

カランケ判決以降の女性優遇規定とE C均等待遇指令

——マルシャル判決を中心に——

有 澤 知 子

論文要旨

一九九五年一〇月一七日に、E C裁判所は、カランケ判決で、「E C均等待遇指令二条一項及び四項は、女性が過少な公職分野において、男女の昇進候補者の資格が同一である場合に、女性を自動的に優先する国内法規を排除する」と判示した。カランケ判決が、すべての女性優先規定に及ぶなら、E Uやドイツの積極的平等施策に大きな影響を与えることになる。その翌年、E C委員会はこの判決を是認した上で、その影響を限定する次のような声明を出した。均等待遇原則に違反するのは厳格な割当てであり、女性のための積極的平等施策一般はこの判決の影響を受けるものでない。そして、一九九七年一月一日に、それを受けてE C裁判所は、マルシャル判決で次のように判示した。留保規定により男性候補者に客観的評価がされるなら、女性優先規定は均等待遇指令二条一項及び四項によって排除されない。本稿では、マルシャル判決を中心に女性優遇規定と、E C均等待遇指令について検討する。

目 次

- 一. はじめに
- 二. ドイツの女性優遇規定とカランケ判決
 - (1) ドイツの女性優遇規定
 - (2) カランケ判決
 - (3) カランケ判決以降のE U/E Cの対応
- 三. マルシャル判決
 - (1) 事 実
 - (2) E C裁判所の先行判決
 - (3) ヤコブ法務官の意見
- 四. 女性優遇規定とE C均等待遇指令

一・はじめに

一九九四年は、ドイツが、男女平等の実現に向けて、連邦法を制定し、基本法を改正した飛躍した年であった。まず、六月二四日に統一一条約三二条⁽¹⁾によって義務づけられていた「男女同権のための立法のさらなる展開」と「家庭と職業の調和を促進する法の整備」を実現する連邦法として、「男女同権実現のための法律(第二次男女同権法)⁽²⁾」が制定され、九月一日に施行された。

第二次男女同権法は、「連邦行政及び連邦の裁判所における女性の地位向上並びに家庭と職業の調和の促進のための法律(女性の地位向上法)」「職場におけるセクシュアル・ハラスメントから被用者を保護する法律(被用者保護法)」「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(連邦委員会委員配分法)」という三つの新法の制定と八つの現行法(連邦公務員法、公務員大綱法、ドイツ裁判官法、経営組織法、連邦職員代表法、民法、労働裁判所法、労働法に関するE.C適応法)の改正を内容としている。主に、女性が過少な分野で女性比率を高めることを目的としている。

また、基本法改正案が一九九四年九月七日に連邦議会で、九月二三日に連邦参議院で可決され、三条二項の男女同権条項に「国家は、女性と男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めざして努力する」という二文が付け加えられた⁽³⁾。基本法では、平等原則(一項)だけでなく、男女同権(二項)が規定されているか、さらに事実上の男女平等の実現を国家目標とし、国家の積極的な男女平等実現の責務を規定した意味は大きいと思われる。同改正は一月一五日から施行されている。

前稿で述べたように、ラントにおいては、主に男女同権を積極的に推進する社会民主党(SPD)が政権をとっているラントで、一九八〇年代頃から公職における女性比率を高めるため、女性優先規定をもつ男女平等法や女性促進法が制定されてきた。一九九〇年一月三日のドイツ統一により、現在ドイツには、旧西ドイツの一〇のラント、旧東ドイツの五つのラント及び東西ベルリンが合併したベルリンを含めた一六のラントがあるが、一九九四年二月二三日にシュレスヴィヒ・ホルシュタインの公職における女性平等法、一九九五年七月二五日にラインラント・プファルツの平等法が施行され、男女平等法がないラントは、バイエルンとバーデン・ヴュルテンベルグそしてテューリンゲンだけになった⁽⁴⁾。

ドイツのいくつかのラント（ザールラント、ベルリン、ブレーメン、ハンブルグ、ノルトライン・ヴェストファーレン等）では、公職における女性比率を高めるため、同一職務グループの職において女性が過少な場合には、候補者の資格が同一であることを条件として、採用及び昇進に際して女性に優先権を与えることを規定している。

しかし、一九九〇年代頃から、これらの規定によって不利益を受けた男性候補者が、そのような規定は基本法や連邦法に違反するとして裁判所に訴えを提起するようになった。そのような訴えに対する労働裁判所や行政裁判所の判決はさまざまで、合憲・合法とするものもあれば、違憲・違法とするものもある⁽⁶⁾。連邦憲法裁判所のこのような問題についての判断は未だに示されていない。

このようなラント法の女性優遇規定については、E.C均等待遇指令⁽⁷⁾との適合性も問題とされている。それについてE.C裁判所が初めて、判断を示したのが、一九九五年一月一七日のカラシケ事件に関する先行判決であった⁽⁸⁾。この事件では、ブレーメンの公職における男女平等法の規定⁽⁹⁾がE.C均等待遇指令二条一項及び四項に適合するかどうか問題とされた。E.C裁判所は、「昇進や任命の際に、女性を絶対的かつ無条件に優先する法規は、「均等な機会の促進」を超え、均等待遇指令二条四項の定める限界を逸脱している」として、「均等待遇指令二条一項及び四項は、男女の昇進候補者の資格が同一である場合に、女性が過少な公職の分野において、女性に自動的に優先権を与える国内法規を排除する」という判決を下した。

カラシケ判決が、女性を「絶対的かつ無条件に」優先する規定のみを否定したのか、すべての女性優先規定を許さないのかは明らかではない。もし後者であるとすれば、連邦やラントの女性促進政策を混乱させることになり、ドイツの積極的平等施策に関する通説をも否定するものになるであろう⁽¹²⁾。各ラントの女性大臣は共同声明を発表し、カラシケ判決を批判した。また、欧州議会の女性の権利委員会の議員たちや女性団体も反発を示した。このような解釈の余地をなくすように指令を改正すべきとする意見やローマ条約に女性優遇施策を認める規定をおくべきとする意見も出された⁽¹³⁾。

ポジティブ・アクションを推進してきたE.C委員会は、一九九六年三月二七日に「カラシケ判決の解釈に関するコミュニケ」(COM(96)88)を出し、カラシケ判決を是認した上で、判決の影響を限定する姿勢をとった。すなわち、カラシケ判決によって均等待遇指令違反であるとされたのは厳格な割当制であり、女性のための積極的平等施策一般はこの判決によって影響を受けるものではないとする。また、一九九七年にはアムステルダム条約による改正により、ローマ条約に「職業生活の慣行における男女の完全な平等を確保するため、過少な性に属する者の職業活

動の追求を容易にする又はキャリアにおける不利益を防止しもしくは補償するために、加盟国が特定の便宜を提供する施策を維持し又は採用することを妨げない」というポジティブ・アクションの規定（一四一条四項）が新設された。⁽¹⁴⁾

このEC委員会の考えを受けて下されたのが、一九九七年一月一日にEC裁判所で下されたマルシャル判決である。⁽¹⁵⁾この事件ではノルトライン・ヴェストファーレンの公務員法における女性優先規定とEC均等待遇指令二条一項及び四項の適合性が問題とされた。同規定は、カラシケ事件におけるブレイメン法の規定と異なり、「個々の男性候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されないなら」女性候補者に優先権が与えられるとするものである。EC裁判所は、このような留保規定により男性候補者に客観的な評価がなされるなら、また、このような基準が女性候補者に対する差別とならないものであれば、同規定は均等待遇指令二条一項及び四項によって排除されないとする。⁽¹⁶⁾

このように、ラントの公職における女性優遇規定のEC均等待遇指令二条一項及び四項の適合性について、EC裁判所は、カラシケ判決ではブレイメン法を排除し、マルシャル判決ではノルトライン・ヴェストファーレン法を容認するという正反対の判断を下している。EU及びドイツにおける男女平等実現のための施策やカラシケ判決については前稿で検討したので、本稿ではマルシャル判決を中心に女性優遇規定と均等待遇指令について検討することにする。まずは、ドイツの女性優遇規定を概観し、次にマルシャル判決に影響を及ぼしたと思われるカラシケ判決とそれ以降のECの対応について簡単に触れ、マルシャル判決について検討する。両判決が下される前に法務官の意見が示されているが、カラシケ判決では、ティソーラ法務官の意見が判決に影響を及ぼしたと思われるが、マルシャル判決では、ヤコブ法務官の意見と異なる判決が下されている。最後に、二つの判決や法務官の意見などから、女性優遇規定とEC均等待遇指令について今一度考えてみようと思う。

二. ドイツにおける女性優遇規定とカラシケ判決

(1) ドイツにおける女性優遇規定

女性優遇規定の基本法における根拠条文は三条二項である。三条二項は、男女同権を規定するだけではなく、一九九四年の基本法改正で、「国家は、女性と男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めざして努力する」という二文が付け加えられた。三条二項は、この二文によって明らかにされたように、国家に対する同権命令（行動委託）を含んでいるとされる。⁽¹⁸⁾すなわち、同項は、男女間の「生活

関係の同等をめざし」、「将来に向けて男女同権を実現する」という国家に対する拘束力のある委託を含んでいる。⁽¹⁹⁾ 国家は、それゆえ、特別の施策によって、男女同権を実現するために努力しなければならず、特定の性に属する者が事実上被っている不利益を有効な施策によって撤廃しなければならぬ。⁽²⁰⁾ 男女同権を実現する一番効果的な施策は「割当制」であるが、その憲法上の是非については意見が分かれている。合同憲法委員会は、新しい男女同権規定によっても「いわゆる固定的な割当制による女性の促進は許されない」ことについては意見が一致したと報告しているが、同一資格の場合の女性優遇規定については、合憲、違憲と意見が分かれ、統一的な解釈を示すことができなかった。これについては学説や裁判所においても意見が分かれている。⁽²¹⁾ 連邦憲法裁判所の解釈が待たれるところである。

連邦の公職における女性優遇規定は第二次男女同権法⁽²²⁾の中に規定されている。第二次男女同権法は、前述したように、三つの新法の制定と八つの現行法の改正を内容としている。同法の目的は、(i) 連邦機関の職員及び連邦の委員会の委員の女性比率を高めること、(ii) 職場と家庭の調和を促進すること、(iii) セクシュアル・ハラスメントからの被用者の保護、(iv) 性差別に対する制裁の強化などにあるとされる。

(i) 連邦機関の職員の女性比率を高めるために、女性の地位向上法が制定され、連邦公務員法が改正された。女性の地位向上法は、連邦行政機関、連邦裁判所その他連邦が直接管掌する団体の公職者に適用される。同法は、公務員任用の原則である「適性、能力および専門的業績」(基本法三三条二項)を尊重した上で、女性が過少な領域で女性の比率を高めることを目的とする。そして、その促進手段として、「女性の地位向上計画」と「女性問題担当者」の制度を導入している。連邦のすべての機関は、女性比率を高めるために、目標を設定した人事上、組織上の改善施策や実行計画を含む女性の地位向上のための三年計画の策定とその具体化が義務づけられている。また、職員二〇〇人以上の機関では、女性問題担当者が女性職員の中から選任されなければならない。(職員二〇〇人未満の事業所では、女性職員の意向を代表する信任者が選任される。)女性問題担当者の任務は同法の施行の促進及び監視並びに男女平等問題への協力とされている。女性問題担当者はその事業所の「女性の地位向上計画」の策定に協力し、その実行を監督する。女性問題担当者は、計画違反の施策について事業所の管理者に異議を申し立てることができるが、異議申立による執行停止の効力はない。

また、連邦行政委員会を含む各種委員会への女性参加を増やすために「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(連邦委員会委員配分法)」が作られ、一つのポストに対し男女の候補者の指名が義務づけられた。また、任命機関は男女平等な参加が実現するよう任命しなければならない。

さらに、男女平等の実現を事業所協議会（民間部門）又は職員協議会（公務部門）の任務の一つとするように経営組織法、連邦職員代表法が改正された。選挙管理委員会にも男女の代表が含まれるようにされた。

(ii) 職場と家庭の調和を促進するために、女性の地位向上法の制定、連邦公務員法の改正、公務員大綱法の改正、ドイツ裁判官法の改正がなされた。家庭責任を有する者を対象とし、職場と家庭の調和をより容易にする労働時間の条件を整えることを目的とする。具体的には、労働時間の短縮、パートタイム職の提供、職場復帰の支援、パートタイム職員の常勤職員への優先的任用等が規定されている。

(iii) 「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（被用者保護法）」がE C委員会の一九九一年一月二七日の「職場における女性及び男性の人格的尊厳を保護するための勧告」を履行するために作られた。同法は、民間企業並びに、連邦、州及び地方自治体の被用者、裁判官、兵士、家内労働者を対象とする。使用者及び上司はセクシユアル・ハラスメントを予防し、被用者を保護する義務を負う。セクシユアル・ハラスメントの発生は労働契約上の義務違反（民間企業）、公務上の規律違反（公的機関）となる。被害者には苦情申立てをする権利があり、苦情を申し立てたことによる不利益な取り扱い禁止される。使用者・上司は加害者に対して適切な施策（警告、異動、配置転換、解雇等）を採らなければならない。適切な施策が採られない場合には、被害者は、賃金請求権を失うことなく、職場での仕事を中止することができる。

(iv) 民間企業において、男女同権を実現するために、民法が改正され、性差別に対する制裁が強化された。採用や昇進の際の女性差別を是正するため、民法六一一a条二項が改正され、採用や昇進の際に性に基づき不利益を受けた場合の損害賠償が、信頼利益の賠償から最高三ヶ月の給与相当額になった。しかしながら、この場合に採用や昇進を請求する権利が生じるわけではない。²¹⁾ また、女性が低賃金の職に集中していることを是正するため、民法六一一b条が改正され、男性のみ又は女性のみ募集が禁止された。

ラントにおいては、一九八九年に、ザールラントの女性の促進その他の公務規定の改正に関する法律、ノルトライン・ヴェストファーレンの公職における女性の職務機会促進法が制定され、一九九〇年には、ブレーメンの公職における男女平等法、一九九一年には、ハンブルグの公職における男女平等法、一九九三年には、ベルリンの平等法（一九九五年改正）、ヘッセンの男女平等及び行政における女性差別禁止法、ザクセン・アンハルトの公職における女性の職務促進法、一九九四年には、メクレンブルグ・フォアポメルンの公職における男女平等法、ザクセンの公職における女性の促進と家庭と仕事の調和についての法律、ブランデンブルグの公職における男女同権法、ニーダーザクセンの平等法が制

定され、連邦の第二次男女同権法の制定や基本法の改正以前に、ほとんどのラントで男女平等法や公職における女性促進法が制定されていた。その後、一九九四年一月二三日にシュレスヴィヒ・ホルシュタインの公職における女性平等法、一九九五年六月一日にラインラント・プファルツの平等法が制定され、現在バイエルンとバーデン・ヴュルテンベルグ及びテューリンゲンの三つのラントを除くすべてのラントで、男女平等法や公職における女性優遇法が、制定され、施行されている。⁽²⁵⁾

そして、いくつかのラント（ザールラント、ベルリン、ブレーメン、ハンブルグ、ノルトライン・ヴェストファーレン等）では、公職において女性比率を高めるため、同一職務グループの職において女性が過少な場合には、候補者の資格が同一であることを条件として、採用及び昇進に際して女性に優先権を与えることを規定している。

これらの規定については、不利益を受けた男性候補者が、そのような規定が基本法、連邦法、ラント法、さらにE C法に違反するとして労働裁判所や行政裁判所に訴えを提起している。カランケ事件はブレーメンの公職における女性優遇規定と基本法、連邦法、ラント法及びE C法との適合性を、マルシャル事件はノルトライン・ヴェストファーレンの公務員法における女性優遇規定とE C法との適合性を争ったものである。

(2) カランケ判決

このようなラント法の女性優遇規定とE C均等待遇指令との適合性についてE C裁判所が、初めて判断を示したのが、一九九五年一月七日のカランケ事件に関する先行判決である。⁽²⁶⁾ 女性優遇規定とE C均等待遇指令との適合性の限界を知るためにこの判決は重要なので、前稿で詳細に検討したが、簡単に事件と判決について述べることにする。

一九九〇年一月二〇日に制定されたブレーメンの公職における男女平等法四条二項は、次のように規定していた。「より高い俸給グループの仕事を付与するとき、女性が過少な場合には、女性は、男性候補者と同一の資格を条件として、優先的に考慮される。」そして、当該規定に従って、ブレーメン市造園局で官理職への昇進の際に、男女の職員が候補者になったが、両者が同一資格であるとして、女性職員グリスマンが昇進した。そこで、その際に候補者であった男性職員カランケが当該規定はブレーメン憲法、基本法及び民法六一一条違反であるとして裁判所に訴えを提起した。彼の訴えは、労働裁判所、ラント労働裁判所で棄却され、連邦労働裁判所は、当該規定は厳格な割当制ではなく、能力による割当であり、合憲・合法であるとしたが、E C均等待遇指令との適合性については疑義があるとして、E C裁判所に先行判決を求めた。⁽²⁷⁾

EC裁判所は、まず、EC均等待遇指令の目的、二条一項及び二条四項の意味を明らかにした。均等待遇指令の目的は、一条一項に示されているように、とりわけ、昇進を含む雇用へのアクセスに関して男女の均等待遇の原則を加盟国に実施させようとするものである。二条一項では、均等待遇の原則は「直接的であれ、間接的であれ、性に基づくどのような差別もしてはならない」ことを意味すると規定する。そして、本件は、女性が過少な分野において、女性に自動的に優先権を与えるものであるから、性に基づく差別に関係するとした。しかしながら、二条四項は、「(均等待遇) 指令が、……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、男女の機会均等を促進する施策を講じること
を妨げない」と規定する⁽²⁸⁾。これは、特別にそしてもつばら、外見上差別的であるが、事実上、社会生活の現実に存在する不平等の実際の事例を撤廃又は減少させることを意図した施策を許すことを企図している⁽²⁹⁾。そして、労働市場で競争する能力を改善したり、男性と同じ資格でキャリアを追求するために女性に特別の優先権を与える、昇進を含める雇用へのアクセスに関する国内施策は認められるとする。

ただし、均等待遇指令二条四項は個人の権利を損なうものでもあるから厳格に解釈されなければならない⁽³⁰⁾。
EC裁判所は、「昇進や任命の際に、女性を絶対的かつ無条件に、優先する法規は、『均等な機会の促進』を超え、均等待遇指令二条四項の定める限界を逸脱している⁽³¹⁾」とし、「均等待遇指令二条一項及び四項は、女性が過少な公職の分野において、男女の昇進候補者の資格が同一である場合に、女性に自動的に優先権を与える国内法規を排除する⁽³²⁾」という判決を下した。

カランケ判決は女性を「絶対的かつ無条件に」優先する規定のみを否定したのか、すべての女性優先規定を許さないのかは明らかではない。しかし、EC裁判所のこの先行判決によって、プレーメン法の規定及び同様に作られた他のラント法は、形式的には将来も有効であるが、実質的には適用されなくなるであろう。EU加盟国にとってEU/EC法は国内法に優位するからである。ラントの立法者は当該規定をEU/EC法に違反しないように改正するかも知しくは新規定を制定しなければならず、その際にEC/EU裁判所のガイドラインに方向づけられることになる⁽³³⁾。裁判所もEU法の解釈について、EC裁判所の判決の影響を受けることになる。

(3) カランケ判決以降のEU/ECの対応

ポジティブ・アクションを推進してきたEC委員会は、一九九六年三月二十七日に「カランケ判決の解釈に関するコミュニケ」(COM(96)88)を出し、カランケ判決を是認した上で、その影響を限定する立場をとった。すなわち、カランケ判決によって均等待遇指令違反であるとされた

のは女性を「絶対的かつ無条件に」優先する厳格な割当制であり、女性のための積極的平等施策一般はこの判決によって影響を受けるものではないとする。

また、E.C委員会は、「均等待遇指令を改正する指令案」(COM(96)93)によって、均等待遇指令二条四項にカラシケ判決によって影響を受けない積極的平等施策を認容する文言を追加しようとした。すなわち、女性を「絶対的かつ無条件に」優先する規定ではなく、個人の特有な状況を考慮に入れることができるなら、女性を優遇する施策を、均等待遇指令は容認するとするものである。この指令改正案は、労働社会理事会で議論されたが、賛成する国はわずかしくなく、E.C裁判所の今後の判決や条約改正論議の結果をまつべきとされた。³⁴⁾

一九九七年にはアムステルダム条約による改正により、ローマ条約に「職業生活の慣行における男女の完全な平等を確保するため、過少な性に属する者の職業活動の追求を容易にする又はキャリアにおける不利益を防止しもしくは補償するために、加盟国が特定の便宜を提供する施策を維持し又は採用することを妨げない」というポジティブ・アクションの規定(二四一条四項)が新設された。³⁵⁾

EUは、男女平等の実現のために女性に対する積極的平等施策(ポジティブ・アクション)を推進するという姿勢を変えてはいない。一九九五年七月にE.C委員会が採択した「第四次男女雇用機会均等のための中期共同行動計画(一九九六―二〇〇〇)」は、男女平等の問題をあらゆる政策分野でEU政策の「メインストリーム」とすることを目標としている。E.C委員会は、一九九六年二月二日に「男女の機会均等のあらゆるEUの政策及び行動への統合」というコミュニケを出し、ジェンダーの視点を重視する男女の機会均等の進展を展望している。³⁶⁾

一九九五年の北京での第四回世界女性会議で採択された北京宣言と行動綱領の第四章の「戦略目標と行動」でも、女性の地位向上のために、立法、公共政策、計画・プロジェクトにジェンダーの視点を統合することが示されている。これを実現するものであろう。

一九九七年一月一日には、「性差別事件における挙証責任に関する指令」が出された。同指令四条は、男女の均等待遇原則が適用されないことで不当に扱われていると考えている者が、裁判等において、性差別が存在することが推定される事実を立証すれば、挙証責任が被告側に転換し、被告は違反が存在しなかったことを立証しなければならないとする。また、同指令は、間接差別についても明確にしている。外見上は、中立な条項、基準又は慣行であっても、一方の性の構成員に対し不均等に不利益を与える場合には、それらが適当かつ必要であり、性にかかわりのない客観的な目的によって正当化されない限り、間接差別が存在することになる(二条二項)。³⁷⁾

このようなEU/EUの考え方を確認したのが、E.C裁判所で先行判決が下されたマルシャル判決である。

三三 マルシャル判決⁽³⁸⁾

EC裁判所は、一九九七年一月一日に、女性が過少な公職の分野で、昇進の際に男女の候補者の資格が同一の場合、個々の男性候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されないなら、女性を優遇するというノルトライン・ヴェストファーレン法の規定が均等待遇指令二条一項及び四項によって排除されないという先行判決を下した。

(1) 事 実

一九八一年五月一日のノルトライン・ヴェストファーレンの公務員法⁽³⁹⁾二五段五号二文（一九九五年二月五日改正）は、次のように規定する。「昇進する官庁の分野のキャリア層の一定の上級職で女性が過少なとき、男女の候補者が同一の適性、能力及び専門的業績をもつ場合には、個々の（男性）候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されないなら、女性が昇進について優先される。」

ラントの意見によれば、一般に雇用主は、資格が同一の場合でも、年齢、年功や男性候補者が家族の世帯主か唯一の稼ぎ手であるというような女性に不利な伝統的な昇進基準を適用し、男性を昇進させる傾向にある。そこで、女性候補者に影響を及ぼす不平等な基準を妨げるために、同法は、追加の昇進基準として女性であることを採り入れている。そして、この規定の柔軟性を確保し、行政機関に個々の候補者に特有の理由を考慮する裁量を認めるために、「個々の（男性）候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されないなら」女性の昇進が優先されると規定する。⁽⁴⁰⁾

本件は、一九九四年二月八日に公立総合学校 Schwerte の A12級の教師 ヘルムート・マルシャル (Hellmut Marshall) が A13級（二級中等学校で教える資格をもつ教師）への昇進を求めたが、アーンスベルグ郡当局がその地位に女性候補者を任命すると彼に告げたことから始まった。マルシャルは、職務評価によれば双方の候補者が同一資格であり、A13級において女性が過少であったので、ラント法の右記規定により、女性が昇進され、彼の昇進が拒否されたとして、ゲルセンキルヘン行政裁判所に、昇進命令を求めて訴訟を提起した。

行政裁判所は、マルシャルと女性候補者が同一資格であることを認定し、訴訟の結果は、ラント法の当該規定が均等待遇指令二条一項及び四項に適合するかどうかによると判断した。そして、EC裁判所のカランケ判決に依拠して、当該女性優先規定は均等待遇指令二条一項の差別を

構成し、このような差別は、例外的に男性候補者を優先する可能性があったとしても除去されないとした。また、当該規定が二条四項の例外に当てはまるかどうかも疑問であるとする。関係する職における女性比率のみが考慮され、候補者を客観的に評価する基礎が不当に狭く、当該規定は労働市場で競争する女性の能力や男性と同じ立場でキャリアを追求する女性の能力を改善するための機会の均等を促進する施策でなく、結果を促進する施策を規定しているからである。⁽¹⁾

行政裁判所は、その訴訟を止め、当該規定とE C均等待遇指令二条一項及び四項との適合性について、先行判決を求めて、E C裁判所に本件を付託した。

(2) E C裁判所の先行判決

判決について検討する前に、本件についてE C委員会やノルトライン・ヴェストファーレン及びE U諸国から意見が提出されているので、ここで紹介することにする。

ノルトライン・ヴェストファーレン、スペイン政府、オーストリア政府、フィンランド政府、スウェーデン政府、ノルウェー政府及びE C委員会は、このような女性優遇規定は、女性に対して「絶対的かつ無条件に」優先を保障しているのではなく、均等待遇指令二条四項の範囲内の男女の機会均等を促進するための施策を構成するとする。

また、ノルトライン・ヴェストファーレンは、女性候補者に与えられる優先は、伝統的な昇進基準に代わるものではなく、その差別的な適用を妨げようとするものであると述べた。オーストリア政府も当該規定は職員選抜における差別的な手続を是正するために作られていると考えている。

フィンランド政府、スウェーデン政府及びノルウェー政府は、当該規定は責任ある地位への女性の就任を促進し、ジェンダーに基づき職務階層の下位に女性労働を集中させている労働市場のバランスを是正するとした。フィンランド政府によれば、過去の経験から、女性に対する職業訓練やガイダンスの提供、仕事と家庭責任の分担に影響を及ぼすことに限定した行動は、労働市場の分割を終結させるのに十分でない。

他方、フランス政府とイギリス政府は、当該規定は均等待遇指令二条四項の例外を構成しないと考えている。女性候補者に与えられる優先は、機会の均等を促進することを超え、男女比率の平等をもたらしすことを目指しているので、当該規定にはカランケ判決の理由づけが適用すると述

べた。男性候補者に特有の理由を考慮する留保規定の存在は、当該規定の差別を免除するものではない。留保規定は例外的に適用されるにすぎず、男性候補者に女性候補者に勝るような特有の理由がない通常の場合には何らインパクトがない。また、同規定は一般的で不明確な文言で規定されているので、法的明確性の原則に反する。⁽⁴²⁾

EC裁判所は、均等待遇指令一条一項及び二条一項、四項の規定について説明した後、次のように述べた。カランケ判決で、当裁判所は、女性が過少な分野で、同一資格を持つ男女が関連する地位で昇進を目指す候補者である場合に、女性に自動的に優先が与えられることを規定する国内法規は性に基づく差別に関係すると判示したが、⁽⁴³⁾カランケ事件で問題とされた規定と異なり、本件で問題となっている規定は、男性候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されるなら、女性は昇進において優先されないと趣旨の条項（留保規定）を含んでいる。従って、この国内法規が均等待遇指令二条四項の意味での男女の機会均等を促進するために作られているかどうか検討することが必要である。

二条四項は、外見上差別的であるが、事実上、社会生活の現実において存在する実際の不平等な事例をなくす又は減少させることを意図している施策に権限を与えるために特別に又はもっぱら作られている。それは、労働市場で競争する能力又は男性と同じ立場でキャリアを追求する能力を改善するために、女性を特別に優遇する、昇進を含む雇用への道を開く国内施策に権限を与える。⁽⁴⁴⁾また、女性のためのポジティブ・アクションの促進に関する一九八四年二月三日の勸告（OJ 1984 L 331/34）は、前文において、「個人に権利を与えるために作られた均等待遇に関する現行規定は、政府、関係企業及び他の機関の双方によって、社会的態度、振る舞い及び構造から生じる雇用における女性に害となる効果を妨げるための対応策が採られていないなら、すべての現存する不平等の除去のために不十分である」と規定している。

ラントといくつかの政府が指摘したように、男女の候補者が同一資格であっても、特に労働生活における女性の役割や能力についての偏見やステレオタイプ、また女性がしばしばキャリアを中断する、家事や家庭責任のために労働時間に適応性がない、妊娠、出産及び育児のためにしばしば仕事を休むという懸念についての偏見やステレオタイプのために、男性候補者が優先して昇進される傾向にある。また、同一資格であるという単なる事実が男女の機会が均等であることを意味しない。

昇進の際に、留保規定の適用を条件として、男性候補者と同一の資格をもつ昇進を求めている女性候補者が、女性が過少な分野において優先的に取り扱われると規定する国内法規は、社会的態度や振る舞いによる女性候補者に対する害のある効果を妨げ、現実の社会に存在する不平等の事例を実際に減少させるなら二条四項の範囲内にある。しかし、二条四項は均等待遇指令によって規定された個人の権利を害するので、女性

に対して「絶対的かつ無条件に」優先を保障するものであってはならない。

当該国内法規は、以下のことを条件とするなら、均等待遇指令二条一項及び四項によって排除されない。

- (i) 個々の事件において、当該国内法規が、女性候補者と同一資格の男性候補者に特有なすべての理由を考慮に入れて、その基準の一又は複数が彼に有利に衡量される場合には、男性候補者に女性候補者に優先する客観的評価の主体になる保障を与えること。
- (ii) それらの基準が女性候補者に対して差別となるものであってはならない。⁽⁴⁵⁾

(3) ヤコブ法務官の意見

カランケ判決でテイソーラ法務官が長文の意見を述べたように、マルシャル事件では、一九九七年五月一日にヤコブ法務官が判決の前に長文の意見を述べている。⁽⁴⁷⁾カランケ判決が法務官の意見に沿うものであったので、今回も同様の判決が下されるのでは？と思われるが、マルシャル判決はヤコブ法務官の意見を覆すものであった。今後女性優遇規定と均等待遇指令との適合性を検討する際に参考となるのでヤコブ法務官の意見もここで紹介する。

ヤコブ法務官は、まず、均等待遇指令一条一項、二条、三条一項及び六条の規定を挙げ、次に事実と国内法規について述べている。

ノルトライン・ヴェストファーレンの意見によれば、公務員法の女性優遇規定は、女性が伝統的な二次的基準によって受けている構造的差別を妨げることを意図している。同一資格であっても、男性は女性よりも優先的に昇進がなされる傾向がある。男性は、女性より年長で、勤務期間が長く、(女性の) 少ないキャリアに所属していることや、男性所得者の妻である女性所得者に対するより、扶養者のいる男性所得者に仕事を与える傾向にあるからである。そのため国内法規は、一般にこのような伝統的な二次的基準を克服しなければならないのは女性であるとして、女性であることを付加的な基準として導入している。

しかしながら、その規定は「男性候補者に特有な理由が彼に有利に衡量されないなら」という条件を付している。ラントの意見によれば、立法府は慎重さと十分な柔軟性を確保するために、また、他方当事者に特有な理由のすべてを考慮に入れた行政裁量を認めるため、不正確な法律用語を選択した。しかし、男性候補者に特有な理由が伝統的な二次的基準を含んでいると思われるので、その留保規定自身が差別的で不法であるという疑いも生じる。⁽⁴⁸⁾

次に、それまでのEC裁判所の判例について言及している。まず、EC裁判所は、ポジティブ・アクション又はアフターマティブ・アクションの望ましさについて一般的な判示を求められているのではなく、また、そのように求められることがふさわしくないとする。EC裁判所は、あくまで国内法規とEU/EC法との適合性に焦点を当てるべきであるとする。そして、均等待遇指令二条四項については、ホフマン判決とEC委員会対フランス判決が指針を与えているとする。

ホフマン事件⁽⁴⁹⁾では、出産後の母親の有給休暇の賦与を制限する国内法規と均等待遇指令との適合性が問題となった。EC裁判所は、均等待遇指令二条三項の妊娠及び母性に関する女性保護に依拠したが、デーモン法務官は二条四項を検討し、次のように結論づけた。二条二項から四項までの例外規定は、二条一項によって規定される原則の明確な限界を示している。その調整を考察する際に、共同体の立法府がそれらの例外に付した重要性を明らかにしなければならない。二条四項は、「特に現存する不平等を除去することによって、男女の均等な機会を促進するための」国家の施策に道を開いている。現存する差別に対する補償を目的として、平等の再確認を求めているのであって、平等を侵害することを求めているのではない。除去されなければならない差別があることを前提とするので、その例外は広く解釈されなければならない。

EC委員会対フランス事件⁽⁵⁰⁾では、国内均等法の例外規定と均等待遇指令との適合性が問題となった。その例外規定は、女性に権利を与える雇用契約又は団体協定の差別規定（五九歳以上の女性又はタイピングやコンピュータのような一定の職に従事する女性に対する労働時間の削減、定年年齢の促進、養育のための時間休暇、病気の子の看護休暇、学期の初日の休暇、母の日の時間休暇、養育費の援助、出産休暇の延長等）の禁止を免除するよう規定していた。EC裁判所は、その施策は二条四項の下で正当化されないとして、次のように判示した。二条四項は、「外見上差別的であるが、事実上、社会生活の現実において存在する実際の不平等な事例をなくす又は減少させることを意図している施策に権限を与えるために特別に又はもっぱら作られている。」この例外規定はそのような意図をもつものではない。

そして、カランケ判決に言及している。この判決のEC裁判所の出発点は、女性が過少な分野において、昇進候補者である男女が同一資格の場合に、女性候補者が自動的に優先されると規定した国内法規が、性に基づく差別に関係するという前提である。

均等待遇指令二条四項の下で当該規定が許容されるかどうかについては、EC委員会対フランス事件を引用し、「労働市場での競争力や男性と平等な立場でキャリアを追求する能力を改善するために女性に特別の優先を与える、昇進を含む雇用へのアクセスに関する国内施策は許容される」とした。ポジティブ・アクション勧告にも言及している。しかし、その指令が規定する個人の権利を侵害するので、二条四項は厳格に解

積されなければならないとして、女性に任命又は昇進について「絶対的かつ無条件な」優先を保障する国内法規は、機会の均等を超え、二条四項の例外の限界を逸脱しているとした。ある部署におけるすべての階級とレベルで男女の均等な比率の達成を求めている限りにおいて、二条四項が想定する機会の均等の代わりに、結果の平等を用いている。従って、均等待遇指令は女性が過少な分野で、昇進の男女の候補者が同一資格の場合、女性が自動的に優先される国内法規を排除する。⁽⁵¹⁾

そして、マルシャル事件へのカランケ判決の適用については、次のように述べている。本件で問題となっている国内法規には留保規定があり、女性の昇進の際の自動的な優先を明示していないが、特別に例外的な場合でなければ、女性は、女性であるために優先的に昇進されることになるので、均等待遇の原則に一見して明白に違反している。さらに、均等待遇指令三条一項は、「均等待遇の原則の適用は、どのような分野又は活動領域であれ、すべての仕事もしくは地位へのアクセス又はすべての職務階層レベルへのアクセスについて、選抜基準を含めて条件において、どのような性に基づく差別もしてはならないことを意味する」と規定している。

重要な問題は、本件国内法規が均等待遇指令二条四項の範囲内に入るかどうか、それゆえ均等待遇指令と一致するかどうかである。

フランス政府とイギリス政府は、本件のような留保規定があったとしても、均等待遇指令に違反すると述べた。その法規が機会の均等を促進するより、男女比率の平等（結果の平等）の達成を求めているので、カランケ判決の理由づけが適用するものであるとした。

ノルトライン・ヴェストファーレン、スペイン政府、オーストリア政府、フィンランド政府、スウェーデン政府、ノルウェー政府及びE C委員会、それに反対する意見を述べた。それらは、本件の国内法規の柔軟性は、すなわち留保規定の存在は、カランケ事件判決と区別する十分な理由になると述べた。そして、本件は「絶対的かつ無条件な」優先ではないとした。

ヤコブ法務官は、カランケ判決やその判決についてのテイソーラ法務官の意見を引用して、それが男女の平等な比率の達成を求めている限りで、二条四項の想定する機会の均等に代わって結果の平等を用いているとする。そして、カランケ事件で問題となった規定は、男女の平等な比率を結果的に課すことを求めており、このような均等な機会の促進を超えるいかなる法規も均等待遇指令二条四項の範囲の外にあり、二条一項の均等待遇の原則に反し違法であるとする。本件国内法規は、その留保条件を適用しても、それが女性に優先を与える法規に取って代わり、法規の差別的な性質を代えるものではないし、また、留保規定の範囲が不明確であるとする。⁽⁵²⁾

さらに、二条四項の範囲について次のように述べている。二条四項の文言及び当裁判所の解釈から、同項は機会の均等の促進に関係するもの

であり、均等な比率の達成に関係するものではない。また、加盟国は、男女の機会均等を促進するために、労働市場において女性が直面する特有な障害又は不利益を是正し、それによって労働市場における女性の比率を高めるために作られた外見上差別的な施策を採用する権限を有していることは明白である。比例原則は、その目的の達成に適切かつ必要な施策を要請する。そして、テイソーラ法務官の意見を引用し、二条四項で許容される差別的施策は、「教育ガイダンスや職業訓練のような取り組みによって女性に均等な機会を妨げる障害を取り除くことに向けられなければならない。」とする⁽⁵³⁾。

そして、ヤコブ法務官は、女性に不平等な比率はさまざまな要素の混合の結果であることは疑いのないところであるが、確かに女性の優遇は構成要素の一つを改善する方法であるとはいえるとする。しかしながら、このような政策が望ましいか又は適切かどうかは立法府の裁量の問題であり、当裁判所の判断する問題でない。当裁判所の役割は、現行法の解釈であるとした。

一九九六年にEC委員会が均等待遇指令二条四項の改正案を提案した。現行の規定に「可能な施策には、雇用や昇進へのアクセスに関して、過少な比率の性の構成員に、個々の事件における特別の状況の評価を排除しないことを条件として、優遇を与えることが含まれる」とする二文を加えるというものであった。ヤコブ法務官は、これについてカランケ判決を限定した革新的なものであり、明白性に欠けると批判している⁽⁵⁴⁾。

また、裁判所に出された意見の中にはILOの差別に関する条約、女性差別撤廃条約等に言及しているものもあったが、ヤコブ法務官はそれらの規定があいまいであり、二条四項の解釈の助けにならないとする。そして、二条四項で許容される施策は条約が意図している施策に限られるとする⁽⁵⁵⁾。

ヤコブ法務官は、均等待遇指令二条一項及び四項は、職務グループが関連する上級職の女性が過少な公的分野において、男性候補者の特有の理由が彼に有利に衡量されないなら、男女の候補者の資格（適性、能力及び専門的業績）が同一である場合に、女性を優先するノルトライン・ヴェストファーレンの女性優遇規定を排除する、と結論した。

四、女性優遇規定とEC均等待遇指令

ドイツにおいては、一九九四年に基本法が改正され、三条二項の男女同権条項に「国家は、女性と男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めざして努力する」という二文が付け加えられた。同項は、男女間の「生活関係の同等をめざし」、「将来に向けて男女同権を実現する」国家に対する拘束力のある委託を含んでいる。国家は、特別の施策によって男女同権を実現するために努力しなければならない、特定の性に属する者が事実上被っている不利益を有効な施策によって撤廃しなければならない。

男女同権を実現する一番効果的な施策は割当制であるが、合同憲法委員会においても、固定的な割当制は許されないことでは意見が一致している。しかしながら、同一資格の場合の女性優遇規定については意見が分かれた。学説や裁判所においても意見が分かれている。

また、連邦法としては「男女同権実現のための法律（第二次男女同権法）」が制定され、施行された。同法は、主に、女性が過少な分野で女性比率を高めることを目的としているが、「公行政の多様な課題と柔軟な人事政策に調和しないので、女性促進のための有用な手段ではないとして」割当制を採用しなかった⁽⁵⁶⁾。それに代えて「女性促進計画」と「女性問題担当者」の制度を導入している。

ドイツのラントにおいては、一九八〇年代後半から公職における女性比率を高めるため、女性優先規定をもつ男女平等法や女性促進法が制定されるようになった。一九九四年一月にシュレスウィヒ・ホルシュタインの公職における女性平等法、一九九五年七月にラインラント・プファルツの平等法が施行され、男女平等法がないラントは、バイエルンとバーデン・ヴュルテンベルク及びテューリンゲンの三つのラントだけになった。いくつかのラントでは、公職における女性比率を高めるため、女性が過少な公的分野において、候補者の資格が同一であることを条件として、採用及び昇進に際して女性を優先することを規定している。

しかし、一九九〇年代頃から、これらの規定によって不利益を受けた男性候補者が、そのような規定は割当制を規定したものであり、基本法、連邦法又はラント憲法に違反するとして裁判所に訴えを提起するようになった。このようなラント法の女性優遇規定については、E C均等待遇指令との適合性も問題とされている。ほとんどのラントに何らかの女性優遇規定があるドイツにとって、E C裁判所の先行判決は重要な意味を持つ。E U加盟国にとって、E U/E C法は、国内法に優先するからである。ラントの女性優先規定について、改めて判断を示したのが、一九九五年一月一七日のE C裁判所のカランケ事件に関する先行判決であった。

この事件では、ブレイメンの公職における男女平等法の規定と均等待遇指令二条一項及び四項の適合性が問題とされた。E C裁判所は、「昇進や任命の際に、女性を「絶対的かつ無条件」に優先する法規は、「均等な機会の促進」を超え、均等待遇指令二条四項の定める限界を逸脱している」とし、「均等待遇指令二条一項及び四項は、男女の昇進候補者の資格が同一である場合に、女性が過少な公職の分野において、女性に

自動的に優先権を与える国内法規を排除する」という判決を下した。

ポジティブ・アクションを推進してきたE C委員会は、「カランケ判決の解釈に関するコミュニケ」(COM(96)88)を出し、この判決を是認した上で、その影響を限定する姿勢をとった。すなわち、カランケ判決によって均等待遇指令違反であるとされたのは厳格な割当制であり、女性のための積極的平等施策一般はこの判決によって影響を受けるものではないとする。また、一九九七年にはローマ条約にポジティブ・アクションの規定(一四一条四項)が新設された。

このE C委員会の動きを受けて下されたのが、一九九七年一月一日にE C裁判所で下されたマルシャル判決である。この事件ではノルトライン・ヴェストファーレンの公職における女性優先規定と均等待遇指令二条一項及び四項との適合性が問題とされた。同規定は、カランケ事件におけるブレイメン法の規定と異なり、「個々の男性候補者に特有の理由が彼に有利に衡量されないなら」女性候補者に優先権が与えられると定めているが、E C裁判所は、このような留保規定により男性候補者に客観的な評価がなされるなら、またそれにより男性が優先される可能性があるなら、さらに、このような基準が女性候補者に対する差別とならないものであれば、均等待遇指令二条一項及び四項によって排除されないとする。

このように、ラントの公職における女性優遇規定とE C均等待遇指令二条一項及び四項について、E C裁判所は、結果においては、カランケ判決とマルシャル判決という正反対の判断を下している。マルシャル判決は、何とか積極的平等施策を推進していこうとするカランケ判決後のE C委員会の動きを確認するものであるといえよう。

カランケ判決は、ポジティブ・アクションを推進するE C/E Uやドイツの政策や法規を否定する、時代に逆行する判決であった。見方によれば、それらがこれまで策定してきた積極的平等施策の行き過ぎに対して警告を発するものであったとも言えるかもしれない。確かに、E C裁判所に求められているのは、国内法規の女性優遇規定のE C均等待遇指令との適合性の判断であり、女性優遇規定の妥当性の問題ではない。しかし、テイソーラ法務官やヤコブ法務官が述べたような、従来なされてきた職業訓練やガイダンスの提供、仕事と家庭責任の分担に影響を及ぼすことに限定した男女平等施策は、労働市場の性に基づく分割を終結させるのに十分でないことは明らかである。

それに対して、マルシャル判決が、カランケ判決を限定し、女性が過少な公的分野において、男女の候補者が同一資格の場合に、他方候補者に特有の理由を評価する留保規定があれば、女性優遇規定も容認されるところとした判断は評価できると思う。ただし、留保規定に過度に重点をおく

なら、女性を差別する伝統的な二次的基準を容認することになり、男女平等実現のための女性優遇規定の意味がなくなってしまう。女性差別を容認することにならないように限定的に適用されるべきであろう。女性優遇規定は、責任ある地位への女性の採用や昇進を促進し、ジェンダーに基づき職務階層の下位に女性労働を集中させている労働市場のバランスの是正を助ける男女平等の実現のために不可欠の規定であると思う。

マルシャル判決の中で述べられていたように、男女の候補者が同一資格であっても、現実には労働生活における女性の役割や能力については偏見やステレオタイプ、また女性がキャリアを中断する、家事や家庭責任のために労働時間に適応しない、妊娠、出産及び育児のためにしばしば仕事を休むという偏見やステレオタイプのために、男性候補者が優先して昇進される傾向にある。同一資格であるという単なる事実は機会が均等であることを意味しないのである。現実に女性差別が存在する限り、是正施策が必要であることは均等待遇指令二条四項も認めている。

労働市場における男女平等の実現のためには、確かに偏見やステレオタイプを除去することが必要であるが、意識改革は一朝一夕になし得ない。根強い啓発と女性が役割モデルとなり、能力を発揮し、社会的にその実力を容認されることが必要である。そのためには女性に均等な機会が与えられ、女性が活躍できる場が提供されなければならない。そのためにも女性優遇規定は有効な手段であると思われる。職場における女性比率はさまざまな構成要素の混合であるかもしれないが、反面女性に均等な機会が与えられていない事実を示すものでもある。E U / E C やドイツの連邦及びラントはそれを踏まえて、女性優遇規定を入れた法を制定したり、積極的平等施策を策定し、推進している。

日本では、女子学生の就職難に見られるように、不況になるとなおさら女性に対する不当な雇用差別が当然のように行なわれている。よく言われるのは、意識を変えなければ無理であるということであるが、そのための努力がほとんどなされていない。世界の動きに目を向けて、有用で公正な政策の策定と法の制定が行なわれなければならない。北京での国連世界女性会議で採択された北京宣言や行動綱領もE U / E C をはじめ多くの国ではすぐ具体化しているが、日本では、何ら具体化されていない。憲法は九八条二項で「条約及び確立された国際法規の誠実な遵守」義務を規定する。一八九カ国の全員一致で採択された北京宣言や行動綱領、現在一六〇カ国が批准している女性差別撤廃条約は国際的なコンセンサスである。常任理事国入りを目指し、国際社会でリーダーシップをとろうとするならなおさら、日本は誠実に国際法規を守らなければならないのではないかと思う。

日本の法や意識は欧米より五〇年遅れていると言われるが、E U / E C やドイツはさらに将来を見据えてさまざまな政策や法を展開している。日本でも男女機会均等法の改正はなされたが、効力面や内容面でも十分なものとは言えず、ますます、欧米との格差は拡大すると思われる。男

女平等の実現なくして、男女共同参画社会の実現はありえない。雇用における男女平等の実現は、生活関係の男女平等のために必要であり、女性差別の撤廃や意識改革にもつながる。雇用における女性の優遇は男女平等が実現するまでの暫定的措置として必要であり、有用である。EU/EU やドイツの法や施策は、それを示してくれている。日本でも現実と将来を見据えた政策や法の展開が望まれる。EU/EU やドイツの男女平等の実現のための法や施策、EC裁判所の判決は日本に良いお手本を示してくれているように思える。

注

- (1) Einigungsvertrag: Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. 8. 1990, BGBl II S. 889. 統一条約(「ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国間のドイツの一体性の確立に関する条約」)の翻訳は外国の立法三〇巻四号一三六一一頁(一九九一年)等参照。
- (2) Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Zweites Gleichberechtigungsgesetz) vom 24. 6. 1994, BGBl. I. S. 1406ff. 第二次男女同権法については、広渡清吾「統一ドイツの法変動」二八六―二九四頁、有信堂(一九九六年)、齋藤純子「ドイツにおけるアフターマティ・ブ・アクション立法」外国の立法三三巻四号八二―八五頁(一九九五年)、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——ドイツ男女雇用平等に向けた新たな取り組み——」賃金と社会保障一一四〇号五九―六六頁(一九九四年)等に紹介がある。
- (3) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 3. 11. 94 BGBl. I. S. 3146. この基本法改正によって、三条二項の男女同権の実現に向けた国の責務の規定の他、三項の障害者差別の禁止条項、二〇a条の自然的な生活基盤の保護義務に関する規定など一四か条が改正された。基本法の改正については、広渡清吾、前掲注(2)二七九―二八四頁、中島通子、前掲注(2)五八―五九頁、高田敏・初宿正典「ドイツ憲法集」信山社(一九九四年)追録一―二頁等参照。
- (4) 東西ベルリンの二区はベルリン州を形成した。広渡清吾、前掲注(2)五二頁、高田敏・初宿正典、前掲注(2)二〇八―二〇九頁等参照。
- (5) 各ラントの男女平等法、女性促進法等については、以下の本に載せられている。Schick/Buhr/Dieball/Frische/Klein-Schomfeld/Malzahn/Wanke, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und Länder—Kommentar für die Praxis, Bund-Verlag (1996), 105-236.
- (6) ノルトライン・ヴェストファーレン州の公職における女性の職務機会の促進法の女性優遇規定と憲法及び連邦法との適合性について、ミュンスター行政裁判所はこのような割当制は基本法三条二項及び三項と結びついた三三三条二項及び公務員大綱法に違反するとした(OVG Münster, Beschl. v. 23. 10. 1990, NVwZ 1991, 501)。これについては、井上亜紀「割当制(Quote)と平等原則——ボン基本法下の議論を中心として——」九州法学六七号五二―五六頁(一九九三年)等参照。また、カランケ事件を取り扱った連邦労働裁判所は、州法の規定が能力による割当であり、合憲・合法であるとしたが、EC法との適合性については疑いがあるとして、EC裁判所に事件を付託した(BAG, Beschl. v. 22. 6. 1993-1 AZR 590/92)。
- (7) Council Directive of 9. 2. 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).

- (8) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen (Case C-450/93). [1995] ECR I-3051; [1996] CEC 208. この判決については、拙稿「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——」世界人権問題研究センター研究紀要第三号一〇一七頁(一九九八年)、浅倉むつ子「EU/EC」【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】東京女性財団二二〇二五頁(一九九六年)、濱口桂一郎「E U労働法の形成」日本労働研究機構一九二二一九三頁(一九九八年)等参照。
- (9) Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen [BremLG], GBl. S. 433.
- (10) Kalanke, para. 22 of the judgement.
- (11) Kalanke, para. 24 of the judgement.
- (12) Barbara Schmidt, Zur Rechtsprechung: die Kalanke-Entscheidung des EuGH—das Aus für die Quotenregelung?, NJW 1996, 1724.
- (13) 齋藤純子「クォータ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)、濱口桂一郎、前掲書注(7)、一九三頁等参照。
- (14) 濱口桂一郎、前掲書注(7)、一九四—一九五頁等参照。
- (15) Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen (Case C-409/95) [1998] CEC 152.
- (16) Marshall, para. 35 of the judgement.
- (17) 拙稿「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——」前掲注(7)、一—二九頁等参照。
- (18) BVerfGE 92, 91/109.
- (19) BVerfGE 84, 9/17; BVerfGE 85, 191/207; BVerfGE 89, 276/285.
- (20) Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 4. Auflage, CH, Beck, 1997, 118 Rn55.
- (21) BT-Drs. 12/6000, 50. 広渡清吾、前掲書注(2)、二七九—二八四頁等参照。
- (22) ドイツの割当制については、井上重紀、前掲論文注(3)、四三—九〇頁等参照。
- (23) 第二次男女同権法については、前掲注(2)参照。
- (24) 民法六一—a条と基本法三条二項に関する判決については、拙稿「求職の際の性差別を理由とする差別禁止(民法六一—a条)と男女同権(基本法三条二項)」自治研究七二巻八号二二〇—二二七頁(一九九六年)等参照。
- (25) 各ラントの男女平等法、女性促進法等については、Schiek, 前掲書注(5)参照。
- (26) Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 前掲注(8)参照。
- (27) 事実上のごとく、Kalanke, at paras. 1-11 of the judgement.
- (28) Kalanke, paras. 15-18 of the judgement.
- (29) Kalanke, para. 16 of the judgement. EC Commission v. France (Case 312/86) [1988] ECR 6315; [1990] 2 CEC 757 at para. 15.
- (30) Kalanke, at para. 21 of the judgement. Johnson v. Chief Constable of Royal Ulster Constabulary (Case 222/84) [1986] ECR 1651 at para. 36; Common Market Reporter 14, 304.

- (31) Kalanke, para. 22 of the judgement.
- (32) Kalanke, para. 24 of the judgement.
- (33) Hans Hofmann, o. Fussen, 12, 1996, 424.
- (34) 濱口桂一郎、前掲書注(7)‘一九四〇一九五頁等参照。
- (35) 濱口桂一郎、前掲書注(7)‘一九五頁等参照。
- (36) 濱口桂一郎、前掲書注(7)‘二一〇頁等参照。
- (37) 濱口桂一郎、前掲書注(7)‘一九六―二〇一頁等参照。
- (38) Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen, 前掲注(15)参照。
- (39) Beamtenengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen of 1. 5. 1981, GVNW S. 234.
- (40) Marshall, paras. 4-5 of the judgement.
- (41) Marshall, paras. 6-13 of the judgement.
- (42) Marshall, paras. 14-20 of the judgement.
- (43) Kalanke, para. 16 of the judgement.
- (44) Kalanke, paras. 18-19 of the judgement. EC Commission v. France (Case 312/86 [1988] ECR 6315; [1990] 2 CEC 757 at para. 15.
- (45) Marshall, paras. 21-35 of the judgement.
- (46) Kalanke, the opinion of Mr. Advocate General Tesouro (6 April 1995), [1996] CEC 209-220.
- (47) Marshall, the opinion of Mr. Advocate General Jacobs, [1998] CEC 154-166.
- (48) Marshall, paras. 2-10 of the opinion.
- (49) Hofmann v. Barner Esatzkasse (Case 184/83) [1984] ECR 3047.
- (50) EC Commission v. France (Case 312/86) [1988] ECR 6315; [1990] 2 CEC 757.
- (51) Marshall, paras. 11-22 of the opinion.
- (52) Marshall, paras. 23-39 of the opinion.
- (53) Marshall, paras. 40-45 of the opinion.
- (54) Marshall, paras. 46-50 of the opinion.
- (55) Marshall, paras. 51-57 of the opinion.
- (56) 広渡清吾、前掲書注(5)‘二八七頁等参照。