

パターンリズムに基づく
たばこ規制の必要性

田 中 謙

目 次

第1章 はじめに

第2章 たばこの特徴

1. 「特異」な消費財
2. たばこの「有害性」(喫煙に起因する疾病)
3. たばこの「嗜癖性(依存性)」(喫煙者を苦しめる「嗜癖」の性質)
4. 喫煙による「社会的損失」

第3章 「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」

1. 「喫煙の自由」
 - (1) 「自己決定権」とは？
 - (2) 「喫煙の自由」は憲法上保障された実体的権利といえるのか？
 - (3) たばこは「個人の嗜好」の問題といえるのか？
 - (4) 「喫煙の自由」の「内在的制約」
2. 「非喫煙者の権利」の内容
3. 「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の関係

第4章 「喫煙の自由」を制限する「行政的規制(たばこ規制)」の必要性

1. 「喫煙の自由」の内在的制約(「他人に対する実害の防止」)に基づく行政的規制
2. 「喫煙者と非喫煙者の利害を調整」するための行政的規制
3. 「個人の自己決定能力の欠如」を理由に行われる行政的規制
4. 「完全な情報提供を確保」するための行政的規制
5. 「個人の自己決定能力の欠如」を広くとらえて行われる行政的規制
6. 「『意志の弱さ』の克服を手助け」するための行政的規制
7. 「最小限の社会的モラルを実現」するための行政的規制
8. 「社会的負担を軽減」させるために行われる行政的規制

第5章 おわりに

第1章 はじめに

従来、日本では、たばこを吸う行為は、水を飲んだり物を食べるのと同じように個人の「権利」と考えられており、喫煙が権利の行使である以上、喫煙しない他者はできるだけそれを容認する対応をすべきであるというのが「社会的対応」であった。すなわち、非喫煙者にはある程度の「我慢」が要求されるのが、従来の（現在も？）日本の社会であった。一方、喫煙による他者への被害、たとえば、たばこの煙の匂いが衣服や髪の毛に付くとか、目に刺激を与えるとか、ポイ捨てがあるとかは、いわば「喫煙者のマナー」の問題として処理されてきた。その結果、日本は、喫煙者がいつでもどこでも喫煙することができるという社会であった。

しかし、たばこを吸う行為は、周囲に迷惑をかけてまで認められるものなのであろうか。また、非喫煙者だけが「我慢」を強いられる社会は公平といえるのであろうか。さらに、マナーに頼るだけでたばこ問題は解決するのであろうか。

今日の社会は、単に行政と市民が対立しているのではなく、行政は、複雑な社会的利害の対立の調整を信託されたものと把握される。環境権、知る権利等と同様、たばこに関する権利も利害の調整の問題である。

さらに、わが国を含めて、どの国でも「パターナリズム」(Paternalism: 保護主義、後見主義)に基づく政府の規制(裁判所を含む)がみられる。「個人の自己決定」を尊重するならば、このような政府の規制を、どのような範囲で、またどのような理由に基づいて正当化できるのかは、哲学的に大きな問題である¹⁾。

本稿は、「たばこの特徴」を確認した(第2章)うえで、「『喫煙の自由』と『非喫煙者の権利』の関係をどのように考えるべきか」といった法律問題を確認する(第3章)。そのうえで、「どのようなパターナリズムに基づく行政的規制(たばこ規制)であれば『喫煙の自由』を制限することができるのか」について検討することとしたい(第4章)。

1) 古城 誠「パターナリズムと政府規制」法学教室101号(1989年) 58頁参照。

第2章 たばこの特徴

たばこをめぐる「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」について検討する前に、本章では、まず「たばこの特徴」を確認しておくこととしたい²⁾。

1. 「特異」な消費財

喫煙は「特異な消費行動」であり、たばこは「特異な消費財」である³⁾。第1に、煙を吸うという消費形態が特異である。口にする消費財のほとんどはまず胃に入れるが、たばこの煙は肺に入れる。第2に、たばこは実に多くの重大な疾病を引き起こす消費財であるという点でも特異である。しかも、ほとんどすべての喫煙者は、喫煙が罹病の確率を高めることを知りながら喫煙しているし、喫煙によって実際に不健康になっていることを自覚しながら喫煙している者が少なくない。第3に、実質的に購入しないことを勧めるメッセージを添えた商品であるというのも特異な性質である。「喫煙は、あなたにとって脳卒中の危険を高めます」や「妊娠中の喫煙は、胎児の発育障害や早産の原因の1つとなります」といった警告文が記されているような商品は、たばこ以外には存在しない。第4に、ある程度継続して消費をすると、それを断つことが極度に難しくなる点は、たばこのもっとも特異な性質である。

ところで、行政的な規制という視点で見ても、たばこは、口から煙を吸うという消費財であるにもかかわらず、「食品衛生法」の対象にはなっていないし、実に多くの重大な疾病を引き起こし、ある程度継続して消費をすると、それを断つことが極度に難しくなる消費財であるにもかかわらず、「麻薬及び向精神

2) たばこの特徴、とりわけ、たばこの健康影響と依存症の証拠に関する詳細は、『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社、2002年）35頁以下参照。また、たばこの特徴については、太田勝造「分煙秩序の創発と規範——社会的影響モデル——」棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社、2000年）138頁以下も参照。

3) 喫煙が「特異な消費行動」であり、たばこが「特異な消費財」であることに関する詳細は、荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学——タバコが明かす人間の本性——』（中央公論新社、2012年）14頁以下参照。

薬取締法」の対象にもなっていない⁴⁾ という点でも「特異」な消費財であるといえる。さらに、たばこの主成分であるニコチンについては、その毒性の高さから「毒物及び劇物取締法」で「毒物」に指定されている（2条1項，別表第一19）ものの、植物としてのたばこ自体は「毒物」には指定されていない。

以下では、上記であげた第2の「たばこの有害性」に関する特徴を次の2.で、第4の「たばこの依存性」に関する特徴を3.で、それぞれ取り上げることとしたい。

2. たばこの「有害性」（喫煙に起因する疾病）

喫煙は、喫煙者本人に対して「有害」な影響を及ぼす。いわゆる「能動喫煙」の急性影響であるが、精神神経機能、循環系機能、血液性状、呼吸器機能、消化器系機能、代謝等に有害な影響を及ぼす。さらに、喫煙は、がん、循環器疾患、呼吸器疾患、神経感覚疾患、消化器系疾患、糖尿病、骨粗鬆症、歯科疾患などの疾患を引き起こす⁵⁾。

さらに、喫煙は、「環境中たばこ煙」⁶⁾ (environmental tobacco smoke: ETS) を生み出し、「受動喫煙」によって非喫煙者の罹病の原因にもなる⁷⁾。「受動喫煙

4) 麻薬について、「麻薬及び向精神薬取締法」は、違法麻薬の所持・譲渡・製造・医療目的以外の輸出・輸入を厳しく規制している（12条以下，特に「所持の禁止」については28条）。また、毒性の強い麻薬（覚せい剤，あへん）については、「覚せい剤取締法」や「あへん法」による規制が行われているほか、繊維など麻薬以外の用途を有する大麻については、「大麻取締法」による規制が行われている。

5) 「能動喫煙による喫煙者本人への影響」に関する詳細は、『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社，2002年）90頁以下参照。

6) 喫煙者が喫煙時に吸い込む煙を「主流煙」，それを吐き出したものを「呼出煙」，たばこの点火部から出る煙を「副流煙」と呼ぶが，室内等で呼出煙と副流煙が混じって「環境中たばこ煙」が生じる。環境中たばこ煙（ETS）に関する詳細は，『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社，2002年）175頁以下参照。

7) 受動喫煙が各種の重篤な疾病の原因であることを解明している研究は枚挙にいとまがないが，公的な報告書として，2006年の米国公衆衛生総監報告（Surgeon General Report: SGR）は，環境たばこ煙を吸い込む受動喫煙に安全レベルはな

による非喫煙者への影響」としては、中枢神経機能、心臓血管系機能、呼吸器系機能、血液の機能症状などに「急性影響」を及ぼすほか、とりわけ、慢性疾患患者（喘息患者、虚血性心疾患患者等）や小児などに対して重大な「急性影響」を及ぼす。さらに、「受動喫煙による慢性影響」についても、がん、虚血性心疾患、呼吸器疾患などの慢性影響を及ぼし、とりわけ、胎児や乳幼児に対してもさまざまな悪影響を及ぼす⁸⁾。

ところで、「たばこの有害性」について、JT は、御用学者に莫大な資金を投入して、喫煙に関する動物実験などを積み重ねていることは公知の事実である。これらのほとんどすべての調査結果によれば、喫煙が肺がんやその他の疾患の原因となることを証するデータが出てくる。しかし、それにもかかわらず、その方面の御用学者は、研究資金欲しさに、論文のまとめの最後に、「なお未解明の部分があり、さらなる調査研究を要する」との1文を書き加える。実は、この1文だけが、JT が欲するところであり、「未だ喫煙とがんとの関係は明らかでない」と強弁する根拠に使われてきたのである⁹⁾。

なお、「たばこの有害性」については、酒とよく比較されるところであるが、酒は少量であれば血行循環をよくするし、深い睡眠を助けて疲労回復に役立つ

ゝいと結論づけている。2010年版の米国公衆衛生総監報告に関しては、米国公衆衛生総監 (Surgeon General) のホームページ内 (<http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/tobaccosmoke/index.html>) の A Report of the Surgeon General: How Tobacco Smoke Causes Disease: The Biology and Behavioral Basis for Smoking-Attributable Disease, 2010 The Report を参照。

8) 「受動喫煙による非喫煙者への影響」に関する詳細も、『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社、2002年）174頁以下参照。

9) 伊佐山芳郎「日本におけるたばこ病訴訟の展開」棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社、2000年）68頁以下参照。たとえば、「喫煙科学研究財団」は、喫煙等に関する科学的な調査研究の助成等を行うことを主たる事業として、1986年に財務省（当時は大蔵省）の許可により設立された団体であるが、JT が多額の寄付をしている。たばこ事業の管轄官庁である財務省や JT がお金を出している団体から研究資金をもらっている御用学者が、財務省や JT に不利となるような研究成果はまとめない。「喫煙科学研究財団」の助成研究課題等については、同団体のホームページ (<http://www.srf.or.jp/thema/theme-frame.html>) 参照。

という利点があるが、たばこには、このような効用は一切ない。

3. たばこの「嗜癖性（依存性）」（喫煙者を苦しめる「嗜癖」の性質）

たばこには、「ある程度継続して消費をすると、それを断つことが極度に難しくなる」という特異な性質がある。このような性質を持つ合法的な消費財は、他にまず存在しない。この性質によって、1500万人に近い日本人が現在大きな苦しみを経験している。この性質は、「嗜癖（しへき）」ないし「嗜癖性」と呼ばれる現象の重要な一面である¹⁰⁾。「嗜癖」という言葉は、日常ではあまり使われないが、れっきとした日本語であり、学術用語としても用いられている。

「嗜癖」の類語としては、「依存症」「常用癖」「中毒」「習慣性」などがあり、英語では“addiction”ないしは“addictiveness”と呼ばれる。さらに、嗜癖に陥った者を「嗜癖者」(addict)と呼び、たばこのように嗜癖性を有する財を「嗜癖財」(addictive goods)と呼ぶ。

Tomer によれば、「嗜癖」とは、次の5つの条件を満たすものであるという¹¹⁾。第1に、嗜癖は「習慣」である。頻繁に、容易に、自動的に、特定の状態がきっかけとなって起こる行動パターンであり、それは、短期間に習得されるのではなく、長い間に選択が繰り返されて生じる。第2に、嗜癖は「有害」である。すなわち「悪習」である。心理的・社会的・肉体的な悪影響を有する。第3に、嗜癖者は嗜癖財に対して「依存症」を呈する。自分や自分の能力に頼らないで、確実な利益（快楽）を得るために嗜癖財に依存する。また、それなしでは活動できない。この嗜癖財の使用が嗜癖者の存在の中心となり、それによってコントロールされてしまう。第4に、嗜癖は衝動強迫的な消費と渴望を伴う。嗜癖者は、単に特定の財や行動を望んだり必要としたりするのではなく、

10) 荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学——タバコが明かす人間の本性——』（中央公論新社、2012年）18頁以下参照。また、「たばこの依存性」に関する詳細は、『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社、2002年）257頁以下参照。

11) See John F. Tomer, 2001, “Addictions Are Not Rational: A Socio-economic Model of Addictive Behavior,” *Journal of Socio-Economics*, vol. 30, pp. 243-261.

渴望を経験する。その渴望は、不快で邪魔に感じられる強迫的な反応であって、嗜癖者にその嗜癖財の入手を強要する。第5に、嗜癖財の断絶は、顕著な離脱症状を引き起こす。この症状は、嗜癖者の全社会的・心理的・肉体的システムの混乱をもたらす。以上の定義から、「嗜癖」の性質をより理解することができよう。

たばこについては、「喫煙者が自分の判断で吸っていたのだから、喫煙者が病気等になったとしても『自業自得』ではないのか」という意見もあろう。たしかに、たばこを吸っている喫煙者にも責任の一端はあるであろう。しかし、たばこに含まれるニコチンには強い依存性があり、喫煙者の7割は、たばこをやめたいと思っているにもかかわらず、やめることができないのである。また、この背景には、たばこの依存性や有害性についてよく知っていながら、たばこを吸わせるように仕向けてきた「たばこ会社の戦略」がある。

4. 喫煙による「社会的損失」

喫煙による「社会的損失」についても確認しておくこととしたい。

喫煙は、喫煙者本人だけでなく周囲の人の健康をも阻害し、健康面において超過罹患、超過死亡の原因となっているだけでなく、火災等の原因となり環境面に対しても社会に対して経済的な損失を与えている¹²⁾。

たとえば、医療経済研究機構¹³⁾が2002年11月に発表した「喫煙による経済的損失の推計結果」によると、喫煙による経済損失は年間7兆3000億円にのぼるという。その内訳は、能動喫煙超過医療費（喫煙者の医療費）1兆2900億円、受動喫煙超過医療費（間接喫煙による医療費）146億円、逸失される労働力の損失5兆8000億円、火災による損失2200億円で、合計して7兆3246億円という。ちなみに、この年のたばこの税収は年間2兆2493億円であるに対して、喫煙に

12) 喫煙がもたらす社会的損失に関する詳細は、『[新版] 喫煙と健康——喫煙と健康問題に関する検討会報告書——』（保健同人社、2002年）13頁以下参照。

13) 医療経済研究機構については、<http://www.ihep.jp/> 参照。なお、喫煙によるコストについては、医療経済研究機構『たばこ税増税の効果・影響等に関する調査研究報告書』（2002年3月）252-254頁も参照。

よるコストは年間 7 兆 3246 億円であり、毎年、実に約 5 兆円の損失ということになる。

さらに、同機構が 2010 年 7 月 6 日に公表した『禁煙政策のありかたに関する研究——喫煙によるコスト推計——報告書』においても、「2005 年度の喫煙によるコスト（①健康面、②施設・環境面、③労働力損失）について、参考値を除き算出可能であった項目を合計すると、総額の 4 兆 3,264 億円であった。これは 2005 年度の GDP（503 兆 3,668 億円）の約 0.86% に相当する額である。また、参考値として算出した、「超過介護費」および「喫煙時間分の労働力損失」を計上すると、喫煙によるコストの総額は、約 6 兆 3,628 億円となる。」としている¹⁴⁾。

第 3 章 「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」

本章では、「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の内容をそれぞれ確認する（1. および 2.）とともに、両者の関係について概観する（3.）こととしたい。

1. 「喫煙の自由」

喫煙者が「自分たちには『権利』がある」と主張しているものは、いわゆる「喫煙の自由」と呼ばれるものであるが、「喫煙の自由」の内容を真に理解している者は必ずしも多くない。ここでは、「喫煙の自由」の内容を、今一度確認することとしたい。

（1）「自己決定権」とは？

今日、未成年者の喫煙は、未成年者喫煙禁止法（明治 33 年 3 月 7 日法律第 33 号）で禁止されている（同法 1 条）が、成人の喫煙は許容されており、喫煙は、たとえ有害であったとしても、喫煙をとるか健康をとるかは「本人の自由選択の問題」とされている（もっとも、正確には、「本人の自由選択の問題とはいえない¹⁵⁾」

14) 以上の詳細については、同機構のホームページ内（<http://www.ihep.jp/publications/report/search.php?y=2009>）の研究要旨（概要）を参照。

15) 喫煙は、たとえ有害でも、喫煙をとるか健康をとるかは「本人の自由選択の問題」とされていると述べたが、たばこの場合、たばこのリスクに関する情報が十

ことは後述する)。

以上のように、成人による喫煙行為が法律で何ら禁止されていないことをもって、喫煙者は、「喫煙者には『喫煙の自由』なる権利がある」と主張しているところであり、喫煙者が主張する「喫煙の自由」は、一般的には憲法13条の「自己決定権」に基づく個人の自由であると考えているようである。そこで、「憲法13条で保障されているとされる『自己決定権』とはどのようなものであるのか」について、まずは確認しておきたい。

「人権」とは、「人間が人間として生きていくための不可欠な権利であり、人が生まれながらにして当然に持っている権利である」とされるが、その根底にあるのは、「個人の尊重」の原理である。憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される」として「個人の尊重」原理を掲げているが、ここでいう「個人の尊重」とは、「一人ひとりの人間を、自立した人格的存在として尊重する」ということである。すなわち、「人権とは、以上のような「個人の尊重」の観点から、人間としての生存に不可欠とされる権利＝人間の尊厳の基本に関わる権利」のことであり、「自立した一個人の人格としての生を貫くために不可欠な権利」であるといえよう¹⁶⁾。さらに、憲法13条は、「個人の尊重」原理の表明に続いて、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」としているが、ここでいう「生命、自由及び幸福追求に対する権利」が「幸福追求権」といわれるものであり、この「幸福追求権」は、まさに、以上の意味の人権を総称するものであるといえよう。そのため、憲法上明記され

ゝ分に浸透しておらず、また警告も不十分であり、自由選択をするうえで必要な情報が消費者である喫煙者に提供されていないという点に注意する必要がある。しかも、前述のように、たばこには「依存性」があり、喫煙者自身の意思でたばこをやめることは非常に困難である。各種調査でも、喫煙者の3人に2人が「禁煙したい」と考えているのに吸い続けるのはたばこに含まれるニコチンに強い「依存性」があるからといえ、禁煙したいと思っても禁煙できないのである。しかも、たばこ会社は、その「依存性」をフルに利用しているのである。

- 16) 以上、「個人の尊重」に関する詳細は、浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』(日本評論社、2006年) 40頁以下参照。

ていないものであっても、「人間としての生存に不可欠の権利」である限り、それは、憲法13条によって保障された「幸福追求権」の内容として、同条を根拠に主張することができることになる。そして、憲法13条を根拠に主張される人権の主要なものの1つに、「個人が一定の私的事項について権力による介入・干渉を受けずに自ら決定することができる権利」、すなわち「自己決定権」がある¹⁷⁾。

(2) 「喫煙の自由」は、憲法上保障された実体的権利といえるのか？

以上を踏まえて、次に、「『喫煙の自由』が、憲法13条の『幸福追求権』の内容としての『自己決定権』として認められるべきか」について確認しておきたい。

まず「『喫煙の自由』が憲法の保障する基本的人権に該当するかどうか」について、最高裁（最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁，判例時報605号55頁）は、「喫煙の自由は、憲法13条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても」と述べ、「喫煙の自由」が憲法13条により保障されることを仮定しているにとどまる¹⁸⁾。すなわち、本判決は、「『喫煙の自由』が憲法の保障する基本的人権に該当するかどうか」について仮定的な表現方法を用いているのみであり、明確な結論づけを避けている。

一方、学説においては、憲法13条を明文規定のない権利の保障根拠とする立場が主流であるが、「どのようなものが憲法13条で保障されている基本的人権

17) 以上、「幸福追求権」に関する詳細も、浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社，2006年）42頁以下参照。

18) 最高裁昭和45年9月16日大法廷判決に関する詳細は、和田英夫「在監関係と基本的人権」雄川一郎編『行政判例百選Ⅰ [初版]』（有斐閣，1979年）58頁以下，高田敏「在監関係と基本的人権」塩野 宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ [第3版]』（有斐閣，1993年）42頁以下，島田 茂「在監関係と基本的人権」塩野 宏＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政判例百選Ⅰ [第4版]』（有斐閣，1999年）42頁以下，藤馬龍太郎「被拘禁者の喫煙の禁止」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ [第3版]』（有斐閣，1994年）34頁以下，藤井樹也「被拘禁者の喫煙の禁止」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅰ [第5版]』（有斐閣，2007年）36頁以下など参照。

に該当するのか」という保障の範囲については、「一般的自由説」と「人格的利益説」とが対立している。

「一般的自由説」は、「憲法13条は、個別的権利を包括する権利であるが、その内容はあらゆる生活領域に関する行為の自由であるとする」とする説である¹⁹⁾。一般的自由説は、「人間のすべての行為が法的保障を受ける」とすることを出発点としており、従来から放任行為と解されていたもの（例、散歩、登山、海水浴等）をすべて憲法上の権利にするという結論が導き出される点にある²⁰⁾。一方、「人格的利益説」は、個別的権利を包括する権利という点では一般的自由説と同じであるが、その内容をより限定的に捉え、「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体である」と解する説である²¹⁾。

今日においては、「人格的利益説」が通説的地位を占めており、判例も基本的にこの立場に立つ。この説の根拠としては、実体憲法の思想的淵源となった自然権思想が想定する権利との整合性、憲法15条以下の個別的権利との重要性のレベルにおける整合性、人権の範囲の拡張による人権のインフレ化の懸念などがあげられる²²⁾。

ところで、一般的に、「自己決定」の価値が擁護に値するとしても、そのこと

19) 覚道豊治『憲法 [改訂版]』（ミネルヴァ書房、1977年）231頁、橋本公巨『日本国憲法 [改訂版]』（有斐閣、1988年）168頁、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）235頁以下、戸波江二『憲法 [新版3版]』（ぎょうせい、1999年）176頁以下、同「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）17-18頁など参照。

20) もっとも、一般的自由説も、すべての行為が憲法上絶対的な保護を受けるとはしていない。たとえば、戸波江二は、利益の重要性に応じて違憲審査の厳格度に段階をつけるべきであるとの見解を示している。戸波江二『憲法 [新版3版]』（ぎょうせい、1999年）177頁以下参照。

21) 佐藤幸治『憲法 [第3版]』（青林書院、1995年）448頁以下、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第5版]』（岩波書店、2011年）118頁以下など参照。とりわけ、佐藤幸治が主張する「人格的自律権論」については、佐藤幸治『憲法 [第3版]』（青林書院、1995年）459頁以下、同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）159頁以下、同『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）78頁以下のほか、土井真一「佐藤幸治教授の人格的自律権論——その意義と射程——」法律時報81巻11号（2009年）61頁以下なども参照。

22) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）174頁参照。

から「自己決定権」という1つの憲法上の権利を構成しなければならないとは、ただちには言えない。憲法上の権利として、「自己決定権」という1つの権利を構成し、「新しい人権」として、権利章典に解釈的に書き加えられるべきことを主張するのであれば、そこに掲げられた諸権利の保障には還元されない、「自己決定権」に固有の規範内容を呈示しなければならないことになる²³⁾。この点について議論するにあたって考えられる1つのアプローチとして、憲法上保護される自由の「対象」の、いわば領域的拡張を試みるアプローチがある。「人格的自律権説」は、その試みである。同説によれば、日本国憲法13条が保障する「自己決定権」の内容には、①「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」、③「リプロダクションにかかわる事柄」、④「その他の事柄」が含まれるとする²⁴⁾。さらに、同説によって「服装、身なり、喫煙・飲酒、登山・ヨット等」と例示される「その他の事柄²⁵⁾」が問題となるが、これらの行為の制限・禁止は、人生の在り方をトータルに方向づ

23) もっとも、この概念の本格的な紹介者によって、「自己決定権」は、「憲法が例示する諸自由の前提ないし上位概念」として位置づけられた（山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987年）343頁）。「自己決定権」は、「現代社会において新たに承認される必要が生じた『新しい権利』というよりも、むしろ19世紀リベラリズムに淵源をもつ権利」であり、「自由権一般と重なり合う」（戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）16頁）とする見解は、この発想を忠実に受け継いでいる。この思考を論理的に貫けば、「ある事柄について自己決定しうることというものが、まさにある事柄を自由権の保障の対象とすることの意味」（棟居快行「自己決定権概念の再検討」受験新報539号（1996年）29頁）なのであり、自己決定権とは、「固有名詞を持たない雑多な諸自由の総称以上のものではない」（棟居快行『憲法講義案Ⅰ』（信山社、1992年）11頁）こととなる。「一般的自由説では、自由と自己決定権が同視されることになり、あえて自己決定権という概念をもちだす必要がなくなる」（辻村みよ子『女性と人権』（日本評論社、1997年）238頁）とする見解もまた、この思考を共有する。「自己決定権とそれ以外の権利の間に明確な境界線が引けるわけではない」（内野正幸「自己決定権と平等」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法14 自己決定権と法』（岩波書店、1998年）4頁）という理解が、憲法解釈論の標準的な思考である。以上につき、小泉良幸「自己決定とパターナリズム」[岩波講座 憲法2]『人権論の新展開』（岩波書店、2007年）187頁註(1)参照。

24) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）459-462頁参照。

25) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）461頁参照。

ける力を原則的には持たない²⁶⁾。これらの事柄に関する「自己決定」の保障は、自由制限の「理由」の必要性・合理性を問うアプローチに委ねればよい²⁷⁾。

「喫煙の自由」に対しては、憲法13条が保障する基本的人権の1つに含まれるとする考え方もある²⁸⁾が、「人が自律的な人格的存在として生きていく上に必要不可欠な法的利益だけが幸福追求権に含まれる人権に高められる」と考えるべきであろう²⁹⁾。喫煙行為について考えてみると、喫煙行為が禁止されたとしても、それによって、「人間としての生存に不可欠な権利＝人間の尊厳の基本に関わる権利」が妨げられてしまう人もあまりいないであろう。以上のように考えてみると、結局のところ、「喫煙の自由」は憲法上保障された実体的権利というべきではないといえよう³⁰⁾。

(3) たばこは「個人の嗜好」の問題といえるのか？

JTは、「喫煙と健康」について、「喫煙するかしないかは、喫煙の健康への影響・リスクに関する情報に基づいて、個々の成人の方が決めるべきものです。」と主張しており³¹⁾、喫煙を「自由な選択の問題」と考えているほか、至

26) これら「その他の事柄」も、「人によっては大事」であるという、一般的自由説からこの説に対して加えられる批判は十分な反論とはいえない。それらが正当な理由によって、制限・禁止されたとしても、他に同様に勝ちある十分な数の選択肢が存する場合、「自律的生」の遂行は妨げられないからである。See Joseph Raz, 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, pp. 373-376. もっとも、「服装・身なり」は、「その他の事柄」から除外されるべきかもしれない。仮に、「服装・身なり」の規制が、学則や就業規則による規制という実際に裁判上争われている文脈を超えて、全体社会に対する関係において設定・強制されるとすれば、違憲判断は可能であろう。小泉良幸「自己決定とパターナリズム」[岩波講座 憲法2]『人権論の新展開』(岩波書店、2007年)190頁註(12)参照。

27) 小泉良幸「自己決定とパターナリズム」[岩波講座 憲法2]『人権論の新展開』(岩波書店、2007年)186頁参照。

28) たとえば、戸波江二『憲法[新版3版]』(ぎょうせい、1999年)186頁など参照。

29) 芦部信喜「科学技術の発展と人権論の課題——プライバシーの権利を中心として——」学習院大学法学部研究年報28号(1993年)23頁以下参照。

30) 樋口陽一ほか著『注釈日本国憲法(上)』(青林書院、1984年)303頁[佐藤幸治執筆部分]参照。

31) JTのホームページ(<http://www.jti.co.jp/corporate/enterprise/tobacco/respo/>)

ところで「たばこは嗜好品である」という主張をしている。また、JTは、「喫煙者にとってのたばこ」として、「私たちは、成人の方には喫煙のリスクに関する情報をもとに、喫煙の是非を自ら判断し、個人の嗜好として愉しむ自由があると考えます。」と主張している³²⁾。

これら「たばこは『個人の嗜好』である」あるいは「喫煙は『自由な選択』の問題である」という主張は、「喫煙の自由」を「自己決定の論理」によって正当化しようと試みるものである。このように、伝統的な喫煙に関する観念は、「喫煙は、『個人の自由意思』に基づく選択（嗜好）の問題である」とまとめることができよう³³⁾。

ところで、喫煙の自由を「自己決定の論理」によって正当化しようと試みる主張は正当化されるものであろうか？

「喫煙の自由」を「自己決定の論理」によって正当化するためには、いくつかの条件を満たす必要がある³⁴⁾。第1に、喫煙するか否かの決定は、各々の選択肢について十分な知識を有したうえで行われる必要があるが、たばこ会社は、喫煙のリスクに関する正確な情報を開示していないため、この条件は一般に充足されているとはいえない。第2に、喫煙するか否かの決定は「自由意思」に基づく必要があるが、たばこに含まれるニコチンの依存性の故に、この条件も満たされているとはいえない。第3に、十分な判断能力を保有している必要があるが、初回喫煙時はたいてい未成年であって、十分な判断能力を保有しているとはいえない。しかも、たばこ会社は、未成年者を「ニコチン中毒」にして未永く自分たちにお金をもたらす顧客とすべく、未成年者をターゲットとした巧妙な「イメージ戦略」を展開している。以上のように、現実には喫煙の開始

nsibilities/responsibility/health/index.html) 参照。

32) JTのホームページ (<http://www.jti.co.jp/corporate/enterprise/tobacco/responsibilities/recognition/index.html>) 参照。

33) 佐藤岩夫「たばこ訴訟の変容と運動のアイデンティティ」 棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社、1999年）91頁以下参照。

34) 佐藤憲一「嫌煙の論理と喫煙の文化——自由主義パラダイムの陥穽——」 棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社、2000年）200頁以下参照。

とその継続には、「たばこの依存性」とともに「たばこ会社によるさまざまな働きかけ」が作用しており、単に「自由な選択の問題」とはいえない³⁵⁾。

(4) 「喫煙の自由」の「内在的制約」

喫煙者は「喫煙者にも『喫煙の自由』がある」と主張するが、喫煙の自由といっても、それは決して吸いたい放題にしてよいということを意味するものではない。この点につき、前述の最高裁昭和45年9月16日大法廷判決（民集24巻10号1410頁，判例時報605号55頁）も、「喫煙の自由は、憲法13条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」としている。すなわち、「喫煙の自由」にも限界があり、あらゆる時・場所において保障されるわけではない。

それでは、「喫煙の自由」にはどのような限界があるのであろうか？

近代の基本的人権の思想は、「すべての人の尊厳と平等」を基本的な前提として成立したものである。したがって、その前提を損なうような形での人権の行使を認めることは、人権思想の自己矛盾となる。すなわち、「権利」という観念のなかには、もともと「すべての人の尊厳と平等に反しない限り」という限定が含まれていることとなる。要するに、「他人を害するようなことをしてはいけない」ということであるが、「人権の限界」をより具体的にいえば、次のようなことを指摘することができよう³⁶⁾。

第1に、人権の行使が、他人の生命や健康を害するようなものであってはならない。生命や健康というものは、人間にとってもっとも基本的なものであり、「個人の尊重」の大前提になるものであることはいうまでもないからである。第2に、他人の人間としての尊厳を傷つけてはならない。生命や健康を害さないとしても、他人の人間としての尊厳を傷つけるような行為は、やはり許されるものではないからである。第3に、他人の正当な人権の行使を妨げてはならない。人権というものがすべての人に平等に保障されるべきものである以上、

35) See John Slade, 2001, "Marketing Politics", Robert L. Rabin and Stephen D. Sugarman, eds., *Regulating Tobacco*, Oxford University Press, pp. 78-83.

36) 浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社，2006年）77頁以下参照。

他人の人権を押しつけて自己の権利を貫き通すというようなことは、基本的に認められない。ある人の人権の行使が他人の人権と衝突するような場合には、常に「相互の調整³⁷⁾」が必要になってくるのである。

以上から伺えるように、「喫煙の自由」の内容であるが、喫煙するかどうかは個人が自由に決定できるといっても、「他人の生命や健康を害するものではない」ということが前提となっていることに注意する必要がある。別の言い方をすれば、「喫煙の自由」は、人権の本質上、「他人の生命や健康を害するものではない」ことを「内在的制約」としている。

しかし、日本の現状をみると、これまで（現在においても？）、喫煙者は、いつでもどこでも、自分の行為が周囲の者にどれほどの苦痛を与えているかなど全く気にすることなく、たばこをスパスパ吸ってきた。この有様は、断じて「喫煙の自由」などと呼べるものではなく、「喫煙者の横暴」とでもいうべきであろう。

ところで、一般のレストランや喫茶店で周囲に非喫煙者（なかには、子ども）がいたとしても平然とたばこを吸っている喫煙者は驚くほど多いし、条例で「路上禁煙地区」とはされていないものの混雑している路上でたばこを吸って

37) もっとも、この「相互調整」が成り立つのは、お互いの間に立場の交換可能性がある場合に限られる。そうでない場合、たとえば、一方が常に侵害される場合に立ち、他方は常に侵害される側に立たされるような場合には、「相互調整」ではなく、「弱者保護」という観点から、侵害する側の権利に対する制約が要請されることになろう。こうした観点から画される人権の限界は「相互調整」という意味での限界とは異質ものとみるべきであり、「政策的な制約」が必要となる。浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社、2006年）80頁参照。

後述するが、たばこの場合、喫煙者は自らの意思で（それも、自らの「快楽」を満たすために）喫煙するが、非喫煙者は自分の意思とは関係なく日常的にたばこの煙にさらされる。つまり、非喫煙者は、いわば無理矢理にたばこの煙を吸わされている。さらに、非喫煙者は受動喫煙の被害を一方的に受けるだけである。すなわち、非喫煙者はたばこからは迷惑を被るだけで、何ら利益を得るところはない。また、加害者である喫煙者と被害者である非喫煙者の間には、立場の入れ替わる互換性もない。以上、「喫煙者と非喫煙者の利害の対立構造」を踏まえると、たばこの場合、「相互調整」というよりは、「弱者保護」という観点から、侵害する側の喫煙者の「喫煙の自由」に対する制約が要請されることになろう。

いる喫煙者も少なくない。このような場所で平然とたばこを吸っている喫煙者は、「法律あるいは条例を守っているのだから、人からとやかく言われる筋合いのものではない。法律や条例で禁止されていない以上、たばこを吸う『権利』がある。」と主張する喫煙者は少なくないが、このような主張は妥当なのであろうか？ 3点ほどコメントしておく。

第1に、以上の主張は、民法と行政法との違い³⁸⁾を理解していない。すなわち、受動喫煙防止について規定している法律や条例は「行政法」であるが、行政法は、「国家対個人」の関係について規律しているものである。それに対して、民法は「個人対個人」の関係について規律しているものである。とすると、以上の主張は、対国家に対して主張することはできたとしても、対個人に対して主張することなどできないはずである。すなわち、「国家対個人」の関係について規律している行政法を根拠として、その行政法のなかで「禁止」されていないからといって、「個人対個人」の問題について、「とやかく言うな」というのは、理論としては成り立たない。行政法を遵守したからといって、民事責任を免れることはできないのである。

第2に、「人からとやかく言われたくない」というためには、その前提として、「他人に迷惑をかけているわけでもないのだから」という言葉が必要である。しかし、喫煙者の主張を聞いてみると、「他人に迷惑をかけているかどうかはわからない。たぶん、迷惑をかけているとは思っている。しかし、そんなことは知ったことではない。つべこべ言うな。」というものであり、しかも、「加害者」が「被害者」に対して「つべこべ言うな」と主張しているわけである。しかし、「被害者」としては、「迷惑」（正確には、「迷惑」ととどまらず、「健康被害」）を

38) 民法と行政法との違いについては、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣，2008年）193頁以下，とりわけ「行政規制の遵守と私法上の責任の関係」に関する箇所（218頁以下）参照。たとえば、「行政法を遵守していたとしても，民事責任を免れることはできない」ことの例としては，騒音規制法規の対象外の騒音でも不法行為たりうる（例，カラオケ条例がなくても，その騒音は不法行為たりうる）し，大気汚染も，行政法で規制されていなかったとしても，それにより健康被害を生ずれば，賠償責任を発生させる（四日市ぜんそく事件：津地四日市支判1972年7月24日判例時報672号30頁）。

被っているから声を出しているわけであり、そもそも、周囲に「迷惑」をかけてまで（しかも、「迷惑」にとどまらず、「健康被害」まで生じさせておいて）喫煙するような「権利」などないはずである。

第3に、法律や条例で禁止されていなかったとしても、周囲の者に迷惑をかけてたばこを吸う行為が「正しいこと」（権利）とはいえないはずである。「権利」を主張するという場合、日本語の「権利」と訳される前の英語“right”で考えるとイメージしやすいところである。すなわち、日本語で「権利」と訳されている“right”とは「正しいこと」いう意味であり、「権利」を主張する者は、それが「権利」であるから主張するというのではなく、「それが正しいことである」ということをきちんと言えなければならないはずである³⁹⁾。法律や条例で禁止されていなかったとしても、周囲の者に「迷惑」をかけて（しかも、「迷惑」にとどまらず、「健康被害」まで生じさせて）たばこを吸う行為が「正しいこと」（権利）といえるのであろうか？

2. 「非喫煙者の権利」の内容

閉鎖空間や密集空間での喫煙は、公害工場の煙にも比すべきもので、周辺にいる非喫煙者に「不快感」のみならず、「健康被害」をも与えていることが明らかになるにつれて、非喫煙者は、「たばこによって汚染されない清浄な空気を吸う権利」を提唱し、具体的には、公共空間での禁煙を求めるようになった。しかし、この非喫煙者が主張する「権利」については反発も少なくないが、その原因として「非喫煙者の権利」の内容を真に理解していないことがあげられるので、まずは「非喫煙者の権利」の内容を確認することとしたい⁴⁰⁾。

非喫煙者が主張している「権利」の内容は、「『公共の場所』あるいは『喫煙

39) 浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社、2006年）5頁以下参照。

40) 「非喫煙者の権利」という場合、いわゆる「嫌煙権」という言葉で説明することが多いように思われるが、「煙を嫌う」と書く「嫌煙権」という用語が、喫煙者のみならず非喫煙者にも多くの「誤解」を与えているとともに、必要以上に喫煙者と非喫煙者の対立を生み出しているようにも思われるので、本稿では、あえて「嫌煙権」という用語の使用を避けることとしたい。

者と非喫煙者とが共有する生活空間』における喫煙の制限」を求めるものであって、いわば「公共的な場所における喫煙の制限」を主張しているにすぎない。しかし、いわゆる「嫌煙権」という言葉が影響したのか「誤解」が少なくないので、以下2点について確認しておくこととしたい。

第1に、非喫煙者の主張は、「喫煙の自由」に何ら干渉するものではない。

「喫煙の自由」は、人権の本質上「他の者に過度に迷惑をかけないこと」を内在的制約としているはずである。一方、非喫煙者が主張する権利は、単に「非喫煙者の吸う空気までは汚さないでくれ」というにすぎず、いわば「私的空間は『喫煙自由』であるが、公共的空間では『禁煙』にしてくれ」と主張しているにとどまり、要するに、「喫煙の自由」の内在的制約を顕在化させているにすぎない⁴¹⁾。したがって、非喫煙者が主張する「権利」は、喫煙者の「喫煙の自由」にまで何ら干渉するものではないことがわかる。

第2に、非喫煙者の主張は、喫煙者に対して「全面的な禁煙」を押し付けているわけでもない。たしかに、前述のように、非喫煙者が主張している権利は、「公共的な空間」では禁煙を要求するものであるが、「私的空間」では何ら禁煙を要求するものではなく、いわば「喫煙の場所的制限を制度化すること」を訴えているにすぎない。「全面的な禁煙」を押し付けているわけでは決してないことがわかる。

なお、「一定の清浄を保つ空気を吸う権利」は実定法上のどこにも規定がないが、それは憲法や法律で改めて創造しなくても人間が生まれながらにして持つ当然の権利であり、憲法13条の幸福追求権に根拠を（確認的に）求めてもよいが、法律上の禁止がなくてもこれらの権利を侵害してはならないことは明白である⁴²⁾。

41) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（上）」ジュリスト724号（1980年）45頁参照。

42) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（上）」ジュリスト724号（1980年）46頁以下参照。

3. 「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の関係

繰り返しになってしまう面があるが、一般に、「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の関係についての「誤解」が非常に多いので、もう一度、「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の関係について確認しておきたい。

非喫煙者が主張している「非喫煙者の権利」は、喫煙者の「喫煙の自由」に干渉するものではない。「喫煙の自由」は、人権の本質上「他者に迷惑を与えない」ことを内在的制約としているが、「非喫煙者の権利」は、いわば「喫煙の自由」の内在的制約を顕在化させているにすぎない。また、「非喫煙者の権利」は、禁煙を押し付けているわけではなく、単に、喫煙の場所的制限を制度化することを訴えているにすぎない。したがって、「非喫煙者の権利」は、喫煙者に対して「全面的な」禁煙を押し付けているわけではない。以上のように、「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」は必ずしも相反するというものではなく、両者を両立させる余地があることがわかる。

また、非喫煙者が絶対少数であっても、その者の同意がない限りは、ほぼ全員が喫煙に賛成していたとしても、「清浄な空気」を汚染することはできないということも押さえておく必要がある。すなわち、多数決で奪い得ないのは「喫煙の自由」ではなく、「非喫煙者の清浄な空気を吸う権利」である⁴³⁾。

第4章 「喫煙の自由」を制限する

「行政的規制（たばこ規制）」の必要性

前章で触れた「喫煙の自由」と「非喫煙者の権利」の内容を踏まえて、本章では、「どのような行政的規制（たばこ規制）であれば『喫煙の自由』を制限することができるのか」について検討することとしたい。

なお、政府による行政的規制の問題を考えるとする場合、各種の自由に内在する「内在的制約」（害悪の防止）に基づく規制のほか、わが国を含め、どの国においても「パターナリズム」（保護主義、後見主義）に基づく政府の規制（裁判

43) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（上）」ジュリスト724号（1980年）45頁参照。

所を含む) がみられる。

もっとも、現在のところ、「パターナリズムに基づく政府の介入（行政的規制）が許される領域」と「個人の選択に委ねられるべき領域」との線引きに関する理論が用意されているのかというと、必ずしも十分であるとはいえないような状況である。少なくとも、政府によるパターナリズムを制限するという一般理論は、今日の実定法学においては明示的な形では見つけにくい。実際の実定法をみても、他人に実害を及ぼさない行為は私事であり、本人の「自己決定」に委ねられるべきであるという原則は、必ずしもとられているわけではない。しかし、パターナリズムに基づく政府の介入は、個人の賢明な判断能力と個人間の取引を通じてその当事者の満足が得られると仮定できれば不要であるが、そのどちらかについてこうした仮定ができないとすると、当人である個人に代わって政府が望ましい判断を行い、それに基づいて規制を行うということになる⁴⁴⁾。さらに、いくら「自己決定権」があるといっても、愚かな選択によって不幸な人生を送ることが明らかな人の「自己決定」を尊重することは、その人の人生を尊重することではなく、逆に、平等な配慮の欠如を意味するほか、我々の政府は、仲間の市民の幸せのために、正しい生き方を奨励し、間違った生き方を阻止する権限、すなわち、「パターナリズム」に基づく干渉の権限を持っているとも考えられる⁴⁵⁾。

本稿は、『パターナリズム』に基づく行政的規制（たばこ規制）は必要である」という認識の下、『喫煙の自由』の内在的制約に基づく行政的規制（たばこ規制）」(1.) はもちろん、『パターナリズム』に基づく行政的規制（たばこ規制）」(2.～8.) を取り上げ、「どのような行政的規制（たばこ規制）であれば『喫煙の自由』を制限することができるのか」について検討することとしたい。

44) 古城 誠「パターナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）61頁以下参照。

45) キムリッカ・ウィル（千葉 眞＝岡崎晴輝訳）『[新版] 現代政治理論』（日本経済評論社、2005年）309頁、小泉良幸「自己決定とパターナリズム」[岩波講座 憲法 2]『人権論の新展開』（岩波書店、2007年）169頁参照。

1. 「喫煙の自由」の内在的制約（「他人に対する実害の防止」）に基づく行政的規制

各種の「自由」は、「他者の生命や身体に及ぼす危害の防止」を理由に正当に制限され得る。このことは、「一般的自由説」の立場からも支持される。

たばこの煙は、周囲の者（とりわけ、非喫煙者）に対して、「迷惑」というにとどまらず、目や喉の痛み、はては肺、血液を通じて脳にまで実害を与えるものであり、実にさまざまな「健康被害」をもたらしている。このように、喫煙者がたばこを吸うことで、周囲の者に対して「健康被害」という「実害」をもたらしているような場合には、その「実害」を防止するための行政的規制が正当化される。なお、仮に、健康被害がただちに発生しなくても「権利侵害」になることは、日照権侵害の事例からも明らかである。

ところで、喫煙者のなかには、酒に対する行政的規制と比較して、「たばこに対する行政的規制をするのであれば、酒に対する行政的規制もすべきではないのか。酒に対する行政的規制をしないのであれば、たばこに対する行政的規制もすべきではない。」と主張する者が少なくない。しかし、酒の場合、普通に酒を飲むだけでは特に周囲の者に迷惑をかけるわけではない（酒を飲んでいる人のほとんどは、周囲の者に迷惑をかけるわけではない）が、たばこの場合、非喫煙者にとっては周りでたばこを吸っている行為自体が「迷惑」な行為（正確には、「迷惑」ととどまらず、「健康被害」を被っている行為）である。しかも、酒に対する行政的規制をしていないのは、酒の迷惑に対しては、軽犯罪法（1条13号、14号等）、「酒に酔つて公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律」（とりわけ、4条）、器物損壊罪（刑法261条）、暴行罪（刑法208条）等によって、すでに処罰の対象になっていて、いまさら酒自体に対する行政的規制をしなくても、酒によって迷惑をかけることが許されないことが、社会的にも法律的にも承認されているからである。これに対して、従来、たばこについては、「喫煙の自由」ばかりが優遇され、「非喫煙者の権利」がまったく無視されてきたところであるが、非喫煙者の健康被害を防止するためにも行政的規制を強化する必要がある。

以上、「非喫煙者の健康被害を防止する」という観点から、「受動喫煙防止施

策」の行政的規制が正当化される⁴⁶⁾。

2. 「喫煙者と非喫煙者の利害を調整」するための行政的規制

今日の社会は、単に行政と市民とが対立しているだけではなく、個人間の自由・利害が衝突することも少なくない。そこで、個人間の自由が衝突することを防止するため、政府には、個人間の自由の境界を定め、この境界を超える行為を防止するという役割が期待される⁴⁷⁾。

今日の社会は、単に行政と市民が対立しているのではなく、行政は、複雑な社会的利害の対立の調整を信託されたものと把握される。環境権、知る権利等と同様、たばこ規制も利害の調整の問題であるが、利害の調整を図るうえで大きな役割を果たしているのが「行政法上の規制」である。また、行政法の存在理由としては、「紛争・被害の予防」あるいは「よりよい社会への誘導」があげられる⁴⁸⁾が、「たばこによる紛争・被害を未然に防止」とともに「よりよい社会へと誘導」するうえでも、「行政法上の手法」で対応する必要があるのである。

とりわけ、たばこ規制の中でも、受動喫煙防止施策は、喫煙者と非喫煙者の利害が正面から衝突するところであるから、「権力的な行政的規制」が必要である⁴⁹⁾。ただし、受動喫煙防止施策の行政的規制を考えるにあたっては、「喫煙者と非喫煙者の利害の対立構造」をきちんと押さえた規制をする必要がある。すなわち、たばこの場合、喫煙者は自らの意思で（それも、自らの「快楽」を満

46) 受動喫煙防止施策の行政的規制に関する詳細については、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）177頁以下参照。

47) 古城 誠「パターンナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）61頁以下参照。

48) 行政法の存在理由としては、① 紛争・被害の予防・簡易な解決作用、② 社会の無秩序な発展の制御・よりよい社会への誘導、③ 生活必需サービス等の直接供給と供給確保、などがあげられる。以上、行政法の存在理由に関する詳細は、阿部泰隆『行政の法システム [新版]』（有斐閣、2007年）2頁以下、同『行政法解釈学 I』（有斐閣、2008年）2頁以下参照。

49) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（下）」ジュリスト725号（1980年）109頁以下参照。

たすために) 喫煙するが、非喫煙者は自分の意思とは関係なく日常的にたばこの煙にさらされる。つまり、非喫煙者は、いわば無理矢理にたばこの煙を吸わされている。さらに、非喫煙者は、受動喫煙の被害を一方的に受けるだけであり、たばこからは迷惑を被るだけで何ら利益を得るところはない。また、加害者である喫煙者と被害者である非喫煙者の間には、立場の入れ替わる互換性もない。以上、「喫煙者と非喫煙者の利害の対立構造」を踏まえると、たばこの場合、「相互調整」というよりは、「弱者保護」という観点から、侵害する側の喫煙者の「喫煙の自由」に対する制約が要請されることになろう⁵⁰⁾。非喫煙者だけが「我慢」を強いられる社会は、到底公平な社会とはいえない。

そうすると、たとえば、「喫煙者と非喫煙者とが共有する生活空間」、とりわけ、「屋内の施設」においては、権力的な行政的規制で「禁煙」とすべきであろう。喫煙者のなかには、屋内における行政的規制に対して、「喫煙の自由」を理由に反発する者が少なくないが、このような反発は、公害工場が自らの「操業の権利」を主張して汚染のたれ流しを正当化しようとしているのと同じであると考えるべきであろう⁵¹⁾。

非喫煙者の多くは、普段、ほとんどの時間は「清浄な空気」を呼吸し、ちょっとの時間だけ汚染された空間で生活するという恵まれた環境のなかにいるわけではない。屋内では、職場をはじめ、一般のレストランや喫茶店でもたばこによる空気汚染にさらされ、建物の出入口にも灰皿が置かれており、たばこの煙の中を出入りしなければならず、屋外でも、路上喫煙に悩まされることは驚くほど多い。しかも、社会には、病弱者、子どもなど、短期的にも受動喫

50) 「相互調整」が成り立つのは、お互いの間に立場の交換可能性がある場合に限られる。そうでない場合、たとえば、一方が常に侵害される場合に立ち、他方は常に侵害される側に立たされるような場合には、「相互調整」ではなく、「弱者保護」という観点から、侵害する側の権利に対する制約が要請されることになろう。こうした観点から画される人権の限界は「相互調整」という意味での限界とは異質ものとするべきであり、「政策的な制約」が必要となる。浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社、2006年）80頁参照。

51) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（上）」ジュリスト724号（1980年）45頁参照。

煙により種々の障害を被る者が少なくない。

以上のような状況に対して、「行政的規制（たばこ規制）」をしないということとは、以上のような状態を「放置」することとなり、結局のところ、喫煙者の「横暴」を黙認することに他ならない。

以上の観点からも、「受動喫煙防止施策」の行政的規制が正当化できる。

3. 「個人の自己決定能力の欠如」を理由に行われる行政的規制

「本人の判断能力の欠如」を理由に、本人の利益保護を目的として行われる規制がある。 パターナリズムに基づく規制のうちでもっとも明瞭なものは、本人の利益保護を理由として行われる制限である。個人が自己の利益をもっともよく判断できるという仮定は、その個人が成年に達しており、また、正常な判断能力を備えた状態にある場合に成り立つ仮定である。そのため、未成年者や心神喪失状態にある個人は、自分自身の利益を守るための適切な判断ができるとはいえない。そこで、本人に正常な判断能力を期待できない場合には、その利益を保護するため本人の自由を制限する必要がある⁵²⁾。 このことは、たとえば、民法上、制限行為能力者（未成年者、成年被後見人、被保佐人等）の行為能力・責任能力が制限され、また、心神喪失状態にある個人に対して本人の意思とは無関係に物理的な保護措置がとられている（例、警察官職務施行法3条）ことからわかるように、伝統的にも認められてきた。

以上のように、「自己決定権」とは自分の生き方を「自分で決める」権利であるから、権利の主体は「決定」を行う「自律の能力」を有している必要がある⁵³⁾、そのため、成熟した判断能力を個人が欠いている場合には、干渉が正当化され得る⁵⁴⁾。

以上のような観点から、「未成年者喫煙防止施策」の行政的規制が正当化さ

52) 古城 誠「パターナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）58頁以下参照。

53) See Joseph Raz, 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, pp. 371-373. また、竹中 勲「自己決定権の意義」公法研究58号（1996年）33頁も参照。

54) 小泉良幸「自己決定とパターナリズム」[岩波講座 憲法2]『人権論の新展開』（岩波書店、2007年）175頁参照。

れる⁵⁵⁾。

4. 「完全な情報提供を確保」するための行政的規制

喫煙は、自傷行為の側面を持つが、それを承知でその行為に及ぶ自由が保障されるかという問題がある。そして、この問題は、「自傷行為をなす人への政府によるパターナリズム的介入をどこまで認めるべきか」という点に収斂される。その限界を画するものは、「完全な情報提供下」でなされた他者による強制なしの自己決定か否かとなる⁵⁶⁾。すなわち、正確な情報が与えられることなく、「正しい自己決定」はできないため、正しい情報が与えられていないという状況においては、喫煙に関する消費者の選択権が奪われているといえる⁵⁷⁾ため、個人が「自己決定」を選択するうえで必要な情報が提供されていないような場合には、政府による行政的規制が正当化されることとなる。

たばこについては、「消費者に対する正確な（真実の）情報提供」を確保するという視点から、たとえば、「たばこ製品に対する有害表示」の行政的規制を正当化することができる⁵⁸⁾。さらに、「たばこは気分転換やストレス解消に必要」とあるといった記述⁵⁹⁾が「消費者に対する正確な（真実の）情報提供」をしていないのであれば、同様に、「消費者に対する正確な（真実の）情報提供」を確保するための行政的規制が正当化されることとなろう⁶⁰⁾。このほか、「〇マイルド」「〇〇ライト」といったJTのたばこの商品名が、諸費者に対して、健康へのリスクが少ないかのような誤解を与えるのであれば、同様に行政

55) 未成年者喫煙防止施策の行政的規制については、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）201頁以下参照。

56) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）177頁以下参照。

57) 伊佐山芳郎『現代たばこ戦争』（岩波書店、1999年）12頁以下参照。

58) 「たばこ製品に対する有害表示」の行政的規制については、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）228頁以下参照。

59) JTのホームページ（<http://www.jti.co.jp/corporate/enterprise/tobacco/responsibilities/responsibility/dependency/index.html>）参照。

60) 「たばこの宣伝広告」に対する行政的規制についても、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）212頁以下参照。

的な規制を正当化することができよう⁶¹⁾。

なお、たばこについては、たばこの有害性や依存性（嗜癖）に関する正しい情報が消費者に伝わっていないが、その大きな理由として、たばこ産業が一丸となって情報を操作して、消費者に対して「真実」を隠蔽していることが指摘できる⁶²⁾。そのため、たばこ規制については、「完全な情報提供を確保」するための規制を強化する必要がある。

61) 「たばこの商品名」に対する行政的規制についても、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）232頁以下参照。ただし、2012年8月8日に、JTグループは、MILD SEVENのブランド名称を全世界において MEVIUS（メビウス）に刷新することを発表した。詳細は、JTのホームページ（http://www.jti.co.jp/investors/press_releases/2012/pdf/20120808_01.pdf）参照。

62) See Philip J Hilts, 1996, *Smokescreen: The Truth behind the Tobacco Industry Cover-up*, Addison Wesley Reading. 本書は、内部告発によって暴かれたたばこ会社の内部秘密文書に基づいて書かれたものである。本書を読むと、たばこ会社は、たばこの有害性もニコチンの中毒性もかなり前からよく知っていたほか、喫煙者を中毒にしておくためにニコチン量を操作（増量）していたことがわかる。本書を翻訳したものとして、フィリップ・J・ヒルツ著（小林 薫訳）『タバコ・ウォーズ——米タバコ帝国の栄光と崩壊——』（早川書房、1998年）も参照。

また、See ASH (Action on Smoking and Health). 1998. *Tobacco Explained*. (<http://www.ash.org.uk/files/documents/ASH-599.pdf>) 本書は、英国の NGO の ASH が、1998年に、米国のたばこ関連訴訟の過程で公にされた欧米のたばこ産業の内部文書に記載されている数々の証言をまとめたものである。原文は ASH の手により作成され、ASH のホームページ上で公開された（<http://www.ash.org.uk/information/tobacco-industry/tobacco-chronology>）後、世界保健機関 WHO が、2001年に開催した世界禁煙デーの公式ホームページに“Tobacco Explained”を掲載し（[http://www.who.int/tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf#search=Tobacco Explainedwho](http://www.who.int/tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf#search=Tobacco%20Explainedwho)）、たばこ産業の悪質なビジネス戦略を世界に向けて公表している。この内部文書を見ると、たばこ産業はたばこの害について明確に認めていることがわかる。なお、本書の内容を翻訳したものとして、ASH (Action on Smoking and Health) 著（切明義孝＝津田敏秀訳）『悪魔のマーケティング——たばこ産業が語った真実——』（日経 BP 社、2005年）参照。

さらに、たばこ産業の膨大な内部資料については、The University of California, San Francisco (UCSF) のライブラリーのサイト（<http://www.library.ucsf.edu/tobacco>）でも見ることができる。また、禁煙ジャーナル編『たばこ産業を裁く——日本たばこ戦争——』（実践社、2000年）も参照。

5. 「個人の自己決定能力の欠如」を広くとらえて行われる行政的規制

最近では、「個人の自己決定能力の欠如」を広くとらえて行われる行政的規制が、消費者保護や安全規制の分野で多く見られるようになってきた。これらの分野における行政的規制が行われる理由は、個人が自己決定をするうえで必要な情報が提供されていないことのほか、「十分な情報が提供されていたとしても、当該情報を正確に判断できる能力を個人が欠いていること」にある⁶³⁾。すなわち、行政的規制を行なう前提として、現実社会における「個人の自己決定能力の欠如」をかなり広くとらえている。

ところで、喫煙者は、「自己決定の能力」を有しているといえるのであろうか？

喫煙者は、一般に、「現在の短期的な楽しみ」を重視する（経済学でいう「時間選好率⁶⁴⁾」が大きい）一方、「将来の危険」をあまり回避しようとはしない傾向がある⁶⁵⁾。ちなみに、時間選好率が大きく、危険回避度が低い個人ほど、喫煙・頻繁な飲酒・パチンコや競馬といった賭博の傾向があることも実証されている⁶⁶⁾。結局のところ、喫煙者は、嗜癖に陥る危険を軽視し、喫煙を繰り返す

63) 古城 誠「パターナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）62頁参照。

64) 将来の「効用」（経済学でいう効用は、ほとんどの場合において「満足感」や「満足度」を意味する）は、割り引くことによって現時点の効用と比較される。多くの個人は、将来よりも現在をある程度重視するので、割引率は正の数になると考えられるが、この事実は「時間選好」と呼ばれる。ただし、現在がどの程度重視されるかは個人によって異なり、現在を相対的に高く評し将来を相対的に低く評価する個人の割引率は大きくなる。そのため、個人ごとに異なり得る割引率は、特に「主観的割引率」と呼ばれる。主観的割引率は、将来に対して現在がどの程度好まれるかを表すので、「時間選好率」とも呼ばれる。時間選好率の大きい個人は、現在得られる楽しみを重視し、将来の楽しみを我慢して待つのが苦手な人であるともいえる。以上に関する詳細は、荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学——タバコが明かす人間の本性——』（中央公論新社、2012年）33頁以下参照。

65) 荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学——タバコが明かす人間の本性——』（中央公論新社、2012年）43頁以下参照。

66) See Takanori Iba and Rei Goto, 2009, "Interdependency among Addictive Behaviours and Time/Risk Preferences: Discrete Choice Model Analysis of Smoking, Drinking, and gambling.", *Journal of Economic Psychology*, vol. 30, pp. 608-621.

うちに禁煙できなくなっているのである。しかも、喫煙者は、将来発生する費用を正確に感知し計算できないという問題も指摘できる⁶⁷⁾。感知できなければ、効果的な手段をとることなどできない。

喫煙者のほとんどは「未成年」のときからたばこを吸っているが、未成年者がたばこを吸い始める動機としては、「好奇心」や「なんとなく」が多いとされる⁶⁸⁾。別の言い方をすれば、未成年者は、「嗜癖に陥る危険」をほとんど考慮せず（あるいは、考慮していたとしてもかなり軽視し）、「自分が嗜癖に陥ることはない」と楽観視して、安易にたばこに手を出し、その後、喫煙を繰り返すうちに「嗜癖」に陥って抜け出せなくなり、禁煙することができなくなっているわけである。しかも、この背景には、「たばこの『嗜癖』（有害性・依存性等）に関する（真実の）情報」が適切に提供されていないことを指摘することができる。

以上のような「喫煙者の特徴」を踏まえて、「喫煙者は、自己決定能力が欠如している」ととらえることができるのであれば、政府による行政的規制が正当化されるということになろう。

6. 「『意志の弱さ』の克服を手助け」するための行政的規制

「強いパターナリズム」として一括りにされる干渉のなかには性質の異なるものがあり、「意思的パターナリズム」と「批判的パターナリズム」とを区別する概念が有用である⁶⁹⁾。「意思的パターナリズム」とは、「意思の弱さ」の問題に対処し、克服する手助けをするための干渉のことをいい、たとえば、自動車運転時のシートベルト着用を義務づける場合があげられる。シートベルトの着用は安全性の向上に有効であるが、一時的な不便さに負けてしまい、ベルトを着用しない人もいる。しかし、万一事故が起こった場合には、そのような人

67) See Ernst Fehr and Peter K. Zych, 1998, “Do Addicts Behave Rationally?”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 100, pp. 643-662.

68) 川根博司「禁煙教育」日呼吸会誌42号（2004年）601頁以下参照。

69) ドゥオーキン・ロナルド（小林 公ほか訳）『平等とは何か』（木鐸社、2002年）364頁参照。

もベルトを着用しておけばよかったと後悔するであろう。シートベルト着用義務付けは、このような「意志の弱さ」の問題に対処し、克服する手助けをするための干渉といえる。「意思的パターナリズム」は、本人もまた実行すべき理由を十分に理解している事柄について、それを実行するための特別なインセンティブを与えるものである⁷⁰⁾。一方、「批判的パターナリズム」とは、その人の良き生の理想が間違っており、その人の倫理的確信に反してでもその自由を制限することが、本人の「真の」利益となるとする考えをいう。

ところで、たばこ問題については、喫煙者自らが立てた「禁煙計画」は最終的には失敗に終わっていることからわかるように、多くの喫煙者にとっては自明のことであるが、喫煙者自らが自制をする手段の効果は限定的である。とすると、喫煙者個人が自制を働かせるだけでなく、他者がその自制を促進するように行動したならば、禁煙（節煙）の効果は上がると考えられる。そのような他者としてもっとも期待できるのが「行政的規制」である⁷¹⁾。たばこ規制については、職場や公共スペースにおける喫煙制限は、喫煙者が喫煙することができる場の選択肢を狭めることにほかならないし、たばこ税の値上げは、喫煙者に自制を促進するという効果も期待できよう。

7. 「最小限の社会的モラルを実現」するための行政的規制

最小限の社会的モラルを実現するための行政的規制がある。愚かな行為や社会的モラルに反する行為は、本人に利益とならず、また、他人には迷惑となる。このタイプの規制としては、以下の2つのものがある⁷²⁾。

第1に、尊厳死（安楽死）や人身売買などに対する規制があり、生命や自由の放棄については、個人の自由が制限されている。生命や自由を個人が自由に処分することは、認められていない。これは、本人の同意を得た場合でも生命

70) キムリッカ・ウィル（千葉 眞＝岡崎晴輝訳）『[新版] 現代政治理論』（日本経済評論社、2005年）397-398頁参照。

71) 荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学』（中央公論新社、2012年）178頁参照。

72) 古城 誠「パターナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）59頁、62頁参照。

を奪う行為が殺人として処罰され、また、そうした契約が無効とされ、一定の基本財（生命や自由）については、本人の判断能力の有無とは無関係にその処分を禁止するという強い態度がうかがえる⁷³⁾。

第2に、不道德な行為であることを理由に、たとえ被害者がいなくても、売春、麻薬使用、ポルノ、賭博などを禁止する規制がある。個人の道徳的弱さから生じると考えられている不合理な決定は尊重されていない。たとえば、ポルノ、賭博、麻薬が禁止されるのが典型的な例であり、倫理的脆弱性による判断能力の欠如が仮定されていると考えられる。

ところで、非喫煙者が主張する権利に対しては、「やたらと『権利』を振り回すべきではない」、「本来はモラルやマナーの問題で、良識をもって解決すべきである」との主張がある。たしかに、モラルやマナーをもって解決できればそれに越したことはない。しかし、モラルやマナーでは解決できない。たばこ問題を喫煙者のモラルに期待する限りは、非喫煙者は常に被害に泣かざるを得ないのであって、加害者のモラルに期待する限りは何の解決にもならない。たばこ問題をモラルの問題ととらえる限りは、目下のところでは、専ら喫煙者に味方し、非喫煙者の窮状をまったく理解しない結果となる。

ちなみに、日本においては、「製造たばこに係る広告を行う際の指針」等に基づき、テレビやラジオ等の電波媒体では、マナー啓発以外のたばこの宣伝広告は禁止されている。しかし、別の言い方をすれば、日本においては、現在においても「マナー啓発のCM」が許されている。しかし、マナー啓発のCMは、「受動喫煙の問題」あるいは「環境中のたばこの副流煙の問題」は、たばこの有害性あるいは依存性といった「たばこそのもの」にあるのではなく、「マナーの問題」にすり替えることで、「すべて喫煙者の責任である」として、

73) もっとも、憲法学者の多くは、「尊厳死・安楽死については、例外的に生命の停止措置を法的に認めることが、本人の自己決定と人間の尊厳の維持のために必要である」という意見であるように思われる。戸波江二『憲法〔新版3版〕』（ぎょうせい、1999年）186頁以下、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）178頁、小泉良幸「自己決定とパターンリズム」〔岩波講座 憲法2〕『人権論の新展開』（岩波書店、2007年）186頁など参照。

世間の目をたばこそのものの有害性や依存性から遠ざけているという問題を指摘できる⁷⁴⁾。

たしかに、道徳と法の規制領域の区分は難しい問題を含んでいるが、道徳で律することが適切な解決をもたらさない場合には、法で規制するほかない⁷⁵⁾。たばこ問題については、「最小限の社会的モラルを実現」するための行政的規制が正当化できるといえよう。

8. 「社会的負担を軽減」させるために行われる行政的規制

個人の誤った判断・選択の結果を個人にとらせればよいという考え方が後退し、政府がその後始末の役割を引き受けるにしたがって、「社会的負担の軽減」という観点からも個人の選択は制約を受けつつある。たとえば、シートベルトの着用義務づけは、自動車事故において運転者・乗客の保護を目的とするものであるから、シートベルトを装着するかどうかは運転者や乗客自身の判断に委ねればよいはずで、義務づける必要などないという議論は当然あり得る。しかし、シートベルトの着用義務づけは、義務としては軽微である反面、事故防止に相当に寄与し、本人のためだけでなく、事故そのものを軽減して、被害者のみならず加害者の負担を軽減し、事故の際の費用を軽減し（医療費の高騰防止、社会的な弱者の発生防止）、社会の悲劇を減らすという社会的な理由で正当化することができる⁷⁶⁾。すなわち、シートベルトの着用強制が、交通事故処理などに係る公共コストとの衡量によって正当化されるように、行政的規制は、「社会全体の利益との比較衡量」によって正当化されることがあ

74) 長尾和宏『禁煙で人生を変えよう——騙されている日本の喫煙者——』（株式会社エピック、2009年）148頁以下参照。また、マナー啓発のCMも含めた「たばこ会社のCMの禁止」については、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）209頁以下参照。

75) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制（上）」ジュリスト724号（1980年）46頁参照。

76) 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987年）113頁以下、阿部泰隆『行政の法システム（上）[新版]』（有斐閣、1997年）90頁以下、古城 誠「パターンナリズムと政府規制」法学教室101号（1989年）62頁など参照。

る⁷⁷⁾。

しかるに、前述のように、喫煙は、喫煙者本人だけでなく周囲の人の健康をも阻害し、健康面において超過罹患、超過死亡の原因となっているだけでなく、火災等の原因となり環境面に対しても社会に対して経済的な損失を与えている。少なくとも、たばこの場合、喫煙によるコストは、たばこの税収を大幅に上回っており、喫煙によるコストを考慮するのであれば、現在のたばこの価格は安すぎる⁷⁸⁾と考えられる。

以上の観点から、「社会全体の利益との比較衡量」をして行われる「たばこ税の値上げ」といった行政的規制は正当化することができよう⁷⁹⁾。

第5章 おわりに

喫煙者は、「自らの自由意思」でたばこを吸っているのではなく、ニコチンにとらわれの身となっている哀れな存在といえる。JTなどのたばこ会社は、喫煙者を「ニコチン中毒」にして金儲けをしている。この姿は、暴力団が人に覚せい剤を注射して中毒にし、覚せい剤を求めるのに乗じてこれを高く売りつけるのに似ている。そうすると、喫煙者に「禁煙」を要求するよりも、「たばこの販売を禁止し、喫煙しようにもたばこがまったくない状態にすべきではないか」という議論も考えられよう⁸⁰⁾。

たしかに、「喫煙者天国」のわが国においては、一足飛びにたばこを日本か

77) 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」[岩波講座 憲法2]『人権論の新展開』(岩波書店、2007年)177頁参照。

78) 喫煙によるコストが膨大であるということについては、See Sijbren Cnossen and Michael Smart, 2005, "Taxation of Tobacco", Sijbren Cnossen, ed., *Theory and Practice of Excise Taxation*, Oxford University Press, pp. 33-46. このほか、荒井一博『喫煙と禁煙の健康経済学』(中央公論新社、2012年)116頁以下も参照。

79) 「たばこ税の値上げ」の行政的規制に関する詳細は、田中 謙「たばこ規制の法システム(3・完)」関西大学法学論集62巻3号(2012年)219頁以下参照。

80) 阿部泰隆「喫煙権☆嫌煙権☆タバコの規制(上)」ジュリスト724号(1980年)44頁以下、棚瀬孝雄「米国たばこ訴訟の展開とたばこ政策——喫煙自由と喫煙禁止との狭間——」棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』(世界思想社、1999年)3頁以下など参照。

ら追放しようとしてもあまり実効性はないであろう。しかし、まさに「百害あって一利なし」のたばこについては、将来的（それも、できるだけ近い将来）には、「たばこの販売を禁止し、喫煙しようにもたばこがまったくない状態」にすべきである。

しかも、前述のように、たばこには、「ある程度継続して消費をすると、それを断つことが極度に難しくなる」という「嗜癖」と呼ばれる特異な性質があり、喫煙者が自らをコントロールして、『自らの自由意思』に基づいて選択することは極めて困難である。このような「嗜癖」という性質を持つたばこについては、前章で取り上げた「喫煙者個人の自己決定能力の欠如」を広くとらえらるとともに、「最小限の社会的モラルを実現」するという「パターンリズム」に基づいて、やはり「麻薬及び向精神薬取締法」の対象とすべきであり、「覚せい剤」や「あへん」と同様に、たばこの所持・販売などを厳しく規制すべき⁸¹⁾ではなかろうか？

以上を踏まえれば、「(喫煙の) 自由」などというべきではなく⁸²⁾、『喫煙の自由』なるものは存在しない」と考える方が妥当といえようし、「喫煙の自由」なるものを否定するコンセンサスを形成していくことが必要ではないかと考える⁸³⁾。

81) もっとも、現在のように、「たばこ産業を発展」させ、「財政収入を確保」し「国民経済を発展」することを目的としているたばこ事業法の下では、「国民の生命や健康を尊重して公衆衛生の向上・増進を図る政策」を実現することは難しい。しかも、たばこ事業を管轄しているのは財務省であるが、財務省は、日本で唯一たばこ製造が許されている JT の株式を大量に保有している。そこで、たばこを「麻薬及び向精神薬取締法」の対象とすることと並行して、「たばこ事業法の廃止」、「財務省から厚生労働省への権限移管」、「国による JT の株式の保有制限」なども必要となろう。以上の詳細は、田中 謙「たばこ規制の法システム（3・完）」関西大学法学論集62巻3号（2012年）237頁以下参照。

82) 棚瀬孝雄「米国たばこ訴訟の展開とたばこ政策——喫煙自由と喫煙禁止との狭間——」棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社、1999年）3頁以下参照。

83) ちなみに、2006年4月から「禁煙治療」が条件付きで保険適用されることとなったが、これは喫煙を単なる生活習慣や嗜好と考えるのではなく、「ニコチン依存症」という「病気」としてとらえ、必要な治療を行なうという考え方である。また、日本口腔衛生学会、日本口腔外科学会、日本公衆衛生学会、日本呼吸器学会、日本ノ

【追 記】

吉田栄司先生には、2008年に筆者が前任校から関西大学へ移籍する際に大変お世話になったほか、移籍後もいろいろとご指導をいただいている。また、決して他人の悪口を言わず、常に「前向き」な思考で物事をとらえ、還暦をお迎えになられてもなお「教育に対する情熱」をまったく失っていないという日頃の行動に対しても、「見習わなければ」と感じているところである。本稿は、これまでの学恩にお応えするにはあまりにも拙い研究成果であるが、吉田先生の還暦のお祝いに捧げ、あわせて吉田先生の今後ますますのご活躍を心よりお祈り申し上げる次第である。

ところで、吉田先生は、自他共に認める「ニコチン中毒憲法学者」であるが、「人権について研究している憲法学者が（知らず知らずのうちにとは思われるが）常日頃から受動喫煙による健康被害を発生させているという場合に、『憲法的責任追及制論』の考え方下では、当該行為に対して何らかの責任追及されることはないであろうか」と考えるところであり、干支が一巡して生まれたときの干支に戻る還暦を迎えられた今を機に、これまでの「ニコチン中毒」の人生を大いに反省していただくとともに、今後は、「ニコチン中毒」の生活から脱却していただくことを強く希望する次第である。

【附 記】

本稿は、2008-2011年度 科学研究費補助金（若手研究(B)）の研究課題「タバコ規制をめぐる法と政策」（課題番号 2073007）の研究成果の一部である。

↳産科婦人科学会，日本循環器学会，日本小児科学会，日本心臓病学会，日本肺癌学会の9学会では，喫煙によるニコチン中毒者は，「喫煙病」（依存症＋喫煙関連疾患）として，「患者」と呼ばれている。以上は，いわば「喫煙の自由」を否定する考え方といえよう。