

建築協定の法的性質と その実効性確保に関する考察(1)

池田雄二

序

第1章 法律行為およびその亜種

序 節

第1節 単独行為

第1款 定義

第2款 相手方を必要とする規定の適用

第3款 単独行為の亜種～合同的単独行為

第2節 契約

第3節 合同行為

序 款

第1款 合同行為論生成史

第1目 ドイツにおける合同行為論の生成

第2目 我が国における合同行為論継受

第2款 合同行為とその他法律行為との区別

第3款 合同行為概念の実益

第4款 合同行為概念に関する判例の動向および採用

第2章 建築協定は何れの法律行為に分類されるべきか

第1節 建築「協定」=合同行為か

第2節 建築協定の法律行為上の分類に関する学説の整理

第1款 単独行為説

第2款 契約説

第1目 学説の紹介

第2目 契約説の整理

第3款 合同行為説

第1目 学説の紹介

第2目 合同行為説の整理

第3節 検討および小結

序

建築協定とは市町村条例の下で、土地の所有者等が建築基準法を越える上乗せの規制を全員同意の協定で定めるものである（建築基準法第69条、第70条第3項）。

建築協定以前にも市町村区域内でさらに小さい一定地域でその区域の土地所有者等が自治組織を作り、建築物に関する基準を定めて環境整備をした成功例があった。だが権利制限の申し合わせ程度では不安定で持続性がないので、何らかの形で当事者の申し合わせに安定性を与え、実行を果たせるように設けられた制度、これが建築協定である。

具体的には、建築協定を締結しようとする土地所有者等が協定の目的となっている地域の建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠または建築設備に関する基準（第69条）および違反に対する自主的措置（第70条第1項）を定め、これに対する特定行政庁の認可を受ける（同第70条以下）。また協定変更・廃止手続の制限（第74条、第76条。なお廃止については過半数が必要である）、土地所有者等の変更による新権利者の自動的加入（第75条）、借家権者に対する協定の強制（第77条）等の効力がある¹。

特に特定行政庁の認可手続きは以下の通りである。建築協定の認可申請があった場合、市町村の長は、その旨を公告し、20日以上期間を定めて関係人の縦覧に供する（第71条）。縦覧期間満了後、市町村の長は関係人の出頭を求めて公開による意見聴取を行わなければならない（第72条）。その上で特定行政庁は当該建築協定が、土地建物に対する不当な制限に該当しない等の認可要件（第73条

¹ 建設省建築指導課長編・後掲・「建築協定」。

第1項第1号ないし第3号)に合致する限り、認可しなければならない(第73条)。

なお協定違反に対する是正措置は、一般には民事訴訟による以外に手段がないと解されている(この点については後述する)。

以上のような建築協定の運用については様々な実態調査が行われている。例えば、建築協定には成功事例も多数あるが、是正失敗や妥協で終わる事例が多く、民事訴訟に至る事例は稀であるとする調査結果が報告されている²。

このような建築協定の実効性の低さは、是正解決のための強制手段について民事訴訟しか用意されていないところによるのかもしれない。このため協定事項を建築確認事項(第6条第1項)に含める学説も登場している。

このような議論に対して解決を与えるためには建築協定の法的性質に関する基礎理論を固め、離陸作業を経た上でそこから導かれる解釈論を展開することが必要であろう。例えば、そもそも建築協定は法律行為の種類としては何れに該当するのか。ここにすでに見解の対立が存在している。ある学説は建築協定が契約であるとする。そしてこれが通説である。一方で、合同行為とする有力説もある。契約説の中にも行政契約であるとする説や私法上の契約とする説などの対立がある。またこの他にも準条例とする見解や自治規範とする見解も存在する。しかし果たして、これらの学説は並列的に列挙されるべきものなのかどうか。ある見解はある見解の下位概念に属するということはないだろうか。

例えば、漫画を例にとってみよう。漫画を定義し、漫画を体系的に整理しようとするならば、まず漫画自体の定義がなされなければならないことはいままでもない。その定義がなされて初めて、その下位概念としての少年漫画、少女漫画、青年漫画、成人漫画等の定

² 長谷川(貴)・後掲。建築協定が争われた事例につき、同・後掲・59頁以下。個別具体的な建築協定援用事例につき、120頁以下。

義が可能となる。しかしこれらを同じレベルで論じてよいか。例えば、少年漫画の定義ひとつにしても単純ではないかもしれない。少年漫画には青年漫画と読者の対象年齢層で区別した場合における少年漫画があり、そこでは少女漫画も包含されるという整理がありうる。そして少女漫画は広義の少年漫画の下位概念であって、読者層の性別において狭義の少年漫画と区別される、という整理がありうる。

要するに各概念の体系的な位置づけを誤って同じレベルで議論をすると体系的な混乱が生じる、ということである。上にのべた建築協定の法的性質に関する議論は本来並列列挙してはならないものが混じっていないだろうか。まずこの点に対する整理を試みたい。そしてただ整理を試みるだけでなく、建築協定をある特定の法律行為に位置づけることによって、その他の法律行為に分類することとどのような効果的な差異が生じるのかについても踏み込んでみたい。例えば、建築協定を契約と解するのか合同行為と解するかによって一体、どのような差がありうるのか等である。思うに建築協定が契約か合同行為かに関するこのような視点は乏しかったように思う。

続いて、上記整理を経た上で、さらに細部の議論として、建築協定の実効性確保について論じる。例えば、建築協定に定める事項は建築確認事項となるのか（ならないとする見解が通説、政府解釈そして下級審判決も同じ）、また条例での救済が可能か等といった議論である。建築協定の法的性質を追究することで初めてこうした議論に対して論理的な解釈が可能となるのではないか。

以上、本稿ではまず、建築協定の法律行為論における法的性質について論じ、その上で、建築協定違反に対する措置、例えば協定事項が建築確認事項に含まれるのか、また行政的制裁を求めうるのか、条例による救済の可能性等に関して一定の見解を示そうと思う。

第1章 法律行為の種類およびその亜種

序 節

建築協定が契約か合同行為かを論じる以前にまず契約および合同行為とは何かについて弁えなければ、建築協定が両者の何れであるか判断できようはずがない。しかも建築協定には一人協定という、予定協定区域内に土地所有者等が一人しかいない場合に、一人だけで定められるものが認められている（建基第76条の3第1項）。そのため一人建築協定は法律行為上、単独行為に分類されるということもありうる。さらに一人建築協定が単独行為であるとするれば、2人以上の所有者等が存在する場合の建築協定であっても、それは単独行為が複数競合しているだけで、契約でも合同行為でもない、という見解もありえないでもない。

そこで建築協定が法律行為の何れに該当するか論じる前に法律行為の種類について弁える必要がある。

第1節 単独行為

第1款 定義

法律行為の種類について簡単に弁えておこう。まず単独行為である。これは相手方との意思表示の合致を必要とせず、意思表示単独で法律効果が発生する法律行為である。例としては、取消、同意、追認、解除、相殺、遺言等が単独行為にあたる。単独行為には相手方に対してなされるものとそうではないものがある。上記の例だと、遺言以外は全て相手方に対してなされるものである。また遺言と同じく相手方に対してなされるものではない単独行為に寄付行為がある（私立学校法第64条および財団法人設立に関する民法旧第39条以下の寄付行為）。

第2款 相手方を必要とする規定の適用

単独行為は相手方との合意を必要とせず、単独の意思表示によっ

て法律効果が発生するとすれば、相手方があることが前提となる規定、例えば心裡留保（民法第93条）や通謀虚偽表示（第94条）等の規定の適用の可否が問題となる。この点については、相手方に対してなされる単独行為とそうではない単独行為とに分けて考える必要がある。

まず前者について最判昭和31年12月28日民集10巻12号1613頁は、当事者の積極的な協力関係はなかったものの、虚偽によってなされた解除について第94条第2項の類推適用を認めている。

次に後者について最判昭和56年4月28日民集35巻3号696頁は、財団設立行為における寄付行為が通謀によってなされた事例において、相手方がいない法律行為でも第94条の類推適用を認めた³。

第3款 単独行為の亜種～合同的単独行為

なお寄付行為は単独でなすことができるのであって、必ず単独でなされなければならない訳ではない。したがって単独行為に分類される行為がたまたま複数人でなされてもそれは単独行為である。しかしこのように単独行為が競合する場合を特に合同的単独行為と称し、後述する合同行為とは区別する。合同的単独行為とは、本来、単独でも行うことができる法律行為であるが、単独行為とされる法律行為が偶然的に数人の意思表示から構成された場合をいう。例えば、寄付行為、懸賞広告等が複数人によって行われた場合や共有者に依る土地に対する制限の解除が典型例である。この合同的単独行為は合同行為ではない。なぜならば合同行為とは必ず2人以上の意思表示を要する法律行為だからである⁴。

³ 吉田・後掲・824頁は、相手方がいない単独行為である寄付行為にも第94条の適用が認められるとすると、同じく相手方がいない単独行為で第94条の適用が認められないものとしては、性質上、通謀虚偽表示が観念しえない遺言くらいとなる、と指摘する。

⁴穂積・後掲・288頁参照。同様の区別をする学者として例えば於保・後掲・161頁は必要的合同行為を合同行為とし、単独行為が競合した場合を任意的合同行為とする。

第2節 契約

契約とは対抗する複数の意思表示（例えば、売買契約における「売ろう」、「買おう」）が合致することで、法律効果が発生する法律行為である。必ず相手方を必要とし、かつ複数の意思表示からなる点で単独行為とは区別される。また対抗する意思表示の合致であるから、一方の意思表示が錯誤等により効力を生じない場合、法律行為として成立しない。契約各論における13の典型契約の内、組合契約以外は疑いなく契約に分類される。

第3節 合同行為

序 款

合同行為は我が国民法の概念においては当初存在しなかった法律行為である。合同行為論はドイツからの学説継受によって導入された。そのため学説継受当初は反対論も根強かった。例えば、現在では合同行為に分類される法律行為であっても我が国民法に元々存在した単独行為または契約から説明しようとする見解が多数存在した。

そこで本節ではまず合同行為に関する学説史を、次にこうした学説を踏まえた上での判例・裁判例の展開を概観する。そして最後に合同行為を単独行為や契約から区別することの意義について考察する。

第1款 合同行為論生成史

第1目 ドイツにおける合同行為論の生成

合同行為論の歴史は19世紀末葉のドイツに遡る。合同行為論の萌芽はベッカーBekkerの多方行為概念に見出すことができる。

ベッカーは1887年の著書で次のように論じた。「2ないし多数者間の法律行為は、特定の典型的な構成要件に2ないし多数の意思表示が各人に必要であるものである。これ等の法律行為について、我々はこうした契約を、相互に意思表示する複数人間の法律関係を適用

する契約とする。」⁵。また次のように論じる。

「多数者の集合した構成員達の一致した意思表示によってこれらの者が決議をする場合、それによって（予め相互に拘束するような特別の場合を別として、この一致して放射する明白な合致に関して）多数構成員に一つの契約関係があるのではない。ともあれ我々は 2 人の財産共有下でのその共有財産の合意による不動産処分や負担免除等々、あるいは経営担当主任と同意権者、父と子等々の下での先の必要的合意を除いてほとんどうまく捉えることができない。」⁶。

以上によりベッカーは、あくまで契約の枠内ではあるが、複数人の法律行為という特殊な法律行為を見出ししている。しかし現在では共有者による土地に対する負担解除、例をあげれば、2 人以上の土地賃貸人の借地権者に対する我が国借地借家法第 6 条に基づく更新拒絶を合同行為とは解さないであろうし、また父子の意思表示、例を挙げれば、民法第 4 条に基づく親権者の同意に基づく未成年者の法律行為についても同様であろう。

なぜかといえば、更新拒絶は本来、単独でも可能な法律行為だからである。偶々、複数の賃貸人が存在するために、共同で行ったのであるから、合同的単独行為に該当する。制限能力者の法律行為にしても、制限能力者の欠けている能力を親権者が補うものであるので、単独の法律行為と解するべきであり、合同行為とはしない。だが、契約の中に複数人法律行為という特殊な概念を観念したことは多くの学者に影響を与えたのだと思われる。というわけは、合同行為概念が本格的に観念され始めたのは、それから数年後だからである。

その合同行為概念の嚆矢としてあげられる学者は 2 人存在する。1 人がビンディング Binding である。ビンディングは公法学者に属する。ビンディングが現在の合同行為概念に当たる概念を提唱した

⁵ Bekker, *infra.*, S. 84 f.

⁶ Bekker, *infra.*, S. 87.

のは、ベッカーが多方行為概念を提唱してから一年後の 1888 年である。ビンディングは北ドイツ連邦の建設について論じた論文において、協定 *Vereinbarung* という概念を提唱した。ビンディングの見解は以下のようなものである。

「北ドイツ政府と北ドイツ国民、かれらは憲法樹立のために必要な権限を明白に委任したとはいえ、憲法樹立に対して単一の個別的権利を有するのではない。」⁷。

「共同意思の形成、そしてその全体的な意思形成が - 人民と同じく政府をも - 従属させる、あの〔憲法樹立の〕権限行使に必要な不可欠な形態は、すなわち、適切には、協定 *Vereinbarung* である。」⁸。

つまり憲法制定は政府と人民が各個別の権限行使をするけれども、各権限が独立して憲法制定を行うことができるのではなく、憲法制定は必要的に政府と人民の共同の権限行使が必要なものであり、それを協定という新しい法律行為に分類した。

もう 1 人の学者はクンツェ *Kuntze* である。クンツェはビンディングと異なり、私法学者である。クンツェはビンディングの協定概念の提唱から 4 年後の 1892 年、合同行為 *Gesamttakt* という法律行為概念を提唱した。クンツェの説くところは略以下の通りである。

「純然として 2 人ではなく、また同様によしんば 10 人または 100 人でも、数によって概念的に変化することなく、ある一つの合同行為 *Gesamttakt* に関係させられうる。この数の非重要性は合同行為の本質と結びついている/この複数人の合同行為参加は、契約当事者のように、相互に対向しているのではなく、相互に並行的な関係に立っている。」⁹。

複数人が、契約のような対抗した意思表示の合致ではなく、目的的に並行的な意思表示を行う法律行為を契約とは別の、合同行為と

⁷ Binding, *infra.*, S. 68.

⁸ Binding, *infra.*, S. 69.

⁹ Kuntze, *infra.*, S. 43.

いう法律行為であるとした。現代の合同行為論の基本原理はここに確立された。

以上の2学者が協定または合同行為概念を提唱した後、多くの有力学者がこの概念を採用した¹⁰。

ただし学者の所属分野によって上記2学者の何れに依拠するかの傾向が異なったという。例えば、公法系学者は主にビンディングの協定概念を採用した。さらにドイツではビンディングの協定概念とクンツェの合同行為概念が同じであるかの論争が生じ、学界はビンディング派とクンツェ派に割れた。しかしその後の学説の進歩により、両者は同一概念と解されるようになったという¹¹。

第2目 我が国における合同行為論継受

明治末期頃から、我が国の学者はドイツの協定ないし合同行為論を継受し始めた。しかし黎明期、すなわち明治末期から昭和初期にかけては、合同行為概念を認めるかどうか議論された（もっともこうした議論は近年も皆無ではない）。

比較的早期に、合同行為概念を認めた学者は美濃部達吉博士（1909年）、鳩山秀夫博士（1912年）、岡松参太郎博士（1914年）、石坂音四郎博士（1915年）をあげることができる¹²。その後も有力

¹⁰ 例えば、Enneccerus=Nipperdey, *infra.*, S. 618, § 146Ⅲは「契約と代替できない〔法律行為〕がいわゆる合同行為であって、例えば、2人の賃借人による解約告知をしたり、共同で賃借した場合や、複数選挙権者による選挙権行使、複数の発起人による寄付行為である」と論じる。

¹¹ 岡松・後掲・72頁注3。

¹² 美濃部・後掲・183頁以下は協定行為 *Vereinbarung, Gesamttakt* とのべる。鳩山1・後掲・37-38頁また同2・後掲・294頁以下は合同行為 *Gesamttakt* または協定行為とのべる。石坂・後掲・1741頁以下は合同行為 *Gesamttakt* とのべる。これ以前の学者の文献では合同行為に触れておらず、学説未継受のようである。例えば平沼・後掲・417頁は法律行為を単独行為と契約に分類するが合同行為には触れていない。

岡松博士は最も詳細に合同行為概念を独立した法律行為として分析した学者である（ただし、その意義には懐疑的であった）。従来、合同行為とされることのある行為を集合行為（決議や選挙等）、結合行為（会社設立行為等）、共同

学者の多くが、同概念を採用するに至った（三瀨信三（1919年）、寺尾元彦（1920年）、菅原眷二（1921年）、仁井田益太郎（1923）、穂積重遠等々¹³）。

だが前述した通り、反対説も少なくなかった。その理由として幾つかをあげてみよう。①合同行為は分明ではない¹⁴。②合同行為は数人で単独行為や契約の要素をなすものであり、法律行為の外である

行為（共同の解約申入や地役権設定等）、同意行為（未成年者の法律行為の同意等）の4種に分類し、合同行為は前2者のみとする。共同行為は単数でも複数でも効果に違いがなく、法律行為でなく法律事実であり、その1構成部分に過ぎないとする。岡松博士はクンツェがこれをも合同行為に含めることを批判し、ビンディングが数人の併合的意思の一致で法律的效果が生じる場合を協定 *Vereinbarung* とする点で今日の合同行為説と合致していると指摘する。岡松博士は同意行為は主たる当事者が例えば未成年者1人であり、これに対する同意は未成年者に対してなされており、意思表示が並行していないことを指摘し、合同行為ではないとする（追認等で並行している場合もあるが内容が同一でない）。単に意思表示の補充であって意思表示の合致がないと指摘する（岡松・後掲・73-81頁、98頁）。

現在でも大体同様に解されている。因みに前2者の集合行為と結合行為については結合行為は意思表示が融合しても独立を失わないことと、後の参加が可能であるのに対し、集合行為は各意思表示が一つの意思表示に融合して独立性が失われ、かつ後からの参加は認められないことにより区別される、とする（同・後掲・96頁）。

同様の区別をする学者として例えば於保・後掲・161-162頁がある。

¹³ 三瀨・後掲・257-258頁、寺尾・後掲・123頁、菅原・後掲・238-239頁、仁井田・後掲・186頁以下は社団法人設立行為に付き、合同行為概念を認める。穂積1・後掲・287頁以下は合同行為という文言を使用する。また同2・後掲・8頁以下、近藤・後掲・289頁以下も同様。

¹⁴ 松浪・後掲・124頁以下では「共同行為ヨリ成ルト説ク者アレトモ所謂共同行為ノ性質分明ナラス」と論じる。松本・後掲・34頁以下では合同行為を「共合行為（ゲザムトアクト）」と呼称し、単独行為が競合するのみ、と論じる。また同2・後掲・122頁以下では合同行為を共合行為または合同行為と呼称し、やはりこの概念は分明でない、と論じている（なお引用は旧字体は新字体にした。その他表現不能な漢字等は適当なものを当てた。以下に同じ）。同様に岡野・後掲・12頁も合同行為は単独行為の競合と解している。

15、もしくは単独行為の集合である¹⁶。また契約説も存在した。

合同行為論採用の是非にかかわらず、学説継受当初は、合同行為に相当する法律用語の名称が一定しておらず、学者によって用語も様々だった（詳しくは脚注でも言及している）。

恐らく、ビンディングから学説継受した者が多いと推測される公法系学者、例えば美濃部博士は協定行為 *Vereinbarung, Gesamttakt* と記述し、また私法系学者である川名博士や鳩山博士等も合同行為といたり、協定行為といたりしている。もっとも私法学者の多くはクンツェの *Gesamttakt* 論からの継受が多いようである。この *Gesamttakt* の訳語は一定しておらず、合同行為（鳩山、石坂、仁井田、松本、菅原、穂積、近藤）、共同行為（鳩山、松浪、中島）、共合行為（松本）等、多様な邦訳が用いられた。

少なくとも私法系学者において邦訳が固定されたのは、鳩山博士以後である。同博士は共同行為または合同行為は協定行為ともいうと記述し、その弟子の我妻博士は合同行為（協定行為）と記述した（1930年）¹⁷。

その後の有力私法学者は概ね、この記述に倣った。例えば、柚木馨博士や松坂佐一博士が「合同行為または協定行為」（*Gesamttakt*）と我妻博士と同様の表現をし¹⁸、行政法学者である田中二郎博士も「公法上の合同行為又は協定」と記述している¹⁹。また我妻博士以後、合同行為概念の是非にまつわる議論は衰退し、否定論はまれに散見される程度である（とはいっても有力学者による反対説もある）²⁰。

¹⁵ 川名・後掲・189-190頁。私法学者には珍しく、合同行為についてビンディングの提唱した協定の語を用いている。

¹⁶ 中島・後掲・450以下。中島博士は共同行為の語を用いつつ、*Gesamttakt* でなく、*Vereinbarung* のドイツ語訳を当てている。直訳するとすれば、前者を当てるべきだろう。

¹⁷ 我妻1・後掲・244頁。

¹⁸ 柚木・後掲・12頁、松坂・後掲・191-192頁。

¹⁹ 田中1・後掲・253頁。

²⁰ 有力学者による反対説も存在した。近時契約説を採った四宮・後掲・144頁

ともあれ我妻博士以後は概ね合同行為の用語が定着し、現在に至っている²¹。

以上の学説史より注意喚起すべきことは、ドイツ学説史やそれらを継受した鳩山博士や我妻博士等の学者が表現した如く、合同行為 Gesamttakt と協定 Vereinbarung は同じ意味で用いられているということである。したがって、この用法に従えば、法令中に「協定」の文言がある法律行為の性質は合同行為であると基本的には解すべきことになりうる。

第2款 合同行為とその他法律行為との区別

合同行為を他の法律行為と区別する基準を明確かつ詳細にのべた初めの学者は岡松博士である²²。だが現在の通説となっている分類基準は穂積（重）博士の見解だといってよい。同博士は「法律行為分類の標準たる意思表示の状態については、第一点として意思表示の数が一個で足りるか数個を要するか、第二点として意思表示が二個以上の場合に其方向が同一か否か」だとし、「単独行為と合同行為

であるが、それでも一般の契約とは異なる、とする。鈴木・後掲・195頁は、社団法人設立においても利害対立がある点で契約であると論じ、一部の者の意思表示の無効があっても、できるだけ予定された効力を生じさせるべきである点で一般の契約と異なるにすぎないと論じる。

²¹ 田島・後掲・222頁以下、田中2・後掲・100頁、また同1・後掲・253-254頁、川島・後掲・159頁以下、於保・後掲・161-162頁、遠藤他・後掲・144頁、山田他・後掲・106頁、内田・後掲・342頁。

²² 岡松・後掲・86-88頁における契約と合同行為との分類基準は以下の通りである。①合同行為は団体関係に関して行われる。②契約は意思表示が対向するのに対し、合同行為は意思表示の合同を目的とし、ゆえに意思表示が並立する。したがって元来、その意思表示は同時になされるべきである。

前半部分は現代でも異論がほとんどない。

次に岡松・後掲・88-90頁における単独行為との区別については以下の通りである。①合同行為は独立した数個の意思表示を要する。②共同行為（共同の解約告知や地役権設定等）は共同の総和が1個の意思表示であるのに対し、合同行為は総和によって効果を生じるのではなく、意思表示が結合して合同的意思表示を構成する。

とは第一点」の基準によって分類し、「契約と合同行為とは第二点」の基準で分類する²³。また合同行為は当事者にとって同一の意義を有することも基準としてあげる²⁴。

穂積博士以前の学者も以後の学者も概ね同趣旨を論じており、この基準が伝統的通説であるといつてよい。

このような通説的見解に対しては川島博士による以下のような有力説も存在する。

「契約を構成する一つ意思表示が効力を生じない場合には、他もまた効力を生じないのを原則とするが（組合が「契約」であるのは、組合員一人一人の権利義務が契約の重要な要素を構成し、そのゆえにその中の一人の意思表示の無効取消が原則として組合の同一性に影響する、と見るべきだからであろう²⁵）、合同行為においては、たとえ一つ意思表示が効力を生じなくても、残る他の意思表示によってその共通の目的たる権利義務の変動を生ぜしめることを必然的に妨げるわけのものではなく、問題はむしろ当該の行為の「共同性」が害せられたかどうかにあるであろう」²⁶。

以上について検討すると、合同行為とその他の法律行為を分類する基準は概ね通説によることを妥当とすべきであるが、合同行為の特徴の一つとして1人の意思表示の無効・取消等が合同行為全体の無効・取消を必ずしも伴わないこともあげてよいだろう。ただしこの特徴は合同的単独行為（本来は法律行為の成立要件として必要的に複数人によることを必要せず、単独行為であるが、ある場合において偶然的に複数人によって行われる単独行為）にもあてはまるので合同行為特有の特徴ではないことにも注意すべきである。なぜ注

²³ 穂積・後掲・287頁。

²⁴ 穂積・後掲・289頁。岡松・後掲・85-86頁は決議では各自にとってその意義を異にするので、区別標準とはならないと論じるが、穂積・後掲・290頁は少数者の付随した効果意思が多数者の意思表示に適応すると説明する。

²⁵ なお組合契約は通説では合同行為に分類される。

²⁶ 川島・後掲・161頁。

意すべきかといえ、合同行為と合同的単独行為を区別する以上、その分類基準から演繹的に導き出される何らかの効果等の違いが見いだされなければ、実益のない分類になるからである。

第3款 合同行為概念の実益

単独行為と契約に続く、第3の概念として合同行為を観念することの実益については幾つかの点を挙げるができる。

第1に、合同行為には対立する相手方が存在せず、複数人の意思表示が並行しているので、その必然的な結果として、後にある当事者の意思表示が無効となった場合でも、当然に残る意思表示が無効とはされない。この指摘は川島博士を嚆矢とするが、この指摘は伝統的な合同行為概念と馴染むので、現在では合同行為の特徴の一つとして挙げられている²⁷。

ただこの特徴は、上記のような傾向がある程度に解すべきだろう。つまり将来的なある当事者の意思表示の無効が法律行為そのものの成立の無効を必ず招来する訳ではないが、無効とせざるをえない場合もある程度の特徴と解すべきだろう。というわけは、余りこの特徴を重視すると、組合契約等人的結合が強い団体設立行為を合同行為に分類しにくくなるからである（なお我妻博士以来の通説は組合契約を合同行為に分類する²⁸）。

²⁷ 金子宏他編・後掲・「合同行為」。

²⁸ 我妻博士以前は契約説が通説であった。例えば平沼・後掲・283-284頁。末弘・後掲・817-820頁は組合は双務契約であるとし、民法第533条、第534条以下の適用もあると論じる。鳩山3・後掲・664頁は組合を有償契約とし、売買契約の規定の準用（第559条）があるとする。近時契約説を採る学者としては注19に揚げた学者の他にも石田編・後掲・95頁（石田）は組合が民法上、契約に分類されていることを根拠に合同行為概念を疑問視する。石川、尾中・後掲・173頁以下も売買や貸借等とは「同じ契約」でも大分異なる、としつつも契約に分類している。

なお組合を契約に分類する我が国民法に近い立法例はフランス民法典1832条である。同条第1項は「組合(契約)sociétéは、それから生じることのある利益**bénéfice**を分配し、又は節約**économie**の利益を受けることを目的として、

実際、学者の中には「組合が「契約」であるのは、組合員一人一人の権利義務が契約の重要な要素を構成し、そのゆえにその一人の意思表示の無効取消が原則として組合の同一性に影響する、と見るべきだからであろう」とするものもあり²⁹、組合契約を合同行為に分類しない学説も有力である³⁰。

ただ意思表示者1人の事後的無効が必ずしも合同行為そのものの無効を招来しない点は、合同行為と合同的単独行為とを分類する実益を説明することに資すると考える。それは次の理由による。まず合同行為は必ず複数人、つまり必要的に2人以上によって行われ

二又は数人の者が財産 biens 又はその勤労 industrie を共通にすることを合意する契約である。」、と定める（法務大臣官房司法法制調査部編・後掲の訳に拠った）。ただ神戸大学外国法研究会編・仏蘭西民法Ⅳ・後掲・207頁によると、会社契約は当事者の利害対立がなく、目的が一致している点で通常の契約とは異なると解されている。またドイツ民法典第705条も「組合契約により組合員は互いに契約に定めたる方法により共同の目的を達することを促進し、特に合意した出資をする義務を負う」、と定める（東・後掲および神戸大学外国法研究会・獨逸民法Ⅱ・後掲の訳に依拠した）。我が国民法に近い規定である。この点について、我妻2・後掲・757頁は「組合の契約的側面だけに着眼した嫌いがある」、と批判している。なお我妻博士以前にも組合契約は双務契約ではないとする学者は存在した。岡村・後掲・488-490頁は、組合契約は会社契約と同質とし、これを合同行為と解す説にしたがえば、組合契約も合同行為だとし、民法第533条や第534条以下の適用を否定した。合同行為説が有力になったのは我妻博士以降だが我妻2・後掲・757頁以下は岡村教授の見解と類似する。他に遠藤他2・後掲・260-261頁は我妻説に依拠し、組合が有する団体的性格から双務契約や有償契約の通則的規定の中に組合に適用することが不合理であるものが存在することを指摘しつつ、組合契約を合同行為と解する説が有力であると紹介する。他に藤岡他・後掲・195頁（浦川）以下等も同旨であり、現代においても合同行為説が有力であることに変わりはない。

²⁹ 川島・後掲・161頁。同様の指摘は人的会社の設立行為にもあてはまるので、これらを合同行為と解しにくくなる。

³⁰ 確かに組合は、「社団とは違って契約当事者である組合員の個人的立場を無視できない団体性の弱い」ものなので（石川＝尾中・後掲・174頁参照）、ある当事者の意思表示の無効が、組合の自同性に影響を与えやすい。

一方、通説は、組合契約は複数人が組合設立という同一目的の下に団体を設立する行為であり、契約の通則の大半が適用されないのであるから、組合契約を合同行為と解した方が説明が付きやすいとする。

なければならない。したがって2人によって合同行為が行われ、その内1人の意思表示が無効になれば、当該合同行為は必ず無効である。一方、合同的単独行為は本来単独でなしうる意思表示が偶然的に複数人によってなされるのであるから、例えば2人による意思表示の内、1人の意思表示が無効となったとしても必ず法律行為自体が無効になる訳ではない。

例えば、ある家屋甲に持分60%の共有者Aと持分40%のBがいて、Cが甲の賃借人である場合を考えてみる。この場合においてA・Bが共同でCに賃貸借契約解除の意思表示をしたが（管理行為である）、Bの意思表示が何らかの理由で無効となつたとしよう。しかしこの場合においても、Aの持分は過半数であるから、解除の意思表示は無効にならない（民法第252条）。

合同行為概念の実益の第2として、相手方を要する条文の適用、すなわち民法第94条、第108条、そして双務契約に関する規定（同時履行の抗弁権に関する第533条や危険負担に関する第534条ないし第536条）等の適用がない³¹。

例えば第533条の適用がないため当事者の一人の義務の不履行を理由に、自らの義務の履行を拒むことはできない。

また危険負担の適用がないので、例えば、組合において特定物出資等の義務を負う者の責に帰することができない事由により、その義務を履行ができなかった場合も、そのためにその者が履行をしたことにはならない（＝第534条第1項の適用がない）。また組合において労務出資を行う者が後に履行不能となつても、この出資に対応する他の者の義務が消滅することもないし、組合が解散されることもない（＝第536条第1項の適用はない）³²。

³¹ ただし第94条に関しては第1節第2款で前述したように判例は相手方のない単独行為にも同条の適用を認めている。そうすると恐らく判例は同じく相手方のない合同行為に対しても同条の適用を肯定するだろう。

³² 我妻2・後掲・760頁。なお我妻2・後掲・758頁以下では組合契約が合同行為であると論じ、組合に契約の通則が適用されるかを詳細に論じている。以

また団体の場合、例えば組合の場合であって、組合員の何者かが義務を履行しない場合も解除（第541条、第543条）によるのではなく、解散の問題として取扱われることになる³³。

第4款 合同行為概念に関する判例の動向および採用

以上にのべたてきた学説の動向に対して判例・裁判例は合同行為概念に対してどのような態度をとったのか。以下ではこのことに関して一瞥する。

以下に紹介する事例は全て会社設立に関するものである。端的に言って判例は会社設立行為を合同行為と解している（古くからの通説でもある³⁴。なおかつては契約説も有力であり³⁵、また単独行為説³⁶もあった）。

下級審は学説による合同行為概念継受の早期から合同行為概念に親和的な態度を採っていた。例えば、東京地判大正7年4月30日新聞1408号17頁は、定款作成に当たり、会社発起人の内の一部の者が、他の発起人の署名を代理した事案について直接的に合同行為について言及しなかったが、定款作成行為は会社設立の段階で生じ

後、通説的見解となり、その後の文献も大体これに拠っている。例えば藤岡他・後掲・195頁（浦川）。遠藤他2・後掲・261-262頁（幾代通）。

³³ 我妻2・後掲・762頁。

³⁴ 鳩山・後掲・37-38頁、同2・後掲・164-165頁、同3・後掲・10頁、岡松・後掲・74頁、石坂・後掲・1754頁、雉本・後掲・7頁、菅原・後掲・238-239頁、仁井田・後掲・190-191頁、寺尾・後掲・123頁以下（ただし同博士は会社設立行為を合同行為と契約との併合行為だとする）。穂積1・後掲・205頁、我妻3・後掲・227頁、同1・後掲・147頁。松坂・後掲・191頁。

³⁵ 平沼・後掲・285頁、柳川・後掲・126頁、松坂・後掲・124頁以下、青木・後掲・27頁以下、片山・後掲・133頁。近時の学者としては鈴木・後掲・195頁。

³⁶ 松本2・後掲・124頁以下、同1・後掲・35-36頁は、定款作成過程で生じる契約と作成行為そのものを区別し、次のように論じる。定款作成行為は寄付行為と同じく単独行為が競合したものである。定款作成行為は偶然的に法律行為の性質上、2人以上にならざるをえないだけである。そのように解さなければ、財団設立と社団設立とで設立行為の性質を異にする不具合が生ずる。同様に定款作成行為を単独行為と解するものとして、岡野・後掲・12頁がある。

る組合契約とは別種の会社設立を目的とする法律行為であり、定款署名行為は相手方の受領を要しない意思表示であるから、民法第108条（自己契約及び双方代理の禁止）の適用は無いとした（一方で大阪控判大正7年2月21日新聞3188号17頁は、定款への署名を単独行為と解した。ただし東京地判大正7年4月30日判決と同様に民法第108条の適用を否定している。なお学説でも鳩山博士を筆頭に合同行為について第108条の適用を否定するものが多かった³⁷⁾）。

大審院において合同行為概念が正面から問題とされたのは大判大正8年3月19日刑録25輯319頁においてである。事例は以下のような刑事事件である。

数名の被告人が共謀して、真実には会社設立の意思がないにもかかわらず、内容虚偽の定款を作成し、登記官に会社設立登記をさせた。以上の事実により公正証書原本不実記載罪（刑法第157条）に問われた。

本事件の上告理由では以下のようなことが申し立てられた。定款作成行為は合同行為であり、相手がない定款作成行為では通謀虚偽表示（民法第94条）の適用を受けず、会社設立は無効とはならない。

これに対し、判決は合同行為論には言及せず³⁸⁾、会社設立行為自体は以上の事実においても有効であると判示した。また定款作成行為に対して民法第93条の適用も認めた。

したがって会社設立意思のないことを定款作成者自身も知っていても、会社設立行為の成立が妨げられることはない。

大審院が初めて合同行為概念を正面から認めたのは大判昭和7年4月19日民集11巻837頁においてであり、それは以下のような事例であった。

Yには担保に供する財産がないので、担保を確保する目的で合資

³⁷⁾ 鳩山・後掲・166頁、我妻・後掲・147頁、近藤・後掲・291頁等。

³⁸⁾ 大正8年判決が合同行為論に触れなかったことと、本事件が刑事事件であったこととは無関係ではないのではないかと。

会社Aを設立し、Yの財産をA社名義に移し、A社をYの連帯保証人にした。これに対し、XはYの定款作成およびA社設立登記は、真に出資および事業遂行をする意思が無く、無効であると主張した。

これに対して大審院はA社設立行為である定款作成は合同行為であるとし、合同行為は相手方がない行為であるから民法第94条の適用は無いとした³⁹。一方で心裡留保（民法第93条）は相手方に対する意思表示である必要はないので、その適用を肯定した。

以上の通り、判例は合同行為概念を肯定しており、少なくとも民法第94条、第108条等の相手方を必要とする規定の適用がないとしている。この観点から必ずしも相手方を必要とはしない第93条の適用は肯定している。

以上、合同行為論に関する学説および判例を一瞥してきた。以上を踏まえると、建築協定は法律行為の何れに分類されるべきであろうか。

第2章 建築協定は何れの法律行為に分類されるべきか

第1節 建築「協定」=合同行為か

これまで合同行為論に関する学説史および判例・裁判例を一瞥し、合同行為とその他法律行為との分類基準および分類の実益について論じてきた。以上を踏まえて、建築協定が何れの法律行為に分類されるべきか。

まず学説史におけるドイツ合同行為論の始祖の一人であるビンディングが北ドイツ連邦憲法の制定行為を *Vereinbarung* (=協定) と解し、これを我が国法学者が、クンツェの *Gesammtakt* (=合同行為) 論も併せて継受し、合同行為に当たる法律行為を協定行為とか合同行為と名付けたのであった。そうした経緯からすると、建築協定が「協定」という文言を使用していることから、素直に建築協定

³⁹ なお我妻・後掲・147頁は判例のこの部分には反対している。

は合同行為と解してもよいとも考えられる。

ただビンディングの協定行為論は憲法制定行為を協定行為（＝合同行為）と解したのだった。しかし果たして憲法制定行為は政府と国民による合同行為といえるだろうか。思うに、我が国憲法についていえば、そのように解することはできないと考える。むしろ憲法制定行為は政府と国民との契約であろう。なぜならば、憲法は国民に国に対する様々な人権を認めるが、一方で勤労の義務（第 27 条）、納税の義務（第 30 条）等の義務をも定めている。したがって同一の目的に向かった意思表示が並行し、各当事者に同じ意義を有する、というよりも対立する意思表示の合致、すなわち契約と解した方が妥当である。したがってやはり建築協定が合同行為であるか否かは合同行為生成史から導かれる文言によってのみ判断するのではなく、建築協定の成立手続、効果より判断しなければならない。

第2節 建築協定の法律行為上の分類に関する学説の整理

「協定」という文言から直ちに建築協定を合同行為と解することができない以上、建築協定の法律行為上の分類に関する学説の整理が必要である。

第 1 款 単独行為説

接した文献の範囲においては、単独行為説の提唱者は存在しない。しかしなりたちえない見解でもない。というわけは建築協定制度には、事後的に挿入された制度ではあるが、一人建築協定が認められているからである（建築基準法第 76 条の 3）。したがって本来、建築協定締結は単独で可能な法律行為であり、締結行為が複数人で行われた場合であっても、単独行為が競合したにすぎず、したがって建築協定締結行為は合同的単独行為である、という解釈も成り立ちえない訳ではない。

第2款 契約説

第1目 学説の紹介

建築協定を契約と解する説には以下のような見解が存在する。なお政府解釈では建築協定は特定行政庁の認可を受けることによって成立する自主的権利制限の申し合わせであるので、公法上の権利制限ではなく、自主的規制の範囲をはず、私法的契約であると解する。したがって建築協定は建築確認（建築基準法第6条）の対象とならず、また建築協定違反建築物についても建築基準法第9条における是正措置の対象にならない。したがって工事停止や是正命令等の行政処分を行うことはできないとする⁴⁰。

学説における契約説には少なくとも以下のように様々な見解がある。

第1の見解は、建築協定の締結主体が住民でなく、土地所有権者等に限定されており、その限定された主体が協定を結び建築物を規制するので、分譲業者と購入者あるいは購入者相互間で締結する建築行使制限契約であるとするものである⁴¹。

第2の見解は、建築協定が合同行為か契約かは言葉遣いの問題であって、実質的に立法的契約であるとする。すなわち建築協定を既存の法カテゴリーにあてはめるならば、一種の合同行為とよぶことが最も近いであろうが、合同行為か契約かという争いは単に言葉遣いの問題ともいえる。建築協定を「立法的契約」と呼んでも実質的には同じであるとする⁴²。

第3の見解は、社団設立行為を合同行為とし、組合契約を契約と区別する学説を前提とした上で建築協定を契約と解するものである⁴³。

ここで社団設立行為を合同行為とし、組合契約を契約に分類した学者は川島博士であり、同博士は、ある法律行為が社団設立か組合

⁴⁰ 建設省建築指導課長・後掲・「建築協定」、鈴木（克）・後掲・8-9頁。

⁴¹ 玉田・後掲・32頁。

⁴² 磯部・後掲・21頁。

⁴³ 森田・後掲・3頁。

契約かの判断基準として以下の3つの基準を挙げた。

(1) (a) 構成員相互の関係を定める内部規則が、特定の具体的な諸個人を当事者とする契約という形態をとっているか、あるいは(b) 具体的な諸個人を特定せずに一般的規定(定款)の形態をとっているか。そして定款という形態をとっている場合、構成員の加入脱退を予定しているか⁴⁴。

(2) (a) 業務執行が具体的な構成員に帰属しているか、(b) 一定の方法で選任されることが規定されているか。

(3) (a) 業務執行に関して業務執行組員が存在するか、(b) それと並んで総会が設けられ、業務執行の監督をすることが予定されているか。

以上の(1)(2)(3)の基準に関して前者(= (a))であれば組合(= その設立は契約)、後者(= (b))なら社団(= その設立は合同行為)とし、そしてさらに以下のように付言する。「組合においては構成員が少数で固定しているのに対し、社団においては構成員が多数で固定性が少ない(或いは、ない)のが通常である。」。

この第3の見解は川島博士の上記基準の(1)を援用する。すなわち建築基準法第70条第1項および第2項を引用し、次のように論じる。

「建築協定による人的結合体は、原則論的には、民法上の組合的なもの--契約=結合体的なもの--であると、把握されていようように考えられる。」。

上記見解を敷衍すると以下のような趣旨であると思われる。すなわち建築基準法第70条第1項にいう「建築協定を締結しようとする土地の所有者等」が「建築協定書を作成し」、第2項において、その「建築協定書については、土地の所有者等の全員の合意」を必要としている点をもって「特定の具体的な諸個人を当事者とする契約という形態を採っている」、ということである。

⁴⁴ 川島・後掲・138-139頁。

第4の見解は、建築協定は、各人の自発的な意思にもとづいて締結されるものであり、それゆえに契約としてあつかわれざるをえないとするものである。この見解はこのような契約を締結した以上、当事者は共通の規範を遵守するという身分 status に持続的にとどめ置かれるので、取引契約の当事者とは違い、団体的、関係設定的側面を持つと論じる⁴⁵。

第5の見解は、対人的な建築権行使を規制対象とする土地所有者等全員による私人間合意による建築協定締結においては「当事者に「契約」を認識する基準としての「反対方向の意思の合致」がある」のであり、協定内容の履行強制は当事者の合意によって裏付けられる契約の一種であるとする⁴⁶。

この他にも建築協定を行政契約の特殊類型とする見解もある。というわけは建築協定は私的利益の追求ではなく、公共利益の実現にあり、かつ地方公共団体や特定行政庁が建築協定条例の制定および建築協定の認可という行為を通じて1当事者として建築協定締結に参加するからである。そしてこれによって建築協定は公法上の権利義務を形成し、地方公共団体あるいは特定行政庁は協定内容を順守する債務を負担するとする⁴⁷。

第2目 契約説の整理

前目において、建築協定を契約と解する説を紹介した。そこで次の作業としてさらに進んで、単に学説を列挙するのではなく、これらの学説を多少整理しようと思う。というわけは契約説の中には、合同行為との成立・効果上の差異を意識して両者を峻別しているとは考えられない説が混在しているように見えるからである。したがって整理の必要がある。

まず政府解釈は建築協定が私法的契約とする。それゆえに建築協

⁴⁵ 長谷川・後掲・54頁。

⁴⁶ 長谷川（義）・後掲・90頁。

⁴⁷ 長谷川（義）・後掲・88頁によった。

定は建築確認や協定違反建築物における是正措置の対象とならないとする。しかしここでいう建築協定の効力は契約か合同行為かとは無関係である。建築協定を合同行為と解しても同様の結論は採りうる。

それから前目で紹介した第2の見解は建築協定が合同行為か契約かは言葉遣いの問題だとする。そうであるのなら、建築協定締結を契約と合同行為の何れに分類しても問題はあるまい。したがって、この説も契約と合同行為の成立・効果上の差異を意識した見解ではない。

第4の見解は各人の自発的な意思にもとづいて締結されるものであるゆえに契約としてあつかわれざるをえないとする。しかし法律行為が当事者の自発的な意思により行われるのは社団設立、定款作成、組合設立等のほとんどの合同行為も同じである。したがってこの説も契約と合同行為の成立上の差異を意識してのべられたものではない。しかも同見解は、当事者は共通の規範を遵守するという身分に持続的にとどめ置かれるので、取引契約の当事者とは違い、団体的、関係設定的側面を持つと論じており、むしろ合同行為説に親和的な見解をのべている。

上記のように整理すると、少なくとも建築協定が契約か合同行為かという大きな分類について検討するにおいて上記見解を除外してよい。

そうすると残るのは、第1の見解、第3の見解、それから建築協定を行政契約と解する見解である。

第1の見解は、建築協定が分譲業者と購入者または購入者相互間での建築行使制限契約だとする（なお建築協定の締結主体が土地所有権者等に限られることも契約説の根拠とするが、合同行為との区別の観点からすれば無関係であろう。というわけは合同行為は必要的に当事者が複数人であることを要するが、その当事者が限定されているかどうかは合同行為かどうかの判断基準ではないからである）。

要するに第1の見解は、協定締結者が相互的に権利・義務を負っていると理解し、契約説を採るのだと考えられる。

次に第3の見解は、契約であれば、構成員相互の関係を定める内部規則が、特定の具体的な諸個人を当事者とする契約という形態をとっており、合同行為であれば、具体的な諸個人を特定せずに一般的規定（定款）の形態をとり、かつ定款形態をとる場合、構成員の加入脱退を予定している、という判断基準から、建築協定を契約に分類する。

要するに第3の見解は、具体的構成員が内部規則を作る場合には、各当事者が相互的な権利・義務を負うのであり、したがって契約であると解しているように思える。そのように理解してよいとすれば、第3の見解ののべるところは第1の見解と大差がない。

第5の見解は、建築協定締結においては「当事者に「契約」を認識する基準としての「反対方向の意思の合致」がある」のであり、契約の一種であるとするとする。

しかしこの説明の中で「契約」という文言を使用しているため、建築協定は契約だから契約であるといっているに等しく、建築協定が契約か合同行為かに対する解答にはならない。ただ建築協定に反対方向の意思の合致がある、とする点では契約か合同行為かの区別を意識しているとはいえる。しかしこの点は第1と第3の見解も意識しており、特に注目する必要はない。

最後に建築協定を行政契約の特殊類型とする見解は、要するに土地所有者等だけでなく、地方公共団体あるいは特定行政庁も法律行為の当事者に含まれるか否かで、これを前者に解し、土地所有者等と公的機関との対抗する意思表示の合致が存在すると理解しているようにみえる。

以上の通りだと結局、前目でのべた契約説の内、真実、建築協定締結行為が契約か合同行為かについて対立する部分は以下の通りであると整理できる。

- ① 建築協定締結行為は（具体的）協定締結者が相互的に権利・義務を負うので契約である。
- ② 建築協定締結行為の当事者は土地所有者等と公的機関による契約である。

一応、契約説を上記のように整理し、次に建築協定を合同行為と解する見解の検討に移る。

第3款 合同行為説

第1目 学説の紹介

建築協定締結行為を合同行為契約と解する説には以下のような見解が存在する。

まず第1の見解は、荒秀教授の見解であり、合同行為説の嚆矢であるから詳説する。その見解は次の通りである。建築協定が公共組合的性格をもち、また建築基準法に根拠を持ち、条例で建築協定を定めることを認められた上で（建築基準法第69条）、縦覧・公告等の手続を経ることからして（第71条）、一種の規範制定行為であり、公法上の合同行為である。

なお公法上の合同行為とは合同行為の一種の下位分類であり、この概念について荒教授は田中二郎博士に依拠している⁴⁸。田中博士によると、公法上の合同行為とは次のようなものである。

「合同行為は、多数の当事者の同一方向の意思の合致により一つの法律的效果を生ずる場合をいい、数町村が共同して町村組合を設け、数公共組合が共同して公共組合連合会を設ける場合の如し」であり⁴⁹、「この行為がなされたときは、個々の当事者の無能力、錯誤、その他意思の欠缺を理由としてその無効又は取消を主張することを得ず、且つ、直接この行為に関与した者のみならず、その後、これに

⁴⁸ ここまでの記述は荒・後掲・47-49頁。また小宮他編・後掲・546-548頁（荒）や荒2・後掲・167頁以下。

⁴⁹ 田中2・行政法・上巻・後掲・100頁注2。

関与するに至った者も等しくこれを拘束し、また、正当の手續によつてこれを改正したときは、それは当然にすべての関係者をこれによつて拘束するがごときである」⁵⁰。

要するに公法上の合同行為とは、合同行為の内、公共団体等が共同してより上位の団体設立の意思表示をするような場合が典型であり、そのような行為がなされた場合、個々の当事者の何らかの理由による意思表示の無効が直ちに合同行為全体の無効を必ずしも招来せず、また後に合同行為に加わった者も拘束するものだとして理解してよいだろう。締結主体を除いて、特に私法上の合同行為と異なる差異はないように思える。

荒教授によると、建築協定は上記の要件をほとんど満たすという。というわけは建築協定は公共組合の名称を用いていないが、それと同質に扱って良いからである。国や地方行政が行う事務を住民に行わせる点で公共組合と変わらないので、設立強制の規定がないからといって、公共組合に入らないとはいえないと論じ、そうである以上、国家的公権力を多かれ少なかれ持つ、と論じる。

なお荒教授の上記見解によると、公法上の合同行為かどうかの判断基準において設立が強制されているかどうかを意識するようであるが、これは美濃部博士の公法上の合同行為概念に依拠したものである。

美濃部博士によると「行政上ノ協定行為〔＝合同行為〕ハ時トシテハ一人相互ノ間ニモ行ハルコトアリ、例ヘハ私人ノ協議ニ依リテ公共組合ヲ設立スル場合ノ如シ」⁵¹であり、「其の設立又は社員ノ加入が強制せられて居ること、或る限度に於いて国家的公権が与へられて居ること、解散が自由ならざること、国家の特別の監督に服すること等の諸点に於いて私法人と異つた特色を有」⁵²する。

⁵⁰ 田中・行政法総論・後掲・253-254頁。

⁵¹ 美濃部・後掲・187頁。

⁵² 美濃部2・後掲・102頁。

第2の見解は、基本的には荒教授の見解を支持するもので、要するに、建築協定は同一の方向を目指すという点で合同行為の性格をもち、協定締結者間で権利義務をもち、建築協定条例と一体化した準条例的性格をもつとする⁵³。

第3の見解は、建築協定違反により損なわれるのは地域環境という共通の利益であって、特定協定締結者に特定損害が発生するものではなく、私法上の契約にみられる対価的構造がないので、宣言的な紳士協定に近いとする⁵⁴。

この見解は合同行為という文言を用いないが、協定は沿革的に合同行為と同義に用いられたのであり、また上記見解の内容には共通利益実現という同一目的に向かう意思表示が存在すると解する言説が含まれているから、合同行為説の1つに数えてもよいだろう。

第4の見解は建築協定締結を行政契約とする説に対する反対説であり、その見解は次の通りである。まず建築協定の締結主体に行政主体ないし行政機関が含まれることを否定する。というわけは、行政契約も契約であるから、契約といえるためには契約当事者の反対方向の意思表示の合致がなければならないからである。しかし建築協定締結の場合、協定参加者間に同一方向に向けられた意思の合致があるのであり、合同行為と位置付けることが自然である⁵⁵。

他にも合同行為説をとる見解はあるが、省略する⁵⁶。

第2目 合同行為説の整理

建築協定締結行為を合同行為と解する説も整理の必要がある。なぜ整理の必要があるかという点、それは合同行為説の中には建築協

⁵³ 亀田・後掲・15頁。

⁵⁴ 伊藤＝中舎・後掲・231頁。他に石井・後掲・289頁。

⁵⁵ 碓井・後掲・54頁。

⁵⁶ 遠藤、成田編・後掲・126頁（西谷剛）も「裁判所へ出訴するにしても、建築協定のような複数当事者の合同行為」と論じるが、建築協定締結を合同行為に分類する根拠は不明である。

定締結行為が合同行為か契約かどうかという大分類のレベルで論じてはならない問題が含まれているように思われるし、別々の説として検討する必要がないと思われる見解も混在するからである。

まず建築協定締結行為を合同行為と解する第1の見解を端的に要約すると以下の通りであった。建築協定締結行為は、多数当事者が手続的に公法的・公共的性質をもつ建築協定という規範制定に向けた同一目的・同一方向の意思を合致させる公法上の合同行為だとする。

ここで注意すべきは建築協定締結行為が公法上の合同行為か私法上の合同行為かという議論は建築協定締結行為が合同行為に分類された後でなされるべき下位分類のレベルにおける議論であるということである。したがって少なくとも建築協定締結行為が合同行為か契約かという議論のレベルでは俎上に載せるべきではない。

そうするとこの次元における第1の見解の要点は、建築協定は公法的・公共的規範制定行為であり、当事者の意思表示はこの規範制定という同一目的・方向に向けられているので、建築協定締結行為は合同行為であるということである。

ここで恐らくは第1の見解は、規範制定＝合同行為と解しているわけではないだろう。というわけは規範制定ということだけが根拠であれば、契約における約款等契約事項の作成も当事者間にとっては規範制定行為であり、合同行為に分類されるからである。そういう帰結を意図してはいないだろう。したがって公法的・公共的規範であるという点に重点があるのだと思われる。

このように解釈すると、第3の見解も同旨だと理解してよいだろう。というわけは第3の見解は建築協定が地域環境悪化防止という共通利益実現という同一目的に向かった意思表示の合致がある紳士協定だと解するからである。この見解でも共通利益＝公共利益実現という目的が重視されている。また第2の見解は基本的に第1の見解を支持するものであるから、別に検討する必要はないだろう。なお第2の見解は建築協定締結行為を建築協定条例と一体化した準条

例制定行為と解しているが、条例制定行為であれば、直ちに合同行為といえるかどうかについては別途検討する必要があるだろうから、少なくともここで論じるべきではない。

最後に第4の見解であるが、この見解は土地所有者以外に特定行政庁も建築協定締結行為の当事者に含める建築協定締結行為＝行政契約説を否定し、当事者は土地所有者等だけであって、これらの当事者の同一方向の意思表示の合致があるとするもので、他の合同行為説と異なることはない。そうすると建築協定締結行為が合同行為か契約かという大分類において契約説と対立する部分は以下の点に絞られる。

- ① 建築協定締結行為は土地所有者等が公法的・公共的規範制定という同一目的・方向をもつ意思表示をする合同行為である。
- ② 建築協定締結主体は土地所有者等のみであり、特定行政庁等は含まれない。

上記①②はそれぞれ「契約説の整理」（本章第2節第2款第2目）で論点整理した①②に対応している。

第3節 検討および小結

前節において建築協定締結行為に関する契約説および合同行為説を紹介および整理した。そこで浮き彫りになった争点は以下の点である。

- ① 契約説は、建築協定締結行為は（具体的）協定締結者が相互的に権利・義務を負うので契約であるのに対して、合同行為説は建築協定締結行為は土地所有者等が公法的・公共的規範制定という同一目的・方向をもち、意思表示する合同行為であるとする。
- ② 契約説の中には、建築協定締結行為の当事者は土地所有者等と

公的機関であるとするものがあるのに対して、合同行為説は建築協定締結主体は土地所有者等のみであり、特定行政庁等は含まれないとする。

整理すると、以上の①②において契約説と合同行為説が対立しているのだといえる。このことについてどのように解するべきか。その前に、提唱者は見当たらないものの、単独行為説も理論上はありえることも指摘したが、このことについても一応は言及する必要があるだろう。

まず建築協定締結行為が単独行為に分類されることがありうるであれば、それは建築協定締結行為が合同的単独行為に分類される場合である。というわけはこうである。建築基準法制定当初は土地所有者等全員の同意を必要としたために（同第 70 条第 3 項）、ほとんど締結されてこなかったもので、1976 年（昭和 51 年）に建築協定制度に一人協定制度（建築基準法第 76 条の 3）が挿入されたのであった。そうすると一応は建築協定を単独でも定めることができるようになったともいえ、建築協定締結行為の法律行為論上の分類が変化したといえるかもしれない。

しかしながら建築協定が必ず複数人によって締結されるという性質は一人建築協定追加後も変化したとはいえない。というわけはこうである。まず一人建築協定制度が想定する場面は宅地開発業者がまず一人建築協定を締結し、これによって協定地域に生じる対世効（第 75 条）によって新入居者にもその効力が及ぶ、というものである⁵⁷。したがって当初の建築協定参加者は宅地開発業者等 1 人であっても、事後的に複数人になる。このことは建築基準法上も当然の前提とされており、一人建築協定認可後 3 年以内に建築協定区域内に 2 人以上の土地所有者等が存しなければ、建築協定は発効しないとされている（第 76 条の 3 第 5 項）。

⁵⁷ 鈴木（克）・後掲・9 頁以下。

以上の点から一人建築協定を考慮したとしても、建築協定締結行為は合同的単独行為ではありえない。なお合同行為においては必ず当事者が同時に意思表示をしなければならないものではない。合同行為にも下位分類があり、学者によると、決議や選挙等意思表示が同時になされる集合行為と後の参加が可能である会社設立行為等の結合行為がある⁵⁸。

仮に建築協定締結行為を合同行為に分類するとすれば、結合行為に分類されることになる。

そうすると、以上の通り、単独行為説は採りえないから、残る問題は、建築協定締結行為は契約か合同行為かの何れかということになる。まず①の論点について、契約説は（具体的）協定締結者が相互的に権利・義務を負うので契約であるという。しかしながら契約か合同行為かという分類は、前者では当事者が具体的であり、合同行為であれば具体的ではなく、没個性的である、というものではない。

またこの点における契約説の主な主唱者は、前述した通り、主に川島博士の組合か社団かの分類基準に依拠した上で、これを契約か合同行為かの分類基準に転用している（第2節第1款第1目。なお川島博士は組合を契約に分類する）。しかし元となる川島説は契約か合同行為かの基準を論じたものではない。

ただ川島博士が指摘した以下の点には一言しておく必要がある。すなわち合同行為は1人の意思表示の無効が合同行為そのものの無効を必ずしも招来しないが、（仮に組合を契約に分類したとして）組合は組合員一人一人の権利義務が契約の重要な要素を構成するがゆえに1人の意思表示の無効取消が原則として組合の同一性に影響する、という指摘である（第1章第3節第2款）。

つまり次のようにいえよう。ある法律行為の当事者が具体的であるとしよう。そうであれば、契約が対抗する意思表示の合致であり、

⁵⁸ 岡松・後掲・96頁、於保・後掲・161-162頁。

一方当事者の意思表示の無効取消が法律行為そのものの無効を招来するのと同様に、その法律行為の無効を招来しやすいので、契約に分類すべきである。一方で、合同行為は必ずしもそうではないということである。

しかしながら前述した通り、上記基準は契約か合同行為かの基準というよりは大体の傾向というべきものであって、当事者が具体的であると、必ず契約に分類される、とはいえないだろう（第1章第3節第3款）。実際、建築協定の当事者は具体的であるといっても、協定者数が100人であっても小規模だとされるのであり⁵⁹、個別当事者が契約の重要な要素を構成する（＝その意思表示の無効・取消が法律行為全体に影響する）程、少人数とはいえないのではないか。なお何者かの意思表示が無効取消になっても建築協定そのものは虫食いの的に成立する。

次に建築協定が当事者間に相互的に権利義務を生じさせるかどうかである。この点に関しては、建築協定が地域内の建築物に対して、敷地、位置、構造、用途、形態、意匠または建築設備に関する同一の制限を定め、その制限の遵守義務は当事者全員に対して同じ効力をもつことから、当事者相互間に対立する権利義務関係を生じさせるものとはいえない。つまり建築協定締結行為は全当事者が各々に同一内容の遵守義務を課す規範制定という同一目的に対して並行した同一方向の意思表示をするものであると解するべきであり、したがって合同行為である。

しかしながら契約説と合同行為説の②の論点について行政主体を当事者に含めると様相が変わってくる。というわけは、建築協定区域土地所有者等は協定を遵守する義務を負い、行政主体はこれを遵守させる（あるいは遵守させるように努める）義務を負うという構図になる可能性があるためである。そうすると行政主体とそれ以外の相手方との対立する意思表示の合致という構図になり、建築協

⁵⁹ 鈴木（克）・後掲・140頁。

定締結行為を契約（特に行政契約）と解すべきことになる。

この点については、行政主体は協定締結の当事者ではないと考える。というわけは、行政主体を当事者に含める見解は、建築協定の認可手続き（第70条以下）から行政主体を建築協定の当事者に含めるけれども、この点の行政主体の関与は、建築基準法上の建築協定が対世効をもつゆえに土地所有者等だけでは、完全にはなしえない意思表示を補完するものであって、その位置づけは私法上でいえば、制限行為能力者に対する保護機関の同意（民法第5条、第13条、第17条等）に類似すると考えられるからである⁶⁰。

以上により、建築協定締結行為は建築協定区域内の土地所有者等による合同行為であり、特に結合行為であると分類すべきである。

これで一応、建築協定締結行為が契約か合同行為かとう大分類について結論をだせた。次に検討すべきは、建築協定の実効性確保に関する議論である。契約説にせよ合同行為説にせよ、その主眼としたところはこの点にあったものと考えられる。例えば、建築協定が建築確認事項に含まれるか、また協定違反建築物は行政上の是正措置命令の対象となるか、または民事裁判によってのみ違反を是正しうるかどうかなどである。ただ思うに、これらの論点は建築協定が契約か合同行為かによって直ちに演繹的に導かれるものではない。したがって次章では契約説か合同行為説かを問わず、各説の意図するところを慎重に検討する必要があるだろう。そうではあるけれども、出発点としての建築協定の法律行為論上の分類は後の議論に対して必ず何らかの効果をもってくるはずである。

-参考文献-

青木徹二『商法總論 全』（有斐閣書房、1909年）。

東季彦『全譯獨逸民法』（有斐閣、1930年）。

⁶⁰ 確井・後掲・53頁は特定行政庁を協定の締結当事者に含めることに反対する。長谷川（義）・後掲・90-91頁も建築協定を私法上の契約とし、特定行政庁を協定の締結当事者に含めない。

荒秀「建築協定の法的性質」ジュリ 490 号（1971 年）44 頁。
同 2「建築協定の法的性質」同『建築基準法論』（ぎょうせい、1976 年）収録。
石井昇「建築協定・緑化協定の性質」成田頼明編『ジュリスト増刊 行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990 年）289 頁。
石川利夫＝尾中普子『債権法講義〔改訂増補〕』（評論社、1996 年）。
石坂音四郎『日本民法債権編第五卷』（有斐閣書房、1916 年）。
石田喜久夫編『民法総則 I』（法律文化社、1985 年）。
磯部力『『都市法学』への試み』成田頼明他『行政法学の諸問題』（有斐閣、1990）。
市川清文、広瀬良一「建築協定—横浜市における経緯と実態」ジュリ 481 号（1971 年）47 頁。
伊藤高義＝中舎寛樹『自治体法学全集 3 自治体私法』（学陽書房、1990 年）。
碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011 年）。
内田貴『民法 I〔第 4 版〕 総則・物権総論』（東京大学出版会、2008 年）。
遠藤浩他『民法(1)総則〔第 4 版増補補訂 3 版〕』（有斐閣、2004 年）。
同他 2『民法(6)契約各論〔第 4 版増補補訂版〕』（有斐閣、2002 年）。
遠藤浩、成田頼明編『建築の法律相談』（有斐閣、1970 年）。
岡野敬次郎『會社法講義案』（中央大学、1926 年）。
於保不二雄『民法総則講義』（有信堂、1966 年）。
岡松参太郎『法律行為論』3 版（有斐閣書房、1922 年、初出 1914 年）。
岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929 年）。
片山義勝『株式會社法論』（中央大学、1917 年）。
金子宏他編『法律学小辞典〔第 4 版補訂版〕』（有斐閣、2008 年）。
亀田健二「建築協定の法的問題—私人間合意と行政との関係についての一考察—」産法 17 卷 1=2 号（1983 年）1 頁。
川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965 年）。
川名兼四郎『日本民法総論』訂正 4 版（金刺芳流堂、1915 年）。

雉本朗造「合名・合資會社の設立行為は廃罷訴権の目的となるや並合名合資會社の社員の持分に對して金銭債權を執行することを得るや（上）」新聞 986 号 6 頁。

建設省建築指導課長編『建築基準法建築士法「事項別」早わかり』（全国加除法令出版、1961 年）。

建設省住宅局監修『詳解建築基準法（改訂版）』（ぎょうせい、1991 年）。

神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（17）仏蘭西民法〔IV〕財産取得法（3）』（有斐閣、1956 年）。

小宮賢一、荒秀、関哲夫『〈特別法コンメンタール〉建築基準法』（第一法規出版、1984 年）。

近藤英吉『註釈日本民法〔總則編〕』（巖松堂書店、1933 年）。

四宮和夫『民法總則 第四版』（弘文堂、1986 年）。

島田信次、関哲夫『建築基準法体系 三訂版』（酒井書店、1978）。

末弘巖太郎『債權各論』（有斐閣、1919 年）。

菅原眷二『日本民法論總則上卷』（弘文堂書房、1924 年）。

鈴木克彦『すぐに役立つ『建築協定』の運営とまちづくり』（鹿島出版会、1992 年）。

鈴木祿弥『民法總則講義 二訂版』（創文社、2003 年）。

田島順『民法總則』（弘文堂書房、1938 年）。

田中二郎『行政法總論』（有斐閣、1957 年）。

同 2『新版行政法上卷全訂第二版』（弘文堂、1974 年）。

玉田弘毅「建築協定の法律的特色」NBL292 号（1983 年）30 頁。

寺尾元彦『會社法提要』（巖松堂書店、1931 年）。

中島玉吉『民法釋義卷之一總則編』（金刺芳流堂、1925 年）。

仁井田益太郎『民法總論第一冊』（有斐閣、1923 年）。

長谷川貴陽史『都士コミュニティと法 建築協定・地区計画による公共空間の形成』（東京大学出版会、2005 年）。

長谷川義仁「建築協定の私法上の意義」近法 61 卷 2=3 号（2013 年）81 頁。

鳩山秀夫『注釈民法全書第二卷法律行為乃至時効』(巖松堂書店、1919年、初出1912年)。

同2『増訂改版日本民法總論』(岩波書店、1931年)。

同3『日本債權法各論』(岩波書店、1922年)。

平沼騏一郎『民法總論』5版(有斐閣書房、1911年)。

藤岡康宏他『民法IV—債權各論〔第3版補訂〕』(有斐閣、2009年)。

法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典 - 物權・債權關係』(法曹会、1982年)。

穂積重遠『改訂民法總論』(有斐閣、1931年)。

同2『債權各論 全 判例並學說 東京帝國大學講義』(出版者不明、出版年不明)。

松坂佐一『民法提要總則〔第三版・増訂〕』(有斐閣、1986年)。

松浪仁一郎『松浪私論改正日本會社法』(有斐閣書房、1914年)。

松本烝治『會社法講義』(巖松堂書店、1920年)。

同2『會社法上卷』(中央大學、1924年)。

三瀨信三『全訂民法總則提要上卷』(有斐閣、1933年)。

美濃部達吉『日本行政法上卷』4版(有斐閣書房、1911年、初出1909年)。

同2『行政法I』(岩波書店、1933年)。

森田寛二「建築協定論そして公法上の契約論 - その建立的基礎についての素描 - (一)」自治研究66巻1号(1990年)3頁。

柳川勝二『商法論綱』(巖松堂書店、1918年)。

山本卓生他『民法I—總則〔第3版補訂〕』(有斐閣、2007年)。

柚木馨『判例民法總論』(有斐閣、1952年)。

吉田邦彦「財団法人の設立を目的とする寄付行為に民法九四條が類推適用された事例(最判昭和56年4月28日民集35巻3号696頁)」

法協100巻4号(1984年)820頁。

我妻栄『新訂民法總則(民法講義I)』(岩波書店、1977年)。

同2『契約各論中卷二(民法講義V₃)』(岩波書店、1962年)。

同3「民法總則」末広巖太郎編『現代法学全集二巻』(日本評論社、

1928年)。

Bekker, *System des Heutigen Pandektenrecht Bd2.*, Weimar, Hermann Böhlau, 1887.

Binding, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes*, Leipzig, Derlog von Dunker und Humblot, 1889.

Kuntze, “Gesamttakt , ein neuer Rechtsbegriff” , *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Jur. Otto Müller zum 14. Mai 1892*, Leipzig, Verlag von Veit und Comp., 1892.

Enneccerus=Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2 Halbband*, Tübingen, J.C.B (Paul Siebeck) Tübingen, 1955.