

食品の機能性表示に関する規制と表現の自由(2・完)

玉 川 淳

目 次

- I. はじめに
- II. 食品の機能性に関する表示
 - 1. 食品に付される表示
 - 2. コーデックス委員会のガイドライン
 - 3. 機能性表示を保证する科学的根拠
- III. 食品の機能性表示に関する規制
 - 1. 我が国の表示規制
 - (1) 薬事法上の規制
 - (2) 特定保健用食品制度
 - (3) 栄養機能食品制度
 - (4) 健康増進法による誇大表示の禁止
 - 2. 欧米の表示規制
 - (1) 米国の制度
 - (2) EUの制度(以上27巻1号)
- IV. 広告表示等の営利的言論と憲法21条
 - 1. 最高裁による判断
 - 2. 営利的言論に関する学説の展開
- V. 公衆衛生を目的とした規制の位置付けの再考
 - 1. 表示規制の位置付けに関する疑念
 - 2. 憲法25条の持つ規範性の再検討
- VI. 結びに代えて(以上本号)

IV. 広告表示等の営利的言論と憲法21条

1. 最高裁による判断

食品の機能性表示に関する我が国の規制はⅢ.の1.で述べたとおりであるが、これらの健康増進法等の法令に基づく販売の用に供する食品の表示規制は、憲法21条が保障する「表現の自由」⁽¹⁾とどのような関係にあるの

であろうか。

憲法は、98条1項において、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」とその最高法規性について規定するとともに、81条において「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所

である」と定め、裁判所に違憲審査権を認めている。

したがって、機能性表示に関する規制と表現の自由の関係を理解するためには、最高裁によって示された裁判上の判断を検証することが不可欠である。これまで食品の機能性表示に関して裁判上争われたのは、前述のとおり、そのほとんどが薬事法違反を問われた刑事事件であった⁽²⁾。しかしながら、上告理由等として憲法 21 条違反が主張されたものは少なく、「高麗人参濃縮液」に関する最決昭和 57・2・12 や「つかれず」等に関する最判昭和 57・9・28、「ビバ・ナチュラル」に関する最判昭和 63・4・15 が挙げられるにとどまっている⁽³⁾。

このうち、「つかれず」等や「ビバ・ナチュラル」に関する薬事法違反被告事件における憲法 21 条違反との上告理由については、最高裁は、「このように解しても憲法の前記各法条に違反するものではないことは、当裁判所大法廷判例（昭和 38 年（あ）第 3179 号同 40 年 7 月 14 日判決・刑集 19 卷 5 号 554 頁、昭和 29 年（あ）第 2861 号同 36 年 2 月 15 日判決・刑集 15 卷 2 号 347 頁）の趣旨に徴して明らか」（最判昭和 57・9・28）等と単に先例を引用して所論は理由がないとして棄却しており、憲法 21 条の適用に関する具体的な議論は展開されていない⁽⁴⁾。

このため、本稿では、上記判決においても引用された最大判昭和 36・2・15（あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法違反被告事件）を取り上げ、最高裁による判断について検討することとした⁽⁵⁾。

あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法⁽⁶⁾（昭和 22 年法 217 号）7 条 1 項は、広

告できる事項を施術者の氏名、住所、免許業務の種類等に限定し、同条 2 項は、施術者の技術、施術方法、経歴等に関する事項にわたってはならないと規定していた。

被告人はきゅう業を営んでいたが、きゅうの適応症として神経痛、リュウマチ、血の道、胃腸病等の病名を掲げ、かつ通俗的にきゅうの効能を説明した広告ビラを周辺町村で配布したとして、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法違反で起訴された。第一審の大阪簡裁は罰金 2 千円の判決を言い渡したが、被告人は、同法 7 条の規定は憲法 21 条等⁽⁷⁾に違反し無効であるとして、大阪高裁に控訴した。同高裁は、憲法問題のみが控訴理由である事件として、刑事訴訟規則（昭和 23 年最高裁規則 32 号）247 条、248 条の規定に従い、最高裁に移送した。

最高裁判決の判旨であるが、「本法があん摩、はり、きゅう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告も許さないゆえんのもの、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない」として、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法は憲法 21 条等に違反しない旨を判示し、上告を棄却した。

同判決は、薬事法や健康増進法に基づく表示規制を対象としたものではないが、広告表

示等の営利的言論と憲法 21 条に関する判例として先駆的な意義を有するものと位置付けられている。

しかしながら、当該判決に対しては、判旨は虚偽誇大のおそれを理由として真実広告の禁止、さらには真実広告の一類型たる適応症広告の禁止も理由付けようとするものであるが、虚偽でも誇大でもない全くの真実広告までも制限する根拠を具体的に論証する必要があった⁽⁸⁾等の批判が強い。

また、判決は全員一致によるものではなく、2つの補足意見⁽⁹⁾のほか、多数意見と異なる結論を持つ3つの少数意見が付されている。

これらの意見のうち垂水裁判官は、補足意見として「心(意思)の表現が必ずしもすべて憲法 21 条にいう『表現』には当たらない」として、当時の米国の判例の解釈に言及した上で、「法律で、これらの業務を行う者に対しその業務上の広告の内容、方法を適正に制限することは、経済的活動の自由、少くとも職業の自由の制限としてかなり大幅に憲法上許されるところであり、本法 7 条にいう広告の制限もかような制限に当るのである。そのいずれの項目も憲法 21 条の『表現の自由』の制限に当るとは考えられない」と述べている。

営利的な広告が憲法 21 条の保障する表現の自由に含まれないと明言しているのは、同裁判官だけであり、他の裁判官は、営利的な項目についても表現の自由に含まれるとした上で、それを制限し得る要件は何かで判断が分かれているように受け取れる⁽¹⁰⁾。

河村(大)裁判官は、補足意見において「右第 2 項の立法趣旨は、技能、施術方法又は経歴に関する広告が患者を吸引するために、ややもすれば誇大虚偽に流れやすく、そのため

に一般大衆を惑わせる弊害を生じる虞れがあるから、これを禁止することにしたものと解せられる。されば右第 2 項の禁止規定は広告の自由に対し公共の福祉のためにする必要止むを得ない合理的制限といえることができるから、憲法 21 条に違反するものでない」と述べている。

当該補足意見についても、真実広告まで制限する根拠として十分な論証となっていないとの批判が可能であろう。

これに対し、斉藤裁判官は、少数意見において、広告をあんま師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法 7 条違反とするには、現実に適時適切な医療を受ける機会を失わせるような「結果を招来する虞のある程度の虚偽、誇大であることを要するものといわなければならない」として、「前記 7 条 1 項各号に列举する事項以外の事項を広告したものは、その内容の如何を問わず、すべて処罰する趣旨であると解するならば、」同規定は憲法 21 条に反し無効であるというべきである」と述べている。

また、藤田裁判官も、少数意見において「同条は同条所定以外一切の事項の広告を禁ずるものと解するならば、同条は憲法の保障する表現の自由をおかすものとならざるを得ない」との考え方を表明している⁽¹¹⁾。

さらに、奥野裁判官は、少数意見において「その施術が如何なる病気に効能があるか、真実、正当に世間一般に告知することは当然のことであつて、かかる真実、正当な広告まで全面的に禁止しなければならない保健、衛生上その他一般公共の福祉の観点からもその理由を発見することができない」、「憲法の保障する表現の自由の制限を免許の条件とする

が如きことは許されざるところ」であると述べ、河村（又）裁判官もこれに同調している。

この点については、きゅう師等の開業に免許制を採用している意義をどのように理解するかが鍵となるものと考えられるが、本稿ではこれ以上立ち入らない⁽¹²⁾。

憲法訴訟という観点から同判決を見ると、その違憲審査基準については、判旨が「公共の福祉を維持するためやむをえない」として憲法の各条項に違反しないとしていることから、2.で述べる「合理性の基準」を採ったものと考えられる。

以上のように、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法違反被告事件をめぐる最高裁において様々な観点に立つ意見が示されたものの、その後の判例の展開においては、単に同判決が引用されることが多く、判例の積重ねによって裁判法理が明確になりつつあるとは言い難い状況にある。

2. 営利的言論に関する学説の展開

憲法が保障する「表現の自由」については、学説において、その制約に当たって特に厳しい違憲審査基準が適用されるべきであるという、優越的地位が認められると論じられてきたことから、概観することとしたい。

その根拠については、米国の憲法学者エマースンが1963年に公表した論考⁽¹³⁾において掲げた、表現の自由が担う次の4つの機能が大きく関わっているものとされている。

- ① 個人の自己充足を保障する手段として
不可欠⁽¹⁴⁾
- ② 知識を伸張し、真理を発見するために
不可欠の過程
- ③ 社会の全成員が決断形成に参加するた

めに不可欠⁽¹⁵⁾

- ④ 社会における安定と変化との間の適切な均衡の維持

このうち②の機能については、「真理の最上のテストは、市場の競争において自らを受け入れさせる思想の力である」として「思想の自由市場」の言葉で語られるものである。しかしながら、現実には真理が虚偽に打ち勝つとは限らず、また、表現の自由が保障されていても、力に明確な差異がある表現者間においては自由市場が成立しないのではないかといった批判が寄せられている。

また、④の機能については、政策的手段的機能にとどまるものとして、他の機能との異質性が指摘されている⁽¹⁶⁾。

したがって、①の個人の人格の形成と展開（個人の自己実現）にとって枢要の人権であるという機能、③の立憲民主主義の維持・運営（国民の自己統治）にとって不可欠であるという機能が、表現の自由の保障を図る上で格別の細心の配慮が要請すべきことの根拠となるものと考えられている⁽¹⁷⁾。

前述のとおり、憲法81条は裁判所に違憲審査権を認めていることから、当該審査権の行使に際して、どのような判定基準を用いて合憲・違憲の結論に至るかが極めて重要となる。

一般に、民主制下の違憲審査制のあり方としては、議会（国会）が制定する法律は合憲性の推定を受け、裁判所は明白な誤りがあるのでなければ違憲と判断すべきでないこと（明白性の原則）が指摘される。この明白性の原則は、「合理性の基準」と結び付いており、規制目的が一応正当であり、規制手段が合理的関連性を有すれば、その規制は合憲と判断

されることとなる。

しかしながら、表現の自由については、自己実現と自己統治という2つの機能のために合憲性の推定が排除され、むしろ違憲性の推定原則が妥当すると考えなければならないと論じられる。そして、規制目的の正当性が厳密に問われなければならないとともに、規制の程度・手段が規制目的を達成する上で必要最小限度のものであるか否かが厳密に検討されなければならないと指摘されている⁽¹⁸⁾。

ただし、表現の手段ないし媒体は多様であることから、それぞれの特性に応じた考慮が必要であるとして、表現の類型論を構築する必要性も指摘されている。また、過度の広汎性故の無効の理論、曖昧性故の無効の理論(明確性の理論)といった特別なルールの適用についても指摘されることがある⁽¹⁹⁾。

以上が、表現の自由に対する学説の概観であるが、こうした考え方に対して最高裁はどのような立場を採ってきたのだろうか。最高裁は、サンケイ新聞意見広告事件の判決(最判昭和62・4・24民集41巻3号490頁)において「民主制国家にあつては、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と指摘するなど、関連する判例において表現の自由の高い価値を認めているようにも見える。

もっとも、表現の自由に関する事案において、最高裁が厳格な審査基準を適用して違憲と判断したものは、これまでのところ存在しない。このような最高裁の姿勢については、学説から批判が寄せられている⁽²⁰⁾。

ところで、表現の自由の保障根拠について、自己実現と自己統治という機能を中心に構成

する場合、そこで保障される「表現」の範囲をどのように考えるかが問題となる。

具体的には、憲法21条が保障する表現の自由には、わいせつな表現、営利的言論、差別的な表現といったものも含まれることとなるのかがそれぞれ論じられてきた。

食品の機能性表示についても、それが販売の用に供される食品の容器包装に付されるものである以上、特定の商品やサービスの流通を目的として行われる営利広告の一部を構成する。したがって、食品の機能性表示に関する規制についても、広告表示の一類型として営利的言論の問題として位置付けられることとなる。

学説においては、純然たる営利的言論は、経済的自由の問題であるとの見解⁽²¹⁾もあるが、多くはこれについても表現の自由の問題と捉えている。その理由としては、営利的言論と非営利的言論の区別の基準は必ずしも明確ではないこと、国民にとっての情報価値という視点を考慮すれば、営利的言論を「表現の自由」の保障外とするような解釈は妥当ではないこと等が挙げられる。

ただし、営利的言論が原則として表現の自由の保障対象となると解するとしても、政治的な表現とは異なった規制の可能性を認めるという考え方も有力である。例えば、佐藤幸治教授は、営利的言論が国民の健康や日常経済生活に直接影響することが大きいということのほか、その真実性は概して政治的言論と違って客観的判定になじみやすく、また「萎縮的效果」をおそれるべき度合いが少ないことを考慮すれば、厳格性の緩和された審査基準が妥当すると解すべき余地があろう、しかし広告禁止については、保障対象となる言論

の直接的禁圧を構成する以上、むしろ厳格な審査基準が妥当すると指摘している⁽²²⁾。

重複するところもあるが、ここで「厳格性の緩和された審査基準」というのは、①立法目的が重要なものであること、②当該目的と規制手段と間に事実上の実質的関連性があることについて、論証する責任を規制当局に負わせることを意味する。

これに対し、厳格な審査基準とは、①立法目的がやむにやまれぬ公共的利益（必要不可欠な公益）を追求するものであること、②この公益に奉仕するために選択された手段が当該目的の達成に是非とも必要であることについて、論証する責任を規制当局（政府）が負うものとされる⁽²³⁾。

このように営利的言論も表現の自由に含まれるものの保障の程度に差異があるとする考え方に対し、営利的言論も政治的な主張や思想表現と同様に保護されるべきとの考え方を主張する論者もある⁽²⁴⁾。

また、この問題については、我が国においては判例の蓄積が十分ではなかったこともあって、米国の判例の変遷から示唆を得ようとする論考も多い⁽²⁵⁾。

米国の最高裁は、当初、営利的言論については表現の自由の問題としないとの立場を取っていた⁽²⁶⁾。しかしながら、その後判断を改め、営利的言論についても表現の自由の問題とした上で、政治的言論と営利的言論には「常識的差異」があるとして、営利的言論規制の違憲審査基準について定式化したとされる⁽²⁷⁾。

この違憲審査基準（Central Hudson テストと呼ばれる。）によれば、①営利的言論が合法活動に関わり、誤導的でないこと、②主張

される政府の規制利益が実質的であること、③規制がその利益を直接に促進するものであること、④規制が政府利益を保護するのに必要以上に広汎でないことを満たすか否かによって判断されることとなるという。

ただし、当該基準の適用判断については、その後必ずしも固定的なものとはならず、営利的広告の制限に許容的な傾向を見せているという⁽²⁸⁾。

営利的言論に関する違憲審査基準について定式化を図ることは、予測可能性を向上させるという観点からも推奨されるべきものと考ええるが、Central Hudson テストについては、農産物の一般的広告を行うための費用負担の各業者への割当て等をめぐって適用対象とするかどうか判断が揺れたこともある⁽²⁹⁾ほか、結局のところ④の要件に関して裁判所がどこまで厳格な態度で臨むか明確でないところがある。

なお、当該基準においても、「主張される政府の規制利益」という表現が用いられているが、政府の活動は本来国民の何らかの権利利益を保持増進するために行われるべきものであることから、そうした権利利益と無関係に政府自体に帰属する規制利益が想起させる点で適切ではなく、直裁に最終的な便益帰属者（全体）の利益を考慮対象とすれば足りるのではないであろうか。

ところで、憲法は、21条2項で「検閲は、これをしてはならない」と規定している。健康増進法等による食品の機能性表示に関する規制については、原則として一定の要件を満たす場合に特別用途食品の表示許可⁽³⁰⁾を認めるという構成をとることから、表現行為がなされるに先立ち行われる公権力による抑制

として憲法上問題とならないのかについても、従来の議論を整理することとしたい。

最高裁は、税関検査事件の判決（最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁）において、憲法21条2項にいう「検閲」の概念について「行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき、網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」としている。

こうした最高裁判例の検閲概念については、「発表」や「網羅的一般的に」といった点が不当に狭くするものであるとの批判があるが⁽³¹⁾、行政権が主体となって審査を行い、発表を禁止することにその本質があると理解するならば、国会が制定した法律により包括的に一定の表示行為が禁止されている健康増進法等の表示規制は、憲法上絶対に禁止される「検閲」には該当せず、事前的抑制の問題として考察すべきものと考えられる。

V. 公衆衛生を目的とした規制の位置付けの再考

1. 表示規制の位置付けに関する疑念

IV.を要約すると、営利的言論に関する規制については、これまでの最高裁判例の立場では、必ずしも理論的な根拠が明確ではないものの、合理性の基準に基づく審査が行われ、著しく合理性を欠き明らかに立法裁量の逸脱・濫用とみざるを得ない場合を除き、違憲と判断されないこととなる。

これに対し、有力な学説は、営利的言論に

ついても表現の自由の保障の対象に含まれるとして、虚偽誇大な広告の制限については厳格性の緩和された審査基準により審査し、広告禁止については厳格な審査基準によって審査すべきとしている。

この立場による場合、健康増進法に規定する誇大表示の禁止については厳格性の緩和された審査基準によって裁判所に審査されることとなると考えられるが、特別の用途に適する旨の表示の許可（当該表示の許可を受けずに、特別の用途に適する旨の表示をした者は、同法37条2号に該当し、50万円以下の罰金に処せられる。）や、薬事法に基づく表示規制については、どのような取扱いとなるのであろうか⁽³²⁾。

販売の用に供された食品の消費者に対し、一定の基準の下に情報提供の適正化を図るという点では、虚偽誇大な広告の制限と共通するものがあるが、「広告規制のような情報規制は、人が利用できる情報の質量を操作することによって、個人の自律に介入」⁽³³⁾するものであるとの批判もある。

以上のように、表現の自由については、その優越的地位が学説上広く認められ、たとえ営利的言論であってもその制限については慎重であるべきことが理解できる。しかしながら、その議論の過程においては、営利的言論の表示規制によって保護しようとした権利利益の憲法上の価値という側面がこれまで十分吟味されてこなかったのではないだろうか。

表現の自由においても、名誉権やプライバシーの権利といった憲法上の権利利益との調整については、従前より論じられてきたが⁽³⁴⁾、例えば、Central Hudson テストにおいて「主張される政府の規制利益」と包括されて論じ

られている利益は、憲法上も尊重されるべき国民の権利利益に還元して評価されるべきものではないだろうか。

以下では、このような観点から食品の機能性表示に関する規制が担う憲法上の価値について検討することとしたい。

Ⅲ.の1.で述べたとおり、薬事法は、医薬品、医薬部外品等の品質、有効性及び安全性の確保のために必要な規制を行うことにより、保健衛生の向上を図ることを目的とする法律である。また、健康増進法は、国民の栄養の改善その他の国民の健康の増進を図るための措置を講じることにより、国民保健の向上を図ることを目的とする法律である。

このように、食品の機能性表示に関する規制は、保健衛生の向上や国民保健の向上を目的として講じられたものである。このような人間の生命・身体を健康を保持増進するための政府の取組みは、一般に公衆衛生（Public Health）と称されている⁽³⁵⁾。

公衆衛生の伝統的な定義としては、ウィンスローによる「公衆衛生とは、環境衛生の改善、伝染病の予防、個人衛生の原則についての個人の教育、疾病の早期診断と治療のための医療と看護サービスの組織化、及び地域社会のすべての人に、健康保持のための適切な生活水準を保障する社会制度の発展のために、共同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、身体的、精神的健康の能率の増進を図る科学であり、技術である⁽³⁶⁾」がよく知られている。

したがって、公衆衛生においては、国民の生命・身体を健康を脅かす健康リスクを分析し、科学的知見に基づいて健康リスクを低減させるために必要な規制を講じることが不可

欠となる。こうした規制は、国民の権利義務に関わるものであることから、法律に基づいて講じられることとなる。

健康リスクをもたらす危害要因（ハザード）には、例えば食品安全に限っても、食中毒菌やウイルス等の生物学的要因、農薬、重金属等の化学的要因、放射線等の物理的要因などさまざまなものがある。

また、こうしたリスクを低減させるための管理手法（規制措置）としても、さまざまな措置が講じられている。例えば、各種の医療従事者制度のように、一定の知識を習得したと認められる専門職にしか業務への従事を認めないこと、医療施設のように継続して一定の業務を行う場所が備えるべき構造設備の基準を定めること、水道水のように供給が認められる基準を満たしていること、医薬品の用法、用量の表示や使用上の注意のような表示を義務付けること等である。

なお、科学技術的な用法としては、リスクとは一般に望ましくない事象のことを意味しており、その大きさは、ある望ましくない事象（影響の評価点＝エンドポイント）に対して、その生起確率で表現される。すなわち、

リスク＝（望ましくない事象の生起確率）×（その事象の重大さ）

として、理論的にはリスクを定量化できる⁽³⁷⁾ものと考えられている。

このように健康リスクとは、確率的に顕在化するものなのである。例えば、インフルエンザのウイルスを含む飛沫を同様に浴びても発症する者もあれば、発症しない者もある。食品中のアレルギー物質に反応するのは、何百人、何千人に一人ということもある。医薬品の副作用が生じた結果、死亡に至る者は、

百万人に一人かもしれない。しかし、これらの健康リスクの発現を少しでも低減させるための取組みが各種の公衆衛生上の管理措置(規制)として講じられている。

ただし、リスク管理の現場では、(各種の管理措置を講じたとしても)ゼロリスクに到達することは現実的には無理であり、他のリスクとのトレードオフや、リスク削減のために投入できるコスト、資源を考慮しながら、できるだけリスクを削減しようとするのが常識になっている⁽³⁸⁾とされる。

例えば、摂取した消費者「一般」に影響が生じる可能性がある野菜への残留農薬については、食品の規格基準を定め、不適合品について販売等を禁止することで対応を図ることが考えられる。

これに対し、食物アレルギーについては、異なる措置を採ることを考える必要がある。すなわち、ある一定の人々が小麦粉に対して食物アレルギーの症状を呈しているとする⁽³⁹⁾。加工されたため小麦が含有されているか一目では判別し難い食品もあることも考慮すると、小麦による食物アレルギーの発症をゼロにすることは、小麦粉及びこれを含む食品の販売を禁止することによって達成できるかもしれない。

しかしながら、世界の食料の需給等を考慮すると、およそ小麦粉及びこれを含む食品すべてについての販売を禁止するというのは、現実的な選択肢ではない。表示の基準を設け、適合する表示を事業者に義務付けることにより、食物アレルギーの症状を呈する者に注意喚起を行って、リスク発現の低減に努めるほかない。

このように、飲食に起因する衛生上の危害

を防止するといった公衆衛生の観点からは、表示に関する規制と流通禁止等の管理措置とは一体的に運用されることが必要不可欠である。

ところが、前述した憲法学の学説の立場からすれば、営利的言論についても表現の自由の優越的地位にかんがみ、厳格な審査基準によって審査すべきとする一方、広汎な影響が生じるとされる流通禁止については、単なる営業の自由の侵害の問題として、合理性の基準による審査を経れば足りることとなる。この取扱いは、行政上の法の一般原則⁽⁴⁰⁾とされる比例原則にも沿わないものであり、違和感を禁じ得ない⁽⁴¹⁾。

例えば、医薬品については、無承認無許可医薬品であれば、製造や流通も認められないという厳しい規制が講じられるのに対し⁽⁴²⁾、特定保健用食品については、健康増進法に基づく表示の許可の制度であり、特定の保健の目的を表示しない限り当該食品の流通が認められることから、専ら表現の自由への抵触が問題となることとなる。

このような健康リスク低減のための措置としてみた位置付けとの乖離は、表現の自由と対置される規制利益に関する憲法上の位置付けが十分に分析されていないが故に惹起されるものと考えられる⁽⁴³⁾。

表現の自由は個人の自己実現や国民の自己統治に不可欠なものであるとしても、生命・身体の自由もまた個人の自由の出発点をなす根幹的な権利であり、公衆衛生の一環として講じられる規制措置はかかる自由を保障するための取組みの一つに他ならない。沿革的な問題として、憲法13条が保障する生命・身体の自由については、犯罪の捜査及び処罰の関

係を中心に議論が展開されてきたのは事実であるが、健康な生活についての権利は憲法 25 条において明示的に規定されているのではないだろうか。

このような観点から、従来は社会・経済的弱者の保護のための国の積極的行為を要求するものであるところに本質を持つと捉えられてきた、憲法 25 条に関して、現実に規定されている文言を手がかりとして、その有する規範性を再検討することとしたい。

2. 憲法 25 条の持つ規範性の再検討

前述のように、生命・身体の自由も個人の自由の出発点をなす根幹的な権利に他ならないが、沿革的に生命・身体の自由は犯罪の捜査及び処罰の関係が問題とされてきた。このため、憲法 13 条に公衆衛生目的の規制の規範的根拠を直接求めることは、若干無理がある。

他方、憲法 25 条は、1 項において「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」と規定し、2 項において「国は、すべての生活部面について」、「公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と規定している。

例えば、判例においても基本的人権として認められつつある「プライバシーの権利」が憲法の明文において規定されたものではないのとは異なり、「公衆衛生」については、明文の規定が設けられている訳である。このため、当該条項の解釈として、健康な生活についての権利を捉え、公衆衛生の向上及び増進のための規制措置についても憲法上保障すべき権利利益に繋がるものとして観念することができないか検討することとしたい。

これまで学説においては、憲法 25 条について主として公的扶助（生活保護）の適用を念頭に置いて、「健康で文化的な最低限度の生活を営む」ことを権利として保障するものとして「生存権」と名付け、その法的性質について議論を重ねてきた。

大別すると学説は次の 3 つの立場に分かれるとされる。

第一に、憲法 25 条 1 項は、法律的にはプログラム的意義のものであり、国の政策的目標ないし政治道徳的義務を定めたとするプログラム規定説がある⁽⁴⁴⁾。これに対して、生存権は法的権利であり、国はそれに対応する法的義務を負うが、一方、憲法だけを直接の根拠として具体的な請求権を導き出すことはできず、生存権を実現する具体的手続、方法を規定する生活保護法といった具体的な法律の規定と相まって双方を根拠に法的権利を導き出すことができるとする抽象的権利説が主張され、現在では、同説が最有力とされている⁽⁴⁵⁾。このほか、国が国民の生存権を適切に保障する立法を怠る場合、国の不作為が国民の具体的権利の侵害を構成し、違憲確認訴訟を提起できるという具体的権利説も提唱されてきた⁽⁴⁶⁾。

最高裁の判例であるが、朝日訴訟においては、傍論ながら「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的な権利を賦与したものではない」とした（最大判昭和 42・5・24 民集 21 巻 5 号 1043 頁）。これに対し、堀本訴訟においては、健康で文化的な最低限度の生活は抽象的な相対的概念であり、その認定判断は厚生大臣の合目的的な

裁量に委ねられており、憲法及び生活保護法の趣旨・目的に反し、その裁量性を超えた場合、又は裁量権を濫用した場合は、違法な行為として司法審査の対象となるとしている（最大判昭和 57・7・7 民集 36 卷 7 号 1235 頁）。

また、憲法 25 条 1 項と 2 項の関係については、当初、1 項は生存権保障という目的ないし理念を示したものであり、2 項はその目的・理念の実現に努力すべき国の責務、その達成のための方法を示したものとして、両者が一体的関係にあるものとして捉えられてきた。しかしながら、前掲の堀木訴訟の控訴審判決（大高判昭和 50・11・10 判時 795 号 3 頁）においては、憲法 25 条 1 項による施策を救貧施策、同条 2 項による施策を防貧施策として、適用すべき違憲審査基準が異なるとの考え方が示されている⁽⁴⁷⁾。

これらの議論は、生活保護、各種年金や社会手当といったいずれも給付制度を対象としたものであり、国に対して一定の行為を要求する権利（作為請求権）たる社会権の一つと捉えられている⁽⁴⁸⁾。このため、憲法における公衆衛生の向上及び増進のための規制制度に対して、直ちに外挿できるものではない。

よって、「公衆衛生」が憲法 25 条 2 項に「公衆衛生の向上及び増進」が規定されるに至った経緯まで立ち返ってみることにしたい。

昭和 21 年 2 月 13 日に日本政府に提示された総司令部案（マッカーサー草案）の 24 条においては、「法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉並びに自由、正義および民主主義の増進と伸張を目指すべきである」との規定に続き、4 項で「公衆衛生は、改善されなければならない」、5 項で「社会保障を設けな

ければならない」と規定されていた⁽⁴⁹⁾。

このマッカーサー草案を下敷きとして政府原案の作成が進められたが、当該条項については、1 項に 4 項と 5 項が織り込まれるとともに、「自由、正義および民主主義」とあるのが規定の及ぶ範囲が広汎に過ぎるとして除外されることとなった。この結果、昭和 21 年 6 月 20 日に第 90 回帝国議会に提出された帝国憲法改正案においては、「第 23 條 法律は、すべての生活部面について、社会の福祉、生活の保障及び公衆衛生の増進のために立案されなければならない」という規定が置かれていた⁽⁵⁰⁾。

衆議院の審議の過程において、社会党から「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」という規定の追加が主張され、審議の結果、当該条項を 1 項として挿入するとともに、原案の文言を一部修正の上、2 項として「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」と規定されることとなった⁽⁵¹⁾。

このように、公衆衛生の改善については、日本国憲法制定に向けた準備のかなり早い段階から、国家の根本法たる憲法において規定すべきものと考えられてきたことが分かる。

しかしながら、帝国議会における審議の過程も含めその憲法規範としての意義は何か、具体的な解釈について示したものは、皆無に近い。

例えば、法学協会編『註解日本国憲法』においては、「公衆衛生の向上及び増進が特に掲げられているのは、『健康で文化的な』ということを受けたものである。従来すでに伝染病予防法（明治 30 法律 36）等が成立してい

るが、近時、食品衛生法（昭和 22 法律 233）予防疫種法（昭和 23 法律 68）、優生保護法（昭和 23 法律 156）、結核予防法（昭和 26 法律 96）、その他、この角度から諸般の措置が講ぜられつつある」と当時の状況を説明するにとどまっている。

以降、新しい人権としての環境権について論じるものは現れるものの、公衆衛生について特に記載しない憲法学の体系書も多い⁽⁵²⁾。

他方、憲法 25 条については、憲法学のみならず、社会保障法学からの議論も積み重ねられてきている。

このうち、堀勝洋教授は、国政遂行の指針として、25 条 1 項は「国民が健康で文化的な最低限度の生活を営むことができるように国家は具体的な施策を講じなければならない」という規範内容を持っており、2 項は「国家が社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上・増進を図る施策を講じなければならない」という規範内容を持っているとして、最低生活の保障の範囲を超えてより良い生活の発展努力を国家の努力義務と解するとしている⁽⁵³⁾。

また、近年では、いわゆる人格的自律権論と生存権論に関して、憲法 13 条を基底として、憲法 25 条との関係を有機的に理解し、社会保障制度が各個人の自己の生を主体的に構想して、かつ達成する主体であり続けるための条件整備の一つとする立場からの論考が公表されている⁽⁵⁴⁾。

一例を挙げれば、菊池馨実教授は、憲法 13 条を軸とし、憲法 14 条 1 項の趣旨も踏まえつつ、直接的には憲法 25 条を通じて具現化される「実質的机会平等」の価値が人格的に自律した個人を前提においても社会保障制度を基礎付け得るとして、次のような指摘をし

ている。すなわち、「そもそも人は孤立した存在ではあり得ず、誕生から死に至るまで、社会あるいは共同体の中で、他者とのかわり（関係性）の中で生きる（生きざるを得ない）。社会において一定の範囲で、諸個人の力では対応し切れない社会的リスクに対処するための仕組みをつくるのが、立憲主義体制下にあつて、人間が生まれて自律的個人へと成長し、その自律性を保持しながら自らの行き方を追及していく上で、規範的な前提条件としていわば社会契約的に諸個人によって合意されたものと理解すべきように思われる」⁽⁵⁵⁾。

公衆衛生（上の規制措置）については、同稿でいう（狭義の）社会保障に包摂されるものではないかもしれないが、「個人の自律の支援」に資するための諸制度という点では、共通するものと考えられる⁽⁵⁶⁾。

もっとも、社会保障の目的について従来の社会保障法学において「生活保障」という見方で捉えていたのを「リスク分散と所得再分配という 2 つの機能」に関して規範的に論じられている点については、公衆衛生においては、適切な規制措置を講じることにより、生じ得る健康リスク自体の低減を図ろうとするところに特徴があるものといえよう。

この点に関しては、法学の立場からではないが、広井良典教授も、社会保障という制度の基本的な機能は、①リスクの分散、②所得再分配の二者にあるとし、「リスクの分散」とは、「リスク」を「不確実な（＝予測困難な）危険」という意味に解した上で、そうした不確実な危険を複数の個人間で分散すべく集団的ないし集合的に対応することであり、実質的に「保険」と言い換えられるものと指摘し

ている⁽⁵⁷⁾。しかしながら、リスクを分散する以前に、生じ得るリスクの総量の低減を図ることができるのであれば、より望ましいのは当然である。

憲法 25 条 1 項の解釈の問題に戻ると、同項に自由権や参政権と異なる、国家の積極的な給付を求める権利（社会権）が見出されるのは言うまでもない。しかしながら、当該条項の規定文言を素直に読めば、同項において保障されるべきなのは端的に言えば「状態」なのではないだろうか。すなわち、憲法 25 条 1 項が規定する「健康で文化的な最低限度の生活」を営むためには、生活に困窮する個人に対して金銭等の給付を行うといった措置を講じることが不可欠であることは当然であろうが、同条を国政遂行の指針として捉えた場合、給付という財貨移転行為を実施すること自体に最終的な目的があるのではなく、「健康」な「生活」という「状態」が維持確保されることに真の目的があると解すべきではないだろうか。つまり、権利性が議論される生活保護も「状態」の実現のための手段に過ぎないのである。それでは指針として目指すべき「健康」かどうかはどのように考えるべきだろうか。

1948 年に定められた世界保健機関の定義によれば、「健康 (Health)」とは、「完全な肉体的、精神的及び社会的福祉の状態であり、単に疾病又は病弱の存在しない」ことではないこととされている。

疾病に罹患したとき、医療行為は（健康回復のための）手段であり、健康かどうかは結果として現れるものである。そして、社会保障制度の代表例である医療保険は医療行為へのアクセスを強化するための取組みの一つに

過ぎないのである。すなわち、給付が移転したか、あるいは給付を受けるに当たってあらかじめ出捐があったかは、状態を作出するための過程と位置付けられるべきものである。そうした意味においては、規制も状態を作出するための措置に変わりがないのではないだろうか。

公衆衛生の手段である規制については、公的扶助や社会保険とは異なり、一身専属的な給付がなされるものではないことから、給付の実現を求めるという裁判上の保護を求める余地は大きくないかもしれない⁽⁵⁸⁾。しかしながら、表現の自由など他の人権規定による保障との調整過程において、「健康」な「最低限度の生活」という状態だけは実現させるという見地から、憲法上の価値が認められ、その限りにおいて裁判規範性を有すると考える余地があるのではないだろうか。

個人に対する給付ではなく、規制という一律の制度を通じて憲法上保護される価値の実現について、これまでの積み重ねられた議論によって一定の共通理解が得られつつある生存権、あるいは別の観点から提唱されている健康権という言葉を用いることは、概念の分裂を生じさせ、誤認を招くおそれも考えられる。このため、軽々に〇〇権と称することには躊躇するものの憲法 25 条が規範として提示し得る内容は、より多様なアプローチを包含し得るものと解釈すべきなのではないか。

近時、憲法が保障する自由権の基本権が、私人の不法な行為によって侵犯されるのに対し、立法・行政・司法のそれぞれの権限の範囲内で加害者の行為を規制し、被害者に保護を与えるものとして、基本権保護義務論の概念が提唱されている⁽⁵⁹⁾。

例えば、健康食品の虚偽ないし誇大な広告を規制しなかったことにより、消費者が摂取許容量を超える成分を摂取し、健康被害を生じる場合についてもその適用の可能性が議論され得るものと考えられる。

しかしながら、こうした場合について、個別の条項の解釈を経由しない基本権保護義務論の適用を求めるよりも、25条1項及び2項を通じて、かかる「健康」な「最低限度の生活」の享受が妨げられることのないよう必要な規制を講じることについては、既に規定されている憲法上の価値を実現するための措置が講じられたと理解すれば足りるのではないだろうか。

ところで、特定保健用食品を含む特別用途表示の許可は、食品に対し許可を受けずに当該特別の用途を表示することを禁止するものである。

特別の用途に適しているものであるか否かについて、一定の規格を定めたとしても、それを企業自らが判断するだけでは足りず、これに真に合致するものであるか国自らが審査を行い、その適否を判断することにより、表示に対する消費者の信頼を確保しようとするものである。

国民の人格的自律の尊重を考慮した場合、かかる国家の介入を最低限にして、判断の自己責任を求めていくべきなのか、人格的自律をなし得る基盤を整備するというパターンリスティックな対応を認める余地があるのか、現実の対応について考慮すると非常に悩ましいところがある。

錠剤、カプセル等に関与成分が濃縮されたサプリメントの必要性、効果又は安全性をめぐる判断においては、個人的心情体系に基づ

くものと科学的信念体系を基盤とするものという対立する2つの考え方があるとされる。

信条基盤の立場をとる人々は、サプリメントは自然のものだから、①健康増進に役立ち、②悪い食習慣、土壤に含まれる栄養の枯渇、汚染、ストレス、あるいは加齢などに起因する食生活の欠陥の是正に役立ち、③有害な可能性は当局の承認を受けた医薬品よりずっと小さいと考える傾向にある。

これに対し、科学基盤のアプローチを支持する人々は、ほとんどのサプリメントは、成分内容や安全性の面で疑問があり、主張されている健康増進効果の大部分は実証されていないと考えがちである⁽⁶⁰⁾とされる。

既に機能性表示を保証する科学的根拠を得ることについての困難性については、概説を試みたところであるが、関与成分について一定の効果があることが公知となっても当該製品の配合においてもそうした効果が確認されるかは、製品ベースで確認するよりない。

また、血圧や血糖値等の生体の評価指標（マーカー）が短期的に変動することが確認されていても、それがその個人にとって長期的にどのような影響をもたらすのか確認することは容易ではない。

さらに、関与成分を含む群と、プラセボ群で統計的な有意差が出たということを持って効果があったと判定するが、効果があると判定された飲食物を摂取した個人全部に指標の変動が見られるというものではない。

総じて言えば、食品の機能性というのは、確実にあると断言できる部分も、また、可能性としてだけ言えば確実にまったく存在しないと断言できる部分も多くはない。

このどちらとも断言できない灰色の領域こ

それが、一般消費者の誤認を招く原因となっているのである。食品の機能性表示に関する規制とは、当該領域にかかる危険負担について上記の対立する2つの考え方の下で調整を図ろうとするものといえよう⁽⁶¹⁾。

VI. 結びに代えて

冒頭に記したように、生命体である人間は、飲食物の摂取を通じて栄養素を吸収し、身体の恒常性の維持を図っている。

こうした恒常性の維持は、微妙なバランスの上に成立しており、最終的には、その維持が困難となって必ずいつかは各個人は死を迎えることとなる。

食品には、さまざまな生体への機能が認められるが、その効果は、結局のところ限定的なものでしかない。

また、「食品の安全性」を考える場合に常に心に留めておかなければならないのは、「食品や物質が摂食者の健康にとって安全かどうかは量の問題である」ということであるとされる。栄養素のように、生命を維持するために摂取する必要があるような物質であっても、過剰に摂取すると、健康に悪影響があるからである。つまり「食品の安全性」を考える場合には、「ある物質が安全か危険か」というような二律背反の考え方ではなく、連続的なスケールで考えなければならない⁽⁶²⁾といわれている。

このように、より健康な生活に向けた取り組みは容易なことではないが、生命科学は日々進歩を続け、例えば遺伝子レベルでの分子の働きの解明も進みつつある。

このように、健康な最低限度の生活を人格

的自律を図りながら達成しようとするれば、自らの生活環境を取り巻く情報のコントロールも今後極めて重要な課題となっていくだろう。

生活に影響を与え得る情報が極めて膨大に生成される中で、それが本人に把握できるようにするためには、何らかの情報加工が必要となるが、どこまで国家がその基盤整備に乗り出すかも悩ましい問題である⁽⁶³⁾。憲法25条がその適用の対象として具体的な人間像を想定しているのであれば、よりその生存、生活の本質に即して考慮する必要があるのではないだろうか。

本稿は、科学研究費補助金(平成21～23年度 基盤研究(B)「21世紀公衆衛生法システムに関する公法学的実証的研究」課題番号:21330009)による研究成果の一部である。

注

- (1) 日本国憲法は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」(21条1項)と定め、「検閲は、これをしてはならない」(21条2項前段)と規定している。

「表現の自由」については、その保障の中核をなす情報提供権のほか、情報受領権(情報を受け取る自由)、情報収集権(情報収集の自由・権利)を包摂するものと理解されている(佐藤幸治『憲法〔第3版〕』[1995]513頁)。食品の機能性表示については、消費者の消極的情報収集権(収集活動が公権力によって妨げられない権利)という観点から論じることとも可能であり、米国においては、かかる論拠に基づき積極的なロビー活動も行われたところである。しかしながら、我が国の機能性表示に対する実質的な要望の状況を考慮すれば、端的に事業者の情報提供権に対する規制の是非について検討すれば十分と考えられる。このため、以下では専ら情報提供権につ

- いて論じることとする。
- (2) 46 通知の「専ら医薬品として使用される成分本質（原材料）リスト」に掲げられる成分本質を含有しない製品であるが、表示された使用目的、効能効果等から（無承認無許可の）「医薬品」と判断されたものが典型例である。
- (3) 上告理由としては、「医薬品」の定義をめぐり、構成要件が不明確であり、罪刑法定主義に反するとして憲法 31 条違反を主張するものが多い。
- (4) 「高麗人参濃縮液」については、前述のとおり、「標ぼうされた効能、効果の点を除いても、客観的に薬事法 2 条 1 項に該当することが明らか」とされている（最決昭和 57・2・12）。
- (5) 最大判昭和 40・7・14（薬事法違反被告事件）は、憲法 22 条 1 項違反となるかが争われた事案であることから、本稿では取り上げない。
- (6) 法律名は当時のもの。法改正が行われた結果、現在の法律名は、あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律である。
- (7) 上告趣意においては、憲法 21 条のほか、11 条ないし 13 条及び 19 条違反も主張されていた。
- (8) 石村善治「営利的な広告の自由の制限」憲法判例百選Ⅰ〔第 3 版〕117 頁、橋本基弘「営利的な広告の自由の制限」憲法判例百選Ⅰ〔第 5 版〕123 頁、松井茂記『日本国憲法〔第 3 版〕』[2007] 465 頁。
- (9) 最高裁の裁判書には、各裁判官が意見を表示しなければならないと定められているが（裁判所法 11 条）、裁判書に個別に表示される意見のうち、多数意見に加わった裁判官がそれに付加して自己の意見を述べるものを「補足意見」という。
- (10) 久保田きぬ子「営利的な広告の自由の制限」憲法の判例 40 頁、長岡徹「営利的な広告の制限」メディア判例百選 131 頁。
- (11) 藤田裁判官の意見は、合憲性が疑われている法令について、単純な法令違反の点について（犯罪事実を構成しないと）判断することにより、その訴訟を終結させようとするもので、合憲限定解釈の一つに位置付けられる。戸松秀典『憲法訴訟〔第 2 版〕』[2008] 229 頁、239 頁を参照。
- (12) あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法の制定に至る沿革等については、医歯薬出版株式会社編『あんま師、はり師、きゆう師および柔道整復師の関係法規』[1968] を参照。
- (13) T・I・エマースン〔小林直樹・横田耕一訳〕『表現の自由』[1972]。
- (14) 人間の本来の目標は、自らの人格と人間としての可能性を実現することであり、この自己実現を達成するためには、精神が自由でなければならない。したがって、信念・意見その他の表現の抑圧は、人間の尊厳に対する侮辱であり、人間の本性の否認であるとする。
- (15) 特に政治的決断にとって重要とされ、一度政府が「その正当な権力を被治者の合意から導き出す」という前提を認めるのであれば、被治者がその合意の権利を行使するには、個人の判断形成においても共同の判断形成においても、完全な表現の自由を持たなければならないこととなるとする。
- (16) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』[1988] 19 頁。
- (17) 佐藤・前掲注 1・514 頁。ただし、①の自己実現という機能については、表現の自由に限られず、およそすべての権利に妥当（松井茂記『アメリカ憲法入門〔第 5 版〕』[2004] 146 頁）するのではないかという批判もある。
- (18) 佐藤・前掲注 1・371 頁。
- (19) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔相補版〕』[2000] 388 頁。
- (20) 戸松・前掲注 11・201 頁、松井茂記「違憲審査基準論」憲法の争点 283 頁ほか。
- (21) 伊藤正己『憲法〔第 3 版〕』[1993] 312 頁。近時では、大石眞教授が「商業広告それ自体としては、通例、主義・主張又は思想を含まない生活情報の提供とみるべきものであるから、営利的言論までも『優越的自由』とみる必要はなく、利用者・消費者などの利益を配慮した合理的な制限は、むしろ当然視することができよう」と指摘している（大石眞『憲法講義Ⅱ』[2007] 134 頁）。なお、あんま師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法違反被告事件における垂水裁判官の補足意

- 見もこの立場に立つものである。
- (22) 佐藤・前掲注1・518頁。
- (23) 芦部・前掲注19・27頁。米国の判例においては、厳格な審査基準は違憲の結論に結び付き、合理性の基準は合憲の結論には結び付くとされる。
- (24) 例えば、松井茂記教授は、「憲法は、表現の自由一般を保障しており、その保障の趣旨は、表現の価値・危険性を表現者と表現の受け手の判断に委ね、裁判所を含め政府が表現内容について判断することを原則として禁止したものと解すべき」として、「内容に基づく制約を正当化するのに必要な厳格な基準を満たさない限りは広告の制約は正当化しえないものと考えるべき」(松井・前掲注8・447, 465頁)としている。
- (25) 例えば、太田裕之「営利的言論をめぐる判例法理の展開—アメリカ連邦最高裁判決を中心に—」同志社法学 38巻4・5号90頁、浅野清彦「営利広告の合衆国憲法修正第一条による保護について」東海大学政治経済学部紀要 28号323頁など。
- (26) *Valentine v. Chrestensen*, 316 U. S. 52 (1942). 事案は、旧海軍の潜水艦を展示し、利益を得ようとした者が、営利広告物の街路での配布を禁ずる市条例の適用を免れようとして、政治的抗議文の裏に広告文を載せたビラを配布したところ、市条例違反で起訴されたものであり、最高裁は条例を支持した。
- (27) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U. S. 557, (1980). 事案は、公共サービス委員会がエネルギー保護の観点から電力使用を促進する広告の禁止命令を出し、燃料不足解消後も促進的広告を禁止したことに対し、電力会社が訴えたところ、最高裁は、手段が必要不可欠なものではないとして、禁止命令を違憲と判断したものである。
- (28) これとは逆に、橋本基弘「営利的言論の自由」憲法の争点 125頁は、*Central Hudson* テストの適用基準は高く、その結果、今日では、虚偽又は詐欺的な広告だけが規制できるとの解釈が支配的になっていると指摘する。
- (29) 例えば、*Glickman v. Wileman Bros. & Elliott*, 117 S. Ct. 2130 (1997). 同判例の評釈としては、徳永達哉「総称的広告規定と合衆国憲法修正第一条」法政研究 70巻2号447頁。
- (30) 行政法学的には、「許可」とは、法令による相対的禁止(不作為義務)を特定の場合に解除することを法効果とする行為と位置付けられる。
- (31) 佐藤・前掲注1・519頁。
- (32) 長岡・前掲注10・131頁は、広告の原則禁止については、弁護士会が平成12年に業務広告を原則自由化し、平成15年には公認会計士法改正により公認会計士の広告制限も撤廃され、医療法についても比較広告及び誇大広告を禁止することに主眼があるとして、広告の原則禁止・例外解除という規制は、医業類似業務に関してのみ残っているとする。
- (33) 橋本・前掲注8・122頁。
- (34) 佐藤・前掲注1・450頁以下を参照。
- (35) 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典〔第3版〕』[2006]によれば、「公衆衛生」とは、「国民の健康的な生活を保持、増進すること。行政機関によって行われる疾病予防及び健康増進を目的とする衛生管理。その分野は、環境衛生、母子衛生、産業衛生、精神衛生、母体保護、医療社会事業など極めて多岐にわたっている。その普及と増進を図るための第一線の行政機関が保健所である」(421頁)とされている。
- (36) Winslow, C.E.A., "The Evolution of Public Health and Its Objectives", J.S. Simmons ed., *Public Health in the World Today*, 1949
- (37) 益永茂樹「リスク評価」益永茂樹編『科学技術からみたリスク』[2007]2頁。
- (38) 中谷内一也『安全。でも、安心できない……』[2008]39頁。「リスク管理とは、目の前に差し迫った被害に対処しようというのではなく、むしろ、わざわざ調べてみなければわからなかったであろう将来の被害程度を、限られたデータや理論モデルを駆使して何とか予測し、先手を打って低減させていこうという営みだからである」という(同書36頁)。
- (39) 食品衛生法施行規則(昭和23年厚生労働省令23号)21条に規定する販売の用に供する食品等

の表示の規準において、小麦は、アレルギー表示にかかる7品目の特定原材料の一つとして表示が義務付けられている。

- (40) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』[2009] 62頁。比例原則は、①必要性の原則と②過剰規制の禁止の二つに分かれるとされる(同書84頁)。
- (41) 同様の疑問は、二重の基準論において経済的自由について権利利益の侵害を防ぐための消極目的規制と社会経済の円滑な発展や社会国家の実現のための積極目的規制に二分した場合にも生じる。二重の基準論では、前者の場合には「厳格な合理性」の基準を満たすべきものであると論じられているが、消極目的規制こそは生命・身体保護を実現しようとするものであることから、最優先で講じられるべき措置という評価が与えられるべきなのではないかという素朴な疑問を除去するのは容易ではない。
- (42) 許可事業者に対する表示規制をどう位置付けるかという問題は別途存在する。
- (43) 他に事例を挙げれば、例えば妊娠初期における葉酸の摂取不足は、二分脊椎などの神経管閉鎖障害を持つ子どもが生まれるリスクを上昇させることが医学・栄養学上の知識として知られている。米国においては、当該リスクを低減させるため、小麦等の穀物に対し、葉酸の添加が義務付けられている。一方、我が国においては、母子健康手帳への記載等を通じて妊婦に対する葉酸の摂取に関する情報提供に努めるとともに、栄養機能食品の栄養機能表示として葉酸の果たす機能を表示すべきこととしているが、日米両国の対応のいずれがより人格的自律を尊重していると評価されるのだろうか。

また、我が国では消毒を目的として水道水に次亜塩素酸が加えられているが、米国においては、虫菌予防の観点から水道水に対するフッ素添加も実施されている。

一定のルールに基づいた表示を義務付けることにより、本人が自律的に摂取の適否を判断するよりも、かかる情報提供によるリスク管理を断念し、強制的な実現を図る方が憲法で保障される基本的人権への抵触が小さいとみるのは人

格的自律に関わる理論構成として疑念がある。

- (44) この立場に立つものとして、法学協会編『註解日本国憲法』[1953] 488頁。
- (45) 佐藤・前掲注1・621頁や芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第4版〕』[2007] 254頁も、この立場を妥当としている。
- (46) もっとも、生活保護法がない状況であれば、抽象的権利か具体的権利か論じる意味があるものの、現在では生活保護法がある以上、実際に問題となるのは保護の不開始決定、保護の具体的内容、あるいは保護廃止決定であって、当然に25条違反として争うことが認められることとなる(松井・前掲注8・554頁)。
- (47) 堀木訴訟の上告審においては、1項2項分離論は採用されていない。
- (48) 芦部・前掲注42・252頁を参照。
- (49) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅰ』[1972] 279頁。なお、2項は無償の普通義務教育、3項は児童搾取の禁止、6項は勤労条件、賃金及び就業時間の基準について規定していた。
- (50) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅱ』[1972] 176頁。
- (51) 昭和21年8月24日の衆議院本会議における芦田均委員長による「帝国憲法改正委員会」の審議経過報告。
- (52) 例えば、佐藤・前掲注1・619頁は、「2項は、1項を前提として、さらにより広い社会国家的視野から国の責務を規定したとみるべきであろう。2項は、条文の示すごとく、『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』というように、きわめて広汎にわたるものだからである」という記載しかない。また、芦部・前掲注42・253頁は、「保健所法〔現行は地域保健法〕、食品衛生法、環境基本法、大気汚染防止法など公衆衛生のための制度の整備も図られている」と現在の立法状況について説明がなされているだけである。なお、大石・前掲注21・205頁は、「『公衆衛生』とは、疾病防止・治療・栄養改善などに努めて、国民の健康を保持することを

- いう。このために感染症予防法・予防接種法・公害対策基本法などの法律が定められているが、それらの措置は社会保障制度とは区別されるのがふつうである」としている。
- (53) 堀勝洋『社会保障法総論〔第2版〕』[2004] 141頁。
- (54) 竹中勲「社会保障と基本的人権」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第1巻・21世紀の社会保障法』[2001] 43頁、尾形健「『福祉』問題の『憲法理論』(一)」法学論叢 147巻5号 111頁ほか。
- (55) 菊池馨実「社会保障法制の将来構想(一)―規範的視点からの一試論―」民商法雑誌 135巻2号 324頁。
- (56) 社会学の立場からであるが、武川正吾『連帯と承認』[2007] 16頁も、「『規制国家としての福祉国家』は、各種の規制活動によって、福祉国家が前提とする価値の具体化をはかろうとする国家である」として、規制国家の側面についても十分視野に入れるべきことを指摘する。
- (57) 広井良典「リスクと福祉社会」橘木俊詔・長谷部恭男・今田高俊・益永茂樹編『リスク学とは何か』[2007] 119頁。
- (58) ある健康リスクを低減させるための手段が医療行為のように対象者の個性に応じた固有の取り組みであるならば、その保障を求める裁判の当事者適格が認められやすいものと考えられる。これに対し、国民一般に共通する要因に対処するため、一律の規制が講じられる場合には事情が異なってくる。集団を対象とするため、個人固有の権利性が後退し、客観的な制度運営の適否として論じられる場合が多くなる。
- (59) 小山剛『基本権保護の法理』[1998] ほか。
- (60) マリオン・ネスル〔三宅真季子・鈴木眞理子訳〕『フード・ポリティクス』[2005] 279頁。
- (61) 2つの考え方という「認識の相違」については、川崎富夫「訴訟に求められる『認識の統合』」年報医事法学 24号9頁を参照。
- (62) 山田友紀子「食品安全のためのリスクアナリシス」益永茂樹編『科学技術からみたリスク』[2007] 44頁。
- (63) 自由の秩序の構想が的確であると言えるためには、「それが本当に自由の保障という目的を実効的に達成しうるのか、その自由保障は、自由と自由との相互熾滅的な衝突を生んだりしないか」といった合目的性・安定性の観念からも吟味されることが必要(井上達夫『自由論』[2008] 43頁)との指摘は、この問題を考える上で示唆に富む。