

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(7)

——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

- I. 問題の所在
- II. 差止命令 (Injunction) の史的素描と類型的考察
- III. 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 卷 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 卷 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
 - (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，法経論集194号）
 - (e) 発令要件4—公益（以上，法経論集195号）
 - (f) その他の考慮要因（以上，法経論集196号）
 - (4) 予備的差止命令発令の各要件の相互関係と審査基準（以上，本号）
 - (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
- IV. 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
 - V. 仮制止命令（Temporary Restraining Order）の構造と展開
 - VI. 中間的差止命令手続の紛争解決機能
 - VII. 結論

(4) 予備的差止命令発令の各要件の相互関係と審査基準

(a) 各要件の相互関係と審査基準

(イ) 総論

ここまで、予備的差止命令の発令要件である、回復不能の被害³³⁵⁾、本案勝訴可能性³³⁶⁾、比較衡量³³⁷⁾、公益³³⁸⁾、そして、その他の考慮要因³³⁹⁾について、個別に検討してきた。これらの要件が相互にどのような関係をもち、またどのように評価されるのかについては、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³⁴⁰⁾。以下では、それらの理解を助けるいくつかの観点と、各巡回区の解釈をみていくこととする。

(ロ) 立証目標の数による区別

立証目標の数に着目すると、4部構成テスト、3部構成テスト、2部構成テスト、そして5部構成テストに区別することができる³⁴¹⁾。複数の基準を併用する裁判所もある³⁴²⁾。

① 4部構成テスト

4部構成テスト(Four-Part Test)とは、以下の4つの立証目標により構成する審査基準である³⁴³⁾。この基準が最も一般的であると言われている³⁴⁴⁾。4部構成テストは、伝統的4部構成テスト(Traditional Four-Part Test)と称されることがある。伝統的とは、エクイティ上の起源に基づいている、という趣旨である³⁴⁵⁾。

- ・ 本案勝訴の見込み (the movant's likelihood of success on the merits)
- ・ 予備的差止命令がない場合の回復不能の被害の見込み (the likelihood of irreparable harm absent preliminary injunctive relief)
- ・ 申立人と相手方の被害の衡量 (the balance of harms between the movant and nonmovant)
- ・ 公益 (the public interest)

335) 拙稿・法経論集193号(2012)86頁以下。

336) 拙稿・法経論集194号(2013)32頁以下。

337) 拙稿・法経論集194号(2013)38頁以下。

338) 拙稿・法経論集195号(2013)44頁以下。

339) 拙稿・法経論集196号(2013)2頁以下。

340) 連邦控訴裁判所における予備的差止命令の審査基準を概観したものとして、拙稿・大阪経大論集62巻5号(2012)59頁以下。Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 19-20.

341) Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 20.

342) *Id.*

343) *Id.*

② 3部構成テスト

3部構成テスト (Three-Part Test *or* Alternative Three-Part Test) は、以下の基準による³⁴⁶⁾。

- ・回復不能の被害 (that it is subject to irreparable harm)
- ・以下のうちいずれか1つの充足 本案勝訴の見込みが高いこと (that it will likely succeed on the merits), 又は, 本案審理に付すべき重大

344) 予備的差止命令の審査基準は, 正確に言えば, 巡回区ごとに様々に分かれているが, 裁判所は一般的に, 申立人の本案勝訴可能性と相手方の行為により生ずる回復不能の被害の脅威を考慮する。具体的にみると, 裁判所は以下のような衡平上の要件 (equitable factors) を審査する。すなわち, (1) 申立人の勝訴可能性 (本案勝訴の見込み), (2) 予備的差止命令の請求が拒否された場合に申立人が受ける被害の可能性, (3) 当事者間の困難と非当事者の受ける困難を併せた困難の比較衡量, (4) 予備的差止命令の認否が公共政策に及ぼす影響, という4要件である。以上につき, 13 Moore's Federal Practice § 65.22; 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948; Stoll-DeBell, *supra* note 113 at 20; 1-7 Federal Litigation Guide § 7.31; Bates, *supra* note 170 at 1522-23; Amoco Production Co. v. Gambell, 480 U.S. 531, 546 n. 12 (1987) (前掲 [3] ケース) [予備的差止命令の基準は「原告が本案請求について実際の勝訴ではなく勝訴の見込み (likelihood of success) を立証すべきだということを除けば, 基本的に永久的差止命令のそれと同じである。」]; Winter v. Natural resources Defense Council, Inc. 555 U.S. 7, 129 S. Ct. 365, 172 L. Ed. 2d 249 (2008).

Leubsdorfによれば, irreparable injury の要件は Mogg v. Mogg, Dick. 670, 21 Eng. Rep. 432 (Ch. 1786)等に, strength of the plaintiff's case の要件は Field v. Jackson, Dick. 599, 21 Eng. Rep. 404 (Ch. 1782)等に既に現れており, また balancing of convenience の萌芽は Hills v. University of Oxford, 1 Vern. 275, 23 Eng. Rep. 467 (Ch. 1684)に既に見られるという。Leubsdorf, *supra* note 12, at 527-28 n. 20-22.

345) Stoll-DeBell, *supra* note, 113 at 20.

346) Stoll-DeBell, *supra* note, 113 at 21.

な問題があり、かつ被害の比較衡量において決定的に優位であること
(that there are sufficiently serious questions going to the merits of the case to make them a fair ground for litigation and that a balancing of the hardships tips 'decidedly' in favor of the moving party)

③ 2部構成テスト

2部構成テスト (Two-Part Test *or* Two-Prong Test) は、以下の2つの立証目標により構成する審査基準である³⁴⁷⁾。申立人は2つのうちのいずれかを選択して証明することができる。

- ・ 本案勝訴の蓋然性と回復不能の被害の可能性の評価 (a combination of probable success on the merits and the possibility of irreparable harm)
- ・ 重大な問題の存在、及び被害の比較衡量における優位 (that serious questions are raised and the balance of hardships tips in its favor)

④ 5部構成テスト

5部構成テスト (Five-Part Test) は、以下の5つの立証目標により構成する審査基準である³⁴⁸⁾。このテストは、審査基準を2つに分け、本案勝訴の見込み、コモン・ロー上に適切な救済がないこと、回復不能の被害の3つを第1段階の入口審査とし、それが満たされた場合には、第2段階の衡量審査においてすべての要件を総合判断する。

- ・ 申立人の本案勝訴の合理的な見込み (reasonable likelihood of success on the merits of the underlying claim)
- ・ コモン・ロー上に適切な救済がないこと (no adequate remedy at law)
- ・ 予備的差止命令が認められない場合の回復不能の被害 (irreparable harm if the injunction is not granted)

347) *Id.*

348) Stoll-DeBell, *supra* note 113 at 21-22.

以上の3要件の立証をみて発令が適切と判断される場合、裁判所は以下の評価に進む。

- ・各当事者の被害 (the potential harms to the parties)
- ・公益考慮 (the public interest considerations)
- + 第1段階の審査の評価

(ハ) 各要件の証明の影響関係

ひとつの要件の立証が他の要件の立証に影響するかについて、つぎのようなアプローチの違いがある。

① 順次アプローチ

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アプローチがある³⁴⁹⁾。このようなアプローチは、順次アプローチ (sequential approach) と呼ばれることがある。申立人は各要件を所定のレベルまでそれぞれ証明しなければならず、1つでも弱い立証があると、それだけを理由に救済を拒絶される³⁵⁰⁾。各要件の間の立証上の相互補完を認めないので、後述の比較衡量テストに比べて、予備的差止命令の取得が困難とされ

349) Thomas E. Patterson, *supra* note 287, at 32-33. 第5, 第11連邦巡回区はこの立場とされる。See, Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 21 n. 8

Bates は、「第1, 第5, 第11, 及び連邦の巡回区は最も厳格な基準 (rigid standard) を採用し、4つのファクターを要件 (elements) として扱い、予備的差止命令を認める前に各要因をそれぞれ分析するよう地方裁判所に要求している」と述べる。Bates, *supra* note 170 at 1534.

350) Mississippi Women's Medical Clinic v. McMillan, 866 F. 2d 788, 790-91 (5th Cir. 1989); Walgreen Co. v. Hood, 275 F. 3d 475, 477 (5th Cir. 2001); Horton v. City of St. Augustine, 272 F. 3d 1318, 1326 (11th Cir. 2001); Zenith Radio Corp. v. U.S., 710 F. 2d 806, 809 (Fed. Cir. 1983); Jack Guttman, Inc. v. Kopykake Enters., Inc., 302 F. 3d 1352, 1356 (Fed. Cir. 2002).

る³⁵¹⁾。順次アプローチは、暫定的救済の非常性およびそれに基づく明らかな立証の必要性を根拠とするようである。

② 比較衡量アプローチ・スライド基準

各要件は独立しているが相互に影響を受ける、とするアプローチがある³⁵²⁾。このようなアプローチは、比較衡量アプローチ (balancing approach) と呼ばれることがある。これによれば、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認定できるのであれば、それで救済を認めることができる。とくに、ある要件の立証の度合いと他の要件の立証の度合いとの間に相関関係を認める方式、すなわち、1つの要件を強く証明すると他の立証に必要な程度は弱くなる、という要件相互の関係を認める審理方法をスライド基準 (sliding scale) という³⁵³⁾。例えば、本案

351) 多くの裁判例が原告は各要件を別個に立証しなければならないという現実的でない基準を採用していることを指摘し、これを批判する見解もみられる。Laycock, *supra* note 128, at 118.

352) Thomas E. Patterson, *supra* note 287, at 33; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 20 n. 7.

353) Thomas E. Patterson, *supra* note 287, at 34; Laycock, *supra* note 128, at 118; Bates, *supra* note 170, at 1528.

実務上、これら4要件のうちのどれを強調するかについては裁判所ごとに様々であり、多くの裁判所はひとつの要件の強さと他の要件の弱さとを比較衡量している。このアプローチは、「スライド基準」と呼ばれる。以上につき、Bates, *supra* note 170, at 1528.

スライド基準を採用する典型的な巡回区は、第2、第7、第9の巡回区である。See e.g., *Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell* (Wild Rockies II), 632 F. 3d 1127, 1131 (9th Cir. 2011) [スライド基準によれば、「予備的差止命令の要素は比較衡量され、ひとつの要素の強い立証は他の要素の弱い立証を補完することがありうる。】; see also, *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*, 206 F. 2d 738, 740 (2d Cir. 1953) [「困難性のバランスが圧倒的に原告優位である場合……原告は、深刻、根本的、困難、かつ不確実なために、訴訟を行いより入念な調査をする公正な基礎

勝訴の可能性を強く証明した場合、被害の比較衡量における優位性や回復不能の被害の証明は弱くてよい、ということになる³⁵⁴⁾。このようなアプローチは、エクイティの柔軟性と衡平性（個別事案における結論の正しさ）を根拠とするようである³⁵⁵⁾。とくに、事案の性質上、1つの要件の証明が

となるのに十分な、本案に付すべき問題（questions going to merits）を提示すれば通常は十分であろう。]、

Oklahoma ex rel. Oklahoma Tax Comm'n ケースにおいて第10巡回区は、「原告が、回復不能の被害、被害の衡量、及び公益について原告優位であることを強く証明できた場合、予備的差止命令のテストは修正され、原告は、重大、実質的、困難、かつ疑義があるために、その争点を成熟させ、さらなる慎重な調査を正当化するような、本案に付すべき問題を示すだけで、本案勝訴の要件を満たすことができる」と述べた。Oklahoma ex rel. Oklahoma Tax Comm'n v. International Registration Plan, Inc., 455 F. 3d 1107, 1112-13 (10th Cir. 2006)。

Scotts Co ケースは、「被害の衡量が『原告側に決定的に（decidedly）優位である』場合、典型的には、あとは『非常に重大、実質的、困難、かつ疑義があるために、その争点を成熟させ、さらなる慎重な調査を正当化するような、本案に付すべき問題を原告が提示していること』を示すだけで十分であろう。しかし困難性の衡量が原告と被告とで実質的に同等である場合、『勝訴の蓋然性（probability of success）は現実的な意義をもつようになり、暫定的救済を発するためには勝訴の見込み（likelihood of success）の明らかな立証が必要となってくる場合が多い』」と述べる。Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F. 3d 264, 271 (4th Cir. 2002)。

See also, Doran v. Salem Inn, Inc., 422 U.S. 922, 931 (1975) ; Sampson v. Murray, 415 U.S. 61, 90 n. 63 (1974)。

354) Laycock, *supra* note 128, at 118; Bates, *supra* note 170, at 1523.

355) Dataphase Sys ケースにおいて第8巡回区は、「蓋然性テストの硬直的適用（wooden application of the probability）を防ぐのは、まさに予備的差止命令の申立ての審査の特質である。……この手続のエクイティ上の性質が、各事案に特殊な状況をも十分視野に入れられる、柔軟なアプローチを裁判所に要求するのである」と述べる。Dataphase Sys., Inc. v. C L Sys., Inc., 640 F. 2d 109, 113 (8th Cir. 1981) (en banc)。

See also, Miller v. French, 530 U.S. 327, 361 (2000) (Breyer, J., *dissenting*) [「一

非常に困難な場合でも、暫定的救済の取得を可能ならしめる効果がある³⁵⁶⁾。各事案の特性に柔軟に対応できるというメリットもあるが、恣意的な判断がなされる危険も払拭できない。そもそも本案勝訴可能性の少ないケースにおいて予備的救済を認めてよいかという制度目的論的な疑問もある³⁵⁷⁾。また、スライド基準は最近の最高裁ケースにより否定されたのではないか

定の状況において、正義は異なる事案に異なる扱いをするのに柔軟性を必要とする。これは、エクイティそれ自身の基礎となる原理でもある。]; Holmberg v. Armbrecht, 327 U.S. 392, 396 (1946) [「エクイティは機械的規則を嫌い、柔軟性を基礎とする。」]。

- 356) 本案勝訴の見込み(likelihood)の審査において、本案に付すべき重大な問題のテストを認める巡回区では、裁判所はより総合的かつ最終的に衡平に適う分析をすることができ、原告はディスカバリー段階に進み、本案の主張を根拠づけるのに不可欠な証拠にアクセスすることができる。Bates, *supra* note 170, at 1546.
- 357) 予備的救済の制度目的は、本案の救済を有効に言い渡す能力の保全であるから、本案で敗訴すべき者のために「その者が将来勝訴した際にその勝訴判決の実効性がないと困る」という心配をするのはナンセンスである、とも言える。

多少ニュアンスは異なるが、Denlowは、「予備的差止命令の申立てを判断するどの裁判所も、スライド方式、及び2部構成テスト、3部構成テスト、4部構成比較衡量テストを採用すべきではない。スライド基準アプローチは、回復不能の被害の強い立証がある限りにおいて、本案勝訴のチャンスが50%未満の当事者にさえ、申立てにおける成功を与えるのだろう。その申立人はトライアルで勝訴する見込みがないのだから、これは司法プロセスの不正取得(manipulate)であって、限りある裁判所の価値ある時間の浪費である」と述べる。Denlow, *supra* note 107, at 538.

これに対してBatesは次のように反論する。Denlow判事の議論は、予備的差止命令の審査段階で50%超の本案勝訴の見込みを立証できない申立人はトライアルでも勝訴できないであろう、との推論に基づくものであるが、実際にはその段階の当事者は推論で主張していることが多い。トライアルの結果が明白な事例ならともかく、そうでなければ、トライアルに付すべき重要な問題を提起したかどうかを問題とした方が妥当なことが多い。Bates, *supra* note 170, at 1555.

との見方もある³⁵⁸⁾。

③ Leubsdorf = Posner の定式

Leubsdorf は、本案勝訴可能性と回復不能の被害との間に相関関係を認める。彼によれば、勝訴可能性の立証の程度と回復不能の立証程度とが相関関係にあることの意味は、裁判所による介入の正当化にある。つまりスライド基準によれば、本案勝訴の可能性が低ければ低いほど回復不能の被害の程度は大きくなければならないが、これは、各当事者が受ける被害は、その者の勝訴可能性が低いほど、「受けて当然」ということになり、考察の価値を失っていく、との考察に基づく³⁵⁹⁾。そして Leubsdorf は、予備的差止命令の認否判断のポイントは、発生する回復不能の被害の最小化であり、両当事者に生ずる被害を比較してそれが少ない方を選択することであると³⁶⁰⁾。この認否判断のポイントを Posner は、次のように定式化した³⁶¹⁾。

358) 第 2, 第 7, 第 9 巡回区の控訴裁判所は、Winter ケースはスライド基準を否定していないと解し、従来採っていたアプローチを Winter ケースの意に沿うように調整してスライド基準の使用を続けている。それに対して第 4 巡回区は、Winter ケースはスライド基準を否定したものと解している。Bates, *supra* note 170, at 1538.

359) Leubsdorf, *supra* note 12, at 541-42.

スライド基準の隠れた論理は、各側への被害の危険はその被害が法的に正当化される可能性、つまりその側が最終的に本案で敗訴する可能性により減殺される、というものであるとの指摘もある。Laycock, *supra* note 128, at 118.

360) Leubsdorf は、予備的差止命令の認否判断における裁判官の目標を、判断の誤り（これは性急な判断によりしばしば生ずる）から生じる、ありうる回復不能な権利喪失を最小化すること（to minimize the probable irreparable loss of rights）であると³⁶¹⁾した。Leubsdorf, *supra* note 12, at 540-42.

この見解を採用する裁判例もみられる。IT Corp. v. County of Imperial, 35 Cal. 3d 63, 73, 672 P. 2d 121, 127, 196 Cal. Rptr. 715, 721 (1983); Packaging Indus. Group, Inc. v. Cheney, 380 Mass. 609, 617, 405 N. E. 2d 106, 111-12 (1980); Pickering & Co., Inc. v. E. V. Game, Inc., 482 F. Supp. 1111, 1112-13 (E. D. N. Y.

1980).

これに対して Silberman は、例えば勝訴可能性(見込み)は著しく低い被害の程度は著しく大きい場合、Leubsdorf と Posner の基準によれば予備的差止命令が認容される場合もありうるどころ、裁判所は、本案で勝敗が逆転する可能性の高い事案においては、予備的差止命令を出さないのが通常であろう、と批判する。Linda J. Silberman, *The Seventh Circuit Symposium INJUNCTIONS BY THE NUMBERS: LESS THAN THE SUM OF ITS PARTS*, 63 Chi.-Kent L. Rev. 279, 305 (1987).

この批判に対し Laycock は、かかる事案における発令の適切性は当該事案の具体的事実を見なければ判断が困難とした上で、通常の民事事件では本案判決前に圧倒的な被害が生ずる事例自体あまり想定できないとする。しかし、死刑執行の差止事例においては、勝訴可能性が薄くても差止めを認めるべきであるとする。Laycock, *supra* note 128, at 119.

- 361) Posner 判事は、American Hospital Supply Corp ケースにおいて、この定式は「数量分析という拘束を判断者に強いるものではなく、裁判所が考慮すべき要因を簡潔に示し、……それらの相互関係を説明することにより、判断者の分析を助けるためのものである」と述べた。American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd., 780 F. 2d 589, 593 (7th Cir. 1986).

American Hospital Supply Corp ケースは、Roland Machinery ケースを引用する。

Roland Machinery ケースにおいて、Posner 判事は、「裁判所は原告がある程度の勝訴の見込み (show some likelihood of success) を示したなら、その勝訴の見込み (likely) の程度を決定しなければならない。なぜなら、それが相対的な被害の比較衡量に影響するからである。……原告の勝訴見込み (likely) が高ければ高いほど、被害の比較衡量において原告が優位である必要がなくなる。原告の勝訴の見込みが低ければ低いほど、比較衡量において原告は優位である必要が出てくる。これが最も重要な原理であり、この巡回区〔第7巡回区〕やその他の巡回区の裁判例および学説により十分に支持されるところである」と述べている。Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc., 749 F. 2d 380, 382-88 (7th Cir. 1984).

Posner 判事の見解を引用し、回復不能の被害の要件を、被害の比較衡量の要件

$P \times H_p > (1 - P) \times H_d$ (P:原告の本案勝訴可能性(蓋然性), H_p :原告が発令を拒絶されることによって被る回復不能の被害, H_d :被告が認容によって被る回復不能の被害)

これによれば, 予備的差止命令の申立てにおける判断の本質は, 発令しない場合に原告が受ける不当な被害の大きさ ($P \times H_p$) と, 発令した場合に被告が受ける不当な被害の大きさ ($(1 - P) \times H_d$) の比較衡量である(本案敗訴当事者が受けた被害は, 受けてしかるべき被害であるから, 不当な被害とはいえない)。結局, 裁判所は一般的に, 将来どちらが勝つかを予想した上で, 原告が被る不当と予想される被害の大きさと, 被告が被る不当と予測される被害の大きさを比べて, 発生する可能性のある被害を最小化するような判断をすべきということになる。

(二) 各要因の評価と比重

比較衡量アプローチを採る裁判所でも, 1つ又は複数の要件を最重要又は命令取得の最低条件 (sine qua non) とするものがある³⁶²⁾。

に吸収できるとする見解がある。Frederic L. Kirgis, *Fuzzy Logic and the Sliding Scale Theorem*, 53 Ala. L. Rev. 421, 437 (2002).

しかし, 回復不能の被害の要件は, 単純な(予測損害額)×(発生可能性)の問題ではなく, 状況の緊急性や手段の相当性などを考慮する要件であり, 比較衡量の要件に吸収しきれものではないように思われる。

もっとも, Winter ケース (Winter v. Natural resources Defense Council, Inc. 555 U.S. 7, 129 S.Ct. 365, 172 L.Ed. 2d 249 (2008).) は, 回復不能の被害の要件を比較衡量の要件にリンクさせて判断しており, 両要件の審査は密接な関係を有しているといえる。

362) 第3, 第4, 第6, 第8, コロンビア特別巡回区の連邦控訴裁判所は全ての要件を平等に比較衡量する方式を採るが, 第1, 第3, 第10巡回区の控訴裁判所は1つ又は2つの要件を特に重視する方式を採るようである。Stoll-DeBell, *supra* note

① 最低条件とされる要件 本案勝訴の見込みを最低条件とするもの³⁶³⁾、回復不能の被害を最低条件とするもの³⁶⁴⁾、その両者を最低条件とするもの³⁶⁵⁾、がある。

② 重く評価される要件 本案勝訴の見込みを重視するもの³⁶⁶⁾、被害の比較衡量を重視するもの³⁶⁷⁾、回復不能の被害と本案勝訴の見込みを重視するもの³⁶⁸⁾、がある。

(b) 各連邦裁判所が採用する基準

(イ) 最高裁判所の判断—Winter ケースの検討—

各要件の相互関係と審査基準を検討する上で参考となる最高裁判例³⁶⁹⁾

113, at 20.

実務上、4要件のいずれを強調するののかについては各巡回区によって様々である。Bates, *supra* note 170, at 1528.

363) *E.g.*, New Comm Wireless Servs. v. Sprintcom, Inc., 287 F. 3d 1, 9 (1st Cir. 2002).

364) *E.g.*, Siegel v. LePore, 234 F. 3d 1163, 1176 (11th Cir. 2000).

365) *E.g.*, Adams v. Freedom Forge Corp., 204 F. 3d 475, 484 (3d Cir. 2000).

Girl Scouts of Manitou Council, Inc ケースにおいて第7巡回区は、入口要件として、「回復不能の被害、コモン・ロー上の救済の不存在、及び本案勝訴の見込み (likelihood of succeeding on the merits)」が必要であると述べた。Girl Scouts of Manitou Council, Inc. v. Girl Scouts of U.S.A., 549 F. 3d 1079, 1085-1086 (7th Cir. 2008); Anton/Bauer, Inc. v. PAG, Ltd., 329 F. 3d 1343, 1348 (Fed. Cir. 2003).

366) *E.g.*, Michigan State AFL-CIO v. Miller, 103 F. 3d 1240, 1249 (6th Cir. 1997); Pathfinder Communications Corp. v. Midwest Communications Co., 593 F. Supp. 281, 282 (N. D. Ind. 1984).

367) *E.g.*, Vargas-Figueroa v. Saldana, 826 F. 2d 160, 162 (1st Cir. 1987).

368) *E.g.*, Glaxo, Inc. v. Heckler, 623 F. Supp. 69, 70 (E. D. N. C. 1985).

369) Ohio Oil Co. v. Conway, 279 U.S. 813 (1929); Mazurek v. Armstrong, 520 U.S. 968 (1997); Munaf v. Geren, 553 U.S. 674 (2008); Nken v. Holder, 556 U.S. 418 (2009); eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C. 126 S. Ct. 1837 (2006) (前掲[5]ケー

のうち、近時の重要事例と目されている Winter ケース³⁷⁰⁾ を見ておくことにする。同ケースは、原告である自然資源保護協議会 (Natural Resources Defense Council) が海軍長官 (Secretary of the Navy) を被告として、海軍の軍事演習の差止めを求めた事例である。同ケースの特殊性や射程をめぐる議論はあろうが、同ケースを概観しておくことは重要であると思われる。

Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc. 事件

【事実の概要】 原告である Natural Resources Defense Council (以下、「NRDC」) は、海軍が対潜水艦戦略として mid-frequency active (以下、「MFA」) ソナーを使用して軍事演習することの停止を求めて提訴した。

ス、永久的差止命令の事例である)。

Mazurek v. Armstrong 事件を概観しておくことにする。

モンタナ州は、妊娠中絶実施を認可を受けた医師に限定する法案 (Mont. Code Ann. § 50-20-109 (1995)) を可決した。モンタナ州の内科医および助手らがこれに異議を唱え、予備的差止命令を求めた。最高裁判所は、妊娠中絶方法の制限は患者に「不合理な負担 (undue burden)」を課すのでない限り合憲である旨を判示していた (Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), 906 F. Supp. 561, 567 (Mont. 1995).) が、地方裁判所は、内科医らはモンタナ法が「不合理な負担」に該当することについて、勝訴可能性を全く証明していない (had not established any likelihood of prevailing) として予備的救済を認めなかった。第 9 巡回区控訴裁判所は、内科医らは「勝訴の衡平なチャンス」を示しており (had shown a fair chance of success on the merits of their claim), 予備的差止命令の前提条件 (threshold requirement) を満たしたとして、地裁判決を取り消し、差し戻した。裁量上訴が認められ、最高裁判所は、当該条件が中絶を望む女性に相当の障害をもたらすことについての証拠が不十分であるとした地方裁判所の結論を控訴裁判所も争っていない、と述べて予備的差止命令は不要であるとした。

370) Winter v. Natural resources Defense Council, Inc. 555 U.S. 7, 129 S. Ct. 365, 172 L. Ed. 2d 249 (2008).

原告らは、ソナー使用により、海洋哺乳類に永続的聴覚障害、減圧症、行動障害などの被害が生じ、また海軍はかかる演習を行う前に、1969年国家環境政策法(The National Environmental Policy Act of 1969)(以下、「NEPA」)の要求する環境アセスメントを実施し、環境影響報告書(Environmental Impact Statement)(以下、「EIS」)を作成するべきところ、それを用意していないことが違法であると主張した。

1972年海洋哺乳類保護法(The Marine Mammal Protection Act of 1972)(以下、「MMPA」)は、海洋哺乳類の捕捉を一般的に禁止している(但し、国防長官(Secretary of Defense)は、「国防に必要な場合には、いかなる行為又は行為群(Category of Actions)もMMPAの例外とする」ことができるとされており、2007年1月、国防副長官(長官を代理)は、海軍の本件訓練演習に関して、2年間のMMPAの例外を認めた)。

NEPAは、「人間環境の質に重大な影響を与えるすべての主要な連邦の行為について、できる限り完全な」EISを準備するよう要求している。但し、簡略な影響調査(shorter environmental assessment)(以下、「EA」)によって懸案の行為が環境に重大な影響を与えないと判断した場合には、完全なEISを準備する必要はないことになっていた。2007年2月、海軍は2009年1月中に予定された14の南カリフォルニアの軍事演習は環境に重大な影響を及ぼさないと結論づけるEAを発表した。

この海軍のEA発表のすぐ後、原告らは、南カリフォルニアの演習はNEPA、1973年絶滅危惧種保護法(the Endangered Species Act of 1973)(以下、「ESA」)、1972沿岸域管理法(the Coastal Zone Management Act of 1972)(以下、「CZMA」)に違反すると主張して、宣言的救済および差止命令による救済を求めた。地方裁判所は、残りの訓練期間中のMFAソナーの使用を禁止する予備的差止命令を認めた。地方裁判所は、NEPAとCZMAに関する主張について原告は「勝訴の蓋然性を証明した(demonstrated a probability of success)」とし、また、第9巡回区控訴裁判所の先

例の下で、少なくとも環境への回復不能の被害の「可能性 (possibility)」を証明したのであるから、エクイティ上の救済は適切であるとした。そして、訴訟記録上の科学研究、専門家の供述、及びその他の証拠によると、事実上環境への回復不能の被害は「確実に近い (near certainty)」ものがあり、海軍に生ずるいかなる被害よりも重大である、と結論づけた。

海軍は、差止命令の執行停止を求めて緊急上訴 (emergency appeal) した。口頭審理 (hearing oral argument) の後、控訴裁判所は、予備的差止命令は適切であるとして地方裁判所の判断を支持した。しかし、同裁判所は、南カリフォルニアでの MFA ソナーの使用を無制限に禁止する差止命令は過大であるとして、「海軍がその下で演習できるような緩和条件を提示すべく差止命令を縮小させるため」事件を地方裁判所に差し戻した。

差し戻審において地方裁判所は、6つの条件からなる緩和方法に従う限りにおいて海軍に MFA ソナーの使用を認める新たな予備的差止命令を発した。海軍は、6つの条件のうちの、①〔6つの条件のうちの5番目の条件〕海洋哺乳類が艦艇から2,200ヤード以内に現れた場合には MFA ソナーをストップする、②〔6つの条件のうちの6番目の条件〕強力な表層ダクト (significant surface ducting) 条件の下では MFA ソナーを6デシベルまで落とす (隣接階層の温度差によりそうならない場合を除く) という、最後の2条件について上訴した。

その後、海軍は、行政府に救済を求めた。それを受けて、大統領は 16 U. S. C. § 1456 (c)(1)(B) に基づいて、CZMA の規制から海軍を除外した。§ 1456 (c)(1)(B) は、当該活動が「合衆国の最上の利益に資する (in the paramount interest of the United States)」場合に例外を認めているところ、大統領は、海軍により制限された演習の継続は「国防の核心 (essential to national security)」であるとした。大統領は、地方裁判所の差止命令に従うと「打撃群 (strike groups) ……の戦闘効率を (combat effectiveness) 確保するために必要な実戦的訓練演習を実施する海軍の能力が弱体化する

だろう」と結論づけた。

それと同時に、環境問題諮問委員会 (the Council on Environmental Quality) (以下、「CEQ」) は、「緊急状況 (emergency circumstances)」に照らして、海軍が NEPA の遵守に対する「代替措置 (alternative arrangements)」を実施するのを認めた。同委員会は、地方裁判所の命令は「打撃群ができる限り完全な作戦として演習を行いそれが認定されなくなる重大かつ不合理な危険」を創設しているとして、この代替措置を適切と決定した。この代替措置の下、海軍は、MMPA の規制免除と相まって採用される緩和手続 (mitigation procedures) に従って、演習を実施することが許されることになる。

海軍はその後、これらの活動に鑑みて、2,200 ヤードのソナー切断区域と表層ダクト条件での演習の制限に関する地方裁判所の差止命令の取消しを求める申立てを行った。地方裁判所はこれを拒否し、控訴裁判所も原審を是認した。第9巡回区控訴裁判所は、「緊急状況」制度に関する CEQ の解釈の合法性について、「重大な問題 (serious question)」があると判示した。とくに同裁判所は、海軍が最初に南カリフォルニアでの演習を計画した時に NEPA の遵守義務を警告されていたことを踏まえれば、この事件に本当に「緊急性」があったのかを疑問視し、当事者の訴訟の経緯に照らして、予備的差止命令は全く予測可能であったと結論づけた。また同裁判所は、海軍が南カリフォルニアでの訓練演習について完全な EIS を準備するよう要求されるという原告らの主張について、原告らは本案勝訴の見込み (likelihood of success) を証明した、と結論づけた。控訴裁判所は、環境への重大な影響はないと認定した海軍の EA は、「大雑把で、証拠の裏付けを欠き、又は説得力のない」ものだとした地方裁判所の判断を支持した。

さらに控訴裁判所は、回復不能の被害の可能性 (possibility) についても原告らは証明責任を果たしたものと認めた (同裁判所は、海軍自身の理解においても、訓練の実施は 564 件の身体上の被害を引き起こしたであろう

し、また海洋哺乳類の行動に17万件の混乱を引き起こすだろうとされている、と述べた)。最後に、同裁判所は、被害の比較衡量と公益の要件について原告側の優位を認めた。同裁判所は、海軍が未だ地方裁判所の要求する手続の下で演習を実施していないことを理由に、海軍の訓練演習への悪影響は「推論的 (speculative)」であることを強調し、地方裁判所は問題となる競合利益を適切に比較衡量したと結論づけた。被告側が最高裁判所に上告。最高裁判所は裁量上訴を受理した。

【判旨】 破棄・差戻

[ROBERTS 首席裁判官の法廷意見] (SCALIA, KENNEDY, THOMAS, ALITO 裁判官)

「予備的差止命令を求める原告は、本案勝訴の見込みがあること (he is likely to succeed on the merits)、予備的救済がなければ回復不能の被害を受ける見込みがあること (he is likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief)、被害の比較衡量において優位であること (the balance of equities tips in his favor)、そして、差止命令が公益に資すること (that an injunction is in the public interest) を証明しなければならない。〔傍線筆者〕 ……

地方裁判所と第9巡回区控訴裁判所は、原告が本案勝訴の強い見込み (strong likelihood of prevailing on the merits) を証明した場合、予備的差止命令は回復不能の被害の『可能性 (possibility)』に基づいて認めることができる、と判示した。〔傍線筆者〕 ……

海軍は、原告らは予備的救済を取得するために単なる可能性 (just a possibility) ではなく、回復不能の被害が生ずる見込み (likelihood) を証明しなければならないと主張して、この認定を争っている。……

我々は、第9巡回区控訴裁判所による『可能性 (possibility)』基準は寛大に過ぎるという点で、海軍に賛成する。我々が頻繁に再現してきた基準では、予備的救済を求める原告は、差止命令がなければ回復不能の被害の

見込み (that irreparable injury is likely) を証明する必要がある。……回復不能の被害の可能性 (possibility) のみに基づいて予備的差止命令を発することは、差止命令の救済の性質を、原告がそのような救済を受ける資格があることを明らかに立証した場合に限り与えられる非常の救済と捉えている我々の理解にそぐわない。〔傍線筆者〕 *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968, 972, 117 S. Ct. 1865, 138 L. Ed. 2d 162 (1997) (per curiam)……。

次節で論ずるように、たとえ原告が海軍の訓練演習により生ずる回復不能の被害を立証したとしても、そのようないかなる被害も、海兵隊員 (sailors) の効果的、実戦的な訓練に関する公衆の利益や海軍の利益に優越される。これらの要件を適切に考慮するだけでも、求められた差止命令の救済を拒絶せざるを得ない。〔傍線筆者〕かかる理由から、我々は、原告が本案勝訴の見込み (likelihood of success on the merits) を証明したとの下級審の判断には立ち入らない。

予備的差止命令は、非常の救済であり、権利として与えられるものではない。裁判所は各事案において、『対立する双方の被害の主張を比較衡量し、求められた救済の認否により各当事者に生ずる影響を考慮しなければならない』。……『エクイティ裁判所は、その健全な裁量権の行使にあたり、差止命令という非常の救済を採用する際の公衆への影響 (public consequences) についても特別な関心を払うべきである』。……本件において地方裁判所及び第9巡回区控訴裁判所は、予備的差止命令が海軍の実戦的訓練演習を実施する能力にかかる負担及び差止命令の及ぼす国防に関する公衆の利益への悪影響について、とりわけ低く評価している。……

本件は、『軍事力の組織、訓練、装備、統率に関する複雑微妙かつ専門的な決定』が含まれ、それは、『本質的に軍事の専門的判断である』……我々は『特定の軍事上の利益の相対的重要性に関しては、軍当局の専門的判断を大いに尊重する』。

これらの利益は、本裁判所に適法に提出された環境上、科学上及びレクリエーション上の利益に対して生ずる被害より優越していると言わざるを得ない。……

我々は、〔原告らの主張する〕これらの利益の重要性について疑義を差し挟まないが、本件における全体的な公益を考慮すると、海軍側がかなり優位であるとの結論に至る。原告らにとり、最も深刻な被害とは、彼らが研究し観察する未知数の海洋哺乳類への被害であろう。それに対して、十分に訓練されていない対潜水艦部隊を配置するよう海軍に強いることは、艦隊を危険にさらすことになる。アクティブ・ソナーだけが、敵のディーゼル発電潜水艦を探索・追跡する唯一の現実的な技術であり、最高司令官たる大統領が、アクティブ・ソナーによる訓練を『国防の核心』と決定したのである。

実戦的状况の下でアクティブ・ソナーを使用する訓練演習を実施することの公益は、原告らの宣伝する利益よりも明らかに重要である。もちろん、軍の利益が常にその他の政策考慮に優越するわけではなく、我々もそうと考えていない。しかし、本件において公益がどこにあるかの適切な決定は、伯仲した問題として我々には映らない。

予備的差止命令を認めるかどうかを決定する際の、衡平の比較衡量や公益評価の重要性にもかかわらず、地方裁判所は大雑把な形で考慮要件に対応した。地方裁判所によるこれらの考慮要件に対する全議論は、次の一文のみである。すなわち『裁判所はまた、環境、原告、公益に対する被害は、被告が、効果的な緩和手法を使用しないときに、限られた期間に一つの州の一部における正規活動の一部において、MFA ソナーの使用を禁じられた場合に受ける被害よりも重大であるから、困難性の衡量は差止命令の発令を支持するものと認める』。前の第9巡回区控訴裁判所が地方裁判所のオリジナルの予備的差止命令を停止させる際に述べたように、『地方裁判

所は公益要件に真剣な考察を加えていない』。差戻後の地方裁判所の命令もこの欠陥を何ら治癒しておらず、旧命令と同じ文章をただ正確に繰り返したにすぎない。その後の第9巡回区控訴裁判所は、地方裁判所の裁量権の審査として意見を構成しているが、その裁量権はかろうじてここで行使されている。

控訴裁判所は、当該予備的差止命令は実際に訓練を実施し攻撃群に保証を与える海軍の能力に多くの負担を課すものではないとの見解に大きく依拠して、衡平の比較衡量及び公益は原告側を支持するものと判示している。同裁判所は、海軍がまだ当該手続の下で〔訓練を〕実施していないことを理由に、海軍の懸念を『推測的 (speculative)』と考えた。しかし、原告が被告の行為を変更する差止的救済を求める場合には、ほとんど常にそうであろう。下級審は、海軍が南カリフォルニアで実施する訓練演習の有効性を当該予備的差止命令がどれほど減殺するかについて、senior Navy officers の専門的予測判断に適切な敬讓を払うことを怠った。See Wright & Miller § 2948.2, at 167-68.

上述したように、我々は基礎にある原告の請求の実体 (merits of plaintiffs claims) には応答しない。……

同時に、我々の述べてきたことに照らせば、本案に関する終局判断の後に永久的差止命令を認めることもまた、予備的差止命令と同様に、裁量権の濫用となろう。差止命令は、エクイティ上の裁量事項であって、本案勝訴により当然に得られるものではない。Romero-Barcelo, 456 U.S., at 313, 102 S. Ct. 1798 (『Chancellor として臨席する連邦裁判官は、違法があるたびに機械的に差止命令を認めるよう義務付けられない』)。

上で審査した要件 (衡平の比較衡量と公益) は、いかなる予備的又は永久的差止命令の救済の適否を判断する際にも、関連するものである。〔傍線筆者〕 See *Amoco Production Co.*, 480 U.S., at 546, n. 12, 107 S. Ct. 1396

（『予備的差止命令の基準は、原告が実際の勝訴ではなく本案勝訴の可能性 (likelihood) を立証しなければならないことを除いて、本質的に永久的差止命令のそれと同様である。』）……

我々は、原告の海洋哺乳類に関する環境上、科学上、及びレクリエーション上の利益の重要性を低く評価するものではない。しかしそれらの利益よりも、海軍が敵潜水艦の与える脅威を無力化する能力を確保するための実戦的な訓練演習を実施する海軍の必要性の方が、明らかに優越する。地方裁判所は 2,200 ヤードの区域を設け、強力な表層ダクト条件の下で MFA ソナーの出力を落とすよう要求した点で、その裁量権を濫用した。」

〔BREYER 裁判官の一部同意・一部反対意見〕 (STEVENS 裁判官同調)

地方裁判所が示した 6 条件のうち、被告が従えないとした、地海洋哺乳類が艦艇から 2,200 ヤード以内に現れた場合には MFA ソナーをストップする、強力な表層ダクト条件の下では MFA ソナーを 6 デシベルまで落とす、という 2 条件に修正を加えた連邦控訴裁判所の決定案 (518 F. 3d 704 (9th. Cir. 2008)) が妥当である。その修正案とは、前者につき、それが訓練演習の重要な場面に差し掛かっている場合を中止の例外とする、後者につき、海洋哺乳類が接近している場合のみ出力を弱めるというものである。EIS が準備されるまでこの条件で対応すべきである。

〔GINSBURG 裁判官の反対意見〕 (SOUTER 裁判官同調)

「柔軟性はエクイティ管轄権の特質である。……裁判所は、このようなエクイティの特質に合わせて、訴訟人はエクイティ上の救済を取得する際には一律にあらかじめ定められた特定量の立証をしなければならないとはしてこなかった。その代わりに、裁判所は『スライド基準 (sliding scale)』に基づいてエクイティ上の救済の請求を評価してきた。そのスライド基準によれば、勝訴の見込みがとても高い (likelihood of success is very high) ときには、被害の見込み (likelihood of harm) は低くてもなお救済を認めることもある。11A C. Wright, A. Miller, & M. Kane, Federal Practice and

Procedure § 2948.3, p. 195 (2d ed. 1995). 本裁判所はこのような定式を否定したことはなかったし、今日も否定していないと私は考える。[傍線筆者]

エクイティの柔軟性は NEPA の文脈でも重要である。EIS は環境被害を発見する (*uncovering*) ための手段であるから、環境訴訟の原告は、被害の見込み (*likelihood of harm*) の立証よりも、勝訴の蓋然性 (*probability of success*) により依拠する 경우가多々あろう。救済は『単に遠い将来の被害の可能性を防止するためだけに (*simply to prevent the possibility of some remote future injury*)』与えられない、としたのは正しい。『しかし、その被害は、申立人がすでに被り又は被ることが確実な場合である必要はない。トライアル前の回復不能の被害の強いおそれがあれば十分な基礎となる』。Wright, A. Miller, *supra*, § 2948.1, at 155-156. 私は、NRDC は必要な立証をなしたとする地方裁判所の判旨に賛成する。……

見込みのある実質的な環境被害 (*likely, substantial harm*)、NEPA の主張の実体 (NEPA は EIS の準備を海軍に請求できる) に関する必勝に近い可能性、その訴訟の経緯、及び公益に鑑みれば、私は地方裁判所が課した緩和条件が裁量権の濫用を示唆するものと考えることができない。Cf. *Amoco Production Co. v. Gambell*, 480 U. S. 531, 545, 107 S. Ct. 1396, 94 L. Ed. 2d 542 (1987) (『環境への被害は、その性質上、金銭賠償により完全に救済できる場合は少なく、しばしば永久的で、よくても長期間にわたる(これは結局、回復不能ということである) ことが多い』)。

このような理由で、私は原審を是認する。

【若干の検討】

Winter ケースにおいて最高裁判所は、予備的差止命令の認否を判断する際の 4 つの要件をあらためて提示し、回復不能の被害の立証は被害が発生する「可能性 (*possibility*)」の立証では足りず、回復不能の被害の「見

込み (likely)」の立証でなければならないこと、公益要件の不充足のみを理由として救済を拒絶できること、軍や公衆の国防上の利益（及びそれへの侵害）に関しては、軍の専門的判断を尊重しなければならないこと等を明らかにした。

本ケースの判断枠組みについてみると、最高裁判所は4要件を提示した後、まず、回復不能の被害の審査に入っている。回復不能の被害の立証については、地方裁判所と第9巡回区控訴裁判所が示した、原告が本案勝訴の強い見込み (strong likelihood of prevailing on the merits) を証明した場合、被害の「可能性」を証明すればよい、とする基準は寛大に過ぎると批判し、命令がなければ回復不能の被害の生ずる「見込み」があることを証明する必要があるとした。最高裁判所は、回復不能の被害の「可能性」と「見込み」の程度の違いに言及しているものの、本案勝訴可能性の立証度と回復不能の被害の立証度との間に相関関係を認める審査方法の適否については言及していない。

最高裁判所は、たとえ回復不能の被害の立証がなされたとしても、その被害よりも公益は優越するものであり、公益要件の不充足のみを理由に救済を拒絶できるとし、これを理由に本案勝訴可能性の審査を回避している。そして、比較衡量の審査において、未知数の海洋哺乳類が被る被害に比べ、軍事演習の利益の方が優越しているとの判断を示し、軍事演習の利益が優越することの理由づけとして、さらに公益の考慮を加えている。

予備的差止命令による救済の適否の判断において、比較衡量と公益の2要件が関連して審査されることは、本ケースが先例³⁷¹⁾を引用して述べているところであるが³⁷²⁾、本ケースは、比較衡量の審査の場面において、回

371) Amoco Production Co ケース (前掲 [3] ケース) を引用する。Amoco Production Co., 480 U.S., at 546, n. 12, 107 S. Ct. 1396.

372) Winter, 555 U.S. at 32.

復不能の被害の要件を重複判断している³⁷³⁾。本ケースにおいて最高裁判所は、回復不能の被害、比較衡量、公益の要件を厳格に区別せずに判断しているように思われる。回復不能の被害と比較衡量を実質的に一体の要件と捉え（回復不能の被害の要件を比較衡量の要件に吸収させるような審理を行っている）、この一体化された要件に公益の観点を加えて判断したとみることができる。かかる判断は、本ケースにおける原告の利益と海軍の利益が正面から対立するものであったことに起因するように思われる。回復不能の被害と比較衡量を同一化して判断し、それに公益の判断を加えることにより、対立する原告の利益と、公益ともいべき海軍の利益を直接対比させて判断したとみることもできよう（最高裁判所は公益の不充足のみを理由に救済を拒絶できるとしながら、それを理由にストレートな判断をするのではなく、被告の利益を回復不能の被害、比較衡量、公益により構成される総合利益とみて、それを原告の利益と対比して判断している）。そうだとすれば、回復不能の被害の「見込み」の立証は極めて困難なものとなるが、回復不能の被害、比較衡量、公益の3要件を調整して判断している点で、比較衡量テストやスライド基準は否定されていないとの見方も可能となろう。本ケースにおいて最高裁判所が本案勝訴可能性の要件を判断した場合、他の要件との関係をどのように捉えたのか明らかではないが、非常に重要かつ興味深い論点であった。

法廷意見は、本案勝訴の見込みの立証基準、及び比較衡量テストやスライド基準の適用の是非について、具体的な判断を示さなかった。Ginsburg 判事の反対意見によれば、最高裁判所は、スライド基準を否定しては

373) 本ケースを評釈された大林准教授は、比較衡量の場面においても、不特定多数の海洋哺乳類が被害を被る可能性よりも演習の利益のほうが重要であるとしていることから、損害の生じる可能性を利益の重要性にリンクさせている、と指摘される。大林啓吾「判批」アメリカ法 2009(2)(2010) 421 頁。

おらず、本案勝訴の見込みの立証が高いときは、回復不能の被害の見込みが低くても救済を認めることができる、としている。これをどのように考えるべきか。最高裁判所は4要件を示し、公益要件の不充足のみを理由に救済を拒絶できると述べているものの、順次アプローチを厳格に適用すべきと明言していないこと、本案勝訴可能性の立証度と回復不能の被害の立証度との間に相関関係を認める審査方法を否定することを明言していないこと、軍の利益が常に他の政策考慮に優越するわけではないと明言していること、そして、回復不能の被害、比較衡量、公益の判断を厳格に区別することなくそれぞれの要件をリンクさせて判断していること等をふまえると、反対意見は説得的である。

反対意見はエクイティの柔軟性を強調するものであり、評価できる。しかし、本ケースのような政策考慮をめぐる事例において、本ケースの判断枠組みが適用され審査されるとすれば、反対意見のような、本案勝訴（本案勝訴の見込み）に力点を置いて判断する、との解釈が認められる余地は少なくなろう³⁷⁴⁾。

とはいえ、公益要件の審理が問題とならない事例や、本案勝訴可能性の考慮において公益を考慮すれば足りるような事例においては、反対意見の解釈が採られる可能性は残されていよう（本件の公益を特別に優越的な価値をもつ公益であるとみればなおさらである）。

本ケースの基準は各巡回区の判断基準と異なる点も多く、その位置づけ

374) 反対意見に対して次のような反論がなされている。「GINSBURG 裁判官の反対意見の大半は、本案に費やされている。我々は、たとえ原告らが基礎となる本案において正しいとしても、述べられた理由により、本件で認められた差止命令の救済を裁量権の濫用と認める。差止命令に関して、反対意見は海軍の利益にほとんど言及していない。我々は、これらの利益、及び報告された国防に対する危険は、比較衡量上の反対側にある被害を明らかに優越する〔傍線筆者〕ものと認める。」

Winter, 555 U.S. at 31, n. 5.

が問題となるところ、本ケースを4部構成テスト・順次アプローチを採ることを宣明した事例とみることは妥当でないように思われる。本ケースの射程距離の問題と関連して、4要件の相互関係と審査基準をめぐる議論は引き続きなされるように思われる。

(ロ) 控訴裁判所における解釈

各巡回区における4要件の相互関係と審査基準についてみることにする。その際、上記 Winter ケースとの関係に留意しながら検討する。

① 第1巡回区控訴裁判所

第1巡回区控訴裁判所は、伝統的4部構成テスト (traditional four-part test) を適用する³⁷⁵⁾。第1巡回区は、各要件の相互比較を行う³⁷⁶⁾。4部構

375) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 22.

Planned Parenthood League ケースは、「第1巡回区においては、原告は予備的差止命令を取得するためには4つの基準 (four criteria) を満たさなければならない。すなわち裁判所は、(1) その差止命令が認められないと原告が回復不能の被害を受けること、(2) かかる被害は、差止命令を認めた場合に被告が受けるいかなる被害よりも重大であること、(3) 原告が本案に勝訴する見込み (likelihood) を示したこと、及び(4) その差止命令の認容により公益に悪影響が生じないこと、を認定しなければならない」と述べる。Planned Parenthood League v. Bellotti, 641 F. 2d 1006, 1009 (1st Cir. 1981) ; Narragansett Indian Tribe v. Guilbert, 934 F. 2d 4, 5 (1st Cir. 1991) ; Weaver v. Henderson, 984 F. 2d 11, 12 & n. 3 (1st Cir. 1993) ; Ross-Simons of Warwick, Inc. v. Baccarat, Inc., 102 F. 3d 12, 16 (1st Cir. 1996) ; Iantosca v. Step Plan Servs., Inc., 604 F. 3d 24 (1st Cir. 2010).

4要件を満たさなければならないとしたうえで、本案勝訴の「可能性」を勝訴の蓋然性 (probability of success) と表現した事例として、New Comm Wireless Servs., Inc. v. SprintCom, Inc., 287 F. 3d 1, 8-9 (1st Cir. 2002). がある。

Waldron ケースは、「予備的差止命令の妥当性は4つの要件を総合した結果 (preliminary injunctive relief depends on an amalgam of four factors) 次第であ

成テストはあくまで指針であり、機械的に適用すべきものではないとする³⁷⁷⁾。4要件のうち、本案勝訴の「可能性」の立証は命令取得の最低条件とされ、この立証がなければ裁判所は他の要件を審査することなく申立てを認めないことが多い³⁷⁸⁾。そして認否判断の中核は、本案勝訴可能性の評価と被害の比較衡量とされる³⁷⁹⁾。本案勝訴の「可能性」とは見込み

る」と述べる。Waldron v. George Weston Bakeries, Inc., 570 F. 3d 5, 9 (1st Cir. 2009) (New Comm Wireless Servs., Inc. 287 F. 3d at 9を引用)。

376) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

377) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a); Cintron-Garcia v. Romero-Barcelo, 671 F. 2d 1, 3 (1st Cir. 1982).

378) 原告が事件に勝訴する大きなチャンスをもたない限り、被害の比較衡量は無意味である。原告に現実的な勝訴のチャンスがあると裁判所が確信しない限り、被告はなんらの不便も強いられるべきではない。以上につき、13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

第1巡回区は、本案勝訴の見込みの証明を最低条件として要求する。……この基準によれば、申立人はまず本案勝訴の見込みを証明しなければならない。その立証に成功した後、残りの3要件の評価が行われる。以上につき、Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 22.

LeBeau ケースは、裁判所は原告が本案勝訴の見込み (likelihood of success on the merits) を立証しない限り、その他の要件を審査することはない、として原審を是認した。LeBeau v. Spirito, 703 F. 2d 639, 645 (1st Cir. 1983).

Narragansett ケースにおいて、裁判所は、「我々はまず勝訴の蓋然性 (probability of success) の分析から始める。なぜなら、この叉骨 (furcula) が決定的 (critical) だからである」と述べた。Narragansett Indian Tribe v. Guilbert, 934 F. 2d 4, 6 (1st Cir. 1991).

Weaver ケースも、「この定式の中の必須要件 (sine qua non) は、原告が本案で勝訴する可能性があるかどうかである。本案勝訴可能性につき原告らがトライアル裁判所を説得できなかった場合、原告らは暫定的差止命令の救済を取得できないのが普通である」と述べる。Weaver v. Henderson, 984 F. 2d 11, 12 & n. 3 (1st Cir. 1993).

(likelihood) とする裁判例が多いが、実質的見込み (substantial likelihood) としたものもある³⁸⁰⁾。第1巡回区は、回復不能の被害と本案勝訴可能性との間に、スライド基準による相関関係を認めている³⁸¹⁾。それによれば、本案勝訴可能性の強い立証は、被害の比較衡量における優位性の弱さを緩和できる³⁸²⁾。但し、本案勝訴可能性の立証の程度がどうであれ、最低限の回復不能の被害の立証は必要である³⁸³⁾。第1巡回区は、かつて商標侵害事件において、原告が本案勝訴の見込みを証明したときは回復不能の被害は推定されると説いていたが³⁸⁴⁾、裁判所の裁量権は categorical な定式によら

New Comm Wireless Servs ケースは、Weaver ケースを引用して、「4要件審査における必須要件 (sine qua non) は、本案勝訴の見込み (likely to succeed) である。もし申立当事者が、自己の請求についての勝訴可能性を証明できない場合、残りの要件は単なる好奇心の対象 (matters of idle curiosity) でしかなくなる」と述べた。New Comm Wireless Servs., Inc. 287 F. 3d at 9.

379) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

Vargas-Figueroa ケースはこのテストの核心について、原告の本案勝訴の見込みを踏まえて、差止命令がない場合に原告に生ずる被害に比して、差止命令が被告にあてる被害がより重大であるかどうかの問題である、と述べた。Vargas-Figueroa v. Saldana, 826 F. 2d 160, 162 (1st Cir. 1987).

Braintree Labs., Inc ケースは、本案勝訴の見込みと回復不能の被害の2要件が、「評価の際、最も重きを置かれる (weight heaviest in the analysis)」と述べる。Braintree Labs., Inc. v. Citigroup Global Mkts. Inc., 622 F. 3d 36, 40-41 (1st Cir. 2010).

380) McGuire v. Reilly, 260 F. 3d 36, 42 (1st Cir. 2001) [表現の自由の侵害を理由に、法律の執行停止を求めた事例].

381) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

382) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

前掲、Vargas-Figueroa ケースは、被告側への被害は、原告が本案勝訴の見込みの立証の程度により、割り引いて評価される、と述べる。Vargas-Figueroa, 826 F. 2d at 162.

ず、事案ごとの4要件審査により行使されるべきだとする eBay ケースにおける最高裁判所の判断³⁸⁵⁾を受けて、このルールの再検討を示唆している³⁸⁶⁾。但し、今のところ結論は出されていないようである³⁸⁷⁾。

第1巡回区は、第2巡回区控訴裁判所の採用する「選択式テスト (alternative test)」を明らかに否定する³⁸⁸⁾。

② 第2巡回区控訴裁判所

第2巡回区控訴裁判所は、「選択式3部構成テスト (alternative three-part test)」又は「2部構成テスト (two-prong test)」と称されるテストを

383) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

前掲 Braintree Labs., Inc ケースは、「我々が、スライド基準により回復不能の被害を申立当事者の本案勝訴の見込みと結合させて評価し、結果として必然的にその評価の一部が本案勝訴の見込みの立証に左右される、というのは本当である。……しかしなお、少なくともある程度は、回復不能の被害の積極的な立証が必要である」と述べる。Braintree Labs., Inc. 622 F. 3d at 42-43.

384) American Bd. of Psychiatry & Neurology, Inc は、「商標事件の原告は、本案勝訴の見込みの証明により、回復不能の被害の推定を生じさせる」と述べた。American Bd. of Psychiatry & Neurology, Inc. v. Johnson-Powell, 129 F. 3d 1, 3 (1st Cir. 1997).

385) eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C. 126 S. Ct. 1837 (2006) (前掲 [5] ケース).

386) Voice of the Arab World, Inc. v. MDTV Med. News Now, Inc., 645 F. 3d 26, 32-33 (1st Cir. 2011).

387) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

前掲 Voice of the Arab ケースは、「我々は、前述の推定が eBay 事件 (より最近では、Winter 事件) の最高裁判所が否定した『一般的 (general)』又は『カテゴリカル (categorical)』なルールと同類であるかどうかについて、結論を出すことはやめておく。……本件において我々は、その推定が良き法 (good law) かどうかを決めなくても、この推定の適用について地方裁判所が裁量権を逸脱したと認めるため、その疑問の解決は本件の解決には必要ないのである。……」とした。Voice of the Arab World, Inc., 645 F. 3d at 34-35.

採用する³⁸⁹⁾。それによれば、申立人は(1) 回復不能の被害+本案勝訴の見込み (likely), 又は(2) 回復不能の被害+本案審理に付すべき重要な問題+被害の比較衡量における決定的優位性, のどちらかのコースを選択して立証すべきこととされる³⁹⁰⁾。第2巡回区の上記要件には公益の考慮が明示

388) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (a).

NLRB ケースは、「差止命令は、本案に関する『clear likelihood of success』がなければ公正でも適切でもない」と述べた。Pye on Behalf of N. L. R. B. v. Sullivan Bros. Printers, Inc., 38 F. 3d 58, 67 (1st Cir. 1994).

389) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (b); Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 23.

390) 第2巡回区控訴裁判所は、Jackson Dairy, Inc ケースにおいて、「(a)回復不能の被害、及び(b)(1)本案勝訴の見込み (likelihood of success on the merits), 又は(2)訴訟の公正な基礎とするのに十分な本案審理すべき重大な問題と困難性の比較衡量における予備的差止命令の申立当事者の決定的優位性, のどちらかの, 明らかな立証を必要とする」と述べた。Jackson Dairy, Inc. v. H. P. Hood & Sons, Inc., 596 F. 2d 70, 72 (2d Cir. 1979); Tucker Anthony Realty Corp. v. Schlesinger, 888 F. 2d 969, 972 (2d Cir. 1989).

以下の事例も同様の基準に依拠している。Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publ'g Group, Inc., 886 F. 2d 490, 497 (2d Cir. 1989); Communications Workers of Am., Dist. One v. NYNEX Corp., 898 F. 2d 887, 891 (2d Cir. 1990); ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Khan, 2 F. 3d 484, 490 (2d Cir. 1993); Waldman Publ'g Corp. v. Landoll, Inc., 43 F. 3d 775, 779-780 (2d Cir. 1994); International Brotherhood of Teamsters v. Local 810, 19 F. 3d 786, 789 (2d Cir. 1994).

Register.com, Inc ケースは、「予備的差止命令を取得するために、以下を証明しなければならない。1) 回復不能の被害にさらされること, かつ2) 以下の a)・b) のどちらか, すなわち a) 本案勝訴の見込み (will likely succeed), 又は b) 本案審理において公正な訴訟の基礎とすべき十分に重大な問題があり (there are sufficiently serious questions going to the merits of the case to make them a fair ground for litigation) かつ困難性の利益衡量において『決定的に (decidedly)』申立当事者が優位なことを, 証明しなければならない (Genesee Brewing Co. v. Stroh Brewing Co., 124 F. 3d 137, 141 (2d Cir. 1997) [Warner-Lambert Co. v.

されていないが、他の巡回区におけるのと同様に、同裁判所もこれを考慮に入れる³⁹¹⁾。第2巡回区は、著作権侵害事件においてもこの基準を適用し、そのような事件において本案勝訴可能性の立証をもって予備的差止命令を認める「1部構成テスト (one-factor test)」を拒絶している³⁹²⁾。

上記(1)のコースの本案勝訴の「可能性」は、蓋然性 (probable) の立証でなければならない³⁹³⁾。この勝訴の蓋然性とは、勝訴の確実性 (certainty) ではなく、「50%を超える可能性」であるとされる³⁹⁴⁾。但し、第2巡回区は

Northside Dev. Corp., 86 F. 3d 3, 6 (2d Cir. 1996)を引用]]」と述べる。Register. com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F. 3d 393, 424 (2d Cir. 2004).

JSG Trading Corp ケースにおいて、第2巡回区は、「likelihood は possibility より高い水準である (Likelihood sets, of course, a higher standard than “possibility.”)」と述べた。JSG Trading Corp. v. Tray-Wrap, Inc., 917 F. 2d 75, 79 (2d Cir. 1990).

391) 13 Moore’s Federal Practice § 65.22(5) (b) ; Bates, *supra* note 170, at 1531 at 1531.

Standard & Poor’s Corp ケースにおいて第2巡回区は、「本裁判所の確立した予備的差止命令の基準は公益についてはっきりと言及していないが、他の巡回区の基準がそうであるように、我々も、エクイティ裁判所として、『私益だけが関わる場合を超えて、公益増進のために救済を与え又は差し控えるまですることができ』場合もあることを認めている。」との一般原則を述べた上で、先物市場の混乱を回避する公益は、予備的差止命令を発令する「強い根拠 (strong ground)」となると判示した。Standard & Poor’s Corp. v. Commodity Exch., Inc., 683 F. 2d 704, 711 (2d Cir. 1982).

以下の事例も公益に言及している。Long Island R. R. v. International Ass’n of Machinists, 874 F. 2d 901, 910 (2d Cir. 1989) [裁判所は、回復不能の被害の判断にあたり、当事者や公衆の被害を考慮できる。]; Register. com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F. 3d 393, 424, 433 (2d Cir. 2004) [差止命令を認める前に重要な公益を考慮に入れるべきである (Standard & Poor’s corp., 683 F. 2d at 711 を引用)].

392) 13 Moore’s Federal Practice § 65.22(5) (b) ; Salinger v. Colting, 607 F. 3d 68, 74-80 (2d Cir. 2010) [Winter ケース及び eBay ケースを引用する].

スライド基準を適用するため、勝訴可能性の立証は、回復不能の被害の立証と相関関係に立ち、立証された回復不能の性質や程度に左右されることになる³⁹⁵⁾。もっとも、常に、確実性の立証が必要とされる例外的場合が3つある³⁹⁶⁾。それは、法規に基づく政府の行為の執行を停止させる予備的差止命令³⁹⁷⁾、本案請求のすべてを認める予備的差止命令であった終局判決に

393) 申立人は、本案勝訴の「蓋然性 (probable)」を証明しなければならないが、回復不能の被害については可能性 (possibility) を示せばよい。Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 23 (Caulfield v. Board of Education, 583 F. 2d 605, 610 (2d Cir. 1978)を引用)。

394) Abdul Wali ケースにおいて第2巡回区は、「本案勝訴の見込み [likely という表現を用いている] の要件は、勝訴の確実性 (absolute certainty) の立証ではなく、ただ50%を超える (better than fifty percent) 可能性の立証を求めている」と述べた。Abdul Wali v. Coughlin, 754 F. 2d 1015, 1025 (2d Cir. 1985) (Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F. 2d 738, 740 (2d Cir. 1953); 11 C. Wright & A. Miller, Federal Practice & Procedure § 2948 at 452 (1973)を引用)。

395) Bates, *supra* note 170, at 1531 [AIM Int'l Trading, LLC v. Valcucine SpA, 188 F. Supp. 2d 384, 388 (S. D. N. Y. 2002) (同裁判所は、原告の回復不能の被害の立証を認定した後、この現状が保全されなければ、原告のビジネスは消し飛ぶことになるだろうし、また被告は受ける被害を立証していないとして、原告は『本案に付すべき重大な問題』を提示し、かつ『被害の比較衡量は確実に原告優位である』と認定した) を引用。]

396) Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F. 3d 30, 35 n. 4 (2d Cir. 2010)。

397) 特に政府による法規の執行を停止させるような場合には、厳格性の低い「訴訟の公正な基礎の基準 (fair-ground-for-litigation standard)」は適用されず、回復不能の被害と本案勝訴可能性の立証が必要とされる。以上につき、13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (b)。

Union Carbide Agric. Prods. Co. v. Costle, 632 F. 2d 1014, 1018 (2d Cir. 1980) [公益に関わる、法制度に基づく政府の行為を停止させるためには、訴訟の公正な

より現状回復ができないもの³⁹⁸⁾、そして、命令的差止命令である³⁹⁹⁾。

上記(2)のコースの「重要な問題 (serious question)」テストの下では、申立人は勝訴の蓋然性 (probability) まで立証する必要はなく、単なる可能

基礎以上の立証が必要である。]; Plaza Health Labs., Inc. v. Perales, 878 F. 2d 577, 580 (2d Cir. 1989) [政府の行為の停止を求める当事者は、回復不能の被害と本案勝訴の見込みを立証しなければならない。]; Able v. United States, 44 F. 3d 128, 131 (2d Cir. 1995); Liddy v. Cisneros, 823 F. Supp. 164, 173 (S. D. N. Y. 1993) [『訴訟の公正な基礎』の基準は、申立人が公益に関わる政府の行為の停止を求める場合には、不十分である。]; County of Nassau, N.Y. v. Leavitt, 524 F. 3d 408, 414 (2d Cir. 2008) [公益に関わる、法制度に基づく政府の行為に影響するような予備的差止命令を求める当事者は、本案勝訴の見込み、あるいは本案において明らかに重要な問題が存在することを証明しない限り、その救済を受けることはできない。]; Kekis v. Blue Cross & Blue Shield, 815 F. Supp. 571, 577 (N. D. N. Y. 1993) [予備的差止命令を求める当事者が「より良い議論 (better argument)」を示すだけでは不十分である。].

398) Mastrovincenzo ケースにおいて第2巡回区は、「求められた差止命令が(1) 『原告の求める全ての救済』を原告に与えるものであって、かつ(2) 本案のトライアルによる被告勝訴判決で修復できないものである場合もまた、高められた『実質的可能性』の基準 (heightened 'substantial likelihood' standard) を適用することができる」と述べた。

Mastrovincenzo v. City of New York, 435 F. 3d 78, 90 (2d Cir. 2006).

399) 命令的予備的差止命令が求められた場合には、より高度な可能性の立証が必要となり、申立人は明白な又は実質的な (clear or substantial) 勝訴可能性の立証を求められる。13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (b).

Tom Doherty Assocs., Inc ケースにおいて第2巡回区は、「現状を維持するためだけに求められる『禁止的』差止命令とは反対に、『ある積極的行為を命ずることで現状を変更する命令的』予備的差止命令は『申立当事者がそのような救済を受ける資格があることを明らかに立証するか、又は予備的差止命令を拒否したなら極端もしくはとても深刻な損害が生ずるような場合にのみ発せられるべきである」と述べた。Tom Doherty Assocs., Inc. v. Saban Entm't, Inc., 60 F. 3d 27, 34 (2d

性 (possibility) を示せばよい⁴⁰⁰⁾。しかしこのような立証基準は、最近の一連の最高裁判所の判断⁴⁰¹⁾ に反するのではないかと、との疑問が生じる。第2巡回区は、以下の理由により、「重要な問題」テストは最高裁判所の判断に反しないとしている⁴⁰²⁾。第1に、申立人の本案請求の存否がはっきりしない事案でも、なお予備的差止命令を認めた方が衡平に資する場合がある⁴⁰³⁾。第2に、過去の最高裁判所の事例⁴⁰⁴⁾ もかかる柔軟性を支持してい

Cir. 1995).

政府に対する予備的差止命令の申立てがなされた場合、より高度な基準を課するのが適切であるとされる。D. D. ex rel. V. D. v. New York City Bd. of Educ., 465 F. 3d 503, 510 (2d Cir. 2006).

400) 前掲 Citigroup ケースは、クレジット・デフォルト・スワップ取引に関して被告 VCG は原告 Citigroup の客ではないという事実 (請求原因事実) について、両当事者の主張が鋭く対立した事例である。地方裁判所は、原告は勝訴の蓋然性 (probable success) の立証には失敗したが、その事実に関して重大な問題 (serious question) を提起しているとして、予備的差止命令を認めた。第2巡回区も、「重要な問題」テストを妥当とし、原審を是認した。Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F. 3d 30, 35 (2d Cir. 2010).

401) *Munaf v. Geren*, 553 U.S. 674, 690 (June 12, 2008) [本案勝訴の見込み (likelihood of success) を証明しなければならない。]; *Winter v. NRDC*, 555 U.S. 7, 20 (Nov. 12, 2008) [本案勝訴の見込みを証明しなければならない。]; *Nken v. Holder*, 556 U.S. 418, 434 (Apr. 22, 2009) [本案勝訴の見込みを強く示さなければならない。].

402) 第2巡回区は、「本案審理に付すべき重大な問題」のテストは一連の最高裁判所の判断により否定されているとの議論を排斥している。13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(b); Citigroup Global Mkts., Inc., 598 F. 3d at 37-38.

403) 「重大な問題」テストの下では、本案勝訴可能性の存在を確実に判断できない状況でも、予備的差止命令を認めることの利益が被害に勝る場合であれば、なお予備的差止命令を認めることができる。Citigroup, 598 F. 3d at 35.

前掲 Citigroup ケースにおいて、地方裁判所は「重要な問題」テストにより予備的差止命令を認めた。これに対し、被告側は同テストが近時の最高裁判所の判断

る⁴⁰⁵⁾。そして第3に、このテストにおいては、本案請求に関連する立証だけでなく、被害の比較衡量における自己の決定的優位性の立証も要求しており、この非常の救済を限定的な状況にのみ与えていることに変わりはなく、申立人の負う全体的な立証負担は(1)も(2)も変わらない⁴⁰⁶⁾。

③ 第3巡回区控訴裁判所

第3巡回区控訴裁判所は、一般的に、伝統的4部構成テストを適用し⁴⁰⁷⁾、

により否定されているとして上訴した。控訴裁判所は、同テストの価値について「特に複雑な訴訟の開始段階にありがちな、事実に関して採りうる筋書きが複数あって確実性がないような事案に直面したときの、柔軟性にある」と述べてこのテストの適用を支持した。

同テストによると、予備的差止命令の審理段階において本案の主張につき事実上又は法律上の重要な争点が存在する場合でも（通常の可能性や実質的可能性を要求するテストによる場合と異なり）、命令取得の可能性が残ることになる。

404) Ohio Oil Co. ケースにおいて最高裁判所は、「暫定的差止命令の申立てにより呈示された問題が重大（grave）であり、かつ申立当事者への侵害が確実かつ回復不能であるならば、……その差止命令は認められるのが普通である」と述べている。

Ohio Oil Co. v. Conway, 279 U.S. 813, 814 (1929).

405) 前掲、Citigroup ケースは、Munaf ケース、Winter ケース、Nken ケース等の近時の最高裁判所の事例は、Ohio Oil Co. ケースにおいて示された柔軟性のあるアプローチを台無しにすべきではない、とする。Citigroup, 598 F. 3d at 36-37.

406) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (b).

407) 第3巡回区は、2つの異なるテストを採用してきたが、最も頻繁に利用するのは、伝統的4部構成テストであり、4要件を比較衡量する。Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 23 (Sypniewski v. Warren Hills Reg'l Bd. of Educ., 307 F. 3d 243, 252 (3d Cir. 2002) を引用). *See also*, 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (c).

伝統的4部構成テストによるものとして、以下の事例がある。Continental Group, Inc. v. Amoco Chemicals Corp., 614 F. 2d 351, 356-57 (3d Cir. 1980) ; SI Handling Systems, Inc. v. Heisley, 753 F. 2d 1244, 1254-55 (3d Cir. 1985) ; ACLU v. Black Horse Pike Regional Bd. of Educ., 84 F. 3d 1471, 1477 n. 2 (3d Cir. 1996) ;

比較衡量テストを採用する⁴⁰⁸⁾。回復不能の被害と本案勝訴の見込みの立証を最低条件とする裁判例もある(入口審査型テスト)⁴⁰⁹⁾。第2巡回区の「重

ACLU v. Reno, 217 F. 3d 162, 172 (3d Cir. 2000); Highmark, Inc. v. UPMC Health Plan, Inc., 276 F. 3d 160, 170-71 (3d Cir. 2001); Sypniewski v. Warren Hills Reg'l Bd. of Educ., 307 F. 3d 243, 252 (3d Cir. 2002); Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharmaceuticals Co., 290 F. 3d 578 (3d Cir. 2002); Monroe v. Bryan, 2012 U.S. App. LEXIS 13335 (3d Cir. 2012) (Swartzwelder v. McNeilly, 297 F. 3d 228, 234 (3d Cir. 2002)を引用する)。

本案勝訴の「可能性」について、合理的可能性 (reasonable probability) を採る事例が多いが、前掲 Novartis Consumer Health, Inc ケースのように、見込み (likelihood) を要求する事例もある。Novartis Consumer Health, Inc, 290 F. 3d 578 at 586.

408) Gerardi v. Pelullo, 16 F. 3d 1363, 1373 (3d Cir. 1994).

409) 第3巡回区はまた、「入口審査型のテスト (“threshold inquiry” type of test)」も採用しており、申立人にまず回復不能の被害と本案勝訴の「合理的」見込みの証明を命じている。このアプローチによれば、裁判所は、申立人がこれら2要件を充足した場合にはじめて、残りの2要件を総合評価することとなる。Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 23-24.

入口審査型のテストを採用する事例として、以下のものがある。

Morton ケースにおいて第3巡回区は、「本案勝訴の見込み (likelihood) と差止命令が認められなかった場合の回復不能の被害の可能性の両方を証明しなければならない。我々が *In Re Arthur Treacher's Franchisee Litig.*, 689 F. 2d 1137 (3d Cir. 1982) で述べたように、『それらの必須要件の一方又は両方が存在しない場合に地方裁判所が命じた予備的差止命令を支持することはできない』と述べた。Morton v. Beyer, 822 F. 2d 364, 367 (3d Cir. 1987).

Adams ケースは、「予備的差止命令を取得するためには、(1) 差止命令がなければ回復不能の被害を受ける見込み (likely) があること、及び(2) 本案勝訴の合理的な見込み (reasonably likely to succeed) があること、の双方を示さなければならない。裁判所は、これらの要件が充足されない場合、衡平の要請の如何を問わず、この種の差止命令の救済を認めることはできない。」(*AT&T co. v. Winback &*

要な問題」テストを否定する⁴¹⁰⁾。

④ 第4巡回区控訴裁判所

第4巡回区控訴裁判所は、やや特殊な4部構成テストを採用する⁴¹¹⁾。それは、被害の比較衡量を審理の中心とするものである (hardship balancing test を採用する)⁴¹²⁾。

4部構成テストの適用の仕方については、Blackwelder ケースが参考になる⁴¹³⁾。Winter ケース以後、Blackwelder ケースをどのように評価する

Conserve Program, Inc., 42 F. 3d 1421, 1427 (3d Cir. 1994); *Acierno v. New Castle County*, 40 F. 3d 645, 653 (3d Cir. 1994); *In re Arthur Treacher's Franchise Litig.*, 689 F. 2d 1137, 1143 (3d Cir. 1982))」と述べる。Adams v. Freedom Forge Corp., 204 F. 3d 475, 484 (3d Cir. 2000).

410) *In re Arthur Treacher's Franchise Litig.*, 689 F. 2d 1137, 1147 n. 14 (3d Cir. 1982).

411) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (d); Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 24.

Direx Israel, Ltd. ケースは、「(1) 予備的差止命令が否定された場合に原告に生ずる回復不能の被害の見込み (likelihood), (2) その救済が認められた場合に被告に生ずる回復不能の被害の見込み (likelihood), (3) 原告が本案で勝訴する見込み (likelihood), (4) 公益、を要件とする」と述べる。Direx Israel, Ltd. v. Breakthrough Medical Corp., 952 F. 2d 802, 812 (4th Cir. 1991).

412) 各要件は、評価において同等ではなく、当事者の回復不能の被害の比較が最も重要な判断と考えられている。以上につき、13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (d).

Blackwelder Furniture Co. v. Selig Mfg. Co., 550 F. 2d 189, 193-96 (4th Cir. 1977); Hughes Network Sys., Inc. v. Interdigital Communications Corp., 17 F. 3d 691, 693 (4th Cir. 1994) [原告と被告の被害を比較して得られる困難性の比較衡量は、予備的差止命令の認否の判断において最も重要である].

See also, Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 24-25.

413) 前掲 Blackwelder ケースは、原告にまず本案勝訴可能性の立証 (likelihood of success) を要求した地方裁判所の判断を誤りがあるとした (破棄・差戻し)。Blackwelder, 550 F. 2d at 193-96 [*Ohio Oil Co. v. Conway*, 279 U.S. 813 (1929) を引用].

か⁴¹⁴⁾、という問題はあるが、同ケースは第4巡回区の採用基準を知るうえで重要な事例であると思われる。同ケースによれば、裁判所は、第1段階として両当事者に生じる被害を比較衡量する⁴¹⁵⁾。そしてもし原告側が決定的に優位なときは、勝訴可能性の立証負担は大いに軽減され、第2巡回区の説く「重要な問題」を提示するだけでよいとされる⁴¹⁶⁾。反対に、そのような決定的優位性を立証できない場合、申立人は本案勝訴可能性を強く立

414) The Real Truth About Obama, Inc ケースは、Winter ケース以前においては、Blackwelder ケースの基準が第4巡回区における予備的差止命令の認否を規律していたとする。The Real Truth About Obama, Inc. v. FEC, 575 F. 3d 342, 346 (4th Cir. 2009).

415) Blackwelder ケースは、「予備的差止命令の認否の判断は、すべての考慮要因の間の『柔軟な相互作用 (flexible interplay)』に依拠している」と述べる。Blackwelder, 550 F. 2d at 196; Rum Creek Coal Sales, Inc. v. Caperton, 926 F. 2d 353, 359 (4th Cir. 1991) [予備的差止命令の認否を判断するためには、困難性の比較衡量テストを適用しなければならない。].

416) Blackwelder, 550 F. 2d at 195 [Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F. 2d 738, 740, 743 (2d Cir. 1953); Semmes Motors, Inc. v. Ford Motor Co., 429 F. 2d 1197, 1205 (2d Cir. 1970)を引用].

Scotts Co. ケースは、困難性の比較衡量の立証について次のように述べる。

「裁判所ははじめに、その差止命令が否定された場合の回復不能の被害を強く立証したかどうかを判断しなければならない。もしその立証がなされたなら、裁判所は、原告に生ずる被害の見込み (likelihood) と被告に生ずる被害の見込み (likelihood) とを比較衡量する。比較衡量の結果が『原告側に決定的優位である』とき、通常は『原告が、訴訟の公正な基礎となる程度に重要、実質的、困難、かつ不確定であってより慎重な審査を要する問題を提起することで十分』であろう。しかしもし比較衡量の結果が、原告被告間で実質的に引き分けの場合、『勝訴の蓋然性 (probability of success) が現実的な重要性を持ち始め、暫定的救済を得るためには勝訴の見込み (likelihood of success) の明らかな立証が必要となる可能性が高くなる。』」

証しなければならない⁴¹⁷⁾。これは、本案勝訴可能性と回復不能の被害とが相関関係にあり、後者の立証が強ければ強いほど、前者の立証に必要な程度は弱くなるという基準の表われである（スライド基準⁴¹⁸⁾。

ただ、このようなアプローチに対しては、最高裁判所の判断に矛盾するのではないかとの指摘が同裁判所内部からもなされていたところ⁴¹⁹⁾、Winter ケース以後に困難性の比較衡量テストを否定するケースが現れ

Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F. 3d 264, 271, 285 (4th Cir. 2002).

See also, Faulkner v. Jones, 10 F. 3d 226, 233-234 (4th Cir. 1993) [女性が、州の支援する男子生徒のみの軍学校への入学許可を求めた裁判で、困難性の比較衡量において女性が明らかに優位であるとして、トライアルの結果が出るまでの間の出席を認めた差止命令を支持した.]

第4巡回区の基準によれば、申立人は本案勝訴の「見込み (likelihood)」さえ証明すれば予備的差止命令は認められることになる、との指摘もある。Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 25 (Blackwelder, 550 F. 2d at 193-95 を引用)。

417) Direx Israel, Ltd. v. Breakthrough Med. Corp., 952 F. 2d 802, 812, 818 (4th Cir. 1991).

418) 前掲 Blackwelder ケースは、「本案勝訴の合理性 (probability of success) の重要性は回復不能の被害が低減するのに比例して増加し、逆にいえば、本案勝訴の合理性が決定的 (decisive) であれば回復不能の被害の可能性は単なる可能性 (simply “possible”) でも足りる。公益も重要な判断要素である。(Dino De Laurentiis Cinematografica, SpA. v. D-150, Inc., 366 F. 2d 373, 375 (2d Cir. 1966) を引用)」と述べる。Blackwelder, 550 F. 2d at 195.

Ciena Corp ケースも、「もし困難性の比較衡量が明らかに大きく原告側に優位であるなら、必要な本案勝訴の見込みの立証はかなり低減される (Direx, 952 F. 2d at 817 を引用)」と述べる。Ciena Corp. v. Jarrard, 203 F. 3d 312, 323 (4th Cir. 2000).

See also, Bates, *supra* note 170, at 1533.

419) Safety-Kleen, Inc. (Pinewood) ケースにおいて LUTTIG 首席裁判官は次のような補足意見を述べた。「最高裁判所は一貫して差止命令の決定を規律する 4 部構成テ

た⁴²⁰⁾。もっとも、Blackwelder アプローチの再評価を示唆する事例もあり⁴²¹⁾、第4巡回区においては被害の比較衡量についてしばらく議論が続くものと思われる。

ストを、分析順序・優先順位・評価の重み等の点において、4要件に区別を付けることなく適用してきた。そして最高裁判所は、このような区別をしないものを、集合的に差止命令のための『伝統的基準』と称しているのである。最高裁判所は、本案勝訴の見込みに関するいかなる調査を行う前に、原告や被告の困難性を最初に評価すべきである、とは決して考えていない。最高裁判所は、当事者相互の困難性が、ともに、4要件のうちの主要な調査事項とは決して考えていない。また決して、4要件がその分析において相互に関連しているとは、判示していないし、示唆すらしていない。」Safety-Kleen, Inc. (Pinewood) v. Wyche, 274 F. 3d 846, 868-69 (4th Cir. 2001) (Luttig, J., concurring).

420) 前掲 The Real Truth ケースは次のように述べて、Blackwelder ケースが示した困難性の比較衡量テストを批判している。

「〔①〕 Winter ケースは、勝訴の見込み (likely) の立証が必要としたが、Blackwelder ケースは『深刻あるいは重要な問題の提出』で足りるとしている。〔②〕 Winter ケースは、回復不能の被害の可能性についても同様に被害を受ける見込み (likely) の立証を要求したが、Blackwelder ケースは両当事者の被害の比較 (申立人側の被害の方が重大であること) を要求しただけであり、また本案勝訴の蓋然性 (probability) について強い立証があれば、回復不能の被害の可能性は単なる可能性 (only a possibility) で足りるとしている。〔③〕 Winter ケースは、裁判所は裁量権行使にあたり公衆に与える影響に特別な関心をもつべきだとしたが、Blackwelder ケースは、明示的には公益に特段の配慮をしていない。〔④〕 Winter ケースは、4要件それぞれの充足を要求したが、Blackwelder ケースは、各要件間に相関関係を認めて、1つ又は2つの要件の決定的な立証があれば、別の1つの要件の立証の著しい緩和を認める。以上により、Blackwelder ケースは、Winter ケースと矛盾する。Winter ケースのテストが第4巡回区のみならず全ての連邦裁判所の予備的差止命令の申立ての審理を規律することになるため、Winter ケースのテストと異なる Blackwelder ケースの困難性の比較衡量テストは、もはや基準として適用されなくなるかもしれない (may no longer be applied)。従って我々は、

⑤ 第5巡回区控訴裁判所

第5巡回区控訴裁判所は、伝統的4部構成テストを採るが、予備的差止命令は非常の救済である、という点を強調してかなり厳格に運用している⁴²²⁾。順次アプローチを採るため、4要件のうちどれか1つの要件の立証

Winter ケースの基準に従い、地方裁判所による予備的差止命令の申立ての判断を審査する。」*The Real Truth About Obama, Inc. v. FEC*, 575 F. 3d 342, 346 (4th Cir. 2009).

421) 前掲 *Scotts Co.* ケースは、*Blackwelder* ケースのアプローチについて次のように述べた。

「*Blackwelder* ケースが、本案勝訴の見込み (likelihood) よりも被害の比較衡量を強調する態度は、最高裁判所の先例に矛盾するとして、この裁判所の中でさえ批判されている。……もちろん、この裁判部が、この裁判所の裁判部の先例を、明示的又は黙示的に覆すことはできない。それができるのは、最高裁判所か又はこの裁判所の大法廷だけである。さらに、当該予備的差止命令は *Blackwelder* ケースの下でも不当に発せられたと結論づけられるため、我々は *Blackwelder* のアプローチの再検討を後日に回すことにする。」*Scotts Co.* 315 F. 3d at 271 n. 2.

422) 13 *Moore's Federal Practice* § 65.22(5)(e) [「第5巡回区は、予備的差止命令は非常の救済であって、申立人が *Callaway* ケース〔後掲〕の認める『要因全てに関し説得責任を明らかに果たした場合に限り認められるべきである』との理由から、4部構成テストの厳格適用を要求している。」(*Mississippi Power & Light v. United Gas Pipe Line Co.*, 760 F. 2d 618, 621 (5th Cir. 1985)を引用)]; *Stoll-DeBell*, *supra* note 113, at 25.

Canal Authority of Florida ケース (*Callaway* ケース) は、次のように述べる。

「予備的差止命令の認否は地方裁判所の裁量による。地方裁判所は、その裁量権を自由に行使するのではなく、『予備的差止命令という非常の救済の4つの前提条件』と我々が呼ぶ基準に従わなければならない。この4つの前提条件とは、(1) 原告が本案に勝訴する実質的な見込み (substantial likelihood), (2) その差止命令が認められなければ原告が回復不能の被害を受けるという実質的脅威 (substantial threat), (3) 原告への被害の脅威が差止命令により被告に生ずる被害の脅威より重大であること、及び(4) 予備的差止命令の認容により公益が害されないこと、で

が弱い場合(他の要件の立証とは無関係に),申立ては認められない⁴²³⁾。本案勝訴の「可能性」は,実質的な見込み(substantial likelihood)と解されている⁴²⁴⁾。公益要件の審査も第1巡回区控訴裁判所のそれより厳格との指摘もある⁴²⁵⁾。

ある。この4つの前提条件を考慮する際,予備的差止命令は非常かつドラステックな救済であって,申立人が説得責任を明らかに果たした場合に限り認められるべきものであることを銘記すべきである。」Canal Authority of Florida v. Callaway, 489 F. 2d 567, 572 (5th Cir. 1974).

以下の事例も同様の判断を示す。Hull v. Quitman County Bd. of Educ., 1 F. 3d 1450, 1453 (5th Cir. 1993); Hoover v. Morales, 164 F. 3d 221, 224 (5th Cir. 1998); Harris County v. CarMax Auto Superstores, Inc., 177 F. 3d 306, 312 (5th Cir. 1999).

423) 4要件のうちどれか一つの証明の弱さは,関連する他の要件の強い証明により救済することができない。もし申立人がそれぞれの要件で最低条件を満たしていると裁判所を確信させられない場合には,裁判所は差止命令を発することができない。以上につき, 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (e).

4要件それぞれについて立証を求める事例として以下のものがある。Roho, Inc. v. Marquis, 902 F. 2d 356, 358 (5th Cir. 1990); Doe v. Duncanville Indep. Sch. Dist., 994 F. 2d 160, 163 (5th Cir. 1993); Cherokee Pump & Equip., Inc. v. Aurora Pump, 38 F. 3d 246, 249 (5th Cir. 1994); Walgreen Co. v. Hood, 275 F. 3d 475, 477 (5th Cir. 2001).

424) Canal Authority of Florida v. Callaway, 489 F. 2d 567, 572 (5th Cir. 1974); Hull v. Quitman County Bd. of Educ., 1 F. 3d 1450, 1453 (5th Cir. 1993); Hoover v. Morales, 164 F. 3d 221, 224 (5th Cir. 1998); Janvey v. Alguire, 628 F. 3d 164, 174 (5th Cir. 2010).

substantial likelihood は, 本案勝訴の立証まで求める基準ではない。See, Lakedreams v. Taylor, 932 F. 2d 1103, 1109 n. 11 (5th Cir. 1991) [「予備的差止命令の文脈では, 申立人は本案勝訴を立証する必要はない。」].

425) この伝統的4部構成テストの類型は, 第1巡回区が採用するそれとは異なり, 差止命令の認容により公益を害してはならない, と明示的に要求している。以上につ

⑥ 第6巡回区控訴裁判所

第6巡回区控訴裁判所は、伝統的な4部構成テストを採用する⁴²⁶⁾。第6巡回区は、全要件の比較衡量を行う⁴²⁷⁾。4要件のうち、少なくとも本案勝訴可能性（見込み）の要件は重視しているとみてよい⁴²⁸⁾。立証が必要な勝

き、13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (e).

426) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (f) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 26.

伝統的4部構成テストを採用する事例として以下のものがある。

Mason County Med. Ass'n v. Knebel, 563 F. 2d 256, 261 (6th Cir. 1977) ; Van Drivers Union Local No. 392 v. Neal Moving & Storage, 551 F. Supp. 429, 431 (N. D. Ohio 1982) ; Givens v. Block, 559 F. Supp. 18, 19 (E. D. Tenn. 1982) ; United States v. Detroit Int'l Bridge Co., 7 F. 3d 497, 503 (6th Cir. 1993) ; Vittitow v. City of Upper Arlington, 43 F. 3d 1100, 1108-09 (6th Cir. 1995) (4部構成テストを採用したうえで、比較衡量を行う)。

427) Roth v. Bank of the Commonwealth, 583 F. 2d 527, 537-538 (6th Cir. 1978) [立証が必要な本案勝訴の見込みの程度は、差止命令がない場合に原告が被る被害の程度に反比例して変化する、とした。] ; In re DeLorean Motor Co., 755 F. 2d 1223, 1229 (6th Cir. 1985).

前掲 Vittitow ケースは、4要件を「立証すべき必須条件 (prerequisites to be met)」ではなく、比較衡量されるべきものと解している (In re DeLorean, 755 F. 2d at 1229 を引用する)。Vittitow, 43 F. 3d at 1109.

第1巡回区の実例であるが、Hyde Park Partners ケースにおいて裁判所は、買収対象企業の売却の申出により直面する被害と買収対象企業の直面する被害を比較衡量した後、マサチューセッツの企業買収法の執行を停止する予備的差止命令を認めた。Hyde Park Partners v. Connolly, 839 F. 2d 837, 853-854 (1st Cir. 1988).

428) Michigan State ケースは、原告に本案勝訴可能性はないとして、予備的差止命令を認めた原決定が破棄された事例である。裁判所は、「一般の問題として、これらの4要件のどれも支配的な重みを与えられているわけではないが、本案勝訴の見込みだけが満たされていない事案で発せられた予備的差止命令は認められない」と述べた。Michigan State AFL-CIO v. Miller, 103 F. 3d 1240, 1249 (6th Cir. 1997).

訴可能性の程度は、他の要件の強弱に応じて変化する⁴²⁹⁾。裁判例には、強度の立証（実質的可能性の立証）⁴³⁰⁾と軽度の立証（重大な問題の提起の立証）⁴³¹⁾を要求したものがあがるが、第2巡回区の基準同様に Winter ケース

429) 前掲 DeLorean ケースは、「立証が必要な本案勝訴の見込みの程度について、4 要因は比較衡量されるべきものであり、それぞれの立証を必要とする必須条件ではない……。従って、要求される勝訴可能性の程度は、他の要件の強さに依存する」と述べる。DeLorean, 755 F. 2d at 1229.

430) 前掲 Mason ケースは、原告は「本案で勝訴する強い若しくは実質的な見込み又は蓋然性 (strong or substantial likelihood or probability of success)」を立証しなければならない、とする。Mason, 563 F. 2d at 261 n. 4.

Mason ケースは、Senex ケース (SEC v. Senex Corp., 534 F. 2d 1240 (6th Cir. 1976)) が裁判所の審査基準のひとつを「本案勝訴の可能性 (possibility of success on the merits)」と表現したことを「不適切な用語法 (unfortunate terminology)」であると述べて批判した。Mason, 563 F. 2d at 261 n. 4.

これに対しては、Roth ケースが「この基準の用語上の分裂は、エクイティ上の救済の妥当性に関してどの要因も単一では決定的でないという、状況を反映したに過ぎない。本案勝訴可能性の評価に加えて、裁判所は、原告に生ずる被害の回復不能性、当事者間の被害の比較衡量、及びその規律が公益に与える影響をも考慮しなければならない。一般的に、立証する必要のある勝訴可能性は、差止命令がない場合に原告が被る被害の程度に反比例するであろう。……従って、本案勝訴可能性に関する基準に用いられる語句そのものは、エクイティ裁判所により評価される伝統的な全要因の実際の評価と比べれば、それほど重要ではない。求められているのはバランスをとることであって、ある形式をとる語句の機械的適用ではないのである。」と述べて (Roth, 583 F. 2d 537-38), あまり語句そのものにこだわるべきではないと反論している。

See, 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (f).

431) 前掲 Roth ケースは、「事実上及び法律上の問題が複雑であり、すぐに結論を出すべきでないと考えた裁判官が、他の要件の立証状況と相まって、本案勝訴の見込みの立証を、重大、実質的、困難、そして疑問があるために訴訟の公正な基礎となり更なる慎重な調査を必要とするような、本案に付すべき問題を原告が提起すること

の基準に反しないかが問題となりうる。表現の自由を制限する予備的差止命令を求める事案では、申立当事者にはとくに重い立証責任が課される⁴³²⁾。

⑦ 第7巡回区控訴裁判所

第7巡回区控訴裁判所は、5部構成の2段階テストを適用する⁴³³⁾。それ

の立証で足りるとの判断をしても、裁量権の行使を誤ったものとは言えない」と判示した。Roth, 583 F. 2d 536-38 (Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F. 2d 738, 740 (2d Cir. 1953)を引用)。

また、前掲 DeLorean ケースは、「他の3要件が強度に立証されている状況において、更なる調査を正当化するのに十分な程度の重要な問題を提起した場合に、下級裁判所が予備的差止命令を認めることは、裁量権の行使の逸脱とはいえない」とした。DeLorean, 755 F. 2d at 1230.

そして、前掲 Vittitow ケースは、「差止命令を求める当事者は、本案勝訴の強い見込みや実質の見込みを立証する必要はないが、その請求の実体において、更なる本案の調査を正当化するのに十分な重要な問題が提起されていることを立証しなければならない」と述べた。Vittitow, 43 F. 3d at 1109.

432) County Sec. Agency v. Ohio Dep't of Commerce, 296 F. 3d 477, 485 (6th Cir. 2002).

433) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (g) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 26.

Girl Scouts of Manitou Council, Inc ケースは、次のように述べる。

「エクイティ上の暫定的救済である『予備的差止命令は影響の大きい権力行使であり、明らかにそれが必要な状況を除いて、決して汎用してはならない』。そのような救済を正当化する状況かを判断するため、地方裁判所は、入口段階と衡量段階の2つの異なる段階を踏む分析を行っている。入口段階をパスするため、予備的差止命令を求める当事者は、3つの要件を満たさなければならない。第1に、予備的差止命令がなければ、申立人が当該請求の終局的解決までの期間に回復不能の被害を受けること、第2に、伝統的なコモン・ロー上の救済が不相当であること、そして第3に、その主張に、本案において勝訴するいくらかの見込み (some likelihood) があること。裁判所は、申立当事者がこれら3つの入口条件 (three threshold requirements) のひとつでも証明していないと判断した場合、差止命令を拒否しなければならない。反対に、申立当事者がこの最初の条件をパスしたと認める場合、裁判所は分析の衡量段階へと進む。この第2段階では、裁判所は、誤

によれば、第1段階の入口審査(threshold phase)で、裁判所は、(1) 本案勝訴の合理的な見込み(reasonable likelihood)、(2) コモン・ロー上に適切な救済がないこと、(3) 回復不能の被害を考慮する⁴³⁴⁾。申立人は、これら3つの要件について十分に立証しなければならない⁴³⁵⁾。これらについて立証責任が果たされたと認めた場合、第2段階の衡量審査(balancing phase)で裁判所は、それらの要件とともに、(4) 被害の比較衡量、そして(5) 公益の考慮を行う⁴³⁶⁾。

第7巡回区は、スライド基準を採用する⁴³⁷⁾。これによれば、各要件は互

判の危険を最小限とするため、『原告への被害、トライアルでの勝訴の見込み(likelihood)、差止命令が認められた場合に被告に生ずる被害、及びワイルド・カードとしての「公益」の、性質と程度を比較衡量しなければならない』。特に裁判所は、予備的差止命令がない場合に申立当事者が被る回復不能の被害と裁判所がその救済を認めた場合に反対当事者が受ける回復不能の被害の全てとの比較衡量を重視している。その際、裁判所はスライド基準のアプローチを採用する。それによれば、『原告の勝訴の見込み(likely)が高まるほど、被害の比較衡量における優位の必要性は減少する。また、原告の勝訴の見込みが減少すれば、被害の比較衡量における優位の必要性は増す』。また適切な事案では、差止命令の認否が非当事者に与える影響(裁判所が『公益』と称しているもの)についても被害の比較衡量の検討過程で考慮すべきである。地方裁判所は、これらすべての要因を考慮に入れ、『これら様々な要件の重要性の主観的評価と主張の性質に関する個人的な直感に依拠して』裁量権を行使しなければならない。』*Girl Scouts of Manitou Council, Inc. v. Girl Scouts of U.S.A, Inc.*, 549 F.3d 1079, 1085-1086 (7th Cir. 2008).

434) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(g); Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 26-27; *Jones v. Infocure Corp.*, 310 F. 3d 529, 534 (7th Cir. 2002) [*Ty, Inc. v. Jones Group, Inc.*, 237 F. 3d 891, 895 (7th Cir. 2001)を引用].

435) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(g) [裁判所は申立当事者がこれら3つの入口条件のひとつでも証明していないと判断した場合には、差止命令を拒否しなければならない。]; *Abbott Labs. v. Mead Johnson & Co.*, 971 F. 2d 6, 11 (7th Cir. 1992); *Girl Scouts*, 549 F. 3d at 1086.

いに相関関係に立ち、例えば勝訴可能性が大きければ被害の比較衡量での優位の必要性は減り、反対に勝訴可能性が小さければ被害の比較衡量での優位の必要性は増す⁴³⁸⁾。また、本案勝訴「可能性」の程度について「原告に少なからずチャンスがあること (that “the plaintiff’s chances are better than negligible”)⁴³⁹⁾ や「本案についてのもっともな主張 (plausible claim on the merits) がなされていること」⁴⁴⁰⁾ で十分とした裁判例があ

436) 13 Moore’s Federal Practice § 65.22(5)(g) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 26-27 ; Jones v. Infocure Corp., 310 F. 3d 529, 534 (7th Cir. 2002) [PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F. 3d 1262, 1267 n. 3 (7th Cir. 1995)を引用] ; Foodcomm Int’l v. Barry, 328 F. 3d 300, 303 (7th Cir. 2003) [Promatek Indus., LTD. v. Equitrac Corp., 300 F. 3d 808, 811 (7th Cir. 2002)を引用].

437) Bates, *supra* note 170, at 1535 ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 26 ; Girl Scouts, 549 F. 3d at 1086.

438) 申立人が回復不能の被害を強く立証した場合、予備的差止命令を正当化するにあたり、もっともな本案主張 (plausible claim on the merits) を提出するだけでも十分である。以上につき、13 Moore’s Federal Practice § 65.22(5)(g).

前掲 Abbott ケースは、「本案につき原告が勝訴する見込みが高いほど、回復不能の被害に必要な重みは軽くなっていく。原告が勝訴する見込みが低いほど、回復不能の被害に必要な重みは増していく (Dignet, Inc. v. Western Union ATS, Inc., 958 F. 2d 1388, 1393 (7th Cir. 1992)を引用する)」と述べる。Abbott, 971 F. 2d at 11-12 ; Girl Scouts, 549 F. 3d at 1086.

Hoosier Energy Rural Elec. Co-op ケースは、「本案主張がどれだけ強力かどうかは、被害の比較衡量に大きく依存する。差止命令が防止できる被害が大きいかほど、ある予備的救済を根拠づけるのに必要な原告の本案主張は弱いもので足りることになる」と述べる。Hoosier Energy Rural Elec. Co-op., Inc. v. John Hancock Life Ins. Co., 582 F. 3d 721, 725 (7th Cir. 2009).

439) Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc., 749 F. 2d 380, 387 (7th Cir. 1984) [Omega Satellite Products Co. v. City of Indianapolis, 694 F. 2d 119, 123 (7th Cir. 1982)を引用].

る⁴⁴¹⁾。

このような柔軟なスライド基準の適用が Winter ケースに反しないかが問題となる。この点につき、第7巡回区は、Winter ケースは同巡回区の従来の立場を否定していない、と考えているようである⁴⁴²⁾。

⑧ 第8巡回区控訴裁判所

第8巡回区控訴裁判所は、4部構成テストを採る⁴⁴³⁾。比較衡量テストとスライド基準を採用し、かなり柔軟な運用をしている⁴⁴⁴⁾。同巡回区は、各

440) 前掲 *Hoosier Energy Rural Elec. Co-op* ケースは、「回復不能の被害はエクイティ上の救済を根拠づけるのに不十分である。本案についてのもっともな主張 (plausible claim on the merits) がなければならず、差止命令は被害よりも善を生み出すのでなければならない (これはいわゆる『衡平の比較衡量』が原告に優位なこと、である)」と述べる。 *Hoosier Energy Rural Elec. Co-op*, 582 F. 3d at 725.

441) *See also*, *Stoll-DeBell*, *supra* note 113, at 27.

442) *Hoosier Energy Rural Elec. Co-op* ケースは、Winter ケースを引用して、回復不能の被害、本案勝訴可能性、被害の比較衡量、公益の考慮は必要としながら、本案勝訴可能性については「plausible claim on the merits」と表現している (このケースではそれ以上の議論はなされていない)。 *Hoosier*, 582 F. 3d at 725.

443) *Dataphase Systems, Inc. v. C L Systems, Inc.* 640 F. 2d 109 (8th Cir. 1981).

第8巡回区は、この *Dataphase Systems, Inc* ケースが提示した基準を繰り返し引用している。 *Stoll-DeBell*, *supra* note 113, at 27.

同ケースは、「言葉をどう組み合わせるかはともかく、関連する要件はみな同じである。すなわち、予備的差止命令を発すべきかどうかは、(1) 申立人に対する回復不能の被害の脅威、(2) この害悪と、差止命令の認容が他の訴訟当事者に与える被害との比較衡量、(3) 申立人の本案勝訴の蓋然性 (probability)、及び(4) 公益の考慮による」と述べる。 *Dataphase Systems, Inc.* 640 F. 2d at 113; *Taylor Corp. v. Four Seasons Greetings, LLC*, 315 F. 3d 1039 (8th Cir. 2003) [*Dataphase* ケースを引用].

444) *Dataphase Systems, Inc* ケースもスライド基準を採用している。13 *Moore's Federal Practice* § 65.22(5) (h).

要件はそれぞれ決定的なものではなく、相互に比較衡量しながら総合的に評価すべきとの立場を採る⁴⁴⁵⁾。本案勝訴可能性と被害の比較衡量の要件は相関関係に立ち、一方を強く立証すれば、他方の立証は弱くてもよいことになる⁴⁴⁶⁾。裁判例の中には2部構成テストを採用したものもあるが⁴⁴⁷⁾、

第8巡回区は、伝統的な4要件を考慮しているが、各要件の証明を申立人に要求していないようである。以上につき、Bates, *supra* note 170, at 1534; *See e.g.*, Thorbus v. Bowen, 848 F. 2d 901, 904 (8th Cir. 1988); Nordin v. Nutri/System, Inc., 897 F. 2d 339, 345 (8th Cir. 1990); Harris v. Blue Cross, Blue Shield, 995 F. 2d 877, 879 (8th Cir. 1993); Stuart Hall Co. v. Ampad Corp., 51 F. 3d 780, 783 n. 2 (8th Cir. 1995); Kirkeby v. Furness, 52 F. 3d 772, 774 (8th Cir. 1995).

445) 第8巡回区は、4要件は相互に関連しており、その1つだけを孤立させて考慮するのは妥当でないから、裁判所は4要件を比較衡量しなければならない、と考えているようである。United Indus. Corp. v. Clorox Co., 140 F. 3d 1175, 1179 (8th Cir. 1998).

前掲 Dataphase Systems, Inc ケースは、「どの要件も決定的ではない。原告の本案勝訴の見込みを孤立させて考えるのは無意味である。すべての事案において、当事者や公衆が受ける相対的な被害との兼ね合いで審査されなければならない」と述べる。Dataphase, 640 F. 2d at 113.

446) 前掲 Dataphase Systems, Inc ケースは、「救済を否定された場合に申立人に生ずる回復不能の被害の可能性よりも差止命令が認められた場合に他の当事者に生ずる被害の見込みの方が重大である場合、申立当事者は本案に勝訴する見込みを証明する重い責任に直面することになる。反対に、申立人が実質的な問題を提起し、衡平の比較衡量において申立人が大いに優位である場合、本案勝訴の立証は弱くてもよい」と述べる。Dataphase, 640 F. 2d at 113.

第8巡回区は、本案勝訴の蓋然性のファクターを厳格に運用しておらず、勝訴可能性が51%未満の場合にも柔軟性を認めている、との指摘がある。Bates, *supra* note 170, at 1535.

447) Fennell ケースにおいて第8巡回区は、第2・第9巡回区の提示した2部構成テストを引用したうえで、「被害の比較衡量が決定的に原告優位でかつ重大な問題の提示があったなら予備的差止命令を認めるべきである」と述べた（破棄・差戻し）。

これは上記の柔軟性の反映であるとされる⁴⁴⁸⁾。但し、政府の行為を停止させる予備的差止命令については、本案勝訴の見込みの立証が必須とされる⁴⁴⁹⁾。

⑨ 第9巡回区控訴裁判所

第9巡回区控訴裁判所は、従来、伝統的4部構成テスト⁴⁵⁰⁾と2部構成テ

Fennell v. Butler, 570 F. 2d 263, 264 (8th Cir. 1978); Chromalloy Am. Corp. v. Sun Chem. Corp., 611 F. 2d 240, 244 (8th Cir. 1979) [Fennell ケースの基準を引用]; Geiger v. City of Eagan, 618 F. 2d 26, 27 (8th Cir. 1980) [控訴裁判所は、申立人は Fennell 決定の基準を満たしていたとした (破棄・差戻し)].

448) 第8巡回区は、Fennell ケースにおいて2部構成テストを採用しながら、Dataphase ケースにおいて4部構成テストを採用した。第8巡回区は、Dataphase ケースにおいて、Fennell 基準 (alternative test) の採用により生ずる混乱について言及し、「言葉をどう組み合わせるかはともかく、関連する要件はみな同じである」と述べた。Dataphase, 640 F. 2d at 113.

449) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (h).

Planned Parenthood Minn., N. D., S. D. ケースにおいて第8巡回区は、「適法に定められた州制定法の執行を停止させる予備的差止命令に限っては、裁判所は『本案勝訴の見込み (that party is likely to prevail on the merits)』を必ず認定しなければならないが、それ以外のものの停止を求める予備的差止命令については、裁判所は『勝訴の公平なチャンス (fair chance of prevailing)』のテストを適用すべきである」と述べた。Planned Parenthood Minn., N. D., S. D. v. Rounds, 530 F. 3d 724, 730-33 & n. 6 (8th Cir. 2008) (en banc).

450) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (i).

Johnson ケースは、「原告は(1) 本案に勝訴する強い見込み (strong likelihood), (2) 予備的差止命令が認められなかった場合に原告に生ずる回復不能の被害の可能性 (possibility), (3) 被害の比較衡量において原告が優位なこと、及び(4) 公益の増進 (一定の事案で) を立証しなければならない」と述べる。Johnson v. California State Bd. of Accountancy, 72 F. 3d 1427, 1430 (9th Cir. 1995); Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell, 632 F. 3d 1127, 1131 (9th Cir. 2011) [Winter, 172 L.

ストという2種類の基準を併用していると言われてきた⁴⁵¹⁾。2部構成テストによれば、申立人は、(1) 本案勝訴の蓋然性 (probable) + 回復不能の被害の可能性 (possibility), 又は(2) 重大な問題の提起 + 被害の比較衡量における決定的優位性, のどちらかを選択して立証すればよい⁴⁵²⁾。但し、公

Ed. 2d at 261-262 を引用]。

Dish Network Corp. ケースは、Winter ケースを引用し、「たとえ原告が第1修正上 (First Amendment) の勝訴の見込み (likely to succeed on the merits) を立証したとしても」、なお裁判所はその他の予備的差止命令の要件も考慮しなければならない」と述べる。Dish Network Corp. v. FCC, 653 F. 3d 771, 776 (9th Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 1162 (2012)。

451) Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 28.

452) Johnson, 72 F. 3d at 1427, 1430.

A&M Records, Inc ケース (Napster ケース) は、「予備的差止命令の救済は、(1) 本案勝訴の蓋然性 (probable success) 及び回復不能の被害の可能性 (possibility) の組み合わせか、又は(2) 重大な問題が提示されたこと及び困難性の比較衡量が申立人優位であることの組み合わせかの、どちらかを証明した当事者に認められる」と述べる。A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004, 1013 (9th Cir. 2001); Sammartano v. First Judicial Dist. Court, 303 F. 3d 959, 965 (9th Cir. 2002)。

もともとこのテストは、第2巡回区の Sonesta テストを第9巡回区が採用したものである。Sonesta Int'l Hotels Corp. ケースにおいて第2巡回区は、「確立したルールによれば、予備的差止命令は、(1) 本案勝訴の蓋然性 (probable success on the merits) 及び回復不能の被害の可能性 (possible), 又は(2) 訴訟の公正な基礎とするに足る本案に付すべき重大な問題及び困難性の比較衡量が予備的差止命令を請求した当事者側に決定的に優位であること、のどちらかを明白に立証することにより発せられる」と述べた。Sonesta Int'l Hotels Corp. v. Wellington Associates, 483 F. 2d 247, 250 (2d Cir. 1973)。

See, William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 526 F. 2d 86, 88 (9th Cir. 1975) (Gresham ケースの基準を取り入れている); Gresham v. Chambers, 501 F. 2d 687, 691 (2d Cir. 1974) (Sonesta ケースを引用)。

益が含まれるような事案では、裁判所はこれも考慮しなければならない⁴⁵³⁾。

第9巡回区もスライド基準を採用する⁴⁵⁴⁾。それによれば、本案勝訴可能性の確実性が上がれば、被害の比較衡量での優位性は低くてよいことになり、また本案勝訴可能性の確実性が下がれば、被害の被告衡量での優位性が高くなければならなくなる⁴⁵⁵⁾。そして、上記2部構成テストとは、結局は4部構成テストの発現形態の一つであると、今では考えられている⁴⁵⁶⁾。

「重要な問題」テストによれば、申立人は、本案で勝訴の蓋然性 (probability) まで立証する必要はなく、可能性 (possibility) を示せばよい。この点、「重要な問題」テストは Winter ケースにより否定されたのではないかとの疑問があるところ、第9巡回区は、最高裁判所の判断に反せず未だ有効であるとした⁴⁵⁷⁾。ただ Winter ケース以降は、裁判所は、いかなると

453) Fund for Animals v. Lujan, 962 F. 2d 1391, 1401-02 (9th Cir. 1992).

454) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (i) ; Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell, 632 F. 3d 1127, 1131-32 (9th Cir. 2011).

455) Dollar Rent A Car of Wash., Inc. v. Travelers Indem. Co., 774 F. 2d 1371, 1375 (9th Cir. 1985) [Benda v. Grand Lodge of the International Association of Machinists & Aerospace Workers, 584 F. 2d 308, 315 (9th Cir. 1978), cert. dismissed, 441 U.S. 937, 60 L. Ed. 2d 667, 99 S. Ct. 2065 (1979)を引用].

456) Sun Microsystems, Inc. v. Microsoft Corp., 188 F. 3d 1115, 1119 (9th Cir. 1999) [2部構成テストの2つのファクターは、相互に無関係のものではなく、『ひとつの連続体の先端 (extremes of a single continuum)』である].

前掲 Sammartano ケースは、「これら2つのどちらも、請求の実体と、当事者の直面する被害もしくは困難性との両者の審査を要求している。われわれは、『これら2つの定式は、スライド基準により勝訴の蓋然性 (probability of success) が減少するのに応じて要求される回復不能の被害の程度が増加する場合の、任意の2点を示すものだ』と考えている」と述べた。Sammartano, 303 F. 3d at 965 (A&M Records, 239 F. 3d at 1013; Sun Microsystems, 188 F. 3d at 1119を引用).

457) Alliance ケースは、「重大な問題」テストの有効性を肯定した第7巡回区及び第2巡回区の判断に賛成すると述べる (第10巡回区の modified test も肯定するよう

きでも4要件を必ず審査しなければならず、また回復不能の被害の立証は可能性 (possibility) の立証では足りず見込み (likelihood) の立証でなければならない⁴⁵⁸⁾、と解されている⁴⁵⁹⁾。その限度で、従来のスライド基準より柔軟性が制限されている⁴⁶⁰⁾。

かつて、第9巡回区は、環境被害が問題となった事案において、回復不能の被害を推定したが、最高裁判所は Amoco Prod ケースにおいて、この推定を否定した⁴⁶¹⁾。また、同巡回区はかつて、特許侵害事件の原告が本案

である)。Alliance, 632 F. 3d at 1132, 1134.

458) Winter ケースにおいて最高裁判所は、第9巡回区が回復不能の被害の可能性 (possibility) を理由に予備的差止命令を認めたことに同意しなかった。最高裁判所は、予備的差止命令を求める原告は回復不能の被害の見込み (likely) を立証しなければならない、と強調した。Winter, 555 U.S. at 22.

459) 前掲 Alliance ケースにおいて第9巡回区は次のように述べた。

「もちろん原告は、Winter ケースの挙げる他の要件も満たさなければならない。『重大な問題』テストを適用した以前の判断が、原告はただ本案に付すべき重大な問題と困難性の比較衡量において自己が決定的に優位であることさえ示せば、他の2要件の立証がなくても、それだけで予備的差止命令を発することができるという限られた限度で、それらは Winter ケースにより覆されている。しかし『重大な問題』アプローチは、Winter ケースの4要件テスト (four-element Winter test) の一部として適用される限り、Winter ケース後もなお有効である。つまり、『本案に付すべき重大な問題』と困難性の比較衡量が決定的に原告優位であることは、原告がまた回復不能の被害の見込み (likelihood) と当該差止命令が公益に資することを立証する限りにおいて、予備的差止命令の発令の基礎となりうるのである。」Alliance, 632 F. 3d at 1135.

460) Winter ケース以前は、申立人は「重大な問題」テストの下で2要件を立証すれば責任を満たすことができた、とされる。Bates, *supra* note 170, at 1532.

461) Amoco Prod ケース (前掲 [3] ケース) において第9巡回区は、当局が予定されていた環境影響評価を完全にしなかった場合、回復不能の被害が推定されるとしたが、最高裁判所は、「この推定は、伝統的なエクイティ上の原理に反し、アラス

勝訴の合理的可能性を立証した場合には回復不能の被害が推定されるとしていたが、eBay ケース以降はこの推定を認めていない⁴⁶²⁾。

⑩ 第10巡回区控訴裁判所

第10巡回区控訴裁判所は、4部構成テストに依拠して判断している⁴⁶³⁾。比較衡量テストを一部採用するようである。原則として、申立人は4要件をそれぞれ証明しなければならないが⁴⁶⁴⁾、3要件(回復不能の被害、被害

カ国有地保全法に何らの基礎ももたない」と判示した。Amoco Prod. Co. v. Village of Gambell, 480 U.S. 531, 544-45 (1987).

462) Perfect 10, Inc ケースにおいて第9巡回区は、著作権侵害訴訟において本案勝訴の合理的可能性の立証があれば回復不能の被害は推定されるという我々の長い歴史のあるルールは、eBay ケースにおける最高裁判所の判断に明らかに矛盾するため、その効力は覆された、との判断を示している。Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 653 F. 3d 976, 981 (9th Cir. 2011).

また、Flexible Lifeline Sys., Inc ケースにおいて第9巡回区は「著作権侵害事件において本案勝訴可能性の立証があれば回復不能の被害の推定を原告に認めてきた我々の長い歴史のある判例は、……その効力を覆された。……従って我々は、著作権侵害事件においてでさえ、原告が回復不能の被害の可能性 (likelihood) を予備的及び永久的差止命令の救済の必須条件として証明しなければならない、と解する」と述べている。Flexible Lifeline Sys., Inc. v. Precision Lift, Inc., 654 F. 3d 989, 998 (9th Cir. 2011).

463) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(j); Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 28.

Resolution Trust Corp. ケースにおいて第10巡回区は、「裁判所は、(1) 差止命令の発令がなければ回復不能の被害を受けること、(2) 被害の脅威が当該差止命令により反対当事者に生じるいかなる被害よりも重大であること、(3) 当該差止命令の発令により公益を害さないこと、(4) 本案〔勝訴〕の実質的見込み (substantial likelihood) があること、を考慮しなければならない」と述べた。Resolution Trust Corp. v. Cruce, 972 F. 2d 1195, 1198 (10th Cir. 1992); Autoskill, Inc. v. National Educ. Support Sys., Inc., 994 F. 2d 1476, 1487 (10th Cir. 1993); Walmer v. United States Dep't of Defense, 52 F. 3d 851, 854 (10th Cir. 1995).

の比較衡量、公益)の立証において自己の決定的優位性を示した場合には、本案請求に関連する立証については例外的に「重大な問題」を示すことで足りる⁴⁶⁵⁾。この緩和基準 (relaxed likelihood of success-on the-merits standard) は、第2巡回区の基準を取り入れたものとされる⁴⁶⁶⁾。この緩和

464) Kikumura v. Hurley, 242 F. 3d 950, 955 (10th Cir. 2001).

465) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (j).

申立当事者が3つの被害の要件が決定的に自己に優位であることを証明した場合、「勝訴の蓋然性基準 (probability of success requirement)」はいくらか緩和される。従って、そのような事案では、第10巡回区は alternative test の適用を認めており、それによれば申立人は「重大、実質的、困難、かつ疑義があるために、訴訟の公正な基礎となるような、本案に付すべき問題 (questions going to the merits so serious, substantial, difficult and doubtful, as to make them a fair ground for litigation)」を立証するだけでよいとされる。以上につき、Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 28 (Heideman v. S. Salt Lake City, 348 F. 3d 1182, 1189 (10th Cir. 2003)を引用)；Autoskill, Inc. v. National Educ. Support Sys., Inc., 994 F. 2d 1476, 1487 (10th Cir. 1993)；Walmer v. United States Dep't of Defense, 52 F. 3d 851, 854 (10th Cir. 1995)。

Star Fuel Marts, LLC ケースは、「もし申立当事者が3つの被害の要件 (回復不能の被害、相手方の被害との比較、公益への被害) において自己の決定的優位性を立証した場合、立証すべき本案勝訴可能性 (蓋然性) (probability of success) は緩和される」と述べた。Star Fuel Marts, LLC v. Sam's East, Inc., 362 F. 3d 639, 652-653 (10th Cir. 2004)；Oklahoma ex rel. Okla. Tax Comm'n v. Int'l Registration Plan, Inc., 455 F. 3d 1107, 1113 (10th Cir. 2006)。

466) Otero Sav. ケースにおいて第10巡回区は、「第2巡回区のリベラルな『勝訴の蓋然性 (probability of success)』基準の定義を採用している」と述べた。Otero Sav. & Loan Ass'n. v. Federal Reserve Bank, 665 F. 2d 275, 278 (10th Cir. 1981)。

第9巡回区の事例であるが、前掲 Alliance ケースは、「第10巡回区は『修正テスト (modified test)』を採用しており、これは第9巡回区の『重大な問題』テストと類似する」と述べる。Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell, 632 F. 3d 1127, 1134 (9th Cir. 2011)。

基準は、政府の行為を停止させる予備的差止命令や、現状変更的・命令的・終局裁判的な予備的差止命令のような、敬遠される差止命令 (disfavored injunction) が求められる事案には適用されない⁴⁶⁷⁾。

同巡回区は、Winter ケース後も、この緩和基準を採用し続けている⁴⁶⁸⁾。

467) そのような事案において、申立人は、本案勝訴可能性と被害の比較衡量の要件について、強い立証をしなければならない。13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (j).

Aid for Women ケースは、求められた予備的差止命令が、公益に影響する、法制度に基づく政府行為を停止させるものである場合、厳格性を緩和された「訴訟の公正な基礎」の基準は適用されない、と述べる。Aid for Women v. Foulston, 441 F. 3d 1101, 1115 & n. 15 (10th Cir. 2006).

O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal ケースは、歴史的に好まれてこなかった予備的差止命令の申立てに高度な基準を採用した事例である。しかし、4要件において「大いにかつ決定的 (heavily and compellingly)」に申立人優位であることを立証する必要はないとした。O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal v. Ashcroft, 389 F. 3d 973, 975-976 (10th Cir. 2004) (en banc).

RoDa Drilling Co. ケースは、「敬遠される差止命令が求められた場合には、修正された本案勝訴の見込みのテスト (the modified likelihood-of-success-on-the-merits test) は不適切であり、申立人は本案勝訴の実質の見込み (substantial likelihood) を証明しなければならない。修正テストによれば、申立人は、ただ『重大、実質的、困難、かつ疑義があるために、その争点を成熟させ、さらなる慎重な調査を正当化するような、本案に付すべき問題』を提示すればよい」と述べる。RoDa Drilling Co. v. Siegal, 552 F. 3d 1203, 1209 & n. 3 (10th Cir. 2009).

468) 前掲 RoDa Drilling Co. ケースの傍論において、敬遠される差止命令以外の差止命令の場合には、なお「重大な問題」テストが有効であることが示されている。RoDa Drilling Co. 552 F. 3d at 1209 n. 3.

また、Newland ケースは次のように述べる。「この地区でいくつかの裁判所が、Winter ケースにおける最高裁判所の判断をふまえ、この本案勝訴の見込みの緩和基準 (relaxed likelihood-of-success-on-the-merits standard) の継続的有効性を疑問視しているが、第 10 巡回区はこの緩和基準に継続して言及しているので、私はそれがまだ同巡回区において予備的差止命令の発令を規律しているものと受け取っ

⑪ 第11巡回区控訴裁判所

第11巡回区控訴裁判所は、第5巡回区控訴裁判所と同様に、厳格な伝統的4部構成テストを採る⁴⁶⁹⁾。そして、順次アプローチを採り、第2巡回区控訴裁判所のような柔軟な基準を拒否している⁴⁷⁰⁾。4要件のうち、少なくとも、「回復不能の被害」の要件は、必須と考えており、その立証なしに認められた予備的差止命令は不当とされる⁴⁷¹⁾。同巡回区は、本案勝訴の「可

ている」。Newland v. Sebelius, 2012 U.S. Dist. LEXIS 104835, *12 n. 7 (D. Colo. July 27, 2012) (RoDa Drilling Co. 552 F. 3d at 1209 n. 3を引用する)。

469) 第11巡回区の予備的差止命令の基準は、第5巡回区から借用したものであり、それと同一であるとの指摘がある。13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(k).

Siegel ケースは、「裁判所は「(1) 本案勝訴の実質的見込みがあること (substantial likelihood), (2) 差止命令の発令がなければ回復不能の被害を受けること, (3) 申立人への被害の脅威が当該差止命令により反対当事者に生ずるいかなる被害よりも重大であること, (4) 当該差止命令が公益に悪影響を及ぼさないこと」を考慮しなければならないとする。Siegel v. LePore, 234 F. 3d 1163, 1176 (11th Cir. 2000) (en banc)。

See also, United States v. Jefferson County, 720 F. 2d 1511, 1520 (11th Cir. 1983); Johnson v. United States Dep't of Agric., 734 F. 2d 774, 781 (11th Cir. 1984); GSW, Inc. v. Long County, 999 F. 2d 1508, 1518 (11th Cir. 1992)。

470) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5)(k).

See e.g., Nnadi v. Richter, 976 F. 2d 682, 690 (11th Cir. 1992) [伝統的4部構成テストを採用しなかったことを理由に、予備的差止命令を認めた原決定を破棄し命令を取り消した。]; Crochet v. Housing Auth., 37 F. 3d 607, 609 (11th Cir. 1994) [予備的差止命令を拒絶した原決定の審査にあたり、本案勝訴の実質的可能性についてだけ言及した。]; Horton v. City of St. Augustine, 272 F. 3d 1318, 1326 (11th Cir. 2001) [予備的差止命令を非常かつドラステックな救済と特徴づけた上で、各要件はそれぞれが本質的要素であるためひとつがなければ他を分析する必要はないとして、申立人の本案勝訴の見込みはないとしながら予備的差止命令を認めた原決定を破棄、差し戻した。]。

能性」は、実質的な見込み (substantial likelihood) と解されている⁴⁷²⁾。

⑫ コロンビア特別区巡回控訴裁判所

コロンビア特別区巡回控訴裁判所は、伝統的4部構成テストを採用し⁴⁷³⁾、

471) Siegel v. LePore, 234 F. 3d 1163, 1176 (11th Cir. 2000) [Northeastern Fla. Chapter of the Ass'n of Gen. Contractors of Am. v. City of Jacksonville, 896 F. 2d 1283, 1285 (11th Cir. 1990)を引用].

472) Osmose, Inc. v. Viance, LLC, 612 F. 3d 1298, 1307 (11th Cir. 2010) [地方裁判所は、基礎となる訴訟の本案で勝訴する実質的な見込み (substantial likelihood) があることを申立人が証明した場合に限り、予備的差止命令を認めることができる。(N. Am. Med. Corp. v. Axiom Worldwide, Inc., 522 F. 3d 1211, 1217 (11th Cir. 2008)を引用)].

473) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (1) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 29.

National Wildlife Fed'n ケースにおいてコロンビア特別巡回区は、「裁判所は、原告が予備的差止命令を取得できるかを決定する際には、以下の4要件を考慮しなければならない、ということは確立したルールである。その4要件とは、(1) 原告の本案勝訴の見込み (likelihood of success), (2) その差止命令がない場合に原告に生ずべき回復不能の被害の脅威 (threat of irreparable injury), (3) その差止命令の発令により相手方に生ずる相当の被害の可能性 (possibility of substantial harm), 及び(4) 公益、である」と述べている。National Wildlife Fed'n v. Burfurd, 835 F. 2d 305, 318 (D. C. Cir. 1987) ; City of Las Vegas v. Lujan, 891 F. 2d 927, 931 (D. C. Cir. 1989) ; Rafeedie v. INS, 880 F. 2d 506, 519 (D. C. Cir. 1989).

Taylor ケースは、「申立人は少なくとも、以下の4つの事項を証明しなければならない。(1) 本案に勝訴する実質的な見込み (substantially likely) があること、(2) 差止命令がなければ、コモン・ローでは救済できないような、回復不能の被害を受けること、(3) 当該差止命令が他の当事者を実質的に害するものではない (not substantially harm) こと、及び(4) 当該差止命令が公益をひどく害するものではない (not significantly harm) こと、を証明しなければならない」と述べる。Taylor v. Resolution Trust Corp., 56 F. 3d 1497, 1505-06 (D. C. Cir. 1995).

Al-Fayed ケースも同様に、「申立人は(1) 原告が本案勝訴の実質的な可能性 (substantial likelihood) を有するかどうか、(2) 差止命令が認められなかった場

比較衡量テスト又はスライド基準を適用している⁴⁷⁴⁾。それでも、各要件の最低限の立証は必要である⁴⁷⁵⁾。コロンビア特別巡回区は Winter ケース以後、スライド基準の維持に否定的である⁴⁷⁶⁾。

合に原告は回復不能の被害を受けるかどうか、(3) 命令は他の利害関係ある当事者 (other interested party) を大きく侵害するかどうか、及び(4) 差止命令の認容により公益が増進されるかどうか、を証明しなければならない」と述べる。Al-Fayed v. CIA, 254 F. 3d 300, 303 (D. C. Cir. 2001) (Serono Labs., Inc. v. Shalala, 158 F. 3d 1313, 1317-18 (D. C. Cir. 1998)を引用)。

474) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (l).

特別巡回区は予備的差止命令の判断に際して、各要件を相互に比較して評価すべきとの立場をとるが、4要件の比重をどう評価するかについては少し混乱がみられるようである。以上につき、Bates, *supra* note 170, at 1533.

Wash. Metro. Area Transit Comm'n ケースにおいて「裁判所は、申立人の最終勝訴 (ultimate success) は数学的蓋然性 (mathematical probability) があると認定するよう要求されない。……勝訴の蓋然性 (possibility of success) の『水準 (level)』若しくは『程度 (degree)』は、他の要件の評価により変化するだろう」と述べた。Wash. Metro. Area Transit Comm'n v. Holiday Tours, Inc., 559 F. 2d 841, 843-44 (D. C. Cir. 1977)。

スライド基準を採用する事例として、以下のものがある。CityFed Fin. Corp. v. Office of Thrift Supervision, 58 F. 3d 738, 747 (D. C. Cir. 1995) [地方裁判所は、各要件を根拠づける主張の強さを総合衡量しなければならない]; Serono Labs., 158 F. 3d at 1318 [「これらの要件は、スライド式に相互関連し、相互にバランスをとらなければならない。『もしある要件の主張が特別に強力であるなら、他の要件の主張が相対的に薄弱であっても、なお差止命令を発することができる』(CityFed Fin., 58 F. 3d at 746を引用)]; Davenport v. Int'l Bhd. of Teamsters, 166 F. 3d 356, 360-61 (D. C. Cir. 1999) [Serono Labs., 158 F. 3d at 1318を引用する]。

しかし、前掲 Al-Fayed ケースは、スライド基準を採用していない。Al-Fayed v. CIA, 254 F. 3d 300, 303-04 (D. C. Cir. 2001)。

475) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (l); Containers, Ltd. v. Stena AB, 890 F. 2d 1205, 1210-1211 (D. C. Cir. 1989); CityFed Fin., 58 F. 3d at 747.

⑬ 連邦巡回区控訴裁判所

連邦巡回区控訴裁判所は、伝統的4部構成テストを採用する⁴⁷⁷⁾。同巡回区は順次アプローチを採る⁴⁷⁸⁾。4要件の中でも、本案勝訴の見込みと回復不能の被害の2要件を入口の審査要件(threshold inquiries)とする⁴⁷⁹⁾。

476) Davis ケースは「Winter ケースは4要件をスライド基準により総合衡量できるかを正面から論じたものではないが、より厳格な立証責任を設定したものと読むことができる」と述べる。Davis v. Pension Benefit Guaranty Corp., 571 F. 3d 1288, 1292 (D. C. Cir. 2009) ;

Sherley v. Sebelius, 644 F. 3d 388, 392-93 (D. C. Cir. 2011) [傍論であるが、Davis ケースと同様の判示をした。].

477) 13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (m) ; Stoll-DeBell, *supra* note 113, at 30.

Reebok Int'l, Ltd ケースにおいて連邦巡回区は、「特許事件における差止命令の救済は、特許法(35 U. S. C. § 283 (1988.))により認められている。予備的差止命令を発すべきかどうかは、4つの要件に依拠する。その要件とは(1) 申立人の本案勝訴の合理的見込み(reasonable likelihood of success), (2) 予備的差止命令が認められない場合に申立人が被る回復不能の被害, (3) 被害の比較衡量における優位性, 及び(4) 公益への悪影響, である」と述べた。Reebok Int'l, Ltd. v. J. Baker, Inc., 32 F. 3d 1552, 1555 (Fed. Cir. 1994) ; Anton/Bauer, Inc. v. PAG, Ltd., 329 F. 3d 1343, 1348 (Fed. Cir. 2003).

478) 連邦巡回区は「スライド基準」を使用しない。従って地方裁判所は、申立人が本案勝訴可能性の証明に失敗した場合に、残りの要件の一つ[回復不能の被害]を強度に立証させて予備的差止命令を認容することはできない。全ての要件を総合衡量することなしに発令することは、地方裁判所の裁量権濫用となる。13 Moore's Federal Practice § 65.22(5) (m).

Jack Guttman ケースは、「予備的差止命令を認めるためには4要件全ての分析が必要であり、……トライアル裁判所は特許権者が4要件のひとつでも立証できなければ、それによって申立てを拒絶できる」と述べる。Jack Guttman, Inc. v. Kopykake Enters., Inc., 302 F. 3d 1352, 1356 (Fed. Cir. 2002).

〔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。

479) Anton/Bauer, Inc ケースは、「我々の管轄地では、予備的差止命令を取得するためには、申立人は最低でも最初の 2 つ（本案勝訴の合理的な見込みと回復不能の被害）を証明しなければならない」と述べる。Anton/Bauer, Inc. v. PAG, Ltd., 329 F. 3d 1343, 1348 (Fed. Cir. 2003).