

## 論 説

# 日本における食品衛生法制の展開 (2) —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

第2章 明治憲法下における食品衛生関連法制 (以上、本誌 282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1編のまとめ (以上、本号)

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

## 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

1889年(明治22年)に明治憲法が制定され、その翌年第1回帝国議会が開会された。日本は立憲君主制的な法治国家としての体裁が整った<sup>1)</sup>。

---

1) 君主の権限を制約するドイツの立憲君主制モデルとも日本のそれは異なるものであった。高田敏「第一章 行政法とはなにか 第二節 行政法」高田敏編著『行政法—法治主義具体化法としての〔改訂版〕』42頁(有斐閣, 1994)。

形式的には権力分立原則に基づき立法権、司法権、行政権が分立するとともに、行政権に対する法律の優位は十分なものではないとはいえ確立し、行政救済制度として、明治憲法第 61 条は「行政官庁ノ違法処分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めた。これまで司法省布達により一定の行政訴訟が認められてきたが、この規定に基づき、行政裁判法（明治 23 年 6 月 30 日法律第 48 号）が制定され、行政裁判所が設置されることとなった<sup>2)</sup>。しかし、実質的には、明治憲法では天皇にすべての権力が集中し、天皇は法律から独立して法規を創造することができる立法大権（独立命令）を有する等、この時代の法治主義は不十分なものに過ぎなかった。

この視点から、食品衛生行政をみると、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」のほか、省令で規則が制定され、さらには府県が実質的で詳細な取締規則を制定し、それらによって食品衛生に関する規制が行われていた。そこで、法治主義の 3 つの原則「法律の優位」、「法律の留保」、「法律の法規創造力の独占」に基づき検討を行うこととする。

### (1) 法律の優位

法律の優位は、行政活動は法律の定めに従って行われてはならないという原則である。

「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の規定は大まかな内容になっており、第 1 条に衛生上、危害のおそれがあるものは「法令ノ定ムル所ニ依リ」製造、販売用の禁止ができるとあるように、特に重要な飲食物等については、製品毎に省令により規則が制定された。この製品とは、制定年代順に、牛乳、有害性着色料、清涼飲料水、氷雪、飲食物用器具、人工甘

---

2) 先に第 1 章で述べたように、すでに 1872 年（明治 5 年）司法省布達第 46 号により、地方官等の違法処分に対する出訴規定が定められていた。初代司法卿である江藤新平は、これにより人民の権利の伸張を図るとともに、司法権を行政権の牽制機関として確立することを目指したと言われている。しかし、1874 年（明治 7 年）司法省布達第 24 号により、官府に対して行う個人的な訴訟は司法裁判所で受理すること、一般公同のため行う訴訟は行政裁判所が設置されていないので司法裁判所が受理するが、まず太政官に具状申稟して指示を仰ぐこととなった。司法権による行政権への牽制を制御し、行政権への権限集中化を図っている。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）。

味質、飲食物防腐剤等である。

牛乳、清涼飲料水、氷雪に係る営業取締規則では、法律の内容をより具体化し、品目の「営業」について、地方長官が許可等の行政処分を行うとともに、製造や販売、製品の品質や表示等法律に定められた内容以外のものも規制し、違反者に刑罰を科していた<sup>3)</sup>。

また、有害性着色料、飲食物用器具、人工甘味質、飲食物防腐剤に係る取締規則では、規制する対象物を定義し、これらの販売用飲食物等への使用、販売禁止等具体的に禁止内容を規定した<sup>4)</sup>。例えば、有害性着色料であれば、物質名の特定、販売する飲食物への使用の原則的禁止、飲食用容器や包装等への使用禁止と許可されるもの、化粧品や小児用玩具等への使用禁止と許可されるもの等が規則で規定されていた。

内務省の規則に基づき、府県等でもさらに細かい規則が制定された。特にそのまま消費者の口に入る食品である牛乳、清涼飲料水、氷雪については、食中毒その他の危害の危険性が高いことから、さらに具体的で詳細に、届出事項、製造場や貯蔵場等の位置や構造、保管の仕方、品質や表示等について規定した。有害性着色料等食品添加物の取締規則については、法律の規定を具体化したものが多かった。

内務省や府県等の規則においては、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」第1条に基づく衛生上危害を生じるおそれのある製品の製造、販売、使用の禁止及び営業者の営業の禁止や停止、製品の廃棄処分について、また同法第2条に基づく収去検査について、地方長官に処分権限を認めるとともに、法律の不完全さを補い、実質的な食品衛生の確保に努めるため、同法に規定のないものも定めていた。いわゆる「横出し」規則であったが、当時、これら規則は、独立命令として、法律に抵触しない範囲において、法律とは独立して、大権の親裁や行政官庁の職権により、発せられることが認められていた。当時、学説においては、美濃部が、官庁が警察権を発動する際、法律や勅令にその根拠がない場合であっても、内務省令等命令を制定すればよいと考えていた。ただ、この命令さえ制定することなく権

3) これらはいわゆる法律の個別の委任なく制定された「独立命令」である。

4) 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』158頁（農林水産政策研究所，2004）。

力的行為を行うことについては、これを違法と解釈していたのである<sup>5)</sup>。警察権の発動とは、人民の自由や権利を侵害する警察強制を意味し、その根拠としては、憲法で規定された法律や勅令だけでなく、規則も含めて考えられていたのである。

また、明治憲法では第 23 条において「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁査問処罰ヲ受クルコトナシ」と定められていたが、いずれの規則にも、規制を守らせるための罰則が規定されていた。「法律の留保」の検討において後述するように、罰則については、1890 年（明治 23 年）に法律及び勅令が出され、規則において罰則を規定することを認めていたのである。

例えば、牛乳を例にとると、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」では、行政が、腐敗した牛乳を廃棄しようとした場合、それに抵抗した営業者は 1 月以内の重禁錮と 10 円以下の罰金になり、また廃棄命令を受けた営業者が腐敗した牛乳を指定した期間内に廃棄しなかった場合は 20 円以下の罰金となる。ただし、この場合、腐敗した牛乳の販売を禁止してはいない。そのため、牛乳営業取締規則では、第 7 条で「牛乳営業者ハ左ノ牛乳ヲ販売シ又ハ販売ノ目的ヲ以テ陳列シ若ハ貯蔵スルコトヲ得ス 一 腐敗シタルモノ・・・」とし、腐敗した牛乳を販売した場合、25 円以下の罰金を課した。また、同規則第 11 条では「牛乳営業者ハ牛乳又ハ乳製品ノ容器、量器及牛乳又ハ乳製品ヲ取扱フ場所ヲ常ニ清潔ニ為スヘシ」とし、牛乳営業者の、牛乳容器や取扱場所等の清潔保持を義務付けており、違反した場合は 10 円の罰金を科している。いずれも法律の規定にはないものであり、さらに販売禁止違反については法律が定める廃棄違反に対する罰金よりも高額な罰金であった。また、同規則第 15 条では「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」第 1 条に基づく衛生上危険を生じるおそれのある製品の製造、販売、使用の禁止及び営業の禁止や製品の廃棄処分について、同規則第 16 条では同法第 2 条に基づく収去検査について、地方長官にこの権限を委任している。

内務省や府県等による規則は、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の規定にあるものはもちろんであるが、同法に規定のないものについても、

---

5) 美濃部達吉『日本行政法 下巻』64～67 頁（有斐閣，1940）。

法律や勅令に抵触するものでなければ、罰則を定めていた。その限りでは、法律の優位は実現していたといえる。

食品衛生関連法令においては、このように、法律の優位の原則は実現していたものの、この時代は法律そのものの規定が不十分であり、また重要なものであっても省令で規定する等、法律という概念が有する法的意味に対する認識が曖昧で徹底できていなかった。

## (2) 法律の留保

法律の留保は、行政活動には必ず法律の根拠を必要とする原則である。明治 20 年代は、穂積八束を中心とする国権学派により、法律によって留保されるべきものは憲法の各条に規定される項目のみであり、人民の自由を制限し権利を侵害するような場合でも、行政は本来的に自由なもので、法律の根拠を必要とせず行動しようと主張されており、この説が通説となっていた。これに対して美濃部を中心とする民権学派は、行政活動のなかでも、人民の自由・権利を侵害するものは、すべて法律によって規律されなければならないと、侵害留保説を主張したが、当時は少数説にとどまっていた<sup>6)</sup>。しかし、明治 30 年代から大正時代にかけて、日本における行政法学の発展に伴い、多数の学説において侵害留保説が有力となった。さらに、法律の留保に属する事項を広く解する説も主張されるようになり、受益的処分を含め権力的行為に法規の根拠を必要とする説も主張されたが、これらの説は少数説にとどまっていた<sup>7)</sup>。

このような法律の留保に関する学説状況をふまえて、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」をみるならば、そこでは、行政庁に対し、衛生上危害のおそれがある飲食物については販売や使用等の禁止、廃棄処分権限を規定するとともに、検査に必要な物を無償収去する権限も定めている。

6) 塩野宏『法治主義の諸相』106～107頁(有斐閣, 2001)。ただし、一般論にとどまっており、緊急を要する場合に限っては、警察行政については、この例外を認めていた。後述 139～140頁参照。

7) 高田敏「わが国における法治行政論の生成」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』483頁(有斐閣, 1978)。塩野は、美濃部による「美濃部三原則」の第二原則「人民の為に新たな権利を設定し、その他人民に利益を供与する処分は、法律が特に人民にその利益を要求する権利を与えて居る場合を除くの外、原則として自由裁量の行為である」という考え方について、権利義務を侵害する定めには法律が存在することを前提とするものであったと解している。塩野・前掲注(6)145頁。

また、明治憲法第 23 条で「臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」と規定していることを受けて、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」においては、第 3 条において命令を受けて指定期間に廃棄処分等を履行しない者、公務を執行しようとした者に抵抗した者について、罰金や重禁錮等の刑罰を定めていた。

しかし、それとは別に、内務省が制定する規則や府県等が制定する細則にも罰則が規定されている<sup>8)</sup>。省令や県令等に対する罰則については、「命令ノ条項違反ニ関スル罰則ノ件」(明治 23 年 9 月法律第 84 号)、「省令庁令府県令及び警察令ニ関スル罰則ノ件」(明治 23 年 9 月勅令 208 号)が定められ、命令の条項に違反する者に対する刑罰や、各省大臣、地方長官、警視総監が附することができる罰則について規定しており、これらの法律及び勅令に基づいて、個別の法律の委任のない規則であっても罰則規定を設けることについて法律の根拠を有しているということができた<sup>9)</sup>。すべての規則や府県令に対し、罰則を認めるこれらの法律は、法律の留保であっても、形式的かつ一般的、包括的なものであり、強力な行政権の存在を容認するものでしかなかった。また、法律の留保は、実際は、法律ではなく法令の留保に等しいものでしかなかった<sup>10)</sup>。

8) 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 648 頁(2013)。

9) 判例「警察犯処罰令違反ノ件」(大判大正 2 年 7 月 11 日刑録 19 号 790 頁)では、芸妓である被告が売春の罪を問われ、警察犯処罰令(明治 41 年内務省令第 16 号)について、法律ではなく、勅令の再委任による内務省令によって罰則を適用することは憲法違反であると無罪を主張したものである。しかし、大審院は、警察犯処罰令は、「命令ノ条項違反ニ関スル罰則ノ件」に基づく委任により、「省令庁令府県令及び警察令ニ関スル罰則ノ件」に認められた制裁を規定した省令であり、明治憲法第 23 条の「法律ノ内ニ包含セラルルモノ」とする。福山・前掲注(8) 649 頁。

命令ノ条項違反ニ関スル罰則ノ件(明治 23 年 9 月 18 日法律第 84 号)

命令ノ條項ニ違反スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ニ處ス

省令庁令府県令及び警察令ニ関スル罰則ノ件(明治 23 年 9 月 18 日勅令第 208 号)  
第一条 各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其ノ發スル所ノ省令ニ二十五圓以内ノ罰金若ハ二十五日以下ノ禁錮ヲ附スルコトヲ得

第二条 地方長官及警視総監ハ其ノ發スル所ノ命令ニ十圓以内ノ罰金若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得

10) 高田・前掲注(7) 492 頁。

## (3) 法律の法規創造力の独占

法律の法規創造力の独占については、法律のみが法規を創造することができるという原則であり、行政機関は法律による授權がない限り、命令で法規を定めることができないことを意味している。

明治時代には、法律で定めなければならない事項は、憲法が法律によって定めることを規定している事項、つまり憲法に列記されている事項と解する立法事項説が通説であった。そして、人民の権利義務を規定した憲法第2章について、立法事項を限定的に定めたものであると解した。一方、反対説は憲法第2章の規定は法治主義の原則の宣言であり、それらは法律に拠らなければ権利・自由を侵害されないと明らかにしたものであり、人民の権利・自由を侵害する規範は法律でなければならないと解した。これらの説の相違は、法律の法規創造力についても解釈の違いを生ぜしめており、反対説は法律の法規創造力を認め、通説はそれを一般的に妥当するものとして認めていなかった<sup>11)</sup>。

また、明治憲法は、天皇に緊急勅令や執行命令、独立命令を認めていた<sup>12)</sup>。この独立命令が憲法第2章に定める人民の自由・権利についても定めることができるかどうかの問題となった。

この問題について、食品衛生行政領域における状況をみるならば、そこにおいても、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」だけでなく、食品衛生分野で国民に義務を課し、権利を規制する規則を内務省令で数多く制定し、さらには府県が取締りを施行するためにより具体的な規則を制定しており、それらはすべて独立命令として営業の自由や財産権を規制する根拠となっていた。

当時の通説である「法律留保説」でさえ、憲法第2章の権利義務については、独立命令による規定の可能性を否定していた。しかし、美濃部は、警察作用についての最も重要な基礎原則は、警察が法規に準拠してのみ行われるべきことであるとした一方で、地方の事情に応じ、全国画一ではな

11) 高田・前掲注(7) 489頁。

12) 明治憲法

第八条 天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議會閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス

第九条 天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス

く、臨機応変の処置を要することが少なくないため、法律以外にも、明治憲法第9条による天皇による命令をもって定めることができるという例外的な解釈を行っていたことには留意しなければならない<sup>13)</sup>。この美濃部の説は、大正から昭和にかけて戦前も賛同する研究者はいなかった。ただ、実際の法規制をみると、地方長官が地方の事情を考慮し、独立命令として規則を制定していたのであった。

#### (4) 明治憲法下の法治主義

明治国家は諸外国の例にならぬ、形式的には近代法治国家として、憲法を定め、人民の権利・自由の侵害については、法律に留保し、法律の根拠に基づいてのみ行政権を行使することとした。法秩序の維持を近代国家形成の基礎的条件の一つとして考え、明治憲法制定以降、議会の協賛を得てさまざまな法律を整備した。

しかし、それらは行政権発動の根拠となる一方で、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」にみられるように、規定内容は限定的で、実現するための手段や基準は抽象的な定めにとどまり、具体的で実質的な規定は、独立の政府の命令等に委ねられていた。食品衛生関係法令においても、牛乳営業取締規則をはじめ、多くの規則が法律の委任のないまま内務省令により制定されていた。そして、その手段は、警察組織による取締りを活用したものであった。外観は法治国家の姿をとりつつも、明治国家は、憲法に定めた天皇大権を前提とした官僚制国家であった。

しかし、大正から昭和初期にかけて、我が国も欧米の自由主義、民主主義思想の影響を受け、1912年（明治45年）、美濃部による天皇機関説が、また1916年（大正5年）、吉野作造による民本主義が提唱されるとともに、1918年（大正7年）、原敬による政党内閣が組織される等大正デモクラシーの時代となる。法治主義についても、学界では美濃部による侵害留保説が通説となる等、制度や実務とは異なり、理論においては、一般論のレベルにとどまるとはいえ、一定の進展もあった<sup>14)</sup>。

こうした変化する状況との関連で食品衛生関連法令をみると、1906年（明治39年）に屠場法が、1912年（明治45年）にメチールアルコール（木

---

13) 美濃部・前掲注(5) 64頁以下。

14) 高田・前掲注(7) 481～482頁。



精)取締規則が制定されるとともに、清涼飲料水や牛乳に係る規則についてはさらに詳細な規制等の改正が検討され始めた。大正時代以降には、1923年(大正12年)に清涼飲料水営業取締規則が、1933年(昭和8年)牛乳営業取締規則が改正され、1926年(大正15年)の食肉営業取締規則の制定、さらには府県等における一般飲食物に関する取締規則の制定が進み、規制対象となる物品の範囲が拡大し、規制項目が増加していった<sup>15)</sup>。先に述べたようにその法治主義はなお形式的なものにとどまっていたとはいえ、法律だけでなく独立命令等各種法令も含めて考えるならば、不完全な法治主義の時代ではあったが、行政が自ら制定した法令に拘束されることにより、行政権の恣意に対するある程度の法的コントロールが行われるようになったといえることができる(行政の自己拘束の進展)<sup>16)</sup>。

しかし、1931年(昭和6年)の満州事変を契機に徐々に戦時体制へと進み、社会運動や思想の弾圧、経済統制が始まり、戦時下においては、法律によって行政権の活動が授権・コントロールされるよりも、独立命令によって行政が広範な権限を得て活動する場合が増え、議会の法律ではなく行政の自由な活動領域が拡大し、法律の優位原則は否定はされないものの、完全に形骸化していったのである<sup>17)</sup>。法律の委任に基づいた規則の制定等、法治主義に関するこれらの課題が解決されるのは、戦後日本国憲法の制定を待たなければならないこととなった。

## 2 行政警察の成立

### (1) 行政警察の成立

明治憲法の制定により、帝国議会が設置され、形式的ではあったものの、法治主義の考え方とともに、議会が制定する法律やそれに基づく規則等が

15) 山本俊一『日本食品衛生史(大正・昭和前期編)』3～6頁、15頁(中央法規出版、1981)。

16) G. イェリネク著(芦部信喜ほか訳)『一般国家学』297頁以下(学陽書房、1976)。イェリネクは、君主国家においては、法は国家に従属する者に対するものであるが、法治国家においては、法は国家自体の活動を規制すると述べている。これは国家の自己拘束説(自己制限説)と呼ばれており、三権の権力分立による規制ではなく、国家が制定した法により、国家自体が法に服し、法により義務付けられるとする説である。君主国家における君主の専制権力を法治国家の形式によって正当化しようとしたものである。イェリネクの国家法人説は美濃部達吉の天皇機関説に影響を与えた。

17) 田中二郎『新版行政法下巻全訂第二版』16～20頁(弘文堂、1983)。

制定された。これまで、法令において、違反行為に対する禁止事項や刑罰が定められていただけであったが、許可やその取消し、禁止命令等行政処分が明記されるとともに、行政手続が明確化され、さらには行政裁判所や訴願制度が、それぞれの法に基づき整備された。行政がそのなかでルールを作り、それに基づいて活動し、さらには不服申立ができる制度を構築し、行政のなかで行政立法、行政処分、行政司法の三権が機能する仕組みができた。ここに行政法が成立したといえることができる<sup>18)</sup>。

明治憲法下においては、行政法では、法の目的を達成するため、行政庁に規制権限を授権し、法違反を取り締まる仕組みが出てきた。取締りに関する行政法について、これを伝統的な行政法学では警察法ととらえ、明治憲法下においては、ほとんどあらゆる行政分野は、警察として位置付けられていた<sup>19)</sup>。また、取締りやそれに伴う人民による行政上の義務の履行を確保するため、強制執行と即時強制が広く認められていた。「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」等個々の法律や規則のほかに、一般法として、1900年(明治33年)に制定された行政執行法(法律第84号)、同施行令(勅令第253号)があげられ、個別法の根拠がなくても、この一般法である行政執行法に基づいて、行政は強制措置を行うことができた。

美濃部は、行政警察を、「社会公共の利益を保全することを直接の目的とし、国家統治権に基づき人民に対して命令し、必要な場合は実力をもってこれを強制する作用」と定義した<sup>20)</sup>。また、行政警察の種類として、保安警察と狭義の行政警察に分け、狭義の行政警察とは、衛生・交通・特殊の産業等ある特別な社会的利益の保護を目的とし、警察作用によってのみその目的を達するものではなく、他の行政作用と共同して行われ、両者相合して行政の一部門を為し、それぞれの主務官庁が定められているものとした。美濃部は、その著書『日本行政法』の中で、行政各部の警察として

18) 近代的な意味における行政法が成立する前提条件として、法治国思想と行政制度の觀念の發達が必要である。和田英夫「日本行政法の歴史的 성격－明治憲法体制における行政法の地位－」法律論叢35巻3号3頁(1962)。

19) 下山瑛二『現代行政法学の基礎』16頁(日本評論社, 1983)。和田・前掲注(18)8頁。

20) 美濃部・前掲注(5)9～10頁。美濃部は、行政の警察作用として、以下の3つの要素をあげた。第一に、警察は社会の安寧を保ち公共の利益を全うすることを直接の目的とする。第二に、手段として、権力をもって人民に命令し必要によっては実力をもってこれを強制する作用である。第三に国家とその統治に服する人民との間において、一般統治権に基づいて行われる作用である。

①言論・出版・集会・結社・選挙運動に関する警察、②危険性ある物又は事業及建築に関する警察、③一般の保安及び風俗に関する警察、④衛生に関する警察、⑤営業及び原始産業に関する警察、⑥交通に関する警察 の6つに分類していた<sup>21)</sup>。

したがって、この分類によれば、食品衛生は、衛生に関する警察に属し、その関連法令を検討すると、かつて刑法において、飲料浄水の汚穢、健康を害する可能性のある飲食物の製造・販売について、法に違反する行為をした場合は、その行為に対し、軽罪として刑罰が規定されていただけであったが、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が制定されると、この法律は、行政庁の権限を規定し、問題ある飲食物については、行政庁が営業者に対し、製造や採取、販売、授与、使用の禁止、また営業者の営業禁止や停止を行うだけでなく、飲食物の廃棄命令を規定した。これら義務を課す命令に従わない場合は可罰行為とし、処罰することでその実効性を確保した<sup>22)</sup>。内務省や府県により制定された規則においても、営業の許認可、営業の禁止、停止等の行政処分とともに、刑罰について規定された。また、同法では、営業者が廃棄を行わない、若しくは行えない場合、行政が実力行使として、直接、その食品を廃棄する即時強制の措置をとることも可能であった。これらの権力的手段がおかれることによって、行政警察が実務的にも成立したのであった。

しかし、明治憲法体制の末期、すなわち、日中戦争が始まり長期化すると、日本は戦争遂行体制に移行することとなり、1938年(昭和13年)、国家総動員法が制定され、国民の経済・社会・労働等生活領域はすべてこの法体制の下に編入されることとなった。法による形式が整ってさえいれば、国民は法に対する服従義務が求められた<sup>23)</sup>。戦争遂行とその勝利を目的とし、これと結びついた思想が支配的なものとなり、言論、表現の自由を抑圧する行政警察の運用の強化が図られた<sup>24)</sup>。その一方において、この時期、形式だけをみるならば、かつてと同様に行政は所掌事務を定めた規

---

21) 衛生警察は、この他、防疫警察、医療業警察、薬品及び薬品業警察があった。美濃部・前掲注(5) 218頁以下、38～39頁。

22) 刑罰についても、先に述べたように、法律に根拠がなくても規則等行政立法で規定することができた。

23) 高田・前掲注(7) 468頁。

24) 和田・前掲注(18) 10頁。

則を作り、その規則に基づいて個別具体的な規制を行っていた。しかし、実際は権力的な行政処分はもちろん、所掌事務として掲げられていた非権力的な活動も、戦争の激化により、事実上、遂行できなくなっていく。このことは、食品衛生についても同様であった。すなわち、深刻な食糧不足から1942年（昭和17年）、食糧管理法が制定され、生産、流通、消費のすべてに政府が広くかつ強力に介入することとなった。これに伴って、これまでの食品衛生の基準は緩和されていき、収去検査も実施されなくなっていく。多くの点で、衛生行政は機能不全に陥ったのであった<sup>25)</sup>。

## (2) 警察の性格の変遷

第1章で述べたように、1875年（明治8年）に制定された行政警察規則の目的は「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」であり、それはフランスにおける18世紀後半の自由主義時代の警察の観念に倣ったものであった。したがって、警察は主に治安維持という消極的な目的のための存在として定められたのである<sup>26)</sup>。しかし、先に述べたように、1885年（明治18年）に、警保局で編集・刊行された『警務要書』においてもわかるように、行政警察の業務においては特に「予防」もその視野に入れていたことが読み取れる<sup>27)</sup>。食品衛生関連では、当時は特に食中毒の被害が大きく、その要因の一つとして人民の知識や認識が不足していることがあり、啓発や知識の普及等予防について、これも行政警察が力を入れるべき事項であった。明治国家は、列強諸国に対抗するため、強力な行政権に基づく警察国家を必要とし、その下で、違反者を取り締まり、刑事罰を科すことで秩序を維持するだけでなく、積極的に福祉の増進を図ることも行政警察の一つと位置付けていた。したがって、実際の警察のあり方に注目するならば、それは、法治国家の警察ではなく、警察国家にお

25) 1935年（昭和10年）には47都道府県で961,993件実施されていた検査が、1943年（昭和18年）には6府県でわずか2,656件しか実施されなくなっていた。内務省衛生局『衛生局年報 昭和10年』（内務省衛生局, 1936）。山本・前掲注（15）49頁。

戦争末期の衛生関係の資料を探したが、1943年（昭和18年）6月、厚生省が全国の牛乳営業者に対して夏場の牛乳の保管や容器の洗浄滅菌等について通知を出し督励した資料しか探すことができなかった。山本・前掲注（15）158～159頁。

26) 田中・前掲注（17）30頁。

27) 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』491頁（岩波書店, 1990）。

ける福祉警察の特徴を顕著に持っていた。

その後、明治憲法の制定に伴い、形式的ながらも立憲君主制が採用され、その下で、これも形式的には法治国家がめざされた。こうした状況において、食品衛生行政についても、法の整備が進むとともに、行政による規制は、刑事罰を中心とする取締りから食品衛生関連法令に規定した行政処分及び強制措置を中心とする取締りへと、その重点が推移した。しかし、明治憲法制定後も、引き続き予防も重視される等かつての警察国家時代の福祉警察についても否定されずに残っていくことになる。したがって、その範としてフランスのように、警察は近代的警察に完全に脱皮することはできなかったのである。食品衛生関連法令についても、明治30年代になると、さまざまな法律とともに行政が規則に基づいて営業者を取り締まっていた。清潔な生産環境の確保、容器の消毒等衛生に関する予防事項についても検査と並んで規定されており、法律ではない省令や庁府県令の規定に基づき、営業許可や、当該義務が履行されない場合は許可の取消しも行われた。

内務省の衛生局年報については、1978年(明治11年)から1940年(昭和15年)までたどることができる。そのうち1905年(明治38年)から1912年(明治45年、大正元年)にかけては、営業禁止や停止といった行政処分数とともに、飲食物関係の告発件数と有罪件数が掲載されている。行政処分数、告発件数ともに年によって増減があり、最も少ない年は1906年(明治39年)で621件の告発に対して515件が有罪、最も多い年は1910年(明治43年)で1,582件の告発に対して1,257件が有罪となっている。それぞれの年の行政処分数は、1906年(明治39年)が営業禁止5件、営業停止6件、1910年(明治43年)が営業停止のみ4件といった状況であった。1913年(大正2年)以降告発件数は記載されなくなったが、行政処分数は1940年(昭和15年)までコンスタントに掲載されており、そのなかでも1913年(大正2年)から1929年(昭和4年)頃にかけては、それ以前の明治時代や1930年(昭和5年)以降と比較すると、営業禁止処分や停止処分の件数が多いことがわかる。また飲食物の収去検査も年々増加していき、1913年(大正2年)には189,658件であった検査は1929年(昭和4年)には772,045件に増えた。収去検査が積極的に行われ、それに基づく行政処分による取締りが広く行われていたことを示し

ている。ここには法治国家転換への変化の兆しがうかがわれる<sup>28)</sup>。

しかし、戦時体制へと移行する1930年代に入ると、行政処分については、営業禁止処分が全くない年が増え、その分営業停止処分が少し増加する傾向にある。また、1935年(昭和10年)以降、検査件数はどんどん多くなるにもかかわらず、有害と判断された件数はあまり変化がないといった状態となる<sup>29)</sup>。一方で、司法省刑事統計年報を大正から昭和にかけてたどると、裁判(第一審)の対象件数と被告人は1916年(大正5年)には9,573件15,334人であったが、1918年(大正7年)には7,124件9,427人、1921年(大正10年)には4,662件7,188人と減少し、1939年(昭和14年)には3,424件4,942人となっている。略式事件については増減を繰り返しているが、違警罪については特別法犯は1913年(大正2年)に10,674件であったが、1916年(大正5年)には17,049人、1921年(大正10年)には63,221人と増加し、1939年(昭和14年)には210,108人となっている。これらは、法律や規則が年々整備されていったことに加え、1927年(昭和2年)の金融恐慌、1929年(昭和4年)の世界恐慌の影響による不景気と失業者の増大、1931年(昭和6年)の満州事変、1931年(昭和6年)や1934年(昭和9年)に東北地方に発生した冷害・凶作等による社会不安を反映しており、警察署長により即決できる違警罪を多用し、速やかな治安回復を図ったのではないかと考える。

食品衛生行政に関する犯罪は、裁判件数、略式事件数、違警罪即決件数とも、年によって増減はあるもののあまり大きな変化はなく、衛生行政そのものの性格が法による取締りから一部は刑罰へ、一部は戦争遂行のための予防へと転換したのではないかと考える。そして制裁としては、正式な裁判による刑罰ではなく、違警罪を活用したのではないだろうか。食品衛生については、厚生省の判断により警察所管のまま残置したが、命令、強制に重点をおくものから、再び刑事罰による取締りに重点をおくものへと、行政警察の役割は変化したのであった。

---

28) 物品別では牛乳、清涼飲料水(ソーダ水やラムネ)、清酒の検査件数が多く、この傾向は衛生年報が公表されていた1940年(昭和15年)まで継続する。また、検査の増加傾向は昭和に入ると食品衛生の取締りが厳格化したことから、1938年(昭和13年)には1,193,869件となっている。

29) 年報からは、検査の結果、有害と判断されたものは60～90%程度が事業者若しくは行政による廃棄処分となっていることがわかる。

食品衛生における目的の変革と予防行政の推進については、戦後の1947年(昭和22年)、日本国憲法下における食品衛生法の制定により初めて位置付けられ、その後、明治憲法下のその克服、そして新たな生成、確立をみることとなるのであった。

### 3 行政警察による裁判

#### (1) 行政裁判の制度

行政裁判については、明治憲法第61条に基づき、行政裁判法(明治23年6月28日法律第48号)が制定された。行政裁判所は東京のみに設置され、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(明治23年10月9日法律第106号)に列記された5つの事件に対して一審かつ終審の裁判を行うのみとなっており、国民の権利救済には極めて不十分なものであった<sup>30)</sup>。また公務員の違法な公権力の行使に関する国民の損害については、行政裁判法にも「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」(第16条)と規定されており、国家賠償については認められていなかった<sup>31)</sup>。

訴訟対象となる5つの事件の中には、営業免許の不許可や取消しが入っており、飲食物関係の営業許可も対象となっていた。行政裁判所判決録では、営業許可全体について、訴訟はあまり多くなく、そのなかでも本稿が検討する食品衛生関連をみると、牛乳や清涼飲料水等飲食物そのものに関する事業の営業許可に係る裁判記録は非常に少ない。国の衛生局年報の「飲食物其ノ他ノ物品検査成績」をみると、検査数は年々増加するものの、有害と判断された件数は変化が少なく、その多くが廃棄(任意廃棄を含む)処分となっている<sup>32)</sup>。「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」制定以降、

- 
- 30) 行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件(明治23年10月9日法律第106号)  
法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得  
一 海関税ヲ除ク外租税及手数料ノ賦課ニ関スル事件  
二 租税滞納処分ニ関スル事件  
三 営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件  
四 水利及土木ニ関スル事件  
五 土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件
- 31) 行政裁判法第16条により、国家賠償を求める途が閉ざされ、「国家無答責の原則」が支配することとなった。川内崑「第四章 行政作用の事後的統制 第五節 国家補償 第一款国家賠償」高田敏編著『行政法—法治主義具体化法としての[改訂版]』305～306頁(有斐閣、1994)。
- 32) 明治11年～昭和12年は、内務省衛生局『衛生局年報』、昭和13年～15年は、

違反件数は少なくなかったが、命令による廃棄処分や、違警罪即決例・警察犯処罰令による違警罪として、警察署長により即決される料料が多く、営業免許の不許可や取消しといった行政処分そのものが少なかった。そして、この処分を行政訴訟という方法で争うことはほとんどなかったことがわかる<sup>33)</sup>。

一方、5つの事件以外の処分は、他の法律や勅命で別段の規定がない場合、行政訴訟の対象と認められず、行政裁判所はもちろん、司法裁判所においても受理されなかった<sup>34)</sup>。国民の権利に大きな影響を与える警察処分についても、営業免許の拒否又は取消しに関する処分以外は、行政訴訟は認められていなかった<sup>35)</sup>。

## (2) 食品に関連する行政裁判例

ここでは、数少ない裁判例のなかから、食品に関連する営業免許に係る訴えの事例について取り上げる。

---

厚生省衛生局『衛生年報』の「飲食物其ノ他ノ物品検査成績」を参照した。

33) 食品衛生に関する訴訟が少なかった原因の一つとして、先に述べたように、料理店や飲食店に対する取締規則は、国で統一された規則がなく、府県により時期、内容ともにまちまちに制定されたものであったことが考えられる。府県で独自に制定した規則は、料理店・飲食店については風俗の視点からとらえて規制しているものや、衛生の視点から規制しているもの等さまざまであった。また、訴訟を起したとしても、裁判所が受理しても却下したり、裁判となっても書面審判でしかなく、原告の訴えが認められることは少なかった。

東京警視庁「飲食物営業取締規則」(昭和13年5月警視庁令第10号)を例にみると、第1条において「飲食物営業業者」を営業として飲食物を販売し又は販売の目的をもって製造販売加工若しくは調達する人又は法人をいうと定義するとともに、第2条において腐敗や変敗その他により衛生上危害を生じるおそれのある飲食物の販売等を禁止する等、飲食物を直接取り扱う飲食物営業業者の製造場、加工場、調理場の構造や設備、及び販売、貯蔵、陳列される飲食物の衛生に関して作為、不作為を命ずる警察下令がその中心であった。福山・前掲注(8)643頁。

34) 「第16回帝國議會貴族院議事速記録第13号(明治35年2月17日)」180頁[山脇玄議員発言](1902)。「行政裁判所ハ其権限トシテ列記セラレタル事件ノ外裁判権ヲ有シマセズ、司法権モ亦法律ニ依ッテ定メラレタル権限ヲ有スルノミデアリ、而シテ其権限ヲ定メタル所ノ裁判所構成法ニ依ッテ見マスト通常裁判所ハ民事刑事ヲ裁判スルモノトゴザイマシテ、其権限ヲ裁判スル権ヲ持つテ居ラスト云フコトハ明瞭デアリマス、故ニ行政事件ニシテ列記ニ漏レタルモノデアリマスルト司法裁判所ニ向ッテモ行政裁判所ニ向ッテモ出訴スルコトガ出来ナイ、而シテ其列記ヲスル所ノ範圍ガ狭クセラレバ狭イ程此出訴スルコトノ出来ナイ事件ノ多ト云フコトハ当然デアリマス」。列記された5つの事件以外は、司法裁判所でも受け付けられなかった。

35) 山岸敬子「主観訴訟として構成された旧行政裁判制度」中京30巻4号192頁(1996)。



判例 1) 魚市営業免許ノ拒否処分取消ノ訴 (明治 25 年 4 月 11 日宣告行録第 3 輯第 3 卷 122 頁)

原告が成式の手続をとって新しく支店を設け魚市場営業の届を出したところ、郡長から拒否されたため、営業自由の妨害として拒否処分の取消しを愛媛県知事に求めた。知事は会社の頭取改選が手続不備でまだ認可されておらず、規約も、取締人も決められていない状態であるとして訴願を棄却した。本件は、知事の裁決の取消しを求め、郡長に原告の営業を拒否しないよう指示する裁決を知事に求めたものである。裁判所は、愛媛県令第 30 号により、届には魚市場取締人の連署が必要であったが、当該届には取締人でない者の署名があり、成式の手続を終えているとは認められず、拒否処分は違法でなく、原告の請求は成り立たないと判示し、手続の不備を理由に棄却した<sup>36)</sup>。なお、明治憲法には明示されていない「営業の自由」について、原告は主張しているが、判決では「本按二必要ナキヲ以テ説明セス」と触れることはなかった。また、知事の裁決の取消しを求めているにもかかわらず、被告は郡長自身となっており、裁判制度そのものへの理解が未成熟だったことも示している。

判例 2) 屠畜場設置許可指令ノ変更請求ノ訴 (明治 32 年 11 月 21 日宣告行録第 10 輯第 32 卷 77 頁)

屠畜場及屠畜並ニ獸肉販売取締規則 (明治 19 年長崎県令第 61 号) に基づき、豚の屠畜場の許可を得て、豚以外にも山羊、羊、牛の屠畜を行っていた原告が、屠畜場移転に伴い豚、山羊、羊の許可のみが出され、牛の許可が与えられないのは、屠畜営業権行使の妨害として、長崎県知事に許可の変更を訴えたものである。裁判では、許可における屠畜対象の制限は、屠場に対して行った物的処分であり、原告の屠畜営業権に制限を附した人

---

36) 事件の背景として、愛媛県松山市では、魚問屋が集まって「魚市商會社」を設立、1880 年 (明治 13 年) 3 月に知事の認可を受けていた。しかし、経営がうまくいかず、1883 年 (明治 16 年)、部外者であった二神清八 (原告) が株を譲り受け経営に参画した。経営は好転し、対立していた他社とも合併した。また、せり市は露店で魚の血汁等で極めて不衛生であったことから、魚市場として、1888 年 (明治 21 年) には敷石の広場を、1890 年 (明治 23 年) にはそれに回廊状の屋根を建築する等積極的に改善に取り組んでいた。その最中の裁判であった。愛媛県史編さん委員会『愛媛県史 社会経済 2 農林水産』774 ~ 778 頁 (愛媛県、1985)。

的処分ではないとして原告の請求は成り立たないと判決した<sup>37)</sup>。設置許可は「場所」に対してであり、「人」に対するものではないという判断であった。

判例 3) 営業免許取消処分取消ノ訴 (昭和 4 年 2 月 26 日第一部宣告行録第 40 輯 211 頁)

飲食店を営む原告が、警視総監から昭和 3 年 4 月 19 日に営業免許を取り消され、同年 7 月 3 日に内務大臣に訴願を行ったが、訴願期間を過ぎ、また処分庁を経由していなかったため同年 10 月 15 日に却下された<sup>38)</sup>。そのため訴訟を提起したものであるが、行政裁判法第 17 条第 3 項「各省又ハ内閣ニ訴願ヲ為シタルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス」により却下となった。営業免許取消処分の理由については、記録に記載されていない。当時、訴願は、行政処分後 60 日以内に処分行政庁を経由して、提出する必要があった<sup>39)</sup>。

判例 4) 営業免許取消二関スル栃木県知事ノ裁決ニ対スル不服ノ訴 (昭和 4 年 7 月 25 日第二部宣告行録第 41 輯 1 頁)

営業者ではない戸主が、数回にわたり料金を科される等問題を起こしている料理屋に対し、公安若しくは風俗を害するおそれがあるとして、栃木県令第 20 号料理屋営業取締規則第 13 条第 3 号に基づき、警察署長が営業免許を取消処分した。それに対し原告 (料理屋の営業者) が栃木県知事に訴願を行ったところ、被告 (栃木県知事) が取消処分を維持したため訴訟となったものである。

---

37) 背景として、全国的に民営の屠畜場が乱立し、衛生上大きな問題が生じていたことがある。1906 年 (明治 39 年) 4 月 11 日、屠場法が公布され、公営の屠畜場が設立、維持されることとなった。

38) 1890 年 (明治 23 年) には行政裁判法、行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件その他、訴願法 (法律第 105 号) が制定された。行政裁判法では、行政裁判に出訴する前に、まず、上級行政庁に訴願し、その採決に不服のある場合に初めて行政訴訟を提起することとしている。しかし個別の法律によっては、行政裁判所に出訴するか、主務大臣に訴願するかいずれかを選択できる場合もあり、訴願と訴訟との関係はまちまちであった。そして、行政裁判法では、各省又は内閣に訴願をしたときは行政訴訟を提起することができなかった。

39) 訴願法 (明治 23 年 10 月 10 日法律第 105 号)

第二条 訴願セントスル者ハ処分ヲ爲シタル行政廳ヲ經由シ直接上級行政廳ニ之ヲ提起スヘシ

第八条 行政処分ヲ受ケタル後六十日ヲ經過シタルトキハ其処分ニ對シ訴願スルコトヲ得ス

裁判では、栃木県同規則第 13 条第 3 号は、営業者若しくは営業者の責に任ずべき者の行為で公安若しくは風俗を害するおそれがある場合であっても、所轄官庁は、自由裁量によりいかなる処分もなしうることを認容しているものではなく、侵害の程度及び結果等を考慮して、警察上の目的に適合する処分のみをなすことを要する趣旨であるとして、栃木県知事の裁決を取り消した。訴訟費用についても栃木県知事の負担としている。行政裁判所は、警察比例の原則に基づいた処分であるか否かを判断しており、注目に値する<sup>40)</sup>。

#### 判例 5) 清涼飲料水製造営業認可取消処分取消ノ訴 (昭和 5 年 11 月 20 日第二部裁判録第 41 輯 1445 頁)

大正 10 年から清涼飲料水製造業を営む原告に対し、愛知県知事が昭和 3 年 12 月 26 日付指令書で愛知県令第 93 号清涼飲料水取締規則施行細則第 20 条により営業免許取消処分を行った。原告は昭和 4 年 1 月 25 日に指令書を受け取り、規則及び細則に違反したことがないとして昭和 5 年 10 月 24 日出訴したものである。法定の出訴期間を経過していることから却下となった<sup>41)</sup>。営業免許取消処分の理由については記載されていない。

#### 判例 6) 魚市場営業取消処分取消請求ノ訴 (昭和 8 年 11 月 8 日第二部宣告行録第 44 輯 902 頁)

昭和 5 年に魚市場を開設した株式会社に対し、熊本県知事が大正 10 年熊本県令第 38 号熊本県海産物売買取締規則第 1 条に違反するとして、同

---

40) 栃木県の料理屋営業取締規則はみつけることができなかった。しかし、同種の規制を行っていた岡山県料理店業取締規則 (明治 42 年 7 月 30 日県令第 60 号) をみると、その第 16 条に料理店の営業停止や許可の取消しについての規定があり、同条第 4 号には「公安又ハ風俗ヲ害スル処アリト認メタルトキ」は許可を取り消すことができると定めている。したがって、営業許可の取消しは、抽象的な要件のもとで許可取消しの可否を決める広い裁量権が県知事には付与されていることがわかる。このように規則の規律密度が低く、行政の広い裁量権の行使について、当時の行政裁判所が警察比例の原則を用いて積極的なコントロールを行っていたことは、高く評価できる。なお、衛生事項としては、具体的に、料理場と便所とは二間以上離すこと、料理の器具は清潔にすること、伝染病に罹っている者を接待や調理に携わらせてはいけない旨の規定がある。

41) 行政裁判法 (明治 23 年 6 月 30 日法律第 48 号)

第二十二條 行政訴訟ハ行政廳ニ於テ處分書若クハ裁決書ヲ交付シ又ハ告知シタル日ヨリ六十日以内ニ提起スヘシ六十日ヲ經過シタルトキハ行政訴訟ヲ爲スコトヲ得ス但法律勅令ニ特別ノ規程アルモノハ此限ニ在ラス

規則第 29 条により許可を取り消したものである。取消理由として、正式に認められた仲買人以外の者が魚の競売や小売りをしていること、市場の設備が不十分であること（用水、便所、冷蔵設備が不備で不衛生であること）、販売手数料を規程では 1 割徴収するところを 8 歩しか徴収しないため設備が不完全なものとなり、また、営業においても不正行為が行われていること、開業以来一度も営業成績を県へ提出しないことの 4 点が列挙された。判決では、仲買人以外の者に販売させたことをもって原告の請求は成り立たないと判示した。その他の理由の当否については判示されていない。

判例 7) 知事ノ処分取消ノ訴（昭和 16 年 5 月 2 日第二部裁決行録第 52 輯第 1 巻 117 頁）

酪農業調整法第 4 条第 2 項に基づいて発令された千葉県令第 66 号（昭和 15 年）により、知事が告示した牛乳生産者の販売先指定処分に対して、処分取消しを求めて行政訴訟が提起された<sup>42)</sup>。訴状によると、千葉県知事は、県令に基づき、昭和 15 年 10 月 29 日、保証責任勝山町信用販売購買利用組合が生産する牛乳の販売について、安房畜産組合を統制団体とし、その牛乳の販売先を明治製菓株式会社ほか 13 名と指定する告示第 954 号を発した。これにより原告は、販売先より排除されたが、当該組合とは昭和 14 年 7 月から 1 年以上にわたり牛乳の取引を行っていることから、排除は違法で、営業権の侵害であり、販売先の一つに加えるよう知事を訴えたものである。

判決は、本件排除が牛乳の生産を生業とする者に対し、生産する牛乳の販売先を制限した結果生じたものであって、明治 23 年法律第 106 号第 3 号で列記された事件の一つである営業免許の拒否又は取消しに関する件に該当する処分ではないこと、また、酪農業調整法やその他の法律にも行政訴訟の提起を個別に認める規定もないことから、行政裁判法第 27 条第 1 項に基づき却下している。

---

42) 酪農業調整法  
第四条第二項 行政官庁牛乳ノ取引上ノ弊害ヲ予防シ又ハ矯正スル為特ニ必要アリト認ムルトキハ前項ノ取引ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得

行政裁判について、明治憲法下の代表的な行政法学者である美濃部は「法治主義の原則を確実ならしむる為めには、行政行為が法規に違反して行はれ、それに依って人民の権利を侵害し又は命ずることのできない義務を命じた場合に、人民をして法規の違反を矯正する為めに救済を求むることを得せしむる必要が有る」と述べ、人民の権利保護の制度として行政裁判を位置付けている<sup>43)</sup>。

一方、穂積は、「行政裁判ハ裁判ニ非ストハ独逸法理家ノ往々主張スルトコロナリ寧ロ行政監督ノ一便法タリ然ルニ之ヲ以テ臣民ハ官ト権利義務ノ争訟ヲナシ主権ハ裁判所ノ判決ノ下ニ検束セラレ臣民ノ私権保護ノタメニ設ケタリトスルトキハ学理ヲ誤ルモノナリ」と、行政裁判を人民の権利保護の制度と位置付ける主張に対して否定的な考えを示していた<sup>44)</sup>。

当時の行政裁判に関する学説の状況をふまえ、先にみてきた行政訴訟の裁判例をみるならば、数少ない事例のほとんどが、手続の不備や出訴期間の徒過、行政裁判法の対象となる5つの事件に該当しない等の理由で却下となっていたことがわかる。また、審議に入ったものの、結果的には、行政裁判は、行政命令が適法であることを認めるものがほとんどであった。行政裁判所は、当時の学説上は、権利保護や監督の制度として位置付けられるものであったが、実際には、それら二つの機能を十分に果たすことはほとんどなかったのである<sup>45)</sup>。

今回取り上げた事例で真摯に内容を検討したものは、事例4の料理屋の営業免許取消処分事件である。先に述べたように、詐欺をはたらく等戸主（営業者の父）の所業が悪いことから、「原告ノ営業ヲ将来ニ継続セシムルニ於テハ公安若クハ風俗ヲ害スルノ虞アルモノト認メ」、所轄警察署が料理屋営業取締規則に基づき営業免許取消処分を行った。戸主の犯罪行為については、数年前に裁かれ、すでに罰則も受けており、料理屋の営業とも直接的な関連性が薄い違反行為である。また、これら過去に犯した違反行為を理由として、料理屋の営業免許取消処分を行うことは、規則の目的である公序良俗、食品衛生確保とは異なる目的を追求するものであり、

43) 美濃部達吉『日本行政法上巻』71頁（有斐閣、1936）。

44) 穂積八束「行政訴訟」『穂積八束博士論文集』163頁（有斐閣、1942）。

45) 和田・前掲注（18）9頁。

当該規則の目的を達成するものでもない」と判示する<sup>46)</sup>。裁判では、「規則は、所轄官庁の自由裁量でいかなる処分も為すことを認めているのではなく、程度や結果等を考慮し、警察目的に合致した処分を為すことが必要である」と判示し、先に述べたように、警察比例の原則を積極的に用いて処分を取り消したが、当時としては、注目すべき判決である。このような事件は、後の日本国憲法下において個室付浴場の建設を阻止するため、建設予定地に近い児童公園を児童福祉法に基づく児童福祉施設として認可することで、異なる目的を有する法律の規制を用いて建設を阻止しようとした事件を想起させる<sup>47)</sup>。この判決では、個室付浴場の開業を阻止することを目的として、児童福祉法の目的を達成するために知事に与えられた権限を用いた児童遊園設置認可処分について、行政権の著しい濫用として、国家賠償が認容された。当時の強大な行政権に対して、行政裁判所が事件を真摯に検討し、目的違反と比例原則を用いた行政権のコントロールを行ったことは、今日のこの判決の論理につながるものとして評価できる。

一方、行政裁判法に列記された5つの事件の外は、特定事件について行政訴訟を認めたものを除くと、出訴できる事件ではないため、異議を裁判所に訴える手段がなく、当時の人民の権利の司法的救済制度は極めて不備なものであった<sup>48)</sup>。

### (3) 食品に関連する刑事裁判例

検査によって有害である等法違反が確定した場合は、以下の処分、措置又は制裁が行われた。第一に廃棄処分であり、第二に衛生上危害が生じない方法による措置、第三にその他の処分である。また、物品がすでに存在

---

46) 美濃部・前掲注(5) 14頁。美濃部は、刑罰は、過去に行った犯罪に作用し、犯罪者にその行為の結果を負担させるものであるのに対し、警察は、現在及び将来の秩序を保持するため、人民に命令し強制するものであるとし、刑罰と警察を区別する。

47) 損害賠償事件(最二小判昭和53年5月26日民集第32巻第3号689頁)。個室付浴場の開業を阻止することを主たる目的としてなされた知事の児童遊園設置認可処分は、たとえ児童遊園がその設置基準に適合しているものであるとしても、行政権の著しい濫用によるものとして、国家賠償法1条1項にいう公権力の違法な行使にあたると判示した。

48) 裁判官の身分についても、法により独立制は認められたものの、任用資格は高等行政官及び裁判官であり、行政機関の色彩が強かった。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』91頁(有斐閣、1964)。

せず、処分ができない場合もあった。そのうち、違反回数を重ねる等悪質なものは営業禁止や営業停止となったが、数はあまり多くなく、ほとんどの場合、命令による廃棄処分であり、悪質なものになると警察犯処罰令による科料、略式命令による罰金が科せられた。

法や規則に違反した場合、悪質なものや違反回数を重ねる営業者に対しては、刑事責任が問われた。大審院の記録に残るものは少ないが、以下の事件は、判例1については飲食用器具として鉛が溶出する磁器の皿の店頭陳列、判例2から判例5はいずれも、清涼飲料水に異物が混入した事案である。判例2については東京においてサイダーに蚊のような昆虫が混入していたことから、判例3は富山においてラムネに刷毛の切毛が混入していたことから、判例4、判例5は京都市上京区の被告人（それぞれ別の清涼飲料水製造業者）がラムネを製造販売したところ、固形の夾雑物である刷子の毛が混入していたことから、清涼飲料水営業規則違反として告訴されたものである。

#### 判例1) 飲食用器具取締規則違反ノ件 (大判大正7年5月17日宣告刑録24輯593頁)<sup>49)</sup>

被告は、飲食用器具として煮沸により鉛を溶出する磁器の皿を、販売する目的で店頭で陳列していた。被告はその事実を認めているが、当該磁器の皿が煮沸により鉛を溶出することを認識していたかどうかは事実を証明する根拠が十分でない。よって刑事訴訟法に基づき無罪を言い渡すと、原審は判示した<sup>50)</sup>。

これに対して、大審院は、行政上の取締りを主眼とする罰則のように、その性質から推して当然犯意を必要としない趣旨をうかがい知ることができる場合もあり、これまでも飲食物用器具取締規則違反事件 (大判大正

49) 第一審大森区裁判所。第二審松江地方裁判所。

50) 刑事訴訟法 (明治23年10月7日法第96号)

第二百二十四条 犯罪証憑十分ナラス又ハ被告事件罪ト為ラサルトキハ判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ為シ又第百六十五条第三号以下ノ場合ニ於テハ判決ヲ以テ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ

条文にある第165条は免訴の規定であるが、免訴となる項目第1号には「犯罪ノ証憑十分ナラサルトキ」とある。第3号以下は公訴の時効等であり、裁判で免訴を言い渡した。なお、当該刑事訴訟法は1922年 (大正11年) に新たに刑事訴訟法が制定されたため、廃止となる。

2年11月5日刑録19輯1121頁)において、公衆衛生に対する危害を防止する目的の規則については、諸規則に違反する行為は犯意なき場合でも処罰しなければ当該規則の目的を達することができないことから、犯意を問わないのがその法意であると解している。つまり、刑法第38条第1項但書の特別の規定がある場合に該当するという解釈を維持すべきと判示したのである<sup>51)</sup>。しかし、さらに、刑法第38条第1項但書の特別の規定について、特別刑罰法規により処罰する犯罪の成立に関しては、故意を要しないという一般的明文か、若しくは各犯罪に関する規定に、その趣旨を確認できるものがあることを要し、飲食物用器具取締規則には、処罰する犯罪の成立について、故意を必要としない旨の明文が存在せず、かつ、その趣旨を確認する規定もないため、同規則違反の罪を論ずるには故意の有無をもって犯罪の成立を決定するものと判示し、無罪とした。

判例2) 清涼飲料水営業取締規則違反ノ件(大判大正9年5月4日宣告刑録26輯329頁)<sup>52)</sup>

被告は公廷において、サイダー1本に蚊のような昆虫が混入していたことを認めた上で、一々検査しているものの数万本を製造するため、たまたま見落とすこともあり、それは、故意ではなく過失であると主張した。しかし、原審は清涼飲料水営業取締規則第5条及び第12条を適用し違法と判示した。

これを受けた大審院によれば、刑法第38条第1項は、清涼飲料水営業取締規則が規定する違反行為について、犯意の有無を問わないでこれを罰するという定めをしていない。同規則違反行為は、犯意の有無が犯罪の成否を決定すべきものである。原審が確定した事実からは被告の行為が犯意に基づくものであるかどうか明らかになっていない。したがって、原審の判断は事実理由不備であり、刑事訴訟法第286条、290条により、破棄し、事件を浦和地方裁判所に移すと判示した。

---

51) 刑法  
第三十八条第一項 罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル  
場合ハ此限ニ在ラス

52) 第一審東京区裁判所。第二審東京地方裁判所。



判例 3) 清涼飲料水営業取締規則違反被告事件 (大判昭和 9 年 2 月 13 日 刑集 13 卷 84 頁)<sup>53)</sup>

被告人は、清涼飲料水の製造並びに販売する会社であり、ラムネ瓶の掃除に刷毛を使用するので内部に付着することがあり、十分検査をしているものの、その切れはしが瓶の口近くに密着すると発見することが難しく、そのまま販売してしまうことがあると供述した。これは清涼飲料水営業取締規則第 5 条第 1 項第 2 号に違背し、第 14 条第 2 項、第 3 項、第 12 条に該当するものである<sup>54)</sup>。よって、刑法施行法第 19 条第 2 項、第 20 条を適用し、罰金 5 円に処すと、原審は判示した。

これを受けた大審院は、清涼飲料水営業取締規則違反については、犯意の有無を問わず處罰するという明文はなく、犯意の有無が犯罪の成否を決すべきものである。しかし、その犯意は確定でなく未必の故意も故意である。被告人の供述と証拠を見れば、原審は、未必の故意を認定、判示したものと推知することができる。原審の認定事実に誤りはなく、また法人は従業員の業務に関しても罰則を適用され、会社の故意ではなくても処罰を免除されることはない。原審の判断は正当であり、よって刑事訴訟法第 446 条により、本件上告はこれを棄却すると判示した。

判例 4) 清涼飲料水営業取締規則違反事件 (京都区判昭和 9 年 12 月 26 日)

ラムネ 2 本には夾雑物としていずれも微細な刷子の毛と思われるものが混入したことを認めるが、被告人は、ラムネ製造及び検査について、相当完備した施設を有しており、夾雑物の混入を認識しながらあえてこれを販売したと認めることはできない。多数のラムネを一時に製造販売する製造業者にあつては、検査の際に夾雑物の混入を見逃すことがあるのは当然であつて、未必の故意があるとみなすことはできない。本件の夾雑物は発見が比較的困難であると認められ、被告人の検瓶が粗漏であつたと認める理

53) 第一審出町区裁判所。第二審富山地方裁判所。

54) 清涼飲料水営業取締規則

第五条第一項 清涼飲料水営業者ハ左ノ清涼飲料水ヲ販売シ又ハ販売ノ目的ヲ以テ陳列シ若ハ貯蔵スルコトヲ得ス 二 沈殿物又ハ固形ノ夾雑物アルモノ

第十二条 左ニ掲クル者ハ二十五円以下ノ罰金ニ処ス 一 認可ヲ受ケスシテ 第二条ノ営業ヲ為シタル者 二 第三条乃至第五条ニ違反シタル者

由はなく、犯意の証明が十分でないので、刑事訴訟法第 362 条により無罪が言い渡された<sup>55)</sup>。

判例 5) 清涼飲料水営業取締規則違反被告事件 (大判大正 11 年 7 月 9 日 刑集 15 巻 980 頁)<sup>56)</sup>

被告人は、法廷において、毎回、検瓶は雇人と二人で 3 回実施しているが、夾雑物が入ったラムネを販売したのは、不良品を良品のところに置き間違ったのかもしれない旨供述している。また検事代理の聴取書に、検瓶は販売までに 4 回は行っているが、毎日 500 本は製造しており、数が多いことから見誤りがあったかもしれない旨供述記載がある。そして、夾雑物が混入したラムネ 2 本を押収したことから、清涼飲料水営業取締規則第 12 条第 2 号、第 5 条第 1 項第 2 号に該当する<sup>57)</sup>。したがって、刑法施行法第 19 条第 2 項、第 20 条を適用し、罰金 20 円に処す。罰金を完納できないときは刑法第 18 条に則り、金 2 円を 1 日に換算した期間を労役場に留置すると、原審は判示した。

これを受けて、大審院は、清涼飲料水営業取締規則違反については、犯意あることはもちろんであるが、その犯意は確定でなくても未必の故意があれば足りる。原審は供述等から未必の故意があったと判断し、それは記録を見ても誤認していることはない。よって刑事訴訟法第 446 条により、本件上告はこれを棄却すると判示した。

判例 1 及び判例 2 の事件については、犯意の有無を違法行為の成立要件とし、犯意の類推適用を排除したもので、刑事責任を限定し、食品衛生関連の取締法規違反について、刑事罰から解放する方向を示している点で、大正デモクラシーの時代の風潮を反映した判決であるとみることができるだろう<sup>58)</sup>。判例 2 については判決後の行政庁の対応を追うことはできな

---

55) 山本・前掲注 (15) 88～89 頁。

56) 第一審京都府裁判所。第二審京都府地方裁判所。

57) 清涼飲料水営業取締規則の条文は、前掲注 (54) 参照のこと。

58) 1981 年 (昭和 56 年) 2 月、最高裁において、類推適用を否定したストロングライフ事件 (最一小判昭和 56 年 2 月 26 日民集 35 巻 1 号 117 頁) を想起させる。毒物及び劇物取締法における輸入業等の許可に関する制度の趣旨には、用途規制がなく、用途を理由にした登録拒否を違法とした。また、催涙性のある薬剤を充てんしたカートリッジは、登録基準の「設備」にあたるものとして「類推適用」できるという主張を否定した。

かったが、意思の有無から刑事罰の適用を否定することで、刑事罰からの解放と行政処分への移行がここには認められる。

判例4については地方裁判所の判決であるが、この事件においても類推適用を否定している。

判例3と判例5の事件については、判例1、判例2とは異なり、未必の故意を認定した。判例5については、詳細は不明であるが、弁護士の上告趣意書では、被告はこれまで本件のような違反罪を何回か犯しており、その都度略式命令を受けて、少ない収益の中から高い罰金を支払ってきた。そのため、故意に不注意や怠慢で違反行為を行うはずはなく、製品検査についてもこれらの違反行為を行う前の倍の回数を実施しており、不確定の犯意があったと認めるのは独断に過ぎると述べている。しかし、大審院では未必の故意があったという事実が明白であるとして、上告を棄却された。1930年代に入ると、この二つの判断のように、刑事罰への回帰がうかがわれるのである。

#### 4 小括

明治憲法下の食品衛生法制の中心であった「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」は大まかな内容であったため、施行にあたっては、省令や府県令による具体的な取締規則が制定されることとなった。制定された規則によっては、法律に規定のないものも定めていたが、当時は、独立命令として、法律に抵触しない範囲で、このような規定も認められていた。罰則についても同様であり、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」において一部は規定されていたが、その他は個々の委任の規定もないまま、省令や府県令で、法令に違反した場合の罰則が規定されていた。また、これらの規則には、国民に義務を課し、権利を制限する内容も数多く含まれており、それらは、国民の営業の自由や財産権を侵害することを許容する根拠となっていた。

これらのことを、法治主義の三原則からみると、「法律の優位」については、規則は法律に抵触しない範囲内で制定されていることから、その限りで実現しているということができた。しかし、「法律の留保」については、穂積八束を中心とする国権学派の立法事項説が法制実務上の通説となっており、美濃部達吉を中心とする民権学派の侵害留保説は、そこでは少数説

にすぎなかった。省令や府県令に規定する罰則は、一般法である「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」(明治23年9月法律第84号)、「省令庁府県令及ビ警察令ニ関スル罰則ノ件」(明治23年9月勅令208号)を根拠として設けることができたのである。しかし、規則で罰則を設けることを包括的に授権するこれらの法律は、法律の留保といっても形式的かつ一般的なもの、強力な行政権を容認するものでしかなかった。「法律の法規創造力の独占」についても、規則の中には権利や自由を侵害する規定があったことから、実現しているとはいえなかった。したがって、明治憲法下の食品衛生行政における法治主義は、戦後、この時期の法治主義一般について語られる特徴と同様、形式的で、極めて不十分なものとどまったのであった。

しかし、大正から昭和初期にかけて欧米諸国の自由主義、民主主義思想の影響を受けた大正デモクラシーの時代になると、学説上は、法治主義についても美濃部の侵害留保説が通説となる等、一般論のレベルにとどまるとはいえ、一定の進展があった。食品衛生行政では、府県等における一般飲食物に係る取締規則の制定が進む等、法令の規制対象となる物品の範囲が拡大し、法令による規制項目も増加していった。法治主義はなお形式的なものにとどまっていたが、行政が自ら制定した法令に拘束されることにより(行政の自己拘束)、行政権の恣意に対するある程度の法的コントロールが行われるようになったとみることができる。ところが、1931年(昭和6年)の満州事変を契機に徐々に戦時体制へと転換すると、独立命令により行政が活動する場合が増え、行政の自由な活動領域が再び拡大し、また、「法律の優位」についても完全に形骸化していったのである。

明治憲法の下で、法の目的を達成するために、行政庁に規制権限を授権し法違反を取り締まる仕組みができるとともに、行政法とその一領域である行政警察が登場した。伝統的行政法学では、取締りに関する行政法を警察法と位置付けた。そして、明治憲法下ではほとんどの行政分野は警察として位置付けられたのであった。美濃部は、この行政警察を、先に述べたように「社会公共の利益を保全することを直接の目的とし、国家統治権に基づき人民に対して命令し、必要な場合は実力をもってこれを強制する作用」と定義していた。

この警察の一分野として位置付けられた「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関

スル法律」では、問題のある飲食物については行政庁が営業者に製造や販売等の禁止、営業者自身の営業禁止等を行うだけでなく、飲食物の廃棄命令を規定しており、命令に従わない場合は処罰することでその実効性を確保した。また廃棄処分等に従わないときは、行政が実力行使することも可能で、明治憲法下、行政警察が実務的にも確立し運用されていたといえる。しかし、日中戦争等戦争の時代へと進むと、行政も戦争遂行体制に移行し、国民は形式だけ整った法に服従させられるだけの存在となった。周知のように、言論や表現の自由を抑圧する行政警察の運用の強化が図られたのと同様に、食品衛生行政は、権力的処分も非権力的な活動も事実上遂行できなくなり、機能不全に陥ったのであった。

行政警察の性格の変遷をみると、明治国家は列強諸国に対抗するため、強力な行政権に基づく警察権力による秩序の維持だけでなく、福祉の増進を図ることも行政警察の一つと位置付けていた。従って、当初は警察国家における福祉警察の特徴を顕著にもっていた。明治憲法が制定されると立憲君主制が採用され形式的法治国家を目指すこととなり、法の整備が進み、また、刑罰による取締りから行政処分による取締りへと推移するとともに、引き続き予防も重視される等警察国家時代の福祉警察についても残存し、警察は近代的警察に脱皮することは、なお、できなかったのである。例えば、食品衛生に関連する規則をみると、検査とともに清潔な生産環境の確保、容器の消毒等予防事項についても規定されていたのである。

また、内務省の衛生局年報をみると、明治時代から大正時代にかけて取去検査数が増加し、行政処分数もコンスタントにあり、取去検査が積極的に行われ、行政処分や即時強制措置による取締りが行われていたということができ、そこには形式的とはいえ、法治国家への転換の兆しがうかがわれる。しかし、1930年代にはいると、検査件数は増加するものの行政処分ではなく違警罪による処罰が増え、日中戦争がはじまり戦争遂行体制に入ると、衛生行政そのものの性格が、再び、法による取締りから一部は刑罰へ、一部は戦争遂行のための予防へと変化、すなわち退化したのである。

行政救済については、明治憲法第 61 条に基づき、行政裁判法が制定され、行政裁判所が設置された。周知のように、行政裁判所は東京のみに設置され、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(明治 23 年 10 月 9 日法律第 106 号)に列記された 5 つの事件に対して一審にして終審の裁判を行う

のみのものとなっており、国民の権利救済には極めて不十分なものであった。この5つの事件の中には「営業免許の不許可や取消し」があり、したがって、飲食物関係の営業許可も行政裁判の対象となっていた。しかし、行政裁判所判決録をみると、営業許可事件の訴訟は多くなく、さらに、食品衛生関連の行政裁判例は非常に少ない。「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」制定以降、違反件数は少なくなかったが、違警罪として警察署長が即決する料料が多く、営業免許の不許可や取消しといった行政処分そのものが少なかったため、行政訴訟では争わなかったことが推察される。また、訴訟になっても、数少ない事例のなかで、そのほとんどは手続の不備や出訴期間の徒過、行政裁判の対象となる5つの事件に該当しない等の理由で却下となっていた。本案に入り裁判になったものも行政命令が適法であったとするものがほとんどであり、食品衛生行政領域で、行政裁判所は積極的に権利保護や監督機関としての役割を果たすことがなかった。しかし、当時の裁判例のなかには、営業者の父が過去に犯した違反行為を理由として行った料理屋の営業免許取消処分について、これを料理屋営業取締規則の目的に合致しないと判示し、そして、行政に自由裁量があるが、それはいかなる処分をなすことも認めているものではないと述べるものもあった。これは、警察比例の原則を積極的に用いて処分を取り消した事例であり、当時としては注目すべきものであった。

刑事裁判についても食品衛生関連はあまり多くなく、ほとんどの事件が命令による廃棄処分で終わり、悪質なものが警察犯処罰令による料料、略式命令による罰金が科せられたのであった。判例からは、大正デモクラシー期に刑事罰からの解放と行政処分への移行が認められるものの、1930年代に入ると再び刑事罰への回帰が認められ、行政警察としての食品衛生行政は、この点でも後景に退いたのであった。

もう一度行政警察としての展開、そして、さらにその克服という軌道に戻るのは、戦後、日本国憲法の制定後を待たなければならなかった。

## 第1編のまとめ

明治憲法制定前、明治国家の体制が整備されていくなか、政府が定めた法令や、地方長官の命令に基づくことなく、関係行政機関それぞれに制定

した「規則」等により、一定の取締りを行っていた。食品衛生分野においても、全国的な食品衛生の取締りは、日常的な秩序維持を目的とする違式註違条例のなかに食品関連の規律を設けて行ったのが最初であった。違式註違条例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が、府県で制定した取締規則には、検査や販売許可等、今日の視点からみれば、行政処分にあたるものも記載されていた。取締体制としては、1871年(明治4年)に設置された司法省が担っており、翌1872年(明治5年)、この司法省に警察機能を果たす組織を統一的に管轄する警保寮が設置された。しかし、1873年(明治6年)、内務省が設置されると、内務省は、司法省から警保寮を引継ぐとともに、文部省からも衛生行政が移管され、権限を集中し、行政警察による取締権限を強化していくこととなった。

1889年(明治22年)に明治憲法が制定されると帝国議会在が開設された。しかし、明治憲法は、天皇の権力の広範囲な独立性を認めた外見的立憲君主制をとるものであり、そのために法治主義は大きな制約を受けた。議会法律に基づく法治主義は、天皇・行政権による立法と並存する体制を構築するものであった。食品衛生分野についても、1900年(明治33年)に「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が制定され、一定の事項についてのみこの法律が規律し、同時に、当該法律とは独立して、行政による規則が制定されたのである。

この時代の法治主義には、以下の4つの特徴があった。

第一に、明治憲法は議会制を取り入れ、人民の権利・自由について限定的ではあるが保障し、法律の根拠に基づいて行政権を行使するものとした。しかし、天皇には広範な大権が認められ、天皇に従属する行政官庁の行政権も広範かつ強力であり、法治主義は形式的なものに過ぎなかった<sup>59)</sup>。食品衛生分野においても、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」は制定されたものの、具体的な規制は、もっぱら省令又は府県令によって製品毎に制定された規則を根拠に行われていた。

第二に、明治憲法下において制定された法令は、行政権の発動根拠を定めたものであったが、行政権を抑制するという点では弱く、国家の権力的な取締りや規制を根拠づけ、人民の国家への服従を正当化するものであ

---

59) 田中・前掲注(17)18～19頁。

た<sup>60)</sup>。食品衛生分野においても法令に基づき、権力的な取締りが行われ、それは人民の衛生的な生活を向上させるという面はあるものの、国家による食品衛生秩序の維持を図るものでもあった。その傾向は、昭和に入り戦時体制に入ると特に顕著となった。

第三に、明治憲法下において制定された省令や府県令においても刑罰が規定され、その法的根拠として法律「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」及び勅令「省令庁令府県令及ビ警察令ニ関スル罰則ノ件」が制定されていた。しかし、これらは包括的で一般的なものであり、個別法に刑罰を規定し行政権を拘束する「法律の留保」の原則に基づくものではなかった。食品衛生分野においても「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」に刑罰が規定されていたが、さらに、規則においても広範で具体的な規制と刑罰が規定されていた。

第四に、行政に対する訴訟については、明治憲法制定前は、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、公同（いわゆる公益）のための客観訴訟も設けられたが、正院（太政官）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。明治憲法が制定されると、同法第61条に基づき、行政裁判法が制定され、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」に列記された5つの事件についてのみ、裁判が行われた。その中には「営業免許の不許可や取消し」があり、したがって、飲食物関係の営業許可も行政裁判の対象となっていた。しかし、行政裁判所判決録をみると、食品衛生関連の行政裁判例は非常に少ない。違警罪として警察署長が即決する料料が多く、営業免許の不許可や取消しといった行政処分そのものが少なかったため、行政訴訟では争わなかったことが推察される。また、訴訟になっても、数少ない事例のなかで、そのほとんどは手続の不備や出訴期間の徒過、行政裁判の対象となる5つの事件に該当しない等の理由で却下となっていた。本案に入り裁判になったものも行政命令が適法であったとするものがほとんどであり、食品衛生行政領域で、行政裁判所は積極的に権利保護や監督機関としての役割を果たすことがなかった。しかし、当時の裁判例のなかには、営業者の父が過去に犯した違反行為を理由として行った料理屋

---

60) 高田・前掲注(7) 468頁。



の営業免許取消処分について、これを料理屋営業取締規則の目的に合致しないと判示し、そして、行政に自由裁量があるが、それはいかなる処分をなすことも認めているものではないと述べるものもあった。これは、警察比例の原則を積極的に用いて処分を取り消した事例であり、当時としては注目すべきものであった。

また、法治主義が徹底されていなかったことは、行政警察の性格にも影響を与えた。

第一に、違警罪は明治時代初期から軽犯罪の一つとして定められていたが、1880年(明治13年)に刑法が制定され、さらには1907年(明治40年)に新刑法が制定された後にも残置した。食品衛生分野では違警罪に該当するものとして、飲食物に偽物を混ぜて販売すること、熟していない果物や腐敗した肉類の販売等健康を害する飲食物の販売、煮炊きや洗浄、皮を剥いたりせず、そのまま食べる飲食物を蓋や覆いをしないまま店頭で陳列する行為等があった。刑事裁判についても、食品衛生関連はあまり多くなく、ほとんどの事件が命令による廃棄処分で終わり、悪質なものが警察犯処罰令による科料、略式命令による罰金が科せられたのであった。判例からは、大正デモクラシー期に刑事罰からの解放と行政処分への移行が認められるものの、1930年代に入ると再び刑事罰への回帰が認められ、行政警察としての食品衛生行政は、後景に退いたのであった。

第二に、明治憲法制定前には、行政警察の役割として、違反者を取り締まり、刑罰を科すことで秩序を維持するだけでなく、人民の啓発や知識の普及等「予防」も重視し、福祉の増進を図ることも役割として位置付けられていたことから、警察国家における福祉警察の特徴を顕著に有していた。明治憲法が制定され、法の整備が進むと、刑事罰を中心とする取締りから、法に基づく取締りと違反者に対する行政処分が行われるようになり、形式的とはいえ、法治国家への転換の兆しがうかがわれるようになった。しかし1930年代に入り、不景気と失業者の増大をはじめとする社会不安が増大し、さらには戦時体制に入ると、取締りが厳格化し、再び刑罰主義へと戻ることとなった。ただし、食品衛生分野では、大正から昭和にかけて、取去検査数が大幅に増加し、営業禁止処分や停止処分の件数が増加しており、当時、一時期とはいえ、法に基づく行政処分が積極的に行われていたのであった。

第三に、日中戦争が長期化すると、日本は本格的に戦争遂行体制に移行した。戦争遂行とその勝利を目的とした政策が実施され、周知のように、言論、表現の自由を抑圧する行政警察の運用が強化された。それとは対照的に、食品衛生行政はかつてと同様に法律の委任のない規則を定め、この規則にのみ基づいた個別具体的な規制を行っていたが、戦争の激化に伴い、行政処分はもちろん非権力的な活動も遂行できなくなっていった。衛生分野においては、1942年（昭和17年）には、勅令により食品衛生や伝染病対策等を除き、ほとんどの事務が警察部から内政部へと移行するとともに、食糧管理法が制定され、生産、流通、販売のすべてに行政が介入し、食品衛生基準は緩和され、収去検査も激減した。多くの点で、衛生警察は機能しなくなっていった。一方、国民の健康指導を目的に設置された保健所が1944年（昭和19年）には、通達により母子衛生や優生、結核予防等に関する届出の受付を行い、保健所長が検疫委員や労働監督官を補するようになり、当初の非権力的な指導機関から権力的な機関へと変わっていった。組織としては、この保健所は戦後も残り、その活動内容は後述するが、日本国憲法に基づく新たな組織、すなわち憲法第25条に保障された、食品衛生や環境衛生等公衆衛生の向上を目的とする行政機関へと変化し、戦後の衛生行政の基礎組織となって発展していくことになるのである<sup>61)</sup>。

---

61) 戦後、保健所法を改正する法律（昭和23年9月5日法律第101号）により、保健所の機能は、国民の体力管理、母子保健、優生、栄養改善、結核予防、勤労衛生等の保健指導に加え、衛生思想の普及・向上、飲食物の衛生管理、住宅・水道・下水道・汚物掃除その他の環境衛生管理等が加わることとなる。