



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

2013年11月15日

第6回ミャンマー法セミナー（於：ヤンゴン）
（不動産法第2回目）

弁護士法人キャスト（日本）
村尾龍雄律師事務所（香港）
弁護士・税理士 村尾龍雄

Q2 2013年9月30日の東京セミナーで「不動産法第1回目」のレジュメにおける「(コラム) 外国投資家が安心できる不動産取引を確立するためにはどうすればいいのか? (試論)」に関して、質問者から受けた adverse possession に関する保護の可能性と、その後に講師から言及のあった香港「不動産譲渡及び財産条例」第12A条型制度のミャンマー法による創設可能性について、口頭での議論内容が専門的過ぎてわからなかったため、要点を説明してください。

A 前回大学の研究者である質問者から受けた adverse possession とは日本でいう取得時効に該当するものです。しかし、権原の転々譲渡 (chain of title) 過程で形成された過去の深刻な瑕疵 (defeasible defect) を adverse possession によりミャンマー法上保護が法的に可能であるか、可能であるとして具体的にどのような要件を充足して、どのような主張を行うことで具体的に可能となるかに関して、もともとの英国判例法において adverse possession に関する数多存在する複雑な判例群とそこから導かれる法を講師が正確に理解できていないことから、当該論点に関して説明する資格及び能力を欠きます。9月30日のセミナー時にはそのように説明した次第です。この論点は以後講師の認識が成熟した段階で、別途解説できればと存じます。

adverse possession [出展：財団法人東京大学出版会 英米法辞典]

1 敵対的占有；無権原占有

A の不動産（稀に動産）占有が、title (権原) に基づき、possession (占有) の権利を主張する B との関係で、相容れない関係、敵対的関係にある場合、この A の占有をいう。→ adverse title

2 (敵対的占有による) 取得時効

1 の場合の B の 不動産占有回復訴訟の訴権が statute of limitations (出訴期限法) により消滅することによって、占有者 A に認められる不動産(稀に動産)の原始取得、またはこうした時効取得制度をいう。一般に、A の占有が、open and notorious possession (公然の占有), actual possession (現実の占有), hostile possession (自主占有), かつ継続的



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

(continuous) 占有であることが要件とされる。取得の対象は fee simple (単純不動産権) ただし future estate (将来不動産権) が設定されている場合は possessory interest (現在の不動産権) であり、用益物権に認められる取得時効 (prescription) 【1】と区別される。アメリカでは 20 年を基本の時効期間と定めるところが多く、加重要件 (color of title (表見的権原), 固定資産税の支払, 善意など) のもとに、より短期の取得時効 (special adverse possession) を定める制定法も少なくない。政府所有の土地については、歴史的には取得時効は成立しえないとされ、その例外は個別的立法による(多くが長期の時効期間の定めを置く)。イギリスの現行の時効期間は 12 年 Crown lands (王領地) および公益法人の不動産については 30 年 である。

もう 1 つの論点である香港「不動産譲渡及び財産条例 Conveyancing and Property Ordinance(Chapter 219)」第 12A 条の内容は次のとおりです。「不動産法第 1 回目」のレジューム脚注 19 において、面倒であるなどを理由として実際に実施できるかどうかは別として、転々譲渡 (chain of title) の過程に登場する過去の権利者を確認者 confirmor(s) として直近の権利移転 transfer にかかる捺印証書 deed に参加してもらい、過去の深刻な瑕疵 defeasible defect に関する治癒を図る確認的権利移転 confirmatory transfer が筋論 (王道)

¹ [出展：財団法人東京大学出版会 英米法辞典]

prescription

1 取得時効

□長期の時間的経過による権利の取得。City of London (ロンドン市) がそうであるように、時効で法人格を取得しているという用例もあるが、通例は easement (地役権), profit # prendre (採取権), common (入会権) などの incorporeal hereditaments (無体法定相続産) を長期かつ中断のない一定の事実状態の継続によって取得することをいう。コモン・ローは、time immemorial (法的記憶の及ばぬ時代) からの権利行使の継続 実際には、一定期間の権利行使の立証によって推定される によって、権利の付与があったものとみなす lost grant (授權証書喪失) の法理によって、これらの incorporeal hereditaments に対する権利を取得することを認めていた。イギリスではこれについて、Prescription Act 1832 (取得時効法) 等で、超記憶的時代からでなくても 20 - 30 年などの時間の経過で、地役権、入会権、採取権などを時効取得できる旨を定めている。アメリカでは、ほとんどの法域で lost grant の法理は採用されず、adverse possession (取得時効) の法理を類推し、これと同じような要件をそなえた adverse use (敵対的利用) があれば時効取得を認める判例法理が発展した。

以上のような取得時効を positive prescription (積極的取得時効) とよぶのに対し、一定期間の corporeal hereditaments (有体法定相続産) の占有の継続により、これを争う権利が消滅し、占有者の権利が確定的なものとなることを negative prescription (消極的取得時効) ともいう。イギリスでは Limitation Act 1939 (出訴期限法) により、出訴期限の経過によって本来の権利者の占有回復訴権のみならず、title (権原) そのものが消滅するとされ、いわばその反射的効果として占有者がそれまでより強い title をもつことになった。→ lost (modern) grant; adverse possession

2 時効

□ルイジアナ州法では、消滅時効を含む上位概念としてこの言葉が用いられる。

3 処方



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。

であることに言及しましたが、confirmor(s)となるべき過去の権利者（登記上残存する土地の瑕疵／負担の権利者＝encumbrancer）の発見が困難であるなどの事態が想定されるので、その場合には、直近の権利者と称する者が裁判所に事情を疎明し、適当な金額の金員を過去の権利者の権益保護を図るなどのために裁判所に支払わせることで、当該瑕疵／負担の解消を命じる制度を創設することも一案ではないかと提唱した次第です。

s12A Discharge of encumbrances by the court	第 12A 条 裁判所による負担の解除
<p>(1) Where land is subject to any encumbrance, whether immediately realizable or payable or not, and the encumbrancer is out of the jurisdiction, cannot be found or is unknown, or if it is uncertain who the encumbrancer is, the court may, if it thinks fit, on the application of the party for the time being entitled to redeem the encumbrance, direct or allow payment into court of a sum of money sufficient to redeem the encumbrance and any interest thereon.</p> <p>(2) Upon payment into court of the sum referred to in subsection (1), the court may, if it thinks fit, and either after or without any notice to the encumbrancer, as the court thinks fit, declare the land to be free from the encumbrance, and make any order for conveyance or vesting order as appropriate, and give directions for the retention and investment of the sum of money paid into court and for the payment or application of the income thereof, and for the payment of an</p>	<p>(1)直ちに実現可能か、又は支払うべきか否かに関わらず、土地が何らかの負担に服し、かつ、負担の権利者が法域外にあり、発見できないか、もしくは不明であり、又は負担の権利者が誰であるかが定かでない場合、裁判所は適切と考えるならば、負担を償還する償還する権利を有する当面の当事者の申請に基づき、負担及びそれにかかる権利を償還するのに十分な金額を裁判所に支払うことを指示し、又は許可することができる。</p> <p>(2)第 1 項で言及のあった金額を裁判所に支払った場合、裁判所は適切と考えるならば、また裁判所が適切と考えるところにより、負担者に対する通知後又はそれなしに、土地が負担から免れることを宣告し、不動産譲渡又は財産帰属命令【2】の命令を適切であるとして行い、かつ、裁判所に支払われた金額の保持及び出資、そこからの所得の適用、並びに裁判所が申請を行うに当たり申請者の合理的な訴訟費用であると裁判所の証明を得た金額の支払いで、裁判所に支払われた金額</p>

² vesting order[出展：財団法人東京大学出版会 英米法辞典]

《英》 財産帰属命令

□かつての Court of Chancery (大法官裁判所)、のちの High Court (高等法院)の Chancery Division (大法官部)が発する命令で、財産の conveyance (権原の設定・移転)がなくとも、当該の財産権を移転させる効力をもつ。例えば裁判所が新しい trustee (受託者)を選任する場合、受託者はこの命令により信託の執行に必要な trust property (信託財産)上の権利を付与される。この命令を発する権限は、制定法等により Charity Commissioners (慈善委員会)など他の機関に付与される場合もある。



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。

<p>amount certified by the court to be the reasonable costs of the applicant in making the application, such amount to be deducted from the sum of money paid into court.</p> <p>(3) On application by the encumbrancer or any person entitled to the money or fund in court,</p> <p>the court may direct payment or transfer thereof to the persons entitled to receive or give a discharge for the same, and generally may give directions respecting the application or distribution of the capital or income thereof.</p> <p>(4) In this section, "court" (法院) means the Court of First Instance unless the party to the application submits to the jurisdiction of the District Court.</p>	<p>から控除されるべき金額について、指示を付与することができる。</p> <p>(3)負担の権利者又は裁判所における金員もしくは基金に権利を有する何人かの申請に基づき、裁判所は受領の権利を有する者にその支払い、もしくは移転を指示し、又はその履行を付与し、かつ、一般的に資本もしくはその所得の適用もしくは分配に関する指示を付与することができる。</p> <p>(4)本条において、裁判所とは申請に関する当事者が地方裁判所の管轄に提出しない限り、第一審裁判所を意味する。</p>
---	--

Q3 外国会社がミャンマーの不動産に関して取得できる権利はどのようなものですか。また、それに関する投下資本回収手段はどうなりますか。

A 「不動産法第1回」セミナーレジюмеで説明したとおり、ミャンマーの不動産の権利には freehold と leasehold の2つの類型がありますが、外国会社は freehold を取得できず、leasehold を取得できるのみです。

(1) 不動産の売買等の禁止

この leasehold の取得についても、以前は「不動産譲渡制限法」(1987年)に基づく相当強い法規制がありました。まず freehold のみならず、leasehold に基づき建築された建物を内実とする不動産についても、区別なく外国会社は不動産の買主になることができず、抵当権者になることもできず、交換その他いかなる手段においても譲受人になることができないとされました。



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。

4. 外国人又は外国人が保有する会社は、不動産の売買、無償譲渡、譲渡の受入れ、質、譲渡抵当【³】、交換、又はいかなる手段による譲渡によっても不動産を取得してはならない。

(2) 不動産の賃貸借の規制

また不動産を賃借することについても、1年の賃貸借期間を上限とするという厳しい規制が課されました。

5. いかなる者も、(a)外国人又は外国人が保有する会社に対して、1年を超える期間、不動産を賃貸してはならず、(b)外国人又は外国人が保有する会社は、1年を超える期間、不動産を賃借してはならない。

もっとも、旧「外国投資法」に明文はないものの、ミャンマー投資委員会（以下“MIC”）の認可を取得する場合、ミャンマー企業に関する leasehold/grant land（譲与地）の法規制同様、10年、30年、90年の期間で利用権を認められる法的地位が付与され、実務的には10-30年、BOTプロジェクト及び国有企業との合弁プロジェクトでは30-50年の賃貸借期間が付与されていたようです。

なお、明文規制はないものの、ミャンマー人又はミャンマー企業からの直接の賃貸借は実務運用上認められず、政府からの直接の賃貸借のみが許される状況であったようです。

(3) 「外国保有会社」の定義と実務運用との乖離

もっとも、その規制対象である「外国保有会社」の定義は次のとおりですから、外国資本が majority shareholder にならず、minority shareholder に留まる場合、文理解釈上は法規制が及ばないようにも思えます。しかし、実務運用上は外国資本が1%でも入る場合、「外国保有会社」と同様の法規制に服するものとされています。

³ 「不動産譲渡制限法」はビルマ式社会主義政権崩壊前に登場した法律ですから、原文はミャンマー語のみです。ところで、その英訳が流通しているところ、英訳版には pawn（質）のみが存在し、mortgage（譲渡抵当）が存在しません。しかし、ミャンマー語原文には mortgage に相当する用語が記載されています。



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。

2. (c) 「外国保有会社」とは、「会社又は組合であつて、その経営又は支配が連邦の国民によるものでないか、又はその過半数の持分又は株式が連邦の国民によって保有されていないものをいう。

(4) 近時の規制緩和

以上の法規制は近時次のとおり規制緩和されました。

① 2011年9月30日付け通達により、民間資本からの賃貸借設定が可能となりました。この規制緩和は新「外国投資法」で確認されました。

33. 委員会は連邦の経済発展の目的で、連邦政府の事前認可を得て、土地を賃借し、又は使用する権利を有する者から最初の合意を得ることにより、当該土地に投資をすることを許可することができる。

② 新「外国投資法」上、土地の原則的な賃貸借期間が50年とするものとされ（延長的規制緩和）、また通常の場合でも10年×2の上限70年の期間享受ができる余地があり、さらに全国一律の発展に資する投資（例：辺鄙地への投資）の場合、一層長期の（しかしおそらく grant land の期間上限である90年を超えない）賃貸借期間の享受余地もあることとなりました。

31. 委員会は投資家に対して、ビジネス、産業の種類及び投資の規模により当初50年間を上限として土地を賃借し、又は使用する権利の実際に必要なとされる期間を許可することができる。

32. 委員会は投資の規模及びビジネスの種類により、第31条に基づき許可された期間の満了後、ビジネスの継続を希望する投資家に対して、これに続く10年の期間を延長し、かつ、当該期間満了後さらに10年の期間を延長することができる。

36. 委員会は、全国の発展の目的で、連邦政府の認可を得て、経済が相対的に発展せず、アクセスが難しい地域に投資する投資家の恩恵のために、この法律に含まれる土地を賃借し、又は使用する権利のための期間をより長く規定することができる。

③ 不動産の転貸借及び譲渡抵当の提供

この点は「不動産譲渡制限法」又はその実務運用でそもそも制限されていたのかが不明確



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

ですが、いずれにせよ新「外国投資法」に基づき投下資本の回収・利用策として転貸借及び譲渡抵当の提供ができることが明確にされました。

17. 投資家の義務は次のとおりである。

(e) ビジネスを実行することを許可された土地及び建物を事業期間以内、投資ビジネスのために他者に対する転貸借し、譲渡抵当に供し、また持分権及びビジネスの移転を委員会の許可を得てから実行すること

④ 不動産の売却

この点も「不動産譲渡制限法」又はその実務運用でそもそも制限されていたのかが不明確です。また、新「外国投資法」に基づき leasehold の対象地上に建築した建物と一緒に第三者に売却をすることが可能であるかについて、土地の未分割持分権／undivide shares in land を意味する「持分権」必ずしも明確ではありません。もっとも、次の条文を手掛かりに投下資本の回収策として当然に実施できるものと思われます。

17. 投資家の義務は次のとおりである。

(e) ビジネスを実行することを許可された土地及び建物を事業期間以内、投資ビジネスのために他者に対する転貸借し、譲渡抵当に供し、また持分権及びビジネスの移転を委員会の許可を得てから実行すること

18. 投資家の権利は次のとおりである。

(a) 現行の法律に従って、委員会の認可を得て、資産を売却し、交換し、又はその他の手段で移転する権利を有すること

Q4 ミャンマーから見て外国に位置する外国会社やミャンマー国内で外国資本 100%又はミャンマー企業との合弁で設立した会社（以下一括して「外国会社」といいます。）がミャンマー人やミャンマー企業との取引に関して発生する売掛金を担保するために mortgage／譲渡抵当を設定することができますか。できないとすれば、どのような克服手段を想定することができるでしょうか。仮説レベルでよいので、教えてください。

A 「財産移転法」には様々な種類の mortgage／譲渡抵当（中には占有を mortgagee／譲渡抵当権者にとられてしまう譲渡質というべき類型も存在します。詳細は「財産移転法」第 58 条／邦訳をご参照ください。）が規定されています。しかし、そもそも mortgage とはどのような概念なのでしょう。以下、簡単に説明を試みます。



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。

1、英米法辞典の解説

英米法辞典の解説は次のとおりです。

mortgage[出展：財団法人東京大学出版会 英米法辞典]

譲渡抵当(権)；モーゲッジ

□元来は、債務の担保として、財産権 (property) を債権者に移転することをいい、イギリスおよびアメリカの一部の州では今日でもそのように構成されている。債務の履行があれば財産は債務者に返還される。不動産だけでなく、ほとんどすべての財産権につき譲渡抵当をなす。Mortgage は英米の物的担保の中心であるが、その起源は、利息を取ることが禁じられていた中世期において、担保とする土地の占有を債権者に移転させ、土地からの収益を許した債権担保手段にあるとされる(語源については mortuum vadum (死質)参照)。この担保手段のための estate (不動産権)設定は、期日に弁済があれば土地は抵当債務者に返還されるが、それがなければ土地は確定的に債権者のものとなることを内容としていた。近世になるとエクイティ裁判所は、債務価値を大きく上回る抵当物が債権者に帰属する不衡平を救済するために、弁済期後であっても元本利子の支払によって債務者が担保物を受け戻す権利 (equity of redemption) を認めるようになり、これに対して債権者には、債務者の受戻権を消滅させ、その権利を確定的なものとする手続 (foreclosure) が認められるようになり、今日の mortgage 制度の原型ができあがった。

譲渡抵当にはコモン・ロー上のもの (legal mortgage) とエクイティ上のもの (equitable mortgage) とがあるが、イギリスでは、コモン・ロー上の譲渡抵当は、土地については Law of Property Act 1925 (財産権法)および Land Charges Act 1925 (土地負担法)以来その土地に対し(一番抵当のときは)長期——例えば 3,000 年——の term of years (定期不動産権)を与える lease (不動産貸借)の形をとり、または、土地に対するコモン・ロー的負担 (legal charge) を設定することによりなされる (→charge by way of legal mortgage)。動産については、質入れ (pledge)、または売買証書 (bill of sale) によりなされ、債権 (chase in action) については債権譲渡証書 (written assignment) によってなされる。エクイティ上の譲渡抵当は、土地については、土地の権原証書 (title deeds) の寄託 (deposit) または、土地あるいは土地上の権利の譲渡抵当契約書によってなされる (土地に関しては単なる契約はエクイティ的権利しか発生させないという一般的原則による。→conveyance)。人的財産 (personal property) についてのエクイティ的譲渡抵当は、人的財産に負担 (charge) を課する旨の合意、信託受託者 (trustee) の有する債権または信託資金の譲渡 (assignment) などによってなされる。

譲渡抵当権設定者 (mortgagor) は受戻権 (equity of redemption) を有し、これによって、約定の返済期限が過ぎたあとでも、抵当債権者が受戻権喪失手続 (foreclosure) をとる



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

ことにより抵当物を完全に自分のものにするまではいつでも、債務元本、利息および費用を支払って抵当物を取り戻すことができる。譲渡抵当権者 (mortgagee) は、抵当物に対する自己の権利を他に譲渡することもできるし、また、その抵当物を自己の債務の担保として譲渡抵当することもできる (submortgage)。このような処分をしないかぎり、譲渡抵当権者は、抵当物を占有する権利を有し、譲渡抵当権設定者に代位して地代その他の果実を収取することができる (ただし実際には、弁済期まではこれらの権利を行使することは少ない)。弁済期が過ぎても、当該抵当物の売却は、法定または合意の power of sale (売買による抵当権実行権)のない限りなしえない。

アメリカにおいては、イギリスのように譲渡抵当を一つの不動産譲渡 (conveyance) とみなし、これによって抵当物に対する権原 (title) が譲渡抵当権者に移転するとする州もあるが (title theory)、それ以外の多くの州では、譲渡抵当は、法的にどのような形式で行われようとも、単なる先取特権 (lien) の設定にすぎず、譲渡抵当権者に抵当物に対する権原を取得せしめるものではない、とされる (lien theory)。それによれば、抵当物からあがる地代その他の果実は当然に抵当債務者のものとなる。Title theory (権原移転理論) と lien theory (担保権説) とのそれぞれから論理的に導かれるはずの諸帰結を適当に取舍選択し混ぜ合せて採択するという意味で、混合的または中間的な理論をとっている州もいくつかある。

2、香港法における mortgage

(1) 「不動産譲渡及び財産条例」では、mortgage とは「金銭又は金銭的価値を担保するための土地上の担保/a security over land for securing money or money's worth」と定義され (第2条)、これにはコモンロー上の譲渡抵当である legal charge (legal charge であると明示された譲渡抵当/a mortgage expressed to be a legal charge。第2条) とエクイティ上の譲渡抵当である equitable mortgage by deed (捺印証書によるエクイティ上の譲渡抵当) があります。香港の leasehold による権利には二段階があり、第一段階は政府から leasehold の譲与/grant を遵守すべき条件付きで受ける段階です。その段階では leasehold の権利はコモンロー上の権利/legal estate (日本法的なイメージで言えば物権的権利) まで高められる以前のエクイティ上の権利/equitable interest (日本法的なイメージで言えば債権的権利) にすぎません。この段階で mortgage を設定する場合、対象がエクイティ上の権利にすぎませんので、legal charge の設定はできず、必然として equitable mortgage by deed にならざるを得ません。その後当該条件を遵守し、政府の確認を経ると、leasehold はコモンロー上の権利に転換されます (第14条)。そしてこれに伴って equitable mortgage by deed は legal charge に転換されます (第46条)。legal charge や equitable charge by deed は譲渡抵当設定者/mortgagor に default/債務不履行があると、自ら、又は法的には譲渡抵当設定者/mortgagor の代理人 (譲渡抵当権者/mortgagee の



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

代理人ではないことに注意) である receiver/財産保全管理人を通じて、裁判所の介入を要することなく対象物件の売却手続【⁴】を開始することができます。これについて、legal charge や equitable mortgage by deed の発生原因である捺印証書/deed において明示の約定がなくとも、当該売却権限は黙示の合意で mortgagee/receiver に付与されたものとされます(第 51 条、別表第四)。

(2) なお、ローンの担保目的で行われる権原証書の預託/deposit of title deed により強制執行可能性を伴い生じる、捺印証書/deed によらないエクイティ上の譲渡抵当/equitable mortgage もあります【⁵】。この類型の mortgage は legal charge や equitable mortgage by deed と異なり、裁判所を通じてのみ対象物件の売却が可能です。

(3) 香港における mortgage の法律構成の変化

以前の香港法では mortgage を設定すると、対象物件/property のコモンロー上の権利/legal estate が譲渡抵当設定者/mortgagor から譲渡抵当権者/mortgagee に完全に移転し、譲渡抵当設定者は受戻権/equity of redemption を有するだけである、との法律構成がなされていました。しかし、この法律構成ですと、対象物件のコモンロー上の権利者はローン金額との関係で対象物件に価値的余力があっても、譲渡抵当権者が追加ローンに応じなければ、他にこれに応じる意向を示す者がいても、当該者を後続の譲渡抵当権者として追加ローンを実現することができない道理となります。これでは対象物件の財務的価値をフル利用できないこととなりますから、社会経済的に見ても損失です。

そこで、現在の香港法では mortgage を設定しても、対象物件のコモンロー上の権利は移転せず、譲渡抵当権者はあくまで default があった場合に対象物件を売却する権限/equitable interest を有していれば足り、一方、譲渡抵当設定者はその保有するコモンロー

⁴ 対象物件の売却以外の手段として受戻権喪失手続/foreclosure があります。これは日本法的イメージでいえば、抵当直流に近いものですが、この手続は実務的にはほとんど利用されません。その理由として、この手続には裁判所に対する提訴が必要ですし、被担保債権に比較して対象物件の価格が高い場合に価値評価を実施して清算を行う煩瑣がありますし、この価値評価を巡り紛糾化するなどの事例も記録されていることが挙げられます。そもそも default に直面した譲渡抵当権者は一刻も早い債権回収を希望しており、それで満足するわけですから、裁判所の介入を経ない売却が簡便であり、それを排除して foreclosure による動機がない、というわけです。

⁵ 「不動産譲渡及び財産条例」第 3 条第 1 項は不動産の取引上、強制執行可能性 enforceability を有する契約等は被告となるべき者等の署名のある書面によることを原則として規定するものの、第 3 条第 2 項はエクイティ上の部分履行の法理/the equitable doctrine of part performance による例外的保護があることを同時に規定します。そして、これによる保護が働く場面として権原証書の預託を part performance とする equitable mortgage(not by deed)があります (Konew Finance Ltd v Wong Kai Ming [2001] 3 HKC 90)。



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

上の権利に立脚して、そこに価値的余力がある限り、これを評価する後続の譲渡抵当権者に同様の権限を付与する法律構成を採用することとなりました。

3、ミャンマーの mortgage の特徴、問題点及びその克服のための仮説

(1) まずミャンマーの mortgage は外国会社には少なくとも現状では実務的に一切利用することができません。これだけ聞くと、その理由として、「不動産譲渡制限法」で「外国保有会社」には不動産、とりわけミャンマー人及びミャンマー企業にしか保有が許されない freehold にかかる不動産の取得が禁止されているのに、受戻権喪失手続／foreclosure (脚注 4 参照) を通じて不動産取得の可能性がある譲渡抵当権者／mortgagee の法的地位を外国会社に付与することはできないというロジックなのではないのかと推測してしまいそうです。

(2) しかし、脚注 4 で説明したとおり、香港では受戻権喪失手続／foreclosure の利用が一切されておらず、譲渡抵当権者又は財産保全管理人による対象物件の売却しか実施されていないのですから、ミャンマー法でも外国会社にはそのような足枷を設ければ、「不動産譲渡制限法」との軋轢を回避することができます。mortgage を外国会社に一律禁止する合理性は到底ないと思われまます。

(3) もっとも調査の限りでは、mortgage の設定はミャンマー人やミャンマー企業にも、銀行が譲渡抵当権者になる場合を除き、実務的に認められていないか、少なくとも実施されていないようであり、「財産移転法」と乖離した実務の弊害は外国会社に限定的なものではないようです。その理由について考察すると、結局、1962 年以降のビルマ式社会主義政権下では、銀行以外がローンを実施し、利息を取得するという資本家的行為の典型(その政権下では資本主義の病理)が流布するのを禁止、抑制した長期的反動で、社会主義政権及びこれに続く軍事政権が終焉した現在でも、なお mortgage の銀行以外の活用を図るといふ国民的意識が芽生えていないためである、と推測されます。

(4) そこで、今後は既に「財産移転法」という mortgage を実施するための法的基礎はあるのですから、これを銀行以外の民間同士でも実施可能とすることを確認する通達を発布するなどすれば、その利用が活性化できるのではないかと期待されます。

(5) もっとも、「不動産法第 1 回」でも解説したとおり、ミャンマーの不動産の権原／title の多くは defeasible defect が付着するという病理を抱えていますから、売却権限の実施場面で(買主となるミャンマー人、ミャンマー企業は実務的に余り気にしないのかもしれませんが) 法的困難に直面することが理論的には予想されます。今後 mortgage



本書の著作権はキャストグループに帰属し、当グループの事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。

の民間開放による経済活性化を図る意味でも、不動産の深刻な瑕疵／負担を治癒するための法制度が考案される必要が認識されるところです。

(6) なお、mortgage を利用できるのが現状では銀行だけだというのであれば、それを前提とした対策を考案する余地がないかが問題となります。例えば外国会社の売掛金を銀行が中間利息を控除して買い取るが、あらかじめ売買契約で外国会社が銀行に売掛金を売却する場合、買主となるミャンマー企業は銀行に対して mortgage を提供する義務を課す建付けとしておけば、銀行のリスクが低減されますので、控除される中間利息を低廉化できるのではないかと、そのようなファクタリングサービスを展開する余地がないかが関心事です。特に特定当事者間で反復継続的な取引が実施される場合、恒常的に発生する売掛金を恒常的にファクタリング対象とし、買主となるミャンマー企業は継続的取引から発生する買掛金をカバーするために、日本でいうところの根抵当的な mortgage を提供すれば、銀行介在型の与信管理システムを構築できる余地があるのではないかと考えます。

(7) もっとも、外国会社のうちミャンマーから見て外国に位置する外国会社（非居住者企業）にまでこの与信管理システムの利用を認めると、売掛金の履行遅滞時に十分に高い利息が設定されている場合などに、mortgage 実行としての対象物件の売却を通じて過剰な外貨流出を惹起する懸念がないかという外貨管理政策上の問題が生じます。中国ではまさにこの点をヘッジするために、国内での担保及び対外担保で二元的な法規制を設定し、後者を前者と比較して遥かに厳格な法律要件を課しています。ミャンマーも、タイのバーツ暴落に端を発するアジア金融危機を通じてタイ等 ASEAN 諸国が学習した外貨管理を怠る恐ろしさを他山の石型モデルで学習するとするならば、外国会社に不便を来たそうとも、中国型規制モデルを導入するのが合理的ではないかと考えます。

以上