



アメリカ不動産取引法概説

板持, 研吾

(Citation)

神戸法學雑誌, 67(3):203-253

(Issue Date)

2017-12

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81010050>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81010050>



神戸法学雑誌第六十七巻第三号二〇一七年十二月

アメリカ不動産取引法概説

板 持 研 吾

序

本稿はアメリカ合衆国のロー・スクールで教えられている不動産取引法 (Real Estate Transactions) 及びその前提となる財産法 (Property) に関する概説である。筆者自身の主たる関心はこれらを前提として構築されてきた社会現象・法制度にあり、実際に別稿を予定している⁽¹⁾。しかし我が国においてはアメリカの不動産取引法や財産法についての紹介は多くない⁽²⁾。そこで、予め概説的に紹介しておく方が便宜と考え、こうして独立に公表しておくこととした⁽³⁾。

- (1) このような理由から、分類について述べる中で (一) 地役権や約款に対する扱いは他の諸制度に対する扱いよりも若干大きくなっており、不動産取引法の中でも (三) 権原証書やその登録に関する部分が大きくなっている。
- (2) そもそも property 自体「物権法」とも訳されることがある通り、この分野は我が国の物権法に対応する内容を多く扱う。そして物権法の分野は伝統的に異なる法体系の間の比較が困難とされてきた。こうした事情もまたこの領域における我が国の研究の蓄積が少ない一因といえるかもしれない。例えば我が国の教科書でも「一国の伝統・慣習に依存することの多い物権法 (物権取引法を除く) や親族・相続法は比較法に親しまないとされた」との記述が見られる。五十嵐清『比較法ハンドブック』(勁草書房、2010年) 19頁。
- (3) Property 分野ないし Real Estate Transactions を概観するものとして、例えば木下毅『アメリカ私法』(有斐閣、1988年) 第8章が挙げられる (初出は1978年)。

このような理由から、全体像を掴むためのミニマルな記述に留め、個別の論点について詳細に判例や法令を取り上げることは必ずしもしない。また、同じ理由から文献の引用も網羅的なものではないことにつきご容赦を願う。

本稿の構成としては、まずアメリカにおける土地に対する権利利益の種類について概観し(一)、土地に対する権利利益の移転の態様について整理し(二)、その中で不動産取引に関わる法的諸制度・諸問題を取引の時系列に沿って見ていく(三)。

なお、アメリカ財産法に関しては、本誌第65巻掲載の渕圭吾教授の研究ノート(以下「渕ノート」と呼ぶ。)も合わせて参照していただきたい。⁽⁴⁾ 渕ノートで扱われた論点や制度のうち、「イーズメント」や「コヴェナント」と呼ばれているものは本稿でも触れるが、その他の点についてはほとんど触れない(けれども前提として基本的ながら非常に重要な論点ばかりである。)。なお、渕ノートで示された参考文献に加えて、本稿は以下に掲げるケースブックに大きく依拠している(左側は本文・脚註での略称)。

Malloy et al: ROBIN P. MALLOY AND JAMES C. SMITH, REAL ESTATE TRANSACTIONS: PROBLEMS, CASES, AND MATERIALS, 4th ed., Wolters Kluwer Law and Business,

各論的紹介としては成田博教授による1980年代から90年代の諸研究、例えば「米国の不動産登記制度と権原保険会社」『東北学院大学論集 法律学』45号136頁(1994年)など。また、実務家による概説として國生一彦『アメリカの不動産取引法』(商事法務研究会、1987年。1983年にNBL誌に連載された原稿が元になっている)がある。

- (4) 渕圭吾「アメリカ合衆国の土地利用法(Land Use)(上)・(下)」『神戸法学雑誌』65巻3号81頁(2015年)、4号173頁(2016年)。なお、渕教授自身のブログで誤植等の訂正が為されている。<http://keigofuchi.blogspot.jp/2017/07/blog-post.html>(2018年1月8日最終アクセス)

訳語の選択などで本稿と一致しない点もあるが、全体的な観点は共通し、65巻3号85頁に記載される主要な参考文献について本稿も多くを負う。渕ノートにおける略称を本稿でも用いて引用する。

⁽⁵⁾
2013

⁽⁶⁾
Turner: CHRISTIAN TURNER, PROPERTY, 2 vols., eLangdell Press, 2012

Dukeminier et al: JESSE DUKEMINIER, JAMES E. KRIER, GREGORY S. ALEXANDER, MICHAEL H. SCHILL, AND LIOR JACOB STRAHILEVITZ, PROPERTY, 8th ed., Wolters Kluwer Law and Business,⁽⁷⁾ 2014

Sitkoff et al: ROBERT H. SITKOFF AND JESSE DUKEMINIER, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES, 10th ed., Wolters Kluwer Law and Business,⁽⁸⁾ 2017

- (5) 本稿では逐一引用しないが、不動産取引法分野の代表的なケースブックとして、他に次のものを参照した。STEVEN W. BENDER, CELESTE M. HAMMOND, MICHAEL T. MADISON, AND ROBERT M. ZINMAN, MODERN REAL ESTATE FINANCE AND LAND TRANSFER: A TRANSACTIONAL APPROACH (5th ed. 2013); GERALD KORNGOLD AND PAUL GOLDSTEIN, REAL ESTATE TRANSACTIONS: CASES AND MATERIALS ON LAND TRANSFER, DEVELOPMENT AND FINANCE (6th ed. 2015); GRANT S. NELSON, DALE A. WHITMAN, ANN M. BURKHART, AND R. WILSON FREYERMUTH, REAL ESTATE TRANSFER, FINANCE, AND DEVELOPMENT: CASES AND MATERIALS (9th ed. 2015).

- (6) オンライン学習支援サイトであるCALI (The Center for Computer-Assisted Legal Instruction) で無料公開されているケースブックであり、次のURLでダウンロード可能である。<https://www.cali.org/books/property-volume-1#> (2018年1月8日最終アクセス)

アメリカのロー・スクールで使用される教材であるケースブックは高額化の一途を辿っており、学生ローン問題と絡んで社会問題として懸念する法学教授は年々増加している。そのような中、こうした教材の無料・安価での提供運動も広がってきた。これを支援する目的から、「主要な」ケースブックとは言い切れない本書もここで引用することにした。

- (7) 本稿では逐一引用しないが、財産法分野の代表的なケースブックとして、他に次のものを参照した。JOHN E. CRIBBET, ROGER W. FINDLEY, ERNEST E. SMITH, AND JOHN S. DZIENKOWSKI, PROPERTY (9th ed. 2008); EDWARD H. RABIN, ROBERTA ROSENTHAL Kwall, JEFFREY L. Kwall, AND CRAIG ANTHONY ARNOLD, FUNDAMENTALS OF MODERN PROPERTY LAW (6th ed. 2011).
- (8) 本稿では逐一引用しないが、相続法分野の代表的なケースブックとして、他に次のものを参照した。STEWART E. STERK AND MELANIE B. LESLIE, ESTATES AND TRUSTS: CASES AND MATERIALS (5th ed. 2015).

また同様に、代表的な体系書（*Treatise*）およびリステイメントについて以下のように略称する（左側が略称）。

Powell on Real Property: ⁽⁹⁾ RICHARD R. POWELL, *THE LAW OF REAL PROPERTY*, originally published by Matthew Bender & Company, 1949

First Restatement: Restatement (First) of Property (1938–44)

Restatement (Third) of Property (Mortgages): Restatement (Third) of Property: Mortgages (1997)

Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.): Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers (1999–2011)⁽¹⁰⁾

Restatement (Third) of Property (Servitudes): Restatement (Third) of Property: Servitudes (2000)

一 土地に対する権利利益の分類

1. “property” という言葉

そもそも property は、特に比較法学の文脈では債権・債権債務関係（obligation）に対する「物権」の意味で用いられることもあるが、しかし広く財産権一般をも意味しうる言葉であり、かつ物としての財産をも指しうる言葉である。また、「物権」とも取りうる意味で用いられる場合でも、英米法のそれを指す場合には単純に「所有権」のパラダイムでそれを見ることが不適切な場合が多い。

まず財産権の対象となりうる「物」それ自体は、物的財産（real property ま

(9) データベース・Lexis Advance に収録されている、Michael Allan Wolf の編集によるヴァージョンを参照する。最終アクセスは概ね本稿最終校正時である 2018 年 1 月 8 日。

(10) なおこの分野については第二次リステイメントも存在する。Restatement (Second) of Property: Donative Transfers (1983–92)。

たはrealty)と人的財産(personal propertyまたはpersonalty)とに二分される。前者(real property)の権利としての側面は「土地に対する権利利益(interest in land)」とも言い換えられ、次節に説明するような種類の権利利益の総称である。後者(personal property)は、物としては日本法に言う動産と無体財産(知的財産のような対物的に把握されるものと債権のような対人的に把握されるものを含む。)を指し、権利としては動産所有権や知的財産権、契約上の権利などを指す。

私法上の概念であるのみならず、公法の場合でもpropertyという概念はしばしば問題となる。典型はデュー・プロセス条項や公用収用(テイキング)条項の適用場面であり、例えば合衆国憲法第5修正は“[No person shall] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.”(強調は板持による)と定める。こうした条項中のpropertyの語の内容については少なからぬ最高裁判例が積み重ねられてきた。⁽¹¹⁾

-
- (11) 本稿は私法分野に特に着目したいため詳細は省く。公法分野でのpropertyや、特に収用に関わる問題については、溯ノート(4号175頁以下)や樋口範雄『アメリカ憲法』弘文堂(2011年)第18章などを参照されたい。

収用条項とpropertyに関する最新の判例としてはMurr v. Wisconsin, 582 U.S. ___, 137 S.Ct. 1975 (2017)を挙げることができる。連邦及び州の環境保護政策の対象となる河川沿いの土地について、分筆や譲渡が可能な最小面積が州法および自治体のゾウニング規制で定められたところ、当該最小面積を下回る区画の土地を売却しようとして同ゾウニング規制の適用除外を求めたが不許可とされた原告が、当該規制は「規制による収用(regulatory taking)」にあたるため「正当な補償(just compensation)」が必要であるとして提訴した事案。連邦最高裁の法廷意見(Kennedy裁判官執筆)は、州の私法上の区画とは独立に合衆国憲法の解釈として独自に収用条項内のpropertyの範囲を画定することができるとの解釈を示し、事件としては原告敗訴の原審を維持した。本誌次号に紹介記事を掲載予定である。

他に、連邦租税法との関係でもやはりpropertyの定義が問題となるところ、特定の分野で州法を参照するのではなく独自の連邦財産法が規律されつつあることを指摘する学説もある。David Gray Carlson, *The Federal Law of Property*:

また、狭義の法概念としての枠を超えて、財産権や私的所有としてのpropertyは政治哲学や政治思想の分野でも重要概念として扱われる。

本稿では、しかし、不動産取引に関係する限りでのpropertyを理解しておけばよいとの前提に立ち、以下では私法上その内容がどのように分類され、どのような権利利益が法制度として認識されているか、をまず見ていくことにしたい。

2. 私法上の権利としての土地に対する権利利益の内容

煩雑な歴史的変遷を脇に置くと、現在アメリカの諸州で認められる「土地に対する権利利益（interests in land）」は次のように分類・整理することができる。

まず、土地の現在の占有を基礎づける権利（possessory estates）と将来の占有を基礎づける権利（future interests）とそれ以外の権利（典型的には土地利用に関する用益物権のような権利）⁽¹³⁾とに分けられる。⁽¹⁴⁾

占有を基礎づける権利は広く不動産権（estate）という言葉で総称される。これは更に自由土地保有（freehold）と不動産賃借権（leasehold）に分類される。前者（自由土地保有不動産権 freehold estate）はreal propertyであるが、後者（不動産賃借権 leasehold estate）はpersonal propertyであるとされ、そのため現代

The Case of Inheritance Disclaimers and Tenancy by the Entireties, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 521 (2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3019570> (2018年1月8日最終アクセス)

- (12) 例えばDukeminier et al. 209頁以下でも財産権（特に土地に関する財産権）の具体的内容について、中世以来の歴史的変遷を確認するところから始める。現代では廃止されてしまっている土地保有態様（tenure）の説明にも7頁を要する程である。
- (13) 測ノートでも扱われる地役権（easement）や物的約款（real covenant）がこれに該当する。
- (14) 拙稿「現代アメリカにおける不動産賃貸借法制」『国家学会雑誌』126巻5・6号130頁（2013年）でもこれらの違いには触れたので参照されたい。

では特に相続時の準拠法選択（choice of law）において異なる取扱いを受けることがある。すなわち、自由土地保有不動産権（freehold estate）であればreal propertyであるために物所在地法が適用され、不動産賃借権（leasehold estate）であればpersonal propertyであるために権利者（被相続人）の死亡時のドミサイル地（住所地・domicile）の法が適用される、といった違いが生ずる。

占有を基礎づける権利のうち、現在の占有ではなく将来の占有を基礎づける諸権利利益は将来権（future interest）と呼ばれる。占有は将来に実現されるのではあるが、権利としては現在既に存在するものとして扱われ、例えば現在の占有を行う者が当該土地について不適切な管理・使用を行う場合に、そのような管理（の懈怠）・（不適切な）使用は「不動産毀損（waste）」を構成するものであって自己の権利を侵害するとして、将来権者が自身の将来権に基づいて提訴することが認められる。

不動産権は、将来権も含めて、土地保有について時間的に分割して観念されると考えてよい。現在の占有を基礎づける不動産権の類型はその時間的終期の定まり方による分類と言え、将来権の類型は先行する現在の占有を基礎づける不動産権の権利者や将来権それ自体の設定者との関係によって分類される。

占有を基礎づけない権利利益には地役権（easement）と約款（covenant）がある。どちらも土地の利用に関する権利利益（ないしその裏返しとしての義務を定める制度）であって、不動産の保有そのものには関わらない⁽¹⁵⁾。

以上の分類を前提に、個別の権利利益の類型ごとに以下特徴を述べていく。

（1）単純不動産権（fee simple）

日本法の所有権に最も近いのが単純不動産権（fee simple）と呼ばれるもの

（15） 尤も、拙稿・前掲註（14）、142-144頁で指摘した通り、占有引渡約款（covenant to deliver possession）や平穏享受約款（covenant for quiet enjoyment）のような、占有や権原保証に関わる約款もこれに含めて考えるとすれば、本文のような説明では不十分とも言える。本稿では指摘に留める。

である。⁽¹⁶⁾現代においては私的な土地保有にかかる権利利益の99%以上はこの単純不動産権であるとも言われる。⁽¹⁷⁾

権利の存続時間という観点から言って、単純不動産権は最長期間を権利保有者に与える。すなわち、自己の生涯に互って当該土地に対する現在の占有についての権原が与えられることはもちろん、その死後にも相続人が続く限り権利が承継されていく。⁽¹⁸⁾生前に権利を譲渡すること（inter vivos transfer）も可能であり、次節以降に紹介する時間的に「ヨリ小さな（smaller）」権利だけを切り取って譲渡することもできる。

伝統的には、次章（二）に見る移転方法のいずれにおいても、権原証書（不動産譲渡証書 deed であれ遺言であれ）において「譲渡人が “to A and his [or her] heirs”（A 及びその相続人に）土地を譲渡する」旨の文言を使用すれば、譲渡人が有する権利が単純不動産権であればそれがそのまま移転される（設定される）。現在ではいずれの州においても、相続に関する制定法または判例法によって、明示的にその他の種類の不動産権を移転する文言が用いられていない限り、被相続人は相続人に対して単純不動産権を移転する意図を有していたことが推定される。⁽¹⁹⁾原則として単純不動産権として保有するよう促進されているのである。

(16) ヨリ精確には絶対的単純不動産権（fee simple absolute）と呼ばれるが、通称としては単に fee simple とだけ言うのが一般的である。See, e.g., Dukeminier et al. 216.

(17) Lee Anne Fennell, *Fee Simple Obsolete*, 91 N. Y. U. L. Rev. 1457, 1458 n.1 (2016), citing JOHN G. SPRANKLING, UNDERSTANDING PROPERTY LAW § 9.05 (B) (1) (2012).

(18) なおこの点に条件を付した権利の設定も伝統的に認められてきた。条件付不動産権（fee simple conditional）や消滅条件付単純不動産権（fee simple defeasible）、解除条件付単純不動産権（fee simple determinable）、解除権の定めのある不動産権（fee (simple) subject to a condition）などがあり、特定の条件の発生によって単純不動産権が終了し、または終了させるための権利（選択権ないし形成権）が発生する。詳しくは例えば Dukeminier et al. 244 頁以下を参照されたい。

(19) Dukeminier et al. 219.

(2) 限嗣不動産権 (fee tail)

単純不動産権に次いで権利の存続期間が大きいとされるのが限嗣不動産権 (fee tail) と呼ばれるものである。ともかくも相続人の存在が単純不動産権を存続させたのに対し、限嗣不動産権は権利者の直系卑属にのみ相続を認める点で限定されている。その設定のための文言は “to A and the heirs of his [or her] body” (A 及びそこから生じた相続人に) である。

しかし限嗣不動産権は歴史的経緯においてもその機能においても家産の承継という側面をはっきりと有しており、しばしば長男子単独相続制度 (primogeniture) と結びつけて理解された。こうした性質もあり、アメリカの多くの州ではこれを廃止し、またはイギリス法からの継受を行わなかつた⁽²⁰⁾。したがって本稿でも以上の紹介に留める。

(3) 生涯不動産権 (estate for life)

現在の占有を基礎づける不動産権であり、自由土地保有 (freehold) とされる最小の権利が、生涯不動産権 (estate for life または life estate) である。生涯不動産権を有する権利者は、自己の生存中に限って当該土地を保有することができるが、死後は同時に設定された将来権者に土地は移転される。設定文言は土地を “to A for life” (その生涯中 A に) 譲渡するという表現である。

限嗣不動産権と異なり生涯不動産権には現代的意義がなお見出されており、現在でも存続する制度である。利用される典型は、土地を株式や社債等と並ぶ運用資産として扱うための信託に用い、信託設定者＝受益者の生存中を一つの

(20) Dukeminier et al. 225. Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.) § 24.4 (2011) は「限嗣不動産権はアメリカ法においては [もはや] 認められていない」と述べ、かつて限嗣不動産権を設定するとされた文言によって単純不動産権が設定されると規定している。Powell on Real Property § 14.01 (2017) もまた、いくつかの州では制定法および判例法で明示的に言及するものがない (したがって現行法の状況が不明である州が残っている) が、ほぼ全ての州で実質的に廃止されたと考えて差し支えなからうと想定している。

時間的単位として有効に活用する例である。⁽²¹⁾

(4) 不動産賃借権 (leasehold estate)

歴史的経緯を措くと、現在では不動産権 (estate) の一種として扱われ、しかし自由土地保有 (freehold) としては扱われない、類型が不動産賃借権 (leasehold estate) である。その下位分類もいくつかある (term of years, periodic tenancy, tenancy at will, tenancy at sufferance) が本稿では省略する。⁽²²⁾

以上が現在の占有を基礎づける不動産権の主なものである。

(5) 復帰権 (reversion)

生涯不動産権および不動産賃借権が設定されている場合、必然的に同時に将来権者 (future interest) が設定されている。将来権との対比で、現在の占有を基礎づける権原のことを現在権 (present interest) と呼ぶが、現在権の消滅後、すなわち生涯不動産権保有者の死後または不動産賃借権の期間等満了後に、新たに占有を取得する権利としての将来権を有する者が別に存在していなければならないのである。

この将来権を、現在権を設定した者自らが保持する場合に、当該権利設定者の有する将来権は復帰権 (reversion) と呼ばれる。⁽²³⁾ 現在権消滅時に復帰権者 (reversioner) は単純不動産権保有者となり、自身の現在の占有が基礎づけられることとなる。

(21) Dukuminier et al. 226.

(22) 拙稿・前掲註 (14) にて主として扱ったのがこの lease であるので、参照されたい。

(23) なお、註 (18) に触れた各種条件付単純不動産権の場合にも将来権が発生し、復帰可能権 (possibility of reverter) や土地取戻権 (right of entry) と呼ばれる権利が、権利設定者自身に (したがって復帰権以外の権利も) 認められる。

(6) 残余権 (remainder)

他方、生涯不動産権や不動産賃借権が終了した時点で占有を取得する人物を、権利設定者以外の第三者とすることもできる。このときの第三者が取得する権利を残余権 (remainder) と呼ぶ。残余権者 (remainderman) は、現在権の消滅時に現在の占有を基礎づける権原を取得する点で復帰権者と同様に将来権者である。

しかし残余権が現在権となったときに取得する具体的な権利の内容は、当初の権利設定時の文言によって様々に分かれうる。この点で復帰権と異なって権利関係が複雑化しやすい。⁽²⁴⁾

以上が占有を基礎づける権利利益の主なものである。

(7) 地役権 (easement)⁽²⁵⁾

以下、占有を基礎づけるのではなく土地の利用に関する権利義務を設定する

-
- (24) 好例は Dukeminier et al. 278 の練習問題に見られる。「O が単純不動産権を有しており、次に挙げる移転を行う。各ケースにおいて復帰権は成立するか？」という問いである。「(a) O は “to A for life, then to B and his heirs” に移転する」場合には、A に生涯不動産権が成立し、B に単純不動産権となる残余権が成立する（復帰権は誰にも設定されない）。「(b) O は “to A for life, then B and the heirs of her body” に移転する」場合には、A に生涯不動産権が成立し、B に限嗣不動産権となる残余権が設定され、B の直系卑属の相続人が欠けた場合の復帰権が O に設定される。「(c) O は “to A for life, then to B and her heirs if B attains the age of 21 before A dies” に移転する（当該権利設定時に B は 15 歳である）」場合には、移転時点では A に生涯不動産権が成立し、B に未確定残余権 (contingent remainder) が成立し、O に復帰権が成立する。A の生存中に B が 21 歳に到達したら、その時点で B の有する権利が確定的残余権 (vested remainder) となり、O の復帰権は消滅する。

このように時間的に権利を区切ることのできる自由度の高さを利用して、特に遺言作成等の遺産整理の局面で様々な工夫をするのが、この分野で活動する弁護士の腕の見せ所となる。

- (25) 既述の通り、地役権 (easement・イーズメント) および約款 (covenant・コヴェ

制度について紹介する。具体的には地役権 (easement) と約款 (covenant) とに大別され、約款は更にコモン・ロー上の物的約款 (real covenant) とエクイティ上の地役権 (equitable servitude) に制度上は分けることができる。なお、これらは全て合わせて servitude (広義の地役権) と講学上呼ばれてきたが、

ナンツ) については溯ノート・65巻3号92-118頁に具体的な事例も含めた解説があるのでそちらも参照されたい。

- (26) Dukeminier et al. 809も脚註 (n.1) に落として述べる通り、地役権と約款の他に採取権 (profit à prendre) および立入特権 (license) という二つの制度もあるが、本稿では省略する。
- (27) このように英米法制史において最初に現れた具体的な狭義の地役権である easement にのみ「地役権」の訳語を与えるのはミスリーディングでもあり、溯ノートのように最初から「イーズメント」とカタカナで表記してしまうのは合理的である。本稿では、拙稿・前掲註 (14) でも『英米法辞典』に従い「(狭義の) 地役権」という訳を用いたこともあり、なおこれに従うこととする。

なお、溯ノートは Singer §5.1 (3号92頁註 (16) は Singer's casebook と記載するが、誤記であろう) に依拠しつつ、servitude の内容として easement と profit が含まれ license が除かれると説明する (3号92-93頁)。また covenant に関する叙述で「要役地および承役地の所有者が変わってもなお有効な土地利用制限のことをコヴェナントまたはサーヴィチュード (servitudes) という」(104頁) との記述がある。後者について、要役地・承役地の所有者の変更がない場合には real covenant などと言わず直接に「契約」として関係が規律されるため、これを除く説明になっている。合わせると (土地の所有者の変更に拘らず) 対世的な効力が及ぶような easement, profit, covenant (real covenant と equitable servitude の両者を含む) を servitude と総称していることになり、本稿と比べてもより精確な説明がなされている。

但し real covenant にかかる記述 (特に103-105頁) のうち、「直接保有関係 (privity)」については——現在では実質がないとして批判されており廃棄される方向にある点は正しいのであるが——若干ミスリーディングである。厳密にはこの要件のために、real covenant の設定は、対象となる土地の所有権の移転を行う文書中で同時的に行われなければならない、そのため取引当事者の間の契約——これは不動産譲渡証書等の権原証書とは別に締結・契約書作成されうるし、通常は別になる——とは觀念上区別されなければならない。したがって、当初の当事者の間においては、契約に基づいて法律関係を考えることもできるし、real covenant に基づいて法律関係を考えることもできるのである (實際上

第三次リステイトメントは区別自体をなくしてまとめて *servitude* の語で示す。⁽²⁸⁾ このような一括取扱いには一定の意義がある。というのも、これらの諸類型はその機能においては重なる (*overlap* する) 部分があり、区別されるのは政策上のものではなく歴史的な経路依存によるに過ぎないからである。⁽²⁹⁾ とは言え、現時点では第三次リステイトメントのように一括化する見方は各州の制定法・判例にほとんど採用されておらず、区別して論ずる必要もまたある。

地役権の典型例は日本法にも見られる通行地役権（英語では *right of way* または *easement of access* と呼ばれる。）であり、ある土地（要役地 *dominant tenement*）の保有者が別の土地（承役地 *servient tenement*）上を通行する権利を認められている場合に、これを *easement* と呼ぶ。権利の内容は通行地役権に限らず、例えば塀などの物を承役地上に設置する権利なども含まれる。このように具体的な要役地・承役地を別々に必要とするような権利内容の場合、狭義の地役権（*easement appurtenant*）と呼ぶ。こうした地役権は、承役地ないし要役地の現在権保有者の変更にも拘らず、後の現在権者をも拘束することができる。そのような場合、地役権は「土地に随伴して移転する」（*running with the land*）と言う。約定で設定する場合には、合意および設定文書により土地に随伴しないこととすることもできる。我が国に言う囲繞地通行権のような法定地役権が認定される場合（アメリカ法では必要性に基づく地役権 *easement by necessity* ⁽³⁰⁾ と言う）など、設定に合意を要件としない類型もある。

は前者の方が要件が緩やかであるため後者を問題としない。

- (28) *Restatement (Third) of Property (Servitudes)* § 1.1 (2000). 尤も、同 (2) 節でいくつかの類型は適用が除外されており、例えば賃貸借 (*lease*) における約款 ((a) 項) や担保に関する約款 ((b) 項) などが除かれている。
- (29) *Dukeminier et al.* 810; *Singer* § 5.1.
- (30) 溯ノート3号93頁以下に「意思に基づかないイーズメント」の諸類型が示される。例えば、従前の使用により意思が黙示されるとする *easement by implication* という形式で創設されることがあり、また時効取得 (*easement by prescription*) もある。*Singer* § 5.3.1. *Dukeminier et al.* 811-856 はこれら様々な地役権の発生原因をケースを用いつつ検討させる。

これに対し、要役地が存在せず、単に承役地のみが存在する *easement* もあり、人役権 (*easement in gross*) と呼ぶ。なお、「人役権」との訳語は（他のテクニカル・タームと同様に）田中英夫編『英米法辞典』に拠ったもので、アメリカでもしばしば *easement in gross* は *personal* なものであると言われることを反映した訳語であると思われる。しかし注意点として、*easement in gross* もまた土地の現在権の継承者（*easement* の設定に関与しない第三者）をも構成する対世的効力を持ちうる⁽³¹⁾ のであり、特定の個人に対してのみ主張できるという意味で对人的な権利というわけではない。

(8) 約款 (covenant)

土地の利用に関する権利義務を定める制度の第二として、約款 (*covenant*)⁽³²⁾ がある。コモン・ロー上の物的約款 (*real covenant*) とエクイティ上の地役権 (*equitable servitude*) とがあるが、現代では裁判所に求める救済の違いを除いて、基本的にオーバーラップする⁽³³⁾ と考えてよい。

約款は地役権と同様に、通常は承役地に相当する負担の課される土地

(31) 設定時に合意および設定文書によって譲渡可能とも不可能ともできる。

(32) Dukeminier et al. 810-813, 892 によれば、地役権 (*easement*)、コモン・ロー上の物的約款 (*real covenant*)、エクイティ上の地役権 (*equitable servitude*) は、実務主導で広がっては裁判所が抑制的になり、その抜け道として利用されて発展するという経緯が順次移り変わって折り重なってきた。具体的には、*negative easement* に対する類型制限に対し *real covenant* が、*real covenant* の要件厳格化に対し *equitable servitude* が、それぞれ発展してきたと描くのが一般的である。See also, Singer § 5.1. 機能的なオーバーラップがあるのも多分にかような歴史的経路に依存している。

(33) 厳密には要件その他にも差はあるが、後述の通り、詐欺防止法および不動産譲渡証書の登記登録を半強制する様々な制度により、基本的に通知ないし認知が擬制される (*constructive notice*) ために、要件面での違いがあまり大きな差を生まない実態がある。両者の違いについては、前掲註 (14) の拙稿に (*lease* との関連に限定はしたもの) かなり詳細に触れたので、特に第二章を参照されたい。

(burdened land) と要役地に相当する利益を受ける土地 (benefited land) の二つの土地に関係する。すなわち、約款における義務を負う当事者が負担の課される土地を保有し、約款における権利を有する当事者が利益を受ける土地を保有する、という関係に立つ。

地役権と異なるのは権利義務の内容である。すなわち、地役権においては承役地を利用することそれ自体が権利の内容となるが、約款においては土地に関連した内容の権利義務が発生していれば、必ずしも空間的な意味で負担の課される土地の上に約款権利者が立入ること、物理的な利用をすることは内容とならない。例えば、負担の課される土地の保有者は、利益を受ける土地の日照を確保するために二階建て以上の建造物を建てないという義務を負う場合、確かに負担の課される土地はその利用が制限されているものの、利益を受ける土地の保有者が物理的に侵入してくるような事態は想定されていない。にも拘らず、当該約款による利益はあくまで利益を受ける土地そのものの利用のためである。

約款は地役権と同様、一定の要件を充たせば設定した当事者間を超えた対世的効力を有する。換言すれば「土地に随伴して移転する」⁽³⁴⁾ので、covenant running with the land という言い方が古くからなされる。

(9) 小括と補足

以上の通り、土地に対する権利利益の中には、占有を基礎づける権利利益と占有を基礎づけない権利利益とがあり、前者には更に現在権と将来権があり、後者には地役権と約款があることを見た。

ここで扱われなかったにも拘らず土地に関係する重要な法制度として、信託 (trust) と担保 (mortgage)⁽³⁵⁾がある。信託については community land trust と

(34) アメリカにおける古典的著作は、CHARLES E. CLARK, REAL COVENANTS AND OTHER INTERESTS WHICH “RUN WITH THE LAND” (2d ed., 1947) である。

(35) 『英米法辞典』では「譲渡抵当 (権)」と訳される。本稿は『英米法辞典』の訳語に準拠しているが、mortgageに限っては広く「担保」と訳しておく。

呼ばれる住宅地の開発・保有・運営の在り方⁽³⁶⁾など、不動産に関わる現代的に重要な側面・使われ方も見られるが、受託者が保有する権利の内容としてはコモン・ロー上の土地に対する権利利益のいずれかであり、大半は単純不動産権が該当すると考えて差し支えないように思われる⁽³⁷⁾。また担保についても同様に、歴史的経緯から譲渡担保の所有権的構成を取る場合（title theory⁽³⁸⁾）であれ、実態に合わせて担保的構成を取る場合（lien theory⁽³⁹⁾）であれ、やはりコモン・ロー上の実体権としては単純不動産権を念頭に置いているケースがほとんどであるから、ここでの紹介に組み込む必要はないと考えた⁽⁴⁰⁾。

-
- (36) 簡潔には拙稿「論文紹介：財産法の新たな見通しとしての熟議デモクラシー」[2015-1] アメリカ法 102 に紹介しているので参照されたい。
- (37) 講学上およびカリキュラム上は、「相続および信託」(Trusts and Estates)などと称される分野・コースで信託が扱われるのが一般的である。こうしたカリキュラム編成は、信託法が主として相続の分野で展開してきた経緯にも依存すると思われる。代表的なケースブックである Sitkoff et al. では全 15 章（全 982 頁）のうち、第 6 章から第 14 章まで（543 頁分に相当）が信託を扱う。アメリカにおける信託の概説として樋口範雄『アメリカ信託法ノート I・II』（弘文堂、2000 年・2003 年）。
- (38) 担保設定に際し、担保権者に移転しているのは権原そのものであり、被担保債権が不履行になるまでは処分できないものの、しかし果実については担保権者が取ることが許され、債務者が期限までに弁済することで担保対象物を再度引き渡さなければならない義務を担保権者は負う、しかし不履行となると担保対象物を取得することができる、と構成する立場のことであり、アメリカの諸州はこの title theory（権原移転説）をとる州（少数）と次の lien theory（担保権説）をとる州（多数）とに二分している。
- (39) 担保設定によって権原は移転しない、と構成する立場であり、したがって担保権存続中にも果実は債務者がとることができ、債務不履行となっても担保権者が担保対象物を直接取得することはない、競売に付して優先弁済を受けることができる立場を得るに過ぎない、と構成する。
- (40) Dukeminier et al. 等のケースブックも——多分にカリキュラム配分上の問題でもあろうが——信託や担保は通常「財産法／財産権法」(Property) の類型という中では正面から扱わない。信託については例えば Dukeminier et al. 295-303; Singer § 7.5（半ページ程度）のみ。Mortgage については（本稿でも後に扱う）不動産取引の融資・資金調達の文脈で説明が行われるのが一般的で、財

二 土地に対する権利利益の移転の態様

1. 総論

そもそも所有権（以後、単純不動産権を主として念頭に置きつつ、現在権の意味でこの語を用いる。⁽⁴¹⁾）の取得の態様として、例えばDukeminier et al.は無主物の取得と他人物の取得を区別する。Dukeminier et al.は第1章で前者を扱い、「発見」(discovery)による取得⁽⁴²⁾、「捕獲」(capture)による取得⁽⁴³⁾、「創作」(creation)による取得⁽⁴⁴⁾を列挙する。不動産に関係するのは一つ目の「発見」の

産権の具体的な種類としては扱われない。例えばDukeminier et al. 645-659; Singer § 11.5.1 (9頁)といった扱いで、しばしばPropertyとしてのコースではスキップされて不動産取引法 (Real Estate Transactions) などの上級コースで扱われる。See, e.g., Malloy et al. Chapters 14-19 (約180頁が割かれる)。

- (41) 現にアメリカにおいても、実定法上の具体的な財産権の種類を明記することなく ownership の語で、実際には fee simple (absolute) を指すのが一般的である。ここでもそうした慣用に従う。
- (42) そこでは Johnson v. M'Intosh, 21 U.S. 543 (1823) が引かれ、ネイティヴ・アメリカ人が従来居住・利用していた土地に対する入植者による取得が問題とされる。但しこの事案は主権との関係で所有を考えるための題材としてもしばしば扱われ、必ずしも権利取得の局面で扱われる典型とは言えない。See, Turner 10.1; Singer's casebook Chapter 2, § 5.1.1.
- (43) 野生動物に対する狩猟などの例が用いられる。キツネについての Pierson v. Post, 3 Cai. R. 175 (N. Y. Sup. Ct. 1805); クジラについての Ghen v. Rich, 8 F. 159 (D. Mass. 1881) などが扱われる。See also, Turner 3.1.1.
- (44) アイディアや表現に対する権利の創設に関して、狭義の知的財産法以外の根拠で争われた例として International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918) (ニュースそれ自体についての財産権の成否が争われ、認められなかった。); 著作権 (copyright) の成立が争われた例として Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) (電話帳に記載される氏名や電話番号等の事実について著作権の保護が及ぶか争われた事件で、認められなかった。); 特許 (patent) の成立が争われた例として Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980). その他、パブリシティ権 (right of publicity) や人体の一部 (臓器等) などのケースも扱われる。See also, Turner Chapter 4.

みであるが、現代においては原則として認められないと考える他なさそうである。

後者の他人物の取得として扱われるものとして、例えばDukeminier et al.の第2章は「遺失物等の発見」による取得 (Acquisition by Find)、「敵対的占有」による取得 (Acquisition by Adverse Possession)⁽⁴⁵⁾、「贈与」による取得 (Acquisition by Gift) を挙げる。Findによる取得は上と同様に動産を念頭に考慮される局面であり⁽⁴⁶⁾、Giftによる取得はDukeminierら編者自身が動産の問題に絞っている⁽⁴⁷⁾。本稿が次章(三)で扱う契約等による承継はそもそもここでは扱われない。

本稿では土地に対する権利利益の移転の観点から、上の中から「敵対的占有による取得」について、また当事者の意思に基づく移転として無償を前提とする譲渡(生前贈与および遺贈または相続)と有償での移転(売買)について、以下紹介と検討を行う。

2. 敵対的占有による取得

敵対的占有による取得 (acquisition by adverse possession) は、日本法の取

(45) なおローマ法以来の用語法として時効取得を表す言葉にはprescriptionもある。英米法においては、しかし、adverse possessionとprescriptionは取得する対象となる権利によって使い分けられている。すなわち、adverse possessionによって取得されるのは「現在の占有を基礎づける権利」(present possessory right)——典型は単純不動産権(fee simple)——であり、これがしばしば所有権ownershipと言い換えられることも本文で述べた通りである。これに対してprescriptionの語が用いられるのは、あくまで他人の所有地であることを変更することなく、その利用等にかかる一定の権利利益を取得する場合に用いられる。典型はeasementであり、easement by prescriptionとして分類される。

(46) Dukeminier et al.で扱われる判例も、宝石や金銭を問題とするものが主である。Armory v. Delamirie, 1 Strange 505 (K.B. 1722) (宝石); Hannah v. Peel, [1945] K.B. 509 (ブローチ); McAvoy v. Medina, 93 Mass. 548 (1866) (金銭) など。

(47) Dukeminier et al. 189 (“we turn to gifts of *personal property*” (emphasis added)).

得時効と似ている。すなわち、真の権利者Oが存在する土地について、Oの同意を得ることなく・かつしばしば自身のものではないと知っているAが、一定の態様で一定期間の占有を継続することにより、同土地はOではなくAの所有に帰することとなる、という制度である。その正当化理論についてもいくつかの対立軸が存在するが、実定法的には出訴期限法（statute of limitation）を軸に判例が様々な要件効果を補ってきた⁽⁴⁸⁾と言え、本稿ではこれを前提にその要件論について一般的なところを紹介していきたい⁽⁴⁹⁾。

なお、以下では上に示した例に沿って、真の所有者をO、敵対的占有によって取得しようとする者をA、問題の土地をLと呼ぶこととする。

(1) 実際の排他的占拠（actual and exclusive occupation）

敵対的占有として時効取得するための第一の要件は、L土地の排他的な（exclusive）占拠をAが実際に（actual（ly））開始することである⁽⁵⁰⁾。

実際の侵入（actual entry）は法域を問わず必須要件である。これによりOはAに対してトレスパス（trespass to land：不動産に対する不法侵害）の訴訟原因が発生し、Oが訴えるための出訴期限が開始される。出訴期限法（Statute of limitation）の出訴期限が徒過することによりAが敵対的占有による取得をするのは、この出訴期限徒過によりOがAを訴えることができなくなることの反射的效果に基づくという起源に由来すると理解されている。

排他的占拠（exclusive occupation）でなければAは敵対的占有を行っているとは言えない。例えば誰もが自由に出入りをしている状況がある中で、特に他の出入り人による侵入を排除しない場合には、Aはそれら公衆と区別されず私

(48) Dukeminier et al. 148; Powell on Real Property § 91.01 (2017).

(49) 大枠はDukeminier et al. 148頁以下に基づく。

(50) 排他性要件（exclusive possession）と現実性要件（actual possession）は別段に規定される例もある。See, e.g., Powell on Real Property § 91.01 (2017); Turner 5.2 at p.375, quoting Brown v. Gobble, 474 S.E.2d 489 (W.Va. 1996).

(51) 詳細については溯ノート3号85-89頁、樋口範雄『アメリカ不法行為法 第2版』（弘文堂、2014年）54-55頁などを参照されたい。

有地として使用する意図も認定できなければそれを推定させる状況も現出させていないことになる。排他性要件は、したがって、他の要件と裏返しの関係にあるとも言える。

(2) 公然 (open and notorious)

Aによる立入り（侵入・占拠）は、特に真の権利者Oに対して十分な警戒心を抱かせるほどに、公然である必要がある。すなわち、Oにも他の近隣者等にも気付かれないような態様で侵入・占拠したとしても、AはL土地を取得できない。「権利の上に眠る者を保護せず」という正当化理論の現れとも説明される⁽⁵²⁾。すなわち、真の権利者Oが「権利の上に眠る者」との謗りを受けうるのは権利が侵害されていることを認知できることが前提となるはずであり、公然性を欠く認知し得ない秘密裏の侵入であればOは権利侵害を受けていることを知り得ない。そのため、「権利の上に眠る者」として権利剥奪の不利益をOに甘受させる＝敵対的占有の成立を認めるためには、Aによる立入りには公然性が必要である、という説明である。

なお、open and notoriousとあるうちのnotoriousは通常「悪評のある」「悪名高い」などのような意味で用いられる語であるが、これが特に問題になるケースは例えば次のような場合である。

⁽⁵³⁾ Marengo Cave Co. v. Ross

OとAは隣接地の所有者であり、両者の土地はともに洞窟の上に位置していた。洞窟の入り口はAの所有地側にあり、入り口を発見したAは内部全体について調査し、その後入場料をとって一般開放した。このAのビジネスはOにも知られており、何年も営業が続いた。出訴期限法の定める期間の経過後にOは自己の所有地にも洞窟の上部に当たる部分があることに気付き、Aを相手取っ

(52) Dukeminier et al. 149.

(53) Marengo Cave Co. v. Ross, 212 Ind. 624, 10 N.E.2d 917 (1937). Dukeminier et al. 148 n.10に言及されるケースである。

て自らの権利（伝統的に上空・地下にも及ぶ）について確認的な判決を求めて提訴したところ、Aは敵対的占有に基づいて権利を取得したと主張した。

裁判所はこれに対して、Aの占有はopen and notoriousでなかったとしてAの主張を退けた。

この例では明らかにAの占有はopenではあったと言えるだろう。しかしnotoriousと言うには充分でなかったと裁判所は考えた。このように両者は区別されうる⁽⁵⁴⁾。

(3) 実定法上要求される期間に亘って継続していること

通常制定法によって、少数の法域では判例法上、定められている期間継続的に占拠することが必要とされる。但しこの継続性は、文字通り一瞬も途切れることのない物理的占拠でなくとも構わないと解されている。通常の真の権利者が出入りをするような使い方で継続していればよいとされるのである。したがって普段の住居であれば原則として毎日帰ってくるような使い方が求められ、夏の避暑地の別荘であれば夏季に毎年利用するような態様が求められることとなる。

この期間は法域によってバラつきがあるが、一般的に10年や20年といった長期である⁽⁵⁵⁾。

(4) 敵対的かつ自己の権利主張に基づいていること

最後の要件はadverse [or hostile] and under a claim of rightと言われる要件である。前者（敵対性adversityないしhostility）と後者（権利主張性under a

(54) 尤も、大半の場合にはopenな占拠は自動的にnotoriousでもあることが認められると考えられ、事実Powell on Real Property § 91.01もTurner 5.2もまたopen and notoriousは一つの要件として括っている。

(55) 例としてBrown v. Gobble, *supra* note (50) では10年（ウェスト・ヴァージニア州）、Grace v. Koch, 692 N.E.2d 1009, 1011 (Ohio 1998) では21年（オハイオ州）とされている。後者はPowell on Real Property § 91.01 n.15 (2017) に挙げられている例の一つである。

claim of right) は非常に難解な要件で、しばしばアメリカにおいても混乱して捉えられる。

明確なのは次の点である。真の所有者Oから賃貸借や許可を受けて侵入・占拠しているのではなく、Oの権利と対立するような態様を要求する。AがOの賃借人 (tenant) である場合、AはOとの関係で合法的に (Oの権利を否定しない形で) L土地を占有・使用することになり、敵対的でない。また、AがOに依頼されて家屋の修理のために立ち入った修理業者であった場合 (許可の場合) にもまた、Aの侵入はOの所有権と対立しない。したがって、AはOの権利と両立しない態様で占拠している必要がある。

問題となるのはAの主観的意図を考慮するか否かである。⁽⁵⁶⁾ アメリカの多数州はこれを問題としない。元々が出訴期限法の問題に過ぎないからである (客観基準 objective standard)。他方、第二の立場として、Oが真の所有者であることをAが知らないことを要求する州がある (不知基準 good-faith standard)。第三に、AはOが真の所有者であることを知りつつ、それにも拘らずA自身が所有権を取得する積極的な意図を必要とする州がある (積極的侵入基準 aggressive trespass standard)。

なお、これらと別の次元の問題として、経緯は何であれAが自己の権利取得について記載された不動産譲渡証書 (deed) 等の権原証書 (title instrument : 後述) を有しており、これに基づいて自己のものとして占有を行っている場合、敵対的占有が擬制される (constructive adverse possession)。このとき、根拠となる不動産譲渡証書 = 権原証書を color of title と呼ぶことがある。少数の州ではこの color of title を備えていることが敵対的占有による取得の要件とされている。⁽⁵⁷⁾

(56) Dukeminier et al. 159-162.

(57) Dukeminier et al. 162.

3. 当事者の意思に基づく移転

(1) 序

通常「移転」(transfer)の問題として扱われるのがこの領域であるが、Propertyのケースブック等ではしばしば売買を中心とする有償の取引が取り扱われる。⁽⁵⁸⁾しかし土地に対する権利利益の移転は、無償の方法によっても行われうる。

むしろ重要であるのは、土地に対する権利利益の移転のためには特殊な文書を用いた譲渡ないし引渡 (conveyance: 後述) を行わなければならない点である。すなわち、売買であれ贈与であれ生前に行われる場合には不動産譲渡証書 (deed) の作成・引渡 (execution and delivery) が必要であり、死後の移転であれば遺言 (will, will and testament) ⁽⁵⁹⁾が必要である。これら権原の移転を示す文書を権原証書 (title instrument) ⁽⁶⁰⁾と呼ぶことがある。本稿では売買を伴う有償の不動産取引を「不動産取引法」の分野として切り離し、次章(三)に整理を行う。ここでは差し当たり、不動産譲渡証書 (deed) の作成・引渡が財産権としての土地に対する権利利益の移転のために必要であることのみ強調し、先に無償の移転について概説することとする。

(58) See, e.g., Dukeminier et al. Part IV; Turner Chap. 5.

(59) 無遺言相続 intestacy の場合には各州の制定法に基づいて遺産管理人 administrator が遺産整理を行い、法定相続人の一人ないし複数に権原を取得させることもあれば、競売に付して換金してから分配を行うこともある。

(60) 歴史的には、また現代でも場面によっては、権原証書を有していることが対象の土地を保有していることを意味するという意味で「文書が物化した」と言いうる側面がある。すなわち、権原証書の作成・引渡がすなわち不動産の引渡に相当するとの見方が強く英米財産法を基底している。現在でも後に述べる closing での証書の作成・引渡をもって不動産売買契約に定める引渡の履行と見る慣行として残るのは、単に不動産そのものの引渡の簡便化というに留まらないニュアンスがある。

(2) 無償の移転：総論

アメリカでは無償での所有権移転は、生前贈与または死後贈与（遺贈または相続による移転）であると分類される。これらをまとめて規律しているのが、財産法第三次リステイトメント（遺言・その他の無償移転）⁽⁶¹⁾である。

同リステイトメントは、第Ⅰ部（Division I）において検認手続による財産移転（probate transfer）を扱う。換言すれば、遺言による相続財産の処分と、無遺言相続での相続財産の処分が対象とされる。続いて第Ⅱ部（Division II）において検認手続外の財産移転（nonprobate transfer）を取り扱う。具体的には贈与（gifts）および遺言代替物（will substitutes）である。

分類としてはこれらに尽きるように思われるので、本稿でも以下これらを順に見ていく。その際、権原証書に該当する文書に主として着目し、それ以外の制度の詳細は省く。

(3) 検認手続による財産移転⁽⁶²⁾

ある者Dが死亡した際に、Dに帰属していた財産の処遇を決める必要がある。この時英米では、裁判所による検認（probation）という手続が行われる。そこでは、Dが遺言を残していたか否かがまず確認され、遺言がある場合には遺言に指定された通りの人物を、指定がない場合には裁判所の職権的判断によって、遺言執行者（executor・executrix）に任命し、遺言に基づいた財産処分を行わせる。この時、検認裁判所（probate court）は遺言執行者による権限濫用等がないかチェックをするという後見的役割が期待される。

Dが遺言を残していない場合には、裁判所は職権で遺産管理人（administrator・

(61) Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.) (1999, 2003, 2011). 同イントロダクションによると、「本リステイトメントは遺言、遺言代替物、無遺言相続、贈与、現在権および将来権、その他同一のトポスに収まると一般的に考えられる題材についてのアメリカ法を、権利移転文書の解釈をも含めて、包括的に取り扱おうとするものである」と述べる。

(62) Sitkoff et al. の第2章が無遺言相続法、第3～5章が遺言相続法を扱う。これらを参照しつつ、適宜組み替えた。

administratrix) を任命する。遺産管理人は、制定法上の無遺言相続法⁽⁶³⁾ (law of intestacy) に従って、遺言執行者と同様にDの財産処分を行い、裁判所の後見に服する。

遺言執行者と遺産管理人はあわせてDの人格代表者 (personal representative) と呼ばれ、最終的な遺産分割が終了するまでの間、遺産 (estate) ——まるで財団のように観念される⁽⁶⁴⁾——を代表する。具体的には、まずDの財産の範囲としての遺産を確定するため、Dの有していた債務を弁済し、Dの有していた債権を回収して、遺産の範囲を明らかにする。その時、訴訟の必要があればDの遺産 (Estate of D) を代表して訴訟を提起し、または応ずる。遺産の確定が済んだら、受遺者および相続人に対する分配を行う。人格代表者は相続人および受遺者 (両者を合わせてbeneficiaryと呼ぶことがある) に対して信託義務を負うとされる。

(4) 検認手続による財産移転の場合の権原証書

検認手続によって不動産所有権が死者Dからその相続人ないし受遺者Bへ

-
- (63) 現在では全ての州が制定法によって定めているようである。かなりの州で受け入れられているものとして、統一検認法典がある。Uniform Probate Code (rev. 2010). 同第2編が無遺言相続法の規定である。
- (64) 財産関係の清算手続という面では破産処理と共通する面がある。すなわち、①財団類似の資産の総体 (遺産ないし破産財団…いずれも英語ではestate) が観念されて帰属物の回収や債権債務関係の整理が行われること、②受託者 (fiduciary) (遺言執行者ないし遺産管理人／破産管財人 trustee in bankruptcy) が裁判所の後見に服しつつ遺産／財団を管理すること、③遺産／財団および受託者は最終的な分配を受ける受益者 (beneficiary) (相続人および受遺者／破産債権者) のために存続し事務管理を行うこと、などで共通する。
- (65) 本文に述べたような遺産の整理にかかる文脈では、Dの債権者・債務者等を相手取った訴訟が行われ、事件名も通常の X v. Estate of D のような形になる。これに対して、一旦確定した遺産の配分をめぐる遺言解釈の問題や、そもそも遺言執行者の指名を争う場合などの訴訟は、遺産そのものに関する事件ということで *In re Estate of D* や *In the Matter of D's Estate* といった事件名表記となる。後者の場合には通常の対審的な当事者関係とならないからである。

移転した場合、その権原移転を示す文書は検認裁判所における記録（probate court records）ということになる。これは裁判記録であり、一般に公開が原則であるから、調査で見つけることができることが前提される（後述の constructive notice）。

Bが相続によって取得した土地を第三者Cに売却しようと思った場合、Bは自己の権原を示すために検認裁判記録（およびDに至るまでの権原の連鎖：後述）を証拠として示すことになり、あるいはCはこれを発見・確認することが必要となる。

検認裁判記録は、通常の権原証書の登録役所に登録されない文書であるから、権原調査の文脈では厄介な存在となる。

（5）検認手続によらない無償移転

検認手続によらない無償の財産移転として、上記第三次リステイメントは（生前）贈与（第6章）と遺言代替物（第7章）を扱う。⁽⁶⁶⁾「遺言代替物」（will substitutes）とは、「贈与者の生前に設定された財産権ないし契約上の権利に関するアレンジメントであって、（1）贈与者の死亡時に検認手続外で受贈者に財産の占有・使用享受の権利または契約上の金銭債権を移転させるようなものであり、かつ（2）贈与者がその生前中の実質的な期間において支配・コントロール・占有・使用享受の権利を保持するような〔アレンジメント〕」と定義される。⁽⁶⁷⁾検認裁判所による正規の検認手続は時間と費用がかかるとして、これを回避するために広く用いられる様々な手法をここで広く含めようとする規定と言える。具体的には撤回可能生前信託（revocable inter vivos trust）、⁽⁶⁸⁾生命保険（life insurance）、年金および従業員厚生手当（pension and employee-

(66) Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.) Chapter 6 “Gifts”, Chapter 7 “Will Substitutes” (2003).

(67) Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.) § 7.1 (2003)

(68) *Id.* cmt. b.

(69) *Id.* cmt. c.

benefit account)⁽⁷⁰⁾、生存者権付の共同所有形態 (joint tenancy and other forms of undivided ownership with right of survivorship)⁽⁷¹⁾、多数当事者口座 (multiple-party account)⁽⁷²⁾、死亡時支払契約 (payable-on-death arrangement)⁽⁷³⁾ 等々がある。⁽⁷⁴⁾

遺言の規定や相続における強行法規（遺留分に相当する制度であったり、相続税法であったり）との関係で複雑な法律問題が生じうが、財産権の移転という意味では生前贈与（やその他のアレンジメント）と区別する実益はあまりない。すなわち、単純な不動産権の贈与約束であれば、詐欺防止法（後述）に規定される方式性を備えた文書を作成することが、贈与を有効とするために必要である。⁽⁷⁵⁾ また、売買の場合と同様、第三者への対抗要件としても、不動産

(70) *Id.* cmt. d.

(71) *Id.* cmt. e. Joint tenancyとは広義の共有の一形態で、共有者AとBの生存中は両者の共同所有に服すが、一方当事者（仮にA）が先に死亡すると、A死亡以後はBの単独所有となる。このように生存者が全取りするのがjoint tenancyの特徴で、このような生存者が全取りする権利（地位）のことを(right of) survivorshipと呼ぶ。

(72) *Id.* cmt. f. 銀行その他の金融機関の口座（帳簿）を共同名義で開設し、上のjoint tenancyの場合と同様にsurvivorshipを設定しておく実務が広く見られる。例えば夫婦でjoint checking account（共同決済用当座預金口座）を銀行に有していれば、夫の死亡時にも口座が凍結されることなく妻は利用することができ、そればかりか妻の単独口座として以後使用されることとなる。

(73) *Id.* cmt. g. これも典型的には銀行が提供する金融商品であり、よく見られる実務としては銀行にPOD口座（payable-on-death bank account）を開設して一定金額を預金しておき、受け取らせたい者（例えば孫）を受取人として指定して、本人の死亡時に当該受取人が自由に引き出しをできるようになる、とするアレンジメント。

(74) Sitkoff et al. Chapter 7もまた検認手続外の財産承継方法について扱う。ここでは撤回可能生前信託が代表例として扱われ（at 444-471）、続いて「その他の遺言代替物」（Other Will Substitutes）として生命保険、年金および退職金、POD（およびTOD（transfer-on-death）：金銭支払でなく物の引渡を定める）契約、検認手続外の不動産の移転が扱われる（at 471-498）。

(75) Restatement (Third) of Property (Wills & Don. Trans.) § 6.3 (2003).

譲渡証書として登録しうるような要式性を備え、それを登録しておくことが肝要とされる。

以上が無償の不動産所有権の移転にかかる諸特徴である。

三 不動産取引に関わる法的諸制度・諸問題

続いてアメリカのロー・スクールで教えられている不動産取引法 (Real Estate Transactions) の内容に入る。⁽⁷⁶⁾ 不動産取引法は、講学上の複数の法分野にまたがる実践的領域である。主として関わるのは不動産そのものに対する権利を扱う財産法 (property: 既にここまで前提を確認してきた)、それを取り引する際に用いる契約を対象とする契約法 (contract)、そして購入資金の調達・融資と担保に関わる担保法 (mortgage) である。財産法上のルールが対象となる土地に対する権利関係を規定し、当事者間の権利義務関係は更に契約法上のルールにしたがって裁定されることになる。

アメリカの不動産市場はここ数十年の間に大きく変わったとされる。特に大きいのは職業法律家が関与するケースが減り、法律的には素人の不動産取引業者 (real estate broker) がしばしば定型化・標準化された取引文書を用いて、不動産の売り手および買い手に安くサービスを提供するようになったことである。これには、不動産の情報についてオンラインで簡単に調べられるようになったことなどの通信技術の進歩も一役を買っている。定型化・標準化された取引文書の雛形の作成には法律家に関わることもあり、また実例の積み重ねも

(76) 以下の記述は、主として Malloy et al. を参考に再構成したものである。尤も、Property の教材においてもより簡略に不動産取引法は扱われる。See, e.g., Dukeminier et al. Chapter 7. The Land Transaction; Turner 5.1 Real Estate Transactions; Singer's casebook Chapter 12 Real Estate Transactions; Singer Chapter 11 Real Estate Transactions.

あり、テクニカルティについては一定のルールが蓄積されてきた。⁽⁷⁷⁾

最近の変化の第二として、不動産取引の投機としての側面が強くなったことが挙げられる。アメリカ不動産バブルとサブプライムローン問題、それらに続く金融危機も記憶に新しいところだろう。本稿では、しかし、この第二の変化局面は省略し、特に担保権の流動化（securitization）については触れず、担保の基本的な部分のみに限定することにする。⁽⁷⁸⁾

1. 取引の流れ

まずは不動産取引の一般的な流れをおおよそ時系列に見ていこう。⁽⁷⁹⁾

(1) 交渉と契約締結まで（Precontractの段階）⁽⁸⁰⁾

Aは不動産を購入したいと考えているところ、Bの保有する不動産Lが売りに出ていることが分かり、これに興味を持った。AはBから不動産Lを購入したい。幸いにして両者が不動産Lの売買に乗り気である場合、両者は交渉の上、売買契約を締結することになる。

交渉段階はAとBのそれぞれが情報入手を行う。そもそもの取引相手方を探し、見つける必要があるし、いざ見つけた後にもお互いが信用に足る人物か調べなければならない（問題の不動産を本当に有しているか、また支払の十分な資力があるか分からない）。しかし調べが不十分な段階であっても、ひとまずお互いに取引を実現させるべく両当事者はしばしば一旦売買契約を締結する。

(77) 文書作成上の瑕疵がある場合に、不動産取引業者の責任を認める消費者保護的規制もまた議論されてきたところである。

(78) 後の註(106)にも見る通り、mortgageについてprimary marketとsecondary marketの両者が成立しているところ、本件では前者に関わる部分のみを概観するということになる。なお、mortgageの現況についてはMalloy et al. Chaps. 14-19の他、Restatement (Third) of Property (Mortgages) (1997), especially Chap. 1を参照。

(79) Malloy et al. 56-59.

(80) Malloy et al. Chapter 3.

契約締結によっては未だ不動産Lについての財産権（例によって fee simple を想定しよう）は変動しない。不動産の権原（title）は、不動産譲渡証書（deed）の作成（execution）・交付（delivery）によって初めて変動するからである（後述）⁽⁸¹⁾。

不動産売買契約においては一般に次のような取決めがなされる。第一に不動産譲渡証書の作成・交付の日取りを定める。この期日ないしそこで行われるやり取りを closing と呼ぶ。当初の売買契約で計画した取引の全体がここで一旦完結されると考えるのである。第二に closing までに両当事者が行うことを列挙する。典型的には買主Aが権原調査を実施（売主が本当に適切な権原を保有しているか、第三者による上位の権原が存在しないか⁽⁸²⁾、などを確認）し、不

- (81) 尤も、危険負担に関しては売買契約によって買主にエクイティ上の権原移転が生じ危険が移転するという equitable conversion という構成が取られる州もある。樋口範雄他編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）のNo. 112（拙稿）を参照されたい。同様の問題については樋口範雄『アメリカ契約法 第2版』（弘文堂、2008年）227頁以下にも解説されている。

同様に equitable conversion は、未履行期間中の売主または買主の死亡による相続の局面でも妥当する州がある。equitable conversion が妥当する州での問題は例えばこうである。未履行期間中は売主Bが対象不動産Lの所有者であるが、equitable conversion によってその権利はLの所有権ではなく売買代金に対する債権（人的財産）に変換されている。そのため、第一にBの死亡時の住所によっては、不動産Lの所在地ではない住所地の法を準拠法として相続が行われる可能性がある。第二に、Bの遺産分配方法の定め方によって、例えばB₁が物的財産を・B₂が人的財産を相続すると定めていた場合、不動産LをB₁が取得するのではなくB₂が売買代金債権を取得することとなる。

- (82) 「第三者が上位の権原（paramount title）を有している」場合とは、例えば次のような場合である。第一に、売主Bは確かに権原を有しているけれどもそれは生涯権（life estate）に過ぎず別に将来権者が存在しており、しかも売主Bから買主Aへの移転後すぐに、生涯権の期限の基準となる人物は死亡してしまった場合、将来権者が現在権者となってAの権原（この時点では無権原である）に優越する権原を主張することとなる。第二に、売主Bの有する権原は敵対的占有として color of title が存在するに留まっておりまだ取得に必要な年月が過ぎていない場合の真の権利者Oが存在する場合、買主AはOによる権利主張

動産そのものを実地調査（investigation⁽⁸³⁾）し、更には購入資金を用立てることになる。売主Bは引渡のための準備を進める。第三に、これらの準備作業が予定通り進まなかった場合について取り決めておく。買主Aが住宅ローンの審査に不合格である場合には契約を解除する、権原調査の結果売主Bの権原に不安がある場合に買主Aは売主Bに権原保険の費用を請求できることとする、等々である。

(2) 契約未履行期間（Executory Contractの段階⁽⁸⁵⁾）⁽⁸⁴⁾

ひとまず（1）に見た売買契約が成立した後、後述（3）に見るclosingまでの期間がこの段階である。ここでは、両当事者は契約に定めた通り、closingに向けて準備を進める。売主Bは契約した通りの状態で不動産Lを引渡すための作業を行う。契約上の取り決めによっては清掃や修繕も行う。また、closing

には劣後することとなる。このような場合、法的により強力な権原（paramount title）を有する将来権者や真の権利者が、そうした強力な権原を根拠に買主Aから占有を剥奪することになる。買主としてはこれではたまらないので、調査は欠かせないこととなる。

- (83) 原則としてcaveat emptor（買主をして注意せしめよ）とのルールが適用され、引渡後は契約に明示されない不動産の瑕疵について買主は売主の責任を追及できない。当初契約および不動産譲渡証書に瑕疵担保責任を売主が負う旨の規定を置くのであれば、本文に述べたような調査を買主が行うのが一般的である。（なお動産売買の場合には統一商事法典第2編により我が国の瑕疵担保責任に相当する保証が契約内容に黙示される。UCC §§2-314, 2-315.）

但し近年は多くの州が売主の側からの情報開示義務を課す。例えばJohnson v. Davis, 480 So.2d 625 (Fla. 1985) は売主が積極的に既知の瑕疵を隠したことにつき、不誠実な隠匿（fraudulent concealment）であるとして契約の解除および頭金の返還を認めた。このように既知の情報不開示を詐欺的（fraud）ないし不実表示的（misrepresentation）と見なす方法が広く取られる。Dukeminier et al. 588. 尤も、この場合であっても売主さえ関知しない瑕疵についてまで売主に「デフォルト」で責任を負わせる法域はないようであり、あくまで既知の情報について開示せよとの義務を課すに留まる。

- (84) 註（81）に述べたequitable conversionが問題となるのはこの段階である。

- (85) Malloy et al. Chapter 4.

の際に引渡すべき不動産譲渡証書の下書き (drafting) を行い、あるいはそれを依頼して行わせる。

買主は権原調査を実施する。実際には権原調査を専門とする弁護士または専門業者⁽⁸⁶⁾に依頼をし、その結果を確認する。更に購入資金を用立てる。銀行へのローンを申し込み、返済計画を交渉するのが一般的である。その際、銀行からは取引対象物たる不動産Lに担保権 (mortgage) を設定することが要求される。担保権設定は売買のclosing時に売買代金支払と同時に担保権設定証書 (security deed) を作成し、登録を行う義務が買主に課されるような内容として交渉される⁽⁸⁷⁾。買主は更に、取引対象不動産Lが契約内容通りの状態にあるか実地調査を行い、事前に瑕疵が見つかるようであればclosingまでに売主に通知し、減額交渉をしたり契約を解除したりする。

(3) クロージング (Closing of the Contract)⁽⁸⁸⁾の段階

契約に定めた通りの作業を未履行期間中に無事に終わると、いよいよclosingが行われる。売主は代金ないし決済方法やその証明書などと引き換え

(86) アメリカでは、後の本文に述べる権原保証ビジネスが成立しているが、これを行う権原保険会社が権原調査をも行うのが現在では一般的なようである。

(87) 不動産売買・譲渡の場合と同様に、担保権設定の合意 (契約) と担保権としての mortgage の譲渡は観念上は区別されうる。Restatement (Third) of Property (Mortgages) § 1.1 も「mortgageとは不動産に対する権利利益の譲渡 (conveyance) または留保 (retention) である」と定めており、(所有権留保型の取引である後半を除けば) 土地に対する権利利益の conveyance が原則であることが示される。したがって、本文に指摘したようなclosing前の契約未履行段階での担保権設定はあくまで合意に留まる (closingまでは買主はコモン・ロー上の権原を未取得であり、したがって「何人も自己の持たないものを与えることはない」)。

(88) Malloy et al. Chapter 6.

(89) 例えば小切手等の支払方法が想定される。

(90) 銀行ローンによる融資の場合などでは、closingを行う際に買主 (債務者) が売主に引渡すべきローン証明書のような文書を銀行が債務者に事前に渡しておき、closingでは当該文書を売主は受け取る。売主は後日、銀行に当該文書を持って行き、売買代金の支払を受ける、といった取引方法が用いられるよう

に不動産譲渡証書を買主に対して交付する。これで当該不動産の権原が売主から買主に移転される。不動産譲渡証書の作成・引渡が、まさにそれ自体として財産権の移転（conveyance）を構成する。この時点（conveyance）を基準に、前後で売主から買主へと、土地に対する権利利益の帰属点が変更されるのである。なお、家屋等の建物があれば、その鍵の引渡なども通常行われる。

Closingの実際の作業は、州や地域によって様々に分かれるようである。州によっては関係者全員が集まって儀礼的に執り行い、州によってはエスクロウ⁽⁹¹⁾（escrow）と呼ばれる第三者が上記全ての作業を一手に担う。

Closingによって不動産譲渡証書（deed）が完成されると、それ以前の合意・契約の内容は吸収消滅法理（doctrine of merger）にしたがって、deedに全てが記載されたこととなる。すなわち、当初の売買契約の内容で未履行の条項はもちろん、未履行期間内に新たに合意された条項（例えば引渡後に新たに発見された瑕疵についての瑕疵担保条項挿入など）についても、不動産譲渡証書内に記載しなければ契約内容から除外される。⁽⁹²⁾（尤も、当初の売買契約の内容は大半が既に履行済みとなっているはずではあるが。）

(4) 証書の登録（Postclosingの段階）⁽⁹³⁾

Closingを終えると、買主は不動産譲渡証書を登録役所／登記所（recording office）へ速やかに登録することとなる。大抵の場合、時期をほぼ同じくして、買主に融資した銀行の担保権設定証書（deed for mortgageやsecurity deedなどと呼ばれる）も別途登録される。⁽⁹⁴⁾この登録により、次に述べる擬制的認知（constructive notice）が完備される（悪意擬制）こととなるので、重要なステッ

ある。

(91) 支払方法を預かる点で供託における受寄者の役割に似ているが、反対給付も行う点や裁判所や法務局のような公的機関が必ず担当するわけでもない点などで我が国の供託制度とは異なる点がある。

(92) Malloy et al. 58.

(93) Malloy et al. Chapter 10.

(94) これら deed については本稿末に載せたサンプルを参照されたい。

プである。同じく closing の後に、最終的な権原保険のポリシー（保険証券）が発給されることも多い。

2. 不動産譲渡証書とその登録

(1) 総論

1. に素描した一連の行為のうち、権原を化体するところの不動産譲渡証書の作成・交付とその登録が特に重要である。不動産譲渡証書は本稿末に付したサンプルの⁽⁹⁵⁾ように、売主から買主にどういう土地をいくらで引き渡し、その条件は何であるかなどが記載される。権原の証明というよりは取引を言わば物化する文書である。⁽⁹⁶⁾誤解を恐れず比喩的に言えば、権原移転の証書というよりは、移転の原因そのものであり結果そのものでもある。これが直接役所に登録される。この点で権原について登記をする我が国の登記制度とは、権利関係の安定と明確化という目的・機能が共通するものの、性格を異にするところがある。このことはある土地についての権利関係を確認するために複数の文書を確認しなければならないことも意味し、調査の労力を増加させるという難点がある（後述）。

(2) 登録の効果：擬制的認知＝悪意の擬制（constructive notice）

登録の効果としては、まず我が国と同じく、対抗問題となった際の決め手となる。元来のコモン・ローでは“first in time, first in right”とされ、取引の時

(95) 附録のサンプルは、筆者がジョージア大学に留学中に履修した不動産取引法の授業で実際に調査課題として与えられ、データベースや登録役所内の閲覧室を利用して入手した公開文書である。本誌246頁のWARRANTY DEEDと銘打たれているのが典型的な不動産譲渡証書と言えるwarranty deedの例である。対価として\$10という記載もあり、いわゆる名目的約因（nominal consideration）を記載する実務の継続を確認できる。

(96) 尤も、対価については不動産譲渡証書には実際の価格ではなく\$10などといった名目的約因になる金額のみが記載されることが多い。前註（註95）に指摘したサンプルも\$10と記載されている。

間的先後関係のみで権利関係が決まるとされた。AがBに土地を譲渡——なおここでの「譲渡」は不動産譲渡証書の作成・引渡、すなわち conveyance を意味する——し、その後にAがCに同一の土地を譲渡した場合（二重譲渡事例）、時間的に先行するBへの譲渡こそが有効であり、権利はBにあるというわけである。Nemo dat quam non habet（何人も自己の持たないものを与えることはしない）との伝統的法諺の通り、Bに譲渡した権原をAはもはや有さず、したがってCに譲渡することはできない、というわけである。しかしこれは取引の安全をひどく害する。既に譲渡されたかもしれない権利を購入するのを恐れて、土地取引自体を躊躇わせてしまうからである。

そこで、権利関係を公的登記登録制度によって公開情報とし、これをもって法律関係を安定させようというのである。この際、アメリカの諸州では従来から権原そのもの（ないしその象徴）として用いられてきた不動産譲渡証書を登録させることとした。しかし一口に登記登録制度を導入したと言っても、二重（多重）譲渡事例への対応について、各州は登録に関する制定法（recording statute）のルールの定め方により三つに分かれる。

第一は race statute と呼ばれる類型で、登録の先後関係のみで判断し、最も早く登録した者に権利を認める。不動産譲渡証書交付が後だが登録が先である場合、この当事者が勝つのである。その際に代金等対価の支払を要件とするかには更に州による違いがある。このタイプのポイントとしては、最も早く登録を行って権利が認められる者の主観的事情を問わないことである。自分より先に権利を取得したはずの者がいると知っていたとしても、先に登録を行ったことにより勝利する。

第二は notice statute と呼ばれる類型で、善意有償購入者（bona fide purchaser (for value)）——ここで bona fide は日本法の「善意」と同様「不知」⁽⁹⁷⁾を意味し、purchaser (for value) は有償での＝対価の支払をした買主を意味⁽⁹⁸⁾

(97) もう少し精確には後述の notice が無いことを指し、知・不知は客観化されている。

(98) 買主（purchaser）であれば贈与における受贈者ではないから常に有償ではな

する——のうち、最後の者に勝たせる。善意＝不知 (bona fide) たるためには先行する譲渡の存在を知らないことが必要であり、これを覆す認知 (notice) には三つの態様がある。第一は **actual notice** (実際の認知・現実の認知) であり、実際に知っていること (主観的知)。第二は **constructive notice** (擬制的認知) であり、登録された証書に現れる譲渡については知っていたものと擬制される (客観的知)。第三は **inquiry notice** (調査上の認知) であり、後発買主が現地を実見すれば (既に先発買主がそこに住んでいるなど) 自らの取引に先立つ譲渡が行われた形跡を発見し得たはずである場合に擬制される (客観的知)。これらがない場合に「善意＝不知」要件は充たされるが、善意の時点は対価の支払い時で判断されることとなる。これらを充たす善意有償購入者が複数いる場合には、時間的に最後の人物が権利を取得する。擬制的認知の存在により、登録をしていれば安心という点は **race statute** の州におけると同様である。

第三は **race-notice statute** と呼ばれる類型で、両者の組合せである。ここでは善意有償購入者である人々のうちで、最初に登録した者に勝たせる。**Notice statute** の州との違いは、**notice statute** の州であれば時間的に最後の善意有償購入者は登録しなくても他の先行する買主に勝利できる (もちろん登録しないうちに更に後発の善意有償購入者が現れれば負ける)。これに対して **race-notice statute** の州では、勝利するためには先に登録を行う必要がある。

三つのいずれの州であっても速やかな登録が重要であることは明らかであろう。

(3) 権原調査と権原保険

不動産譲渡証書がそのまま登録・公開され、登録簿は必ずしも土地毎に整理

いかと思われるかもしれない。これは相続による権利取得者との区別を念頭に置いた語であったため、歴史的には **purchaser** は無償の権利取得者も含んだ。そのため **purchaser for value** というのが「対価を支払う権利取得者」を指す厳密な用語法である。

されない⁽⁹⁹⁾ため、ある土地の権原が現在誰に帰属するかを知るのは容易ならざることである。その土地についての最近に作成された不動産譲渡証書を発見したとしても、それは虚偽の証書かもしれない（実際には権原を有していないのにまるで有しているかのように証書を作成して登録することは、アメリカの登録法制では容易である⁽¹⁰⁰⁾）。真偽を確かめるためには、取引対象地に関連する譲渡証書を遡っていくしかない。現在の不動産保有者Aに、Cが譲渡したという証書を見つけた場合、Cに譲渡したというDの証書、Dに譲渡したEの証書、Eに譲渡したFの証書……という形で権原の連鎖（chain of title）を辿っていくのである。原則として、その州で認められる敵対的占有による取得時効に必要な年限——例えば10年間や20年間——を満たすだけの権原の連鎖を確認できれば、買主Bはたいていの場合には安心であるということになる。⁽¹⁰¹⁾

こうした調査をする場合には、上に示した権原の連鎖に関わる複数の当事者の連続性と時間的要素の他にも、権原や権利の内容を確認しなければならない。担保権（mortgageやlien）や地役権（easement）が思わぬ形で課されているかもしれないし、不動産譲渡証書上で賦課される契約的な義務もあるかもしれない（covenant）。更には住宅所有者団体（Homeowners Association）の規約（declaration）⁽¹⁰²⁾が登録されているかもしれない。こうした負担については、

(99) 土地区画ごとに整理された方式の登録簿を備える法域も存在し、そのような登録制度をトーレンズ式登記制度（Torrens System）と呼ぶ（簡潔には『英米法辞典』855頁も参照されたい。）。しかしこれを採用している州はまだ少数であり、多くの地域では従来型の不動産譲渡証書を直接に登録してインデックス（後続の本文参照。）を用いて調査しなければならない状態である。

(100) もちろん民事的・刑事的に文書偽造の責任を問われうことは別の問題としてあるが。

(101) 敵対的占有による時効取得をするための期間については、自分の前の保有者が行っていた敵対的占有の期間を引き継ぐことができるという tacking の法理がたいていの法域で用いられているため、本文の例で言うようにAのみで10年や20年の占有が為されていなくても、AおよびC、D、E…の保有期間の合計で時効期間が経過していれば良いのである。See, e.g., Turner 375.

(102) これにつきまさに別稿を準備中であるので、詳細はそちらを待たれたい。

権原の連鎖の中にいない者が関わっていることがまある（特に担保や住宅所有者団体の規約の場合）。これら負担が終了・消滅している場合には免責・解除証書（release）が別途登録されているはずであるから、その有無も確認しなければならない⁽¹⁰³⁾。

かつては権原調査をする場合には、調査者が登録役所を訪れて登録簿を確認し、そこにあるインデックス（Index）と呼ばれる調査補助資料を用いて目的の証書を探した。Indexは名前の通り索引であるが、大きく二種類ある。第一はgrantor-grantee indexと呼ばれ、取引の当事者名によって整理され、これが大半である。第二はtract indexと呼ばれ、土地ごとに整理されるが、アメリカ国内の全カウンティ（地方自治体）のうちたったの6箇所でのみ用いられている（なお全米でカウンティは3000以上ある）。検索が容易なのはもちろん後者であるが、残念ながら旧慣を改めるのは困難なようである。これらを駆使して、問題の不動産に関わる登録済みの不動産譲渡証書（およびdeclarationやreleaseといったその他の関連文書）を洗い出し、権原の連鎖を確認し、想定されていない権利義務が賦課されていないかを調べるのである。

現在では大抵の調査はオンラインで（インターネット上で）行うことが可能となっており、かなり簡便になってきた（但し大抵の場合有料である）。しかしいくつかの点で制約もある。最大の制約は、電子化されている記録は年限で区切られているケースが多いことであり、例えば権原の連鎖について途中までしか辿ることができない場合がある。この他にも、システム自体が各カウンティで統一されていないために調べ方が地域ごとに大きく異なる場合もあるといった制約ないしリスクがある⁽¹⁰⁴⁾。

(103) こうした事情を前提に、権原証書としての不動産譲渡証書にも、「登録されている全ての関連ある負担に拘束される」旨の条項を定めるのが一般的な実務慣行である。本稿末のサンプルのwarranty deedにも“This Deed is given subject to all easements and restrictions of record, if any.”との記載がある（板持自身によるハイライトの箇所）。

(104) また厄介なことに証書上の氏名が正しく表記されない（ないし同一人物であるのに表記が揺れる——例えばJames SmithとJim SmithとJames C. Smith）場

以上見た通り、権原調査はそれ自体苦勞が多い作業であり、しかも常に見過ごし等のリスクにさらされる。登録されているにも拘らず見つけられなかった場合、そのリスクを負わねばならないのは原則としてそれを見つけられなかった取引当事者である。そこで、アメリカでは権原保険 (title insurance) が非常に発達している。権原保険会社は、依頼を受けて権原調査を行ってその結果を報告するとともに、調査で発見されなかったリスクを引受ける。すなわち、例えば第三者が上位の権原を有すると主張して現れて被保険者から不動産を取り戻したとする。そうすると被保険者は当該不動産を失うことになる。このような場合に、権原保険会社は被保険者に対して保険金を支払うのである。通常は保険対象となる瑕疵について権原保険会社は無過失責任 (厳格責任) を負うので、この点が権原保険会社を用いる利点の一つとなっている。従来の権原調査——例えば個人法律家等に依頼した場合——ではリスクが露見した際にはその過誤について立証しなければ調査者の責任を問えなかったことに比べて、調査依頼者の負担が大幅に軽減されているのである (規模の経済が働いたため手数料もそれほど高額になりにくい)。

3. 住宅購入資金融資と担保⁽¹⁰⁵⁾

特に住宅 (商業用不動産ではなく居住用不動産) を対象とする不動産取引の

合も多く、電子データベースでの検索もかなり神経をすり減らす作業である。なおどの程度の検索を行えば証書を発見しなかった場合にも免責される (発見できなかった証書が不存在であったものと扱われる) かについて、各州やカウンティごとにルールが定められることが多い。取得時効に関わる chain of title を何年分辿る必要があるか、についてもこうしたローカル・ルールの定めが置かれることが多い。

なお、本稿とは直接関係しないが、UCC (いわゆる統一商事法典) 第9編に定める動産担保にかかる filing が行われた場合の文書も、本稿で扱う不動産譲渡証書の登録役所と同一の役所が担当しているカウンティは多い。したがって、検索上のローカル・ルール、例えば氏名の一致についてどこまで検索義務が課されるかなど、も同一ルールが適用される場合がある。

(105) 本節につき、特に Malloy et al. Chaps. 14-19 を参照。また、Bender et al.,

場合には、一般消費者である買主は購入価格の全額に相当する現金を持っていないのが通常である。商業用不動産の取引でも現金一括払いとすることは主流とまでは言えないだろう。何らかの形で買主は融資を受けて不動産を購入する。買主が融資を受けるのは売主または第三者（たいていは銀行）である。

売主から融資を受ける場合、*purchase money mortgage* (PMM) と呼ばれる文書で取引されるのが一般的である。売主は不動産の譲渡者としてのみならず、融資者としても行動し、買主に信用を供与する。その際に担保権設定証書 (a formal mortgage) と約束手形 (promissory note) を買主から受取り、自らに担保権実行の権利 (right of foreclosure) を設定し、closing 時には頭金 (earnest money と呼ばれる) のみを受け取って不動産譲渡証書を買主に交付するのである。

第三者から融資を受ける場合、PMM は買主と当該第三者との間で締結される。この融資者に対して買主は担保権設定証書と約束手形を交付し、融資者は買主の不動産購入代金を用立てる。

購入後は約定どおりに買主がローンを返済する義務を負う。返済が滞る場合、その州の担保法にしたがって担保権の実行 (mortgage foreclosure) 手続きが取られることになる。融資者 = 債権者 = 担保権者が直接に担保となっている不動産を取得する (不動産価格が債権額を上回る場合は差額を債務者に支払って調整する) 場合 (title theory の州) と、当該不動産を競売に付して売却益から債権を回収させる場合 (lien theory の州) とがある (両者の中間のような法律構成をとる州もある : hybrid theory⁽¹⁰⁶⁾)。

supra note (5), Chaps. 3-9; Korngold *et al.*, *ibid.*, Chap. V. および流動化の面につき Chaps. VII-VIII; Nelson *et al.*, *ibid.*, Chap. 1 H and Chaps. 3-6, 8.

- (106) このように、実際の融資当事者の間での mortgage 市場のことを primary market と言う (株式等の金融商品の場合には「発行市場」)。これに対して、一旦成立した mortgage を流動化して商品として流通させる secondary market (同じく株式等では「流通市場」) での取引が活発化したのが本章冒頭で述べた不動産取引の第二の大きな変化である。特に多数の不動産融資を一本化して証券化する、という実務が行われ、弁済力が低いとされるサブプライムローンが多数

以上のような融資方法で購入資金を用立てることは通常、売買契約において買主の義務とされ、closingまでに準備できない場合には契約が解除されるなど、取引が破談となることが多い。

4. 契約法と不動産取引法

不動産取引においては契約の果たす役割は大きい。また契約法の側から見ても、取引対象物が不動産であることから適用される特別ルールがいくつかある。本稿の最後に、これらを一瞥しておきたい。

(1) 詐欺防止法

土地に対する権利利益の移転にかかる契約には、詐欺防止法（Statute of Fraud⁽¹⁰⁷⁾）の適用がある。したがって必ず書面になされなければ有効な契約として成立しない。

詐欺防止法は元タイギリスで1677年に制定された議会法律で、アメリカの諸州ではイギリス法の継受として、または新たに制定法を作って再導入する形で、現在でも現行法として行われている。例えば、旧スペイン植民地としての経緯から民法典を有するカリフォルニア州でも、「物的財産（権）ないしそれに対する利益の、一年を超える期間の賃貸借または売買の契約⁽¹⁰⁸⁾」については書面を作成しなければ有効な契約とならない、と定める。

したがって、詐欺防止法によって加えられた契約の成立要件を充たすためには、不動産取引契約については書面を作成しなければならない。地役権や約款も土地に対する権利利益（interests in land）であるから、設定のためには書面

焦げ付いて生じたのが2007年以後の金融危機の引き金となったと言われるが、本稿では立ち入らない。

(107) 詐欺防止法一般については樋口範雄『アメリカ契約法 第2版』（弘文堂、2008年）第7章を参照されたい。

(108) “An agreement for the leasing for a longer period than one year, or for the sale of real property, or of an interest therein [.]” (Cal. Civ. Code § 1624)

性要件が課される。

なお、詐欺防止法以前でも土地に対する権利利益の譲渡（conveyance）には不動産譲渡証書（deed）の作成・引渡が必要だったのであり、その限りでは必ず書面化されていたはずである。詐欺防止法が更に書面性要件を加えたのは「不動産の売買契約・賃貸借契約」であり、譲渡と区別されるところの契約の成立に関するルールの追加であった。

（2）特定履行

また、不動産という特定物・非代替物を対象とする売買契約なので、契約法の原則と異なり、契約違反に対しては損害賠償（damages）に代えて（加えて）⁽¹⁰⁹⁾特定履行（specific performance）⁽¹¹⁰⁾を買主は請求することができる。

通常は、売主の契約違反（売買目的物の引渡拒絶）に対して買主は他所で代替物を入手し、損害について売主に賠償を請求することが認められるというのが契約救済法の原則である。しかし不動産は代替物がそもそも存在しないので、エクイティ上の救済である特定履行が認められる。尤も、不動産であれば一律に代替物が存在しないというわけではなく、個性に乏しい不動産の場合には代替物入手可能と判断されて特定履行の請求が退けられることがある（例えば個性に乏しいマンションの部屋、同様の家屋の並ぶ戸建て分譲地の一区画など）。

Appendix

以下は本文中に「本稿末のサンプル」と記載した不動産譲渡証書（deed）等の例を挙げる。

一つ目（246頁）は権原証書の典型例である「権原担保捺印証書」（『英米法

(109) 契約内容の強制的履行のこと。伝統的に「特定履行」と訳してきたので、本稿もこれに従う。

(110) 契約救済法については、樋口・前掲註（107）第3章を参照。特に特定履行が認められる要件として代替物の入手困難性について、同書58頁。

辞典』)と訳される warranty deedである。ここでは住所や Lot 30 という区画番号等によって不動産を特定し、記載された当事者間で権原を移転することが定められている。“TO HAVE AND TO HOLD” との文言で始まる条項において、“FEE SIMPLE” を移転する旨が明記される。

二つ目(247-251頁)は担保証書の典型例である security deed である(紙幅の都合から冒頭の4頁分のみ掲載する)。ここでは、一つ目の warranty deed と同じ土地について担保権(mortgage)が設定されていることが示され、債権額についても記載がある((E)項に約束手形(promissory note)の説明に付随して\$260,910.00と記載されている)。

三つ目(252頁)は plat としばしば呼ばれる、一定地域をディヴェロッパーが開発する際の分譲区画を図で示したものである。これが、一つ目の warranty deed で見た通り、引用(incorporation ないし reference)されることにより、deed の一部ないしその補助文書としての役割を果たす。

四つ目(253頁)は調査機関による調査結果の図であり、これもまた登録された上で引用されることで、deed の一部となる。

※本稿は、かつて助成を受けた科学研究費研究活動スタート支援24830020の(遅れた)研究成果の一部であり、これを発展的に受け継ぐものとして公表時現在助成を受けている同若手研究(B)17K13599の成果の一部でもある。
JSPS KAKENHI Grant Number 24830020,17K13599.

Deed Doc: WD
 Recorded 05/14/2013 04:29PM
 Georgia Transfer Tax Paid : \$389.90
 Beverly Logan
 Clerk Superior Court, Athens-Clarke County, Ga.
 Bk 04085 Pg 0112
 Penalty:

Return Recorded Document to:
 Quarterman & Hodson, P.C.
 Attorneys at Law
 1671 Morisweather Drive
 Suite 103
 Bogart, GA 30622

WARRANTY DEED

STATE OF GEORGIA

COUNTY OF OCONEE

File #: 130431

This Indenture made this 6th day of May, 2013, between **RAC PROPERTIES OF ATHENS, INC.**, as party or parties of the first part, hereinafter called Grantor, and **SHERI L. WORTHY AND MARK C. WORTHY, as Joint Tenants with Right of Survivorship**, as party or parties of the second part, hereinafter called Grantee (the words "Grantor" and "Grantee" to include their respective heirs, successors and assigns where the context requires or permits).

WITNESSETH that: Grantor, for and in consideration of the sum of TEN AND 00/100'S (\$10.00) Dollars and other good and valuable consideration in hand paid at and before the sealing and delivery of these presents, the receipt whereof is hereby acknowledged, has granted, bargained, sold, aliened, conveyed and confirmed, and by these presents does grant, bargain, sell, alien, convey and confirm unto the said Grantee,

All that tract or parcel of land, together with all improvements thereon, situate, lying and being in the 218th GMD, Athens-Clarke County, Georgia, being known and designated as Lot 30, Block C, Section Nine, Ashton Place Subdivision, and being more particularly described according to a plat of survey entitled "Survey for Barbara White and Von Mendenhall" dated September 16, 2004, by Paul & Evans Land Surveying, Inc., Thomas R. Paul, RLS, recorded in Plat Book F, page 377L, Athens-Clarke County records and incorporated herein; being the same property conveyed by deed recorded in Deed Book 2736, page 169, said records.

The dwelling situate upon the above-described property is known as 344 Ashbrook Lane, Athens, Georgia 30605, according to the present system of numbering houses in Athens-Clarke County, Georgia.

This Deed is given subject to all easements and restrictions of record, if any.

TO HAVE AND TO HOLD the said tract or parcel of land, with all and singular the rights, members and appurtenances thereof, to the same being, belonging, or in anywise appertaining, to the only proper use, benefit and behoof of the said Grantee forever in FEE SIMPLE.

AND THE SAID Grantor will warrant and forever defend the right and title to the above described property unto the said Grantee against the claims of all persons whomsoever.

IN WITNESS WHEREOF, Grantor has hereunto set grantor's hand and seal this day and year first above written.

Signed, sealed and delivered in the presence of:


 Witness


 Notary Public



RAC Properties of Athens, Inc.

By:  (Seal)
 Robert S. Scott, President

By: 
 (Corporate Seal)

Quarterman & Hodson, P.C.
1671 Meriweather Drive
Suite 103
Bogart, GA 30622

After Recording Return To:

FIRST AMERICAN BANK & TRUST CO.
300 COLLEGE AVE.
ATHENS, GEORGIA 30601
Loan Number: 1701655725



Deed Doc: SD
Recorded 05/14/2013 04:29PM
Georgia Intangible Tax Paid: \$783.00
Beverly Lagan
Clerk Superior Court, Athens-Clarke County, Ga.
Bk 04085 Pg 0116-0135
Penalty:

[Space Above This Line For Recording Data]

SECURITY DEED

MIN: 100704217016557255

MERS Phone: 888-679-6377

DEFINITIONS

Words used in multiple sections of this document are defined below and other words are defined in Sections 3, 11, 13, 18, 20 and 21. Certain rules regarding the usage of words used in this document are also provided in Section 16.

(A) "Security Instrument" means this document, which is dated MAY 6, 2013, together with all Riders to this document.

(B) "Borrower" is SHERI L WORTHY AND MARK C WORTHY JOINT TENANTS

Borrower is the grantor under this Security Instrument.

(C) "MERS" is Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. MERS is a separate corporation that is acting solely as a nominee for Lender and Lender's successors and assigns. **MERS is the grantee under this Security Instrument.** MERS is organized and existing under the laws of Delaware, and has an address and telephone number of P.O. Box 2026, Flint, MI 48501-2026, tel. (888) 679-MERS.

(D) "Lender" is FIRST AMERICAN BANK & TRUST CO.

Lender is a STATE BANK organized and existing under the laws of GEORGIA
Lender's address is 300 COLLEGE AVE., ATHENS, GEORGIA 30601

(E) "Note" means the promissory note signed by Borrower and dated MAY 6, 2013
The Note states that Borrower owes Lender TWO HUNDRED SIXTY THOUSAND NINE HUNDRED TEN AND 00/100 Dollars (U.S. \$ 260,910.00) plus interest.
Borrower has promised to pay this debt in regular Periodic Payments and to pay the debt in full not later than JUNE 1, 2043

130431

slw

newly
slw



Bk 04085 Pg 0117

- (F) "Property" means the property that is described below under the heading "Transfer of Rights in the Property."
 (G) "Loan" means the debt evidenced by the Note, plus interest, any prepayment charges and late charges due under the Note, and all sums due under this Security Instrument, plus interest.
 (H) "Riders" means all Riders to this Security Instrument that are executed by Borrower. The following Riders are to be executed by Borrower [check box as applicable]:

- | | |
|--|--|
| ☐ Adjustable Rate Rider | ☒ Planned Unit Development Rider |
| ☐ Balloon Rider | ☐ Biweekly Payment Rider |
| ☐ 1-4 Family Rider | ☐ Second Home Rider |
| ☐ Condominium Rider | ☒ Other(s) [specify] |
| | Acknowledgment Waiver Rider |
| | & Closing Attorney's Affidavit |

- (I) "Applicable Law" means all controlling applicable federal, state and local statutes, regulations, ordinances and administrative rules and orders (that have the effect of law) as well as all applicable final, non-appealable judicial opinions.
 (J) "Community Association Dues, Fees, and Assessments" means all dues, fees, assessments and other charges that are imposed on Borrower or the Property by a condominium association, homeowners association or similar organization.
 (K) "Electronic Funds Transfer" means any transfer of funds, other than a transaction originated by check, draft, or similar paper instrument, which is initiated through an electronic terminal, telephonic instrument, computer, or magnetic tape so as to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account. Such term includes, but is not limited to, point-of-sale transfers, automated teller machine transactions, transfers initiated by telephone, wire transfers, and automated clearinghouse transfers.
 (L) "Escrow Items" means those items that are described in Section 3.
 (M) "Miscellaneous Proceeds" means any compensation, settlement, award of damages, or proceeds paid by any third party (other than insurance proceeds paid under the coverages described in Section 5) for: (i) damage to, or destruction of, the Property; (ii) condemnation or other taking of all or any part of the Property; (iii) conveyance in lieu of condemnation; or (iv) misrepresentations of, or omissions as to, the value and/or condition of the Property.
 (N) "Mortgage Insurance" means insurance protecting Lender against the nonpayment of, or default on, the Loan.
 (O) "Periodic Payment" means the regularly scheduled amount due for (i) principal and interest under the Note, plus (ii) any amounts under Section 3 of this Security Instrument.
 (P) "RESPA" means the Real Estate Settlement Procedures Act (12 U.S.C. §2601 et seq.) and its implementing regulation, Regulation X (12 C.F.R. Part 1024), as they might be amended from time to time, or any additional or successor legislation or regulation that governs the same subject matter. As used in this Security Instrument, "RESPA" refers to all requirements and restrictions that are imposed in regard to a "federally related mortgage loan" even if the Loan does not qualify as a "federally related mortgage loan" under RESPA.
 (Q) "Successor in Interest of Borrower" means any party that has taken title to the Property, whether or not that party has assumed Borrower's obligations under the Note and/or this Security Instrument.

TRANSFER OF RIGHTS IN THE PROPERTY

This Security Instrument secures to Lender: (i) the repayment of the Loan, and all renewals, extensions and modifications of the Note; and (ii) the performance of Borrower's covenants and agreements under this Security Instrument and the Note. For this purpose, Borrower does hereby grant and convey to MERS (solely as nominee for Lender and Lender's successors and assigns) and to the successors and assigns of MERS, with power of sale, the following described property located in

COUNTY of
 [Type of Recording Jurisdiction]

CLARKE
 [Name of Recording Jurisdiction]

SLW

now by
 SLW



Bk 04085 Pg 0118

ALL THAT TRACT OR PARCEL OF LAND, TOGETHER WITH ALL IMPROVEMENTS THEREON, SITUATE, LYING AND BEING IN THE 218TH GMD, ATHENS-CLARKE COUNTY, GEORGIA, BEING NOW AND DESIGNATED AS LOT 30, BLOCK C, SECTION NINE, ASHION PLACE SUBDIVISION, AND BEING MORE PARTICULARLY DESCRIBED ACCORDING TO A PLAT OF SURVEY ENTITLED "SURVEY FOR BRERA WHITE AND VON MENDENHALL" DATED SEPTEMBER 16, 2004, BY PAUL & EVANS LAND SURVEYING, INC., THOMAS R. PAUL, RLS, RECORDED IN PLAT BOOK F, PAGE 377L, ATHENS-CLARKE COUNTY RECORDS AND INCORPORATED HEREIN; BEING THE SAME PROPERTY CONVEYED BY DEED RECORDED IN DEED BOOK 2736, PAGE 169, SAID RECORDS. THE DWELLING SITUAIE UPON THE ABOVE-DSCRIBED PROPERTY IS KNOWN AS 344 ASHBROOK LANE, ATHENS, GEORGIA 30605, ACCORDING TO THE PRESENT SYSTEM OF NUMBERING HOUSES IN ATHENS-CLARKE COUNTY, GEORGIA. LOT 30, BLOCK C, SECTION NINE, ASHION PLACE SUBDIVISION A.P.N.: 24398030

which currently has the address of

344 ASHBROOK LN

[Street]

ATHENS

[City]

, Georgia 30605-3981 ("Property Address"):

[Zip Code]

TO HAVE AND TO HOLD this property unto MERS (solely as nominee for Lender and Lender's successors and assigns) and to the successors and assigns of MERS, forever, together with all the improvements now or hereafter erected on the property, and all easements, appurtenances, and fixtures now or hereafter a part of the property. All replacements and additions shall also be covered by this Security Instrument. All of the foregoing is referred to in this Security Instrument as the "Property." Borrower understands and agrees that MERS holds only legal title to the interests granted by Borrower in this Security Instrument, but, if necessary to comply with law or custom, MERS (as nominee for Lender and Lender's successors and assigns) has the right: to exercise any or all of those interests, including, but not limited to, the right to foreclose and sell the Property; and to take any action required of Lender including, but not limited to, releasing and canceling this Security Instrument.

BORROWER COVENANTS that Borrower is lawfully seized of the estate hereby conveyed and has the right to grant and convey the Property and that the Property is unencumbered, except for encumbrances of record. Borrower warrants and will defend generally the title to the Property against all claims and demands, subject to any encumbrances of record.

THIS SECURITY INSTRUMENT combines uniform covenants for national use and non-uniform covenants with limited variations by jurisdiction to constitute a uniform security instrument covering real property.

UNIFORM COVENANTS. Borrower and Lender covenant and agree as follows:

1. **Payment of Principal, Interest, Escrow Items, Prepayment Charges, and Late Charges.** Borrower shall pay when due the principal of, and interest on, the debt evidenced by the Note and any prepayment charges and late charges due under the Note. Borrower shall also pay funds for Escrow Items pursuant to Section 3. Payments due under the Note and this Security Instrument shall be made in U.S. currency. However, if any check or other instrument received by Lender as payment under the Note or this Security Instrument is returned to Lender unpaid, Lender may require that any or all subsequent payments due under the Note and this Security Instrument be made in one or more of the following forms, as selected by Lender: (a) cash; (b) money order; (c) certified check, bank check, treasurer's check or cashier's check, provided any such check is drawn upon an institution whose deposits are insured by a federal agency, instrumentality, or entity; or (d) Electronic Funds Transfer.

Payments are deemed received by Lender when received at the location designated in the Note or at such other location as may be designated by Lender in accordance with the notice provisions in Section 15. Lender may return any payment or partial payment if the payment or partial payments are insufficient to bring the Loan current. Lender may accept any payment or partial payment insufficient to bring the Loan current, without waiver of any rights hereunder or prejudice to its rights to refuse such payment or partial payments in the future, but Lender is not obligated to apply such payments at the time such payments are accepted. If each Periodic Payment is applied as of its scheduled due date, then Lender need not pay interest on unapplied funds. Lender may hold such unapplied funds until Borrower makes payment to bring the Loan current. If Borrower does not do so within a reasonable period of

sdw

new by sdw



Bk 04085 Pg 0119

time, Lender shall either apply such funds or return them to Borrower. If not applied earlier, such funds will be applied to the outstanding principal balance under the Note immediately prior to foreclosure. No offset or claim which Borrower might have now or in the future against Lender shall relieve Borrower from making payments due under the Note and this Security Instrument or performing the covenants and agreements secured by this Security Instrument.

2. Application of Payments or Proceeds. Except as otherwise described in this Section 2, all payments accepted and applied by Lender shall be applied in the following order of priority: (a) interest due under the Note; (b) principal due under the Note; (c) amounts due under Section 3. Such payments shall be applied to each Periodic Payment in the order in which it became due. Any remaining amounts shall be applied first to late charges, second to any other amounts due under this Security Instrument, and then to reduce the principal balance of the Note.

If Lender receives a payment from Borrower for a delinquent Periodic Payment which includes a sufficient amount to pay any late charge due, the payment may be applied to the delinquent payment and the late charge. If more than one Periodic Payment is outstanding, Lender may apply any payment received from Borrower to the repayment of the Periodic Payments if, and to the extent that, each payment can be paid in full. To the extent that any excess exists after the payment is applied to the full payment of one or more Periodic Payments, such excess may be applied to any late charges due. Voluntary prepayments shall be applied first to any prepayment charges and then as described in the Note.

Any application of payments, insurance proceeds, or Miscellaneous Proceeds to principal due under the Note shall not extend or postpone the due date, or change the amount, of the Periodic Payments.

3. Funds for Escrow Items. Borrower shall pay to Lender on the day Periodic Payments are due under the Note, until the Note is paid in full, a sum (the "Funds") to provide for payment of amounts due for: (a) taxes and assessments and other items which can attain priority over this Security Instrument as a lien or encumbrance on the Property; (b) leasehold payments or ground rents on the Property, if any; (c) premiums for any and all insurance required by Lender under Section 5; and (d) Mortgage Insurance premiums, if any, or any sums payable by Borrower to Lender in lieu of the payment of Mortgage Insurance premiums in accordance with the provisions of Section 10. These items are called "Escrow Items." At origination or at any time during the term of the Loan, Lender may require that Community Association Dues, Fees, and Assessments, if any, be escrowed by Borrower, and such dues, fees and assessments shall be an Escrow Item. Borrower shall promptly furnish to Lender all notices of amounts to be paid under this Section. Borrower shall pay Lender the Funds for Escrow Items unless Lender waives Borrower's obligation to pay the Funds for any or all Escrow Items. Lender may waive Borrower's obligation to pay to Lender Funds for any or all Escrow Items at any time. Any such waiver may only be in writing. In the event of such waiver, Borrower shall pay directly, when and where payable, the amounts due for any Escrow Items for which payment of Funds has been waived by Lender and, if Lender requires, shall furnish to Lender receipts evidencing such payment within such time period as Lender may require. Borrower's obligation to make such payments and to provide receipts shall for all purposes be deemed to be a covenant and agreement contained in this Security Instrument, as the phrase "covenant and agreement" is used in Section 9. If Borrower is obligated to pay Escrow Items directly, pursuant to a waiver, and Borrower fails to pay the amount due for an Escrow Item, Lender may exercise its rights under Section 9 and pay such amount and Borrower shall then be obligated under Section 9 to repay to Lender any such amount. Lender may revoke the waiver as to any or all Escrow Items at any time by a notice given in accordance with Section 15 and, upon such revocation, Borrower shall pay to Lender all Funds, and in such amounts, that are then required under this Section 3.

Lender may, at any time, collect and hold Funds in an amount (a) sufficient to permit Lender to apply the Funds at the time specified under RESPA, and (b) not to exceed the maximum amount a lender can require under RESPA. Lender shall estimate the amount of Funds due on the basis of current data and reasonable estimates of expenditures of future Escrow Items or otherwise in accordance with Applicable Law.

The Funds shall be held in an institution whose deposits are insured by a federal agency, instrumentality, or entity (including Lender, if Lender is an institution whose deposits are so insured) or in any Federal Home Loan Bank. Lender shall apply the Funds to pay the Escrow Items no later than the time specified under RESPA. Lender shall not charge Borrower for holding and applying the Funds, annually analyzing the escrow account, or verifying the Escrow Items, unless Lender pays Borrower interest on the Funds and Applicable Law permits Lender to make such a charge. Unless an agreement is made in writing or Applicable Law requires interest to be paid on the Funds,

SW new by SW



Bk 04085 Pg 0120

Lender shall not be required to pay Borrower any interest or earnings on the Funds. Borrower and Lender can agree in writing, however, that interest shall be paid on the Funds. Lender shall give to Borrower, without charge, an annual accounting of the Funds as required by RESPA.

If there is a surplus of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall account to Borrower for the excess funds in accordance with RESPA. If there is a shortage of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall notify Borrower as required by RESPA, and Borrower shall pay to Lender the amount necessary to make up the shortage in accordance with RESPA, but in no more than 12 monthly payments. If there is a deficiency of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall notify Borrower as required by RESPA, and Borrower shall pay to Lender the amount necessary to make up the deficiency in accordance with RESPA, but in no more than 12 monthly payments.

Upon payment in full of all sums secured by this Security Instrument, Lender shall promptly refund to Borrower any Funds held by Lender.

4. **Charges; Liens.** Borrower shall pay all taxes, assessments, charges, fines, and impositions attributable to the Property which can attain priority over this Security Instrument, leasehold payments or ground rents on the Property, if any, and Community Association Dues, Fees, and Assessments, if any. To the extent that these items are Escrow Items, Borrower shall pay them in the manner provided in Section 3.

Borrower shall promptly discharge any lien which has priority over this Security Instrument unless Borrower: (a) agrees in writing to the payment of the obligation secured by the lien in a manner acceptable to Lender, but only so long as Borrower is performing such agreement; (b) contests the lien in good faith by, or defends against enforcement of the lien in, legal proceedings which in Lender's opinion operate to prevent the enforcement of the lien while those proceedings are pending, but only until such proceedings are concluded; or (c) secures from the holder of the lien an agreement satisfactory to Lender subordinating the lien to this Security Instrument. If Lender determines that any part of the Property is subject to a lien which can attain priority over this Security Instrument, Lender may give Borrower a notice identifying the lien. Within 10 days of the date on which that notice is given, Borrower shall satisfy the lien or take one or more of the actions set forth above in this Section 4.

Lender may require Borrower to pay a one-time charge for a real estate tax verification and/or reporting service used by Lender in connection with this Loan.

5. **Property Insurance.** Borrower shall keep the improvements now existing or hereafter erected on the Property insured against loss by fire, hazards included within the term "extended coverage," and any other hazards including, but not limited to, earthquakes and floods, for which Lender requires insurance. This insurance shall be maintained in the amounts (including deductible levels) and for the periods that Lender requires. What Lender requires pursuant to the preceding sentences can change during the term of the Loan. The insurance carrier providing the insurance shall be chosen by Borrower subject to Lender's right to disapprove Borrower's choice, which right shall not be exercised unreasonably. Lender may require Borrower to pay, in connection with this Loan, either: (a) a one-time charge for flood zone determination, certification and tracking services; or (b) a one-time charge for flood zone determination and certification services and subsequent charges each time remappings or similar changes occur which reasonably might affect such determination or certification. Borrower shall also be responsible for the payment of any fees imposed by the Federal Emergency Management Agency in connection with the review of any flood zone determination resulting from an objection by Borrower.

If Borrower fails to maintain any of the coverages described above, Lender may obtain insurance coverage, at Lender's option and Borrower's expense. Lender is under no obligation to purchase any particular type or amount of coverage. Therefore, such coverage shall cover Lender, but might or might not protect Borrower. Borrower's equity in the Property, or the contents of the Property, against any risk, hazard or liability and might provide greater or lesser coverage than was previously in effect. Borrower acknowledges that the cost of the insurance coverage so obtained might significantly exceed the cost of insurance that Borrower could have obtained. Any amounts disbursed by Lender under this Section 5 shall become additional debt of Borrower secured by this Security Instrument. These amounts shall bear interest at the Note rate from the date of disbursement and shall be payable, with such interest, upon notice from Lender to Borrower requesting payment.

All insurance policies required by Lender and renewals of such policies shall be subject to Lender's right to disapprove such policies, shall include a standard mortgage clause, and shall name Lender as mortgagee and/or as an additional loss payee. Lender shall have the right to hold the policies and renewal certificates. If Lender requires,

SLW

new by
SLW

