

# INTERNATIONAL INSOLVENCY PRACTICE NEWSLETTER

## TOPICS

1. 債務不履行がある場合の未履行契約の引受の可否
2. 米国連邦倒産法 363 条に基づく資産譲渡に伴う潜在的債務の承継
3. 《シリーズ中国倒産法》中国倒産法における国際的考察

### 債務不履行がある場合の未履行契約の引受の可否

米国連邦倒産法（以下「倒産法」）において、管財人（DIP としての再生債務者を含む）は、裁判所の許可を条件として、債務者を当事者とする未履行契約又は残存期間のある賃貸借契約（以下、併せて「未履行契約等」）を引受けることができます（Section 365 (a)）。但し、未履行契約等について債務不履行が生じている場合には、当該未履行契約等の引受けには、当該債務不履行の治癒（又は早急に治癒することの適切な保証等）が必要となります（Section 365(b)(1)）。<sup>1</sup>

もともと、Section 365 (b)(1)の規定は、以下の(A)乃至(D)の事項を内容とする条項の違反（債務不履行）には適用されず、未履行契約等を引受けるに際して以下の違反の治癒は必要とされません（Section 365(b)(2)）。

- (A) 倒産手続の終結前における債務者の支払不能又は財務状況
- (B) 倒産法に基づく倒産手続の開始

<sup>1</sup> 残存期間のある不動産の賃貸借契約における非金銭債務の履行については一定の例外があり、管財人が契約の引受時又は引受後に当該非金銭債務を実行することにより当該債務不履行を治癒することが不可能な場合には、当該債務不履行の治癒は要求されません。但し、当該債務不履行の内容が、非居住用不動産の賃貸借契約の内容に従った利用をしなかったことから生じるものである場合には、引受時又は引受後に当該債務不履行を治癒し、その上で、当該債務不履行に起因する金銭的損失を倒産法の規定に従い補償をなすことが必要となります（Section 365(b)(1)(A)）。

- (C) 倒産法に基づく管財人又は財産管理人の選任又はそれらによる占有取得
- (D) 未履行契約等上の非金銭債務の不履行に関する罰則金利の支払い又は罰則条項の履行（the satisfaction of any penalty rate or penalty provision relating to a default arising from any failure by the debtor to perform nonmonetary obligations under the executor contract or unexpired lease）

2005 年の倒産法改正以前は、上記例外規定のうち(D)の規定の文言が曖昧であったため、その適用範囲について争いがあり、当該例外規定は非金銭債務の不履行に広く適用される、すなわち、未履行契約等の引受けには非金銭債務の不履行の治癒は要求されないとする見解もありました。<sup>2</sup>しかし、2005 年の倒産法改正により、当該例外規定は非金銭債務の不履行に広く適用されるのではなく、非金銭債務の不履行により生じた罰則金利（penalty rate）の支払い又は罰則条項（penalty provision）

<sup>2</sup> 2005 年改正前の Section 365 (b)(2)(D)の規定の文言は次のとおりです。

(D) the satisfaction of any penalty rate or provision relating to a default arising from any failure by the debtor to perform nonmonetary obligations under the executor contract or unexpired lease.

現行法では「penalty rate or penalty provision」とされている箇所が、改正前は「penalty rate or provision」とされていたことから、「penalty」は「provision」にもかかる修飾語句であるのか否かについて争いがありました。

「penalty」は「provision」にはかからないとの解釈によれば、当該例外規定は非金銭債務の不履行に広く適用され、未履行契約等の引受けには、非金銭債務の不履行の治癒は要求されないこととなります。

の履行に関する条項の不履行にのみ適用されること、すなわち、上記(A)乃至(C)等に該当する場合を除き、未履行契約等の引受けには非金銭債務の不履行の治癒が必要となることが明確化されたのです。

金銭債務の不履行については事後的な治癒も可能であるものの、非金銭債務については、過去の債務不履行を事後的に「治癒」し得ない場合も想定されます。例えば、特定の物の売買を特定の合意時期までに完了させることが重要となる契約において当該売買の目的物の引渡しを当該合意時期までに完了させる義務、リース物件を第三者に使用させない義務といった債務については、過去の債務不履行を将来的に治癒することは不可能です。ところが、上記のとおり、一定の場合を除き未履行契約等の引受けには非金銭債務の不履行の治癒が要求されるため、事後的に治癒できない非金銭債務の不履行がある未履行契約等については、引受けが不可能となる場合があるということになります。

かかる解釈は、Escarent Entities L.P.（以下「Escarent」）の倒産法第 11 章（チャプター11）手続の事案の控訴審（第 5 巡回区控訴裁判所）<sup>3</sup>において支持されました。本件においては、Escarent の所有する土地（以下「本件土地」）の売買契約（以下「本件契約」）の引受けの可否が問題となりました。本件契約上の売主である Escarent は、本件契約の決済日（2009 年 1 月 12 日）の 7 日前に、チャプター11 の申立てを行ったため、本件契約の決済日において本件土地の引渡しは行われませんでした。本件契約は倒産法上「未履行契約」に該当するところ、決済日の約 1 か月後に、Escarent は本件契約を条件付きで引受ける旨の申請を行い、倒産裁判所はかかる申請を承認しました。これに対し、買主である Quantum Diversified Holdings, Inc.（以下「Quantum」）は、本件契約には決済日において売買を実行しなかったという非金銭債務の不履行が生じており、かかる不履行は事後的に治癒不能な重大な債務不履行であるから、本件契約は引受け不能であると主張しました。地方裁判所は、本件契約の引受けを承認するという倒産裁判所の判断を支持したため、Quantum は第 5 巡回区控訴裁判所に控訴し、同控訴裁判所は、本件契約においては決済日（2009 年 1 月 12 日）までの売買の実行の完了が重要な意味を持つものであるから、当該決済日において売買を実行しなかったという

<sup>3</sup> *In re Escarent Entities, L.P.*, 2011 WL 1659512 (5<sup>th</sup> Cir. Apr. 28, 2011)

不履行は重大且つ治癒不能な債務不履行であり、本件契約の引受けは認められないとして、地方裁判所の判断を覆しました。

上記判断により、少なくとも第 5 巡回区においては、倒産法上明示的に例外とされている場合を除き、未履行契約等の引受けには非金銭債務の不履行の治癒が要求されること、よって、事後的に治癒することのできない債務不履行のある未履行契約等については引受け不可能となる場合があることが確認されました。チャプター11 等の倒産手続の申請を検討している債務者においては、倒産手続に入る前に、引受けが認められない未履行契約等があることを認識しておくべきといえるでしょう。

### 米国連邦倒産法 363 条に基づく資産譲渡に伴う潜在的債務の承継

米国連邦倒産法（以下「倒産法」）363 条に基づいて債務者の資産が売却される場合、譲受人は、担保権その他の負担が無い状態（free and clear）で当該資産を譲り受けることができます。この点、ここで言うところの負担には successor liability<sup>4</sup>に基づく潜在的な請求権も含まれるか否かが盛んに議論されてきているところ<sup>5</sup>、最近、この点に関する New York 州の倒産裁判所（以下「倒産裁判所」）の判断が下されました<sup>6</sup>。事案の概要は、以下の通りです。

Grumman Olson Industries（以下「Grumman」）の倒産法第 11 章（チャプター11）手続（以下「本件手続」）において、倒産裁判所は、2003 年 7 月 1 日、363 条に基づく Grumman から Morgan Olson, LLC（以下「Morgan」）への資産譲渡を許可しました（以下「本件許可」）。本件許可は、本件手続の開始の前に発生したか、後に発生

<sup>4</sup> 概要としては、ある資産が譲渡されたときに、譲受人は譲渡人の債務を承継しないのが原則ですが、一定の要件が充足された場合には、当該資産に関連して譲渡人が負う債務を譲受人が負う、という法理のことを successor liability といいます。例えば、製造設備等が譲渡された場合、譲受人が譲渡人と同一の製造ラインを継続して製造していること、譲渡人の社名を使用していること等の事情があると、譲渡人の債務を譲受人が負担することとなります。

<sup>5</sup> 倒産法には 363 条に基づく資産譲渡に伴って無くなる負担の定義は示されておらず、従前の裁判例の判断も統一的ではありませんでした。

<sup>6</sup> *Olson v. Frederico (In re Grumman Olson Indus., Inc.)*, 445 B.R. 243 (Bankr S.D.N.Y. 2011)

したかに関わらずあらゆる請求権その他の負担が無い状態で当該資産が譲渡され、Morgan は successor liability に関する請求を含む当該資産に関連する Grumman の債務や責任を負わないという内容でした。ところが、2009年10月になって、Grumman 製のトラックを運転中に事故を起こした Denise Frederico (以下「Frederico 氏」) が、トラックの欠陥のために負傷したとして、New Jersey 州の successor liability に関する法律を根拠に、Morgan に対する損害賠償請求の訴えを New Jersey 州の裁判所に提起しました。これに対し、Morgan は、本件許可は successor liability を含むあらゆる負担から Morgan を免除していると主張し、Frederico 氏が successor liability に関する法的措置をとることを排除すべく倒産裁判所に当該訴訟の差止命令による救済等を求める手続を始めました。

倒産裁判所は、結論として、本件許可は Frederico 氏が New Jersey 州の裁判所において Morgan を提訴することを妨げるものではないと判断しました。確かに、本件許可は、successor liability に関する請求権を含むあらゆる負担から Morgan を免除すると明確に定めました。そして、倒産法上、「請求権」の範囲は非常に幅広く定義されています。しかし、倒産裁判所は、潜在的な将来の不法行為の損害賠償請求権に関しては「請求権」の意味を限定し、一定の要件を満たすものは 363 条に基づく資産譲渡に際して免除されず、資産の譲受人が負担するという判断を示したのです。

敷衍しますと、債務者に対して生じる請求権の内、債権者と債務者との関係が始まった時点で、債務者の責任を生じさせる停止条件成就等の事実が生じることを予測し得るもののみが倒産法上の「請求権」に該当するという過去の裁判例<sup>7</sup>があり、倒産裁判所はまずこの基準に言及しました。

<sup>7</sup> *United States v. LTV Corp (In re Chateaugay Corp.)*, 944 F.2d 997 (2d Cir. 1991)

その上で、倒産裁判所は、債権者が債務者に対する請求権をいつの時点で有することになるのかを判断するための基準を適用した別の裁判例<sup>8</sup>も考慮しました。すなわち、ある債権者につき、①倒産手続申立前の出来事により譲渡人たる債務者との関係が生じており、且つ、②債務者の責任の根拠が倒産手続開始前に欠陥製品を設計、製造又は販売したことであれば、譲渡の時点で既に譲渡人たる債務者に対する請求権が発生しており、363 条に基づく資産譲渡に伴い当該債権者の譲受人に対する請求は妨げられることになる、というものです。

倒産裁判所は、これらの基準に倣い、Frederico 氏は、倒産手続申立前の段階では、その雇用主が Grumman 製のトラックを買ったという程度しか Grumman との関係がなく、また、Grumman に対する請求権を有するような事態も予測できなかったため、Frederico 氏は 363 条に基づく資産譲渡の時点では Grumman に対して「請求権」を有しておらず、従って本件許可の効力として Morgan は Frederico 氏の請求権の負担を免除されないという判断を示しました。

このように、上記の倒産裁判所の判断は、363 条に基づく資産譲渡における裁判所の許可の内容が、一見して潜在的な将来の不法行為の損害賠償請求に関する譲受人の責任を免除するかのようなものであっても、全ての場合においてそのような結果が実現されるわけでは無いという警告を倒産実務家に発したものとと言えます。363 条に基づく資産の譲受けを検討する際には、本件で倒産裁判所が示す基準を念頭に置き、かかるリスクを慎重に考慮すべく専門家のアドバイスを受けることが望まれます。

<sup>8</sup> *Epstein v. Official Committee of Unsecured Creditors (In re Piper Aircraft Corp.)*, 58 F.3d 1573 (11th Cir. 1995)

## 《シリーズ中国倒産法》

### 中国倒産法における国際的考察

#### I. はじめに

2006年に公布され、2007年に施行された中華人民共和国（以下「中国」）の企業破産法（以下「2006年破産法」）は、国際倒産に関する問題に対処しようとしています。2006年破産法第5条は、外国の裁判所の破産判決の承認/執行の申立が債権者又は外国の裁判所によりなされた場合、中国の裁判所が、中国における債務者の資産に関して、外国の裁判所により言い渡された破産判決を承認し、執行できることを定めています。また、2006年破産法は、中国において同法に基づき開始された破産手続が中国の国外にある債務者の資産に対して拘束力を有すると定めることにより、域外適用を試みています。中国の国内外における第5条の執行可能性については、実際のところほとんど判断されていないままですが、第5条は国際倒産手続における共助を促進する立法担当者の意図を示しているといえます。2006年破産法は、中国の破産手続における外国債権者の参加に関して明確な指針を定めているわけではありませんが、外国債権者を巻き込んだ破産事件における一つの先例において、当該手続において外国債権者が差別されるものではないことが判示されています。しかし、外国債権者は、中国の破産手続における自らの財産上の権利を保護するために、今後も2006年破産法に関する注意点に留意する必要があります。

#### II. 中国における外国の破産判決の承認と執行

外国の破産判決の承認/執行は、中国の裁判所の司法審査の対象となります。2006年破産法第5条は、中国の裁判所が適用のある国際協定又は相互主義に従って中国における債務者の資産に関して外国の裁判所が発した法的に有効な破産命令を承認/執行することを定めています。しかし、本条項は、かかる外国の裁判所の命令は以下の場合にのみ承認/執行されると定めることで、中国の裁判所に広範な裁量も与えています。

- 中国の主権、安全、社会/公共の利益が損なわれないこと。
- 中国における債権者の法律上の権利が損なわれないこと。

中国は、フランス、イタリア、スペイン、ロシア、オーストラリア、トルコ及びアルゼンチンなどの国々と承認/執行に関する二国間協定を締結しています。これらの協定のなかには、破産手続を対象とするものとしめないものがあり、その適用範囲も個々に検討する必要があります。相互主義は中国の法律では定義がされておらず、実務上、中国の裁判所は、外国の裁判所により発せられた破産命令を執行する旨の申立を認める前に、相互承認の先例が中国と当該外国の裁判所が所在する国との間で存在するのかを調査します。また、中国の裁判所がかかる協定や相互関係の存在を確認した場合であっても、中国の裁判所は、公共の利益や中国の債権者の保護を理由として、申立を却下する裁量を有しています。このため、中国の裁判所の裁量を制限するために適用される拘束力のある規則がなければ、外国の裁判所によって発せられた破産命令が中国で承認/執行されるか否かは不透明のままです。今日現在、中国の裁判所が破産判決を承認/執行したのものとして報告された最初にして唯一の事案は、中国とイタリアの協定に従って2000年に決定されたものです。

#### III. 域外適用

2006年破産法第5条第一文は、以下の通り定めています。

本法に従って開始された倒産手続は、中華人民共和国の領域外に所在する債務者の財産に対して拘束力を有するものとする。

2006年破産法の施行後、中国の裁判所が発した破産判決の外国における執行に関する事案は報告されていません。実際のところ、中国企業が海外資産を保有することは一般的に勧奨されておらず、外国において事業を行うために必要な承認は収益力のある会社のみが付与されています。そして、中国企業に一般的に利用されているオフショアストラクチャーの下では、海外の持株会社は資金調達目的で設立され、ほとんどの場合、実質的な海外資産を保有していません。それ故、2006年破産法に基づき申し立てられた限られた事案において、海外資産は債務者又は債権者にとって大きな関心事項とはなっていません。

#### IV. 中国の破産手続において救済を求める外国債権者

2006年破産法は、中国の破産手続において外国債権者がその権利を主張するための別個の手続を明確には定めていません。しかし、外国・内国債権者は、2006年破産法の下では公平に取り扱われるものと考えられており、このことはFerroChina事件において明確に示されました。FerroChina事件は、2006年破産法に基づき判断された事件であり、債務者には外国・内国債権者双方があり、Citigroup Inc.及びCitadel Investment Group LLCを含む外国債権者は、中国国内の事業子会社と海外の持株会社にそれぞれ融資を行っていました。FerroChinaの資産が国営企業に売却された後、国内事業会社の外国・内国債権者は、等しく一部の配当を受け取りました。しかし、FerroChinaの海外の持株会社の債権者は、海外の持株会社に対してのみ債権を有していたため、FerroChinaの国内事業会社の再建計画に基づいては何ら受け取れませんでした。中国国内の事業会社の株主である持株会社の権利（持分権）は、中国国内における当該事業会社の債権者に劣後し、それ故、持株会社は自らの債権者に配当するための資産を何ら有していなかったのです。

また、取引の段階又は破産手続において、外国債権者が実務上留意すべき点として以下のような事項が挙げられます。

1. 外国企業による中国企業に対する融資は、通常、国家外為管理局（SAFE）による承認及び/又はこれに対する登録が必要であり、かかる登録は融資の存在の証明とみなされます。さらに、債権者により破産手続が申し立てられた後、中国の裁

判所は、裁判所に知れている全ての債権者の債権者に通知し、且つ（通常、中国の新聞に中国語で告知することを通じて）公告し、これに対し全ての債権者は裁判所が定めた期限までに届け出なければなりません。時宜にかなった通知を受けるために、全ての外国債権者は、SAFE への登録が適切になされているか確認し、実際の融資の内容及び貸付人の連絡先情報を反映すべく情報の更新を行うことが望まれます。

2. 全ての中国企業は、管轄権のある地方の工商行政管理局（AIC）に登録する必要がありますが、いずれで登録すべきかは様々な要素により決定されます。一般に、破産手続の管轄裁判所は、債務者が登録している AIC 事務所により決まります。しかし、外国債権者が破産手続において債権を届け出る場合、債務者の登録場所にかかわらず、全ての手続は中級人民法院に移送されることになります。
3. 2006 年破産法に基づく破産手続においては、担保付債権は優先権を有します。外国投資家による中国国内の資産の担保化は一般に制約されているものの、限られた状況の下で、一定の登録及び/又は許可を条件としない場合があります。それ故、中国国内にある債務者の資産に有効且つ執行可能な担保権を取得するファイナンスのストラクチャーを構築することは、外国債権者が中国企業に投資をする前に考慮すべき重要な事項といえます。

(Jones Day 上海事務所 弁護士張宁・弁護士 刘澍／翻訳：Jones Day 東京事務所)

#### 外国法共同事業・ジョーンズ・デイ法律事務所

〒105-0001 東京都港区虎ノ門四丁目1番17号 神谷町プライムプレイス

電話 03-3433-3939

FAX 03-5401-2725

WWW.JONESDAY.COM

#### 世界各国のジョーンズ・デイのオフィス

アーバイン	アトランタ	アル・コバール	クリーブランド	コロンバス
サンディエゴ	サンパウロ	サンフランシスコ	シカゴ	ジッダ
シドニー	上海	シリコンバレー	シンガポール	台北
ダラス	デュッセルドルフ	東京	ドバイ	ニューデリー
ニューヨーク	パリ	ピッツバーグ	ヒューストン	フランクフルト
ブリュッセル	北京	ボストン	香港	マドリード
ミュンヘン	ミラノ	メキシコ・シティ	モスクワ	リヤド
ロサンゼルス	ロンドン	ワシントン		

編集責任者：	弁護士 佐藤 りか	(rsato@jonesday.com)
	弁護士 森 雄一郎	(ymori@jonesday.com)
編集者：	弁護士 棚澤 高志	(ttanazawa@jonesday.com)
	弁護士 菊山 葉子	(ykikyama@jonesday.com)
	弁護士 広重 隆司	(thiroshige@jonesday.com)
	弁護士 大平 勇介	(yohira@jonesday.com)
	弁護士 高橋 俊昭	(ttakahashi@jonesday.com)

本ニュースレターに含まれる情報は、特定の事実や事情に関する弁護士の法的なアドバイスではないことをご留意ください。本ニュースレターは著作権による保護の対象となります。弊事務所の事前の許可なく複製、転載、変更、翻案、翻訳、再配布等することはできませんのでご注意ください。本ニュースレターを使用することによって生じ得るいかなる損失に対しても弊事務所は責任を負いません。