

令和2年（う）第1708号，同第1938号 Aに対する大麻取締法違反，
出入国管理及び難民認定法違反被告事件， Bに対する大麻取締法違反被告事件
令和3年9月28日 東京高等裁判所第12刑事部判決

主 文

被告人両名に対する各原判決を破棄する。

被告人Aを懲役2年2月に，被告人Bを懲役7月に処する。

被告人Aに対し，原審における未決勾留日数中60日を，被告人Bに対し，原審における未決勾留日数中120日を，それぞれ原判決の刑に算入する。

被告人両名に対し，この裁判確定の日から3年間それぞれその刑の執行を猶予する。

被告人Aから，東京地方検察庁で保管中の大麻1袋（令和2年東地領第2360号符号1）を没収する。

理 由

1 原判決が認定した罪となるべき事実の要旨

(1) 被告人両名は，共謀の上，大麻を栽培しようと考え，みだりに，令和2年5月4日頃から同月11日までの間，千葉県市川市内の被告人A方において，鉢植に大麻草の種子6個を播種し，肥料を与え，照明器具で光を照射するなどしたが，同日，警察官が同室を捜索して上記鉢植等を発見したためその目的を遂げなかった（大麻栽培未遂。被告人Aについては原判示第1）。

(2) 被告人Aは，①同月11日，当時の上記被告人A方において，大麻を含有する乾燥植物細片約0.109グラムを所持し（大麻所持。被告人Aについて原判示第2），②スリランカ民主社会主義共和国の国籍を有する外国人であり，平成29年4月20日，本邦に入り，本邦に在留することができるのは平成30年10月1

2日までとなったのに、本邦から出国せず、令和2年5月10日まで千葉県内等に居住して本邦に不法残留した（出入国管理及び難民認定法違反。被告人Aについて原判示第3）。

2 本件控訴の趣意

検察官山元裕史の控訴趣意は、法令適用の誤りの主張である。論旨は、原判決が上記1(1)で認定した大麻栽培未遂罪について、要するに、大麻栽培罪（大麻取締法24条1項）の既遂時期は、大麻草の種子を播種した時点であるから、同項を適用して大麻栽培（既遂）罪の成立を認めるべきであるのに、原判決は、同条項にいう「栽培」の解釈を誤った結果、同条3項を適用して大麻栽培未遂罪の成立を認めており、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある、というものである。

これに対し、被告人Aの弁護士鶴飼裕未及び被告人Bの弁護士桑村竹則は、いずれも、人体にとって有害物質であるテトラヒドロカンナビノール（THC）が生成されるのは、本葉が出た後の時点であるから、同罪の既遂時期は、大麻草の種子が発芽したといえる時点、すなわち、本葉が出た時点であり、したがって、本件では大麻栽培未遂罪が成立する旨主張する。

3 上記1(1)に係る本件公訴事実及び原判決の説示の要旨

本件公訴事実は、「被告人両名は、共謀の上、みだりに、令和2年5月4日頃から同月11日までの間、千葉県市川市（以下省略）被告人A方において、鉢植に大麻草の種子6個を播種し、肥料を与え、照明器具で光を照射するなどし、もって大麻を栽培した。」というものである。

原判決は、「証拠によれば、被告人両名が播種した本件大麻草の種子について、発芽したとは認められない。大麻取締法24条が大麻栽培を規制する趣旨は、同法1条所定の大麻が作り出されるのを抑止するにあると考えられることや、同法が定める罰則の内容及び法定刑の対比等からすると、大麻草の種子を播種するなどした

ものの、未だ発芽していない段階においては、同法24条1項にいう栽培をしたとはいえないと解すべきであり、大麻栽培未遂罪が成立するにとどまる。」と説示した。

4 当裁判所の判断

(1) 大麻栽培未遂罪の成立を認めた原判決の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがあり、当審として是認することはできず、原判決は破棄を免れない。以下、詳述する。

(2) 大麻栽培罪の既遂時期に関し、学説は、大麻草の種子を播種した時点で既遂になるとする「播種説」と、播種しただけでは既遂とならず大麻草の種子が発芽した時点で既遂になるとする「発芽説」とに分かれている（播種説につき「大コンメンタールⅡ薬物五法大麻取締法」68頁、発芽説につき「注解特別刑法5－Ⅱ大麻取締法」（以下「注解特別刑法」という。）99頁等参照）。

原審及び当審において、検察官は、播種説が相当であり、これまでの下級審裁判例も播種説を採用している旨主張する。これに対し、両弁護人は、発芽説が相当であると主張しているところ、原判決は、発芽説に基づき大麻栽培罪の既遂時期を大麻草の種子が発芽した時点であると解し、その根拠について、大麻取締法24条の立法趣旨を挙げている。

そこで、大麻取締法の立法趣旨から検討すると、同法は、大麻が有する薬理作用によって人の健康ひいては社会に危害が及ぶことに着目し、予防的見地から大麻の栽培、所持、譲渡、輸出入等の流通経路全般に規制を加え、もって大麻の濫用による国民の保健衛生上の危害を防止するために必要な取締りを行うことを目的とすることであると解される（最高裁判所昭和58年12月21日第一小法廷決定・刑集37巻10号1878頁、注解特別刑法6, 9, 82頁参照）。そして、大麻栽培罪は、大麻栽培が大麻禍の根源をなす犯罪であり、本邦に大麻を新たに生じさせるという悪性が高い行為であることから、当罰性が高いとして法的規制を加えたものと解される（注解特別刑法96, 99頁参照）。また、大麻栽培罪は、その構成要

件として「大麻を栽培した者は」と規定するにとどまり、発芽その他大麻が一定の成長段階に至ったことや上記の危害の発生を構成要件要素としていない。したがって、同罪は、抽象的危険犯と解される（注解特別刑法82頁参照。なお、両弁護人も、同罪が抽象的危険犯であることは争っていない。）。大麻栽培罪の既遂時期を検討するに当たっては、このような大麻取締法の立法趣旨や大麻栽培罪の法的性質を踏まえ、同罪の文理に則した解釈がなされるべきである。

大麻取締法24条1項にいう大麻は植物の一種であるところ、植物は、発芽生育できる環境にあれば、通常は、播種から発芽、開花を経て結実し、種子を残すという性質を有するから、同項にいう大麻の「栽培」とは、「播種から収穫に至るまでのすべての育成行為をいう」と解するのが相当である（東京高等裁判所平成30年12月4日判決・高等裁判所刑事裁判速報集平成30年266頁参照）。そして、「栽培」は、植物の発芽生育を目的とするものにほかならず、大麻草の種子が育つことのできる環境が必要であるから、ここでいう「播種」とは、植物が発芽生育できる環境下で種子を地面に散らし、あるいは地中に埋めるなどの行為をいうと解するのが相当である。また、大麻草は、我が国で自生している植物であり、大麻草の種子が発芽生育できる環境下であれば、自力で（自然に）発芽生育して大麻草に成長し得るとされる（当審C証人、注解特別刑法11頁参照）。そうすると、大麻草の種子を播種する行為は、本邦に大麻を新たに生じさせる栽培行為の中で最重要かつ中核的な行為であって、これによって、国民の保健衛生上の抽象的危険が生ずるといえるから、大麻草の種子を播種する行為が終了した時点で同罪が既遂となると解するのが、大麻取締法の立法趣旨及び大麻栽培罪の文理に適うといえる。

(3) 次に、原判決は、大麻栽培罪と同じ法条に規定されている大麻輸入罪の既遂時期（航空機を利用した場合には大麻を航空機から取りおろした時点、船舶を利用した場合には大麻を陸揚げした時点）と対比して、大麻栽培罪の既遂時期につき発芽説を採用すべきであると指摘するものであると解される。すなわち、原判決は、大麻栽培罪及び大麻輸入罪について、大麻所持罪等よりも重い法定刑が定められて

いるのは、大麻栽培と大麻輸入が本邦に大麻を新たに出現させ、それが流通し、人の健康ひいては社会に危害が及ぶという大麻禍の根源をなす悪性の高い行為であることによるものと解される。ところ、大麻栽培罪においては、大麻草の種子が発芽した時点で初めて本邦に大麻を新たに生じさせたといえることができるのであって、大麻草の種子を播種した段階では未だ本邦に大麻を新たに生じさせたとはいえないという点を重視するものと解される（注解特別刑法99頁参照）。

そして、両弁護人も、これと同様の立場に立脚しつつ、「大麻草の種子が発芽して生育し、THCが生成されるのは本葉になってからの段階であり、本葉になった時点が発芽したといえる時点である」旨のC証人の当審公判供述を踏まえて、大麻栽培罪の既遂時期は、発芽した時点、すなわち、本葉が出た時点である旨主張し、鵜飼弁護人は、その時点で大麻の濫用による保健衛生上の危害が生じる抽象的危険が生じると考えるのが合理的であり、そのように解すると、本葉が出たか否かは目視で確認ができ、人によって判断が左右されることはないから、法的安定性に資する旨主張する。

しかし、大麻の有害物質であるTHCの生成時期を踏まえて、大麻栽培罪の既遂時期を本葉が出た時点と解する両弁護人の主張は、同罪が具体的危険犯であるならば整合的であるが、同罪は抽象的危険犯であると解すべきであるから、両弁護人の主張は、同罪の法的性質と相容れないのみならず、同罪の既遂時期が遅くなり、国民の保健衛生上の危害を防止するという大麻取締法の立法趣旨にそぐわないといえる。

また、原判決の採用する発芽説は、大麻が生育を始めたといえる時点を問題にするものと解されるが、そうであるとする、どの時点で種子が発芽したと認められるのかが不明確になるというべきである（地中で種子の種皮から芽の極一部が露出した時点、地中である程度芽が成長した時点、芽が地表に露出した時点、幼葉が出た時点、本葉が出た時点等のいずれの時点が「発芽」に当たるのかが不明確である。）。したがって、原判決の採用する発芽説は、明確な基準としては適切でなく、

かえって、法的安定性を損なうことになり、相当ではないといえる。

鵜飼弁護人の所論は、C証人の当審公判供述によれば、一般的に、大麻草の種子にはそもそも発芽しないものも多く、生育可能性がおよそないものが多く存在するから、生育可能性のない大麻草の種子を播種しても、大麻の濫用による保健衛生上の危害が生じる抽象的危険性は生じないし、そのような段階では大麻を本邦に新たに生じさせたといえるものではなく、当罰性が低い旨主張する。

確かに、C証人は、輸入された大麻草の種子についてはあるが、二、三十パーセントしか発芽しないことは割とある旨供述しており、所論がいうように、発芽しない種子もあり得るが、他方、同証人は、百パーセント発芽しないことは非常にまれだとも供述している。上述したとおり、大麻草の種子を播種する行為が本邦に大麻を新たに生じさせる栽培行為の最重要かつ中核的行為であって、その時点で国民の保健衛生上の抽象的危険が生じたといえるから、その後たまたま発芽しない可能性があり得るとしても、そのことは、播種時点で大麻栽培罪が既遂となるとする結論を左右するものではない。所論は採用できない。

大麻輸入罪の既遂時期は上記のとおり解されているところ（上記最高裁判所昭和58年12月21日第一小法廷決定参照）、これは、大麻が未だ航空機内あるいは船舶内にある限りは本邦に流通するおそれはなく、大麻を取りおろしあるいは陸揚げした時点で、本邦内に流通することによる国民の保健衛生上の抽象的危険が生じたといえるからであると解され、大麻栽培罪について播種説を採用することと矛盾するものではない。

(4) なお、覚醒剤製造罪にいう精製又は狭義の製造（覚醒剤の原料から化学的方法により覚醒剤を製出することをいう。）の既遂時期については、覚醒剤が製出された時点と解されているところ（「注解特別刑法5－II覚醒剤取締法」193頁参照。覚醒剤の製造の意義については185、186頁参照）、これは、人が、覚醒剤の原料等を基に、化学反応を生じさせる一連の工程を加えて有害な覚醒剤が製出されることから、覚醒剤が製出された時点で既遂を認めるものと考えられる。他方、

大麻栽培罪については、上述したとおり、大麻草の種子が播種されれば、自力で（自然に）発芽生育するという性質を有するから、大麻草の種子が播種された時点で国民の保健衛生上の抽象的危険が生じたといえる。したがって、覚醒剤製造罪と大麻栽培罪とは、薬物を生成させるという点では同じであるが、その既遂時期をそれぞれ上記のように解することには合理的な根拠が認められる。

(5) 弁護人のその他の主張について

ア 鵜飼弁護人の所論は、大麻取締法は、大麻草の種子を「大麻」の定義から除外しているから、大麻草の種子を播種しただけで大麻を栽培したとはいえない旨主張する。

しかし、大麻栽培罪は、大麻を本邦に新たに生じさせる栽培行為を規制する趣旨で設けられており、大麻草の種子を播種する行為が本邦に大麻を新たに生じさせる栽培行為の最重要かつ中核的行為であることは上記のとおりであるから、大麻取締法が大麻草の種子を同法の「大麻」から除外していることと、大麻草の種子を播種する行為を本邦に大麻を新たに生じさせる栽培行為として規制することとは矛盾するものではない。

イ 鵜飼弁護人の所論は、大麻草の種子を播種した時点で大麻栽培罪の既遂を認めた場合には、大麻未遂罪として処罰される事案がおよそ想定できず、大麻栽培未遂罪を処罰規定とする大麻取締法の解釈として採り得ない旨主張する。

しかし、例えば、大麻草の種子を地中に埋める行為を正に開始しようとした時点において、大麻栽培未遂罪は成立するものと解されるから、所論は採用できない。

ウ 両弁護人の所論は、大麻と同様に規制されている「けし」について、最高裁判所昭和33年6月17日第三小法廷決定・刑集12巻10号2129頁が、「けしの種を畑に播いて、これを発芽生育せしめた以上、その後においてあへんを採取することなく、右けしを引き抜いたとしても、あへん法4条違反の罪（けし栽培罪）の既遂をもって処断すべきものである。」と判示していることに照らすと、発芽説が相当である旨主張する。

しかし、上記決定は、けしが発芽生育した時点において中止未遂が成立するかが争われた事案であり、播種がされたにとどまる場合に既遂となるか未遂となるかが争われた事案ではないのであって、発芽生育しなければけし栽培罪は既遂にならないと積極的に判示したものと解されない。

その他、両弁護人が主張する点を踏まえても、結論は動かない。

(6) そこで、次に、本件において、被告人両名が、大麻草の種子を播種したと認められるかについて検討する。

両被告人の各原審記録によれば、被告人両名は、育苗用ポット、アンプル状容器入り液体肥料、野菜用粒状肥料、花と野菜の培養土、扇風機、植物育成用のランプ等を購入し、当時の被告人A方において、野菜用粒状肥料を混ぜた培養土を育苗用ポットに入れて鉢植を作り、それぞれの鉢植にアンプル状容器入り液体肥料を挿すなどの準備行為を行った上で、各鉢植の地中に本件大麻草の種子を1個ずつ埋め、各鉢植を透明ケースに入れてクローゼット内に置き、その上部にタイマーに接続された植物育成用ランプと扇風機を設置して、ケース内の各鉢植に適時適切に光が照射されるとともに、適度に新鮮な空気を送る仕組みを作り、水やりをしていたことが認められる。

以上の事実関係に照らすと、被告人両名は、本件大麻草の種子が発芽生育できる環境下で、本件大麻草の種子を地中に埋めた（すなわち播種した）と認められ、その時点で大麻栽培罪が既遂になると認められる。

なお、桑村弁護人の所論は、押収後の発芽実験の結果によれば、本件大麻草の種子は本葉が出るに至っていないことが確認されており、生育可能な正常な大麻草の種子とは認められず、THCが生成される余地はなかったのであるから、不能犯であり、犯罪は成立しない旨主張するが、上述したとおり、大麻草の種子を播種した時点で抽象的危険が生じたと解されるから、その後、本件大麻草の種子がたまたま発芽しなかったとしても、結論を左右するものではない。所論は採用できない。

(7) 以上のとおり、大麻栽培罪の既遂時期は、大麻草の種子を播種した時点であ

るから、大麻取締法24条1項を適用して大麻栽培（既遂）罪の成立を認めるべきであるのに、原判決は、同条項にいう「栽培」の解釈を誤った結果、同条3項を適用して大麻栽培未遂罪の成立を認めており、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある。法令適用の誤りをいう論旨は理由がある。

5 破棄自判

以上の検討によれば、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがあり、破棄を免れない（なお、被告人Aについて、原判決は、原判示第1と第2及び第3の事実を併合罪として、1個の刑を言い渡しているから、全部破棄を免れない。）。

よって、刑訴法397条1項、380条により原判決を破棄し、同法400条ただし書を適用して、被告人兩名に対する各被告事件につき更に判決する。

(罪となるべき事実)

第1 上記3の本件公訴事実記載のとおりである。

第2 被告人Aに対する原判示第2に記載のとおりである。

第3 被告人Aに対する原判示第3に記載のとおりである。

(証拠の標目) 省略

(法令の適用)

(被告人Aについて)

- 1 罰条 判示第1 刑法60条, 大麻取締法24条1項
判示第2 大麻取締法24条の2第1項
判示第3 出入国管理及び難民認定法70条1項5号, 21条4項, 20条5項 (平成30年法律第102号による改正前のもの)
- 2 刑種の選択 (判示第3) 懲役刑を選択
- 3 併合罪の処理 刑法45条前段, 47条本文, 10条 (最も重い判示第1の罪の刑に法定の加重)
- 4 未決勾留日数の算入 刑法21条

- 5 刑の執行猶予 刑法25条1項
 - 6 没収 大麻取締法24条の5第1項本文（主文掲記の大麻は判示第2の罪に係る大麻で犯人が所持するもの）
 - 7 訴訟費用の不負担（原審及び当審） 刑訴法181条1項ただし書（被告人Bについて）
 - 1 罰条 刑法60条, 大麻取締法24条1項
 - 2 未決勾留日数の算入 刑法21条
 - 3 刑の執行猶予 刑法25条1項
 - 4 訴訟費用の不負担（原審及び当審） 刑訴法181条1項ただし書
- （裁判長裁判官 平木正洋 裁判官 野村 賢 裁判官 室橋雅仁）