

公職における女性優遇規定とE C均等待遇指令

——カランケ判決を中心に——

有 澤 知 子

論文要旨

ドイツ基本法は、三条一項で平等原則を、二項で男女同権を、三項で差別禁止を規定しているが、事実上の男女平等はまだ実現されていない。一九八〇年代から、女性が低賃金の職種や職域また下位の職に集中していることから、事実上の男女平等を実現するための積極的平等施策の必要性和具体的措置が論じられるようになり、ラントや自治体で要綱や指針、女性促進のための法律が制定されるようになった。ドイツで現在でも議論が続いているのが、事実上の平等実現に最も効果的な手段である「割当制 (Quote)」である。本稿では、今までのE U/E C及びドイツにおける男女平等実現のための施策を明らかにし、女性優遇規定の割当制をめぐってE C裁判所が、初めて均等待遇指令違反の判決を下したカランケ事件を中心に、公職における女性優遇規定とE C均等待遇指令について検討する。

- 一、はじめに
- 二、E Uにおける男女平等実現のための施策
- 三、ドイツにおける男女平等実現のための施策
- 四、カランケ判決
 - (1) 事実
 - (2) E C裁判所の先行判決
 - (3) ティソーラ法務官の意見
 - (4) 連邦労働裁判所の判決
- 五、公職における女性優遇規定とE C均等待遇指令

一、はじめに

ドイツ基本法は、三条一項で平等原則を、二項で男女同権を、三項で差別禁止を規定しているが、ドイツでも、我が国同様、依然として事実上の男女平等は実現されていない。⁽²⁾一九七六年二月九日のE.C理事会指令(均等待遇指令)⁽³⁾の適応法として、一九八〇年に「職場における男女の均等待遇法」が、民法改正によって民法の中に組み込まれ、雇用における性差別が禁止されたが、例外も認められ、制裁も不十分であった。⁽⁴⁾

一九八〇年代からは、女性が低賃金の職種や職域また下位の職に集中していることから、事実上の男女平等を実現するための積極的平等施策の必要性和具体的措置が論じられるようになった。⁽⁵⁾積極的平等施策は、一般的に、アメリカではAffirmative Action、ヨーロッパではPositive Action又はPositive Measureと呼ばれる被差別者のための優遇措置であり、集団としての女性(障害者、少数者等)が受けている政治、経済、社会、教育、雇用等の領域での構造的・集団的不利益を、組織的・制度的に解消していくための措置をいう。⁽⁶⁾そこで、中心的な議論になり、現在でも議論が続いているのが、事実上の平等実現に最も効果的な手段である「割当制(Quota)」である。⁽⁷⁾

ドイツにおいて、割当制は、主として、政党と公職の分野で採用されてきた。政党が採った割当制としては、緑の党が選挙の候補者名簿に男女を交互に載せる方法があり、一九八七年の連邦議員選挙で当選議員の五六・八%を女性とした。一九八八年には社会民主党(SPD)が党の役職及び選挙の候補者名簿等の四〇%を女性にすることを目標とする決議をし、キリスト教民主同盟(CDU)も、一九九四年の党大会で三分の一を女性に割り当てる決議をした。⁽⁸⁾

公職の分野では、一九八〇年にベルリン自由大学が、女性教員候補者に対する緩やかな割当制を含む雇用促進指針を定めたのを契機として、市やラントで女性の雇用促進のための要綱や指針が採用された。連邦政府も一九八六年に「連邦行政における女性の職業上の促進のための指針」を閣議決定した。しかし、要綱や指針は拘束力がなかったので、一九八九年以降、主としてSPDが政権を握る州や地方自治体で公職における女性の雇用促進のための法律が制定されることになった。一九八九年にザールラント州、ノルトライン・ウエストファーレン州、一九九〇年にブレーメン州、一九九一年にハンブルグ州と多くの州が公職における男女平等法を制定した。⁽⁹⁾

一九九二年には連邦憲法裁判所が、女性の夜業禁止規定を違憲と判決し、基本法三条二項が将来の男女同権の実現を目指すものであり、典型的な女性に対する不利益を優遇措置によって是正することは許されるとして、女性に対する優遇措置の合憲性を確認した。⁽¹⁰⁾

一九九四年六月二四日には、ドイツ統一条約三一条によって義務づけられていた男女同権実現の法として、第二次男女同権法が制定され、施行された。その一つが「連邦行政及び連邦裁判所における女性の促進及び家族と職業の調和の促進のための法律」で、連邦行政機関及び裁判所の被用者を対象とし、基本法三三三条二項の「適性、能力及び専門的業績」を優先しつつ、女性の過少な領域で女性比率を高めることを目的とする。保守的なコール政権は同法において割当制を採用せず、女性オンブズマンと女性促進計画の制度を導入している⁽¹¹⁾。

また、一九九四年一〇月二七日施行の基本法改正において、三条二項に「国家は、男性と女性の事実上の平等の実現を促進し、現に存する不利益の除去を努力する」とする二文が加えられた。この三条二項二文について、野党SPDは、事実上の平等の実現には、結果の平等に対する配慮も含まれるとし、国の積極的平等施策に一定の割当制も含まれるとしているが、与党CDUは、積極的平等施策は具体的に不利益を受けている者に対する優遇を意味し、割当制は含まれないし、国は結果の平等を配慮する義務はないとする⁽¹²⁾。

割当制をめぐるのは、一九九五年一〇月一七日に、E.C裁判所が、カランケ事件でプレーメン州の男女均等待遇法四条二項の女性優先規定は割当制の規定であり、E.C均等待遇指令二条一項及び四項に違反するという先行判決を下している⁽¹³⁾。一九九〇年一月二〇日に制定された公職における男女の均等待遇に関するプレーメン州法⁽¹⁴⁾四条二項は、昇進の際に、女性が過少な分野において、女性候補者が男性候補者と同一資格である場合には、女性に優先権が与えられると規定していた。

カランケ事件は、プレーメン市造園局の管理職候補者として男性職員カランケと女性職員グリスマンが最終的に残ったが、同法四条二項に基づき、人事委員会がグリスマンに昇進命令を出したことから始まった。これを不服として、カランケは、同法四条二項は割当制を規定するものであり、プレーメン州憲法、基本法及び民法六一一a条に違反するとして訴えを提起した。地方労働裁判所及びラント労働裁判所はカランケの訴えを棄却した。連邦労働裁判所も、プレーメン州男女均等待遇法四条二項の女性優先規定が、厳格な割当ではなく、能力による割当であり、ドイツ基本法及びその他の法規定に適合すると考えた。しかし、E.C均等待遇指令との適合性については疑義が残るとして、E.C条約一七七条に基づき、E.C裁判所に先行判決を求めた⁽¹⁵⁾。そして、E.C裁判所は、プレーメン州男女均等待遇法四条二項が、女性が過少な分野において、昇進候補者となった男女が同一資格である場合に、自動的に女性を優先しているので、割当制の規定であるとし、E.C均等待遇指令は均等待遇を促進するための施策として割当制を認めるものではないことを初めて明らかにした。

この判決は、連邦やラントの女性促進政策を混乱させ、積極的平等施策に関する通説を否定するものである⁽¹⁶⁾。各ラントの女性相は、共同声明

を発表し、判決を批判した。また、危機感を抱いた女性たちからはEC条約やEC均等待遇指令等の改正を求める声も上がっている。また、EC裁判所に女性の裁判官がいないことも指摘されている。⁽¹⁷⁾

本稿では、まず、今までのEU/EC及びドイツにおける男女平等実現のための施策を明らかにし、カランケ判決を中心に、公職における積極的平等施策とEC均等待遇指令について検討する。

二、EU/ECにおける男女平等実現のための施策

EU/ECにおける男女平等実現のための施策がドイツにおける男女平等実現のための施策に影響を及ぼしていること、カランケ判決ではドイツの州法とEC均等待遇指令との適合性が問題になっていることから、まず、EU/ECにおける男女平等実現のための施策について明らかにすることにする。

一九九三年一月にマーストリヒト条約⁽¹⁸⁾が発効し、EU（ヨーロッパ連合⁽¹⁹⁾）が誕生した。EUは、EC（欧州共同体）と呼ばれていた三つの共同体（欧州石炭鉄鋼共同体ECS C、欧州経済共同体EEC、欧州原子力エネルギー共同体EURATOM）を中心にした欧州国家の連合体である。一九五一年にフランス、ドイツ、イタリア、オランダ、ベルギー、ルクセンブルグが、ECS Cを設立するためにパリ条約を結び、一九五七年には、EEC及びEURATOMを設立するために二つのローマ条約を結んだ。一九六七年には各共同体の基本条約が改正され、共通の理事会、委員会がおかれることになった。EC裁判所⁽²⁰⁾は、ECS C発足と同時に設立され、EEC及びEURATOM設立当時から三つの共同体共通の裁判所として機能してきた。一九七三年にイギリス、デンマーク、アイスランド、一九八一年にギリシャ、一九八六年にポルトガルとスペインがECに加盟し、一九九五年に、オーストリア、スウェーデン、フィンランドが加盟したため、EUは一五カ国になった。⁽²¹⁾しかし、ECが存在しなくなったわけではなく、ECは、EUを構成する最も重要な制度として存続し、EC基本条約と派生法に基づく一定のルールによって発展を続けている。⁽²²⁾EUの社会政策、労働政策、女性政策等は、すべてEC制度の枠内での政策であり、これから検討していく問題についてもEC条約、EC理事会指令などの検討が不可欠である。

ECは、設立されて以来、男女平等の問題に積極的に取り組んできた。ローマ条約一九九条のほか、EC理事会やEC委員会の六つの指令と三つの勧告、三次にわたる行動計画、そしてEC裁判所の判決によって男女平等を実現する積極的平等施策を推進してきた。

一九五七年E E Cローマ条約一一九条は、男女同一労働同一賃金の原則を規定し、加盟国に対し、同原則を実現する義務を課した。この規定は、E C市場における公正競争を促進するという経済的目的を有するとともに、平等の達成がE Cの達成すべき社会目標の一つであると考えられたため制定された。⁽²³⁾

しかしながら、依然として女性に対する差別が継続していたので、E Cは、一九七〇年代から、男女平等実現のための積極的な活動を展開した。E C条約一六九条を通じて加盟国へ法制度改善を求める意見書を送付したり、ローマ条約一一九条を具体的に発展させる理事会指令を発令した。

一九七五年には「男女間の同一賃金の原則について加盟国の法律の接近に関する指令（同一賃金指令）⁽²⁴⁾」が理事会で採択され、ローマ条約二九条の同一労働同一賃金の原則が同一価値労働同一賃金原則を定めるものであるとした。また、職務分類に基づく賃金決定は男女同一基準によるべきであるとされた（一条）。

一九七六年には「雇用、職業訓練、昇進、労働条件へのアクセスについての男女の均等待遇原則の実現に関する指令（均等待遇指令）」が理事会で採択された。均等待遇指令は、雇用、職業訓練及び昇進へのアクセス並びに労働条件に関する男女の均等待遇の実現を目的とする（一条一項）。二条一項は直接差別のみならず、婚姻上の地位や家族上の地位に言及し、間接差別をも禁じている。差別の例外として認められるのは、労働者の性別が決定的要因となる職業上の活動（二条二項）、妊娠と出産に関する女性保護規定（二条三項）、現存する不平等を除去することによって男女の機会均等を推進する措置（二条四項）の三つである。また、E Uは、加盟国に、この原則を実現するためにこの原則に反する法律、規則の廃止や修正、違反する協約、契約上の規定等の無効宣言など広範な義務を課している。⁽²⁵⁾

一九七八年には、「社会保障の分野における男女の均等待遇促進に関する指令」が成立した。⁽²⁶⁾同指令は、男女平等を雇用に関連した社会保障の領域への広げ、加盟国に六年以内に、疾病、不具、老齢、業務上の事故と職業病、失業等についての社会保障制度における女性差別を解消しなければならぬとした。

一九八〇年になると、ヨーロッパ諸国のE U統一へ拍車がかかり、共通の社会政策への関心が高まった。E C委員会は男女平等原則を社会に浸透させるために次の二つの行動計画を策定した。しかしながら、行動計画は各国に積極的平等施策について指針を示すもので、法的拘束力なく、その実施は各国の自主性及び独自性に委ねられている。

まず、一九八一年には「女性の機会均等の促進に関する新共同体行動計画一九八二—一九八五（第一次行動計画）」が策定され、男女平等を促進するための方法として、個人の権利を強化し、指令に規定された施策の具体化を図ることが示され、平等を実践するための一六の行動が提起された。個人の権利強化については、各国のEC指令の適用状況の監視、雇用機会と労働条件に関する保護立法の見直し、間接差別の是正、税制度上の差別の是正、家庭責任の平等等が示されている。また、平等の実践としては、積極的平等施策（ポジティブ・アクション）の導入、職業訓練による女性の職業選択の拡大、男女職域分離の改善（特に公共部門）、女性の意思決定過程への参加の促進等が挙げられている。

一九八五年には、「女性のための機会均等——中期共同体行動計画一九八六—一九九〇（第二次行動計画）」が策定され、そこでは新技術分野への女性の進出と家庭責任の男女の分担が重視されている。伝統的に女性の関心が薄く、教育訓練が不足している新技術の発展が男女の職域分離をより拡大し、男女差別を深刻化させる危険性があることから、その分野への女性の進出を促進し、また依然として男女の伝統的固定観念（家長、世帯主）が社会保障においてみられ、間接差別をもたらしていることから、家庭責任の平等を図ろうとするものである。⁽²⁷⁾

一九八六年には、「職業に関連する社会保障制度における男女間の均等待遇に関する指令」、「農業を含む自営業を営む女性に対する男女均等待遇並びに妊娠及び出産保護に関する指令」が発令された。⁽²⁸⁾

一九八九年二月には「EC社会憲章」が採択され、EC委員会からこの憲章を実施するための「行動計画」が出された。その一六条は「男女の均等待遇」を定め、賃金だけでなく、雇用機会、労働条件、教育・職業訓練、昇進等において平等原則が実現されなければならないこと、また、男女が仕事と家庭責任を調和させることができるような措置が必要であると宣言している。そして、第三次行動計画や指令・勧告が出されることになるが、一九九〇年代の施策では、女性の参加と地位向上が重視されるだけでなく、指令、勧告については男女を対象とし、働くための環境の向上をめざしている点に特徴があるとされる。⁽²⁹⁾

一九九〇年に「男女のための機会均等——第三次中期共同体行動計画一九九一—一九九五」が策定され、①機会均等のための立法の実施と展開、②労働市場への女性の平等な参入、③女性の社会的地位の向上が重点課題とされた。①については、現存の法を徹底させ、発展させること、同一価値労働同一賃金の原則や間接差別の理解を深め、法的権利や義務意識を高めることが、②については女性の教育・訓練の強化による労働能力の向上、企業への積極的平等施策の導入、職業生活と家庭生活との両立を図れるような手段の導入が、③については啓発活動、意思決定過程への女性の参加の促進などが挙げられている。⁽³⁰⁾

一九九二年には「職場における妊産婦の保護に関する指令」と男女が仕事と家庭の責任を両立できるように「育児に関する勧告」が発令され、E C委員会もセクシャルハラスメントの防止のため「職場における男女の尊厳の保護に関する勧告」を発令した⁽³¹⁾。このようにEUにおいては、E Cが中心となって、理事会指令、勧告、行動計画によって男女平等の実現のための施策を講じてきたが、本稿で検討する積極的平等施策については次のような施策を講じている。

まず、積極的平等施策の根拠条文としては、一九七六年の均等待遇指令二条四項を挙げる事が出来る。二条四項は、「女性の機会に影響を及ぼす現存の不平等を排除することによって、男女の機会均等を促進する措置を妨げるものではない」と規定する。E C委員会の解釈によれば、「不平等を排除」する措置は均等待遇原則との抵触を免れることになる。

一九八一年の第一次行動計画にも積極的平等施策を展開する方針が提起され、一九八四年には「女性のためのポジティブ・アクション促進に関する理事会勧告」が出されている。加盟国は、社会における女性に対する不利益な効果を排除して、女性が過少な分野により多くの女性を参加させるためにポジティブ・アクションを実施すること(二条)、ポジティブ・アクションが公共部門と民間部門の双方で実施されることが定められている(三条)。

一九八八年にはE C委員会がポジティブ・アクションのためのガイドを策定した。一九八五年の第二次行動計画、一九九〇年の第三次行動計画にもポジティブ・アクションの推進が規定されている⁽³²⁾。このように、E Cは、積極的平等施策を用いてさらに男女の平等を実現しようとする姿勢であることは明らかであるが、その限界などは明らかにされていない。

三、ドイツにおける男女平等実現のための施策

次に、ドイツにおける今までの男女平等実現のための試みについて明らかにする。ドイツの男女平等に関する考え方が明らかになり、将来の男女平等を実現する積極的平等施策策定を考えるためにも重要だからである。

ドイツにおいて、憲法上男女同権が初めて規定されたのは、一九一九年のヴァイマル憲法であった。その一〇九条は「すべてのドイツ人は、法律の前に平等である」と規定した後、「男性及び女性は原則として同一の公民的権利及び義務を有する」と規定していた。規定から明らかのように、男女同権は公民的権利・義務に限定されていた。また、一一九条で「婚姻は両性の同権を基礎とする」と規定されていた⁽³³⁾。

一九四九年に制定されたドイツ連邦共和国基本法は、三条一項で平等原則を定め、二項で「男性と女性とは同権である」として男女同権を定めている。また、三項では、「何人も、その性別、血統、人種、言語、故郷および門地、その信仰、宗教のないし政治的見解を理由として不利益を受けたり、優遇されてはならない」として「性別」による差別的取り扱いの禁止を規定している。⁽³⁴⁾

基本法三条一項の一般的平等原則は、相対的平等、つまり「等しいものを等しく、等しくないものをその特性に応じて異なって取り扱うべきである」ことを意味するものとされ、形式的平等のみならず、実質的平等を保障するものであると考えられている。⁽³⁵⁾ また、平等原則は、基本法一条三項により、すべての国家機関を拘束する原則であるとされ、立法者との関係では「恣意の禁止」の原則として発展してきた。それに対して、二項及び三項の個別的平等権は、厳格に解され、より強い正当化事由が要求され、その限りで立法者の形成の自由は厳格に制限される。

しかし、連邦憲法裁判所の判例は、従来「男女の生活関係の性質に基づく客観的な生物学的及び機能的相違」が男女の異なる取り扱いを正当化するとしてきた。⁽³⁶⁾ すなわち、ドイツには生理的・身体的性差から生じる社会的・文化的性別観、男女は本質的に異なるという固定観念が根強くあり、それが性差別を正当化してきたのである。

一九九二年の女性労働者の夜業禁止違憲判決で、連邦憲法裁判所は、男女の生物学的及び機能的相違論を初めて放棄し、「必要不可欠」を要件とする厳格な基準を用い、判断した。すなわち、性に基づく異なる取り扱いは、それが本質的に男性あるいは女性のみ起こりうる問題の解決のために必要不可欠である限りにおいてのみ許容される。また、この判決では、従来あいまいにされてきた三条二項と三項の関係についても初めて言及し、三条二項が三条三項を超える内容をもつことを明らかにした。すなわち、三条二項は、性別を理由とした差別禁止に止まらず、男女同権の将来の実現を目指すものであり、社会の現実にも及び、生活関係の是正を目指すものである。従って、女性に当てはまる事実上の不利益を是正するための優遇措置が許容されるとした。

なお、一九八〇年以前には、基本法の他には経営組織法七五条一項に事務所内における差別禁止が規定されているだけであった。⁽⁴⁰⁾ 基本法三条を私人間の労働関係に適用するには限界があり（第三者効力）、一般的な労働法上の均等待遇原則は認められていたが、契約の自由との関係で限界があった。経営組織法の規定も男女の雇用における差別を解消するものとしては不十分であった。

一九八〇年に、一九七六年のE.C均等待遇指令を受けて、「職場における男女平等取扱法」が民法に組み込まれ、私人間に適用する雇用における性差別を禁止する規定がおかれた。

民法六一 a 条一項は、「使用者が、協定もしくは措置に関して、とりわけ労働関係の設定、職業上の昇進、指揮命令あるいは解雇に際して、性を理由として雇用者を差別してはならない」と規定する。この原則に対して例外が許されるのは、当該協定もしくは措置が労働者の行う業務の種類を対象としており、かつ特定の性がその業務にとって不可欠の前提をなす場合に限られる(六一 a 条一項但書)。「差別」には間接差別も含まれる。六一 a 条二項には、契約不成立の場合の信頼利益の損害賠償が規定され、六一 b 条には、男女別募集をしてはならないという規定がおかれた。⁽¹¹⁾しかしながら、これについては、例外的正当化事由が広く認められていること、制裁が不十分であることや募集に対する差別の規制が弱いために、あまり効果がなかった。

依然として女性差別が継続していることから、一九八〇年代には事実上の男女平等を実現する手段として、前述したように、特に政党や公務部門で、女性促進の積極的平等施策が策定されるようになった。公職の分野では、一九八〇年に、ベルリン自由大学の女性教員候補者に対する緩やかな割当制を含む女性雇用促進指針を契機として、当初、女性の雇用促進の要綱や指針が採用された。一九八四年にハンブルグ市、ブレーメン市、ベルリン州、ヘッセン州、一九八五年にノルトライン・ヴェストファーレン州、一九八七年にはヴェルテンベルク州、ニーダーザクセン州等が要綱や指針の形で女性促進策を採用した。連邦政府も一九八六年に「連邦行政における女性の職業上の促進のための指針」を閣議決定した。しかし、これらには拘束力がなかったので、一九八九年以降、主としてSPDが政権を握る州や地方自治体で女性促進のための法律が制定されることになった。一九八九年には、ザールラント州、ノルトライン・ヴェストファーレン州、一九九〇年には、ブレーメン州、一九九一年には、ハンブルグ州、一九九三年にはベルリン州、ヘッセン州、ザクセン・アンハルト州、一九九四年にブランデンブルグ州、メクレンブルグ・フォアポルメン州、ニーダーザクセン州、ザクセン州、シュレースヴィー・ホルシュタイン州、一九九五年にラインラント・プファルツ州が公職における男女平等法を制定した。⁽¹²⁾

そして、これらの法律の多くが、採用及び昇進、職業訓練等に関して、いわゆる「割当制」を規定していた。例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州法やブレーメン州法は、州及び地方自治体の官吏を対象とし、女性が過少な分野においては、同一資格を有することを要件として、採用及び昇進の際に女性を優遇することを定めている。ベルリン州法は、女性比率が五〇%未満の領域において、採用・昇進については同価値の資格を有することを条件に女性を優先する。女性比率が二〇%未満の職の職業訓練を受けた女性は、その職に優先的に就業させる。ヘッセン州法は、女性比率が五〇%未満の領域において採用及び昇進の際の女性比率について二年ごとの拘束力ある目標を設定する。そして目標が

達成されるまで、男性の採用及び昇進には監督機関の同意を要し、一定の条件を満たす女性応募者は男性と同数又は全員を面接に呼ばなければならぬ⁽⁴³⁾。しかし、これらの州法に対しては、男性の側から性別に基づく逆差別（基本法三条）、職業選択の自由（基本法一二条）の侵害、公務員任用の原則である業績主義（基本法三三三条）に対する違反を根拠に差止め請求が行政裁判所等に提起されている。これから検討するカランケ事件もプレーメン州法の女性優遇規定を争った事件である。

一九九〇年のドイツ統一条約により、憲法改正を検討することが立法機関に義務づけられ、一九九四年に第二次男女同権法が制定された。同法は、三つの新法「連邦行政及び連邦の裁判所における女性の促進及び家庭と職業の両立の促進のための法律」「職場におけるセクシャル・ハラスメントから被用者を保護する法律」「連邦の影響領域にある委員会における女性及び男性の任命及び派遣に関する法律」と八つの現行法の改正で構成される。連邦の行政機関及び裁判所の被用者を対象とする女性促進は基本法三三二項の公務員任用の原則である能力主義の優先を尊重した上で女性比率を高めることを目的とする。女性促進計画の策定を義務づけ、女性オンブズマンの選任を義務づけるものである。また、家庭と職業の両立のためには、労働時間の条件を整えることが要請されている。セクシャル・ハラスメントの防止については、まずそれを定義し、被用者を保護することを使用者及び所属長の義務とする。その他民法改正により、性差別に対する制裁を強化している。連邦法は割当制を採用せず、女性促進計画と女性オンブズマンを義務づける制度を採用している⁽⁴⁴⁾。

また、一九九四年の基本法改正により、三条二項に「国は、女性と男性の同権が実際に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す努力する」という二文が追加され、三項にも、「障害を理由として不利益を受けてはならない」という二文が追加された。この改正については、合同憲法委員会の審議で、SPDやCDU女性連合が、旧東ドイツ憲法に規定されていたような「国家はすべての社会的領域において、女性の平等を保障する。現存する不平等を調整するために、女性を促進する措置が許される。」という文言を加えることを要求していた。しかし、この提案に対して、すべての社会的領域に言及しているので広範な定式化になること、国家がすべての領域で男女同権を保障するのは不可能であることや国家が男性の自由権に介入することになるとして批判がされた⁽⁴⁵⁾。そして、妥協の産物として加えられた二文は、女性の促進のために国家が採る積極的平等措置の内容について明らかにしていない。

ドイツにおいては、連邦及びビラントで男女平等実現のための積極的平等施策が憲法や法律の面では整備されたが、制裁規定がないものも多く、運用面での整備が待たれるところである。また、それに対して、逆差別訴訟も起こっており、次で検討するカランケ事件では、EC裁判所に

よってブレイメン州男女均等待遇法の規定は割当制の規定であり、E.C均等待遇指令に違反するという先行判決も下されている。それを受けた連邦労働裁判所は、ブレイメン州法の当該規定の適用を排除する判決を下し、他の行政裁判所でもこの先行判決を受けた判決が下されている。次に、E.C裁判所で下されたカランケ判決を検討し、積極的平等施策についてさらに考えてみることにする。

四、カランケ判決

(1) 事実

一九九〇年に制定されたブレイメン州男女均等待遇法⁽¹⁶⁾は、四条二項で次のように規定していた。「より高い俸給グループ (Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe) の仕事を付与する際に、女性が過少である場合に、男性の応募者と同じの資格をもつ女性は、優先的に考慮される。そのことは他の公職の付与や昇進の際にも妥当する。」なお「過少」は役所のその時々職員の個々の俸給グループにおいて女性比率が五〇%以下の場合である。また、それは職務配分計画によって予定された職員レベルに妥当する (四条五項)。

一九九〇年七月にブレイメン市造園局は専門職二一の専門管理職を次のように公募した。

「ブレイメン市造園局では、一九九〇年九月一日から、俸給グループ II a/I b BAT (連邦職員給与表) の A 一三号俸の専門管理職を配置する。職務領域は、①公営の公園、海洋公園、景観保全に関する施策、子どもの遊び場、公共建造物の外部庭園の計画、②景観保全に随伴する計画の策定、③計画に関する他職との交渉並びに調整、④無償の景観保全形成の委託管理である。」

必要条件：工科総合大学 (TU)、工科大学 (TH) 又は単科大学 (FH) の景観保全学の工学士。

職務上必要とされるのは、組織能力及び交渉手腕、自主的な仕事能力、柔軟性並びにチームに関する仕事の指導能力である。長年関連する職務経験がありブレイメン市の行政実務を理解していることが望ましい。特に、政治的な利益の抵触を認識し、解決を図る能力と感性を持つことが望ましい⁽¹⁷⁾。

この職をめぐる、二人の男性と二人の女性が応募したが、造園局の男性職員カランケ (Kalanke) と女性職員グリスマン (Glibmann) が最終選考に残った。両者は、給与が同じ俸給表 (VergGr. III BAT) にあり、景観保全技師資格 (Landschaftspflege) を有していた。なお、公募された俸給グループ II a/I b BAT においては女性が著しく過少であった。

カランケは一九七三年から造園局に勤務し、造園建築士資格 (Gartenpflege) と景観保全技師資格を有する工学士で、造園局では造園技術職員 (常任の管理職代理) として専門職二一 (二一一一) で働いていた。一九九一年より、彼は、専門領域における造形的及び技術的な計画策定、原価計算、関係する職との交渉、景観保全の付随計画及び実行計画の重点的处理等を担当している。一九八二年には、大プロジェクトを指揮し、計画、実行及び建築指導並びに企業や官庁との交渉を任せられた。一九八九年にはプロジェクト・チームの仲間と一緒に Walter-Hesslach-Preis を獲得した。建築家審判所の名誉審判員であり、ブレームンの環境審議会委員でもある。彼はとりわけ大プロジェクトを担当し、市民運動との交渉を処理した。

グリスマンは、造園技術者の勉強を一九六七年に終え、一九八三年に、景観保全技師資格を取得した。彼女は一九七五年から公園局の専門職二一 (二一一一) の造園技術職員として勤務している。特別な植林、建築デザインが必要な専門領域において、造形的及び技術的な計画処理、原価計算、他の職との交渉、公共建造物の外部庭園のための建築材料と設備の選択、専門分野における価格及び費用の選択決定等を担当している。一九六〇年から二年間庭師見習いをし、庭師として二年半働き、一九六七年からスイスの造園建築士事務所で一年間働いた後、フリーの造園建築士となった。一九七三年から二年間は新設の計画事務所で景観保全技師として働いていた。およそ二一〇の造園プロジェクト、とりわけ二四の公営の公園、一六の公共建造物の外部庭園及び三〇の景観保全施策及び子どもの遊び場に関わり、官庁、建築家そして市民との交渉を行ってきた。

造園局の幹部管理職はカランケを推薦したが、人事委員会 (Personalrat) がそれに同意しなかった。州の調停機関 (Schlichtung) はカランケに有利な勧告をしたが、人事委員会が連邦調停機関 (Einiungsstelle) に訴え、結局、一九九一年二月二〇日に、連邦調停機関は、両者が同一資格であるため、州男女均等待遇法四条二項に基づきグリスマンに優先処遇を与える決定をした。カランケは、これを不服として、州男女均等待遇法四条二項がブレームン州憲法及びドイツ基本法の平等規定に違反すると主張し、労働裁判所に訴えを提起した。

原告 (カランケ) の訴えに基づき、一九九一年三月一五日に、ブレームン労働裁判所は、判決まで公募されている職の配置を差し止める仮処分を認めた。これに対する被告 (ブレームン市) の控訴に基づき、一九九一年七月三一日に、ラント労働裁判所で、労働裁判所判決に対応する和解がなされ、被告はその任務を職権でグリスマンに与えた。

それに対して、原告は、グリスマンよりすぐれた資格があることを根拠に、公募されている職に原告を配置することを求める訴えを、また補

助的に慰謝料を請求する訴えを連邦労働裁判所に提起した。原告は、公募された職のすべての任務領域で経験を生かすことができることや傑出した業績、柔軟性並びに指導力があることが考慮されていないと主張した。実際高度なプロジェクトでは原告が重要な任務を担当してきた。被告ブレーメン市は、原告が男性であるという理由で性差別をしている。そして、原告は、ブレーメン州男女均等待遇法四条二項が割当規定であり、ブレーメン州憲法二条二項、基本法三条二項、三項並びに三三条二項及び民法六一一a条に違反し、またE C法にも違反すると主張した。⁴⁸

連邦労働裁判所 (Senat) は、一九九三年六月二二日の決定で、連邦調停機関によってなされた判断が不当に州男女均等待遇法四条を適用した場合のみ、違法になるとした。つまり、性にのみ基づいて不当な優遇を与えられた場合にのみ、違法になる。しかし、連邦労働裁判所は、控訴審が認めたように、同一の資格を有する応募者に関する連邦調停機関の判断は違法ではなく、事実、女性がその専門分野において過少であるなら、調停機関は男女均等待遇法四条の下で妥当な判断をしたことになると結論した。また、ブレーメン州男女均等待遇法四条二項の女性優遇規定が、資格とは無関係に一定比率を女性に割り当てる厳格な割当ではなく、能力による割当であり、基本法三三条二項に違反しないとされた。

また、社会国家の原理から、公職における女性促進という目標設定に正当性が認められるとして、ブレーメン市における事実上の女性差別の状況に鑑み、州男女均等待遇法四条は基本法三条二項の男女同権の要請を実現するのに適切な規定であるとした。連邦労働裁判所は、問題となっている割当制は、女性が高い地位に示すことによって、女性が現在直面している過去の継続する差別を将来克服することを助けると指摘している。女性を一定の伝統的な職務に割り当てまた女性を俸給表の低い位置に集中させることは平等原則に反する。実際に、教育の分野を除けば、ブレーメン市の管理職の女性率は低かった。⁴⁹

このように連邦労働裁判所は、州男女均等待遇法四条が、ドイツ基本法及びその他の法規定（基本法三条二項、三三条二項、州憲法二条二項、民法六一一条）に違反しないと考えたが、E U均等待遇指令二条一項及び四項との適合性については疑義が残るとして、E C条約一七七条に基づき、次の点について、E C裁判所に先行判決を求めた。まず、均等待遇指令二条四項が、州男女均等待遇法四条二項を包含するように解釈されるかどうか、次にそれが否定される場合に、均等待遇指令二条一項は、比例原則に配慮して、州男女均等待遇法四条二項を適用することが許されないという意味をもつものとして解釈されるのか⁵⁰の判断を求めた。

(2) E C裁判所の先行判決

E C裁判所は、一九九五年一〇月一七日の先行判決⁽⁵¹⁾で、E C均等待遇指令の二条一項及び四項は、本件におけるように、女性が過少である分野における昇進をめぐり男性候補者と同一資格である場合に、女性候補者を自動的に優先しているブレイメン州男女均等法四条二項と抵触するとした。そして、州男女均等待遇法四条二項が、そのような場合に、自動的に女性を優先することは、割当制に当たり、均等待遇指令は均等待遇を促進するための施策として割当制を認めるものではないということ初めて明らかにした。

まず、E C裁判所は、E C均等待遇指令の規定の意味について明らかにした。E C均等待遇指令の目的は、一条一項に規定されているように、E C構成国において、男女の均等待遇の原則を、特に昇進を含める雇用へのアクセスについて、実施することである。二条一項は、均等待遇の原則は「直接的に又は間接的に性を理由にしていかなる差別もしてはならない」と規定し、直接差別のみならず間接差別も禁じている。

従って、昇進を求める候補者の男女が同一資格である場合に、女性が過少な分野において女性が自動的に優先されるという国内規定は、性に基づく差別に関係するとした。しかしながら、このような国内法が、その指令が「特に女性の機会に影響を及ぼす現存する不平等を取り除くことによって、男女の均等な機会を促進するための措置を妨げるものではない」と規定する二条四項の下で許容されるかどうか審査されなければならないとした。

E C裁判所は、「均等待遇指令二条四項は、外見上は差別であるようにみえるが、社会に現に存在する事実上の不平等を廃止し、撤廃することを目的とする措置を、特別に又は例外的に許容するために規定されている⁽⁵²⁾」のであり、「従って、労働市場において男性と競争する能力を改善する又は男性と同じ基礎で職を追求するという観点で、女性に特別の優先を与えるような昇進を含む雇用へのアクセスについて、構成国が採る措置を許容する」と述べた。

二条四項を具体化したものとしては、一九八四年のE C理事会のポジティブ・アクション勧告(84/639/EEC)があり、前文で、「均等待遇指令は、個人の権利保障を目的としているが、雇用における女性への偏見を打ち破るための措置が、政府、関係機関及び他の機関によって採られているにもかかわらず、現存する差別的撤廃には不適切である」場合に、構成国がポジティブ・アクションを採用することが必要であるとしている⁽⁵³⁾。

しかしながら、二条四項は均等待遇指令に規定された個人の権利を損なうものであるので、厳格に解釈されなければならない⁽⁵³⁾。

女性に任命又は昇進について絶対的で無条件の優先権を保障する国内規則は、均等な機会の促進を超え、二条四項の例外の限界を超える。また、役所の部局で、同じ俸給表において、男女の均等割合を達成することを求めている限りにおいて、機会の平等を、機会の平等によって達成される結果の平等に置き換えている。従って、均等待遇指令の二条一項及び四項は、本件におけるように昇任の際に、女性が過少な分野において異なる性の候補者が同一の資格である場合に、自動的に女性に優先権を与えるような国内規定を排除する。

(3) ティソーラ法務官の意見

E.C裁判所の判決は、一九九五年四月六日に提出されたティソーラ法務官の意見⁽⁵⁴⁾に依拠していると考えられる。そこで、ティソーラ法務官の意見も、ここで紹介することにする。

ティソーラ法務官は、まず、ブレイメン州男女均等待遇法が、共同体法が規定する男女均等待遇の原則（均等待遇指令二条一項、四項）と適合するかどうか、つまり、このような割当制は共同体法違反の性差別になるのか、それとも労働市場で効果的に均等な機会を促進する許される積極的平等施策を構成するのかを検討しなければならないとした。

E.C均等待遇指令の目的は、一条一項で規定されるように男女の均等待遇の原則を実施することにあることであり、二条一項が均等待遇の原則が直接的差別だけでなく、間接的差別をも禁止するものであるとしているが、二条四項は、特に雇用、職業訓練及び昇進へのアクセス及び労働条件に関して、現存する差別を除去することによって男女の均等待遇を実施するための措置を構成国が効果的に採用し又は維持することを認めている。

そして、二条四項を具体化したものとして、一九八四年のE.C理事会のポジティブ・アクション勧告⁽⁵⁵⁾の前文を挙げ、「雇用における女性への偏見を打ち破るために対応する措置が採られているにもかかわらず、現存する差別が撤廃できない」場合には、「雇用において女性に影響を及ぼす現存する差別を撤廃し、両性間のよりよい均衡を促進する」ことを意図した、特に、責任ある地位について女性が過少な分野及び専門職において、女性の応募者、女性の雇用及び昇進を促進するための積極的平等施策を採用することが必要であり、そのような施策の採用が構成国に求められるとしている。また、「社会政策に関する議定書」六条三項⁽⁵⁶⁾を挙げ、男女同一賃金の原則は、「構成国に、女性が職業的活動の遂行を容易にするため、又はその職歴において被る不利益を阻止し、かつそれを補償するための特別な利益を与える措置を維持し、採用することを妨げ

ない」とする。

連邦労働裁判所は、ブレイメン州男女均等待遇法四条が、E.C均等待遇指令二条四項に適合すると解釈されるかどうか、もし、適合すると解釈されないなら、比例原則に鑑みて、均等待遇指令二条一項がこのような国内規定を適用すべきでないとしているのかどうかの判断を求めているが、両者は密接に結びついており、裁判所も二つの分かれた回答を求めている。

本件は、女性を優遇する割当制に関して均等待遇指令二条四項の解釈が求められた最初の事件であるが、二条一項が一般的に男女の均等待遇の原則を規定し、二条四項がその例外を定めていることから、二条四項の解釈は二条一項の男女均等待遇の原則を考慮せざるをえない。

つまり、異なるグループに属する個人間の均等待遇の意味における形式的平等とグループ間の均等待遇の意味での実質的平等とが対比される。当裁判所は、個人が性に基づき差別されない権利については、保障されなければならない基本権であると判示したが、過去においてそのグループが受けた差別を補償するために、被差別（本件では女性）グループに権利を付与しなければならないのが問題となる。

ポジティブ・アクションは、結果として不利益を受けている人々のグループに影響を及ぼす現存の差別を撤廃するという要請から生じている。そして、不利益を受けているグループに均等な機会を達成する手段として、一般にそのグループに優先的な待遇を与えることによって行われる。従って、グループを考慮に入れることになるので、平等の個人的保障から集団的保障への転換を示している。

ポジティブ・アクションには、①職業指導、職業教育の実施によって女性の労働市場への参入を妨げる原因を取り除くことを目的とする措置、②仕事と家庭責任を調和させる措置によって両性間に責任の分配を行う措置（労働時間の柔軟化、育児休暇や援助、社会保障など）がある。双方とも、女性のみの優遇措置を採用することになるが、前者は、均等な機会を達成するという目的を、後者は、実質的な平等の達成という目的をもつ。しかしながら、確かにこれらの措置は女性の雇用の量的な増加について即効性はない。

また、ポジティブ・アクションには、③過去の差別の継続的な効果を補償し、是正するために、目標を設定したり、割当を行ったりするものがある。この割当制は、雇用の拡大に最も効果があるので、社会生活の現実において存在する不平等を除去する万能薬（panacea）とされている。しかし、割当制を課す施策は多くの議論を生じさせてきた。確かに、割当制は、雇用における女性の量的な増加をもたらすのに最適な手段であることは事実であるが、その多くが個人の平等の原則、構成国の法制度において憲法上保障された原則に影響を与えるものであることも事実である。ティソーラ法務官は三つの形態のポジティブ・アクションのうち前の二つを容認している。

しかしながら、割当制といってもさまざまなものがある。本件における割当制は厳格な割当制ではない。その割当制は、男性の候補者と同一の資格をもっている場合のみ、女性に対する優先的処遇を規定するものである。しかし、本件においてもその割当による性差別が存在することは明白である。被差別者を優遇する特別の措置は、形式的な意味で平等原則に抵触する。従って、社会の選択に適合する目的を達成するためにその規定を、法が制定したとはいえ、過去の差別によって生じた不平等を是正するために作り出されたかどうかを確認することが重要である。

そして、均等待遇指令二条四項は「男女の機会の均等を促進し実現する措置」を許容するが、「機会の均等」は、「出発点の平等」であり、「到達点の平等（結果の平等）」を意味するものではないとする。本件では出発点の平等が実現されており、その状況下で女性を優遇することは結果の平等を目指すものであり、このような措置は認められない。

過去の差別の効果が継続しているのは明らかであるが、二条四項は不利益を受ける人々を出発点での平等を図る是正のみを許容すると解釈され、結果の平等を保障することを目的としてはならない。女性は数的平等から利益を受けるのではなく、女性であるという理由だけで直接的な結果をもたらす措置を、均等待遇指令二条四項は許容しないのである。

また、州男女均等待遇法四条は、女性が五〇%に達するまでの暫定的な措置であるが、五〇%に達したときに法が廃棄されるかどうか明らかでない。女性の「過少」は排除されるべき「障害」であるが、四条は、女性が過少な原因を是正するものではない。

ブレイメン州が実施したある種の「割当制」は、男性と同一資格の女性を優遇するというものであるが、性を理由とする差別であることは明らかであり、E.C法におけるポジティブ・アクションとして許されない措置である。

(4) ドイツ連邦労働裁判所の判決

連邦労働裁判所は、一九九六年三月五日にE.C裁判所の先行判決を受けて、カランケ事件について判決を下した。判決の要旨は次の通りである。⁵⁸⁾

一・原告（カランケ）には、望んでいる昇進の地位の付与を請求する権利はない。

基本法三三条二項はすべてのドイツ人が適性、資格（能力）及び専門的業績に応じて、等しく公職に就くことができると規定する。すべての者は、その求職の際に基本法三三条二項に規定されている基準によって判断されることを求めることができる。官庁は、特に基本法三三条三項で

禁止する事項によって差別することは許されず、求職者にそれ故に不利益を与えることは許されない。このことは、公職における採用のみならず昇進にも妥当する。ただしその場合には、差別によって不利益を受けた求職者のみ、拒絶決定が取り消される。採用又は昇進の訴えは、例外的に、比例原則により決定が法律違反又は裁量違反とされ、従って、この求職者の主張が唯一法に適合する決定である場合にのみ認められる。

被告（ブレイメン市）はその決定の際に二人の求職者が同一資格であることから出発していた。基本法三三条二項の基準に従う求職者の資格の確認には、官庁により広い評価の裁量が帰属する。裁判所の審査は、雇主がその判断の際にすべての重要な状況を考慮していたか、一般的に効力のある評価基準を顧慮していたか、瑕疵のない手続がされていたかに制限される。

ラント労働裁判所の二人の応募者が同一の資格をもっているという認定は、内容的に擁護しうる。調停機関は関係するすべての観点を確認しているし、それらは評価の裁量の限界を超えておらず、手続が遵守されていた。⁵⁹連邦労働裁判所（Sarat）は、それを一九九三年六月二二日の先行判決の付託決定において確認している。

市当局は、双方の昇進候補者とその遂行している仕事を評価したが、その資格の評価の際に、評価の事実上の根拠が不十分であったとはいえない。ラント労働裁判所は、基本法三三条二項の適性、能力及び専門的業績の基準によりその評価を確認した。その際に、ラント労働裁判所は一般的に効力のある評価原則を考慮した。能力の観点は、まず、経歴に向けられるが、また、事実に関連する一般的な知識、人生経験及び才能もそれに属する。専門的業績については、専門知識、専門能力、専門における実績、特に職務経験を考慮する。能力については最終的にその身体的、精神的、心的及び性格的な能力を備えその全人格に関係する。この原則及び両当事者について考慮した上で市当局の同一価値の資格の採用は、擁護しうる。

原告の求める職の配置は、被告人が許される唯一の法に則した判断とはいえない。それゆえ、原告にはその職の付与に関する直接的な請求権がない。二人の応募者が同一の資格であるなら、官庁に選抜に関する裁量権がある。原告は決定のために補助的基準を用いることを主張出来るし、それを採用しないことは確かに責務違反であるが、他の補助的基準に基づく新たな決定のみを求めうる。

二、被告は、原告の昇進について新たな決定をする義務がある。被告は、応募者の同一資格を根拠に、その選抜決定を州男女均等待遇法四二条二項の割当規定にのみ依拠した。被告がその判断を四二条二項の割当規定に依拠することは許されない。

EC裁判所の先行判決によれば、ブレイメン州均等待遇法四二条二項は、女性が男性の競争者と同一資格である場合に、昇進について女性の応

募者に自動的に優先権を与えるので、共同体法に適合しない。E.C裁判所は、均等待遇指令二条四項が確かに外見によれば一項によって禁止される差別であるが、社会的現実において存在する事実上の不平等を取り除く又は減少させるべき措置を許しているということから出発している。それは、女性の能力の向上、労働市場での他の者との競争、男性と同じ条件の下で職歴を發展させることに向けられている限りにおいて、仕事へのアクセス及び昇進の際に特別に女性を優遇する国内措置を許容する(Tz. 18, 19)。このような均等待遇に関する法規定は、事実上の不平等を取り除くために十分ではない(Tz. 20)。しかし、裁判所は、指令の二条四項は二条一項に含まれている個人の差別的禁止の例外であるので厳格に取り扱わなければならないとする。E.C裁判所は次のように示した(Tz. 22, 23)。

「女性に採用又は昇進の際に絶対的かつ無条件で優先権を与える国内法は、機会均等の促進を超え、それによって均等待遇指令二条四項に規定されている例外の限界を超える。」

また、「すべての給与グループにおいてまた職の地位のすべての機能レベルで少なくとも男女比率を等しくすることに向けられている限りで、二条四項に規定されている機会の均等の促進を機会の均等が導きうる結果の促進に置き換えている。」

「州男女均等待遇法四条二項は、同一資格をもつときに女性に自動的に優先権を与えるので、均等待遇指令二条一項、四項に違反し、許されない。」その自動的な効力を廃棄しうる苛酷な場合の考慮(苛酷条項)を予定せず、女性の優先が絶対的にかつ無条件に行われる(Tz. 22)からである。

三、E.U構成国の裁判所は、国内法を、可能な限り、共同体法に適合するよう解釈することが義務づけられる。しかし、裁判所は、その際に立法者の意思を変更するのではなく、一般的な解釈規定が認める裁量のみを用いなければならない。被告は、その選抜決定を、四条二項に依拠することは許されない。むしろ、四条二項を考慮しない新たな選抜決定を行うことを義務づけられる。

ブレイメン州法は例外を予定していない。不確定な法的概念をもった例外要件は、直接的な差別に導きうるという立法者の意図からであった。しかし、立法資料からもその他の状況からも、ブレイメン州の立法者はいかなる例外も許さないという意図までもっていたとはいえない。そして、連邦労働裁判所は、苛酷条項による例外の例を挙げ、それらは結果の目的違反及び厳格な取り扱いの不当性が明白である非定型の場合に限定され、女性の促進を妨げるものではないとする。

また国内法規定が共同体法と一致しないとしても、それは無効にならず、適用することが許されないにすぎない。被告は、同一の資格を根拠

に關係する選抜決定に際して四條二項を拠り所としてはならない。原告は、被告に、四條の割当規定に依拠しない新たな選抜決定を行うことを求めることができる。

四、ラント労働裁判所が慰謝料の支払いについて原告の訴えを棄却した限りにおいて、それについての上告は理由がない。原告に人格権侵害を理由とする慰謝料請求権は存在しない。

五、公職における女性優遇規定とEC均等待遇指令

概観してきたように、EU/ECは、男女平等の実現に積極的に取り組んできた。ローマ条約一九九条のほか、EC理事会やEC委員会の六つの指令と三つの勧告、三次にわたる行動計画を策定し、また、EC裁判所の判決によっても、同一価値労働同一賃金の原則、均等待遇の原則を確立し、構成国に対して男女平等を推進する指針を示してきた。ポジティブ・アクション勧告を出したり、計画の中にもそれを取り込んでいることから積極的平等施策の採用もまた容認していると考えられる。

ドイツ基本法は、三条一項で平等原則を、二項で男女同権を規定し、三項に差別禁止規定をおいているが、一九九二年に夜業禁止違憲判決が下されるまで、「生物学的相違及び機能的相違」を根拠に長い間性差別が容認されてきた。EU均等待遇指令を受けて、民法の改正も行われたが、日本の男女雇用機会均等法と同様、あまり効果はなかった。一九八〇年代からは、ドイツでは、女性が低賃金の職種及び職域並びに下位の職に集中していることから、事実上の男女平等を実現するための積極的平等施策の必要性和具体的措置が論じられるようになった。当初は指針や要綱の形で、そしてより拘束力のある法律の形で規定されるようになった。しかし、割当制をめぐる論議が起こり、一九九〇年代頃からは、逆差別訴訟も起こされるようになった。一九九四年一〇月二七日施行の基本法改正で、三条二項には、「国家は、男性と女性の平等の事実上の実現を促進し、現に存する不利益の除去を目指して努力する」とする二文が加えられた。国家に積極的平等施策の策定を求めるものである。また、一九九四年には、第二次男女同権法が制定され、施行された。「連邦行政及び連邦裁判所における女性の促進及び家族と職業の調和の促進のための法律」では、連邦行政機関及び裁判所の被用者を対象とし、基本法三三三条二項の「適性、能力及び専門的業績」を優先しつつ、女性の過少な領域で女性比率を高めることを目的としている。ここでは、割当制を採用せず、女性オンブズマンと女性促進計画の制度を導入しているが、事実上の男女平等の実現を目指し、積極的平等施策を推進している。

なお、一九八〇年に旧東ドイツが、一九八五年に旧西ドイツが女性差別撤廃条約を批准している。女性差別撤廃条約は四条で積極的平等施策を採ることは差別に当たらないと規定している。⁽⁶⁰⁾

前述のように、E.Uもドイツも男女平等の実現を目指して積極的平等施策を推進してきたが、今まで積極的平等施策の方法や限界、また割当制の是非については明確にされてこなかった。

アメリカでは、一九六五年の大統領命令一・二四六号を契機として一九六〇年代後半から現存する不平等を撤廃するという目的を追求するためにアファーマティブ・アクションが策定されてきたが、割当制や目標設定は、その中でも最も効果的な方法であると考えられていた。割当制はその比率を均等化させるために不利益を受けているグループの人々に対して主として職を確保するために用いられてきた。目標設定は、そのグループの人々の比率を高めるために用いられてきた。

しかし、合衆国最高裁判所は、一貫して厳格な割当制を認めてこなかったし、⁽⁶¹⁾ 目標の設定は受け入れてはいるが、特別の条件を付していた。⁽⁶²⁾ また、割当制は、最も効果的な手段ではあるが、個人の人権を侵害する恐れがあるとして、多くの客観的に立証できる事実によって正当化されなければならないとする。そして、少数者に対するこのような基本権に影響を及ぼす施策については、やむをえない政府の利益を満たすために、限定的に作られている場合にのみ正当化されうるとする厳格な審査基準を用いている。⁽⁶³⁾

一九八七年のジョンソン事件では、女性に対する昇進の優先が問題とされたが、合衆国最高裁判所は、女性が今までいなかった職において、性を昇進判断の一要素として市が考慮することは許されるという判断を下した。⁽⁶⁴⁾ 合衆国最高裁判所は割当制とまでいえない、適度に柔軟な積極的平等施策については、容認してきたが、⁽⁶⁵⁾ 最近では、人種に基づくすべての積極的平等施策について厳格な審査基準が適用されるという判決も下され、⁽⁶⁶⁾ 積極的平等施策は差別を前提とするから認められないという見解も示されている。⁽⁶⁷⁾ しかしながら、男女平等の実現のための積極的平等施策については、男女平等について中間的審査基準が適用されてきたこともあり、未だそのような判決は下されていない。

本稿では、一九九五年一〇月一七日のブレイメン州の男女均等待遇法の割当規定がE.C裁判所によって共同体法（均等待遇指令二条一項、四項）違反とされたカランケ判決⁽⁶⁸⁾を概観した。E.C裁判所は、将来の男女の同権及び均等待遇の促進のための州の積極的平等施策に対して、均等待遇指令に関する基本的な考えを示した。

まず、厳格な割当制のみならず、同一の資格の際の女性の「絶対的で無条件な」優遇は許されない。均等待遇の原則は、「性に基づきいかな

る直接的又は間接的な差別も行われてはならない(均等待遇指令二条一項)」ということの内容として含んでいる。男性の応募者と同じ資格をもっている女性応募者が、昇進の際に、自動的に優先権を与えられる国内規定は、性に基づく男性の差別を引き起こす。次に、女性促進措置は、常に「機会の均等」の実現についてのみ許されるのであって、結果の平等の達成に向けられることは許されない。最後に、女性促進措置は純粋に個人の平等に向けられるのであって、グループの権利の実現に向けられることは許されない。このように、EC裁判所の先行判決は、女性の促進を推進する積極的平等施策を容認するものであるが、あくまで機会の均等を目指すものであって、結果の平等を目指すものではないことを明らかにした。

この判決の基礎になったテイソーラ法務官の鑑定意見によれば、差別の除去のために許されるのは男女の出発点の条件を調整する措置に限られる。このように狭く解すると、割当制のみならず女性のための積極的平等施策の策定ができなくなってしまふ。

このEU裁判所の先行判決はドイツの州法における女性優遇規定に打撃を与え、それを封じることになるであろうか。

ドイツでは、この判決を受けて、ニーダーザクセン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州及びシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州の公職における女性優遇規定が、行政裁判所によって基本法違反(基本法三条二項三項、三三条二項)とされている。⁽⁶⁹⁾これらの判決では、EC裁判所のカランケ事件の先行判決を踏襲している。

EC裁判所の先行判決によって、これらの規定及び同様に作られた他の連邦ラントの法律は、確かに形式的には将来も有効であるが、実質的に適用されなくなるであろう。ラントの立法者は、法的明確性及び法的安定性のために女性促進のための新規定を制定しなければならず、その際にEC裁判所のガイドラインに方向づけられることになる。EU法は国内法に優位するからである。

女性促進施策は、硬直して作られるのではなく、機会の均等を促進し、それ以外の社会的な判断基準(社会的開示条項 *Sozialen Öffnungsklausel*)が考慮されるなら、また、例外として父子家庭や障害者を考慮するような苛酷条項(*Härtefallklausel*)等を伴って規定されるなら、法的に認められるかもしれない。連邦労働裁判所は、このような社会的開示条項及び苛酷条項等の考慮をEC裁判所の先行判決を受けた判決の中で肯定的に考えている。⁽⁷⁰⁾

また、女性応募者の職歴における差別が具体的に存在する場合、間接差別が認められるなら立法者は具体的な促進措置によって応募女性の資格の認定の際に又は採用及び昇進の際に考慮することが出来る。これらの規定は、基本法三条二項二文に照らして、憲法に適合すると解釈され

るであろう。

カランケ判決は自動的に女性を優先する割当制のみを否定したのか、すべての割当制を許さないのか明らかでない。しかし、その影響はすでにドイツの裁判所で現われており、これが拡大して用いられば、すべての連邦やラントの積極的平等施策が認められなくなってしまう。しかしながら、割当制を過度に推し進めれば、個人の権利侵害の可能性も歪めない。かといって、依然として女性に対する差別は継続しているし、割当制は男女平等の実現のために最も効果的な手段であることは事実である。男女平等が達成されるまでは、試行錯誤しながら割当制を有効に用いていく必要があると考える。

日本における積極的平等施策は、審議会の女性委員を三〇%まで増やすことぐらいしかない。今回の男女雇用機会均等法の改正によって初めて事業主が男女の均等な機会及び待遇の確保の支障となっている事情を改善するための措置を講ずることを妨げない（均等法九条）と規定され、国の援助（均等法20条）も規定されたが、EUやドイツの男女平等のための取り組みに比べれば、不十分なものといわざるをえない。

ドイツは、EU/E Cの構成国であるため、ドイツの男女平等の実現のための施策は、EU/E Cの男女平等の実現のための施策の影響を受けている。日本の男女平等実現のための施策については女性差別撤廃条約しか拘束するものはないが、世界的にみれば日本の男女平等の実現の状況は、前時代的で、先進国における人権保障にはほど遠い。⁷¹日本にこそ、割当制に近い積極的平等施策が必要であると考えられる。これから、男女平等の実現を推進するために、EUの試みや、ドイツの試み、そしてカランケ判決は参考になると思われる。日本でも、早くこのような割当制が問題になるくらいの法ができることを祈っている。

- (1) 一九九四年の改正前の基本法三条は、次のように規定していた。「第一項 すべての人は法律の前に平等である。第二項 男性と女性とは同権である。第三項 何人も、その性別、血統、人種、言語、故郷及び門地、信仰、宗教的ないし政治的見解を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない」(高田敏、初宿正典編訳「ドイツ憲法集」信山社(一九九六年))。
- (2) ドイツでも民間部門では幹部職における女性比率は二%、中間管理職でも八%である。女性の賃金は男性賃金の約七〇%で、男女職域の違いや女性の低価格付けが賃金格差の原因になっている。水島郁子「ドイツ」『諸外国のアファーマティブ・アクション法制——雇用の分野にみる法制度とその運用実態』東京女性財団二三八頁、(一九九六年)。ちなみに、日本では女性管理職の比率は部長職で二・二%、課長職で二・三%、係長職で六・四%、女性賃金は男性賃金の約六〇%にすぎない(「女子管理基本調査」一九九二年)。
- (3) 一九七四年のDefrenne判決において、E C裁判所が同一労働同一賃金原則を定めるローマ条約一九九条が賃金以外の労働条件に及ばないとしたことに対応して、一九七六年一月九日にE C均等待遇指令(Council Directive of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for

men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions (76/207/EEC) が発令され、広く雇用の領域一般について性差別を禁止した。黒岩容子「着実に前進するEUの男女平等法制」『賃金と社会保障』一一四〇号、二五一―二六頁（一九九四年）。均等待遇指令の条文は、Dagmar Schiek, Frauengleichstellungsgesetz des Bundes und der Länder: Kommentar für die Praxis zum Frauenfördergesetzen, Gleichstellungsgesetzen und Gleichberechtigungsgesetzen der Länder, S. 55-59, BundVerlag, 1996, 等参照。

(4) 一九八〇年の民法改正については中島通子「事実上の平等」をめざした憲法改正と第二次男女同権法の成立」『賃金と社会保障』一一四〇号、六〇頁（一九九四年）、中島士元也「西ドイツ」『欧米における男女機会均等法制』女性職業財団二二―二二二頁、（一九八九年）に紹介がある。

(5) 斎藤純子「ドイツにおける女性のためのアフアーマティブ・アクション立法」『外国の立法』三三三―三三九頁、八〇頁（一九九五年）、広渡清吾「統一ドイツの法変動」『有信堂二八〇頁、（一九九六年）、井上亜紀「割当制（Quote）と平等原則―ボン基本法の論議を中心として」『九大法学』六七号、四五頁（一九九三年）参照。

(6) 積極的平等施策については大脇雅子「4条」『女子差別撤廃条約注解』尚学社九〇―九五頁（一九九二年）、大脇雅子「平等のセカンドステージへ」『学陽書房一七一―一九二頁（一九九二年）、アメリカの積極的平等施策については、西村裕三「アメリカにおけるアフアーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立大学経済研究叢書（一九八七年）、横田耕一「アメリカの平等雇用―アフアーマティブ・アクション」解放出版社（一九九一年）、拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ―メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして―」『大阪学院大学法学研究』一九巻一・二号、一―四三頁（一九九三年）等参照。

(7) 割当制に肯定的なものは、H. Piarr, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 81ff.; Raash, Frauengquoten und Männerrechte, 1991, S. 119ff.; C. Fuchsloch, NVwZ 1991, 442 (444f.); K. Lange, NJW 1988, 1174 (1176ff.); R. Zuck, MDR, 1988, 459 (460); J. Hofmann, Jus 1988, 249 (257f.); U. Maidowski, Umgekehrte Diskriminierung, 1989, S. 108f. 否定的なものとしては、OVG Münster, NVwZ 1991, 501; Starck, GG I, Art. 3, Rn. 211; W. Schmitt Glaeser, DÖV 1982, 381 (385ff.); M. Sachs, NVwZ 1991, 437 (440ff.); VG Bremen, NJW 1988, 3224 (3226f.); VG Schleswig, NVwZ 1995, 724f.; M. Döring, Frauengquoten und Verfassungsrecht, 1996, S. 183ff.

(8) 斎藤純子、前掲論文注(5)八〇頁、井上亜紀、前掲論文注(5)二一八〇頁参照。しかし、一九九五年のCDUの党大会で、決議を取り入れた規約改正案は否決された。斎藤純子「クォーター制に打撃を与える欧州裁判所先行判決」『ジュリスト』一〇八一号、二頁（一九九五年）。

(9) 井上亜紀、前掲論文注(5)五〇―五一頁、斎藤純子、前掲論文注(5)八〇―八一頁参照。各州の条文については、Dagmar Schiek、前掲書注(5)一〇五―一三六頁参照。

(10) BverfGE 85, 191. の判決については、青柳幸一「女性労働者の夜間労働を禁止する規定の合憲性（ドイツ憲法判例研究（五七））」『自治研究』七三三―七三九頁（一九九七年）、斎藤純子「ドイツ女子の夜業禁止に関する違憲判決と積極的差別是正措置」、『日本労働研究雑誌』一九九三年六月号、四〇―四一頁等参照。

(11) 第二次同権法については、斎藤純子、前掲論文注(5)八二―八五頁、「第二次男女同権法の制定」『日本労働研究雑誌』四一七号、七四―七六頁、広渡、前掲書注(5)二八六―二九四頁、中島通子、前掲論文注(4)五九―六三頁参照。条文については、Dagmar Schiek、前掲書、注(5)八二―一〇四頁参照。

なお、第二次男女同権法という名称は、一九五七年の婚姻関係法の改正を中心とする第一次男女同権法に次ぐものとしてつけられた。

- (12) 基本法改正については、斎藤純子、前掲論文注(5)八一―八二頁、広渡清吾、前掲書注(5)二六五頁、二七九―二八〇頁、審議過程については、BT-Drs. 12/6000 S. 49-51 参照。
- (13) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen (Case C-450/93); [1995] Court of Justice of E.C. Reports of Cases (E.C.R.) I-3051 at 3069-3080; [1996] European Community Cases (CEC) I 208 at 220-223; NJW 1995, 3109 の判決について、斎藤純子、前掲論文注(5)二頁、浅倉むつ子「EU/E.C」『諸外国のアファーマティブ・アクション法制』東京女性財団二二―二五頁（一九九六年）、に紹介がある。
- (14) Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst des Landes Bremen [BrenLGG] vom 20. November 1990, GBl. S. 433. Dagner Schiek, 前掲書注(3) S. 137-146.
- (15) BAG, Beschl. v. 22. 6. 1993-1 AZR 590/92 (Bremen), NJW 1993, 2136. 先行（先決）判決は、E.C.法に関する私人間あるいは私人と構成国との係争において、国内裁判所がE.C.裁判所に先行的に(a)基本条約の解釈、(b)共同体機関による決定の効力及び解釈、(c)理事会決定により設置される機関に関する規定の解釈についての判断を求める制度である。山根裕子「EU/E.C法」(一九九六年)有信堂一四五―一五二頁。
- (16) Barbara Schmidt, Zur Rechtsprechung: Die Kalanke-Entscheidung des EuGH - das Aus für die Quotenregelung? NJW 1996, 1724.
- (17) 斎藤純子、前掲論文注(8)二三頁参照。
- (18) マーストリヒト条約(Treaty on European Union 欧州連合条約)は、前文と七章からなる本文、一七の議定書と三三の宣言によって構成されている。第一章はEUを構成するすべての制度に共通する取り決めで、第二章、第三章、第四章は三つの共同体の条約の改正（それによって、EECはECとなった）、第五章では外交・安全保障の協力を、第六章では司法・内務分野の協力、第七章は最終規定となっている。山根裕子、前掲書注(15)三―五頁参照。
- (19) EUの目的は、持続的で、均衡のとれた社会・経済的進歩の促進、国際社会における欧州連合としての存在の確立、欧州連合の共通市民権の導入などによる構成国国民の利益と権利擁護の強化、司法・内務分野における密接な政府間協力の発展とされる。山根裕子、前掲書注(15)六一―九頁参照。
- (20) E.C.裁判所(Court of Justice of the European Communities)は、パリ条約でE.C.S.C.の主要機関の一つとして設立された。EEC条約一六四条は「裁判所は、この条約の解釈及び適用について、法規の遵守を確保する」とし、争訟手続きを通じ、加盟国への条約や指令の法的拘束力を担保している。E.C.裁判所への訴訟形態には、直接訴訟と、先行訴訟がある。直接訴訟には、取消訴訟、不作為の違法確認訴訟、損害賠償訴訟などがある。先行訴訟は、E.C.法に関する私人間、私人と構成国との係争について、国内裁判所がE.C.裁判所に、基本条約の解釈等の判断を先行的に求める制度である(同一七七条)。
- (21) 山根裕子、前掲書注(15)三―五頁参照。
- (22) 山根裕子、前掲書注(15)一七頁参照。
- (23) Treaty of Rome, Article 119, 1957. Dagner Schiek, 前掲書、注(3)五一―五二頁黒岩谷子、前掲論文注(3)二四―二五頁、浅倉むつ子「男女雇用平等論——イギリスと日本」ドメス出版四一―四二六頁（一九九一年）参照。
- (24) Council Directive of 10 February 1975 on the Approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay

- for men and women (75/117/EEC). 浅倉むつ子、前掲書注(23)四一六頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二三五頁参照。条文は、Dagmar Schiek、前掲書、注(3)五二一五頁等参照。
- (25) 浅倉むつ子、前掲書注(23)四一六頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二五二一六頁参照。条文は、Dagmar Schiek、前掲書、注(3)五五一一五九頁参照。
- (26) Council Directive of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (79/7/EEC). 浅倉むつ子、前掲論文注(13)五頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二六六頁参照。
- (27) 黒岩谷子、前掲論文注(3)二六二七頁、浅倉むつ子、前掲書注(23)四一七頁、前掲論文注(13)一〇一一、一三頁参照。
- (28) Council Directive of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes (86/378/EEC). Council Directive of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood (86/613/EEC).
- (29) Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, Catalogue number CB-57-89-483-EN-C. 浅倉むつ子、前掲論文注(13)六頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二八頁参照。
- (30) 浅倉むつ子、前掲論文注(13)二二一四頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二八二二九頁参照。
- (31) Council Directive of 19 October 1992 on the introduction of measure to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (92/85/EEC); Council Recommendation of 31 March 1992 on Child Care (92/241/EEC); Commission Recommendation of 27 November 1991 on the protection of the dignity of women and men at work (92/c27/04). 浅倉むつ子、前掲論文注(13)六一七頁、黒岩谷子、前掲論文注(3)二九一三〇頁参照。
- (32) Council Recommendation of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women (84/635/EEC). 浅倉むつ子、前掲論文注(13)八一三二頁参照。
- (33) 広渡清吾、前掲書注(5)二六四頁参照。
- (34) 基本法の条文については、前掲書注(1)参照。
- (35) BverfGE 3, 58, 135f.
- (36) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 186 (1995). けれどについてはハッセ著、阿部照哉他訳『西ドイツ憲法綱要』、日本評論社二二四頁(一九八三年)、井上亜紀、前掲論文注(5)参照。
- (37) BverfGE 1, 52.
- (38) BverfGE 3, 225 (240); BverfGE 5, 9 (12); BverfGE 52, 369 (374). ヘッセ、前掲書注(36)二二七頁参照。ドイツだけでなく、合衆国最高裁判所においても生物学的機能的差異を根拠にするアプローチがあった。拙稿「性差別と合衆国最高裁判所——判決の動向と二つのアプローチ」『法学新報』九二巻七・八・九号、三二一七六頁(一九八六年)参照。

- (39) BverfGE 85, 101. の判決については、青柳幸一「女性労働者の夜間労働を禁止する規定の合憲性（ドイツ憲法判例研究（五七））」『自治研究』七三巻九号一四一—二〇頁（一九九七年）、斎藤純子「ドイツ女子の夜業禁止に関する違憲判決と積極的差別是正措置」、『日本労働研究雑誌』一九九三年六月号、四〇—四一頁等参照。
- (40) 経営組織法（BetrVG・一九七二年）七五条一項一文は「使用者及び経営協議会は、その事業所に就労する者がすべての法と公平の原則に従って取り扱われ、特に、その門地、宗教、国籍、血統、政治的または労働組合活動上の立場もしくは性別により差別待遇が行われないよう監視しなければならない」と規定する。中島士元也、前掲論文注（4）一二二頁参照。
- (41) 中島通子、前掲論文注（4）六〇頁、中島士元也、前掲論文注（4）二二—二三四頁、水島郁子、前掲論文注（2）二四—二四四頁参照。
- (42) 斎藤純子、前掲論文注（5）八〇—八一頁、井上重紀、前掲論文注（5）五〇—五二頁。各州の条文については、Dagmar Schiek、前掲書、注（3）一〇五—一三六頁参照。
- (43) 斎藤純子、前掲論文注（5）八五—九二頁参照。
- (44) 第二次同権法については、斎藤純子、前掲論文注（5）八三—八五頁、注（12）七四—七六頁、広渡、前掲書注（5）二八六—二九四頁、中島通子、前掲論文注（4）五九—六三頁参照。条文については、Dagmar Schiek、前掲書、注（3）八二—一〇四頁参照。
- (45) 統一条約三二条「家庭と女性」は、統一ドイツの新しい立法者に、男女の「同権化」のための立法をさらに進めること、「家族と職業の調和」という視点で法律を整備することを要請した。そのため第二次同権法の制定と基本法の改正が行われた。斎藤純子、前掲論文注（5）八一—八二頁、広渡清吾、前掲書注（5）二六五頁、二七九—二八〇頁、審議過程については、BT-Drs. 12/6000 S. 49-51 参照。
- (46) Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen (BremLGG) vom November 1990, GBl. S. 433. Dagmar Schiek、前掲書注（5）一三二—一四六頁参照。
- (47) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen BAG Urt. v.5.3. 1996-1 AZR 590/92 (A), NJW 1996, S. 2529.
- (48) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen (Case C-450/93), E.C.R. [1995] I-3051 [1996] 1 CEC 208 NJW 1995, 3109 at para 2-6; NJW 1996, S. 2529-2530. NJW 1996, Heft 38, S. 2529-2530 を中心に事実をまとめた。浅倉むつ子、前掲論文注（13）二二—二三頁、水谷郁子、前掲論文注（2）二五七—二五八頁に紹介がある。
- (49) プレメーン市役所の職員の男女比率は、男性四九%、女性五一%であった。役職における女性比率は、主任（sub-derical）クラス七五%、係長（derical）クラス五二%、課長（executive）クラス五〇%、管理職（administrative）クラス三〇%である。
- (50) BAG 22. 6. 1993, NZA 1994, S. 77; E.C.R. [1995] I-3051, [1996] 1 CEC 208 at para. 7-14; NJW 1993, 2136; NJW 1995, 3109; NJW 1996, 2530. 水谷郁子、前掲書注（2）二五八頁に紹介がある。
- (51) Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen (Case C-450/93); [1995] E.C.R. I-3051; [1996] CEC 208; NJW 1995, 3109, at para 15-19, 21-24; 浅倉むつ子、前掲書注（13）二三頁、水谷郁子、前掲書注（2）二五八頁に紹介がある。
- (52) EC Commission v. France (Case C-312/86); [1988] E.C.R. 6315, [1990] 2 CEC 757 at para. 15.

- (53) Johnson v. Chief Constable of Royal Ulster Constabulary (Case 222/84) : [1986] ECR 1651 at para. 36 ; Common Market Reporter 14, 304.
- (54) Opinion of Mr. Advocate General Tesaro, [1995] ECR 3051 at3053-3068, CEC 1. 208 at 208-220° 浅倉むこ子、前掲書注(13)131-135頁に紹介がある。EC裁判所は、一五名の裁判官と九名の法務官で構成されている。法務官は、EC裁判所の任務履行を補佐するため、事件に関し、完全な公平、及び独立の立場から、理由を付した法的見解を公に提示することになっている。山根裕子、前掲書注(15)154-155頁参照。
- (55) Council Recommendation of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women (84/635/EEC).
- (56) Agreement on social policy concluded between the member states of the European Community with exception of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland annexed to the Maasticht Treaty with Protocol No. 14.
- (57) Defeme v. SA Beldge de Navigation Aérienne (Sabena) (Defeme III) (Case 149/77) [1978] ECR 1365 at para. 27 ; Common Market Reporter 8500 ; Speybrouck v. European Parliament (Case T-45/90) [1992] ECR II-33. 男女均等待遇の原則及び間接差別禁止の原則は、EEC条約一六四条により保障されなければならない基本権の一部を構成する。
- (58) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, BAG Urteil von 5. 3. 1996, 1 AZR 590/92(A) (Bremen), NJW 1996, S. 2529-2533.
- (59) 人事委員会決定については、シユレーズワイヒ・ホルシュタイン州法の同様の規定について一九九五年五月二四日の連邦憲法裁判所の判決によって重大な疑念が存在するとされた (BVerfGE 93, 37)。
- (60) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 18 December 1979 (34/180). 四条は、次のように規定する。「締約国が男女の事実上の平等を促進することを目的とする暫定的な特別措置を採ることは、この条約に定義する差別と解してはならない。ただし、その結果としていかなる意味においても不平等なまたは別個の基準を維持し続けることとなつてはならず、これらの措置は、機会及び待遇の平等の目的が達成されるときに廃止されなければならない。」「女子差別撤廃条約注解」尚学社一九九二年等参照。
- (61) Regents of the University of California v. Bakke, 483 U.S. 265 (1978). 合衆国裁判所の積極的平等施策に関する判決については、拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に関する二つのアプローチ——メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして」『大阪学院大学法学研究』一九卷一・二号、一四三頁参照 (一九九一年)。
- (62) United Steelworkers of America v. Webster, 443 U.S. 193 (1979)。拙稿注(9)14-15頁参照。
- (63) City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989)。拙稿注(2)18-21頁参照。
- (64) Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987)。拙稿注(61)17-18頁参照。
- (65) Metro Broadcasting Inc. v. F.C.C., 110 S. Ct. 2997 (1990)。拙稿注(9)13-14頁参照。
- (66) Adarand Construction, Inc. v. Pena, 115 S. Ct. 2097 (1995)。この判決については、拙稿「積極的平等施策と合衆国最高裁判所——アタランド判決と積極的平等施策の今後」『法学新報』一〇三卷一・三三〇-三三三頁 (一九九七年) 等参照。
- (67) 拙稿「性差別と合衆国裁判所——判決の動向と二つのアプローチ」『法学新報』九二卷七・八・九号、三一七-六頁 (一九八六年)、参照。
- (68) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen (Case C-450/93) : [1995] E.C.R. I-3051 ; CEC 1 208 at 220-223 ; NJW 1995, 3109. 前掲注(13)参照。

この判決についての評釈には、Barbara Schmidt, Die Kalanke-Entscheidung des EuGH — das Aus für die Quotenregelung?, NJW 1996, 1724 以下がある。
(69) Hans Hofmann, Zur Problematik der Quotenregelungen in den Landesbeamten-gesetzen, NVwZ 1996, S. 424. VG Arnsberg, NVwZ 1995, 725; VG Schleswig, NVwZ 1995, 724; OVG Lüneburg, NVwZ 1996, 497; OVG Münster, NVwZ 1996, 495 がある。連邦憲法裁判所は、今までのこの問題についての憲法判断をしておらず、現在もこの問題における連邦憲法裁判所の判決は、予定されていない。

(70) BAGE 73, 269; NZA 1994, 77; SAE 1995, 242 (248).

(71) 国連開発計画 (UNDP) が出した「人間開発報告書」(一九九六年)の人間開発指標をみると、日本は、人間開発指数(長寿、知識、生活水準)では、三位であるが、ジェンダー開発指数(男女間の達成度の不平等)では二位、ジェンダー・エンパワメント指数(積極的な女性参加)では、三七位になる。総理府編「男女共同参画の現状と施策」平成九年度、三一六頁。

〔追記〕尚、一九九七年一月一日にEC裁判所はドイツのノルトライン・ヴェストファーレン州の女性の地位向上法の昇進に関する割当規定についてEC均等待遇指令に違反しないという判断を下した。同法は過酷条項を含む同一資格を条件とするものであった。(斉藤純子「クォータ制に関する二度目の欧州裁判所判決」『ジュリスト』一一二八号七二頁(一九九八年))この判決については紙面を改めて検討するつもりである。