

出版社の代表取締役らが書店において
書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯
を否定した事例

(横浜地判平成25年5月10日判タ1402号377頁(無罪・確定))

刑事判例研究会
市川 啓*

【事案の概要】

当時、出版社Aの代表取締役であったBと編集業務担当者のCが、健康食品販売会社Dの代表取締役であるE(分離前の相被告人)と共謀の上、A社およびD社の業務に関し、平成14年4月頃、D社が販売するキトサン含有の錠剤で、厚生労働大臣の承認を受けていない「D」に関する効能効果を標ぼうする書籍「医師・研究者が認めた!私がすすめる『水溶性キトサン』」(以下では、「本件書籍」と記す)を合計1万部出版・発行した上、株式会社F書店の各店舗に合計約66部、取次店を介して納品した。そして、(1)F書店の新宿店ほか3ヶ所の書店店員から発注を受けた本件書籍を合計4部、取次店を介して納品し、平成21年8月から平成23年6月にかけて前後4回にわたり、書店店員らを介して、本件書籍各1冊を氏名不詳者に対して販売し、さらに(2)同年9月ごろまでにF書店の渋谷店ほか3ヶ所の書店店員から発注を受けた本件書籍合計4部につき、取次店を介して

* いちかわ・はじめ 立命館大学非常勤講師 國學院大学法学部フェロー

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

納品し、店員らを介して陳列棚に陳列して不特定多数の者に閲覧可能な状態にした。

このような事実に基づき、被告人らは無承認医薬品広告禁止（薬事法¹⁾ 68条）違反の罪に問われた（更にA社も両罰規定により同法違反に問われた²⁾）。

【裁判所の判断】

このような事実関係の下、裁判所は3つの争点につき、以下の通り判断した。

(1) 「D」が薬事法上の医薬品に該当するのか。

まず、薬事法上の医薬品とは、その物の成分、形状、名称、その物に表示された使用目的・効能効果・用法用量、販売方法、その際の演述・宣伝などを総合し、その物が通常人の理解において「人又は動物の疾病の診断、治療又は予防に使用されることが目的とされている物」（薬事法2条1項2号）と認められる物をいい、これが客観的に薬理作用を有するものであるかどうかは問われないと解される。

そこで、この理解を前提にすると、「D」は外見上³⁾、単体では医薬品とはいえないものの、「D」の効果効能を標ぼうしている本件書籍⁴⁾と共に販売されている場合には、本件書籍でもってその効能効果が演述・宣伝されているため、「D」が薬事法上の医薬品に該当すると解する余地がな

1) 平成25年の法改正により、法律の題名が「薬事法」から「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」へ変更されているため、現在は略称として「薬機法」と記すべきであろう。薬事法規研究会編著『よくわかる Q&A 改正薬事法のポイント：薬事法から医薬品医療機器法へ』（ぎょうせい・2014年）7頁参照。

2) ちなみに、訴因変更前の公訴事実では、単にB及びCがEと共謀の上、本件書籍を前記各書店で販売・陳列したとされていた。判例タイムズ1402号377頁（判タ匿名解説）参照。

3) 瓶のラベルや包装用の紙箱に効能効果の記載が一切なく、健康食品であるかの記載があった。

4) 本件書籍の内容の多くは、水溶性キトサンに関するものであるが、特定の商品である「D」の名称が何か所か登場し、その写真が掲載され、その製造販売会社であるD社の名称や連絡先、「D」を摂取したことでガンなどの病気が治癒したなどの体験談が記載されていた。

くはない⁵⁾。しかし、「D」と本件書籍が別個に販売されているならば、双方のつながりははっきりせず、特段の事情もない限り、このように理解するにはいささか無理があろう。

(2) 仮に医薬品に該当するとして、本件書籍を書店で販売・陳列することが薬機法上「D」の広告に該当するのか。

次に、一般の人に広く知らせることを意味するところの「広告」(薬事法68条)に当たるといいうるためには、顧客の購入意欲を昂進させる意図の明確性、特定の商品名の明示、一般の人が認知できる状態が必要であると解される。

では、本件書籍はどうか。本件書籍は「D」の名称を明記し、「D」の効能効果を標ぼうし、体験談などを読むことによってその購入意欲を昂進させようとする意図が容易に窺われる。また、A社とD社のタイアップで出版された本件書籍は、「D」の販売を促進することを目的としていたことも明らかであり、出版後に本件書籍が書店にて販売・陳列されれば、一般の人に認知できる状態になる。ゆえに、「D」の医薬品該当性が肯定された場合には、書店で本件書籍を販売・陳列することが、「D」の効能効果などの「広告」に該当するといえよう。

(3) 仮に広告に該当するとして、被告人B及び被告人CがEと共謀の上、取次店や書店の店員らを介して本件書籍を販売・陳列したといえるのか。

自らが実行行為をしていないにもかかわらず、それと同視され、責任を問われるところの間接正犯が本件において成立するためには、書籍の販売・陳列という広告行為を自らしていなくとも、本件書籍の出版・発行をもってしてその販売・陳列をしたものと同視できることが必要であ

5) もっとも、「D」の医薬品性が肯定されたとしても、D社の業務に関わっていない被告人兩名にその医薬品性を基礎付ける事情の認識があったといえるかという問題も残るとの留保が付されている。

る。そして、その同視のためには、本件書籍の出版・発行によってその販売・陳列が現実には起こり得る「蓋然性」が相当程度高くなければならない。

その上で、出版・発行という行為によって販売・陳列が現実には起こりうる「蓋然性」は、新刊本と既刊本に区別して判断される。すなわち、出版・発行後、取次店を通じて各書店に配本され、書店にて陳列・販売される新刊本の場合、書店での販売・陳列に至るには、取次店や書店の判断、意思に負うところが大きい。本件書籍が未承認の医薬品の広告に該当するおそれがあるかどうかまで吟味しているわけではない。ゆえに、新刊本の流通システムでは、取次店と取引関係にあるどこかの書店でそれが販売・陳列される蓋然性はかなり大きいといえるため、本件書籍を出版・発行した被告人兩名が、その販売・陳列を自ら行ったと同視でき、情を知らない取次店や書店を道具として利用支配したといえる。

これに対して、既刊本の場合、新刊本と同様の流通の仕組みは存在するものの、通常は、出版・発行から相当期間が経過すれば、書店で書籍が販売・陳列される確率は大きく減っていく。もちろん、絶版処分や回収措置を講じない限り、出版・発行から相当期間が経過しても、どこかの書店で発注がなされ、その結果、販売・陳列がなされる可能性があったとしても、そのような可能性では間接正犯の成立に必要な蓋然性の高さとして不十分である。とくに、出版・発行から7年を経過している本件書籍が書店で販売・陳列される蓋然性はかなり低い。ゆえに、本件書籍の販売・陳列に関して、被告人兩名につき、情を知らない取次店や書店を道具として利用した間接正犯と見るには無理がある。

(4) 結 論

以上の各争点の検討を踏まえて裁判所は、「D」の医薬品該当性については証拠上の疑問があるとし、また被告人兩名がEと共謀の上、書店店員らを介して本件書籍について販売・陳列を行ったとは認められないとし

て、被告人兩名及び被告会社に無罪を言渡した⁶⁾。

【研究】

1. はじめに

本件は、判決が出されてから相当時間が経過しており、また本件に関して既にいくつかの評釈も出されているもの⁷⁾、薬機法上の「医薬品」や「広告」の意義を考える上で良い素材であり、また「蓋然性」という概念でもって間接正犯の成立を否定した興味深い裁判例であることから、手短ながら評釈を記しておきたい。以下では、裁判所が示した3つの争点に対応する形で検討を進めていくこととする。

2. 薬機法上の「医薬品」(同法2条1項2号)の意義

まず、本件で問題となるのは、薬機法上の広告禁止の対象である未承認の「医薬品」とは何を指すのかということである。本件において裁判所

6) 分離前の相被告人であるD社およびEは、本件と同じく薬事法上の広告禁止違反の他に、医薬品販売業の許可なく業として医薬品である「D」を販売するとともに、販売目的で貯蔵した罪に問われていたところ、前者については本件同様に無罪、後者については有罪となった(横浜地判平成25年12月5日 LEX/DB 文献番号25503056)。判例タイムズ1402号378頁(判夕匿名解説)では、その後、上記後者の部分につき弁護士側の控訴があり、現在東京高裁に係属中と記されているが、LEX/DBなどの判例データベースには該当判例は見当たらなかった。

付言すれば、出版社、元代表取締役、企画・編集担当者、著者は、神奈川県警の記者発表により名誉を毀損されたとして、神奈川県に対して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求の訴訟を提起した。原審である東京地裁は請求を棄却したのに対して(東京地判平成27年3月10日 LEX/DB 文献番号25525060)、東京高裁は、記者発表でなされた説明によって控訴人ら4名の実名を記載した記事が各新聞に掲載されたことで、控訴人会社の社会的評価や信用が毀損され、また控訴人ら4名の名誉も毀損されて精神的損額を被ったことを認め、原判決を取消し、控訴人らの請求を一部認容した(東京高判平成27年11月18日 LEX/DB 文献番号25541835)。

7) 仲道祐樹「判批」法学教室401号(2014年2月号)29頁、宮川基「判批」刑事法ジャーナル39号(2014年)147頁以下、小島陽介「判批」商学討究66巻1号(2015年)407頁以下。

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

は、当該製品の成分・形状・名称、製品に記載された使用目的・効果効能・用法用量だけでなく、製品の販売方法や演述・宣伝をも加味し、総合的に医薬品該当性を判断すべきとした。この判断枠組みは、行政解釈⁸⁾に沿うものであり、また過去の裁判例において示されたものとも一致する⁹⁾。

しかし、このような医薬品該当性の判断方法に疑問なしとしてよいであろうか。この判断枠組みによれば、例えば、タイアップに基づいて特定の製品と書籍が共に販売されている場合、（たとえ当該製品だけでは医薬品と言えなくとも）書籍が医薬品該当性の判断における補充的役割を担うことになるという点で不可解である。また、製品それ自体が医薬品かどうかの判断を超えて書籍の表現内容にまで踏み込むことは、国民の表現の自由を不当に制約しかねない¹⁰⁾。もっとも、このような拡大解釈は、薬効に対する

8) 「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」（昭和46年6月1日薬発第476号）厚生省薬務局長通知の別紙「医薬品の範囲に関する基準」、 「無承認無許可医薬品の指導取締りの徹底について」（昭和59年5月21日薬監第43号）厚生省薬務局監視指導課長通知を参照されたい。

付言すると、宮川は、健康増進法上の虚偽・誇大広告の禁止（32条の2第1項）に関する行政解釈においても同様の判断枠組みが見られると指摘する。宮川・前掲注（7）151頁注（5）参照。

9) 代表的なものとして、「つかれず」及び「つかれず粒」の販売を営んでいた被告有限会社の代表取締役の被告人と、営業課長の相被告人が共謀の上、東京都知事の許可を受けず、かつ法定の除外事由なく、高血圧、糖尿病、低血圧、貧血、胃下垂、リウマチなどに効果を有すると宣伝したチラシを添付して販売した「つかれず」および「つかれず粒」が、薬事法2条1項2号の「医薬品」に該当するとされた事件がある（最判昭和57年9月28日刑集36巻8号787頁）。その他、同様の枠組みを示すものとして、最判昭和46年12月17日刑集25巻9号1066頁、東京地判昭和51年11月25日判時844号109頁、東京高判昭和53年12月25日高刑集31巻3号363頁、東京高判昭和55年4月24日判タ423号146頁、最判昭和57年2月12日刑集36巻2号193頁、東京地判平成24年10月25日判タ1395号372頁、東京高判平成25年3月28日判タ1411号264頁が挙げられよう。

10) 大久保隆志「薬事法」平野龍一ほか編『注解特別刑法 第5巻 医事・薬事編（1）』（第2版）（青林書院・1992年）8頁以下。営利的言論の自由に関する諸学説につき、橋本基弘「営利的言論の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点〔ジュリスト増刊〕』（有斐閣・2008年）124頁以下参照。

過度の信頼により国民が適切な医療を受ける機会を失わないようにするという薬機法の立法趣旨によって正当化されると考える者も多いが¹¹⁾、それも疑問である。というのも、そこで問題となっているのは、医薬品であることを秘して書籍にその効果・効能などを説明させるという、消費者たる国民に害を及ぼすかもしれない脱法的な販売形態であるが、それを取締まるならば、医薬品の概念を不当に拡張するのではなく、正面から立法的措置を講じるべきだからである。

いずれにせよ、本件では、それ自体では「医薬品」に該当しえない「D」が、本件書籍と別個に販売されていたこともあって、結論的に医薬品該当性は認められなかったが、その根本にある判断方法は再考すべきであろう。

3. 薬機法68条にいう「広告」の意義

次に——医薬品該当性には合理的な疑いが残るとはつきり述べていれば、それ以上言及する必要もなかったはずだが¹²⁾——医薬品該当性を前提にして問題となるのが、薬機法68条で禁止された「広告」の意義である。未承認の医薬品は、申請内容通りに承認されるのかどうか不明であり、承認内容のいかんによっては、虚偽または誇大な広告になるおそれが多分にあることから、その広告行為が禁じられている¹³⁾。

11) 例えば、木谷明「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和57年度』（法曹会・1986年）287頁、つかれず事件最高裁判決の判タ匿名解説（判例タイムズ480号63頁）、宮川・前掲注（7）151頁、小島・前掲注（7）414頁以下参照。

12) 小島・前掲注（7）415頁注（8）も、「最終的に（後述する）間接正犯の論点で犯罪の成立を否定することができるのであるから、医薬品性の認定の部分では曖昧さを残しても問題ないという判断が働いた可能性があるが、やはり前提となる論点でありその判断を示しておくべきであった」と指摘している。

13) 薬事法規研究会編『逐条解説薬事法〔五訂版〕』（ぎょうせい・2012年）891頁、大久保・前掲注（10）39頁参照。

付言すると、本規定以外にも広告を禁止する法規は存在する。例えば、虚偽または誇大広告を規制する軽犯罪法1条34号、薬機法66条1項、食品衛生法20条、特定商取引に関する法律12条、宅地建物取引業法32条などがあるが、「広告」の意義が問題になった裁判

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

そもそも広告とは、広辞苑（『広辞苑 [第6版]』（岩波書店・2008年））によると、「広く世間に告知知らせること」であるとされる。また、薬事法（薬機法）のコンメンタールでも同様の定義が示されており、広告のための手段はすべて規制対象になるという¹⁴⁾。

ところで、本判決は、行政解釈¹⁵⁾を暗に前提としつつ、1) 顧客を誘引する（顧客の購入意欲を昂進させる）意図が明確であること、2) 特定医薬品などの商品名が明らかにされていること、3) 一般人が認知できる状態であることを広告該当性の要件として示した上で、本件書籍に「D」の名称が明記され、「D」の効能効果を標ぼうしていることや、体験談などを読ませて「D」の購入意欲をかき立てようとしていること、D社とのタイアップで出版された本件書籍が「D」の販売を促進することを目的としていたことを指摘し、結論的に本件書籍の販売・陳列が広告行為に当たるとを認めた。

しかしながら、ここでは本件書籍が「D」の広告媒体であることは言えたとしても、「D」という製品が本件書籍を通して広告されたと言っているのが何故に販売・陳列の段階なのかという点は説得的に説明されていない。この点、「一般人に認知できる状態」と言いうるためには、書店での販売・陳列に至らなければならないと考えられているのであろう。確かに、一般の人々は書店にて当該書籍を手に取り、読むことで初めて問題となっている製品の情報に接するであろうから、その時点をもってして「広告」したと捉えることには一応の理由がある。

もっとも、判文において「弁護人は、本件について公訴時効の完成の主張をしているが、検察官が被告人らの犯罪行為としてとらえているのは、本件書籍の出版発行ではなく、公訴事実記載の販売・陳列であり、公訴時

ゝ例は管見の限り見当たらない。

14) 穴田秀男監修『薬事法（自由国民・口語六法全書 第27巻）』（自由国民社・1975年）205頁、伊藤栄樹ほか（編）『注釈特別刑法 第8巻』（立花書房・1990年）142頁、大久保・前掲注（10）38頁参照。なお、前掲注（13）の逐条解説には広告の定義が見当たらない。

15) 「薬事法における医薬品等の広告の該当性について」（平成10年9月29日医薬監第148号厚生省医薬安全局監視指導課長通知）。

効が完成していないことは明らかである」と述べられていることに鑑みるならば、書籍の販売・陳列をもってして広告したと捉えることには、公訴時効との関係で問題が残るのではないだろうか。というのも、広告媒体たる書籍が販売・陳列された時点から公訴時効が進行すると解するのであれば、当該書籍が販売・陳列されるたびに公訴時効が新たに進行することとなり、行為者はいつまでも責任を追求されることになってしまうからである。しかし、そのように解すると、公訴時効の制度の意義¹⁶⁾が没却されてしまう。この点、名誉を毀損する出版物が一度世に出れば、それが回収されるまで名誉毀損罪の公訴時効が進行しないと解するのは不合理であるから、摘示事実が不特定多数の人々の目に触れうる状態になったときに名誉毀損行為は終了したと解すべきであるとの見解¹⁷⁾を参考に、薬機法上の広告禁止罪についても、一度書店で販売・陳列された時点で当該犯罪行為は終了したものと解するのが相当であろう。ゆえに、本件において裁判所は、免訴判決を言い渡す余地もあつたのではないだろうか。

4. 薬機法68条の「広告」の間接正犯の成否について

4.1. 当初の訴因

以上のように「広告」を本件書籍の販売・陳列と捉えた上で、実際に販売・陳列したのは誰かという事実面に拘泥したことで訴因変更も必要となった。すなわち、本件では当初、代表取締役Bや編集担当者Cによる本件書籍の販売・陳列が起訴されたが、被告人らは実際に書店で販売・陳列をしたわけではないとの理由から、検察官は訴因変更でもって(共同)間接正犯の構成を採るに至ったのである。

16) この点につき、さしあたり松尾浩也「公訴の時効」『刑事訴訟法講座〔第一巻〕』(有斐閣・1963年)210頁以下、同『刑事訴訟の原理』(東京大学出版会・1974年)99頁以下を参照。

17) 山口厚「インターネット上の名誉毀損罪における犯罪の終了時期」『平成17年度重要判例解説』(有斐閣・2006年)159頁、松宮孝明『刑法各論講義』(成文堂・2016年)156頁。

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

4.2. 裁判所のいう「蓋然性」の意味

こうして本件において間接正犯を語らざるを得なくなった裁判所は、間接正犯とは「自らが実行行為をしていないにもかかわらず、自らが実行行為をしたと同視して責任を問われるもの」であるという定義¹⁸⁾を前提に、販売・陳列という広告行為を自ら為したものと同視するためには、本件書籍の出版・発行後、薬機法上禁止されている広告にあたるかどうかなどをチェックしない（＝その意味で情を知らない）取次店・書店を介して、販売・陳列が現実には起こり得る蓋然性が相当程度高いことを要求した。その上で、新刊本と既刊本の流通システムの違いに着目した裁判所は、本件のように出版・発行から相当な期間が経過している既刊本の場合、販売・陳列される蓋然性の低さを理由に（情を知らない者を利用していても）間接正犯の成立が妨げられると考えた。

確かに、判例タイムズの匿名解説が述べる通り¹⁹⁾、問題となる書籍を出版・発行した者は、それが市場に存する限り、いつまでも間接正犯として責任を問われうるとするのは不合理である。そのため、裁判所は——情を知らない第三者を利用した間接正犯に関する過去の裁判例ではあまり見られないが²⁰⁾——誘致行為における蓋然性を問題にしたのである。この点、

18) 同様の言い回しは、例えば、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁の原審である福岡高判昭和29年4月26日刑集10巻7号962頁でも見られる。また、間接正犯を巡る近時の動向を教えるものとして、亀井源太郎「間接正犯」西田典之ほか（編）『刑法の争点〔ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ〕』（有斐閣・2007年）102頁以下参照。

19) 判例タイムズ1402号378頁（判タ匿名解説）。同解説は、偶発的な事情により、行為者の想定を超えて結果が発生した離隔犯の事例を挙げている。

20) 宮川・前掲注（7）152頁および小島・前掲注（7）416頁が既に指摘する通りである。情を知らない第三者を利用する間接正犯に関する大審院・最高裁の裁判例としては、大判明治42年11月15日刑録15輯1580頁〔詐欺罪〕、大判明治43年10月7日刑録16輯1647頁〔詐欺罪〕、大判明治44年7月10日刑録17輯1412頁〔詐欺罪〕、大判大正2年11月8日刑録17輯1412頁〔虚偽告訴罪〕、大判大正5年5月9日刑録22輯705頁〔公正証書原本等不实記載罪〕、大判大正5年8月28日刑録22輯1332頁〔恐喝未遂罪〕、大判大正8年2月13日刑録25輯132頁〔窃盗未遂罪〕、大判大正15年12月24日刑集5巻593頁〔窃盗罪〕、大判昭和11年2月14日刑集15巻113頁〔虚偽公文書作成罪〕、大判昭和12年4月7日刑集16巻517頁〔証

裁判所が間接正犯の正犯性の根拠を誘致行為の現実的危険性に求めている²¹⁾ならば、それは合理的ではない。というのも、暗殺のプロに殺人を依頼する事例を考えれば分かる通り、教唆犯であっても誘致行為の現実的危険性が(間接正犯と同等もしくはそれ以上に)高い場合を想定しうるからである。それに加えて、共犯といえども異常な因果経過を通じて生じた結果や、自己の行為によってその発生の蓋然性をごくわずかにしか高めていないような結果についてまで責任を問われるべきではない以上、危険性や結果発生の蓋然性は正犯・共犯に共通の問題であろう²²⁾。ゆえに、裁判所が言うところの「蓋然性」とは、本件書籍が7年以上も前に出版されたものであったという、いわば偶然的事情を理由に被告人らへの結果帰属を否定するための——間接正犯にとって本質的なメルクマールではない——概念なのであろう。もっとも、被告人への結果帰属の否定を志向するならば、因果経過の異常を理由に相当性を否定した方がスマートであったと思われる²³⁾。

4.3. 新刊本と既刊本の区別

さらに、裁判所が新刊本と既刊本の区別に対応して蓋然性を判断したことは興味深い。しかし、この区別は過度に重視すべきではなく、本件に即した類型化にすぎない²⁴⁾。それ以上に、古本屋やインターネット書店など

、\ 掩隠減罪)、大判昭和14年11月4日刑集18巻497頁〔監禁罪〕、大判昭和15年4月2日刑集19巻181頁〔虚偽公文書作成罪〕、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁〔窃盗罪〕、最判昭和32年10月4日刑集11巻10号2464頁〔虚偽公文書作成罪〕などが挙げられよう。

21) 学説では、例えば、大塚仁『刑法概説総論〔第四版〕』(有斐閣・2008年)160頁、福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』(有斐閣・2011年)262頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(東京大学出版会・2015年)83頁参照。そのほか植田重正『共犯の基本問題』(三和書房・1952年)72頁、中義勝『間接正犯』(有斐閣・1963年)122頁、大越義久『刑法総論〔第三版〕』173頁も同旨か。

22) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会・2002年)238頁参照。

23) もちろん、裁判所が「被告人兩名の間接正犯性は、被告人兩名の利用意思いかんをみるまでもなく、否定されるべきである」と述べる通り、利用意思の面で間接正犯の成立を否定する余地も残されている。

24) 仲道・前掲注(7)29頁。

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

の場合にはこの区別は応用できず、どんな場合でも間接正犯が成立することになってしまうのではないかと指摘²⁵⁾は正当であろう。それゆえ、新刊本と既刊本の区別は、本件裁判所が蓋然性の低さを理由に被告人らへの結果帰属を否定するためのテクニックであったと捉えておくべきであろう。

4.4. 広告禁止罪の間接正犯？

本判決は、薬機法68条における間接正犯の射程を示した事例判例であったと評されているが²⁶⁾、そもそも本件において広告禁止罪の間接正犯を語るべきだったのであるか。この問いを解決する鍵は、刑罰法規によって禁止された「広告」の解釈にある。

すでに最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁²⁷⁾は、会社の使用人に命じて自己の手足として米を運搬輸送させた代表取締役（被告人）を端的に「実行正犯」と記しているところ、「運搬輸送」という構成要件該当行為の解釈²⁸⁾に際して取引の主体（つまり、誰にとつての取引なのかということ）に着目し、背後者を直接正犯と解すべきであった²⁹⁾。

このことに目を向けるならば、未承認医薬品の「広告」に関しても、その主体は広告主であり、本件のような書店員らが介在したとしても、広告主は直接正犯になると捉えるべきであろう。というのも、そもそも問題と

25) 小島・前掲注(7)417頁および同頁注(12)。

26) 小島・前掲注(7)412頁、判例タイムズ1402号378頁(判タ匿名解説)も同旨か。

27) 付言すれば、当該事案は故意ある補助的道具の事例としてしばしば取り上げられる事案である。しかし、情を知らない者が間接正犯の道具であるのか、それとも情を知って加担する補助犯であるのかということは、本来、二者択一の関係のはずである(ゆえに、故意ある補助的道具という表現は、形容矛盾なのである)。拙稿「間接正犯論の歴史的考察(1)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学366号(2016年)528頁参照。

28) その解釈がキーとなることを指摘するのは、団藤重光『刑法綱要総論[第三版]』(創文社・1990年)159頁。

29) 松宮『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)264頁、前田・前掲注(21)87頁、拙稿「判例研究」立命館法学356号(2014年)395頁参照。

なる広告は誰にとっての「広告」なのかといえ、それはまさしく広告主(本件:被告人ら)にとっての広告だからである。まさか「D」を宣伝する媒体である本件書籍が、書店員らにとっても「広告」であるとは観念できないであろう。このように捉えるならば、当該広告によって利益を受ける者こそ、それに対する管轄を有しており、そこから生じる損害に対する責任を負うべきである以上、(当該広告に関係のない者が介在したとしても)直接正犯なのである³⁰⁾。従って、本件においては、誰が販売・陳列したのかという事実面に拘泥せず、より規範的に、誰にとっての広告であったのかという意味で広告主体を捉え、広告禁止罪の直接正犯を問題にすべきであったと思われる。

5. 結 論

本件は、医薬品該当性に疑わしさが残り、また広告禁止罪における間接正犯も蓋然性の低さを理由に否定されたことで、結論的に被告人が無罪となった事案であるが、多くの問題を残した。すなわち、既述の通り、従来の行政解釈や裁判例が示してきた医薬品該当性の判断枠組みによれば、製品それ自体のみならず、製品に付随するパンフレットなどの図書等も併せてその判断材料とされており、製品それ自体の医薬品該当性に疑わしさが残る場合であっても、上記図書等がそれを補強する役割を担うという点で不自然であるばかりか、市民の表現の自由を不当に侵害する疑いのある不当な拡張解釈である。ゆえに、製品それ自体の医薬品該当性を潜脱しようとする販売形態が問題なのであれば、それに対する禁止規範を新たに設けるべきである。

また、広告禁止罪における「広告」の解釈に関しても、書店における書籍の販売・陳列をもって広告と捉えられているが、既に指摘した通り、それはいつまでも公訴時効が完成しない危険を孕んでいる。さらに、間接正

30) 念のために述べておくと、このように解することは68条が「何人も」と書かれていることと本質的に矛盾するものではない。

出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、
未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯を否定した事例（市川）

犯性の判断において示された、新刊本・既刊本の区別に対応した蓋然性の程度
の区別は事例判断であるし、そもそも結果発生に対する蓋然性とは正犯・共犯
にとって共通の問題であろうから、一般化は避けた方がよいであろう。も
っとも、本件は広告禁止罪の間接正犯ではなく、その直接正犯の成立を問
題にすべき事案であったと思われる。