

烟草管制与公民权利的包容与界分^{*}

熊樟林

内容提要:毋庸置疑,对已沦为习俗的吸烟行为予以管制,必然会滋生侵犯公民权利方面之不妥,一般而言,其表现为与吸烟者行为自由权、烟商言论自由权、以及吸烟者与企业主财产权三方面存有冲突。我们经由对自由权本质属性的剖析可以明确,有碍他人健康之吸烟行为非属行为自由其类;同时,亦并非所有烟草宣传皆可归属言论自由权范畴,在烟控制度结构中,我们理应对烟草宣传保持“尊重与戒惧”的基本态度。另外,限制购买以及征收烟草税所造成的财产限制,事实上和一般意义上的财产权侵犯亦是有所差别的,购买香烟是一种特殊的财产支配情形,对其予以限制并不违背法经济学上的资源配置法则。最后,对企业主而言,单纯的获利机会、商业利益、赢利预估或期待并非属于财产权的保障范围。

关键词:烟草管制 吸烟自由 烟商言论权 烟草税

熊樟林,东南大学法学院博士研究生。

一 烟草管制的权利冲突类型及问题的提出

科学证据已经明确,烟草消费以及“二手烟”会造成死亡、疾病与残疾,^[1]每年有超过430000人死于由吸烟引起的疾病,其致死数量高于谋杀、艾滋病、吸毒、火灾等行为。^[2]但尽管如此,吸烟却同时又是最具可阻止性的死亡行为。^[3]因此,于政府而言,实行管制阻止吸烟致死便有其可能性空间。

然而,已为习俗之吸烟行为,基于后天科学论证便予以强制力介入是有其难度所在的,此正如自由主义大师约翰·密尔所言:“习俗这个东西,不仅如老话所说是第二天性,简直

* 本文获我国台湾地区中华发展基金项目资助,为江苏省研究生培养创新工程《烟草管制基本理论研究》的阶段性成果。

[1] Framework Convention on Tobacco Control, May 12, 2003, Preamble, Article 4, 1, 5(《烟草控制框架公约》,2003年5月12日)。

[2] 参见高玉泉:《世界卫生组织烟草管制架构公约评析》,载《律师杂志》2004年第3期。

[3] Timothy J. DeGeeter, The Politics of Reducing Tobacco Use Among Children And Adolescents: Why the Food and Drug Administrative Cannot Regulate Tobacco and A Proposed Policy for States and Local Communities, 10 *Journal of Law and Health* 367(1996), p. 372.

是一向被误认为第一天性。”〔4〕在现实中，“吸烟者”与烟商们已惯于援用习俗加以辩解，并认为烟草管制涉嫌侵犯吸烟者的行为自由权、烟商的言论自由权以及公民与企业主的财产权：

第一，有观察者认为，吸烟与否为公民之行为自由，禁止或限制吸烟的烟草管制措施无疑是对这一自由权的侵犯，因此，基于宪法基本权利之意义，其当然可因此而拒绝遵守。

第二，在烟草管制对象的另外一端，烟商亦因管制机关限制其产品宣传，而较常主张诸如此类的管制措施侵犯其言论自由权，〔5〕其认为，烟草本身为合法产品，烟草公司公布信息以及公民据此获知相关产品信息为市场经济之自由，限制烟草产品宣传可能有违市场经济的价值规律，理应由市场自己决定一切。〔6〕

第三，基于征收或提升烟草税会给吸烟者和烟商造成财产上的负担，因此，烟草管制亦可能存在侵犯公民财产权之不妥。〔7〕而且，强制要求企业主在诸如餐厅或酒吧等场所内实行禁止吸烟，不能自由选择是否为吸烟者提供消费场所，实际上亦是对企业主使用处分场所权限的侵犯，而这其实也是对其财产权的间接限制。〔8〕

在法学论域中，上述吸烟者、烟商、以及企业主的疑惑，皆属权力与权利冲突主题是现阶段烟控所涉宪法基本权利层面的根本问题，其亟待理论研究加以澄清。众所周知，我国已于 2003 年加入《烟草控制框架公约》(Framework Convention on Tobacco Control)。该公约 2005 年经全国人大常委会批准，自 2006 年 1 月 9 日起在我国正式生效，我国政府承诺 5 年内在所有公共场所、公共交通工具以及工作场所内禁止吸烟。因此，烟草管制必将是我国政府未来的一项重要公共政策。因此，我们有必要对上述质疑予以回应。

基于此，本文拟以烟草管制与权利之间的关系为主题，试图在借鉴域外经验的基础上，对两者之间的复杂关系予以初步厘清，从而对上述疑惑有所回应。本文的基本立场是：我们经由对自由权本质属性的剖析可以明确，有碍他人健康之吸烟行为非属行为自由其类。同时，亦并非所有烟草宣传皆可归属言论自由权范畴，在烟控制度结构中，我们理应对烟草宣传保持“尊重与戒惧”的基本态度。另外，征收烟草税所造成的财产限制，事实上和一般意义上的财产权侵犯亦是有所差别的，购买香烟是一种特殊的财产支配情形，对其加以限制实际上并不违背法经济学上的资源配置法则。最后，要求在特定场所限制或禁止吸烟并不侵犯企业主的财产权，单纯的获利机会、商业利益、赢利预估或期待，并不属于财产权的保障范围。

二 限制或禁止吸烟与吸烟者行为自由权

在公民个人自由权利谱系之中，思想自由、表达自由和行为自由是人身自由之下最重要

〔4〕 [英]约翰·密尔：《论自由》，许宝驎译，商务印书馆 2006 年版，第 6 页。

〔5〕 相较而言，现阶段我国对烟控涉嫌侵犯言论自由权者较为少见，甚至“言论自由权”本身是否成立亦有待商榷。但据美国、我国台湾地区等烟控发达地区经验而言，基于商业言论自由而检讨烟控措施合法与否之诉讼案例，并不鲜见，如台湾地区“释字第 577 号”大法官解释；另亦可参见 Jeremy R. Singer, Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 34 *Nova Law Review* 539 (2010), p. 554。

〔6〕 参见 Mark J. Horvick, Examining the Underlying Purpose of Municipal and Statewide Smoking Bans, 80 *Indiana Law Journal* 923 (2005), pp. 937 - 940。

〔7〕 晓宇：《公众为何焦虑“以税控烟”政策》，《南方都市报》2010 年 12 月 6 日；杨于泽：《增税别拿“控烟”当借口》，《河南商报》2010 年 12 月 6 日。

〔8〕 参见 Samuel J. Winokur, Seeing Through the Smoke: The Need For National Legislation Banning Smoking Bars and Restaurants, 75 *George Washington Law Review* 662 (2007), pp. 679 - 680。

的三项自由,此其中,“行为自由是指人们根据自己的判断,为了争取和实现自己的利益而在社会中开展的各种对社会利益关系和其他人产生影响的活动。”^[9]事实上,上述吸烟者认为吸烟与否为其自由权之辩解,便涉及如何认知“行为自由”问题,而进一步而言,则主要是确定烟草管制的制度界限,抑或是说对烟草管制的正当性追问。

(一)有关吸烟行为的自由观差异及选择

第一,缘于我们在探讨自由权概念时,往往并不对自由权本身的类型予以区分,而主要是集中于该怎样把握自由的界限,是故对行为自由的理解往往是被包藏在对自由本身的理解之中的,也正因此,回应公民疑问的根本路径是寻找自由权的本质是什么,亦即自由是什么?然而,很不幸的是,自由从一开始便是一个不确定的概念,在关乎自由的理论体系中,自由是呈现出多元化色彩的,俄罗斯先哲普列汉诺夫就曾十分恰当地说,自由问题“像斯芬克斯一样向每个这样的思想家说:‘请你解开我这个谜,否则我便吃掉你的体系’”,^[10]或许,这可能正是烟控与吸烟者之间出现差异认识的根源所在。

然而,即便如此,我们发现所有现代社会对自由权的本质理解,可能都不会再如康德的纯粹自由观那样契合吸烟者的言行了。在哲学意义上,康德所论证的自由是为其道德理论服务的,其所论述的自由是在人的“应为”领域中的意志自由,康德在《实践理性批判》中如此说道:“所谓先验自由……是摆脱一切经验成分并因而摆脱一般自然作用的一种独立性,不论这种自然是被看作单在时间中出现的内官对象,还是被看作既在时间中又在空间中出现的外官的对象。”^[11]这种独立,既不受制于客观世界的客观规律,又不受制于人的主观世界的感情、欲望,康德认为只有具备了这种独立性,才称得上自由。

显然,在康德的自由观体系下,吸烟者的吸烟行为是存有哲学依据的,因为作用于吸烟行为的意志是一个超脱现实的先验自由,在这一情形下,其是自始至终都不受到他物干扰的,因此对吸烟予以管制的行政行为便难以获得合法性。

第二,然而,上述吸烟者的哲学依据的局限性在于,康德的自由观毕竟只是纯粹自由观,其永远只是“真空中飞翔的鸽子”,其与现实之间事实上是存有不可逾越的鸿沟的。尽管其向世人展示了自由的本质特征,但康德却把自己的论证前提限定于“超感性世界”中,其认为在人的感性世界中,人是不可能自主、自因和自律的,自由不可能存在于感性世界中的认识领域中,因为认识是人的知性通过人的经验达到对作为感官客体的自然的理论知识,它的原则是合规律性,因而它不可能不受自然的制约。^[12]

相反,与吸烟者自由观对立的另外一种支撑烟草管制的哲学依据现在几乎可以信手拈来,譬如,给予黑格尔以自由观启蒙的斯宾诺莎便认为,自然界存在必然性,人的奴役或自由取决于他是否认识了这种必然性,当人还是盲目地服从着必然性时,他不过是情感的奴隶,“只依照理性的指导的人才是自由的”。^[13]

与此同时,在黑格尔的论证中同样存有对纯粹自由观的鄙夷言论,黑格尔在《法哲学原理》中论证自由时说道,一个有德行的人之所以是自由的,就是因为他意识到他的行为的必

[9] 李道军:《思想自由、表达自由与行为自由的法律界限》,载《社会科学研究》1999年第4期。

[10] [俄]普列汉诺夫:《论一元论历史观的发展》,博古译,三联书店1961年版,第87页。

[11] [德]康德:《实践理性批判》,关文译,广西师范大学出版社2001年版,第90页。

[12] 潘志恒:《康德的自由理论探析》,载《比较法研究》2004年第2期。

[13] 参见[荷兰]斯宾诺莎:《伦理学》,贺麟译,商务印书馆2005年版,第206页。

然性和义务性,从而有别于以刚愎任性为自由的错误观点,那种将自由理解为可以为所欲为的人,乃是“完全缺乏思想教养”的表现,“他的不自由恰好就在任性中”。^[14] 自由与遵守国家法律是相一致的,不能把对原始本能所加上的限制看做是自由的桎梏,相反,我们应当把这样的限制看做是解放的必要条件。^[15]

很明显,在自由观问题上,黑格尔填补了康德自由观的固有缺陷,其使得自由权本质有了生命迹象和现实感,亦使得哲学意义上的自由意志在社会活动中能够有所印证,而此处烟草管制的正当性便可归为其中之一,因为吸烟行为无疑对人身健康有所损害,这种损害在及于自身的同时,且及于他人,倘若吸烟者基于此而忽略存有照顾他人身体健康的义务性和必然性,这种被黑格尔称为刚愎自用的行为,恰好便是不自由的。

第三,当然,倘若像斯宾诺莎和黑格尔那样将吸烟行为直接定性为“情感奴隶”、“缺乏教养”抑或是“任性”,事实上还为时尚早,因为并非所有的吸烟行为都反而是不自由的,我们必须将这种哲学上的意志自由下降为“公民自由”或称“社会自由”加以诠释,才能确定真正契合烟草管制的自由观。而值得庆幸的是,这项工作早在 1895 年便已大功告成,英国自由主义大师约翰·密尔在《论自由》中所探讨的“公民自由”或“社会自由”,便是要确定社会所能合法施用于个人的权力的性质和限度。^[16] 本文认为,于某种程度而言,密尔的自由观是可以直接用以解答吸烟者的疑惑的,同时其亦可作为支撑烟草管制最为贴切的社会自由观。^[17] 密尔在文中提到:“本文的目的是要力主一条极其简单的原则,使凡属社会以强制和控制的方法对付个人之事,不论所用手段是法律惩罚方式下的物质力量或者是公众意见下的道德压力,都要绝对以它为准绳,这条原则就是:人类之所以有理有权可以个别地或集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉,唯一的目的是自我防卫……唯一的目的是要防止对他人的危害”。^[18]

但,尽管如此,在理论上依然存有质疑的是,有学者提到密尔对自由感受到的主要危险不是来自政府而是来自社会的,^[19] 如此,其理念可能并非为烟草管制所能秉承,因为管制的基本属性是政府的强制力,而非社会。对此,笔者认为这可能并不能用以阻止烟草管制对密尔自由观的沿用,因为尽管管制的力量来源是政府,但其诱因却是吸烟行为对他人身体健康造成的危害,亦即探讨烟草管制的终极主题是吸烟行为是否对社会造成了利益损失,因此,在根本上,干涉吸烟自由的权力来源依然是社会,此非但为吸烟行为的自由边界,亦是确定烟控力量强弱的基本准则,是故其并不存有理论上的僭越。

因此,在论证烟草管制合法性问题上,援用密尔的社会自由观是恰到好处的,其在大体上可以提供的暂时结论是:吸烟行为并非都是自由的,亦并非都是不自由的,判定自由与不自由的钥匙,便是在上文中提到的一条极其简单的原则——“是否对他人构成了危害”。^[20]

[14] 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 2009 年版,第 25、27 页。

[15] 参见[德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,三联书店 1956 年版,第 81 页。

[16] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 1 页。

[17] 近期有学者指出:“作为中国读者,在 21 世纪重读密尔 19 世纪写的《论自由》,不仅没有产生“隔世”之感,甚至还产生了某种“超前”之感。”龚刃韧:《重读密尔〈论自由〉》,载《政法论坛》2010 年第 4 期。

[18] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 10 页。

[19] 据学者从密尔(Mill)自传考证得知,此可能与密尔曾与有夫之妇泰勒夫人(Harriet Taylor)情感经历有关。龚刃韧:《重读密尔〈论自由〉》。

[20] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 10 页。

(二) 吸烟行为的自由边界与烟草管制的权力范围

“差别毋宁说是事情的界限”，而“界限就是事情终止的地方”，^[21]吸烟行为的自由边界与烟草管制的权力范围是一对相辅相成的概念，当我们确定了前者的真空领域，即便意味着公权力的干涉脚步需要停滞。然而，在烟草管制论域中，事实上亦有较为复杂的制度细节破坏着这一平衡，其具体是指对孕妇和未成年人的烟草禁止。

按照我们对自由的理解，在某种程度上，未成年人和孕妇的吸烟行为是并未超越其自由范围的，然而，烟草管制制度却并不对其开禁。因此，我们依旧需要将二者分开陈述，且本文认为，此种方式亦可在权力延伸主题中呈现较为具体的制度细节，譬如，在禁烟场所以及限制烟草广告等主题方面，行政机关是选择全面禁止还是部分禁止，^[22]这无疑都无法从吸烟行为的抽象理论中找到答案：

首先可以肯定的是，任何人都有吸烟的行为自由，但是，这种自由是建立在如下条件上的：其一，其并非为未成年人；^[23]其二，吸烟行为是仅在自己的范畴内的，且按照密尔自由观理念，这一范畴亦有自己的两条格言：“第一，个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害，个人就不必向社会负责交代；第二，关于对他人利益有害的行动，个人则应当负责交代，并且还应当承受或是社会的或是法律的惩罚，假如社会的意见认为需要用这种或那种惩罚来保护它自己的话。”^[24]如此，吸烟行为的自由边界实际上便主要是确定“二手烟”的危害问题，^[25]因为对于一个成年人而言，只要他的吸烟行为并不影响自己以外的任何人的利益，或者除非他们愿意就不需要影响到他们（这里所说的有关的人都指成年并具有理解力的人）时，那就根本没有蕴涵任何这类问题之余地，^[26]因为毕竟烟草本身也是合法产品，这是毋庸置疑的。于是，我们便可以确定吸烟行为的自由边界事实上只有一个标准——亦即一位吸烟者的“行为的任何部分一到有害地影响到他人的利益的时候，社会对它就有了裁判权。”^[27]正因如此，我们可以看到晚近烟草管制措施是主要集中于对“二手烟”扩散予以杜绝的。

经验表明，相较公民吸烟行为的自由边界而言，烟草管制的权力范围事实上是难以确定的，美国就曾因国会授权食品与药品管理局（FDA）在烟草广告主题上毫无限制的权力而备受指责。^[28]但尽管如此，美国食品与药品管理局还是相信，除了未成年人与孕妇之外，对烟草产品的的全面禁止并非公众的最大利益，^[29]这非但因为其涉嫌侵犯宪法基本权利问题，^[30]

[21] [德]黑格尔：《精神现象学》（上卷），贺麟、王玖兴译，商务印书馆1962年版，第2页。

[22] 参见 Matrin H. Redish, Tobacco Advertising and Frist Amendment, 81 *Iowa Law Review* 589(1996), p. 589, 609.

[23] 对于未成年人并没有探讨吸烟自由的空间，美国食品与药品管理局在对烟草实行部分禁止时，亦曾表示对未成年人实行全面禁止政策。参见美国《联邦登记》第60章第41350段（60 Fed. Reg. at 41350）。

[24] [英]约翰·密尔：《论自由》，第112页。

[25] 在美国，“二手烟”的理论术语为 ETS (Environmental Tobacco Smoke)。参见 Samuel J. Winokur, *Seeing Through the Smoke: The Need For National Legislation Banning Smoking Bars and Restarants*, p. 662, 664。

[26] [英]约翰·密尔：《论自由》，第90页。

[27] [英]约翰·密尔：《论自由》，第90页。

[28] 美国2009年颁布实施的 Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 授权 FDA 对烟草广告管制并无限制。Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, p. 549.

[29] Timothy J. DeGeeter, *The Politics of Reducing Tobacco Use Among Children And Adolescents: Why the Food and Drug Administrative Cannot Regulate Tobacco and A Proposed Policy for States and Local Communities*, p. 372.

[30] 譬如有人认为，过度禁止烟草宣传会侵犯成年人的对合法产品的知情权。Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, pp. 554 - 555。

更为重要的是,烟草行业本身亦含有诸如“能够解决就业”等方面的社会因素。^[31]

而事实上,与此相反的是,从烟草管制的常态措施来看,部分禁止尤其是在限制烟草广告上的部分禁止却是能够体现烟草管制权力范围之总体面貌的,这一般表现为:其一,总体上对上述公民吸烟行为自由的边界标准予以尊重;其二,在制度重心方面,偏重于对烟草公司亦即烟草生产的限制,而轻于公民吸烟行为,譬如《烟草控制框架公约》第 6 条规定之“减少菸草需求的价格和税收政策”^[32]以及较为常用的限制烟草宣传等手段;其三,即使是触及相对人吸烟行为,烟草管制的总体制度依旧只是围绕禁烟场所主题加以展开的,且一般而言,实行全面或部分禁烟的场所都具有公共属性,而并不涉及私人权利范围。因此,烟草管制的权力范围只是相对的,其对公民行为自由权始终是保持尊重的,其侧重于烟草生产一方,且基本并不干涉吸烟者的私人领地。

(三) 权力干涉私人空间之合法性:对孕妇与未成年人特殊回应

晚近有学者在评介我国台湾地区“菸害防制法”2007 年修订之第 12 条:“未满十八岁者,不得吸菸。孕妇亦不得吸菸。父母、监护人或其他实际为照顾之人应禁止未满十八岁者吸菸”,以及其配套之第 28 条罚则规定时,^[33]认为其系为公权力干涉“非公共场所吸菸行为”提供了合法性。^[34]对此,需要指出,此种判断或解读是仅仅囿于规范本身而言的,而并未触及规范背后的正当性问题。在烟草管制体系中,对待孕妇与未成年人一般并不区分其行为是否发生于公众场所或对他人是否造成了危害,都一律禁止吸烟,亦即对此种特殊群体实施的是全面禁止措施。在本文主题范围内,由于全面禁止涉嫌侵犯公民私人领域,且与上述吸烟行为的自由边界以及烟草管制的权力范围亦有所违背,故而需要予以特殊回应,以使得上述结论更具全面。对此,本文认为:

首先,应当看到,事实上密尔有关自由的所有探讨是有其前提所在的,这种前提亦即自由边界之内的空间是“只适用于能力已达成熟的人类”的,^[35]“与成人有别,未成年人是不能适当评估自己的行为后果的”,^[36]而“对于尚处在需要他人加以照管的状态的人们,对他们自己的行动也须加以防御,正如对外来的伤害须加以防御一样”。^[37]换句话说,就自由本身而言,未成年人是并不享有吸食香烟的行为自由的,^[38]因此,对一个并不享有吸烟自由的未成年人施以烟草禁止,显然并不为过。

其次,一般而言,禁止孕妇吸烟较为合理的论证路径理应是其行为将会对胎儿造成的负面影响,倘若我们抛开界定生命体成立时间的各种争议不论,亦将胎儿视为生命的话,如此

[31] 参见 Matthew Baldini, *The Cigarette Battle: Anti-smoking Proponent Go For the Knockout*, 26 *Seton Law Review* 348 (1995 - 1996), pp. 348, 351。

[32] 参见 Framework Convention on Tobacco Control, May 12, 2003, Article 6 (《菸草控制框架公约》,2003 年 5 月 12 日)。

[33] 我国台湾地区 2007 年“菸害防制法”第 28 条:“违反第 12 条第一项规定者,应令其接受戒菸教育;行为人未满十八岁且为结婚者,并应令其父或监护人使其到场。无正当理由未依通知接受戒菸教育者,处新台币两千元以上一万元以下罚款,并按次连续处罚;行为人未满十八岁,且未结婚者,处罚其父母或监护人。”

[34] 刘建宏:《二〇〇七年菸害防治新法评释》,载《月旦法学杂志》2007 年第 11 期。

[35] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 11 页。

[36] Thaddeus Mason Pope, *Balancing Public Health Against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations*, 61 *University of Pittsburgh Law Review* 419 (1999 - 2000), p. 465.

[37] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 11 页。

[38] 参见 Jennifer McCullough, *Lighting Up the Battle Against the Tobacco Industry: New Regulations Prohibiting Sales to Minors*, 28 *Rutgers Law Journal* 709 (1996 - 1997), p. 727。

其也并不违背上述自由标准所包含的内容,因为其同样构成了对他人(胎儿)健康的损害,此正如观察者所言,孕妇吸烟不仅加害于胎儿的身体,事实上亦于胎儿心理方面有所影响,^[39]其可能造成婴儿出现“婴儿猝死综合症”、低出生体重儿、先天性畸形等病理症状,^[40]因此,管制似乎亦并不为过。

然而,需要另外说明的是,事实上关于禁止孕妇吸烟问题并不如此简单,据笔者观察,在宪法基本权利较为活跃的美国,就曾因此而出现孕妇与胎儿之间的权利冲突现象。^[41]而这种冲突的缘由则分别源于美国联邦最高法院在“Griswold v. Connecticut”案中确立的孕妇具有“隐私与人身尊严”的基本权利,^[42]以及在 Roe v. Wade of the State's Interest 中确立的基于保护胎儿的国家干预权。^[43]对于这一争议,最高法院给出的、或许能为本文此部分有所借鉴意义的理由,大体是这样的:“基于保护胎儿的国家利益高于孕妇个人的宪法权利,且这一利益亦足以取代孕妇的吸烟权利,是故,对其予以国家干预是合乎宪法的”。^[44]可见,在美国,即使二者皆属于基本权利层面,但由于其背后的法益差别,孕妇基于人身尊严所做的辩护也只能让位于胎儿的生命权和健康权,因此,如此说来,孕妇便也不享有吸烟行为自由权。

三 限制或禁止烟品宣传与烟商言论自由权

或许在探讨上述第二个主题之前,我们应该对密尔的下面一番话加以仔细揣摩,否则,我们将很难释怀在如此之多烟害数据下,^[45]为何还要检讨烟草管制与烟商言论自由之间的关系?密尔说:“由于缺少一种公认的普遍原则,以致人们往往在不应当给予自由的地方给予了自由,而在应当给予自由的地方又往往不给予自由。”^[46]此条格言或许在公民吸烟之行为自由论争上并不凸显,但其印证于言论自由上的各种争议却是恰到好处的。从笔者阅读结果来看,此类争讼几乎占据了烟草管制争议的“半壁江山”,^[47]其着实需要我们予以回应,且坦诚而言,我们亦必须肯定以下两个基本事实:其一,烟草宣传广告确是商业言论的一种;其二,商业言论又确是言论自由的一种。基于对此两方面的肯定,我们大致可以确认,事实上烟商的诉求并非无中生有。

(一) 烟商权利诉求的基础与内容

在言论自由不受待见的国度,人们会毫不犹豫地斥责烟商的辩护或疑惑仅仅只是纸上

[39] Cori S. Annapolen, Maternal Smoking During Pregnancy: Legal Responses to The Public Health Crisis, 12 *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 744 (2005), p. 745.

[40] Cori S. Annapolen, Maternal Smoking During Pregnancy: Legal Responses to The Public Health Crisis, pp. 746 - 749.

[41] Sam S. Balisy, Maternal Substance Abuse: The Need to Provide Legal Protection for the Fetus, 60 *South Calif. Law Review* 1209 (1986 - 1987), pp. 1236 - 1237.

[42] 405 U. S. 432, 453 (1972).

[43] 410 U. S. 113 (1973).

[44] Sam S. Balisy, Maternal Substance Abuse: The Need to Provide Legal Protection for the Fetus, p. 1209, 1219.

[45] Samuel J. Winokur, Seeing Through the Smoke: The Need For National Legislation Banning Smoking Bars and Restarants, pp. 663 - 666.

[46] [英]约翰·密尔:《论自由》,第124页。

[47] 几乎所有外文资料都会涉及 Constitutional Challenges 部分,并对此予以详细探讨,譬如 Jennifer Costello, The FDA's Struggle to Regulate Tobacco, 49 *Administrative Law Review* 671 (1997), pp. 671 - 689.

谈兵,因为即使是在法治发达国家,对“商业言论自由”的保护程度也是低于一般意义上的言论自由权的,^[48]而就更加不用提及此处了。然而,尽管如此,确认烟商存有权利诉求基础一般而言也并不困难,从域外烟草管制纠纷观察,其大致可以从两个方面获得:其一,寻找有关言论自由方面的类似判例,认为法院应当给予同等的权利保护,譬如,美国烟商通常会凭借联邦最高法院在1996年44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 案中对酒类广告宣传行为的有利裁决,^[49]而主张对类似于酒类的烟草宣传予以商业言论自由之保护。对此,美国有学者评论道:“如果法院遵循44 *Liquormart* 案之判决,食品与药品管理局(FDA)将很难对其烟草管制措施予以抗辩”。^[50] 此处需要说明的是,烟商之所以选择从类似诉讼中寻找判例,是因为美国有关烟草管制之诉讼一般是集中于检讨食品与药品管理局是否超越权限,而较少直接论及商业言论自由,且烟商胜诉亦不多见,尤其是在联邦最高法院层面;^[51]其二,诠释有关言论自由方面的宪法条文,认为商业言论应与一般意义上的言论自由权等同,譬如,在美国肯塔基州,基于第一修正案有如下规定:“国会不得制定关于下列事项的法律:确立国教或禁止信教自由;剥夺言论自由或出版自由”,因此 *Reynolds American* 与 *Lorillard* 烟草公司便提起诉讼认为,2009 颁布实施的《家庭吸烟预防与烟草控制法案》(*The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*)涉嫌侵犯其言论自由权。^[52] 这是一个典型意义上的有关烟害管制方面的诉讼案例,亦是烟商惯用的辩护路径,其和寻找判例的区别意义在于,在言论自由保护体系中,任何国家的司法态度总体上都是偏重于对政治言论自由加以保护的,而商业言论自由则只是晚近之事,且争议颇多,^[53]因此,寻找可以予以支撑的类似判例事实上更具胜诉之可能。

围绕上述权利诉求之基础,烟商因此认为归属于商业言论自由的香烟广告亦应当受到宪法保护,其具体内容为:其一,我们不应且也不能否认,烟草也是一种合法产品,法院应当基于此而保护烟草公司从信息交流中获取利益的权利,且成人也是有获取有关烟草信息的权利的。^[54] 基于广告而选择烟草产品可能是不理性或者不受欢迎的,但其终究还是合法选择,在民主社会里,每个人都应该有此种自由;其二,需要明确,政府限制烟草广告的理由是其不相信人们能够根据烟草广告做出理性判断,事实上这一理由是存有缺陷的:一方面,其前提是假设烟草广告是一种不合法的活动;另一方面,即使烟草广告是合法的,但倘若我们不相信公民能够根据合法广告而做出将会对其身体健康存有影响的决定,反而对此予以管制,这本身可能也是对公民的一种伤害,^[55]因为公民可以从合法的广告信息中选择适合自

[48] Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, p. 547.

[49] 517 U. S. 484 (1996). 此案发生于美国罗德岛州(Rhode Island),当地禁止在卖酒之外的任何地方做有关酒价格方面的广告,该州零售商起诉认为该禁令侵害了宪法第一修正案所赋予的权利,最后,美国最高法院认为该禁令违宪。

[50] Jennifer Costello, *The FDA's Struggle to Regulate Tobacco*, p. 684.

[51] 在美国,1938年依据《联邦食品、药品与化妆品法案》(the Federal Food, Drug, and Cosmetic)成立的FDA,因为管辖权限限于“药品”与“医疗器械”但却实施烟控,而常遭遇诉讼,然而,基于2009年颁布实施的《家庭吸烟预防与烟草控制法案》已经授权FDA烟草管辖权,因此这一状况如今已宣告结束。

[52] Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, p. 554.

[53] Recent Case, First Amendment—Commercial Speech—Fourth Circuit Holds That a Regulation Largely Prohibiting Alcohol Advertisements in College Newspaper is Constitutional, 124 *Harvard Law Review* 843 (2011), pp. 843–850.

[54] 参见 Duff Wilson, *Tobacco Firm Sue to Block Marketing Law*, *New York Times*, 2009–9–1。

[55] Matrtin H. Redish, *Tobacco Advertising and Frist Amendment*, pp. 589, 604–605.

己的烟草产品,这包括低焦油含量或低尼古丁含量的香烟产品。^[56]

(二) 司法机关的不确定性回应

从域外烟控发展来看,司法机关对上述诉求的处理态度事实上并不单一。一般而言,其更多体现为一种“就事论事”的司法哲学,亦即法院会在不同案例中阐述不同的立场,譬如,在美国,对于烟商的以上诉求,司法系统给予的态度便是如此,而即使是在可以作为参照的酒类管制诉讼中,上述 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 案确立的标准,亦由于联邦最高法院在 *Anheuser-Busch, Inc. v. Schmoke* 案给予了相反裁决而更加模糊不定。^[57] 同样,在加拿大找出这条界线亦困难重重。^[58] 从笔者掌握资料来看,现阶段对此类问题较具确定的处理也仅仅只存在于我国台湾地区最高行政法院的一系列裁决、^[59] 及其“释字第 577 号”大法官解释中,^[60] 从其裁决结果以及大法官解释内容观察,台湾司法系统是并不认为对烟草宣传的适度管制涉嫌侵犯烟商的商业言论自由权的。

进一步而言,司法机关之所以很难确定对烟草广告的态度,并非是因为烟草行业本身的独特性,而应更多地归结为烟草宣传行为背后的“商业言论自由”问题,因为问题根源在于,我们一直以来并不确定该如何对待商业言论自由的保护,尤其是一些恶俗广告。而即使是在法治先进国家,其事实上也是一个并不确定的司法难题,譬如,在美国,最高法院上世纪 80 年代至 90 年代曾一直支持政府管制“恶俗广告”,但自从 1996 年的 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 案后,最高法院又开始对政府管制予以严格限制。然而,这依旧不是确定趋势,2011 年 1 月《哈佛法律评论(Harvard Law Review)》案例评论指出,第四巡回审判庭近期在 *Educational Media Co. at Virginia Tech v. Swecker* 案中对政府管制的支持,再次证明在此之前确定的判断是脆弱不堪的,法院好像又回到了历史的起点上,而这也无疑在提醒我们,回应烟商诉求的途径理应上升为该如何对保护商业言论自由加以探讨,而非其他。

当然,必须坦诚的是,对商业言论自由的保护,尽管存有上述不确定性,但其有一点却是确定无疑的,这便是对其保护力度要远远小于其他类型上的言论自由,尤其是相较于政治自由而言,^[61] 这无疑可以作为回应烟草商的整体答案。然而,仍需注意的是,这一答案也并非意味着对烟商商业言论自由的彻底否定,亦并非要对烟草广告施以全面禁止,我们只是说对其保护是处于较为薄弱的等级,这仅仅只是“多与寡”的问题,而不是“是与非”的问题。

而在处理商业言论自由多寡边界问题上,如上所述,司法机关尽管享有较大的裁量空间,但为了达成其应当具备的权威性与确定性,其亦发展了相对具体的判断标准以供参考,

[56] 参见 Caroline Reid, *Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco in Canada*, 39 *Victoria University of Wellington Law Review* 343 (2008), p. 362.

[57] Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, pp. 553 - 554.

[58] Caroline Reid, *Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco in Canada*, p. 359.

[59] 我国台湾地区最高行政法院此类判决共计 10 例,其分别为:“2000 年判字第 691 号”、“2000 年判字第 1039 号”、“2000 年判字第 1537 号”、“2000 年判字第 3443 号”、“2002 年判字第 630 号”、“2002 年判字第 715 号”、“1999 年判字第 222 号”、“1999 年判字第 375 号”、“1999 年判字第 607 号”、“2002 年判字第 1932 号”。

[60] 该解释之理由部分亦提及:“……上开菸害防制法规定虽对菸品业者之不表意自由有所限制,然其目的系为维护国民健康及提供消费者必要商业信息等重大之公共利益,其手段与目的间之实质关联,符合法治国家比例原则之要求,并未逾越维护公共利益所必要之程度。于菸品容器上应为前开一定之标示,纵属对菸品业者财产权有所限制,但该项标示因攸关国民健康,并可提供商品内容之必要讯息,符合从事商业之诚实信用原则与透明性原则,乃菸品财产权所具有之社会义务,且所受限制尚属轻微,未逾越社会义务所应忍受之范围……”。

[61] Caroline Reid, *Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco in Canada*, p. 343.

譬如,在美国,联邦最高法院便曾于 *Central Hudson Gas&Electric Corp. v. Public Service Commission* 案^[62] 中,确定了保护商业言论自由的“四步检测法”,其步骤分别为:其一,考量该商业言论是否合法或者是否具有误导性,以确定其是否能为宪法第一修正案所保护;其二,考量管制机关所宣称的政府利益是否是重要的;其三,考量管制措施是否直接促进政府所宣称的利益;其四,考量管制措施是否超过必要程度。^[63] 从该检测法本身而言,其基本呈现出联邦最高法院对商业言论自由管制的谨慎态度,因为在运用方法上,一项管制措施只有同时契合上述四步,才能被确定为并不违背宪法第一修正案。正因如此,倘若我们将其运用于烟草宣传管制问题上,其可能对烟商商业言论自由保护有所促进。但需注意的是,即使存有该检测法,其也并不能替代我们在上文中所指出的司法机关的不确定态度,事实上此检测法本身也并非必须被遵守的,即使是在美国,其也只是一个大体趋势,上文所言之 *Educational Media Co. at Virginia Tech v. Swecker* 案,便可作为近期例外之佐证。

(三) 尊重与戒惧:回应烟草宣传的基本态度

虑及上述司法回应的不确定性可能会造成认识上的混乱,因此,我们有必要在对如何回应烟商诉求问题上予以总体性的概括,以便为限制烟草宣传确立基本态度,本文认为:

第一,必须予以告诫的是,现阶段支撑烟草管制的任何理由,或许都不应该作为侵犯烟商言论自由权的借口。这尽管在烟控管制舆论中显得过于理想,但其必须是烟草宣传管制所不能触及的权利空间,我们亦必须保持对烟草宣传的基本尊重,因为这并非是对烟控的折扣,而是对言论自由权本身的肯定。我们发出这一告诫的缘由在于,人们往往会缘于对烟草危害的憎恨而忘却了烟草本身也是合法产品的基本常识,^[64] 此恰如上述密尔所言:“我们在不应当给予自由的地方给予了自由,而在应当给予自由的地方又往往不给予自由”。^[65] 事实上,从域外烟控经验中可以观察到,仅仅关注烟草危害而忽略烟商言论自由权的制度设计,终究是难以避免言论自由方面的诘难的。因此,笔者认为,对烟草宣传的限制理应保持在一定的范围内,而这也正是为什么 2009 年美国食品与药品管理局尽管通过《家庭吸烟预防与烟草控制法案》获得了几乎没有限制的管辖权,^[66] 但却并没有对烟草宣传予以全面禁止的原因所在。

第二,在技术层面上,保持对烟草宣传以基本尊重的具体管制方案表现为:其一,在室外场所,对烟草宣传予以相对限制含义一般是指,对烟草宣传全面禁止启动附加一定的条件限制,而并不直接全面禁止,譬如,将该限制条件设定为靠近学校或操场等一些未成年人容易获知信息的地段,此类立法可参见美国《家庭吸烟预防与烟草控制法案》的规定:“对距离学校和操场 1000 英尺之内室外广告予以禁止”,^[67] 又如,将限制条件设定为在一些以青少年为主要读者的刊物上禁止任何形式的烟草宣传,此类立法可参见台湾地区 1997 年“菸害防治法”第 9 条第二款之规定:“制造、输入或贩卖菸品者以杂志促销菸品或为菸品广告,以每年刊登不超过一百二十则为限,且不得刊登于以未满十八岁之青少年为主要读者之杂志”;

[62] 447 U. S. 557 (1980).

[63] Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, p. 547.

[64] Duff Wilson, *Tobacco Firm Sue to Block Marketing Law*.

[65] [英]约翰·密尔:《论自由》,第 124 页。

[66] Jeremy R. Singer, *Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, p. 550.

[67] 同上注。

其二,替代全面禁止的另外一种方案便是所谓的“墓碑石式的限制”,这种限制方案的精妙之处在于,其并不整体上对烟草宣传予以全面禁止,而是以列举方式规定烟品包装上可以宣传的有关烟品的项目或内容,并且规定有关烟草危害的警告标志不得小于50%^[68]。其列举内容一般包括:香烟名称、价格、烟焦油含量以及尼古丁含量四项,且仅仅只限于此类,而不能包含有促销之类的额外信息。

第三,保持基本尊重的对立含义是指在一定条件下(亦即基本尊重下)管制机关亦可启动相应的限制措施,以防止过度的烟草宣传,从而树立烟草管制应有的戒惧态度。这是因为,商业言论本身是有其违法可能性的,且基于烟草管制之整体目的,我们在制度设计上亦应偏向于积极控制。一般而言,体现戒惧态度的管制技术主要是指:其一,任何被宣传的烟草产品,必须是合法的,且此宣传活动本身,亦必须是合法的;其二,基于对烟控的整体性考量,在公共场所或者是面向公共场所的烟草宣传活动,本身是不能带有促销性质的,譬如,台湾地区2007年“菸害防制法”第9条规定:“不得以折扣、奖品或赠品方式销售烟品……以及用茶会、餐会、说明会、品尝会、演唱会、演讲会、体育或公益等活动宣传”;其三,禁止对特殊群体进行任何形式的烟草宣传活动,此特殊群体主要是指未成年人。

四 征收烟草税及特定场所禁止吸烟与公民私有财产权

在合宪性问题上,烟草管制的最后一部分也是较为直观的内容便是检讨其是否涉嫌侵犯公民的私有财产权。在缘由上,这主要是基于两项管制技术而滋生的,其分别是征收或提升烟草税以及要求诸如餐厅和酒吧等营业场所实行禁烟。如上所述,前者认为征收烟草税是对公民财产权的直接剥夺,而后者则认为要求酒吧禁烟是对企业主私有财产处分权的限制或者说征收。对此,本文认为,适度课征烟草税是具有正当性基础的,同时,要求在特定场所限制或禁止吸烟实际上亦并未侵犯企业主的私有财产权。

(一) 征收或提升烟草税的正当性确证

和任何其他限制财产权的方式一样,在确证烟草税的合法性问题上,政府最为常见的借口也是“公共利益”,而倘若我们以此予以套用,自当也能够得出肯定性结论。不过,尽管如此,依旧有所争议的是,寓于烟草税中的公共利益内涵往往会在“提高财政收入”与“公共健康”中摇摆不定,而正是由于这一情况的存在,烟草税的正当性基础便大打折扣,尤其是在我国实行烟草国家专卖国情下。

对此,本文认为,不可否认,历史上,征收或提升烟草税的首要目的确实是为了增加财政收入,据考证,我国19世纪60年代洋务派所提倡的“重征烟税”主张,就是基于中国当时财政匮乏的国情而提出的。^[69]同时,域外观察者也指出,美国为了弥补朝鲜战争所带来的财政赤字,也曾将联邦烟草税税率从每包0.01美元升至0.08美元,^[70]且过去在总体上,美国

[68] Martin H. Redish, *Tobacco Advertising and First Amendment*, pp. 589, 625.

[69] 曲振明:《清末洋务派倡征烟草税》,资料来源:<http://www.xfgw.net/?mod=news&code=frame&id=79526>,2011年6月22日最后访问。

[70] 参见 Eugene M. Lewit, *U. S. Tobacco Taxes: Behavioural Effects and Policy Implications*, 84 *British Journal of Addiction* (1989), p. 1217.

各州的烟草税比例都会因经济危机而有所波动。^[71] 因此,一直以来,对烟草税的正当性辩护都只是基于“提升财政收入”路径的。^[72]

不过,伴随人类文明的不断进步,这一状况后来却发生了变化。人们渐渐认识到,烟草税除了具有提升财政收入的内涵之外,事实上也具有改善公德的功效,且这两者的地位亦是趋向同等的。^[73] 在美国,自从1964年卫生部长发表烟草危害的报告(亦被称为“烟害白皮书”)之后,烟草税作为一种提高公共健康的管制措施,越来越受到重视。一般而言,人们现在对烟草税的探讨是主要集中于减少烟草消费和提升公众健康内容上的。^[74] 目前,有芬兰、丹麦、埃及、加拿大、尼泊尔、冰岛、秘鲁、澳大利亚及新西兰等国家是以此为目的而课征烟草税的。^[75] 而且,从国外对烟草税的应用情况来看,通过征收烟草税所获得的财政,实际上大部分是被运用到了冲抵烟草管制成本以及相关的公共医疗费用中的。因此,整体而言,现代社会对烟草税征收目的的认识已经并不局限于“财政收入”之上,相反,其更多地偏向于烟草管制的目的意义,因此,以提高财政收入质疑烟草税的正当性基础,可能仅仅只具有区域合理性,烟草税的公共健康基础完全可以为烟草税提供限制公民财产权的理由与依据。

需要补充的是,倘若以财产处分权考量烟草管制是否构成对财产权的侵犯,这并非是没有商榷余地的,因为烟草管制的确限制了公民自由处分其财产的权利。对此,本文认为,这依旧只是一种对权利的传统偏见,实际上,“法律不仅不能将这种有害健康的行为设定为一种法律权利,反而应当设定为一种应当禁止的法律义务”。^[76]

并且,即使是套用现代经济学理论,我们其实也并不能得出征收烟草税会侵犯公民财产权。在逻辑上,认为烟草税侵犯公民财产权的经济学理由是:对于消费何种商品和服务,消费者往往能够做出最好选择,在理论上,一旦消费者已经获知风险并愿意承担其行为成本,此时的社会资源便能够获得最优配置。^[77] 不过,上述只是为一般商品所设定的理论条件,与购买其他商品不同,烟草消费往往因为具有如下三个特性而无法与上述现代经济学的理论条件及结论相吻合:第一,有证据证明,很多吸烟者(特别是在不发达和发展中国家)并不完全知晓自己的行为会导致疾病或死亡,因此消费者实际上并没有“获知风险”;第二,尼古丁上瘾通常是在未成年阶段或者成年早期,即使他们已经获知香烟有害的相关信息,其也并没有做出理性决定的能力,因此并不符合“愿意承担行为成本”的条件;第三,烟草产品会对自身和非吸烟者造成危害,而这最终会扩大整个社会的公共医疗成本,如此,其当然也并不成立“资源优化配置”的结论。

(二)特定场所限制或禁止吸烟并未侵犯企业主的财产权

当将酒吧和餐厅纳入禁烟室内场所之后,酒吧和餐厅的企业主便日渐感觉,此类禁止吸

[71] 参见 Eugene M. Lewit, U. S. Tobacco Taxes: Behavioural Effects and Policy Implications, p. 1218。

[72] Kenneth J. Meier & Michael J. Licari, The Effect of Cigarette Taxes on Cigarette Consumption, 1955 through 1994, 7 *American Journal of Public Health* 87(1997), p. 1126。

[73] 参见 Warner K. E., Smoking an Health Implication of a Change in the Federal Cigarette Excise Tax, 255 *Journal of the American Medical Association* (1986), pp. 1028 - 1032。

[74] 参见 Warner K. Editorial, Profits of Doom, 82 *American Journal of Public Health*(1993), pp. 1211 - 1213。

[75] 参见 Hu, T-W, Cigarette Taxation in China: Lessons from International Experiences, 2 *Tobacco Control* 6(1997), pp. 136 - 140。

[76] 周佑勇:《控烟立法的基础与吸烟者的权利边界》,载《法学》2011年第5期。

[77] Prabhat Jha & Joy De Beyer & Peter S. Heller, Death and Taxes: Economics of Tobacco Control, 4 *Finance & Development* 36(1999), pp. 46 - 47。

烟之规范乃国家限制私人对其土地之自由使用权限,且未予私人补偿金,应属征收之形态,显然侵害人民财产权。

一般而言,域外司法实践对此予以回应的主要途径是在展开财产权概念内涵的基础上,将上述情况排除于财产权范畴之外,其认为,单纯的获利机会、商业利益、赢利预估或期待,并非属于财产权的保障范围。依照现今德国及我国台湾地区的通说见解,一般认为此非属宪法财产权之保障范围,财产权的保障系针对权利的存续状态,而非未来的获利情况。^[78] 宪法对财产权的庇护,仅限于一种对于法律主体既存的法律地位,也就是原则上并不包含未来的获利可能性及机会。^[79] 只有在该营业状态的改变或限制,对于该营业组织之功能产生重大影响时,始属财产权保障之范围。^[80] 因此,企业主以其仍然并没有取得的财产收益为依据,主张其财产权遭受侵犯,便是难以获得支持的。

而与此同时,即使是在具体层面上,特定场所的吸烟限制,实际上又是基于保障公众健康之公益目的的。对于餐厅及酒吧场所负责人而言,其场所的使用处分未被全面剥夺,其依然可以供应其他服务项目。且多年的实践亦表明,此类禁烟令实施之后,餐厅的客源反而逐渐增加,餐厅亦可节省相关的清洁费用以及员工暴露于二手烟环境中所造成的健康成本。^[81]

五 代结语

密尔说,我们“每人既然接受着社会的保护,每人对于社会也就应该有一种报答;每人既然事实上都生活在社会中,每人对于其余的人也就必得遵守某种行为准绳,这是必不可少的。这种行为,首先是彼此互不损害或在法律明文中或在默喻中应当认作权利的某些相当确定的利益;第二是每人都要在为了保卫社会或其成员免于遭受损害和妨碍而付出的劳动和牺牲中负担他自己的一份(要在一种公正原则下规定出来)。这些条件,若有人力图规避不肯做到,社会是有理由以一切代价去实行强制的。”^[82]

现在我们可以大致确定的是,基本不会再有人去争议烟草对一个人身体的伤害,那么按照密尔所言,烟草管制便似乎能够获得常识的普遍认可了;然而,仍然不可忽略的是,我们在得出上述结论的同时,也不得不承认一直以来我们都没有否定烟草是合法产品的简单判断,那么围绕烟草活动而产生的自由诉求便自然也能够博得多数民意。

显然,上述结论的集中效果在于,舆论可能认为放大于理论研究中的烟草管制与自由权之间的矛盾似乎只是源于两类常识或民意之间的是是非非,而无需成为烟草管制的焦点问题。对此,笔者认为,事实上这仅是一种表象,我们不能且也不应将这场很可能将发生于国内的权力与权利之间的斗争,简单理解为常识之间的差异,而更应该看到蕴藏于其后的已经

[78] 参见陈新民:《宪法财产权保障之体系与公益征收之概念》,载《宪法基本权利之基本理论》(上册),元照出版社,2002版,第289-291页。

[79] 吴信华译:《香烟强制标示案裁定(BverfGE 95,173-188)》,载翁岳生主编:《德国联邦宪法法院裁判选辑》(十),(我国台湾地区)司法院印行2002版,第226页。

[80] Vgl. BGHZ 23,157/162f;92,34/37;BVerwGE 62,224/226;Engel, AöR 1993,169,转引自翁晓玲:《禁限菸品广告规范之合宪性》,载《东海大学法学研究》2003年第19期。

[81] 魏林珊:《我国菸害防治法关于“吸烟场所限制”之合宪性问题探讨》,台湾大学2009年硕士论文,第67页。

[82] [英]约翰·密尔:《论自由》,第89页。

化为常识的权利意识。一个颇有意味的且可为佐证的插曲是,在美国烟草管制与自由权的斗争历史中,反对者中亦有人认为烟草管制涉嫌侵犯宪法第一修正案所赋予的集会与结社权,他们认为,烟草对集会与结社所必须的交谈行为有所促进。^[83]

可见,吸烟与反对吸烟以及烟草管制与反烟草管制并非总是公正的,亦并非总是荒谬的,他们之间存在着包容,亦存在着界分,或左或右的关键在于我们如何拿捏它们之间的界限,此亦即如何把握本文主题“烟草管制与公民权利之间的关系”。

当然,在烟草管制仅仅只是纸上谈兵的时间中,论及其与公民权利之间的关系或许只是杞人忧天,但可以肯定的是,当烟控作为一项新的公共政策及于我国时,由其滋生的一场新的权力与权利之间的较量势必会萦绕于共和国的司法大厅之中。如上所述,这或许被多数人认为只是烟草管制与传统文化之间的较量,但通过本文分析以及对域外烟草管制经验的提及,我们不难发现,围绕烟草管制的必将是一场顺延“公民吸烟自由”与“烟商商业言论自由”加以展开的公法学主题,作为研习之辈,我们有义务对此言说一二。

[**Abstract**] Undoubtedly, control of habitual smoking will inevitably infringe on individual rights. Generally speaking, it involves conflicts in the following three aspects, freedom of conduct of junkie, freedom of speech of tobacconist and property right of smoker and business owner. Analysis of the intrinsic attribute of right to liberty reveals that smoking harmful to others' health does not fall into category of freedom of conduct. It is by no means that all tobacco promotions belong to category of freedom of speech. In the battle of controlling smoking, we ought to take a basic approach of “respect for while guard against” tobacco promotion. Additionally, in fact and in general sense, restriction on purchase of cigarette and negative effect on property caused by tobacco taxation is different from infringement on property right. Purchase of cigarette being a special kind of disposition of property, restriction on it does not run against the principle of resource allocation. Finally, for business owners, pure profit-making opportunity, commercial interests and profit estimate or expectation are not within the scope of protection of property right.

(责任编辑:姚 佳)

[83] Samuel J. Winokur, *Seeing Through the Smoke: The Need For National Legislation Banning Smoking Bars and Restaurants*, pp. 663 - 666.