

モンゴル不動産担保法制の現状と課題

D. ヤンジンホロル*
袁 輪 靖 博**

1. 問題の所在
2. 憲法裁判所決定以前の不動産担保法制の概観
3. 憲法裁判所決定の概要と評価
4. 課題と展望

1. 問題の所在

モンゴル国の誕生からすでに四半世紀が経過した。社会主義から市場経済への体制転換を目指した画期的取組への評価はさまざまであろう。その中で、モンゴル社会がさまざまなところで社会主義時代とは異なる姿に変貌を遂げたことだけは事実である。なにが変わったのか、その理由は何か、それがよかったのか悪かったのか、社会主義時代やモンゴル社会の文化・伝統の影響はどこ見られるのかなどを明らかにすることは、われわれに負わされた大きな課題である。

さて、とりもなおさず、モンゴル市場経済体制への転換は、国有企業の民営化と不動産の私有化に象徴されるとともに、それを軸にしてすすめられた。

* モンゴル国立大学法学部講師

** 福岡大学法学部教授

国有企業の民営化はモンゴル国誕生前の1991年にすでに実施されていた¹が、不動産については、国民による所有権を認めないかぎり私有化できないことから、1992年のモンゴル憲法制定以後に順次進められ、1996年になって集合住宅の民営化が、2002年になってモンゴル国民に対する土地民営化がそれぞれ実現した²。

それまで実態としては存在していた不動産を担保とする金融取引は、不動産の私有化によって、晴れて法的な裏付けを与えられ、市場・貨幣経済における適正かつ円滑な金融取引の促進が期待されるようになった。しかしその一方で、債権者たる銀行と不動産担保を設定する債務者たる個人や事業者との間で様々な法律問題が生じた。そのすべてを扱うことは本稿の目的ではない。

とくに本稿で論じたいのは、抵当不動産の第三者に対する売買にかかわる問題である。

2015年9月に憲法裁判所³が示した、抵当権の対象となる集合住宅を第三者に売却する際の民法による制限規定（171条の171.1.）などを憲法違反とする画期的判決に基づく決定⁴（以下、憲法裁判所決定という）は、銀行からの強い反対意見をもたらし、大きな社会問題となった。この決定は、民法や不動産担保法に定められた、第三者に対する抵当不動産の売却に際して債権者の承諾を要するとの規定を無効とするものであった。後述するように、

¹ これについては、例えば安田靖『モンゴル経済入門』（1996年、日本評論社）65頁以下参照。

² その理由は、モンゴル社会がなによりも自然・天然資源から成りたっている点にあり、日本やドイツのようないわゆる近代的不動産所有権を容易にかつそのまま取り入れるわけには行かなかった。モンゴル憲法が明記するように、都市部については不動産所有を認める理論的方向が早くから示されたものの、現実には都市部と遊牧地の境界を画することが簡単でないことなどもあって、結局、不動産の私有化に至るまでに時間を要したのであった。

³ 憲法裁判所については、モンゴル国憲法64条～67条に規定がある。概要については、荻輪靖博「モンゴルの憲法制度」大村泰樹・小林昌之編『東アジアの憲法制度』（1999年、アジア経済研究所）111頁～112頁参照。

この決定は肯定的に評価すべきものであり、この決定を前提とした不動産担保法制のあるべき姿を検討し、かつ実務対応を行っていけばよいと思われる。ところが、この決定によって不動産抵当リスクが高まったと判断したモンゴルの銀行は、不動産抵当貸付を縮小させる行動にでた。そのため、金融取引に大きな影響が生じているというのである。

日本の民法からみれば、この決定は当然の結論といえるものである。銀行側のリスクが高まったというべきではなく、これまでが異常であったと理解すべきであろう。今後は民法の理論的整合性からみた利害調整をおこなっていけばよいのではないか。

以下では上記観点から、抵当不動産の売買をめぐるモンゴルの不動産担保法制⁴について、憲法裁判所決定が出されるに至るまでの立法状況を整理した上で、憲法裁判所決定の意義と評価を行う。モンゴルでは、土地と建物を別個独立の不動産としており、都市部の建物に対する抵当権をめぐる多くの問題が生じていることから、さしあたり都市部における不動産のうち、建物の抵当権に関わる問題に限定して検討する。

2. 憲法裁判所決定以前の不動産担保法制の概観

（1）憲法と不動産所有権

1992年の「モンゴル国憲法」では、モンゴル人民共和国時代の1960年憲法で掲げていた社会主義的理念が一掃され、市場経済体制を実現するための理

⁴ Иргэний хуулийн 171 дүгээр зүйлийн 171.2 дахьхэсэг, Үл хөдлөх эд хөрөнгийн барьцааны тухай хуулийн зарим заалт Үндсэн хуулийн холбогдох заалтыг зөрчсөн эсэх маргааныг эцэслэн шийдвэрлэсэн тухай Монголын Үндсэн Хуулийн Цэцийн Тогтоол, 2015.12.9. Дугаар 11. (民法171条171.2、不動産担保法の一部規定が憲法規定に違反するとの訴えに関する判決に関するモンゴル国憲法裁判所による決定、2015年12月9日第11号。 <http://www.legalinfo.law/details/11477?lawid=11477>)。

⁵ モンゴルの不動産担保法制については、袁輪靖博「モンゴルの不動産担保に関する法律の仮訳」福岡大学法学論叢62巻1号（2017年）309～358頁を参照のこと。

念が盛り込まれることになった⁶。この憲法は、6つの章からなる。すなわち、第1章モンゴル国の主権、第2章人権および自由、第3章モンゴル国の国家組織、第4章モンゴル国の行政地方単位とその統治、第5章モンゴル国裁判所、第6章モンゴル国憲法の改正である。

土地所有に関しては、第2章の16条の中で財産権を保障する一方で、第1章の6条では土地の私的所有に関する制限を設けている。

16条3項では、「動産、不動産の正当な取得、占有、所有、相続権を有する。所有を定める法律をのぞいて、収用や没収を禁止する。国またはその所管する機関が社会的に不可欠の要請に基づいて私有財産を収用した場合、適切な費用、価額を支払う」と規定する。

これによれば、「動産」・「不動産」の所有権は保障され、この権利は、日本法でいう「公共の福祉」による法律を通じた制限にかぎって認められている。また所有権に対する制限がある場合には、所有権者に正当な補償を行うことが明記されている。これらは、日本国憲法29条と同様の趣旨が定められたものとみられる⁷。

一方で、6条は以下のような規定を設けて、「土地」の所有権に対して一定の制限をおこなっている。すなわち、1項ではまず、「モンゴル国では、土地と地下、森林、水、動植物その他の天然資源は唯一国民の支配と国家の保護下にある」と規定したうえで、2項で、「モンゴル国民の所有でない土地と地下、地下資源、森林、水源、動物は国有とする」として、モンゴル国民による土地所有の存在を前提とした規定をおいている。そのうえで、3項では、「モンゴル国民は、牧草地、公的使用または国家の特別利用にある土地をのぞき、所有することができる。これは土地の地下部分の所有に適用さ

⁶ モンゴル国憲法については、さしあたり、前掲注3論文参照。

⁷ 1992年憲法の制定にかかわった専門家の話を聞くと、日本国憲法の規定をさまざまな形で参考にしたとのことである。

れない。国民が、私有する土地を売買、交換、贈与、担保するなどして、外国人および無国籍者の所有に移転させ、国家所管機関の許可なしに他人に占有、使用させることを禁止する」と規定して、モンゴル国民が所有できる土地を限定しているのである。

これによれば、モンゴル国民には、牧草地や公用地・国の特別利用地をのぞいた土地に対して所有権が認められていることになる。天然資源の存在はモンゴル国の生命線であり、その国家的保護は不可欠であることから、このような制限を設けているのである。これについては、牧草地とそれ以外の土地、たとえば都市部の土地との境界や区別をどのように行うのか、また公用地や国の特別利用地をどのような決定するのかなどの点について、大きな問題を抱えており、我が国でもこれに関する重要な研究がある⁸ことを付言して、ここで詳述することは控えておく。

（２）不動産担保法制の沿革

① 検討の対象

モンゴル憲法は土地の対象に一定の限定を設けつつも、国民による不動産の所有権を保障していることはすでに明らかにしたとおりである。社会主義から市場経済体制への移行がモンゴル国の国是であるとすれば、不動産所有

⁸ さまざまな論稿があるが、さしあたり、以下のものをあげておく。まず法的側面からは、2005年～2008年科研費補助金（基盤研究A）『モンゴル国の土地法制に関する法社会学的研究～環境保全と紛争防止の観点から～』・2009年～2012年（基盤研究A）『モンゴル国の国土利用と自然環境保全のあり方に関する文理融合型研究』（いずれも研究代表者名古屋大学加藤久和）、裴輪靖博「モンゴルの環境法の動向」大塚直・松村弓彦・新美育文編『環境法大系』（2012年、商事法務）1105頁以下所収など。民族学・人類学的側面からは例えば、小長谷有紀『モンゴル草原の生活世界』（1996年、朝日新聞社）、同『モンゴルの二十世紀』（2004年、中公叢書）、モリス・ロッサビ（小長谷有紀・監訳）『現代モンゴル・迷走するグローバリゼーション』（2007年、明石書店）など。草原の環境問題の観点からは例えば、藤田昇・加藤聡史・草野栄一・幸田良介編著『環境人間学と地域・モンゴル・草原生態系ネットワークの崩壊と再生』（京都大学出版会、2013年）など。

権を認めることは当然のことといえるであろう。憲法制定当時の問題は、不動産所有権の存在を前提とした市場経済取引に関わる法整備であった。そこで、私人間の法律関係を解決する一般的ルールを定める民法典を整備することになり、1994年に制定された⁹。民法制定により、私法の一般法が整備されたことから、それを基礎として、さまざまな不動産市場取引に関わる法制が徐々に整備されることになった。

以下では、不動産担保法制を中心に、それが制定された経過を順にたどることにする。

② 1994年民法

(a) 不動産に関する規定

この民法は、順に総則、所有権、義務総則、契約義務、契約以外の義務、相続権、国際私法という7つの編からなる。不動産については、第2編所有権の第6章総則の中で次のように規定されていた。

「第76条（所有物） 物、知的有価物、法律条件に基づく一部の財産権は、所有物となる。

第77条（動産、不動産） 1. 所有物となる物は、動産と不動産に区別される。

2. 不動産は、土地およびそれと離れて利用できないものをいう。

3. 不動産は、その所在地を所管する国家機関が登録する。

4. 不動産以外の財産を動産という。」

ここにいう不動産の概念は、世界でも数が少ない日本の民法の考え方を採用したものであるといわれる。すなわち、土地と建物を別個独立の不動産として認める制度である。

この理由は、モンゴル国民の多くが国有の集合住宅に居住しているところ、

⁹ 1994年民法については、袁輪靖博「モンゴル民法の概要と特色」九州産業大学商経論叢39巻1号（1998年）99頁参照。

これらの住宅、すなわち建物はモンゴル国民に私有化させる必要がある点にあったからである。土地と建物を別個独立の不動産にしないかぎり、私有化は進められないであろう。

また、日本の民法が同種の制度を採用することから、日本民法の物に関する規定を参考に条文を整備したとも聞いている。確かに、上記77条2項・4項は日本の86条1項・2項の内容と酷似している。これは立法者の中心人物で現在憲法裁判所裁判官のナランチメグ先生から数度にわたって確認した内容である。これによれば、日本民法86条1項の「土地およびその定着物」における「その定着物」の部分「土地以外の不動産、すなわち建物」と解釈して¹⁰、モンゴル民法に盛り込んだものといえよう。

ところで、この民法は第7章で「土地所有および土地に関する他の財産権」との見出しで規定を設けていた。その中で、100条4項は、土地所有権に関して、「モンゴル国民が土地所有する手続きが法律によって定められるまで、本章に定める《土地所有者》とは《国》を理解する」と規定していた。これは、1994年当時はいまだ不動産の私有化に関する法律が制定されていなかったこと、建物に関する私有化については反対意見もなかったこと、上述の憲法規定との調和を図る必要があることなどが理由であった。なお、この規定は、1994年民法が2002年民法に取って代わられるまで存続していた。

（b）不動産担保に関する規定

1994年民法では、担保に関する規定として、「3章義務総則編」中の「10章義務履行の充足」において、181条（担保（барьцаа））の1か条を設けていた。これは、担保に関する一般的な規定になっており、具体的な内容や手続きについては、181条（担保）2項で、「集合住宅、建物、その他の不動産

¹⁰ このような解釈は日本における通説とはいえないが、筆者（袁輪）としては、定着物は建物を表すものと考えた方が良く考えている。この点については現在、別の形で新たな論文を作成中である。

を担保とする手続は法律で定める」と規定し、特別法の制定に委ねられていた¹¹。

担保不動産の第三者への譲渡に関しては、同条12項で、「担保財産を担保権者以外の者に移転しても、担保権は有効のままとする」との規定を設けており、第三者への譲渡が可能であることを前提とする内容となっていた。担保財産としていることから、動産、不動産の両者が対象となっていると考えてよい。問題は、第三への譲渡の際に、担保権者たる債権者の承諾が要件となっているかどうかである。この規定をみるかぎり、移転が可能であることを明らかにしているだけで、移転の際の要件については触れられていない。その意味で、このような要件はなかったということではできよう。

ところで、日本民法との比較でいえば、日本では当然に、抵当不動産の所有者はその不動産を第三者に売却できるものとされ、詳細な説明が不要なほど基本的な事柄で自明のこととされている。このことは、ドイツ民法においても同様であろう。抵当権という権利は、抵当権設定者に対して実行するものではなく、抵当不動産という物に対して実行できるものだから、所有者が誰に変更されても実行できるからである。そのため、日本では、特別に抵当不動産の売却の可否に関する規定自体は設けられていないのである。もちろんこれには、所有権が物権たる財産権として独立した権利であること、抵当権と所有権は別個独立の物権として保護（したがって取引）の対象となりうること、私的自治（契約自由）の原則から当事者の合意があれば、法律上の効果を認めるべきであることなどが前提となっていることはいうまでもない。譲渡を認めることで抵当権者、所有権者、譲渡を受ける第三者のいずれも損失を被ることはないうえ、所有権者と第三者がそのような意思をもっている以上、その意思を尊重することも私的自治（契約自由）の原則から当然とさ

¹¹ 前掲注9論文112頁参照。

れよう。仮に公共の福祉の観点から、法政策的に抵当不動産の売却を制限することを認めたとしても、その場合には後に述べるように、それによって生ずる社会的不利益、抵当不動産の売買市場取引を阻害することの不利益は大きいといえよう。

なお、当時の実態や背景について十分にわからないので、その評価は難しいものの、旧体制下のモンゴル人民共和国時代の民法でさえ、第三者への譲渡を禁止していなかったことは付言しておく¹²。

③ 1994年民法の改正（1999年）

1996年10月に、集合住宅の私有化に関する法律が制定された。

社会主義時代のモンゴルでは、多くの国民は、国が建設して提供する国有の集合住宅に居住していた。モンゴル国政府は、市場経済によって、これらを国民の所有物とする政策を採用したのであった。これによって、国民は、これまで使用していた集合住宅を自己のものとして自由に使用・収益・処分する権利をもつことになった。ところが他方で、住宅の維持・管理にかかる費用を自己負担することになった。その意味で、私有化の意義は結局、建物を担保とする金融取引の促進にあったといえよう。

なお、これら集合住宅は石・コンクリート製のおおむね4～10階程度のビルで、1970年代～80年代に建設されたものである。首都ウランバートルに多くみられ、現在では現代的な高層マンションやホテル・商業施設が新たに建設されているものの、これらの集合住宅もさまざまな改装が加えられつつも、多くがそのまま住宅として使用され、残っている。

ところで、集合住宅が私有化されたことを受けて、民法も改正された。181

¹² モンゴルには、社会主義時代にも1926年、1952年、1963年の3回、民法が制定されていた。すくなくとも、1963年民法の「第3編義務の一般条項」中の「第3章義務履行の充足」の中に規定（129条～136条）があった。そこでは、担保物を第三者に譲渡することは禁止していないように思われる（133条）。詳細は今後の課題である。

条の後に、181-1条不動産担保（抵当）という条文が追加されたのである。

そこでは、1項で「法律に別段の定めがないかぎり、土地、土地上に固着された植物、土地から分離できない他の資源、工場、建造物、集合住宅、住居などの不動産を担保の対象となる」として担保権の対象が定められ、2項で「不動産担保契約は書面で行い、公証役場で公証を受け、かつその財産のある場所の不動産登記所で登録する。この手続に違反する担保契約は効力がない。」との規定があり、その後に同項で、「担保した財産の所有権が他の者に移転され、かつ義務履行受領者の請求権が他の者に移転された場合、法律の定める手続にしたがって、担保契約の登録に適切に記録するものとする」と規定され、担保目的の第三者の譲渡が可能なことを前提とする規定になっていた。そして、11項では、「担保不動産の所有者は、当該不動産を自らの意思で使用し、他人に使用させるとともに、処分する権利を有する」として、第三者の譲渡することを認める規定が明確に設けられていた。ここで注意すべきなのは、担保不動産を第三者に売買することが否定されていないばかりか、その際に債権者の承諾が要件とされていない点である。

1994年民法の段階では、規定の仕方が違うとはいえ、抵当不動産の所有者が抵当不動産を自由に処分することが認められており、結論的には、日本民法の考え方が変わっていなかったのである。

④ 2002年民法

1994年民法については、様々な問題点の指摘があり¹³、モンゴルはその改正に乗り出した。最終的にはドイツの全面的な支援を受けて全面改正することになり、2002年に民法が制定されたのである。

そこでは不動産担保に関するいくつかの重要な改正がみられる。

¹³ 問題点については、前掲注9論文を参照のこと。

(a) 不動産に関する規定

不動産については、土地と建物が別個独立した不動産であるとの考え方を揺るがず解釈を生む規定が追加された。

2002年民法の84条では、1994年民法と同様の「土地、それから分離しては目的にしたがった利用ができない物を不動産とする」(84.3.) との規定が残されていたものの、以下に述べる85条の規定が追加された。

「第85条（物の構成部分） 85.1. 消滅し、または目的を喪失させることなしには分離できない構成部分は、法律に定めがある場合、民事法律関係における独立した対象となる。

85.2. 一時的な需要を充たす目的でなく、恒常的目的を有し、土地に付属して分離できない状況で固定された建物、建造物、またはその他の物は、土地の根本的構成物である。」

85.2. では、建物が土地の一部とされ、独立した不動産ではないことが明記されている。これでは、モンゴルにおける集合住宅の所有権をどのように保護したらよいのであろうか。85.1. に規定されているように、特別法の定めがあればよいが、私自身の情報ではそのような話を聞いていない。私が知らないだけで、そのような法律が現時点で存在しているとするなら、私の不明を恥じる他なく、お詫び申し上げます。

しかし、それが存在しないとすれば、上記規定によれば、集合住宅の所有権を保護しないということにならないか。この規定がドイツ民法の影響であることは間違いないが、これはモンゴル社会の現状・実態を無視する内容のものということができ、大きな問題である。いまのところ、集合住宅に関する所有権争いは生じていないようである。これが、建物を別個独立の不動産とする考え方が維持されている結果であるとするなら、規定の文言は別にして、一応問題はないといえる。あるいは、現存する建物については、現状の考え（建物は別個独立の不動産とするとの考え）で対応しておいて、今後新

たな建物が建築される際には85.2.により土地の一部とみることにするのであろうか。

いずれにしろ、人の生活や経済活動の根幹といえる不動産の定義であり、見逃せない重要な法的検討課題として検討すべきである。ただし、これは本稿の課題そのものから外れるので、これ以上触れない。

(b) 不動産担保に関する規定

2002年民法は第171条で、抵当不動産の第三者に対する売買に関するつぎのような規定を設けた。

「第171条（所有者が法律行為を行なう権利に対する制限の否定） 171. 1. 抵当の対象となる不動産を使用せず、他人の所有に移転せず、他の状態で第三者に権利を与えない義務を所有者に負わせる法律行為は効力がない。

171. 2. 抵当の対象について所有者と第三者が締結した法律行為が有効か否かは、義務履行受領者の同意にかかる。

171. 3. 義務履行受領者の請求の全部または一部を充足しない場合、不動産所有権を移転する旨を合意した法律行為は、法律に別段の定めがないかぎり、効力がない。」

これによれば、義務履行受領者、つまり債権者たる担保権者の承諾なしに、抵当不動産を第三者に売却することができないことになった。1994年民法からの大きな変更である。担保権者の承諾が要件となったことは、抵当不動産の所有者にとっても、抵当不動産を手に入れたと思う第三者にとっても、大きな制限である。この是非や問題点については、次の憲法裁判所決定との関わりでくわしく検討する。

このような改正がなぜ行われたのか、日本にもドイツにも存在しないこのような制限がなぜ加えられたのかについての詳細な経緯はわからない。ただ、債権者たる担保権者の立場にある者（具体的には、銀行であろう）からの要

請によるものであることは明らかである。なぜなら、憲法裁判所の決定によりこの種の規定が無効になったときに、強く批判したのが銀行だからである。

結局、この段階での改正が、後に述べる憲法裁判所への違憲訴訟を生むことになった。

⑤ 2009年不動産担保法制定

2002年民法の制定を受け、不動産担保法が2009年に制定された。

ここで民法の規定がどのように反映されたかをみると、民法171条を受けて、次の規定が設けられた。

「第27条（他人による担保目的物の所有、占有、使用） 27. 1. 担保権設定者は、担保権者の承諾を得た場合にかぎり、不動産たる担保目的物を他人の所有に移転させることができる。

27. 2. 担保証券を取得した場合、担保目的物をその担保証券に定める条件にしたがって他人の所有に移転することができる。」

他の規定にも、必要に応じて、債権者の同意を要件とする旨の文言が盛り込まれたが、不動産担保法が2002年民法と同一線上にあることは明らかである。他の規定については省略する。

（3）まとめ

すでに明らかなように、2002年民法によって、抵当不動産を第三者に売却する際に抵当権者の承諾が要件とされることになった。抵当不動産の自由な売却を当然とする日本民法の考え方からすれば、このような考え方は理論的に理解できない。私（袁輪）も2012年にモンゴルを訪問して民法の専門家との対話を行った際に、抵当不動産を売却することの可否について質問された。その際に、日本民法の考え方を示したところ、一部の民法専門家が怪訝そうな顔をしていたことを思い出した。当時の私は、2002年民法ばかりでなく、2009年不動産担保法の内容を不覚にも知らなかったため、なぜこのような質

問があるのか、なぜ怪訝そうな態度なのかについて、理解に苦しんだのであった。

しかし、次で詳述するように、この規定の違憲性が、憲法裁判所で争われることになったのである。

3. 憲法裁判所決定の概要と評価

(1) 憲法裁判所への訴えの概要

憲法裁判所に対する訴えは、集合住宅の住民によるもので、2002年民法の171条の171. 2. および2009年不動産担保法27条の27. 1. などの規定が憲法16条3項に違反するというものであった。

この主張は以下の通りである。

憲法16条3項は、国民が不動産所有権をもつことを保障する。所有権は絶対的かつ支配的性質を有する。このことから、所有者は、他人による干渉を受けずに、所有財産を自由に処分する権利を有する。民法1条1項、2項は「民事法令は民事法律関係の主体の平等と独立、所有権不可侵、契約の自由、私事に介入しないこと、民事上の権利義務をいかなる制限を加えることなく実現させること、侵害された権利を回復させること、裁判所による保護を与えることを基本原則とする」旨定める。同101条の101. 1. は「所有者は、法律または契約によりあたえられた他人の権利を侵害することなく、法律で定められた範囲、限度内で、自己の裁量により自由に、占有、使用、処分し、かついかなる侵害からも保護される権利を有する」と定める。憲法16条3項に保障する所有権の内容は厳格に解釈され確保されなければならない。民法169条の169. 1. は不動産所有者が抵当権者たる債権者に請求を充足させる義務がある旨規定する。不動産担保法28条の28. 1. は担保目的物の所有移転を受けた者は、担保権設定者の権利・義務を適用する旨規定する。しかし、抵当目的物の所有移転にあたり抵当権者の承諾を必要とすることは、抵当目的

物の所有者が売買によって市場から金銭を取得できる権利を制限することになる。さらに、不動産に対して複数の抵当権が設定されている場合には、抵当権者からの承諾要件が抵当目的物の所有者による売買の大きな弊害となる。抵当目的物の転得者たる第三者が、さらに他人のそれを売却する場合には、抵当権者の承諾を取らなければならないという問題もある。適正な市場価格で売買することを認めれば、抵当権者にとっても、迅速かつ確実に債権の充足を得られるのではないか。

これに対し、国家大会議（日本の国会）の議員 1 名から反対意見が示された。

これは、根拠についての説明を行うことなく、要するに、担保権者たる債権者の承諾を必要とした目的は、所有権の制限でなく、担保権者たる債権者を保護することにあったというだけのものであった。つまり、債権者保護という観点からみて合理性があるという主張であった。

（２）憲法裁判所決定の概要

憲法裁判所は上記各主張を受けて、2015年10月7日中法廷13号決定を発した。

すなわち、民法171条の171.2、不動産担保法27条の27.1、27.2、…はモンゴル国憲法に16条3項の定め違反するとの判断を示したのである。その根拠として示されたものは以下の通りである。

1. 所有権は所有者の根源的権利（*язүүр эрх*）であり、かつ所有者は自らの意思で所有物を自由に占有、使用、処分し、いかなる侵害からも保護される権利である。所有者の権利は唯一、公共の利益と調和させ、他人の権利を侵害し、他人に損害を与えることだけが禁じられ、財産の制限をするにあたっては、権利者による権利行使を可能とする目的からみて、公共および国民の権利の範囲内における制限だけが一般的に認められている。

2. 抵当目的物の所有者は、抵当目的物たる不動産を他人の所有に移転し、賃貸し、無償で使用させるために他人の占有に移転させ、重複した担保を設定し、担保を設定した土地上に建物を建設するなどの絶対的権利を行使できる権利を有する一方、これにより担保権者の権利を侵害せず、担保権者に損害を与えてはならない。抵当目的物の所有、占有がいずれの者に代わったとしても、担保目的物に付き従った抵当権を実行する優先的権利は、抵当権者にそのまま残るのである。抵当目的物の重複した担保は、抵当権によって充足された債権は優先して充足を受ける担保権者の権利と抵触しない。

3. 民法171条の171.1.にある「抵当目的物となる不動産を使用せず、他人の所有に移転せず、他の状態で第三者に権利を与えない義務を所有者に負わせる法律行為は効力がない」との定めは、所有者の絶対的権利を保障する基本的目的を示している。したがって、171.2.に定める「抵当目的物について所有者と第三者が締結した法律行為が有効か否かは、義務履行受領者（債権者）の同意にかかる」との規定は、上記の基本的目的に違反するものであり、所有者の権利を理由なく制限するものとみなされる。

（3）憲法裁判所決定の評価

① 憲法裁判所決定の評価

上記決定はまさに、日本民法の考え方と同様のものであって、当然の結論を示したものである。上記文章をいちいち引用しないが、所有権と抵当権の内容・性質を踏まえた適切な論理を展開したもので、肯定的かつ積極的に評価してよい。

そもそも、2002年民法において、抵当不動産の譲渡にあたり、なぜ担保権者たる債権者の承諾を要件としたのが不思議であった。銀行からすれば、担保権設定者から抵当不動産の所有権を第三者に移転させることが抵当権実行の際の費用増加につながるという目先の判断があり、民法制定に関わる立

法者もその意見を採用したものと考えられる。

しかし、憲法裁判所に憲法違反を訴えた住民の主張にもあるように、抵当不動産の売買を認めないことの弊害の方が大きいように思われる。銀行だけの、しかも目先の利益に執着することは、不動産市場の流動化を損なううえ、結局は銀行にとっても不利益となるのではないか。債務者が債務を履行しない場合、債権者たる銀行は債務者たる抵当不動産所有者が取得した売買代金から債権の充足を得ればよいのであり、それが難しければ、抵当権者として抵当不動産に対し、抵当権を実行すればよいだけであろう。抵当不動産を取得した買主の市場を縮小させてまで（不動産売買市場取引の安全を損なうまで）、銀行を保護する必要はないと考える。

ところで、憲法裁判所の存在自体の評価については多くの論じなければならない公法上の論点・問題があると思われる。それはさておき、すくなくとも不動産担保法制に関わる本件憲法裁判所決定に限定し検討すれば、この決定は見事に、2002年民法および2009年不動産担保法における抵当権の基本的内容・性質に関する誤りを正しているとともに、私人間の紛争解決を目的とする民事法の理念・根本的体系・権利性を踏まえた「抵当権者と抵当不動産所有者と第三者の間の公平かつ適切な利害調整」を実現した。今回の憲法裁判所決定は、非常に重要な役割を果たしたものと評価できるのではないか。もしこの決定がなければ、民事法の基本理念と権利体系の根幹がくつがえされる結果となったであろう。さらに、それだけでなく、不動産の所有者は抵当不動産を自由に売却できず、そのために不動産市場取引の安全は損なわれ、最終的には抵当権者にとっても不利益となり、金融取引に対する大変な混乱をもたらしたものと推察できる。

モンゴルでは、日本と異なり、立法機関（国家大会議）による法の制定・改変が活発である反面、安易で極端な特定の利益を保護するような立法がなされることの問題を指摘する声を聴く。今回の憲法裁判所決定の内容をみる

と、対等な私人間を前提とした紛争解決という目的を担う民法に対して、モンゴル社会の実態を踏まえ、穏健中立かつ冷静な判断を示したものであり、憲法裁判所の存在意義は大きかったといつてよいであろう。十分な検討をしないままの感想、飛躍する評価といえるかもしれないが、モンゴルにおいては、現在の憲法裁判所が、立法機関の暴走に対する重要な歯止めになっているとみることができるのではない。

なお、筆者（ヤンジンホル）は、これに関して、モンゴルでは日本と異なり、抵当権は登記が効力発生要件となっており¹⁴、その点で抵当権者にとっては保護に厚い仕組みとなっていることを指摘する。

② 憲法裁判所決定後の法改正

結局、上記の憲法裁判所決定によって、民法の170条の170.2. は、無効となり、削除された。不動産担保法の27条の27.1. は、「担保権者の承諾を得た場合にかぎり」という要件の存在が無効とされた結果、「担保権設定者は、不動産たる担保目的物を他人の所有に移転させるにあたり、担保権者の承諾を得るものとする」と改正され、27.2. については削除されている。

民法170条における削除については、憲法裁判所決定を反映させたものとして当然の改正といえるであろう。これに対し、不動産担保法27条については、「担保権者の承諾を得た場合にかぎり」の文言が削除されたものの、「担保権者の承諾を得る」との文言に変わっている点はどうであろうか。表面的には、憲法裁判所決定を反映させているのか疑問であるが、承諾が必要要件とされたものではないという意味に解釈するのであれば、納得できないわけではない。ただし、そう考えるのであれば、「移転したことにつき、担保権

¹⁴ これについて、民法166条は、「166.1. 抵当は国家登録に対する登録により生ずる。166.2. 不動産の所有者、義務履行者、義務履行受領者は、抵当により確保される請求額、その利息、請求を履行する期間等を共同で定めた文書を作成し、不動産所有者、義務履行受領者は法律に定める手続にしたがい、抵当を登録する。」と規定する。

者に通知をする」旨の規定とすべきではないか。

4. 課題と展望

（１）最後に、不動産抵当権者たる債権者と抵当不動産の買主の法律関係に関して、残された課題がないかを日本民法との比較において検討しよう。

憲法裁判所決定によって、抵当不動産の所有者は自由に、抵当不動産を第三者に対して売却することができることになった。そこで、抵当不動産を第三者に売却するにあたって、どんな法的問題があるかという点から考えてみよう。

抵当権者たる債権者は、抵当不動産が存在するかぎり、最終的には抵当不動産に対して抵当権を実行できるから、誰が第三者になろうと不都合はない。不都合はないという意味は、抵当不動産の売却前であろうが後であろうが（つまり所有者が誰に変わろうが）、抵当不動産に対して権利行使できるのが抵当権という権利であることから、実行の可否という点で不都合はないということである。

そこで、つぎに、抵当不動産を購入する第三者の側から考えてみよう。

（２）抵当不動産を取得する第三者としては通常、抵当権付き不動産であることを知って購入する。とくにモンゴルでは、上述した通り、登録が物権変動の効力発生要件となっているから、実際のところ、知らないことはないであろう。そこで、第三者側のリスクとして考えられるのは、債務者が債務を履行しないため、抵当権を実行された場合に、せっかく取得した不動産を手放す結果になりかねないという点である。

このようなリスクを前提とすれば、とくに債権の残額が抵当不動産の価額を上回る場合は、通常、買主となる者は現れないであろう。それでも、すなわちそのようなリスクを取ってでも買主になりたいという者がいる場合、例えば抵当不動産自体に特別な価値を見出した、何としてもその不動産を手

入れたいという個人的理由があった場合があり得るであろう。それは買主の自由であり、契約自由の原則のもとであれば、買主のそのような意思を尊重すべきであることは当然である。

さてこの場合、買主が債務者に代わって債務を支払えば、買主にとっては高くつくものの、それを覚悟で債務を支払いさえすれば、不動産を手放さなくてすむ。モンゴルでは、民法176条で、抵当権実行による裁判所を通じた公告売買が行われた後に、買主が債務を支払うことで公告売買を中止させ、自らの所有にすることができる仕組みが設けられている。このしくみはさらに、不動産担保法48条で具体的に規定されている。

これに対し日本民法では、抵当権実行による競売（モンゴルの公告売買）以前の段階で、第三者たる買主が抵当不動産を購入する際に抵当権を消滅させることができる制度が設けられている。代価弁済（日本民法378条）と抵当権消滅請求（日本民法379条～386条）である。これらの制度は、裁判所を通じた公告売買を省略できる点でも抵当権者にとって利益があり、モンゴルにおいても参考になるのではないか。

まず、代価弁済を認める意義があるのは次のような場合である。一般に、競売（モンゴルの公告売買）による売却価格は市場価格より低いことが多い。そのため、抵当権者としては、第三者に競売による売買価格より少しでも高い価格で、抵当不動産を第三者に買ってもらった方が得になる。そこで、抵当権者たる債権者としては、競売による売買価格より高く、市場価格より低い価格で満足してもよい（債権額に達しなくてもよい）と判断した場合には、その価格を売買代金として第三者が支払うことで抵当権の消滅を認めれば、抵当権者も第三者もありがたいであろう。このように、抵当不動産を購入したい第三者が、抵当権者が提示した代金額に納得して、その価格で売買契約を締結すれば、抵当権の消滅を認める制度を代価弁済という。

これに対し、抵当権消滅請求は、第三者側が抵当不動産を購入したい価格

を抵当権者に提示し、抵当権者がそれを承諾すれば、抵当権を消滅させる制度である。

なお、モンゴルの不動産担保法には、裁判外の公告売買（46条）があり、裁判所を通じないで売却できる制度がある。しかし、これは抵当不動産を購入する第三者が確実に所有権を取得できるしくみではないことから、日本民法の代価弁済、抵当権消滅請求はモンゴルにとって、有意義な制度ではないか。

（3）債権の残額が抵当不動産の価額を下回る場合は、抵当不動産の買主が現れる可能性は高い。つまり、その意味で不動産売買市場は存在する。だからこそ、抵当不動産を第三者に売却する自由を認めた方がよいということになる。

この場合、債権者は抵当不動産の代価の一部を使って、債務者が債務の支払いすることで満足し、債務者は債務の支払いを生ませて満足し、第三者は不動産を所有できることで満足し、すべての関係者にとって利益となる。この際、抵当権者たる債権者、売主たる債務者、買主の間で連携する必要がある。不動産担保法27条の27.1.に定める規定が、売買の際に抵当権者と連絡を取る趣旨で、「抵当権者の承諾を取る」旨の規定を置いたと考えれば、実務上スムーズにいくであろう。ただ、すでに指摘したように、そうであるなら、「抵当権者に通知する」旨の規定にすべきであろう。

以上、憲法裁判所決定を機に、モンゴルの不動産担保法制について、おもに日本法との比較において、現状と課題を明らかにした。今後は、ここで指摘した日本法を参考にしつつ、どのようにモンゴル法に接合したらよいかを検討する必要がある。これについては、今後の課題とする。

〈参考文献（D. ヤンジンホロルによる）〉

D. エンフブル・D. ヤンジンホロル『有体的および無体的物に関する物権法』（2012年、ウラ

ンバートル)。

B. ボヤンヒシグ『民法：ケーススタディ集』(2004年、ウランバートル)。

B. ボヤンヒシグ『民法各論』(2015年、ウランバートル)。

モンゴル最高裁・GTZ『モンゴル国民法解釈』(2007年、ウランバートル)。

B. ボヤンヒシグ・Ts. エンフゾル・B. テムーレン『民法総論』(2010年、ウランバートル)。

D. ヤンジンホロル「モンゴル民法における不動産制度」学術発表集(2015年、ウランバートル)。

Yanjinkhoroloo D. Kookmin Law Review, Vol. 2014/29, Legal environment and historical issues of Registration on Immovable Property pledge of Mongolia.