

アメリカ連邦裁判所における予備的差止命令と 仮禁止命令の発令手続(2)

——わが国の仮処分命令手続への示唆——

吉 垣 実

目 次

- I. はじめに
- II. 予備的差止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 申立てと通知（以上、法経論集201号）
 - 4. 立証活動と審理
 - (1) 証拠の提出（以上、本号）
 - (2) 審理（hearing）
 - 5. 命令
 - 6. 上訴
 - 7. 裁判所侮辱
- III. 仮禁止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 申立てと通知
 - 4. 立証活動と審理
 - 5. 命令
 - 6. 上訴
- IV. 日本法への示唆
- V. おわりに

4. 立証活動と審理

(1) 証拠の提出

(a) 証拠提出の機会

予備的差止命令の申立てにおいて、裁判所は、一方当事者のみならず、両当事者に証拠提出の機会を与えなければならない。一方当事者だけが提出する証拠に依拠してはならず、事実認定は、公平中立な裁定機関が、提出された証拠を比較し評価することによらなければならない⁽⁹⁶⁾。連邦民事訴訟規則65条(a)項(1)号の通知は、予備的差止命令に反対する当事者に、審理に出席し証拠を提出する機会を保障するよう要求したものであると解する裁判例もある⁽⁹⁷⁾。

(b) 許容される証拠

予備的差止命令の申立てを基礎づける証拠の提出については、求める救済の緊急性ゆえに、厳格な立証を要求されず⁽⁹⁸⁾、連邦証拠規則の適用は

⁹⁶ Sims v. Greene, 161 F.2d 87 (3d Cir. 1947).

⁹⁷ Harris County v. Carmax Auto Superstores Inc., 177 F.3d 306 (5th Cir. 1999).

⁹⁸ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 236.

ないと解されている⁽⁹⁹⁾。したがって、伝聞証拠 (hearsay evidence)⁽¹⁰⁰⁾も考慮することができる⁽¹⁰¹⁾。証人尋問 (live testimony) を実施するかどうかは裁判所の裁量事項であるが⁽¹⁰²⁾、一般的には許すべきではないと解されてい

(99) University of Texas ケースは次のように述べる。「予備的差止命令の目的は、本案トライアルが開かれるまで、当事者の地位を保全することに過ぎない。予備的差止命令は、その目的が限定的であって、かつ地位の保全にしばしば必要となる迅速性を前提とするために、本案のトライアルの場合よりも、厳格でない手続と不完全な証拠に基づいて認容されるのが通常である。従って当事者は、予備的差止命令の審理において事件の完全な立証を要求されず、裁判所が予備的差止命令を認容する際に行う事実認定や法的判断は本案トライアルを拘束しない。」University of Texas. v. Camenisch, 451 U.S. 390, 395 (1981). 詳細については、拙稿「アメリカ会社訴訟における中間的差止命令手続の機能と展開(1)」大阪経大論集62巻4号(2011)65頁(以下、拙稿「(1)」として引用する)。

Flynt Distributing Co. ケースは、「予備的差止命令の取得は緊急を要するため、即座の判断が必要で、結果的にトライアルでの証人適格を有するであろう者から宣誓供述を聴取することは困難となる。トライアル裁判所は、それによって回復不能の被害がトライアル前に生じるのを防止するのに役立つのであれば、不適格な証拠 (inadmissible evidence) でさえ一定程度の評価をすることができる」とした。Flynt Distributing Co. v. Harvey, 734 F.2d 1389, 1394 (9th Cir. 1984).

(100) hearsay (or hearsay evidence; secondhand evidence) とは、伝統的には、証人が個人的に知見したことに関しない事柄について述べた供述 (testimony) であって、当該証人以外の者の信用性に依存するものをいう。証拠法則により許容されないのが一般的である。連邦法においては、トライアルや審尋 (hearing) において、主張事実の真实性を証明するための証拠として提出された、供述者 (declarant) 以外の者によりなされた (口述又はそれ以外の主張行為による) 陳述であると説明されている。以上につき、Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 838.

(101) Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 236.

(102) 予備的差止命令の申立てにおいて生の証言を許すかどうかは裁判所の裁量のうちにあり、裁判所の決定は裁量権の濫用があった場合にのみ取り消される。Stanley ケースにおいて、第9巡回区控訴裁判所は、「もし当事者が書面による証言を提出し事

る⁽¹⁰³⁾。ただし、重要な事実に争いがある場合には、証人尋問を行うべきとされている⁽¹⁰⁴⁾。証人尋問を許さなかったことが裁量権の濫用に当たるとされた事例も存在する⁽¹⁰⁵⁾。予備的差止命令手続で許容されている伝聞証拠に

実争点を議論する機会を十分に与えられているならば、予備的差止命令の審理において証人尋問を却下したとしても、裁量権の濫用にあたらぬ」とした。Stanley v. University of S. Cal., 13 F.3d 1313 (9th Cir. 1994).

See e.g., Blue Cross & Blue Shield Mut. v. Blue Cross & Blue Shield Ass'n, 110 F.3d 318, 322 (6th Cir. 1997); Dayton Area Visually Impaired Persons, Inc. v. Fisher, 70 F.3d 1474, 1480 (6th Cir. 1995); Washington v. Reno, 35 F.3d 1093, 1098 (6th Cir.1994); Michigan Coalition of Radioactive Material Users, Inc. v. Griepentrog, 945 F.2d 150, 153 (6th Cir.1991).

⁽¹⁰³⁾ Microsoft Corp. v. AT&T Computers, 1993 U.S. Dist. LEXIS 21132, at *5 (S.D. Cal. Oct. 29, 1993) [生の証言はめったに許容されない。実際、トライアル裁判所は、事実に対立がある場合でさえ〔傍線筆者〕、証人尋問を却下する裁量権を行使できるといのが、第9巡回区のルールである (Kenneally v. Lungren, 967 F.2d 329, 334-335 (9th Cir. 1992), cert. denied, 506 U.S. 1054 (1993). を引用)].

⁽¹⁰⁴⁾ Blackwelder Furniture Co. v. Seilig Mfg. Co., 550 F.2d 189 (4th Cir. 1977).

Sims ケースは、訴答と宣誓供述書における主張が対立している場合、生の証言により解決されなければならない、とした。第4巡回区は、証人を尋問しその証言台での態度を観察することによってのみ、事実認定者は各当事者の主張の真实性を決定できるのであり、もし証人尋問がなされないなら、トライアル裁判所は一方の〔当事者の提出する〕書面を他方〔当事者が提出する書面〕より選好するだけの立場であるということになる、と述べた。Sims v. Greene, 161 F.2d 87, 88 (3d Cir. 1947).

⁽¹⁰⁵⁾ 被告側の証人を尋問せずある事実を原告優位に解決したことが裁量権の逸脱にあたるとして、予備的差止命令が取り消された事案がある。SEC v. G. Weeks Secur., Inc., 678 F.2d 649 (6th Cir. 1982).

Cf. Sentinel Trust Co. v. Namer, 1998 U.S. App. LEXIS 31170, at *6-7 (6th Cir. Dec. 9, 1998) [しかし Weeks ケース〔前掲, SEC v. G. Weeks Secur〕は、裁判所が差止命令を発する前に常に証人尋問を実施しなければならないとの立場を表明したわけではない。……Weeks ケース決定は、……ただ、事実に争いがあり文書記録では

は、次のようなものがある。

(イ) 宣誓供述書 (affidavit)・宣誓なくしてなされた供述 (declarations)
宣誓供述書⁽¹⁰⁶⁾や宣誓なくしてされた供述⁽¹⁰⁷⁾は、予備的差止命令の申立て
において提出が認められる代表的な伝聞証拠⁽¹⁰⁸⁾である。一般論としては、

解決を図るのに不十分である場合、当事者には尋問され、証拠を提出する機会が与えられなければならない、と述べたに過ぎない。本件において地方裁判所は、予備的差止命令の妥当性を証明するのに十分な書証を有していたのである。]

⁽¹⁰⁶⁾ 宣誓供述書 (affidavit) とは、宣誓 (oaths) を管掌する官吏の前で宣誓され (sworn)、書面化された、事実に関する供述者 (declarant) の任意の供述 (voluntary declaration) をいう。非常に多くの量の証拠が宣誓供述書によって提出されており、とくにサマリ判決の申立てなどプリトリアル事項に関して顕著である。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 68.

⁽¹⁰⁷⁾ 宣誓なくしてなされた供述 (declaration) は、争いある出来事について知る者が宣誓せずになす陳述である。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 493-96.

⁽¹⁰⁸⁾ 裁判所は日常的に、宣誓供述書などの宣誓された文書 (sworn statement) に基づいて、予備的差止命令の申立てを判断している。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 236.

Hawksbill Sea Turtle v. Fed. Emergency Mgmt. Agency, 939 F. Supp. 1195, 1201 (D.V.I. 1996) [裁判所は、予備的差止命令手続において生の証言 (live testimony) 以外の伝聞の資料や証拠を適切に考慮することができるとして、ある宣誓供述書や証拠物 (exhibits) の却下の申立てを退けた。]; Levi Strauss & Co. v. Sunrise Int'l Trading, 51 F.3d 982, 985 (11th Cir. 1995) [地方裁判所は、予備的差止命令の段階では、永久的差止命令の証拠としては許容されない宣誓陳述 (sworn statements) や伝聞資料 (hearsay material) に依拠することができるとして、宣誓陳述に依拠して予備的差止命令の申立てを認容した原審を是認した。]; Animal Fair, Inc. v. AMFESCO Industries, Inc., 620 F. Supp. 175, 184 n.12 (D. Minn. 1985) [裁判所は、予備的差止命令の申立てにおいて即座に決断する必要がある場合、生の証言と同様に、宣誓供述書を考慮する裁量権を有する、と述べた。], *aff'd*, 794 F.2d 678 (8th Cir. 1986); Sypniewski v. Warren Hills Reg'l Bd. of Educ., 2001 U.S. Dist. LEXIS 25388, at *78 (D.N.J. 2001), *rev'd in part on other grounds*, 307 F.3d 243, 274 (3d Cir. 2002) [証拠の

宣誓供述書のみによつて予備的差止命令を発令すべきではないとされるが⁽¹⁰⁹⁾、宣誓供述書のみを根拠として（唯一の証拠として）予備的差止命令を認めた事例もある⁽¹¹⁰⁾。そのような事案は、事実に争いが無い場合が多い⁽¹¹¹⁾。宣誓供述書のみによつて証人申請を怠ると、まれにはあるが、

性質は考慮に入れてよいが、予備的差止命令の文脈においては証拠法則は緩和され、かかる手続において生の証言以外の伝聞の資料や証拠は裁判所によって適切に考慮されるとして、予備的差止命令段階での宣誓供述書を許容した。]; *Mattel, Inc. v. MCA Records*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 7310, at *5 (C.D. Cal. Feb. 18, 1998) [予備的差止命令の審理においては「厳格な証拠法則」の適用がないとして、宣誓なくしてなされた供述を排除する申立てを却下した。]; *Glow Indus. v. Lopez*, 252 F. Supp. 2d 962 (C.D. Cal. 2002) [地方裁判所は、仮差止命令や予備的差止命令の申立て (application) を規律するのに際して、トライアルでは許容されない証拠を考慮する裁量権を有するとして、宣誓なくしてなされた供述に基づいて予備的差止命令の申立てを認めた。].

(109) 多くの裁判所が、一般ルールとして、宣誓供述書のみを根拠として予備的差止命令を発令すべきではないとしている。 *Sims v. Greene*, 161 F.2d 87, 88 (3d Cir. 1947); *SEC v. Frank*, 388 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1968); *American Passage Media Corp. v. Cass Communications, Inc.*, 750 F.2d 1470 (9th Cir.1985); *Oakland Tribune, Inc. v. Chronicle Pub. Co.*, 762 F.2d 1374 (9th Cir. 1985); *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am., Inc.*, 897 F.2d 1572, 1575 (Fed. Cir. 1990).

当事者の主張する事実に深刻な対立があり、かつ申立ての認否の判断がその主張の信憑性にかかっている場合、宣誓供述書のみによつて手続の不当性は高くなることを考えれば、上記の裁判例の判断は妥当であろう。

(110) 宣誓供述書を唯一の根拠として予備的差止命令を発令した事例も存在する。 *Ross-Whitney Corp.* ケース (商標侵害事件) において、第9巡回区控訴裁判所は、「我々の意見では、予備的差止命令を宣誓供述書によって基礎づけることが許される。口頭証言を条件づけるなら結果的に本案についての完全な審理が必要となり、回復不能の被害からの救済を迅速に与えるという予備的差止命令の目的に背馳することになるだろう」と述べて、原審を是認した。 *Ross-Whitney Corp. v. Smith Kline & French Laboratories*, 207 F.2d 190, 198 (9th Cir. 1953).

(111) *Ross-Whitney Corp. v. Smith Kline & French Laboratories*, 207 F.2d 190, 198 (9th

裁判所から審理をうける権利を放棄したとみなされることがある⁽¹¹²⁾。

宣誓供述書には、発令の正当性を証明するための証拠が記載される。その証拠は、要件に即したものであり、かつそれのみで発令を正当化できる程度の証明力を備えたものでなければならない⁽¹¹³⁾。またそこには、宣誓供

Cir. 1953); *International Molders' & Allied Workers' Local Union No. 164 v. Nelson*, 799 F.2d 547, 555 (9th Cir. 1986) [被告が口頭証言の提出を要求せず、かつ審査範囲が膨大なために証拠調べのための審理が実際的でない場合に、宣誓供述書のみで証拠として認められた予備的差止命令を是認した。]; *Huk-A-Poo Sportswear v. Little Lisa, Ltd.*, 74 F.R.D. 621, 624 (S.D.N.Y. 1977) [真実宣言付訴状 (verified complaint) 又は宣誓供述書が否定されない場合、その内容は真実と推定されるから、証人の召喚がなくても、裁判所は訴答と宣誓供述書に依拠して予備的差止命令を認めることができる]; *People ex rel. Hartigan v. Peters*, 871 F.2d 1336, 1342 (7th Cir. 1989) [一般ルールとして、地方裁判官は宣誓供述書のみで依拠して予備的差止命令の申立てを解決すべきではないが、単に書証に依拠したという事実のみにより、裁判官の命令それ自体が無効又は違憲となるものではない]。

(112) *Holt v. Continental Group*, 708 F.2d 87, 90 n.2 (2d Cir. 1983); *Drywall Tapers & Pointers of Greater New York v. Operative Plasterers' and Cement Masons' International Ass'n*, 537 F.2d 669, 674 (2d Cir. 1976); *Semmes Motors, Inc. v. Ford Motor Co.*, 429 F.2d 1197, 1204-05 (2d Cir. 1970);

I. T. S. Industria Tessuti Speciali ケースにおいて、裁判所は、「生の証言を請求するのではなく、宣誓供述書に依拠したとき、予備的差止命令の申立人は、審理の機会を放棄したものとよい」と述べた。*I. T. S. Industria Tessuti Speciali v. Aerfab Corp.*, 280 F. Supp. 581, 590 n.2 (S.D.N.Y. 1967).

しかし、裁判所はこのような放棄を簡単には認めない。*Fengler* ケースにおいて、裁判所は、「当事者は、裁判所に提出される宣誓供述書に依拠することに甘んじた (content to rest) ことの証明がある場合に限り、審理を受ける権利を放棄したものとみなされる」とした。*Fengler v. Numismatic Americana, Inc.*, 832 F.2d 745, 748 (2d Cir. 1987).

(113) 仮に、相手方が審理を放棄するか又は裁判所が事実上の争点の欠如を理由に審理を省略した場合に、そこに記載された内容のみで発令を根拠づけられる程度のもので

述人の知識の由来（宣誓供述できる根拠・理由）を説明し、かつ宣誓供述人自身の信用性に関する情報も盛り込むべきである⁽¹¹⁴⁾。記載内容は、証言台で証言する内容と同じもので問題ないが、裁判官が一読できるように事実は可及的に簡潔に記すべきである⁽¹¹⁵⁾。

記載の方式は、裁判官に発令を正当化する事実のあることを理解してもらえらるよう、ヘッドラインやインデックスを付けるなどしてよく整序されたものであるべきである⁽¹¹⁶⁾。関連文書もすべて添付するべきである⁽¹¹⁷⁾。

(ロ) 真実宣言付訴状 (verified complaint) 訴状の記載事実に基づいて命令を認容する場合、その訴状には当事者の真実宣言 (verification)⁽¹¹⁸⁾が付き

あるべきである。1-7 Federal Litigation Guide §7.32. *See*, Consolidated Gold Fields PLC v. Minorco S.A., 871 F.2d 252, 256 (2d Cir. 1989); Guardians Ass'n v. Civil Serv. Comm'n, 490 F.2d 400, 403 (2d Cir. 1973).

⁽¹¹⁴⁾ 1-7 Federal Litigation Guide §7.32.

⁽¹¹⁵⁾ 1-7 Federal Litigation Guide §7.32.

⁽¹¹⁶⁾ 1-7 Federal Litigation Guide §7.32.

⁽¹¹⁷⁾ 1-7 Federal Litigation Guide §7.32.

⁽¹¹⁸⁾ 真実宣言 (verification) とは、公証人などの権限ある官吏の前でなされる正式な宣言 (formal declaration) をいう (但しある法域では、官吏の立会いはなく、ただ宣誓することにより当該文書の内容の真実性を宣言している)。伝統的には、真実宣言は宣誓を要求される全ての訴答の結論として使用される。Garner, *Black's Law Dictionary* (10th ed) at 1793.

真実宣言付訴状 (Verified Complaint) とは、その主張 (allegations) が原告 (まれに原告側弁護士) により宣誓された訴状であって、被告への嫌疑を調査し理由ありと認めたことを裁判所に対して証明するものをいう。連邦裁判所においては、規則や法律に別段の定めがない限り、訴状に真実宣言を付す必要はない (連邦民事訴訟規則11条(a)項)。真実宣言付訴状が要求される例として、連邦民事訴訟規則23.1条 (代位訴訟)、同規則65条b項 (通知なしの仮禁止命令の発令) がある。真実宣言を付す場合の一般的なやり方としては、宣誓の下で、①原告が訴状を点検したこと、②原告が個

れなければならない⁽¹¹⁹⁾。

人的知識に基づく主張に関してはそれを真実であると信じていること、③原告が個人的知識に基づかない主張に関しては特定の情報や文書に基づいてそれを真実であると信じていること、の陳述を訴状の末尾に添付する。真実宣言の頁には一般的に、公証人その他の官吏が、①原告の身元を確認したこと、②原告に宣誓させたこと、③原告が公証人の面前で宣誓供述書に署名したこと、について公証するための立会人記載欄 (“jurat” block)がある。合衆国法律集28編1746条の文言を引用する場合、宣誓しない形式の真実宣言の頁が利用されることもありうる。

真実宣言付訴状とは、当事者が訴状記載事実を正しいと信じている旨を宣誓してある訴状のことで、これによって訴状の内容が真実であると証明する効果をもつものごとをいうようである。

⁽¹¹⁹⁾ 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

真実宣言付訴状は差止的救済を求める技術的要件 (technical requirement) ではないが、裁判所は、事実に関して弁護士が宣誓したもの以外の宣誓陳述がなければ差止的救済が認容されることはない、と繰り返し述べている。真実宣言のない訴状記載の主張は差止的救済を認容する根拠とするのに不十分とされるのが一般であるから、訴訟当事者が訴状に真実宣言を付すか、又は詳細な宣誓供述書を真実宣言のない訴状に添付するか、どちらかをしなければならない。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 201-02.

Phelan ケースは、競争行為禁止の事例である。被告は原告の元パートナーであるが、原告は被告の競争行為を禁止する仮禁止命令を求め、イリノイ州クック郡巡回区裁判所 (Circuit Court of Cook County) はこれを認めた。被告は、原審が告知と審理を実施せず、真実宣言のない訴状に依拠して仮禁止命令を発したのは誤りであると主張して上訴した。イリノイ州控訴裁判所 (Appellate Court of Illinois) は、真実宣言のない訴状に依拠して差止命令を発するのはトライアル裁判所の裁量権濫用であるとして、仮禁止命令を一部取り消した。「仮の差止命令 (temporary injunction) を認めるかどうかはトライアル裁判所の裁量に大きく依拠するものであって手続法則により規律されるものではない、ということは十分に確立しているが (Weingart v. Weingart, 23 Ill. App. 2d 154, 161 N.E.2d 714 (1959)), 上訴審たる我々は、差止命令を認める際には大きな注意を払う必要がある旨を繰り返し強調してきた。予備的差止命令が訴状の記載に依拠する場合、『当該権利を証明するために根拠とする事実は、確実性と正確性を伴う積極的主張でなければならない。……その情報と見解について認証された

(ハ) 証言録取書 (deposition) 宣誓の下で行われた証言録取の反訳記録

主張は、差止命令を支持するには不十分である。』(Hope v. Hope, 350 Ill. App. 190, 194, 112 N.E.2d 495 (1953)) 『仮の差止命令の権利を認めるのには、主張する全ての主要事実が宣誓供述書によって適切に認証されることが不可欠である。予備的差止命令が訴状の記載を根拠に申請された場合、その訴状には真実宣言がなければならない。』(21 ILP § 122, p 617.) See, also, 43 CJS, Injunctions, § 187, p 879; Haxton v. Haxton, 333 Ill. App. 223, 77 N.E.2d 57 (1948).] Phelan v. Wright, 54 Ill. App. 2d 178, 181-82 (Ill. App. Ct. 1964).

Bascom Food Products Corp. ケースは、独占禁止法違反に関する事例である。原告である食品販売業者は、被告が原告に食品を販売しないのは独占禁止法違反であると主張して、販売を命ずる予備的差止命令を求め、ニュージャージー州地区連邦地裁はこれを認めた。

申立却下は原告の営業に回復不能の被害を与える可能性があるが、申立認容により被告が同様の被害を受けるわけではないから、困難性の比較衡量において原告が優位であることが決め手となった。必要な証明度に関して、完全な立証を必要とせず深刻な問題を提起すればよいとした上で、「申立人は当該状況が予備的差止命令の基準を満たしていることを証明する説得責任を負担し、真実宣言のない訴答上の主張以上の証拠を提出しなければならないというルールは、常に妥当している」と述べた。Bascom Food Products Corp. v. Reese Finer Foods, Inc., 715 F. Supp. 616, 624 n. 14 (D.N.J. 1989).

Illinois Migrant Council ケースは、メキシコ系住民が、米国移民許可局 (Immigration and Naturalization Service) が道路・住居・職場にいるメキシコ系住民に対して停止・搜索・質問するのを禁止する予備的差止命令を求めた事例である。イリノイ州北部地区連邦地裁は、原告側の勝訴可能性を認めて予備的差止命令を発した。同裁判所は、「これらの主張は……真実宣言のない訴状の中でなされているため、予備的差止命令の申立ての根拠として考慮することはできない」と述べて、原告側の主張の一部を排斥した。Illinois Migrant Council v. Pilliod, 398 F. Supp. 882, 891 (N.D. Ill. 1975).

Hall ケースにおいて裁判所は、「宣誓供述書又は認証された請願 (verified petition) に裏付けられない真実宣言のない訴状に基づいて予備的差止命令を発したこともまた、裁量権の濫用である」と述べた。Hall v. Orlikowski Constr. Co., 24 Ill. App. 3d 60, 63 (Ill. App. Ct. 1974).

(deposition transcript)⁽¹²⁰⁾も許容される⁽¹²¹⁾。実際に、反対尋問を受けた証言

Brown ケースは、価格管理局 (Office of Price Administration) が、被告に対して牛肉の配送を禁止する仮禁止命令を取得し、被告が同命令の取消しを求めたが、ペンシルバニア州中部地区連邦地裁はこれを却下した事例である。「規則65条(b)項は、訴状の根拠とする事実を認証する方法を2種類提示している。第1は、訴状中の宣誓供述書 (affidavit upon the complaint proper) によって、第2は、別個の宣誓供述書 (separate affidavit) によってである」。Brown v. Bernstein, 49 F. Supp. 497 (M.D. Pa. 1943).

次のようなケースも存在する。原告が、被告たる郡の教育委員会・教育長・行政委員会に対して学校債の違法な流用を禁止する予備的差止命令を求めたが、トライアル裁判所はこれを拒絶した。ノースカロライナ州控訴裁判所は、原審を是認しながらも、原審が訴状に真実宣言のないことを理由の一つとして述べたことは誤りであるとした。「訴状の真実宣言はノースカロライナ州一般法1A-1規則65条又はノースカロライナ州一般法第1章37款の下で (under N.C.G.S. § 1A-1, Rule 65, or under Chapter 1, Article 37, of the North Carolina General Statutes) 予備的差止命令を発する条件ではない」。Moore v. Wykle, 107 N.C. App. 120, 139 (N.C. Ct. App. 1992).

(120) 証言録取書 (deposition) とは、裁判所において後日使用するため又はディスカバリーのため、(通常は訴訟手続記録者 (court reporter) により) 書面化された、証人の法廷外での証言をいう。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 534.

transcript(or report of proceedings; reporters' record) とは、手書き、印刷、又はタイプされた口頭証言のコピー；とくに訴訟手続記録者により記録されたトライアルや審理における公式の手続記録をいう。Id. at 1726.

(121) 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

Commodity Futures Trading Comm'n ケースにおいて、「予備的差止命令手続においては、生の証言以外の伝聞の資料と証拠も裁判所により適切に考慮される。緊急の救済が請求された際には、回復不能の被害を防止すべく長期間の手続きを排除し即座の救済を与える必要があり、そのために証拠法則が緩和されているのであるから、私は、本案に関する終局トライアルで許容されないような類いの証拠であっても考慮したのである」との判断が示されている。Commodity Futures Trading Comm'n v. American Metal Exch. Corp., 693 F. Supp. 168, 173 (D.N.J. 1988).

予備的差止命令の発令に際して、伝聞証拠を受け入れるかどうかは、地方裁判所の

録取は、宣誓供述よりも証明力が強いかもしれない⁽¹²²⁾。一般に、予備的差止命令の申立ての性質上、申立前に証言録取を実施して反訳記録を作成することは困難であるが、その反訳記録は申立てをのちに補足するものである⁽¹²³⁾。

裁量に委ねられる。Republic of Philippines v. Marcos, 862 F.2d 1355, 1363 (9th Cir. 1988); Michaels v. Internet Entertainment Group, 5 F. Supp. 2d 823 (C.D. Cal. 1998) [裁判所は予備的差止命令の段階では伝聞証拠を考慮することができるとして、証言録取の反訳記録を許容した。]； cf. Hoover v. Switlik Parachute Co., 663 F.2d 964, 967 (9th Cir. 1981).

⁽¹²²⁾ 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

⁽¹²³⁾ 1-7 Federal Litigation Guide § 7.32.

(二) その他 以前の手続の反訳記録 (transcripts form prior proceedings)⁽¹²⁴⁾, 証券取引委員会の調査資料 (investigatory transcripts)⁽¹²⁵⁾, 答弁についての合意 (plea agreement)⁽¹²⁶⁾, など他の手続における資料も証拠とし

(124) *Asseo v. Pan American Grain Co.*, 805 F.2d 23 (1st Cir. 1986) [宣誓供述書その他の伝聞資料の提出が予備的差止命令手続において認められることはしばしばある, として, 行政法審判官 (administrative law judge) の面前でなされた労働行為手続 (labor practice proceeding) に関して提出された証言の反訳記録の提出を許容した下級審の判断を支持した。]; *Fuchs on behalf of NLRB v. Hood Industries, Inc.*, 590 F.2d 395, 398 (1st Cir. 1979) [第1巡回区控訴裁判所は, 労働委員会の行政法審判官の面前でなされた行政聴聞上の証言の反訳記録を許容した下級審の判断を支持した。]; *See also, Harris County v. Carmax Auto Superstores Inc.*, 177 F.3d 306, 326 (5th Cir. 1999) [CarMax は, 地方裁判所の前で, 予備的差止命令の審理の延期を要求していない。代わりに, 差止的救済の請求への異議において, テキサス州北部地区における仮制止命令の審理と本件事件の移送前の州裁判所手続の反訳記録を含む6件の証拠物が添付された詳細な摘要書を提出した。]; *Allegheny County Prison Emples. Indep. Union v. County of Allegheny*, 315 F. Supp. 2d 728, 731 (W.D. Pa. 2004) [2003年10月28日, 原告の予備的差止命令の請求に関する審理が開かれ, 7人の証人が証言し, 仮制止命令の審理において証言した4人の証人の証言が参照され, 組み入れられた。]

(125) *Securities & Exchange Com. v. Vesco*, 358 F. Supp. 1186, 1188 (S.D.N.Y. 1973) [裁判所は, 予備的差止命令の申立てを規律するにあたり, 審理に導入される生の証言以外の証拠を考慮する広範な裁量権を有する。問題の反訳記録の許容は被告の主張を不当に害するものではない。証券取引委員会の調査時にとられた宣誓証言の反訳記録は許容できる。]; *SEC v. General Refractories Co.*, 400 F. Supp. 1248 (D.D.C. 1975) [多数の証人尋問が実際的でなく また調査の規模からして予備的段階において効果的な「トライアル型の」審理ができない場合には, 宣誓された宣誓供述書と宣誓証言の反訳記録は, 予備的差止命令の審理において証拠となる。]

(126) 第7巡回区控訴裁判所は, 予備的差止命令を登録する際, 伝聞証拠を考慮することができると述べて, 答弁の取引を認めた。 *SEC v. Cherif*, 933 F.2d 403.

plea bargain (or plea agreement; negotiated plea; sentence bargain) とは, 検察官による一定の譲歩 (通常はより寛大な刑や他の訴因の放棄) と引き換えに, 刑事

て認められる⁽¹²⁷⁾。

(c) 証明責任

(イ) 審査基準 連邦法においては、予備的差止命令および仮制止命令の申立ての認否に関する統一基準は存在しないといえよう。連邦最高裁は、考慮すべき各要件について判断している⁽¹²⁸⁾が、連邦下級審が適用すべき統一基準を提示しているとはいえない。連邦下級審のレベルでは、審査基準は区々に分かれている。4部構成テスト（本案勝訴の見込み、回復不能の被害、比較衡量、公益の各要件についての立証を求める。各要件はそれぞれ独立しており、相互の影響を認めないとするアプローチ）が伝統的であるが、他にも3部構成テスト、2部構成テスト、5部構成テストなどがある。さらに問題を混乱させるのは、各巡回区の連邦高裁ごとに、さらに巡回区内の地方裁判所ごとに、テストの適用の仕方が違い、また複数のテストを使用する裁判所もあるという事実である。しかし、各要件は独立しているものの、相互に影響を受けるとするアプローチ（比較衡量テスト・スライド基準）は、事件を柔軟に解決するための有用な手段であるといえる⁽¹²⁹⁾。

(ロ) 証明責任の分配 予備的差止命令は、非常かつドラステックな救済であるから、申立人が明らかな立証により説得責任を果たした（the movant, by a clear showing, carries the burden of persuasion）ときに限り、

被告人がより軽い罪又は複数の訴因中の一つの有罪を答弁する旨の、検察官と刑事被告人との間の交渉による合意をいう。Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1338.

⁽¹²⁷⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 239-41.

⁽¹²⁸⁾ Winter v. Natural resources Defense Council, Inc. 555 U.S 7, 129 S. Ct. 365, 172 L. Ed 2d 249 (2008). 拙稿「(7)」80頁以下。

⁽¹²⁹⁾ 拙稿「(7)」68頁以下。

認められる⁽¹³⁰⁾。すなわち、予備的差止命令の申立人は、発令要件の全てにおいて証明責任（説得責任）を負担する⁽¹³¹⁾。

(130) 拙稿「(3)」76頁以下。

Mazurek v. Armstrong, 520 U.S. 968 (1997) [拙稿「(7)」80頁]；Dont v. Dubois, 1998 U.S. App. LEXIS 16313, *2 (1st Cir. July 15, 1998)；Donaldson v. United States, 109 Fed.Appx. 37, 41 (6th Cir. 2004)；Churchill Village, L.L.C. v. GE, 169 S. Supp. 2d 1119, 1125 (N.D. Cal. 2000) [Mazurek v. Armstrongと同旨]；CBS Broad., Inc. v. EchoStar Communs. Corp., 265 F.3d 1193, 1200 (11th Cir. 2001) [Mazurek v. Armstrongと同旨]；Fox Valley Harvestore, Inc. v. A.O. Smith Harvestore Products, Inc., 545 F.2d 1096 (7th Cir. 1976)。

Qualls ケースは、イラクで服務する軍人が、合意した当初の服務期間を陸軍が同意なく延長したとして、国防長官 (Secretary of Defense)、陸軍長官 (Secretary of the Army)、及び要員・予備役問題担当特別補佐官 (Assistant Secretary of the Army for Manpower and Reserve Affairs) に対して訴訟を提起し、軍務活動からの即時の解放を命じる予備的差止命令を求めた事案である。

被告は、延長措置は法律 (10 U.S.C.S. § 12305) に従ったものだと反論した。裁判所は、行政上の救済は無益 (futile) であろうから行政救済を尽くしたことの要件は適用されず、また原告は回復不能の被害に直面しているとしながらも、彼は陸軍が契約書の一部であると主張する頁が彼の契約書にないことに関する十分な証拠を提出していないから、原告は陸軍が詐欺又は不実表示 (fraud and misrepresentation) をしたという主張について立証責任を果たしていない、として申立てを却下した。「裁判所に予備的差止命令を求める申立てをする場合、原告は説得責任と証拠提出責任を負う」とした。Qualls v. Rumsfeld, 357 F. Supp. 2d 274, 281 (D.D.C. 2005)。

(131) *E.g.*, United States v. Jefferson County, 720 F.2d 1511, 1519 (11th Cir. 1983) [申立人は、4要件全てについて説得責任を負わねばならない。]；Reebok Int'l, Ltd. v. J. Baker, Inc., 32 F.3d 1552, 1555 (Fed. Cir. 1994) [予備的差止命令を取得する資格の立証責任は常に申立人側にある (H.H. Robertson Co. v. United Steel Deck, Inc., 820 F.2d 384, 388, 2 USPQ2d 1926, 1928 (Fed. Cir. 1987) を引用)]；Karah Bodas Co. v. Negara, 335 F.3d 357, 363-64 (5th Cir. 2003) [予備的差止命令は、「非常の救済」であって、それを求める当事者が4要件全てについて「明らかに説得責任を果たし

〔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。

た」場合に限り認められるものだと戒めてきた。]; Park Village Apartment Tenants Ass'n v. Mortimer Howard Trust, 636 F.3d 1150, 1160 (9th Cir. 2011) [比較衡量における被告に生ずべき被害の立証責任は、被告ではなく、申立人たる原告にある。].