社（一九八七年）一八五頁以下など。なお、行政指導による同意書強制の問題点を指摘するものに、阿部泰隆「浄化槽の放流同意」(一)自治研究九六四卷一二号一六五卷三号（一九八八）八九九号、同「住民同意の行政指導」判例地方自治七八号（一九九一年）一〇三頁。

(12) 市のゴルフ場規制方針に基づくゴルフ場造成計画事前審査申請書の不受理及び県指導要綱により求められていた市長の意見書の不添付が違法ではないとされた事例として、静岡地裁昭和五八年二月四日判決（判時一〇七九号八〇頁）。

五、まとめにかえて

以上は、各都道府県において制定されている大規模開発行為に対する指導要綱が、各種の開発許可の権限行使基準、すなわち裁量基準としての機能を持ちうるのではないかということの検討であった。このような観点から、各都道府県の要綱において、各種許可基準に関して、国の制定した基準より厳しい基準を設定することも不可能ではなく、許可基準という位置づけをすることによって要綱の実効性も発揮しうるのではないかと考える。また、要綱に反する開発許可を裁量権の濫用という観点から違法性を問う可能性も全くないとはいきれないように思われる。

本県の場合、既述のように要綱等の定める協議了承基準は比較的一般的であり具体的基準については国の通達等による許可基準を援用している例が多いのであるが、今後、本県の実状を踏まえたより詳細な基準を要綱段階で設定する必要が生じることもありえよう。また、実際には県や基礎自治体がゴルフ場等の開発を推進する立場に立ち、開発に反対する住民の意見が十分に反映しないことがある。かかる問題に適切に対応するためには、自然環境や生活環境の悪化を防ぐに足りる十分な基準を設定すると同時に、周辺住民の意見を反映する仕組みを要綱の中に整備することが必要であろう。これらは、ゴルフ場開発に関係する現行許可制度の多くにおいて十分に考慮事項となりうるものであり、要綱でそれらを規定することは不可能ではないと考えられる。

いうまでもなく、このような機能が期待されるのは、大規模開発行為がなんらかの開発許可を必要としている場

合であり、しかも許可権限行使が羈束的行為でない場合である。そのため、今日、自治体の要綱の規範的意義が鋭く問われるケース、すなわち、宅地開発指導要綱やマンション開発指導要綱、あるいは産業廃棄物処理施設設置指導要綱のように法令上の許可制度が欠如しているかあるいは許可権限が当該自治体の長に存在しない場合、または建築確認制度のように羈束性の強い行為の場合に、要綱の性格をどのように理解し、その実効性をどのように確保すべきかという問題には直接触れていない。

また、大規模開発行為指導要綱の全ての基準が法令上の許認可の判断基準たりうるということもできない。そこには、法令上の許可基準には含めない各自治体の土地利用政策が示されていることもある。さらに、住民や事業者の同意を基本的な前提として行われる規制の指導基準として、法令上の規則を超えた新たな環境保全措置を積極的に取り入れる可能性を要綱が有していることも否定できない。この場合は、行政指導指針を成文化したものとしての要綱に積極的意味づけをしようと思われる。しかし要綱の全てを行政指導基準と解すべきではなく、要綱上の基準の多くが、法令上の許認可において自治体の設定した裁量基準として位置づけられるのではなからうかというのが本稿の趣旨である。

なお、大規模開発行為指導要綱の適用対象となる開発行為でも、全く法令上の許認可を必要としない例がないわけではない。さらには、最初に述べたように、各種の法令上の許認可の積み重ねという方式の持つ限界が、大規模開発行為指導要綱によって完全に克服されるものでないこともたしかである。その意味では、一定規模以上の開発行為を条例によって許可制のもとにおく県土保全条例や福岡県型（四六頁注（2））条例の仕組みなどが追求されることの重要性を否定するものでは全くない。