

**行政法における私人間の協定の位置と規律（上）：
土地収用における協議・建築協定・まちづくり協定
を素材にして**

著者	西田 幸介
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	116
号	2・3
ページ	235-269
発行年	2019-02-22
URL	http://doi.org/10.15002/00023117

行政法における私人間の協定の位置と規律（上）

——土地収用における協議・建築協定・まちづくり協定を素材として——

西田 幸介

- 一 はじめに
- 二 公法契約論と土地収用における協議
- 三 行政契約論と建築協定（以上、本号）
- 四 私人間の協定の位置と規律
- 五 おわりに

一 はじめに

筆者は、かつて、アメリカ土地利用法における「土地利用制限協定」(restrictive covenant) について、それが日本の建築協定（建築基準法六九条以下）と類似することに着目して、それと地方公共団体がする土地利用規制との調整法理や、その法的統制のあり方を紹介したことがある。⁽¹⁾これは、日本の行政法学説で、私人間で締結される契約（以下単に「私人間の契約」という）であっても、たとえば、建築協定、緑地協定（都市緑地法四五条以下）、景観協

行政法における私人間の協定の位置と規律（上）（西田）

定（景観法八一条以下。以下ではこれらをあわせて「建築協定等」という）のように、公益保護の機能を果たすものがあるとの指摘⁽²⁾に触発されたものであった。その際の問題意識は、私人間の契約によって土地利用が規制されるべきものが公益に関わるとすれば、それに及ぼされるべき法的制約の内容は行政主体が土地利用規制を行う場合と同質のものであるべきではないか、そして、それと行政が行う土地利用規制との関係をいかに調整すべきかであった。本稿はこの続編をなすものである。

私人間の契約には公益保護の機能を果たすものがあるといっても、いかなるものをいかなる枠組みをもって行政法における考察の対象とし、あるいは、行政法による規律（あるいはそれと同質の規律）を及ぼすべきかについては、必ずしも議論が熟しているとはいえない⁽³⁾。行政法学の任務が、行政に特有の法を解明し、法治主義の下で私人の権利利益の擁護と行政の民主的統制を図るところにあるとすれば、上記機能を果たす私人間の契約は行政法学の考察対象とはならないと割り切ることが適切であるといえるかも知れない。しかし、私人間の契約とはいえ、公益保護に関するものであるれば、それに相応しい法的規制の対象とされるべきであろうし、それに対する行政による関与あるいは規制のあり方は、行政法学においても当然に課題とされる必要があると考えられる。また、形式的意義の行政とは考えられない法主体あるいはその活動に行政に特有の諸原理・諸原則による規律を直接に及ぼす実定法上の根拠は見出しがたいが、公益保護の点を強調すれば、人権尊重、比例原則、平等原則など行政に当然に適用される諸原理・諸原則による規律を、このような機能を果たす私人間の契約に及ぼす実質的な必要性は認められよう。この論点の一部は、憲法の人権規定の私人間効力の問題として論じられてきたところだが、判例は、いわゆる間接適用説を採用し、たとえば平等原則を私人間の法律関係に及ぼす際の実定法上の根拠を民法の規定に求めている（最大判昭四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁、最三小判昭五六・三・二四民集三五卷二号三〇〇頁参照）。

そこで、本稿では、私人間の契約や私人間で主として協定という名称で結ばれるもの（その法的性質は様々である）であって、公益保護の機能を有すると考えられるもの（以下、これらを合わせて「私人間の協定」という）を取り上げて、これを、行政法学においていかなる枠組みの下で取り扱い、また、行政法による規律をどのように及ぼしていくべきかを検討することにした。私人間の協定がいかなるものを指すかがやや不明確であるが、それにいかなるものを含めるべきかを検討することも、本稿の課題である。

二 公法契約論と土地収用における協議

これまで行政法学が私人間の契約にまったく興味を示してこなかったわけではない。大日本帝国憲法（明治憲法）下において、行政によって契約が活用される例がみられるようになったこともあって、公法私法区別論を前提に、「私法契約」あるいは「私法上の契約」（以下、引用の場合を除き「私法契約」とする）と対比される「公法契約」あるいは「公法上の契約」（以下、引用の場合を除き「公法契約」とする）が法的に許容されるかの議論がみられ、日本国憲法が施行され憲法体制が転換した後においても、その傾向は継続した。⁽⁶⁾ 公法私法区別論をとる論者のなかには、公法契約の存在を肯定し、後にみるように、それに私人間で締結される公法契約（以下「私人間の公法契約」という）が含まれるとされるのがみられる。以下、明治憲法下のものを含めて、公法契約が許容されることを前提にその法律問題を検討する立場を公法契約論と呼ぶ。公法契約論において私人間の公法契約の例とされるものは、それほど多くない。公法契約論を採用する比較的多くの論者が私人間の公法契約の例として挙げるのが、土地収用における協議である。⁽⁶⁾ まずは、私人間の公法契約に焦点を当てながら、土地収用における協議をさしあたっての検討の素材とし

て、公法契約論に耳を傾けてみることにしよう。

(1) 一九〇〇年土地収用法における法定協議制度

土地収用における協議については、明治憲法下の土地収用法にすでにその定めが置かれていた。⁽⁷⁾この時期の協議と現行法下のそれが大きく異なるのは、事業認定を受けた起業者に当該起業地の土地所有者および関係人との協議が義務付けられていたこと（以下「法定協議」という）と、協議の確認制度（現行法では一一六条以下）が採用されていなかったことである。公法契約論をとる論者によれば、協議の法的性格をめぐっては、明治憲法下において、それが調うと公法契約と私法契約のいずれが成立したこととなるのかをめぐって議論があったが、現行の土地収用法が協議の確認制度を採用したことによって立法的解決が図られたとされる。⁽⁸⁾ここでいう立法的解決の含意と、それ以前において協議についての公法契約説がいかなる根拠をもって採用されていたのが問題となろう。

この検討の前提として明治憲法下の土地収用における協議について確認する。ここでは、検討に利用する文献等の便宜上、一九〇〇年に制定され同年施行された土地収用法（明治三三年法律二九号）であって一九四七年に昭和二二年法律二二九号によって改正される前のものを対象とする。以下、これを「一九〇〇年土地収用法」という。一九〇〇年土地収用法は、その制定以降、数次の改正を経ることとなるが、一九五一年に昭和二六年法律二二〇号によって廃止されるまで、その内容は、本稿に係る部分に限れば、大きく変わっていない⁽⁹⁾（なお、以下のすべての引用において、旧字体は新字体に改める）。

一九〇〇年土地収用法は、起業者についてとくに定義していない（三条参照）が、「土地ヲ収用又ハ使用スルコトヲ得ル事業」を列挙し（二一条）、起業者に内務大臣に「土地ヲ収用又ハ使用スルコトヲ得ル事業」（二二条）について

の認定（事業認定）の申請をすることを認めている（一二条、一三条）。内務大臣は、事業認定をした場合、起業者・事業の種類・起業地を公告しなければならず（一四条）、この公告後、地方長官が、収用または使用すべき土地の細目を公告しこれを土地所有者および関係人に通知をする（一九条一項）。起業者は、地方長官の公告または通知の後に、当該土地に関する権利を取得するために土地所有者および関係人と協議すべきものとされ（二二条一項）、「協議調ハサルトキ又ハ協議ヲ為スコト能サルトキハ起業者ハ収用審査会ノ裁決を求ムルコトヲ得」とされている（同二項）。すなわち、起業者が収用裁決を申請する前に土地所有者および関係人との協議を経なければならず、協議は収用裁決の前段階としてされるものであった（最三小判昭二六・一・二三行裁例集二巻一号一〇九頁参照）。これが、法定協議制度である。もっとも、この定めによれば「協議ヲ為スコト能サルトキ」にも収用裁決の申請ができるから、例外が許容されないわけではなかった。そして、収用がされた場合、「収用ノ時期ヨリ二十箇年以内ニ事業ノ廃止其ノ他ノ事故ニ因リテ収用シタル土地ノ全部又ハ一部カ不用ニ帰シタルトキハ旧所有者……ハ補償価格ヲ以テ之ヲ買受ルコトヲ得」（六六条一項）とされており、買受権の制度が採用されていたが、協議が成立して起業者が収用の必要な土地を取得した場合にも、「旧所有者」に買受権が生じるか否かについては定めがなかった。

この最後の点をめぐって、協議が成立した場合にこれによって収用がされたものとみるべきか否かが争われていた。大審院は、「公益事業」のために土地収用を要する場合に、起業者が土地所有者および関係人と協議して収用の必要な土地の権利を取得する場合も一九〇〇年土地収用「法ノ所謂収用ト称ス可キモノ」であるとし、その理由として、同法が、起業者に収用の必要がある場合にまず土地所有者および関係人と協議することを命じたのは、「当事者間ニ務メテ平和ノ行為ヲ為サシメント欲シタ」ためであり、「土地所有者ハ其所有権ノ移転ニ関シテハ自由意思ヲ有セサルカ故ニ其協議ノ内容ハ唯タ工事ノ仕様ト損失補償額ヲ定ムルニ過キ」ないことを挙げる（大判明三八・四・二四民

録一(号五六四頁)。これによれば、協議の成立により土地の所有権を起業者に移転させた旧所有者にも買受権が生じることとなる。

(2) 私法契約説と公法契約説

当時の学説では、土地収用における協議については、それが調うと私法契約と公法契約のいずれが成立するかと、私法契約であるとするときに民法上の売買に当たるか否かが論点となっていた。⁽¹⁰⁾ 私法契約説の代表的論者である織田万の議論は、この点に関して、現行憲法下で展開された公法契約論でも参照されることがある。⁽¹¹⁾ 織田は、協議が土地所有者および関係人と起業者とが「自由意思を以て交渉し得るもの」であること、協議を求めることが起業者の義務であること、おそらく大審院の上記判例を前提に「協議に依つて権利を譲渡したる土地所有者も亦収用審査会の裁決に依つて権利を剝奪されたる土地所有者と均しく先買権が与へら」ることなどから、「協議は無論売買ではない」が「私法上の合意の範囲より除外するに足るべき公法上の元素の存在することを発見し得ない」とする。⁽¹²⁾ ここで織田がいう「先買権」は上記の買受権を指すものと考えられる。

これに対し、公法契約説の代表的論者といえるのが美濃部達吉である。美濃部は、『公用収用法原理』において、結論として、「協議の成立は私法上の契約ではなく公法上の行為であり、売買ではなく収用」であり、「起業者は私人としての地位に於いて被収用者に対するのではなく、国家的公権たる収用権の主体として相手方に対するのであつて、協議は即ち其の収用権の行使に外ならない」と述べている。⁽¹³⁾ また、美濃部は、その行政法教科書の決定版ともいえる『日本行政法上巻』において、「協議による土地収用」を公法契約の一例として明示する。⁽¹⁴⁾ ここでは、引用がやや長くなるが、美濃部の収用権の理解について確認した上で、美濃部が「協議の成立」を「収用」であつて公法契約である

とした趣旨をみることにしたい。

まず、収用権について、美濃部は、それは「公益上の必要の爲めに他人の財産権に付きこれに相当する補償を支払ふことの条件の下に（法律が補償の後払制を取つている場合を除く）権利者の意思に拘らずこれを取得し得べき公法上の権利」をいい、「本来国家に専属する権利であり、公共団体又は私の起業者が其の権利を有するのは常に国家から与へられた」からであり、それは「国家的公権」であつて「公共団体又は私の起業者が其の権利者たる場合に於いては、国家に準ずべき地位に立ちて其の権利を有する」とする⁽¹⁵⁾。また、「事業の認定は国家が起業者の爲めに収用権を設定する行為であり、其の効果として起業者は国家的公権の性質を有する収用権を取得する」とも説明している⁽¹⁶⁾。

このような美濃部の理解は、国家的公権が私人に「授与」されることがあることを前提とする。この点、美濃部は、公法と私法の区別を論じる中で、「公共団体その他国家的公権を授与されれば又は国家事務を委任されて居る者は、其の授権又は委任の限度に於いて国家と同一視すべきもの」であるとし、さらに、行政権の主体についての記述では、「公共団体外私人又は一人でも、国家から本来国家に属する権利を授与されて居る者が有り得」、これを「国家的公権の授与」といい、この場合でも、たとえ「公企業……の特許の場合」のように、「其の授権の範囲、経済的事業の経営や財産的価値の給付に止まつて居る場合には」、「其の権利の行使に依り他の者との間に生じる法律関係は、私法の区域に属」するのに対し、「其の授与せられた権利が私人相互の間にも生じ得べき單純な経済的内容の権利ではなく、優勝な意思の主体にのみ属し得べき権利である場合には、其の権利の行使に付き他の者との間に生ずる法律関係は、仮令其の権利の授与された者が私人であり、従つて其の関係は私人と私人の間の関係であるとしても、尚ほ公法上の法律関係たる性質を有する」とし、とりわけ「土地収用法は土地収用の権利を私の企業者にも与え得べきものとして居り、而して収用権は……権力の要素を包含して居り、従つて収用者が私人である場合にも、収用者と被収

用者との間に生じる法律関係は公法的性格を有し、「此の場合には収用者は単なる私人としてではなく、国家的公権の主体として被収用者に対するのである」とする⁽¹⁸⁾。

次に、美濃部は、土地収用における「協議の成立」が「私法上の売買」ないし「民法上の売買」と異なる理由として、①「協議は収用物件が予定されて公告又は通知が有り、其の土地の所有権が公法上の制限に服することとなつた後に、其の収用予定地に付いてのみ行はれ得る」もので、起業者はそれを「法律上の義務」としてしなければならぬのに対し、「私法上の売買契約」は「契約自由の原則に依り起業者と土地所有者との間に何時でも任意に為し得る」もので、「敢て土地収用法の特別の規定を待つまでもない」こと、②「土地収用の一切の手続は起業者が単純な売買契約に依つては土地を取得することを得ない場合であることを前提」とし、「売買契約が成立し得るならば収用手続を開始すべき理由は初めから存在しない」こと、③「収用予定地中には華族世襲財産たる土地や差押中の土地の如き私法上の売買の目的物となり得ないものを包含し得る」こと、④もし「協議の成立」が「普通の売買契約であるとするれば、其の効果は民法に従ふの外は無いから、売主は買受権を取得しないことになり、これを裁決に依る収用の場合に比して、「相手方が」大いなる不利益の地位に立つことを免れない」こと、⑤協議に関する定めが土地収用法の「収用ノ手続」と題する章におかれていること、⑥協議の相手方が「土地所有者及関係人」に限定され、これら以外の「権利者の権利」は「若し協議が民法上の売買であるとすれば……協議の調つた後にも依然存続するものとなり、それは協議の性質に反する」から、「協議も裁決と同じ効果を生じるものでなければならぬ」ことなどを挙げる⁽¹⁹⁾。

そのうえで、美濃部は、収用権は、「国家の強制力に訴へることは必ずしも其の觀念の要素を為すものではなく、それは已むを得ざる必要に基づく最後の手段で、権利者自身の讓歩に依り若し其の承諾を得てこれを取得することが出来るならば、敢えて強制力に訴ふる必要なく、而してそれは等しく収用権の行使たることを失わない」としたうえ

契約に行政法上いかなる意味づけを与えるかによって決せられるべきであると考えられる。

第三に、織田においても美濃部においても、土地収用における協議の成立がいわば制度化された契約として認識されているようにみえる。すなわち、織田も美濃部も協議が起業者の義務であることに着目し、土地収用法が定める事業認定、協議、収用裁決と進む土地収用のプロセスの中での協議の成立の法的性格を論じている。また、美濃部は、土地収用における協議とは別に、起業者が土地所有者および関係人と「私法上の売買契約」を締結して事業に必要な土地またはそれに関する権利を取得する余地を認め、それは契約自由の原則の領域に属するものと解していることに注意が必要である。

(3) 協議の確認制度の法定と法定協議制度の廃止

一九〇〇年土地収用法は、先にも述べたように一九五一年に廃止され、同年、現行法の原形となる土地収用法（昭和二六年法律二一九号）が制定・施行された。これも数次の改正を経て現行法へと至ることとなるが、ここでは、便宜上、一九五三年に昭和二八年法律一九九号によって改正される前の土地収用法を、「一九五一年土地収用法」と呼び、検討の対象とする。

一九五一年土地収用法は、法定協議制度を維持しつつ（四〇条、四一条）、起業者と土地所有者および関係人の全員の間で協議が成立した場合であって起業者の申請を受けて収用委員会が協議の確認をした（一一六条、一一八条）とき、「収用又は使用の裁決があったものとみな」し、「起業者、土地所有者及び関係人」が「協議の成立及び内容を争うことができない」（一一一条）ものとする協議の確認制度を法定した（既述のように、これは現行法でも維持されている）。この制度化の趣旨については、「協議が成立しただけでは、民法の原則に従って取り消されることがあり、

また売買における追奪担保もしくは瑕疵担保の問題の生じるおそれもある」から、「協議に確定力を与える必要があり、また、起業者が「協議により土地の所有権を取得し、家屋を移転せしめる債権を取得し、または所有権に基づき物件を移転せしめることになったが、相手方が実際問題として土地を引き渡さなかったり、家屋を移転しまた引き渡さなかったりすることが往々にしてあり、ここに協議に執行力を付与する必要がある」との説明がされている。⁽²¹⁾

一方、一九五一年土地収用法が定める法定協議制度は、一九〇〇年土地収用法と同様に、起業者に土地所有者および関係人との協議を義務付けつつ、例外的に起業者に協議を経ることなく収用裁決の申請をすることを認めている。すなわち、一九五一年土地収用法は、都道府県知事が事業認定後に起業者からの申請を受けて収用等をする土地の所在、当該土地の所有者および関係人等の土地細目を公告した(二三条)場合、「起業者は、その土地について権利を取得し、又は消滅させるために土地所有者及び関係人と協議しなければならない」(四〇条)としつつ、「協議が成立しないとき」に加え「協議をすることができないとき」にも、起業者に収用裁決を申請することを認めていた(四一条)。その後、一九六四年の土地収用法改正(昭和三十九年法律一四一号によるもの)により、法定協議の条項が改正されて四〇条に但書が加えられ、協議をすることができないときに加えて「土地細目の公告前に起業者がしたその土地について権利を取得し、又は消滅させるための土地所有者及び関係人との協議の経過に照らし、協議が成立しないことが明らかであると認められるとき」にも、起業者は、協議を経ないで、収用裁決の申請ができるものとされた。⁽²²⁾そして、法定協議制度は、一九六七年の土地収用法改正(昭和四十二年法律七四号によるもの)によって、土地細目の公告とともに廃止される。その趣旨は、「収用手続の迅速化をはかろうとするもの」⁽²³⁾であったようである。これに伴い、協議の確認制度についても、一九五一年土地収用法では起業者が「土地細目の公告があつた日から一年以内に限り」確認申請ができるものとれていた(一一六条一項)ところ、この規定が、この改正によって「事業の認定の告示

のあった日以後収用又は使用の裁決の申請前に限り」確認申請ができる（同改正後の土地収用法一一六条一項。現行法も同じ）と改められた。

このように、一九五一年土地収用法は、法定協議制度を維持しつつ、協議の確認制度を採用して、協議が成立した場合にそれを収用委員会が確認することによって収用裁決がされたものとみなすものとした。明治憲法下において、法定協議制度の下で事業認定の公告後に起業者との協議によって土地所有者が土地の所有権を起業者に移転した場合の買戻権の成否については、判例によりその疑義が解消されていたところだが、ここでその立法的解決が図られたといえる。一九五一年土地収用法は、事業認定を出発点とし土地細目の公告を経て法定協議を実施させ協議不調のときに収用裁決を下すことを想定しているようにみえるが、事業認定前から起業者が任意に土地所有者や関係人と協議すること（任意協議）を否定していると解す必要はなからう。法定協議制度は一九六七年に廃止されたが、この廃止後の土地収用法でも、協議の確認制度は維持されていることに鑑みると、この下でも任意協議は否定されないと解すべきである。いずれにせよ、協議の確認制度が採用されたことにより協議の成立が制度化された契約としての性格を強めたといえよう。このような制度化された契約としての性格は、法定協議制度の廃止によって制度上は協議なしの収用が許容されることとなったものの、協議の確認制度が維持されたため変化しなかったといふべきである。⁽²⁴⁾

(4) 公法的効果への着目

それでは、一九五一年土地収用法が定める土地収用における協議を、公法契約論がどのように受け止めたのであろうか。この点について検討した代表的な論者と考えられる田中二郎の見解を取り上げる。田中は、大きくいえば、一九五一年土地収用法が採用した法定協議を前提とする協議の確認制度の下での協議について、協議の確認によって私

人間の契約に公法的効果が付与されると解し、このことに着目して、それを私人間の公法契約と位置づけている。⁽²⁵⁾

田中の公法契約論は、次のようなものであった。田中は、行政事件訴訟特例法の下での法状況を前提とする『行政法総論』において、次のように、「私法行為に對し、公法關係における行為を總稱する觀念として」「公法行為」があるとし、その一類型としての「公法上の契約」について論じている。すなわち、田中は、「行政法上問題となる公法行為」として「行政行為」、「行政立法」「公法上の契約」、「公法上の合同行為」などを挙げ、「公法上の契約とは、公法上の効果の発生を目的とする複数の對等の当事者間の反對方向の意思の合致によって成立する公法行為をい」い、「公法上の効果の発生を目的とする点において私法上の契約と區別され、……反對方向の意思の合致である点において公法上の合同行為と區別される」と説明する。⁽²⁷⁾そして、「公法上の契約の種類」の一つとして「私人相互間の契約」を挙げ、その例として「土地収用における起業者と土地所有者等との間の協議」があるとす。⁽²⁸⁾ここで私人間の公法契約の例として挙げられているのは、これのみである。田中は、さらに、「公法上の契約」と對比される「公法上の合同行為」ないし「公法上の協定」について、それが「公法的効果の発生を目的とする複数の当事者の同一方向の意思の合致によって成立する公法行為をい」い、それは「實質的には法定立行為的な性質をもつ」とし、その例として「公共組合・公共組合連合会の設立行為、地方公共団体の組合の設立行為」を挙げる。⁽²⁹⁾

ここで「公法上の効果」あるいは「公法的効果」の発生を目的とすることが、公法契約と私法契約あるいは公法上の合同行為と私法上の合同行為を區別するメルクマールとされている。「公法上の効果」と「公法的効果」が同一のものを指すと考えられる⁽³⁰⁾（以下では田中の文献を引用する限りで「公法的効果」で統一する）が、それらの意味内容は、『行政法総論』における当該部分の説明では、明確にされていない。この点、田中は、明治憲法下で公表した、公法契約論の端緒的論文において、「何を以て公法的効果と為すべきかの問題」は、「結局私法關係と公法關係との区

別に相当するものであり、ある「法律関係の公法に属することを認定する標準としては、第一に此の関係を規律する法規の合理的な解釈を挙ぐべき」であると考えられ、「法規が〔ある法律関係を〕私人相互間の関係と区別し、私法の適用を排除し特に公法的に取扱はんとする趣旨を示して居るものと解すべき限り、それは公法関係であり、その関係に於て発生する契約が公法上の契約であることは恐らく疑ない」とする⁽³¹⁾。また、田中は、『行政法総論』において、「公法関係」の「公共的性格」を強調している。すなわち、「私法上の法律関係については、私的自治……の原則が行われ、いわゆる契約自由の原則が認められるのに反し、公法上の法律関係については、それが公共的性格をもっているために、法律によって規制されている範囲が広く、契約によって自由に定め得る範囲が比較的狭く限られていることを特色とする」とし、さらに、「公法上の契約は……、それ自体公共的な性格を有するので、単に当事者間の利害の調整の見地から定められた私法の規定……は、……そのままに適用することができず、公共の福祉を保護する見地から特別の考え方をしなければならぬ」と指摘する⁽³²⁾。

なお、田中は、『行政法総論』の後に公刊した『行政法上巻』において、行政事件訴訟法（ただし平成一六年法律八四号による改正前のもの）の下での法状況を前提に、公法契約に関する争いは、「現行憲法のもとでは、究極においては通常裁判所に出訴することができることになり」、「これに関する訴訟は、『公法上の法律関係に関する訴訟』として行政事件訴訟法の適用を受ける」と述べている⁽³³⁾。

このように田中の公法契約論では、私人間の契約であっても、「公法的效果」が生じるものであれば、それが公法契約に当たるとされている。公法的效果は、公法契約論が公法私法区別論を前提とするものであることに鑑みれば、公法によって生じる法効果と考えるのが穩当であろう。この点、田中が「公法上の法律関係」の「公共的性格」や「私法の規定」の公法契約への適用の可否について「公共の福祉を保護する見地」を強調していることにも注目が必

要であろう。また、田中の議論を整合的に理解すれば、私人間の公法契約も、「公法上の法律関係に関する訴訟」(行政事件訴訟法四条。以下「実質的当事者訴訟」という)によって、争われることとなる。

次に、田中が土地収用における協議をどのように説明していたかについてみる。田中は、『行政法総論』の刊行の翌年に公にした『新版行政法下』において、「公用収用権は、本来、国家的公権としてその源を国の統治権に発することは疑いない」が、「公用収用の本体は、自己の利益のために財産を取得することにあるのであるから、…私人が事業主体であるときは、国による収用権の設定によって、…私人が収用権の主体となる」とし、また、収用判決を「協議が不調又は不能等の場合に、起業者の申請に基き、収用委員会が、第三者として、当事者双方の意見を聴き、両者に対し、それぞれ収用権の具体的内容及びこれに対する補償請求権の内容を決定する一種の形成行為である」と説明している⁽³⁴⁾。さらにその二年後に著した『行政法上巻』および『行政法下巻』では、「土地収用における起業者(私人の場合)と土地所有者との間の協議」を私人間の公法契約の例とし、ただし、それは「協議不調の場合には行政処分によって処理される点で、他の公法上の契約と相違する」とし⁽³⁵⁾、「協議は、あくまでも、それだけでは、当事者の合意であり、実的には私法契約にほかならず、「協議の確認があれば、収用の判決があったものとみなすこととし、これによって、収用の効果を発生させることとしている」と説明している⁽³⁶⁾。そして、法定協議制度の廃止後に刊行した書物においてだが、協議の「確認があったときには、権利取得裁決と明渡裁決があったものとみなし、協議に確定力及び執行力を与えることとなる」とも述べている⁽³⁷⁾。

このような田中の説明は、起業者と土地所有者および関係人との間で協議がなされそれが調った時点では私法契約が成立したといえるが、協議の確認がされると、収用裁決がされたものとみなされ「収用の効果」が生じることによって、それに「確定力」と「執行力」が付与され公法契約に転化するという趣旨に理解するのが素直であろう⁽³⁸⁾。そし

て、この確定力と執行力の発生こそが、田中の公法契約論という公法的効果にほかならない。

田中が私人間の公法契約に該当する協議を私人が起業者である場合に限定している点については、私人間の公法契約と行政主体と私人の間の公法契約を契約の締結主体によって区別する立場であることを推測させることと、起業者が私人であるときと行政主体であるときとで公法契約の分類上の位置付けが変化することに注目しておこう。田中の議論では、ある契約が私法契約と公法契約のいずれに当たるかは、それによって生じる効果に応じた実質的基準により決まることとなるが、ある契約が私人間の公法契約に当たるか否かは、主体に応じた形式的基準によって定まるとなる。

また、田中の議論を参考にすれば、公法契約論を採る論者の一部が一九五一年土地収用法によって協議が成立したときのその法的性格について立法的解決が図られたと評価しているのは、結局、「収用の効果」が収用委員会の確認を得た協議（の成立）によって生じる公法的効果であって、そのことが法律によって明示されたということを意味すると考えられる。

田中の公法契約論から示唆されるのは、公法私法区別論が否定された今日においても、法律に基づき行政が私人間の契約に関与して法律が当該契約に特別の効力を認めるとき、行政の関与や特別の効力に着目して行政法学の考察対象とした行政法による規律を及ぼす必要があるとの考えも成り立つ余地があることである。もっとも、田中の議論では、ある私人間の契約を公法契約と性格付けたときに、それによって公法が定める公法的効果が生じ、また、それを実質的当事者訴訟で争うべきことのほかに、解釈論上いかなる意味があるのかは、あまり検討されていないように見える。

三 行政契約論と建築協定

公法契約論は、今日、公法私法区別論が解消されたこと⁽³⁹⁾に伴い、ほとんどとられることがなくなったとみてかろう。これに対し、現在、行政契約という概念が用いられることが多い。その際、後に引用する文献から明らかなように、行政契約は行政主体が一方の当事者となって締結される契約と定義され、その法的統制が論じられる。このような立場を、以下では、「行政契約論」と呼ぶ。公法契約論を否定して行政契約論に立つ論者の多くは、私人間の契約を行政契約に含めていない。公法契約論と行政契約論の違いの一つは、私人間の契約が視野に入るか否かの点にある。しかし、後に紹介するように、行政法の教科書では、行政契約の項目において、建築協定が取り上げられることがある。「行政上の契約」という用語が用いられることがある。⁽⁴⁰⁾これと行政契約とはやや異なるニュアンスで用いられているようにもみえる。行政契約論は、契約の当事者にのみに着目し、いかえれば形式的基準で行政法学の考察対象となる契約を画定しようとする立場である。これに対し、行政上の契約というとき、私人間の契約であって行政上のものであれば、それは行政法学の考察対象となるようにみえる。この場合、契約の当事者が行政主体であることは、必須のものではなからう。

(1) 行政契約論の射程

私人間の契約を行政契約に含めないことは、行政契約の定義からすると当然のことであるが、行政契約論がその考察対象を行政主体が一方当事者となる契約に限定した際の問題意識を確認しておく必要がある。

まず、比較的早い時期に行政契約論をとることを言明した論者の一人である今村成和の議論を取り上げる。今村は、『行政法入門』において、おおむね次の三点を根拠として行政契約論を採用すべきであるとする。すなわち、第一に、行政事件訴訟法によれば、公法契約と私法契約で「訴訟手続のうえでは、取扱いを異にする（行政事件訴訟法四条・四五条参照）」ため、「この区別を無視することはできないが、同じ契約である以上、これを支配する法の原理に本質的な違いがあると考えるのはおかしい」こと、第二に、学説で私法契約と整理されるものも「行政主体が一方の当事者であるところから、法律上も特別の定めが加えられ、それが契約の効力に影響することとなって」おり、これらの定めは「私法の特則で、他は公法規定だと区別する根拠もない」こと、第三に、公法契約と私法契約を区別して「演繹的に議論を展開することができるためには、公法上の契約についての一般的な原則というものがはっきりと法律に定められていなければならないが、そんなものはないし、契約の種類・性質がさまざまである以上、できるわけもない」ことを挙げる。そのうえで、今村は、「給付行政の発達に伴い、行政活動における契約の比重は著しく増大した」ため、「その研究はおろそかにはできない」が、「従来は、行政法の理論体系が権力行政中心であつたうえに、……公法・私法の区別論にこだわりすぎたために、まだ十分にはなされていらない」と述べる⁽⁴⁾。

また、室井力も、今村に続く比較的早い時期に、行政契約論によるべきことを明確に述べた論者である。室井は、非権力的行政をその法的統制の観点から考察するなかで、その一例として行政契約を取り上げ、次のように論じている。すなわち、行政事件訴訟法は抗告訴訟と区別される当事者訴訟の一種として実質的当事者訴訟を「公法上の法律関係に関する訴訟」（四条）と規定することによって「公法契約関係を予想し、その訴訟上の扱いについては、民事訴訟法と異なる若干の特別の扱いを認めているようである」が、公法契約と私法契約を区別する「実体法上の基準は必ずしも明らかでなく」、公法契約と私法契約の差異も「あいまいな点が少なくなく」、「行政契約に適用される諸

法令は、当該契約の個別的具体的特質によってその規律の内容を異にするものと見られ、その規律内容の差異は、当該契約を公法契約か私法契約かに二分しなければならぬほどのものとは解されない」から、「行政契約のそれぞれの特質に応じて、解釈論や立法論を行政を民主的に統制するという視角から扱うべきである」とする⁽⁴²⁾。

これらの論者が行政契約論を採用した際の問題意識は、公法私法区別論の否定うえに、行政法学の考察対象に公法契約とされてきたものに加え私法契約とされてきたものをも含める必要が生じ、行政契約に特有の法理を解明しあるいは行政契約の民主的統制を論じる必要があるというものであったと考えられる。このような問題意識の下では、私人間の契約が、その法効果がいかなる内容のものであるにしても、さしあたりは行政法学の考察対象とはされないのは当然のことであったといえる。いずれにせよ、行政契約論を採用する限り、たとえば、土地収用における協議や建築協定のように私人間の契約（ただし、建築協定については後にみるように合同行為説がある）であって公益に関するものが、行政契約としての学問的検討の対象からは除外されるべきことになる⁽⁴³⁾。筆者の感想にすぎないが、このことには、公法契約の具体例が実は少数であったとの評価も示されているところ⁽⁴⁴⁾、これに加え、私人間の公法契約とされたものの具体例が実質的には土地収用における協議のみであったことが影響しているのではなからうか。

土地収用における協議についていえば、起業者が行政主体ではない場合、行政契約論ではそれが考察の対象から除外されるべきこととなる。しかし、起業者が行政主体である場合とそうではない場合で、現行の土地収用法は異なる取扱いをするものではないし、協議をいかに法的に性格付けるにせよ、それに及ぼされる法的規律に差異があると解しあるいは差異を設けた立法をする必要はないように思われる。

(2) 建築協定の制度とその改革論

次に、建築協定の法的性格やその位置付けをめぐる議論を素材として、行政契約論が公益保護の機能を有する私人間の契約をどのように取り扱ってきたかを検討する。建築協定の法的性格をめぐる議論には、建築協定の改革論と連動するものが含まれる。そこで、よく知られているところだが本稿における検討に必要な限りで、建築協定に関する建築基準法の定めについて、その解釈を含めて確認し、また、建築協定について指摘されている問題点とその改革論にも簡単に触れることとしたい。

建築協定は、市町村がその区域の一部についてそれを締結できる旨を定める条例を制定している場合であって、土地の所有者および借地権を有する者（以下「土地所有者等」という）が、「住宅地としての環境又は商店街としての利便を高度に維持増進する等建築物の利用を増進し、かつ、土地の環境を改善するため」、「当該土地について一定の区域を定め、その区域内における建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準について」締結する協定である（建築基準法六九条）。建築協定では、協定の目的となっている土地の区域（以下「建築協定区域」という）、建築物に関する基準、有効期間、協定違反があった場合の措置を定めなければならない（同法七〇条一項）、その締結に当たっては土地所有者等の「全員の合意」（以下「全員合意」という）が必要とされる（同三項）。

土地所有者等が全員合意によって建築協定を締結し特定行政庁の認可（建築基準法七〇条一項）を得てそれが公告される（同法七三条二項）と、当該建築協定は、公告のあった日以後において当該建築協定区域内の土地所有者等となった者に対しても「その効力があるものとする」とされている（同法七五条）。これが、建築協定の「対世的効

力」・「第三者効」・「承継効」などと呼ばれるものである（以下では「承継効」という）。特定行政庁が建築協定を認可する場合の要件には「建築協定の目的となつてゐる土地又は建築物の利用を不当に制限するものでないこと」（同法七三条一項一号）と、建築協定の目的（同法六九条）に「合致するものであること」（同法七三条一項二号）が含まれている。

特定行政庁に建築協定の認可申請があつた場合（当該建築協定区域が建築主事を置く市町村の区域外にあるときは所在地の市町村の長を経由して建築協定書の提出がされる。建築基準法七〇条一項、七一条）、市町村の長は、遅滞なくその旨を公告し二〇日以上の相当の期間を定めて、これを関係人の縦覧に供さなければならず（同条）、縦覧期間の満了後、関係人の出頭を求めて「公開による意見の聴取」を行わなければならない（同法七二条一項）。行政実務でも参照されることのある解説書を紐解くと、ここで意見の聴取を実施するものとされている趣旨は、「建築協定の参加者が真実の権利者であるか否か、建築協定締結の際の全員合意や建築協定の内容が協定締結者の自由な意思に基づくものであるか等について市町村長が知るための機会をつくる」ためであつて、出頭を求める関係人は、「運用上、縦覧期間中に異議を述べた者がこれに当たるとするのが通常であ」り、「建築協定区域の周辺の人々」は「『関係人』には含まれない」とされている。⁴⁵⁾

土地所有者等が特定行政庁の認可を受けた建築協定を変更しようとする場合、全員合意によりその旨を定めて、特定行政庁の認可を改めて受けなければならず、その場合の手續等については、当初の建築協定の認可のための定めが準用され（建築基準法七四条）、建築協定書の縦覧や公開による意見聴取が必要となる。他方、認可を受けた建築協定を廃止する場合には、建築協定区域内の土地所有者等の過半数の合意を得て特定行政庁の認可を得ればよいとされ（同法七六条）、当初の協定協定の認可のための定めが準用されていない。これらの点について、上記解説書は、「建

建築協定の変更も一種の新たな建築協定の制定とみられる」のに対し、「廃止の場合は」建築協定によってされた「一種の権利制限」の「解除であり、また、過半数のものが廃止しようとするようなものは、もはや自主的な規制の意義を失ってしまったものと考えられる」と説明している。⁽⁴⁶⁾

建築協定区域内の土地所有者で当該建築協定の効力の及ばないものは、特定行政庁の認可の公告日以降いつでも特定行政庁に意思表示をすることによって当該建築協定に加わることができ(建築基準法七五条の二第一項)、また、建築協定において建築協定区域に隣接した土地であって当該建築協定区域の一部とすることにより建築物の利用の増進および土地の環境の改善に資するものとして建築協定区域の土地となることを当該建築協定区域内の土地所有者等が希望するもの(以下「建築協定区域隣接地」という。同法七〇条二項)が定められていれば、建築協定区域隣接地の区域内の土地にかかる土地所有者等は、建築協定の認可の公告日以後いつでも当該土地にかかる土地所有者等の全員の合意により特定行政庁に意思表示をすることによって当該建築協定に加わることができる(同法七五条の二第二項)。上記解説書では、前者は、借地権の目的となつてゐる土地所有者の建築協定への「参加」を「簡易な手続」で認めるものであるとされ、後者は、建築協定の締結時にその当事者ではない土地所有者等が「簡易な手続で協定に参加することを許容する」ことが当該建築協定で定められているときを想定したものであつて、原則としては、「事後に建築協定に加わる場合には、建築協定区域の変更となるので、当事者の全員の合意が必要とされる」と述べられてゐる(以下では、両者を総称して「事後加入手続」という。⁽⁴⁷⁾)

建築協定に違反する建築に対して行政がその是正措置をとることができるか否かについては、建築基準法に明確な定めがないが、建築協定が定める基準に合致しない建築物についてそのことを理由として建築確認(六条)を拒否したり是正命令(九条)を下したりすることはできないと解され、実際にもそのように運用されてゐるといわれている。⁽⁴⁸⁾

このため、建築協定の実効性確保は、民事上の契約にかかる債務不履行の場合の履行強制の方法によるべきこととなる。

このような建築協定の問題点として、①全員合意が必要であるため建築協定の締結に至らなかつたり変更が難しくまた有効期間を経過した場合の更新が困難であつたりすること、②実効性確保が最終的には債務不履行の場合の履行強制の方法によるため、建築協定への違反があつても、実効性確保が困難であることなどが指摘され、このための改革の提案として、建築協定の内容を建築確認の対象に含め、また、締結および更新時の全員合意の要件を緩和すべきであるなどとする改革論が展開されている。⁽⁴⁹⁾

(3) 合同行為説と契約説

建築協定の法的性格については、それが合同行為であるか契約であるかについて議論がある。また、それを契約であるとする論者においても、民事上の契約とするものもあるし、行政契約とするものもある。それを合同行為と解する場合でも、行政法学において合同行為をいかにして把握するかの問題がある。

いうまでもなく、民法学説では、法律行為が単独行為、契約および合同行為に分類されている。このうち、合同行為は、相対立しない複数当事者の、内容と方向を同じくする複数の意思表示が合致することによって成立する法律行為であり、社団の設立のような団体設立行為がこれに当たり、それと契約との違いは、契約が利害を異にする当事者がする内容的に対応する意思表示の合致によって成立するのに対し、合同行為は、利害が同一方向に向いている点にあると説明されるが、契約に「利害の対立は必ずしも必要ではなく、合同行為のように利害が同一方向に向いているものを契約として説明することも可能であり」、⁽⁵⁰⁾「社団設立行為は、関与者を相互に拘束する点で一種の契約ではあ

るが、そこで企図される効果が関与者を相互に拘束するだけでなく、継続的な団体と団体に不可欠の組織を創造するものである点、参加者の一人の意思表示が無効でも残余の者の意思表示をもって可能な限り所期の効力を発生させるべきである点など、一般の契約と異なる側面もある」と指摘されることがある。⁽⁵⁰⁾

建築協定を合同行為と性格付ける論者のうち典型的と思われるのは小早川光郎である。小早川は、「行政作用をめぐる法律関係」が「行政機関ではない関係者の側の行為を基本として……展開するという仕組みがとられている場合」があるとし、それに当たるものとして「一定の行政活動の主体となるべき行政上の団体の設立や、行政上の一定の事項に関する規範の定立が、関係者の共同の意思によって行われるという事例がある」とし、これが「行政上の合同行為」であるとする⁽⁵¹⁾。建築協定は、このうちの「規範の定立」に当たるとい趣旨であると考えられる。小早川は、団体の設立だけではなく、それとは区別される規範の定立も行政上の合同行為に含まれるとしている。団体の定款もある種の規範に当たると考えられるから、それ以外にも「関係者の共同の意思」により行政に関する規範が定立されることがあることをいうものであることに注目しておく必要がある。また、一般に建築協定を締結するとき「協定運営委員会」などの名称で当該協定の実効性を確保するための組織が作られるが、建築協定は団体のような人的な結合体の設立を必須のものとするわけではなからうから、建築協定を行政上の合同行為としての規範の定立と解することには合理的な理由があるといえよう。

規範の定立という点で小早川の合同行為説と趣旨を同じくすると考えられるのが、建築協定を「自主法」と位置づけ「準条例説」の名称で整理されることのある荒秀の見解である。荒は、「国民・住民が国や地方公共団体と共に行政の共同形成者となっているということが現代行政の一特色と深く認識すべきである」としたうえで、建築基準法が「条例で建築協定の規定を設けることを認めたのは、〔建築基準法〕四〇条・四一条の条例制定権の個別化を〔建築〕

協定に委ねたとみることもできるのであって、いわば再委任を法的に認めたと解され、建築「協定のように法律により直接根拠づけられているものは法規範と同視することができ」、「建築協定は条例にもとづく自主法として、広い意味での国法の一形式として準条例・地域条例・住民条例などの名称で存在の場を与えてもよいのではないかと考える」と述べている。⁽⁵²⁾ なお、このような荒の見解は、建築協定の締結を規範定立行為と解する嚆矢となったものである。⁽⁵³⁾ 荒が準条例説を提唱したのは、建築協定の実効性が確保されていない実情に鑑みて、建築協定の内容を建築確認の対象に含めようとしたからであると考えられる。⁽⁵⁴⁾

また、磯野弥生も、建築協定を合同行為と性格付けているわけではないが、「地域ルール」という概念を用い、それが「国の一律的規制ではなく、地域の特色に基づいて、一定地域の範囲のみでルールとして通用するものであり」、「様々な形式で作成され」としつつ、建築協定等を「土地所有者等の地権者の同意により、それぞれの法律の目的のために、土地利用規制よりも厳しい上乘せ規制を定め、行政庁の認可を得て、実施していくというもの」と説明している。⁽⁵⁵⁾ この立場は建築協定等により規範が定立されるとの理解を前提とするものと考えられる。

これらに対し、森田寛二は、ある民法学説が「具体的団体が組合であるか社団であるかをきめる規準」の一つとして「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、それとも、具体的な諸個人を特定することなく構成員に対する一般的規定（定款）という形態をとっているか、応じて構成員の加入および脱退を予定しているか」を挙げていることを参照して、建築協定の締結に際し土地所有者等の全員の合意を必要とすること、建築協定の承継効は「強められた効果」とはいえるが、建築基準法は「建築協定をもっていわゆる物権的効力を有するものとして組み立ててはいない」ことを根拠に、「建築協定による人的結合体は、……原則論的には、〔社団ではなく〕民法上の組合的なもの——契約Ⅱ結合体的なもの——として把握するの

が妥当」であるとする⁽⁸⁷⁾。また、民法学説でも、建築協定を契約と評価しているものがみられる。たとえば、高橋寿一は、建築協定は「基本的には私法上の協定であると捉えるべきであろう」とし、その理由の一つとして「この協定は、協定に合意した者（およびその承継人）にしか効力を及ぼさず、基本的には私的合意の範疇を大きく超えるものではないこと」を挙げる⁽⁸⁸⁾。

合同行為と契約の差異が利害の対立の有無ないし意思表示の方向にあるとすれば、小早川の合同行為説と森田の契約説の差異は、当然のことながら、この点に求められることになる。利害の対立という点からみると、建築協定の締結者は、相互に自らが建築協定の内容を遵守する義務を負い他の締結者に対して建築協定の内容の遵守を求める権利を有すると解せば、そこには締結者相互間に利害の対立を語ることができるが、締結者全員が「共同」して建築協定所定の内容の規範を定立すると解せば、そこには利害の対立はみられないことになる。また、ある法律行為を合同行為と解するメリットの一つは参加者の一人の意思表示が無効でも当該法律行為によって所期の目的を達成可能ならあるとされ、森田の契約説もそれを意識したものとなっている。

そこで、建築協定の締結に全員合意が必要とされる点を検討してみよう。その制度が意図するところとして、仮に全員合意が得られない場合に、合意した土地所有者等の土地を合わせた区域を建築協定区域とすれば、当初に建築協定を締結しようとした目的を果たすことができるとも評価できるし、合意しなかった土地所有者等の土地の区域が建築協定区域とはされない点で所期の目的は達成されないとの評価も可能である。また、合同行為に規範の定立を含める場合にもその要素となるかには議論の余地があるが、構成員の加入と脱退を予定しているか否かの点についてみれば、法律上、事後加入手続と承継効が認められることに鑑みると加入は予定されているといえなくもないが、ある土地所有者等が建築協定の拘束から逃れようとするとき、その者は当該土地の所有権または借地権を手放すか建築協定

の廃止を求めるしかない点を見ると、脱退が予定されているとは考えにくい。さらに、建築協定の締結によって定立される規範（建築協定の内容）が社団の定款に当たるとすれば、その改定に全員合意を要しないというのが日本民法の立場であろう（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律一四六条参照）が、建築協定の変更には全員合意が必要とされ、当初の締結時と同様の手続をとることが求められている（建築基準法七四条）。

そうすると、建築協定を規範の定立という意味での合同行為と解する見解と建築協定を契約と解する見解の間には、認識の差異があるものの、解釈上、いずれかに割り切ることにはさほどの実益があるとは考えられない。⁵⁹ 上で指摘した事後加入手続と承継効を建築基準法が特別に創設したものと理解し、建築協定の変更にも全員合意が必要とされる点を重視すると、さしあたり建築協定を契約と解しておくのが穏当であろう。ただし、このように解しても、建築協定によって協定当事者間で法的拘束力ある規範が形成されることは疑いのないところであるし、建築協定により「条例に基づく自主法」あるいは「地域ルール」が形成されるとの評価も問題発見のために重要であると考えられる。

(4) 民事上の契約説と行政契約説

行政実務家の手による建築基準法の解説書では、「一般的に、土地所有者等が、公法で定められている基準以上の基準による制限を行うことを全員の合意によって約束することは、『私契約の自由』の原則からいって当然のこと」だから、建築協定制度は不要ともいえるが、「住民の手による街造りを行うためには、単に契約の当事者である土地所有者等のみを拘束するだけでは足り」ないため、「建築基準法はこの点を考慮し」建築協定の承継効を定めており、「この点が〔建築協定の〕民事上の私契約と異なる点である」としたうえで、建築協定は、「一般の民事上の契約と異なる特質を有するが、基本的には、その最初の締結あるいは変更は、全員の合意によってのみなしうることを考えれ

ば、私法上の契約の一類型である」と説明するものがある。⁽⁶⁰⁾ ここでいう「民事上の私契約」と「私法上の契約」の差異は明らかではないが、公法私法区別論を前提に、建築協定制度を民法によって規律される契約に特別の効力としての承継効を付与するものと性格付けているようにみえる。

行政契約論を採用し建築協定を行政法の教科書において行政契約の項目において取り上げる論者として、たとえば、大橋洋一は、建築協定を「市民相互で締結され、行政が認可等で関与する民—民型協定（横型協定）」であるとし、承継効が認められる点で「民事契約とは異なる性質が認められる」とする。⁽⁶²⁾ 大橋は建築協定を行政契約の一種として位置づける立場であると思われる。⁽⁶³⁾ 大橋がこのような議論をしているのは、建築協定を「官民協働を可能とする行政手法」と位置付け、「契約締結手続における市民参加」と「契約が締結された後における公表などの透明性確保」を重視した改革を主張しているからであろう。⁽⁶⁴⁾ また、大浜啓吉は、「私人間の合意＝契約に行政庁が承認（認可）を与えることによって、一定の政策目的を達成するものがある」とし、その一例として建築協定を挙げ、建築協定の認可に注目し、それが「行政処分論における認可（例えば農地移転における認可など）」とやや違うのは、協定の内容が土地利用、住環境の改善といった公共性を有するところにある⁽⁶⁵⁾ため、建築協定を「行政契約の中に整理して考察した方がよい」とする。

ただ、建築協定は私人間で締結されるものだから、それを行政契約そのものと整理する論者はそれほどみられず、体系的な位置付けの工夫がなされている。⁽⁶⁶⁾ たとえば、曾和俊文は、「行政主体と私人が締結する契約のほかに、私人間の契約を行政が認可することで規制行政目的を達成しようとするものもある」とし、その例として建築協定等を挙げる。⁽⁶⁷⁾

建築協定を民事上の契約と解する見解と行政契約とする見解が異なるものであるとも評価できようが、行政契約論

は、公法私法区別論の下で公法契約とされてきたもののみならず私法契約とされてきたものをも、行政主体がその当事者となるときに、それを行政契約と解して行政法の規律対象とする立場だから、そこでいう行政契約には当然に民事上の契約が含まれる。建築協定は行政主体が当事者となるものではないから行政契約論では行政契約と性格付けることはできないはずだが、それでも、それを行政契約と整理する論者があるのは、大浜の趣旨を敷衍すれば、承継効に伴う公共性の形成機能に着目するからであろう。これは、本稿が建築協定に公益保護の機能を見出すのと同じ趣旨であろう。

そうすると、行政契約論の下では、曾和の説明が正鵠を射ているように思われる。そして、むしろ重要なのは、人間の契約に認められる公益保護の機能を行政法の問題としてどのように取り扱うかであろう。この点の検討の素材となると思われるのが、近時、いくつかの地方公共団体において主として条例により制度化されている、いわゆる「まちづくり協定」である。この制度の下では、私人間で形成されたまちづくりに関するルールに制度上の位置付けが与えられることがある。そこで次に、この点に着目して、私人間のまちづくり協定について検討することとする。

〔後記〕 岸井先生は、私のような先生とは年齢の離れた者にも、分け隔てなく、和やかに接して下さる方であった。

先生は、いうまでもなく経済法の研究者として社会的にもよく知られた方であるのと同時に、本学の内部でも学部や大学の運営に関して責任をもった発言や行動をされる方であった。先生のご逝去を知ったとき、その数日前に学内で先生にお目にかかった折にいつもの優しい表情でお話しされていたことを思い出し、よくいう「言葉を失う」とはこのように思いのことなのかと感じた。先生のご冥福を心よりお祈りしたい。

【注】

- (1) 拙稿「アメリカにおけるゾーニングとカベナントの調整法理——土地利用規制の二重構造——」龍谷法学四一巻一号(二〇〇八年)一頁以下、拙稿「私人による土地利用規制の法的統制——アメリカにおけるカベナントを素材として」岡村周一・人見剛(編著)『世界の公私協働——制度と理論』(二〇〇二年、日本評論社)八九頁以下、拙稿「アメリカにおける住宅所有者団体の行為の制限的司法審査と経営判断の原則」土地総合研究二〇巻四号(二〇〇二年)二二頁以下。
- (2) この指摘は、拙稿・前掲注(1)一頁に記したように、芝池義一『行政法総論講義「第四版補訂版」』(二〇〇六年、有斐閣)二二三頁によるものである。
- (3) この問題に取り組んだ確井光明『行政契約法精義』(二〇〇一年、信山社)四六三〜四六九頁は、建築協定制度を「行政契約と連続線上にある方式」の一類型であって「私人間協定を認可(認定)する方式」と位置づけている。ただ、何をもちて「行政契約と連続線上」にあるものとするかの問題があると思われる。
- (4) たとえば、佐藤幸治『日本国憲法論』(二〇〇一年、成文堂)一六四頁以下、渋谷秀樹『憲法「第三版」』(二〇一七年、有斐閣)一三三頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法「第四版」』(二〇一七年、有斐閣)一〇七頁以下参照。
- (5) この点については、たとえば、南博方「公法契約理論の反省と現代的意義」法学雑誌九卷三〇四号(一九六三年)一三一頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点(一〜二・完)」法律時報四二巻一号(一九七〇年)六九頁以下、二号(一九七〇年)八五頁以下、綿貫芳源「公法上の契約」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹(編)『行政法講座第一巻 行政法の基礎理論』(一九六四年、有斐閣)九五頁以下参照。
- (6) 磯崎辰五郎『行政法総論』(一九五三年、世界思想社)三一八頁、田中二郎『行政法総論』(一九五七年、有斐閣)二五一頁、成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛『現代行政法』(一九六八年、有斐閣)一六三頁、広岡隆・田中館照橋・遠藤博也(編)『行政法の基礎知識(一) 総論・諸外国の法制・行政救済・行政組織・地方自治』(一九七八年、有斐閣)一三三頁「浜川清執筆」。
- (7) この点については、高田賢造『新訂土地収用法「第二版」』(一九六八年、日本評論社)一五頁以下参照。
- (8) 市原昌三郎『行政法講義「改訂第二版」』(一九九六年、法学書院)一七七頁、綿貫・前掲注(5)一〇九頁。
- (9) 高田・前掲注(7)一七頁参照。
- (10) この議論については、柳瀬良幹『公用負担法「新版」』(一九七一年、有斐閣)一三三〜二四四頁参照。
- (11) たとえば、綿貫・前掲注(5)一〇九頁。
- (12) 織田万『日本行政法原理』(一九三四年、有斐閣)四五〇〜四五二頁。

- (13) 美濃部達吉『公用収用法原理』(一九三六年、有斐閣) 一一八頁。
- (14) 美濃部達吉『日本行政法上巻』(一九四〇年、有斐閣) 二四五頁。
- (15) 美濃部・前掲注(13) 八九頁。
- (16) 美濃部・前掲注(13) 一〇三頁。
- (17) 美濃部・前掲注(14) 五〇頁。
- (18) 美濃部・前掲注(14) 一〇四〜一〇六頁。
- (19) 美濃部・前掲注(13) 一一四〜一一八頁。
- (20) 美濃部・前掲注(13) 一一八〜一九九頁。
- (21) 高田賢造『土地収用法』(一九六五年、日本評論社) 四四六〜四四七頁。この点、法定協議制度を採用していない現行法についても、行政実務家の手による解説書では、類似の説明がされている。たとえば、小澤道一『逐条解説土地収用法下「第三次改訂版」』(二〇一二年、ぎょうせい) 六〇六頁、土地収用法令研究会(編)『土地収用法の解説と運用Q&A「改訂版」』(二〇一四年、ぎょうせい) 三五七頁。
- (22) この但書の追加については、従前において「実際上は、土地細目の公告以前において何回も協議を重ねているものが多く、裁決申請に際してあらかじめ協議をすることが無意味なものがある」ため、「土地細目の公告以前において協議を重ね、その経過からみて協議が成立しないことが明らかであるものについては、あらかじめ協議をすることを要しないものとし、直ちに裁決申請ができることとし、収用手続の迅速化をはかることになった」と説明されている(佐土俠夫「土地収用法等改正法について——改正の経緯と内容——」ジュリスト三〇四号(一九六四年) 五九頁以下・六一頁)。
- (23) 第五回国会参議院本会議・藤田進建設委員長発言(昭和四二年七月一四日。参議院会議録二五号(その一) 四六頁)。なお、第五回国会の参議院建設委員会では、政府委員から「法定協議は従来は実はいわば最後通牒的なもので、法定協議の段階において話し合いをするというふうな実態がな」く、「法定協議を一応廃止」するが、「いわゆる最後通牒的な法定協議というものをやめただけで」、「協議そのもの、お話し合いそのものを否定してないことは、……協議確認の制度でも明らかと思う」との発言があった(第五回国会参議院建設委員会・志村清一政府委員発言。昭和四二年七月一三日。参議院建設委員会会議録二三号五頁)。この点については、吉田泰夫「土地収用法の改正」ジュリスト三七九号(一九六七年) 四三頁以下・四四〜四五頁も参照。
- (24) なお、協議の確認制度が活用される例はそれほど多くないようである。活用例を紹介するものとして、たとえば、国土交通省北海道開発局網走開発建設部用地課「土地収用法に規定された任意協議『協議の確認』にて物件移転を行った事例について」用地ジャーナル

ル二三卷三号（二〇一四年）四頁以下、国土交通省北海道開発局函館開発建設部用地課「土地収用法の『協議の確認』制度を活用して食品工場を移転補償した事例」用地ジャーナル二〇巻四号（二〇一一年）四頁以下、山田安則「区分所有建物の敷地を地下使用するために土地収用法の『協議の確認』を活用して権利取得した事例」用地ジャーナル一七巻三号（二〇〇八年）一〇頁以下がある。

(25) ただし、田中は、法定協議制度廃止後に刊行した田中二郎『新版行政法上巻「全訂第二版」』（一九七四年、弘文堂）一一二頁において、土地収用における協議ではなく、「土地収用における起業者と土地所有者との和解」を私人間の公法契約の例として挙げている。

(26) 田中・前掲注（6）二四五頁。本稿で田中二郎の公法契約論を知るために取り上げる素材は、①同「公法契約論序説」同『行政法為論』（一九五四年、有斐閣）二六九頁以下（初出は一九三三年）以下「文献①」という、②一九五七年公刊の同・前掲注（6）、③同『新版行政法下』（一九五八年、弘文堂）（以下「文献③」という）、④同『行政法上巻』（一九六〇年、青林書院）（以下「文献④」という）、⑤同『行政法下巻』（一九六〇年、青林書院）（以下「文献⑤」という）、⑥一九七八年公刊の同・前掲注（25）、⑦同『新版行政法下巻「全訂第二版」』（一九八三年、弘文堂）（以下「文献⑦」という）である。これらと土地収用法の改正の沿革と照らし合わせると、一九五一年土地収用法より協議の確認制度が導入され、一九六四年に法定協議の例外が昭和三十九年法律一四一号により導入されたほかは、一九六七年の法定協議制度の廃止まで、法定協議と協議の確認制度は実質的に変化していないため、①⑥⑦を除く上記文献において田中が論じた土地収用における協議は、一九五一年土地収用法におけるのと同じ制度であったと考えてよい。

(27) 田中・前掲注（6）二四五、二四九、二五三頁。

(28) 田中・前掲注（6）二五一頁。

(29) 田中・前掲注（6）二五三～二五四頁。

(30) 田中は、田中・前掲注（25）一一二頁では、「公法上の契約」を「公法的効果の発生を目的とする」ものとしている。

(31) 田中・前掲注（26）文献①二八六頁。

(32) 田中・前掲注（6）二五二～二五三頁。

(33) 田中・前掲注（25）一一三頁。

(34) 田中・前掲注（26）文献③四九三、四九五、五〇三頁。

(35) 田中・前掲注（26）文献④一一六頁。

(36) 田中・前掲注（26）文献⑤三六九～三七〇頁。

(37) 田中・前掲注（26）文献⑦一八〇頁。

(38) このような、協議それ自体は私法契約であるが、収用委員会によって協議の確認がされると「収用の効果」が生じるという理解は、

その後の論者においてもみられる。たとえば、高田・前掲注(21)一九二頁は、「協議は、売買の申込その他の私法上の法律行為を構成要素とし、それに法律の定める所定の手続的法律事実を包摂せしめることによって、これを〔土地〕取用法上(公法上)の手続行為である」としている。

(39) この点については、さしあたり、塩野宏「公法・私法概念の再検討(日本国憲法の下における)」同『公法と私法』(一九八九年、有斐閣)一〇三頁以下(初出は一九八三年)、同「公法と私法——判例分析——」同『法治主義の諸相』(二〇〇一年、有斐閣)六九頁以下(初出は一九九八年)参照。

(40) 塩野宏『行政法Ⅰ』第六版「行政法総論」(二〇一五年、有斐閣)二〇六頁以下。

(41) 以上、今村成和『行政法入門』(一九六六年、有斐閣)一二五―一二六頁。このような記述は、同書の最新版である今村成和(著)・島山武道(補訂)『行政法入門』第九版』(二〇一二年、有斐閣)一一六頁以下でも維持されている。

(42) 室井力「非権力行政の法的統制」同『現代行政法の原理』(一九七三年、勁草書房)九〇頁以下・九四頁(初出は一九七〇年)。

(43) 芝池・前掲注(2)二二九頁参照。

(44) 浜川清「行政契約」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫(編)『現代行政法大系』(二)「行政過程」(一九八四年、有斐閣)一四九頁以下・一五九頁。

(45) 逐条解説建築基準法編集委員会(編著)『逐条解説建築基準法』第四版』(二〇一三年、ぎょうせい)一〇六九頁。

(46) 逐条解説建築基準法編集委員会・前掲注(45)一〇七一頁、一〇七四頁。なお、認可された建築協定の廃止には土地所有者等の過半数の合意でよいとされる点については、立法論として、若干の疑問がある。建築協定と同様に全員合意で締結され(都市緑地法四五一条一項)、市町村長の認可(同法四七条)を得ると承継効の認められる(同法五〇条)緑地協定は、その廃止についても建築協定と同様に過半数の合意を得て市町村長の認可(廃止認可)を得ればよいとされ(五二条)、当初の締結に際しての認可や変更時の認可の場合にとられる手続(同法四六条、四七条二項、四八条二項)も要しない。緑地協定の廃止認可の取消訴訟で、過半数の合意があったか否かが争点となることがある(例、大阪地判平二〇・一・三〇判タ二二七四号九四頁、大阪地判平二一・八・二〇裁判所ウェブサイト)。過半数の合意を欠くことが廃止認可の違法事由となり得ることは疑いがないが、それ自体は、協定当事者の確定が問題となるにせよ客観的に定まるため、市町村長による実質的な判断は介在しないから、實際上これについて裁判所が違法判断をすることはあまりないと考えられる。建築基準法も都市緑地法も建築協定や緑地協定の廃止認可の実体的要件を過半数の合意のみとしており、協定廃止に異を唱える協定当事者が廃止認可を取消訴訟で争っても勝訴の余地が狭く、少数者の保護に欠けると考えられる。立法論としては、過半数の合意を維持するのであれば、廃止認可の実体的要件を追加するか、全員合意とはしないまでも合意を要する協定当事者の割合

を増やすなど、少数者を保護するための工夫が必要であろう。建築協定も緑地協定も有効期間を定めるべきものとされている（緑地協定については都市緑地法四五条二項三号参照）ため、有効期間が経過すれば、全員合意によりこれを「更新」（法律上は再度の締結となる）しない限り、効力が消滅することとなる。このこととのバランスを考えれば、少数者保護の工夫は正当化できると考えられる。

(47) 逐条解説建築基準法編集委員会・前掲注(45) 一〇七四頁。

(48) たとえば、荒井八太郎・山田信敏・田中学・近藤恵嗣「建築の法律紛争〔新版〕」（一九九五年、有斐閣）二五五～二五六頁、松本博「建築協定の意義と効力」塩崎勤・安藤一郎（編）『新・裁判実務大系二 建築関係訴訟法〔改訂版〕』（二〇〇九年、青林書院）三三八頁以下・三四六～三四九頁参照。

(49) 大橋洋一「建築協定の課題と制度設計」同『都市空間制御の法理論』（二〇〇八年、有斐閣）一一七頁以下・一二四～一三二頁（初出は二〇〇一年、小賀野晶一「建築協定とまちづくり」判例タイムズ二二四七号（二〇〇七年）四二頁以下・四七頁。

(50) 四宮和夫・能美善久『民法総則〔第九版〕』（二〇一八年、弘文堂）二〇五～二〇六頁。

(51) 小早川光郎『行政法上』（一九九九年、弘文堂）三三〇頁。

(52) 荒秀「建築協定の法的性質」同『建築基準法論（I）』（一九七六年、ぎょうせい）一五三頁以下・一六三～一六四頁（初出は一九七一年。なお、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——」産大法学一七巻一＝二号（一九八三年）一頁以下も参照。

(53) 小早川が建築協定を合同行為と性格付ける見解を初めて示したのは、小早川・前掲注(51)の前身の一部となった、一九九四年出版の同『行政法講義上II』（一九九四年、弘文堂）二二八頁においてであったと思われる。

(54) この点を検討するものとして、石井昇『行政法と私法』（一九九八年、ぎょうせい）二一七頁以下がある。

(55) 磯野弥生「地域ルール確立のための覚え書き——環境行政を中心として——」兼子仁先生古稀記念『分権時代と自治体法学』（二〇〇七年、勁草書房）三〇七頁以下・三二〇頁、三一九頁。

(56) 川島武宜『民法総則』（一九六五年、有斐閣）一三八頁。

(57) 森田寛二「建築協定論、そして公法上の契約論（一）——その建立的基礎についての素描」自治研究六六巻一号（一九九〇年）三頁以下・七～八頁。

(58) 高橋寿一「建築協定と地区計画——連続と断絶——」日本不動産学会誌二四巻四号（二〇一一年）六五頁以下・六六頁。ここで高橋は「私法上の協定」という用語を用いているが、本文中に引用した記述に付された注において、高橋は「近年はこの見解が通説化している」とし、「通説」として高橋が掲げる文献では、そのいずれにおいても建築協定が契約と解されている。建築協定を契約と解す

る民法学説として、高橋のものに加え、長谷川義仁「建築協定の私法上の意義」近畿大学法学六一巻二二三号（二〇一三年）八一頁以下も参照。なお、明示されていないが、小賀野・前掲注（49）四三頁も同旨であると考えられる。

（59）この点に関しては、小賀野・前掲注（49）四三頁参照。

（60）松本雅昭『建築基準法解説』（一九七七年、第一法規）二五五頁、二六二頁。

（61）なお、行政契約論に疑問を呈し公法契約論を維持すべきであるとする市原昌三郎は、「建築協定……、緑化協定……は、実務上、私法上の契約の一種と扱われているようであるが、公法上の契約と考える余地は全くないのであろうか」と述べている（市原・前掲注（8）一七七頁）。市原がこの著述をした当時においては、都市緑地保全法一四条に「緑化協定」の制度が定められていたが、現在では、同法が都市緑地法となり緑化協定は「緑地協定」に改められている（四五条以下）。

（62）大橋洋一『行政法Ⅰ現代行政過程論「第三版」』（二〇一六年、有斐閣）二四一頁。

（63）遠藤博也・阿部泰隆（編）『講義行政法Ⅰ（総論）』（一九八四年、青林書院新社）三〇五頁以下「藤原淳一郎執筆」、北村和生ほか『行政法の基本「第六版」』（二〇一七年、法律文化社）一一〇頁以下「佐藤英世執筆」、藤田宙靖『行政法総論』（二〇一三年、青林書院）三〇七頁以下（とくに三一八頁参照）も同じ立場であると考えられる。

（64）大橋・前掲注（49）一三三頁。

（65）大浜啓吉『行政法総論「第三版」』（二〇一二年、岩波書店）三七八～三七九頁。

（66）この点、塩野・前掲注（40）二二四頁は、「私人間の協定を行政庁が認可するという手法」については、「行政上の契約のカテゴリ
ーを超えて考察する必要がある」としている。

（67）曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（二〇一四年、有斐閣）二五四頁。