

2019年度がんサバイバーシップ研究助成金

研 究 報 告 書
(年 間)

2021年 3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 筑波大学大学院ビジネス科学研究群

住 所 東京都文京区大塚3-29-1

研究者氏名 山 邊 惠 里



(研究課題)

がんサバイバーのための合理的配慮

— 就労を通じた社会参画にむけた権利性の法的考察 —

2019年 8月 5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。

「がんサバイバーのための合理的配慮

－ 就労を通じた社会参画に向けた権利性の法的考察 －」

筑波大学大学院

ビジネス科学研究群

山邊 恵里

I はじめに

がん罹患した労働者が職場で不利益に扱われた場合、アメリカでは、ある法律を根拠として裁判所に救済を求めることが出来る。その法律は 1990 年に成立したが、2008 年に法改正がされるまでの間、その法律の存在を以てしても、がんサバイバー本人が望む雇用維持は、容易なものではなかった。法律はあれど、裁判所の解釈が法目的と同じ方向を向いていなかったために、当初立法にたずさわった人々の意図とは異なる結果に終わってしまっていたのである。そのため、アメリカでは、法律による保護の真の実現を目指して、がんサバイバーたちも加わった法改正運動が展開された。本稿は、こうしたアメリカの法制度の展開とその効果を検証し、わが国のがんサバイバーの雇用維持に関する法制度のあり方について提言を試みるものである。

II 問題の視点

深刻な病気になった労働者には、退職して治療・療養に専念したり、退職しないまでも休職して治療を受けた後に職場復帰を目指すという選択肢がある¹とこれまでいわれてきた。しかし、最近のがん治療は通院による化学療法を受けるというスタイルが一般的になってきており、その場合、退職や長期間の休職の必要は生じない。つまり、がん罹患時と比較してそれまでに従事してきた就労形態や生活を基本的に維持しながら、部分的に治療のための時間をつくることの可能な労働環境が要請される場合が、増加しているのである。

¹ 水島郁子「私傷病労働者に対する保障と課題」『労働者象の多様化と労働法・社会保障法』（有斐閣、2015年）218頁。

わが国では、がんはその5年生存率が改善傾向を示している反面、療養による休職後の復職率は他の疾病と比較して低く、退職率は高い²。こうした状態で継続就労を実現するために、法は何ができるだろうか。労働法の領域では、身体や精神の機能障害を有する労働者につき、障害を有する者として扱う規定がある。以下では、まず、わが国における労働者と法律の関係につき概観し、次のがんサバイバーとの関連で、アメリカの法律の内容とその影響を確認し、続いて日本の障害者雇用促進法の内容と課題について検討を加え、がんサバイバーのための合理的配慮の可能性と就労を通じた社会参画にむけた権利性の法的考察を行う。

III がんと就労－労働法的アプローチによる検討

障害者の雇用の促進等に関する法律（以下、「障害者雇用促進法」）では、2013年の改正で差別禁止や合理的配慮が明文化された。同法における合理的配慮とは、障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置のことをいう。具体的には、たとえば視覚障害者に対する募集時の音声等による募集内容の提供や、精神障害者に対する採用後の出退勤時刻・休暇・休息に関し、通院・体調に配慮すること³などがある。

障害者雇用促進法における障害者とは、2条で「身体障害、知精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害があるため、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」とされている。これらの障害者は①身体障害者、②知的障害者、③精神障害者、④発達障害者、⑤その他の障害者に大別できる。

このうち、①身体障害者は、身体障害者障害程度等級表の1級～6級の障害を有する者、7級の障害を2つ以上重複している者で、障害の種類には、視覚障害、聴覚障害、平衡機能障害、音声・言語機能障害、そしゃく機能障害、肢体不自由、心臓機能障害、じん肺機能障害、呼吸器機能障害、ぼうこう又は直腸機能障害、小腸機能障害、ヒト免疫不全ウイルスによる免疫機能障害、肝機能障害がある。「⑤その他の障害者」には、難病等の慢性疾患や高次脳機能障害などが含まれるが、このうち障害者手帳の無い者は雇用義務の対象には含まれないが、差別禁止と合理的配慮の対象になる。

以上より、がん罹患の労働者には原則この法律の対適用はなく、難病患者のように障害者として差別禁止と合理的配慮の対象にはならないという問題が確認できる。

² 独立行政法人労働政策研究・研修機構『メンタルヘルス、私傷病などの治療と職業生活の両立支援に関する調査』（独立行政法人労働政策研究・研修機構、2013年）81頁。

³ 「合理的配慮指針（概要）」厚生労働省<<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11600000-Shokugyouanteikyoku/0000083347.pdf>>.

IV アメリカの合理的配慮

1 ADAにおける「障害」定義

(1) がんサバイバーと法律

アメリカでも、がんサバイバーは、がんの診断後には解雇や降格、昇進拒否や意に反する異動、職場の同僚たちとの間で生じる気まずさなど、多くの職場の問題をこれまで経験してきた。少し前であるが、1996年に実施された500人のがんサバイバーを対象にした調査で明らかになったのは、がんの労働者はそれ以外の労働者の5倍の割合で解雇されたということであった⁴。特にがんに罹患した労働者の約4分の1もの人たちが、解雇や不採用を経験していた⁵ことは、日本の状況とも通じるものがある。

しかし、アメリカのがんサバイバーを取り巻く法的な状況は、日本と異なる。というのも、アメリカのがんサバイバーには、雇用維持を後押しする法制度が存在するからである。その法律名を「障害を理由とする差別を明確かつ包括的に禁止するための法律 (An Act to establish a clear and comprehensive prohibition of discrimination on the basis of disability、以下、ADA)」という。この法律名からもわかるように、がんサバイバーが職場で受けるさまざまな不利益を法的にどのようにとらえるべきかにつき、アメリカでは答えがでていす。すなわち、ひとりの労働者ががんに罹患したことをきっかけに直面する雇用の喪失や望まない配置転換、降格などの不利益取扱いは「がんを理由とする雇用差別 (cancer-based employment discrimination⁶)」と呼ばれている。これは法的には「雇用差別」という位置づけにあり、法的規制の対象となることは明白である。日本ではどうであろうか。

ADAが制定される1990年以前は、1973年連邦リハビリテーション法が、障害に基づく雇用差別に対する唯一の救済策を規定していた⁷。しかし同法は、連邦政府の財政援助を受けているプログラムなどによって雇用される者だけを念頭においていたため、その対象範囲は狭く、多くの障害者が同法の対象外となっていた。また、ADA成立前に存在していた

⁴ がん罹患労働者とそれ以外の労働者が解雇された割合は、それぞれ7%、1.3%であった。以上 Working Woman/AMGEN, Cancer in the Workplace Survey (1996年)。

⁵ Barbara Hoffman, Working it Out: Your Employment Rights, in CANCER SURVIVOR'S ALMANAC: CHARTING YOUR JOURNEY 208 (Barbara Hoffman ed.,1996)。

⁶ Barbara Hoffman, *Between a Disability and a Hard Place: the Cancer Survivors' Catch-22 of Proving Disability Status Under the Americans with Disability Status Under the Americans with Disabilities Act*, 59 MD L. REV. (2000)。

⁷ 29 U.S.C. § § 701-7976 (1994)。

連邦リハビリテーション法や各州の市民権法といった法律では、障害のある民間従業員にされた不利益な扱いに対する法的救済が十分ではなかった。そこで連邦議会はこうした問題を解消するために、ADA を制定することになったのである。ADA 成立時、ジョージ・ブッシュ大統領は、法案に署名する際に「アメリカ人の生活の主流から障害のある人々を不当に隔離し排除することに終止符を打つ」ことになるだろうと述べて⁸、ADA が果たす役割に期待した⁹。

この法律が誕生する過程では、連邦法の必要性を強く訴えるがんサバイバーたちによる働きかけもあった。がんサバイバーに対する雇用差別を調査していた The National Coalition for Cancer Survivorship は、ADA の法案通過がなければ、がんサバイバーはがんを理由としてなされた雇用差別に対処することはほぼ不可能で、いかに ADA が重要な法律で必要かを主張した¹⁰。これは言い換えれば、ADA という法律が誕生するまでは、アメリカにおいてすら、がんサバイバーたちを雇用差別から保護する法律が存在せず、身体の中にがん細胞を抱えたまま法律の谷間でさまようしか術がなかったことを意味する。

このように期待された ADA の登場により、がんを理由とする雇用差別からがんサバイバーは救われるはずであった。しかし、サバイバーたちの願いとは裏腹に、現実には ADA の下でも本人の意に反した不利益な扱いを受けるサバイバーたちの救済は容易ではなく、雇用の場から退場せざるを得ないケースがみられることとなる。その原因は、がんを理由とする雇用差別の訴えを裁判所が否定的な判断で終了させることがあったことによる。以下では、がんサバイバーをはじめとする多くの障害のある人々が期待した、制定当初の連邦議会の意思を反映した ADA の法目的とその内容を、次いで実際の紛争の中で展開された裁判所の判決内容につき法解釈を中心に確認し、2008 年改正前の ADA に関する問題点を取り上げる。

(2) ADA の目的～立法過程、EEOC 規則

ADA は、障害をもつ者がアメリカ社会に完全に参加できることを保証し、彼らに対する差別を禁止する法律である。そして障害をもつ者に対する「合理的配慮 (reasonable accommodation)」を提供しないことも、差別にあたるとして禁止する。この合理的配慮には「被雇用者が利用する既存の設備を、障害のある個々人にも容易にアクセス可能で利用に

⁸ Statement on Signing the Americans with Disabilities Act of 1990, 1990 PUB. PAPERS 1070, 1071 (July 26, 1990).

⁹ 前掲注 6)364 頁。

¹⁰ *Americans with Disabilities Act of 1989: Hearing on S.933, Before the Subcomm. On the Handicapped of Senate Comm. On Labor and Human Resources*, 101st Cong. (1989) (statement of Barbara Hoffmann, vice president of the National Coalition for Cancer Survivorship), *reprinted in* REAMS ET AL., at app. 383.

適したものにすること」や「職務の再編成、勤務時間の短縮又は作業スケジュールの修正、欠員職への配置転換、機器又は装置の取得又は改善、考査、訓練教材又は方針の適切な調整又は修正、適格性を有する代読者、通訳の提供、その他障害のある個々人に対する類似の配慮」が含まれ得る¹¹。この配慮の提供を受けるためには当該労働者が「障害」を有していることが必要となる。そして機能障害を原因として活動を阻む社会的障壁を取り除くための手段を合理的配慮という。この配慮を提供しないことは差別にあたるが、配慮を受けるのは「適格性を有する者 (qualified individual)」でなければならない。そして、ADA は 102 条 (a) で、適格性を有する障害のある個人について、障害を理由とする一切の雇用上の差別が禁止される。

ADA における差別禁止事由の「障害」の定義は、3 条(1)が以下のように規定する¹²。

「障害 (disability) とは、個人について、次の各号をいう。

- (A) その個人の主要な生活活動の 1 つまたはそれ以上を実質的に制限する身体的または精神的機能障害 (impairment)、
- (B) そのような機能障害の記録 (a record)、または、
- (C) そのような機能障害を持つとみなされていること (being regarded as)」

このように、障害に関し ADA では 3 種類の定義が規定されている。時系列的に整理すると (A) は現在進行形で機能障害を有している場合、(B) は過去に機能障害を有していた場合をさす。そして (C) は現実には機能障害を有していないにもかかわらずそのように認識されている場合を意味する。

この定義によって、障害の種類や程度とは無関係に多様な人々が法の保護対象になるものと、制定当初は考えられていた。しかし、その文言が柔軟性をもっていたためにこの定義を狭く解釈する裁判が多く¹³、その結果、差別されていると主張する原告の ADA による救済は、容易とはいえない状況が続いていた。この問題に対処するために、2008 年の ADA 改正が行われた。障害の定義の限定解釈によって障害差別からの保護対象者 (protected class) の範囲を縮減した連邦最高裁判所による一連の判決を否定して、ADA 制定当初、議会によって想定されていた広範な保護対象者の範囲を回復させるべく¹⁴、定義の明確化が図られた。

¹¹ 42 U.S.C. § 12111(9)(A)(B), 1990 年障害のあるアメリカ人法 (2008 年改正) 定訳 内閣府ホームページ<<https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h23kokusai/02-usa1.html>>.

¹² 42 U.S.C. § 12102(1).

¹³ 長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮－日米の比較法研究』(日本評論社、2018 年) 382 頁。

¹⁴ 畑井清隆「障害者差別禁止法における差別禁止事由および保護対象者」日本労働法学会誌 118 号 (2011 年) 66 頁。

改正後の規定には、従来の障害の定義に加えて、「主要な生活活動」及び「機能障害をもつとみなされていること」について具体的な内容が明記された。

「機能障害」の定義は、ADA の改正後に、EEOC (雇用機会均等委員会、Equal Employment Opportunity Commission) の施行規則¹⁵の中で示された。機能障害には身体的機能障害と精神的機能障害がある。身体的機能障害とは、神経系、筋骨格系、特殊感覚器官系、発声器官を含む呼吸器系、心臓血管系、生殖器系、消化器系、泌尿生殖器系、血液およびリンパ系、皮膚系、ならびに分泌系をはじめとする身体組織に関係するすべての生理学的変調 (disorder) もしくは状態 (condition)、外貌の醜状、または解剖学上の欠損のことをいう¹⁶。そして具体例として老人性難聴、骨粗鬆症、関節炎、高血圧症、糖尿病、喘息、がん、肝硬変、H I V感染などがあげられている¹⁷。

1990年に成立した ADA と EEOC 規則は、2008年の改正により依然と比べて詳細な内容になった。特に EEOC 規則では何が機能障害に該当するのかの記載が幅広く具体的になされ、「がん」もその一つであることが明らかにされている。しかし改正前のがんサバイバーは ADA の下で救済される可能性がそれほど高くはなかった。それは、立法経緯と EEOC 規則の重視なしに法解釈を行った裁判所の判断によるところが大きい。以下では、ADA の障害該当性が争われた連邦最高裁の判断、および下級裁判所で争われたがんサバイバーの裁判につき概観し、ADA 改正前の課題を確認する。

2 連邦裁判所による判断~障害該当性の前に立ちはだかるハードル

(1) 連邦最高裁判所の判断~5つの判決

① Bragdon v. Abbott 判決¹⁸ (1998年)

この判決は、ブッシュ大統領が ADA の法案に署名して8年後にだされた、ADA の定義を連邦最高裁が解釈した最初の判決である。原告は HIV に感染した女性でがんではなかったが、彼女の HIV が障害に該当するかの検討過程で、リハビリテーション法を解釈した保健福祉省¹⁹の規則が参考にされた。連邦最高裁は、HIV 感染が無発症であっても、身体的機能障害があると判断した。この判断の根拠となった同規則では、身体的機能障害に「がん」が挙げられていた。

¹⁵ EEOC, Regulations to Implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act, as amended, 76 Federal Register 58, 16978.

¹⁶ 29 C.F.R. part 1630, app. § 1630.2(h).

¹⁷ 前掲注 14)67 頁、29 C.F.R. part 1630, app. § 1630.2(h)-(j).

¹⁸ 524. U.S. 624(1998).

¹⁹ The Department of Health, Education, and Welfare.

本判決の反対意見では、HIV 感染の障害該当性を否定する意見をだした裁判官²⁰でさえ、「身体的機能障害」の該当性を論じる場面で、がんについては主要な生活活動を実質的に制限する可能性のある機能障害であることを認めた。これは当時がんの障害該当性が確立されていなかった状況を考慮すると、注目に値するものであったといえよう。がんが「主要な生活活動を実質的に制限する」ことを連邦最高裁の裁判官によって示唆された初めての言及であった²¹点も重要である。

② Sutton v. United Air Lines, Inc. 判決²² (1999 年)

強度の近視だが眼鏡使用によって視力矯正が可能な双子の姉妹が、2人揃って航空会社のパイロット職へ応募したが、会社が定めるパイロットに必須の視力条件を満たさないとして不採用となったケースで、連邦最高裁は、「個人が主要な生活活動において実質的に制限されているかどうかの判断は、医薬品や補助的な道具といったサポート手段の有無に関係なく、ケースバイケースに行わなければいけない²³。」と定める EEOC 規則に従わなかった。そして、「個人が障害を持っているかどうかの判断に関し、本件の場合には眼鏡やコンタクトレンズなどの個人の障害を軽減する手段を考慮して行う必要があり、(眼鏡をかければ視力矯正がされるのであるから)双子の姉妹は障害ではない²⁴」と判断した。

矯正されていない状態によって障害の有無を判断することは、ADA の解釈として許容されないと結論づけている²⁵。

③ Murphy v. United Parcel Service, Inc. 判決²⁶ (1999 年)

この裁判では、サットン事件で原告の請求を棄却した同じ 7 名の裁判官によって、高血圧症のトラック運転手は降圧薬の服用によって血圧のコントロールが可能であるから、トラック運転手の「高血圧は、主要な生活活動において彼を実質的に制限しなかった²⁷」として障害該当性を否定した。

²⁰ Renquist, J.

²¹ 前掲注 6)420 頁。

²² 119 . Ct. 2139 (1999).

²³ 29 C.F.R. app. § 1630.2(j).

²⁴ 前掲注 22)2143 頁。

²⁵ 前掲注 13)94 頁。

²⁶ 119 S. Ct. 2133 (1999).

²⁷ 前掲注 26)2136 頁。

④Albertsons, Inc. v. Kirkingburg 事件²⁸ (1999 年)

片目の視力がほとんどないトラック運転手について、運輸省の規則で設定された視力の基準をみたしていないことを把握した時点で、会社はその運転手の再雇用を拒んだケースでは、障害該当性の判断で機能障害が主要な生活活動を実質的に制限していることを主張するためには、片目がほとんど見えないことだけでは不十分であるとして、障害該当性の証明ができなかった原告の障害該当性が否定された。

⑤Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams 判決²⁹ (2002 年)

手根管症候群により、労働者がそれまでに従事していた工場での特定の手作業ができなくなったケースでは、一般人の日常的な生活の主な活動が出来るのであれば、主要な生活活動を実質的に制限するとはいえないとして障害該当性が否定された。

(2) 連邦最高裁所による法解釈の問題点

連邦最高裁判所で ADA の障害該当性が判断されたケースは、HIV 感染、近視、高血圧症、弱視、手根管症候群の症状についてであった。

近視と高血圧症のケース(②、③)では、眼鏡使用や服薬といった症状の緩和手段を講じれば労働という主要な生活活動を送ることが出来る場合は障害該当性が否定されるという結論に至った。緩和手段や負担軽減措置を加えた状態で障害該当性を判断するこの考え方は、勤務時間の調整や短縮、労務負担軽減措置をとれば労働が可能になる場合には障害該当性が否定されることになる。片目の視力がほとんどないケース(④)では、見えないという身体状態すなわち身体的な機能障害(impairment)の主張だけでは、障害該当性の立証に十分ではないという考えが示された。手根管症候群(⑤)のケースでは、ある特定の作業が出来なくても、ほとんどの人が日常生活で行う一般的な活動を制限するほどの妨げがなければ、「主要な生活活動の実質的な制限」にはならないと判断された。この考え方によると、例えば乳がん手術を受けて腋下单リンパ節を切除した者の腕が上にあがらなくなった場合、そのために特定の作業が出来なくなっても、その状態は障害ではないことになる。また、鼠径リンパ節を切除したために一日中立って仕事をするのが困難になっても、ほとんどの人が日常生活で行う一般的な活動を制限するほどではなく、障害該当性は否定される方向に傾くことが予想される。HIV 感染のケース(①)では、リハビリテーション法の解釈を示した規則にある記載を根拠に障害該当性が認められたが、同法は ADA と関連性のある法律であり、その解釈を記した規則で「がん」は身体的機能障害であると明示されていた点はき

²⁸ 119 S. Ct. 2162 (1999).

²⁹ 534 U.S. 184 (2002).

わめて重要である。

これらは、がんのケースではないが、ADA の障害該当性という一般的な判断枠組みに関する連邦最高裁の考えが明示されている。したがって、ADA 改正前に出されたこれらの考え方は、がんサバイバーが雇用関係上不利益な取り扱いを受ける場面でも妥当すると思われる。以下では、アメリカ各地の下級裁判所で争われたがんサバイバーに関する裁判例をつうじて、がんサバイバーの雇用維持につなげる課題を提示する。

(3) 下級裁判所によるがんサバイバーに関する判決

(a) 障害該当性を否定した判決

- ① 乳がんと診断された女性が手術を受け、続いて連日通院の必要がある放射線治療を受ける際に従前の勤務時間とは異なる調整スケジュールによっておよそ半年間勤務し、その後に通常の就業時間の勤務に戻ったところ、会社は全社レベルで実施されるリストラの対象に乳がんになった当該女性を選んだというケースで、その乳がんサバイバーは、裁判で、自分がリストラの対象に選ばれたことは乳がんという障害を理由とする差別であると主張した。しかし裁判所は、乳がん治療によって吐き気や倦怠感、浮腫、炎症および痛みといった副作用はあったが、それでも勤務時間の調整によって働くことが可能であったので「主要な生活活動」を「実質的に制限」する状態にはないとして、障害該当性を否定した³⁰。
- ② 悪性リンパ腫の診断を受けた労働者が骨髄生検と治療を受けるために10日ほど仕事を休んだ。また、およそ5か月にわたって化学療法を受け、その間休んでいたが、その間の仕事以外の日常生活に支障はなかった。本人が化学療法後に復職しようとしたところ、会社によって解雇されたため、本人は当該解雇が ADA に基づく障害差別であると訴えたケースでは、裁判所は、骨髄生検やその他の検査、そして化学療法のための休みを除けば、本人は化学療法の副作用があったにもかかわらず労務提供能力を問題なく発揮して働くことが出来たのであるから、本人の悪性リンパ腫が主要な生活活動を「実質的に制限」してはいないとして、障害該当性を否定した。
- ③ ホジキンリンパ腫は障害であると訴えたケースで、裁判所は、リンパ腫自体は障害だが、リンパ腫に罹った本人は勤務時間の短縮や労務負担の軽減があれば働けるのだから、がんが本人の労務提供能力を「実質的に制限」することはなかったと判断した。また、本人のがんという病気が一時的な期間しか労働に影響を与えていなかったため、その障害は一時的なものであって、そうした一時的な障害は、ADA にいう障

³⁰ Ellison v. Software Spectrum Inc. 85 F. 3d 187 (5th Cir. 1996).

害とはみなされないとも述べた³¹。

- ④ 乳がんの診断を受けたデパートの販売員がおよそ1年をかけて手術、化学療法、放射線療法を受けた。化学療法に伴う副作用により吐き気、嘔吐、倦怠感などが生じたため勤務スケジュールを調整しなければ働くことが出来なかったが、放射線療法の際は、副作用はあってもそのような調整をしなくても働くことが可能であった。会社は化学療法の副作用を考慮して勤務調整の措置をとりながら販売員との雇用関係を維持していたが、その後、会社が他の企業に買収されたところ、その買収企業が販売員を解雇したケースで、裁判所は「乳房やそのほかのあらゆる部位の喪失は[障害の定義]に該当する」が、販売の業務をすることは出来たのだから、「乳がんは原告の労働能力を実質的に制限していなかった」として障害該当性を否定した³²。

(b) 障害該当性を肯定した判決

- ⑤ 肺がんが脳に転移した末期がんの労働者を会社が解雇したケースでは、裁判所は障害該当性の判断にあたり、EEOC規則を重視した。そして治療のために10週間職場を離れたことは、その労働者が「適格性を有する者」ではない、ということにはならず、合理的配慮の一環として治療のために仕事をしない期間があっても、その者は適格性を有する場合がある、として障害該当性を肯定した³³。
- ⑥ リンパ腫が障害に該当するかどうかの問題になったケース³⁴では、裁判所はEEOC規則と立法経緯を重視し、リンパ腫は規則で規定される「消化器を含む1つまたは複数の身体システムに影響を与えるあらゆる生理的機能障害または状態³⁵」であり、原告のがんは身体的な機能障害であると判断した。
- ⑦ 咽頭がんの障害該当性が争われたケース³⁶では、裁判所は咽頭がんそのものが障害

³¹ Nave v. Wooldridge Constr., No. 96-2891, 1997 U.S. Dist. LEXIS 9203, at 19, 26.

³² Madjelessi v. Macy's West, Inc., F. Supp. 736 (N.D. Cal. 1997).

³³ Berk v. Bates Advertising, USA, Inc., No. 94 Civ. 9140 (CSH), 1997 U.S. LEXIS 19224 (S.D. N.Y. Dec. 2, 1997).

³⁴ Mark v. Burke Rehabilitation Hospital, 94 Civ. 3596 (RLC), 1997 U.S. Dist. LEXIS 5159 (S.D.N.Y. Apr. 16, 1997).

³⁵ 29 C.F.R. § 1630.2(h)(1)(1992).

³⁶ Freiman v. Chicago Hous. Auth., No.96-C4101, 1997 U.S. Dis. LEXIS 19562.

かどうかについては明らかにしなかったが、本人の話す能力と呼吸する能力という「主要な生活活動」が「実質的に制限」されていたと判断して、障害該当性を肯定した。

(4) 分析と課題の提示

5件のケースのうち障害該当性が肯定されたのはわずか1件だった連邦最高裁とは異なり、本件で取り上げたがんサバイバーに関する下級裁判所7件の判断は分かれており、障害該当性を認めたのは3件、認めなかったのは4件であった。

障害該当性否定に傾いた判断は、

- (1)症状の緩和・負担軽減措置を加味した状態を対象にして障害を判断し、主要な生活活動を「実質的に制限」していないとするもの (①、③、④)、
- (2)副作用による体調不良はあるが緩和・負担軽減措置がなくても労働可能であるから主要な生活活動を「実質的に制限」していないとするもの (②、④)、
- (3)がん治療によって生じる副作用などが原因の機能障害が一時的なものであるならば、「主要な生活活動を実質的に制限する」とはいえないとするもの (③)、
- (4)がん治療の副作用等により特定の作業が出来ないというだけでは「主要な生活活動」を実質的に制限するとはいえないとするもの (④)

の4つの理由に分類できる。一方、障害該当性を肯定した判断は、

- (1)当初の立法経緯や EEOC 規則を重視したもの (⑤、⑥)、
- (2)がんそれ自体の障害については判断回避しつつも、話す能力と呼吸する能力は「主要な生活活動」であり、それらの能力が行使できないことは「実質的な制限」であると認めるもの(⑦)、

の2つに分類できる。障害該当性の肯否数は、ほぼ拮抗した結果であった。

しかし、これらの下級裁判所判決はすべて1996年あるいは1997年にされており、連邦最高裁判決が出される前の判断である。したがって、1998年から2002年までに判断された一連の最高裁判決の判決以降は、もし2008年のADA改正がなければ、下級裁判所は最高裁の判断の影響を受けることになり、がんサバイバーにとってADAの下でがんを理由とする雇用差別から身を守ることは難しいままであったことは想像に難くない。

このような状況を打破するために、The National Coalition for Cancer Survivorship の Barbara Hoffman は裁判分析に基づく調査・提言をしたのだが、これは改正前のADAの下でがんサバイバーの障害該当性判断が有利になるための指摘であると同時に、改正前ADAの立法経緯や立法者の意図そしてEEOC規則と、裁判所の制限的な障害該当性の解釈との乖離によるADAの機能不全を連邦議会に認識させる役割をもっていた。Hoffmanの主な提言内容は次のようなものである。

『EEOC規則では、HIV感染などの状態は主要な生活活動が実質的に制限された

障害であると述べられている³⁷が、がんサバイバーは、がん罹患自体を ADA の下の障害と主張するべきではない³⁸。なぜなら、連邦議会の当初の立法意図としては、「障害」という用語を個人に関して定義することになっていたからである。また、がんの罹患というものがひとつの機能障害ではなく、比較的軽微のものから非常に深刻なものまで 100 以上の多数の種類に使われる一つの言葉であることも理由である。一般に、「がん」といえば一つの病気のように考えられがちであるが、実際には多くのタイプが存在し、多様で複雑なものである一方で、すべてのがんは、制御不能な成長と異常細胞の拡散という特徴を有する点で共通する³⁹。障害に該当するかどうかの判断は、その人が抱える機能障害(インペアメント)がその人「個人の」主要な生活活動をどのように制限するかを評価することによるべきである⁴⁰。』

「がん罹患自体を ADA の障害と主張するべきではない」という Hoffman の提言は、下級裁判所が障害該当性を否定したケースで「主要な生活活動を実質的に制限」しているかどうかを重視していたことによるものと思われる。結局、改正前の ADA の下でがんサバイバーが障害該当性を認められるためには、がんという病気に罹患していることだけを主張するのでは足りず、がんによって主要な生活活動が実質的に制限されていることまで立証し、障害を有する者であることを認められる必要があった。そこまでしなければ、改正前のがんサバイバーは、救済の入り口に立つことが出来なかった。

3 ADA 改正とその効果

(1) 連邦議会による ADA2008 年改正

改正前は、現在進行形の障害の状態にあることや、障害の記録があるという過去の病歴の立証、また、使用者や同僚によってがんになった者が障害を有していると考えられていることの証明をがんサバイバーがしなければならなかった。しかしこれは裁判の勝利を望む原告たちにとって非常に難しかった⁴¹。その結果、ほとんどの原告たちは訴訟当事者となるために最初に必要となる障害該当性という要件に適合できず、争う以前に裁判の入り口で退

³⁷ 29 C.F.R. app. § 1630.2(j).

³⁸ 前掲注 6)437 頁。

³⁹ Arthur I. Holleb, THE AMERICAN CANCER SOCIETY CANCER BOOK xvii (1986). 前掲注 6)438 頁。

⁴⁰ 前掲注 6)438 頁。

⁴¹ Barbara Hoffman, *The Law of Intended Consequences: Did the Americans with Disabilities Act Amendments Act Make It Easier for Cancer Survivor to Prove Disability Status?*, 68 N.Y.U. ANN SURV. AM. L. 846-48 (2013).

場せざるを得なかった。Hoffman は、前述したように、この問題点を、それまでに展開されてきた裁判例の分析をもとに示していったのである。

連邦議会は、連邦最高裁判所をはじめとする多くの裁判所で行われる障害該当性の制限的な解釈という問題に向き合う必要が生じ、ADA の改正へつながった。同法における「障害」関連の主な改正内容は、次のようなものである。

障害の定義が大幅に変更されることはなかったが、一方で、連邦議会は、障害の定義を狭く解釈した連邦最高裁判所の判断を否定して、障害の定義は広く解釈されるべきであることを明記した⁴²。さらに、障害該当性にとって重要な要素である「実質的な制限」、「主要な生活活動」、「～とみなす」の文言の解釈を明確に示した⁴³。

また、「主要な生活活動」には「主要な身体機能の働き (the operation of a major bodily function)」を追加した。これには、免疫システム、正常な細胞の成長、消化器、腸、膀胱、神経系、脳、呼吸器系、循環器系、内分泌、そして生殖器機能が含まれる⁴⁴。

さらに、「実質的に制限する」の文言が 2008 年改正法の実事認定および目的に合致するよう解釈されなければならない⁴⁵と規定され、また、障害があるとされるためには、ある機能障害が、1つの主要な生活活動を実質的に制限するものであれば足り、他の主要な生活活動を制限する必要はない⁴⁶ことも規定された⁴⁷。

時折生じる (episodic) 機能障害については、ずっと持続する必要はなく、「その症状があらわれたときに主要な生活活動を実質的に制限するであろう場合」の障害該当性を認めることとした⁴⁸。

投薬、治療や合理的配慮などの緩和措置・負担軽減措置については、軽減措置の改善効果の有無にかかわらず、機能障害が主要な生活活動を実質的に制限するか

⁴² 42 U.S.C. § 12012(4)(A)(2012). 条文は次のように規定する。“The definition of disability in this chapter shall be construed in favor of broad coverage of individuals under this chapter, to the maximum extent permitted by the terms of this chapter.”

⁴³ Stephen F. Befort, *Let's Try This Again: The ADA Amendments Act of 2008 Attempts to Reinvalidate the "Regarded As" Prong of the Statutory Definition of Disability*. 2010 UTAH L. REV. 1014-18.

⁴⁴ 42 U.S.C. § 12102(2)(B).

⁴⁵ 42 U.S.C. § 12102(3)(C).

⁴⁶ 42 U.S.C. § 12201(h).

⁴⁷ 前掲注 13)99 頁。

⁴⁸ 42 U.S.C. § 12102(4)(D).

どうかを判断しなければならない⁴⁹と規定した。

これらの主な改正点は、連邦最高裁の判断を否定して当初の立法時に意図された法目的が考慮された内容となっている。そして Hoffman の指摘も反映されている。この改正によって、「正常な細胞の成長」を阻害する病に罹患するがんサバイバーが、裁判における障害該当性の議論で優位になる可能性は、各段に高まったといえる。

(2) ADA 改正後の EEOC 規則

議会の指示に従い、改正法で明らかにされた法解釈を反映させた規則が EEOC から公表された⁵⁰。法改正による障害の定義の全体的な拡大に加え、この規則中で示された規定のいくつかは、がんサバイバーたちの障害該当性に有利になると思われる。

たとえば、

「一時的あるいは寛解期の機能障害 (impairment) は、それが主要な生活活動を実質的に制限する場合には、障害である⁵¹。」

また 1630.2(j)(3)では一定の機能障害を列挙しており⁵²、その中にはがんも記載されている。EEOC 規則上、がんは正常な細胞の成長を実質的に制限する働きをするとされる⁵³ため、改正後は以前と比べて「主要な生活活動」の認定が容易になったと考えられる。

EEOE 規則はその解説で、ある下院議員の言葉を引用している。「糖尿病、がん、・・・その他の障害のある人々が、障害の定義に該当するには元気すぎるのではないかと思われてしまうために、ADA の裁判で負けてしまうことを、我々はずっと理解できずにいた⁵⁴。」これは ADA 起草者の一人である Steny Hoyer 下院議員の発言である。ADA の誕生以来、多くのがんサバイバーが裁判所の制限的解釈により障害該当性を否定され、法的救済を受けられずにいたが、2008 年の改正により、ADA はようやく制定時に立法議会が目指した本来の姿を取り戻した。実際、改正後に示された判決では、がんサバイバーは法により保護されることが大々的に宣言された⁵⁵ため、改正後に裁判に訴えた原告たちのうちの何人かは、満

⁴⁹ 42 U.S.C. § 12102(4)(E)(i).

⁵⁰ Regulations to Implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act, as Amended, 76 Fed. Reg. 16978 (Mar.25, 2011).

⁵¹ 29 C.F.R. § 1630.2(j)(1)(vii) (2014); § 12102(4)(D) (2012).

⁵² 29 C.F.R. § 1630.2(j)(3).

⁵³ 前掲注 52。

⁵⁴ Regulations to Implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act, as Amended, 76 Fed. Reg. 17012.

⁵⁵ NATIONAL COUNCIL ON DISABILITY, A PROMOTING START: PRELIMINARY ANALYSIS OF COURT DECISIONS UNDER THE ADA AMENDMENTS ACT (2013). 以下の URL で参照可能。<<http://www.ncd.gov/publications/2013/07232013>>。

足した解決が出来ている⁵⁶。

4 がんサバイバーにとっての ADA

実際、2008 年の ADA 改正前は、雇用に関して不利益を受け、その差別状態の解消を訴えたアメリカのがんサバイバーたちにとって裁判で勝つのは困難なことが多かった⁵⁷。その原因は、裁判所による定義の狭い限定的な解釈によるものであった。このため、原告であるがんサバイバーの多くの人々が、ADA による差別状態に対する救済の対象となる「障害」をもつ者と判断されていなかったのである。

「障害」該当性に関する法の文言自体ではない裁判所の限定解釈によって作られた高いハードルを克服するために、前述したように、Hoffman は連邦議会に対して問題提起を行った。

Hoffman の指摘によるがんサバイバーが直面する「障害」定義の困難性は、連邦議会によって改善され、2008 年の法改正、そして法律を具体的な解釈によってわかりやすく説明したによる新 EEOC しい規則⁵⁸の発行へとつながった。同規則の中で、がんは「正常な細胞を実質的に制限する」ものであると明記され、裁判所の制限解釈により「障害」定義からの拒絶という高いハードルが取り除かれた。がんに罹患することは障害状態にあるとの解釈が、ここで確かなものになったのである。

2013 年に公表された研究では、改正前は裁判所が ADA の裁判で使用者に有利に判断した判決が 74.4%であったのに対し、改正後はその数字が 45.9%に低下したことが確認された⁵⁹。また、ADA の訴訟において原告の障害該当性を認めた判決数の割合は、改正前が 28.2%であったのに対して、改正後にはその数が 47.1%、へと飛躍している⁶⁰。その結果、ADA 改正は、より多くの原告たちが障害状態の立証に成功し、負担軽減措置や緩和措置といった合理的配慮があれば、あるいは無くても、彼らの障害が認められて、審理の次の段階へと、手続きを先に進めることができるようになったという効果をもたらした。

どのように障害該当性を考えるかは非常に大きな影響をもたらすことが、ADA 改正前の

⁵⁶ Consent Decree, EEOC v. Southlake Comm. Mental Health Ctr., No. 2:10-CV-004440PPS-APR (N.D. Ind. Mar, 11, 2013), Consent Decree, EEOC v. Journal Disposition Corp., No.10-CV-00886-RHB(W.D. Mich. Nov. 10, 2011).

⁵⁷ 前掲注 6)407-408 頁。

⁵⁸ Regulations to Implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act, as Amended, 76 Fed. Reg. 16978 (Mar. 25, 2011) (to be codified at 29 D.F.R. pt. 1630).

⁵⁹ Stephen F. Befort, *An Empirical Examination of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act*, 70 WASH. & LEE L. REV. 2027, 2040-51 (2013).

⁶⁰ 前掲注 59)2055 頁。

裁判結果の概観によって確認できるであろう。「障害」定義のあり方は、仕事をもつがんサバイバーの生活や人生を左右する、重要な問題なのである。

これまで見てきたように、アメリカではがんサバイバーの運動体やその他の困難を抱える人々の運動によって、議会が動き、法改正へとつながった。

こうしてがんサバイバーの支えとなり得る内容に改善されたADAにおける合理的配慮の特徴には、以下の点があげられる。すなわち、①社会的障壁を取り除くという法目的、②「障害」定義の拡大、③権利性である。

V 日本の障害者雇用促進法における合理的配慮の課題

1 「社会的障壁」の排除

わが国の障害者雇用促進法は、国連の障害者権利条約⁶¹の批准を受けて改正され、雇用差別の禁止と合理的配慮の提供義務が明記された。同条約は1条で「障害者には、長期的な身体的、精神的、知的又は感覚的な機能障害であって、様々な障壁との相互作用により他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得るものを有する者を含む」と定め、2条では「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）を含む。」と規定されている⁶²。社会的障壁の除去及び合理的配慮の提供の有無は、障害者差別問題の解消にとっての重要事項である。

では、わが国ではどうか。「社会的障壁」につき、障害者雇用促進法はその改正により、対象となる障害者の定義に「その他の心身の機能の障害（2条）」という文言が挿入され、障害の範囲が拡大した一方で、障害者基本法等、他の障害者差別関連法にはある「社会的障壁」の概念はない。また、障害者の定義については「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ものをいう（2条1号）」となっており、障害者基本法や差別解消法の文言とは異なっている。これについては、障害者雇用促進法が職業生活に係る法律であることから、日常生活一般に係る障害者基本法や差別解消法の文言とは異なって、職業生活における相当の制限を受けるとの改正前の文言を引き続き使用したと考えられている⁶³。しかし、日常生活はもとより、職業生活は当然に社会とのつながりを有する性質のものであるから、そのような場面を規律する法律にこそ「社会的障壁」の

⁶¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities

⁶² 日本政府公定訳<www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/adhoc8/convention131015.html>.

⁶³ 「障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開－障害者に対する差別の解消を中心に」長谷川珠子発言 論究ジュリスト 8号（2014年）18頁。

概念が必要と考えるのが自然であろう。しかるに、そのような視点が欠落し、雇用に関する障害法にのみ改正前の文言が引き続き使用され、「社会的障壁」概念の排除がなされていることは、障害者権利条約の趣旨との整合性のないものと考えることができる。

2 「障害者」の範囲

社会的障壁の有無は、「障害」定義にも影響を及ぼす。なぜなら、障害が本人の問題にとどまるか、それとも社会との関わりによって生じるかで、障害の捉え方は全く異なるからである。障害の「医学モデル」と「社会モデル」の違いである。「医学モデル」の障害とは、障害という現象を個人の問題として捉え、病気、外傷やそのほかの健康状態から直接的に生じるものであり、個別的な治療というかたちでの医療を必要とみるものである⁶⁴。他方、「社会モデル」によれば、障害は社会によって作られた問題となる。障害はその人個人に帰属するのではなく、社会環境によって作り出されたものであるというのが「社会モデル」の障害である。そのため、彼らの社会生活すべての分野への完全参加に必要な環境整備は、社会全体の責任となるのである⁶⁵。障害に関する法律で規定される定義が狭く、もし障害をもった者がその法律による保護を受けられないのであれば、その狭い定義こそが社会的障壁だといえよう⁶⁶。

ところで、「社会モデル」の登場は、イギリスの障害者運動体 UPIAS (The Union of the Physically Impaired Against Segregation and the Disability Alliance) の活動に端を発している。障害者たちが自らの意志で主体的に社会活動を展開する、このUPIASという団体によって、障害の考え方には、それまでの「医学モデル」だけではなく、「社会モデル」という新たな概念も取り込まれることになったのである。彼らによれば、障害 (disability) とは、身体的な機能損傷をもつ人々のことを、まったく、またはほとんど考慮に入れず、社会的活動の主流への参加から排除する現代社会の仕組みによって引き起こされた、不利益や活動の制約のことを意味する⁶⁷。これまで、がんになった者は治療の専念のために仕事をやめるか、そうでなくても長期間休職することが多かった。やめずに済むのは幸運なことだが、休職期間が明ける時には周囲の態度の変化や不本意な処遇を受ける場合も出てくる。これらは、がんになった労働者に対する、職場の人間によってなされる不利益や活動の制約に他ならない。労働者であるがんサバイバーが直面する問題は、労働という社会的活動の主流から、

⁶⁴ 「国際生活機能分類－国際障害分類改訂版」厚生労働省
<<https://www.mhlw.go.jp/houdou/2002/08/h0805-1.html>>.

⁶⁵ 前掲注 64)。

⁶⁶ 前掲注 63)川島 聡 発言、12 頁。

⁶⁷ 榎原賢二郎『社会的包摂と身体』(生活書院、2016 年) 35 頁。

がんという深刻な病気を抱えた労働者を排除する行為であり、それはがんを理由とする雇用差別である。

既に述べたが、ここでもういちど障害者雇用促進法で規定されている障害者の定義について確認しよう。

「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害があるため、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」（2条）

上記からは、「相当の制限」、「著しく困難」という文言の使用により、障害者該当のために必要な職業生活への参加の困難性につき、求められるハードルが高く設定されていることがわかる。この障害者を限定的に画する定義により、機能障害が原因となって職業生活における「相当な活動制限」を受けている者しか法的保護の光にあたることができない。だが、職業生活に関して、その活動を相当に制限された状態にある者でなければ合理的配慮を受けられないとして障害者の範囲をきわめて限定的に扱うことは、障害の程度にグレードを設定して軽微な障害のある労働者を雇用の場から排除することとなる。これは「社会モデル」の障害概念からかけ離れた内容の規定である。2条にある定義は、障害者の範囲を限定的に捉える点で妥当とはいえず、改善の余地があるものと思われる⁶⁸。

現時点の障害者雇用促進法は、「社会的障壁」概念の排除と障害者の定義が狭く、アメリカの場合と異なり、がんサバイバーたちをその保護対象となる障害者の範囲に入れていない。同法の障害該当性は、今後改善すべき課題である。

3 「権利性」の欠如

わが国の労働領域における「合理的配慮」は、障害者雇用促進法に規定されている。1960年制定の同法は、前述したように、国連で採択された障害者権利条約を受けて整備され、2013年の改正により「合理的配慮」の概念が導入された。障害者権利条約はその名にある通り、障害者の権利及び尊厳を保護・促進するための国際条約⁶⁹である。

「障害者である労働者は、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を与えられるものとする（第3条）」という規定にあるように、障害者雇用促進法は雇用の場における障害者差別の禁止を定めているため、同法にある合理的配慮の法的性質は、障害者から使用者に対して配慮をするよう請求できる当然の権利であ

⁶⁸ 少なくとも、職業生活への制限が「相当ある」ことまで要求すべきではなく、障害者の定義を見直すべきとの主張がある。前掲注13) 385頁。

⁶⁹ 厚生労働省資料『我が国における「合理的配慮」のあり方について（論点整理）』
<www.mhlw.go.jp/shingi/2008/04/dl0402-4d.pdf> 令和3年2月28日最終確認。

るようにも捉えられそうである。しかし、障害者雇用促進法の差別禁止規定は行政取締法規であり、労働者と使用者の間に発生する私法的効果を前提としたものとは考えられていない。

行政取締法規であるために問題が指摘される法制度の一例として「男女雇用機会均等法」がある。セクシュアルハラスメントに関し、同法は企業にハラスメント対策を義務付け、その指針で労働者による相談に適切な対応をするよう定めているが、企業がその義務を果たさない場合、行政はまず「指導」をし、その後に「勧告」をするという手順を踏む。問題が解決しない場合は「調停」の仕組みがあるが、これは双方の言い分を踏まえて譲り合いを求める制度のため、被害を受けた労働者側も譲歩しなければならず、不合理な一面があるとされる⁷⁰ため、紛争解決手段として強力なものとはいえないであろう。障害者雇用促進法も行政取締法規であるために、同様の問題が指摘できる。すなわち、同法の合理的配慮も、紛争解決方法として、①事業主の自主的な解決と、②都道府県労働局長による紛争解決援助制度を定める。①は自主的な解決を期待する努力義務（74条の4）であり、②は当事者から出された援助の求めに応じて都道府県労働局長が必要な助言、指導または勧告をすることができる（74条の6第1項）とされている。「自主的な解決」や、「助言・指導・勧告」とどまる内容の制度は、当事者たちの積極的姿勢に期待する側面が多く、強力な問題解決方法とはいえないであろう。

自主的な解決に至らない場合の法的救済の可能性としては、同法の差別禁止規定や合理的配慮の規定から直接の私法的効果は生じないと考えられている⁷¹ため、私法上は民法90条の公序良俗、709条の不法行為、1条2項の信義則等を介して、間接的に差別禁止等の効果が生じることが考えられる。しかし、このように間接的に私法的効果が生じることがあるとしても、募集・採用時に規定がある労働者から合理的配慮の提供をするように働きかける「申出」が、採用後の合理的配慮には必要とされていない（36条の3）ことが、ここで問題となる。

合理的配慮を提供する際には「事業主は障害者の意向を十分に配慮・尊重しなければならない（36条の4第1項）」ので、障害者である労働者本人の「申出」がなくても、実際には本人と事業主との間で十分な話し合いをすることが重要となる。しかし、たとえ話し合いがあっても合理的配慮が提供されなかった場合、それが直ちに違法になることはない。そして、前述のように障害者雇用促進法は行政取締法規であるため、裁判では合理的配慮の履行請求は出来ず、使用者の義務違反に基づく損害賠償請求しか出来ない。この点については障害をもつ労働者からの履行請求が出来ないために、就労継続が難しくなるのではないかと

⁷⁰ 朝日新聞「セクハラ対策 なぜ機能しない」内藤忍インタビュー発言部分 2021年3月8日朝刊。

⁷¹ 浅倉むつ子「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」障害法創刊号（2017年）39頁。

う懸念が、研究者からだされている⁷²。履行請求を可能とするために、合理的配慮は「権利性」を有したものでなければならないのである。

VI 考察

がんサバイバーが保護対象とならない現行の障害者雇用促進法には、ADA と異なり、社会的障壁の排除、障害者の定義の範囲、そして権利性の欠如という問題があることがわかった。

社会的障壁は、国連障害者人権条約批准後、障害者雇用促進法の基礎となる障害者基本法、及び日常生活一般を規律する障害者差別禁止法では導入されている概念である。これが職業生活に関する法律で排除されなければならない理由はない。社会参画の手段として多くの人々が関わる職業生活という労働領域にこそ、社会的障壁を取り除く必要がある。アメリカの ADA では、「障害」の解釈について 2008 年の改正を契機に保護対象の復元が試みられた。その結果、「主要な生活活動」を制限する原因の「主要な身体機能の働き」に「正常な細胞の成長」があり、その成長を妨げる作用を有する疾病であるがんの罹患は障害の状態にあると判断することに疑いの余地はなく、結果として多くのがんサバイバーの雇用維持の実現可能性が高まってきている⁷³。アメリカと日本、両国の法を比較した場合、障害者になる範囲は日本の定義の方が狭く、がんサバイバーが該当する可能性はきわめて低い。障害定義のあり方の再検討が必要である。そして、障害者に該当した上でようやくたどり着く合理的配慮については、その法的性質を労働者から履行請求可能な権利性を有するものにすべきである。そうでなく、裁判上での事後的な損害賠償請求を認められるだけで済んでしまうことになれば、がんサバイバーが望む仕事を通じた社会参画への道を歩きだすことは、難しくなるであろう。

VII おわりに

がん治療に伴い生じる体調不良や労務提供能力の低下は、アメリカに住んでいる人であれ日本に住んでいる人であれ、住む場所や国によって違うことはないはずである。しかし今

⁷² 前掲注 63)25 頁。

⁷³ NAT'L COUNCIL ON DISABILITY, A PROMOTING START: PRELIMINARY ANALYSIS OF COURT DECISIONS UNER THE ADA AMENDMENTS ACT (2013), <<http://www.ncd.gov/publications/2013/07232013>>.

は、両国の間に、がんサバイバーに対する法制度の違いが横たわっている。わが国のがんサバイバーは、ずっと、法律の蚊帳の外に置かれたままで、治療の成功と仕事の維持のため、悲しみと不安と恐怖の中で、それでも前に進むために、膨大なエネルギーを費やすことが求められている。アメリカで現実に起こった改正前の ADA の裁判⁷⁴では、不採用よりも解雇が問題になる場合の方がはるかに多かったといわれている⁷⁵。がん治療のために仕事を離れた後に新たに仕事を見つけることは、既に法制度が整備されたアメリカでさえ難しかったのである⁷⁶。私たちの国には、まだその法的な仕組みさえ存在していない。

がんサバイバーが職場で受ける雇用契約終了や居づらさを感じる精神的な問題は、本人たちにとって不利益なものであり、これらは、「がんを理由とする雇用差別」であることが広く社会的に認識されるべきである。日本にも障害領域の法に「社会モデル」の障害概念が導入されたが、国際条約やアメリカ法と比較すると部分的なものにとどまっており、改善すべき点は残っていると思われる。先に挙げたわが国の合理的配慮に関する 3 つの課題が克服され、がんサバイバーの仕事を通じた社会参画が前進することを心から期待する。

⁷⁴ がんだけでなく、さまざまな病気やケガを原因とする訴えのことである。

⁷⁵ Samuel Bagenstos, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT 127 (2009).

⁷⁶ ADA 改正前。Cathy L. Bradley et al, *Employment-Contingent Health Insurance, Illness, and Labor Supply of Women: Evidence form Married Women with Breast Cancer*, 16 HEALTH ECON. 732 (2006).