

人（以下「原告」という。）が建築協定の定める違反是正措置請求権に基づき、建物撤去請求の裁判を提起したところ、一審判決及び原審判決（以下「原判決」という。）とも、原告の請求を権利の濫用であるとして棄却したものである。建築協定違反をめぐって訴訟になる事例は意外と少なく、それ故本件は、建築協定をめぐって先例的意義をもつことになる。

第2 本件と権利の濫用の法理

- 1 本件のように、原告の被告に対する私法上の請求が退けられ、その理由が権利者の権利の濫用とされる場合、その意味は「請求は権利者の正当な権利の行使だが、その具体的事情を考慮すると、それが社会性に反し、正当とは認められない行為である。」と解されるが、本件では果たしてそれに該当するだろうか。信義則と権利濫用の法理は、他の条文からでは被害者（被告）を救済し得ないとき、「最後の切り札」として民法の一般原則が用いられ、つまり「原則はこうだから、これを破った被告は助けられない。しかし権利の濫用の法理に照らして、これこれの特段の事情がある場合、例外的に被告を救済できる。」という具合である。しかし、これを強調し過ぎると、肝心の権利者の権利保護が疎かになり、法的安定性を失ってしまう。本件では、本来の権利者の正当な請求を否定すべき「特段の事情」が真にあるのかどうか、例外的に被告を救済できるケースなのかどうか、が判決に際して深く慎重に検討されなければならない。とりわけ、建築協定は協定者間の私的取り決めとされているものの、協定の目的が住宅地としての環境等を維持増進するという社会的、公共的目的を有することを忘れてはならない。そして、本件では後に述べるように、原判決とは真逆に、被告が協定者の一員として、建築協定の契約遵守という民法第1条2項の「信義誠実の原則」を尽くさず、違反を承知で建築を進めた点こそが指摘されるべきであって、合法、正当な手続きをもってした原告の請求が同条3項の「権利の濫用」と解される余地はない。原審は、この検討を十分してお

らず、むしろ、事実関係を明らかにするための原告の証人尋問申立てすら却下しており、審理を十分尽くしていない。

2 権利の濫用の判例については、あまりにも有名な「宇奈月温泉事件」判決（大審院昭和10年10月5日判決民集14巻1965頁。有斐閣民法判例百選I）がある。権利の濫用の法理論は、同裁判により判断基準が確立されたと言われている。これによると、権利の濫用の要件として示されるのは、次のとおりである。

① 権利者が他人を害する目的（害意）もしくは不当な利益を得る意図（不当図利）で権利を行使するという主観的要件。

② 権利の行使によって生ずる権利者の利益と、相手方または社会全体に及ぼす損失との比較衡量という客観的要件。

権利の濫用の解釈にあたっては、②の客観的要件が重視され、①の主観的要件はそれほど考慮されないこともあるが、ケースによるとはいえ、主観的要件の有無も基本的には検討の対象とすべきである。

そこで、①の主観的要件について検討すると、本件の原告である建築協定運営委員長が、害意もしくは不当図利をもって建築協定違反行為の是正を被告に請求した事実はない。このことは、本件事案の経過から明らかなところであり、原告は、協定違反行為を是正するために本件訴訟を提起しているにすぎない。したがって、本件では主観的要件を欠いている。なお、原告は建築協定運営委員会の代表者であり、協定者の集まりと自治会とは構成を異にするので、自治会長が本件建物の建築確認申請に同意したからといって、原告による違反行為の是正が矛盾抵触するものではない。

次に、②の客観的要件についても、原判決は、被告の建築協定違反の事実は認定しつつも、まず本来原則的に保護されるべき原告の権利について、「是正措置の内容はひとまず措く。」（同判決2頁18行目ないし19行目）として

判断せず、拙速に、違反をしている被告に生じる損失（または請求棄却による利益）に著しく偏して判断を進め、結局、「以上によれば、その余の点について判断するまでもなく、控訴人の請求は理由がない。」（同25行目）として権利の濫用という結論に帰結しているのである。権利者の正当な権利は、たとえ相手方が大きな損失を蒙ろうと、原則的に認められなければならないが、さらに違反建物の撤去により建築協定が保護しようとする利益について検討することなく、権利の濫用を言うのでは、つまり法的に存在する原告の権利の行使に際し、被告の受ける損失を優先して吟味するのでは、権利が存在すること自体を相対化、希薄化してしまいかねない。それは結局（大抵の場合、建物を撤去するという事実は大きな経済的損失を蒙ることは間違いないから）、原告には権利がないのとほとんど変わらないことになる。権利濫用の法理の適用に当たって、従来判例が主観的、客観的要件を十分吟味して判断しているのに対し、原判決は、このような考慮をしておらず、その意味で、判例に違反している。そして、次の第3に示すように、原判決には結論に至る事実認定に誤りがあり、その結果、違反建物でも「建ててしまっただけで既成事実を作った方が勝ち」とか「濫用の濫用」を許すことともなり、法的公平を欠き、社会正義を損ねることとなっている。

第3 原判決の問題点

原審は、上述のとおり、権利の濫用の客観的要件である権利者の利益と、相手方または社会全体に及ぼす損失との比較衡量を怠っている。のみならず、原判決には、以下に示す事実認定の誤りもあり、それが権利濫用の法理の適用の誤りを招いている。

- 1 （原判決では）被告が本件土地及びスーパーマーケット（以下「スーパー」という。）を購入した後、近隣住民らから強い要望が出されたため、賃貸してスーパーを営業してもらおうとともに、それでは採算に合わないため、新たに建

物を建てて、本件土地で飲食店の経営を行うことを決定した。…というものである。

しかし、被告自らが提示している証拠でも明らかなように、被告及び不動産業者は秋津レークタウンには建築協定が締結されていること、本件土地の用途がスーパーに限定され、建物の床面積にも制限があることを熟知した上で（売買代金もこれを前提に定められたものと推認される〔一審判決 22 頁 15 行目〕。）、しかも、それでも用途を変更し、「住宅用地として分譲」販売して利益を得る目的で同土地建物を購入したと言うのである（乙 9，乙 10 号証，被告準備書面 7 ほか多数）。建築協定は、第三者効（対世効）を有し、当事者の知不知に関係なく拘束力が及ぶものであることに鑑みると、本件土地は元々スーパーを潰して一般分譲住宅に用途変更できるものではない。すなわち、被告は、土地建物購入後に住民の要望があったとか被告の採算上とかの言い分には関係なく、建築協定の変更等の正当な手続きを経ることなく、本件土地に焼鳥屋を建築し営業することは許されないのである。このことは、原判決自身が説示するとおりであり（一審判決 21 頁 12 行目ないし 23 頁 11 行目）、これらすべてを承知の上で手前勝手に建築した建物である以上、原告から建築協定違反を理由に是正措置を求められれば被告が応ずべきであるのは当然のことである。

そして、これまでの審理と証拠で明らかなのは、被告及び不動産業者が本件土地建物購入当初（平成 16 年 9 月 30 日）から幾度となく、一貫して主張している「住宅用地として分譲」販売する、との協定者の一員として建築協定を守るつもりのない信義則違反、あるいは害意ともいうべき明らかな意図であり、原判決がこのような意図を示す事実、証拠を考慮していないのは理解できない。

2 （原判決では）不動産業者が熊本市の建築指導課や住宅生協に問い合わせたところ、自治会長の同意書を建築確認申請書に添付するよう指導されたため、

平成17年5月20日に開催された自治会運営委員会に出席して、飲食店の出店計画について説明した。…というものである。

しかし、被告が、土地の購入後に、たとえ行政や土地開発業者から建築協定に違反する建物を例外的に建築できるような説明を受けたり、同意書を添付するよう指導されたとしても、これは建築協定の運用に全く権限及び責任のない行政、開発業者が錯誤によって説明をしたものである（後に、建築指導課が勘違いをしていたこと〔建築協定運営委員会が認めれば、例外的に違反建物を建築できると〕を建築協定運営委員会に公文書で訂正回答し、謝罪していること〔甲16号証〕、住宅生協が同意書の撤回を市長に提出していること〔甲18号証〕は、証拠で明らかである。）。そして、被告においてこれらにより本件土地に焼鳥屋を建築することが可能だと思い込んでしまったという事情があるとしても、原告ら土地の所有者等である建築協定者には預かり知らぬことであるし、本件に係る全責任は、本件土地が、本件協定が指定するA地区にあり、本件協定により建築物の用途等に制約が課されていることを知っていた被告（一審判決4頁18行目ないし19行目、及び同21頁4行目ないし6行目）に帰すほかないものである。建築主事が建築確認済証を交付すること（行政処分）と、建築協定に違反しているかどうか（私法上の契約）は全く別次元の問題であるから、原告の請求が権利の濫用であるかどうかの判断に当たって、熊本市の誤った指導等を考慮すべき妥当性、正当性はない。

さらに、不動産業者が平成17年5月20日に自治会運営委員会で説明したのは、第三者の飲食業テナントを募集する心算での概略の将来計画案であり、「計画が具体化した時点で再度改めて説明します。」というものであった。ところが、「平成18年1月頃になって、先に建物を建て、被告自身で焼鳥屋を営むことに計画を変更した。」（一審判決6頁7行目）というのであるから、少なくとも自治会運営委員会にその時点で具体的内容を告知すべきであった。

もし、その際自治会運営委員会で告知を受けておれば、その後の対応も余裕をもってできたはずである。被告は、いわば、再度説明するという約束を履行しなかったのであり、不誠実極まりない。また、被告の主張、立証によっても、被告とその関係者が平成17年5月20日のあと実施した説明会は、平成18年6月9日、6月11日、6月13日の3回であり、この3回の説明会は、いずれも建築主事の建築確認済証が交付された平成18年6月7日以降、工事着工のためのフェンスを設置して、住民らから抗議のあった後のことであり、それまで1年以上もの間、被告は住民への説明を一切していない。これらに鑑みると、不動産業者のただ一度きりの平成17年5月20日の自治会運営委員会での説明は、規模も内容も住民、土地所有者等への建築計画の提案や周知を目的としたものとは認められず、いとまなく翌日、建築協定に不案内な自治会長の押印を得んがためのものとししか解せない。協定者でもある被告が、自ら主催して住民、他の協定者に建築協定に違反する焼鳥屋建物の建築計画を説明する機会を一度たりとも開かなかつたことを勘案すると、このような信義則に反する行為をもってしては、到底、原判決が言うような建築協定の実質的変更のための手続き（建築協定の変更には協定者全員の、また廃止には過半数の同意が必要である。）を履践したとみなすことはできない。

- 3 （原判決では）不動産業者の説明に対して自治会運営委員会から反対意見が出なかったため、その翌日、自治会長は同委員会が飲食店用の建物の建築を了解したものと考え本件確認書を不動産業者に交付した。また被告は、飲食店の建築にとりかかるに当たって、平成18年5月ころ、建築指導課に再度改めて同意書を取り付けて、これを建築確認申請書に添付するよう指導された。そこで、被告は、同会長らから本件同意書の交付を受けた上、これを建築確認申請書に添付して、建築確認済証の交付を受けた。なお、この頃まで、本件協定の定める協定運営委員会は設置されておらず、被告は、本件建物の建築について

同委員会から同意を得ることはできなかった。…というものである。

しかし、原判決が説示するように、建築協定では、元々、自治会運営委員会や自治会長、それに建築協定運営委員会や原告である建築協定運営委員長でさえも、本件土地にスーパー以外の用途での建物の建築を認めることはできない（一審判決22頁25行目ないし23頁11行目）。建築協定はそのような制度になっているのであるから、元々、何びとも違反建物の建築に同意を与えることはできないし、錯誤による何びとかの同意があったとしても建築協定上何らの効力も持たないのが道理である。さらに次の4に示すように、建築主事の建築確認済証の交付は建築協定への適合性を証しているわけではない。ましてや建築協定を熟知した不動産業者がこのことを知らないはずはないから、行政から自治会長等の同意書を取り付けるように言われて押印を得たからといって、違反建物の建築が正当化されるわけではない。同様に、元々、建築協定運営委員会の同意を得たら例外的に違反建物が建築できるという制度にはなっていないのであるから、建築協定運営委員会が設置されていなかったからといって、違反建物の建築が正当化されるわけではない。建築協定に違反する建物は、建築基準法及びこれに基づく建築協定に定められた手続きにより、建築協定を変更するか、廃止することでしか建築できないのであって、そのような厳格な仕組みで協定区域の住環境を守るのが建築協定制度の趣旨である。

- 4 （原判決では）本件建物の建築について住民からの反対が始まった時点では、被告は、既に本件建物の基礎工事に着手する寸前であった。…というものである。

しかし、建築確認において建築主事が審査する建築基準関係規定には建築協定は含まれない（建築基準法第6条1項及び同法施行令第9条）。すなわち、建築主事の建築確認済証の交付は当該建物が建築できるという法的効果は生じるが（最高裁判決第二小法廷昭和59年10月26日・民集38巻10号11

69頁), だからといって建築協定の用途制限等をクリアしたことにはならない。建築協定は, これに第三者効を付与するために, 特定行政庁(市長)が認可, 公告したものであるが, 法的には私法上の契約であるから, たとえ建築協定に違反する疑いのある建築計画の確認申請があっても, 後見的にその情報を該当地区関係者に伝える義務はないとの立場をとるのが行政側の通例である(行政によって対応策は異なり, トラブルを未然に防ぐ立場から, 横浜市のように建築確認審査の項目に建築協定への適合性を内規的に加えたり, 住民への通報方式を設けているケースもある。熊本市は, いずれの策も備えていない。)。したがって, 建築物の用途等の内容は事前に被告側が告知しない限り, 建築確認済証が交付され工事を着工し, 現認されるまで住民は知る術がない。繰り返しになるが, 特に本件では, 平成17年5月20日の自治会運営委員会で, 被告が「計画が具体化したら再度改めて説明します。」と約していた以上, 平成18年1月に計画変更を決定した時点で, 誠意を持って説明をしていれば, 建築協定違反の指摘により建築計画が中止されるようなことになっても, 被告の損失は生じなかったものである。住民の反対が始まった時点で被告が基礎工事に着手する直前であったことが, 原告の責任であるかのような判断は全くの的外れとしか言いようがない。

違反是正措置請求権の行使は私法上の契約における一般的, かつ正当な権利であり, 建築協定を遵守するという合理的な目的があるにも関わらず, 違反建築物を建築した者の損失を考慮してこれを認めないとしたら, 良好な住環境の確保のために住民による「まちづくり」を支える建築協定制度の意義は失われ, お金をかけて先に既成事実を作った方が, いわゆる違反者の「やりどく」という無法が通用することになる。

- 5 (原判決では) 本件建物は, 住宅地であるB地区とは区分されたA地区に建築されたものであり, 排煙口も住宅地側に向けられていない。他方で, B地区

にも焼鳥屋を営んでいる建物がある。…というものである。

しかし、本件違反焼鳥屋建物から発生する油煙による悪臭、深夜の騒音等の環境被害は現実にあるが、当該建物が建築協定に違反している以上、被害の程度を問題とする余地はない。つまり、原判決の「住環境への影響は少ないと認められる（一審判決28頁最下行）。…」と言うのは、飲酒運転をしている者が「事故を起こしていないからいいだろう。他にも違反している者がいる。」と言い逃れをするのを許すのと同じことである。B地区の焼鳥屋兼用住宅は建築協定に違反していない。建築協定に適合する範疇にある事例と、明らかに建築協定に違反する本件を混同対比するのでは、原判決自らが縷々正しく説示している建築協定の意義を失うこととなる。

また、原判決は、詳しい理由を挙げることなく、殊更に同既設焼鳥屋兼用住宅の存在にこだわるが、当該兼用住宅が建築協定に違反していない以上、また、原告が違反事案の一方を見逃して一方は許さないとか等の不公正な対応をしている事実がない以上、本件には無関係で、原告の権利の濫用の理由付けとして挙げるべきものではない。万一の念のため申し添えると、同兼用住宅所有者（同店舗屋号と原告の姓は偶然にも同一である。）と原告及び建築協定運営委員らには利害、縁故等関係は一切ない。

第4 秋津レークタウン建築協定の法的位置付け

なお、秋津レークタウン建築協定は、県知事が市街化調整区域の開発許可に当たり、許可の前提条件を「建築協定を速やかに締結すること。」として付加したものである。これは、熊本県の「市街化調整区域における大規模な開発行為の取扱方針」（行政手続法に基づく開発許可審査基準）に基づくものであり、かつまたこの基準は、都市計画法（平成19年11月30日施行前のもの。）第33条（開発許可の「立地条件」）の委任を受け地方自治体の条例に定められているものである。建築協定には、開発後の秋津レークタウンに適用される

重要な建築制限（建物の位置，用途，床面積，建ぺい率，容積率，外壁後退距離等）が含まれており，同市街化調整区域において現在なお有効な，建築基準法に準ずる唯一の建築基準である。このことは，秋津レークタウン建築協定が，建築基準法の規制に上乘せして居住環境等を高度に維持しようとする一般的な市街化区域での建築協定の性格だけでなく，国土交通省の開発許可運用指針等に鑑みて，他の市街地から地理的に離れ，独立した市街化調整区域内の住宅の用に供する目的で行われる大規模開発を県知事が許可するに当たって，不良市街地が形成される等，いわゆる1960年代以降発生したスプロール化現象を抑制するために，銀行，スーパー等の住民生活に必要な公益的施設の確保等も含めた，当該区域に相応しい建築基準を建築協定に定めさせ，これを第三者効によって将来的にも担保させるという位置付けのものである（都市計画法第34条10号イ〔市街化調整区域における立地条件〕による大規模開発の，県知事の特別な条件を付加しての住宅地用として開発許可。）。

したがって，建築協定に違反する建物を許すということは，一審判決が言うような「建築協定の用途制限違反があるに過ぎない…」と看過できるものではない。建築協定者の住環境及び財産の基盤を支える準「法令」としての規準であるこの最低限の建築基準を守らなければ，建築秩序も住環境も守れない。したがって当然，これを遵守しない違反建物があれば，撤去を含めての是正措置を請求できるのは，建築基準法第70条及び建築協定第11条1項，同第12条に定めてあるとおりで，建築協定者全員の，権利者としての当然の権利である。そしてまた，この権利を正当に行使することは，社会全体の利益につながるものであるから，権利の濫用には当たらない。

第5 結論

建築協定違反に対する是正措置請求権は，建築基準法第四章（第69条ないし第77条）及びこれに基づく建築協定に，その行使について特に制約する事

由（借家法第1条の2における建物の賃貸借の更新拒否に際して賃貸人の「正当の事由」が要請される等の）が規定されてはいない。これは基本的に、いちいちの当事者の事情について考慮せずとも、「協定違反は認められない」との考えを建築協定制度の大前提としているものであるからにほかならない。

そして、よほどの事情がない限り、協定者の一員である被告のみならず第三者に対してさえも、建築協定を遵守すべきという拘束力は強く及ぶのであるから、既設の違反建物を撤去するという経済的損失が生じるとしても、権利者の権利は肯定されるべきである。もし権利の行使が社会生活上到底容認し得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的もしくは不当な利益を得る意図でなされる等、公序良俗に反し、法的にも許すべからざるものと認められるに至れば、ここにはじめてこれを権利の濫用として禁止するのである（最高裁第一小法廷昭和31年12月20日・民集10巻12号1581頁）。あまつさえ、被告が本件土地建物購入当初から一貫して持ち続け、主張している「住宅用地として分譲」販売する、との建築協定を守るつもりのない信義則違反、あるいは害意ともいべき明らかな意図があり、かつ、原判決の事実認定の誤り等の事情を考慮すれば、本件は、権利者が公序良俗に反し、法的に許すべからざる権利の濫用ありとする等とは到底構成し得ず、民法1条の適用を誤った違法な判断というほかない。

原判決によれば、結局、違反建物を「建ててしまえば勝ち」となり、土地所有者等の建築協定者は、建築協定違反に対して日常的に自警団を組んででも警戒していなければ、建築基準法に基づく建築協定制度によって得られる利益を保護できないこととなる。数ある私法上の契約について、建築協定だけがこのような扱いを受ける理由はないし、そのような定めもないのである。したがって、全国的にも、建築協定制度に大きな影響を与える判例として残ることとなる原判決は、全部の破棄を免れず、典型的な建築協定違反である本件に対して、

最高裁判所が改めて相当な判断を示すべきである。

以 上