

命 令 書 (写)

再 審 査 申 立 人 全労協全国一般東京労働組合

再 審 査 被 申 立 人 東急バス株式会社

上記当事者間の中労委平成23年(不再)第68号事件(中労委平成17年(不再)第40号及び同第43号併合事件、初審東京都労委平成13年(不)第96号、同14年(不)第9号及び同15年(不)第115号併合事件)について、当委員会は、平成24年7月4日第148回第三部会において、部会長公益委員都築弘、公益委員坂東規子、同春日偉知郎、同鎌田耕一出席し、合議の上、次のとおり命令する。

主 文

会社は、Aに対し、129万3600円及びこれに対する平成17年6月9日から支払済みまで年率5分を乗じた金額を支払わなければならない。

理 由

第1 事案の概要等

1 事案の概要

- (1) 全労協全国一般東京労働組合（以下「組合」という。）は、東急バス株式会社（以下「会社」という。）が、組合の分会である東急（バス）分会（以下「分会」という。）の組合員（以下「分会員」という。）である乗務員A（以下「A」という。）に対し、残業扱いとなる乗務の割当て（以下「残業割当て」という。）を行わなかったことが不当労働行為に当たるとして、東京都労働委員会（以下「東京都労委」という。）に救済を申し立てた。
- (2) 東京都労委は、平成17年6月9日、残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たると認めて、差別取扱いの禁止及びポストノーティスを命じたところ、会社及び組合は、これらを不服として再審査を申し立てた。当委員会は、平成20年2月7日、残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たると認めて、差別取扱いの禁止及びポストノーティス並びにバックペイ（不利益分と年率5分を乗じた金額の付加）を命じた（以下「中労委命令」という。）。
- (3) これに対し、会社は、中労委命令中不当労働行為該当性を認めて救済命令を発令した部分を不服として、その取消しを求め、また、組合は、中労委命令中不利益分の金額等に不服があるとして、その変更等を求めて、東京地方裁判所（以下「東京地裁」という。）に行政訴訟を提起した。東京地裁は、平成22年2月22日、会社請求を一部容れて、中労委命令中、Aに関しバックペイ（不利益分の金銭支払を命じた部分）から4か月間の欠勤期間を除外しなかったことが裁量権を逸脱したとして、同人に係るバックペイ全部を取り消し、その余の会社及び組合からの請求をいずれも棄却した（組合からの義務付けの訴えを却下した。）。
- (4) 組合及び会社は、これを不服として東京高等裁判所（以下「東京高裁」という。）に控訴を提起した（上記訴え却下部分につき控訴はなかった。）が、平成22年11月24日、東京高裁は、組合及び会社の控訴をいずれも棄却した。
- (5) さらに、組合及び会社が、最高裁判所（以下「最高裁」という。）に上告受

理の申立てを行ったが、最高裁第二小法廷は、平成23年9月30日、上告不受理決定をした。

- (6) 当委員会は、中労委命令中Aに係るバックペイを命じた部分を取り消した判決が確定したことから、労働委員会規則第56条第1項において準用する同規則第48条に基づき、同年10月19日開催の136回第三部会において、「確定判決で取り消された部分」について審査を再開することを決定した（以下「本件」という。）。

そこで、Aに対する残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たるとしながらバックペイを命じなかった東京都労委命令に対し、組合が再審査の申立てをした事件の審査が再開された状態となっている。

2 本件における争点

- (1) 会社は、Aに対して残業割当てを行わなかったことについて、改めて不当労働行為の成否を争うことができるか。
- (2) Aに対するバックペイとして、残業割当てによる不利益分から欠勤期間4か月のみを除外した救済を命じることができるか。

第2 主張の要旨

1 争点(1)について

(1) 会社の主張

会社は、中労委命令以前から組合及び分会員に対する差別取扱いの不当労働行為をしていないし、個別救済をすべき理由も必要もない旨一貫して主張してきた。そして、裁判所の判決において拘束力を有するのは主文であって判決の理由ではないから、Aに対して残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たらないと改めて主張することが許される。

(2) 組合の主張

裁判所において取り消された部分は、中労委命令中のAのバックペイ部分で

ある。しかし、裁判所は、Aに対する残業割当を行わなかったことが不利益取扱い及び支配介入の不当労働行為に当たるとして、中労委命令中差別取扱いの禁止及びポストノーティスを命じた部分を支持したのであるから、本件でAに対して残業割当てを行わなかったことにつき不当労働行為に当たらないとして争うことはできない。

2 争点(2)について

(1) 組合の主張

裁判所が中労委命令中バックペイ部分を取り消したのは、中労委命令のバックペイ部分にAが病気により欠勤していた4か月分を含んでいたからである。

そこで、取消判決の趣旨に従い、その4か月分を除外したバックペイを命じることが行政事件訴訟法第33条の規定に照らし要請される場所である。

(2) 会社の主張

組合は、Aに関するバックペイ部分を全部取り消した東京地裁判決に対する控訴審において、私傷病により欠勤していた平成15年12月から平成16年3月までの4か月間を不利益分の算定から除外すれば足りると主張していたところ、この主張が東京高裁で採用されず、Aに対するバックペイ部分全部が否定された以上、確定判決であるから、本件において、Aに対して欠勤期間の4か月分を除外してその他の部分を維持する内容の救済方法を採用することは許されない。

第3 認定事実

審査の全趣旨によれば、本件に至る経過として以下のとおりの事実が認められる。

1 救済申立て

組合は、平成13年12月27日ないし平成15年12月26日、会社がAを含む分会員に対し残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たるとして、

以下の3点の救済を求めた。

- (1) 会社は、分会員に対し、残業の割当てにおいて、他の社員に比して不利益な取扱いをしないこと（差別取扱いの禁止）
- (2) 会社は、分会員に対し、残業外しの不利益分の金員及びこれらに対する平成17年3月1日から支払済まで年6パーセントの割合による金員をそれぞれ支払うこと（バックペイ）
- (3) 陳謝文の交付及び掲示（ポストノーティス）

2 労働委員会による救済命令

- (1) 会社は、初審東京都労委において、不当労働行為の成否を争ったが、初審東京都労委は、平成17年6月9日、会社がAを含む分会員に対し残業割当てを行わなかったことが不当労働行為であるとして、差別取扱いの禁止及びポストノーティスの救済を命じた。
- (2) 初審命令を不服として、平成17年6月17日に会社が、同月23日に組合が、それぞれ当委員会に再審査申立てを行った。

当委員会は、平成20年2月7日、会社がAを含む分会員に対し残業割当てを行わなかったことが不当労働行為であるとし、差別取扱いの禁止及びポストノーティス並びにバックペイ（不利益分と年率5分を乗じた金額の付加）の救済を命じた。

中労委命令主文は、以下のとおりである。なお、下記Iの2中の別表5とは別紙2のことである（Aに対し残業割当てを行わなかったことについての救済を命じた部分を抜粋）。

「I 初審命令主文を次のとおり変更する。

- 1 東急バス株式会社（以下「会社」という。）は、バス乗務員に対し残業扱いとなる乗務を割り当てるに当たって、全労協全国一般東京労働組合（以下「組合」という。）の組合員に対して、他の乗務員と差別して取り扱ってはならない。

- 2 会社は、Aに対し、別表5の合計欄に掲げる金額及びこれらに平成17年6月9日から支払済に至るまで年率5分を乗じた金額を支払わなければならない。
- 3 (略)
- 4 (略)
- 5 会社は、本命令書受領の日から1週間以内に、下記内容の文書を組合に交付するとともに、同一内容の文書を55センチメートル×80センチメートル(新聞紙2頁大)の白紙に楷書で明瞭に墨書して、本社及び会社従業員の勤務する営業所内の従業員の見やすい場所に10日間掲示しなければならない。

記

年 月 日

全労協全国一般東京労働組合

執行委員長 B 殿

東急バス株式会社

代表取締役 C

当社が、乗務員である貴組合員に対して残業の割当てにおいて他の乗務員と異なる取扱いをしたこと、貴組合から分会ないし分会長あてに送られてきた郵便物等を取り次がず、その他の便宜供与についても合理的理由を示さず東急バス労働組合と異なる取扱いを行ったこと、及び添乗調査の運用及び押印問題に関する貴組合の団体交渉申入れに対して誠実に応じなかったことは、中央労働委員会において不当労働行為であると認定されました。

今後、このような行為を繰り返さないよう留意します。

(注：年月日は文書を交付又は掲示した日を記載すること。)

6 その他その本件申立てを棄却する。

II その他その本件各再審査申立てを棄却する。

」

3 行政訴訟の提起

(1) 会社は、平成20年2月28日、中労委命令中不当労働行為該当性を認めて救済命令を発令した部分を不服として、その取消しを求め、また、組合は、同年8月6日、中労委命令中不利益分の金額等に不服があるとして、その変更等を求めて、東京地裁に行政訴訟を提起した。

(2) 東京地裁は、平成22年2月22日、Aに対し残業割当てを行わなかったことは不当労働行為に当たるが、中労委命令が同人に関しバックペイを命じた部分が裁量権を逸脱したのものとして、同人に係るバックペイ部分全部を取り消す旨の判決を言い渡した。

東京地裁判決主文は、以下のとおりである。

なお、下記において、甲事件原告・乙事件被告補助参加人とは会社を、乙事件原告・甲事件被告補助参加人とは組合をいう。

「1 中央労働委員会が中労委平成17年（不再）第40号及び同43号事件について平成20年1月9日付けでした命令主文Iの2のうちAに対する141万6800円及びこれに対する平成17年6月9日から支払済みまで年率5分を乗じた金額の支払を命じた部分を取り消す。

2 乙事件原告・甲事件被告補助参加人の乙事件の請求のうち、中央労働委員会に対する裁決の義務づけに係る訴えを却下する。

3 甲事件原告・乙事件被告補助参加人のその余の甲事件の請求及び乙事件原告・甲事件被告補助参加人のその余の乙事件の請求をいずれも棄却する。

4 訴訟費用は、補助参加によって生じた費用を含め、甲事件・乙事件を通じて全体を10分し、その5を甲事件原告・乙事件被告補助参加人の

負担とし、その1を被告の負担とし、その余を乙事件原告・甲事件被告補助参加人の負担とする。

」

(3) 第一審判決を不服として、平成22年3月3日に会社が、同月5日に組合が、それぞれ東京高裁に控訴を提起したが、東京高裁は、同年11月24日、本件控訴をいずれも棄却する旨の判決を言い渡した。

(4) 上記控訴審判決を不服として、同年12月1日に会社が、同月7日に組合が、上告受理申立てを行ったが、最高裁第二小法廷は、平成23年9月30日、上告不受理決定を行った。

これにより、東京高裁判決が確定した。

4 確定した判決の理由

(1) 乗務員の勤務体制

ア 平成13年9月15日まで

会社の各営業所における乗務員の乗務スケジュールは、基本交番表と呼ばれるローテーション表に従って決められており、原則的には、各乗務員が基本交番表上の仕業（1つ又は複数のバスダイヤを組み合わせたもの）を順番に割り当てられて乗務していた。割当結果である各乗務員の最終的な勤務予定は、当該乗務日の3ないし4日前（平成13年9月16日以降は7日前）に各営業所に掲出される勤務交番表に記載されることになっていた。乗務員の1日の所定労働時間は平均6時間49分（内訳は、乗務時間5時間58分、準備整理時間51分）であったが、すべてのバスダイヤを運行するためには、所定労働時間内の乗務時間では足りず、各営業所では必然的に所定時間外労働となる乗務が発生した。そこで、各営業所において、所定時間内労働となる乗務（以下「本務」という。）と残業扱いになる乗務（以下「刷込残業」という。）があらかじめ決められ、基本交番表上、本務は実線で、刷込残業は点線で表示されていた。残業扱いとなるものとして、刷込残業のほかに、

乗務員の欠勤等の際の代替乗務（以下「代務」という。）及び渋滞等による運行遅延分（以下「運行遅れ」という。）等があり、代務についても、基本交番表に割当ての順序が記載され、これら3つが、乗務員の残業の大半を占めていた。刷込残業及び代務の割当ては、営業所長の権限であったが、乗務員は、残業を希望しない場合には、あらかじめ申し出ることによって本務のみの乗務とすることができた。

イ 平成13年9月16日以降

会社は、平成13年9月16日以降、週休2日制を導入し、1か月単位の変形労働時間制としたので、労働時間も1か月単位で計算する月計制とした上、乗務員の1日の所定労働時間を7時間23分とし、実労働時間中、所定労働時間に労働日数を乗じた時間を超過する部分（以下「差引残業」という。）は残業扱いとされた。そして、基本交番表をもとに作成され、各乗務員の1か月先の勤務予定を記した月間勤務予定表が配布されるようになり、同予定表の中には、差引残業のほか、残業扱いとなる所定休日出勤（以下「休日出勤」という。）の予定が表示されるようになった。荏原営業所における休日出勤の残業時間数に占める割合及び休日出勤を割り当てられた乗務員の割合をみると、平成17年11月16日ないし同年12月15日の間は各41%、58%、同月16日ないし平成18年1月15日の間は各42%、46%、同月16日ないし同年2月15日の間は各35%、50%である。

遅くとも、上記労働時間制度の変更時までには、基本交番表上、刷込残業を表す点線が表示されなくなったが、個々のバスダイヤについて本務と刷込残業の区別はあり、勤務予定表作成時点では、各乗務員に刷込残業が割り当てられていた。

労働時間制度の変更前後を通じ、会社は、営業所ごとの全乗務員の残業時間数を把握していた。

(2) 分会員に対する残業の割当ての状況

ア Aについて

Aは、平成4年に会社に入社して大橋営業所に配属され、平成14年7月16日に東山田営業所に異動した。Aが分会に加入したのは平成13年2月5日である。Aは、それまで刷込残業等を割り当てられていたが、同年5月以降、割り当てられなくなり、営業所長に残業を割り当てるように求めたが、明確な説明はなく、状況は変わらなかった。休日出勤の割当てがないことはD（以下「D」という。）と同じである。Aの残業実績は、別紙3のとおりである。

Aは、平成15年12月から平成16年3月までの4か月間、私傷病により欠勤し1日も出勤していない。

イ 別紙3を前提に、D、E（以下「E」という。）、F（以下「F」という。）、A及びG（以下「G」という。なお、判決では、この5名について「Dら」というが、本件においては「Aら」という。）に刷込残業等が割り当てられなくなった平成13年3月ないし5月の前後で、Aらの平均月間残業時間数がどの程度減少したかをみると、割当てがなくなる前（同年3ないし5月の各前月から1年前までの1年間の平均）は、Dが18.9時間、Eが16.3時間、Fが55.9時間、Aが26.4時間、Gが28.6時間であったが、割当てがなくなった後（同年3月ないし5月から平成17年2月の本件初審結審時までの平均、ただし、Fは平成16年9月30日の退職時までの平均）は、順に、9.6時間、8.6時間、5.5時間、10.7時間、8.2時間であった。

(3) 不当労働行為該当性の判断

上記(2)の認定事実に基づき、Aらの平均月間残業時間数が平成13年3月ないし5月を境に減少したのは、会社がAらに対し、基本交番表に表示され予定されていた刷込残業や代務を割り当てず、休日出勤を割り当てなかったことに起因していると推認すべきであり、残業時間の有無及び長短は賃金額に直結

するから、このような会社の取扱いが不当労働行為意思に基づく場合には、不利益取扱いや支配介入の不当労働行為に該当するといふべきであるとした上で、Aらに残業を割り当てない合理的理由の存在がうかがえない本件では、会社は、Aらが分会員であることを理由に残業を割り当てず、経済的に不利益に取り扱うことで組合及び分会の弱体化を図ったと推認すべきであり、不当労働行為意思が認められ、平成13年3月ないし5月以降、平成17年2月（Fについては平成16年9月）までの間、Aらに対し、刷込残業、代務及び休日出勤を割り当てなかったことは不利益取扱い及び支配介入の不当労働行為に当たる。また、Aらの残業時間が、平成13年3月ないし5月を境に激減したことについては、会社が、乗務員に対して残業の割当てをする際に、人為的な操作をしたものと推認されるが、そのような操作をする合理的な理由は何らうかがわれないうこと、及び、会社は、組合と厳しく対立する状態に至っていたことによれば、Aらが組合に所属していることを理由として、同人らに経済的不利益を与え、これにより、組合や分会の弱体化を図ろうと考えて、同人らに対する残業割当てをしないよう操作し、もって、分会員をバス労組組合員と差別する取扱いをしたものと認めるのが相当であるから、会社のAらに対する残業割当ての差別は、不利益取扱い及び支配介入の不当労働行為に当たる。

(4) バックペイ部分の全部取消し

東京地裁は、中労委命令のAのバックペイ部分について、「中労委が採用した上記算定方法は、Aら（判決では「Dら」と記載されている。）が客観的に残業可能であることを前提としたものと解されるから、その前提が全く欠けていることが明らかな期間は、救済の対象から除外すべきである。そうすると、平成15年12月～平成16年3月の4か月間、私傷病により欠勤し、1日も出勤していないAに対し、この4か月分を不利益分の算定から除外しないで支払を命じたことは、裁量権の行使として正当化し得ないから、この点に関する会社（判決では「原告」と記載されている。）の主張には理由があり、本件命

令主文Ⅰの2のうち、Aに対し、この4か月を含めて不利益分を算出し、金銭の支払を命じた部分は取消を免れない。」と判示し、その主文において、中労委命令の主文Ⅰの2のうち、「Aに対する141万6800円及びこれに対する平成17年6月9日から支払済みまで年率5分を乗じた金額の支払を命じた部分を取り消す。」との判決を言い渡した。

これに対し、組合は、一部取消しで足りると主張したが、東京高裁は、上記東京地裁判決部分を引用した上、「本件命令Ⅰの2のうち、Aに対する金銭支払を命じた部分は、欠勤期間を救済の対象として不利益分を算出した点に、裁量権の逸脱があったと認められるから、その救済命令は取り消されるべきである。また、本件命令の一部を取り消すことは、労働委員会の裁量権を制約することになり、許されないものである。」と判示し、組合の上記主張を退けた。

第4 当委員会の判断

1 争点(1)について

(1) 会社は、中労委命令以前から組合及び分会員に対する差別取扱いの不当労働行為をしていないし、個別救済をすべき理由も必要もない旨一貫して主張してきたところ、裁判所の判決において拘束力を有するのは主文であって判決の理由ではないから、Aに対して残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たらないと改めて主張することが許されると主張する。

(2) しかしながら、上記主張は、以下の理由で主張自体失当である。

前記第3の4(1)ないし(3)のとおり、中労委命令が、会社が組合員(分会員)である乗務員Aに対し、残業扱いとなる乗務の割当てを行わなかったこと(残業割当てを行わなかったこと)が労働組合法第7条第1号の不利益取扱い及び同条第3号の支配介入の不当労働行為に当たると認定判断し、会社はバス乗務員に対し残業扱いとなる乗務を割り当てるに当たって、組合員に対して、他の乗務員と差別して取り扱ってはならない旨、及び会社が乗務員である組合

員に対して残業の割当てにおいて他の乗務員と異なる取扱いをしたことについてポスト・ノーティスを命じていることに対しては、会社提起の取消訴訟において支持され確定した。したがって、Aに対する残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たり、差別取扱いの禁止及びポストノーティスを命じる中労委命令は、会社提起の取消訴訟の棄却判決で決着済みである。しかるに、本件において、会社が、Aに対して残業割当てを行わなかったことが不当労働行為に当たらないと改めて争う主張を許すならば、実質的には上記確定判決によって組合との間で決着済みの事項について蒸し返すこととなる。これを当委員会の立場からすれば、先の取消訴訟における裁判所の判断は、不当労働行為該当性については、事実認定をも含めて国家機関の最終的判断と解すべきであって、それにつきいわゆるキャッチボール現象を避けるべきであるから、主張を採り上げるべきではないということになる。したがって、会社の上記主張は、信義則に反して、許されないというべきである。

2 争点(2)について

- (1) 会社は、組合はAに関するバックペイ部分を全部取り消した東京地裁判決に対する控訴審において、私傷病により欠勤していた平成15年12月から平成16年3月までの4か月間を不利益分の算定から除外すれば足りると主張したのに採用されず、Aに対するバックペイ部分全部が否定された以上、確定判決であるから、本件において、Aに対して欠勤期間の4か月分を除外してその他の部分を維持する内容の救済方法を採用することは許されないと主張する。
- (2) 確かに、前記第3の4(4)のとおり、東京高裁は、中労委命令がAに金銭の支払を命じた部分について、平成15年12月から平成16年3月までの4か月間、私傷病により欠勤し、1日も出勤していないAに対し、この4か月分を不利益分の算定から除外しないで支払を命じたのは裁量権の逸脱があるとした上、全部を取り消した。この全部取消しの趣旨は、裁判所がAに関して金銭の支払を命じた部分のうち、私傷病により欠勤した4か月分のものすなわち一

部の取消しをすれば労働委員会の裁量権を制約することになるからであって、決して会社の主張のように、全部を取り消したからAに対するバックペイのうち4か月分を除外してその他の部分を維持する内容の救済方法を採用することが許されないという趣旨ではない。会社の上記主張は、独自の見解であって到底採用することはできない。

3 救済方法について

以上のおり、各争点に関する会社の主張は主張自体失当であるところ、行政事件訴訟法第33条に規定する取消判決の拘束力とは、行政庁に処分又は裁決を違法とした判決を尊重し、その事件について、判決の趣旨すなわち判決理由中に示された主文を導く裁判所の認定判断に従って行動し、これと矛盾する処分又は裁決がある場合には、適当な措置を執るべきことを義務付ける効力であり、当然のことながら判決において処分の違法事由とされた具体的な事由についての判断に及ぶものと解される。

そこで、当委員会としては、上記取消判決の趣旨に従い、別紙1のおりの計算方法が合理的であると考えるので、それに基づき、Aに対する不利益相当額を算出することとする。そうすると、Aの不利益相当額は、別紙4の別表1の2及び同別表2の2のおり、差別前と差別後の月間平均残業時間の差である14.7時間と「差別後の営業所一人当たり月間残業時間」である14時間のうち少ない方である14時間をAの差別によって失った残業時間とみなし、これにAの「残業手当時間単価」である2,200円（別紙4の別表4の2及び同別表5の2）を乗じ、更にこれにAが私傷病により欠勤していた期間を除いた差別開始後の月数（別紙4の別表1の2及び同別表5の2）を乗じることにより、具体的に算定するのが相当である。その結果、Aの不利益相当額は、別紙4の別表5の2の合計欄記載のおりの金額（129万3600円）であると認めるのが相当である。よって、当委員会は、会社に同金額及びこれに対する平成17年6月9日から支払済みまで年率5分を乗じた金額の支払を命じることとする。

よって、労組法第25条、第27条の17及び第27条の12並びに労働委員会規則第55条の規定に基づき、主文のとおり命令する。

平成24年7月4日

中央労働委員会

第三部会長 都 築 弘 ⑩

残業差別の救済における支払額の計算方法

組合は、Aら各人について、差別開始前の月間平均残業時間から、差別開始後の月間平均残業時間（平成13年9月の労働時間制度の改正以前は残業時間実績、同改正以降は運行遅れ分の推計値）を差し引いた数字を、差別によって失った残業時間の月平均とみなして、残業差別の不利益分の計算を行っている。

しかし、残業は、その必要がある場合に使用者が労働者に対して命じるものであり、希望者全員に等分に命じられるものでも、労働者が希望するどおりに命じられるものでもない。また、会社から残業の指示がなされたとしても、労働者が応じないことも考えられる。

そして、同一営業所に所属する場合でも、残業時間は乗務員によって大きなばらつきがみられ、会社が、分会員に対して営業所平均以上の残業を割り当てなかったとしても、このことだけをもって直ちに差別があったものと認めることはできない。そのため、残業外しによる不利益分を算定する場合において、従来短時間しか残業していない者についてまで、各営業所の一人当たり平均残業時間は働いたものとみなすことは相当ではない。

一方、たとえ従来長時間残業を行ってきた者であっても、月により残業時間に大きなばらつきがあり、かつ、差別開始後に、営業所を超えて分会員が異動し、労働時間制度の改正も行われた本件においては、営業所平均の残業時間を超えて、常に差別前の長時間残業の水準が保障されるべきであったとまではいうことができず、営業所平均を超える残業時間まで差別によって失った利益とみることは相当ではない。

したがって、本件残業差別における不利益分の計算に当たっては、差別前と差別後の月間平均残業時間の差と、「差別後の営業所一人当たり月間残業時間」の

うち、いずれか少ない方を、差別によって失った残業時間と認めるべきである。

具体的には、Aら各人につき、差別前の月間平均残業時間から差別後の月間平均残業時間を差し引いて得た「差別後に減少した各人の月間残業時間」（別紙4の別表2の2）、あるいは「差別後の営業所一人当たり月間残業時間」（14時間。同別表3の2）のいずれか少ない方の時間に、各人の「残業手当時間単価」（同別表4の2）を乗じて得た額の合計（同別表5の2）を、Aら各人が差別によって失ったであろう残業手当の額とする。

この場合において、「残業手当時間単価」（同別表4の2）については100円未満の端数を切り上げ、「差別後に減少した各人の月間残業時間」（同別表2の2）については小数点以下を切り上げて計算し、差別前の月間平均残業時間は下記ア、差別後の月間平均残業時間は同イ、「差別後の営業所一人当たり月間残業時間」は同ウの考え方にに基づき計算した。

なお、「差別後の営業所一人当たり月間残業時間」（14時間）は、予め会社から割り当てられた公休日の出勤（以下「公出」という。）等の残業のみを含み、運行遅れが含まれていないので、同時間は既に差別によって失われた月間平均残業時間とほぼ同視できるものといえ、これから更に運行遅れ分や上記イの差別後の月間平均残業時間を差し引くことはしない。

ア 分会員の差別前の月間平均残業時間（実績）

別紙4の別表1の2において、平成12年4月以降、差別が始まった平成13年3月ないし5月（以下「差別開始月」という。）の前月までのAら各人の残業時間をみると、同一営業所に勤務を続けていたにもかかわらず、残業の最も多い月と最も少ない月とで、Dの場合は37時間、Eの場合は35時間、Fの場合は39時間、Aの場合は54時間の差がある。初審命令理由第2の3（2）②のとおり、残業時間には季節的要因が影響していたこともうかがえるところ、年間を通じた大きなばらつきを平準化した月間残業時間を得るためには、差別開始月の前月から遡って1年間の月間平均残業時間をとるのが相当である。

イ 分会員の差別後の月間平均残業時間（実績）

差別開始月である平成13年3月ないし5月から半年以内の同年9月16日に労働時間制度の改正があり残業時間の計算方法が変更されたこと、差別開始月以降にAらが営業所を変わっていること等を踏まえると、Aら各人の差別開始月以降の月間平均残業時間を計算する場合において、差別開始月から1年間に限定して平均をとるのではなく、差別があったとして救済が求められている期間（以下「差別期間」という。D、E、A及びGについては差別開始月から初審結審まで、Fについては差別開始月から退職まで。）の平均をとるのが相当である。

ウ 差別後の営業所一人当たり月間残業時間

Aら各人が差別開始月以降に所属した営業所は、大橋営業所、淡島営業所、荏原営業所、東山田営業所、瀬田営業所、虹ヶ丘営業所であるが、月間残業時間の一人当たり平均については、大橋営業所、荏原営業所、虹ヶ丘営業所等の一時期について、組合から立証があったのみである（甲19～25、276～280、289）。

組合が、Aら各人のうち3人が差別期間の後半に所属した荏原営業所において、平成17年11月16日から平成18年2月15日まで残業調査を行ったところ（毎日、営業所に置いてある交番表から、公出等の残業分を書き写して調査）、一人当たりの平均月間残業時間は21.6時間であった（甲278～280）。

そこで、21.6時間を、差別により減少した分会員一人当たりの月間平均残業時間と認めることができるかについて検討する。

まず、21.6時間は、割り当てられた残業時間のうち公出の残業時間の一人当たり平均と公出以外の残業の一人当たり平均を足した数字である。これは、公出と公出以外の双方の残業を希望者全員が行えることを前提としているが、実際には、公出を行った者と公出以外を行った者の人数には差があり、希望者全員に双方の残業が割り当てられていたわけではない。したがって、公出及び公出以外の双方の残業の合計時間を残業希望者数で除した数字に是正する必要があるが、

同希望者数は明らかでないため、別紙4の別表3の2のとおり、まず、同合計時間を荏原営業所に在籍する乗務員数で除して得た残業時間（13.1時間）を計算する。しかしながら、13.1時間は、欠員や残業を希望しない者の数も含めた在籍者全員の平均値であるため、残業希望者の平均よりも小さな値となる。したがって、13.1時間の1時間未満の端数を切り上げ、14時間をもって、残業希望者一人当たりの月間残業時間と認めるものとする。

次に、14時間を全営業所の平均及び差別期間中の平均として救済するのが相当であるか否かであるが、この点に関し、会社は、各営業所の残業時間の平均に差がないことを前提として差別があるとするのは失当であると主張する。しかし、初審命令理由第2の3(1)②認定のとおり、会社は、営業所により残業時間にばらつきが生じないように配慮して人員配置をしているのであり、さらに、会社は、甲10～甲25のような増務リストがあることを認めながら、意図的に同リストを提出せず、また、同リストにより計算した各営業所の月間平均残業時間を出してきていない。以上を併せ考えると、異なる営業所であっても同等レベルの残業がなされていると推認し、荏原営業所における一人当たりの月間平均残業時間である14時間を、各営業所における同残業時間として計算することは妥当である。

なお、14時間は平成17年11月ないし平成18年2月15日の平均値であり、差別期間中の平均値ではないが、上記のとおり会社が増務リスト等を提出していないこと、差別期間中と平成17年11月以降で残業時間が大きく変わったとする主張立証もないことからすると、14時間をもって、差別期間における一人当たり月間平均残業時間とすることは妥当である。

別紙2
(別表5)

支払額^{※1}

(単位:円)

	D	E	F	A	G
平成12年度		2,700*8*1	3,400*14*1		2,000*14*1
平成13年度9月以前	2,700*10*5 ^{※2}	2,700*8*6	3,500*14*6	2,200*14*5	2,000*14*6
平成13年度10月以降	2,600*10*6	2,700*8*6	3,500*14*6	2,200*14*6	2,000*14*6
平成14年度	2,700*10*12	2,700*8*12	3,500*14*12	2,200*14*12	2,000*14*12
平成15年度	2,700*10*12	2,800*8*12	3,600*14*12	2,200*14*12	2,100*14*12
平成16年度	2,700*10*11	2,800*8*11	3,600*14*6.5	2,200*14*11	2,100*14*11
合計	1,236,000	1,055,200	2,156,000	1,416,800	1,376,200

全員計 7,240,200 円

※1 支払額の計算に当たっては、当委員会が中労委平成17年(不再)第40号及び同第43号併合事件について平成20年1月9日付けでした命令書別表4の「残業手当時間単価」について100円未満の端数を切り上げ、同別表2の「差別により減少した月間残業時間」について小数点以下を切り上げた(Dは9.3時間を10時間とし、Eは7.7時間を8時間とした。)

※2 「2,700*10*5」は2,700円×10時間×5か月のこと。

差別が認められた組合員の残業実績

	D		E		F		A		G	
	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績
平成12年3月	大橋	14.5	淡島	23.6	瀬田	53.8	大橋	18.2	大橋	27.1
4月		35.2		38.1		54.5		21.4		58.0
5月		37.0		31.0		46.7		36.5		33.6
6月		8.3		20.4		45.8		42.3		39.7
7月		1.2		10.6		52.1		27.6		36.2
8月		25.9		15.4		40.7		56.4		26.9
9月		24.0		14.3		68.1		23.7		35.5
10月	○組合加入	24.8	○組合加入	10.3		79.9		26.6		15.7
11月		3.6		10.0	○組合加入	63.0		28.2		23.4
12月		0.3		11.1		62.0		1.5	瀬田	12.1
平成13年1月		20.0		3.1		43.6		10.8		9.0
2月		24.1		7.4		60.6	○組合加入	17.3	○組合加入	26.0
3月		29.7	◎差別開始	2.8	◎差別開始	11.3		23.1	◎差別開始	15.9
4月		28.1		2.1		0.6		22.2		20.5
5月	◎差別開始	2.4		1.4	荏原	0.6	◎差別開始	8.0		18.2
6月		4.0		1.9		0.9		11.7		
7月		7.7		1.4		0.4		5.9		
8月		6.8		0.6		0.0		9.6		
9月		4.0		3.0		0.0		2.1		
10月		13.7		9.5		7.8		10.3		13.3
11月		11.2		7.0		10.9		15.4		9.5
12月		12.8		10.0		5.0		12.4	大橋	6.5
平成14年1月		13.4		12.6		9.0		13.3		11.5
2月		17.7		11.4		4.0		6.8		12.9
3月		9.9		7.1		5.2		12.4		
4月		7.8		14.5		8.2		14.8		14.1
5月		15.0		8.0		6.4		10.9		10.5
6月		9.6		5.8		6.2		13.0		16.4
7月		14.8		11.1		9.0		14.6		9.1
8月		13.8		4.3		1.8	東山田	9.7	虹が丘	5.3
9月		11.3		11.7		8.0		15.4		6.5
10月	淡島	9.1		12.2		11.6		14.0		3.2
11月		13.8		13.6		3.1		11.5		
12月		5.6		4.8		8.8		16.8		
平成15年1月		11.4		14.0		7.5		17.1		2.3
2月	荏原	6.7		12.1		5.4		19.3		7.7
3月		11.5		7.3		9.0		18.0		4.6
4月		11.9	荏原	10.3		6.3		23.6		3.0
5月		11.4		17.8		9.9		18.6		5.9
6月		8.7		12.2		5.5		9.2		2.8
7月		14.1		15.4		6.7		21.7		
8月		6.8		6.4		2.7		8.8		7.4
9月		12.5		10.9		8.5		20.0		6.0
10月		12.2		13.1		5.9		7.5		7.5
11月		9.3		8.4		4.5		11.6		5.6
12月		12.1		12.8		5.1		0.0		11.4
平成16年1月		7.9		7.6		7.4		0.0		3.0
2月		7.8		9.8		2.5		0.0		8.1
3月		12.3		12.5		3.0		0.0		5.9
4月		6.4		8.4		5.1		5.5		8.4
5月		9.2		8.2		4.2		9.6		2.6
6月		12.2		11.8		3.1		6.3		7.0
7月		11.9		11.9		3.6		11.9		7.5
8月		4.2		4.9		3.7		6.6		6.9
9月		6.0		7.8	9月30日退職	7.6		10.2		7.3
10月		2.6		3.0		1.2		8.5		8.8
11月		7.4		5.9				7.3		9.3
12月		4.8		8.0				2.7		2.0
平成17年1月		10.3		8.5				8.9		2.1
2月		5.7		7.6				11.2		9.7

(注1) 甲269、290の1～51、291の1～52、292の1～56、293の1～45、294の1～51、平成17年10月27日付け労側準備書面の別紙に基づき作成。

(注2) 空欄部分は、残業時間が不明。

差別が認められた組合員の残業実績

	D		E		F		A		G	
	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績	所属	残業実績
平成12年3月	大橋	14.5	淡島	23.6	瀬田	53.8	大橋	18.2	大橋	27.1
4月		35.2		38.1		54.5		21.4		58.0
5月		37.0		31.0		46.7		36.5		33.6
6月		8.3		20.4		45.8		42.3		39.7
7月		1.2		10.6		52.1		27.6		36.2
8月		25.9		15.4		40.7		56.4		26.9
9月		24.0		14.3		68.1		23.7		35.5
10月	○組合加入	24.8	○組合加入	10.3		79.9		26.6		15.7
11月		3.6		10.0	○組合加入	63.0		28.2		23.4
12月		0.3		11.1		62.0		1.5	瀬田	12.1
平成13年1月		20.0		3.1		43.6		10.8		9.0
2月		24.1		7.4		60.6	○組合加入	17.3	○組合加入	26.0
3月		29.7	◎差別開始	2.8	◎差別開始	11.3		23.1	◎差別開始	15.9
4月		28.1		2.1		0.6		22.2		20.5
5月	◎差別開始	2.4		1.4	荏原	0.6	◎差別開始	8.0		18.2
6月		4.0		1.9		0.9		11.7		
7月		7.7		1.4		0.4		5.9		
8月		6.8		0.6		0.0		9.6		
9月		4.0		3.0		0.0		2.1		
10月		13.7		9.5		7.8		10.3		13.3
11月		11.2		7.0		10.9		15.4		9.5
12月		12.8		10.0		5.0		12.4	大橋	6.5
平成14年1月		13.4		12.6		9.0		13.3		11.5
2月		17.7		11.4		4.0		6.8		12.9
3月		9.9		7.1		5.2		12.4		
4月		7.8		14.5		8.2		14.8		14.1
5月		15.0		8.0		6.4		10.9		10.5
6月		9.6		5.8		6.2		13.0		16.4
7月		14.8		11.1		9.0		14.6		9.1
8月		13.8		4.3		1.8	東山田	9.7	虹が丘	5.3
9月		11.3		11.7		8.0		15.4		6.5
10月	淡島	9.1		12.2		11.6		14.0		3.2
11月		13.8		13.6		3.1		11.5		
12月		5.6		4.8		8.8		16.8		
平成15年1月		11.4		14.0		7.5		17.1		2.3
2月	荏原	6.7		12.1		5.4		19.3		7.7
3月		11.5		7.3		9.0		18.0		4.6
4月		11.9	荏原	10.3		6.3		23.6		3.0
5月		11.4		17.8		9.9		18.6		5.9
6月		8.7		12.2		5.5		9.2		2.8
7月		14.1		15.4		6.7		21.7		
8月		6.8		6.4		2.7		8.8		7.4
9月		12.5		10.9		8.5		20.0		6.0
10月		12.2		13.1		5.9		7.5		7.5
11月		9.3		8.4		4.5		11.6		5.6
12月		12.1		12.8		5.1		—		11.4
平成16年1月		7.9		7.6		7.4		—		3.0
2月		7.8		9.8		2.5		—		8.1
3月		12.3		12.5		3.0		—		5.9
4月		6.4		8.4		5.1		5.5		8.4
5月		9.2		8.2		4.2		9.6		2.6
6月		12.2		11.8		3.1		6.3		7.0
7月		11.9		11.9		3.6		11.9		7.5
8月		4.2		4.9		3.7		6.6		6.9
9月		6.0		7.8	9月30日退職	7.6		10.2		7.3
10月		2.6		3.0		1.2		8.5		8.8
11月		7.4		5.9				7.3		9.3
12月		4.8		8.0				2.7		2.0
平成17年1月		10.3		8.5				8.9		2.1
2月		5.7		7.6				11.2		9.7

(注1) 甲269、290の1～51、291の1～52、292の1～56、293の1～45、294の1～51、平成17年10月27日付け労働準備書面の別紙に基づき作成。

(注2) 空欄部分は、残業時間が不明。

(別表2の2)

差別後に減少した各人の月間残業時間^{※1}

(単位:時間)

	D	E	F	A	G
差別前平均 ^{※2}	18.9	16.3	55.9	26.4	28.6
差別後平均 ^{※3}	9.6	8.6	5.5	11.7	8.2 ^{※5}
差別減少分 ^{※4}	9.3	7.7	50.4	14.7	20.4

※1 別表1の2に基づき作成。

※2 「差別前平均」とは、各人の差別開始月の前月から1年間の月間平均残業時間である。

※3 「差別後平均」とは、差別開始月から初審の結審した平成17年2月までの間の月間平均残業時間である。ただしFは平成16年9月30日に退職しているため、Fの場合は、差別開始月から平成16年9月までの間の月間平均残業時間である(16年10月分の数字は半月分の残業時間であるので、差別後平均の計算からは除いた。)

※4 「差別減少分」とは、差別前平均から差別後平均を除いた差である。

※5 Gの差別後平均は、残業時間が不明な月を除いて計算した。

(別表3の2)

差別後の営業所一人当たり月間残業時間^{※1}

	公出総残業時間	公出以外総残業時間	総残業時間	在籍人員数	在籍者一人当たり平均	残業希望者一人当たり平均
17年11月16日～17年12月15日	597時間54分	867時間02分	1464時間56分	113名	12時間58分	
17年12月16日～18年1月15日	597時間54分	833時間31分	1431時間25分	116名	12時間20分	
18年1月16日～18年2月15日	572時間20分	1057時間55分	1630時間15分	116名	14時間3分	
3か月平均					13時間7分(13.1時間)	14時間 ^{※2}

※1 甲278～280号証に基づき作成。ただし、「在籍人員数」は乙40号証に基づく。

※2 「在籍者一人当たり平均」は、欠員や残業を希望しない者の数も含めた在籍者全員の平均値となるため、残業希望者の平均よりも小さな値となる。したがって、「残業希望者一人当たり平均」は、13.1時間の小数点以下を切り上げ、14時間とした。

(別表4の2)

残業手当時間単価※1

(単位:円)

	D	E	F	A	G
平成12年度		2,665	3,363		1,908
平成13年度9月以前※2	2,634	2,665	3,403	2,139	1,947
平成13年度10月以降	2,582	2,665	3,413	2,145	1,953
平成14年度	2,634	2,693	3,461	2,169	1,985
平成15年度	2,686	2,745	3,509	2,169	2,013
平成16年度	2,698	2,757	3,517	2,185	2,041

※1 甲269号証に基づき作成。

※2 平成13年9月16日付けで乗務時分の変更(路線別通算制から月計制へ)が行われたため、同年9月以前と10月以降で残業手当時間単価が異なる者がいる。

(別表5の2)

支払額※1

(単位:円)

	D	E	F	A	G
平成12年度		2,700*8*1	3,400*14*1		2,000*14*1
平成13年度9月以前	2,700*10*5※2	2,700*8*6	3,500*14*6	2,200*14*5	2,000*14*6
平成13年度10月以降	2,600*10*6	2,700*8*6	3,500*14*6	2,200*14*6	2,000*14*6
平成14年度	2,700*10*12	2,700*8*12	3,500*14*12	2,200*14*12	2,000*14*12
平成15年度	2,700*10*12	2,800*8*12	3,600*14*12	2,200*14*8	2,100*14*12
平成16年度	2,700*10*11	2,800*8*11	3,600*14*6.5	2,200*14*11	2,100*14*11
合計	1,236,000	1,055,200	2,156,000	1,293,600	1,376,200

全員計 7,117,000 円

※1 支払額の計算に当たっては、別表4の2の「残業手当時間単価」について100円未満の端数を切り上げ、別表2の2の「差別後に減少した各人の月間残業時間」について小数点以下を切り上げた。

※2 「2,700*10*5」は2,700円×10時間×5か月のこと。