

喫煙クラブに関する部会決定

——ドイツにおける「結社体」についての一考察——

門田 美貴
(小山研究会 4 年)

- I はじめに
- II 2014年部会決定
- III 解題
 - 1 本件の前提
 - 2 結社の自由理解について——引用された判例をもとに
 - 3 「閉ざされた集まり (geschlossene Gesellschaft)」のメルクマール
 - 4 本事案における検討
- IV まとめ

I はじめに

本稿では、比較的最近ドイツ連邦最高裁で結社の自由について判断された2014年の部会決定¹⁾を中心に検討する²⁾。本決定は、バイエルン州の健康保護法が定めた喫煙禁止に違反し、過料を課せられた喫煙クラブ (Raucherverein ないし Raucherclub) の経営者が結社の自由等の侵害を主張して同法の違憲性を争った事案である。

II では、本決定の和訳を付す。

つづく、III において、この決定についての解題を付すこととする。III 1 において、本件の前提として、諸外国に引き続くかたちで喫煙禁止を法律により定めたドイツ連邦および諸州の動向について述べ、それに対して飲食店の経営者たちが行った憲法異議申立についての2008年の連邦憲法裁判所の判決を二つ紹介する。

これらの憲法異議申立により、喫煙禁止を定める法律において、飲食店に対する例外規定を設ける義務を主張する可能性が閉ざされたために、本決定でも問題となった喫煙クラブと呼ばれる団体を結成し、喫煙禁止を回避しようとするのが、社会現象となったことを述べる。このような社会背景を記述したのち、Ⅲ 2において、本件において申立人が主張しようとした結社の自由とはいかなる基本権なのか、について、本件決定が引用した主要な判例を用いつつ、概観したい。さらに、Ⅲ 3において、結社の自由理解を前提にしながら、本件と同じく、結社の自由を主張して喫煙クラブにも適用される喫煙禁止に対抗しようと試みたバイエルン州連邦憲法裁判所の先例を用いることにより、喫煙クラブが関連する訴訟で度々用いられる、「閉ざされた集まり (geschlossene Gesellschaft)」というメルクマールについて説明をする。というのも、判例は、多種多様な人々の集まりがあるなかで、当該メルクマールを用いることにより、喫煙禁止の適用を受けるものとそうでないものを峻別しているためである。加えて、ここでは、飲食店法における「飲食店」の定義と、喫煙禁止が適用される施設との調整がなされ、いわゆる「飲食店」における喫煙は、法律上も実務上も回避の可能性が完全に閉ざされたことを指摘する。このような一連の喫煙クラブ関連の訴訟とその法理をふまえて、Ⅲ 4においては、本件に対する検討を行いたい。本件申立人の主張、とりわけ結社の自由の主張においては、望みの薄いものであったが、これに対して部会の決定についても、検討を必要とする要素がある。そこで、本決定についての批判を付しておくこととする。

Ⅱ 2014年部会決定

[申立人] S…、代理人：Götze 弁護士 (Petersstrasse 15, 04109 ライプチヒ) による、

1. 直接的には、

- a) バンベルク (Bamberg) 高等裁判所の2011年11月17日の決定-2 Ss OWi 1197/2-11-
- b) バンベルク (Bamberg) 高等裁判所の2011年11月7日の決定-2 Ss OWi 1197/2011-
- c) ミュンヘン (München) 行政裁判所の2011年3月9日の判決1122 OWi 383 Js 120479/11-

d) 州都ミュンヘン（München）による過料決定 KVR-I/122-2-000213/11-

2. 間接的には、

2010年7月23日制定の健康保護のためのバイエルン州法（健康保護法 - GSG）
（BayGVBl S.314）

に対する憲法異議申立手続において、

Kirchhof 副長官、Paulus 裁判官、Baer 裁判官による連邦憲法裁判所の第1部
（Senat）第3部会は、1993年8月11日公示の基本法（BGBl I S. 1473）93条 a 項と
結びついた93条 b 項により、全員一致で決定した。

憲法異議は、受理しない。

理由

I

申立人は自らの過料の判決を非難し、健康を保護するための法律（健康保護法
GSG）を間接的に非難する。

1. バイエルンでは、2010年7月23日の健康保護法（BayGVB I S. 314）により、
2010年8月1日から厳格な禁煙が適用されている。同法の2条6項と8項によ
れば、他にも以下のような場合に適用される

6. 文化施設および娯楽施設

芸術的、娯乐的、歴史的な意義または目的の保持、斡旋、展示、もしくは余暇
の活動に使える施設で、それが広くアクセス可能な限りでは、とりわけ映画館、
ミュージアム、劇場、そして団体の施設
（…）

8. 飲食店：

1998年11月20日に公布された法律（BGBl I S.3418）における飲食店と、2007年
9月7日の法律によって（BGBl I S.2246）最終的に変更された飲食店
（…）

喫煙の禁止は GSG 3 条に規格化されている。

(1) 1 2 条に規定される建物、施設、集会所、スポーツ施設、飲食店、空港
の屋内における喫煙は禁止される。

2 児童および青少年向けの施設(2条2項)においては、施設の敷地内においても喫煙が禁止される。

(2) 所有権や占有権と結びついた他の規定や権限に基づく喫煙の禁止は、影響を受けない。

GSG 5条は、とりわけ居住目的の私的空間における例外を規定する。6条1項が予定している、喫煙室を設ける可能性については、飲食店やクラブの施設には妥当しない。

2. 申立人は、ミュンヘンで「G…」を営む「A…」有限責任会社の経営者である。

その施設は2007年12月31日からの賃貸借契約—2007年12月20日版である最初の健康保護法(BayGVB I S.919)の発効前であるが—によって、社団法人G…(以下、本件社団 Verein)の独占的利用のために賃貸された。この三日前に設立され2008年2月に社団法人登録簿に登録され、申立人が設立に携わった構成員であった本件団体の目的は、バイエルンにおいてアラビアおよびアジアの美食文化を促進することである。規約によれば、当該目的は当該団体の建物—すなわちG…—に通うことと、そこにおける社交的な集いにより実現される。地方裁判所による判決の時点において、本件団体はおよそ37000人の構成員を有していた。この建物内では、飲料や小皿料理が売られ、また水パイプ(シーシャ)が吸われるが、本件団体の構成員のみが入ることができた。興味を持つ人々が建物に入りたい場合は、団体の構成員にならなければならない。[構成員となる]条件は、20歳以上であること、名前と住所で申請をすること、1ユーロの年会費である。各構成員は、身分証明書を与えられる。この身分証明書を提示できない者は、新たな構成員資格の申請書に記入しなければならず、何重もの構成員資格が与えられることになる。構成員の身分証明の管理は、週末にはドアマンによって、平日にはサービススタッフによりなされる。「G…」の従業員はみな本件団体の構成員である。

3. 2010年8月7日にバーの取り締まりにより、そこでシーシャやたばこが吸われていることが発覚した。口頭弁論の後、申立人には750ユーロの罰金が科された。

異議申し立ての後、地方裁判所は、喫煙禁止への違反を理由に750ユーロの過

料を宣告した。[以下は、地方裁判所の見解] 喫煙禁止は、団体により使用される建物にも適用される。構成員の会合の場合には、飲食店における法律により課された喫煙禁止が適用されない、真に閉ざされた集まりは、問題とにならない。閉ざされた集まりとは、全ての人がアクセスできるわけでも、特定の人々のサークルがアクセスできるということでもなく、あらかじめ明確に決められ、それゆえ自由に变化しない個人が出入りを許されるということにより特徴づけられる。とりわけ私的な家族のパーティーやクラブの内部での会議がこのような条件を満たす。

[建物への] 出入りが管理されていたことや、構成員としての地位が与えられていたにもかかわらず、構成員の数が多いことに基づけば、もはや固定化され、常に[互いの]名前を知っている、人々のサークルについて問題とすることはできない。むしろ、20歳以上の者は誰でも、団体の構成員となり、立ち入ることができる。構成員としての身分証明書を忘れた構成員が新しい申請書を用意し、入会費を払わなければならないという事実から、本当に団体の構成員の地位を有することではなく、単に証明書を所持しているかということが重要だということが明らかである。それゆえ、閉鎖的でない構成員の構成を有する団体における飲食店における喫煙禁止の回避を目的とした喫煙クラブがここで問題となっている。2010年7月23日の健康保護法による改正は、このことをまさに回避する趣旨であった。また、喫煙禁止が適用されない「閉ざされた集まり」のメルクマールを、狭く解釈することも、基本権に適合的である。[以上が、裁判所の見解]

高等裁判所 (Oberlandesgericht) は、検事正 (Generalstaatsanwaltschaft) の意見に関連して、地方裁判所の判決 (Urteil) (amtsgerichtliche) に対する異議申立 (Rechtsbeschwerde) を理由がないものとして却下した。続く口頭での非難についても同様に理由がないものとして却下された。部会 (Kammer) は、申立人の主張を承知したが、十分であるとはみなさなかった。

4. 申立人は憲法異議申立により基本法9条1項、2条1項、3条1項の侵害を主張する。控訴裁判所の簡潔な理由づけという点において、基本法103条1項の違反も主張する。

II

憲法異議申立は、受理することができない。連邦基本法93条a2項における受理事由が存在しない。根本的な憲法上の意義は、許容される憲法異議申立には認められない。というのは、この異議申立により投げかけられた問題は、憲法裁判所の裁判 (Rechtsprechung) において、明らかにされているためである。憲法上の重要性は、連邦基本法90条1項に挙げられた権利にも向けられていない。なぜなら、その重要性は、明らかに根拠を欠いており、それゆえに成功の見込みがなんら存在しないからである。

1. 基本法9条1項の侵害は、明らかとされていない。

a) 基本法9条1項に定める基本権は私法上の結社 (Vereinigung) を結成する自由を保障する (BVerfGE 10, 89<102>; 10,354<361f.>)。社団 (Verein) や組合 (Gesellschaften) を設立するこの権利により、基本法9条1項は、自由な社会的グループ形成を保障する (BVerfGE 38, 281<302f.>)。基本法の保護は構成員のみならず、結社にとっても、成立および存続の権利と同様 (BVerfGE13, 174<175>)、統一の組織、意思形成の手続き、業務の遂行における自己決定を含むものである (BVerfGE 50, 290<354>)。

基本法9条1項は、とりわけ結社の存続およびその活動の核心領域に対する干渉から保護する (BVerfGE 30,227<241>; 80,244<252f.>)。しかし、当該基本権は個人により追求される利益と比べて、共同で追求される目的に対してさらなる保護をあっせんすることはない。法的取引において結社が個人のように活動できるとしても、基本権上、その活動は9条1項により保護されるのではない。というのも、結社とその活動は、その限りでは、基本権保護を、それ自体としては必要としないからである。むしろ、基本権保護は、実質的な (個人的) 基本権に向けられている (BVerfGE 70, 1<25>)。

b) このような理解にしたがえば、9条1項の保護領域は、喫煙禁止により抵触されていない。当該喫煙禁止は、結社そしてそれゆえ構成員としての申立人の、9条1項により保護された活動には関係するものではない。健康保護法の規制は、申立人により異議を申し立てられている裁判と同じく、結社の設立、存在、存続を禁止するわけでも、それへの加入や構成員の勧誘に反対するわけでもない。それゆえ、空間が共同の結社の目的一すなわち共同の喫煙一の行使に向け

て用いられることが予定されているが、開かれた構成員の組織に基づき、事実上、公衆に開かれた形でアクセスできる場合には、少なくとも結社における喫煙は結社や構成員の活動の自由に対する制約ではない。結社の設立により、個人の活動に対する基本権保護を、拡張することはできない（BVerfGE 54, 237<251>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 12. Oktober 1995 – 1 BvR 1938/93-, juris, Rn.9; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. Dezember 1999 – 1 BvR 2161/93-, juris, Rn.7; VerfGH, Entscheidung vom 31. Januar 2012 – Vf. 26-VII-10 -, juris, Rn.61 ff.; Entscheidung vom 11. September 2013 – Vf. 100- VI -12 -, juris, Rn.24 ff.）。結社の目的の法的な許容性は、ふさわしい個人のふるまいと比べられなければならない。すなわち、9条1項は、個人の目的追求に比して集団的目的追求を特権化するものではない。それに対し、喫煙禁止が喫煙という目的のための結社にとってはその存在をも脅かすことになり得るということは説得力がない。というのも、9条1項は、団体としての組織との関連性が欠如した、共同で喫煙を楽しむことを保護していないからである。

2. 申立人が、健康保護法の規定を、基本法2条1項の観点から攻撃する限りにおいても、同じく憲法異議申立は成功の見込みが存在しない（BVerfGE 121, 317<358f.>）。
3. 基本法3条1項に定める一般的な平等取扱い原則の侵害は、[原告の]主張は限られているが、理由がない。たしかに、「閉ざされた集まり」は、大きく、公衆がアクセス可能な結社とは異なる取り扱いをされる。しかし、そこから生ずる不利益取り扱いの正当化において、たったわずかなものしか要求され得ない（BVerfGE 130, 131<142>）。というのも、結社は、不平等取り扱いを、その結社独自の行動、たとえば他の構成員の組織、決められた、交代制の構成員集団を個人的に招待することなどによってコントロールすることができるからである。立法者は、健康保護という高次の利益を他の利害関係に優先させることができるため、いずれにせよ、本件区別は恣意的ではない（BVerfGE 121, 317<357ff.>）。
4. 基本法103条1項の侵害も明らかに存在しない。基本法によっても、裁判所は、関係者の主張のあらゆる観点について、書面による根拠づけを詳細に検討する

ことを強いることはない (BVerfGE 54, 86<91f.>; 最近の裁判については、BVerfGE 104, 1<7f.>)。

この決定は、疑問の余地がない。

Ⅲ 解 題

1 本件の前提

(1) 喫煙禁止の法制化

非喫煙者を受動喫煙の危険から保護する必要性については、医学界のみならず政治においても長い間議論されてきた。法律で厳格な措置を規定する傾向は、まず初めにアメリカにおいて起こったとされる。アメリカではじめに非喫煙者の保護を定めたのは、1972年のアリゾナ州においてであったとされる^{3) 4)}。その後、ニューヨーク州やカリフォルニア州などが続いた⁵⁾。これは、ヨーロッパ諸国においては、いまだ政治的議論が激しい時期のことである。ヨーロッパでは、2004年にアイルランドが飲食店における喫煙を最初に導入し⁶⁾、ノルウェーも同年に続いた⁷⁾。イタリアは2005年に同様の法律を制定し⁸⁾、ほとんどのヨーロッパの国が公共の場における喫煙禁止を定めることとなる。

こうした諸外国の流れにつづくように、ドイツでは、喫煙の健康に対する悪影響が認識されはじめ、その危険性から非喫煙者を保護するために、2007年9月1日に、連邦法である、非喫煙者保護法 (Bundesnichtraucherschutzgesetz – BNichtrSchG)⁹⁾ が施行された。この法律にもとづき、連邦の公的施設における喫煙が禁止される¹⁰⁾。これに加え、ドイツの州のなかにも、非喫煙者保護法 (Nichtraucherschutzgesetz) という形で喫煙禁止を定めるものが現れ始める。前項で述べたように、連邦の施設については喫煙禁止が定められていたが、公の安全と秩序に関する法については、基本法70条1項¹¹⁾ に基づき州が排他的立法権限を有しているとされている。そのため、各州は非喫煙者の保護を目的とした同様の、そしてしばしば連邦の法律より厳格な喫煙禁止を課す法律を独自に制定し始めた。喫煙に対する規制の程度は様々であるが、州によっては、州の施設のみならず、本件のように、教育施設や文化施設などにも一定の規制を敷くものも存在した。とりわけ、議論を呼んだものが、飲食店に対する喫煙規制であったとされている¹²⁾。この規制の合憲性が争われたのが、2008年の連邦憲法裁判所判決である。

(2) 飲食店における喫煙禁止への異議申立——2008年連邦憲法裁判所判決

飲食店における喫煙禁止に対して、分煙設備を整えるなど必要な措置を講じなければ営業を続けられないことや、喫煙者である顧客を失うことによる経済的損失に対する抵抗から、飲食店の経営者が憲法異議を提起することとなる。その憲法異議に対する判断を下したのが、2008年7月30日の連邦憲法裁判所第一法廷の判決¹³⁾である。この判決は、2007年8月1日に施行されたバーデン・ヴュルテンベルク州の非喫煙者保護法¹⁴⁾と、2008年1月1日に施行されたベルリンの非喫煙者保護法¹⁵⁾に対する憲法異議について、なされたものである。

同判決について詳述することは控えたいが、簡潔に説明すると、バーデン・ヴュルテンベルク州においては、飲食店における喫煙を禁止し、例外的に喫煙室を設置した場合には、喫煙が認められていたが、ディスコでは例外なしに全面禁煙が定められていた。ベルリンにおいては、ディスコを含め、飲食店における禁煙を定めており、例外として喫煙室の設置を認めていた。しかし、18歳未満の入店可能なディスコでは全面禁煙とされていた。

第一異議申立人は、バーデン・ヴュルテンベルクで、第二異議申立人はベルリンで居酒屋を経営していたが、構造上禁煙の空間と禁煙の空間を区切ることが不可能で、大幅に売り上げが減少していた。第三異議申立人は、バーデン・ヴュルテンベルクでディスコを経営していたが、喫煙室を設けることができるにもかかわらず、全面禁煙が定められているために、売上が大幅に減少していた。第一・第二異議申立人は、基本法12条1項¹⁶⁾と、基本法3条1項¹⁷⁾の違反について、第三異議申立人は、3条1項と結びついた12条1項の違反を主張した。

これらの異議申立について、連邦憲法裁判所は、いずれの法律上の規制をも違憲と判断した。ここでの判断を導いた最大の要因とされるものは、「首尾一貫性の基準」と呼ばれる基準である。本件では、全面禁煙という厳格な喫煙規制をすることもできたにもかかわらず例外規定を設けたのは、立法者が飲食店等の経営者や喫煙者の利益でもって、非喫煙者の健康を保護するという目的を相対化する構想を選択したのだ、という前提に立つ。そのうえで、このような構想を選択するならば、これを首尾一貫させなければならない、とする。すなわち、本件では、飲食店の利益をも考慮することを選択したにもかかわらず、飲食店のなかでも、全面禁煙とせざるを得ない小さな居酒屋が相当な負担を負い、経済的な不利益を被るよう要求する可能性を持つために、このような居酒屋の店主が被る負担は、立法者が達成しようとした利益との関係では、もはや期待可能な程度ではない。

そして、ディスコにおける全面禁煙についても、ディスコでは煙草の有害物質が充満しやすく、また喫煙が青少年にとって誘惑の対象となりやすいことが、分煙の可能な飲食店との区別の理由となっているが、喫煙室の設置で前者は対応可能なこと、また、年齢確認をすることにより、後者の危険性も防ぐことができるとして、不適切な理由づけであるとされた。

もっとも、この判決が用いた以上の理由づけから、それが喫煙者に対して与える波及効果も小さくなかった。というのも、この判決は、首尾一貫性を保つために、全面禁煙をする可能性をも開いているからである。これに呼応するかのように、連邦憲法裁判所は、本稿で検討しようとしている判決でも問題となった、バイエルン州の極めて厳格な喫煙規制に対してなされた憲法異議¹⁸⁾について2008年8月6日に判断を下した。それによれば、飲食店に対して禁煙の例外規定を設ける必要性は必ずしもない、とのことであった。

本件で問題となった州と異なり、本稿で検討しようとしている2014年決定にもあるように、バイエルン州の健康保護法¹⁹⁾ (Gesetz zum Schutz der Gesundheit; Gesundheitsschutzgesetz – BayGSG) は、概括的な喫煙禁止を定め、厳格な禁煙を定めている。そして、2008年の連邦憲法最高裁の判断を受けて、飲食店の経営者たちが、全面禁煙の違憲性について判断されるという可能性に望みをかけることは極めて困難となってしまう。

(3) 喫煙クラブ (Raucherclub) 結成という社会的現象

前項では、飲食店における喫煙禁止に対して例外規定を設けることが憲法上要請されないことが判示されたことを確認した。そこで、ドイツ、とりわけ飲食店に対する喫煙禁止の免除規定を設けない州において、このような禁止をかいくぐるために、各地で喫煙クラブ (Raucherclub) が結成されるという現象が生じたことが知られている。この喫煙クラブは、いわゆる飲食店であるが、これを、様々な人が広く集う集まりと異なる、「閉ざされた集まり」であると宣言することにより、喫煙禁止を回避することを試みて設立される。このような飲食店の経営者は、一般的に、団体に対してのみ排他的な使用を認めていた。喫煙クラブの構成員はこのような飲食店への立ち入りを許された。バイエルン州においては、とりわけ構成員リストの管理が慎重に行われ、構成員の喫煙クラブへの立ち入りの管理が厳重になされていたが、ノルトライン・ヴェストファーレン州においては、「喫煙クラブ」という名称を記載した看板さえあれば、喫煙禁止を免れることが

できるという²⁰⁾。

このような非喫煙者保護法の対象は、飲食店法（GaststG）において定義される「飲食店」である。そして、その対象には、例外規定を設ける州も存在した。たとえば、バイエルン州においては、2008年1月1日施行のバイエルン州健康保護法²¹⁾において、飲食店が「公衆が出入り可能な öffentlich zugänglich」ものに限り、喫煙禁止が適用されるとする点で、飲食店のなかにも例外的に喫煙禁止を免除することを意図した規定が存在していたが、当該規定はその後の修正で2009年7月15日制定の BayGSG により削除された²²⁾。

このような経緯で、とりわけバイエルン州とノルトライン・ヴェストファーレン州において、喫煙クラブを結成することが、極めて大きな社会現象となった。

さて、本件では、バイエルン州における結社のクラブの一つが、その実態としては、「公衆が出入り可能」なものであるとして、喫煙禁止の違反について過料が課されたが、それに対して結社の自由を主張している（結局、その主張は失敗に終わっているが）。

それでは、結社の自由とはいかなる権利なのか。次項では、結社の自由の概要を記述しよう。

2 結社の自由理解について——引用された判例をもとに

以下では、本件で決定が引用している先例を引用しつつ、結社の自由理解について描写したい。

そもそも、結社の自由とはいかなるものなのだろうか。結社の自由を保障する意義とは何なのであろうか。この点について、共同決定判決²³⁾ 24) が参照に値する。同判決は、9条1項の意義や趣旨について厚く論証をしていることで知られている。

本件は、1976年の共同決定法が、企業における従業員の同権的な共同決定を越えて、従業員の優位を定めているとして、その違憲性を主張した。憲法異議の申立人は、所有権等の侵害について主張したほかに、会社の自由な意思形成を制限する点において、結社の自由についての侵害についても主張されることとなる（以下では、本稿との関係で、結社の自由についての判示のみを取り上げる）。

判示によれば、9条1項は、憲法上の原則をもとに、憲法の予定する人間像について以下のように述べる。

「a) 社团および組合を結成する権利により、9条1項は、基本法のもつ民主的、法治国家秩序を構成する憲法上の原則を保障する。すなわち、自由で社会的な集団形成の原則である (BVerfGE 38, 281)。基本法により規定される政治共同体の社会的システムは、とりわけ旧い政治秩序の特徴であったような、身分共同体的な (ständisch-korporativen) 秩序の形をとるわけでもなく、現代の全体主義国家を特徴づけるような、支配的集団により決定された価値秩序の指針にしたがった、国家による、計画的な体系化・形式化と組織化に具体化されるわけでもない。

この原則において、結社の自由と、それが社会および国家の結成に有する意義が有する人権上の価値内容は、互いに密接に関連する。人権上の重要性は、基本法1条に由来する人間像に鑑みれば、明らかとなる。その人間像とは、孤立した、独断的な人間像ではなく、社会に関係し、社会に結びついた人間像である (BVerfGE 4, 7など)。そして、この人間は、不可譲の固有の価値として、人格の発展にむけて、多様な人間相互の結びつきに依存している。このような結びつきは、根本的な部分において、結社を通して成り立つ。また、基本法9条1項は、それゆえに、人格的基質 (Grundzug) によって特徴づけられる。」²⁵⁾

要するに、憲法は孤立した人間像ではなく、社会に結び付いた存在としての人間像を予定しており、結社の自由が人格の発展に寄与する基本権として重要性を持つのである。

このような重要性から、当該基本権の具体的内容について、以下のように述べる。

「基本法は、ドイツ国民に対し、憲法上許容される目的に向けて他者と連携する自由を保障する。(結社の) 設立の自由および加入の自由、ならびに、結社からの脱退の自由および参加しない自由は、このような自由の前提条件であり、9条1項により包含される (BVerfGE 10, 89)。」²⁶⁾

ここで述べられているとおり、9条1項は、第一に、個人的結社の自由として、結社の構成員の活動を保障するものであると理解される。それには、結社を結成する権利、設立の時期、目的そして法形式の決定、ならびに既存の結社への加入

が含まれる。また、結社の意思形成へ参与することが保護される²⁷⁾。加えて、結社に自らの意思で残留する自由が認められる、とされる。上記の積極的自由の他に、消極的結社の自由として、結社に加入しない自由や、脱退の自由が認められる²⁸⁾。もっとも、これは私法上の団体のみに妥当するものであり、公法上の強制加入団体については、9条1項の問題ではないとされる²⁹⁾。この点については、本件においても、また、2014年判決においても引用されている先例が参照に値する。その先例とは、エルフト事件判決³⁰⁾と呼ばれるものであり、ドイツにおける結社の自由概念についてのリーディングケースとして知られるものである³¹⁾。

同判決は、ノルトライン・ヴェストファーレン州が制定した「エルフト法」により、「大エルフト組合」という公法上の団体を設立することにより、水利を規制することとなった。この団体の構成員には、水の需要の多い工業施設や、発電所の所有者、さらには市や郡等も含まれ、この団体は、国家の監督の下に置かれ、構成員の強制的な分担金により運営されることとなった。同判決の異議申立人は、この組合の構成員とされている会社で、炭鉱の所有者であり、9条その他の基本権の違反を主張することにより、同法の違憲性を争った。

強制加入団体の基本法9条の適合性について説示した箇所において、9条1項は、私法上の団体の設立およびそれへの加入ないし不加入を保障するにすぎず、公法上の団体については、一般的行為自由を定めた2条1項の問題であると説明するために用いられている。具体的には、同判決は、

「公法上の団体における強制加入制について憲法上の制約について、問題とされている。この問いには、基本法9条1項により応答することはできない。なぜなら、当該規定は、単に、私法上の団体を設立し、それらに加入し、残留する自由を保障するにとどまるからである」³²⁾、と述べることで、9条1項の主張を斥けている。

この判例により、9条1項は、私法上の団体のみを保障の対象としているということが確立された。

以上、概ね個人的結社の自由についての理解を述べたが、判例によれば、同項は、さらに、集团的結社の自由を保障する³³⁾。この点について、同じく、共同決定判決は、以下のように述べる。

「同様に、個人的結社の自由と集团的結社の自由の、緊密な結びつきゆえに、結社体は9条1項により保護される(BVerfGE13, 174, 30, 227)。基本権保護は、

構成員とおなじく、結社も、統一の組織、意思形成の方法、および事務の遂行についての自己決定を包含する。なぜなら、そのような自己決定がなければ、自由な結社制度は不可能になってしまうからである。他者決定は、基本法9条1項の保護目的と対立するはずである。」³⁴⁾

ここで述べられている通り、結社体は、その存在や機能を保全するための活動の核心領域(Kernbereich)に対する保護領域に対する制約から保護され、そのための「自らの組織、意思形成の手続、その事務の遂行についての自己決定」³⁵⁾が含まれる。そのなかには、判例にしたがえば、構成員の受け入れや除名³⁶⁾、団体の名前を称すること(Namensführung)³⁷⁾、構成員の募集などが含まれる、とされる。

この点について、2014年部会決定も引用しているのは、このなかでも、団体の名称(Namensführung)の問題についての判例である。そこでは、名称が制約された結社の、存続およびその活動の核心領域に対する制約がまさに問題となった。

「本件申立人たちは9条1項における結社にあたる。この基本権は、個人に結社ないし組合を結成する権利を保障するのみならず、結社体を守ることとも確認している。(BVerfGE13, 174)。そのうえで、この保護がどれほど及ぶのか、すなわち、その保護が、とりわけ、団体の存続および機能性を越えて、団体にふさわしい共同の活動をも含むか、ということについて最終的に決定する必要はない。少なくとも、9条1項は、団体の存続とその活動の核心領域に対する制約から守るのである。さもないければ、効果的に基本権保護が成り立たないからである。

そして、同項により保護される核心領域には、一定の範囲においては、名称も含まれる。名称は、一般的に、そしてとりわけ申立人にとって、重要な機能を果たす。社団法人の場合、名称は、必要不可欠な存続の一部をなし、社団登録への記載の必要条件である。名称は、構成員がそのもとに集まり、結社として公に行動し、他の結社と区別をするための標識・称号である。とりわけ古いオリジナルの名称がここで問題になっているとすれば、名称に愛着を有する人の特別の利益(Affektionsinteresse)が存在する。その名称が保護されず、国家による制約下で保護を受けられない状態にあるとすれば、結社への憲法上の保護は、まったく価値がなくなるだろう。当該結社は、たし

かに私法上、他者による名称に対する干渉から保護されたはずであるが、しかし、国家による侵害に対しては無力であったはずである。

名称の保護に加え、9条1項は、結社は、それが自由に選択する任務を実現することを保障する。……」³⁸⁾

同判決において特徴的なことは、9条1項は、個人が結社する自由を保障することに加え、「結社体」についてもその保障を与えることを、先例を引用したうえで確認する点である。そのうえで、同判決は、結社は「その存続および活動」の核心領域（Kernbereich）に対する侵害から保護することを明示した。具体的には、「自らの組織、意思形成の手続、その事務の遂行についての自己決定」³⁹⁾に対する侵害である。すなわち、結社する自由のみならず、結社を設立したその後の団体としての機能性等についても保護が及ぶと判示したことに、この判決の意義があるといえるだろう。

この「核心領域」に、称号は含まれるとされる。その理由づけとして、名称は、社団法人が登録をする際の必要条件であること、また、より実質的な理由づけとしては、結社の名称は、構成員はこの名称の下で集い、結社自身もこの名称の下で活動し、そして他の結社と区別をする働きをすることが、挙げられる。

本稿の出発点としている、2014年の部会決定においても、申立人は、共同で喫煙をするという喫煙クラブの目的のもと、結社の自由を主張したが、部会はこのような主張を斥けている。

とはいえ、2014年決定においても引用されていたように、他の連邦憲法裁判所の判決⁴⁰⁾での説示を引用し、結社の自由は、その設立後は基本的に個別の基本権によって保障されるべきであるとする判例もあるため、本件では、団体の称号の制約という、個人権に還元しがたい問題の局面であったことが、結社の自由の主張を認めることになったのではないだろうか。

ところで、結社の自由の保障を受ける「結社」とは、一般的に、多数人の結合であること、組織的確定性を有していること、自由意思に基づくものであること、共通の目的に向けられたものであること、などが要素として挙げられることが多い⁴¹⁾。これらの諸要素のうち、とりわけ「目的」については、それを狭く限定する説から、広く捉える説まで存在するが、通説的には、広く捉えるものが適切であるとされる⁴²⁾ ⁴³⁾。このような理解から、2014年部会決定のような、共同で喫煙を楽しむという喫煙クラブの目的ゆえに、保護を受けないとするのは適切ではな

かろう。とはいえ、共同決定判決は、先述のとおり、人格的な結びつきにその保障の意義を見出しており、それゆえに、その帰結として、結社の自由の保障対象には、資本金会社を含むことに対して消極的な態度を示した。

共同決定判決は、「結社の自由とは、自由な結びつきと、その活動を、一般法秩序にはめこみ、法取引の安定性を保障し、構成員の権利を守り、そして第三者の、保護を必要とする利益または公益を考慮に入れる規制にかなりの程度で、依存して」おり、そのような「結社が、秩序づけられた結社の活動と、保護を必要とするその他の利益という必然性を考慮すると、自由な連合と自己決定を可能にし、維持するのに適した、均衡に配慮した」内容形成により、結社の機能性、機関 (Organization) を保護することを志向する義務について述べたのち、このように述べる。

「基本法 9 条 1 項の保護利益および内容が、保証の適用を大きな資本金会社にも認めるか、ということは疑わしい。

結社の自由の歴史と現代における重要性によれば、第一に、この基本権が保護することを意図している、結社の類型とは異なり、このような資本金会社の場合には、人的要素が、無意味なほどに後退する。」⁴⁴⁾

このように、資本金会社は 9 条 1 項に保障する一般の結社とは異なるのではないか、という見解が、連邦憲法裁判所の立場である。この説示は、連邦憲法裁判所によれば、9 条 1 項に定める結社の自由が、人間が孤立した存在ではなく、社会に強く結びついた存在であり、同項が人格的基質により特徴づけられることの帰結と捉えることができるだろう。

3 「閉ざされた集まり (geschlossene Gesellschaft)」のメルクマール

以上、ドイツ基本法における結社の自由の全体像を素描することを試みた。2014年部会決定では、個人権としての結社の自由と、他方で、結社体の自由の両者が保護されることを認めつつも、共同で喫煙を楽しむという喫煙クラブの目的には、その保護が与えられないとしている。

同時に、喫煙クラブと異なり、同決定を含む判例は、「閉ざされた集まり」においては、喫煙禁止が適用されないとする立場を採用している。このメルクマールは、喫煙禁止とそれに対抗する人々の集まりが問題となった事案において、

キーワードとなり、これについての考察を避けて通ることはできない。これについては、バイエルン州における法律や、それに関する判例の蓄積が参考となる。

「geschlossene Gesellschaft」とは、字義通りに訳せば、「閉ざされた集まり」である。このメルクマールは、バイエルン州憲法裁判所で喫煙禁止の適用対象について争われた一連の判決で用いられたものであり、そのなかには、喫煙クラブについて争われたものも存在する。

この概念は、新たな構成員の獲得を目的とした、“offenen”な喫煙クラブと対置され、極めて限られた人々で、任意に構成員が変動することのない人々により構成される集まりを表すものである。喫煙禁止の適用の場面においては、通常の集まりとは区別して取り扱うために用いられる。そして、健康保護法（GSG）自体も、このような異なる取り扱いを予定していると言える⁴⁵⁾。のちほど詳しく説明するが、このような集まりは、個人的な招待を前提としたものであり、「家族のパーティー（Familienfeier）」「職場のパーティー（Betriebsfeier）」などがこれに当てはまるとしている⁴⁶⁾。

連邦憲法裁判所においても、バイエルン州憲法裁判所と同様の考えで、あるクラブが「geschlossene Gesellschaft」に該当する場合については、喫煙禁止が適用されないとしている。また、本件において公衆がアクセスできる場合には、少なくとも結社の自由の制約とはいえないと判示していることに鑑みれば、このような閉鎖的な人の集まりに喫煙禁止が適用された場合には、結社の自由を主張する余地があるということであろう。

このように、一貫して州および連邦の裁判所が用いる「閉ざされた集まり」というメルクマールは、閉鎖的な人々の結びつきに対しては、通常の結社等と異なる取り扱いをすることを前提としていると言えるだろう。そこで、以下では、このメルクマールがどのようにして法律および判例において展開してきたかについて記述していく。

（１） 喫煙クラブは「閉ざされた集まり（geschlossene Gesellschaft）」なのか？

飲食店法における「飲食店」を経営するものは、法律上の様々な義務を負うが、どの程度までの喫煙クラブが「閉ざされた集まり」として飲食店概念を逃れ、それにより非喫煙者保護法を回避することができるのか、が問題となる。これについて、飲食店法（GaststG）は、飲食店について、“wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist”と規定しているが、この定義に

従えば、「閉ざされた集まり」のみに飲食を提供するものは、飲食店法のもとの許可を必要としない。たとえば、ホームパーティーや結婚式のお祝いなどがこれにあたるという。それに対し、公衆が出入り可能な場合とは、団体が用いる飲食店 (Vereinslokale) など含まれる。というのも、これは新たな構成員の受け入れをはじめから排除しているわけではないためである。このように考えれば、人々の出入りを制限するためにドアマンを入口に立たせるということでは、「飲食店」に課せられる義務を免れるのに十分ではない、という説明をすることができる⁴⁷⁾。

この点について、「閉ざされた集まり」の定義を述べた、バイエルン州憲法裁判所は、2008年の判決⁴⁸⁾において、バイエルン州憲法裁判所は、飲食店法の定義の文言における「あらゆる人 (jedermann)」および「特定の人々のサークル (besimmter Personenkreis)」というのは、「閉ざされた集まり」とは正反対のものである、と述べる。そのうえで、「閉ざされた集まりは、人格に結び付いた招待という、個人的な人格メルクマール (Persönlichkeitsmerkmale) により特徴づけられる。」⁴⁹⁾と述べ、これに含まれるものとして、パーティー (Party) や結婚パーティー (Hochzeitsfeiern) を例示的に挙げている。ここで問題となったのは、“Club der Dart- und Fussballfreunde”のクラブが使用する飲食店であったが、この基準に照らし、この飲食店については、閉ざされた集まりであるとは認められなかった。

「閉ざされた集まり」の定義を一定程度明らかにした同判決においては、喫煙クラブを問題としていなかったが、さらに進んで、喫煙クラブが「閉ざされた集まり」であると主張された判例としては、以下のものがある。

本稿で問題としていた2014年の部会決定に先立つ、2012年1月31日のバイエルン州の判決⁵⁰⁾において、喫煙クラブの用に供される飲食店にも適用される厳格な喫煙禁止は、バイエルン州憲法が定める結社の自由および一般行為自由に違反するかということが争われたが、バイエルン州憲法裁判所は、このような規定を合憲とし、いわゆる喫煙クラブにも喫煙禁止が適用されると判示した。

2012年の判決は、法律で定められた、飲食店や団体の空間 (Vereinsräumlichkeiten) における喫煙禁止が、「閉ざされた集まり」の枠内であり、入場が認められない限りは、本稿で検討しているような喫煙クラブにも適用されることを明確にした。

同判決において、厳格な喫煙禁止が適用されるバイエルン州において、民衆訴訟 (Popularklage) により、申請者は、GSG 2条6項および8項と結び付いた3

条1項1文の違憲性を主張する。申請者は、供述によれば、喫煙者であり、複数の喫煙クラブの構成員であるが、バイエルン州憲法101条（一般的行為自由）⁵¹⁾ および114条1項（結社の自由）⁵²⁾ の侵害を主張する。

民衆訴訟は、受理可能であるが、理由がない、とされた。

バイエルン州憲法裁判所は、喫煙禁止が結社の自由を侵害しているかについての判断において、

「b) 特定の空間に関する禁止規定により、団体に適したかたちで組織された喫煙者の、結社の自由（バイエルン州憲法114条1項）を侵害しない。本件の法律上の喫煙禁止は、当該基本権の保護領域を制約してもいない。

結社の自由は、個人の自由権として、団体を設立し、加入し、団体において活動する権利を保障する。加えて、集団的自由として、団体の成立および存続も保護する。当該喫煙禁止は、喫煙クラブにより使用される空間に適用される限り、このような法律上の地位を、侵害していない。GSG…の規制は、喫煙クラブの設立および存続を禁止するわけでも、そのような結社への加入を法的ないし事実上、妨げるわけでもない。また、団体に適した活動、すなわち集団での喫煙行為は、ここで非難されている規定により禁止され、もしくは間接的に阻止されるわけではない。むしろ、喫煙クラブの構成員は、いつでも、団体の集会において真に閉ざされた集まりの枠内で、このような務めに従事することができるのである。…」⁵³⁾

つづく2013年9月11日の判決⁵⁴⁾において、上述の2012年のバイエルン州判決に依拠し、喫煙クラブと、非喫煙者の保護が及ばない「閉ざされた集まり」（geschlossene Gesellschaft）をめぐる問題についての判断を踏襲した。そして、バイエルン州憲法の定める結社の自由（114条1項）により、喫煙禁止に対抗することはできないとした。

本件で問題となった喫煙クラブは、2012年のバイエルンの判決を受けてか、「18歳以上立ち入り可（Eintritt ab 18 Jahre）」や「閉ざされた集まり（Geschlossene Gesellschaft）」という文句が入口に掲げてあったが、過料の対象となっている。

本件においても、結社の自由を定めたバイエルン州憲法114条1項の侵害を申立人は主張するが、州憲法裁判所は、そのような侵害は存在しないとする。

本件では、2012年の判決に大幅に引用し、参考としている。判示によれば、

2012年1月31日の決定においても、喫煙クラブと「閉ざされた集まり」の問題について述べている。ここでは、先に引用した箇所の理論的前提ともなる部分を大幅に引用している。

「1. …

b) …

aa) 喫煙禁止の適用範囲に、喫煙団体や喫煙クラブにより使用される飲食店を含めることは、立法者により設定された、包括的な健康保護という目的を達成するのに適している。…

bb) 非喫煙者の受け入れ禁止や立ち入り禁止は、限られた知人たちのサークルに限定されておらず、[新たな] 構成員の獲得に向けられており、そして幅広い大衆に開かれている喫煙クラブの場合には、効果的とは認められない。…

喫煙団体や喫煙クラブは、真摯な努力によってでさえ、誤った説明により、非喫煙者もが、すくなくとも一時的に、構成員の資格を取得し、それにより団体の飲食店に立ち入ることを回避することはできない。

…担当の監視当局は、団体の責任者が、団体の定款に即したかたちで、[立ち入り等が] 喫煙者に制限されていることが事実上の効力を有しているか、という可能性についてはなんら確認していない。…このようにコントロール可能性を欠いていること、そしてそこから生じる、[喫煙禁止の] 迂回をする危険性に、当該法律 [GSG] が、喫煙クラブのための例外を予定していなかったということの、断固たる根拠が、生じる。

d) また、GSG 2 条 8 項に包含される、構成員に向けられている「開かれた」喫煙団体および喫煙クラブと、いわゆる真に「閉ざされた集まり」(echte Geschlossene Gesellschaften) の間の別異取扱いは、事の性質上、正当化される。後者 [echte Geschlossene Gesellschaften] の場合には、原則として、決められた人々のサークルが、祭典やそのような機会に会う、特定の約束への個人的な招待が出される。そのような内々の催しは、必ずしも「私的領域 (Privatsphäre)」(たとえば、家族のお祝い) に分類される場合だけでなく、部分的には「社会的領域 (Sozialsphäre)」⁵⁵⁾ に分類される場合にも、それらの自由な形成可能性という観点からは、公衆が立ち入り可能な飲食店の空間において喫煙をすることができるという共通の願望以上のものではな

い目的により結び付けられた（変動する）構成員が所属する団体の活動に比して、明らかに保護に値すると思われる。」⁵⁶⁾

そして、2012年においても強調されたように、本件は結社の結成や結社への加入を禁じているわけではなく、むしろ「閉ざされた集まり」の枠内においては、そのような共同の喫煙は許されているという説示を繰り返す。また、喫煙クラブと「閉ざされた集まり」の区別についても正当であることは、2012年判決においてバイエルン州憲法裁判所が明らかにしていると述べる。

このように考えれば、少なくとも結社の自由に関しては、その理論において、2012年判決と2013年判決はさほど変わるところがないと言えるだろう。

一連の訴訟の流れとその影響を振り返ると、これらの訴訟により、事実上、このような「喫煙クラブ」の喫煙禁止を回避しようとする試みが失敗し、その結果として、そのような団体が目的とする、「クラブにおいて共同で喫煙を楽しむ」という活動自体は禁止されたこととなる。また、本件のようなクラブは、飲食に供される空間において喫煙をさせていたことが問題となっているが、この判決により、飲食店法において営業許可が必要となる飲食店については、喫煙が禁止されることとなり、飲食店法と健康保護法の適用範囲の一致がみられることとなる⁵⁷⁾。

4 本事案における検討

これまで、喫煙禁止の法制化や喫煙クラブの創設に至る社会的背景や、それに伴う訴訟について描写してきた。

これまでの訴訟の流れに照らせば、本件の喫煙クラブが、バイエルン州憲法裁判所における訴訟同様、「閉ざされた集まり」として喫煙禁止の適用を受けないクラブであると主張することは、極めて困難であっただろう。本件クラブは、実質においては、単なる飲食店と等しく、新たな顧客の獲得を目指していたと評価できるためである。

さらにいえば、申立人は、なんら喫煙クラブを設立したり、加入したりする自由を制約されているのではなく、団体の用いる空間において喫煙をさせていたことが問題となっているにすぎない。

とはいえ、申立人の主張の難点と同程度に、この部会（Kammer）の判断についても、疑問や批判が少なくないように思える。2014年決定について取り上げた

評釈は数多くないが、ここでは、Michael Sachs が提起した批判を紹介したい。

2014年決定では、建物を賃貸している団体は、過料 (Bussgeld) の対象でもなく、この処分を承認した諸判決においても、対象となっていない。その対象は、この有限会社（ここでは、喫煙クラブが排他的に使用する飲食店）の経営者である。事実認定において明らかとなっているのは、憲法異議申立人は、この飲食店の経営者であるが、団体（喫煙クラブ）の設立メンバーであるということにすぎない。

今回の決定では、申立人が、処分の時点において、団体の構成員であったことを前提としているが、結社の自由の制約にあたるのか、という問いは、理論上、必要な判断であったのかについて疑義を生じさせるものである、という。

Sachs の指摘によれば、申立人自身が、喫煙クラブの構成員であるか否かにかかわらず、有限会社の経営者である申立人は、顧客に対し、飲食に供され、公衆が集うそのような場所において喫煙をさせている場合には、過料の対象となる。そうであるとすれば、申立人の結社の自由という基本権の制約の主張は、的外れなものであるといえよう^{58) 59)}。

では、なぜ部会 (Kammer) が結社の自由について一応の検討をしたのかというと、Sachs は、部会の関心は、将来、同様の事例（喫煙クラブに関する事例）において、9条1項により、喫煙禁止の回避をすることはできないことを明らかにすることにあったと分析する⁶⁰⁾。

また、基本法2条1項との適合性についての判断については、喫煙クラブの目的のために、同団体が使用するために賃貸することと全く関わりのない先例を引用することに甘んじている、という。

さらに、基本法3条1項との関わりでは、厳格な喫煙禁止を法律で定める際に、立法者は、受動喫煙による危険を防止することを目的としており、その正当性を認めつつも、「閉ざされた集まり」とそれ以外の人々の集まりの間の別異取扱いを認めたことは、恣意的であるとして批判している⁶¹⁾。

確かに、「閉ざされた集まり」と、その他の団体（例えば、喫煙者たちのみが集まるクラブなど）に対して異なる取り扱いをすることを予定していることについて、申立人の側も問題にしており、もし喫煙者の喫煙行為により、非喫煙者の受動喫煙の危険を防止することを徹底しようとすれば、「閉ざされた集まり」においても同様に、喫煙禁止をしなければならなくなる、と考える余地もあるだろう。事実、Sachs も、本件のように、多くの構成員が存在し、誰でも構成員になることができるクラブにおいては、喫煙禁止を適用することが許容されることが明ら

かになっているが、憲法上、「閉ざされた集まり」にもさらなる喫煙禁止を適用してもよいのか、ということについては明らかにされていない、と指摘する。「閉ざされた集まり」、たとえば、家庭内においても非喫煙者の保護をすることが認められるのか、については、一連の喫煙クラブの判決が用いてきた法理とは異なる検討が必要となるだろう。

IV まとめ

本稿では、連邦憲法裁判所の2014年部会決定をもとに、ドイツの州、とりわけバイエルン州等における厳格な喫煙禁止の法制化や、それに対抗すべく結成された喫煙クラブを中心に、ドイツの社会的背景を説明した。そして、部会決定でとりわけ主張された結社の自由について、同決定が引用している先例を用いることにより、結社の自由とはいかなる権利なのか、についての描写を試みた。

結社の自由を主張することは、なにも部会決定に限られた話ではなく、喫煙クラブにも適用される喫煙禁止についてまさに争われたバイエルン州における諸判決においても、同様の主張がなされている。そして、その際に裁判所が用いたメルクマールとは、問題となっている団体が、「閉ざされた集まり」であるか、というものである。このメルクマールに基づき、喫煙クラブが排他的に使用する飲食店においても、そのクラブが極めて多い構成員を有していることや、だれでも入会ができること等の事情を考慮して、「閉ざされた集まり」ではないとされた。

喫煙クラブ等の私的クラブが排他的に用いる建物にも適用される喫煙禁止について判断したバイエルン州および本部会決定において、結社の自由を主張することは、当該団体自体が過料の対象となっていない以上、的外れであることはすでに述べた。裏を返せば、団体自体が、たとえばその団体の性格に適した活動を行ううえで、何等かの制約を受ける場合は、結社の名称の制約が問題となった場合のように、結社の自由を主張する余地が生ずるのではないだろうか。

ところで、裁判所が述べるように、非喫煙者の健康を保護するという利益に高次元の価値を認めるとすれば、「閉ざされた集まり」と、その他の集まりを区別し、「閉ざされた集まり」については、喫煙禁止が及ばない、とすることが可能なのだろうか。共同で喫煙をするという目的で集まる団体の活動には、少なくとも結社の自由の保護が及ばないとする一方で、家族など喫煙者も非喫煙者も混在する「閉ざされた集まり」には、自由の形成の余地があるとして、たとえば喫煙をし

つつパーティーを楽しむという区別を正当化することができるのだろうか。

日本においても、東京都で「子どもを受動喫煙から守る条例」が制定され、罰則を付さずに、子どものいる家庭における禁煙を求めるものがある。連邦憲法裁判所のように、受動喫煙の危険から非喫煙者を保護することにより高次元の地位を与えた場合に、「閉ざされた集まり」は喫煙禁止を免除する場合には、さらなる道具立てが必要となるだろう。

- 1) BVerfG, Urt.v.24.9.2014-1 BvR 3017/11.
- 2) 「部会 (Kammer)」とは、連邦憲法裁判所の部 (Senat) が中心機関である一方で、部の過重負担を解消するために設けられた機関である。そのため、その権限が限定されており、憲法異議の受理手続において不受理決定を下すこと (連邦憲法裁判所法93b条)、一定の場合に憲法異議の認容決定を下すこと (法93c条)、および、これらに付随する裁判、例えば、濫用料の賦課決定や仮命令を行うこと (法93d条2項)、ラントの憲法裁判所または連邦の最上級裁判所による移送の場合を除き、具体的規範統制における不適法な移送を却下すること (法81a条)、に限られている。このような部会の権限のなかでも、本決定は、憲法異議の不受理決定を下すものである。(畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判：連邦憲法裁判所の組織・手続・権限 (第2版)』(中央大学出版社、2013年) 125頁以下参照。)

以上述べたような、部会決定の性質から、部の裁判に比べて、重要判例を取り扱うことは少ない。

- 3) *Christoph Ebert, Raucherclub versus Nichtraucherclub*, NVwZ 2010, 26(29) (Fn. 1).
- 4) 正確には、アリゾナ州の Tucson という自治体において、喫煙禁止を定めた条例が制定された。("ACAS – Arizonans Concerned About Smoking Home", <http://www.acasinc.org/smokefreeazhistory.html> を参照。)
- 5) ニューヨーク州ほか、喫煙禁止が定められた州においては、これらの合憲性を争う事案もいくつか存在している。なかには、本件のように、公衆が集まる場所での喫煙禁止に違反するかたちで行われる団体の建物での喫煙を、結社の自由に基づいて主張するものも散見される。たとえば、*NYC CLASH, Inc. v. City of New York* 事件 (315 F.Supp.2d 461) という事案において、原告である NYC CLASH, Inc. (以下、CLASH) は、公衆にひらかれた、あらゆる私有建物のなかで喫煙することを禁止する、New York 州と New York 市の修正法が、結社の自由、集会の自由、表現の自由を保障する合衆国憲法に反し無効であると主張した。

裁判所が認定したところによれば、ニューヨーク州で、2003年3月26日に、the Clean Indoor Air Act (CIAA) を修正した法案が成立した。この修正により、人々の労働場所や、社交場となる事実上すべての屋内の場所における喫煙が禁止されることになった。この修正前の法律においても、様々な制約があり、完全禁

煙が定められていたのは、公衆にひらかれた建物、例えば講堂、エレベーター、公共交通機関やその券売機・搭乗口のエリア、スーパー、プール、ユースセンター、保育所などである。そして、所有者が喫煙所を設けていた場合は喫煙が許される施設は、飲食店、州立・私立大学すべて、病院、公共施設、劇場、ミュージアム、図書館、小売店などである。この修正前の州法では、飲食店は分煙されていれば喫煙が可能だったので、バーにおいて喫煙することが可能であったが、修正された法律では禁煙がより厳格となり、バーでの喫煙は禁止された。

ニューヨーク州に加えて、ニューヨーク市は、2002年12月18日に the New York City Smoke-Free Air Act (SFAA) を修正し、州法と同じく、例外なしに、事実上ニューヨーク市における施設すべてにおける屋内喫煙を禁止した。

裁判所は、団体のスタンディングを認めたのち、憲法上の異議申立について判断をしている。そのなかで、結社および集会の自由 (Association and Assembly) についての主張において、先述の連邦最高裁の判例の理解を引用している。

連邦最高裁は、結社の自由とは、一つには、「一定の、親密な人間関係に加わり、これを維持する」場合であり、一般的に「親密な付き合い (Intimate Association)」と呼ばれるものを挙げる。もう一つは、合衆国憲法修正1条で保護された活動、例えば表現の自由や集会などを挙げる。これらのいずれかに国家が干渉する場合、結社の自由に干渉することになる。

当てはめにおいて、CLASH は、個人がバーやレストランで社会的・経済的活動に喫煙をしながら従事することが、先例が認めるような、「親密な」関係性に該当するかについての立証に成功していないとしている。

- 6) アイルランドにおいては、the Public Health Act 2004により公共の場での喫煙を定めたものである。 (“Smoking Ban in Ireland”, <http://www.rte.ie/archives/exhibitions/1980-smoking/> を参照。)
- 7) ノルウェーでは、レストランやバーを含む職場における喫煙禁止を定めた法律が、2004年6月1日から施行されている。 (“Norway – no-smoke.org” www.no-smoke.org/learnmore.php?dp=d14%7Cd35%7Cp211 を参照。)
- 8) イタリアでは、2005年1月10日から、喫煙禁止を定めた法律が施行された。 (“Italy introduces smoking ban – EURACTIV.com” <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/italy-introduces-smoking-ban/> を参照。)
- 9) BGBl. I S. 1595.
- 10) 以下、非喫煙者保護法とそれに対する連邦最高裁判所の判断については、井上典之「喫煙規制をめぐる憲法問題—ドイツ連邦憲法裁判所の禁煙法違憲判決を素材に」法律時報81巻5号(2009年)104頁以下を参照されたい。
- 11) 基本法70条1項は、以下のように規定する。「ラントは、この基本法が連邦に立法の権限を付与していない限度において、立法権を有する。」(高田敏＝初宿正典『ドイツ憲法集 [第7版]』(信山社、2016年)244頁 [初宿正典])
- 12) もっとも、多くのラントにおいては、全面禁煙ではなく、一定の例外規定を設けていた。

- 13) BVerfG, 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07–1 BvR 402/08–1 BvR 906/08.
- 14) GBl.BW S.337.
- 15) GVBl 〈BE〉 S.578.
- 16) 基本法12条 1項は、以下のように規定している。「すべてのドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる。」(高田＝初宿、前掲注11、217頁)
- 17) 基本法 3 条 1 項は、以下のように規定している。「すべての人は法律の前に平等である。」(高田＝初宿、前掲注11、214頁)
- 18) BVerfG, 06.08.2008 - 1 BvR 3198/07, 1 BvR 1431/08.
- 19) 上記の非喫煙者保護法の一つで、バイエルン州における呼び方である。
- 20) *Ebert* (Fn. 3), S. 27.
- 21) BayGVBl. S. 919.
- 22) *Ebert* (Fn. 3), S. 27.
- 23) BVerfGE 50, 290.
- 24) 同判決については、さらに、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第2版]』(信山社、2003年) 302頁以下 [栗城壽夫] を参照。
- 25) BVerfGE 50, 290 (353f.).
- 26) BVerfGE 50, 290 (354).
- 27) *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 9, Rn.6.
- 28) *Jarass/Pieroth* (Fn. 28), Art. 9, Rn.7.
- 29) もっとも、近年このような見解への有力な批判がなされており、詳しくは、鎮目紗子「強制加入制と消極的結社の自由：ドイツにおける判例・学説を素材に」修士学位論文：慶應義塾大学（法学）（2008年）参照のこと。
- 30) BVerfGE10, 89.
- 31) 同判決については、ドイツ憲法判例研究会編、前掲24、256頁以下 [國分典子] を参照。
- 32) BVerfGE10, 89 (102).
- 33) *Jarass/Pieroth* (Fn.28), Art. 9, Rn.8.
- 34) BVerfGE 50, 290 (354).
- 35) 前掲注35のほか、BVerfGE 80, 244/253.
- 36) BVerfGE 124, 25 (34; 42).
- 37) BVerfGE 30, 227 (241).
- 38) BVerfGE 30, 227 (240f.).
- 39) これは、一般に「団体の自治 (Vereinsautonomie)」と呼ばれるものである。
- 40) BVerfGE 70, 1.
- 41) ピエロート＝シュリンク、『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）263頁 [永田秀樹訳]

- 42) なお、結社法 2 条 1 項は、次のように結社を規定する。「複数の自然人または法人が継続的に共通の目的のもとに自由意思で結成した結社で、成員が組織化された意思形成に服しているもの」である。(ピエロート＝シュリンク、前掲注41、262頁〔永田秀樹訳〕)
- 43) 2014年判決においても、共同で喫煙を楽しむという「目的」が禁止されたのではなく、その活動が禁止されたにすぎない、と理解されている。*Dirk-Ulrich Otto*, in: Herberger/Martinek/Rüssman u.a. (Hrsg.), juris-PK-BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, § 21, Rn.42参照。
- 44) BVerfGE 50, 290 (355).
- 45) BayVerfGH, Entscheidung vom 31.01.2012 – Vf. 26-VII-10-, juris, Rn.57.
- 46) vgl. auch BayVerfGH, Entscheidung vom 31. Januar 2012 – Vf. 26-VII-10-, juris, Rn.57.; Entscheidung vom 11. September 2013-Vf.100-VI-12-, juris, Rn.32.)
- 47) ドアマンを立たせるということは、なんら「閉ざされた集まり」であることを証明するものではなく、単に、家宅に対する不可侵性を確保するものにすぎない、という理解がなされている。
- 48) VG München, Beschluss vom 16.4.2008 – M16 S 8. 1208, NVwZ 2008, 808.
- 49) VG München, Beschluss vom 16.4.2008 – M16 S 8. 1208, NVwZ 2008, 808 (810).
- 50) BayVerfGHE 65,22 Entscheidung vom 31.01.2012.
- 51) バイエルン州憲法101条は、以下のように規定する。「すべての人は、法律上の制約および公序良俗の範囲内で、他者を害さない、あらゆることを行う自由を有する。(Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Gesetze und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet.)」(<https://www.stmi.bayern.de/suk/bayern/verfassung/index.php> の「Bayerische Verfassung (BV)」などを参照のこと。)
- 52) バイエルン州憲法114条 1 項は、以下のように規定する。「すべてのバイエルン州民は、社团および組合を結成する権利を有する。(Alle Bewohner Bayerns haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.)」
- 53) BayVerfGH, Entscheidung vom 31.01.2012.
- 54) BayVerfGHE 66, 153, Entscheidung vom 11.09.2013.
- 55) この点について、アメリカ判例において、同様に私的クラブにおける喫煙禁止が問題となった事案では、社会的領域については言及がなされず、むしろ当該クラブが私的領域に該当するか否かを判断するにとどまっている。
- 56) BayVerfGH, Entscheidung vom 11.09.2013 – Vf.100-VI-12, juris, Rn.29ff.
- 57) *Ebert* (Fn. 3), S. 29.
- 58) *Michael Sachs*, Grundrechte, JuS 2015, S. 185.
- 59) とはいえ、本事案における部会のみならず、バイエルン州の憲法裁判所も、これまでの同様の判決において、結社の自由について判断をしてきている。
- 60) *Sachs* (Fn.60), S. 185.
- 61) 連邦憲法裁判所による、一般的平等条項（基本法 3 条 1 項）の平等権審査につ

いては、従来、人の属性の相違を根拠に別異取扱いを行う場合以外は、ライブホルツの定式の影響を受けた「恣意の禁止 (Willkürverbot)」を適用し、人物集団間の相違に関しては、比例原則を適用する、二つの基準を用いるものであると考えられてきた。しかし、近年、この二分法から、最も緩やかな基準には「恣意禁止」を置き、最も厳格な基準には比例原則を置く、無段階な連続的スペクトルを定立している、と指摘される。いかなる場合に、厳格な基準が採用されるのかについて、裁判所は、基本法3条1項の列挙事由に近似する事由に基づく別異取扱いである場合、他の自由権行使へ影響を与える場合、そして区別のメルクマールが、当事者自らの自由になる事柄なのか、などを挙げている。

本件では、その集まり自らを「閉ざされた集まり」にするのか否かは、申立人がコントロールをすることができることに基づいて、恣意的運用であるかのみを判断しているのだろう。

平等権の審査の解説については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』(信山社、2006年) 69頁以下〔嶋崎健太郎〕のほか、宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学院大学法学研究101号〔2=中巻〕(2016年)を参照されたい。