

論 説

日本における食品衛生法制の展開（1） —警察行政からの離脱と 食品安全行政としての新たな展開—

伊 藤 久美子

はじめに

第1編 食品衛生行政と法の歴史（戦前）

第1章 明治憲法制定前の食品衛生関連法令

- 1 明治初期の食品衛生関連法令
- 2 食品衛生に関する取締体制
- 3 小括

第2章 明治憲法下における食品衛生関連法制

- 1 明治憲法の制定
- 2 「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の制定
- 3 関連省令等
- 4 食品衛生に関する取締体制
- 5 小括

（以上、本号）

第3章 明治憲法下の食品衛生行政と法治主義

- 1 食品衛生行政における法治主義
- 2 行政警察の成立
- 3 行政警察による裁判
- 4 小括

第2編 食品衛生行政と法の歴史（戦後）

第3編 食品衛生行政の警察行政からの離脱

おわりに

はじめに

本論文は、日本における食品衛生法制の展開について、行政法学の視点から分析を試みるものである。

日本国憲法が制定され、民主主義と基本的人権の下、明治憲法下において制定された多くの法が、見直されることとなった。例えば、日本国憲法第25条第1項の趣旨を実現するため、同条第2項において、国に生存権の具体化について努力する義務を課したことをうけて、保健所法、食品衛生法等公衆衛生行政制度が新たに構築された¹⁾。

食品衛生法は、公衆衛生を、飲食という行為の危害防止を通して、向上させる役割を担った法律であり、その目的を達するためには、社会全体が組織的に行動する必要があるとしている²⁾。そのため、社会の信託を得て、国が、国民の自由な活動に対して、その権力をもって、一定の規制や拘束を行うこととなる。この「国民」は営業者を意味し、ここにもう一つの権利である営業の自由(日本国憲法第22条第1項)が規制されることとなる。このことから、生存権と営業の自由という2つの権利を調整し、飲食という行為による国民の生命、健康に係る危険の防止措置は、秩序を維持するという観点から、課せられるものでなくてはならないとされたのであった³⁾。

1) 芦部信喜は、社会権を、資本主義の高度化に伴って生じた失業や貧困等から社会的・経済的弱者を守り、「人間に値する生活」を営むため、国家の積極的な配慮を求めることができる権利であり、20世紀的な人権とする。「国家による自由」ともいわれる。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第七版〕』84頁、278頁(岩波書店、2019)。しかし、裁判所は、日本国憲法第25条第1項の「最低限度の生活の保障」の具体化については、行政の裁量に属するとする(最大判昭和57年7月7日民集第36巻7号1235頁。いわゆる堀木訴訟)。

2) 「公衆衛生」とは、医学、衛生学、その他の関連する諸科学の基礎の上に立って、社会全体の組織的な努力により、疾病の予防、健康の増進をはかり、健全な社会を実現しようとする諸活動であり、また、その活動を通じて得られる社会的衛生水準である。公益社団法人・日本食品衛生協会『新訂 早わかり 食品衛生法 第6版—食品衛生法逐条解説』15頁(公益社団法人・日本食品衛生協会、2018)。世界保健機構(WHO) Europeでは公衆衛生を「Public Health is the art and science of preventing disease, prolonging life and promoting health through the organized efforts of society. (公衆衛生は、社会の組織的な努力を通じて、疾病を予防し、寿命を延長し、健康の増進を図る科学・技術。)」(Acheson, 1988)と定義している。WHO/Europe, 「Public health services」, www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/public-health-services, (2019.4.9)

3) 芦部・前掲注(1) 234頁。

したがって、この調整の論理から、食品衛生法は、警察法の一つに位置付けられてきた⁴⁾。警察権の発動は、その濫用防止の観点から、法規に基づかなければならないことに加え、「警察消極目的の原則」、「警察責任の原則」、「警察公共の原則」、「警察比例の原則」という4つからなる警察権の限界が重視され、そのための理論が構築されてきた。戦後の伝統的行政法学を代表する田中二郎は、この限界論のなかでも、「警察消極目的の原則」は、警察の取締りという目的を超えて、社会公共の福祉の増進というような積極的な目的のための規制は許されないとし、「警察比例の原則」は、警察法は命令や強制等権力的な作用を伴うが、警察権発動の条件、程度及び態様について、必要な最小限度においてのみ、人の自由を制限することができる⁵⁾。すなわち、警察法である食品衛生法は、消極目的を掲げるものであり、必要最小限の権力的な規制を行うものとされていたのである。

しかし、2003年(平成15年)、食品安全基本法が制定されると、それを受けて食品衛生法においても、目的が、「公衆衛生の向上」から「国民の健康保護」になる等の改正が行われた⁶⁾。この法改正では、食品衛生法が消極目的から積極目的に転換したといわれている⁷⁾。食品衛生法の制度変化は、行政実務にどういった影響をもたらしたのだろうか。

2007年(平成19年)10月、三重県の老舗餅菓子店が、商品の消費期限のスタンプが押された包装紙の巻きなおしを行い、消費期限を偽装していたことが発覚した。それを契機に、三重県内の餅菓子店の表示偽装が大きな社会問題となった。

4) 田中二郎『新版 行政法 下巻 全訂第二版』80頁(弘文堂、1983)。戦後の伝統的行政法学を代表する田中二郎は、「警察」を「公共の安全と秩序を維持するために、一般統治権に基づき、人民に命令し強制し、その自然の自由を制限する作用」とし、「福祉行政に関連して、通常、福祉行政機関が管掌する警察」を、「行政警察」(狭義)と定義した。そして、行政警察のうち、厚生省の所管に属する警察で、地方公共団体又はその長や、末端の機関として保健所がこれにあたるものを、「衛生警察」と称し、主な法律の一つに食品衛生法をあげた。

5) 田中・前掲注(4) 55～60頁。

6) 食品安全基本法の制定を契機とし、BSEにより問題化していた牛肉をはじめ県産品の安全性をPRするため、三重県では食の安全・安心担当課を設置し、生産者と消費者の交流等を通じた消費者啓発、消費者教育等を行っていた。

7) 徳田博人「食品安全基本法および改正食品衛生法の批判的検討」琉法70号7～8頁。(2003) そのほか、「食品衛生規制の見直しに関する骨子案」等厚生労働省等の資料においても、「国民の健康の保護のためのより積極的な対応」等と積極的な方向への転換が述べられている。

食の安全・安心を担当していた筆者は、業務としてこの問題に携わることとなるが、当時、2つの点に注目した。

その第一は、食中毒等人の生命、健康に影響を及ぼす事態が発生していないにもかかわらず、発端となった老舗餅菓子店には、無期限の営業停止という非常に重い処分が行われたことである⁸⁾。三重県保健衛生担当部では、食品衛生法に基づき、「食品表示」違反を理由として行政処分を行ったことは初めてであった。また、担当課は、当該行政処分は懲罰的なものではなく、指導に基づき改善を行うための期間と位置付けており、老舗餅菓子店は説明がその都度変わり、新たな事実が次々と発覚してくることから、期間を決めることができなかったと説明している。

第二は、食品衛生法を所管する保健衛生担当部と、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（JAS 法）を所管する農政担当部、不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）を所管する消費生活担当部は、食品表示という共通の業務であるとはいえ、それらの法律の目的が異なることから、これまで、それぞれが独自に立入調査を行っていた。しかし、この一連の事件から互いに協力して立入調査を行うようになったことである⁹⁾。この2点は、いずれも、警察法としての枠を破った対応であった。第一の点では、改善対応期間が不明確なためと説明しているものの、処分基準（内規）を超えて、厳格な処分が行われたことである。これは、一連の事件で、同様の餅菓子の偽装表示を行った営業者が従来1週間程度の営業停止処分であったことと比較すると、大変厳しい処分であったことがわかる。第二の点では、これまで警察法では、それぞれの所管が決まっており、相互協力が行われることがなかったにもかかわらず、合同の立入調査を行ったからである。

一方、衛生管理業務は、公衆衛生を確保するための業務であり、保健所は、依然として、許可やその取消し等強い処分権限を有し、検査や指導を

8) 三重県は、当該餅菓子店に対して2007年（平成19年）10月19日に無期限の営業停止処分を課し、改善命令を出した。翌2008年（平成20年）1月、当該餅菓子店から改善報告書が提出され、立入検査による検証後、1月30日に営業停止処分を解除した。一連の事件のなかで、同様のことを行った他の餅菓子店に対しては1週間程度の営業停止処分が行われた。

9) この事件後の2008年（平成20年）4月から、三重県では保健衛生担当部に農業技師を配置した食品表示グループを設置し、食品表示については、食品衛生法、JAS法を一括して所管するようになった。

行っており、営業者はそれに服していた。食品衛生法の警察法としての性格は、変化したのだろうか。変化したとすれば、何が変化したのだろうか。そして、その嚆矢は、食品安全基本法の制定なのだろうか。筆者は、当時、法制度と行政実務にはずれが生じているのではないかと考えた。このずれに注目したことが、食品衛生法の歴史的な発展・変化に関心を抱き、本論文執筆のきっかけとなったのである。

この問題を考えるに際し、まず、法制度から、アプローチすることとする。食品安全基本法の制定を受けて、食品衛生法は目的を「国民の健康保護」とし、制度上も、周知のように警察法から脱却した。しかし、この法制度と行政及び裁判所の実務、そして法理論は、それぞれどのように影響しあい、かつ、それぞれ変化し、それぞれの歴史と現在をつくってきたのだろうかという疑問がある。食品衛生行政は積極行政化したといわれているが、それは、法制度、法実務、そして法理論において、それぞれどのようなものとして生成、確立してきたのだろうか。また、食品衛生法は、戦後ある時期まで一貫して警察法であったが、それ以前はどういうものだったのか、例えば、日本国憲法の制定を受けて、それはどう変遷したのか。これらのことを明らかにするため、食品衛生法制の歴史を概観し、明治憲法下の食品衛生法の生成から現在まで、食品衛生法がどのように変化してきたのかをみていくこととする。

そこで例えば、法理論をみると、法理論は、従来から国民の権利保障を重視し、特に戦後は国民の生命、健康を守るため、時代を先進的にリードする役割を果たしてきた¹⁰⁾。食品衛生行政分野で法理論はどのように変化し、行政実務に影響を及ぼしていたのだろうか。食品衛生行政に関する法

10) 例えば、公害問題では、昭和 40 年代を中心に、地方公共団体が「上乗せ条例、横出し条例」を制定することで、法律を超えた規制を行うようになる。こうした自主条例の制定の適法性を積極的に主張し、伝統的な法律先占論を見直す理論を提供したのは、当時の法学者であった。室井力は、公害現象の地域性、財産権に対する生存権の価値優越性、公害行政の積極行政化という現代的要請等に基づいて、国の法令による規制を全国的見地から設けられた最低基準又は標準とする解釈理論を提供した。室井力「公害行政における指導と助成」公法 32 号 113 頁(1970)。また、原田尚彦は、地方自治固有の行政分野では法律はナショナル・ミニマムの定めに過ぎないとするナショナル・ミニマム論を主張した。原田尚彦『行政法要論』57～58 頁(学陽書房、1976)。さらに、兼子仁は、地方自治と関係の深い法律を、規制限度法律と最低基準法律に大別し、それによって条例との関係を考えるものであった。兼子仁『条例研究叢書 I 条例をめぐる法律問題』74～75 頁(学陽書房、1979)。

理論が、今日、警察法理論から離脱し、変化しているならば、そこでは、警察法から脱却し、積極的な予防行政や行政の部門間の積極的な連携や調整をどのようなものとして論じているのだろうか。また、法理論は、その変化の前提となった警察行政をどのようにみてきたのか。

さらに、長年、警察法として位置付けられていた食品衛生法制について、行政や裁判の実務はどのように扱ってきたのだろうか。食品衛生法が警察法から脱却するという変化を実務はどのように促してきたかを検討する¹¹⁾。

- 11) 本論文が対象とする範囲は、食が、人が生きていく上で欠かせないものであり、食に関する法制が、極めて広大な領域を対象とすることから、食品衛生に直接関連するものに対象を絞って検討することとする。すなわち、明治時代であれば「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」及びその関連法令、戦後は食品衛生法及びその関連法令を中心として、検討を行うものとする。

また、本論文では、行政警察は、先に述べた田中二郎の警察の定義である「公共の安全と秩序を維持するために、一般統治権に基づき、人民に命令し強制し、その自然の自由を制限する作用」から、「公共の安全と秩序の維持」と「人民に命令し強制し」に着目することとする。すなわち、行政警察は、消極目的及び目的を達成するための行政の権力的手法の活用を要件とする。

その要件のひとつである消極目的の規制とは、秩序を維持するため、国民の生命及び健康に関する危険を防止したり除去又は緩和したりするために課せられた規制と定義することとする。芦部・前掲注(1) 233～234頁。したがって、消極目的である自由権を最大限保障するのではなく、20世紀に新たに登場した社会権である生存権、健康権を実現することを目的とし、行政が積極的に活動するものを積極目的と位置付けることとする。具体的には、食品衛生法を消極目的の行政として位置付けるならば、食中毒が発生した場合、地方公共団体が検査を行い、その権力的な命令に基づき、原因となった食品の廃棄を求める行政が、その典型例である。これに対して、本論文が検討することとなる、積極目的としての行政は、警察行政からの離脱の結果、国民一人ひとりの健康を守り抜いていくため、単に権力的な規制にとどまることなく、リスクの発生前から予防的に積極的な誘導策を用いたり、営業者が自主的に衛生管理を行ったりすることで、食品事故の発生を予防するものである。

消極目的、積極目的の判断は相対的であるとされたり、傾向的なものとされたりしており、公害問題のように、従来消極目的の規制であったものが、積極目的の規制も含めた規制となった事例もあり、いずれか判断しにくい場合もある。芦部・前掲注(1) 237頁。松島淳吉「第二節 基本法理」成田頼明ほか編『行政法講義下巻』23～24頁(青林書院新社、1970)。しかし、行政が保障し実現しようとしている基本的人権の性質、内容を考慮して、行政の目的を消極目的、積極目的と把握することは、行政に対する法的制御のあり方や、行政の責任を検討していくにあたり、傾向的な法概念として有効であると考えられる。市橋克哉「第1章 現代行政と行政法」市橋克哉ほか編『アクチュアル行政法[第2版]』8～9頁(法律文化社、2015)。

さらに、「脱警察化」は、例えば、ドイツでは警察制度が、戦後の警察制度の再構築において、アメリカ、フランス、イギリス、ソ連により非ナチ化、民主化、非軍事化、分権化した、戦後の警察制度改革をさすものであった。しかし、ここでは、下山英二が主張したように、国民の生命、健康を保全するため、警察法の法理から解放され、積極行政化することを意味するものとする。「脱警察化」が戦後のドイツの警察制度改革をさすものとして、島田茂「一九三一年プロイセン警察行政法に関する一考察(三・完)」甲法47巻4号3～4頁(2007)。積極行

第1編 食品衛生行政と法の歴史（戦前）

第1章 明治憲法制定前の食品衛生関連法令

1 明治初期の食品衛生関連法令

1868年に成立した明治政府は、列強諸国に対抗するため、国家の近代化を緊急の課題としていた。江戸幕府が締結した不平等条約の改正もその課題の一つであった。しかし、列強諸国は、不平等条約の改正に応じるためには法制度の整備をはじめ、日本における近代化が不可欠であるという立場をとった。これに対し、明治政府は、法制度について、司法権の独立や人権保障といった法原理を実定化する法制度の整備というよりもむしろ、まずは西欧諸国の法制度を形式的に導入することにより、近代国家の成立を目指したのであった。明治政府が発令した法や規則、職制は短期間のうちに何度も改正されることが多く、制度そのものも極めて不安定であった。しかし、国家組織とともに法制度は徐々に整備されていき、このような一般的な状況のなかで、全国統一的な食品衛生行政は始まることとなる。

（1）食品衛生行政の起点—司法省布達第130号

全国的な食品衛生の取締りは、1873年（明治6年）8月12日付け司法省布達第130号¹²⁾において始まったとされる¹³⁾。

当該布達が制定される前年の1872年（明治5年）11月、東京府におい

政化をさすものとして、島田茂「現行憲法下における警察法理論の展開」甲法55巻4号44～45頁（2015）。

- 12) 明治維新後は、諸政改革に伴い極めて多くの法令が発出されたが、法令の形式や相互効力関係、法令の周知方法等は必ずしも明確でなかった。法令の制定及び公布に関する制度は、1881年（明治14年）に整理され、法律規則は「布告」、それより重要性が低いものは「布達」、一時公布するに止まるものは「告示」、上級官省より下級機関に対して出される官衙・官員限りのものは「達」で発行すると規定された。また、1885年（明治18年）の内閣制の発足に伴い、1886年（明治19年）に、法律、命令の公布の手続、施行期限や閣令、省令の制定権の根拠等を定めた公文式（明治19年2月24日勅令第1号）が制定され、法令の発出の形式および相互の関係等が整理された。しかし、実際の取扱いは厳密でなかったとされる。国立国会図書館、「明治前期の法令の調べ方」, https://rnavi.ndl.go.jp/research_guide/meiji-hourei.php, (2019.1.20)

- 13) 山本俊一編『日本食品衛生史（明治編）』29頁（中央法規出版、1980）。

て東京違式註違条例が制定された。翌 1873 年（明治 6 年）7 月 19 日には東京以外の地方にも条例の制定を促す地方違式註違条例（太政官布告第 256 号）が発令され、この地方違式註違条例に基づき各府県においても違式註違条例が制定されることとなった¹⁴⁾。これら条例には違式罪と註違罪とが定められており、地方の規則に違反する者には違式罪、違式罪の軽い者には註違罪が科された。条例が定める食品衛生関連の違式罪の構成要件は、「偽造や腐敗した飲食物と知りながら販売」することである。違反行為の取締りは 1872 年（明治 5 年）に司法省に設置された警保寮によって行われた。違式罪及び註違罪は警保寮において処断し、違反行為者は、贖金を支払うか、これを支払うことができない場合は違式罪においては笞刑に、註違罪においては拘留に服した。条例の発令とその執行は、すぐに条例を制定する府県もある一方、なかなか制定しない県がある等府県毎に対応が異なっていた。司法省布達は、この地方毎に異なる対応を、全国的に統一することを目指したものであった。また、政府が発令した地方違式註違条例は雛形として示されたものであり、したがって、地方官庁である府県は、警保寮への相談を要するものの、地方のそれぞれの事情により条例の項目を増減することが可能であった¹⁵⁾。

司法省布達も、各地方の違式註違条例と同様に、偽造の飲食物及び腐敗した食物をそれと知って販売することを構成要件とする違式註違罪を定めた。この罪名を規定する目的として国の安全と人民の健康保持を掲げ、人民への周知方法として戸長制度のあるところでは掲示義務を定めてい

14) 違式註違条例は、風俗や交通、衛生、営業等日常的な秩序維持に関する軽微な違反行為について定めたものであり、諸外国を意識し、生活にいわゆる「文明開化」を浸透させるため、人民のあるべき姿を法令として布達し、取締りを通じて人民に周知徹底することを目的としている。上野平真希「警察機構の創出と違式註違条例—明治初期熊本を舞台として—」熊本史学 85・86 巻 88 頁（2006）。人民の理解を容易にするため、条例の規制内容を絵で表した図解や注釈本も出版されていた。例えば、西村兼文『京都府違式註違条例図解』（1876）を参照。また、「条例」の意味は、現在とは異なり、法令用語として国の法令にも使用されていた。その例として、「集会条例」（明治 13 年太政官布告第 12 号）や、「新聞紙条例」（明治 20 年勅令第 75 号）がある。

15) 違式罪で食品衛生に関するものは、政府の雛形では「偽造ノ飲食物並ニ腐敗ノ食物ヲ知テ販売スル者」の 1 項目であったが、京都府違式註違条例ではこれに加え「検明ヲ受サル薬物ヲ売買スル者」及び「舶来ノ飲食物ヲ検査ヲ受ケズ売買スル者」が規定されている。警保寮は、地方官庁の策定する違式註違条例の項目の斟酌増減に対し、強い権限を有していた。

た¹⁶⁾。司法省布達そして各地方の違式註違条例には、「命令」や「禁止」といった講学上の行政行為は設けられておらず、単に処罰の対象となる違反行為が記載されているのみであった。

（2）中央と府県における規則等による取締り

司法省布達及び各地方の違式註違条例が発令されたにもかかわらず、明治初期における食品衛生状況は劣悪であった。内務省や府県は、食品の着色料や添加物等の問題が生じるたびに、原因となったものの使用を禁止する規則等を発令し、これに基づいて取締りを行った。

有害性着色料を例に挙げると、飲食物の着色料は明治時代初期から食品添加物として広く使用されていたが、これら着色料のうち緑青や外国から輸入されたアニリン色素等は食中毒の原因となっていた。そこで内務省は、1878年（明治11年）4月18日付け内務省達乙第35号で、アニリンその他の鉱物性絵具染料による飲食物への着色について、地方官庁がこれを取り締まることを定めた「取締方」を制定した。この「取締方」は、現在の通達に該当するものといえよう。

各府県は、この取締方を受けて取締規則を定めた。各府県の取締規則は、有害な飲食物の染料の使用の禁止、また、彩色料販売の営業申請や販売許可の制度、新しく製造した飲食物彩色料の検査の申請と販売許可の制度等を規定した。

例えば、京都府は、同年5月に「京都府飲食彩色料販売規則」（明治11年5月第120号達）を定めた。この規則は、有害な飲食物彩色料の使用を禁止し（第1条）、従来から使用している飲食物彩色料を販売しようとする者は、その品の成分や製法を詳記し、舶来品である場合は購入先、無害の理由や経験等を詳記し、現品を添えて府県知事あて営業申請を行わなければならないこと（第2条）、新規製造の飲食物彩色料であっても、成分・製法を詳記し現品を添えて府県知事あてに検査申請をしなければならないこと（第3条）、第2条又は第3条により申請を行った者で、検査を完了

16) 司法省達第130号では、食品衛生に関する処罰の対象者として、「偽造ノ飲食物並ニ腐敗ノ食物ヲ知テ販売スル者」のほか、「病牛死牛其ノ他病死ノ禽獸ヲ知リテ販売スル者」、「毒物並ニ激烈気物ヲ用ヒ魚鳥ヲ捕フル者」及び「往來ニテ死牛馬ノ皮ヲ剥キ肉ヲ屠ル者」が規定されている。山本・前掲注（13）30頁以下、351頁。規定項目は資料4を引用。

し無害の証拠がある者に対しては府県知事は販売を許可し、営業印鑑を交付しなければならぬこと、当許可を受けた者は門戸に雛形のとおりの飲食物彩色料販売の標識を掲示しなければならないこと（第4条）等を規定していた。ここには、不作為の義務を課す禁止、そして、この禁止を解除するための申請、申請に基づく検査及び許可、許可付与後の標識の掲示といった一定の作為を求める権力的行政作用が定められている。しかし、同規則に違反した者に対しては、刑法における違警罪を適用することのみが規定されているにとどまっており、許認可の取消権や撤回権、そのための行政手続については触れられていない。

また、内務省は、1878年（明治11年）に、「製氷取締」（明治11年9月20日内務省布達甲第25号）を制定し、製氷業者に対して、製造時及び販売時に所轄官庁の検査を受けることを義務付けた。「製氷取締」は、営業者に対する検査の義務付けのみを布達していたが、これを受けて府県では取締規則や販売規則、販売禁止令等を発令し、着色料と同様に、凍水の製造者に対しては製造方法を詳記した図面を添えた申請書を提出させ、水質検査と許可とを行うとともに、できあがった製品の検査を義務付けた。また、卸売業者に対しては、販売の申請と試験とを義務付けた。

明治時代初期に中央政府によって発令された違式註違条例や司法省布達は、処罰対象となる違反行為を列記した取締規則であった。しかし、各府県が発令した取締等規則においては、検査や販売許可等、現在の講学上の行政行為が規定されている。中央政府の委任がないにもかかわらず、地方官庁は、行政作用について自ら規則として定めることが可能であった。ここには法に基づいて行政を行うという観念をみいだすことは難しい。しかし、行政による権力的な行為は法効果を有しており、現実には人民の自由が、地方政府が定める法に基づいて制限されたり、回復されたりする等、具体的な権利義務の変動が生じている。ここに行政法の萌芽をみてとることは可能であろう。

一方、行政に対する訴訟は、1872年（明治5年）司法省第46号布達により、初めて認められることとなった¹⁷⁾。これは、司法裁判所が行政権の

17) 司法卿であった江藤新平は、これにより司法権を行政権に対する牽制機関として確立することを目指したといわれている。この制度は、1873年（明治6年）の小野組による転籍願いの事件で初めて利用された。この事件は、京都府が殖産興

統制を行うことを意図するものであった。また、1874年(明治7年)司法省第24号布達により、出訴できる事項が明示され、主観訴訟だけでなく一般公同(いわゆる公益)のための客観訴訟も可能となり、初めて「行政裁判」という文言が使用された¹⁸⁾。しかし、公同のための訴訟については、裁判所は裁判の実施にあたり、あらかじめ太政官へ報告し指示を仰ぐ必要があり、実質的に行政訴訟を統御するものは司法裁判所ではなく行政権であった。また、個人が行政を訴えた裁判については若干の事例があるものの、行政が裁判所の判決に服従しない等裁判所の権力は弱かった¹⁹⁾。

したがって、これまで述べたように、明治憲法制定前、政府は、自ら制定した法に基づき、自ら取締りを行い、自ら裁きを行っていた。権力分立原則に伴って現れる行政概念は、1889年(明治22年)の明治憲法の制定及びそれに伴う1890年(明治23年)の帝国議会の開会まで存在しておらず、したがって、この時、権力分立原則を前提とする行政法はまだ存在していなかったのである²⁰⁾。

業振興施策の点から小野組の東京都への転籍を拒否したことから、小野組が京都府を相手取り京都裁判所に訴訟を提起したものである。飛田清隆「明治国家体制における行政訴訟制度の成立過程に関する体系的考察」『法制史研究』127頁(創文社、2008)。

18) 人民ヨリ官府ニ対スル訴訟假規則(明治7年9月2日司法省布達第26号)では、第1条において、人民が官府に対して行う、いわゆる主観訴訟として、①官府所有ノ土地ニ関シタル事 ②官府ノ会計及ヒ金銀貸借ニ関シタル事 ③官府ノ管轄スル建造物等ニ関シタル事が認められた。また、第4条において、公同(一般社会、一般民衆、公共)のための訴訟(客観訴訟)として、①官ノ会計ニ付キ一般ノ人民ニ関スル事 ②道路ヲ作ルコトニ付一般ノ人民ニ関スル事 ③工部ノ製造建築ニ付一般ノ人民ニ関スル事 ④此官庁ト彼官庁トノ間ニ起ル権限ノ事 ⑤行政官ト司法官トノ間ニ起ル権限ノ事を認めていた。

19) 立憲政体の詔書(明治8年4月14日太政官布告第58号)に「大審院ヲ置キ以テ審判ノ權ヲ鞏クシ」と記され、大審院の裁判権を確立した。行政機関としての太政官制、立法機関的な元老院、司法機関的な大審院は、一見、三権分立のような態をなした。和田英夫「日本行政法の歴史的格 - 明治憲法体制における行政法の地位 -」法律論叢 35巻3号4頁(1962)。しかし、大審院の位置付けは、各省の下に位置付けられる等独立性はなく、下級裁判所に対する監督権等司法行政権もすべて司法省が所管していた。大審院は現在の最高裁判所と同様終審であり、控訴、上告されたもののみ裁判を行ったものの、現代の最高裁判所と異なり、規則制定権・違憲立法審査権等の権限も有していなかった。大審院は一般の行政機構から分離されていたが、司法大臣による裁判所の監督権が認められており、裁判官は現在のような身分保障もなく、太政大臣への従属性が高かった。綿貫芳源「行政法の歴史(日本に於ける)」田中二郎ほか編『行政法講座第一巻 行政法序論 再版』83～84頁(有斐閣、1964)。

20) 田中二郎『行政法総論』65頁(有斐閣、1957)。

(3) 刑法に基づく取締り

1880 年（明治 13 年）には、刑法（明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 36 号）が制定された²¹⁾。刑法は、その第 2 条において罪刑法定主義を定めるとともに、食品衛生に関係する違反行為を処罰する条項が規定されていた。したがって刑法の制定後は、刑法が飲食物取締りの根拠となった。もっとも、刑法に法という名称は使用しているものの、これは諸外国に対して説明するためのものであり、憲法が制定されておらず、したがって議会も設置されていなかった当時という刑法は、議会制定法という意味での法ではなく、実質的には政府の命令であった。

刑法が定める罪は、罪の軽重により重罪、軽罪、違警罪に分けられており、刑法「第 2 編 公益に関する重罪軽罪」のなかに「第 5 章 健康を害する罪」として、飲料浄水の汚穢、健康を害する可能性のある飲食物や薬剤の製造・販売について、法に違反した場合は、軽罪として刑罰を科することが規定されていた。例えば、刑法第 243 条には、飲料に供する浄水を汚穢し飲めなくした者は、11 日以上 1 月以下の重禁錮に処せられるとともに、2 円以上 5 円以下の罰金を科されることが定められていた。また、第 253 条では、人の健康を害する可能性のある物品を飲食物に混和して販売した者は 3 円以上 30 円以下の罰金、第 254 条では、規則に違反して毒物劇薬を販売した者は 10 円以上 100 円以下の罰金が規定されるとともに、これを原因として人が病気になったり死亡したりした場合は、過失、殺傷の条文に照らして処断されることが規定されていた²²⁾。

刑法第四編に定められた違警罪は、拘留又は科料の刑にあたる軽い罪で、第 425 条から第 429 条にかけて 71 項目の定めがあり、拘留期間や科料の額が 5 段階に分けられており、それぞれに該当する違反行為が規定されていた²³⁾。食品衛生については 2 項目が該当し、熟していない果物や腐敗し

21) 1870 年（明治 3 年）12 月 20 日に公布された「新律綱領」は、明治になって初めて公布された刑法であるが、ここに食品衛生関係の規定はなかった。1873 年（明治 6 年）に、新律綱領が「改定律例」に改定され、全国に施行されたが、これにも食品衛生関係の規定はなかった。1880 年（明治 13 年）制定の刑法は、1907 年（明治 40 年）に廃止され、議会制定法としての刑法（明治 40 年法律第 45 号）が新たに制定された。

22) 明治時代の 1 円は、現在の金銭価値に換算すると約 2 万円であるとされる。当時の罰金を現在の金銭価値に換算すると、例えば、飲料浄水を汚穢した場合は、4 万円以上 10 万円以下の罰金となった。

23) 違式註違条例は地方の事情に合わせて項目の増減が可能であり、後に司法省と

た飲食物を販売した者や、健康を保護するため設けられた規則や伝染病予防規則に違反した者が処罰対象として規定されていた。また、第 430 条では、地方により定められた条例や規則に対する違背も違警罪とし、罰則が適用された。この刑法の特徴としては以下の点が指摘しうる。すなわち、中央政府が定めた規則だけでなく、地方官庁が定めた条例や規則といった多様な法形態を根拠として、その違背が違警罪として成立し処罰の対象となるという点である²⁴⁾。

刑法制定と同日、治罪法（明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 37 号）も制定された。治罪法は私訴、公訴を含めた訴訟手続について定めた法である²⁵⁾。訴訟手続は、重罪、軽罪、違警罪にわけて定められた。違警罪については、治安裁判所がその共管轄地内で犯した違警罪の裁判所に、治安裁判所の判事が違警罪の判事に、検察官はその裁判所所在地の警部が担当することが定められていた。また、公判は控訴、上告の定めもあった。したがって、違警罪についても、刑法の制定により可罰対象が明確となり、治罪法の制定により裁判所管轄及び公判が規定され、審級的な訴訟手続が形式的には保障されることとなったのであった。

しかし、治罪法で違警罪についても規定されていた上訴は、翌 1881 年（明治 14 年）に、太政官布告第 44 号（9 月 20 日）に基づき、当分の間禁止されるとともに、太政官布告第 80 号（12 月 28 日）に基づき、当分の間

内務省がこれに対する所管で議論することとなった。違警罪には拘留、科料の文言が使用されており、司法省はこれを刑罰の一つとして位置付けている。ただし、この時代に刑事罰と行政罰をわけて検討していたか否かは明らかではない。

- 24) 中馬充子「近代日本における警察的衛生行政と社会的排除に関する研究」人間科学論集第 6 巻第 2 号 164 頁（2011）。違警罪即決例は、人権保障を目的として正式な裁判を保障するため 1885 年（明治 18 年）に制定されたものである。しかし、この違警罪即決例は、行政官である警察官に違警罪の即決を認めるものであったため、反体制思想犯の対策としてしばしば濫用されることとなり、弾圧法としての性格を有することとなった。

違警罪は、刑法（明治 40 年法律第 45 号）の制定に伴い廃止となった。警察犯処罰令（明治 41 年法律第 29 号）により、58 種類の罪について、拘留又は科料を規定した。しかし、刑法施行法（明治 45 年法律第 29 号）はその第 31 条で「拘留又は科料ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ旧刑法ノ違警罪ト看做ス」と規定しており、拘留又は科料にあたる罪は違警罪とみなされ、違警罪即決例は、第 2 次世界大戦後、裁判所法施行法（昭和 22 年法律第 60 号）第 1 条により廃止されるまで維持された。須藤陽子「過料に関する一考察－美濃部達吉「過料トイフ刑名」立命 371 号 4 頁（2017）。また、内田誠「明治前期における行政警察的取締法令の形成―違式註違条例から旧刑法第四編違警罪へ」早稲田法学会誌第 33 巻 51～52 頁（1982）。

- 25) 治罪法は、1890 年（明治 23 年）の刑事訴訟法の制定に伴って廃止された。

裁判が治安裁判所から府県警察署及び其分署に移管されることとなった。1885年（明治18年）に違警罪即決例（明治18年太政官布告第31号）が制定され、それぞれの布告は廃止された。しかし、この違警罪即決例においても、正式の裁判によらず警察署長及び分署長、その代理たる官吏が刑罰を即決できること、被告人がいなくても言渡書を被告人の住所に送付し5日間経過すれば判決が確定すること、及び即決言渡しに対し違警罪裁判所に正式に裁判を請求することができること等が定められ、これをもって警察の処罰権限は拡大した²⁶⁾。したがって、違警罪については、太政官布告及びそれに続く違警罪即決例を根拠として、治罪法に基づく刑事手続は排除され、正式な裁判ではなく警察による処断権が確立されたのであった²⁷⁾。

一方、食品衛生の取締りとして、処罰規定だけをおく制度は、実効性が低く極めて不十分であるとして、違反行為を監視したり科学的技術の知見を反映させたりする法制度の必要性が、有識者等から提言されていた²⁸⁾。

2 食品衛生に関する取締体制

(1) 司法省及び警保寮の設置

1871年（明治4年）、刑部省と弾正台とが廃止・統合され、新たに司法省が設置された²⁹⁾。司法省は新法の起草権限とともに、裁判所を管轄し、裁判や処罰を行う等大きな権力を有していた。司法省は裁判官と検事、検事の指示の下で事件の調査を行う逮部（地方邏卒が兼務）、違反行為を調査し違反行為者を捕縛し裁判官に渡す逮亡、代書人、代言人等を管理し、裁判所事務を所管し、したがって司法権と司法行政との双方を所管していた。

26) 須藤・前掲注（24）4頁。

27) 内田・前掲注（24）53頁。

28) 例として、1886年（明治19年）、加藤時次郎は「衛生探偵の必要」と題する論文において、街頭で行商する飲食物等の衛生状況を調査し、必要に応じて罰する法律の制定を提言した。また1890年（明治23年）、薬学士の丹波敬三は、帝国議会において、飲食品、嗜好品、色素及び常用家具について有害物質を含む着色料等の使用の法的規制を求めた。山本・前掲注（13）32～34頁。

29) 刑部省は、律令制の二官八省の一つで、裁判、処罰を担当していた。弾正台は、政府機関から独立し、官吏の綱紀肅正、違反行為の取締りを行っていた。浅古弘「第2部近代法 第1編近代法の形成（～1900年）第2章司法制度」浅古弘ほか編『日本法制史』270頁（青林書院、2016）。

1872 年（明治 5 年）8 月、司法職務定制が定められ、司法省の職制と管轄する事務とが明確にされた。府県には裁判所と検事局とが配置され、府県における邏卒や捕亡吏は検事局に属させることで、司法省の管轄下におかれた。捕亡吏の職務は、犯罪者を逮捕し裁判に附することであつた³⁰⁾。また、同年 10 月、司法省に警保寮が設置され、警察機能を果たす組織を統一的に管轄することとなった。警保寮職制章程が定められ、違式罪、註違罪の処断権が、警保寮大警視以下の警察官に付与された。警察官による処断は、違式罪、註違罪という軽違反行為が対象であるものの、裁判という双方の主張に対する中立的な立場の第三者による処断でないことや、また、警察自らが定めた取締規定と裁判が一体化することから、警察権限の強大化と恣意的執行という大きな課題を抱えることになった。

地方における取締りについては、その規則や組織に関して、政府は基準を示していなかった。各地方は、それぞれに条例を定め、条例に基づいて取締りの対応策を講じていた³¹⁾。

(2) 内務省の設置と警保寮の内務省への移管

司法省布達第 130 号制定と同年である 1873 年（明治 6 年）の 11 月 10 日に、内務省が設置され、翌 1874 年（明治 7 年）1 月 9 日には内務省組織が定められた。内務省には、大蔵省から戸籍寮、地理寮等が、工部省か

30) 司法警察において、犯罪捜査や犯人検挙を行う捕亡司は、1868 年（慶応 4 年）に設置され、1871 年（明治 4 年）の司法省設立とともに全国制度となった。同年 10 月、東京府には府の職員として司法警察を担う邏卒が配置された。地方では捕亡や邏卒等さまざまな名称が使用されており、翌年大蔵省が名称を捕亡吏に統一している。番人は捕亡吏や邏卒の下で、街中を巡回する者で、1873 年（明治 6 年）、町内の自警機関である自身番を制度化して番人とした。さらに翌年 8 月司法省に警保寮が設置されると、邏卒と番人の中間に巡査という役職が置かれた。その後、政府は何度か名称の統一を行ったが、実際には統一されず、警保寮が内務省に移管された後の 1875 年（明治 8 年）、番人をはじめすべての人員を巡査という名称に統一することとなった。大日方純夫「日本近代警察の確立過程とその思想」由井正臣＝大日方純夫『日本近代思想体系 3 官僚制 警察』466 頁以下（岩波書店、1990）。

31) 大日方・前掲注 (30) 478 頁。1873 年（明治 6 年）6 月、各地方違式註違条例布告以前に、警察規則案が太政大臣三条実美あてに出され、そのなかには違式註違条例に関する規則が定められていた。しかし、同年 10 月、征韓論をめぐる政変の結果、司法省幹部が辞職したことにより、警察規則案は布達されなかった。上野平・前掲注 (14) 114 頁。上野平によると、国からは条例に基づく取締規則やそのための組織が示されなかったことから、白川県（現在は熊本県）では、1874 年（明治 7 年）、警察機構として取締組が県の判断で設置され、県で制定された取締組規則が任務の根拠となっていた。

ら測量司が移管されるとともに、司法省から警保寮が移管された³²⁾。同年1月14日に定められた警保寮事務章程は、警保寮の職務を「全国人民ノ凶害ヲ予防シ其権利ヲ保守シ其健康ヲ看護スル等行政警察ニ属スル一切ノ事務ヲ管理スルヲ掌ル」と規定し、司法警察と行政警察との分離を前提に、行政警察を担う機関として警保寮を位置付けた³³⁾。翌1月15日、東京府において東京警視庁が創設され、ここでも同様に司法警察概念と行政警察概念とが区別され、行政警察が警察活動の本務として位置付けられている。しかし、立法権、司法権、行政権の分立がなく、行政概念が明確でない状況のなか、実務上、行政警察の職務と司法警察の職務とが区分されていたかは明らかではない。

内務省は、警保寮を司法省から引き継ぎ、地方が制定する違式註違条例の地方警察による斟酌増減を所管し地方からの相談に対応するとともに、違式註違条例の公布も警保寮大警視から地方官庁の長である地方長官名に変更し、地方との関係を強化した³⁴⁾。1874年（明治7年）8月18日には、医制が公布され、我が国の医療及び医学に関する制度が確立した。医制では、第1条において医制は文部省が統括することとし、第8条第2項において、食について健康障害が推察されるときは、医務取締（地方の医師、薬局主、獣医等から選任された者）が衛生局へ届け出ることが定められた。翌1875年（明治8年）、衛生行政関係の事務も、文部省から内務省に移管

32) 警保寮は広範な権限を持ち、国民生活のすべてに警察が介入していく。川上武『現代日本医療史—開業医制の変遷—』141頁（勁草書房、1990）。

33) 大日方・前掲注（30）478～479頁。警保寮の職務として初めて「行政警察」という文言を使用した。

34) 違式註違条例は地方の実情に合わせ、条例に基づいて規制する項目を増減することができた。その協議は司法省が行い、大警視の名前で条例を制定していた。しかし、警保寮が内務省へ移管してから、警保寮へは稟議し意見を聞くが、地方長官の名前で制定することとなった。1874年（明治7年）1月19日に、太政官から、府県と内閣府とへ警保寮への稟議と地方長官名での布達について「達」が送られた。また同年4月7日に、司法省に対して、早急に内務省へ警保寮関係の書類を引き継ぐよう「達」が送られた。前述したように、司法省は1873年（明治6年）の政変に関連した官僚が多かったことから、改革が迫られていたことが影響していると思われる。国立国会図書館、『太政類典第二編 明治4年～明治10年 第346巻 刑律二』。

「各地方違式註違条例斟酌増減警保寮へ稟議地方長官ノ名ヲ以テ布達」（明治7年1月19日）、<https://www.digital.archives.go.jp/das/meta/M00000000000000858520>, (2019.2.28)。

「違式条例等地方警備ニ関係ノ書類司法ヨリ内務ヘ引渡」（明治7年4月7日）。<https://www.digital.archives.go.jp/das/meta/M00000000000000858526>, (2019.2.28)

され、内務省は、幅広い分野を所管することとなった。

衛生局の組織については、1883 年（明治 16 年）内務省衛生局分課事務章程が定められ、衛生局保健課公衆衛生部の事務の一つとして、飲食物並びに顔料・玩具等の取締りにかかわる諸件を調べるということ項目が記された。1885 年（明治 18 年）6 月 25 日に制定された内務省処務条例により、土木局、戸籍局、地理局、警保局、衛生局等管理体制が整理され、内務省組織の原型が形成された。

また、先に述べた各府県の規則制定が進んだことは、内務省の設立に伴い、警保寮が司法省から内務省へ所管替えされたことが影響している。内務省では、食品衛生行政が、内務省のなかで衛生局という一つの局に位置付けられた。初期段階では、警保寮の業務の一つに過ぎなかった衛生警察が、技術の進歩を背景とし、衛生検査所による科学的な検証が可能となったことも加わり、内務省により重要な施策となっていった。また、内務省が所管することにより、許可やその取消し等行政上の規制手法が取り入れられるようになった。

このように、刑罰による司法的統制とは別に、規制や禁止等行政的統制が行われ、さらにはそれが行政警察へと発展していくことで、内務省等行政権に権力が集中し、取締権限を強化していくこととなった。

(3) 東京警視庁（東京府）

東京府においては、1874 年（明治 7 年）1 月 15 日、首都の警察を担当する機関として東京警視庁が創設された。他府県では、知事・県令が警察を管轄していたが、東京府では、警察権は東京府知事から独立していた³⁵⁾。以下では、当時、全国に先駆けて衛生事務が整理された東京警視庁についてみることにする。

東京警視庁は衛生関係事務を所管していたが、1876 年（明治 9 年）に警視庁と東京府との間で事務分担が整理されると、1877 年（明治 10 年）以降、屠場・売肉・牛乳搾取等に関する規則をはじめ、市街の掃除や便所の構造、尿尿汲み取りに関する規則が、行政ではなく警察組織により定められた³⁶⁾。1877 年（明治 10 年）から始まったコレラの流行に対しては、

35) 大日方・前掲注 (30) 488 頁。

36) 1876 年（明治 9 年）10 月、東京警視庁の要請により、国は銃器弾薬、演劇場、

飲料水の煮沸や厠と汚渠の清掃、患者の排泄物に触れた物体の焼却と屍骸の火葬とともに、患者の「隔離」を徹底し、発生地域の閉鎖、病院への強制入院、感染を隠している者の警察への密告命令等強権的な衛生行政を実施し、警察組織の権限を強化することとなった³⁷⁾。

警察組織は改編が多く、1877年（明治10年）1月、東京警視庁は廃止され内務省に警視局がおかれたが、1881年（明治14年）1月、内務省警視局が廃止され、東京警視庁が再設置される。内務省には、全国警察を統括する事務官庁として警保局が設置されることとなった³⁸⁾。

警察の体制は、1972年（明治5年）10月19日太政官達により制定された警保寮職制において、頭（かみ）、権頭、助、権助、大属、権大属、中属、権中属、少属、権少属、大警視、権大警視、少警視、権少警視、大警部、権大警部、少警部、権少警部、一等巡查、二等巡查、三等巡查という職名が定められた。「頭」は長官であり、その下に「助」が配置され、「属」は頭、助からの命令を受け、文書を受け付け、抄写し、出納等を行った。「助」、「属」は事務職である。警察実務については、大警視以下の所管が各府県に派遣され、大警視は、少警視や警部巡查を総括し、違式以下の罪刑で難しいものを処断するとともに、検事逮部長を兼務した。少警視は、大区に派出し区中の警部巡查を監視し、違式以下の罪刑を処断した。大警部は、各府県及び大区において大少警視の指揮に従うとともにこれを補佐した。少警部は、各小区に配置され警保の仕事を行い、註違以下の罪刑を処断した。また巡查の下には、巡查1名につき10名の番人が配置され、番人が町中を巡視していた。

地域の警察署は、その前身となるものが出張所・屯所であり、1875年（明治8年）に設置基準が定められた。1877年（明治10年）には出張所を警

相撲場、旅人宿、料理店、薬品、肉乳牛売買、伝染病予防等22項目の事務を東京府から東京警視庁の所管へと移管させた。大日方・前掲注（30）489頁。

37) コレラ患者の隔離は患者や家族からの反発が強く、1886年（明治19年）の流行に際して実施した交通遮断法はさらに批判が高まった。そのため、流行を未然に防ぐ予防法の重要性が、萌芽的とはいえ初めて意識されることとなった。中馬・前掲注（24）159頁。

38) 1881年（明治14年）の政変（大隈重信等追放）後、山形有朋により国家モデルはプロシア・モデルへと転換し、警察も当初モデルとしたフランス警察からプロシア型へと転換した。地方においては、各府県警察の直接責任者として警部長が設置され、国事警察は内務卿に直属し、中央政府の指揮下におかれた。大日方・前掲注（30）482頁。

察署、屯所を分署と改称し、警察署制度が成立した³⁹⁾。この制度のもと、東京府では、1880年（明治13年）4月21日、同年5月1日に、東京警視本署から各課各分署に対して、衛生警察専務を置き、所轄内衛生取締りを担当させる旨の通知が出たことで、衛生警察が現場で機能することとなった。

東京において確立した警察主導の衛生行政は、地域警察の整備とともに全国化していった。府県においては、1879年（明治12年）12月27日に「府県衛生事務条項」（内務省達乙第55号）に基づき衛生課が設置され、その所掌事務として飲食物の取締りが定められ、腐敗又は偽造した飲食物や、飲食物及び玩具の着色料や顔料染料等を取り締まった。なお、前年である1878年（明治11年）には、内務省達乙第44号及び49号において衛生事務担当者の任用を行っている。

したがって、当時、内務省衛生局の下、警察による取締りと、医療による保護、予防行政が並列して行われていたが、その中心は警察が担っていた⁴⁰⁾。

（4）警察の概念

日本において近代的警察制度は、当初、フランスの制度をモデルとして、司法警察と行政警察とを分離した。犯罪捜査や被疑者の逮捕等を行う司法警察に対して、公共の安全と秩序を維持するため、一般統治権に基づき人民に命令し強制し人の自然の自由を制限する作用は、行政法学上の警察とされた。さらに、行政上の警察作用から、国民の安寧秩序保持のため、他の行政作用と関連なくそれ自体独立して行われる警察を保安警察とし、行政作用と関連して行われる作用を行政警察と定義している⁴¹⁾。

司法警察、行政警察という概念については、1873年（明治6年）に初めて公の規則案に記載されている。その年、司法省は、暴動等の取締強化を背景に、警察制度の枠組を法的に明確に整理した警察規則案を上申した⁴²⁾。警察規則案では、行政警察と司法警察とが明確に区分され、それぞれ

39) 大日方・前掲注(30) 492頁。

40) 中馬・前掲注(24) 149頁～150頁。

41) 美濃部達吉『日本行政法下巻』38～39頁（有斐閣，1940）。

42) 大日方・前掲注(30) 478頁。先に述べたように1873年（明治6年）10月、征韓論をめぐる政変により司法省幹部が辞職し、規則案は布達されなかった。

れの目的を「行政警察ハ人民ノ健康ヲ保護シ、國中ノ安寧ヲ妨グル者ヲ預防スル者トス」(第2条)、「司法警察ハ行政警察預防ノ力及バズシテ法律ニ背ク者アル時、其犯人ヲ探索シテ之ヲ捕縛スル者トス」(第3条)と定め、「其職務ニ於テハ判然区域アリテ相混同スルコトナシ」(第5条)としている。すなわち、行政警察は人民の健康保護と、国家の安定を妨害する者を予防するとし、予防を行政警察の目的とし、同案第1編第2章においては、第13条で行政警察の業務が具体的に21項目記述された。また、司法警察は犯罪捜査と犯人検挙とを目的としており、この両者の混同を禁じた。

その後、1874年(明治7年)に検事職制章程司法警察規則が制定され、その第10条において警察規則案と同様「司法警察ハ行政警察ノ力及ハズシテ法律ニ背ク者アル時、其犯人ヲ探索シテ之ヲ逮捕スルモノトス」と規定し、司法警察は裁判所検事局の所管事務となった。その職務は刑事裁判を目的とする犯罪捜査と被疑者の逮捕としている。

また、翌1875年(明治8年)に行政警察規則が制定され、行政警察は内務大臣以下の警察機関の所管事務とされた。そして、第1条に目的が、「行政警察ノ趣意タル人民ノ凶害ヲ予防シ安寧ヲ保全スルニアリ」と規定され、第3条にその職務が、「第一 人民ノ妨害ヲ防護スル事 第二 健康ヲ看護スル事 第三 放蕩淫逸ヲ制止スル事 第四 国法ヲ犯サントスル者ヲ隠密中ニ探索警防スル事」と4つの職務が規定された⁴³⁾。一方、同法第4条では「行政警察予防ノ力及バズシテ法律ニ背ク者アルトキ其犯人ヲ探索逮捕スルハ司法警察ノ職務トス。之ヲ行政警察ノ官ニ於テ行フトキハ検事章程並ニ司法警察規則ニ照スベシ」と規定されており、行政警察が司法警察の職務を行うことも想定している。

1885年(明治18年)、警保局が編集・刊行した『警務要書』は、安寧、衛生、風俗等10領域からなる警察業務について記載しており、業務遂行の参考書とされた。『警察要書』には予防という言葉が頻出するとともに、同書の冒頭には「警察ハ行政・司法…行政予防ノ周到ナラザルニ因ル。…予防ノ務ヲ以テ第一着ノ趣意ト為スベシ」と記されており、警察規則案と同様、行政警察においては予防が重視されるようになる。

しかし、行政警察という概念は整理されたものの、明治時代初期という

43) 警察制度研究会編著『現代行政全集 23 警察』23～25頁(ぎょうせい、1985)。

新たな秩序を編成する時期において、その実態は行政のなかの何が行政警察の領域なのか、一般行政との関係において明確ではなかった。警察においてさまざまな取締規則を制定し、違反を未然に防ぐというよりは、政府の命令と刑罰を定めた刑法に基づき、警察が人民を監視し、違反者を捕縛し刑を与えるのみであり、実務上、行政警察と司法警察との区別はなかったといえる。

また、西南戦争や自由民権運動の展開によって、1881年（明治14年）の改正に際し、行政警察から、さらに政治警察を区別して位置付け、集会・結社、新聞や雑誌の取締りが活動の基軸に据えられることとなった⁴⁴⁾。

3 小括

食品衛生行政に関する全国的な取締りは、1873年（明治6年）司法省布達第130号を起点とする。地方レベルでの取締りは、その前年である1872年（明治5年）東京違式註違条例に軽易な違反行為である違式罪の一つとして「偽造ノ飲食物並ニ腐敗ノ食物ヲ知テ販売スル者」と記載されたのが、法令としては初めてであり、違反者には贖金か、それが支払えない場合は答刑が科された。

1878年（明治11年）になると食中毒の予防を目的として、内務省による取締方が公布され、これを受けて各府県において制定された規則では、営業者に対して営業申請、検査、許可等による規制が規定された。この時期には、行政法や行政作用法に基づく規制といった概念はまだ存在しなかったが、しかし、ここにその萌芽を見ることができる。また、各府県の行政実務では許可権限に基づく行政指導や命令、許可の取消し、停止等が行われていた。

一方、1880年（明治13年）に制定された刑法には、公益に関する罪のなかに健康を害する罪が規定されており、飲料用の水の汚穢や健康を害する飲食物の製造、販売等は軽罪として刑罰が規定されるとともに、熟していない果物や腐敗した飲食物の販売者は違警罪として処罰対象となっていた。司法省は、自らが定めた法において、違反行為を規定し、刑罰による取締りと規制とを行っていた。

44) 大日方・前掲注（30）490頁。

また、刑法と同時に制定された治罪法は、違警罪の警察による処断について、同法が定める手続に基づく裁判制度を構築していた。しかし、翌1881年（明治14年）、太政官布告により当分の間上訴が禁止されるとともに、裁判が治安裁判所から府県警察署等に移管されることとなり、治罪法が定める手続に基づく裁判は実施されないこととなった。そしてその後、1885年（明治18年）には、違警罪が刑罰の一種であるにもかかわらず、裁判所による訴訟手続ではなく、違警罪即決例に基づく、警察の裁判権が法定されることとなった。

行政に対する訴訟についても、1872年（明治5年）に司法省布達に基づき制度化された。主観訴訟だけでなく、いわゆる公益のための客観訴訟も設けられたが、正院へ伺いをたてる必要がある等行政により制御されており、司法による行政の統制は困難であった。

食品衛生に係る取締体制については、1871年（明治4年）に設置された司法省が担っており、司法省は、新法の起草権限等に加え、裁判機能と違反行為取締機能等を有していた。1872年（明治5年）には司法省内部に警保寮が設置され、警察機能を果たす組織を統一的に管轄することとなり、警察行政においても大きな権限を有することとなった。

しかし、1874年（明治7年）に警保寮が司法省から内務省に移管すると、内務省が違式註違条例の項目について、地方警察による斟酌増減を所管する等、内務省と地方との関係を強化するとともに、医制をはじめとする衛生事務の文科省からの移管、食品衛生行政では衛生試験所の設立等が行われ、内務省に権限が集中し、行政警察による取締権限を強化していくこととなった。

また、司法警察、行政警察という概念は整理されたものの、明治時代初期は新たな秩序を編成する時期であり、さまざまな取締規則により、人民を監視し、違反者を捕縛し処罰するのみであり、実務上、行政警察と司法警察との区別は存在しなかったといえる。

明治初期の食品衛生関連法令、特に地方のそれは、そこに命令、禁止、許可等の規制が登場することから、行政法の萌芽をみるものの、人民の権利保護はほとんど顧みられなかった。行政に対する訴訟についても、実質的には行政権によって制御されており形式的なものに過ぎなかった。また、取締体制についても司法から行政による取締りへと移管し、内務省におけ

る行政権の強化とともに、その下に置かれた行政警察の取締権限が強化されていったのである。

第2章 明治憲法下における食品衛生関連法制

1 明治憲法の制定

1889年(明治22年)に明治憲法が制定された。憲法は、すべての法律に、帝国議会の協賛を経ることを必要とするとともに、法案提出権を政府及び両議院に認めていた。一方で、天皇は国の元首であり、統治権を総攬するとともに、大日本帝国は万世一系の天皇が統治するものとしていた。国家統治の大権は、神聖な天皇がその先祖から承継したものであり、天皇統治の正統性の根拠とされた(天皇主権)。また、天皇は軍の統帥権や緊急勅令権、独立命令権を有するとともに、三権は形式的に分立していたが、その実質において、天皇に権力が集中し、立法権については帝国議会の協賛、行政権については國務各大臣の輔弼、司法権は裁判所に配され、天皇の統治を支えた(天皇大権)⁴⁵⁾。他方、人民は、兵役及び納税の義務を有し、また、法律の範囲内における居住・移転の自由や表現の自由、安寧秩序を妨げず人民たる義務に背かない限りでの信教の自由等を有した。逮捕、監禁、審問、処罰は法律に基づかなければならないこと、裁判官による裁判を受ける権利を確保されていること、法に規定していない場合は許可の無い住所侵入、捜索は行われないこと等が権利として規定された。

明治憲法は、君主権力の広範囲で強力な独立性を認めた外見的立憲君主制と、大きな制約を受けた形式的法治主義という二つの側面を有していた⁴⁶⁾。以下では、この明治憲法によりもたらされた法治主義が、食品衛生法制にどのような影響を与えたかを考察する。

2 「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の制定

明治憲法の制定前、食品衛生については、刑法や各府県による規制に基

45) 小澤隆司「第2部近代法 第1編近代法の形成(～1900年) 第1章国家機構」浅古弘ほか編『日本法制史』265頁(青林書院, 2016)。

46) 塩野宏『法治主義の諸相』107頁(有斐閣, 2001)、紙野健二「第1編行政法の基本原則 第2章法治主義」室井力編『新現代行政法入門(1) - 基本原則・行政作用・行政救済』19頁(法律文化社, 2001)。

づき取締りが行われてきたが、この取締りが十分でなかったことから、政府は新たに基本法を制定し、法律によって全国一律にこれを取り締り、監視することとした⁴⁷⁾。1900年（明治33年）、帝国議会は、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」（明治33年2月23日法律第15号）を制定・施行した⁴⁸⁾。同法は戦後制定された食品衛生法の前身とされているが、法律だけでなくそれに伴って発令された規則等とあわせて取締体制が構築されている。

同法は、全体が4条で構成されており、第1条、第2条において、行政庁に強力な権限を認めている。同法第1条は、第1項で販売する飲食物や、販売や営業に使用する飲食器、調理具等で、衛生上危害を生じるおそれのあるものについて、製造、採取、販売授与若しくは使用の禁止、営業の禁止若しくは停止を規定した。飲食物や飲食器等はすべてを対象とするのではなく、「法令の定めるところにより」とし、対象や内容等は省令等で規定することとしていた。第2項は、物品の所有者若しくは所持者に対する

47) 堀越孝良「第7章 明治期における食品安全制度の概要—食肉政策を中心として」危機管理プロジェクト資料第1号『食料・農業の危機管理に関する社会科学のアプローチ』156頁（農林水産政策研究所、2004）。

48) 飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律（明治33年2月23日法律第15号）

第一条 販売ノ用ニ供スル飲食物又ハ販売ノ用ニ供シ若シクハ営業上ニ使用スル飲食器、割烹具及ビソノ他ノ物品ニシテ衛生上ノ危害ヲ生ズルノ虞アルモノハ法令ノ定ムル所ニ依リ行政庁ニ於イテ其ノ製造、採取、販売、授与若シクハ使用ヲ禁止シ又ハ其ノ営業ヲ禁止シ若シクハ停止スルコトヲ得
前項ノ場合ニ於テ行政庁ハ物品ノ所有者若シクハ所持者ヲシテ其ノ物品ヲ廃棄セシメ又ハ行政庁ニ於イテ直接ニ之ヲ廃棄シソノ他必要ノ処分ヲ為スルコトヲ得但シ所有者若シクハ所持者ニ於イテ衛生上ノ危害ヲ生ズルノ虞ナキ方法ニ依リ之ヲ処置セムコトヲ謂ウトキハ之ヲ許可スルコトヲ得

第二条 行政庁ハ吏員ヲシテ前条ノ物品ヲ検査セシメ試験ノ為必要ナル分量ニ限り無償ニテ収去セシムルコトヲ得
前項ノ場合ニ於テ行政庁ハ吏員ヲシテ普通営業時間又ハ営業ノ為開カルル間ニ限り物品ヲ製造シ採取シ陳列シ貯蔵シ若シクハ携帯スル場所ニ立入ラシムルコトヲ得

第三条 本法ノ執行ニ関シ官吏又ハ公吏ノ命ヲ受ケテ指定ノ期間内ニ之ヲ履行セサル者ハ二十円以下ノ罰金ニ処ス
本法ノ執行ニ関シ官吏公吏又ハ行政庁ノ命ヲ受ケテ公務ヲ行ウ者ニ抗拒シタル者ハ一月以下ノ重禁錮ニ処シ十円以下ノ罰金ヲ付加ス

第四条 官吏公吏又ハ行政庁ノ命ヲ受ケテ公務ヲ行ウ者本法ノ執行ニ関シ不正ノ所為シタル者ハ一年以下ノ重禁錮ニ処シ四十円以下ノ罰金ヲ付加ス
行政庁ノ命ヲ受ケテ公務ヲ行ウ者本法ノ執行ニ関シ人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聴許シタル者ハ刑法第二百八十四条ノ例ニ照ラシテ処断ス

（参考）刑法第二百八十四条 官吏人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聴許シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ処シ四十円以上四十円以下ノ罰金ヲ付加ス
二 因テ不正ノ処分ヲ為シタル時ハ一等ヲ加フ

その物品の廃棄命令、又は行政庁が自ら廃棄する等の処分又は強制措置ができることを規定した。すなわち、行政庁は違反者に対し、使用禁止や営業禁止、停止等の処分を行うとともに、物品の廃棄命令及び自ら廃棄できる権限を規定している。1880年（明治13年）に制定された刑法と比較すると、結果や違反に対して刑罰を与える刑法とは異なり、「衛生上ノ危害ヲ生ズルノ虞アルモノ」について危害を発生しないよう予防措置を講じる権限を、行政庁に付与していたのである。

同法第2条は、第1項で物品について、検査や試験のために必要な量が無償収去できることを規定し、第2項で普通営業時間又は営業のため開店している間に限り、吏員に対して、立入検査、収去検査等の権限を付与している。これらの強制措置権限は、後述する施行規則により、地方長官に委任し、軽易なものについては庁府県令により警察官署に委任している。同法第3条は、罰則規定である。命令を受けて指定期間内に履行しない営業者は20円以下の罰金、執行者に抵抗した場合は1月以下の重禁錮及び10円以下の罰金が科された。同法第4条には、執行する側が不正を行った場合、1年以下の重禁錮及び40円以下の罰金、収賄及びそれを聴許した場合は刑法第284条により訴追される旨が定められている⁴⁹⁾。同法の罰則は、営業者よりも不正を行う公務執行者に対して、より厳しい内容となっていた。

この「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」は、これまでの、行政によって制定された形式のみが整えられた、法という名称をもつ命令とは異なり、帝国議会による正式な手続により制定された法律である。また、規定内容も、命令、禁止、許可といった行政行為と廃棄、収去といった即時強制の措置が規定されており、全体で4条という短い法律であるにもかかわらず、行政法として位置付けることができるものとなっている。この法律に基づき、行政警察の一つである衛生警察の概念が確立したのである。

一方、同法は、食品衛生に関する基本法と位置付けられたが、その規定は極めて大まかなものであり、「飲食物」の範囲や取締りについては、省令、命令で規定されるとともに、個別の委任規定がないまま、同法を根拠とし

49) 刑法284条は受託収賄罪の規定であり、1月以上1年以下の重禁錮及び4円以上40円以下の罰金、そして、受託収賄の上、不正の処分を行った場合は罪一等が加えられた。

て、各種飲食物営業に係る取締規則が制定されることとなった⁵⁰⁾。また、規制対象者は飲食物や飲食器、割烹具を販売又は営業上使用する営業者に限定するとともに、飲食物の範囲は当時の委員会議事録によれば、できるだけ限定することを考えていた等、食中毒がたびたび発生していたにもかかわらず、警察行政として位置付けられた結果、法の及ぶ範囲を限定する消極的姿勢がうかがわれる⁵¹⁾。行政の所管については、後述の「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律施行規則」第1条で整理された。

3 関連省令等

法律の制定に伴い、施行規則や省令、取締規則は、以下のように整備された。

(1) 飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律施行規則

「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律施行規則」(明治33年3月27日内務省令第10号)は、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」に基づき制定され、同法が1945年(昭和22年)に廃止されるまで、長く我が国の食品衛生行政の指針となった。同規則は、行政の所管、立入検査時や物品収去時について規定していた。

同規則第1条は、行政の所管について規定しており、警視總監、北海道長官、府県知事に、法に基づき当該行政庁に属する権限を付与している。東京府は首都であることから特別な扱いとして警視總監、北海道は北海道長官、東京以外の府県は知事がこの権限行使を行うこととされ、そのうち軽易なものに限り、北海道長官及び東京府以外の府県知事は、庁府県令をもって警察官署に委任できることとしていた。この時代、内務省衛生局の下に府県警察衛生課が設置され、警察署はその配下であり、警察官が取締りを行っていた。1938年(昭和13年)に厚生省が設置され、法律の所管は同省となったが、引き続き取締業務は警察官署により実施されていた。

同規則第2条は、官吏や衛生技術員が法に基づき、立入検査や物品収去

50) 例えば、牛乳営業取締規則、清涼飲料水営業取締規則、氷雪営業取締規則等、一連の内務省令及びこれに基づく地方命令が制定された。

51) 堀越・前掲注(47)156頁。国は、飲食物等の範囲を法に定めておらず、法案を審議した委員会の答弁によれば、「できるだけ範囲を狭くする考えであり、『のっぴきならぬ物だけ』実施する考え」であった。

を行うときは制服を着用するか、身分証明のための証票を携帯することとしている。

同規則第3条は物品収去を行うときは、営業者に対し証書を交付するとともに、営業者が求める場合は、事情が許さない場合を除き物品の一部に封緘を施して交付しなければならないとしている。

現在のものと比べ、法も規則も非常に概括的であるが、処分及び強制措置の権限を有する者を明確にするとともに、立入検査や物品収去という権力行使については、身分を明らかにし、証書を交付する等公正性の確保に努めていることがわかる。この後、府県においては、実際に食品衛生の取締りを行っていくにあたり、さらに細目の決定や規則の制定が行われた。

(2) 獣肉氷雪及ソノ他物件営業取締ニ関シ府県令ヲ以テ規定スルノ件

「獣肉氷雪及ソノ他物件営業取締ニ関シ府県令ヲ以テ規定スルノ件」(明治33年7月内務省訓令第794号)は、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」第1条第2項に規定された、行政庁が物品の所有者あるいは所持者に命じてその物品を廃棄させる等、行政庁が直接必要な処分を行える範囲を明確にするために発せられた通達である。

同通達では、第一に、獣肉及び屠殺し又は屠殺しようとする獣類、羊乳及び山羊乳並びにその羊及び山羊に関して、営業者に対して法律に定める職権を行うことができるが、第1条の職権を行う場合は庁府県令をもって規定しなければならないとしている。第二に、氷雪に関して「氷雪営業取締規則」(明治33年内務省令第37号)施行までは、庁府県において適宜の取締規則を設けることができるが、この場合も庁府県令をもって規定しなければならないことを定めている。第三に、飲食用その他の物件の取締りに関し、府県令をもって法の職権を行う規定を設ける必要があるときは国に申請することとしている。

営業者に対して営業停止等の行政処分を行う際には、府県令による規則制定を必要としており、法令による根拠を求めていた。また、規則制定については国に申請することを求めており、中央集権主義であったことがわかる。

(3) 警視庁令

「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律施行規則」は、その第1条第2項において、「その職権のうち軽易なものに限り、庁府県令をもって警察官署に委任できる」と規定していた。以下で述べる東京警視庁の事例は、その一例である。

①明治33年警視庁令第28号

警察署が施行する事項として、物品検査、試験のために必要な分量の物品収去、小売店・行商又は配達中の物品の販売・使用の禁止、物品の廃棄又は直接廃棄、衛生上危害を生ずるおそれのない方法による処置の許可を定めた。

②飲食物ソノ他ノ物品ニ関スル取締施行手続

「飲食物ソノ他ノ物品ニ関スル取締施行手続」(明治33年6月警視庁訓令第58号)は、警視庁令の取締施行手続である。警察の権力的手段を抑え、物品収去時における公正性を確保し、比例原則に基づいて対応するため、警察署が行う物品検査の種類、検査の判断基準、物品収去時の対応や処分方法等について規定した⁵²⁾。牛乳は著しく腐敗性の臭気を発し変色しているもの、清涼飲料水は著しく混濁、沈殿、変色しているもの等、専門的知識がない警察官にも容易に有害であることが判断できるよう類別して例示している。

(4) 飲食物取締法規定ノ職権行使委任ニ関スル通達

「飲食物取締法規定ノ職権行使委任ニ関スル通達」(明治37年9月内務省衛甲第71号)は、省令が定める各庁府県から警察署への権限行使の委任について、委任の範囲が過大とみられるものがあったため、省令の趣旨を考慮し、委任の範囲について見直しを要望するものであった。また、同年10月から飲食物防腐剤取締規則の施行を予定しており、それに関係する清酒は、数量も価格も多大で、営業者の利益はもちろん国家経済にも大

52) 1914年(大正3年)6月、訓令第57号により、以下の2点が追加された。すなわち、①試験のため物品を収去したときは、又は物品を廃棄させ若しくは直接これを廃棄したときは、当該官吏はその名刺の裏に品目、数量、日時及び収去又は廃棄させたことを記し、捺印の上事業者に交付すること。②警察官署において小売店、行商又は配布中の物品の販売使用を停止し又はその物品を廃棄させ若しくは直接これを廃棄するときは、成規に抵触することが明らかなもの又は緊急処分を要する以外は、電話その他の便宜の方法でもって稟議すること、であった。

きく影響することから、販売禁止や廃棄処分を行う際には慎重な調査と処置を依頼している⁵³⁾。

この通達は、食品衛生に関する警察署の役割の増大の抑制を図るとともに、特に清酒は、経済的視点から行政庁の権力的な対応について慎重さを求めている。ここには、衛生警察の目的である食品衛生の維持確保のための消極的な取締りだけでなく、比例原則に基づき介入を控えるという、当時の営業者の営業を守る産業政策の視点も読み取れる。

（5）内務省令等

全国一律的に食品の衛生を確保していくため、法の制定・施行に伴い、牛乳や清涼飲料水、有害性着色料等特に重要な食品及び関係製品は、対象毎に具体的な規則が、内務省により定められた⁵⁴⁾。牛乳、清涼飲料水、氷雪は営業及び生産に関する取締りが定められ、有害性着色料、飲食物防腐剤、人工甘味料、メチールアルコールは飲食物一般に使用される食品添加物を含めて取締りが定められた。飲食物用器具についても定められ、内務省令による規則の制定により、我が国の食品衛生行政の法規制の枠組が完成したといえる。

これらの規則は、営業の届出や許可を規定するとともに、衛生上危害を生じるおそれのあるものは、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」第1条に基づく、地方長官による処分や検査、禁止規定や命令に違反したときの罰則等が規定されていた。各府県では、これらの規則に基づき取締りを実施していくため、さらに細則を制定し、具体的な営業許可手続及び詳細な禁止事項等規定した。しかし、規則には、違反した場合の手続や申し開きの機会付与等いわゆるデュープロセスに関する規定はなく、実際に取締規則を執行する警察官は広範な裁量を有していた⁵⁵⁾。また、牛乳、清涼飲料水、氷雪の規則は、営業だけでなく生産についても取り締まっており、地方長官は、生産又は製造施設の構造設備や管理方法等についても細則を

53) 山本・前掲注（13）40～41頁。

54) 1900年（明治33年）には牛乳営業取締規則、清涼飲料水営業取締規則、氷雪営業取締規則、有害性着色料取締規則、飲食物器具取締規則、1901年（明治34年）には人工甘味質取締規則、1903年（明治36年）には飲食物防腐剤取締規則、1912年（明治45年）にはメチールアルコール（木精）取締規則が制定された。

55) 堀越・前掲注（47）158頁。

定めて取り締まった。

牛乳の事例をみると、牛乳は、明治時代になるまではほとんど飲用されていなかった。しかし、栄養価が高いことから明治時代に入り徐々に普及しはじめた。1900年（明治33年）に内務省による取締規則が発令される前にも、1873年（明治6年）に東京府において規則が制定された。この他にも1881年（明治14年）に京都府、広島県、島根県、1882年（明治15年）に宮城県、福岡県、1885年（明治18年）には東京警視庁で取締規則が制定された。中央政府に先立って各地方で規則が制定された理由として、牛乳は、他の食品以上に栄養価が高いことからより衛生的な取扱いが求められたこと、また、高価格で取引されたことが考えられる。規制の内容は、府県により格差があったが、牛乳搾取営業や牛乳販売営業の許可、乳汁の検査や使用容器の制限、牛小屋の清潔維持等があった⁵⁶⁾。

1900年（明治33年）4月7日、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の制定に伴い、牛乳営業取締規則が制定された。規則では、牛乳や練乳の定義や、牛乳や脱脂乳の比重等要件を定めるとともに、地方長官の営業許可及び許可前の衛生技術員による検査（牛乳等を取り扱う施設の構造、設備等）を義務付けた。また、病気等の牛からの搾乳、亜鉛や銅を施した容器等の使用、腐敗した牛乳の販売や使用等を禁止している。牛乳を配達する容器は全乳又は脱脂乳の表示を行わねばならず、表示と中身が異なることは禁止された。その他、容器や製品を取り扱う場所の清潔な環境の保持、病牛の隔離とともに、第1条において地方長官の処分権限、第2条において職権、地方長官において定める規制事項等について規定している。牛乳については規則の他にも「牛乳ノ比重及脂肪検定ニ関スル件」（明治33年5月内務省第20号）、「牛乳中ニ移行スヘキ毒劇薬処分ニ関スル件」（明治33年10月内務省令第46号）が制定されている。

内務省の規則に基づき、各府県においてはさらに規則が制定された。例えば、滋賀県においては1900年（明治33年）8月、牛乳営業取締細則が

56) 山本・前掲注(13) 96～112頁。1892年（明治25年）には、事業者の中に米のとき汁、その他の製品を牛乳に混入する者もあり、抜き取り検査を行ったが、成分はわかって、病牛からの搾乳かどうかまでは判定できない等弊害が生じていた。このため、事業者数名が、公衆衛生上大きな障害が生じるまでに牛乳営業者として道義上自ら規制すべきであるとし、同業者規約を設けようと活動を始めた。当初の計画のとおりには結実しなかったが、事業者にも衛生意識が浸透し始めていた。

制定された⁵⁷⁾。それ以前は、1986年(明治19年)6月に「牛馬羊豕宿又ハ飼養営業願出ノ件」(甲第86号)が定められ、それに基づき事業希望者は位置図と構造等を図面にし、隣接する土地の所有者の承諾書を添えて所轄警察官署へ願出して許可を受けることとなっていた。この定めに違反した者は、拘留又は科料が科された。新たに定められた細則では、営業許可の届出内容として8項目を規定するとともに、牛乳や乳製品、その容器等を扱う者には医師の診断書を義務付けていた。また、その他にも搾乳場の設置場所、牛の糞等汚物の清掃、警察官や衛生技術員による指導、病気の牛の対応等について規定した。営業者には、搾乳記録簿や製乳販売記録等も様式を決めて作成させ、定期的に提出を求めた。牛乳の品質についても、全乳は脂肪分2.7%以上、脱脂乳は脂肪分0.5%以上等数値で定め品質を確保するとともに、生産者の住所、氏名、製造年月日等の表示、容器や搾乳した乳汁等の取扱いについても規定していた。

食品や食品添加物等については、内務省による規則が制定された。しかし、食品を調理し提供する料理店や飲食店の営業については、国が規則を制定していなかったことから、各府県で独自に「料理店及飲食店取締規則」を制定していた⁵⁸⁾。料理店や飲食店は、取扱いが各府県で異なり、風呂屋等と一緒に「営業」に分類している県や、貸座敷や宿屋等と一緒に「保安」に分類し風俗営業と同様の規制をしている県、規制の内容に、腐敗の兆しや中毒のおそれがある飲食物を供してはいけない等衛生事項が含まれている県等、さまざまであった。具体的に県の規則をみると、例えば、埼玉県は、「料理店飲食店取締規則」(明治24年3月31日県令甲第38号)を制定し、警察署からの営業許可(第1条)のほか、風俗対策として女性雇用者の警察への届出(第3条)、宿泊の禁止、騒音対策として夜12時以後の歌舞音曲の禁止等の禁止事項(第6条)が定められた。この規則は湯屋取締規則(明治21年4月13日県令甲第29号)等とともに「営業」に分類された。また、1885年(明治18年)8月31日には、警第514号により、

57) 牛乳営業取締細則(明治33年8月滋賀県令第61号)『滋賀県法規類纂』(京都帝国地方行政学会出版部、1909)。

58) 料理屋飲食店取締規則の制定時期はまちまちであり、埼玉県では1891年(明治24年)に、滋賀県では1895年(明治28年)に、愛媛県では1905年(明治38年)に制定された。

料理店と飲食店とを税法上の必要から区別した⁵⁹⁾。一方、滋賀県は、「料理屋飲食店取締規則」(明治28年3月県令第6号)を制定したが、埼玉県と同様の規定に加えて、家族や酌人等の芸舞妓とまぎらうような行為の禁止(第5条)、酌人の認可のない者の接待の禁止(第6条)等、風俗営業に対する規制となっており、貸座敷営業取締規則や宿屋取締規則と同じ「保安」に分類された⁶⁰⁾。愛媛県においては、「料理店及飲食店取締規則」(明治38年7月15日)を制定し、料理店や飲食店の営業は、埼玉県と同様の規定に加え、営業者や管理人の遵守事項として、腐敗の兆しあるいは中毒のおそれのある飲食物の提供の禁止、結核癩病その他伝染性疾患者の従事禁止、料理場汚水溜廁せいの清潔保持等の衛生事項についても規定していた⁶¹⁾。

その後、大正から昭和にかけての1920年代には、府県等においては、一般飲食物を対象に、食品衛生の視点から飲食物取締規則又は飲食物営業取締規則を制定し、より詳細な衛生事項を規定するとともに、販売業に加え製造・加工業をも規制の対象とした⁶²⁾。

1908年(明治41年)に制定された警察犯処罰令(明治41年9月29日内務省令第16号)では、飲食物全般を対象に、飲食物に他の物を混入して不当利得を得た者、熟していない果物や腐った肉等健康に害のある物を売った者(第2条第35号、第36号)、煮炊きや洗浄、皮を剥いたりせず、そのまま食べる物を蓋で覆ったりすることなく店頭に陳列した者(第3条第9号)等販売者に対してのみ取締りを行っていたが、府県等が飲食物取締規則等を制定したことにより、製造者に対しても取締りまることが可能となった。

59) 料理店飲食店ト区別ノ件(明治18年8月31日警第514号)は、税法上の必要から料理店と飲食店とを区別し、飲食店は、鰻屋、鳥獸肉店、鮓屋、蕎麦屋、饅頭屋、飯屋、居呑酒屋とし、その他各種割烹料理をするものは料理屋と分けていた。『埼玉県巡査必携』(埼玉県警察部蔵版、明治26年5月15日)。行政裁判所の記録では、営業税の賦課に関して、料理店と飲食店のいずれに位置付けるかという訴訟記録が何件か残っている。

60) 料理屋飲食店取締規則(明治28年3月 県令第6号))『滋賀県法規類纂』(京都帝国地方行政学会出版部、1909)

61) 料理屋及飲食店営業取締規則(明治38年7月15日愛媛県令第39号)『愛媛県史 資料編 近代3』537頁(愛媛県史編さん委員会、1984)。

62) 福山道義「『飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル件(明治33年法15号)』の下での食品衛生行政」福岡第57巻4号655頁(2013)。飲食物全般を対象とする一般的な取締規則は、1935年(昭和10年)には警視庁を含めて30府県で制定された。山本俊一『日本食品衛生史(大正・昭和前期編)』15～16頁(中央法規出版、1981)。

規則は、府県によって差はあるものの、主に衛生的な視点からの禁止事項や具体的な遵守事項とともに、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」に基づく廃棄命令等の処分、検査用の無償収去、設備や容器等に対する改善命令、法律とそれに関連する命令に従わない場合の罰則等行政の権限が規定された。また、宿屋や待合茶屋のように客に飲食物を提供する営業者や、工場や病院その他の食堂、共同炊事場等多くの人に食を提供する施設についても、規則を準用する旨を規定し、取締りの根拠とした⁶³⁾。

4 食品衛生に関する取締体制

(1) 保健所の設置

食品衛生については、1883年(明治16年)から内務省の衛生局が所管していたが、1938年(昭和13年)、国民の健康増進及び体力向上を目的として、内務省から分離する形で厚生省が勅令により設置され、保健衛生行政は厚生省の衛生局の所管となった。食品衛生に関する国の研究機関である衛生試験所も厚生省の所管となった⁶⁴⁾。

また、その前年である1937年(昭和12年)、保健所法が制定され、国民の体位向上を目的に、地方において、医師、看護師等が健康指導相談に対応し必要な指導を行う機関としての保健所が全国で47か所、設置された⁶⁵⁾。保健所は、地方において講習会等を開催し衛生思想の涵養等衛生指

63) このほかにも、特徴的な規則があった。警視庁は、1926年(大正15年)に飲食物営業取締規則(大正15年6月17日庁令第27号)を制定し、1938年(昭和13年)に改正したが、その規則では、手洗設備や更衣室、検便とともに、弁当、総菜、生菓子等腐敗しやすいものを箱詰めや包装して販売する際の表示についても規定している。また、群馬県では、業界毎に警察署管轄を区域とした組合の設立を規定しており、菓子類製造組合では、警察署長の認可を受け、支部の上に県の組合も組織し、この組合は数千人の会員を有した。山本・前掲注(62)19～30頁。

64) 厚生省官制(昭和13年1月10日勅令第7号)。厚生省は、国民保健、社会事業、労働に関する事務を所管し(第1条)、厚生省には体力局、衛生局、予防局、社会局、労働局の5局が置かれた(第2条)。衛生局の所管事務は、衣食住の衛生に関する事項や衛生指導、医事及び薬事等となっていた。天皇の裁可を仰ぐ前に開催する枢密院会議の席で厚生省設置の目的が説明された際、内務大臣は、「国民の健康増進と体力向上」のためとしている。文部省が所管していた児童の体育運動と衛生事務等も厚生省体力局の所管となった。しかし、同年に、国家総動員法(昭和13年4月1日法律第55号)が制定されており、戦争目的であることは明らかである。

65) 保健所数はその後187か所まで整備が進む。厚生労働省『平成26年 厚生労働白書(平成25年度厚生労働行政年次報告)』6頁(日経印刷, 2014)。保健所の役割は以下のように考えられていた。「保健所ハ国民ノ体位ヲ向上セシムル為メ、

導や予防衛生を行う機関であり、内務省衛生局の所管であったが、厚生省が設置されると保健所の所管も厚生省に移管され、厚生省衛生局となった。一方、警察は内務省の所管のままとされ、食品衛生に関する行政警察権の行使を含め、取締りは従来同様、警察が行っていた⁶⁶⁾。地方においては、府県知事の下に、衛生課（取締）と保健所（衛生指導）が衛生関係の仕事を行った。当時、結核が流行しそれによる若者の死亡者も多かったという社会情勢を鑑みると、保健所や厚生省が設置された目的が、健康な国民の育成を通じた頑健な兵士の育成にあったことは明らかである⁶⁷⁾。

衛生思想ヲ啓発シ、衣食住、其他日常生活ノ衛生的改善ヲ指導シ、結核其他疾病予防ノ指示ヲ為ス等、有ユル角度カラ保健上ノ指導ヲ為ス機関デアリマス、保健所ニハ医師、薬剤師、衛生指導員、公衆衛生看護婦等ヲ置キ…衛生各般ノ相談ニ応ズルノ外、擔任区域内ヲ巡回シテ実地指導ヲ為シ、或ハ関係公署団体等ト連絡協力シテ以テ指導事業ノ徹底ヲ期セントスルモノデアリマス…」衆議院事務局「第70回帝國議會衆議院國民健康保險法外2件委員會議録第2回（昭和12年3月13日）」3頁〔河原田稼吉内務大臣議案説明〕（1937）。

- 66) 衛生課と保健所の役割分担は、政府は以下のように考えていた。「保健所ハ、指導衛生ノ方面ニ付キマシテハ、県庁ノ分レト云フ風ニ考ヘテモ差支ヘナイカト思ヒマス、唯此県庁ノ衛生課ノ仕事ハ、独リ指導衛生ノコトノミナラズ、防疫其他ノ仕事モアリマスシ、或ハ取締衛生ノ問題モゴザイマスシ、非常ニ仕事ノ範囲ガ広いデアリマスガ、…能ク連絡ヲ取ッテ、仕事ヲスルト云フコトハ勿論デゴザイマス」。衆議院事務局「第70回帝國議會衆議院國民健康保險法外2件委員會議録第3回（昭和12年3月15日）」6頁〔挟間茂内務省衛生局長答弁〕（1937）。

この他、同答弁は、保健所は保健上の指導機関であり治療にあたらなことも強調している。帝國議會の委員會での議論は、警察部衛生課と保健所の役割分担が中心であり、権力的な取締りでなく、衛生指導や衛生思想の涵養といった非権力的な指導が、国会議員にとって理解し難かった様子がうかがえる。

- 67) 1940年（昭和15年）に国民体力法を制定し、17歳以上19歳以下の男子の体力管理と体力測定を義務化するとともに、結核に罹患する可能性の高い年齢層のすべての者にツベルクリン検査を、罹患した疑いのある者にはエックス線検査等精密検査を、国家規模で実施した。

結核は、明治・大正時代は死亡原因の約10%を占めており、昭和に入ると比率が増加しはじめ、太平洋戦争中は約14%となっていた。1936年（昭和11年）の調査では死亡者106万8,310人中14万5,160人（13.6%）が結核で死亡し、死亡原因の第1位となっていた。また結核患者は若い世代に多く、1930年（昭和5年）の調査では肺結核による死者は、男女とも20歳代が最も多かった。結核予防法は1919年（大正8年）に制定・施行され、1937年（昭和12年）に保健所法の公布とともに改正された。改正により患者の届出制度が施行されたが、1937年（昭和12年）7月～1938年（昭和13年）6月の届出人数が28,551人、そのうち16歳から30歳までの患者が17,365人と60%以上を占めていた。清水勝嘉『昭和戦前期 日本公衆衛生史』183～201頁（不二出版 1991）。池田一夫＝灘岡陽子＝倉科周介「人口動態統計からみた20世紀の結核対策」東京都健康安全センター年報第54号365～366頁（2003）。

(2) 保健所の機能の変遷

1942 年（昭和 17 年）には、戦争の遂行とその激化にともなって、行政事務の整理を目的とする地方官制の改正が行われ、衛生事務は府県の警察部から内政部に所管替えとなった⁶⁸⁾。しかし、衛生行政のうち、飲食物その他の物品取締りに関する事項、墓地及び埋葬の取締りに関する事項、急性伝染病予防に関する事項等はそのまま警察署の所管に残ることとなり、指揮監督も警察部が行っていた⁶⁹⁾。また、衛生事務に従事していた警察部衛生課の関係職員はすべて内政部の職員となったが、警察官吏については警察部と内政部の兼任等の方法が講じられた。

衛生事務の所管替えに先立ち、同年 2 月、国民体力法の改正があり、それまでは地方長官が有していた、事業主や学校長等が行う体力検査の指揮監督権、国民の体力管理医への指揮、検査を受けた者への療養に関する処置命令等を、保健所長が行うことができることとなり、保健所長は行政処分権限を有することとなった。また、1944 年（昭和 19 年）5 月には「各種保健指導施設ノ整備統合ニ関スル件」（通達）により 770 か所の全国の保健所網が完成するとともに、10 月には「保健所運営ノ刷新ニ関スル件」（通達）が出され、保健所は体力管理、母子衛生、優生、栄養改善、結核予防、勤労衛生等の保健指導を行うとともに、これらの行政に関する届出はすべて保健所を経由することとなった。また、保健所長は検疫委員、労働監督官等に補することとなった⁷⁰⁾。これらの改正により、保健所は非権

68) 行政簡素化実施ノ為ニスル警視庁官制外九勅令中改正ノ件（昭和 17 年 11 月 1 日勅令第 768 号）。

69) 清水・前掲注 (67) 25～28 頁。「衛生事務内政部移管に依る措置」（昭和 17 年 10 月 31 日人口局長・衛生局長・予防局長通牒）。「衛生事務移管に関する件」（昭和 17 年 11 月 30 日人発第 1367 号人口局長・衛生局長通牒）。「飲食物其ノ他ノ物品ノ取締ニ関スル法律」第 1 条第 1 項では行政庁の処分を製造、採取、販売、授与、使用の禁止、営業の禁止としていたが、通牒「衛生事務移管に関する件」では、販売、授与、使用の禁止を警察署の権限として残置した。また、氷雪営業取締規則第 2 条に規定する氷雪営業は、地方長官の営業許可のみ警察署の所管のままであった。

70) 1944 年（昭和 19 年）5 月、「各種保健指導施設ノ整備統合ニ関スル件」（昭和 19 年 5 月 13 日厚生次官・通信院総裁連名通牒）に基づき、保健所の設置以前から開設されていた健康相談所（健康保険法や簡易生命保険法に基づき設置）が保健所に統合され、同年 10 月 1 日新たに開設された。現在の保健所はこの時に整備・開設され、今に続くものが多い。

1944 年（昭和 19 年）10 月「保健所運営ノ刷新ニ関スル件」（昭和 19 年 10 月 20 日健民局長・衛生局長・保険局長・軍事保護院副総裁連名通牒）。

力的な指導等を行う機関としてだけでなく、指揮監督権や処置命令権といった権力的な処分を行う機関となった。従前の権力的な取締りの担い手であった行政警察の権限は、保健所に引き継がれていった⁷¹⁾。国民の健康や体位向上等人の健康に関するものだけであったが、保健所に、戦後の保健所の展開につながる行政権限が付与されていたことは注目に値する。

太平洋戦争後、日本国憲法の制定とともに新しく保健所法が制定され、保健所は、設置目的が戦争に勝利するための体位向上から国民が健康な生活を送るための体位向上へと転換したが、組織としては存続することとなった。また、戦前の保健所の権限は維持されたままで、さらに食品衛生関連の業務等生活衛生全般について職務の範囲に取り込まれ、保健所の権限は強化されていくこととなった。

5 小括

1889年（明治22年）に明治憲法が制定された。明治憲法は、君主権力の強力かつ広範囲な独立性を認めた外見的立憲君主制と、それに基づき、大きな制約を受けた形式的法治主義という二つの側面を有していた。

明治憲法の下、食品衛生の取締りを全国一律に行うための基本法として、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が1900年（明治33年）に制定された。この法律は、憲法制定前の、行政によって形式のみ整えられた法と異なり、帝国議会において正式な手続により制定された法律であった。また、同法は、その内容も命令だけではなく、禁止、許可といった行政行為が規定されており、全4条という短い法律ではあるものの、国の法律レベルにおいて、初めて行政法として位置付けることができるものであった。この法律に基づき、行政警察の一つである衛生警察の概念が確立した。

その一方で、同法は、食品衛生の基本法という位置付けであるが、規定がだまかで少なく、飲食物の範囲や取締りについては、行政により省令や命令で規定されたとともに、委任規定がない、又は曖昧なまま飲食物の営業や製造を取り締まる規則が制定されることとなった。

内務省は、牛乳、清涼飲料水、有害性着色料等、特に重要な食品や関係

71) 1937年（昭和12年）に政府が示した、保健所は健康相談や日常的な衛生指導のための機関という設置方針と大きく異なっていた。福山道義「戦前の保健所について」Research（福岡大学研究推進部）15巻1号1頁（2010）。

製品については、対象毎に具体的な規制事項を規定した規則を制定した。これらの規則は、営業の届出や許可について規定するとともに、地方長官による処分や検査、禁止事項や命令違反に対する罰則を規定し、各府県ではこれらの規則に基づいて細則を定め、取締りを実施した。しかし、規則や細則には不利益処分を受ける際の手続が規定されておらず、取締りを行う警察官は広範な裁量権を有することとなった。

食品衛生の取締体制としては、1883年（明治16年）から長く半世紀にわたり、内務省の衛生局が所管するものであった。しかし、1938年（昭和13年）、厚生省が勅令により設置されたことにより、保健衛生行政は、厚生省の衛生局の所管となった。また、その前年である1937年（昭和12年）には保健所が設置された。一方、警察については、引き続き、内務省所管のままであり、食品衛生に関する行政警察権の行使を含めた取締りは、従来同様、警察が行っており、地方では警察部衛生課が取締りを、保健所が衛生指導を行うという体制になっていた。厚生省と保健所の設置は、当時、若者の結核による死亡率が高かったため、健康な国民を育成することで頑強な兵士の養成が目的であった。

戦争の遂行とその激化にともなって、行政事務が整理され、1942年（昭和17年）には、衛生事務は警察部から内政部へ所管替えとなった。しかし、飲食物その他の物品取締りに関する事項等一部の取締業務は、依然として警察署の所管であり、指揮監督も警察部が行った。また、同年、国民体力法の改正に基づき、地方長官が有していた、療養に関する処置命令権等行政処分権限を、これまで衛生指導だけを行ってきた保健所長が有することとなった。戦争がさらに激化すると、1944年（昭和19年）には、保健行政に関する届出は、すべて保健所を経由することとなり、また、保健所長は検疫委員、労働監督官等を補することとなる等、保健所は非権力的な指導を行う機関から、指揮監督権や処置命令権を有する権力的機関へと変わっていったのであった。戦争をきっかけに、権力的な取締りを行ってきた行政警察の権限が保健所へと引き継がれたが、これは、戦時にあって、保健所が戦後のその展開につながる行政権限を付与されたのであった。