

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 (8)

——わが国の仮処分命令手続への示唆——

吉 垣 実

目 次

- I. はじめに
- II. 予備的差止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 申立てと通知 (以上, 法経論集201号)
 - 4. 立証活動と審理
 - (1) 証拠の提出 (以上, 法経論集202号)
 - (2) 審理 (hearing) (以上, 法経論集203号)
 - 5. 命令
 - (1) 認否の判断基準
 - (2) 命令の内容
 - (3) 命令の効力
 - (4) 命令の変更と釈明 (以上, 法経論集204号)
 - (5) 担保
 - 6. 上訴
 - 7. 裁判所侮辱 (以上, 法経論集205号)
- III. 仮禁止命令の発令手続
 - 1. 総説
 - 2. 発令要件
 - 3. 審理前手続

- (1) 申立て
- (2) 通知
- (3) 迅速化されたディスカバリー（以上、法経論集209号）
- 4. 立証活動と審理
 - (1) 立証
 - (2) 審理
- 5. 命令
 - (1) 認否
 - (2) 命令の内容
 - (3) 命令の効力
 - (4) 予備的差止命令の申立て
 - (5) 取消し・変更
- 6. 上訴（以上、法経論集210号）
- IV. 日本法への示唆
 - 1. 総説
 - 2. 中間的差止命令の制度上の特徴
 - (1) 2種類の救済方法—予備的差止命令と仮制止命令—
 - (2) 予備的差止命令及び仮制止命令の特徴
 - (3) 予備的差止命令及び仮制止命令の発令要件
 - (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）
 - 3. 中間的差止命令の手續上の特徴
 - 4. わが国の仮処分命令手續との比較
 - 5. わが国の解釈論への示唆
 - 6. 結論

IV. 日本法への示唆

1. 総説

アメリカには、provisional remedies（民事保全による救済方法）又は interlocutory relief（中間的救済）と総称される暫定的な救済方法が存在する。仮制止命令，予備的差止命令，判決前の財産管理人制度（prejudgment receivership），判決前に被告の財産を差し押さえる行為（attachment）など

は、provisional remedies に属するものとされている⁽⁴⁶⁶⁾。

本稿ではここまで、provisional remedies のうち、予備的差止命令及び仮制止命令の発令手続について概観してきた⁽⁴⁶⁷⁾。予備的差止命令及び仮制止命令は、永久的差止命令⁽⁴⁶⁸⁾に対して、中間的差止命令(interlocutory injunction)と呼ばれる⁽⁴⁶⁹⁾。予備的差止命令は、終局判決では対応できない終局判決前の回復不能の被害に対応するための救済であり⁽⁴⁷⁰⁾、仮制止命令は、予備的差止命令では対応できない予備的差止命令前の回復不能の被害に対応するための救済である。従って、終局判決で対応できる被害について予備的差止命令は認められず、予備的差止命令で対応できる被害について仮制止命令は認められない⁽⁴⁷¹⁾。予備的差止命令は、仮制止命令が発せら

⁽⁴⁶⁶⁾ Garner, Black's Law Dictionary (10th ed) at 1485.

⁽⁴⁶⁷⁾ 愛知大学法学部法経論集201号(2014)29頁以下、同202号(2015)39頁以下、同203号(2015)1頁以下、同204号(2015)49頁以下、同205号(2016)85頁、同209号(2016)53頁、同210号(2017)1頁以下。

⁽⁴⁶⁸⁾ 拙稿「(2)」56頁(大阪経大論集62巻5号(2012)56頁)、拙稿「(3)」67頁(法経論集193号(2012)67頁)において触れた。1-7 Federal Litigation Guide § 7.02; eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C. 126 S. Ct. 1837 (2006).

⁽⁴⁶⁹⁾ 法経論集201号(2014)30頁以下。

⁽⁴⁷⁰⁾ Douglas Laycock, The Death of the Irreparable Injury Rule, at 113 (1991); Roland Mach. Co. v. Dresser Indus., Inc., 749 F.2d 380, 386 (7th Cir. 1984).

相手方の支払不能は、終局判決における金銭賠償を回復不能の被害とするが、予備的差止命令においてはそれを回復不能の被害としない。Loretangeli v. Critelli, 853 F.2d 186, 196 n.17 (3d Cir. 1988).

⁽⁴⁷¹⁾ 予備的差止命令の効力は、本案判決と予備的差止命令が一致するか否かにかかわらず、終局判決の登録の時までである。仮制止命令が規則65条の期間要件を超過して存続しており、かつ当事者が告知と聴聞を受けている場合には、当該仮制止命令は予備的差止命令として扱われる。

仮制止命令取得の要件を満たすことができなくとも、予備的差止命令取得の要件を満たす場合があり得る。しかし、実際には、仮制止命令の申立てを認めなかった裁判

れた次の段階での保全処分であるが、仮制止命令が先行していることは必要ではなく、予備的差止命令からスタートすることもできる。

中間的差止命令には、本案訴訟で求めている永久的差止命令と同一内容の中間的差止命令を求める場合と、本案訴訟の請求と異なる内容の中間的差止命令を求める場合の二種類がある⁽⁴⁷²⁾。前者のケースで差止命令を認める場合、中間的差止命令において、本案訴訟における主文を予め与えることになる。中間的差止命令は禁止的差止命令のみならず命令的差止命令 (mandatory injunction) の発令を認めていること⁽⁴⁷³⁾から、この段階において充実した審理 (本案訴訟の終局判決と同程度の内密性を有する審理) がなされ、実質的に紛争の終局的解決が図られるならば、本案訴訟に進むことはもはや意味をもたなくなる。本案訴訟で求めている永久的差止命令と同一内容の中間的差止命令を求める場合であれ、本案訴訟の請求と異なる内容の中間的差止命令における差止命令を求める場合であれ、中間的差止命令は、決して本案訴訟を前提としていないわけではない⁽⁴⁷⁴⁾。しかし、一般

所は、予備的差止命令の申立ても認めない傾向にある。とくに、裁判所が双方審尋において証拠調べを実施して仮制止命令を認めなかった場合、より顕著であるようである。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 157-58. 拙稿「(3)」75頁以下 (法経論集193号 (2012) 75頁以下)。

(472) 沢・前掲注(6)49頁 (法経論集201号 (2014) 49頁)、沢元判事は、保全的差止命令が本案の機能を有していることを指摘される。同53頁以下。田中和夫「英米法における injunction」吉川大二郎博士還暦記念論集・保全処分の体系 [上巻] (法律文化社, 1964) 93頁。

(473) 拙稿「(6)」4頁以下 (法経論集196号 (2013) 4頁以下)。一個の差止命令のうちに、命令的差止命令と禁止的差止命令の双方の内容を含むこともある得るところ、これについては問題とならないようである。

(474) 予備的差止命令は、非常性、緊急性、暫定性、裁量性、本案訴訟への附随性という性質を有している。これらについては、拙稿「(3)」76頁以下 (法経論集193号 (2012) 76頁以下) において論じた。

的に、予備的差止命令の事件はトライアルに発展することは少なく、当事者は当該裁判所の一応の見解（prima facie view）を受け入れる傾向にある、との指摘がなされている⁽⁴⁷⁵⁾。これはとくに前者の場合において顕著で

University of Texas v. Camenisch 事件において連邦最高裁は次のように述べている。

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

⁽⁴⁷⁵⁾ Andrew Muscato, *The Preliminary Injunction in Business Litigation*, 3 N.Y.U.J. & Bus. 649, 673 (2007).

多くの場合、実際問題として、予備的差止命令の認容又は却下でその事件は終局を迎える。例えば、取締役会の決定を争う事件の多くは、時間的制約を伴う取締役会決議の性質（time sensitive nature）や、完了した経済活動を元に戻すことの困難性から、トライアルまで決して進まない。Craig W. Palm & Mark A. Kearney, *supra* note 362 (*A primer on The Basics of Directors Duties in Delaware: The rules of The Game (part I)*), 40 Vill. L. Rev. 1297 (1995.), at 1297, 1357.

会社の紛争における差止命令訴訟においては例外なく中間的差止命令の申立てがなされる。谷口安平「会社訴訟日米比較」民事訴訟雑誌12号（1966）228頁（同・多数当事者訴訟・会社訴訟（2013，信山社）70頁所収）。そこでなされる裁判所の判断は、訴訟の帰趨を暗示するものといえる。拙稿「(1)」64頁（大阪経大論集62巻5号

あり、制度としての中間的差止命令と本案訴訟との関係が変容していると思われる事件類型やケースが少なからずみられる⁽⁴⁷⁶⁾。そこでは、中間的差止命令の発令が事実上終局的な判断となり、当該紛争が解決されることから、中間的差止命令の紛争解決機能が重要な意味をもつことになる。

永久的差止命令と中間的差止命令との関係は、わが国における本案の終局判決と仮処分との関係に当たるものであり⁽⁴⁷⁷⁾、中間的差止命令はわが国の仮処分に類似しているということが出来る⁽⁴⁷⁸⁾。そして、わが国には、平成17年改正前商法272条（会社法360条）、平成17年改正前商法280条ノ10（会社法210条）のように、アメリカの差止命令の制度を継受した規定も存在する⁽⁴⁷⁹⁾ところ、予備的差止命令及び仮禁止命令の発令手続及び審理をめぐる議論は、わが国における仮処分の審理の在り方を検討するにあたり、有益な示唆を与えてくれるように思われる。

もっとも、アメリカとわが国とでは法体系が異なっている上、各州によって違いがあり、中間的差止命令とわが国の仮処分は全く異なる制度で

(2012) 64頁)。

⁽⁴⁷⁶⁾ 裁判所は一般的に、本案判決と同等の内容の予備的差止命令の発令については、否定的あるいは慎重な態度をとっている。本案判決と同等の内容の予備的差止命令には、いくつかのバリエーションがある。明日開催されるスポーツ試合の禁止を求める場合のように、時間的制約のために本案訴訟ができない場合や、情報開示請求のように、予備的差止命令認容により本案審理が無意味化してしまうような場合である。これらの場合、申立人が求める救済の本質は、暫定的救済というより、簡略手続により認められる終局判決ということになる。13 Moore's Federal Practice § 65.20 ; *Developments in the Law Injunctions, supra* note 261 (78 Harv. L. Rev. 994 (1965)), at 1058. 拙稿「(6)」13頁以下（法経論集196号（2013）13頁以下）。

⁽⁴⁷⁷⁾ 田中・前掲注⁽⁴⁷²⁾ 77頁。

⁽⁴⁷⁸⁾ 徳田和幸「比較法的にみた日本民事保全法」ジュリ969号（1990）158頁。

⁽⁴⁷⁹⁾ このことについては、法経論集201号（2014）34頁以下で述べた。

あるとの指摘もなされている⁽⁴⁸⁰⁾。わが国において、違法な行為を一般的に禁止する差止請求権は認められておらず、実体法上の基本的体系を変更することなくアメリカの中間的差止命令の制度を採用することは難しいということもあろう⁽⁴⁸¹⁾。そこで、中間的差止命令の制度上の特徴および手続上の特徴を整理した後、わが国の仮処分との違いに留意しながら比較を行い、日本法への示唆を検討してみたい。

2. 中間的差止命令の制度上の特徴

(1) 2種類の救済方法—予備的差止命令と仮禁止命令—

差止命令は、当事者に生ずる回復不能の被害(irreparable injury)を防止するため、当事者に作為又は不作為を命じるエクイティ上の救済である⁽⁴⁸²⁾。エクイティは、コモンローの欠缺を柔軟かつ順応的な救済法により埋め合わせるために創設されたものであり、その判断は、裁判所の裁量(judicial discretion)に委ねられている。

差止命令には、永久的差止命令、予備的差止命令、仮禁止命令の3種類がある。差止命令は、予防的救済である。従って、将来の被害が生じる場合にのみ利用することができ、終了した行為に対して発令することはできない。すでになされた不当行為を処罰し、又は補償を得る目的で使用することは許されない。差止命令は影響力が強く、広汎にわたる救済がなされるため、命令の認否により深刻な問題を生じさせる。ゆえに、差止命令は特別な救済とされ、発令には慎重な考慮が必要とされてきた。

3種類の差止命令のうち、予備的差止命令及び仮禁止命令は、中間的・

(480) 現行民事保全法との関係でこのことを指摘するものとして、須藤典明「日本における民事保全の概要と特質」判タ1078号(2002)9頁。

(481) 柳川・前掲注(6)137頁。

(482) 差止命令の史的素描と類型的考察については、拙稿「(1)」48頁以下(大阪経大論集62巻4号(2011)48頁以下)。

暫定的に発令されるものである。予備的差止命令及び仮制止命令は、不完全な記録にもとづく裁判所の措置であるから、裁判所はこれを稀な状況においてのみ認められる非常の救済 (extraordinary remedies) とみなしている⁽⁴⁸³⁾。アメリカでは中間的差止命令について、予備的差止命令と仮制止命令との2種類に分けていることが特徴的である。予備的差止命令は終局判決では対応できない終局判決前の回復不能の被害に対応するための救済であるのに対して、仮制止命令は、予備的差止命令では対応できない予備的差止命令前の回復不能の被害に対応するための救済であり、その目的は異なる。ゆえに、すでに述べたように、予備的差止命令と仮制止命令の間には、相手方への通知、手続の迅速性、有効期間、上訴等について、いくつかの相違点がみられる⁽⁴⁸⁴⁾。

(2) 予備的差止命令及び仮制止命令の特徴

(a) 予備的差止命令の性質及び特徴

予備的差止命令は、完全な審理を経たうえで出される判決を待っていたのでは回復することができない被害を回避するため、判決が出るまで現状 (status quo) を維持するために機能する命令である。命令的差止命令が認められることもあるが、原則は現状維持のために発令を認めるというのが裁判所の態度である。その性質についてみると、予備的差止命令は、非常かつドラステックな救済であり、発令時には特別の考慮がなされなければ

⁽⁴⁸³⁾ 拙稿「(3)」76頁以下 (法経論集193号 (2012) 76頁以下)。

⁽⁴⁸⁴⁾ 仮制止命令の発令手続については、法経論集209号 (2016) 53頁以下、同210号 (2017) 1頁以下において概観した。仮制止命令の取得は、予備的差止命令の取得に比べ難しいようである。理由として、仮制止命令は、一方審尋による発令が可能であり、また、不十分な記録に基づく即決裁判という特徴がより顕著であるためである。とくに、一方審尋による仮制止命令の申立てとなると、裁判所は容易にそれを認めない。拙稿「(3)」74頁以下 (法経論集193号 (2012) 74頁以下)。

ならないといわれる(非常性)。この性質は、発令要件の厳格化と差止内容の必要最小限化を導くものと解される。この命令は、訴訟の係属中に生ずる被害を防止する目的で認められる緊急の救済であり(緊急性)、急迫の事態に対応するために簡易迅速な手続によって発令されるが、十分な証拠収集と審理がなされていない場合もあり、誤った判断がなされる危険が生じることもある。このため、裁判所は、対立する利益を比較衡量する必要に迫られる。

予備的差止命令の効力は、変更されない限り、本案について最終的な判断がなされるまで持続する(暫定性)。命令を認めるか否かは裁判所の裁量事項とされる(裁量性)。そして、予備的差止命令の救済は、係属する訴訟に関連して認められる。従って、予備的差止命令の救済の申立書を提出する前又はそれと同時に訴状を提出していなければならない⁽⁴⁸⁵⁾。予備的

⁽⁴⁸⁵⁾ 訴えを提起した後でないこと、予備的差止命令の救済は得られないことを明言する裁判例も存在する。

Stewart v. INS, ケースにつき、Stewart は、合衆国移民帰化局 (United States Immigration and Naturalization Service: INS) の検査官 (inspector) であったが、待遇や昇進等について人種差別を受けたと主張して、1980年11月25日、雇用均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission: EEOC) に行政不服申立て (administrative complaint) をし、さらに1983年10月5日、他の同僚と共に、ニューヨーク東部地区で訴えを提起した。他方、1983年8月20日、Stewart は、非番時の銃の使用を含む行為につき逮捕された。彼の主張によれば、同日彼は、制服を着替えず銃を所持したまま (職員規則では、勤務時の制服の着用は義務づけられていたが、銃の所持は要求されていない)、商店で買い物をした後、マリファナを吸引しコカインを所持する者を発見したので、彼らに近寄って罪を告げたところ、彼らから殴られ財布を取られ、ナイフを所持する者に近づかれたので、彼は銃を抜き、逃げる者を追いかけて、一人の足を撃ち、他の者と乱闘になったところで警察が来て、彼もともに逮捕された、ということであった。INS は、1984年3月26日、彼に対する刑事訴追の結果が出るまでは無給の無期限停職とする旨を彼に告げた。Stewart は、同年6月14日、メリット制保護委員会 (Merit Systems Protection Board: MSPB) に不服を申

差止命令は、本案訴訟の提起を前提として発令される命令であり、本案訴訟への附随性を有している（附随性）。予備的差止命令は、非常性、緊急性、暫定性、裁量性、そして、本案への附随性という性質を有している。

予備的差止命令は、立法行為の禁止、ストライキの禁止、合併の防止、又は学校の差別是正計画の執行など、様々な目的で使用され⁽⁴⁸⁶⁾、その結論は、しばしば紛争解決の帰趨を決定する。

し立てた（審理の期日は8月7日とされた）。さらに Stewart は、7月11日、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に、職場復帰と給料の支払を命じる予備的差止命令の申立てをした。

地方裁判所は、Stewart が回復不能の被害と本案勝訴可能性とを立証したと認めて、給料の仮払いを命じた（職場復帰は命じなかった）。INS が上訴。第2巡回区連邦控訴裁判所は、予備的差止命令の救済は訴えを提起した後においてのみ得ることができるが、本件において Stewart は、無給の停職処分に対する不服については未提訴であるから（逮捕され停職を受けた件とは別件の人種差別訴訟は提起されている）、地方裁判所は予備的差止命令の救済を与える権限を欠いていたと述べて、原判決を取り消した。「Stewart は、予備的差止命令の申立てに係る不当な無給停職処分の主張については、地方裁判所に訴えを提起していないので、地方裁判所は同行為に関して差止的救済を求める Stewart の申立てに関して審判権を有していなかった。予備的差止命令の救済は、訴訟が開始された後においてのみ、得ることができるのである。連邦民訴規則 65条 (a) 項(2)号参照（「裁判所は、予備的差止命令の申立ての審理が開始される前後を問わず、本案訴訟のトライアルを命ずることができる……。」）」 Stewart v. INS, 762 F.2d 193, 198 (2d Cir. 1985).

⁽⁴⁸⁶⁾ John Leubsdorf, *The Standard for Preliminary Injunction*, 91 Harv. 525 (1978).

連邦最高裁の事例については、拙稿「(1)」45頁以下（大阪経大論集62巻4号（2011）45頁以下）、同「(2)」49頁以下（大阪経大論集62巻5号（2012）49頁以下）。Winter ケース（Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S. Ct. 365 (2008).）については、後掲注⁽⁶²⁾。

(b) 仮禁止命令の性質及び特徴

仮禁止命令は、予備的差止命令の決定が出されるまでの間、現状を維持することが目的である。効力が続くのは予備的差止命令の審理が開始されるまでの間である（暫定性）。予備的差止命令と異なり、相手方に通知せず、一方審尋により取得することが可能である。ただ、裁判所は容易にこれを認めない傾向にあり⁽⁴⁸⁷⁾、たいていの裁判官は通知をさせようとする（通知がなされた場合、一方的差止命令ではなくなるため、密行性は後退することになろう）。通知なしの発令は、相手方を審尋する前に申立人に差し迫った回復し難い被害が生じていること、通知の努力をしたこと又は通知をすれば訴訟の目的が無意味化するおそれのある場合に限られる。かかる発令の必要性和妥当性が強度に立証されない限り認められない（非常性）。仮禁止命令取得の要件を満たすことができなくとも、予備的差止命令取得の要件を満たす場合があり得るが、実際には、仮禁止命令の申立てを認めなかった裁判所は、予備的差止命令の申立ても認めない傾向にある。とくに、裁判所が双方審尋において証拠調べを実施して仮禁止命令を認めなかった場合、より顕著であるようである⁽⁴⁸⁸⁾。仮禁止命令も本案訴訟の提起を前提として発令される命令であり、非常性、緊急性、暫定性、裁量性、

⁽⁴⁸⁷⁾ *Granny Goose Foods, Inc. v. Bhd. of Teamsters & Auto Truck Drivers*, 415 U.S. 423, 438-39 (1974); *CIENA Corp. v. Jarrard*, 203 F.3d 312, 319 (4th Cir. 2000).

一方審尋を求める仮禁止命令の申立てにおいて、申立人の主張や救済内容を厳密に審査することで、相手方当事者の役割を果たすことになる。*Adobe Sys. v. South Sun Prods., Inc.*, 187 F.R.D. 636, 639 (S.D. Cal. 1999).

裁判所は、通知の省略に関するデュープロセス上の問題に配慮してきた。その詳細については法経論集209号（2016）67頁以下で論じており、Adobe ケースについても同号70頁以下で事案を紹介した。

⁽⁴⁸⁸⁾ *Stoll-Debell*, *supra* note 8, at 157-58.

拙稿「(3)」75頁以下（法経論集193号（2012）75頁以下）。

そして、本案への附随性という性質を有している。

(3) 予備的差止命令及び仮制止命令の発令要件

(a) 予備的差止命令の発令要件

連邦の制定法は、一般に予備的差止命令の発令要件を定めていない。よって、裁判所は従来のエクイティ原理に従ってその認否を判断することになる。その判断は、裁判所の裁量に委ねられている。一般的に、裁判所は、当事者が回復不能の被害について立証したか、当事者が本案勝訴の可能性について立証したか、両当事者の被害の比較衡量、発令が公益に資するか否かという4つの要因（要件）を考慮しなければならないが、命令的差止命令や本案判決で認められる救済と同じ内容を認める差止命令の判断に際しては、4要件の立証との関係において、当事者にどの程度の立証責任を負わせるべきかという考慮要素がさらに加わることになる⁽⁴⁸⁹⁾。高度な証明を要求する場合、それを正当化する根拠も必要となろう。

(b) 回復不能の被害

(i) 予備的差止命令発令の本質的要因 予備的差止命令は、本案判決前に生ずる「回復不能の被害」を防止するための救済である。ゆえに、「回

(489) 各要件の内容については別稿で論じた。回復不能の被害については、拙稿「(3)」86頁以下（法経論集193号（2012）86頁以下）、本案勝訴可能性については、同「(4)」32頁以下（法経論集194号（2013）32頁以下）、比較衡量については、同「(4)」38頁以下（法経論集194号（2013）38頁以下）、公益については、同「(5)」44頁以下（法経論集195号（2013）44頁以下）、その他の考慮要素（「現状」を変更する差止命令、命令的差止命令、本案訴訟で認められる救済と同じ内容を認める差止命令）については、同「(6)」2頁以下（法経論集196号（2013）2頁以下）で論じた。各要件の審査基準については、拙稿「(7)」68頁以下（法経論集197号（2013）68頁以下）で論じた。

復不能の被害」の要件は、予備的差止命令発令のための不可欠の前提であり、本質的要件であるといえる⁽⁴⁹⁰⁾。回復不能の被害は、永久的差止命令発令のための要件でもあるが、これは特定履行より金銭賠償を優先する原理及びエクイティ管轄権に対するコモンロー優位の原理に基づくものである。永久的差止命令における回復不能の被害要件は、事件の結論を左右することはほとんどなく、申立てを認めない理由としてこの要件が持ち出されたとしても、実際には、比較衡量等の理由により結論に達していることが多い⁽⁴⁹¹⁾。それに対して、予備的差止命令の「回復不能の被害」要件は、不十分な主張・証拠に基づく誤った裁判の危険及び被告の手續保障の配慮からくる中間的・暫定的判断への消極的態度に基づくものである⁽⁴⁹²⁾。予備的差止命令と永久的差止命令の要件について同じ名称が用いられているが、それぞれの要件の根拠・内容は全く異なる⁽⁴⁹³⁾。

⁽⁴⁹⁰⁾ 予備的差止命令の発令がなければ申立人が本案判決前に回復不能の被害を被る可能性が高いこと（回復不能の被害の発生可能性）の証明は、予備的差止命令を発令するための最重要の前提条件であるとされている。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

「回復不能の被害」の要件は、少なくとも2つのサーキットにおいて、最重要の要件とみなされている。Bethany M. Bates, *Reconciliation After Winter: The Standard for Preliminary Injunctions in Federal Courts*, 111 Colum. L. Rev. 1522, 1528 (2011).

「唯一最重要の前提条件」と位置付ける連邦控訴裁判所の事例も存在する。Reuters Ltd. v. United Press Int'l, Inc., 903 F.2d 904, 907 (2d Cir. 1990); Kamerling v. Massanari, 295 F.3d 206, 214 (2d Cir. 2002); Faiveley Transp. Malmö AB v. Wabtec Corp., 559 F.3d 110, 118 (2d Cir. 2009); Lexington-Fayette Urban County Gov't v. Bellsouth Telcoms., Inc., 14 Fed. Appx. 636, 639 (6th Cir. 2001); Dollar Rent A Car, Inc. v. Travelers Indemnity Co., 774 F.2d 1371, 1374 (9th Cir. 1985); Port City Props. v. Union Pac. R. R., 518 F.3d 1186, 1190 (10th Cir. 2008).

⁽⁴⁹¹⁾ 11 A Fed. Prac. & Proc. Civ § 2944.

⁽⁴⁹²⁾ Laycock, *supra* note 470, at 111-13.

⁽⁴⁹³⁾ Laycock は、West のキー・ナンバー・システムの注釈者が、永久的差止命令における「回復不能の被害」要件と予備的差止命令の「回復不能の被害」要件を明確に

(ロ) 具体的内容 この要件は、①申立人にとって相当の被害（被害の相当性）が、②終局判決前に生ずる危険があり（被害発生の急迫性）が、③予備的差止命令以外に適切な救済方法がないこと（救済手段の適切性）を具体的内容とする⁽⁴⁹⁴⁾。①は、被害の性質や程度において、予備的差止命令の発令を正当化する程度に相当でなければならないことを意味する⁽⁴⁹⁵⁾。被害は抽象的・憶測的なものではなく、具体的なものでなければならない⁽⁴⁹⁶⁾。任意整理計画により生じた破産の危険等、自ら招いた被害は、回復不能の被害を基礎づけるものとして主張できない⁽⁴⁹⁷⁾。②は、終局的救済以前に発

区別しないため、読者に誤解を生じさせていると指摘する。Laycock, *supra* note 470, at 110.

Laycock 氏は、「回復不能の被害」ルールを適用して請求を退けた事件のうち、79%強は予備的差止命令又は仮禁止命令の事件であり、「回復不能の被害」ルールは、予備的救済の段階で役割を果たし、実効性を有しているが、終局的救済の段階では活用されていない、と指摘する。*Id.*, at 111-17.

(494) 回復不能の被害の要件を充足するために原告は、差止命令がなければ、現実的（actual）かつ急迫の（imminent）被害を被り、本案審理を待っていたのでは被害の救済を得ることができないことを立証しなければならない。Bates, *supra* note 490, at 1528.

(495) その被害が、確実かつ重大であることを示さなければならない。Port City Props. v. Union Pac. R.R., 518 F.3d 1186, 1190 (10th Cir. 2008) [Prairie Band of Potawatomi Indians v. Pierce, 253 F.3d 1234, 1250 (10th Cir. 2001) を引用する].

(496) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

Direx Israel, Ltd. v. Breakthrough Med. Corp., 952 F.2d 802, 812 (4th Cir. 1991); Shapiro v. Cadman Towers, Inc., 51 F.3d 328 (2d Cir. 1995).

イギリスとアメリカの両国のエクイティ裁判所は、差止命令を正当化するのに必要な被害が急迫かつ相当（immediate and substantial）であること、という要件を発達させてきた。Gene R. Shreve. *Federal Injunctions and the Public Interest*, 51 Geo. Wash. L. Rev. 382, 390 (1983).

(497) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1; Vantico Holdings S.A. v. Apollo Mgmt., 247

生ずる被害である必要があることを意味する⁽⁴⁹⁸⁾。少なくとも、終局的救済以前に発生する被害でなければならない⁽⁴⁹⁹⁾。被害は、申立時に現存している必要はなく、発生が確実である必要もない。終局判決前に発生するつよいおそれ (strong threat of irreparable injury) があればよい⁽⁵⁰⁰⁾。③は、予備的差止命令の発令により、その被害の発生・拡大を防止できなければならず (手段の有効性)⁽⁵⁰¹⁾、他に適切な救済手段がある場合には、それによるべきとされる (手段の補充性) ということの意味する⁽⁵⁰²⁾。行政法上利用でき

F. Supp. 2d 437, 453-54 (S.D.N.Y. 2003); *Heritage Envtl. Servs. v. Metro. Water Reclamation Dist.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 3285, 22-23 (N.D. Ill. Mar. 4, 2003); *Fiba Leasing Co. v. Airdyne Indus., Inc.*, 826 F. Supp. 38 (D.C. Mass. 1993).

⁽⁴⁹⁸⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1; James L. High, *A Treatise on the Law of Injunctions*, § 22 (4th ed. 1905); *Shreve*, *supra* note 496 at 390; *Public Service Co. v. West Newbury*, 835 F.2d 380, 382-83 (1st Cir. 1987); *Shreve*, *supra* note 496, at 382, 390; *Cohen v. Board of Supervisors*, 40 Cal. 3d 277, 286, 707 P. 2d 840, 844 (1985); *Sun Oil Co. v. Whitaker*, 424 S.W. 2d 216, 218 (Tex. 1968); *RoDa Drilling Co. v. Siegal*, 552 F.3d 1203, 1210 (10th Cir. 2009); *N.W. Controls, Inc. v. Outboard Marine Corp.*, 317 F. Supp. 698 (D. Del. 1970); *Volk v. Loew's Inc.*, 94 F. Supp. 162 (D.C. Minn. 1950); *Matos v. Clinton School Dist.*, 367 F.3d 68, 74 (1st Cir. 2004); *Rodriguez v. DeBuono*, 175 F.3d 227, 235 (2d Cir. 1999).

⁽⁴⁹⁹⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

⁽⁵⁰⁰⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

⁽⁵⁰¹⁾ 裁判所が管理できない差止命令は発することができないとの指摘がある。*Shreve*, *supra* note 496, at 394.

管理可能性が問題となる命令とは、命令の内容を適切に定められない差止命令、又は裁判所が適切に執行できない差止命令である。かかる差止命令は、不明瞭かつ過度に包括的となりがちであるがゆえに、被告の行動を過度に制限し、被告を過度の裁判所侮辱の脅威に服させ、また裁判所に余計な負担をかけて司法資源を浪費させ、司法への信頼を失わせることになる。*Id.*, at 394 n.79.

⁽⁵⁰²⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2944; § 2948.1; *Kamerling v. Massanari*, 295 F.3d 206, 214 (2d Cir. 2002) [予備的差止命令を求める当事者は、回復不能の被害を証明す

る手続がある場合や金銭賠償により補償可能な場合、予備的差止命令は認められない⁽⁵⁰³⁾。

(ハ) 例外的取扱い 減収や代替物の滅失毀損のような経済的損失は、金銭の支払いを命ずる終局判決による救済が可能であるため、原則として回復不能の被害とは認められない。とくに裁判所は、金銭の支払いを命ずる予備的差止命令については、否定的な態度をとっている⁽⁵⁰⁴⁾。契約をめぐる争いも、性質上、損害賠償の支払いによる解決が予定されていると解されるため、契約違反による損害が回復不能の被害と認められることは難しい⁽⁵⁰⁵⁾。債務不履行請求や弁護士費用をめぐる争いについても、予備的差止

るために、本案審理での救済では不十分であり、かつ金銭賠償では十分に補償できないような、継続的被害 (continuing harm) が存在することを立証しなければならない]

⁵⁰³ Kamerling v. Massanari, 295 F.3d 206, 214 (2d Cir. 2002); Boivin v. US Airways, Inc., 297 F. Supp. 2d 110, 118-19 (D.D.C. 2003); DFW Metro Line Service v. Southwestern Bell Telephone Corp., 901 F.2d 1267, 1269 (5th Cir. 1990) (per curiam); Our Company, Inc. v. Eagle Snacks, Inc., 812 F. Supp. 6, 7 (D. Me. 1993); Mease v. City of Shawnee, 266 F. Supp. 2d 1270, 1273-74 (D. Kan. 2003); NBBJ East Ltd. P'shp. v. NBBJ Training Acad. Inc., 201 F. Supp. 2d 800, 808 (S.D. Ohio 2001).

⁵⁰⁴ Enercons Virginia, Inc. v. American Sec. Bank, N.A., 720 F.2d 28 (D.C. Cir. 1983); In re Arthur Treacher's Franchisee Litigation, 689 F.2d 1137, 1144-45 (3d Cir. 1982); Schlosser v. Commonwealth Edison Co., 250 F.2d 478, 480-81 (7th Cir. 1958); Sims v. Stuart, 291 F. 707, 707-08 (S.D.N.Y. 1922) (opinion by Learned Hand); Compute-A-Call, Inc. v. Tolleson, 285 Ark. 355, 687 S.W. 2d 129 (1985); Conway v. Stratton, 434 So. 2d 1197, 1198-99 (La. App. 1st Cir. 1983).

⁵⁰⁵ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 90. 同書によれば、2003年から2006年にかけて公表された契約紛争に関する予備的差止命令事件のうち、認容事例は25%程度であったとの指摘もなされている。 *Id.* at 90-91.

命令による救済は否定されている⁵⁰⁶⁾。しかし、①賠償金が回収不能である場合、②賠償金が算定不能である場合、③著しく重大な被害である場合には、例外的にその被害は回復不能とされることがある。①は、債務者の重要な責任財産の滅失毀損・費消・毀損⁵⁰⁷⁾、係争物の急速な価値下落⁵⁰⁸⁾、相手方の債務超過・倒産などによる経済的損失⁵⁰⁹⁾、②は、顧客及びグッドウィルの喪失⁵¹⁰⁾、③は、原告に対する事後的な金銭賠償では補償しきれな

⁵⁰⁶⁾ Awosting Reserve LLC v. Chaffin/Light Assocs. Co., 296 F. Supp. 2d 470, 472-73 (S.D.N.Y. 2003) [「本件は、例えば、開発される土地が永久的に破壊されたりダメージを受けたりする現実かつ緊急の危険がある事例ではない。紛争は主として金銭をめぐって生じており、裁判所は問題が最終的に Awosting 優位に解決された場合に Awosting が適切に回復されないと考える根拠を見いだしていない」]; Radlauer v. Alexander, 2003 U.S. Dist. LEXIS 11438, at *6-9 (E.D. La. June 20, 2003) [「当該問題につき、当初多くの事実問題があっても、裁判所はほんやりした事実の陳述を切り分けて、当該問題を通常の契約上の問題に要約することができる。すなわち、争点は弁護士費用をめぐってのものである」].

⁵⁰⁷⁾ Alpha Capital Aktiengesellschaft v. Advanced Viral Research Corp., Nos. 02cv10237 (GBD), 03cv00009 and 03cv00512. 2003 U.S. Dist. LEXIS 2077, at *12-16 (S.D.N.Y. Feb. 11, 2003); Republic of Philippines v. Marcos, 806 F.2d 344, 356 (2d Cir. 1986); Alvenus Shipping Co., Ltd. v. Delta Petroleum (U.S.A.) Ltd., 876 F. Supp. 482, 487 (S.D.N.Y. 1994); Seide v. Crest Color, Inc., 835 F. Supp. 732, 735 (S.D.N.Y. 1993).

⁵⁰⁸⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 84.

⁵⁰⁹⁾ Toyoda Mach. United States Corp. v. Gorski, No. 03 C 7020, 2003 U.S. Dist. LEXIS 22389, at *7-9 (N.D. Ill. Dec. 11, 2003).

⁵¹⁰⁾ Philip Morris, Inc. v. Pittsburgh Penguins, Inc., 589 F. Supp. 912, 920 (W.D. Pa. 1983); Multi-Channel TV Cable Co. v. Charlottesville Quality Cable Operating Co., 22 F.3d 546, 551-52 (4th Cir. 1994).

いダメージを与える類の被害を意味する⁽⁵¹¹⁾。倒産・廃業⁽⁵¹²⁾，特別な商品・

611) 予想される経済損失があまりにも大きく，申立当事者のビジネスの存立を脅かす場合，損失額が容易に確定可能であっても，なお予備的差止命令が認められることがありうる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

被告の行為が原告のある種の特別な財産上の利益 (unique property interest) に脅威を与え，その被害が回復不能となり，損害賠償ではその財産権の喪失を填補できない場合，裁判所は適切なコモン・ロー上の救済が存在しないとして差止命令を発することができる。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2944.

612) Eyeticket Corporation v. Unisys Corporation, 155 F. Supp. 2d 527, 549 (E.D. Va. 2001) [航空・旅行産業向けの革新的な虹彩認識技術 (特許取得済) の販売が唯一の営業部門である原告が予備的差止命令を求めた事例において，裁判所は，特許侵害に対する救済をしなければ原告は事件解決前に廃業してしまうかもしれないとして，申立てを認めた].

裁判所は，差止命令がなければ原告がすぐに破産しそうな場合は，原則 (金銭賠償が可能な場合には回復不能の被害はない) の例外に当たるとしている。Gorman v. Coogan, 273 F. Supp. 2d 131 (D. Me. 2003).

しかし，当事者は破産又は廃業の危機にさらされることについて，具体的な証拠により立証する必要がある。かかる事件類型において，金銭賠償が算定可能であっても，なお回復不能の被害を認定することができるとしながら，証拠の不足を理由に申立てを退けた事案も存在する。Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics America, Inc., No. 92-4698 JGD, 1993 U.S. Dist. LEXIS 15075, *45-46 (C.D. Cal. July 2, 1993).

前掲，Gorman v. Coogan, ケースは，原告が会社支配をめぐる訴訟の訴訟費用として会社資金を使用しないよう命ずる予備的差止命令の申立て事例であるが，原告は倒産の危険の例外を根拠づける十分な証拠を提出しなかった。裁判所は，原告が，頼みとする航空宇宙産業の深刻な問題，2002年度の予想を超えた大きな損失，そして引き続き市場の不安定性を説きながら，他方において経費削減手法を採用し，運営損失額を縮小させ，ここ数ヶ月は採算性のあること，そして他社からの注文件数が残っていることを示していることから，通常金銭賠償による救済では不十分であるほど会社の存立が危機に瀕していることを示す十分な証拠はないと判示した。Id, at 134.

サービスの喪失⁽⁵¹³⁾、市場シェアの喪失⁽⁵¹⁴⁾、会社の支配権の喪失⁽⁵¹⁵⁾などがその例である。また、人格的利益に関する被害も回復不能の被害として許

⁵¹³⁾ Tom Doherty Assocs., Inc. v. Saban Entm't, Inc., 60 F.3d 27, 38 (2d Cir. 1995).

⁵¹⁴⁾ Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharms. Co., 290 F.3d 578, 596 (3d Cir. 2002); Moltan Co. v. Eagle-Picher Indus., Inc., 55 F.3d 1171, 1175 (6th Cir. 1995); Cordis Corp. v. Medtronic, Inc., 835 F.2d 859, 864 (Fed. Cir. 1987); Nat'l Steel Car, Ltd. v. Canadian Pac. Ry. Co., 254 F. Supp. 2d 527, 574 (E.D. Pa. 2003); R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc., 60 F. Supp. 2d 502 (M.D.N.C. 1999).

当事者は、予備的差止命令が発令されなければ市場シェアを失うという主張を根拠づける現実的な証拠 (actual evidence) を提出しなければならない。Giantceutical, Inc. v. Ken Mable, Inc., 356 F. Supp. 2d 374 (S.D.N.Y. 2005); Mead Johnson Pharm. Group v. Bowen, 655 F. Supp. 53, 56 (D.D.C. 1986), *aff'd*, 838 F.2d 1332 (D.C. Cir. 1988).

⁵¹⁵⁾ AHI Metnall, L.P. by Ahi Kansas, Inc. v. J.C. Nichols Co., 891 F. Supp 1352, 1359 (W.D. Mo. 1995); Street v. Vitti, 685 F. Supp. 379 (S.D.N.Y. 1988); Semmes Motors, Inc. v. Ford Motor Co., 429 F.2d 1197, 1205 (2d Cir. 1970).

容される。④生命身体の被害⁵¹⁶⁾や、⑤生活利益の被害⁵¹⁷⁾がその例である。財産的被害や人格的被害の他、⑥環境被害⁵¹⁸⁾や、投票権⁵¹⁹⁾が侵害される

516) 人の生命が相当程度の脅威にさらされる場合も、回復不能の被害として認められることがある。Ali v. Ashcroft, 213 F.R.D. 390, 400-01 (W.D. Wash. 2003).

健康保険上の利益の喪失、医薬品を使用できなくなること、強制的な予防接種による副作用なども回復不能の被害となりうる。Communications Workers of America, Dist. One v. NYNEX Corp., 898 F.2d 887, 891 (2d Cir. 1990); United Steelworkers v. Textron, Inc., 836 F.2d 6, 8-9 (1st Cir. 1987); Whelan v. Colgan, 602 F.2d 1060 (2d Cir. 1979); Olson v. Wing, 281 F. Supp. 2d 476, 486 (E.D.N.Y. 2003); Raich v. Ashcroft, 248 F. Supp. 2d 918, 930 (N.D. Cal. 2003) [カリフォルニア州北部地区連邦地方裁判所は、原告は大麻を使用できなくなったなら深刻な害悪・困難性が発生することを強く立証したものと認めたが、本案勝訴可能性を証明がなされていないとして、予備的差止命令の申立てを否定した。本案勝訴可能性につき、第9巡回区連邦控訴裁判所は、証明があったとして第1審判決を取り消したが (Raich v. Ashcroft, 352 F.3d 1222 (9th Cir. 2003), 連邦最高裁はこの点に関する第2審の判断を退けた); Doe v. Rumsfeld, 297 F. Supp. 2d 119, 134-35 (D.D.C. 2003); Doe v. Rumsfeld, 297 F. Supp. 2d 119, 134-35 (D.D.C. 2003).

517) 日常生活に不可欠なものを喪失せしめる行為は、回復不能の被害となることがある。例えば、財政的に不安定な家族を真冬に住居から追い出すことは、回復不能の被害を構成するに十分である。Johnson v. United States Dep't of Agric., 734 F.2d 774, 781 (11th Cir. 1984); Cousins v. Bray, 297 F. Supp. 2d 1027, 1041 (S.D. Ohio 2003); Mitchell v. United States Dep't of Housing & Urban Development, 569 F. Supp. 701 (N.D. Cal. 1983).ただし、高速道路建設による住居・営業・学校の喪失は、金銭賠償により補償できるため、回復不能の被害として認められない。Citizens Comm. for Hudson Valley v. Volpe, 297 F. Supp. 804, 807 (S.D.N.Y. 1969).

518) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1; U.S. v. Ray, 281 F. Supp. 876 (D.C. Fla. 1965); Puerto Rico Conservation Foundation v. Larson, 797 F. Supp. 1066 (D.Puerto Rico 1992).

519) 裁判所は、投票権は公民権として明らかに保護されるものであり、投票者に対する同権利の否定による回復不能の被害は、選挙管理人に対するいかなる被害よりも優越する、との立場をとっている。Fla. Democratic Party v. Hood, 342 F. Supp. 2d

場合に回復不能の被害が認められる。

(二) 「回復不能の被害」の推定

「回復不能の被害」が推定される事件類型がある。予備的差止命令の発令に際して、最も一般的な考え方によれば、裁判所は4要件を考慮しなければならないが、①知的財産権に関する事件、②営業秘密・競争禁止義務に関する事件、③人権に関する事件、④制定法の禁止規定をめぐる事件においては、本案勝訴可能性を証明した原告は、回復不能の被害の推定を受けることができるとされている⁽⁵²⁰⁾。

しかし、この推定により原告側の被害に関する事実の主張立証が不要となるわけではない⁽⁵²¹⁾。④における例外的事例⁽⁵²²⁾を除けば、原告が予備的差止命令を得るためには、回復不能の被害を根拠づける事実及び証拠をでき

1073, 1082 (N.D. Fla. (2004); *Montano v. Suffolk County Legislature*, 268 F. Supp. 2d 243, 260 (E.D.N.Y. 2003); *Cardona v. Oakland Unified School Dist.*, 785 F. Supp. 837, 840 (N.D. Cal. 1992); *Dillard v. Crenshaw County*, 640 F. Supp. 1347, 1363 (M.D. Ala. 1986).

⁵²⁰⁾ *ABKCO Music, Inc. v. Stellar Records, Inc.*, 96 F.3d 60, 64 (2d Cir. 1996); *Tough Traveler, Ltd. v. Outbound Prods.*, 60 F.3d 964, 967 (2d Cir. 1995); *S.C. Johnson & Son, Inc. v. Clorox Co.*, 241 F.3d 232, 238 (2d Cir. 2001); *Prayze FM v. FCC*, 214 F.3d 245, 250 (2d Cir. 2000); *Tunick v. Safir*, 209 F.3d 67, 70 (2d Cir. 2000); *Molloy v. Metropolitan Transp. Auth.*, 94 F.3d 808, 811 (2d Cir. 1996).

⁵²¹⁾ 侵害についての法的根拠付け (provide any legal support therefor) をする必要がある。 *Farrell v. United States DOJ*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 18702, at *6-7 (M.D. Fla. Oct. 27, 1997).

⁵²²⁾ *SEC v. General Sec. Co.*, 216 F. Supp. 350 (S.D.N.Y. 1963). *See also*, *United States v. Nutrition Serv., Inc.*, 227 F. Supp. 375, 389 (W.D.Pa. 1964).

タフト・ハートレイ法 (Taft-Hartley Act) により不当労働行為に対する差止命令を求める場合には、回復不能の被害を推定するべきとの主張がある。 *Developments in the Law Injunctions*, *supra* note, 261 at 1059.

る限り提出することが必要となる。原告は、この推定の利益を享受することができる場合にも、その被害が急迫で、ありえそうにないもの又は憶測的でないことについての立証責任を負う⁽⁵²³⁾。①につき、裁判所は、排他的権利という特許権の特質を重視し、その侵害は、他の例外事由がない場合、それ自体が回復不能の被害を生じさせる旨の判断を示してきた⁽⁵²⁴⁾。この推定は、最終的な証拠提出責任 (ultimate burden of production) が被告 (侵害者とされる者) に転換されるという、手続上の制度として機能し⁽⁵²⁵⁾、被告は回復不能の被害を否定する証拠を提出することにより、この推定を覆す (反証) ことが可能となる⁽⁵²⁶⁾。

(ホ) 推定を否定した連邦最高裁判所による永久的差止命令事案の影響

eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., ケース⁽⁵²⁷⁾において、連邦最高裁は、連邦巡回区控訴裁判所が長年にわたり形成してきた、「裁判所は、例外的事情のないかぎり、特許侵害に対して永久的差止命令を発する」という一般原則を覆し、特許侵害に対する永久的差止命令を発するか否かを判断する際には、永久的差止命令一般に関する 4 要件 (原告が回復不能の被害を受けること、金銭賠償のようなコモン・ロー上の救済が当該侵害の補償として不適切であること、原告・被告間の不利益を比較衡量した結果、エクイティ上の救済が正当化されること、永久的差止命令により公益が害されないこと) を考

⁵²³⁾ Hernandez v. Board of Regents by Univ. of S. Fla., No. 96-1051-CIV-T-17B, 1997 U.S. Dist. LEXIS 9950, *6 (M.D. Fla. July 7, 1997); *see also*, McKenna v. Wright, No. 01 Civ. 6571 (WK), 2002 U.S. Dist. LEXIS 3489, at *13 (S.D.N.Y. Mar. 4, 2002).

⁵²⁴⁾ Polymer Techs. v. Bridwell, 103 F.3d 970, 973 (Fed. Cir. 1996); Atlas Power Co. v. Ireco Chemicals, 773 F.3d 1230, 1233 (Fed. Cir. 1985).

⁵²⁵⁾ Reebok Int'l v. J. Baker, Inc., 32 F.3d 1552, 1556 (Fed. Cir. 1994).

⁵²⁶⁾ Rosemount, Inc. v. U.S. Int'l Trade Comm'n, 910 F.2d 819, 921 (Fed. Cir. 1990).

⁵²⁷⁾ eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 126 S. Ct. 1837 (2006).

慮しなければならないとの判断を示した⁽⁵²⁸⁾。連邦最高裁は、特許権者は権利の排他性からくる当然の差止権を有するとの解釈を否定して、「ある権利を創設することと、その権利の侵害について救済を定めることは、異なる」(But the creation of a right is distinct from the provision of remedies for violations of that right)⁽⁵²⁹⁾ことを強調している。この判断は、特許侵害に対する永久的差止命令においてなされたものであったが、回復不能の被害は推定されるべきでない⁽⁵³⁰⁾と強調しているため、かかる解釈が予備的差止命令の場合に適用されるのか、また知的財産事件一般について適用されるのかについて、議論が生じた⁽⁵³¹⁾。eBay ケースの理論を拡張的に解し、予備的差止命令の被害についても推定を否定する事案もみられる⁽⁵³¹⁾。

しかし、eBay ケースにおいて最高裁は、差止命令の要件の分析を地裁の裁量に委ね、当該ケースをどう審査すべきかについての指針を示していない⁽⁵³²⁾。予備的差止命令における「回復不能の被害」と永久的差止命令における「回復不能の被害」の要件の根拠・内容は異なるものであるから、eBay ケースの射程の及ぶ範囲については、慎重な検討が必要であるように思われる。

⁽⁵²⁸⁾ *Id.*, at 1839.

⁽⁵²⁹⁾ *Id.*, at 1840.

⁽⁵³⁰⁾ Muscato, *supra* note 475, at 663; Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 121.

⁽⁵³¹⁾ *Torspo Hockey Int'l, Inc. v. Kor Hockey Ltd.*, 491 F. Supp. 2d 871 (D. Minn. 2007); *Erico Int'l Corp. v. Doc's Mktg., Inc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 1367 (N.D. Ohio Jan. 9, 2007), *vacated on other grounds*, 516 F.3d 1350 (Fed. Cir. 2008); *Chamberlain Group, Inc. v. Lear Corp.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 23883 (N.D. Ill. Mar. 30, 2007), *vacated on other grounds*, 516 F.3d 1331 (Fed. Cir. 2008); *Sun Optics, Inc. v. FGX Int'l, Inc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 56351 (D. Del. Aug. 2, 2007).

⁽⁵³²⁾ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 126 S. Ct. 1837, 1841 (2006).

(c) 本案勝訴可能性

(イ) 意義

申立人は、本案訴訟において勝訴できる合理的な可能性を立証しなければならない⁽⁵³³⁾。この要件は、一方で根拠薄弱な請求に裁判所が関与することを防止し、他方で相手方の法的利益を保護するためのものである⁽⁵³⁴⁾。裁判所は、本案勝訴可能性のみを考慮して申立ての認否を決定することも少なくないようであるが、そのような審理のやり方は予備的差止命令の判断の困難さを回避するための良い方法であるとの指摘もなされている⁽⁵³⁵⁾。

(ロ) 立証の程度

原告は、本案請求に関する法的主張の正当性について、どの程度まで立証するべきか。これについては、本案勝訴可能性の合理的蓋然性 (reasonable probability of likelihood of success) を証明しなければならないという基準⁽⁵³⁶⁾、一応有利な事件 (prima facie case) であることを示す基

⁵³³⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Lea B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, 68 Or. L. Rev. 839, 851-52 (1989).

⁵³⁴⁾ Vaughn, *supra* note 533, at 852. *See also*, Ross-Simons of Warwick, Inc. v. Baccarat, Inc., 102 F.3d 12, 16 (1st Cir. 1996).

⁵³⁵⁾ John Leubsdorf, *Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits*, 76 Fordham L. Rev. 33, 35 (2007); *See also*, Doran v. Salem Inn, Inc., 422 U.S. 922, 931 (1975); Roudachevski v. All-American Care Ctrs., Inc., 648 F.3d 1, 706 (8th Cir. 2011).

⁵³⁶⁾ 裁判所は本案勝訴可能性の立証について様々な基準を用いているが、一般的なものは、原告が本案勝訴可能性の合理的蓋然性 (reasonable probability of likelihood of success) を証明しなければならないという基準であるとされている。基準により程度の差こそあれ、原告は勝訴が確実であることまで示す必要はなく、一見有利であることを提示すれば足りるという点において、裁判所の見解は一致しているとの指摘がなされている。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Bates, *supra* note, 490 at 1529; Blackwelder Furniture Co. v. Seilig Mfg. Co., 550 F.2d 189, 197 (4th. Cir. 1977);

準⁽⁵³⁷⁾, 本案勝訴可能性 (likelihood of success) を示す基準⁽⁵³⁸⁾, 本案審理に付すべき重大な問題 (serious question) を提示すれば足りるとの基準⁽⁵³⁹⁾, 本案勝訴の見込み (likely to succeed on the merits) まで証明しなければならないとする基準もある⁽⁵⁴⁰⁾。どの基準を採用すべきかという問題は, 予備的差止命令の存在意義 (本案請求権の保全か, 暫定状態における公平な処分か), 手続的限界 (審理にどれだけの時間をかけることが許されるのか), 予備的差止命令の内容 (現状の保全か, 本案判決と同等か), そして, 事案の特質 (相手方にかかる負担の程度, 問題となる権利の性質・特徴, 重大な公益の存在) 等, 様々の問題が交錯している。

①勝訴の合理的蓋然性 これは, 一般的な基準とされている。「勝訴の合理的蓋然性」(reasonable probability of success) の証明は, 一応有利な事件 (prima facie case) であることの証明で足り, 勝訴が確実であることの立証までは要求されないと解されている⁽⁵⁴¹⁾。通常, 事実に関する争いや

Automated Marketing Sys., Inc. v. Martin, 467 F.2d 1181 (10th Cir. 1972); Crowther v. Seaborg, 415 F.2d 437 (10th Cir. 1969); Sole v. Wyner, 551 U.S. 74, 84 (2007); McTernan v. City of York, 577 F.3d 521, 526 (3d Cir. 2009).

⁵³⁷⁾ Vaughn, *supra* note 533, at 852.

⁵³⁸⁾ *Id.*, at 852.

⁵³⁹⁾ *Id.*, at 852; 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3.

⁵⁴⁰⁾ Winter v. NRDC, Inc., 555 U.S. 7, 20 (2008).

⁵⁴¹⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3; Bates, *supra* note 490, at 1529. *See*, Blackwelder Furniture Co. of Statesville v. Seilig Mfg. Co., 550 F.2d 189, 197-98 (4th Cir. 1977); Automated Mktg. Sys., Inc. v. Martin, 467 F.2d 1181, 1183 (10th Cir. 1972); Abdul Wali v. Coughlin, 754 F.2d 1015, 1025 (2d Cir. 1985) [「勝訴が絶対に確実 (absolute certainty) であることを示す必要はない。」]; W. Va. Highlands Conservancy v. Island Creek Coal Co., 441 F.2d 232, 235 (4th Cir. 1971) [「絶対的な権利 (absolute right to the relief) があることを証明する必要はない。『推定的な権利 (probable right)』だけを証明すればよい。』].

困難な法律問題がある場合、原告の勝訴可能性に疑問があるとされ、この要件が満たされていないことの認定根拠となる。さらに、一部の裁判所は、予備的差止命令の申立て自体を却下するべきであるとしている⁽⁵⁴²⁾。

しかし、このような裁判例に対して、事実認定や法解釈の容易な事案にのみ救済の利用を限定することは制度の効用を狭めるものであるとの批判もなされている⁽⁵⁴³⁾。かかる考慮から、本案審理に値するような「重大な問題」を提示すれば、その問題について重大な事実上又は法律上の争いがあったとしても、他の要件の立証状況によっては、予備的差止命令を認めるべきとの立場も生じてくる。

②立証が緩和される場合—比較衡量テスト・スライド基準— ある要件の立証が薄弱でも、他の要件の立証が強力であれば、総合的にみて発令を正当化できるとのアプローチを採用する立場がある。そのような立場によれば、証明が必要となる勝訴可能性の程度は、他の事情（事案における回復不能の被害の性質及び程度）に応じて異なってくる。本案勝訴可能性の立証を、回復不能の被害や比較衡量の立証と相関させるアプローチを採る場合、原告が被害の比較衡量において自分の決定的優位性を証明できた場合、本案勝訴可能性の要件については、本案勝訴の合理的可能性までは要求されず、本案審理に付すべき重大な問題を提示するだけでよいことになる。

発令のための4要件はそれぞれ独立していることを前提としながらも、相互に影響を受けるとするアプローチは、比較衡量テスト・スライド基準と称され、多くのサーキットにおいて採用されている⁽⁵⁴⁴⁾。比較衡量テスト・スライド基準がどのように使われているのか、そしてどのように評価

⁵⁴²⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3.

⁵⁴³⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.3.

⁵⁴⁴⁾ 拙稿「(7)」68頁以下（法経論集197号（2013）68頁以下）で触れた。

されているのかを知ることは、わが国の保全命令手続における実体的要件である「被保全権利」と「保全の必要性」(民事保全法13条)の審理の在り方を検討するうえで有益であるように思われる。これらについては、予備的差止命令の発令の4要件を概観した後、検討することにする。

③立証が緩和される場合—制定法が予備的差止命令を明文で認める場合
証券取引委員会が予備的差止命令を申し立てた事件において、裁判所は、同委員会が予備的差止命令を取得するに際して、当該広告が虚偽であり、それにより公衆が影響を受けると信じるだけの合理的な請求原因があることを示すだけでよい、との判断を示している⁽⁵⁴⁵⁾。

④立証が厳格化される場合—立証が厳格化される訴訟類型がある。歴史的に裁判所が敬遠してきた類型の差止命令、例えば、政府の法令行為(法令の公布・施行など)の予備的差止命令、命令的差止命令、申立人の請求する救済のすべてを認める予備的差止命令であり、かつ、その後の本案判決により回復が不能のものについては、申立人は本案勝訴の実質的可能性を要求されることが多い。

(d) 比較衡量

(イ) 被害の比較衡量

差止命令の認否の判断にあたり、裁判所は、命令を拒否した場合に原告が受ける被害と、命令を認容した場合に関係者が受けるだろう被害とを比較衡量する⁽⁵⁴⁶⁾。被害の比較衡量といわれるものである⁽⁵⁴⁷⁾。各側への潜在的

⁵⁴⁵⁾ FTC v. Rhodes Pharmacal Co., 191 F.2d 744 (7th Cir. 1951).

⁵⁴⁶⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2; 13 Moore's Federal Practice § 65.22 [1][e]; Yakus v. United States, 321 U.S. 414, 440 (1944); Winter v. NRDC, 555 U.S. 7, 129 S. Ct. 365, 172 L. Ed. 2d 249, 263 (2008).

⁵⁴⁷⁾ 拙稿「(4)」38頁以下(法経論集194号(2013)38頁以下)。

被害を衡量し、被告側が優位と判断された場合、申立ては却下される⁽⁵⁴⁸⁾。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な決定要因であるとする裁判例もみられる⁽⁵⁴⁹⁾。

誤った判断をするという危険から、予備的段階での救済は望ましくない面もあるが、これを認めなければ原告に回復不能の被害が生ずる危険があり、他方で、これを認めた場合には相手方被告に回復不能の被害を生じさせる危険がある。かかる危険は担保提供により軽減されることはあっても、消滅させることはできない⁽⁵⁵⁰⁾。結局、裁判所は両当事者間の被害を比較衡量して判断するほかない⁽⁵⁵¹⁾。

(ロ) 被告側に生じる回復不能の被害

差止命令により被告側に重い負担をかけることが予想される場合、本案

⁵⁴⁸⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2; 13 Moore's Federal Practice § 65.22 [1][e] [「差止命令が否定された場合に申立人が被る困難が、差止命令を認容したときに相手方が被る困難を上回る場合、予備的差止命令を認めることができる。差止命令を認容したときに相手方が被る困難が、差止命令を否定されたときに申立人が被るべき困難を上回る場合、予備的差止命令は否定されなければならない。」]; See e.g., *Godinez v. Lane*, 733 F.2d 1250, 1261 (7th Cir. 1984); *American Motorcyclist Ass'n v. Watt*, 714 F.2d 962, 966-67 (9th Cir. 1983).

⁵⁴⁹⁾ *Hughes Network Sys., Inc. v. InterDigital Commc'ns Corp.*, 17 F.3d 691, 693 (4th Cir. 1994).

⁵⁵⁰⁾ *Laycock*, *supra* note 470, at 113.

⁵⁵¹⁾ *Laycock*, *supra* note 470, at 113; 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2947 [本案請求について終局的判断がなされる前に裁判所が介入することは正当化されない。(これは終局的判断がなされたときに明らかになるが) 被告に被害をあたえることがしばしばある。従って、予備的差止命令は、効果的に事件を解決する裁判所の能力を保全する政策が、終局的判断前に暫定的に被告にかかる制限を課す危険より優先される場合に、適切ということになる。]; See also, *Illinois Tool Works, Inc. v. Grip-Pak, Inc.*, 906 F.2d 679, 683 (Fed. Cir. 1990).

判決前に当事者の自由を制限すべきではないという法理の重要性が増すことになる⁽⁵⁵²⁾。そのことから、営業への決定的な被害や生命への被害が被告側に生ずると予想される場合、通常は発令を拒絶する正当な根拠となる⁽⁵⁵³⁾。

①営業への決定的な被害 裁判所は、被告の営業に決定的な被害を与えるおそれのある差止命令については発令に消極的である。例えば、営業停止や倒産である⁽⁵⁵⁴⁾。裁判所は、被告側の被害を考慮する際、原告と被告の

⁵⁵²⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2.

⁵⁵³⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 129.

予備的差止命令の基準は、最終的に本案において勝訴するかもしれない被告を予備的差止命令が生じさせる深刻な又は回復不能の被害から保護するものでなければならない、とする裁判例もある。IT Corp. v. County of Imperial, 35 Cal. 3d 63, 73 n.6, 672 P. 2d 121, 128 n.6 (1983).

⁵⁵⁴⁾ Virginia Carolina Tools, Inc. v. International Tool Supply, Inc., ケースは、次のような事例である。営業譲渡に関する紛争において、購入予定者たる原告は当該紛争が解決するまで他に営業を譲渡しないよう売却予定者たる被告に命ずる予備的差止命令を求めた。原告は、差止命令が認められなければ、販売権、売上、多額の割引額、移転費用を失い、かつブランドに傷がつく、と主張した。裁判所は、被告の販売を禁止すれば、被告が支払不能の状態に陥る危険があるとして、申立てを却下した。Virginia Carolina Tools, Inc. v. International Tool Supply, Inc., 984 F.2d 113 (4th Cir. 1993).

Wells Fargo & Co. v. WhenU. com, Inc., ケースは、原告が商標権侵害に関する勝訴可能性を立証していないこと、被害の比較衡量において原告優位でないことを理由に、インターネットの「ポップアップ」による比較広告サービスの提供を主たる営業とする企業に対する差止命令が拒否された事例である。そこでは、差止命令によって、既存の広告主との顧客関係が破壊され新規顧客の開拓能力が阻害されることにより、被告の営業に重大な影響を及ぼす可能性があるため、被害の比較衡量は被告優位であるとされた。その理由として裁判所は、差止命令が発令されたら、広告主との間に確立している顧客関係が乱れ、新規の広告主の獲得が困難となり、被告の営業に大きなダメージを与えること、被告の損失は、顧客の回復に数年かかること、特別に訓

企業規模や実力を考慮することがある。例えば、原告が有名な大企業であ

練された有能なスタッフが流出し、再び戻ってこない危険があること、加えて、当該差止命令は、比較広告を消滅させることにより、競争プロセスの健全性（integrity of the competitive process）を脅かすものである等の理由をあげた。Wells Fargo & Co. v. WhenU. com, Inc., 293 F. Supp. 2d 734, 771-73 (E.D. Mich. 2003).

Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC, ケースにおいて、第2巡回区控訴裁判所は、予備的差止命令の申立てを却下した原決定を是認して、以下のように述べた。「予備的差止命令の発令要件のうち少なくとも第2要件を充足する方法の代替方法（本案へ進むべき深刻な問題（serious questions going to the merits to make them a fair ground for litigation）があること、及び被害の比較衡量が明らかに申立人側優位に傾いていることを十分に立証すること）についてみると、本件における不利益の比較衡量は被上訴人優位に傾いている。Random House は電子書籍の販売に関する同社のグッドウィルへの被害を主張しているが、Rosetta は、その営業の全てを電子書籍に依存しており、当該命令が発令された場合、営業停止か少なくとも同様の契約をしている著者全員について営業を失うことになるというもっともな主張をしている。」Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC, 283 F.3d 490, 492 (2d Cir. 2002).

Gonnocci Trust v. Three M Tool & Mach., EXIS 24425, ケースにおいて、原告は、被告の『財務状況』及びライセンス提供ができなくなると主張するだけで証拠を提出していないことから裁判所は、被害の比較衡量は全体的に見て被告優位であると判断した。「非難されている被告製品の製造は被告の営業の30%を占めるに過ぎないが、被告の財務状況を考慮すれば、その30%の損失で被告が廃業に追い込まれるのは必至である。これにより、被害の比較衡量は原告の申立てを支持しない方向に傾いている。」Gonnocci Trust v. Three M Tool & Mach., 2003 U.S. Dist. LEXIS 24425, at *25-26 (E.D. Mich. June 23, 2003).

Corbitt Mfg. Co. v. GSO Am., Inc., ケースにおいて、裁判所は次のように述べた。「被害の比較衡量はGSO優位である。GSOの従業員の証言によれば、予備的差止命令はGSOを営業廃止に追い込む恐れがある。GSOは現在、在庫の中に『浮かぬマルチ（NON-FLOATINGmulch）』（プラスチック製農業用被覆材）を約200万袋保有している。この製品を再包装・再発送したなら費用は200万ドル近くになると評価される。Corbittはこれらの実態についていくつかの証言をしているものの、GSOの信用とグッドウィルに生ずべき損害を否定する証拠を提出してはいない。GSOは、製

るのに対して、被告が小規模の企業や新規企業である場合、被告側の被害がより大きいと判断して、被害の比較衡量を被告優位に決定することもある⁽⁵⁵⁵⁾。

品をリコールしたなら、顧客はGSOへの信頼を失うことについて合理的な説明をしている。製品をリコールした場合、GSOは受注できなくなるが、春季はマルチの販売にとって決定的な時期である。GSOの従業員の証言によれば、GSOの年間売上げの80%はその時期に生ずるとされる。従って、その時期に顧客に製品を提供できなければ、GSOの今後に破壊的なダメージをあたえることになる。」Corbitt Mfg. Co. v. GSO Am., Inc., 197 F. Supp. 2d 1368, 1380 (S.D. Ga. 2002).

NewLeaf Designs, LLC v. BestBins Corp., ケースにおいて、裁判所は「BestBinsは、差止命令が発令された場合、同社は廃業の危機に陥ると主張する。BestBinsは、設立したての会社ゆえ、[会社経営のための資金は]投資家の出資と銀行のローンに依存していると述べている。同社の新製品（そして唯一の製品）であるBestBinsを売り込み・販売する機会を失えば、同社は金利の支払いや必要な事業資金を捻出するのに必要な利益を出すことができなくなる。従って、差止命令が発せられた場合にBestBinsが受ける被害は、相当に深刻なものとなる。NewLeafは、被告のような説得的な議論をしていない。従って裁判所は、かかる要因は比較衡量をもって予備的差止命令を否定的な方向に大きく傾けるものと認める」と述べた。NewLeaf Designs, LLC v. BestBins Corp., 168 F. Supp. 2d 1039, 1046 (D. Minn. 2001).

⁽⁵⁵⁵⁾ 各企業の相対的規模と強さは、被害の被告衡量の審査と関係する。International Jensen, Inc. v. Metrosound U.S.A., Inc., 4 F.3d 819, 827 (9th Cir. 1993).

もっとも、裁判所は、企業規模のみで判断するわけではない。Bell & Howell Document Mgmt. Prods. Co. v. Altek Sys., ケースにおいて、連邦巡回区控訴裁判所は次のように述べた。「我々は、原審が当事者の規模を考慮したことが誤った判断とは考えない。当事者間の衡平の考慮に際して、当事者の規模のみで判断したのであれば誤りであろうが、原審はそうではない。原審は、当事者の規模のみに着目していたのではなく、申立拒絶がBell & Howellに与える影響と、申立認容がKeystoneに与える影響とを考慮したのである。そして原審は、Bell & Howellが予備的差止命令を認めてもらえない場合に受ける損害は最小限度に限られるのに対して、Keystoneは予備的差止命令が発せられたなら倒産に至る危険性が高いと判断した。これらの事項

また裁判所は、被告への被害を考慮する際、通常、被告が係争製品の開発や市場開拓に投入した投資額を考慮する。被告が当該事業に多くの投資をしている場合、被害の比較衡量は発令拒絶に傾く⁽⁵⁵⁶⁾。

②生命への被害 差止命令により人や動物の生命に被害が生ずべき場合、被害の比較衡量は発令拒絶に傾く。例えば、レストランでの喫煙を禁止する条例の執行停止を求める申立てにおいて、裁判所は、差止命令が従業員や非喫煙客の健康に被害を及ぼすとの理由で、かかる申立てを却下している⁽⁵⁵⁷⁾。差止命令が絶滅危惧種に害を与える可能性を被告が立証した場合、予備的差止命令の申立ては却下される⁽⁵⁵⁸⁾。もっとも、軍事演習を差し

は適切な考慮要素であり……その考慮が裁量権の逸脱とはならない。しかしながら、Keystoneが『小規模』であって予備的差止命令により倒産に至るだろうという事実があるからといって、予備的差止命令の認否に関する他の3要素が比較衡量のバランスをBell & Howellに有利に傾けさせている場合にまで、Keystoneは差止めから無縁となるわけではない。小規模会社は、小規模という理由のみによって、特許侵害について特別な権利を享受するものではない」Bell & Howell Document Mgmt. Prods. Co. v. Altek Sys., 132 F.3d 701, 704 (Fed. Cir. 1997).

⁵⁵⁶ Edge Wireless, LLC v. United States Cellular Corp., ケースにおいて、裁判所は、広範な命令ではなく、限定された予備的差止命令を認めた。裁判所は、係争商標の使用を禁止した場合、被告は相当の被害を受けること、被告は当該商標の開発と売り込みに相当の投資を行っている一方、原告は比較的小規模な市場で被告と競合しているにすぎないこと、原告はその競合市場において当該商標の売出しを開始していなかったことなどを考慮した。そして、直接競合する市場に関してのみ、被告による当該商標の売出し・販売促進・広告を禁止する命令を認めた。Edge Wireless, LLC v. United States Cellular Corp., 312 F. Supp. 2d 1325, 1336 (D. Or. 2003); Caterpillar Inc. v. Walt Disney Co., 287 F. Supp. 2d 913, 922-23 (C.D. Ill. 2003).

⁵⁵⁷ D.A.B.E., Inc. v. City of Toledo, 292 F. Supp. 2d 968, 975 (N.D. Ohio 2003).

⁵⁵⁸ Tribe of Indians v. United States, ケースは、ケーブルプール海岸ハマヒメドリを保護するために被告が立てた中間事業計画が、water conservation areaの水位を下げる可能性があることを理由に、原告が中間事業計画の差止めを求めている事案であ

止める命令による被害は、国家安全に関わるものであるとして、絶滅危惧種への被害に優越するとの判断も示されている⁽⁵⁵⁹⁾。

③その他の考慮点 原告が被告の受ける被害の全部又は一部を補償できる担保金を提供することが、比較衡量を原告優位に傾ける場合ある⁽⁵⁶⁰⁾。

予備的差止命令の申立ての遅滞は、原告の受けた被害が深刻でないことを根拠づける証拠と捉えられることがある⁽⁵⁶¹⁾。

被告が自ら招いた被害や被告の責めに帰すべき被害については、比較衡量に際して考慮されないことがありうる。肯定事例⁽⁵⁶²⁾と否定事

る。裁判所は、差止命令がハマヒメドリに被害を与える危険があること、さらには同区域の水位は実際のところ減るよりもむしろ増えていることを理由に、被害の衡量を被告優位と認定した。Tribe of Indians v. United States, 2003 U.S. Dist. LEXIS 2255, at *9-11 (S.D. Fla. Feb. 5, 2003).

⁵⁵⁹⁾ Water Keeper Alliance v. United States DoD, 271 F.3d 21, 34 (1st Cir. 2001).

⁵⁶⁰⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2; Ohio Oil Co. v. Conway, 279 U.S. 813 (1929).

⁵⁶¹⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.1.

⁵⁶²⁾ Pharmacia Corp. v. Glaxo Smith Kline Consumer Healthcare, L.P., ケースは次のような事案である。被告は多くの医者が被告製品 (nicotine replacement) を選好しているとのコマーシャル (“Revised Smart Choice” commercial) をしていたが、裁判所は、その広告の差止命令の申立てについて、被害の比較衡量を原告側優位に認定した。「GSKCHがその“Revised Smart Choice”のコマーシャルを使用できなくなることによる被害については、虚偽の主張をした被告自身の不当行為が原因である。従って、裁判所は、かかる被害を考慮しない。差止命令による救済がなければシェアを喪失するという Pharmacia の被るべき被害の方が、差止命令の救済により GSKCH が受けるいずれの被害よりも大きい。」Pharmacia Corp. v. Glaxo Smith Kline Consumer Healthcare, L.P., 292 F. Supp. 2d 594, 609 (D.N.J. 2003).

Ty, Inc. v. Jones Group Inc., ケースは次のような事案である。『Beanie Babies』なる商標を使用する原告が、被告による『Beanie Racers』という商標の使用を禁止する予備的差止命令を求めた事件において、第7巡回区控訴裁判所は、被告がその商標を採用する際に原告が同じ商標を使用していることを知っていたことを理由に、当該

例⁵⁶³⁾の対立がみられる。

申立てを認容した原審の決定を是認した。「被告は当該商品の製造販売前に法律家の助言を求めていたが、それによって、被告がTyの商品の存在及び『Beanie Racers』と『Beanie Babies』の両商標に混同を生ずるおそれがあったことを認識していたという事実が希薄化されることはない」。原告は被告に警告文を發して提訴の可能性を予め警告していたところ、「そのような警告にもかかわらず、当該製品について法的措置を講じられ財務的にマイナスな結果を招来する危険を十分認識しながら」、被告は『Beanie Racers』製品の生産を進めたのである。よって、「自らその道を選択した」Jonesは、「いまさら費用がかかりすぎて後戻りすることができないと主張することは許されない」。比較衡量のバランスは、発令優位に判断される。Ty, Inc. v. Jones Group Inc., 237 F.3d 891, 903 (7th Cir. 2001).

Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharms. Co., ケースは、次のような事案である。原告は、ミランタという胃腸薬（制酸薬）(Mylanta antacid product) は「夜間に強い (Night Time Strength)」ものであり、夜間業務の際にとりわけ有効である旨の虚偽広告を被告がしているとして、被告を提訴した。裁判所は、被告側の潜在的被害を考慮しなかった。その理由の一つとして、「被告が財務上の損失を受けたとしても、それは被告が自社製品を『夜間に強い』と銘打った自分の判断の結果であり、自ら招いたものである」という点を挙げた。Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharms. Co., 290 F.3d 578, 596 (3d Cir. 2002).

Baskin-Robbins Inc. v. Patel, ケースは、元加盟店が同一地域においてアイスクリーム・ショップの運営を続けることを禁止する予備的差止命令を求めた事案である。裁判所は、回復不能の被害に関して、営業移転に多大なコストがかかるとの被告の主張は、被告が2度にわたって紛争解決のチャンスを逃したこと、コストを最小限に抑えるため現在地にとどまった事実があることから説得的とはいえない、と述べた。

その他の肯定事例として次のようなケースがある。Lawler Mfg. Co. v. Bradley Corp., 2000 U.S. Dist. LEXIS 14197, at *99-100 (S.D. Ind. Apr. 26, 2000); Barrett v. W. Chester Univ. of Pa. of the State Sys. of Higher Educ., 2003 U.S. Dist. LEXIS 21095, at *50 (E.D. Pa. Nov. 12, 2003).

⁵⁶³⁾ Scotts Co. v. United Indus. Corp., ケースにおいて裁判所は次のように述べた。「我々は、被告の受ける被害の問題につき、地方裁判所がこれを不当に軽く扱ったと

④命令的差止命令・本案判決と同様の結果を求める差止命令 これら2つの問題は、常に関連するものではないが、命令的差止命令が求められる際、裁判所はそれらをまとめて論ずることが多い。裁判所は、差止命令の内容が、特定の行為を命じるものや、本案において勝訴した場合に得られる救済を認める場合、禁止的差止命令よりも被告に与える負担が重いと考える傾向にあり、発令に慎重な態度をとっている⁵⁶⁴⁾。命令的差止命令・禁止的差止命令の要件との間に大きな違いはない。しかし、命令的差止命令は、積極的な行為を要求し⁵⁶⁵⁾、通常であれば終局判決により得られる類の救済を認めることで、現状を変更することができるため、本案勝訴可能性について、実質的証明あるいは明白な証明よりも「高度の基準」(higher standard)を満たすべきとする裁判例もみられる⁵⁶⁶⁾。

の被告の主張に同意する。被告の被害、とりわけ虚偽広告事件における被害に関しては、ほとんど常に被告自身が作出したものと扱われることとなりうる。この自作の被害が重視されないとすれば、地方裁判所が本件において示したように、被害のバランスは常に原告優位に傾くことになり、予備的差止命令を非常の救済から恒例行事(routine occurrence)へと変容させる結果となる。そして、被害の比較衡量という要件の背後にある目的を考えれば、差止命令が発令されたときに被告が被るべき被害を自作のものとして排除することが誤りであることは明らかである。」

Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F.3d 264, 284 (4th Cir. 2002).

⁵⁶⁴⁾ Taylor v. Freeman, 34 F.3d 266, 270 n.2 (4th Cir. 1994).

⁵⁶⁵⁾ Meghring v. KFC Western, Inc., 516 U.S. 479, 484 (1996).

⁵⁶⁶⁾ Tom Doherty Assocs. v. Saban Entertainment, Inc., ケースにおいて、第2巡回区控訴裁判所は、「典型的な予備的差止命令は、禁止的であり、本案に関するトライアルがあるまで現状を維持するためにのみ求められるのが普通である。それに対して、命令的差止命令は、ある積極的な行為を命ずることにより現状を変更するものとされる……。この両者の区別は重要である。なぜなら、命令的差止命令は、『申立当事者が求める救済を受ける資格があることの明白な証明に基づいてのみ、あるいは極度の若しくはとても深刻な損害が予備的差止命令の拒絶により生ずべき場合にのみ』、発せられるべきだからである。『明白な (clear)』とか『相当な (substantial)』といっ

本案判決と同等の内容の結果を求める予備的差止命令には、いくつかの

た言葉の違いは意味の違いを反映するものではない。要するに、原告側により高度の勝訴可能性の証明を要求することで、伝統的な基準を変更している」とした。通常の基準との違いについては、第2巡回区控訴裁判所が、Sunward Elecs., Inc. v. McDonald, ケース（ある電話番号の割当てを被告に要求する差止的救済が求められた事例）において言及している。「通常の基準では、原告は、(a) 本案勝訴の見込み、(b) 本案審理において解決すべき十分に重要な問題があり、かつ困難性の比較衡量において予備的救済の請求者が明らかに優越することを示すだけでよい、とされているのと対照的である」と述べた。Sunward Elecs., Inc. v. McDonald, 362 F.3d 17, 24-25 (2d Cir. 2004).

Tom Doherty Assocs. v. Saban Entertainment, Inc., ケースは、証明責任の高度化を正当するための基準を示している。原告の求める予備的差止命令の内容が、① 本案判決と同等同質のものであり、かつ、② 被告が本案勝訴した場合に現状回復不能なもの、でなければならない。すなわち、「高度化された証明基準 (heightened standard) の採用を正当化するためには、『原告が受けることのできる救済の全て』という文言に、その命令が履行されたなら二度と現状回復できない効果をもつ場合、という追加条件を加えなければならない。……従って、例えば予備的差止命令が認容される日に予定されるイベントの生放送に関する事件など時間的制約があるため、又は秘匿情報の開示に関する事件など訴訟物の性質上、予備的差止命令によって本案判決の全部又は一部が無意味化される場合には、高度化された証明基準を正当化することができる。……結局、予備的差止命令に従った被告が本案勝訴後に効果的な救済を受けることが困難又は不可能となる場合、原告は予備的差止命令の救済を得るため、本案勝訴可能性について相当性又は明白性を要求するより高度な証明基準を満たさなければならない」と述べた。Tom Doherty Assocs. v. Saban Entertainment, Inc., 60 F.3d 27, 34-35 (2d Cir. 1995).

終局的救済の効果をもつ予備的差止命令が求められた事案において、裁判所は、本案における実質的勝訴可能性 (substantial likelihood of ultimate success) を証明した場合、永久的差止命令が認められる。13 Moore's Federal Practice § 65.20 [Abdul Wali v. Coughlin, ケースにおける「裁判所は、州刑務所を批判する報告書の在監者への送付に干渉しないよう命ずる永久的差止命令を認容するに際して、予備的差止命令は終局的に得られる全ての救済を実質的に与えるものであるが、原告はより厳格な基

バリエーションがある⁽⁵⁶⁷⁾。第1は、環境訴訟において一時的に森林伐採工
事の禁止を求める場合のように、本案判決の内容が予備的差止命令の単
なる継続となる場合である⁽⁵⁶⁸⁾。他の発令要件は満たされているにもかかわらず、
本案勝訴しても追加的救済がなされないことをもって原告に暫定的救
済を与えないのは不合理ということになる⁽⁵⁶⁹⁾。第2に、被告に多大な被

準を満たしていると判示した」という部分を引用する]。

終局判決を言い渡す裁判所の能力を否定するような効果をもつ予備的差止命令の請
求を、裁判所は永久的差止命令の請求とみるかもしれない。しかし、予備的差止命令
の認容が、その効果の面で原告の求める終局的救済の認容と評価される場合であって
も、裁判所は、予備的差止命令の請求において通常考慮されるすべての要因を慎重に
考慮した後に、予備的差止命令を認容することができる。とくに、本案における勝
訴の実質的可能性 (substantial likelihood) を重視し、これが証明された場合、かか
る予備的差止命令は認容される。以上につき、13 Moore's Federal Practice § 65.22
[1][e] [Nemer Jeep-Eagle, Inc. v. Jeep-Eagle Sales Corp., 992 F.2d 430, 433 (2d Cir.
1993); Boston Celtics, Ltd. Partnership v. Shaw, 908 F.2d 1041, 1047-1048 (1st Cir.
1990) を引用する]; See also, 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2947.

次のケースも参考になる。Tiffany v. Forbes Custom Boats, Inc., 1992 U.S. App.
LEXIS 6268 (4th Cir. Apr. 6, 1992); Sanborn Mfg. Co. v. Campbell-Hausfeld/Scott
Fetzer Co., 997 F.2d 484, 486 (8th Cir. 1993); Calvin Klein Cosmetics Corp. v. Lenox
Labs., Inc., 815 F.2d 500, 503 (8th Cir. 1987); Anderson v. United States, 612 F.2d
1112, 1114 (9th Cir. 1979).

⁽⁵⁶⁷⁾ *Developments in the Law Injunctions*, *supra* note 261 at, 1058.

⁽⁵⁶⁸⁾ *Id.*, at 1058.

⁽⁵⁶⁹⁾ Tom Doherty Assocs., Inc., ケースにおいて、第2巡回区控訴裁判所は、「『申立人
が受けることのできる全ての救済』又は『求める救済の全て』という用語は、混乱の
種である。なぜなら、用語をみるかぎり、終局的に申立人が取得する救済が単に予備
的差止命令の延長にすぎなくなるような差止命令一般を指すように考えられるからで
ある。

……しかし、本案のトライアルで勝訴しても追加すべき救済がないからといって原
告が救済されなくなるべきではないので、……このようなルールの適用を正当化する

害を与える場合、予備的差止命令を拒絶する正当理由とされることがある。しかし、この問題は比較衡量の問題に集約されよう⁽⁵⁷⁰⁾。第3は、明日開催されるスポーツの試合の禁止を求める場合のように、時間的制約のために本案審理ができない場合である⁽⁵⁷¹⁾。そして、第4は、情報開示請求のように、予備的差止命令認容により、本案訴訟が無意味化されてしまうような場合である⁽⁵⁷²⁾。

第3、4の場合、裁判所は原告に通常よりも高度な証明を要求している⁽⁵⁷³⁾。予備的差止命令は、簡略化された柔軟な手続に基づいて発令されるものであり、手続保障と公平性の利益をどのように確保するべきかという問題を抱えている。とくに性急に認めてしまった命令的差止命令・本案判決と同様の結果を求める差止命令により生ずる被害のリスクを最小化するために、高度の基準を用いることに不合理性はない。しかし、被告の受ける被害を考慮した後、それでもバランスが原告側優位と認められ、かつ他の要件も満たしている場合、それによって原告が一時的に本案請求と同内容の救済を得られるとしても、予備的差止命令を認める必要はあろう。

命令的差止命令についても同様に解するべきであろう⁽⁵⁷⁴⁾。命令的差止命令は謙抑的に発令されるべきとのドグマは、独立したルールというより

のは困難であろう」と述べた。Tom Doherty Assocs. v. Saban Entertainment, Inc., 60 F.3d 27, 34-35 (2d Cir. 1995); See also, 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2947 [予備的差止命令は、本案に関する完結的な裁判をせずに認められるものであるが、その効力期間中は、永久的差止命令の効力の全てを発揮する]。

⁵⁷⁰⁾ *Developments in the Law Injunctions*, *supra* note 261, at 1058.

⁵⁷¹⁾ *Id.*, at 1058.

⁵⁷²⁾ *Id.*, at 1058.

⁵⁷³⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.20; Tom Doherty Assocs. v. Saban Entertainment, Inc., 60 F.3d 27, 34-35 (2d Cir. 1995).

⁵⁷⁴⁾ 原告側に十分にやむを得ない事情がある場合、命令的差止命令は認められているようである。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2.

は、他の理由に導かれた結論を説明する方法として用いられており、工夫により命令文を作為的命令内容から禁止としての不作為命令的内容へ言い換えることも可能である⁽⁵⁷⁵⁾。つまり、「命令的」という定義は曖昧性を免れない⁽⁵⁷⁶⁾。かかる曖昧性を批判して、特定行為の強制により被告にかか

575) 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.2.

576) 例えば、①刑務所長が在監者による手紙の受取りを禁止した場合の救済は、手紙の手交の命令なのか受取禁止を禁ずるものなのか、②刑務所長が信仰を理由に伝染病検査を拒否した監者を特別室に無期限監禁した場合の救済は、解放の命令なのか監禁の禁止なのか明らかではなく、具体的適用に困難を生ずる。

① Abdul Wali v. Coughlin, ケースは、刑務所長が在監者による手紙の受取りを禁止した場合の救済について争われた事例である。第2巡回区控訴裁判所は、原告(在監者)の求める救済は、在監者に当該手紙を手交するよう命ずる命令的差止命令ではなく、在監者に手紙を渡す行為を妨害することを禁止する禁止的差止命令であると解した。「予備的差止命令の目的は通常、完全な本案審理がなされるまで現状を維持することである。しかし時として、本案前に当事者の現在の地位を変更してしまう場合もある。現前の事件もしかりである。もしCoughlin長官に対する差止命令が認められれば、彼はニューヨーク刑務所にPLS報告書が届けられるのを受忍しなければならなくなり、結果的に一定の終局性をもって紛争が解決することになる。かかる事案においては、差止命令は禁止的というより命令的と考えられることが多く、申立当事者にはより高度な証明が要求される。このような状況においては、差止命令は、『申立人に求める救済を受ける資格があることの明白な証明に基づいてのみ』、又は『極端な若しくはとても深刻な損害が予備的救済の拒絶により生ずべき場合』に限り、認められるべきと考えられてきた。要するに、我々は『禁止的差止命令に比べ、消極的な態度を命令的差止命令について』示してきたのである。ところが、命令的差止命令か禁止的差止命令かの区別は、単純に現状が維持されるか覆されるかを考えれば分かるというものではない……。これらのエクイティ上の用語は、対象者がある行為をすることを命じるか又はすることを禁止するかに着目して区別されてきた。多くの場合、この区別は実態がどうであるかというより、意味論的な区別である。なぜなら、行為遂行の禁止は積極的な行為の遂行能力の制限であるが、ある振る舞いを要求することは他の行為を制限できるとも言えるからである。我々は、本事案を判断するため

る負担は、被害の比較衡量において考慮すれば足りるとする裁判例もある⁽⁵⁷⁷⁾。

の理に適った方法があると確信する。Coughlin 長官に対する差止命令を認めることで現状が変更されるにもかかわらず、申立人の不服の趣旨は、長官が彼宛ての文書の送付を妨害するということであり、申立人の求める救済はその妨害の停止を命ずる差止命令である。もし我々が、それは長官に報告書のコピーを在監者に提供するよう命ずるものだと理解したなら、申立人の訴答は大きく異なったものとなったであろう。しかし我々はそうは理解せず、請求された救済の性質は禁止的な差止命令であると考えたのである」Abdul Wali v. Coughlin, 754 F.2d 1015, 1025-26 (2d Cir. 1985).

② Jolly v. Coughlin, ケースは次のような事案である。原告である在監者は、宗教的信条を理由に、ニューヨーク州矯正局の要求する潜在性結核の診断テストを拒絶したため、特別室に無期限で監禁されることとなった。原告は、被告による取扱いは1993年宗教の自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act of 1993) の下で保障される宗教の自由を行使する権利、及び合衆国憲法修正 8 条の保障する残虐又は異常な刑罰からの自由を侵害するものだと主張した。第 2 巡回区控訴裁判所は、原告が既に 3 年半の間特別室に収監されていること、及び原告の争っている結核予防プログラムはニューヨーク州刑務所において 4 年間実施されていることに照らして、当該事案を、上記 Abdul Wali v. Coughlin, ケースと区別し、「原告の解放は確立した政策に劇的な変化を要求するもので、命令的差止命令と評価できる」と判示した。Jolly v. Coughlin, 76 F.3d 468, 473-74 (2d Cir. 1996).

⁵⁷⁷⁾ United Food & Commer. Workers Union, Local 1099 v. Southwest Ohio Reg'l Transit Auth., ケースは、次のような事案である。原告労働組合の州当局に対するバスの車体広告の提案につき、当局が「論争が起こる可能性がある。外観が美しくない」との理由により拒絶したため、組合側が当該提案の受け入れを命ずる予備的差止命令を求めたところ、地方裁判所がこれを認めたため、州が上訴した。

第 6 巡回区控訴裁判所は、原告は強度の本案勝訴可能性を示したとして、原決定を是認し次のように述べた。「我々は、……現状概念が結果に及ぼす重要性をほとんど認めていないし、命令的な差止命令の救済と禁止的なそれとの間の区別には意味がないと結論づけている。……伝統的な予備的差止命令の基準—衡平の比較衡量—が、禁止的差止命令の救済の申立てと同様に、命令的差止命令の救済の申立てにも適用される」。そして、「差止命令の目的は常に、有意義な本案判決をする裁判所の能力を

差止命令の救済の本質は衡平法であるから、当事者間の衡平を考慮して結論を導き出すことも必要であるといえよう。

(e) 公益

(イ) 4要件における「公益」要件の位置づけ

裁判所は、予備的差止命令を発令する前に、公益を考慮する⁽⁵⁷⁸⁾。4要件における「公益」とは、当該差止命令により影響を受ける当事者でない者の利益ということである。裁判所はこの要件の考察をつうじて、当事者でない者に与える影響を公共政策の観点により評価する⁽⁵⁷⁹⁾。

保全するために回復不能の被害を防止することであり、『考慮すべき点は、現状の維持に限られるのではなく、適切な命令により被害を防止することにあるのである』と述べて、高度の証明責任を要求した第10巡回区控訴裁判所の基準を退け、伝統的な予備的差止命令の基準（衡平の比較衡量）を適用した。United Food & Commer. Workers Union, Local 1099 v. Southwest Ohio Reg'l Transit Auth., 163 F.3d 341, 348 (6th Cir. 1998).

Ferry-Morse Seed Co. v. Food Corn, Inc., ケースは、次のような事案である。原告種苗販売業者は被告種苗開発者とあるとうもろこしの種に関して独占的ライセンス契約を結んでいたところ、契約条項に争いが生じたため、原告は提訴し、被告にその種を提供するよう命ずる差止命令を求め、地方裁判所はこれを認めた。

第8巡回区控訴裁判所は、「そのような救済の権利が明らかに証明されない限り予備的差止命令を認めるべきではないが、現状が止まっておらず動いており、止まったときの状況が回復不能の被害を生じさせる場合、命令的差止命令は適切である」と述べて、原決定を是認した。Ferry-Morse Seed Co. v. Food Corn, Inc., 729 F.2d 589, 593 (8th Cir. 1984).

⁵⁷⁸⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.4.

⁵⁷⁹⁾ 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.4; Vaughn, *supra* note 533, at 863.

裁判所は、予備的差止命令を認める前に、公益、すなわち差止命令が社会経済に対して与える大きな影響を考察する。Thomas E. Patterson, Handling the Business Emergency—Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions (2009), at

公益要件は他の要件よりも新しい要件である⁽⁵⁸⁰⁾。公益とは何か、どうすれば公益を立証できるのか、立証された公益は、他の要件との関係においてどの程度のウェイトが置かれるのか、そして、公益が対立した場合はどのような処理を行うのか、といった点は必ずしも明らかにされてこなかった⁽⁵⁸¹⁾。この要件で考慮すべき「公益」とは、他の3要件では考慮されないものであり（要件の独立性・考察の重複の回避）、かつ、その存否で申立ての認否を左右できる程度に重要な利益（利益の重大性）でなければならないだろう。Winter ケースにおいて最高裁判所は、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

52 (Croskey Street Concerned Citizens v. Romney, 459 F.2d 109 (3d Cir. 1972) を引用する)。

⁽⁵⁸⁰⁾ Eaton によれば、差止命令を認めるための一般的要件は、(a) コモンローに明白、適切、かつ完全な救済が存在しないこと、(b) 救済が認められなければ、回復不能の被害が生ずること、であるとする。James W. Eaton, *Handbook of Equity Jurisprudence*, § 281 (1901).

アメリカの裁判所もイギリスの裁判所も、世紀が変わるまで、予備的差止命令が公益に与える影響について考えてこなかった、との指摘もある。Vaughn, *supra* note 533, at 863.

公益要件が4要件に組み込まれることになったのは、比較的最近のことである。Yakus ケースは傍論において、「エクイティ裁判所は、通常行っている関係利益の調整を超えて、公益増進の目的で救済を与え又は与えないことができるし、しばしばそのような取り扱いをしている」と述べた。Yakus v. United States, 321 U.S. 414, 441 (1944) (Virginian Ry. Co. v. System Federation, 300 U.S. 515, 552 (1937) を引用)。

⁽⁵⁸¹⁾ Vaughn, *supra* note 533, at 863-64.

最高裁判所と控訴裁判所は様々なケースにおいて公益を判断要件として含めてきたが、特定の場面で公益を審査する理由について十分に説明していない、との指摘がある。

Arthur D. Wolf, *Preliminary Injunctions: The Varying Standards*, 7 W. New Eng. L. Rev. 173, 234 (1984-1985).

する⁽⁵⁸²⁾と判示した。特別に優越的な価値をもつ公益が存在する場合でない限り、公益が予備的差止命令の発令の認否を左右する場面はそれほど多くないとの指摘もあるが⁽⁵⁸³⁾、公益要件を重視すれば、差止命令による救済の範囲は狭められることになろう。

(ロ) 公益の内容

①本案の法律関係に関する公益 裁判例において最も多く言及される公益は、本案で主張される法律関係に関する公衆の公益である⁽⁵⁸⁴⁾。たとえば、不法行為に基づく損害賠償請求であれば被害者救済、債務不履行に基づく損害賠償請求であれば契約上の信頼保護などである。通常、このような公益は、実体法により取り上げられ、道徳的・政策的見地により検討が加えられ、権利義務関係を通じて実現を予定される。つまり実体法は諸公益に配慮して当事者間の権利義務関係を規定しており、実体法上の権利者を保護することが、公益に適うことになる。そして、暫定的救済手続の段階では、権利者となる可能性の高い者(本案勝訴可能性の高い側の当事者)を保護することが公益に適うことになる。そうであれば、本案勝訴可能性の要件さえ考慮すれば、それとは別に公益を考慮する必要はなくなる。

本案請求を規律する実体法が保護・調整する公益を考慮対象とする場合、公益への配慮は本案勝訴可能性の考慮で足りるため、公益要件の考慮は差止命令の判断に影響を及ぼすことはできない⁽⁵⁸⁵⁾。裁判所が公益に言及

⁵⁸²⁾ Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S. Ct. 365 (2008).

⁵⁸³⁾ Mason v. Minn. State High Sch. League, 2003 U.S. Dist. LEXIS 23460, at *10 (D. Minn. Dec. 30, 2003).

⁵⁸⁴⁾ このような利益を、「実体関係内政策」(Intrinsic Policy)と称する論者もいる。

Orin H. Lewis, “The Wild Card that is the Public Interest”; *Putting a New Face on the Fourth Preliminary Injunction Factor*, 72 Tex. L. Rev. 849, 856–57, 867–73 (1994).

⁵⁸⁵⁾ 公益や他者への被害の要件について、最高裁判所は決定的なものであるとするが、

したとしても、それは既に出された結論を正当化するための説明として用いるか⁽⁵⁸⁶⁾、又は結論を出す際の参考程度に用いるということになる⁽⁵⁸⁷⁾。か

暫定的救済の認否を決することはめったにない、との指摘がある。Wolf, *supra* note 581, at 234. さらに、公益はほとんど重視されていないとの指摘もある。Lewis, *supra* note 584, at 849-50.

⁽⁵⁸⁶⁾ しばしば、裁判所は十分な分析をせずに公益の要因を提唱する。公益は、分析に貢献する何かというより、既に出されている結論を根拠づける際に言及される、平衡錘 (makeweight) として批評されてきた。Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 52; Lewis, *supra* note 584, at 849, 851.

例えば、同じ商標侵害事件に関して、原告が本案勝訴可能性の立証に失敗した ASICS Corp. v. Target Corp., 282 F. Supp. 2d 1020 (D. Minn. 2003) において、裁判所は「請求原因の有効性についてより実質的な立証がない限り、できるだけ安い価格、独占の回避、及び規制のない競争を奨励する大きな公益に照らせば、差止命令は公益に合致しない。本件のように原告がそのような立証をできない以上、争点が完全に審理されるまで現状を維持しておくのが公益に適うのである。」と判示した (*Id.* at 1032) のに対して、原告が本案勝訴可能性の立証に成功した Connelly v. ValueVisionMedia, Inc., 393 F. Supp. 2d 767 (D. Minn. 2005) において、裁判所は「原告が商標侵害の本案請求に関して勝訴する可能性を証明したと既に判断されているため、裁判所は、予備的差止命令を発令することが最高の公益に資すると認める。商標権侵害は本質的に公益に反するのである。」と判示している (*Id.* at 777)。

⁽⁵⁸⁷⁾ Vaughn は、公益を援用することにより、裁判官や当事者の個人的指針 (personal agenda) を偽装又は表面的に正当化 (disguise and superficially legitimate) しているのかもしれないとする。Vaughn, *supra* note 533, at 864.

公益要件は、圧倒的多数 (vast majority) の事件においては、中間的差止命令を肯定又は否定するための平衡錘にしすぎない、との指摘もある。Wolf, *supra* note 581, at 234; Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 52; Lewis, *supra* note 584, at 850-51.

何が適切な結論であるかを判断する際に用いる要素というよりも、既に達した結論を根拠づけるために言及する要素であるとされる。以上につき、Donald B. Haller, *Granting Preliminary Injunctions Against Dealership Terminations in Antitrust Actions*, 67 Va. L. Rev. 1395, 1403-04 (1981).

かる場合の考慮は、予備的差止命令の申立ての認否を判断するための独立基準とはいえない。

②特別に優越的価値をもつ公益 実体法の認める公益が、特別に優越的価値をもつ公益である場合には、予備的差止命令の認否に大きな影響を及ぼすことがある⁽⁵⁸⁸⁾。このような強力な公益の代表例は、国家の安全保障⁽⁵⁸⁹⁾

⁵⁸⁸⁾ とくに、連邦法が訴訟対象となる行為を禁止している場合、法律は予備的差止命令を認める強力な要因と考えられている。また禁止を求める行為が違法と宣言され又は明らかに公益に反する場合、原告は回復不能の被害および被害の比較衡量において自己が有意であることの立証を要しない。とりわけ、制定法が明文中間的差止命令の救済を認めている場合にはそうである。11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948.4.

被告の行為が制定法で禁止されている場合、その行為は公益を害しているとの強力な推定がはたらく。裁判所は、①公衆の健康・安全・福祉、②消費者保護、③環境への懸念、④経済発展およびインフラ条件、⑤営業利益の保全、⑥契約上の権利義務の執行、⑦知的財産および営業秘密の保護などを挙げる。Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 52.

⁵⁸⁹⁾ 国家の安全保障は、最重要の公益であるとされる。Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 138.

Blackhawk Indus. Prods. Group Unlimited LLC ケースは、原告製造業者が政府に対して、軍事戦闘用の製品につき、公認サプライヤーとしてリストから削除することを禁ずる予備的差止命令を求めた事案である。裁判所は、原告製品が既に利用できなくなっている場合、差止命令がなければ、戦争遂行能力 (war effort) や国家の安全保障に影響があることは証拠によって根拠づけられているとして (それを理由の一部として)、差止命令を認めた。Blackhawk Indus. Prods. Group Unlimited LLC v. United States GSA, 348 F. Supp. 2d 649, 661 (E.D. Va. 2004).

Natural Resources Defense Council ケースは、多数の環境団体である原告らが、全米における核兵器の配備計画に関して、設備を建設・改良するための資金を支出しないようエネルギー省長官に命ずる予備的差止命令を求めた事案である。原告らは、エネルギー省による備蓄弾頭維持管理計画 (Stockpile Stewardship and Management Program: SSMP) の環境影響調査報告書案 (Proposed Environmental Impact Statement: PEIS) は、備蓄弾頭維持管理計画を厳格に調査し計画の合理的代

替案を客観的に評価していない点で不適切であると主張した。裁判所は、環境影響調査報告書案が恣意的かつ気まぐれであると認められない以上、原告らは本案勝訴可能性を立証していないと考えるほかなく、また、備蓄弾頭維持管理計画の実施に関する国家安全保障上の利益は、環境団体の懸念する切迫した環境上の被害に優越すると判示した。

「裁判所は公益の評価に際して、競合する重要な諸利益を比較衡量しなければならぬ。本件における国家安全保障の利益はとても重要であることは間違いない。本裁判所は、エネルギー省長官が行った備蓄弾頭維持管理計画の実行可能性に関する国家安全保障上の判断を覆すのに消極的である。原告らは、備蓄弾頭維持管理計画に関するいかなる国家安全の脆弱性も限られた期間であり、将来まで続くものではない旨主張するが、そのような脆弱化は、一ほんのつかの間の核抑止力へのいかなる信頼性の低下でさえ一受け入れられるものではない。ならず者国家 (rogue nations) や世界中のテロ組織がすぐにでも核兵器にアクセスできるかもしれない、核兵器を邪悪な目的で使用するかもしれない。世界のリーダーとしての責任を負っている我々の国は、そのような全ての脅威に対して、急速かつ有効な対応をとれなければならない。裁判所は、本件訴訟でなされた主張を根拠として、核問題についてリーダーシップをとる国家の責任を引き受けることはできない。我々の核抑止に関する信頼性への疑問は、キューバ危機のような将来の危機に際して、受け入れがたいリスクを創出するだろう。そのような将来の危険が実現する可能性は現在のところ過去ほどには大きくはないが、我々はそのような可能性を決して無視してはならない。今日は晴れていても、注意しなければ、不吉な暗雲がたちこめることもありうるのである。本裁判所は、まさに本件原告らが主張した、環境上、健康上、安全上の懸念を抱くに足りるアクシデントが存在したことをよく知っている。実際、最近のニュース報道によると、アメリカ市民は1950年代の核実験の際に放出された過度の放射能にさらされているという。気づかずに放射能にさらされ続けたせいで7万5千人の人がガンになった可能性がある、と示唆する環境学者もいる。もしこの情報が正しいなら、政府はそのような環境汚染の再発を防止するあらゆる措置を講じなければならない。毎年の現地報告や追加情報により原告らのような優良な団体が政府の行為を監視することができ、重要な環境問題にタイムリーな方法で対応できるようにすることが望ましい。」 Natural Resources Defense Council v. Pena, 972 F. Supp. 9, 20-21 (D.D.C. 1997).

や人権に関する公益⁽⁵⁹⁰⁾などである。たとえば、ニューサンスを理由として住民が軍の軍事行動・演習の予備的差止命令を求める場合、原告が本案勝訴可能性や被害の比較衡量における優位を立証したとしても、なお国家の安全保障の重要性を考慮して申立てを認めないことがありうる。とくに、国家の安全保障に関して、最高司令官たる大統領が「国防の核心」(essential to national security)と決定した軍事演習に対する予備的差止命令の申立てのケースにおいては、公益要件の考慮のみで、差止命令の救済は拒絶されることになる⁽⁵⁹¹⁾。

以下の事例も参考になる。Wiedenhoeft v. United States, 189 F. Supp. 2d 295, 297 (D. Md. 2002); United States v. Zenon, 711 F.2d 476 (1st Cir. 1983) [当該海域における海軍の軍事行動は国防に極めて重要であり、個人や漁師の侵入がそれに重大な干渉となっていると認めて、立ち入り禁止の差止命令を認めたことは裁量権の範囲内である、とした事例]; United States v. McGee, 714 F.2d 607 (6th Cir. 1983) [土地の取用に関して、ライトバタースン空軍基地とオハイオ州デイトン市との間に軋轢が生ずる危険は、取用を禁止する永久的差止命令を正当化するに足りる、とした事例]; Waldron v. George Weston Bakeries, Inc., 575 F. Supp. 2d 271 (D. Me. 2008), aff'd, 570 F.3d 5 (1st Cir. 2009) [パン屋との配給契約に基づいてパンと焼菓子を配給している独立請負人とパン屋との間の契約紛争において、パン屋が配給権を再売買するのを禁止する予備的差止命令は、被告パン屋の行為が犯罪性を帯びる場合には、公益に資する、とした事例].

⁽⁵⁹⁰⁾ 予備的差止命令の発令を支持するつよい公益の一例として、「個人の憲法上の権利の回復」が挙げられる。Crue v. Aiken, 137 F. Supp. 2d 1076, 1091 (C.D. Ill. 2001). See also, Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 52.

⁽⁵⁹¹⁾ Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., ケースにおいて、連邦最高裁判所は、「原告が海軍の軍事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侵害も、海兵の効果的実戦的訓練に関する公衆の利益や海軍の利益に優越される。これらの要因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。そのような理由から、我々は、原告が本案勝訴の可能性 (likelihood of success) を証明したとの下級審の判断には立ち入らない」と述べた。

③司法上の公益 権力分立、連邦制、他の裁判所に対する礼讓といった司法制度上の要請は公益といえるのかについて議論がある⁽⁵⁹²⁾。裁判所は、予備的差止命令の認否判断に際して司法上の要請をしばしば考慮しているが⁽⁵⁹³⁾、それは予備的差止命令の一要件としてではなく、エクイティ上の救済の一般ルールと捉えているようである⁽⁵⁹⁴⁾。

④差止命令により直接的な影響を受ける当事者でない者の利益 病院・金融機関・ライフライン企業のように、その事業の執行に多くの者の重大

Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S. Ct. 365, 367 (2008).

⁽⁵⁹²⁾ Lewis は、このような利益を「実体関係外政策」(Extrinsic Policy)と称している。Lewis, *supra* note 584, at 857, 864-66.

⁽⁵⁹³⁾ Railroad Commission of Texas ケースは、列車の乗車規則が人種差別的であるとして、同規則の執行を差し止める予備的差止命令が求められた事例である。最高裁判所は、「エクイティ管轄権の歴史は、差止命令という非常の救済をするための発令が公衆に与える影響への配慮の歴史である」との一般論を述べた後、「連邦の衡平法裁判官の裁量に付される主張の中に、州の政策に不要に介入することを回避する要請以上に重要なものが含まれることはめったにない」と述べて (*Id.*, at 500), 差止命令を認めた原決定を破棄した。Railroad Commission of Texas v. Pullman Co., 312 U.S. 496 (1941).

礼讓 (comity) の概念は、「連邦裁判所による州裁判所手続への介入を抑止する年来の公共政策」を支持する理由の一つであるとされている。Younger v. Harris, 401 U.S. 37 (1971).

⁽⁵⁹⁴⁾ 前掲 Younger ケースについて、公益要件の枠外で司法礼讓の問題を処理した事例であるとの指摘もなされている。Lewis, *supra* note 584, at 864-65.

United States v. Rural Electric Convenience Coop. Co., ケースにおいて、第7巡回区控訴裁判所は、「本件訴訟を支配する連邦主義との関係 (federalism concerns) に敏感である。しかし我々は、礼讓や連邦主義が差止命令の発令に不利に作用する『公益』要件として考慮されるべきとは考えない。これらの関係は、エクイティ上の救済付与に関する法的ルールを定式化する中で考慮することが適切である」と述べた。United States v. Rural Electric Convenience Coop. Co., 922 F.2d 429 (7th Cir. 1991).

な利益が関わっている場合、これらの事業執行を停止させてしまうと、それらの者の重大な利益を回復不能なまでに害する危険がある。そのため、裁判所は、予備的差止命令の発令に際して、訴訟当事者の受ける被害や本案勝訴可能性だけでなく、差止命令が発令されることによって大きな影響を受ける当事者以外の者の利益も考慮しなければならない⁽⁵⁹⁵⁾。

しかし、訴訟当事者以外の者で差止命令により影響を受ける者の利益といっても、それだけでは範囲が不明確であり、場合によっては、影響を受ける者は広範囲に及ぶことがあり得る。このため、何らかの基準・制限が必要となってくる。この点について、Lewis は、差止命令により影響を受ける者を、訴訟当事者によってその利益を適切に代表されていないものであって、実体法の執行の結果として通常予想される被害とは実質的に異なる被害を受ける特定の非当事者、という制限を課している⁽⁵⁹⁶⁾。つまり、通

⁵⁹⁵ Mississippi Power & Light Co. ケースは、電力会社が、同社に適用される天然ガス供給料金を過分請求しないよう天然ガス供給者に命ずる予備的差止命令を求めた事案である。地方裁判所は、燃料費はそのまま電力使用料金にはねかえるので、当該事件における公益は、中心的争点 (central issue) であるとし、差止命令の発令が公益に資するとして申立てを認めた。控訴裁判所も原決定を是認した。Mississippi Power & Light Co. v. United Gas Pipe Line Co., 760 F.2d 618 (5th Cir. 1985).

SCFC ILC, Inc. ケースも、差止命令により直接的影響を受ける当事者でない者の利益が問題となった事案である。Sears 社は金融機関の Mountain West 社を買収したが、Sears 社の完全子会社 Greenwood Trust 社はディスカバー・カードを発行していた。Mountain West 社は、その顧客のために Visa 社にカードの発行を依頼したが、同社は規則で Sears 社とその子会社には発行しないことに決めていたため、これを拒否した。そこで Mountain West 社が Visa 社を訴え、150万枚のカード発行を承諾するよう被告に命ずる予備的差止命令を求めた。地方裁判所はこれを認めたが、控訴裁判所は、もし150万枚のカードが最終的に不当発行と認定された場合の影響を考慮し、差止命令の不発令が公益に資するとして原決定を取り消した。SCFC ILC, Inc. v. VISA USA, Inc., 936 F.2d 1096 (10th Cir. 1991).

⁵⁹⁶ Lewis, *supra* note 584, at 874-76.

常、ある規則の執行停止は、その規則の対象者や執行者に大きな影響を及ぼすが、そのような不特定多数の者の利益は考慮しない、ということである。また、代表訴訟のように、当事者でない者の利益を訴訟当事者が代表する場合には、その者の利益を被害の比較衡量において考慮すればよい。

問題となるのは、政府機関が訴訟当事者である場合、その政府機関の利益を公衆の利益と同視できるかということである。例えば、証券取引委員会は投資家の利益、食品医薬品局は国民の健康、環境保護庁は環境利益、軍は国家の安全保障等の公益代表者であるから、被害の利益衡量と別個にそれらの者の利益を考慮する必要はない（政府機関は独自の利益を有しておらず、一定の公益を代表しているにすぎない：政府機関の利益＝保護対象者の利益だからである）。ただし、一政府機関が全ての公益を代表しているわけではなく、時として公益と対峙することもある（環境保護団体が軍の作戦を環境権侵害として差止命令を求める場合）⁶⁹⁷⁾。

697) Punnett ケースは、米軍の地上核実験により被災したと主張する者らが、米軍は実験前に放射能の危険性を説明するのを怠ったと主張して、国に対して代表訴訟を提起した事案である。原告らは、潜在的クラス構成員に対して突然変異の危険性 (mutagenic danger) に関する警告をするよう被告に命ずる予備的差止命令を求めた。裁判所は、そのような警告は受けた者にとって利益より被害（心配、追加検査、中絶・避妊、婚姻拒否、人工授精の利用増などの不要なりアクションを惹起する危険）をもたらすものだとし、申立てを認めなかった。Punnett v. Carter, 621 F.2d 578 (3d Cir. 1980).

Jaffee ケースは、Punnett ケースと同様の事案において、地上核実験に参加した軍人にがんや白血病の危険性を警告するよう被告に命ずる予備的差止命令が認められた事案である。Jaffee v. United States, 592 F.2d 712 (3d Cir. 1979).

以下の事例も参考になる。O'Donnell Constr. Co. v. District of Columbia, 963 F.2d 420 (D.C. Cir. 1992); Rum Creek Coal Sales, Inc. v. Caperton, 926 F.2d 353 (4th Cir. 1991) [公益代表者をウェスト・バージニア警察ではなく私企業であるとした事例]; Natural Resources Defense Council v. Watkins, 954 F.2d 974 (4th Cir. 1992) [エネルギー]

このような特定非当事者の利益が問題となる事例は少ないといわれる。そこで、このような公益を独立の一要件としてではなく、被害の比較衡量の中で考慮する立場もある⁽⁵⁹⁸⁾。つまり、被害の比較衡量の「被害」とは、原則として当事者の被害であるが、上記のような訴訟当事者でない者がいる場合には、その者の被害も「被害」に含めて利益衡量する、との解釈である。

(b) 仮禁止命令の発令要件

すでに触れたように⁽⁵⁹⁹⁾、裁判所が仮禁止命令の認否を判断する際の考慮要素は、予備的差止命令の考慮要素と同様である。裁判所は、①原告が回復不能の被害を立証したか、②原告が強度の本案勝訴可能性を立証したか、③差止命令の発令により相手側の被告に相当の被害を生じさせるか、④発令が公益に資するか、という4要件を考慮しなければならない。仮禁止命令は、予備的差止命令では対応できない予備的差止命令前の回復不能の被害に対応するための救済であることから、とくに、回復不能の被害の立証は重要である。

仮禁止命令は、不十分な証拠に基づく簡易迅速な審理による裁判であるだけでなく、一方当事者のみの主張を聴いて決定する場合もあるため、相手方への手続保障の問題が予備的差止命令以上に深刻となる。これまで、通知の省略に関するデュープロセス上の問題について、様々な議論がなされてきた。仮禁止命令を認めるためには、原則として相手方への通知が不可欠であるとし、通知を省略するためには、緊急の状況にあること、通知

ギー省と公益団体 (public interest group) のどちらも公益代表者ではないとした事例] ; Glenwood Bridge, Inc. v. City of Minneapolis, 940 F.2d 367 (8th Cir. 1991) [市と私的契約者のどちらも公益代表者とした事例].

⁽⁵⁹⁸⁾ Lewis, *supra* note 584, at 891. See also, 13 Moore's Federal Practice § 65.22.

⁽⁵⁹⁹⁾ 拙稿・法経論集209号(2016)56頁以下。

の努力をしたことを書面で証明しなければならない⁽⁶⁰⁰⁾。

(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⁽⁶⁰¹⁾

(イ) 立証目標の数による区別

立証目標の数に着目すると、①4部構成テスト、②3部構成テスト、③2部構成テスト、そして④5部構成テストに区別することができる。複数の基準を併用する裁判所もある。

①4部構成テスト 本案勝訴の可能性 (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可能性 (the likelihood of irreparable harm absent preliminary injunctive relief)、原告と被告の被害の比較衡量 (balance of harms between the movant and non-movant balance of harms)、公益 (public interest) という4つの立証目標により構成する審査基準である。予備的差止命令の審査基準は、巡回区控訴裁判所ごとに分かれているが、この基準が一般的であるといわれている⁽⁶⁰²⁾。

⁽⁶⁰⁰⁾ 拙稿・法経論集209号 (2016) 56頁以下。

⁽⁶⁰¹⁾ 拙稿「(7)」68頁以下 (法経論集197号 (2013) 68頁以下) において触れた。

⁽⁶⁰²⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22; 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2948; Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 20; 1-7 Federal Litigation Guide § 7.31; Bates, *supra* note 490, at 1522-23; Amoco Production Co. v. Gambell, 480 U.S. 531, 546 n.12 (1987); Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S. Ct. 365, 374 (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)に既にみられるという。Leubsdorf, *supra* note 486, at 527-28 n.20-22.

第1、第5、第11、及び連邦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

② 3部構成テスト 回復不能の被害 (irreparable harm) の他, 本案勝訴可能性, 又は本案審理に付すべき重大な問題 (serious question) 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のいずれか1つを原告が選択して証明することができる。

③ 2部構成テスト 本案勝訴の蓋然性 (probable success on the merits) と回復不能の被害の可能性 (possibility of irreparable harm), 又は, 重大な問題 (serious questions) の存在, 及び被害の比較衡量における優位のうちのいずれかを原告が選択して証明することができる。

④ 5部構成テスト 5つの立証目標, すなわち, 本案勝訴の合理的可能性, コモンロー上の救済の欠如, 回復不能の被害, 各当事者の被害, 公益により構成する審査基準である。このテストは, 審査基準を2つに分け, 本案勝訴の合理的可能性, 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。

(ロ) 各要件の証明の影響関係

1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, 順次アプローチと被告衡量アプローチ・スライド基準の違いがある。

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。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。原告は, 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⁽⁶⁰³⁾。各要件の間の立証上の相互補完を認

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, との指摘もある。Bates, *supra* note 490, at 1534.

⁽⁶⁰³⁾ Mississippi Women's Medical Clinic v. McMillan, 866 F.2d 788, 790-91 (5th Cir.

めないため、後述の比較衡量テストに比べ、予備的差止命令の取得は困難とされる⁽⁶⁰⁴⁾。順次アプローチは、暫定的救済の性質（非常性、緊急性）およびそれに基づく明らかな立証の必要性を根拠としているようである。

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⁽⁶⁰⁵⁾。このアプローチは、比較衡量アプローチと呼ばれることがある。これによれば、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、という相互関係の関係を認める審理方式をスライド基準（sliding scale）という⁽⁶⁰⁶⁾。例えば、本案勝訴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

1989) ; Walgreen Co. v. Hood, 275 F.3d 475, 477 (5th Cir. 2001) ; Hortonv. 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).

⁽⁶⁰⁴⁾ 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非現実的な採用しているとして、これを批判する見解もみられる。Laycock, *supra* note 470, at 118.

⁽⁶⁰⁵⁾ Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 33; Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 20 n.7.

⁽⁶⁰⁶⁾ Thomas E. Patterson, *supra* note 579, at 34; Laycock, *supra* note 470, at 118; Bates, *supra* note 490, at 1528.

See e.g., Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell (Wild Rockies II), 632 F.3d 1127, 1131 (9th Cir. 2011) ; Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F.2d 738, 740 (2d Cir. 1953) ; Oklahoma ex rel. Oklahoma Tax Comm'n v. International Registration Plan, Inc., 455 F.3d 1107, 1112-13 (10th Cir. 2006) ; Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F.3d 264, 271 (4th Cir. 2002) ; Doranv. Salem Inn, Inc., 422 U.S. 922, 931 (1975) ; Sampson v. Murray, 415 U.S. 61, 90 n.63 (1974).

の証明は弱くてよい、ということになる⁽⁶⁰⁷⁾。

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重視すること）を根拠とするようである⁽⁶⁰⁸⁾。とくに、事案の性質上、1つの要件の証明が非常に困難な場合でも、暫定的救済の取得を可能とする効果がある⁽⁶⁰⁹⁾。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ある。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差止命令を認めてよいかという制度目的論的な疑問もある⁽⁶¹⁰⁾。また、Winter ケースにおいて連邦最高裁が示した判断基準と比較衡量テスト・スライド基準の整合性についても検討する必要がある。スライド基準は Winter ケースにより否定されたのではないかとの見方もある⁽⁶¹¹⁾。

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らなければならない

⁽⁶⁰⁷⁾ Laycock, *supra* note 470, at 118; Bates, *supra* note 490, at 1523.

⁽⁶⁰⁸⁾ 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」と述べた。

Dataphase Sys., Inc. v. C L Sys., Inc., 640 F.2d 109, 113 (8th Cir. 1981) (en banc).

See also, Holmberg v. Armbrrecht, 327 U.S. 392, 396 (1946); Holmberg v. Armbrrecht, 327 U.S. 392, 396 (1946).

⁽⁶⁰⁹⁾ Bates, *supra* note 490, at 1546.

⁽⁶¹⁰⁾ Morton Denlow, *The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard* 22 Rev. Litg. 495, 538 (2003).

⁽⁶¹¹⁾ Bates, *supra* note 490, at 1538.

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」というということになり、検討の価値を失っていく、との考察に基づく⁽⁶¹²⁾。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衡量してそれが少ない方を選択することであると⁽⁶¹³⁾した。

この認否判断のポイントを、Posner 判事は次のように定式化した⁽⁶¹⁴⁾。P

⁽⁶¹²⁾ Leubsdorf, *supra* note 486, at 541-42.

⁽⁶¹³⁾ 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⁽⁶¹³⁾した。Leubsdorf, *supra* note 486, 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. 1111-13 (E.D.N.Y. 1980).

⁽⁶¹⁴⁾ 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可能性 (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.

$\times H_p > (1-P) \times H_d$ (P:原告の本案勝訴可能性, 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, 発令され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, 発令され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。裁判所は, 一般的に, 将来どちらの当事者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) 比較衡量アプローチを採る裁判所の各要件の評価と比重 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必要条件 (*sine qua non*) とするものがある⁽⁶¹⁵⁾。必要条件とされる要件として, 本案勝訴可能性を必要条件とするもの⁽⁶¹⁶⁾, 回復不能の被害を必要条件とするもの⁽⁶¹⁷⁾, その両者を必要条件とするものがある⁽⁶¹⁸⁾。重く評価される

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).

⁽⁶¹⁵⁾ 実務上, 4要件のいずれを強調するのかについては各巡回区によって様々である。Bates, *supra* note 490, at 1528.

⁽⁶¹⁶⁾ New Comm Wireless Servs. v. Sprintcom, Inc., 287 F.3d 1, 9 (1st Cir. 2002).

⁽⁶¹⁷⁾ Siegel v. LePore, 234 F.3d 1163, 1176 (11th Cir. 2000).

⁽⁶¹⁸⁾ 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, 及び本案勝訴可能性が必要である」と述べた。Girl Scouts of Manitou Council, Inc. v. Girl Scouts of U.S.A., 549

要件として、本案勝訴可能性を重視するもの⁽⁶¹⁹⁾、被害の比較衡量を重視するもの⁽⁶²⁰⁾、回復不能の被害と本案勝訴可能性を重視するものがある⁽⁶²¹⁾。

(b) 各連邦裁判所が採用する基準

(イ) スライド基準を肯定する立場 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⁽⁶²²⁾。第1、第4、第6、第8巡回区、コロンビア特別巡回区もスライド基準を採用し、第10巡回区は、一部、スライド基準を採用しているようである⁽⁶²³⁾。

F.3d 1079, 1085-86 (7th Cir. 2008).

⁽⁶¹⁹⁾ 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).

⁽⁶²⁰⁾ Vargas-Figueroa v. Saldana, 826 F.2d 160, 162 (1st Cir. 1987).

⁽⁶²¹⁾ Glaxo, Inc. v. Heckler, 623 F. Supp. 69, 70 (E.D.N.C. 1985).

⁽⁶²²⁾ See e.g., Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell (Wild Rockies II), 632 F.3d 1127, 1131 (9th Cir. 2011); see also, Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F.2d 738, 740 (2d Cir. 1953).

⁽⁶²³⁾ 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. ケースにおいて第4巡回区は、「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

①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部構成テスト又は2部構成テストを採用する⁽⁶²⁴⁾。当事者は、(1)回復不能の被害+本案勝訴の可能性、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⁽⁶²⁵⁾。第2巡回区の上記要件には公益の考慮が明示されていないが、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⁽⁶²⁶⁾。第2巡回区は、著作権侵害事件においてもこの基準を

(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可能性 (likelihood of success) の明らかな立証が必要となってくる場合が多い』と述べた。Scotts Co. v. United Indus. Corp., 315 F.3d 264, 271 (4th Cir. 2002).

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

⁽⁶²⁵⁾ 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).

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. 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).

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

Standard & Poor's Corp. v. Commodity Exch., Inc., 683 F.2d 704, 711 (2d Cir. 1982); Long Island R.R. v. International Ass'n of Machinists, 874 F.2d 901, 910 (2d

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部構成テストを拒絶している⁽⁶²⁷⁾。(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⁽⁶²⁸⁾。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⁽⁶²⁹⁾。但し、第2巡回区は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⁽⁶³⁰⁾。法令行為の執行を停止させる予備的差止命令⁽⁶³¹⁾、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より現状回復ができないもの⁽⁶³²⁾、そして、命令的差止命令⁽⁶³³⁾は、常に勝訴の確実性の立証が要求される。(2)のコースの

Cir. 1989); Register. com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393, 424, 433 (2d Cir. 2004).

⁽⁶²⁷⁾ 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].

⁽⁶²⁸⁾ 当事者は、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 8, at 23 (Caulfield v. Board of Education, 583 F.2d 605, 610 (2d Cir. 1978) を引用).

⁽⁶²⁹⁾ Abdul Wali ケースにおいて第2巡回区は、「本案勝訴の見込み (likely) の要件は、勝訴の確実性 (absolute certainty) の立証ではなく、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).

⁽⁶³⁰⁾ Bates, *supra* note 490, at 1531.

⁽⁶³¹⁾ Union Carbide Agric. Prods. Co. v. Costle, 632 F.2d 1014, 1018 (2d Cir. 1980); Plaza Health Labs., Inc. v. Perales, 878 F.2d 577, 580 (2d Cir. 1989); 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); County of Nassau, N.Y. v. Leavitt, 524 F.3d 408, 414 (2d Cir. 2008); Kekis v. Blue Cross & Blue Shield, 815 F. Supp. 571, 577 (N.D.N.Y. 1993).

⁽⁶³²⁾ Mastrovincenzo v. City of New York, 435 F.3d 78, 90 (2d Cir. 2006).

⁽⁶³³⁾ 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、当事者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

「重要な問題 (serious question)」テストの下では、当事者は勝訴の蓋然性 (probability) まで立証する必要はなく、単なる可能性 (possibility) を示せばよい⁽⁶³⁴⁾。

②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⁽⁶³⁵⁾。それによれば、第1段階の入口審査 (threshold

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、「『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 Cir. 1995).

⁽⁶³⁴⁾ 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、原決定を是認した。Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F.3d 30, 35 (2d Cir. 2010).

⁽⁶³⁵⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(g).

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

「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。それは、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、伝統的なコンロー上の救済が不適當であること、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可能性 (some likelihood) があること、である。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

phase) で、(1)本案勝訴の合理的可能性 (reasonable likelihood), (2)コモン・ロー上の適切な救済がないこと, (3)回復不能の被害を考慮する⁽⁶³⁶⁾。当事者は、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⁽⁶³⁷⁾。これらについて立証責任が果たされると裁判所が認めた場合、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⁽⁶³⁸⁾。第7巡回区は、スライド基準を採用する⁽⁶³⁹⁾。これによれば、各要件は互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

段階では、裁判所は、誤判の危険を最小限とするため、『原告への被害、本案勝訴可能性 (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 F3d 1079, 1085-86 (7th Cir. 2008).

⁽⁶³⁶⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(g); Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 26-27.

⁽⁶³⁷⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(g); *Abbott Labs. v. Mead Johnson & Co.*, 971 F.2d 6, 11 (7th Cir. 1992); *Girl Scouts*, 549 F.3d at 108.

⁽⁶³⁸⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(g); *Jones v. Infocure Corp.*, 310 F.3d 529, 534 (7th Cir. 2002); *Foodcomm Int'l v. Barry*, 328 F.3d 300, 303 (7th Cir. 2003).

⁽⁶³⁹⁾ *Bates*, *supra* note 490, at 1535; Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 26; *Girl Scouts*, 549 F.3d at 1086.

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⁽⁶⁴⁰⁾。また、本案勝訴の「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”)⁽⁶⁴¹⁾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」⁽⁶⁴²⁾で十分とした裁判例がある。

③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⁽⁶⁴³⁾と2部構成テストという2種類の基準を併用していると言われてきた⁽⁶⁴⁴⁾。2部構成テストによれば、当事者は、(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

⁶⁴⁰⁾ 13 Moore’s Federal Practice § 65.22 (5)(g).

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 Laboratories v. Mead Johnson & Co., 971 F.2d 6 (7th Cir. 1992) 11-12.

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).

⁶⁴¹⁾ Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc., 749 F.2d 380, 387 (7th Cir. 1984).

⁶⁴²⁾ Hoosier Energy Rural Elec. Co-op., Inc. v. John Hancock Life Ins. Co., 582 F.3d 721, 725 (7th Cir. 2009).

⁶⁴³⁾ 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).

⁶⁴⁴⁾ Stoll-DeBell, *supra* note 8, at 28.

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⁽⁶⁴⁵⁾。但し、公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⁽⁶⁴⁶⁾。第9巡回区もスライド基準を採用する⁽⁶⁴⁷⁾。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⁽⁶⁴⁸⁾。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考え

⁶⁴⁵⁾ 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 (reformed Sonesta test : 改良ソネスタ基準)。Sonesta Int'l Hotels Corp. v. Wellington Associates, 483 F.2d 247, 250 (2d Cir. 1973); Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Burke Inc., 454 F.3d 109, 133 (2d Cir. 2006).

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)。

⁶⁴⁶⁾ Fund for Animals v. Lujan, 962 F.2d 1391, 1401-02 (9th Cir. 1992).

⁶⁴⁷⁾ 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).

⁶⁴⁸⁾ Dollar Rent A Car of Wash., Inc. v. Travelers Indem. Co., 774 F.2d 1371, 1375 (9th Cir. 1985).

られている⁽⁶⁴⁹⁾。「重要な問題」テストによれば、申立人は、本案勝訴の蓋然性(probability)まで立証する必要はなく、可能性(possibility)を示せばよい。

(ロ) スライド基準を否定する立場 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%未満の当事者にでさえ、申立における成功を与えることになる。本案勝訴可能性のない当事者に申立てを認めることは司法プロセスの不正操作(manipulate)であり、限りある裁判所の価値ある時間の浪費である、との指摘がある⁽⁶⁵⁰⁾。

①第5巡回区控訴裁判所 第5巡回区控訴裁判所は、4部構成テストを採り、予備的差止命令は非常の救済であるという点を強調し、厳格に運用している⁽⁶⁵¹⁾。順次アプローチを採るため、4要件のうちのどれか1つの要件の立証が弱い場合、他の要件の立証とは無関係に申立ては認められ

⁽⁶⁴⁹⁾ 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 v. First Judicial Dist. Court, 303 F.3d 959, 965 (9th Cir. 2002).

⁽⁶⁵⁰⁾ Denlow, *supra* note 610, at 538.

⁽⁶⁵¹⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(e); 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); Harris County v. CarMax Auto Superstores, Inc., 177 F.3d 306, 312 (5th Cir. 1999).

ない⁽⁶⁵²⁾。実質的な本案勝訴可能性を要求し⁽⁶⁵³⁾、公益要件の審査も厳格である⁽⁶⁵⁴⁾。

②第11巡回区控訴裁判所 第11巡回区控訴裁判所も、第5巡回区控訴裁判所と同様に、厳格な4部構成テストを採る⁽⁶⁵⁵⁾。そして、順次アプローチを採り、柔軟な基準を拒否している⁽⁶⁵⁶⁾。4要件のうち、回復不能の被害の要件は必須と考えられており、その立証なしに認められた予備的差止命

⁽⁶⁵²⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(e); 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).

⁽⁶⁵³⁾ 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).

⁽⁶⁵⁴⁾ この4部構成テストの類型は、第1巡回区が採用するテストと異なり、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。13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(e).

⁽⁶⁵⁵⁾ 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 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).

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

See e.g., Nnadi v. Richter, 976 F.2d 682, 690 (11th Cir. 1992); Crochet v. Housing Auth., 37 F.3d 607, 609 (11th Cir. 1994); Horton v. City of St. Augustine, 272 F.3d 1318, 1326 (11th Cir. 2001).

令は不当とされる⁽⁶⁵⁷⁾。実質的な本案勝訴可能性を要求する⁽⁶⁵⁸⁾。

③連邦巡回区控訴裁判所 連邦巡回区控訴裁判所は、4部構成テストを採る⁽⁶⁵⁹⁾。順次アプローチを採用し、スライド基準を採用しない。従って、地方裁判所は、当事者が本案勝訴可能性の証明に失敗した場合、残りの要件の1つを強度に立証させて命令を認容することはできない。すべ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の濫用になる⁽⁶⁶⁰⁾。4要件の中でも、本案勝訴可能性と回復不能の被害の2要件を入り口の審査要件(threshold inquiries)とする⁽⁶⁶¹⁾。

⁽⁶⁵⁷⁾ Siegel v. LePore, 234 F.3d 1163, 1176 (11th Cir. 2000).

⁽⁶⁵⁸⁾ Osrose, 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可能性(substantial likelihood)があることを当事者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)].

⁽⁶⁵⁹⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(m).

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可能性(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).

⁽⁶⁶⁰⁾ 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).

⁽⁶⁶¹⁾ 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

(ハ) Winter ケースが示した判断基準⁽⁶⁶²⁾ Winter ケースは、環境保護団

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).

⁽⁶⁶²⁾ Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc. 事件 (Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S. Ct. 365 (2008).)

【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。

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可能性 (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。……

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じる可能性 (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。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、実践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

体が、海軍が訓練で使用するソナーの停止を求めて提訴した事案である。

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。かかる理由から、我々は、原告が本案勝訴の可能性 (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けけ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

原告らは、海軍のソナーは海獣を傷つけるものであり、また海軍はそのよ

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。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

うな訓練を始める前に法律の要求する環境影響調査を十分に行うべきであ

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るべきである。

〔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、勝訴の可能性がとても高い (likelihood of success is very high) ときには、被害の可能性 (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。

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、被害の可能性 (likelihood of harm) の立証よりも、勝訴の蓋然性 (probability of success) により依拠する場合が多々あろう。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

ると主張した。地方裁判所は、原告らは本案勝訴可能性につき強い立証を行い、かつ少なくとも環境への回復不能の被害の可能性 (possibility) を証明している、という理由により、予備的差止命令を認めた。第9巡回区控訴裁判所は、命令の一部取消しを求める訴えの上訴において、原告は「回復不能の被害発生の可能性 (possibility)、困難性の比較衡量と公益考慮において原告が優位であることを証明した」と認定し、原決定を支持した。同巡回区控訴裁判所によれば、申立人が本案勝訴可能性を強く立証した場合、予備的差止命令は、被害の可能性 (possibility) のみによって認めることができる。これに対して、連邦最高裁は、原告が回復不能の被害を立証したとしても、それは「公衆の利益や海軍の利益に優越される」として、予備的差止命令の取消を求める海軍側の上訴を認めた。

この決定において連邦最高裁は、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

(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。

(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, という要件を示した。そして, 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, を明らかにした。

法廷意見は, 本案勝訴可能性の立証基準, 及び比較衡量アプローチやスライド基準の適用の是非に関して, ほとんど触れていない。Ginsburg 裁判官の反対意見はエクイティの柔軟性に立脚するものであり, 同意見によれば, 法廷意見はスライド基準を否定しておらず, 回復不能の被害の可能性の強い立証はなされたものの本案勝訴可能性の立証が弱い場合や, 反対に本案勝訴可能性の強い立証はあったものの回復不能の被害の可能性の立証が弱い場合にも, 予備的差止命令を認めることができる, という。

(二) Winter ケースの判断基準と比較衡量テスト・スライド基準の整合性

連邦最高裁は, 上記の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。しかし, 本案勝訴の見込み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について言及しておらず, また, 軍の利益が常に他の政策考慮に優先するわけではないと明言している。このこと踏まえると, 反対意見のような解釈も可能となろう⁽⁶⁶³⁾。

もっとも, Winter ケースの後, 比較衡量テスト・スライド基準の採用は, Winter ケースにおける連邦最高裁の判断に反するのではないかと

⁽⁶⁶³⁾ 拙稿「(7)」89頁(法経論集197号(2013)89頁)以下。

いう議論が生じた。Winter ケース以降、スライド基準の採否について、これまで、かかる基準を採用してきた巡回区控訴裁判所の立場は分かれている。

① Winter ケース以降に比較衡量テスト・スライド基準を採用する立場第2巡回区は、「本案審理に付すべき重要な問題」のテストは、最高裁の判断に反しないとする⁽⁶⁶⁴⁾。その理由として、第1に、当事者の本案請求の存否が明確でない事案でも、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こと⁽⁶⁶⁵⁾、第2に、過去の連邦最高裁の事例⁽⁶⁶⁶⁾もかかる柔軟性を支持していること⁽⁶⁶⁷⁾、そして第3に、このテストは、本案請求に関連す

⁽⁶⁶⁴⁾ 13 Moore's Federal Practice § 65.22 (5)(b); Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F.3d 30, 37-38 (2d Cir. 2010).

⁽⁶⁶⁵⁾ 「重大な問題」テストの下では、本案勝訴可能性の存在を現実には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つ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。

⁽⁶⁶⁶⁾ 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).

⁽⁶⁶⁷⁾ 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について、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、と述べる。Citigroup, 598 F.3d at 36-37.

る立証のみならず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、非常の救済を限定的に認めていることに変わりはなく、当事者の負う全体的な立証負担は、前記(第2巡回区の基準)(1)も(2)も変わらない⁽⁶⁶⁸⁾、ことを挙げる。

第7巡回区も、Winter ケースは、同巡回区の従来立場を否定していないと考えているようである⁽⁶⁶⁹⁾。第9巡回区は、「本案審理に付すべき重要な問題」のテストを採用するが、Winter ケースの判断に反せず、未だ有効であるとしている⁽⁶⁷⁰⁾。ただ、Winter ケース以降、同巡回区は、いかなるときでも4要件を必ず審査しなければならない、また回復不能の被害の立証は、可能性(possibility)の立証では足りず本案勝訴可能性(likelihood)の立証でなければならない、と解している⁽⁶⁷¹⁾。その限度で、従来のスライ

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

⁽⁶⁶⁹⁾ 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。Hoosier Energy Rural Elec. Co-op., Inc. v. John Hancock Life Ins. Co., 582 F.3d 721, 725 (7th Cir. 2009).

⁽⁶⁷⁰⁾ 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 も肯定するようである)。Alliance for the Wild Rockies v. Cottrell, 632 F.3d 1127, 1132-34 (9th Cir. 2011).

⁽⁶⁷¹⁾ 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していた限度で、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可能性

ド基準よりも柔軟性が制限されている⁽⁶⁷²⁾。第10巡回区も「本案審理に付すべき重要な問題」のテストを採用し続けている⁽⁶⁷³⁾。

② Winter ケース後に比較衡量テスト・スライド基準を否定する立場
第4巡回区においては、Winter ケース以後、困難性の比較衡量テストを否定するケースが現れている⁽⁶⁷⁴⁾。コロンビア特別巡回区は、Winter ケー

(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.

⁽⁶⁷²⁾ 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 490, at 1532.

⁽⁶⁷³⁾ 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. v. Siegal, 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、この本案勝訴の可能性の緩和基準 (relaxed likelihood-of-success-on-the-merits standard) の継続的有效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)。

⁽⁶⁷⁴⁾ The Real Truth ケースは次のように述べて、Blackwelder ケース (Blackwelder Furniture Co. v. Selig Mfg. Co., 550 F.2d 189, 193-96 (4th Cir. 1977)) 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

ス以後、スライド基準の維持に否定的である⁽⁶⁷⁵⁾。

〔付記〕本稿は、科学研究費（基盤研究C・課題番号16K03425）の成果の一部である。

(2018年6月27日 校了)

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、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)。

⁽⁶⁷⁵⁾ 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。]。