

日本における食品衛生法制の展開

—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—

氏 名 伊藤 久美子

はじめに.....	1
第1編 食品衛生行政と法の歴史（戦前）.....	6
第1章 明治憲法制定前の食品衛生関連法令.....	6
1 明治初期の食品衛生関連法令.....	6
(1) 食品衛生行政の起点—司法省布達第130号.....	6
(2) 中央と府県における規則等による取締り.....	8
(3) 刑法に基づく取締り.....	11
2 食品衛生に関する取締体制.....	14
(1) 司法省及び警保寮の設置.....	14
(2) 内務省の設置と警保寮の内務省への移管.....	15
(3) 東京警視庁（東京府）.....	17
(4) 警察の概念.....	19
3 小括.....	21
第2章 明治憲法下における食品衛生関連法制.....	22
1 明治憲法の制定.....	22
2 「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の制定.....	23
3 関連省令等.....	25
(1) 飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律施行規則.....	25
(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.....	26
(3) 警視庁令.....	27
①明治33年警視庁令第28号.....	27
②飲食物ソノ他ノ物品ニ関スル取締施行手続.....	27
(4) 飲食物取締法規定ノ職権行使委任ニ関スル通達.....	28
(5) 内務省令等.....	28
4 食品衛生に関する取締体制.....	32
(1) 保健所の設置.....	32
(2) 保健所の機能の変遷.....	33
5 小括.....	35

第3章 明治憲法下の食品衛生行政と法治主義	36
1 食品衛生行政における法治主義	36
(1) 法律の優位	37
(2) 法律の留保	39
(3) 法律の法規創造力の独占	41
(4) 明治憲法下の法治主義	42
2 行政警察の成立	44
(1) 行政警察の成立	44
(2) 警察の性格の変遷	46
3 行政警察による裁判	48
(1) 行政裁判の制度	48
(2) 食品に関連する行政裁判例	50
(3) 食品に関連する刑事裁判例	56
4 小括	60
第1編のまとめ	63
第2編 食品衛生行政と法の歴史（戦後）	67
第1章 日本国憲法下における食品衛生関連法令	67
1 日本国憲法の制定	67
2 食品衛生法の制定とその変遷（食品安全基本法制定前まで）	68
(1) 食品衛生法の制定	68
①食品衛生法の目的	68
②食品衛生法の内容	69
②-1 食品衛生法における生存権の保障と営業の自由	69
②-2 その他の特徴	71
(2) 食品衛生法の実施体制	74
①食品衛生監視員による食品衛生法の実施	74
②都道府県知事の役割と権限	75
③保健所による取締り	79
④実施に伴う国の財政負担	80

(3) 食品衛生法の性格.....	81
(4) 食品衛生法の変遷.....	83
①第6次改正.....	83
②第9次改正.....	84
③第12次改正.....	85
④第16次改正.....	89
⑤第23次改正.....	91
⑥変遷に伴う法制度の変化.....	92
3 食品衛生関連法令の制定.....	95
(1) 食品衛生法施行令.....	96
①食生活の多様化に伴う規制の強化.....	98
②科学技術の発展に伴う規制の登場.....	98
③自主的衛生管理としての食品衛生管理者制度.....	99
(2) 食品衛生法施行規則.....	100
①科学技術の発展に伴う規制の強化.....	100
②乳、乳製品及び類似乳製品の成分規格等に関する省令.....	101
③採点等級格付制度の導入による取締強化.....	102
④食品等の表示義務の拡充と消費者利益の視点の登場.....	102
(3) 規格基準の制定.....	103
①食品事件発生後の迅速な対応.....	104
②食生活の多様性への対応.....	105
③国際化への対応.....	107
④残留農薬基準の設定.....	107
⑤告示による規格基準制定の意義と問題点.....	108
(4) 食品衛生法施行に関する件等通達.....	110
①食品衛生法施行に関する件.....	111
②通達の法的拘束性.....	112
③通達の外部に対する影響と適法性の要件.....	114
4 小括.....	120

第2章 食品衛生に関する新たな流れ.....	123
1 国際化への対応	123
(1) TBT 協定と SPS 協定	124
(2) 食品等の規格基準.....	125
(3) 輸入プロセスの見直し.....	127
(4) 規格基準等の国際化に伴う取締体制の変化	128
(5) 規格基準等の国際化に対する議論	128
2 Codex 委員会と Codex 規格	130
(1) Codex 委員会の概要	130
(2) Codex 規格とその食品衛生行政への影響	131
3 自主的衛生管理の強化.....	133
(1) 明治～戦前の自主的衛生管理	134
(2) 戦後の自主的衛生管理.....	135
① 社団法人・日本食品協会.....	135
② 公正取引協議会.....	136
③ 営業者による自主的衛生管理.....	136
(3) 自主的衛生管理の展開.....	138
4 小括.....	139
第2編のまとめ.....	142
第3編 食品衛生行政の警察行政からの離脱.....	147
第1章 食品衛生行政と法治主義	147
1 形式的法治主義から実質的法治主義へ	147
(1) 明治憲法下における形式的法治主義.....	147
(2) 日本国憲法下における実質的法治主義	148
2 実質的法治主義に基づく法制度の変化	150
(1) 法律の法規創造力の独占と食品衛生行政.....	150
① 独立命令の否定.....	150
② 委任立法の登場とその特徴	151
③ 委任立法と再委任に係る判例.....	152

(2) 法律の留保に基づく食品衛生行政	154
①罰則規定の留保	154
②法律の規制と食品衛生	155
③法律による国民の権利保護	156
④法律による規制の課題	157
3 行政救済	157
(1) 食品衛生行政と行政事件訴訟法	159
(2) 食品衛生行政と国家補償制度	162
(3) 食品衛生行政に係る行政救済	163
4 小括	164
第2章 警察行政としての食品衛生行政とそこからの離脱	165
1 警察行政としての食品衛生行政の継続	165
2 警察権の限界	166
(1) 警察権の限界	166
(2) 警察消極目的の原則	167
3 警察行政からの離脱	169
4 カネミ油症事件と食品衛生行政	171
(1) 行政権限の不行使	172
(2) 行政間の連携	176
5 行政救済の新たな展開	176
6 小括	178
第3章 積極行政としての食品衛生行政の展開	179
1 食品安全基本法の制定～制度としての本格的転換～	179
(1) 食品安全基本法の制定	179
(2) 食品安全基本法が求める食品安全行政	180
①消費者である国民の保護を重視した食品安全行政	181
②各関係行政機関の総合行政としての食品安全行政	181
③科学的知見による予防を重視した食品安全行政	182

(3) 食品衛生法の改正.....	184
①食品衛生法の目的の改正.....	184
②国及び都道府県等の責務の明確化と相互連携.....	185
③リスクコミュニケーション.....	185
④食品衛生法の積極規制.....	186
(4) 食品衛生法における積極行政の実現.....	188
2 食品衛生行政のパラダイムシフト.....	189
3 小括.....	191
第3編のまとめ.....	193
おわりに.....	197

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。

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

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 卷 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「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, Health topics, 「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。

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

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」については、警察的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」については、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と述べていた。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、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。

食の安全・安心を担当していた筆者は、この問題に取り組む業務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、これまで同様のことを行っていた餅菓子店と比べると、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。三重県健康福祉

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。

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

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つたと説明している。

第二は、食品衛生法を所管する健康福祉部と、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）を所管する農水商工部、不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）を所管する生活文化部は、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、三重県では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ていったことである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らず、相互協力が行われることがなかつたにもかかわらず、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、保健所では、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、食品安全基本法という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

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、三重県では健康福祉部に農林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。

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理論が、今日、警察法理論から離脱し、変化しているならば、ここでは、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。

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)。

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、行政警察については、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。

また、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築いていくため、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。松島諄吉「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、下山瑛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）。

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

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については「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、命令の公布の手續、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）。

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

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¹⁵。これらの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。違式罪及び註違罪について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に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については、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¹⁶。

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の掲示義務を定めていた¹⁷。司法省布達そして各地方の違式註違条例に、「命令」や「禁

て一」熊本史学 85・86 卷 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 警保寮職制章程（明治5年10月19日）

第六條 地方ノ規則ニ違反スル者ハ違式トス。違式ノ軽キ者ヲ註違トス。違式註違ノ条例ハ各地方ノ民俗情勢ニ従ヒ便宜斟酌裁定スル事アルヘシ。

『東京市史稿 市街編第』（東京都，1963）。

¹⁶ 明治6年7月19日太政官布告第256号

各地方違式註違条例別冊ノ通被定候条此旨布告候事

但地方ノ便宜ニ依リ斟酌増減ノ廉ハ警保寮へ可伺出且条例掲示ノ儀モ同寮ノ指揮ヲ可受事 明治六年七月十九日 太政大臣三条実美

明治7年1月19日太政官達第8号

明治六年七月第二百五十六号布告違式註違条例ノ儀ハ各地方實際ニ適當候様斟酌増減致シ警保寮へ稟議シ自今共地方長官ノ名ヲ以テ布達可致此旨相達候事

但シ時宜ニヨリ警保寮ノ意見ヲ以斟酌増減等協議スヘキ儀モ可有之事

食品衛生に関する違式罪についても、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。

¹⁷ 明治6年8月12日司法省達第130号

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、アニリンその他の鉍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¹⁸。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¹⁹。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

今般各県違式註違ノ条目御布告相成候処右条目ノ儀ハ国中ノ安寧人民ノ健康ヲ警保スル所以ニ有之候条各地方人民悉ク承知不致候テハ不相成儀ニ付戸長副戸長ノ設ケアル處ハ必ス之ヲ揭示シ遺漏無之○可致候事

但シ右揭示ハ三十日間揭示ノ限ニアラス候事

布達においては、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「往来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。

¹⁸ 明治11年4月18日内務省達乙第35号

近年アニリン其他鉍属製ノ絵具染料ヲ以テ飲食物ニ着色スルモノ不少趣ニ候処右ハ自然人身之健康ヲ害スルハ勿論中ニハ甚シキ中毒ニ罹リ忽地ニ非命ノ横天ヲ致スモノモ有之危険ノ至リニ候条各地方庁ニ於テ注意取締可致此旨相違候事 追テ地方慣用ノ品ニヨリ毒性分ノ有無判然難致モノハ其原物相添当省衛生局ヘ照会試験ヲ受可申事 山本・前掲注（13）379頁。資料43を引用。

¹⁹ 京都府飲食彩色料販売規則（明治11年5月第120号達）

第一条 飲食物ニ各様ノ彩色ヲ施ス其顔料ハ無害無毒ノ品ニ非レハ彩色ニ用ユル可ラ

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ないこと、当許可を受けた者は門戸に雛形のと通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、販売禁止令等が発令され、着色料と同様

	ス
第二条	従来慣用飲食物ニ用ユル彩色料ヲ販売セント欲スルモノハ其品成分製法或ハ産出所又舶来品ナレハ其買求メ先キ及無害ノ理由歴験説等ヲ詳記シ現品相添営業可願出事
第三条	今後新製ノ飲食物彩色料トイヘトモ其成分製法ヲ詳記シ現品相添検査願出ヘシ
第四条	第二条第三条ニ依リ出願ノ上ハ検査ヲ遂ケ無害ノ信據アルモノハ販売許可シ営業印鑑ヲ交付シ其営業人戸前ニハ左ノ雛形ノ通り飲食物彩色料販売ノ目標ヲ掲ケム
第五条	右目標ハ営業人ニ於テ調製書記シ持参届出ヘシ府庁ノ烙印ヲ捺シ番号ヲ録シ交付ス
第六条	此営業人死去スルカ又ハ他管ヘ転籍スルトキハ印鑑ヲ返納シ目標烙印消却ヲ願出ヘシ又管内ニテ転居スルトキハ印鑑ノ住所書換ヲ願出ヘシ
第七条	飲食物店ニ於テ飲食ニ供スルモノヲ彩色スルニ於テハ必ス第四条ノ飲食物彩色料販売ヲ許可セシモノノミヲ用ユヘシ 但飲食物店ニ於テ彩色料ヲ自製シ用ユルモノト雖トモ第二条第三条ニ照シ検査願出第四条ノ許可ヲ受ルニ非レハ用ユル勿レ
第八条	飲食店ニアラス各人自宅ニ調理給用スル飲食物ト雖トモ彩色ヲ施ニ於テハ第七条ニ照シ共用スヘシ
第九条	此規則ニ違背シタル者ハ刑法第四百廿六号ニ依リ罰セラルヘシ（十五年甲第五十七号布達ヲ以テ本条改正追加）

児玉資信編『改正類聚京都府衛生要覧』178～182 頁（中西松香堂，1887）。

に、凍氷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²⁰。これは、司法裁判所が行政権の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共同（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²¹。しかし、共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

²⁰ 明治5年11月28日司法省布達第46号

一 地方官及其ノ戸長等ニテ太政官ノ御布告及諸省ノ布達ニ悖リ規則ヲ立或ハ処置ヲ為ス時ハ各人民ヨリ其ノ地方裁判所へ訴訟シ又ハ司法省裁判所ニ訴訟苦シカラサル事
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）。

²¹ 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、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については、共同（一般社会、一般民衆、公共）のために訴訟（客観訴訟）提起があったときは「行政裁判」であるが、行政裁判所が設置されていないため（司法裁判所で受理するが）、具状申稟して正院（太政官）の指示を仰ぐこととしていた。（ ）内は筆者の注。

た裁判については若干の事例がある。しかし、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²²。

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²³。

（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²⁴。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。もともと、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

²² 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権ヲ鞏クシ」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な性格—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）。

²³ 田中二郎『行政法総論』65頁（有斐閣、1957）。

²⁴ 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条文は入っていなかった。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条文は規定されていなかった。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。

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²⁵。

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²⁶。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²⁷。

²⁵ 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飲料浄水を汚穢した場合は重禁錮に加え、4 万円以上 10 万円以下の罰金、健康を害する可能性のある物品を飲食物に混和した場合は 6 万円以上 60 万円以下の罰金、規則に違反し毒物劇薬を販売した場合は 20 万円以上 200 万円以下の罰金となった。

²⁶ 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。

²⁷ 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「拘留又ハ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—

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²⁸。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、公判については控訴、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²⁹。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³⁰。

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

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）。

²⁸ 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。

²⁹ 須藤・前掲注（27）4頁。

違警罪即決例（明治18年9月24日太政官布告第31号）

第一条 警察署長及ヒ分署長ハ其代理タル官吏ハ其管轄地内ニ於テ犯シタル違警罪ヲ即決スヘシ

但私訴ハ此限ニ在ラス

第二条 即決ハ裁判ノ正式ヲ用ヒス被告人ノ陳述ヲ聴キ証拠ヲ取調ヘ直チニ其言渡ヲ為スヘシ又被告人ヲ呼出スコトナク若クハ呼出シタリト雖モ出廷セサル時ハ直チニ其言渡書ヲ本人又ハ其住所ニ送達スルコトヲ得

第三条 即決ノ言渡ニ対シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得但正式ノ裁判ヲ経スシテ直チニ上訴ヲ為スコトヲ得ス

³⁰ 内田・前掲注（27）53頁。

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³¹。

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³²。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³³。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。

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った³⁴。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

³¹ その例として、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について衛生状況を調査し、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対し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。

³² 明治4年7月9日太政官布告第336号

自今刑部省弾正台被廢司法省被置候事

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)。

³³ 司法省職制並ニ事務章程(司法職務定制)(明治5年8月3日太政官無号)

第二条 司法省ハ全国法憲ヲ司リ各裁判所ヲ統括ス

³⁴ 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查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查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)。

の処断権が、警保寮大警視以下の警察官に付与された³⁵。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³⁶。

(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³⁷。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

³⁵ 前掲注(15) 警保寮職制章程

第一条(抜粋)

大警視 七等

第一 各府県ニ派出シ管下警保ノ事ヲ監督シ、少警視及警部巡查ヲ総攝シ、違式以下ノ罪決シ難キ者ヲ処断ス

第五条 少警部犯人ノ軽重ヲ分別シテ、其法律ニ渉ル者ハ捕縛シテ裁判所ニ付シ、違式ノ者ハ少警視ニ送致シ、註違ノ者ハ少警部自ラ処断ス

³⁶ 大日方・前掲注(34) 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。

第一条 取締組ハ、区内ノ安静ヲ保持スルヲ務トス

第三十四条 凡違式註違ノ箇条ヲ犯ス者ハ、之ヲ屯所ニ拘引シテ、始末書ヲ取り、県庁へ差出スベシ

第三十五条 勅奉官・華族等、違式註違ノ罪ヲ犯シタル者ハ、其場ニテ住所ヲ問ヒ、名札ヲ採リテ、県庁へ差出スベシ

³⁷ 明治7年1月9日(太政官布告第1号)

内務省中寮司左ノ通被置候此旨布告候事

一等寮 勸業 警保 二等寮 戸籍 駅○ 土木 地理 三等寮 測量

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きたことがわかる。川上武『現代日本医療史—開業医制の変遷—』141頁(勁草書房, 1990)。

として警保寮を位置付けた³⁸。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³⁹。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⁴⁰。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る諸件を調べることという項目が記された。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

³⁸ 大日方・前掲注（34）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。

³⁹ 東京警視庁章程

警察ノ趣意タル人民ノ凶害ヲ予防シ世ノ安寧ヲ保全スルニアリ之レヲ行政警察ノ官トナス 行政警察予防ノ力及バズシテ法律ニ背ク者アルトキ真犯人ヲ探索逮捕スルヲ司法警察ノ職務トス

⁴⁰ 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。前掲注（16）明治7年1月19日太政官達第8号参照。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 刑律ニ』、「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/M0000000000000858520>、(2019.2.28)、「違式条例等地方警備ニ関係ノ書類司法ヨリ内務へ引渡」（明治7年4月7日）。<https://www.digital.archives.go.jp/das/meta/M0000000000000858526>、(2019.2.28)。

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、取締権限を強大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⁴¹。他府県においては、知事・県令が警察を管轄していたが、東京府においては、警察権は東京府知事から独立していた⁴²。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⁴³。1877年（明治10年）から始まったコレラの流行に対しては、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⁴⁴。

⁴¹ 明治7年1月15日太政官達第6号

今般東京警視庁被置官等左ノ通被定候條此旨相違候事 但警視事務内務省ノ指令ヲ可受事

⁴² 大日方・前掲注（34）488頁。

⁴³ 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、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。

⁴⁴ 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

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⁴⁵。

警察の体制については、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、検事速部長を兼務した。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。

地域の警察署については、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）には出張所を警察署、屯所を分署と改称し、警察署制度が成立した⁴⁶。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

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（27）159頁。

⁴⁵ 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、国事警察については内務卿に直属し、中央政府の指揮下におかれた。大日方・前掲注（34）482頁。

⁴⁶ 大日方・前掲注（34）492頁。

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⁴⁷。

(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⁴⁸。

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⁴⁹。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

⁴⁷ 中馬・前掲注(27) 149 頁～150 頁。

⁴⁸ 美濃部達吉『日本行政法 下巻』38～39 頁(有斐閣, 1940)。

⁴⁹ 大日方・前掲注(34) 478 頁。しかし、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。

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⁵⁰。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⁵¹。

⁵⁰ 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）。

⁵¹ 大日方・前掲注（34）490 頁。

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。

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⁵²。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、行政権については国務各大臣の

⁵² 明治憲法

第三十七条 凡テ法律ハ帝国議会ノ協賛ヲ経ルヲ要ス

第三十八条 両議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決シ及各々法律案ヲ提出スルコトヲ得

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）⁵³。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くてはならないこと、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、捜索は行われぬ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絶対君主制と、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⁵⁴。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⁵⁵。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⁵⁶。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

⁵³ 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）。

明治憲法

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

⁵⁴ 塩野宏『法治主義の諸相』107頁（有斐閣，2001）、紙野健二「第1編行政法の基本原理 第2章法治主義」室井力編『新現代行政法入門（1）－基本原理・行政作用・行政救済』19頁（法律文化社，2001）。

⁵⁵ 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的アプローチ』156頁（農林水産政策研究所，2004）。

⁵⁶ 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

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、行政庁に対し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る。第2項は、物品の所有者若しくは所持者に対する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は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

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
リ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

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⁵⁷。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、しかし、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⁵⁸。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⁵⁹。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

⁵⁷ 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。

⁵⁸ 例えば、牛乳営業取締規則、清涼飲料水営業取締規則、冰雪営業取締規則、人工甘味質取締規則、有害性着色料取締規則、飲食物防腐剤漂白剤取締規則、メチールアルコール(木精)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。

⁵⁹ 堀越・前掲注(55) 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。

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、警視総監、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。東京府については首都であることから特別な扱いとして警視総監、北海道については北海道長官、東京以外の府県について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 月警視庁訓令甲第 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⁶⁰。牛乳については著しく腐敗性の臭気を発し変色しているもの、清涼飲料水については著しく混濁、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。

⁶⁰ 1914 年（大正 3 年）6 月、訓令甲第 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る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。

（４）飲食物取締法規定ノ職権行使委任ニ関スル通達

各地方では、職権行使の委任に関する庁府県令が発せられた。しかし、全国的にみると委任範囲が統一されていなかったため、「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）が発せられた。

これは、省令が定める警察署への委任について、各庁府県の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については、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⁶¹。

この通達は、食品衛生に関する警察署の役割の増大について抑制を図るとともに、特に清酒について、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については、対象毎に具体的な規則が、内務省により定められた⁶²。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

⁶¹ 山本・前掲注（13）40～41 頁。

⁶² 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、飲食用器具取締規則、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。

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、実際にとり締規則を執行する警察官は広範な裁量を有していた⁶³。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⁶⁴。

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

⁶³ 堀越・前掲注（55）158頁。

⁶⁴ 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ぎ汁、その他の製品を牛乳に混入して配達する者もあり、抜き取り検査を行ったが、成分はわかっても、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ことがわかる。

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制定された⁶⁵。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で許可を受けることとなっていた。この定めを違反した者は、拘留又は料金が科された。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⁶⁶。料理店や飲食店については、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

⁶⁵ 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）。

⁶⁶ 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）に制定される等対応に差が生じている。

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、料理店と飲食店とを税法上の必要から区別した⁶⁷。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、家族や酌人等に芸舞妓と紛らうようなことをさせてはいけないこと（第 5 条）、酌人の認可を受けていない者を客席に侍らせてはいけないこと（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⁶⁸。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の従事禁止、料理場汚水溜り等の清潔保持等の衛生事項についても規定していた⁶⁹。

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、食品衛生の観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⁷⁰。

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で陳列した者（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り締まることが可能となった。

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

⁶⁷ 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、鳥獣肉店、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。

⁶⁸ 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）

⁶⁹ 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）。

⁷⁰ 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 府県で制定されていた。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）。

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対しても、規則を準用する旨を規定し、取締りの根拠とした⁷¹。

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⁷²。

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⁷³。保健所は、地方において講習会等を開催

⁷¹ このほか、特徴的な規則として以下のものがある。警視庁は、当初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)5月17日警視庁令第10号に基づき全面改正を行った。改正した規則は、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(70)19~30頁。

⁷² 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、「一 衣食住ノ衛生ニ関スル事項 二 衛生指導ニ関スル事項 三 医事及薬事ニ関スル事項 四 其ノ他国民保健ニ関スル事項ニシテ他ノ主管ニ属セザルモノ」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。その席で内務大臣は、国民の体位低下という現状から「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。

⁷³ 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、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

し衛生思想の涵養等衛生指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、警察について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⁷⁴。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⁷⁵。

（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

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回帝国議会衆議院国民健康保険法外2件委員会議録第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）。

⁷⁴ 衛生課と保健所の役割分担については、政府は以下のように考えていた。「此地方ノ衛生課ト保健所トノ関係ノ御尋デゴザイマスガ、…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イデアリマスガ、…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回帝国議会衆議院国民健康保険法外2件委員会議録第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ぬことも強調している。帝国議会の委員会での議論は、警察部衛生課と保健所の役割分担が中心であり、警察による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づらかった様子がうかがえる。

⁷⁵ 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。昭和11年の調査では死亡者106万8310人中14万5160人（13.6%）が結核で死亡しており、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亡者は、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）。

た⁷⁶。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⁷⁷。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⁷⁸。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⁷⁹。これらの改正により、保健所は非権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⁸⁰。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

⁷⁶ 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)。

⁷⁷ 清水・前掲注(75)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」では警察署の権限として残置したものは販売、授与、使用の禁止のみとなっている。また、氷雪営業取締規則第2条に規定する氷雪営業については、地方長官の営業許可のみ警察署の所管のままであった。

⁷⁸ 国民体力法改正(昭和17年2月20日法律第37号)

第十四条ノニ 本法又ハ本法ニ基キテ発スル命令ニ依ル地方長官ノ職権ノ一部ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ保健所ノ長ヲシテ之ヲ行ハシムルコトヲ得
厚生省五十年史編集委員会編『厚生省五十年史』352頁(厚生問題研究会, 1988)。

⁷⁹ 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)。

⁸⁰ 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

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絶対君主制と、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、規定が大まかで少なく、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

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）。

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、戦時にあつて、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。

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⁸¹。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

⁸¹ 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）。

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権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⁸²。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（独立命令）権限を有する等、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違反し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こととあるように、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⁸³。

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、

⁸² 先に述べたように、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・前掲注（20）127 頁。

⁸³ 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。

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⁸⁴。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が、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、このような実務とは異なり、学説においては、美濃部が、官庁が警察権を発動する際、法律や勅令に規定がない場合は、命令を制定せずに権力的行為を行うことを違法と解釈していたことには、併せて留意する必要がある⁸⁵。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ス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

⁸⁴ 堀越・前掲注（55）158 頁。

⁸⁵ 美濃部・前掲注（48）64～67 頁。

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、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、当時は少数説に留まっていた⁸⁶。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留まっていた⁸⁷。

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。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⁸⁸。省令や県令等に対する罰則については、「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)、「省令庁令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)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、警視總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⁸⁹。すべての規則や府県令に対し、罰則を認め

⁸⁶ 塩野・前掲注(54)106~107頁。

⁸⁷ 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「人民の為に新たなる権利を設定し、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(54)145頁。

⁸⁸ 福山・前掲注(70)648頁。

⁸⁹ 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、「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」に基づく委任により、「省令庁令府県令及ビ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(70)649頁。

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、法律ではなく法令の留保に墮するものでしかなかった⁹⁰。

(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権がない限り、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、それらは法律に抛らなければ権利・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⁹¹。

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⁹²。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。

命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件（明治23年9月18日法律第84号）

命令ノ條項ニ違犯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

省令庁令府県令及ビ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 地方長官及警視總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

⁹⁰ 高田・前掲注（87）492頁。

⁹¹ 同上489頁。

⁹² 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發ス

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發シ又ハ發セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス

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。

当時の通説は、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たが、美濃部だけは、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、地方の事情に応じ、全国画一ではなく、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解釈していた⁹³。この美濃部の説は、大正から昭和にかけても賛同する研究者はいなかった。しかし、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い、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絶対主義的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

⁹³ 美濃部・前掲注（48）64頁以下。

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、一定の進展もあった⁹⁴。

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）に屠場が、1912年（明治45年）にメチールアルコール（木精）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⁹⁵。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ことができる（行政の自己拘束の進展）⁹⁶。

しかし、1931年（昭和6年）の満州事変を契機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⁹⁷。法律の委任に基づいた規則の設定等、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。

⁹⁴ 高田・前掲注（87）481～482頁。

⁹⁵ 山本・前掲注（70）3～6頁，15頁。

⁹⁶ G.イエリネク著（芦部信喜ほか訳）『一般国家学』297頁以下（学陽書房，1976）。イエリネクは、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。イエ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。

⁹⁷ 田中・前掲注（4）16～20頁。

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うことが出来る⁹⁸。

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⁹⁹。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¹⁰⁰。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

⁹⁸ 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発達が必要である。和田・前掲注(22)3頁。

⁹⁹ 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(22)8頁。

¹⁰⁰ 美濃部・前掲注(48)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。

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¹⁰¹。

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¹⁰²。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¹⁰³。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¹⁰⁴。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

¹⁰¹ 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（48）218頁以下、38～39頁。

¹⁰² 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。

¹⁰³ 高田・前掲注（87）468頁。

¹⁰⁴ 和田・前掲注（22）10頁。

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¹⁰⁵。

（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¹⁰⁶。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¹⁰⁷。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、絶対君主制の下、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。

¹⁰⁵ 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（70）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促した資料しか探すことができなかった。山本・前掲注（70）158～159頁。

¹⁰⁶ 田中・前掲注（4）30頁。

¹⁰⁷ 大日方・前掲注（34）491頁。

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が、そのなか 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¹⁰⁸。

しかし、戦時体制へと移行する 1930 年（昭和 5 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

¹⁰⁸ 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。

れた件数はあまり変化がないといった状態となる¹⁰⁹。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。

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

¹⁰⁹ 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。

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¹¹⁰。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¹¹¹。

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¹¹²。「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、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科料が多く、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¹¹³。

¹¹⁰ 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

¹¹¹ 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)。

¹¹² 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、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。

¹¹³ 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、訴訟を起こしたとしても、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、

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¹¹⁴。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¹¹⁵。

(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。

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巻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

第1条において「飲食物営業者」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命がその中心であった。福山・前掲注(70)643頁。

¹¹⁴ 「第16回帝国議会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ル、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ル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ッテ居ラヌ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ケレバ狭イ程此出訴スルコトノ出来ナイ事件ノ多イ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。

¹¹⁵ 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)。

は成り立たないと判示し、手続の不備を理由に棄却した¹¹⁶。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「本按ニ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¹¹⁷。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、警視總監から昭和 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¹¹⁸。そのため訴訟を提起したものであるが、行政裁

¹¹⁶ 事件の背景として、愛媛県松山市では、魚問屋が集まって「魚市商会社」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)。

¹¹⁷ 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。

¹¹⁸ 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

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¹¹⁹。

判例 4) 営業免許取消ニ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。

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¹²⁰。

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 第二部裁決行録

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。

¹¹⁹ 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経過シタルトキハ其処分ニ對シ訴願スルコトヲ得ス

¹²⁰ 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。

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¹²¹。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¹²²。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

¹²¹ 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

¹²² 酪農業調整法

第四條第二項 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

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 号を發した。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。

行政裁判について、明治時代を代表する行政法学者である美濃部は「法治主義の原則を確實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出来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¹²³。

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權ハ裁判所ノ判決ノ下ニ檢束セラレ臣民ノ私權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¹²⁴。

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¹²⁵。

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

¹²³ 美濃部達吉『日本行政法 上巻』71 頁（有斐閣，1936）。

¹²⁴ 穂積八束「行政訴訟」『穂積八束博士論文集』163 頁（有斐閣，1942）。

¹²⁵ 和田・前掲注（22）9 頁。

分の事件である。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、当該規則の目的を達成するものでもないと判示する¹²⁶。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¹²⁷。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¹²⁸。

¹²⁶ 美濃部・前掲注（48）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。

¹²⁷ 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りと判示した。

¹²⁸ 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・前掲注（22）91頁。

(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)¹²⁹

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に陳列していた。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¹³⁰。

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

¹²⁹ 第一審大森区裁判所。第二審松江地方裁判所。

¹³⁰ 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。

にも飲食物用器具取締規則違反事件（大判大正 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るべきと判示したのである¹³¹。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）¹³²

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。

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 巻 84 頁）

¹³¹ 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

¹³² 第一審東京区裁判所。第二審東京地方裁判所。

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¹³⁴。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(京都市判昭和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¹³⁵。

¹³³ 第一審出町区裁判所。第二審富山地方裁判所。

¹³⁴ 清涼飲料水営業取締規則

第五条第一項 清涼飲料水営業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

¹³⁵ 山本・前掲注(70)88~89頁。

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 卷 980 頁) ¹³⁶

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だ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 ¹³⁷。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 ¹³⁸。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。

¹³⁶ 第一審京都区裁判所。第二審京都地方裁判所。

¹³⁷ 清涼飲料水営業取締規則の条文は、前掲注 (134) 参照のこと。

¹³⁸ 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 卷 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。

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。戦争へと向かう 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、こ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対照的に、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収去検査数が増加し、行政処分数もコンスタントにあり、収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（昭和5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番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」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科料が多く、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（昭和5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持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大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絶対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¹³⁹。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った¹⁴⁰。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」が

¹³⁹ 田中・前掲注（4）18～19頁。

¹⁴⁰ 高田・前掲注（87）468頁。

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科料が多く、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。

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（昭和5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（昭和 5 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、収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¹⁴¹。

¹⁴¹ 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。

第2編 食品衛生行政と法の歴史（戦後）

第1章 日本国憲法下における食品衛生関連法令

1 日本国憲法の制定

明治憲法は、強力な天皇大権を定める一方、議会や裁判所の位置付けは低く、行政裁判制度も大きな制約を受けていた。行政が行う取締等権力的行為は、勅令や省令、府県令といった独立命令により、法律に規定がない事項についても人民の自由や権利を制限し、刑罰を科すことができた。食品衛生関連については、1900年（明治33年）に「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が定められたものの、許可に関する手続や禁止事項、違反した場合の罰則等具体的な規定については、牛乳や清涼飲料水等を個別に規律する省令や府県令で規定され、警察がその取締りを行っていた。

1947年（昭和22年）に制定された日本国憲法は、国民の基本的人権を明記し、国民主権とともに、立法、司法、行政の三権の分立が明確にされ、国会を唯一の立法機関とし（第41条）、立法を含む一切の国家行為の審査における司法権の優位を認め（第81条）、統治機構の存在目的は基本的人権の保障であることを明示した¹⁴²。裁判所は行政裁判所を廃し、司法裁判所において行政訴訟も受け付けることとなった。憲法の制定を受けて、我が国の法令は、基本的人権の保障を目的に、そのための手段を具体的、体系的に提示するものとして再構成されることとなった¹⁴³。伝統的行政法学を代表する田中二郎は、日本国憲法下における行政法の特徴として、民主主義の原理、福祉国家の原理と法治主義の原理を取り上げ、市民的自由権の保障を強調している¹⁴⁴。

連合軍総司令部（GHQ）の占領下において制定された「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（昭和22年4月18日法律第72号）は、日本国憲法の施行に伴い効力を失う命令に替わる法律の制定を促したものであり、食品衛生関連についても、牛乳営業取締規則をはじめ、明治憲法の下で独立命令であった省令や府県令により制定された規則については、1947年（昭和22年）12月31日を限りに効力を失うこととなった。この結果、それまでの基本法であった「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」と諸規則とを併せ、食品衛生に関する総括的かつ網羅的な法律として、新たに食品

¹⁴² 紙野・前掲注（54）20頁。

¹⁴³ 高田・前掲注（81）31頁。

¹⁴⁴ 田中・前掲注（23）188頁以下。

衛生法が制定されることとなったのである¹⁴⁵。

2 食品衛生法の制定とその変遷（食品安全基本法制定前まで）

1947年（昭和22年）に制定された食品衛生法（昭和22年12月24日法律第233号）は、1900年（明治33年）に制定され、このとき廃止された「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」に替わって、我が国の食品衛生行政の中心に位置付けられる重要な法となった¹⁴⁶。

（1）食品衛生法の制定

①食品衛生法の目的

食品衛生法の目的は「飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、公衆衛生の向上及び増進に寄与する」ことである。この目的の背景には、日本国憲法が「第25条 すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。2 国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と定め、明示的に公衆衛生の向上、増進に対する国の責務を規定したことがある。食品衛生法が制定された1947年（昭和22年）は戦争直後であり、まさに著しい食料不足で衛生水準が極めて低く食中毒が蔓延していたため、国民のための食品の衛生向上が喫緊の課題であった。この目的は、2003年（平成15年）、食品安全基本法の施行に伴う食品衛生法の抜本的改正があり、目的に「国民の健康保護」という文言が挿入されるまで、実務の運用はともかく、条文上の文言は56年間変わることがなかった。

また、この法が規制するものとしては、医薬として摂取する以外のすべての飲食物や添加物に加え、安全性を確保するため製造加工等に使用する器具、施設、飲食の用に供する

¹⁴⁵ 参議院事務局「第1回国会参議院厚生委員会会議録第30号（昭和22年12月4日）」2頁【厚生大臣一松定吉提案理由説明】（1947）。

¹⁴⁶ 戦後の食糧難の中、食品衛生を確保するため、「飲食物その他の物品取締に関する法律及び有毒飲食物等取締令の施行に関する件」「飲食物営業取締規則」がそれぞれ施行された。「飲食物その他の物品取締に関する法律及び有毒飲食物等取締令の施行に関する件」（昭和22年厚生省令第10号）は、日本国憲法施行日である1947年（昭和22年）5月3日から同年12月31日まで、戦後の衛生確保のため、警察に代わり、食品の収去検査や立入検査を行う食品衛生監視員を都道府県に配置することを定めた。「飲食物営業取締規則」（昭和22年厚生省令第15号）は、1947年（昭和22年）5月2日から同年12月31日まで戦後の衛生確保のため施行されたが、詳細なものではなく、大正から昭和にかけて、特に1920年（大正9年）代に府県等で制定されることが多かった「飲食物取締規則」とよく似た内容を有するものであった。食品衛生法が制定されると同時に、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」及びこの2つを含む10の規則は廃止となった。

器具や容器包装までをその規制範囲に含めた。取締りの対象は、営業者を中心とするが、営利を目的としない寄宿舎や学校、病院等についても、継続的に不特定又は多数の者に食品を提供する場合は対象に含め、飲食に起因する危害発生の防止、さらには公衆衛生の向上に努めることを目的とした。

②食品衛生法の内容

②－1 食品衛生法における生存権の保障と営業の自由

・生存権の保障

憲法第 25 条は、国民に健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を保障するとともに、その権利を実現するために、国に対して社会福祉、社会保障、公衆衛生の増進に努めなければならないことを命じており、国家に対して、生存権の実現のために積極的関与を要請していると解釈されている¹⁴⁷。憲法で規定されたことにより、第 25 条の権利は少なくとも立法指針として誰もが認めるところとなり、この指針に基づき国民の健康一般を保護する法制度が整備され、食品衛生法やその関連法令も制定された¹⁴⁸。生存権規定の法的性格については、当初は国に法律上の義務はないが、努力すべきであるという立法指針を示したものとする学説が有力であったが、近年は、国民は、国家に対して、健康で文化的な最低限度の生活を営むための立法その他国政上必要な措置を講ずることを要求する抽象的権利を持つとする「抽象的権利説」を主張する論者が増え、第 25 条に裁判規範性を認めるようになった¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 法學協會『註解日本國憲法 上巻』482～485 頁（有斐閣，1953）。生存権については、17～18 世紀に自然法の個人主義的社会観において、積極的な生存の維持及び発展と、消極的な生存に対する危害又は障害の除去という二つの概念が明確化された。明治憲法においては、生存権に係る規定はなく、自由権の保障に関する各条文に、国民の自由に生存する権利を不当に侵害することはないという趣旨が内包されていたにすぎない。

¹⁴⁸ 1950 年代の学説は、生存権については、国の「法律上」の義務があるわけではなく、国民の具体的権利として認めたものではない。法律的にも法律上の保障規定を欠いていることから具体的権利と解せないとしていた。一方で、憲法第 25 条は、国民の生存の維持及び発展について国の公共的配慮がなされなければならないという積極的内容を有し、積極的意味における生存権の確保については、国が常にそのことについて努力すべきであるという、将来の政治や立法に対する基本的方向を指示したものとした。法學協會・前掲注（147）487～488 頁。

¹⁴⁹ 憲法第 25 条の生存権については、生活保護等と関連した判例があるが、食品衛生法に関連する判例で憲法上の議論が行われた裁判例はなかった。生存権に係る判例として、個々の国民に具体的権利を保障したものではないとした食糧管理法違反事件（最大判昭和 23 年 9 月 29 日刑集 2 卷 10 号 1235 頁）、生存権の具体的権利は憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によって、はじめて与えられるとし、著しく低い基準を設定する等憲法及び生活保護法の趣旨・目的に反する場合は違法な行為として司法審査の

・営業の自由

戦前の取締法規は警察許可であり、「自然の自由」を回復する処分であった。営業の自由については、明治憲法には明文の規定がなく、戦時中は特に企業許可令により営業許可制が全面的に採用され、営業者は官製団体に強制的に加入させられていた。しかし、日本国憲法の制定により、第 22 条において職業選択の自由として、個々の具体的な人権の一つとして保障されたものとなる¹⁵⁰。ただ、食品衛生法においては、法に掲げられた目的からなおも「消極的・警察的規制」の対象と位置付けられており、飲食に係る営業は一般的に禁止されたものであり、許可は新たな権利の設定としてではなく、自然の自由の回復として考えられていた。憲法の原理が転換したにもかかわらず、引き続き明治憲法下の考え方が支配的であった。同法において、施設が都道府県知事の定める必要な基準を満たす場合は、すべて許可しなければならないと規定をおいたのは、警察許可の典型的な制度である¹⁵¹。判例においても、飲食店営業許可は「当該施設を使用して飲食店営業をすること

対象となるとした、いわゆる朝日訴訟（最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁）、憲法第 25 条に規定する趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような場合を除き、裁判所は審査判断するに適しないとしたいわゆる堀木訴訟（最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁）等がある。1980 年（昭和 55 年）～1990 年（平成 2 年）代になると、学説は生存権については、国にその保障を具体化すべき政治的責務を宣言したものと捉える「プログラム規定説」、国民が立法権に対しその権利の内容にふさわしい立法を行うよう請求できる具体的権利とする「具体的権利説」、国民は国家に対して、健康で文化的な最低限度の生活を営むための立法その他国政上必要な措置を講ずることを要求する抽象的権利を持つとする「抽象的権利説」とに分けられ、抽象的権利説を主張する研究者が増えている。学説から判例を見ると、食糧管理法違反事件については、プログラム規定説を採用した。朝日訴訟、堀木訴訟については、抽象的権利説を採用しているものの、判例においては、生存権を立法権又は法の下での行政権の裁量の範囲の問題とし、具体化する各法における立法権の裁量を広く認め、プログラム規定説と異なる結果となってしまっている。佐藤功『日本国憲法概説 全訂第五版』294～303 頁（学陽書房，1997）。

¹⁵⁰ 営業の自由については、法律学、経済学による「営業の自由」論争がある。経済史学者の岡田与好は、営業の自由は、人権の一つではなく、歴史的に営業の独占と制限からの自由であり、「公序」として追及されたものであり、独占禁止法等の公正な競争秩序のための規制は自由の「制約」ではなく、自由回復の措置と論じた。それに対し、法学者である渡辺洋三は、法解釈学において法は国家権力の発動であり、法的問題は国家との関係で論じるものであり、営業の自由は「国家からの自由」であると論じた。渡辺洋三「法学と経済学（1）—岡田論文を手がかりにして」社会科学の方法第 12 号 2～3 頁（1969）。岡田の主張は歴史的に正しいが、渡辺は法の実践的な主張として営業の自由を語ったものであろう。

¹⁵¹ 自由を規制する立法のうち、経済的自由を規制する立法は、精神的自由を規制する立法と比較し、より強度の規制を受ける。経済的規制については「消極的・警察的規制」と「積極的・社会経済政策的規制」があり、消極的・警察的規制は、警察比例の原則に基づき最小限度の規制であることが求められ、合憲性の判断基準である「規制の合理性」につ

が公衆衛生上支障がないと認められる特定の場合にその禁止を解除し適法に飲食店営業をすることの自由を回復せしめる一種の警察処分」とし、新たな権利の設定や、人権として当然認められた自由の制限や剥奪とは考えていなかった¹⁵²。

また、現場において食品等を検査し収去する食品衛生監視員に関する規定や食品や添加物、器具、容器包装に関する詳細な規定、省令等への委任については、依拠すべき法令や基準を明確にし、行政の広範な裁量権や権力的な取締りを授権するものから、警察目的に沿った、裁量権をできるだけ狭くする授権へと移行した。例えば、現場で取締りを行う食品衛生監視員については、守秘義務を法で義務付けるとともに、身分証の携帯、収去時の収去票の交付を規則で義務付け、営業者の営業の自由について手続的規制を整備することで「自然の自由」を守り、損害賠償の請求時には証拠となるよう救済の実効性確保を意識した法令整備を行った。

②-2 その他の特徴

食品衛生法の特徴は、大きく5つにまとめられる。

第一に、食品衛生の基本法として、これまで行政が定める個々の規則でばらばらに規定されていた禁止事項をまとめ、網羅的に法律レベルで規定したことである。食品衛生法では、農業及び水産業による採取業を除く、すべての食品、添加物、器具及び容器包装を対象とし、総括的に「人の健康を損なうおそれのあるもの」として、食品や添加物等において、腐敗・変敗したものや人に有害・有毒なもの等人の健康を損なうおそれのあるもの

いて、積極的・社会経済政策的規制と比較し、より厳格な基準となる（二重の基準）。代表的な判例として、適正配置規制について、消極目的では薬局距離制限事件（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）、積極目的では小売市場距離制限事件（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）があり、前者は違憲、後者は合憲となっている。しかし、公衆浴場の距離制限のように、従来は消極目的であった規制についても積極目的の要素を含んだ規制が増加してきており、規制目的のみで判断することは妥当でない。消極目的として公衆浴場法違反被告事件（最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁）、積極目的として公衆浴場法違反被告事件（最一小判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁）。芦部・前掲注（1）235～238頁。

¹⁵² 飲食店営業許可取消請求事件（仙台高判昭和29年6月29日行集5巻6号1525頁）。原告は賃貸した施設で飲食店を営んでいたが、施設の大家であるAに飲食店の営業が許可されたことから立ち退きを要求されたため、大家Aの飲食店営業許可の取消しを求めたものである。判決では飲食店営業許可については、警察処分であり、新たに権利を設定し又はすでに認められた自由を制限したり剥奪したりする性質のものではないとし、営業施設の上に設定された私法上の権利（施設使用权）関係とは本来何の関わりもないこと、権利関係が設定されていれば、営業許可があっても許可により直ちに私法上の権利関係が侵害されることはありえないこと、営業が継続できない立場に陥っても、営業許可処分自体の効力ではなく派生的な事実上の結果に過ぎないことから、許可処分は原告の権利を侵害するものではなく、控訴は不適法として却下した。

販売、販売を目的とする製造・加工・使用等を制限した。また、疾病にかかり若しくはその疑いのある獣畜の販売や加工・使用の禁止、厚生大臣が許可していない食品添加物の販売・製造・使用等の禁止等も併せて規定した。

第二に、日本国憲法の制定に基づき、法律を頂点とし、その委任によって構築される法体系が明確に整備されたことにより、食品衛生法においても法律による委任命令が整備されるとともに、法違反による行政処分や刑罰等に関する規定も法律レベルで明確になったことである。例えば、販売する食品や添加物の製造・加工・使用や保存方法等に関する基準、食品や添加物の成分の規格、飲食用器具や容器包装及びそれらの原材料の規格等公衆衛生の確保のため必要な基準や規格については、厚生大臣にこれらを定める権限を委任した。これにより、明治憲法下においては、例えば牛乳では規則（独立命令）において販売してはならない牛乳の基準や成分等が大まかに規定されていたが、そういった基準や規格は、食品衛生法という法律の委任を受けた規則（省令）等で、詳細に、検査に基づく数値をもって定める仕組みになった。また、表示についても、これまで規則（独立命令）の規定のみであったが、食品衛生法においてこれを位置付け、表示を行うべき食品や添加物等や具体的な表示要領については法律で省令に委任し、規則で定めた。違反した場合の制裁についても、どの項目に違反するとどのような行政処分を受けるか、どのような刑罰を受けるかを具体的に規定した。

第三に、食品衛生を国の事務とし、機関委任事務として都道府県知事に委任したことである。明治憲法下ではほとんどの行政は、強力な中央集権体制により国の統制を受け、都道府県は国の地方機関であった。日本国憲法では地方自治について定められていたが、食品衛生行政については従来どおり国の事務と位置付け、全国的に統一して実施していくこととなったのである。しかし、実施に際しては、都道府県知事に対して、飲食店営業等公衆衛生に著しい影響を与える営業者であって厚生大臣が指定する施設について、業種別に必要な基準を定める権限を付与するとともに、営業に対する許可権限を付与した。また、法違反があった場合、知事はその営業者に対し、許可の取消し、営業の禁止や停止処分を行うこともできた。これまでは府県令で規定されていた行政処分についても、都道府県知事の権限として、法律によって明確に授権されることとなったのである。

第四に、検査のための無償収去を実施する者として、専門知識を有する「食品衛生監視員」を置く仕組みを設けたことである。都道府県においては、食品衛生監視員は保健所に

配置され、保健所は、戦争中から有していた検疫や労働等国民の健康に係る規制権限を、引き続き持つとともに、新たに、食品衛生をはじめとする衛生全般に関して広く指導・取締りを行う機関として位置付けられた。食品衛生については、権力的取締りを行う際に、その裏付けとなる科学的根拠を求めており、衛生全般に係る指導はその科学的根拠を収集する手段ともなった。さらに、中央食品衛生委員会、地方食品衛生委員会に関して規定し、厚生大臣と都道府県知事の諮問機関として位置付けた。明治憲法下では国においては勅令により内務省に中央衛生委員会を設置し、委員には各省の衛生担当局長、医科大学長、警視總監、内務省警保局長等が就任し、公衆衛生や獣畜衛生に関して調査し意見を述べていた。地方においても規則により、同様に地方衛生会が設置され、病院長や病院の薬局長、府県衛生課長、警察官、公選された開業医等が委員として就任していた。日本国憲法下ではいずれも法律により設置する食品衛生を対象とする委員会として位置付け、関係行政庁の官吏又は吏員のほか、食品や添加物等に関する事業に従事する者及び学識経験者から任命することとし、専門性が高められた¹⁵³。

第五に、食品衛生法にはいくつかの曖昧な点が残ったこともその特徴である。

まず、同時期に制定された環境衛生に関する法と比較すると、公衆浴場法、旅館業法には営業許可の取消処分等不利益処分を受ける際に公開の聴聞及び処分原因である違反行為の通知に関する規定があるが、食品衛生法にはそういった手続的規定がなかった。食品衛生が緊急性を伴うことが多いことを考慮しても、営業者の手続的権利が十分保障されていなかったといえよう¹⁵⁴。

次に、営業者にとって著しい影響を与える営業許可の取消し、営業禁止、営業停止の行政処分については、都道府県知事に権限が付与されているものの、法令には、これらの不利益処分の基準等について規定がなかったことがあげられる。そのため、各処分の適用、営業停止の期間等は都道府県知事等の広範な裁量によることとなった。都道府県において処分基準を定めるかどうかも規定されておらず、営業者は、都道府県毎に、違反の程度と

¹⁵³ 中央衛生会、地方衛生会は1879年（明治12年）コレラ等伝染病の流行により設置された。同年12月には地方に衛生課も設置されている。調査報告範囲は公衆衛生、獣畜衛生全般であり、明治12年内務省達第55号により地方衛生会規則が制定された。中央衛生会と地方衛生会はよく連携を図ったと記載されている。内務省衛生局『衛生局第五次年報』6頁、156頁（内務省衛生局、発行年不明）。東京地方衛生会規則（明治13年4月15日内務省達）によると、東京地方衛生会は「東京地方衛生の全体を視察し、人民の健康を保持増進するため」設置され、公選による開業医師5名を含む14名で構成されている。

¹⁵⁴ 須藤陽子『行政強制と行政調査』98頁（法律文化社、2014）。

それに対する処分の軽重を含め、異なる処分を受ける可能性があった¹⁵⁵。

（２）食品衛生法の実施体制

GHQ は公衆衛生や社会福祉に関心が高く、1946 年（昭和 21 年）5 月 11 日付「日本政府の保健及び厚生行政機構改正に関する件」等の覚書により厚生省に対して指導を行っていた¹⁵⁶。1946 年（昭和 21 年）11 月、国は勅令第 517 号により厚生省官制を改正し、衛生局、医療局に代えて、公衆保健局（調査課、保健課、栄養課）、医務局（医務課、薬務課、製薬課、病院課、療養課）、予防局（予防課、防疫課、検疫課）の 3 局体制とした。食品衛生については、公衆保健局栄養課に食品衛生係、乳肉衛生係が設置された。地方においては、地方官制、北海道庁官制の改正により内務大臣の指定した 14 都道府県において衛生部、民生部が設置された¹⁵⁷。

①食品衛生監視員による食品衛生法の実施

「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」においても、食品の臨検検査や検査のための無償収去を行うとともに、食品衛生に関する指導を行う規定があったが、食品衛生法では、こういった実務を担当する者として専門知識を有する食品衛生監視員を設置した。ここに旧法の実施体制とは大きな違いがあった。すなわち、食品衛生に関する取締りは、明治憲法下に国による取締りが行われて以来警察が所管し取り締まってきたが、食品衛生法により警察組織から食品衛生を専門的に担う行政組織へと移管されたのである¹⁵⁸。

¹⁵⁵ 須藤が調査を行った地方公共団体では、現在も明確な処分基準が定められておらず、また、公表も行われていない。また営業停止と営業禁止の区分についても、地方公共団体毎に異なっている。須藤・前掲注（154）120 頁以下。

¹⁵⁶ この他にも 1945 年（昭和 20）年 9 月 22 日付、1946 年（昭和 21 年）2 月 27 日付の公衆衛生に関する覚書がある。

¹⁵⁷ 厚生省は 1948 年（昭和 23 年）、食品衛生係、乳肉衛生係を課とし、体制を強化した。また、1949 年（昭和 24 年）の改正により、公衆衛生局内に環境衛生部を新設し、食品衛生課、乳肉衛生課は環境衛生部に配置された。地方においては、1947 年（昭和 22 年）地方自治法の改正に際し、道府県の民生部及び衛生部は必置とされた。1961 年（昭和 36 年）に環境衛生部は環境衛生局となる。山本俊一編『日本食品衛生史（昭和後期編）』31～37 頁（中央法規出版、1982）

¹⁵⁸ 太平洋戦争中に行われた厚生省の組織改正の際には、他の衛生業務が警察部から内政部へ移管したにもかかわらず、食品衛生に係る取締りは例外として警察が所管し続けた。しかし、食品衛生法制定後は、従来の警察の取締りと異なり、「食品衛生の科学化」といわれるように、科学的な根拠・裏付けを重視することから、食品衛生に関する知識が必要とされ、食品衛生法施行規則で専門資格が定められた。

食品衛生法施行規則（昭和 23 年 7 月 13 日厚生省令第 23 号）

第十七条 食品衛生監視員は、左の各号の一に該当する者でなければならない。一 厚

②都道府県知事の役割と権限

都道府県は、かつての国の機関ではなく地方公共団体として位置付けられたが、食品衛生行政は都道府県知事の機関委任事務として実施された。この結果、地方公共団体は、食品衛生法の実務をほとんど担うこととなったのである。すなわち、法律は「公衆衛生に与える影響が著しい営業」であって厚生大臣が指定する施設については、業種別に必要な基準を定めることを知事に委任しており（第20条）、その基準に基づき、営業を営もうとする者は知事の許可を受けなければならない（第21条）という機関委任事務としての規制の仕組みを作ったのである¹⁵⁹。知事は、第21条第3項により、許可にあたり2年を下らない期限やその他必要とする条件を附することができた。また、知事は、営業者が法律や知事の定めた基準や条件に違反したとき、営業許可の取消し、営業の全部又は一部の禁止、営業停止、施設の整備改善命令といった行政処分を行う権限を有していた。法律事項は限定的であり、知事は自らの裁量により地域の特性や事情を考慮した運用を行うことができた仕組みとなっていた¹⁶⁰。

それだけでなく、地域においては、食品衛生法には規定されていない業種について、衛生上の観点から取締りが必要とされることがあった。事例をあげると、長崎県では条例を

生大臣の指定した食品衛生監視員養成施設において、所定の課程を修了した者 二 医師、薬剤師、獣医師 三 学校教育法による医学、薬学又は獣医学に関する大学卒業生 四 栄養士で一年以上食品衛生監視に関する事務の経験を有する者 五 学校教育法による高等学校卒業生若しくは監督庁の定めるところによりこれと同等以上の学力があると認められた者又は外国の医学校、薬学校、獣医学校若しくは栄養学校を卒業した者で、二年以上食品衛生監視に関する事務の経験を有する者若しくは厚生大臣の行う食品衛生監視員の資格試験に合格した者（一部略）。

¹⁵⁹ 「影響が著しい営業」は、食品衛生法施行規則において当初12業種が規定されており、飲食業や喫茶店営業をはじめ、氷菓子製造業や牛乳処理業等明治時代に「規則」で定められていた食品はすべて含まれていた。

食品衛生法施行規則（昭和23年7月13日厚生省令第23号）

第十九条 法第二十条に規定する営業を左の通りとする。一 飲食店営業（設備を設け食品を調理し又は客に飲食させる営業） 二 喫茶店営業（酒類以外の簡易な飲食又は茶菓を客に飲食させる営業） 三 生菓子製造業 四 氷菓子製造業（アイスクリーム製造業を含む） 五 牛乳処理業又は特別牛乳搾取処理業 六 乳製品製造業 七 牛乳加工品及び類似品製造業 八 食肉販売業 九 ハム、ソーセージ、ベーコンの類又は魚肉練製品の製造業 十 清涼飲料水又は保存飲料水製造業 十一 氷雪の採取、製造又は卸売業 十二 前各号以外のかん詰又はびん詰食品製造業（一部略）

¹⁶⁰ 食品衛生法第21条においては「（公衆衛生に与える影響が著しい）営業を営もうとする者は省令の定めるところにより都道府県知事の許可を受けなければならない」と規定し、同条第3項においては「都道府県知事は、第一項の許可に二年を下らない有効期間その他の必要な条件を付けることができる」とし、地方の特性を反映させることが可能であった。

制定し、営業許可を要する業種として、法に規定する業種以外に、ごま豆腐製造業、漬物製造業、魚介類加工業、魚介類販売業、水あめ製造業、こんにやく製造業の6種について知事の許可を必要とする業種とした。長崎県のごま豆腐は郷土食となっており、水あめは特産品であるカステラの材料として多く使用される等長崎県の特殊事情や実態を基に制定されたものである。これらのうち、魚介類販売業については、食品衛生法の対象外となる、店舗を設けない「行商」であり、特に、埃やゴミ、ハエ等により魚介類が汚染されるおそれのある場所での販売、当該食品を調理した販売を禁止している。長崎県では、魚介類の行商の実態は古くからあり、魚介類が衛生的に変化しやすく、生食による食中毒が多発していたことが背景にあったことによる。さらに、販売業として、魚介類加工品、乳肉製品、アイスクリーム類、豆腐や豆腐加工品、ごま豆腐、弁当類や総菜類、菓子類、冷凍食品を販売する場合は、保健所長への届出を必要とした。営業許可を受けずに営業を営んだ者、許可取消し等の処分に違反して営業を行った者に対して罰金又は科料が規定されていた¹⁶¹。

また、1948年(昭和23年)、大阪府ではフグの消費量が日本一であったことを背景に、全国に先駆けて「ふぐ販売営業取締条例」(昭和23年大阪府条例第55号)を制定した。フグ販売営業を許可制とし、専任のフグ取扱登録者、フグ調理師によるフグ毒を除去する調理と、有毒部分の適切な処理を義務付けている。1949年(昭和24年)には東京都においても「東京都ふぐ取扱業等取締条例」を制定し、試験によるフグ調理師免許制度、フグ取扱所の認証制や営業者の義務等を規定した¹⁶²。先に事例としてあげた長崎県では、フグの取扱いは条例ではなく要綱で定められている等、各都道府県により取扱いは様々であった¹⁶³。

¹⁶¹ 橋本博之「長崎県食品衛生に関する条例」(昭和61年3月31日長崎県条例第26号)『新条例百選』116～117頁(1992)。『新条例集覧—新条例百選姉妹篇』158頁(1993)。長崎県においては1955年(昭和30年)に「長崎県食品取締条例」が制定され、1965年(昭和40年)に「長崎県食品衛生に関する条例」に改題、1986年(昭和61年)には製造工程における技術の進歩、包装材料の改善等食品衛生水準の向上等に対応するため、条例の全部改正が行われた。

¹⁶² 早坂とみ子「東京都ふぐの取扱い規制条例」(昭和61年3月31日東京都条例第51号)『新条例百選』118～119頁(1992)。『新条例集覧—新条例百選姉妹篇』159頁(1993)。東京都において当初制定された条例は「ふぐ取扱業等取締条例」(昭和24年4月5日東京都条例第43号)である。1949年(昭和24年)7月4日に全国で初めてフグ調理師試験が実施された。東京府では、条例制定以後、飲食店におけるフグ中毒死の例は皆無となった。

¹⁶³ フグが全国的に消費されるようになり、流通も広域化したことから1983年(昭和58年)厚生省通達「フグの衛生確保について」(昭和58年12月2日厚生省環乳59号環境衛生局長通知)により、処理によって食することができるフグ12種類とその可食部位、フ

地方公共団体においては、従来、機関委任事務については法律の委任がない限り、条例の制定が認められていなかった。しかし、地方公共団体の事務においては、条例制定権が憲法、地方自治法により法律の範囲内で認められていた¹⁶⁴。成田頼明は、条例が法令に反しないと考えられる場合は①当該事項を規律する国の法令がなく、国法上全くの空白状態にあるものについて規制する場合、②国の法令が規制している事項（対象）と同一の事項（対象）について、当該国の法令とは異なった目的で規制する条例、③国の法令が規制している目的と同一の目的の下に、国の法令が規制の範囲外においている事項又は対象を規制する条例とし、③の事例として、食品衛生法に基づく厚生省告示で規格基準を定めていない特殊の食品について、地方的必要性から規格基準を定める条例をあげている。先にあげた事例からみると、実際に都道府県においては①の事例として、長崎県の食品衛生に係る条例のうち魚介類販売業（行商）に対する営業許可、魚介類加工品等7項目の販売業の届出制度等が該当する。このほか、アイスクリームの行商に関してもこれを規制する条例があり、これも①の事例である¹⁶⁵。③の事例として、政令に規定のない食品製造業種について営業許可や届出を規定した、大阪府や東京都におけるフグに関する調理業や飲食業を規制する条例、長崎県のごま豆腐製造業等に関する条例が該当する。地方においては、その他にも「北海道かきの処理等に関する衛生条例」等がこれに該当する¹⁶⁶。

また、成田は、条例が法令に違反する場合として、国の法令が一定の基準を設けて規制している場合に、国の法令と同一の目的で、同一事項につき法令よりも高次の基準を付加する条例とし、食品衛生法の適用を受ける食品又は添加物について厚生大臣が定めた規格

グ処理にあたっての遵守事項、加工品の表示事項、水揚げ地又は出荷地規制の努力等が示された。

¹⁶⁴ 地方公共団体の事務が何かは不明確なところもあるが、地方公共団体は憲法上、法律の範囲内で全権性又は活動領域の普遍性・全面性の原則を保障されていることから、法律が、国又は他の公共団体の事務として留保していない限り、地方的利益に関わる事務を任意に自己の事務として規制し、処理することができる。成田頼明「法律と条例」清宮四郎・佐藤功編著『憲法講座4巻』209頁（有斐閣，1964）。

¹⁶⁵ 青森県魚介類行商及びアイスクリーム類行商に関する条例（昭和34年1月8日青森県条例第3号）等

¹⁶⁶ 「北海道かきの処理等に関する衛生条例」（昭和37年7月27日北海道条例第45号）はカキの畜養、浄化、むき身にする等の処理等における衛生的取扱いについて規定している。食品衛生法施行令には、貝類のむき身等に関する業種については指定していなかった。なお、カキについては昭和37年5月26日厚生省告示第192号により生食用冷凍カキの成分規格及び製造基準が定められた。また、1965年（昭和40年）、1966年（昭和41年）とカキによる大規模な食中毒が発生したため、昭和42年8月24日厚生省告示第349条により規制対象を生食用カキに拡大し、新たな成分規格、加工基準、保存基準が定められた。

基準より高次の規格基準を定める条例が考えられる¹⁶⁷。

こういった地方公共団体における、省令（後に政令）で定めた以外の営業種目に対する規制は、いわば横出しの規制であり、法務府から厚生省への回答においても国で定めた規格基準より高次の規格基準については法令違反であるが、国で規格基準が定められていない食品又は添加物の規格基準の制定、省令で規定している以外の食品等の製品検査等は「差し支えない」ものとされていた¹⁶⁸。

これら知事の権限行使においては、事前に食品衛生監視員が検査や指導を行い、科学的検査がその根拠、裏付けを提供していた。

食品は直接人の健康に影響を及ぼし、衛生や安全性が確保できない食品は病害をもたらす、時には生命に関わる可能性もある。日本国憲法の下、食品衛生の確保は憲法第 25 条第 2 項に公衆衛生の向上が国の責務として位置付けられるとともに、国を復興していくために健康で体力がある強い労働者が必要とされた。そのため、国は食品衛生行政を全国的な基準を定めた機関委任事務とし、一律的で画一的な規制を行うことで国として一定の衛生的で安全な状況を確保しようとしたのであった。このため、先に述べたように地方公共団体は、原則として、国が一律的に規制する事項については条例を制定することはできなかった。しかし、一方で、地域において摂食する食品に特性があることを考慮し、食品衛生法第 21 条第 3 項により、都道府県知事に一定の裁量権を与え、営業許可に際し、地域に必要な条件を附すことで独自に規制することを認めたのであった。また、地方公共団体は、法律のすき間をぬって、法令で規制されていない内容についても、その地域の特性や事情、必要性等に基づいた自主条例を制定する等工夫を重ねた。こういった取組は、食中毒の防止をはじめ地方における食品衛生の向上において大きな意味があったといえよう。

¹⁶⁷ 成田・前掲注（164）215～216 頁。

¹⁶⁸ 法務府の意見「食品衛生法と条例の関係」（昭和 25 年 2 月 16 日法務府法意発 16 号厚生省公衆衛生局長あて法制意見第一局長回答）において、地方公共団体は、その条例で、食品衛生法の適用を受ける食品又は添加物について厚生大臣が定めた規格基準より高次の規格基準については、国の規格基準が必要かつ十分な規制であることから、これを定めることはできないとした。しかし、厚生大臣が規格基準を定めていない食品又は添加物については、国が全国的に規格基準を定めて統制する必要を認めていないことから、地方公共団体が地方的必要から規格基準を定めること、省令で指定する以外の食品、添加物等について製品検査を行うこと及び厚生大臣が許可営業と定めたもの以外の業種を許可営業とすることはできるとした。帝国地方行政学会『法制意見総攬』1317～1320 頁（1957～）。

③保健所による取締り

第1編第2章「4食品衛生の取締体制」で述べたように、地域の衛生行政機関である保健所については、1937年（昭和12年）に結核撲滅と健康向上を目的に相談指導機関として設置された。しかし、太平洋戦争が始まると、保健所長に体力検査の指揮監督権、療養に関する処置命令等行政処分権の権限が移転し、検疫委員、労働監督官等を補することとなる等、保健所の機能が強化され、食品衛生を除く衛生警察の権限は、警察から保健所に引き継がれたのであった。

戦後になると、1947年（昭和22年）4月7日連合軍総司令部から「保健所機能の拡充強化に関する件」の覚書が出され、それを受けて保健所法（昭和22年9月5日法律第101号）が新たに制定された¹⁶⁹。覚書では、日本の公衆衛生上の諸問題に有効適切に対処するため、保健所の公衆衛生に関する適切な活動力を確立すべきであるとし、食品衛生等の行政事務及びその実施に必要な予算等を整備するよう要望していた。この覚書を受けて法が制定され、保健所の指導権限の強化とともに、地方における公衆衛生に関する行政事務の一体化、警察と公衆衛生事務との切り離しが行われた。

警察概念については、第1編第1章「2食品衛生に関する取締体制（4）警察の概念」において述べたように、明治憲法制定前に司法警察と行政警察の区別がされており、司法警察については「行政警察ノ力及ハス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」、行政警察については「人民ノ凶害ヲ予防シ安寧ヲ保全スルニアリ」とそれぞれ規則によって規定されていた¹⁷⁰。明治憲法下において、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、公共の安全と秩序の維持を図るため、保安警察のほか、交通、衛生、産業等において、一般統治権に基づき人民に命令し強制する作用のすべてを警察の責務とした¹⁷¹。一方、日本国憲法の下、1947年（昭和22年）に制定された旧警察法においては、「国民の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯

¹⁶⁹ 1994年（平成6年）、保健所法については、平成6年7月1日法律第84号により、市町村保健センターの設置や地域保健対策に係る人材確保の支援等保健所機能の強化とともに、地域保健法に改称された。

¹⁷⁰ 司法警察については1874年（明治7年）検事職制章程司法警察規則第10条。行政警察については1875年（明治8年）行政警察規則第1条において規定されている。司法警察、行政警察の定義が、国の規則において明確に定義されたのはこれが初めてである。

¹⁷¹ 美濃部・前掲注（48）64～67頁。

罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当たること」(第1条)と規定され、また1954年(昭和29年)に制定された現行警察法においても、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもってその責務とする」(第2条第1項)と規定された¹⁷²。これにより、警察法における警察にあつては、衛生警察の比重が減少することとなった¹⁷³。

そして、保健所には、食品衛生法に基づき立入調査を行い、食品衛生に関する指導を行う権限を付与され、食品衛生監視員が配置された結果、戦前より広範かつ強力な取締体制が構築されることとなったのである。しかし、後に述べるように、食品衛生法は、消極行政というその目的と主に権力的手段を用いることから、依然として警察法の領域にとどまるものであった。

④実施に伴う国の財政負担

食品衛生法において国の財政負担が定められ、食品等の収去や食品衛生監視員の配置、営業許可、法違反の食品や容器包装等の廃棄等に関する費用の2分の1が国によって補助されることとなった¹⁷⁴。また、収去した食品の検査や知事の諮問機関とされる食品衛生委員会の設置等にかかる費用は、地方の全額負担となっていた。

国の財政と地方の財政との関係については、1948年(昭和23年)、地方財政法(昭和23年7月7日法律第109号)がこれを定め、保健、衛生については地方公共団体が全額を負担すること(第9条)と規定されたが、保健所に要する経費は国と地方公共団体が負担すること(第10条)と規定された¹⁷⁵。保健所に食品衛生監視員を配置し、彼らによる

¹⁷² 田中二郎は、警察法における警察概念について、警察組織法の立場から、司法警察に属する「犯罪捜査」や「被疑者の逮捕」が取り入れられ、司法警察、行政警察を分けずに両方とも警察の責務とするとともに、「公共の安全と秩序の維持」については、「衛生警察」「産業警察」等に関しては警察の責務から除外し、それらは別個の行政機関の権限とすることを建前とするとした。田中・前掲注(4)31～32頁。

¹⁷³ 実定法上、行政警察の脱警察化が図られたとする。白藤博行「第2章警察行政及び防衛行政 1 警察行政」室井力編『現代行政法入門(2)―行政組織・主要な行政領域[第4版]』92～93頁(法律文化社, 1998)。

¹⁷⁴ 地方財政法の一部を改正する等の法律(昭和24年5月31日法律第168号)により食品衛生法の第2次改正が行われ、国庫の「補助」という文言は「負担」に変更となった。なお、「補助」は国が都道府県に対して支払うことができるとする裁量的経費であることを意味し、「負担」は国が都道府県に対して支払わなければならないという意味であるとされており、この改正により、国の義務的経費であることが明確なものとなった。しかし、1950年(昭和25年)以降、負担金は地方財政平衡交付金に繰り入れられることとなり、空文化している。食品衛生法規研究会編『逐条解説 食品衛生法』830頁(ぎょうせい, 2013)。

¹⁷⁵ 地方財政法第9条では、地方公共団体の利害に関係のある事務を行うために要する経

収去検査や監督指導、営業許可等は食品衛生行政の中核的業務である。また、ほぼ1か月後に通知された「食品衛生法施行に関する件」（昭和23年8月5日厚生省発衛6号厚生事務次官通知）では、都道府県の行う製品検査手数料及び営業許可手数料は都道府県の収入とするよう措置中であり、これら収入は食品衛生監視員設置に要する費用に充当するようにと、地方公共団体の財源についても配慮しており、当時、食品衛生の事務は国の支援が手厚かったといえることができる。

（3）食品衛生法の性格

食品衛生法の目的は「衛生上の危害発生防止」であり、規制し取締りを行うことでめざす消極目的を掲げるものであり、戦前と変わらず警察法として位置付けられていた。最高裁の判例においても「食品衛生法は単なる取締法規にすぎないものと解するのが相当である」と判示されたものがある¹⁷⁶。

同法の条文には「人の健康を害す虞」という文言が頻繁に使用され、人の健康を害する食品等が規制の対象となっており、人体に対して危害を与えるかどうかは規制の際の基準となっていた。しかし、法令をみると、例えば、同法第5条では、疾病に罹ったりへい死したりした獣畜の食用について禁止しているが、その一方でへい死した獣畜の肉や臓器であっても、食品衛生法により屠畜検査員が「人の健康を害す虞がなく飲食に適する」と認めた場合は食することもできるとしている。具体的には同法施行規則第2条で、獣畜が罹患した、食用として販売できない疾病について定めるとともに、屠畜検査員が「健康な獣畜が不慮の災害により即死したとき」と判断した場合には、「人の健康を害す虞がない」とした¹⁷⁷。ここには人に害するおそれのあるものだけを取り締まり、危害の予防という観点は無いに等しく、当時、なおも危害が現実には生じてからの対応に重点があった。

費は地方公共団体が全額負担すること、第10条では国と地方公共団体相互の利害に関係のある事務を行うために要する経費は、国と地方公共団体がこれを負担するとなっていた。

¹⁷⁶ 売掛金代金請求事件（最二小判昭和35年3月18日民集第14巻4号483頁）。被告人は食肉販売業の許可を受けていないにもかかわらず、食肉を自衛隊に納入しており、その売掛金の支払いが争われたものである。裁判所は、食品衛生法は取締法規にすぎず、食肉販売業の許可を得ていなくても、取引の効力は否定されないと判決した。食肉販売業の許可の有無は取引の私法上の効力に消長を及ぼすものではないとし、上告を棄却した。

¹⁷⁷ 食品衛生法施行規則

第二条 法第5条に規定する疾病を別表第一の通りとする。法第5条但書の規定により、当該吏員が人の健康を害す虞がなく飲食に適すると認める場合は、健康な獣畜が不慮の災害により即死したときとする。

また法解釈に係る判例では、同法第4条第3号の条文解釈について、高等裁判所ではあるが、「汚染され」は現実に汚染されている事実が証明ができる場合を指し、「その疑いがあり」は現実に汚染されている事実は証明できないが、汚染されている疑いがあることの証明ができる場合、言い換えると汚染されている蓋然性の認められる場合を指すと判示し、限定的に解釈した¹⁷⁸。この解釈は典型的な警察法としての解釈そのものであり、明治憲法と異なり、抽象的とはいえ積極的な生存権保障を明記する日本国憲法の下においても、生存権の本質とかわりなく明治憲法下の考え方を維持していた。

法学者以外の解釈として、衛生学者である山本俊一は食品衛生法の目的である「衛生上の危害の発生を防止」とは、法違反に対する罰則適用等一般的予防効果や、食品衛生監視員による監視指導又は食品関係業者の自主的衛生管理の義務付け等による飲食に起因する事故の発生の未然防止であり、万一事故が起こった場合は直ちに適切な処置を行い、被害の拡大防止を図るものと解し、行政の規制を最小限にとどめることを、この文言に読み込んでいる¹⁷⁹。食品衛生を専門家による自治として位置付け、専門家の裁量による積極的でフレキシブルな対応を求めている点で、興味深い解釈であり、ここには次の時代につながる萌芽を見出すことができる。

また、詳しくは後述するが、食品衛生法施行後、厚生省においては「食品衛生の施行に関する件」として各都道府県に通知を行っており、そのなかで監視指導について「従来の警察的取締に偏することなく、指導・啓蒙を主とし、関係業者の社会公共性の自覚と国民大衆の理解協力とにまち、強権発動は必要最小限度とされたい」と記載した¹⁸⁰。伝統的行政法学においては、権力的で強制力を有する警察権の発令は消極目的でなければならず、そこに警察権の限界があったが、非権力的指導によって食品衛生を積極的に確保していくという新たな方向性を打ち出し始めたのであった。

¹⁷⁸ 屠場法違反食品衛生法違反へい獣処理場に関する法律違反被告事件（大阪高判昭和26年11月19日高刑第4巻11号1497頁）。被告人は、法定の屠場以外の場で獣畜を屠殺解体し、検査員の生体検査、屠殺後の検査を受検せず、屠肉に検印がない牛肉や馬肉を食用として販売した。また法に反してへい牛を買い受け、県知事の許可を得たへい獣処理場以外の場所で解体し販売した。裁判所は、食品衛生法第4条第3項に定める「汚染され」という文言や「その疑いがあり」という文言を限定的に解釈し、本件の場合も、受検していないというだけでは汚染されている疑いまで認められず、病原微生物に汚染されている可能性はあるかもしれないが、汚染されている疑いまで生じる程度の具体的事情が認められないとした。

¹⁷⁹ 山本・前掲注（157）40頁。

¹⁸⁰「食品衛生法施行に関する件」（昭和23年8月5日厚生省発衛6号厚生事務次官通知）。

警察権がそれぞれの法を所管する行政機関に分散化したことに加え、公衆衛生の専門知識を持つ監視員が指導・啓蒙を主とした監視指導を行ったこと、衛生検査所の設置が法定化されたこと等により「食品衛生行政の科学化」が進展した¹⁸¹。須藤陽子は、取締りから指導・啓蒙を主とする行政活動に転換したのであれば、1947年（昭和22年）の段階において、食品衛生行政はすでに脱「衛生警察」を指向したものであったと指摘している¹⁸²。

しかし、取締実務に携わる機関は警察署から行政機関へと移り、根拠法令は省令や府県令から法律に整理され、関連法令も制定されたが、食品衛生の確保のための権力的な「取締り」という本質的な位置付けは変わらず、当時はなお、食品衛生法はいまだ警察法の域を出ることがなかったといえよう。

（４）食品衛生法の変遷

食品衛生法は、食品安全基本法（平成15年5月23日法律第48号）により法の目的が変更されるまで24回改正された。しかし、厚生省設置法や地方自治法、衛生関連法等の施行に伴って行われた改正も多く、食中毒事件に伴う規制の強化、基本法の制定による抜本的改正等食品衛生法そのものの性格や位置付けが変更になった改正は、以下の5回にとどまっている。

①第6次改正

食品衛生法に係る第6次改正は1953年（昭和28年）8月1日法律第113号（施行同日）で行われたものであり、これは、輸入食品による危害防止のための規定の整備を行ったものである。戦後、食料需給がひっ迫し不衛生な輸入食品が多く、これらの食品を原因とした食中毒が多発した¹⁸³。食糧需給がほぼ平準化した1951年（昭和26年）9月からは輸

¹⁸¹ 食品衛生行政の科学化とは、「感覚的に気持ちが良いとか清潔であるとかいうだけでなく、一歩つつこんで、客観的、科学的に衛生状態を測定し、その清潔の程度、安全性の度合を確認し、更に感覚的判断と科学的判断の関係をも明らかにし、もって食品自体乃至は施設の衛生状態を判断する方式を確立すること」である。尾崎嘉篤「食品衛生法制定のころ」食品衛生研究9巻5号12頁（1959）。

¹⁸² 須藤陽子「行政調査に関する一考察—警察権の分散と規制的予防的行政活動の導入」立命2008年4月号923頁（2008）。

¹⁸³ 1947年（昭和22年）12月には輸入された大豆粉による食中毒の患者4,000名（東京、埼玉、群馬等）、1948年（昭和23年）9月にはビルマ豆による食中毒で患者約1,000名、死亡者4名（兵庫、大阪）等が発生、それ以降もとうもろこしの粉、缶詰（肉、野菜等）、脱脂粉乳、小麦粉等で食中毒が発生した。事故食品の発見はさらに多く、砂糖の異物混入、ビルマ米のカビ発生による黄変、肝硬変米菌や黄変米菌による汚染等が続いた。山本・前掲注（157）164～168頁。「輸入食糧による危害事項調」1951年（昭和26年）8月から

入食品に対する衛生検査を実施することとなったが、輸入食品は製造・加工の段階で監視することができず、流通の段階での監視では不十分であった。そのため、法を改正し、不良食品の輸入禁止、輸入不良食品等に関する行政処分等を規定した。これにより輸入食品の監視指導体制が法的根拠をもって確立し、輸入時の検査やこれに基づく行政処分を厚生大臣が行うこととなった。また、輸入する獣畜の肉や臓器は、と畜場法に基づく検査が行われないことから輸出国の政府機関による証明書の添付を求め、輸入検査を行うこととした。規制を強化し、検査を実施することで食品の安全性を確保するものであった。

②第9次改正

第9次改正は1957年（昭和32年）6月15日法律第175号（施行1959年（昭和34年）4月1日）により行われた。

1955年（昭和30年）6月から8月にかけて森永ヒ素ミルク中毒事件が発生し、多くの乳幼児が犠牲となったことが直接の要因である¹⁸⁴。このような事故を繰り返さないよう、添加物による食品の危害を未然防止する観点から、添加物の概念を明確化し、食品の製造過程において添加、混和、浸潤その他の方法によって使用される物質を、添加物として取り扱うこととした。食品に使用できる添加物を明確にするために、厚生大臣が定めた添加物の成分規格、使用基準、添加物の表示に関する基準を、「食品添加物公定書」に収載し、添加物の適正な使用を一般に周知した。また、乳製品や化学的合成品である添加物等危険性の特に大きなものとして政令で定めるものの製造、加工を行っている営業者は、その製造や加工を衛生的に管理させるため、専任の食品衛生管理者を施設毎に設置しなければならないこととし、責務を怠ることがないよう罰則を定めた。さらに、食品、添加物、器具又は容器包装に関する表示について公衆衛生に必要な見地から基準を定め、表示がないものは販売、陳列、使用できないこととしている。このほか、販売食品の輸入毎の届出の義務付け、罰則の強化等が行われ、規制が強化された。

1954年（昭和29年）9月にかけてビルマ、タイ、トルコ等から輸入した外米423,610トンのうち182,621トン（43.1%）に肝臓や腎臓に毒性のあるマイコトキシンを含有する黄変粒が混入しており、うち22,361トンが販売された。梶川千賀子『食品安全問題と法律・制度』71～72頁（農林統計出版、2012）。

¹⁸⁴ 森永ヒ素ミルク中毒事件とは、森永乳業（株）徳島工場製の育児用調整粉乳の製造工程でヒ素化合物を含む乳質安定剤が使用されたことから、乳幼児にヒ素中毒症状を呈した事件である。1955年（昭和30年）6月から8月にかけて、近畿・中国等西日本一帯で発生した。皮膚の色素沈着、肝腫張、発熱等のヒ素中毒症状を発症し、被害者数は12,344名うち死者130名にのぼった。（1957年（昭和32年）3月1日時点）

③第 12 次改正

第 12 次改正は 1972 年（昭和 47 年）6 月 30 日法律第 108 号（施行同年 8 月 29 日）により行われた。1968 年（昭和 43 年）には大規模な食中毒となったカネミ油症事件が発生した¹⁸⁵。詳細は後述するが、この事件は死亡者も多く社会的に大きな影響を与えた。また、これ以前にも深刻な消費者被害が発生する事件が多発したことを踏まえ、1968 年（昭和 43 年）、消費者保護基本法が制定された。同法は、消費者の利益の擁護及び増進に関する対策の総合的推進を図り、もって国民の消費生活の安定及び向上を確保することを目的とし、国や地方公共団体は、消費者の保護に関する施策の策定・実施をその責務と定められた¹⁸⁶。また同法 10 条には表示制度について「国は、消費者が商品の購入若しくは使用又は役務の利用に際しその選択等を誤ることがないようにするため、商品及び役務について、品質その他の内容に関する表示制度を整備し、虚偽又は誇大な表示を規制する等必要な施策を講ずるものとする」ことを規定している。さらに同法の附帯決議には JAS 法の拡充、食品衛生法・栄養改善法・JAS 法・景品表示法における食品表示の内容及び方法の改善の根本的な再検討が盛り込まれていた。

カネミ油症事件や消費者保護基本法の制定を踏まえて、1972 年（昭和 47 年）の食品衛生法の改正では、飲食に起因する危害の発生又は危害発生の拡大を防止するため、「安全性に疑念のある」食品等の販売等の禁止、「安全性に確証のない」新開発食品の販売を禁止とし、危害発生の積極的な予防にさらなる重点を置くようになった。また、流通過程における食品の安全確保という視点から、食品等の運搬を業としている者を新たに営業者と位置

¹⁸⁵ カネミ油症事件とは、カネミ倉庫(株)北九州工場において、ライスオイル（米ぬか油）を製造中、脱臭工程の熱媒体として用いられたカネクロール（ポリ塩化ビフェニール（PCB）やダイオキシン類の一種等）が混入したことから発生した。1968 年（昭和 43 年）10 月、西日本を中心に広域的に、色素沈着等皮膚粘膜症状や四肢のしびれ等の症状を呈し、1969 年（昭和 44 年）7 月までの届出者は 14,320 名に及ぶが、2015 年（平成 27 年）3 月 31 日時点の認定患者数は死亡者も含み 2,276 名である。カネミ倉庫(株)のライスオイルは「美容と健康に良い」「皇后陛下も召し上がっておられる」等と謳われ、健康に良いならと家族のために購入した人も多い。

¹⁸⁶ 1955 年（昭和 30 年）頃から 1970 年（昭和 45 年）頃にかけて日本は高度成長時代であり、所得倍増、大量生産、大量消費の社会となった。生活物資が十分に供給されるようになると、1962 年（昭和 37 年）のアメリカにおけるケネディ大統領の消費者保護に関する特別教書も影響し、消費者保護の意識が向上した。1964 年（昭和 39 年）に提出された臨時行政調査会の意見である「各省個別に行われている消費者行政を積極的に強化し、その機構を拡充するとともに、特にこれら各省の消費者保護行政を統一的見地から総合調整するために強力な総合調整機関を設けること。」により、翌 1965 年（昭和 40 年）、経済企画庁に国民生活局（国民生活課、消費者行政課、物価政策課）が設置された。

付ける等営業者責任の拡大・強化、製品検査を行う民間検査機関を指定する指定検査機関制度の新設、消費者保護の観点から表示制度の改善と広告規制等が改正された¹⁸⁷。これまでは危害が現存するか、若しくは高い蓋然性がなければ危害のおそれを認められなかったが、新たに、「安全性に疑念がある」ことや「安全性に確証がない」ことでも販売が禁止とされたことは、いわゆる警察法としての食品衛生法の性格がより積極的なものへと明らかに変わり始めた改正であるといえることができる。

また、この改正案に対し、参議院社会労働委員会および衆議院社会労働委員会には、次のような附帯決議も附している。すなわち、参議院においては、「一 食品行政の一元化と統一的な食品法の制定とを指向して、当面、厚生省を中心に関係各省の緊急な協力体制を整備すること。二 食品衛生に関する情報について、内外からの収集機能を拡充し、その行政面での活用を図るとともに、国民への伝達ルートの整備を図ること。(略) 三 食品衛生法の運用にあたっては、単に危害の防止のみならず、積極的に国民の健康の保護増進を図られるよう配慮すること。なお、統一的な食品法を制定するときは、その旨を明確にするよう配慮すること。(略)」と、決議している。また衆議院においては、「一 食品行政の一元化と統一的な食品法の制定とを指向して、当面、厚生省を中心に関係各省庁の指導にそごのないよう緊急な連絡協調体制を整備すること。二 食品衛生法の運用にあたっては、単に危害の防止に止まらず、積極的に国民の健康の保護増進を図るよう努めること。(略)」と、決議している。これら法改正の内容及び附帯決議が求めることは、省庁間の協力や連絡、協調と消費者保護、情報提供、積極的な国民の健康の保護増進であった。

消費者保護基本法に基づき 1968 年（昭和 43 年）8 月 6 日に消費者保護会議が設置された。同会議は、内閣総理大臣を会長として全閣僚によって構成されており、会議においては、消費者保護基本法に対する国会における意見や国会の附帯決議に対する各省庁の具体化方策に係る報告、検討をはじめ消費者政策の決定と、その推進が図られた¹⁸⁸。また、

¹⁸⁷ この法改正の際、衆議院社会労働委員会で採決された法律案の附帯決議には、その一つに「食品添加物については、常時その安全性を点検し、極力その使用を制限する方向で措置すること」とあった。1970 年代前半は 4 大公害問題等化学物質に対する健康被害が問題視されており、同じく化学物質であった食品添加物についても健康不安が強かった。この附帯決議により、国際化の流れの中で規制緩和が行われる 1983 年（昭和 58 年）10 月までの間に認められた食品添加物は、7 品目にとどまった。

¹⁸⁸ 衆議院事務局「第 159 回国会衆議院 内閣委員会議録第 13 号（平成 16 年 5 月 12 日水曜日）」6 頁[竹中平蔵経済財政政策担当大臣答弁]（2004）。消費者保護会議は、消費者保護会議令（昭和 43 年 7 月 19 日政令第 249 号）に基づき設置され、現在は消費者保護基本法の改正に伴い「消費者政策会議」となっている。

翌 1969 年（昭和 44 年）の消費者保護会議の決定に基づき、各省庁間の有機的連携を図るため、関係行政庁の食品関係課長による食品行政検討会が設置され、食品行政全般にわたる検討が行われることとなったのである¹⁸⁹。

一方、加工食品の表示を強化するため、厚生省においては 1969 年（昭和 44 年）年 7 月、食品衛生法施行規則を改正し容器包装入りの加工食品には表示義務を課し、同年 9 月には乳及び乳製品の成分規格等に関する省令（乳等省令）を改正し、バター、プロセスチーズの成分規格の設定や、添加物等の表示が義務付けられた。農水省においても、消費者保護の観点から、1970 年（昭和 45 年）5 月、農林物資規格法（昭和 25 年法律 175 号）を改正し、政令で指定される農林物資の製造業者や販売業者は、JAS マークとは関係なく、原材料等の品質表示が義務付けられることとなった¹⁹⁰。しかし、同じ表示制度であっても、厚生省は公衆衛生の向上という観点から、農水省では農畜水産物、飲食物品、油脂等の生産、流通、消費、品質向上という観点から制度を定め、また表示制度にはその他にも公正取引委員会が所管する景品表示法等複数の法律が存在した。それぞれが異なる表示項目、表示制度を規定し、監視体制や是正措置も異なり、相互の連携も十分に行われていなかった。表示制度が、本当の意味で省庁間の調整が行われるようになるのは、2002 年（平成 14 年）の「食品の表示制度に関する懇談会」の提言が嚆矢であり、その成果として設置された「食品の表示に関する共同会議」の活動からであったのである¹⁹¹。

従来、狭義の行政警察は、行政警察としての役割のほか、他の関連する行政事務と併せて、警察以外の、当該行政を担当する一つの行政組織が所管していた。例えば、広く保健衛生の向上とともに医薬品や化粧品、医療機器等の取締りは厚生大臣の、農薬の取締りは

¹⁸⁹ さらに厚生省においては、1970 年（昭和 45 年）食品問題等懇談会を設置し、各層の有識者から広く食品行政全般について意見を聴取し、報告書を作成した。その中間報告（昭和 45 年 8 月 17 日）の要点は、①食品の安全性が疑われた場合の製造禁止・停止、安全宣言等の措置の検討、②指導監視体制の拡充強化、③国、地方公共団体、民間検査機関の役割分担と連携の検討、それぞれの機能強化、④情報収集体制の強化と消費者への情報提供、情報伝達機構の整備等である。厚生省編『昭和 45 年版厚生白書－高齢者問題をとらえつつ』126 頁（大蔵省印刷局，1970）。

¹⁹⁰ 農林物資規格法は、農林物資の品質改善、生産・取引・消費の合理化を図るため、農林大臣が指定する農林畜水産物資 50 品目に対して規格を定めている。この規格を JAS 制度という。農林物資規格法は 1970 年の改正を機に、法律名も「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）に改称した。

¹⁹¹ 懇談会は厚生労働省医薬局食品保健部長と農林水産省総合食料局長の私的懇談会として、内閣府及び公正取引委員会が参画し開催された。共同会議は厚生労働省と農林水産省が設置し、食品衛生法と JAS 法に共通する表示項目、表示方法等について検討した。

農業生産の安定、国民の健康保護、国民の生活環境の保全とともに農林大臣の、預金者等の保護と金融の円滑化、国民経済の健全な発展とともに銀行等金融業の取締りは大蔵省の所管であったのである¹⁹²。しかし、1972年（昭和47年）の食品衛生法改正の附帯決議は、これまで厚生省のみで所管し、消極目的を掲げ、かつ、主に権力的手段を用いて取締りを行ってきた食品衛生行政に対し、消費者保護を所管する経済企画庁や農産物に関する農薬や表示の規制等を所管する農林省等他の複数省庁との協力、連絡、協調を求めるものであった。これにより、行政組織相互の間に統一的な意思を構成する「調整」という行政組織法上の内部行為が新たに必要とされたのである¹⁹³。

これまで、長を頂点とする一つの行政組織においては、上級機関の下級機関に対する指揮監督権の行使や、指導、助言等が行われ、各省庁の「官房」という組織が内部管理と総合調整を行ってきた。この調整概念は、本質的には各省それぞれの内部の意思統一のための行為であった¹⁹⁴。しかし、国会の附帯決議が食品衛生行政に求める「調整」は、従来の調整概念とは異なり、対等の立場にある省庁が、消費者保護と産業振興等相反する目的をもつ政策の省庁横断的な調整を行うシステムであり、指揮監督権のような命令強制的なものではなく、「協議」による「同意」と「承認」により行われるものであった¹⁹⁵。

このような「調整」概念は従来の行政組織法にはなかったものである。また、環境保全や科学技術の進展等複数の省庁が関連する政策目的に対しては、省庁を横断的に調整する

¹⁹² 田中・前掲注(4) 80頁。小谷宏三「第五編 行政作用法 第一章 警察法」杉村章三郎・山内一夫編『精解 行政法』300頁（光文書院，1977）。

¹⁹³ 藤田宙靖は、「調整」の概念を①行政組織の統一的な意思の構成（到達すべき目的）、②多数の行政機関が担う役割分担に対して指揮監督権の及ばないところを補充する原理（行為の形式ないし態様）、③意思統一を目的とした一定の制度ないしシステムと解説した。藤田宙靖『行政組織法』94頁（有斐閣，2005）。

¹⁹⁴ 藤田・前掲注(193) 97頁。例えば、内閣官房の業務は、内閣法第12条第2項で規定されており、調整に関する事務をあげると、内閣の重要政策に関する基本的な方針に関する企画及び立案並びに総合調整に関する事務、閣議に係る重要事項に関する企画及び立案並びに総合調整に関する事務、行政各部の施策の統一を図るために必要となる企画及び立案並びに総合調整に関する事務、その他行政各部の施策に関するその統一保持上必要な企画及び立案並びに総合調整に関する事務等がある。

¹⁹⁵ 国家行政組織法第2条第2項における「調整」は「国の行政機関は…国の行政機関相互の調整を図るとともに、その相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない。」とあるように、対等な行政機関相互による政策の統一を図る意味で用いられている。また、行政機関相互の調整を図る必要があるときは、第15条により、「その必要性を明らかにした上で、関係行政機関の長に対し、必要な資料の提出及び説明を求め、並びに当該関係行政機関の政策に関し意見を述べる事ができる」とする。榊原秀訓「第5章 行政機関相互の関係」市橋克哉ほか編『アクチュアル行政法 [第2版]』62頁（法律文化社，2015）。

組織が外局として本省とは別に設置される場合もみられるようになった¹⁹⁶。一方、このような調整の結果、得られた合意が有する法的拘束力については課題が生じることとなった¹⁹⁷。いずれにしても、この新しい「調整」概念は、従来の食品衛生行政の警察行政からの離脱を行政組織法のレベルにおいても示唆するものといえよう。

④第 16 次改正

第 16 次改正は 1995 年（平成 7 年）5 月 24 日法律第 101 号（施行 1996 年（平成 8 年）5 月 24 日）により実施された。

国民の、健康に対する意識の向上とともに、健康の維持増進にとって基本的要素である食品の内容を正しく理解し、選択するための情報として、食品添加物の表示について関心が高まっていることから、1988 年（昭和 63 年）、食品衛生法は栄養強化目的、加工助剤、キャリーオーバー以外のすべての化学的合成添加物につき、表示の義務付けを行った¹⁹⁸。さらに、翌 1989 年（平成元年）には化学的合成品以外の添加物についても、化学的合成品の添加物と同様の表示を義務付けている¹⁹⁹。

食品の製造年月日については、食品衛生法では施行規則の改正が行われ、1995 年（平成 7 年）4 月 1 日から「消費期限・品質保持期限」に変更となった。同時に JAS 法では「消費期限・賞味期限」に変更された²⁰⁰。日持ちについての情報提供の必要性や、製造年月日をめぐる食品の製造や流通上の問題もあったが、EU やアメリカ、OTO（市場開放問題苦情処理推進本部）からの期限表示の要求を受けたものであった²⁰¹。

¹⁹⁶ 2009 年（平成 21 年）に設置された消費者庁は、経済企画庁、農林水産省、厚生労働省、内閣府等消費者行政に関連が深い法律を所管する省庁からの職員で構成されている。

¹⁹⁷ 藤田宙靖は、「内容が法令の規定に触れない限り、双方を法的に拘束するもの」とする。藤田・前掲注（193）104 頁。

¹⁹⁸ キャリーオーバーとは、原料には含まれるものの食品への使用は微量で効果が出ないため、法律によって表示を免除される添加物のことである。

¹⁹⁹ 化学的合成品の義務化にあたっては、米国から「天然添加物の表示免除は新たな非関税障壁」（表示することなく、天然添加物を広く使用できる日本と、合成添加物も区別なく使用し、表示している米国の商品との間に、実質的な非関税障壁を作るものである）との抗議があった。そのため、翌 1989 年（平成元年）、天然添加物についても、表示が義務化された。

²⁰⁰ なお、2001 年（平成 13 年）に JAS 法の改正によりすべての加工食品に賞味期限表示を義務付けたことから、容器包装入り加工食品において品質保持期限と賞味期限が併存し、農林水産省と厚生労働省は「食品の表示に関する共同会議」での検討を経て、2003 年（平成 15 年）には消費期限・賞味期限に表記と定義を統一した。

²⁰¹ OTO（Office of Trade and investment Ombudsman：市場開放問題苦情処理体制）は日本市場へのアクセスに関連する国外からの苦情処理を担当する窓口として、1982 年（昭和 57 年）1 月から 2007 年（平成 19 年）1 月まで設置された政府機能である。内閣官房

国際化の流れについては、後に述べることとするが、食品衛生法の改正は、これまでと異なり、世界貿易機構（WTO）発足による、国内基準の国際基準への整合化の要望と、それに対する規制緩和を背景に、1994年（平成6年）12月の厚生大臣私的検討会「食と健康を考える懇談会」の勧告を受け、食品添加物の指定対象の見直しと総合衛生管理製造過程承認制度の創設が行われたものである。食品添加物については、先にも述べたが、化学的合成品に限定した指定制度から天然添加物も指定の対象となった。また総合衛生管理製造過程承認制度を創設し、制度の認証を受けることで、製造加工基準や食品衛生管理者配置の免除等の規制緩和が行われた²⁰²。

この改正案に対し、参議院厚生委員会において附帯決議が付されている。「(略)一 食品衛生法の運用にあたっては、単に衛生上の危害の発生防止にとどまらず、食品の安全を確保し、積極的に国民の健康の保持増進を図るよう努めること。(略)四 食品の安全に関する国際基準の策定に積極的に関与し、日本の食品の安全性に関する管理科学の研究成果を国際基準に反映できるよう努めること。また、その策定過程において、関係の消費者、生産者等の意見が反映されるよう努めること。(略)八 食品保健関係の情報については、消費者の要望を踏まえつつ、十分にかつ利用しやすい形で体系的に提供するとともに、食品保健行政の決定の根拠となった資料については、知的所有権に配慮しつつ、可能な限り公開すること」。

法改正の内容は、この時期から顕著となる国際基準への整合化という新たな課題への対応が中心であるが、附帯決議においては、これまでのような規制する国と、規制される営業者の二極構造であったものに、消費者である国民（第三者）が加わることで三極構造への転換を意識するものであった。この国際基準への整合化と三極構造の登場も、従来の警察行政としての食品衛生が、警察行政から離脱する大きな転換となった。

副長官を本部長とし、事務は経済企画庁調整局が行った。

²⁰² 総合衛生管理製造過程承認制度は、具体的には HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Point : 危害分析重要管理点) システムの考え方に基づく衛生管理を取り入れた食品製造過程である。HACCP は食品製造工程の各段階において、発生するおそれのある微生物汚染等の危害について調査・分析し、危害防除のための重要管理点を特定し、それらを常時監視することで、製造工程全般の製品の安全確保を図るシステムで、米国航空宇宙局 (NASA) で宇宙食の開発のために考案された衛生管理の科学的手法である。1993年（平成5年）、Codex 委員会は「HACCP システム適用のためのガイドライン」を採択し、食品衛生管理の国際基準として各国に導入を勧告している。

⑤第 23 次改正

第 23 次改正は 2002 年（平成 14 年）8 月 7 日法律第 104 号（施行同年 9 月 7 日）により実施された。

2001 年（平成 13 年）、食品衛生法でも遺伝子組換え食品に係る表示を義務付けした。さらに、アレルギー疾患を惹起することが知られているアレルギー物質を含む食品に起因する健康危害が散見され、こうした危害を未然に防止するため、表示を通じた消費者への情報提供の重要性が高まっていたことから、食品衛生法ではアレルギー物質に係る表示を義務付けした²⁰³。2001 年（平成 13 年）の牛海綿状脳症（BSE）の発見、2002 年（平成 14 年）の中国産冷凍ほうれん草からの農薬検出、そのほか、食品表示偽装、指定外添加物の使用等食品事件が多発した。国民の不安や不信の高まりを受けて、BSE の発生を契機として農林水産大臣及び厚生労働大臣の私的諮問機関「BSE 問題に関する調査検討委員会」が設置された。

改正の内容は、日本国内に限られていた従来の規制の枠をはずし、特定の国・地域等において製造等された特定の食品又は添加物の輸入・販売等の禁止及びその禁止の解除に関する規定の整備、特定の国・地域等において製造等された特定の器具、容器包装及び乳幼児用おもちゃの輸入・販売等の禁止及びその禁止の解除に関する規定の整備、食品衛生法に違反した者の名称等の公表、罰則の整理が行われた。

この改正案に対し、衆議院厚生労働委員会において附帯決議が付されている。「(略) 三 輸入、製造、販売業者等に対し、国民に安全な食品を提供する責務を徹底するため、指導監視を強化すること。このため、法違反に対する行政処分、罰則の内容、これらの適用を強化する方向で早急に見直すこと。(略) 五 食品衛生行政の運営にあたっては、一般消費者等の意見を適切に反映すること。六 食品衛生法の抜本改正を早急に行うこと」。

この附帯決議からは、憲法で定められた国民の健康な生活に対する権利が、国会においても明白に認められたこと、食品衛生法上においても、営業者とならんで第三者である国民の権利が認められたこと、行政実務においては、すでに積極目的に転化していた食品衛生法が、名実ともに改正を求められていることが読み取れる。

こういった状況を基に翌 2003 年（平成 15 年）、食品安全基本法が制定され、それに伴

²⁰³ 当初は 5 品目を特定原材料として表示を義務化、19 品目を特定原材料に準ずるものとして表示を推奨し、実態調査を踏まえ、2004 年（平成 16 年）にはバナナを、2008 年（平成 20 年）にはエビ、カニを追加する等特定原材料の見直しを行っている。

い、食品衛生法の抜本的改正が行われたのである。

⑥変遷に伴う法制度の変化

食品衛生法は日本国憲法下において新たに制定されたが、明治憲法下における取締行政としての位置付けが否定されたものではない。もちろん、法を取り巻く環境は変化し、憲法に基づき民主主義、基本的人権の保障、地方自治等の重要な改革がなされた。食品衛生法においても、例えば民主主義の実現という観点でみるならば、国民の選挙で選ばれた代表からなる国会で制定された法律が基本的なことを定め、その委任に基き政令、省令が定められたのである。基本的人権の保障については、国民には生存権の保障、営業者には営業の自由についての保障が行われた。地方自治については機関委任事務という限界があったが、地方の特性にあった法の運用ができることとなったのである。大阪府や東京都においていち早く制定されたフグに関する取扱条例はその一例である。一方、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」の目的である飲食に起因する衛生上の危害の発生防止については、そのまま食品衛生法の目的の一部となったのであり、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」を基に省令や都道府県令（独立命令）で制定された規則等は、食品衛生法という法律のレベルに吸収され、法律を頂点とし、その委任に基づく政令、省令へと整理されたのである。そして、取締りを行う組織は、警察から保健所等へと移行したが、法そのものの性格は消極目的に基づき、権力的取締りを行う警察法のままであった。

制定された食品衛生法はその後も改正され、時代に応じて変化していく。市橋克哉は、法整備支援の視角から、東アジアにおける 1990 年代の法治主義における形態変化を、中途半端な旧制度の温存と解体の弥縫策として、アブナー・グライフの分析を参考に分類を行っている。第一は既存の旧制度を解体しそのなかから純化したものを取り出し新しい制度をつくるものであり、第二は既存の旧制度を土台にして新制度をつくるものである。そして第三は古い制度（A）と接合していた古い制度（B）を廃止し、それに代わるものとして古い制度（A）ともう一度接合する新しい制度（C）をつくるものがあり、第四に古い制度をそのまま残し、新しい制度を並列してつくるものがあるとしている²⁰⁴。市橋が法整備支援の領域で述べている法制度の変化の分類を参考に、食品衛生法の変化をみるならば、1953年（昭和28年）から2002年（平成14年）にかけて5回にわたる食品衛生法

²⁰⁴ 市橋克哉「ウズベキスタンにおける行政法の法典化と法解釈および法解釈学の可能性」ICD NEWS 第75号24頁(2018)。

の改正を次のように整理することができる。例えば、1953年（昭和28年）の第6次改正は、輸入食品による大規模な食中毒の多発により、新たに輸入食品の監視指導を導入し、検査体制を整備したものである。これまでの制度は維持しつつ新たな制度を設け、古い制度と接合したものであることから、「第二の形態」として整理できる。1957年（昭和32年）の第9次改正は、森永ヒ素ミルク中毒事件を受けて、食品添加物の概念や成分規格、使用基準等を新たに決めて文書化するとともに、企業の自主的衛生管理を促進するため新たに食品衛生管理者の配置を義務付けたものであり、これについては、従来の制度をそのまま維持しながら新たな制度を設けていることから、「第四の形態」といえる。

1972年（昭和47年）の第12次改正は、カネミ油症事件を受けた改正であることはもちろんであるが、それに加え、消費者被害が相次いだことから消費者保護基本法が制定されたことによる影響が大きい²⁰⁵。飲食による危害の発生及びその拡大を防止し、もって消費者保護に資するため安全性に疑念のある食品等の販売禁止や安全性に確証のない新開発食品の販売禁止、営業者責任の拡大等の改正が行われた。従来、食品衛生法は警察法であり、行政による営業者の取締規制という二極による構図であった。しかし、この改正により、消費者という第三者の観点が入り、三極による構図へと変更されることとなったのである。また、消費者行政を推進していくため、経済企画庁には総合調整を行う新たな組織（国民生活局）も設置されたのである。法改正に伴う国会の附帯決議においては、食品衛生情報の国民への提供、積極的な国民の健康の保護増進とともに、各省庁間の協力や協調が求められていた。このことは、食品衛生法は権力的取締り（＝旧い制度）という側面をそのまま維持しながら、一方で行政機関が単独で取り締まりを行うのではなく、複数の行政機関が相互の利益を調整し、かつ権力的手段だけでなく非権力的手段も用いて総合的に業務を遂行するという全く新たな側面が登場したのであった。

同様の変化は、1995年（平成7年）の第16次改正でも見受けられる。第16次改正の契機となったのは事件の発生ではなくWTO等国際機関からの要望による国際基準への整合化であった。天然の食品添加物についても規制することとし、総合衛生管理製造過程承認制度を新たに創設した。またそれに伴い、従来の製造加工基準や食品衛生管理者の配置

²⁰⁵ カネミ油症事件後、食品衛生法より先に、食品衛生法施行令が改正（昭和44年7月15日政令第191号）され、食品衛生管理者を設置すべき業種に食品油脂製造業が追加された。続いて、食品衛生施行規則が改正（昭和44年7月25日厚生省令第20号）され、表示制度の充実が進められる等、実務的な施行令、規則においていち早く規制強化が行われた。

は免除されることとなる等規制緩和が行われたものである。これについても国会は附帯決議を附し、国民の健康の積極的な保持増進とともに、消費者の要望を踏まえた食品保健関係の情報提供等を求めた。第 16 次改正は、従来の基準や食品衛生管理者制度に替わり新たな総合衛生管理製造過程承認制度を導入したものであり、「第三の形態」と整理される。また、第 12 次改正に引き続き、消費者保護についても附帯事項とされ、食品衛生法の積極的目的への移行を促している。

2002 年(平成 14 年)の第 23 次改正は、BSE の発見や中国産冷凍ほうれん草からの農薬検出、雪印食品による牛肉偽装等食品表示偽装事件等の発生により、特定の国・地域等において製造された特定の外国食品の輸入・販売の禁止や法違反者の名称の公表等、法の規制強化が行われた。特定の外国食品の輸入・販売の禁止は従来の権力的手段による規制であったが、法違反者の名称の公表は非権力的手段であり、営業者は社会的制裁を受けることとなった²⁰⁶。また、違反行為の公表は国民への注意喚起ともなった。

国会の附帯決議では、食品衛生行政の運営に対する消費者の意見の反映とともに、食品衛生法の早急な抜本的改正が求められており、消極目的の警察法であった食品衛生法の大きな転換が求められた。消費者の意見については、これまでも消費生活調査、消費者アンケート等を実施したり、消費者団体と意見交換を行ったりしていたが、この決議を受けて、後年、食品安全基本法の制定により、有識者による食品安全委員会が設置され、消費者に対するリスクコミュニケーションもその任務の一つとされることとなる。従来の取締りに加え、実際に食品を購入し生活している消費者の意見を把握し、相互に補完しあうことは、取締りにおいても多様な手法を検討できるとともに、消費者だけでなく営業者の意識を高めることにもつながった。

この法改正は、食品衛生法における既存の制度はそのまま維持しながら、規制事項を拡大したものであり、「第二の形態」ということができる。しかし、附帯決議については、消極目的の警察法である食品衛生法の限界を示しており、新たな制度の制定、すなわち「第四の形態」を求めていたといえよう。

食品衛生法は、戦後の日本国憲法下においても当初、警察法という枠組の中で制定され、

²⁰⁶ 社会的制裁を受けた一例として、大阪市の高級料亭 船場吉兆の事例が有名である。2007 年(平成 19 年)、同社においては、賞味期限切れ食品の使用や産地偽装問題により全店舗で営業休止となった。翌 2008 年(平成 20 年)、経営陣を刷新し、民事再生法の適用により営業を再開したが、客の食べ残し料理の使いまわし等が発覚し、完全に顧客の信用をなくし廃業に追い込まれたものである。

その後様々な重大事件の発生に伴い、少しずつ国民の健康を保持するため新しい規制制度が部分的に加わるようになった。これらはいずれも、警察法という枠組の中での改正であった。しかし、食品関連事故は引き続き発生し、食品の輸出入により国境を越えたり、科学技術の発展により BSE（牛海綿状脳症）等新たな知見が得られたりするようになり、事件は大規模化・グローバル化とともに、質の面でも明らかに多様化・科学化していく傾向にあった。消極目的を掲げ、消費者（国民）は第三者として反射的・間接的利益を享受するにすぎない存在という、従来の警察法としての伝統的思考では、その限界は、ますます明らかとなっていく²⁰⁷。1970年代のカネミ油症事件を契機に、食品衛生法においては消費者の権利について強く意識されるようになるとともに、一つの行政機関が取り締まるのではなく、そこには相反する利益を有する他省庁との調整が求められるようになった。食品衛生法は警察法を超えて、新たな制度の構造が必要されるようになったのである。このことは、食品衛生法の目的の積極化、そして、新たに食品安全基本法の制定へとつながっていったのである。

3 食品衛生関連法令の制定

これまで1、2で見てきたように、日本国憲法に基づき食品衛生法が制定され、公衆衛生の向上を図るため、新たに食品衛生監視員制度の導入や保健所による監視指導、都道府県知事による営業許可等、監視指導を中心とする食品の衛生を確保していくための制度や仕組みが構築された。しかし、法律は、国会により制定され、改正されるものであり、危険性が高い食品や添加物がわかった場合に迅速に対応することが困難であった。そのため、製品検査の方法や手続、食品衛生検査施設に係る規定、都道府県知事による営業許可を要する施設等具体的な規定は政令に委任されるとともに、人の健康を害するおそれがないものとして、厚生大臣が指定する化学的合成品（食品添加物等）については、さらにその下位にあたる省令で規定された²⁰⁸。それぞれの食品や添加物の安全性を確保する具体的な

²⁰⁷ 恒川隆生「第五編 主要な行政領域 第三章 医事衛生行政」室井力編『現代行政法入門（2）－行政組織・主要な行政領域 [第4版]』129頁（法律文化社，1998）。

²⁰⁸ 1948年（昭和23年）にはすべて食品衛生法施行規則（省令）において規定されたが、1953年（昭和28年）には法律により政令で定める事項が整理されたため、食品衛生法施行令（政令）が制定され、現在に至る。法規命令は国会による審議を必要としないが、政令は各省庁の承認が必要である。一方、省令は当該省庁のみで制定できることからより迅速な対応が確保できる。

規格基準は告示によって示される等、食品衛生を確保するために必要な具体的な事項については、法律以外の法規命令等によって規定された²⁰⁹。ここでは、その具体的な制度について検討する。

また、化学的合成品としてさまざまな食品添加物が製造され、またその危険性が問題となったことから、政令や省令、厚生省告示レベルで迅速に対応していく仕組みに注目し、それらが果たした役割についても検討することとする。

(1) 食品衛生法施行令

食品衛生法が施行になり、まず制定されたのは法の条文に「省令」により又は「厚生大臣」により定めることと規定されていた項目に係る省令（食品衛生法施行規則）の制定であった。省令と同時に、規格基準が告示された。それから5年後に、地方自治法の改正により政令で規定する事項が示されたことから、政令である食品衛生法施行令（昭和28年8月31日政令第229号）が制定され、ようやく法律を頂点とする法体系の整備が進むこととなった。

1953年（昭和28年）、「地方自治法の一部を改正する法律」（昭和27年8月15日法律第306号）を受けた「地方自治法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法令の整理に関する法律」（昭和28年8月15日法律第213号）において、政令で定める事項が整理された²¹⁰。同法第20条により、食品衛生法については、それまで施行規則（省令）で規定されていた第14条（製品検査）、第18条（食品衛生検査施設）、第19条（食品衛生の監視又は指導、食品衛生監視員の資格等）、第20条（要許可営業の業種）、第27条（中毒に関

²⁰⁹ 告示の法的性質は、告示によって表示された準則の内容、当該準則の制定を授権する法律の根拠法条の有無、その法条の趣旨目的に照らして個別の告示毎に判断されなければならない。本多滝夫「第6章 行政準則」市橋克哉ほか編『アクチュアル行政法[第2版]』69頁（法律文化社、2015）。食品衛生法では、食品や添加物の成分、その製造方法や保存方法等（食品衛生法第7条）、器具や容器包装、その原材料や製造方法（同法第10条）については、規格や基準を定め、それらに合わないものは販売、製造、加工等が禁止されていることから、規格基準を定める厚生省告示は法規命令の性質を有すると考える。

²¹⁰ 地方自治法の改正の理由として、1952年（昭和27年）4月25日開催の地方行政委員会において、国は、地方自治の本旨を実現するため、地方公共団体の事務処理の自主性を可及的に保障することにより、地方自治の基盤を確実にするとともに、地方公共団体の組織及び運営を簡素化、能率化し今後の情勢に対処するためであると説明した。また、そのなかで、地方自治の保障をさらに厚くするため、地方公共団体やその機関に事務を委任し、経費を負担させるには「必ず法律又はこれに基づく政令によらなければならないこと」とし、これまで府令、省令その他の政令以外の命令によって委任し、負担させていた業務については、同法施行後1年以内に法律に基づく政令に改める等必要な改正の措置をとることを説明した。衆議院事務局「第13回国会衆議院地方行政委員会議録第34号（昭和27年4月25日発行）」35～36頁〔岡野清豪国務大臣提案理由説明〕（1952）。

する調査、報告）等が政令で定めることと改正され、食品衛生法施行令（昭和 28 年 8 月 31 日政令第 229 号）により「省令」からほぼそのまま「政令」に整備しなおされた²¹¹。条文の具体的な内容について変更はなかったが、政令になったことにより、制定する過程において、その規定は厚生大臣のみでなく各大臣等閣僚の了承が必要となり、それぞれの省との調整が行われることとなった。このことは、食品衛生行政において、食品衛生のみならず産業振興、消費者保護等他省庁が役割分担に応じて実施している、それぞれの政策間の調整を行うことを可能としたものであり、食品衛生行政の総合行政化を意味していた。例えば、厚生省は、食品衛生を確保するため取締りと検査による厳格な規制を求めたが、逆に通産省や農林省は、産業振興の視点から規制緩和を求め、一方、内閣府は、消費者保護の視点から、規制の強化や情報提供を求めるといった、省庁間の政策の違いを調整するという機能があげられる²¹²。また、食品衛生法第 19 条第 3 項、同法第 27 条については、これまで行政実務では実施されていたにもかかわらず、これを規律する規定がなかったため、法改正の際に新たに制定され、作用法上の根拠を置いたものである。すなわち、同法第 19 条第 3 項においては、食品衛生に係る危害防止を徹底するとともに、計画的に監視・指導を行うために、都道府県知事や保健所を有する市の市長の監視・指導に対する責任を明確に位置付け、政令においては、食品衛生監視員が行う監視・指導について、営業種目別に基準の回数を定めた²¹³。また、同法第 27 条においては、食中毒の拡大を防止し早急に原因究明を行うため、食中毒が発生した場合の保健所長から都道府県知事へ、都道府県知事から厚生大臣への報告を規定し、政令においては、中毒原因の調査や中毒に関する報告について規定した。

食品衛生を確保していく上で、特に重要な食中毒や食品事故等の予防と、発生した場合の対応として、これまでのような省令レベルではなく法律レベルへ格上げし、地方におけ

²¹¹ 「地方自治法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法令の整理に関する法律」は、「第 1 条 古物営業法の一部改正」から「第 74 条 道路法の一部改正」まで、都道府県や市町村が関連する 74 本のすべての法律改正が、1 条毎に規定されている。

²¹² しかし、食品衛生行政の総合行政化は、省庁間の実際の協力連携にはつながらず、カネミ油症事件において厚生省と農林省の間で情報共有が行われなかったことが被害を拡大することとなった。そのため、食品衛生法の第 12 次改正（昭和 47 年）において衆議院、参議院の附帯決議として、食品行政の一元化と統一的な食品法の制定、当面の対応として厚生省を中心とした関係各省庁の協力体制の整備が求められることとなったのである。

²¹³ これまで、省令において定められていたものを、監視・指導回数を増加して政令（施行令）に規定したものである。また、監視や指導にあたって重視すべき項目等必要な事項は、引き続き省令（規則）で定められた。

る監視・指導と国への報告を法律上の義務とし、基準となる監視・指導回数と報告手続を政令で定め、組織法上の義務と不連続な事務の配分を明確にしたのであった。

施行令は、さまざまな食品事故の発生を受けて、製品検査を要する品目や営業許可を要する業種等を拡大していった。

①食生活の多様化に伴う規制の強化

戦後、経済が復興するに伴い、食品生産は大規模化、工業化が進展し、製造技術の発展により、1958年（昭和33年）にインスタント食品が、1965年（昭和40年）にレトルト食品が、1967年（昭和42年）に本格的な冷凍食品が登場した。インスタントラーメン、国産インスタントコーヒー、レトルトカレー、カップラーメン等が国民の食生活に大きな影響を与え、食品の多様化が進んだ²¹⁴。一方、1960年（昭和35年）のニセ牛缶事件、1964年（昭和39年）の主婦連ジュース事件、1966年（昭和41年）のユリア樹脂製食器からのホルマリン検出やビール瓶破裂事件、1967年（昭和42年）のポッカレモン事件等食品問題も次々と発生した。

そういった事態に対応するため、政令においては、製品検査の品目はより詳細になり、営業許可を要する業種は1972年（昭和47年）8月の改正で放射線照射食品が追加され、当初の12業種から34業種に増やす改正がされた。これらの改正は、食品加工や製造技術の進歩に対して国民の健康を維持するため、食品衛生行政として取締りを強化するものであり、法改正において検討した変化の形態をあてはめるなら、既存の制度をそのままに、その上に新たに制度を強化したものである点で「第二の形態」ということができる。

②科学技術の発展に伴う規制の登場

科学技術が発展し汎用化したことから、砂糖に替わる人工甘味料や、腐敗を防止し保存期間を長くする保存料等、食品に従来使用されていなかった新たな化学物質が添加物として使用されるようになった。製品検査については、1948年（昭和23年）に省令（規則）で、厚生大臣が検査を行うものとして溶性サッカリン、ズルチン、合成着色料中タール色素、ロダン酢酸エチルエステル及びその製剤が、都道府県知事が行うものとして溶性サッカリン、ズルチン、合成着色料中タール色素、合成膨張剤原料を主要成分とする製剤が規定されていた²¹⁵。その後、技術の発展に伴い人体への影響が明らかになるにつれて、製

²¹⁴ 梶川・前掲注（183）3頁。

²¹⁵ ロダン酢酸エチルエステルは防カビ剤として醤油等に使用されていた。

品検査の対象品目についても追加指定や削除が行われた²¹⁶。1953年（昭和28年）に政令として規定された後のものとしては、例えば1954年（昭和29年）には抗菌効果が強く防腐剤として使用されていたニトロフリルアクリル酸アミド及びその製剤が、製品検査の対象品目として追加指定された²¹⁷。また、1960年（昭和35年）には、安全性が確認されたことから繊維素グリコール酸ソーダが製品検査の品目から削除され、溶性サッカリンをサッカリンアトリウムに、過酸化ベンゾイルを希釈過酸化ベンゾイルに、かん水をかんすいに名称が変更された。1968年（昭和43年）には人工甘味料ズルチン及びズルチンを主要成分とする製剤が使用禁止となり、製品検査品目から削除された。化学的合成品が年々増加したが、法第6条に基づく、人の健康を害するおそれのない化学的合成品の指定については、規則（省令）で定めることとなっていたことから、それ以外の規制を行うものであった政令については、その改正は多くはなかった。

③自主的衛生管理としての食品衛生管理者制度

一方、1955年（昭和30年）に発生した森永ヒ素ミルク中毒事件を契機とし、食品衛生法の第9次改正（1957年）が行われ、製造・加工過程を衛生的に管理するため食品衛生管理者が創設された。法改正に伴う同年7月の政令改正においては、配置を義務付けられた食品及び添加物として、全粉乳、加糖粉乳、調整粉乳、化学的合成品たる添加物の4品目を定めた。また、1968年（昭和43年）にカネミ油症事件が発生したが、翌年、都道府県知事が施設基準を定める営業種目に、食用油脂製造業、添加物製造業等が追加指定されるとともに、食品衛生管理者については、営業者の自主的衛生管理を強化するため、食品油脂（脱色又は脱臭の過程を経て製造されたものに限る）、その他魚肉ハムや魚肉ソーセージ、マーガリン等の製造・加工過程にその配置が義務付けられた²¹⁸。食品衛生管理者は、これまでの行政の取締りに加え、新たに企業の自主的衛生管理を求めるものであり、古い

²¹⁶ 政令として制定されるまでの間では、厚生大臣が製品検査を行うものとして、規則（省令）の第2次改正（昭和25年5月19日省令第20号）でニトロフラズーン及びその製剤が、第8次改正（昭和28年3月25日）で過酸化ベンゾイルとせん維素グリコール酸ソーダが製品検査対象品目に指定された。

²¹⁷ ニトロフリルアクリル酸アミドについては、1974年（昭和49年）に食品衛生調査会により癌原性を有する物質と結論され使用禁止となった。調査会の意見答申（8月22日）から5日後（8月27日）に施行規則と規格基準が改正され、食品添加物としての指定、規格基準が削除された。食肉や魚肉ねり製品等ではボツリヌス菌等の食中毒防止対策として使用しており、製造基準、保存基準の改正や設定が行われる等影響があった。

²¹⁸ 食品衛生管理者制度については、本稿第2編第1章日本国憲法下における食品衛生関連法令・84頁を参照。

制度と並行して新たな制度を創設する「第四の形態」といえよう。

しかし、いずれの場合においても食品事故が発生した後、原因や原因物質に対し、迅速に規制をかけることができたのは政令ではなく、それより下位の規則であり、規格基準であった。

（２）食品衛生法施行規則

食品衛生法（昭和 22 年 12 月 24 日法律第 233 号）の制定に伴い、翌年食品衛生法施行規則（昭和 23 年 7 月 13 日厚生省令第 23 号）が制定された。規則では、食品衛生法の条文において、厚生大臣が定めるとしたものや詳細な規定を省令に委託したもの等を規定しており、それぞれの条文の規定に、製品名や事業種目等を具体的に記載し、法の執行を補うものであった。規則の規定により、同日付けで別途、食品や添加物、器具、容器包装の規格基準が告示された²¹⁹。

食品衛生法は、制定当初、法文に「政令に規定する」という文言がなく、本来ならより重要な事項として政令で定めるべき事項についても、省令で規定していた事項もあった。例えば、法第 20 条における都道府県知事の営業許可を要する施設については、政令で規定されるまで、規則第 19 条において飲食店営業、喫茶店営業等 12 業種を指定していたこと等があげられる。これらは（１）で記述したように、地方自治法の改正により 1953 年（昭和 28 年）に政令事項となった。

①科学技術の発展に伴う規制の強化

施行規則及び規格基準は、食品製造技術の高度化や食生活の多様化、科学技術の高度化に伴い、政令よりも頻繁に改正が行われた。とりわけ、科学技術の発展に伴い、これまで食品に使用されることが少なかった、「化学的合成品」である添加物が急激に増加したり、1964 年（昭和 39 年）から、これ以前に厚生大臣の指定を受けた化学的合成品である食品添加物について、安全性の再点検が行われたりしたため、その都度、規則が改正され、それに伴い規格基準が改正されたり新たに設けられたりした。いくつか具体例をあげると、1967 年（昭和 42 年）には、人工甘味料ズルチンが、幼児・小児用の食品については使用

²¹⁹ 「食品、添加物、器具及び容器包装の規格及び基準」（昭和 23 年 7 月 13 日厚生省告示第 54 号）は、その後、1959 年（昭和 34 年）に、「食品、添加物等の規格基準」（昭和 34 年 12 月 28 日厚生省告示第 370 号）の制定により廃止となった。

禁止となり、併せて使用基準を厳格化した²²⁰。また、1969年（昭和44年）、人工甘味料チクロについて、アメリカの実験データから発癌性の疑いが濃いことがわかり、省令を改正し使用を禁止した。1970年（昭和45年）には、牛乳に基準を大幅に上回る残留農薬（有機塩素系農薬 BHC）が含まれていることがわかり、翌年暫定許容基準が設定された。1973年（昭和48年）には、人工甘味料サッカリンに発癌性の疑いがあるとして一部の食品を除いて使用禁止になった。しかし、間もなく、国立衛生検査所の少量の使用については問題がないとする試験結果やアメリカ合衆国における使用禁止の解除等から、一定の範囲内で使用許可となり規格基準が改正となった。1974年（昭和49年）には、食肉製品や魚肉ねり製品、豆腐等に使用されていた合成殺菌料アクリル酸アミドの癌原性が確認され、規則から指定が削除され、規格基準も削除された。1981年（昭和56年）には、生めん等に湿り気をもたせるために使われている食品添加物プロピレングリコール（PG）が染色体異常を誘発することがわかり、規則により、使用した食品に表示を義務付け、規格基準により、使用基準が定められたこと等があげられる。

②乳、乳製品及び類似乳製品の成分規格等に関する省令

食生活の変化を要因とした改正としては、1950年（昭和25年）に「乳、乳製品及び類似乳製品の成分規格等に関する省令」（昭和25年10月16日厚生省令第58号）が、従来の取締りでは不十分であるとして、施行規則とは別に規定されることとなった²²¹。この省令の背景には乳、乳製品等が終戦後急速に普及したことがあり、成分規格、製造方法の基準等の詳細規定を設け、栄養価の高い乳、乳製品等による食中毒や食品事故を防止することを目的としていた²²²。そしてこの省令は、翌1951年（昭和26年）、「乳及び乳製品の成分規格等に関する省令」（昭和26年12月27日厚生省令第52号）（乳等省令）に変更

²²⁰ ズルチンはすでにアメリカ等先進諸国では毒性があるとして使用禁止となっていた。

²²¹ 乳、乳製品及び類似乳製品を分けて規定することとした理由として、終戦後の食品としての利用度の急激な高まりと危害のおそれの増大、一般食品に対する規定である食品衛生法の乳等特殊食品に対する取締りの不十分さがあげられている（昭和26年1月23日厚生省発衛4号厚生事務次官通達）。山本・前掲注（157）85頁。

²²² 当該省令は、1951年（昭和26年）、「乳及び乳製品の成分規格等に関する省令」（昭和26年12月27日厚生省令第52号）の制定により廃止となった。新省令では乳幼児及び病弱者に必要な乳製品のみが対象である。クリーム、発酵乳、バター、チーズ等は一般食品と同様に取り扱うよう変更された。改正経緯については、乳等省令の内容が画期的なものであったため、「乳の生産者、製造業者、技術者等の間に大きな反響を巻き起し、夫々の立場から種々論議され、批判が行われたのであります…」（厚生省乳肉衛生課長解説）とあり、事業者団体等業界からの反響が大きかったことが推測される。山本・前掲注（157）86頁。

となった。先にも記述したが、森永ヒ素ミルク中毒事件の発生により、乳製品に対する添加物が厳重に規制されることとなり、乳等省令において、薬事法による公定書に収載されている医薬品であって公定書に定める基準に適合したもの、又は厚生大臣の承認を得たものでなければ添加物として使用することができないことと改正されたのであった。この後も乳や乳製品の普及に加え、製品が多様化し製造技術が進展すると、これらの新しい状況に対応して食中毒の危険を回避するため、乳等省令は頻繁に改正されることとなった。一例として、1958年（昭和33年）には、牛乳類似品が多く出回ったことから、牛乳と牛乳類似品の区別をつけるため名称が「牛乳」と「加工乳」になったり、練乳や粉乳の容器が金属缶以外のもも厚生大臣の許可を得て使用できるようになったりする等の改正が行われた。

③採点等級格付制度の導入による取締強化

こういった規格基準等の拡充以外のものとして、1950年（昭和25年）には、取締りの徹底と能率化を図るため、規則において営業施設の検査に採点等級格付制度が設けられた。この制度は施設を決まった内容に沿って採点し、その結果により等級付けるものであり、戦後は、食品衛生行政を警察組織から分離するため、指導教育を中心として取り組んできたものの、GHQからの指示により食品衛生取締りを強化し、不良な業者に対して強制措置を行うための制度であった²²³。これら一連の改正等は、警察法としての食品衛生法における取締りを強化するものであり、既存の制度をそのままに強化する点で「第二の形態」といえる。

④食品等の表示義務の拡充と消費者利益の視点の登場

一方、1955年（昭和30年）6～8月に発生した森永ヒ素ミルク中毒事件では、発症が確認されてから約2か月後の8月30日にまず乳等省令が法律に先んじて改正され、れん乳、粉乳に使用する添加物は薬事法の公定書に収載されている医薬品又は厚生大臣承認の添加物に限定することと規制強化された。法律は約2年近く経過した1957年（昭和32年）6月15日に改正（第9次改正）され、それに伴い同年7月5日に政令が、7月31日に規則が改正された。規則では、政令で新たに設置された食品衛生管理者の資格に関して詳細に規定するとともに、食品、添加物、器具又は容器包装に関する表示について新たな基準

²²³ 山本・前掲注（157）49～55頁。営業施設の格付は総理大臣の私的諮問機関である政令諮問委員会（昭和26年設置）においても不評であり、昭和27年2月22日省令第6号により等級表示は廃止し、採点制度のみ残す規則改正が行われた。

を定め、表示しなければならない項目や表示を必要とする食品等について規定した²²⁴。

さらに、1968年（昭和43年）10月にカネミ油症事件が発生すると、翌1969年（昭和44年）7月15日に政令が、7月25日に規則が改正され、容器包装に入った加工食品は、すべて名称、製造者等の氏名等及び所在地、一定の添加物を含むものはその旨、表示が義務付けされた。食品衛生法の改正は、事件の発生が確認されてからおおよそ4年後となる1972年（昭和47年）6月30日（第12次改正）に行われた。施行令では食用油脂製造業に食品衛生管理者の配置を義務付け、施行規則では加工食品に対する表示を義務付ける等、原因となった業界や食品について、直接規制することにより再発防止を図っているのに対し、法律では、食品全体を対象とし、安全性に疑念のある食品や、安全性に確証のない新開発食品を販売禁止とする等事件が発生した業界以外にも通用する内容となっている。

そのなかで、規則で制定された食品表示については、営業者にとって使用素材や添加物等一定の制約になるとともに、消費者が商品を選択する際に目安とするものであり、食品の安全確保には欠かすことができないものである。表示義務が強化されることは、消費者にとって商品の情報が増えることを意味し、食品衛生法における行政と営業者という二極構造の中に、消費者という新たな視点が加わったことを意味している。食品衛生法が行政による取締りを中心とする警察法であることは変わらないが、行政と営業者という2極構造であった法律に新たに消費者という第三者の視点が入ったことは、既存の制度に新たな制度を導入した点で「第三の形態」であり、警察行政からの転換の徴候をそこにみることができよう。

（3）規格基準の制定

食品衛生法施行規則第4条では、食品衛生法第7条及び第10条で定める食品や食品添加物、器具、容器包装の規格基準について、別途定める規定となっており、最初の規格基準は同規則の公布と同日である1948年（昭和23年）7月13日に告示された²²⁵。

規格基準は食品や添加物の製造や保存、加工等に直接関係するものであるため、科学技術の発展に伴い、その危険性が確認される都度、新たな規格基準が設定されたり、厳格化

²²⁴ 規則改正は、昭和32年7月31日厚生省令第33号。制定された新しい表示基準は、時代が進むに連れて、表示対象食品、表示事項、表示方法等がさらに整備されたが、表示基準の体系は当時から現在までほとんど変化していない。山本・前掲注（157）109頁

²²⁵ 告示は、行政組織法第14条第1項に規定され、行政機関が決定した事項その他の事項について、国民に公式に表示すること又はその表示の形式をいう。

されたりする等の改正が頻繁に行われた。

①食品事件発生後の迅速な対応

森永ヒ素ミルク中毒事件を契機とした1957年（昭和32年）の法改正では添加物の定義の明確化をはじめとする規制強化が行われ、それに関連し食品添加物の成分規格づくりが専門家により進められた²²⁶。この結果、1959年（昭和34年）12月に「食品、添加物等の規格基準」（昭和34年12月28日厚生省告示第370号）が制定され、翌年、食品添加物の基準や規格を収載する「第一版食品添加物公定書」が作成された²²⁷。食品衛生法第7条第2項、同第10条第2項により、この規格基準に適合しない食品等は不良品として販売等が禁止された。規格基準はその意味で食品衛生の確保に極めて重要であり、実質的に、法令の目的である食品衛生の実現を科学的に補完するものと位置付けられる。

その後、カネミ油症事件（昭和43年10月事件発生確認）を受けて食品中のPCBの暫定的規制値（昭和47年8月24日環食第442号）が制定された。また、1956年（昭和31年）5月に熊本県水俣湾において、1965年（昭和40年）6月に新潟県阿賀野川において、水俣病の発生が確認されたことを受けて、魚介類の水銀の暫定規制値（昭和48年7月23日環乳第99号）が制定された²²⁸。カネミ油症事件については、さらに食用油脂製造業等を対象に「食品又は添加物の製造又は加工の課程における有毒な又は有害な熱媒体の混入防止のための措置の基準」（昭和49年12月4日厚生省告示第339号）が制定された。また、1970年（昭和45年）には米に含まれるカドミウムについて基準が設定された。

迅速な対応が可能な規格基準であるが、水俣病については、1956年（昭和31年）の最初の熊本県水俣湾における発症から、1973年（昭和48年）の規制まで長く時間が経過してしまっており、1965年（昭和40年）には新潟県阿賀野川の事件も発生することとなった。これは、1957年（昭和32年）、熊本県が食品衛生法第4条第2号を適用し水俣湾の

²²⁶ 森永ヒ素ミルク中毒事件で問題となったヒ素は、調製粉乳の製造過程において、乳質安定剤として使用されていた第二リン酸ソーダ（天然添加物）の中に不純物として多量のヒ素が混入していたことが原因であった。化学的合成品の添加物は1948年（昭和23年）には60品目であったが、1957年（昭和32年）の改正により84品目、1964年（昭和39年）には346品目と増加した。

²²⁷ 「食品、添加物等の規格基準」の制定に伴い、1948年（昭和23年）制定の「食品、添加物、器具及び容器包装の規格及び基準」（昭和23年7月13日厚生省告示第54号）と「食品衛生試験法」（昭和23年12月25日厚生省告示第106号）は廃止された。また公定書は改定が重ねられ、第2版は1967年（昭和42年）に、第3版は1974年（昭和49年）に、第4版は1978年（昭和53年）に、第5版は1986年（昭和61年）に作成された。

²²⁸ 厚生省五十年史編集委員会編・前掲注（78）1129頁。

魚介類の採取、販売、加工等の禁止を行おうとした際、厚生省に照会したところ、地域にて漁獲された魚介類のすべてに対し食品衛生法第4条第2号を適用することはできないこと、原因不明の中枢性神経疾患を発生するおそれがあることから食べないように行政指導することという回答（昭和32年9月11日付け厚生省公衆衛生局長）があったことによる²²⁹。国が水俣病の原因が有機水銀に汚染された魚介類の摂食であることを認めるのは、1968年（昭和43年）9月の「政府見解」まで待つ必要があったのである。カネミ油症においては、米ぬか油が被害の原因である疑いが濃厚であった時点で、福岡県が営業停止、販売、授受の禁止を命じており、危険予防の対応に大きな差があった²³⁰。

②食生活の多様性への対応

また食生活の変化として、食品衛生施行令のところでも記述したように、食品の製造・加工技術の発展に伴い、食生活の多様化が進み、政令で規定する製品検査の品目や許可を要する営業種目が増加した。規格基準についても、フリーザー付きの冷蔵庫が普及するのに伴い、1967年（昭和42年）頃、冷凍食品が普及し、冷凍食品の表示上の基準（昭和48年4月28日厚生省令第21号）とともに冷凍食品の成分規格も制定された²³¹。1958年（昭

²²⁹ 戸田清「水俣病事件における食品衛生法と憲法」長崎大学総合環境研究8巻1号25頁（2006）。

食品衛生法

第4条第2号 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し（不特定又は多数の者に授与する販売以外の場合を含む）、又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。2 有毒な、又は有害な物質が含まれ、又は附着しているもの。但し、人の健康を害う虞がない場合として厚生大臣が定める場合においては、この限りでない。

²³⁰ 衆議院事務局「第59回国会衆議院社会労働委員会議録第6号（昭和43年10月30日）」17頁。[金光克己厚生省環境衛生局長発言]（1968）。

下山憲治「行政法とリスク論—最近の話題を題材に—」名古屋ロー・レビュー第4号5頁（2012年10月）。カネミ油症事件では食品衛生法第4条第4号を適用している。（参照）

食品衛生法

第4条第4号 不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を害う虞があるもの。

なお、カネミ油症以前にも、1949年（昭和24年）、静岡県においては浜名湖のアサリが有毒化し摂食により死亡者が出たことから、原因物質不明のまま食品衛生法第4条を適用し、住民に食べることを禁止している事例がある。戸田・前掲注（229）27頁。

²³¹ 冷凍食品の普及には、冷蔵庫の普及が大きく影響している。国産第1号の冷蔵庫が発売されたのは1930年（昭和5年）にさかのぼる。戦後、1952年（昭和27年）には、一般家庭向け小型冷蔵庫がサラリーマンの給料10か月分ほどの値段（約80,000円）で発売された。1961年（昭和36年）に冷凍食品が保存できるフリーザー付きの冷蔵庫（1ドアタイプ）が約60,000円で販売され、1965年（昭和40年）には冷蔵庫の普及率が50%を超えた。1964年（昭和39年）の東京オリンピック後、冷凍食品の開発が盛んとなり、1969

和 33 年)にはインスタント食品について、1965 年(昭和 40 年)にはレトルト食品について、1977 年(昭和 52 年)にはやや遅れたが、即席めん類やレトルト食品(容器包装詰加圧加熱殺菌食品)について規格基準が制定された。食肉についても国民の嗜好が肉食を好むように変化してきたことから、1981 年(昭和 56 年)にはドライソーセージやビーフジャーキー等の乾燥食肉製品の規格基準が改正され、1982 年(昭和 57 年)には生ハムの製造・販売が許可され非加熱食肉製品の規格基準が設定された。1984 年(昭和 59 年)には加工食品として獣畜の血液の血球及び血漿の加工基準が設定された。乳・乳製品においては、ローファット・ミルクといわれる乳脂肪量の少ない牛乳が好まれるようになり、1979 年(昭和 54 年)には低脂肪牛乳の規格が設定された。また、1985 年(昭和 60 年)には常温で流通できる L L 牛乳について規格基準及び表示基準が設定された²³²。

食品用の器具や容器包装についても、食生活の多様化に応じて、新しい材料の開発や用途が拡大し、それに伴って規格基準が整備された。例えば、食品用合成樹脂について、フタル酸エステルはポリ塩化ビニルやゴムを柔らかくする性質があり、プラスチック消しゴム、テーブルクロス、園芸用ホース等に使用されている。しかし、食器に使用した場合、油脂を含んだ食品中へ溶け出す可能性があり、食品が直接接触する容器や包装、乳幼児のおもちゃの使用が制限されている。食品用合成樹脂の安全性を確保するため、1973 年(昭和 48 年)にはポリ塩化ビニル樹脂製の器具等については、一般合成樹脂基準から分けられ、別に基準が制定された。また、1977 年(昭和 52 年)にレトルト食品等の容器包装詰加圧加熱殺菌食品の規格とともに、その容器包装の規格が、1979 年(昭和 54 年)には自動販売機の規格が、1983 年(昭和 57 年)には清涼飲料水の基準とともにその容器包装の試験法等の改正、金属缶の規格が設定された²³³。

年(昭和 44 年)には冷凍室を独立させた 2 ドアタイプが本格的に普及し始めた。1975 年(昭和 50 年)頃には、冷蔵庫は全戸に一台あるといわれるくらい普及した。一般社団法人・家庭電器文化会、「家電の昭和史 冷蔵庫」, www.kdb.or.jp/syouwasireizouko.html, (2019.1.20)

²³² L L (Long Life) 牛乳は 130~150 度で数秒間殺菌され、無菌で気体透過性のない容器に詰められたもので、常温で保存流通することにつき、1985 年(昭和 60 年)に食品衛生調査会から安全性に問題がない旨答申があった。常温で 40 日以上保存が可能。1986 年(昭和 61 年)から製造承認され市場に流通した。

²³³ 自動販売機の設置が増えてきたことから、食品が部品に直に接する構造を有する自動販売機については、昭和 54 年 5 月 28 日厚生省告示第 98 号において規格が告示されたが、厚生省では、さらに、食品が部品に直に接する構造を有しない自動販売機を含め、食品の自動販売機の構造機能に関する指導事項を定め、各都道府県等に指示するとともに、併せて清掃等の管理運営基準、施設基準を通知し、徹底した管理を求めた。福岡県等

③国際化への対応

戦後、経済が復興するに伴い、食品の輸入が増加した²³⁴。輸入食品については1951年（昭和26年）に全国7か所の検疫所へ食品衛生監視員を配置し、1957年（昭和32年）に届出制度を適用した。食品や食品添加物については、各国の規格基準があることから、国際的機関による規格基準の国際的整合性が求められることとなった。日本においても、1980年（昭和55年）、「貿易の技術的障害に関する協定」（TBT協定）の批准以降、貿易障壁の軽減・撤廃施策の一つとして、基準・認証制度についても国際基準への整合性への対応が求められることとなり、特に食品添加物については大きな政策転換を行うこととなった。

詳しくは次章で述べることとしたい。

④残留農薬基準の設定

さらに、農薬の開発・普及に伴い、昭和30年代から、食品の残留農薬について人体への影響が問題となった。農薬取締法は1948年（昭和23年）に制定され、農林省の所管であったが、厚生省は1964年（昭和39年）から生産地及び流通市場における農産物の残留農薬について調査を行い、1968年（昭和43年）にキュウリ、リンゴ等4食品に対し、初めて食品の成分規格として、DDT等5農薬について残留基準を告示（昭和43年3月30日厚生省告示第109号）した。1969年（昭和44年）には牛乳の残留農薬としてWHO/FAOによる許容基準を大幅に上回るBHC（有機塩素系農薬）が問題となり、厚生省の調査の結果、許容基準を定めることとなった²³⁵。その後も年度毎に農薬と食品の基準が設定されていった。農薬取締法は1971年（昭和46年）に改正され、農薬安全使用基準が設定されるとともに、農作物に残留する農薬が人畜に被害を生じるおそれがある場合は、農薬登録を保留にすることができることとなった。そのため、1973年（昭和48年）以降、環境庁は厚生省の協力を得て登録保留基準を策定し、この基準に合わせて農林省は農薬の適正使用基準を定めた。農薬に対して、当初は農作物のみが対象であり農林省だけが関わ

取扱要領を定めて営業許可の対象事業種目の中に含めている地方公共団体もある。

²³⁴ 日本の総合食料自給率（供給熱量ベース）は、1960年（昭和35年）79%をピークに減少しており、1998年（平成10年）以降は40%前後で推移している。梶川・前掲注（183）115頁。

²³⁵ 1971年（昭和46年）6月15日、牛乳の有機塩素系農薬の暫定許容基準が設定された。なお、厚生省は、全国419人の母乳を調査し、前月5月には母乳にもDDTやBHC等の残留農薬が検出されたことを発表している。

っていたが、農作物や畜産物を摂食する人間への影響の観点から厚生省が、さらには土壌残留や水産動植物への影響、水質汚濁等の観点から環境庁が加わり、一省庁だけでなく省庁が相互に連携し、農薬に対する規制を行うこととなったのである。また、農薬の残留値に係る検査は現在でも1～2週間は必要となる。省庁間を超えた対応と長期間の検査（モニター）結果による積極的な対応は、これまでの警察行政にはみられなかった変化であり、「第四の形態」といえよう。

⑤告示による規格基準制定の意義と問題点

食品衛生法における規格基準の設定は、国立衛生検査所等による科学的検証を基に、薬事・食品衛生審議会に諮問され専門家の意見が反映されることから、科学的かつ専門的知見に基づくものであった²³⁶。

また、規格基準は個別の食品や添加物に関して設定されることから、森永ヒ素ミルク中毒事件やカネミ油症事件等食品事故の発生に対して迅速に対応でき、食品添加物、冷凍食品等食生活の多様化に対しても比較的短期間に設定され、対応することができた。これらの規格基準は、食品事故の発生やその被害を抑止し、再発を防止するとともに、新たな仕組みである営業者の自主的衛生管理にも通じるものであった²³⁷。

一方、告示は表示の形式を意味するものであり、その内容は多様であることから、法的性質は、告示によって表示された行政立法の内容、その行政立法の制定を授権する法律の根拠法条の有無、その法条の趣旨目的に照らして個別の告示毎に検討されることが必要である²³⁸。例えば、生活保護基準や不公正な取引方法に関する告示は、告示形式をとる法規命令と解されている²³⁹。食品衛生法における規格基準については、食品衛生法第7条、

²³⁶ 規格基準は、1948年（昭和23年）7月13日、食品衛生法施行規則と同時に厚生省告示第54号により告示されている。飲用牛乳の成分規格としては、「食品衛生試験法による試験で、全乳は摂氏15度において比重1.028乃至1.034、脂肪量3.0パーセント以上、細菌数0.01立法センチメートル中2万以下、特別牛乳は、摂氏15度において比重1.028乃至1.034、脂肪量3.3パーセント以上、細菌数0.01立法センチメートル中500以下、脱脂乳は摂氏15度において比重1.032乃至1.038、乾燥物質量8.5パーセント以上、細菌数0.01立法センチメートル中2万以下でなくてはならない」とした。また、牛乳の保存基準として「牛乳は冷却保存を行わなければならない。冷却保存の場合の温度は、高温殺菌方法により殺菌した牛乳を除き摂氏10度以下でなければならない。」と数値で明確に示した。

²³⁷ 規格基準の告示は、時間や状況への即応の他にも、行政立法の意義として、行政作用の複雑多様化に対する専門的技術による対応、地方や地域の多様な事情の考慮等があげられる。平田和一「第2編第3章 行政立法—行政による規範制定」室井力編『新現代行政法入門（1）—基本原理・行政作用・行政救済』89頁（法律文化社，2001）。

²³⁸ 本多・前掲注（209）69頁。

²³⁹ 生活保護基準（厚生省告示）は、最高裁において、生活保護法は憲法第25条第1項の

第 10 条において、食中毒等人の健康を害することがないよう食品や添加物、容器包装等に係る規格基準を定めることとし、規格基準に合わないものを製造・販売等することを禁止している。違反した場合は同法第 31 条により 6 か月以下の懲役又は 5,000 円以下の罰金を科している。営業者の自由を制限し、その権利・利益に関連することから、告示として定められるが、その法的性質は法規命令といえよう²⁴⁰。

また、食品衛生法における規格基準は、薬事・食品衛生審議会の意見を求める等専門技術的な判断を必要としているが、一方で食品事故の発生や技術の発展による新たな危険性の発見等社会情勢等の影響を受けることも多い。このため、食品衛生に関するものではないが、判例では、行政庁は専門技術的な内容を有する基準の設定について広い裁量権を有すると解している²⁴¹。例えば、その一つである生活保護老齢加算廃止事件（最三小判平成 24 年 2 月 28 日民集 66 卷 3 号 1240 頁）では、厚生省の専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権に対する統制として、老齢加算の廃止に至る判断の過程及び手続の過誤、欠落について、また老齢加算廃止による生活への影響の程度や激変緩和措置等によって緩和される程度について審査されるものと判示した²⁴²。すなわち、裁判所による裁量審査は、

規定を具体的権利としたものであり、厚生大臣の設定する基準は行政処分たる羈束裁量行為として位置付けられている（最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁）。また、不公正な取引方法（公正取引委員会告示）については、最高裁において、「不公正な取引方法」における一般指定は、「抽象的指定であり法の委任に反するとした上告人に対し、法 2 条 7 項各号に定められた各行為類型をより個別的・具体的に特定しているのであり、流動する経済情勢のもとですべての事業分野に一般的に適用することを予定したものとしては、右の程度に特定されていれば法の委任の趣旨に反するものとはいえない」と判示し、指定の法規性を認めた（最一小判昭和 50 年 7 月 10 日民集 29 卷 6 号 888 頁）。

²⁴⁰ 告示には、法規命令のほか、環境基準の告示（環境基本法第 16 条第 1 項）のように非拘束的な行政計画の性質を有するもの、標準価格の決定の告示（国民生活安定法第 4 条第 4 項）のように行政指導基準の性質を有するもの等がある。本多・前掲注（209）69 頁。環境基準については、法的拘束力を持たない行政の努力目標と理解されてきたが、公害防止計画や排出規制、環境アセスメント等の内容とも深く関係し、国民の権利・利益への影響が大きいことから、環境行政上、実際の法的規制の基準として法的性質や処分性を見直されている。平田・前掲注（237）108 頁。

²⁴¹ いわゆる朝日訴訟。前掲注（239）の判例。このほかにも生活保護老齢加算廃止事件（最三小判平成 24 年 2 月 28 日民集 66 卷 3 号 1240 頁）では、最高裁は、生活保護基準設定行為は羈束裁量行為とし、憲法が規定する健康で文化的な最低限度の生活の認定判断は厚生大臣の専門技術的裁量のうちに入ることであるから、法の趣旨・目的を逸脱しないかぎり、不当の問題を生じて違法の問題を生ずることはないとは判示した。最高裁の判例解説においても「保護基準の改定につき厚生労働大臣に広範な裁量権があることを前提に」としている。岡田幸人「生活扶助の老齢加算の廃止を内容とする生活保護法による保護基準（昭和 38 年厚生省告示第 158 号）の改定が違法であるとした原審の判断に違法があるとされた事例」『最高裁判所判例解説民事篇 平成 24 年度』451 頁以下（法曹会，2015）。

²⁴² 裁判所は、老齢加算の廃止に至る判断の過程及び手続の過誤、欠落の観点から統計等

行政の判断過程を統制する手法を近時は採用しており、そこでは審理の観点と審査事項を示し、広く裁量権を認めた上で逸脱・濫用について審査すべきとしたのであった²⁴³。いろいろな要素をみるといいながらも行政の広い裁量権に流され、専門技術的裁量というよりも政府の政策が優先されがちであった。専門技術的裁量による同種の判断が行われる食品衛生についても、裁判所は同じ考え方に基づく判断をすることになると推測される。行政の裁量権をどうコントロールするかがここでも課題として残る。

（４）食品衛生法施行に関する件等通達

政令や省令等の実際の運用にあたっては、上級行政機関である国から下級行政機関である地方公共団体へあてた「通達」が出され、法令の統一的な解釈や運用、行政組織における詳細な事務分担等法令の規定を補った。通達は、法令解釈の指針を示す解釈基準と行政の裁量権行使にあたって準拠する指針を示す裁量基準、行政指導基準、食中毒処理要領のように現場での対応マニュアル等に分けられる。1993年（平成5年）に制定された行政手続法第2条第8号に規定された結果、この分野の通達は、裁量基準としてこれまでであった通達の内容により、行政庁が定める審査基準又は処分基準と位置付けられることになった²⁴⁴。また2005年（平成17年）の改正により、意見公募手続（パブリックコメント）とともに「行政指導指針」が入り、これは行政指導を行う際の裁量基準に相当するものとして位置付けられた²⁴⁵。

客観的数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性について、また被保護者の期待的利益の喪失を通じて、生活への看過し難い影響の観点から生活への影響の程度や、激変緩和措置等によって緩和される程度について統計等の客観的な数値等との合理的関連性を含めて審査されるものと判示している。保護基準の設定に対する専門委員会の設置等の手続等が法定されていないことも影響している。豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開－高齢加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に」法時85巻2号29頁以下（2013）。

²⁴³ 豊島は、行政立法の裁量統制手法としての判断過程統制として、考慮事項の重みづけを行う特定考慮事項の抽出によるのではなく、多様な考慮要素を均衡がとれた形で考慮されたかどうかを問う「実質的考慮要素審査」の手法の採用が適切と述べている。豊島・前掲注（242）34頁。

²⁴⁴ 三重県の場合、飲食店営業等の許可についてみると、法第21条第2項、食品衛生の措置基準等に関する条例第3条、第4条、三重県食品衛生規則第12条、第13条に判断基準が示されていることから、他に審査基準を定めてはいない。

²⁴⁵ 本多・前掲注（209）76頁。審査基準も行政指導指針も、公布、告示を必要としないが、行政手続法第5条により、審査基準は申請先の機関の事務所における備付けその他の適当な方法により公にしておかなければならず、また同法第36条により、行政指導指針は公表しなければならないと定められている。

①食品衛生法施行に関する件

国は、食品衛生法施行規則の公布（昭和 23 年 7 月 13 日）後、1 か月足らずのうちに各道府県知事あてに「食品衛生法施行に関する件」（昭和 23 年 8 月 5 日厚生省発衛 6 号厚生事務次官通知）を厚生事務次官名で通知し、食品衛生行政を行っていく上で実務上必要となる法解釈や法の運用に関する方向性、法の条文解釈、製品検査や食品衛生監視員、営業許可、行政処分等法を運用していくにあたり、法令で規定されていない具体的な方法や注意事項等について、法執行を補う留意事項として周知した。

内容として、法運用の全国的な統一を図るため、例えば、法第 4 条における「その他の事由」や第 5 条における「吏員」の解釈、法第 14 条の製品「検査」の方法を具体的に示した²⁴⁶。また、食品衛生監視員の仕事やその方法、営業許可の考え方や不許可の場合の注意事項、地方食品衛生委員会の活用等、都道府県において衛生行政担当職員が法運用に戸惑ったり疑問や空白が生じたりしないよう詳細に指導していた²⁴⁷。食品衛生法や同規則が制定されて初めての通達であったことから、そこには法の解釈や法を運用する行政庁の裁量、処分だけでなく、指導に関しても基準や手続等が記載されていた。例えば、第 20 条第 2 項の営業許可について、一定の基準に合うものはすべて許可を与えることについての解釈や、その判定については、必ず食品衛生監視員に実地調査をさせ、報告によって判断する等実施に際しての運用、食品衛生監視員が収去検査を行う際の収去量や、有害のおそれがある食品等を発見したときの応急措置等の基準や手続等である。

²⁴⁶ 法第 4 条において販売、採取、製造、加工等を禁止する食品や添加物について規定しているが、その条文中第 4 号において「その他の事由により人の健康を害う虞があるもの」と記されている文言について解釈し、都道府県におけるこの号の適用については直ちに国に連絡するようにした。また法第 5 条において疾病に罹ったりへい死したりした獣畜の食用を禁止しているが、例外として、吏員が人の健康を害するおそれがないものと認めたものは、食用できることとしていた。その「吏員」については、屠場法と関連して解釈運用し屠畜検査員と特定し、誤解がないように明記した。検査の方法は、食品、添加物等はすべて検査の対象とすることや、検査に合格したものには合格証を与えること、事業者の所在、製造量の確認等検査実施にあたってその方法を示した。

²⁴⁷ 現場での検査は日出から日没まで等時間を制限し、収去検査のための収去量等についても必要最小限とした。また、「従来の営業権的な指導を一掃し、都道府県知事が公衆衛生上必要として定めた一定の基準に合うと認められたものはすべて許可を与えなければならない」とし、さらに「許可の判定はその施設の実地につき必ず食品衛生監視員をして個人の主観に左右されず基準に照して調査せしめ」、「法第 21 条の『許可しなければならない』の項を尊重されたい」と法の運用に念を押した。法第 36 条においては、旧法に基づいた命令（各規則）により営業許可を受け営業を営んでいる者は食品衛生法の営業許可を得たものとみなす「みなし規定」であるが、そういった営業者に対し食品衛生監視員に臨検検査をさせ、基準に合致しない場合は整備改善や許可の取消し等の措置をするよう求めた。

特に注目したいのは、食品衛生法については、営業者を対象に衛生面からの安全確保を目的とするが、経済面や風俗面からの取締法規、例えば飲食営業緊急措置令や風俗営業取締法による取締りとも十分連絡調整をとることとしていたことである²⁴⁸。飲食営業緊急措置令、風俗営業取締法は衛生行政ではないが、食品衛生法と対象とする営業者が重なり、立入調査等調査権限も同様であることから、実際の運用は縦割り行政であったとしても、行政分野を超えて情報共有、場合によっては合同調査等の連携を図ることを意図したものと推察する。さらに法の運用については、警察機構から衛生機構へ移行したことを好機ととらえ、積極的な業務推進を依頼するとともに、取締りについては指導・啓蒙を中心とし強権発動は必要最小限とするように求めた²⁴⁹。法の運用の科学性、計画性や経済事情の変動との連関、機動性をもった処理等、詳細な注意事項と合わせ、食品衛生確保に対する積極的な姿勢がうかがわれる²⁵⁰。都道府県に対してパターンリズム的な傾向は見受けられるものの、当時としては進歩的な内容であり、厚生省の意欲的な通達により、地方公共団体は、それらの実現に向けて努力することとなった²⁵¹。

②通達の法的拘束性

「通達」はあくまで内部規範として位置付けられており、外部に対する強制力はなかった。通達は省庁の部局長、課長レベルで出すことができ、法令の解釈基準や行政が裁量権を行使する際の裁量基準等行政執行基準を示すものであることから、食品衛生行政が中央集権体制であったことや食品衛生行政が機関委任事務であったことと併せ考えると、公務

²⁴⁸ 飲食営業緊急措置令は、食品衛生法と同じく飲食営業者を対象としているが、目的は食糧のやみ取引の防止である。また風俗営業取締法は、カフェや料理店等客席で客の接待をして飲食させたり、キャバレー等ダンスをさせたりする営業者を対象とし、目的は善良な風俗の維持であった。

²⁴⁹ 「食品衛生法施行に関する件」ではそのなかで「本法の施行は、国民に対し、その日常生活上最も関係の深い食生活の面を通じて、その健康を保全することを目的とするものであり、いわゆる国民の健康増進、衛生向上のために、施行すべきもので（略）法の解釈、執行、運営を十分な責任と自信を以って行うよう指導されたい。」「新憲法の施行に伴い、衛生行政警察権が警察機構から衛生機構へと移管され、これも転機となって本法が制定されたものであるからこの機を利用して食品衛生行政が大躍進を遂げるよう努められたい。」と、地方における食品衛生行政への期待を述べている。

²⁵⁰ イギリスの哲学者ジョン・ラングスロー・オースティンは、言葉を発することは何らかの行為を遂行することと考え、このような何らかの行為を遂行させる発言を「行為遂行的発言」(performative utterance)と呼び、法の条文を積極的に解釈し、文言に新たな意味を込めた解釈を示した。この通達はオースティンがいう「行為遂行的発言」であった。J. L. オースティン著（坂本百大訳）『言語と行為』（大修館書店、1978）8頁以下

²⁵¹ この通達の丁寧で詳細な記載は、内容は評価するものの、日本国憲法の制定により地方公共団体は独立した行政機関となったにもかかわらず、機関委任事務とされたことによって、あたかも、国の下級機関のような扱いを受けている。

員にとっては法的拘束性を有していたとすることができる²⁵²。

また、全国一律に早急に食品衛生を確保していくために、通達が内部規範として必要であったことは理解できる。例えば1955年（昭和30年）の森永ヒ素ミルク中毒事件の際には、同年8月23日に、岡山大学医学部において森永ドライミルクからヒ素が検出され、翌8月24日にその旨について岡山県から報告を受けた厚生省は、各都道府県知事宛てに当該ミルクの販売停止を電報で通知している²⁵³。各都道府県においては、通知を受けて該当品の販売停止と製品の回収処置をとった。さらに厚生省は、8月30日には、乳及び乳製品の成分規格等に関する省令の一部改正を行い、調整粉乳等、主として乳幼児を対象とする乳製品に対する添加物は、すべて公定書に記載されている医薬品か、厚生大臣の承認を受けた添加物以外は使用できない旨通達した²⁵⁴。食品衛生行政は機関委任事務で、厚生省に包括的な指揮監督権があり、このように差し迫った危険性が発見された場合、緊急対応が全国統一的に可能となったのであった。

その他にも、列車や自動車、船舶等は1都道府県のみならず、いくつかの県にまたがって営業しているが、そのなかに設置する食堂等についてはどこが所管するかが問題となることが多かった。そのため、厚生省は通達により、営業許可についてはそれぞれの営業者の食堂を所管する事務所の所在地を管轄する都道府県知事（保健所を設置する市は市長、以下同じ）が行うこととするとともに、監視や行政処分についても、それぞれ関係する地方公共団体の事務分担を明確にし、全国一律に実施することで混乱を防止した²⁵⁵。

²⁵² 食品衛生に関する事例ではないが、地方分権が行われ、機関委任事務が整理され法定受託事務となった後でも、国が通知した法定受託事務の「処理基準」に法的拘束性を認めた判例がある。地方分権後の事例であるが、法定受託事務となっても、現場では中央集権時代とほとんど変わらない対応が行われていることがわかる。公文書開示決定取消請求事件（一審）鳥取地判平成18年2月7日判時1983号73頁。（控訴審）広島高松江支判平成18年10月11日判時1983号68頁。

²⁵³ 岡山県においても厚生省への報告と同時に、近畿、中国、四国、九州各県に連絡し、該当品の販売停止と回収を依頼した。

²⁵⁴ 昭和30年8月30日厚生省令第15号。また、同日、森永乳業徳島工場は3か月の営業停止となっている。厚生省はこの6日前の8月24日にすでに乳幼児を対象とする乳製品に対する添加物は、すべて公定書に記載されている医薬品か、厚生大臣の承認を受けた添加物以外は使用できない旨通知している。

²⁵⁵ 「二以上の都道府県にわたって営業を営む列車、自動車、船舶等の食堂の取扱について」（昭和28年8月29日厚生省衛発674号公衆衛生局長通知）。営業許可以外に、監視については、移動区域内の都道府県の食品衛生監視員が、食品の車内や船内への積み込みまでも含めて監視を行うこと、行政処分については、営業許可の取消しや禁・停止等は営業許可を与えた都道府県知事が、不良食品の廃棄等は処分に至った監視を行った食品衛生監視員が所属する都道府県知事が行うことが規定された。

しかし、都道府県等食品衛生の実務現場においては、事案の具体的な処理にあたり、通達に基づきながらも現場に即した処理を行っており、そこには、地域の事情に合わせた裁量を行わせる余地も存在したのであった。例えば、自動車による食品の移動販売については、厚生省から取扱要領が出されており、各都道府県はこれを参考に取扱要領を定めることとなる。そのなかで、品目の制限等営業許可に附する条件や営業車という施設に対する基準等については、各地方公共団体で検討することができるようになっていた。いずれも現在のものしか取得できなかったが、自動車による食品販売について、高松市では高松市食品衛生法施行細則第1条の2で、許可業種として飲食店営業、喫茶店営業、菓子製造業、乳類販売業、食肉販売業、魚介類販売業の6業種をあげているが、大阪府では大阪府自動車による食品営業取扱要綱第3条により、これに加えアイスクリーム類製造業、豆腐製造業を含め8業種としている。また、食品の取扱いに関しても、魚介類販売業において、高松市は「自動車による食品営業について」の「第1営業車に搭載する施設の構造および食品の取扱設備の基準において摂氏10度以下（冷凍包装は摂氏-15度以下、生食用生鮮魚介類は摂氏5度以下）で保存できる冷蔵設備又は冷凍設備が必要であり、販売に際して車内で魚の下処理等可能であるが、大阪府では要綱第6条に規定する別表第二施設の業種別基準で、刺身等生食用食品の冷蔵庫及び冷却保存できるケースを設けることや冷凍庫は摂氏-18度以下であることを規定するだけであり、車内での調理行為を禁止している。大阪府や高松市の地理的特徴や販売の習慣等地域の事情が反映されたものとなっている²⁵⁶。

③通達の外部に対する影響と適法性の要件

また、営業者においても通達の内容は、行政を通じたり食品衛生協会等を通じて知ることができた。したがって、通達は公布も告示も行われなかったことが通例であったが、営業者は、これらの情報が容易に入ることから、行政の対応が事前にわかることとなり、許可権限を有する行政に対して、許可やその更新、手続等を迅速で円滑に済ますことを望む場合が多かったため、自ら率先して通達に従った。通達は、法律の根拠を必要とせず、告示することもなく、国民も裁判所も拘束されることがないのが原則であったが、行政内部は通

²⁵⁶ 「自動車による食品の移動販売に関する取扱要領について」（昭和42年3月3日厚生省環乳発5016号環境衛生局長通知）。高松市は、高松市食品衛生法施行細則（平成11年3月29日規則第40号）、自動車による食品営業について（取扱設備の基準や公衆衛生上講ずべき措置の基準等）、大阪府は、大阪府自動車による食品営業取扱要綱（平成24年4月1日実施）による。大阪府は同要綱実施に伴い、1964年（昭和39年）に制定した自動車による食品営業の指導取締規程等を廃止した。

達に拘束されることから、職員の言動はあたかも外部の者にも拘束力があるように受けとめられ、法的拘束力があるかのような機能を果たした。そのため、まれではあるが、通達そのものの適法性と、それに基づく行政活動の適法性が問われることがある²⁵⁷。

通達の判例をみても、食品衛生行政分野ではないが、パチンコ球遊器事件（最二小判昭和33年3月28日民集12巻4号624頁）は、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものであれば、当該解釈基準に基づく行政活動は適法であると判示した²⁵⁸。また、墓地埋葬法通達事件（最三小判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁）は、裁判所は通達に拘束されることなく、通達の法令解釈とは異なる解釈をし、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときはその違法を判定することができる²⁵⁹と判示した。開拓適地選定基準事件（最三小判昭和28年10月27日民集7巻10号1141頁）は、通達は、関係行政機関に対し、権限行使の指針を示したものであり、法律の規定及びその趣旨との適合について判断すべきであると判示した²⁶⁰。裁量基準の適法性について伊方原発訴訟事件（最

²⁵⁷ 本多・前掲注（209）77頁。同趣旨として平岡久「56 パチンコ球遊器に関する通達」『行政判例百選Ⅰ〔第6版〕』114頁（有斐閣，2012）。通達には国民の権利義務に係る内容をもつものがあり、通達に従って実際に行政処分が行われるかぎり、通達は行政処分を通じて間接的には、国民の法的地位に影響を及ぼすことになる²⁵⁷と述べている。大橋洋一は、法改正が頻繁にあり技術性が高い等の特徴を持つ租税法の分野では、市民が通達に寄せる信頼や、通達による法律具体化への期待は、他の法分野以上に強いと述べる。大橋洋一「6 租税法の解釈と通達—パチンコ球遊器事件」『租税法判例百選〔第6版〕』17頁（有斐閣，2016）。また甲斐素直は、課税における通達の意義を考えるには、憲法に立脚する租税法の諸原理をどの程度で調和させ、いずれを優先するか判断する必要があると述べる。甲斐素直「202 通達課税と租税法律主義」『憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕』430頁（有斐閣，2013）。

²⁵⁸ 平岡・前掲注（257）114頁。これまで課税品目でなかったパチンコ球遊器について、東京国税局長が課税品目であることを管下税務署長に通達し物品税賦課処分を行ったことに対して、営業者が処分の無効確認及び納付した税金の返還を求めたものである。裁判所は、通達である法の解釈基準については、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものであれば、当該解釈基準に基づく行政活動は適法であると判示した。

²⁵⁹ 平岡久「57 墓地・埋葬等に関する通達」『行政判例百選Ⅰ〔第6版〕』116頁（有斐閣，2012）。墓地埋葬法第13条における埋葬を拒む「正当な理由」について、これまで厚生省環境衛生課長は、異教徒が仏教宗派の宗教的感情を著しく害するおそれがある場合を、その理由として認めていた。しかし、内閣法制局から、至当な理由として「認められない」旨の通知を受けたため、解釈変更の通達を出したところ、一寺院から、トラブルが発生していることを理由に、通達の取消しを求められたものである。最高裁は、通達は一般国民がこれに拘束されるものではなく、通達の内容が国民の権利義務に大きく関わりを持つような場合でも同じであるし、処分の効力が変わることはなく、裁判所も通達に拘束されることなく、通達の法令解釈と異なる解釈をし、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは、その違法を判定することができる²⁵⁹と判示した。

²⁶⁰ 北海道に出した開拓適地選定基準の通達について、通達を法令と主張し、未墾地の買収計画及び適地選定方法等が通達に違反するため、訴願の裁決の取消しを求めたものである。裁判所は通達を法令と解することはできないと明確にし、通達は関係行政機関に対し、権限行使の指針を示したものであり、土地の買収計画が通達に違反して定められても違法

一小判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁)では、審査基準の適合性については、審査基準に不合理な点や、原子炉設置が基準に適合すると判断した原子力委員会等の調査審議や判断過程に看過し難い過誤、欠落があった場合は、行政庁の判断に不合理な点があると解すべきであると判示した²⁶¹。

この他にも、行政規則の法的拘束性について在留期間更新不許可処分取消事件(いわゆるマクリーン事件)(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)等があるが、いずれも教科書のと通りの判決で、通達は法の範囲内にあり、国民や裁判所に対して法的拘束力をもたないという判決であった。通達の法的意味について、通達の現実に果たす機能と裁判所の形式的論理的理解とは、大きく乖離していたのである。

食品衛生法における通達についても、その後、輸入食品のうち、違反食品の行政処分について権限を有する都道府県知事に協力を要請した「輸入食品の検査について」(昭和26年10月26日厚生省衛発820号公衆衛生局長通知)をはじめ、食品衛生行政の現場での取組に対して重要な方針を示す通達が数多く出されている。行政は法の解釈や運用について裁量権を有しており、通達は、各省庁の部局や課レベルで出すことができたことから、違反行為に対してどのように取り締まるかについても、政策や社会状況によってその取締りの厳しさが変化していた。

例えば露店飲食営業については、1949年(昭和24年)には無許可営業の厳重な取締りによる漸減策を指示した「いわゆる『露店飲食営業』の取扱いについて」(昭和24年6月15日厚生省衛発635号)が出されたが、6年後の1955年(昭和30年)には、露店飲食営業者がかえって増加し続けていることから、これまでの方針が実態に即していないと方針転換し、当該営業者に許可を認めた「いわゆる『露店飲食店営業』に対する措置について」(昭和30年8月25日厚生省衛発292号厚生事務次官通知)が出された。1949年(昭和24年)頃は、露店商の許可要件は固定店舗の基準と同じで、露店商にとって厳しかっ

ではなく、法律の規定及びその趣旨との適合について判断すべきであると判示した。

²⁶¹ 原子力発電所の設置について、原子炉設置許可の際に原子炉規制法に基づいて行われた安全審査が不十分であるとし、許可処分の取消しを求めたものである。裁判では、審査基準の適合性は、原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う、内閣総理大臣の合理的な判断に委ねる趣旨である。審査基準に不合理な点や、原子炉設置が基準に適合すると判断した原子力委員会等の調査審議や判断過程に看過し難い過誤、欠落があった場合は、行政庁の判断に不合理な点があると解すべきであるが、本件判断は適切であったと判示した。ただし、この場合の裁量基準(通達)である審査基準については、裁判所は、適法違法を判断する基準として用いている。

たことから無許可営業が多かった。そのため、最初の通達では、衛生問題を重視した GHQ の指示により飲食店営業臨時規整法を施行するにあたり、都道府県知事等に対し露店飲食営業に対する無許可営業の漸減について指令した²⁶²。各地域では、露店飲食店について上水道等食品衛生やトイレ等生活衛生、道路や公園等の占用等の問題が発生しており、各都道府県等は取締りを強化し、露店商はそれに対して反発した²⁶³。1955年（昭和30年）の通達では、政策的判断により、露店飲食店が増加傾向にあり全国的に統一した対策が行われないことや、依然として食中毒が発生していることを理由として、都道府県知事等に無許可営業の解消を期して許可要件等の再検討を指示し、これまでの運用とは異なり、許可要件を附して許可することにしたのであった。この通達を受けて、都道府県では露店の営業許可条件を定め、条例に取り入れたり要綱を策定したりした。例えば、屋台で有名な福岡県では1956年（昭和31年）に食品衛生法を施行する条例を制定し、屋台営業については営業品目の制限や生ものの販売禁止、客に提供する直前の加熱処理等の条件を附して営業を許可している²⁶⁴。このような施策・運用の方針転換は、食品衛生行政分野ではないが、食品衛生法と同じ警察法の分野である風俗営業においても見受けられるところであ

²⁶² 山本・前掲注（157）45頁。

²⁶³ 1951年（昭和26年）10月、福岡市は屋台営業を禁止することとし、福岡市移動飲食業組合に通知し、1952年（昭和27年）6月、組合員に対し営業禁止命令を行った。組合は、福岡地裁に執行停止の仮処分を提訴したが敗訴した。福岡県においても、同年、1955年（昭和30年）3月31日をもって屋台を全廃する方針を示した。嶋田暁文「福岡市における屋台と政治・行政（上）－その過去と現在」自治総研通巻419号2013年9月号。

²⁶⁴ 嶋田・前掲注（263）22～23頁。当時の条例は見つけることができなかったが、福岡県では福岡県食品衛生法施行条例（平成12年福岡県条例第17号）及び福岡県食品取扱条例施行規則（昭和33年福岡県規則第20号）に定める施設基準により難しい、特殊な形態による営業について、「ろ店飲食店等特殊な形態による営業に関する取扱要領」（昭和56年7月1日施行）を定め、移動営業や仮設営業、ろ店営業について許可対象業種や取扱食品（営業内容）について規制している。そのなかで、ろ店営業、仮設営業、臨時営業については、生ものを扱わないことはもちろんのこと、提供する食品についても限られており、簡易な調理で提供できるもので提供する前に十分な加熱をすること等条件が附されている。

その後、1960年（昭和35年）代には屋台は400軒を超える等ピークを迎えたが、同時に市民から営業マナーが問題視されるようになり、1970年（昭和45年）、1995年（平成7年）の2回、福岡県警は屋台の道路占用許可の名義変更禁止方針を打ち出すこととなった。社会問題化した屋台のあり方を検討するため、福岡市は、1995年（平成8年）、観光関係者や営業者、市民が参加する「福岡市屋台問題研究会」を設置し、2000年（平成12年）には安全で快適な歩行者空間と良好な公衆衛生を確保するため、福岡市屋台指導要綱を、2013年（平成25年）には福岡市屋台基本条例（平成25年福岡市条例第43号）を制定し規制している。福岡市屋台基本条例は、食品衛生の観点からではなく、市道等の占用について規定しており、衛生については、食品衛生条例において明確に規定し、基準等により規制している。福岡市、「屋台施策」、

<http://www.city.fukuoka.lg.jp/shisei/jigyuu-torikumi/yatai/sesaku.html>, (2019.1.20)

る。

風俗営業取締法（風営法）は1948年（昭和23年）に、風俗犯罪の取締りの観点から制定されたが、1984年（昭和59年）に大改正が行われ、違反者の取締りだけでなく、風俗産業の健全化を資するために業務の適正化を促進するといった積極的な目的が加わったのであった。ここに従来の風俗犯罪の防止から、健全な風俗産業の育成といった政策転換をみるのである。また、制定当初から「風俗営業」は許可制であったが、改正により新たに「風俗関連営業」（個室付浴場等）を設け、届出制にするとともに、法律の遵守事項を大幅に拡大し、規制強化を図った²⁶⁵。この規制強化には、罰則強化のほかに遵守事項の拡大

²⁶⁵ 風俗営業は、1948年（昭和23年）風俗営業取締法が制定され、当初は、防犯的な見地から警察機関が犯罪の予防目的のために必要な最小限度の行政権限による規制を行うものとして、客を接待して飲食や遊興をさせる待合や料理店、カフェ、客にダンスをさせるキャバレーやダンスホール、客の射幸心をそそる遊戯をさせる玉突場やまあじゃん屋等3営業種について、公安委員会の許可が必要とされた。また、都道府県条例では営業場所や営業時間、営業所の構造設備等について条例で規制することができた。その後、数次の改正により、ぱちんこ店を風俗産業に位置付けたり、飲食店全般に公安委員会の指示や処分ができるようにしたりする等徐々に規制と取締りが強化された。しかし、少年の非行が依然として増加したため、1984年（昭和59年）、ゲームセンターを風俗産業に追加するとともに、風俗営業を許可制、風俗関連営業（個室付浴場、ストリップ劇場、ラブホテル、アダルトショップ等）を届出制、深夜の酒類提供飲食店営業を深夜飲食店と分けて届出制とした。また、遵守事項を拡大し、違反した場合は指示処分を行うこととし、必要な限度において風俗営業者等に対する報告徴収権及び警察官の立入権を認める等の改正が行われた。法律の名称も「風俗営業取締法」から「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」に改称した。法律の目的は、法制定当初の「風俗犯罪の防止」に、「住民の生活環境悪化の防止」と「少年の非行・不良化防止」を加えて法文の中で明確にするとともに、積極的な表現を用い、一定の違反行為を取り締まるだけでなく、風俗産業の健全化に資するために業務の適正化を図り、適切な育成を図っていく、より積極的な目的のために規制を行うよう、施策を方針転換したものであった。風俗営業については、国民の生活に憩いと娯楽を与えることから、許可制により、健全な営業について事前チェックし、許可した場合は、事業者の自主規制や食品衛生管理者制度等によりソフトな規制となる。厳しく規制すべき風俗関連営業について届出制としたことについては、国会において、実態把握の手段であるとともに、風営法の枠の中に入れるためだと説明されている。法の範囲内で適正に営業を行っている場合は問題ないが、1984年（昭和59年）の改正により、違反した場合は行政処分として「指示」「営業の停止」「営業許可の取消（風俗営業）」「営業の廃止（風俗関連営業）」の段階的処分とともに、刑事罰として、例えば許可を受けずに風俗産業を営んだ場合は罰金50万円、許可を受けずに営業所の構造や設備の変更をした場合は罰金30万円等厳しいものであった。なお、2005年（平成17年）の改正で無許可営業は懲役2年以下又は罰金200万円以下、無許可の営業所の構造等変更は懲役1年以下又は罰金100万円以下となっている。行政処分の「指示」については、法律が規定しているその要件・内容が緩やかであり、公安委員会の裁量権の幅が大きく、弾力的な運用が可能で行政権限が強化された。段階的行政処分という規制方式と公安委員会の広範な裁量権については、国会においても議論されている。澤登俊雄「風俗営業法改正の経緯と新風営法の性格」法時57巻7号8頁～12頁（1985年）。国会においては、第101回国会衆議院、参議院の地方行政委員会において議論された。衆議院事務局「第101回衆議院地方行政委員会議録第17号（昭和59年6月21日）」4頁〔鈴木良一警察庁刑事局保安部長答弁〕ほか（1984）。

があった。遵守事項に違反すると公安委員会が広い裁量権を有する「指示」処分があり、それに違反すると営業の廃止等の行政処分を加えることとなっていた。風営法や、有毒食品の販売等を除いた食品衛生法は、取締りに際して、直接的な制裁の前に、行政指導や指示命令等ワンクッション・システムを介在させていることも、目的を積極化し、処分の名宛人を行政が誘導することができる点で、法の警察行政からの脱却の兆しであった²⁶⁶。

また、通達は公表や制定についても手続が規定されていないが、現在は行政手続法により、審査基準は公にすることが規定されており、行政機関は審査基準を事務所に常置しておき、営業者は希望すればそれを見ることが出来る等、行政のプロセスの透明化が確保されるようになった²⁶⁷。さらに、当時は法によって違反者を権力的手段により直接取り締まっていたが、昨今は法を遵守させるために、違反者の氏名の公表という非権力的手段を活用する等考え方が変化してきている。食品衛生法においても、2002年（平成14年）の法改正により食品衛生上の危害の発生を防止するため、法律又は法律に基づく処分に違反した者の名称等を公表し、食品衛生上の危害の状況を明らかでできることとした²⁶⁸。

²⁶⁶ ワンクッション・システムは阿部泰隆『行政の法システム（上）』120頁、166頁（有斐閣，1997）。ワンクッション・システムは阿部の造語で、改善命令に違反して初めて制裁を課されるシステムであり、公害の悪臭、騒音、振動規制等が該当する。

²⁶⁷ 都道府県知事による営業許可を得るには、営業施設基準をクリアすることが必要である。営業施設等の基準については、三重県では、「食品衛生の措置基準等に関する条例」を制定し、公表している。その他にも飲食店等は食品衛生責任者の配置が必要とされる等の条件がある。こういった条件は各都道府県や保健所政令市においてホームページ等で公表されており、保健所で相談することはもちろん、説明を受けることもできる。

²⁶⁸ 食品衛生法の一部を改正する法律（平成14年8月7日法律第104号）により、第29条の2（現行法第63条）として、食品衛生上の危害の発生を防止するため、食品衛生法または法に基づく処分に違反した者の名称等の公表と、食品衛生上の危害状況を明らかにする努力義務が規定された。処分や行政指導を書面で受けた営業者の氏名・住所、食品、施設や処分の理由・内容等を報道記者に発表し、ホームページに掲載等を行うものである。「食品衛生法の一部を改正する法律（平成14年法律第104号）の施行について」（平成14年9月6日厚生労働省食発0906001号医薬局食品保健部長通知）。公表は、賛否両論があり、誤解や風評被害を招きかねない公表は国家賠償が認められた判例がある。O157原因食材公表事件（大阪高判（控訴審）平成16年2月19日訟務月報53巻2号541頁）。調査報告を公表するにあたり、公表の目的の正当性、内容の性質、その真実性、公表方法・態様、必要性和緊急性等を踏まえ、公表の真の必要性を検討すべきであると判示した。同趣旨として下山憲治「食品安全と行政組織」高橋滋＝一橋大学大学院法学研究科食品安全プロジェクトチーム編『食品安全法制と市民の安全・安心』73頁（第一法規，2019）。阿部泰隆は、「不確実な情報であるが、重大な被害を避けるためのものである」と評価するとともに、事業者に損失補償をすることが3極関係の合理的な解決としている。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ－実効的な行政救済の法システム創造の法理論』579頁（有斐閣，2009）。

4 小括

国においては、1947年（昭和22年）に法律（食品衛生法）が、1948年（昭和23年）に省令（施行規則）と省令に基づく食品や添加物等の規格基準が、1953年（昭和28年）に政令（施行令）が制定された。食品衛生行政においても、法律、政令、省令（規則）といった法体系が整備されることとなった。

日本国憲法下においては、法律の制定は国会のみの権限となり、国民の自由や権利を制限するものは、法律で規定されることが原則となった。食品衛生法においても、罰則等営業者の自由や権利に関する内容は、法律において規定している。

法体系をみると、法律を頂点とし、それを補う法規命令等によりピラミッド型の法体系ができています。すなわち、法律の個別具体的な委任を受け、政令である食品衛生法施行令では、製品検査の品目、食品衛生検査施設や食品衛生監視員等食品衛生行政における重要項目を規定し、食中毒の調査等食品衛生上大きな課題となっている項目についても、実施について規定していた。同様に法律の個別具体的な委任を受け、省令である食品衛生施行規則については、法や政令を実施していく上で必要とする詳細な事項について規定した。

そのなかで、食品や食品添加物、容器包装や器具等の規格基準については、専門家により設定され、科学的根拠を有するとともに、厚生省が告示するだけで有効となることから、国会で制定される法律や、各省庁との調整が必要となる政令と比較し、迅速な対応が可能となり、取締りによる食品衛生を確保していく上で、重要な手段の一つとなった。さらに、食品衛生法の運用にあたり、厚生省から法解釈や現場での対応等に係る通達が発出され、全国統一的な食品衛生の確保が図られたのであった。

一方、機関委任事務であったことから、地方においても、監視・指導を実施していく上で必要とする規定を定めた都道府県規則等（〇〇県食品衛生法施行細則等）を整備するようになった。そのなかで、食品衛生法第21条第3項により、営業許可に際し、都道府県知事は地域に必要な条件を付加することができた。地方公共団体は、都道府県知事の営業許可処分にあたり、地域の必要性に応じて、対象とする営業施設の業種を増やす横出し条例を制定したり、さらには法律の空白部分について独自に条例を制定したりし、規制を行った。大阪や東京のフグ条例は営業を規制する業種を増やした横出し条例であり、長崎県の魚介類の行商は、店舗における販売や加工を取締対象とした食品衛生法の規制対象外となるもので、独自条例の例である。また、一部の販売業に対して知事への届出制とした

こともこの例に該当する。食中毒を防ぎ、食品の衛生を確保するため、地方公共団体は食品衛生法の運用を行うとともに、地域に応じた条例を制定し、取締りを行ったのであった。

法令の運用について、食品衛生法は改廃には国会の承認が必要であることから、国は、食品添加物の危険性等科学技術の高度化に伴い新たな事実が確認された場合は、施行規則や規格基準等下位の法規命令や、通達等行政規則を改正したり新たに制定したりすることで迅速に対応した。政令は、製品検査の品目や営業許可の業種指定が主な内容であったため、規則や規格基準と比較すると改正回数は少なかった。規則や規格基準については、インスタント食品やレトルト食品の普及等食生活の多様化や、科学技術の発展による添加物として化学的合成品の増加等により、頻繁に改正された。特に規格基準については、国民の権利・利益に関係することから、告示のなかでも法規命令と解されている。

また、行政規則である通達についてみるならば、厚生省は、全国一律的に食品衛生を確保するため、食品衛生法の法解釈や法運用について通達で詳細に規定した。通達は、行政内部機関に対して法的拘束性を有するが、外部については国民も裁判所も拘束されないことが原則である。しかし、営業者にとっては通達を把握し、通達に従うことが、迅速な営業許可処分につながることから、自主的に通達に従うことが多かった。また、行政職員は通達であるにもかかわらず、あたかも法令であるかのように説明した。そのため、法律に根拠を必要とせず、法的には国民にとって拘束性を有しない通達であるが、まれに通達に基づく運用の法的判断が求められることがあった。裁判所は教科書とおりの判断を続けており、判決は、通達が現実に果たす機能と乖離していた。

法令の運用事例として、食品事故への対応として森永ヒ素ミルク中毒事件をみると、1955年（昭和30年）6～8月に事件が明らかになった後、2か月で乳等省令が改正（同年8月30日）され規制が強化されたが、法律は約2年後（昭和32年6月15日）まで改正されなかった。厚生省は、8月24日に岡山県からミルクからヒ素が検出された連絡を受けると、同日、各都道府県知事に当該商品の全面販売停止を通知し、乳幼児対象の乳製品に対する添加物の規制を強化し、施行した。機関委任事務という国を中心とした体制づくりにより、通知によるものでしかなかったが、各都道府県の対応は国の指示を徹底するものとなった。

人工甘味料であるズルチンは1967年（昭和42年）5月、食品衛生調査会の答申に基づき、幼児、小児用の食品に対する使用が禁止され、同年6月16日にはまず規格基準の改正により使用基準が新たに設けられた。ズルチンが使用禁止になったのは1年以上経過し

た翌 1968 年（昭和 43 年）7 月 3 日であった。

さらに、カネミ油症事件でもみられるように、新たな食品衛生事故が発生した際には、法令より先に法規命令である施行令や施行規則の制定・改正、さらには規格基準の制定や、通達により、被害が大きく危険性が高い食品の摂食の禁止等緊急に必要な対応を、全国一律的に行った。これは取締りと同時に、被害の拡大防止と危険の未然防止でもあった。

食品衛生法制の性格をみると、食品衛生法については、1948 年（昭和 23 年）制定当初、権力的取締りを中心とする警察法として位置付けられていた。同年に発出された通達においては、取締りは強権発動を必要最小限に抑えるとともに、科学的根拠を基に指導・啓蒙を行政の中心におくようにとするものであったが、1950 年（昭和 25 年）には、GHQ からの指導を受け、規則で営業施設の検査に採点等級格付制度を設ける等再度取締りを強化し、警察法としての枠を出ることはなかった。

しかし、1955 年（昭和 30 年）の森永ヒ素ミルク中毒事件を契機とする食品衛生法の改正（第 9 次）により、施行令では営業者の自主的衛生管理を行う食品衛生管理者が創設され、施行規則では食品や添加物等の表示について、表示項目や表示する食品等新たな基準が定められた。また、食品等の個別の具体的な規格や保存基準等を定める規格基準は、添加物の規制が強化され、専門家による「食品、添加物等の規格基準」が制定されるとともに、誰もがわかりやすいように食品添加物の規格基準を収載した公定書が作成された。

また、1968 年（昭和 43 年）に発生したカネミ油症事件では、食品衛生法の改正（第 12 次）により、安全性に疑念がある食品等の販売等の禁止、安全性に確証のない新開発食品の販売禁止と、危害発生の予防に重点をおくようになった。規則においては、容器包装に入った加工食品すべてに名称や製造者の氏名、所在地、添加物等の表示が義務化された。

規則による表示の義務化は、消費者が商品を選定する際に見て判断することができるようにするものであった。これまで行政と営業者といった二極構造であった食品衛生法は、行政活動によって営業者とは異なる影響を受ける消費者という第三者が入り、三極構造となることを示す。

また、営業者の自主的衛生管理を促す食品衛生管理者の創設や、人の健康を害する蓋然性ではなく、安全性に疑念があることによる販売禁止、直接的な制裁の前に行政指導等指示命令を出すワンクッション・システム等の登場は、消極目的であり権力的取締りを主に行う警察法とは異なるものであり、ここに警察行政からの離脱をみることができる。

第2章 食品衛生に関する新たな流れ

1 国際化への対応

国内的な食品加工技術や国民生活の向上に加え、国際的な市場開放も、これまでの食品衛生行政に影響を及ぼした。食品衛生規制は、国によって社会的事情や自然環境も異なり、食文化や衛生に対する国民の認識も異なることから、もともと国毎にその取組やその内容に差異があった。戦後、経済が復興すると、国境を越えた食品の流通が増大するが、各国の衛生検疫体制は、まずは食品衛生とは異なる非関税障壁という観点から、これへの関心が高まるようになった²⁶⁹。

1973年（昭和48年）9月、GATT第7回目の会議（東京ラウンド）が開催された²⁷⁰。その成果の一つである「貿易の技術的障害に関する協定」（TBT協定）について、日本は1980年（昭和55年）に批准し、貿易障壁の軽減・撤廃が求められることとなった。

1986年（昭和61年）にGATTウルグアイラウンドが始まり、1994年（平成6年）にマラケシュ協定が結ばれた。この協定には検疫植物衛生措置の適用に関する協定（SPS協定）が含まれており、検疫衛生措置の国際貿易に対するマイナスの影響を最小限にするため、最終製品の規格、生産方法、リスク評価方法等、食品安全や動植物の健康に関するすべての措置を対象としていた。また、この協定により、GATT体制に国際機関として法的根拠を与え、さらなる貿易の自由化を目指すため、1995年（平成7年）、世界貿易機構（WTO）が発足した²⁷¹。

一方、国際連合食糧農業機関（FAO）と世界保健機構（WHO）は、1963年（昭和38年）、FAO/WHO合同食品規格計画の執行機関としてCodex委員会を設立した。Codex委員会は、食品の安全性と品質に関する国際的な基準を定めており、日本は1966年（昭

²⁶⁹ 城山英明「食品安全規制の差異化と調和化－科学的知識、経済的利益と政策判断の交錯」城山英明=山本隆司編著『融ける境 超える法5 環境と生命』83頁（東京大学出版会、2005）。

²⁷⁰ 関税及び貿易に関する協定（GATT）は1948年（昭和23年）1月1日から発効した、貿易の自由化を促進する多国間協定であり、日本は1955年（昭和30年）に加盟した。第7回目の会議は1973年（昭和48年）9月から1979年（昭和54年）にかけて開催された。各国が参加し、東京で開催した閣僚会議で採択された「東京宣言」により開始したため、東京ラウンドといわれている。102か国が参加し、非関税措置の軽減について取り組んだ。策定された国際協定の一つに輸入許可手続があった。東京ラウンドでは「GATTのスタンダードコード」を初めて導入することとなり、国際的な規格基準がある場合はそれに従うことが定められた。このスタンダードコードが、ウルグアイラウンドで改訂され、「貿易の技術的障害に関する協定」（TBT協定）と呼ばれるようになった。

²⁷¹ これによりGATTはWTOに移行することとなる。

和 41 年) に加盟した²⁷²。

(1) TBT 協定と SPS 協定

関税及び貿易に関する一般協定 (GATT) の下、1980 年 (昭和 55 年) に貿易の技術的障害に関する協定 (TBT 協定) が締結された²⁷³。TBT 協定では、技術規則や基準が国際貿易に不必要な障害を作成しないようにすること (前文)、リスク評価を行う際は入手することが可能な科学上及び技術上の情報等関連事項を考慮すること (第 2 条第 2 項)、適切な国際基準が存在する場合は、不適切でない限り、それらの国際基準を使用すること (第 2 条第 4 項)、国際基準と異なり、他の貿易に重大な影響を与える技術規則や基準を制定する場合は、事務局を通して各国へ通知すること (第 2 条第 5 項) を規定した。そして、国際適用する国際標準として、国際標準化機構 (ISO)、国際電気標準会議 (IEC)、国際電気通信連合 (ITU) が制定した基準等を指定した。

また、1994 年 (平成 6 年) に微生物検疫措置の運用に関する協定 (SPS 協定) が締結された。SPS 協定では、各国の衛生検疫制度は、国際的な基準、指針又は勧告に基づくものとする (第 3 条第 1 項)、国際基準以上の規制を行う場合は、科学的に正当な理由づけを行う必要があること (第 3 条第 3 項)、衛生検疫制度がない場合は、リスク評価に基づくこと (第 5 条第 1 項) 等が規定された。そして、国際基準は、Codex 委員会 (CAC)、国際獣疫事務局 (OIE)、国際植物防疫条約事務局 (IPPC) が制定した基準等を指定した。すなわち、これらの協定を締結したことにより、日本の規格基準は、原則として協定に指定された国際標準又は国際基準と整合化する必要が生じたのである²⁷⁴。

²⁷² Codex 委員会が策定する国際基準は国際的ミニマムスタンダードであり、これより厳しい基準を課すためには科学的正当性の根拠が必要となる。

²⁷³ 1995 年 (平成 7 年)、マラケシュ協定に基づき設立された世界貿易機構 (WTO) は GATT 体制を受け継ぐものであり、加盟の条件として、TBT 協定と SPS 協定を含む WTO 協定を受諾する必要があり、加盟国は、協定に基づき、原則として国際基準等への整合化が義務づけられることとなった。例えば、日本が食品添加物の許可をしようとする、国際規格があれば整合するように調整し、事前に WTO に通知するとともに WTO 加盟国に通知して意見を求める必要がある。他国は事前に懸念を表明することが可能となり、WTO は、これによって各国の規格基準の策定過程の透明性を確保し、非関税障壁を排除することを目的とした。

²⁷⁴ 斎藤誠は、グローバル化のもとの行政活動を、日本－他国という水平関係と、日本－日本が加入している国際組織や多国間条約等による多边的国際制度という垂直組織に分けている。ここでは垂直関係の一部を取り上げるものである。また、非政府機関である国際組織、例えば Codex 委員会のような組織の基準が、多国間条約において参照すべき基準として格上げされ、国内法に取り込まれる場合は、議会によるコントロールの可能性、権利保護等の問題が生じる。このような情報、コミュニケーション、そしてそのネットワー

（２）食品等の規格基準

食品や食品添加物の規格基準においても、国際的な整合化が求められ、諸外国より厳しい規格基準をもっていた日本は、規制緩和が要請されることとなった。日米スタンダードコードの会議が開催され、1982年（昭和57年）には米国食品医薬品局（FDA）から日本の食品添加物の指定が少なく、FAO/WHOのA1リストに掲載されている物質で日本が指定していない品目が128品目あるため、米国や先進諸国がその使用を認めている食品添加物を指定するよう求めてきた²⁷⁵。1983年（昭和58年）1月13日の経済対策閣僚会議の「当面の対外経済対策の推進について」では、基準・認証制度等の改善について言及しており、内閣官房長官を長とする関係省庁による連絡調整会議を設け、法改正を含めた全面的な検討を行っているとして述べられていた。同年3月26日、基準・認証制度等連絡調整本部は「基準・認証制度の改善について」を発表した。そのなかで、国際規格基準が存在する事例として、食品添加物については、各国衛生当局と十分調整を行いつつ新たな指定等につき措置することとなり、指定にあたってはFAO/WHO合同食品添加物専門家委員会の評価を参考とすることとなった²⁷⁶。

一方、我が国では、1972年（昭和47年）の食品衛生法の改正に際して、国会において、「食品添加物については常時その安全性を点検し、極力その使用を制限する方向で措置すること」と附帯決議が行われ、それ以降は食品添加物の指定は7品目しかないという状況であった²⁷⁷。

しかし、1983年（昭和58年）4月11日、食品衛生調査会毒性・添加物部会が食品添加

クによる制御は、国内行政法の、より強度の攪乱要因となると述べている。斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ—行政法の基礎理論』348頁、368頁（有斐閣、2011）。

²⁷⁵ FAO/WHO合同食品添加物専門家委員会（JECFA）は、安全性評価及び規格基準の設定状況で食品添加物をA1、A2、B、C1、C2に分類し、リスト化している。A1リストは、評価できる情報が十分あり、ADI（一日摂取許容量）の設定が毒性学上必要ないと評価された食品添加物のリスト。

²⁷⁶ 「食品添加物については、各国からの要望を聴取し、各国衛生当局と十分協議を行いつつ新たな指定又は使用基準の改訂につき、措置するものとする。なお、指定にあたっては、FAO/WHO合同食品添加物専門家委員会の評価を参考にしつつ、国民の健康確保の観点から、必要なものについて個別に有用性及び安全性についての科学的検討を行うこととする。」基準・認証制度等連絡調整本部「基準・認証制度の改善について」（昭和58年3月26日）。

²⁷⁷ 衆議院事務局「第68回国会衆議院会議録第40号（一）（昭和47年6月16日）食品衛生法の一部を改正する法律案に対する付帯決議」9頁、42～43頁[森山欽司社会労働委員長報告]（1972）。

物の指定における当面の対応について答申し、部会の基本姿勢を「当該食品添加物が人の健康を損なうおそれがないという十分な科学的根拠をもつということは勿論、更に必要性がないのに添加物を食品に使うことを廃するという方針で対処してきたところである」としながらも、食生活の著しい多様化、食品産業の技術革新と加工食品の急激な普及、輸入食品の増大等食環境の変化を踏まえ、国際基準に整合化し新たな指定を行っていくという方針を示した²⁷⁸。ここに、これまでの食品添加物に対する国の姿勢は、大きく転換したのであった。そしてこの答申を受け、同年8月、11品目の食品添加物の追加指定が行われたのである²⁷⁹。

1985年（昭和60年）に、政府が公表した「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」では、基準・認証制度に関する改善措置として、食品衛生法に関するものとして以下のことが挙げられていた。第一に政府認証から自己認証への移行として「食品に使用されるかんすい及びタール色素製剤について、製品検査を廃止し、製造業者自らの責任において規格に合致していることをチェックする（3年間）」、第二に透明性の確保として「食品等の規格基準等について、米、加及びECとの間で専門家会合を開催し、情報交換及び意見交換を行う（昭和61年4月以降）」、第三に国際基準への整合化として「(1)食品添加物については、基準認証制度等連絡調整本部決定（S58.3.26）に従い、各国衛生当局と十分協議を行いつつ、新たな指定又は使用基準の改訂につき措置する。(2)食品等の規格基準については、各国からの要望につき各国衛生当局と十分協議しつつ、必要な改定を行う（いずれも継続中）」、「食器等の器具及び食品等に用いる容器包装については、国

²⁷⁸ 食品添加物の規制の方針として、①合同部会が審議を行うものは、原則としてFAO/WHOにおける安全性評価が終了し、A1ランクに分類されているものであり、かつ国際的に広くその使用が認められているものを対象とする。ただし評価時点が古く、現時点における科学的検討において資料が不足しているものは対象としない。②日本で既に指定されている添加物であっても、FAO/WHOの評価を受けていないもの、ほとんど使用実績のないものは検討する。③天然添加物の品質の向上、ナトリウム塩摂取の分散化、特定添加物の集中使用の防止が図られる品目は公衆衛生上望ましい指定対象である。④使用基準についてはFAO/WHOにおける一日摂取許容量を踏まえ、国民の食品別摂取量を勘案の上検討する、としている。食品添加物の指定について、FAO/WHOの評価を基準とした答申は、その後の添加物行政の基本となった。松永孝雄「食品添加物行政と国際的調和」生活衛生31号182頁（1987）。

²⁷⁹ 「食品衛生法施行規則」、「乳及び乳製品の成分規格等に関する省令」、「食品、塩化物等の規格基準」の一部が、昭和58年8月27日厚生省令第36号、第37号、厚生省告示第153号をもって改正され、化学的合成品たる添加物として亜鉛塩類やアジピン酸、アルパルテム等11品目が新たに指定された。

際標準化機構（ISO）規格との整合化を図る（昭和 61 年 4 月 1 日）」であった²⁸⁰。また各省庁に係ることであるが、認証手続の簡素化、迅速化について「すべての基準・認証制度について、手続毎に標準事務処理期間を定め、当該期間内に処理できない場合にはその旨及びその理由を申請者に示す（昭和 60 年 11 月 1 日）」としており、行政手続上も諸外国へ配慮していた。

その結果、1986 年（昭和 61 年）、国際規格への整合化を促進するため、食品添加物の規格基準が全面的に改正され、食品添加物の規格基準を収載した公定書が改訂された²⁸¹。これらはいずれも食品を輸入する際の規格基準に対応できるようにするものであり、国際的な調和（ハーモニゼーション）を重視し、輸入を促進するためであった。

（3）輸入プロセスの見直し

食品の輸入手続についても、食品添加物と同様に、1981 年（昭和 56 年）の経済対策閣僚会議で対外経済対策が決定され、そのなかで輸入促進の観点から、国際基準に準拠し国内検査・審査手続等の見直しを実施することとなった²⁸²。翌 1982 年（昭和 57 年）には、輸入検査手続等の改善が決定され、内容が同一とみられる貨物の継続的輸入についての検査の免除や輸出国公的検査機関の分析表の受入れ等諸外国から指摘を受けた事例の改善処理方針を定めた。1984 年（昭和 59 年）には基準・認証制度の改善の一環として、外国検査機関の積極的活用がうたわれ、厚生省は食品衛生法において、輸入食品等に係る検査データの受入れを認める外国の公的検査機関について要件を明確化し公表した²⁸³。

²⁸⁰ （ ）内は実施日又は実施期限である。

²⁸¹ 1984 年（昭和 59 年）2 月、厚生省は食品添加物公定書改訂原案検討委員会を設置し、1978 年（昭和 53 年）に策定した食品添加物公定書（第 4 版）を全体的に見直した。見直しにあたっては試験法の開発進歩等に合わせた成分規格の整備とともに、FAO/WHO 規格や欧米諸国の規格等への整合化を図り、国際的に容認される規格へと改正した。

²⁸² 1981 年（昭和 56 年）12 月 16 日に経済対策閣僚会議が開催され、市場開放対策の一つとして輸入検査手続等の改善を行うため、翌年 1 月末までに具体的な改善措置をとりまとめることとなった。経済対策閣僚会議「資料 18. 対外経済対策」328 頁（昭和 56 年 12 月 16 日）。www.esri.go.jp/jp/prj/sbubble/data_history/3/taigai_kei-tai01.pdf, (2019.4.14)

²⁸³ 外国からの改善要望は 99 事例あり、うち食品衛生法に関するものは 16 事例であった。経済対策閣僚会議「資料 17. 輸入検査手続等の改善」307 頁（昭和 57 年 1 月 30 日）。www.esri.go.jp/jp/prj/sbubble/data_history/3/taigai_kei-tai02_1_1.pdf, (2019.4.14)。(別紙 1) 輸入検査手続等（99 事例）の処理方針

www.esri.go.jp/jp/prj/sbubble/data_history/3/taigai_kei-tai02_1_2.pdf, (2019.4.14)。
経済対策閣僚会議「資料 11. 対外経済対策」244 頁（昭和 59 年 4 月 27 日）

http://www.esri.go.jp/jp/prj/sbubble/data_history/3/taigai_kei-tai04_2.pdf, (2019.4.14)。

1985年（昭和60年）には先に述べた「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」の輸入プロセスの改善措置として、食品衛生法に係るものは、以下のことがあげられていた。第一に、手続の適用範囲の縮小として、「動物用原料油脂、モルト、ホップ等最終食品の製造加工段階で安全性が確保される一部の加工食品原料については、輸入届出を不要とする。」「米、麦、大豆、ウィスキー、金属製食器等品質が安定的で、衛生上の問題が少ない食品等が継続的に輸入される場合、輸入のつどの届出を不要とし、1年又は3年毎の届出でよいこととする。」であり、第二に、過去一定期間において食品衛生法違反がなく、相当の輸入実績のある紅茶、チョコレート等が継続的に輸入される場合、「輸入のつどの届出を不要とし、1年毎の届出でよいこととする」（いずれも1年以内）であった。第三に、手続の簡素化・迅速化のための措置として、「(1) すべての食品について事前届出制を導入し、検査の必要なものを除き貨物の到着前又は到着後速やかに届出一済証を交付する（61年1月1日）」「(2) 輸入食品等の監視について①成田、大阪空港等において土曜午後及び休日にも業務を行う、②厚木等に監視のための窓口を設置する（成田、大阪空港、厚木は61年4月1日）」「(3) 輸入食品について検査結果を受け入れる外国検査機関を増加させる（要請あり次第）」「(4) 違反食品であるかどうかの判断及び違反食品等の処分方法の指導を検疫所長に委ねる（9月）」「(5) 器具及び容器包装の分析証明書の有効期間を延長する（9月）」であった。

（4）規格基準等の国際化に伴う取締体制の変化

こういった規制緩和は輸入食品の検査等を所管する行政組織にも影響した。1951年（昭和26年）には横浜、名古屋、神戸等7検疫所に11名配置されていた食品衛生監視員は、1981年（昭和56年）には18海空港の食品衛生監視員事務所に56名配置されていた。しかし、1982年（昭和57年）には行財政改革の視点から検疫所と食品衛生監視員事務所が統合され、さらに1984年（昭和59年）には行政組織の再編成が行われ、検疫事務は公衆衛生局から生活衛生局と保健医療局に分掌されることとなった。それにより、輸入食品の監視や衛生状態の調査等は生活衛生局が所掌することとなったのである。

（5）規格基準等の国際化に対する議論

これらを概観すると、食品等の規格基準や食品添加物の指定、輸入検査手続等はいずれ

も日本の厳格な規定に対して、諸外国から規制緩和を求めるものであった。特に食品添加物については、日本では 1972 年（昭和 47 年）の食品衛生法の改正に際して、国会において、使用を制限するという附帯決議が行われ、それ以降、食品衛生行政では極力食品添加物の使用許可を増やさない方向で運用は進められてきた。その方向性を国内の製造業者や消費者からの要望ではなく、外国の圧力により転換したことは、参照した国際基準の信頼性を論じる以前に、国民にとって容認しがたく受け入れがたいものであったと思われる。そのため、1983 年（昭和 58 年）には、食品添加物の基準緩和に反対する請願が行われ、参議院における行政改革に関する特別委員会においても議員から質問が行われている²⁸⁴。また、少し先になるが、1992 年（平成 4 年）に、新農薬取締基準が実施された際には、市民団体による取消訴訟が東京地裁に提起される等、国民の不安は大きかった²⁸⁵。

政府が GATT や Codex 委員会に加盟し、国会において TBT 協定を批准することにより市場がグローバル化した結果、これまで日本では国が自ら策定していた食品等の規格基準や食品添加物の指定についても、国家による、いわゆる閉ざされた世界における規制から、外部から入ってきた新たな基準や、国際機構が定立した基準等国境を越えた規制となったのである²⁸⁶。特に、食品添加物の指定は省令で、食品の規格基準は告示で行われていた

²⁸⁴ 「第 100 回国会参議院社会労働委員会会議録第 2 号（昭和 58 年 11 月 24 日）」7 頁（請願）。「第 100 回国会参議院行政改革に関する特別委員会会議録第 6 号（昭和 58 年 11 月 26 日）」3～6 頁[菅野久光議員質問]。

²⁸⁵ （第 1 審）東京地判平成 9 年 4 月 23 日判例タイムズ 983 号 193 頁、（控訴審）東京高判平成 12 年 9 月 28 日裁判所 WEB、「各行政処分取消等，食品残留農薬基準の設定告示処分取消等請求控訴事件」，www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/759/015759_hanrei.pdf., (2019.2.24)。厚生大臣が 3 度にわたり食品衛生法 7 条 1 項に基づき「食品，添加物等の規格基準」の一部を改正する告示をし，また，食品衛生法 6 条に基づき食品衛生法施行規則の一部を改正したことを違法として提訴した事案。残留農薬基準が緩和されたことにより，告示及び規則改正の取消しと，原告らの健康権が害されたとして慰謝料の請求を求めた。原告らに食品の安全性について十分な情報を入手できないことに対する不安，不信といったものがあるとしても，それらは，不法行為法上，賠償の対象となる損害ということとはできないとして，原告らの訴えを却下し，国に対する請求を棄却した。

²⁸⁶ 原田大樹「グローバル化と行政法」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』12 頁（有斐閣，2014）。原田はグローバル化の概念を、「市場のグローバル化」と「政策実現過程のグローバル化」に分類する。「市場のグローバル化」は通信や輸送手段の発達により人や物、情報が容易に国境を越え、これまで国家単位で成立していた市場も地球規模化してきている。これは技術の発展だけでなく、国家が自由貿易体制の実現のために政策として国際障壁を下げたことが大きな要因となっているとする。アメリカの要望により、日本の食品添加物等の基準が改正されたことや、Codex の基準に合わせたことがあてはまる。また、「政策実現のグローバル化」は、市場のグローバル化に伴い、労働問題や環境問題等解決すべき社会問題もグローバル化し、その結果、国家単位で行われてきた政策実現過程が、国境を超えて展開するようになっていくとしている。その例として、政策基準のグローバルレベル

ことから、専門性の高い審議会（部会）による審議や答申は行われるものの、国会において議論されることはなく、当時はまだ、パブリックコメント等消費者としての国民の声を反映する機会もなかった。グローバルな基準という国外の規制が、国会制定法である法律を回避して、省令や告示を介して持ち込まれることによって、国民による民主的コントロールの枠組の外に置かれたのである²⁸⁷。

2 Codex 委員会と Codex 規格

(1) Codex 委員会の概要

国際基準を制定する機関の一つである Codex 委員会は、国際連合食糧農業機関（FAO）と世界保健機構（WHO）とにより、1963 年（昭和 38 年）に設立された。消費者の健康保護と公正な食品貿易のため、政府間調整を行い、科学的知見に基づき国際基準を制定していく組織である。FAO と WHO は Codex 規格を基盤に加盟国の国内基準を整備し、輸出入国間の衛生管理や品質の格差の解消を目指している²⁸⁸。

Codex 委員会は、下部機関として食品添加物汚染物質部会（CCFAC）、食品残留動物用医薬品部会（CCRVDF）、残留農薬部会（CCPR）等 28 部会があり、それぞれ政府間の委員会である。また、専門家による科学的諮問機関として、FAO/WHO 合同食品添加物専門家会議（JECFA）、FAO/WHO 合同残留農薬専門家会議（JMPR）等が常設されている。

での定立や、国際機構による基準執行をあげている。国際ネットワークによる基準定立は、規制執行を担当する行政機関の代表者が集まってインフォーマルな政策基準を形成し、これに基づいて国内の法執行基準が定められたり、相互協力がなされたりするもので、食品衛生では、Codex 委員会の定める食品の規格基準がこれに該当する。Codex 規格は、加盟国は従う義務はないが、貿易を通じた食品の国際取引のルールとなり、輸入製品等国内で流通する食品の安全管理に大きな影響を及ぼすとともに、WTO の SPS（衛生植物検疫）協定で WTO 加盟国は「自国の食品安全の基準を国際基準（Codex 委員会がつくる添加物、農薬、衛生実施規範等の基準）と調和させるよう努める必要がある」と定められており、国内においては、法令や規格基準を国際基準に合わせて改正することが求められている。

²⁸⁷ リチャード B. スチュワートはこの変化を、行政機関を立法の命令を実現する民主主義伝達ベルトであるとする行政法の「伝統的モデル」から、多様な利益の代表が行政過程レベルでの参加権の拡大と、裁判における原告適格の拡大による「利益代表モデル」への転換とみている。Richard.B.Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv.L.Rev.1667(1975)曾和俊文「論文紹介」米法 113～121 頁(1979)。
²⁸⁸ 梶川・前掲注(183) 253～254 頁。現在、180 か国以上が参加し、3 分の 2 以上が開発途上国である。国だけでなく、一定の条件を満たした国際機関や NPO 等もオブザーバーとして参加できる。日本では、Codex 委員会と加盟国政府との調整連絡窓口である Codex Contact Point を文部科学省に設置し、政府会議や委員会等実質的な活動は厚生労働省と農林水産省が担い、両省はコーデックス連絡協議会を設置し、連携しながら、国内への情報提供や関係者からの意見聴取を行っている。

国際基準は2年毎の総会で採択する。

Codex 委員会が規格基準を作成する範囲は、食品、食品衛生、食品添加物、農薬・動物用医薬品・汚染物質の残留基準、輸出入検査・認証制度、食品表示、食品分析法等広範囲に及び、食品規格、実施規範、指針、勧告として策定される。Codex 規格は、国際基準として認証されるまでに8つのステップがあり、オブザーバーである国際機関や NPO 等の意見を聞きながら、政府間で調整が重ねられる。規格案が採択されると、国際基準となるため、調整には時間がかかり、一つの規格が作成され認証されるまで10年くらいかかると言われている²⁸⁹。2017年（平成29年）9月現在で、実施規範等53規格、指針78規格、最大残留基準1規格、その他4規格、一般規格213規格、総計349規格が策定、公表されている。

（2）Codex 規格とその食品衛生行政への影響

Codex 規格が採択された場合、原則として、国内基準と Codex 規格との整合性を図ることが求められる。具体的な事例として、2006年（平成18年）9月に Codex 規格に採択された「穀類、豆類、豆科植物類のカドミウム基準ガイドライン」について、日本の規格基準が改正されるまでの経緯をたどってみたい²⁹⁰。Codex 規格が国内の基準として受け入れられるためには、「食品、添加物等の規格基準」のなかで新たに定められるか、若しくはすでに規格基準が定まっている場合は改正されるとともに、告示されることが必要である。日本では、1968年（昭和43年）、富山県でカドミウムを原因とするイタイイタイ病が発生した。食品中のカドミウムについて、食品、添加物等の規格基準（昭和34年厚生省告示第370号）に、穀類及び豆類の成分規格として、米にカドミウム及びその化合物が Cd として 1.0 ppm 以上含有するものであってはならないと定めていた。1970年（昭和45年）、カドミウムに関する米の規格基準が設けられ、玄米について 1.0ppm とされた。一方、

²⁸⁹ 日本が深く関与した「穀類、豆類、豆科植物類のカドミウム基準草案ガイドライン」については、Codex 委員会食品添加物・汚染物質部会(CCFAC)は、1988年（昭和63年）に穀類、1998年（平成10年）にその他の品目のカドミウム基準値の検討を開始し、2006年（平成18年）に、Codex 委員会総会で採択された。

²⁹⁰ これ以前にも、1969年（昭和44年）12月、高知県衛生研究所等の調査で、牛乳に Codex 規格の許容量を大幅に上回る BHC（有機塩素系農薬）が含まれていることが判明した事例がある。厚生省が調査したところ、全国のほとんどの牛乳から検出された。そのため、食品衛生調査会に報告し、このときは、Codex 規格に合わせて基準を設定するのではなく、調査会の見解を基に許容基準を設定することとした。しかし、1971年（昭和46年）、危険性も高かったことから、問題となった農薬を使用禁止とした。

農林水産省では、1.0 ppm 以下のものであっても 0.4 ppm を超えたものは非食用とし、流通しないように買い取っていた。1971 年（昭和 46 年）に農用地の土壌の汚染防止等に関する法律が施行され、カドミウムに汚染された地域として 62 地域が指定された。

2003 年（平成 15 年）7 月、Codex 委員会において食品中のカドミウムの国際規格策定の検討が開始されたことを受けて、厚生労働省は、日本の食品からのカドミウム摂取の現状に係る安全性確保について、食品安全委員会に食品安全基本法に基づく食品健康影響評価を依頼した。2006 年（平成 18 年）9 月、Codex 委員会は「穀類、豆類、豆科植物類のカドミウム基準ガイドライン」を採択した²⁹¹。

2008 年（平成 20 年）7 月 3 日、食品安全委員会からカドミウムの耐容週間摂取量が答申されると、これを踏まえ、同月 4 日、厚生労働省は薬事・食品衛生審議会に、食品中のカドミウムの規格基準の一部改正について諮問した。薬事・食品衛生審議会、審議会の下部組織である食品規格部会や食品衛生分科会による審議を経て、2010 年（平成 22 年）2 月、審議会は、農林水産省によるカドミウムの低減対策の継続的な実施について言及しながら、米については Codex 規格（基準値 0.4 ppm）を踏まえ、カドミウムに係る成分規格の改正（基準値 1.0 ppm から 0.4 ppm へ低減）を行うことが適当とすると答申した²⁹²。一方、2009 年（平成 21 年）2 月、厚生労働省は食品安全委員会に対し、この改正案について食品健康影響評価を依頼し、食品安全委員会では汚染物質委員会の審議を経て、同年 8 月、その評価結果が答申された。

答申を受けて、厚生労働省は 2010 年（平成 22 年）4 月、Codex 規格に合わせて「食品、添加物等の規格基準」を改正し、2011 年（平成 23 年）2 月、告示、施行した。

これらのことから、Codex 規格を国内基準と整合化するため、厚生労働省では、Codex 委員会で採用される以前から、何度も食品安全委員会や審議会等専門家に米の摂取量も含めて適切な数値であるかを確認し、科学的知見に基づき、その正統性を確保しようとしたこ

²⁹¹ 農林水産省は 2001 年（平成 13 年）から食品中のカドミウムの実態調査を開始し、2003 年（平成 15 年）に調査結果と、その結果から ALARA の原則（消費者の健康保護のため、基準値を合理的に達成可能な範囲でできる限り低く設定するという考え方）に基づいて推定した基準値案を作成し、食品添加物・汚染物質部会に提出した。また、FAO / WHO 合同食品添加物専門家会議(JECFA)にも食品中のカドミウムの実態調査結果や疫学調査結果等のデータを提出する等協力した。農林水産省、「食品中のカドミウムに関する基準値」、http://www.maff.go.jp/j/syouan/nouan/kome/k_cd/04_kijyun/01_int.html (2019.1.20)

²⁹² なお、Codex 委員会において基準値の案が作成されるとき、米については 0.4ppm を提案したのは日本である。Codex 規格を制定する際、各国はできるだけ有利になるよう、自国の基準に近いものの採用を働きかけている。

とがわかる。また、Codex 委員会においても、日本は積極的に議論をリードしたり調査に協力したりし、当初の基準値案である 0.1ppm から、日本において米が市場に出回る基準値である 0.4ppm へと変更させ、実質的に日本の基準値と整合させた。農業界はこの基準値を受け入れざるをえなかった。しかし、2007 年度（平成 19 年度）末で、先に述べた農用地汚染対策地域としてカドミウム汚染が指定された地域は、依然として 19 地域残っており、この改正は、農業界にとっては大きな影響があったことが推測される。

また、「食品、添加物等の規格基準」が改正されたことにより、0.4 ppm の基準値を超えた米は、これまで農林水産省が買い取っていたが、食品衛生法上、流通・販売が禁止されることとなる。

一方、もし、国として国際基準を受け入れられない場合は、そのまま国内基準を適用することとなる。しかし、その場合は、そのために日本に輸出することができない国が WTO に訴訟を提起することもあり得る²⁹³。

3 自主的衛生管理の強化

食品衛生を確保していくためには、行政による規制と監視だけでは限界があることは、前述のグローバル化の影響と並んで、営業者による自主的衛生管理が今日、今まで以上に求められるようになったことに表れている。食品衛生法は制定当初、行政による規制について定めるものであったが、1957 年（昭和 32 年）第 9 次改正で、食品製造・加工営業者には食品衛生管理者の施設毎の配置を義務化し、1972 年（昭和 47 年）第 12 次改正で自主的衛生管理を求める条文が入る。そこで、今日の自主的衛生管理について述べる前に、法における規定はなかったが、営業者による自主的衛生管理が、日本では明治時代から取

²⁹³ WTO 紛争解決機関（DSB）に提訴すると、まず両国間の協議が行われる。協議が整わない場合、申立国は、任意の 3～5 名の小委員会（パネル）の設置を DSB に要請できる。パネルは報告書を作成し、勧告又は裁定を行うが、DSB で採択されない場合若しくは紛争当事国が上級委員会へ申立てを行った場合は、常任の 7 名で構成される上級委員会で検討し、勧告又は裁定が行われる。被申立国はほとんどの場合、自発的に勧告・裁定を実施してきたが、従わない場合は、紛争当事国間で代償措置の交渉を行い、合意に達しない場合は対抗措置（申立国の被申立国に対する WTO 上の義務の履行を停止すること）が承認されることとなる。小委員会報告の採択まで約 1 年間、上級委員会の結論まで約 1 年 4 か月かかる。小委員会の報告書は WTO 事務局の意向が強く反映されており、その正統性について欧米では問題視されている。また、小寺彰は、GATT 体制時と比較して、WTO の紛争解決手続は、加盟国間の利益のバランスを維持する仕組みから、客観的な法遵守の仕組みへ、すなわちシステムの法化へと変化していると述べている。小寺彰『WTO 体制の法構造』36～41 頁、152～153 頁（東京大学出版会、2000）。

り組まれていたのであることから、その歴史を概観することから検討することとしたい。

(1) 明治～戦前の自主的衛生管理

例えば、東京における牛乳事業についてしてみると、1875年（明治8年）に「東京牛乳搾取組合」が牛乳搾取業者21名により結成された²⁹⁴。当時の組合は、「組合」という名称を用いているものの、まだ江戸時代から継承されている「株仲間」的組合であり、事業を独占し、自らの権益擁護を図る一方、度量衡の設定や価格の公表等仲間内及び官憲とも調整を行うとともに、信頼がおける製品の提供等取引相手を尊重し信用を保持していく機能を果たした²⁹⁵²⁹⁶。この組合は1886年（明治19年）に生産者だけでなく販売業者を含む、「牛乳搾取販売営業組合」に改組され、組合員は130名と拡大した²⁹⁷。当時の牛乳は高額であったことから、米のとぎ汁等を牛乳に混入して配達する業者もあり、警視庁により抜き取り検査が行われていたが、牛乳の混合物の有無がわかるだけで、病気の牛からの搾乳等は判定できなかった。そのため、1892年（明治25年）に、業者自らが牛乳の同業者規約を設ける等、自主的に公衆衛生の確保と品質改善に取り組むこととなった²⁹⁸。また、搾取業者の自主的な取組により1899年（明治32年）頃から牛乳を殺菌するように

²⁹⁴ 1855年（安政2年）頃、民間業者が外国から乳牛を買入れたのが最初だといわれている。明治時代に入り事業化したのは1870年（明治3年）頃であり、1873年（明治6年）6月には東京市が牛乳搾取並びに牧畜許可を数名に交付している。一方、同じ頃に太政官布告第163号により乳牛を除く人家周辺での牛豚飼育が禁止され、10月には東京府から牛乳搾取人心得（東京府達番外）が出される等、衛生に関する規制が始まった。翌年、警視庁から搾取所において牡牛を飼育してはならないという通達が出されるが、搾取業者が団結して説明を行うことで理解をえることができたという。こういった経緯を経て業者は団結する必要性を痛感し、組合の設立につながった。矢澤好幸「明治期の東京に於ける牛乳事業の発展と経過の考察」乳の社会文化ネットワーク『平成25年度 乳の社会文化 学術研究・研究報告書』58頁（乳の学術連合、2014）。

²⁹⁵ 株仲間の機能として独占機能、権益擁護機能、調整機能、信用保持機能の4機能があげられている。宮本又次『株仲間の研究』（有斐閣、再版、1958）。

²⁹⁶ 1872年（明治5年）には株仲間解散令が出され、株仲間は商業組合に改組されていた。しかし、株仲間は市場を独占し自らの権利利益を図る一方で、相互に研鑽しあい信頼できる製品を提供するという役割を果たしていた。そのため、解散により粗悪品が流通し取引が乱れたため、同業組合の設立が各地で進むこととなった。1884年（明治17年）には農商務省により同業組合準則が制定され、翌年この準則は、主に輸出品として扱われる重要物産の改良増殖に関する農商工業者の組織に限り適用することが示達されたが、同業組合の設立は進んだ。準則第4条では同業組合が設立された場合は、同業者に加盟することを義務付けていた。藤田貞一郎「近代日本経営史における同業組合の位置と役割」立教経済学研究第45巻第3号18～19頁（1992）。

²⁹⁷ この後、牛乳は搾取業と請売販売店に機能分離し、組合も牛乳搾取組合と牛乳商同業組合に組織も変化していった。矢澤・前掲注（294）76頁。

²⁹⁸ 山本・前掲注（13）111～112頁。東京府も賛成したが、当初の計画どおりには結実しなかった。牛乳の品質改善については、販売事業者の自主的活動として、牛乳に混在する塵埃を遠心除去し、消毒窯で一定時間殺菌した改良牛乳（無菌牛乳）があげられる

なった²⁹⁹。同組合は、営業者が研鑽し酪農技術を向上し、まだ普及が進んでいなかった牛乳の飲用について宣伝を行う等の事業を団結して取り組み、全国的に牧畜事業の導入のための普及啓発をしたり、地方においても酪農事業に補助金等を支給したりする支援を行っていた³⁰⁰。当時の代表的搾取業者は、相互に縁戚関係にあったことやかつては徳川幕府と関係があったこと、初代軍医総監であり公衆衛生に造詣の深い松本良純の指導を受けたこと等共通点が多く、組合は強固な結束力があり、政府との関係も深かったと推察される³⁰¹。牛乳営業者が協力しあい、利益向上や事業発展のため組織化された団体である一方で、組織への加入が義務付けられる等閉鎖的で、そこには営業の自由はなく封建的なギルド団体であった。

（２）戦後の自主的衛生管理

①社団法人・日本食品協会

戦後、食品衛生法が制定されると、1948年（昭和23年）に、営業者自身が責任をもって食品衛生の向上を図るよう、食品業界により社団法人・日本食品協会が発足し、全国に支部を設置した³⁰²。日本食品協会は営業者により設立されたものであるが、行政とのつながりが濃く、いわゆる官製団体であり、各都道府県の支部の多くは保健所内に置かれた³⁰³。1960年（昭和35年）には自主的な食品衛生指導を実施していくため、食品協会独自に食品衛生指導員制度を創設した。食品衛生指導員の資格は、この協会やその支部が実施する養成教育の課程を修了した者であればよく、比較的容易に取得できることから昭和35年には1,343人であった指導員は、昭和50年度には51,535人が委嘱されている³⁰⁴。厚

²⁹⁹ 1900年（明治33年）には「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が制定され、それに基づき牛乳営業取締規則が制定された。牛乳の殺菌は法令より先進的な取組であり、「牛乳営業取締規則」においては、1933年（昭和8年）の改正まで牛乳の殺菌について触れていなかった。

³⁰⁰ 1886年（明治19年）には営業者が乳牛を競い、新しい乳業技術を紹介する東京乳牛共進会等を開催した。

³⁰¹ 第1編第3章明治憲法下の食品衛生行政と法治主義・53頁参照。事例としてあげた判例7では、太平洋戦争中ではあるものの、組合に対して、その全体の牛乳の販売先を県が統制して決め、他への販売を許さないという施策を行っていた。

³⁰² 1958年（昭和33年）6月、名称を社団法人・日本食品衛生協会と改称した。

³⁰³ 協会設立まで1948年（昭和23年）8月から9月にかけて食品業界代表者と厚生省食品衛生担当官との間で5回にわたり協会設立のための打ち合わせが行われた。山本・前掲注（157）99頁。

³⁰⁴ 指導員の養成は、厚生省からの委託事業となり、指導員の委嘱数は平成10年に65,329人とピークとなった。その後徐々に減少し、平成28年は48,016人に委嘱している。指導

生省は指導員養成を協会に委託し、監視指導を強化した。

②公正取引協議会

1962年（昭和37年）、不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）が制定され、第31条に基づき、営業者や営業者団体は、公正取引委員会の認定を受けて、表示又は景品類に関する事項について自主的に業界のルール「公正競争規約」を実施できることとなった³⁰⁵。この規約は、各業界が自主団体として設置している公正取引協議会が運用しており、公正マークの発行や虚偽・誇大広告、過大な景品類について調査等を行い、業界で自主的に規制するものである³⁰⁶。先の事例であげた牛乳については、1968年（昭和43年）、「飲用乳の表示に関する公正競争規約」が公正取引委員会により認定され、全国飲用牛乳公正取引協議会が運用している。食品衛生行政の担い手が、もっぱら国と地方公共団体であった仕組みから、自主的な食品衛生管理を担う民間諸団体が新たに加わり、その協働としての食品衛生行政の登場と展開がみられるようになったのである。

③営業者による自主的衛生管理

1957年（昭和32年）の食品衛生法の第9次改正では、営業者における製造・加工過程を衛生的に管理する食品衛生管理者が、創設された³⁰⁷。初めて営業者に自主的衛生管理を法律で具体的に求めたものであり、当初4品目であった設置施設は、カネミ油症事件等食品衛生事故の発生により増加していった。

また、食品衛生法の1972年（昭和47年）の改正において、追加となった第19条の18は、第1項において、厚生大臣は食品や添加物の製造・加工の過程における有害な物質の混入防止の措置について必要な基準を定めることができること、第2項において、都道府

員の業務は保健所と連携し、営業施設を巡回し必要な指導、助言等を行うとともに、食品衛生に関する技術や知識の普及等を行うものである。また事業者の食品衛生責任者とも緊密に連携し、自主的衛生管理体制の確立を支援することとしている。公益社団法人・日本食品衛生協会、「食品衛生指導員」、http://www.n-shokuei.jp/outline/sidouin_index.html（2019.1.20）

³⁰⁵ 公正取引委員会は内閣府の外局であり内閣総理大臣の所轄の下に設置される行政委員会である。委員は、国会の承認を得て、内閣総理大臣に任命され、大蔵省や法制局等官僚出身、検察庁や裁判官、法学者、経済学者等が多い。

³⁰⁶ 2013年（平成25年）3月現在、82の公正取引協議会が104件の公正競争規約を実施している。

³⁰⁷ 食品衛生管理者には高度な専門的技術的知識及び技能が必要とされた。任用資格としては、医師、歯科医師、薬剤師、獣医師、大学又は専門学校において医学、歯学、獣医学、畜産学、水産学、農芸化学の課程の修了卒業者、若しくは厚生大臣の指定した養成施設において所定の課程を修了した者であることが求められた。

県知事は営業施設内外の清潔保持等公衆衛生上講ずべき措置について必要な基準を定めることができること、第 3 項において営業者はこれらの基準の遵守義務が規定されていた。

改正前は法第 3 条や第 8 条において食品や添加物の製造・加工、陳列等の各段階において、また使用する器具や容器包装について、清潔で衛生的な取扱いが規定されており、取扱いに対する原則的で訓示的な規定と理解されていた。法第 19 条の 18 は、これら訓示的規定を実現するために、国と地方公共団体に具体的な管理基準を設定する責任とともにその権限を保障し、営業者にはそれら基準に基づき、施設や設備の衛生管理、食品が消費者の手に渡るまでの衛生的な取扱い、製品の自主的検査等製造等の現場における具体的な措置を法的に義務付け、営業者の責任強化と自主的衛生管理の徹底をはかっている³⁰⁸。特に第 2 項に基づく管理運営基準については、厚生省が示した管理運営基準準則に則し、都道府県知事が設定するものであり、都道府県の実態を考慮するとともに、食品衛生責任者を、食品衛生管理者を設置する施設を除くすべての営業施設に配置し、食品の製造、加工、調理、販売等の自主的衛生管理を行わせるものであった。

厚生省においては、さらに自主的衛生管理を進めるため、食品の衛生的な取扱いのためのガイドラインとして「弁当及びそうざいの衛生規範」（昭和 54 年 6 月 29 日環食第 161 号）等個別具体的に衛生規範を定めている。

営業者の食品の安全確保のための義務が強化され、自主的衛生管理を強く求められたことは、行政による取締りを中心とした警察法である食品衛生法の法的性格の変化の表れといえよう。

³⁰⁸ 山本・前掲注（157）137～140 頁。法第 19 条の 18 第 1 項に基づく基準は、「食品又は添加物の製造又は加工の過程における有毒な又は有害な熱媒体の混入防止のための措置の基準」（昭和 49 年 12 月 4 日厚生省告示第 339 号）で規定された。内容は、食用油脂製造業等において使用される有毒・有害な熱媒体の混入を防止するため、熱媒体の液面の高さ、臭気の確認、ロット毎の製品試験等の日常点検、年 2 回以上の解体検査等定期点検等を義務付けた。同第 2 項に基づく基準は、管理運営基準と呼ばれ、施設の管理、食品取扱設備の管理、給水及び汚物処理、食品の取扱い、従事者の衛生管理、製品の定期的衛生検査等具体的に定めるとともに、すべての営業者が施設や部門毎に設置し、衛生管理と衛生教育を行う食品衛生責任者（法第 19 条の 17 の規定により食品衛生管理者を設置しなければならない営業者を除く）、それぞれの企業が作成する作業マニュアルである管理運営要領について定めていた。なお、第 2 項の基準は、各都道府県知事が設定するものであるが、厚生省による管理運営基準準則（昭和 47 年 11 月 6 日厚生省環発 690 号厚生事務次官依命通達）に則し、地方の営業の実態を考慮して設定された。

(3) 自主的衛生管理の展開

Codex 委員会では、食品衛生の一般原則に関する国際的実施規範を採択し、1993 年（平成 5 年）にそれを改訂した「HACCP システムと運用のためのガイドライン」を採択した。HACCP システムは Codex 規格で国際基準であるが、システム導入の前提条件となる一般的衛生管理プログラムは各国の法令・規則等を考慮して構築されることから、対象範囲や基準等は国によって異なっていた。日本は、食品衛生法に、1995 年（平成 7 年）の第 16 次改正で、HACCP システムに基づく衛生管理方法として、総合衛生管理製造過程承認制度を導入した（第 13 条）。HACCP システムは地方公共団体レベルでも取り組まれている。例えば、東京都は、都の制度として自主的衛生管理段階的推進プログラムを作成し、HACCP の考え方に基づく企業の取組を段階的に認証していくシステムを構築している。

国際機関が制定する国際基準のほか、一部の国が連携して制定する基準や、企業や業界団体等によるプライベートスタンダードがある。例をあげると、適正農業規範（GAP）は、農場のリスク管理手法であり、さまざまな業界団体が独自の手法を提案しているが、国際標準化には至っていないプライベートスタンダードである。そのなかでも、欧州小売業協会（EUREP）が 2000 年（平成 12 年）に策定した EUREP GAP（現 GLOBAL GAP）は環境負荷低減を重点とする圃場・作業リスク管理基準で、第三者認証制度を採用しており、EU 域内の大手量販店の取引要件となったことから EU への農産物輸出には必要不可欠となり、認証農場の増加、農場管理の世界標準に位置付けされるようになった。日本においては、2005 年（平成 17 年）、NPO 法人日本 GAP 協会が設立され、GLOBAL GAP を参考に JGAP を策定し、審査・認証を行っている。また、国際標準化機構（ISO）は、電気・電子技術・通信を除く産業分野を対象に、国際標準化活動を担う国際組織で、製品規格とマネジメントシステムの国際規格化を行ってきた。第三者認証制度を導入しており、食品産業に関する ISO として、ISO9001（品質管理マネジメント）、ISO14001（環境改善マネジメント）、ISO22000（食品安全マネジメント）がある。ISO22000 は、ISO9001 に HACCP やトレーサビリティシステムを組み込み、国際標準化規格として開発された。食品製造工程だけでなく、原材料調達から流通まで幅広く登録範囲としている。

プライベートスタンダードは、法的根拠や法的拘束力がない。しかし、Codex 規格より厳格で、第三者認証機関による認証を必要とするものもあり、信頼性が高いことが特徴である。企業は認証を取得することで、相手国や企業からの信頼とともに、自主的衛生管理

も行うことができる。実際、オリンピック・パラリンピック等大規模なイベントが開催される際には、プライベートスタンダードが求められている³⁰⁹。

4 小括

国内の食品製造・加工技術の発展や食生活の多様化に加え、国際的な市場開放も食品衛生行政に影響を及ぼした。

1980年（昭和55年）に、日本においても、GATT東京ラウンドの成果の一つである「貿易の技術的障害に関する協定」（TBT協定）が批准され、貿易障壁の軽減・撤廃が求められることとなった。政府は対外経済対策として、市場開放対策や輸入促進対策を行うこととした。その具体的な施策として「国際基準に準拠した国内検査・審査手続等の見直し」があった。その後、GATTウルグアイラウンドでは、1994年（平成6年）に「検疫植物衛生措置の適用に関する協定」（SPS協定）を含むマラケシュ協定が結ばれた。一方、国際連合食糧農業機関（FAO）と世界保健機構（WHO）は、1963年（昭和38年）、食品の安全性と品質に関して国際的な基準を定めるCodex委員会を設立した。グローバルなこれら一連の取極めは、日本の食品衛生行政に大きな影響を及ぼすこととなる。

食品等の規格基準についても国際的な整合性が求められた。そのなかで、日本の食品添加物には、諸外国より厳しい基準があり、食品の輸入の際の障壁となっていたことから規制緩和を強く要請された。日本は食品事故が相次いだことから、1972年（昭和47年）の

³⁰⁹ オリンピック・パラリンピックでは、2012年（平成24年）のロンドン大会、2016年（平成28年）のリオ大会でも競技関係者への飲食物の食材調達基準に、特定のプライベートスタンダードが採用された。2020年の東京オリンピックにおいても、日本の農林水産省はGAPを推奨している。しかし、第三者認証等は経費負担が大きく、開発途上国においては負担となっている。梶川千賀子『食品法入門 食の安全とその法体系』84頁（農林統計出版、2018）。また、営業者、消費者に投資者の視点を加え、CSR（企業の社会的責任）を強化し、市場での信頼性を高めるためSRI（社会的責任投資）の拡充も有効とされている。林康史「食品安全と事業者の自主規制・自主管理」高橋滋＝一橋大学大学院法学研究科食品安全プロジェクトチーム編『食品安全法制と市民の安全・安心』206頁（第一法規、2019）。なお、グローバル化の進展に伴い、食品衛生行政には新たな課題が提起されている。例えば、自由貿易協定（FTA）の一つである環太平洋パートナーシップ協定Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement（TPP）は、環太平洋諸国の関税撤廃を求めるものであり、2018年（平成30年）12月30日に発効した。この協定の実施により生じる輸入食品の増加に対し、検疫所の食品衛生監視員の増員が国会で質問されたり請願がだされたりしている。このような状況を踏まえるならば、国会質問が提起した行政体制の強化は必須であり、また、こうした行政対応だけでなく、プライベートスタンダードの重要性はさらに高まることが予想される。衆議院事務局「第192回国会衆議院環太平洋パートナーシップ協定等に関する特別委員会議録第4号（平成28年10月18日）」8～9頁〔斉藤和子委員質問〕（2018）。

食品衛生法第 12 次改正の際に、国会で食品添加物の使用制限の強化を求める附帯決議が行われていた。しかし、1983 年（昭和 58 年）3 月 26 日、内閣官房長官を長とし関係省庁で構成する基準・認証制度等連絡調整本部は「基準・認証制度の改善について」を発表し、食品添加物については各国衛生当局と十分調整を行いつつ新たな指定等につき措置すること、指定にあたっては FAO/WHO 合同食品添加物専門家委員会の評価を参考とするとし、規格基準の見直しへと政策を変えることになった。また、同年 4 月 11 日、食品衛生調査会毒性・添加物部会は、食生活の著しい多様化や食品産業の技術革新、輸入食品の増加等食環境の変化を踏まえ、国際基準に整合化し、これまで指定の制限を行っていた食品添加物について、見直すとともに新たな指定を行っていく方針を示し、食品添加物に対する政策が大きく転換することとなった。

1985 年（昭和 60 年）、政府は「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」において、現在実施されている施策も含めて、食品衛生法等に関する基準・認証制度や輸入プロセスに関する具体的な改善措置を示した。その結果、1986 年（昭和 61 年）に食品添加物の規格基準が全面的に改正され、公定書も改訂された。食品の輸入手続についても、国際基準に準拠し国内検査・審査手続等の簡素化・迅速化が図られ、安全性が確保されている加工食品原料の届出の省略等の対策が講じられた。

こういった規制緩和は、輸入食品の検査等を所管する行政組織にも影響し、食品衛生の立場から輸入食品を検査等していた食品衛生監視員事務所は、1982 年（昭和 57 年）に検疫所と統合された。

一方、諸外国からの要請による食品衛生の規制緩和は、国民に大きな不安をもたらした。これまで、我が国では、食品等の規格基準や食品添加物の指定は、国による、いわゆる一国の閉ざされた世界における規制であったが、新たに国際機構等が定立するグローバルな基準という国境を越えた規制となったのである。特に、食品添加物の指定は省令で行われており、かつ、食品の規格基準は告示で行われていたことから、国会で議論され制定されるものではなく、当時はまだ、パブリックコメント等消費者としての国民の声を反映する機会もなかった。グローバルな基準という国外の規制が、国会制定法である法律を回避して、省令や告示を介して持ち込まれることによって、国民による民主的コントロールの枠組の外に置かれたのであった。

Codex 委員会の規格は法的拘束性を有していないが、SPS 協定で国内基準を国際基準と

整合させること、自国の基準を使う場合は科学的正当性を証明することと定めており、間接的に強制力を有していた。したがって、Codex 規格が採択されると国内基準との整合性を図る必要があった。例えば、2006 年に Codex 委員会において採択された、米のカドミウム含有の基準値についてみれば、日本では、Codex 規格が国内の基準として受け入れられるためには、「食品、添加物等の規格基準」のなかで新たに定められるか、若しくはすでに規格基準が定まっている場合は改正されるとともに、告示されることが必要である。一方、国民の不安を抑える必要もあったため、国は、食品安全委員会や審議会等専門家に確認し、科学的知見をもって基準値の正統性を確保しようとした。また Codex 規格案を日本の基準値に近くなるよう、委員会をリードし調査に積極的に協力した。その結果、日本では、「食品、添加物等の規格基準」が改正され告示された。国際基準＝国内基準であることから、国際基準値を超えた食品は、日本の食品衛生法上も流通・販売が禁止されることとなった。しかし、もし、国として国際基準を受け入れられない場合は、そのために日本に輸出することができない国が WTO に訴訟を提起することもあり得るのであった。

民主的な国の規制という面がこのように後退したなかで、食品衛生を確保していくためには、営業者による自主的衛生管理がこれまで以上に重要となった。営業者は、歴史的にみるならば、日本の場合、明治時代から前近代的なものとはいえ、自主的衛生管理に取り組んできたという実態があった³¹⁰。太平洋戦争後、食品衛生法が制定されると、1948 年（昭和 23 年）、食品業界は社団法人・日本食品協会を発足させ、全国に支部を設置した。日本食品協会は営業者により設立されたものであるが、行政とのつながりが濃く、いわゆる官製団体であり、各都道府県の支部の多くは保健所内に置かれていた。1960 年（昭和 35 年）には、さらに自主的な食品衛生指導を実施していくため、日本食品協会は、独自に食品衛生指導員制度を創設し、厚生省は指導員の養成を協会に委託し、間接的な監視指導を強化した。また、1962 年（昭和 37 年）、景品表示法が制定されると、表示又は景品類に関する事項について自主的に業界のルール「公正競争規約」を実施することができるようになった。この規約は、各業界が自主団体として設置している公正取引協議会が運用しており、公正マークの発行や虚偽・誇大広告、過大な景品類について調査する等、業界が

³¹⁰ 例えば牛乳搾取事業者は同業組合を設立し、牛乳の普及と酪農技術の向上、衛生管理の向上に取り組んだ。しかし、組織への加入が義務付けられる等閉鎖的で営業の自由はなく中世のギルドのようなものであった。

自主的に規制を行うものである³¹¹。食品衛生法においても、1957年（昭和32年）の第9次改正で、営業者自身による食品衛生管理者制度が創設された。また1972年（昭和47年）の第12次改正で、新たに、厚生大臣が定める有害な物質の混入防止の措置基準、都道府県知事が定める公衆衛生上の措置基準について、営業者の遵守義務が規定された。厚生省は、さらに営業者が自主的衛生管理に取り組みやすいようにするため、食品の衛生的な取扱いを定めたガイドラインを事業別に定めている。食品衛生行政の担い手が、もっぱら国と地方公共団体であった仕組みから、自主的な食品衛生管理を担う民間諸団体が新たに加わり、その協働としての食品衛生行政の登場と展開がみられるようになったのである。

また、自主的衛生管理は国際的にも取り組まれており、Codex委員会も、自主的衛生管理の一つとして、HACCPシステムを推奨している。また、国際的取極めではないが、GAPやISO等の厳格ではあるが信頼性の高いプライベートスタンダードがあり、世界で認められている。そのため、企業では自主規制も兼ねて個別に認証を取得しているところもある。

第2編のまとめ

戦後、日本国憲法が制定されると、あらゆる分野で法律が整備しなおされた。戦後の法体制の整備は、以下の3つの特徴があった。

第一に、法律の制定は国会のみの権限となり、国民の自由や権利を制限するものは法律で規定されることが原則となった。法体系も整備され、法律を頂点とし、それを補う法規命令等によりピラミッド型の法体系ができた。食品衛生行政においても、1947年（昭和22年）に食品衛生法が、1948年（昭和23年）に省令（施行規則）と省令に基づく食品や添加物等の規格基準が、昭和28年に政令（施行令）が制定され、法律、政令、省令（規則）といった法体系が整備されることとなった。罰則等営業者の自由や権利に関する内容は法律において規定した。食品衛生施行規則（省令）では、法律の個別具体的な委任を受けて、別に食品や食品添加物、容器包装や器具等の規格基準を定めた。

第二に、地方公共団体においても条例を制定した。食品衛生行政は、機関委任事務であったことから、地方においても、監視・指導を実施していく上で必要とする規定を定めた都道府県規則等が整備された。また、都道府県知事は、食品衛生法第21条第3項に基づ

³¹¹ 先の事例であげた牛乳については、1968年（昭和43年）、「飲用乳の表示に関する公正競争規約」が公正取引委員会により認定され、全国飲用牛乳公正取引協議会が運用している。

き、営業者の営業許可に地域に必要な条件を附することができた。さらに、地方公共団体は、許可の対象とする営業施設の業種を増やす横出し条例や法律の空白部分に係る独自条例を制定し、地域の必要性に応じた規制を行った。例えば、大阪や東京のフグ条例は営業を規制する業種を増やした横出し条例であり、長崎県の魚介類の行商の条例は食品衛生法の規制対象外となる業種を対象とした、独自の条例である³¹²。

第三に、法体系を活用し、国は、食品事故や食中毒の発生、科学技術の発展に伴う新たな事実が確認された場合、迅速に対応するため、施行規則や規格基準等下位の法規命令、又は通達により行政規則の制定や改正を行ったことである。特に、規則や規格基準については、食生活の多様化や科学技術の発展に対応するため頻繁に改正されたが、国民の権利・利益に関係することから、告示のなかで法規命令と解されている。また、行政規則である通達についても、厚生省は全国一律的に食品衛生を確保するため、食品衛生法の法解釈や法運用について通達で詳細に規定した。通達は、行政内部機関に対して法的拘束性を有するが、国民も裁判所も拘束されないことが原則である。しかし、営業者は、通達を正確に把握し通達に従うことが迅速な営業許可処分につながることから、自主的に通達に従うことが多かった。

次に、食品衛生行政に大きな影響を与えたものとして、時代毎の社会変化がある。

第一に、戦後、経済の復興に伴い、食品生産が大規模化し工業化が進展し、食品製造技術や科学技術の発展により、レトルト食品や冷凍食品が普及し、食生活が多様化したことである。食生活は豊かになると同時に、化学的合成物も増加し、長期保存等を目的に、食品に従来使用されていなかった化学物質が添加物として多く用いられるようになった。

第二に、大規模な食品事故が数多く発生したことである。食品衛生法の性格をみると、食品衛生法については、1948年（昭和23年）制定当初、権力的取締りを中心とする警察法として位置付けられていた。しかし、1955年（昭和30年）の森永ヒ素ミルク中毒事件をきっかけとする食品衛生法の改正（第9次）により、営業者の自主的衛生管理を行う食品衛生管理者が創設された。また、1968年（昭和43年）に発生したカネミ油症事件では、食品衛生法の改正（第12次）により、安全性に疑念がある食品等の販売等の禁止、安全性に確証のない新開発食品の販売禁止と、危害発生の予防に重点をおくようになった。規則においては、添加物等の表示が義務化され、消費者が商品を選定する際にこれを見て判

³¹² 食品衛生法では、店舗のある販売施設や、製造・加工施設を規制の対象としている。

断することができるようになった。

国・地方公共団体の行政と並んで、新たに事業者の自主的衛生管理を促す食品衛生管理者を創設したことや、人の健康を害する蓋然性ではなく、安全性に疑念があることによる販売禁止、直接的な制裁の前に行政指導や指示命令を積極的に出すワンクッション・システムの登場、行政と業者に消費者を入れた三極構造の法制度の登場等は、消極目的であり権力的取締りを主に行う警察法とは異なるものであり、ここに警察行政からの離脱をみることができるのである。

第三に、国内の食品製造・加工技術の発展や食生活の多様化に加え、国際的な市場開放も食品衛生行政に影響を及ぼした。

1980年（昭和55年）に、日本においても、「貿易の技術的障害に関する協定」（TBT協定）が批准され、貿易障壁の軽減・撤廃が求められることとなった。政府は対外経済対策として、市場開放対策や輸入促進対策を行うこととした。その後、1994年（平成6年）に「検疫植物衛生措置の適用に関する協定」（SPS協定）を含むマラケシュ協定が結ばれた。一方、国際連合食糧農業機関（FAO）と世界保健機構（WHO）は、1963年（昭和38年）、食品の安全性と品質に関して国際的な基準を定めるCodex委員会を設立した。グローバルなこれら一連の取極めは、日本の食品衛生行政に大きな影響を及ぼすこととなる。

食品等の規格基準については、諸外国から国際的な整合性が求められた。そのなかで、日本の食品添加物には、諸外国より厳しい基準があり、食品の輸入の際の障壁となっていたことから規制緩和を強く要請された。我が国では、食品事故が相次いだことから、1972年（昭和47年）の食品衛生法第12次改正の際に、国会で食品添加物の使用制限の強化を求める附帯決議も行われていた。しかし、1983年（昭和58年）3月26日、基準・認証制度等連絡調整本部は「基準・認証制度の改善について」を発表し、食品添加物についてはFAO/WHO合同食品添加物専門家委員会の評価を参考とし、新たな指定を行うこととした。また、同年4月11日、食品衛生調査会毒性・添加物部会は、社会環境の変化を踏まえ、国際基準に整合化し、これまで指定の制限を行っていた食品添加物について見直すとともに新たな指定を行っていく方針を示し、食品添加物に対する政策が大きく転換することとなった。1985年（昭和60年）、政府は「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」において、具体的な改善措置を示し、その結果、1986年（昭和61年）に食品添加物の規格基準が全面的に改正され、公定書も改訂された。食品の輸入手続につ

いても、国際基準に準拠し国内検査・審査手続等の簡素化・迅速化が図られ、安全性が確保されている加工食品原料の届出の省略等の対策が講じられた。

一方、諸外国からの要請による食品衛生の規制緩和は、国民に大きな不安をもたらした。これまで日本では食品等の規格基準や食品添加物の指定は、国による、いわゆる一国の閉ざされた世界における規制であったが、新たに国際機構等が定立するグローバルな基準という国境を越えた規制となったのである。特に、食品添加物の指定は省令で行われており、かつ、食品の規格基準は告示で行われていたことから、従来から国会で議論され制定されるものではなく、パブリックコメント等消費者としての国民の声を反映する機会もなかったが、グローバルな基準という国外の規制が、国会制定法である法律を回避して、省令や告示を介して持ち込まれることによって、国民による民主的コントロールの枠組の外に置かれたのであった。

Codex 委員会の規格は法的拘束性を有していないが、SPS 協定で国内基準を国際基準と整合させること、自国の基準を使う場合は科学的正当性を証明することと定めており、間接的に強制力を有していた。したがって、Codex 規格が採択されると国内基準との整合性を図る必要があった。例えば、2006 年に Codex 委員会において採択された、米のカドミウム含有の基準値についてみれば、日本では、Codex 規格が国内の基準として受け入れられるためには、「食品、添加物等の規格基準」のなかで新たに定められるか、若しくはすでに規格基準が定まっている場合は改正されるとともに、告示されることが必要である。一方、国民の不安を抑える必要もあったため、国は、食品安全委員会や審議会等専門家に確認し、科学的知見をもって基準値の正統性を確保しようとした。また Codex 規格案を日本の基準値に近くなるよう、委員会をリードし調査に積極的にも協力した。その結果、日本では、「食品、添加物等の規格基準」が改正され告示された。国際基準＝国内基準であることから、国際基準値を超えた食品は、日本の食品衛生法上も流通・販売が禁止されることともなった。しかし、もし、国として国際基準を受け入れられない場合は、そのために日本に輸出することができない国が WTO に訴訟を提起することもあり得るのであった。

国の民主的な規制という面がこのように後退した中で、食品衛生を確保していくためには、営業者による自主的衛生管理がこれまで以上に重要となった。食品衛生法が制定されると、1948 年（昭和 23 年）、食品業界は社団法人・日本食品協会を発足させ、全国に支部を設置した。日本食品協会は営業者により設立されたものであるが、行政とのつながり

が濃く、いわゆる官製団体であり、各都道府県の支部の多くは保健所内に置かれていた。1960年（昭和35年）には、さらに自主的な食品衛生指導を実施していくため、日本食品協会は、独自に食品衛生指導員制度を創設し、厚生省は指導員の養成を協会に委託し、間接的な監視指導を強化した。また、1962年（昭和37年）、景品表示法が制定されると、表示又は景品類に関する事項について自主的に業界のルール「公正競争規約」を実施することができるようになった。この規約は、各業界が自主団体として設置している公正取引協議会が運用しており、公正マークの発行や虚偽・誇大広告、過大な景品類について調査する等、業界が自主的に規制を行うものである。食品衛生法においても、1957年（昭和32年）の第9次改正において、営業者自身による食品衛生管理者制度が創設された。また1972年（昭和47年）の第12次改正において、新たに、厚生大臣が定める有害な物質の混入防止の措置基準、都道府県知事が定める公衆衛生上の措置基準について、営業者の遵守義務が規定された。厚生省は、さらに営業者が自主的衛生管理に取り組みやすいようにするため、食品の衛生的な取扱いを定めたガイドラインを事業別に定めている。食品衛生行政の担い手が、もっぱら国と地方公共団体であった仕組みから、自主的な食品衛生管理を担う民間諸団体が新たに加わり、その協働としての食品衛生行政の登場と展開がみられるようになったのである。

また、自主的衛生管理は、国際的にも取り組まれており、Codex委員会においても、自主的衛生管理の一つとして、HACCPシステムを推奨している。また、国際的取極めではないが、GAPやISO等の厳格ではあるが信頼性の高いプライベートスタンダードがあり、世界で認められている。そのため、企業では自主規制も兼ねて個別に認証を取得しているところもある。

第3編 食品衛生行政の警察行政からの離脱

第1章 食品衛生行政と法治主義

1 形式的法治主義から実質的法治主義へ

(1) 明治憲法下における形式的法治主義

明治憲法下においては、第1章でみたように、帝国議会が制定する法形式である法律が、他の法形式＝法令と区別されるようになった。食品衛生行政の領域についても「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」が定められ、牛乳や清涼飲料水等重要な食品については、個別に内務省や府県において、取締規則が定められた。

しかし、天皇を中心とした行政権は強大であり、それぞれの規則は法律そのものに抵触することはなかったが、権利や自由の制限に加え、罰則についても法律の委任によることなく設けており、それは、独立命令による規制であった。

このように刑罰についても、省庁や府県の規則でその罰則が規定されていた³¹³。その法的根拠としては一般法として、「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)、「省令庁令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)が制定されており、いずれも罰金の額や禁錮の期間等一定の制限は規定されていたものの、すべての規則や府県令を横断して規律するものであり、規則や府県令による罰則を認めるものであった³¹⁴。食品衛生行政においても、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」だけでなく、内務省や府県が独立命令として規則を制定しており、これらの規則が、営業の自由や財産権を規制し、罰則を科して取り締まる根拠となっていた。

また、法律は形式的なもので、先に述べたように、法律の留保といっても、一般的かつ包括的に法律が留保しただけであった。当時の学説は人民の権利・自由を侵害し、義務を課すような法規は、議会により制定された法律が留保すべきであるとする、いわゆる侵害留保説をとっていたが、実態とは大きく乖離するものであった³¹⁵。法律の留保は、実務上はせいぜいのところ「法令」の留保でしかなかったのである³¹⁶。

³¹³ 福山・前掲注(70)648頁。

³¹⁴ 「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」「省令庁令府県令及ビ警察令ニ関スル罰則ノ件」の条文は前掲注(89)参照。

³¹⁵ 警察犯処罰令(明治41年内務省令第16号)に係る判例(大判大正2年7月11日刑録19号790頁)として、前掲注(89)参照。

³¹⁶ 高田・前掲注(87)492頁。また、他の学者は賛同しなかったが、美濃部は、当時の状況から、地方の事情による臨機応変の処置が必要であるため、法律でなくても独立命令による自由・権利の規制の規定が可能であると解釈した。美濃部・前掲注(48)64頁以下。

(2) 日本国憲法下における実質的法治主義

基本的人権の尊重と民主主義をうたう日本国憲法においては、基本的人権について、これを侵すことのできない永久の権利であるとされ(第 11 条)、すべて個人として尊重され、その権利は公共の福祉に反しない限り最大の尊重を必要とされた(第 13 条)。また、健康的で文化的な最低限度の生活を営む権利が認められるとともに、国は社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めること(第 25 条第 2 項)が規定され、法令はこれらの憲法がうたった人権を実現するための法の整備を行うことが求められた。さらに、法律は、国民の選挙によって選ばれた代表による国会のみが制定することとなり(第 41 条)、国民主権が確立するとともに、国家賠償請求権(第 17 条)、裁判を受ける権利(第 32 条)、請願権(第 16 条)等行政救済制度についても規定され、立法を含む一切の国家行為の審査における司法権の優位(第 81 条)も定められた。行政権は、国民主権の下におかれ、立法権によりその行使が認められ、司法権により抑制され、これらを通じて国民の基本的人権を保障することとなった³¹⁷。法治主義の原理は、この結果、実質的保障へと進化したということが出来る³¹⁸。

そのなかでも特に、第 41 条の規定は法治主義に大きく影響した。第 41 条では「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」と定められた。日本国憲法第 3 章における国民の基本的人権を確保するため、国民の権利・義務に関する規定はすべて国会により制定された法律が規律する事項になった。憲法及び法律の規定を実施するため制定される政令や、省令等は、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課したり権利を制限したりする規定を設けることができないものとされた。

明治憲法下においては、君主、官僚団からなる行政権が圧倒的に優位であり、行政権による立法が広く認められていたが、日本国憲法の下では立法権の優位が確立し、行政権による立法は、行政の実際上の必要性に照らし承認されたものの、法律の個別具体的な委任がなければ存立できなくなった結果、大幅に限定されることとなった³¹⁹。

³¹⁷ 紙野・前掲注(54) 20 頁。

³¹⁸ 田中二郎『行政法下巻[全訂第 2 版]』27 頁(弘文堂, 1973)。しかし、田中は、現実に国民から提起される訴訟等に対し合理的に対応できる制度になっているかどうかは疑問としている。

³¹⁹ 行政権の立法と委任命令を認める法律は以下のとおりである。憲法には、委任命令を正面から認めた規定はないが、憲法第 73 条「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。第 6 号 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」と

明治憲法下で制定されていた「命令」は、したがって、以下のとおり整理された。緊急勅令については議会の承認があることから、法律と同様、日本国憲法と抵触せずかつ改廃されない限りは、日本国憲法下においても引き続き効力を有するものとなった³²⁰。省令、府県令等で定めた委任命令、執行命令、独立命令については、憲法上法律をもって規定すべき事項を規定するものは、「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（昭和 22 年 4 月 18 日法律第 72 号）により、1947 年（昭和 22 年）12 月 31 日までに、命令に代わる法律を制定したり、国会の議決を経て法律に改められたと位置付けられたりした³²¹。委任命令、執行命令のうち、日本国憲法下においても命令により規定すべき事項は、現在もなお引き続き効力を有している。

日本国憲法に沿って、それぞれの法律が制定され、法律の下には、法律の委任に基づき、法を施行するために、内閣が、重要事項について政令を制定した。政令は憲法に根拠があり、各大臣の署名が必要である。法律の範囲内で定められ、法律の委任がないと罰則、権利義務に関する規定は定められないこととなった。国家行政組織法に根拠がある省令は、法律や政令を実施するため、法や政令の委任により、政令よりさらに細かい規定が、法律、政令の範囲内で、各省内で制定された。憲法を頂点とした法律・法令の階等制が成立したのである。しかし、法の運用にあたっては、国の省令だけでは不十分であるため、地方公共団体も細則を制定するとともに、担当省からは、各地方機関や都道府県へ法解釈や裁量基準を示した「通達」が発せられた。通達は内部規則であり、法的拘束力をもつものではなかったが、国は地方公共団体に対する補助金や交付金等を用いて、地方を誘導できる巨大な財政力を有していたことから、これを背景とする強力な事実上の拘束力をもつこととなった。この結果、日本国憲法の下で、地方自治の保障はうたわれたものの、依然として明治憲法下の強力な中央集権体制が戦後長く維持されていたといえよう。

こうした数々の限界を引き続き有したとはいえ、行政法を成立させる根拠となった法治

規定し、実際上の必要と立法技術上の要請に照らし、条理上、承認されている。政令については、内閣法第 11 条においても規定がある。省令については国家行政組織法第 12 条において、外局規則については同法第 13 条において、行政による立法と法律の委任について規定している。田中・前掲注（23）366～367 頁。

³²⁰ 田中・前掲注（23）137 頁。明治憲法第 8 条の緊急勅令は、次期の帝国議会において承認を得ることになっていた。

³²¹ 日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律（昭和 22 年 4 月 18 日法律第 72 号）

第 1 条の 4 左に掲げる法令は、国会の議決により法律に改められたものとする。
（23 規則を列記）

主義は、日本国憲法の制定とそれに基づく法の整備により、形式的法治主義から実質的法治主義へと展開することとなったのである³²²。以下では、食品衛生行政における、この実質的法治主義の展開をみていくこととする。

2 実質的法治主義に基づく法制度の変化

(1) 法律の法規創造力の独占と食品衛生行政

①独立命令の否定

日本国憲法第41条は「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」とし、国会が制定する法律だけが法規を創造する力を有することを定めた。食品衛生関連においても、帝国議会で制定された「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」(明治33年法律第15号)の他、牛乳、清涼飲料水、冰雪等の営業取締規則や有害性着色料、人工甘味質等の取締規則等、個別製品毎に独立命令で制定された11本の規則が廃止され、総括的に食品や食品添加物、容器包装や器具を対象に、禁止事項や製品検査、営業の許可や不許可等行政処分、刑罰を設けて取締りを行う食品衛生法が新たに制定された。この結果、行政は、独立命令によって自由に法規を創造する力はなくなったのである。

また、その他の食品衛生関連法令についてみると、例えば、食肉の移輸入を管理し輸入港において厳しい検査を課す「食肉輸移入取締規則」(昭和2年1月20日内務省令第4号)については、「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」第1条の4が適用され、そのまま法律へ移行することが認められた³²³。屠場法(明治39年4月10日法律第32号)については、法律であったことから戦後もそのまま継続して効力を有し、屠畜場法(昭和28年8月1日法律第104号)の制定により廃止された³²⁴。

³²² 高田・前掲注(81)19頁。

³²³ 食肉輸移入取締規則については、大正時代に入り、肉食が一般化するにつれて食肉の移輸入が増加し、家畜伝染病予防法に基づく書類上の検査だけでなく、公衆衛生上の検査が必要となり制定された。一旦、法律へ移行したものの、昭和23年5月31日法律第47号により廃止された。廃止の提案理由として、厚生省は、第2回国会衆議院厚生委員会(昭和23年5月26日)において、戦後の混乱で食肉の移輸入が行われるに至っていないので、一応廃止すると述べている。衆議院事務局「第2回国会衆議院厚生委員会議録第3号(昭和23年5月26日)」4頁[喜多檜治郎厚生政務次官提案説明](1948)。

³²⁴ 「屠場法」については、食用に供する獣畜を屠殺する場屋について規定しており、検査員の検査や検査設備、衛生上危害を生じたり公益を害したりする場合に地方長官の廃止命令権限を規定していた。屠場の必要設備や検査員の権限等については、「屠場法施行規則」

②委任立法の登場とその特徴

日本国憲法下においては、国会による立法権の独占が前提であるが、法律の委任があれば、行政が有する専門的技術的能力の必要性や地域毎に異なる事情への対応により、政令や府省令、地方公共団体においては規則等、行政により、対外的に拘束力のある法規命令の制定ができることとなった。前編でみてきたように、食品衛生法が、1948年（昭和23年）1月1日より施行されたことに伴い、同年7月13日厚生省令第23号により食品衛生法施行規則が公布・施行された。法においては「厚生大臣が定める」こと、「厚生大臣が指定する」こと、「省令で定める」ことといった明確な表現により、詳細な規定は厚生省や厚生大臣に委任されており、規則においてはそれぞれできるだけ具体的な規制が行われている³²⁵。

また、食品や添加物、容器、包装等に係る基準や規格については、厚生大臣が定めることができるようになっており、規則と同日付けの厚生省告示第54号により公示され、牛乳や清涼飲料水及び保存飲料水、氷雪、添加物等の成分規格、添加物の使用基準等が具体的な数字により制限値が示された。

食品衛生法は、製品検査や営業者の営業許可等実質的な取締りについては、都道府県知事が機関委任事務として実施することとしており、法第21条において「(公衆衛生に与える影響が著しい) 営業を営もうとする者は省令の定めるところにより都道府県知事の許可を受けなければならない」、第3項においては「都道府県知事は、第一項の許可に二年を

(明治39年6月22日内務省令第16号)で規定していた。「屠畜場法」は、公衆衛生の見地から国民の健康保護を目的として制定された。なお食肉全般については国では規則を制定しておらず、東京府においては、1908年(明治41年)、「獣肉営業取締規則」(警視庁令第20号)が制定されていた。この規則は、1926年(大正15年)12月、食肉営業取締規則(警視庁令第52号)の公布により廃止された。現在は、家畜の屠畜・解体処理については屠畜場法、食肉の卸・小売等については食品衛生法により規制されている。

³²⁵ 規則では、「厚生大臣が定める」ものとして、第4条、第6条における「人の健康を害す虞のない場合」について、詳細な解説とともに、具体的に合成調味料として宿性ゾルチンやサッカリン等を、合成着色料として赤色タール色素や緑色タール色素等を指定し、その成分について定めている。その他にも合成着香料、合成保存料、合成漂白料等を記載している。また、「厚生大臣が指定する」ものとして、第20条における「公衆衛生に著しい影響を与える営業」について、飲食店営業や喫茶店営業、生菓子製造業、氷菓子製造業、牛乳処理業等を規定し、第29条における乳幼児が接触することにより健康を害するおそれがある「おもちゃ」について、銅・鉛・亜鉛・アンチモンを原材料として使用した金属製おもちゃやうつし絵、水写真、ゴム風船等、一般名称を具体的にあげている。「省令が定める」ものとしては、第11条等において具体的で詳細に規定されている。例えば、11条の表示を行うべき食品、添加物、器具及び容器包装として、飲用牛乳、乳製品、ハム・ソーセージ・ベーコン等11項目があげられている。

下らない有効期間その他の必要な条件を附けることができる」と規定していた。1950年(昭和25年)に発出された通知においては、第3項の条件の例示の一つとして「その他個々の営業者に対してそれぞれ特に必要な遵守事項を附すること」と解釈されている。この種の許可条件は、営業者に一定の義務を課すものであり、この許可条件に違反した場合は法律が罰則等の適用の対象としており、現場に近い都道府県知事の判断により、地域が独自に必要とする許可条件を附すことを委任するものであった。地方独自の食習慣があることや営業許可の内容は営業施設毎に異なることを考慮し、それぞれに適切な措置を講じることができるようにしたものであり、広範な立法権を有することとなった地方の役割を活かし、地域特性を考慮した食品の安全性の確保を意図したものであるということができよう³²⁶。法に違反した場合は、地方の規定も含めて、第23条により許可の取消しや営業の禁止・停止といった行政処分とともに、第31条第2号により6月以下の懲役若しくは5千円以下の罰金を科されることとなった。

③委任立法と再委任に係る判例

この委任立法に関する判例としては、食糧管理法違反事件(最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁)が著名である。当該事件において、最高裁判所は憲法第73条第6号が「特に法律の委任がある場合においては、政令で罰則(すなわち犯罪構成要件及び刑を定める法規)を設けることができると及び法律は罰則を設けることを政令に委任することができることの趣旨」であるとし、これを委任立法という法形式について憲法上承認する規定と判示した³²⁷。

³²⁶ 食品衛生法規研究会編・前掲注(174)795~796頁。

³²⁷ 食糧管理法違反事件(最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁)では、棄却理由として「憲法七三条六号但書においては、内閣の制定する政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができないと規定しているのであつて、これを裏からいえば、特に法律の委任がある場合においては、政令で罰則(すなわち犯罪構成要件及び刑を定める法規)を設けることができると及び法律は罰則を設けることを政令に委任することができることの趣旨を表明していることは、一点の疑いを挿む余地がない(行政官庁法六条参照)」としている。行政官庁法(昭和22年法律第69号 昭和22年4月18日公布 同年5月3日施行 昭和24年5月31日失効)は、明治憲法下の各省管制通則(明治26年勅令第122号)に代わる暫定法として制定されたもので、国家行政組織法の施行(昭和24年6月1日)により失効した。

行政官庁法

第6条 各大臣は、主任の事務について法律若しくは政令を執行するために、又は法律若しくは政令の特別の委任に基いて総理府令又は省令を発することができる。

- 2 総理府令又は省令には、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課し、若しくは権利を制限する規定を設けることができない。

また、酒税法違反被告事件（最大判昭和 33 年 7 月 9 日刑集 12 卷 11 号 2407 頁）においては、再委任について、最高裁判所は、委任立法である酒税法施行規則において、取締りに必要とする帳簿の記載事項について、地方の税務署長に対してその地域の実情に合わせて指定するよう再委任することは、酒税法第 54 条の委任の趣旨に反せず違憲ではないと判示した³²⁸。委任する内容が犯罪を構成する要件となる可能性があるにもかかわらず、法律の趣旨に反しないかぎり、再委任は憲法上許されると判示したものである³²⁹。

学説では、委任立法について、田中二郎は、国会中心主義をとる憲法の趣旨からいって、委任命令の形式で規定し得べき事項は、法律の補充的規定、法律の具体的特例的規定及び法律の解釈的規定にとどまるべきもので、実質的に国会の立法権を没却するような無制限な一般的・包括的委任に基く規定や、法律そのものを形式的に廃止又は変更する規定を設けることは許されないと解すべきとした。また、委任命令に罰則を設けるためには、特に法律による具体的個別的な委任が必要であり、犯罪構成要件の白紙的委任は、刑罰は法律の定める手続によるという要件（憲法 31 条）を侵すものとして許されないとその限界を示した³³⁰。また、再委任については、法律が一定事項を政令に委任している場合、政令

³²⁸ 酒税法違反被告事件（最大判 昭和 33 年 7 月 9 日刑集 12 卷 11 号 2407 頁）。判決理由には、酒税法施行規則第 61 条は、「その 1 号ないし 8 号において、帳簿に記載すべき事項を具体的且つ詳細に規定しており、9 号は、これらの規定以外の事項で、各地方の実情に即し記載事項とするを必要とするものを税務署長の指定に委ねたもの」であって、同施行規則にこのような規定をおいたとしても、「酒税法 54 条の委任の趣旨に反せず、違憲であるということとはできない」としている。

³²⁹ 神長勲「45 委任立法—一般」小早川光郎ほか編『行政判例百選 I [第 5 版]』92～93 頁（2006）。神長勲は、酒税法及び酒税法施行規則が明治憲法下である 1940 年（昭和 15 年）の制定であり、同法第 54 条の規定が「酒類、酒母、醪若ハ麴ノ製造者又ハ酒類若ハ麴ノ販売業者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ製造、貯蔵又ハ販売ニ関スル事実ヲ帳簿ニ記載スベシ」と「命令ノ定ムル所」（＝酒税法施行規則）であったことに、問題の所在があることを指摘する。制定当時は明治憲法下でありこれで通用したが、日本国憲法の制定施行に伴い、政令や省令を特定せず「命令」といった包括的な規定の仕方は許容されず、酒税法は委任の対象を特定の命令に限らない趣旨であるとする説にも疑問を呈した。

³³⁰ 田中・前掲注（23）367 頁。田中の引用については、同趣旨として田中祥貴「50 委任立法—一般」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I [第 6 版]』102～103 頁（2012）。田中祥貴は、委任立法は常に憲法規範との整合性が担保されなければならないと、国会は原則的事項について法律で定め、細目的事項の定立につき、受任機関が従うべき「目的」、「基準」を授權法で定めるべきであるとし、酒税法の委任規定は、一般的・包括的であると批判した。また、再委任についても、個別具体的な委任の原則、罪刑法定主義から、新たな国民の権利義務の変動に関わる事項については、法律上、明示的な授權規定がない限り、再委任は許容されないと述べている。

なお、酒税法については旧酒税法（昭和 15 年法律第 35 号）が全面改正され、酒税法（昭和 28 年 2 月 28 日法律第 6 号）が制定、施行となった。新しい酒税法では第 46 条において帳簿記帳義務事項について政令に委任し、酒税法施行令では一定事項を規定し、さらに

がそのなかの一定事項をさらに省令や行政官庁の告示等に委任するような事例が少なくな
いとし、「このような再委任がどの範囲に許されるか、殊に、それが犯罪構成要件の委任の
ごとき場合においては、果たして適法な委任といえるかどうか、甚だ疑わしい。」と、当該
事件の判決を批判した³³¹。

複雑化する現代社会においては、専門的技術的で多様な規制が臨機応変的に必要となり、
委任立法はやむを得ないものである。一方で日本国憲法における民主主義の確立と基本的
人権の尊重という観点から、国会が制定した法律のみが国民の権利義務を定める法規であ
り、委任立法はそれぞれの法律の授權に基づくとともに、策定手続については関係者の意
見聴取はもちろん、透明性が確保され、法律の趣旨・目的との整合性が図られる必要があ
る。食品衛生法についても、前篇でみてきたように、国民の権利義務に関係する政令や省
令、通達や規格基準、法律の委任に基づいて制定される条例は、いずれも食品衛生法によ
る授權が行われているとともに、法の目的・趣旨に則したものでなければならない。フグ
の規制等独自条例も散見される場所であるが、条例準法律説に立てば、条例は法律と同
等のものであり、その存在は許容されるものである³³²。

（２）法律の留保に基づく食品衛生行政

①罰則規定の留保

日本国憲法第 31 条では「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しく
は自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めている。省令や府県令等に規
定された罰則について定めた「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）、及び「省令庁令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）
は、「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（昭和 22
年 4 月 18 日法律第 72 号）により、それぞれ廃止、失効となり、規則における刑罰の一般

第 52 条第 1 項第 7 号において財務省令に再委任している。これを受けて財務省では酒税
法施行規則第 14 条において、財務省令で定める記帳義務事項について規定している。

³³¹ 田中・前掲注（23）367 頁。再委任については、田中二郎のほかにも、授權法律が再
委任をあらかじめ明示的に認めている場合にのみ承認する説（杉村敏正）、当該授權法律が
再委任を許す趣旨であるかどうかの具体的解釈論に委ねられるとする説（塩野宏）、再委任
の範囲が合理的な範囲であれば認められるというように限定を附して許容する説（多
数説）がある。平田・前掲注（237）95～96 頁。

³³² 成田・前掲注（164）199 頁。成田は、国民の権利義務について規定する法規の制定権
は、原則として国会が独占しているが、その例外として自治立法権が憲法第 94 条により
認められているとする。これを条例準法律説と呼ぶ。

的、包括的、抽象的な法律の留保のみで許容する考え方とそれに基づく制度はなくなり、刑罰は個別法の中に具体的に規定されなければならなくなった。また、これまでもつぱら規則等法令により規定されていた多くの規制事項が法律レベルの規制へと変わり、整理しなおされるとともに、具体的な基準等も法律で政令や省令に個別具体的に委任された³³³。

このような原理と制度の転換は、食品衛生分野でもおこった。すなわち、これまで牛乳や清涼飲料水等の食品、有害性着色料や飲食物防腐剤等食品添加物、飲食用器具等製品毎に個別に規定されていた規則を包括し、省令や府県令で制定されていた罰則についても食品衛生法で規定し、総合的な食品衛生の基本法として、食品衛生法が制定されたのである³³⁴。法律の規制はより広範囲に及び、第三者の権利利益もその視野に入ることとなった。しかし、それは手続的な規制や公益として位置付けられることが多かった。

②法律の規制と食品衛生

法律の留保は、行政手続等についても行われた。食品衛生法では、先にみたように、営業に際し都道府県知事の許可が必要となり、知事は地域の実情に合わせて許可条件を附することができるようになった。また、食品や食品添加物、容器や包装についても、製造等の施設の規格基準が知事によって定められている。営業許可や施設の構造等は、それぞれ審査が行われており、許可条件や規格基準については公表されていた。しかし、1993年（平成5年）に行政手続法が制定されたことにより、それぞれ審査基準として明確に位置付けられ、公表が義務付けられることとなった。許可等の行政手続についても、申請に対する処分として行政手続法という法律で留保されることとなった。

³³³ 学説においては、明治憲法下では、まず国権学派による立法事項説が、後に民権学派による侵害留保説が通説となっていた。日本国憲法下においても、侵害留保説が通説となっていたが、公行政の領域に、法による規制を受けず行政職員が独自に判断できる「裁量行政」の分野を残さないように、公行政全体を法律の留保のもとにおこうとする全部留保説や、国家の「権力的」活動については、利益付与的行為であると侵害的行為であるとかかわらず、すべて法律の根拠が必要であるとする全部留保説が、主張されている。塩野・前掲注（54）109～110頁。原田尚彦は後者の説を「社会留保説」と呼んでいる。原田尚彦『行政法要論 全訂第七版補訂二版』84～85頁（学陽書房，2012）。

³³⁴ 戦後の食糧難の中、食品衛生を確保するため、食品衛生法が制定、施行されるまでの間、「飲食物その他の物品取締に関する法律及び有毒飲食物等取締令の施行に関する件」（昭和22年厚生省令第10号）は、日本国憲法施行日である1947年（昭和22年）5月3日から、「飲食物営業取締規則」（昭和22年厚生省令第15号）は1947年（昭和22年）5月2日から施行された。その年、食品衛生法が制定され、12月31日から施行されると同時に、「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」及びこの2つを含む10規則は廃止となった。

③法律による国民の権利保護

食品衛生法は、制定当初、営業者を規制する警察法として位置付けられていた。しかし、食中毒事件が多発したり、森永ヒ素ミルク中毒事件やカネミ油症事件等大規模な食に関する事件が発生したりするなかで、第1条の「飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、公衆衛生の向上及び増進に寄与する」という目的は、営業者を規制するだけでなく国民の生命、健康を守る権利を実現するものとして解釈されるようになったのである³³⁵。

判例においては、1970年代後半から1980年代前半（昭和50年代）の判決では、主婦連ジュース不当表示事件に代表されるように、消費者の権利利益は、法が目的とする公益の保護の結果として生じる反射的利益ないし事実上の利益であって、個人の個別具体的な権利・利益を保護することを目的とする法規により保障される、法律上保護された利益ではないとされた³³⁶。すなわち、法律上保護された利益に該当するというためには、処分の根拠となる法律が当該利益を保護している（保護範囲要件）だけでは不十分であり、当該利益を公益としてだけでなく、個人の個別的利益を保護している（個別保護要件）と解しうることが必要とされたのであった³³⁷。その後、新潟空港訴訟判決やもんじゅ訴訟判決等にみられるように、生命や身体の安全、健康といった個人の重大な人格的法益が侵害

³³⁵ 学説についても変化があり、明治時代後半に通説とされていた侵害留保説は、個人の権利を保護する議論であり、民主主義と基本的人権を保障する日本国憲法制定後、十分説明できなくなっていた。そのため、国民の権利義務について規律することはすべて法律に留保され、行政は法律が定めた場合のみ執行できるとする全部留保説、侵害的であるか受益的であるかは関係なく、行政が権力的手段を用いて活動する場合は、必ず法律の授權を必要とする権力行政留保説、すべての公行政に法律の授權を求め、さらに行政の目的、内容、手段の組み合わせを検討し、個別具体的な授權の在り方を検討する授權原則説、権利や自由とは直接関係しないが基本的な政策や政治的重要事項については、議会が法律形式で決定し法律の根拠を必要とする重要事項留保説等が主張された。市橋・前掲注（11）22頁以下（法律文化社，2015）、山本敬生「7 法律による行政の原理」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』20頁以下（有斐閣，2014）。

³³⁶ 主婦連ジュース不当表示事件（最三小判昭和53年3月14日民集32巻2号211頁）。消費者保護をはじめ、環境保護等における住民等第三者の救済が、行政訴訟において認められないケースが多かった。すなわち、違法な行政が行われた場合であっても、誰も争える者が存在しないという状況が放置された。この問題のある程度の解決を図るため、2004年（平成16年）に行政訴訟法が改正され、第9条第2項が新設されることとなった。高橋滋「行政訴訟の原告適格」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』116頁（有斐閣，2014）。

³³⁷ 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚書」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』47頁（有斐閣，1998）。小早川は、判例を整理し、法律上保護された利益説では、原告適格が認定されるためには①処分によって原告が不利益を被ること（不利益要件）②当該不利益が法令上保護されている利益の範囲に含まれると解されること（保護要件）に加え、③法令解釈上、当該不利益が公益の一部として位置付けられるのではなく、それとは区別して個々人の利益としては保護されていること（個別保護要件）が必要であるとす

された場合は、公益から切り出して個別具体的に法律上の利益を認める流れが表れる³³⁸。

しかし、消費者行政における消費者は、直接的に生命・身体の安全等の人格権侵害に関わることが少なく、適格消費者団体による訴訟が一部の問題について認められたものの、抗告訴訟において原告適格を認める法律上の利益を有する者として認められることは、未だ難しい状況にある³³⁹。

④法律による規制の課題

法律による授権は行政の権限行使を抑制し、国民の自由と権利を行政活動から保護するものであった。しかし、これまでみてきたように、法律が制定されていても専門的技術的な判断や政策的判断等行政の広い裁量を認めるものも多く、裁判所においてもこの種の行政裁量について判断が行われている。法律による授権については、行政活動によって実現される国民の自由・権利の内容や重要性、それによって生じる不利益を基本的人権の価値序列に基づいて比較衡量し、法の規定の必要性とその規律密度等を検討することは、裁量権をコントロールするために、今日いっそう必要となっている³⁴⁰。食品衛生法においても、科学技術の発展や食生活の多様化等社会環境の変化や地域毎の食生活事情等多様な考慮事項があるとはいえ、どこまでを法律で留保するかは、その現代的なあり方が問われている。

3 行政救済

法治主義では、法律の授権の下、かつ法律の定める要件や手続等に従って、行政活動が行われることを求めているが、同時に法律に違反して行政活動が行われた場合、違法な活動を是正し、国民を救済する仕組みが必要である。行政活動に対する統制として、これま

³³⁸ 新潟空港訴訟事件（最二小判平成元年2月17日民集43巻2号56頁）。もんじゅ訴訟事件（最三小判平成4年9月22日民集46巻6号571頁）。

³³⁹ 判例は、生命・身体・安全・健康等は別として、一般に原告適格の範囲が不明確で確定しにくいものについては原告適格を認めない傾向にある。神橋一彦『行政救済法』137頁（2012年 信山社）。消費者を対象とする判例として、このほかに食品衛生とは関連しないが、地方鉄道法に基づく特急料金改定認可処分に対する利用者の原告適格が認められなかった近鉄特急事件（最一小判平成元年4月13日判時1313号121頁）等がある。一方、消費者契約法（平成12年5月12日法律第61号）では、悪徳商法等により、少額の被害額で多くの人が被害にあっている場合、一定の要件を満たす消費者団体（適格消費者団体）に対し、被害者に代わって訴訟を起こすことを認めた。契約や勧誘の差止めであり、損害賠償は請求できない。当初は消費者契約法のみであったが、近年は景表法、特定商取引法等においても認められるようになった。

³⁴⁰ 市橋・前掲注（11）25頁。

でみてきたような法律や政令、省令等立法による事前統制があるほか、行政自身による事前統制として行政手続の適正化、事後統制として行政不服審査や国家賠償、及び行政訴訟の制度がある。特に行政活動を裁判所の審判の対象とする行政事件訴訟制度は法治主義において重要な意義を有するものである³⁴¹。ここでは、食品衛生領域において、明治憲法下のそれと比べると大きく進展した行政事件訴訟法と、新たに制定された国家賠償法による救済の状況がどのように展開しているかについて検討を試みる。

明治憲法の下では、行政事件は、行政裁判法により行政裁判所が管轄したが、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」により出訴事項が列記され、限定されたとともに、裁判所は東京のみで一審にして終審の制度であり、また、原則として書面審査である等、国民の権利救済制度としては不十分なものであった。また、国家賠償については、行政裁判所は法により損害賠償請求を受け付けていなかったため、国家賠償を求める場合は民法に基づき司法裁判所において損害賠償請求を行うこととなった。しかし、国家無答責の法理により、国にも公務員個人にも責任を求めることはできず、また一部例外はあるものの、実際の大審院の判例では、この国家無答責を認めるものが多かった³⁴²。

戦後、日本国憲法が制定されると、行政裁判制度が廃止され、行政事件も民事事件と同様、司法裁判所が管轄することとなり、1947年（昭和22年）の「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」、1948年（昭和23年）の行政事件訴訟特例法の制定を経て、1962年（昭和37年）、行政事件訴訟法が制定されたのであった。また、国家賠償制度については、憲法第17条に公務員の不法行為による損害について、国、公共団体に損害賠償を求めることができることが規定され、1947年（昭和22年）国家賠償法が制定されたのである。

³⁴¹ 芝池義一「行政事件訴訟法総説」室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』3頁（日本評論社，2004）。また、高田敏は、行政訴訟は、行政の適法性を保障し国民の権利利益を守ることを目的とし、法治主義にもとづく行政すなわち法治行政を担保するために必要不可欠なものとする。三吉修「第四章 行政作用の事後的統制 第四節 行政訴訟 第一款 概説」高田敏編著『行政法－法治主義具体化法としての[改訂版]』253頁（有斐閣ブックス，1994）。

³⁴² 例外として、徳島市立小学校遊動円棒事件（大判大正5年6月1日民録22号1088頁）。大審院は民法717条に基づき、非権力的行政作用について土地の工作物責任を認めた。権力的行政作用については国や地方公共団体の責任を否定していた。

(1) 食品衛生行政と行政事件訴訟法

1948年(昭和23年)に制定された行政事件訴訟特例法は、行政事件が民事訴訟法の適用を受けることを前提に、行政庁の違法な処分又は変更に係る取消訴訟とその他公法上の権利関係に関する当事者訴訟を特例として定めたものである。同法は、出訴期間や訴願前置主義、仮処分の排除等を特徴として定めていた。

行政事件訴訟特例法が制定されたことにより、行政訴訟においても控訴及び上告ができるようになった。訴訟対象についても、前述した明治憲法下における食品衛生行政に関連する行政裁判事例では、当時の行政裁判法が列举主義を採っていたことから、出訴できる5つの事件にはあたらないという理由で却下されたものが多かったが、概括主義を採用したことにより、広く行政処分がその対象として出訴が認められることとなった。しかし、門戸は開かれても国民の権利が十分保障されたわけではなかった。

行政事件訴訟特例法の時代の事件として、食品衛生法の関連では以下のような事例がある。

判例) 営業禁止処分無効確認等請求事件(福岡地判昭和28年3月11日行集4巻10号2477頁)

食品衛生法第21条第1項による営業許可を受けずに飲食店を営む者(屋台営業者)に対して、保健所が営業禁止処分を行ったところ、無効確認請求が行われた事案である。裁判所は、保健所が行った営業禁止処分は警告的意味を有するにすぎず、警察処分の一種であるから、営業者に対して権利をはく奪し義務を課すといった形成的効力を有するものではなく、実効性もないので無効確認の利益は認められないとし、特例法第1条の「行政庁の違法な処分」に該当しないと判断した。また、行政庁に作為を命ずる裁判を求める訴訟は、三権分立の原則上、許されないと判断し、訴えを却下した。戦後間もない裁判であるため、判決は、依然として、明治憲法下の「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」の権利毀損説に基づくものとなっており、裁判官の考え方が日本国憲法と新しい行政事件訴訟制度への転換を理解できないまま、戦前の旧態然とした判断をしていたことがわかる³⁴³。

その後、1962年(昭和37年)に行政事件訴訟法が制定され、無効確認訴訟等も明文化

³⁴³ 「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)において、「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」とあり、営業者は営業許可を有していないことから、毀損される権利を有していないことになるのである。

されるとともに、訴願前置主義の原則的廃止等の整備がなされた³⁴⁴。この結果、行政事件訴訟法では、さらに出訴の幅が広がった。前述した明治憲法下の行政裁判例においては、事件が営業免許の取消処分でないことから却下されたものや、訴願を行っていなかったため却下されたものがあったが、行政事件訴訟法の下では、いずれも認められることとなったのである。実際の裁判事例から、明治憲法下の行政裁判法の時代との違いをみることにする。

判例 1) 飲食店営業許可取消請求事件 (仙台高判昭和 29 年 6 月 29 日行集 5 卷 6 号 1525 頁)

営業施設を賃貸し、施設の所有者名義で営業許可を得て食堂を経営していたところ、施設を奪取する目的で所有者の親族が申請し、同施設での営業許可を取得した。そのため、賃貸人が相手方の営業許可の取消しを求めたものである。裁判所は、飲食店の営業許可は、禁止を解除する一種の警察処分であり、既に認められた自由を制限したり、はく奪したりする性質のものではなく、営業施設の上に設定された私法上の権利関係とは関わりなく、許可処分自体は権利侵害を惹起するものではないとして却下した³⁴⁵。

戦前の行政訴訟では、他人の取得した営業免許の取消しについて、既存の営業免許を有する第三者が争う訴訟は認められなかったが、戦後の行政事件訴訟特例法においては、処分の名宛人でない第三者についても原告適格を認めている。しかし、判決は、伝統的な警察法における警察許可の法理に基づいて判断していることが分かる。

判例 2) 食品衛生許可処分取消請求控訴事件 (広島高判昭和 54 年 4 月 3 日行集 30 卷 4 号 713 頁)

旅館業を営んでいた姉が、妹に建物を賃貸し、経営を依頼して渡米したところ、妹が旅館の名称を変更し、同じ建物で旅館業と飲食店業の許可を得て経営していた。そのため、帰国した姉が営業できなくなったことから、保健所長に対し、妹に対する許可の取消しを求めた事案である。また 1978 年 (昭和 53 年) 1 月 24 日に自身が申請した、旅館における飲食店営業許可についても、妹に対する許可があるため保留されていると訴えた。裁判

³⁴⁴ さらに 2004 年 (平成 16 年) に改正され、行政事件訴訟法において、義務付け訴訟や差止め訴訟についても法定されることとなった。

³⁴⁵ 前掲注 (152) と同事件。

所は、飲食店営業は、公衆衛生の見地から一般的に禁止しており、公衆衛生上定めた基準に合致する場合にのみ、その禁止を解除する許可処分であるとし、妹に対する営業許可は基準に合致するから禁止を解除したものであり、施設の排他的使用権を付与したものではない。原告が建物で旅館営業をなしえないのは、妹が建物を占有しているからであり、営業許可に基因するものではないとした。また、行政解釈として、飲食店営業につき、同一施設に関して別個の者から二重に許可の申請があった場合、公衆衛生上支障がない場合は、いずれにも許可を与えるべきであるとされていることを保健所長も認識しており、妹への許可があることから営業許可処分を保留しているとは認められないとし、却下した³⁴⁶。

判例1と同様、名宛人以外の第三者が営業許可の取消しを求めたものであるが、25年前の判例と同様、保健所及び裁判所は、伝統的な警察法の法理に基づく判断を行っている。厚生省から同一施設の二重許可については違法ではないとする通知は出ているが、食品衛生法の目的である衛生の確保や、食中毒が発生した場合の不利益処分の名宛人の確定等、運用上の対応が難しくなることが想定される³⁴⁷。

判例3) 行政上の不作為の違法確認請求事件(大分地判昭和37年9月21日行集13巻9号1603頁)

大分県魚市場条例による魚市場開設及び卸売人許可申請、食品衛生法による魚介類せり売営業許可申請を行ったところ、2年間待っても処分がおりないため、この不作為の違法の確認を求めた事案である。裁判所は、県知事の許否処分は、羈束及び裁量行為であり、県魚市場条例による魚市場開設許可申請及び食品衛生法による魚介類せり売営業許可申請に対し、2年余の間これを放置していたことが、正当な理由なく相当期間内に許否の決定をしないもので、申請人にはかりがたい損害を与えるおそれがあるとして、県知事に右申請につき許否の決定をなすべき義務があることの確認を求める請求を認容した。

この事件は、許可申請に対する許否を保留していた行政機関の不作為に対し提訴したものであり、かつての行政裁判法においては、提訴することはできなかった事案である。し

³⁴⁶ この他にも被告(保健所長)からは出訴期間が経過していることをあげているが、判決ではそれには触れていない。

³⁴⁷ 行政実務においては、営業許可を出す前に食品衛生監視員が実地検査に赴き、現地指導したり、申請前の相談で行政指導を行ったりし、夜逃げ等で所在不明の場合以外は、それまで営業していた者から廃業届を提出させる等の対応策を講じ、できるだけ重複許可を出さないようにしている。

かし、行政事件訴訟法が概括主義を採用したこと、そして、不作為の違法についても認められるようになったことから、出訴できることとなったものである。

（２）食品衛生行政と国家補償制度

日本国憲法第 17 条では国家賠償制度を規定し、それに基づき国家賠償法が制定された。国家賠償法においては、権力的行政作用についても損害賠償責任が認められることとなった。戦前の行政裁判法においては、国を相手とする損害賠償について認めていなかったことから、民法に基づき請求することとなっていた。しかし、国家賠償法の制定により、行政事件訴訟と並んで損害賠償も請求できるようになった。

判例 1) チクロ使用禁止事件（東京高判昭和 53 年 11 月 27 日判タ 380 号 94 頁）

国が食品添加物としてチクロの全面使用禁止措置を行ったところ、違法、不当として食品業者が損害賠償を請求した事案である。裁判所は、厚生大臣が行う食品添加物の指定取消しについて、当該食品添加物が人の健康を害するおそれのないことについて、積極的な確認が得られないというだけの理由で十分であって、それが人の健康を害するおそれがあることの証明を要するものではなく、国の禁止措置は合法とし、損害賠償は却下した³⁴⁸。合法であることから損失補償の可否も問題となる事例である。

判例 2) フグ料理中毒死事件（大阪高判（控訴審）昭和 55 年 3 月 14 日判時 969 号 55 頁）

フグの内臓を食し死亡した者の遺族が、国、兵庫県、神戸市の責任を求めた事案である。原告は、兵庫県では条例によりフグの内臓の販売を禁止しておらず、魚屋がフグ専門店にフグを販売する場合、内臓も引き渡すことは一般的であり、行政指導も通り一遍のものであったことから、行政当局が規制権限を適切に行使しなかったと主張した。裁判官は、厚生大臣らには事故発生予防の義務はなく、規制権限不行使の違法はなかったと判示した。

³⁴⁸ 国（被告）は、原告に対する主張のなかで、「人の健康を害するおそれがない場合」の解釈に加え、食品添加物の使用について、「人の健康を害するおそれがない場合に限って認められるのであって、人の健康を害するおそれのある場合に使用を禁止するのではない」と明言しており、ここには、従来消極行政として取り扱ってきた食品衛生行政について、積極行政としての見解が示されている。すなわち、警察行政からの脱却が示されており、注目に値するものである。下山暎二『健康権と国の法的責任－薬品・食品行政を中心とする考察』154 頁（岩波書店、1979）。

なお、鮮魚商及び料理店には、不法行為責任が認められている。この事例のような国家賠償に関する判例をみると、これまで争うことのできなかつた国や都道府県等行政機関の権限不行使についても争うことができるようになったのである。

（３）食品衛生行政に係る行政救済

行政事件訴訟法が制定され、明治憲法下の行政裁判法と比較し、その手続は訴訟手続として確立されるとともに、訴訟提起できる事件の範囲も大幅に広がった。行政裁判法の下では、食品衛生行政の関連では、営業免許の拒否又は取消処分に対する取消訴訟のみが訴訟提起可能な事件に該当した。しかし、行政事件訴訟法の下では、先に見たように行政に対して不作為の違法確認訴訟や権限不行使に関する訴訟等提起可能な訴訟の範囲が広がるとともに、一審であって終審であった行政裁判所ではなく司法裁判所によって裁判が行われることから、控訴や上告もできるようになった。こういった訴訟は、個人の権利や利益を守るだけでなく、行政活動の統制という面でも強化されたものとなっている³⁴⁹。しかしその一方で、原告適格については、主婦連ジュース事件のように、国民全体に影響する事案であっても、これまでどおり反射的利益として位置付けられることにより、違法な状態がそのまま放置されてしまう等、課題も多く残っている。

また、国家賠償についても日本国憲法下においては国家無答責の法理が否定され、明治憲法下と異なり、違法な公の権力の行使について広く国家賠償が認められることとなった。しかし、一連の判例をみると、国の責任を認め、その賠償を命ずることは難しい状況にあったことがわかる。

なお、国家賠償訴訟についても、水俣病を例にあげると、責任を問われた国は、被害者に対し賠償金を支払うだけでなく、被害者の救済を図るため新たな法を制定したり、法的拘束力を持つ国際的な水銀規制に関する条約、「水銀に関する水俣条約」の締結に向けて取り組んだりしており、結果として被害者救済だけでなく、行政の違法行為の抑止機能を有しているといえる³⁵⁰。

³⁴⁹ 芝池は行政の適法性統制機能と呼んでいる。芝池・前掲注（341）6～8頁。

³⁵⁰ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法[第5版]』295頁（有斐閣，2010）。2009年「水俣病被害者の救済及び水俣病問題の解決に関する特別措置法」が成立し、その前文において「国及び熊本県が長期間にわたって適切な対応をなすことができず、水俣病の被害の拡大を防止できなかったことについて、政府としてその責任を認めおわびする」と記された。水俣病は、公式発見が1956年（昭和31年）であったにもかかわらず、国が産業振興を優先し、水俣病の原因を有機水銀と認めたのが1968年（昭和43年）と約12年間遅れた。また、食品衛生ではないが1980年代から大きな問題となった薬害エイズ事件においても、加熱

一方、制度は整ったものの、食品衛生法に関連する行政事件訴訟や国家賠償訴訟は、あまり件数が多いとはいえない状況にあった。食品衛生法が権力的手段により取締りを行う警察法であること、そのなかでもとりわけ、営業の「許可権」という強い権限を持っていたことに基因して、営業者の側が忖度して行政指導に積極的な対応をしていたと考えられる。営業許可に関する紛争、とくにその拒否処分を懸念し嫌う営業者の多くは、自発的に保健所の指導に従い、たとえ不当な要求があったとしても、それを受け入れて許可を得ることを優先していたのである。

4 小括

法治主義については、明治憲法下においては「法律優位の原則」は確立していたが、日本国憲法の制定により、「法律の法規創造力の独占の原則」及び「法律の留保の原則」についてもその確立をみるに至った。法律の法規創造力の独占の原則については、国会により制定された法律のみを法規とし、天皇の独立命令が否定され、政令や府省令等法律以外の法規命令を制定する場合は、法律の個別具体的な委任が必要となった。法律の留保の原則についても、例えば、刑罰についてはすべて個別法に規定されるとともに、国民の権利義務に関する規制は、法律の個別具体的な根拠を要することとなった。外形だけ法治主義を装っていた明治憲法下からの形式的法治主義から、行政権がその内容においても立法権と司法権のコントロールを受ける実質的法治主義へと移り、それに伴い法制度も変化したのであった。

食品衛生行政においても食品衛生法が整備され、戦前の政令や省令、府県令のうち、権力的な取締りや罰則をはじめ、国民の自由や権利を規制するものはすべて法律のなかに整理されるとともに、新たな法律の下、政令、省令も整理され、法律に基づく規格基準が告示される等、法律を頂点とする法体系が整備されたのであった。

しかし、その一方で、行政裁量の許容、それに対する裁判所のコントロールの弱さ等、課題も残っているのである。

また、法治主義がその目的を実現するためには、違法な行政からの救済手段として裁判所による権利保護が必要である。日本国憲法においては民主主義とともに、国民の基本的

血液製剤の認可が約2年間遅れており、水俣病での対応をほうふつとさせるとともに、行政としての大きな課題を見出すものである。

人権が保障された。明治憲法下の行政裁判所及び行政裁判法とは異なり、国民に対する行政の違法な侵害に対しては、行政事件訴訟法を用いた救済の道が設けられ、司法裁判所において裁判を受ける権利が保障されるとともに、広くすべての行政処分がその対象となり、多様な訴訟類型も規定された。国や公共団体の違法な行政活動により損害を被った場合は、国家賠償も請求することができることとなった。

日本国憲法の下、食品衛生行政に関連する判例においても、自らの営業許可に関連する処分の取消しだけでなく、他人の営業許可の取消しに係る訴訟（ただし自らの利益に影響する場合）や、申請に対する許否処分の遅延に対して不作為の違法確認訴訟を行う等、明治憲法下の行政裁判法では認められなかった裁判事例をみることができる。

これらの行政救済制度は、国民の権利利益を守り保障するだけでなく、行政を統制し、行政運営の適法性を確保することにもつながるものであった。しかし、実際には営業者は食品衛生法の規制を裁判所で争うことはほとんどなく、食品衛生行政との紛争を避けたいと考えるのが通例であった。そのため、営業者は自ら業界団体の庇護の下で所管の厚生省や都道府県等との紛争を事実上表に出すことなく交渉して解決し、行政との対立を回避していたのである。

第2章 警察行政としての食品衛生行政とそこからの離脱

1 警察行政としての食品衛生行政の継続

食品衛生行政は、明治憲法制定前から警察行政として位置付けられていたが、明治憲法が制定されると「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」や省令、府県令が制定され、警察組織により、それら法令に基づく立入検査や収去検査、不衛生食品の強制廃棄等権力的手段による取締りが行われてきた。明治時代の行政法学を代表する美濃部達吉は、一般の公衆保健のためにする警察制限として、「飲食物其の他健康に影響すべき物品の取締に関しては、飲食物其の他ノ物品取締ニ関スル法律に、其の基本規定の定めがあり、これに基づき、中央法令に依って」諸規則が定められ、製造・販売の許可や禁止、検査員による検査や廃棄処分等を行うことをあげている³⁵¹。同じく、明治時代の行政法学を代表する織田萬は「衛生行政ハ其設備ニ関スルモノノ外ハ国家ノ権力ヲ以テ個人ノ自由ヲ制限スルニ依リ其目的ヲ達スルコトヲ得ルモノニシテ随テ其大部分ハ行政警察ノ範圍ニ属ス」と述べて

³⁵¹ 美濃部・前掲注（48）253頁。

いる³⁵²。

戦後、日本国憲法が制定され、食品衛生分野においては食品衛生法を頂点とする法体系が整備され、執行についても警察組織から、食品衛生監視員を置く保健所等の衛生行政組織へと移った。しかし、戦後の混乱で食糧不足や食中毒の多発、不衛生な環境等、国民の衛生的な食生活を実現するためには、GHQ の監視の下、戦前と同様の許可や検査等権力的手段による規制と取締りが必要であり、警察法としての性格は、日本国憲法への転換があっても、変わることがなかった。学界においても、戦後の伝統的行政法学を代表する田中二郎は、警察を司法警察と行政警察に分離し、行政警察については保安警察のほか、福祉行政に関連して衛生警察、交通警察、産業警察があるとし、そのなかで衛生警察のうち一般保健警察に関するものとして食品衛生法をあげている³⁵³。また、塩野宏も警察行政の「公共の秩序を維持するもの」として食品衛生の見地からなされる飲食的営業に対する規制を例示にあげていた³⁵⁴。また、裁判例においても、食品衛生法は単なる取締法規と解するものや、営業許可は一種の警察処分とされる等、食品衛生行政は消極的な目的を掲げる警察行政として取り扱われていた³⁵⁵。

2 警察権の限界

(1) 警察権の限界

警察権の発動については、伝統的行政法学においても、自由裁量に一定の条理上の限界があることが論じられてきた。特に明治憲法下においては、議会在が制定した法律ではなく、天皇による命令が広く用いられ、行政は議会を経ないでさまざまな規則を制定し、法律に規定のない事項についても規制し、罰則を設け、人民の権利・自由を拘束していた。このような、議会在が制定する法律に拘束されない警察権の濫用を防止し、法治主義の原則を実現するために、学問上警察の概念を明らかにし、警察権が自己拘束的に一定の法的規制の

³⁵² 織田萬『行政法講義 下巻』107頁（有斐閣，第8版，1922）。

³⁵³ 田中二郎『新版 行政法 下Ⅱ[全訂第1版]』294頁（弘文堂，1969）。一般保健警察に関する法律として、このほか、食品衛生に関連するものとして製菓衛生師法、と畜場法、へい獣処理場等に関する法律等があげられている。

³⁵⁴ 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論[第2版増補]』9～11頁（有斐閣，2001）。塩野は、衛生行政を規制行政のカテゴリーにとらえ、食品衛生法において食品衛生を保持するために権力的手法を用いた規制が行われるだけでなく、非権力的手法として行政指導も用いられるとしている。

³⁵⁵ 売掛金代金請求事件（最二小判昭和35年3月18日民集14巻4号483頁）、飲食店営業許可取消請求事件・前掲注(152)。

下にあることを明確化しておく必要があった³⁵⁶。条理法上の原則としての警察権の限界論は、このような不十分な形式的法治主義のもとにあって、国民の権利・自由を保障し、警察権の行使を必要最小限のものに抑制するための法理として、極めて重要な位置を占めたのであった³⁵⁷。

警察権の権限濫用を防止する目的で論じられる限界として、警察消極目的の原則、警察責任の原則、警察公共の原則、警察比例の原則の4つの原則があげられていた³⁵⁸。そのなかでも、食品衛生行政において大きな問題となった警察消極目的について、ここでは検討することとする³⁵⁹。

(2) 警察消極目的の原則

伝統的行政法学においては、警察権は消極目的を掲げるものでなければならないとされていた。

前述の織田萬は、警察目的について当時の通説であった消極説をとっている³⁶⁰。織田は、フランスにおいて革命時代に制定された罪刑法典第6条において「警察ハ公ノ秩序、個人ノ自由、財産、安全ヲ保持スルガ為ニ設ケラル」と警察の任務が定められていることから、「警察の任務は必然消極的のものであって、公の秩序竝に個人の自由、財産又は安全を脅威し得べき一切の危害に対して社会と個人とを防禦すること、他の語を以て云へば社会生活の不秩序を誘起する総てのものを除却することに限らるべきである。」とした。また、国民の権利・自由を、強制力をもって拘束する警察権の根拠は、法律でなく、法令をあげている。織田は、法律だけでなく、明治憲法第9条により天皇の大権として安寧秩序を保

³⁵⁶ 下山瑛二「第二章 警察法」下山瑛二・室井力編著『行政法 下巻』18頁（青林双書，1980）。

³⁵⁷ 白藤・前掲注（173）108頁。

³⁵⁸ 田中・前掲注（353）272～277頁。警察権は、公共の安全と秩序を維持する消極目的の下に行使されること、公共の安全と秩序を維持する上で責任を有する者に対してのみ行使されること、公共の安全と秩序違反に直接関係のない私生活、民事上の問題に行使しないこと、公共の安全と秩序を維持する上で忍容しえない障害や危険を除去するため必要最小限度において許されることとなる。熊本信夫「警察の概念」成田頼明編『行政法の争点（新版）』238頁（有斐閣，1990）。

³⁵⁹ 民事不介入について、その問題を指摘したものとして藤田宙靖「民事不介入」成田頼明編『行政法の争点（新版）』240～241頁（有斐閣，1990）。

³⁶⁰ 織田萬『日本行政法原理』261頁（有斐閣，1934）。織田は警察権の限界については、法令に根拠を有すること、個人の私生活に干渉しないこと、私法行為と無関係なこと、自由の制限は秩序維持の必要以上に及ばないこと、警察上の処分は危害の責任者に対してのみ行われることの5項目をあげている。

持するための命令が認められていることから、当時の憲法状況と合わせ、命令についても警察権行使の根拠として認めた³⁶¹。そして、法令の規定がない場合は、警察処分を為すことができないとしたのである³⁶²。

一方、美濃部達吉は、警察概念についてはその性質から判断し、社会公益の保護を目的とし、命令や強制等権力的な手段をもって行う作用であれば、積極的な福利目的のために行う制限についても警察作用としており、当時の通説と比べ、警察概念を、福利目的を実現する作用を含めて広範囲に認めたところにその特徴があった³⁶³。美濃部は、警察目的を社会秩序の維持に向けた国家作用であることを是認しつつ、特別な理由により法律をもって、福利のためにも権力作用をなしうる場合があることを主張したのである³⁶⁴。また、保育作用とされる公企業の経営や公物管理についても、法律により権力をもって人民に命令し強制することが認められている場合は、警察であるとし、社会公益保護が目的であっても権力的手段によらないものは警察の作用ではないとした³⁶⁵。そして、権利・自由の侵害は全分野において、法令ではなく、法律の根拠を必要とするとした。この美濃部の説は当時少数説であった。

両学説の相違は、この時代の法制度の大きな問題を指摘している。第一に、当時の多数説である立法事項説は、憲法各条に明文で規定されている事項のみ法律の根拠が必要とされており、その他の事項については、人民の自由の制限や権利の侵害であっても法律の根拠を必要としないという説であった。第二に、明治憲法第9条は、天皇の独立命令制定権を定めており、天皇及び行政権力が強大であったことである。美濃部はこれに反対し、法律の留保は、単に憲法に列挙された事項にとどまらず、人民の自由・権利を侵害する全分

³⁶¹ 織田・前掲注(360) 260～273頁。

³⁶² 織田・前掲注(352) 120～121頁。「法令ノ定ムル所ニ依ルコトヲ条件トスルカ故ニ法令ノ規定ナキ場合ニハ行政庁ハ此等ノ物品ニ対シテモ亦上述ノ処分ヲ為スコトヲ得ス」と述べている。

³⁶³ 美濃部は、人民の公共の利益という点で、まず、警察は、司法すなわち民事、刑事、そして行政作用においても、国家目的の作用とは区別されるとしている。行政作用については、内政、外政、財政、軍政の4つに分け、さらに内政を警察、保護及び統制、公企業及び公物(保育)、公用負担の4つの作用に分類した。外政、財政、軍政については、国家目的のためであり、国体としての存立発展を直接の目的としている。美濃部・前掲注(48) 3～4頁、6～7頁。当時の多数説は、警察は消極的に社会上の障害を除くことのみに限られ、積極的に社会の福利を推進するために行う作用は警察の概念に属しないとしていた。

³⁶⁴ 熊本・前掲注(358) 238頁。

³⁶⁵ 美濃部・前掲注(48) 23頁。

野に及ぶべきであり、法的根拠が必要であると主張した³⁶⁶。学説の対立は、明治憲法に内在する絶対君主制と、市民的法治国という2つの矛盾的側面を表していた。

戦後は、戦前からの消極説を引き継ぎ、警察は「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、公共の安全と秩序の維持に対する障害を未然に防止し、既に鎮圧し除去するといった消極的な目的のためにのみ発動することができると考えられた³⁶⁷。そして、積極的に社会公共の福祉を増進するための作用は、たとえ法規により命令強制の権限を与えていても、警察の作用といえないとされた³⁶⁸。

このような状況をふまえて、学説は、食品衛生法についても行政警察法規と位置付け、消極目的による規制を求めたのであった。

3 警察行政からの離脱

明治憲法の時代から戦後まもなくの時期までは、国民は食糧を得ることに一生懸命であり、衛生に関する科学的知識も十分でなかった。食品衛生関連法令は多発する食中毒や食品事故等から、国民の生命と健康を権力的手段による営業者の取締りにより維持し保全するものであり、まさに警察法であった。しかし、日本が経済成長を遂げるに伴い、海外か

³⁶⁶ 塩野・前掲注(54)107頁。当時の多数説は立法事項説と言われ、それに対し、塩野は、このような市民的法治国論に基づいて、国家行政における権力的侵害行政を全体として法律の留保のもとにおく説を、「市民的侵害留保説」としている。美濃部は、法律の留保について原則を作成した(美濃部三原則)。^①人民の権利を侵し、これに負担を命じ、又はその自由を制限する処分は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない。^②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へて居る場合を除く外、原則として自由裁量の行為である。^③直接に人民の権利義務を左右する効果を生じない行為は、法律が特に制限を加へて居る場合を除く外、原則として自由裁量の行為である。美濃部達吉『行政裁判法』152頁(千倉書房,1929)。警察権は、当時、非常に強力な権力をもち、人民の権利・自由を拘束したことは明らかであるが、美濃部の主張は、法の目的が積極的、消極的にかかわらず、権力的規制に対する人民の権利・自由保護において重要な意味を持つ。

³⁶⁷ 田中・前掲注(353)253頁。

³⁶⁸ 田中・前掲注(353)273頁。田中は「規制」という観念を設け、「公共の福祉を維持増進するために、人民の活動を権力的に規律し、人民に対し、これに応ずべき公の義務を課する作用」と定義した。規制は公共の福祉を維持しその向上増進を図るという積極的な目的のために行われる作用であり、人民の活動を権力的に規律する作用、すなわち公権力の行使として、命令・制限・禁止・強制等をなす作用である。積極的な目的の作用という点、自然の事実だけでなく法律行為や法律関係を対象に含む点、すべて对人的に作用する点で警察と区別している。

らの食品輸入の増加、食品製造技術の発展による冷凍食品やレトルト食品の普及、豊富な食糧等食生活が豊かになり、また多様化し、従来は食されてなかったさまざまな食品が手に入るようになると、これまでの警察法としての食品衛生が想定しなかった新たな食品衛生問題が発生し、行政においては、強力な調査権や命令権、許認可権とともに、規制をさらに強化することで対処するようになった。

例えば、1955年（昭和30年）の森永ヒ素ミルク中毒事件や、1968年（昭和43年）のカネミ油症事件等食品事故による大規模な被害が発生し、これまでの食品製造業者に対する規制強化では、消費者の生命、健康を十分に擁護することができなくなる。その背景には、警察行政としての食品衛生行政が、消極目的の原則に基づくものであったために最小限の規制権限の行使しか行ってこなかったこと、国民は行政の規制の結果、規制の直接的な名宛人ではなく、間接的・反射的にもたらされる利益すなわち、公益を享受する第三者に過ぎないと考える伝統的法思考があったことをあげることができる。ここに、従来の衛生警察としての行政の限界を見出すことができる。

1950年代の終わりから多発する食品事故等に対応するため、食品衛生関連法令は何度か改正が行われるが、そのなかで、行政による一方的で権力的な業者の取締りだけでなく、業者の同意のもとに実施される行政指導や、違反事実を業者だけでなく広く国民に知らしめるための公表、業者自らが積極的に衛生管理に取り組むよう食品衛生管理員の設置等による自主的衛生管理への誘導等、非権力的手段による規制が行われるようになった。また後述するカネミ油症事件では、農林省と厚生省の連携が問題となったことから、単独省庁による取締りだけでなく、各省庁における実質的な連携や連絡調整についても求められることとなった。

国民の食品衛生に対する考え方についても、大きな変化が見られるようになった。第一に、後にふれるように、権利としての「健康」観である。憲法第25条により保障されるとともに、食糧が充足し生活に余裕が出てくると、健康に対する意識が高まり、より安全で健康に良い食品を求めるようになった。第二に、伝染病や食中毒予防だけでなく、成人病の増加や高齢化社会の深刻化に伴う、健康に対する新たな意識の変化がみられるようになった。食品衛生が確保され食生活が豊かになると、成人病として肥満や慢性疾患への懸念とともに、健康で長生きすることに対する意識が高まってきた。第三に、健康確保に対する国や社会の総合的な施策・措置の重要性に対する認識である。食品の安全確保や、国

民の健康維持には、個人の努力だけでなく、行政の積極的な目的をもって行う施策が大きな役割を果たしていることが認識され始めた³⁶⁹。例えば、1968年（昭和43年）に制定された消費者保護基本法も、消極目的を掲げた警察目的の食品衛生行政を修正するものとなった³⁷⁰。国民の意識と行政目的の変化にも、従来の警察法としての食品衛生法という位置付けだけでは対応することができなくなったことが表れている。

こういった食品衛生法の警察法としての限界を明らかにし、警察行政からの脱却に向けて大きな影響を与える嚆矢となったのは、カネミ油症事件である。

4 カネミ油症事件と食品衛生行政

カネミ油症事件については、民事訴訟では8件の訴訟が行われており、うち5件について8つの判決が出された。そのなかで、国や北九州市の行政責任が問われたものが5つあり、裁判所の判断は分かれたのである³⁷¹。

行政責任が問われ判決がでた裁判は、通称小倉民事一審第一審（①）とその控訴審（②）、小倉民事二審第一審（③）とその控訴審（④）、小倉民事三審第一審（⑤）であり、②小倉民事一審控訴審と⑤小倉民事三審第一審で、国の責任が認められた³⁷²。

裁判において被告はいずれもカネミ倉庫（株）、カネミ社長、鐘淵化学工業（株）、国、北九州市であり、すべての判決でカネミ倉庫の有責と北九州市の免責は共通している。

行政の責任の争点となった項目は、大きくわけて2点あり、第1点は行政の権限不行使であり、第2点はダーク油事件に関連する行政間の連携についてであった³⁷³。

³⁶⁹ 恒川・前掲注（207）129頁。

³⁷⁰ 1972年（昭和47年）の食品衛生法第12次改正においては、国会（衆議院、参議院とも）において、情報収集と消費者への情報提供、危害防止だけでなく積極的な国民の健康の保護増進等が附帯決議され、食品衛生法に積極的な作用を求めている。

³⁷¹ カネミ油症に係る裁判は、最終的には最高裁判所が原告に対して和解を提案し、1989年（平成元年）3月22日までに、すべての原告とカネミ・鐘化との間に和解が成立した。

³⁷² 判決日等はそれぞれ①福岡地小倉支判昭和53年3月10日判時881号17頁、②福岡高判昭和59年3月16日判時1109号44頁、③福岡地小倉支判昭和57年3月29日判時1037号14頁、④福岡高判昭和61年5月15日判時1191号28頁、⑤福岡地小倉支判昭和60年2月13日判時1144号18頁。

³⁷³ 行政の権限として、食品衛生法は、食品事故が発生した際、製造事業者が責任を負うだけでなく、厚生大臣や都道府県知事等に対して営業者に食品の廃棄その他必要な措置を命ずる権限（現行法第54条第1項）、及び都道府県知事等に対して事業者の営業禁止、営業許可の停止、取消しの権限（同法第55条）を認めている。

(1) 行政権限の不行使

行政権限の不行使について、それぞれの判例をみると、以下の3つの類型にわけることができる。

まず、第一に、行政の自由裁量を前提に行政便宜主義に基づいて判断し、権限不行使については違法ではなく、行政には責任がないとするものである。反射的利益論もこれに含まれ、カネミ油症事件の判決では①がこれに該当する。食品衛生法に基づく国の権限の行使は、行政庁の自由裁量に委ねられているというべきであり、政治的行政的責任はあっても、個々の国民に対する法律上の義務はないと解するのが相当であるとした。③④も趣旨は同様である。

第二に、同じく自由裁量を前提にしながらも何らかのコントロールを行い、被害を受けた国民を救済しようとするものがある。この類型はさらに2つに分かれ、一つはいわゆる裁量収縮論である。このアプローチをとった判例は、判例②である。この判例によると、「行政庁は飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止するについて積極的な行政責任を負うもの」とし、「その安全性を疑うべき具体的徴表が存するときは勿論、それに連なる蓋然性の高い事象が存する場合は、行政庁はもはや自由裁量の余地はなく、規制権限を予防的に行使する法律上の義務を負うものというべきである。」と判示した。このアプローチは、種々の状況が存在する場合に裁量権が収縮してゼロになるという考え方である。この嚆矢としては、熊本水俣病に係る裁判の一つである熊野水俣病第三次訴訟第一陣第一審判決をあげることができ、そこで初めて、裁量収縮論が採用されている³⁷⁴。法がその権限の行

³⁷⁴ 判旨のうち、食品衛生法に関連した部分では、国、熊本県が魚介類の捕獲販売等の禁止の措置をとらなかった違法として、「1959年（昭和34年）11月頃には、有毒物質を含む水俣工場廃水は、アセトアルデヒド、塩化ビニール等の急激な増産が進むと共に排水量も増大して水俣湾及びその付近海域の汚穢汚濁は、魚介類に壊滅的な影響を与え、棲息する魚介類を有毒物質で汚染して沿岸住民の中には生命、健康を害い、水俣病患者が続出し、発生地域も拡大する等、破滅的な事態に陥っていた」ことから、食品衛生法4条2号、22条（他に漁業法等）の適用による「水俣湾内の魚介類の捕獲禁止、水俣工場廃水の浄化設備の設置等の規制権限を行使すべき義務があったことはいうまでもない。」とする。また「昭和31年5月1日、熊大研究班が水俣湾内の汚染魚介類の摂取によって水俣病が発症する旨の報告をした時点以降は、最早、水俣湾内の魚介類は、論議の余地なく種類を問わず危険性を有していたことは明らか」とし、熊本県からの照会に対し厚生省が昭和32年9月11日付公衆衛生局長名で出した見解である水俣湾内特定地域の魚介類の総てが有毒化しているという明らかな根拠が認められず、総ての魚介類につき食品衛生法第4条第2号の適用をすることができないというのは、「全く科学的ではなく、殊更右規定の適用を避けようとする意図がうかがわれ、直ちに右条項の適用をして事態に対処すべきであったものといわなければならない」とし、「昭和34年11月頃には、被告国、同熊本県の規制権限不行

使を行政庁の裁量に委ねている場合であっても、国民の生命、健康に対する重大な具体的危険が切迫している等5つの要件を満たす場合は、権限の行使につき裁量の余地がなくなり、権限不行使は違法になるとしたのであった。

裁量収縮論の要件については、細部で不一致があるが、ある程度共通の判断枠組ができつつあり、①被侵害法益の重要性、②予見可能性の存在、③結果回避可能性の存在、④期待可能性の存在が、通常あげられている³⁷⁵。

この判断枠組に沿ってカネミ油症事件を検討し、宇賀克也は被侵害法益の重要なものとして、生命、身体の安全をあげる。カネミ油症はまさにカネミ油を食した人の生命、健康に大きく影響した。しかし、行政立憲主義の立場に立つカネミ油症①の判決では、裁判所がカネミに対する食品衛生監視員の監視について、問題となった脱臭装置をカネミが連続して運転しており、脱臭罐内を点検することは装置の運転を長時間停止してしまい相当の営業損失を与えてしまうため、国民の生命、身体に具体的な危険が存在していることを確認するか、予測できてからしかできないとしている。また、多少の疑いで検査を実施した場合、もし装置に何も瑕疵がなかった場合であっても規制は濫用とならず、賠償も要しないので、企業にとって不合理であると判示した³⁷⁶。上記の判示からわかるように、①は、消極目的を掲げる警察行政の法理に立つ判断であり、営業の自由を前提に警察規制は必要最小限でなければならないという考え方に基づいた判決であった。しかし、②は、警察行政であってもその目的が、一定の状況が存在する場合には消極目的から積極目的へと転換するとみるものとなっている³⁷⁷。そして、予見可能性は作為義務を肯定するために不可

使による作為義務違反は最早明らかである」と判示した。この他にも水俣病の訴訟は各地で行われており、食品衛生法第4条（当時）の有害食品の禁止規定については判断が分かれるところである。（参考）戸田・前掲注（229）27頁。

³⁷⁵ 宇賀克也『国家補償法』157頁（有斐閣，1997）。

³⁷⁶ 判例時報881号18頁参照。判決の中で「被告カネミでは月曜日の朝から日曜日の朝まで連続して脱臭装置を運転しており、もし食品衛生監視員が右装置の運転を停止して長時間脱臭罐内を点検するとすれば、被告カネミに相当の営業上の損失を蒙らせることとなるから、そのような食品衛生法に基づく規制は、被告国において国民の生命、身体に対する具体的な危険が存在することを現認若しくは予測しえて初めてなしうる」と判示し、規制を、消極目的を掲げる警察規制として位置付けて、企業の営業の目的に最大限に配慮した見解を示したことは、企業利益と国民の生命、身体の保護との間で、どちらに重きをおくかという点で大きな問題である。

³⁷⁷ 前章で紹介したチクロ使用禁止に係る損害賠償事件は、同年代の訴訟（昭和53年11月27日判決）であり、食品添加物が訴訟の対象であり、同じ食品衛生法が関連するが、国は食品衛生法第6条の解釈として、「食品添加物の使用は、『人の健康を害するおそれのない場合』に限って認められるものであって、人の健康を害するおそれのある場合に使用

欠であり、必要とする予見可能性は個々の状況によって異なるとされる。カネミ油症の場合、②と⑤の判決では、ダーク油事件の際に農林省職員が検査や調査を行うなかで、その予兆に気付くべきであったとされた。そしてその時に一步踏み込んで調査していれば、油に異常があったことがわかり、被害が回避できた可能性が高いと判断している。したがって、結果回避可能性も不作為による責任を認めるための必須条件となる。さらに、期待可能性は、私人での解決が困難で行政の介入が期待される場合は、作為義務が認められやすくなるというものである。特に薬害や食品添加物等では専門知識が必要であり、国による監視が期待され、行政介入が求められることとなる³⁷⁸。

もう一つの考え方は、行政の自由裁量を認めながら、不作為が著しく不合理な場合は裁量権を逸脱し違法であるとする裁量権消極的濫用論の考え方である³⁷⁹。この考え方を採用したのは⑤とされている。被害法益が国民の生命、身体、健康に係るときは「差し迫った」危険、「容易に」知り得る状況、「たやすく」行使という「」部分の要件は不要であるとし、違法性の要件をさらに緩和したが、緩和した要件を適用したにもかかわらず、PCBの事前規制に係る国の責任については予見不可能として認めていないことから、この本件にあっては、裁量権消極的濫用論を探るアプローチは、予見可能性を、裁量収縮論の立場に立った判例より厳しく判断している。

第三の考え方は、これらの判決に対する批判であり、裁量の踰越・濫用から国家賠償法第1条の違法判断を結論づけるのではなく、国家賠償法制の性質、損害を受ける権利利益の性質から考えるべきであるとするラディカルな学説である³⁸⁰。下山瑛二は、裁量収縮

を禁止するのではない。」と述べ、裁判所はさらに「その安全性が実証されるか、又は確認されて初めてその使用を認めるべきものとする公衆衛生上の要請に基づくものと解せられる。」と積極行政の立場から述べている。

³⁷⁸ 宇賀・前掲注(375) 163～165頁。

³⁷⁹ 裁量権消極的濫用論については、いわゆるクロロキン事件(最二小判平成7年6月23日民集49巻6号1600頁)において、最高裁は、厚生大臣が医薬品の副作用による被害の発生を防止するために薬事法上の権限を行使しなかったことが、当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見において、薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、右権限の不行使は国家賠償法第1条第1項の適用上違法となるという要件を示した。判決では、厚生大臣のとした措置は、一応の合理性を有するものと評価することができるとし、国に対する請求を棄却した。

³⁸⁰ 室井力『行政の民主的統制と行政法』119頁(日本評論社, 1989)。室井力は、カネミ油症における判例や学説について、ある状況の場合には裁量権をゼロとし行政に履行を義務付ける裁量収縮論と、憲法第25条からのアプローチである健康権説を伝統的行政法学からみれば画期的な一歩と評価した。

論が、国の賠償責任について、行政責任を判断する場合においても裁量を原則とし、その特殊例外的な違法を検討するという法理であることに疑念を表明し、食品衛生法の名宛人に対する規制権限行使の質（作用法上の問題）と、関係する第三者に対する安全性確保のための権限行使の質（賠償責任）とは、次元が異なっており、したがって同一範疇内で裁量が量的に収縮したり拡大したりする関係に立つものではないと述べる³⁸¹。そして、国民の生命、健康に影響を及ぼす物質を国が規制する場合には、国家賠償法第1条の「違法」の要件は、国民の基本的権利たる生命・健康の権利を保障する見地から、公権力行使の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきとする、いわゆる健康権説を主張した³⁸²。すでに発生した被害に対する救済を行うという次元で思考する革新的な考え方であった。

下山は、「警察権の限界」原則の一つである比例原則すなわち、「公権力の発動は必要な最小限にとどまることを要する」という原則は、発動基準が「普通の社会の平均人を標準として、堪えがたい程度の障害」が「発生したとき、又は発生が相当の確実性をもって迫ってきたとき」に限定されるものである。しかし、食品衛生行政においては、このような警察権発動の程度・態様では、国民の生命、健康を保全することはできないと批判し、食品衛生行政と食品衛生法を警察法の法理から解放し、積極行政、予防行政として新たに再定位するものであった³⁸³。

裁量権を前提とするか否かの違いはあるとはいえ、これらの考え方は、これまでの警察法としての食品衛生法が依拠した伝統的な警察法の法理からは導き出せないものであり、伝統的行政法における行政便宜主義や反射的利益論を克服する新たな試みであった。裁量収縮論や裁量権消極的濫用論のように、伝統的法理から一步離脱を図るものと、健康権説のようなラディカルな克服をめざすものがあるが、いずれも警察法の見直しを図ろうとする点で、画期的なものであった³⁸⁴。

³⁸¹ 下山・前掲注（348）264～265頁。

³⁸² 下山・前掲注（348）242頁。

³⁸³ 下山瑛二「消極行政から積極行政への転換上の問題点—食品衛生法を素材として」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』31～35頁（有斐閣，1978）。

³⁸⁴ ここでは検討しないが、食品衛生法上の規制の仕組みとして、徳田博人は、食品安全規制と食品衛生規制の二つの仕組みがあり、我が国の行政法学は、伝統的に行政行為論中心主義であったことから、営業許可制度等行政行為が介在する衛生規制を中心に法制度のあり方や解釈論が展開したと推測する。日本と比較すると、米国における食品衛生は、食品そのものの公共性に着目し、食品法として、消費者、企業、行政の関わり方を論じ、法制度設計を行っている。徳田・前掲注（7）25頁。

（２）行政間の連携

②と⑤の判決では、行政間の連携が不十分であったことから、裁判所は国の責任を認めた。②では所管する法が異なっても、有機的に対処すべき義務があることを認め、事件に関係した公務員がそれぞれの義務を尽くしていれば被害発生の危険性を十分予測できたと判示した³⁸⁵。また、先に述べた PCB の事前規制に係る予見可能性について否定した⑤も、国家行政組織法上その履行が当然に要請されるとし、農林省や関係機関は厚生省等食品衛生諸官庁に通報連絡し、権限行使の端緒を提供する等連絡調整の義務があるとし、裁量権消極的濫用論の立場に立った積極的な判断を行った³⁸⁶。

従来、国の行政組織は、国家行政組織法により、各省庁の相対的独立性を保障する分担管理原則をとるとともに、行政組織間相互の連携を図り、一体として行政機能を発揮するようにしなければならないとされている。食品については、その安全確保という視点から「食品の生産流通」を所管する農林省と、「食品の衛生業務」を所管する厚生省が連携を図ることは、現在から考えれば必要不可欠であるが、先に、食品衛生法の第 12 次改正の項で述べたように、当時は行政警察の考え方に基づき、省庁間の連絡調整はほとんど行われていなかった。これらの判決において、食品衛生行政におけるその違法性を認めた意義は大きく、第 12 次改正の際の国会において、「厚生省を中心とする関係各省の緊急な協力体制の整備」が附帯決議されることにもつながった³⁸⁷。

5 行政救済の新たな展開

伝統的行政法学に基づけば、食品衛生法は警察法であり、それを念頭に置く法関係は、行政庁と名宛人、すなわち衛生当局と規制される営業者のみであり、消費者である国民はそのなかに入っていなかった。また、食品衛生法の目的も「飲食に起因する衛生上の危害の防止」であり、秩序を維持するための消極目的であった。「警察権の限界」の原則の一つ

³⁸⁵ 判例時報 1109 号 26 頁参照。

³⁸⁶ 判例時報 1144 号 20 頁参照。

³⁸⁷ 室井・前掲注（380）124 頁。室井は、国家賠償責任制度という救済制度の側面から、国の行政組織の一体性の法理を説くことが必要であったとし、縦割り行政と省庁間のセクショナリズムがもたらした弊害と責任について、裁判所が厳しい判断を下したことを評価し、行政権限の不行使に対する裁量収縮論と合わせ、伝統的行政法学からの新しい展開を求めるものとして評価している。

である警察比例の原則は、必要とされる最小限度の規制であることを求めている。

しかし、経済社会が発展し、さまざまな技術が開発され、化学合成物やそれによる食品添加物が増加していくなかで、これまで予想しなかった食品事故が発生し、食品の安全性の確保は反射的利益であり、食品衛生法が社会の秩序を維持するための法とするだけでは、国民は生命や健康を維持することができなくなっていた。

裁量収縮論はそういった行政警察としての食品衛生行政に、なおも裁量権の存在を前提とするとはいえ、行政の権限行使を義務付け、国の責任を認める新たな考え方であった。原田尚彦は、裁量収縮論は、先に述べた要件が整えば、国民は行政庁に対し、行政介入を請求する権利が、判例によって認められることを意味すると解している³⁸⁸。

さらに健康権説は、行政救済においても新たな視点を提供した。下山が主張する名宛人に対する規制権限行使の質と、関係する第三者の安全性確保のための権限行使の質との違いは、すなわち、抗告訴訟と国家賠償請求訴訟の法制度的区別であり、国家賠償法第1条による被害者の救済を徹底させた論理であった。

一方、食品衛生ではないが、同じころ薬事法でも同様の問題が生じており、1978年（昭和53年）には北陸スモン訴訟（金沢地判昭和53年3月1日判時879号26頁）、東京スモン訴訟（東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁）、福岡スモン訴訟（福岡地判昭和53年11月14日判時910号33頁）等において、国の賠償責任が認められた³⁸⁹。原田

³⁸⁸ 原田尚彦『行政責任と国民の権利』74頁（弘文堂、1979）。

³⁸⁹ 判決では、厚生大臣が医薬品の製造許可、許可の撤回等の権限を有しており、権限を行使するにあたり、医薬品の有用性と安全性を国民の健康保護の見地から慎重に審査すべき職務上の義務があったとした。その上で、大臣が所定の注意義務を果たさず、適切な権限行使を怠って漫然と製造販売を放置したのは違法であるとした。薬事法においては、1967年（昭和42年）に「医薬品の製造承認等に関する基本方針について」（昭和42年9月13日厚生省薬発645号薬務局長通知）及び「医薬品の製造承認等に関する基本方針の取扱いについて」（昭和42年10月21日厚生省薬発747号薬務局長通知）により、薬事法を積極行政の法規と解することとなったとされる。東京スモン訴訟第一審判決（東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁以下）においても、以下のとおり判決に記述されている。「新憲法下に登場した昭和23年法は勿論、これを全面的に改正した昭和35年法においてもまた、製造等の承認（旧許可）にあたっての審査基準、審査手続及び審査機関並びに承認後における追跡調査制度及び承認の撤回等、医薬品の安全性確保のための具体的諸規定が見事なまでに欠落しており、「薬事法の性格及びその規定全体との関係」から見て、実定法上、承認権者たる厚生大臣に医薬品の安全性確保を法的義務として課する根拠を見出し得ないこと、しかしながら昭和35年法の施行後、間もなく発生したサリドマイド事件により、医薬品の安全性の確保がわが国を含めて全世界の緊急課題となり、厚生当局も、かかる新たな行政需要と実定法規との乖離の中で、医薬品の品目毎の承認という「授益的行政行為」を明文の規定なくして取り消し得るという有権解釈を後楯として、医薬品の安全性確保という緊急課題に応えるべく薬務行政を運営し、昭和42年いわゆる「基本方針」を策定す

は、こういった判決を従来の警察行政としての許認可行政の本質に変容を迫るものと評価する。しかし、健康権説については、行政庁が安全性への配慮を無視したり不当に軽視したりする等義務を果たさなかった場合は、行政裁量を限界づけ、その範囲を収縮させる重要な機能を果たすと評価するが、一方で健康権として権利を絶対視することは問題があると批判的な指摘もしていた³⁹⁰。

6 小括

食品衛生行政は、明治憲法制定前から警察行政と位置付けられており、そして、その性格は1900年（明治33年）制定の「飲食物其ノ他ノ物品取締ニ関スル法律」や省令、府県令においても変わることがなかった。戦後、日本国憲法が制定され、食品衛生分野においては食品衛生法を頂点とする法体制が整備されたが、戦前と同様に、消極目的の下、許可や検査等権力的手段による規制と取締りが行われ、警察法としての性格は変わることがなかった。

警察権の限界は、議会が制定した法律に拘束されない警察権の濫用を防止するため、伝統的行政法学において論じられてきたものであり、国民の権利、自由を保障し、警察権の行使を必要最小限に抑制するものであった。

そのなかでも警察消極目的の原則は、警察権は公共の安全と秩序の維持に対する障害を未然に防止し、既に鎮圧し除去する消極的な目的のためにのみ発動するものとし、食品衛生法についても消極目的からの規制を求めたのであった。

しかし、食品による大規模な健康被害を生ぜしめた事故が多発し、また、日本が経済成長を遂げ食生活が豊かで多様化すると、これまでみられなかった新たな食品衛生問題が発生するようになった。当初は、行政は規制の名宛人である営業者に対する調査権や命令権、許認可権等の規制を強化することで対処していた。しかし、森永ヒ素ミルク中毒事件やカネミ油症事件では、営業者に対する規制強化では消費者である国民の生命、健康を擁護す

るに及んで、医薬品の安全性確保が、新たな法思想として明文化され集大成されて、成文の形で定着するに至り、これがわが国における「薬事法の改正」とも称せられている。」これについては、下山瑛二等疑問を呈する研究者もいる。

³⁹⁰ 原田・前掲注（388）100～101頁。原田は、福岡スモン判決や広島スモン判決が、国民の生命や健康に被害が発生すれば、そのまま国の責任を認めるような判示であるとし、効果の高い薬には副作用を伴う危険性があることは薬学上の常識であるとし、副作用があるから薬の利用を禁止したり、副作用が生じたため国の責任を追及したりすることは極端に過ぎ、薬品の発展を妨害すると懸念を示した。

ることができないことが明らかとなり、消費者保護基本法の制定による消費者の権利擁護とともに、ここに、従来の衛生警察の限界を見出すこととなった。

カネミ油症事件は、食品衛生法の警察法としての限界を顕著に示している。そこでは、被害者である国民を救済するために、行政の自由裁量を前提にしながらも、一定の状況の下では裁量権がゼロに収縮する裁量収縮論や、権限の不行使を裁量の濫用とする裁量権消極的濫用論、そして裁量論そのものを否定する健康権論が登場するとともに、農林省と厚生省の行政連携が不十分であったことを義務の懈怠とし、国の責任を積極的に認めることとなった。判決が示すこのような考え方は、従来の警察法にはなかったものであり、ここに裁判例における警察法からの離脱をみるのである。

また、実際に被害にあった国民を救済するために、国家賠償法第1条の「違法」の要件には、裁量の踰越や濫用ではなく、公権力行使の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきであると明言する点で、健康権説は、ラディカルで、警察法の全面的な克服をめざすものであった。

裁量収縮論をとると、国民が行政庁に介入を請求する権利を認めることになると、これを評価する意見がある。しかし、食品衛生行政を積極行政、予防行政と位置付け、営業者に対する規制権限行使と、国民に対する安全性確保のための権限行使とは次元が異なるという考え方をとるならば、国家賠償法第1条による被害者の救済の問題のレベルで、さらに一步進んで新たな行政救済の可能性を拓くものといえよう。

第3章 積極行政としての食品衛生行政の展開

1 食品安全基本法の制定～制度としての本格的転換～

(1) 食品安全基本法の制定

これまで述べてきた食品衛生の警察法からの離脱は、まずは行政法段階において、また、行政の実務、そして、裁判例の新たな展開のなかで、顕著な傾向となっていた。この傾向が、警察法として位置付けられていた食品衛生法を中心とする食品衛生法制度の変革へと導くこととなったのが、次に述べる BSE 問題であった。2001 年（平成 13 年）9 月、我が国においても牛海綿状脳症（BSE）の発生が確認された³⁹¹。同年 11 月、農林水産及び厚

³⁹¹ BSE は、細菌やウイルスによる食中毒とは異なり、プリオンという異常たんぱく質が要因となって起こる伝達性疾患であり、牛の脳の致命的疾患である。人への感染可能性を否定できないことから消費者に大きな不安を与えた。BSE は当初狂牛病と言われ、牛肉消

生労働大臣の私的諮問機関「BSE 問題に関する調査検討委員会」が設置された³⁹²。2002年（平成14年）4月、委員会は「BSE 問題に関する調査検討委員会報告書」をとりまとめ、そのなかで消費者の健康保護の最優先とリスク分析手法の導入、消費者の保護を基本とした包括的な食品の安全を確保するための新しい法律の制定並びに新しい行政組織の構築を提言した³⁹³。この提言を受けて同月「食品安全行政に関する関係閣僚会議」が開催され、同年6月に「今後の食品安全行政のあり方について」がとりまとめられた。翌2003年（平成15年）に、食品安全基本法（平成15年5月23日法律第48号）が制定され、同時に内閣府に食品安全委員会が設置されたのであった。そして、これらを二本柱とし、食品安全行政を行うこととなった。なお、食品安全基本法の所管省庁は内閣府であった。

（2）食品安全基本法が求める食品安全行政

食品安全基本法が求める食品安全行政の特徴は大きく3点ある。1点目は、警察、規制の名宛人である営業者ではなく、消費者である国民の健康保護を重視したこと、2点目は、厚生労働省と関連する地方公共団体の機関だけではなく、食品の安全性に関係するすべての各行政機関が総合的に取り組むこととしていること、3点目は、生命・健康被害の発生やその高い蓋然性の存在ではなく、それらのリスクが生じる前に予防することに重点をおき、そのための食品の安全性を確保するために科学的知見を重視していることである³⁹⁴。

費の激減、風評被害が拡大した。農林水産省は、牛用配合飼料工場への立入検査、牛の全戸全頭調査等生産現場への緊急措置を講じた。厚生労働省は屠畜検査として生体検査、解体前・後検査等のほか、屠畜場でBSE検査、特定危険部位の除去・焼却を指示した。2003年（平成15年）に牛トレーサビリティ法が制定され、牛一頭毎に個体識別番号が付けられた。その牛の出生からの移動履歴情報をデータベース化し、情報公開するトレーサビリティシステムが整備された。

³⁹² 委員会は、産業界、農業者、政府関係者を含まない第三者的な立場から選定され、獣医学、農業経済、公衆衛生の学識経験者5名、農政、食育、福祉制度のジャーナリスト3名、消費者団体代表者2名の計10名で構成された。

³⁹³ 梶川・前掲注（183）18～19頁。委員会の報告書はEUの『食品安全白書：White Paper on Food Safety』（2001）から大きな影響を受けた。食品安全白書は、EUにおける最高水準の食品安全性の確保を優先政策課題の一つとし、情報提供等消費者サイドに立った食品安全行政の推進、食品安全機関の設置、食品法改正プログラムの実施、食料の安全確保に関し利害関係者（農業、食品産業、政府、消費者）の責任原則の確立（リスクアナリシスの適用とトレーサビリティの導入）を最優先事項としている。欧州連合、「食品安全白書」https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/gfl_white-paper_food-safety_2000_en.pdf#search=%27EU+WHITE+PAPER+ON+FOOD+SAFETY%27.（2019.4.15）

³⁹⁴ 条文の解釈の参考として食品安全基本政策研究会『逐条解説 食品安全基本法解説』（大成出版社、2005）。

①消費者である国民の保護を重視した食品安全行政

食品安全基本法の目的（第1条）では、これまでの食品衛生法と比較して大きく2つの点が異なっている。その第一として「国、地方公共団体及び食品関係事業者の責務、並びに消費者の役割を明らかにする」となっており、法の中に、規制権限を行使する者と規制や取締りを受ける者、さらに、規制による利益を受ける者という立場が異なる三者が入っていることである。すなわち、行政庁と名宛人である営業者だけではなく、新たに消費者である国民の登場である。同法第3条はそのことを具体的に示しており、食品の安全性の確保のための措置を講ずる際の基本的認識として、国民の健康保護が最も重要であり最優先するとしている。これはそれまでの食品衛生法等食品衛生行政の法律が、警察法であり、かつ、いわゆる業法で営業者を規制するための法であり、行政と営業者の二極関係を規律するものであったが、この枠組をはずし消費者も入る三極関係のなかで法的規律を考える点で、警察法から脱却し消費者である国民の健康を保護するための積極的な目的を掲げる法であることを表明しているのである。

②各関係行政機関の総合行政としての食品安全行政

食品安全基本法の目的（第1条）の第二の特徴として「食品の安全性の確保に関する施策を総合的に推進する」ことをうたっており、これまで連携協力を要望されながらも十分実施できなかった各省庁が相互に協力しあい、食品の安全性の確保に一体的に取り組んでいくことを求めている。また同法第4条では、農林水産物の生産から食品の販売まで、そして、国の内外において食品供給行程の各段階で、食品の安全性を確保するために必要な措置が適切に講じられることを求めている。これまで製造、販売は厚生労働省が所管する食品衛生法で、農産物の農薬基準は農林水産省が所管する農薬取締法でというように法律毎に所管する省が異なっていたが、食品供給の行程に視点をあて、生産、加工、製造、流通、販売といった消費者に届くまでの各段階で各省庁が連携して、そして管理するというもので、縦割りであった食品の管理を、段階毎に総合的な管理を行うよう求めたものであった。同法第15条では、あらためて各段階における食品の安全性確保のための措置が適切に講じられるよう、関係行政機関の相互の密接な連携を定めている。

①②は、これまで国会の中でも議論となったものでもあったが、長期にわたって食品衛生法には反映されてこなかった観点である。食品安全基本法は、食品の安全性を確保する

基本法となり、営業者のみを対象とし、権力的な取締りを中心に行ってきた警察行政から、明確な法制度上の離脱を表明するものであった³⁹⁵。

③科学的知見による予防を重視した食品安全行政

食品安全基本法は、同法第5条で、国民の健康への悪影響の未然防止という観点から、国際的動向や国民の意見に十分配慮し、科学的知見に基づいて食品の安全性の確保のために必要な措置を講じることとしている。ここではより積極的で科学的な未然防止、すなわち現代的なリスク予防という視点が強調されるとともに、国際的動向や国民の意見への配慮といったこれまでなかった考え方が入っている³⁹⁶。国際的動向や国民の意見への配慮については、後に述べることとする。

同法では、リスクの未然防止の観点から、科学的知見が重視されている。食品衛生に関する科学技術は、化学的合成物である食品添加物や農薬を数多く生み出し、食品の長期保存化や大量生産等に貢献するとともに、遺伝子組換え技術により改良された農作物等が市場に流通するようになる。一方、食品添加物の長期間の摂取による人体への影響や残留農薬の問題、遺伝子組換え食品の安全性等が問題となっている。また、化学物質による汚染も問題となっている³⁹⁷。そのようななか、食中毒を予防する科学的手法として、1990年代には食品製造工程に危害要因(Hazard)に着目したHACCPシステムが導入された³⁹⁸。また、1995年(平成7年)には、危害要因が存在する可能性、その危害要因に人が曝される可能性等をリスクとして位置付け、科学的データに基づきリスクを低減する予防措置や対応等を策定するリスクアナリシスがCodex委員会により提唱された³⁹⁹。これに基づ

³⁹⁵ ①の消費者の観点については、1995年(平成7年)、食品衛生法の第16次改正にあたり、国際基準の策定への関与や、食品保健関係の情報提供について、消費者の意見や要望の反映等を図ることを求める国会の附帯決議が行われていた。②の食品の安全性確保の総合行政化については、1972年(昭和47年)、食品衛生法の第12次改正の際に、厚生省と関係省庁の連絡協調体制、積極的な国民の健康の保護増進等について、国会の附帯決議が行われていたものである。

³⁹⁶ 明治期の行政警察にあっては、「予防」が重要視されていた。それはコレラ等疫病の予防が中心であった。食品衛生行政においても、食中毒を予防するため、取締権限に基づき食品の廃棄処分等が行われていたが、科学的な意味での予防、そして現代的なリスク対応としての予防は十分ではなかった。

³⁹⁷ 1999年(平成11年)、ヨーロッパでは、ダイオキシンに汚染された家畜飼料と畜産物がヨーロッパ全体で回収された事例がある。

³⁹⁸ HACCPについては、前掲注(202)参照。日本は、1995年(平成7年)、この考え方に基づく衛生管理方法として「総合衛生管理製造過程」承認制度を創設し、任意の承認取得制度として食品衛生法第13条に位置付けた。梶川・前掲注(309)71~73頁。

³⁹⁹ 新山陽子「第2章 食品安全行政におけるリスク低減の枠組みとレギュラトリーサイ

き、食品安全基本法は、科学的知見について、具体的には EU が採用しているリスク分析手法を本格的に導入し、第 11 条から第 13 条にかけて、リスク分析の段階毎にリスク評価、リスク管理、リスクコミュニケーションを定めたのであった⁴⁰⁰。また、リスク評価の実施機関として食品安全委員会を内閣府に設置し、同委員会は健康への悪影響の科学的評価として食品影響健康評価を行っている⁴⁰¹。食品安全委員会は 7 名の委員で構成され、独自の調査研究機能は有していないが、14 の専門調査会があり、事務局は農林水産省と厚生労働省から出向した職員が配置された。リスク管理は、厚生労働省や農林水産省が行う規制措置等である。

EU のリスク分析は、もともとは環境政策の予防原則から始まった。EU では、1990 年代後半に成長ホルモンを使用した牛肉や遺伝子組換え食品の輸入規制に援用し、2000 年(平成 12 年)、「予防原則に関するコミュニケーション」を発表した。そのなかで、予防原則は、科学的不確実性を有するが、危険を防止するため、暫定的な措置をとることができるとしていた⁴⁰²。日本では、BSE 問題に関する調査検討委員会による「BSE 問題に関する調査検討委員会報告」のなかで、食品の安全性に係る関係法において、法の目的を達成するために、予防原則に立った措置を含む行政及び事業者等の責務を定める等抜本的な改正・見直しが必要と述べられた。しかし、実際に法が制定されると、食品安全基本法、改正された食品衛生法とも、予防原則を明確に導入していなかった。徳田博人は、法概念としては不十分なものとはいえ、科学的根拠が十分でない場合の予防的な行政の対応は必要であり、この点で二つの法律の要件は、厳格で限定的過ぎると批判している⁴⁰³。なお、衆議

エンス」齋藤修監・中嶋康博=新山陽子編『食の安全・信頼の構築と経済システム』35～40 頁(農林統計出版, 2016)。

⁴⁰⁰ 科学的知見については食品衛生法も目指したところであり、検査等数多く行われていた。リスク分析手法はさまざまなリスクを科学的に取り扱う手法であり、食品だけでなく、投資等さまざまな分野で活用されている。梶川・前掲注(183) 19 頁。

⁴⁰¹ 食品安全委員会はリスク評価を行うことから、リスク管理機関(厚生労働省、農林水産省、環境省等食品の安全性の確保に関する規制や指導等リスク管理を行う機関)からの独立性を維持するとともに、評価結果に基づく行政的対応を担保する制度として内閣府に設置された。所掌事務は、食品安全法第 21 条に規定されており。リスク評価のほか、関係省庁における評価結果に基づいた行政的対応の確保、リスクコミュニケーションの推進、食品安全行政全般についての意見具申等がある。行政に対しては、評価結果の通知・公表とともに勧告権も有しており、委員会が必要と認める行政的対応が実施されるように各省庁等行政機関に行う勧告、施策の実施状況を監視し必要があると認めるときに行う勧告がある。食品安全基本政策研究会・前掲注(394) 58 頁、64～67 頁。

⁴⁰² 藤岡典夫「予防原則の意義」農林水産政策研究第 8 号 33 頁、41～42 頁(2005)。

⁴⁰³ 徳田・前掲注(7) 18～19 頁。

院、参議院ともに附帯決議が行われたが、参議院における附帯決議では、予防原則が明示的に入っている⁴⁰⁴。

（３）食品衛生法の改正

食品安全基本法は、これまでの警察行政としての食品衛生行政とは全く異なる視点から、食品の安全性の確保を図ろうとするものである。食品安全基本法を受け、2003年（平成15年）5月、食品衛生法の一部を改正する法律（平成15年5月30日法律第55号）が制定された。この改正により、食品衛生法は消極目的から積極目的へと法制度上もその性格を大きく転換することとなり、警察行政からの脱却を図ることとなったのである。以下に、抜本的に転換することとなった食品衛生法の概要をみることにする。

①食品衛生法の目的の改正

食品衛生法第の目的（第1条）が抜本的に改正され、「食品の安全性の確保のために」、「公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより」、「国民の健康保護を図ることを目的とする」という文言が加わった⁴⁰⁵。大きな変更点は以下の2点である。

第一に、食品衛生法の主体として、行政と営業者に消費者である国民が加わったことである。食品安全基本法第3条に定める基本認識「国民の健康保護が最も重要」という規定を受けたものである。改正前は「公衆衛生が向上し増進すること」、すなわち行政が規制し、営業者がそれを守ることで食中毒が発生しない等衛生的な生活環境が築かれることを目的としていたが、改正後は、「国民の健康保護」を目的として、行政が規制し、営業者がそれを守ることで、食品の安全性を確保し、国民の健康の保護をめざした改正であった⁴⁰⁶。

⁴⁰⁴ 食品安全基本法案に対する附帯決議「二人の健康への悪影響が及ぶことを防止し抑制する必要がある場合には、科学的知見の確立が十分でない段階でも、国民の健康の保護が最も重要であるとの基本認識を踏まえて、食品の安全性の確保に関する必要な措置が機動的に実施できるようにすること」。参議院事務局「第156回国会参議院内閣委員会会議録第8号（平成15年5月15日）」24頁[長谷川清議員提案]（2003）。

⁴⁰⁵ 食品衛生法第1条（目的）

改正前：この法律は、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的とする。

改正後：この法律は、食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康の保護を図ることを目的とする。

⁴⁰⁶ 1995年（平成7年）の食品衛生法の改正時に、国会審議において食品衛生法の目的の変更について質問があった際、村山首相は、食品衛生法の目的は、憲法に基づき国民の健康確保を第一に考える趣旨であり、改正する必要はないと答弁し、食品衛生法の目的条項は改正されなかった。

国民の保護を目的に掲げる積極行政へ再定位され、食品衛生行政から食品安全行政への転換が行われたのであった。

第二に、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」と、国や地方公共団体の責任を明確化したことである。第 2 章のカネミ油症事件の判例で、国は行政便宜主義を主張し、安全な食品の提供は反射的利益と考えていた。しかし、裁判所においては、行政の自由裁量を前提にしつつも裁量収縮論等により国の責任を認めるようになっていた。新しい食品衛生法は、食品の安全性を確保するために「必要な措置を講ずる」ことを法制度上の積極的な責務へと高めたのであった。

②国及び都道府県等の責務の明確化と相互連携

国及び都道府県等が遂行すべき事務については、食品衛生法の条文にそれぞれ記述されていたが、食品安全基本法第 6 条に国の責務、第 7 条に地方公共団体の責務が規定されたことを受けて、食品衛生法においても第 2 条で明確化された。また、食品安全基本法第 15 条を受け、食品衛生法第 2 条第 2 項は、「食品衛生に関する施策が総合的かつ迅速に実施されるよう、相互に連携を図らなければならない」と相互連携についてもあらためて定めた⁴⁰⁷。なお、農薬については、食品衛生法第 12 条に厚生労働大臣と農林水産大臣との連携を規定しており、残留基準の策定のために必要があるときは、厚生労働大臣は農林水産大臣に資料の提供その他必要な協力を求めることもできるとした。

③リスクコミュニケーション

食品衛生法第 64 条は基準等の設定時に、同法第 65 条は食品衛生の施策に対して、消費者である国民の意見を聴取し、反映することが規定された。意見聴取については、パブリックコメント制度に基づき従前からも行われていたものであるが、食品安全基本法第 13 条を受けて、リスクコミュニケーションの重要性に鑑み、法に明記された⁴⁰⁸。食品衛生法では特に消費者とのリスクコミュニケーションに重点が置かれた⁴⁰⁹。

⁴⁰⁷ 同様に食品等事業者の責務についても第 3 条で定められ、「自らの責任で食品の安全性を確保する」ことが求められている。食品安全基本法第 8 条で食品関連事業者の責務が定められたのを受け、新たに規定されたものである。食品衛生法では、2003 年（平成 15 年）の改正で事業者の範囲に農業や水産業における食品の採取業を含めたが、食品安全基本法では、事業者には肥料や農薬等生産資材の製造者も含み、範囲がより広がっている。

⁴⁰⁸ パブリックコメント制度の導入は、「規則の設定又は改廃に係る意見提出手続」（平成 12 年 3 月 23 日閣議決定）による。その後、2005 年（平成 17 年）、行政手続法（平成 5 年 11 月 12 日法律第 88 号）の第 1 次改正により、第 39 条以下に条文化された。

⁴⁰⁹ 梶川・前掲注（183）78～79 頁。下山は、食品のグローバル化に伴い、アジア地域やほかの国も含めたグローバルあるいはトランスナショナルなリスクコミュニケーションの

④食品衛生法の積極規制

そして、食品衛生法はいくつかの規制を強化する改正も行っている。

・食品の規格基準等に関する基準の見直し

食品中に残留する農薬、飼料添加物及び動物用医薬品については、2003年（平成15年）までに229農薬、26動物用薬品等に残留基準が設定されており、それを超えて農薬等が残留する食品の流通を禁止していた。しかし、残留基準が定められていないものは、農薬等が残留していても流通の規制はかからなかった。この改正では、残留基準が定められていないものについても、人の健康を害するおそれがないという「おそれ」をメルクマールとする量として、厚生労働大臣が一定量を告示し、その量を超えて残留する場合は流通を積極的に禁止することとし、規制を強化した（残留農薬等のポジティブリスト制度）。また、食品添加物については、1995年（平成7年）の改正で、化学合成物の添加物だけでなく天然添加物についても指定を受けることとなったが、その時すでに使用されていた既存の天然添加物489品目は、当時、指定の対象外となっており、引き続き使用されていた。しかし、これらの添加物について、安全性に問題があることが判明したものや、使用実績のないものは名簿から削除し、使用禁止とすることとした。さらに、健康やダイエットを目的に、成分を濃縮しカプセルや錠剤等で摂取する等通常の食品の一般的な摂取方法とは著しく異なる方法で摂取する食品は、食品衛生上危害を防止する必要があると認められるときは、流通を禁止する措置をとることが可能となった⁴¹⁰。

・食品等の監視・検査体制の強化

国は輸入食品監視指導計画、都道府県等は都道府県等食品衛生監視指導計画を策定し、公表することとなった。この計画の策定、変更には国民又は住民から意見を聴取することが必要である。特に、輸入食品については、都道府県知事等による輸入業者に対する営業の禁止・停止権限に加え、2002年（平成14年）の改正において、違反を繰り返す食品の包括的輸入禁止規定が創設されていた。そして、さらに、厚生労働大臣による輸入業者に対する営業禁・停止処分規定が創設された。また、総合衛生管理製造過程制度については、1995年（平成7年）の改正で導入され、一旦承認されると無期限であったが、承認施設

形成と構築、実効性の確保について必要性を指摘する。下山・前掲注（268）83頁。

⁴¹⁰ 同時に、健康増進法は、食品として販売されているものについて、健康の保持増進の効果等に関し、著しく事実と相違し著しく人を誤認させるような広告等の表示を禁止した。

で食品事故等が発生したため、新たに更新制度を設けた⁴¹¹。食品衛生管理者については、先に述べたように1957年（昭和32年）の改正で創設され、乳製品や食肉製品等特に衛生上の考慮を必要とする食品又は添加物の製造業者、加工業者に、その配置を義務付けたものである。食品衛生管理者は、これまで営業者による法令遵守及び食品衛生上の危害の発生の防止のため、当該施設における食品衛生に関する事項について、必要な注意を行っていた。この改正で、さらに、食品衛生管理者は、営業者に対して必要な意見を積極的に述べることも、また、営業者は、食品衛生管理者の意見を尊重することが義務付けられた。なお、総合衛生管理製造過程承認施設にも、食品衛生管理者の配置が義務付けられる等、衛生監視体制がますます強化された。

・事業者の責務の明確化

食品衛生法に食品等事業者の責務が明文化され、知識や技術の習得、原材料の安全性の確保、自主検査の実施のほか、特に、食中毒発生時の原因究明や被害の拡大防止に役立てるため、必要な限度において、原材料の仕入元の名称等の記録、保存の努力義務が規定された。この規定が運用されると、加工業者は原材料を仕入れた生産者や輸入業者を記録し、卸売業者は製品を納入した加工業者を記録し、小売販売業は卸売業者を記録することとなる。事業者の責務を規定した第3条では、「食品等事業者」に、これまで食品衛生法では含まれなかった、農業及び水産業における食品の採取業についても、含まれることとなり、対象とする営業者の範囲が拡大した。

・食中毒事故への対応

500人以上の食中毒患者の発生又は発生するおそれがある大規模食中毒又は広域食中毒の場合、食品衛生上の危害の発生を積極的に防止するため、厚生労働大臣は都道府県知事等に対し、調査等の要請を行うことができることを規定した。なお、と畜場法、食鳥処理法においても、同様の規定が置かれている。

・罰則強化

違反行為に対する罰則が、全体的に強化されたが、中でも特に、表示基準違反食品の販売、廃棄命令等違反、営業禁止・停止命令違反は、これまで、ともに6月以下の懲役

⁴¹¹ 総合衛生管理製造過程とは、高度な衛生管理である HACCP の概念を取り入れた衛生管理であり、事業者による食品の安全確保に向けた自主的衛生管理を促す仕組みである。2000年（平成12年）6月、総合衛生管理製造過程の承認施設である雪印乳業(株)大阪工場において生産された低脂肪乳等を原因として、患者数が13,420名に達する大規模食中毒事件が発生したことから、効果に疑問が呈されていた。

又は 30 万円以下の罰金であったが、表示基準違反食品の販売は 2 年以下の懲役又は 200 万円以下の罰金、法人は 1 億円以下の罰金に、廃棄命令等違反、営業禁止・停止命令違反は 3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金、法人は 1 億円以下の罰金にと、厳罰化された。

従来の警察行政としての消極規制とは異なり、食品添加物で安全性に疑問があれば、その段階で積極的に行う使用禁止、総合衛生管理製造過程制度の更新制度の導入、食品衛生管理者の責任の強化、国による輸入業者に対する営業禁止・停止処分や罰則強化等は、国が積極的に行行使する規制権限等を強化している。

さらに、ポジティブリスト制度は、これまでとは異なる考え方で、規制が及ばなかった残留農薬を規制するものである。これは、2002 年（平成 14 年）に発生した中国産の冷凍ホウレンソウの残留農薬事件等に積極的に対応をはかったものであろう。また、国による輸入食品監視指導計画、都道府県等による都道府県等食品衛生監視指導計画の策定・公表は、食品衛生の監視・指導を目に見える形で国民に示すこととなった。BSE をはじめとする食品の安全性に対する国民の不安に安心感を与えるものであり、まさに改正された積極目的に則したものであった。営業者による原材料の仕入元の名称等の記録、保存の努力義務は、再三発生している食品事故等に対し、営業者の自主的衛生管理の強化を強く求めたものであり、これらも除去されるべき障害に対して最小限度の自由の制限という警察比例の原則を超えたものである。

（４）食品衛生法における積極行政の実現

これまでは、食品衛生法を中心に、乳製品や食品添加物、食鳥等を規制する法制度が確立されていた。しかし、BSE はこれまでになかった、国境を越えたグローバルな問題であり、国内の食品衛生法制度だけでは対処できなかった。生産から消費者の手にわたるまでの各段階の関わりが必要となり、関係機関が多極化するとともに、最新の科学的知見が強く求められた。一方で、国民の不安は大きく、牛肉の消費量は大きく減少し、輸入食品の残留農薬問題等が不安に輪をかける結果となった。これらのことから、法制度は、食品衛生を超えて、安全といった視点から食品全体を包括的に対象とする食品安全基本法を中心とするものへと制度変化することとなった。食品安全基本法の制定を受け、理論上は警察法を脱却した食品衛生法は、行政実務にどう影響したのだろうか。

食品安全基本法と食品衛生法の規定では、国、地方公共団体、食品等事業者の責務がそれぞれに規定されている。両法に共通していえることは、国や地方公共団体の責務と比べると、食品等事業者の責務が非常に多く記述されていることである。これまで、食品衛生法には、営業者の責務が明文化されていなかった。この改正では、明文化することにより、食品衛生の確保はまず、営業者の責任であることを明確に表したといえよう。

一方、消費者の役割については、食品安全基本法には規定されているが、食品衛生法には規定されていない。このことは、2003年(平成15年)、食品安全基本法の制定に伴う食品衛生法の改正に際し、発出された厚生労働省の通達をみるとわかるように、法改正に伴い改正された政省令の解説や、業務の説明等が述べられているが、消費者についてはほとんど触れられていなかった。

食品安全基本法は、食品安全政策の基本法であり、食品衛生法は具体的に食品衛生を確保するために営業者を規制するための法であることから、単純に比較はできないが、消費者の積極的位置付けの有無という点から考えると、食品衛生法は、制度上は警察法から脱却したが、行政実務では、依然として営業者を規制するための警察法としての性格を色濃く残すものだったのである。

三重県の場合、この警察法としての行政実務を打開したのが、冒頭に述べた老舗餅菓子店の事件であった。表示違反であり、しかも改善命令に対する対応が不明瞭な営業者に対して厳しい行政処分を下す等、食品衛生法を運用していく上で、それまでの実務を改めて、積極行政を実現したのであった。これによって、法制度も行政実務もともに、警察法から脱却したといえることができる。

2 食品衛生行政のパラダイムシフト

食品安全基本法の制定は、食品衛生行政に大きな影響を与えた。

食品安全基本法制定以後の食品衛生関連法令をみると、消費者を対象とし食品衛生を包含する、幅広く消費生活に関する法律が多く制定された。

食品衛生に関する法律は、2003年(平成15年)の食品衛生法の改正をはじめとし、2004年(平成16年)に消費者保護基本法を抜本的に改正した消費者基本法(平成16年6月2日法律第70号)が制定された。消費者基本法では、消費者の権利を明示し、消費者は保護される客体から、市場において自ら積極的に利益を確保する、権利の主体へと位置づけ

が転換した。このことは、これまで各省庁が縦割りで営業者を規制し、消費者である国民はその反射的利益を享受するといった考え方からの転換を示すものと解釈できる。2005年（平成17年）には、食育基本法（平成17年6月17日法律第63号）が制定された。食品安全基本法第19条は、食品の安全性確保のための教育等について規定しており、食育はその他にも食生活や食文化等幅広く対象としている。

そのような動きのなかでも、特に、2009年（平成21年）に消費者庁が設置された意義は大きく、関係省庁から法令が移管され、これまで厚生労働省、農林水産省、公正取引委員会等が個別に実施してきた食品表示に対する規制が、一括して消費者庁を中心として行われることとなった。三重県においても、食品表示で調査を実施する場合は、衛生部局、農政部局、県消費生活センターが調整し、合同で行うことが通常となっている。一方で、消費者庁の設置は、食品安全行政の重心を食品安全委員会から消費者庁へと移すことにもなった⁴¹²。

消費者庁や消費者委員会の設置と同時に、消費者安全法（平成21年6月5日法律第50号）が施行された。消費者安全法は、消費者の生命・身体の安全に加え、幅広く消費者の暮らし全般の安全を目的とし、地方公共団体による消費生活相談の実施や消費生活センターの設置を規定するとともに、消費者事故の情報集約と消費者安全調査委員会による事故等の調査、消費者被害の発生又は拡大の防止措置について規定した。これにより、消費者庁は、消費生活に係るあらゆる法律に基づく消費者事故を対象に情報を集約し、消費者安全法に基づく調査や、消費生活の施策につなげていくこととなった⁴¹³。

さらに2013年（平成25年）、食品表示法（平成25年6月28日法律第70号）が制定された。食品表示は、消費者基本法に定められた、消費者の自主的かつ合理的な選択の機会の確保を図る上で情報提供を行うとともに、食品の内容に関する情報は、食品を安全に取り扱い、使用するために必要な情報など食品の安全性確保に係る情報も提供し、消費者が食品の安全を確保していく上で、重要な役割を果たしている⁴¹⁴。これまで食品表示の

⁴¹² リスク管理機関（農林水産省、厚生労働省）から独立性を確保するため、消費者庁は内閣府が所管することとなった。特命大臣（消費者）は、食品安全を所管し、消費者目線で食品安全行政を推進する。梶川・前掲注（309）55頁。

⁴¹³ 黒木理恵「第2章安全法分野における調査・執行 I 消費者安全法」大島義則ほか編著『消費者行政法 安全・取引・表示・個人情報保護分野における執行の実務』37～38頁（勁草書房、2016）。

⁴¹⁴ 山本隆司は、消費者行政における情報の重要性を指摘している。山本隆司「消費者庁・消費者委員会－消費者安全－消費者保護」ジュリ1399号23～24頁（2010）。

一般ルールは、食品衛生法、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）、健康増進法で定められてきた。しかし、それぞれの法律の目的が異なり、その目的に沿って表示ルールが定められ、所管する省庁も異なるため、食品表示制度は複雑化していた。そのため、3つの法の義務的表示を同法にまとめ、消費者にとってわかりやすくしたものである。なお、食品表示法第4条第1項第1号の表示事項の例示は、Codex規格における例示事項であるとともに、表示基準の策定にあたっては、WTO加盟各国に通知して意見を求めることとしており、国際規格との整合性についても配慮が行われている⁴¹⁵。

また、食品衛生の関係機関等の範囲が拡大した。先に述べたように、食品衛生法は、いわゆる業法であったため、行政と名宛人だけの関係であった。しかし、2003年（平成15年）の改正により、消費者という観点が入り、3極構造となった。そのため、消費者団体やNPO等が関わりやすくなった。行政機関においても、これまで食品衛生業務は、保健所や厚生労働省で権力的な取締りが実施されてきたが、食品安全行政となって対象が拡大し、JAS法や農薬取締法を所管する農林水産省、環境基本法を所管する環境省、消費者保護の視点から消費者庁等規制を行う機関が多極化してきた。

これらのことを概括すると、戦後、これまでの食品衛生行政は、食品衛生法を中心に衛生部局が取締りを行い、食中毒を予防する衛生警察行政であった。そして、その取締りは国内を範囲とし、海外からの輸入食品を注意して検査していた。しかし、食品安全基本法が制定されたことを嚆矢に、食品衛生法の重要性は変わらないものの、多極化した法律と多極化した組織によって、国際基準と調整をとりながら、幅広く食の安全性を確保する食品安全行政へと、パラダイムシフトが行われたのである。

3 小括

2003年（平成15年）、食品安全基本法が制定され、同時に内閣府に食品安全委員会が設置された。食品安全基本法が求める食品安全行政の特徴は以下の3点であった。1点目は、行政、規制の名宛人である営業者ではなく、消費者である国民の健康保護を重視したこと、2点目は、厚生労働省と、関連する地方公共団体の機関だけではなく、食品の安全性に関係するすべての行政機関が総合的に取り組むこととしていること、3点目は、生命・健康被害の実際の発生やその高い蓋然性の存在ではなく、それらのリスクが生じる前に予

⁴¹⁵ 池戸重信『食品表示法 施行の背景とQ&A解説』79～80頁（ダイヤモンド社、2014）。

防することに重点をおき、そのための食品の安全性を確保するために科学的知見を重視していることである。

食品安全基本法はこれまでの警察行政としての食品衛生行政とは全く異なる考え方に立ち、食品の安全性の確保を図ろうとするものであった。この新しい食品安全基本法を受け、2003年（平成15年）5月、長年、行政警察としての食品衛生を規律してきた食品衛生法が改正された。この改正により、食品衛生法は消極目的から積極目的へと法制度上、その性格を大きく転換することとなり、警察行政からの離脱を明確に図ることとなったのである。重要な改正点として、食品衛生法の目的（第1条）に、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」、「国民の健康保護を図ることを目的とする」という文言が加わった。このことは、第一に、食品衛生法にあっても、その主体として、行政と営業者だけでなく、消費者である国民も加わったことを意味する。食品安全基本法第3条に定める基本認識「国民の健康保護が最も重要」という規定を受けたものである。改正前は「公衆衛生が向上し増進すること」、すなわち行政が規制し、営業者がそれを守ることで食中毒が発生しない等衛生的な生活環境を築くことを目的としていたが、改正後は、「国民の健康保護」を目的として、行政が規制し、営業者がそれを守ることで、食品の安全性を確保し、国民の健康の保護をめざすこととなった。国民の保護を目的に掲げる積極行政へと再定位されることで、食品衛生行政は警察行政からの離脱が行われたのであった。第二に、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」と、国や地方公共団体の積極的な責任を明確化したことである。カネミ油症事件の裁判例で、国は行政便宜主義を主張し、国民への安全な食品の提供は反射的利益と考えていた。しかし、裁判所においては、行政の自由裁量を前提にしつつも裁量収縮論等により国の責任を認めるようになっていた。新しい食品衛生法は、食品の安全性を確保するために「必要な措置を講ずる」ことを法制度上の積極的な責務へと高めたのであった。また、国及び都道府県等が遂行すべき事務については、食品衛生法の条文にそれぞれ記述されていたが、食品安全基本法第6条に国の責務、第7条に地方公共団体の責務が規定されたことを受けて、食品衛生法においても第2条で明確にわけて、その積極的な責務が定められた。また、食品安全基本法第15条を受け、食品衛生法第2条第2項は、「食品衛生に関する施策が総合的かつ迅速に実施されるよう、相互に連携を図らなければならない」と相互連携についてもあらためて定めた。なお、農薬について、食品衛生法第12条に厚生労働大臣と農林水産大臣との連携を規定しており、残留基準の策定のために必

要があるときは、厚生労働大臣は農林水産大臣に資料の提供その他必要な協力を求めることもできるとしたのであった。

上記のような国内法レベルにおけるパラダイムシフトが起こる一方、グローバル化も食品衛生行政に大きな影響を与えるようになる。

これらのことを概括すると、食品衛生行政は、食品安全基本法が制定されたことを嚆矢に、食品衛生法の重要性は変わらないものの、多極化した法律と多極化した組織によって、国際基準と調整をとりながら、幅広く食の安全性を総合的に確保する食品安全行政へと、パラダイムシフトしたのである⁴¹⁶。

第3編のまとめ

日本国憲法の制定により、法治主義は、明治憲法下の形式的法治主義から、実質的法治主義へ展開した。

第一に、国会で制定された法律のみを法規とし、天皇の独立命令が否定され、政令や府省令等法律以外の法規命令を制定する場合は、法律の委任が必要となり、「法律の法規創造力の独占の原則」が確立した。第二に、刑罰についてはすべて個別法に規定されるとともに、国民の権利義務に関する規制は法律の個別具体的な根拠を要することとなり、「法律の留保の原則」が確立した。これにより、「法律優位の原則」に加え、「法律の法規創造力の独占の原則」及び「法律の留保の原則」が確立し、行政権がその内容においても立法権と司法権のコントロールを受ける実質的法治主義へと移ったのである。第三に、行政救済制度として、行政事件訴訟法が制定され、国民に対する行政の違法な侵害に対して訴訟によ

⁴¹⁶ 2018年（平成30年）6月、食品衛生法が改正された。改正の背景には、少子高齢化や働き方の多様化、調理済み加工食品や外食、中食の増加、健康志向、国際化等をあげている。主な改正は7項目あり、HACCP制度の導入や国際整合的な食品用器具・容器包装の衛生規制の整備、食品リコール情報の報告制度の創設等は国際基準との整合性や欧米諸国を意識したものであり、輸入食品や輸出食品の衛生証明書等の関連については食品のグローバル化を意識したものであるといえよう。また、オリンピック・パラリンピックが2020年に開催されることから、広域的な食中毒への対応強化、営業許可制度の見直しや営業届出制度の創設といった規制強化も盛り込まれている。HACCP制度については、先に述べたように、Codex委員会は、1993年（平成5年）に「HACCPシステムと運用のためのガイドライン」を採択した。それに応じて、日本が導入した総合衛生管理製造過程制度は、一般衛生管理も含む総合的なものであり、HACCPでは個々のラインの危害要因分析を行うべきところを、危害リストをあらかじめ固定して決め、それを危害要因とした点や、HACCPで扱うのは安全性のみであったが、それに加えて品質もハザードとした点等が異なり、HACCPの考え方をういているが、HACCP制度とは異なるものであった。そのため、あらためてHACCP制度を導入することとなった。

る救済の道が設けられた。国や公共団体の違法な行政活動により損害を被った場合は、国家賠償も請求することができることとなった。

食品衛生行政においても食品衛生法が整備され、戦前の政令や省令、府県令のうち、権力的な取締りや罰則等国民の自由や権利を規制するものはすべて法律に整理されるとともに、法律を頂点とし、委任立法からなる法体系が整備されたのであった。また、食品衛生行政に関連する判例をみると、申請に対する許否処分の遅延に対する不作為の違法確認訴訟等明治憲法下の行政裁判法では認められなかった裁判事例をみることができる。これらの行政救済制度は、国民の権利利益を守り保障するだけでなく、行政を統制し、行政運営の適法性を確保することにもつながるものであった。しかし、実際には営業者は食品衛生法の規制を裁判所で争うことはほとんどなく、業界団体の庇護の下で所管の厚生省や都道府県等との紛争を事実上表に出すことなく交渉して解決し、行政との対立を回避していたのである。また、戦前と同様に許可や検査等権力的手段による規制と取締りが行われ、警察法としての性格は変わることがなかった。警察権の限界という制約のなかで、食品衛生法についても消極目的からの規制を求めたのであった。

しかし、食品による大規模な健康被害を生ぜしめた事故が多発し、また、日本が経済成長を遂げ食生活が豊かで多様化すると、これまでみられなかった新たな食品衛生問題が発生するようになった。当初は、行政は規制の名宛人である営業者に対する調査権や命令権、許認可権等の規制を強化することで対処していた。しかし、森永ヒ素ミルク中毒事件やカネミ油症事件では、営業者に対する規制強化では消費者である国民の生命、健康を擁護することができないことが明らかとなり、消費者保護基本法の制定による消費者の権利擁護とともに、ここに従来の衛生警察の限界が見出されることとなった。

カネミ油症事件は、食品衛生法の警察法としての限界を顕著に示す事例である。そこでは、被害者である国民を救済するために、行政の自由裁量を前提にしながらも、一定の状況の下では裁量権がゼロに収縮する裁量収縮論や、権限の不行使を裁量の濫用とする裁量権消極的濫用論、そして裁量論そのものを否定する健康権論が登場するとともに、農林省と厚生省の行政連携が不十分であったことを義務の懈怠とし、国の責任を積極的に認めることとなった。判決が示すこのような考え方は、従来の警察法にはなかったものであり、ここに裁判例のレベルにおける警察法からの離脱をみるのである。

また、健康権説は、実際に被害にあった国民を救済するために、国家賠償法第1条の「違

法」の要件には、裁量の踰越や濫用ではなく、公権力行使の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきであると明言する点で、ラディカルで、警察法の全面的な克服をめざすものであった。一方、裁量収縮論をとると、国民が行政庁に積極的に介入を請求する権利を認めることになると評価する意見がある。しかし、食品衛生行政を積極行政、予防行政と位置付け、営業者に対する規制権限行使と、国民に対する安全性確保のための権限行使とは次元が異なるという考え方をとるならば、国家賠償法第1条による被害者の救済の問題のレベルで、さらに一歩進んで新たな行政救済の可能性を拓くものといえよう。

2003年（平成15年）に制定された食品安全基本法は、食品衛生行政に本格的な転換を促した。同法が求める食品安全行政は、これまでの食品衛生法による食品衛生行政と大きく異なり、消費者である国民の健康保護を重視したこと、食品の安全性に関する各行政機関が総合的に取り組むこと、食品の安全性を確保するために科学的知見を重視していることの3点に集約される。同法の制定を受けて、同年、食品衛生法が改正された。この改正で、特筆すべきは目的の改正と国及び都道府県の責任の明確化、総合行政である。法の目的は、食品衛生法の主体が、行政と営業者に加えて、消費者である国民となったことが大きく影響し、改正前は「公衆衛生が向上し増進すること」、すなわち行政が規制し、営業者がそれを守ることで食中毒が発生しない衛生的な生活環境が築かれることを目的としていたが、改正後は、「国民の健康保護」、すなわち行政が規制し、営業者がそれを守ることで、食品の安全性が確保され、国民の健康が保護されることへと改められ、積極行政としての食品衛生行政の目的となった。また、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」と、国や地方公共団体の責任を明確化した。カネミ油症事件の判例で、国は行政便宜主義を主張し、安全な食品の提供は反射的利益とした。裁判所においても行政の自由裁量を前提に裁量収縮論により国の責任を認めた。しかし、この文言により、食品の安全性を確保するために、「必要な措置を講ずる」ことを義務付けしたのであった。国及び都道府県等が遂行すべき事務や相互連携については、第2条で明確化された。

食品安全基本法が制定されてから、食品衛生関連法令は消費者を主体とする法律が制定され、規制機関についても多極化した。そのなかでも、消費者庁は食品表示を一括して担う等設置された意義は大きい。これらのことを概括すると、食品衛生行政は、食品安全基本法が制定されたことを嚆矢に、食品衛生法の重要性は維持しつつ、多極化した法律と多

極化した組織によって、国際基準と調整をとりながら、幅広く総合的に食の安全性を確保する食品安全行政へと、パラダイムシフトしたのである。

おわりに

明治憲法制定前の法制度をみると、明治国家の体制が整備されていくなか、関係行政機関がそれぞれに制定した「規則」等により、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中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。1890年（明治13年）には、刑法が制定され、そのなかに食品衛生に関する違反行為と処罰について規定されており、これ以降は刑法が食品衛生に関する取締りの根拠となった。食品衛生の違反行為は、主に最も軽い罪である違警罪に位置付けられた。しかし、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い時代の刑法は、議会制定法という意味での法ではなく、政府の命令であった。刑法と同時に、訴訟手続を定めた治罪法も制定され、違警罪に関しても、裁判管轄及び公判手続が規定され、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。しかし、違警罪については、1881年（明治14年）の太政官布告、1885年（明治18年）の違警罪即決例の制定によって、治罪法に基づく裁判所による刑事手続は排除され、警察による処断権が確立されたのであった。

行政実務としては、1878年（明治11年）に地方官庁である各府県が制定した規則で、営業者に対する営業申請、検査、許可等の規定をみることができ、各府県では、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。この時期、行政法に属する命令や許認可等の萌芽をここにみることができる。

取締りを行う機関は、1871年（明治4年）、裁判や処罰を担当していた刑部省と違反行為の取締りを行っていた弾正台が統合され、司法省が新たに設置されると、翌年、司法省の下に警察機能を果たす組織を管轄とする警保寮が設置された。さらに1873年（明治6年）に内務省が設置され、警保寮は司法省から移管された。内務省では、この警保寮が後に行政警察を担う機関となった。1875年（明治8年）に、文部省から医制を含む衛生行政関係の事務が内務省へ移管されると、内務省は幅広い分野を所管することとなった。これらのことにより、内務省に権限が集中し、行政警察による取締権限を強大化していくこととなった。1883年（明治16年）には内務省に衛生局が設置され、衛生局保健課公衆衛生部の事務の一つとして、飲食物の取締りが位置付けられた。

行政に対する訴訟は、1872年（明治5年）、司法省の布達により日本では初めて認められることとなり、1874年（明治7年）には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に出訴する客観訴訟も設けられた。しかし、公益のための訴訟は、裁判の実施にあたり、裁判所は太政官に報告し指示を仰ぐ必要があった。当時、人民が行政を訴えた裁判はあったが、行政は裁判所の判決に服従しないことも多く、裁判所の権限は弱く、司法による行政の統制は困難であった。

理論にあつては、日本の近代的警察制度は、当初フランスの制度をモデルとしたことから、司法省が司法警察と行政警察の分離を検討していた。そして、政変により廃案となったが、警察規則案では、行政警察と司法警察を明確に区分し、両者の混同を禁じていた。1874年（明治7年）に司法警察規則、翌1875年（明治8年）に行政警察規則が制定され、目的と職務が整理されたものの、警察はさまざまな取締規則に基づき、人民を監視し、違反者の捕縛と処罰を行うのみで、理論が求めた行政警察と司法警察の区別は、制度上実現しなかったといえる。

この時代、政府は、自らが定めた法において違反行為を規定し、自ら刑罰による取締りと規制を行い、自ら裁きを行っていたのである。

1889年（明治22年）、明治憲法が制定されると、議会の協賛を得て、さまざまな法律が整備された。

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」が制定された。この法律は、行政によって制定された法という名称の命令とは異なり、帝国議会により制定された法律である。また、規定内容も、命令、禁止、許可といった行政処分と廃棄、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、行政警察が法制度上確立し、その一つである衛生警察制度が、これ以降展開したのである。

また、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については、対象毎に具体的な規則が、内務省令により定められ、これにより、我が国の食品衛生行政の法規制の枠組が作られたといえる。

しかし、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絶対君主制と、それに基づく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、天皇に緊急勅令や

執行命令、独立命令を認めていた。議会で制定された法律は、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、法執行のための手段や基準は抽象的な規律にとどまり、具体的で実質的な規律は政府の命令等に、法による個別具体的な委任のないまま委ねられていたのである。食品衛生行政においても、法律はあったものの、食品衛生を確保していくため、内務省令により、人民に義務を課し、権利を規制する規則を数多く制定し、さらには府県においても、取締りを施行するためにより具体的な規則を制定していた。そして、それらはすべて法律の個別の委任のない命令であり、これらが営業の自由や財産権を規制する法的根拠となっていたのである。

また、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。罰則についても、法律以外で、すなわち、内務省が制定する規則や府県等が制定する細則においても規定された。省令や県令等が設ける罰則については、「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）、「省令庁令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）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、警視總監が附することができる罰則について、そこでは一般的に規定しており、これらの法律及び勅令が、個別の法律の委任のない規則であっても、そこに罰則規定を設けるための法律の根拠となった。しかし、すべての規則や府県令に罰則を設けることを一般的に認めるこれらの法律は、形式的かつ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。これらの権力的手段がおかれることによって、法律ではなく命令に基づく行政警察が制度上成立したのであった。

食品衛生行政については、1883 年（昭和 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、保健衛生行政はこの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）、保健所法に基づき、国民の体位向上を目的に、健康の指導機関として全国に保健所も設置され、厚生省の所管となった。一方、警察については、引き続き内務省の所管のままであった。食品衛生に関する行政警察権の行使を含め、取締りの方は、従来同様、厚生省が生まれたこの時代も警察が行っていたのである。

1942 年（昭和 17 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の権限を、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。同年 10 月、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へ所管替えとなった。しかし、飲食物その他の物品取締等については、そのまま警察署の所管として残り、指揮監督も警察部が行っていたが、深刻な食糧不足から、これまでの食品衛生の基準は緩和され、収去検査も実施されなくなっていった。さらに、戦争が激化すると、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。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り、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、この時、保健所は、戦後の展開につながる行政権限を付与されたのであった。

実際の行政の活動状況を記し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収去検査数が増加し、行政処分数もコンスタントにあった。当時、収去検査が積極的に行われ、行政処分や強制措置による取締りが行われており、行政警察としての食品衛生実務が展開されていたことがわかる。

しかし、1930 年代に入ると、検査件数は増加するものの、従来のような行政処分ではなく、違警罪による処罰が増加し、さらに太平洋戦争に突入すると、行政警察の実務は、再び刑罰の賦科へ、そして戦争遂行のための予防へと転換した。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。もう一度、行政警察としての展開と、さらに、その克服という軌道に戻るには、戦後、日本国憲法の制定後を待たなければならなかった。

これらの変化、その限界、後退は、当時の裁判実務からもうかがうことができる。裁判記録をみると、行政裁判についても刑事裁判についても食品衛生関連はあまり多くない。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ていた。裁判例をみると、行政裁判例では、手続の不備等により却下されるか、審議に入っても行政命令が適法であることを認め、請求を棄却するものがほとんどであった。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。この事件は、後の日本国憲法下における個室付浴場建設を阻止するという、法律の目的とは異なる目的を追求して、建設地に近い町有地を児童福祉法に基づく児童福祉施設として認可した事件を、違法と判断した裁判例を想起させるものであった。また、刑事裁判例では、清涼飲料水に異物が混入した類似事件においても、年代によって判決が異なっており、大正デモクラシー期には刑事罰からの解放と行政処分への移行が認められたのであった。しかし、1930年代に入ると再び刑事罰への回帰が、裁判実務においても進むことになる。

明治憲法下、法の目的を達成するため、行政庁に行政処分や即時強制といった規制権限を授権し、法違反を取り締まる行政法の仕組みが登場した。この種の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、警察法ととらえた。美濃部達吉は、その著書『日本行政法』のなかで、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。

この時代の行政警察をみると、政府は、警察制度を構築するにあたり、強力な行政権に基づく警察国家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特徴の一つと位置付けており、行政警察制度は、警察国家における福祉警察の特徴も顕著にもっていた。明治憲法が制定されると、食品衛生行政においても、法の整備が進むとともに、刑罰による取締りから行政処分及び強制措置による取締りへと推移した。しかし、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おり、引き続き警察国家時代の福祉警察の規制についても残存していた。すなわち、当時の警察は近代的な行政警察に脱皮することはできなかったのである。したがって、理論と現実の実務及び制度との間には、ずれがあったのである。

戦後、日本国憲法が制定されると、あらゆる分野で法律が整備しなおされた。法律の制定は国会のみの権限となり、国民の自由や権利を制限するものは法律で規定されることが原則となった。法体系も整備され、法律を頂点とし、法律の委任によりそれを補う法規命令等により、委任の法理に基づくピラミッド型の法体系ができた。食品衛生行政においても、1947年（昭和22年）に食品衛生法が制定され、その委任により、1948年（昭和23年）に省令（施行規則）と省令に基づく食品や添加物等の規格基準が設けられ、そして1953年（昭和28年）に政令（施行令）も制定され、法律、政令、省令という法体系が整備さ

れた。罰則等営業者の自由や権利を規制する内容のものは、法律において規定されることとなった。食品衛生施行規則（省令）は、食品や食品添加物、容器包装や器具等の規格基準を定めた。また、行政規則である通達をみるならば、厚生省は全国一律の食品衛生行政を確保するため、食品衛生法の法解釈や法運用について、通達で詳細に規定した。しかし、戦争直後で著しい食糧不足と極めて低い衛生環境にあったことから、食品の衛生向上が喫緊の課題となり、食品衛生法の目的は、まずは公衆衛生の向上であり、法律は新しい食品衛生法となったものの、この法律は、戦後も引き続き警察法のままであった。

しかし、食品の安全性の問題や大きな食品事故等の発生に対応し、法改正が行われていく。大きな改正としては、1957年（昭和32年）の第9次改正で森永ヒ素ミルク中毒事件に対応したものがある。そこでは、食品の加工・製造を行っている営業者が自ら専任の食品衛生管理者を置くことが規定されており、ここに、これまでの行政警察法にはなかった営業者による自主的衛生管理の仕組みの導入をみることができる。また、カネミ油症事件が発端となった1972年（昭和47年）の第12次改正は、消費者保護基本法が制定されたことも影響し、「安全性に疑念がある」ものや「安全性に確証がない」ものも積極的にその販売が禁止された。この改正案について、国会は、カネミ油症事件の内容と合わせ、食品衛生法の運用について「危害の防止のみならず、積極的に国民の健康の保護増進」と、「厚生省を中心に関係各省の緊急な協力体制を整備すること」等を附帯決議している。ここに、これまで行政警察としての食品衛生法にはなかった、積極的な国民の健康保護と、各省間の協力という仕組みが入った。

警察行政としての食品衛生法は、取締りを行う行政と、規制を受ける営業者の2極構造を有するものであったが、これに消費者という第三者が、それまでの反射的利益を享受する立場ではなく、法主体の一つとして登場したのである。また各省間の協力については、これまで厚生省のみで所管し、消極目的を掲げ、かつ、主に権力的手段を用いて取締りを行ってきた点で、典型的な行政警察としての食品衛生行政について、消費者保護を所管する経済企画庁や農産物に関する農薬や表示の規制等を所管する農林省等他の複数の関係省庁との協力、連絡、協調の仕組みを設けるものであった。これにより、行政組織相互の間に統一的な意思を構成するための「調整」は、従来の行政警察としての食品衛生行政の警察行政からの離脱を象徴する、行政組織法上の新たな行為の登場となった。また、積極的に国や都道府県等の責任とその権限を保障するとともに、営業者の責任強化と自主的衛生

管理を求める仕組みが食品衛生法に追加（第 19 条の 18）され、消極的な行政警察からの離脱が行われている。

行政実務では、食品衛生関連法令を積極的に解釈し、食品事故や食中毒の発生、科学技術の発展に伴う新たな事実の確認の際には、法が求める本来の抑制的な対応にとどまるのではなく、迅速で積極的な対応を行うようになった。すなわち、施行規則や規格基準等下位の命令、又は通達を新たに制定したり、その改正を行うことで、このような対応を行ったのであった。特に、施行規則や規格基準については、政令のように各大臣等閣僚の了承が必要とされないことから関係省庁との調整も不要なため、しばしば臨機応変に改正された。また、機関委任事務であり、厚生省に包括的な指揮監督権があったことから、森永ヒ素ミルク中毒事件の粉ミルクの販売停止の通知のように、積極的な緊急対応を全国一律的に国は行った。

一方で問題点もあった。規格基準は、国立衛生検査所等の科学的検証を基に、専門家による審議会に諮問され、科学的かつ専門的な知見に基づくものであり、食品事故の発生やその被害を積極的に予防し、再発を防止するとともに、営業者の自主的衛生管理も促すものであった。したがって、専門技術的知見に基づく規格基準は、行政警察としての食品衛生にはなかった専門技術的な裁量権を広く行政に付与し、積極的な活動を促すものであった。しかし、食品衛生法では、規格基準に合わないものは製造・販売を禁止しており、国民の権利・利益を侵害する規制となることから、この新たな広い裁量権について、その積極的な意義を認めつつ、その恣意的な運用をどうコントロールしていくかが課題となる。

地方自治においても、都道府県知事の役割と権限が明確化され、営業施設の基準の策定や、営業許可やその取消し等が地方公共団体の役割となった。地方公共団体は監視・指導を実施していく上で必要とする規定を定めた都道府県知事の規則等を整備した。また、都道府県知事は、食品衛生法第 21 条第 3 項に基づき、営業者の営業許可に地域に必要な条件を付加することができた。このため、地方公共団体は、地方の必要性に応じ、許可の対象とする営業施設の業種を増やす横出し条例を制定した。さらに、地方公共団体は、地方独特の食習慣や食文化等を考慮し、法律の空白部分に係る独自条例を制定し規制を行った。例えば、大阪や東京のフグ条例は営業規制業種を増やす横出し条例であり、長崎県の魚介類の行商の条例も食品衛生法の規制対象外の営業を規制する独自の条例である。

法律や政省令といった法制度と並んで、行政実務において重要な役割を果たしたのは、

厚生省からの通達であった。それは、食品衛生法施行規則の公布（昭和 23 年 7 月 13 日）後、1 か月足らずのうちに各道府県知事あてに「食品衛生法施行に関する件」（昭和 23 年 8 月 5 日厚生省発衛 6 号厚生事務次官通知）を通知している。そこには、食品衛生行政を行っていく上で、実務上必要となる法解釈や法の運用に関する方向性、法の条文解釈、製品検査や食品衛生監視員、営業許可、行政処分等法を運用していくにあたり法令で規定されていない具体的な方法や注意事項等について、法執行を補う留意事項として周知するという内容が盛り込まれていた。例えば、経済面や風俗面からの取締法規である飲食営業緊急措置令や風俗営業取締法による取締りとの連絡調整については、対象とする営業者が重なり、立入調査等調査権限も同様であることから、実際の運用は縦割り行政であったとしても、行政分野を超えて情報共有、場合によっては合同調査等の連携を図ることを求めている。さらに、法の運用については、警察機構から衛生機構へ移行したことを好機ととらえ、積極的な業務推進を依頼するとともに、取締りについては指導・啓蒙を中心とし強権発動は必要最小限とするように求めた。法の運用の科学性、計画性や経済事情の変動との連関、機動性をもった処理等、詳細な注意事項と合わせ、食品衛生予防に対する積極的な姿勢がうかがわれる。都道府県に対して国のパターンリズミ的な実務傾向は見受けられるものの、当時としては、警察行政からの脱却を図るものという点で進歩的な内容を有するものであり、厚生省の意欲的なこれらの通達により、地方公共団体は食品衛生行政の積極的な実現に向けて努力することとなった。通達はあくまで内部規則として位置付けられており、外部に対する強制力はなかった。しかし、通達は省庁の部局長、課長レベルで出すことができ、法令の解釈基準や行政が裁量権を行使する際の裁量基準等行政執行基準を示すものであることから、食品衛生行政が中央集権体制であったことや機関委任事務であったことと併せて考えると、公務員にとっては法的拘束性を確実に有していたといえる。通達は、告示することもなく、国民も裁判所も拘束されることのないものであったが、実務上は、営業者にとっても、通達の内容から許可やその更新等の迅速かつ円滑な手続と実際の運用を知ることができたため、自ら率先して通達に従った。

通達には、食品衛生行政の現場での取組に対して重要な方針を示すものが数多くある。食品衛生行政は法の解釈や運用について裁量権を拡大しており、違反行為に対してどのように取り締まるかについても、その時々通達をみながら、国の政策を理解し、社会状況を考慮しながらその取締実務を厳しくしたり、緩くしたりした。例えば露店飲食営業につ

いては、1949年（昭和24年）には無許可営業の嚴重な取締りによる漸減策を指示した「いわゆる『露店飲食業者』の取扱いについて」という通達が出されたが、6年後の1955年（昭和30年）には、露店飲食業者がかえって増加し続けていることから、これまでの方針が実態に即していないと政策方針を転換し、当該業者に許可を認める「いわゆる『露店飲食店営業』に対する措置について」という通達が出された。この通達を受けて、都道府県では露店の営業許可条件を定め、条例に取り入れたり要綱を策定したりしている。

法を執行していくための体制としては、戦争中、食品衛生を除く衛生警察の権限は保健所が所管するようになった。戦後は、GHQの要請により、1947年（昭和22年）、保健所法が制定され、保健所の指導権限の強化と、地方における衛生行政の一体化、警察と公衆衛生事務の切り離しが行われた。食品衛生法に基づき、各都道府県では、食品の臨検検査や収去検査を行うため、食品衛生の専門知識を有する食品衛生監視員を設置し、彼らを保健所に配置した。食品衛生に関する取締りは、明治憲法下、警察が所管し取り締まってきたが、食品衛生法により、警察組織から食品衛生を専門的に担う行政組織へと移管されたのである。また、有毒食品の販売等を除き、食品衛生法は、取締りに際して、直接的な制裁の前に、食品衛生監視員による行政指導や、保健所長による指示命令等いわゆる「ワンクッション・システム」を介在させていることも、目的を積極化し、処分の名宛人を行政が政策的に誘導することができるようにした点で、警察行政からの脱却を図るものであった。

裁判では、日本国憲法が制定されると、行政裁判制度が廃止され、行政事件も民事事件と同様、司法裁判所が管轄することとなり、1948年（昭和23年）の行政事件訴訟特例法の制定を経て1962年（昭和37年）に行政事件訴訟法が、1947年（昭和22年）に国家賠償法が制定された。行政訴訟においても控訴及び上告ができるようになった。訴訟対象についても、概括主義を採用したことにより、広く行政処分がその対象として認められることとなった。こういった訴訟は、国民の権利や利益を守るだけでなく、行政活動の統制の役割を果たすものとなっている。しかし、門戸は開かれても国民の権利が十分保障されたわけではなかった。1975年（昭和50年）頃までの食品衛生法関連の行政処分に関する判例からは、依然として食品衛生法を警察法として捉える判例が多い。原告適格についても、主婦連ジュース事件のように、国民全体に影響する事案であっても、そのことがかえって反射的利益として位置付けられる等、課題も多く残っている。

また、国家賠償についても、日本国憲法下においては、国家無答責の法理が否定され、明治憲法下と異なり、違法な公権力の行使について広く国家賠償が認められることとなった。しかし、一連の判例をみると、戦後長く、国が責任を認め、その賠償を行うことはまだまだ難しい状況にあったことがわかる。

しかし、食品による大規模な健康被害を生ぜしめた事故が多発し、また、日本が経済成長を遂げ食生活が豊かで多様化すると、これまでみられなかった新たな食品衛生問題が全国規模で発生するようになった。行政は、食品衛生法やその関連法令の改正により、規制の名宛人である営業者に対する調査権や命令権、許認可権等の規制を強化することで、まずは対処していた。しかし、森永ヒ素ミルク中毒事件やカネミ油症事件では、営業者に対する規制強化だけでは消費者である国民の生命、健康を擁護することができないことが明らかとなり、消費者保護基本法の制定による消費者の権利擁護が始まるとともに、従来の衛生警察の限界が見出されることとなった。

このような食品衛生法の警察法としての限界を打開した裁判例として、カネミ油症事件があった。

カネミ油症事件は、食品衛生法の行政警察法としての限界を顕著に示している。しかし、そこでは、実際に被害にあった国民を救済するために、伝統的行政法学の考え方である行政の自由裁量論や、国民の反射的利益論を超えて、行政の自由裁量を前提にしながらも、一定の状況の下では裁量権がゼロに収縮する裁量収縮論や、権限の不行使を裁量の濫用とする裁量権消極的濫用論、そして国家賠償法のレベルにおける裁量論そのものを否定する健康権論が登場する。いずれの立場にあっても、農林省と厚生省の行政連携が不十分であったことを義務の懈怠とし、国の責任を積極的に認める裁判例の登場を導くこととなった。判決が示すこのような考え方は、従来の警察法にはなかったものであり、ここに警察法からの裁判実務における離脱をみることができるのである。

このカネミ油症事件を契機に、理論にあっても、食品衛生法の行政警察法としての見直しが行われた。

例えば、下山瑛二の健康権説は、実際に被害にあった国民を救済するために、国家賠償法第1条の「違法」の判断は、広範な裁量を前提に、その踰越や濫用を例外的にコントロールするものではなく、積極的に行使すべき公権力の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきであるとすると明言する点で、ラディカルに、警察法の全面的な

克服をめざすものであった。原田尚彦は、裁量収縮論が、国民が行政庁に積極的に介入を請求する権利を認めることになるという点を評価した意見を述べるようになる。これらの新しい行政法理論のように、食品衛生行政を積極行政、予防行政と位置付け、営業者に対する規制権限行使と、国民に対する安全性確保のための積極的な権限行使とは次元が異なるという考え方をとるならば、まずは国家賠償法第1条による被害者の救済の問題のレベルで、従来の行政警察法にはなかった新たな行政救済の可能性が拓かれるものとなった。

ここまでみてきたように、食品衛生の警察法からの離脱は、まずは行政法理論において、また、行政実務、そして、裁判実務の新たな展開のなかで、顕著な傾向となっていた。この傾向が、警察法として位置付けられていた食品衛生法を中心とする食品衛生法制度の改革へと結びつくこととなったのが、BSE問題であった。2001年（平成13年）9月、日本においても牛海綿状脳症（BSE）の発生が確認された。同年11月、農林水産大臣及び厚生労働大臣の私的諮問機関「BSE問題に関する調査検討委員会」が設置され、その提言を受けて「食品安全行政に関する関係閣僚会議」が開催され、2002年（平成14年）6月に「今後の食品安全行政のあり方について」がとりまとめられた。そして、翌2003年（平成15年）に、食品安全基本法（平成15年5月23日法律第48号）が制定され、同時に内閣府に食品安全委員会が設置されたのであった。そして、これらの改革を嚆矢として、新しい食品安全行政が行われることとなった。

食品安全基本法が求める食品安全行政の特徴は以下の3点にあった。1点目は、行政、規制の名宛人である営業者ではなく、消費者である国民の健康保護を重視したこと、2点目は、厚生労働省と関連する地方公共団体の機関だけではなく、食品の安全性に関するすべての行政機関が総合的に取り組むこととしていること、3点目は、生命・健康被害の実際の発生やその高い蓋然性の存在があつて初めて介入するのではなく、それらのリスクが生じる前に予防することに重点をおき、食品の安全性を確保するために科学的知見を重視していることである。

この結果、食品安全基本法はこれまでの警察行政としての食品衛生行政とは全く異なる考え方に立って、食品の安全性の確保を図ろうとするものであった。この新しい食品安全基本法を受け、2003年（平成15年）5月、長年、行政警察としての食品衛生を規律してきた食品衛生法が改正された。この改正により、食品衛生法は消極目的から積極目的へと法制度上、その性格を大きく転換することとなり、警察行政からの離脱を、法制度におい

ても明確に図ることとなったのである。重要な改正点として、食品衛生法第の目的（第1条）に、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」、「国民の健康保護を図ることを目的とする」という文言が加わった。このことは、第一に、食品衛生法の主体として、行政と営業者だけでなく、消費者である国民も加わったことを意味した。食品安全基本法第3条に定める基本認識「国民の健康保護が最も重要」という規定を受けたものである。改正前は「公衆衛生が向上し増進すること」、すなわち行政が規制し、営業者がそれを守ることによって食中毒が発生しない等衛生的な生活環境が築かれることを目的としていたが、改正後は、「国民の健康保護」を目的として、行政が規制し、営業者がそれを守ることによって、食品の安全性を確保し、国民の健康の保護をめざすこととなった。国民の保護を目的に掲げる積極行政へと再定位されることで、食品衛生行政の法制度レベルにおいても、警察行政からの離脱が完成したのであった。第二に、「必要な規制その他の措置を講ずることにより」、国や地方公共団体の積極的な責任を明確化したことである。カネミ油症事件の裁判例で、国は行政便宜主義を主張し、安全な食品の提供は反射的利益と考えていた。しかし、裁判所においては、裁判例という法実務のレベルにおいて、行政の自由裁量を前提にしつつも裁量収縮論等により国の責任を認めるようになっていた。新しい食品衛生法は、食品の安全性を確保するために「必要な措置を講ずる」ことを、法制度上も、積極的な責務へと高めたのであった。また、国及び都道府県等が遂行すべき事務については、食品衛生法の条文にそれぞれ記述されていたが、食品安全基本法第6条に国の責務、第7条に地方公共団体の責務が規定されたことを受けて、食品衛生法においても第2条で、それぞれの積極的な責務が明確に定められた。また、食品安全基本法第15条を受け、食品衛生法第2条第2項は、「食品衛生に関する施策が総合的かつ迅速に実施されるよう、相互に連携を図らなければならない」と相互連携についてもあらためて定めた。

この改正は、これまでの食品衛生法のあり方を大きく変えるものであり、ここに食品衛生行政は、先行した法理論と法実務だけではなく、法制度においてもようやく警察行政からの離脱が行われるに至り、食品衛生行政は、行政警察、そしてその一つである衛生警察の行政から食品安全行政へとパラダイムシフトしたといえることができる。

上記のような国内法レベルにおけるパラダイムシフトが起こる一方、時代はさらに進んで、グローバル化が食品衛生行政に大きな影響を与えるようになる。

まず、1980年（昭和55年）に、日本においても、GATT東京ラウンドの成果の一つで

ある「貿易の技術的障害に関する協定」(TBT 協定)が批准され、貿易障壁の軽減・撤廃が求められることとなった。その後、GATT ウルグアイラウンドでは、1994年(平成6年)に「検疫植物衛生措置の適用に関する協定」(SPS 協定)を含むマラケシュ協定が結ばれた。また、国際連合食糧農業機関(FAO)と世界保健機構(WHO)は、1963年(昭和38年)、食品の安全性と品質に関して国際的な基準を定めるCodex委員会を設立しており、グローバルなこれら一連の新しい組織とその取極めは、日本の食品衛生行政に大きな影響を及ぼすこととなる。

1983年(昭和58年)、政府は、「基準・認証制度等連絡調整本部」を設置し、基準・認証制度の改善として、食品添加物については、各国衛生当局と十分な調整を行いつつ新たな指定等につき措置すること、指定にあたってはFAO/WHO 合同食品添加物専門家委員会の評価を参考とすることとし、これらを新たに参照した規格基準の改訂へ、すなわちグローバル化に対応する政策へと変えることを発表した。同年4月11日、厚生省の審議会の一つである食品衛生調査会毒性・添加物部会においても、国際基準に整合化し、食品添加物について見直すとともに新たな指定を行っていく方針を示し、食品添加物に対する政策が大きく転換することとなった。

政府は、1985年(昭和60年)の「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」で、食品衛生法等に関する基準・認証制度や輸入プロセスに関する具体的な改善措置を示し、その結果、1986年(昭和61年)に食品添加物の規格基準が全面的に改正され、公定書も改訂された。食品の輸入手続についても、国際基準に準拠し国内検査・審査手続等の簡素化・迅速化が図られ、安全性が確保されている加工食品原料の届出の省略等の対策が講じられた。

こういった規制緩和は、輸入食品の検査等を所管する行政組織にも影響し、食品衛生の分野で輸入食品の検査等を行っていた食品衛生監視員事務所は、1982年(昭和57年)に検疫所と統合された。

このようなグローバル化に伴う諸外国からの要請による食品衛生の規制緩和は、国民に大きな不安をもたらした。これまで日本では食品等の規格基準や食品添加物の指定は、国による、いわゆる一国の閉ざされた空間における規制であったが、新たに国際機構等が定立するグローバルな基準という国境を越えた規制が参照され、適用されるようになったのである。特に、食品添加物の指定は省令で行われており、食品の規格基準は告示で行われ

ていたことから、これまでのように国会制定法である法律があり、その委任により設けられるものではなく、かつ、当時はまだパブリックコメント等消費者としての国民の声を反映する機会もなく、グローバルな基準という国境を越える規制が、法律を回避し、省令や告示を介して日本に持ち込まれることになった。これは、国民による民主的コントロールの枠外に規制が置かれるものであった。

また、この国際基準については、例えば、SPS 協定で国内基準は国際基準に合わせるよう規定されているものの、拘束力がないことから、受入れにあたっては、自国民にとって安全性を確認し、国民の不安を解消するため、国内における慎重な科学的検証が必要とされている。しかし、実際は、国が国際基準を受け入れるかどうかは、政策的判断と命令レベルでの制度化によって進められており、その民主的コントロールの確保は、大きな課題となっている。

グローバル化によって、国の規制の方がこのように後退するなかで、食品衛生を確保していくためには、営業者による自主的衛生管理がこれまで以上に重要となっている。かつて、食品衛生法が制定されると、1948 年（昭和 23 年）、食品業界は社団法人・日本食品協会を発足させ、全国に支部を設置した。この日本食品協会は営業者により設立されたものであるが、行政とのつながりが濃く、いわゆる官製団体であり、各都道府県の支部の多くは保健所内に置かれていた。1960 年（昭和 35 年）には、さらに自主的な食品衛生指導を実施していくため、日本食品協会は、独自に食品衛生指導員制度を創設し、厚生省は指導員の養成を協会に委託し、間接的な監視指導を強化した。また、1962 年（昭和 37 年）、不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）が制定されると、表示又は景品類に関する事項について自主的に業界のルール「公正競争規約」を実施することができるようになった。この規約は、各業界が自主団体として設置している公正取引協議会が運用しており、公正マークの発行や虚偽・誇大広告、過大な景品類について調査する等、業界が自主的に規制を行うものである。食品衛生法においても、1957 年（昭和 32 年）の第 9 次改正において、営業者自身による食品衛生管理者制度が創設された。また 1972 年（昭和 47 年）の第 12 次改正において、新たに、厚生大臣が定める有害な物質の混入防止の措置基準、都道府県知事が定める公衆衛生上の措置基準について、営業者の遵守義務が規定された。厚生省は、さらに営業者が自主的衛生管理に取り組みやすいようにするため、食品の衛生的な取扱いを定めたガイドラインを事業別に定めている。食品衛生行政の担い手が、もっぱ

ら国と地方公共団体であった仕組みから、自主的な食品衛生管理を担う民間諸団体が新たに加わり、その協働としての食品衛生行政の登場と展開がみられるようになったのである。

一方、世界では、GAP や ISO をはじめとする正式の国際取極めではないプライベートスタンダード等新たな認証制度ができており、そのなかには自主的衛生管理も含まれている。今後、どのように営業者が協力し、グローバル化する社会のなかで、行政と協働して食品安全行政を進めていくのかが課題となっている。

以上が、本論文において明らかにした点である。しかし、以下の2点において、なお今後明らかにしなければならない課題がある。

第一に、食品衛生行政が、警察行政から離脱を果たした現在、食品衛生問題は、新たに食品の国際基準の問題等グローバル化の課題に直面している。Codex 委員会による規格については、科学的知見を基に設定される任意のものであるが、SPS 協定の規定によって国内基準として導入され、法律によることなく告示等で規格基準が改訂されていることにもみられるように、その正統性という問題がある。これについては、どの国も同様の問題を抱えており、例えば、食品の長期保存を可能にする放射線の食品照射については、米国、EU、日本をみても、それぞれに取組が異なっている。EU においては、さらにその内部で、農業国であるフランスと、工業国であるドイツといったように、対応が異なる。また、日本において、カドミウムの基準を受け入れた際には、再度食品安全委員会や審議会に諮問し、時間をかけて慎重な手続をとっている。しかし、慎重な審議を行ったとしても、国民による民主的コントロールは不十分なままである。今後、グローバル化が進展し、さらに Codex 規格が増加することが予想される。国際基準を国内基準に取り入れることに関する問題は、さらに重要な論点となるものであるため、このようなグローバル化が食品衛生行政にどんなさらなる変化をもたらすかをみることは、アクチュアルな検討課題である。

また、このように、グローバル基準とそれに基づく規制が重要となるなかで、先に述べたように、国の法律による規制が後退していく。しかし、同時に営業者による自主的衛生管理の取組を含むプライベートスタンダードの役割は、国の法的規制の限界を補うものとして、ますます重要となっている。例えば、Codex 規格は、開発途上国に配慮し、その規格レベルは最低限の規制となっている。そのため、先進国の業界や企業では、食品の安全を確保していくプライベートスタンダードを積極的に作っているのである。これは、生産者の自主的衛生管理であり、日本でも、農林水産省が日本版 GAP である JGAP の取得を

推奨している。したがって、営業者が自主的衛生管理をさらに促進していくなかで、こういったプライベートスタンダードは、ますます重要となっており、こうした自主的な衛生管理との相互作用、すなわち、対立と補完のなかで、国や地方公共団体の食品衛生法制がいかなるものへと変化していくかをみることも、次の課題となっている。