

# 土壌汚染対策法による規制の導入と取引法への影響

——実務と法理論の視点からの再検討——

辻 博 明

- 一 はじめに——先の報告内容の概要
- 二 新たな問題設定——先の報告への指摘から
- 三 指摘の再検討——実務と法理論の視点から
  - (1) 急速に変化する背景事情
  - (2) 現場での運用への懸念——改正不動産鑑定基準等
  - (3) 会計基準の変化——減損会計の導入
  - (4) 公法規制の私法ルールへの影響
  - (5) 土壌汚染と担保責任——その法的構成
- 四 むすび——問題点の整理



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（同誌六四頁）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。

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水浸透を对象としない。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。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見し始め（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（同誌六五頁）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。

(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。ここから分かるように、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・報告を命ずることができる（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）。(イ)指定区域内で土（同誌六六頁）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、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、こう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）に影響を与えると思われる（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

ての一般的规定がない（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（同誌六七頁）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。

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。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。

新法の制定によって、今後は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ないので、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。(イ)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。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（同誌六八頁）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

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は、担保権設定と土地売買上の問題である。それらの法的対応から窺えることは、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、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売買の問題を再検討することにした。

### 「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つく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（同誌六九頁）。

問題は、これを取引上の注意義務の視点から捉え直すことすれば、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すると思われる（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(同誌七〇頁)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、もし土壤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・社債権者・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壤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壤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ても、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)代位できなかった場合に、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、土壤汚染が減価要因であることは取引上も常識化する(七一頁)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・社債権者・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・社債権者・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にする。

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、讀込む要素によっては損害賠償や解(七二頁)除の効果が認められている(因にPflichtおよびObliegenheitはドイツ法系の概念であるが、そこに内包される要素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)。

この効果を先のように、(ア)保証人などとの関係(この場合金融機関は債権者)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(この場合金融機関は債務者)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 株主や社債権者などの第三の債権者に対しては、金融機関(債務者)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(七三頁)。

#### 土地の「売買」「仲介」を含む

今後は土壤汚染が土地評価の重要要素となるため、土地の売買・仲介において、事前調査・情報提供・素人にも分る説明(事前の対応)、汚染被害の救済(事後の対応)が求められる。ここでは、今後必要となる新たな法的対応(法的構成・効果論)を中心に整理することにする。

(i)瑕疵担保責任(民第五七〇条) 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、土壤汚染があれば瑕疵があるとみなされる方向に向くと予想される。つまり、買主による損害賠償請求はもちろん、土地の購入目的(住宅・病院など)が達成不能となる汚染がある場合には解除も認定されやすくなると思われる(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)。

なお、商法第五二六条によると、商人間の売買の場合において買主は、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とされ、この義務を怠れば瑕疵担保責任の追及ができないとされる。つまり、検査義務・通知義務違反によって、買主(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、Obliegenheitの性質を有するといふことができる(なお国際統一売買法四三三条には同様の規定があり、Obliegenheitと位置付けられる)。瑕疵担保責任に関わる右義務の性質論・違反の効果について、わが国ではまだ十分な議論は見られない。

(ii)沈黙の詐欺——情報提供義務を前提に 売主が土壤の汚染について説明もせずに土地を売った場合、詐欺となるのであろうか。つまり、売主が土壤の汚染について黙っていた場合「沈黙による詐欺」の成立が問題となる。

従来の解釈によると、沈黙が信義則に反して違法性を帯びる場合には欺罔行為とな(七四頁)ることが一応認められているが、しかしその一方で、取引における沈黙はある程度許容されるとする。しかも、沈黙が違法性を帯びる根拠については信義則に反した場合とされるだけで、それ以上踏み込んだ議論はなされていない。もう一步議論を深める必要がある。

そこで、もし不動産業者が土壤汚染について情報提供義務・説明義務を負うといえるならば、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のではないか。問題は、不動産業者の情報提供義務をどのようにして「根拠」付けるかである。

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。今後は土壤の汚染が明らかとなれば、土地価格の下落は避けられない。

(a)「権利侵害」 そうであるならば、買主は土壤汚染という重要情報の不提供により、対価性のない土地を押し付けられることになる(「財産権」の侵害)。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)。

(b)「専門家責任」 土地の売主(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相手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、配慮責任がある(「有償性」。これらの要素から、不動産業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取引相手(消費者)に土地を売る(七五頁)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が問題となる。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、消費者契約第四条二項によって不利益事実の不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、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が要件としている。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)消費契約第三条によると、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し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、消費契約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、当該義務違反によって損害賠償その他強力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(七六頁)。

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。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、個別列挙方式であり（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（七七頁）。

## 二 新たな問題設定——先の報告への指摘から

先述一における内容の報告機会を何回か得ることができた。その際、先の報告内容に対して幾つかの指摘・意見を受けることができた。それらは、複数の分野の方々（研究者・実務家）からのものであった。その後、それら

指摘内容を整理するうちに、そこには複数の重要な問題が含まれていることが分かってきた（実務上の複合的な「背景事情」と「理論」的な部分である）。

それらの指摘に含まれる問題は、今後の議論の切っ掛けとなる貴重な内容を含んでおり、放置することはかえって無責任となると思われるようになった。そこで、続編として整理・考察することにした。以下では、それらの問題点を中心に問題設定し再検討することにする。

### 「新たな問題設定」

土壤汚染対策法が導入される背景については、先の報告においても入手可能な範囲で整理した（一（ii））。新法を理解するためには、背景事情の理解が必要と考えたからである。先の報告時およびその後において、複数の分野の方々からご指摘をいただいた。その中には、先に言及したものを超える諸事情があることが浮び上がった。それらの多くは現場の知識に裏付けされた情報であり、法的枠組を今後さらに充実させるためには無視できないものが含まれていた。そこで、誌上には現れにくい急速に変化する最近の関連事情を整理することにする（後述三（i）急速に変化する背景事情）。

土壤汚染対策法が導入され、それに対応する形で不動産鑑定評価基準等の改正（平一四年七月）が国土交通省によってなされている。不動産鑑定評価基準等の改正によって、今後は土壤の汚染があればそれが鑑定評価に組み込まれることになる。つまり、売買・仲介不動産の実勢価格や土地担保評価額に反映されることになる。この改正は取引上のルールにかなり影響を与えることが予想されるため、先の報告においても言及した（一（ii））。その際、次のような興味深い指摘を実務家からいただいた。

それによると、不動産鑑定評価基準等の改正を受けて、実務の現場においては今研修がなされているとのことで

ある。しかし次のような懸念があるとのことである。それは、「実際にどのように運用するか」という問題である。つまり、(i)汚染の疑いのある土地の履歴を辿り、かつ現状を知る必要がある。その場合に比較的人手可能な資料、例えば過去の地図や工場閉鎖図といった程度の資料から得られる情報は非常にアバウトで不確かである。これらによって、どの程度のことか鑑定段階で分るのかという不安があるようである(現場の不安)。(ii)さらに詳しく調査するとすれば、どのようにすればよいか(先端技術的な問題)。(iii)もし専門調査機関があるとして、そこに依頼をするとなれば調査費用の拡大(除去費用の拡大)が予想される。それにどのように対応するかという問題が浮上する(採算性の問題)。非常に、現実的な問題である(後述三(2)現場での運用への懸念——改正不動産鑑定基準等)。

次に、会計に関する質問もいただいた。今現場において特に会計の実務においては、減損会計の導入が非常にインパクトのある問題と捉えられている。先の報告においても、減損会計について若干言及した(一)(ii)。(iii)。この減損会計の導入と関係する質問は、次の通りである。

もし会計の決算時に、その都度土地の時価を反映した会計を行うことになるならば、例えばある範囲の土地の価格に著しいバラツキが生ずるのではないか。これに対して、土壤汚染対策法はどのように対応しているのかという質問である。この問題を理解するには、背景事情として、まず最近の会計基準の流れを理解する必要がある(後述三(3)会計基準の変化——減損会計の導入)。

先述のように(一)(i)、(ii)、土壤汚染対策法によって新たに導入された対策は、公法(環境法)上の規制である。問題は、このような規制が導入されたことによって、今後取引法上のルールにどのような影響を与えるか。法体系・法的思考に関わる非常に重要な原理的問題である(研究者からの指摘)。

この指摘は、換言すると公法と私法を二元的に捉えるかどうかという深い問題と関係すると思われる(公私二元論と関係)。わが国の民法分野においては、従来あまり言及されていない問題ではないだろうか(ドイツ法と比較すると環境法分野でも同様のことがいえるのかもれない)。

公法上の「規制」が私法上のルールになんらかの影響を及ぼすかどうか。もし及ぼすとすれば、どのような影響があるのかという問題である。またこの問題は、特約による任意規定の空洞化にどのような影響を与えるかという点とも関係する(後述三(4)公法規制の私法ルールへの影響)。

先述のように(一)(2)(i)、土壤汚染対策法の施行後は、土壤の汚染除去等の措置をとる義務が明確となりかつ不動産鑑定基準等の改正により土壤汚染は不動産の減価要因となる。そのため、土壤汚染は土地の瑕疵であると認定される方向に向うと思われる。そうすると、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、買主側としては従来より瑕疵担保責任(民第五七〇条)が追求しやすくなるのではないかといいことに言及した。これは、物の瑕疵としての法的構成(瑕疵担保構成)である。

これ対して、それはむしろ権利の瑕疵としての構成が適切ではないかとの指摘を受けた(研究者からの指摘)。担保責任に関して、なぜそのような法的構成の違いが生ずるのであるのか。この点を中心に再検討することにする(後述三(5)土壤汚染と担保責任——その法的構成)。

- (一) 大岡健三「企業と土壤汚染リスク」INDUST 一七巻九号二〇頁(平一四)、太田秀夫・板橋加奈「土壤汚染対策法(平一四)・一五」、大塚宗一「土壤汚染対策法と貸出資産のリスク管理」金法一六四九号二二頁(平一四)、大塚直・環境法(平一四)、同「土壤汚染対策法の法的評価」ジュリ一二三三三号一五頁(平一四)、岸川敏朗「土壤汚染対策法と条例による土壤汚染対策」ジュリ一二三三三号三〇頁(平一四)、木下弘志「土壤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壤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「土壤汚染対策法の概要」ジュリ一二三三三号二頁(平一四)、坂根工博「土地取引や土地利用から見た土壤汚染対策」ジュリ一二三三三号一四頁(平一四)、佐藤雄也「土壤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「土壤汚染対策法の論点」ジュリー二二三号七頁（平一四）、高橋秀夫「土壤汚染対策法に対する産業界の考え方」ジュリー二二三号三五頁（平一四）、竹ヶ原啓介「新たな時代を迎える土壤環境ビジネス」資源環境対策三八巻九号三六頁（平一四）、田邊昂ほか・実務・不動産証券化（平一五）、中村謙一郎「東京都の土壤・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「土壤汚染対策法解説（平一五）」松村弓彦・環境法（平一一）、溝淵清彦「緊急を要する土壤汚染と不動産評価の問題」INDUSTY一七巻九号一五頁（平一四）、吉野議章「これまでの土壤汚染対策と土壤汚染対策法の概要」資源環境対策三八巻九号三〇頁（平一四）参照。

（その他）「土壤環境ビ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）、環境法政策学会編・化学物質・土壤汚染と法政策（平一三）参照。

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、二〇〇三年一月二五日付朝日新聞（朝刊 be on Saturday）「ひどくじゃない、土壤汚染 工場跡地の億ションで——銀行が脅える担保下落」、二〇〇三年二月二六日付朝日新聞（日曜版）「土壤汚染地 担保評価〇円——滋賀銀行方針浄化完了まで」、二〇〇三年二月二七日付朝日新聞（朝刊）「土壤汚染対策法施行——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）「土壤汚染対策手探り——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」参照。

### 三 指摘の再検討——実務と法理論の視点から

#### （1）急速に変化する背景事情

土壤汚染対策法が導入される背景については、先の報告においても入手可能な範囲で整理を試みた（一（1））。新法を理解するためには、背景事情の理解が必要と考えたからである。その概要は以下の通りである。

最近、土壤汚染に関する情報（環境省・マスコミ等）をよく目にするようになった。この点に関する背景事情として、先の報告においては、（ア）最近、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くこと（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おり（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こと。（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こと（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こと（対日投資の増加）、に言及した（この他米軍基地跡地の汚染問題・減損会計にも若干言及）。

この報告の際に、幸い複数の分野の方からご指摘をいただいた。その中には、先に言及した内容を超える指摘が含まれていた。それらの多くは現場の知識に裏付けされた情報であり、法的枠組を今後さらに充実させるためには無視できないものが見られた。そこで、誌上には現れにくい最近の関連事情を整理することにする。

（ア）「減損会計」導入の動きが無視できない。実務の現場において急速に変化する背景事情である。わが国の会計においては、これまでは原価主義（資産をその取得のために支出した金額（取得価格）で評価する考え方）がとられていた。そのため、企業は不動産等の価格下落に怯える必要はなかった。ところが、減損会計が導入されると、資産の価値の増減が決算に反映されることになる（企業が持つ土地・建物などの固定資産の市場価格が帳簿上の価格（簿価）を著しく下回ったり資産を利用する事業の収益性が落ちたりした場合、実態に応じて簿価を適正水準まで引き下げ評価損を計上する必要がある）<sup>（1）</sup>。減損会計の適用後は、土壤汚染（含み損）の表面化が避けられなくなるという問題がある。体力のない企業は市場からの退場を余儀なくされる。国際会計基準の導入は、土壤汚染対策と連動する部分がある（後述<sup>（2）</sup>において考察）。

(イ)次に、土壤汚染を辿るための確かな「台帳等」(履歴)が未整備状態であるという問題がある。このため、鑑定依頼の対象物件に汚染が疑われる場合でも、汚染要素を考慮した確かな鑑定評価を出すことが難しいことになる。具体的に言うと、未整備状態であるのは、売主から買主への汚染情報の引き継ぎはもちろんのこと、用地取得した担当職場内での前任者から後任者への引き継ぎが難しいからである。その結果、土地を掘削し造成して初めて汚染が分るといふ事態を繰り返すことになる。そして、汚染物を再度埋め戻すということにもなりかねない。このような事態は、法的に見ると、長期化すればするほど汚染原因者の証明が難しくなること、請求権(仲介業者への請求権を含む)が時効の壁に阻まれるという問題が考えられる。

(ウ)さらに、「費用負担」の問題がある。土壤汚染対策法は、汚染者負担原則を貫いていると解される(汚染者が不明の場合は所有者等の負担:七条・八条)。ところが、様々な現場においては、汚染除去費用を想定せずに、下請業者等に任せている例があるようである。そのため、下請業者等は、主に費用負担面において、汚染物の除去作業に消極的にならざるをえなくなると推察される。問題は、このような費用負担特約(取引慣行)が許容されかどうかである(後述④において考察)。

また、汚染を調査せずに用地取得した後で買主が自己負担で汚染除去等を行った場合、不要な費用を支出した責任問題が生ずる。すなわち、汚染地かどうかが事前の調査で分かっていたら、通常は汚染地の購入を避けると思われる。仮に立地条件等から必要と判断してあえて購入する場合でも、それは汚染除去等に要する費用を控除した価格での購入となるはずである。汚染があるにもかかわらず通常の取引価格(汚染なしとの前提での評価額)で購入し、なおかつ汚染除去等の費用を買主が負担している場合がある(購入したが汚染除去費用のあまりの高額さから売主に無償返還した例もあるようである)。「この場合の費用負担のしよせは、最終的には株主(買主が企業の場合)や税負担者である一般市民(買主が行政の場合)に及び、権利を主張する株主の増加・情報公開制度・住民監査請求の活用が進む状

況において、責任の所在が問題となりうる。

(エ)その他 不動産の「流動化」の要請がある。それに対応する制度の一つとして、不動産取引価格の公開制度の創設がある。国土交通省は、不動産取引にあたって価格の届け出を義務付けることを検討している(ただ当面は義務化を見送りデータ収集のため対象者に任意で協力してもらう方式をとる)。先述(イ)からも窺えるように不動産の実勢に関わる確かな情報が不足しており、不動産の実勢の把握ができないとの指摘が強いことが関係している<sup>(2)</sup>。

## (2) 現場での運用への懸念——改正不動産鑑定基準等

不動産鑑定評価基準等の改正を受けて(一)(二)、実務の現場においては今研修がなされているとのことである。しかし、実際にそれをどのように運用するかが問題であるとの指摘を受けた(複数の分野の実務家の指摘)。

(i)具体的にまず問題となるのは、汚染の疑いのある土地の履歴を辿り、かつ汚染状況を知る必要があるということである。その場合に比較的人手可能な資料、例えば過去の地図や工場閉鎖図といった程度の資料から得られる情報は非常にアバウトで不確かである。これらによって、どの程度のことか鑑定段階で分るのかという主張である(現場の不安)。

この点は、不動産鑑定の場面だけでなく、様々な実務の場面に共通する意見のようである。例えば、土地を取得すると、その後目的に沿って用地造成を行うのが通常である。ところが、造成の過程において、埋設された汚染廃棄物が露見する場合が少なくないようである(新法の施行以前の露見ケースの大半はこの場合である)。汚染の露見は偶然であり、下請業者が汚染と遭遇する場合が少なくないようである。問題は、このことがなにを意味するのかわかる。これは、土地についての(汚染情報を含む)台帳等が未整備であること、汚染原因者および汚染を知る者から現在の所有者に汚染情報が引き継がれるシステムがないことを意味する(なお、国土交通省は不動産取引価格の届出義務を

検討していたようであるが、プライバシーの問題等から義務化は難しいとして、当面義務化を見送る方針を固めたようである<sup>3)</sup>。もし義務化されると土地価格に汚染も考慮した実勢価格が公開されることになるが、見送りは問題の深刻さを暗示する。

このことから、現状においては、土壤汚染対策の大枠がようやくできた段階であり、それを具体的に実行するための手段は未だ手付かずであることが窺える。現場において新しい制度および基準を運用していく立場にある方々としては、先のような不安・懸念が生じることは当然のことであると思われる。

(ii)次に、土地の履歴等を辿る制度・手段が乏しい現状において、どのようにして土壤の調査をするかである（しかも汚染状況の正確な情報確保が必要となる）。

土壤汚染は局地的に発生するので、汚染箇所を漏れなく探しだす必要がある。土壤汚染の調査は、試料の採取地点の選定・試料の採取方法等により結果が大きく左右される。このことから、調査を行う者は、適切な技術的能力が求められることになる。先端技術的な裏付けが必要となる（汚染除去等の場合も同様）。

先述のように（一）（1）、産業界においては、土壤汚染問題は健康被害問題（新法の目的）というよりは経済的な問題と捉えられている。つまり、産業界では事業再構築の阻害要因である土壤汚染にどう対応するかという点に議論が及んでいる。そのような状況にあって、土壤環境ビジネスに活路を見い出そうとする企業が少なくないようである（ゼネコン・エンジニアリング関連企業）。この問題に対応する技術開発は、九〇年代頃からすでに始まっているようである（現在調査・除去等の技術は現場に活用可能な段階にあるようである）。

(iii)もし専門調査機関があるとして、そこに依頼をすれば調査費用の拡大（除去費用の拡大）が予想される。それに対応するかどうかという問題が浮上する。つまり、調査費用（および除去等の費用）が買主にとって取引上許容範囲のものかという問題である。その費用が高額すぎる場合には、調査を依頼する者はいないはずである。

この問題への対応としては、調査費用（および除去費用）が市場レベルに乗る程度に低下することが今後の課題となると思われる。というのは、資格認定された機関・企業が土壤環境ビジネスに多数参入しそれを利用する者が多くなれば、次第に調査費用等は低下し誰もが利用可能な適正水準に落ち着くと思われるからである。

### (3) 会計基準の変化——減損会計の導入

今実務においては、減損会計の導入が非常にインパクトのある問題と捉えられている。先の報告に際して、減損会計について若干言及したが（一）（1）（ii）、次のような質問を受けた（実務家）。第一に、もし会計の決算時にその都度土地の時価を反映した会計を行うことになるならば、例えば同じ区画内の土地でも価格に著しいバラツキが生ずるのではないか（つまり新法の適用を受けて汚染が表面化した土地価格（時価）と同じ区画内の隣接する土地の価格（簿価）とのスレ）。第二に、土壤汚染対策法はこれに対してどのように対応しているのかという質問である。

(i)この問題を理解するには、最近の会計基準の背景事情を知る必要があると思われるので、必要な限りで概観する<sup>5)</sup>。

まず、減損会計とはなにか。企業が持つ土地・建物などの固定資産の市場価格が帳簿上の価格（簿価）を著しく下回ったり、資産を利用する事業の収益性が落ちたりした場合に、実態に応じて簿価を適正水準まで引き下げ、評価損を計上する会計処理である。つまり、資産の価値の増減を決算に反映させる会計処理である。

それではなぜ減損会計の導入が問題となっているのであろうか。わが国にの会計においては、これまでは原価主義（資産をその取得のために支出した金額（取得価格）で評価する考え方）がとられていた。そのため、企業は不動産等の価格下落に怯える必要はなかった。しかし、最近の会計基準の変化は急速で、わが国においても時価会計が一部で導入されている（会計ビッグバン・金融商品の一部への時価会計導入（平二二）、持ち合い株式への時価会計導入（平一三））。問題は、固定資産への減損会計の強制適用が迫っていることである（平成一七年四月以降に始まる事業年度から適用。欧州連合

(E.U.)が同年に採用予定の国際会計基準であり二〇〇五年問題とよばれる)。そうすると、不動産等に大幅な含み損があればたとえ処理を先送りにしても、その強制適用後は損失が表面化することになる(そこで体力のある企業は損失を覚悟で売却を加速している(損切り売却)。また将来のリスク要因を排除し財務の健全性をアピールする狙いからあえて前倒しで減損会計の適用に踏み込む銀行・企業がある)。

(ii)そこで、先の土壤汚染対策法の適用による懸念を検討する。もし会計の決算時にその都度土地の時価を反映した会計を行うことになるならば、例えば同じ区画内の土地でも価格に著しいバラツキが生ずるのではないかという指摘である。

新法によると、土壤汚染の調査がなされるのは基本的に工場等の廃止時である(第三条)。基準に適合しない土地は公示され、人の健康被害が生ずる恐れがある場合には、汚染の除去等の措置が命じられる(先述一(1)(ii))。この段階まで至ると調査・公示・措置義務(規制レベル)が課され、汚染を考慮した時価評価による価格下落は避けられないはずである。

問題は、廃止された工場等の隣接地、つまり当該会計年度において新法の適用のない隣接地の評価である。新法によると、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。従って、隣接地の工場等が操業中である場合には、調査・公示・措置義務(規制)は課されない。しかし、廃止された工場等の汚染の存在・程度は公示されており、汚染の除去等がなされたかどうかも明白である。先述のように(1)(i)、不動産鑑定評価基準等の改正がなされており、不動産鑑定士は評価条件に土壤汚染がないものとして評価することはできなくなっている。新法の適用を受けた土地の隣接地は汚染が疑われるのが通常であるから、今後は取引法レベルにおいて調査義務が生ずると思われる。そうすると、汚染の浸透度によっては再評価が必要となる場合があるのではないかと思われる。

(iii)次に、新法はこれに対してどのように対応しているかである。この問題は、新法が土壤汚染の調査を原則的に工場等の廃止時としたことと無関係ではないと思われる(新法はその目的を人の健康に影響を与えるリスクを対象を限定して(2))。

新法は、調査を限定する設計をとっていることが分る(原則工場等の廃止時に限定)。もしこの制限を緩める方式をとると、規制による調査はその範囲が拡大することになる。そうすると、結果的に汚染要素が評価される不動産の範囲が拡大すると思われる。新法の目的につき議論があったようであるが、制度設計に絡む波及効果が潜んでおり無視できない問題であると思われる。

#### (4) 公法規制の私法ルールへの影響

先述のように(1)(1)、(2)、土壤汚染対策法によって新たに導入された対策は、公法(環境法)上の規制である。問題は、このような規制が導入されたことによって、今後取引法上のルールにどのような影響を与えるか。法体系・法的思考に関わる非常に重要な原理的問題である(研究者からの指摘)。この指摘は、換言すると公法と私法を二元的に捉えるかどうかという深い問題と関係すると思われる(公私二元論と関係)。わが国の民法分野においては、従来あまり言及されない問題ではないだろうか(ドイツ法と比較すると環境法分野でも同様のことがいえるのかもしれない)。公法上の「規制」が私法上のルールになんらかの影響を及ぼすのかがどうか。もし及ぼすとすれば、どのような影響があるのかという問題である。またこの問題は、特約による「任意規定の空洞化」にどのような影響を与えるかという点とも関係する。

(i)環境法の展開(沿革) まず、わが国における環境公法と環境私法の展開はどのようであったのだろうか。高度経済成長期において大型公害被害が連続したこともあり、まず損害賠償請求等の私法上の救済の成否が課題とされ、判例上展開した。しかし、私法上の救済は事後的なものを中心であるという限界が見られた。そこで一九六

○年代以降、事前防止型の環境公法による規制が展開することになる。<sup>(6)</sup>

(ii) 環境公法と環境私法の関係 環境公法と環境私法は車の両輪であるとするならば、その関係が問題となるはずである。わが国においては、環境公法と環境私法との関係について従来あまり議論されていないようである。ただ、次のような捉え方が一般的なようである。違法性の観点からは、両者は「一応独立」したものと考えられている。すなわち、環境公法上の排出基準に適合していても、直ちに私法上その行為が適法になるわけではない。逆に、環境公法上の排出基準に違反していても、直ちに私法上その行為が違法になるわけではないとされる。<sup>(7)</sup> 両者は一応独立とされているようであるが、なんらかの影響がないのであろうか。環境公法上の規制の環境私法の要件や効果への影響である。

この点につき、環境法の展開が進むドイツ法においては、次のような位置付けが見られ興味深い。ドイツ環境責任法においては、正常操業（つまり公法上の「規制を遵守」する操業）の場合には、因果関係の推定が排除される（同法第六条一項）。また、物的損害については、正常操業による損害の場合には、損害が重大とはいえず免責事由となる（同法第五条）。差止請求権についても、正常操業の場合に請求権制限規定があり、これは限界値・指針値を超えていない場合には侵害は本質的でないと推定される（ド民第九〇六条・連邦イミシオン防止法第四八条）。このことから、ドイツ法においては公法上の規制に対して「私法上の評価」が一定程度与えられていることが窺える。<sup>(8)</sup> この捉え方の背景には、協調原則（環境保全に向けて事業者・市民・国・自治体が役割分担を果たすべきことを求める原則）が関係していると思われる。つまり、規制を遵守する操業の場合に私法上の責任を考えると、協調原則を適正に評価するかどうかが無関係でないと思われる。

(iii) 規制の私法上の評価への影響（事例） わが国の環境法においては規制と私法との関係を示す例が少ないようであるが、他の法領域においては見られるのではないだろうか。もしそのような例があるならば、それらの例は環境法上の問題とも底流において共通する部分があるのではないかと思われる。いくつかの例を概観することにする。

(a) 製品の安全規制と製品の欠陥判断——製造物責任法の場合 法令上の製品の安全規制は、製品の事故防止を目的とする最低基準である。これに対して、製造物責任法は製品事故が発生した場合の被害者救済を目的とする基本法である。両者は、その趣旨・目的は異なるが、製品の安全性の確保・向上につき相互補完的に機能する。

そこで問題は、安全規制に適合しないことが製造物責任法上の製品の欠陥判断においてどのような影響を与えるかである。安全規制に適合しているかどうかは、製品の欠陥の判断にあたって「重要な事情の一つ」として考慮される。すなわち、製品が安全規制に適合していない場合、最低限度の基準をも満たしていないのであるから、製品の欠陥が肯定されることが多いし、製品の種類・安全規制の内容・趣旨によっては、そのことから一応欠陥を推定することができる<sup>(9)</sup>。このことから、規制が私法上の評価に一定の影響を与えていることが分る。

(b) 交通安全規制と過失認定——不法行為責任 交通事故における過失肯定例においては、道路交通法規の定める定型的注意義務への違反があれば過失があるとみる傾向が強いとされる。例えば、前後左右の注視・確認、ブレーキ操作の不適切、徐行措置をとらなかつたこと、一旦停止なし、減速せず、制限時速超過等の道路交通法上の基準評価から、私法上の過失を導きだすという判例の傾向がある。<sup>(10)</sup>

(c) その他の例 男女雇用機会均等法（平一一年改正）は、職場における性的な言動に起因する問題に関する雇管理上の配慮義務を事業主に課している（同法第二条（いわゆるセクハラ問題への対応規定））。ところが、均等法が規定する配慮義務は行政指導の根拠とされるが、裁判規範性を有しないとされている。しかし、事業主が均等法上の配慮義務を尽くしているかどうかは、使用者責任（民法上）の「判断材料の一つ」とされる。つまり、現行の均等法の規定においても、事業主が配慮義務を怠っている場合には、セクハラ等の違法性判断に影響を及ぼし、使用者責

任を追及する場合の義務違反を推定するものとして援用することが可能となるとの指摘がある<sup>1)</sup>。両者は無関係ではないことになる。

(iv) 理論構成の遅れる環境法(最近の実例)——アスベスト(石綿)規制。これまで、アスベスト(石綿)は多様性があるため魔法の鉱物とされ、わが国においても建材等に大量に使用されている。しかし、その発癌性が指摘されている。わが国においても、ようやくその使用が原則禁止となる(労働安全衛生法施行令・平一六年(〇月一日改正)<sup>12)</sup>)。しかし、様々な課題が山積している。その課題の一つに、ここで考察している規制と私法との関係が無縁ではないと思われる。

すなわち、この度の規制(改正施行令)の導入以前に建物等に大量に使用されたアスベストが残っており、それを漫然と放置し飛散させた場合の私法上の責任の認定において、また建物等の取壊しの際に適切な対策をとらなかつた私法上の責任の認定において、先の規制の導入がどのような影響を与えるかである。この点は、全くの手付かずの領域であり、法的な枠組み形成を要する問題であると思われる(先のドイツの例<sup>13)</sup>、他の法領域の例<sup>14)</sup>(a)~(c)が参考に<sup>15)</sup>なる)。

(v) 任意規定の空洞化——規制に反する特約の効果。私法上の規定はその多くが任意規定から構成されている。そうすると、公法上の規制が導入されたとしても、特約を設定することによって私法上の負担は回避することが可能となるのではないかという懸念が生ずる(研究者の指摘)。公法と私法の関係が問題となる。本稿において考察している土壤汚染の場合も同様の問題が浮上すると思われる。例えば、取引上のレベルにおける汚染状況の調査義務・担保の補充義務が特約によって免除されることが予想される。

先述のように(先述(1))、土壤汚染対策法の制定によって、今後は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。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ないので、対象物件が瑕疵あるものとして一般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。

このことから、取引法レベルでも、土壤汚染は「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、土壤汚染の事前調査は今後常識化するはずである。さらに、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ため、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ても、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。

しかし、現実においては、汚染状況の調査義務・担保の補充義務(取引上の義務)を免除する特約が設定されるのではないかという懸念が生ずる。しかし、このような免除特約の効力を判断する際において、新法の規制(調査義務)の導入および不動産鑑定評価基準等の改正が影響すると思われる。そうであるならば、有効性判断に際して読込む要素の優先順位が変化すると考えられる。この点は、今後注目すべき問題であると思われる(なお、汚染除去等の費用負担の問題も考えられる。土壤汚染対策法によると、その除去費用の負担者は第一次的には土地所有者等(所有者・管理者・占有者)であるが、汚染原因者が明らかなきには原因者に求償できるとしている(第七条・八条)。このことから、新法は汚染者負担原則を貫いていると解される<sup>16)</sup>。ところが、現場においては、汚染除去費用を下請業者等が負う旨の特約を設定している場合がある<sup>17)</sup>である)。

これは実際に汚染地の造成を行うのは下請業者である場合が多いからである（先述①）。そうであるならば、このような特約の効力が問題となる場合があるはずである。問題は、下請業者が除去費用を負うとする特約の有効性を判断する際に新法の規制が一定の影響を与えるかである。特約の有効性判断に際し、新法によって導入された価値判断要素（つまり汚染者負担原則）がその有効性判断に際して重要な一要素となると思われる<sup>(14)</sup>。

#### (5) 土壤汚染と担保責任——その法的構成

先述のように(1)(2)(i)、土壤汚染対策法の施行後は、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地鑑定基準等の改正により土壤汚染は不動産の減価要因となる。そのため、土壤汚染は土地の瑕疵であると認定される方向に向うと思われる。そうすると、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、買主側としては従来より瑕疵担保責任（民第五七〇条）が追求しやすくなるのではないかとこのように言及した。これは、物の瑕疵としての法的構成（瑕疵担保構成）である。

これ対して、それはむしろ権利の瑕疵としての構成が適切ではないかとの指摘を受けた（研究者からの指摘）。担保責任に関して、なぜそのような法的構成の違いが生ずるのであるうか。そこで、まず物の瑕疵としての構成（瑕疵担保構成）をもう一度辿ってみることにする。次に、権利の瑕疵としての構成を検討してみることとする。

(i) 法的構成「1」——瑕疵担保責任（民第五七〇条） 従来の解釈によると、「瑕疵」とは、目的物に何らかの欠陥があることであるとされる。そこでいう欠陥とは、当該目的物が通常備えるべき品質・性能が基準になるほか、契約の趣旨によっても決まるとされる<sup>(15)</sup>。ここから言えることは、契約当事者がどのような品質・性能を予定していたかが重要となること分る。

さてそれでは、土壤汚染が瑕疵となるかが問題となる。土壤汚染対策法がリスク管理対象とする有害物質は、吸入・皮膚接触・経口摂取する物質（カドミウム・鉛・六価クロム・砒素など九項目）、土壤に含まれる有害物質が地下水に溶出しそれを飲用することなどで健康被害を受ける物質（アルキル水銀・農薬など二六項目（先の九項目を含む））を対象としている<sup>(16)</sup>。これらの有害物質に該当し、新法によって土壤の汚染除去等の措置を命じられるほどの汚染地（それと連動して国土交通省の新しい土地鑑定基準等により減価要因となる汚染地）は、地下水にまで汚染が進んでいることが少なく、現在また近い将来において表土にまで汚染が及び危険性がある。汚染された工場跡地の多くは今マンションなどの住宅地に転換されている。もし土地の購入目的が住宅や病院などの用地確保であるならば、先のような人の「健康被害」を生ずる有害物質による汚染はその土地の利用に支障をきたすことになる（重度の汚染の場合には目的達成不可の場合がある。軽度の場合でも減価要因として無視できないのは「心理的嫌悪感」(スティグマ)である)。そこであるならば、住宅や病院用地の買主から見れば、先の有害物質によって汚染された土地は当該目的物が通常備えるべき品質・性能を有しないと思えるはずである。用地購入契約の趣旨からも同様に判断されると思われる。従って、地下に隠れた土壤汚染は民法第五七〇条における隠れた瑕疵であると思われる。以上が、先の報告での法的構成（瑕疵担保責任（民第五七〇条））の前提である。

(ii) 法的構成「2」——権利の瑕疵型の模索 これ対して、それはむしろ権利の瑕疵としての構成が適切ではないかとの指摘があった。担保責任に関して、なぜそのような法的構成の違いが生ずるのであるうか。そこで、先の(i)物の瑕疵としての構成（瑕疵担保構成）と比較しながら、権利の瑕疵としての構成を検討してみる。

権利に瑕疵があるとするならば、権利に何らかの負担・制限が課されているといえるだろうか。幸いこの点に関連する問題（土壤汚染対策法の概要・課題）を先の報告において言及している（先述①(ii)）。それによると、土壤汚染対策法は、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）。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）。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して）（第五条・六条）。指定区域内の土壤汚染によつ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（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）。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、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）。

さらに、新法の目的は人の健康被害の防止に限定されているが、土地取引および産業界では、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。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、こう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（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。

新法の以上の内容から、土壤汚染の状況の調査及び汚染の除去等の主体となるのは土地所有者等（所有者・管理者・占有者）である。汚染の除去等については、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。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。しかし、現実には、汚染原因者が誰であるかが分らない場合が少なくない（古い汚染地の場合には過去の土地の履歴が残っていないかたり残っているも極めて曖昧で不明確であることが少なくない）。汚染原因者が分かった場合でも、自己の費用で除去等を行った土地所有者等が求償した汚染原因者に支払い能力のないこともある（その場合には支援基金を利用できない）（新法第二条）。このことから、土地所有者（つまり買主）は、調査・除去等の負担を課されることになる。この点に注目して構成するならば、汚染地の売買は「負担」によつて制約された所有権の売買といつことになると思われる。産業界の議論は、健康被害問題（新法の立法目的）というよりも事業再構築の阻害要因、つまり「経済的な問題」（負担・減価要因）（鑑定基準の改正）・減損会計の導入）に移っている。

(2) 二〇〇四年三月十七日付朝日新聞（朝刊）「不動産取得価格の届け出、義務化見送り」参照。

(3) 前掲注（2）記事（二〇〇四年三月十七日付朝日新聞）朝刊（参照）。

(4) 佐藤・前掲論文注（1）五三頁、「土壤環境ビジネスで活躍する企業」前掲資料注（1）五八頁一七三頁参照。

(5) 香川保一ほか編代・新版金融実務辞典四三三、六三六、一四三九頁（平七）、二〇〇四年三月二六日付朝日新聞（朝刊）「リそな、減損会計適用」二〇〇四年五月八日付朝日新聞（朝刊）「企業会計に〇五年問題」二〇〇四年五月三二日付朝

日新聞（夕刊）「減損会計総額八〇〇〇億円」二〇〇四年六月一日付朝日新聞（朝刊）「減損会計・経営の透明性アップ」

- 二〇〇四年六月二二日付朝日新聞(朝刊)「企業の不動産取引・損失額、売却益上回る」等参照。
- (6) 大塚直・前掲書注(1)三五頁、阿部泰隆・環境法(第二版追補版)四七頁(阿部・淡路剛久編・平一四)参照。
- (7) 大塚直・同右。
- (8) 松村・前掲書注(1)二五、二六九―二七八頁。
- (9) 升田純・詳解製造物責任法三八三―三八八頁(平九)、岡本佳世ほか・企業のPL対策九二頁(平七)参照。
- (10) 潮見佳男「過失責任の理論と現実(1) NBL四九八号五四頁(平四)、升田・前掲書注(9)三八六頁参照。
- (11) 水谷英夫・セクハラ救済ハンドブック二五―二六頁(平一三)参照。
- (12) 厚生労働省ほか「石綿含有製品の製造、使用等が禁止となります」(パンフレット)等参照(二〇〇四世界アスベスト東京会議のプレイベントが名古屋でありアスベスト禁止国際事務局の実態説明に接することができた。法的救済を必要とする人があるにもかかわらず法的構成の遅れが障害となって放置されている場合があることが実感できた)。
- (13) 大塚直・前掲書注(1)三一九頁参照。
- (14) 内田貴・民法(債権各論)一三三頁(平九)参照。
- (15) 太田ほか・前掲書注(1)三〇頁以下、一五六頁、平田・前掲書注(1)一四九頁(太田ほか・一三五頁、平田・一四二頁は瑕疵担保構成をとる)参照。

#### 四 むすび——問題点の整理

以上のように、五つの問題点(先述二新たな問題設定)を中心に考察を試みた。そこで以下では、それらの考察内容を実務的視点と理論的視点から整理することにする。

##### 「1」 実務的視点

急激に変化する背景事情 先の報告に対して複数の分野の方から背景事情についてご指摘をいただいた。それは次の三点である(先述三(1)急速に変化する背景事情)。それは、減損会計の導入、土壤汚染を巡る台帳等の未整備状態、汚染除去費用とその負担問題である。特に、減損会計の導入への対応は差し迫った問題であり、議論の前提問題として重要であると思われる(後述)。

改正不動産鑑定基準等の運用問題 土壤汚染対策法の導入にともなって不動産鑑定評価基準等の改正がなされた。しかし、それを現場でどのようにして運用するかが課題として残る(先述三(2)現場での運用への懸念——改正不動産鑑定基準等)。次の三点が問題であることが窺える。

まず、汚染の疑いのある土地の履歴を辿り、汚染状況を知る必要がある。しかし、現状においては汚染情報等を記した台帳等が未整備であることが分かる。次に、土壤汚染は局地的に浸透しかつ潜伏する特性を有するため、汚染の有無・程度を本格的に調査するには、専門的な技術能力を必要とする。さらに、調査を請負う専門機関・企業があるとしても、調査費用が採算のとれる適正水準にあるかどうか問題となる。汚染除去等の費用は調査費用より高額となるため、その費用が利用可能な水準にあるかが一層問われると思われる。

会計基準の変化 わが国においても減損会計の導入が迫っている。会計基準の変化と土壤汚染問題は無関係ではない(先述三(3)会計基準の変化——減損会計の導入)。

新法によると、土壤汚染の調査がなされるのは基本的に工場等の廃止時である(第三条)。基準に適合しない土地は公示され、人の健康被害が生ずる恐れがある場合には、汚染の除去等の措置が命じられる(先述一(1)④)。この段階まで至ると調査・公示・措置義務(規制レベル)が課され、汚染を考慮した時価評価による価格下落は避けられないはずである。

問題は、廃止された工場等の隣接地、つまり当該会計年度において新法の適用のない隣接地の評価である。新法によると、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。従って、隣接地の工場等が操業中である場合には、調査・公示・措置義務（規制）は課されない。しかし、廃止された工場等の汚染の存在・程度は公示されており、汚染の除去等がなされたかどうかも明白である。先述のように（一）（1）（イ）、不動産鑑定評価基準等の改正がなされており、不動産鑑定士は評価条件に土壤汚染がないものとして評価することはできなくなっている。新法の適用を受けた土地の隣接地は汚染が疑われるのが通常であるから、今後は取引法レベルにおいて調査義務が生ずると思われる。そうすると、汚染の浸透度によっては再評価が必要となる場合があるのではないかと思われる。

## 「2」 理論的視点

公法規制の私法ルールへの影響 土壤汚染対策法によって規制が導入されたことによって、今後取引法上のルールにどのような影響が生ずるか。これは、公法と私法を二元的に捉えるかどうかという問題と関係する。またこの問題は、特約による任意規定の空洞化にどのような影響を与えるかという点とも関係する（先述三（4）公法規制の私法ルールへの影響）。

わが国においては、環境公法と環境私法は一応独立した関係にあると考えられているようである。問題は、具体的な議論において、公法上の「規制」に対して私法上の評価が一定程度与えられるかどうかである（ドイツ環境法はその方向にあるようである）。わが国の環境法においてこの点はあまり議論されていないようであるが、先述の幾つかの他の法分野の事例分析から規制の私法上の評価への影響は無視できないことが窺える（先述三（4）（ロ））。この点は、手付かずの問題であり今後の課題である（先述三（4）（イ）（例えはアスベスト規制の私法上の影響問題））。

特約による任意規定の空洞化が問題となる。規制を無視する特約（取引法レベル）がある場合、その特約の効果を

判断する際に規制内容が考慮要素の一つとして重要になるとと思われる（先述三（4）（イ））。この点も、わが国ではあまり議論のないところである。

土壤汚染と担保責任 今後土壤汚染は、不動産の減価要因となる。そうであるならば、減価要因である汚染をどのように法的構成するかという問題が残る（先述三（5）土壤汚染と担保責任——その法的構成）。

汚染を物の瑕疵と捉える構成（瑕疵担保責任（民第五七〇条））と権利の瑕疵と捉える構成があり得ると思われる。なぜ捉え方の違いが生ずるのであるのか。

(i) 瑕疵担保構成 まず、瑕疵とは、目的物に何らかの欠陥があることである。そこでいう欠陥とは、当該目的物が通常備えるべき品質・性能が基準になる。住宅や病院用地の買主から見れば、有害物質によって汚染された土地は目的物が通常備えるべき品質・性能を有しないと考えるはずである。この視点からすれば、地下に隠れた土壤汚染は民法第五七〇条における隠れた瑕疵であると構成されると思われる（瑕疵担保構成をとる文献がある<sup>16)</sup>）。

(ii) 権利の瑕疵構成 土壤汚染対策法は、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。つまり、汚染原因者への求償が困難な場合、土壤汚染の状況の調査及び汚染の除去等の主体となるのは土地所有者等である。このことから、土地所有者（例えば買主）は、實際上調査・除去等の「負担」を課されることになる。この点に注目して構成するならば、汚染地の売買は負担によって制約された所有権の売買ということになると思われる（産業界の議論は、健康被害問題（新法の立法目的）というよりも再構築の阻害要因（負担・減価要因（鑑定基準の改正）・減損会計の導入）に移っている）。

(16) 瑕疵担保構成をとるものとして、前掲注(15)の二文献、木下・前掲論文注(1)三七頁がある。

(付記) 先の報告に対してご指摘をいただいたことにお礼を申し上げます。本稿は、それらのご指摘によるところが大きい。