

平成30年10月25日判決言渡

平成30年(行コ)第62号 行政不作為違法確認等請求控訴事件

(原審 大阪地方裁判所平成29年(行ウ)第107号)

主 文

本件控訴を棄却する。

控訴費用は控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 控訴人が平成27年12月14日から平成28年1月25日までの間に茨木市長に対し建築基準法(以下「法」という。)9条1項に基づく原判決別紙物件目録記載の建築物(以下「本件建築物」という。)の工事の施工停止命令をするよう求めたのに対し、茨木市長が相応の処分をしないことが違法であることを確認する。
- 3 控訴人が、平成28年4月4日、茨木市長に対し、(a)本件建築物が法65条に違反する建築物であることを確認すること、(b)法9条1項に基づき本件建築物の除却命令(以下「本件除却命令」という。)をすること並びに(c)本件建築物の収去完了までの間に本件建築物を原因とする被害が周辺住民及び本件建築物の敷地(以下「本件敷地」という。)に隣接する駐車場(以下「本件駐車場」という。)に駐車している車両に発生した場合に本件建築物の建築確認処分を行った法77条の21第1項に規定する指定確認検査機関(以下「指定確認検査機関」という。)に対して損害賠償を請求できることを確認することを求めたのに対し、茨木市長が相応の処分をしないことが違法であることを確認する。
- 4 茨木市長は、法9条1項に基づき、本件除却命令をせよ。
- 5 訴訟費用は、第1審、2審とも、被控訴人の負担とする。
- 6 仮執行宣言

第2 事案の概要

1 事案の要旨

(1) 控訴人は、本件駐車場を所有しているところ、被控訴人に対し、(1)行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条5項に基づく不作為の違法確認の訴えとして、①控訴人が、平成27年12月14日から平成28年1月25日までの間に、茨木市長に対し、法9条1項に基づく本件建築物の工事の施工停止命令をすることを求めたのに対し、茨木市長が相応の処分をしなかったことが違法であることの確認を求め（以下「本件違法確認訴訟①」という。）、②控訴人が、平成28年4月4日、茨木市長に対し、(a)本件建築物が法65条に違反する建築物であることを確認すること、(b)法9条1項に基づき本件除却命令をすること及び(c)本件建築物の取去完了までの間に本件建築物を原因とする被害が周辺住民及び本件駐車場の車両に発生した場合には本件建築物の建築確認処分を行った指定確認検査機関に対して損害賠償を請求できることを確認することを求めたのに対し、茨木市長が相応の処分をしないことが違法であることの確認を求める（以下「本件違法確認訴訟②」という。）とともに、(2)行訴法3条6項1号に基づくいわゆる非申請型の義務付けの訴え（以下「非申請型の義務付けの訴え」という。）として、茨木市長に対し、法9条1項に基づいて本件除却命令をすべき旨を命ずることを求めた（以下「本件義務付け訴訟」という。）。

(2) 原審は、本件違法確認訴訟①及び②は、いずれも行訴法3条5項に基づく不作為の違法確認の訴えの訴訟要件を欠く不適法な訴えであるとして、これらの訴えをいずれも却下し、本件義務付け訴訟は、訴訟要件を満たす適法なものであるが、法65条は建築基準法令の規定には含まれないと解するのが相当であるから、仮に、本件建築物が法65条の要件を満たしていないにもかかわらず民法234条1項の距離制限に反する建築物であるとしても、法9条1項に基づく除却命令を発する理由となるものではなく、茨木市長にお

いて本件除却命令を発しないことがその裁量権の範囲を逸脱し又は濫用となると認められる余地はないとして、控訴人の同請求を棄却した。

(3) これに対し、控訴人は、前記第1の裁判を求めて本件控訴を提起した。

2 法令の定め及び前提事実

原判決「事実及び理由」第2の1及び2を引用する。

3 争点及び争点に関する当事者の主張

以下のとおり補正するほか、原判決「事実及び理由」第2の3及び4を引用する。

(1) 原判決10頁19行目の「義務を負うというべきである。」を「権限を有するところ、茨木市長が本件除却命令を発すべきであることは、その処分の根拠となる法令の規定から明らかである。」に改める。

(2) 原判決10頁23行目の「茨木市長において」から24行目の「ものではない。」までを「茨木市長は、法65条違反を理由に本件除却命令を発する権限を有しない。」に改める。

第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、原判決と同様、本件違法確認訴訟①及び②の訴えは、いずれも不適法であるから却下すべきであり、本件義務付け訴訟の請求は、理由がないから棄却すべきであると判断する。

2 争点(1)～(3)について

原判決「事実及び理由」第3の1ないし3を引用する。

3 争点(4)について

(1) 法9条1項に基づく除却命令は、建築基準法令の規定又は法に基づく許可を付した条件に違反した建築物について発せられるものである。

(2) 本件建築物は、準防火地域内にあり、その西側の外壁は、本件境界線から約10cmの位置にあるところ、外壁の構造は耐火構造ではないと認められる(被控訴人は、同外壁が耐火構造でないことについて積極的に争っていない。)

控訴人は、本件建築物が法65条の要件を満たしておらず、民法234条1項の距離制限に違反する違法な建築物であるから、茨木市長は、本件建築物につき法9条1項に基づく除却命令を発する権限を有すると主張するものである。

(3) 法65条は、その文言を素直に読む限り、防火地域又は準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについて、その外壁を隣地境界線に接して設けることを許容する趣旨の規定と理解するほかはなく、同条が、建築確認申請の審査基準として、防火地域又は準防火地域内にある建築物の構造や外壁と隣地境界線との距離について規制する趣旨の規定と解することはできない。また、建築基準法令において、建築確認申請の審査基準として、防火地域又は準防火地域内にある建築物の外壁と隣地境界線との距離について規制している規定はない（法において、建築物の外壁と隣地境界線との距離につき規制している規定としては、第一種住居専用地域内における外壁の後退距離の限度を定めている54条の規定があるにとどまる。）から、法65条を他の規定によって定められた建築確認申請の審査基準を緩和する趣旨の例外規定と解することもできない。そうすると、法65条は、耐火構造の外壁を設けることが防火上望ましいことや、防火地域又は準防火地域における土地の合理的、効率的な利用を図る必要があることに鑑み、右各地域内にある建築物で外壁が耐火構造のものに限り、相隣関係に関する民法234条1項の規定の適用を排除し、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨を定めたものであり、同項の特則規定であると解するのが相当である（最高裁昭和58年(オ)第1413号平成元年9月19日第三小法廷判決・民集43巻8号955頁）。

(4) 民法234条1項は、相隣接する土地所有権の内容に制限を加え、私人間の権利関係を調整する規定である。一方、建築確認申請（法6条1項）の審査基準となる建築基準法令の規定は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に

関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資するという法の目的（1条）に基づいて定められるものであり、相隣関係の調整に関する規定である民法234条1項とはその趣旨、目的を異にする。

したがって、民法234条1項は、建築基準法令の規定には含まれず、建築物が同項に適合するか否かは建築確認申請の審査の対象とならないと解するのが相当である（最高裁昭和54年(行ツ)第103号同55年7月15日第三小法廷判決・裁判集民事130号253頁参照）。

そうすると、前記のとおり民法234条1項の特則規定であると解される法65条も、建築基準法令の規定には含まれないと解される。

- (5) 以上によれば、本件建築物は、法65条の要件を満たしておらず、したがって、民法234条1項に違反する建築物ではあるが、建築基準法令の規定に違反する建築物ではないから、法9条1項に基づく除却命令の対象となる建築物ではなく、茨木市長は、本件除却命令を発する権限を有しないというべきである。

したがって、控訴人の本件義務付け訴訟に係る請求は、裁量権の逸脱、濫用の点について検討するまでもなく、理由がない。

4 結論

以上によれば、本件控訴は理由がないから棄却することとして、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第11民事部

裁判長裁判官 山下郁夫

裁判官 杉 江 佳 治

裁判官 細 野 なおみ