

# 最終意見陳述

2024年3月29日

被告人 大藪 龍二郎

主任弁護士 丸井 英弘

弁護士 石塚 伸一

＝目次＝

## 第1 違法収集証拠の排除

～不当な職務質問と捜査官による差別的・威圧的法執行～

### 1. 捜査目的の切り替え

- (1) 道路交通法違反の職務質問
- (2) 大麻取締法違反の不当な捜査

### 2. 不当な現行犯逮捕

- (1) 任意捜査の打ち切り
- (2) 偏見と差別に基づく法執行
- (3) 違法な現行犯逮捕
- (4) 違法収集証拠排除の法理と判例

～法執機関による違法な捜査を抑制～

- (5) 本件における違法収集証拠排除の必要性
- (6) 小括

～大麻押収関連証拠の排除～

## 第2 大麻鑑定の証明力

～滑川鑑定は科学的証拠としての証明力がない～

### 1. 群馬県警科捜研の大麻草識別鑑定

#### (1) 形態学検査

～形態検査は、目視で行われている～

#### (2) ガスクロマトグラフによる質量分析検査

～実験の失敗および鑑定不正の疑念が払拭できない～

#### (3) 質量分析検査における試料の代表性

～サンプルの抽出方法は、科学の一般ルールから逸脱している～

#### (4) ガスクロマトグラフと薄層クロマトグラフの質量分析について

～2つの質量分析の結果が一致していない～

### 2. 群馬県警科捜研の質量分析検査への疑念

～鑑定番号16号(8月8日実施)は、鑑定不正ではないのか～

3. 群馬県警科捜研の「大麻草」同定実験の非科学性

～「剛毛」と大麻成分の1つが検出できれば、「大麻草」なのか～

4. 小 括

～滑川鑑定は、非科学的鑑定である～

第3 犯罪成立要件

1. 大麻取締法違反(所持罪)の構成要件

～昭和23年『大麻取締法』の構成要件～

2. 「大麻」の定義

～「カンナビス・サティバ・エル」以外の大麻草が存在する～

(1) 1982(昭和57)年最高裁決定と一属一種説

(2) 大麻取締法の拡大適用と麻酔性薬物規制

(3) 大麻所持等の処罰根拠

(4) 2023(令和5)年法改正の趣旨

(5) 大麻(カンナビス・サティバ・エル)の同定方法の変遷

(6) 新法による政策変更

(7) 小 括

3. 「みだりに」の意義

～みだりにとは「正当な法律上の根拠なく」との意である～

4. 「所持」の意義

～自己使用のための少量所持は、所持罪における「所持」と言えるのか?～

(1) 可罰的違法性論

(2) 「一厘事件」と可罰的違法性

(3) 小括

5. 違法性および有責性

(1) 刑法における違法阻却(正当化)事由

(2) 本件における行為事情

(3) 違法性または有責性を阻却する可能性

(4) 小括

第4 憲法違反および条約違反

1. 大麻取締法の違憲性

(1) 占領下大麻取締政策の違憲性

(2) 占領下大麻取締政策のポツダム宣言違反

(3) 大麻取締法制定の狙い

(4) 日本における大麻草の歴史と文化

(5) 大麻規制による日本の文化・自然・生活の破壊

(6) 小 括

## 2. 大麻草の効用

- (1) 人類がこの地球上で生きていくために必要な燃料を生産できる。
- (2) 環境上安全な分解性のプラスチックが生産できる。
- (3) 麻の実は、栄養食品として極めて価値が高い。

## 3. 文化として的大麻栽培

- (1) 清水登之「大麻収穫」1929年
- (2) 長谷川栄一郎=新里宝三「大麻の研究」1937年
- (3) 矢幡左右見「粗苧製造(大分県大山町)」1996年
- (4) 石川格「麻 大いなる繊維」1999年

## 4. 大麻草所持処罰の根拠と条約違反

- (1) 大麻取締法違反の処罰根拠
- (2) 1961年『単一条約』違反
- (3) 1992年『生物多様性条約』違反
- (4) 小 括

～大麻取締法の適用による憲法および国際条約に違反する～

## 5. 米国および国際社会における大麻政策の変化

- (1) ニクソン政権の大麻政策(1973年)  
～マリファナに対する誤解の是正～
- (2) バイデン政権の大麻政策(2022年)  
～単純所持罪の非犯罪化～
- (3) 大麻規制政策の国際的動向(2022年)
- (4) 小 括

～日本政府の条約遵守および公務員の憲法尊重擁護の義務～

## 第5 検察官の主張(論告求刑)に対する弁護人の反論

- 1. 大麻取締法の違憲性について
- 2. 大麻取締法の国際準則に違反について
- 3. 大麻を「みだりに」所持したかについて
- 4. 滑川による大麻鑑定について
  - (1) 滑川鑑定の方法について
  - (2) 滑川鑑定の信用性について
- 5. 職務質問および現行犯逮捕の適法性について
  - (1) 客観的事実について
  - (2) 職務質問の適法性について
  - (3) 現行犯逮捕の適法性について
- 6. 情状と量刑について
  - (1) 犯行態様について
  - (2) 犯行の経緯・動機について
  - (3) 再犯のおそれについて

- (4) 厳罰を科す必要性について
  - (5) 被告人に有利な事情について
7. 求刑

## 第6 結論

- (1) 裁判所と検察官の立証妨害
- (2) 違法排除法理の時代精神
- (3) 時代遅れの「一属一種説」からの脱皮
- (4) 捜査官たちの威圧的・強圧的捜査活動の抑止と警鐘
- (5) 結論

## 第1 違法収集証拠の排除

～不当な職務質問と捜査官による差別的・威圧的法執行～

本件は、被告人が2021年8月8日、路上に自家用車を駐車し、休息を取っていたところ、群馬県警察本部の交通担当の警察官が道路交通法違反の捜査のため職務質問に現れ、被告人が、ラテン系の服装をしていたことなどから不審を抱き職務質問を始めたことが事件の端緒となった。

### 1. 捜査目的の切り替え

#### (1) 道路交通法違反の職務質問

2021年8月8日午前5時50分ころ、群馬県吾妻郡長野原町大字与喜屋の国道146号線上において、自家用車内で休息を取っていた被告人に対し、群馬県長野原警察署司法警察員 塚田貴人警部補(以下「塚田」という。)および宮永雄基巡查(以下「宮永」という。)が、道路交通法違反の嫌疑で職務質問を実施し、身分証明書の提示を求めた。被告人が運転免許証を提示したところ、宮永は、群馬県警察本部警務部情報管理担当の総合照会を実施した。

#### (2) 大麻取締法違反の不当な捜査

照会の結果、「令和2年1月8日 神奈川県警大磯署 大麻取締法」「令和2年3月12日 横浜地検 起訴猶予」との回答を得たことから、薬物事犯の捜査に目的を変更した。塚田は、宮永巡查から「大麻」とのメモを示され、①車両に多数の擦過痕があったこと、②被告人の「頬がこけ、目がうつろであり、少し落ち着かない様子であったこと、③大麻使用者が好むラテン系の服装であったこと、④上記犯歴照会による捜査・処分記録などから、「大麻草」を隠蔽しているのではないかと疑念を抱き、嫌疑を薬物事犯に切り替えた。

職務質問は、薬物捜査特有の権威的かつ強圧的であった。所持品検査では禁製品が発見されなかったことから、塚田らは焦りを抱き、車内の検査を始め、黒色のポーチを発見し、被告人に開けるよう迫ったところ、「大麻のようなもの」が発見された。

## 2. 不当な現行犯逮捕

### (1) 任意捜査の打ち切り

被告人は、塚田の承諾を得て知り合いの弁護士に架電したところ、任意捜査に応ずるよう助言を受けたことから、「任意でお願いします」と述べ取調べに真摯に対応していた。塚田らは、薬物捜査専門の窪義隆警部補(以下「窪」という。)らに援助を求め、窪は任意提出された「大麻草のようなもの」の仮検査を実施したところ、陽性反応が出たため、同日7時5分、被告人を大麻取締法違反(所持罪)の現行犯で逮捕した。

### (2) 偏見と差別に基づく法執行

被告人は、道路交通法違反の嫌疑で職務質問を受けていた。しかし、塚田らは、「大麻取締法」の前歴という法的には何の根拠もない捜査情報と「ラテン系の服装」を理由に嫌疑を薬物事犯に切り替えた。これは、被告人の自由な服装や芸術家という職業に対する警察官の「教養」に基づく「レイシャル・プロファイリング (racial profiling)」(法の執行者が特定の人種や肌の色、民族、宗教、国籍、言語といった属性にもとづいて個人を捜査の対象とし、不審人物とみなした場合に所持品検査や職務質問などを行うこと)による差別的な法執行である。

アメリカ大使館は、2022年1月、日本政府に対し自国民が頻繁に職務質問を受けることに抗議した。日本政府も調査を約束した。国連も差別的な法執行の防止に取組むよう勧告しているが、日本においてはレイシャル・プロファイリングが横行していると報じられ、国際的に批判を浴びている。2024年1月には、外国籍の市民が人種差別的な職務質問を理由に、日本政府、東京都および愛知県に対し国家賠償請求訴訟を提起した。

本件もまた、上記のようなレイシャル・プロファイリングの文脈に位置付けることができる。

### (3) 違法な現行犯逮捕

刑事訴訟法212条は、現行犯を「現に罪を行い、または現に罪を行い終った者を現行犯人」と定義し(1項)、罪を行い終ってから間がないと「明らかに認められる」ときは「現行犯人とみなす」(2項)としている。

本件において検察官は、塚田の証人尋問において、敢えて「ラテン系の服装」が職務質問に至った理由の一つであったことに言及せず、証人もこの事実を隠蔽しようとした。弁護人が、反対尋問でこの点を問い糺したところ、「ラテン系の服装」が薬物犯罪の嫌疑を深める理由の一つであったこと認め、このような捜査技法は群馬県警の研修において「教養」として教示されていることを認めた。塚田の「ラテン系の服装」を薬物事犯に直結させる偏見が被告人を大麻所持者であることが「明らか」であると認める判断に結びついたことは否定し難い。

このような「偏見と差別」に基づく捜査は、不当であるということとどまらず、現行犯逮捕の要件を欠く違法な逮捕であり、憲法33条および35条、ならびに14条に違反する違法・違憲な捜査活動であると言わざるを得ない。

現行犯逮捕は、現に犯罪が実行される場合に私人にも認められる緊急措置であり、令状主義の例外である。警察官の場合には、裁判官に令状請求する暇(いとま)がなければ、緊急逮捕、すなわち、一定の要件の下に逮捕の後に令状を請求することができる。ところが、本件において窪は、敢えて現行犯逮捕という方法を用いた。これは、現行犯逮捕の場合にも、搜索押収は容認されるとされていることから、令状請求を回避するために敢えて現行犯逮捕したという意味において、二重の意味での令状主義の潜脱を目的とする悪質な強制処分である。

このように群馬県警では、道路交通法の職務質問から薬物事犯の現行犯逮捕・搜索押収という捜査が日常的に行われており、捜査技法としては極めて悪質な違法捜査である。

#### (4) 違法収集証拠排除の法理と判例

～法執機関による違法な捜査の抑制～

法執行機関が違法捜査によって収集した証拠の証拠能力について、最高裁判所は1978年9月7日の判決において、「証拠の収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが違法捜査を抑制する見地から相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるべきである」として違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を示唆し、排除要件としては、①証拠の収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があること、および②証拠として許容することが違法捜査を抑制する見地から相当でないと認められることであるとした(最判一小昭和53年9月7日刑集第32巻6号1672頁)。最高裁は、2003年2月14日、逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力を否定した(最判二小平成15年2月14日刑集57巻2号121頁)。

近年、捜査機関による薬物捜査が威圧的かつ強行的になっている。とりわけ若い警察官にこの傾向が強い。看過できないような暴力的事案もあり、東京地方裁判所は、2022(令和4)年2月7日、「2020年11月26日、池袋駅構内で発生した公務執行妨害および大麻を含有する粘性液体(通称「大麻リキッド」)約0.339グラムを所持した」という事案において、捜査官による所持品検査に「令状主義を没却する重大な違法」があり、「(大麻リキッドを含む)証拠に関する任意提出書、領置調書、鑑定嘱託謄本、鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査の抑止の観点からも相当でない」ことから、上記証拠の証拠能力を否定し、証拠から排除した。その結果、「大麻所持の事実を認める証拠はなく、その余の点を検討するまでもなく、犯罪の証明がない」として、被告人に無罪を言い渡した(令和2年刑(わ)第2990、令和3年特(わ)第517号、刑集未搭載)。

#### (5) 本件における違法収集証拠排除の必要性

本件において塚田は、宮田の犯歴照会によって得た情報の「大麻取締法」と書かれたメモと「ラテン系の服装」という外見によって、大麻取締法違反の嫌疑を抱き、捜査目的を変更し、令状がないにもかかわらず、強圧的な態度で住居・車・身体などの捜索を実施し、真摯に事情聴取に応じ、任意捜査を求めている被告人に対し、同僚の窪に応援を求め、簡易検査を実施し、大麻成分が検出されたことから、警察署への任意同行あるいは緊急逮捕の措置を講ずる十分な余裕があったにもかかわらず、路上で現行犯逮捕させ、大麻らしき植物片を押収させるなど、無令状で強圧的・強行的な強制捜査を実施した。

以上のように「大麻のようなもの」の証拠の任意提出書、領置調書、鑑定嘱託謄本、鑑定書を証拠として許容することは、近年における法執行機関の薬物捜査における無法ぶりを勘案すると、将来における違法捜査の抑止の観点から相当でないことは明らかである。

したがって、上記各証拠を有罪認定の証拠から排除すべきである。

## (6) 小 括

### ～大麻押収関連証拠の排除～

前述のように、本件における現行犯逮捕およびそれに伴う捜索・押収は、憲法および刑事訴訟の定めた令状主義を著しく違背する。また、現行犯逮捕は、無令状の捜索・押収を実施するために意図的かつ組織的に計画された捜査技法である。たしかに、「大麻のようなもの」は大麻取締法違反(所持)を立証するために重要な証拠ではあるが、逮捕の時点で被告人は、すでにこれを任意提出しており、新たに強制的に押収する必要性は全く存在しなかった。

本件は、大麻草の単純所持の事案であり、他の法令に違反する可能性もない軽微な犯罪である。法定刑の上限は5年、所持量も数グラムである。乾燥大麻をタバコのように紙に巻いて吸う場合、1回の使用料は約0.5グラムから0.7グラムであるから、本件大麻草は4、5回程度使用可能であるにすぎない。被告人は取調べに真摯応じており、大麻の使用は犯罪ではない。通常の使用に随伴する少量所持については当罰性がなく、不可罰であると解することができる。

これらの事実を総合的に評価すれば、捜査官の職務執行の違法性は重大であり、犯情は軽微であることから、「大麻らしき物」の押収に関連するすべての証拠は排除されるべきである。したがって、検察官請求証拠甲10および11号、ならびに、これに関連する甲6から9号まで、および、甲12から27号までの証拠は違法収集およびそれと密接に関連する証拠として、有罪立証のための証拠から排除されるべきである。

以上から、被告人が所持していた「大麻のようなもの」が、大麻取締法の規制対象である大麻草であることを証明する証拠は存在しないので、被告人に無罪判決を言い渡すべきである。

## 第2 大麻鑑定の証明力

### ～滑川鑑定は科学的証拠としての証明力がない～

仮に上記証拠が証拠採用されるとしても、群馬県警科学捜査研究所(以下「群馬県警科捜研」という。)技術員滑川嘉政(以下「滑川」という。)作成の鑑定書(以下「滑川鑑定」という。)には、その科学性を根本から疑わせるような重大な疑念がある。

滑川は、令和4年11月8日第5回公判に証人として出廷し、その後、滑川鑑定は証拠採用された。弁護人は、滑川鑑定を弾劾する証人として立命館大学衣笠総合研究機構上席研究員平岡義博博士(理学)を証人として申請したが採用されず、同人の意見書(以下「平岡意見書」という。)が証拠採用された。

## 1. 群馬県警科捜研の大麻草識別鑑定

群馬県警科捜研においては、目視による形態学検査、ならびに、薄層クロマトグラフおよびガスクロマトグラフによる質量分析検査によって、鑑定試料が大麻草か否かを判定している(1頁。以下( )内の数字は、滑川証人速記録のページである。)

### (1) 形態学検査

～形態検査は、目視で行われている～

本件においては、まず、顕微鏡による形態検査を実施し、目視によって「剛毛」を確認し、写真撮影している(2頁)。

### (2) ガスクロマトグラフによる質量分析検査

～実験の失敗および鑑定不正の疑念が払拭できない～

本件においては、標準品(STD)と鑑定番号16号(8月8日実施)および同18号(8月11日実施)の比較によって、大麻草か否かの判定資料を作成している。

以下、ガスクロマトグラフ実験過程における重要な問題点を整理する。

(a) 標本データ(STD)は、大麻草から抽出したのではなく、科捜研等において CBN と CBD と THC のそれぞれの試薬を混合した合成品である(15頁)。

(b) 本試験の前には、「酢酸エチル」を使って、ガスクロマトグラフの予備検査を実施している。その際、機械の状況や環境によって、滑川が「ベースライン」と呼ぶ「少し上がってくる」現象が横軸に現れる(17頁)。精密な科学実験においては、上記ベースラインは実験結果の(検出グラフ)の「バックグラウンド」として十分配慮されなければならない。

(c) 実験結果はデジタルデータである。その結果は、グラフの波形というアナログデータで表記されるので観察者がその形状を知覚する。本来、科学的言明は、デジタルとアナログの両データで根拠付けるべきである。しかし、群馬県警科捜研ではグラフだけで判定している。

(d) 弁護人の請求に応じて提出されたデータでは、「見やすくするために」(18頁)グラフの上端がカットされている。STD で最高値を示した CBN のピークの数値はグラフからは判別できない。波形はピークを比較するための相対的形狀(パターン)であるから、判別できない



CBNの数値が極めて大きければ、CBDとTHCの違いは誤差を示す「検出限界」以下の数値にすぎないこともある。

(e) 滑川鑑定では、STDのCBN(295)がグラフの上端から突出するほどの数値を示していることは、標準品の作成方法が不適切であったことを示している。

(f) 滑川鑑定では、CBD(231)、THC(299)、CBN(295)においてもピークが確認できていないこと、および、THC(299)の周辺には多数の他のスペクトルが確認できることから、これらを総合したTHCのスペクトルの総和にはTHC以外の物質も含まれることから、実験方法自体に不正があるとの疑いを払拭できない。

(g) 滑川鑑定では、鑑定番号16号(8月8日実施)については、STD検査は8時53分33秒、本検査は12時41分13秒に開始されている。検査の手順が、酢酸エチルによる予備実験(約20分)、8時53分33秒にSTD実験開始(約20分)、終了後、再び酢酸エチルによる予備実験(約20分)、その後に本実験であれば、本実験は10時前後に開始されているはずである。ところが、本実験は12時41分13秒に開始されており、2つの実験の間には約2時間47分、ほぼ「3時間の空白」がある(19～23頁)。滑川証人は、その理由について「覚えていない」と曖昧な回答をしており、鑑定不正の疑念が払拭できない。

なお、鑑定番号18号(8月11日実施)では、9時1分26秒にSTD実験開始、本実験は9時47分17秒に開始されているから、約45分の間隔で2つの実験が実施されていることになる(23頁)。

以上のように本件ガスクロマトグラフ質量分析検査には、その実験の方法および過程に重大な問題があるため、その結果および結論は信頼できない。

### (3) 質量分析検査における試料の代表性

～サンプルの抽出方法は、科学の一般ルールから逸脱している～

サンプルを抽出する際には、試料が全資料の特性を代表しているか否か、すなわち、サンプルの「代表性」が保証されなければならない。そのためには、本体の複数の部分から資料を抽出して試料とし、あるいは、試料を複数回調査するなどの技法が用いられるのが一般である。

滑川証人によれば、サンプルを「酢酸エチル」で抽出することによって大麻成分の抽出を行なっているとされる。その際、「何箇所か複数の箇所から採って抽出を行います、ガスクロマトグラフ検査と同時に薄層クロマトグラフ検査を行っています。それは別々の抽出を行っていますので、それぞれの検査から同じ成分が検出され、形態が類似していれば、大麻草という回答をしている。」(25頁)と証言している。

したがって、滑川鑑定においては「それぞれの検査でTHCが検出されていれば、それは代表性といいますか、合理性がある」(25頁)という。また、「化学鑑定は、一般の実験室で行われる化学のルールとは違うのか」との弁護人の質問に対しては、「判定の手法として、そのようなやり方を用いています。」(26頁)と答えている。

このようなサンプル抽出方法は、科学の一般ルールとは大きく隔たっている。

#### (4) ガスクロマトグラフと薄層クロマトグラフの質量分析について

～2つの質量分析の結果が一致していない～

滑川鑑定では、ガスクロマトグラフでは、CBD、THC および CBN が検出されている(43頁)。しかし、薄層クロマトグラフでは THC しか検出されていない(42頁)。ガスクロマトグラフでは、CBN の値がグラフの上限値を越える程の高濃度であるにもかかわらず、薄層クロマトグラフでは検出されていないのである。

2つの質量分析において、異なる試料を検査しているか、あるいは、一方の検査あるいは両方の検査の方法に問題があったとしか考えられない。しかし、滑川証人は、「この程度であれば問題ない。」(31頁)と証言している。

滑川証人は、本件の薄層クロマトグラフ検査では「濃度の調整がうまくいかなかった」(32頁)として実験の失敗を認めている。その結果、THC だけが検出され、CBD と CBN は検出されなかった。

ガスクロマトグラフと薄層クロマトグラフの質量分析の結果が一致しなかったのであるから、前述の滑川証言にしたがえば、「別々に抽出をした試料が異なる結果を示した」のであるから、質量分析は同一性を確認できなかったことになる。

#### 2. 群馬県警科捜研の質量分析検査への疑念

～鑑定番号16号(8月8日実施)は、鑑定不正ではないのか～

弁護人による「例えば、3回実験をして、1回目2回目は駄目だったけれど、ちょっと濃度調節をしたら3回目はうまくいった、そういう場合にはこの3回目だけを残すんですか。」(31頁)との質問に対し、滑川証人は「はい。」と断言している。

証人は、「ガスクロマトグラフの場合でも、あまりにも濃度が濃かった場合ですと、正確なスペクトルを取ることができないので、測定し直すことはあります。」(32頁)と述べている。ただし、「今回はしていない」という(32頁)。

証人は、「鑑定したけれども、結論として大麻草ではなかったということも稀にあるか」との裁判官の質問に対し、「はい。」(32頁)と答え、さらに、ガスクロマトグラフで違う結果が出たとか、薄層クロマトグラフで違う結果が出たとか、そういう例というのはあるか」との裁判官の質問に対しても「はい。」(33頁)と答えている。

しかし、「大麻草ではない鑑定主文が、これは大麻草ではないという鑑定書を書かれたことはないのか」との弁護人の質問に対して、「すみません、ちょっとよく覚えていません。」と曖昧な回答をしている。

以上のことから、鑑定番号16号の実験における「空白の3時間」は、実験の失敗にもかかわらず、実験を繰り返したのではないかと疑念を払拭できない。

#### 3. 群馬県警科捜研の「大麻草」同定実験の非科学性

～「剛毛」と大麻成分の1つが検出できれば、「大麻草」なのか～

滑川証人は、大麻草の判定基準について、「形態的に確認すること、THC、大麻の成分が検出されることで、大麻草としている」(39頁)と説明している。そこでの大麻の成分は、「代表的な成分で言えば、CBD、THC、CBNです。」とする。

証人は「剛毛とTHCだけで大麻草と鑑定しているのか」との質問に対しては強く否定し、「THCがなくても、CBDとCBNがあり、形態が剛毛であれば、大麻草という鑑定を書くか」との質問に対して、「はい。」(40頁)と断言している。

要するに、「剛毛」であって、CBD、THC、CBNのいずれかの代表的な大麻成分の一つでも確認できれば、それは大麻取締法の規制する「大麻」、すなわち、大麻草(カンナビス・サティバ・エル)およびその製品、(ただし、大麻草の成熟した茎およびその製品(樹脂を除く。))並びに大麻草の種子及びその製品を除く。)であると判定できるというのである。

#### 4. 小 括

～滑川鑑定は、非科学的鑑定である～

以上のように、群馬県警科捜研による「大麻」識別鑑定は、基礎となる科学的原理や知見、および科学的原理や知見を実用化する理論や技術において、根本的に問題がある。

また、本件における滑川鑑定についても、試料化に際しての代表性に疑問がること、検査方法に重大な過誤が認められる。また、鑑定人の技術や技量、さらには、評価能力については、大麻草について陰性判定の経験がほとんどないことなど、科学者としては経験や技術が稚拙と言わざるを得ない。とりわけ、鑑定番号16号においては、複数回の実験を繰り返し、ようやく陽性の結果に至ったのではないかとの鑑定不正の疑いを払拭できない。

このような群馬県警科捜研における滑川鑑定は、科学証拠としての信頼性を担保するための諸条件を満たすことになできないことから、滑川鑑定は「非科学的鑑定」と言わざるを得ない。

したがって、大麻取締法の規制対象である「大麻」であることを示す信頼すべき証拠が存在しないことが明らかであるから、被告人に無罪の判決を言い渡すべきである。

### 第3 犯罪成立要件

#### 1. 大麻取締法違反(所持罪)の構成要件

～昭和23年『大麻取締法』の構成要件～

『大麻取締法』(昭和23年法律第124号)1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)およびその製品をいう。ただし、大麻草の成熟した茎およびその製品(樹脂を除く。)ならびに大麻草の種子及びその製品を除く」と定義している。

罰則規定としては、第24条の2第1項は「大麻を、みだりに、所持し、譲り受け、又は譲り渡した者は、5年以下の懲役に処する」と規定している。

## 2. 「大麻」の定義

～カンナビス・サティバ・エル以外の大麻草(ヘンプ)が存在する～

### (1) 1982(昭和57)年最高裁決定と一属一種説

現在の植物学では、大麻属にはサティバ種、インディカ種、ルーデラリス種などがあることが明らかになっている。これらすべての元種はサティバであるとする「一属一種説」とインディカ種とルーデラリス種はサティバ種とは元種が異なるとする「一属多種説」がある。

最高裁は、1982年9月17日、「大麻取締法一条にいう「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」(最決二小昭和57年9月17日刑集36巻8号764頁)においてと判示した。しかし、この決定は40年以上前の法的判断である。その間に植物学は、著しく進歩した。

最高裁は上記決定で「大麻取締法の立法の経緯、趣旨、目的等」を判断根拠とした。しかし、大麻取締法は1948(昭和23)年の占領下の立法であり、当時の日本に大麻吸引等の使用(施用)実態は存在しなかった。大麻草栽培を免許制とし、栽培と研究を有資格の取扱者に限定することが同法の趣旨であり、その目的は大麻栽培規制であった。もとより、麻酔薬物の規制など想定していなかった。

### (2) 大麻取締法の拡大適用と麻酔性薬物規制

1960年代、大麻草由来の麻酔物質としてテトラ・ヒドロ・カンナビノイド(THC)が抽出され、麻酔性的大麻草およびその製品を規制することに拡大適用され、次第に麻酔性大麻の規制が同法の主たる目的となった。

この間に植物学は進歩し、サティバ種以外にも大麻草属に属する植物が存在することが明らかになった。また、1982年には、在来種の交配によって、カンナビス・サティバ・エル種でありながら、THCの含有量0.2パーセント未満の「無毒大麻」であるトチギシロ(栃木白)のような品種が開発された。国際基準では、一般に産業用ヘンプ(大麻草)はTHC含有率を0.3パーセント未満としている。したがって、THC低濃度の大麻草は、麻酔薬物規制の対象からは除かれるべきである。

### (3) 大麻所持等の処罰根拠

規制拡大適用の本質的問題は、大麻草(カンナビス・サティバ・エル)を吸引等で摂取することにどのような健康被害が存在するのかが明らかでないことである。検察官は、東京高裁1985(昭和60)年2月13日判決を是認した最高裁の同年9月10日決定(最高裁昭和60年9月27日決定)を引用して、大麻取締法による処罰は合憲である旨主張する。しかし、それは、「制定法に違反するから不法だ」と述べているだけで、法律実証主義のスローガンであった“Gesetz ist Gesetz(法律は法律である)”というファシズムの時代の法観念を想起させる。大麻取締法には、明確な目的規定もないため、批判を許さない権威的の法運用を無批判に許容するわけにはいかない。

#### (4) 2023(令和5)年法改正の趣旨

2023(令和5)年12月13日公布の『大麻取締法及び麻薬及び向精神薬取締法の一部を改正に係る法律』(令和5年12月6日成立)(以下「新法」という。)は、「カンナビス・サティバ・リンネ」を「大麻草」とであると定義し、THC濃度が一定のパーセンテージ以上を「大麻草」として規制対象とするとしている。その趣旨は、カンナビス・サティバ・リンネにはTHC低濃度の種が存在する、換言すれば、「一属多種説」を前提としていると言える。

#### (5) 大麻(カンナビス・サティバ・エル)の同定方法の変遷

昭和23年「大麻取締法」制定当時、THCなどの大麻草含有成分を検出する科学技術は存在しなかった。大麻草の同定は、顕微鏡などによる外装検査によって、「剛毛」が発見できれば「大麻草」と判定されていた。同法の目的は、大麻草の栽培規制であったから、外装検査だけで十分であった。しかし、1960年代に海外から、乾燥大麻草の吸引などの「使用」(摂取)が社会問題化され、使用前後の大麻草の所持や譲受を規制し、違反者を処罰することに同法の目的が変容した。

同じ頃、科学技術の進歩に伴い大麻草の成分が特定され、クロマトグラフィー機器などによる成分分析と標本の照合により、大麻草であるか否かを判定するようになった。科学警察研究所は、成分分析技術を開発し、その技術を研修などによって、都道府県の科学捜査研究所にも普及させ、「大麻草鑑定」の新技法が定着した。

近年、科学技術はさらに進歩し、DNA鑑定などにより、より正確な同定技術が開発され、高度な科学鑑定が行えるようになってきている。しかし、日本各地の科学捜査研究所の大麻草同定は、1970年代の旧式な鑑定技法に頼っている。

#### (6) 新法による政策変更

今般の法改正によって、『麻薬及び向精神薬取締法』(昭和28年法律14号)(以下「麻向法」という。)は、従来のTHCの使用・所持・譲受等の処罰に加えて、『大麻栽培の規制に関する法律』における「大麻等」を麻薬と位置付け、新たに大麻草の不正使用(施用)を処罰の対象とした。その結果、大麻等の使用は犯罪化され、所持・譲受などは法定刑の上限は5年から7年に引き上げられた。

加えて、麻薬成分でない大麻草由来製品(例:カンナビジオール(CBD)等)は、葉や花穂から抽出されたものでも、流通および使用される可能性が生じるため、保健衛生上の危害の発生を防止するためTHCの残留限度を設けることとされている。

#### (7) 小 括

本件公判においては、弁護人が再三再四、検察官に大麻が有害性であり、処罰の必要性があることの根拠を示すように求めてきた。しかしながら、検察官はその立証責任を果たさず、論告にまで至った。

大麻所持処罰の実害と処罰根拠が示されない以上、大麻取締法の保護目的も、規制対象の大麻が何かも明らかでない。したがって、同法の構成要件要素である「大麻」に該

当する事実の立証がないことから、構成要件該当性がないので、被告人には無罪の判決を言い渡すべきである。

### 3. 「みだりに」の意義

～みだりにとは「正当な法律上の根拠なく」との意である～

被告人は、自らのパニック障害という精神症状と芸術家としての創作活動を継続するため、やむを得ず、自己治療のために大麻を使用していた。もとより、他者へ譲渡や販売のために所持していたものではない。たしかに、被告人は大麻取扱者の免許を持っていないので、法令の基づく所持であるとは言えないであろう(刑法35条)。しかし、その所持については正当化の実質的理由がある。

被告人は、自らの生命と健康の安全を確保し、表現活動の自由を実現するため、精神症状や活動の停滞という「現在の危難」を避けるために大麻を使用していた。被告人は、自らの経験から、強い副作用のある向精神薬による健康の回復は不可能であると考えていた。精神科医・松本俊彦医師は、診断書において、被告人が薬物依存でもないと判定している。

現行の大麻取締法には使用罪はない。したがって、正当な目的のための使用の前後に少量の大麻草を所持したのは、「やむを得ずにした行為」と言える。また、少量の所持によって侵害される国民の健康上の利益や遵法精神への違背の程度は、被告人の精神の健康や表現の自由の実害が生ずる危険性の程度を超えない程度のもにとどまる。

したがって、被告人の大麻草の所持は、社会的許容性の範囲内にとどまるものであるから、被告人に無罪を言い渡すべきである。

### 4. 「所持」の意義

～自己使用のための少量所持は、所持罪における「所持」と言えるのか？～

#### (1) 可罰的違法性論

厳密には違法と評価できる行為について、その違法性(法益侵害性および規範違反)の程度が軽微である場合については、当該の刑罰法規が刑事罰に相当すると予定している違法性を講学上「可罰的違法性」という。刑罰法規が予定しているような違法性の質または量を有しない行為については、犯罪構成要件に該当しない、あるいは、該当するとしても処罰には値しないとするのが「可罰的違法性論」である。

#### (2) 「一厘事件」と可罰的違法性

判例も、すでに大審院の時代、煙草専売法違反事件(いわゆる「一厘事件」)において、農家が自ら栽培し乾燥していた葉煙草、価格一厘程度のみを喫煙した行為について、葉煙草専売法の不納付違反で起訴され事案について、一審は違法ではあるが軽微であるとして無罪を言渡し、二審の東京控訴院は有罪として罰金10円を言渡した。これに対し、大審院は、1910年10月11日、二審判決を破棄し、「人類非行ハ零細ナルモノハ悪性

ノ特ニ認ムベキモノナキ限リハ其人生ニ及ボス害悪極メテ僅少ナルヲ常態トスル所ナリ」として無罪を言い渡した(大判明治43年10月11日刑録16輯1620頁)。

### (3)小 括

本件において被告人は、自己治療の目的で、数グラムの乾燥大麻草を所持したにすぎないので、その量(法益侵害)および質(行為の目的と方法)において、処罰することによって防圧すべき程度の違法性(可罰的違法性)があるとは言えない。

したがって、大麻取締法25条の2第1項の予定する「所持」には該当しないので、被告人には無罪を言い渡すべきである。

## 5. 違法性および有責性

### (1)刑法における違法阻却(正当化)事由

刑法は、違法阻却事由(正当化事由)として、正当行為(35条)、正当防衛(36条)および緊急避難(37条1項)を定めている。

しかし、法規上、違法阻却事由に当てはまらない場合や一見すると責任要件を充していると思われるような場合であっても、「法は些事に介入せず」あるいは「法は不可能を要求せず」の精神に鑑み、超法規的に違法性あるいは責任避難を回避することができる法理論が存在する。いわゆる「可罰的違法性論」と「期待可能性論」は、このような精神を具現化するために考案された理論である。

### (2)本件の行為事情

たしかに、本件も、一見すると、どの違法阻却事由にも当てはまらないように思われる。しかし、被告人は、かねてより不眠症状やパニック障害のために自らの創作活動が妨げられていた。医師の処方で睡眠導入剤や向精神薬を服用してもみたが、副作用が強く、創作活動の支障が生じ、向精神薬等への依存の兆候が見られたことから、他の方法で精神の安定を確保する手段を探していた。たまたま、イギリスに留学していたとき、知人の助言から「マリファナ(大麻)」を試してみたところ、精神が安定し、創作に集中できるようになった。

そこで、帰国後も、パニック障害の自己治療と創作活動のために大麻を使用し始めた。しかし、その使用態様は常用ではなく、必要なときに使用する機会使用であり、その都度、少量の大麻を入手するという状況にあった。本件の時期には群馬県でイベントがあり、ストレスフルな状況にあったことから、精神の安定のために大麻を所持していた。

### (3)違法性または有責性を阻却する可能性

このように、本件において所持していた大麻の使用目的は、自己の体調と創作活動に危険が生ずることを避けることである。その使用と所持が国民の健全な健康の促進を害するとしても、その規範侵害の程度は微弱であり、使用の態様も、生活圏の範囲内における使用ものであり、所持量も約3グラム(使用回数について5回程度)である。

したがって、大麻所持によって侵害された法益び程度は、避けようとした健康被害および

創作活動への支障の程度を超えるものではないので、緊急避難的あるいは自救行為であって、違法性は阻却されるべきである。

よしんば、違法性が阻却されるとまでは言えないとしても、展示会を控え、ストレスフルな状況の中で、持病のパニック障害を予防する必要のあった被告人に、自己治療のための大麻使用を回避し、所持を思いとどまることを期待することは、あまりに苛酷であり、期待不可能である。

#### (4)小括

以上のように、「法は些事に介入せず」または「法は不可能を要求せず」の法諺に示される法の宥恕の精神から、刑法37条1項但書きを準用あるいは類推適用することによって、被告人には無罪または刑の免除を言い渡すべきである。

### 第4 憲法違反および条約違反

#### 1. 大麻取締法の違憲性

##### (1) 占領下大麻取締政策の違憲性

第二次世界大戦直後、大麻取締法は社会的必要性が無いにもかかわらず、米軍の占領政策の一環として強制的に制定させられた法律である。立法の狙いは、日本の繊維産業を解体し、石油製品によって市場を独占することにあつた。繊維市場の競争相手である大麻繊維の原料である(カンナビス・サティバ・エル)の栽培を全面的に禁止し、栽培と研究を免許制にして厳しく規制することにあつた。

この法規制は、憲法31条の適正手続に違反し、22条1項の職業選択の自由や13条の幸福追求権を侵害するものであり、25条のめざす健康的で文化的な最低限の生活を営む権利を侵害する違憲立法である。

##### (2) 占領下大麻政策のポツダム宣言違反

大麻取締法29条は、ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令(昭和20年勅令第542号)に基づく大麻取締規則(昭和22年厚生農林省令第1号)を廃止する、と明定している。上記の命令は、1945(昭和20)年10月12日に発令されたGHQ(連合軍総司令部)公衆衛生福祉局のメモランダムに基づくものである。

しかし、このメモランダムは、縄文時代以来の衣料用・食料用・紙用・医療用・儀式用に用いられ、日本人に親しまれていた大麻草の栽培を一方向的に禁止した。この法規制は、憲法31条の適正手続に違反し、22条1項の職業選択や13条の幸福追求権を侵害するものであり、25条のめざす健康的で文化的な最低限の生活を営む権利を侵害する違憲立法である。

ポツダム宣言10項は、占領後の「基本的人権の尊重」を保障しているから、大麻草の栽培禁止は、この条約に違反するものであり、大麻取締法は、その出発時点において、正統性を有していない。



基本的人権の擁護を任務とし、憲法尊重擁護の義務を負う(憲法99条)裁判官には、大麻取締法の憲法適合性を真剣に検討することを求めたい。

### (3) 大麻取締法制定の狙い

大麻草のうち「カンナビス・サティバ・エル」と呼ばれる種は、日本においては古来より繊維用に使われてきたものであり、第2次大戦前には繊維素材として生活の不可欠な植物として、国家がその栽培を奨励していた。当時の日本には、大麻を規制しなければならないような社会実態が存在しなかったため、大麻取締法には目的に関する規定がない。裁判例の中には大麻取締法の立法目的を「国民の保健衛生の保護」とするものがある。しかし、少なくとも制定当時には、そのような要請は存在しなかった。占領軍は、日本の繊維市場を米国の石油製品で独占するため、市場が競合する大麻繊維の原料であるカンナビス・サティバ・エルを大麻草と定義して、その栽培を規制した。大麻取締法は、日本人にとって貴重な大麻草という植物を規制するための占領立法であった。

### (4) 日本における大麻草の歴史と文化

大麻草は、古来より「麻(あさ)」と呼ばれ、衣料、食料、紙、住居、燃料、医療、祭事、神事などに利用され、日本人に親しまれてきた。麻は、精神的にも、物質的にも、日本の植物の象徴ともいえる草木であり、桜が日本の国花とするならば、大麻草は「国草」である。

明治以前は出産時の「臍(へそ)の緒」を麻糸で切り、新生児が麻のように丈夫にすくすく育つようと親の想いを込めて麻の葉模様の産着を着せて育てた。結婚式では夫婦が末永く仲良く暮らせるように夫婦の髪を麻糸で結ぶ儀式が行われていた。また、人生の終末の儀式である葬儀における被葬者の着衣は麻衣であった。

日常生活では、麻の鼻緒で作った下駄を履き、麻布でできた着物(なお、下着は褌であり江戸時代以前は麻布が使われ、成人式の記念に親から褌祝いとして麻褌が与えられた。)を身に付け、麻の茎の入った壁や天井に囲まれた家に住み、麻糸で作った畳の上で過ごした。夏には麻糸で作った蚊帳(かや)で害虫から身を守った。麻油は食用や灯油として活用され、麻糸は漁業の網として、遊具としては凧糸や弓の弦として使われていた。麻の茎は、炭にして花火の原料になった。このように、大麻は、日本の伝統文化と日常生活にとって不可欠な植物であった。

伊勢神宮の札を「神宮大麻」という。神道では麻は、罪穢れを祓うとされ「大和の魂」ともいわれる。大麻は、太陽神である天照大御神の御印(みしるし)とされている。国旗の「日の丸」は太陽を表しているため、大麻は日本の象徴ともいえる。

### (5) 大麻規制による日本の文化・自然・生活の破壊

ところが、第二次大戦後の占領政策で、大麻草の栽培が一方的かつ強権的に規制された。占領は、日本古来の文化を否定し、アメリカに従属する産業社会を作ることを目的としていた。罪穢れを祓う大麻草の栽培を犯罪として規制することは、大麻に対する従来の価値観の否定である。また、大麻草は、自給自足型・環境保全型の日本社会にとって有用

な素材であったが、日本を石油資材に頼る産業構造にすることは、米国経済に日本を従属化させるための産業構造の転換を意味していた。

日本は、明治維新によって近代化の道を歩んだが、第二次世界大戦後は、物中心の競争原理に立脚した経済活動を優先してきた。食生活は米からパンに変わり、畳の生活は椅子の生活に、漢方薬は化学的合成薬品にとって替わられ、東洋医学は軽視された。大麻草は薬用として何千年も使用され、有用な薬として珍重されていたが、大麻取締法の施行によって薬局方からは除外されてしまった。

日本の伝統文化は、自然を聖なるものとして大切にしてきた。しかし、経済復興の名の下に大規模ダム建設や原子力発電が推進され、自然の生態系とそこに住む人びとの生活は破壊された。経済開発が国策として進められたため、川や海、大気は汚染された。

大麻取締法は、大自然のシンボルであり罪穢れを祓うものとされてきた大麻草を、聖なるものから犯罪に変え、大麻草の産業や医療への有効利用を妨げている。

## (6)小 括

主任弁護士は1974年に弁護士登録し、一年目の1975年に大麻取締法違反事件を担当し、爾来、50年間にわたり多くの大麻関連事件を担当している。その実感として、憲法上、人権を守るべき司法当局が通常の市民生活を送っている善良な市民を何らの被害が無いにもかかわらず、逮捕し、身体を拘束して、訴追することによって、人びとの人生を破壊する姿を見てきた。

大麻取締法は、米軍による日本占領に始まり、日本人の衣・食・住・医療・祭祀を支えてきた大麻草を規制し、大麻の利用を刑事罰で禁止することを目的としていた。

立法の目的や保護法益を明確に規定していない大麻取締法は、基本的人権の保障を約束したポツダム宣言に違反し、さらに憲法31条の適正手続に違反し、同法22条1項の職業選択の自由、同法13条の幸福追求権の保障、25条のめざす健康的で文化的な最低限の生活を営む権利を侵害せする違憲な法律である。

## 2. 大麻草の効用

大麻草は、平和で持続可能な環境循環・衣食住エネルギー自給型の社会を構築し、日本社会を立て直し有効活用できる有用な植物である。その有用性として、下記の点を挙げることができる。

(1)人類がこの地球で生きていくために必要な燃料を生産できる。

大麻草の茎や葉を発酵させるとエタノールやメタンガスなどの燃料が生成されるが、それは石油や原子力に替わるエネルギー源になりうる。また、環境上安全な紙や建築材料が生産でき、森林を守ることができ地球温暖化対策にも有効である。

(2)環境上安全な分解性のプラスチックが生産できる。

大麻草の茎に含まれているセルロースを原料として自然に土に分解するプラスチックが生産できる。石油からできるプラスチックの場合には、土に分解せずまた燃焼するとダイオキシンなどが含まれている有毒ガスを発生する可能性があるため、現在深刻な環境問題になっているが、この問題を解決できる。

(3) 麻の実は、栄養食品として極めて価値が高い。

以下のような効用がある。

ア 良質なタンパク質で必須アミノ酸を含んでる。

イ 植物油で最も必須脂肪酸が多い麻実油(おのみゆ)がとれる。

ウ 食物繊維が豊富である。

エ ミネラルとビタミンがバランスよく含まれている。

オ 医薬品として利用できる。

1895(明治28)年12月17日の毎日新聞には次のような広告が載った。すなわち、「ぜんそくたばこ印度大麻煙草」として「本剤はぜんそくを発したる時軽症は1本、重症は2本を常の巻煙草の如く吸う時は即時に全治し毫も身体に害なく抑も喘息を医するの療法に就いて此煙剤の特効且つ適切は既に欧亜医学士諸大家の確論なり」(小林司著『心に働く薬たち』192頁、発行株式会社筑摩書房)。

### 3. 文化として的大麻栽培

(1) 清水登之「大麻収穫」1929年

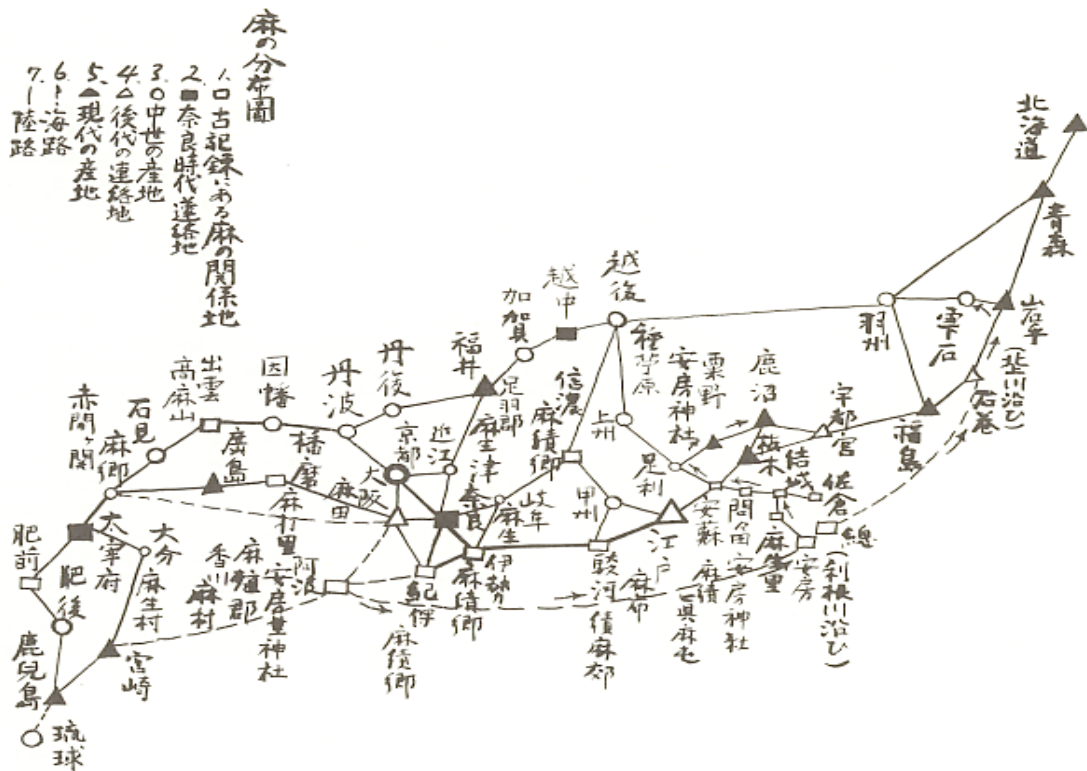
第二次大戦前的大麻草の栽培風景は、1929(昭和4)年の第16回二科展に発表された清水登之の「大麻収穫」(1920年代の栃木県鹿沼地方における大麻草の収穫風景)に描かれている。



(2) 長谷川栄一郎=新里宝三「大麻の研究」1937年

1937(昭和12)年9月に栃木県で発行された「大麻の研究」には、当時の日本における麻の分布図が掲載されている。長谷川氏は次のように述べている。

「斯る折に本書が発刊されこの方面に関心を持つ人達に愛玩吟味されて日本民族性と深い因縁のある大麻に対する認識を新たにし、是が生産発展上に資せられたなら望外の幸と存じます(45頁)。



(3) 矢幡左右見「粗苧製造(大分県大山町)」1996年

大分県日田郡大山町小切畑で大麻すなわち麻の栽培をしている矢幡左右見は、1996(平成8)年6月26日、文化財保存技術保持者として文部大臣から認定を受けた。

「矢幡さんは、昭和6年に栽培を始め、49年から福岡県久留米市の久留米緋(かすり)技術保存会から正式な依頼を受けて粗苧の製造を始めました。以来、矢幡さんは毎年、粗苧20kgを出荷しています。粗苧(あらそ)とは、畑に栽培され、高さ2メートルに成長した麻を夏期(7月中旬頃)に収穫して葉を落とし、約3時間半かけて蒸し、さらにそぎ取った表皮を天日で一日半ほど乾燥させて、ひも状にしたものです。粗苧は、国の重要無形文化財である『久留米緋』の緋糸の染色の際の防染用材として使われ、久留米緋の緋模様を出すためには欠かせないものです。しかし、栽培・管理の手に比べて利益率が低いことから生産者は減少の一途をたどり、現在では矢幡さん一家を残すのみとなりました。久留米緋の模様は粗苧なしではできないといわれており、粗苧が無形文化財の保存・伝承に欠くことのできないものであるということから、今回の認定になりました。矢幡さんは、『ただ、自然にやってきたことだけなのに、とても名誉なことです。』と話しています。』(大山町ホームページより)

(4) 石川格「麻 大いなる繊維」1999年

「麻 大いなる繊維」と題する栃木県立博物館主催第65回企画展(平成11年8月1

日)の挨拶において、博物館館長石川格は次のように述べている。

「〔ごあいさつ〕麻は中央アジア原産といわれ、わが国への渡来も古く、古代より栽培されています。

表皮を剥いで得られる繊維は、他の繊維に比べ強靱で、肌ざわりがよく、木綿や羊毛、化学繊維が登場するまで、衣服や漁網、下駄の鼻緒の芯縄、各種縄などに用いられてきました。その一方では麻は特別な儀礼や信仰の用具に用いられ、現在でも結納の品や神社の神事には欠かせない存在となっています。麻は実用のみならず信仰・儀礼ともかかわる、まさに大いなる繊維でした。

ここでは、質量とも日本一の『野州麻』の産地である足尾山麓一帯で使用された麻の栽培・生産用具、麻の製品、ならびに東北地方の一部で使用された麻織物に関する用具や麻織物を展示するものです。麻がどのように生み出され、利用されてきたか、大いなる繊維「麻」について再認識していただければ幸いです。」(巻頭)

鹿沼市立北小学校校歌には「鹿沼の里にもえいでし、正しき直き麻のこと、世の人ぐさの鏡とも、いざ伸びゆかんひとすじに」の歌詞があったという(2頁)。

#### 4. 大麻草所持処罰の根拠と条約違反

##### (1) 大麻取締法違反の処罰根拠

大麻には致死量がなく、アルコールやニコチンタバコに比べて心身に対する作用は極めて穏やかであり、個人の健康上も格別に害のあるものではない。犯罪には、人の生命・身体・財産に対する具体的な保護法益の侵害が必要であるが、大麻取締法違反事件には法益侵害が存在しない。

最高裁判所は、何ら理由を述べることなく、「大麻が所論のいうように有害性がないとか有害性が極めて低いものであるとは認められない」(最決一小昭和60年9月10日集刑240号275頁)、「大麻が人の心身に有害であるとした原判決の判断は相当(である)」(最決一小昭和60年9月27日集刑240号351頁)と断じている。

しかし、道路交通法66条は、過労運転等の禁止の根拠について、「過労、病気、薬物の影響その他の理由により、正常な運転ができないおそれがある状態で車両等を運転してはならない」と規定し、具体的に処罰の根拠を示して違反に対しては「5年以下の懲役または100万円以下の罰金に処する」(117条の2)としている。

大麻に対する処罰は、酒や煙草に対する規制(未成年者飲酒禁止法・酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止に関する法律や未成年者喫煙禁止法)などと比較しても、著しく厳しいものであり、憲法14条および13条の趣旨にも違反している。

##### (2) 1961年『単一条約』違反

『1961年の麻薬に関する単一条約』(昭和39年12月12日条約第22号)(以下「単一条約」という。)28条2項は、「この条約は、もっぱら産業上の目的(繊維及び種子に関する場合に限る)又は園芸上の目的のための大麻植物の栽培には、適用しない」と規定する。大麻取締法は、まさに「産業上の目的(繊維及び種子に関する場合に限る)」の大麻

栽培を原則的に禁止しているので、大麻取締法は「単一条約」に違反している。

### (3) 1992年『生物多様性条約』違反

1992年5月に採択された『生物の多様性に関する条約』(平成5年12月21日公示、条約9号)は、1993年12月に発効し、2017年現在、米国を除く196の国と地域団体が同条約に加入している。

その2条には「生物の多様性」とは「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」とされており、日本固有種の大麻草を規制することは、この生物多様性条約の趣旨に違反する。

夏井高人「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—」(『法律論叢』第84巻4・5号、2012年、91～111頁)は、次のように述べている。

「将来、石油などの地下資源が枯渇または大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る」(108頁)。

「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)の基本指針と真つ向から矛盾することにもなる。人類にとって有害な植物であると否にかかわらず、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を採用する以外にはない」(110～111頁)。

### (4) 小 括

～大麻取締法の適用は、憲法および国際条約に違反する～

以上のように、大麻取締法の保護法益が「国民の保健衛生」であるとしても、大麻所持には、刑事罰をもって規制しなければならない程度の有害性がなく、大麻取締法は、憲法13条、14条、19条、21条、25条、31条および36条に違反する。また、『単一条約』お

よび『生物多様性条約』は、日本国が締結した国内において効力を有する自力執行条約であるから、同条約を誠実に遵守すべき義務がある(憲法98条2項)。したがって、上記2条約に違反する大麻取締法の適用は憲法に違反する。

## 5. 米国および国際社会における大麻政策の変化

### (1) ニクソン政権の大麻政策(1973年)

～マリファナに対する誤解の是正～

第二次世界大戦後、日本政府に大麻取締法制定を指令した米国は、ニクソン政権下の1973年、『大麻と薬物の乱用に関する全米委員会報告』を公表した。

ニクソン大統領は、1971年、「大麻と薬物の乱用に関する委員会」を設置し、1973年には最終報告を公表した。

「A 大麻には、耽溺性がない。B 大麻使用と犯罪またはその他の反社会的行動との関連性はない。C 大麻使用は、ヘロインなど危険な薬物への足掛かりにもならない。長期間の大麻常用者には、ある程度の耐性が生じることがあり得るが、その程度は、煙草以上のものではない。D 大麻の使用者も大麻自体も公衆の安全に対して、危険な存在を成しているとはいえない」(生田典久「アメリカにおける大麻の規制と判例の動向」『ジュリスト』第654号、1977年、40～48頁〔42～43頁〕)。

### (2) バイデン政権の大麻政策(2022年)

～単純所持罪の非犯罪化～

2022年10月6日、バイデン大統領は、『大麻草単純所持罪に対する非犯罪化などの改革案』を発表した(弁32号)。

「大麻を使用し、あるいは所持しているだけで刑務所に入るようなことがあってはならない。大麻を所持しているだけで刑務所に送ってきたことで、あまりにも多くの人びとの人生を狂わせてしまった。すでに多くの州では、もはや禁止されていない行為のために人びとを投獄している」。「大麻所持の犯罪歴は、雇用・居住・教育の機会に関して、不必要な障壁となってきた」。また、「白人と黒人と褐色人種は同程度の割合でマリファナを使用しているにもかかわらず、黒人と褐色人種は高い割合で逮捕・起訴され、有罪判決を受けてきた」として、失敗を繰り返してきた大麻政策を終わらせるための3つの施策を示した。

(a) マリファナの単純所持に関する過去の連邦犯罪のすべて恩赦する。

(b) 各州の知事に対して、州の犯罪についても同様の措置を講ずるよう求める。

(c) 保健福祉長官および司法長官に対して、大麻の連邦法上の危険性分類を速やかに見直すため手続を開始するよう求める(連邦法は、大麻を規制薬物法「スケジュールI」に分類している。これは、最も危険な物質であるヘロインやLSDと同じレベルの分類であり、過剰摂取が致死をもたらすフェンタニル(オピオイド)やメタンフェタミン(覚醒剤)よりも高い分類である。)

### (3) 大麻規制政策の国際的動向(2022年)

国連人権高等弁務官および国連人権高等弁務官事務所(OHCHR)は、2023年6月23日、国際社会に対して、違法薬物の個人使用と所持は緊急に非犯罪化されるべきであること、および、行為者の処遇については、処罰を支援に置き換え、人権を尊重・保護する政策を推進することを求める声明を発表した(弁48)。

#### (4)小 括

～日本政府の条約遵守および公務員の憲法尊重擁護の義務～

日本政府は、上記のような大麻に対する国際動向を理解し、誠実に義務を履行すべきである。また、公務員たる地位にある裁判官および検察官は、憲法および国際準則の趣旨を十分理解し、法の解釈・適用に誠実に反映させるべきである(憲法98条2項)。

### 第5 検察官の主張(論告求刑)に対する弁護人の反論

#### 1. 大麻取締法の違憲性について

(検) 検察官は、東京高判昭和60年2月13日の大麻取締法の罰則が憲法に違反しないと判断を是認した最高裁昭和60年9月10日決定を根拠に大麻取締法の罰則は合憲であると主張する(最決一小昭和60年9月10日集刑第240号275頁)。

(弁) しかし、同決定は、今から約40年前の古い科学的知見に基づく法的判断であるから、現代科学の最新の知見に基づいて法的判断も再検討すべきである。

現代の科学的知見に基づけば、一属多種説が妥当であり、カンナビス・サティバ・エルを大麻草と見做す同法の定義は、犯罪構成要件としての明確性を欠くことから、憲法31条の罪刑法定主義の要請に違反する。

#### 2. 大麻取締法の国際準則違反について

(検) 検察官は、弁護人の指摘する条約は、いずれも大麻の所持が問題となっている本件には妥当しないと主張する。

(弁) たしかに、1961年「単一条約」は、大麻を含む薬物乱用を禁止し、その発生を処罰することを求めている。しかし、拘禁刑によって処罰することは求めている。先進諸国では、同条約の遵守を前提として、「犯罪とすれども、処罰せず」を原則とする「ハームリダクション」政策を推進している。

2024年3月22日には、国連薬物委員会国連麻薬委員会(Commission on Narcotic Drugs:CND)第67回会合(ジェノバ)において、ハームリダクション政策(薬害軽減政策)の推進を決議した。日本もこの決議に賛成票を投じている

#### 3. 大麻を「みだり」に所持したかについて

(検) 検察官は、「みだりに」とは「正当な理由がない」ことを意味するものであり、被告人は、大麻を使用する目的で所持していたことから、「みだりに」所持したと認められることは明らかであると主張する。

(弁) しかし、本件行為時において、大麻取締法は、大麻の使用(施用)を犯罪としてい



かった。被告人は、自己のパニック障害の治療という正当な目的のために所持していたものであり、安易な娯楽による使用が目的ではない。したがって、自己治療目的の使用は、正当な行為であり、その論理的帰結として、使用前後の使用目的の少量の所持については正当な所持であるから、「みだりに」所持したものではない。

#### 4. 滑川による大麻鑑定について

(検) 検察官は、滑川の証言要旨(3種類の検査)および滑川証言の信用性が高いことを根拠に本件植物片が大麻草(カンナビス・サティバ・エル)であると断定する。

##### (1) 滑川鑑定の方法について

(検) 検査方法は、①大麻草に特徴的な剛毛の確認という形態検査、②薄層クロマトグラフ検査、および③ガスクロマトグラフ検査の3種類である。

(弁) しかし、①は顕微鏡による目視での確認である。②薄層クロマトグラフ検査と③ガスクロマトグラフの結果は、CBD(カンナビジオール)、THC(テトラヒドロカンナビノール)およびCBN(カンナビノール)の3つの成分確認であるが、2つの成分検査の結果は一致していない。また、濃度については測定していない。(そもそも、上記の検査で質量測定ができるかどうかは疑わしい。)

滑川は、目視による「剛毛」の確認と THC が検出されたことをだけを根拠に「大麻草」であると断定しているにすぎない。

##### (2) 滑川証言の信用性について

(検) 信用性の根拠は、①滑川の20年の科捜研における経験、②本件植物片の検査経緯や検査結果についての説明(甲21・23の写真、ガスクロマトグラフ質量分析結果および薄層クロマトグラフ検査結果と標準品の照合(甲16・18・25・27))である。

(弁) しかし、前述のように「平岡意見書」は、滑川鑑定の科学性に根本的な疑問を呈しており、滑川は証人尋問においても、大麻でないことという検査結果に至ったことがあると言いながら、その回数や時期については記憶がないなどと曖昧な証言をしている。さらには、科学者とは思えないような「THC が検出されなくても大麻であると判定することができる」などと証言している。

このように滑川鑑定は、その科学性に根本的な疑問があるとともに、その科学者との資質および技術には重大な疑問がある。

#### 5. 職務質問および現行犯逮捕の適法性について

##### (1) 客観的事実について

検察官は、「ドアを開けばなしの状態」であることを争いのない事実であると主張する。しかし、この点については、塚田と被告人との主張は対立している。

##### (2) 職務質問の適法性について

塚田の証言によれば、①ドアを開けっぱなしの状態であったことなどから、②交通事故、飲酒運転または無免許運転の嫌疑で職務質問を実施し、③人定確認するために免許証を提示させた。その際、④同僚の宮下が、被告人の同意を得ることなく、犯歴照会を行ない、「大麻取締法」の前科または前歴をメモ書きで塚田に示した、⑤この時点で塚田は、嫌疑を薬物事犯に切り替えた。⑥被告人は、弁護士の助言を得て「自分の大麻であることは認める。任意にしてほしい」と述べたにもかかわらず、⑦応援にきた窪は、現行犯逮捕した。（検） 検察官は、塚田が警察官職務執行法の明文規定について聞かれて、「一言一句は分かりません。」などとのべていることから、「証言態度も真摯である」として、塚田の証言の信用性は高いと主張する。

（弁） しかし、塚田は、証人尋問において「ラテン系の服装」をしていることを薬物事犯を疑った事実を隠していた。また、警察官職務執行法1条2項を知らないとする発言は、警察官としての職務執行に際しての最も基本的事項の一つであり、「知らない」では済まされない重要事項である。

### （3）現行犯逮捕の適法性について

窪の証言によれば、塚田らの応援要請に応じて、現状に午前6時34分頃に到着し、任意で提出した植物片を被告人の面前で、午前6時39分頃から午前6時53分頃まで予検査を実施したという。仮検査で陽性反応が出たことから、組織犯罪対策課の事件担当補佐に連絡し、逮捕要件、すなわち、①罪証隠滅のおそれ、および②逃亡のおそれがあるか否かを相談し、午前7時5分に大麻取締法違反（所持）で現行犯逮捕し、植物片を差押えた。この間、現行犯逮捕の要件の有無を検討した時間はわずか8分である。

（弁） このように短時間で判断できた理由は、薬物事犯の捜査技法が定型化していて、初めから「現行犯逮捕と押収ありき」だったと考えざるを得ない。

## 6. 情状と量刑について

### （1）犯行態様について

検察官は、犯行態様が芳しくないと主張するが、被告人は、自己治療のための大麻草の植物片約 3.149 グラムを所持したのであって、「さしたる理由なく」「その薬効を求めて」所持したものではない。

### （2）犯行の経緯・動機について

検察官は、犯行に至る経緯・動機に酌量の余地がないと主張するが、被告人は留学中の英国で自己治療と創作活動のために大麻を使用した経験から、慎重に検討して、副作用の強い向精神薬等ではなく、やむを得ず、日本では犯罪でない大麻を使用しようと決意したものであって、「安易な経緯や動機」で使用を開始したのではない。

### （3）再犯のおそれについて

検察官は、被告人の違法薬物に対する「依存性」と「親和性」から再犯のおそれがある

旨主張するが、日本において最も依存症治療に詳しい精神科医の一人である松本俊彦（国立精神・神経医療研究センター精神保健研究所薬物依存研究部長）は、被告人には違法薬物に対する依存性は存在しないと診断している。

また、被告人質問から明らかなように、同人に規制薬物一般との親和性はなく、今後は日本で大麻は使用しないと述べており、現在の規範意識は、むしろ堅固である。したがって、さしたる理由なく、安易に大麻を使用するおそれはない。

#### （４）厳罰を科す必要性について

検察官は、SNS などの通信手段が多様化し、大麻等の違法薬物が一般人に浸透しており、違法薬物の蔓延が懸念され、社会に警鐘を鳴らす必要があると主張する。また、一般予防の見地から厳罰を科す必要があると主張する。

しかし、薬物事犯全般を見れば検挙人員は減少している。たしかに、大麻取締法の検挙人員は増加しているが、これは近年における取締りの強化に主たる原因があり、本件のような自己治療目的の少量の大麻所持事案に実刑を科すことによって一般予防効果が期待できるとする発想は安易である。たしかに、海外における大麻使用の解放的雰囲気によって、若年者たちの軽はずみな、娯楽目的の大麻使用が増えていると言われるが、被告人のように社会的地位も、分別もある大人の熟慮の上の大麻使用とは、犯罪学的観点からも、行為者類型が異なる。したがって、処罰による一般予防効果は期待できない。

#### （５）被告人に有利な事情について

検察官も指摘するように被告人は、大麻所持を自白しており、前科もないことから（前歴については、大麻取締法に関する起訴猶予を示す確かな証拠を検察官は示していない。）、実刑を科す必要性はない。

### 7. 求刑

検察官は、被告人を懲役6月に処し、大麻草2袋を没収することが相当であると主張する。

しかし、自己治療目的の大麻の少量所持であること、犯行に至る経緯・動機には酌量の余地があり、再犯のおそれは極めて小さく、厳罰を科す必要もなく、被告人に前科前歴はなく、社会的地位もあり、陶芸家という正業に就いていることから、たとえ有罪であるとしても、刑を免除することが相当である。

## 第6 結論

### （１）裁判所と検察官の立証妨害

私たちは、検察官の不誠実な姿勢と証拠を採用しようとする裁判所の態度に手足を縛られた訴訟活動の中で、なんとか事件の真実とその背景に迫ろうとした。しかし、12人の証人請求は全て却下された。49件の書証については、わずか2件だけが証拠として採用されただけである。

検察官は、本件裁判の当初、わずか14件甲号証と12件の乙号証で本件の立証を終結させようとしていた。その後、弁護人からの証拠開示請求に渋々同意し、鑑定関連データを提出した。

捜査官の証人尋問では、塚田らの「ラテン系の服装」に関する偏見と差別を隠蔽しようとした。犯歴に関しては、前科と前歴の区別を曖昧にし、不起訴裁定が、狭義の不起訴なのか、それとも起訴猶予なのかを曖昧なままにし、不起訴裁定書等の証拠開示にも応じなかった。また、鑑定人の証人尋問では、実験の経過を明らかにするための野帳の提出を拒み、2つの鑑定的一方を省略して尋問を終わらせようとした。

刑事訴訟規則(昭和23年12月1日最高裁判所規則第32号)1条は、「この規則は、憲法の所期する裁判の迅速と公正とを図るようにこれを解釈し、運用しなければならない」(1項)と定めるとともに、「訴訟上の権利は、誠実にこれを行行使し、濫用してはならない」(2項)として、法律家が裁判に臨む際の基本的姿勢を示している。しかし、本件における裁判所の訴訟運営および検察官の訴追態度は、不公正であり、かつ、不誠実であると言わざるを得ない。そのため、残念ながら、弁護人の主張の根拠は、2点の書証、証人尋問および被告人質問の内容のほか、すでに社会一般に発表されている「公知の事実」に頼らざるを得なかった。

## (2) 違法排除法理の時代精神

違法排除法理は、1960年代から70年代、アメリカ最高裁がウォーレン・コートと呼ばれた司法による改革の時代に形成された法理論である。偏見と差別が浸透した法執行機関の現場を改革するためには、裁判所が違法に収集された証拠を排除し、将来の違法捜査を抑止することを目指した。司法積極主義やデュープロセス(適正手続)がキーワードとなり、日本の法律学にも大きな影響を与えた。刑事訴訟法学の学理だけでなく、実務においてもその精神は浸透していった。違法排除に関する最高裁判例は、その実務的成果であった。1980年代・90年代に法律学を学び法律家を職業とした若者たちの多くは、違法排除法理の背景にある法の精神に何らかの影響を受けたはずである。

本件においても、この精神と法理にしたがって、適正な手続によって収集された証拠のみに基づき判断がなされるべきである。捜査官の職務質問の切り換えや緊急ではない状態での現行犯逮捕は、いずれも憲法33条および35条に錨着された令状主義の精神を潜脱しようとする法執行機関の明確な意志表明である。日常化されている薬物事犯の捜査活動は、公正と適正手続に反し、違法・脱法行為に汚染されている。刑事司法過程において被疑者・被告人は、侮辱的な取り扱いを受けている。

## (3) 時代遅れの「一属一種説」からの脱皮

検察官が引用する40年前の最高裁の判断は、時代遅れの植物学的・麻酔学的知見に依拠した誤った判断である。裁判所は、現在の科学の世界で通有している知識と理論に基づいて、いまの司法の判断を示すべきである。

大麻草に関する「一属一種説」が誤謬であり、「一属多種説」が妥当することは植物学の常識となっている。本件において検察官は、一属多種説から出発し、本件大麻草がカン

ナビス・サティバ・エルであることを立証すべきであった。しかし、その努力すらしていない。裁判所は、最高裁の権威のみに依拠すべきではない。科学的証拠と論理則に矛盾する経験則に頼るべきではない。

#### (4) 捜査官たちの威圧的・強圧的捜査活動の抑止と警鐘

2022年、米国大統領バイデンは、これまでの薬物政策が失敗であり、多くの人たちを前科者とするので彼らの人生を大無しにしてきたことを認め、恩赦と前科記録の抹消を宣言した。2024年3月22日、国連薬物問題委員会(CND)は、薬物の単純使用と少量所持を犯罪とすることは、ハームリダクションという治療と回復に焦点を当てた薬物政策を阻害するものであると決議した。日本政府もこの決議に賛成票を投じた。

ところが、日本の法執行機関は、大麻と覚醒剤の薬効や入手方法も区別することなく、従来の「覚せい剤やめますか？ それとも人間やめますか？」「薬物乱用はダメ。ゼツタイ。」の厳罰スキームの取締りを大麻規制にも拡大適用しようとしている。現場の若い警察官は、このような偏見と差別に満ちた非科学的知見を教え込まれ、熱病に罹ったかのように威圧的・強圧的な大麻取締りを行っている。前述の2023年の東京地裁判決は、このような違法な取締りに警鐘を鳴らし、適正な捜査を履践することを求めた。

組織的にも、検察・警察は、いわゆる「物なし」事件について、禁じ手とされてきた麻薬特例法による捜査を試しはじめており、覚醒剤(氷砂糖事件)、麻薬取締法(LSD事件)そして大麻取締法(日本大学アメリカンフットボール事件)へとその適用範囲を拡大しつつある。加えて、2023年12月には大麻取締法改正によって、大麻使用の犯罪化・大麻関連犯罪の重罰化を進め、2年以内の施行が予告されている。

このような法執行機関の法と権限の濫用を抑制できるのは、裁判所以外にない。

前橋地方裁判所に置かれては、上述のような状況を踏まえ、適正かつ正しい判断を期待する。

#### (5) 結論

以上により、被告人には無罪の判決を言い渡すべきである。もし、有罪であるとしても、刑の免除が言い渡されるべきである。

以 上