

# 承認援助法と「主たる営業所」の判断

藤澤尚江

- I はじめに
- II 承認援助法と国内の裁判例
  - 1. 承認援助法
  - 2. 平成24年東京高決
  - 3. 小括
- III EU倒産手続規則・改正倒産手続規則
  - 1. COMIの判断要素
  - 2. COMIの判断基準時
  - 3. 小括
- IV UNCITRALモデル法
  - 1. COMIの判断要素
  - 2. COMIの判断基準時
  - 3. 小括
- V 各国判例——COMIの判断基準時
  - 1. 連合王国
  - 2. オーストラリア
  - 3. シンガポール
  - 4. アメリカ
  - 5. 小括
- VI 主たる営業所の判断
  - 1. EU倒産手続規則・UNCITRALモデル法との関係
  - 2. 判断要素
  - 3. 判断基準時
- VII おわりに

## I はじめに

2000年以降、日本でも国際倒産法制に関する整備が進んだ。このうちの1つ

が、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）の国際倒産モデル法（モデル法）<sup>1)</sup>に準拠した「外国倒産処理手続の承認援助に関する法律」（承認援助法）である<sup>2)</sup>。

しかしながら、承認援助法に関し、日本で公開された裁判例は極めて少ない。日本の裁判所の司法統計によれば、日本の裁判所に承認援助が求められた事例の数は、2006年から2020年までの14年間に18件とされる<sup>3)</sup>。UNCITRALのホームページでは、UNCITRALの法律文書に関する各国の事例要旨を掲載したデータベース（CLOUT）<sup>4)</sup>がある。CLOUTで確認できる日本の裁判例は3件のみである。このうち2件（麻布建物事件<sup>5)</sup>、リーマンブラザーズ事件<sup>6)</sup>）は、いずれも日本の判例集に未掲載の事件であり、CLOUT要旨等からは、外国倒産処理手続の承認・援助に関して特段の争いがあったことは確認できない<sup>7)</sup>。

日本の判例集で、承認援助法に関して裁判例を確認できるのは、東京高決平

- 
- 1) UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997).
  - 2) その他にも、1999年12月に民事再生法、2000年11月に民事再生法等の改正に関する法律が成立した。
  - 3) 裁判所：司法統計 民事・行政 令和元年度「第1-2表 事件の種類と新受」(<http://www.courts.go.jp>) (2021年4月13日確認)。
  - 4) Case Law on UNCITRAL Text, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).
  - 5) 東京地決平成18年12月7日（判例集未掲載）(Clout No.1478)。
  - 6) 東京地決平成21年9月30日（判例集未掲載）(Clout No. 1479)。
  - 7) 麻布建物事件については、片山英二ほか「特集 国際（海外・並行）倒産の新展開 日米にまたがる麻布建物（株）に見る～承認援助手続と国際並行倒産」事業再生と債権管理127号67頁以下（2010年）を参照。また、リーマンブラザーズ事件については、井出ゆり「リーマン・ブラザーズ・グループの国際倒産処理手続—国境を越えたグループ企業の倒産処理手続がもたらした問題点」日本国際経済法学会年報29号35頁以下（2011年）等を参照。その他にもCLOUTには掲載されていないが、日本で初めて外国倒産手続の承認が求められた事案として、韓国焼酎メーカー事件もある。しかし、当該事件もいずれの判例集にも掲載されておらず、事案については本件に関わった弁護士等の雑誌記事を参照するほかない。たとえば、山本和彦 [判批]『国際私法判例百選 [第2版]』242-243頁（2012年）、松下淳一 [判批]『国際私法判例百選 [新法対応補正版]』210-211頁（2007年）、田代祐子ほか「特集 国際（海外・並行）倒産の新展開 香港 酒造メーカーにみる外国倒産手続と承認援助手続」事業再生と債権管理127号103頁以下（2010年）などがある。

成24年11月2日<sup>8)</sup>のみである<sup>9)</sup>。この裁判例では、外国で行われた倒産手続が承認援助法の「外国主手続」にあたるかが問題となり、その判断基準である「主たる営業所」の所在地について争われた。モデル法では、外国主手続にあたる「主倒産手続」の判断基準として、「COMI (Center of Main Interest)」の概念が用いられるが、COMIの判断に関してはCLOUTでももっとも多く事例が見られる。そして、UNCITRALの国際倒産モデル法立法および解釈ガイド（立法ガイド）の2013年改正版<sup>10)</sup>でも、COMIの判断の容易化が改正の目的の1つとされていた<sup>11)</sup>。また、モデル法はEU倒産手続規則<sup>12)</sup>の前身を参考にしたとされるが、倒産手続規則の2015年改正版（「改正倒産手続規則」）<sup>13)</sup>においても、COMIの判断基準の明確化が主たる改正の1つとされる。

しかしながら、立法ガイドの改正がなされた後も、「主たる営業所」・「COMI」の概念は、モデル法を採用した国々で明確になったとはいえない。本稿は、UNCITRALの改正立法ガイドやEU倒産手続規則の改正、他国の裁判例等を参考に、日本における承認援助法の「主たる営業所」の判断基準について検討

---

8) 判時2174号55頁、判タ1386号354頁、金法1970号118頁、金判1410号39頁。

9) CLOUTには、本判決の原審が、Clout No.1335として掲載される。なお、本件地裁では、イタリア破産手続の効力が、債務者の日本国内にある財産に及ばないものとされていることが明らかであるとして、イタリア破産手続の承認が棄却されるべきかも争われた。

10) 国際倒産モデル法立法および解釈ガイド（UNCITRAL Cross Border Insolvency Law with Guide to Enactment and Interpretation (2013), *hereinafter mentioned as "Revised Guide"*). UNCITRALは、倒産モデル法に背景や説明的情報を加えることで、より効果的なツールとなると考えた。これらは、主として立法上必要な改正を準備する立法者や政府の行政部門に向けたものではあるが、裁判官や実務家、研究者等がモデル法を適用したり解釈したりするためにも有益な見解を与えたり、各国がいずれの条文を採用すべきか考える際の参考になるものとされる。本稿は、2013年に改正版として採用されたものを「改正立法ガイド」として参照する。

11) Revised Guide, para. 18 at 24.

12) Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, O.J.L. L160, 30/06/2000 pp. 1-18.

13) Regulation (EU) No.2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), O.J.L.141, 5/6/2015, pp.19-72.

するものである。

本稿では、まず、日本の承認援助法と「主たる営業所」の判断について問題となった日本の裁判例を概観する（Ⅱ）。次に、EUの倒産手続規則、UNCITRALのモデル法および関連する文書が、「COMI」の判断についてどのように規定しているのかを示し（Ⅲ、Ⅳ）、モデル法を採用した国が、近年、特に「COMI」の判断に関してそれぞれどのような見解を示しているのかを明らかにする（Ⅴ）。最後に、日本の承認援助法における「主たる営業所」の判断について、若干の検討を試みるものである（Ⅵ）。なお、本稿は、営業者である法人の倒産を対象とするが、必要な限りにおいてそれ以外の倒産にも触れるものとする。

## Ⅱ 承認援助法と国内の裁判例

### 1. 承認援助法

承認援助法は、外国倒産手続の日本における取り扱いを規律する法律である。前述のようにUNCITRALのモデル法を参考に、2000年に成立し2001年より施行された。外国判決の承認と異なり、外国倒産処理手続が承認された場合に、当該手続の効力が直ちに日本国内で認められるわけではない<sup>14)</sup>。当該手続が日本においていかなる効力を有するかは、日本の裁判所の裁量による<sup>15)</sup>。

承認援助法は、同一の債務者について複数の承認援助手続が競合する場合に、これらの手続が同時に進行することを認めない。したがって、いずれの手続が優先するかを決する必要がある。本法は、外国倒産処理手続を「外国主手続」と「外国従手続」に区別する。そして、既に承認が決定された外国倒産処理手

---

14) 承認援助法の承認と外国判決の承認との違いは、中西康「承認の理論的性格」山本克己ほか編『国際倒産法制の新展開』（金判増刊1112号）121頁以下（2001年）等参照。

15) 「承認援助手続の目的を達成するために必要がある」と裁判所が認めるときにのみ、強制執行等の他の手続の中止・禁止命令（25条・28条）、日本国内の財産の処分・弁済の禁止および処分等に対する許可（26条、31条）、担保権の実行としての競売手続等の中止命令（27条）、日本国内の業務・財産の承認管財人による管理を命ずる管理命令（32条以下）等の処分がされる。

続が「外国主手続」であれば、他の外国倒産処理手続の承認申立てを棄却しなければならない（62条1項）とする。他方、先に承認決定されたのが「外国従手続」であれば、後行の外国主手続は承認され<sup>16)</sup>、先行する従手続の承認援助手続は中止される（62条2項）。すなわち、複数の外国倒産処理手続のいずれを承認し援助するかは、第一には「外国主手続」か「外国従手続」かの判断により決められるのである<sup>17)</sup>。

承認援助法では、「外国主手続」を「債務者が営業者である場合にあってはその主たる営業所がある国で申し立てられた外国倒産処理手続」（傍点筆者）（2条2項）、「外国従手続」を「外国主手続でない外国倒産処理手続」と定義する（同条3項）。このように「外国主手続」を「主たる営業所」の所在地により判断するとしながら、承認援助法は、「主たる営業所」について、①いつの時点をもって判断するのか（判断基準時の問題）、②いかなる要素により判断するのか（判断要素の問題）明記しない。この点について争われたのが、次の東京高裁の事件である。

## 2. 平成24年東京高決<sup>18)</sup>

### (1) 事案の概要

債務者は、設立準拠法をデラウェア州法、登記上の本店をデラウェア州とする株式会社であったが、営業所はイタリアにあり、イタリア、日本を含む6箇

---

16) 山本和彦『国際倒産法制』125頁（商事法務、2002年）も参照。

17) 承認が求められる外国倒産処理手続がいずれも「外国従手続」であれば、原則として先に承認の決定がされた外国従手続が優先し、例外的に後行の外国従手続について援助の処分をすることが債権者の一般の利益に適合する場合には後者が優先する（承認援助法62条1項2号）。

18) 本事例の評釈として次がある。すなわち、長谷川俊明〔判評〕国際商事法務41巻6号840頁2013年、三森仁ほか〔判評〕季刊事業再生と債権管理27巻2号142～155頁（2013年）、向山純子〔判評〕NBL1014号72頁（2013年）、嶋拓哉〔判評〕判例評論660号（判時2205号）151頁（2014年）、多田望〔判評〕リマークス48号（2014(上)）134頁（2014年）、横溝大〔判解〕平成25年度重要判例解説（ジュリ臨時増刊1466号）308頁（2014年）、道垣内正人＝古田啓昌編『実務に効く 国際ビジネス判例精選（ジュリ増刊）』195頁〔田中信隆〕（2015年）。

所に子会社を有し、国際的な規模で事業活動を行っていた。平成23年3月14日、イタリアで本件債務者の破産手続（「イタリア破産手続」）の開始が申し立てられ、同年4月12日、破産手続の開始決定がされ、Yが破産管財人（「イタリア管財人」）に選任された。他方、平成23年5月18日、米国で本件債務者について連邦倒産法第11章に基づく倒産手続（「米国倒産手続」）の開始決定がされ、本件債務者自身がAを代表者として業務および財産の管理処分権限を行使することとされた。

Aは、平成23年8月11日、東京地方裁判所に対し、承認援助法に基づき、米国倒産手続を承認し、援助処分として本件債務者に対する債権者による強制執行等の禁止を求める旨の申立てをしたところ、東京地方裁判所は、同日午後5時、米国倒産手続を承認し、本件債務者に対する強制執行、仮差押え又は仮処分の手続を禁じる（ただし、米国倒産手続において弁済が禁止されていない債権に基づくものを除く。）旨の決定をした。Yは、平成23年10月14日、東京地方裁判所に対し、承認援助法に基づき、イタリア破産手続を承認し、援助処分として本件債務者に対して承認管財人による管理命令を発することを求める申立てをした。

原審（東京地決平成24年7月31日<sup>19)</sup>は、Yによる申立てのうち、イタリア破産手続の承認を求める申立てを棄却し、援助処分としての承認管財人による管理命令を求める申立てを却下した。そこで、Yがこれを不服として抗告した。

## (2) 判旨

### ① 判断の基準時

まず裁判所は、いつの時点をもって主たる営業所を判断すべきか、次のとおり示す。

---

19) 判時2174号61頁、判タ1386合359頁、金法1961合99頁、金判1410号45頁。原審に関し、イタリア管財人の代理人が解説したものとして、福岡真之介＝湯川雄介「国際並行倒産における「主たる利益の中心」(COMI)について－COMIについての本邦初の決定を素材として－」NBL987号56頁以下（2012年）がある。

「承認援助法が、……モデル法を踏まえて策定され、債務者について国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ることを目的としている（1条）ことに照らせば、同法の解釈として……債務者の「主たる営業所」判断の基準時をどうするかを検討するに当たっても、国際倒産事件が円滑に処理されるよう、判断が各国において区々とならないよう配慮すべきであるし、諸外国やUNCITRALがCOMIの判断についてどのような基準時を採用しているのかも参考にすべきと考えられる。」

「外国主手続についての判断は各国において統一されるのが望ましいところ、この判断基準時を各国における承認申立時点と解すると、[1] それぞれ異なる時点をもって判断することとなり統一を欠くこととなる可能性があるし、[2] 時点を選んで恣意的な承認申立てが行われる危険も発生することになる。また、時点を異にして複数の外国倒産処理手続の承認申立てがされた場合、後行の承認申立ての時点を判断の基準時とすると、倒産手続開始後の事業活動の変動等により、特にその倒産手続が清算型で事業を継続しない場合や再建型でも事業を譲渡するような場合には顕著であるが、このような場合には、[3] 主たる営業所の所在国が動いてしまうことが考えられ、判断の統一性が害されることになる。これに対して、最初に外国倒産手続の開始申立てがされた時点を実際の基準時とすれば、債務者が法的倒産手続の段階に入った動かない時点であり、統一した判断を確保できると考えられる。」

「諸外国の裁判例及びモデル法の解釈としては、概ね、最初の倒産手続開始の申立時が基準時とされているものとみることができる。」

「そして、承認援助法上の承認の対象となる外国倒産処理手続は、開始申立てがされていれば足り、開始決定がされている必要がない（承認援助法17条2項）ことを考慮すると、「主たる営業所」の判断の基準時は、最初に倒産手続開始の申立てがされた時点と考えるのが相当である。もっとも、例えば、最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合に

は、別の考慮も必要となることがあり得よう。

本件においては、……このような特段の事情は存在しないから、債務者について世界で最初に倒産手続開始の申立てがされた時点、すなわちイタリアで破産手続開始の申立てがされた平成23年3月14日……を基準時とするのが相当である。」

## ② 判断要素

次に、裁判所は、いかなる要素により主たる営業所を判断すべきか、次の通り示す。

「国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ることを目的とするものであること（1条）に照らせば、債務者の「主たる営業所」の判断基準ないし考慮要素を検討する場面においても、国際倒産事件が円滑に処理されるよう、各国において判断が区々とならないよう配慮すべきであるから、「主たる営業所」と同義である COMI についての諸外国の裁判例や UNCITRAL の議論がどのような考え方を採用しているかを参酌して、これを検討すべきである」

「グローバル化が進んだ現代において、特に国際的に展開する多国籍企業の事業活動にあつては、生産設備の所在地、販売等活動の地域、原材料購入の場所、それらに基づく債権者の分布、債権額の分布、従業員の配置等といったものは、世界各国に分散しているし、その時々の世界情勢に応じて変化させてゆくことが予定された流動性の高いものといえ、あまり普遍性はないと考えられるのに対して、こうした事業展開について意思決定を行い、企業活動全体を統括する本部機能ないし中枢の所在地といったもの、実際に企業全体の経営管理が行われている場所といったものの方は、企業活動の実質として普遍的な要素と考えられるから、このような観点から、本部機能ないし中枢等の要素が重視されて然るべきであるという考え方、予測可能性の点から債権者から認識可能な場所といった要素が重視されるべきであるという考え方にも、合理的な根拠があると考え。」

「諸々の考慮要素を全体として視野に入れて検討してみると、上述の本部機



能ないし中枢、あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債権者から認識可能な場所といった要素を重視すればもちろんのこと、その余の要素も全体としてみても、「主たる営業所」ないし「実質的な本社」は米国内に存在すると考えるのが相当である。」

### 3. 小括

上述の通り、日本で同一の債務者に対する外国倒産処理手続の承認が複数求められた場合、優先順位は、第一には外国倒産手続が「外国主手続」か否かで決まる。債務者が営業者であるとき、「外国主手続」は「主たる営業所」がある国で申し立てられた外国倒産処理手続とされるが、承認援助法は、①主たる営業所の判断基準時、②主たる営業所の判断要素を明らかにしていない。

平成24年東京高決は、①、②のそれぞれについて次のように判断した。すなわち、①主たる営業所の判断基準時は、原則として「最初に倒産手続開始の申立てがされた時点」とし、例外的に、「最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合」には別途考慮が必要であるとする。このような判断の根拠として、各国における判断の統一性が強調される。

次に、②主たる営業所の判断要素については、「債務者に関連する諸要素をすべて全体として視野に入れて検討し、事案に応じた裁判を行う」とし、「本部機能ないし中枢、あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債務者からの認識可能な場所といった要素については、重点的にその所在を検討して斟酌することとするのが相当」とした。これらは、「企業活動の実質として普遍的な要素」であるという観点から「本部機能ないし中枢等の要素」が、「予測可能性の点から債権者から認識可能な場所といった要素が、それぞれ重視されるべきことに合理的な根拠があるとするものである。

### Ⅲ EU 倒産手続規則・改正倒産手続規則<sup>20)</sup>

EU 法では、外国倒産手続の承認について、EU 倒産手続規則が規定する。EU 倒産手続規則の前身として、1995年にEU 倒産手続条約（Convention on insolvency proceedings）（倒産手続条約）が公表されていた。しかし、倒産手続条約の成立には全加盟国の一致が必要であったところ、英国が批准をしなかったために廃案となった。その後、2000年に、ほぼ同一の内容で倒産手続規則が成立し、本倒産手続規則は2015年に改正倒産手続規則へ改正されるに至った。以下では、改正倒産手続規則の条文に基づいて概要を紹介する。

改正倒産手続規則は、倒産手続を「主倒産手続（main insolvency proceedings）」と「従倒産手続（secondary insolvency proceedings）」とに区別する。主倒産手続の開始決定は、当該手続国で効力を生じた時から、他の加盟国全てにおいて承認される（19条）。原則として、主手倒産手続については、開始手続国の法に従い生じるのと同じ効力が、格別の方式なく他の加盟国においても生じる（20条1項）。他方、従倒産手続の効力が及ぶのは、従倒産手続を開始した加盟国の領域内に所在する債務者の財産に限定される（3条2項）。主倒産手続の承認によって、従倒産手続が排除されるものではない（20条2項）。

主倒産手続を開始する管轄権は、債務者の主たる利益の中心（COMI）が自国領域内に所在する締約国の裁判所が有するとされる（3条1項1文）<sup>21)</sup>。そして、COMI が所在する締約国以外の締約国も、自国の領域内に債務者の営業所（establishment）<sup>22)</sup>がある場合には倒産手続を開始する管轄権を有するとされる（3条2項）、この倒産手続が「従倒産手続」とされる（19条2項第2文）。

---

20) 倒産条約・倒産手続規則については、日本の文献として、阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について」国際商事法務41巻12号1802頁以下（2013年）、芳賀雅顯「国際倒産における担保権」法科大学院論集第7号351頁（2010）、貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』8頁以下、163頁以下（有斐閣、2003年）、河野俊行「ヨーロッパにおける国際倒産関連条約等・UNCITRAL 国際倒産モデル法とわが国の国際倒産法」国際私法年報第3号65頁以下（2001年）、高木新二郎『倒産法の改正と運用』251頁以下（商事法務研究会、2000年）等も参照。

## 1. COMI の判断要素

### (1) 規則改正前

改正前の倒産手続規則（改正前規則）に、COMI の定義はなかった。「会社または法人の場合、反証されない限り、登録営業所の所在が債務者の主たる利益の中心〔COMI〕と推定される」（改正前規則3条1項第2文）（〔 〕内は筆者）との推定規定と、前文に「〔主たる利益の中心〔COMI〕〕とは、債務者が自己の利益を通常管理し、そのために第三者から認識可能な場所をいう」（改正前規則前文13）（〔 〕内は筆者）との規定があるのみであった。COMI の解釈の手がかりとして、倒産手続条約に関するレポートに次の記載がある<sup>23)</sup>。すなわち、COMI の概念は、「債務者が、通常、自らの利益（interests）を管理し、従って、第三者から認識可能な場所と解釈されなければならない。……倒産は、予見可能なリスクである。従って、国際裁判管轄権（当該加盟国の倒産法の適用も含む）は、債務者の将来の債権者に知られる地によることが重要である。これにより、倒産時に見込まれる法的リスクの計算を可能にする。「利益（interests）」という文言の使用には、商業的、産業的、職業的（professional）な活動だけではなく、私人（たとえば消費者）の活動も含まれる。「主たる（main）」の表現は、これらの利益が異なる中心（centres）で行われる様々な活動を含む場合の基準として機能する」。

21) 改正倒産手続規則が適用される範囲についても、債務者の COMI が EU 加盟国（デンマークを除く）にある場合と COMI により確定される。債務者の COMI が EU 加盟国外にある場合や不動産が EU 加盟国外にある場合には、倒産条約の適用はなく各加盟国の国際私法により規律されることになる。See, COMMENTARY ON THE EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION, para. 0.30 pp.22-23 [Kristin van Zwieten] (Reinhard Bork and Kristin van Zwieten eds. 2016) ; THE EU REGULATION ON INSOLVENCY PROCEEDINGS, para. 3.11 at 52 and para.3.29 pp.63-64 [Ian F. Fletcher] (Gabriel Moss et al. eds. 2016).

22) 「営業所（establishment）」とは、債務者が人的資源や財産を用いて一時的ではない経済活動を、主倒産手続開始3ヶ月前までに行っていた事業所（place of operations）を意味する（2条10項）。

23) Miguel Virgos and Etienne Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, para.75 (1996).

COMIの判断要素に関して、規則改正前のリーディングケースとされるのはEurofood事件である<sup>24)</sup>。この事件で、欧州司法裁判所は次のように示した。すなわち、登録営業所をCOMIとする推定は、「客観的で第三者に認識可能な要素が、登録営業所の所在と異なる場所に現実の所在があることを証明する場合にのみ覆されうる」<sup>25)</sup>。このEurofood事件に続き、Interedil事件<sup>26)</sup>は、次のように示した。すなわち、「債務者会社のCOMIは、第三者により認識可能な客観的要素に基づいて証明されうるように、債務者の主たる管理（central administration）に重要性をおいて判断すべき」と解釈されなければならないとする<sup>27)</sup>。推定を反証する要素に関しては、第三者が認識可能な方法で、債務者会社が経済的活動を行うあらゆる場所、個別の状況に鑑み総体的に検討しなければならないとするのである<sup>28)</sup>。このように第三者による認識可能性が重視

---

24) Eurofood IFSC Ltd. Case C-341/04 [2006] ECR I-3813. Eurofood IFSC社は、アイルランドに登録営業所を有していた。Eurofood IFS社に対し、2004年1月27日にアイルランドで強制清算手続が開始され、2004年2月9日にはイタリアで特別管理手続が開始された。Eurofood IFS社のCOMIがアイルランドとイタリアのいずれにあるかが争われ、COMIの決定基準等に関し先行判決を求めて欧州司法裁判所に付託された（本判決についての日本語文献として、野村秀敏「EC倒産手続規則3条1項における主たる利益の中心の決定基準」野村秀敏＝安達栄司『最新EU民事訴訟法判例研究I』425頁以下（2013年、信山社）も参照）。

25) Eurofood IFSC Ltd. Case C-341/04 [2006] ECR I-3813, para.34.

26) Interedil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA, Case C-396/09 [2011] ECR I-00000 nyr (Celex No. 62009CJ0396). Interedil社は、イタリア法に基づき設立され、イタリアに登録営業所を有していたが、2001年7月18日に登録営業所をロンドンに移動し、イタリアの登録から離れ、連合王国で登録したが、2002年7月22日には連合王国の登録からも離れた。2003年10月28日にイタリアでInteredil社に対する倒産手続開始が申立てられたため、Interedil社は、登録を連合王国へ移動したことにより、倒産管轄を有するのは連合王国の裁判所であると、イタリア裁判所の管轄に異議を唱えた。COMIの決定基準等に関する先行判決を求めて欧州裁判所に付託された（本判決についての日本語文献として、野村秀敏「財産混同による倒産手続の拡張と国際倒産管轄権」野村＝安達・前掲注（24）438頁も参照）。

27) Interedil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA, Case C-396/09 [2011] ECR I-00000 nyr (Celex No. 62009CJ0396), para.37.

されるのは、倒産手続条約のレポートが示すように、債権者らが、自らの利益に影響をもたらす倒産がいずれの法制度により規律されるのか、事前に認識できるようにすべきであるからとされる<sup>29)</sup>。

## (2) 規則改正後

これらの欧州司法裁判所の判断を受け、2015年の改正により、倒産手続規則は、条文中に明文でCOMIの定義を設けることとなった。すなわち、COMIとは、「債務者が日常的に利益の管理を行い、かつ第三者により認識可能な(ascertainable)場所」とする(3条1項第1パラグラフ第2文)。認識可能性の判断については、「債権者と債務者が利益を管理していた場所に関する債権者の認識とに、特別な考慮がなされるべき」であり、債務者がCOMIを移動した場合には、債権者に事業活動を行う新たな場所を知らせるよう求められうる(前文28)。

改正後の規則でも、COMIは反証されない限り債務者が登録営業所を有する場所にあると推定される(3条1項第2パラグラフ)。この反証が可能な場合とは、登録営業所を有する場所以外の加盟国に、会社の主たる管理が行われる場所があることや第三者に認識可能な方法で経営や監督の実質的中心ないし利益の管理の実質的中心があることが、あらゆる要素の総合的な評価により立証される場合とされる(前文30)。そして、登録営業所等<sup>30)</sup>による推定が実質的なCOMIの所在により覆される構造は、詐欺的または濫用的な法廷地漁りを防ぐことを目的とするセーフガードであると説明される(前文29・30)。

---

28) See also, Cross-Border Insolvency, para.2.43 at 34 (Richard Sheldon general ed. 4<sup>th</sup> ed. 2011).

29) Bork & van Zwieten, *supra* note 21, para.3.42 at 131 [Wolf-Georg Ringe].

30) 改正前の規則では、COMIの推定は会社を含む法人以外について規定されていなかったが、改正により、自然人についても、主たる営業所または常居所の所在地をCOMIの所在地とする推定が規定された(3条1項第3・4パラグラフ)。

## 2. COMIの判断基準時

### (1) 規則改正前

EUの倒産手続規則では、改正前も改正後もEU加盟国で主倒産手続が開始されれば、その効果は自動的に他の加盟国に及ぶ。したがって、倒産手続の開始の判断をする際に、主倒産手続か否かの判断が必要となる。しかし、倒産手続開始の判断時とはいっても、それが手続開始の申立てがされた時点なのか、申立てがされた後に倒産手続が開始された時点なのかに争いがあった。

これを判断したのが、Staubitz-Schreiber事件である<sup>31)</sup>。欧州司法裁判所は、COMIの判断基準時を倒産手続開始の申立時としたが、その理由は次の通りであった<sup>32)</sup>。すなわち、第1に、倒産手続開始申立てから開始決定までの間に、債務者がCOMIを他の加盟国に移動させることは、当事者がより良い法的地位をえるため加盟国間で資産や司法手続の移動をする原因を避けるとする倒産手続規則の目的（改正前前文4）に反し、第2に、こうした移動は、債権者に債務者の追跡を続けさせたり手続を長引かせたりすることになり、効率的で有効な国境を超えた倒産手続という目的（改正前前文2・8）にも反する。第3に、申立てられた時点でCOMIが所在する裁判所に管轄を認めることは、債権者の法的確実性も保証する。債権者が、債務者と法的関係に入る際、COMIが所在する地で債務者が倒産した場合のリスクを算定しているからである。最後に、主倒産手続の普及的效果、従手続の開始、暫定的管理者の他国に所在する財産

---

31) Susanne Staubitz-Schreiber, Case C-1/04 [2006] ECR I-701. Staubitz-Schreiber氏は、ドイツに居所を有する個人事業主であった。Staubitz-Schreiber氏は、2001年に事業を停止し、同年12月16日にドイツで倒産手続の開始を申立てた。しかし、これを拒絶する決定がされたため、2002年8月4日に当該決定を取消し、倒産手続を開始するよう申立てた。しかし、2002年4月1日にStaubitz-Schreiber氏が生活と仕事のためスペインに移動していることから、申立ては却下された。これを不服として、ドイツ連邦通常裁判所に特別抗告が申立てられ、欧州司法裁判所に先行判決を求めて付託がされた。本判決についての日本語文献として、安達栄司「ECの国際倒産手続法（2000年EC倒産手続規則）における管轄権恒定の原則」野村=安達・前掲注（23）418頁以下も参照。

32) Susanne Staubitz-Schreiber, Case C-1/04 [2006] ECR I-701 paras. 25-27.

への保全権限により、債務者財産を広く手続の対象とすることが保証されている。

しかし、手続開始申立時を基準としても、債務者が法廷地漁りのために申立ての直前に COMI を他の締約国に移動させる恐れがあった。この申立直前の COMI の移動は、前述の *Interdil* 事件で現実となった。これに対し、欧州司法裁判所は、「債務者会社の登録営業所が倒産手続申立前に移動する場合、当該会社の主たる活動の中心は新しい登録営業所の所在と推定される」と判断した<sup>33)</sup>。

## (2) 規則改正後

改正後の倒産手続規則では、COMI の推定規定に、倒産手続の開始申立の3ヶ月以内に、登録営業所が移動されない場合にのみ COMI の推定は適用されるとの規定がされるに至った（3条1項第2パラグラフ）<sup>34)</sup>。この規定が設けられた理由も、COMI を主倒産手続の基準とすることと同様に「詐欺的または濫用的な」法廷地漁りを回避するためと説明される（前文31）。

## 3. 小活

EU 倒産手続規則は、主倒産手続を登録営業所の所在という形式的な基準ではなく、COMI（主たる利益の中心）という実質的な基準により判断する。この理由は、詐欺的で濫用的な法廷地漁りを回避するためである。改正倒産手続規則は、COMI を、債務者が日常的に利益の管理を行い、かつ第三者により認識可能な場所とする。こうした定義がされた理由は、債権者が、事前に、自らの利益に影響を与える倒産を解決するための法システムを確認できるようにす

---

33) *Interdil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interdil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, Case C-396/09 [2011] ECR I-00000 nyr (Celex No. 62009CJ0396), para.59.

34) 改正前に同旨を主張したものとして、Gordon W. Johnson, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: A Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm*, 5 *INSOL Int'l Insolvency Rev.* 80, 93 (1996) がある。

るためである。

また、COMI の判断基準時については、改正前の倒産手続規則の下での裁判例が、主倒産手続の開始申立時とする。この理由は、第1に、手続開始申立てから開始決定までの債務者による COMI の移動は、法廷地漁りを回避するという倒産手続規則の目的に反し、第2に、こうした移動は、効率的で有効な国境を超えた倒産手続という目的にも反し、第3に、手続申立時を基準時とすれば債権者の法的確実性も保証するからである。なお、倒産手続規則では、倒産手続開始の判断時に主倒産手続か否かが求められ、UNCITRAL のモデル法のように承認申立時が判断基準時の選択肢とはならない。

債務者が開始申立ての直前に詐欺的または濫用的な法廷地漁りをする場合に対処するため、改正倒産手続規則は、倒産手続の開始申立の3ヶ月以内に、登録営業所が移動されない場合にのみ、COMI の推定が適用されるとする。

#### IV UNCITRAL モデル法<sup>35)</sup>

UNCITRAL の国際倒産モデル法（モデル法）も、外国倒産手続を「外国主手続 (foreign main proceeding)」と「外国従手続 (foreign-non-main proceeding)」とに区別する。そして、外国主手続の承認・救済と外国従手続の承認・救済との同時進行を認める。しかし、外国主手続は承認により一定の効果が当然に発生する（20条）<sup>36)</sup>のに対し、外国従手続は裁判所の裁量によってしか効果が発生しない（21条）。手続の主従により効果が異なるのは、あらゆる手続に承認による当然の効果を認めることに強い反発があったためである<sup>37)</sup>。また、「外国従手続」の承認による救済は「外国主手続」と調和する限

---

35) UNCITRAL モデル法に関する日本語文献として、河野俊行「ヨーロッパにおける国際倒産関連条約等・UNCITRAL 国際倒産モデル法とわが国の国際倒産法」国際私法年報第3号65頁以下（2001年）、山本・前掲注（16）201-331頁、花村良一「UNCITRAL モデル法とわが国の国際倒産法制」山本ほか編・前掲注（14）59頁以下、小出邦夫「UNCITRAL 国際倒産モデル法（仮訳）」NBL623号67頁以下（1997年）等も参考にした。

36) 具体的には、債務者の財産に対する個別訴訟または執行の開始・継続の中止、および債務者の財産処分権の停止が認められる。



りにおいて認められる（30条 a 項・ b 項）。

「外国従手続」は、「外国主手続以外の外国倒産手続で、本条 f 号の意味での事業所（establishment）を有する国において行われる外国倒産手続」と定義される（2条 c 号）<sup>37)</sup>。そして、「外国主手続」は、「債務者が主たる利益の中心（COMI）を有する国において行われる外国倒産手続」と「COMI」の概念を用いて定義される（2条 b 号）。COMI の主たる特性は、債務者と取引する者（特に債権者）に、どこで債務者の倒産手続が開始されるかを認識可能にすることにある<sup>38)</sup>。この特性に合致するよう、反対の証拠がない限り、債務者の登録営業所または自然人である場合の常居所を COMI とする推定規定が設けられている（16条 3 項）。しかし、債務者の COMI が登録営業所と一致しない場合もある。この時、登録営業所とは別の要素により、債務者の COMI がいずれの国にあるかが判断される。

モデル法には COMI の定義がなく、COMI の判断をめぐって争いが生じていた。そこで、2010 年の第 39 回ウィーン会合において、米国の提案を元に COMI の概念の明確化がされることとなった<sup>40)</sup>。

---

37) 山本・前掲注 (16) 210 頁。ただし、特に日本からは、協力手続と別個に、従手続の承認という枠組を設けることの必要性に疑問が呈されている。しかし、①主手続が（迅速に）開始できない事情がある場合や、②多国籍企業のように主手続の所在地が必ずしも明確でない場合等には、なお従手続の承認スキームが必要であるなどと反論されたようである。

38) 「事業所（establishment）」は、「人的手段及び物品またはサービスを用いて継続的な経済活動を行っている業務遂行地（place of operation）」と定義される（2条 f 号）。

39) Revised Guide, para.144 at 70.

40) Proposal by the delegation of the United States of America for preparation of a model law or model provisions on selected international insolvency law issues, para.8 at 3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 (Aug. 30 2010). この時米国は、企業グループに影響する国際倒産問題に関するモデル法やモデル規定の策定についても提案していた。企業グループに関する国際倒産法制に関して論じたものとして、小池未来「国際倒産法に関する UNCITRAL の取組み」国際法外交雑誌 118 巻 1 号 144 頁以下（2019 年）がある。

## 1. COMI の判断要素

COMI の要素の特定には、あらゆる事件に関連する少数の要素の特定は不可能で不適切との意見があった<sup>41)</sup>。COMI の探求には、事案に特有の事情があるためである<sup>42)</sup>。これに対して、少数の要素を特定することが明確性と確実性にかなうとの意見があった<sup>43)</sup>。

結果、UNCITRAL の改正立法ガイドは、COMI の主たる判断要素として、(a) 債務者の中心的な管理（central administration）が行われる場所であり、(b) 債権者により容易に認識可能な場所であることの2点をあげる<sup>44)</sup>。しかし、判断要素は、これら2点に限られない。(a)、(b)の要素から直ちにCOMIを導き出せない場合には、裁判所は、事案に応じて、債務者の事業に関する追加的な要素も考慮しようとする<sup>45)</sup>。すなわち、債務者の帳簿および記録の所在地、資金の計画や承認、管理の行われる地、債務者の主たる財産や事業の所在地、債務者のメインバンクの所在地、被用者の所在地、事業方針の決定される地、会社の主たる契約を規律する法を有する地、売買の方針、スタッフ、買掛金およびコンピューターシステムの管理がされる地、(供給) 契約が作成される地、債務者が再建される地、多くの紛争に適用される法を有する法域、債務者が監督や規制に服する地、会計書類の作成および監査を規律する法を有し、これらの作成および監査が行われる地である<sup>46)</sup>。しかし、これらが考慮すべき要素の全てではなく、裁判所は他の要素も考慮できるとされる<sup>47)</sup>。

---

41) Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session, para.25 pp.6-7, A/CN.9/738 (Nov.21, 2011) (*hereinafter mentioned as A/CN.9/738*). 同旨は、米国の Betcorp 判決でも示されている (In re Betcorp ltd. 400 B.R. 266, 290 (Bkrcty. D. Nev. 2009))。

42) A/CN.9/738, para.25 pp.6-7.

43) A/CN.9/738, para.24 at 7.

44) Revised Guide, para.145 pp.70-71.

45) *Id.*, para.147 at 71.

46) *Id.*

47) *Id.*

## 2. COMI の判断基準時

以上の COMI の要素を前提に、改正立法ガイドは、COMI の判断基準時を承認が求められる外国倒産手続の「開始時」とした<sup>48)</sup>。しかし、2010年、2011年の UNCITRAL 第五作業部会では、外国倒産手続の「開始時」以外に、外国倒産手続の「開始申立時」や外国倒産手続の「承認申立時」を判断基準時とする可能性が示されていた<sup>49)</sup>。

2010年の第五作業部会では、外国倒産手続の「承認申立時」と外国倒産手続の「開始申立時」とが基準時として提案され、外国倒産手続の最初の「開始申立時」を基準時とすることが合意された<sup>50)</sup>。外国倒産手続の開始申立てから承認申立てまでに長期間が経過した場合、承認申立時によると不公平な結果が生じる恐れがあり、それはモデル法の精神に反するというのが理由である<sup>51)</sup>。翌年の第五作業部会では、承認申立時のデメリットについてさらに、債務者が事業活動を停止し、債務者の COMI や営業所を認識できない可能性があるという点も示された。また、同作業部会では、外国倒産手続の「開始時」よりも外国倒産手続の「開始申立時」が適切であるとされた。倒産手続の申立時から開始時まで、債権者らが債務者の財産に関して措置を講じうるおそれがあるからである<sup>52)</sup>。

しかし、改正立法ガイドは、判断の基準時を、外国倒産手続の「開始申立時」ではなく外国倒産手続の「開始時」と規定する。理由として次が示される<sup>53)</sup>。

---

48) *Id.* para.159 at 75.

49) Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirty-ninth session, para.44 at 10, A/CN.9/715 (Dec. 20, 2010) (*hereinafter mentioned as A/CN.9/715*) : A/CN.9/738, para.33 at 9. *See also*, Revised Guide para.159 at 75).

50) A/CN.9/715 para.45 at 10.

51) *Id.* para.44 at 10.

52) A/CN.9/738, para. 33 at 9.

53) Revised Guide, para.159 at 75. *See also*, UNCITRAL

Model Law on Cross-Border Insolvency : The Judicial Perspective, para 134 at 45 (2012) (*hereinafter mentioned as Judicial Perspective*).

すなわち、第1に、承認の申立てには、外国倒産手続の開始と外国管財人の任命を証明する証拠の添付が求められる（15条<sup>54)</sup>。手続開始に関わる証拠との関連性から、当該手続の開始時が適切な基準時とされるのである。第2に、外国倒産手続開始後に債務者が事業活動を停止した場合でも、外国倒産手続の「開始時」を基準にすれば、明確な結論を導き出せる。他方、「承認申立時」を基準とすれば、債務者のCOMIを証明しうるのは、外国倒産手続および破産財団を管理する外国管財人の活動のみとなる<sup>55)</sup>。第3に、「手続開始時」をCOMIの判断基準時とすれば、あらゆる倒産手続に確実性を備えたテストが提供される。

さらに、改正立法ガイドでは、COMIが倒産手続開始「前」に移動した場合には、より広い範囲で債務者の状況を考慮し検討するよう示される<sup>56)</sup>。他方で、倒産手続開始「後」の移動は、倒産法により禁止されることが多いために生じにくく、もし移動があったとしても、判断基準時は倒産手続開始時とすればCOMIの判断に影響はないとされる<sup>57)</sup>。

### 3. 小活

UNCITRALの改正立法ガイドは、COMIの主たる機能を、債務者と取引する者にどこで債務者の倒産手続が開始されるか認識可能にするものとする。この機能により、COMIは、EUと同様に、実質的な基準により債権者に認識可

---

54) モデル法15条「(2)承認の申立てには、以下のいずれかを添付しなければならない。

(a)外国倒産手続を開始し、外国管財人を任命する裁判の認証謄本

(b)(a)号及び外国管財人の任命の存在を証する外国裁判所の証明書

(c)(a)号及び(b)号所定の証拠を欠く場合には、外国倒産手続及び外国管財人の任命に関する、裁判所が受け入れうるその他のあらゆる証拠」

55) 2011年の第五作業部会にて、承認申立の時点では債務者の事業活動が終了しているおそれがあり、債務者のCOMIや事業所を確認できない可能性があるとの指摘があった（A/CN.9/738, para. 33 at 9）。

56) Judicial Perspective para.126 pp.42-43；Revised Guide, para.148 pp.72-73.

57) Judicial Perspective para.128 at 43；Revised Guide, para. 149 at 72.

能な要素を総合的に考慮し導き出すものとされる。COMIの判断要素について、改正立法ガイドは、(a)債務者の中心的な管理が行われる場所であり、(b)債権者により容易に認識可能な場所の2点を主たる判断要素としてあげる。そして、これら2点から直ちにCOMIを導き出せない場合には、事案に応じて、追加的な要素を考慮しうるとする。

また、COMIの判断基準時は、外国倒産手続の「開始時点」とする。これは、第1に、承認の申立てに、外国倒産手続の開始等の証拠が求められることから、当該手続の開始と関連が深く、第2に、外国倒産手続が開始されると、債務者が事業活動を停止することがあるから、承認申立時を判断基準時とするのは難しく、第3に、あらゆる倒産手続に対する確実性が確保しうるとされることによる。

判断基準時前後のCOMIの移動については、外国倒産手続の開始「前」か「後」により対応が異なる。外国倒産手続の開始「前」にCOMIが移動した場合は、より広い範囲で債務者の状況を考慮し検討する。他方、外国倒産手続開始「後」の移動は、COMIの判断に影響を与えない。

## V 各国判例——COMIの判断基準時

EUの改正倒産手続規則もモデル法に関する改正立法ガイドも、COMIの判断要素については、実質的なCOMIの所在を、債権者から認識可能な要素により事案毎に総体的に判断する方向に集約している。この方向性は、各国の裁判例でも同様であり<sup>58)</sup>、各国裁判例の比較から大きな差異を見出すことはできなかった。他方、判断基準時については、各国の差異が明確に存在する。従って、以下では、各国がCOMIの判断基準時についてどのように判断しているのかに焦点をあてて見ていく。

---

58) *See also*, Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, para.4 at 39 (2021).

## 1. 連合王国

連合王国<sup>59)</sup>の裁判例は、立法ガイド改正前から、COMIの判断基準時を外国倒産手続が開始された時点としていた（Stanford Int'l Bank 事件）<sup>60)</sup>。Stanford Int'l Bank 事件は、Staubitz-Schreiber 事件（前述Ⅲ2(1)）を参照し、判断基準時を外国倒産手続開始時とする。UNCITRALのCOMIの語源（derivation）と解釈に関する様々なUNCITRALのガイドからは、少なくともモデル法のCOMIは「倒産手続規則のCOMIと」同じ意味を有することを意図したものである<sup>61)</sup>。そして、モデル法と倒産手続規則のCOMIに、異なる意味を与える必要がない理由として、次の3つの共通点をあげる<sup>62)</sup>。第一に、COMIは、ある手続が他の法域の手続に優先すべきかを判断するために用いられること、第二に、重要なのは、債務者と取引をする者が、倒産手続の介入前にいずれの法システムが取引の相手方の最終的な倒産を規律するかを知りうること、第三に、イングランドおよびウェールズではUNCITRALモデル法と倒産手続規則のいずれもが適用されることである。

立法ガイド改正後の裁判例も、Stanford Int'l Bank 事件と変わらず、COMIの判断基準時は外国倒産手続の開始時とする（Videology 事件）<sup>63,64)</sup>。Videology 事件は、COMIの判断時について、まず、改正立法ガイドを参照し、次に、EU倒産手続規則では倒産手続の開始申立時にCOMIの判断がなされな

---

59) 連合王国では、モデル法は、The Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (CBIR) により、2006年4月4日から施行されている。主倒産手続、従倒産手続に関する定義（2条（g）、（h））、COMIの推定（16条3項）、主手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続が承認された際の救済（21条）について、モデル法と規定に相違はない。

60) In re Stanford International Bank Ltd. [2010] EWCA Civ 137 para.30. 本件の債務者であるStanford International銀行は、アンティグア・バーブーダ（AG）で設立され、当該国に登録営業所を有していた。当該銀行に対して、米国で2009年2月19日にレシーバーシップが開始、AGでは同月15日にレシーバーシップが、同年4月5日に会社清算が開始された。同年4月22日にAGの清算手続について、5月8日に米国のレシーバーシップについて、それぞれイギリスの裁判所に承認の申立てがされ、いずれが主倒産手続か争われた。

61) In re Stanford International Bank Ltd. [2010] EWCA Civ 137 para.53.

62) *Id.* para.54.

ければならないと示す<sup>65)</sup>。そして、本件では倒産手続開始時から承認申立時までに実質的な間隔はないが、関連するまたは関連しうるのは、倒産開始申立ての直前に債権者との取引が生じた場所になされる考慮の程度であるとする<sup>66)</sup>。Stanford Int'l Bank 事件が採用したアプローチには批判もある<sup>67)</sup>。しかし、Videology 事件の Snowden 裁判官は、「連合王国が改正倒産手続規則の当事者である限り、モデル法・CBIR と改正倒産手続規則とで COMI の概念に関して異なるアプローチを採用すべき明らかな理由は見当たらない」<sup>68)</sup>とする<sup>69)</sup>。

## 2. オーストラリア

連合王国では、一貫して倒産手続の「開始時」を COMI の判断の基準時としていたが、オーストラリア<sup>70)</sup>では、裁判所の見解は分かれる。立法ガイド改正前の2012年の2つの裁判例では、いずれも「裁判所が関連する判断を求められる時点 (at the time the Court is called upon to make a relevant decisions)」、

---

63) In the Matter of Videology Ltd. [2018] EWHC 2186 (Ch.) para.49. Videology Ltd. は、イングランドおよびウェールズにおいて設立し登録営業所を有しているが、デラウェア州で設立した Videology Inc. の完全子会社であり、グループ企業の一員であった。2018年5月10日に、Videology Inc. および Videology Ltd. を含む子会社は米国で倒産法第11章の再生手続を申立てた。2018年5月11日に米国での手続が開始され、翌日12日に当該手続の承認がイギリスの裁判所に申立てられた。外国管財人が、Videology Ltd. が COMI を米国に有し、米国倒産手続が外国主手続であると主張するため、COMI の判断について争われた。

64) COMI の判断基準時については明らかにしていないが、COMI の判断について Stanford Int'l Bank 事件を参照し、Eurofood 事件のテストを用いるとした裁判例として In the Matter of 19 Entertainment Ltd. [2016] EWHC 1545 (Ch) がある。

65) In the Matter of Videology Ltd. [2018] EWHC 2186 (Ch.) para.49.

66) *Id.*

67) *E.g.* 1 CROSS-BOREder INSOLVENCY A COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW, pp.217 seq [Look Chan Ho] (Look Chan Ho ed. 4th ed. 2017).

68) In the Matter of Videology Ltd. [2018] EWHC 2186 (Ch.) para.28.

69) EU 離脱後も、EU 倒産手続規則が適用される場合には、COMI は倒産手続規則に従い決定される (CBIR16条2A項) (*See also*, The Insolvency (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019, art.117).

すなわち承認が求められた時点で判断されるべきとする（Moore 事件<sup>71)</sup>、Tannenbaum 事件<sup>72)</sup>）。この理由として、Tannenbaum 事件では、モデル法16条3項が、承認は、「当該手続が債務者が主たる利益の中心を有する (has) 国において行われている (is taking place) 場合には、主手続として」されると、現在形を用いて規定することを挙げる<sup>73)</sup>。なお、Moore 事件では、COMI は、判断が求められた時点の事実を照らして判断するものであるが、これらの事実には、判断の時点での状況に至る歴史的な事実も含まれる<sup>74)</sup>とされる。

立法ガイド改正後にも、Moore 事件、Tannenbaum 事件を参照し、COMI の判断基準時を承認の申立時とする裁判例がある<sup>75)</sup>。これに対して、COMI の

---

70) オーストラリアでは、モデル法は the Cross-Border Insolvency Act 2008 として 2008 年 7 月 1 日から国内法として施行されている。主手続、従手続に関する定義 (2 条(b), (c))、COMI の推定 (16 条 3 項)、主手続が承認された場合の効力 (20 条)、外国倒産手続が承認された際の救済 (21 条) について、モデル法と規定に相違はない。

71) Moore as Debtor-in-Possession of Australian Equity Insolvency v Australian Equity Investors [2012] FCA 1002, para.18 : 債務者である Australian Equity Investors および the 258 Nest は、いずれもアリゾナ州のリミテッドパートナーシップである。両者に対して、米国で再生手続が開始され、当該手続についてオーストラリアで承認が申立てられた。債務者らの事業活動から、COMI がアリゾナ州にあることに懸念が示され争われた。

72) In the matter of Tannenbaum v Tannenbaum [2012] FCA 904, para.44 : Tannenbaum 氏は、南アフリカで生まれた南アフリカ市民であったが、2007 年に家族とともにオーストラリアに移住し働いていた。2009 年 8 月 18 日に Tannenbaum 氏に対する倒産手続が南アフリカで開始され、当該手続の承認がオーストラリアで申立てられた。

73) In the matter of Tannenbaum v Tannenbaum [2012] FCA 904, para.44.

74) Moore as Debtor-in-Possession of Australian Equity Insolvency v Australian Equity Investors [2012] FCA 1002, para.19.

75) In the Matter of Legend International Holdings Inc. v Legend International Holdings Inc. [2016] VSC 308 (Legend 社に対して米国で再生手続が開始されたため、オーストラリアで当該手続を主手続として承認しうるかが争われた。Legend 社はデラウェア州法に従い設立された会社であったが、活動の大半がオーストラリアで行われていたため、COMI はオーストラリアに所在するとされた。) ; Nicholas Stewart Wood, Michael Leeds and Astra Resources Ltd. [2016] FCA 1192, para.12 (Astra Resources 社は、連合王国で設立された会社であるが、株主の大半がオーストラリアに住所を有していた。イギリスで清算 (winding-up) が開始されたため、当該手続のオーストラリアでの承認が申立てられた。).



判断基準時は外国倒産手続の開始時が望ましいとする裁判例もある（Edelsten 事件<sup>76)</sup>、Zetta Jet（豪）事件<sup>77)</sup>）。Edelsten 事件では、制定法の現在形の使用から COMI の判断基準時を承認手続の申立時とする判断（例えば Tannenbaum 事件）に対し、「17条2項は承認時に当該外国倒産手続が「進行中（current）」であるのを求めているに過ぎないともいえ、単に中立的な（neutral）動詞の時制と解しうるものに多くを読み込むべきではない」とする<sup>78)</sup>。そして、COMI の判断基準時を外国倒産手続の開始時とする理由として、第一に、モデル法15条に従い承認の申立てに添付が求められる書類と外国倒産手続開始決定や外国管財人の選任との関連を考慮すれば、外国倒産手続開始時がより関連性を有する時点と考えること<sup>79)</sup>、第二に、確実性や統一性といった利点があることをあげる。第二の点は、COMI の判断時を倒産手続の承認申立時とすれば、COMI の移動や事業活動停止等の債務者の移動や状況の変化によって、手続の開始から承認の申立までになされる COMI の判断が、その時点毎に異なりうるからである<sup>80)</sup>。Zetta Jet（豪）事件では、Perranm 裁判官が、承認申立時点では債務者が何ら事業活動を行っていない可能性があり、承認申立時点を基準時とするのに躊躇いがあり、倒産手続開始時を基準時とした Edelsten 事件の判断が道理にならなっているとして、これに従うことを提案している<sup>81)</sup>。

---

76) In the matter of Edelsten [2014] FCA 1112, par.36 : Edelsten 氏はオーストラリア市民であり、オーストラリアに居所を有していたが、米国やドミニカ共和国で事業を行っていた。米国で開始された破産手続について、オーストラリアで承認が申立てられた。

77) In the Matter of Zetta Jet Pte Ltd. [2018] FCA 1932, para.12 : Zetta Jet はシンガポールで設立された法人であり、Zetta Jet USA はカリフォルニア州で設立された法人であり Zetta Jett の完全子会社であった（両者を併せて「Zetta Jett 等」）。Zetta Jett 等は、米国内および米国発着の飛行機のレンタルおよびチャーター事業を行っていた。Zetta Jet 等に対する米国倒産手続について、オーストラリアで承認が求められた。

78) In the matter of Edelsten [2014] FCA 1112, para.35.

79) *Id.*, para.36.

80) *Id.*, para.37.

81) In the matter of Zetta Jet Pte Ltd. [2018] FCA 1932, para.12.

### 3. シンガポール

オーストラリアで最後に紹介した Zetta Jet (豪) 事件と同じ債務者について、シンガポール<sup>82)</sup>はオーストラリアと異なる判断をした。すなわち、シンガポールの裁判所は、COMI の判断基準時を承認の申立時としたのである<sup>83)</sup>。理由は、第一に、COMI の定義には現在形が用いられることから、重要なのは承認申立時点の状況だと示すものと考えられ<sup>84)</sup>、第二に、COMI の判断を承認申立時まで伸ばせば、合法的手段により COMI を別の法域に移動させ<sup>85)</sup>、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなるからであるとする<sup>86,87)</sup>。

---

82) シンガポールでは、モデル法は2017年に Companies Act に組み込まれたが、倒産法の統合に伴い、2018年より Insolvency, Restructuring and Dissolution Act の一部となるに至った (art. 252)。規定の解釈においては、モデル法立法ガイドが関連を有するとされているが (art.252(2)(b))、このガイドは改正前のガイドであり、2013年版のガイドを参照はできるが適用する必要はないと考えられる (Chan, *supra* note 67, at 533)。主倒産手続、従倒産手続に関する定義 (2条 (f), (g))、COMI の推定 (16条3項)、主倒産手続が承認された場合の効力 (20条)、外国倒産手続が承認された際の救済 (21条) については、モデル法の規定と相違はないが、営業所 (establishment) の定義に、財産を有する場所 (where the debtor has property) が加えられている点でモデル法と異なる (2条 (d))。これに対して、モデル法も日本の承認援助法も、財産の所在のみを理由に間接管轄を認めていない。財産のみが所在する地で行われた倒産手続は、債務者との関連性が希薄で援助手続を行う必要性・合理性に乏しいためである (深山卓也編著『新しい国際倒産法制』116-117頁 (金融財政事情研究会、2001年))。

83) In re Zetta Jet Pte Ltd and others [2019] SCHV 53, para 27. 本判決前ではあるが、COMI の判断時を申立時とした米国判決の理論がモデル法の文言により合致するのではとするものとして、Chan, *supra* note 67, at 533。

84) In re Zetta Jet Pte Ltd and others [2019] SCHV 53, para 56.

85) *Id.* para 57.

86) *Id.* para 59.

87) 承認申立時点で COMI の判断をすることは、外国倒産手続の承認を促進するとしながら、モデル法が目指す国際的な調和と協力を達成できず不十分である、と評価するシンガポールの文献として、Gerard McCormack and Wai Yee Wan, *Model Law on Cross-border Insolvency Comes of Age : New Times or New Paradigms*, Institutional Knowledge at Singapore Management University (2019) available at [https://ink.library.smu.edu.sg/sol\\_research/2964](https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2964).

#### 4. アメリカ

米国<sup>88)</sup>の地裁レベルでは、COMIの判断基準時を倒産手続の開始時とする裁判例も見られる（Millennium事件<sup>89)</sup>。Millennium事件で裁判所は、承認の申立時は偶然の産物(happenstance)であること、COMIが「主たる営業所(principal place of business)」と同義であるなら、債務者は清算が命令され事業を停止した後には営業所を有さなくなること<sup>90)</sup>、モデル法が組み込まれる前の米国倒産法304条では主たる営業所の判断基準時を外国手続の開始時としていたこと<sup>91)</sup>、EU倒産手続規則でもCOMIの判断は最初の倒産手続の開始時とされること<sup>92)</sup>、承認申立時を判断基準時とすれば法廷地漁りの恐れがあること<sup>93)</sup>を示す。

しかし、控訴裁判所を含む多くの裁判所は、立法ガイド改正の前後を通じて、判断基準時を倒産手続の承認申立時とする（Betcorp事件<sup>94)</sup>、Ran事件<sup>95)</sup>、Fairfield Sentry事件<sup>96)</sup>、Ocean Rig事件<sup>97)</sup>、O'Relly事件<sup>98)</sup>）。Betcorp事件では、

---

88) 米国は、モデル法を2015年4月20日より連邦倒産法の第15章として組み込んだ。主倒産手続、従倒産手続に関する定義（1502条（4）、（5））、COMIの推定（16条3項）、主倒産手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続が承認された際の救済（21条）については、モデル法の規定と相違はない。米国倒産法第15章を紹介した日本の文献として、福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説 [第2版]』382頁以下（2017年、商事法務）、阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について-EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して-(中)」国際商事法務42巻1号61頁以下（2014年）等を参照。

89) *In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 64* (Bkrtycy, S.D.N.Y.2011). Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd. と Millennium Global Emerging Credit : Fund Ltd. (両者で "Funds") は、発展途上国の社債や公債に投資するため、バミューダ諸島で設立され、登録営業所もそこにあった。バミューダ諸島における清算手続について、外国主手続として米国で承認が求められた。しかし、投資マネージャーや多数の債権者、債権者集会、プライムブローカーが連合王国に所在し、訴訟も継続していることから、FundsのCOMIは連合王国にあるとの異議が申立てられ、COMIの所在について争われた。

90) *In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 64* (Bkrtycy, S.D.N.Y.2011).

91) *Id.* at 75.

92) 「最初の手続の開始時 (the date of the opening) が、EU倒産手続規則の文言の起草者が考えたであろう唯一の基準時である」とする (*Id.* pp.73-74)。

93) *In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 75* (Bkrtycy, S.D.N.Y.2011).

EUの倒産規則や改正立法ガイドと同様に債務者のCOMIは第三者により認識可能なことが重要であるとする。そして、「債務者の利益が特定の国に所在し、第三者がこれを認める（observe）のであれば、過去の利益がいずれにあるかは無関係であり、「債権者らは、債務者との間に生じた問題を解決するために債務者が事業を行っていると認識する（perceive）法域の法を頼りにする」との推定がされるとする<sup>99)</sup>。Betcorp事件に続き、Ran事件では、次の理由が示される<sup>100)</sup>。第一に、制定法上の文言が現在形または現在進行形を用いていることである。議会が現在形を用いる選択をしたことは、裁判所に現時点、すなわち承認申立てがされた時点でCOMIの判断するよう求めたものとする。

---

94) In re Betcorp Ltd. 400 B.R. 266, 292 (Bkrcty. D. Nev. 2009) : Betcorp社は、オーストラリア法に従い設立・登録された会社である。Betcorp社に対してオーストラリアで任意清算手続が開始され、当該手続を主倒産手続として米国で承認が申立てられた。この申立てに対し、米国で訴訟が継続され、かつての顧客もいること等から異議が唱えられた。

95) In re Ran 607 F.3d 1017, para.8 at 1025 (5<sup>th</sup> Cir. 2010) : Ran氏は、100以上のイスラエルの会社の取締役であり株主であった。Ran氏は1990年代後半に財政難に陥り、1997年6月16日にイスラエルでRan氏に対する倒産手続が開始された。当該手続が開始される前の1997年4月に、Ran氏はイスラエルを離れ、妻子とともに米国に移住した。移住から10年近く経過した2006年12月11日に、米国でイスラエルの倒産手続承認が申立てられた。

96) In re Fairfield Sentry Ltd. 714 F.3d 127, para.2,3 at 133 (2<sup>nd</sup> Cir. 2013) : Fairfield Sentry社は英領ヴァージン諸島(BVI)の法に基づき設立された会社である。事業停止後にBVIで清算手続が開始されたため、米国で当該手続を主位的に主倒産手続として承認申立てがされた。

97) In re Ocean Rig UDW Inc., et al., 570 B.R.687, para.9 (Bkrcty. S.D.N.Y. 2017) : 本件は、Ocean Rig UDW社等に対するCayman諸島での手続について、米国で承認の申立てがされた事件である。Ocean Rig UDW社等はマーシャル諸島で登録されていたが、2016年4月にケイマン諸島の会社法に従い登録した。当事者は、マーシャル諸島には再建を認める立法や手続がなかったために、これを認めるケイマン諸島に登録を移したと主張する。

98) In re Anthony John O'Reilly 598 B.R.784 (Bkrcty. W.D.Pa. 2019) : 本件は、Heinz社の元会長兼CEOであるO'Reilly氏に対するパハマでの倒産手続について、米国で承認の申立てがされた事件である。O'Reilly氏は、倒産手続開始後に居所を米国から移していたが、承認申立てがされるまでの数年間はフランスに居住していた。

99) In re Betcorp Ltd. 400 B.R. 266, 291 (Bkrcty. D. Nev. 2009).

100) In re Ran 607 F.3d 1017, 1025 (5<sup>th</sup> Cir. 2010).

第二に、債務者の COMI が第三者により認識可能である点を重視したことである。債務者の COMI が特定の国にあり、それを第三者が目に行っているのであれば、承認が申し立てられる約10年前に債務者の利益がいずれにであろうと関係ないとする。債務者の過去の利益の調査は、本来の債務者の利益の中心である国における承認を、単なる過去の活動によって拒否することになりうるからである。また、議会が倒産法第15章を施行した目的からすれば事業歴（operational history）ではなく一定の時点に焦点を当てて判断することで、COMI の判断が国毎に対立する可能性を減じるともする<sup>101)</sup>。

立法ガイド改正後の Fairfield Sentry 事件では、承認承認申立時を判断基準とする理由として次を挙げる<sup>102)</sup>。第一に、法が現在形を用いていること、第二に、他の連邦裁判所が COMI は連邦倒産法第15章の申立がなされる時点で考慮されるべきとしていることである。本判決は、EU 倒産手続規則では自動承認がされ承認申立手続が必要ないから、EU の COMI 判断の時間枠は米国法における考慮に合わないとする<sup>103)</sup>。他方で、EU の規則やその他の国際的な解釈が、債務者の COMI の恒久性（regularity）や認識可能性に焦点を当てていることから、米国の裁判所も、債務者が COMI を悪意（in bad faith）をもって利用しないように、外国倒産手続と連邦倒産法第15章の申立との間の期間を考慮しようとする<sup>104)</sup>。Ocean Rig 事件は、Fairfield Sentry 事件の判断に従い、COMI は承認の申立がなされた時点により判断し、原則として歴史的な営業活動は考慮しないが、債務者が COMI を承認の申立以前に移動する場合には、裁判所は債務者が悪意で COMI を移動させたのではないことを証明するために相対的な判断を行うことができるとした<sup>105)</sup>。また、O'Reilly 事件も同様の判断構造をとるが、承認手続の申立時を基準とする理由として、Fairfield Sentry

---

101) *Id.* at 1025.

102) *In re Fairfield Sentry Ltd.* 714 F.3d 127, 133 (2<sup>nd</sup> Cir. 2013).

103) *Id.* at 136.

104) *Id.* at 137.

105) *In re Ocean Rig UDW Inc., et al.*, 570 B.R.687, para.9 (Bkrcty. S.D.N.Y. 2017).

事件や Ran 事件で示された理由に加え、債務者に関する状況が変化する前に国際的な倒産案件を迅速に解決するよう促すという理由をあげる<sup>106)</sup>。

## 5. 小括

以上4カ国の裁判例を見る限り、COMIの判断基準時については、UNCITRALの立法ガイド改正後も各国の裁判所の立場は大きく次の2つに分かれている。すなわち、承認される外国倒産手続が開始された時点を基準とする立場（イギリス、オーストラリアの一部）と、承認の申立てがされた時点を基準とする立場（オーストラリアの一部、シンガポール、米国）である。

それぞれの立場を採用する理由を整理すると次のようになる。まず、基準時を外国倒産手続の開始時とする立場を取る理由についてである。第一に、EUの倒産手続規則でCOMIの判断時が倒産手続の開始時とされること（Stanford Int'l Bank 事件、Fairfield Sentry 事件）、第二に、改正立法ガイドもCOMIの判断基準時を倒産手続の開始時とすること（Videology 事件）、第三に、承認申立時に外国倒産手続開始等の証明を添付する必要性から、外国倒産手続開始時がCOMIの決定に関連性を有すること（Edelsten 事件）、第四に、COMIの判断時を倒産手続の承認申立時とすれば、COMIの移動や事業活動停止等の債務者の移動や状況の変化によって、COMIの判断が異なる恐れがあることである（Edelsten 事件、Zetta Jet（豪）事件）。いずれもEU倒産手続規則に関する判例やUNCITRALの立法ガイド等に示された根拠と重なる。連合王国については、特に、EUの倒産手続規則との統一性を重視している点が顕著である。これは、連合王国がEUの加盟国であったということが大きく影響しているであろう。他方、オーストラリアの判例には、改正立法ガイドとの類似が見てとれる。

他方で、基準時を承認申立時とする立場を取る理由は、次の通りまとめられる。第一に、過去の時点をもって判断することは、現在の債権者を害する結果

---

106) In re Anthony John O'Reilly 598 B.R.784, 803 (Bkrctcy. W.D.Pa. 2019).

になりうること（Betcorp 事件、Ran 事件）、第二に、制定法上の文言が現在形または現在進行形を用いて規定されていること（Tannenbaum 事件、Zetta Jet 事件（新）、Ran 事件、Fairfield Sentry 事件）<sup>107)</sup>、第三に、COMI の合法的な移動を認めれば、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなること（Zetta Jet（新）事件）である。この立場でも、EU 規則や UNCITRAL の改正立法ガイド等と同様に COMI の第三者による認識可能性を重視する。しかし、前者が重視するのは、倒産前に取引関係に入った第三者の認識であるのに対して、後者が重視するのは、承認申立時点での第三者の認識である。また、EU 規則や改正立法ガイドが、COMI の移動に消極的な態度を取るのに対して、COMI の移動を柔軟に認めることにも特徴があろう。

## VI 主たる営業所の判断

### 1. EU 倒産手続規則・UNCITRAL モデル法との関係

平成24年東京高決でも各国の裁判例においても、程度の差はあれ、UNCITRAL のモデル法に関する文書や EU 倒産手続規則との整合性が意識されていた。以下では、UNCITRAL の文書や EU 倒産手続規則が承認援助法の外国主手続の判断にどの程度影響を与えうるのかについて、まず、モデル法と EU 倒産手続規則との関係を、次に、モデル法と承認援助法との関係をそれぞれに見ていきたい。

#### (1) UNCITRAL モデル法と EU 倒産手続規則との関係

モデル法の改正立法ガイドは、EU 倒産手続規則とモデル法の COMI に関する違いを、次のとおり示す<sup>108)</sup>。EU 倒産手続規則では COMI の推定規定は、主倒産手続を開始するのに適切な地や準拠法の決定、自動承認に関するもので

---

107) 同様に、モデル法2条の外国主手続の定義および17条2項における現在形の使用が、承認の申立時に判断がされるべきことを強く推奨しているとするものに、Chan, *supra* note 67, at 172.

108) Revised Guide para .141 at 69.

ある。これに対して、モデル法の COMI の推定規定は、既に開始された手続の承認（主としては外国倒産手続を援助しうる救済）の妥当性<sup>109)</sup>に関するものである<sup>110)</sup>。したがって、COMI の判断は、倒産手続規則では倒産手続開始国の裁判所が当該手続の開始が申立てられた際に求められるのに対して、モデル法では、外国倒産手続の承認が申立てられた際に求められるという違いが生じる。こうした違いから、2011 年の第五作業部会では、モデル法と EU 倒産手続規則とでは、COMI の推定に関する基準が同一（same）ではないことが合意されている<sup>111)</sup>。

しかし、2010 年の第五作業部会では、COMI の概念の重要性から、EU 倒産手続規則とモデル法とにおける解釈の不一致を避けることが望ましいとの見解が示されていた<sup>112)</sup>。そして、改正立法ガイドも、モデル法の COMI を用いた主倒産手続の枠組が、EU 倒産手続規則の前身である EU 条約における枠組みに合致するものであるのは、主倒産手続の概念に関する EU 法との調和が基礎とされているためとする<sup>113)</sup>。そのため、改正立法ガイドは、EU 倒産手続規則の解釈に関する裁判例は、モデル法の解釈にも関係しうると示している<sup>114)</sup>。

## (2) UNCITRAL モデル法と日本法との関係

確かに、承認援助法は、「外国主手続」に関して、次の点でモデル法と違いを有する。第一に、承認援助法は、「外国主手続」を「主たる営業所<sup>115)</sup>…があ

---

109) *See also*, Note by Secretariat, Interpretation and application of selected concepts of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests (COMI), WP.95/Add.1 para.5 at 3 (2010).

110) *See also*, A/CN.9/715 para.14 pp.4-5.

111) A/CN.9/738 para.23 at 6 (2011). 同様に、EU 規則とモデル法の COMI とで同じ基準を適用すべきではないとするものとして、Jay Lawrence Westbrook, *Locating the Eye of the Financial Storm*, 32 BROOK. J. INTLL. 1019 (2007).

112) A/CN.9/715 para.14 pp.4-5.

113) Revised Guide para .81 at 41.

114) *Id.*



る国で申し立てられた倒産処理手続」と主たる営業所等を用いて定義するが、モデル法は、「主倒産手続」を「主たる利益の中心（COMI）を有する国において行われる手続」と「COMI」を用いて定義する。第二に、承認援助法の「主たる営業所」もモデル法の「COMI」も定義規定は有さないが、モデル法のCOMIには推定規定がある。第三に、承認援助法が、外国倒産手続開始決定前に承認の申立てを認めるのに対して、モデル法は、承認の申立てに外国倒産手続の開始や外国管財人任命の証明を求める。第四に、承認援助法では、外国主手続であっても承認により直ちに効果が生じることはないが、モデル法では、主倒産外国主手続が承認されることで一定の効果が生じる。第五に、承認援助法が複数の承認援助手続の同時進行を認めないのに対し、モデル法は、主倒産手続と主倒産手続の承認・それに基づく救済の同時進行を認める。

しかし、日本の承認援助法は、UNCITRALモデル法に準拠して立法されたものである。「外国主手続」と「外国従手続」との区別や、「外国主手続」の「外国従手続」への優先の構造は、モデル法を範とするものであろう。また、承認援助法の目的は「国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ること」(1条)である。

これらのことからすれば、承認援助法上の「主倒産手続」の解釈は、UNCITRALのモデル法関連文書やEU倒産手続規則上の「主倒産手続」の解釈に従う必要があるとまでは言えないが、一定程度はこれらを参考にしうるものと考えられる<sup>116)</sup>。

---

115) 債務者が営業者でない場合又は営業所を有しない場合については、個人であれば「住所」、法人その他の社団又は財団であれば「主たる事務所」がある国となる（承認援助法2条2号）。

116) 阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について～EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して（下）～」国際商事法務42巻2号221頁（2014年）、嶋・前掲注（18）153頁、横溝・前掲注（18）309頁、福岡＝湯川・前掲注（18）58頁。

## 2. 判断要素

### (1) 実形式上の本店か実質上の本店か

承認援助法では、外国主手続か否かを定める「主たる営業所」が、形式上の本店か実質上の本店かに争いがある。学説には、いずれの立場をとる見解もある。まず、形式上の本店とする見解である。この見解は、「実質的本店概念では何をもって経済活動の中心地とするか判断が不安定である」ので「法的安定重視の立場から形式的本拠概念を採用しておく」とする<sup>117)</sup>。次に、実質上の本店とする見解である。この見解は、第一に、「主たる営業所」が優先する手続を決する機能を有するため、実質的な営業の所在地の存否が重要となること、第二に、モデル法が実質的基準によること、第三に国内破産法に関しても、多数説は「実質上の本店」と解すること<sup>118)</sup>、第四に、外国主手続承認の効果は純粋に手続的なものであるため、「右基準〔設立準拠法国と主手続国〕が乖離しても問題は少ない」ことを指摘する<sup>119)</sup>。

他方、EUの倒産手続規則やモデル法では、主倒産手続が実質を見て判断されることは明らかである。なぜなら、これらの法はCOMIを判断基準としており、COMIは登録された営業所の所在地（形式上の本店）と推定はされるが、この推定は反証により覆されうるからである。確かに、上述のモデル法と承認援助法との差異で示した通り、承認援助法は、第一に、「COMI」の代わりに「主たる営業所」等の文言を使い、第二に、「主たる営業所」等に推定規定を置いていない。しかし、これらの違いから、承認援助法が、倒産手続規則やモデル法と異なり、形式的な基準により外国主手続の判断を行うべきとされるように

---

117) 山本克己「国内倒産処理手続や他の承認援助手続との競合」山本ほか編・前掲注（14）142頁。

118) 前述の東京地裁・東京高裁の決定も、国内倒産法の「主たる営業所」が実質上の本店と解されることを理由としてあげる。

119) 山本・前掲注（16）27-28頁、向山順子「外国倒産承認援助法における「主たる営業所」の判断基準について—アメリカ連邦倒産法第15章手続における「主たる利益の中心地」の検討を通して—」早稲田大学大学院法研論集130号364頁（2009年）、福岡＝湯川・前掲注（18）58頁。

は思われない。

まず、承認援助法が、「COMI」の代わりに「主たる営業所」等を用いる点である。承認援助法の立法担当者の解説によれば、COMIと承認援助法の「主たる営業所」等とは、前者が「抽象的かつ一般的な概念」であるのに対し、後者が意義を明確にしたというにすぎず、実質的な違いは生じないとされる<sup>120)</sup>。法制審議会でも、「モデル法のCOMIの概念が、わが国の民事訴訟法上の「主たる営業所」の概念とほぼ一致すると考えられるから、承認援助法も既存の「主たる営業所」という用語を用いることとした」旨説明される<sup>121)</sup>。これらのことからすれば、承認援助法で「主たる営業所」等の言葉を用いたことに、「COMI」と異なる概念を採用する意図はなかったものと考えられる<sup>122)</sup>。

次に、承認援助法に「主たる営業所」に関する推定規定がない点である。承認援助法に推定規定が設けられなかったのは、同一債務者に対する複数の倒産処理手続の同時進行を認めず、競合する手続の中止など重大な法的効果を生じさせるから、主たる営業所等の判断をモデル法よりも慎重に行うべきとされたためである<sup>123,124)</sup>。主たる営業所が形式上の本店であるとするれば、より慎重な判断を求める必要はなく、このことから、承認援助法の主たる営業所は実質的な基準により判断されるべきと思われる。

---

120) 深山・前掲注(82)39頁。

121) 法制審議会倒産法部会第10回議事録、第20回議事録等参照。

122) 同様に両者に実質的な差異は生じないとするものとして、山本・前掲注(16)404-405頁、向山・前掲注(119)363頁。

123) 深山・前掲注(82)41頁。モデル法のCOMIの推定規定は、手続の迅速化のために設けられる(Revised Guide, para.137 at 68)。裁判所は、利害関係人が争わない事実であってもこれに拘束されず、異なる事実を認定することができる。

124) 日本の承認援助法は、外国主手続も外国従手続も共に承認に自動的な効果の付与を認めないことから、モデル法のように個々の手続毎に「外国主手続」を判断する必要がない。これも、承認援助法推定規定を設ける必要のなかった理由として考えられうるかもしれない。

## (2) 重視すべき要素

主たる営業所の要素について、平成24年東京高決は、諸要素を全体として考慮し、事案に応じた判断を行うとし、学説にもほぼ異論は見られない<sup>125)</sup>。しかし、いずれの要素を重視するかについては、若干の差異がある。

平成24年東京高決は、本部機能ないし中枢等の要素と債権者から認識可能な場所といった要素を重視すべきことを示した(II)。前者は、企業活動の実質として普遍的な要素であり、後者は、予測可能性の観点から重視すべきとの理由である。これら2つの要素を重視する結果、具体的に重視すべき要素として、本部機能ないし中枢、あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債権者から認識可能な場所をあげる。日本でもこの判断を適切とする見解もある<sup>126)</sup>。UNCITRALの改正立法ガイドも、債務者の中心的な管理が行われる場所および債権者により容易に認識可能な場所を主たる判断要素として挙げており、原則的な考え方は東京高決の考え方に添うものであろう<sup>127)</sup>。

他方、債務者の本部機能や経営管理を重要な判断要素とすることに疑問を呈する見解がある<sup>128)</sup>。債務者の本部機能や経営管理は、「通常債権者の利益とは関連性を有さず、また倒産手続では債務者の経営権は奪われる可能性があることが前提であり、経営陣の都合を重視すべきではない」からである<sup>129)</sup>。この

---

125) 山本和彦「国際倒産に関する最近の諸問題」法の支配170号13頁（2013年）、横溝・前掲注（18）309頁、嶋・前掲注（18）155頁、向山・前掲注（18）75頁。

126) 嶋・前掲注（18）155頁、向山・前掲注（18）75頁。

127) 厳密に言えば、改正立法ガイドでは、「債務者の主要な財産及び事業の認められる場所」を追加的な考慮要素としている点で、これを重視すべき要素とする東京高決の判断とは若干異なるように思われる。立法ガイドの改正過程では、「主たる資産」が何により構成されるのか不確定であり、複数の異なる地を指す恐れがあるとの意見もあり（A/CN.9/742（2012）para.53 at 12）、他の要素より重要性が低いとされた（A/CN.9/763（2013）para. 39 at 9）。ただし、清算（liquidation）では経営が行われる地が存在しえないため、資産の所在地がCOMIの重要な判断要素となりうるとの指摘もされている（A/CN.9/742（2012）para.53 at 12）。

128) 山本・前掲注（125）13頁。

見解によれば、優劣を決めるのに重要なのは「債権者一般の利益」とされる<sup>130)</sup>。競合する手続の双方が外国従手続の場合には、優劣は債権者一般の利益に適合するか<sup>131)</sup>により判断される（承認援助法62条1項2号）。外国主手続の場合には、「いわば当然に当該手続が債権者一般の利益に適合すると擬制されている」と考えるのである<sup>132)</sup>。

この見解に疑問が生じるのは、承認援助法57条1項との関係についてである。本条項は、国内倒産処理手続と承認援助手続の競合が生じるときに、承認援助手続が認められるのは次の場合とする。すなわち、①外国倒産処理手続が外国主手続であり（1号）、②当該外国倒産処理手続について援助の処分をすることが債権者の一般の利益に適合すると認められ（2号）、③当該外国倒産処理手続について援助の処分をすることが日本国内において債権者の利益を不当に侵害する恐れがない（3号）場合である。「外国主手続」が当然に債権者一般の利益に適合するとされるのであれば、1号の外国主手続の要件とは別に、2号で債権者一般の利益に適合することを要件として定める必要はないように思われる。また、承認援助手続競合の優劣を、債権者一般の利益に適合するかにより判断するのであれば、優劣の決定基準として「外国主手続」という不明確な概念を承認援助法に用いる必要性も見出せない。

他方で、「外国主手続」が債権者一般の利益との適合性により判断されるのでないとすれば、国内倒産処理手続と承認援助手続間、外国従手続どうしの競合については、債権者一般の利益に適合するか否かにより優劣を判断しながら、

---

129) 前掲注。

130) 山本・前掲注（125）13頁、山本和彦「〔第1部〕基調講演 国際倒産法の規律と若干の個別問題の検討（下）」NBL1106号61頁（2017年）。

131) 債権者の一般の利益に適合するとは、「当該外国倒産処理手続について承認援助処分をして、わが国に所在する債務者の財産や事業を当該外国倒産処理手続に取り込ませるほうが、……債権者全般についてより有利な配当ないし計画弁済が見込まれる」こととされる（山本克己「国内倒産処理手続や他の承認援助手続との競合」山本ほか編・前掲注（14）142頁、146頁）。

132) 山本・前掲注（125）13頁。

外国主手続と外国従手続間の競合についてのみ債権者一般の利益について考慮されないことになる。これは、整合性に欠けるように思われる。承認援助法の規定自体に再考が必要かもしれない。

### 3. 判断基準時

「外国主手続」の判断基準時に関し、日本の承認援助法については、次の2つの見解がある。第1の見解は、平成24年東京高決が示したように、判断基準時を最初に「倒産手続開始の申立て」がされた時点とするものである<sup>133)</sup>。最初に外国倒産手続の開始申立てがされた時点は、債務者が法的倒産手続の段階に入った動かない時点であり、統一した判断を確保できるとする。

さらに、平成24年東京高決は、判断基準時を最初の外国倒産手続開始の申立時点としながら、「最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合には、別の考慮も必要となる」旨を示す<sup>134)</sup>。

判断基準時を最初の倒産手続開始時とする見解は、改正立法ガイドが示すところに類似する。しかし、承認援助法に関するこの見解と改正立法ガイドとでは若干の差異もある。まず、改正立法ガイドが外国倒産手続の「開始」時点を判断基準時とするのに対して、外国倒産手続の「申立」時点を基準時とする点が異なる。これは、前述1(2)の通り、モデル法が承認の申立てに倒産手続開始等の証明を求めるのに対して、承認援助法は、外国倒産手続の開始決定前であっても承認の申立てを可能とするという差異による。この差異から、モデル法と異なる解釈をすることに異論は見られない<sup>135)</sup>。

また、平成24年東京高決が示した判断の基準時に対する例外も、改正立法

---

133) 嶋・前掲注(18) 104頁、横溝・前掲注(18) 309頁、向山・前掲注(18) 75頁。

134) 向山・前掲注(18) 75頁は、「法廷地漁りの問題がなく債権者の平等、再建の便宜等のために必要とされるためには、例外を認めることが望ましい」とする。

135) 嶋・前掲注(18) 104頁、横溝・前掲注(18) 309頁、向山・前掲注(18) 75頁。

ガイドとは異なる。改正立法ガイドは、判断基準時の直前にCOMIの移動があった場合についてのみ別途の事情を考慮するもので、判断基準「後」のCOMIの移動は判断に影響を与えない。EUの改正倒産手続規則も同じである。他方で、平成24年東京高決の示したところによれば、判断基準時の前後を問わず「特段の事情」の例外を広く認めうる。このように広く例外を認めると、倒産手続開始時を判断基準時とする見解が求める確定性・統一性のいずれをも損なうことになる<sup>136)</sup>と批判がある。

第2の見解は、判断基準時を競合する「承認申立て」がされた時点とする<sup>137)</sup>。承認援助法に従い外国主手続の判断が問題となるのは、同一債務者に対する複数手続のうちいずれを国内で進めるべきか決定する場合のみである。すなわち、優劣の決定は、競合する承認申立てがされた時点で初めて行われる。最初の手続の開始申立から競合する手続の承認申立時まで、事情の変動があったような場合には、最初の手続を進める意義が小さくなっている可能性もある<sup>138)</sup>。この時、日本として最初の手続に協力することは承認援助法の制度の趣旨に適合しないとするのである<sup>139)</sup>。

承認申立時を基準時とすることに対して、UNCITRALの第五作業部会は一貫して否定的な態度を取る（前述IV2）。しかし、モデル法を採用した各国の裁判所は、必ずしもそうではない。改正立法ガイドが示された後にも、承認申立時を基準時とする判断がされる（前述V）。これらの裁判所が、承認申立時を基準時とする理由は次の通りであった。すなわち、第一に、制定上の文言が現在形または現在進行形を用いて規定されていること、第二に、過去の時点をもって判断することは、現在の債権者を害する結果になりうること、第三に、

---

136) 山本・前掲注（125）12頁、多田・前掲注（18）137頁。

137) 山本和彦「国際倒産に関する最近の諸問題」法の支配170号12頁（年）、阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について～EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して（下）～」国際商事法務42巻2号223頁（2014年）。

138) 山本・前掲注（125）12頁。

139) 前掲注。

COMIの合法的な移動を認めれば、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなることである。

第一の理由については、これを支持する文献もある<sup>140)</sup>。しかし、改正立法ガイドは、モデル法17条2項が、主手続に関して現在形や現在進行形を用いて規定するのは、承認の決定をする際に当該外国手続が進行中または係争中であることを求めるためとする<sup>141)</sup>。すなわち、現在形や現在進行形を用いることで、承認を求める外国手続自体が終了している場合には、モデル法に基づき承認を求めうる手続が存在しないことを意味しているとするのである<sup>142)</sup>。少なくとも承認援助法について、時制を判断基準時選択の決定的な理由とするのは難しいだろう。

第二の理由は、承認援助法に関しても妥当であると考ええる。最初の倒産手続申立てに主たる営業所等の所在が移動したような場合には、その地で債務者と取引をする債権者も現れよう。このような場合に倒産手続開始の申立時を判断基準とすれば、移転後の地を債務者の主たる営業所の所在地として取引をした債権者を害することになるだろう。EUの改正倒産手続規則が倒産手続申立ての3ヶ月以内に登録営業所が移転した場合にCOMIの推定を適用しないとすることについても、移転後の債権者を害すると批判がされている<sup>143)</sup>。

興味深いのは、第三の理由である。当事者が倒産手続のなされる地を選択することにより、債務者が適した地で再建を行うことができ、かつ、債権者一般

---

140) Chan, *supra* note 67, 172.

141) Revised Guide para.158 at 75. 同様の理由により、時勢を根拠として承認の申立時をCOMIの判断基準時とすることを否定する裁判例として、In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 72 (Bkrtycy, S.D.N.Y.2011) ; In the matter of Edelsten [2014] FCA 1112, para.36。

142) Revised Guide, para.158 at 75. 同様の理由により、時勢を根拠として承認の申立時をCOMIの判断基準時とすることを否定する裁判例として、In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 72 (Bkrtycy, S.D.N.Y.2011) ; In the matter of Edelsten [2014] FCA 1112, para.36。

143) Ringe *supra* note 29, paras.3.85-3.90 pp.142-144.



の利益にもかなうのであるとすれば、確かに、主たる営業所の移動を忌避すべき理由は見当たらないように思われる。EU 倒産規則においても、法廷地漁りへの対応には変化が見られる。改正前の EU 倒産手続規則の前文では、当事者による法廷地の選択は「法廷地漁り」として回避が求められていた（改正前倒産手続規則前文4）。しかし、改正倒産手続規則の前文は、回避されるべき法廷地漁りを「債権者の総体的な利益を害」する場合に制限するよう改正された（改正倒産手続規則前文5）<sup>144)</sup>。これは、当事者による法廷地の選択が、全てが悪い影響を与えるものではないとの意見が示された<sup>145)</sup> ことによると考えられる。

これら各国の裁判例から導き出される理由に加え、承認申立時を判断基準時とすることには、次のメリットもあるように思う。すなわち、第一に、承認国の裁判官が、主たる営業所と援助処分とを同一時点の状況を考慮し判断できることである。承認援助法は、承認援助を承認国である日本の裁判所が必要と認める限りでしか与えない。具体的な援助処分の必要性は、承認が求められたその時点の現状を鑑みて考慮されるであろう。主たる営業所等の判断基準時が倒産手続開始の申立時であるとするれば、主たる営業所は外国手続申立時の状況を、いかなる援助処分を行うかは、申立てがなされた時点の状況を考慮することになる。他方、主たる営業所等の判断基準時を承認申立時とするれば、いずれの判断も承認申立時の状況のみを考慮して行いうるであろう。また、第二に、裁判

---

144) 改正前：It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position (forum shopping).

改正後：It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position **to the detriment of the general body of creditors** (forum shopping). (太字筆者)

145) The Commission Impact Assessment accompanying the document Revision of Regulation (EC) No.1346/2000 on insolvency proceedings, para.3.4.1.2, SWD (2012) 416 (Dec. 12, 2012).

官が確かな証拠を収集しやすいということもあげられるかもしれない。承認援助法によれば、裁判官は、職権で承認援助事件に関して必要な調査をすることができる（承認援助法6条2項）。しかし、実際には、外国管財人等を中心とした利害関係人による資料の提出等が審理に際しては重要な役割を占め、裁判所の公権的な介入は例外にとどまるものと見られる<sup>146)</sup>。これは、EUでも同様に、証拠はほぼ申立人の提出した資料により、中には虚偽ないし誤解をまねくものもあるとされる<sup>147)</sup>。主たる手続の判断時を最初の手続開始申立時とし、過去の状況についてまで調査が必要になるとすれば、証拠の収集は現状のみの調査よりも困難なものとなろう。これら2つの理由は、いずれも当事者の主張、立証の負担についても言えることであり、承認申立時を判断基準時とすることは、手続の迅速化・円滑化に資するものと考ええる。

他方、判断基準時を承認申立時とすることには、次の問題点が指摘されている。すなわち、第一に、債務者による恣意的な申立てがされる恐れがあること、第二に、外国倒産手続開始後に債務者が事業活動を停止する恐れがあること、第三に、後行の承認申立ての有無やその時点が確定するまで、債権者の地位を不安定にすること、第四に、承認が申立てられる時点が各国ごとに異なれば、外国主手続が各国毎に異なる恐れがあることである。

しかし、まず、第一、第二の問題は、承認申立時を基準時とする場合に特有の問題とは思われない。登録や資産を移転してから倒産手続開始の申立てをしたり、倒産手続開始の申立てから開始までに債務者が事業活動を停止したりという事例は、前述のEUやモデル法採用国の裁判例に表れるところである。これらの裁判例からは、判断基準時を手続開始申立時にしても同様の問題は生じうると言えるであろう。また、第一の恣意的な申立てについて、全てを排除すべきであると言えないことは前述のとおりである。

第三の債権者の地位を不安定にするという問題に対しては、判断基準時を最

---

146) 山本・前掲注(15) 58頁。

147) Burkhard Hess et al, External Evaluation of Regulation No.1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, para.4.1.3.6.4 pp. 163-164 JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4.

初の手続開始申立時としても、外国従手続の債権者の立場に不安定さが増す恐れがある。前述1(2)の通り、承認援助法では、最初の手続の承認時には、主従の判断がされることなく承認・援助される。しかし、同一の債務者に対し複数の手続が同時に進行することは認めない。そのため、外国従手続に対する承認援助手続がある程度進んだ場合であっても、外国主手続の承認が申し立てられれば、他の棄却事由<sup>148)</sup>のない限り従手続の承認援助手続は中止される<sup>149)</sup>。判断基準時を最初の手続開始申立時とすれば、承認申立時点で最初の手続開始時から状況が変わり、外国主手続に承認・援助をする必要性が低くなっている場合にもこれが認められてしまう。すなわち、外国従手続が日本国内で承認援助されるかは、外国主手続が申立てられるか否か次第である。主たる営業所の所在が変わるまで承認の申立てをしなかった者に対して、他者を犠牲にして保護を与える必要性は低いように思われる。

第四の問題については、確かに、承認援助法の目的(1条)にも掲げられており、国際的な整合性はある程度重視されるべきであろう。しかし、前述Vの通り、モデル法を採用した各国の裁判例では既に一貫した判断がされていない状況である。また、倒産処理の根源的な目的が、「総債権者の満足の最大化、利害関係人の権利の公平な実現および債務者の経済的再生」にあるとすれば<sup>150)</sup>、これらの目的にかなう場合にまで、国際的な整合性を重視しなければならないとすれば本末転倒ではなかろうか。

以上から、筆者は、外国主手続の判断は、外国倒産処理手続の承認が申立てられた時点でなされるべきと考える。しかし、債務者の主たる営業所の移動に

---

148) 承認援助法21条に示される棄却事由は、費用の予納がない(1号)、外国倒産処理手続の効力が日本国内の財産に及ばない(2号)、援助処分をすることが日本の公序良俗に反する(3号)、援助処分の必要がない(4号)、外国管財人等に報告義務違反がある(5号)、不当な目的で申立がされた等(6号)である。

149) 法制審議会でも、従手続がある程度進んでいる場合には、主手続の申立てを却下する可能性を認めることについて発言が見られる(法制審議会倒産法部会第20会議議事録)。

150) 伊藤眞『破産法・民事再生法[第4版]』20頁(有斐閣、2018年)、伊藤眞ほか『条解破産法』19-20頁(弘文堂、2010年)等参照。

より、移動前に主たる営業所があった国の債権者の利益が害されることになってはならない。そこで、このような場合には、移動を認めないということがされて然るべきであろう。これに対して具体的にどのように対応すべきかは、別途検討の必要があるだろう。

## Ⅶ おわりに

本稿では、EUの改正倒産規則やUNCITRALモデル法の改正立法ガイド、モデル法を採用した各国の裁判例を参考に、日本の承認援助法の「主たる営業所」の判断について検討した。

主たる営業所の判断要素については、重視すべき要素に若干の差異はあるものの、債権者から認識可能な要素により事案毎に総体的に判断する方向に集約しているように思われる。他方で、判断基準時については、倒産手続の開始申立時（または開始時）とするか承認の申立時とするかで争いがある。

筆者は、承認の申立時を判断基準時とすべきと考える。その理由は、第一に、倒産手続の開始時を判断の基準時とすれば、主たる営業所が移動した後に債務者と取引をした債権者を害する恐れがあること、第二に、債務者による主たる営業所の移動が、債務者の再建や清算を容易にし、全債権者の利益にかなうのであれば、移動を認めない理由が見当たらないように思われること、第三に、手続の優劣判断と援助処分の必要性判断との基準時を同じくすることで、裁判官も判断をしやすくなるであろうこと、第四に、主たる営業所等の判断の基準時を過去にすれば、証拠収集に困難が生じうるのであることからである。

しかし、債務者の主たる営業所の移動により、移動前に主たる営業所を有していた国の債権者の利益が害されるべきではなく、どのような対処をすべきかは別途検討の必要があるだろう。今後の検討課題としたい。

未熟な本稿が、今後の国際倒産法制発展の一助となれば幸いである。

（ふじさわ・なおえ 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）