

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 (3) —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 (以上, 法経論集 201 号)
 - 4. 立証活動と審理
 - (1) 証拠の提出 (以上, 法経論集 202 号)
 - (2) 審理 (hearing) (以上, 本号)
 - 5. 命令
 - 6. 上訴
 - 7. 裁判所侮辱
- III . 仮制止命令の発令手続
 - 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

(2) 審理 (hearing) ⁽¹³²⁾

(a) 審理の実施

(イ) 審理の必要性 通知は、相手方に適切な審理を受ける機会を与えるための手続である。この意味において、連邦民事訴訟規則 65 条(a)項の通知要件は審理手続の存在を示すものであるが⁽¹³³⁾、実際に審理手続を実施するかどうかは、地方裁判所の裁量に委ねられている⁽¹³⁴⁾。

事実について重要な争いがある場合、審理を開く必要があるとされるのが一般である⁽¹³⁵⁾。それは、かかる場合、証拠の信用性が真実発見の鍵となるところ、宣誓供述書だけでは不十分であり、証人の反対尋問が必要とさ

(132) hearing とは、事実上又は法律上の争点を決定するために開かれる、公衆に公開された、裁判期間(judicial session)をいい、しばしば証人尋問(witness testifying)を伴うものとされる。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 836.

hearing とは「裁判所において行われる審理」の意であり、これには、Trial (正式事実審理)より広く、公開の法廷で行われるものと、in chamber (裁判官室)で行われるものとの双方が含まれ、一方当事者のみが出廷してなされるものについてこの語が用いられるようである。

hearing の訳語につき、審理、聴聞、審問、審尋など様々なものがありえるが、ここでは審理という用語を用いることにする。

(133) 連邦民事訴訟規則 65 条(a)項は、予備的差止命令の申立てに関する審理について特別の規定を設けていないが、同項は審理手続の存在を前提とするものと解されている。Granny Goose Foods v. Bhd. of Teamsters & Auto Truck Drivers, 415 U.S. 423, 433 (1974) [Sims v. Greene, 161 F.2d 87 (3d Cir. 1947)を引用]。

Sims ケースは、「規則 65 条(a)項は反対当事者に告知をしないう限り、いかなる予備的差止命令も発してはならない旨規定する。告知は審理(hearing)の機会を暗に示唆している。審理は、事実上の争点に関するトライアルを要求する。事実上の争点に関するトライアルは、紛争の一方当事者のみからではない〔両当事者からの〕証拠の提出を必要とする。規則 65 条(b)項が予備的差止命令の申立ては『審理に付されなければならない』ものとし、『審理』されるための申立てに言及していることに特に留意すべきである」と述べる。Sims v. Greene, 161 F.2d 87, 88 (3d Cir. 1947); Digital Equipment Corp. v. Emulex Corp., 805 F.2d 380, 383 (Fed. Cir. 1986) [審理を受ける権利は、規則 65 条(a)項の『告知』要件において暗示されている]; SEC v. G. Weeks Secur., Inc., 678 F.2d 649, 651 (6th Cir. 1982) [規則 65 条は予備的差止命令の発令前の審理を要求している。審理は、主張を審理され証拠を提出する機会を含意している]。

(134) Jackson v. Fair, 846 F.2d 811, 819 (1st Cir. 1988) [迅速性・現実性と正確性・公正性の調整は、地方裁判所の健全な裁量に委ねることが望ましい]; All Care Nursing Serv., Inc. v. Bethesda Mem. Hosp., Inc., 887 F.2d 1535, 1538 (11th Cir. 1989) [証拠調べの審理(evidentiary hearing)は、予備的差止命令の前に常に必要わけではない]。

(135) Aoude v. Mobil Oil Corp., 862 F.2d 890, 893 (1st Cir. 1988) [一般的なルールとして、事実上の争点がある場合、証拠調べの審理は、中間的差止命令(interlocutory injunction)を認容するための、必須の随伴行為(necessary concomitant)ではないとしても、非常に望ましい準備行為(highly desirable prelude)である]。

れるからである⁽¹³⁶⁾。当事者が審理を要求していないことは、審理の必要性を左右しない⁽¹³⁷⁾。反対に、事実に重要な争いがない場合、裁判所が証拠調べのための審理を実施する必要はないとされるのが一般である⁽¹³⁸⁾。また、

(136) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 229 ; 1-7 Federal Litigation Guide § 7.33[1][中核的事実(essential facts)に争いがある場合、予備的差止命令の申立ての審理は必要である]; Forts v. Ward, 566 F.2d 849, 851 (2d Cir. 1977)[予備的差止命令の申立てにおいて、事実に争いがある場合、宣誓供述書によって解決すべきでない。これは確立した扱いである]。

Dopp ケースにつき、被告は、連邦地裁が証拠調べの審理を行うことなく資産凍結命令を発したことを不当として上訴した。連邦高裁は、審理を伴わない命令の登録を妨げるような事実についての争いはないとして、原審の判断を是認した。第3巡回区控訴裁判所は、「地方裁判所は、証拠調べの審理をまず開くことなく、事実に関する争点の解決を前提とするような予備的差止命令を発することはできない・・・[しかし] 事実に争いがなくそれに関連する争点が解決されている場合、裁判所は宣誓供述書その他の書証に基づいて決定をすることができる」と述べた。Dopp v. Franklin Nat'l Bank, 461 F.2d 873, 879 (2d Cir. 1972) ; Elliott v. Kieseewetter, 98 F.3d 47, 53 (3d Cir. 1996) ; Ty, Inc. v. GMA Accessories, 132 F.3d 1167, 1171 (7th Cir. 1997)[予備的差止命令の申立てへの答弁により重要事実についての真正な争点(genuine issue)が形成された場合、まさに証拠調べのための審理が必要となる]。

See e.g., Digital Equipment Corp. v. Emulex Corp., 805 F.2d 380, 383 (Fed. Cir. 1986) ; Commerce Park at DFW Freeport v. Mardian Constr. Co., 729 F.2d 334, 341 (5th Cir. 1984) [事実に争いがある場合、予備的差止命令が認容される前に、各当事者がそれぞれの事実を提出するための公正な機会と有効な審理が当事者に保障されなければならない。規則 65 条の予定する告知はそれを要求している]。

(137) All Care Nursing Serv., Inc. ケースは、反トラスト法違反の訴訟において連邦高裁が予備的差止命令を認容したケースである。連邦高裁は、被告が審理を要求しなかったとしても、予備的差止命令の発令前に証拠調べのための審理を行うべきであったとして、原決定を取り消し、事件を差し戻した。連邦高裁は、「証拠調べのための審理は、予備的差止命令を発する前に必ず必要となるわけではない。しかし、差止命令が深刻な争いのある事実に依拠する場合、事実の信用性を決定づけるため、証拠調べの審理が必要となるのが普通である。予備的差止命令の申立てにおいて、裁判所がどこまで審理における口頭証言(oral testimony)をとらねばならないのか、またどこまで宣誓供述書に依拠することができるのかは、迅速な行動の必要性と確実性及び公正性との間の対立〔緊張関係〕を反映する。本件事案において、トライアル裁判所は、当事者が提出した対立する様々な宣誓供述書及び検証物、並びに短縮化された弁護人の口頭での議論に依拠して、予備的差止命令を認容した。宣誓供述書の対立は、被上訴人の請求の重要な部分に深刻な争いがある。・・・本件のような複雑な反トラスト法事案において、事件の解決が正確な無数の事実を提出させることに依っている場合には、トライアル裁判所は激しい議論となる争点を解決するために証拠調べのための審理を実施しないのは誤りである。上訴人が証拠調べのための審理を要求しなかったという事実は、事件の複雑性及争点の重要性に照らせば、重要ではない」と述べた。All Care Nursing Serv., Inc. v. Bethesda Mem. Hosp., Inc., 887 F.2d 1535, 1538-39 (11th Cir. 1989)。

(138) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 231; see e.g., Maryland Cas. Co. v. Realty Advisory Bd. on Labor Rels., 107 F.3d 979, 984 (2d Cir. 1997)[一般的に、予備的差止命令の申立てにおいて本質的事実に争いがない場合、地方裁判所は証拠調べのための審理を

裁判所は、申立書類が予備的差止命令の救済を根拠づけるのに不十分な場合であっても、そのための事実を補充する目的で審理を実施することはない⁽¹³⁹⁾。回復不能の被害について推定が働く場合、裁判所は相手方に反証の

要求されない]

Drywall Tapers & Pointers, Local 1974 ケースにおいて、被告は、地方裁判所が証拠調べのための審理を開くことなく予備的差止命令を認容したことは誤りであると主張して上訴した。連邦高裁は、この主張を排斥して原審の判断を是認した。連邦高裁は、「一般的に予備的差止命令の申立てにおいては審理を開くことを要求される。・・・しかし本件においては、以前に実施した審理の結果と宣誓供述書の内容、及び早期に差止命令を実施すべきとする裁判所の判断が決定の十分な基礎となっているため、審理は必要ではない。追加的な証拠があろうとも、当該差止命令の根拠となった中核的要因に本質的な変更はなかったであろう」と述べた。Drywall Tapers & Pointers, Local 1974 v. Local 530 of Operative Plasterers and Cement Masons International Association, 954 F.2d 69, 76-77 (2d Cir. 1992)。

Williams ケースにつき、原告は被告のジェット・エンジンの仕様書を手出し、そのパーツの製造販売を始めたが、被告がそれに対する締め付けをしたため、違法な取引制限(unlawful restraint of trade)を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。それに対し被告は、原告の行為は不正競争及び営業秘密の不正取得(窃盗)に該当するとして反訴を提起した。地方裁判所は、原告に対して被告の営業秘密の使用・頒布を禁止する予備的差止命令を認めた。原告は、証拠調べのための審理を実施しないのは誤りであると主張して上訴した。連邦高裁は、「地方裁判所の命令が紛争の中核に関するものであり実際にその解決を導き得るものである場合、審理は有益かもしれない。しかし、そのことと、地方裁判所の審理を実施しないとの判断が裁量権の濫用又は法解釈の誤りを構成すると主張することとは、かなり前提が異なる。両当事者の提出した証拠により事実上の争点に何らの未解決部分も残らない場合には、審理を実施せず、宣誓供述書その他の書証に基づいて予備的差止命令を発することができるとするのは、長年認められてきたことである」と述べて、原審の判断を是認した。Williams v. Curtiss-Wright Corp., 681 F.2d 161, 163 (3d Cir. 1982)。

争点が事実でなく法解釈である場合、規則 65 条(a)項(1)号の告知要件は口頭審理を要求するものではなく、両当事者に争点に関する各自の法見解を表明する機会が与えられている限り、裁判所が法的問題に関する意見書(legal memoranda)を考慮することが審理に該当するとの判断を示す裁判例もみられる。Kaapa, Inc. v. Achilles Corp., 76 F.3d 624, 628 (5th Cir. 1996); SEC v. G. Weeks Secur., Inc., 678 F.2d 649, 651 (6th Cir. 1982)。

審理の実施の必要性については、当事者が裁判所を説得しなければならない。Ty, Inc. v. GMA Accessories, 132 F.3d 1167, 1171 (7th Cir. 1997)。

(139) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 233.

Welch Allyn, Inc. ケースにつき、医療機器メーカーである原告は、従来より Tycos の商標名で血圧計などを製造販売していたが、被告は Tyco の商標の下で医療関連商品を販売しようとしたので、原告は商標権侵害等を理由に訴訟を提起し、予備的差止命令を求めた。裁判所は、原告が本案勝訴可能性(見込み)を示す十分な証拠を提出していないとして、申立てを却下した。裁判所は、「原告は本件申立てにおいて審理を要求していない。審理は『本質的事実(essential facts)に争いがある場合』に必要である。Fengler v. Numismatic Americana, Inc., 832 F.2d 745, 747 (2d Cir. 1987) (quotation omitted)。しかし、原告の主張事実を真実と措定した場合でも差止的救済を正当化しない場合、『本質的』事実と争いはないのであるから、審理は何らの役

機会を与えるために審理を開くことがある⁽¹⁴⁰⁾。

(ロ) 制定法による審理強制 予備的差止命令の申立てについて、審理の実施を要求する制定法がいくつかある。例えば、ノーリス・ラガーディア法(Norris-La Guardia Act)⁽¹⁴¹⁾の規律する労働紛争においては、審理の

にも立たない」と述べた。Welch Allyn, Inc. v. Tyco Int'l Servs. AG, 200 F. Supp. 2d 130 (N.D.N.Y. 2002)。

See generally, SCM Corp. v. Xerox Corp., 507 F.2d 358, 360-61 (2d Cir. 1974); A. Nelson & Co. Ltd. v. Ellon USA, Inc., 1996 U.S. Dist. LEXIS 7479, 1996 WL 288214, *2 (S.D.N.Y. 1996); Consolidated Gold Fields PLC v. Minorco, S.A., 871 F.2d 252, 256 (2d Cir. 1989)。

原告が証拠となる契約書を提出せず、回復不能の被害を受けるかどうかについて事実上の争いがあることを証明しなかったことにより、審理が不要となった事例もある。PCI Transp. Inc. v. Fort Worth & W. R.R. Co., 418 F.3d 535, 546 (5th Cir. 2005)。

(140) Baker ケースは、原告が被告である使用者による人種差別を理由に訴えた事例である(Civil Rights Act of 1866, 42 U.S.C.S. § 1981 and Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.S. § 2000e et seq.)。原告の提訴に対する被告からの報復的行為を禁ずる予備的差止命令を求めたところ、連邦地裁は、原告による回復不能の被害の立証がなされていないとして、審理を開くことなく申立てを却下した。連邦高裁は、「本件のように回復不能の被害が推定される事案では、裁判所は申立ての認否を決定する前に証拠調べのための審理を実施すべきであり、・・・地方裁判所は Buckeye [被告] が当該推定を覆滅できるか、又は Baker [原告] が主張する他の要件を立証したかを判断するための証拠調べの審理を行わなかった点に誤りがあった」と述べて、原決定を破棄し事件を原審に差し戻した。Baker v. Buckeye Cellulose Corp., 856 F.2d 167, 169 (11th Cir. 1988); But see, McDonald's Corp. v. Robertson, 147 F.3d 1301 (11th Cir. 1998) [Baker ケースの射程をめぐり, Robertson [被告] は、回復不能の被害が推定されるすべての事案において裁判所は証拠調べのための審理を実施しなければならないというのが本巡回区連邦控訴裁判所の見解である旨主張するが、我々はその Robertson の主張に同意しない]。

(141) 29 U.S.C. § 107. ノーリス・ラガーディア法は、連邦裁判所が労働政策を規律することを禁止し、労働紛争について差止命令を発する連邦裁判所の権限を大幅に制限する、1932年の連邦法である。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1224.

同法の立法趣旨は、連邦裁判所による差止命令の濫用を防止することにより、使用者側が労働組合の活動を妨害する目的で差止命令(争議行為差止命令)を広く利用する傾向を抑え、もって団体交渉による労働問題の解決を推奨しようとするものである。Id. 同法は、「いかなる連邦裁判所も、ここに定義する労働紛争に関し又はそれより生ずるいかなる事件においても、宣誓の下で作成された訴状を基礎づける(反対尋問の機会を伴う)公開法廷における証人尋問を実施し、相手方の申立てがあれば、それに対抗する証人尋問を実施した上で、以下の事実を認定しない限り、暫定的又は永久的差止命令(temporary or permanent injunction)を発する権限を有しない」としている。

See Ralph K. Winter Jr, *Labor Injunctions and Judge-Made Labor Law: The Contemporary Role of Norris-LaGuardia*, 70 Yale L.J. 70(1960-1961)。

実施は予備的差止命令を発する前提条件と解されている⁽¹⁴²⁾。

(ハ) 審理を受ける権利の放棄・喪失 当事者が審理を要求しない場合、審理を受ける権利を放棄したとみなされることがある⁽¹⁴³⁾。例えば、どちらの当事者も明確に審理を要求することなく、互いに対立する宣誓供述書を

(142) *Detroit & T. S. L. R. Co.* ケースは、労働協約の効力をめぐり労使が対立し、労組がストライキに入ったため、鉄道会社がストライキを禁止する予備的差止命令を求めた事案である。連邦地裁は、審理を実施することなくこれを認めた。これに対して連邦高裁は、ノリス・ラガーディア法の下では、予備的差止命令を発する前に審理を実施しなければならないとして、原決定を破棄し、予備的差止命令を認容する場合には当事者に証人尋問の機会を保障するようにとの命令を付して事件を原審に差し戻した。連邦高裁は、「労働紛争における事実と争いがあるから、審理が行われるべきで、そこで、原告は訴状記載の主張を根拠づける証拠の提出をすべきであり、被告はその主張を争う機会を保障されるべきであった」と述べた。*Detroit & T. S. L. R. Co. v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, 357 F.2d 152,154 (6th Cir. 1966)。

ノリス・ラガーディア法の下で差止命令を発するためには、通常、適切な告知がなされた後、反対尋問権を保障した生の証言が必要となる。それに対して仮制止命令の発令について、原告が仮制止命令を得られなければ「相当かつ回復不能の被害 (substantial and irreparable injury)」を受けるだろう場合には、宣誓供述書で十分とされる場合もある。*Delta Air Lines, Inc. v. Air Line Pilots Ass'n, Int'l*, 238 F.3d 1300, 1305-06 (11th Cir. 2001)。

(143) 予備的差止命令の申立てにおいて申立人が審理を要求しないことは、放棄 (waiver) を構成する可能性がある。被告は、申立てや他の訴訟により、明確に審理を要求しなければならない。*Stoll-DeBell*, *supra* note 8, at 234。

差止命令の対象となる当事者が、裁判所に提出された宣誓供述書を「[審理の] 基礎とすることを受け入れた」ことが明らかな場合、同人は審理を受ける権利を放棄したものとみなされる。1-7 *Federal Litigation Guide* § 7.33[2]。

Consolidated Gold Fields PLC ケースは、原告会社が、被告会社 (Minorco) による (原告株式の) 公開買付けの実施を禁止する予備的差止命令を求めた事例である。連邦地裁は、クレイトン法 (Clayton Act) 違反に関する本案勝訴可能性が立証されたとして、申立てを認容した。被告会社が上訴したが、連邦高裁は原審の判断を是認した。被告は上訴理由の一部として、原審は審理を実施すべきであったと主張した。連邦高裁は「記録によれば、Minorco 社は審理を全く要求しなかった。Minorco 社が地方裁判所に提出した膨大な提出物の中で唯一審理に触れた部分は、予備的差止命令に反対する意見書 (memorandum) 103 頁にあるが、それは *Fengler* 決定の定立した一般ルールを再言するにとどまる。そのような曖昧な『要求』 (oblique "request") は、Minorco 社の審理を受ける権利を保全するのに不十分である。Minorco 社は、地方裁判所に提出された宣誓供述書を基礎とすることに同意した (having been content to rest on affidavits) ので、証拠調べのための審理を受ける権利を放棄している」と述べた。*Consolidated Gold Fields PLC v. Minorco, S.A.*, 871 F.2d 252 (2d Cir. 1989) ; *Fengler v. Numismatic Americana, Inc.*, *supra*, 832 F.2d at 748。

反トラスト法事件において審理なしに発せられた予備的差止命令を是認したケースとして、*SCM v. Xerox Corp.*, 507 F.2d 358 (2d Cir. 1974)。がある。

提出した場合、裁判所は各当事者とも審理を放棄したものと推定することができる⁽¹⁴⁴⁾。また、申立ての相手方は、申立人の主張に対して反証(rebuttal evidences)を提出せずに、単に審理を要求するだけでは、審理を受ける権利を保全することはできない⁽¹⁴⁵⁾。申立人がその申立てを根拠づける証拠の提出をした場合、被告は反証を提出しなければならず、それがないと裁判所は原告の証拠を真実と推定する⁽¹⁴⁶⁾。

(b) 審理の内容

(イ) 審理の対象・形式 予備的差止命令の申立ての審理は、本案請求の当否を判断するものではない。よって、予備的差止命令の許否の判断において、原告は本案請求の証明を要求されることはない⁽¹⁴⁷⁾。規則 65 条は審理の形式を特に指定していない。電話による審理(telephonic hearing)は、当事者の証拠提出の機会を十分に保障しないため、規則の要請に答えられないとした裁判例がある⁽¹⁴⁸⁾。

(144) Drywall Tapers & Pointers, Local 1974 v. Local 530 of Operative Plasterers and Cement Masons International Association, 954 F.2d 69, 77 (2d Cir. 1992).

(145) Guardians Asso. of New York City Police Dept., Inc. ケースは、アフリカ系・ヒスパニック系などで構成される警官組織が、採用・昇進テストが差別的であるとしてニューヨーク市公務員任用委員会を相手として提訴し、予備的差止命令を求めた事案である。連邦地裁は審理を実施せずに申立てを却下した。連邦高裁は次のように述べて、原審の判断を是認した。「被告は、証拠調べの審理を実施しない限り予備的差止命令を発令できない旨主張するが、それは誤解である。事実に争いがある場合、裁判所は通常、予備的差止命令の発令前に、ある種の証拠調べのための審理を実施すべきであるが、see SEC v. Frank, 388 F.2d 486, 490-93 (2 Cir. 1968); 7 Moore, Federal Practice para. 65.04[3], 被告は単に争いのある事実に関する証拠の提出を拒絶することによっては、差止命令の発令を阻止することはできない。・・・適格性を有する専門家の宣誓供述書は、中間的救済の申立てにおいてであれ、Vulcan Society 事件において Weinfeld 裁判官が実施したように、証拠調べのための審理を要請するのに十分であるのが普通であろう。See Cerruti, Inc. v. McCrory Corp., 438 F.2d 281, 284 (2 Cir. 1971); Carter-Wallace Pharmaceutical Co. v. Davis-Edwards Pharmaceutical Co., 443 F.2d 867, 872 n.5 (2 Cir. 1971)。しかし本件は何もないのである」。Guardians Asso. of New York City Police Dept., Inc. v. Civil Service Commission of the City of New York, 490 F.2d 400 (2d Cir. 1973)

(146) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 234.

(147) Progress Dev. Corp. v. Mitchell, 286 F.2d 222, 233 (7th Cir. 1961).

(148) ホテル・チェーンである Four Seasons Hotels (原告) は、Conсорcio Barr, S.A. (被告) が自己の商標を使用することを許諾していたが、被告が同社のコンピューター

(ロ) 審理における当事者の権利 裁判所が審理の実施を決めた場合、相手方は、申立人側の証人に反対尋問し、また自己の証拠を提出する権利が認められる⁽¹⁴⁹⁾。

予備的差止命令の申立ての審理において提出された証拠は、規則 65 条 (a)項(2)号により、トライアル記録の一部となる⁽¹⁵⁰⁾。これは、証拠の再提

に不正アクセスしたと主張してフロリダ州南部地区連邦地方裁判所に提訴し、同社のコンピューター・ネットワークにアクセスすることを禁ずる予備的差止命令を求めた。

被告（ベネズエラの企業）は、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。被告の弁護士は、審理日前日の営業終了後に送達を知った。被告の弁護士は、審理の準備を十分にすることができないため、文書を熟読し、証人を探し、答弁を準備するため審理を延期してほしい旨求めたが、裁判所はそれを認めず審理を続行し、予備的差止命令を認容した。被告はその後に命令の取消し、停止、又は変更を求める申立てを行い、原告の請求の本質的部分に関して深刻な事実上の争点を提起する宣誓供述書を添付した。地方裁判所は、証拠調べのための審理を開かず、電話による審理を実施した上で、被告の申立てを却下した。被告が連邦高裁に上訴したところ、連邦高裁は、本件状況において 2 日間の準備期間は被告にとり短すぎるとしたうえで、地方裁判所は証拠調べのための審理を開くべきであり、電話による審理は十分な反証を提出する機会を被告から奪うものであるから、原審は原告の提出した証拠のみによって差止命令を発したことになるとした。連邦高裁は次のように述べて、原決定を取り消した。「地方裁判所は、発令のための審理の前に被告に準備期間を与えなかった上に、命令の取消し・停止・変更の申立てについても証拠調べのための審理の実施を拒絶するという、二重の誤りを犯した。同裁判所は、Consortio の行った、差止命令の取消し・停止・変更の緊急申立てを議論する機会を当事者に与えるため、電話による審理を実施した。しかし、本件のように訴状と予備的差止命令の根拠とする重要な事実が争われている場合、地方裁判所には、自己の主張を提出し裁判所に複雑な問題を承知させる十分な機会を両当事者に与えられるような審理を実施することが要請される。See *Marshall Durbin Farms*, 446 F.2d at 356（証拠は当事者の一方のみから発せられるべきでない）; *Sims v. Greene*, 161 F.2d 87, 88-89（3d Cir. 1947）（「事実上の争点に関する裁判 (trial) を行うには、証拠提出の機会が与えられるべきであり、それは一方当事者のみによるものであってはならない。裁判所に提出された証拠の証明力を議論する機会が両当事者に与えられなければならない」）; see also *Wright et al.* § 2949 at 228-32. 本件において、「電話による審理を認めて 11 月 28 日の証拠調べのための審理期日を取り消した地方裁判所の決定は、被上訴人の主張への反証を十分に提出する効果的な機会を上訴人から奪うものであった。つまり実際には、地方裁判所は、一方当事者の提出した証拠に依拠して差止命令を発し、かつ支持したのである。以上より我々は、地方裁判所は証拠調べのための審理を実施することなく差止命令を発令し是認した点に裁量権の濫用があると判断する」と述べた。Four Seasons Hotels & Resorts, B.V. v. Consortio Barr, S.A., 320 F.3d 1205, 1212 (11th Cir. 2003)。

(149) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.23. See *Visual Sciences, Inc. v. Integrated Communications, Inc.*, 660 F.2d 56, 58 (2d Cir. 1981)。

(150) Fed. R. Civ. P. 65 (a) (2)。

併合が命じられない場合にも、規則 65 条 (a)項(2)号は予備的差止命令の審理

出の手間を省き、手続の効率化を図る趣旨である⁽¹⁵¹⁾。ただし、予備的差止命令の審理に提出した証拠を、トライアルに再提出することが禁止されているわけではない⁽¹⁵²⁾。とりわけ本案が陪審に付される場合には、当事者は、反訳記録を読み上げるのではなく、あらためて全ての証拠を提出することができる⁽¹⁵³⁾。

(c) 本案審理との関係：審理の併合 (consolidation)⁽¹⁵⁴⁾

(イ) 制度趣旨 裁判所は、本案について迅速に判断するのが適切と考える場合には、予備的差止命令の申立ての審理と本案の審理とを併合して、両審理を同時に実施することができる⁽¹⁵⁵⁾。

において提出された許容性のある証拠 (admissible evidence) をすべて自動的にトライアルの記録の一部とすることで一定の効率化を達成している。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

See e.g., *Ammerman v City Stores Co.*, 394 F.2d 950 (D.C. Cir. 1968); *SEC v Commonwealth Chemical Secur., Inc.*, 410 F. Supp. 1002 (S.D.N.Y. 1976), *aff'd in part and mod in part on other grounds*, 574 F.2d 90 (2d Cir. 1978) [予備的差止命令の審理における証拠として提出された手紙が、規則 65 条(a)項(2)号により、本案訴訟の事実認定の裁判資料とされた事例]; *Iowa Center Associates v Watson*, 456 F. Supp. 1108 (N.D. Ill. 1978) [規則 65 条(a)項(2)号の下では、予備的差止命令で提出された証拠は自動的にトライアルで考慮できる (automatically admissible at trial) とされた事例].

(151) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(152) 規則 65 条(a)項(2)号により、証拠の再提出は不要となるが、重複的な証拠提出が許されていることは重要な意味をもつ。当事者は、同じ裁判官の心証を刷新し又は違う裁判官に証人の信憑性について別の判断をさせるため、証人に完全かつ一貫した証言をさせることを望むことがある。この場合、予備的差止命令の審理においてなされた証言と同一内容の証言をトライアルにおいてさせることができる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(153) 本案審理の一部又は全部が陪審により審理される場合、両当事者は、規則 65 条(a)項の審理の反訳記録からそれを読み上げる必要はなく、全ての証拠を再び提出することができる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(154) consolidation (or consolidaiton of actions) とは、「裁判所の命令によって、同一の当事者又は争点を含む複数の訴訟を一つの判決 (時として別個の判決) で終結する一つの訴訟に統合すること」をいい、連邦民訴規則 42 条(a)項に規定があるとされる。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 374.

(155) Fed. R. Civ. P. 65(a)(2). 連邦民事訴訟規則 65 条(a)項(2)号

(a) 予備的差止命令(2)予備的差止命令の審理と本案審理との併合 裁判所は、予備的差止命令の審理開始の前後を問わず、本案のトライアルを進行させ、それを予備的差止命令の審理と併合することができる。また、併合が命じられない場合でも、本申立てに関して受理された証拠であってトライアルでも許容されるものについては、トライアルの記録の一部となり、トライアルにおいて繰り返す必要はな

一般に、予備的差止命令の認否の判断の誤りにより各当事者に生じる被害を最小化するためには、本案トライアルの迅速化が必要と解されている⁽¹⁵⁶⁾。本案トライアルの進行と併合は、このような要請に応える制度である⁽¹⁵⁷⁾。併合により本案のトライアルと予備的差止命令の申立てが一本化され、簡略かつ迅速な手続において本案判決を出すことが可能となる。⁽¹⁵⁸⁾

い。しかし裁判所は、当事者の陪審裁判を受ける権利を保障しなければならない。
See also, Stoll-DeBell, supra note 8, at 242; 1-7 Federal Litigation Guide § 7.23.

University of Texas v. Camenisch ケースにおいて、連邦最高裁は次のように述べる。
「予備的差止命令の目的は、本案のトライアルが開かれるまで、当事者の地位を保全することに過ぎない。予備的差止命令は、その目的が限定的であって、かつ地位の保全にしばしば必要となる迅速性を前提とするため、予備的差止命令は本案のトライアルの場合よりも、厳格でない手続と不完全な証拠に基づいて認容されるのが通常である。したがって当事者は、予備的差止命令の審理において、事件の完全な立証を要求されず、予備的差止命令を認める際に裁判所が行った事実認定や法的判断は、本案のトライアルにおいて拘束力を持たない。これらの考慮に照らせば、連邦裁判所が予備的差止命令の段階で本案に関する終局的判断をするのは一般的に不適切である。もし本案を迅速に判断するのが適切ならば、連邦民訴規則 65 条(a)項(2)号がその実現方法を規定する。この規定に従って、裁判所は本案のトライアルの進行を命じ、また本案のトライアルと本審理との併合を命じることができる。〔傍線筆者〕」*University of Texas v. Camenisch*, 451 U.S. 390, 395 (1981)。同ケースの事実および判旨については、拙稿「(1)」62 頁以下（大阪経大論集 62 巻 4 号(2011)62 頁以下）。

See Gellman v. Maryland, 538 F.2d 603, 604 (4th Cir. 1976) [連邦民事訴訟規則 65 条(a)項(2)号は、賢明にも、地方裁判所が適切な事案において、予備的差止命令の申立ての審理と本案の審理とを同時に実施することを許容している。Singleton v. Anson County Bd. of Education, 387 F.2d 349, 351 (4th Cir. 1967)を引用]。

(156) 予備的差止命令が請求された場合、迅速化されたトライアルが適切な場合が多いと解されている。規則 65 条(a)項の差止命令が認められた場合、迅速なトライアルによって、被告が被りうる不当な拘束による潜在的悪影響を最小限に抑えることができる。規則 65 条(a)項による救済が拒絶された場合、本案の迅速な処理は、原告が回復不能の被害を受ける期間を短期化する。どちらの場合にせよ、予備的差止命令の申立てをしなければならないという事案の性質（特性）が、迅速な本案の決定をとくに重要なものとしている。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950。

(157) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950。

Packaging Industries Group, Inc. ケースは、州裁判所の事例である。

マサチューセッツ州地裁は、「マサチューセッツ州民事訴訟規則 65 条(b)項(2)号は、本案のトライアルを予備的差止命令の審理と併合することを認める。これにより、予備的差止命令の審理と本案の終局的裁判との間の時間的間隔によって当事者が回復不能の被害を受けるリスクを最小化し得るかもしれない。我々のルールは、併合を勧奨するために連邦規則に追加された、連邦民事訴訟規則 65 条(a)項(2)号に由来する」と述べた。*Packaging Industries Group, Inc. v. Cheney*, 380 Mass. 609 (1980)。

(158) 事案によっては、トライアルを進行させ、予備的差止命令の審理と併合するよう命じることが適切な場合もある。併合手続は、手続の遅延を回避することの

(ロ) 併合すべき事案 どのような事案において併合を命じるかについては、特段の要件はなく、裁判所の裁量に委ねられている⁽¹⁵⁹⁾。ただ裁判所は、当該事件を他の事件より迅速化しなければならない必要性（緊急性）を検討する必要がある⁽¹⁶⁰⁾。審理の併合は、事実に争いのない事案⁽¹⁶¹⁾や、

みならず、予備的差止命令段階とその後のトライアル段階の両方における同一証拠の提出の手間を省くことができる。また、併合により、回復不能の被害が発生する前に、終局判決に達する可能性もある。その場合、予備的差止命令の認否判断の必要性はなくなる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(159) 連邦民訴規則 65 条(a)項(2)号は、「審理の前後を問わず」併合を命ずることができると規定するから、トライアル裁判所は、いつでも (at any time)、自発的に (on its own motion)、予備的差止命令の審理を併合審理 (consolidated hearing) にすることができる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

Michenfelder ケースは、規則 65 条(a)項(2)号の文言をふまえて「併合に関する地方裁判所の裁量権は広範であり、『当事者が重要証拠の提出を許されなかったという意味での』大きな不利益 (substantial prejudice) の立証がなければ、上訴審において取り消されることはない」と述べた。Michenfelder v. Sumner, 860 F.2d 328 (2d Cir. 1985).

このケースは、下級審が予備的差止命令の審理と本案トライアルを併合した事案において、原告が取消原因となる程度の不利益を立証していないとして予備的差止命令を拒否する原決定と被告勝訴の本案判決を是認した。Abraham Zion Corp. v. Lebow, 761 F.2d 93, 101 (2d Cir. 1985). ケースを引用している。

(160) 併合を命じるための要件はないが、トライアル裁判所は、すでに事件表 (docket) に予定されている他の紛争に優先して当該手続を進めることの正当性 (緊急性等) が示されているかを考慮する必要がある。適切な事案であれば、規則 65 条(a)項(2)号の手続は望ましいが、原告が予備的差止命令を求めたすべての事案において自動的に併合するのは好ましくない。それゆえ、最高裁も、併合手続の利用はある事件においては有益であるが、一般的には不適切である、と警告している。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950 [前掲, University of Texas v. Camenisch ケースを引用]。

(161) Kickapoo Traditional Tribe ケースにつき、治安判事 (被告) は、先住民の女性が殺害されたとの被害者女性の母親の主張を受けて、遺体の検視を命じた。先住民部族 (原告) は、宗教上の理由から検視に反対し、遺体を部族の土地に埋葬したが、治安判事は遺体の掘り起こしを命じた。部族は宣言的判決を求める訴えを州裁判所に提起し、治安判事による命令を差し止める仮制止命令を得た。被告 (テキサス州および治安判事) は、連邦裁判所への事件の移送を受けた上で、緊急の申立て (emergency motion) により仮制止命令の取消しを求めた。原告は、被告の命令はアメリカ先住民墓地保護・返還法 (Native American Graves Protection and Repatriation Act, 25 U.S.C.S. § 3013) および憲法修正 1 条に反すると主張した。連邦地裁は、同法は最近死亡した先住民の遺体については適用されないため被告の命令は同法違反ではなく、また被告の命令は原告の宗教上の権利を不当に侵害するものでもない、として仮制止命令を取り消した。また裁判所は、原告は同法違反に関する請求を述べていない、として本案に関する全ての主張を退けた。同裁判所は審理の併合に関して、「関連事実に争いがなく、緊急状況が存在し、かつ予備的差止命令の認容がトライアル後の本案の救済のすべてを当事者に与える効果をもつ事案においては、規則 65 条(a)項(2)号による本案のトライアルでの審理との併合は特に適切である」と述べた。Kickapoo Traditional Tribe v. Chacon, 46 F.

公民権に関連する一定の訴訟類型⁽¹⁶²⁾において、とくに適切とされている⁽¹⁶³⁾。

Supp. 2d 644, 648-49 (W.D. Tex. 1999).

Herman v. Associated Elec. Coop., ケースは、連邦鉱山保安健康法 (30 U.S.C.S. § 818(a) of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977) に関する事例である。被告会社は、鉱山保安健康法事務局 (Mine Safety and Health Act (MSHA) office) から工場労働者を炭塵 (coal dust) の中で呼吸させているとの警告を受けたが、事務局の検査官の工場立入りを拒絶した。原告たる労働省長官 (Secretary of Labor) は、連邦鉱山保安健康法 (30 U.S.C.S. § 818(a) of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977) に基づき、被告の検査官による調査の妨害を禁止する差止命令を求める訴訟を提起した。被告は反訴により、被告の工場は同法の規制対象ではない旨を宣言する判決を求めた。裁判所は、同法のいう石炭選別労働 (the work of preparing coal) には販売目的での選別のみならず自社工場で燃焼させる目的での選別をも含むと解し、差止的救済を認容し、反訴を棄却した。同裁判所は、当該事件の論点が同法の解釈をめぐるものであり、「重要事実に関する争いや裁判所の法解釈の問題が一応存在しない点に照らせば、当裁判所は、連邦民訴規則 65 条 (a) 項 (2) 号によって、本案に関する決定を進行させ、予備的差止命令と永久的差止命令の考察〔審理〕を併合するのが適切である」と述べて、審理の併合を認めた。Herman v. Associated Elec. Coop., 994 F. Supp. 1147, 1153 (E.D. Mo. 1998).

(162) Singleton ケースにおいて、第 4 巡回区控訴裁判所は、公民権に関連する訴訟 (cases involving civil rights) は、規則 65 条 (a) 項 (2) 号による併合に特に向いている (especially suitable) と述べて、教区の人種分離廃止に関する予備的差止命令を拒絶した下級審の判断を是認した上で、事件を差し戻し、迅速な事件解決のため、規則 65 条 (a) 項 (2) 号による併合を下級審裁判所に促した。第 4 巡回区控訴裁判所は、「連邦民訴規則 65 条 (a) 項 (2) 号は、賢明にも、地方裁判所が適切な事案において、予備的差止命令の申立ての審理と本案の審理とを同時に実施することを許容している。公民権訴訟は、そのような同時進行 (simultaneous development) に特に向いている。地裁裁判官は、本件のように訴訟人が併合を申し立てない場合においても、職権により (on his own motion) そのような過程に進み、訴訟を進行することにより時間を節約できる」と述べた。Singleton v. Anson County Bd. of Education, 387 F.2d 349, 351 (4th Cir. 1967).

(163) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 249.

(ハ) 併合の手続 併合は、予備的差止命令の審理日の前後を問わず命じることができる⁽¹⁶⁴⁾。当事者の合意 (stipulation)⁽¹⁶⁵⁾があればもちろん、職権により命じることでもできる⁽¹⁶⁶⁾。ただし、職権による場合、当事者のデュー・プロセス上の権利を害することはできない⁽¹⁶⁷⁾。すなわち、第1に、当事者に不意打ちを与えて、本案請求に関する主張立証の機会を奪ってはならない。したがって裁判所は、併合を命じる際、当事者に通知して本案トライアルのための準備を促す必要がある⁽¹⁶⁸⁾。第2に、当事者の陪審裁判を受ける権利を制限してはならない⁽¹⁶⁹⁾。

①通知要件 併合を命じる際には、当事者に適切な通知をしなければな

(164) Fed. R. Civ. P. 65(a)(2).

(165) stipulation とは「ある関連事項について敵対当事者間でなされる自発的合意、とりわけ手続で対抗する当事者らの弁護士が手続に関してなす合意」をいい、「係属中の裁判手続に関して訴訟当事者又はその弁護士がなした stipulation は、約因なく拘束力をもつ (binding without consideration)」とされる。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 1641.

方式と手続事項に関する stipulation は、訴訟当事者の便益に資し、手続を簡素化・迅速化する。stipulation は、一定の事案では、訴訟規模を縮小するための妥協を促す政策により支持される。従って裁判所は stipulation を好み、約因がなくとも行っている。Restatement (Second) of Contracts § 94 cmt. a (1979).

(166) *Singleton v. Anson County Bd. of Educ.*, 387 F.2d 349 (4th Cir. 1967) [傍論].

(167) 裁判所は何時でも職権により併合を命じることができるが、この権限は、本案請求を裁定する前に公正な告知と聴聞の機会が訴訟人に与えられなければならない、というデュー・プロセスの原理による制約を受ける。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

Eli Lilly & Co. ケースは、特許侵害事件において下級審が職権で予備的差止命令の審理と本案のトライアルとを併合した事案である。連邦高裁は、予備的差止命令を認めた原審の判断を是認したが、「我々は、公正な通知の有無、併合による不利益の問題について、記録から適切に決定することができない」と述べ、永久的差止命令を認めた原判決を取り消した。*Eli Lilly & Co. v. Generix Drug Sales, Inc.*, 460 F.2d 1096 (5th Cir. 1972).

(168) トライアル裁判所は、当事者が本案における主張立証の準備を整えられるよう事前の通知をするか、または審理期日において併合を命じる場合、当事者に準備時間を追加して認めれば、併合の適切性についての疑問は少なくなろう。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(169) Fed. R. Civ. P. 65(a)(2).

陪審を受けられる争点であり、それが予備的差止命令と本案との両方に関連するものであれば、裁判官は併合審理で終局的に決定することができない。ただし、規則 65条(a)項(2)号は、最終的には陪審に解決させるべき争点を、トライアル裁判所が独自に判断して予備的差止命令を発する権限を制限するものではない。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950; *Stoll-DeBell*, *supra* note 8, at 243.

らない⁽¹⁷⁰⁾。これは、不意打ちを防止し、当事者の主張立証の機会を保障するためである⁽¹⁷¹⁾（当事者の合意がある場合、この充足要件は不要となる）。

(170) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

Pughsley ケースにつき、本件買主は、売主から集合住宅を購入する契約に署名して手付金を支払った。その後、売主と銀行は、買主の入居を拒否したので、買主は、入居拒絶は買主が黒人児童と同居しているためであると主張して、予備的及び永久的差止命令を求める訴訟を提起した。連邦地裁は、仮制止命令を認めた上で、予備的差止命令の申立ての審理日を7日後に指定したが、その審理の翌日に本案請求を棄却した。その審理前も審理中も、審理を併合する命令は発せられなかった。連邦高裁は、原告の主張は合理性を有しており、原告には被告らの入居拒絶の理由に関するディスカバリーを実施した上で追加的証拠を提出する資格がある。にもかかわらず、原審はディスカバリーを実施せず、かつ本案のトライアルに関する明白かつ明確な通知も怠っているから、本案審理は尽くされていないとして、原判決を破棄して事件を差し戻した。第7巡回区控訴裁判所は、「本案のトライアルと予備的差止命令の審理の併合を命じる場合には、当事者は通常、審理の開始前か、又は各当事者がまだ自己の主張を提出する十分な機会を与えられている時点において、その旨の明白かつ明確な通知を受領すべきである」と述べた。Pughsley v. 3750 Lake Shore Drive Cooperative Bldg., 463 F.2d 1055, 1057 (7th Cir. 1972)。

(171) 暫定的救済における手続ルール（とくに証拠収集や証拠提出、証拠評価などに関するルール）と本案における手続ルールは異なり、前者のルールを念頭において行動する当事者に予告なく後者のルールを適用することは、不意打ちであってデュー・プロセス違反となろう。

規則 65 条(a)項(2)号の通知要件が重要な理由は、①事前に適切な通知がなされない場合、予備的差止命令の審理を受けている当事者は、本案の終局判断を求めるのに必要となる程度の事実を収集し提出しないであろうこと、②本案審理においては、予備的差止命令の審理における場合と異なる立証基準が適用される可能性がある、からである。同条同号により両審理を併合するという裁判所の意思を十分に通知しなければ、当事者はより高度な立証責任を果たすための準備をしないであろう。以上につき、Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 244-45.

Berry ケースにおいて、第4巡回区控訴裁判所は、「規則 65 条(a)項(2)号は、予備的差止命令の申立ての審理を本案のトライアルに併合する権限を裁判所に付与している。この手続を利用する場合、『当事者は通常、審理開始前か、又は各自の主張を提出する十分な機会が当事者にいまだ認められている時点において、明白かつ明確な通知を受領すべきである』。我々は、そのような通知を欠いた併合は地方裁判所の裁量権濫用を構成するものと解してきた。この要件の趣旨は明らかである。予備的差止命令の申立ての審理においては、『提出される事実は…判決登録の指示(direction for the entry of judgment)の適否を決定する際に依拠する情報として十分でない(the facts adduced . . . often will not be sufficient to permit an informed determination of whether a direction for the entry of judgment is appropriate.)』従って、予備的救済の発令のみに対応する当事者は、本案の文脈で簡略かつ部分的にしか提供されていない事実提出について通常は責任を負わされるべきではない(H. C. Wright & A. Miller, M. Kane, *Federal Practice and Procedure*, § 2950, at 492 (1973). を引用)」と述べた。Berry v. Bean, 796 F.2d 713, 719 (4th Cir. 1986)。

Pughsley ケースにおいて、第7巡回区控訴裁判所も同様の判断を示している。「本案のトライアルと予備的差止命令の審理との併合を命ずる場合、当事者は通常、審理開始前又は各当事者の主張を提出する十分な機会が当事者にいまだ認められている時点において、明白かつ明確な通知を受けるべきである。予備的差

どのような通知が適切なのかは、事案ごとに判断される(明白かつ明確な通知(clear and unambiguous notice)と表現される)。適切な通知を構成する要素は、各事案の事実に依拠し、申立当事者がその後の時間を有効に利用できるかどうかの観点から評価される⁽¹⁷²⁾。適切な通知の時期については定めがないが、審理開始前か、少なくとも当事者に十分な主張立証の機会がある時期に行うべきであり、証拠調べ(evidentiary hearing)の完結後では遅いとされる。裁判所は証拠調べの完結後になされた通知は、各自の主張する合理的な機会(reasonable opportunity)の要件を満たさないとしている⁽¹⁷³⁾。

②併合の効果 裁判所は、併合審理の後に、本案判決を下すことができる。結果的に当事者は、併合審理において本案請求に関するすべての証拠収集や主張立証をしなければならなくなる⁽¹⁷⁴⁾。併合審理は、簡略な手続であっても、本案トライアルであるから、併合審理期間はトライアルで適用される証拠法則が適用されることになる。ただし、当該証拠が予備的差止

止命令の申立人はめったに、緊急の救済を求めるためのディスカバリーや適切なトライアルの準備をするために、差止命令の即座の申立てを要求されるべきではない。完全なトライアルとは対照的に、緊急の審理においては立証と準備について〔トライアルとは〕異なる基準が適用される可能性があるからである。当事者が同意する場合、ディスカバリーが完結している場合、又はディスカバリー実施の機会を有しないことが明らかである場合には、併合は司法の利益(interests of justice)に資するであろう。しかし、併合を命じる場合、当事者は異議を述べ又は特別手続を示唆する明瞭な機会が与えられるべきである」Pughley v. 3750 Lake Shore Drive Cooperative Bldg., 463 F.2d 1055, 1057 (7th Cir. 1972)。

(172) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 245.

(173) Gellman ケースは、大学教授が人種差別を理由に大学や州などを訴えた事案である。連邦地裁は、予備的差止命令の審理を本案のトライアルと併合した上で、請求を棄却した。連邦高裁は、原告にディスカバリーを行う機会が保障されていないこと、審理の併合に関する審理前の正式な通知(formal notice)がなされていないことを挙げ、本件請求は審理不成熟(premature)であり、デュー・プロセスに違反するとして、原判決を破棄して事件を差し戻した(但し予備的差止命令の申立ての却下は是認した)。裁判所は、「予備的差止命令の申立てに関する証拠調べが完結するまでその旨の通知をせず規則 65 条(a)項(2)号により本案判決を下すことは、デュー・プロセスに違反しかねない危険を冒している」と述べた。Gellman v. Maryland, 538 F.2d 603, 606 (4th Cir. 1976)。

事件の事実に左右されるが、サマリ判決の申立てに関する規則 56 条の通知要件が参考になるとの指摘がある。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(174) Adler v. Duval County Sch. Bd., 206 F.3d 1070, 1074 (11th Cir. 2000)。

命令発令の資料としてのみ供される場合、当事者が予備的差止命令の審理における証拠基準を満たせば、裁判所はそれを考慮することができると解される⁽¹⁷⁵⁾。

③上訴審における取消し 適切な通知の懈怠は、上訴審における取消原因となる⁽¹⁷⁶⁾。しかし、上訴人が通知懈怠によりデュー・プロセス上の不利益を受けていない場合⁽¹⁷⁷⁾、又は併合に同意し⁽¹⁷⁸⁾若しくは適時に異議を述

(175) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(176) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(177) 予備的差止命令段階での終局判決の登録に反対する当事者は、不意打ちだけでなく不利益を受けたことを立証しなければならない (must demonstrate prejudice as well as surprise)。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

通知に関する一般ルールには、①不利益の欠如、および②放棄という2つの例外がある。

規則 65 条(a)項(2)号に従った地方裁判所による併合決定は、直前の通知でも、あるいは全く通知がない場合でさえ、上訴審の再審査によって否定されないことがある。予備的救済を求める当事者は、予備的救済の段階以降の証拠を準備し提出する機会を得る前に、本案請求について審理され判断される可能性があることを留意する必要がある。以上につき、Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 246-47.

Holly Sugar Corp. ケースにおいて、第 10 巡回区控訴裁判所は、下級審の併合決定を是認し、規則 65 条(a)項(2)号による併合の2日前の通知を妥当とした。同裁判所は、併合の通知を受けたとしても証拠提出に大きな変更がなかったであろうことを認める場合、その者に不利益はない、と判示した。Holly Sugar Corp. v. Goshen County Cooperative Beet Growers Asso., 725 F.2d 564, 568 (10th Cir. 1984).

Rosenthal ケースにおいて、第 9 巡回区控訴裁判所は、下級審が規則 65 条(a)項(2)号の併合後に予備的差止命令の申立ての審理において本案請求を棄却した判断を支持した。同裁判所は、トライアルに提出する主張や証拠により請求棄却が妥当との裁判所の判断が変更される可能性を立証していないとして、併合の通知を不要と判示した。Rosenthal v. Carr, 614 F.2d 1219, 1920 (9th Cir. 1980); *see also*, Brotherhood of Railway Carmen etc. v. Pacific Fruit Express Co., 651 F.2d 651, 653 (9th Cir. 1981) [事前の通知なしに審理を併合した後、原告の予備的差止命令の申立てを却下し本案請求を棄却した下級審の判断を是認した]; Atlantic Richfield Co. v. Federal Trade Com., 546 F.2d 646, 651 (5th Cir. 1977).

また、不意打ちがあっただけでは上訴審による取消しの根拠として不十分であるとする裁判例がある。上訴人は、本案の救済に資する証拠の提出を断念する事態となったことなど、その後の手続が不利益をもたらしたことを立証しなければならない。Eli Lilly and Company v. Generix Drug Sales, Inc., 460 F.2d 1096 (5 Cir. 1972).

(178) 当事者が規則 65 条(a)項(2)号の併合に同意したのであれば、その結果(下級審におけるディスカバリーの機会の制限や、ある主張を放棄したためそれが提出・審理されなかったことなど)について不服を述べることはできない。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 248.

Adler ケースにつき、被告教区は、生徒が卒業メッセージを届ける卒業生を選抜できるとする卒業式指針を策定した。そのメッセージの内容(誰がどのような内容のメッセージを届けるのか)は、選ばれた卒業生自身が決定するものとされた。原告生徒らが、この指針は憲法修正 1 条の国教条項に反すると主張して、(生

べなかった⁽¹⁷⁹⁾ 場合には、審理の簡略化の結果を争うことができない。例

徒が主催する卒業式を含む) 教区内での宗教的儀式や祈禱を許可・実施・主催することを禁ずる予備的及び永久的差止命令を求めた。連邦地裁は、規則 65 条(a) 項(2)号に基づき、当事者の同意を得て本案審理と予備的差止命令の審理を併合した。併合の結果、デイスカバリーは 1993 年以降の卒業式の実施 (effect for graduation ceremonies) に関するものに制限され、適用違憲の主張は提出・審理されないこととなった。審理の結果、連邦地裁は、救済を否定し、請求棄却の終局判決を下した。連邦高裁は、「地方裁判所による審理の併合に上訴人が同意したことは、適用違憲の主張の放棄を構成し、結果として訴訟と地方裁判所の終局判決の対象が卒業式指針の文面上違憲に限定されることとなる」と述べて、再審査の範囲を卒業式指針の文面上違憲の主張に限定し、適用違憲に関する主張の審査を拒否した。再審査の結果、同指針は文面上違憲ではなく、また宗教を助長する効果もたないとして、原審の判断を是認した。Adler v. Duval County Sch. Bd., 206 F.3d 1070, 1074 (11th Cir. 2000), *vacated on other grounds*, 531 U.S. 801 (2000).

(179) 裁判所から明確に規則 65 条(a) 項(2)号の手続をとる意図を打診されたにもかかわらず、当該当事者が即時に異議を述べなかった場合、後で不服申立てをすることはできない。

New England Anti-Vivisection Soc., Inc. ケースは、第 1 巡回区控訴裁判所が、規則 65 条(a) 項(2)号による併合の後に、原告の予備的差止命令の申立てを却下し、原告の請求を棄却する下級審の判断を是認した事案である。下級審において、被告は審理の併合を求めた。下級審裁判所は、予備的差止命令の審理の開始時に、併合に反対するかどうか原告側弁護士に尋ねたが、原告は強く反対するとの意見を述べた。しかし原告側弁護士は、訴答に基づく判決 (judgment on the pleadings) やサマリ判決の反対申立て (cross motions for summary judgment) など、代替手続を提示した。弁護士との討論の過程を経て、下級審裁判所は最終的に規則 65 条(a) 項(2)号による併合を行うとの判断を示した。トライアル終結時に、裁判官は審理が併合されたことを再び述べたが、原告側弁護士はそれについて特段の異議を述べず、追加的証拠の提出を許すことも求めなかった。下級審裁判所は、原告の予備的差止命令の申立てを却下し、本案請求を棄却した。上訴審において原告は、原告側はサマリ判決を求める反対申立てと訴答に基づく判決の審理の限度で予備的差止命令の審理との併合に同意したにすぎないのに、下級審裁判所は不当に審理を併合した、と主張した。第 1 巡回区控訴裁判所は、上訴人の主張を排斥し、原告が地方裁判所の併合の意思について明白かつ明確に異議を述べることができたのにそれをせず、また追加的証拠を提出する時間の猶予を求めなかったことにより、その後この問題を提起する資格を失ったとの判断を示し、下級審の併合措置を適切とした。第 1 巡回区控訴裁判所は、「トライアル裁判官が訴訟人から見て誤りと思われるような訴訟指揮を行った場合に、不利益を受ける当事者は、手続の帰趨が決ってから別のトライアルを要求するつもりで黙っているのではなく (not lurk in the bushes waiting to ask for another trial when their litigatory milk curdles), 裁判官にそれを気づかせ又は誤謬を治癒させるために、即時に裁判官にその誤りを指摘しなければならぬ」と述べた。New England Anti-Vivisection Soc., Inc. v. United States Surgical Corp., 889 F.2d 1198 (1st Cir. 1989).

Nordictrack, Inc. ケースは、原告が併合の提案に対して異議を述べなかったことを理由に、予備的差止命令の申立てと本案のトライアルとを併合した措置は適切であると判示した事案である。裁判所は、「地方裁判所が規則 65 条(a) 項(2)号に従って併合を命じる旨の提案をした際、差止命令の審理において原告は通知の不適切性と不十分性を攻撃しなかった・・・記録を見る限り、通知は不十分ではないが、不十分であったとしても、原告はなされた通知に対する異議申立てを放棄したと結論づけることができる」と述べた。Nordictrack, Inc. v. Consumer Direct,

えば、当事者が予備的差止命令の審理においてすべての主張立証を尽くし、本案トライアルで新たな主張立証がなされないであろう場合、併合によって当事者は不利益を受けない⁽¹⁸⁰⁾。

裁判所が併合をせずに予備的差止命令の直後に本案判決を出す場合にも、通知なしに併合した場合と同様のデュー・プロセス上の問題を生ずるが、このような措置は一般的に不当と解される⁽¹⁸¹⁾。ただし、訴状記載の主張が文面上失当である場合 (complaint is insufficient on its face)⁽¹⁸²⁾ 又は事実上争いのない場合には⁽¹⁸³⁾、例外的にそのような措置も許されると解されている

158 F.R.D. 415, 427-28 (D. M.nn. 1994); K-Mart Corp. v. Oriental Plaza, Inc., 875 F.2d 907, 913 (1st Cir. 1989) [裁判所の明白かつ明確な併合意思の陳述 (court's "clear and unambiguous" statement of intent to consolidate) を受けた際に被告が沈黙を守り、その時点で追加的な時間を要求しなかった場合、後に、裁判所の当該命令について不服を申し立てることができない]; Fenstermacher v. Philadelphia Nat'l Bank, 493 F.2d 333, 337 (3d Cir. 1974) [裁判所の併合命令に異議を述べなかったことにより、上訴人は通知の適時性に関する異議申立てを放棄したものと認めた].

(180) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950.

(181) トライアル裁判所又は上訴裁判所が、明示的に併合をすることなく、予備的差止命令の後に本案請求について判断してしまう場合も、通知なしに併合を命ずることによって生じる問題と類似した問題が生じる。併合されない予備的差止命令の審理において、一方又は双方の当事者が本案に関する十分な主張立証をできない事態が生ずる可能性があるため、そのようなタイプの審理だけに基づいて本案請求を決定してしまうことは不当である。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950; Francisco Sanchez v. Esso Standard Oil Co., 572 F.3d 1, 15 (1st Cir. 2009).

(182) Deckert v. Independence Shares Corp., 1940, 311 U.S. 282 (1940) [請求を維持できない異議がなされた場合、上訴において請求は棄却され、事件が終了した事例]; Meccano, Ltd. v. John Wanamaker, New York, 253 U.S. 136 (1920); Mast, Foos & Co. v. Stover Mfg. Co., 177 U.S. 485 (1900) [訴状の文面上明らかに衡平を失っており (obviously devoid of equity upon its face)、当該瑕疵が修正により補完できない場合、上訴審において請求棄却された事例]; Standard Oil Co. of Texas v. Lopeno Gas Co., 240 F.2d 504 (5th Cir. 1957) [傍論]; Sheldon v. Moredall Realty Corp., 95 F.2d 48 (2d Cir. 1938) [訴状が全く衡平を欠く (entirely destitute of equity) わけでない場合、請求棄却が拒否された事例]; Libertad v. Welch, 854 F. Supp. 19, 34 (D.C. Puerto Rico 1993); Kershaw v. Federal Land Bank of Louisville, 556 F. Supp. 693, 699 (D.C. Tenn. 1983); Concerned Citizens for Neighborhood Schools, Inc. v. Board of Educ., 379 F. Supp. 1233, 1238 (D.C. Tenn. 1974).

(183) U.S. ex rel. Goldman v. Meredith, 596 F.2d 1353 (8th Cir. 1979), *cer't denied*, 444 U.S. 838 [重要な事実上争いがなく、当事者に十分な通知がなされている事案において、事実上の併合 (De facto consolidation) をした上で永久的差止命令を認めることは不当ではないとされた事例]; Bright v. Nunn, 448 F.2d 245 (6th Cir. 1971) [3日間の予備的差止命令の審理において提出された証拠を参照した結果、事件を左右する事実上争いがない場合において、トライアル裁判所が規則 41 条 (b) 項によって本案請求を棄却したのは正当である、とされた事例]; Hurwitz v. Directors Guild of America, Inc., 364 F.2d 67 (2d Cir. 1966), *cer't denied*, 385 U.S. 971 [忠誠宣誓 (loyalty oath) への署名なしにユニオンに加入できる原告の権利に関して、トライ

る⁽¹⁸⁴⁾。ただこのような扱いに対しては、重要な疑問が提起されている⁽¹⁸⁵⁾。

[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。

アルに付すべき事実上の争いがない場合、上訴裁判所が原告の予備的差止命令の排除を求める請求を排して、永久的差止命令の登録を命じた事例]。

同様の事案として、次のような裁判例がある。Standard Oil Co. of Texas v. Lopeno Gas Co., 240 F.2d 504, 510 (5th Cir. 1957) ; Walsh v. Local Bd. No. 10, Mt. Vernon, 305 F. Supp. 1274 (D.C.Ill. 1985) ; American Airlines, Inc. v. Transport Workers Union of America, 45 F.R.D. 1 (D.C.Okla. 1968) ; George P. Ballas Buick-GMC v. Taylor Buick, 449 N.E.2d 503, 507 (Ohio App. 1982)。

(184) 併合を命ずることなく、予備的差止命令の審理の後に終局裁判をなすことが適切とされる場合がある。例えば、訴状の記載内容が不十分である場合 (complaint is insufficient on its face) に、その欠陥が提起されれば、裁判所は事件全体について請求を棄却することができる。予備的差止命令の申立てに関する証拠が重要事実に関する争いを提起しておらず本案の完全なトライアルを必要としない場合には、事実審及び上訴審裁判所が本案請求について判断することを認める裁判例もあるようである。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950。

(185) 例外措置（これを認める裁判例）は、事実上規則 56 条の要求する事前の告知と聴聞の機会を与えることなくサマリ判決を認めてしまっている点で、問題のあるアプローチである。予備的差止命令の要件である回復不能の被害と本案勝訴の合理的可能性は、サマリ判決の申立ての審査の中心的な争点である、重要な事実について真の争点が存在するか否かの問題（不存在であれば、申立人は法律問題として判決を受けることができる）とは異なる。さらに、当事者は予備的差止命令の発令に注意を向けているから、規則 65 条 (a) 項の審理で提出された事実は、判決の登録を指示するのが適切かどうかについて裁判所が情報に基づいた判断をするのに不十分であることが多い。その結果、予備的差止命令の申立てに関する未併合の審理において重要な事実上の争点がないことの証明があったとしても、そのことは、不利益を受ける当事者が Progress Development Corporation v. Mitchell 事件 (286 F.2d 233) における判決登録に異議を述べるための告知と聴聞の機会を与えられない限り、職権によるサマリ判決と同等のものを正当化するものではない。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2950。

Progress Development Corporation ケースにおいて、ヘースティングス判事は、「いかなる当事者も、予備的な審理において、本案に関する自己の主張を証明するよう要求されない。そのようなエクイティ上の争点に関する審理の後で開示された事実と真の争点がないという議論をするのは誤っている。もし予備的審理のあとにそれのみを理由としてサマリ判決が適切とするのなら、その予備的審理は事実上本案のトライアルとなり、予備的な審理の目的を全て失うこととなる」と述べた。Progress Development Corp. v. Mitchell 286 F.2d 222,233.

