

# 植物分類体系の変化が法制度に与える影響-大麻規制 法令を中心とする考察-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-01-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/13517">http://hdl.handle.net/10291/13517</a>

【論 説】

植物分類体系の変化が法律制度に与える影響

——大麻規制法令を中心とする考察——

夏 井 高 人

目 次

- 1 はじめに―問題の所在
- 2 植物分類における種名上の問題点
- 3 アサ属植物における植物分類
- 4 大麻取締法における問題点
- 5 国際条約
- 6 最高裁判例
- 7 あるべき解釈論と立法論

## 1 はじめに—問題の所在

地球上には人類によつて発見・命名された植物と未発見・未命名の植物とがある。近代的な植物の命名は、スウェーデンのリンネ (Carl von Linné)<sup>(1)</sup> の『植物の種 (Species plantarum 一七五三年)』を始祖とするが、国際規約としては Alphonse de Candolle (A. de Candolle) 及び Augustin Pyrame de Candolle (A. P. de Candolle)<sup>(2)</sup> 父子の研究成果として欧州で合意された規約である『植物命名規約 (Lois de la nomenclature botanique 一八六七年)』が最初のものである。この規約は「パリ規約」とも呼ばれる。その後、米国独自の命名規約である『アメリカ植物命名規約 (American Code of Botanical Nomenclature 一九〇四年)』との対立の時代を経て、一九三〇年に開催された第五回国際植物学会議において両者の妥協的統合がなされた。この統合により国際植物命名規約 (International Code of Botanical Nomenclature) が制定された。この国際植物命名規約は、その後何度かの改正を経ているが、現時点において植物の命名に関して国際的に承認されている唯一の基準である。<sup>(3)</sup>

ところで、日本国の法令の中には、植物の種名 (species name) を特定して法律要件 (または法律構成要件) とするものが多数存在する。<sup>(4)</sup> その中には、法文中に植物の種名を明記する場合と及び政令等の下位の法規範によつて指定がなされる場合とがある。前者の例としては、あへん法 (昭和二九年四月二二日法律第七一号) 及び大麻取締法 (昭和二三年七月一〇日法律第一二四号) をあげることができ、また、後者の例としては、絶滅のおそれのある野生動物植物の種の保存に関する法律 (平成四年六月五日法律第七五号・以下「種の保存法」という。) 及び特定外来生物による生態系等に係る被害の防止に関する法律 (平成一六年六月二日法律第七八号・以下「特定外来生物法」という。) をあげ

ることができる。

これらの法令が制定されるについては、当然のことながら植物学の専門家の意見等を考慮に入れた上で法案文が作成されているはずであるので、特段の事情のない限り、法令中にある植物名は国際植物命名規約に準拠した種名として理解されなければならないはずである。しかし、現実にはそうでない裁判実務上の取扱例（法解釈）が存在する。

他方で、植物の種名は、固定的なものではないことがあり得る。例えば、リンネ以降、ドゥ・カンドルやエングラール（Heinrich Gustav Adolf Engler）を経つ、クロンキスト（Arthur Cronquist）に至るまで、主として植物の形態（生殖器官の構造の類似性や相違等）を基準として分類がなされてきたものが、近時の遺伝子分析技術の発達により遺伝子としての類似性・相違等を基準とする分類へと大きく変化してきている。<sup>(5)</sup>このため、従来は、「形態が相似している」という理由で同一の属に含められていた植物が別の属として分類変更されたり、あるいは、異なる種として分類されてきた植物が同一の種であるとされ、<sup>(7)</sup>逆に同一の種として分類されてきた植物が異なる複数の種を含むものとして分類変更されたりする例などが相次いでいる。<sup>(8)</sup>そして、最近では、植物の分類体系それ自体が大規模な見直しの時期を迎えている。その中には、自然科学上の知見を踏まえているとはいえ、やや便宜的な理由で属の変更がなされた例もある。<sup>(9)</sup>

ただし、新旧それぞれの分類体系の中でも、研究者の見解の相違により、異なる分類が競合する例は枚挙にいとまがない。外形の観察結果に基づくクロンキスト以前の分類体系は、基本的には主観的評論の域を出ておらず自然科学としての実証性の保証がない場合があるので、見解の相違が発生しやすい。また、遺伝子を基準とする現代の分類方法においても、DNAのどの部分またはどのレベルにおける相違をもって「種」の区切りとするかという点について恣意的解釈が入り込む余地があり、そのような場合には植物分類学上の論争が発生しやすいと言える。

加えて、栽培・観賞のために人工交配が重ねられてきた植物については、様々なタイプの遺伝子が複雑に混交した

品種が多数存在しているため、DNAベースでの分類を試みる上でもかなりの困難が伴うことがある。<sup>(10)</sup>  
 以上のような本質的な問題があるとはいえず、植物分類学が次第に自然科学としての安定性を確保しつつあることは事実であり、その結果として、外形的特徴の観察に基づく主観的な見解の相違を乗り越え、遺伝子構造等の客観的な事実に基づく植物分類見直しの努力が続けられていると認識することは可能である。

ところが、(特に法律家においては)植物の分類が確定的で固定的なものであるとの誤解から、植物学上の分類変更等が法解釈や法改正に正しくかつ迅速に反映されないという事態が生じている。法令中の条文解釈にとどまらず、特許や品種登録中で特定されて記述されている植物の種名や属名等に変更がある場合、知的財産権としての有効性が維持されているかどうか、その有効性の範囲が変動していないかどうかについて慎重な検討を要する事例が多々ある。<sup>(11)</sup>  
 そうした特許等の事例を含めると、植物の命名変更が法の世界に与えている影響にはかなり大きなものがある。他方で、法の分野によって「種」のとらえ方に相違があり、法秩序全体としての整合性がとれていない。

しかしながら、法律家の多くにはこれらのことが明確に意識されていないように思われる。

そこで、本項では、主に大麻取締法一条における「大麻草」の定義を素材として検討を加え、植物分類学における「種」の概念の変化が法解釈に与える可能性のある問題の所在を明らかにした上で、今後のあるべき解決方法を示唆したいと考える。

## 2 植物分類における種名上の問題点

一般に、植物の分類は、他の種と異なる何らかの特徴の有無によって定められる。過去においては「異なる種の間

では交配ができない」という説もあったが、現代においては、現実には異なる種どころか異なる属や科の間での人工交配種が広く存在していることから、<sup>(12)</sup>交配可能・不可能は種としての同一性識別基準にはならない。<sup>(13)</sup>

さて、既述のとおり、「他の種と異なる何らかの特徴」を何に求めるかについては、従来は外形的特徴によつていたのであるが（リンネ以降クロンキスト以前）、最近では遺伝子構造の相違によるのが一般的である（APG）。

しかし、これら分類方法の相違を捨象して、種としての特徴の分布を模式的に図示すると、図1のようになる。図1は、相互に異なる特徴を有する3種の植物A、B及びCが存在していると認識されている状態を示している。この図において単純に棒グラフ状にならないのは、単一の種であっても個体差があるためである。最も典型的なものを基準とした場合、やや異なる特徴を有する個体が、一定の幅をもつて必ず存在する。<sup>(14)</sup>

図1において、A、B、Cは、それぞれ独立した種であり得ることは誰の目にも明らかだろう。そして、例えば、Aは無毒植物であり、B及びCは有毒植物であると仮定した場合、AについてB及びCとは異なる無毒の独立種として扱うのが普通だろうと思われる。

ところが、A、B及びCが自然交雑を起しやすい植物であると仮定した場合、A、B及びC相互間に無数のタイプの自然交雑種が存在し得ることになる。そのような状態を模式的に示すと図2のようになる。

このような状態の場合、真実は、A、B、Cという相互に異なる3種の植物が存在しているのに、その相互間に無数の自然交雑種が存在しているために、全体として連続しているように見えることになる。しかし、図2のような場合であっても、無毒の典型種Aと有毒の植物B及びCは存在しているのであり、ただ、中間種が多過ぎるために全体として一つのグループのように見えていただけだと理解することが可能である。<sup>(15)</sup>

なお、現象面として図2のような状態が発生する場合としては、A、B及びCの3種の植物の自然交雑が進んでい

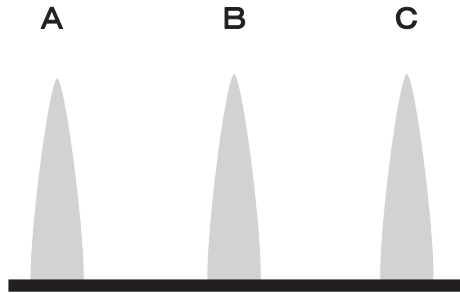


圖1



圖2

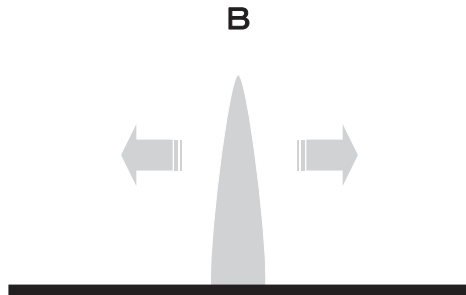


圖3

る状況である場合とは別の場合もあり得る。例えば、もともとBという種しか存在していなかったところ、Bから多数の突然変異が生じ、A及びCという新しい種が分化（進化）しつつある途中経過においても外見上同じような様相を呈することがある。そのような場合、本来は図3の状態（Bのみが存在）であったものが現時点では図2の状態（幅広い個体差をもつBの集団が存在）となっており、そして、何千年か何万年か後には図2の状態から図1の状態（明らかな独立種であるA、B及びCへと分化）へと変化して、中間種が消滅してしまうことはあり得る。そのいずれであるかについては、人類の歴史の中で検証しようのないことかもしれない。

問題は、図2のような状態にあるものについて、植物分類学上、中間的なものが多数あつて分けることができないという理由で一つの種にまとめてしまつておれば、それは単なる便宜に過ぎず、実際には相当広い幅をもつて異なる特徴（形質）をもつた個体が存在しており、植物学上の見解によつては別種として分類することが可能であるということである。そして、大事なことは、図2のような状態にある場合、例えば、AとBまたはBとCを比較するとそんなに大きな差がないように見えてもAとCを比較すると明らかに別種として認識可能な程度の顕著な差が存在することがあり得るということである。

他方で別の問題もある。

一般に、植物分類学上の普通の取扱いとしては、学名によつて植物を特定する場合には、特定の種名が指す植物とは基本種だけを意味し、他の種との雑種（自然交雑種及び人工交配種）を含まない。例えば、上記の図2では、A、B及びCの典型的なタイプのものだけが基本種であり、中間的な自然交雑種はAでもBでもCでもない。<sup>(16)</sup>

ところが、法解釈の世界においては、植物分類学上の取扱いと同様に種概念が用いられることがある一方、それとは無関係に種概念が用いられることもある。



例えば、種の保存法の解釈・運用においては、植物分類学上の種概念が比較的厳格に守られており、学名で示された種としての特徴をもつ個体だけをその名で示された種として法的に保護し、他の種との交雑種等については一切の保護を与えていない。これに対し、種の保存法と対極をなす特定外来生物法における解釈・運用については不透明な部分がある。実務上の取扱いについては必ずしも明確でない部分があるが、自然交雑種であっても特定外来種に準じて扱うのが現実には一般的かもしれない。つまり、種の保存法の解釈・運用においては植物分類学上の「種」の概念と矛盾がないが、特定外来生物法の解釈・運用においては矛盾が存在し得ることになる。

そして、本稿で素材とする大麻取締法では、植物学上の「種」の概念を離れて、いわば法的概念とでもいうべき「大麻草」の概念が一人歩きしているように思われる。

### 3 アサ属植物における植物分類

アサ (*Cannabis*) は、西アジアから中央アジアにかけての地域を原産地とするアサ科アサ属 (カンナビス属) に属する多種多様な植物の総称である。

アサは、大麻取締法によつて大麻草が禁止植物とされていることもあつて、THCと略称されるテトラヒドロカンナビノール (*Tetrahydrocannabinol*) を含む有毒・有害植物であり、違法なマリファナの原料としてのみ認識・理解されることが多い。

しかし、アサは、古来、衣服の繊維を得るための有用植物として栽培されてきた。<sup>(17)</sup> アサは、紀元前一〇世紀から紀元前五世紀には既にその栽培と使用が広まっていたと考えられている。紀元一世紀から二世紀にかけて執筆された『神

農本草経』にも「麻(ま)」としてその記述があり、以後、長く漢方において用いられてきた。日本では、縄文時代の遺跡でアサの種が発見されていることから相当古い時代に渡来したものと考えられている。そればかりか、神道における神事において重要な役割を果たしてきたことは周知のとおりである。『古語拾遺』(八〇七年)には天富命(アメトミノミコト)が斎部の諸氏を率いて種々の神宝・鏡・玉・矛・楯・木綿・麻等を作らせたとの記述のほか、諸国をめぐる麻の種を植えて栽培することを教えたとの記述がある。皇室においても、麻布の献上が重要な儀式中にあり、大正天皇、昭和天皇及び平成天皇の大嘗祭において麻布の献上が行われた。<sup>(18)</sup>

それだけではなく、アサは、現代社会においても、様々な有望な化学成分を含み、丈夫で栽培容易な薬用有用植物の一つとして着目されている。そして、その薬理作用等に関する特許がかなり多数存在する。<sup>(19)</sup> 一般に、公序良俗に反する発明は無効であることからすれば、アサ及びその成分を取り扱うことが適法行為であることを前提にしなければ、アサ及びその成分に関する特許が適法・有効であるとは言えない。したがって、少なくとも特許実務においては、アサ及びその成分が合法的な存在であると法解釈されていることになる。

とまれ、このような特許を得るため、非常に多種類のアサの人工交配種(Cannabis hybrids)が創られ続けている。このほか、米国の国立ガン研究所(National Cancer Institute)<sup>(20)</sup>は、アサの成分をガン治療のために用いたことがある。ただし、アサの煙に含まれる成分にはヒト細胞の遺伝子を損傷するという有害性があるとの見解もあり、<sup>(21)</sup>その薬理効果が確定的に検証されるまでにはまだ時間がかかるかもしれない。

さて、アサの植物分類学上の分類については古くから争いがある。

一七五三年、リンネは、アサ属に属する植物としてカンナビス・サティバ(Cannabis sativa Linnaeus)を命名した。これが、アサ属植物としては世界最初の命名である。次いで、一七八五年、フランスのラマルク(Jean-Baptiste

Lamarck) は、カンナビス・サテイバとは異なる特徴を有する種を同定し、カンナビス・インディカ (*Cannabis Indica* Lamarck) と命名した。その後も様々な種、亜種、変種等が同定され命名され続けたが、ロシアのジャンセヴィスキ (Dmitrij E. Jantschewsky) は、一九四二年、カンナビス・サテイバ及びカンナビス・インディカとは異なる種を同定しカンナビス・ルデラリス (*Cannabis ruderalis* Jantschewsky) と命名した。このように、アサには複数の種が含まれるとの仮説に基づく立場を、一般に多元説 (一属多種説) と呼んでいるようであるが、多元説 (一属多種説) の起源はラマルクがカンナビス・インディカ種を独立の種として同定し命名した一七八五年に遡ることになる。<sup>(22)</sup>

他方、アサには一種しか存在しないという一元説 (一属一種説) もある。とりわけスモール (Ernest Small) 及びクロンキストは、一九七六年、多数の個体の染色体数を調査した結果、全ての個体の染色体の基数が  $2n=10$  であることを確認し、かつ、それ以前の分類による顕著な相違点が果実の形状の相違を主たるものとしていること、多数の中間雑種が存在することなどを理由に、一群の植物としてとらえるしかないとの結論を得た上で、国際命名規則に則り、最初の命名であるカンナビス・サテイバ (*Cannabis sativa* Linnaeus) をもつてこの一群の植物の種名とするという提案を行った。<sup>(23)</sup> スモールらの見解は、アサ属に属する植物について上掲の図でいえるは図2のような状態であることを確定した上で、個別に種を同定することを断念し、いわばグループ名として (国際命名規則に従い歴史上最初の命名である) リンネの命名で代表させたと行ってよい。したがって、この見解は、自然科学的な意味 (遺伝子構造等の相違がないという意味) で一種しか存在しないということを確定したわけではないことになる。その意味では、同定断念説とも呼ぶべき説であり、一元説 (一属一種説) として理解することは正確ではないかもしれない。

しかも、一元説 (一属一種説) は、米国においても世界においても異論の余地のない多数説というわけではない。にもかかわらず、この説は、その結論が極めて単純であることと若干の政治的な理由により、米国の裁判所の採用する

ところとなり、また、後述の国際条約にもこの見解が反映されて今日に至っている。

その後においても、DNA解析による研究が更に続けられている。様々な見解があるが、最近の遺伝子解析の結果によれば、アサ (*Cannabis*) には、上記のカンナビス・サティバ (*Cannabis sativa* Linnaeus)、カンナビス・インディカ (*Cannabis Indica* Lamarck) 及びカンナビス・ルテラリス (*Cannabis ruderalis* Janischewsky) の三種並びに七種の変種が含まれ、それぞれの種 (変種) に含まれる化学成分が異なっているとの見解が最も有力である。<sup>(24)</sup> すなわち、古くからある多元説 (一属多種説) のほうが正しいという結論となる。

なお、これらの見解は、既知の個体に基づく検討結果であるが、アサ属に属する植物にはまだまだ未発見の種があり得ると一般に推定されており、<sup>(25)</sup> 現に中国等で新種が発見される可能性が非常に高い。<sup>(26)</sup> 一般に、未知の新種が存在し得る場合において、その未知の新種の特性を知らないのに一属一種説を維持することは、そもそも論理的にあり得ないことではないかと考えられる。したがって、形式論理の問題としても一属一種説が確実なものであることを論証することはできないということになる。

以上の知見とは別に、アサにはTHCをほとんど含まない無毒のタイプのものが多数あることが一般に知られている。無毒タイプのアサは、人工交配によつて作出することも可能であるが、野生のアサ (原種) にも無毒タイプのものがある。そのような無毒タイプのアサとして、一九六七年に九州大学薬学部西岡五夫教授が佐賀県白石町で採取した個体と一九七一年に大分県日田群大山町で採取した個体の中から選抜・育成されたアサ品種に「とちぎしろ」<sup>(27)</sup> があり、医薬用大麻として現在の日本国で栽培されているアサの代表格とされている。そして、「とちぎしろ」は栽培品種であるが、野生のアサの中に無毒タイプのものが存在するという事実は非常に重要であり、「アサ属の植物であれば有意量のTHCを必ず含有している」という定式が一般法則としては絶対に成立しないということを示している。しかも、

この知見は、日本では遅くとも一九六七年（昭和四二年）には知られていたという事実も銘記すべきである。昭和四二年は、後述の最高裁判決がなされた昭和五七年よりも相当以前である。

#### 4 大麻取締法における問題点

大麻取締法一条は、「この法律で「大麻」とは、大麻草（カンナビス・サティバ・エル）及びその製品をいう。ただし、大麻草の成熟した茎及びその製品（樹脂を除く。）並びに大麻草の種子及びその製品を除く。」と規定している。この条文の解釈に関する最高裁判例及びそれを裏付ける国際条約の問題点については後に触れることとして、ここでは、植物分類学の立場から解釈すれば、どのように解釈すべきかを検討する。

まず、大麻草を「カンナビス・サティバ・エル」と指定している以上、リンネが「カンナビス・サティバ（*Cannabis sativa*）」として認識し同定した植物と同一の遺伝子特性及び形質を有する植物でなければならないことになる。しかし、これまでのところ、リンネが採取したアサ標本の遺伝子解析を実施した例はないようであるから、遺伝子の比較によって「カンナビス・サティバ（*Cannabis sativa*）」であるかどうかを識別することはできない。<sup>(29)</sup>

また、リンネの標本が一七〇〇年代のものであることからすれば、形質上の特性の比較もまた非常に困難ではないかと推定される。結局、現在、「カンナビス・サティバ（*Cannabis sativa*）」として扱われている植物が本当にそうなのかどうかは一切不明である。可能性の問題としては、日本国で野生化しまたは栽培されているアサの中にはこれらと同定・命名されていない種が含まれている可能性が全くないとは言えない。<sup>(30)</sup>

しかし、後述のとおり、最高裁判例及びそれが依拠する国際条約は、このような意味での植物分類学上の「種」の

概念とは全く異なる「法律上の概念」として大麻取締法「大麻草（カンナビス・サティバ・エル）」を理解している。このことは、罪刑法定主義の原則からすれば大きな問題であると同時に、実質的な違法性（可罰的違法性）という観点からも疑問がある<sup>(31)</sup>。加えて、裁判所が植物分類学における一般的な理解と異なる独自の「法的概念」として「大麻草」を定義することは、法秩序全体における法解釈上の整合性（法的安定性）という観点からも大いに問題であると言わざるを得ない。

## 5 国際条約

アサの定義と関連する国際条約として、麻薬に関する単一条約（昭和三十九年条約第二二号、以下「単一条約」とい<sup>(32)</sup>う。）及び麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約<sup>(33)</sup>（平成四年八月二八日条約第六号、以下「国連条約」と呼ぶ。）がある。

単一条約の一条二項(c)は、「大麻植物」について「カンナビス属の植物をいう」と規定している。また、国連条約の一条(b)も同様に「カンナビス属の植物をいう」と定めている。

このことから、通説・判例は、大麻取締法一条の「大麻草（カンナビス・サティバ・エル）」とは「カンナビス属に属する植物」を意味するものと解している。このような理解は、アサの植物分類について一元説（一属一種説）を前提とする限り必ずしも誤っているとは言えない。

しかし、多元説（一属多種説）を前提にすると、国際条約において「大麻草」の定義が「カンナビス属の植物をいう」と定められているにもかかわらず、日本国においてわざわざ「大麻草」を「カンナビス・サティバ・エル」と規

定している以上、日本国は、アサ属植物に含まれる植物の中で、リンネの命名したカンナビス・サティバ (Cannabis sativa) のみを大麻草と扱うものとして限定的に立法したものとの解釈も可能である。<sup>(34)</sup>

他方で、既述のとおり、アサ属植物には未発見・未命名の種が多数存在する可能性がある。しかも、既発見のものの中においてさえTHCを全くまたはほとんど含まない無毒タイプのものがあることからすれば、「アサ属の植物であれば有意量のTHCを必ず含有している」という定式が一般法則としては絶対に成立しないことになる。未発見の種について現時点で法規制をすることは原理的に不能であるし、無毒タイプのアサについて法的規制を加えることについても合理性があるとは思われないので、その意味で、「カンナビス属に属する植物」全部を規制対象として国際条約を定めることに科学的な合理性はない。<sup>(35)</sup> 単一条約及び国連条約における「カンナビス属の植物をいう」との定義は、合理的な解釈として、①カンナビス植物であり、かつ、②有意な毒性を示す程度の分量のTHCを含むものという趣旨であると理解するしかないと思われる。<sup>(36)</sup>

## 6 最高裁判例

大麻草の定義に関しては、最高裁昭和五七年九月一七日判決・刑集三六卷八号七六四頁は、「大麻草（カンナビス・サティバ・エル）」とは、「カンナビス属に属する植物すべてを含む趣旨であると解するのが相当」であると判示しており、大麻取締法一条に定める大麻草の定義の解釈としてはこの判決が日本国の最高裁判例であると一般に理解されている。そして、通説は、この判決をもって「大麻草」の定義をめぐる論争の一切が実務的に解決され決着がついたものと理解している。<sup>(37)</sup>

この最高裁判決の論拠について、判決理由中には「大麻取締法の立法の経緯、趣旨、目的等によれば」とあるのみで、文言それ自体からは必ずしも明確ではない。しかし、前掲判例解説<sup>(38)</sup>によれば、単一条約及び国連条約への批准を目的とし、これらの条約が依拠する一元説（一属一種説）における大麻草の定義が正しいものであることを前提にし、かつ、アサ属（カンナビス属）植物はすべて有害であるとの理解に基づき、その判決理由が形成されたものと推定される。

しかし、単一条約等における立法事実としてのアサ属植物のとらえ方に関する理解が正しくないことは、本論文において詳述したとおりである。そして、本判決には単一条約及び国連条約中の定義について述べたところと全く同じ問題がある。要するに、最高裁判決としての判断形成に重大な錯誤が含まれている。

この最高裁判決の判例としての拘束力については、これを全面的に肯定することはできない。この最高裁判決の判例としての拘束力についても、合理的な解釈として、①カンナビス植物であり、かつ、②有意な毒性を示す程度の分量のTHCを含むものという範囲に限定されたものと解すべきである。

そして、このような限定的な解釈を超過する部分については、判例としての拘束力がないと考える<sup>(39)</sup>。そして、このような限定的なものとして判例としての拘束力をとらえることによって、単一条約及び国連条約の締結趣旨に反するものとは考えられず、また、これらの条約の批准の効力に対していささかの悪影響も生じさせるものではないと解する。

## 7 あるべき解釈論と立法論

以上から明らかとなり、大麻取締法一条に規定する「大麻草（カンナビス・サティバ・エル）」の意義については、①アサ属（カンナビス属）植物であり、かつ、②有意な毒性を示す程度の分量のTHCを含むものという趣旨で理解



するのが合理的と思われる。

しかし、法の文言解釈上では、そのような合理解釈を得ることが不可能であるので、例えば、覚せい剤取締法において一定分量の「フェニルアミノプロパン、フェニルメチルアミノプロパン及び各その塩類」等に対して法規制をするのと同様な意味で一定量のTHCを含むものに限定してアサ属（カンナビス属）植物を大麻草とする趣旨の条項に法改正することが望ましい。それと同時に、裁判実務においても、鑑定を義務付け、有意な分量のTHCを含むアサについてののみ大麻取締法違反の罪の成立を認め、起訴及び有罪判決をなすべきであらう。<sup>(40)</sup>

ただし、その「有意な分量」がどの程度であるかについては、自然科学の一部としての医学及び薬学に属する事柄であり、また、警察捜査実務上の問題も多々あつて筆者の能力外のことであるので、本論文では論じない。

#### 注

- (1) あへん法三条一号に規定する「パバヴェル・ソムニフェルム・エル」との名の中で「パバヴェル・ソムニフェルム」が種名であり、「エル」は命名者であるリンネ（Carl von Linné）の略称（L）である。
- (2) あへん法三条一号に規定する「パバヴェル・セティゲルム・ディーシー」との名の中で「パバヴェル・セティゲルム」が種名であり、「ディーシー」は命名者であるドゥ・カントル（Augustin Pyrame de Candolle）の略称（DC）である。
- (3) 最終改正は二〇〇六年になされている（ウィーン規約）。  
<http://bot.sav.sk/cebu/main.htm> [二〇一一年一〇月一〇日確認]
- (4) 種名ではなく品種名（form name）を法律要件とする法令としては、種苗法を代表例としてあげることができる。
- (5) A P G（Angiosperm Phylogeny Group：被子植物系統発生グループ）がその代表的な研究グループである。  
<http://www.mobot.org/mobot/research/apweb/> [二〇一一年一〇月一〇日確認]
- (6) 大きな分類変更があった属の例としては、ゴマノハグサ属（Scrophulariaceae）をあげることができる。クロンキスト以前の分類体系では、ゴマノハグサ属には非常に多くの種類の種が含まれていた。しかし、遺伝子解析の結果、大部分の植物がゴマノハグサ（*Scrophularia buergeriana*）とは相当異なる植物であると判定され、現在では、オオバコ科（*Plantaginaceae*）

- やハエドクソウ科 (Phrymaceae) に分類変更となった。その結果、現時点でのゴマノハグサ科にはほんのわずかの種しか残されていない。
- (7) 日本のマムシグサ (*Arisaema serratum*) は、かつては多数の種に細分され分類されていたが、現時点では1種として統合されている。ただし、再検討の余地があり流動的である。
- (8) 植物ではないが、従来は1種として考えられてきた鳥類のアホウドリについて、外見上では全く異ならないが遺伝子上では異なる二種のタイプに別れることが次第に判明してきた。将来のある時点で、二種として分類変更されることはあり得る。黒尾正樹、米川博通、齋藤茂、松葉周子、長谷川博「ミトコンドリアDNAの制御領域 (D-loop region) を指標としたアホウドリ (*Phoebastria albatrus*) 集団の遺伝的多様性の解析II」  
<http://www.mmc.toho-u.ac.jp/v-lab/ahoundori/research/study/kyodo/kyoken02.html> [二〇一一年一〇月一〇日確認]
- (9) その代表例としてユリ科 (Liliaceae) をあげることができる。従来、ユリ科には非常に多数の種類の種が含まれていた。しかし、近年の分類変更により、科 (family) のレベルでの細分化がなされ、現在では、ユリ目 (Liliales) の下にユリスイセン科 (Astrosmeniaceae)、イヌサフラン科 (Colchicaceae)、ユリ科 (Liliaceae)、メランチウム科 (Melanthiaceae) として細分類されるに至っている。
- (10) バナナ (*Musa* spp.) をその代表例としてあげることができる。本稿で扱うアサ (Cannabis) もそのような例の一つとして考えることが可能である。また、バラの園芸交配種 (品種) やランの人工交配種でも非常に複雑な交配を繰り返したものについては同様の困難性がある。これは、平均値としては遺伝子配合率を計算可能であるにしても、個々の個体には遺伝子配合率の偏りがあることから、現実には存在する個体における遺伝子構造が平均値としての遺伝子配合率とは異なるという事に起因している。
- (11) 特許の領域においてこのような問題が生ずるメカニズム及び遺伝子データベースの構築による解決方法については、夏井高人「植物の同一性識別の誤りによる特許制度上の問題点とデータベースによる解決方法」法とコンピュータ二七号三三頁(二〇〇九)及び夏井高人、Some Legal Issues Caused by Identification of Wild Herbal Plants - Interpretation and Perspectives of Patent Law -, *Meiji Law Journal* vol.15, pp.1-20, 2008 (詳しく論じた)。
- (12) 園芸・鑑賞のために多種多様な植物の人工交配が行われてきた。異なる種の間における交配を異種間交配といい、異なる属間の交配を異属間交配という。最近では、科間交配も存在する。例えば、そのような特許出願例として、「リンドウ科植物とキ

- キョウ科植物の相反交雑による雑種の育成と品種改良」(特開二〇〇一・一三六八五三)がある。ただし、既述のとおり、植物分類体系それ自身が便宜的に構築されることがあるため、真の意味で異なる科間または異なる属間の交配といえるかどうかについては、遺伝子分析を踏まえた慎重な検討を要する。
- (13) 人工的な遺伝子合成や遺伝子組み込みは交配ではないが、今日、このような技術が現実になんか可能となっている以上、ある種の遺伝子と別の種の遺伝子とを結合可能かどうかという意味で種の独立性を考えることは全く無意味になってしまっているものと考えられる。
- (14) 人類は、ホモサピエンスという単一の種だけで構成されていると考えられている。しかし、個々のヒトに相当大きな個人差が存在することは明らかであることを考えれば、単一の種であってもかなり大きな個体差が存在し得ることを理解することができる。
- (15) 後述のとおり、アサの分類における一元説(一属一種説)の多くは、このような状態にある一群の植物であるという理解を前提に、その一群の植物に対して便宜的に一つの名を与えているものとして理解することができる。
- (16) 学名の記載上でも自然交雑種等の雑種であることを理解できるように表記することとされている。例えば、Aという植物とBという植物の自然交雑種は、A×Bという形式で表現されることになる。
- (17) 詳細については、大麻研究会『大麻大百科』(株式会社データハウス、二〇〇七)一五頁以下を参照されたい。
- (18) 将来、石油などの地下資源が枯渇または大幅に不足する時代が到来することは確実である。現代社会では石油から精製された化学物質を原料とする化学繊維が優勢となっているが、植物由来の繊維(綿、麻など)の有用性は時代を超えて維持されているだけではなく、化学繊維の原料が枯渇する時代にはその重要性を増すものと推定される。したがって、今後の法政策論としては、アサ属(カンナビス属)植物を含め、繊維としての優れた特性を有する原料となる植物を適法に栽培・活用できるようにする方向で再検討すべき時期に来ていると考ええる。
- (19) 例えは、Pharmaceutical compositions for the treatment of pain (United States Patent 7968594) ' Medicinal acidic cannabinoids (United States Patent 7807711) ' Extraction of pharmaceutically active components from plant materials (United States Patent 7344736) 及び Method of preparing delta-9-tetrahydrocannabinol (United States Patent 6730519) などがある。
- (20) <http://www.cancer.gov/> [二〇一一年一〇月一〇日確認]

- (21) Rajinder Singh, Jatinderpal Sandhu, Balvinder Kaur, Tina Juren, William P. Steward, Dan Segerback and Peter B. Farmer, Evaluation of the DNA Damaging Potential of Cannabis Cigarette Smoke by the Determination of Acetaledehyde Derived N2-Ethyl-1,2- deoxyguanosine Adducts, *Chem. Res. Toxicol.*, 2009, 22 (6), pp. 1181-1188, DOI: 10.1021/tx900106y; Publication Date (Web): May 18, 2009
- (22) 『最高裁判所判例解説(刑事) 昭和五七年度』二七〇頁の「大麻取締法二条にいう「大麻草(カンナビス、サティバ、エル)の意義」(坂井 智)には、「一属多種説が強力に主張されるようになったのは極く最近のことであり」との記載がある。しかし、これは、カンナビス属の植物の命名年が一七〇〇年代に遡ること、換言すれば、もともと多元説(一属多種説)が多数説であったという単純な事実を看過した明らかな誤解に基づくものである。同解説を丁寧に読むと、二七三頁～二七四頁にある注一ないし注四において三種のマサの命名について比較的正確な認識をもっておりながら、その命名年を軽視していたことを理解する<sup>1)</sup>ことが出来る。
- (23) Ernest Small and Arthur Cronquist, A Practical and Natural Taxonomy for Cannabis, *International Association for Plant Taxonomy (IAPT)* Vol. 25, No. 4, Aug., 1976, p.405
- (24) Karl W. Hillig, Genetic evidence for speciation in Cannabis (Cannabaceae), *Genetic Resources and Crop Evolution* Vol. 52, No. 2, pp.161-180, 2005 <sup>2)</sup>
- (25) アサ属に属する植物はユーラシア大陸に広く普遍的に分布しており、原種レベルだけでもその全てを完全に調査研究することは不可能に近いことではないかと思われる。すなわち、未知のアサ属植物が存在する可能性が高い。
- (26) Shao Hong and Robert C. Clarke, Taxonomic studies of Cannabis in China, *Journal of the International Hemp Association* 3(2): 55-60, 1996
- (27) 大鳥大典「無毒アサ」<sup>3)</sup>と「とちぎしろ」の育成について、*栃木農試報* No.28 pp.47-54 (1982)
- (28) 注二二参照
- (29) 「とちぎしろ」を含む無毒タイプのアサだけではなく、日本国においてカンナビス・サティバとして同定されているアサの遺伝子構造が、リンネの命名の際に観察した標本としてのカンナビス・サティバ個体の遺伝子構造と同じものとして同定されるべきものかどうかについては、現時点では全く不明である。
- (30) 一般に、いわゆる「インド麻」なるものが「カンナビス・インディカ」であり、日本産のものは「カンナビス・サティバ」で

あるとの考えが主流であると思われるが、科学的根拠は何もない。日本においてはカンナビス・インディカとカンナビス・サテイバのみが知られていたことから、消去法的な考察に基づき、「インド麻でなければカンナビス・サテイバである」と安易に同定されてきた疑いがある。これらの点についての詰めがほとんどなされないまま、後述の国際条約に盲従するかたちでなし崩し的に一元説（一属一種説）が導入されたらしいということは、林修三「大麻取締法と法令整理」時の法令五三〇号二〇頁を読めばすぐに理解できることである。そして、この点は、岸田修一「大麻を探る」時の法令九九一号二二三～三〇頁、同「大麻を探る2」時の法令九九二号一九～二六頁、同「大麻を探る3」時の法令九九三号一〇～一七頁でも同じである。

- (31) 大麻取締法一条の解釈に関する通説的理解は、吉田敏雄「大麻取締法」注釈特別刑法第八卷三〇九頁以下及び植村立郎「大麻取締法」注釈特別刑法第五卷医事・薬事法編(2)第二版所収に記述されているところに尽きるものと思われる。しかし、これらは後述の国際条約及び最高裁判決に依拠して書かれたものであり、また、そこに記載されている前提認識に多くの誤りが含まれていることが明らかであることから、信頼性に欠けると判断せざるを得ない。ただし、本論文の本文中で示すものを除き、詳論は避ける。

(32) Single Convention on Narcotic Drugs, 1961

(33) United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988

- (34) 実際には、前掲林修三「大麻取締法と法令整理」等にも示されているように、大麻取締法の制定及び改正等の際にアサ（大麻）の定義について精密な分析や検討がなされたわけではないというのが歴史的事実であるようなので、あくまでも論理的な意味での解釈論上の理解である。

- (35) アサ属（カンナビス属）に属する植物すべてを違法なものとして消滅させる方向での法規制・法解釈・法執行は、「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を意識し、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確認し、生物の多様性の著しい減少又は喪失の根本原因を予想し、防止し及び取り除くことが不可欠であることに留意し、生物の多様性の著しい減少又は喪失のおそれがある場合には、科学的な確実性が十分でないことをもって、そのようなおそれを回避し又は最小にするための措置をとることを延期する理由とすべきではないことに留意」すべきものとする生物多様性条約（Convention on Biological Diversity, 1992）の基本精神と真つ向から矛盾することにもなる。人類にとつて有害な植物であるか否にかかわらず、地球上の種の多様性は維持されなければならない。さりとて人類の安全を考えれば、有害な植物を無条件で野放しにすることもできない。この根本的矛盾を解決するための唯一の方法は、有害性の根拠を吟味し

た上で、その有害性を抑止するために合理性を有する限度でのみ特定の種類の植物に対する法規制をするという政策論を採用する以外にはないものと考ええる。

(36) 前掲最高裁判例解説中に示されている米国の裁判例中には、この点について争点になっていたらしいものも見受けられる。他方、最近の海外の裁判例の中には、有意な分量のTHCを含まないアサについては処罰対象としないと判断する裁判例が散見されるようである。これらの海外の裁判例の検討については、他日を期したい。

(37) 注三一参照

(38) 注二二参照

(39) このように判例としての拘束力（先例拘束性）の問題として解決する方法には問題が全くないわけではない。特に、拘束力がないけれども形式的には判例らしきものが存在していると認識される場合において「判例変更」の方法がないという致命的な問題がある（判例としての拘束力があればこそ変更の必要があるが、解釈によって判例としての拘束力が否定されるべき場合には変更されるべき対象としての拘束力ある判例が存在しないことになる）。このようなタイプの課題を解決するための方法は、現行の民事訴訟規則にも刑事訴訟規則にも用意されていない。

(40) 前掲注解特別刑法一四頁には「前述した改良大麻草のようにおよそTHCを含有しない大麻草が新たに種として固定されるようになったときは、同一に論じえないのであって、この種の大麻草は本法の適用を受けないことになろう」との記述がある。最高裁判例を完全に正しいと解する場合、THCを全く含有しない大麻草について適用除外を考慮することはあり得ないことと思われるから、合理的に解釈すれば、同注解特別刑法の筆者は最高裁判決の判例としての拘束力が最初から限定的なものであると理解していたとしか考えられない。また、最高裁判決がなされた昭和五七年当時、全く無害な大麻草「とちぎしろ」は既に現実存在していたのであるから、この記述が前提とする事実認識に大きな誤りがあることは否定しようがない。同注解特別刑法は、最高裁判決を批判するものとして書かれるべきだったと考ええる。