



## 新型インフルエンザと法的リスクマネジメント ——企業における対策のポイントと 法律実務家の役割

弁護士\*・災害復興まちづくり支援機構事務局長・  
日本弁護士連合会災害復興支援委員会副委員長

中野明安 *Akiyasu Nakano*

厚生労働省「事業者・職場における新型インフルエンザ対策ガイドライン（改定案）」  
<<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/07/dl/s0730-13e.pdf>>では、新型インフルエンザに関する対策として業務を停止した場合の免責の可否、また、新型インフルエンザ発生時に従業員に対して勤務を命じる場合の留意点、などについて検討すること、としている。つまり、企業法務担当者らに対して新型インフルエンザ対策につき法的検討を要請しているのである。そこで本稿において、われわれのなすべきことについて試論を提示するので、議論の端緒としていただきたい。

\* 丸の内総合法律事務所

### I はじめに

新型インフルエンザについてのニュースや特集番組などの報道が増えてきた。政府では対策ガイドライン等の議論が進み、立法府でも「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」が一部改正され、平成20年5月12日に施行されている。そして、東京都においては、東京都新型インフルエンザ対策行動計画を策定し（平成17年12月26日）、先日（平成21年1月24日・25日）もJR新宿駅西口で「新型インフルエンザ対策イベント」を開催し、事業者向け対策相談会を設置するなど、来るべきパンデミック（爆発的大流行）に備える体制を整えている。東京都の活動に呼応するように、事業者も従来から検討してきたBCP（事業継続計画）の対象災害（リスク）に新型インフルエンザを加えるなどして、

パンデミックに対処する体制の整備にとりかかる動きが出てきた。

ところで、事業者が、そのように新型インフルエンザ対策やそれを含むBCPの策定を検討する際には、本稿にて取り上げるような数々の疑問が生じる。非営利活動法人事業継続推進機構の新型インフルエンザ研究会と災害復興まちづくり支援機構で、平成21年1月7日に、新型インフルエンザ対策に関する意見交換会を開催したが、そのときも研究会の方々から、当該意見交換会の際、この本稿で取り上げた質問の多くを指摘して「法的にはどう判断されるのか？」という類の疑問を次々と議論のテーマにしていたという状況であり、予定していた時間では到底足りず、今後も継続して意見交換会を開催しようということになったほどである。

しかし、その一方で、筆者は、企業から経営等に関する相談を受け、助言をする立場の弁護士ら法律実務家が、これら諸問題について、無頓着・無関心であることについて危惧

を抱いている。その危惧とは、無頓着・無関心であるために、企業の法律顧問等をしているような弁護士において、当該顧問先会社から、新型インフルエンザ対策を準備・構築していることについて相談を受けたとしても何ら適切なアドバイスができる状況にない、ということである（もちろん、今季流行のインフルエンザに罹患して相談に応じられないという方もおられるだろう）。ただ、厚生労働省が昨年提示した「事業者・職場における新型インフルエンザ対策ガイドライン（改定案）」においても、新型インフルエンザ発生時を念頭に置き、各種対策が「法律上の問題が発生しないかどうかを予め確認する。新型インフルエンザの影響により業務を停止した場合、免責となるかどうか約款を確認し、必要に応じて取引先と協議・見直しを行う。新型インフルエンザ発生時に従業員に対して勤務を命じる場合の留意点について検討する。」（同ガイドライン29～30頁）と、今後、企業の法務担当者や顧問弁護士との間で検討がなされることを想定しているのである。さらに、同ガイドラインでは、「なお、政府は、社会機能維持に係る責任を有する事業者が事業継続体制を構築できるよう、新型インフルエンザ発生時において企業の一定の義務を免除する関係法令の運用面を含めた周知や、企業の義務を定める規定の各種規制の弾力運用について検討を行うこととしている。」ということに言及する（同30頁）。このような法令等の制定・運用については、企業等関係団体からの意見聴取などが不可欠であり、また日弁連等でも必要な提言などの検討をしなければならない。このような状況下、企業法務担当者や顧問弁護士らが本件問題に無頓着ではあり得ない。ボールはすでに投げられているのである。法律実務家において適切な提案ができない、企業法務担当者からの相談に適切な回答ができないということは、怠慢といわれても仕方がない。

企業の法務担当者や企業法務を担当する弁護士らは、「会社役員の善管注意義務と新型インフルエンザ対策」、「使用者の労働者に対する安全配慮義務と新型インフルエンザ対

策」、「事業（取引）継続と新型インフルエンザ対策」等について、どのような法的見解を提示することが適切なのか、適切な情報を基にして法的見解をあらかじめ有しておくべきである。

本稿は以上のような危惧を感じた筆者が、企業法務担当者や弁護士ら法律実務家が企業法務等に携わるに当たり、新型インフルエンザ対策と企業法務という観点を正しく理解し、適切な助言等がなし得るよう、あえて議論を喚起するために起草したものである。したがって、以下の論考は必ずしも当を得ていない可能性があり、各位からのご示唆等をいただくことを歓迎するものである。要は、法律実務家である弁護士や企業法務担当者として、十分な議論を尽くして、企業の危機管理に資するよう万全な準備をしておきたいと考える次第である。

なお、本稿における見解は、もとより筆者の個人的な試論であり、日本弁護士連合会や災害復興まちづくり支援機構の公式見解ではないことをあらかじめお断りしておく。

## Ⅱ ささまざまな法律問題

新型インフルエンザ対策を企業で策定しようとする際には、以下のように、大きく分けて、労務管理的な側面と、取引先との契約・義務の側面とがあり、これら両面のいずれにも法的に考察しておくべき問題点がある。そこで、ここでは、それぞれについて小間に分けて検討することを試みる。

### 目 次

- I はじめに
- Ⅱ ささまざまな法律問題
  - 1 労務管理的な側面の法的問題
  - 2 取引先との契約・義務の側面の法律問題
  - 3 その他の法律問題
- Ⅲ 対策はだれにもオーソライズされない！
- Ⅳ 弁護士等法律実務家の役割について

## 1 労務管理的な側面の法的問題

## 質問案 ①

発熱など特定の症状を示した(ただし、新型インフルエンザであることまでの特定はできない)労働者が就業しようとするのを拒否し業務命令(休業命令)で帰宅させる場合、「使用者の責めに帰すべき事由による休業」となり、賃金や休業手当が必要となるのか。

## 【回答案】

原則として、休業手当、休業補償は不要であるとする。ただし、そのような結論に至るためには新型インフルエンザ対策を策定し、適切な健康管理体制を実施していることが必須であり、そのような状況下での命令でなければ、使用者の責任を免れることはできず、賃金支払や休業手当の支給が必要となる。

なお、議論の前段として、当該出社拒否(休業命令)の適否について論じる。当該命令の法的性質については、当該労働者に対する就労拒否と強制力を伴わない勧告程度の病氣治療専念命令からなると考えられる。使用者は労働者の健康配慮義務および職場の安全管理義務を負い、職場の秩序維持権限を有するのであり、それに基づくものとして、労働者に対して本件出社拒否(休業命令)を発出する裁量権を有しているといえることができる(東京地判平成5・9・21判タ835号199頁)。

そして、出社拒否(休業命令)を発出した際の賃金の支払義務の存否については、民法536条で決すべきと考える。すなわち同条1項では、「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は反対給付を受ける権利を有しない。」とする。また、同条2項は、「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。」とある。これは、パンデミック期前後における従業員から労務提供を拒否できるかどうかを規律する原則的な規定であるとする。

そもそも、当該労働者は必ずしも新型インフルエンザに罹患したものと確定できたわけではないが、「発熱など特定の症状を示した」ということからすると、使用者は新型インフルエンザに罹患したと考えた上で対応することが適切と思料される。そのような場合、当該症状を認識した使用者が当該労働者の出社を禁じ、その結果、労働者の債務が履行できなくなるということについて使用者側に「帰責事由」があるというべきか。厚生労働省が平成19年3月に出した「事業者・職場における新型インフルエンザ対策ガイドライン」では、職場内での感染拡大予防のための措置として、新型インフルエンザの症状、すなわち、38℃以上の発熱、咳、くしゃみ等の呼吸器症状、頭痛、関節痛、全身倦怠感等、の諸症状が確認された場合には、産業医等の意見を聞き、自宅待機を要請する、とする(なお、この「要請する」は現実の場面では、非常に問題となることが想定される。すなわち、使用者側は自宅待機を要請したにすぎず、最終的に自宅待機するかどうかは労働者の判断によるものであり、休業する場合には有給休暇を取得するように、と突き放した議論になってしまう可能性があるからである。したがって、この場面では、「要請」ではなく、「業務命令」以外にはあり得ないのではないかと考える)。

他の労働者への安全配慮義務の履行、という面から考察しても、当該労働者の出社を禁ずることは非常に重要な対応策である。したがって、一定の諸症状の確認および産業医等の意見聴取がなされ、その結果、出社拒否(休業命令)が必要と判断して発出されたものであれば、原則として使用者側に「帰責事由」はない、とすることが相当である。

これを原則的な考え方としても、なお例外があるとする。なぜなら、そもそも、当該労働者にそのような症状が発生することとなった原因が使用者側の健康維持管理体制の欠如にある場合には到底帰責性がないとはいえないからである。たとえば、使用者は、快適な職場環境の実現と労働条件の改善を通じて職場における労働者の安全と健康を確保するようにしなければならない(労働安全衛生法

3条)。本件問題に照らしていえば、労働者に対して感染予防策（健康管理の実施、時差出勤、発症者の隔離措置の準備など）を指導する義務がある、ということである（この際、新型インフルエンザ罹患が労働災害であるかどうかはひとまずおく）。現在でも、厚生労働省、東京都のような自治体、あるいは商工会議所のような商工団体で新型インフルエンザ対策ガイドラインを策定し、注意喚起をしている。そのような情報提供を的確に受け止め、医学上、必要な新型インフルエンザ対策を実施することが、ここにいう「労働者に対して感染予防策を指導する義務」を尽くすことになる。翻って、使用者が適切な新型インフルエンザ対策および事業継続に関する対応策を講じていないうちにパンデミック期前後を迎えることになり、労働者の業務上の安全を確保できない、ということを経由として出社拒否をする場合には、いかに安全確保のため、という理由であっても、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」があるとされ、使用者は労働者に対して賃金の支払義務を免れないものとする。また、労働基準法26条の「使用者の責に帰すべき事由」があるということになり、賃金あるいは休業手当を支払って休業していただくしかないとする。

なお、上記裁判例（東京地判平成5・9・21判タ835号199頁）では、疾病に罹患し休業させた労働者に対する賃金請求権の有無について判断がなされており、「被告（引用者注：使用者）としては、被告の産業医等の専門家の判断を求める等のさらなる客観的な判断資料の収集に努めるべきであって、これを全くすることなく、右の診断書と症状報告とを重視して原告（引用者注：労働者）の就労を拒絶した被告の本件措置には、些か軽率であったとの謬りを免れない。」として使用者に賃金の支払いを求めている。新型インフルエンザを疑って休業を命じる際の判断基準として大いに参考になる裁判例である。

また、当該労働者が罹患の疑いがあるということを出社禁止（休業命令）を命じたものの、その判断が結果として正しくなかった（それによって業務に支障が生じる等の影響が

出た）場合の責任の有無については、当該判断をする際に、上記のように当時の専門家等から科学的・医学的知見を採り入れ対応策を実施し、十分な資料に基づき出社禁止（休業命令）を判断したのであれば、取締役の善管注意義務等の責任は免れることとなると考える。

#### 質問案 ②

新型インフルエンザ対策の一環として政府や自治体が社会機能維持にかかわる事業者を除く事業者に対して事業自粛、事業所閉鎖を要請し、事業者がそれに応じて閉鎖をした場合、新型インフルエンザに罹患していない労働者に賃金を支払う義務があるか。

#### 【回答案】

この点についても、原則として、休業手当、休業補償は不要であるとする。ただし、そのような結論に至るためには新型インフルエンザ対策を策定し、適切な健康管理体制を実施していることが必須であり、そのような体制下でのやむを得ない判断といえるものでなければ、使用者はその責任を免れることはできず、賃金支払または休業手当は必要となる。

すなわち、この問題も、民法536条で規律される問題であると考えられる。その際には、いわゆる労働者のストライキに対抗した手段であるロックアウト（作業所閉鎖）をした使用者が労働者に対してロックアウト期間中の賃金を支払う義務があるかどうかについて判断をした最高裁判例が参考になる（最三判昭和50・4・25民集29巻4号481頁）。当該最高裁判例は、正当な争議行為として是認される場合には、その期間中における対象労働者に対する賃金支払義務を免れると判示している。そこで重視されていたのは、上記にあるとおり「当該争議行為が正当として是認されるかどうか」である。その判断基準は、「個々の具体的な労働争議における労使間の交渉態度、経過、組合側の争議行為の態様、それによって使用者側の受ける打撃の程度等に関する具体的諸事情に照らし、衡平の見地から見て……相当と認められるかどうかによって決す

る」とされている。本件のような新型インフルエンザ対策において自治体等の要請に従い、あるいは自主的な判断で事業所を閉鎖することについて考察するに当たっても、上記裁判例を参考に検討することができる。上記に沿って新型インフルエンザ対策の場面に置き換えた場合、「当該使用者の業務の内容、国、自治体からの自粛要請の切迫性の程度、新型インフルエンザの蔓延の経過および現状、当該社内の労働者が罹患したことによる生産効率性の低下の程度およびそれによる使用者の受ける打撃の程度等に関する具体的諸事情に照らし、衡平の見地から見て……相当と認められるかどうかによって決する」ということになる。きわめて妥当な考え方であると思われる。また、「新型インフルエンザ対策を策定し、適切な健康管理体制を実施していること、それにもかかわらず、事業所閉鎖がやむを得ないものであること」という基準は、上記最高裁判例で重視した「衡平の見地」(バランス論)からは、必須であると考えられる。

また、ノースウェスト航空事件(最判昭和62・7・17民集41巻5号1350頁)の判旨は、「ストライキに参加しなかった労働者の労働が、ストライキが原因で社会観念上不能または無価値になり、労働義務を履行できなくなった場合、不参加労働者の賃金請求権は労働契約上の危険負担の問題として考察すべきであり、特別の事情のない限り、ストライキは『債権者ノ責ニ帰スヘキ事由』にはあたらず、不参加労働者は賃金請求権を失う。」というものであり、これを本件に当てはめると次のようになる。すなわち、「一部の労働者の新型インフルエンザが原因で、新型インフルエンザに罹患しなかった労働者の労働が社会観念上不能または無価値になり、労働義務を履行できなくなった場合、新型インフルエンザに罹患していない労働者の賃金請求権は労働契約上の危険負担の問題として考察すべきであり、特別の事情のない限り、新型インフルエンザによる休業は民法536条2項の『債権者ノ責ニ帰スヘキ事由』にはあたらず、新型インフルエンザに罹患していない労働者も賃金請求権を失う」である。これも、「適切な新型イ

ンフルエンザ対策等を講じている使用者」という前提を付加することが必要であり、そうすることにより労働者との間における均衡論(バランス論)として用いることができると考える。

一方、新聞輸送事件(東京地判昭和57・12・24労民集33巻6号1160頁)は、会社は労働者の労働が安全に行われるよう配慮すべき信義則上の義務を負い、右義務の不履行のために労働の提供ができない場合には、会社の責めに帰すべき事由により労働者の労働提供が履行不能となった場合となり賃金請求権を失わないとされている。このことから本件を考察するに、「使用者は労働者の労働が新型インフルエンザに罹患しないよう対策を講じるほか労働が安全に行われるよう配慮すべき信義則上の義務を負い、右対策を講じないなど安全配慮義務の不履行を原因として、労働者が新型インフルエンザに罹患することになり罹患も罹患していない労働者も労働の提供ができなくなった場合には、労働者は民法536条2項によりその間の賃金請求権を失わない」ということになる。さらに別の裁判例として、スト不参加組合員の就労不能が使用者の責任と評価され、賃金支払義務が認められた裁判例(高知県ハイヤータクシー労組事件、高松高判昭和51・11・10労民集27巻6号587頁)、業務内容の約8割を受注している関連企業の争議によって業務が減少し、休業した場合、使用者は不可抗力を主張することができず、他企業に対する受注の方途を講ずる等、客観的にみて通常なすべきあらゆる手段を尽くしたと認められる場合でない限り、休業手当の支払いを免れないとした裁判例(扇興運輸事件、熊本地八代支決昭和37・11・27労民集13巻6号1126頁)、ストライキを発生させたこと、ストライキを長期化させたことにつき使用者に過失ありとして休業手当の支払義務を認めた裁判例(ノースウェスト航空事件、東京高判昭和57・7・19労民集33巻4号673頁)などもあり、本件を検討する上で参考になるものである。

## 質問案 ㊦

社会機能維持のための継続業務に従事してほしい労働者が、感染リスクを理由として出社を拒否した場合に、業務命令として出社を指示することは可能か。さらに、当該命令に背いて欠勤をする労働者に対して使用者は解雇等の懲戒をすることが可能か。

## 【回答案】

労働契約（雇用契約）において、使用者は労働者に労務の提供をするよう求めることができ、これは債務の本旨である。ただし、労働者の新型インフルエンザパンデミック時に感染リスクを懸念することもやむを得ないのであるから、使用者としては、義務である労働者に対する安全配慮義務を的確に履行し、安全に労務提供をし得る環境を構築しておくことが必要であるし、それが使用者が労務の提供を受ける条件でもあるといえる。そのような安全配慮義務を尽くして感染リスクを排除した労働環境を構築しているのであれば、使用者は労働者に対して業務命令として適法に出社を命じることができる。

逆に、そのような感染リスクを排除した労働環境を構築していないのであれば、労働者は、そのような労働環境が構築できておらず危険な場所には出社できないので、早急に改善してほしい、と要求できる。この場面を規律するものとしては、使用者の安全配慮義務、との観点とは別に、労働者側から見たものとして民法493条が考えられる。すなわち、同条は、弁済の提供の方法について「弁済の提供は、債務の本旨に従って現実になさなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる。」とする。「債務の履行について債権者の行為を要するときは」とは、本来的には債権者の協力がなく弁済提供できない状況にある場合を指し、本件の場面でいえば、労働者の新型インフルエンザ罹患を防止するために必要な体制を構築し、実施することであると考

えられる。そのような体制が構築できていない場合には、労働者は、同493条に基づき「感染リスクを排除できた労務環境になっていないので、労務提供ができない。労務提供の準備はできているので、当該体制を整えて、労務提供をさせなさい」と催告をすることで弁済の提供の効果である「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。」ことになる。すなわち、使用者が安全配慮義務を尽くして感染リスクを排除した労働環境を構築していなければ、出社命令を拒否できる、ということである。ただ、「債権者が弁済を受領しない意思が明確な場合であっても、弁済の提供をしない限り、債務不履行の責を免れない（最一判昭和44・5・1民集23巻6号935頁）。」との判例もあることから、労働者としては、明確に「労務提供の準備はできているので、当該体制を整えて、労務提供をさせなさい。」と催告すべき、ということになる。

次に、当該出社命令を正当に出すことができる状況において労働者が当該命令に背いて欠勤をする場合、使用者は労働者に対して懲戒をすることが可能か、ということであるが、新型インフルエンザ対策の不備を理由として欠勤をすると主張されている場合には懲戒は困難ではないかと考える。懲戒とは、特定の身分関係における紀律の維持のために、一定の義務違反に対し人的な制裁を科する制度をいうとされており（金子宏ほか編『法律学小辞典〔第4版〕』（有斐閣、2004））、あくまでも企業秩序を維持していくための手段である。そして、懲戒権の行使は、当該懲戒にかかる労働者の行為の性質および態様その他の事情に照らして、客観的に合理的な理由があること、社会通念上相当であると認められることが必要である（労働契約法15条、解雇の場合には、併せて労働基準法18条の2）。本件の場合には、当該労働者の行為の性質（ただ欠勤するだけ。平穩であること）および態様（不安である事情を告知していること）に照らすと、懲戒を科す社会的相当性がないと考えられる。すなわち、客観的に労務を提供できる状況にあるとしても、それが確認できない場合に、新型インフルエンザ対策が不備かもしれない、それ

が不安で出社できない、ということも、やむを得ない面がある、ということである。ただ、客観的に労務を提供できる状況下であれば、使用者としては、労働環境の整備は尽くしているのであり、労働者は可能であるにもかかわらず労務提供という債務を履行しないという関係になるので、債務不履行という法律関係になる。そのため債務不履行としての賃金カット等はある得るが、それ以上に、契約解除、つまり普通解雇については、合理性がないと指摘される可能性があると思われる。以上、結論としては、欠勤した者については、懲戒解雇、普通解雇はできず、賃金カット等をなし得る程度であろう、ということである。

以上のことを考察すれば、使用者としては、労働者および労働組合などと、新型インフルエンザ対策について協力関係を構築すべきであるし、協力連携をして対応すべきことの有用性が理解されるであろう。

#### 質問案 ④

会社では、新型インフルエンザ対策の一環で、一部の労働者を自宅待機させ、一部の労働者に限定して勤務させることを計画している。ただ、そのように人員を減少させると労働者1人当たりの労働時間が正規の場合のよりも増える可能性がある。この点について法律はどのような対応を考えているのか。

#### 【回答案】

労働基準法33条は、災害等による臨時の必要がある場合の時間外労働等を定めており、「災害その他避けることのできない事由によって、臨時の必要がある場合においては、使用者は、行政官庁の許可を受けて、その必要の限度において第32条から前条まで若しくは第40条の労働時間を延長し、又は第35条の休日に労働させることができる。ただし、事態急迫のために行政官庁の許可を受ける暇がない場合においては、事後に遅滞なく届け出なければならない。」としている。そこで、本件のような場合でも、災害その他避けることのできない事由によるものとして時間外労働や休日労働が認められるものと考えられる。

ただし、労基署の許可基準をみると、同条1項は「災害、緊急、不可抗力その他客観的に避けることのできない場合の規定であるから、厳格に運用すべき」とされ、許可および事後承認の基準は「①単なる業務の繁忙その他これに準ずる経営上の必要は認めない。②急病、ボイラー破裂その他人命または公益を保護するための必要は認める。」などとされている(昭和22・9・13次官通達17号、昭和26・10・11労働基準局長通達696号)。したがって、本件の会社のように、新型インフルエンザ対策として、人員削減をする、という場合でも、自宅待機をさせる労働者分のしわ寄せが勤務をする労働者に来たための残業・休日出勤をさせるためには、そもそも、その新型インフルエンザ対策の必要性、合理性などが検証されることになり、安易な人員削減と考えられるようなものについては、許可がなされないものと想定される。

#### 質問案 ⑤

会社の労働者が新型インフルエンザに罹患したため、その出社を禁じたところ、体調は悪くないので、自宅勤務をしたいと申し出ている。本人からの申出であるから自宅勤務として、それを認めて、可能な業務をさせてもよいが。

#### 【回答案】

罹患労働者等の罹患時期、回復状況等によっては、自宅勤務ということもあり得るが、「発熱など特定の症状を示した労働者」については休業をさせ療養をさせるべきであり(労働安全衛生法23条~25条)、自宅勤務を命じた結果、病状の悪化、回復の遅れなどが認められる場合には、使用者に安全配慮義務違反があるとされる可能性がある。そして、労働者が自身の病状を承知の上で自宅勤務を希望した場合には、使用者は免責されるか、つまり、労働者自らの選択で当該自宅勤務をしたのであり、それによって症状が悪化し、さらには業務上の接触等の可能性が認められたため感染が拡大したのであるから、使用者は免責されるということになるか、である。答えは、否である。使用者としては、いかに労働者から



の自主的な申出であったとしても、当該就業を禁止すべきであり、それを禁止せず、または明示あるいは黙示に承認して、就業をさせた結果、症状の悪化などが認められれば、安全配慮義務の懈怠の指摘を受けざるを得ない。

#### 質問案 ⑥

パンデミック期前後になり在宅勤務が実施されることとなった場合には、通常勤務と比較して賃金に変化はないのか。

#### 【回答案】

新型インフルエンザ対策として最も有効なものではないかとされているのが在宅勤務制度である。これについては、新聞報道によればNECやNTTデータなどが体制を構築しているという。そこで、パンデミック期前後になり在宅勤務が実施されることとなった場合には、通常勤務と比較して賃金に変化はないのか、という疑問が出てくる。これについては特段の取決めがなければ通常勤務と同様となるのであろうが、就業規則等で賃金について別レートで規定されることもある。また、その際の手当等の支給についても就業規則等で取決めがなされることとなろう。そこで、それらに従って賃金支払い実務が進むことになる。この点でも、労働者、労働組合との協議は必須であり、新型インフルエンザ対策に理解を求めるよい機会となるであろう。

#### 質問案 ⑦

- ・ 社命で勤務した労働者が新型インフルエンザに感染した場合、使用者は補償を行う義務があるか。
- ・ 国内発生後パンデミック期においても、事業継続したいが、労働者への「安全配慮義務」については、どの程度の配慮をすれば、きちんと対応したことになるのか。なお、同業者では、特に何らの対応策も検討していない状況である。
- ・ 優先業務や重要業務継続のために、労働者に出勤（あるいは宿直）を求めた場合、個人防護具等を供与しても感染し健康被害があれば、安全配慮義務違反になるか。

#### 【回答案】

新型インフルエンザパンデミック期前後に労働に従事した労働者が業務上の理由で新型インフルエンザに罹患したものであるかどうかの因果関係については、立証が困難なのではないかという問題はあるが、業務上の外出以外は罹患する原因がないということであれば、業務上の疾病といい得るのではないか。

そこで、使用者に求められている安全配慮義務の考え方については、じん肺訴訟等の判決が参考になると思われる。安全配慮義務の履行は、使用者に課された義務であり、その当時認識し得る科学的・医学的な知見が基準となる。また、単に設備やマスク等の防具を付与しただけで足りるものではなく、当該防具等の効果が認められるものであること、利用に耐えること、当該防具を適切に使用することを管理・教育することまで必要と考える。たとえば、筑豊じん肺訴訟控訴審判決（福岡高判平成13・7・19、判タ1077号72頁）では、「じん肺教育は、本来、従業員に対し、じん肺の発症の機序・病像・予防法等につき、医学的、実証的見地から教育するものでなければ十分な効果は期待し難いもので、単に防爆対策の見地から、通気の確保、散水の励行等の意義、必要性を指導、教育したとしても、じん肺教育としては十分ではない。」「掘進、採炭の作業現場で、防塵マスクの着用、採水の励行等につき、従業員に十分な指導、教育はされなかったといえることができる。」として安全配慮義務違反を認定している。

では、次に、使用者が、周囲の他の事業者においても新型インフルエンザ対策を特に構築していないので、大した問題ではないと考えて特に同対策を構築しないでいたところ、労働者が罹患してしまった、という場合の安全配慮義務の問題については、次の最高裁判決（最二判平成18・3・13判時1929号41頁）が参考になる。すなわち、サッカー部の指導教員が落雷の可能性を考慮してクラブ活動を中止するかどうかの判断について注意義務違反があったと認定された事例で、

「前記事実関係によれば、落雷による死傷事故は、平成5年から平成7年までに全国で



毎年5～11件発生し、毎年3～6人が死亡しており、また、落雷事故を予防するための注意に関しては、平成8年までに、本件各記載等の文献上の記載が多く存在していたというのである。そして、更に前記事実関係によれば、A高校の第2試合の開始直前ころには、本件運動広場の南西方向の上空には黒く固まった暗雲が立ち込め、雷鳴が聞こえ、雲の間で放電が起きるのが目撃されていたというのである。そうすると、上記雷鳴が大きな音ではなかったとしても、同校サッカー部の引率者兼監督であったB教諭としては、上記時点ころまでには落雷事故発生危険が迫っていることを具体的に予見することが可能であったというべきであり、また、予見すべき注意義務を怠ったものというべきである。このことは、たとえ平均的なスポーツ指導者において、落雷事故発生危険性の認識が薄く、雨がやみ、空が明るくなり、雷鳴が遠のくにつれ、落雷事故発生危険性は減弱するとの認識が一般的なものであったとしても左右されるものではない。なぜなら、上記のような認識は、平成8年までに多く存在していた落雷事故を予防するための注意に関する本件各記載等の内容と相いれないものであり、当時の科学的知見に反するものであって、その指導監督に従って行動する生徒を保護すべきクラブ活動の担当教諭の注意義務を免れさせる事情とはなり得ないからである。」

と論じている。そこでは、平均的なスポーツ指導者が認識する落雷事故発生危険性と同様な認識をもって対応しても落雷事故が発生した場合には注意義務を免れることはできないと論じている。当該判例の「スポーツ指導者」は、新型インフルエンザ対策を検討する事業者と置き換えることができる。すなわち、新型インフルエンザから労働者の安全を確保すべき事業者は、当時の科学的知見に基づく対応策を実施しなければ善管注意義務に違反するのであり、一般的な事業者が新型インフルエンザの危険性に着目した対策を講じていなかったとしても、それによって新型インフルエンザに労働者が罹患し、また、事業継続に支障が生じ会社に損害を与えた場合に

は、当該使用者は善管注意義務違反を免れない、ということになる。

## 2 取引先との契約・義務の側面の法律問題

### 質問案

⑩ パンデミック期、配送が遅れ相手方に損害を与えた場合、賠償する責務を負うのか。

⑪ 医療器具メーカーがその協力会社としている部品メーカーの従業員の大半が新型インフルエンザに罹患して事業休止となってしまった。そのことによりサプライチェーンのボトルネックが発生し、最終製品が完成せず、納品ができなくなってしまった。責任は、誰がどのように負うのか。

⑫ 事業所閉鎖を要請されている、イベント開催事業者が当該要請を拒否し、イベント開催を強行した。その結果、参加者の中から新型インフルエンザに罹患した者が増えた場合、罹患した参加者から責任追及されるのか。

### 【回答案】

⑩～⑫を通して全般的に指摘できることは、このようなリスクというものの存在は、当然のことながら理解しておくべきであるし、そのための対策を講じておくことが必要である、ということである。そして、契約を履行しないこと、履行が遅延すること、契約条件を履行できないこと（いずれも債務不履行）が損害賠償請求の負担や契約解除等のデメリットを被ることになるのは、当該債務不履行が当事者の責めに帰すべき事由（帰責事由）によるものであるかどうかによるのであって（民法415条）、当該帰責事由がない程度に対策を講じていたにもかかわらず発生した、不可抗力による債務の不履行については損害賠償等の義務はない。新型インフルエンザパンデミック期においても、必要な事業継続対策を講じていた等、会社に帰責事由がないにもかかわらず事業を継続できない状況に陥ったのであれば、当該事業中断は法律上の責任はない。

⑩については発生リスクによって業務に支障が生じた場合の責任問題である。もちろん、運送約款では「不可抗力による火災、風水害

等による貨物の延着」については免責事由となっており、本件でも「不可抗力といえるかどうか」が争点となる。この点は阪神淡路大震災の際に、倉庫内の化学薬品が荷崩れにより漏出し、他の貨物から流出した水分と化合して発火した火災により貨物が焼失した事故について、倉庫会社に過失があったかが争われた裁判例が参考になる（東京地判平成11・6・22判タ1008号288頁）。

判旨は、以下のとおりである。まず、「以上のとおりM倉庫としては、通常想定される事態に対応できる措置を講じていたと評価することができる。しかし、同被告が本件火災発生を予見することができたとすれば、このような措置では、不十分であり、注意義務違反と評価される余地があるといえる。」として、本件問題が予見可能性の問題であることを指摘し、「思うに、我が国が地震多発国であることからすると、地震の発生それ自体は予見可能というべきだろうが、本件大震災規模の地震の発生を予見することも可能であったとすることは困難であるように解される。すなわち、本件大震災規模の地震の発生を予見することは不可能ではないという程度の抽象的な予見可能性で足りるとすることは、規範的観点から過失の前提要件として予見可能性を求める趣旨が没却されるから、過失の前提としては、より具体的な予見可能性を要すると解するほかないからである。」として予見可能性の程度は、抽象的な危険では足りず、より具体的な予見可能性を要するとした。そして、「本件大震災は、震度7の未曾有の大地震であるところ、被告M倉庫としては、このような規模の大地震が発生するのを具体的に予見することはできなかつたものと言わなければならない。」と判断し、震度7の大地震＝具体的に予見不可能、よって倉庫業者に責任はないとした。ところで、これを本件にどのように当てはめるかであるが、具体的に予見すべきは何か、ということである。これが「このような新型インフルエンザのパンデミックが起こることを具体的に予見できたか」ということであれば、おそらく、上記裁判例と同様に「本件新型インフルエンザは、

未曾有の大流行であるところ、配送を行う業者としては、このような規模の大流行が発生するのを具体的に予見することはできなかつたものといわなければならない」となるであろう。しかし、これでよいか。「新型インフルエンザのパンデミック期には、配送が遅れる可能性がある」という事態を具体的に予見することができたかどうかを問題とすべきではないか、とも考えられる。運送会社の労働者が新型インフルエンザに罹患し、人員の確保が困難な状況になり、配送稼働力が低下することは予見可能である。また、現時点では、電車、航空機等の公共交通機関の間引き運転、減便などが計画されつつあり、また、ビジネスマンは満員電車による通勤を回避して自動車通勤となり、その結果、道路の渋滞も予想される。以上のような事態は、かなり具体的に想定できているのであるから、「新型インフルエンザのパンデミック期には、配送が遅れる可能性がある」という事態については、具体的に予見することができた、ともいい得るのではないか。このように何の事態の予見可能性を検討するかにより結論に違いがでてくるものであるが、筆者としては前述のスポーツ指導者に関する最高裁判例と比較しても（最二判平成18・3・13）後者の判断がなされるのではないかと考えている。

⑩についてどのように考えるかは、前述の扇興運輸事件判決（熊本地八代支決昭和37・11・27労民集13巻6号1126頁）が参考になると思われる。もちろん、この事件自体は使用者と労働者の間で休業手当が必要かどうかのものであるが、その判旨は、「約8割を受注している関連企業の争議によって業務が減少し、休業した場合、使用者は不可抗力を主張することができず、他企業に対する受注の方途を講ずる等、客観的にみて通常なすべきあらゆる手段を尽くしたと認められる場合でない限り、休業手当の支払いを免れない。」としており、使用者＝会社の帰責事由は、対顧客との関係でも同様に論じることができると考えられる。今般の新型インフルエンザ対策の構築に当たっては、会社は、平成16年10月の新潟県中越地震による日本精機の車載用計器類

の供給停止、平成19年7月の新潟県中越沖地震でのリケン柏崎工場被災によるエンジン部品の供給停止という事態を認識しているので、サプライチェーンにおける具体的なリスクを認識・理解しなければならず、普段からこのようなボトルネックの対策をしておかなければならない。もちろん、部品供給をする側においても、契約履行について不履行となった場合、それは不可抗力であるといえなければ責任を免れることはできない。したがって、この場合、医療器具メーカーがボトルネック対策を構っていないければ、受注者に対して完成品を納入できなかったことによるペナルティを負うことになるし、協力会社である部品メーカーにおいても適切な新型インフルエンザ対策を講じておらず、不可抗力とはいえない状況であったのであれば、医療器具メーカーに対して一定のペナルティを負うことになる。

なお、医療器具メーカーと部品メーカー、受注者と医療器具メーカーとの間のそれぞれの契約により、新型インフルエンザのパンデミックやその他リスクを想定した条件を設定することはもちろん可能である。その場合、当該リスクが発生した場合には、契約条件のうち納期、品数等の特定事項について変更を申し出ることができることとする。ただし、そのリスクが多ければ契約の安定性は阻害され、契約の締結自体困難となる可能性がある。また、当該条件が成就したかどうかについて争いが起こらないように契約条件を設定することが必要である。

⑫については、いわゆる不完全履行の問題であり、イベント開催事業者は、単に求められたイベントを開催すればよいのではなく、条理上ないしは社会通念上、当然に参集者の生命・身体等の安全を確保すべき注意義務を負うのであり(神戸地判平成17・6・28〔明石市花火大会歩道橋事故〕)、参加者の多くが新型インフルエンザに罹患した者という場合であれば、同社は当該義務に違反した可能性があり、その結果、罹患した参加者から責任追及されることになる。

#### 質問案

⑬ 老人ホーム、訪問介護サービスについては、介護要員等が不足してしまう可能性がある。その際は、業務は継続すべきなのか。

⑭ パンデミック期、法規制や契約条件をどこまで遵守しなければならないのか。

例1 資格要件者が必置されている職場(設備管理者、警備等)で、資格要件者が不在とならざるを得ない場合

例2 契約等で履行期限、履行条件を守れなくなった場合(保守、警備要員の確保ができない等)

#### 【回答案】

前述したとおり、政府は社会機能維持にかかる責任を有する事業者が事業継続体制を構築できるよう、新型インフルエンザ発生時において企業の一定の義務を免除する関係法令の運用面を含めた周知や、企業の義務を定める規定の各種規制の弾力運用等について検討を行うとしている(事業者・職場における新型インフルエンザ対策ガイドライン(改定案)30頁)。⑬、⑭についてはいずれも当該人員の確保を必要としているものであり、これら人員数の要件を緩和する可能性があるのかどうかについては、未定のようなのである。人手不足については阪神淡路大震災の際にも同様であった。新聞記事でも「被災地の福祉施設に悩み 人手足りない……疲労限界 職員宅の大半が被害」とある(朝日新聞1995年1月23日)。また、「施設長は『通所施設を休んでいるから、自宅で世話をする家族の精神的ストレスもたまっていると思う。施設の正常な運営ができない現状では、全員で安全な所へ移ることも検討せざるを得なくなるのではないか。』と顔を曇らせた」とある。新型インフルエンザパンデミック時は他に移るということも困難であろうから、問題としてはさらに深刻である。これらの点については、最終的には臨時措置法等による立法的な解決によらざるを得ないが、現行法で考えた場合には、難しい問題であるが、人数が不足しても要介護者の生命身体に生じる危難を避けるため事

業は継続せざるを得ない場合には、刑法36条の正当防衛、同法37条の緊急避難条項を用いるしかないであろう。

### 3 その他の法律問題

#### 質問案

⑭ 社会機能維持にかかわる企業が事業を継続していたために従業員が罹患してしまった場合と、その他の企業（不要不急の事業の企業）が、あえて事業を継続していたために従業員が罹患してしまった場合とで、企業の責任について法的に違いはあるのか。

⑮ 会社では、新型インフルエンザ対策としてタミフルを備蓄しているということであり、いざというときに医師の作成したマニュアルに基づいて会社で従業員にタミフルを配布する予定であると聞いているが、薬事法等には抵触しないか。労働者にタミフルの服用を求めることは問題ないか。

#### 【回答案】

⑭については、法的責任の軽重に特段の差はないと考えられる。なぜなら、そもそも社会機能維持にかかわる企業と、その他の企業（不要不急の事業の企業）との区別が果たして峻厳と分けられるのか大いに疑問であるし、いずれの企業であっても、労働者に対する安全配慮義務については同等に求められるものだからである。

⑮については、薬剤師でない会社の担当者が労働者に対して医薬品を配布する行為は違法であると考えられる。薬事法24条によると、薬局開設者または医薬品の販売業の許可を受けたものでなければ、業として、医薬品を販売したり授与したりしてはならないと規定されている（同法24条1項本文）。「授与」とは無償で供与することである（薬事法規研究会編『逐条解説薬事法〔4訂版〕』（ぎょうせい、2001）402頁）。医薬品の授与について厳しい規制が施されているのは、たとえ無償で提供される場合であっても、医薬品そのものが日用品と異なり国民の保健衛生上きわめて重要なものであり、これらに関する事項を規制し、もってその品質、有効性および安全性を確保

することが必要だからである（同法1条参照）。なお、担当者は労働者の要求の有無にかかわらずタミフルを提供しているだけであるが、法の規定文言上は患者の求めに応じたかどうかは区別されていないので、この点は上記結論を左右することはない。なお、タミフルが薬事法の規制の対象となる医薬品に該当するのかどうかであるが、医薬品の定義は薬事法2条1項に規定され、「日本薬局方に収められている物」であり、具体的には医療用医薬品（医師の処方により使用されるもの）と一般用医薬品（薬局等で購入できるもの。たとえば、かぜ薬や解熱鎮痛剤など）に分類される（加藤良夫編『実務医事法講義』（民事法研究会、2005）488頁）。したがって、いずれにせよ、タミフルは、薬事法の規制対象となる医薬品である。

### Ⅲ 対策はだれにもオーソライズされない！

以上のとおり、新型インフルエンザ対策については、各種のガイドラインに従って検討するとしても、法律的にはいろいろと検討をしておかなければならないものがあると考えられるし、その適否の判断も分かれることであろう。事業継続計画（BCP）の構築についても、法的な観点からの検証が必要かもしれない。

ところで、平成21年1月24日・25日に東京都が「新型インフルエンザ対策イベント」を開催し、事業者向け相談会を開催したことはすでに紹介した。筆者は、そこで相談員を担当したのであるが、相談に来られた会社の担当者の1人から「どこに行って聞けば、この新型インフルエンザ対策で大丈夫であるかどうかを判断してくれるのか」という質問をいただいた。筆者はこれに対して「どこに行っても、これでよい、というお墨付きはもらえません」と回答した。そうなのである。誰も「これでよいですよ」と断言できる人はいない。それでも、使用者はすべてのステークホルダーが納得する適切な新型インフルエンザ対策や事業継続計画（BCP）を目指して策定、

実施をしないとイケないわけであり、非常に厳しい状況である。だからこそ、使用者は、必要な専門家らと連携をして情報を得ながら、ベストを尽くして「対策としてよりよいものを」という準備を重ね続けることが必要となるのである。

#### Ⅳ 弁護士等法律実務家の役割について

そのような問題における、弁護士ら法律実務家の役割とはどのようなものであろうか。新型インフルエンザ対策には事業縮小、事業所閉鎖など経営に大きなインパクトを与える内容がある。事業者にとって、大きな経営判断であるから、顧問弁護士らに対して、「この状況下で事業中断をすることが、やむを得ない、と判断されるものか」とか、「ここまで感染拡大防止策を実施したので、事業を継続してもよいものか」という問い合わせをしていくことも想定できる。その際、弁護士らは、現在の新型インフルエンザ対策がどのようなものであるのか、現時点で、どのような対応策が求められているのかを最低限の知識として有している必要がある。その上で、当該経営判断が妥当であるのかどうかについて回答をすることになる。弁護士は、平常時から、企業の法務担当者と連携をして顧問弁護士としてさまざまなサポートをしている。その一環として、その知見を最大限に生かして今般の難局についてもアドバイスをしなければならない。その際の判断基準は、「事業者が適切な新型インフルエンザ対策および適切な事業継続に関する対応策を講じているかどうか」である。つまり、そのような対策を講じているという場合であれば、「必要な対策を講じていたが、それでも事業中断をしなければならない」と判断することに合理性があるかどうかを判断すればよい。「パンデミック時も中断、縮小することなく事業継続をしたかどうか」という相談の場合も、まずは、適切な新型インフルエンザ対策および事業継続に関する対応策を講じているかどうかを判断することになる。一方、必要な対策を講じ

ることなく、安易に「事業を継続する」と判断することは、それによって、従業員の感染拡大、取引先、顧客への感染拡大の原因となった場合には、役員としての善管注意義務違反の可能性がある。逆に、何の対策も講じることなく事業中断をすることになれば、使用者に「責めに帰すべき事由」がないとは考えられず、労働者からは給与の支払義務や休業補償等の要求がなされ、それに応じざるを得ないであろう。事業中断による企業の逸失利益や信用毀損の損害賠償の問題もある。ことは簡単ではない。

すなわち、事業を中断するにも、継続するにも、その前提としては、その当時の科学的知見、医学的知見に基づいた適切な新型インフルエンザ対策、事業継続計画を策定し、実施しておくことが、善管注意義務違反とならない最低限の条件なのである。

われわれ弁護士が企業の顧問弁護士として活動するに当たり、このような方向性で正しく会社を指導し、導くことができれば、平常時から、そして新型インフルエンザパンデミック期前後の混乱した状況においても、企業の正しい対応を実現させることとなるのであり、結果として感染拡大を防止するという社会貢献にも資することとなる。ぜひ、そのような大きな枠組みで企業法務に携わる多くの弁護士が新型インフルエンザ対策問題に理解を示して研鑽をし、会社とのコンタクトを取ることを切に希望するものである。