

未承認医薬品の効能等を標榜する書籍の 陳列・販売が、書店の店員らを道具とした間接正犯 (薬事法の広告禁止違反) とは認められなかった事例

(横浜地判平成25年5月10日判タ1402号377頁)

小 島 陽 介

【事実の概要】

書籍、雑誌の出版、販売等を営む被告会社Aの代表取締役であった被告人Bおよび編集担当社員であった被告人Cは、栄養食品の製造・販売・輸出入を営むD社の代表取締役であるEと共謀の上、厚生労働大臣の承認を受けていない医薬品である「D」について、平成14年4月頃、「D」を服用して病気が治った旨の一般市民の手記を掲載するとともに、D社の電話番号を記載し、「D」の写真に掲載するなどして、その購入を勧誘する内容を記載した「医師・研究者が認めた！私がすすめる『水溶性キトサン』」と題する書籍（以下、「本件書籍」という）合計1万部を発行し、その頃株式会社F書店の各店舗に同書籍合計約66部を取次店を介して納品するなどし、同書店の各店舗からの更なる発注に応じて同書籍を納品可能な状態にした上、(1)F書店新宿店ほか3か所の書店店員から発注を受けた本件書籍合計4部を取次店を介して前記F書店新宿店ほか3か所に納品し、平成21年8月21日頃から平成23年6月17日頃までの間、前後4回にわたり、F書店新宿店ほか3か所において、氏名不詳者に対し、本件書籍合計4部を、前記F書店新宿店店員らを介して販売し、(2)平成23年9月29日頃までに、F'書店渋谷店ほか3か所の書店店員から発注を受けた本件書籍合計4部を取次店を介して前記F'書店渋谷店ほか3か所に納品し、平成23年9月29日、F'書店渋谷店ほか3か所において、本件書籍4部を、前記F'書店渋谷店店員らを介して陳列棚に陳列して不特定多数の者に関覧可能な状態にし、もって、厚生労働大臣の承認を受けていない医薬品の名称、効能および効

果を広告したとして起訴された。

【争点】

本判決は、本件における主要な争点として、(1)「D」が薬事法上の医薬品に該当するのか、(2)仮に医薬品に該当するとして、本件書籍を書店で販売・陳列することが薬事法上「D」の広告に該当するのか、(3)仮に広告に該当するとして、被告人Bおよび被告人C（以下、「被告人両名」という）が、Eと共謀の上、取次店や書店の店員らを介して（すなわち、書店員を直接行為者とする間接正犯の形態で）、本件書籍を販売・陳列したといえるのか、という3点であるとしている。

【判旨】無罪（確定）。

(1)について。「薬事法上の医薬品については、同法2条1項に定義規定があるところ、本件で問題になり得る同項2号の『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』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・用法容量、販売方法、その際の演述・宣伝などを総合して、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』と認められるものをいい、これが客観的に薬理作用を有するものであるかは問わないと解されている。これを『D』についてみると、関係証拠によれば、『D』は、400粒の錠剤が入った瓶のラベルにも、包装用の紙箱にも、効能効果の記載は一切なく、むしろ、健康食品であるかの記載があり、この商品単体では、医薬品といえないことは明らかである。また、この商品の販売に当たり、D社が、本件書籍と関係なくその効能効果を演述・宣伝したという事実は、特に立証されていない。

しかし、本件書籍をみると、『医師・研究者が認めた！私がすすめる「水溶性キトサン』』という題名であり、その多くの記載は、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（電話番号）までが記載されていること、また、『D』を撰取したことで、ガン・喘息、バセドウ氏病等の病気が治癒等した旨の体験談が記載されていることに照らすと、本件書籍は、『D』の能書きが直接的に記載されているわけではないものの、『D』の効能効果を標ぼうしている書籍とみることができる（……）。

そうすると、例えば、D社が本件書籍を『D』とセットで販売するなどしている実情があるとすれば、『D』の販売に当たり、本件書籍でもってその効能効果を演述・宣伝していると解する余地がないではない（ただし、『D』の販売と別個に本件書籍が販売等されているだけでは、双方のつながりがはつきりせず、特段の事情でもない限り、同様に解するのにはいささか無理であろう。）」。

(2)について。「薬事法68条にいう『広告』とは、一般の人に広く知らせることをいい、具体的には、顧客の購入意欲を昂進させる意図が明確であること、特定の商品名が明らかにされていること、一般の人が認知できる状態であることが必要であると解される。

これを本件書籍についてみると、本件書籍は、前述のとおり、『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が認められ、体験談等を読むことによって、『D』を購入する意欲をかきたてることを目指していることは容易にうかがわれる。さらに、本件書籍が出版された経緯をみると、後述するとおり、本件書籍は、被告会社がD社とタイアップして出版されたものであり、『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る。出版後書籍が書店で販売・陳列されれば、一般の人が認知できる状態になることはいうまでもない。

したがって、『D』の医薬品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』の効能効果等の『広告』に該当するといえよう。

(3)について。検察官は、本件公訴事実における販売・陳列は「被告人兩名及びEが、共謀の上、取次店や書店の店員らを介して行ったものである、すなわち、被告人兩名及びEには、本件書籍を出版したことにより、その販売や陳列

について、取次店や書店の店員らを道具とした間接正犯が成立すると主張する。これに対し、弁護人は、本件書籍の販売・陳列に被告人兩名及びEは何ら関わっておらず、本件書籍は、取次店や書店の独自の判断、意思で販売や陳列に至っているものであり、被告人兩名及びEには、本件書籍の販売・陳列について、間接正犯が成立することはないと主張する」。

「被告人兩名の本件書籍との関わりは、その出版発行までであり、その後の販売等流通面に関しては一切関わっていないところ、被告人兩名には、本件書籍を出版発行したことにより、その販売・陳列について、取次店や書店の店員らを道具として利用した間接正犯が成立するか否か」について検討する。

「間接正犯は、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り、実際に惹起された行為（結果）との間に何らかのかかわり（関係）があればよいなどというものではない。本件に則していえば、本件書籍の販売・陳列という広告行為を自らしていないにもかかわらず、本件書籍の出版発行によりその販売・陳列をしたと同視できるというためには、本件書籍の出版発行によってその販売・陳列が現実に取り得る蓋然性が相当高くなければならないと解するべきである。逆にその程度の蓋然性がない場合には、間接正犯性は否定されるべきである。

このような考えを前提に本件についてみると、……本件書籍は、出版発行後、新刊本として、取次店を通じて各書店に配本され、書店において返品しない限り陳列され、場合によっては販売されることとなる。もちろん、全国あまねくどの書店にも配本されるわけではなく、かつ、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く、出版元である被告会社の意のままになるものではない。しかし、取次店が書籍の配本をし、書店が書籍を返品しないで陳列するにあっては、基本的に売れるかどうかを考えているのであって、書籍の内容、特に法令に違反する図書かどうかまで吟味しているわけではない。ましてや、本件書籍を販売・陳列することが薬事法上の広告に当たり問題になり得るとの認識などおおよそ有していない……。そうだとすると、本件書籍が出版発行されれば、新刊本の流通システムにより、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。このような仕組みを前提とする限り、本件書籍を出版発行した被告人兩名が、その販売・陳列（広告）を自ら行ったと同視することには、さほど違和感はない。書店も取次店も、本件書籍の問題性（未承認の医薬品の広告に該当するおそれがあるとの問題）については何ら把握していないのであり、その限りでは、情を知らない者であり、道具性が認められるというべきである。言い換えれば、本件書籍の販売・陳列（広告）について、被告人兩名は書店や取次店を利用支配しているということである。したがって、新刊本についていえば、被告人兩名には、本件書籍を出版発行したことにより、その販売・陳列（広告）について、取次店や書店の店員らを道具として利用した間接正犯が成立するといえる」。

「もっとも、既刊本について新刊本と同様にいえるかという点、少なからず問題がある。特に、本件のように、販売の時期が平成21年8月から平成23年6月、陳列の時期が同年9月と、出版発行があった平成14年4月から7年以上も後である販売・陳列までもが、被告人兩名において、本件書籍を出版発行することにより、書店や取次店を道具として利用したとして、間接正犯の責任を認めてよいかである。

確かに、既刊本でも、……書店の発注を受けて書店に配本され、書店で陳列され、販売されるという流通の流れ、仕組みは、新刊本同様に存在する。しかし、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のが実態である。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はあろう（現に、本件書籍は7年以上後に販売・陳列されている。）。しかし、そのような可能性がある程度では、間接正犯の成立に必要な蓋然性の高さは大きくかけ離れている。既刊本でも出版発行からそれほど経過していない時期の販売等であればまだしも、本件で問題となっている7年以上も後となると、本件書籍を出版発行することによりそれが書店で販売・陳列されるという行為が惹起される蓋然性はかなり

低いといわざるを得ない」。

「そうだとすると、公訴事実で問題とされている本件書籍の販売・陳列に関しては、被告人兩名が、本件書籍を出版発行することにより、情を知らない取次店や書店を道具として利用したなどとみるのは、余りにも無理なとらえ方というしかない。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」。

「以上のとおりであるから、『D』の医薬品該当性についても、本件証拠上疑問があるだけでなく、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公訴事実記載の販売・陳列を行ったとは認められない」。

なお、D社およびEについては、当初併合審理されたものの後に公判が分離され、薬事法上の広告禁止違反については無罪、「D」の無許可販売および販売目的貯蔵については有罪とされ(横浜地判平成25年12月5日公刊物未登載)、後者につき弁護人から控訴があったとのことである¹⁾。

【研究】

一 本判決の意義

本件では、健康食品に含まれる成分について紹介する書籍を出版し、書店でそれを陳列・販売することにより、薬事法²⁾で禁止されている未承認医薬品の広告を書店員を道具として利用した間接正犯の形態で行ったといえるかが問題となった。本判決は、薬事法違反に関する事例判例ながら、広告規制違反との関係で「医薬品」の意義を改めて明らかにするとともに、間接正犯の成否に関して背後者の行為が直接行為者の行為を惹起することにつき「蓋然性」という概念を指摘してその成立を否定した興味深い事例である³⁾。

1) 判例タイムズの解説記事による(判タ1402号378頁)。

2) 同法は平成26年の改正により「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」と名称が変更になったが、改正前の事案でもあり、本稿では「薬事法」と略記する。

3) 本判決の評釈として、宮川基「出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列・販売した行為について、未承認医薬品の広告禁止の罪の間接正犯の成立を否定し

二 争点(1)について

薬事法では、2条1項において医薬品の定義がなされるとともに、14条において医薬品の製造販売に当たっては厚生労働大臣の承認を受けなければならないと定めている。一方、68条では未承認医薬品の名称、製造方法、効能、効果、性能に関する広告が一律に禁止され⁴⁾、その違反に対しては85条5号で2年以下の懲役もしくは200万円以下の罰金またはその併科が定められている（90条2号には両罰規定もある）。そこで、本件書籍の陳列・販売が薬事法85条5号・68条違反となるためには、「D」が同法2条1項にいう「医薬品」に該当する、すなわち、「人又は疾病の診断、治療又は予防に使用されることが目的とされている物」（同項2号）でなければならない。ここでは、薬事法における「医薬品」の意義が問題となる。

薬事法による医薬品の規制の目的については、積極的弊害の防止に純化するか、消極的弊害の防止も含めるかについての争いがあり、それが医薬品の意義についての対立に反映している。通説・判例は、当該医薬品を使用することにより副作用や中毒等の危害が生じること（積極的弊害）だけでなく、国民をして正しい医療を受ける機会を失わせることや、一般人の医薬品に対する信頼の失墜（消極的弊害）の防止も薬事法の目的に含まれると解し、医薬品性の判断においては成分や効能効果だけではなく、販売方法やその際の演述・宣伝なども総合して、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」かどうかを検討するのであり、当該物品が客観的に薬理作用を有するものであるか否かを問わないとしている（最決昭和57年9月28日刑集36卷8号787頁。以下、「昭和57年決定」という⁵⁾）。一方、薬事法の立法趣旨を積極的弊害の防止に純化すべきであると主張

た事例」刑事法ジャーナル39号147頁（2014年）がある。

- 4) その趣旨は、「承認前においては、果たして申請内容がそのとおり承認されるか否かは全く不明であり、承認前の広告は、承認内容のいかんにより虚偽又は誇大な広告になるおそれが多分にあるため、これを未然に防止する」ことにあるとされる（薬事法規研究会編『逐条解説薬事法〔5訂版〕』（ぎょうせい・2012年）891頁）。
- 5) なお、その背景には、昭和46年の厚生省薬務局長通知がある（「無承認無許可医

する場合には、医薬品とは客観的に薬理作用を有する物質（以下、便宜上「薬効成分」という）を含有するもののことをいい、その判断においては販売方法などを考慮すべきでないこととなる（以下、このような見解を便宜上「客観説」という）⁶⁾。本判決は、前記昭和57年決定を明示的には引用していないものの、同決定とほぼ同じ文言を用いていることから、客観説を排斥して従来判例を踏襲していることは明らかである⁷⁾。

この点について、本件のように薬効成分が含まれていない物を、健康食品であるとしつつも何らかの疾患に有効であるかのように売り出す場合や、さらには薬効成分が含まれていない物を、健康食品ではなく「薬」と称し売り出す場合には、客観説によると薬効成分が含まれていない以上それらの物は「医薬品」に該当せず、薬事法の規制の対象外となる。しかし、特に後者のケースでは、「薬」とであると信じた一般人が医師への受診を控えることが十分考えられ、国

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）。同通知の別紙「医薬品の範囲に関する基準」では、「人が経口的に服用する物が、薬事法（昭和35年法律第145号）第2条第1項第2号又は第3号に規定する医薬品に該当するか否かは、医薬品としての目的を有しているか、又は通常人が医薬品としての目的を有するものであると認識するかどうかにより判断することとなる。通常人が同項第2号又は第3号に掲げる目的を有するものであると認識するかどうかは、その物の成分本質（原材料）、形状（剤型、容器、包装、意匠等をいう。）及びその物に表示された使用目的・効能効果・用法容量並びに販売方法、販売の際の演述等を総合的に判断すべきものである」とされており、薬効作用のみをもって医薬品性の認定をすべきでない旨明らかにしている。

- 6) 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）286頁は、客観説が「実務上有力に主張されていた」としている。
- 7) その他、広島高判昭和55年2月26日刑集36巻2号201頁（高麗人參の濃縮液の販売に関し、演述を考慮して医薬品性を認定した。なお、その上告審である最終昭和57年2月12日刑集36巻2号193頁は判断を回避した）、最終昭和54年12月17日刑集33巻7号939頁（いわゆるPTP包装された糖衣錠剤について医薬品とした。PTP包装は医薬品に特有の形状であって、一般通常人の判断においては医薬品とみなされるとする調査官解説が付されている（金築誠志「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和54年度』（法曹会・1983年）402頁）、東京地判昭和51年11月25日刑月8巻11=12号509頁（ドリンク剤「アルケール」の販売）、東京地判平成24年10月25日判タ1395号372頁（痩身薬の販売に際し、宣伝資料に利用される蓋然性の高い社内資料も製品についての情報として医薬品性の認定において考慮した）などが同様の枠組みを採用している。

民の健康を保護するという薬事法の趣旨が損なわれてしまう。このことからすると、医薬品の意義については通説・判例の見解を支持することができる。

もっとも、本判決は、「D社が本件書籍を『D』とセットで販売するなどしている実情があるとすれば、『D』の販売に当たり、本件書籍でもってその効能効果を演述・宣伝していると解する余地がないではない」とするのみで、「D」が医薬品であるかどうかについて積極的に判断をしていない。

三 争点(2)について

本判決は、薬事法68条の広告の意義について、①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、という3つを挙げたうえで、本件書籍が被告会社とD社によるタイアップ出版であったという経緯も踏まえ、これら3つの要件を満たすと判示した。もっとも、「D」の医薬品性が肯定された場合にはとしており、ここでも本件書籍が同条の規制を侵すものであるか断定していない⁸⁾。

前述したとおり、本判決は、「D」と本件書籍がセットで販売されたなどの事情があれば「D」が薬事法上の医薬品に該当する余地がなくはないとしている。これは、一般的な薬では「薬剤」の内容をパッケージの説明や添付の文書が明らかにすることで当該物品が医薬品と（通常人の理解により）判断される場所、書籍の内容がそれらの文書の代わりをするという趣旨と解される。しかし、本件ではそのような事情はない。確かに本件書籍は「D」を宣伝するものであり、本件書籍から「D」に誘導されうるのであろう。しかし、あくまで商品と書籍の流通は切り離されており、「D」単体には効能効果の説明は一切ない。「D」という「健康食品」を手にとった者が医薬品類似の効能効果を知るかど

8) 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ように思われる。

うかはその意味で偶然の産物と言える（この点で、常に製品とセットで存在するパッケージや添付の説明文書とは異なる）。そうだとすると、「D」は販売方法からして「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』」、すなわち医薬品とはいえないと解しうるのであろう。

四 争点(3)について

本件は、書籍の出版に携わる被告人兩名が書店員をして本件書籍を陳列・販売させたことが薬事法の広告規制違反に問われたものである。本判決も述べる通り、書店員には本件書籍が薬事法に違反するものかどうかにつき判断を付けることはおよそできないのであるから、本件は情を知らない第三者を利用する形態の間接正犯の成否が問題となる事案である。

従来判例をみると、行為者が情を知らない第三者を利用した場合には、「危険性」ないし「蓋然性」といった概念を持ち出すことなくそのまま間接正犯の成立を肯定している⁹⁾。また、被害者利用の類型でも、被害者の不知や錯誤を利用した場合には同様にそのまま間接正犯を認めるものが多く¹⁰⁾、被害者に対する強制を加えた場合についても、誘致された被害者の行為の現実的危険性が高いことを指摘する判例はあれど¹¹⁾、背後者の行為が被害者の行為を誘致する現実的危険性が高いことを指摘する判例はない。これは、情を知らない第三者を利用する場合には、その者には犯罪を思い止まる契機が現れないのであるから、（間接正犯の正犯性付与根拠に関する危険性説からは）行為者の誘致行為が構成要件を実現させる現実的危険性を十分有することから、また（同じく行

9) 大判明治43年10月7日刑録16輯1647頁、大判明治44年7月10日刑録17輯1412頁、大判大正4年4月2日刑録21輯337頁、広島高判昭和27年10月3日高刑集5巻13号2345頁、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁、最判昭和32年10月4日刑集11巻10号2464頁など多数。

10) 大判大正7年11月16日刑録24輯1352頁、仙台高判昭和27年9月15日高刑集5巻11号1820頁、最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁など。

11) 最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁。

為支配説からは）行為者が構成要件の実現過程を支配しやすいことから説明できる。

そのような中、本判決は、「本件書籍の出版発行によりその販売・陳列をしたと同視できるというためには、本件書籍の出版発行によってその販売・陳列が現実に起こり得る蓋然性が相当高くなければならない」としたうえで、出版発行から相当期間経過後にどこかの書店で発注がなされ、その結果として販売・陳列がなされる可能性はあるものの、「そのような可能性がある程度では、間接正犯の成立に必要な蓋然性の高さとは大きくかけ離れている。……本件で問題になっている7年以上後ともなると、本件書籍を出版発行することによりそれが書店で販売・陳列されるという行為が惹起される蓋然性はかなり低い」と判示して間接正犯の成立を否定した。

ここで、本判決のいう「蓋然性」の意義が問題となる。本判決はこの概念をもって間接正犯の成立を否定したわけだが、「蓋然性」が犯罪成立要件のどの要素と結び付くのか、すなわち出版から時間が経過することにより何が否定されて間接正犯にならないと判断されたのか、判文からは必ずしも明確ではないからである。

本判決は、書籍の配本システムに鑑みると、出版直後に関してはどこかの書店で販売・陳列される蓋然性は高く、間接正犯が成立するとしている。このことからすると、出版から時間が経過した後の販売・陳列については因果関係が失われるという理解もありえよう。しかしながら、出版当初の危険性が変わらず継続し、因果関係の問題であるとするなら、何らかの事情により書店で陳列され続けた場合¹²⁾には、陳列行為が継続犯的な性質を有する以上、何年経っても間接正犯が成立することになりかねない¹³⁾。この点については、出版から

12) 古書店では十分考えられるほか、インターネット書店では見出しや書籍の概要はいつでも閲覧することができるのであり、この問題が顕在化する。

13) 本判決も、「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、公訴時効が完成していないことは明らかである」と判示し、公訴時効の完成をいう弁護人の主張を退けている。

期間が経過することにより当初の出版行為が持っていた現実的危険性が、当罰性を否定すべき程度まで減少したと理解するのが素直と思われる。その意味で本判決の判示は危険性説と親和性を有するといえよう。もっとも、「書店で販売・陳列されるという行為が惹起される」蓋然性とは、書籍の販売・陳列過程の掌握であるともいえるので、本判決は行為支配説からも説明することができる¹⁴⁾。

五 おわりに

本判決は、薬事法の広告規制に関し医薬品の意義についての従来判例を踏襲する事例判例であるとともに、当初の行為から数年後に誘致された正犯行為について「蓋然性」という概念を用いて間接正犯の成立を否定した事例である。後者の点は学説上これまで明示的に議論されたことは少なく、これにつき議論を投げかけた点で重要な裁判例であるといえよう。今後は、時間の経過により間接正犯の成立が否定されるのが本件のような出版のケースを越えて妥当させられるのか、また間接正犯以外の共犯形式についても同様の議論をなすことができるのかについて検討する必要がある。

(※) 本稿は、科学研究費助成事業（課題番号：26780038）による研究成果の一部である。また、本稿は、刑事法研究会（2015年3月7日北海道大学にて開催）での議論に負うところが大きい。研究会の席上でご指摘をいただいた先生方に深く感謝の意を表します。

14) 宮川・前掲（注2）153頁。