

といまいと、開発許可の申請図面の計画どおりの地表面を「地盤面」として、高さの算定等を行なうより外はないと解されている。⁽⁵⁶⁾したがって、現在の法制度の下では、「後埋め」工法を建築確認の段階で、規制することは困難と解される。

第五節 斜面地マンションの条例による規制

(一) 一九九四年に建築基準法が改正され、「地階」の容積率の不算入が制度化され、この制度を利用した斜面地マンションの建設の事例が増加し、社会問題となってきたが、この傾向は、一九九七年の都市計画法および建築基準法の改正により、共同住宅の共用廊下、階段に係る容積率不算入措置が施行されて、ますます加速したように感ぜられる。⁽⁵⁷⁾

このような状況の下で、斜面地マンションをめぐる紛争が多発している自治体、すなわち首都圏自治体では、条例による斜面地マンションの規制に乗り出したところが見られる。⁽⁵⁸⁾

以下において、首都圏自治体のひとつである川崎市の斜面地マンションの規制条例の内容を、ごく簡単に紹介することとしよう。

「条例の目的」は、斜面地（地下室）マンションと周辺の住環境との調和を図るものとしているが、その骨子は、斜面地マンションが周囲の住民に与える圧迫感、ポリウム⁽⁵⁹⁾の軽減にある。特に、土木・建築の技術力の高度化を背景とした急傾斜地における垂直状の形態をした斜面地マンションの規制を目的とするものである。

斜面地マンションとして、規制がなされる場合は、「斜面地建築物」の建築が「斜面地対象行為」として行われるときである。「斜面地建築物」とは、「周囲の地面と接する位置の高低差が三メートルを超える共同住宅又は長屋

の用途に供する建築物で、当該用途の供する部分を地階に有するもの」等（二条一項一）をいい、「斜面地対象行為」とは、「敷地面積が五〇〇平方メートル以上である斜面地建築物の建築及びこれに伴う当該斜面地建築物の周囲における盛土を行う行為」（二条二）である。

規制のために、どのような「制限」がなされるかという点、「高さ制限」、「盛土の制限」及び「壁面の位置の制限」の三種の制限がなされる。

「高さ制限」は、第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域内の都市計画で定める高度地区（第一種）で階数五以下及び第一種中高層住居専用地域及び第二種中高層住居専用地域内の都市計画で定める高度地区（第二種）で階数七以下である（三項）。

「盛土の制限」は、通路の確保のために必要とされるような斜面地建築物の居住者の生活に必要な盛土や衛生上または安全上必要な盛土で市長がやむをえないものとして認めたもの以外の盛土は制限される（五条一）。

「壁面の位置の制限」は、斜面地建築物から隣地境界線までの距離を四メートル以上としている（五条二）。

(二) 制限の手法についていうと、「階数の制限」は、建基法五〇条の委任条例によっている。したがって、委任条例の内容は、「建築基準法令の規定」となり、「建築基準関係規定」として建築主事の審査に服することとなる。一方、「盛土の制限」、「壁面の位置の制限」は、地方自治法一四条の自主条例によることとしている。この部分は、宅地の造成に係わるものであるが、「建築基準関係規定」ではないので、建築主事以外のしかるべき部局の審査に服することとなる。

制限の手法について、建基法五〇条の委任条例と地方自治法一四条の自主条例に分けた理由はどこにあるのであろうか。これは、以下のように解される。

すなわち、委任条例は、「建築物の敷地、構造又は建築設備」(五〇条)に関して制定できるのだから、建築物に関してなされるあらゆる制限について制定できそうである。しかし、委任条例の制定は、「建築物の敷地、構造又は建築設備に関する制限で当該地域又は地区の指定の目的のために必要」な場合に限定されている。このような法文の趣旨及びその位置関係からすると、委任条例は、用途地域、特別用途地区、特別用途制限地域又は都市再生特別地区を指定するに当たって補完的な制限を定めることしかできないと解されている。したがって、用途は定めることができず、容積率や建蔽率などのように法律で規制すべきものとして明確に定め、あるいは選択の範囲を限定して定めているものについては、それらと内容の異なる制限をすることもできないと解されている。委任条例の実例としては、建築法四九条の特別用途地区内における形態規制に係わる条例と結びつくものが多いとされている⁽⁶¹⁾。そこで、建物の高さの制限は、法で定められているので、これに代えて「階数の制限」として建築法五〇条の委任条例によることとし、⁽⁶²⁾「盛土の制限」と「壁面の位置の制限」は、用途地域等の指定に特に関係しないので、委任条例によらずに自主条例によることとしたと解される。

斜面地対象行為者が斜面地対象行為を行おうとするときは、あらかじめその計画が条例に掲げる基準^(五)に適合するものであることについて、開発許可や建築確認等の申請に先立って、市長の確認を受けるよう努めなければならない^(四)、工事が完了したときは、市長による工事の完了検査を受けなければならない^(九)。条例は、制度の実効性を担保するために、制限に違反した場合の罰則について定めている^(一六条)。

おわりに

(一) すでに述べたように、斜面地マンションでは、住宅地下室容積率不算入措置と共同住宅の共用の廊下、階段

第三章 指定確認検査機関のした建築確認の法的問題

——横浜地裁平成一七年一月三〇日判決を契機として

はじめに

(一) 一九九九年五月に指定確認検査機関制度が発足して、今年(二〇〇六年)の五月で七年を経過したことになる。国土交通大臣あるいは都道府県知事の指定に係る指定確認検査機関の数は、漸次増加し、二〇〇六年一月現在、二二四機関に至っている(なお、特定行政庁は、二〇〇五年四月現在、四一八である)。また、最近の建築確認件数は、全国で年間約七五万件前後(二〇〇三年は、約七四万五千件であった)を推移していたが、今年あたりは、指定確認検査機関のした建築確認件数は、おそらく建築主事のした建築確認件数を上回るに至っているのではないかと推測される。このような状況の下で、最近は、指定確認検査機関のした建築確認に係る行政訴訟がかなり目立ってきたといえる。

さて、最近、指定確認検査機関のした建築確認に関して興味深い判決が下された。指定確認検査機関が建基法六条の二に基づき、斜面地マンション(「地下室マンション」ともいう)に対してした建築確認の取消しを求めた横浜地裁平成一七年一月三〇日判決(判旨「二七号三頁」以下「本判決」という)がそれである。本判決は、指定確認検査機関のした建築確認の取消しを求める訴えと当該建築確認の違法を理由とする国家賠償を求める訴えに係るものである。本判決の争点は、多岐にわたるが、以下の三つの争点が興味深い。

(二) その一は、斜面地マンションの建築(1)については、盛土や切土あるいは「からぼり」(1)が設けられる場合が多く、

このような場合に地盤面の算定をどこにするかが、大きな問題となる。

すなわち、地盤面の設定を盛土前の地表面を基準にして算定するのか、それとも盛土後の地表面を基準にして算定するのか、また、「からぼり」がある場合は「からぼり」の周壁が接する外側の地表面とするのか、それとも建築物本体の外側の地表面（「からぼり」底盤の上端）とするのかで、建築される斜面地マンションの高さ、容積等の算定に大きな違いが見られる。この争点は、指定確認検査機関のした建築確認にのみ係るものではなく建築主事とする建築確認にも係るものである。

本判決は、開発許可を得て建築される斜面地マンションに盛土がなされた場合について、盛土前の地表面を基準として地盤面を算定すべきとする見解を示したものである。本判決による盛土に関する地盤面の算定についての考え方は、これまで見られなかったものである。⁽²⁾この考え方は妥当であろうか。

(三) その二は、本件において、原告らは、盛土及び「からぼり」に関する地盤面の算定に関しては、横浜市取扱基準（「横浜市取扱基準」は、「横浜市建築基準法取扱基準集（平成一三年版）」（注（14）に収められている）を引用して、これを基準として算定すべしと主張し、被告及び参加人はこれに応じている。本判決も横浜市取扱基準に言及し、引用している。

これまで、斜面地マンションの建築において盛土や切土あるいは「からぼり」に関し地盤面が問題となった事案は建築主事が建築確認をした場合がほとんどであった。⁽³⁾この場合、行政庁（建築主事）の定めた取扱基準が地盤面の算定の基準となることは理解できる。しかし、本判決のように指定確認検査機関が建築確認をした場合、行政庁の定めた取扱基準はといったような意味を有するのであるうか。今後、盛土や切土あるいは「からぼり」のある斜面地マンションに関して指定確認検査機関が建築確認をすることが多くなることは必定である。この点に関し

検討の余地があるう。

(四) その三は、指定確認検査機関のした建築確認の違法を原因とする国家賠償請求訴訟の被告に関してである。この点について、平成一七年六月二四日、指定確認検査機関がした建築確認の取消訴訟の訴えの利益が消滅して、行訴法二二条一項により取消訴訟を国家賠償請求訴訟に訴えを変更すると、被告は取消訴訟の場合とは相違して、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体となるとする最高裁決定⁽⁵⁾（判時一九〇四号六九頁以下、適宜単に「最高裁決定」という。）が下された。この最高裁決定は、今後の指定確認検査機関のした建築確認に関する国家賠償請求訴訟において大きな意義を持つと理解されていた。

本判決は、訴えの変更ではなく、当初から、右の地方公共団体を被告として提起された国家賠償請求訴訟において、最高裁決定を引用し、被告を地方公共団体とすることを認めた。これはどのように考えられるのであろうか。

(五) 以上の三つの争点に関する本判決の判断は、盛土の場合の地盤面の算定及び指定確認検査機関のした建築確認を考察する場合、看過することができない素材を提供するものと思われる。

本稿は、以上の三つの争点についてささやかな検討を加えようとするものである。

第一節 本件事案の概要

本件事案の概要は以下のとおりであった。

(一) 本件は、不動産の賃貸借、売買、管理及び宅地造成等を業とする株式会社（本件の「参加人」である）が、二、七七八・四七平方メートルの敷地に地上三階、地下七階、戸数三六の鉄筋コンクリート造りの共同住宅^(以下「本件建築物」と)（以下「本件⁽¹⁾」）の建築を計画した事案である。本件建築物の建築予定地は、横浜市港北区日吉本町に位置する斜面地にあつて、