

# ○論説：「全国的な」差止命令の射程

紙谷雅子\*

## 1. はじめに

合衆国ではしばらく前から、連邦の裁判所が、違憲な、あるいは、違法な法律や規則の執行、連邦の執行機関による権限のない行為に関して、エクイティ上の救済として差止を全国規模で命じることがあるが、これには「先例がないunprecedented」、つまり、異例な事態であると指摘する声があるという<sup>1</sup>。差止命令の性質上、一方において、差止命令は、申立人を問題の行政行為がもたらすであろう被害から守るために必要な限度において認められるべきであるが、他方において、申立人に完全な救済を提供するために必要な限度において裁判所の地理的な裁判管轄を超える命令となり得る。さらに、申立人と同じような立場にありながら連邦の裁判所に迅速に訴えることができなかつた人々の権利保全を考慮するならば、連邦の執行機関に対する差止命令の射程は申立人に対する救済に限定されず、同じような立場にある人にも、正義の実現と法の支配、あるいは、平等の観点から裁判所の保護を及ぼすべきであるので、そのような差止命令が「全国的nationwide」であることには問題がないようにも思われる。だが、そうなると、複数の連邦裁判所が同じ争点に関して相矛盾する「全国的な差止命令」を連邦の執行機関に対して発給する可能性も生じる。

この場合、「全国的」という表現が誤解を招いているとの指摘がある<sup>2</sup>。差止

---

1 Siddiqueは、そのような議論があるけれども、全国的な差止命令は、実は、連邦の裁判所におけるエクイティの法理における標準的な特徴であると指摘するZayn Siddique, *National Injunction*, 117 Colum. L. Rev. 2095, 2097 (2017).

2 E.g. Samuel L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, 131 Harv. L. Rev. 417, at 419, n. 5 (2017).

---

\* 学習院大学法学部教授

命令は地理的な範囲を基準としているのではなく、どこであっても名宛人を対象とするという意味において「普遍的universal」であると、地理的な問題ではないことを強調する表現を推奨する立場もある<sup>3</sup>。差止命令の恩恵を原告に限定したとしても、その効果は発給する裁判所の所在地とその裁判管轄の地理的な範囲に限定されないことから、命令の効果が第三者に及ばなくても「全国的」ということはできるが、そのことと、訴訟の当事者となっていない第三者にまで差止命令の効果を及ぼすことの是非との混同も、議論の中にはあるように見受けられる。

「全国的な差止命令」論争は、連邦制度、権力分立、抑制と均衡という合衆国憲法の構造という観点からは、大統領と連邦議会とが鋭く対立するときに、連邦の執行機関が大統領命令に基づき、大統領が重要だと判断する政策を一方的に（十分な連邦法上の、そして、財政的には直接の、裏づけなくても）実施できるという肥大した連邦の権限に対しての、連邦の制定法や規則などの執行停止をたったひとつの地方裁判所の裁判管轄権の範囲に限定することに意味があるのかという問いであり、適切なタイミングで必要最低限の権利保障と救済を確保するには「遍く」「誰に対しても」効力があることが適切な救済の第一歩であり、また、実際的でもあるとも、主張される。連邦の制定法や規則などの執行停止という共通の利害を求める方法として集団によるクラス・アクションがあるという指摘があるが、クラス・アクションというアプローチは、自らの権利を確保するのに該当する集団の範囲画定の負担を、権利の広がりとは無関係に、最初に問題提起した当事者に負わせることになり、それ自身の妥当性が問われる。他方において、自らの主張に好意的であると推測される裁判所・裁判官を探し出すという法廷あさりforum shoppingを容認することになる、あるいは、裁判官は法律問題を解決しているのではなく、政治的な立場から結論に至っている、裁判の政治化が進行しており、裁判所が政治的主張の道具と化しているとの懸念がある。そして、差止命令を検討するにあたり、裁判所が、当該訴訟の当事者、差止命令の申立人ではない第3

3 E.g. Howard M. Wasserman, "Nationwide" Injunctions are Really "Universal" Injunctions and They Are Never Appropriate, 22 Lewis & Clark L. Rev. 335, 349-53 (2018).

者に対する影響を考慮しているのか、本来、連邦地方裁判所の判決には「先例としての拘束力」が認められていないにも関わらず、他の裁判管轄権にいる人々にまで拘束する根拠はどこにあるのか、そして、本来、多くの同じような立場にある人々にも裁判所の判断の効力が及ぶ集団の範囲を画する要件が明らかであることとの対比において、拙速な判断となることを懸念する立場にも、根拠がないわけではない。

実際に「全国的な差止命令」を発給するのは、本稿<sup>4</sup>において見るように、事実認定を行う裁判所としての連邦地方裁判所 federal district courts がほとんどであり、連邦控訴裁判所 federal courts of appeals は連邦地方裁判所の判断が裁量権を逸脱するか否かについて判断し、差止命令を修正、変更する。が、それだけでなく、自らも全国的な差止命令を発給することもある。本稿においては、州の裁判所における州の法律、規則、政策とエクィティ上の救済については取り上げない<sup>5</sup>が、州の裁判所の命令も州の法令や政策に対する州全体に適用される差止命令であり、申立人ではない第三者も差止命令の恩恵を受けるという意味では「普遍的」ということができるので、類似の問題を抱えている。1938年の *Erie Railroad Co. v. Tompkins*<sup>6</sup> の結果、適用されるべき州法に基づく救済は州法を根拠とするはずであるが、エクィティ上の救済に関しては（手続法の範疇に入るので）連邦法の法理が適用されると判断した1945年の *Guaranty Trust Co. v. York*<sup>7</sup> のせいで、救済に関するエクィティの法理が一層混乱している<sup>8</sup> ことも付け加えておく。

4 *Infra* notes 42 to 70 and accompanying text.

5 合衆国最高裁判所は、連邦裁判所のエクィティ上の権限と州法執行に関する州の権限との微妙な関係について特別な考慮が必要であり *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 112 (1983)、連邦の裁判所であれば差止命令ではなく、金銭的な損害賠償請求や（州警察に対する）刑事訴追の可能性を、さらには当事者適格において連邦とは異なる、恐らくはより緩和されている可能性がある要件を求める州の裁判所における救済がより適切である at 113、さらには、差止命令の要件に関しても、回復不能であるだけでなく、意図的に誤解させ bad faith、脅し harassment、その他エクィティ上の救済を必要とする異常な状況 unusual circumstance が必要である *Young v. Harris*, 401 U.S. 37, 54 (1971) という立場を取っているので、州法の執行に関しては、本稿では取り扱わない。

6 *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

7 *Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99 (1945)。

8 *See*, Michael T. Morley, *Beyond the Elements: Erie and the Standards for Preliminary and Permanent Injunctions*, 52 *Akron L. Rev.* 457, 458 (2018)。

連邦の裁判所が適用する連邦民事訴訟規則Federal Rules of Civil Procedure (F. R. Civ. P.) 65は、暫定的差止命令preliminary injunctionに関しては相手方当事者に通知することを発給要件としているが、一方的緊急差止命令temporary restraining order (TRO) に関しては、即時の回復不能な被害、損失、損害がもたらされることが明らかに示されたならば相手方当事者への通知は発給要件ではないと規定する。F. R. Civ. P. 65は、永久的な差止命令について言及してはならず、(当事者の法的に認められ得る利益を訴訟終結までは保護する意図がある) 暫定的差止命令や一方的緊急差止命令の是非を判断する基準について起草時から明らかにしていない<sup>9</sup>。一時的な差止命令と永久的な差止命令との要件の違いは、一時的な差止命令では本案において主張が認められる蓋然性が高いことであり、永久的な差止命令では本案において実際に主張が認められていることである。その他の要件、すなわち、差止の申立が認められなければ申立人は回復不能な被害、損害を被る蓋然性があり、(差止命令が認められないことで生じる申立人が被る不利益と認められることで被申立人が被る不利益との比較考量の結果から判断して) 衡平の観点からその申立は支持されるべきであって、公共の利益に適うと、一時的な差止命令と永久的な差止命令とはほぼ同じ取り扱いとなっている<sup>10</sup>。ただし、2006年のeBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.判決<sup>11</sup>自体は従来永久的な差止命令の理解を根底から覆しているというのが、多くの研究者の見解のようである<sup>12</sup>。

本稿ではBergerの記述を参考に、「クラス・アクション」ではないにも関わらず、連邦の執行機関は、誰に対しても、問題の制定法、規則、政策、方針を実施してはならないという連邦裁判所の、エクィティ上の救済としての命令という意味で「全国的な差止命令」を用いている<sup>13</sup>。

---

9 See, Morley, *id.* at 476.

10 Compare 暫定的差止命令に関するWinter v. Natural Resources Defense Council (NRDC), 555 U.S. 7 (2008)と永久的な差止命令に関するeBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006)。

11 eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., *ibid.*

12 See e.g. Mark P. Gergen, John M. Golden, Henry E. Smith, *The Supreme Court's Accidental Revolution? The Test for Permanent Injunctions*, 112 Colum. L. Rev. 204 (2012).

13 Getzel Berger, *Nationwide Injunctions Against the Federal Government: A Structural Approach*, 92 N.Y.U. L. Rev. 1068, 1070 n. 4 (2017).

## 2. Trump大統領の行政命令がきっかけ？

大統領が2017年3月6日に発給した（2番目の<sup>14</sup>）行政命令Executive Order (EO) 13780<sup>15</sup>に対して2つの連邦地方裁判所が発給し<sup>16</sup>、連邦控訴裁判所第5巡回区裁判所と第9巡回区裁判所が支持した<sup>17</sup>EO執行に先行する差止命令を、2017年6月26日、合衆国最高裁判所は、合衆国にいる人や存在と真正な関係があるとは認められない外国の国籍を有する者についての§2(c)の執行に対する差止命令に限定して、中止を命じた。が、続けて、裁量上訴被申立人および同じような立場にある人々に関する差止命令は維持すると判断した<sup>18</sup>。

暫定的差止命令の起草は、裁判所の裁量権、判断権の行使であり、法律上の争点についてであると同時に個別具体的な事案におけるエクィティに関する判断にも左右される。そのような一時的なエクィティ上の救済の目的は当事者の権利を確定的に決定することではなく、訴訟の進捗状況にしたがってエクィティの均衡をとることにある。暫定的な差止命令の請求を認めるにあたり、裁判所は「公共の利益全体……も考慮」する。その際、申立人の請求全てを認容する必要はなく、具体的な事案の切迫した状況に応えるよう命じることができる。

・・・(下級裁判所の暫定的差止命令に対する中止の申立を判断し、中止命令を起草するにあたり)「エクィティの均衡——社会全体における利益だけでなく、申立人と被申立人に対する相対的な害悪の検

14 最初の行政命令Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States, Executive Order No. 13769は2017年1月27日に、署名され、同年3月16日まで有効であった。

15 Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States, 82 Fed. Reg. 13209. 第2の行政命令の有効期間は90日、同年6月4日までであった。

16 International Refugee Assistance Project v. Trump, 241 F. Supp. 3d 539 (D. Md. 2017)は§2(c)に関し、第1修正国教樹立条項に抵触する蓋然性から、Hawaii v. Trump, 241 F. Supp. 3d 1119 (D. Haw. 2017)と245 F. Supp. 3d 1227 (D. Haw. 2017)は§2と6に関して同様の根拠から、差止の請求を認容した。

17 International Refugee Assistance Project v. Trump, 857 F. 3d 554 (4th Cir. 2017)は国教樹立条項に基づく請求認容; Hawaii v. Trump, 859 F. 3d 741 (9th Cir. 2017)は移民および国籍法 Immigration and Nationality Act (INA)に基づく大統領権限の逸脱を根拠とした請求認容である。

18 Trump v. International Refugee Assistance Project, 137 S. Ct. 2080, 2087 (2017).

討——をとることが・・・最終的には必要となる。」当裁判所は、その裁量権に基づいて、「手続のある部分」だけを対象とするよう、中止命令を起草することもあり得る<sup>19</sup>。

換言すると、合衆国最高裁判所は、Hawaii連邦地方裁判所が「§ 2と6のすべての規定に関して全国的な執行を禁止した」ことを認識<sup>20</sup>した上で、親族を招聘できないと主張できる個別の当事者だけでなく、差止命令の申立人と同じような立場にある人々も含め、合衆国にいる人や組織、団体などと真正なbona fide関係があるという主張に信憑性があるcredibleと認められる外国の国籍を有する者に関して<sup>21</sup>であれば、全国的な差止命令の有効性を認めたことになる。

Thomas裁判官の反対意見<sup>22</sup>は、裁量上訴申立の判断に先立って執行停止の申立をした当事者が（A）本案において勝訴する蓋然性を十分に示していること、本件の場合には、（A-a）裁量上訴の申立が受理される合理的な可能性だけでなく、（A-b）原審判断が覆される相当の可能性についての判断と、（B）執行停止がなければ申立人は回復不能な損害を被るかどうかの判断とが、最も重要な考慮要素であると指摘し<sup>23</sup>、当事者それぞれが被るであろう損害を比較するだけでなく、社会全体の利益も検討することが「エクィティ」の均衡をとることになると述べ、裁量上訴申立人、つまり執行府はその立証責任を果たしているという観点から執行停止の申立を認容すべきであり、個別具体的な被申立人に限定した執行停止であれば、合理的な裁量の範囲であるということができると述べているが・・・との結論に達している<sup>24</sup>。言い換えると、漠然とした、特定されていない、集団としての認定を受けていない人々に対して（たとえ合衆国にいる人や組織、団体などと真正なbona fide関係があるという主張に信憑性があるcredibleと認められる外国の国籍を有する者という

19 *Ibid.* (citations omitted.)

20 *Id.* at 2084.

21 *Id.* at 2088 (§ 2(c)), at 2089 (§ 6(a), (b)).

22 *Id.* at 2089-90. Alito裁判官とGorsuch裁判官が同調。

23 *Id.* at 2089.

24 *Id.* at 2090.

限定をしても）執行停止を認める余地はない。何故ならば、裁判所は、実際に被害を被っている、あるいは、被害が差し迫っているという当事者に実施可能なworkable救済を与えるのであり、実際に入国を希望する人が合衆国と真正な関係があるという主張に信憑性があるかどうかを判断するという大変な負担、間違えてしまったら裁判所侮辱に問われるという負担を、執行機関に負わせていると指摘する<sup>25</sup>。この反対意見の指摘は、法廷意見が全国的な差止命令の是非を検討した上で、訴訟の当事者ではないが、類似の立場にある人々にも差止命令を及ぼすことに吝かではないという積極的な判断をしたことを示していることを窺わせた。

連邦の裁判所が、クラス・アクションではない訴訟において、連邦法、規則、命令の執行を、訴訟当事者に対してだけでなく、一般的に禁止することに特段の問題を見いださなかった2017年のTrump v. International Refugee Assistance Project<sup>26</sup>に続いて、2018年のTrump v. Hawaii<sup>27</sup>でも、連邦控訴裁判所第9巡回区裁判所の判決<sup>28</sup>を破棄差し戻した法廷意見は全国的な差止命令についての立場を明らかにしなかったが、Thomas 裁判官は同意意見においてはっきりと、

連邦地方裁判所に普遍的な差止命令を命じる権威があるかは疑わしい。このような差止命令は建国後150年経ってから出現した。そして、第3篇（連邦司法権）の裁判所の権限とエクイティ上の救済に関する昔からの限界とは矛盾するように見える。今後も頻発するようであれば、当裁判所はその合法性について判断せざるを得ない<sup>29</sup>。

と述べており、(A) 制定法上も、合衆国憲法上も、明示的な根拠がないが、(A-a) エクイティ上の救済には1789年にイングランドのチャンセリイ裁判所

25 *Ibid.*

26 Trump v. International Refugee Assistance Project, 137 S. Ct. 2080 (2017).

27 Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392 (2018). 対象となったのは、2017年9月24日に署名された大統領宣言9645.

28 Hawaii v. Trump, 878 F. 3d 662 (2017).

29 Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2425 (2018).



から移植された法体系という制約があり<sup>30</sup>、(A-b) 裁判所には憲法上内在的にエクィティ上の救済権限が認められるという立場は非常に疑わしく、また、権限の範囲は、憲法制定時のエクィティの伝統的なルールに制約されており<sup>31</sup>、(B) 普遍的な差止命令は、裁判所の役割についての合衆国憲法制定当時の理解にも、エクィティ上の伝統的なルールにも抵触すると指摘<sup>32</sup>し、この慣行を正当化する説得力のある議論は、執行府に対する抑制の手段という理由を示す以外に乏しく、従来エクィティに対する制約との整合性の欠如を説明することなく、政策判断以外のなものでもない<sup>33</sup>と批判する。

2017年の判決では全国的な差止命令に関して、Thomas裁判官以外の意見はなかったが、2018年の判決ではSotomayor裁判官が、連邦控訴裁判所が連邦地方裁判所の全国的な暫定的差止命令を部分的であっても維持すると判断したことをGinsburg裁判官も同調する反対意見において指摘している<sup>34</sup>。そして、本案において国教樹立条項違反の主張が認められる可能性はないので「連邦地方裁判所の発給した差止命令の全国的な射程の適切さ」については判断しないと法廷意見が述べたこと<sup>35</sup>に対して、原告が (a) 本案において勝訴の蓋然性がある、(b) 暫定的差止命令がなければ回復不能な危害を被る蓋然性がある、(c) その主張は正義と公平性に適う、(d) 差止の申立を認容することが公共の利益に合致すると判断して、暫定的差止命令申立の要件を満たすことを指摘する<sup>36</sup>。その註13<sup>37</sup>では全国的な差止命令を発給したことで連邦地方裁判所が裁量権を濫用したことにはならない、「原告に対する完全な救済を

30 *Ibid.*, citing Guaranty Trust Co. v. York, 326 U.S. 99, 105 (1945).

31 *Ibid.*, citing Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999).

32 *Id.* at 2426. Thomas裁判官の議論は、Bray, *supra* note 2とWasserman, *supra* note 3に依拠しているように思われる。

33 *Id.* at 2429.

34 *Id.* at 2433-48, especially at 2446.

35 Roberts首席裁判官の法廷意見は、本案勝訴の蓋然性に関する立証に失敗したと評価し citing Winter v. NRDC, Inc. 555 U.S. 7 at 32 (2008)、連邦地方裁判所の暫定的な差止命令発給は裁量権の濫用であると覆している。*Id.* at 2423.

36 *Id.* at 2445-46.

37 *Id.* at 2446 n. 13.



提供するのに必要であった」とMadsen v. Women’s Health Center, Inc.<sup>38</sup>を、そして、「差止命令の救済の射程は原告集団の地理的範囲ではなく、立証された違反の範囲が決め手である」とCalifano v. Yamasaki<sup>39</sup>を引用し、全国的な差止命令の是非について論じる必要はないとした法廷意見を批判している。

法廷意見・同意意見と、少数意見の対立を見る限り、合衆国最高裁判所の裁判官たちはこの争点について十分な検討をした上で結論に達したわけではないらしい。合衆国最高裁判所はこの問題について議論を尽くしていないという前提で、全国的な差止命令に関する有力な言説を参考に、本稿では、本当は何が問題なのか、代表的な論考を参照しつつ、検討する。

### 3. 裁判所が政治に利用されている？

大統領の政策に反対する人々は、自分たちの主張を支持する裁判官がいる裁判所に差止命令請求の訴えを提起し、全国的な差止命令を通じて大統領の政策実現を阻止しようとしている……。裁判官は政治的に中立ではなく、保守派であれ、リベラルであれ、自分の信条に基づいて党派的な判断をする……という大統領の主張に対し、合衆国最高裁判所のRoberts首席裁判官は「違う」と反論した<sup>40</sup>が、大統領は説得されず、相変わらず、自分に都合の悪い判断は偏向した裁判官のせいだと信じている。これは、ひょっとすると、法律家ではないアメリカ人の常識なのかもしれない。

(1) 合衆国憲法第1編第8節第4項(1-8-4)は帰化に関する統一的な規則の制定権限を連邦議会に授権した。連邦議会は移民と国籍法Immigration and Nationality Act (INA)を制定し、国土安全保障省Department of Homeland Security (DHS)を所管とし、政策の主要な執行手段として移民担当の連邦

38 *Ibid.*, citing Madsen v. Women’s Health Center, Inc., 512 U.S. 753, 765 (1994).

39 *Ibid.*, citing Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682, 702 (1979).

40 2018年11月、大統領は正式な入国検問所を経由せずにMexico国境からの入国者に関し、亡命者として認めないという趣旨の新しい規則を宣言したところ、同年11月20日、連邦控訴裁判所のTigar裁判官は入国場所の如何を問わず、亡命申請を受理するよう命じた。大統領はTigar裁判官を「Obama大統領が任命した＝リベラル偏向の裁判官Obama judge」で恥知らずだと攻撃したところ、長官は、滅多にないことだが、Obama judgeもTrump judgeもBush judgeもClinton judgeもない。全て献身的な裁判官であり、独立した司法権に感謝すべきとの声明を、2018年11月21日、公表した。AP Top News, Mark Sherman, November 22, 2018.

公務員immigration officerに非常に広範な裁量に基づく「退去deportation」の権限を授与した。1970年代から、これら公務員は人道上の理由とは限らず、便宜的に、公共の利益があると判断されたならば、合衆国での滞在が合法的ではないにも関わらず、「延期deferred action」という選択を通じて退去を猶予、場合によっては無限に延期し、一時的に保護される身分を作り出したが、その権限は1-8-4、あるいは、制定法の明示的な根拠がなくとも慣行として合衆国最高裁判所の容認する<sup>41</sup>ところとなっており、大統領の外交権限や司法長官Attorney General（AG）の裁量権に由来するとされてきた。Eisenhower大統領は、アメリカ市民の養子となった外国生まれの孤児、あるいは、Hungaryでの蜂起失敗から亡命を希望する人々の入国を認め、Reagan大統領は同一家族内で合法的な移民であるのに身分の違いが発生する事態を解消するため、「家族公平政策Family Fairness Program」実施手段として退去延期を採用し、G. H. W. Bush大統領は合法的に滞在することになった人の配偶者と子どもの退去を防止し、延期すると宣言した。Obama大統領による2012年の、幼年期にアメリカに移住した若年層の人々に対する（強制退去の）延期（と労働許可証等の発行）Deferred Action for Childhood Arrivals（DACA）と2014年のアメリカ市民の親に対する（強制退去の）延期Deferred Action for Parents of Americans（DAPA）という政策が従来の先例とどのような関係にあるのかの評価は割れているが、少なくともDACAは対象となる人々の滞在を合法化し、市民権につなげるものではない。

DACAについては、施行する側からの訴えが2件、ある。連邦移民・関税執行局Immigration and Customs Enforcement（ICE）の公務員が職務遂行に際し、違法な行為に従事しなければならなくなると主張した事件において、2013年1月24日、連邦地方裁判所のO'Connor裁判官は裁判管轄権を否定したが、DACAの合憲性には疑問を表明した<sup>42</sup>。保安官sheriffがDACAに関して大統領を訴えた事件においては、保安官には当事者適格がないと、2014年12月

41 Reno v. American -Arab Anti-Discrimination Committee, 525 U.S. 471 (1999).

42 Crane v. Napolitano, 920 F. Supp. 2d 724 (N.D. Tex. 2013). 連邦控訴裁判所は原告の当事者適格を否定した。Crane v. Johnson, 783 F. 3d 244 (5th Cir. 2015).

23日、連邦地方裁判所のHowell裁判官は判断した<sup>43</sup>。

Texasなど26州は、DAPAとそれに関連するDACAの執行差止請求を連邦地方裁判所に申し立てたところ、2015年2月16日、Hanan裁判官は、DAPAにより財政負担が発生するので原告には当事者適格があり、DHSにはDAPAを執行に移す法的権限はなく、暫定的差止命令発給の要件は満たされていると判断した<sup>44</sup>。合衆国が移民政策に関して包括的統一的な制度であることをこれまで強調してきた<sup>45</sup>ことから、全国的な差止命令には妥当性があると説明している<sup>46</sup>。全国的な差止命令は、(合衆国の主張が本案審理において採用される蓋然性は低いと、) 執行停止されることなく<sup>47</sup>、原審を支持した連邦控訴裁判所の判断<sup>48</sup>が維持され、合衆国最高裁判所においては判断が同数に分かれた結果、そのままという結果になった。

DACAそのものに関しては、Texas他7州などがDACAの将来的な執行差止請求を同じ連邦地方裁判所に申し立てており、同じHanan裁判官は、2018年8月31日、DAPAとDACAを基本的に同一であると認めつつも、6年以上継続しているプログラムの差止は本案決定までの現状維持ではないと、暫定的差止命令の請求を認容しなかった<sup>49</sup>。

2017年9月5日、国土安全保障省長官代行Deputy Secretary of Homeland Securityは、AGの「DACAは違法」という判断に従い、DACAを取り消し、新たな申請は受理しないと宣言した。DACA廃止による多大な損失を被るとThe Regents of the University of Californiaなどは、DHSを被告として、同年9月8日以降、5件のクラス・アクションではない訴訟を開始し、DACAの取消は行政手続法Administrative Procedures Act (APA) の手続に反し、受益

43 Arpaio v. Obama, 27 F. Supp. 3d 185 (D.C. D.C. 2014); 797 F. 3d 11 (D.C. Cir. 2015), certiorari denied 136 S. Ct. 900 (2016).

44 Texas v. United States, 86 F. Supp. 3d 591 (S.D. Tex. 2015).

45 E.g. Arizona v. United States, 567 U.S. 387, 401 (2012).

46 Texas v. United States, Civil No. B-14-254, 2015 U.S. Dist. LEXIS 45483 \*26-28 (S.D. Tex. April 7, 2015)

47 Texas v. United States, 787 F. 3d 733, 743 (5th Cir.2015).

48 Texas v. United States, 809 F. 3d 134 (5th Cir. 2015), affirmed by equally divided votes at United States v. Texas, 136 S. Ct. 2271 (2016).

49 Texas v. United States, 328 F. Supp. 3d 662 (S.D. Tex. 2018).

者の憲法上の権利と自由を剥奪し、差別的な悪意に基づく判断であるので平等保護条項に抵触し、エクィティ上の禁反言に反しているという宣言判決を連邦地方裁判所に求めた。Alsup裁判官は、2018年1月9日、争点はいずれも法律問題であると、連邦控訴裁判所に意見確認を求め、その結論が明らかになるまでは、（これまで申請していなかった人々を除外した上で、公平な裁量権を行使するという前提で）2017年9月5日の取消前の条件でDACAを維持するよう、全国的な差止命令としてDHSに命じた<sup>50</sup>。連邦控訴裁判所の3人合議法廷では、DHSのDACA取消は司法審査の対象であると判断し、DACAは執行権の逸脱ではなく、原告は本案で勝訴する蓋然性が高く、全国的な差止命令の発給は裁判所の裁量権逸脱ではなく、統一的な移民政策の実施と原告に対する完全な救済を実現するために必要であると、原審の暫定的差止命令を支持した<sup>51</sup>。2019年開廷期には、DACAを廃止するという大統領の方針に関するThe Regents of the University of California v. Department of Homeland Securityの審理が予定されている<sup>52</sup>。

1980年代から、書類が不備などで合衆国での滞在が不法とされている人々 undocumented and illegalized persons<sup>53</sup>や不安定な政治情勢を理由とする難民申請が認められなかった亡命希望者などに対して寛容な政策を採用している地方自治体は、ICEに対して、連邦の移民政策執行には自治体の資源などを使ってまでの協力はしない「聖域都市sanctuary cities」であると宣言して

---

50 Regents of the University of California v. Department of Homeland Security, 279 F. Supp. 3d 1011 (N.D. Cal. 2018).

51 Regents of the University of California v. Department of Homeland Security, 908 F. 3d 476 (9th Cir. 2018).

52 Certiorari granted, Department of Homeland Security v. Regents of the University of California (No. 18-587); Trump v. National Association for the Advancement of Colored People (No. 18-588); McAleenan v. Vidal (No. 18-589), 139 S. Ct. 2779 (2019). 3件は併合され、Department of Homeland Security v. Regents of the University of Californiaとして2019年11月12日午前10時から1時間、(a) DACAを順次廃止するという国土安全保障省の決定は司法審査の対象になり得るか、(b) DHSの決定は合法化について、口頭弁論が開かれた。

53 合衆国における「適法に滞在していない移民」の表記は、今日ほとんど利用されなくなった alien から、illegal immigrant、そして、undocumented immigrant/person、最近では illegalized person、あるいは、person without legal permissionへと「許容される」言い方が変化しているが、どれが適切かについての合意が形成されているとは言い難い。新聞の『スタイル・ガイド』では、許可なく越境した・滞在許可期間を超過した・労働許可のないと個別具体的な状況を書くよう助言しているようである。

いる。Trump大統領は移民に関する選挙公約のひとつとして、聖域都市に対する連邦の補助金の削減をあげ、多くの州は2017年になるとICEに協力するよう地方自治体に求める州法を制定したという。2017年1月27日、Trump大統領は連邦移民法を遵守しない法域に対して連邦の補助金を交付しないよう、国土安全保障省長官Secretary of Homeland SecurityとAGに命じる行政命令EO 13768に署名した。同年4月25日、連邦地方裁判所のOrrick裁判官は、指定された連邦法を遵守していない法域は連邦の補助金給付を受けないという「合衆国内部における公共の安全促進に関する行政命令9 (a)」の違憲無効の申立をしたCaliforniaの自治体<sup>54</sup>の主張を認め、全国的な暫定的差止命令を発給し<sup>55</sup>、同年11月20日、当事者間に事実に関する重要な争点はないことから正式な事実審理を経ずに法律上の争点について判断しsummary judgment、暫定的な差止命令の内容を永久的な差止命令とした<sup>56</sup>。同年9月15日、連邦地方裁判所のLeinenweber裁判官も連邦の補助金給付につけられた新しい要件（連邦機関に対する釈放通知と収容施設へのアクセス）に関して本案においてCity of Chicagoの主張が認められる蓋然性が高いと暫定的差止命令の必要性を認め、全国的な差止命令であると宣言した<sup>57</sup>。同年11月15日、連邦地方裁判所のBaylson裁判官もCity of Philadelphiaの申立を認め<sup>58</sup>、2018年6月6日には詳細な事実認定に基づいて宣言判決と補助金給付に関する職務執行命令mandamusを発給した<sup>59</sup>。2018年11月30日、連邦地方裁判所のRamos裁判官は、

54 County of Santa ClaraとCity and County of San Francisco。

55 City of Santa Clara v. Trump, 250 F. Supp. 3d 497 (N.D. Cal. 2017); motion for reconsideration denied 267 F. Supp. 3d 1201 (N.D. Cal. 2017). Orrick裁判官は、City of Richmondの申立に関しては、当事者適格がないと、退けている。City of Richmond v. Trump, Case no. 17-cv-01535-WHO, 2017 U.S. Dist. LEXIS 133422 (N.D. Cal. Aug. 21, 2017).

56 City of Santa Clara v. Trump, 275 F. Supp. 3d 1196 (N.D. Cal. 2017). 連邦控訴裁判所は、2018年8月1日、行政命令の実施は連邦議会の授与していない権限の行使に該当すると、正式な事実審理を経ずに下された判断を支持したが、全国的な差止命令とする正当性はないと判断した。City and County of San Francisco v. Trump, 897 F. 3d 1225 (9th Cir. 2018).

57 City of Chicago v. Sessions, 264 F. Supp. 3d 933 (N.D. Ill. 2017); affirmed 888 F. 3d 272 (7th Cir. 2018).

58 City of Philadelphia v. Sessions, 280 F. Supp. 3d 579 (E.D. Pa. 2017).

59 City of Philadelphia v. Sessions, 309 F. Supp. 3d 289 (E.D. Pa. 2018). 連邦控訴裁判所は、2019年2月15日、連邦議会が司法長官に補助金給付に関して要件を課す権限を授与していなかったと判断し、その部分についての原審判断を覆した。City of Philadelphia v. Attorney General of the United States, 916 F. 3d 276 (3d Cir. 2019).

他の裁判所と同様、州と地方自治体に適用される限りにおいて8 U.S.C. § 1373 (a) - (b) は第10修正に抵触し、文面上違憲であり、司法省と司法長官には行政命令に基づく補助金給付要件を課す権限はないと判断した<sup>60</sup>が、2018年8月1日以降の連邦控訴裁判所の判断<sup>61</sup>に習い、全国的な差止命令が完全な救済にとり必要であるとの立証が不足していると指摘し、その範囲を当事者に限定した<sup>62</sup>。

(2) 水に関する規制は、環境保護と生活用水の汚染は主として（先住民や有色人種を多く含む）低所得層の居住地に大きな影響を及ぼすという立場から民主党の環境政策に反映される傾向にあり、農業や土地開発など産業の振興に多大な影響を及ぼし、経済的成長を阻害し、所有権を侵害すると共和党が中心となって反対することが多い。

1972年の水質保全法Clean Water Act<sup>63</sup>にも関わらず、2001年のSolid Waste Agency of Northern Cook County v. Army Corps of Engineers<sup>64</sup>や2006年のRapanos v. United States<sup>65</sup>は、航海可能な内水に接続しない河川や湿地帯に関する連邦法の射程を限定する2003年と2007年の政策を促した。2011年、合衆国環境保護庁Environmental Protection Agency (EPA) は新たな方針を提案し、「水質保全に関する規則Clean Water Rule」（以下、「規則」という。）を公表し、2015年8月28日から施行すると宣言した。そこで、複数の州は、規則における「合衆国の水」の定義変更が一方的に連邦の執行機関の管轄権を拡張し、既存の連邦と州との協調関係を変更するだけでなく、APAの規則制定要件を満たさないと、アメリカ陸軍工兵隊Army Corps of Engineers (ACE) とEPAに対して、規則の有効性を争い、(a) 2015年8月27日、連邦地方裁判所のErickson裁判官は、原告側が本案においてその主張が認められる蓋然性が

60 New York v. United States Department of Justice, 343 F. Supp. 3d 213 (S.D. N.Y. 2018).

61 City and County of San Francisco v. Trump, 897 F. 3d 1225 (9th Cir. 2018); City of Chicago v. Sessions, Nos. 17-2991 & 18-2649, 2018 U.S. App. LEXIS 25694 (7th Cir. Aug. 10, 2018). United

62 New York v. United States Department of Justice, 343 F. Supp. 3d at 245.

63 An Act to Amend the Federal Water Pollution Control Act of October 18, 1972, Pub. L. No. 92-500, 86 Stat. 816, 33 U.S.C. Navigable Waters.

64 Solid Waste Agency of Northern Cook County v. Army Corps of Engineers, 531 U.S. 159 (2001).

65 Rapanos v. United States, 547 U.S. 715 (2006).



相当程度認められると判断し、規則の効力を停止するという暫定的差止命令 preliminary injunctionの申立を認めた<sup>66</sup>。が、(b) 同日、連邦地方裁判所のWood裁判官は、水質保全法の規定によれば、EPAの一定の行為に関して連邦控訴裁判所に第1審裁判管轄権があると規定されており、連邦地方裁判所には裁判管轄権がないと判断し、11の州が請求する暫定的差止命令の申立を退けた<sup>67</sup>。

複数地区に関わる併合訴訟を受理した連邦控訴裁判所のMcKeague裁判官は、2015年10月9日、18の州が申し立てた規則の効力停止という暫定的差止命令を認容するに際して、訴えの初期段階において訴訟が進行する間、現状を維持する目的で、不完全な事実審理と法律上の争点の検討に基づいて裁判所が裁量権を行使することから、申し立てた当事者に個別具体的な事案に関する裁量権行使を正当化する立証責任があることを指摘し、結論として、当該裁判所のさらなる命令があるまで（暫定的に）水質保全規則を、全国的に、差し止めると宣言した<sup>68</sup>。

Trump大統領は選挙公約において規則の廃止を目標のひとつとして掲げ、2017年2月28日には経済成長の妨げになる規則の再検討を指示し、EPAは2018年1月に規則の施行停止を正式に宣言した。大統領は新しい規則の提言を待たずに、2019年9月12日、規則の廃止を宣言した<sup>69</sup>。

(3) 2016年5月13日、連邦の教育省Department of Education (DoE) は、市民的権利と自由に関する差別を禁止する連邦法の、一般公衆が利用する施設に関する第7編と教育施設に関する第9編に基づき、連邦の助成金を受領している公立学校に対して、(生物学上の性別ではなく) ジェンダー自認と合致する(トイレ、ロッカー・ルーム、シャワーその他の) 諸施設使用の機会を提供するよう求める文書を関係機関に送付したところ、12の州と3つの教育関係機関が、連邦の通知は伝統的生物学的な違いを意味するセックスの定義を、

66 North Dakota v. U.S. Environmental Protection Agency, 127 F. Supp. 3d 1047, 1051, 1060 (D.N.D. 2015).

67 Georgia v. McCarthy, CV 215-79 (S.D. Ga. Aug. 27, 2015).

68 Ohio v. United States Army Corps of Engineers (In re EPA & DoD Final Rule), 803 F. 3d 804, 806, 809 (6th Cir. 2015).

69 Lisa Friedman & Coral Davenport, The New York Times, September 12, 2019.



ジェンダー自認に基づく定義に変更したことで回復不能な損害をもたらすのでその通知に対する差止命令は不可避であると連邦の裁判所に申し立てた。O'Connor裁判官は、2016年8月21日、原告に当事者適格を認め、通知に関する判断は法律問題であり、成熟性の要件を満たしている、裁判所には通知を審査する裁判管轄権があると判断して、原告には本案における勝訴の蓋然性が認められること、解釈変更により政策変更を余儀なくされるので回復不能な損害が生じること、原告の（施設整備などの負担という）不利益は被告の（トランスジェンダー差別の解消という）利益より大きいことから、通知の実施だけでなく、第9編の差別禁止におけるセックスにジェンダー自認が包含されるという解釈も禁止する全国的な暫定的差止と100ドルの保証金が適切であるという結論に達した<sup>70</sup>。

(4) 以上のように、Trump大統領のイスラム教徒の入国を困難にする行政命令<sup>71</sup>や移民に寛容な地方公共団体への補助金の不交付<sup>72</sup>に対する差止命令だけでなく、Obama大統領の移民政策<sup>73</sup>やトランスジェンダーのトイレ利用<sup>74</sup>に関する政策実施の差止命令、あるいは、G.W. Bush大統領の環境政策に関する差止命令<sup>75</sup>など、執行府の「権限肥大と濫用」に対抗する司法府の「政策妨害obstructionism」は「政治過程に介入する抑制の効かない司法権の行使」であると、政権交代のたびに攻防が入れ替わりつつも、執行権の思い通りにならない裁判所への「党派的」という同じ非難が繰り返されてきた。全国的な差止命令は、特定の裁判所、裁判官が鮮明にしている政治的な立場を利害関係者が悪用し、法廷地あさりをして自らの都合の良い判決を得る機会を与えている。そのことであたかも裁判所が極めて強い党派性に支配されているように見えてとしても、それは、裁判所が、そして、裁判官が政治的な判断に基づいて、全国的な差止命令を発給しているということにはならない。む

70 Texas v. United States, 201 F. Supp. 3d 810 (N.D. Tex. 2016).

71 See *supra* notes 14 and 15, and accompanying text.

72 See *supra* notes 54 to 62 and accompanying text.

73 See *supra* notes 42 to 52 and accompanying text.

74 See *supra* note 70 and accompanying text.

75 *E.g.* California ex rel. Lockyer v. USDA, 468 F. Supp. 2d 1140 (N.D. Cal. 2006), *aff'd*, 575 F. 3d 999 (9th Cir. 2009).

しろ、中立的に政策を評価している結果なのかもしれない。だが、それでも、Trump大統領と同じように、裁判所の中立性に疑問を持つ人は少なからずいる<sup>76</sup>。全国的な差止命令について、一貫した原理原則が明らかになれば、裁判所が合衆国憲法において期待されている「抑制と均衡」に関する役割を果たしていることが明らかになるのではないだろうか。全国的な差止命令評価の判断指標が求められる所以である。

#### 4. 全国的な差止命令 nationwide injunctionとは・・・さまざまな見解

2018年9月に司法長官が示した全国的な差止命令の可能性がある訴訟に関するガイドライン<sup>77</sup>によると「全国的な差止命令」、あるいは、「訴訟当事者以外の第三者を対象とする差止命令」とは、連邦法、政府の規則や命令、政府プログラムの有効性を争う訴訟において、合衆国内で申し立てている個人または組織が、当事者であるかどうか、そのような政府の行為に対する差止命令が原告に対する適切な救済を提供するかどうかを問わず、救済の一手段として連邦政府の政策実現を中断することを裁判所に求めた結果、裁判所の判断により、訴えの範囲を大きく超えた救済として発行されるものであるという。

もっとも、全国的な差止命令に関するこの説明は、F. R. Civ. P. 65 (2) が規定する差止命令の対象とされる人々として列挙されている、実際に（差止命令の対象を）個人的、あるいは、それ以外の方法により、告知された65 (d) (2) (B)「当事者の官吏、代理人、使用人、被傭者、および、弁護士」や65 (d) (2) (C)「65 (d) (2) (A) また (B) に描写されている人と積極的に同調し、

76 E.g. David Schultz & Marshall Tanick, *Yes, There are 'Obama Judges' and 'Trump' Ones, Too*, Nat'l L. J., October 2, 2019.

77 Litigation Guidelines for Cases Presenting the Possibility of Nationwide Injunction from the Attorney General dated Sept. 13, 2018. 司法省の説明によれば、連邦政府のプログラム、規制、命令、法律の有効性を争う訴訟において、執行府がその政策を実施することを妨げることになる全国的な差止命令は、連邦の裁判所の1人の裁判官が全国的な政策実施に拒否権を行使することであり、個別具体的な訴訟における当事者の救済という裁判所の権限を逸脱する行為である。連邦政府の政策方針を妨害する手段としての全国的な差止命令の請求に対抗し、差止命令を発給する裁判官の権限の限界について確認し、このような法の支配に反する状況に対抗する措置である。Session司法長官は、このガイドラインのプレス・リリースNo. 18-1185において、2018年9月までの2年弱の間にTrump政権に対して25もの全国的な差止命令があったことを強調していた。

参加しているその他の人々」と規定することで、当事者に準じる人々を非常に広範囲に定めていること、通常の差止命令であっても合衆国を当事者とするならば大統領を筆頭とする執行府の公務員全員が、特定の行政機関を対象とするならばその行政機関の長官以下全ての公務員が差止命令の対象であること、つまり、F. R. Civ. P. の予定する差止命令を遵守すべき対象は訴訟当事者に限定されていないという事実を曖昧にしている。

全国的な差止命令の問題に関し、最も注目されている論考はSamuel L. BrayのMultiple Chancellors: Reforming the National Injunction<sup>78</sup>である。全国的な差止命令は法廷地あさを奨励し、連邦裁判所における法の発展を阻害するという問題ははっきりしているにも関わらず、裁判所の自己抑制に訴えるしかないというこれまでの全国的な差止命令批判から一歩踏み出し、(a) このような被告に限定されない差止命令は、差止命令発給権が複数の裁判官に与えられているという連邦裁判所のあり方が1人の大法官しかいなかったイングランドのエクイティとは構造上、異質であることに由来しており、エクイティに基づく権限を行使する裁判官にはエクイティ上の救済、その射程に関して異なる考慮が期待されるはずである。現状は熟慮の結果下されるべき連邦の裁判所の判断が、段階をおって複数の裁判所による審議を経ることなく、一つの裁判所の決定だけで凍結されるので、良い判断であるとは限らないという問題を孕んでおり、(b) 法廷地あさを阻止し、争点が複数の裁判所、複数の巡回区において十分に議論され、最終的に合衆国最高裁判所が適切に決着をつけるためには、争点の重要性、統一的な取り扱いの必要性にもかかわらず、被告に対する差止命令の射程が原告との関係に限定されるという解決策を裁判所自らが規範として、もしくは、連邦議会が裁判所法を通じて、採用するほかないと断じているところにある。

Brayの基本的な立場は、連邦のエクイティに基づく権限は1789年にイングランドのチャンセリイ裁判所Court of Chanceryにおいて行われていたという意味での伝統的なエクイティの慣行に根拠があり<sup>79</sup>、全国的な差止命令は連邦

78 Bray, *supra* note 2.

79 Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318-19 (1999).

の機関を対象としていることから伝統的なエクイティに遡ることはできないことを前提にしている。チャンセリイ裁判所自体、国王Crownの権限に由来し、大法官Lord Chancellorは国王の良心という位置付けであるので、国王、すなわち、行政権の行使に対する差止、そして、国王の意思を実施する人々に対して一般的な法の執行の差止命令はあり得ない<sup>80</sup>というものであるが、これに対し、Suzette MalveauxはBrayの論考に対するResponseとして、統治権限が国王に一元化されていたイングランドと異なる合衆国における統治機構の抑制と均衡の観点から全国的な差止命令を肯定する<sup>81</sup>。

全国的な差止命令をほぼ全面的に否定し、クラス・アクションという手段があるというMichael MorleyのNational Injunctions, Rule 23 (B) (2), and the Remedial Powers of the Lower Courts<sup>82</sup>の議論はクラス・アクションの前駆的存在と位置づけることが可能な“bill of peace”の存在を指摘するAmalia Kessler, Robert W. Gordon, Bernadette Meyler, Gregory Ablavsky, Stanley Katz, Hendrik Hartog, Kellen Funkといった法制史家たちからは支持を得られないであろう<sup>83</sup>。

合衆国憲法第3篇の争訟性の要件は連邦の裁判所が、当事者以外に対する一般的な救済を否定すると指摘するHoward Wassermanの“Nationwide” Injunctions are Really “Universal” Injunctions and they are Never Appropriate<sup>84</sup>に対抗するように、全国的な差止命令は回復不能な被害の拡大を防止するとSpencer E. Amdur と David Hausmanは指摘する<sup>85</sup>。原則として

80 国王の利益に直接関係しない場合、国王の官吏がチャンセリイ裁判所において被告となる可能性はある。

81 Suzette M. Malveaux, *Responses: Class Actions, Civil Rights and the National Injunction*, 131 Harv. L. Rev. 56 (2017).

82 Michael T. Morley, *National Injunctions, Rule 23(B)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, 97 B.U. L. Rev. 611 (2017), see also, Michael T. Morley, *The Federal Equity Power*, 59 B.C. L. Rev. 217 (2018); Michael T. Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff- and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, 39 Harv. J. L. & Pub. Pol'y, 487 (2016).

83 See, Brief of Amici Curiae Legal Historians in Support of Plaintiff and Appellee the City of Chicago, *City of Chicago v. Whitaker*, No. 18-2885, filed in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, November 15, 2018.

84 Wasserman, *supra* note 3.

85 Spencer E. Amdur & David Hausman, *Responses: Nationwide Injunctions and Nationwide Harm*, 131 Harv. L. Rev. 49 (2017).

認められないとしても、認められるべき状況もあり得ると、費用便益評価を裁判所に求めるのが、Amanda FrostのIn Defense of Nationwide Injunctions<sup>86</sup>である。Zayn SiddiqueのNationwide Injunction<sup>87</sup>は、全国的な差止命令の名宛人は連邦執行機関に限られないことを踏まえ、極めて常識的な「原告に対する完全な救済を提供するのに必要な範囲」というエクィティの原則を適用し、差止命令について規定するF. R. Civ. P. 65に完全な救済原則を明記すべきであると、その濫用に歯止めを設けた上で、必要性を肯定する。

これらの議論を整理すると、21世紀に連邦の裁判所が命じるエクィティ上の救済である全国的な差止命令においては、(A) 1789年にイングランド法から継受したという歴史的制約からその範囲に制約が存在するのかどうかという「歴史」に基づく判断や、(B) 複数の当事者や利害関係者、影響を被る人がいることから当事者の「集団」という要件の妥当性よりは、(C) エクィティ上の救済に特徴的な「完全な救済complete relief」の実現という点が重要である。

## 5. 歴史

合衆国最高裁判所は、1789年の裁判所法Judiciary Actがエクィティ上の訴訟に対する裁判管轄権を連邦の裁判所に与えたこと、そこで授与された裁判管轄権は、その時点でイングランドのチャンセリイ裁判所が工夫し、行使していた救済を実施する権限であることをこれまで幾度となく指摘し<sup>88</sup>、F.R. Civ. P. 65の制定によって変更されることはなく、伝統的なエクィティの裁判管轄権に基づいている<sup>89</sup>という。20世紀の半ばまで、全国的な差止命令はなかったとBrayは力説するが、Kesslerなどの法制史家たちは多くの人々が利害を共有するときに利用できたbills of peaceがあり、多人数を保護する広範な差止命令が発給された例もあるだけでなく。18世紀、19世紀に「全国的な差止

---

86 Amanda Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, 93 N.Y.U. L. Rev. 1065 (2018).

87 Siddique, *supra* note 1.

88 Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999).

89 *Id.* at 319.

命令」が発給されなかったのには理由があった<sup>90</sup>と反論する。「歴史は滅多に現在のジレンマに対する明確な回答を提供しない。<sup>91</sup>」

当事者を公的な機関と限定するならば、確かに1960年代になるまで全国的な差止命令に該当する判断を見つけるのは難しいそうである。州法が違憲であると判断されたとしても、州の公務員がその制定法を訴訟当事者以外に対しても執行してはならないという差止命令の請求は過度に広汎であると退けられ（1892年）<sup>92</sup>、根拠法を逸脱して設定された輸入紅茶の品質保証基準は無効であるという判断に基づいて原告の輸入した紅茶に限定されていた差止命令は認容された（1918年）<sup>93</sup>。あるいは、当事者に関する執行差止を容認し（1923年）<sup>94</sup>、原告に対し規則を執行するであろう同じ州に居住する連邦の官吏に対する差止命令も発給する（1935年）<sup>95</sup>。

もっとも、1921年の連邦の母子保護法Maternity Act<sup>96</sup>について、合衆国憲法の連邦議会に対する授權範囲を逸脱し、州の権限を篡奪し、違憲であると連邦制定法の執行停止を求めた訴えが連邦の関連する業務に携わる公務員全員に対する差止を求めていることから、この訴訟は全国的な差止命令請求の申立と見做すことができる。合衆国最高裁判所は(a)これまで1人が他の人(第3者)のために訴えるという訴訟が認められていたのは、地方納税者と地方公共団体、株主と非公開企業という類型、つまり、エクイティ裁判所における代表者訴訟であり、連邦の納税者に関して、エクイティ上の救済を認める根拠はない、(b) 個人がバラバラに公金支出に関する法律を争うのは不都合である、(c) 本件ではその執行が直接の損害をもたらすという司法審査可能性

90 See, Brief of Amici Curiae Legal Historians in Support of Plaintiff and Appellee the City of Chicago, *City of Chicago v. Whitaker*, No. 18-2885, *supra* note 83. 具体的な内容については *infra*, notes 139 to 141 and accompanying text.

91 Gregory Ablavsky, *The Rise of Federal Title*, 106 Calif. L. Rev. 631, 694 (2018).

92 *Scott v. Donald*, 165 U.S. 58 and 165 U.S. 107 (1897). コモン・ローとエクイティとが統合される前の連邦の裁判所の手続なので、前者は損害賠償請求（コモン・ロー）の、差止命令申立（エクイティ）の判決である。

93 *Waite v. Macy*, 246 U.S. 606 (1918).

94 *Adkins v. Children's Hospital of the District of Columbia*, 261 U.S. 525 (1923).

95 *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

96 *The Promotion of the Welfare and Hygiene of Maternity and Infancy Act*, Sheppard-Towner Act, the Act of November 23, 1921, ch. 135, 42 Stat. 224.



に乏しく（当事者適格がない）、また、求められている救済は制定法の執行停止ではなく、実際には連邦の官吏に対する公務執行の是非についての判断である（権力分立違反）と否定した（1923年）<sup>97</sup>。

1952年に、合衆国に居住するアメリカ人が行なった、国外における商標侵害と不当競争に関する事案において、合衆国の企業が連邦の裁判所に金銭および差止の救済を請求したところ、裁判管轄権がないと請求を却下した連邦地方裁判所の判断について、合衆国最高裁判所は、「連邦地方裁判所はエクイティ上の権限を行使するにあたり、他の国の主権に干渉することがないならば、裁判管轄がある被告に対して、その領土に関する裁判管轄権外での作為あるいは不作為を命じることができる」と述べた<sup>98</sup>。エクイティ上の救済に関して地理的な制約を想定していないことが窺われる。合衆国最高裁判所にとって、全国的な差止命令は問題ではないのかもしれない。

1960年代、1970年代になると、連邦の裁判所が命じ得る差止命令の射程に流動性が見られる<sup>99</sup>。2018年9月の司法省メモランダム<sup>100</sup>によると、最初の「全国的な差止命令」は1963年連邦控訴裁判所連邦巡回区裁判所のWirtz v. Baldor Electric Company<sup>101</sup>であるという。訴訟当事者はクラス・アクション

97 *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923)は、現在、納税者訴訟における当事者適格の要件を明らかにした事案であると、併合したもう一つの事件名Frothingham v. Mellonで知られている。

98 *Steele v. Bulova Watch Co.*, 344 U.S. 280, 289 (1952).

99 1934年のRules Enabling Act, Act of June 19, 1934, Pub. L. No. 73-415, 48 Stat. 1064, 28 U.S.C. § 2072は、連邦司法府に自らの規則制定権限を付与し、1938年、連邦裁判所はFederal Rules of Civil Procedure (F. R. Civ. P.) 連邦民事訴訟手続規則を採用し、コモン・ローとエクイティとを手続上（完全に）統合した。1938年になるまでの連邦の裁判所は、*Scott v. Donald*, 165 U.S. 58 and 165 U.S. 107 (1897)に見られるように、コモン・ローに関する訴訟actions at lawでは（多くの場合、コモン・ローとエクイティとの区別を廃止しようとしたField Codeフィールド法典と伝統的なforms of actionを基礎にした）州における手続法と実務慣行に従い、エクイティに関する訴訟suits in equityではFederal Equity Rulesに従っていた。*Holtzoff*が指摘するように、1938年のF. R. Civ. P.は権利や救済についてコモン・ローとエクイティにおいて存在する違いを消滅させ、それらをも統合する意図を持っていたわけではなかった。*Alexander Holtzoff, Equitable and Legal Rights and Remedies Under the New Federal Procedure*, 31 Calif. L. Rev. 127, 130-132 (1943).

100 *Supra* note 77.

101 *Wirtz v. Baldor Electric Company*, 337 F. 2d 518 (D.C. Cir. 1963) and 337 F. 2d 535 (D.C. Cir. 1964).

1936年のWalsh-Healey Public Contracts Act (PCA), 49 Stat. 2036-39, 41 U.S.C. § 6501 et seq.に基づいて労働長官が決定した、政府契約において調達企業に対して要求される最低賃金



に該当するかどうかについて争ったようだが、連邦控訴裁判所は、裁判所、とくに合衆国最高裁判所が手続の不備や法令解釈の誤りを指摘したならば、執行府はそれを尊重する、下級裁判所であるならば同じような訴えに対して同じように判断する、それが法の支配であると、クラスとして成立するかどうかを不問にし、原告は連邦議会の制定法を適切に解釈し、適用するという公共の利益を実現するために訴えており、原告に訴えを提起する適格性が認められるならば<sup>102</sup>、連邦地方裁判所は対象となる産業全体に関する労働長官の決定の効力を差し止めるべきshouldであると判断した<sup>103</sup>ことがそのように評価されたものと思われる。この、差止命令を是認した先例を全く引用しな

---

に関して、審理において調査の根拠となる賃金に関するデータの開示を（データ収集における秘密保持を理由に）労働長官が拒絶し、調査結果の正確性と信頼性に疑問を抱かせるに十分な証拠を産業界が提出したことから、連邦地方裁判所コロンビア特別区地方裁判所は、1963年4月5日の裁判所命令において、暫定的差止と正式な事実審理を経ない裁判所の判断を求める申立に対し、原告の主張を認め、労働長官の最低賃金決定を無効と宣言した。Baldor Electric Co. v. Wirtz, 228 F. Supp. 210, 211 (D.C. D.C. 1964).

連邦控訴裁判所コロンビア特別区巡回区裁判所は、1963年12月31日に、本案について判断した。(a) 当事者適格性に関し、Administrative Procedure Act (APA)行政手続法に1952年に追加されたFulbright Amendment, 66 Stat. 308, 41 U.S.C. § 43aは長官の決定に異議を申し立てる当事者適格がないと判断した1940年のPerkins v. Lukens Steel Co., 310 U.S. 113 (1940)の判断を修正しており、これをPCAと合わせて理解するならば、長官による最低賃金決定の結果、製造業者である申立人は政府契約締結において不利な立場に置かれ得るので即時かつ直接的な不利益を被っており、連邦の裁判所に訴える当事者適格があると、原審判断を肯定しWirtz v. Baldor Electric Company, 337 F. 2d 518, 531-33, 1964年6月29日の差戻控訴審における判決でも、11社のうち、5社に当事者適格を認定した原審228 F. Supp. at 215を支持した 337 F. 2d 535, 536.

(b) 救済の射程に関し、個別の当事者にしか直接の利益をもたらさない訴訟であっても、その手続の欠陥、制定法の解釈上の問題といった裁判所の判断した原則は、訴訟当事者にだけ限定されるものではなく、全ての執行府の官吏に適用され、同じような訴訟においては同じ救済を与えるのが法の支配の原則である。本件で訴訟当事者にだけ最低賃金基準を適用しないという裁判所命令は当事者に業界内における非良心的な利益をもたらすことになり、政府の適切な契約締結も妨げられる。長官の最低賃金決定は連邦議会の授権に基づく準立法行為である。司法審査において立法が違憲と判断されたならば同じ立場にあるすべての人々への適用が否定されることに鑑み、訴訟当事者にその救済の範囲は限定されない。行政機関の行為による不利益を被った当事者は一般公衆の利益を代表して行動していると認定し、その利益を促進する立場から衡平法上の救済権限を人為的に制約することは認めがたいので、差し戻した事実審において当事者適格を満たす原告がいると判断されたならば、事実審は対象となっている産業全体に対し、長官の決定の効力を停止すべきであると判断した。337 F. 2d 518, 534-35. 1964年6月29日の差戻控訴審は5社に原告適格を認め、差戻控訴審は改めて長官の最低賃金基準無効を宣言し、合衆国最高裁判所が上訴を受理しなければ直ちにその効力を停止するという差止命令を是認した。337 F. 2d 518, 536.

102 *Id.* at 534-35.

103 *Id.* at 535.

った判決は、その後、ごく最近まで差止命令に関する先例としてほとんど引用されることなかった<sup>104</sup>。

納税者訴訟に関する当事者適格についての判断として著名なFlast v. Cohen<sup>105</sup>が次である。もっとも、Siddiqueはその前年のGardner v. Toilet Goods Association<sup>106</sup>におけるエクィティ上の救済に関するFortas裁判官の見解<sup>107</sup>に着目すべきだと指摘する<sup>108</sup>。

1963年に合衆国最高裁判所は、飛躍上訴の根拠である28 U.S.C. § 2282は1人の裁判官が広範な差止命令で連邦のプログラム全体の運営を凍結することがないように制定された<sup>109</sup>と述べている。Brayはこれを、全国的な差止命令など念頭にないとしているようだが、単独の裁判官の判断では許されないが、合議に基づく判断ならば可能と読むのが妥当ではないだろうか。だが、全国的な差止命令の審理に合議法廷を要件としたように見える28 U.S.C. § 2282は、

---

104 Wirtz判決を引用する28件のうち、全国的な差止命令に関するのは、2018年6月26日のTrump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392 (2018)と2017年10月13日のCity of Chicago v. Session, 2017 U.S. Dist. LEXIS 169518 (N.D. Ill. 2017)であって、それ以外は、差止命令に関する言及ではない。

105 Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968). The Elementary and Secondary Education Act of 1965, 79 Stat. 27, 20 U.S.C. § § 241a et. seq., 821 et seq. (1964 ed., Supp. II)に基づく連邦政府の予算支出は第1修正国教樹立条項に抵触すると、差止を求めて連邦地方裁判所において3人合議法廷での審理を求めた原告に対し、合衆国は、原告適格を争い、連邦地方裁判所は合議法廷開廷を決定しFlast v. Gardner, 267 F. Supp. 351 (S.D. N.Y. 1967)、合議法廷は2対1で合衆国の主張を認めたFlast v. Gardner, 271 F. Supp. 1 (S.D. N.Y. 1967).

飛躍上訴を受けた合衆国最高裁判所は結論として原告に適格性を認めたが、原審による暫定的または永続的な差止命令の判断が必要であり、仮に原審において当該制定法の合憲性に疑問が示されたならば、New York City以外で実施されている同じ連邦プログラムに関しても混乱と麻痺がもたらされるので、3人合議法廷という選択は、仮に申し立てられた差止命令がより限定的であっても、妥当であると判断した。言い換えると、全国的な差止命令は、3人合議法廷であれば可能であるが、1人の裁判官ではできない。

106 Gardner v. Toilet Goods Association, 387 U.S. 167 (1967).

107 この国の連邦地方裁判所の裁判官それぞれに、この国の人々を保護するための連邦法に従った行動や規制の実施を禁止する権限を付与することは・・・一般的な狩猟許可状の発行である；そしていたずらの許可でもあると、私は言いたい、というのは、連邦議会が公共の利益のために必要だと信じているプログラムを私的な利益に従わせるのを遅らせることで十分な見返りがあるからである。Id. at 183, Fortas J. dissenting.

108 Siddique, *supra* note 1 at 2098-99.

109 See, Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 154-55 (1963). 28 U.S.C. § 2281は州のプログラムに対し、§ 2282は連邦のプログラムに対し、1人でも差止命令の申立を認容する連邦の裁判官を探す嫌がらせの訴訟と法廷地あさりという、全国的な差止命令において議論されている問題がすでに立法過程において指摘されていたことがわかる。

§ 2281とともに1976年に廃止<sup>110</sup>されている。

Brayの 挙げる1970年代の事例はHarlem Valley Transportation Association v. Stafford<sup>111</sup>であり、州際通商委員会Interstate Commerce Commission (ICC) に対してNational Environmental Policy Protection Act of 1969 (NEPA) <sup>112</sup>に従って環境影響評価を求めるクラス・アクション訴訟<sup>113</sup> 係属中の鉄道廃止手続の暫定的差止命令の申立である。ICCに求められていたのは当事者の権利ではなく、(聴聞と環境影響評価の前後関係を決定する) 手続に関する判断であると、連邦地方裁判所は(全国各地で鉄道の廃止が進行していることを認識した上で、環境影響評価は聴聞に先行すると、28 U. S.C. § § 2321-25<sup>114</sup>にも関わらず) 合議法廷を構成することなく、判断し、連邦控訴裁判所もその判断を肯定した<sup>115</sup>。Brayは、宣言判決だけで十分であり、全国的な差止命令の必要はなかったという。

1970年代は、裁判所の判断に対して然るべき敬意が払われた時代であったのかもしれない。地方公共団体New York Cityに関する消防士の人種差別的な新規採用<sup>116</sup>やNew York Stateにおける転居に伴う失業手当不支払い<sup>117</sup>に関する判断において、クラス・アクション訴訟としての要件が具備されていないまま、敗訴した被告に対し、実際問題として、いずれ争点として提起されるのであるから、直ちに問題を解決するのがみんなの利益になると、原告と同じような立場にある人々にもその判決の効果が及ぶのが当然であるかのよ

110 See, Act of Aug. 12, 1976, Pub. L. No. 94-381, 90 Stat. 1119. 現行の28 U.S.C. § 2284(a)は、3人合議法廷開廷の要件を、個別の連邦法の規定または連邦議会議員選挙区割もしくは州議会議員選挙区割と列挙規定している。

111 Harlem Valley Transportation Association v. Stafford, 360 F. Supp. 1057 (S.D. N.Y. 1973).

112 National Environmental Policy Protection Act of 1969 (NEPA), 42 U.S.C. § 4321 et seq. (1970).

113 被告は、クラス・アクション訴訟として認定されるかどうかとは別に、本件暫定的差止が全国的な効力を持ち、ICCの裁判管轄地域全体に適用されることを認めた。Harlem Valley Transportation Association v. Stafford, *supra* note 111 at 1060, n. 2.

114 1975年の改正Act of January 2, 1975で変更されるまで、ICCの(金銭以外の) 決定に対する司法判断は(現行の連邦控訴裁判所ではなく) 連邦地方裁判所に係属すると規定されていた。

115 Harlem Valley Transportation Association v. Stafford, 500 F. 2d 328, 333-34 (2d Cir. 1974).

116 Vulcan Society of the N.Y.C. Fire Department, Inc. v. Civil Service Commission, 490 F. 2d 387, (2d Cir. 1973).

117 Galvan v. Levine, 490 F. 2d 1255 (2d Cir. 1973).

うに<sup>118</sup>、

求められている救済が不作為を命じるものであるならば、制定法や行政実務の違憲性を根拠に州の官吏に対して宣言判決を求める訴訟であっても、差止命令を求める訴訟であっても、クラス・アクションの認定は、少なくともat least for原告にとっては、ほぼlargely形式に過ぎないひとつの典型である<sup>119</sup>。

被告が合衆国またはその機関であって、原告が1人であるとしても、連邦政府が連邦裁判所の差止命令を尊重する結果として、連邦法や連邦の政策を執行しないという効果が利害関係のある人全てに及ぶのであれば、それは実質的にsubstantially全国的な差止命令である・・・かもしれないが、それは裁判所が全国的な差止命令として宣言するのとは、本質的に違う。Harlem Valley Transportation Association v. Stafford<sup>120</sup>も、ICCに同じような差止訴訟の被告となる負担に関する実質的な考慮を促したと見るべきではないだろうか。

連邦の機関は、巡回区毎に制定法や規則の有効性について争い続ける、言い換えると、ある巡回区において違憲無効と判断されたとしても、他の巡回区においては、当然、その判断に拘束されないのが有効であるという立場を取ることに疑問を持たなかった<sup>121</sup>。むしろ、巡回区によって判断が違い得るからこそ、争点について十分な議論が全国的に展開されたと判断して、合衆国最高裁判所は巡回区間の判断抵触を理由に、裁量上訴の申立を受理するので、問題はない。法理に関する議論の熟成percolationへの期待が、全国的な差止

118 Vulcan Society, *supra* note 116 at 400. もちろん、これは「この時代最も偉大な裁判官」と多くの人々が評価していたHenry Friendly裁判官の意見であったからという説明が適切なものかもしれない。See, David Dorsen, Henry Friendly, the Greatest Judge of His Era (2012).

119 Galvan v. Levine, *supra* note 117 at 1261. Friendly裁判官は、明らかに、差止命令の「法的効果」と被告の行動として望ましいあり方についての「現実的な助言」とを区別しており、差止命令に関してクラス認定は無関係であるという命題を述べたものではなかった。

120 *Supra* note 105.

121 E.g. Allan D. Vestal, *Relitigation by Federal Agencies: Conflict, Concurrence and Synthesis of Judicial Policies*, 55 N.C. L. Rev. 123 (1977).

命令を発給すべきではない根拠の一つとされているのだが、杞憂なのではないだろうか。

ところで、先例の存在は、アメリカ法において、本当に意味のある指標なのかの検討も必要である。全国的な差止に関する先例に関する議論は当事者適格に関する議論とよく似ているとSiddiqueは指摘する<sup>122</sup>。当事者適格について、Pierceは、そもそも1944年以前には先例に該当する判断は存在しないし、現在、当然とされている要件は1970年より前に遡ることはできないという<sup>123</sup>。1998年のSteel Co. v. Citizens for a Better Environment<sup>124</sup>は1885年のMarye v. Parsons<sup>125</sup>において言及されている "damnus absque injuria" を引用する<sup>126</sup>が、本来、damnus absque injuriaはエクイティ上、訴訟原因が示されていないという訴えの却下であり、Steel Co. v. Citizens for a Better Environmentでは制定法が明示的に訴訟原因を規定し、訴権を付与していることから、そのような理由で訴えを退けたのは歴史的に間違っていたことになる。もっとも、この指摘は、合衆国裁判所のその後の判例の積み重ねにより、当事者適格の法理が確立したことを否定するものではない。が、憲法の文言、制定当時の「原意」、歴史と伝統に基づいていないことと、法理が実は20世紀になってから登場した政策的考慮に基づくことを否定することとは、別である<sup>127</sup>。連邦制度と巡回区の仕組みを前提とする合衆国においてエクイティ上の救済命令を発給することのできる裁判官が複数存在し、矛盾する差止命令があり得ることを問題であるという歴史的な理由から、全国的な差止命令を否定するというBrayの立論<sup>128</sup>に全面的に依拠して全国的な差止命令を当然のこのように否定するにはいささか無理があると思われる。

しかも、法制史研究者たちは「訴訟当事者ではない人々の権利を保護するための予防的差止命令は、伝統的なエクイティ上の救済である」と指摘す

122 Siddique, *supra* note 1 at 2140.

123 Richard J. Pierce, Jr., *Is Standing Law or Politics?*, 77 N.C. L. Rev. 1741, 1766 (1999).

124 Steel Co. v. Citizens for a Better Environment, 523 U.S. 83 (1998)

125 Marye v. Parsons, 114 U.S. 325, 328 (1885).

126 Steel Co. v. Citizens for a Better Environment, *supra* note 124 at 103, n. 5.

127 Pierce, *supra* note 123 at 1766-67.

128 *Supra* note 1.

る<sup>129</sup>。アメリカ法は、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所という二元的な裁判所制度を備えたイングランド法を継受した。その後、連邦の裁判所は、1938年の連邦民事訴訟規則の採用まで、二元的な裁判所制度を維持していた。1938年の訴訟手続統合の結果、当事者は裁判所に対して正義に適う救済を（金銭的な損害賠償請求とそれ以外の特定の救済とを区別することなく）請求することができるようになった。もっとも、合衆国最高裁判所は、連邦裁判所が提供し得る「エクイティ上の救済equitable relief」は、合衆国憲法と1789年の裁判所法に基づいて、その当時、イングランドのチャンセリイ裁判所において認められてきた救済に限定される、手続統合はチャンセリイ裁判所における実体法上の権利に影響を及ぼさない、裁判所のエクイティ上の権限に変更はないという立場を堅持してきた<sup>130</sup>。残念ながら、その理解が歴史に照らして正確であったとは言い難い<sup>131</sup>かもしれない。そこで、法制史研究者たちは、エクイティには全国的な差止命令が不可能であるという根拠はない根拠として、Brown v. Vermuden<sup>132</sup>, How v. Tenants of Bromsgrove<sup>133</sup>, Lord Tenham v. Herbert<sup>134</sup>などに言及しながら、最初の原告と同じ請求をする複数の訴訟提起を防止するためには訴訟当事者以外の権利を保護することになる申立bills of peaceがチャンセリイ裁判所では17世紀から認容されてきたこと<sup>135</sup>、合衆国最高裁判所が、共通の利益や権利に関わる場合にエクイティ裁判所は、便宜上のみならず、正義の実現が妨げられないためにも、一部の当事者が全体を代表し、そして、裁判所の決定が当事者ではないものも含めてあたかも全員が当事者であるかのように拘束すると述べていること<sup>136</sup>、公的ニューサンスが

129 See, Brief of Amici Curiae Legal Historians in Support of Plaintiff and Appellee the City of Chicago. Chicago v. Whitaker, Case 1802885, *supra* note 83.

130 Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 322 (1999).

131 Samuel L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, 68 Vand. L. Rev. 997, 1001, (2015).

132 Brown v. Vermuden (1676) 22 Eng. Rep. 796.

133 How v. Tenants of Bromsgrove (1681) 23 Eng. Rep. 277.

134 Lord Tenham v. Herbert (1742) 26 Eng. Rep. 692.

135 全国的な差止命令の発給に懐疑的なSamuel Brayもその点は認めている。See, Bray, *Multiple Chancellors*, *supra* note 2 at 426. See also, Amdur & Hausman, *supra* note 85 at 53, & n. 29.

136 Smith v. Swormstedt, 57 U.S. 288, 302-303 (1853).もちろん、多数を代表することになる少数者は、関連する利益や権利を適切に代表し、審理が十分かつ誠実になされるよう、配慮されなければならない at 303.



回復不能な損害の差し迫った危険をもたらすと司法長官が申し立てたならば、エクィティの裁判所が管轄権を獲得し、ニューサンスに対する予防的救済も可能になると合衆国最高裁判所も認識していること<sup>137</sup>、1890年代から1920年代にかけての労働争議に関する差止命令は（今日のデュー・プロセスの理解とは異なり、）一般的で記名の当事者に限定されなかった<sup>138</sup>ことなど、歴史は全国的な差止命令発給に肯定的であると判断できそうである。

ところで、APAが改正<sup>139</sup>される1976年まで、訴訟当事者となるのは権限逸脱した、あるいは、合衆国憲法上無効となる行為に対して責任を負う個別の公務員<sup>140</sup>であった。合衆国には主権免責があると理解されていたので、合衆国が当事者となる全国的な差止命令はなかったこと、制定法上の権限逸脱を差し止める公務員訴訟officer suitsは、コモン・ロー上の職務執行令状writ of mandamus、禁止令状writ of prohibition、権限開示令状writ of quo warranto、移送令状writ of certiorariと同じように、公務員への（作為・不作為の）命令となり得たが、実際には、人的管轄上、コロンビア特別区以外で（権限が全国に及ぶ）閣僚級の公務員を提訴するのは非常に難しいと認識されていた<sup>141</sup>こと、そして、1930年代のニュー・ディール以降、裁判所はより積極的に行政判断に対する司法審査をするようになった<sup>142</sup>ことなどが、それ以前の全国的な差止命令の不在を説明するように思われる。エクィティに関わる「伝統的な救済」とは、コモン・ローでは提供されない正義に合った ex aequo et bono、つまり、その状況において適切な救済を実現するという

137 *Mayor of Georgetown v. Alexandria Canal Co.*, 37 U.S. 91, 98 (1838). 実際には、州ではなく、Georgetownが申し立てたことから裁判管轄権は発生しないと判断された at 100.

138 *E.g. United States v. Railway Employees' Department of AFL*, 283 F. 479 (N.D. Ill. 1922).

139 Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 702, Pub. L. No. 94-574, 90 Stat. 2721 (1976).

140 *E.g. Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corporation*, 337 U.S. 682 (1949).

141 大企業が集団で政府機関とその責任者を訴え、連邦法Railroad Retirement Act, 48 Stat. 1283は違憲であるという全国的な差止命令が認められた例がある。Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co., 295 U.S. 330 (1935).

142 Aditya Bamzai, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, 126 Yale L.J. 908 (2017); Thomas W. Merrill, *Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law*, 111 Colum. L. Rev. 939 (2011).

*Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)以前の合衆国最高裁判所の行政判断に対する司法審査のアプローチは、合理的根拠がない限り行政判断の尊重と、制定法に対する裁判所解釈の優位との間で揺れ動いてきた。



エクィティの原則に合致する救済のことであり、裁判所法の制定においても1789年の時点でエクィティの管轄を凍結するという意図はなかった<sup>143</sup>だけでなく、実際に連邦裁判所の命じる救済の中には、公立学校や刑務所の運営に関する制度改革的な差止命令など、18世紀のエクィティ上のそれとは明らかに異なる場合もある。この説明として、連邦議会は執行府への非常に多くの権限委任との均衡を保つ手法として司法府に違法な行政行為を統制するためのエクィティ上の権限を付与し、権限付与の見直しの際に全国的な差止命令に関する権限を撤回していないことから、連邦議会は、明らかに、連邦の裁判所には全国的な差止命令に関する権限がある、歴史的観点からは全国的な差止命令は連邦の裁判所の権限を逸脱するものではない<sup>144</sup>ことになる。

## 6. 事実上のクラス・アクション？

Morleyの*De Facto Class Actions?*<sup>145</sup>は、憲法問題における差止問題は事実上のクラス・アクションであると喝破する。論考の素材は選挙法であるが、問題となった制定法などが違憲であると判断されたならば、文面違憲なのか、適用違憲なのかだけでなく、適切な救済は原告だけを保護する・原告指向 *plaintiff-oriented* のか、被告機関や官吏による執行を停止する・被告指向 *defendant-oriented* のかを検討するとの前提で、理論を展開する。本稿の関心に絞ると、被告指向という分類の、裁判所の管轄を超えた（州全体を対象とする、あるいは、全国的な）差止命令についての考察が興味深い。

被告指向の差止命令は、1人の裁判官の命令に基づき、問題となっている制定法の執行を完全に禁止するので、原告以外の権利実現も図ることから公平であるとされるが、選挙区画定のように原告だけを対象とする救済が意味を持たないならば（クラス・アクションの要件を定めるF. R. Civ. P. Rule 23を満たさずに）訴訟を事実上のクラス・アクションに転換する他、選択肢がな

---

143 1 Julius Goebel, jr., *History of the Supreme Court of the United States: Antecedents and Beginnings to 1801*, at 502 (2010).

144 Brief of Amici Curiae Legal Historians in Support of Plaintiff and Appellee the City of Chicago, *Chicago v. Whitaker*, Case 1802885, *supra* note 83.

145 Morley, *De Facto Class Actions?*, *supra* note 82.

いということもできる。何故ならば、第3者の権利が争われているにも関わらず、訴訟手続を見る限り、利害関係のある人々に訴訟の存在を告知せず、また、命令の対象から離脱する機会もないからである。原告の主張が認められたならば原告以外の権利は実現されるが、認められなかったならば原告以外の者にはその判決の既判力が及ばないので、同じ裁判所であれ、他の裁判所であれ、改めて自らの権利侵害を主張することは妨げられないという現実からは、「原告以外の権利実現も図ること」の公平性という主張がそれほど単純ではないと見ることもできる。当然のことながら、立法府・執行府・司法府の間の対話と交渉の余地を乏しくし、さまざまな裁判所における主張立証を通じての十分な議論、熟議の機会を奪うことが懸念される。

そこでMorleyは選挙法に関し、原告志向の救済が、基本的な権利に関し、(1) 平等保護の原則に違反する、違憲となるような「差」をもたらすか、(2) 問題となった条項を制定法全体から分離して違憲と判断することが可能か、あるいは、異なる結果を異なる人々に適用することが許容されるのかを、裁判所は最初に判断し、F. R. Civ. P. 23 (b) (2)<sup>146</sup>のクラス・アクションに転換するよう、原告に指示すべきであり、そうでないならば、裁判所に対し、原告志向の救済を選択するよう提言する。

Morleyの、より一般的な、連邦の地方裁判所による全国的な差止命令に関する論考<sup>147</sup>では、原告指向の差止命令の範囲が被告指向の差止命令の範囲と合致するという理解に伴う問題、つまり、連邦地方裁判所が全国的なクラス認定をすることで、特定の巡回区の先例が他の巡回区を拘束することを検討し、全国的な差止命令という選択に妥当性があるとすれば、(a) 争点となっ

146 F. R. Civ. P. Rule 23(b)(2). A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if ...

the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole;

訴訟は規則23(a)の必要条件が満たされるのに加えて・・・

そのクラスに対する反対当事者が、クラスに一般的に適用できる理由で、行動したまたは行動することを拒否したことによって、全体としてのクラスに関して、最終的な差止救済または対応する確認救済が適切であるならば・・・クラス・アクションとして維持することができる。

147 Morley, *Nationwide Injunctions*, *supra* note 82.

ている権利が合衆国最高裁判所の先例として確立している<sup>148</sup>、(b) 権利は分割不能である<sup>149</sup>、(c) 問題の制定法などが憲法上許されざる負担を強いている<sup>150</sup>、または、(d) 従来分離基準に従って一部の権利者に対してだけの執行停止は適切ではない<sup>151</sup>という4つの場合に限定されるのではないかという。

Morleyは連邦地方裁判所の判断射程に着目し、合衆国最高裁判所の見解は一貫していないと指摘する。一方において、F. R. Civ. P. 1も23 (b) (2) も、一般論として連邦地方裁判所が全国的なクラス認定をすると想定しており、個別の連邦法が明示的に除外していない限り、クラス認定も、クラス全体に対する救済も「ないとは考えられていないnever been thought unavailable<sup>152</sup>」という。たったひとつの連邦地方裁判所の判断が既判力を持ち、クラスと認定された人々全てを拘束し得るが、憲法上の基本的な権利に関し、合衆国が差別的な取り扱いをすることは第5修正のデュー・プロセス条項に内在する平等保護の理念から、裁判所が救済を原告に限定することで一部の人々だけにその判断の恩恵を及ぼすことは許されないと説明する。が、連邦地方裁判所の判決にそのような拘束力を認め得るのか、疑問である<sup>153</sup>。

他方において、複数の連邦控訴裁判所においてさまざまな議論を経てから合衆国最高裁判所が判断するという法の健全な形成、異なる政権において問題解決のために訴訟戦略を含む異なる政策が採用される蓋然性などを考慮すると、「合衆国に関し、異なる当事者との訴訟での（合衆国に不利な判断に関する）争点効は、別な当事者との訴訟に及ばないnonmutual offensive collateral estoppel is not to be extended to the United States<sup>154</sup>」ことにはそ

---

148 *Id.* at 650.

149 *Id.* at 650-51.

150 *Id.* at 651.

151 *Ibid.*

152 *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, 700 (1979).

153 *See, infra* notes 156 to 159 and accompanying text.

154 *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154, 158-63 (1984). 通常のcollateral estoppelは同一の当事者間の、異なる訴訟原因に基づく訴訟において、先行する判決において判断された争点には既判力があるというコモン・ロー上のルールであるが、1971年、合衆国最高裁判所は「同一の当事者」という要件を外し、先行する訴訟では当事者ではなかった場合にも、先行した事件の当事者に対しては既判力があると攻撃的に用いることを認めている。See, *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313 (1971).

れなりの意味がある。

## 7. 先例として効果

合衆国憲法は合衆国最高裁判所とそれ以外の下級裁判所を区別している<sup>155</sup>。現在、アメリカにおける先例拘束性の原理は合衆国最高裁判所とそれ以外の下級裁判所とを区別せず、上位にある裁判所は下位にある裁判所の判決を審査し、覆すことができると、日本法的に表現するならば「事実上の拘束力」で説明する<sup>156</sup>。合衆国最高裁判所も先例の拘束というのは柔軟な「政策原則 principle of policy」であり、「遵守せざるを得ない命令 inexecutable command」ではないと繰り返し述べている<sup>157</sup>。だからこそ、控訴裁判所に關し、巡回区内においてだけ先例拘束性の原理を認める<sup>158</sup>が、地方裁判所の判断は、先例として、どの裁判所も拘束しない<sup>159</sup>。地方裁判所は既判力に基づいて訴訟の当事者を拘束するが、それ以上はしないとすると、他の地方裁判所はもちろんのこと、同じ地方裁判所であっても、同じ裁判官であっても、その判断に拘束

155 合衆国憲法第1篇第8節第9項および第3篇第1節。

156 Evan H. Caminker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, 46 Stan. L. Rev. 817 (1994).

157 *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235 (1997); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991); *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940); *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910). *Anastasoff v. United States*, 223 F. 3d 898 (8th Cir. 2000)は先例拘束性の原理は司法権に内在し、合衆国憲法第3篇が授権する司法権を制約すると憲法起草者は想定していた（ので、判例集未搭載の判決には拘束力がないとする第8巡回区裁判所規則28A(i)は違憲であり、判例集未搭載の判決に従うという義務からの解放を意味しない）と述べたat 899-900が、同時に、現在の法理論では、基本的な公平さの実現、予測可能性の要請、裁判所の判断のための補助手段というのが一般的な理解であるe.g. *Frederick Schauer, Precedent*, 39 Stan. L. Rev. 571 (1987)とも指摘する。

158 それぞれの巡回区には独自の「巡回区の法 Law of the Circuit」が存在するという見解に疑義を示す立場もないわけではない。See, *Walter V. Schaefer, Reliance on the Law of the Circuit --- A Requiem*, 1985 Duke L. Rev. 690; *Walter V. Schaefer, Foreword: Stare Decisis and the "Law of the Circuit"*, 28 DePaul L. Rev. 565 (1979)が、Schaeferが言及するUnited States v. *Rodgers*, 466 U.S. 475 (1984)も、連邦控訴裁判所の先例にもはや依拠できなくなった・・・のではなく、巡回区間の法解釈の抵触を合衆国最高裁判所が解消したに過ぎないというのが、今日の理解である。

159 *E.g. Camreta v. Greene*, 563 U.S. 692, 709 n. 7 (2011).

下級裁判所の状況を分析した上でMeadは、地方裁判所も、控訴裁判所と同じように、水平的な（他の地方裁判所の判決だけでなく、自らの判決も含めて）先例拘束性の対象となるべきであると主張する。Joseph W. Mead, *Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States*, 12 Nev. L.J. 787, 789, 809-28 (2012).

力はない。その判決は実質的に原告指向の救済しか提供できず、また、その全国的な差止命令は他の裁判所を拘束しないし、できない。連邦地方裁判所の「全国的な差止命令」が他の裁判所や執行府を麻痺させ、争点をさまざまな裁判所が検討する余地を奪うのであって、より良き法の形成を妨げるというBrayの懸念<sup>160</sup>に対する答えは合衆国における先例拘束性の原理ということになる。合衆国が「異なる当事者との訴訟での争点効」について拘束されないのであれば、全国的な差止命令が適用される可能性に、そして、裁判所侮辱という制裁に、合衆国の官吏がビクビクする理由はなさそうである。

## 8. 全国的な差止命令の基準：私人間の紛争と完全な救済

これまでの議論を見る限り、全国的な差止命令の対象となるのは連邦の機関だけのように見えるが、鉄道事業のような大規模で、州の境界を超える経済活動が盛んになった19世紀後半以降、私人間の紛争においてもかなりの数の全国的な差止命令が発給されていたようである。そして、近年でも、私人間の紛争に関する全国的な差止命令の申立が認容されていると、Zayn SiddiqueのNational Injunctions<sup>161</sup>は指摘する。例えば障害のあるアメリカ人法Americans with Disability Act (ADA) を根拠に、全国展開する小売店やホテルの出入り口アクセスの改良を求める訴えに対し、申し立てられている被害が全国的な差止命令にふさわしいことを救済を求める当事者が適切に主張立証<sup>162</sup>したか、言い換えると、申立人の被害者に関する代表性と被害の全

160 Bray, *supra* note 2 at 420 and 461.

161 Siddique, *supra* note 1 at 2107-19.

162 全国的な差止命令が認められたColorado Cross-Disability Coalition v. Abercrombie & Fitch, Co., 765 F. 3d 1205 (10th Cir. 2014)と、認められなかったScherr v. Marriott International Inc., 703 F. 3d1069 (7th Cir. 2013); Short v. Fulton Redevelopment Co., 390 F. Supp. 517 (S.D. N.Y.), affirmed 398 F. Supp. 1234 (S.D. N.Y. 1975)との違いを、Siddiqueはクラス代表の認定ではなく、全国的な被害の主張立証の違いにあると評価する at 2110-11. それはクラスを念頭におかないが、被害が全国的に存在する知的財産*e.g.* Hyatt Corp. v. Hyatt Legal Services, 736 F. 2d 1153 (7th Cir. 1984) (商標の希釈) と特定の州法を根拠とするAllergan, Inc. v. Athena Cosmetics, Inc., 738 F. 3d 1350 (Fed. Cir. 2013) (州不当競争法) との違いからも、全国的な被害の射程の有無が共通項ということになるSiddique, at 2115. あるいは、死後のパブリシティを承認する州においてだけ差止命令は認められるとしたHerman Miller, Inc. v. Palazzetti Imports and Exports, Inc., 270 F. 3d 298, 327 (6th Cir. 2001)がある。

国性という2つの指標に照らし、どちらかが満たされたならば、申立人にとっての完全な救済実現のために全国的な差止命令が必要であると、どの裁判所もはっきりと述べていないが、実際の判断において根拠としている基準であるように見えるという<sup>163</sup>。

さらに、申立人に適切な当事者適格が認められるならば、全国的な被害の存在を主張しているわけではないとしても、全国展開をする企業が従事する侵害行為は孤立した出来事ではなく、政府の政策を無視した方針の実施という立場から地理的な制約を超えた政策に対する全国的な差止命令が完全な救済実現には不可避である<sup>164</sup>、そのような方針を差止めなければ問題は再発すると裁判所が判断することがある。「頑固に方針を改めないという実績records of continuing and persistent violations」「違法な行為に従事する傾向proclivity for unlawful conducts」があるならば申立人以外は「付随的incidental」「偶然accidental」に全国的な差止命令の利益を享受するところから、Siddiqueは付随的全国的な差止命令incidental national injunctionsと分類する<sup>165</sup>。

コモン・ロー上の救済とエクイティ上の救済との関係は、伝統的に、エクイティという裁判所の裁量権の限界を画す概念として説明されてきた<sup>166</sup>。エクイティの格言を引用するならば、エクイティは「中途半端ではなく、正義を実現するdelight to do justice and not by halves」、*「間違った状態を救済せずに放置はしないnot suffer a wrong to be without a remedy」*、つまり、完全な救済の実現を目指す。そして、1938年のF. R. Civ. P.統合の結果、裁判管轄、手続、裁判所の姿勢、救済などにおいて、エクイティの優位が明らかになったとされている<sup>167</sup>。

163 Siddique, *supra* note 1 at 2107-08.

164 Brennan v. J.M. Fields, Inc., 488 F. 2d. 443 (5th Cir. 1973).

165 Siddique, *supra* note 1 at 2117-19.

166 コモン・ロー上の救済が危害を適切に修復adequately repair the harmすることができれば、エクイティ上の救済は利用できない。これは1938年のF. R. Civ. P.導入の前も後も変わらないという。See, Douglas Laycock, The Death of the Irreparable Injury Rule 22 nn. 80 and 81 (1991).

167 Stephen N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. Pa. L. Rev. 909 (1987).



そこで、裁判所が、完全な救済のためには全国的な差止命令が必要不可欠であると判断したならば、その判断根拠を明示し、筋道の通った決定であることを説明することで、裁量権限の逸脱や濫用が抑止され得る。申立は、本来ならば、適格性のある当事者が主張立証した広範に及び得る被害が回復不能にならないうちに必要かつ十分な形で適切な救済が提供されるよう求めるものであり、争点の政治的社会的重要性とは異なる観点から、裁判所の判断も評価されるのであって、その際には選択した結論についてのきちんとした説明が必須である。判断根拠が常に示されるようになると、全国的な差止命令の申立を政治的、戦略的に用い、執行権に対する制約を期待し、あるいは、執行権の行使にお墨付きを得ようとするという法廷地あさりの誘惑に対して抑止効果が期待できる。

Siddiqueは私人間の紛争における差止命令の地理的射程の判断基準である「necessary to provide complete relief to the plaintiffs原告に対しての完全な救済のために必要な限度」に着目し、連邦の執行機関が被告となっている場合も同じ基準が有用である<sup>168</sup>ので、差止命令に関するF. R. Civ. P. 65にその趣旨を反映するよう、提言する<sup>169</sup>。裁判所が「謙抑」的に判断することに若干の懸念を抱いているようでもある。

振り返ると、合衆国最高裁判所はすでに1979年には、地理的な管轄権の制約を否定しており<sup>170</sup>、合衆国と連邦機関に関しては、異なる当事者との訴訟での（合衆国に不利な判断に関する）争点効は、別な当事者との訴訟に及ばないnonmutual offensive collateral estoppelと判断している<sup>171</sup>ので、全国的な差止命令の存在は他の裁判所における同じ争点に関する訴えに対する同じ答弁を妨げることにはならず、異なる裁判所が異なる結論に到達することも、その結果、同一の争点に関してたような議論が浸透し、深化することも妨げられない。このように見ると、全国的な差止命令を、当然のこのように、否定することは難しい。裁判所はその判断において根拠を明白に述べること、

---

168 Siddique, *supra* note 1.

169 *id.* at 2141, 2148.

170 Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682 (1979).

171 United States v. Mendoza, 464 U.S. 154 (1984).



そして、申立人の被害者に関する代表性と被害の全国性という2つの指標に照らし、妥当性があるかを評価することが、野放図な裁判所の権限濫用に対する歯止めとなると考える他、なさそうである。

ところで、原告は間接的な被害しか被っていない、統治機構の作為や不作為と被害との間の因果関係は希薄であるといった原告の主張に対しての、一見すると法技術的ともいべき当事者適格や裁判所による差止命令に対する寛容ではない判断の背景には、裁判所は政治的な思惑に基づく判断には慎重になるべきで、社会の多数者の意思こそが民主主義における選択過程として尊重されるべきで、訴訟ではなく、政治過程に訴えるべきである、裁判所は社会全体の支持がない<sup>172</sup>問題に対して、裁判所は慎重を期すべきであるという判断が先行しており、それが権力分立という説明に結びついてきた。合衆国憲法の構造に関する議論は、訴訟における争点としてよりも、より広範な文脈における討議と熟慮が望ましいように思われる。

## 8. 執行権に対する政治的な抵抗として差止命令を申し立てるのは間違い？

1938年のF. R. Civ. P.制定がもたらした「エクィティの勝利<sup>173</sup>」は連邦の公法に関する限り、限定的で<sup>174</sup>あり、その是非は別にして、連邦の裁判所は自らの裁判管轄について縮小する判断をしている。たとえば合衆国最高裁判所は、1971年、*Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*<sup>175</sup>において、制定法が訴因を明示していない場合に合衆国憲法の規定から直接訴訟の根拠を導き出せると判断したが、その後、連邦議会の判断に敬意を払うという説明に依拠しながら、訴訟の根拠について限定的な解釈

172 ここで微妙なのは、かつてのように裁判官のような社会のエリートと「普通の」人々との間にある程度の価値観の齟齬があっても、エリートの間には共通の価値認識があったとされた時代とは異なり、今日の価値対立はエリートも「普通の」人々も分断していることから自らの周辺には同じような価値を支持する人々しかいなくなり、異なる価値の支持者は社会の周辺にしかいないエクセントリックな少数派（そして、自分と同じような価値を支持するのが社会の良識的な多数派）であるという認識を裁判官が持つようになると、自らの判断の価値中立性を疑わなくなる、そのような時代が到来しているように思われることである。

173 See, *supra* note 167 and accompanying text.

174 Thomas D. Rowe, Jr., *In Completeness of Equity's Triumph in Federal Public Law*, 56 Law & Contemp. Probs.105, 105 (1993).

175 *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971)

を積み重ねてきた<sup>176</sup>。そのような裁判所の裁量権限に対する自制を肯定し、全国的な差止命令を支持しない立場からWasserman<sup>177</sup>は、全国的な差止命令が歴史的に見た裁判所のエクィティ上の権限の射程、合衆国憲法第3篇、そして、エクィティが実現すべき個別具体的な必要性の要件と矛盾するという<sup>178</sup>。

Wassermanは典型的な憲法訴訟を、政府の執行に対して憲法上の権利が侵害されると主張する人々が抗弁として権利者が執行行為の根拠である法律などについて違憲無効であると主張するのであって、権利があると主張する人が予防的に政府の法律などの執行を中止させるべく、政府を訴えるのではないと、説明する<sup>179</sup>。

Brayと同様<sup>180</sup>、Wassermanは、第14修正に抵触しているので違憲と判断された州法の執行を州の司法長官に対して連邦の裁判所が差し止めることができると判断した1908年のEx parte Young<sup>181</sup>が、憲法上問題があると判断された州法に対して、（州に対する主権侵害とはならないならば）執行に先立ち予備的に差し止めることができる<sup>182</sup>ので、複数の訴訟同時進行を制御する場合に限定されないと拡張解釈されたことと、1934年にDeclaratory Judgment

---

176 21世紀になってからでも、Saucier v. Katz, 533 U.S. 194 (2001); Correctional Services Corporation v. Malesko, 534 U.S. 61 (2001); Hartman v. Moore, 547 U.S. 250 (2006); Wilkie v. Robbins, 551 U.S. 537 (2007); Minneci v. Pollard, 565 U.S. 118 (2011)など、「明白な線」を引いて連邦の裁判所のエクィティに関する管轄、あるいは、裁量権限を一層狭く解釈するという傾向は変わらない。

177 Wasserman, *supra* note 3 at 358-363.

178 合衆国最高裁判所がDoran v. Salem Inn, Inc., 422 U.S. 922 (1975)において、差止命令の射程に関し、条例の執行停止は訴訟当事者に限定されると述べたat 931ことを指摘する Wasserman, *id.* at 339.

179 たとえ裁判所が法律などの執行は憲法違反であると権利があると主張する人に有利な判断をしたとしても、裁判所が執行停止できるのはその人に対してだけであり、他の人々に対してその効力が失われることはなく、法律などの将来的な執行停止という救済の効力は訴訟当事者だけに及ぶ。裁判所が法律を「無効にし」、「違憲と宣言し」ても違憲と判断された法律などがthe United States Code (USC) 合衆国法律全集から自動的に消滅すること、連邦議会が当然に法律廃止の手続をとることはなく、これらを存在しないかのように見なす裁判官や政治家の態度は誤解を招く。Wasserman, *id.* at 358-59.

180 Bray, *supra* note 2 at 450.

181 Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908)

182 Virginia Office of Protection and Advocacy v. Stewart, 563 U.S. 247, 255-257 (2011).

Act宣言判決法<sup>183</sup>が制定されたことが転機になったという<sup>184</sup>。合衆国憲法第3篇の「cases and controversies争訟性」は、当事者適格や訴えの利益を通じて、個別具体的な人が個別具体的な被害を被る、あるいは、その蓋然性が（場合によっては繰り返されることで）非常に高い事案について連邦の司法権は行使されるべきであって、連邦の裁判所への訴えの提起は裁判所による一般的な法解釈の宣言を求めているわけではないという立場からすれば、当然であるかもしれない。だが、法の支配、衡平、法的安定性と予測可能性などを考慮するならば、裁判所は個別の事案についての法のあり方を検討するだけであって、その判断の一般性は否定されなければならないということにはならないと思われる。司法権の恣意的な濫用を制約しなければならないという積極的な司法権行使に対する否定的な判断が統治機構としての裁判所に内在する政策形成機能を「あり得ない」と、その判断に対するしっかりした根拠と説明を求める代わりに、駝鳥<sup>185</sup>のように現実を無視することになってはいないだろうか。

## 10. 全国的な差止命令に関する「結語」

1988年、Scalia裁判官は「原告は、有害な作為や不作為が起きる前にそれを差止める裁判所の命令を望むかもしれないが、事後の損害賠償こそが、非常に例外的な場合を除くと、『適切な救済』であると考えられている<sup>186</sup>」と述べ、イングランドでは1873年の裁判所の統合により、連邦の裁判所においては1938年のF. R. Civ. P.による裁判手続の統合の結果、コモン・ローとエクイティとの区別がなくなったにも関わらず、今でも救済の原則は金銭的損害賠償であり、エクイティ上の救済はF. R. Civ. P. 65<sup>187</sup>にあるように4要件を満たさなければならないという。裁判所の判断を分析する限りでは、エクイティ上

183 Declaratory Judgment Act, 28 U.S.C. § § 2201-2202. Act of June 14, 1934, ch. 512, 48 Stat. 955.

184 Wasserman, *supra* note 3 at 357.

185 実際のところ、駝鳥は巣の中の卵を返すために頭を下げる場面を観察した人々が誤解をしたのであって、危険を回避するために頭を砂に埋めることはないという。

186 Bowen v. Massachusetts, 487 U.S. 879, 925 (1988), Scalia J. dissenting.

187 See, *supra* note 10 and accompanying text.

の救済における回復不能という要件は実際には全く機能していない、エクイティ上の救済は例外ではないという1991年のLaycockの実証的な研究<sup>188</sup>は、あらゆるところで引用されるにも関わらず、誰も読んでいないという意味で『古典』と化してしまっただけである。

（当事者の法的に認められ得る利益を訴訟終結までは保護する意図がある暫定的差止命令を求めるといふ）全国的な差止命令を評価する際の根本的な問題は、裁判所のリップ・サービス<sup>189</sup>にも関わらず、エクイティ上の救済は例外ではなく、裁判所は、コモン・ロー上認められる代替的金銭賠償という救済であるのか、エクイティ上認められてきた救済であるのかを問わず、原告・申立人の請求する救済を、認容すべきではない明白な理由がない限り、拒絶しないという現実認識が共有されていないことであるのように思われる。この場合の「明白な理由」とは、原告・申立人の本案に関する主張が認められる蓋然性、差止命令が原告・申立人と被告・被申立人にもたらし得る不利益の比較衡量と、命令という判断が公共の利益に与える影響<sup>190</sup>ということになる。換言すると、原告・申立人に本案においてその主張が認められるという蓋然性があるならば、完全な救済を提供するために必要な限度において、あるいは、必要である以上に被告・被申立人に対する負担とならない限度において、裁判所は差止命令を認める。そして、その限度の判断の中に地理的な考慮や差止命令の対象となる範囲の考慮が入ってくるが、「全国的」であることや「連邦機関の公務員」であることは、当然に、差止命令を否定する根拠とはなり得ないという結論になる。賢明で、法理論上健全な判断に基づく全国的な差止命令を、否定する根拠はない。

---

188 Laycock, *supra* note 166.

189 「裁判官たちがもはや判決の中でその話をしないというわけではない。・・・救済の選択が問題となるときにはいつでもその要件は満たされているので、裁判所の判断に対する制約とはなっていないという意味である。」 Douglas Laycock, *The Triumph of Equity*, 56 Law & Contemp. Probs. 53, 54-55 (1993).

190 *See*, Winter v. NRDC, Inc., 555 U.S. 7, 24, 32 (2008); eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 391 (2006); Amoco Production Co. v. Gambell, 480 U.S. 531, 542 (1987).