

平成30年4月25日判決言渡

平成29年(行ウ)第107号 行政不作為違法確認等請求事件

## 主 文

- 1 本件訴えのうち、不作為の違法確認を求める部分をいずれも却下する。
- 2 その余の訴えに係る原告の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は原告の負担とする。

## 事 実 及 び 理 由

### 第1 請求

- 1 原告が平成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。
- 2 原告が、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。
- 3 茨木市長は、法9条1項に基づき、本件除却命令をせよ。

### 第2 事案の概要

本件は、本件駐車場を所有する原告が、被告に対し、(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原告が平成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原告が、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る(以下「本件義務付け訴訟」という。)事案である。

## 1 法令の定め

(1) 民法234条1項は、建物を築造するには、境界線から50cm以上の距離を保たなければならない旨規定する。

(2) 法65条は、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は、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨規定する。

(3) 法9条1項は、特定行政庁は、建築基準法令の規定(法並びにこれに基づく命令及び条例の規定。法6条1項)又は法の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物については、当該建築物の建築主等に対して、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、当該建築物の除却等

その他前記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旨規定する。

2 前提事実（争いのない事実、顕著な事実並びに掲記の証拠及び弁論の全趣旨により容易に認められる事実）

5 (1) 当事者等

ア 原告は、本件駐車場の敷地を所有する者である。（甲2）

イ 被告は、建築主事を置く市であり、茨木市長は、被告の区域における特定行政庁（法2条35号）である。（弁論の全趣旨）

(2) 本件駐車場及び本件敷地の利用状況等

10 ア 本件駐車場は、2筆の土地から構成される地積合計105.12㎡の駐車場であり、本件敷地は、地積39.83㎡の宅地である。本件駐車場及び本件敷地の位置関係等は別紙図面1のとおりであり、本件駐車場は本件敷地の西側に隣接している。（甲1①～③，甲2）

15 イ 原告は、本件駐車場の一部に自己所有の車両1台を駐車するとともに、他の部分を月極駐車場として使用しており、現在、3名の者が利用している。また、原告は、本件駐車場の全面に鉄骨の柱及び梁を組んだ金属製の波板の屋根（以下「本件構築物」という。）を設置し、これを所有している。（甲2，16，乙1の1）

20 ウ 本件敷地は、準防火地域にあり、本件敷地上には本件建築物が存在している。本件建築物は、別紙物件目録記載のとおりのものであり、本件敷地上の本件建築物の配置は別紙図面2のとおりであり、本件建築物の西側の壁面は、本件駐車場と本件敷地との境界線（以下「本件境界線」という。）から約10cmの位置にある。（甲1①～③，8）

25 (3) 本件建築物の建築等

ア Aは、本件建築物の建築主として、平成27年9月17日付けで指定確

認検査機関である株式会社 I-P E C（以下「I-P E C」という。）に  
対し、本件建築物について建築確認の申請をし、同月 25 日付けで I-P  
E C から本件建築物について建築確認処分を受けた（省略）。（甲 8）

5 イ 本件建築物の建築工事は、平成 28 年 3 月 4 日までに完了し、I-P E  
C は、完了検査を実施した上、同日付けで検査済証を交付した（省略）。  
（甲 8）

ウ A は、平成 29 年 8 月 31 日、B に対して、本件敷地及び本件建築物を  
売り渡した。（甲 20①・②）

#### (4) 本件に至る経緯

10 ア 原告は、平成 27 年 12 月 14 日、被告の審査指導課を訪れ、建築途中  
であった本件建築物につき、本件建築物と本件境界線との距離が 50 cm 未  
満であり民法 234 条 1 項に違反する旨を述べた。

イ 原告は、平成 28 年 1 月 25 日、被告の審査指導課を訪れ、建築途中で  
あった本件建築物につき、本件建築物は木造であるにもかかわらず本件境  
15 界線との距離が 50 cm 未満であり法 65 条に違反する旨を述べた。

ウ(ア) 原告は、平成 28 年 2 月 5 日付けで、茨木市建築審査会に対し、本  
件建築物の外壁は耐火構造ではないのに本件建築物と本件境界線との距  
離が 50 cm 未満であるから本件建築物は民法 234 条 1 項及び法 65 条  
に違反するなどとして、本件建築物の建築確認処分の取消しを求める審  
20 査請求をした。（甲 3①）

(イ) 前記(ア)の審査請求の審理において、I-P E C は平成 28 年 3 月  
9 日付け弁明書及び同月 30 日付け再弁明書をそれぞれ提出し、他方、  
原告は同月 18 日付け反論書及び同年 4 月 4 日付け「反論書・2」と題  
する書面をそれぞれ提出したが、原告は、同日付け「反論書・2」と題  
25 する書面において、①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、②茨木市は速やかに本件建築物を収去すること並び

に③本件建築物の収去完了まで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ときはI-PECに損害賠償を請求できるものとするを求める旨の請求を前記(ア)の審査請求に追加した。(甲8～10①・②, 13)

5 (ウ) 茨木市建築審査会は、同年5月9日付けで、本件建築物については既に検査済証が交付されているなどとして、前記(ア)及び(イ)の審査請求をいずれも却下する旨の裁決をした。(甲3, 13)

エ 原告は、平成28年5月18日付けで、国土交通大臣に対し、前記ウ(ウ)の裁決を不服として、再審査請求をしたが、国土交通大臣は、同年7月2  
10 5日付けで同請求を却下する旨の裁決をした。(甲13)

#### (5) 本件訴訟の提起

原告は、平成29年6月16日、本件訴訟を提起した。(顕著な事実)

### 3 争点

- (1) 本件違法確認訴訟①の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作為の違法性
- 15 (2) 本件違法確認訴訟②の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作為の違法性
- (3) 本件義務付け訴訟の適法性
- (4) 茨木市長において本件除却命令を発しないことに係る裁量権の範囲の逸脱  
濫用の有無

### 4 争点に関する当事者の主張

- 20 (1) 本件違法確認訴訟①の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作為の違法性  
(原告の主張の要旨)

本件建築物は法65条の要件を満たさないにもかかわらず民法234条1項の距離制限に反する違法な建築物であり、この点を看過してされた本件建築物の建築確認処分は違法であるところ、原告は、茨木市長に対して、前記  
25 の点を指摘し、法9条1項に基づき茨木市長に対して本件建築物の建築確認処分の効力を一時停止して工事の施工停止命令を発するよう求めた。原告か

らこのような求めを受けた茨木市長としては本件建築物につき同項に基づいて相応の処分をする義務を負っていたというべきであり、相当の期間内に前記の処分をしなかった茨木市長の不作为は違法である。

5 以上によれば、本件違法確認訴訟①は、原告の「法令に基づく申請」（行訴法3条5項）に対して茨木市長が相当の期間内に応答しなかった不作为の違法確認を求めるものとして適法であり、同訴訟に係る茨木市長の不作为は違法というべきである。

（被告の主張の要旨）

10 ア 本件違法確認訴訟①は、原告が茨木市長に対し法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ものであるが、法令上、同項に基づく除却等の措置をするように求める申請権は認められていない。したがって、原告が茨木市長に対し同項に基づく本件建築物の工事の施工停止命令を発するよう求めることは、行訴法3条5項の「法令に基づく申  
15 請」に当たらず、本件違法確認訴訟①は不適法な訴えである。

20 イ 法65条は、同条の要件を満たす建築物について民法234条1項の特則として、その外壁を隣地境界線に接して設けることができるとする許容規定にすぎず、建築物について何らかの制約を課するものではない。そうすると、本件建築物が法65条の要件を満たさない建築物であるとしても、同条に違反する建築物であるということとはできないから、本件建築物につき法9条1項に基づく処分をしなかった茨木市長の不作为が違法であるということとはできない。

(2) 本件違法確認訴訟②の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作为の違法性  
(原告の主張の要旨)

25 本件建築物は法65条の要件を満たさないにもかかわらず民法234条1項の距離制限に違反する違法な建築物であり、原告は、法9条1項に基づき

茨木市長に対して本件建築物について相応の処分をするよう求めた。原告からこのような求めを受けた茨木市長としては本件建築物につき同項に基づいて相応の処分をする義務を負っていたというべきであり、相当の期間内に前記の処分をしなかった茨木市長の不作為は違法である。

5 以上によれば、本件違法確認訴訟②は、原告の「法令に基づく申請」（行訴法3条5項）に対して茨木市長が相当の期間内に応答しなかった不作為の違法確認を求めるものとして適法であり、同訴訟に係る茨木市長の不作為は違法というべきである。

（被告の主張の要旨）

10 ア 本件違法確認訴訟②は、原告が茨木市長に対して(a)本件建築物が法65条に反する建築物であることを確認すること、(b)法9条1項に基づいて本件除却命令を発すること並びに(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  
15 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ものであるところ、(a)及び(c)の行為は、行訴法3条2項に規定する行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（以下「行政処分」ともいう。）に当たらないし、この点を措いても、法令上、原告に対して(a)から(c)までの行為を求める申請権は付与されていないから、原告が(a)から(c)までの行為を求めることは、行訴法3条5項の「法令に基づく申請」に当たらない。したがって、本件違法確認訴訟②は不適法な訴えである。

20 イ 前記(1)の（被告の主張の要旨）のとおり、本件建築物は法65条に違反する建築物であるということとはできないから、本件建築物につき法9条1項に基づく処分をしなかった茨木市長の不作為が違法であるということとは  
25 できない。

(3) 本件義務付け訴訟の適法性

(原告の主張の要旨)

ア 茨木市長が本件除却命令を発する権限を有すること

5 本件建築物は、法65条の要件を満たさないにもかかわらず民法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、法9条1項に基づいて本件除却命令を発する権限を有している。

イ 原告が本件義務付け訴訟の原告適格を有すること

10 後記のウのとおり、本件除却命令が発せられなければ本件建築物が存続することとなり、本件建築物に火災が発生した場合には原告の財産権が侵害されるのであるから、原告は本件義務付け訴訟の原告適格を有するとい

うべきである。

ウ 本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害を生ずるおそれがあること

15 本件建築物は、本件境界線に近接して存在している上、本件建築物に火災が発生した場合には本件建築物の西側の壁面に存在する開口部から火炎が吹き出すこととなる。そのため、本件建築物に火災が発生した場合には本件駐車場に設置された本件構築物及び駐車中の車両に延焼し、これらが全焼することは明らかである。そして、本件駐車場には原告の所有する車両1台及び本件駐車場を賃借する3名の車両が駐車されており、本件建築物の火災により本件構築物及び本件駐車場に駐車中の車両が全焼した場合は、原告は本件構築物及び本件駐車場に駐車中の自己所有の車両を失うとともに、前記3名からの賃料収入を失うこととなり、多大な損害を被ることになる。

20 エ 原告の損害を避けるため本件除却命令の義務付けの訴え以外に適当な方法がないこと

25 本件建築物に火災が発生した場合に本件駐車場の車両に延焼し、同車両



が全焼する危険は、本件建築物が存在する限り消滅することはないのであるから、本件建築物を除却する以外に原告の前記の損害を避けるために適当な方法はない。

(被告の主張の要旨)

5 ア 茨木市長に本件除却命令を発する権限がないこと

前記(1)の(被告の主張の要旨)のとおり、本件建築物は法65条に違反する建築物であるとはいえないから、茨木市長は本件除却命令を発する権限を有していない。

イ 本件義務付け訴訟の原告適格を有しないこと

10 法9条1項が、建築物に近接して存在する車両に関する権利を個別的利益として保護する趣旨の規定とは解されないから、原告は、本件除却命令が発せられないことにより自己の権利又は法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者ということとはできない。したがって、原告は本件義務付け訴訟の原告適格を有しない。

15 ウ 本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害を生ずるおそれがないこと

原告の主張する損害は財産上の損害にすぎず、生命、身体等の損害のように性質上回復が著しく困難なものではないから、本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれがあるということとはできない。

20 エ 原告の損害を避けるため本件除却命令の義務付けの訴え以外の適当な方法があること

原告は、本件建築物の所有者等に対し、民事上の請求として本件建築物の収去を求めることができる上、本件駐車場において本件建築物から離れた位置に車両を駐車させる等の方法により、本件建築物の火災により生ずる損害を回避することができる。したがって、原告には損害を避けるため

本件除却命令の義務付けの訴え以外の適当な方法があるということができない。

(4) 茨木市長において本件除却命令を発しないことに係る裁量権の範囲の逸脱濫用の有無

5 (原告の主張の要旨)

本件建築物は、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項の距離制限に違反する違法な建築物であるから、茨木市長は、法9条1項に基づいて本件除却命令を発する義務を負うというべきである。したがって、本件除却命令を発しないことはその裁量権の範囲の逸脱濫用となる。

10 (被告の主張の要旨)

前記(1)の(被告の主張の要旨)のとおり、本件建築物は、法65条に違反する建築物であるということとはできないから、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の逸脱濫用となるものではない。

第3 当裁判所の判断

15 1 争点(1)(本件違法確認訴訟①の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作为の違法性)について

20 本件違法確認訴訟①は、原告が茨木市長に対して法9条1項に基づいて本件建築物の工事の施工停止命令をするよう求めたのに対して茨木市長が相応の処分をしないことにつき、行訴法3条5項所定の不作为の違法の確認を求めるものである。

25 行訴法が、3条5項において、不作为の違法確認の訴えとは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの行政処分又は裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう旨規定していることに鑑みると、不作为の違法確認の訴えは、法令に基づく申請を受けた行政庁がこれに応答しない場合に、その不作为の違法を確認して、当該申請をした者を救済することを目的とした訴訟であって、特定の行政処分

又は裁決を求める法令上の申請権が存することを、その訴訟要件としていると解される。

そこで検討すると、法9条1項は、建築基準法令の規定等による規制の実効性を確保するため、特定行政庁に警察行政上の措置として建築基準法令の規定等に違反する建築物等に対して除却命令等の行政処分をする権限を与えたものであるところ、同項の文言に照らせば、特定行政庁が同項に基づく権限を行使するか否か並びに行使する場合の時期及びその具体的内容については、特定行政庁の広範な裁量に委ねられていると解されるのであり、このことに、同項の措置を命ずることを求める申請をすることができる旨の法令上の規定は存在しないことを併せ考慮すれば、同項の措置を命ずる旨の行政処分を求める法令上の申請権は認められないというべきである。

したがって、原告が茨木市長に対して法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よう求めたのに対して茨木市長が相応の処分をしないことの違法の確認を求める本件違法確認訴訟①は、訴訟要件を欠く不適法な訴えであるというべきである。

## 2 争点(2) (本件違法確認訴訟②の適法性及び同訴訟に係る茨木市長の不作为の違法性) について

本件違法確認訴訟②は、原告が茨木市長に対して(a)本件建築物が法65条に反する建築物であることを確認すること、(b)法9条1項に基づく本件除却命令を発すること並びに(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ものであるところ、前記1のとおり、㊦特定の行政処分又は裁決を求める㊧法令上の申請権が存することが、不作为の違法確認の訴えの訴訟要件であると解される。

しかしながら、原告が茨木市長に対して行うことを求めた前記(a)から(c)までの行為のうち、(a)及び(c)は、当該各行為それ自体によって、当該各行為に係る者の法的地位に直接影響を及ぼすものではなく、原告を含む国民の権利義務に直接影響を及ぼすものではないため、行政処分には当たらず（最高裁昭和37年（オ）第296号同39年10月29日第一小法廷判決・民集18卷8号1809頁参照）、また、判決にも当たらないことは、明らかであり、前記㉞の要件を欠くというべきであるし、(b)は行政処分に当たるものの、これを求める法令上の申請権が認められないことは前記1に説示したとおりであり、前記㉟の要件を満たさないというべきである。

したがって、原告が茨木市長に対して前記(a)から(c)までの行為をするよう求めたのに対して茨木市長が相応の処分をしないことの違法の確認を求める本件違法確認訴訟②は、訴訟要件を欠く不適法な訴えであるというべきである。

### 3 争点(3)（本件義務付け訴訟の適法性）について

#### (1) 茨木市長の本件除却命令の権限の有無について

被告は、本件建築物が法65条に違反する建築物であるとはいえず、茨木市長が本件除却命令を発する権限を有していないから、本件義務付け訴訟は不適法であると主張する。

しかしながら、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に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り、本件建築物が法65条に違反するか否かは本案の問題であるから、そのことをもって本件義務付け訴訟が不適法であるということはできない。

したがって、被告の前記主張は採用することができない。

#### (2) 原告の本件義務付け訴訟の原告適格の有無について

ア 本件義務付け訴訟は、非申請型の義務付けの訴えであるところ、非申請型の義務付けの訴えについては、処分の取消しの訴えの原告適格に関する行訴法9条1項と同様の趣旨に基づき、「行政庁が一定の処分をすべき旨を

命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」に限り提起することができるものとされ（同法37条の2第3項）、この「法律上の利益を有する者」の判断については、処分の相手方以外の者が当該処分の取消しの訴えを提起した場合における原告適格の解釈規定である同法9条2項が準用されている。以上のような非申請型の義務付けの訴えの原告適格に関する規定に照らせば、同法37条の2第3項の「一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」とは、当該処分がされないことにより自己の権利又は法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいい、当該処分の根拠となる法令の規定が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分がされないことによりこれを侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分に係る非申請型の処分の義務付けの訴えの原告適格を有するものというべきである（最高裁平成16年（行ヒ）第114号同17年12月7日大法廷判決・民集59巻10号2645頁、同平成24年（行ヒ）第267号同26年7月29日第三小法廷判決・民集68巻6号620頁参照）。そして、前記の法律上保護された利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、この場合において、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分がされない場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案すべきである。

イ 上記の観点から、原告が本件除却命令を発することの義務付けの訴えの

原告適格を有するかについて検討する。

法9条1項は、建築基準法令の規定等による規制の実効性を確保するため、特定行政庁に警察行政上の措置として建築基準法令の規定等に違反する建築物等に対して除却命令等の行政処分をする権限を与えたものであると解される。そして、法による規制内容についてみると、建築物の構造耐力の基準(20条)、大規模の建築物の主要構造部に係る耐火構造の基準(21条)、敷地等と道路との関係(43条)、建築物の容積率の制限(52条)、第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域内における建築物の高さ制限(55条)、前面道路の幅員及び隣地境界線からの水平距離に応じた建築物の高さの制限(56条)、日影による中高層建築物の高さの制限(56条の2)、高度地区内の建築物の高さの制限(58条)等が定められているところ、これらの規定は、建築物が備えるべき性能の基準を定めてその安全性を確保するとともに、建築密度、建築物の規模等を規制して建築物の敷地上に適度な空間を確保することにより、地震、火災等により当該建築物が倒壊、炎上するなどの事態が生じた場合に、その周辺の建築物やその居住者に重大な被害が及ぶことを防止することをその目的に含むものと解するのが相当である。

以上のような法9条1項の趣旨、法による規制の目的に加え、法が建築物の敷地、構造等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ることなどを目的とするものであること(1条)に鑑みれば、法9条1項は、建築基準法令の規定等に違反する建築物の倒壊、炎上等による被害が直接的に及ぶことが想定される周辺の一定範囲の地域に存する他の建築物についてその居住者の生命、身体、安全等及び財産としてのその建築物を、個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、当該建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住し

又はこれを所有する者は、当該建築物について除却命令等の義務付けを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その義務付け訴訟の原告適格を有すると解するのが相当である。

ウ これを本件についてみると、原告は、本件敷地に隣接する本件駐車場に  
5 本件構築物（鉄骨の柱及び梁を組んだ金属製の波板の屋根）を全面に設置  
してこれを所有しており（前記前提事実(2)イ）、本件構築物は法上の建築  
物（法2条1号）に当たるものと解される。そして、本件建築物は、別紙  
物件目録記載のとおりのも造地上3階建ての一戸建て住宅であり、本件境  
10 界線から約10cmの位置に建築されており、最高高さは9.974mであ  
る（前記前提事実(2)ウ）。これらの事実等によれば、原告は、本件建築物  
の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域  
に存する建築物を所有する者に当たるということができ、本件建築物につ  
いての除却命令（本件除却命令）の義務付けを求めるにつき法律上の利益  
15 を有するものとして、本件義務付け訴訟の原告適格を有するというべきで  
ある。

(3) 本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれ  
の有無について

本件義務付け訴訟は、非申請型の義務付けの訴えであるから、本件除却命  
20 令が発せられないことにより原告に重大な損害を生ずるおそれがあることが  
訴訟要件となる（行訴法37条の2第1項）。そして、この重大な損害が生ず  
るか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮し、損害  
の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案することとなる（同条2  
項）。

原告は、本件建築物の火災により本件構築物及び本件駐車場に駐車中の車  
25 両が全焼した場合には、原告は本件構築物及び本件駐車場に駐車中の自己所  
有の車両を失うとともに、本件駐車場の賃借人からの賃料収入を失うことと

なり、多大な損害を被ることになるから、本件除却命令が発令されないことにより重大な損害が生ずるおそれがあると主張するが、原告の主張する損害は経済的な損害であって、その損害の程度を認めるに足りる証拠はなく、事後的な金銭による回復が困難ともいえないから、原告の主張する損害をもって本件除却命令がされないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれがあるとはいえない。

しかしながら、本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれがあるかという点は訴訟要件であることから、この点について職権をもって検討すると、①原告は、本件駐車場を月極駐車場として使用しており、3名の者が利用し、原告自身も本件駐車場に自己所有の車両1台を駐車していること（前記前提事実(2)イ）、②原告の住居地は本件駐車場の近隣に位置すること（顕著な事実）、③本件駐車場には鉄骨の柱及び梁を組んだ金属製の波板の屋根（本件構築物）が全面に設置されていること（前記前提事実(2)イ）からすれば、原告は、本件駐車場の賃貸人として本件駐車場を管理し、又は本件駐車場に駐車している自己所有の車両を使用するため、本件駐車場に日常的に立ち入り、一定時間、本件駐車場に留まっているものと推認されるところであり、そうすると、本件建築物が倒壊又は炎上した場合には、本件駐車場に設置された本件構築物の屋根部分が倒壊又は炎上し、場合によっては、本件駐車場に駐車中の車両に延焼するなどして、本件駐車場内

にいる原告の生命及び身体に損害が生ずるおそれがあるといえることができる。そして、このような損害は、その性質上、原状に回復することが困難ないし不可能であり、事後的な金銭による回復に委ねることが相当であるともいえないものであることからすれば、本件除却命令が発せられないことにより原告には重大な損害が生ずるおそれがあるというべきである。

(4) 原告の損害を避けるための本件除却命令の義務付けの訴え以外の適当な方法の有無について



ア 本件義務付け訴訟は、非申請型の義務付けの訴えであるから、本件除却命令が発せられないことにより生ずる損害を避けるために本件除却命令の義務付けの訴え以外に適切な方法がないことが訴訟要件となるところ（行訴法37条の2第1項）、前記(3)で説示したとおり、本件除却命令が発せられ  
5 ないことにより原告に生ずる損害は、原告の生命及び身体の損害であり、その性質上、原状に回復することが困難ないし不可能であり、事後的な金銭による回復に委ねることが相当であるともいえないものであって、茨木市長に本件除却命令を発するよう義務付けることにより前記の損害を回避することは可能である一方、前記の損害を避けるための法令上の特別な手段は存在せず、本件除却命令の義務付けの訴えよりも実効的に原告の権利  
10 救済を図ることができる方法は見当たらない。

したがって、本件除却命令が発せられないことにより生ずる原告の損害を避けるために本件除却命令の義務付けの訴え以外に適切な方法はないとい  
うべきである。

イ 被告は、原告において、①本件建築物の所有者等に対し、民事上の請求として本件建築物の収去を求めることができる上、②本件駐車場において本件建築物から離れた位置に車両を駐車させる等の方法によって本件建築物の火災により生ずる損害を回避することができるため、原告には損害を避けるため本件除却命令の義務付けの訴え以外の適切な方法があるとい  
15 べきである旨主張する。

しかしながら、①については、本件建築物の収去を求める民事訴訟が、要件、効果等において、本件除却命令の義務付けを求める行政訴訟よりも実効的に原告の権利救済を図り得るものであるということとはできない。また、②については、前記(3)のとおり、本件除却命令が発せられないこと  
20 により生ずるおそれがあると認められる原告の重大な損害には、本件建築物が倒壊することにより本件駐車場に設置された本件構築物の屋根部分が倒

壊することで、本件駐車場に日常的に立ち入り、一定時間、本件駐車場に留まっている原告の生命及び身体に生ずる損害が含まれ、この損害は、本件駐車場において車両を本件建築物から離れた位置に駐車することにより回避し得るとはいえない。この点を措いても、被告の主張は、建築基準法令の規定等に違反する建築物の周辺の建築物の所有者又は居住者の犠牲の下に建築基準法令の規定等に違反する状態を継続させる事態を容認するものであって、採用し難いものである。

したがって、被告の前記主張は採用することができない。

4 争点(4) (茨木市長において本件除却命令を発しないことに係る裁量権の範囲の逸脱濫用の有無) について

前記3のとおり、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から、次に、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か否か（行訴法37条の2第5項）について検討する。

原告は、本件建築物は法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項の距離制限に違反する違法な建築物であるから、法9条1項に基づき本件除却命令が発せられるべきであると主張する。一方、本件敷地は準防火地域にあるところ、被告は、本件建築物の外壁が耐火構造ではないことにつき、積極的には争わない。

そこで検討すると、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ところ、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って、建築物の敷地、構造、設備及び用途について公益の観点から最低の基準を定める法（1条）とは異なるものであるから、民法234条1項は、建築基準法令の規定には含まれないというべきである（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)。そして、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という見地や、防火地域又は準防火地域における土地の合理的ないし効率的な利用を図るという見地にに基づき、相隣関係を規律する民法234条1項の特則として、前記各地域内にある建築物で外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができることを規定したものと解すべきである（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）。そうすると、法65条は、法の中に規定されてはいるものの、相隣関係を規律する趣旨の私法法規たる性質を有するものであり、民法234条1項と同様に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。

以上のことからすれば、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いうべきである。

#### 第4 結論

よって、本件訴えのうち、不作為の違法確認の訴えに係る部分（本件違法確認訴訟①及び本件違法確認訴訟②に係る部分）は不適法であるからいずれも却下し、その余の訴えに係る部分（本件義務付け訴訟に係る部分）は理由がないから棄却することとし、主文のとおり判決する。

大阪地方裁判所第2民事部

裁判長裁判官 三 輪 方 大

5

裁判官 黒 田 吉 人

裁判官角谷昌毅は、転補につき、署名押印することができない。

10

裁判長裁判官 三 輪 方 大

(別紙省略)