

土壌汚染と取引上の注意義務に関する一考察

—— 土壌汚染対策法の導入の取引法への影響 ——

辻 博 明

はじめに——問題設定

一 土壌汚染発覚の背景

二 従来の土壌汚染対策

三 新たな土壌汚染対策の概要——新法の導入

(1) 新法の目的・内容の概観

(2) 新法の課題——取引上の問題を中心に

四 取引上の問題への対応の検討——新法導入後の課題を念頭において

(1) 新法導入による取引法領域への影響

(2) 取引上の具体的問題への法的対応の模索——注意義務の視点から「担保権」の設定 土地の「売買」「仲介」を含む

むすび——問題点の整理と検討の手掛かり

- (1) 問題点の整理
- (2) 具体的問題の再検討——新たな枠組みを要する問題を中心に

はじめに——問題設定

今都市部の再開発が進みつつある。最近まで組立工場などであった土地や、古い倉庫が並んでいたような土地が再開発されよつとしていく（返還された軍事基地が住宅地・公園・学校・商店街などに生まれ変わったものもある¹⁾。大型レジャーランドや新しいビジネス拠点となるものもあるが、職住一体化を構想した高層マンションが建てられることも少なくない。この変化には、官民をあげた新しい企画がある。

土地価格が高騰していた十数年前には、一般のサラリーマンが都市近郊の便利な所に居をかまえることは難しかった。ところが、バブル経済の崩壊後、地価の下落が続いており、夢やぶれて一旦は郊外に居をかまえたり賃貸住宅に甘んじざるを得なかった人達でも、都市近郊の物件が現実のものとなりつつある。

しかし、このような再開発の過程で、今一つの無視できない問題が浮上し始めている。それは、深刻な土壤汚染である（例えば最近では大手電器メーカー（旧名古屋工場）の汚染が明らかとなったことは周知の事実である）。これは、マンション開発などが進む土地が、かつて汚染物質を使用していた工場の跡地などであることが多いためである（なお今後返還される軍事基地の土壤汚染問題は避けて通れない問題となることが予想される）。一方、マンションの販売会社などはこの汚染対策に神経をすり減らしている。というのは、最近のマンションの購入者の関心は、単に価格や物件の広さだけにあるのではないためである。居住環境の健康への影響に敏感な人が増えている。購買意欲を左右する

環境・健康という付加価値の維持に、販売者は今苦心しているのである（もっとも土壤汚染問題はマンション開発だけの問題ではない²⁾）。

このような状況において、マスコミにおいても土壤汚染に関する報道が目立つようになってきている³⁾。また、最近の学会ではその対応を模索する動きが見られる⁴⁾。行政としても一定の範囲での対応が試みられてきたが（公害対応型の既存の法律や条例・指針など）、この度新法の導入がなされるに至った（土壤汚染対策法（平一四法））。

【問題設定⁵⁾】

このように、土壤汚染に関する報告を最近よく目にするようになった。それは、新聞・雑誌などのマスコミによる報道だけではなく、公的な調査報告（環境省）にも見られる。土壤汚染は有害物質の長期にわたる蓄積によって生ずるものである。深刻な土壤汚染が進行しているとすれば、かなり以前から汚染が続いていたことになる。それでは、なぜ最近になって急に土壤汚染が発覚し始めたのであろうか、という疑問が生ずる（後述一「土壤汚染発覚の背景」）。

わが国では、かつての公害による被害から得た教訓に基づいて、様々の対策・規制がとられてきた。それにもかかわらず、なぜ土壤汚染は長い間放置されてきたのであろうか。特に今問題となっているのは、市街地の土壤汚染である（過去に汚染被害が問題となった農地ではない）。もしそうであるならば、これまでの市街地の汚染処理はどのようになされていたのか、という疑問が生ずる（後述二「従来」の土壤汚染対策）。

市街地の土壤汚染が発覚し続けている状況において、今どのような対策が試みられているのであろうか。新たな対策があるならば、その狙い・内容を知る必要があるだろう（後述三「新たな」土壤汚染対策の概要）。

一般市民の間には環境問題への関心が高まっており、行政や経済界は避けて通れない問題として土壤汚染対策

に今着手したところである。もし市街地の汚染対策が本格的に行われるならば、それは行政による規制の問題に留まらず、土地取引の「私法上」の問題にも影響するはずである。というのは、土壌汚染が「不動産鑑定評価」の重要項目として新たに注目されることになれば、土地売買や担保権の設定の問題にも大きな影響を与えると考えられるからである。それでは実際に、どのような問題が予想されるのだろうか。

(a) 不動産鑑定評価の項目に土壌汚染が新たに加わることになれば、もし銀行などが担保として保有する土地に汚染があれば担保の評価替えを要することになる。場合によっては担保不足が生じることも予想され、銀行としては、担保の補充義務を負うのではないかとという懸念が生ずるはずである。また、銀行は、今後土地に担保の設定を受ける場合、土壌汚染の有無にも注意しなければならぬ、ということが常識化するはずである。

(b) 土地の売主は、今後は買主との交渉に際して、汚染の有無に注意を払うことが必要となるだろう。その場合、売主は具体的にはどのような注意義務を負うことになるのだろうか。もし汚染についての調査義務や汚染情報の提供義務・説明義務が重視されることになれば、それらの義務は土地取引を左右する前提となるのだろう。また、土地取引を仲介する宅地建物取引業者にも、説明義務が問題となるのではないだろうか。

(c) またこれらの義務に違反した場合、どのような効果・ペナルティが生ずるのかという問題も検討課題となるであろう(後述四「取引上の問題」への対応の検討——新法導入後の課題を念頭において)。

これらの問題には、既存の法制度である程度対応できるものと、新たな枠組みでなければ対応できないものがあるはずである。もしそうであるならば、それらの問題状況を整理し、今後の検討の手掛かりを模索する必要があると思われる(後述むすび——問題点の整理と検討の手掛かり)。

(1) 二〇〇二年一月一日付朝日新聞(夕刊)「米軍に「環境責任」を求めよ——沖縄の基地汚染処理、独に先例」参照

(日米地位協定では米軍用地返還に際して米軍の環境責任が免除されており、返還基地の土壌や地下水汚染の浄化問題が積み残されることとなる(注))。

(2) 二〇〇三年一月二五日付朝日新聞(朝刊)be on Saturday)「ひやうじやない、土壌汚染工場跡地の億ションで——銀行が脅える担保下落」二〇〇三年二月一六日付朝日新聞(日曜版)「土壌汚染地担保評価〇円——滋賀銀行方針、浄化完了まで」二〇〇三年二月一七日付朝日新聞(朝刊)「土壌汚染対策法施行——大きな期待、小さな効果? 大半、調査義務なし、放置・拡散、防止できず」二〇〇三年四月一日付朝日新聞(朝刊)「土壌汚染対策手探り——報告義務特定施設のみ、処理「掘削除去」が大半」——「汚染拡散」環境省が難色」など。

(3) 環境法政策学会編「化学物質・土壌汚染と法政策(平一三)など」。

(4) 大岡健三「企業と土壌汚染リスク」INDUST 一七巻九号二〇頁(平一四)、太田秀夫・板橋加奈「土壌汚染対策法(平一四)・一五」、大塚宗一「土壌汚染対策法と貸出資産のリスク管理」金法一六四九号二頁(平一四)、大塚直「環境法(平一四)・同」土壌汚染対策法の法的評価」ジュリ一三三三号一五頁(平一四)、岸川敏朗「土壌汚染対策法と条例による土壌汚染対策」ジュリ一三三三号三〇頁(平一四)、木下弘志「土壌汚染対策法が企業に与えるインパクト」地球環境三三巻一〇号三四頁(平一四)、鞍谷保之「大阪府高槻市における土壌汚染対策の経緯と今後の取組み」資源環境対策三八巻九号四八頁(平一四)、黒川陽一郎「土壌汚染対策法の概要」ジュリ一三三三号二頁(平一四)、坂根工博「土地取引や土地利用から見た土壌汚染対策法」ジュリ一三三三号四頁(平一四)、佐藤雄也「土壌汚染調査対策事業の信頼性の向上と資格認定制度の拡充」資源環境対策三八巻九号五三頁(平一四)、高橋滋「土壌汚染対策法の論点」ジュリ一三三三号七頁(平一四)、高橋秀夫「土壌汚染対策法に対する産業界の考え方」ジュリ一三三三号三五頁(平一四)、竹ヶ原啓介「新たな時代を迎える土壌環境」ジネス」資源環境対策三八巻九号三六頁(平一四)、田邊昇ほか「実務・不動産証券化(平一五)、中村謙一郎「東京都の土壌・地下水汚染対策」資源環境対策三八巻九号四三頁(平一四)、平田厚「土壌汚染対策法解説(平一五)、松村弓彦「環境法(平一四)、溝淵清彦「緊急を要する土壌汚染と不動産評価の問題」INDUST 一七巻九号一五頁(平一四)、吉野謙章「これまでの土壌汚染対策と土壌汚染対策法の概要」資源環境対策三八巻九号三〇頁(平一四)参照。前掲注(1)(2)(3)資料・記事、「土壌環境」ジネスで活躍する企業」資源環境対策三八巻九号五八頁

七三頁(平一四)、淡路剛久編代・環境法辞典(平一四)も参照。

一 土壤汚染発覚の背景

最近、土壤汚染に関する報告をよく目にするようになった。それは、新聞・雑誌などのマスコミによる報道だけでなく、公的な調査報告にも見られる。土壤汚染は有害物質の長期にわたる蓄積によって生ずるものである。深刻な土壤汚染が進行しているとすれば、かなり以前から汚染が続いていたはずである。それでは、なぜ最近になって急に土壤汚染が発覚し始めたのであろうか。この点に関して、次のような背景事情があるようである。

(i) まず、最近、国内の生産拠点を外に移転する動きがある。従来は国内にあった主な組立工場を外に移転する傾向にあり、その跡地が増えている(生産拠点の移転)。また、不況による事業の合理化・縮小を余儀なくされ、負債の圧縮を図るために跡地を売却する企業が多くなっているといふことがある(負債圧縮策)。これらの跡地が転用される過程において、汚染が発覚が続出している。マンションなどの宅地に転用されることが多く、再開発する事業者側としても入居者の健康意識への配慮が無視できなくなっていることも関係している(土壤汚染・健康被害への関心の高まり)。

(ii) 一方、外資、とりわけ土壤汚染に対する厳しい規制法がすでにある米国の企業などが対日投資で土地を買収する場合が増えており、土地所有者に厳密な調査を要求するケースが出てきたことがある(対日投資の増加⁵⁾)。

(5) 前掲注(2)記事(二〇〇三年一月二十五日付朝日新聞(朝刊be on Saturday)、二〇〇三年二月一六日付朝日新聞(日曜版))、竹ヶ原・前掲論文注(4)三六頁、太田・前掲書注(4)三頁参照。

二 従来の土壤汚染対策

わが国では、かつての公害による被害から得た教訓に基づいて、様々の対策・規制がとられてきた。それにもかかわらず、なぜ土壤汚染は長い間放置されてきたのであろうか。

わが国の土壤汚染については、古くは明治期の足尾銅山鉱毒事件による農作物被害がある。その後では昭和三〇年代のイタイイタイ病、土呂久の砒素汚染事件などがある。イタイイタイ病の原因物質が明らかとなった後、食品衛生法に基づく「食品、添加物等の規格基準」が改正され、米のカドミウム含有についての安全基準が定められた。さらに、公害対策基本法の典型公害に土壤の汚染を追加し、「農用地の土壤の汚染防止等に関する法律」(昭四五年)が制定された(土壤汚染法制の始まり⁶⁾)。

しかし、これらの適用対象は、食品の安全対策および農用地の土壤汚染防止である(市街地の汚染自体を対象とする法制度ではない)。その他の既存の法制度で土壤を適用対象とするものに「水質汚濁防止法」(昭四五年・平元年改正)と「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」(昭四五年・平九年改正)があるが、適用対象に制約がある。すなわち、水質汚濁防止法は地下水汚染に至らない土壤自体の汚染、健康被害のおそれが具体化しない段階の土壤・地下水の汚染、特定事業場以外からの地下浸透を対象としない。廃棄物関連の土壤汚染規制は、処理基準不適合を理由とする廃棄物収集・運搬・処分等の改善命令、措置命令、生活環境保全上の支障除去措置等を中心とする制度にとどまる。この他、国有地を公共用地に転用する場合の指針(「市街地土壤汚染に係る暫定対策指針」)は、一定の有害物質について濃度基準を定めるが、法的拘束力がないという限界がある⁷⁾。これに対して、地方自治体の要綱・指針等には市街地汚染対策が見られ、近年その数が増加し、条例の形式をとるものもある(国よりも自治体レベルでの規制が先

行しているという面がある⁸³⁾。

このことから、わが国ではこれまで市街地汚染自体を対象とする対策は十分でなく、市街地の土壤汚染の多くは表面化せずに長い間放置されてきたことが窺える。

もしそうであるならば、これまでの市街地の汚染処理はどのようになされていたのか。この点について、次のような指摘がある。わが国での土壤汚染対策の大部分は大企業が必要に迫られて行なう「自主的」な対策であった。というのは、汚染が発覚すれば企業イメージを損なうリスクが大きいためであるとされる⁸⁴⁾。しかし、これでは土壤汚染が放置される懸念が残る。元々汚染土壤の多くは「私有地」であり、行政が私有地への対策をとるにはなんらかの根拠が必要となるはずであるが、この点が手つかずであった。

ところが、市街地の土壤汚染が次第にクローズアップされるようになる。国の試験研究機関の移転跡地等の土壤汚染（昭四六年）、東京都の六価クロム事件（昭五〇年）、その後のトリクロロエチレン等による地下水汚染が問題となり、最近では廃棄物消却場のダイオキシン問題が表面化し、社会的「関心」を呼び起こすことになる（この廃棄物消却場問題の表面化がダイオキシン類対策特別措置法（平一一年）の制定に繋がった⁸⁵⁾）。さらに、工場跡地の土壤汚染発覚がこの問題の深刻さを周知のものとすることになる。

- (6) 大塚直・前掲書注(4) 三〇七頁参照。
- (7) 松村・前掲書注(4) 一五九 一六〇頁、吉野・前掲論文注(4) 三〇頁参照。
- (8) 大塚直・前掲書注(4) 三二四 三二五頁、中村・前掲論文注(4) 四三頁（東京都）、鞍谷・前掲論文注(4) 四八頁（大阪府高槻市）、岸川・前掲論文注(4) 三〇頁（神奈川県）参照。
- (9) 竹ヶ原・前掲論文注(4) 三九頁。
- (10) 大塚直・前掲書注(4) 三〇七 三〇八頁参照。

三 新たな土壤汚染対策の概要——新法の導入

市街地の土壤汚染が発覚し続けている状況において、今どのような対策が試みられているのであろうか。新たな対策があるならば、その狙い・内容を知る必要があるだろう。

先のように（先述二）、これまでわが国においては、市街地の土壤汚染対策に関して法律の不備があった。しかし、平成一四年に土壤汚染対策法が成立した（平一五年二月施行）（以下では同法を新法と記す）。同法は、市街地の土壤汚染対策を対象とする。

(1) 新法の目的・内容の概観

「目的」 この点について、新法は次のように規定する。すなわち、「この法律は、土壤の特定有害物質による汚染の状況の把握に関する措置及びその汚染による人の健康に係る被害の防止に関する措置を定めること等により、土壤汚染対策の実施を図り、もって国民の健康を保護することを目的とする」（同法第一条）。ここから分るように、人の健康に影響を与えるリスクに対象が限定されている（土壤汚染は人の生活環境への影響や人以外の生態への影響も無視できないはずであるが、その生活環境への影響に係るリスクははまだ科学的知見の集積が十分でないとして審議過程においてその目的が限定されたようである⁸⁶⁾）。

内容の概要——その特色を中心に (ア) 土壤汚染の状況の調査及び汚染の除去等の主体については、規制型を採用している。これは、一定の場合に、行政が汚染原因者・土地所有者等に汚染除去等の措置の実施を命ずる方法である（国・地方公共団体が公共事業として汚染除去等の措置をとった後に、汚染原因者から費用を徴収する公共事業型をとっていない）（因にダイオキシン類対策特別措置法は公共事業型を採用している）。(イ) 土壤汚染の調査がなされる

のは、基本的には工場等の廃止時であるとされる（第三条）（ただし都道府県知事が土壤汚染による人の健康被害の恐れがあると認められた場合には調査・報告を命じることができる（第四条））。汚染調査の義務者は、原則として土地の所有者等（所有者・管理者・占有者）である。土地所有者等は、指定調査機関（環境大臣の指定機関）に調査させ、その結果を都道府県知事に報告しなければならぬ。ウ）土壤汚染状態が環境省令で定める基準に適合しない土地は、都道府県知事が指定区域として指定し、公示する。そして、指定区域の土壤汚染について適切な管理が行われるようにするため、台帳を調整し、「土壤汚染情報」を一般の閲覧に供することになっている（第五条・六条）（汚染情報が公表されることにより、その土地の「価格下落」が生ずる恐れがあるため、結果的に売主は汚染の除去を迫られることになるという意義があるとの指摘がある）。エ）指定区域内の土壤汚染によって人の健康被害が生ずる恐れがある場合には、都道府県知事は、土地の所有者等に汚染の除去等の措置を命じることができる。ただし、汚染原因者が明らかであり、汚染原因者に措置を講じさせることに土地の所有者等に異議がない場合には、原因者に命じることができる（第七条）。土地所有者等が汚染の除去等の措置を講じた場合には、汚染原因者に対して求償することができる（第八条）（ここから汚染原因者負担原則があると解される）。オ）指定区域内で土地の形質の変更をしようとする者は、都道府県知事に届け出なければならぬ。都道府県知事は、施行方法が環境省令で定める基準に適合しないと認めるときは、その施行方法に関する計画の変更を命じることができる（第九条）。カ）環境大臣は、汚染の除去等の措置を講ずる者に助成を行う地方自治体に対して、助成金の交付等の支援事業を行う指定支援法人を指定する（第二〇条・二一条）。同法人は支援業務に関する基金をおく（第二二条）（基金は、汚染原因者が不明で土地所有者等の負担能力が低い場合に、土地所有者等に対する財政支援を目的とする。基金の拠出は国の補助金・産業界等からの出捐金である¹³⁾）。

(2) 新法の「課題」——取引上の課題を中心に

新法に課題があるならば、その点を分析する必要があるだろう。そこで以下では、今後の課題と思われる

重要なポイントを整理することにする¹⁴⁾。

事業再構築の阻害要因への対応問題 先述(1)のように、新法の目的は人の健康被害の防止に限定されており、円滑な土地取引はその対象とされていない。しかし、土壤汚染は今後の円滑な土地取引の阻害要因となると予想される。そうであるならば、その対応が課題となるはずである。

土地取引の現場はかなり先行している。産業界では、事業再構築の阻害要因にどう対応するかという点にまで議論が進んでいる。その重点は、健康被害問題というよりは「経済的な問題」としての土壤汚染である。先のように（先述一）、わが国の経営環境は変化しており、工場の閉鎖による跡地の売却や再開発が検討されている。ところが、土壤汚染が発覚し、跡地の再構築計画の阻害要因となる事例が目立つようになってきている（また、次のような政府系銀行からの指摘もある。不動産流動化の一環として「証券化」が進展し、また対日直接投資の増加に伴い欧米の尺度で環境リスク評価を求める投資家の圧力が高まる中、土地取引に際して土壤汚染リスクを織り込もうとする動きは急速に常識化しつつある。近い将来には、事業用資産を対象とする「時価会計」（減損会計）の導入も、こうした傾向に一層拍車をかけるだろうという指摘である¹⁵⁾）。土壤汚染は、今後の土地取引上の問題（例えば土地への担保権の設定・土地売買等）に影響を与えらる（後述四）。

一方、新法により工場等の廃止時に調査義務が課されたことから、工場等が廃止できず、汚染の恐れのある土地が再利用されずに放置されるという懸念もある。その汚染除去等の費用が売却費用を上回ることもあり得るからである。跡地の塩漬け状態が続くことになれば、汚染が浸透する危険性が高まる。

その他の問題 まず、新法には地下浸透とは別の形態の土壤汚染の防止についての一般的規定がない（新法による土壤汚染の調査は、水質汚濁防止法のいう有害物質使用特定施設に係る工場等の敷地であった土地を対象とする。しかし、これでは調査対象が汚水・廃液を公共用水域に排出する施設に限定されることになり、地下浸透以外の汚染の防止は対象外

となる。次に、生活環境被害を念頭においていない（新法はその目的を健康被害とその恐れに限定する（先述①）。このことから、例えば汚染があっても健康被害の恐れがない土地は、調査対象から外れる危惧がある。また、操業中の工場等については調査の対象外である（調査を基本的に工場等の廃止時に限定している（第三条））。なお、汚染土壤が指定区域等から搬出された場合の搬出土壤の管理の問題が残されている。

- (11) 太田ほか・前掲書注(4)二五頁、平田・前掲書注(4)一八頁以下参照。
- (12) 大塚直・前掲書注(4)三一五 三二〇頁参照。
- (13) 大塚直・前掲書注(4)三二一 三二三頁、前掲注(2)記事参照。
- (14) 竹ヶ原・前掲論文注(4)三六頁。

四 取引上の問題への対応の検討——新法導入後の課題を念頭において

新たに土壤汚染対策法が導入されたことは、これまで市街地の汚染に関して法的な対策が不十分であったことを考えると意義深いことである。ただ、新法の目的は人の健康被害の防止に限定されており（先述三(1)）、今後予想される土地の取引上の問題はその対象とされていない。

これに対して、実務はすでに先行している。実務の現場では、土壤汚染に起因する「取引上」の問題にどのように対応するかが議論され始めており、法的な対応も課題となっている（先述三(2)）。土壤汚染が今後の事業再構築の阻害要因となることは、先端部門の一部専門家（民法学者・環境法学者・弁護士・銀行や保険等の専門部局・不動産鑑定士・浄化措置のエンジニア等）の間ではすでに認識され始めている。ただ、その対応の検討はスタートラインに

ついたところである。

そこで以下では、まず新法の導入によって今後の土地取引に影響があると予想される問題を抽出し（後述①）、次に取引上の具体的な問題を想定して法的な対応を模索することにする（後述②）土地への担保権の設定、土地売買・仲介。

(1) 新法導入による取引法領域への影響

環境・健康問題に関心が高まりつつある今日において、もしある土地の汚染が発覚し一般の人が知るところとなつたならば、土地取引にどのような影響を与えるのだろうか。この問題に誰よりも敏感にならないのは、土地価格の評価に携わる不動産鑑定士ではないかと思われる。幸いある不動産鑑定士によるこの点に関する興味深い指摘があるので、そこから考察に入ることにする。

その指摘によると、新法の制定によつて、今後、土壤汚染状況調査が義務づけられ、また指定区域の指定等により汚染サイトが公告・登録され情報が公開されるようになる。そうすると法的強制力により不動産取引の際には事前調査が常識化する。不動産評価制度も行政的要因により、この法律を遵守し、平成一四年七月に国土交通省により「不動産鑑定評価基準等が改正」され、平成一五年一月一日からは、改正後の基準により土壤汚染の有無及びその状況に応じて不動産の鑑定評価を行わなければならないようになった、とされる。さらに、この法律制度により汚染サイトの調査が実施され、汚染の事実は都道府県の台帳に登録され情報が公開されることになる。所有者は浄化や封じ込めなど汚染リスク低減措置を講じなければならぬので、対象物件が瑕疵あるものとして一般の人にも判明することになる。この結果、不動産鑑定士は、従来のように評価条件に土壤汚染はないものとして評価したと条件設定することはできなくなる、とされる。

以上のことから、次のことが言えるのではないかと思われる。新法により汚染土壤の調査・指定がなされ、さら

にその情報の公開がなされることになる（行政レベルでの規制）。この結果、汚染情報は取引相手を含む一般の人の知るところとなる。しかも、最近では多くの人が自己の健康や住環境の汚染問題に敏感になりつつある。そうすると、土壤汚染は取引レベルでも重要な考慮要素となり、無視できない前提となるはずである（取引レベルへの波及）。

取引への波及の具体的プロセスを辿ると、先のように不動産の鑑定評価基準が改正されており、その結果、今後は土壤汚染の有無・その状況が評価に織り込まれることになり、土地の売買「価格」・「担保価値」に大きな影響を与えることになる予想される（後述^②）。価格の減価要因は複数あり、それらは不確定要因を孕んでいる。汚染土壤の買収価格の減価要因としては、汚染調査費用・汚染除去等の調査費用・汚染除去等の措置費用（この費用はどの措置をどの範囲でどの限度で行うかにより異なり、またその土地を工場用地のまま利用するか宅地化するか等その利用目的によっても異なる。したがって、場合によっては価格の大幅下落、浄化費用が巨額な場合には価値ゼロ、計算上はマイナスのことさえもあり汚染地の塩漬けの懸念があることが分る）・監視測定費用・逸失利益（汚染調査や措置期間に買収物件を使用収益できなかったことによる損害）・新法の各種報告等の費用・住民対策費（近隣住民への賠償やリスク・コミュニケーション費用等）・ステイグマ（特に住宅地に転用した場合の心理的嫌悪感）がある^⑬。

右のような変化を前提とすれば、今後は取引に際しての土壤汚染に関する事前調査は、常識化するはずである。その結果、事前調査を怠ったことにより損害が発生したとすれば、売主や担保権者の調査義務違反が問題となる可能性があると思われる。この他、不動産の売主・仲介業者の説明責任・不動産鑑定士の説明責任なども浮上する可能性がある（不動産鑑定士は目に見えない地下の汚染をどのように評価したかについて評価理由を依頼者に説明する責任が重要となる。従来のようにただ鑑定結果だけを提供するだけでは済まなくなるはずである^⑭）。

(2) 取引上の具体的問題への法的対応の模索——注意義務の視点から

「担保権」の設定

金融機関は、融資に際して不動産に担保権を設定することが通常である（不動産担保主義）。それは、土地の担保価値を支柱とする融資形態である。そうであるならば、債権回収の命綱である不動産担保の価値を下落させる土壤汚染への対策がとられていたはずであるが、実際はそうではなかったようである。

それでは、なぜ金融機関の対応が遅れたのだろうか。この点につき、政府系銀行の調査部による次のような指摘がある。まず、(ア) 土壤汚染対策法の成立以前は浄化義務がないため、仮に事業所の土壤汚染が発見されていても、その事実だけをもちって浄化費用分を地価から控除する根拠にはならなかった。多くの場合、汚染リスクは当該事業が継続中であれば潜在的なものに留まり、用途転換や再開発など土地の改変がなければ顕在化しない性格のものであった（「制度上の限界」）（この点は前記^①から推論できる指摘である）。次に、(イ) 仮に汚染の疑いがあり地価への影響を測る必要に迫られたとしても、これを事前に知る術がなかったとされる（「技術上の限界」）（調査を委託できる専門ビジネスが国では未成熟であったという事情がある^⑮）。

しかし、今金融機関を取りまく事情は変化している。つまり、新法の導入により浄化義務が課されるため、もし汚染があれば浄化費用を地価から控除する必要が生ずる。次に、最近では汚染の地価への影響を調査する技術が開発されており、新たな調査・浄化ビジネスが形成されつつある（つまり金融機関の責任回避を許した右の(ア)(イ)の要因は今後はなくなる）。このことから、金融機関は担保物の汚染問題への対応を迫られることになる。もし担保地の汚染が発覚すれば、なぜ事前に調査しなかったのか、なぜ担保権を設定する前に土壤の浄化をさせなかったのか、なぜ担保価値の下落分を補う追加担保をとらなかったのか、という問題が生ずる可能性がある。

現に、次のような対応の変化が一部に見られ興味深い（関西の某地銀の試み^⑯）。その措置は、法的に土壤汚染区域

と指定された既存担保の土地の評価額を、浄化が完了するまで〇円に引き下げるといふものである。取引先の企業などに汚染土壌の浄化を促すのが狙いである。これに心しない場合には、貸付利率の引き上げや新規担保の提供などを求めていくとする（今後企業も環境への配慮がないと生き残れないとの意識があるとのコメントがある）。評価額が汚染発覚で下がるのを未然に防ぐため、有害物質を取り扱う工場などの土地を新規担保としない方針も決めている（全国銀行協会はこうした措置の有無についての調査はしていないようである）（なお某大手銀行の融資担当者は、汚染の恐れがある場合は担保の評価替えをしなければならないが、リスク評価が難しく引当金を積み損が出るので踏み切れないと吐露する^②）。

この試みには、新しい流れが窺える。一つは、もし既存担保地に汚染が発覚したならばその担保評価をやり直すとする点。も一つは、もし汚染によって担保価値に不足分が生ずるならば追加担保を求めるとする点である（この他貸付利率を含めた融資条件の総合的考慮（不動産担保＝辺倒からの脱却、環境への企業責任））。

これを取引上の注意義務の視点から捉え直すとするれば、どのように法的構成されるであろうか。

第一に、担保権の設定を受ける側（金融機関）は、取引法上どのような「義務」を負うべきか。

(i) 汚染状況の「調査義務」 調査内容としては、まず新法が規定する指定区域への指定の有無・内容（担保設定時点での指定の有無、さらに過去の履歴（指定の有無・指定解除）、土壤汚染に関する条例等の規制があるならばその適用による措置の有無・内容、さらに所有者の自主的な調査・対策の有無・内容（新法の適用範囲は限定されているため新法の規制が及ばない土地が少なくない。従来の汚染発覚例は再開発時に偶然発覚したものが少なくない。通常は交渉過程で土地所有者に調査をさせ、入手した情報を分析し、それに基づいて担保価値を評価することになると思われる。不動産鑑定評価基準等が改正されており、今後土壤汚染が減価要因であることが常識化するならば、調査義務は信義則上生ずるものと思われる。

(ii) 担保の「補充義務」 次に、事後に汚染が発覚した場合の対応が問題となる（新法の施行前には調査義務がなかったため、施行前に担保が設定された土地には汚染が少なくない。今後問題となるはずである）。すでに担保を設定済みの土地に汚染があることが発覚した場合には、その減価要因を積上げて担保評価をやり直す。その結果、担保価値が被担保権をカバーできない場合には、担保を補充する義務が生ずると思われる。担保補充義務は、信義則上根拠付けることもできると思われるが、民第五〇四条（担保保存義務）が債権者の一般的注意義務を具体化する規定であると位置付けられるならば、同条から根拠付けることもできると思われる。

これらの義務は、新法施行前に担保設定済みの場合と、施行後に設定の場合とで分けて考える必要があると思われる。まず新法施行「前」に設定済みの土地担保についても（設定時には事前調査義務はなかったとしても）、新法の施行後は汚染について調査をする必要があると思われる（施行後は土壤汚染を考慮して担保評価を行うことが常識化する）。調査をしないおとした結果汚染が分かれば、担保価値の下落分の評価替えをする必要がある。担保価値が下落しているにもかかわらず担保を適時に補充しなかった場合、補充義務違反が生ずると考えられる（つまり金融機関の不作为による義務違反となる）。次に、新法の施行「後」は、契約交渉過程において土壤汚染の有無・程度・浄化等の費用額を考慮して担保評価を行うことが常識化するはずである。そうであるならば、土壤汚染の事前調査義務は取引法上においても一般化するはずである。もし事前調査を怠れば（汚染のないことが明白な場合を除いて）、調査義務違反が問題となる。

第二に、これらの義務に違反した場合、どのような「効果」が生ずるかである（この問題の根底には右(i)(ii)の義務の性質論がある。もし(i)(ii)の義務を真正の法的義務（Pflicht）と位置付けるならば損害賠償や場合によっては解除の効果が出てくる。真正の法的義務ではなく（Obliegenheit）と位置付けるならば免責等の弱い効果が生ずる。ただし、考慮すべき法的要素の組み合わせによっては両義務の効果が重なり一部交錯する場面もある。つまりObliegenheit違反の場合でも読み込む要素によ

ては損害賠償や解除の効果が認められる。

この効果論は、保証人などとの関係（この場合金融機関は債権者の立場）と、株主・社債権者・銀行の預金者などの第三の債権者との関係（この場合企業・金融機関は債務者の立場）に分けて整理する必要があると思われる。

(a)保証人などとの関係　保証人などは、「債権者」（金融機関）が調査義務を怠ったことによりまたは適時に担保を補充しなかったことにより代位できなかった場合、それによって償還され得なかった範囲について免責されると考えられる（Obiegenheitと位置付ける場合の構成（適時に担保を補充しなかった点につき損害軽減義務違反があると見ることでもできると思われる）。これに対して、Pflichtと位置付ける場合でも、代位できなかったことにより損害を受ける保証人は金融機関に対する損害賠償請求権と金融機関の保証債権とを相殺することにより同様の効果を導くことができる（このような構成をとるものが比較法上一部見られる）。なお、保証人などに対する悪質な害意があるような場合には、保証契約などの解除権（Pflichtの強い効果）を認めるべきである。

(b)第三の債権者との関係　株主や社債権者などの第三の債権者に対しては、企業は債務者として特に高度の注意義務を負っていると解される（担保が設定される土地の汚染調査義務および担保補充義務はPflichtの性質を有すると思われる）。担保価値の下落分につき引当金を積む必要があることは当然であるが、これらの義務違反により株主などに損害が生じた場合には損害賠償請求権が生ずると考えられる（株主代表訴訟などに発展する可能性がある。なお、預金者は無担保債権者であり劣後する。最終的に預金保険によっても保護されなかった場合、損害賠償請求権が問題となる。）。

土地の「売買」（仲介を含む）

土壤汚染対策法の目的には円滑な土地取引は入っていないが、関連する問題でありその対応が今後の課題となるはずである。今後は土壤汚染が土地評価の重要要素となるため、一定の場合取引時に売主の調査を義務付けることが必要と思われる（土地取引の際には土地評価に見合う対価が支払われる必要がある。更地になることも多く土地の

変更時に売主に調査を義務付ける必要がある。また、住宅地の取引は宅地建物主任者が関与することが多いため、宅地建物取引業法の整備が必要となると思われる。つまり、同法における不動産取引の重要項目に土壤の汚染に関する事項を入れることが検討されるべきである（さらに宅地政策の観点からの法的対応につき審議会ワーキンググループによる検討が進みつつある。このことから取引上の対応は避けて通れない問題となっていることが分る）（先述三②）。

そこで以下では、汚染された土地の売買・仲介に伴う取引上の問題への法的対応を検討することにする（瑕疵担保責任（後述①）、沈黙の詐欺（情報提供義務）（後述②）、消費者契約法（後述③）、宅地建物取引業法（後述④））。

(i)瑕疵担保責任（民五七〇条）　土地の売買においてその目的物である土地に汚染がある場合には、その汚染の程度によっては瑕疵があるといえるだろう。もっとも、新法の施行以前においては、条例や行政指導の基準値を充たさないことにより土地の利用に支障をきたす場合に、はじめてその汚染が瑕疵であるということができたと思われる⁵³⁾。

しかし、新法の施行後は、土壤の汚染除去等の措置をとる義務が明確となりかつ土壤汚染は不動産の減価要因となるため（鑑定基準の改正（先述①））、土壤汚染があれば瑕疵があるとみなされる方向に向うと思われる（背景の変化）。そうすると、買主側としては瑕疵担保責任を追求しやすくなると思われる（損害賠償・解除）目的達成不可能なほどの汚染がある場合）。買主およびその周辺の人に人的・物的の拡大損害が生じた場合、不法行為による損害賠償が可能であると思われる。（ただし、商人間の売買の場合には、買主は目的物を受け取ったときは遅滞なくこれを検査しもし瑕疵があることを発見したときは直ちに売主に通知する義務を負う。この義務を怠れば、瑕疵担保責任の追及ができない（商五二六条・なお国際統一売買法四三条にも同様の規定が見られる）。この義務に違反し通知をしなかった買主（債権者）は、瑕疵に基づく権利を喪失する。つまり検査義務・通知義務違反によって債権者が自己の権利を喪失する効果が生ずることになる（弱いサンクション）。この点から、この義務はObiegenheitと位置付けることができる）。

(ii)沈黙の詐欺——情報提供義務を前提に 売主が土壤の汚染状況について説明せずに土地を売った場合、詐欺となるのであろうか。

従来の解釈によると、沈黙も信義則に反して違法性を帯びれば欺罔行為となるとされる(相手方の不知を利用し、沈黙によって錯誤に陥れるか、または相手方が現に錯誤に陥っているのを沈黙によってさらにその程度を深めることは、それ自体欺罔行為となりうる。しかし社会生活において沈黙はある程度は許容されるとし、信義則に反し違法性を帯びる場合には欺罔行為となるとする⁽²⁴⁾)。しかし、沈黙が違法となる根拠については、信義則違反とするだけである。

これに対して、もしなんらかの義務違反があれば違法といえるのであれば、違法性の根拠付けがより明確となるはずである(この方向での研究の展開が重要である。その一つとして最近の比較法的な研究から詐欺と錯誤の中間的・統一的な法理の探究が見られ参考になる⁽²⁵⁾)。つまり、もし売主や不動産業者が土壤汚染について情報提供義務・説明義務を負うならば、取引物件に潜む汚染について沈黙していたときは義務違反として違法といえるだろう。問題は売主などの情報提供義務をどのようにして根拠付けるかである⁽²⁶⁾。

汚染土壤の取引の場合に、情報提供義務を根拠付ける「特別な要素」がどこにあるのであろうか。まず、不動産鑑定評価基準等の改正により土壤汚染の有無・程度は今後の土地価格評価を大きく左右する要素となると考えられる(先述四⁽¹⁾)。このことから、土壤汚染(瑕疵)が明らかとなれば購入地の価格下落は避けられない。重要情報の不提供により、買主は対価性のない土地を押し付けられたことになる(財産権の侵害・権利枠構成をとればこのような捉え方もできる)。次に、それが住宅地ならば、土壤汚染は居住者への健康面・心理面に大きな影響を与えると思われる。土壤汚染が分かっていたれば、多くの場合買主はその土地を購入しなかったと思われる。とすれば、買主は、重要情報の不提供により購入決定の判断を適切にできなかったことになる(選択権・決定権の侵害)。さらに、実際の土地取引においては、売主(および仲介者)は不動産業者である場合が多い。不動産業者はその分野の専門

家である。専門家は、専門知識のない取引の相手方と比較して情報の量・質において優位にある(情報の格差)。またそれを業として利益を得ており、利益に見合つ配慮責任がある(有償性)。これらの要素から、売主(および仲介者)は土壤汚染について情報提供義務・説明義務を負うと思われる。

(iii)消費者契約法 不動産業者(事業者)は、土地取引につき全く知識のない者(消費者)に土地を売却することが少なくない。特に、住宅地の取引の場合はそうである。不動産業者がその土地に汚染のあることを消費者に何も告げないで売却した場合、消費者は消費者契約法によって売買契約の取消ができるかどうかの問題となると思われる。そこで、次の二点から分析することにする。

第一に、不動産業者が土地に汚染のあることを告げなかった場合、消費者は消費契約第四条二項における「不利益事実の不告知」による取消ができるか。土壤汚染は確かに消費者にとって不利益な事実である。ただし、同条二項による取消権を主張するには、次の複数の要件を充たす必要がある。第一に、事業者が勧誘するに際して、重要事項またはそれに関連する事項について消費者の利益となる旨を告げることが要する(「利益の告知」：第一要件(先行行為の存在))。第二に、事業者が告げるべき不利益事実は、事業者の先行行為によりそのような事実は存在しないと一般平均的な消費者が通常考えるものに限られる(不利益事実の限定：第二要件)。第三に、事業者が故意に不利益事実を告げなかったことが必要とされる(故意による不告知：第三要件)。このことから、もし不動産業者が汚染につき単に黙っていただけで、利益の告知をしなかった場合には、第一要件を充たさない。従って、取消権は成立しないことになる。

以上から、問題解決の指針は、むしろ義務論(先述⁽ⁱⁱ⁾民法上の事業者の情報提供義務、左の努力義務(消費契約第三条)の性質)にあると思われる。

第二に、消費者契約法によると、事業者は、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならないとする(同法第三条一項)。しかし、同条一項が事業者に課す義務は、一般的

な「努力義務」にとどまる。問題は、この努力義務に違反した場合の「効果」である。この点につき、複数の見解が見られる。

まず、この努力義務に違反しても、私法的効力は発生しないとする見解がある（経済企画庁）。この見解によると、取消権や損害賠償責任は生じないことになる²⁷⁾。

これに対して異なる立場の見解が見られる。それによると、同法第三条の努力義務違反がある場合、一つは（ア）契約締結における信義則上の付随義務違反として、民法上の実体効果を生ずる可能性があるとする見解（この見解によるとという場合に情報提供義務が生じ、その義務違反によりどのような法的効果を生ずるかは、民法上の議論に委ねられることになる）（先述²⁸⁾の議論が関係する）、もう一つは（イ）不法行為責任の違法性を基礎付けることがあり得るとする見解である²⁹⁾。（ア）（イ）の見解によれば、右の努力義務違反によって損害賠償その他の法的サンクションが出てくることになる。

(iv) 宅地建物取引業法 宅地建物取引業者は、その相手方等に対して契約が成立するまでの間に、取引主任者をして少なくとも重要事項について、書面または図面を交付して説明させなければならないとされる（宅建業法第三条・重要な事項について故意に事実を告げずまたは不実のものを告げる行為は禁止されている）（同法第四七条）。これらに違反した場合業務停止や罰則がある（同法第六五条・八〇条）。もっとも、土壤汚染に関する事項は現行規定が規定する不動産取引の「重要事項」に入っていないため、今後どのように対応するかが問題となるはずである³⁰⁾。

先述のように、不動産鑑定評価基準等の改正により、土壤汚染の有無・程度は、今後の土地価格評価を大きく左右する要素となると考えられる（四¹⁾）。このことから、土壤汚染に関する情報は、宅地建物の取引に際して説明が必要となる重要事項となると思われる。土壤汚染に関する事項は、宅建業法第三条の重要事項に加えられるべきである。少なくとも、土壤汚染対策法の指定区域に関する制限事項（先述三¹⁾参照）については、同条の重要事

項として追加される必要があると思われる。今後の円滑な取引を阻害する要因となると予想され土壤汚染は、現行宅建業法において規定されている重要事項（登記上の権利関係、都市計画法・建築基準法等の制限、私道負担、電気・水道・ガスの施設整備、造成・工事完了時の形状等、区分所有の権利関係、解除事項、賠償額の予定、手付金その他）と比較しても、同等かそれ以上の重要性を有すると思われる。

- (15) 溝淵・前掲論文注(4)一六頁。
- (16) 太田ほか・前掲書注(4)一五六頁参照。
- (17) 大岡・前掲論文注(4)一二頁。
- (18) 竹ヶ原・前掲論文注(4)三八頁。
- (19) 前掲注(2)記事二〇〇三年二月一六日付朝日新聞(日曜版)。
- (20) 前掲注(2)記事二〇〇三年一月二五日付朝日新聞(朝刊 be on Saturday)。
- (21) 大塚直・前掲書注(4)三二二頁、同・前掲論文注(4)二二頁参照。
- (22) 坂根・前掲論文注(4)二八頁(国土交通省国土環境・調査課)参照。
- (23) 太田ほか・前掲書注(4)一三五 一三六頁参照。
- (24) 我妻栄・新訂民法総則三〇九頁(昭四〇)、近江幸治・民法講義 一九九頁(第四版・平一五)。
- (25) 後藤啓則「契約締結と情報提供義務」(消費者契約の法理論(平一四)所収)など。
- (26) 山本敬三・民法講義 一九八頁以下(平一三)を若干参照。
- (27) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課・逐条解説消費者契約法五七頁(平一一)。
- (28) 落合誠一・消費者契約法六二頁(平一三)参照。
- (29) 大塚直・前掲書注(4)三二二頁、同・前掲論文注(4)二二頁、坂根・前掲論文注(4)二八頁にも同様の指摘がある。

むすび——問題点の整理と検討の手掛かり

そこで以下ではまず、先述一〜四において行った考察内容を、問題設定（先述「はじめに」）に従って整理することにする（後述①）。次に、既存の法律制度ではその対応が難しい具体的問題を再検討することにする（後述②）。

(1) 問題点の整理

最近、土壤汚染に関する報告をよく目にするようになった。それは、新聞・雑誌などのマスコミによる報道だけでなく、公的な調査報告（環境省）にも見られる。なぜ最近になって急に土壤汚染が発覚し始めたのだろうか。

この点に関する背景事情として、先述一の考察から次の四点が浮び上がる。（ア）最近、わが国の企業が国内の生産拠点を海外に移転する動きがある。従来は国内にあった主な組立工場が海外に移転する傾向にあり、その跡地が増えている（生産拠点の移転）。（イ）また、不況による事業の合理化・縮小を余儀なくされ、負債の圧縮を図るために跡地を売却する企業が多くなっている（負債圧縮策）。これらの跡地が転用される過程において、汚染の発覚が続出している。（ウ）跡地はマンションなどの宅地に転用されることが多く、再開発する事業者側としても入居者の健康意識への配慮が無視できなくなっている（土壤汚染・健康被害への関心の高まり）。（エ）土壤汚染に対する厳しい規制法がすでにある外資系企業、特に米国の企業などが対日投資で土地を買収する場合が増えており、土地所有者に厳密な調査を要求するケースが出てきている（対日投資の増加）。

わが国では、かつての公害による被害から得た教訓に基づいて、様々の対策・規制がとられてきた。それにもかかわらず、なぜ土壤汚染は長い間放置されてきたのであろうか。特に今問題となっているのは、市街地の土壤汚染である。もしそうであるならば、これまでの市街地の汚染処理はどのようになされてきたのであろうか。先述二のように、わが国の土壤汚染については、イタイイタイ病の原因物質が明らかとなった後、食品衛生法に基づく「食品、添加物等の規格基準」が改正され、米のカドミウム含有についての安全基準が定められた。さらに、公害対策基本法の典型公害に土壤の汚染を追加し、「農用地の土壤の汚染防止等に関する法律（昭四五年）」が制定された。しかし、これらの適用対象は、食品の安全対策および農用地の土壤汚染防止であり、市街地の汚染自体を対象とはしていない。

その他の既存の法律制度を見ると、土壤を適用対象とするものに「水質汚濁防止法（昭四五年・平元年改正）」と「廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭四五年・平九年改正）」があるが、その適用対象に制約がある（水質汚濁防止法は地下水汚染に至らない土壤自体の汚染、健康被害のおそれが具体化しない段階の土壤・地下水の汚染、特定事業場以外からの地下浸透を対象としない。廃棄物関連の土壤汚染規制は、処理基準不適合を理由とする廃棄物収集・運搬・処分等の改善命令、措置命令、生活環境保全上の支障除去措置等を中心とする制度にとどまる）。この他、国有地を公共用地に転用する場合の指針（「市街地土壤汚染に係る暫定対策指針」）は、一定の有害物質については濃度基準を定めるが、法的拘束力がないという限界がある。これに対して、地方自治体の要綱・指針等には市街地汚染対策が見られ注目されるが、各自治体によって対策にバラツキがあり、その適用領域も当該自治体の範囲に限られる。

このことから、わが国ではこれまで「市街地」汚染自体を対象とする対策は十分でなく、市街地の土壤汚染の多くは表面化せずに長い間放置されてきたことが窺える。市街地の汚染処理がなされたとしても、それは大企業が自らの企業イメージを守るために必要に迫られて行なう「自主的」な対策であった。

ところが、次第に状況が変化する。これまで放置され隠れていた市街地の汚染が発覚し始め（国の試験研究機関の移転跡地等の土壤汚染（昭四六年）、東京都の六価クロム事件（昭五〇）、その後のトリクロロエチレン等による地下水汚染、最

近では廃棄物消却場のダイオキシン問題、汚染の深刻さと危険性が一般の人にも周知の事実となる。

これまで、わが国では市街地における土壤汚染対策は放置されてきた。しかし、平成一四年に至って土壤汚染対策法が導入された(平一五年二月施行)。その目的および対策のポイントはどこにあるのか。また、新法が積み残した課題は何か。先述三の考察によると、

(i) 新法の目的 同法第一条によると、「この法律は、土壤の特定有害物質による汚染の状況の把握に関する措置及びその汚染による人の健康に係る被害の防止に関する措置を定めること等により、土壤汚染対策の実施を図り、もって国民の健康を保護することを目的とする」とされる。ここから分るように、同法は「人の健康」に影響を与えるリスクに対象が限定されている(審議過程においてその目的が限定された)。

(ii) 内容の概要 (ア) 土壤汚染の状況の調査及び汚染の除去等の主体については、規制型を採用している(行政が汚染原因者・土地所有者等に汚染除去等の措置の実施を命ずる方法)。(イ) 土壤汚染の調査がなされるのは、基本的には工場等の廃止時である(第三条)(ただし都道府県知事が土壤汚染による人の健康被害の恐れがあると認めた場合には調査・報告を命じることができる(第四条))。汚染調査の義務者は、原則として土地の所有者等(所有者・管理者・占有者)である(土地所有者等は、指定調査機関(環境大臣の指定機関)に調査させ、その結果を都道府県知事に報告する)。(ウ) 土壤汚染状態が環境省令で定める基準に適合しない土地は、都道府県知事が指定区域として指定し、公示する(指定区域の土壤汚染について適切な管理が行われるようにするため、台帳を調整し、「土壤汚染情報」を一般の閲覧に供することになっている(第五条・六条))。(エ) 指定区域内の土壤汚染によって人の健康被害が生ずる恐れがある場合には、都道府県知事は、土地の所有者等に汚染の除去等の措置を命ずることができる(ただし、汚染原因者が明らかであり、汚染原因者に措置を講じさせることに土地の所有者等に異議がない場合には、原因者に命ずることができる(第七条)。土地所有者等が汚染の除去等の措置を講じた場合には、汚染原因者に対して求償することができる(第八条))。(オ) 指定区域内で土

地の形質の変更をしようとする者は、都道府県知事に届け出なければならない(都道府県知事は、土地の形質変更の施行方法が環境省令で定める基準に適合しないと認めるときは、その施行方法に関する計画の変更を命ずることができる(第九条))。(カ) 環境大臣は、汚染の除去等の措置を講ずる者に助成を行う地方自治体に対して、助成金の交付等の支援事業を行う指定支援法人を指定する(第二〇条・二一条)。同法人は支援業務に関する基金をおく(第二二条)。

(iii) 新法の課題 新法の目的・内容を概観しただけでは同法のポイントは分りにくい。しかし、その課題を中心に眺め直すとその狙い・限界がより理解しやすくなる。

(ア) まず、新法の目的は右(i)のように人の健康被害の防止に限定されており、円滑な土地取引はその対象とされていない。しかし、土地取引の現実には新法より先行している。産業界では、事業再構築の阻害要因にどう対応するかという点にまで議論が及んでいる。その重点は、健康被害問題というよりは「経済的な問題」としての土壤汚染にある。先述一のように、わが国の経営環境は変化しており、工場の閉鎖による跡地の売却や再開発が進められている。ところが、その過程で土壤汚染が発覚し、それが跡地の再構築計画の阻害要因となっている(不動産流動化の一環として「証券化」が進展し、また対日直接投資の増加に伴い欧米の尺度で環境リスク評価を求める投資家の圧力が高まる中、土地取引に際して土壤汚染リスクを織り込もうとする動きは急速に常識化しつつある。事業用資産を対象とする「時価会計(減損会計)の導入も、こつした傾向に一層拍車をかけると予想される)。土壤汚染は、今後の土地取引上の問題(例えば土地への担保権の設定・土地売買等)に影響を与えらると思われる(先述四)(新法により工場等の廃止時に調査義務が課されたことから、工場等が廃止できず、汚染の恐れのある土地が再利用されずに放置されるという懸念もある。その汚染除去等の費用が売却費用を上回ることもあり得るからである。跡地の塩漬け状態が続くことになれば、汚染が浸透する危険性が高まる)。(イ) 地下浸透とは別の形態の土壤汚染の防止についての一般的規定がない(新法による土壤汚染の調査は、水質汚濁防止法という有害物質使用特定施設に係る工場等の敷地であった土地を対象とする。しかし、これでは調査対象が汚水・廃

液を公共用水域に排出する施設に限定されることになり、地下浸透以外の汚染の防止は対象外となる。次に、生活環境被害を念頭においていない（新法は健康被害とその恐れに限定する。このことから、例えば汚染があっても健康被害の恐れがない土地として調査対象から外れることもある）。また、操業中の工場等については調査の対象外である（調査を基本的に工場等の廃止時に限定している（第三条））。なお、汚染土壌が指定区域等から搬出された場合の搬出土壌の管理の問題が残されている。

一般市民の間には環境問題への関心がすでに高まっており、行政や経済界は土壌汚染対策に今着手したところである。もし市街地の汚染対策が本格的に行われるならば、それは行政による規制の問題に留まらず、土地取引の「私法上」の問題にも影響するはずである。それでは、取引法上どのような変化・問題が予想されるのだろうか。

先述四(1)のように、新法の制定によって、今後は土壌汚染状況調査が義務づけられ、また指定区域の指定等により汚染サイトが公告・登録され情報が公開されるようになる。そうすると法的強制力により不動産取引の際には事前調査が常識化する。不動産評価制度も行政的要因により、この法律を遵守し、平成一四年七月に国土交通省により「不動産鑑定評価基準等の改正」が行われ、平成一五年一月一日からは、改正後の基準により土壌汚染の有無及びその状況に応じて不動産の鑑定評価を行わなければならないとなった、とされる。さらに、この法律制度により汚染サイトの調査が実施され、汚染の事実は都道府県の台帳に登録され情報は公開されることになる。所有者は浄化や封じ込めなど汚染リスク低減措置を講じなければならぬので、対象物件が瑕疵あるものとして一般の人にも判明することになる。この結果、不動産鑑定士は従来のように評価条件に土壌汚染はないものとして評価したと条件設定することはできなくなる、とされる。

以上のことから、次のことが言えるのではないかと思われる。(ア)新法により汚染土壌の調査・指定がなされ、さらにその情報の「公開」がなされることになる。この結果、汚染情報は取引相手を含む一般の人の知るところとなる。(イ)新法と連動して不動産鑑定「評価基準の改正」がなされており、今後の不動産鑑定評価は土壌汚染を無視して行うことができない。(ウ)さらに、最近では多くの人が健康や住環境の汚染問題に敏感になっており、「環境意識」が高まっている。このことから、取引法レベルでも、土壌汚染は重要な考慮要素となり、無視できない前提となるはずである。

そうであれば、土地取引の交渉過程において、土壌汚染の事前調査は今後常識化するはずである。もし土壌汚染による瑕疵が取引成立後に発覚すれば、売主や担保権者の調査義務違反が問題となる可能性がある。不動産の売主・仲介業者の説明責任・不動産鑑定士の説明責任なども浮上する可能性がある。

(2) 具体的問題の再検討——新たな枠組みを要する問題を中心に

先述四(2)においては、土壌汚染対策法の導入による影響が予想される土地取引上の具体的問題として、担保権設定と土地売買上の問題とを取り上げその法的対応を模索した。そこから窺えることは、次のことである。

それらの問題には、既存の法的枠組みを超える問題が含まれているということである。つまり、そこには新たな枠組みを要する問題があることが窺える。そこで最後に、新たな枠組み問題に視点を合わせて、担保権の設定と土地の売買の問題を再検討することにする。

「担保権」の設定

新法の導入により、今後金融機関を取りまく事情は変化すると思われる。金融機関は、担保物の汚染問題への具体的対応を迫られることになる。しかも最近では汚染の影響調査・浄化の技術開発が目ざましく、これまでのように技術的に不可能だったと言い訳することはできない。もし担保地の汚染が発覚すれば、なぜ事前に調査しなかったのか、なぜ担保権を設定する前に土壌の浄化をさせなかったのか、なぜ担保価値の下落分を補う追加担保をとらなかったのか、という責任問題が生ずる。

問題は、これを取引上の注意義務の視点から捉え直すとすれば、どのように法的構成されるかである。つまり、金融機関はどのような義務を負うか。その根拠は何か。その位置付け・性質はどうか。効果の内容はどうか。これらが検討課題となる。従来は議論のない部分である。

(i) 新たな「義務」とその「根拠」 担保権の設定を受ける側（金融機関）は、取引法上どのような義務を負うべきか。その根拠は何か。

(a) 汚染状況の「調査義務」 不動産鑑定評価基準等が改正されており、今後土壌汚染が減価要因であることが常識化されると思われる（調査内容としては、まず新法が規定する指定区域への指定の有無・内容（担保設定時点での指定の有無、さらに過去の履歴（指定の有無・指定解除）、土壌汚染に関する条例等の規制があるならばその適用による措置の有無・内容、さらに所有者の自主的な調査・対策の有無・内容である。通常は交渉過程で土地所有者に調査をさせ入手した情報を分析し、それに基づいて担保価値を評価することになるとと思われる））。

そうであるならば、担保権の設定を受ける金融機関は調査義務を負うべきである。問題はその「根拠」である。信義則によって根拠付けられるとしても、なぜ金融機関が事前調査をせずに漫然と担保権の設定を受けると信義則違反となるかが問題となる。

金融機関としては、貸付債権を十分にカバーするだけの担保を確保する必要がある。そうであるならば、担保価値の下落を引き起こすような土壌汚染があつてはならない。とすれば、担保権を設定する不動産に汚染がないことが明白な場合を除いて、その汚染状況を事前に調査する必要があるはずである。第一に、金融機関は専門家集団である。金融機関は、素人には分らない汚染調査方法・専門的な調査技術を有する機関へのアクセス情報を有している（非専門家との「情報格差」）。第二に、公的資金が注入されていることから分るように、金融機関は金融の要にあり社会的信頼を守る立場にある（「金融取引安定」の確保）。第三に、金融機関は公益団体ではなく営利企業として

多額の利益を得ており、利益に見合う責任負担は免れない（利益に伴う責任）。第四に、もし土壌汚染により担保不足が生じ不良債権の山となれば、当該金融機関の株主・社債券者・預金者が損失を被ることになる。従って、金融機関はこれら第三の債権者の利益を守る必要もある（「経営者責任（善管注意義務・忠実義務）」）。このような負の連鎖を元から断ち切るには、金融機関に事前調査を義務付ける必要があると思われる。

(b) 担保の「補充義務」 次に、担保権の設定後に土壌汚染が発覚した場合の対応が問題となる。新法の施行前には土壌汚染の調査は必要でなかったため、担保権が設定されている土地に汚染が隠れているケースが少なくないはずである。もし担保不動産の汚染が発覚すれば、その担保評価は下落することになる。汚染の程度・範囲を分析し減価要因を一つ一つ積上げて担保評価をやり直してみ、再評価した担保価値が被担保債権をカバーできない場合には担保を補充する義務が生ずると思われる。

問題はその「根拠」であるが、(ア) 保証人など（法定代位権者）との関係と、(イ) 株主・社債権者・銀行の預金者などの第三の債権者との関係とに分けて整理する必要があると思われる。

(ア) 保証人などとの関係 保証人などは、債権者である金融機関が適時に担保を補充しなかったことにより（または調査義務を怠りそのまま放置したことにより）代位できなかつた場合、それによって償還され得なかつた範囲について免責されると解すべきである。その「根拠」は次の通りである。

民法第五〇四条は債権者の担保保存義務を規定している。同条が適用される典型的ケースは、債権者が担保を放棄したり毀損したりした場合である。しかし、その場合に限定されるわけではない。従来解釈によると、「特別の事情」がある場合には、債権者が適切な処置をせずに担保を放置したことによりその価値が下落したときにも適用されている（判例・通説）。

先述のように、不動産鑑定評価基準等は改正された。今後、土壌汚染が減価要因であることは取引上も常識化する

る。このような「取引事情」の変化にもかかわらず、もし金融機関が土壤汚染による担保不足を補充せず放置するならば第五〇四条違反となると思われる。さらに、第五〇四条が規定する担保保存義務を債権者が負うべき一般的な注意義務の一つにすぎないと位置付けるならば、すなわち債権者は保証人などに対して同条規定の義務以外にも多様な注意義務を負うと解するならば（西村説）、ここで問題としている担保の補充義務を根拠付けることは一層容易となる（なお西村説はわが国では少数説であるが、債権者の注意義務が拡大する最近の外国法の動向から見れば西村説の方向性はむしろ主流である）。

(イ) 第三の債権者との関係　もし土壤汚染により担保不足が生じ大量の不良債権が発生すれば、当該銀行の株主・社債券者・預金者が最終的に損失を被ることになる。金融機関は、これら第三の債権者の利益を守る義務があると解される（「経営者責任」(善管注意義務・忠実義務)）。金融機関は、「専門家」集団を有する「営利」組織である。しかも金融の要にあり、「社会的責任」を負う。金融機関の有するこれらの要素からすれば、金融機関は、株主・社債券者・預金者などの第三の債権者に対して、特に高度の注意義務を負うと解すべきである。

(ii) 義務違反の「効果」——義務の「性質」分析から　これらの義務に違反した場合、どのような内容の効果が生ずるかが問題となる。効果論を深めるためには、当該義務の位置付け・性質はどうかを検討課題となる。従来の議論では、この点は不十分な部分である。そこで以下では、この視点からこの問題に光を当てることとする。

もしある義務が真正の法的義務 (Pflicht) と位置付けられるならば、その義務違反によって損害賠償や場合によっては解除の効果が出てくる（これは義務違反の効果として一般にイメージされるものである）。他方、もし真正の法的義務ではなく Obliegenheit と位置付けられるならば、その義務違反によって生ずるのは、通常は Pflicht 違反の場合より弱い効果である。例えば債務の免責である。ただし、考慮すべき法的要素の組み合わせによっては、例外的に両義務の効果が重なる場面もある。つまり、Obliegenheit 違反の場合でも、読込む要素によっては損害賠償や解

除の効果が認められている（因に Pflicht および Obliegenheit はドイツ法系概念であるが、そこに内包される要素には他の法系の義務論とも底流において共通するものがあるためあえて用いることにした）。

この効果論を先のように、(ア) 保証人などとの関係 (ii) の場合金融機関は債権者) と、(イ) 株主・社債券者・銀行の預金者などの第三の債権者との関係 (iii) の場合金融機関は債権者) に分けて整理すると次のようになる。

(ア) 保証人などとの関係　金融機関 (債権者) の調査義務・担保補充義務を Obliegenheit と位置付けるならば、その義務違反により免責等の弱い効果が生ずる。つまり、保証人などは、金融機関が調査義務を怠ったことによりまたは適時に担保を補充しなかったことにより代位できなかった場合、それによって償還され得なかった範囲について免責されると解される。もっとも、Obliegenheit という概念を用いずに右義務を損害軽減義務と見て適時に担保を補充しなかった点につき、損害軽減義務違反があると構成することによって免責効果を導くこともできると思われる（なお Pflicht と位置付けた場合でも、代位できなかったことにより損害を受けた保証人は、金融機関に対する自己の損害賠償請求権と金融機関の保証債権とを相殺すると主張して、同様の効果を導くことはできる。このような法的構成は比較法上一部見られる）。

債権者に保証人などに対する悪質な害意があるような場合には、ここで一歩進めて保証契約などの解除権を認めるべきである。Obliegenheit 違反の場合でも、主観的要素その他については Pflicht 違反の強い効果が認められる場合がある。義務の多様化とその効果の交錯・多様化である。わが国では、従来十分に議論されていない。

(イ) 第三の債権者との関係　株主や社債券者などの第三の債権者に対しては、金融機関 (債権者) は特に高度の注意義務を負っている。担保とされた土地の汚染調査義務および担保補充義務は Pflicht の性質を有する。もしこれらの義務違反により株主などに損害が生じた場合には、損害賠償請求権が生ずると考えられる。預金者は、無担保債権者であり、預金保険によっても損害が填補されない場合もあり、損害賠償請求権が生ずると解される。

から購入した場合、消費者契約法の適用が問題となるはずである。すなわち、不動産業者がその土地に汚染のあることを何も告げないで売却した場合、消費者は同法による取消権が認められるかどうか問題となる。次の二点から検討する。

(a) 不動産業者（事業者）が土地に汚染のあることを告げなかった場合、消費契約第四条二項によって不利益事実の告知による取り消しが認められるだろうか。土壤汚染は確かに消費者にとって不利益な事実である。しかし先述四② (iii)の要件分析から分るように、同条二項は、事業者が勧誘するに際して、重要事項またはそれに関連する事項について消費者の利益となる旨を告げることを要件としている。従って、もし不動産業者（事業者）が汚染につき単に黙っていたという場合には利益の告知は見られず、その取消要件を充たさない。

このことから、今後より深く議論すべきは、どのような場合に事業者は情報提供義務を負うのかという問題である。つまり義務論（先述(ii)・左の(b)）がより重要となる。

(b) 消費者契約法第三条によると、事業者は、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならないとされる。しかし、同条によって事業者が負う情報提供義務は一般的な「努力義務」にすぎない。とすれば、たとえ事業者が汚染情報を提供しないで土地を売却しても、それだけでは直ちに契約上の効力は生じないのではないかという疑問が生ずる。

現に経済企画庁（当時）は、消費者契約法第三条に違反しても私法的効力は発生しないとの立場をとる。この見解によれば、同条の義務に違反しても取消権や損害賠償責任は生じないことになる。これに対して、先述のように(四②) (iii)、義務違反によって損害賠償その他の強い法的サンクションを認める見解がある。(ア) 契約締結における信義則上の付随義務違反とする見解、もう一つは(イ) 不法行為責任の違法性を基礎付けることがあり得るとする見解である。

努力義務を超えて真正の法的義務が生ずる場合があることは否定できないと思われる。特別な事情（財産権の侵害・選択権・決定権の侵害、情報の格差・有償性等）があれば、契約上の効果を生ずる情報提供義務が生ずると解すべきである。

(iv) 宅地建物取引業法 不動産鑑定評価基準等の改正により、土壤汚染の有無・程度は今後の土地価格評価を大きく左右する要素となると考えられる（先述四①）。このことから、土壤汚染に関する情報は、宅地建物の取引に際して説明を要する「重要事項」となると思われる。

ところが、現行の宅地建物取引業法に重要事項の説明に関する規定はあるが、個別列举方式であり（同法第三五条）（なお重要事項についての故意による不告知または不実告知を禁止するとし）（同法第四七条）、これらに違反した場合業務停止や罰則があるとする（同法第六五条・八〇条）、右の新たな変化には対応していない。早急に検討を行う必要がある。少なくとも、土壤汚染対策法の指定区域に関する制限事項（先述三①参照）は、宅建業法第三五条の重要事項として追加される必要があると思われる。今後の円滑な土地取引の阻害要因となると予想される土壤汚染は、宅建業法においてすでに規定されている重要事項（登記上の権利関係、都市計画法・建築基準法等の制限、私道負担、電気・水道・ガスの施設整備、造成・工事完了時の形状等、区分所有の権利関係、解除事項、賠償額の予定、手付金その他）と比較しても、同等かそれ以上の重要性を有すると思われる。

(付記) 本稿の執筆の切っ掛けは、土壤汚染対策法の分析を土地法の研究会において耳にしたことにある。当日の報告は環境法の視点からであったが、土壤汚染問題は今後取引法の世界に波及するのではと思ひ、私法上の注意義務の視点から分析してみることにした。その報告を聞く機会がなければ、意識しないで通り過ぎた問題であったかも知れない。新しい問題点に逸早く接することができ幸運であった。お礼を申し上げたい。