

時機に後れた攻撃防御方法の却下に関する一考察 —東京高判平成20. 9. 25の検討を中心に—

齋藤善人

- I 東京高判平成20. 9. 25
 - 1 事案の概要
 - 2 原判決
 - 3 判旨
- II 時機に後れた攻撃防御方法の却下
 - 1 適時提出主義
 - 2 民訴157条の規律
- III 分析／結語
 - 1 原審と控訴審での「瑕疵」に関するXの主張の変遷をどう評価するか
 - 2 結びに代えて

I 東京高判平成20. 9. 25¹

1 事案の概要

(1) 本件は、Xを買主、Yを売主とする土地の売買契約（平成3年3月15日に契約締結、代金額23億円余）において、その目的物たる土地が有害物質に汚染されていたとして、Xが、第1審では、売買契約締結後に施行された東京都条例によって、汚染防止措置を講じなければならなくなったことをもって、また、控訴審では、土地が有害物質であるふっ素に汚染されていたことをもって、民570条の「隠れた瑕疵」に当たる旨主張し、Yに対して4億円余の損害賠償を求めたものである。

1 金融・商事判例1305号36頁。なお、本件の評釈として、和知麻里亜「土壤汚染と瑕疵」金融・商事判例1317号18頁、岡孝「土壤汚染と売主の瑕疵担保責任」判例タイムズ1291号43頁、深津功二「東京高判平成20・9・25における土壤汚染と『隠れた瑕疵』」NBL891号1頁。

(2) Xは、平成3年当時、東京都が進めていた荒川区日暮里と足立区舎人地区を結ぶ新交通システム（平成20年3月に開業した「日暮里・舎人ライナー」）の開設に不可欠な用地の被買収者に提供する代替地の取得、管理などを目的として設立された法人（公社）である。一方、Yは、大手ガラスメーカーの子会社で、主にふっ素機能商品の製造・販売を目的とする株式会社である。

(3) 本件土地は、昭和59年4月1日までは、株式会社Aが、同社がYに吸収合併された同日以降はYが、ふっ化水素酸を製造するための工場用地として使用していたものだった。

売買契約に先立つ、平成3年2月20日、本件土地の土壤調査の結果、土地の表層土に、東京都の定める公用地取得に係る重金属等による汚染土壤の処理基準値を超える量の鉛、砒素およびカドミウムが含有されている部分があることが判明した。平成4年4月2日、Yは本件土地をXに引き渡した。

(4) その後、平成12年12月22日、東京都は、東京都公害防止条例の全部を改正し、都民の健康と安全を確保する環境に関する条例として、平成13年4月1日に施行した。同年10月1日に施行された同条例117条は、1項で「規則で定める面積以上の土地において行う土地の切り盛り、掘削等規則で定める行為（以下「土地の改変」という）を行う者（以下「土地改変者」という）は、土壤汚染対策指針に基づき、当該土地の改変を行う土地における過去の有害物質の取扱事業場の設置状況等規則で定める事項について調査し、その結果を知事に届け出なければならない」と定め、2項で「知事は、前項の調査の結果、当該土地の土壤が汚染され、又は汚染されているおそれがあると認めるときは、土地の改変者に対し、土壤汚染対策指針に基づき、規則で定めるところにより当該土地の汚染状況を調査し、その結果を報告するよう求めることができる」と定め、3項で「土地改変者は、前項の調査の結果、当該土地の有害物質の濃度が汚染土壤処理基準を超えていることが判明したときは、土地の改変に伴う汚染の拡散等を防止するため、土壤汚染対策指針に基づき、規則の定めるところにより、汚染拡散防止計画を作成し、知事に届け出なければならない」と定め、4項で「前項により汚染拡散防止計画書の提出をした土地改変者等は、前項の汚染拡散防止計画書の内容を誠実に実施し、汚染の拡散の防止の措置が完了したときは、その旨を知事に届け出なければならない」と定める。そして、同条

例2条12号は、有害物質につき、「人の健康に障害を及ぼす物質のうち水質又は土壌を汚染する原因となる物質で、別表4に掲げるものをいう」と定義し、別表4には、鉛、砒素、カドミウム、ふっ素およびPCB等を含む26種類の有害物質が指定されている（ただし、ふっ素が同条例に基づく有害物質の指定を受けたのは、平成15年2月15日であった）。

(5) 平成14年4月、足立区は、新交通システムの江北駅（仮称）の駅前広場予定地をBから取得することになったが、その際、Bおよびその所有地上に建物を賃借して運送業を営んでいたCから代替地の提供を求められた。足立区の要請を受けたXは、本件土地をBらに対する代替地として提供すべく協議を開始し、平成3年2月20日の調査で本件土地が鉛、砒素およびカドミウムによって汚染されていたことが判明していたため、改めて土壌汚染調査を実施した。平成17年10月に行われた土壌汚染調査の結果、本件土地の表層土に都条例の定める基準値を超える鉛、砒素およびカドミウムのほか、ふっ素およびPCBが含有されている部分のあることが判明した。そのため、平成18年7月5日、本件土地の土壌汚染の事実を知ったBらは、これを代替地として受領することを拒絶した。

(6) その結果、Xは、本件土地の汚染土壌の掘削除去および封じ込めを行った後に、地域住民の福祉目的のために、公園用地として利用することを決定したため、都条例にいうところの「土地改変者」に該当し、同条例117条所定の土壌汚染調査および汚染の拡散防止措置を講じなければならなくなった。この調査によって、試料を採取した40地点のすべてで基準値を超えるふっ素が検出された。そのため、Xは、本件土地につき、土壌汚染対策工事をする必要が生じ、土壌汚染の除去等の拡散防止措置を実施するため、D建設共同企業体との間で、総額4億円余の土壌汚染対策工事請負契約を締結することを余儀なくされた。そこで、平成18年10月27日、XはYに対し、民570条の瑕疵担保責任に基づいて、4億円余の損害賠償を求めて訴えを提起した。

2 原判決²

(1) 原審は、「売買契約の目的物たる土地が、法令等により利用上の制限を

2 東京地判平成19. 7. 25金融・商事判例1305号50頁。

受けることは、売買契約の目的物として通常有すべき品質や性能を欠くものであり、民法570条にいう『瑕疵』に当たり得る。

しかしながら、瑕疵担保責任の規定が適用されるためには、その前提として、売買契約締結時において、目的物に『瑕疵』が存在することが必要であると解すべきである。

けだし、同条の瑕疵担保責任は、売買契約の目的物に『隠れた瑕疵』が存在する場合に、買主を保護すべく、売主に責任を負わせるものであり、売買契約締結後に目的物に『瑕疵』が生じた場合にまで、買主を保護して売主に責任を負わせるべき根拠を欠くからである。

そして、このように解さなければ、売買契約締結後に生じ得る瑕疵について、売主が永久に瑕疵担保責任を潜在的に負うことになるが、これは売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となる。

この点について、原告は、売買契約締結時において、買主が欠点を確認した場合でも、その欠点が買主にとって物の利用に影響する瑕疵と考えることができなかつたときは、『隠れた瑕疵』に当たるのであるから、法令等に基づく制限は、売買契約締結時に存在しなければならないものではない旨主張する。

しかしながら、本件のように、法令等による制限について瑕疵担保責任の規定の適用が問題となる場合において同規定が適用されるためには、売買契約締結時において、法令等により、目的物の利用が制限されていることが必要である。すなわち、売買契約締結時において、現に目的物の利用を制限する法令等が施行され、又は同法令の施行が確実に予定され、売買契約締結後に実際に施行されることが必要である。

けだし、売買契約締結時において、目的物の利用を制限する法令等の施行が確実に予定されていない場合においても、売主に瑕疵担保責任を負わせるとすれば、売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となるからである。

本件についてこれを見るに、原告は、土壌汚染の事実を『瑕疵』と主張するのではなく、本件都条例による規制を『瑕疵』と主張するが、本件都条例は、本件売買契約が締結された平成3年3月には存在せず、10年以上経過した平成

13年10月に施行されたものである。

よって、原告の主張は、売買契約締結時に存在しない瑕疵を『瑕疵』と主張するものであり、主張自体失当である。」として請求を棄却した。

(2) Xは控訴し、売買契約の締結当時、本件土地の土壤がふっ素で汚染されていたことが、本件土地の隠れた瑕疵であるとし、この瑕疵が都条例の制定、施行によって顕現化したものであると主張（を変更）し、総額12億円余の損害を被ったが、その一部として原審で提示した金額を請求するとした。これに対し、Yは、Xのかかる主張の変更は時機に後れた攻撃防御方法に当たるとし、却下の決定を求める旨の申立てをして争うとともに、売買契約締結時には、土壤内のふっ素について何ら法規制は存在せず、ふっ素が健康上有害であるとの社会一般の認識もなく、売買契約の当事者間においても、ふっ素が本件土地の経済的効用や交換価値を低下させるものとして認識されていなかったのであるから、売買契約締結の時点で、本件土地が通常有すべき品質、性能を備えていたことは明らかであると主張した。

3 判旨

(1) 本件には、売買契約の締結当時、規制の対象とされていなかった物質（ふっ素）が存在していたことが、売買契約の目的物たる土地の「瑕疵」に当たるのかという問題がある³。しかし、ここでは民570条の実体的瑕疵の判断基準に係わる議論には深入りすることなく、専ら控訴審でのXの主張（の変更）が時機に後れた攻撃防御方法に当たるとするYの主張の当否という手続的な問題に焦点を絞りたい。

(2) 被控訴人Yの民訴157条に基づく時機に後れた攻撃防御方法の却下の決定を求める申立てについて、本判決は次のようにいう。

「控訴人は、当審において、本件売買契約締結当時本件土地の土壤がふっ素で汚染されていたことが本件土地の隠れた瑕疵であるというべきであり、この瑕疵が本件都条例の制定、施行により顕現化された旨の主張をするところ、被

3 この問題については、岡・前掲「論文」〔前注1〕46頁以下、深津・前掲「論文」〔前注1〕1頁、和知・前掲「論文」〔前注1〕20頁以下、参照。

控訴人は、控訴人の上記主張が時機に後れた攻撃防御方法に当たるとし、民事訴訟法157条に基づく却下の決定を求める旨の申立てをしたので、まず、この申立てについて判断する。

控訴人は、原審において、(i)本件売買契約締結当時、控訴人は、本件土地がふっ素等で汚染されていたことを知らなかったとし、その後本件都条例が施行され、本件土地の土壤汚染調査を実施したところ、本件土地の土壤は、ふっ素等の有害物質により、本件都条例で定められた土壤汚染処理基準を遙かに超えて汚染されていることが明らかになったとし、本件都条例により、控訴人が本件土地を公園として使用することは本件土地の改変となり、これに伴う汚染拡散防止措置を必要とすることになったとし、本件都条例の規制を受けること自体本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があるというべきである旨主張し(訴状、原告平成19年2月21日付け準備書面)、(ii)本件売買契約締結当時、本件土地はふっ素等で汚染されていたが、本件都条例はいまだ制定されていなかったこと、その後本件都条例が施行され、控訴人が本件土地を公園用地として使用するについて本件都条例117条1項、同条3項及び4項により本件土地の土壤汚染調査及び汚染の拡散防止措置を行わなければならないという新たな規制を受けるに至ったこと、本件都条例により本件土地について上記のような規制を受けること自体が本件土地に瑕疵があったというべきであること、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張する根拠は、ふっ素等によって本件土地の土壤が汚染されていること自体を主張するものではなく、本件都条例によって定められた土壤汚染調査を行った結果、汚染が認められた場合には、汚染の拡散防止措置を執らなければならない、これを行わずには本件土地を公園用地として改変することができないという新たな規制を受けるに至ったのであり、そのこと自体が本件土地に新たに瑕疵があると本件都条例により公的に確認されたことを示すものである(本件都条例により隠れた瑕疵として公的に顕現化された)と主張するものであること、以上のとおり主張し(原告平成19年4月11日付け準備書面)、(iii)さらに、本件売買契約締結当時本件土地の土壤がふっ素等によって汚染されていたことは疑いのない事実であるが、当時本件都条例が施行されておらず、控訴人は上記土壤汚染が本件土地の使用に影響する瑕疵と考えることができなかったのであるから、本件都条例が制定、

施行され、工事費用の負担が生じたことで、売主の瑕疵担保責任が発生することとなったと主張していた（原告平成19年5月30日付け準備書面）。

これによれば、控訴人は、原審において、法的構成としては、文言上、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張する根拠として、ふっ素等によって本件土地の土壌が汚染されていること自体を主張するものではなく、本件都条例によって定められた土壌汚染調査を行った結果、汚染が認められた場合には、汚染の拡散防止措置を執らなければならない、これを行わずには本件土地を公園用地として改変することができないという新たな規制を受けるに至ったことをもって、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張していたものといわざるを得ないが、他方、控訴人の原審における主張の全趣旨にかんがみれば、控訴人は、①本件売買契約締結当時本件土地の土壌中にふっ素が（大量に）存在していたこと、②その後本件都条例が施行され、土壌汚染調査により、本件土地の土壌がふっ素等の有害物質で本件都条例で定められた土壌汚染処理基準を遙かに超えて汚染されていることが明らかになったため、本件都条例により、控訴人が本件土地を公園として使用することは本件土地の改変となり、これに伴う汚染拡散防止措置を必要とすることになったこと、③そのこと自体が本件土地に新たに瑕疵があると本件都条例により公的に確認されたことを示すものであることを主張していたのであり、上記①が上記②の不可欠の前提であることは客観的に明らかであったから、控訴人は、本件請求の根拠として、上記①及び②を主張していたものというべきである。控訴人は、本来ならば、法的構成としても、上記①及び②を根拠に、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があるというべきであると明示的に主張すべきであったのであり、明示的にそのように主張していれば、原審においても、控訴人が上記①と切り離して上記②だけを主張しているものと誤解されることはなかったというべきである。したがって、控訴人に法的構成における誤りがあったことは否定し難いが、その誤った法的構成においても、上記①が事実主張としては不可欠の前提であることは動かし難いから、控訴人は、原審においても、本件請求の根拠として、上記①及び②を主張していたものというべきである。

控訴人は、当審において、本件売買契約締結当時本件土地の土壌中にふっ素が（大量に）存在しており、土壌汚染が生じていたのであり、このことが本件

土地の隠れた瑕疵であるというべきであって、この瑕疵が本件都条例の制定、施行により顕現化された旨の主張を明示的にするに至ったが、控訴人の当審における上記主張は、本件請求の根拠として上記①及び②を主張するものであり、原審における控訴人の主張の全趣旨を変更するものではなく、法的構成における誤りを正したにすぎないものというべきである。

以上によれば、控訴人が当審において上記のとおり主張して法的構成における誤りを正したことは、控訴人が時機に後れて攻撃方法を提出したことには当たらないから、民事訴訟法157条に基づく却下の決定を求める被控訴人の申立ては理由がないというべきである。」

II 時機に後れた攻撃防御方法の却下

1 適時提出主義

(1) 口頭弁論において、当事者は判決事項に係る申立てを理由づけるため、様々な主張や証拠、すなわち攻撃防御方法の提出を行う。口頭弁論は、数回の期日にわたる場合であっても、一体のもの⁴であり、後の期日は前の期日を前提として続行されるから、当事者はいつの段階で、どのような攻撃防御を提出しても、同一の効果が保障される。

かつては「攻撃又は防御の方法は別段の規定ある場合を除くの外口頭弁論の終結に至る迄之を提出することを得」（旧訴137条）と規定していた⁵が、いつでも攻撃防御方法を提出できることは、当事者が訴訟の準備の都合や戦略上の理由から、攻撃防御方法の提出時期を決定することになり、たとえば、相手の手の内を見てから重要な主張や証拠を提出するといった攻撃防御方法の出し惜しみや、意図的な訴訟の引き延ばしを誘発する可能性もあり、訴訟遅延の懸念が大であった。

(2) そこで、現行法は「攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない」と定める（訴156条）。これを「適時提出主義」という。

4 これを「口頭弁論一体性の原則」という。

5 これを「随時提出主義」という。

(i)「攻撃又は防御の方法」とは、判決事項に係る当事者の申立て、たとえば、原告にとっては請求、被告にとっては請求棄却や訴え却下の申立てを基礎づけるために提出する一切の訴訟資料であって、事実上の主張、法律上の主張、証拠の申出などをいう⁶。

(ii)適時提出主義の下では、攻撃防御方法を提出すべき適切な時期がいつであるかは、訴訟の進行状況に応じて、個別具体的に定まる。ただ、ある攻撃防御方法の提出が、この「適切な時期」を逸した場合に、直ちに排斥されるのかについては、この適時提出主義自体は、当事者に攻撃防御方法の理想的な提出時期を訓示的に義務づけたものと解される⁷。したがって、実際の訴訟において、特定の攻撃防御方法を排斥する基準には、より具体化かつ明確化された規範が求められる。これが、時機に後れた攻撃防御方法で、訴訟の完結を遅延させるものの提出を制限する民訴157条である。

2 民訴157条の規律

(1)「当事者が故意又は重大な過失により時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法については、これにより訴訟の完結を遅延させることとなると認めるときは、裁判所は、申立てにより又は職権で、却下の決定をすることができる」(訴157条1項)。適時提出主義の採用は、迅速な審理を実現するためであり、当事者が必要もなく訴訟を引き延ばすといった不誠実な対応をとることは、信義則(訴2条)にも反する⁸し、そもそも攻撃防御方法の提出は、当事者の権限であり責務であるから、この責務を適切に果たさないときには、不利益を甘受してやむを得ないともいえる⁹。

(2) 時機に後れて提出された攻撃防御方法の却下の要件は、7) 当事者に故

6 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦・コンメンタール民事訴訟法Ⅲ328頁(日本評論社・2008)。本案の審理の必要を生じさせる当事者の訴訟行為である。これに対して、本案の申立て、つまり、訴えの変更や反訴の提起は、含まれない。

7 石渡哲「適時提出主義」伊藤眞＝山本和彦編・民事訴訟法の争点144頁(有斐閣・2009)、秋山ほか・前掲書〔前注6〕330頁。

8 ただし、一般条項たる信義則を根拠にして、そこから直接に攻撃防御方法の却下を導けるかに関しては、否定的に解すべきだろう。攻撃防御方法の却下を導く規範は、訴157条である。

9 秋山ほか・前掲書〔前注6〕335頁。

意または重大な過失があること、イ) 時機に後れて提出されたこと、ウ) 訴訟の完結が遅延することである。

(i) 故意または重大な過失は、訴訟の完結を遅延させることについてまで存する必要はなく、時機に後れて提出することについて存すればよい¹⁰。当事者がある攻撃防御方法を提出した際に、それよりも前に提出することができたのに、そうすることをせず、あるいは少しの注意を払えばそうできたのに、そうすることなく、提出したような場合である。その際、たとえば、重過失の判定において、本人訴訟では当事者本人の法律的知識の程度が考慮されるし、また、行使される攻撃防御方法の種類にも注意を要する¹¹。

(ii) 時機に後れたとは、当該攻撃防御方法が提出されるまでの訴訟の進行状況などに照らして、より早期の提出が期待できたことを指す¹²。単に期日の回数を重ねていることのみが基準となるわけではなく、たとえば、裁判所が一定の期間を定めて攻撃防御方法の提出を求めた場合（訴162条）や、当該攻撃防御方法に関して以前に裁判所が釈明したが、当事者が応じなかった場合に、その後その攻撃防御方法を提出するのは、時期に後れたものとなる¹³。

訴157条は、控訴審の訴訟手続に準用される（訴297条）。その際、控訴審での審理の進行状況のみを基準とするのではなく、原審と控訴審を通じた訴訟の状況に照らして、時機に後れたかどうか判断される¹⁴。したがって、たとえば、控訴審の早期の時点で攻撃防御方法を提出することは、控訴審から見れば時機に後れたものとはならないが、原審たる第一審の経過からの審理の進行状況からすると時機に後れたことになる場合があり得る。ただし、第一審からの

10 石渡・前掲「論文」〔前注7〕144頁、秋山ほか・前掲書〔前注6〕337頁。

11 たとえば、相殺の抗弁は仮定抗弁だから、当初の段階での提出を期待するのは困難であるゆえ、重過失の認定は狭くなろう。ただし、建物買取請求権について、建物の時価を認定するため、証拠調べの必要を生じさせる場合には、訴訟の完結を遅延させる時機に後れた攻撃防御方法として却下された（最判昭和46.4.23判時631号55頁）。

12 伊藤眞・民事訴訟法〔第3版3訂版〕256頁（有斐閣・2008）、新堂幸司・新民事訴訟法〔第4版〕443頁（弘文堂・2008）。

13 なお、争点整理手続、たとえば、弁論準備手続が終了した後の攻撃防御方法の提出については、当事者に弁論準備手続が終了する前にこれを提出できなかった理由を説明する義務を課し（訴174条）、この理由を合理的に説明できなかつたときには、訴157条の発動となる（訴170条5項による157条準用）。

14 大判昭和8.2.7民集12巻159頁、伊藤・前掲書〔前注12〕256頁、新堂・前掲書〔前注12〕444頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕230頁（有斐閣・2008）。

訴訟の経過に鑑みれば、時機に後れた攻撃防御方法の提出に該当すると思われる場合であっても、控訴審において、他の適法に提出された証拠の取調べのため、相応の時間を要するときには、その時間を利用することで訴訟の完結を遅延させることにならない場合もあり得よう。なお、控訴審での攻撃防御方法の提出の時期については、その期間の裁定の制度があり（訴301条1項）、この期間の経過後に攻撃防御方法の提出を行う場合には、裁判所に、期間内で提出できなかった理由を説明しなければならない（同条2項）。したがって、この説明に合理性がないときには、時機に後れたものと解される。

(iii) 訴訟の完結の遅延については、当該攻撃防御方法が本来提出されるべき時機に提出された場合に想定される訴訟の完結時期と時機に後れて提出された場合に想定される訴訟の完結時期とを比べ、前者が後者より早い場合に、訴訟の完結が遅延したと認定する立場（相対的遅延概念）と、時機に後れて提出された攻撃防御方法を斟酌した場合の当該訴訟の完結時期と斟酌しない場合の訴訟の完結時期とを比べて、後者が前者より早い場合に、訴訟の完結が遅延したと認定する立場（絶対的遅延概念）がある。

攻撃防御方法が適時に提出された場合と時機に後れて提出された場合のいずれにあっても、それを斟酌することで訴訟の完結時期が変わらないときには、適時提出主義の趣旨に反することはないから、本来は相対的遅延概念ということになるが、実際には時機に後れて提出された攻撃防御方法が適時に提出された場合の、訴訟の完結の時期を予想することはできない。それ故、訴訟の完結が遅延するとは、当該攻撃防御方法が提出されなかったなら訴訟を完結することができた時期（つまり、却下した場合に予想される訴訟完結の時期）よりも、その提出を許して審理した場合の訴訟の完結時期が遅くなることと解される¹⁵。したがって、新たな主張を提出することは、それによって証拠調べの期日を指定する必要を生じる場合には、訴訟の完結の遅延が認定されよう。また、口頭弁論終結の間際になって新たな主張を提出することは、それにつき相手方が直ちに認否できない以上、訴訟の完結を遅延させるものとなる。ただし、新

15 秋山ほか・前掲書〔前注6〕344頁、伊藤・前掲書〔前注12〕257頁、中野ほか編・前掲書〔前注14〕230頁。

たな事実の主張が提出されても、その認定が既に実施済みの証拠調べの結果で足りる場合には、訴訟の完結を遅延させるものとはならない¹⁶。

(iv)以上の要件を充足した場合、却下することができることから、却下するか否かにつき、裁判所の裁量に委ねられると解されるか。迅速な裁判の要請と十分な資料に基づいて適正な裁判をする要請とを比較衡量して、裁判所が判断できるとする説¹⁷もある。それによると、本条は、訴訟遅延防止という公益的要請に基づくというよりも、審理経過から見た相手方の信頼保護といった信義則的な趣旨によるものと理解され、従来実務上も不完全な資料に基づく誤判を避けるべく、弾力的に運用されてきたことに合致するという。しかし、現行法の審理構造、すなわち、争点および証拠の整理手続により早期に争点等を整理し（訴164-178条）、集中的に証拠調べを実施する（訴182条）というのは、迅速な審理を旨とするものであり、訴訟遅延の防止は至上命題の一つといえよう。とすれば、確かに規定の文言上は「裁判所は、…却下の決定をすることができる」とあるが、これは、却下する権限が裁判所にあることを意味するもので、要件が具備している以上、裁判所としては、裁量の余地なくこの権限を行使しなければならないと解すべきだろう¹⁸。

III 分析／結語

1 原審と控訴審での「瑕疵」に関するXの主張の変遷をどう評価するか

(1) Xは、本件土地につき、都条例の定める土壤汚染を調査し、汚染の拡散防止措置を講ずる義務を履行しなければ、公園用地として利用できないという制限を受けるに至り、かかる都条例による規制が民570条の瑕疵に該当する旨主張していたところ、原審は、「売買契約の目的物たる土地が、法令等により利用上の制限を受けることは、売買契約の目的物として通常有すべき品質や性能を欠くものであり、民法570条にいう『瑕疵』に当たり得る。…法令等によ

16 東京地判昭和32.10.29下民集8巻10号1992頁、名古屋高判昭和56.9.21判タ455号112頁、東京高判昭和59.12.21東高民時報35巻10-12号208頁など。

17 大阪地判昭和36.6.12下民集12巻6号1353頁、名古屋高判昭和47.7.13判時683号100頁、中野ほか編・前掲書〔前注14〕230頁。

18 伊藤・前掲書〔前注12〕257頁注113、石渡・前掲「論文」〔前注7〕144頁。

る制限について瑕疵担保責任の規定の適用が問題となる場合において同規定が適用されるためには、売買契約締結時において、法令等により、目的物の利用が制限されていることが必要である」とし、「原告は、土壤汚染の事実を『瑕疵』と主張するのではなく、都条例による規制を『瑕疵』と主張するが、都条例は売買契約が締結された平成3年3月には存在せず、10年以上経過した平成13年10月に施行されたものである。よって、原告の主張は、売買契約締結時に存在しない瑕疵を『瑕疵』と主張するものであり、主張自体失当」として、これを排斥した。

(2) 控訴審では、Xは請求の原因として、売買契約締結当時、本件土地の土壤がふっ素で汚染されていたことが、本件土地の「隠れた瑕疵」に該当するとし、この瑕疵が都条例の制定、施行により顕現化された旨主張した。これに対して、Yは、かかる主張が時機に後れた攻撃防御方法に該当するとして争ったところ、本判決は、「控訴人Xは、①本件売買契約締結当時本件土地の土壤中にふっ素が（大量に）存在していたこと、②その後本件都条例が施行され、土壤汚染調査により、本件土地の土壤がふっ素等の有害物質で本件都条例で定められた土壤汚染処理基準を遙かに超えて汚染されていることが明らかになったため、本件都条例により、控訴人が本件土地を公園として使用することは本件土地の改変となり、これに伴う汚染拡散防止措置を必要とすることになったこと、③そのこと自体が本件土地に新たに瑕疵があると本件都条例により公的に確認されたことを示すものであることを主張していたのであり、上記①が上記②の不可欠の前提であることは客観的に明らかであったから、控訴人は、本件請求の根拠として、上記①及び②を主張していたものというべきである。…控訴人は、当審において、本件売買契約締結当時本件土地の土壤中にふっ素が（大量に）存在しており、土壤汚染が生じていたのであり、このことが本件土地の隠れた瑕疵であるというべきであって、この瑕疵が本件都条例の制定、施行により顕現化された旨の主張を明示的にするに至ったが、控訴人の当審における上記主張は、本件請求の根拠として上記①及び②を主張するものであり、原審における控訴人の主張の全趣旨を変更するものではなく、法的構成における誤りを正したにすぎないものというべきである」として、訴157条に基づく却下の決定を求めるYの申立てを容れなかった。

(3) 何が民570条にいうところの「瑕疵」なのかについて、都条例によって汚染拡散防止措置等の義務を課されるといった規制を受けることが瑕疵であるという主張から、ふっ素という有害物質が土壤に含まれていたこと自体が瑕疵であると主張することが、瑕疵の捉え方の変更、主張の変更に当たるのか。

(i) この点、本判決は、原審におけるXの主張の全趣旨に鑑みて、①売買契約締結当時、本件土地の土壤中にふっ素が存在していたこと、②その後、都条例が改正、施行され、ふっ素が有害物質となり、本件土地を公園として利用することが土地の改変に該当し、汚染拡散防止措置が義務づけられたことを主張していたのだから、①が②の不可欠の前提たることは明らかであって、したがって、Xは、請求の根拠として、①および②を主張していたものと解した。つまり、原審では瑕疵の内容として②を主張し、控訴審に至って①を瑕疵として主張したのではなく、そもそも②の前提に①があるのであって、これが控訴審で顕現化しただけであるから、主張を変更したことには当たらず、時機に後れた攻撃防御方法の提出に該当しないという。

ただ、本判決にも言及があるように、「控訴人は、原審において、法的構成としては、文言上、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張する根拠として、ふっ素等によって本件土地の土壤が汚染されていること自体を主張するものではなく、本件都条例によって定められた土壤汚染調査を行った結果、汚染が認められた場合には、汚染の拡散防止措置を執らなければならない、これを行わずには本件土地を公園用地として改変することができないという新たな規制を受けるに至ったことをもって、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張していたものといわざるを得ない」との評価もあり得る。確かに、本判決にも見られるように、Xが原審で「本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張する根拠は、ふっ素等によって本件土地の土壤が汚染されていること自体を主張するものではなく、本件都条例によって定められた土壤汚染調査を行った結果、汚染が認められた場合には、汚染の拡散防止措置を執らなければならない、これを行わずには本件土地を公園用地として改変することができないという新たな規制を受けるに至ったのであり、そのこと自体が本件土地に新たに瑕疵があると本件都条例により公的に確認されたことを示すものである（本件都条例により隠れた瑕疵として公的に顕現化された）」と主張

するもの」であって、原審認定の争点に関する当事者の主張においても、「なお、原告は、本件土地の土壤が汚染されていることが『瑕疵』に当たるとして主張するものではない。」とされていた。しかし、この点につき本判決では、「本来ならば、法的構成としても、上記①及び②を根拠に、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があるというべきであると明示的に主張すべきであったのであり、明示的にそのように主張していれば、原審においても、控訴人が上記①と切り離して上記②だけを主張しているものと誤解されることはなかったというべきである」とし、単なる誤解として一蹴している。

はたして、原審で主張されている瑕疵の内容と、控訴審で主張されているそれとの関係を、前者の前提に当然後者が存在するのだから、瑕疵の捉え方の主張に変更があったとはいえないと判断することは適当か。民570条の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求としても、都条例によって汚染拡散防止措置を講じなければならなくなったことを瑕疵とするのと、土壤中に有害物質であるふっ素が存在することを瑕疵とするのでは、請求を理由づける具体的事実（請求原因事実）が違ってくることにはならないか。本判決は、「上記①が上記②の不可欠の前提であることは客観的に明らかであったから、控訴人は、本件請求の根拠として、上記①及び②を主張していたものというべきである」というが、Xの原審での「本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張する根拠は、ふっ素等によって本件土地の土壤が汚染されていること自体を主張するのではなく、本件都条例によって定められた土壤汚染調査を行った結果、汚染が認められた場合には、汚染の拡散防止措置を執らなければならず、これを行わずには本件土地を公園用地として改変することができないという新たな規制を受けるに至った」との主張、そしてそれへの裁判所の応答として、当事者の主張の認定に際して、「なお、原告は、本件土地の土壤が汚染されていることが『瑕疵』に当たるとして主張するものではない。」とし、また判決中の「原告は、土壤汚染の事実を『瑕疵』と主張するのではなく、本件都条例による規制を『瑕疵』と主張する」との説示から付度するに、Xは意図して、本件土地にふっ素が存在することではなく、都条例による規制を瑕疵の内容と構成していたものと評価するのが自然だろう。そうであるとすれば、本判決が「控訴人は、当審において、本件売買契約締結当時本件土地の土壤中にふっ素が（大量

に) 存在しており、土壤汚染が生じていたのであり、このことが本件土地の隠れた瑕疵であるというべきであって、この瑕疵が本件都条例の制定、施行により顕現化された旨の主張を明示的にするに至ったが、控訴人の当審における上記主張は、本件請求の根拠として上記①及び②を主張するものであり、原審における控訴人の主張の全趣旨を変更するものではなく、法的構成における誤りを正したにすぎないものというべきである」というのは、Xの意を善解し過ぎてはいないだろうか。

(ii) 本判決によれば、原審で主張した瑕疵の内容、すなわち都条例が施行され、土壤汚染調査により、本件土地の土壤がふっ素等の有害物質で都条例で定められた土壤汚染処理基準を遙かに超えて汚染されていることが明らかになったため、都条例により、控訴人が本件土地を公園として使用することは本件土地の改変となり、これに伴う汚染拡散防止措置を必要とするといった規制を受けるに至ったことの当然の前提に、本件土地の土壤中に有害物質であるふっ素が存在するという瑕疵があるのだから、前者を主張するということは黙示的に後者の主張を含んでいると解することになる。確かに、論理的にはふっ素で汚染されているからこそ、汚染拡散防止措置等の規制を受けるのであるが、民570条の損害賠償請求の根拠となる具体的な事実、瑕疵の内容としては、都条例の規制を受けるに至ったことと、ふっ素で汚染されていることは別個だろう。自ずと審理の中味も違ってくるはずではないか。それにもかかわらず、単に明示すべきだったものが顕現化されたとか、Xの主張を変更するものではなく、法的構成における誤りを正したにすぎないとして片付けることには躊躇を覚える。

2 結びに代えて

(1) 瑕疵の内容についてのXの控訴審での主張を、原審での主張を変更した新たな主張と捉えたと、これが時機に後れた攻撃防御方法として却下されることが問われる。訴157条の要件の問題となり、ア) 当事者に故意または重大な過失があること、イ) 時機に後れて提出されたこと、ウ) 訴訟の完結が遅延することを検討する必要がある。

この点、原判決の認定によれば、本件土地の土壤がふっ素に汚染されていた

ことが瑕疵に当たるとして主張するものではないとされており、かような記載が判決中に見られるということは、Xに対し、その主張に関して相応の釈明が求められたという経緯があったのではないかとの指摘がある¹⁹。続審である控訴審の口頭弁論も一体であるから、当該攻撃防御方法に関して以前に裁判所が釈明したが、当事者がこれに応じなかった場合に、その後その攻撃防御方法を提出するのは、時期に後れたものと解されようし、Xに重過失を認定してもやむを得ないだろう。そして、絶対的遅延概念によれば、Xによって新たな主張が提出されても、その認定が既に実施済みの証拠調べの結果で足りるような場合でない限り、それによってさらに証拠調べの期日を経由しなければならず、訴訟の完結の遅延が認定できることになるだろう。

(2) さて、本判決については、被控訴人Yの上告、上告受理申立てがなされていることから、第一審で行っていた主張の前提となると解されるような主張を、控訴審に至ってすることが、時機に後れた攻撃防御方法に当たるのかという問題に対する最高裁の判断が待たれるところである。

19 和知・前掲「論文」〔前注1〕20頁。