

P320  
H27

ISSN 0389-5947

# 法律論叢

明治大学法律研究所

第 84 卷 第 4・5 号

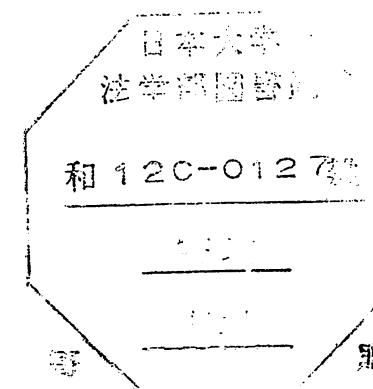
〔論 説〕

- アメリカにおけるMBOと法律問題（一）  
……………泉田栄一（1）  
債務不履行による損害賠償請求権の成立要件  
——民法（債権法）改正案の検討——  
……………長坂 純（57）  
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——  
……………夏井高人（91）  
法倫理学における道徳的制度主義の構想と道徳的個別主義の問題性（二）  
——ラファエル・フェルバーの見解をめぐつて——  
……………増田 豊（113）  
「代理」規律改正のためのデッサン  
——民法（債権関係）改正論議を契機として  
——（下）……………伊藤 進（151）  
昭和四九年商法改正と法制審議会商法部会小委員会（七）……………三枝一雄（225）

〔資 料〕

- 明治前期の妾関係判決  
……………村上一博（321）

2012. 1



法律論叢 第八四巻 第四・五号 (110-111-1)

論 説

アメリカにおけるMBOと法律問題（一）

債務不履行による損害賠償請求権の成立要件

——民法（債権法）改正案の検討——

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——

法倫理学における道徳的制度主義の構想と道徳的個別主義

の問題性（二）

——ラファエル・フェルバーグの見解をめぐって——

「代理」規律改正のためのデッサン

——民法（債権関係）改正論議を契機として——（下）

昭和四九年商法改正と法制審議会商法部会小委員会（七）

三枝 一雄（明治大学 名譽教授）一一一五

村上 一博（明治大学 専任教員）一一一

豊（明治大学 専任教員）一一三

伊藤 進（明治大学 名誉教授）一五一

夏井 高人（明治大学 法情報専任教員）九一

長坂 純（明治大学 専任教員）五七

明治前期の妾關係判決

資料

法律論叢 第八四巻 第四・五合併号 (110-111-1)

【論 説】

アメリカにおけるMBOと法律問題（一）

泉 田 栄 一

目 次

- 一 はじめに
- 二 MBOと閉鎖会社化取引または少數株主の締め出し
- 三 アメリカ法における取締役の信認義務（以上 本号）

一 はじめに

1 アメリカにおける「経営陣による企業買収 (management buyouts, MBOs)」は、普通、会社（被買収企業 target）は、新会社（受け皿会社 shell company）が負った債務を返済するのに十分な利益をあげるであろうという予想の下に、経営陣が会社に残ることを約束しながら、銀行等の第三者（融資者 lender）から資金を調達し、当該資金をもつて新会社を設立し、経営陣は新会社の株式の大部分を取得し、新会社が会社の株式または資産の全部を購入する取引形態

## 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—

夏井高人

### 【論説】

法律論叢 第八四巻 第四・五合併号（二〇一二・一）

- |   |                 |
|---|-----------------|
| 1 | 目次              |
| 2 | はじめに—問題の所在      |
| 3 | 植物分類における種名上の問題点 |
| 4 | アサ属植物における植物分類   |
| 5 | 大麻取締法における問題点    |
| 6 | 国際条約            |
| 7 | 最高裁判例           |
|   | 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<sup>(1)</sup>ンのリンネ (Carl von Linné) の『植物の種 (Species plantarum' 一七五二年)』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) 父子の研究成果として歐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。<sup>(2)</sup>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會議において両者の妥協的統合がなされた。<sup>(3)</sup>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、その後何度も改正を経てくるが、現時点において植物の命名に関する国際的に承認されてく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っ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 (平成一六年六月一日法律第七八号・以下「特定外来生物法」という) をあげる。

ふりとができる。

これらの法令が制定されるにつれては、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・カンドルやエンゲラー (Heinrich Gustav Adolf Engler) を経て、クロンキスト (Arthur Cronquist) に至るまで、主として植物の形態 (生殖器の構造の類似性や相違等) を基準として分類がなされたものが、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、「形態が相似してくる」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た植物が同一の種であるとされ、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>(6)</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。そこには、自然科学上の知見を踏まえているとはいっても、やや便宜的な理由で属の変更がなされた例もある。<sup>(7)</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つて「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。

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っても、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> こ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ことが明確に意識されていないよう思われる。

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」という説もあつたが、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、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>(12)</sup><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ければならないのは、单一の種であつても個体差があるためである。最も典型的なものを見ると、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が自然交雑種を起こ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雫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、眞実は、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雫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のような場合であつても、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、中間種が多く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るだけだと理解することが可能である。<sup>(14)</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種の植物の自然交雫が進んでい

る状況である場合とは別の場合もあり得る。例えば、もともとはBという種しか存在していなかつたところ、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）となつており、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いるとすれば、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の概念が用いられることがある一方、それとは無関係に種の概念が用いられることがある。

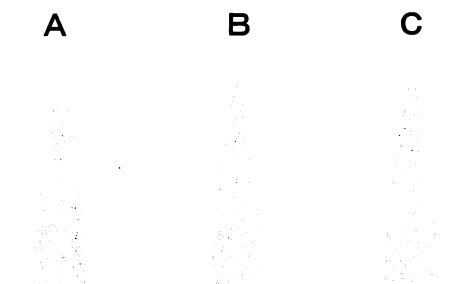


図1

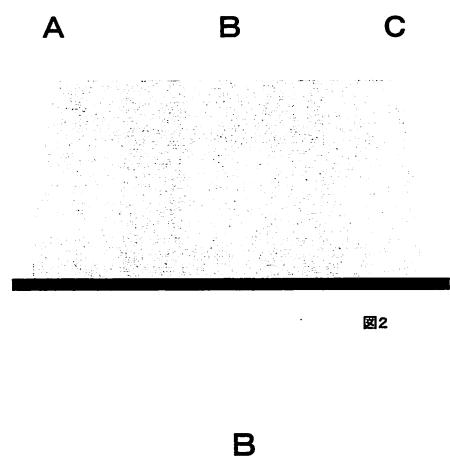


図2

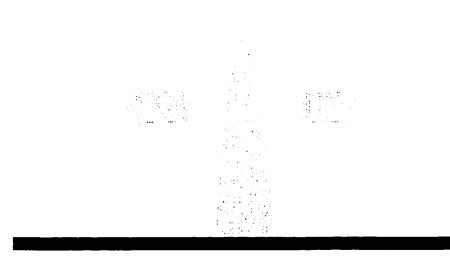


図3

例えば、種の保存法の解釈・運用においては、植物分類学上の種の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って「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ゐることもある、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つていっ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

農本草經』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、諸国をめぐり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數存在する。<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」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。したがつて、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、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・サティ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、ロシアのジャニセヴィスキ (Dmitrij E. Janischewsky) は、一九四一年、カンナビス・サティバ及びカンナビス・インディカとは異なる種を同定したカンナビス・ルデラリス (*Cannabis ruderalis Janischewsky*) 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）と呼んでいたようであるが、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<sup>(22)</sup>ことになる。

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。とりわけスマール (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  $n=10$  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<sup>(23)</sup>。多数の中間雜種が存在することなどを理由に、一群の植物として扱われ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・サティバ (*Cannabis sativa Linnaeus*) をもつての一群の植物の種名とするという提案を行った。スマールらの見解は、アサ属に属する植物について上掲の図でいえば図2のような状態である<sup>(24)</sup>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書いてよい。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<sup>(25)</sup>ことを確定したわけではないことになる。その意味では、同定断念説とで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知れない。

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<sup>(26)</sup>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<sup>(27)</sup>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

といふとなり、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・ルデラリス (*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ふとの見解が最も有力である<sup>(28)</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<sup>(29)</sup>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未発見の種があり得ると一般に推定されており、現に中国等で新種が発見される可能性が非常に高い<sup>(30)</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<sup>(31)</sup>ことは、そもそも論理的にあり得ない<sup>(32)</sup>の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<sup>(33)</sup>ことを論証する<sup>(34)</sup>ことはできない<sup>(35)</sup>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<sup>(36)</sup>ことが一般に知られている。無毒タイプのアサは、人工交配によって作出する<sup>(37)</sup>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「じねぎしろ」<sup>(38)</sup>があり、医薬用大麻として現在の日本全国で栽培されているアサの代表格とされている。そして、「じねぎしろ」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<sup>(39)</sup>事実は非常に重要であり、「アサ属の植物であれば有意な量の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<sup>(40)</sup>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。昭和四一年は、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、「<sup>(1)</sup>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。<sup>(28)</sup>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」として、<sup>(1)</sup>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、遺伝子の比較によつて「カンナビス・サティバ（*Cannabis sativa*）」であるかどうかを識別する<sup>(29)</sup>とはできない。

まだ、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のな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だ栽培されているアサの中にはこれまで同定・命名されていなかつた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。<sup>(1)</sup>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）といふ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<sup>(1)</sup>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、麻薬に関する单一條約（昭和三九年条約第一二二号、以下「單一條約」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（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。

單一條約の一項C<sup>(1)</sup>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「元説（一属一種説）」を前提とする限り必ずしも誤つてゐるとは言えない。

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」とからすれば、「アサ属の植物であれば有意な量の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は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>

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・刑集三六巻八号七六四頁は、「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>

## 6 最高裁判例

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、單一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、單一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、本判決には單一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るべきである。<sup>(39)</sup>

そして、このような限定的な解釈を超える部分については、判例としての拘束力がないと考える。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、單一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

以上から明らかなどおり、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

か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」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ろう。<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) あくへ法三條一号に規定する「パパヴェル・ソムニフェルム・エル」との名の中で「パパヴェル・ソムニフェルム」が種名であり、「エル」は命名者であるリッハス (Carl von Linné) の略称 (I.) である。

(2) あくへ法三條一号に規定する「パパヴェル・セティゲルム・ティーン」の名の中や「パパヴェル・セティゲルム」が種名であり、「ティーン」は命名者であるピエ・カンドル (Augustin Pyrame de Candolle) の略称 (D.C) である。

(3) 最終改正是1100K年になされたこと (ハイーン規約)。

<http://ibot.sav.sk/icbn/main.htm> [1101-11-10月10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」とがどうぞ。

(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/> [1101-11-10月10日確認]

(6) 大きな分類変更があつた属の例<sup>(41)</sup>トガマノハクサ属 (*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、コ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) 級分類<sup>(42)</sup>されていざる。

やハエドクソウ科 (Phrymaceae) に分類変更となつた。その結果、現時点でのコマノハグサ科にはほんのわずかの種しか残されていな。

(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、現時点では一種として統合されていざる。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、従来は一種として考えられてきた鳥類のアホウドリ<sup>(43)</sup>にて、外見上では全く異ならないが遺伝子上では異なる一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、一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「マントラハンドウローナの制御領域 (D-loop region) を指標としたトホウドリ (Phoebeasteria albatrus) 集団の遺伝的多様性の解析」<http://www.mnc.toho-u.ac.jp/v-lab/ahoudori/research/study/kyoto/kyoken02.html> [1101-11-10月10日確認]

(9) やの代表例としてツツジ科 (Liliaceae) やホウズリ科 (Melanthiaceae) などがある<sup>(44)</sup>。従来、ツツジ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、ユリ科 (Liliaceae) の下にユリイセン科 (Alistroemeriacae), イヌサフラン科 (Colchicaceae) ハリ科 (Liliaceae), メランチウム科 (Melanthiaceae) として細分類<sup>(45)</sup>されていざる。

(10) バナナ (*Musa spp.*) をその代表例としてあげる」とができる。本稿で扱うアサ (*Cannabis*) もそのような例の一ひと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としても、個々の個体には遺伝子配合率の偏りがある」とかく、現実に存在する個体における遺伝子構造が平均値<sup>(46)</sup>との遺伝子配合率とは異なる<sup>(47)</sup>ことが起因していざる。

(11) 特許の領域において<sup>(48)</sup>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<sup>(49)</sup>では、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」法とカンヌ国際商標 (1100九) 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 に記載してある。

(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ふ。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<sup>(50)</sup>、「カンナビス科植物とキ

## —植物分類体系の変化が法制度に与える影響—

—法 律 論 敦—

キヨ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 자체が便宜的に構築されることあるため、眞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分成や遺伝子組み込みは交配ではないが、今日、いのよくな技術が現実に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には全く無意味になってしまつてゐるものと考えられる。

(14) 人類は、ホモサムロンスとうへ單一の種だけで構成されてゐると考えられてゐる。しかし、個々のヒトに相当大きな個人差が存在する」とは明らかであることを考えれば、單一の種であつてもかなり大きな個体差が存在し得ることを理解する」とが前提だ。

(15) 後述のとおり、アサの分類における「元説（一属一種説）の多くは、」のよくな状態にある一群の植物であるとう理解を学名の記載上でも自然交雑種等の雑種である」とを理解できるように表記すればいいとされる。例えば、Aとう植物とBとう植物の自然交雑種は、 $A \times B$ とう形式で表現される」とになる。

(16) 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、11007）15頁以下を参照された。

(17) 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」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つてゐるが、植物由來の繊維（綿、麻など）の有用性は時代を超えて維持されいるだけではなく、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。したがつて、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切に栽培・活用していく方向で再検討すべき時期に来てゐる事である。

(18) 例へば、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。

(19) <http://www.cancer.gov/> [1101-1年10月10日確認]

(20)

(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 Acetaldehyde Derived N2-Ethyl-2, -deoxyguanosine Adducts, Chem. Res. Toxicol., 2009, 22 (6), pp. 1181-1188, DOI: 10.1021/bx900106y, Publication Date (Web): May 18, 2009

(22) 「最高裁判所判例解説(民事)昭和廿七年版」1170頁の「大麻取締法」条文による「大麻草(カハナシバ、キトキバ、ニニ)」の意義」(坂井 智)によれば、「一属多種説が強力に主張されねばならぬ」なたのは極めて最近の「いわゆる」との記載がある。しかるにれば、カンナビス属の植物の命名年が一七〇〇年代頃より、換言やれども「ふるふる多」説（一属多種説）が多数説であつたところ、単純な事實を看過した明らかな誤解に基づいてゐる。同解説を一寧に読むと、「一九二一年の四月に於ける日本における三種のアサの命名について比較的正確な認識をもつておつたが、その命名年を軽視していたりしないを理解すべし」とある。

(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 など

(25) ハサ属に属する植物はヨーロッパ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併せ「鑑定研究」のふさ不可能に近いといひではなほと思われる。やむを得ず、未知のアサ属植物が存在する可能性が高くなる。

(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) 大島大典「大麻の育成」の育成について」柄木農試報 No.28 pp.47-54 (1982)

(28) 注111参考

(29) 「大麻の構造」を含む無脚タイプのアサだけではなく、日本国は日本からハナシバ・サトイバを中心とした同定された「大麻」の遺伝子構造が、リソネの命名の際に観察した標本としてのカンナビス・サトイバ個体の遺伝子構造と同様のヒントで同定されねばならないかに「いふては、現時点では全く不明である。

(30) 一般に、いわゆる「ハンドル」なるものが「カンナビス・サトイバ」であり、日本産のものは「カンナビス・サトイバ」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・サティ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・サティバである」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ころとは、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」時の法令九九一号二三一～二三〇頁、同「大麻を探る2」時の法令九九二号一九一～二六頁、同「大麻を探る3」時の法令九九三号一〇一～一七頁でも同じである。

(31) 大麻取締法一条の解釈に関する通説的理説は、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」注解特別刑法第五II卷医事・薬事法編（2）第二版所収に記述されてくるところに尽まるものと思われる。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、前掲林修三「大麻取締法と法令整理」等にも示されてる如く、大麻取締法の制定及び改正等の際にアサ（大麻草）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ころ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圈における生命保持の機構の維持のため重要である」とを意識し、生物の多様性の保全が人類の共通の关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にないことをもって、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）の基本精神と真に向から矛盾することになる。人類にとって有害な植物であると否とにかくらず、地球上の種の多様性は維持されなければならない。あ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たようになったときは、同一に論じえないものであつて、この種の大麻草は本法の適用を受けないとなる」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が思われるから、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」は既に現実に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つたと考える。