

平成29年度がんサバイバーシップ研究助成金（一般研究課題）

研 究 報 告 書
(年 間)

平成 30年 8月 31日

公益財団法人 がん研究振興財団

理事長 堀 田 知 光 殿

研究施設 早稲田大学大学院法学研究科

住 所 東京都新宿区西早稲田 1-6-1

研究者氏名 山 邊 恵 里



(研究課題)

「がん患者が直面する治療と就労両立の困難の克服を課題とする法的検討」

平成29年7月28日付助成金交付のあった標記研究課題について研究が終了致しましたのでご報告いたします。

「がん患者が直面する治療と就労両立の困難の克服を課題とする法的検討」

山邊恵里

I はじめに

がんは、国民の2人に1人が罹患する¹といわれ、わが国の死因第1位²となっている、きわめて身近な疾患である。すべての世代で、毎年約80万人が新たにがんを罹患している³が、15歳から64歳までの就労世代においても、その数は少なくない。平成22年に行われた「仕事をもちながら悪性新生物で通院している者に関する調査⁴」では、わが国でがんの治療をしながら働く者は、調査時点において、男性で14.4万人、女性で18.1万人の、計32.5万人いることが判明した。がんの罹患は、男性では45歳頃から、女性では35歳頃から増え始める⁵ため、就労世代のがん患者にとって、生活の経済的基盤である就労問題は、治療と並行して生じる懸念であるといえよう。そして、がん患者の労働に関する調査⁶では、がん診断時に就労していた者で同じ部署に継続して勤務できた者は55%であるのに対し、24%が退職、13%が同じ職場の別部署へ異動した事が明らかになっている。がんを診断された後に雇用の喪失や労働条件の不利益変更が生じる原因には、治療への専念の他、手術・抗がん剤等による副作用や機能障害・体力低下を原因とする継続就労の困難性、職場での居心地の悪さ、周囲に迷惑がかかる事への労働者本人の遠慮、といった理由がある⁷。医療の進歩により、死の病という側面の完全否定はできないとしても、がんは今や治療によって克服可能である事は、より広く認識されるようになってきており、たとえ再発や転移の可能性はあっても、手術、化学療法、放射線療法という三大療法を経た後の経過観察期間中には、就労が可能となるまでに健康状態が回復する労働者が増えているのも事実である。がんを罹った労働者は、治療により病を克服し、また元通りの就労ができるのである。だ

¹ 全国健康保険協会ホームページ <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g4/cat450/sb4502/p024> 平成30年4月4日最終確認。

² 厚生労働省健康局「政策レポート がん対策について」www.mhlw.go.jp/seisaku/24.html 平成30年1月4日最終確認。

³ 小倉俊一郎「アミノレブリン酸投与後のポルフィリンを用いたがん検診システムの開発」東京工業大学産学連携推進本部 www.sangaku.titech.ac.jp/document/researchers/201503-b.html 平成29年12月1日最終確認。

⁴ 厚生労働省「がん患者の就労や就労支援に関する現状」

<http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-10901000-1-Kenkoukyoku-Soumuka/0000037517.pdf> 平成29年12月1日最終確認。

⁵ 国立研究開発法人国立がん研究センターがん対策センター がん情報サービス「最新がん統計 3 がん罹患 4 がん罹患率～年齢による変化」平成29年4月22日付け ganjyoho.jp/reg-stat/statistics/stat/summary.html,平成30年1月3日最終確認。

⁶ 高橋 都「がん患者の就労支援－わが国の現状と課題」公衆衛生 77号(2013年) 987頁。

⁷ 東京都「がん患者の就労等に関する実態調査の結果(概要)」(2014年)

www.metro.tokyo.jp/INET/CHOUSA/2014/05/60o5r100.pdf,平成29年12月30日最終確認。

が、この病は回復まで時間がかかるため、その長い間に生じる受診行為や体調不良等の影響により、がん患者が労働契約上不利な立場に追い込まれる事態が生じる事は、今は社会的にも認識され、対策が講じられつつある。

「平成 28 年改正がん対策基本法」では、がん患者が尊厳を保持しつつ安心して暮らすことのできる社会の構築を目指すこと（第 2 条 4 項）や、保健、福祉、雇用、教育その他の関連施策との有機的な連携に配慮しつつ、がん対策が総合的に実施されること（同条 6 項）といった基本理念が掲げられた。また、がん患者の雇用の継続等を目的とする、事業主の責務（第 8 条）や国・地方公共団体の事業主に対する取組みについての規定（20 条）も定められた。たしかに、基本理念の幅が広がり、治療以外の雇用という新たな側面にも目が向けられるようになったといえよう。しかし、この法律における事業主の責務は努力義務であるし、行政の取組みは啓発活動や施策にとどまるも。つまり、がん患者が継続就業のための配慮を受けられるかどうかはその企業次第であり、また、行政の取組みも自治体によって異なるため、法制度的な課題は、未だ残っていると見えよう。

そこで本稿では、まず、罹患後も働き続ける労働者である「がん就労者⁸」と取り巻く現状を概観する。次いで両立のために重要と思われる法的制度としての病気休暇制度の必要性を論じ、最後に、多様な状況にあるがん就労者の柔軟な働き方を支える法的な課題について検討する。

II がん就労者を取り巻く現状

1 検討の視点

(1) 治療と就労両立の障害要因

国立がん研究センターがん対策情報センターが実施した「がんに対する意識調査⁹」によれば、職場でのがんへの取組みの有無につき、回答者の 90%以上が「職場で何らかの取組みあり」と回答したのに対し、小企業の「制度なし・非認知」は 14.3%であり、小企業で取組みがない割合は、大企業のおよそ 4 倍となっている。これは、改正がん対策基本法で新たに定められた「がん患者の雇用の継続等に配慮するとともに、がん対策に協力する」事業主の責務が努力義務であるために、がん対策を企業として講じるかどうか、さらには企業によるがん対策がどのような内容になるのかについても、各企業の裁量次第であること、また、企業規模の違いによって取組みの有無に差があることにつき、わが国における

⁸ 高橋 都「がん治療と就労の両立のために 施策と支援の方向性」労働の科学 69 巻 6 号（2014 年）4 頁。

⁹ がんと就労白書（国立研究開発法人国立がん研究センター編、2018 年）52 頁。

大企業に属する従業員の割合が企業全体のわずか0.3%にすぎず、それ以外の中小企業の従業員の割合が99.7%であること¹⁰を考慮すると、企業のがん就労者に対する支援を受けられるかどうかは、その従業員が所属する企業の規模や方針に左右されるといえよう。

さらに言えば、企業の支援を受ける事が出来るのは、正規雇用された労働者、すなわち正社員を中心とした直接雇用の労働者に限られることが多く、派遣労働者のような間接雇用や、直接雇用であってもパートといった非正規雇用の労働者にまで、企業の手厚い支援が及ぶかは必ずしも補償されないことが多い。加えて、女性労働者に占める非正規労働者の割合は約55%であり、非正規雇用のうち女性労働者の割合が約70%という現状¹¹を踏まえると、乳がんや子宮がんといった女性特有のがんに罹患した女性労働者が支援を受けられることなく雇用を失う可能性は、男性と比較して高くなるおそれがある。これは、労働の場におけるジェンダー格差が、がん罹患という生命にかかわる重大な局面においても影響を及ぼしている結果といえよう。形式的にみれば、これは雇用形態の違いにすぎないかもしれない。しかし、その違いが、がん罹患の局面で、多くの女性労働者が正規雇用でないために会社による支援を受けられず、雇用契約の終了や自主的な辞職に追い込まれるといった不利益を生じさせるおそれがあることに留意する必要がある。また、こうした状況は、会社の支援を受けてがんの治療と就労の両立を目指すことが、男女の別なく、また、正規雇用・非正規雇用に関係なく、すべての労働者にとって可能というわけではないことを意味することの認識も重要である。

「がんと就労」に関する勤務先での障害要因は何か¹²、についての労働者側の回答は、その上位順にみると、1位「代わりに仕事をする人がいない、またはいても頼みにくいから」の25.5%から始まり、2位「職場が休むことを許してくれるかわからないから」が22.2%、3位「休むと申し訳ない気がするから」が12.7%、4位「休むと収入が減ってしまうから」が9.0%、5位「がんの治療・検査と仕事の4領率が体力的に困難だから」が8.5%、6位「休むと職場での評価が下がるから」が7.1%、7位「検査と仕事の両立が精神的に困難だから」が2.4%、8位「その他」が9.4%となっている。これら障害要因として挙げられた8つの理由のうち、「その他」を除く7つの具体的な理由は、端的に言えば「休み」に関する問題である。したがって、この調査結果からは、がんの治療と就労の両立にとっては、治療のために仕事を休めるのかどうかという、「休み」の問題が大きな障害であることが判明したといえる。

¹⁰ 中小企業庁「2017年版中小企業白書 概要」（中小企業庁調査室、2017年）1頁
http://www.chusho.meti.go.jp/pamflet/hakusyo/H29/PDF/h29_pdf_mokujityuuGaiyou.pdf
平成30年3月2日に最終確認。

¹¹ 「労働力調査（詳細集計）平成29年（2017年）平均（速報）」総務省統計局（2018年2月）
<http://www.stat.go.jp/data/roudou/sokuhou/nen/dt/pdg/ondex1.pdf> 平成30年3月15日に最終確認。

¹² 前掲注9)。

(2) がんの多様性

がんは、あらゆる臓器に発生する点において、また患者ごとに症状や治療方法が異なる点において、多様性のある疾患といわれている。しかし、病名診断の直後から患者が経験する時間軸は大体において共通し、3つの特徴ある期間を辿り、がん宣告を受けた時から3つの時期に区分できるとされる¹³。そして、がんの治療と就労の両立にとって重要な時期を、本稿では、がんと診断された患者が最初に経験する時期として第1段階の「集中治療時期」、第2段階の「経過観察時期」と表記することにしたい。「集中治療期間」とは、がんの診断を受け、いわゆる三大療法と呼ばれる手術・薬物療法・放射線療法等のがんの治療に必要な医学的手段を、医療機関から施される時期である。がんを治療する場合、手術は入院中に行われるが、抗がん剤を使用する薬物療法、放射線療法は通院による実施が増加してきている。この期間は、がんと診断された後に始まる混乱と侵襲的な治療の時期¹⁴であり、患者はがん告知時には急性反応と呼ばれる独特な心理状態に陥る¹⁵ため、メンタルケアが必要な場合も多いとされる。

「経過観察時期」は、第1段階の集中治療を終了し、再発予防・転移の早期発見の為に経過観察を行う時期である。必要があれば投薬等をする場合もあるが、集中治療時期に行われた様々な治療は一段落し、医療機関への通院頻度と医療者との接点が減る時期である。定期的な通院は必要だが、この時期は罹患前の仕事をほぼ元通りに遂行できることが多い。しかし、がん治療による身体・心理的な疲労が残っている為、時には不定期に起こる体調不良等により、従前の就労が困難になる場合もある。したがって、がん就労者にとってこの時期を無事に乗り越えて就労を続ける事は、集中治療期間と並んで、もうひとつの大きな山場であるといえるだろう。

以上のように、がんは、確定診断を受ける前から、本人が主治医からがん宣告を受ける前後、抗がん剤や手術、放射線治療といった集中的な治療を要する時期、その後の経過観察の期間など、様々な状況が、ある程度の長い期間にわたり続けて押し寄せるといった特徴を有している。このように、ひとりの患者にとっても、がんは多様な側面をもつ病気であるといえるから、がん就労者にとっては、その治療とともに同時並行的に存在する仕事への支援は、定型的・一律的ではなく、その多様性にあった取組みをする必要があると考えられる。

¹³ この3区分は、本来、医学上のものである。ここで示した3つの時期は、医学上それぞれ「急性生存期」、「延長生存期」、「恒常生存期」と呼称されるようである。急性生存期は本稿での集中治療時期に、延長生存期は経過観察時期にそれぞれ該当する。恒常生存期とは、第2段階の延長生存期を過ぎ、経過観察も不要となって再発や転移のおそれがきわめて低くなった時期であり、患者によってはがんが根治したと考えられる時期である。以上、金容壺「職場でがんを乗り越える がん治療後の就労支援」労働の科学 69巻6号(2014年)19頁-20頁。

¹⁴ 金容壺「職場でがんを乗り越える がん治療後の就労支援」労働の科学 69巻6号(2014年)19頁-20頁。

¹⁵ 前掲注14)。

2 これまでの取組み

(1) がん対策基本法の沿革

平成 18 年制定の「がん対策基本法」は、「がん対策の一層の充実を図る（1 条）」ために、がん研究の向上・発展、受診の地域格差の解消、医療体制の整備等、がん治療を充実させることを目的としていた。したがって、がん患者の労働問題に関する規定は存在しなかった。しかしその後、同法に基づき国が策定した「がん対策推進基本計画¹⁶（平成 24 年 6 月閣議決定）」で見直しが行われ、その中で重点的に取り組むべき課題¹⁷として、「働く世代や小児へのがん対策の充実」が挙げられた。そして、「就労に関するニーズや課題を明らかにした上で、職場における理解の促進、相談支援体制の充実を通じて、がんになっても安心して働き暮らせる社会の構築」を目指すとして、がん患者の就労を含めた社会的な問題についても、行政が対応する旨が明示された。すなわち、当初のがん治療に対する取り組みに加え、就労に関する問題も、ようやく国の視野に入ってきたのである。

こうして取り組むべき施策として、「働くことが可能かつ働く意欲のあるがん患者が働けるよう、医療従事者、産業医、事業者等との情報共有や連携の下、プライバシー保護にも配慮しつつ、治療と職業生活の両立を支援するための仕組みについて検討し、検討結果に基づき試行的取組を実施する」こと、「事業者は、がん患者が働きながら治療や療養できる環境の整備、さらに家族ががんになった場合でも働き続けられるような配慮に努めることが望ましく、「職場や採用選考時にかん患者・経験者が差別をうけることのないよう十分に留意する必要がある」ことがあげられた。この計画では、就労の意欲と能力のあるがん患者の為に治療と就労の両立支援を模索することと、その実現の為に事業者による配慮の必要性が、政府によって確認された。

その後の「平成 28 年改正がん対策基本法」では、がん患者が尊厳を保持しつつ安心して暮らすことのできる社会の構築を目指すこと（第 2 条 4 項）や、保健、福祉、雇用、教育その他の関連施策との有機的な連携に配慮しつつ、がん対策が総合的に実施されること（同条 6 項）といった基本理念が掲げられた。さらに、がん患者の雇用の継続等を目的とする、事業主の責務（第 8 条）や国・地方公共団体の事業主に対する取組みについての規定（20 条）も定められた。たしかに、この改正法は、基本理念の幅が拡大され、治療以外の雇用という新たな側面にも目が向けられるようになり、がんサバイバーの生活にさらに寄り添う内容になった。しかしながら、それでも事業主の責務は努力義務であり、行政の取組みも啓発活動や施策にとどまるものである。つまり、がん患者が継続就業のための配慮を受けられるかどうかはその企業次第であり、また、行政の取組みも、都道府県や市町村といった各自治体によってなされるために一律ではなく、法制度的な課題は未だ残っていると

¹⁶ 厚生労働省・前掲注 4)。

¹⁷ 重点課題は全部で 4 つ挙げられている。本稿であげたものの他、1.放射線療法、化学療法、手術療法の更なる充実とこれらを専門的に行う医療従事者の育成、2.がんと診断された時からの緩和ケアの推進、3.がん登録の推進、がある。以上、厚生労働省・前掲注 4)。

いえよう。

ところで、がん対策基本法を実現した支援例としては、ハローワーク及び労働局による「長期にわたる治療等が必要な疾病を持つ求職者に対する就職支援モデル事業の実施¹⁸」の計画、がん診察連携拠点病院等の最寄りのハローワークでの個々のがん患者等の希望や治療状況等を踏まえた職業相談、職業紹介、本人の希望する労働条件に応じた求人の開拓等がある。また、労働局による支援には、がん就労者に対する解雇等の相談に応じる事を目的とした、がん診療連携拠点病院内への就労の専門家による相談支援センターの設置がある。さらに、業者に対する社会保険労務士、産業カウンセラー、キャリアコンサルタントなど就労の専門家による勤務時間短縮等の配慮や柔軟な配置転換等の対応の要請、がん就労可能者に対する解雇等の不当な差別への対応等の実施といった事業も行われている。しかし、ここに挙げたがん対策推進基本計画に基づく各種支援事業は、採用段階や解雇後の相談、あるいは、就労継続中であってもがん就労者の相談に応じるものであり、治療と就労の両立を支援する直接的な内容ではない点で、がん就労者にとって十分ではないといえるであろう。

(2) 企業による取組み

ここで参考までに、ある企業¹⁹における支援体制について確認する。

その企業は、がんは一定期間の集中した治療とその後の入念な長期フォローが求められるものであるとして、がんになった社員安心して働き続けられる環境を用意しているとのことである。具体的には、治療をサポートする体制の強化、がんに関心した本人を取り巻く周囲による支援体制の構築、配置転換をせずに現在の職場を最前の居場所として治療と就労の両立を実現可能にする環境の整備などがある。

別の企業²⁰では、がんを対象とした治療休暇制度の設置がされている。これは、毎月2日まで取得することが可能な特別休暇で、有給休暇扱いとなり、治療の状況に応じて半日単位でも取得可能とした点で柔軟性のある休暇制度である。この企業ががんに限定した休暇制度を設計した理由は、がんの再発防止の為に放射線治療や抗がん剤治療の継続が必要となる場所、就業規則上は年次有給休暇の消化しか休む方法が無く、それを使い切った後は、治療の為に欠勤を理由に賃金を減額しなくてはならない状況が発生するので、それを解消する為ということであった。また、時差出勤や職場の配置転換、メンタルヘルス対

¹⁸ 厚生労働省職業安定局首席職業指導官室「がん患者等に対する就職支援モデル事業」
<http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-10901000-Kenkoukyoku-Soumuka/0000037517.pdf>,
平成29年12月27日最終確認。

¹⁹ 伊藤忠商事株式会社ホームページ

https://www.itochu.co.jp/ja/news/press/2017/1194491_1672.html 平成30年4月26日最終確認。

²⁰ ティーパック株式会社、東京都福祉衛生局「がん患者の治療と仕事の両立への優良な取組を行う企業表彰事例紹介集 平成26年度」

http://www.fukushihoiken.metro.tokyo.jp/iryo_hoken_portal/ryoritsu/kigyoubosyu.files?150422honpen.pdf, 平成30年1月7日最終確認。

策も導入して、就労とがん治療の両立を支援している。こうした制度の運用にあたっては、がん罹患の事実を職場に情報開示する必要があるが、本人の希望に応じて一部管理職のみに情報を留めることも認めるという配慮を行っているそうである。

これら企業の取組みは、いずれも国や自治体の取組みと比較して、現実の要請に対応した具体的で柔軟な内容であるといえよう。ただ、このような制度がない企業もあるため、企業による自主的な取組みについては、企業間格差が生じる点が問題であろう。

(3) 小括

がん就労者の治療と就労両立を困難にする問題としては、上述したように、治療の必要性や体調管理のための確実な時間の確保ができるかが大きな障害であることがわかった。その障害を取り除くには、企業規模や労働形態にかかわらず、すべての労働者のための支援が必要であり、そのために、法的制度の構築が実効性を持つであろう。具体的には、調査で明らかにされたように、がん就労者が必要な時に取得可能な休みの制度を整備することが重要であり、その内容は柔軟性のあるものでなければならない。

III 法定病気休暇

1 検討の視点

労働者が業務上負傷したり疾病や障害を負ったり死亡することを業務災害（労働災害補償保険法、以下「労災保険法」。7条1項1号）という。これに対し、業務以外の場面での負傷や疾病を「私傷病」といい、私傷病の問題を抱える労働者を「私傷病労働者」という。がん罹患した労働者も、その罹患が業務に起因するものでない限り、私傷病労働者にあたる。したがって、がん就労者の治療と就労の両立という問題は、労働法によると私傷病労働者の問題になる。

労働者が病気や負傷をして、それが業務災害による場合、法により休業補償が与えられる（労災法14条1項、同22の2条1項2項）。しかし、私傷病を理由とするそのような法定の補償はなく、これがわが国の法定休暇制度の大きな欠如点である²¹との指摘が従来からなされている。法定の病気休暇の必要性は、仕事をしながら治療を受ける必要があるがん就労者にとっても、きわめて重要な労働法上の課題であるといえよう。

では、なぜ、法定の病気休暇が、がん就労者にとって必要なのだろうか。前出のがんに

²¹ 野田進「「休暇」概念の法的意義と休暇政策－「休暇として」休むということ」日本労働研究雑誌 625号（2012年）26頁。

対する意識調査²²でも示されたように、それは、がんの治療と仕事の両立にとっての大きな障害要因のひとつが職場でがんの治療をするための時間の確保、すなわち療養目的の休暇の取得にためらいを覚えたり実際に困難であったりするからである。たしかに、多くの企業では従業員が何らかの病気や怪我をした場合に備えて傷病休職制度が設けられている。しかし、それでもがん就労者にとっての仕事との両立に休みの問題が障害として立ちほだかるということは、現行の制度に事実上何らかの問題が潜んでいるからと考えられる。そこで本章では、がん就労者との関係で、現在企業で設けられている一般的な傷病休職制度の問題点に触れ、その法的課題についての検討を試みる。

なお、「休み」の制度に関しては、休暇、休業、休職といった異なる言葉がある。これらは法的にも異なる位置づけを与えられていると一般には理解されていると言われているが、実定法上その区別はそれほど明確ではない²³ことから、本稿では共通の概念で捉えることとするが、従来企業で行われてきた制度を「傷病休職制度」、本章で検討する法定の制度を「法定休暇制度」とする。

2 傷病休職制度

(1) 権利性

企業が一般的に設定している傷病休職制度は、各企業によってその企業内での規律を定める就業規則等によって規定される。この制度の利用には、通常、企業側から、すなわち使用者からの休職命令の発令が必要である。よって、労働者が傷病休職制度を利用するにあたって使用者の休職命令がないまま労働者の申し出だけで休んだ場合、使用者の事後的な追認が無い限り、当該労働者が傷病休職を利用しているとは判断されない。

たしかに、使用者が負う安全配慮義務によって、労働者の休職の求めがある場合、通常使用者がそれを拒むことはないだろう。しかし、傷病休職制度は、その利用が、私傷病労働者の自身の生命や健康を守る場合であるにも関わらず、使用者の命令によるものと一般に規定されており、労働者の権利性が弱い制度といえるであろう。これが、この制度の問題点のひとつである。

労働契約は、労働者という生身の人間による労務提供とそれに対する使用者の報酬支払を内容とする契約であり、通常、その契約は長期的な継続性を有するものである。そして、そのような継続的契約の締結期間中に労働者が病気や負傷をすることは、十分に想定され得る事態であるから、それに備える法的制度の構築は必要なことであろう。

労働者の生命と健康は、使用者の命令の有無に左右される性質のものではないということが、十分に認識され、その実現をはかるべきである。このように考えると、その利用にあたって使用者側による判断の影響を受ける傷病休職制度ではなく、労働者が病気や負傷

²² 前掲注 9)。

²³ 野田進『「休暇」労働法の研究－雇用変動のなかの休暇・休業・休職』（日本評論社、1999年）5頁－6頁。

をした場合に自己の権利としての利用が可能となる法定の病気休暇制度は、確定診断直後から集中的な治療と向き合いながらも仕事との両立を目指すがん就労者にとって、特に意義を有するもの考えられる。

(2) 柔軟性

傷病休職制度は、一般に、数か月、半年、一年とある程度連続して休職することが多い。したがって、通常、治療のため必要に応じて細切れに休むことまでは規定されていない。これは、傷病休職制度が、労働者の負傷や病気による労務提供不能の場合に「通常であれば労務の不提供によって契約を維持しえず、解雇すべき場合に、一定期間を限って労働契約の終了を猶予し、…休職事由が消滅しないままに休職期間を経過した場合に、はじめて労働契約を終了させようとするもの²⁴」で、その休職期間は解雇猶予期間としての意味を有すると解されている²⁵制度であるために、一日や数日といった短いものではなく、一定程度継続した期間を休職として設けられているものと考えられる。

他方、一日あるいは半日や時間単位で取得できるものに年次有給休暇がある。これを利用することは、例えば化学療法を受けるために金曜日の午後だけ会社を休む必要がある場合に便利である。しかし、年次有給休暇はその取得日数に限度があるため、それをすべて消化した後も引き続き会社を休む場合は欠勤扱いとなってしまうが、これは本人の評価等にマイナスに影響する可能性がある。また、そうした事態は自主的な退職へと追い込まれる要因のひとつにもなり得る。したがって、長期にわたって多くの休みを必要とする働者にとって、年次有給休暇の消化を気にせずに休める点で、傷病休職制度はメリットのある制度といえる。しかし前述のとおり、繰り返しの短期的な制度利用は出来ないことが多い。現在のがん治療は、長期的に入院して治療を受けるのではなく、通院によるものが増加してきている²⁶。そして、がん就労者が治療と就労の両立にとって障害と感じているのは、治療のための休みの取得や周囲との関係も含めた労働時間の調整などが難しいという理由が多かった²⁷ことに鑑みると、がん就労者については、企業に傷病休職制度があってもその利用が容易ではないことがうかがえる。これは、一定程度継続した休職を内容とする傷病休職制度の制度設計が、現在のがん就労者が受ける治療や必要としている休み方に適合していないことを表していると考えられる。

したがって、これまでのものとは異なる新たな病気休暇の制度設計が求められているといえよう。

ここで、参考のためにアメリカの育児介護療養休暇法（Family and Medical Leave Act、以下、「FMLA」という。）の概要を紹介したい。

²⁴ 萩沢清彦「休職制度」『経営法学全集：人事』（ダイヤモンド社、1966年）212頁以下。

²⁵ 小宮文人『雇用終了の法理』（信山社、2010年）178頁、水島郁子「傷病休職をめぐる法的課題」日本労働研究雑誌 695号（2017年）20頁。

²⁶ 厚生労働省「患者調査の概況」（厚生労働省、2014年）厚生労働省ホームページ www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/kanja/14/index.html 平成30年4月5日最終確認。

²⁷ 前掲注9）。

FMLA は、従業員に対し毎年最大 12 週間の、本人や家族の医療関連の理由による休暇取得の権利を保障する事を内容とした法律である。ここで保障される休暇の特徴は、日本のように、必ず連続取得しなければならないわけではなく、一日ずつ細切れに休暇を取得する「断続的休暇」(intermittent leave) や、時間単位での休暇取得が可能となる「労働時間短縮による休暇」(reduced leave schedule) も認められる事である。このように、時間に関して柔軟に対応できる点が FMLA の特色である。これによって認められるのは、「無給」休暇の権利を保障するにすぎない(102 条(d)(2))²⁸が、この休暇の取得に際し、本人または家族が重大な健康状態(病気)にある場合には、医学的に必要である限り使用者の同意は要求されない。(102 条(b)(1))²⁹。ただし、休暇取得には条件があり、すべての労働者が利用可能という訳ではない。療養休暇の取得条件は、①75 マイル以内に 50 人以上の従業員がいる(住んでいる)事業場であること、②当該労働者が 12 か月以上勤務していること、③過去 12 ヶ月で 1250 時間以上勤務していること、であり、これらすべてをみたさなければ、利用は出来ない。

FMLA は以上のような内容の法定休暇制度である。この制度から日本への示唆として考えられるのは、まず第一に、労働者本人の療養を目的とした休暇取得を、権利としている点である。病気休暇制度を企業の休職命令がなければ利用できないものではなく、労働者の権利と構成するならば、その取得は、原則として労働者の休暇取得の意思によれば可能になる。労働者の権利行使の結果としての病気休暇の取得は、前述の調査によって明らかにされた、がん就労者の治療と就労の両立にとっての障害を取り除くのに効果を発揮するであろう。

第二の日本への示唆は、柔軟な制度設計である。がん就労者に対する支援として、治療の必要性や体調に応じて病気休暇の取得に柔軟な対応をする企業もある。それは、そうした柔軟な休暇取得の実施が、その企業に属するがん就労者が、仕事を辞めることなく働きながら治療をするためには必要と考えているからであろう。そうした企業の取組みは、それまでの経験に基づいてなされることが多分にあると思われる。柔軟な制度設計は、法定の病気休暇の整備に取り組むにあたっては、必要かつ重要な要素であると考えられる。

この点、わが国の育児介護休業制度に目を向けると、子の看護休暇や家族の介護休暇は、一日の所定労働時間が 4 時間以下の労働者を除き、一日未満の単位(半日単位)で取得することが認められている³⁰。この休暇制度により、育児・介護をしながら働く労働者の休暇取得がその必要性に応じて容易になる。家族の看護や介護については、このような労働者

²⁸ 中窪裕也「アメリカにおける「仕事」と家庭」の法状況『安西 兪先生古希記念論文集 経営と労働法務の理論と実務』(中央経済社、2009 年) 398 頁。

²⁹ 前掲注 29)399 頁。

³⁰ 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律(以下、「育児介護休業法」という)。子の看護休暇につき同法 2 条 1 項、16 条の 2 第 2 項、育児介護休業法施行規則 34 条第 1 項。家族の介護休暇につき同法 2 条第 2 項、16 条の 5 第 2 項、同規則 40 条第 1 項。

の仕事との両立を図ることを目的とした法定休暇が整備され、さらにはその取得を半日単位でも可とする柔軟な規定も設けられている。しかし一方で、労働者本人の療養のための休暇が法的に用意されておらず、これは、育児休暇や介護休暇の視点と同様に、労働者のワーク・ライフ・バランスの観点から考えると、とても不十分な状況のように思える。

日本の育児介護休業法は、「療養」という言葉が欠落している事からも明らかなように、子の養育と家族の介護の為の休業が認められるのみで、労働者本人の療養目的の休業が法的に整備されていない。「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」とする憲法 27 条 1 項が、その労働によって生活する国民（労働者）がすべて労働市場において適切な労働の機会を得られるようにすべし、との国政の基本方針を宣言したもの³¹であることからすれば、労働者が病気や怪我をきっかけに、その労働契約上の身分が危うくなる可能性がひそむ土壌は、法による病気休暇制度の整備によって改められる必要があるだろう。

さらに、「労働契約は長期にわたる継続的契約関係であり、人は必ず病気に見舞われる存在であるから、労働契約の存続中に病気によって労務給付義務の履行障害があるはずであり、それは労働契約では当然の事態」³²と考えられる。そうであれば、そうした事態を想定した労働者のためのセーフティネットとして、法定の病気休暇制度が存在することは、労働者の身分保障に強い効力を発揮するために、きわめて重要である。そして、集中治療時期における治療機会の保障の為だけでなく、経過観察時期でも体調が安定しない場合もあるがん就労者にとって、権利性の強い療養を目的とした法定休暇制度は、個々に多様な問題を抱えるがん就労者の治療と仕事の調整をこれまでよりも容易に可能にする点で、治療と就労の両立の最も大きな障害としてがん就労者の前に立ちはだかる「休み」の問題の改善に強い影響を与えるであろう。

3 復職過程の議論

(1) 使用者の負担軽減措置

がん治療は従来入院から通院によるものへと変化している。しかし、そうであっても、がんに対する主な治療は、三大療法と呼ばれるように、化学療法、手術、放射線療法であって、このうち手術については、通常入院することが必要であるし、また、場合によっては、これらの集中的な治療に専念するために、働きながら治療を受けるのではなく、一定期間の休職を余儀なくされることもある。そうした場合、休職期間満了後の当該労働者の病気の回復状況が、復職と関連して問題になることがある。

現行の傷病休職制度は各企業によって定められるものであるが、そこでは、予め規定されている休職期間満了時になお傷病が治癒せず、就業が困難な場合には、当該労働者は自動退職あるいは解雇になるという内容が就業規則に規定されていることが通常である。そこで、傷病休職をめぐる争いの多くは、休職期間が満了して復職をする時の要件である治

³¹ 菅野和夫『労働法 第 11 判補正版』（弘文堂、2017 年）24 頁。

³² 前掲注 23) 60—61 頁。

癒について生じている。

バセドウ病に罹患した労働者が、罹患前に従事していた工事現場監督業務の代わりに事務作業という軽易な作業に就くことを希望したのに対して会社がした無給の自宅待機命令について、判決³³は、「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、…当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務を提要することができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である」として、自宅待機命令を無効とした。この判決を契機として、「治癒」の意義についても、同判決の判旨を応用する裁判例が相次いでいる³⁴。すなわち、労働者が脳内出血という原因の身体障害等により従前の業務が従前には出来なくなり傷病休職の期間満了時に退職扱いになった事件³⁵では、「身体障害によって、従前の業務に対する労務提供を十全には出来なくなった場合に、他の業務においても健常者と同じ密度と速度の労務提供を要求すれば労務提供が可能な業務はあり得なくなるのであって、雇用契約における信義則からすれば、使用者はその企業の規模や社員の配置、異動の可能性、職務分担、変更の可能性から能力に応じた職務を分担させる工夫をすべき」と判断された。

こうした考え方によれば、職種や業務内容が特定されていない労働者に関しては、労務提供ができる他の業務がある限り、少なくともしばらくの間は従前の業務が不可能な場合でも、解雇ないし退職扱いが出来ない可能性が高くなり³⁶、他の軽易な業務への従事などの負担軽減措置が使用者に求められることになる。他方、職種や業務内容が特定されている場合であっても、復職後直ちに従前の業務に復帰できない場合でも比較的短期間で復職することが可能な場合は、「債務の本旨に従った履行の提供ができないということはできず」「短期間の復帰準備期間を提供したり、教育措置をとるなどが信義則上求められており」そのような手段をとらず解雇することはできないと判断されている³⁷。

これらは、傷病休職期間満了時に復職の要件である治癒がない場合であっても、職種や業務内容の特定の有無にかかわらず、一定期間は負担軽減措置をすることが使用者に求められることを意味している。しかし、こうした使用者の負担軽減措置は、判決中にみられる「しばらくの間」あるいは「短期間の」との表現からすれば、それほど長い期間は想定されていないように思われる。がん就労者の場合、病名診断直後からの「集中治療期間」だけでなく、その後、たとえば最低5年³⁸は続く「経過観察期間」を経過しなければならず、

³³ 片山組事件・最一小判平成10年4月9日労判736号15頁。

³⁴ 前掲注31) 699頁。

³⁵ 東海旅客鉄道(退職)事件・大阪地裁判平11・10・4労判771号25頁。

³⁶ 前掲注25) 小宮183頁。

³⁷ 全日本空輸事件・大阪地判平成11・10・18労判772号9頁。

³⁸ たとえば、乳がんは5年を経過しても再発することがあるため、場合によっては5年以上の経過観察が必要とされる。以上、「がんの冊子 No.144 乳がん 第2版」(国立がん研究センター

比較的短い期間に認められる負担軽減措置に関しては、時間的に限界が生じるであろう。

(2) がん就労者に関する裁判例

今年に入って、がん就労者の退職に関する裁判所の判断が出された。それは、治療に専念するために休職していたがん就労者が、その休職期間満了により会社から退職扱いとされたため、この扱いを違法無効であるとして訴えた事案に対して判決が下された事案である³⁹。以下では、この裁判例を紹介し、そこから得られるがん就労者に関する課題について検討したい。

この裁判は、被告会社の従業員であった原告が、業務外の傷病である胃がんの罹患を理由に、被告会社から傷病休職命令を受けていたところ、その休職期間の満了にあたり、原告が被告会社に対して復職の申出をしたにもかかわらず、傷病（胃がん）から治癒し休職事由が消滅したことを理由として、被告会社が原告の復職を認めずに原告を休職期間満了により退職扱いとしたことは違法無効であると主張して、被告会社に対し、原告が被告会社に対して労働契約上の権利を有する地位にあることの確認、すなわち原告労働者は退職しておらず、がんに罹患する前の従業員としての地位があること等を求めた事案である。

以下で、まず事案についてもう少し具体的に説明し、次いで裁判所の判断について述べる。

<事案の概要>

原告は、平成26年2月初め頃、体調不良を感じたため、有給休暇を取得してA病院に通院した後、同月21日に消化器系の精密検査等のためにA病院に入院した。原告は、同年3月27日頃にA病院の医師から胃がんを宣告され、同年4月9日にB病院に転院して同月22日に胃の全摘出手術を受けた後、同年5月12日再びA病院に戻って入院加療を続け、同年7月31日にA病院を退院した。

被告は、原告が病欠を開始してから半年が経過した平成26年8月21日、原告に対し、本件休職命令を発令した（実際の休職期間は平成26年3月21日から平成27年10月20日まで）。その後、休職期間中の平成27年2月2日、下痢や腹部の不快感を理由にA病院に検査目的で再入院したが、原告の症状に特に変化は見られなかったため、原告は、同年6月1日に同病院を退院した。

原告は、平成27年8月29日頃、被告に対し、A病院における原告の担当医（以下「担当医」という。）作成の同月28日付けの診断書（以下「本件診断書」という。）を添えて、復職を申し出る書面を提出した。本件診断書には、原告について、病名を「胃癌術後」とし、「上記の疾病に依り向後22日間（9月1日から9月22日まで）安静加療を要す。9月23日以降仕事復帰可能です。」と記載され、担当医の署名と押印がされていた。

被告は、原告に対し、同年9月14日に出勤するように指示し、原告は、同日、被告に

がん情報対策情報センター、2015年）23頁。

³⁹ 名古屋地判平成30年1月31日、判例誌未掲載。

出社して、取締役（当時。以下「取締役」という。）や社会保険労務士（以下「社労士」という。）らと面談した。

被告は、同年10月7日、原告に対し、休職期間満了通知書を発し（以下「本件通知」という。）、原告は、同月8日、この通知書を受領した。この通知書には、「貴殿は、平成26年8月21日より病気療養のため休職されておりますが、就業規則第20条の規定により、平成27年10月20日をもって休職期間が満了いたします。当社としましては、先般申出のありました復職の願い出に基づき、貴殿の復職の可否に関して、産業医の意見等を参考に検討をいたしました。現状での会社復帰は不可能との結論に達しました。従いまして、就業規則第25条第2号により、休職期間満了日の平成27年10月20日をもって退職となりますことをここに通知いたします。」と記載されてあった。

上記の本件通知後、原告は、平成27年10月20日付けで被告を退職したものと扱われることとなり、原告が所属する名古屋ふれあいユニオンは、被告が指定した同月21日に、被告との間で原告の処遇について団体交渉をしたが、合意に至らなかった。そこで被告は、同年11月27日付けで、原告に対し、原告が被告に対して労働契約上の権利を有する地位にないことの確認を求める旨の労働審判を申し立て、その一方で、原告が同年12月25日に、本訴を提起したというものである。

<判決内容>

休職事由の消滅すなわち治癒の有無についての裁判所の判断は、次のようなものであった。

「休職事由の消滅すなわち復職の要件である「治癒」の意義については、原則として、従前の職務を通常の状態に行える健康状態に回復したことを意味すると解されているところ、本件就業規則の定める「治癒」の意義も、これと同旨をいうものであって、労働者に不利益となるような要件を加重したものとはいえない。」

「そこで、本件において、原告の休職事由の消滅すなわち治癒の有無を判断するに当たっては、本件就業規則の定めに従い、原告の職種（トレーラードライバー）及び原告の健康時（原告が体調不良から通院するようになった平成26年2月頃よりも前）の勤務状況を前提に、「従来の業務を健康時と同様に通常業務遂行できる程度に回復」したと認められるか否かによることが相当である。

そして、この認定に当たっては、原告が提出した医師の診断書（本件診断書）の内容が有力な資料の一つとなることはもちろんであるが、それのみによるのではなく、原告の休職事由となった私傷病の内容や症状・治療の経過、原告の業務内容やその負担の程度、原告の担当医や被告の産業医の意見その他の事情を総合的に斟酌して、客観的に判断することが相当である。」

として、裁判所はまずは判断基準を示し、次に、原告が「治癒」したといえるかにつき、以下のように検討した。

「本件診断書には「9月23日以降仕事復帰は可能です」と記載され、…一般に、医師の診断書は、当該医師が職務上責任をもって専門的な見解を対外的に明らかにするものであるから、本件診断書は、原告の復職希望日である平成27年9月23日の時点において原告が「治癒」したと判断する上での有力な資料となるというべきである。

しかるに、被告は、本件診断書の内容は原告の強い希望に従って作成されただけのもので担当医がこれと同じ内容の診断をしたわけではないなどと主張し…ている。」

「原告は、平成26年4月22日に胃の全摘出手術を受けているところ、A病院作成の「退院時看護要約」によれば術後の経過は良好であったとされていること、原告は、同年7月31日にB病院をいったん退院したものの、下痢や腹部の不快感によりトラック運転業務に支障が生じることを主訴として、平成27年2月2日にB病院に再入院したこと、担当医の所見は、同年3月31日の時点で「下痢は改善している。治まっている。」というものであり、原告は「軽快」を理由に同年6月1日にB病院を退院したこと、同月23日の検査時の腫瘍マーカーの数値は、同年2月及び5月の各検査時の数値と比較して上昇が見られたこと、同年8月24日の検査結果では、腫瘍マーカーのうち「CEA」の数値は更に上昇して基準値を上回り、「CA19-9」の数値は減少したものの依然として基準値をやや上回るものであったこと、原告は担当医から同年9月にも腫瘍マーカーを測定することを勧められたもののこれを拒否したこと、担当医が原告のために同年7月22日と8月20日に作成した傷病手当金請求書には「現在内服加療により症状は落ち着いている。」と記載され、同年9月24日に作成した傷病手当金請求書には「現在は内服なくとも症状落ち着いている。」と記載されていることが認められる。

以上を総合すると、原告の症状・治療の経過については、原告の主訴と担当医の所見、腫瘍マーカーの数値の変動の三者が必ずしも整合していない状況が見受けられるのであるが、原告が復職を希望した平成27年9月から10月当時の原告の健康状態については、同年8月24日の検査結果による腫瘍マーカーの数値は基準値を若干上回っている上に、原告がその後の検査を拒んだため基準値を下回る検査結果が得られていないという点で不安がないとは言いきれないものの、徐々に快方に向かっていて、遅くとも同年9月末頃の時点では、服薬をせずとも症状は落ち着いており、日常生活には支障のない健康状態にあったといえることができる。」

「トレーラードライバーという職種及び被告における業務内容は、原告にとって、体調不良を訴えた平成26年2月よりも前の時点においてはもちろん、復職を希望した平成27年9月から10月以降においても、1日8時間の所定労働時間内であれば特段過重な業

務負担ではなかったといえる。

さらに、原告の担当医や被告の産業医の意見について見るに、まず、被告は、担当医が作成した本件診断書には「9月23日以降仕事復帰可能です」と記載されている点について、原告の強い希望に従って作成されたに過ぎず担当医がこれと同じ内容の診断をしたわけではない旨主張する。しかし、この点に関しては、担当医の証言によれば、担当医の本来の診断内容は、原告が平成27年9月23日以降も仕事復帰が困難であると考えていたわけではなく、むしろ、これとは逆に、原告はもっとずっと以前から仕事復帰、あるいは少なくとも通常の生活に復帰することが可能な身体状況であったと考えていたことが認められるのであり、臨港病院の診療録の同年2月2日欄における担当医の記述の趣旨や、担当医が同年9月18日に取締役や産業医らと面談した際の担当医の発言の趣旨についても、上記証言内容と同旨をいうものと理解することができる。

また、被告の産業医の意見も、「一般的には胃癌の全摘出であっても術後1年も経過すれば症状は安定するので就労することはできると思う」というものであったことが認められる。」

「以上を総合すると、原告の健康状態については、本件診断書の内容のみならず、休職事由となった私傷病の内容や症状・治療の経過、原告の業務内容やその負担の程度、原告の担当医や被告の産業医の意見等を総合的に斟酌し客観的に判断すれば、……遅くとも休職期間の満了日である同年10月20日の時点では、日常生活に支障がないというにとどまらず職務遂行の可能性という観点からも、1日8時間の所定労働時間内に限ってではあるが、私傷病から「治癒」すなわち「従来の業務を健康時と同様に通常業務遂行できる程度に回復」しており、本件休職命令における休職事由は消滅していたものと認めるのが相当である。」

<検討>

本件は、がん罹患した労働者の身分保障に関する初めての裁判例として位置づけられる。具体的には、がん就労者が治療に専念するために傷病休職制度を利用し、その利用期間満了時にがんの治療が終了し、健康状態も休職前に従事していた職務の労務提供が可能であるとして復職を希望したところ、使用者である会社は主治医によって作成された診断書の内容に疑問あり、本人の治癒が確認できないとして、当該がん就労者を自然退職扱いとした事件である。

本判決の判断枠組みは、休職期間満了後の復職の可否につき、「治癒の有無」の判断基準を、従来の業務を健康時と同様に通常業務遂行できる程度に回復したかどうかによるとした。これ自体は、従来の私傷病労働者の裁判例と同じ考え方と同様である。しかし、本件では、裁判で以下の点について指摘や検討がなされたことが重要である。すなわち、傷病休職をしたがん就労者が復職を希望し、労働者が、担当医師作成による就労可能な健康状態であ

る旨の記載をした診断書を提出したにもかかわらず、主治医を含めた労働者側と使用者側との間に健康状態の認識に関して齟齬が生じたことについては、がん就労者が直面する継続就労の困難の原因を探る必要があるように思われるため、以下で検討する。

(ア) 治癒に関する労働者側と使用者側の認識の齟齬

労働者側が復職を希望したのに対し、会社は、「被告としては、原告が癌に罹患していて休職事由が存在したことは争わないものの、いつの時点で復職可能となったのかが分からない」のであり、「産業医や担当医師と面談して原告の体調を確認するなどした結果、本件診断書によっては原告が休職期間満了前に治癒していたかは不明であるため、復職を認めず自然退職としたことは適正な判断である」として、原告であるがん就労者の健康状態に否定的な態度をとり、復職の可否については、「原告が事実と異なる診断書を医師に書かせて不当に休職期間を長引かせたといった事情もあることからすれば、原告が実質的には復職可能であったと主張すること自体、信義則に反するものというべき」であると主張した。

このように、労働者の会社との両者の間に齟齬が生じる原因には、患者の主治医作成による診断書の内容を会社側が全面的に信頼しているわけではないという事情が存在している。診断書が医学的見地を記すものとはいえ、主治医が患者の意向を汲んで診断書を作成しているかもしれない、との疑念を会社側がもつことはあり得るだろう。なぜなら、会社は、その労働者が復職したならば、その労働に関連して、当該労働者の健康に配慮する義務（安全配慮義務、労働契約法5条）が生じるため、復職に関して慎重になる傾向がある。そのため、就労を可とする主治医作成の診断書に対する会社の評価が慎重にならざるをえないという事情がある。

本件のように、主治医を含む労働者側と会社との間で、がん就労者の回復状態の認識について違いが生じることにより、復職が叶わないばかりか、自然退職扱いや解雇になってしまうことがある。こうした事態を避けるためには、がん就労者の健康情報に関する両者の認識の差を縮める必要があるだろう。具体的には、メンタルヘルスのケースになるが、「心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援の手引き」⁴⁰にある説明が参考になると思われる。そこでは、主治医による職場復帰可能の判断に関して、①診断書には就業上の配慮に関する主治医の具体的な意見を含めてもらうことが望ましいこと、②ただし現状では、主治医による診断書の内容は、病状の回復程度によって職場復帰の可能性を判断していることが多く、それはただちにその職場で求められる業務遂行能力まで回復しているか否かの判断とは限らないことにも留意すべきであり、また、労働者や家族の希望が含まれている場合もある。そのために、主治医の判断と職場で必要とされる業務遂行能力

⁴⁰ 厚生労働省「心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援の手引き」厚生労働省ホームページ https://kokoro.mhlw.go.jp/guideline/files/syokubahukki_h24kaitei.pdf 平成30年4月12日最終確認。

の内容等については、産業医等が精査した上で採るべき対応について判断し、意見を述べる
ことが重要であることが示されている。

こうした主治医と産業医の役割は、労働者側と会社との認識の差を解消する役割を担う
ため、重要である。そして、フランスでは、主治医と産業医が連携して傷病労働者の復職
に取り組む法制度が整備されている。そこで以下では、フランスにおける復職過程の法制
度について若干の紹介をしたい。

(イ) フランスの復職過程における法制度

フランスでは、労働法典と社会保障法典によって、復職過程における法制度が設けられ
ている。それらは、①疾病労働者の健康状態と業務との調整を検討する制度と、②復職を
促進する諸制度とに分けられる。

① 疾病労働者の健康状態と業務を調整する制度

疾病労働者の健康状態と業務との調整をする制度には、(i)「復職前健診」と(ii)「復職時
健診」の2つがある。

(i)「復職前健診」とは、健康上の職務遂行適格性に変化が見込まれる場合に、労務遂行
上必要となる措置の検討を目的に、労働医(médecin du travail、日本でいう産業医)によっ
て、復職に先立って実施される健康診断であり、これは、復職前の欠勤期間が3か月を超
える場合に実施される(労働法典 R.4624-20 条)。労働医は、労働ポストの調整及び適応、
再配置の推奨、労働者の再配置又は職業上の新たな方向付け(réorientation professionnelle)
を容易にする為の職業訓練の勧告(recommandations)ができる。また、労働者のポスト
保持の為に、労働者の反対が無い限り、あらゆる手段を実施するよう使用者及顧問医に対
して上記勧告を通知する(労働法典 R.4624-1 条)。疾病労働者の欠勤期間が3か月を超
える場合、傷病手当金を支給する疾病金庫⁴¹の顧問医師は、主治医と連携を取りながら、労働
医に対して、復職方法又は教育訓練の内容について検討するように働きかけをすることが
できる(社会保障法典 D.323-3 条)。

一方、(ii)「復職時健診」は、復職をする時点で復職の可否について判断する健診で、労
働医によって職務可能性が判断される。この職務遂行可能性の有無は、原則として従前の
ポストとの関係で判断されるが、企業内の全てのポストとの関係で判断される事もある。
この時、部分的不適格、暫定的不適格の認定の他、労働条件等について留保を付した上で

⁴¹ 疾病金庫とは、フランスにおいて社会保障を運営する機関のひとつである。「全国被用者疾病
保険金庫(Caisse Nationale de l'Assurance Maladie : CNAMTS)」は、被用者の医療保険、母
子保険、疾病保険、死亡保険のほか、別枠で労働災害、職業病保険を扱う機構である。この下部
組織として、自治体または県レベルで129の「地域疾病保険金庫(Caisse Régionale de
l'Assurance Maladie : CRAM)」が全国に16か所あり、疾病予防対策、労災保険および職業病
保険の料金体系の策定にあたっている。林 雅彦「フランスの社会保障制度の概要 I」海外労働
時報 334号(2003年)58頁。

の適格、という判断もなされ得る⁴²。労働者が不適格と認定された場合、使用者は、労働者の能力に適したポストへの再配置等を労働者に打診する義務、いわゆる再配置義務（obligation de reclassement）を負う（労働法典 L.1226-2 条）。

② 復職を促進する制度

復職を促進する制度（社会保障法典 L.323-3 条）には、「職業訓練期間中の傷病手当金支給」と、「治療目的のパートタイムでの復職」の2つがある。前者は、傷病手当金の支給の保障により、病気休暇期間中に復職を準備する活動に従事する事へのインセンティブを付与する制度で、後者は、部分的にパートタイムでの復職（いわゆるリハビリ勤務）をした場合の制度である。リハビリ勤務の期間は、病気休暇中ではなく、復職後として扱われる⁴³。そのため、治療目的のパートタイム期間中に賃金が不足する場合に、その不足分を傷病手当金で補う事による所得補償が実現されるという効果がある。これは労働者にとって経済の面で利益のある制度である。またこの制度は、病気欠勤の長期化を防いで、リハビリ勤務により復職可能性を高めて、その後の完全な復職の実現も期待できる為、労働者本人だけでなく、使用者、疾病保険、そして社会にとっても、意義のある制度として理解されている⁴⁴。

(3) 小括

私傷病労働者の復職に関して、フランスでは、主治医や疾病金庫の顧問医師、労働医など複数の専門家が連携し、労働者本人の健康状態と業務内容の調整を検討して労働者の復職を目指している。これは日本にはない特徴である。また、復職過程で労働者の復職を促す法制度がある点は参考になると思われる。特にリハビリ勤務期間に一定の範囲で傷病手当金の支給を認めた規定（社会保障法典 L.323-3 条）⁴⁵には、労働の負担軽減と所得補償という2つの利点があり、労働者の復職を容易にする効果がある制度と評価できるであろう。

こうした制度を日本にそのまま導入することは、わが国の既存の法制度との関係上、容易とはいえない。しかし、復職過程で、あるいは通院による治療と日常の仕事との両立をがん就労者が望む場合に、主治医と産業医との連携は、本人の健康状態を会社側が性格に把握できるという点で参考になる制度である。また、休職事由の消滅すなわち治癒の有無の認定に当たっては、今回紹介した裁判例で次のような判断がされた。すなわち、「原告が提出した医師の診断書（本件診断書）の内容が有力な資料の一つとなることはもちろんであるが、それのみによるのではなく、原告の休職事由となった私傷病の内容や症状・治

⁴² 石碕由希子「疾病による労務提供不能と労働契約関係の帰趨—休職・復職過程における法的規律の比較法的考察（3）法学協会雑誌第132巻第6号（2015年）957頁。

⁴³ 前掲注42）969頁。

⁴⁴ 前掲注42）。

⁴⁵ 前掲注42）965頁。

療の経過、原告の業務内容やその負担の程度、原告の担当医や被告の産業医の意見その他の事情を総合的に斟酌して、客観的に判断することが相当である」というものである。このように、私傷病労働者、特に長期間にわたって経過観察が必要ながん就労者の復職は、通院と仕事の両立を目指す際には、主治医と産業医双方の見解を参考にすることが広く普及することが望ましいであろう。

がんの治療に通院を必要とする場合は少なくない。こうした場合、一定程度の長期間を想定している休職制度の利用ではなく、時間単位あるいは半日、一日単位という通院治療の必要に応じて休暇を取得できることが理想である。しかし、こうした機会があるたびに年次有給休暇を取得していくと、それをすべて消化した後は、人事評価に影響を与えてしまう欠勤になる可能性がでてくる。これは、がん罹患後もずっと働きつづけたいと希望するがん就労者にとって非常に不利な状況である。がん就労者の治療の必要性に応じた傷病休職制度の設計が必要であろう。

しかし、現在各企業で運用されている傷病休職制度は法定制度ではなく、各企業で定められる恩恵的なものである。したがって、就業規則に規定があれば労時契約の内容にはなるものの、その実現は、原則として使用者である会社から労働者への業務命令が発令されなければならない。よって、この制度による休職は、労働者の請求権の行使によるものではなく、理論上は、あくまでも会社の裁量に基づくのである。

傷病休職を法定の休暇とすれば、それは強行法として規定されるため、労働契約の当事者が合意によりその適用を排除することはできない。また、企業による休職制度の適用は、通常、正規労働者のみであり、非正規雇用の労働者は対象外であることが多いが、法定の休職制度になれば、原則として、すべての労働契約において適用されるという効果が生まれる⁴⁶。日本における傷病休職制度を含む多くの種類の休職制度は、その任意性と企業限りの限定性の故に、いまだに企業福祉の域を脱していないという批判があるが⁴⁷、それは傷病休暇制度についても同様である。

さらに、現行の傷病休職制度の趣旨は「解雇猶予」と考えられているが、それは、この制度が企業によって設けられているという恩恵的な性格を有することに依拠するものと考えられる。しかし、法定の病気休暇であれば、その休暇取得という行為は労働者の権利行使となる。そうすると、法定病気休暇の取得による傷病労働者の労務提供の一時的な停止が意味するのは、解雇猶予ではないことになる。これは、病気休暇を取得して治療に専念した後になされる復職過程の会社の判断として、まずは解雇が前提となる現在のような考え方が変わる可能性があるのではないかと考える。

したがって、各企業の姿勢次第で設けられるかが分かる任意の傷病休職制度ではなく、どの企業に属していても一律に休暇取得が可能となる法定の傷病休暇制度は、その整備により、大企業から中小企業まですべての企業で働くがん就労者の治療のための利

⁴⁶ 前掲注 21) 29 頁。

⁴⁷ 前掲注 46)。

用をもれなく平等に可能にし、治療と就労の両立を強力に支援するために必要不可欠なツールになるであろう

ところで、がん就労者の場合、裁判例で示されたように、復職時になされる治癒の判断を従前の作業に従事できなければ治癒はしていないとする形式的な基準や、一定期間の蓋軽減措置をとるだけでは、対応が出来ず、治療段階や回復の程度に応じた柔軟な対応が必要な場合がある。なぜなら、がん就労者の健康状態が回復に至る期間は様々であるし、また、たとえば化学療法を通院によって受けながらがん就労者が働くとき、体調不良で本人にとって辛い場合も少なくないからである。そこで、こうした場合に必要な柔軟な対応の法的課題については、次章において、海外のがん就労者の法的な扱いを参考にしつつ検討する。

IV 合理的配慮

1 検討の視点

現在の日本では、がん就労者の処遇は、私傷病労働者の問題として扱われ、治療と就労の両立を支える法的制度がなく、その両立のために、法定病気休暇制度の整備が重要であることは前章で述べた。

ところで、「がんと就労」に関する勤務先での障害要因の第1位にあげられた「代わりに仕事をする人がいない、またはいても頼みにくい」という回答にあるように、周囲への気兼ねが、がん就労者の治療と就労の両立にとって大きなハードルになっている。治療のための休みが法的に保障されても、がん就労者本人の努力やその周囲の理解と協力を期待するだけでは、こうしたわが国の現状を変えるには限界がある。なぜなら、化学療法や手術等の治療により本人の健康状態が低下する集中治療時期には、労務提供能力の低下することがあり、そうした状況でがん就労者が周囲の理解と協力を得ることが容易にならない時は、治療と就労の両立は困難になってしまうからである。つまり、治療の必要性や健康状態の変化に伴う労務提供能力の低下に対応した環境の整備を、今までのようにがん就労者が受動的な姿勢によって期待するのではなく、自らすすんで求めるという、積極的な行為が可能になることが重要なのである。そこで、海外の例を参考にしたいと思う。具体的には、イギリスやアメリカでは、労働者が自己の権利として使用者に対し、がんの治療を仕事と両立させるために配慮を求めることが認められるという事実である。それは、がん就労者はがん罹患という「障害」を有する者であると捉えることに基づく。そして、障害に対する不利益な取り扱いは差別として禁止され、障害を有する労働者は、自己の労務提供を可能とするために合理的配慮を使用者に対して求めることができるというものである。がんを罹患することが「障害」にあたるという、わが国には無いこの考え方は、日本にと

っても参考になると思われる。そこで本章では、がん罹患することが障害に該当するとされている海外における「障害」の概念と「合理的配慮」の内容について概観した上で、わが国との比較と法的課題についての検討を行う。

2 がん罹患に関する海外の考え方

(1) 「障害」の概念と「合理的配慮」

(a) 障害の3つの次元

たとえば両上肢の肘以下の欠損があるが、腕の装具を装着してパソコンを打つことが出来る場合、障害を、両上肢の肘以下の欠損という「心身レベルの障害」、その欠損により字が書けないという「能力レベルの障害」、字が書けないことにより人との文通が出来ないという「社会生活レベルの障害」という、3つの次元に分けることができる。これは、近年、障害者福祉の関係者だけでなく、医療や教育、雇用など他分野でも広く取り入れられるようになってきた考え方であるが、世界保健機構（WHO: World Health Organization）が1980年に発表した国際障害分類（ICIDH: International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps）の影響によるところが大きいと言われている。国際障害分類によれば、病気や怪我が「顕在化」したものが機能障害（あるいはインペアメント）、そのために実際の生活の中での活動能力が制約されることが能力障害（あるいはディスアビリティ）、さらにそのために通常の社会的役割を果たせなくなることが社会的不利（ハンディキャップ）であるとされる⁴⁸。この3つの次元の考え方は、「障害」の概念を、歩けない、目が見えないといった、病気や怪我が「顕在化」した状態に焦点をあてるのではなく、そのような困難な要素があっても、その人を取り巻く環境の障壁との相互作用によって社会参加が妨げられることを意味するという、新しい「障害」の概念に関連している。

(b) 二つの「障害の概念」～「医学モデル」と「社会モデル」

「障害」の概念に関しては、「医学モデル」(medical model)と「社会モデル」(social model)という二つの考え方がある。「医学モデル」の障害とは、個人の身体的・精神的損傷または機能障害（以下、「インペアメント」）を原因とするものと捉え、それによって発生する不利益は、そのインペアメントを有する個人の問題とする考え方、または個人にその責任を負わせる考え方である⁴⁹。対して、「社会モデル」の障害（ディスアビリティ）とは、障害を、その個人が持つインペアメントと社会という個人以外の外的要因によって作り出され

⁴⁸ 佐藤久夫＝小澤温『障害者福祉の世界』（有斐閣、2016年）9頁－12頁。

⁴⁹ See Adam M. Samaha, *What Good Is the Social Model of Disability?* 74 Chicago L. Rev. 1251(2007).

る社会的現象⁵⁰と理解し、その責任の所在を、インペアメントを有する個人を取り巻く環境、すなわち社会にあるとする考えである⁵¹。換言すれば、前者は障害を日常生活を遂行する能力に一定の条件もしくは制限が課されている状態（機能障害＝impairment）と把握し、それは個人レベルで解決されるべきものとみる見解である。これに対し、後者は、障害とは社会が生み出したものであるから、社会自身が解消すべきものと理解するものである⁵²。海外で採用されている「社会モデル」の障害の概念では、「障害を持つ人」は差別禁止の対象になると考え、その差別は社会から排除される現象であると捉えられている⁵³。この考え方は、国連条約や EU 指令、更には EU 加盟国の国内法化の折にも採用された。そしてこの「社会モデル」の障害概念により、イギリスやアメリカでは、がん患者は社会的バリアの除去により社会参画が可能になりうる「障害」を有する者として、差別禁止の対象となっているのである。

(2) 障害者権利条約

国連の障害者権利条約（2006年12月採択、英語：Convention on the Rights of Persons with Disabilities）は、雇用にとどまらず、すべての社会的領域において、障害者の権利を確立することを目的とするものであるが、雇用に関する規定（27条）を見ると、(1) 障害者であることを理由とするあらゆる差別の禁止、(2) 障害者に対するポジティブ・アクション、および(3) 職場における障害者に対する合理的な措置の確保の3つの内容に分類できる⁵⁴。これら3つのうち、がん就労者にとって重要なのは、積極的差別是正措置であるポジティブ・アクションを除外した、「障害者に対する差別禁止」と「合理的な措置の確保」の2点である。

同条約には、「障害」の定義はない。これは、定義づけをする事によって特定の障害者を排除する可能性が生じる為、意図的にしなかったとされている⁵⁵。しかし、前文では「障害」の概念が示され⁵⁶、1条後段では「障害者には、長期的な身体的、精神的、知的又は感覚的な障害を有する者であって、様々な障壁との相互作用により他の者と平等に社会に完全か

⁵⁰ 星加良司『障害とは何かーディスアビリティの社会理論に向けて』（生活書院、2007年）3頁。

⁵¹ See Samaha, supra, note 49 at 1256.

⁵² 山田省三「イギリス雇用関係における差別概念」法学新報121巻7・8号（2014年）443頁。

⁵³ 植木 淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）30頁。

⁵⁴ 山田省三「障害者雇用の法理～その基礎理論的課題」季刊労働法225号（2009年）20頁。

⁵⁵ 川島聡＝東俊裕「障害者の権利条約の成立」『障害者の権利条約と日本－概要と展望[増補改訂版]』（生活書院、2012年）23頁。

⁵⁶ 障害者権利条約前文(e)は、「(この条約の締結国は) 障害が発展する概念であることを認め、また、障害が、機能障害を有する者とこれらの者に対する態度及び損傷による障壁との相互作用であって、これらの者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものによって生ずることを認め」と訳されている。

外務省（www.mofa.go.jp/mofa/gaiko/jinken/index_shogaisha.html,平成30年1月3日最終確認）。

つ効果的に参加することを妨げられることのあるものを含む」と規定されており、これが「障害者」の概念を示すと考えられている⁵⁷。同条約におけるこれら「障害」または「障害者」の概念は、その文言から、障害の「社会モデル」を反映したものと考えられる⁵⁸。同条約は、締結国に対して差別禁止を求め（5条2項）、5条3項で、「締結国は、平等を促進し、および差別を撤廃することを目的として、合理的配慮が提供されることを確保するためのすべての適当な措置をとる」として、障害者の社会参画を実現するための合理的配慮をする事を定めている。

同条約における「障害を理由とする差別」とは、「障害を理由とするあらゆる区別、排除又は制限であって、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他あらゆる分野において、他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を認識し、享有し、又は行使することを害し、又は妨げる目的又は効果を有するものをいう。障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）」である。そして、「合理的配慮」は、「障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないもの」と定義されている（2条）。

ところで、前述したように、2条で「障害を理由とする差別」の定義はなされているが、「障害」そのものの定義はなされていない。しかし、「障害」には、「長期の身体的・精神的・知的・感覚的な機能障害（impairments）のある者を含む」ものとされているのであるから、「短期の機能障害のある者」も本条約の対象となる⁵⁹と解することができるであろう。このように考えると、がんに罹患している者は、その疾病そのものや治療の影響により、短期あるいはそれ以上に機能障害のある者に該当するといえる。したがって、障害者権利条約の「障害」の概念によれば、がんに罹患した労働者がその病気が原因で職業生活が困難になることは、障害によって「様々な障壁との相互作用により他の者と平等に社会に完全かつ効果的に参加することを妨げられる（1条後段）」者にあたるため、条約の締結国には、がん就労者という障害者が職業生活を通じて社会参画を実現するための政策を講じることが求められると考えることができる。

(3) 「障害を持つアメリカ人法」(Americans with Disability Act of 1990、以下「ADA」)

ADAは障害を理由とする差別を禁止する法律で、1990年に制定された。同法における「障害」とは、機能障害（impairment）自体ではなく、環境や社会条件などの外的要因により生じる不利益を受ける状態をいい、障害の「社会モデル」を採用している。

⁵⁷ 中川 純「福祉サービスに対する障害者権利条約のインパクト」論究ジュリスト8号（2014年）35頁。

⁵⁸ 川島聡＝東俊裕「障害者の権利条約の成立」『障害者の権利条約と日本—概要と展望[増補改訂版]』（生活書院、2012年）23頁。

⁵⁹ 川島聡「障害者権利条約の概要」法律時報1007号（2009年）5頁。

そして、がん罹患や過去にがんを罹患の経験がある事は「障害」に当たる⁶⁰と考えられている。このため、がん就労者は、同法における障害者として、自分の労務提供を妨げる障害を取り除いて職務遂行を可能にする事を目的に、使用者に対して「合理的配慮 (reasonable accommodation)」の履行請求ができる。使用者がこの合理的配慮をしない場合は、その労働者に対する差別になる。この合理的配慮という概念は、障害者権利条約よりも先に、ADAによって示されたものである。

合理的配慮の具体例として、自動車やエレベーター、スロープ、手すり等を設置する等、既存の施設を障害者が容易に利用できるようにする事や、職務内容のうちの周部分的な部分の免除、労働時間の変更・短縮、配置転換⁶¹、会社の方針を適切に調整する事、等がある。

ここでひとつ留意すべきは、ADA で定義される「障害」を有するとして保護される為には、「適格を有する人 (qualified individual with a disability)」である事が必要になる、という点である。「適格を有する人」とは、職務の本質的機能 (essential functions of the job) の遂行を、「合理的配慮」があれば、あるいは無くても可能な人をいう。つまり、合理的配慮をしても職務の本質的機能を遂行できない者は、同法で定義される障害者であっても、保護の対象外⁶²になる。したがって、がん就労者で、日常生活を自力で送ることが困難な程度にまでがんが進行した末期の場合は、「適格を有する人」と評価するのは困難になり、ADA による合理的配慮を受けた継続就労はできない事になる。

一般的に、疾病労働者に対する合理的配慮の具体例には、職務の変更、配転、労働時間の調整などが考えられる。しかし、使用者に対して求められた合理的配慮の内容が、その実現の為に「過度の負担 (undue hardship)」を使用者が負わなければならない場合には、使用者は合理的配慮をする義務を負わない。何が過度な負担となるかは、障害をもつ労働者から使用者に対して示された要素に照らし、その実現の為に著しい困難または支出 (significant difficulty or expense) を必要とする行為であるか否かで判断される。

過度な負担にあたる具体例⁶³として、①合理的配慮をする為に「新しい」職位を設ける必要や、②現職者を他に追いやってまで職位を空ける事は、合理的配慮として要求されないと考えられている。他方、障害者の治療や休息の必要に応じて労働スケジュールを柔軟化する事、合理的な無給休暇を認める事は、ほとんどの場合、過度の負担とはならない⁶⁴。こ

⁶⁰ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Questions & Answers about Cancer in the Workplace and the Americans with Disabilities Act (ADA)

<https://www.eeoc.gov/laws/types/cancer.cfm> 平成 30 年 2 月 28 日最終確認。

Barbara Hoffman, JD, *WORKING IT OUT Your Employment Rights As a Cancer Survivor* National Coalition For Cancer Survivorship 3 (2008).

⁶¹ 中川 純「障害者差別禁止法におけるコストと合理的配慮の規範的根拠—アメリカ法からの問題提起」季刊労働法 235 号 (2011 年) 4 頁。

⁶² 長谷川珠子「アメリカにおける合理的配慮について」3 頁。

www.mhlw.go.jp/shingi/2008/06/dl/s0627.8b.pdf, 平成 29 年 12 月 23 日最終確認。

⁶³ 長谷川珠子「雇用差別禁止法に対する法的アプローチの変遷と課題」独立行政法人経済産業研究所 (2013 年) 11 頁。

⁶⁴ See *Ward v. Massachusetts Health Research Institute*, 209 F. 3d 29(1st Cir. 2000).

れらを総合すると、がん就労者のための合理的配慮の内容としては、治療による副作用や体力低下、機能障害が生じた場合の、職務の変更、配転を含めた負担軽減や労働時間の調整、通常とは異なる休憩時間の付与等が、考えられるであろう。

(4) イギリス 2010 年平等法

イギリスでは、2010 年平等法 (Equality Act 2010、以下、「平等法」) の制定により、雇用の領域だけでなく、サービスの提供、不動産、教育などその他の領域も対象とする⁶⁵包括的な平等法が制定された。障害 (Disability 6 条) を有する者に対しては、保護特性 (protected characteristics、4 条) として列挙されている 9 種類の一つとして、差別や不利益取扱いが禁止される。6 条における「障害者」(a disabled person) は、イギリスの社会モデルに特有の言葉として知られており、その意味は、「社会障壁によって不利を負わせられた者」であると解されている⁶⁶。同条において、こうした「障害」を有する者に対し、法で規定される差別・不利益取扱いは禁止される。そして、がんに罹患した者が障害を有する者に該当する事は、平等人権委員会 (Equality and Human Rights Commission: EHRC) が定めた行為準則に規定されている⁶⁷。したがって、がん就労者に対する不利益取扱いは、法で禁止される差別に該当するのである。

障害者に対して禁止される差別としての不利益取扱いには、以下の 6 つの行為がある。それは、直接差別 (direct discrimination、13 条 1 項)、間接差別 (indirect discrimination、19 条 1 項)、障害に起因する差別 (discrimination arising from disability、15 条、以下「起因差別」)、調整義務 (duty to make a reasonable adjustments、20 条) の不履行を理由とする差別、ハラスメント (harassment、26 条)、報復的取扱い (victimisation、27 条) である。

そして、禁止された直接差別、間接差別、起因差別の状態を、防止あるいは取り除く措置を講じる義務を使用者は負う。これを「調整義務 (duty to make a reasonable adjustment、20 条)」という。これは、障害者権利条約で規定されている合理的配慮を国内法化したものと考えられる。「調整義務」が生じる場面 (20 条) とは、①A の規定、基準又は慣行が、障害者を、障害者でない者と比較して当該事項に関して実質的に不利な立場に置く場合 (同条 3 項)、②物理的特徴⁶⁸ (physical feature) が、障害者を、障害者でない者と比較して当

⁶⁵ 2010 年平等法は適用対象となる分野を幅広くとらえており、サービスの提供 (第 3 編)、不動産 (第 4 編)、労働 (第 5 編)、教育 (第 6 編)、団体 (第 7 編) が関わる差別について、適用される。以上、浅倉むつ子「包括的差別禁止立法の意義」『労働法理論変革への模索 毛塚勝利先生古希記念』(信山社、2015 年) 589 頁。

⁶⁶ 川島 聡「英国平等法における障害者差別禁止と日本への示唆」大原社会問題研究所雑誌 641 号 (2012 年) 30 頁。

⁶⁷ がん罹患が障害に該当することにつき、行為準則には次のように記されている。“Anyone who has HIV, cancer or multiple sclerosis is automatically treated as disabled under the Act.” Appendix 1: The meaning of disability 19: Equality and Human Rights Commission Equality Act 2010, Code of Practice Employment Statutory Code of Practice 289 (2011).

⁶⁸ 「物理的特徴」とは、(a)建物のデザインまたは構造の特徴、(b)建物への通路、出口、入口の

該事項に関して実質的に不利な立場に置く場合（同条 4 項）、③障害者が、補助的支援（auxiliary aid）の提供がなければ、障害者でない者と比較して当該事項に関して実質的に不利な立場に置かれる場合（同条 5 項）である。

がん就労者の場合、治療による副作用や後遺症により、体力の低下や機能障害がみられると、従前の完全な労務提供が不能になる場合がある。そのような時には、がん就労者の継続就労の為に、使用者には調整義務が生じる。こうしたがん就労者に対する調整義務の具体例⁶⁹としては、施設に調整を施すことや空きポストへの異動、勤務や教育訓練の時間の変更、検査あるいは治療のために勤務や教育訓練を離れることを認める事等が挙げられている。

上述した調整義務の不履行は、平等法で禁止される差別としての不利益取扱いがなされたものとみなされ、差別の救済にかかわる諸機関での検討がされる事になる。具体的には、助言斡旋仲裁局（Advisory Conciliation and Arbitration Service）での斡旋、EHRC での事業主等への調査、質問、勧告等、裁判所・審判所での差別の存在の宣言や平等法に規定される権利の宣言、申立人に対する補償金の支払いなどの勧告、など（124 条 2 項）の救済である。

（5）小括

以上のように、ADA では社会モデルの障害概念が採用され、がん就労者は、障害を有する者に該当し、自己が本来有する労働能力を発揮して労務提供をする為に、がん就労者自身の権利として使用者に対して合理的配慮を求める事ができる。

いっぽう、イギリスでも、包括的な差別禁止法である 2010 年平等法で、障害の概念につき社会モデルが採用され、がんに罹患した者や過去にがんに罹患した経験を有する者は、障害者として扱われる。その結果、労働の場では、がん就労者に対してがん罹患を理由とする不利益取扱いが禁止され、使用者は、継続就労に向けた調整義務を負う。具体的には、がん就労者の労務提供を容易にする労働環境の整備や、健康状態を考慮した配置転換・労働時間の調整等である。

こうした合理的配慮や調整義務によって、個々のがん就労者が直面する治療と仕事の両立に対する障害要因が排除される。使用者に課されるこれらの義務の履行により、多様な症状を有する為に必要な措置が一人ひとりで異なるがん就労者たちにとり、それぞれが望

特徴、(c)建物の家具・調度(fitting of furniture)、設備(furnishings)、素材(materials)、備品(equipment)、その他の家財(chattels)、(d)その他の物理的要素や性質を意味する(20 条 10 項)。長谷川聡「イギリス障害差別禁止法の構造と限界」公益財団法人日本障害者リハビリテーション協会情報センター障がい者制度改革推進会議差別禁止部会資料（2011 年）

(<http://www.dinf.ne.jp/doc/Japanese/law/promotion/k2/k2s2.html>,平成 29 年 12 月 23 日最終閲覧)。

⁶⁹ Macmillan Cancer Support: *Work And Cancer Series Your Rights At Work When You're Affected By Cancer 9*, <http://www.macmillan.org.uk/GetInvolved/Campaigns/Work> 平成 30 年 2 月 28 日最終確認。

む治療と仕事の両立が支えられることになるであろう。

3 日本

(1) 海外との違い

わが国にはアメリカやイギリスのような包括的差別禁止法が存在しないが、その差別の禁止を目的とする法領域ごとに、個別に差別禁止法が整備されている。雇用領域に関連する障害者差別禁止法制には、①障害者差別禁止法、②障害者差別解消法、③障害者雇用促進法がある。これら 3 つの法律の関係は次のようなものである。障害者基本法が、障害者に関する法律の基礎となる理念法という存在であり、その理念にのっとして定められた障害者差別禁止法の特別法として、労働法の領域で定められたのが障害者雇用促進法である⁷⁰。そして、障害者差別解消法と障害者雇用促進法の違いは以下のようなものである。障害者差別解消法は、内閣府が所管している法律であり、この法律のもとで、行政機関と事業者は、教育、公共交通、役務の提供、行政機関の活動をはじめとする広範な分野で、障害者に対して合理的配慮を提供する義務を負う。いっぽう、雇用分野については、障害者差別解消法の規定は適用されず、障害者雇用促進法の合理的配慮の規定が適用されることになる。障害者雇用促進法は厚生労働省が所管している法律で、そのもとで、事業主は障害者に対して合理的配慮を提供する義務を負うのである⁷¹。

したがって、雇用の場においてある労働者が障害者に該当するか否かを判断する場合は障害者雇用促進法によることとなるが、まずは全ての障害法の基本である障害者基本法の「障害者」の定義について確認する。

障害者基本法は、2011 年の改正で「障害者」の定義が見直され、社会モデルの考え方が取り入れられた⁷²。改正前の障害者の定義は、「身体障害、知的障害又は精神障害（以下「障害」と総称する。）があるため、長期にわたり日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者をいう（旧 2 条）」であった。この定義は「医学モデル」である。しかし改正によって「障害」の範囲が拡大され、そうした障害がある者で「障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるもの（改正 2 条 1 項）」が「障害者」の定義となった。この定義の変更により、わが国の「障害者」の定義に「社会モデル」の考え方が採用されるに至った。その「社会モデル」の考え方が反映された同法および障害者差別解消法と障害者雇用促進法の「障害者」の定義は、次のようなものである。

(a) 「障害者」の定義

⁷⁰ 浅倉むつ子「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」障害法 1 号（2017 年）39 頁。

⁷¹ 川島聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」川島聡＝飯野由里子＝西倉実季＝星加良司『合理的配慮 対話を開く対話が拓く』40 頁。

⁷² 『平成 24 年障害者白書』（内閣府、2012 年）

・障害者基本法 2 条 1 項

障害者とは、「身体障害、知的傷害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。」

・障害者差別解消法 2 条 1 号

障害者とは、「身体障害、知的傷害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。」

・障害者雇用促進法 2 条 1 号

障害者とは、「身体障害、知的傷害、精神障害（発達障害を含む。第 6 号において同じ。）その他の心身の機能の障害（以下『障害』と総称する。）があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう。」

(b) 海外の「障害」定義との比較

日本では、がん罹患者は原則としてこれらの「障害者」に該当すると考えられていない。がんという共通の疾病を有することについて、アメリカやイギリスでは「障害」を有する者であると考えられているのに対し、なぜ、わが国ではそうではないのだろうか。その原因を明らかにするため、アメリカの ADA とイギリス平等法の「障害」の定義について確認し、日本の「障害者」の定義との比較を行う。

◆アメリカ・ADA「障害」の定義⁷³（12102 条）

(1) 「障害」という用語は、ある個人について、以下を意味する。

(A) 個人の一つ又は複数の主要な生活活動を実質的に制約する身体的又は精神的な機能障害

(B) 機能障害の記録

(C) 機能障害をもつとみなされること（第（3）項に示すとおり）

(2) 主要な生活活動

(A) 全般 上記第（1）項において、主要な生活活動とは、身の回りのことを行う、手作業を行う、見る、聞く、食べる、眠る、歩く、立つ、持ち上げる、かがむ、話す、呼吸する、学ぶ、読む、集中する、考える、

⁷³ 内閣府ホームページ

<http://www8.cao.go.jp/shougai/suisin/tyosa/h23kokusai/02-use1.html> 平成 30 年 3 月 1 日最終確認。

コミュニケーションをとる、働くことを含む。ただし、これらに限定されない。

(B) 主要な身体機能 第(1)項において、主要な生活活動とは、免疫システムの機能、正常な細胞の成長、消化機能、膀胱、神経、脳、呼吸器、循環器、内分泌、生殖機能といった主要な身体機能の働きを含む。ただし、これに限定されない。

(3) 機能障害をもつとみなされること。

第(1)項(C)において、

(A) ある個人が、実際に身体的又は精神的な機能障害をもつこと、機能障害をもつ、又はもっていると思われることを理由として、その機能障害が主要な生活活動を制約する、若しくは制約すると思われるか否かにかかわらず、本章で禁じられている行為の対象となったことを証明する場合には、その個人は「機能障害をもつとみなされること」という要件を満たす。

(B) 第(1)項(C)は、一時的な又は軽微な機能障害に対しては適用されない。一時的な機能障害とは、実際の又は予想される持続期間が6ヶ月以下の機能障害である。

◆イギリス平等法の「障害」の定義(6条1項、2項、4項)

障害とは、「身体的又は精神的な機能障害を有する者であり、この機能障害によって通常の日常生活を行う能力に、実質的かつ長期間にわたり悪影響を受けている者」(6条1項、2項)と、「過去に障害を有していた者」も含む(6条4項)、と定義される。

ある者(P)が障害を持つ事になるのは、「Pが身体的又は精神的なインペアメントを持ち、かつ当該インペアメントが普通の日常活動を行うPの能力に実質的かつ長期的な悪影響を及ぼす場合⁷⁴」である。ここでいう「長期的」(long-term)とは、12か月以上にわたる、もしくは12か月以上にわたると予想されるもの、あるいは今後の生涯に残存すると予想されるものと解されている⁷⁵。

⁷⁴ 平等法第6条1項。

⁷⁵ 平等法附則1第2条第1項。前掲注52)41頁。

「障害」概念に関する整理

	心身レベルの障害 (インペアメント)	能力レベルの障害 (ディスアビリティ)	社会的不利 (ハンディキャップ) の程度	備考
海外				
アメリカADA	身体的・精神的機能障害 機能障害の記録 機能障害をもつとみなされること 機能障害:精神的または身体的	主要な生活活動 (A)「働くこと」を含む身の回りの行為全般 (B)正常な細胞の成長を含む「主要な身体機能」	実質的な制約	一時的・軽微な機能障害を除く (「一時的」とは6ヶ月以下)
イギリス平等法	機能障害 ・精神的または身体的 ・過去に上記の機能障害を有していたこと	通常の日常生活	実質的かつ長期間な制約	・「長期的」とは12ヶ月以上 ・今後の生涯に残存すると予想されるもの
日本				
障害者基本法	身体障害、知的障害、精神障害 (発達障害を含む)、その他心身の機能の障害	日常生活又は社会生活	継続的・相当な制限	
障害者差別解消法	身体障害、知的障害、精神障害 (発達障害を含む)、その他心身の機能の障害	日常生活又は社会生活	継続的・相当な制限	
障害者雇用促進法	身体障害、知的障害、精神障害 (発達障害を含む)、その他心身の機能の障害	職業生活	・長期にわたる相当な制限 ・長期にわたる著しい困難	

上の図は、各法の「障害」・「障害者」の概念を比較したものである。

「心身レベルの障害（インペアメント）」については、現存する機能障害および身体的な者に限定せず精神的な領域まで含める点で、アメリカのADAやイギリス平等法と日本法との間に違いはない。しかし、アメリカのADAとイギリス平等法が過去に障害を有していたことまでを障害に含めているのに対し、日本法はそうではない。この違いは、がん就労者の場合、とくに重要であると考えられる。なぜなら、一度がんに罹った経験がある者は、募集や採用の対象から暗に除外されるおそれがあるためである。

「能力レベルの障害（ディスアビリティ）」については、海外の包括的な差別禁止法ではなく、雇用の場を対象とした障害者雇用促進法が「職業生活」に限定している点を除き、海外のものと比較してそれほどの違いは無いように思われる。

「社会的不利（ハンディキャップ）の程度」については、大きな違いが見られる。すなわち、機能障害（インペアメント）によって生じた能力の障害（ディスアビリティ）が、どの程度制約される状態にあることが必要かについて、アメリカのADAとイギリス平等法は、「実質的」なもので足りるのに対し、日本法、とくに雇用領域で適用される障害者雇用促進法では「長期にわたる」「相当な制限」あるいは「著しい困難」となっている。能力が制約される期間として海外で考えられているのが「長期的」が12ヶ月以上、あるいは今後の生涯に残存すると予想されるものであったり（イギリス平等法）、6ヶ月以下という一時的な機能障害は除く（アメリカ・ADA）とされている事と比較すると、日本の障害者雇用促進法で障害者に該当するために求められる能力の制約程度は、とても高い基準である。この基準の高さが、障害者雇用促進法の障害者の範囲が「ADAの障害者の範囲よりも相当狭い⁷⁶⁾」ことの原因の一つと考えられる。また、上記2か国の法は、「障害」を「長期的な生活機能障害」と捉えており、日本法のような「障害者」に限定してはいない⁷⁷⁾ことも、国

⁷⁶⁾ 中川純「障害者雇用促進法の差別禁止条項における「障害者」の概念」季刊労働法 243号(2013年) 21頁。

⁷⁷⁾ 近藤昭雄「業務災害に基づく長期傷病休業者の解雇と労契法16条—専修大学事件差し戻し高

際的な基準に照らして、日本の「障害」の範囲が狭い原因であると言えるであろう。

この点につき、現在の障害者雇用促進法における障害者については、「長期にわたる職業生活上の相当の制限」を個別に判断しており、たとえば、障害者手帳を所持しない発達障害者、難治性疾患患者等で「長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者」についても障害者雇用促進法の対象に含まれていることから、本来対象とすべき者が障害者とされていると評価できるとされている⁷⁸。

しかし、障害者雇用促進法は、障害者である労働者が経済社会を構成する労働者の一員として職業生活においてその能力を発揮する機会が、障害を有する労働者に対して与えられるべきことを基本的理念として宣言している（3条）。とすれば、同法が規定する障害者の程度に至らない、より軽度な障害を有する労働者が、事業者による合理的配慮があれば職業生活の遂行が可能になる能力を有しながら、そうした能力を発揮する機会を与えられずに失業その他の労働契約上の不利益を受けなければならないことは、障害者雇用促進法の基本的理念にそぐわない状況であるといえよう。がん就労者は、現在のところ、障害者雇用促進法の障害者の定義に該当しないとの扱いを受けている制度の谷間に置かれている障害者⁷⁹であり、「障害者」の範囲を広くして、その谷間から救いあげる必要がある。

(2) 病気と障害の関係

病気と障害の関係については、欧州司法裁判所で興味深い判断がなされている。それは、デンマーク人女性労働者2名（1人は腰痛、1人はむち打ち症）が病気休職後、フルタイムでの仕事が出来ないことを理由として解雇されたのに対して、ふたりの代理人である労働組合が、当該解雇はEUの雇用機会均等指令における障害を理由とした差別であるとして提訴した事案である。2013年に下された判決では、病気と障害の関係について、次のような3つの見解が明らかにされた。すなわち、①条約加盟国の法令は条約に則して解釈されるべきであり、障害者権利条約の障害の概念によって、病気に伴う制限は障害と理解すべきであるから本件解雇は障害者差別にあたる⁸⁰、②本件では、解雇をするよりも、むしろ労働時間の短縮をするなどの合理的配慮が使用者によって提供されるべきである⁸¹、③雇用均等指令における障害の概念には、治癒できる疾患もできない疾患も含めて、医学的に診断された次のような疾患、すなわち、身体的、精神的、心理的機能障害によって生まれる、長期にわたる制限を伴う疾患で、その機能障害が多様な障壁との関わりによって他の労働

裁判決（東京広判平28・9・12）批判」地域と労働204号（2017年）15頁。

⁷⁸ 「障害者権利雇用促進制度における障害者の範囲の在り方に関する研究会報告書」（平成24年8月3日（抄））。

⁷⁹ 松井彰彦＝川島聡＝長瀬修『障害を問い直す』（東洋経済新聞社、2011年）149頁。

⁸⁰ 前掲注48）258頁。

⁸¹ Cases C-335/11 and C-337/11 Ring and Skouboe Werge, Eilionoir Flynn *New Decision on Disability Discrimination from the CJEU*, EUROPEAN LAW BLOG europeanlawblog.eu/2013/04/12/new-decision-on-disability-discrimination-from-the-cjeu/ 平成30年6月10日最終確認。

者と平等に職業生活へ完全かつ効果的に参加することを妨げる可能性がある場合が含まれる、といったものである⁸²。

この判決は、EUの障害者権利条約への加盟後初の雇用均等指令における障害者の定義に関する考えが示されたものとして意義を有するとEUでは考えられている⁸³が、わが国のがん就労者にとっても、非常に示唆的な判断である。なぜなら、条約加盟国においては、病気に伴う制限は、障害者権利条約の障害の概念によって、障害と理解すべきであること、障害と理解される病気が原因で罹患前と同様に働けない場合は、使用者は当該労働者に対して合理的配慮をすべきであり、労働時間短縮はまさに合理的配慮にあたる措置であることは、がん就労者にとってまさにあてはまるからである。がんは身体的機能障害によって生じるある程度の長期にわたる制限を伴う疾患であり、その機能障害が多様な障壁との関わりによって他の労働者と平等に職業生活へ完全かつ効果的に参加することを妨げる可能性がある病気である。したがって、日本においても、がんに罹患することは障害者権利条約における障害の概念に該当し、その結果、がん就労者は、雇用の場面において障害者と捉えることが可能であると、解釈することが可能になる。

(3) 障害者雇用促進法における「合理的配慮」

障害者差別解消法は、雇用分野での差別を解消するための措置については障害者雇用促進法に委ねるとし(13条)、障害者雇用促進法では、2つの合理的配慮が事業主の義務として定められた。それは、募集・採用時の機会均等の確保のための、障害者からの申出にしたがって必要な措置を実施すること(36条の2)と、すでに労働契約の関係にある障害のある労働者のために職務の円滑な遂行に必要な設備を整備したり援助者を配置したりする措置を実施することである(36条の3)。後者の具体例としては、手話通訳者や要約筆記者の配置・派遣や、通勤時のラッシュを避けるための通勤時間の変更があげられている⁸⁴。

障害者雇用促進法で規定される合理的配慮は、それが使用者によって提供されない場合、「差別」とならない⁸⁵。合理的配慮の不提供が差別としないことの理由につき、厚生労働省の労働政策審議会分科会意見書によれば、「合理的配慮の不提供を差別として禁止することと合理的配慮の提供を義務づけることはその効果は同じであると考えられることから、端的に事業主への合理的配慮の提供義務とすることで足りると考えられる」ためであると記されている。しかし、障害者権利条約では、締結国に対して「障害者」への差別禁止を求める(5条2項)とともに、「平等を促進し、及び差別を撤廃することを目的として、合

⁸² 前掲注 80)。

⁸³ Eilionoir Flynn *New Decision on Disability Discrimination from the CJEU*, EUROPEAN LAW BLOG

europeanlawblog.eu/2013/04/12/new-decision-on-disability-discrimination-from-the-cjeu、前掲注 80)。

⁸⁴ 西倉実季「対象者の拡大可能性 合理的配慮を必要とするのは誰か」前掲注 71) 146 頁。

⁸⁵ 前掲注 71)。なお、合理的配慮の不提供は、障害者差別解消法のもとでは「差別」となる。

合理的配慮が提供されることを確保するための全ての適当な措置をとる。」(同 3 項) ことも求めている⁸⁶。障害者に対するこの内容は、締結国である日本にも求められるものであり、合理的配慮の不提供は、差別にあたると解するのが妥当と思われる。

また、差別にならないと解釈される使用者の合理的配慮義務の規定が存在することは、障害がある者からの権利としての規定が無いことを意味し、使用者の合理的配慮の義務違反の法的効力は何か、という問題が生じる⁸⁷。具体的には、損害賠償にとどまるものなのか、それとも履行請求まで認めることになるのかの問題である。

この点、障害者雇用促進法の合理的配慮の提供義務規定から直接に私法上の効力が生じるものではないが、公序良俗や不法行為、または信義則等を介して、間接的に効果が生じると、一般に考えられている⁸⁸。つまり、労働者から使用者に対して合理的配慮をするように履行請求は出来ず、損害賠償にとどまるということである。

しかし、合理的配慮の規定が登場するよりも前の事例であるが、阪神バス(勤務配慮)事件⁸⁹では、配慮義務をしないことにつき、公序違反ないし信義則違反を構成すると立論し、その法的効果として、法律行為の無効や、事実行為に対する損害賠償請求ではなく、勤務配慮がない状態で就労する義務がない権利を確認するという法的効果が導かれている⁹⁰との指摘がある。この考え方は、その後規定された合理的配慮についても妥当するものとする。

合理的配慮の法的効果については未だ不明な点が多い⁹¹が、憲法 27 条の「労働権は、障害者に対する労働契約上の職場環境配慮義務のひとつとして、合理的配慮を導くものである⁹²。」との見解に立てば、障害を有する労働者には使用者に対する合理的配慮義務の履行を請求する権利が認められることも考えられる。そして、合理的配慮をこのように労働者の権利に基づくものと捉えることで、雇用の場における障害者は差別禁止という法理念によって守られる。それは、がん就労者の場合、退職に追い込まれずに治療と就労の両立を実現できるとことを意味するのである。

(4) 小括

がん就労者が治療と就労を両立させるためには、法的に保障された病気休暇を利用する

⁸⁶ 前掲注 77)。

⁸⁷ 前掲注 70) 40 頁。

⁸⁸ 労働政策審議会障害者雇用分科会「今後の障害者雇用施策の充実強化について(意見書)」(平成 25 年 3 月 14 日) 2 頁。

⁸⁹ 阪神バス(勤務配慮)事件(神戸地尼崎支部平成 24. 4. 9 決定) 労判 1054 号 38 頁。

⁹⁰ 山田省三「判例解説 身体障害のある運転士に対する従前の勤務配慮義務の存否とその内容～阪神バス(勤務配慮)事件(神戸地尼崎支部平成 24. 4. 9 決定) 労判 1054 号 38 頁～」 労判 1064 号 10 頁。

⁹¹ 長谷川珠子「視覚障害を有する大学教員に対する職務変更命令の適法性」季刊労働法 259 号 197 頁。

⁹² 前掲注 90)。

権利だけでなく、職場におけるより柔軟な対応を実現するために、アメリカやイギリスで整備されている合理的配慮を労働者から使用者に対して請求できるようになることが必要である。しかし、現在の日本では、がんに罹患した者が一般的に障害者と考えられることはないため、それは叶わない。したがって、雇用領域における法的な障害者の範囲を国際的な基準に近づける必要がある。また、障害者雇用促進法における合理的配慮は、その不提供が差別とは考えられていない事や、法的効果が不明確である点が、現時点における法的な課題である。障害者権利条約の 5 条 3 項では、合理的配慮の提供の確保のためにあらゆる適当な措置を講ずることが求められているのであり、この問題は、わが国で取り組み、解決すべきものである。これは、がん就労者の治療と就労の両立にとっても、克服すべき非常に重要な法的課題である。

V おわりに

以上、本稿で述べてきたことを要約すると、次のようになる。すなわち、わが国では就労世代のがん罹患者が増加傾向にあり、また、がん罹患を契機として不利益取扱いを受ける労働者の問題について社会的に認識されているにもかかわらず、その問題を解決する法的制度が欠落している。そしてがんの治療と仕事の両立に関する調査の結果でてきた主な障害要因は、「休み」に関するものであり、法定病気休暇制度の必要性と、復職のために段階をふむステップの整備の重要性が明らかになった。またアメリカとイギリスでは、がんの罹患を「障害」と捉えて、その障害を理由とする差別が禁止されるが、日本の定義はそうした「障害」とは異なり、障害者該当性が国際的に比較しても狭いといった理由から、雇用に関する差別禁止法制の障害者定義を見直すことの必要性が明らかになった。がん就労者が障害者に該当することは、その人たちを雇用する使用者に対し、合理的配慮を義務づけることになる。これは、柔軟な対応が可能になるため、多様な症状を持つ多くのがん就労者の治療と就労の両立のための個別のニーズに応える機能を果たすであろう。

本稿では、治療と仕事の両立を目指すがんサバイバーにとって、法定病気休暇制度の必要性と、海外にあるような障害の概念にがん罹患が含まれるという考えをもとにした合理的配慮の活用が重要であることを述べた。これらふたつは、治療と仕事の両立を阻害している最大の原因の「休み」に関する問題を解決するために役立つ点で共通する。そして、いまひとつの共通点がある。それは、これらが、法的に労働者という人間の権利として構成できることである。これは、いままでのがん就労者、そしてがん以外の私傷病労働者に対してなされてきた、使用者である会社による一種恩恵的な措置とは異なる性質のものである。病気になった労働者が、自分の治療機会確保のために休暇取得や合理的配慮を上司や同僚などの周囲の厚意に頼るのではなく、権利として行使できるようになることは、そ

の人が仕事をしながら生命や健康を守るため当然に認められるべきであろう。とくに、がんは集中治療時期には化学療法などにまずは優先しなければならないが、この期間は何ヶ月にも及ぶため、周囲への気兼ねなどが生じて仕事を辞めざるを得なくなるケースがあるため、法的な権利の存在はとても重要である。また、そうした権利の行使は帰属先や労働形態の違いの影響を受けないので、非正規雇用にある多くの女性のがん就労者の力になることが予想される。彼女たちは、収入という経済的な面だけでなく、福利厚生などの会社からの支援の面でも、正規雇用の労働者と比べて劣位の位置に置かれ、こうしたジェンダ―格差の問題の中に、女性のがん就労者が直面する数々の困難も含まれているのである。休みや合理的配慮が法的な権利であることは、正規雇用・非正規雇用の壁をこえて、その実現を可能にし、非正規雇用という立場にある女性労働者の治療と就労の両立に役立つものになるであろう。

家族の育児や介護をするための休業は法律で認められているのに、労働者本人の生命や健康を守るための休みの取得が法律で認められていないという現状は、そろそろ改められる時機に来ているのではないだろうか。また、治療と仕事の調整の配慮を求めることも、海外のように労働者の権利として認められる必要があるだろう。それらは、仕事を通じた社会参画を目指すがんサバイバーにとって、強力な法的支援になるものと考えている。

今回の検討だけで、がん就労者の就労に対する法的支援のあり方が完結するわけではない。たとえば、がん罹患したことを職場で公表し、上司や周囲に理解と協力を求めると、それを聞いた当初は協力的だった人たちが、時間の経過とともに理解を示さなくなることがある。命を守るために働きながら治療を続けるがん就労者に対して、さまざまな嫌がらせがされることもある。「キャンサー・ハラスメント」とも言うべき問題である。これは、がん就労者にとって、自主的な退職に追い込まれる事態もある深刻な嫌がらせになりうるし、精神的なダメージも引き起こしかねない、きわめて重大な人権侵害である。がん就労者をとりまく問題は複雑で、その解決は容易ではない。その法的検討は、今回取り組んだ問題も含め、今後も議論を深めてゆく必要があるだろう。

また、がん就労者の治療と就労の両立の困難に対しての検討は、私傷病労働者全般についても応用可能で、がん以外にもその射程範囲が広がる可能性を秘めた問題であると考えている。罹患者数がきわめて多く、国民疾病としての性格をもつがんについて、その罹患者の就労問題の検討は、ほかの様々な病を抱える人たちにも希望的な影響を与えるかもしれない。

がん罹患した労働者が本人の意思に反して不利な立場に追い込まれる状況は、これまで少なからずあったことである。これは、生死にかかわる悩みを持つ人たちの、生活にかかわるもう一つの重大な悩みでもある。この切実な問題を解決したいと思ったのが、筆者がこの問題に取り組む動機であった。命に関わる病と闘わなくてはならないのに、同時に、生きていく上で必要不可欠な経済的基盤が危うくなるかもしれないという精神的な不安を抱えたり、本当に仕事を失って収入の途を絶たれてしまう事態は、がん就労者が、ひとり

の人間として世の中とつながっているという社会的な存在意義を失うことでもある。がん患者にとって何がいちばん大切かといえば、もちろん、医療に従事する人たちの研究によってがんによる死が無くなる日が訪れる事であろう。そうした医学の夢が実現して死の恐怖から救われるときが必ず来るよう願う。ただその日よりも先に、彼らを法律で救える事があるのではないだろうか。がん就労者が、病気の為に労働契約上の不利益を受ける事なく働き続けられるという、ひとりの労働者としての社会的な存在意義を、法律で支える事は可能であるとする。現時点での筆者の研究が不完全なものである事は自覚しているが、治療と就労の両立の実現を探ることにより、わずかでもがん就労者の一助になれば望外のよろこびである。

すべてのがん就労者にとって、そして病気を抱えるすべての労働者にとって、仕事を通じて社会とつながることができる環境、アクセシブルな社会の一日も早い到来を願うことを記して、筆をおくことにする。