

米国の裁判所で提起された外国仲裁判断確認訴訟に おけるフォーラムノンコンビニエンスの法理の適用

——*Figueiredo* 事件に見るコモンロー法域の新展開とシヴィルロー法域との交錯——

坂 本 力 也

はじめに

- 一．問題の所在
- 二．問題の背景
- 三．コモンロー法域の新展開
- 四．FNCの要件と関連判例
- 五．*Monegasque* 事件（M事件）
- 六．*Figueiredo* 事件（F事件）
- 七．若干の検討
おわりに

はじめに

国際仲裁に関する裁判所の手続でコモンロー法域の法理であるフォーラムノンコンビニエンス（*Forum Non-Conveniens*（以下、「FNC」と言う））が適用されうるステージには二つある。一つは、合衆国最高裁の *Scherk* 事件の⁽¹⁾ように、仲裁合意が在るにもかかわらず裁判所に提訴された訴訟の却下を求めて妨訴抗弁が提出

される場合であり、もう一つは仲裁判断の承認執行訴訟において判断債務者が当該訴訟の却下をFNCに基づいて申立てる場合である。本稿で考察するのは後者である。

なお、本稿では、米国での外国仲裁判断の「recognition (承認)」には「confirmation (確認)」という法律用語が使用されているため「承認」を「確認」と置き換えて示す。仲裁判断を「確認する (confirm)」とは、仲裁判断の承認執行を目的として仲裁判断を裁判所の判決として登録する米国の裁判所での手続を意味する。

一・問題の所在

国際民事紛争を解決する手段として訴訟よりも仲裁を選択するメリットのひとつには、外国仲裁判断の承認と執行を一定の条件の下で認める条約の存在がある。本稿で言及されるその種の条約はNY条約(外国仲裁判断の承認および執行に関する国際連合条約 [U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards]⁽²⁾)とパナマ条約⁽³⁾(国際商事仲裁に関する米州条約 [Inter-American Convention on International Commercial Arbitration])である。これらの条約の締約国は他の締

約国で下された仲裁判断を一定の条件下で執行する義務を負い、これは仲裁による紛争解決を積極的に支持する米国の政策と合致している。

本件で検討する法的争点は、米国でNY条約またはパナマ条約の下で提起された外国仲裁判断の承認訴訟においてFNCが適用され、同訴訟が却下される要件とその適否である。

二・問題の背景

二・一 NY条約とパナマ条約

NY条約の締約国の数は現在一四六カ国にもなった。同条約は、承認執行訴訟の対象を明示的に「国際仲裁判断」に制限していない⁽⁴⁾。締約国である米国は、その第一条三項⁽⁵⁾の留保宣言を行っているため、相互主義に基づき、執行国以外の締約国の領域で下された仲裁判断を承認執行訴訟の対象とすることができるとしている。したがって、紛争の原因となった取引が国境を越えていること、または、当事者が国籍を異にすることを、その適用の要件とはしていない。すなわち、NY条約は、国際仲裁判断のみならず、「外国仲裁判断」についても世界規模の執行を目

指している。^⑥

他方、パナマ条約は米国を入れて一九の締約国（仮も含む^⑦）を擁している。だが、NY条約第一条一項^⑧に定められた締約国の領域で下された仲裁判断には言及していないため、外国仲裁判断を対象としているかが問題にされることがある。実際、判例の中には、パナマ条約は、仲裁手続とその当事者そして仲裁の対象となった関連取引が一国の国境を越えていない場合は適用しないと示すものもあるが、同条約には、連邦仲裁法三〇二条^⑩を通してNY条約のほとんどの条文が組み込まれていることから、その対象は実質的にNY条約と変わらないとの見解がある。^⑪

二・二 管轄権とFNCの立証順位

米国の裁判所で適正手続き（デュープロセス）を充足し既判力を有する判決が下されるためには、事件と争訟の内容に対する事物的管轄権と紛争当事者に対する領域的管轄権（人的管轄権）の両方の存在が求められる。これらの要件は、一般的に実体的審理を求める契約違反や不法行為等に関する訴訟でも、また、略式的手続である

外国仲裁判断の確認訴訟においても充足されなければならない。^⑫ 米国内に存在しない外国にいる被告に対しては、「公明正大さと実質的正義」を満たす最小限の接触があれば、当該被告に対する適正手続を充足する領域的管轄権が存在すると判断される。^⑬

管轄権とFNCの立証順位については、連邦の巡回区控裁レベルで判断が分かれていた。しかし、合衆国最高裁が、*Sinochem International v. Malaysia International Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007) において、審理の便宜、公平性、及び訴訟経済の観点から、事物的管轄権または人的管轄権に関する審理を経ることなしに、FNCに基づいて訴訟を却下する裁量権を連邦地裁に認めた。

二・三 フォーラムショッピングとFNC

米国では、裁判所に納める一律の訴訟開始費用、陪審制度、懲罰的賠償を含む高額な損害賠償の獲得の可能性、裁判所侮辱罪が課されるリスクのもとで展開される徹底したデイスカバリー（開示手続）、クラスアクションなど、原告保護の立場に有利とされる裁判制度がある。そこで、自国にこのような制度を持たない外国人の原告が、自己

に有利となる実体的な判断を獲得するために、米国の裁判所を法廷地として選択することがある。このような状況はフォーラムショッピング（法廷地漁り）という言葉で表現されることがある。FNCは、米国の受訴裁判所の裁判官が、前述のような外国人の原告によって提訴された米国の裁判所での訴訟を、無制限に認めることがないように、米国の裁判所以外に十分な代替的法廷地があることを確実にしたうえで、米国の裁判所の訴訟を却下することを可能にする。また、実体的審理を含む国際訴訟においては、米国の訴訟と外国の訴訟が競合している場合に、一つの事件に複数の異なった判決が下される状況を避ける役割も果たす。

他方、ある締約国の仲裁手続においてすでに実体的審理が終了している外国仲裁判断の執行が求められる略式的な確認訴訟では、判断債権者は、判断債務者の財産が米国にあるとき、NY条約やパナマ条約のもとで、その執行を目的としたフォーラムショッピングを積極的に行うことをFNCによって禁じられるべきではないとも考えられ、それは米国での確認訴訟が国際的に競合する場合も同様といえよう。例えば、スウェーデンの仲裁判断

の確認訴訟を扱ったカリフォルニア州北部地区連邦地裁の *Sony Ericsson* 事件¹⁴ では、タイの裁判所でも同様の訴訟が同当事者間で既に提起されていた。判断債務者は、同連邦地裁が仲裁判断の確認の是非を検討してしまうとタイの裁判所の判決と抵触する判決が下されるリスクがあることを理由に、タイがより便宜的な法廷地であると主張してFNCに基づき本件確認訴訟の却下を求めた。同連邦地裁は、タイの裁判所で判決の準備ができていないことが立証されていないと述べ、そのような状況下では同連邦地裁がタイの裁判所がすでに下した判決と抵触する判決を下すことはないこと、また、もしもタイの裁判所が執行拒否の判決を下そうとしても、そのような抵触する判決（実際、本件の連邦地裁は問題の仲裁判断を確認した）の可能性を以ってタイの裁判所を優先することを求められることはないことを示した。そして、第五巡回区の判例を引用し、米国の裁判所や他国の裁判所は、他の裁判所が仲裁判断を無効にしたとしてもその無効にされた仲裁判断の執行を認めてきたと論じ、本件をFNCのもと却下することはないと判断した。

三・コモンロー法域の新展開

FNCに基づき確認訴訟を却下する判例の存在は、米国の仲裁を強く支持する政策とグローバルな仲裁判断の執行の妨げになることから非難の対象となっている。¹⁵⁾

右の非難が一次的ピークに達したのは、まず、二〇〇二年一月に影響力の強い第二巡回区控裁において確認訴訟がFNCに基づき却下されてからであり、それをさらに強めたのは、二〇〇一年一月に同控裁が前述の二〇〇二年一月の事件を引用して確認訴訟を却下したときであった。その二〇〇二年一月の判例は、*Monegasque* 事件¹⁶⁾ (以下、「M事件」と言う)であり、前述の二〇〇一年一月の判例は、*Figureiredo* 事件¹⁷⁾ (以下、「F事件」と言う)である。実際、一部の研究者を除いて、多くの仲裁の研究者や実務家は、これらの事件について批判的な立場を取っている。M事件については、確認訴訟の段階で国家に対して責任を課そうとしていたため、FNCが適用される限られた事件として位置付ける動きはあったものの、¹⁹⁾ 同控裁がF事件でFNCを適用し確認訴訟を却下した際には、M事件を覆すことに対する

期待に反した判例として強い批判を受けた。²⁰⁾

現在、合衆国最高裁は本稿で検討する法的争点について見解を示していない。また、二〇〇八年と二〇〇九年の文献²²⁾からも、英国やオーストラリアといった米国以外の他のコモンロー法域においては、外国仲裁判断の承認執行訴訟にFNCの法理が適用され却下されたことはないことが読み取れる。この点で、コモンロー法域においては確認訴訟のFNCに基づく却下は、F事件によって、コモンロー法域における新たな展開として位置付けられたことになる。

四・FNCの要件と関連判例

FNCとは、²³⁾ 原告が選択した法廷地があまりにも被告に不便であるときに適用されるコモンローの法理であり、一般的に、シヴィルローの法域には存在しない法理として位置付けられている。²⁴⁾ FNCは、被告が訴訟却下を申立てる根拠のひとつである。本法理は、米国の連邦裁判所とほとんどの州裁判所で適用されており、原告が選択した法廷地がきわめて不便宜であると判断され、より適切な法廷地が受訴裁判所の所在する法域に存在しない場

合(存在していれば移送が可能)、受訴裁判所が訴訟却下を命じることを認める。受訴裁判所には、訴訟却下の命令を下す裁量が付与されており、当該命令は原告の救済の道を遮断することがないように条件付きで下されることもある。例えば、受訴裁判所は、より適切な外国の法廷地での訴訟の提起を命じることもでき、その際に、被告が出訴期限の徒過を抗弁として主張しないことを条件とすることもある。

四・一 要件

FNCの存在を確認しその適用を以って国内事件を却下する際に考慮される要件を具体的に示した合衆国最高裁の判例は、*Gilbert* 事件²⁵であり、他方、国際的な事件ではじめてFNCを再確認したのは*Piper* 事件²⁶である。一般的に、米国の裁判所は、FNCの下で事件を分析する際、(一)原告の選択した法廷地をどの程度尊重しなければならないのか(二)受訴裁判所以外にも十分な代替的法廷地(adequate alternative forum)が存在するか、及び(三)受訴裁判所が当該訴訟の審理を行うときの私的利益要素(private interest factors)と公的利益要素

(public interest factors)を比較衡量した結果が原告による受訴裁判所の選択が適切でないことを示すかどうかを検討する²⁷。

(一)の要件を検討する際、米国の裁判所は、外国人の原告による法廷地の選択を米国人の原告による法廷地の選択ほど尊重しない。その尊重度は「スライディングスケール」²⁸で量られ、米国を法廷地として選んだ理由が法によって認められる有効なものであれば高くなる²⁹。すなわち、米国と法廷地に対する原告と事件の関連が強くなるほど米国の法廷地に便宜が見出され、被告のFNCに基づく訴訟の却下を困難にするのである³⁰。もしも原告による法廷地の選択の動機が、その法廷地から得られる戦略的な利益を目したものであれば、原告による法廷地の選択への尊重度は低くなり、より便宜を図ることのできる他国の裁判所が存在することを被告が立証できれば、被告のFNCに基づく訴訟の却下がいっそう容易になるといった仕組みである。戦略的な利益を目した動機とは、原告が選択した法廷地に自分に有利な法律が存在していることや、陪審審理が存在していること、当該法廷地では原告に対して被告に勝った受入性が与えられること等、

フォーラムショッピングに基づくものである。³¹⁾

(二) の十分な代替的法定地の存在が認められるためには、(a) 被告が訴状の送達を受け取ることができること、及び (b) 選択された法定地の裁判所が紛争の対象を扱う訴訟を認めていること、が立証されなければならない。³²⁾

(三) の要件において、FNCのもとで分析されるべき私的利益要素には、例えば、証拠入手の相対的容易性、任意に出廷しない証人に対する出廷強制手続の存在、任意に出廷する証人を得る費用、現場の視察可能性、及び、事件の審理をいっそう容易に迅速に安価に行うことを可能とするその他の実務上の問題点がある。³³⁾ 他方、公的利益要素には、より混雑している裁判所で訴訟を進めていく際の困難性、招聘される陪審員の負担等がある。³⁴⁾

四・二 判例の流れ

連邦控裁が確認訴訟にFNCを初めて適用したのは一九九八年であり、それは第九巡回区の *Melton* 事件³⁵⁾であった。本件は、カリフォルニア州の連邦地裁において外国仲裁判断の執行訴訟をFNCに基づき却下された原

告が、NY条約の法定地条項 (venue provision) によってFNCの抗弁は認められていないことを主張し連邦控裁に控訴した事件である。しかし、控裁は、原告が下級裁判所でその主張をしなかったため本主張は放棄されたと判断し、私的利益要素と公的利益要素を比較衡量した結果事件を却下した。しかし、本件自体は、FNCを適用したもののその適否についてはNY条約との関係で検討したわけではなかった。その後、二〇〇一年になると、ニューヨーク州南部地区連邦地裁が後述するM事件の控訴前の原審において、NY条約第三条に基づきFNCを適用し確認訴訟を却下した。³⁶⁾ 同条は、「各締約国は、次の諸条に定める条件の下に、仲裁判断を拘束力のあるものとして承認し、かつ、その判断が援用される領域の手続規則に従って執行するものとする。この条約が適用される仲裁判断の承認又は執行については、内国仲裁判断の承認又は執行について課せられるよりも実質的に厳重な条件又は高額の手数料若しくは課徴金を課してはならない」と定める (傍点追加筆者)。すなわち、判断債務者である被告は、FNCによって外国仲裁判断の確認訴訟の却下を求める際、同条の「手続規則」という文言に

コモンローのFNCが含まれると主張しその適用の根拠とするのである。二〇〇二年になると後述する第二巡回区控裁のM事件も、同条の「手続規則」という文言にFNCを組み込む解釈に従って、確認訴訟をFNCに基づき却下した。また、二〇〇六年にはコロンビア特別区巡回区控裁においても同様の事件³⁷⁾があったが、同控裁は二〇一〇年に、米国所在の財産に対する仲裁判断の執行にはFNCは適用しないと判断した³⁸⁾。そして、二〇一一年には、第二巡回区控裁において、後述のF事件が、M事件を先例とし、FNCに基づき確認訴訟を却下した。

五. *Monegasque* 事件 (M事件)

〔事実の概要〕

本件の仲裁判断は、ロシア法人Xとウクライナ法人Yとの間のガス輸送契約(ウクライナを横切るパイプラインを通じてYがXのために欧州に自然ガスを輸送する)から生じた紛争に関するものであった。当該紛争の原因は、輸送者であるYが引き出したガスの量が大幅に契約の内容を超えていたことであった。Xは不法に引き出されたガスの対価の返還を請求し、Xの保険会社Zからそ

の返済を受けた。Zを再保険していたのが本件の判断債権者である *Monegasque De Reassurances S.A.M. (Monde Re)* (以下、「M社」と言う)であった。M社は、オーストラリアの再保険会社を親会社に持つモナコの法律下で設立された法人であり、そしてZの代位者でもあった。仲裁手続は、XとYのガス輸送契約に定められていた仲裁条項に従ってロシアのモスクワにある国際商事仲裁裁判所で開始されたが、右輸送契約の下でウクライナの輸送人であったV社が同契約の権利と義務を仲裁手続開始後に引き受けたためM社とV社の間ですすめられた。同仲裁裁判所は、M社がZに支払った八億ドル超の支払をV社に求める仲裁判断を下した。V社はモスクワ市裁判所に当該仲裁判断の取消訴訟を開始し、取消の理由として、M社もV社も右輸送契約の当事者でないため紛争が仲裁合意に含まれないこと、仲裁判断がロシアの公序に反すること等を主張したが、同裁判所は取消を拒否し、ロシア連邦最高裁も仲裁判断を認めた。M社は、モスクワ市裁判所とロシア連邦最高裁の判決が下る前に、V社のみならず仲裁契約の当事者ではないウクライナに対しても、右仲裁判断の確認訴訟をNY条約の下でニュー

ニューヨーク南部地区連邦地裁に提起した。M社がウクライナを当事者とした理由は、V社が同国の代理機関または *alter ego* であることがあった。V社は、FNC に基づく確認訴訟の却下を求め、自らがウクライナ法人であること、米国またはニューヨーク州と関連が無いこと、及び、本仲裁に関係のあるガス輸送計画その他の事柄はウクライナとその隣国で起きたことを主張した。その結果、同連邦地裁は、FNC に基づき確認訴訟を却下した。これに対して、M社は、NY条約下で提訴された確認訴訟にはFNCは適用しないと主張した。M社は、その主張の根拠として、NY条約の締約国は、仲裁判断を、その第五条に定められる七つの抗弁のみに従って第三条が定めるように「その判断が援用される領域の手続規則に従って執行する」と述べ、FNCはその七つの抗弁に入っていないのだから、米国の裁判所は、条約上の義務として、その裁判所が執行手続に便宜的であるかどうかを全く考慮することなく全ての外国仲裁判断を執行しなくてはならないことを示し、第二巡回区連邦控裁に控訴した。

〔判旨〕

控裁は、合衆国最高裁の *Scherk* 事件を引用し「条約の目的と米国がそれを採択し取り込んだことに潜在する主たる目的は、国際契約における商事仲裁の合意の承認と執行を促進することであり、また、締約国で仲裁合意が認められ仲裁判断が承認されることであつた」ことを確認した。そして、NY条約の第三条に触れ、仲裁判断は「その判断が援用される領域の手続規則に従って執行する」ことを認容する一方、同条約の五条に定められる仲裁判断の執行拒否事由は排他的であるとの理由からFNCによる確認訴訟の却下を否定するM社の見解を拒絶した。さらに、同条約の締約国の手続は、内国仲裁判断に適用されるときよりも一層大きな負担にならないように自由に適用することを求められており、その要求が満たされているかぎり執行国が適用する手続法は適切であると述べ、NY条約下での確認訴訟においてFNCが手続法として適用されうることを明示した。また、控裁は、外国の判断債権者によって選択された法廷地がNY条約以外に何ら関連を持たない場合、ウクライナとウクライナ法人に対してロシアの仲裁判断の確認を求める訴訟で

のFNCに基づく判断債務者の却下の申立においては、その選択された法廷地を尊重することはほとんどないと判断した後、広範なディスカバリーとおそらくは審理がウクライナの非署名者責任を判断するために必要とされること、証拠が米国内に存在しないこと、証人に米国の地裁からの召喚令状を送る権限がないこと、そして証拠文書がウクライナの言語であることから、ウクライナで手続を行ったほうがより「簡単で、迅速で、及び費用をかけない」ことを私的利益要素としてとらえ、また、本件は、米国が条約の締約国であることを除いて米国に何も関係がないこと、そして、VとYの間の契約の非署名者であるウクライナが同契約に拘束されるかという争点にはウクライナの法律が適用することを公的利益要素とし、それらをバランスした結果、FNCに基づき外国の再保険者であるM社の確認訴訟が却下されることは適切だと判断した。

六. *Figueiredo* 事件 (F事件)

〔事実の概要〕

本件の紛争の原因となった契約は、ペルーにおける上

下水道サービスに関する土木技術の研究を行うコンサルティング契約であった。契約の当事者は、本契約の労務を提供するためにペルーに事務所を構えていたブラジル法人 (*Figueiredo Ferraz Consultoria E Engenharia de Projeto LTDA*) (以下、「F社」と言う) とペルー政府の水処理プログラム (以下、「Y」と言う) であった。右契約には、「The parties agree to subject themselves to the competence of the Judges and Courts of the City of Lima or the Arbitration Proceedings, as applicable (「本契約の」当事者は、場合に依じて、リマ市の裁判官と裁判所の権限、または、仲裁手続きに服することに合意する)」と定めてあった。右契約について代金に関する紛争が発生したため、F社は右紛争解決条項に従い、Yに対してペルーで仲裁手続を開始した。ペルーの仲裁廷はYに対して約二一〇〇万ドルの支払いを命じる仲裁判断を下した。その金額は、主たる損害賠償としておよそ五〇〇万ドルに利子を加えたものと仲裁判断がなされた時点での生活調整費を含んでいた。ペルーの住宅建築衛生省 (以下、「Z省」と言う) は、ペルーの制定法では、ある状況において、ペルー政府の事業体に対し自ら

に対する判決を充足するために支払える金額を政府予算の3%までに制限しており（以下、「キャップ」または「キャップ制定法」と言う）、また、ペルー法のもとで、本件の仲裁は国内当事者を含まない「国際仲裁」であることから、損害回復額は契約上の金額に限られると主張し仲裁判断の取消を求め、リマ市の控訴裁判所に訴えた。

しかし、リマ市の控訴は、F社が契約と仲裁の中で自らの本籍をペルーと指定していることから、本仲裁は国内当事者のみに関与する「国内仲裁（national arbitration）」であり、エクイティーで認められた分の仲裁判断についても認められると判断した。ペルー法のもとでは、リマ市の控訴の判断は上訴できないため終局的なものとなった。

F社は、仲裁判断を執行する権利があると主張し、ペルー、Y、及びZ省（以下、総称して「控訴人」と言う）に対し、パナマ条約と連邦仲裁法によって適用を強制されるNY条約に従って、右仲裁判断の確認訴訟をニューヨーク州南部地区連邦地裁に提訴した。本訴訟は、ペルーが米国に有する多額の国債に対する右仲裁判断の執行を目的としていた。同地裁においては、F社は自ら

をブラジル法人であると主張していた。また、Yは、F社に対して既に約一四〇万ドルを支払っており、この金額は、キャップを反映したものであった。

控訴人は、右連邦地裁において、（一）外国主権免除法による事物的管轄権の欠如、（二）国際礼讓、そして（三）FNC、を根拠に確認訴訟の却下を申立てたが、同地裁は、すべての申立を拒絶した。

右連邦地裁は、FNCを検討するにあたって、適用すべき要素を順番にあてはめていった。同地裁は、まず、F社による米国の法廷地の選択に与えられる尊重性を検討し、「外国人である」F社による米国の法廷地の選択に対する尊重度は低いが、米国におけるペルーの多額の財産の存在を考慮するとF社によるその選択にはいくらかの重要性が認められると述べた。そして、仲裁判断の執行は既に終局的な仲裁判断を単に裁判所の判決にする略式手続であることを考えれば、F社による法廷地の選択がフォーラムショッピングに動機付けられていることを示唆するものは何もないと判断し、F社の法廷地の選択を認めた。

続いて、右連邦地裁は、「代替的法廷地の十分性」の

検討に移り、代替的法廷地は、被告に対して訴状の送達ができ、そして、紛争の内容を訴訟で扱かうことができるとき十分であるとされると述べ、ペルー法が仲裁判断の執行を認めている一方で、米国の裁判所だけが米国内に位置する外国の商業的財産を差押えることができるし、米国内に位置するペルーの財産をF社が獲得できる他の法廷地はないので、ペルーの裁判所は十分な代替的
法廷地ではないと判断した。

最後に、右連邦地裁は、FNCの検討の最後の要件である、私的利益要素と公的利益要素の比較衡量を行った。同地裁は、まず、私的利益要素は、本件のような略式手続のFNCによる却下を後押ししないと主張した。同地裁は、控訴人が、この主張に対して、本件の仲裁判断の確認訴訟は、通常の略式的確認訴訟と異なると述べ、また、ペルー法の下での複雑な争点と広範囲のディスクバリーを含む事件であると反論すると同時に、Yがペルーとは別個の法人であることを支持する多くの宣誓書を提出したことを指摘し、本件では、ペルーに対して仲裁判断の確認がなされうるかは、広範囲にわたるディスクバリーなしに判断されうるし、過去の類似した事件でも同

様の種類の文書によって判断がなされた事件があったことに触れ、その結果、私的利益要素が、FNCによる却下の否定を支持していると判断した。次に、同地裁は、公的利益要素の検討を開始するにあたり、米国の裁判所が国際契約における商事仲裁合意を執行する利益を有すると述べた後、本件はM事件と異なり、米国との関連を米国が条約の締約国であったこと以外に有していなかった事件ではないことを強調した。そして、F社が選択した法廷地にペルーの財産が存在し本件の目的が債務の回収であることを確認し、合衆国最高裁の *Shaffer* 事件³⁹を引用して、「*もしも International Shoe* 事件を適用していたら裁判所が管轄権を有していなかった請求について、財産の存在をその訴訟の管轄権の十分な根拠として扱う主たる理由は、加害者が対人的訴訟の対象とならない場所に自分の財産を移動させる便法を以って自らの債務を逃れることを可能とすべきではない」ことであると述べたうえで、本件におけるペルーも、同様に、パナマ条約の締約国となり米国に財産を維持しているのだから、FNCに基づいてその債務の支払いを回避しうるべきではないと示し、公的利益要素もFNCによる本件の却下を

否定すると判断した。

控訴人は、右連邦地裁がFNCに基づいて確認訴訟の却下を拒絶した判断につき第二巡回区控裁に中間控訴を行った。

〔判旨〕

控裁は、連邦地裁がFNCに基づき確認訴訟の却下を拒絶したことについて裁量権の乱用があったかを再審理するにあたり、連邦地裁が法律について誤っていたのであれば地裁の判決を覆すことができるとしたうえで、連邦地裁が、米国の裁判所だけが米国内に位置する外国の商業的財産を差押ええることができると判断して仲裁判断の承認と執行を認めるペルーを代替的な法廷地として不十分とみなした点に誤りがあったと指摘した。そして、公的利益要素の分析へと移ると、控訴人が重要かつ決定的であると主張するキャップ制定法に着目し、「かかる法律は米国の国際仲裁を推す公序に相反する」と主張したF社の見解に対して、「我々は、キャップ制定法がFNCによる却下を確実にするきわめて重要な公的利益要素であることについて控訴人に同意した。訴訟の両当事者の

一方当事者に特に重要であることは明白であり、特定の訴訟当事者には関係のない裁判所が混雑しているといった公的利益とは異なるが、にもかかわらず、判決を充足するための資金に対して支払いの割合を制約する主権国家の試みを重んじることを確実にすることに公的な利益はある」としその控訴人の主張を認めた。

さらに、控裁は、国の債務を充足するにあたって支払われる公共の資金の割合は、確実に「国家の特権と密に結びついている」ので、ペルーの裁判所は、「他の法域の制定法の意味を明確に述べる権限を付与されている唯一の裁判所」であるとした。そして、本件の契約がペルー政府の一部のような事業体と当時ペルーを本籍と主張した法人によってペルーで締結されており、同契約に基づいてペルーで提供された労務から請求が生じていることを指摘し、キャップ制定法を適用する公的利益要素を量ると米国の管轄権の行使に決定的に反する側に傾くと述べた。F社は、これに対して、このような状況では、FNCに基づく却下は確実ではないと主張し、その理由として、米国が国際契約における仲裁合意の執行を後押しすることから来る利益、そして、国際仲裁判断の執行

を認めているパナマ条約の条項を挙げたが、控裁は、そのような仲裁判断の執行は通常米国が好む政策でありパナマ条約によっても特に期待されているとして認めた一方、その一般的な政策は、ペルーのキャップ制定法の重要な公的要素に譲歩しなければならぬとしてF社の主張を退けた。さらに、控裁は、パナマ条約の第四条が明示的に国際仲裁の執行は、「…執行がなされる国の手続法に従って…命じることができ」と定めていること、また、FNCは「手続に関する」法理であることに触れ、同様の文言がNY条約にあることを指摘したM事件を引用した。

また、控裁は、ペルーはパナマ条約の締約国なのだから、米国のような条約の加盟国において、仲裁判断を自らに対して執行されるリスクを引き受けていたとの連邦地裁の判断に対して、「我々が指摘したように、条約は、締約国の裁判地の手続上の法理の適用を期待していただけでなく、我々の理解では、同様のリスクが検討される」とすると、F社には、ペルー政府の機関であると論じている事業との契約を締結したとき、キャップ制定法の適用を受け仲裁判断を回収しなければならないといったさ

らに重要なリスクがあった」と述べた。そして、F社からの申立はFNCに基づき却下されるものと判断し、すべての適用しうる出訴期限の適用を放棄することを前提に控訴人がペルーの裁判所での訴訟に同意することを条件として、また、もしもある理由からペルーの裁判所が本件の仲裁判断の執行訴訟を拒否した場合には、連邦地裁において再度訴訟を提起できることを条件とする。たうえで、連邦地裁の判断を覆し、連邦地裁に本件を差戻した。

〔反対意見 (リンチ判事)〕

リンチ判事は、多数意見がペルーのキャップはパナマ条約やNY条約の中で執行に対する抗弁として定められていないのでそれに基づき仲裁判断の承認を拒絶すると判断したことは誤りであり、合衆国最高裁がFNCの法理を連邦の専占目的で「手続の…法理」と示したことは⁴⁰事実であるが、多様性のある法律の伝統を持つ諸国から選ばれた条約の作成者達が、米国人によるその用語のきわめて技術的かつ明白な使用が国際仲裁判断の執行にあたえうる衝撃を考慮していたかもしれないと考える理由

はそれほど存在しないと述べた。そして、M事件以前は、条約の「手続」条項は、執行の方法についてのものではあつて執行の条件ではないと多くのコメンテーターが考えていたことを強調し、同条項が、国家がその仲裁判断の執行を拒否しうる方法を定めているわけでは決してなく、その点で、M事件の判断は誤っており条約に違反していると判断した。また、M事件とF事件の相違点にも触れ、FNCを確認訴訟に適用した先例としてM事件を認めながらも、本件にはFNCは適用されないと判断した。それらの相違点とは、M事件では地裁のFNCに基づく却下を控裁が認めた一方、F事件では地裁のFNCに基づく却下の拒絶を控裁が覆しており、この点でF事件は初めての事件であつたこと、そして、本件にはM事件に存在した実体的事項の審理が存在しないことであつた。

次に、リンチ判事は、多数意見が、*Piper* 事件で合衆国最高裁が判じた「実体法における変更の可能性は、通常、FNCの審理 (inquiry) において決定的または実質的なウェイトを付与されるべきではない」ということに気付いていたことを指摘したうえで、一般的に、FN

Cは、事件の却下がその事件を支配する実体法にどのような影響があるかを意識しながら目をつぶっているが、両当事者の一方が主権国家であるときは、実体的な法律上の争点は公的利益要素にその形を変えることができその分析において考慮されると解釈した多数意見の立場を「本裁判所は、先例にない論理的方法、そして、私が思うに、特に合衆国最高裁の支配的な法によって排除された方法でこの結果に行き着いた⁴¹」と強く批判した。さらに、合衆国最高裁の *Scherk* 事件を引用し、NY条約とパナマ条約が仲裁合意が尊重され仲裁判断が執行される基準を統一することを求めていることを述べ、シヴィルロー系諸国ではFNCが知られていないので、本件のような確認訴訟への拡大的なFNCの適用は、仲裁判断の国際的な相互執行性に矛盾するとも述べている。さらに、リンチ判事は、自らのその分析を、リステイトメント第三版国際商事仲裁の最新案によって補充する。すなわち、同リステイトメントの五—二一(a)条が、NY条約またはパナマ条約に基づく仲裁判断の執行訴訟はFNCを理由に停止または却下されない、と示していることを説明し、また、同条の解説を引用し、右条約の承認

拒否事由及び執行拒否事由は排他的にとらえられており FNC をそれらの事由としてとらえることは条約上の義務と矛盾することが明示されていることを示し、自らの分析が主観的なものではなく客観的なものであることを強調した。最後に、リンチ判事は、本件の仲裁判断についても執行を認めるいずれかの締約国は存在するのであると述べ、「私の心配は、多数意見の判決が本件の特定の原告に対して示唆することよりも、本件の判決がどのように本巡回区における FNC の法律を歪めていき商事仲裁の促進活動の努力（それについては米国も活動的な参加者である）を遅らせていくのにある。私は、多数意見は、我々がまさに特にその適用に慎重になり制限的であるべき文脈において、誤った、広範な、そして先例にみないアプローチを FNC について採択したと信じる、よって、謹んで「多数意見に」⁽⁴²⁾「反対する」と締めくくっている。

七・ 若干の検討

七・一 FNC に基づく確認訴訟却下の要件

M 事件において、FNC に基づき確認訴訟が却下され

た際の要件は、(一) 実体的事項の審理が含まれており、(二) それが他国に在る証拠と証人を必要としているが、米国裁判所の証人や証拠を強制する権限がその他国に届かない場合で、(三) 文書の言語が英語でなく、そして(四) 外国法の解釈が含まれること、である。他方、F 事件においては、(一) 実体的事項の審理が含まれていなくても、(二) 仲裁地にキャップ制定法があることであつた。

M 事件に見られる要件は、一般の訴訟で見られる FNC の適用と同様である。すなわち、*Gilbert* 事件で言われたように、「事件の審理を簡易に、迅速に、そして安価に」するために FNC を適用している。しかし、F 事件の要件を見ると、伝統的な FNC の適用要件から外れており、公的利益要素にペルーのキャップ制定法を新たに加えただけではなく、他の利益要素とバランスすることなく、それだけを理由として確認訴訟を却下している。⁽⁴³⁾

七・二 FNC の拡張

FNC は、もともと実体的審理を含む事件について国際的に十分な代替的法廷地に管轄権を分配する機能を

もった法理として理解することができる。故に、リンチ判事が指摘したようにM事件がFNCを適用し事件を却下したことは妥当であった。しかしながら、実体的審理を必要としない事件をFNCに基づき却下することはFNCの機能を以ってしても説明できない新たな展開である。

リンチ判事は、キャップ制定法が公的利益要素であるとの判断には先例がないと指摘した。これに対して、多数意見は、国家の資金に関する支払割合を制限するキャップや同様の類の制定法について主張があった訴訟が存在したのだから先例がないことは当然であり、争点というものはどこかではじめて生じるものであると論じ平然と受け流している。

結果的に、M事件もF事件も、FNCを執行拒否事由としてNY条約とパナマ条約に加えたことになる。合衆国最高裁も、現時点では、F事件のようなFNCの拡張が行き過ぎかどうかを判断していないため、両事件とも先例となりうる現行の有効な判例である。特に、F事件はFNCの適用要件を判断債務者が国家であるときに制限していない。したがって、今後も確認訴訟の被申立人

はFNCに基づき同訴訟の却下を主張して予が予想される。

七・三 シヴィルロー法域との交錯

国際的な仲裁の枠組から見ると、リンチ判事が指摘しているように、NY条約やパナマ条約の締約国の中でFNCを持たないシヴィルロー諸国と米国との間の仲裁判断の相互的執行性が保持できるかどうかの争点が残されたことになる。興味深いことに、多数意見はそのリンチ判事の反対意見に対する応答の中でこの争点については全く言及していない。

M事件やF事件は、FNCが適用されたことで、米国の裁判所が条約の解釈を避けることなく仲裁判断の承認執行を拒否しうる余地を取り去ってしまった。思うに、両事件ともNY条約やパナマ条約の第五条の執行拒否事由に直接触れることがなかったのは、FNCの存在があつたためであり、もしもFNCが適用されなければ同条のもと問題の仲裁判断を確認するかしないかの二者択一の選択の決断にせまられたはずである。実際には、M事件もF事件も、NY条約とパナマ条約の執行拒否事

由を見出す可能性は残されていたとも考えられる。例えば、M事件は、NY条約第五条一項(a)の仲裁契約の無効性として主張することができそうである。⁴⁴また、これらの条約に定められる執行拒否事由は存在しないとしたり、リンチ判事の見解⁴⁵には反するが、F事件でも、キャップを米国の公序を分析する一要素としてとらえ、NY条約とパナマ条約の第五条二項(b)の公序違反として主張することは、公序違反を裁判所が認めることは一般的に難しいにせよ、不可能ではなかったように映る。実際に、第二巡回区連邦控裁では、ストックホルムで破産申請手続を行った債務者に対してロンドンで下された仲裁判断の米国内での執行を認めなかった *Victrix Steamship Co.* 事件が、NY条約の第五条二項に触れなかったものの、スコットランドでの破産手続のもとで地元の財産が適切に配分されることが「公序」であるとし、同仲裁判断の米国での執行はその公序に反すると判じ、外国の法律が米国の公序違反を量る際の一要件となりうることを示している。⁴⁶

他方、FNCを持たないシヴィルロー法域においては、条件付却下を以って一旦管轄権を外国に配分して、外国

での判決を待ち、その出方を見て自国での仲裁判断執行手続を進めて行くことは難しい。

シヴィルローの法域である日本を例にとって考えてみても米国のFNCとの違いは顕かでありその共存には限界が見える。日本の裁判所でも、「特段の事情」の下で涉外要素を持つ事件を証拠収集の負担等を考慮し却下することができるとは認められる。⁴⁷しかし、米国のFNCと異なる点としては、例えば、米国の裁判官のように条件付きで訴訟を却下する裁量権は日本の裁判官にはないこと、また、米国のFNCの要件の一つである十分な代替的法廷地の存在は日本の裁判所が「特段の事情」で事件を却下する際に必要不可欠な要件ではないことがある。⁴⁸

おわりに

合衆国最高裁が *Scherk* 事件の脚注一五で述べているように、⁴⁹「締約国で仲裁合意が尊重され仲裁判断が執行される基準を統一すること」(“unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries.”)が、NY条約やパナマ条約の目的である。この観点から、F

NCは確認訴訟には適用されるべきではなく、あくまでもNY条約とパナマ条約の第五条を絶対的な執行拒否事由とし、条文の解釈の中で判断を下していくことが重要である。

国際取引に従事する当事者は、不慣れな外国の裁判所における法手続や予測困難な判決の執行性に曝される可能性が高い。そこで、実務では、当該外国の裁判所の法手続からの回避や前述の条約下での仲裁判断の執行を求めるために、仲裁での紛争の解決に合意することが多いといわれる。

国際取引に従事する者がそのような理由で仲裁を積極的に選択していることを背景に、右条約締約国の裁判所は、可能なかぎり外国仲裁判断を執行することを期待され、仲裁判断の承認と執行に適用される自らの法域に特有の法律を、その期待を裏切らないように解釈することを求められる。

故に、とくにF事件においては、米国は、条約の一締約国として、シヴィルロー諸国における影響に配慮し、FNCの確認訴訟への適用を控えるべきであった。

他方、F事件で見られたFNCの拡大的適用は、以下

の重要なことを我々に伝える。すなわち、外国仲裁判断の執行は、時として、外交に響く結果をもたらす場合があり、そのときは、他の締約国における同外国仲裁判断の承認執行手続により深く関わりながら米国での執行のあり方を考えていくことが必要ではなからうか、というメッセージである。そのような状況下においては、FNCによる条件付き却下は功を奏す。

にもかかわらず、FNCに基づく確認訴訟の却下は、FNCを持たないシヴィルロー法域との関係において、外国仲裁判断の執行性に関する基準の統一といったNY条約やパナマ条約の目的を果たしていないことにほかならない。

本稿を出発点として、米国での確認訴訟におけるFNCの適用の動向を追い続けると同時に、FNCの適用を排除する有効な契約条項に関する研究をすすめていく所存である。

(1) *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

(2) U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T.

2517.

(c) *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, Jan. 30, 1975, (SEPEF), 1438 U.N.T.S. 248.

(4) UNCITRALによつて一九八五年に作成された国際商事仲裁モデル法では、その対象とする仲裁判断を第一条一項で「国際仲裁判断」に限っていた。

(5) NY条約第一条三項は以下のように定める。「いかなる国も、…他の締約国の領域においてされた判断の承認及び執行についてのみこの条約を適用する旨を相互主義の原則に基づき宣言することができる。また、いかなる国も、契約に基づくものであるかどうかを問わず、その国の国内法により商事と認められる法律関係から生ずる紛争についてのみこの条約を適用する旨を宣言することができる。」

(6) NY条約の作成者は、「国際仲裁判断 (international awards)」を定義することが困難であることを認識し、「外国仲裁判断の執行を視野に入れていた」とされる。See Charles H. Brower II, *December Surprise: New Second Circuit Ruling on Forum Non Conveniens in Enforcement Proceedings*, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/01/20/december-surprise-new-second-circuit-ruling-on-forum-non-conveniens-in-enforcement-proceedings/>, citing

Albert Jan van den Berg, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958*, 17 (1981).

(7) アルゼンチン、ボリビア、ブラジル、チリ、コロンビア、コスタリカ、ドミニカ共和国、エクアドル、エルサルバドル、ガテマラ、ホンデュラス、メキシコ、ニカラグア、パナマ、ペルグアイ、ペルー、米国、ウルグアイ、ベネズエラ (内、メキシコとパラグアイは仮署名) 米州機構国際部のウェブサイト <<http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-35.html>> 参照。

(8) NY条約第一条一項は以下のように定める。「この条約は、仲裁判断の承認及び執行が求められる国以外の国の領域内においてされ、かつ、自然人または法人である」とを問わず、当事者の間の紛争から生じた判断の承認及び執行について適用する。この条約は、また、仲裁判断の承認及び執行が求められる国において内国判断と認められない判断についても適用する。」

(9) See *Energy Transport Ltd. v. M.V. San Sebastian*, 348 F.Supp.2d 186, 199 (S.D.N.Y. 2004).

(10) 9 U.S.C. § 302.

(11) See Brower, *supra* note 6.

(12) 拙稿「ニューヨーク条約下で米国の裁判所で提起された外国仲裁判断承認執行請求訴訟において求められる領域的管轄権の根拠」日本法学 四七三―五〇五頁 (二〇〇五) 参照。

- (13) *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).
- (14) *Sony Ericsson Mobile Communications AB v. Delta Electronics (Thailand) Public Co. Ltd.*, 2009 WL 1874063 (N.D.Cal. 2009).
- (15) Matthew H. Adler, *Figueiredo v. Peru: A Step Backward for Arbitration Enforcement*, 32 NW. J. INT'L L. & BUS. 38A (2012); The International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of N.Y., *Lack of Jurisdiction and Forum Non Conveniens as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 15 AM. REV. INT'L ARB. 407, 427-28, 433 fn. 98 (2004).
- (16) *In re Arbitration Between Monegasque de Reassurances S.A.M. v. Nak Nafto-Gaz of Ukraine*, 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).
- (17) *Figueiredo Ferraz E Engenharia de Projeto Ltda. v. Republic of Peru*, 665 F.3d 384 (2d Cir. 2011).
- (18) ブローワー教授は、F 事件を積極的に評価する。See Brower, *supra* note 6. F 事件を詳細かつ包括的に分析した文献として、Alan Scott Rau, *Research Paper No. 12-04 The Errors of Comity: Forum Non Conveniens Returns to the Second Circuit* (April 24, 2012), available at <http://ssrn.com/abstract=2045792> (last visited July 2, 2012) 参照。
- (19) See John S. Willems, *Shutting the U.S. Courthouse Door? Forum Non Conveniens in International Arbitration*, DISP. RESOL. J. 54, Aug-Oct 2003, <http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=509>.
- (20) その批判は、FNC 適用の基準を下げて、確認訴訟で管轄権を行使する傾向が強かった地裁が FNC を適用する機会を増加するのではないかと懸念に向けられてゐる。Brower, *supra* note 6.
- (21) Peter S. Gillies, *Forum Non Conveniens in the Context of International Commercial Arbitration*, Macquarie Law WP 2008-6 (2008), <http://ssrn.com/abstract=1103344>. 本論文は、英国、米国、オーストラリアの仲裁手続に関連した裁判所での FNC の適用について説明しているが、英国とオーストラリアでの執行訴訟については外国仲裁判断の承認執行訴訟において FNC が適用された判例に触れていない。
- (22) ポーン教授は、FNC の確認訴訟での適用は稀であり、今のところ米国のみに見られると述べている。Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 2402-03 (2009).
- (23) FNC の起源とされるスコットランドは英国の一部であるが、コモンローとシヴィルローが混合した mixed

- jurisdiction ㄲㄳ°。 See generally Ronald A. Brand, *Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments*, 37 TEX. INT'L. L. J. 467, 468 (2002).
- (24) See generally James L. Baudino, *Comment, Venue Issues Against Negligent Carriers -- International and Domestic Travel: The Plaintiff's Choice?*, 62 J. AIR L. & COM. 163, 192-95 (1996).
- (25) *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).
- (26) *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).
- (27) See *Norex Petroleum Ltd. v. Access Indus, Inc.*, 416 F.3d 146, 153 (2d Cir. 2005).
- (28) *Monde Re*, *supra* note 16, at 498.
- (29) *Iragorri v. United Technologies Corp.*, 274 F.3d 65, 71-72 (2d Cir. 2001) (*en bank*).
- (30) *Id.* at 72.
- (31) *Id.*
- (32) See *Monegasque*, *supra* note 16, at 499.
- (33) *Gilbert*, *supra* note 25, at 508.
- (34) *Id.* at 509.
- (35) *Melton v. Oy Nautor AB*, 161 F.3d 13 (9th Cir. 1998).
- (36) See *e.g.*, *Monegasque de Reassurances SAM v. Nafkogaz of Ukraine*, 158 F.Supp.2d 377 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).
- (37) *Terriorio S.A. E.S.P. v. Electrificadora Del Atlantico S.A. E.S.P.*, 421 F.Supp.2d 87 (D.D.C. 2006). 本件では、仲裁地の裁判所で既に取り消された仲裁判断の執行であつたことから却下された。
- (38) *Continental Transfert Technique Ltd. v. Federal Govt. of Nigeria*, 697 F.Supp.2d 46, 57 (D.D.C. 2010). 本件では、米国のみが米国所在の外国の商業財産を差押えることが可能であることから十分な代替的法廷地は存在しないと判断した。
- (39) *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 210 (1977).
- (40) NY条約やパナマ条約について示したわけではない。
- (41) *Figueiredo*, *supra* note 17, at 403.
- (42) *Id.* at 408.
- (43) M事件もF事件も、条約の締約国であつたこと、そして、判断債務者の財産が存在していたこと以外の関連を、米国の法廷地との間に有していなかったことから(もちろん)リンチ判事は反対意見でM事件において実際に財産がニューヨークに存在していたかどうか疑問を抱いている)、米国の法廷地との間にそれ以上の関連性がある事件においては、FNCの適用に基づく確認訴訟の却下の可能性は低くなると言えよう。
- (44) See *Rau*, *supra* note 18, at 11.
- (45) リンチ判事は、ペルールのキャップが保護されること

に反感を抱いているわけではなく、多数意見がキャップを根拠にFNCに基づく却下を認めたことは、法の選択の問題であるとして批判している。以下は、リンチ判事の言葉である。「私は、F社が米国内のペルーの財産に対して多額の判決を執行するために差押さえを行いそれにより発展国の予算を保護するために設けられたペルーの判決執行に関する制限を回避することを可能にすべきではないという議論に、いくらか魅力的なものがあることを認める。しかし、このような心配は、FNCの判断で分析される利益においては確固たるものではない。他の文脈においては、かかる政策的考慮は、準拠法の選択の分析に当てはまるかもしれない。すなわち、ペルーの本件の紛争における利益は、仲裁判断にどうか黙示的に取り込まれたものとしてその3%キャップの制限を尊重するほどおおきいのか？ペルーは、しかしながら、そのルール「3%キャップ」が法の選択の問題として本件で適用されるべきか議論しなかった、そして、口頭弁論においても、また、弁論後の本裁判所に対する補足的準備書面においても、通常の法の選択の原則のもとで、仲裁判断の執行は米国法によって支配されるであろうとの理由でその議論を行わなかったと率直に認めていた。多数意見は、その見解に申立を行わなかった、そして、私はそれを疑う理由は何もない。「NY条約とパナマ条約」は、国際仲裁判断を外国の司法判断に類似したものとす

ることを求めており、外国判決の執行には法廷地の法が適用することは十分確立されている。」*Figueiredo, supra* note 17, at 407-08.

(46) *Victrix S.S. Co., S.A. v. Salen Dry Cargo, A.B.*, 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987).

(47) 例えば、ナンカセイメン事件（東京地判平成三年一月二九日・判例時報一三九〇号九八頁・判タ七六四号二五六頁）参照。

(48) *Baudino, supra* note 24, at 194.

(49) *Scherk, supra* note 1, at 520 n.15.