

平成16年(行ウ)第15号 公金支出差止等請求住民訴訟事件

原告 市民オンブズパ - ソン栃木 外2名

被告 宇都宮市長 佐藤 栄 一 外1名

## 準備書面7

2006(平成18)年12月6日

宇都宮地方裁判所 第2民事部合議係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 大 木 一 俊

同 同 米 田 軍 平

同 同 山 口 益 弘

同 同 須 藤 博

同 同 若 狭 昌 稔

## 目 次

ページ

第1	生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について.....	4
1	はじめに.....	4
2	生物多様性条約成立の背景.....	4
(1)	リオ・サミットと生物多様性条約.....	4
(2)	なぜ生物多様性を保護しなければならないのか? .....	5
(3)	生物多様性の内容.....	6
3	生物多様性条約の枠組み.....	6
(1)	条約の一般的受容と国内序列.....	6
(2)	生物多様性条約の直接適用可能性.....	7
(3)	生物多様性条約の意義.....	7
4	生物多様性条約が直接適用されることによる国家義務.....	8
(1)	国家義務を根拠付ける生物多様性条約.....	8
(2)	世界遺産条約との比較.....	8
5	生物多様性条約が他の法令の解釈基準となること.....	10
6	生物多様性条約と本件湯西川ダム建設事業.....	11
(1)	はじめに.....	11
(2)	ダム建設予定地周辺地域の生物多様性.....	11
(3)	生物多様性条約に基づく環境影響評価がなされていない.....	17
(4)	小括.....	20
第2	種の保存法との関係について.....	20
1	はじめに.....	20
2	捕獲・採取・殺傷又は損傷とは? .....	21
(1)	殺傷と損傷について.....	21
(2)	殺傷について.....	21
(3)	損傷について.....	22
(4)	法が禁止する「殺傷」、「損傷」行為とは何か.....	23

( 5 ) 適用除外行為からの考察.....	27
( 6 ) 殺傷と損傷の違い.....	29
3 本件湯西川ダム建設事業による国内希少野生動植物種への影響.....	29
4 小括.....	33
第3 ダム建設による景観上の影響.....	33
1 渓谷の水没.....	33
2 ダム建設後の湯西川渓谷.....	33
3 小括.....	34
第4 ダム湖の水質の問題.....	34
1 湖沼の水質問題.....	34
2 ダム湖の特殊性と環境基準.....	35
3 本件湯西川ダムの場合.....	36
4 水道水の異臭問題～異臭物質の生成.....	36
5 トリハロメタン問題.....	37
5 小括.....	37
第5 結 論.....	38

## 第1 生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について

### 1 はじめに

本件湯西川ダム建設事業のように環境に重大な影響を及ぼすことが明らかな事業については、事業者たる国土交通省（以下「国交省」という）は、その計画決定に当たって、環境影響評価義務、すなわち、事前に環境への影響について適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、環境の保全について適正に配慮すべき、条理法上の行政上の義務があること、及び、国はこの義務を尽くしていないことについては、準備書面6の第3（18頁以下）で述べた。

本準備書面では、上記条理法上の行政上の義務に加えて、国交省には生物多様性に関する条約（以下「生物多様性条約」という）上環境影響評価義務があること、及び、本件湯西川ダム建設事業について、国交省はこれらの環境影響評価義務を尽くしていないことを明らかにする。

### 2 生物多様性条約成立の背景

#### （1）リオ・サミットと生物多様性条約

生物多様性条約（甲第23号証）は、1992（平成4）年6月にブラジルのリオ・デ・ジャネイロで開催された国連環境開発会議（地球サミット）で条約に加盟するための署名が開始され、1993（平成5）年12月29日に発効した。2002（平成14）年2月現在で、182か国が加盟している。日本は1993（平成5）年5月23日に署名、批准し、平成5年条約第9号として成立している。

絶滅のおそれのある動物の輸出入等を規制する「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約（いわゆる『ワシントン条約』）」、湿地保全のための「特に水鳥の生息地として国際的に重要な湿地に関する条約（いわゆる『ラムサール条約』）」、自然遺産等を保護する「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約（いわゆる『世界遺産条約』）」など、野生生物等の自然環境の保護を目的とする国際条約が既に存在しているが、特定の野生生物の保護政策だけでは世界的に進行している自然破壊に対処できなかったことから、個別の種や特定の生態系に限らず、地球規

模の包括的な生物の多様性そのものを保護するためにと制定された国際条約が、生物多様性条約である。

( 2 ) なぜ、生物多様性を保護しなければならないのか

生物多様性条約の前文は言う。

「生物の多様性が有する内在的な価値並びに生物の多様性及びその構成要素が有する生態学上、遺伝上、社会上、経済上、科学上、教育上、文化上、レクリエーション上及び芸術上の価値」

「生物の多様性が進化及び生物圏における生命保持の機構の維持のため重要であること」

「生物の多様性の保全が人類の共通の関心事であること」

をそれぞれ意識し、確認する。

次のような事実を見れば、この意味は明瞭である。

農作物はもともと野生種に由来し、現代農業に見られる収穫率の高いハイブリット種は野生の遺伝子を絶えず活性化することによって得られている。現在利用し、将来利用できる可能性のある農作物の種は生態系が失われるとともに消滅してしまう。また、現在処方される薬の25%は植物を基にしている。熱帯雨林や原生自然の中で発見された植物の多くが深刻な病気の治療に役立っている。マダガスカル島で発見されたニチニチソウは小児白血病の治療薬に、アメリカ北太平洋岸の「原始の森」(オールド・グロス・フォレスト)に生育するイチイの樹皮から抽出される化合物(タクソール)は癌の治療薬に役立っている。この「原始の森」は、戦後木材生産のため主要な樹木であるダグラスモミが伐採され、低層に生育するイチイは商品価値がないものとしてブルドーザーでつぶされ、燃やされていた。1980年代に樹皮からの抽出化合物が癌に利くと分かったときには、イチイの木はもうほとんど残っていなかった。化合物が抽出できる木に成長するまで100年を要するという。そして一人分の薬が抽出されるのには三本の木が必要とされている。現在残っているイチイでは500人分しかないといわれる。1994年4月、クリントン大統領は、ワシントン州の木材伐採をそれまでの4分の1に削減し、「原始の森」を保護すると

もに、12億ドルを拠出してワシントン州の経済維持、雇用創出、再就職のための職業訓練などに努めた。

さらに、種の消滅は、生態系自体を破壊するものである。生態系は、降雨を調整し、洪水を統制し、酸素を供給し、炭酸ガスを吸収し、地域的、世界的気候に影響を与え、その他様々な恩恵を与える重要な役割をもっている。

もっと卑近な例を引けば、我々は自然の中に入って、詩を作り、絵を書き、歌を歌い、瞑想し、心を休めてきた。ちなみに「夕焼け小焼け」の歌は裏高尾が舞台である。これら自然から受ける精神的安らぎなどは金銭に決して見積もることができず、かつ、現代の人間にとって必要不可欠のものであることは誰でも認めるであろう。

### (3) 生物多様性の内容

このような理由から、生物多様性自体を世界的に保護するために生物多様性条約が生まれたのである。本条約は、生物多様性の定義として、「すべての生物（陸上生態系、海洋その他の水界生態系、これらが複合した生態系その他生息又は生育の場のいかなを問わない）の間の変異性をいうものとし、種内の多様性、種間の多様性及び生態系の多様性を含む。」（2条）とする。

種間の多様性は種の多様性の意味であり、種内の多様性は同一種の中での遺伝子の多様性を指す。種とは一般に生殖可能な範囲における閉鎖された系と言われ、生殖・交配の可能性の有無で区別される。ライオンとトラは人工的に間の子は作れるがこれには繁殖能力がないので別種となる。生態系とは、ある地域の地形、地質、気候など生物以外の客観的存在（これを環境という）とそこに棲む生物群集とを併せた全体を意味する。例えばツンドラでは、冷たい気候と地下の永久凍土などの環境とそこに生育する高山植物や動物などの全体を指してツンドラの生態系ということになる。

## 3 生物多様性条約の枠組み

### (1) 条約の一般的受容と国内序列

日本では、日本国憲法 98 条によって、条約が優位する一元論にたち、その国内法的効力については条約をそのままの形で国内法として一般に受容し執行する方式である一般的受容方式を採用していることに争いはない。すなわち、条約は、そのままの形で、天皇の公布により国内的効力をもつのであって（日本国憲法 7 条 1 号）、その誠実遵守をうたう規定（同 98 条 2 項）の趣旨に照らしても、法律制定という国内法化のための特段の経路を経る必要はない（一般的受容のうちでも自動受容を採用している）。

また受容された条約の国内における序列については、条約は憲法には優先しないが個々の法律には優先するとするのが通説である。

## （ 2 ） 生物多様性条約の直接適用可能性

条約が国内効力を有し法律に優先するとしても、特定の条約の条文規定が国内で何の措置もとらずに直接適用されるかどうかはさらに検討しなければならない。一般には、その判断は各国が行う、とされるものの、実際には各国とも共通している。現在の世界の国では、条約に国内効力を認める場合には直接適用力があると推測され、特にその条約の条文規定が明確である場合には直接適用力があるとされている。日本の実務でも少なくとも条文規定が明確であれば条約の規定に直接適用力を認めている（甲第 25 号証の 11 ~ 12 頁）。

## （ 3 ） 生物多様性条約の意義

以上から、次のことを指摘できる。

まず、この条約は法律に優先することから、種の保存法や自然公園法を解釈する際に、その解釈の基準を条約に求めることができるほか、不十分な法律については生物多様性条約によってその内容、解釈が補完されること、及び条約の条文規定が明確であることによって直接適用力を肯定できる場合には、本条約の条文規定を直接に適用して、国の義務を確定することができること、である。

#### 4 生物多様性条約が直接適用されることによる国家義務

##### (1) 国家義務を根拠付ける生物多様性条約

生物の多様性という、日本にとって最も優先すべき利益の一つを保全するために、いかなる義務が日本国に課せられているのであろうか。

確かに条約8条や9条の規定する具体的・積極的施策をとることは、対外的に日本国家に課せられた義務ではあるが、それを根拠に国内において国民が具体的請求権として特定の施策をとる権利があるとはすることができないのは当然であろう。

しかし、日本国家には条約に規定する生物多様性を保全する義務が課せられること、また、例えば本件で問題になっているように、国が積極的に生物多様性を破壊するような場合には、国民がその破壊行為をもって生物多様性保全義務に違反していると主張して、裁判所に救済を求めることは可能でなければならない。また条約14条は、環境影響評価について定めているところ、国内手続における環境影響評価が条約に即した十分な評価がなされていない場合に、その違法性を主張して同じく裁判所に救済を求めることも可能でなければならない(甲第25号証の12~13頁)。

特に本件のように、原告らが個人の国家に対する請求の根拠として本条約を挙げるものではなく、国家の行為であるダム建設行為を違法と認定する根拠として本条約を挙げる場合には、このような解釈はより妥当性を有する。一般に、後者の場合には、前者の場合に比べて、条約が直接適用されるための要件(例えば明確性)は緩やかであるとされ、同一の条約であっても、前者の場合には直接適用が不可能であるが、後者の場合には可能とされる場合があり得るといわれているからである(岩沢雄司「条約の国内適用可能性」有斐閣1985年)。

##### (2) 世界遺産条約との比較

「締約国は、自国の領域内に存在する文化遺産及び自然遺産の保護、保存及び整備のための効果的かつ積極的な措置が取られることを確保するため、可能な範囲内で、かつ、自国にとって適当な場合には、次のことを行うよう務める。」と規定する世界遺産条約5条(甲第24号証)に関し



て、オーストラリアの裁判所は、明確な義務を設定しており、拘束力があると判断している（甲第25号証の12頁）。生物多様性条約にも、世界遺産条約と同様に具体的な施策を義務付ける規定（たとえば8条、9条）が存在するが、生物多様性条約の条文は、「締約国は、可能な限り、かつ、適当な場合には、主として生息域内における措置を補完するため、次のことを行う。」（9条）、となっており、「次のことを行うよう務める。」とする世界遺産条約の規定よりも、義務付けの趣旨が明確である。このように、文言の明確性及び生物多様性の保護の重要性からして、生物多様性条約の条項は、締約国に対して、具体的な施策をとることを義務付けているものと見るべきであり、ここでは「行動するかしないかの裁量」は認められていない、と解すべきである。生物多様性保全のために「何もしないこと」は同条項からは義務違反行為になる。

つまり、生物多様性条約は、例えば8条（生息域内保全）、9条（生息域外保全）において、極めて具体的な施策をとることを「実現可能な限り」行うよう国際法的に義務付けている上、さらにこれらの条項は、少なくとも締約国が国内において「何もしないこと」あるいは「積極的に生物多様性を破壊すること」を禁止し、それらの不作為、作為をも義務違反と規定するものである。

生物多様性条約におけるこのような義務の存在は、同条約26条で「条約を実施するためにとった措置及びこの条約の目的を達成する上での当該措置の効果に関する報告書を締約国会議に提出」しなければならないこと、及び附属書での仲裁、調停手続の規定によっても根拠付けられる。もし拘束力ある義務ではなく宣言的な努力目標の提示でしかないとすれば、報告義務など発生させる必要はないし、まして条約の適用についての「紛争」など生じようもないからである。このような生物多様性条約の解釈は、条約法に関するウィーン条約31条の解釈基準にも合致する。

以上は生物多様性条約8条、9条から考察したが、「何もしないこと」あるいは「積極的に生物多様性を破壊すること」を禁止していることは、さらに同条約1条の目的からも導かれると解釈されている（甲第25号証12～13頁）。

生物多様性条約からはなんらの拘束力ある義務は発生しないとする解釈は、国際社会において糾弾されることになる。

## 5 生物多様性条約が他の法令の解釈基準となること

前項では、生物多様性条約8条、9条が、国に対して生物多様性保全に関する義務を課す規定であること、「何もしないこと」や「積極的に生物多様性を破壊すること」を禁止していることについて述べた。しかし前記のとおり、生物多様性条約はさらに関係法令の解釈基準となったり、生物多様性保全に不十分な法令を条約によって補完して解釈したりする手段にもなる。これは条約が法律よりも上位法であるとする通説的理解からは当然の帰結である。

以下、本件に関わるものと思われるものを具体的に上げることとする。

### 種の保存法

生物多様性保全の施策として、日本では絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律（以下「種の保存法」と略する）がある。同法の効力については次項によるが、ここでは次の点を指摘しておく。

種の保存は、生息地を含めた生態系全体の保全を切り離してはありえないことである。生物多様性条約が、そもそも多様性として遺伝子、種、生態系の3つを掲げていることはそのことを端的にあらわしている。したがって、種の数だけに着目して保全を考えるのではなく、生息地の保全、生息地破壊の禁止が種の保存法上要求されなければならない、種の保存法が明確でなければ、条約の目的から補完的に生息地の保全と破壊の禁止を解釈しなければならない。

### 環境影響評価法

種や生態系は現在の科学でそのすべてがいまだ解明され尽くしているわけではない。当初に述べたように人類生存の基礎であり、人類に多大な有形無形の利益をもたらす自然はその全容が解明されていないが故に、第一義的に無条件にその保全を条約によって確認したものである。したがって、少なくとも何らかの開発行為等自然に影響を与える事業がある場合には、まず環境影響評価を充実させることが締約国の義務として具体的に規

定されているのである（条約 14 条）。

日本も 1997（平成 9）年に環境影響評価法を制定したが、当然のこととして、これによって条約上課せられた義務がすべて果たされたわけではない。第 1 に、不十分な環境影響評価による事業の場合には条約を根拠として、環境影響評価のやり直しや事業の停止が求められなければならない。第 2 に、環境影響評価法の対象外の事業であっても、もし多様性保全に重大な影響がある場合には条約によって環境影響評価が求められなければならない。これら第 1、第 2 の場合には少なくとも当該事業行為は違法であると断じられなければならない。第 3 に、環境影響評価によって、現在の科学では「解明され尽くしていない」ゆえに、評価ができないような場合であっても、そのことを理由に開発が認められては決してならない。なぜならこのような事態こそが条約によって排除されることを主眼としているからである。

以上のとおり、日本において生物多様性に影響を及ぼすおそれのある事業を行う者は、準備書面 6 の「第 3 湯西川ダムの環境上の問題点」で述べた条理法上の行政上の環境影響評価義務に加え、生物多様性条約が発効した 1993（平成 5）年 12 月 29 日以降は、本条約 14 条 1 項に基づき、事案に即した実効性ある環境影響評価義務も負うことになるのである。

## 6 生物多様性条約と本件湯西川ダム建設事業

### （1）はじめに

本件湯西川ダム建設事業が生物多様性条約に違反しているか、否かを検討するに当たっては、ダム建設予定地周辺地域の生物多様性の状況と同条約 14 条 1 項に基づいた事案に即した実効性ある環境影響評価が行われたかが指標となる。以下この 2 点について考察する。

### （2）ダム建設予定地周辺地域の生物多様性

原告らは、ダム建設予定地周辺地域の生物多様性の状況を知るため、2006（平成 18）年 8 月 29 日付けで国交省関東地方整備局に対して行政文書の開示請求を行ったところ、同年 10 月 16 日付けで一部開示の決

定がなされ（甲第26号証の1～21）、同月24日に開示文書の写しが原告ら代理人宛に送付された。この送付された文書の大部分には黒塗りがなされていたが、それでも以下のとおり、ダム湛水予定地区周辺部は自然が極めて豊かであることが明らかになった。

ア 平成15年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書～甲第27号証～

湯西川ダム環境調査検討業務は、「ダム事業における環境影響評価法に基づく環境影響評価の考え方を踏まえ、必要な現地調査を実施し、湯西川ダム建設事業に係わる環境影響検討に資するもの」として行われているものである（「平成15年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書」甲第27号証の本編1-1）が、この2003（平成15年）度版によると湯西川ダム建設予定地周辺地域の生物多様性の状況は次のとおりである。

植物補足調査では、110科653種が確認され、そのうちノダイオウ、ケヤマシャクヤク、チョウセンキンミズヒキ、ホソバツルリンドウ、タチイチゴツナギの5種は環境省のレッドデータブックに絶滅危惧 B類（Aほどではないが、近い将来における絶滅の危険性が高い種、後2種）あるいは絶滅危惧 類（絶滅の危険が増大している種、前3者）として掲載されている貴重な種である（本編2.1-6）。

陸域特殊性（風穴）調査では、冷気の吹き出す風穴が多数あり、その中でもダムサイトの近接した赤下地区の風穴近辺には絶滅危惧 B類とされるスルガヒョウタンボク及び絶滅危惧 類のオニヒョウタンボクの生育地があるとされている（本編2.1-43～46）。

また、清流にしか生息しないイワナの産卵床が105箇所、同じくヤマメの産卵床が26箇所確認され、山地の溪流や湖沼に生息する大型のカワセミ類のヤマセミの営巣地が3箇所、峙（ねぐら）が2箇所確認されている（業務結果の要旨等）。

イ 平成16年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書～甲第28号証～

2004（平成16）年度には、「栃木県レッドリスト（H16.8.31）」が公開されたのを受け、新たにリストアップされた重要な種の中で、当該

地域において生息する状況を把握する必要があると考えられるコウモリ類」（本編3頁）、「冬季におけるトモエガモ、イワヒバリ、ヤマドリ、フクロウ、オオアカゲラ、キバシリなど、栃木県レッドリストにより新たに重要な種として上げられた種を中心に生息状況を確認することを目的とした」（本編12頁）重要な種補足調査が行われ、その結果が「平成16年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書」（甲第28号証）にまとめられている。

コウモリ類では、2005（平成17）年3月8日～11日の4日間の調査であったが、栃木県レッドリストで準絶滅危惧にランクされているコキクガシラコウモリが確認され（本編9頁）、鳥類では、2005（平成17）年2月23日～25日の3日間であったが、栃木県レッドリストで絶滅危惧類にランクされているクマタカとハヤブサ及び準絶滅危惧類にランクされているヤマドリとキバシリを含め、10目26科46種が確認されている（本編18頁～20頁）。

なお、クマタカ及びハヤブサについては、環境省のレッドデータブックでも絶滅危惧B類にランクされ、種の保存法により国内希少野生動植物種に指定されている。

#### ウ 平成17年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書～甲第29号証～

2005（平成17）年度においても、「平成17年3月に発刊された『レッドデータブックとちぎ』の掲載種を主な対象とし、『ダム事業における環境影響評価の考え方』（2000年、河川事業環境影響評価研究会編）を踏まえた重要な種の生息地等を把握する現地調査を実施し、湯西川ダム建設事業における今後の保護・保全に資するための基礎データを収集するため」湯西川ダム環境調査検討業務が行われ（甲第29号証の本編1.1）、その結果が「平成17年度湯西川ダム環境調査検討業務報告書」（甲第29号証）にまとめられている。

植物については、春季調査では19種、夏季調査では12種、秋季調査では17種、合計19科35種の重要な種（レッドデータブックとちぎ掲載種）が確認され、うちイワカラマツ、ベニバナヤマシャクヤク、ツルキ

ケマン、エゾヒョウタンボク、クリヤマハハコ、キンセイラン及びサルメンエビネの7種は環境省のレッドデータブックで絶滅危惧 B類にランクされているものであり、ノダイオウ、オオビランジ、ハルカラマツ、ケヤマシャクヤク、チョウセンキンミズヒキ、イヌハギ、スズサイコ及びエビネの8種は絶滅危惧 類にランクされているものである。なおオオビランジ、イワカラマツ、イヌハギ及びマキエハギの4種は、過去調査での確認記録はなく、この調査で新たに確認された種である(本編2-8)。

コウモリ類については、コキクガシラコウモリ、キクガシラコウモリ、ヒメホオヒゲコオモリ、モモジロコウモリ、クロホオヒゲコオモリ、クビワコウモリ、ヒナコウモリ、ニホンテングコウモリ及びニホンコテングコウモリの9種が確認され、ダム湛水予定地区周辺部はコウモリ類の宝庫であることが明らかとなった。これらのうち、ヒメホオヒゲコオモリ、クロホオヒゲコオモリ及びクビワコウモリの3種は、環境省のレッドデータブックで絶滅危惧 B類にランクされているものであり、ヒナコウモリ、ニホンテングコウモリ及びニホンコテングコウモリの3種は絶滅危惧 類にランクされているものである。なお、夏季に確認したクビワコウモリは栃木県における初記録である(本編2-22)。

レッドデータブックとちぎで絶滅危惧 類にランクされているカワネズミについては、11地点で16個体が確認されており(本編2-33)、コウモリ類とカワネズミ以外の哺乳類では、春季調査で11種、夏季調査で16種、秋季調査で12種合計16種が確認された。そのうちジネズミ、ヒメヒミズ、ヤチネズミ、スミスネズミ及びアナグマの5種がレッドデータブックとちぎ掲載種で、ニホンカモシカは特別天然記念物であった(本編2-46)。

鳥類については、14目35科89種が確認され、そのうち、チュウサギ、オシドリ、マガモ、ミサゴ、オオタカ、クマタカ、ハヤブサ、ヤマドリ、アオバト、コノハズク、アオバズク、フクロウ、ヨタカ、オオアカゲラ、サンシュウクイ、ノビタキ、クロツグミ、コサメビタキ、キバシリの19種がレッドデータブックとちぎ掲載種であった(本編2-54)。

両生類については、トウホクサンショウウオ、アズマヒキガエル、ヤマ

アカガエル、ツキガエル、モリアオガエル及びカジカガエルの2目3科6種が、爬虫類については、トカゲ、カナヘビ、タカチホヘビ、シマヘビ、ジムグリ、アオダイショウ、シロマダラ、ヒバカリ、ヤマカガシ及びマムシの4科10種が重要な種(レッドデータブックとちぎ掲載種)として確認された(本編2-65)。

魚類については、8科17種が確認され、うちアブラハヤ、シマドジョウ、ニッコウイワナ及びカジカの4種が重要な種(レッドデータブックとちぎ掲載種)であった(本編2-78)。

陸上昆虫類については、13目155科1091科が確認され、そのうち、ムカシトンボ、ムカシヤンマ、ヒシウンカモドキ、チッチゼミ、エゾゼミ、ベニモンマキバサシガメ、ムラサキトビケラ、キバネセセリ、オオチャバネセセリ、オナガシジミ、カラスシジミ、ミドリシジミ、ヒメシジミ、ウラミスシジミ、コムラサキ、オオムラサキ、ツマグロキチョウ、ヨシノキシタバ、ヨシヨトウ、ホソヒメクロオサムシ、ナカネダルマガムシ、ヒメオオクワガタ、アイヌテントウ、ムツキボシツツハムシ及びアルマンアナバチの26種が重要な種(レッドデータブックとちぎ掲載種)であり、また、ヒメウンカモドキ、オナガシジミ、ウラミスシジミ、ナカネダルマガムシ、及びムツキボシツツハムシの5種は過去調査での確認記録はなく、本調査により新たに確認された種であった(本編2-89)。

底生動物については、春季調査によって7綱18目62科162種が確認され、そのうちムカシトンボ、トワダカワゲラ属の1種(トワダカワゲラかミネトワダカワゲラ科の同定は困難とのこと)及びムラサキトビケラの3種が重要な種(レッドデータブックとちぎ掲載種)であった(本編2-97)。

陸産貝類については、4目16科50種が確認され、そのうちナガタネガイ、ヤマトキバサナギガイ、キセルモドキ、クニノギセル、ヤマコウラナメクジ、スジキビ、ニッコウヒラベッコウ、カントウベッコウ、ツノイロヒメベッコウ及びカワナビロードマイマイの10種が重要な種(レッドデータブックとちぎ掲載種)であった(本編2-103)。

エ 平成17年度湯西川流域猛禽類調査検討業務結果報告書～甲第30号証～

猛禽類については、上記ア～ウの湯西川ダム環境調査検討業務とは別個に、「湯西川流域及びその周辺に生息する猛禽類について現地調査を行い、その生息状況を把握し、湯西川ダム建設事業に係わる猛禽類の保全策を検討するための基礎資料を作成する」ための調査が行われており、その2005（平成17）年度における調査結果をまとめたものが「平成17年度湯西川流域猛禽類調査検討業務結果報告書」である（甲第30号証の1頁）。

調査対象は、「平成16年に公表された『栃木県版レッドリスト』の掲載種であるオジロワシ、クマタカ、イヌワシ、オオワシ、オオタカ、チュウヒ、ハヤブサ、ミサゴ、ハチクマ、ハイタカ、サシバ、ハイイロチュウヒ及びコチョウゲンボウの13種である（甲第30号証の1頁）。

このうち、オジロワシ、クマタカ及びイヌワシの3種は環境省のレッドデータブックでは絶滅危惧 B類に、オオワシ、オオタカ、チュウヒ及びハヤブサの4種は絶滅危惧 類に、ミサゴ、ハチクマ及びハイタカの3種は準絶滅危惧類にランクされている（甲第30号証の2頁）。

この報告書によると、クマタカ、イヌワシ、オオタカ、チュウヒ、ハヤブサミサゴ及びハイタカの7種については、通年確認することができ、オジロワシ、オオワシ、ハイイロチュウヒ及びコチョウゲンボウの4種については冬期に、ハチクマ及びサシバについては春期～秋期にそれぞれ確認することができるとのことである。

オジロワシ、オオワシ、クマタカ、イヌワシ、オオタカといった大型の猛禽類は生態系の頂点に君臨する生物であり、これらの野生動物が本件湯西川ダム建設予定地周辺で見られ、また、クマタカに関しては、1995（平成7）年以降、4番（つがい）について繁殖状況が調査されている（2頁）ということは、同地域がいかに生物多様性に富んでいるかを示している。

しかし、他方で、2004（平成16）年及び2005（平成17）年の2年間で合計3回の繁殖中断が確認されており、本件湯西川ダム建設工事との関連が疑われるところである（2頁）。



## オ 小括

以上のとおり、ダム湛水予定地区周辺部は、多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかとなった。

1985年評価書(甲第22号証)ではこのような詳細な調査報告はなされていなかったのであり、このことは、本件湯西川ダム建設事業の計画決定にあたって行われた1985年環境アセスメントが極めて杜撰であり、環境保全のために実効性あるものとは到底言えないものであったことを示している。

また、ダム湛水予定地区周辺部が多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかになったのであるから、生物多様性条約が発効した1993(平成5)年12月29日以降においては、日本政府は、同条約に基づき、その国際的義務として、その生物多様性を保全すべき義務を負っており、そのための方策として、改めて同条約14条1項に基づき、事案に即した実効性ある環境アセスメントを行い、その結果に基づき、影響の回避(本件湯西川ダム建設事業計画の中止)、影響の最小化(本件湯西川ダム建設事業計画の変更)、代償(植物については移植)の3段階からなるミチイゲーションを検討しなければならなくなったといわなければならない。

### (3) 条約に基づいた環境影響評価がなされていない

#### ア 本件湯西川ダム建設事業が環境に与える影響

前記(2)で述べたように、本件湯西川ダム建設予定地周辺部は、日本でも有数の自然の宝庫といえる場所である。植生の豊かさ、哺乳類、鳥類、爬虫類、両生類、昆虫類など、その種の多様性とそれをはぐくむ生態系の豊かさは、特筆すべきものがある。

本件湯西川ダム建設によって、まず湛水地域となるダム上流部の自然は、完全に破壊される。また、自然の流水ではない人工的な流水によって、ダム下流の自然も破壊される。自然河川は、瀬や淵をつくり、それぞれに生態系を作り、瀬には瀬の、淵には淵の生物が生息、生育する。これらは大水によって変化し、新しい生態系を作り出す。このような時間の変化と生態の遷移によって、生態の多様性が確保される。ダム建設によって、これ

らの自然の営みは完全に壊される。人工的に管理される流水は、自然の営みを壊すだけでなく、もし大量の雨によって貯水位まで水位が達した場合には、ダム自体を守るために「ただし書き操作」に入り、流入量と同じ放流を始めるため、自然状態ではなかった大量の水が突然一気に流れる事態をも引き起こす。これは自然だけではなく下流の住民にも多大の危険を及ぼす（2001〔平成13〕年8月10日北海道門別町の水害はこの結果である。その他、ダムのただし書き操作による洪水の発生は、各所で報告されている。）。

ダムは、ダムそのものによって、自然を壊し人間の営みを破壊するものである。

次に、ダム湖の影響により地域の平均気温の低下を招くことが指摘されている。ダム湖は大量の水を保有するために、気温よりも低い水面が周囲の気温を低下させることは当然である。蒸発する水蒸気は大気の気温が低い場合には霧を発生させる。この結果、発生した霧は日光をさえぎり、地温を低下させる。農作物へ与える影響は深刻になるであろう。これらの気温、地温の低下は、自然環境の重要な気候の変動であり、生態系の変化を意味する。植生の変化、生息する動物の生息地の改変となり、生物多様性に重大な影響を与える。これらについて、十分な調査は一切行われていないが、否定することはできない。

環境の変化は、気温、地温ばかりではない。風の影響も考えられる。谷筋に巨大な「壁」が出現するのであるから、従来 of 風力、風向などが著しく変化する。これもどのように変化するのかはほとんど調査されていないので不明であるが、風力、風向の変化は、生態系の変化であり、植物、動物の生態への影響は計り知れない。

以上のように、本件湯西川ダム建設事業は、予定地の自然の豊かさに比較し、生態系の改変、それによる種、個体群の消滅を招来することが明らかである。生物多様性を破壊するのである。

#### イ 環境に対する影響の検討不足

しかしながら、本件では、このような生態系の変化について、科学的な

調査、検討はまったくなされていない。

前記(2)アで述べた赤下地区の風穴近辺に生育するスルガヒョウダンボクやオニヒョウダンボクについては、ダム湖によって生育地が消失することから、近隣の日陰地区の風穴近辺に移植することが予定されているようである(甲第27号証の本編2.1-66)が、これについても、近隣地区の風穴であるにもかかわらず、日陰地区の風穴近辺にはこれらの種が生育していなかったことがまったく考慮されていないといった問題点を指摘できる。

また、猛禽類については、前記(2)エで述べたように湯西川流域猛禽類調査検討業務が行われ、また、2004(平成16)年3月4日より、「事業の進捗に対応したプレモニタリングを行い、保全対策の妥当性、プレモニタリング手法の妥当性、保全対策の評価等を実施することにより、『地域に調和した豊かな生態系』の保全を実現していくため『湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会』」を設置しているが、「実は猛禽類のことだけを考えるとダム建設はほとんど進まないことになると思います。ここはいわゆるアセス法が通る前からの事業ですので、事業を行いながら猛禽類を保護するという事で、両方が歩み寄りながらやることは一つ大事な点だと思いますので、なんとか折り合いがつくように、なおかつ繁殖がうまくいくように、最善の努力をお願いしたいと思います。」との2006(平成18)年3月30日に開催された第5回湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会における委員長挨拶にもあるとおり(甲第30号証の委員会資料・2-2-1~2)、これらは本件湯西川ダム建設事業を前提にした上での対策を検討するものに過ぎない。

準備書面6で述べたとおり、そもそも環境影響評価は、「環境に影響を与えるおそれのある行為の実施・意思決定に当りあらかじめ環境への影響について適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、環境の保全について配慮しようとする」方策であり、「環境保全について要求される環境配慮については、影響の回避、最小化及び代償措置の3段階からなるミティゲーションが要求されるのが一般である。」(20頁)ことに照らせば、本件湯西川ダム建設事業を前提にした上での対策を検討する湯西

川流域猛禽類調査検討業務及湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会での検討は、真の環境影響評価とは言えないのである。

### (3) 小括

前記(2)イで引用した第5回湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会における委員長挨拶は、裏を返せば、猛禽類の保護を真摯に検討するのであれば、また、アセス法(1997年制定の環境影響評価法のこと)に基づく環境影響評価を実施していたなら、本件湯西川ダム建設事業は中止になっていたということを意味している。

以上のとおりであるから、事案に即した実効的な環境影響評価がなされないまま事業計画が決定、実施されている本件湯西川ダム建設事業は、生物多様性条約14条1項に違反する違法な事業というほかない。

## 第2 種の保存法との関係について

### 1 はじめに

前記第1の6(2)のとおり、湯西川ダム建設予定地周辺において、種の保存法により国内希少野生動物種として指定されている、イヌワシ、クマタカ、オオタカ、オジロワシ、オオワシ、ハヤブサの6種の生息が確認されている。うちクマタカとオオタカについては繁殖も確認されており、ダム建設予定地周辺は、これら指定種の重要な生息地となっている。湯西川ダム建設事業は、これら指定種をして営巣を放棄せざるを得ない状態に陥らせるなど、その生息環境に著しい影響を与えるであろうことは必至であるが、国交省は、現在大規模な周辺工事を行っている。国交省によるダム工事が進行することは、種の保存法に反する違法な行為となることが確実である。

種の保存法9条は捕獲等の禁止を謳い、国内希少野生動植物種の生きている個体は、同条但し書の場合を除き、捕獲、採取、殺傷又は損傷をしてはならない、と規定する。本件湯西川ダム建設事業が、同条但し書及び同3号で委任される環境省令1条の2に規定する除外事例にあたらぬことは争いが無いと思われる。

同条本文にいう「国内希少野生動植物種」は種の保存法4条3項によりそ

の指定は政令に委ねられ、絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律施行令 1 条別表第 1 の表 1 では、上記の 6 種が指定されている。

そこで、本件での営巣放棄が、種の保存法 9 条にいう捕獲、採取、殺傷又は損傷（捕獲等）に該当するかどうか問題となる所、同法には、「捕獲、採取、殺傷又は損傷（捕獲等）」に関する定義がない。ちなみに同条に違反すれば同法 58 条 1 号で行為者は 1 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金という刑事罰が科せられる重大な違法行為ということになる。

以下、本件湯西川ダム建設事業が、種の保存法 9 条によって禁止される行為であることを論じる。

## 2 捕獲・採取・殺傷又は損傷とは

### (1) 殺傷と損傷について

種の保存法で、殺傷と損傷とを区別しているのは、これらが違う内容を有するからであって、少なくとも殺傷と損傷とはその概念を別にしてしていることが判るが、それぞれの意味・定義については明確ではない。

環境省の実務では、動物の場合を「殺傷」、植物の場合を「損傷」として区別するようであるが（甲第 31 号証の 103 頁）、「殺傷」と「損傷」の定義を明確にしているわけではない。また同実務では「殺傷」は直接的に個体に向けられた行為を指しているようである。しかしこのような解釈が妥当かどうかはなんら検証されているわけではない。

### (2) 殺傷について

「殺傷」が何を意味するかについて、例えば国内希少野生動植物種を殺す行為は殺傷に含まれることに異論はないであろう。またこの殺傷行為についての条文は「殺傷」と定められ「殺害」と定められてはいないのであるから単に動物を傷つける行為も、殺傷に含まれることにも異論はないと思われる。しかし、例えば後述するように、ある池に国内希少野生動植物種の魚が生息している場合に、この魚を釣ったり、モリでついたりすれば捕獲や殺傷になることは明確であるが、池の堤防を壊して池を干上がらせたり、干上がらせるまでには至らなくとも生息環境を著しく悪化させたよ

うな場合殺傷といえるかは検討の余地があろう。このような国内希少野生動物種の生息地・生育地を破壊したり、生息・生育環境を悪化させる行為が「殺傷」といえるのか、が問題となるのである。もちろんここでの問題は動物に限定することはできない。環境省の実務は殺傷の対象は動物に限るのは前述のとおりであるが、「殺す」という意味が、刑法で一般に言われるように、「自然の死期に先立ってその生命を絶つこと」（藤木英雄「刑法講義各論」191頁）とすれば、植物であってもその結果を招来させることは可能であり、「傷害」がその「完全性を害することであって、生理機能に障害を与える一切の場合」（同193頁）と解すれば、やはり植物であってもその結果を招来させることができる。つまり、環境省の実務は当然に殺傷対象を動物としているということの合理的根拠が「殺傷」という言葉からはでてこない。

以上から、動物・植物を含めて「殺傷」とは何か、とりわけ生息地・生育地の破壊や生息・生育環境を悪化させる行為が含まれるのかかが吟味されなければならない。

### （3）損傷について

では「損傷」とはいかなる場合を言うのであろうか。

自然公園法14条は「動物の卵」の「損傷」を定めている。おそらく卵は社会的には「生き物」とは考えられないゆえに「生きている個体」としての動物とは区別されるため、「殺傷」ではなく「損傷」の対象とされたと思われる（胎児に対する殺傷行為が殺人罪や傷害罪とならないことと同列に考えることができる）。したがって「生きている個体」ではないものを傷つける行為を「損傷」というとすれば、例えば卵を壊す行為は、当該卵の「殺」「傷」ではなく「卵の損傷」となることは理解できる。しかしながらこのように考えても、種の保存法9条はそもそも「生きている個体」についての「損傷」を規定するのであるから、自然公園法14条のいう「損傷」とは異なるものにならざるをえない。同じく、刑法の損壊罪は建造物や物を指し「生きている個体」ではないから、同様には解し得ない。

種の保存法のいう、「生きている個体」をそこないきずつけること、つ

まり「完全なものを不完全にする」、「悪い状態にする」、「効用を害する」とは一体どのようなことをいうのであろうか。

最近「カラス退治」の方法として、巣を作り始めたら直ちにその巣を除去することが行われている。卵を産む前の巣を除去する行為は、一般的にはカラスの「殺傷」ではない。しかし、これでカラスは生息数を減少させられるのである。このような行為は、生息地・生息環境を破壊することによって間接的に個体の生存に影響をもたらすおそれのある行為で、その個体の完全性が害される行為である。前述のとおり環境省の実務は植物の場合に限定して「損傷」対象を捉える。しかし完全性を損ねる行為は、その対象を植物に限定する必要はない。生息地・生育地の破壊や生息・生育環境の悪化が、そこに生息・生育する個体に影響を与え、完全性を害することは明らかである。これらの行為を「損傷」と考えることもできる。

#### (4) 法が禁止する「殺傷」、「損傷」行為とは何か

##### ア 種の保存法の目的・趣旨から

種の保存法の目的は、1条において、次のように定められている。

「この法律は、野生動植物が、生態系の重要な構成要素であるだけでなく、自然環境の重要な一部として人類の豊かな生活に欠かすことのできないものであることにかんがみ、絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存を図ることにより良好な自然環境を保全し、もって現在及び将来の国民の健康で文化的な生活に寄与することを目的とする」

ここにいう「絶滅のおそれ」の意味について4条1項は、「野生動植物の種について、種の存続に支障を来たす程度にその種の個体の数が著しく少ないこと、その種の個体の数が著しく減少しつつあること、その種の個体の主要な生息地又は生育地が消滅しつつあること、その種の個体の生息又は生育の環境が著しく悪化しつつあること、その他のその種の存続に支障を来たす事情があることをいう。」としている。

つまり、種の保存法は、このような「絶滅のおそれ」のある種の保存を図ることを目的とし、「絶滅のおそれ」とは、単に数が減少することのみを指すのではなく、生息地・生育地の消滅、生息・生育環境の著しい悪化

をも意味し、それらの「絶滅のおそれ」から種の保存を図ることを意図する法律である。そしてその保存の手段として同法9条が「捕獲等」を禁止しているのであるから、この保存手段として禁止する「捕獲等」は、少なくとも「絶滅のおそれ」を回避する目的で条文化されていなければならない。種の個体数に直接影響する「捕獲」「採取」、明らかな「殺傷」は、まさに4条1項にいう「種の存続に支障を来たす」「数」の著しい「減少」という絶滅のおそれに対して対応するものである。

では、「絶滅のおそれ」として4条1項でいう「生息地又は生育地が消滅しつつあること」ないし「その種の個体の生息又は生育の環境が著しく悪化」することに対する保全手段として対応するものは何か。

これらの生息地・生育地の消滅、生息・生育環境の著しい悪化をきたす行為に対してそれを規制し、種を保存する手段が、まさに9条の「殺傷」「損傷」の禁止である、と解釈すべきである。

捕獲や採取など直接その個体に働きかける行為や直接その個体に向けられた殺傷行為でなくとも、例えばオオタカの生息する森林を皆伐すれば、オオタカは、餌が十分でなくなって死亡したり、栄養失調になって生理機能に障害を受けたり、あるいはそこまで至らなくとも繁殖ができなくなってトキのように絶滅することは十分にありうる。このように、森林伐採は直接にはその個体に向けられた殺傷行為とは言いがたいが、その行為によって個体が死亡したり障害を受けたりする行為を「殺傷」行為と判断できるし、殺傷まで至らなくとも種のもつ本質的行動（例えば繁殖、採餌、嵐の時の避難場所を失うなどの本来その種に予想される行動パターンで、それが害されれば種の存続に影響を及ぼすもの）を害し、その個体の生存に著しい影響を与える場合を「損傷」行為と解釈することができるのである。例えば前記のカラスの例で、巣を除去すれば繁殖行為ができなくなるのであるから「損壊」と解釈できる。

生息地・生育地の保全が種の保全と併せて重要な問題であることは生物多様性条約を引用するまでもなく明らかである。前述したとおり、同条約は、種の多様性とあわせて生態系の多様性の保全を締約国の義務とする。生態系とはある地域に生息・生育する生物とそれを取り巻く水、空気、土



などの無機的環境のまとまりを指し、それは生息地・生育地を包含する概念である。同条約は、生息地・生育地の保全なくして種の保全もあり得ないため、これらを総体として保全する趣旨である。種の保存法が、生息地・生育地の破壊に対して禁止規定を設けていない、などという解釈は同法を有名無実にしてしまうことが明らかである。

また、「生息地・生育地の消滅」や「生息・生育環境の悪化」は、そこでの種の存続を不可能ないし著しく困難にするものであるから、これらを招来する行為は、その種の生存状態を「完全なもの」から「不完全にする」、「悪い状態にする」行為にほかならず、かかる行為を無規制のまま放置すれば、いくら個体の捕獲、採取、直接の殺傷行為を禁止してもその種は確実に絶滅してしまうからである。

種の絶滅を回避するためには、「絶滅のおそれのある」として同法4条1項で規定した種の個体数の減少を招く直接的行為だけに限って禁止するものと限定して解釈することは無意味であって、種の保存法4条1項にいう「生息地又は生育地が消滅」ないし「その種の個体の生息又は生育の環境が著しく悪化」を招く行為も、同法9条によって、直接国民を規制し、刑事罰をもって防止されていると解釈して初めて、その目的が達成されるのである。

#### イ 種の保存法の制定経緯

この種の保存法の目的・趣旨からの考察は、この法律の制定経緯をみることによってさらに明確になる（甲第32号証の10頁～13頁に制定経緯が説明されている。）。

種の保存法の法案は、1992（平成4）年3月27日閣議決定され、同日国会に提出、同年5月29日に法律として可決成立したものである。法案は、環境庁（当時）自然環境保全審議会での検討を経た答申を環境庁長官が受けて関係庁省との調整を経て法案となったものであって、法律のこの早い成立は、既に法案までの間に、自然環境保全審議会で十分な検討を経ていたことを物語る。そこで、以下この自然環境保全審議会の答申の内容を見ることにする。

答申は

絶滅のおそれのある種の保護の必要性として、生態系、生物群集、個体群、種、遺伝子等多様なレベルでの多様性こそが自然の根源であり、それぞれのレベルでの多様性の保護を図ることが必要とし、なかでも種は生物相・生態系を構成する基本単位であり、野生生物の保護を進めるためには種の保護の観点で個別対策を進めることが効果的、かつ重要である、とする。

そして、絶滅のおそれのある種の保護のあり方として、野生生物の種の保護は、捕獲や譲渡の規制等個体を対象とする保護施策と生息地の保護対策を一体的に進めるべき、と断定し、種の存続を圧迫している要因は、人間活動による生息地の破壊や減少、さらに乱獲や移入種による在来種のかく乱等であり、これらの圧迫を取り除くために、まず、捕獲、流通等の規制、生息地の保護対策が必要である、とする（甲第32号証の10頁～11頁）。

この答申は明確である。生物多様性の保護を図ることが必要であり、とりわけその中でも種の保護を進めることが効果的かつ重要、とした上で、種の保護のあり方として捕獲などの個体そのものの保護規制とあわせて生息地の保護が必要、重要と認識している。

このような答申を受けて制定された種の保存法が、9条において種の保護のために禁止する行為として、個体の捕獲、採取及び直接に個体に向けられた殺傷行為とあわせて、個々の個体の生息地・生育地を消滅させたり、生息・生育環境を悪化させたりする行為を挙げている、と解釈することは自然な解釈なのである。

#### ウ 実際の妥当性

このことは次の例を挙げれば容易に理解できる。

例えば、ある池があり、この池に国内希少野生動植物種であるミヤコタナゴが生息していたとする。ミヤコタナゴを網などで捕まえれば、「捕獲」に当たり、モリで突いで、殺したり、傷つけたりすれば「殺傷」に該当する。では池の水を抜いてしまったら、どうなるであろうか？池の水を抜けば池は干上がりミヤコタナゴは生息場所を失って死ぬことであろう。しかし「池の水を抜く」行為は、それ自体は一般的には種に向けられた殺傷行

為そのものではない。もっともミヤコタナゴを殺す目的で意図的に水を抜けば、直接に個体に向けられた殺傷行為といえる可能性もあろう。しかしあくまで一般的には行為者の認識の有無に関わらず、水抜行為自体を殺傷行為とは言えないと思われる。例えば水田に水を引くために、あるいは台風の大雨で池が増水し、池の堤防が決壊しそうなため、災害を防止する目的で池の水を抜く行為は単純には「殺傷行為」とは評価しがたい。これらの行為は、個体に直接は向けられていないものの、その種の生息環境を悪化させる行為である。つまり、この「池の水を抜く」行為は、「生きている個体」に向けられた殺害行為あるいは傷害行為そのものではないが、その行為によって直接的に「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為であって、間接的に個体の生存に影響し、将来確実に種を絶滅へと追いやる行為である。これは個体を直接に殺すことと同様にその種の「絶滅のおそれ」を導く行為である。このような「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為も、種の保存法9条の禁止する「殺傷」や「損傷」に該当するものと解すべきである。

## エ 結論

以上からは次の結論が導かれる。

種の保存法9条にいう「殺傷」「損傷」とは、「捕獲」「採取」、あるいは直接的な「殺傷」のように、生きている個体そのものに直接向けられた行為ではないが、その個体の「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為を含む概念である、という結論である。

### (5) 適用除外行為からの考察

以上の9条の解釈をさらに補強するものとして、種の保存法9条が適用を除外している行為について考察してみることとする。

9条2号は、「生計の維持のため特に必要があ」る行為を、3号は「人の生命又は身体の保護」のための行為を適用除外として掲げ、詳細は環境省令に委ねている。2号に関する環境省令はないが、3号に関しては法律施行規則1条の2が定めている。前記した例を当てはめてみると、「水田に水を引くため」の行為は、2号に該当する可能性がある(但し環境省令

によって定められてはじめて明確になる。なお 3号に関する規則 1 条の 2 第 4 号は農業を営む行為を許可を条件として除外する。但し右 4 号は、「個体の保護のための移動または移植を目的とする行為」に限定するので、規則の 1 号や 3 号とは要件を異にする)。水害を防止するために池の水を抜く場合は、規則 1 条の 2 の 3 号口「非常災害に対する必要な応急措置」に該当する可能性があるものと思われる。もし、9 条が「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為を含んでいないとすれば(つまり捕獲、採取、直接個体に向けられた殺傷のような個体に対する直接的行為しか本文で規定していないとすれば)、但し書で除外される行為も捕獲、採取、直接的殺傷のような個体に対する直接的行為に限定され、その結果「生計の維持のために特に必要」な行為とは、そのような個体を捕獲、殺傷することを業とするような者にだけに適用されることになる。また「人の生命又は身体の保護」のための行為は、国内希少野生動植物種から攻撃を受けた場合にこれを射殺する行為(考えられるのはクマであるが、クマは国内希少野生動植物種ではないので、あまりこのような例は考えられない)程度しか考えられないこととなる。すると 3 号を受けた規則にいう「非常災害に対する必要な措置」をとる場合の行為も、考えられる行為があまり想定できず意味のない規定となってしまおうであろう。クマが国内希少野生動植物と仮定して、クマの攻撃などの個々の個体からの攻撃を想定しても、これは「災害」とはいえないからである。台風や地震、大規模な山火事などの「非常災害」に対して必要な措置として、生きている個体を直接に捕獲、採取、殺傷、損傷しなければならない場合とは一体どういう場合なのであろうか。

前述のように、その個体の「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為を、9 条本文によって禁止される行為と解すれば、但し書が適用される「非常災害に対する必要な応急措置」として、例えば土地の改変(地震で脆くなった斜面の崩落を防ぐためにコンクリートで法面を作るなど)、河川流域の改変(大雨で増水した川の氾濫を防ぐため堤防の外に遊水させるなど)、森林の大規模な伐採(山火事の延焼を防ぐために防火帯を作るなど)など、生息地・生育地の改変、生息・生育環境の

変更行為が考えられる。このように本文に「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為が含まれると解釈してはじめて、但し書及びそれに委任される規則の規定との整合性を持つことができるのである。

このように、適用除外として列挙される諸行為を考えれば、そもそも9条は、「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為を禁止していると解し、かかる行為であっても他の法益との関係で適用を除外しなければならない場合として、それを9条但し書及び環境省令が規定している、とみることが可能となる。このように考えれば「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為は9条本文に含まれる行為である、と解釈せざるをえないのである。

#### (6) 殺傷と損傷の違い

以上から9条が「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為を「殺傷」ないし「損傷」として禁止しているとして、では「殺傷」と「損傷」との違いはどこにあるのか。この違いは文言上から「殺傷」とは直接その個体に向けられた行為の他、「生息地・生育地の消滅」「生息・生育環境の悪化」を来たす行為をも含み間接的にその個体に向けられた行為であって、その個体の生命機能、生理機能を害する行為であり、「損傷」とは、同じく間接的にその個体に向けられた行為であって、その個体の本質的行動パターン、つまり生存に著しい影響を与える行為、と解釈し、区別することができる。すなわち、個体の死や傷害が十分に予想される行為が「殺傷」であり、個体の生存に著しい影響を与える行為が「損傷」となる。前に述べた例で言えば、池の水抜き行為は、ミヤコタナゴの「殺傷」行為であり、カラスの巣の除去は、「損傷」行為である。

### 3 本件湯西川ダム建設事業による国内希少野生動植物種への影響

前記1のとおり、本件ダム予定地周辺に生息する国内野生動植物種の指定を受けた猛禽類として、イヌワシ、クマタカ、オオタカ、オジロワシ、オオワシ、ハヤブサの6種の生息が確認され、このうちこれまでに繁殖が確認さ

れているのはクマタカ及びオオタカだけであるが、イヌワシについては成鳥・雄個体による枝をつかみながらの飛翔やペアによる交尾も確認されており（甲第29号証の本編62頁）付近で繁殖をしている可能性もある。

イヌワシ（甲第33号証の102頁）

イヌワシは大型の猛禽類で全国で500羽以下といわれており、そのため番（つがい）数としては200から300番程度ではないかと推測される。営巣場所は急峻地の岩棚や大木であり、主な食物はノウサギ、テン、ヤマドリ、シマヘビなど中型の哺乳類、鳥類や爬虫類を採餌する。翼開長は2m前後ある。生物学的特性としては、険しい山岳地帯に雌雄2羽で生活し、季節による移動はあまりしない。番ごとに大きい行動圏を有し、20から60?の範囲に及ぶとされている。環境省の絶滅危惧種情報によれば、近年、森林伐採、スキー場建設などによる生息環境の減少、ダム建設や林道工事による攪乱が生じ、存続を脅かす原因となっているそうである。

ダム建設予定地周辺は、ノウサギをはじめとするテン、イタチなどの小型、中型哺乳類も多数生息し、ヤマドリ、キジバトなどの鳥類やシマヘビも多く、イヌワシの採餌環境としても整っている（甲第22号証の49～56頁）。

では、ダム建設によるイヌワシへの影響はどうなるのか？

ダム建設によってノウサギは、生息地を広範囲にわたって失い、ダム周辺では絶滅する可能性さえ存在する。テン、イタチなどの哺乳類も、数が減少し、ダム建設によってその生息地を奪われる。つまり、イヌワシの生息環境として、まず採餌行為が著しく制限されることである。餌の存在しない場所にイヌワシが生息するはずはない。

また、ダム建設行為に伴う騒音、振動、広大なダム湖が出現することによって繁殖行為に影響が及ぶ可能性もある。実際に、付帯工事が始まっているためか、交尾等が確認されるものの繁殖までは確認されていない。このままダム本体工事が始まれば、イヌワシの繁殖行動が困難ないし不可能になる危険性が高い。環境省ですら、イヌワシは「繁殖期初期には人間の接近や騒音に敏感となり、人為攪乱による営巣放棄が起こりやすい」と警告しているほどである。

このような事情からは、本件湯西川ダム建設事業は、イヌワシの繁殖行動、

採餌行動に重大な悪影響を及ぼし、生息環境の著しい悪化を招来することは確実であって、その遂行は種の保存法9条にいう損傷に該当する違法行為となってしまうと断ずることができる。

クマタカ（甲第33号証の100頁）

イヌワシと同じく大型の猛禽類で、急傾斜地の大木、特に針葉樹に営巣する。ノウサギを主な食物とし、テン、ヤマドリ、シマヘビなどを林内や林縁で採餌する。全国の生息数は1000羽程度と言われている。雌雄で生活し縄張りは13ないし25?で、平均20?といわれている。近年やはり数が減少しているが、原因は、伐採、レジャー施設建設のほか、ダム建設、林道建設があげられている。イヌワシと同じく繁殖期初期には人間の接近や騒音に敏感となり、人為攪乱による営巣放棄が起こりやすい、と環境省は警告している。

本件湯西川ダム建設周辺では4番の生息が確認されているが、繁殖が確認されたのは1995（平成7）年から2005（平成17）年までの11年間で合計10回に過ぎない。

餌となるノウサギなどの哺乳類の周辺からの絶滅の危険性、ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性、営巣木の大部分がダム湖に沈む結果、営巣できる可能性の消滅のおそれ等を考慮すれば、本件湯西川ダム建設事業は、クマタカの繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法となり得るものである。

オオタカ（甲第33号証の154頁）

オオタカは、カラス大の猛禽類で森林や森林に隣接した草地でハトなどの小型鳥類を餌として生活している。繁殖期には山地の林に棲み、秋冬期には農耕地、市街地などにも出現することがある。巣はアカマツなどの針葉樹の枝の付け根に作る。餌は鳥類が約90%で、哺乳類が約10%で、鳥ではキジ類から小鳥まで、哺乳類ではノウサギ、リスなどを捕食する。生息数は1996（平成8）年において全国で1000羽以上推定されている。現在生存を脅かすものとして生息地でのゴルフ場などのレジャー施設建設、住宅地開発などが指摘されている。営巣中、人の接近により営巣を放棄する例があるなど、人、騒音などによる営巣放棄が報告されている。

オオタカについても、クマタカ同様、餌となるノウサギなどの哺乳類の周辺からの絶滅の危険性、ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性、営巣木の大部分がダム湖に沈む結果、営巣できる可能性の消滅のおそれ等を考慮すれば、本件湯西川ダム建設事業は、その繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法となり得るものである。

ハヤブサ（甲第33号証の160頁）

ハヤブサは中型の猛禽類で崖に営巣し、中小型鳥類を餌として捕食する。全国で700から1000羽程度と推定され、繁殖地は全国で230箇所、繁殖番数は230番という数である。生息を脅かす大きな原因は、河川開発、海岸開発などによる崖面の消失、採餌条件の悪化が指摘されている。

本件湯西川ダム建設予定地周辺は崖地形が多く、このような崖地にハヤブサが生息している。おそらくダム湖予定地内にも生息していると推測される。したがって、本件湯西川ダム建設事業によって、生息地そのものが消失し、あわせて餌である中小型鳥類も著しく減少し、採餌行為が制限されることは明らかである。これまた、本件湯西川ダム建設事業は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

オジロワシ（甲第33号証の96頁）、オオワシ（同152頁）

オジロワシは、北海道の海岸や湖沼周辺で繁殖する大型のワシで、翼開長は200～245cm、魚類や水鳥を餌にし、北海道や本州北部で越冬する。冬期北海道と本州北部で越冬するのは550～850羽と推定されるが、極東全体の正確な個体数は不明とされる。

オオワシは、ロシア極東に分布する大型のワシで、翼開長は220～250cm、ロシアのオホーツク海周辺地域で繁殖し北海道が主要な越冬地となっている。魚類と水鳥を主な餌とするが越冬地での餌不足により、漁業活動から供給される魚に大きく依存している。総個体数は6000～7000と推定されているが、1990年代はスケトウダラ漁獲量の減少とともに越冬個体数も減少し、最近では1400～1700羽が北海道東部を中心に各地に分散して越冬している。

オジロワシ及びオオワシが本件湯西川ダム建設予定地周辺で越冬してい



るということは、これらの地域に餌となる魚類や水鳥が沢山生息していることを示すものであるが、本件湯西川ダム建設事業によって、これらの餌となる魚類や水鳥の生息地が消失し、採餌行為が制限されることは明らかである。

これまた、本件湯西川ダム建設事業は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

#### 4 小括

以上のとおり、本件湯西川ダム建設事業は、ダム建設予定地およびその周辺地域に生息する希少野生動植物種であるイヌワシ、クマタカ、オオタカおよびハヤブサの生息地を減少させ、またオジロワシ及びオオワシの採餌行為を制限し、これらの生存を断ち切ることは確実であり、このままダム建設を続行してこのような結果を生じさせることは種の保存法9条に反する違法な行為となるであろうこともまた確実である。

にもかかわらず、そのことをまったく考慮せずにダム建設工事を実行することは、生物多様性に対する影響について、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき生物多様性の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上および生物多様性条約14条1項に基づく環境影響評価義務に反する違法な行為であるといわなければならない。

### 第3 ダム建設による景観上の影響

#### 1 渓谷の水没

本件湯西川ダム建設予定地周辺地には、湯西川の流れが作った自然豊かな渓谷が存在している（甲第22号証、甲第34号証の1～3）。

しかし、ダム建設はその景観を喪失してしまうのである。それは、同時に水没を免れた他の渓谷部分の景観に対しても影響を及ぼし、景観を損なう原因となるものである。

#### 2 ダム建設後の湯西川渓谷

また、水没を免れた渓谷部分について、本件湯西川ダム建設はその渓谷美に重大な悪影響を与える。すなわち、湯西川渓谷は、時折やってくる洪水に

よってその岩肌の表面が洗い流されることにより美しい岸壁美が維持されてきたのである。

ところが、ダム建設により水の流れが堰き止められてしまい、渓谷の岩肌を洗い流す水が流れなくなり、その結果、渓谷の岩肌にはコケが生じ、やがては草木が生い茂り、渓谷の様相は大きく変わり、現在の渓谷美が失われてしまう。

以上のようなダム建設による景観破壊の顕著な例が、群馬県に建設された下久保ダムである。下久保ダムは、1968（昭和43）年、利根川上流の神流川に建設されたダムであり、ダムの直下には国指定の「名勝三波石峡」が存在している。同ダムの建設により、ダム直下から3.8 kmが水の不通区間となった結果、三波石峡から清流が消えて、名勝にまで指定されたほどの貴重な景観が失われてしまったのである（甲第35号証の1ないし3）。

現在、国交省は、水の一部を三波石峡の最上部に流しているが、本来の景観を取り戻すには至っていない。

本件湯西川ダム建設により、湯西川渓谷が三波石峡と同じ運命をたどることは明らかである。

### 3 小括

しかるに、1985年評価書（甲第22号証）では、「湯西川ダムの建設により、日光国立公園内の一部分が改変されるが、湛水により新たな自然景観が出現し、また自然と人工の組み合わせられた景観が形成される。さらに、ダム堤体及び周辺道路は、これまでと眺望点を提供することとなる。」（66頁）とするのみであり、これ以外に景観の破壊について調査検討した形跡はない。これまた、本件湯西川ダム建設事業については、景観問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の行政上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為であるといわなければならない。

## 第4 ダム湖の水質の問題

### 1 湖沼に関する一般論

湖沼は、周囲を陸に囲まれた窪地に静止貯留している水域で、典型的な閉鎖性水域である。

湖沼や内海などの閉鎖性水域に流入する栄養塩類によって、水質が肥沃化する現象を「富栄養化」というが、この富栄養化が人間活動の結果として引き起こされる場合には、実際には湖沼の水質汚濁という否定的意味合いで用いられることが多い。

ダム湖でなくても、閉ざされた水域である湖沼は周辺の環境変化の影響を受けやすく、一度湖沼が環境悪化の影響を被った場合には、これを原状に回復させることは困難である。

我が国では、水質汚濁防止法による規制にもかかわらず、湖沼の水質が一向に改善されなかったことから、1984（昭和59）年、新たに湖沼水質保全特別措置法が公布された。これまでに霞ヶ浦、印旛沼、手賀沼、琵琶湖、児島湾、諏訪湖、釜房ダム貯水池、中海、穴道湖、野尻湖の10湖沼が、汚れのひどい湖沼として同法上の指定湖沼に指定され、水質の保全が図られることになったが、いずれの湖沼についても、成果はあがっていない（甲第36号証の2頁）。

## 2 ダム湖の特殊性と環境基準

ダム建設により、河川の流水が静水化し、植物プランクトンが増殖を開始する。この植物プランクトンの増殖の度合いを決定するのは、窒素やリン等の栄養塩類である。自然の湖沼に比較し、ダム湖の方がより速やかに富栄養化が進行する。それは、ダム湖には安定した自然の浅場がなくてヨシ帯や水草帯が形成されることが少ないため、湖周辺からの汚濁物質の流入が遮られず、かつ浮遊性の栄養塩類が沈降することもないこと、ダム湖は水位変動が大きく、水位低下時に湖底が露出し、湖底に沈積していた窒素とリンが分解して水に溶けやすい状態になることによる。

湖沼の富栄養化等への対策として、窒素とリンに関する環境基準が設定されている。すなわち、水道の一般的な基準として全窒素0.2mg/?、全リン0.01mg/?という基準が、また水道の特別な基準として全窒素0.4mg/?、全リン0.03mg/?という基準がそれぞれ設定されている

(生活環境の保全に関する環境基準・湖沼〔天然湖沼及び貯水量1、000万?の人工湖〕)。

### 3 本件湯西川ダムの場合

本件湯西川ダムは、湯西川温泉の下流部に計画されているので、同ダム湖には湯西川温泉から排出される栄養塩類(窒素とリン)が流れ込むことになる。「平成17年度湯西川水質検討業務報告書」(甲第37号証)によると、2005(平成17)年度においては、湯西川温泉の直下流部で年平均の総窒素が0.47mg/?、総リンが0.031mg/?といずれも上記基準を上回る値が検出されている。

これほど栄養塩類濃度が高いと、ダム湖における藻類の異常増殖が必ず進行し、ダム湖の水質が悪化する。

### 4 水道水の異臭問題～異臭物質の生成～

湖水の富栄養化により、藻類(植物プランクトン)が異常発生してアオコや淡水赤潮を発生させ、景観上も問題を生じ、さらに水道水の異臭問題を生じさせているダム湖がある。

一般に、水道水の異臭には、カビ臭や腐敗臭、きゅうり臭、魚臭等があるが、近年、代表的な「臭い」として多発している「カビ臭」は、植物プランクトンであるフォルミディウムやアナベナ等の藍藻類が原因となる2-メチルイソボルネオールや、ストレプトミセス等の放線菌が原因となるジオスミンが元となっている。その他、ダム湖に発生する植物プランクトンには、「腐敗臭」を生ずる藍藻類のミクロキスティスや、「きゅうり臭」や「魚臭」を生ずる植物性鞭毛虫類のペリディニウム等がある。

水道水のカビ臭問題としては、例えば、群馬県の草木ダムにおいて異常発生したフォルミディウムは、1986(昭和61)年夏に下流の桐生市民を水道水のカビ臭で悩ませた。なお、上記2-メチルイソボルネオールは、わずか1滴で25mプールの水がカビ臭くなるといわれている。

湯西川ダムの場合も、前記3の栄養塩類の流入水の状態をみるときは、ダム湖の富栄養化により水道水の異臭問題が生じる蓋然性が極めて高いので

ある。

## 5 トリハロメタン問題

また、近時、水道水に含まれるといわれているトリハロメタンの人体への影響も懸念される。

トリハロメタンとは、クロロホルム、ブロモジクロロメタン、ジブロモクロロメタン及びブromoホルムの総称で、発ガン性の疑いのある有害物質である。トリハロメタンは、主としてフミン質等の有機物が水道原水の浄化過程で加えられた塩素と化学反応して生成される。また、植物プランクトンの代謝・分解産物もトリハロメタンの原因物質となる。

厚生労働省は、水道法第4条に基づく水質基準として、クロロホルムにつき0.06、ブロモジクロロメタンにつき0.03、ジブロモクロロメタンにつき0.1、ブromoホルムにつき0.09、総トリハロメタンにつき0.1という基準（単位はいずれもmg/?）を設定している。この基準は、発ガン率を一定値以下にするという前提で設定されたものであって、その値以下であれば絶対に安全であることを保障するものではない。そして、「特定水道利水障害の防止のための水道水源水域の水質の保全に関する特別措置法」（水道水源法）の規定に基づき、全国520地点の公共用水域において実施された2004（平成16）年度公共用水域水質測定では、トリハロメタン生成能（一定の条件下でその水がもつトリハロメタンの潜在的な生成量のこと）が0.05mg/?以下の地点は全体の約7割を占め、199（平成9）年以降、平均値（全体）は0.04～0.05mg/?で横ばいであるとの結果を得たと述べる（甲第36号証の4頁及び32頁）。

しかしながら、トリハロメタンの人体に対する懸念を抜本的に解消するためには、流入水からの有機物や植物プランクトンの除去が不可欠であるが、前記3の流入水の状況に照らすと、これは極めて困難である。

## 6 小括

以上のとおりであるから、本件湯西川ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することは確

実である。

これまた、本件湯西川ダム建設事業は、水質問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の行政上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為であるといわなければならない。

## 第5 結論

以上のように、本件湯西川ダム建設事業については、自然環境に極めて重大な影響を及ぼすおそれが大きく、また、生物多様性の破壊に関しては生物多様性条約に反するとともに、種の保存法で国内希少野植物種として指定されたイヌワシ、クマタカ等に対しては同法9条に違反する結果となることが確実であるにもかかわらず、条理法上及び生物多様性条約に基づく、事案に即した適切な環境影響評価が実施されておらず、環境影響評価義務を怠った違法な事業というほかない。

このような違法であることが明らかな事業について、宇都宮市がダム使用权の設定申請を行い、宇都宮市上下水道局が利水予定者として建設費用を負担し、支出することは、地方自治法2条14項、地方財政法4条1項に反するに違法な行為であるといわなければならない。