

# 規範統制手続における仮命令

—地区詳細計画に対する仮の権利保護—

湊 二 郎\*

## 目 次

はじめに
1 概 観
2 理由具備性の判断方法（一般論）
3 裁判例における具体的判断
おわりに

## はじめに

ドイツの行政裁判所法（VwGO）47条1項は、上級行政裁判所が、申立てに基づいて、その裁判権の範囲内において、同項各号に掲げられた法律よりも下位の法規定の有効性について裁断する旨規定する。この仕組みは、行政裁判所による規範統制（Normenkontrolle）ないしは規範統制手続と呼ばれている<sup>1)</sup>。この規範統制の対象となる法規定の代表例は、建設法典（BauGB）10条1項の規定により市町村の条例として議決される地区詳細計画（Bebauungsplan）である。地区詳細計画の有効性は、建築許可（Baugenehmigung）の取消訴訟や義務付け訴訟における前提問題として

---

\* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科准教授

1) 行政裁判所法47条による規範統制の概要については、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（上）」ジュリ1238号（2003）103頁以下、拙稿「地区詳細計画の規範統制に関する一考察——自然人・法人の申立適格を中心に」近法56巻3号（2008）145頁以下も参照。

行政裁判所によって付随的に審査され得る<sup>2)</sup>。しかしながら、この場合において地区詳細計画が無効とされたとしても、その判断は訴訟の当事者を拘束するにとどまる<sup>3)</sup>。それに対して行政裁判所法47条5項2文は、上級行政裁判所が、法規定は効力を有しないと宣言した場合には、その裁断は一般的な拘束力を有する旨定めており、この点が同条による規範統制の1つの特色である。規範統制の申立てをすることができるのは、1996年の同法改正前においては、「法規定又はその適用によって不利益を受けた、又は近いうちに不利益を受けることを予想せざるを得ない、すべての自然人又は法人」およびすべての行政庁とされていたが、同年の改正により、自然人または法人については「法規定又はその適用によって自己の権利を侵害された、又は近いうちに侵害されると主張する」ことが必要となった(同条2項1文)。しかしながら、規範統制の本案においては、法規定がより上位の法に適合しているか否かが審理され、裁判所は申立人の権利侵害の有無を審査する必要はない<sup>4)</sup>。この規範統制の性質について連邦政府は、「行政裁判所による規範統制手続は、一方では権利保護、他方では客観的な法的異議手続(Rechtsbeanstandungsverfahren)である」と述べている<sup>5)</sup>。

行政裁判所法47条6項は、規範統制手続における仮の権利保護について、「裁判所は、重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である場合には、申立てに基づいて仮命令(einstweilige Anordnung)を発することができる」と規定している。仮命令について

---

2) Vgl. Frank Stollmann, Öffentliches Baurecht, 8. Aufl., 2011, § 9 Rn. 7; Rolf Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., 2011, Rn. 512.

3) Peter Unruh, in: Michael Fehling/Berthold Kastner (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, 2. Aufl., 2010, § 47 VwGO Rn. 4; Peter Wysk, in: Peter Wysk (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Beck'scher Kompakt-Kommentar, § 47 Rn. 2.

4) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 435; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., 2011, § 30 Rn. 1.

5) BT-Drucks. 13/3993, S. 10.

は、同法123条にも定めがある<sup>6)</sup>。同条1項は、「申立てに基づいて裁判所は、訴え提起前であっても、既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろう危険が存在する場合には、訴訟物との関連において仮命令を発することができる」こと（1文）、「仮命令は、争われている法関係との関連において仮の状態を規律するためにも、この規律が、特に継続的な法関係の場合に、本質的な不利益を防止する若しくは差し迫る暴力を阻止するために、又はその他の理由から必要であると思われる（nötig erscheinen）ときには、許容される」こと（2文）を規定している。同法47条6項は、同法123条との関係では、規範統制事件についての特別規定とみることができる<sup>7)</sup>。

本稿は、地区詳細計画の規範統制が求められる事例において、仮命令の制度がどのように運用されているのか、特に、申立てが認容されるのはどのような場合かという点を検討するものである。この点は、日本における立法論として都市計画を直接争う訴訟を構築しようとする場合には当然考慮されるべきである<sup>8)</sup>、都市計画決定等が抗告訴訟の対象とされる場合における仮の救済のあり方という見地からも参考になる部分があるように思われる<sup>9)</sup>。以下ではまず、規範統制手続における仮命令に関する規定が

6) 同条に定める仮命令制度の概要については、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（下）」ジュリ1239号（2003）122頁以下、ヴォルフ＝リュウ＝ディガー・シェンケ（村上裕章訳）「ドイツ行政訴訟における仮の権利保護」北法59巻1号（2008）139頁以下、拙稿「建築紛争における仮命令」立命338号（2011）47頁以下参照。

7) Vgl. Jens Saurenhuis, in: Wysk (Fn. 3), §123 Rn. 1; Adelheid Puttler, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerechtsordnung, Großkommentar, 3. Aufl., 2010, §123 Rn. 5.

8) 大橋洋一「都市計画争訟制度の発展可能性」新都市63巻8号（2009）97頁は、高さ制限を緩和する高度地区の指定がなされた場合には、当該都市計画の違法確認訴訟の係属中に、高層の建築物が建築され、当該建築物が既存不適格建築物となる可能性があるため、都市計画の執行停止制度を設ける必要があると指摘する。財団法人都市計画協会＝都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告書」新都市60巻9号（2006）107頁以下は、都市計画に関する不服審査制度について、執行停止制度を認める必要があるとする。

9) 都市計画決定を取消訴訟の対象とすることとした場合の論点については、久保茂樹「都市計画と行政訴訟」芝池義一ほか編『まちづくり・環境行政の法的課題』（日本評論社、2007）91頁以下、財団法人都市計画協会＝都市計画争訟研究会・前掲注（8）96頁以下参照。

設けられた経緯, 仮命令の要件・内容等を概観する(本稿1)。その後, 仮命令の申立ての理由具備性(Begründetheit)に注目して, その判断方法についてどのような考え方があるのか(本稿2), 上級行政裁判所が具体的事例においてどのような判断を行っているのか(本稿3)を明らかにすることを試みる。

## 1 概 観

### (1) 仮命令に関する規定の追加

1960年制定時の行政裁判所法は, 仮の権利保護の制度として, 行政行為に対する異議(Widerspruch)および取消訴訟の延期効(aufschiebende Wirkung)ないしは執行停止の制度(同法80条)<sup>10)</sup>と, 仮命令(同法123条)の制度を定めていたが, 当時の同法47条は, 仮の権利保護については規定していなかった。学説および裁判例は, 規範統制の申立てに延期効は認められないという点では一致していたが<sup>11)</sup>, 規範統制手続において裁判所が仮命令を発付することができるかどうかについては議論があった<sup>12)</sup>。

1976年の「行政訴訟規定の改正に関する法律」による行政裁判所法の改正で, 同法47条に仮命令に関する規定が設けられた。1976年改正時の同条7項は, 「裁判所は, 重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である場合には, 申立てに基づいて仮命令を発すること

---

10) 同条に定める延期効ないし執行停止制度の概要については, 山本・前掲注(6)116頁以下, シェンケ・前掲注(6)133頁以下, 拙稿「ドイツにおける建築許可の執行停止」*鹿法*41巻2号(2007)4頁以下参照。

11) Vgl. Erhard Klotz, Normenkontrolle nach §47 VwGO und einstweilige Anordnung, *DÖV* 1966, 186 (187); Rüdiger Zuck, Die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren nach §47 VwGO, *DÖV* 1977, 848 (848).

12) Vgl. Hans H. Klein/Hans-Wolfram Knapfer, Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gegen Hochschulsatzungen, *DÖV* 1970, 73 (74-76); Klaus Engelken, Einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren (§47 VwGO)?, *DÖV* 1971, 331.

ができる」と規定した。この規定は、1986年の建設法典制定に伴う行政裁判所法改正で同法47条8項に移り、1996年の同法改正によって同条6項に移動したが、その内容は全く変わっていない。規範統制手続における仮の権利保護は、1976年の法改正以降一貫して、延期効ではなく、仮命令によるものとされているのである。

1976年改正によって設けられた行政裁判所法47条7項に関して、行政訴訟規定の改正に関する法律の政府草案理由書は、「第7項は、第47条による手続において仮命令を発することができるか否かという、依然として争いのある問題を、肯定的な意味において判定する。その文面 (Fassung) は、連邦憲法裁判所法第32条に範をとっている」と述べている<sup>13)</sup>。連邦憲法裁判所法32条1項は、「連邦憲法裁判所は、係争事件において、重大な不利益の防除のために、差し迫る暴力の阻止のために又はその他の重要な理由から、公共の福祉のために緊急に必要である場合には、仮命令によって状態 (Zustand) を仮に規律することができる」と定めている。この規定と行政裁判所法47条6項（現行のもの。以下、断りのない限り同じ）を比較すると、「重大な不利益の防除のために」、「その他の重要な理由から」、「緊急に必要である」という文言は共通している。他方で連邦憲法裁判所法32条1項においては、「状態を仮に規律する」ことが「公共の福祉のために」緊急に必要であることが、仮命令の要件とされているが、行政裁判所法47条6項にはこのような文言はない。また、連邦憲法裁判所32条による仮命令の場合は、申立ては要件ではないが<sup>14)</sup>、行政裁判所法47条6項による仮命令を発付するためには申立てが必要である。学説および裁判例においては、同項による仮命令の申立ての理由具備性を判断するに当たっては、連邦憲法裁判所法32条に関する連邦憲法裁判所の判例を参

---

13) BT-Drucks. 7/4324, S. 12.

14) 連邦憲法裁判所法32条による仮命令は、職権でこれを発付することができる。Vgl. BVerfG, Urt. v. 7. 4. 1976, BVerfGE 42, 103 (119).

照すべきであるとするものが少なくないが<sup>15)</sup>、このような考え方に対しては異論もある<sup>16)</sup>。

行政裁判所法123条1項と同法47条6項の文言を比較すると、同法123条1項が現状を維持するための保全命令（1文）と仮に現状を変更することを目的とする規律命令（2文）を区別しているのに対して、同法47条6項にはこのような区別はみられない。また同法123条1項2文が、「本質的な不利益」を防止するために、または「その他の理由から」、「必要であると思われる」場合に、規律命令を発付することができる旨定めているのに対して、同法47条6項においては、「重大な不利益」の防除のために、または「その他の重要な理由から」、「緊急に必要である」ことが要件とされている。同項による仮命令の要件は、その文言上は、同法123条1項2文の場合よりも厳格なものともみることできる<sup>17)</sup>。

連邦憲法裁判所法32条には、仮命令は口頭弁論を経ないで発することができること（2項）、仮命令が決定によって発付された場合または拒否された場合には、異議を申し立てることができること（3項）、仮命令に対する異議は延期効を有しないこと（4項）等を定めた規定がある。また行政裁判所法123条は、仮命令の発付については本案の裁判所が管轄権を有すること（2項）、民事訴訟法（ZPO）の仮差押えまたは仮処分に関する一定の規定が準用されること（3項）、裁判所は決定によって裁断するこ

---

15) Vgl. Jörg Schmidt, in: Erich Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Aufl., 2010, § 47 Rn. 106; Jörg von Albedyll, in: Johann Bader/Michael Funke-Kaiser/Thomas Stuhlfauth/Jörg von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl., 2011, § 47 Rn. 137; Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 18. Aufl., 2012, § 47 Rn. 148.

16) Friedrich Schoch, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar: 11. EL 2005, § 47 Rn. 137; Matthias Dombert, in: Klaus Finkelnburg/Matthias Dombert/Christoph Külpmann, Vörlaufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., 2011, Rn. 598.

17) Vgl. Zuck (Fn. 11), S. 850; Hufen (Fn. 4), § 34 Rn. 10; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 94; BVerwG, Beschl. v. 18. 5. 1998, NVwZ 1998, 1065 (1066).

と（４項）等を定めている。それに対して行政裁判所法47条には、これらに相当する規定は存在しない。この点に関して上記の政府草案理由書は、「これ以上の手続規定は必要ではない。従前と同様に……行政裁判所法第2部第7章〔一般的手続規定〕、第9章〔第1審における手続〕、そして今では第10章〔判決及びその他の裁断〕が適用可能である」と述べるにとどまっている<sup>18)</sup>。学説においては、行政裁判所法47条6項による仮命令の手続に関しては、同法123条2項以下の規定を類推適用すべきことを主張する説が多い<sup>19)</sup>。

## (2) 仮命令の要件——特に申立ての適法性について

行政裁判所法47条6項は、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である場合」に、裁判所は申立てに基づいて仮命令を発することができるものと規定している。この引用部分は、仮命令の申立ての理由具備性に関するものである。この点を裁判所が判断するためには、その前提として、仮命令の許容性ないしは適法性に関する要件が充足されている必要がある<sup>20)</sup>。申立ての理由具備性の判断については本稿2以下で取り扱うので、ここでは申立ての適法性に関する要件を取り上げる。

### (a) 出訴の途 (Rechtsweg) ・管轄裁判所

行政裁判所法47条1項は、上級行政裁判所が「その裁判権の範囲内において」法規定の有効性について裁断する旨規定しているが、同条6項による仮命令についても、裁判所は「その裁判権の範囲内において」裁断するのであって、同法40条1項にいう行政上の出訴の途 (Verwaltungsrechtsweg)

---

18) BT-Drucks. 7/4324, S. 12.

19) von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 47 Rn. 146; Kopp/Schenke (Fn. 15), § 47 Rn. 156; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 84.

20) Vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 556; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 85.

が開かれていることが必要とされる<sup>21)</sup>。もっとも、地区詳細計画の有効性について裁断することが、上級行政裁判所の裁判権の範囲内に含まれることに疑いはない<sup>22)</sup>。同法47条6項は「裁判所」が仮命令を発付することができる」と規定しているが、ここでいう裁判所は本案の裁判所を指すものであり、仮命令についても原則として上級行政裁判所が管轄権を有する<sup>23)</sup>。規範統制の申立てに対する上級行政裁判所の裁断に対して上告がなされた場合には、連邦行政裁判所が本案の裁判所として仮命令の申立てについても裁断しなければならないというのが判例である<sup>24)</sup>。

(b) 申立ての対象

行政裁判所法47条6項による仮命令の申立ては、それが同条による規範統制の対象となる法規定に対して向けられたものである場合には、仮の権利保護を供与するための適法な形式である<sup>25)</sup>。同条による規範統制の対象となる法規定は、既に発布された（公布された）ものでなければならない<sup>26)</sup>。建設法典33条1項は、地区詳細計画の案の縦覧の実施後において、将来の地区詳細計画の指定に対立しない事業案（Vorhaben）を一定の要件の下で許容しているが、この場合においても、地区詳細計画の案に対し

---

21) Vgl. Hufen (Fn. 4), §34 Rn. 3; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 134. 行政裁判所法40条1項1文は、「行政上の出訴の途は、非憲法的性質のすべての公法上の紛争において、当該紛争が連邦法律により他の裁判所に明示的に割り当てられているのでない限り、存在している」と規定している。

22) Vgl. Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 49; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 15; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 24.

23) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 557; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 86; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 135.

24) BVerwG, Bechl. v. 18. 5. 1998, NVwZ 1998, 1065 (1065-1066). 反対説として, Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 389; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 174.

25) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 144; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 88; Hufen (Fn. 4), §34 Rn. 6.

26) BVerwG, Beschl. v. 2. 6. 1992, NVwZ 1992, 1088 (1089); Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 26; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 584.

て仮命令の申立てをすることはできない<sup>27)</sup>。他方で、発布された法規定の発効（施行）を阻止するための仮命令の申立ては許される<sup>28)</sup>。法規定が失効した場合には、原則として仮命令の申立ては認められない<sup>29)</sup>。市町村が従前の地区詳細計画を新たな法的効力を有する地区詳細計画に置き換えた場合、従前の地区詳細計画はその法的効力を失うので、この場合には従前の地区詳細計画に対する仮命令の申立ては不適法であるというのが判例である<sup>30)</sup>。

(c) 申立適格・被申立人

行政裁判所法47条6項による仮命令の申立てをすることができるのは、同条2項1文の規定により規範統制の申立適格を有する者である<sup>31)</sup>。既述の通り、自然人・法人については、「法規定又はその適用によって自己の権利を侵害された、又は近いうちに侵害されると主張する」ことが必要であるが、土地所有者が自己の所有地に適用される地区詳細計画の指定を争う場合には、通常規範統制の申立適格が認められる<sup>32)</sup>。また、地区詳細計画の適用区域外の土地所有者であっても、衡量における自己の利益の扱いに瑕疵があった可能性があると思わせる事実を主張すれば、衡量要請（建設法典1条7項）に基づく適正な衡量を求める権利が侵害される可能

---

27) Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 144; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 136. 反対説として、vgl. von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 47 Rn. 143.

28) Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 387; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 88; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 136.

29) 過去の事実関係が当該法規定により判断され得る場合には、例外的に仮命令の申立てが許される。Vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 585; Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 144.

30) BVerwG, Beschl. v. 19. 4. 2010 - 4 VR 2/09-, juris.

31) Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 148; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 559; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 89.

32) BVerwG, Urt. v. 10. 3. 1998, NVwZ 1998, 732 (733). この点については、拙稿・前掲注(1) 175頁以下も参照。

性があるものとして、申立適格が認められるというのが判例である<sup>33)</sup>。行政裁判所法47条2項2文によると、規範統制の申立ては、「当該法規定を発布した団体、営造物法人 (Anstalt) 又は財団 (Stiftung) に対して向けられなければならない」。同条6項による仮命令の申立ての場合も、これらの団体が被申立人となる<sup>34)</sup>。地区詳細計画に対する仮命令の場合、被申立人は計画を策定した市町村である<sup>35)</sup>。なお、同項による仮命令の申立てをするにあたっては、規範統制手続が既に係属している必要はないと解されている<sup>36)</sup>。

#### (d) 権利保護の必要性

行政裁判所法47条6項による仮命令の申立てが適法とされるためには、同条による規範統制の申立ての場合と同様に、権利保護の必要性ないしは権利保護の利益が存在していなければならない<sup>37)</sup>。地区詳細計画に対する規範統制の申立ての場合は、裁判所による裁断が申立人にとって利益となり得ることが排除され得ないときには権利保護の必要性が存在し、これが欠けるのは、当該規定は効力を有しないとの宣言が原告にとって法的または事実上の利益を全くもたらし得ないことが明白であり、それゆえに裁判権の発動が無益であるように思われるときに限られるというのが判例で

---

33) BVerwG, Urt. v. 24. 9. 1998, BVerwGE 107, 215 (218-219). この点については、拙稿・前掲注(1)177頁以下も参照。建設法典1条7項は、地区詳細計画を含む建設管理計画の策定に当たっては「公益及び私益が、異種の利益相互間及び同種の利益相互間において、適切に衡量されなければならない」と規定している。

34) Hufen (Fn. 4), §34 Rn. 5; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 137; Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 150.

35) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 562; vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 17. 9. 1979, NJW 1980, 1013 (1013).

36) Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 87; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 136; von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), §47 Rn. 138.

37) Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 151; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 586; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 139.

ある<sup>38)</sup>。

同条6項による仮命令の場合には、同法に定める他の仮の権利保護との関係が問題とされることが多い。地区詳細計画の指定に適合する事業案について建築許可が与えられた場合、当該建築許可によって自己の権利を侵害されたと主張する近隣住民は、取消訴訟の出訴資格を有するが（同法42条2項<sup>39)</sup>）、建設法典212 a 条1項は、建築監督による事業案の許認可に対する第三者の異議および取消訴訟は延期効を有しないと規定している。しかしながら行政裁判所法80 a 条は、名宛人に利益を与える行政行為に対して第三者が法的救済を求めた場合において、行政庁が申立てに基づき執行を停止することができること（1項2号）、および本案の裁判所が申立てに基づき延期効を命ずることができること（3項2文。同法80条5項の準用）を認めている。また、地区詳細計画の指定に適合する事業案が建築許可を受けることなく実施される場合において<sup>40)</sup>、これに不服がある近隣住民は、建築監督庁の介入を求めて、同法123条1項による仮命令の申立てをすることもできる。

学説においては、同法47条6項による仮命令は、他の仮の権利保護に対して原則として補充的であると明言する説がある<sup>41)</sup>。それに対して、同項による仮命令の申立てについての権利保護の必要性は、同法80条、80 a 条、123条による仮の権利保護の可能性がある場合であっても、原則とし

---

38) BVerwG, Beschl. v. 11. 2. 2004, BauR 2004, 1264 (1265). 規範統制の申立ての適法要件としての権利保護の必要性に関しては、拙稿・前掲注(1)157頁以下も参照。

39) 行政裁判所法42条は、行政行為の取消訴訟および義務付け訴訟に関する規定であり、同条2項は、法律に特別の定めがある場合を除き、訴えは「原告が行政行為又はその拒否若しくは不作為によって自己の権利を侵害されたと主張する」場合に限り、許容されると規定している。

40) 州によって詳細は異なるが、地区詳細計画の適用区域内において、当該地区詳細計画の指定に反しない等、一定の要件を充足する住宅の建築については、建築許可を要しないものとされる場合が多い。Vgl. Stollmann (Fn. 2), § 18 Rn. 12; Susan Grotefels, in: Werner Hoppe/Christian Bönker/Susan Grotefels, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., 2010, § 16 Rn. 27.

41) Schmidt, in: Eyer mann (Fn. 15), § 47 Rn. 107; vgl. auch Hufen (Fn. 4), § 34 Rn. 8.

て失われないと主張する説も少なくない<sup>42)</sup>。前者に近い立場から、法規定を執行する行為（行政行為、事実行為）がなされるまでは、同法47条6項による仮命令のほうが実効的であるが、執行行為がなされた場合には、当該執行行為に対する仮の権利保護を求めるべきである旨主張する説がある<sup>43)</sup>。他方で、同項による仮命令の補充性を原則として否定する立場からは、地区詳細計画に対する仮命令の申立てが認められなければ、当該地区詳細計画に基づいて新たな建築許可がなされ得るような場合には、権利保護の必要性が認められると主張されている<sup>44)</sup>。もっとも、この立場に立つ学説においても、地区詳細計画の指定が建築許可によって既に（ほぼ完全に）実現されてしまった場合には、権利保護の必要性は失われるものとされている<sup>45)</sup>。同法80条、80 a 条、123条による仮の権利保護の可能性があることは、同法47条6項による仮命令の申立ての理由具備性の判断に当たって考慮されると主張する説もある<sup>46)</sup>。

### (3) 仮命令の形式・内容・効力等

行政裁判所法47条6項による仮命令の申立てについては、同法123条による仮命令の場合と同様に、裁判所は決定によって裁断するものと解されている<sup>47)</sup>。同法80条8項は、延期効の命令（または回復）を求める申立

---

42) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 141, 151; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 140; Kopp/Schenke (Fn. 15), § 47 Rn. 149; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 586.

43) Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 91-92.

44) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 151; Kopp/Schenke (Fn. 15), §47 Rn. 149.

45) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 588; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 151.

46) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 589; Kopp/Schenke (Fn. 15), §47 Rn. 149. 反対説として, vgl. Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 399.

47) Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 390; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 147; Hufen (Fn. 4), §34 Rn. 12.

てについて、緊急の場合には裁判長が裁断することができる」と規定しており、同法123条2項3文はこの規定を準用している。しかしながら、同法47条6項による仮命令の場合には、裁判長のみによる決定は許されないと解されている<sup>48)</sup>。

規範統制の申立てに理由がある場合には、裁判所は当該法規定が効力を有しないことを宣言するものとされているが（同条5項2文）、同条6項は、仮命令の内容については何も定めていない。学説においては、仮命令の場合には、「仮の」措置のみが問題となり得ることから、法規定が効力を有しないことを宣言することは許されず、法規定の適用ないし執行を停止することができるにとどまる（場合によっては法規定の発効ないし施行を停止することができる）と解されている<sup>49)</sup>。地区詳細計画については、個別の土地に限定してその執行を停止することもできる<sup>50)</sup>。同項による仮命令によって、法規定の改正を義務付けることはできない<sup>51)</sup>。

本案手続における法規定が効力を有しない旨の宣言が一般的拘束力を有すること（同条5項2文）と同様に、同条6項による仮命令も一般的拘束力を有すると解されている<sup>52)</sup>。仮命令によって法規定の執行が停止された場合、当該法規定は存在していないものとして扱われなければならない<sup>53)</sup>。他方で、既に発付された行政行為は仮命令による影響を受けな

---

48) von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 47 Rn. 147; Kopp/Schenke (Fn. 15), § 47 Rn. 158; Schmidt, in: Eyermann (Fn. 15), § 47 Rn. 107.

49) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 181; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 149; Hufen (Fn. 4), § 34 Rn. 13.

50) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 610; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 182.

51) Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 403; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 149; Hufen (Fn. 4), § 34 Rn. 13.

52) Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 151; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 404; Schmidt, in: Eyermann (Fn. 15), § 47 Rn. 112; Hufen (Fn. 4), § 34 Rn. 14.

53) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 618; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 403; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 185.

い<sup>54)</sup>。したがって、建築許可の基礎となった地区詳細計画の執行が停止された場合においても、既に付与された建築許可は有効であり、建築主はこれを利用することが許される<sup>55)</sup>。

同項による仮命令の申立てに対する決定は、同法152条1項により連邦行政裁判所に抗告することが許される上級行政裁判所の裁断に含まれないことから、不可争 (unanfechtbar) であると解されている<sup>56)</sup>。他方で同法80条7項は、本案の裁判所が延期効の命令または回復を求める申立てについての決定をいつでも変更すること、または取り消すことができること(1文)、いかなる当事者も、変化した状況または当初の手續において過失なく主張しなかった状況を理由として、決定の変更または取消しの申立てをすることができること(2文)を規定している。同項の規定は同法47条6項による仮命令の手續においても類推適用されると解されている<sup>57)</sup>。

## 2 理由具備性の判断方法 (一般論)

### (1) 行政裁判所法47条6項の文言の解釈

行政裁判所法47条6項は、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である」場合には、これを発することができる」と定めている。この引用部分をその文言に着目して解釈し

---

54) Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 618; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 152; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 405.

55) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 185; Kopp/Schenke (Fn. 15), §47 Rn. 151.

56) Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 155; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 107. 行政裁判所法152条1項は、「上級行政裁判所の裁断は、この法律の第99条第2項〔行政庁の文書提出拒否等の適法性についての決定〕及び第133条第1項〔上告の不許可〕並びに裁判所構成法第17 a 条第4項第4文〔許容される出訴の途についての決定〕のものを除き、連邦行政裁判所への抗告をもって争うことができない」と規定している。

57) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 186; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 153; Wysk, in: Wysk (Fn. 3), §47 Rn. 108.

ようとする、「重大な不利益」および「その他の重要な理由」とはどのようなものか、そして仮命令の発付が「緊急に必要である」のはどのような場合かという点が問題となる。

「重大な不利益」が存在するのは、法的に保護された利益が全く特別な（ganz besonder）程度において侵害される場合、または利害関係者に異常な（außergewöhnlich）犠牲が課される場合であると整理されている<sup>58)</sup>。したがって、地区詳細計画が執行されること自体が当然に「重大な不利益」に該当するわけではない<sup>59)</sup>。「その他の重要な理由」は、「重大な不利益」に比肩し得る重要性を有するものでなければならない<sup>60)</sup>。仮命令が発付されなければ既成事実（vollendete Tatsachen）が発生するおそれがあることが、ここでいう「重要な理由」の1つに該当すると主張する説がある<sup>61)</sup>。本案において規範統制の申立てが認容される見込みが、「その他の重要な理由」を形成し得るという考え方もある<sup>62)</sup>。それに対して、仮命令の審理手続においては、法規定が効力を有しないことを示すために申立人が挙げた理由は、原則として考慮されるべきではないという立場も有力である<sup>63)</sup>。同法123条1項2文が、規律命令の発付が「必要であると

58) Hans-Uwe Erichsen/Arno Scherzberg, Die einstweilige Anordnung im Verfahren der verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (§ 47 VwGO), DVBl. 1987, 168 (174); Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 145; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 603.

59) Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 25. 1. 2008, ZfBR 2008, 280 (281); OVG Hamburg, Beschl. v. 12. 2. 2010, BauR 2010, 1040 (1041).

60) Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 393; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 145; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 604.

61) Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 145; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 167. 反対説として, Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 394; Erichsen/Scherzberg (Fn. 58), S. 174.

62) Kopp/Schenke (Fn. 15), § 47 Rn. 153; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 600; von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 47 Rn. 141.

63) Schmidt, in: Eyermann (Fn. 15), § 47 Rn. 106; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 395; von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 47 Rn. 144.

思われる」場合にこれを発することができる旨規定しているのに対して、同法47条6項は、仮命令の発付が「緊急に必要である」ことを要件としている。それゆえ同法47条6項による仮命令の場合には、同法123条の場合よりも厳格な基準が適用されなければならないといわれている<sup>64)</sup>。すなわち、仮命令の発付を支持する理由が重大であり、仮命令の発付が不可避(unabweisbar)であることが必要であるとされる<sup>65)</sup>。

上級行政裁判所の裁判例においては、①攻撃されている法規定が効力を有しないことが判明し、それゆえに本案において規範統制の申立てが認容されることが明白であって、かつ②当該法規定の執行によって原状回復困難な既成事実が発生するおそれがある場合には、仮命令の発付が「その他の重要な理由から緊急に必要である」場合に該当するという一般論を述べるものがいくつかみられる<sup>66)</sup>。①に関しては、規範統制の申立てが認容される蓋然性が大きければ足りるとする裁判例もある<sup>67)</sup>。さらに進んで、規範統制の申立てが認容される蓋然性が大きい場合には、直ちに「その他の重要な理由から」仮の権利保護が供与されると判示するものもある<sup>68)</sup>。

## (2) 本案の帰趨と結果の衡量 (Folgenabwägung)

既述の通り、行政裁判所法47条6項に定める仮命令の制度が、連邦憲法裁判所法32条にならって設けられたものであることに着目して、連邦憲法裁判所が同条に関して発展させてきた諸原則を、行政裁判所法47条6項の

---

64) Kopp/Schenke (Fn. 15), §47 Rn. 148; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 Rn. 396; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 142.

65) Schmidt, in: Eyer mann (Fn. 15), §47 Rn. 106; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 146; Erichsen/Scherzberg (Fn. 58), S. 175.

66) OVG Hamburg, Beschl. v. 12. 2. 2010, BauR 2010, 1040 (1041); OVG Koblenz, Beschl. v. 15. 3. 2010, BauR 2010, 1195 (1196); VGH Kassel, Beschl. v. 26. 11. 1999, NVwZ-RR 2000, 655 (656).

67) OVG Magdeburg, Beschl. v. 7. 9. 2004 -2 R 240/04-, juris; OVG Schleswig, Beschl. v. 23. 5. 2003, NVwZ-RR 2003, 774 (774).

68) OVG Lüneburg, Beschl. v. 30. 8. 2001, NVwZ 2002, 109 (110).

適用に当たっても援用すべきであるという考え方があり、これが通説であるとされる<sup>69)</sup>。

連邦憲法裁判所法32条による仮命令を発付するかどうかの判断について、連邦憲法裁判所1983年4月13日判決は次のように述べている。「連邦憲法裁判所の確立した判例によると、連邦憲法裁判所法32条1項の要件の審理に当たっては、厳格な基準が定められなければならない、このことは特に、既に発効した法律が執行されないことになる場合に妥当する。その際裁判所は、攻撃されている規定の違憲性を示すために申立人が挙げた理由を、原則として考慮しないままにしなければならない、その例外は、憲法異議（Verfassungsbeschwerde）が当初から不適法である又は明白に理由がないことが判明する場合である。仮命令は、本案の裁断にとって重要な法問題を綿密かつ包括的に審理するために必要な時間が裁判所にないがゆえに必要となり得るのであり、まさにその場合には、仮命令を発付するかどうかを不確実なもの、本案における認容可能性を簡略に（summarisch）評価することによって判断することはできないであろう……。むしろ連邦憲法裁判所は、仮命令は出されなかったが、憲法異議が認容された場合に発生するであろう結果を、仮命令が発付されたが、憲法異議は退けられなければならない場合に生ずるであろう不利益と衡量しなければならない<sup>70)</sup>」。

この考え方は、憲法異議が不適法であるか、明白に理由がない場合には仮命令は発付されず、それ以外の場合には、仮命令を発付しなかったが、後に本案について理由があること判明したときに生ずる結果ないし不利益と、仮命令を発付したが、後に本案について理由がないことが判明したと

---

69) Vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 591; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 155; Schmidt, in: Eyer mann (Fn. 15), §47 Rn. 106.

70) BVerfG, Urt. v. 13. 4. 1983, BVerfGE 64, 67 (69-70); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 7. 5. 2010, BVerfGE 125, 385 (393).

きに生ずる不利益を衡量することによって仮命令を発付するかどうかを判断するというものであり、この衡量は「結果の衡量」と呼ばれることがある<sup>71)</sup>。本案における認容可能性が考慮事項に含まれないことに加えて、本案について理由があることが明白である場合が想定されていないことも特徴的である<sup>72)</sup>。

上記のような連邦憲法裁判所の判例に沿った一般論を展開する上級行政裁判所の裁判例として、ミュンスター上級行政裁判所1979年9月17日決定を挙げることができる。同決定は、仮命令が必要であるか否かを判断するに当たっては「法的に類似の (rechtsähnlich) 連邦憲法裁判所法32条1項の適用において連邦憲法裁判所が発展させた諸原則……を顧慮しつつ、規範統制の申立てが明白に不合法である場合又は認容されない場合を除いて、〔仮〕命令を支持する理由とこれに反対する理由が衡量されなければならない」と判示し、「問われなければならないのは、仮命令が拒否され、しかし後に法規定(本件では、〔地区詳細〕計画の変更)が無効であると宣言される場合に生ずる結果、及び〔仮〕命令が発付され、しかしながら当該規範が有効であることが確認される場合に生ずる結果である」と述べている<sup>73)</sup>。

上級行政裁判所の裁判例においては、結果の衡量を行うことを原則としつつ、本案について理由がないことが明白である場合だけでなく、理由があることが明白である場合にも、例外的にその点が考慮されるとするものも少なくない<sup>74)</sup>。地区詳細計画が明白に違法であることから、結果の衡

71) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 153; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), §47 R. 395. 「二重の仮定 (Doppelhypothese)」という語を用いる説として、vgl. Würtenerberger (Fn. 4), Rn. 476.

72) ただし、本案における裁断が遅きに失するおそれがある事案においては、仮命令の審理に当たっては、むしろ本案の帰趨に注目しなければならない旨判示した例もある。Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16. 10. 1977, BVerfGE 46, 160 (164).

73) OVG Münster, Beschl. v. 17. 9. 1979, NJW 1980, 1013 (1014); vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 21. 12. 1993, NVwZ-RR 1994, 640 (641).

74) VGH Mannheim, Beschl. v. 17. 7. 1997, NVwZ-RR 1998, 421 (421); OVG Münster, Beschl. ↗

量を行うことなく、仮命令の申立てを認容した例もある<sup>75)</sup>。それに対して学説においては、法規定が有効でないことが明白である場合であっても、仮命令が緊急に必要であることが直ちに認められることにはならず、法規定の執行が停止されないことによって回復不可能な損害が生ずる危険があることを要すると主張する説もある<sup>76)</sup>。

### (3) 命令請求権 (Anordnungsanspruch) と命令原因 (Anordnungsgrund)

学説の中には、行政裁判所法123条による仮命令と同様に、同法47条6項による仮命令についても、命令請求権および命令原因が存在する場合に、これを発付することができると主張する説がみられる<sup>77)</sup>。同法123条は命令請求権や命令原因という語を用いてはいないが、一般に同条による仮命令の申立てについては、申立人が命令請求権および命令原因を疎明した場合に理由具備性が認められるものと解されている<sup>78)</sup>。命令請求権とは、仮命令の申立人が本案訴訟において主張する実体的請求権を指し、命令請求権の審理に当たっては、本案訴訟における勝訴の見込みが問われる<sup>79)</sup>。本案勝訴が明白である場合には当然命令請求権が認められるが、

---

↘ v. 30. 5. 1996, NVwZ 1997, 923 (923-924). 本案において規範統制の申立てが認容される蓋然性が大きい場合にもこの点が考慮されると述べるものとして, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. 8. 2007, NVwZ-RR 2008, 231 (231).

75) OVG Münster, Beschl. v. 30. 7. 1992, NVwZ-RR 1993, 126 (127); OVG Münster, Beschl. v. 24. 3. 2006, BauR 2006, 1696 (1696); OVG Bautzen, Beschl. v. 9. 4. 2008 -1 BS 448/07-, juris.

76) Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 47 Rn. 389; vgl. auch Erichsen/Scherzberg (Fn. 58), S. 175; Hans-Jürgen Papier, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), in: Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert von Mutius (Hrsg.), Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 532-533.

77) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 159; Würtenberger (Fn. 4), Rn. 476; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 142; Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 601.

78) Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 3), § 123 Rn. 15; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 123 Rn. 76. Kopp/Schenke (Fn. 15), § 123 Rn. 23.

79) Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 3), § 123 Rn. 16; Achim Bostedt, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 123 VwGO Rn. 70; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 123 Rn. 77.

学説においては、現状維持を目的とする保全命令については、本案勝訴と本案敗訴の蓋然性が同程度であれば命令請求権が肯定されると主張する説もある<sup>80)</sup>。同法47条6項による仮命令の手續においても、現状を仮に維持することが問題になることから、本案において規範統制の申立てが認容される見込みと、これが退けられる見込みが同程度であれば、命令請求権が肯定されると主張する説がある<sup>81)</sup>。

命令原因は、仮命令の必要性ないし緊急性に関する要件である<sup>82)</sup>。これが肯定されるのは、保全命令については、「既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろう危険が存在する」場合であり（同法123条1項1文）、規律命令については、仮の規律が「本質的な不利益を防止する若しくは差し迫る暴力を阻止するために、又はその他の理由から必要であると思われる」場合である（同項2文）<sup>83)</sup>。そうすると、同法47条6項にいう、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である」場合とは、命令原因が認められる場合を定めたものと解することもできる<sup>84)</sup>。仮命令の発付が「緊急に必要である」かどうかを判断するに当たっては、結果の衡量を行うべきであると主張する説もある<sup>85)</sup>。

同法47条6項による仮命令に関する上級行政裁判所の裁判例において、

---

80) Friedrich Schoch, Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III), Jura 2002, 318 (324); Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 15), § 123 Rn. 18; Bostedt, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 123 VwGO Rn. 71.

81) Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 163; Würtenberger (Fn. 4), Rn. 476.

82) Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 3), § 123 Rn. 20; Bostedt, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 123 VwGO Rn. 74; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 123 Rn. 80.

83) Bostedt, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 123 VwGO Rn. 75-76; Würtenberger (Fn. 4), Rn. 547; Michael Happ, in: Eyer mann (Fn. 15), § 123 Rn. 53.

84) Wysk, in: Wysk (Fn. 3), § 47 Rn. 94; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 164.

85) Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), § 47 VwGO Rn. 146; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), § 47 Rn. 168.

命令請求権および命令原因という語を用いたものは少ないが、一例として、ミュンヘン上級行政裁判所2004年10月22日決定を挙げることができる。同決定は、「求められた仮命令は規範統制の裁断を先取り（Vorgriff）して出されることになる。それゆえにそれは、既に緊急手続（Eilverfahren）において十分な明確性をもって規範統制の申立ての認容が予測され得ることを要する（命令請求権）。さらに行政裁判所法47条6項による命令は、重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要でなければならない（命令原因）」と述べている<sup>86)</sup>。他方でミュンヘン上級行政裁判所2006年3月9日決定は、「規範統制の緊急申立て（Eilantrag）の理由具備性の審理に当たっては——連邦憲法裁判所法32条に範をとって——第一に執行停止の結果を衡量しなければならず、〔規範統制の〕申立ての認容の見込みは、申立てが不適法である又は明白に理由がない場合に限り考慮されなければならないのか……それとも——行政裁判所法123条の場合と同様に——本案における認容の見込みを顧慮すべきものとする段階審査（Stufenprüfung）を行わなければならないのか」という問題については、結論を留保している<sup>87)</sup>。

#### (4) 検討

仮命令の申立ての理由具備性の判断方法に関しては様々な見解が主張されているが、ここでは、① 本案について理由があることが明白であり、かつ攻撃されている法規定の執行によって既成事実が発生するおそれがある場合は、仮命令の発付が「その他の重要な理由から緊急に必要である」場合に該当するという説、② 仮命令を発付するかどうかは原則として結果の衡量によって判断するべきであるという説、③ 命令請求権（本案における認容の見込み）および命令原因（緊急の必要性）が認められる場合

---

86) VGH München, Beschl. v. 22. 10. 2004 -15 NE 04. 2669-, juris; vgl. auch VGH München, Beschl. v. 21. 10. 2003 -15 NE 03. 2580-, juris.

87) VGH München, Beschl. v. 9. 3. 2006 -1 NE 05.2570-, juris.

に仮命令を発付するべきであるという説について若干の検討を加える。

①に対しては、本案について理由があることが明白である場合には、直ちに仮命令を発付することを認めるべきではないかという批判があり得る<sup>88)</sup>。もっとも行政裁判所法47条6項の文言上は、仮命令の発付が「緊急に必要である」ことが要件とされているから、上記のような場合であっても、緊急の必要性が認められなければ仮命令は発付されないという解釈が成り立たないとはいえない。

通説とされているのは②であるが、この立場をとる場合でも、本案について理由があることが明白であるときには、例外的に結果の衡量を行わず、①の基準を用いるものとするのが可能である。上級行政裁判所の裁判例においても、①と②を併用することを明言するものがある<sup>89)</sup>。①と②を併用する立場では、本案について理由がないことが明白である場合には仮命令は出されない、反対に本案について理由があることが明白である場合には既成事実が発生するおそれを検討する、他方で本案の帰趨が不明である場合には結果の衡量を行う、ということになる。結果の衡量を、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために……緊急に必要である」かどうかを判断するための手法として位置付けるという解釈論も考えられる<sup>90)</sup>。

③は、通説とされる②に対して、本案における認容の見込みをより重視するべきであることを主張するものと考えられる<sup>91)</sup>。②は連邦憲法裁判

---

88) Vgl. Henning Jäde, Rechtsschutzaspekte der einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, UPR 2009, 41 (46); vgl. auch Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 171 Fn. 1.

89) OVG Koblenz, Beschl. v. 15. 3. 2010, BauR 2010, 1195 (1196); vgl. auch OVG Magdeburg, Beschl. v. 7. 9. 2004 -2 R 240/04-, juris.

90) Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 30. 5. 1996, NVwZ 1997, 923 (924); OVG Münster, Beschl. v. 15. 12. 2005, NuR 2006, 666 (667).

91) Vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 16), Rn. 602; Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 143.

所の判例にならったものであるが、行政裁判所法47条による規範統制の本案においては、法律の憲法適合性が審査されるのではなく、法律より下位の法規定の適法性が問題になるとどまることに鑑みると、本案について理由があるかどうかをより立ち入って審理すべきであるとも考えられる<sup>92)</sup>。もっとも、本案において規範統制の申立てが認容される見込みとこれが退けられる見込みが同程度であるとき、すなわち本案の帰趨が不明であるときに命令請求権が認められるものとし、さらに命令原因の有無は結果の衡量によって判断すべきであるという立場に立つ場合には、結論において②と③はほとんど変わらないことになろう<sup>93)</sup>。それに対して、本案において規範統制の申立てが認容される蓋然性が高い場合に限り命令請求権が肯定されるという立場では、②と③は全く異なる考え方ということになる。

### 3 裁判例における具体的判断

#### (1) 本案について理由があることが認められた例

上級行政裁判所の裁判例の中には、仮命令の申立ての理由具備性の判断において、攻撃されている地区詳細計画（の指定）が効力を有しないこと、すなわち本案について理由があることを認めたものもある。**【1】**ハンブルク上級行政裁判所2010年2月12日決定<sup>94)</sup>は、攻撃されている法規定が効力を有しないことが明白であり、かつ当該法規定の執行によって原状回復困難な既成事実が発生するおそれがある場合には、「その他の重要な理由から」仮命令の発付が緊急に必要であるとの立場に立ち、この要件の

---

92) 地区詳細計画に対する仮命令の手続においては、本案について理由があるかどうかを審理することが可能であり適切である旨主張する説として、vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner (Fn. 16), §47 Rn. 162.

93) ②と③が結論においては異ならないことを指摘する説として、vgl. Unruh, in: Fehling/Kastner (Fn. 3), §47 VwGO Rn. 142.

94) OVG Hamburg, Beschl. v. 12. 2. 2010, BauR 2010, 1040.

充足を肯定した。この事件においては、ヴィルヘルム・ギムナジウムの学校用地について、西側隣地境界線に接して建物を建てることを許容する建築境界線 (Baugrenze) を指定するとともに、完全階 (Vollgeschoss) の数を最高で 3 に指定すること等を内容とする地区詳細計画が問題となった。学校および職業教育のための行政庁は、当該学校用地の一部を構成する区画番号2010番の土地に建てられている 1 階建ての体育館を撤去して体育館付きの校舎 (最高の高さ15.24メートル) を設置するために建築許可を申請したところ、西側隣地を所有して 1 階建ての別荘を建築している申立人が仮命令の申立てをした。

同決定は、自己の所有地の境界線に接して高さ15メートルを超える建物が建築されることに伴い現在の土地状況が重大に悪化することから免れているという申立人の利益は、建設法典 1 条 7 項による衡量上有意な利益に該当すること、他方で被申立人は、この利益を認識してはいたものの、建築境界線の指定と完全階の数の指定が結合することによって申立人の土地利用が受忍限度を超えて侵害されるという問題を解決しないままにすることを指摘して、当該地区詳細計画は「建築境界線及び完全階の数の指定に関して、いずれにしても建設法典214条 3 項<sup>95)</sup>により法的に有意な衡量の瑕疵を帯びており、これは本案手続においてその限りで明白に当該計画は効力を有しないという結果をもたらす」と判示した。

さらに同決定は、「学校及び職業教育のための行政庁が既にこの区画で体育館付きの校舎を設置するための建築許可の付与を申請したのであるから、行政裁判所法47条 6 項による規律がなければ、申立人の自己の利益の瑕疵なき衡量を求める請求権を侵害して定められた、明白に効力を有しな

---

95) 建設法典214条は、建設法典の規定の違反が地区詳細計画等の有効性にとって顧慮されるか否か等について定めており、同条 3 項 2 文後段によれば、衡量過程における瑕疵は「それらが明白でありかつ衡量結果に影響を及ぼした場合」に限り顧慮される。2004年改正後の同条については、拙稿「建設管理計画の衡量統制に関する一考察——衡量過程の統制を中心に」近法57巻 1 号 (2009) 124頁以下も参照。

い指定がすぐに執行され、これによって、原状回復され得ない、又は重大な困難の下でのみ原状回復され得る既成事実が発生する危険が存在するであろう」と述べ、規範統制の申立てに関する裁断があるまでの間、当該地区詳細計画が区画番号2010番の土地に建築境界線および完全階の数を指定する限度において、その執行が停止される旨判示した。本件は、校舎を設置するための建築許可を仮に差し止めるための手段として、仮命令の制度が用いられた例とみることもできる。

【2】コブレンツ上級行政裁判所2010年3月15日決定<sup>96)</sup>においては、中心地区（Kerngebiet）では空地を設けずに建物を建てなければならないものとし、さらに完全階の数を4のみと指定する地区詳細計画が問題となった。同決定は、これらの指定は實際上中心地区における容積率を4とするものであること、他方で建築利用令（BauNVO）17条1項が中心地区では容積率は3を超えてはならないと規定していること、さらに同条2項・3項で予定されている例外も認められないことを指摘して、「建築利用令17条1項に対する違反は建設法典の計画維持（Planerhaltung）規定により顧慮されないものではあり得ず、建築利用の程度（Maß）の超過は建設法典1条7項の意味において衡量上有意である」と述べ、当該地区詳細計画が部分的に効力を有しないものであることを認めた。その上で同決定は、当該地区詳細計画が3を超える完全階の数を指定する限りにおいて、その執行が停止される旨判示した。同決定は、一般論としては、【1】の決定と同様に、法規定が効力を有しないことが明白であり、かつ当該法規定の執行によって原状回復困難な既成事実が発生するおそれがある場合には、「その他の重要な理由から」仮命令の発付が緊急に必要であると述べているのであるが、完全階の数を4とする指定が執行されることによって原状回復困難な既成事実が発生するかどうかについては具体的な検討を行っていない。この点については検討するまでもないということであろうか。

---

96) OVG Koblenz, Beschl. v. 15. 3. 2010, BauR 2010, 1195.

## (2) 結果の衡量が行われた例

結果の衡量を行った上で、仮命令の申立てを認容した上級行政裁判所の裁判例もいくつかみられる。**【3】** ミュンスター上級行政裁判所1979年9月17日決定<sup>97)</sup>は、地区詳細計画の変更条例に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。当初の計画では、申立人の所有地の近隣にあっていまだ建築がなされていない区画番号462番および464番の土地においては、1階建ての住宅4戸を建築することができるものとされていたが、変更後の計画では、少なくとも7戸の1階建て列状住宅 (Reihenhaus) を建築することが可能とされた。申立人は、変更後の計画に基づく隣地での住宅建築が著しい迷惑をもたらすことを危惧して、仮命令の申立てをした。同決定は、仮命令によって地区詳細計画変更条例の執行を停止することを求める申立てを認容した。

同決定は、問題の土地における住宅建築事業案につき建築許可が与えられ、これが実施されることによって原状回復困難な既成事実が発生するおそれがあることを認めるとともに、既成事実の発生の危険は、少なくとも本件のような事例においては仮命令の発付を要求し得る「重要な理由」になるものとした。さらに同決定は、規範統制の申立てが退けられることが明白であるとはいえないことから、結果の衡量を行い、既成事実の発生を阻止するという申立人の利益が他の利害関係者の利益に優先することを認め、仮命令が「必要である」ものとした。同決定によれば、被申立人の利益は、変更後の地区詳細計画に沿った都市建設上の発展が妨げられないことにあるが、当該土地において当初の計画に従った建築がなされるのか、それとも変更後の計画に従った建築がなされるのか、およびいつ建築利用がなされるのかという点は、問題の地域における都市建設上の発展にとって格別の意義をもたない。他方で建築主の利益は、迅速に建築許可を得て建築事業案を実施することであり、これが阻止されたり遅延したりすれば

---

97) OVG Münster, Beschl. v. 17. 9. 1979, NJW 1980, 1013.

かなりの経済的損失が発生する可能性があるものの、当初の計画によっても当該土地を有意義に利用することができたこと、計画変更は当該土地の旧所有者の求めに応じてなされたものであり、その権利承継人は計画策定市町村と共同して、計画変更を否定する裁断がなされるリスクを負わなければならないことからすれば、建築事業案が一時的に停止することは受忍されなければならない。最後に同決定は、建築許可の付与が目前に迫っていることから、仮命令が「緊急に」必要であることを指摘している。

この決定は、仮命令の発付が「重要な理由から」、「緊急に」、「必要である」という各要素を個別に認定している点で特色がある。また、土地所有者の求めに応じて計画が変更されたという事実が、仮命令の必要性を基礎づける要素の1つとされている点も注目される。

仮命令の申立てが認容されたもう1つの例として、【4】ミュンスター上級行政裁判所1996年5月30日決定を挙げることができる<sup>98)</sup>。この事件では、住居地区等を指定する地区詳細計画が問題になった。申立人らは、当該地区詳細計画に基づいて住戸数約240戸の集合住宅が建築許可を要することなく建築されることを危惧して、当該地区詳細計画の執行停止を求めた。同決定は、本案について明白に理由があるとも理由がないともいえないことから、結果の衡量を行い、「仮命令が発付されず、しかし規範統制の申立てが本案において認容されるとすれば、申立人らに行政裁判所法47条8項〔1996年改正前のもの〕の意味における重大な不利益が発生するであろう」ということ、および「そこから導き出される申立人らの利益は、当該計画を引き続いて執行することができることに向けられた、対立する利益に優越する」ことを認めた。

同決定は、当該地区詳細計画の執行が停止されなければ、集合住宅が完成するおそれがあることに加えて、申立人らの所有地から数メートルしか離れていない場所に駐車場が設置されるとともに、開発道路および4階建

---

98) OVG Münster, Beschl. v. 30. 5. 1996, NVwZ 1997, 923.

てのオフィスビルが建設されることになること、それによって当該地区詳細計画が適用される区域の大部分がその性格を変化させ、申立人らが上記の土地利用によって惹起される交通の問題によって不利益を受けるおそれがあること、仮に本案手続において規範統制の申立てが認容され、建築許可なしで設置された住宅についての法的根拠が遡及的に消滅することになったとしても、当該地区詳細計画を執行する過程においてなされた建築はいずれにしても事実上は存在したままとなるので、申立人らの受ける不利益は持続的な性質を有することを指摘している。それに対して、当該地区詳細計画がその執行を仮に停止され、しかし本案手続においてそれが有効であると宣言される場合に発生する不利益は、申立人らの受ける不利益よりも重要性が低いと判示されている。この決定は、「重大な不利益」との関係で結果の衡量を行っており、その点で【3】の決定とは異なっている。申立人らの受ける不利益が持続的な性質を有することを指摘した箇所は、既成事実が発生するおそれを考慮しているとみることもできる。

仮命令の申立てを退けた例として、【5】 ミュンスター上級行政裁判所 1993年12月21日決定を挙げておく<sup>99)</sup>。同決定は、被申立人が、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の支援を受けて、かつて工場用地であった約100ヘクタールの土地に「オーバーハウゼンの新都心 (Neue Mitte Oberhausen)」(以下単に「新都心」という)を作ることを内容とする地区詳細計画を策定したことに對して、規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。申立人は、「新都心」に将来接続することになる道路で騒音・排気ガスが増加すること、建設工事の騒音および従前の工場用地の地下に浸透した有害物質によって健康被害を受けることを危惧して、当該地区詳細計画の執行停止を求めた。同決定は、まず、「新都心」において交通施設を設置することを認める建築許可が既に付与されたことを指摘して、地区詳細計画の執行を停止することは申立人の被る不利益を防止す

---

99) OVG Münster, Beschl. v. 21. 12. 1993, NVwZ-RR 1994, 640.

るための手段としては適切ではなく、仮命令の申立ては権利保護の利益を欠くものとした。

さらに同決定は、仮命令の申立ての理由具備性も否定した。同決定は、本案における規範統制の申立てが当初から不適法であるとも明白に理由がないともいえないことから、結果の衡量を行った上で、求められた仮命令は重大な不利益の防止のためにあるいはその他の重要な理由から緊急に必要であるとはいえないと判示している。仮命令が発付されたが、本案において規範統制の申立てが退けられた場合の結果に関しては、公共近距離旅客輸送（ÖPNV）の予定路線の建設が停止することになるため、「新都心」だけでなくプロジェクト全体に危険が及び、「特に工業化の遅れた市町村であるオーバーハウゼン市を支援し、その経済力及び魅力を高め、とりわけ多数の新たな職場をオーバーハウゼン市内のみならず地域の他の場所でも創出するという、ノルトライン＝ヴェストファーレン州政府によって追求され、被申立人の地区詳細計画によって受け入れられ、実行に移された目標が、高い程度において脅かされるであろう」と判示されている。仮命令が発付されなかったが、本案において規範統制の申立てが認容された場合の結果に関しては、工場用地の近隣に居住する者は建設工事に伴う騒音を計算に入れておかなければならないこと、地下に浸透した有害物質が解放されることによる健康被害のおそれについては、建築許可に対する異議手続においてこれを主張すべきであること、「新都心」のプロジェクトに伴う交通騒音等の増加については、騒音等の防止措置（Schutzvorkehrung）によって対処が可能であることが指摘されている。

この決定は、「重大な不利益」と「その他の重要な理由」と厳密に區別する立場をとっていない。地区詳細計画が執行されることによる既成事実の発生の危険は重視されず、むしろ地区詳細計画の執行が停止されることによる公益への影響のほうが重視されている。

### (3) 命令請求権および命令原因が審理された例

命令請求権と命令原因をいずれも肯定し、仮命令の申立てを認容したのが、【6】ミュンヘン上級行政裁判所2004年10月22日決定<sup>100)</sup>である。この事件では、地区詳細計画の変更条例が問題になった。当初の計画では、面積1904平方メートルの区画番号263/22番の土地においては住宅1戸のみを建築することが許容されていたが、変更後の計画では、1家族住宅(Einfamilienhaus)、2戸建て住宅(Doppelhaus)、2台車庫(Doppelgarage)、3台分の駐車場を設置することが可能とされた。1家族住宅は既に完成しているが、その他の施設はまだ設置されていない。隣接地を所有する申立人らは、2戸建て住宅の建築によって既成事実が発生すること、騒音および排気ガスにより受忍限度を超える迷惑を受けることを主張して、地区詳細計画の変更条例の執行を停止することを求めた。

同決定は、申立人らが命令請求権および命令原因を援用することができることを認めた。命令請求権に関しては、申立人らは、2戸建て住宅の建築により隣地において住宅が密集することに反対するとともに、隣地の中央に設置される車庫および駐車場から生ずる著しい騒音および排気ガスによって自己の居住および生活の質が悪化することを危惧しており、このような申立人らの利益が地区詳細計画を変更する際の衡量に当たって十分に考慮されたか否かについては詳細な審理を要することから、「規範統制の申立てが認容されるか否かは、現時点では未確定(offen)である」と判示されている。命令原因に関しては、簡潔に、「〔2戸建て住宅の〕建築開始が間近に迫っており、既成事実が発生する可能性があるので、仮命令が緊急〔に必要〕である」と判示されている。この決定は、本案の帰趨が不明である場合には命令請求権が認められ、既成事実が発生するおそれがあれば命令原因が肯定されるという立場をとっており、【1】の決定よりも容易に仮命令の発付を認めるものといえる。

---

100) VGH München, Beschl. v. 22. 10. 2004 -15 NE 04. 2669-, juris.

命令請求権は肯定したものの、命令原因を否定した例として、【7】 ミュンヘン上級行政裁判所2003年10月21日決定<sup>101)</sup>がある。同決定は、村落地区(Dorfgebiet)を指定する地区詳細計画に対して、地区外で休暇宿泊施設を設置している申立人が規範統制の申立てをした事案に関するものである。当該地区詳細計画によって建築境界線および完全階の数を指定された土地において、建築許可を要しない車庫付き住宅の建築が開始されたため、申立人は地区詳細計画の執行停止を求めた。

同決定は、「村落地区の指定は……建築利用令5条とは両立し得ないことが見込まれる」と判示し、申立人が命令請求権を援用することができることを認めた。その理由としては、建築利用令5条によれば村落地区は農林業の事業場を配置することに奉仕する地区であり、村落地区に指定される区域は農林業の事業場によって特徴づけられ得るものではないが、実際に村落地区に指定された区域には農林業の事業場が存在していないため、これが村落地区として形成されることが現時点においては期待できないという点が指摘されている。

しかしながら同決定は、申立人は命令原因を援用することはできないものとした。同決定は、まず、車庫付き住宅の建築が申立人の宿泊業に受忍限度を超えるイミションをもたらすことは認められず、申立人にとって「重大な不利益」がないことを指摘している。さらに同決定は、「見込まれている規範統制の申立ての認容が、本案における裁断の前に地区詳細計画が実現することによって、部分的に効果を失うことがないという、申立人及び一般公共の利益は、建築主の利益と比較して、仮命令が緊急に必要であるという程に重大なものではない」と判示している。その理由としては、車庫付き住宅の建築工事が進行しており、既成事実が基本的に既に発生していること、地区詳細計画の執行を停止すれば、その有効性を信頼した建築主に著しい経済的損害が発生するおそれがあること、この仮命令の

---

101) VGH München, Beschl. v. 21. 10. 2003 -15 NE 03. 2580-, juris.

申立てを退ける決定がなされた後においては、建築主は地区詳細計画が無効になる可能性を認識しつつ、自己のリスクで建築工事を実施することになるため、本案の裁断がなされた後において当該事業案に対して建築監督庁が介入することは妨げられないことが指摘されている。

この決定は、本案における認容の見込みがあることを認めながらも、仮命令の申立てを退けた点で注目される。命令原因の審理においては、「重大な不利益」が否定された後に、さらに結果の衡量が行われている。仮命令の申立てを退ける決定の中で本案について理由があることが示されるということ自体に、一定の意義が認められている点も特徴的である。

#### (4) まとめ

本案の争点に関しては、建築利用令違反（【2】、【7】の決定）や衡量の瑕疵（【1】、【2】、【6】の決定）が問題となっている。地区詳細計画に衡量の瑕疵があるか否かの判断については、本案手続における詳細な審理を要するようにも思われるが（【6】の決定を参照）、仮命令の申立ての審理手続において、衡量の瑕疵の存在を肯定した例もある（【1】、【2】の決定）。本案の争点とは別個の考慮事項としては、既成事実が発生するおそれを挙げるものが少なくない（例えば、【1】、【2】、【3】、【6】の決定）。事業案の実施が差し迫っていることから、比較的簡単に既成事実が発生するおそれを肯定し、仮命令の申立てを認容したものもあれば（【1】、【6】の決定）、既成事実が発生するおそれを結果の衡量の1要素としてこれに組み込むものもみられる（【3】、【4】、【7】の決定）。既成事実の発生以外に、申立人が被るおそれのある不利益としては、交通量の増加に伴う騒音等の被害が取り上げられる場合が多い（【4】、【5】、【7】の決定。【6】の決定ではこれが本案の争点となっている）。もっとも、この種の不利益が生ずるおそれがなければ仮命令の申立ては認められないというわけではない（【1】、【2】の決定を参照）。

ここで紹介した事案の中には、申立人が、ある特定の建築事業案の実施

を阻止することを目的として、仮命令の申立てをしたように思われるものがある（【1】、【7】の決定）。当該事業案が建築許可を要するものである場合、建築許可がなされる前においては、延期効命令の申立ては認められないから、規範統制手続における仮命令の仕組みを用いることにも意味がある（【1】の決定の事案）。他方で、当該事業案が建築許可を要しないものであり、既に建築工事が始まっている場合には（【7】の決定の事案）、地区詳細計画の執行停止よりも、建築監督庁の介入を求めるほうが適切かもしれない。

## おわりに

行政裁判所法47条6項は、規範統制手続における仮の権利保護の制度として、裁判所が仮命令を発付することができることを規定している。仮命令の内容は法定されていないが、この制度は規範統制手続の対象となる法規定の適用ないし執行を一時的に停止するものとして運用されている。そうすると、同項に定める仮命令の制度は、実質的には法規定の執行停止の制度とみることもできる。同項による仮命令は、既に発付された行政行為には影響を及ぼさないものと解されている。したがって、例えば地区詳細計画に適合する事業案について建築許可が与えられた場合には、当該地区詳細計画の執行が停止されたとしても、当該事業案の実施を阻止することはできない。他方で、当該地区詳細計画に基づいて別の新たな建築許可がなされるおそれがある場合には、当該地区詳細計画の執行を停止することにも実益がある（以上につき、本稿1を参照）。

同項によれば、裁判所は、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である」場合に、申立てに基づいてこれを発付することができるものとされているが、仮命令の申立ての理由具備性の判断方法については様々な考え方がある。例えば、① 本案について理由があることが明白であり、かつ原状回復困難な既成事実が発

生するおそれがある場合には、仮命令の発付が「その他の重要な理由から緊急に必要である」と解するもの、② 本案について理由があることまたは理由がないことが明白である場合を除いて、仮命令が発付されたが、本案において規範統制の申立てが退けられたときに生ずる結果と、仮命令は発付されなかったが、本案において規範統制の申立てが認容されたときに生ずる結果を衡量すること（結果の衡量）によって判断するべきであるとするもの、③ 同法123条による仮命令の場合と同様に、命令請求権（本案における認容の見込み）と命令原因（仮命令の必要性ないし緊急性）が存在するときに仮命令の申立てが認容されると解するもの等がある（本稿2を参照）。実際の裁判例においても、①・②・③のそれぞれの立場から、仮命令の申立てを認容したものがある（本稿3を参照）。

このうち③は、命令請求権および命令原因の判断の仕方に応じて、①に接近することも考えられるし、②と結論において一致する可能性もある。①に対しては、本案について理由があることが明白である場合には直ちに仮命令を発付するべきはないかという批判があり得るところであり、実際にそのような立場をとる学説・裁判例もある。同法47条6項の解釈論としては、①の立場も批判説の立場もどちらも成り立ち得るように思われる。中間的な立場として、本案について理由がある場合には原則として仮命令を発付するべきであるが、仮命令の必要性を否定する特別な事情があるときにはこの限りではないという説も考えられる。

本案について理由があるか否かを明らかにすることができない場合には、本案の争点とは別個の観点から、申立ての理由具備性を判断せざるを得ない。地区詳細計画の執行停止が求められる事例においては、申立人の側からみれば、本案手続係属中に事業案が実施され、既成事実が発生するおそれがある。他方で計画を策定した市町村および建築主にとっては、計画の執行が停止されることによって、当該計画の実現および事業案の実施が遅延するおそれがある。この場合、計画の実現や事業案の実施が遅延することよりも、既成事実が発生することのほうが通常は重大であると解す

る立場もあり得る。この立場では、本案について理由があるか否かが明らかでない場合には、通常地区詳細計画の執行を停止すべきことになる。それに対して、既成事実が発生するおそれのみを理由に地区詳細計画の執行を停止することはできず、申立てが認容されるためには、既成事実が発生するおそれがあることに加えて、申立人が重大な不利益を受けるおそれがあるとか、あるいは計画や事業案を早期に実現ないし実施する必要性が認められないといった事情を要するという立場も考えられる。上級行政裁判所の裁判例においては、後者の立場をとるもののほうが多いように見受けられる。