

アメリカ連邦裁判所における予備的差止命令と 仮禁止命令の発令手続(1)

——わが国の仮処分命令手続への示唆——

吉 垣 実

目 次

- I. はじめに
- II. 予備的差止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 申立てと通知
 - (1) 申立て (motion)
 - (2) 通知 (notice)
 - (3) 迅速化されたディスカバリー (以上, 本号)
 - 4. 立証活動と審理
 - 5. 命令
 - 6. 上訴
 - 7. 裁判所侮辱
- III. 仮禁止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 申立てと通知
 - 4. 立証活動と審理
 - 5. 命令
 - 6. 上訴
- IV. 日本法への示唆
- V. おわりに

I. はじめに

差止命令 (injunction) は、申立人に生ずる回復不能の被害 (irreparable injury) を防止するため、当事者に作為又は不作為を命じるエクイティ上の救済である。差止命令には、永久的差止命令 (permanent injunction)、予備的差止命令 (preliminary injunction)、仮制止命令 (temporary restraining order) の3種類がある。

永久的差止命令は、終局的に紛争を解決するための手段であり、民事訴訟における終局判決の一部又は全部を構成する。永久的差止命令は、本案審理の結論として認められ、他の裁判所がこれを修正又は取り消すまでの効力を有する。

永久的差止命令に対して、予備的差止命令と仮制止命令は、中間的・暫定的に発令されるものであり、講学上の整理概念として、中間的差止命令 (interlocutory injunction) と呼ばれる⁽¹⁾。連邦民事訴訟規則は、中間的差止命令として、予備的差止命令 (65条(a)項) と仮制止命令 (65条(b)項) の2つを規定している⁽²⁾。各州においても、連邦裁判所の中間的差止命令に相当する差止処分を利用することができるが、その要件、手続は連邦及び州間において異なる。

(1) 差止的救済の意義及び特徴については、拙稿「アメリカ会社訴訟における中間的差止命令手続の機能と展開(3) —予備的差止命令と仮制止命令の紛争解決機能—」愛大193号(2012)64頁以下において論じている(以下、拙稿「(3)」として引用する)。差止命令の史的素描と類型的考察については、拙稿「アメリカ会社訴訟における中間的差止命令手続の機能と展開(1) —予備的差止命令と仮制止命令の紛争解決機能—」大阪経大論集62巻4号(2011)45頁以下、同「(2)」大阪経大論集62巻5号(2012)49頁以下。

(2) 連邦民事訴訟規則第65条 差止命令及び制止命令

予備的差止命令は、終局判決では対応できない終局判決前の回復不能の

(a) 予備的差止命令

- (1) 通知 裁判所は、相手方当事者に通知をした場合に限り、予備的差止命令を発令することができる。
- (2) 審尋と本案審理との併合 裁判所は、予備的差止命令の審尋開始の前後を問わず、本案審理を進行させ、それを予備的差止命令の審尋と併合することができる。また併合が認められない場合でも、本申立てに関して採用された証拠であって本案審理においても許容されるものについては、トライアル記録の一部となり、本案審理においてあらためて提出する必要はない。しかし裁判所は、陪審審理を受ける権利を保障しなければならない。

(b) 仮制止命令

- (1) 通知なしの発令 裁判所は、以下の場合に限り、相手方当事者への書面又は口頭による通知なしに仮制止命令を発令することができる。
 - (A) 相手方当事者の異議を審尋することができる時よりも前に、急迫かつ回復不能の被害、損失又は損害が申立人に生ずることが、宣誓供述書又は真実宣言付訴状に記載された特定の事実から明白である場合で、かつ、
 - (B) 申立代理人が、通知をするために行った努力及び通知を要求すべきでない理由を書面により証明した場合。
- (2) 内容・期間 通知なしに発令された仮制止命令は、発令日時を記し、権利侵害とそれが回復不能である理由を表示し、当該命令が通知なしに発せられた理由を記載した上で、直ちに書記官事務室に提出して記録に登録されなければならない。この命令は、登録後、裁判所が定めた期間（14日を超えることができない）を経過したときに失効する。但し、期間経過後に裁判所が正当な理由により同様の期間を延長した場合、又は相手方当事者がより長期の延長に同意した場合はこの限りでない。延長の理由は記録に登録されなければならない。
- (3) 予備的差止命令の審尋の早期実施 仮制止命令が通知なしに発令された場合、予備的差止命令の申立ては、先行する同種事件の審理を除く一切の事件に優先して、できる限り速やかに審尋に付されなければならない。当該審尋において、仮制止命令を取得した当事者は予備的差止命令の申立てをしなければならず、当事者がそれをしなければ、裁判所は仮制止命令を取り消さなければならない。

被害に対応するための救済であり、仮制止命令は、予備的差止命令では対

- (4) 取消しの申立て 相手方当事者は、通知なしに命令を取得した当事者に対する 2 日（又は裁判所が設定したより短い期間）前の通知に基づいて、出廷し命令の取消し又は変更を申し立てることができる。この場合に、裁判所は、正義の要請に従いできる限り速やかに申立てを審理して決定しなければならない。

(c) 担保

裁判所は、禁止又は制限が不当であると判明した場合に、その当事者が被る費用と損害を填補するのに適正と裁判所が認める額の担保を申立人が提供した場合に限り、予備的差止命令又は仮制止命令を発令することができる。但し、合衆国、その官吏、及びその機関は担保を要求されない。

(d) 差止命令と制止命令の内容及び範囲

- (1) 内容 差止命令及び制止命令を認容するすべての命令には、
- (A) 発令の理由を記載し、
 - (B) 明確な文言を使用し、かつ、
 - (C) 合理的な程度に詳細に（かつ訴状その他の文書を参照せず）制限又は命じられる行為を表示しなければならない。
- (2) 効力の及ぶ者 この命令は、以下に掲げる者のうち、交付送達その他の方法により実際に命令の通知を受けた者のみに効力が及ぶ。
- (A) 当事者、
 - (B) 当事者の役員、代理人、使用人、従業員及び弁護士、及び
 - (C) 前(A)号又は(B)号に掲げた者に積極的に協力又は参加する者。

(e) 変更を受けないその他の法律 本条は、以下の法を変更しない。

- (1) 使用者と従業員に関する訴訟における仮制止命令又は予備的差止命令に関する連邦の制定法、
- (2) 競合権利者確定手続の訴訟又はその性質を有する訴訟における予備的差止命令に関する合衆国憲法第28編2361条の規定、又は、
- (3) 3名の裁判官で構成される地方裁判所が審理し判断する訴訟に関する合衆国憲法第28編2284条の規定。

応できない予備的差止命令前の回復不能の被害に対応するための救済である。従って、終局判決で対応できる被害について予備的差止命令は認められず、予備的差止命令で対応できる被害について仮制止命令は認められない。予備的差止命令は相手方に通知をし、ヒアリングをした後で発令され、仮制止命令は相手方に通知が出されずに一方的な手続(ex-parte proceeding)によって発令されることもある⁽³⁾。

本稿の目的は、アメリカ連邦裁判所における予備的差止命令と仮制止命令の発令手続を概観し、わが国の仮処分命令手続への示唆を検討することである。とくに、手続の相違点⁽⁴⁾、事件類型に応じた柔軟な審理の可能性(スライド基準適用の可能性)⁽⁵⁾、そして、アメリカのインジャンクションを

(f) 著作権侵害

本条は著作権保護手続に適用される。

(3) 拙稿「(3)」・前掲注(1)69頁。

(4) アメリカの予備的差止命令・仮制止命令の発令手続は、わが国の仮処分命令手続に類似する面がある。しかし、アメリカの手続は、本案訴訟の提起(本案の訴状を裁判所に提出すること)を前提としていること、予備的差止命令手続と仮制止命令手続の二本立てであること、証拠収集手段が充実していること(迅速化されたディスカバリー等)、差止命令発令の各要件の審査を柔軟に行う連邦控訴裁判所も多く存在すること等(比較衡量テスト・スライド基準の適用)、わが国と異なった特徴を有している。これらの特徴を検討することはわが国の手続を検討するうえで有益であると思われる。

(5) 予備的差止命令の発令要件は、回復不能の被害、本案勝訴可能性、比較衡量、公益そして、その他の考慮要因である。これらの要件がどのような関係をもち、またどのように解釈されるのかについては、合衆国最高裁判所の解釈も必ずしもはっきりせず、各連邦控訴裁判所の間でも解釈は分かれている。すなわち、1つの要件の立証が他の立証に影響するのかについては、アプローチの違いがある。各要件はそれぞれ独立しており、相互の影響を認めないとする「順次アプローチ」と、各要件は独立しているが相互に影響を受けるとする「比較衡量アプローチ・スライド基準」がある。後者によれば、たとえ1つの要件の立証が弱くても、他の要件の立証から状況を推認できるのであれば、それで救済を認めることができる。

輸入したといわれる会社法210条，同360条と民事保全法23条との関係をどのように考えるか⁽⁶⁾等の論点を中心に検討することにする。

以上につき，拙稿「(3)」・前掲注(1)63頁以下，「同(4)」愛大194号(2013)31頁，「同(5)」愛大195号(2013)43頁以下，「同(6)」愛大196号(2013)1頁以下，「同(7)」愛大197号(2013)67頁以下。以下，拙稿「(4)」，拙稿「(5)」，拙稿「(6)」，拙稿「(7)」として引用する。

わが国において，保全命令が発令されるためには，訴訟要件を具備したうえで，保全命令の実体的要件を満たす必要がある。保全命令の実体的要件は，被保全権利の存在および保全の必要性の存在であり，両者は疎明することを要する（民保法13条2項）。疎明においては，一般に裁判所の心証の程度は証明よりも低いといわれている。また，疎明における証拠方法は即時に取り調べることができるものに限るという制約がある（民保法7条，民訴法188条）。

しかし，疎明の即時性が貫徹された現行の民事保全法の下では，仮処分の立証は困難になっている。疎明の程度として，いわゆる証明に近いものが要求されると判示した事例も散見される。これらを踏まえると，当事者に一定程度の主張立証の機会を保障し，真実発見を確保するチャンスを与えることが必要となる。また，審理において，被保全権利と保全の必要性のいずれについても厳格な疎明を求めるのではなく，両者は補完し合ったものとして柔軟に判断することも，事案によっては必要となろう。被保全権利と保全の必要性の関係を考えるうえで，連邦控訴裁判所が予備的差止命令の審理において採用している「順次アプローチ」と「比較衡量アプローチ・スライド基準」を検討することは有益であると思われる。

- (6) 英米法のインジャンクションを母法とする会社法210条（平成17年改正前商法280条ノ10）や同360条（平成17年改正前商法272条）の解釈は，アメリカにおける差止制度（裁判による禁止もしくは行為命令をなすものであり，実体的であると同時に訴訟法的事実であること）をわが国へ輸入した趣旨を踏まえたうえで行う必要がある。その場合，手続法上の視点が不可欠である。会社法210条，同360条の条文が，その要件として違法要件のほかに，「当該株式会社に著しい損害が生ずるおそれがあるとき」（会社法360条1項）・「回復することができない損害」（会社法360条3項）とか，「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」（会社法210条）というように，即時差止の必要の要件までを規定しているとみることができるとの関係で，民事保全法23条の適用を

どのように考えるかを検討する必要がある。

「差止命令の制度を輸入した」という意味（会社法210条、同360条と injunction の関係）を検討する必要がある。以下、検討に必要な論点を挙げておくことにする。

・差止命令 (injunction) の制度の導入

平成17年改正前商法272条（会社法360条）は、平成17年改正前商法280条ノ10（会社法210条）と共に、アメリカ法上、認められている差止命令の制度を認めたものである（伊沢孝平・新会社法（1951, 482頁）、鈴木竹雄＝石井輝久・改正株式会社法解説（1950, 185頁, 239頁））。

アメリカ法上、会社と株主との間には、会社はその資産を定められた目的のために適正に運用すべき契約関係が成立するものと考えられ、したがって、取締役その他の役員が、会社の名において会社の目的の範囲外の行為その他法令又は定款違反の行為をしようとする場合には、各株主は右の契約に基づく利益を不当に害される危険に直面するため、衡平法上の救済方法としての差止命令による保護を受けうる。この制度を取り入れたのである（伊沢・前掲書466頁以下。これにより「個々の株主に会社のために取締役の違法な行為の事前差止を請求する権利を認める」ことになった。最高裁判所事務総局民事部・新旧会社法の対照と解説 民事裁判資料第19号（1949, 41頁））。そして会社法360条（改正前商法272条）は、事前に損害を阻止する injunction を継受したものと理解されている（岩原紳作・8会社法コンメンタール 130頁〔落合誠一編〕（2009））。

平成17年改正前商法280条ノ10の株式発行の差止命令も、平成17年改正前商法272条と同趣旨の規定であって、大体アメリカ法上、同様な場合に認められている差止命令 (injunction) の制度を採用したものである。もっとも、平成17年改正前商法272条の差止命令は、取締役の行為を対象としかつその行為は取締役の権限超越行為その他に及んでいるのに対し、平成17年改正前商法280条ノ10の差止命令は、会社の行為、しかもその株式発行行為に限定されているという相違がある（伊沢・前掲書482頁以下）。会社法210条の前身規定である改正前商法280条ノ10は、昭和25年商法改正の際に、アメリカ法の差止命令 (injunction) の制度に倣って新設されたとされる（洲崎博史・5会社法コンメンタール 103頁〔神田秀樹編〕（2013））。

以上から、わが国においては、アメリカの差止命令 (injunction) を日本型に置き換えることなく、そのまま輸入したとみることができる。アメリカの差止命令制度は、裁判による禁止もしくは行為命令をなすものであるから、実体法的であると同時に訴

訟法的である。わが国において差止めの方法を検討する場合、差止制度のかかる性質を踏まえる必要があるろう。

・差止めの方法 —通説に対する疑問—

通説は、改正前商法272条・同280条ノ10の差止めは、裁判外の意思表示によりうる、たんなる実体法上の差止請求権を認めたものと解している（大隅健一郎＝大森忠夫・逐條改正會社法解説（1951、313頁、378頁）。通説によれば、必要があれば差止めの訴えを提起し、あるいは仮処分をもって差止めをなすことができる、ということになる。

これに対して、通説のもとでは差止制度を輸入した立法趣旨は貫かれないうとして、沢元判事は次のような見解を示されている。すなわち「右商法の各条文が、その要件として、違法要件のほかに、『会社に回復すべからざる損害を生ずる虞ある場合においては』（商272）とか、『株主が不利益を受くる虞ある場合においては』（商280条ノ10）とか、即時差止の必要の要件までを規定していることは、仮の地位の仮処分をする場合において、重ねて民訴760条の適用を必要としないと考えられる」（沢栄三・アメリカにおけるインジャンクションの手續の実際について 最高裁判所事務総局・在外研究報告書1号（1957、82頁））。

その理由として「前者〔272条〕については、民訴760条のいうような著しい損害その他の理由が、申請人に存することは会社に対して回復すべからざる損害があり、かつ申請人が株主である以上必要でないと思われるし、後者〔280条ノ10〕についても、違法要件として、定款違反又は著しい価格の不公正を要するから、著しい不公正にもとずきかつ共益的権利の行使であって、性質上全般の株主の損害を予想し、それ自体会社もしくは株主にとり重大な損害となるからである。そしてかかる即時禁止の効果を実現する方法は、仮の地位の仮処分を措いて、他になく、立法の経過からみても、差止制度はこれを裁判制度として理解すべきものであるから、これらの条文は、本訴請求（わが司法の立前では、実体法上の権利については、当然本訴を提起しうる）のほか、仮の地位の仮処分を求めうることを定めたものと解し得ないであろうか。条文の分析と沿革からはむしろそう思われる。もし右のような解釈に立てば、この条文は、全部的満足を許す仮処分を明文上認めた一例ということになろう」（同82、83頁）。このような解釈を採り得ないとしても、「わが民訴上は、仮の地位の仮処分を許して、全部的満足の仮処分を与えるほか、右の条文の立法趣旨を貫くことは、むづかしい

であろう。なぜならば確定まで長日月を要する本訴をもつてしては（裁判外の差止が株式発行無効原因になるという考え方に立っても）、回復すべからざる損害の防止や、不公正な株式発行の差止は、ほとんど有名無実もしくは不可能となるか、非常な混乱を引き起こすことになるであろう。そしてこの場合、仮の地位の仮処分の効果については、裁判所の命令として実務的には相当なものを期待できるのがじつさいのようである」（同83頁）とされる。

アメリカの制度を導入したとすれば、沢元判事のように考えるのが自然であろう。その理由につき、改正前商法272条の「回復スペカラザル損害」と、アメリカの差止命令の発令要件である「回復不能の被害 (irreparable injury)」との関係において考えてみたい。この両者は実質上同義と解することができるといわれており（島本英夫「株主の差止請求権 —米国法を参酌して—」同法9号(1952)36頁）、また、「回復不能の損害 (irreparable injury)」は、「仮の地位を定める仮処分」の必要の要件と同様であるといわれていることから（柳川俊一・英米法における仮処分 (Injunction) の研究 司法研修所・司法研究報告書第9輯第2号(1956, 65頁)、かかる検討は意味あることと思われる。・差止命令における「回復不能の被害 (irreparable injury)」—予備的差止命令における「回復不能の被害」と永久的差止命令における「回復不能の被害」の相違—

「回復すべからざる損害」と irreparable injury は実質上同義と解されるが（島本・前掲論文36頁）、「回復不能の被害 (irreparable injury)」という場合、それが、予備的差止命令の発令要件としての「回復不能の被害」なのか、永久的差止命令の発令要件としての「回復不能の被害」なのか、両者を分けて考える必要がある。

一般に、裁判所は予備的差止命令の申立ての認否を判断する際、当事者が回復不能の被害等を立証したかを考慮しなければならない。

救済は本来、被告に十分な手続保障を与え、裁判所が本案審理において提出された主張・証拠を熟読したうえでなされる。しかし、本案審理前に原告に取り返しのつかない事態（永久的差止命令や金銭賠償などの終局判決では原告のあるべき利益状態を回復できない被害が発生する事態）が発生することがある。かかる場合にも適切な救済を与える必要がある。そこで、回復不能の被害が終局的救済の前に生ずる可能性が高い場合には、例外的に簡易迅速な手続により暫定的救済を与えることが認められている。つまり、予備的差止命令は、本案判決前に生ずる「回復不能の被害」を防止するための救済である。その意味で、「回復不能の被害」要件は、予備的差止命令のための不

可欠の前提であり、本質的要件といえる。予備的差止命令における「回復不能の被害」とは、本案審理における判断がなされる前に発生する可能性が高く、予備的差止命令以外の手段では救済することが不可能又は困難な、相当の被害のことである。つまり、この要件は、①申立人にとって相当の被害（被害の相当性）が、②本案前に生ずる危険があり（被害発生の急迫性）、③予備的差止命令以外に適切な救済方法がないこと（救済手段の適切性）を具体的内容とする。

これに対して、永久的差止命令の「回復不能の被害」要件は、特定履行より金銭賠償を優先する原理、およびエクイティ管轄権に対するコモン・ロー優位の原理に基づいている。予備的差止命令における「回復不能の被害」と永久的差止命令における「回復不能の被害」要件の根拠及び内容は異なるものである。

「回復不能の被害」の要件を適用して請求を退けた事件のうち、79%強は中間的差止命令の事案である。「回復不能の被害」の要件は、もっぱら予備的救済段階で活用され、終局的救済の段階ではほとんど活用されていないとのデータがある。この要件は、永久的差止命令の段階では何等の役割を果たしていないとの指摘もなされている。永久的差止命令における「回復不能の被害」要件は、実際に事件の結論を左右することはほとんどなく、要件が持ち出されたとしても、比較衡量などの他の要件の判断により結論に達していることが多い（以上につき、拙稿「(3)・前掲注(1)90頁以下」。

以上を踏まえ、改正前商法272条の「回復スベカラザル損害」の意味を検討してみたい。

・改正前商法272条の「回復スベカラザル損害」の意味

改正前商法272条の立法趣旨が、事前に損害を阻止する injunction を継受したものであり（岩原・前掲書130頁）、「個々の株主に会社のために取締役の違法な行為の事前差止を請求する権利を認める」ものである（前掲・新田会社法の対照と解説41頁）とすれば、「回復スベカラザル損害」は本条の本質的要件であるとみることができる。改正前商法272条の「回復スベカラザル損害」には、永久的差止命令における「回復不能の被害」と、予備的差止命令における「回復不能の被害」の両者が含まれるとしても、条文上の表現や沿革、アメリカの実情を考慮すると、むしろ後者に力点を置いて考えるのが相当であろう。少なくとも、仮の地位を定める仮処分をする場合の「回復スベカラザル損害」は、予備的差止命令の発令要件である「回復不能の被害」を意味するものと考えべきである。改正前商法272条の「回復スベカラザル被害」は旧民

II. 予備的差止命令の発令手続

1. 総説

連邦裁判所において差止的救済を取得する手続については、連邦民事訴訟規則第65条が規定する⁽⁷⁾。当事者は当該規則に基づいて申立て手続を進めることになるが、各裁判所のローカル・ルールの存在も軽視してはならない⁽⁸⁾。場合によっては、ローカル・ルール違反のみを理由に申立てが却

事訴訟法760条の「著シキ損害」の一種とみれば、旧民事訴訟法760条の適用は「実質的」に必要なことといえる。そうすると、仮処分による場合、旧民事訴訟法760条は、「形式的」に適用すればよいことになろう。会社法360条（会社法210条も同様）と民事保全法23条との関係においても同様の解釈が許されるように思われる。

・仮の地位を定める仮処分の保全の必要性

上記のようにみると、会社法360条、210条に基づき株主が差止めの仮処分を申し立てる場合、裁判所は満足的仮処分であることを理由に、被保全権利および保全の必要性に関して高度の疎明を要求する必要はないように思われる。保全の必要性を厳格に判断したケースが散見されるが、被保全権利の疎明があれば仮処分命令を認めるべきであろう（「保全の必要性」があるかどうかの判断は「被保全権利」の判断の中に吸収されており、被保全権利の疎明ありと判断した場合には、満足的仮処分を出すべきであろう）。

(7) Fed. R. Civ. P. 65; *see also* *Granny Goose Foods, Inc. v. Brotherhood of Teamsters & Auto Truck Drivers, Local No. 70*, 415 U.S. 423, 438-439, 94 S. Ct. 1113, 39 L. Ed. 2d 435 (1974). 同規則は、著作権保護手続 (copyright impoundment proceedings) にも適用される。Fed. R. Civ. P. 65(f). *See also* *Matter of California Lumber Corp.*, 24 F.R.D. 190, 192 (C.D. Cal. 1959). 規則65条は、救済の濫用を防止するために規定された。

(8) *Kirstin Stoll-Debell, Nancy L. Dempsey & Bradford E. Dempsey, INJUNCTIVE RELIEF*, (2009), at 210 [hereinafter cited as *Stoll-Debell*]. 同書の283頁以下に、関連するローカル・ルールが列挙されている。

See e.g., *Basic Fun, Inc. v. X-Concepts, LLC*, 157 F. Supp. 2d 449, 454 (E.D. Pa.

下されることもある⁽⁹⁾。特殊な手続を要求する州もある。また差止命令自体を禁止する制定法の存在にも注意する必要がある⁽¹⁰⁾。

州籍相違事件 (diversity case) において差止命令を評価する場合は、裁判地の実体法を適用する⁽¹¹⁾。裁判所は、差止命令を認めるためには、対人管轄権 (jurisdiction in personam) 及び事物管轄権 (subject matter jurisdiction) をもたなければならない⁽¹²⁾。申立人は、当該裁判所の事物管轄を訴状において示さなければならない⁽¹³⁾。州裁判所に本案事件を移送し

2001).

裁判所は、ペンシルバニア州東部地区規則を引用して、被告が「申立てに応答せず、又は予備的差止命令の審理に出席しないことは、予備的差止命令案に対する黙示の同意 (acquiescence) を構成する」と述べた。 *Id.*

(9) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 210; *see e.g.*, Velek v. Arkansas, 198 F.R.D. 661, 662 (D. Ark. 2001) [原告はローカル・ルール7.2(e)の要求する申立てに添付すべき摘要書 (brief) の提出を怠った……。そのみを理由として、裁判所の申立て拒絶は正当化される]; Smith v. Knight, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6117, at *5 (N.D. Tex. Apr. 12, 2004) [本裁判所は手続的瑕疵 (procedural infirmities) のみを理由として予備的差止命令の申立てを却下できる]。 *See* Lason Serv., Inc. v. Rathe, No. 3:02-CV-2110-D, unpub. op. (N.D. Tex. Oct. 11, 2003).

(10) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 211-12. これらの制定法は、例えば、労働紛争、ニューサンス活動、ドメスティック・バイオレンス、営業秘密、公益住宅開発、虚偽広告、商標・商号侵害、独禁法違反、証券取引法違反、不正競争・虚偽的取引慣行、納税、会社法違反、酒類法違反、金融法違反、健康安全法違反、保険法違反などに関する事件を、その対象としている。

(11) Erie R.R. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 78, 58 S. Ct. 817, 82 L. Ed. 1188 (1938).

(12) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.12; *See* Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell, 245 U.S. 229, 234-35, 38 S. Ct. 65, 62 L. Ed. 260 (1916); Weitzman v. Stein, 897 F.2d 653, 658-59 (2d Cir. 1990), *aff'd*, 963 F.2d 1521 (1992).

(13) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.12; *See e.g.*, Lauf v. E.G. Shinner & Co., 303 U.S. 323, 327-28, 58 S. Ct. 578, 82 L. Ed. 872 (1938); Arkansas Peace Ctr. v. Department

た連邦地方裁判所は、差止命令の発令権限を失う⁽¹⁴⁾。

予備的差止命令の救済は、係属する訴訟に関連してのみ認められる。従って、予備的差止命令の救済の申立書を提出する前又はそれと同時に訴状を提出していなければならない⁽¹⁵⁾。予備的差止命令は、本案訴訟の提起(本案の訴状を裁判所に提出すること)を前提として発令される命令である。予備的差止命令は、仮禁止命令が発せられた次の段階での保全処分であるが、仮禁止命令が先行していることは必要でなく、予備的差止命令からスタートすることもできる。

予備的差止命令の手続は、非常性、緊急性、暫定性、裁量性、そして本案訴訟への附随性という特性を有している⁽¹⁶⁾。

2. 発令要件

連邦の制定法は一般に予備的差止命令の発令要件を定めていないので、裁判所は従来のエクイティ原理に従ってその認否を判断することになる。その判断は、裁判所の裁量に委ねられている。

一般的に、裁判所は予備的差止命令の認否の判断に際して、①当事者が回復不能の被害を立証したか、②当事者が本案勝訴可能性を立証したか、③両当事者の被害の比較衡量、そして、④発令が公益に資するか否か、という4つの要因(要件)を考慮しなければならない。各要件の内容および

of Pollution Control, 999 F.2d 1212, 1216-19 (8th Cir. 1993).

(14) 1-7 Federal Litigation Guide §7.13; *Covanta Onondaga Ltd. Partnership v. Onondaga County Res. Recovery Agency*, 318 F.3d 392, 400 (2d Cir. 2003).

(15) 1-7 Federal Litigation Guide §7.13, §7.30; *See Stewart v. INS*, 762 F.2d 193, 198 (2d Cir. 1985); *James Luterbach Constr. Co. v. Adamkus*, 781 F.2d 599, 601 (7th Cir. 1986).

(16) 拙稿「(3)」・前掲注(1)76頁以下。

各要件の相互関係と審査基準については別稿で触れた⁽¹⁷⁾。

3. 申立てと通知

(1) 申立て (motion)⁽¹⁸⁾

(a) 請求の方法

予備的差止命令の申立ては、独立の申立て (separate motion) によるべきであり、訴状中の請求趣旨申立て (prayer)⁽¹⁹⁾に含ませるべきではない⁽²⁰⁾。これは適切な実務慣行および連邦民事訴訟規則65条(a)項(2)号の解釈

(17) 拙稿「(3)」・前掲注(1)63頁以下、拙稿「(4)」・前掲注(5)31頁以下、拙稿「(5)」・前掲注(5)43頁以下、拙稿「(6)」・前掲注(5)1頁以下、拙稿「(7)」前掲注(5)67頁以下。

(18) motionとは、裁判所に対して特定の規律・命令 (ruling or order) をなすよう求める書面又は口頭による申立て (application) をいう。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1168.

(19) prayer for reliefは、特定の救済 (relief) や損害賠償 (damage) を求める、裁判所に対する請求であって、訴答の最後に提示されるものをいい、しばしばprayerと略称される。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1365.

また、Edwin E. Bryant, The Law of Pleading Under the Codes of Civil Procedure 69 (2d ed. 1899)は、請求趣旨申立て (The prayer for relief) を次のように定義している。

「原告は訴状 (bill) において、訴状中の主張により基礎づけられる権利に基づいて認められると考える救済を請求する。これを、救済の請求という。原告は次に、以下のような概括的請求 (general prayer) をする。『並びに原告は、事案の性質に照らして必要とされ、又はエクイティや良心に合致する、追加的あるいは別段の救済をも請求する』。訴状にはどちらの請求趣旨申立ても含めるのが普通である。つまり、最初に特定の請求趣旨申立てをし、次に概括的な請求趣旨申立てをする」。

(20) 実務において、一般的には、予備的差止命令の独立の申立ては、独立の文書として提出すべきであり、訴状中の救済請求の一部として求めるのでは不十分であるとされる。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 203.

として多くの裁判所が示唆するところであるが⁽²¹⁾、連邦地方裁判所のローカル・ルール (local court rules) の中にはこれを明文で定めるところがあり⁽²²⁾、かかる規則の不遵守は、それ自体で申立て却下を正当化するものとされる⁽²³⁾。また、予備的差止命令の請求は、申立て (motion) の形式によるべきであり、理由開示命令 (show cause order)⁽²⁴⁾によるべきではないとされる (訴状中の救済請求の一部として求めるのでは不十分である)。連邦地方裁判所のローカル・ルールの中には、明文でこれを定めるものがある⁽²⁵⁾。

⁽²¹⁾ James Luterbach Const. Co. ケースにおいて、第7巡回区控訴裁判所は、「専門実務の問題として、暫定的救済を求める訴訟代理人は、通常、訴状に含まれる請求趣旨申立てとは別個に、予備的差止命令の申立てをなすべきである。またこの正しい実務の問題に加えて、連邦民事訴訟規則65条(a)項(2)号も、『予備的差止命令の申立て』について言及する時は、独立の暫定的救済の申立てを求めているように思える」と述べた。James Luterbach Const. Co., Inc. v. Adamkus, 781 F.2d 599 (7th Cir. 1986).

See e.g., Allens Creek/Corbetts Glen Preservation Group, Inc. v. Caldera, 88 F. Supp. 2d 77 (W.D.N.Y. 2000).

⁽²²⁾ 例えば、アイオワ州北部及び南部地区連邦地方裁判所地方規則65.1条は、「予備的差止命令及び仮制止命令の一方又は双方を求める全ての者は、当該救済を求める独立の申立てを提起しなければならない」とし、アーカンソー州東部及び西部地区連邦地方裁判所民事訴訟地方規則7.2条(e)項は、「仮制止命令を求めるトライアル前の申立て、予備的差止命令の申立て、及び訴え却下の申立ては、独立の摘要書を添付した独立の訴答に記載されない限り、取り上げられ考慮されてはならない」としている。

⁽²³⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 204; See e.g., Velek v. Arkansas, 198 F.R.D. 661, 662 (D. Ark. 2001).

⁽²⁴⁾ show cause order (or order to show cause; rule to show cause; show-cause rule) とは「当事者がある行為をした (若しくはするのを怠った) 理由、又は裁判所がある救済を認めるべき (若しくは認めるべきでない) 理由を、出廷した上で説明するよう当事者に命じる命令」をいう。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1272.

⁽²⁵⁾ 例えば、カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所地方規則65-1条やミシガン州東部地区連邦地方裁判所地方規則65.1条など。C.D. Cal. Civil L.R. 65-1は、「仮制止命

連邦裁判所の多くは、現在、全ての書類を電子形式で提出するよう命じている⁽²⁶⁾。電子提出に関するルールは裁判所ごとに異なる⁽²⁷⁾。

裁判所の受付時間は、月曜日から金曜日の朝9時から夕方5時までというのが普通である。しかし、この時間帯外に緊急事態が生じた場合、裁判所規則やウェブサイトを参照して、緊急時の連絡方法を調査しなければならない。時間帯外の申立てが予期される場合には、受付時間内に裁判所書記官に連絡を取って時間帯外の申立てについて調整する必要が生じる⁽²⁸⁾。

(b) 必要な書類

申立人は、申立書を提出する。申立人は、命令案 (proposed order for injunctive relief: 求める救済の原案) を提出することが多い。但し、常に命令案の提出が要求されているわけではないので⁽²⁹⁾、その必要の有無を調査しなければならない⁽³⁰⁾。命令案の提出には、いくつかのメリットがある。第1に、命令案を準備する際、代理人はその裁判所の規則や実務を知ることができる。第2に、代理人は救済として何を求めるのかを明確にする必要に迫られる。そして、第3に、命令案は裁判所に当該事件が進むべき方

令を求めない場合、予備的差止命令の申立ては申立書 (notice of motion) によらねばならず、理由開示命令によってはならない」とする。E.D. Mich. L.R. 65.1は、「仮差止命令及び予備的差止命令の請求は独立の申立てによらねばならず、理由開示命令によってはならない」とする。

⁽²⁶⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 206-07. 電子提出 (electric filing) 形式と紙媒体による提出形式の双方を認める裁判所もあるが、もっぱら電子形式を強制する裁判所もある。

⁽²⁷⁾ *Id.*

⁽²⁸⁾ *Id.* at 210.

⁽²⁹⁾ *Id.* at 205.

⁽³⁰⁾ 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32 [当該裁判所の地方規則や当該裁判官のルールを調べて、命令案の提出が必要かを確認すべきである].

向性を示すことに役立つ⁽³¹⁾。

一般的に、予備的差止命令の申立てを理由づけるため、意見書(memorandum of law)⁽³²⁾の提出が必要とされる⁽³³⁾。意見書とは、法的主張やそれを支える判例法などをまとめた簡潔な文書である。意見書は、宣誓供述書や他の証拠方法を根拠として引用しつつ、事実と法とを適切に統合して、できる限り完全なものにしなければならない⁽³⁴⁾。

本案訴訟の提起とともに、予備的差止命令の申立てをする場合には、新訴提起に必要な書類を提出する。訴状⁽³⁵⁾、民事事件記入表(civil cover sheet: Federal Form JS-44)⁽³⁶⁾、呼出状(summons)⁽³⁷⁾などがそれに含まれる。

(31) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 205.

(32) memorandum (or memorandum of law) とは「裁判所に提出される、訴訟当事者の法的見解に関する陳述書(written statement of its legal arguments)」であって、通常は brief の形式をとるものとされる。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 1133. brief とは、「(特に上訴に関して) 訴訟当事者の法的主張(legal contentions)を記載した陳述書」又は「主張(case)を基礎づけるために弁護士が準備した文書であって、事実や法に関する見解とそれを支持する判例などが記載されるもの」をいう。*Id.* at 230.

(33) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

(34) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

(35) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32 [差止的救済は訴訟係属時にのみ請求できるものであるから、申立人は申立書の提出より前に又はそれと同時に、訴状を提出しなければならない]。See *James Luterbach Const. Co., Inc. v. Adamkus*, 781 F.2d 599, 601 (7th Cir. 1986); *Stewart v. INS*, 762 F.2d 193, 198 (2d Cir. 1985).

(36) 連邦地方裁判所に新訴を提起する場合には、常に民事事件記入表を提出しなければならない。記入表には「請求(DEMAND)」と題する空欄があり、そこに申立人は、予備的差止命令を求める旨を(仮禁止命令を併せて請求する場合にはその旨も)記載する。州裁判所の場合、事件記入表の使用の有無と形式は州裁判所ごとに異なる。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 200.

(37) 訴訟を開始する場合、相手方に呼出状(及び訴状とその添付書類)を送付しなければ

裁判費用 (filing fee) も納付しなければならない⁽³⁸⁾。

(2) 通知 (notice)⁽³⁹⁾

予備的差止命令の申立てに関する通知は、一般的に、連邦民事訴訟規則

ならない。しかし、予備的救済の緊急性のためにこれを怠ることがある。呼出状の取得と送達への懈怠は、予備的差止命令の申立てにとって致命的である。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 200.

Carty ケースにおいて、裁判所は、原告が被告に訴状と呼出状を送付しなかったことを理由として、予備的差止命令の申立てを却下した。「差止命令を求める場合、訴状と呼出状の送達 (service of process) が必要である。送達が行われれば、本裁判所はその名宛人たる被告に対して管轄権 (jurisdiction) をもたないことは確立している。人的裁判権 (personal jurisdiction) は、適法な送達が行われたか、又は被告が送達の瑕疵について (責問権を) 放棄 (waiver of any defect in the service of process) した場合に成立する」Carty v. Rhode Island Dep't of Corrections, 198 F.R.D. 18, 2000 U.S. Dist. LEXIS 17851 (D.R.I. 2000).

Federal Rules of Bankruptcy Procedure 7001 (7) は、差止的救済を認める場合には、訴状と呼出状の送達を伴う双方審尋型手続によらなければならないと規定する。裁判所は、この要件は命令を認める際のものであって、執行する際に要求されるものではない、としている。In re Woods, 316 B.R. 522 (Bankr. D. Ill. 2004).

(38) 納付懈怠は訴え却下を招くおそれがある。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 206.

Yant ケースは、在監者たる Yant (原告) が、全ての申立費用を納めず、また訴訟救助 (in forma pauperis) の手続もとらずに、被告に対して訴訟を開始した事例である。裁判所は時間的猶予は与えたものの、納付懈怠は原告の訴えの却下を招くであろうと警告した。「現在まで、Yant は裁判所に120ドルの裁判費用を納付せず、また訴訟救助の申立てもしていない。……もし Yant が、本命令の送達日より30日以内に、120ドルの裁判費用を前納するか、又は合衆国法典第28編1915条及び本地区の改正一般命令 (Amended General Order) の条件に完全に従うのでない限り、この訴訟は裁判所のさらなる命令を要せず却下されるものとする」Yant v. Walker, 1997 U.S. Dist. LEXIS 11103, at *8 (N.D.N.Y. July 29, 1997).

(39) notice とは、法や合意により要求され、又は (法律文書の登記 (recording of an

65条(a)項(1)号が規律する⁽⁴⁰⁾。しかし、連邦や州の制定法が特別の規制をしていることもある⁽⁴¹⁾。

予備的差止命令の申立人は、申立てに反論する公正な機会を相手方と与えるため、全ての反対当事者に通知をしなければならない⁽⁴²⁾。この要件は

instrument) などの) 事実に基づいて法の運用として与えられる、「法律上の通告 (legal notification)」又は「権利又は資格に関する、事実上又は推定的な、一定の法的認識 (definite legal cognizance)」を意味する。人は、(1) 実際にそれを知るか、(2) それに関する情報を受領するか、(3) それを知りうる事情があるか、(4) 関連事実を知るか、又は(5) 公的な帳簿や記録を調査することによりそれを知ることができたとみなされる場合に、事実や状態を通知されたことになる。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 1227.

また actual notice とは、当事者に直接に与えられ (given directly), 又は当事者が自分で受け取った (received personally), 通知 (書) のことをいう。Id.

(40) Fed. R. Civ. P. 65(a)(1).

(41) 予備的差止命令を求める当事者は、連邦民訴規則65条(a)項(1)号又はそれに対応する各州の規則における通知要件を修正する法律規定がないか判断するため、適用される連邦と州の制定法・法典・規則の全てを調査すべきである。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 214.

(42) Fed. R. Civ. P. 65(a)(1).

1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

Rosen ケースにおいて裁判所は、相手方当事者に通知をしない限り予備的差止命令を発することができない(規則65条(a)項(1)号)という要件の目的は、反対当事者に予備的差止命令に異議を唱える公平な機会を保障することであると述べた。Rosen v. Siegel (1997, CA2 NY) 106 F3d 28, 36 FR Serv 3d 1222.

Granny Goose Foods ケースは、1970年5月15日、Granny Goose Foods 社と Sunshine Biscuits 社が、労働組合の労働協約違反 (ストライキ) を理由にカリフォルニア州上位裁判所に提訴した事案である。同日に裁判所は、全てのスト活動の停止を命ずる仮禁止命令を発し、予備的差止命令を発すべきでない理由を同月26日に提出するよう被告に命じた。同月19日、被告らは連邦地裁への移送を申し立てると同時に、連邦地裁に仮禁止命令の取消しを求める申立てをした。同月27日の審理におい

命令的 (mandatory) である⁽⁴³⁾ (特別法によってこのルールが変更される場合

て取消しの申立ては却下された。1970年11月30日、労働組合は再びストライキを開始したため、原告らは被告らが上位裁判所の発した仮制止命令に違反したとして裁判所侮辱の申立てをした。被告らは、仮制止命令は既に失効していると反論したが、連邦地裁は取消しの申立てを却下する決定により仮制止命令は継続的効力を認められるとして被告らに20万ドルの制裁を科した。しかし連邦高裁は、仮制止命令は既に失効したと結論づけた。連邦最高裁は、高裁の決定を是認し、そのようなインフォーマルな通知と審理により仮制止命令を予備的差止命令に変えることはできないと述べた。Granny Goose Foods v. Bhd. of Teamsters & Auto Truck Drivers, 415 U.S. 423 (1974).

SEC v. Capital Growth Co ケースは、被告らが証券取引法10条(b)項及び規則10b-5項に違反して、株主を害する形で会社資産を被告らの収益に変えているとして、証券取引委員会が裁判所に救済を求めた事案である。裁判所は、予備的差止命令を発し、管財人 (receiver) を選任した (その際、被告は欠席した)。被告らは、デュー・プロセスの要請を満たす十分な告知を受けていないと主張して再考の申立てをした。裁判所は、被告らに提供された文書には係争事実が十分に記されており、かつ予備的差止命令の審理に関する十分な準備期間と出席・反論の機会を与えられていたとして、被告らのデュー・プロセス違反の主張を排斥した。SEC v. Capital Growth Co., S.A. (Costa Rica), 391 F. Supp. 593, 600 (S.D.N.Y. 1974).

(43) 裁判所は一貫して、規則65条(a)項(1)号の通知要件の遵守は命令的 (mandatory) なものであると述べている。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 213-14.

Parker ケースは、Tommy Parker の資産の処分禁止をめぐる事案である。

Tommy Parker と貯蓄金融機関監督局 (Office of Thrift Supervision : OTS) との訴訟において、監督局はTommyに対して資産の処分を禁止する予備的差止命令を取得した。ところがその後Tommyは、妻Billieとの離婚に際して妻に財産分与をした。裁判所はこれを命令違反と認定したが、妻は予備的差止命令の名宛人とはなっていないので、監督局は妻に対して命令違反により彼女に分与された財産に関する擬制信託 (Constructive Trust) の申立てをした。妻が申立てのコピーを取得したのは1992年2月20日であり、妻は翌21日に審理日の延期を求めたが、裁判所はこれを拒否した。審理は2月24日に開かれたが、妻は出席せず、裁判所は擬制信託の申立てを認めた。妻は上訴した。連邦控訴裁判所は、擬制信託の命令は予備的差止命令を構成す

がありうる)。

通知の内容・方法については連邦民事訴訟規則に規定が存在しないため、トライアル裁判所が各事案の状況に即して、その裁量で決定すべきものとされる⁽⁴⁴⁾。相手方にどの程度の準備期間を与えれば十分であると評価

るので、監督局は民訴規則6条(d)項(改正前)を守らなければならないが、妻は審理5日前の通知を受けていないから監督局は同条に違反した、と述べて、地方裁判所が妻に対して管轄権を有するかどうかを決定するため、審理のやり直しを命ずる命令を付して事件を差し戻した。「規則65条(a)項(1)号は、『相手方当事者に通知しない限り予備的差止命令を発することはできない。』と規定する。規則65条(a)項(1)号の遵守は強制的(mandatory)である。規則65条(a)項(1)号による通知は規則6条(d)項に従うべきであり、同条は申立ての審理の5日前の通知を要求している。」Parker v. Ryan, 960 F.2d 543, 544 (5th Cir. 1992).

United States v. Microsoft Corp ケースは、コロンビア特別区連邦地方裁判所がMicrosoft社がWindows OSとIEブラウザを抱き合わせでライセンスするのを禁止する予備的差止命令を認めたため、Microsoft社が上訴した事案である。連邦控訴裁判所は、「相手方当事者への通知なく発せられた予備的差止命令は一般的に取り消される」と述べて、適切な通知がないことを理由の一部として、予備的差止命令を取り消した。United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935, 944 (D.C. Cir. 1998).

Phillips v. Chas. Schreiner Bank ケースは、原告借主が、銀行に対して貸手責任訴訟を進行している間、担保権実行手続を行わないよう命ずる命令を得たため、銀行が中間的救済を求めた事案である。連邦控訴裁判所は、当該命令を予備的差止命令であるとした上で、銀行は発令前に通知を受ける機会又は応答する機会を与えられていないから、この命令は規則65条(a)項(1)号違反であるとして、命令を取り消した。「裁判所は常に規則65条(a)項(1)号を命令的なものと扱い、争いある事実上又は法律上の問題に関する審理に出席するための通知又は機会を与えることなく発せられた予備的差止命令を躊躇なく取り消してきた」と述べた。Phillips v. Chas. Schreiner Bank, 894 F.2d 127, 130 (5th Cir. 1990).

(44) 連邦民訴規則65条(a)項(1)号は与えるべき通知の性質や通知方法について特別の規定を置いていない。そこで裁判所は、通知の十分性(sufficiency of notice)は各事案の状況の下でトライアル裁判所が判断するものと解している。連邦控訴裁判所は、予

されるのかは、事件の複雑性や相手方の住所、両当事者の通知前後の行動

備的差止命令の相手方当事者が十分な通知を受けたかどうかの判断は、トライアル裁判所の裁量事項であるとしているようである。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 215; SEC v. Capital Growth Co., S.A. (Costa Rica), 391 F. Supp. 593, 600 (S.D.N.Y. 1974); 7 Moore Federal Practice P 65.04[3] (2d ed. 1974); Plaquemines Parish School Board v. United States, 415 F.2d 817 (5th Cir. 1969); Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co. 339 U.S. 306, 70 S.Ct. 652 (1950).

Dominion Video Satellite, Inc ケースは、テレビとラジオの放送局が、衛星通信会社に対して、同社の受信契約者の activate を拒絶することおよび、又は被告の提供する独占的な通信番組の購入を要求することを禁止する予備的差止命令及び仮制止命令を求める申立てをした事案である。同日、原告らは被告に対して、activation に関する仲裁の選択の通知をファックスした。連邦地裁はこの申立てを認めた。連邦高裁は、地方裁判所は審理の通知に関して裁量権の濫用をしていないと結論づけた。Dominion Video Satellite, Inc. v. EchoStar Satellite Corp., 269 F.3d 1149, 1154 (10th Cir. 2001); Anderson v. Davila, 125 F.3d 148, 156-57 (3d Cir. 1997); Levi Strauss & Co. v. Sunrise Int'l Trading, 51 F.3d 982, 986 (11th Cir. 1995); People ex rel. Hartigan v. Peters, 871 F.2d 1336, 1340 (7th Cir. 1989).

CIENA Corp ケースは、競業避止についての事案である。

被告は原告会社の自動車販売担当役員として勤務していたが、その後、原告の競業者の下に転職した。原告は、競業避止条項に基づき被告を提訴したところ、原告の営業秘密や秘匿情報の利用・開示・不正目的使用 (misappropriating) を禁止する予備的差止命令を取得した。連邦控訴裁判所は、①被告は人的管轄権 (personal jurisdiction) の行使を肯定できる程度に、会社が本拠を置く州と接触がある。②被告は防御準備の機会を否定されていないが、さらに迅速化されたディスクバリーと予備的差止命令の取消しの申立提起の準備期間として30日を許与する。③予備的差止命令の基礎となる事実認定は、規則52条(a)項・65条(d)項を充足している。④適用法を原告の設立州の法とした選択は正しい。⑤競業避止条項が合理的であるとの認定は誤りとは言えない。」と判示して、原審の判断を是認したうえで、命令取消の申立てのために、さらなるディスクバリーをさせるべく事件を原審に差し戻した。「地方裁判所は、仮制止命令にせよ予備的差止命令にせよ、全ての中間的差止命令の登録に関して、反対当事者が、当該状況における時間的余裕のなさに応じて、防御の準備をして当該差止命令

などに左右されるため⁽⁴⁵⁾、一概には言えない。1日～3日前の通知で十分とする裁判例もあれば、それでは不十分であるとする裁判例もある⁽⁴⁶⁾。第

が発せられるべきでない理由を提示できる程度の合理的機会を与えられている限り、そのタイミングや手順を管理する広範な裁量権を与えられている〔傍線筆者〕。……特殊かつ時間制限のある中間的差止命令の事案では、実際に全ての事件において、裁判所は事案の緊急性と当事者間の衡平に基礎をおいて審理のタイミングを決定する。さらに、差止命令に反対する当事者が通知を受けて当該差止命令の有効期間に相応した異議申立ての機会を与えられた限りにおいて、登録する中間的差止命令の題名を仮禁止命令とするか予備的差止命令とするかは、特に重要な事柄ではない (not of particular moment)」CIENA Corp. v. Jarrard, 203 F.3d 312, 319-20 (4th Cir. 2000).

(45) 但し、短期間の通知が許容された背景には相応の事情があることが多いことにも留意する必要がある。また、相手方の所在地が審理の行われる場所から離れている場合、相手方の移動時間にも配慮しなければならない。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 215-16.

例えば、Four Seasons Hotels & Resorts, B.V ケースは、被告であるベネズエラの企業がフロリダ州マイアミで開かれる審理の2日前に送達を受けたという事案である。裁判所は、「2日前の通知では、関連書類を読み、弁護士を探して相談し、自己の主張を根拠づける証人や宣誓供述書を用意するのに十分な時間を与えていない」と結論づけた。Four Seasons Hotels & Resorts, B.V. v. Consorcio Barr, S.A., 320 F.3d 1205, 1212 (11th Cir. 2003).

(46) 多くの裁判所は1日～3日前の通知でも規則65条(a)項(1)号の要求する十分な通知となり得ると解釈しているようである。

短い期間の通知を有効と認めた裁判例として、① Dominion Video Satellite, Inc. v. EchoStar Satellite Corp., 269 F.3d 1149, 1153-54 (10th Cir. 2001); ② United States v. Alabama, 791 F.2d 1450 (11th Cir. 1986), *reh'g denied*, 796 F.2d 1478 (11th Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1085 (1987). がある。

短い期間の通知を有効と認めなかった裁判例として、③ All Care Nursing Serv., Inc. v. Bethesda Mem. Hosp., Inc., 887 F.2d 1535 (11th Cir. 1989); ④ Marshall Durbin Farms, Inc. v. National Farmers Organization, Inc., 446 F.2d 353 (5th Cir. 1971). がある。

5 巡回区控訴裁判所は、旧連邦民事訴訟規則 6 条(c)項⁽⁴⁷⁾の規律を 65 条(a)項に導入して、少なくとも審理日の 5 日前の通知が必要であると解している⁽⁴⁸⁾。また裁判所は通知の十分性を判断する際、通知の相手方が通知の不十分性によってどれだけ不利益 (prejudice) を受けたか、通知が不十分であることについて異議を唱えたか等も考慮する⁽⁴⁹⁾。

①は、1 営業日 (カレンダー上では 3 日) 前の通知に基づいて差止命令を認めた判断に誤りはないとした事例であり、②は、1 日から 3 日 (正確な期間については当事者間に争いがある) 前の通知に基づく差止命令を是認した事例である。③は、2 日前の通知と 30 分の口頭審理では、規則 65 条(a)項の要求する予備的差止命令の申立てに異議を述べる有効な機会を与えたことにはならないとした。④につき、裁判所は、訴状と添付された宣誓供述書に 50 件以上の事件が含まれており、かつ審理で追加的に提出された 68 件の宣誓供述書のうち被告に提供されたのが 47 件でしかなかった場合、5 日前の通知では不十分であるとの判断を示した。

(47) 2009 年の規則改正により、送達期間は 5 日から 14 日へと変更された。Fed. R. Civ. P. 6(c)(2009).

連邦民事訴訟規則 6 条 期間の計算と延長；申立書の期間 (Computing and Extending Time; Time for Motion Papers)

(c) 申立書、審理の通知、及び宣誓供述書 (Motions, Notices of Hearing, and Affidavits)

(1) 一般 申立書及び審理の通知は、以下の場合を除いて、審理日として指定された日の少なくとも 14 日前までに送達されなければならない。

(A) 申立てが一方審尋により聴取されうる場合、

(B) 本規則が別段の期間を規定する場合、又は

(C) 当事者の、正当な理由による、一方的申立てに基づいて、裁判所が命令により別段の期間を設定した場合。

(48) Parker v. Ryan, 960 F.2d 543 (5th Cir. 1992). 但し同裁判所は、「事実争いが無い場合 (when no facts are in dispute)」, 又は「当事者が、正式な通知は受けていなくても、長期間を設けた事実上の通知は受けている場合 (where the party has received a long period of actual notice but no formal notice)」は、この限りでないとする。Id. at 545.

(49) People ex rel. Hartigan ケースは、イリノイ州検事総長が被告・自動車販売業者に

対して、連邦自動車情報・コスト削減法及びイリノイ州消費者詐欺法違反を理由として提訴した事案である。

イリノイ州検事総長は、被告・自動車販売業者が走行距離メーターを操作したとして、連邦自動車情報・コスト削減法及びイリノイ州消費者詐欺法違反を理由として提訴した。原告は、被告の偽造メーター装着車の販売行為を禁止し関連資産を管理人の支配に移すための一方的仮禁止命令を取得した後、一回の期間延長を経て、予備的差止命令の申立てをし、その審理の一日前に被告に通知を手交した（しかし彼はすぐそれを捨てた）。地方裁判所は予備的差止命令を認めた（被告は審理に出席しなかった）。被告は、通知期間が不十分であり、また差止め範囲が法の目的に照らして過大であるとして上訴した。

連邦高裁は、被告に不利益が生じていないこと、及び事件の全事情に鑑みて、被告は規則65条(a)項及びデュー・プロセス条項を充足する合理的な審理の通知を受けていた、と判示した。しかし差止めの範囲は過大であるとして、予備的差止命令の取消しを求める申立てを却下した決定を取り消し、範囲を修正させるため事件を原審に差し戻した。

「Peters〔被告〕は、彼が読むのを拒絶した書面には瑕疵があると主張するが、それによって彼がどんな不利益を受けたのか、理解は困難である。彼は今その瑕疵（まだ証明されたわけではないが）を好ましくない決定を回避する手段として利用している。実際 Peters は、裁判所が彼の資産を管財人に託した際に事実上の通知（それが法的な通知ではないとしても）を受けたであろうにもかかわらず、その後4ヶ月半にわたり代理人を登場させなかったのである。証拠は、Peters がたとえ完璧な書面が数週間前に送達されたとしても、彼が審理に出席しなかったであろうことを示している。この状況に鑑みれば、Peters が主張する通知の瑕疵によって何らの不利益を受けていないことが認められる。仮に不利益の欠如が証明された場合には、当該状況においては Peters は規則65条(a)項及びデュー・プロセス条項を充足する合理的な通知を受けたものと認定できる。」People ex rel. Hartigan v. Peters, 871 F.2d 1336, 1340 (7th Cir. 1989).

United States v. Alabama ケースにつき、連邦政府（原告）は、アラバマ州教育委員会（被告）がある教員教育プログラムの認証を拒絶するのを禁止する予備的差止命令を取得した。連邦高裁は、被告が1日から3日前の通知によって受けた不利益を証

連邦民事訴訟規則65条(a)項(1)号は、「相手方当事者 (adverse party)」⁽⁵⁰⁾への通知を要求するが、具体的にどのような者が「相手方当事者」なのかについて言及していない。裁判所は、同号のいう「相手方当事者」を

明しない場合に、原審の判断を是認した。「本件において上訴人は、短期間の通知により不利益を受けたこと、又はより十分な警告を受けていれば弁論に相違が生じたであろうことを、証明していない。地方裁判所には、差止命令を受けるべき当事者がその弁論を際限なく磨き上げるのを待っているほど、時間的余裕がない。」United States v. Alabama, 791 F.2d 1450, 1458 (11th Cir. 1986).

Harris County ケースにつき、自動車販売業者 (CarMax) は、El Paso 市が blue laws (宗教的観念により休日開店や飲酒などを禁止する法律) の執行を禁止する差止命令を州地方裁判所において取得した。その後、テキサス州郡政府は、連邦地裁において、CarMax が週末に販売活動をするのを禁止する予備的差止命令を得た。CarMax は、同差止命令は、反差止命令法に違反すること、本案勝訴可能性が証明されていないこと、そして通知が不十分であること等を主張して上訴した。

連邦控訴裁判所は、州の差止命令はテキサス州郡政府を拘束しないので連邦地裁の差止命令は反差止命令法に違反しておらず、本案勝訴可能性も証明されている、などとして原審を是認した。そして、通知要件について同裁判所は、CarMax は3日前の通知について異議を述べないことにより異議権を放棄したこと、及び十分な事実上の通知 (26日前の通知) を得ていること、を理由に CarMax は差止命令を争う十分な機会を与えられていたので規則65条(a)項(1)号違反はないとした。「地方裁判所において、CarMax は予備的差止命令の審理の延期を要求しなかった。そうする代わりに、当初のテキサス州北部での移送前の州裁判所手続における仮制止命令の審理の反訳記録などを含む、6件の証拠物を添付した詳細な差止命令の救済請求に対する異議に関する摘要書 (Brief in Opposition to Request for Injunctive Relief) を提出した。予備的差止命令の審理において、CarMax は自社の社長や親会社のインターネット活動管理者などを含む3人の証人を召喚し、Harris 郡の4人の証人に対して精力的に反対尋問をした。」Harris County v. Carmax Auto Superstores Inc., 177 F.3d 306, 326 (5th Cir. 1999).

⁽⁵⁰⁾ adverse party とは、訴訟の他方当事者の利益と対立する利益を有する当事者をいう。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1297.

単なる訴訟の反対当事者 (opponent) ではなく、当該差止命令により不利益な影響を受けるすべての当事者 (all parties adversely affected by the injunction) と解している⁽⁵¹⁾。

(3) 迅速化されたディスカバリー

(a) 迅速化 (早期化)

ディスカバリーの迅速化 (早期化) というのは、ディスカバリー手続における一般的な現象である。予備的差止命令の申立てに際しての利用は、その典型的な利用のひとつで、相手方への負担も考慮すると、迅速化の必要性和開示範囲の相当性は厳しく問われることになる。

51) 前掲 Parker ケースにおいて、貯蓄金融機関監督局 (Office of Thrift Supervision : OTS) は Tommy に対して資産の処分を禁止する予備的差止命令を取得した。ところがその後 Tommy は、妻 Billie との離婚に際して妻に財産分与をした。監督局は彼女に分与された財産に関する擬制信託 (Constructive Trust) の申立てをした。しかし彼女が通知を受けたのは審理の4日前であった。地方裁判所はこの申立てを認めた。連邦控訴裁判所は、擬制信託は予備的差止命令を構成するから、規則65条(a)項(1)号の適切な通知をしなければならない、と述べた。監督局は、元妻は本案請求訴訟の当事者ではなく同号のいう「相手方当事者」に該当しないから通知は不要であると主張した。これに対して連邦高裁は、「予備的差止命令に関して、『相手方当事者』とは、基礎となる訴訟の反対当事者ではなく、当該差止命令により不利益な影響を受ける当事者を意味する。申立ては Billie の全ての資産の凍結を求めるものであるから、彼女は明らかに『相手方当事者』であって、審理の通知を受けるべきであった」と述べて、通知要件の不遵守を理由に原決定を取り消し、改めての審理をさせるべく事件を差し戻した。Parker v. Ryan, 960 F.2d 543 (5th Cir. 1992); Williams v. McKeithen, 939 F.2d 1100, 1105 (5th Cir. 1991) [規則65条(a)項(1)号の下で要求される非当事者への通知がないとして、非当事者に対する差止命令が取り消された。]

(b) 予備的差止命令における迅速化されたディスカバリーの利用

予備的差止命令の審理において提出された証拠は全て、トライアルの記録の一部となる(連邦民事訴訟規則65条(a)項(2)号)⁽⁵²⁾。予備的差止命令の勝敗は、著しく高額な対価を伴うことがあり、またしばしば紛争の帰趨を左右する⁽⁵³⁾。このような事情から、当事者が自己の主張をより強化すべく、予備的差止命令の段階においてディスカバリーを利用しようとするのがよくある⁽⁵⁴⁾。予備的差止命令は緊急の手続という性質上、ディスカバリーを利用できる時期と時間は制限される。そのため、ディスカバリー過程の迅速化が必要となる⁽⁵⁵⁾。

⁽⁵²⁾ 2-11 Federal Litigation Guide § 11.04 [3].

⁽⁵³⁾ 予備的差止命令の審理は、その事件において著しく重要なイベント (extremely important event) であるのが普通である。その審理での成功と失敗はしばしば、当事者の訴訟継続の能力や意欲に決定的な影響を与える。例えば予備的差止命令が、トライアル時まで消滅し又は縮減してしまうような機会の活用を被告に禁止する場合、この暫定的救済は訴訟を実質的に解決することになる。たとえトライアルで解決されるべき重要な争点が残されているとしても、予備的差止命令の審理は終局的な処分に影響を与えることになる。本案のトライアルが予備的差止命令に先行し併合される事例もあろう。2-11 Federal Litigation Guide § 11.04 [3].

⁽⁵⁴⁾ 予備的差止命令の申立て費用は著しく高額なこともあり、本案トライアルがあるまでの数ヶ月(時には数年)間の営業機会の喪失や相当額の費用負担などを招くこともしばしばである。このような結果に照らせば、予備的差止命令の両当事者が、できる限り説得的な方法において自分たちの主張を提示したいという、強い動機をもつことは、驚くに値しない。最近の傾向として、当事者が、予備的差止命令の申立ての審理前に迅速化されたディスカバリーの取得を求めた場合、それが認められているようである。Peter Meier and Elizabeth Dorsi, *Using Expedited Discovery with Preliminary Injunction Motions* (2014).

<http://apps.americanbar.org/litigation/committees/businessstorts/articles/winter-2014-0227-using-expedited-discovery-with-preliminary-injunction-motions.html>

⁽⁵⁵⁾ 連邦民事訴訟規則26条(d)項(1)号は、ディスカバリーの時期を規律し、当事者は「規

予備的差止命令の申立てに先立って、本案手続におけるディスクロージャー（初期開示：連邦民事訴訟規則26条(a)項(1)号）が行われている場合には、その情報が予備的差止命令の手続における立証に役立つことになろう⁽⁵⁶⁾。

(c) 有用性の考慮

代理人弁護士は、迅速化されたディスカバリーを求める前に、その有

規則26条(a)項(1)号(B)の下で初期開示から除外された手続による場合、又は本規則、合意、若しくは裁判所の命令により正当化される場合を除いて、規則26条(f)項の要求する協議を当事者がする前に、いかなる情報源からのディスカバリーも求めてはならない」と規定する。連邦裁判所の手続において、予備的差止命令の申立てを支持し又は反対するためにディスカバリーを求める当事者のほとんどは、規則26条(f)項の協議前にそれをしなければならぬ。従って、ディスカバリーを許す裁判所の命令が必要になる。Meier and Dorsi, *supra* note 54.

諮問委員会の注釈 (Advisory Committee Note) によれば、このような迅速化されたディスカバリー (expedited discovery) は、予備的差止命令の申立てなど、いくつかの事例に適切であるとされる。

Notes of Advisory Committee on Rules—1993 Amendment 「第〔26条〕(d)項。証人となるべき者への取材やその他のインフォーマルなディスカバリーとは異なる、正式のディスカバリーは、当事者が第(f)項の要求するよう会合・協議しない限り始まらない旨を規定するために改正された。ディスカバリーは、規則30条(a)項(2)号(C) (国を去ろうとする者の証言録取) の下で正当化されるのであれば、より早い時期に始めることができる。これは、予備的差止命令の要求や対人管轄権を争う申立てを含む事件など、いくつかの事例において適切であろう。もし、ディスカバリーが必要な事件類型がいくつかあり、それらを地方規則によって規則26条(f)項の会合要件から除外するのであれば、当該事例ではいつディスカバリーが開始されるのかを地方規則により特定すべきである。」

⁽⁵⁶⁾ 2-11 Federal Litigation Guide § 11.05 [1].

用性を考慮する必要がある⁽⁵⁷⁾。適切な利用により、立証責任を果たすための証拠や反証のための証拠を収集でき、また和解交渉を促進させるかもしれない⁽⁵⁸⁾。反対に不用意な利用により、手続を遅延させ、慎重に取り組むべき事実上の争点があるかのように裁判所に印象づけてしまう危険もある⁽⁵⁹⁾。また、一方当事者のディスカバリーの要求が認められると、相手方当事者の同様の要求も認められる可能性が高い⁽⁶⁰⁾。応酬的ディスカバリー (reciprocal discovery) の可能性、時期、費用、内容を考慮する必要がある。

ほとんどの事例において、一定のディスカバリーは意味をもつ⁽⁶¹⁾。意思や信用性 (intent and credibility) の争点が含まれる事例、又は基礎となる事実が急激に変化している事例においては、迅速化されたディスカバリー

(57) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [1]; Meier and Dorsi, *supra* note 54.

(58) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [2][3].

(59) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [1].

迅速化されたディスカバリーは、予備的差止命令の申立てに勝利し又はそれを打倒するための、訴訟人の武器庫 (litigator's arsenal) となる。原告が予備的差止命令を取得するためには立証責任を果たさなければならないが、迅速化されたディスカバリーは、その責任を果たすのに必要な証拠収集において原告をサポートすることになる。逆に、被告による利用は、予備的差止命令の申立てに対する異議を成功させ、将来提起されるであろう本案請求において、被告優位の心証を裁判所に与えることができる。Meier and Dorsi, *supra* note 54.

(60) 当事者が予備的差止命令の審理の準備のために迅速化されたディスカバリーを求め、それが認められた場合、裁判所は、反対当事者がそれに対応するために迅速化されたディスカバリーを行うことを認めるのが一般的である。予備的差止命令の申立てを支持又は反対するために迅速化されたディスカバリーを要求するか否かを考慮する際には、応酬的ディスカバリー (reciprocal discovery) の時期、費用等を考慮すべきである。裁判所は応酬的ディスカバリーを認める可能性が高いが、そのようなディスカバリーの権利は自動的なものではなく、仮に認められるときでも、その範囲と性質において最初の要求と同じような限定を加えられる可能性が高い。Id.

(61) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [1].

はとくに有益である⁽⁶²⁾。その他、少ない裁判例に照らすと、高齢又は虚弱の証人から証言を求める場合⁽⁶³⁾、証拠が散逸する相当の危険がある場合⁽⁶⁴⁾(例えば、証人が国を去ろうとしている場合)⁽⁶⁵⁾、予備的差止命令を求める当事者が、申立てを成功させるのに必要な情報を持っていない場合⁽⁶⁶⁾、申立当事者が、回復不能の被害を受け又は受ける危険に曝されており、かつさらなる被害を回避するためにディスカバリーが必要な場合⁽⁶⁷⁾、失踪した被告の居所を特定するためにディスカバリーが必要な場合⁽⁶⁸⁾には、発令が適切とされている⁽⁶⁹⁾。反対に、すでに十分な証拠を持っている場合や、争点が事実上のものではなく法律上のものであるときには、ディスカバリーは有用ではない⁽⁷⁰⁾。

迅速化されたディスカバリーにより取得された証拠は、事件の基礎や背

(62) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [1].

(63) *Fashion v. Yair Import & Export Corp.*, 1981 U.S. Dist. LEXIS 11634, at *2-*3 (S.D.N.Y. Mar. 20, 1981). *cf.* *In re Agent Orange Product Liability Litigation*, 96 F.R.D. 587 (E.D.N.Y. 1983).

(64) *Noerr Motor Freight, Inc. v. Eastern R.R. Presidents Conference*, 14 F.R.D. 189, 190 (E.D. Pa. 1953). *cf.* *K.J. Schwartzbaum, Inc. v. Evans, Inc.*, 279 F. Supp. 422, 424 (S.D.N.Y. 1968).

(65) Fed. R. Civ. P. 30(a)(2)(A)(iii).

(66) *Notaro v. Koch*, 95 F.R.D. 403, 405 n.3 (S.D.N.Y. 1982).

(67) *Fimab-Finanziaria Maglifico v. Helio Import/Export, Inc.*, 601 F. Supp. 1, 3 (S.D. Fla. 1983); *Fimab-Finanziaria Maglifico v. Kitchen*, 548 F. Supp. 248, 250 (S.D. Fla. 1982).

(68) *Allendale Mut. Ins., Co. v. Bull Data Systems*, 32 F.3d 1175 (7th Cir. 1994) [回復不能の被害や実体権の侵害があるわけではないとして、ディスカバリーの命令を中間的差止命令として上訴可能であるとは認めなかった]; *United States v. Agnew*, 80 F.R.D. 506 (S.D. Fla. 1978).

(69) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.07 [3].

(70) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.08 [1].

景に関する証拠を固める目的、重要証人が提出した証拠を補強かつ強調する目的、争点である被害の程度などにつき予備的差止命令を支持又は反対する要因を証明するための資料として、裁判所に提出することができる⁽⁷¹⁾。

(d) 種類

一般的に、証言録取と文書要求 (depositions and document requests) は、迅速化されたディスカバリーの最も有効な方法である⁽⁷²⁾。証言録取の内容は、請求原因と相手方の態度によるが、申立人側としては、回復不能の被害と困難性の比較衡量に関する証拠 (損失の性質や金銭への不可算性、損害賠償の認容では救済として遅きに失すること、損害賠償の回収不能性など) を引き出すことが重要である⁽⁷³⁾。質問書 (interrogatories) は実質的でないことが多いが、まれに、基礎事実を引き出すのに役立つこともある⁽⁷⁴⁾。

(e) 手続

(イ)連邦民事訴訟規則26条(d)項 規則26条(d)項によれば、当事者は、当事者間の合意又は裁判所の命令がない限り、ディスカバリー協議 (連邦民事訴訟規則26条(f)項) の前には何人に対してもディスカバリーを要求できない⁽⁷⁵⁾。従って、ディスカバリーを迅速化させる最も簡単な方法は、ディ

(71) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.14 [1].

(72) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [1].

(73) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.11 [1].

(74) 予備的差止命令のディスカバリーにおいて質問書を利用するのは実際的ではない。求める情報は、文書要求と証言録取を通じてより迅速に取得できる。しかし事件によっては、まれに、重要な証人を特定する目的で狭く絞り込まれた質問書が有用となることがある。そのような質問書は一般的に大きな負担にはならない。2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [1] & § 11.13.

(75) 規則26条(d)項 (ディスカバリーの時期及び順序)

スカバリーの時期について相手方と合意すること（連邦民事訴訟規則29

-
- (1) 時期 当事者は、規則26条(a)項(1)号(B)による初期開示から除外された手続における場合、又は本規則、合意、若しくは裁判所の命令により正当化される場合を除いて、規則26条(f)項の要求する協議をするまでは、いかなる情報源からもディスカバリーを求めることができない。

規則30条(a)項（証言録取ができる場合）

- (2) 裁判所の許可による場合 以下の場合、当事者は裁判所の許可を得なければならず、また裁判所は規則26条(b)項(2)号に反しない限度で許可を与えなければならない。
- (A) 当事者間に合意がなく、かつ
- (iii) 当事者が規則26条(d)項の定める時期よりも前に証言録取を求める場合。但し、証言者が合衆国を出国してしまい将来における本国内での尋問が不可能となることが予測されることを、当事者が基礎付ける事実を付して通知書において認証した場合を除く。

規則33条(b)項（当事者に対する質問書：回答と異議）

- (2) 回答時期 回答当事者は、質問書の送達後30日以内に、回答及び異議を送達しなければならない。なおこの期間は、規則29条の合意又は裁判所の命令により、伸縮することができる。

規則34条(b)項（文書等の提出：手続）

- (2) 回答及び異議
- (A) 回答時期 要求の名宛人たる当事者は、送達後30日以内に、書面にて回答しなければならない。なおこの期間は、規則29条の合意又は裁判所の命令により、伸縮することができる。

条)⁽⁷⁶⁾である⁽⁷⁷⁾。しかし、相手方と合意できなければ、裁判所の命令を得なければならない⁽⁷⁸⁾。

(ロ)裁判所の命令を求める申立て 迅速化されたディスカバリーの申立ては、求めるディスカバリーの範囲と性質を、できる限り明確に特定する必要がある⁽⁷⁹⁾。また、予備的差止命令案と審尋の希望日を添えて提出する必要がある⁽⁸⁰⁾。

裁判所は、やむを得ない状況を除き、反対当事者への通知なしに迅速化されたディスカバリーの申立てを認容しない⁽⁸¹⁾。反対当事者は、求められた情報が、高度にコンフィデンシャルなもの、営業秘密、又はそうでなくとも商業的にセンシティブなものである旨を主張することができる⁽⁸²⁾。

(ハ)裁判所の命令を認める基準 どのような場合に命令を発するかについ

(76) 規則29条（ディスカバリー手続に関する合意）

当事者は、裁判所が別段の命令をしない限り、以下の事項を合意できる。

(a) 証言録取が、いかなる者に対して、何時どこで、いかなる通知に基づいて、いかなる方法で行なわれるか。そして、いかなる場合に、証言録取書が他の全ての証言録取書と同様の方法で利用できるのか。及び

(b) ディスカバリーを規律又は制限するその他の手続の修正。但し、全ての形式のディスカバリーについて時間を延長する合意は、もしそれがディスカバリーの完了、申立ての審理、又はトライアルのために定められた時期に干渉する場合には、裁判所の承認を得なければならない。

(77) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.06 [1][2].

(78) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.07 [1].

(79) 申立当事者が証言録取の許可を求める場合、その申立ては、録取する証人を特定し、録取するスケジュール案を含めるべきである。文書提出の要求を迅速化する命令を求める場合、実際の要求を別紙として申立てに添付すべきである。以上につき、2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [2].

(80) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [1].

(81) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [2].

(82) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [4].

て、連邦規則は特段の定めを置いておらず⁽⁸³⁾、裁判所の裁量に委ねられている⁽⁸⁴⁾。連邦裁判所は、ディスカバリーの迅速化を命じるための基準について、区々の基準を適用している⁽⁸⁵⁾。その典型的な基準は、予備的差止命令の審査基準のうちの4部構成テストに類似する4分枝基準と「正当な理由 (good cause)」の基準である⁽⁸⁶⁾。

① 4分枝基準 4分枝基準は Nataro ケースが確立した基準であり、(1) ディスカバリーがなければ回復不能の被害を被ること、(2) 本案勝訴可能性、(3) 迅速化されたディスカバリーと回復不能の被害の回避との関連、そして、(4) ディスカバリーを拒絶した場合に生ずべき被害がディスカバリーを命じた場合に反対当事者が被るべき被害よりも大きいこと、の立証を申立て当事者に要求する⁽⁸⁷⁾。同ケースが要件を厳格にした理由は、訴訟

⁽⁸³⁾ 規則26条のテキストは、規則26条(d)項(1)号の下で迅速化されたディスカバリーの申立てを認容する前に裁判所が適用すべき基準を明示していない。そのため、全国の連邦地方裁判所は、迅速化されたディスカバリーが特定の訴訟において許容されるべきかどうかの決定基準につき、区々の一貫しない基準を適用しているとの指摘がある。Meier and Dorsi, *supra* note 54.

規則27条は、訴訟準備のための証言録取の利用を規律する規定であるが、迅速化されたディスカバリーの発令に関するいくつかの指針を定めている。規則27条は典型的には、証人がかなりの高齢若しくは虚弱であるとか病気や負傷のために瀕死であるとかいうように、即座に記録しなければ証言が失われてしまうような場合に利用される。2-11 Federal Litigation Guide § 11.07 [2].

⁽⁸⁴⁾ 2-11 Federal Litigation Guide § 11.07 [2]; Jesse N. Panoff, *Rescuing Expedited Discovery from Courts & Returning It to FRCP 26(d)(1): Using a Doctrine's Forgotten History to Achieve Legitimacy*, 64 Ark. L. Rev. 651, 651-52 (2011).

⁽⁸⁵⁾ Meier and Dorsi, *supra* note 54.

前掲, Jesse N. Panoff 論文の「裁判所は、20を超える、規則26条(d)項(1)号を解釈する基準を創り出している」という部分を引用している。

⁽⁸⁶⁾ Meier and Dorsi, *supra* note 54.

⁽⁸⁷⁾ Notaro v. Koch, 95 F.R.D. 403, 405 (S.D.N.Y. 1982).

の初期段階において被告を保護するためである⁽⁸⁸⁾。

②「正当な理由 (good cause)」の基準 「正当な理由」(又は合理性)の基準の下では、「司法の執行に鑑みて、迅速化されたディスカバリーの必要性が、それに対応する当事者の不利益に優越する場合に、正当な理由が認められる」⁽⁸⁹⁾。「正当な理由」の基準の下でどのような要因を考慮すべきかについては法域により差があるが、一般的には、「(1) 予備的差止命令が係属中かどうか、(2) ディスカバリー要求の範囲の広さ、(3) 迅速化されたディスカバリーを求める目的、(4) その要求に応じる被告の負担、及び(5) 通常のディスカバリー過程の要求がどれだけ先になるのか」等の要因が考慮される⁽⁹⁰⁾。裁判所の多くは、「正当な理由」の基準に依拠して判断するようになってきている⁽⁹¹⁾。

⁽⁸⁸⁾ 「本規定〔規則30条(a)項〕は、被告らが主張にかかる事実を調査し弁護士を雇う機会を得る前に、つい油断して不利な陳述をしてしまうことから被告らを保護している。この重要な保護によって、民事訴訟の公正性 (fairness) が確保されている。裁判所は、迅速化されたディスカバリーの必要性が一定程度立証されない限り、許可を与えるべきではない。裁判所は、不当な迅速化されたディスカバリーから被告を守らなければならない。」 *Notaro v. Koch*, 95 F.R.D. 403, 405 (S.D.N.Y. 1982).

⁽⁸⁹⁾ *Semitool, Inc. v. Tokyo Electron Am., Inc.*, 208 F.R.D. 273, 276 (N.D. Cal. 2002).

⁽⁹⁰⁾ *Am. LegalNet, Inc. v. Davis*, 673 F. Supp. 2d 1063, 1067 (C.D. Cal. 2009) [Disability Rights Council of Greater Wash. v. Wash. Metro. Area Transit Auth., 234 F.R.D. 4, 6 (D.D.C. 2006) を引用].

⁽⁹¹⁾ *Meier and Dorsi*, *supra* note 54 [Dorrah v. United States, 282 F.R.D. 442, 445 (N.D. Iowa 2012) [第8巡回区は正式にはどちらの基準も採用していないが、「第8巡回区内の他の連邦裁判所を含めて、大部分の裁判所は正当な理由の基準を採用している」、と述べた。]; *Apple Inc. v. Samsung Elecs. Co., Ltd.*, 768 F. Supp. 2d 1040, 1044 (N.D. Cal. 2011) [第9巡回区の裁判所は一般的に正当な理由の基準を適用していると述べた]; *Ayyash v. Bank Al-Madina*, 233 F.R.D. 325, 326-27 (S.D.N.Y. 2005) [迅速化されたディスカバリーの資格を決定する目的で予備的差止命令型の分析を採用することは、とりわけ予備的差止命令の審理の準備のための迅速化されたディスカバリー要求

裁判所は、過大又は過負担なディスカバリーを防ぐ裁量権を有する⁽⁹²⁾。裁判所は、予備的差止命令の申立てがない場合、迅速化されたディスカバリーは時期尚早 (premature) であり、要求者に対する不利な判断要素とみなすかもしれない。しかし、予備的差止命令の申立てによりかかる状況を回避できる⁽⁹³⁾。迅速化されたディスカバリーの要求は、十分に的を絞るか、かつ合理的な範囲でできるだけ狭く画される必要がある⁽⁹⁴⁾。また、迅速化

に適用される際には、ほとんど意味がない (makes little sense)].

92) Meier and Dorsi, *supra* note 54 [Qwest Commc'ns Int'l, Inc. v. WorldQuest Networks, Inc., 213 F.R.D. 418, 419 (D. Colo. 2003). を引用].

93) Meier and Dorsi, *supra* note 54 [Wilcox Indus. Corp. v. Hansen, 279 F.R.D. 64, 68-69 (2012); Dimension Data N. Am., Inc. v. NetStar-I, Inc., 226 F.R.D. 528, 531-32 (E.D.N.C. 2005).] *But see* Apple Inc., 768 F. Supp. 2d at 1044.

但し、匿名のウェブサイト・オーナーの身元開示を求める場合のように、予備的差止命令の申立てと迅速化されたディスカバリーの申立てを同時に提起するのが不可能な場合もある。そのような事案においては、予備的差止命令が認められるかどうかの判断に先立ってディスカバリーが必要となる分野であることを、迅速化されたディスカバリーの申立てに際して詳細に説明する必要がある。 *Id.*

94) 2-11 Federal Litigation Guide § 11.09 [3].

前掲、Meier and Dorsi 論文は次のように述べる。要求を小さく纏めよ (Narrowly tailor the request)。予備的差止命令の申立ては、現状維持に必要な情報に限定するべきである。ディスカバリーの方法と求める情報は、予備的差止命令の争点となる主題に限定されるべきである。迅速化されたディスカバリーは、基礎となる本案についての全範囲 (full scope) のディスカバリー開始の契機として利用されるべきではない。係属中の (又は将来の) 予備的差止命令の申立てに合わせて小さくまとめられた要求は、合理的に映り、ディスカバリー過程が濫用されているのではないかという裁判所の疑念を呼び起こす可能性が少ない。原告・被告いずれの要求であれ、注意深く起草され、小さく纏められた迅速化されたディスカバリーの要求は、本案に関する全範囲のディスカバリーの開始を求めるための広範な要求に比べ、成功の可能性が高い。Meier and Dorsi, *supra* note 54.

Meier and Dorsi 論文は、「証言録取が主題により限定されておらず、被告のハー

されたディスカバリーの要求は、回答対象や提出範囲を限定したり、質問内容と回答方法を単純化することにより、できるだけ相手方に負担をかけないようにする必要がある⁹⁵⁾。

〔付記〕 本稿は、科学研究費（基盤研究C・課題番号24530106）の成果の一部である。

ド・ディスクの完全な調査が要求された場合に、その迅速化されたディスカバリーが「過大」とされた、Am. LegalNet, 673 F. Supp. 2d at 1068. を引用する。

95) Meier and Dorsi 論文は、前掲、第8巡回区の Dorrah ケース（迅速化されたディスカバリーの質問書がイエス・オア・ノーの答えを求めるものである場合に、原告の負担は小さいと認められた）を引用する。