

たばこ広告規制に係る憲法上の論点

研究協力者 宍戸 常寿 東京大学大学院法学政治学研究科教授

たばこ規制枠組条約の第13条では、たばこ広告、販売促進、スポンサー活動の包括的禁止がたばこ製品の消費の減少につながることから、主要政策の一つとして、締約国に自国の憲法またはその原則に従い、あらゆるたばこの広告、販売促進、後援の包括的禁止や制限を課すことを求めている。本研究では、今後の規制強化にあたり、たばこ広告等の禁止を妨げる法的な課題について、営利広告の自由と表現の自由（憲法21条）、喫煙の自由と幸福追求権（憲法13条）の観点で検討、整理を行うとともに、たばこ広告等の規制のあり方を検討した。

（1）営利広告の自由と表現の自由（憲法21条）

・一般に営利広告の自由を憲法上の自由として扱うことに対して、基本的には学説上の異論はない。他方、営利広告の自由を制限することが許されるかどうかについては、表現の自由一般と同じく、公共の福祉に適合する合理的で必要な制限である限り制限は許されるとともに、表現の自由のなかでも特に制限が広く許される類型に当たる、と考えられている。その意味でたばこの営利広告の規制は許されないと考えるべきではなく、あくまで規制の内容や方法の問題として考えるべきである。

・換言すれば、営利広告の自由を憲法上の自由として扱うことに学説上異論はないが、同時にたばこ営利広告の規制であること自体が憲法上深刻な問題を惹起するとは考えられない。

・なお、営利広告の自由については憲法21条ではなく憲法22条の職業選択の自由の一環として考えるべきでないかという見解もあった。あんま師等法事件最高裁判決（最大判昭和36・2・15刑集15巻2号347頁）がどのような論理で規制を合憲としたのかは判然としないうところがあったが、京都府風俗案内所規制条例事件判決（最判平成28・12・15判時2328号24頁）は、風俗営業店を紹介する店を小学校等の周りに作ってはいけないという条例の規定を、営利広告の自由の制限と捉えた上で、憲法21条に反しないと正面から述べている。このような判例の展開により、営利広告の自由は憲法21条の問題であることは、明確にされたといえる。

・もっとも、営利広告の自由を保障する条文が憲法21条であろうとも憲法22条であろうとも、表現の自由の中でも特に規制が許される類型であると考えられることから、実質的に大差はないと考えられる。

（2）喫煙の自由と幸福追求権（憲法13条）

・喫煙行為が13条の幸福追求権として保障されるといわれることがあるが、その論拠とし

てしばしば挙げられるのは、施設における在監者の喫煙の制限が許されることを簡単に述べた最高裁判所判決（最大判昭和45・9・16民集24巻10号1410頁）である。この判決は、喫煙の自由が「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」という留保をつけた説明しかしていない。このため、この説示は、喫煙の自由を憲法13条の権利として認めたものだという立場と、「仮にそうだとっても合憲だ」というところに力点があるという2つの読み方がありうる場所である。仮に前者であるとしても、その意味合いは次に述べるとおり、決して強いものではない。

・憲法13条で保障される代表的な人権、たとえばプライバシー権や人格権などは、最高裁の判例や学説上重い権利として扱われているのに対して、喫煙の自由は一般的行為自由にとどまるものと考えられている。

・また、喫煙行為が「適法行為」であるといわれることもあるが、一般に適法行為とは、①法によってオーソライズされた行為で、その行為をすることを人が妨げてはならない、一定の権限行使を認めるものとしての授權を含むような意味で適法という場合、②今の段階で法が規制していない以上放任しておいていい（放任行為）という場合の2つがありうる場所、喫煙の自由は②の放任行為と理解されるべきものである。

・言い換えれば、そもそも法的規制に慎重でなければならない、いわば「強い自由」であるプライバシー権や人格権と、一般的行為事由であり放任行為に過ぎない喫煙の自由とは、その規制の合憲性の判断の厳格度は異なる。

・喫煙行為が放任行為であるとする、喫煙の自由の前提となるたばこの販売や製造に関して一定の規制を行うことは、喫煙の自由にとっての間接的な制限にしかかなりえないため、憲法13条はたばこ広告の制限にとって重大な妨げとなるものではない。

・たばこ広告の規制と似た構造を有する広告の規制の問題として、出会い系サイト規制法が参考になると思われる。問題となった利用者の自由は、成人が見知らぬ同性ないし異性と交際目的で知り合っただけの結果として交際に至る自由である。これ自体は放任行為であるが、コミュニケーションの自由ないし親密な関係を形成する自由に関わるため、憲法上は喫煙の自由よりも重いと評価される自由である。他方、出会い系サイト規制法は、出会いのプラットフォームを提供するサイトを運用する者に対して、一定の広告規制や届出等の義務を課している。そして、出会い系サイトを青少年が利用する可能性があることから、運営者は青少年を入れてはいけない、青少年と出会える旨の広告を出してはいけない等の規制は、既に最高裁で合憲と判断されている（最判平成26・1・26刑集68巻1号1頁）。

・このように考えれば、仮に問題となっている国民一般の自由が憲法上許される行為だとしても、その行為にかかわる業を規制する、とりわけ広告に対して規制を行うこと自体は許されると考えられる。換言すれば、「喫煙の自由が憲法上保障されている」から「たばこの営利広告の規制はおおよそ許されない」という議論は成り立ちえず、繰り返しになるが、当該規制が公共の福祉に適合する合理的で必要なものかどうかによって判断すべきものと思われる。

(3) たばこ広告の規制のあり方

・広告規制の妥当性は、当該の商品やサービスに即して個別に判断されることになるが、全体としてみれば、①消費者基本法、不正競争防止法、特定商取引法など広告一般に関する法的規制の枠組みのほか、②個別の広告に対する法的規制として出会い系サイト規制法や特定業種について広告を規制するもの、③虚偽・誇大広告などを禁止するものに大別され、さらに④自主規制がある。広告についてすでに一般的な法的な枠組みがあることを前提にすると、たばこ広告を法的に規制することが許されないという議論は、広告規制一般の現実からみて正当化しえないと考えられる。

・広告は正当な営業活動を支える活動であり、またそれによって新聞、放送等のメディアを支える経済活動でもある。当該商品やサービスについて適切に消費者に伝え、適切な消費者の判断を促すところに広告の最大の意義があり、それは憲法上も一定の重要性を有するが、他方で広告のもたらす実質的な害悪が存在する場合に規制することは許される。つまり、広告規制の可否は比較衡量の問題である。

・広告規制は国民の「知る権利」に触れるといわれることがあるが、この点にも留保が必要である。確かに、競争する商品について自由に広告ができることによって消費者が選択できるという意味で、表現の自由、とくに受け手の知る権利に奉仕する部分がある。しかし、ここで問題になる「知る権利」は、民主主義社会における公共的な事柄について人々が知って判断するというよりも、消費者として当該商品やサービスについて知ることを内容とするものである。その価値が直ちに低いというわけではないが、営利広告が虚偽誇大に流れやすいことからすれば、消費者の知る権利を正しく守るためにも虚偽誇大な広告を規制しなければならない。逆に一定の表示を義務付けるということすら正当化されると考えられている。

・例えば、政治的あるいは公共的な事柄についての知る権利を考えた場合に、何をあらかじめ前提として知っておくべきか自体がアジェンダセティングに関わる以上、それを政府が決める、規制するという事は、かなり難しい問題である。昨今のフェイクニュースや偽情報の問題については、総務省や SNS 事業者等の団体が対策を取りまとめている（総務省プラットフォームサービスに関する研究会最終報告書（2020年2月）、一般社団法人セーフターインターネット協会 Disinformation 対策フォーラム中間とりまとめ（2021年3月））。こうした政治的・公共的な事柄や民主主義にかかわる問題に比べれば、ある種の商品やサービスについては、政府の側で客観的な事実を認定して規制をすることが比較的容易であり、また社会的に期待されることでもある。とりわけ、公衆衛生など様々な公共的な目的によって消費者の知る権利を実効化するという観点からの規制は比較的正当化しやすい。

・まとめると、公共的・政策的な事柄について国民の知る権利を実行化するために規制をするという論理は憲法上重大な疑義がある反面、消費者の知る権利を実効化するための規制なのであれば、営利広告の規制は許容しうると考えられる。

・広告規制が表現の自由を侵害し憲法に違反するかどうかについての判断枠組みも、各国の憲法の運用上、議論として固まっている。代表的なものがアメリカ連邦最高裁判決（*Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557(1980)）で示さ

れた、セントラルハドソン・テストである。

・第1に、セントラルハドソン・テストでは、虚偽広告、誤導する広告、違法行為の広告はそもそも合衆国憲法で保障する表現の自由の保護範囲ではなく、規制することに問題はないとされた。喫煙行為の前提である、たばこを売る行為は現在違法ではないことからすれば、たばこ広告の規制は、青少年との関係を別にすれば、一般には表現の自由の範囲内の問題であることは確かである。

・第2に、セントラルハドソン・テストにおいては、表現の自由の保障の範囲内に入っている行為の広告の規制であることを前提にして、それが許されるかどうかは、①規制利益が重要なものであるか、②規制手段が規制利益を直接促進するものか、③規制手段が必要以上に広汎ではないかという3点から規制を検討して、違憲・合憲を判断する。換言すれば、大した利益を追求していないのに広告規制をしている、その規制に見合った目的を達成できないのになお規制しようとしている、必要な範囲を超えて規制しているのであれば憲法違反となり、そうでなければ合憲である。

・この考え方は、人権や国民の自由を制限する時には、正当な目的を追求しようとしているか、目的の達成が合理的に実現できるものか、必要な限度にとどまっているか、という比例原則とよばれる、人権制限の合憲性に関する一般的な考え方と整合するものであり、この原則に照らして問題がなければ営利広告の自由は許されるという、常識的な考え方を示すものといえる。

・さらに営利広告の規制にあたっては、萎縮効果が働きにくい、規制濫用のおそれが相対的に小さい等の広告規制の特殊性をふまえつつ、表現の自由・知る権利との具体的なバランスをとる必要がある。

・第1に、たばこの広告の規制については財務省でたばこ事業法40条の枠組みを用意し、基本的には業界の自主規制の枠組みで対応しているというのが、現行法のベースラインである。これを超えて、たばこ広告の直接規制を行うべきであるという議論を進めるのであれば、現行法で不十分であること、新たな規制枠組みを投入することによって正当な目的が達成でき、その規制の枠組みが必要な限度にとどまっているということを、具体的に示すことが、議論において有用であり、その説明が合理的であれば、規制に憲法上問題ないと考えられるのではないか。

・第2に、青少年との関係でたばこの広告の規制がこのままでよいのかということも重要な論点である。出会い系サイト規制法も京都府風俗案内所規制条例も青少年を守るという目的である。青少年と成人のアクセスできる場所・ルートを分けられない場合や、コンビニやインターネット上のたばこ広告については、法律によって広告を規制することは合理的と考えられる。