

澳門控煙法的法經濟分析

張雪蓮*

一、作為公共需求的控煙規則

(一) 控煙立法需求的理論基礎

無論法理學中應然法與實然法的本位之爭是何結果，得到普遍承認的說法是道德規範總是嚴苛於法律規範。吸煙作為常見的社會現象，個人處置個人身體自由活動的行為，隨着社會發展屢屢被法令約束。本文要討論的是一個不違背傳統社會善良風俗的個人愛好何以被法律限制。

1. 習慣的局限性

習慣作為社會規範的來源，有兩個局限性，一是常常支持對社會有不利影響的合作，二是相對於立法者沒有立習慣者，習慣對社會發展的適應是緩慢的，當社會發展迅速，習慣就有可能拖累社會的發展。¹當吸煙的外部性對社會有過大的負外部性時，為了適應社會發展控煙就有了規則需求。

社會群體中的一部份人有吸煙的習慣。這個習慣既不是為了達成交易必付的成本，也不是某個社會形成的風俗文化，或者說基本不存在做甚麼事必須吸煙才能達成的限制，它也並不構成“人要吸煙”或“人不能吸煙”的不成文規範。

吸煙不像交易行為，為己方他方設定權利義務，有一個資源外化移轉的過程，其作為一個內部的，自我消化的，在倫理道德上不突破公序良俗的個人習慣，被公共權力大幅度限制，是因為它影響較大的外部性。

* 任職澳門教育暨青年局，中國社會科學院研究生院法學博士，澳門城市大學法學院法律經濟學課程導師。

1. 蘇力：“解釋的難題”，《中國社會科學》1997（3），第25頁。

一方面二手煙不利於吸入人群的身體健康已被大量研究證實，另一方面因吸煙引發的火災也帶來了公共安全的威脅。隨着社會結構的轉型，現代社會與古代社會的一個思想分野是對私欲的態度轉變。

中國古代講“存天理，滅人欲”，基督教認為，人是帶着原罪出生的，人的一生應當做善的事來贖罪。而現代社會先承認了人私欲的正當性，這個正當性的行使的界限，在於不影響他人。² 原來“在農耕社會中不成為問題的現象就成了問題”。

2. 經濟學の後果主義傾向

在法律設置中，經濟學更偏向用後果主義的方式來看待問題。道德哲學難以證偽，討論行為的違法性不在於論證行為主觀的悖德，而在於客觀的法益損害後果。³ 如果一個行為對法益具有損害或者損害的可能性，那麼就可以考慮以法律對這個行為作出禁止或限制。

（二）控煙的立法考量

1. 權利之爭的價值判斷

吸煙行為對公共利益產生損害或者威脅，前文論述了社會對控煙的公共立法需求。但並不是所有的需求都應當被滿足。如果滿足公共健康的生命權保護需求就勢必對吸煙群體自由處置身體自由行為的自由權作出限制，在兩種權利保護之間如何選擇，如何將立法考量具化為實際立法，是本文要討論的主題。

按民主立法的思考方式，是否對一個問題立法應當遵從民意，這個“民意”最直接的表現形式就是通過公民投票。如果多數人認為應當立法就可以滿足社會的立法需求，如果認為不應當的人佔多數，這部法律就不應該被通過。然而民意是流變的，可能因為社會的部份突

2. 徐昕：《論私力救濟》，北京，中國政法大學出版社，2005年，第249頁。

3. 王文宇：《民商法理論與經濟分析》，北京，中國政法大學出版社，第156-157頁。

發事件作出不準確的判斷。⁴ 按行為經濟學可得性啟發的理論，大部份人都低估生活中威脅，而一旦爆發低概率的社會事件，社會又會產生對控制該危險的規則需要。另一方面，如何避免“多數人的暴政”也是難以回答的問題。

經濟學在判斷一種權利為甚麼比另一種權利更值得保護時有自己的思考方式。經濟學家追求的是效益最大化，波斯納（Richard Allen Posner）認為分析一個法律規則的形成應當用卡爾多—希克斯（Kaldor Hicks Principle）的標準，即如果規則導致的資源重新配置中一方增加的利益大於另一方減少的利益，這項決策就可以通過。⁵

2. 作為行政規則的控煙法

澳門除了《預防及控制吸煙制度》，還有第9/2008法律修改《消費稅規章》。包括控煙法例的主要內容；規範煙草徵稅；規範煙草廣告及商業資訊；禁止向未成年人出售；禁止吸煙場所；強制性說明（成份及警告的文字）。

當立法者決定以法律規則的形式來限制吸煙行為時應當採用何種規則呢？經濟學家將法律規則分為產權規則、責任規則與行政規則。科斯認為，法律可以規定誰承擔權利，誰承擔義務，通過權利人與非權利人之間的交易實現效益最大化。產權規則就是確定初始權利歸屬的規則。但由於資訊不完全帶來的高交易成本的存在，法律中又出現了責任規則。責任規則通過事後補償法律定價的方法誘導個人作出社會效益最大化的選擇。⁶ 而責任規則本質上仍然是一個私人屬性的規則，當負外部性是一個潛在關聯的，針對不特定多數人的條件下，使用具有公共性質的行政規則更好。

以控煙的具體情況分析，如果採用產權規則，規定誰有吸煙的或誰有周圍人不吸煙的權利，這個權利人需要和周圍的每個人進行交易，如

4. 蘇力：《道路通向城市——轉型中國的法治》，北京，法律出版社，2004年，第21頁。

5. 理查·波斯納：《法律、實用主義與民主》，北京，中國政法大學出版社，2005年，第525-326頁。

6. 張維迎：《資訊、信任與法律》，三聯書店，2003年，第75頁。

果有其中一個不同意，那麼就不能吸煙。這顯然不符合效率的特徵。而採取責任規則，規定誰有向吸煙者求償的權利或者誰有向不吸煙者求償的權利，首先這個數額如何確定，其次這個求償權的實現最後都要去到法院，沒有人願意為了吸煙或者周圍有吸煙的人而每天去法院處理各種訴訟。那麼行政規則就有了適用的空間。吸煙的人對社會不特定多數人負有義務，這個義務的價格以行政處罰的形式顯示。

二、《控煙法》真的有效嗎

2018年《控煙法》出台以後，公共健康的利益是否得到保障，倡導公民戒煙的目的是否達到有待分析。表面上看，大部份情況下答案是肯定的。澳門的公共區域基本無煙，超市裏面見不到香煙的存在，一個不吸煙的人初到澳門大概會產生澳門人大多不吸煙的錯覺。

澳門衛生局2019年2月20日消息⁷，根據統計資料顯示，2018年全年共有5,596人被檢控，違法吸煙者當中，旅客有3,765人，約佔總檢控人士的67%。

在保障公共利益方面，澳門作為“世界旅遊休閒中心”，遊客較多的市區街道在偶爾與總是之間的頻率下，總能遇到吸煙的個人或群體。而在相對遊客不多的地區，也常會碰到一邊行走一邊吸煙的人。誠然，這是執法的操作層面。實際上，吸煙行為一般靠其他人勸阻得到遏制，舉報得到懲罰。⁸然而以最突出的案例，2019年元旦期間，幾名男子在銀河娛樂場吸煙被制止追打員警，我們可以看到現實制止吸煙者吸煙的後續發展可能與廣告宣傳中吸煙者羞愧地滅到煙頭的情形不太一樣。在不清楚執法者到達現場所需的時間以及吸煙的個人是否會採取暴力行動的資訊成本，除了不受二手煙困擾沒有其他收益的情況下，其他人很少會選擇勸阻或者報警，而是自己離開二手煙區域。

7. 澳門衛生局消息：由2019年1月1日起，娛樂場內所有吸煙區和舊有吸煙室已被取消，娛樂場無論中場或貴賓廳，除已按新標準設置且獲許可的吸煙室外，所有室內範圍全面禁煙。

8. 米歇爾·福柯：《規則與懲罰》，劉北城譯，三聯書店，1999年，第12-15頁。

在倡導公民戒煙方面，具有煙癮的人基本不會因為法律為吸煙設置障礙就戒煙，何況《禁煙法》所設置的障礙現實來講意義不大。超市的煙不能擺出來賣，但是只要買就一定有。完全屬於“有市有價”。巴士站或的士站10米以內不能吸煙，在這裏或者在那裏對吸煙者本人來說差別並不大。因此，有人因為想要更健康的體魄而戒煙，有人因為承諾而戒煙，但很少有人因為政府出台了《控煙法》而戒煙。

三、政府對《控煙法》的態度

目前為止，地球上除了南極洲，沒有任何一片土地是完全無人吸煙的，因為南極洲沒有人。在香煙產品的外包裝上印製令人惡心的圖案，在娛樂場的吸煙室循環播放禁煙廣告，以普通人的生活常識判斷效用都甚微，如前所述限制吸煙區域也不會令有煙癮的人因為成本過高而有戒煙的想法。

另外，《控煙法》這種禁吸不禁售的做法一直惹人爭議。吸煙者在爭取自己的吸煙權利時總是振振有詞：“如果政府真的想禁煙就會取締煙草公司，甚至把吸煙的人都抓進監獄。”

我們不得不懷疑，為了煙草行業帶來的就業率以及煙草緩解壓力的精神鎮定效用這些可以維持社會穩定的因素，政府在《禁煙法》中是否藏着一種隱秘的默認：“只要社會影響不惡劣，政府對私人吸煙行為不禁止。”如果一個禁止性法律中隱藏了不禁止的意願，那我們甚至可以說這項法律其實對禁止行為帶着微妙的支持。

《控煙法》的禁止只在於法律條文上的嚴格禁止，而不在政府對吸煙行為的否定態度。如果政府禁止了它本不希望禁止的行為，這項法律創造出來政府就沒有徹底執行的動力。那麼一個不希望被執行的法律被創設的意義何在？⁹大概是政府通過具有前瞻性的法律對社會做出價值引導，先以法律確定公共健康的價值高於自由吸煙的價值，逐漸引導社會進步。

9. 徐昕：“為甚麼禁而不止——體罰與規訓”，《法經濟學的視角》，山東社會科學（12），第73-78頁。

四、禁煙法的問題及修正

（一）過度涵蓋

由於政府態度的曖昧，《控煙法》的實際效力並不如其法條本身規定所期望的那樣。我們再重新審視現行《控煙法》的問題，以法律經濟學的眼光，不難發現這是一個過度涵蓋（over-inclusive）的規則。

過度包含，就是指法律禁止了立法機關事實上不希望禁止的某些行為。由於語言的模糊性及人類的預見力限制，當法律規則對禁止事項描述得越多越準確，漏洞也就越多。¹⁰ 更生活化的理解是，當一個公務員怠於履行職責時，他只要嚴格遵守相關法律及條例就可以了，因此社會中有一句流傳甚廣的話“公務員可以不做事，但不能做錯事”。波斯納認為，如果嚴格執行一項過度涵蓋的法律，必將帶來過高的成本。

2018年新出台的《控煙法》就是這樣一部過度涵蓋的法律。法條中對吸煙行為作出了許多嚴格的限制，例如巴士站附近10米以內不得吸煙，若要貫徹落實這個規定，政府首先要付出明確巴士站10米警示的成本，無論是在每個巴士站以油漆畫出一條警戒線還是設一個警示牌，中間必將付出人力與物力。將10米範圍確定公示以後，政府要貫徹這項規定就必須對每個違反這個規定的人作出懲罰，那麼每個巴士站至少都要安排一名執法者來監察。另外，當深夜巴士停運的時候，是否每個巴士站仍應當有執法者對此監察呢？此中的人力消耗顯然過高。

（二）過度涵蓋的修正

對這種過度涵蓋的法律規則，波斯納（Richard Posner）和蘭德斯（William Landes）也提出了修正方法，即執法者通過自由裁量不執法來抵消嚴格執行帶來的過高成本。因為懲罰的前提是發現犯罪行

10. 蘇永欽：《私法自治中的經濟理性》，北京，中國人民大學出版社，2004年，第36頁。

為，發現則要付出過高的人力成本，因此《控煙法》沒有配套的條例來保證法律的實施事實上是放任執法者的自由裁量。執法者可以自己選擇去巴士站或者的士站來監察違法情況，決定執法或者不執法。同時《控煙法》也給予執法者懲罰上的裁量權，即執法者可以對罰款金額作出裁量。

還存在另一種修正方法，即賦予私人執法權，來替代自由裁量不執法對過度涵蓋進行修正。經濟學上，波斯納提出了一種構想，將執法權賦予社會中的個人，並將執法收益也歸於個人，以期抵消發現犯罪恢復正義的成本。¹¹但在法理上私人一般不具有行政執法權，這個理論的適用尚有討論空間。

（三）修正成本

自由裁量不執行的修正並非一勞永逸。自由裁量不執行本身也會帶來成本，主要是差別執行與完全不執行。從字面意思就很好理解，差別執行主要是同樣的情況有的被懲罰有的不被懲罰，懲罰本身也不相同。完全不執行指的就是對不遵守《控煙法》的規定，所有的違法都不予懲罰。這兩種情況不僅使得法律的規定淪為空中樓閣，浪費法律資源，更嚴重的是損害了社會的公平正義。

而私人執法除了本身帶有的競爭執法等問題，最基本的修改法律規則使得法律體系一致化要付出的成本可能與控煙問題本身差不多。在此問題上相對自由裁量不執行更不值得考慮。

五、餘論

根據洛克（John Locke）的社會契約論（Social Contract），個人權利只讓渡部份給國家。在讓渡的這一部份中，不包括對自己身體的自由處分權，私人自治是現代法治思想的基石。不影響他人生活的抽

11. 理查·波斯納：《性與理性》，蘇力譯，北京，中國政法大學出版社，2002年。

吸煙社會完全接受。一方面，煙草行業帶給國家的高稅收高就業率以及煙草對人的安撫作用使得吸煙行為得到了國家默示地縱容。當社會以法律限制私人吸煙行為時，應當以何為界限呢？本文在此並沒有明確的答案。我們認為在區域劃分上以不影響公共區域的其他人為限，《控煙法》與其過度限制私人的吸煙行為，又不禁止煙草產品的生產，可以考慮在生產環節降低吸煙所產生的外部性。

綜上所述，法律經濟學的思考帶給我們看待問題的新角度。當從經濟學思維分析《控煙法》時，我們看到了法條規定背後立法機關的隱秘意圖，這也能解釋為甚麼《控煙法》等類似規則外觀上總是呈現一種“欲禁不禁”的曖昧態度。無論如何，控煙等社會議題中總是有煙草公司的利益、社會公共利益、特定群體利益、政府利益等多種力量博弈，本文僅從法經濟學角度進行的分析並不全面。