

建築協定の法的性質と その実効性確保に関する考察(2)

池田雄二

目次

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

(以上、平成26年度)

第4節 建築協定は公法上の合同行為か私法上の合同行為か
序款

第1款 学説

第1目 公法上の合同行為説

第2目 私法上の合同行為説

第2款 裁判例

第3款 検討

序目

第1目 建築協定者集団ないし運営委員会の団体性

- (一) 多数決原理
- (二) 構成員の変更と団体の存続性
- (三) 団体としての主要な点の確定
 - (1) 代表方法
 - (2) 総会運営
 - (3) 財産管理

小結

第1目 個々の協定者の意思表示の無効取消と合同行為の有効性

第2目 合同行為後の当事者に対する拘束性

第3目 建築協定にある程度の国家的公権が与えられているか

- (一) 序論～検討課題
- (二) 建築協定制度の創生
 - (1) 建築基準法以前の建築統制

- (2) 建築法草案起草
- (3) 建築基準法起草
- (4) 法制局における建築基準法案審査
- (5) GHQによる修正勧告
- (6) 国会における建築基準法案審議
 - (Ⅰ) 建築協定の趣旨
 - (Ⅱ) 建築協定の民主性
 - (Ⅲ) 建築協定締結定足数
 - (Ⅳ) 建築協定の法形式

総括

(三) 検討

- (1) 建築協定は条例か
- (2) 補論～建築法草案における協定遵守命令と建築基準法他

第5目 建築協定集団は解散が自由であるか

第6目 建築協定は国家の特別の監督に服しているか

第5節 検討および小結

第4節 建築協定は公法上の合同行為か私法上の合同行為か

序款

前節で建築協定は法律行為の分類上は合同行為であり、その中でも結合行為であるという結論をえた。これは法律行為分類上の大分類であり、さらにこれが公法上の合同行為か私法上の合同行為かの分類をする必要がある。そしてこの論点は同時に建築協定の実効性確保にも関わる。

第1款 学説

第1目 公法上の合同行為説

建築協定締結行為は合同行為とし、建築協定締結行為を公法上

の合同行為とする学者として荒秀教授があげられる。その見解は以下の通りである。

「行政の不完全さが際だって現われる現代行政を見ると、住民、利害関係者自らがそれぞれの必要に応じた規制を行うことは、正に現代行政の原理である民主主義の根源に立ち帰るものであり、かかる規制を単に明文上の根拠がないからとの理由でその法的価値を全く無視することは国民主権の大原則からみれば本末填倒するものと言えよう」。「建築協定は公害防止協定と異なり建築基準法という法律に根拠をもち、更に条例により裏打ちされ、縦覧・公聞の聴聞という民主的手続を経て、更に建築基準法および関係法令・条例との総合性に欠けないか、土地・建築の利用を不当に制限するものでないか、協定制度を設けた目的に合致するか等の観点からの認可制にかからしめられている。また通常の場合には出席議員の過半数の同意で足りるところを建築協定の場合には全員の同意を要するとされているところからみるならばこれを準立法的性格を有するものと見る余地がある」¹。「全員の同意は公法的性格に引きあげるために特に規定されたものとみるべき」であり、沿革をみると、私的自治より相隣関係に任されていたものを漸次、公法的規制に取り込み、それを一律化することは妥当でないので法律・条例が建築協定に委ねたのだから、単なる私法上の契約とはみることはできない。建築協定制度は建築基準法第40条および第41条の条例制定権の再委任である。また立法者も条例と解していた。

さらに前述した通り（第2節第3款）建築協定は公共組合的性格があることも指摘する。なおここでいう公共組合とは国や地方自治体の事務を住民が行うといった公的性質をもつ団体であって、

¹伊藤、中舎編・後掲・231頁でも、建築基準法第75条について、建築協定が行政補完的機能を持ち、準立法的効力を与えられていると指摘する。ただし、何らかの行政処分を認めるには至っていない。

何らかの形で公権力をもつものである。

以上のように論じ、建築協定事項を建築確認事項に含ませても合理的根拠を欠くものではないとする²。

次に亀田教授は荒教授の分析に基本的には賛同しつつ次のように論じる。建築協定は条例と一体のものと解するが、協定事項が客観的具体的でないことがあることに鑑みて第1次的には運営委員会が違反を判断し、第2次的に建築主事が判断すべきである³。

第2目 私法上の合同行為説

建築協定を合同行為と解しつつ公法上の合同行為が建築協定に何らかの公権力的効力を認めるのに対して、これを認めない説を分類上、便宜的に私法上の合同行為説とする。

このような見解にたつ学者として西谷剛教授の以下のような見解をあげることができる。

建築協定は複数当事者による合同行為である。建築協定が行政庁の認可に係る公法上の行為であれば、協定事項が建築確認事項（建築基準法第6条）や違反の場合の是正措置（第9条-第11条）等の行政上の措置が論じられる可能性もある。しかし建築確認は「法律またはこれに基づく命令もしくは条例の規定」（＝建築基準法令の規定。建築基準法第6条第1項によると「この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるもの」）をチェックしようとするものであることが明らかであるから行政上の措置を講ずることはできないし、法が協定違反に関し、「協定違反があった場合の措置」を専ら協定の内容として自主的に定めることとしていることは明らかである（建築基準法第70条）。

以上のように論じて裁判所への出訴は可能であるとするにとど

²荒・後掲・49頁。荒2・後掲・548-551頁。

³亀田・後掲・14-15頁。

まる⁴。なお建築協定を合同行為と解するか契約と解するかにかかわらず、建築協定の効力について同様に解する見解が多数であるといえる⁵。

第2款 裁判例

建築協定が法律行為分類上、何れの法律行為に属するかについて判断した判例・裁判例はない。

ただし神戸地姫路支判平成6年1月31日判タ862号298頁は暴力団組長が建築協定に違反して、3階建て建物を建築しようとし、原告がその除却を求め、仮処分が既に認められている事件について次のように判示し、原告の請求を認容している。

「建築協定はいわば当事者間の自主的規制であって、基準法令そのものではない」。「建築協定は、住宅地の環境を維持改善する等の目的で法令以上の規制を負担しあう当事者間の自主的規制であり、その実現はまずもって当事者の任意の履行により図られるべき」。

建築協定は基準法令ではないのだから、建築確認の対象とはならない。そのため建築協定には公権力的効力はなく、私法上の法律行為だということになる。建築協定締結行為によって各当事者が負う義務の履行は1次的には当事者間の任意的履行により、そ

⁴遠藤、成田編・後掲・125-126頁（西谷剛）。

⁵必ずしも合同行為説を採用していないが西谷教授と同じく裁判所への出訴による違反是正を認めるにとどまる見解に島田、関・後掲・434頁、森田・後掲・5頁、長谷川（貴）・後掲・53-54頁、磯部・後掲・21頁。なお政府解釈は建築協定を私法上の契約としていることについては前述したが（第2章第2節第2款第1目）、建設省住宅局・後掲・897頁も「建築協定は、建築確認の対象となる法令ではないので、違反があっても特定行政庁による是正処分は行われぬ」として準条例的効力を認めない。なお以上の内、石井・後掲・289頁、伊藤＝中舎・後掲・231頁は建築協定が契約であるかについて懐疑的である。市川、広瀬・後掲・51-52頁は特定行政庁に行政的監督手段をもたせるべきであるとする。

れがなされない場合に2次的に裁判に訴えることができる、と解している。

以上で大体、学説、裁判例を概観したので検討に移る。

第3款 検討

序目

建築協定締結行為が私法上の合同行為であるならば、私法上の契約と同様に違反行為の是正は司法的救済によってのみ実現されるにとどまると解さざるをえないだろう。

しかし公法上の合同行為であったならば、必ず公権力的効力を伴うか。繰り返しになるが（詳しくは第2章第3款）、公法上の合同行為はおおむね以下のように理解されている（分析の便宜上、各要素に番号をふる）。

①公法上の合同行為の場合、当事者によって上位の団体設立の目的をもち（学者によっては団体設立または加入が法律上要求されているという要素をあげるものもある）、②合同行為がなされると個々の当事者の無能力、錯誤、意思欠缺を理由に合同行為の無効や取消を主張できず、また③合同行為後に当事者として加わった者も等しく拘束を受けることに特徴がある。なお④公法上の合同行為にはある程度の国家的公権が与えられていること、⑤解散が自由でないこと、⑥国家の特別の監督に服すること等をあげ、私法上の合同行為と区別する見解もある。

では建築協定はこれらの要素をどれ位備えているか。

第1目 建築協定者集団ないし運営委員会の団体性

学説に従えば、①公法上の合同行為の場合、当事者は上位の団体設立の目的をもつ。まずこの点について検討する。

建築協定の場合、2つの団体が考えられる。1つは、建築協定当事者全体である。これを仮に建築協定者集団と呼称する。2つめ

に建築協定運営委員会である。建築協定締結行為の結果、設置する団体についての定めはない。だが建築協定が締結されると、これを実効性のあるものとして運用するために当事者を委員とした建築協定運営委員会が設置される。

ではこれらの団体の性質はどのようなものか。これらが一般社団法人及び一般財団法人に関する法律による法人登記を経ていない限り、これらの団体に団体性があったとしても権利能力なき社団として扱うことになる。そこで権利能力なき社団の成立要件について一瞥しよう。

このことについて判断した最判昭和 39 年 10 月 15 日民集 18 巻 8 号 1671 頁は、ある団体（引揚者更生生活協同連盟杉並支部）が賃借権の主体となりうるかが争われた事案について、権利能力のない社団と断言するためには、団体としての組織をそなえ、そこには（Ⅰ）多数決の原則が行なわれ、（Ⅱ）構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、その（Ⅲ）組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他の団体としての主要な点が確定していなければならない、と判示している。

では建築協定集団や運営委員会は（Ⅰ）（Ⅱ）（Ⅲ）を充足しているか。無論、それらのあり方は建築協定区域毎に様々である。しかし典型をみいだすことはできるだろう。

（一）多数決原理

協定の変更については当事者全員（協定者集団）の合意が（建築基準法第 74 条→第 70 条第 3 項）、廃止については過半数の同意が必要とされている（第 76 条第 1 項）。

ただ建築協定に総会に関する定めがある例は典型とはいえず、協定者集団の互選で選出すると規定される例の多い建築協定運営委員会委員もその具体的な選出方法が定まっていない例が多い。

この点が争点になった事案として福岡高判平成 21 年 7 月 2 日

平成 20 年（ネ）第 660 号⁶がある。事案は建築協定違反建築物の建物撤去請求事件である。そこでは原告となった建築協定運営委員会委員長の原告適格が問題とされ、1 審（熊本地判平成 20 年 6 月 26 日平成 18 年（ワ）第 1113 号）は以下のように判示し、控訴審判決もこれを維持した。

運営委員会の選出にあたっては民主主義の原則的ルールが適用されるというべきである。仮に一部に委員選出の機会が与えられなかったような場合には、協定者の互選によるものということとはできない。その選出は無効となる。

本件のように協定者全体の 1 割近くに相当する者に招集通知がされないまま開催された臨時総会による協定運営委員の選出決議には瑕疵があり、無効である。臨時総会開催について掲載された自治会便りが本件スーパーを含む A 地区にある営業店舗に配布された事情は瑕疵を治癒するものではない（なお結論としてはその後の総会招集および選出手続によって原告適格は認められている）。

この事例にみられるように必ずしも総会の常設が典型ではない⁷。さらに本件は一人建築協定事例であり、住民の建築協定に対する認識も高かったとはいえない。そのような例では、最高意思決定機関としての総会が常設されない例も多くあるだろう。

ただそのような場合であっても、常設にせよ、臨時にせよ総会の意思決定は民主主義的ルールが適用されなければならない、したがって協定者全員の参加の機会および多数決原則の存在が必要と

⁶判決文および 1 審判決は、熊本市秋津レークタウン建築協定運営委員会「確定判決文- 熊本市秋津レークタウン建築協定違反事件」

<<http://higotsubaki.com/documents/kakuteihanketsubun.pdf>>（2015 年 1 月 1 日アクセス）で入手できる。

⁷横浜市建築協定連絡協議会他・後掲・4 頁によれば、委員の選出も総会による例や輪番制による例などがあるという。

されている（本判決への上告受理申立は不受理決定された）。

それから運営委員会の議事は委員の過半数で決することが典型である。

以上から、建築協定者集団の意思決定については法律・判例によって多数決原理が必要とされている。そして運営委員についてはその意思決定が多数決によってなされることが典型である。

（二） 構成員の変更と団体の存続性

建築協定者集団は協定者が変更しても団体として存続するか。また建築協定運営委員会委員に変更が生じても運営委員会は存続するか。

建築協定集団については所有者等の変更があっても建築協定は新所有者等を拘束することが定められている（建築基準法第 75 条）。運営委員会についてはわざわざ規定されないが、当然存続することに異論は考えられない。

（三） 団体としての主要な点の確定

最判昭和 39 年 10 月 15 日判決にいう、権利能力なき社団といいうる 3 つの要件の 1 つである「団体としての主要な点の確定」の内、明確な要素としては代表方法、総会運営、財産管理があげられている。そこでこれらについて考察する。

（1） 代表方法

協定者集団および運営委員会の代表は運営委員会委員長が代表することが通常である。したがって、福岡高判平成 21 年 7 月 2 日（前掲）がそうであったように訴訟も委員長の名において遂行する。

（2） 総会運営

総会の運営の態様については、建築協定によって様々である。例えば、福岡高判平成21年7月2日（前掲）がそうであったように紛争発生時に運営委員会すら設置されておらず、自治会が臨時的に総会を開催するといった例もある。そういう建築協定は一人建築協定の場合、つまり協定者に協定者である意識に乏しい場合は必然そのようなケースが多いだろう。

一方で総会が常設されており、1年間の活動報告や運営経費の収支報告、次期運営委員会役員決定などを行う建築協定もある⁸。

後者については団体性を認める要件としては問題ないだろうが、前者のような場合には問題となりうる。ただこの事例でも紛争発生後は総会以下の組織整備をしている。要するに遅かれ早かれ総会以下の組織は整備されてゆくことが建築協定の前提にある。

(3) 財産管理

財産管理に関しては建築協定運営委員会の役員に経理が設置され、委員会の経理の事務処理をすることが定められていることが圧倒的に多い⁹。

以上(1)(2)を併せてみれば、建築協定によって差異はあるものの、建築協定集団の代表方法、総会の運営、財産管理といった組織としての主要点は確定しているか、確定することが前提されている。

小結

(一)(二)(三)と考察してきたところによれば、建築協定集団に

⁸あくまでモデルケースではあるが、横浜市建築協定連絡協議会他・後掲・12頁。

⁹例えば、都市整備局地域まちづくり部地域まちづくり課・後掲において公開される建築協定をみよ。

においては建築基準法や判例上多数決原理の妥当が要求している。建築協定者集団は構成員の変動にもかかわらず団体は存続する。建築協定によって差異はあるが、団体としての主要点は確定している例が多く、またある時点においては確定していなくても将来的な主要点の確定が前提されている。

したがって建築協定者集団は判例が求める権利能力なき団体の成立要件を満たしているといえるだろう。

第2目 個々の協定者の意思表示の無効取消と合同行為の有効性

公法上の合同行為の特徴として、個々の当事者の無能力、錯誤、意思欠缺を理由に合同行為の無効や取消が主張できないことがあげられている。

この点、合同行為一般の特徴として個々の当事者の意思表示の無効・取消が必ずしも合同行為全体の無効を招来しないことがあげられる。このことは既に前述した（第1章第3節第2款）。

第3目 合同行為後の当事者に対する拘束性

この点に関しては、建築基準法第75条が建築協定公告以後に建築協定区域内の土地所有者等になった者に対しても当該建築協定の効力が及ぶことを定めている。したがって建築協定後の当事者に対する拘束性がある。

第4目 建築協定にある程度の国家的公権が与えられているか

（一）序論～検討課題

この点が最も問題となる。前述したように政府解釈、つまり実際の運用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り、公法上の権利制限ではなく、自主的規制の範囲をでず、私法的契約であるとする。したがって建築協定は建築確認について定める建築基準法第6条

にいう、「この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるもの」に含まれない。したがって建築確認の対象とはならない。また建築基準法違反建築物に対する是正措置を定める第9条にいう「建築基準法令の規定」に含まれない。したがって建築協定違反建築物については同条の定める是正措置の対象にはならず、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¹⁰。前述した通り、建築協定を私法上の法律行為とする学説は同様の見解に立っている（第1款第2目）。

しかし建築協定が自主的規制であり、私法的契約とされる根拠はそれほど明らかであるとはいえない。

一方で、建築協定を公法上の合同行為とする見解は、整理をすると、以下の根拠により建築協定は準立法的人格を持ち、建築確認事項に含まれるとする（第1款第1目）。

- ① 建築協定が建築基準法に根拠をもち、さらに同法に根拠をもつ条例に基づいて締結され、建築基準法令との整合性等を考慮して認可制によって締結されている。
- ② 縦覧・公開の聴聞、土地所有者等全員の同意を必要とし、民主的手続に則って定められる。特に全員同意は公法的人格を帯びるために規定されたものである。
- ③ 建築協定は、私的自治により相隣関係に任されていたものを漸次、法律・条例といった公法的規制に取り込む一環で一律化することが妥当でない事項を建築協定に委ねた。建築協定は建築基準法第40条および第41条の条例制定権の再委任であり、立法者も建築協定を条例と解した。

①は建築関連法体系上の整合性を根拠とし、②は建築協定の民

¹⁰建設省建築指導課長・後掲・「建築協定」、鈴木（克）・後掲・8-9頁。

主的手続をもって建築協定が準立法的性質をもつ正当性根拠とするものである。③は建築協定の沿革を含めた立法者意思から建築協定を条例と同視する。

まず①について、建築協定が建築関連法体系と整合的である点は肯定してよいと考える。②は建築基準法上、定まっている手続であり、この手続による効果をいかに考えるかは別途検討しなければならない。

そうすると②について検討するためにもまず探求すべきは③であるから、以下では建築協定の沿革についてまず考察する。

(二) 建築協定制度の創生

(1) 建築基準法以前の建築統制

建築統制は戦前の市街地建築物法（大正8年法律第37号）により行われていた。

戦中は1943年（昭和18年）の市街地建築物法戦時特例により、防火地区と空地地区を除く、集団規定（都市計画的な基準）はその効力を停止された。

1946年（昭和21年）5月のポツダム勅令に基づき、臨時建築制限令が公布された。戦時中と違い、敗戦による社会秩序の混乱から都道府県の取締りが徹底せず、不法建築が横行していたからである。建築基準法起草に関わった小宮賢一教授の回想によれば、「これには従来は都道府県の警察部に属していた建築行政課が、終戦後建設系統に移されたことも影響したと思われる」、とのことである¹¹。

そして1946年（昭和21年）中には、用途地域制が復活し、1948年（昭和23年）には市街地建築物法全体が復活した。この市街地建築物法は多くの点で都市計画制度としては不十分であった。当

¹¹小宮・中・後掲・43-45頁。

時の建築家や都市計画家が考える水準は満州国で作られた地域地区制であり、これに比べて大きな隔たりがあったという。また建築行政は従来から国家警察の手にあった¹²。

(2) 建築法草案起草

新しい建築法制定の動きが始まったのは1946年（昭和21年）秋頃、戦災復興院建築局においてであった。そして年末には建築法草案がまとめられた¹³。その検討には市街地建築物法の立法に関与し、満州国建築局長を務めた笠原敏郎、戦前、警視庁で建築行政を担当した伊東五郎¹⁴などが中心となり、当時の建築行政担当者が理想的と考えたものを立案した。その詳しい経緯については建築法草案と建基法立法関係者である小宮賢一教授が当時の回想記録を残している。

小宮教授は内務省から建築局監督課に移り、先に紹介した伊東五郎の下についた。そこでの初めの仕事としてバラック令と言う勅令の制定に取り組んだ。この勅令は戦災地の仮設建築の規制であった。当時、こうした規制は地方長官の自由裁量で行っていたらしい。これが済むと、監督課では市街地建築物法の改正作業に取り掛かった。初めは一部改正のつもりであったが、同教授が新憲法草案を見て、それが口語体になっているので、これを真似て、何条か見本を書いたところ、これが受け入れられ、市街地建築物法を全面改正することに定まった。そうして関係者で草案を持ちより、旧法に拘泥しない理想案を作っていた。この草案は1946

¹²石田・後掲・237－238頁。

¹³石田・後掲・237－238頁。建築法草案は、建築学会建築計画委員会建築規準小委員会編・後掲・163頁以下に全文の収録がある。

¹⁴伊東五郎（1901年－1960年）は、1925年（大正14年）東京帝大建築学科卒業後、内務省技師・警視庁建築監督官として建築行政を担当した。戦後は戦災復興院監督課長、建設省住宅局長を歴任し、建築基準法・住宅金融公庫法等の制定に尽力した（石田・後掲・238頁脚注）。

年（昭和 21 年）12 月 8 日に建築法草案として承認された¹⁵。第 10 章が建築協定制度である。建築協定制度挿入の経緯については小宮教授による以下の回想がある。

「これ〔建築協定制度〕は建築基準法に少し変った形で採用されたが、そのもとはこれ〔建築法草案〕で、伊東課長の発案にもとづいて、前田事務官がまとめたものである」。「戦前、指定建築線制度の活用によって、大都市郊外の民間宅地造成の促進が行われていたことは前述のとおりであるが、当時警視庁の建築線系の技師であった伊東さんは、宅地造成だけでは満足せず、さらに地主をくどいて、その上に建つべき住宅の位置、形態、意匠などについて規約を作らせ、良好な住環境を造るよう指導した。その経験から、この種の建築規約を何とか法制化できないか、ということになったのである」¹⁶。

このようにして建築法草案に建築協定が盛り込まれたのだが、特に注目すべきは建築法草案第 88 条および第 89 条であり、以下のように定めていた。

「第 88 条 第 1 項 都市計画区域内における一定区域の土地所有者又は借地権者は、その区域内の総面積の三分の二以上に当る土地の所有者及び借地権者の同意を得て、地方長官の認可を受け、この法律又はこの法律に基づいて発する命令に定める事項の外、その区域内において建築する建築物の位置、形態、意匠、構造設備について、協定（以下、建築協定といふ。）をすることができる。
第 2 項 前項の認可があったときは、その区域内の土地所有者及

¹⁵小宮・上・後掲・44-45 頁。

¹⁶小宮・上・48 頁。

び借地権者は、すべて、其の建築協定に加ったものとする。建築協定を変更又は廃止しようとするときは、当該区域内の土地の総面積の三分の二以上に当る土地所有者及び借地権者の合意を以て地方長官に申請して、その認可を受けなければならない。

第 89 条 地方長官は、建築協定のある区域内において、その建築協定に違反して建築物を建築する者がある場合において、必要があると認めるときは、その者に対しては、その協定に従うべきことを命ずることができる。」。

この草案と現行建築基準法における建築協定制度とを比較すると、第 1 に、建築法草案が建築協定締結のために「総面積の三分の二以上に当る土地の所有者及び借地権者の同意」を必要とするのに対して現行建築基準法第 70 条第 3 項が全員の合意を要する点が異なる。なお建築基準法における建築協定はその締結に全員の同意を要するために協定の成立が困難であった。そこで一人協定制度が新設できる 1976 年（昭和 51 年）までは余り使われない制度であった¹⁷。

第 2 に、建築法草案の建築協定締結、変更、廃止の認可主体が地方長官（都道府県知事のこと）であるが、建築基準法では特定行政庁であり、市町村に建築主事が置かれている場合は市町村長である点も違う（第 70 条第 1 項→第 2 条第 36 号）。

第 3 に、変更、廃止の充足数に関し、建築法草案は協定締結と変更廃止とで異ならず、2/3 の特別多数である。一方、建築基準

¹⁷石田・後掲・239-240 頁。小宮・上・後掲・48 頁は、この点について「この草案の建築協定が建築基準法と異なる主な点は、協定の成立が全員の合意でなく、一部の土地の権利者が、全面積の 2/3 以上の権利者の同意を得て、出来ること、地方長官が必要と認めたときは、協定の違反者に対してこれに従うよう命令できること、などである。これがなぜ現行法のようになったかは、後にゆずることにする」とのべるが、この回想録ではのべられることはなかった。

法では建築協定の変更には全員の同意を要し（第74第1項、第2項→第70第3項）、廃止は過半数である（第76第1項）。

第4に、建築法草案では建築協定違反建築物に対して地方長官が協定に従うべきことを命じることができるとする。建築基準法にはこのような規定自体を欠いている¹⁸。

ところが、この建築法草案は陽の目をみなかった。草案完成直後にGHQより建築統制を都道府県でなく、国が直接やるようにとの指令があり、建築統制を国が直接的にその責任でやることになり、監督課はそちらに全力を注がねばならなくなったからである。

この指令について小宮教授は次のように回想する。「鳥居課長はGHQに対して、戦災復興院は商工省等のような地方出先機関をもっていないので、それ〔建築統制を国が行うこと〕は困難であり、やはり都道府県知事に委任することが適当」と説明したが、GHQは臨時建築制限令による都道府県の取締りは手ぬるくて、実効性が上がっていない。知事の権力は弱くて、信用できない。出先機関がないなら作れ、とって相手にされなかったという。こうして出先機関が設置され、2000人の建築監視員の増員がされた。とはいっても、急に全国的組織を作ることは無理であり、都道府県の建築行政組織を丸抱えすることになった。

ただ小宮教授の回想によれば、当時の社会状況では、「草案の法制化はとても無理だったと思われる」とのことである。その理由は幾分、明瞭ではないが、市街地建築線制度には「指定建築線」という制度があったという。これは民権尊重の点で問題があり、GHQの審査をパスしないだろう、ということで「道路位置指定」

¹⁸建築学会建築計画委員会建築規準小委員会編・後掲・175頁。小宮教授は建築協定制度草案より地方長官の是正勧告が削除された理由を明らかにしない。

という代案になった、と回想している¹⁹。

(3) 建築基準法起草

1948年（昭和23年）1月、戦災復興院は建設院に改組し、監督課から建築基準行政を分離独立させた指導課を新設した。臨時建築制限令は廃止され、市街地建築物法は形式的には全面復活した。

同年7月、建設院が建設省に昇格した。8月になると、建築統制は相当緩められ、建設大臣の許可事項は一部になり、残りは都道府県知事の許可に改められた。そして国の出先機関であった建築出張所は廃止され、建築行政は都道府県に復権された。

1949年（昭和24年）6月、建築統制はさらに緩められ、建築統制全面撤廃は時間の問題となった。同月1日、小宮教授が属した建設省建築局は、住宅局と改称され、同教授の所属した指導課は建築指導課と改称された。それから新法律案の起草をGHQに伝えたところ大いに結構という回答を受け、現行建築基準法起草が着手された²⁰。

起草過程では都道府県より意見を求めた。その意見項目中には「建設大臣、知事、市町村長の権限」があった。これに対する回答のほとんどは現状維持であった。一部の市町村長には建築行政の権限移譲を可とする所もあったが、絶対反対の意見もあったという。

また建築基準法の全国的適用に関しても強い反対が生じた。反対理由の主なものは以下の通りである。

- ①建築を自由にするべきである。
- ②国民が住宅難に喘いでいるのに、田舎にまで法の適用を拡大することは許し難い。

¹⁹小宮・上・後掲・44-47頁、小宮・中・後掲・43-45頁。

²⁰小宮・中・後掲・46-49頁。

この②の理由の背景には市街地建築物法が市街地にのみ適用されていたことがある。そこで、建築認可の主体を都道府県知事にしていたのを改めて、建築主事の確認にする代案が出された。

上記のような反対はあったが法案は1950年（昭和25年）1月にまとめ、法務庁法制意見長官に提出された²¹。

(4) 法制局における建築基準法案審査

法案の審査は1ヶ月に及び、建築確認を行う建築主事と建築協定に関しては最後まで保留になった。理由は以下の通りである。

まず建築主事に関しては、地方公共団体の長から独立して、独自の権限を行使する機関をおくべきではないという指摘があった。

建築協定に関しては、名前は協定であっても、これが成立すれば、将来にわたって協定区域内の土地所有者等を拘束するから、市町村の条例制定権を侵害するのではないか、という指摘があった。このような指摘に対して起草者側は、市町村が条例で建築協定を締結できることを定めた場合に限り建築協定を締結できるのだから心配ない、と反論した。

それから建築確認に関する現行第6条は、建築確認を建築基準法以外の法令に関しても行うことを定めている。その理由は、当時の建築基準法令が多く、しかも所管庁もばらばらであり、建築関係者が難儀をしていた実態があったので、全て建築主事の管轄にした方が便利だと考えられたことにある²²。

(5) GHQによる修正勧告

法案の審査は終えたが、GHQより修正勧告を受けた。勧告に

²¹小宮・下・後掲・50-53頁。

²²小宮・下・後掲・53-55頁。

は「建築主事は、都道府県のみでなく、市町村にも置けるようにすること」という点が含まれていた。この勧告はGHQが市町村重視であったことによる。

小宮教授はこの勧告についてショックであったと回想している。建築行政は都道府県が行っていたので、建築主事も都道府県に置くことにしていたからである。

そのためGHQの勧告に対する都道府県の反対は必至であった。だが結局、修正された²³。

(6) 国会における建築基準法案審議

国会における建築基準法案審議において衆議院建設委員会では与野党共に好意的であり、1950年（昭和25年）4月27日に提案理由説明をし、30日に本会議で可決された。

参議院では建築主事の市町村設置に反対である都道府県の働きかけがあり、やや慎重な審議になったが、5月24日には建築基準法は公布された²⁴。

以下では国会における審議について建築協定の法的性質に関わる部分に焦点をあてる。

(I) 建築協定の趣旨

第7回国会衆議院建設委員会会議録第34号に出席した政府委員伊東五郎は建築協定の趣旨を次のように説明する。

「建築協定というのは、一つの都市とか、あるいは全府県とかいうような共通の規定は、その各部分々々で必要なことの最低限を規定するより以外にないのでございますが、市なら市のうちの

²³小宮・下・後掲・55頁。

²⁴小宮・下・後掲・57-58頁。

一局部につきましては、その土地の特殊性によりまして、局部的にはいろいろこうも規定を設けたい、ああもしてみたいということが始終あるのでございます。そういうことが今までの全区域についての包括的な規定では、ずいぶん物足りなかつたのです。[…]
そういう場合にもこの規定が活用されるのではないかと思っております。」²⁵。

ここより建築協定の趣旨は全国ないし地方公共団体における建築の一般的基準に対して地域の特殊性を考慮した特別な基準を設けることができることを定めたものと解することができる。

(Ⅱ) 建築協定の民主性

第7回国会衆議院建設委員会会議録第33号で伊東政府委員による次のような発言が記録されている。

「GHQの関係官などは、この制度は非常におもしろいということで、これは新考案なわけでございます。」²⁶。

GHQは建築協定の民主性を評価したのでらう。

それから第7回国会参議院委員会会議録22号（昭和25年4月28日）では証人として出席した前川國男（当時東京大学講師）と建設委員会委員外議員だった兼岩傳一との次のような質疑応答もあった。

「〔前川証人〕法案の文面から行きますと、建築審査会とか、或

²⁵国会会議検索システム・後掲・第7回国会衆議院建設委員会会議録第34号3頁。

²⁶国会会議検索システム・後掲・第7回国会衆議院建設委員会会議録第33号29頁。

いは建築協定とかいうような問題が、まあこれは運用如何によつては相当効果を挙げるのではないかと考えております。」。

「〔兼岩委員外議員〕 そうすると、結局政令で作る方法を、国会の法律のように結果として非常に秘密的な形、閉鎖的な形で作らないで、政令を使用者、つまりこれの政令の作り方を民主的にやるということですね。」。

「〔前川証人〕 そうでございます。」²⁷。

建築協定は民主的手続で締結されるものであることが明言されている。

（Ⅲ）建築協定締結定足数

建築法草案では総面積の 2/3 の同意で建築協定を締結できたが（第 88 条）、現行建築基準法第 69 条は全員同意を必要とする。なぜ全員同意を必要としたのか。

この理由は街のボスの存在が無理な協定を締結させることを防ぐためだった。第 7 回国会衆院建設委員会 33 号における前田委員と伊藤政府委員との間の次のような質疑応答が記録されている。

「〔前田委員〕：日本では色々なちまたのボスや色々な連中を相当摘発しておるようであります、こういうような連中が近所の連中を威嚇するわけでもないでしょうが、何とかして自分かつてのいいようなことをきめるために、国家の法律を悪用しよるがとおりでありましたらばひとつお知らせお願いしたいと思っております。」。

「〔伊東政府委員〕 御懸念につきましては、全員の同意でなけれ

²⁷国会会議検索システム・後掲・第 7 回国会参議院委員会会議録 22 号・「〔021〕前川國男」、「〔022〕兼岩傳一」、「〔023〕前川國男」。

ばできないということになっております。これもむりに同意をさせられるというようなこともなきにしもあらずでございますが、そういう点につきましては全員の同意があるにもかかわらず、知事や市町村長の認可をひつようとするといつたようなことにしましたのは、その辺を非常に入念に取扱おうという考えからでございます²⁸。

全員同意に加えて市町村長の認可を必要とした理由は巷のボスの存在の悪用を防ぐ目的であった。換言すれば、建築協定がその締結手続において民主性を阻害されることを防止する意図であったということもできる。

(Ⅳ) 建築協定の法形式

建築協定について立法者はこれを条例と解していたとする指摘がある。建築協定が条例と同等のものであれば、建築確認事項に含まれることになる筈である。この点に関して伊東政府委員の次の発言が記録されている。

「住宅地とかあるいは商店街という狭い区域の関係者、土地の関係者、所有権者、借地権者などが相寄って一つ建築についての約束をつくる、これは全員で協定するわけでありますが、全員の同意を得て一つの約束をつくりますと、それがここに書いてあります手続によりまして一つの規則と同様の効果を発生することになる」²⁹。

「第八章は建築協定に関する規定でございます、これは全部新しく加えたものでございます。建築協定というのは、住宅地と

²⁸国会会議検索システム・後掲・第7回衆議院建設委員会第33号29頁。

²⁹国会会議検索システム・後掲・第7回衆議院建設委員会第33号26頁。

して、或いは商店街としまして、高度に利用増進を図るというために、一定区域内の土地所有者、借地権者等が全員で規約を作る約束をする、それを一つのその区域だけに当嵌まる条例とするということでございます。」³⁰。

建築協定が何れの法形式に当てはまるのか用語がやや一定しないが、条例と発言している。

総括

以上の建築基準法の沿革からどのようなことを窺い知ることができるか。特に本目の検討課題である、建築協定にある程度の国家的公権が与えられているかの観点から総括しよう。

- ① 建築協定は全国ないし地方公共団体における建築の一般的基準に対して地域の特殊性を考慮した特別な基準を設けることができることを定めたものである。
- ② 建築協定は土地所有者等全員の同意に加えて市町村長の認可を経ることで手続の民主的正当性を確保して締結されることが企図されている。市町村重視のGHQもこれに好意的であった。
- ③ 建築協定は一種の条例と位置づけられていた。ただやや文言が一定していない。
- ④ 建築法案の段階では建築協定に国家的公権の関与が定められていた。建築法草案第 89 条は建築協定違反者に対する地方長官の協定遵守命令が定められている。しかし建築基準法ではこれに相当する規定を欠いている。その理由を起草関係者

³⁰国会会議検索システム・後掲・第7回参議院建設委員会第22号〔002 伊東五郎〕。

である小宮教授は記していない。

以下では①から④をどのように解するか、その結果どのような結論がえられるか。この点について検討しよう。

(三) 検討

(1) 建築協定は条例か

ここでは以上の検討をふまえて、建築協定の法形式が条例であるのか、あるいはそれよりも下位に置かれる法形式であるのかについて検討をする。というわけは、仮に建築協定が条例に分類されるということがありうるとすれば、建築協定事項は建築基準法第6条に定める建築確認事項に含まれることが明白となり、また建築基準法違反建築物に対する是正措置を定める第9条にいう「建築基準法令の規定」に含まれることになる。ということはその他について検討する余地なく、建築協定は国家的公権を与えられるべきことになる。

まず①について検討しよう。起草者によれば、建築協定は全国ないし地方公共団体における建築の一般的基準に対して地域の特殊性を考慮した特別な基準である。この意味をどのように解するべきか。

起草者のいうところに従えば、建築協定は建築基準法や地方公共団体の建築基準条例が一般的基準であるのに対して地域の特殊性を考慮した特別法であるという意味であって、法律に対する命令のような委任的ないし執行的な下位規範とは考えていない。裁判においては建築基準法や建築基準条例上は適法であっても建築協定に違反していれば、後者が優先されて建築協定違反建築物収去等がだされるのであるから、建築協定は特別条例ともでもいふべき法形式といえるのではないか。そして総括③で前述した通り、起草者である伊東政府委員も国会における審議において建築協定

を条例と答弁している。

ただしこの点、伊東政府委員は建築協定を「規則」とも表現しており、建築協定の法形式に関する文言が一定していない。

地方自治体の自主立法権において、規則という場合は、地方自治体の長の規則（地方自治法第 15 第 1 項）か委員会の規則（第 138 条の 4 第 2 項）を意味する³¹。しかし伊東政府委員がこの意味で規則という文言を用いたかという点、そうは思われたい。というわけは、「規則」という文言が用いられた文脈は建築協定の締結には全員の同意を強調する箇所においてだからである（(二)(6)(VI)）。この点、伊東政府委員は法律家ではなく、法律学に造詣が深い訳ではなかったのだろう。それは伊東政府委員の下にいた小宮教授も同様である。小宮教授の回想録に次のようなものがある。

「私のおもいつきを法律的に理論づけてくれたのは、同僚の川島博事務官である。『確認』という言葉にしても、私はただ何となく語感がいいので使ったのであるが、川島君はそれが法律用語として適切だと教えてくれた。この二人三脚は、その後ずっと法案の成立まで続いたのであるが、法制参事官との折衝などでも、私がズブの素人の常識論で立ち向うと、彼が法律論でバックアップするといった具合」。

「兼松参事官の審査を受けたことは、冒頭にかいた通りであるが[……]我々技術者の間では自明のこととされていたことが、同氏の鋭い指摘で考えなおすことになったり、といった調子」³²。

恐らく、伊東政府委員は条例と規則との厳密な区別が曖昧であったのだろう。ただ建築協定が条例制定権侵害との反対論に対し

³¹芝池・後掲・10-11 頁。

³²小宮・下・後掲・53 頁。

て起草者側が建築協定は条例でこれを定められることを定めた場合にのみ締結できるので、条例制定権侵害ではないと説明をしている経緯があり（(二)(4)）、また総括②で前述した通り、建築協定が全員同意に加えて市町村長の認可を必要し、民主的正当性を確保した上で定められることを重視している点からしても、地方議会において民主的に定められる条例と同視して建築協定制度を定めたと解することが自然であろう。

以上の通り、起草者は建築協定を特別条例とでもいうべきものとすることを企図していた。しかしそうだからといって建築協定を起草者意図通りに理解してよいか。この点も、起草者意思を離れて客観的に検討をしてみる必要がある。

起草者の意図するところは、要するに建築協定は条例で定められた特別の地域の所有権者等が全員同意し、かつ市町村長の認可を経た上で（これは地域有力者の干渉を防止する意図がある）建築基準関連の一般法に特別的規制をするのだから、一種の特別的条例である、ということである。

この中で注目すべきは、全員同意を要する、という点である。つまり建築協定は議会といった間接民主制ではなく、直接民主制により締結されるものであるという点である。

憲法学者によると、国民主権の原則は2つある。第1は、統治権が主権者である国民または国民が選挙を通じて直接、間接に組織する機関によって行使される原則である。これを国民主権の権力的契機という。第2は、統治権を行使する機関は、常に行使の正当性を説明し、理由づける責務を負う原則である。これを国民主権の正当性の契機という。

ただし国民主権の下では両原則は乖離する。なぜならば、国民主権下では国民が常時政治に直接参加することが不可能だからである。そこで近代国民主権国家では国民主権の正当性の契機が強

調される³³。

そうであるとすれば、国民が常時政治に直接参加をすることが可能であれば、国民主権の権力的契機を強調することが理想であるといえる。この点について一瞥してみると、我が国は間接民主制を原則としている。憲法前文は「国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」と定め、第41条は「国会は、国権の最高機関」と定めている³⁴。一方で、直接民主制も間接民主制を補完する形で採用されている。例えば、憲法では①1つの地方にだけ適用される特別法に関する住民投票（第95条）、②憲法改正の際の国民投票（第96条）、地方自治法では③地方公共団体の議会議員、またはその長に対するリコール（第80条、第81条、第83条）、④町村が議会をおかない場合に設置できる有権者の総会である町村総会（第94条、第95条）等があげられる。

この内、①②③は①②が受動的で③が能動的である違いがあるけれども、特定の重要事項については国民自身が決定するものである点で共通する。これらと比べて異質なのが④である。④は町村の意思決定全般について直接民主制を採用するものである。

この町村総会について通説は好意的であり、「有権者自体がいわば『議会』になるわけであって、地方自治の原点をなすものである。」³⁵、または「町村総会は選挙権を有する者が参集して当該団体の団体意思を決定する機関となるのであろうから、議会よりも住民の意思を正確に表明しうる機関であるといえる」³⁶等と評価されている。

³³長谷部・後掲・14頁。

³⁴佐藤・後掲・69-70頁。

³⁵佐藤・後掲・554頁。また榎澤・後掲・94頁も参照するとよい。

³⁶村上・後掲・94条・95条の趣旨（駒林良則）。

町村総会の実例は八丈小島に存在した宇津木村の村民総会の 1 例だけである。宇津木村村民総会は 1951 年 4 月 1 日から始まり 1955 年 4 月 1 日に消滅した。1955 年 4 月 1 日に八丈町が誕生し、宇津木村が廃村となったためである。

この地方議会と同等に位置づけられる町村総会と建築協定は有権者全員の意思を正確に表明するもので、間接民主制よりも地方自治の原点をなす直接民主制を採る点で一致する。そうであるならば、建築協定事項が条例と同等の効力をもつものであると解しても何の不都合もない。

以上の通りであるから、建築協定は立法者意思からも現行法との整合性からも条例と位置付けられるべきであると考えられる。したがって建築協定事項は建築確認事項に含まれるべきであるし、また建築基準法違反建築物に対する是正措置の基準となる建築基準法令に含まれるべきである。したがって建築協定には国家的公権が付与されていることになると結論される。

(2) 補論～建築法草案における協定遵守命令と建築基準法等

既に建築協定が条例であると結論したが、仮に建築協定を条例と解することができない場合であっても建築基準法第 9 条に定める建築基準法令またはこれに基づく命令に違反する建築物に対する是正措置の対象となりうるかについても検討を加える。そのためには(二)総括の④で前述したところの建築法草案第 89 条における協定遵守命令が建築基準法においては削除されている点について考察をする。削除の理由を起草関係者が語らないので、建築法草案と建築基準法との比較検討等から解釈する必要がある。まず現行建築基準法第 9 条に相当するのは建築法草案第 107 条である。

「第 107 条 第 1 項 地方長官は、この法律又はこの法律案に基

づいて発する命令に違反して建築物若しくは工作物を建築し又は施設を設けた者に対し原状回復、工事停止その他必要な措置を命ずることができる。

第2項 この法律又はこの法律案に基づいて発する命令に違反して建築物又は施設の用途をあらたに定め又は変更し、敷地を変更し又は道路を変更若しくは廃止した者に対しても同様である。」。

この条文によれば、「建築法」と「建築法に基づいて発する命令」に対して是正措置命令を発することができることを定めている。とすれば、同89条に定める建築協定遵守命令も建築法に基づいて発する命令であるから第107条を適用することができる。逆にいえば、地方長官の命令について定める第89条がないと、建築協定違反に対して第107条の命令を発することができない。

一方、現行建築基準法第9条第1項の条文は以下の通りである。

「(違反建築物に対する措置)

第9条 第1項 特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人(請負工事の下請人を含む。)若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。」。

第9条は「建築基準法令」と「[建築基準法]の規定に基づく許可に付した条件」に違反した建築物へ是正措置命令を発することができることを定める。建築法と異なり、法律である「建築基準

法」に限定せず、「建築基準法令」と改めている。起草者は建築協定を条例と解していたから、ここに建築協定が入ることを意図した筈である。そうであれば、建築法草案第 89 条にあった地方長官の命令に関する規定は不要となる。そのための削除であって、建築協定違反に対する措置命令そのものを削除する意図ではなかった筈である。

いずれにせよ、起草者は建築法草案第 89 条に定める制度を廃止する意図ではなかったのだから、建築協定が条例であるか否かにかかわらず、建築協定を建築基準法令を含めるべきであろう。

その他、建築基準法第 75 条に定める建築協定締結以後の建築協定区域の土地所有権者等に対する建築協定の拘束性は建築基準法に基づかない私的な建築協定にはない効力であり、これ自体建築協定に国家的公権が及んでいると解することも可能であろう。そうであれば、これは法定されていることであるから、建築協定が契約と合同行為の何れであるか、また合同行為であるとしてそれが私法上と公法上の何れであるかにかかわらず、建築協定に国家的公権が付与されているかに関する④の要件を満たすことになる。実際、学者の中にはこの点を捉えて、建築協定の準立法的効力を認めるものもある³⁷。

第5目 建築協定集団は解散が自由であるか

学説によっては公法上の合同行為の要件として解散が自由ではないことをあげる。この点はどうか。

建築協定の廃止は建築協定集団の過半数の合意により建築協定の廃止を決議し、これを特定行政庁が認可すれば建築協定を廃止することができる（建築基準法第 76 条）。

認可は要件をみたせば、行われるものであるから、解散はほと

³⁷伊藤＝中舎・後掲・232 頁。

んど自由であるといつてよい。したがって建築協定はこの要件は満たしているとはいいがたい。

第6目 建築協定は国家の特別の監督に服しているか

学説によっては公法上の合同行為の要件として国家の特別の監督をあげる。要するに建築協定は国または地方公共団体の監督を受けているかがここでの問題である。この点はどうか。

建築協定締結はもとより建築協定の変更および廃止について特定行政庁の認可を受けることが定められている（第74条、第75条）。したがって建築協定は特定行政庁の監督を受けているといえる。

第5節 検討および小結

本章では建築協定締結行為が私法上の合同行為か公法上の合同行為かについて検討をしてきた。ここでここまででえた結論をまとめよう。

まず公法上の合同行為であることの要件としては以下のものがあげられた。①公法上の合同行為の場合、当事者によって上位の団体の設立の目的をもつ。②合同行為がなされると個々の当事者の無能力、錯誤、意思欠缺を理由に合同行為の無効や取消が主張できない。③合同行為後に当事者として加わった者も等しく拘束を受ける。

さらに以下の要件をあげる有力な見解もあった。④公法上の合同行為にはある程度の国家的公権が与えられている。⑤解散が自由ではない。⑥国家の特別の監督に服する。

①は建築協定が団体を設立するものであるかどうかの問題であつて、この点については建築協定者集団およびこれを運営する建築協定運営委員会が権利能力なき社団に該当するかの観点から考察を加えた。そしてある団体が権利能力社団であるといいうるた

めには、多数決原理、構成員の変更と団体の存続性、団体としての主要な点の確定（代表方法、総会運営、財産管理）が認められる必要があるが、これらは概ね満たされていると結論した。

②は建築協定を合同行為と解する以上、必然的にもつ性質である。③も建築基準法第75条によって法定されている。

④については建築協定制度に関する立法者意思および建築法草案および建築基準法とを比較検討することにより、建築協定事項は建築基準法第6条に定める建築確認および第9条に定める建築基準法令等違反建築物に対する是正命令の基準法と解釈されるべきであると結論した。このことが否定されとしても第75条は建築協定に対する公権力の付与を定めていると解することができることから、何れにせよ④の要件をみたすと結論した。

⑤については、建築協定の消滅はその要件を満たせば特定行政庁は必ずこれを認可するのであるから、⑤を満たすとはいいがたいとした。

⑥については、建築協定の締結、変更、消滅について建築基準法上、特定行政庁の監督が定められている。

そうすると建築協定は①から⑥の要件の内、⑤以外の全てを充足している。それでは⑤は建築協定締結行為を公法上の合同行為とするために欠くことのできない本質的な要件か。そこで考えると、ある法律行為が公法的なものかどうかは締結、変更、消滅に公的機関が関与し、公的なものといいうる効果、つまり何らかの国家的公権がある法律行為の実効性確保ために及んでいることにあるのだと解すべきだと思う。その観点からすると、公法的か私法的なものかについて本質的な要件は特に④⑥であろう³⁸。①②

³⁸美濃部・行政法 I・後掲・102-105 頁も、公共組合について次のように論じている。

「〔公共組合は私法人と区別し難く〕設立又は社員の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えられて居ること、解散が自由な

は私法上の合同行為と特段の差異がある訳ではない。だから合同行為か否かの判断基準としては重要ではあるけれども、ある合同行為が公法上のものかどうかの判断基準として重視されるものではない。

③はそれ自体④ともいえるので④と重なる要件である。

⑤は⑥の要件と重なる。つまりある法律行為の消滅について国家の裁量的関与がなければならぬということになる。⑤は公的機関の干渉が強いので、公法的要素を強めるとはいえるが、ある法律行為が公的なものであるかについて、特に消滅についての公的機関の裁量を殊更に重要視する必然性はないように思える。

以上より、まず①②はある行為が合同行為かどうかの前提問題、④⑥がある合同行為が公法上のものか否かの本質的要素であり、③は④に吸収され、⑤は⑥に属する問題であると考えられる。そうすると建築協定は⑤以外をほぼ全て満たすので、建築協定が、荒教授のいう公共組合的性格があるものかどうかはともかくとして、公法上の合同行為であると解すべきであるといえる。

以上で建築協定が何れの法律行為に分類されるかの検討を終えた。その過程で、建築協定をより実効性あるものとする提言も行った。特に建築協定事項を建築確認および違反建築物是正措置の基準法とすべき点である。

しかし現実の運用ではそのような運用はされていない。そのような運用の実現のためには建築協定の法形式に関する解釈変更が必要であり、それは困難かもしれない。そこでより現実的な手段があれば、それについても言及する必要がある。

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った特色を有す」。「寧ろ私法人に近似した性質を有し、唯時として或る範囲に於いての国家的公権が与えられて居るものが有るに止まる」。「国家的公権を与えられて居る場合にのみ、其の関係が公法的の関係たるのである」。

このように国家的公権の有無を特に重視している。

次章では建築基準法上の建築協定の根拠となる建築協定条例に焦点をあてたいと思う。そこでの検討はこれまでの検討と決して無関係ではないだろう。

参考文献

【刊行物】

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。

石田頼房『日本近代都市計画の百年』（自治体研究社、1987年）237-238頁。

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）。

榎澤幸広「地方自治法下の村民総会の具体的運営と問題点 —八丈小島・宇津木村の事例から —」名学 47巻3号（2011年）93頁。

遠藤浩、成田頼明編『建築の法律相談』（有斐閣、1970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巻1=2号（1983年）1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）。

建築学会建築計画委員会建築規準小委員会編『建築関係警法令の研究 11』（日本建築学会、1982年）。

小宮賢一「建築基準法制定の前後（上）（中）（下）」土地住宅問題 60号、62号、63号（1979年）。

佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）。

芝池義一『行政法総論講義 第4版補訂版』（有斐閣、2006年）。

島田信次、関哲夫『建築基準法体系 三訂版』（酒井書店、1978）。

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

長谷部恭男『憲法 第5版』（新世社、2011年）。

美濃部達吉『行政法 I』（岩波書店、1933年）。

村上順編『新基本法コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011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。

【web 公開資料】

『国会会議検索システム』〈<http://kokkai.ndl.go.jp/>〉2016年1月28日最終アクセス。

横浜市建築協定連絡協議会他『建築協定運営委員会の手引き』改訂版（横浜市建築協定連絡協議会、2013年）

〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/toshi/ken-kyoutei/ren-kyou/unei-tebiki/unei-tebiki.pdf>〉2015年1月12日最終アクセス。

横浜市都市整備局地域まちづくり部地域まちづくり課「建築協定」（2008年10月1日、2014年7月18日最終更新）

〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/toshi/ken-kyoutei/>〉2015年1月12日最終アクセス。