

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 (4)

--- 予備的差止命令と仮制止命令の紛争解決機能 ---

吉 垣 実

目 次

- . 問題の所在
- . 差止命令 (Injunction) の史的素描と類型的考察
- . 連邦裁判所における予備的差止命令 (Preliminary Injunction) の機能と展開
- 1. 概説
- 2. 連邦裁判所におけるエクイティ管轄権と予備的差止命令
 - (1) 連邦の裁判管轄の基礎
 - (2) 連邦最高裁判所におけるエクイティ管轄権と予備的差止命令の判断
 - (a) 5つの最高裁事例
 - [1] University of Texas v. Camenisch 事件
 - [2] Weinberger v. Romero-Barcelo 事件
 - [3] Amoco Production Co. v. Gambell 事件
 - (以上, 大阪経大論集 62 巻 4 号)
 - [4] Grupo Mexicano de Desarrollo v. Alliance Bond Fund 事件
 - [5] eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C 事件
 - (b) 評価
 - (3) 連邦控訴裁判所における予備的差止命令の審査基準
 - (4) 予備的差止命令の審理の性質
 - (a) 審理の性質及び特徴
 - (b) 命令取得のメリットとデメリット (以上, 大阪経大論集 62 巻 5 号)
- 3. 検討
 - (1) 差止的救済の意義及び特徴

- (2) 中間的差止命令としての予備的差止命令と仮制止命令 2つの保全処分
 - (a) 性質・目的
 - (b) 予備的差止命令と仮制止命令の比較
 - (c) 手続選択の考慮要素
- (3) 予備的差止命令の法的性質及び発令要件の具体的検討
 - (a) 性質・目的・機能
 - (b) 発令要件 1 回復不能の被害 (以上, 法経論集 193号)
 - (c) 発令要件 2 本案勝訴可能性
 - (d) 発令要件 3 比較衡量 (以上, 本号)
 - (e) 発令要件 4 公益
 - (f) その他の考慮要因
- (4) 予備的差止命令発令の各要件の相互関係と審査基準
- (5) 予備的差止命令の発令手続
- (6) 仮制止命令の法的性質及び発令要件の具体的検討
- (7) 仮制止命令の発令手続
- (8) 小括
- ・ デラウェア州衡平法裁判所における予備的差止命令の機能と展開
- ・ 仮制止命令 (Temporary Restraining Order) の構造と展開
- ・ 中間的差止命令手続の紛争解決機能
- ・ 結論

(c) 発令要件 2 本案勝訴可能性 (Probability (or Likelihood) of Success on the Merits)

(イ) 意義

申立人は, 本案訴訟において勝訴できる合理的な可能性を立証しなければならぬ²⁵⁴⁾。この要件は, 一方で根拠薄弱な請求に裁判所が関与するこ

254) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Lea B. Vaughn, A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions, 68 Or. L. Rev. 839, 851-52 (1989) [「回復不能の被害の立証とともに, 本案勝訴に関する立証は予備的差止命令の救済の基礎 (cornerstone) である。」] (Moore's Federal

とを防止し、他方で相手方の法的利益を保護するためのものである²⁵⁵⁾。裁判所はしばしば、本案勝訴可能性の要件の考慮だけで申立ての認否を決定している、とも言われる²⁵⁶⁾。

(ロ) 立証の程度 どの程度の「可能性」が要求されるのか

原告は、本案請求に関する法的主張の正当性について、どの程度まで立証すべきか。これについては、勝訴の合理的可能性 (reasonable probability)、勝訴の見込み (likelihood)、本案で審理すべき重大な問題 (serious question) 等、いくつかの基準が提唱されている²⁵⁷⁾。この問題は、予備的差止命令の存在意義 (本案請求権の保全か、暫定状態における衡平な処分か)、手続的限界 (裁判所は審理にどれだけの時間をかけることができるか、裁判所はその段階でどこまで正確な判断ができるか)、予備的

Practice. § 65.04 [1]) を引用。]; Virginia Petroleum Jobbers Asso. v. Federal Power Com., 259 F. 2d 921, 925 (D.C. Cir. 1958) [「勝訴可能性につき、相応の立証がなされない限り、行政審判及び司法審査における通常の手続に裁判所が介入することを正当化することはできない。」]; Levco Alternative Fund Ltd. v. Reader's Digest Ass'n., Inc., 803 A. 2d 428 (Del. 2002).

255) Vaughn, supra note 254, at 852. See also, Ross-Simons of Warwick, Inc. v. Baccarat, Inc., 102 F. 3d 12, 16 (1st Cir. 1996) [「勝訴可能性は、4 要件の枠組みにおける中心的な耐力壁 (bearing wall) である。」].

256) そのような審理のやり方につき、予備的差止命令の判断の難しさを回避する良い方法である場合が多いとの指摘もなされている。John Leubsdorf, Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits, 76 Fordham L. Rev. 33, 35 (2007). See also, Doran v. Salem Inn, Inc., 422 U.S. 922, 931 (1975) [予備的差止命令を認めるための伝統的な基準においては、裁判所は両当事者の利益を評価しなければならないが、回復不能の被害と本案勝訴可能性の立証が必要である。]; Roudachevski v. All-American Care Ctrs., Inc., 648 F. 3d 701, 706 (8th Cir. 2011) [「本案勝訴可能性は 4 要件のうちで最も重要なものであると言われてきた。」].

257) Vaughn, supra note 254, at 852.

差止命令の内容（現状の保全か、本案判決と同等か）、そして、事案の特質（相手方にかかる負担の程度、問題となる権利の性質・特徴、重要な公益の存在等）など、様々の問題が交錯している²⁵⁸⁾。

原告は、予備的差止命令の申立てと同時に、本案につきサマリ判決の申立てをすることがあるが、これは、相手方が明確な法令違反をしている場合など、本案勝訴可能性を明らかに立証できる場合に効果的である。

合理的勝訴可能性 最も一般的なものは、「合理的勝訴可能性 (reasonable probability of success)」の証明を要求する基準である²⁵⁹⁾。「合理的

258) 裁判所が予備的差止命令の段階でどの程度まで審査すべきかの問題も、これらと関連する。Vaughn, *supra* note 254, at 852.

259) 裁判所は本案勝訴可能性の立証について様々な基準を用いているが、最も一般的なものは、原告が合理的可能性 (reasonable probability of likelihood of success) を証明しなければならないという基準である。基準により程度の差こそあれ、原告は勝訴が確実であることまで示す必要はなく、一見有利であることを提示すれば足りるという点において、裁判所の見解は一致している。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Bates, *supra* note 170, at 1529; Blackwelder Furniture Co. v. Seilig Mfg. Co., 550 F. 2d 189, 197 (4th. Cir. 1977); Automated Marketing Sys., Inc. v. Martin, 467 F. 2d 1181 (10th Cir. 1972); Crowther v. Seaborg, 415 F. 2d 437 (10th Cir. 1969); Sole v. Wyner, 551 U.S. 74, 84 (2007) [勝訴可能性の要件を論ずる]; McTernan v. City of York, 577 F. 3d 521, 526 (3d Cir. 2009) [「合理的な本案勝訴可能性 (reasonable probability of success on the merits)」の立証を原告に要求した.]

他に「勝訴の見込み (likely to succeed)」の立証、「勝訴の相当の可能性 (substantial likelihood of success)」の立証などという言い回しが用いられることもある。See, Winter v. NRDC, Inc., 555 U.S. 7, 20 (2008) [「予備的差止命令を求める原告は、本案勝訴の見込み (he is likely to succeed on the merits) を証明しなければならない。']; Mills v. District of Columbia, 571 F. 3d 1304, 1308 (D.C. Cir. 2009) [「本案勝訴の相当の可能性 (substantial

な可能性」の証明とは、「一応有利な事件 (prima facie case)」²⁶⁰⁾ であることの証明で足り、勝訴が確実であることの立証まで要求されない、と解されている²⁶¹⁾。通常、事実に関する争いや困難な法律問題がある場合、原

likelihood of success on the merits)」の証明を原告に要求した。(Katz v. Georgetown Univ., 246 F. 3d 685, 687 (D.C. Cir. 2001) を引用)] .

260) 「一応」とは、反証のない限り推定できる、という意味である。prima facie case につき, Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (9th ed. 2009) at 1310; prima facie evidence につき, Id, at 638-39.

See also, Elizabeth A. Martin, A Dictionary of Law (2009) at 422 [prima facie case] とは「十分な反論がない限り立証がなされたと認定するのに十分な証拠により根拠づけられた事件」をいう。

prima facie case とは、被告からの motion for directed verdict (指示評決の申立て)、motion to dismiss (訴え却下の申立て) を免れるだけの証拠を原告が提出している事件をいう。被告が自身の側の主張を立証することになる。なお、被告が反駁の証拠を提出しないと原告が勝訴する事件という、より強い意味で用いられることもある。時に、被告側に一応有利な状態になっている場合にも用いられる。以上につき、田中英夫ほか編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年) 662頁。

申立人に対して、少なくとも50%を超える本案勝訴の可能性を証明させるべきとの見解がある。かかるレベルを要求することにより、本案訴訟において永久的差止命令を得られないであろう薄弱な主張しか持たない当事者が、予備的差止命令を求めるのを思い止まらせる効果があるという。Morton Denlow, The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard, 22 Rev. Litig. 495, 534 (2003).

261) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Bates, supra note 170, at 1529. See, Blackwelder Furniture Co. of Statesville v. Seilig Mfg. Co., 550 F. 2d 189, 197-98 (4th Cir. 1977) [予備的差止命令を拒否した原決定を破棄する際、原告は「一応有利な事件 (prima facie case) を訴答している」と述べた。]; Automated Mktg. Sys., Inc. v. Martin, 467 F. 2d 1181, 1183 (10th Cir. 1972) [「仮の又は予備的な差止命令の申立てに関する審理において、救済を

告の勝訴可能性に疑問があるとされ、この要件が満たされていないことの認定根拠となる²⁶²⁾。

しかし、このような裁判例に対して、事実認定や法解釈の容易な事案にのみ救済の利用を限定するのは制度の効用を狭めるものである、との批判がなされている²⁶³⁾。かかる考慮から、本案審理に値するような「重大な問題」を提示すれば、その問題について重大な事実上又は法律上の争いがあったとしても、他の要件の立証状況によっては、なお予備的差止命令を認めるべき、との立場が生じてくる。

立証が緩和される場合 比較衡量テスト・スライド基準 ある要件の立証が薄弱でも、他の立証が強力であれば、総合的にみて発令を正当化する状況を認定できる、とのアプローチを採用する立場がある。そのような立場によれば、証明が必要となる勝訴可能性の程度は、他の事情（当該事案における回復不能の被害の性質及び程度）に応じて異なってくる。本案勝訴可能性の立証を、回復不能の被害や比較衡量の立証と関連させる

請求する者に課される責任は、自己の請求する救済を受けられる合理的可能性を示す一応有利な事件を立証することである。」(Crowther v. Seaborg, 415 F. 2d 437, 439 (10th Cir. 1969) を引用)]; Abdul Wali v. Coughlin, 754 F. 2d 1015, 1025 (2d Cir. 1985) [本案に勝訴しそうなことを示そうとする「申立人は、勝訴が絶対に確実 (absolute certainty) であることを示す必要はない。」]; W. Va. Highlands Conservancy v. Island Creek Coal Co., 441 F. 2d 232, 235 (4th Cir. 1971) [原告は「予備的差止命令の発令を受けるために、救済を受ける絶対的な権利 (absolute right to the relief) があることを証明する必要はない。『推定的な権利 (probable right)』だけを証明すればよい。」].

262) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 3. さらに一部の裁判所は、そのような事実上の争いや困難な法律問題がある場合には、予備的差止命令の申立て自体を却下すべきであるとしている。

263) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 3.

アプローチを採る場合、申立人が被害の比較衡量において自分の決定的優位性を証明できた場合、本案勝訴可能性の要件については、本案勝訴の合理的可能性までは要求されず、本案審理に付すべき重大な問題を提示するだけでよいことになる。

各要件は独立していることを前提としながらも、相互に影響を受けるとするアプローチは、比較衡量テスト・スライド基準と称され、多くのサーキットにおいて採用されている²⁶⁴⁾。各サーキットにおいて、比較衡量テスト・スライド基準がどのように使われているか、またそれらの評価について検討する必要がある。これらの点については、4要件についてふれた後で詳しく論ずることとする。

立証が厳格化される場合 立証が厳格化される事件類型 歴史的に裁判所が敬遠してきた類型の差止命令、例えば、政府の法令行為の予備的差止命令、命令的差止命令、申立人の請求する救済のすべてを認める予備的差止命令であり、かつ、その後の本案判決により回復が不能のもの、については、申立人は本案勝訴の実質的可能性を要求されることが多い。

その他 制定法が予備的差止命令を明文で認める場合、勝訴可能性の立証が緩和されることがある²⁶⁵⁾。証券取引委員会が予備的差止命令を申し立てた事件において、裁判所は、同委員会が予備的差止命令を取得するに際して、当該広告が虚偽であり、それにより公衆が影響を受けると信じるだけの合理的な請求原因があることを示すだけでよい、との判断を示している²⁶⁶⁾。

264) 連邦裁判所における予備的差止命令の審査基準につき、拙稿・大阪経大論集 62巻5号(2012)59頁以下。

265) Developments in the Law Injunctions, supra note 46, at 1059.

266) FTC v. Rhodes Pharmacal Co., 191 F. 2d 744 (7th Cir. 1951).

(d) 発令要件 3 比較衡量 (Balancing the Harms (or Hardship) to Parties)

(イ) 意義

差止命令の認否の判断にあたり、裁判所は通常、命令を拒否した場合に申立人が受ける被害と、命令を認容した場合に関係者が受けるであろう被害とを、比較衡量する²⁶⁷⁾。これは「被害の比較衡量」といわれている²⁶⁸⁾。各側への潜在的被害を衡量し、被告側が優位と判断された場合、申立ては拒絶される²⁶⁹⁾。比較衡量は、予備的差止命令の判断において最も重要な要件

267) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 2; 13 Moore's Federal Practice § 65.22 [1][e]; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 128; *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414, 440 (1944) [裁判所は、当事者の利益、及び差止命令の認否が当事者に与える影響としての潜在的被害を、比較衡量しなければならない。]。

Winter ケースは、各事案において裁判所は競合する被害の主張を利益衡量し、求められた救済の認否が各当事者に与える影響について考慮しなければならない、との判断を示している。*Winter v. NRDC*, 555 U.S. 7, 129 S. Ct. 365, 172 L. Ed. 2d 249, 263 (2008) [*Amoco Prod. Co. v. Village of Gambell*, 480 U.S. 531, 542, 107 S. Ct. 1396, 94 L. Ed. 2d 542 (1987) (前掲 [3] ケース) を引用]。

268) Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 128-29.

269) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2; 13 Moore's Federal Practice § 65.22 [1][e] [「差止命令が否定された場合に申立人が被る困難が、差止命令を認容したときに相手方が被る困難を上回る場合、予備的差止命令を認めることができる。差止命令を認容したときに相手方が被る困難が、差止命令を否定されたときに申立人が被るべき困難を上回る場合、予備的差止命令は否定されなければならない。」]; See e.g., *Godinez v. Lane*, 733 F. 2d 1250, 1261 (7th Cir. 1984) [監獄職員の負担はいかなる被害をも優越するとして、在監者保護を監獄職員に命じた予備的差止命令が不当とされた。]; *American Motorcyclist Ass'n v. Watt*, 714 F. 2d 962, 966-967 (9th Cir. 1983) [脆弱な砂漠資源に恒久的な被害を及ぼすとの政府の主張が優越するとして、政府の環境計画の実施を停止させる予備的差止命令を拒否したのは適切とされた。]。

である、ともいわれている²⁷⁰⁾。

誤った判断をするという危険から、予備的段階での救済は望ましくない面もあるが、これを認めなければ申立人に回復不能の被害が生ずる危険があり、他方で、これを認めた場合には相手方に回復不能の被害を生じさせる危険がある。かかる危険は担保提供により軽減されることはあるが、消滅させることはできない²⁷¹⁾。結局、裁判所は申立人側と相手方の被害を比較衡量して判断するほかはない²⁷²⁾。

270) Hughes Network Sys., Inc. v. InterDigital Commc'ns Corp., 17 F. 3d 691, 693 (4th Cir. 1994) [「原告と被告が受ける被害を比較した結果到達される『不利益の衡量 (balance of hardships)』は最も重要な決定要因である。』]。

271) Laycock, supra note 128, at 113.

272) Laycock, supra note 128, at 113; 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2947 [本案請求について終局的判断がなされる前に裁判所が介入することは正当化されない。(これは終局的判断がなされたときに明らかになるが) 被告に被害をあたえることがしばしばある。従って、予備的差止命令は、効果的に事件を解決する裁判所の能力を保全する政策が、終局的判断前に暫定的に被告にかかる制限を課す危険より優先される場合に、適切ということになる。]; See also, Illinois Tool Works, Inc. v. Grip-Pak, Inc., 906 F. 2d 679, 683 (Fed. Cir. 1990) [「『予備的差止命令』の発令は、『ドラスティックな救済である』。さらに、本案訴訟前に市場から自己商品を一時的に回収するよう強制される製造者が受ける不利益 (hardship) は、破滅的 (devastating) となる可能性が高い。他方で、特許権の有効性と特許侵害に関する強度の勝訴可能性を示した特許権者が、差止命令を拒否された場合に受ける、期間制限のある財産上の排他的権利の行使 (exercise of his limited-in-time property right to exclude) が遅延することの不利益も、発生頻度が高く、被告の不利益と同等に深刻である。どちらの不利益も、すべての事案において決定的要素とはなりえない。裁判所は、予想される不利益を衡量しなければならないから、少なくとも、本案訴訟においてどのような判断が示されるのかという観点から、申立人による勝訴可能性の立証を考慮しなければならない。しかし、その勝訴可能性の立証如何にかかわらず、全事情を考慮した上で衡平に適うの

(ロ) 被告側に生じる回復不能の被害

差止命令により被告側に重い負担をかけることが予想される場合、本案判決前に当事者の自由を制限すべきでないという法理の重要性が増すことになる²⁷³⁾。そのことから、以下のような回復不能の被害が被告側に生ずると予想される場合、通常は発令を拒絶する正当な根拠となる²⁷⁴⁾。

営業への決定的な被害 裁判所は、被告の営業に決定的な被害を与え、おそれのある差止命令については、発令に消極的である。決定的な被害とは、たとえば、営業停止 (shutting down business) や倒産である²⁷⁵⁾。

であれば、予備的差止命令を拒絶する自由が裁判所に残されていなければならない。」]

273) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 2.

274) Stoll-DeBell, supra note 113, at 129; IT Corp. v. County of Imperial, 35 Cal. 3d 63, 73 n. 6, 672 P. 2d 121, 128 n. 6 (1983) [予備的差止命令の基準は「最終的に本案訴訟において勝訴するかもしれない被告を予備的差止命令が生じさせる深刻又は回復不能の被害から」保護するものでなければならない。]

275) Stoll-DeBell, supra note 113, at 130; Virginia Carolina Tools, Inc. v. International Tool Supply, Inc., 984 F. 2d 113 (4th Cir.1993) [営業譲渡に関する紛争において、購入予定者たる原告が、当該紛争が解決するまで他に営業を譲渡しないよう売却予定者たる被告に命ずる予備的差止命令を求めた。原告は、差止命令が認められなければ、販売権、売上、多額の割引額、移転費用を失い、かつブランドに傷がつく、と主張した。裁判所は、被告の販売を禁止すれば、被告が支払不能の状態に陥る危険があるとして、申立てを却下した。]; Wells Fargo & Co. v. WhenU. com, Inc., 293 F. Supp. 2d 734. 771-73 (E.D. Mich. 2003) [裁判所は、原告が商標権侵害に関する勝訴可能性を立証していないこと、被害の比較衡量において原告優位でないことを理由に、インターネットの「ポップアップ」による比較広告サービスの提供を主たる営業とする企業に対する差止命令を拒否した。そこでは、差止命令によって、既存の広告主との顧客関係が破壊され新規顧客の開拓能力が阻害される

ことにより、被告の営業に重大な影響を及ぼす可能性があるため、被害の比較衡量は被告優位であるとされた。その理由として裁判所は、差止命令が発令されたら、広告主との間に確立している顧客関係が乱れ、新規の広告主の獲得が困難となり、被告の営業に大きなダメージを与えること、被告の損失は、回復に数年を要するであろう顧客喪失のみならず、特別に訓練された有能なスタッフが流出し、再び戻ってこない危険があること、加えて、当該差止命令は、比較広告を消滅させることにより、競争プロセスの完全性 (integrity of the competitive process) を脅かすものである等の理由をあげた。]; Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC, 283 F. 3d 490, 492 (2d Cir. 2002) [予備的差止命令の申立てを却下した原決定を是認して、以下のように述べた。「予備的差止命令の発令要件のうち少なくとも第2要件を充足する方法の代替方法 (例えば、訴訟をするもっともな事情があるとするだけの本案へ進むべき深刻な問題 (serious questions going to the merits to make them a fair ground for litigation) があること、及び不利益の比較衡量が明らかに申立人側優位に傾いていることを十分に立証すること) についていえば、本件における不利益の比較衡量は、被上訴人優位に傾いている。Random House は電子書籍の販売に関する同社のグッドウィルへの被害を主張しているが、Rosetta は、その営業の全てを電子書籍に依存しており、当該命令が発令された場合、営業停止が少なくとも同様の契約をしている著者全員について営業を失うことになるというもっともな主張をしている。」]; Gonnocci Trust v. Three M Tool & Mach., 2003 U.S. Dist. LEXIS 24425, at *25-26 (E.D. Mich. June 23, 2003) [「原告は、被告の『財務状況』、及びライセンス提供ができなくなると主張するだけで証拠を提出していないことから、裁判所は、不利益の比較衡量は全体的に見て被告優位であると判断した。非難されている被告製品の製造は被告の営業の30%を占めるに過ぎないが、被告の財務状況を考慮すれば、その30%の損失で被告が廃業に追い込まれるのは必至である。これにより、不利益の比較衡量は原告の申立てを支持しない方向に傾いている。」]; Corbitt Mfg. Co. v. GSO Am., Inc., 197 F. Supp. 2d 1368, 1380 (S.D. Ga. 2002) [「被害の比較衡量はGSO優位である。GSOの従業員の証言によれば、予備的差止命令はGSOを営業廃止に追い込む恐れがある。GSOは現在、在庫の中に『浮かないマルチ (NON-FLOATING

裁判所は、被告の受ける被害を考慮する際、原告と被告の企業規模や実力を考慮することがある²⁷⁶⁾。たとえば、原告が有名な大企業であるのに対して、被告が小規模の企業や新規企業である場合、被告側の被害がより大きいと判断して、被害の比較衡量を被告優位に決定することもある²⁷⁷⁾。

mulch)。(プラスチック製農業用被覆材)を約200万袋保有している。この製品を再包装・再発送したなら費用は200万ドル近くになると評価される。Corbittはこれらの実態についていくつかの証言をしているものの、GSOの信用とグッドウィルに生ずべき損害を否定する証拠を提出してはいない。GSOは、製品をリコールしたなら、顧客はGSOへの信頼を失うことについて合理的な説明をしている。製品をリコールした場合、GSOは受注できなくなるが、春はマルチの販売にとって決定的な時期である。GSOの従業員の証言によれば、GSOの年間売上げの80%はその時期に生ずるとされる。従って、その時期に顧客に製品を提供できなければ、GSOの今後に破壊的なダメージをあたえることになる。」]; *NewLeaf Designs, LLC v. BestBins Corp.*, 168 F. Supp. 2d 1039, 1046 (D. Minn. 2001) [「BestBinsは、差止命令が発令された場合、同社は廃業の危機に陥ると主張する。BestBinsは、設立したての会社ゆえ、[会社経営のための資金は]投資家の出資と銀行のローンに依存していると述べている。同社の新製品(そして唯一の製品)であるBestBinsを売り込み・販売する機会を失えば、同社は金利の支払いや必要な事業資金を捻出するのに必要な利益を出すことができなくなる。従って、差止命令が発せられた場合にBestBinsが受ける被害は、相当に深刻なものとなる。NewLeafは、被告のような説得的な議論をしていない。従って裁判所は、かかる要因は比較衡量をもって予備的差止命令を否定的な方向に大きく傾けるものと認める。」].

276) *Stoll-DeBell*, supra note 113, at 129

277) *Stoll-DeBell*, supra note 113, at 129; *Bell & Howell Document Mgmt. Prods. Co. v. Altek Sys.*, 132 F. 3d 701, 704 (Fed. Cir. 1997) [「我々は、原審が当事者の規模を考慮したことが誤った判断とは考えない。当事者間の衡平の考慮に際して、当事者の規模のみで判断したのであれば誤りであろうが、原審はそうではない。原審は、当事者の規模のみに着目していたのでは

また裁判所は、被告への被害を考慮する際、被告が係争製品の開発や市場開拓に投入した投資額を考慮するのが普通である。被告が当該事業に多くの投資をしている場合、被害の比較衡量は発令拒絶に傾く²⁷⁸⁾。

なく、申立拒絶が Bell & Howell に与える影響と、申立認容が Keystone に与える影響とを考慮したのである。そして原審は、Bell & Howell が予備的差止命令を認めてもらえない場合に受ける損害は最小限度に限られるのに対して、Keystone は予備的差止命令が発せられたなら倒産に至る危険性が高いと判断した。これらの事項は適切な考慮要素であり……その考慮が裁量権の逸脱とはならない。しかしながら、Keystone が『小規模』であって予備的差止命令により倒産に至るだろうという事実があるからといて、予備的差止命令の認否に関する他の3要素が比較衡量のバランスを Bell & Howell に有利に傾けさせている場合にまで、Keystone は差止めから無縁となるわけではない。小規模会社は、小規模という理由のみによって、特許侵害について特別な権利を享受するものではない。]; International Jensen, Inc. v. Metrosound U.S.A., Inc., 4 F. 3d 819, 827 (9th Cir. 1993) [裁判所は、次のような理由から予備的差止命令の申立てを拒絶した。「裁判所は、困難性の比較衡量をするにあたり、予備的差止命令の認否が各当事者に与える影響を考慮しなければならない。従って、各企業の相対的規模と強さはこの審査と関連する。Metrosound が Jensen よりも小規模かつ新規な企業であり、Jensen が精力的に商標権の請求を擁護しなかったために、原審は比較衡量のバランスを Jensen 優位にとらなかったのである。我々は、この原審の判断をかき乱す (disturb) ことはできない。].

278) Stoll-DeBell, supra note 113, at 131 ; Edge Wireless, LLC v. United States Cellular Corp., 312 F. Supp. 2d 1325, 1336 (D. Or. 2003) [裁判所は、係争商標の使用を禁止した場合、被告は相当の被害を受けるとして、広範な予備的差止命令の発令を認めなかった。同事件において、被告は当該商標の開発と売り込みに相当の投資を行っている一方、原告は比較的小規模な市場で被告と競合しているにすぎず、また原告はその競合市場において当該商標の売出しを開始していなかった。また裁判所は、商標侵害は事実に関する争いであり、訴訟の予備的段階で決定することができない、とも述べた。裁判所は、広範な命令を認めることはせずに、原告と直接競合する市場に関してのみ、

生命への被害 差止命令により人や動物の生命に被害が生ずべき場合、被害の比較衡量は発令拒絶に傾く²⁷⁹⁾。

被告による当該商標の売出し・販売促進・広告を禁止する、限定された予備的差止命令を認めた。]; Caterpillar Inc. v. Walt Disney Co., 287 F. Supp. 2d 913, 922-23 (C.D. Ill. 2003) [被告は製品の売り込みのためにオフシーズン中に全国的キャンペーンを行ったが、差止命令はそのキャンペーンに費やされた時間と費用をすべて無駄なものにしてしまう、として裁判所は被害の比較衡量を被告優位に判断した。].

279) Stoll-DeBell, supra note 113, at 132; D.A.B.E., Inc. v. City of Toledo, 292 F. Supp. 2d 968, 975 (N.D. Ohio 2003) [レストランでの喫煙を禁止する条例の執行停止を求める申立てにおいて、裁判所は、差止命令が従業員や非喫煙客の健康に被害を及ぼすという理由で、この申立てを却下した。裁判所は、被害の比較衡量に関して、次のように述べた。

「原告の宣誓供述書によれば、原告は条例施行の結果として経済損失を被り又は被る可能性が高いが、その影響を本案請求の成功の不確実性と対比すれば、原告に条例の施行の差止めを認めることはできない。たとえ重大なものであるにせよ、被害を理由に、それ以外の点では法的に有効な条例であると考えられるものの執行を停止すべきではない。……記録によれば、差止命令による救済は、特に2つの方向性において、他者に被害を与える可能性がある。第1に、原告のバーやレストランにおいて有害な環境たばこ煙にさらされ続けることにより非喫煙のトレド市民が受ける被害、第2に、条例により設定された実施メカニズムへの被害、である。後者の被害の方が重要性は低く、孤立は重要ではない。

しかし、従業員や非喫煙者に対する環境たばこ煙の有害の影響に関するブライス博士の争いのない証言は、非常に重要である。同証言は、30分間に環境たばこ煙にさらされた場合の生物学的影響を証明している。また同証言は、受動喫煙に特有の有害な化学物質と発がん性物質の混成について証明している。法的に有効な条例を差し止めることは、被害のバランスという点において、原告施設に居る非喫煙客と従業員に耐え難い被害をもたらすと考えられる。この要因もまた、差止命令を拒絶する方向に傾かせる。」]; Miccosukee

その他の考慮点 発令に際して、裁判所は以下の点も考慮する。

- ・担保提供 原告が被告の受ける被害の全部又は一部を補償できる担保金を提供することが、比較衡量を原告優位に傾ける場合がある²⁸⁰⁾。
- ・申立ての遅滞 原告が、被害を知ってから遅滞なく予備的差止命令の申立てを行わなかった場合、原告が受けた被害は深刻でないことを根

Tribe of Indians v. United States, 2003 U.S. Dist. LEXIS 2255, at *9-11 (S.D. Fla. Feb. 5, 2003) [裁判所は、差止命令が絶滅危惧種に害を与える可能性がある旨の証拠を被告が提出したことを理由に、予備的差止命令の申立ての却下を提言した。特に原告は、ケーブセーブル海岸ハマヒメドリを保護するために被告がたてた中間事業計画が water conservation area の水位を下げるであろうことを理由に、中間事業計画の差止めを求めていた。裁判所は、差止命令がハマヒメドリに被害を与える危険があること、さらには同区域の水位は実際のところ減るよりむしろ増えていることを理由に、被害の衡量を被告優位と認定した。]; Water Keeper Alliance v. United States DoD, 271 F. 3d 21, 34 (1st Cir. 2001) [第1巡回区連邦控訴裁判所は、海軍が絶滅危惧種保護法 (Endangered Species Act) の下で Vieques 島で暫定的に演習をするのを差し止める予備的差止命令の申立てを却下した原審の判断を是認した。同裁判所は、絶滅危惧種に最大限の配慮を要請するべきとの先例を踏まえながらも、軍事演習を差し止める命令による被害は、海軍が主張するように国家安全に関わるものであり、絶滅危惧種への被害に優越するとの判断を示した。].

- 280) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 2; Ohio Oil Co. v. Conway, 279 U.S. 813 (1929) [「予備的差止命令の申立てが提起する問題が重大であり、かつ原告がその申立てを否定された後に本案勝訴した場合に原告が被るべき被害が確かかつ回復不能のものであるのに対して、同様の場合に被告が被るべき被害が重大でなく、かつ担保金により十分に補償できる場合、予備的差止命令を認めるのが普通である。」].

Medical Soc. of New York v. Toia, 560 F. 2d 535, 538 (2d Cir. 1977) [「当該暫定的救済の認容によって担保提供では補償できないような悪影響が公益に及びそうな場合、原告はより大きな説得責任を果たすことになる。」].

抛づける証拠と捉えられることがある²⁸¹⁾。

- ・自招の被害 被告が自ら招いた被害や被告の責めに帰すべき被害については、比較衡量に際して考慮されないことがありうる²⁸²⁾。裁判例は、これを肯定するもの²⁸³⁾と否定するもの²⁸⁴⁾とに分かれる。

281) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 1.

282) Stoll-DeBell, supra note 113, at 133.

283) *Pharmacia Corp. v. Glaxo Smith Kline Consumer Healthcare, L.P.*, 292 F. Supp. 2d 594, 609 (D.N.J. 2003) [被告は多くの医者が被告製品 (nicotine replacement) を選好しているとのコマーシャル ("Revised Smart Choice" commercial) をしていたが、裁判所は次のように述べて、その広告の差止命令の申立てについて、被害の比較衡量を申立人側優位に認定した。「GSKCHがその "Revised Smart Choice" のコマーシャルを使用できなくなることによる被害については、虚偽の主張をした被告自身の不当行為が原因である。従って、裁判所は、かかる被害を考慮しない。差止命令による救済がなければシェアを喪失するという Pharmacia の被るべき被害の方が、差止命令の救済により GSKCH が受けるいずれの被害よりも大きい。」]; *Barrett v. W. Chester Univ. of Pa. of the State Sys. of Higher Educ.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 21095, at *50 (E.D. Pa. Nov. 12, 2003) [「我々は、WCU が困難な経済状態にあることを自認していることは理解する。しかし我々は WCU が事故の内部委員会に警告を発してこの問題を回避できたと考える。WCU はそのことの潜在的意味を完全に理解しながら、この法廷にそれをもちこむ判断を意図的になしたのである。」]; *Lawler Mfg. Co. v. Bradley Corp.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 14197, at *99-100 (S.D. Ind. Apr. 26, 2000) [「Bradley の受ける被害は、多くの部分において、自招のものであって Lawler の差止命令の請求に関する裁判所の認定範囲をより狭くすることで最小限にできるものであるから、被害のバランスは大いに Lawler 側に傾いている。」]; *Ty, Inc. v. Jones Group Inc.*, 237 F. 3d 891, 903 (7th Cir. 2001) [「Beanie Babies」なる商標を使用する原告が、被告による「Beanie Racers」という商標の使用を禁止する予備的差止命令を求めた事件において、控訴裁判所は、被告がその商標を採用する際に原告が同じ商標を使用していることを知って

いたことを理由に、当該申立てを認容した治安判事の決定を是認した。裁判所は、「被告は当該商品の製造販売前に法律家の助言を求めていたが、それによって、被告が Ty の商品の存在及び『Beanie Racers』と『Beanie Babies』の両商標に混同を生ずるおそれがあったことを認識していたという事実が希薄化されることはない」とした。さらに、原告が被告に警告文を発して提訴の可能性を予め警告していたところ、「そのような警告にもかかわらず、当該製品について法的措置を講じられ財務的にマイナスな結果を招来する危険を十分認識しながら」、被告は『Beanie Racers』製品の生産を進めたのである、とした。そして、これらの事実をふまえ、「自らその道を選択した」Jones は「いまさら費用がかかりすぎて後戻りすることができないと主張することはできない。」と述べて、比較衡量のバランスを判令優位に判断した。]; Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharms. Co., 290 F. 3d 578, 596 (3d Cir. 2002) [原告は、ミラントという胃腸薬(制酸薬)(Mylanta antacid product)は「夜間に強(Night Time Strength)」く、夜間業務の際にとりわけ有効である旨の虚偽広告を被告がしているとして、被告を提訴した。裁判所は、被告側の潜在的被害を考慮しなかった。その理由の一つとして、「被告が財務上の損失を受けたとしても、それは被告が自社製品を『夜間に強い』と銘打った自分の判断の結果であって、自ら招いたものである。」という点を挙げた。]; Baskin-Robbins Inc. v. Patel, 264 F. Supp. 2d 607, 611 (N.D. Ill. 2003) [原告が、元加盟店が同一地域においてアイスクリーム・ショップの運営を続けることを禁止する予備的差止命令を求めた。裁判所は、回復不能の被害に関して、営業移転に多大なコストがかかるとの被告の主張は、被告が2度にわたって紛争解決のチャンス逃したこと、コストを最小限に抑えるため現地にどまった事実があることから説得的であるとはいえない、と述べた。]

- 284) Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F. 3d 264, 284 (4th Cir. 2002) [「我々は、被告の受ける被害の問題につき、地方裁判所がこれを不当に軽く扱ったとの被告の主張に同意する。被告の被害、とりわけ虚偽広告事件における被害に関しては、ほとんど常に被告自身が作出したものととして扱われることとなりうる。この自作の被害が重視されないとすれば、地方裁判所が本件において示したように、被害のバランスは常に原告優位に傾くことになり、予備

- ・ 命令的差止命令・ 本案判決と同等の結果を認める差止命令 裁判所は、差止命令の内容が、特定の行為を命じるものや、本案において勝訴した場合に得られる救済を認める場合、一般的に被告への負担が重いと考える傾向にあり、発令に慎重な態度をとっている²⁸⁵⁾。

本稿は、平成 24 年度科学研究費補助金 (学術研究助成基金助成金 (基盤研究 (c) : 課題番号 24530106) および全国銀行学術研究振興財団助成金による研究成果の一部である。

的差止命令を非常の救済から恒例行事 (routine occurrence) へと変容させる結果となろう。そして被害の比較衡量という要件の背後にある目的を考えれば、差止命令が発令されたときに被告が被るべき被害を自作のものとして排除することが誤りであることは明らかである。」]

- 285) これら 2 つの問題は常に関連するものではないが、命令的差止命令が求められる際、裁判所はそれらをまとめて論ずることが多い。命令的差止命令は禁止的差止命令よりも被告に与える負担が重く、また終局判決と同内容を認める差止命令は一時的にせよ被告に不相応の負担を強いるものであると論じられている。しかし、被告の受ける被害を考慮した後、それでもバランスが原告側に優位と認められ、かつ他の要件も満たしているのなら、それによって原告が一時的に本案請求と同内容の救済を得られるとしても、予備的差止命令を認めるべきであろう。同様に、原告側に十分にやむを得ない事情がある場合には、すべからず命令的差止命令が認められているようである。以上につき、11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948. 2.