諮問番号：令和５年度諮問第２１号

答申番号：令和５年度答申第３６号

答　申　書

**第１　審査会の結論**

大阪府知事（以下「処分庁」という。）が、審査請求人に対して令和５年３月２３日付けで行った建設業法（昭和２４年法律第１００号。以下「法」という。）に基づく建設業許可取消処分（以下「本件処分」という。）の取消しを求める審査請求（以下「本件審査請求」という。）は、棄却すべきである。

**第２　審査関係人の主張の要旨**

１　審査請求人

　　審査請求人は、処分庁から、営業停止命令を通知する文書（令和３年８月４日付け大阪府達建振第○○○○○○号。以下「命令書」という。）を、同月６日に受領した。審査請求人は、営業停止命令の効果が生じる時を、命令書に記載されている営業停止の期間の始期である同月１８日と認識していた。

営業停止命令の効果が生じる時が、命令書が到達した日であるとは、命令書には記載はなく、本件処分の聴聞時に初めて認識した。処分庁の営業停止命令に違反しているとの主張は一応言っていることはわかるが理解はしていない。

審査請求人は故意に法を犯したのではなく、他人を陥れ利益を得たわけでもないことから、情状酌量の余地があり、本件処分の取消しを求める。

２　審査庁

本件審査請求は、棄却すべきである。

**第３　審理員意見書の要旨**

１　審理員意見書の結論

本件審査請求は、棄却されるべきである。

２　審理員意見書の理由

（１）『建設業法解説改訂１３版』（建設業法研究会編著　大成出版社　１９７２）では、法第２８条において「停止処分命令の到達以前に締結した請負契約に係る建設工事については、引き続き施工することができる」との記載があり、即ち法第２９条の３第１項の「当該処分を受ける前」とは「営業の停止命令の到達以前」と解することができる。また、『改訂４版わかりやすい建設業法Ｑ＆Ａ』（公益財団法人建設業適正取引推進機構著　大成出版社　２０１１）では、「営業停止処分命令の到達日から営業停止期間の始期までに締結した建設工事請負契約に係る建設工事については、営業停止期間中の施工ができないこととされている」との記載がある。

　　　最高裁判所は、昭和２９年８月２４日、昭和２６（れ）７５４事件の判決で、特定の公務員の任免につき、「行政庁の処分は、特段の規程のない限り、意思表示の一般法理に従い、その意思表示が相手方に到達した時、即ち辞令書の交付その他公の通知によって、相手方が現実にこれを了知し、またはその意思表示が相手方の了知し得べき状態におかれた時に、その効果を生ずるものと解すべき」と判示している。

（２）このように、行政庁の処分は、特段の規程がない限り、意思表示が相手方に到達した時、即ち、通知によって、相手方が現実にこれを了知し、又はその意思表示が相手方の了知し得べき状態におかれた時に、その効果が生じることとされていることから、法第２８条第３項の規定による営業の停止処分についても、特別な規定〔規程〕がない以上、当該処分が相手方に到達した時からその効果が生じる。

　　　しかしながら、審査請求人は、命令書の到達後に工事請負契約を締結した株式会社○○○○○○（以下「Ａ」という。）店舗新築工事を、営業停止の期間中に、株式会社〇○○○〇（以下「Ｂ」という。）と新たな工事請負約を締結し、複数回にわたって施工上の指示をし、後日その代金を支払っている。これらのことは、営業停止命令に違反する行為であり、法第２９条第１項第８号の建設業の許可の取消事由に該当する。

　　　審査請求人は、営業停止命令の効果が到達した時から発生することを知らず、故意に営業停止命令に違反したのではなかったと主張しているが、このことがたとえ事実であるとしても、法第２９条第１項に基づく建設業の許可の取消事由に該当する以上、取消処分を行う外ない。

　（３）以上のとおり、本件では許可の取消しが処分庁に義務付けられており、本件処分には違法又は不当な点はない。

**第４　調査審議の経過**

　令和５年１０月３０日　　諮問書の受領

令和５年１０月３１日　　審査関係人に対する主張書面等の提出期限通知

　　　　　　　　　　　　　　主張書面等の提出期限：１１月１４日

　　　　　　　　　　　　　　口頭意見陳述申立期限：１１月１４日

令和５年１１月１３日　　第１回審議

令和５年１２月１１日　　第２回審議

令和６年　１月１５日　　第３回審議

**第５　審査会の判断の理由**

１　法令等の規定

（１）法第３条第1項は、「建設業を営もうとする者は（中略）一の都道府県の区域内にのみ営業所を設けて営業をしようとする場合にあつては当該営業所の所在地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない（後略）」と定めている。

（２）法２８条第１項柱書は、「（前略）都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が次の各号のいずれかに該当する場合（中略）必要な指示をすることができる（後略）」と定めた上で、以下の各号の場合を例示している。

「一　（略）

二　建設業者が請負契約に関し不誠実な行為をしたとき。

三　（略）

四　建設業者が第２２条第１項若しくは第２項又は第２６条の３第９項の規定に違反したとき。

五－九　（略）」

また、同条第３項は「（前略）都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が第１項各号のいずれかに該当するとき（中略）は、その者に対し、１年以内の期間を定めて、その営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。」と定めている。

（３）法第２９条第１項柱書は「（前略）都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が次の各号のいずれかに該当するときは、当該建設業者の許可を取り消さなければならない。」と定めており、同項第８号は「（前略）〔前〕条第３項若しくは第５項の規定による営業の停止の処分に違反した場合」と定めている。

（４）法第２９条の３第１項は、「（前略）第２８条第３項若しくは第５項の規定により営業の停止を命ぜられた場合（中略）当該処分を受ける前に締結された請負契約に係る建設工事に限り施工することができる。この場合において、これらの者は、（中略）当該処分を受けた後、２週間以内に、その旨を当該建設工事の注文者に通知しなければならない。」と定めている。

２　認定した事実

審査庁から提出された諮問書の添付書類（事件記録）によれば、以下の事実が認められる。

（１）令和３年８月４日付けで、処分庁は、審査請求人に対し、命令書を一般書留郵便により送達した。命令書には

「１　営業停止期間　令和３年８月１８日から同年１０月１日まで

　２　営業の停止の範囲　建設業に係る営業の全部

　　３　処分理由　貴社は「○○○市○○○○○○計画　新築工事」（以下「本件工事」という。）において、○○○○株式会社〔以下「Ｃ」という。〕の代表取締役であった○○○○を監理技術者として工事現場に配置するなど、（中略）〔法〕第２６条第１項及び第２項の規定に違反して、資格要件を満たさない直接的かつ恒常的な雇用関係のない者を監理技術者として工事現場に配置した。

また、本件工事において、（中略）〔法〕第１６条の規定に違反して、同法第３条第１項第２号に掲げる区分による許可を受けないで下請代金の額が同号の政令で定める金額以上となる下請契約を○○○○〇○○○〇株式会社〔以下「Ｄ」という。〕等と締結した。

　　　　また、本件工事において、（中略）〔法〕第２２条第１項の規定に違反して、その請け負った工事を一括して（中略）〔Ｄ〕に請け負わせた。

このことは、（中略）〔法〕第２８条第１項第２号及び第４号に該当するため、本府の「建設業法に基づく監督処分基準」に従い（Ⅳ２（２）②③⑦）、営業の停止を命じるものである。」

との記載がされている。

　また、命令書に添付された「（参考）本府の「建設業法に基づく監督処分基準」のⅣ２（２）②③⑦（抜粋）」においては、法２８条第１項、第２項、第３項に該当する監督処分の基準として、②一括下請負（法第２８条第１項第４号該当）について原則として２０日以上の営業停止処分を、③主任技術者の不設置等（法第２８条第１項第２号又は第５号該当）について原則として１５日以上の期間の営業停止処分を、⑦無許可業者等との下請契約（法第２８条第１項第２号又は第６号乃至第８号該当）について原則７日以上の営業停止処分を行うこととなる旨が記載されている。

　さらに、命令書には、「建設業法（抜粋）」、「建設業法に基づく監督処分基準（抜粋）」、「建設業法施行令（抜粋）」が添付されている。これらの記載において、「建設業法（抜粋）」の中には法第２９条の３第１項の規定が記載されている。また、「建設業法に基づく監督処分基準（抜粋）」の別表中には、「二　営業停止期間中でも行うことができる行為　２　処分を受ける前に締結された請負契約に基づく建設工事の施工」と記載されている。なお、これらの記載には、「処分を受ける前」が「処分到達前」である旨の解釈は付されていない。

（２）令和３年８月６日に、命令書は審査請求人に到達した。

（３）令和３年８月１０日付けで、審査請求人は、Ｄと建設工事下請契約を締結し、建設工事（以下「本件下請工事」という。）を請け負った。

本件下請工事に係る建設工事下請契約（以下「本件下請契約」という。）の契約書においては、

「１　工事名　（中略）〔Ａ〕様店舗新築工事

　２　工事場所　大阪府〇○○市○○○○○○○○（地番）

　　　３　工期　着工　令和３年９月１日　完成　令和３年１２月末日

　　　４　請負代金　￥１４，３００，０００（後略）」

との記載がされている。

（４）審査請求人は、令和３年９月２日付け工事注文書（以下「注文書」という。）で、Ｂに対し、本件下請工事の一部を請け負わせる工事請負契約（以下「本件再下請契約」という。）を申し込んだ。

注文書においては

「工事名　（中略）〔Ａ〕様店舗新築工事

　　　工事合計金額　￥２，７００，０００（税込）

　　　工事期間　２０２１年〔令和３年〕９月７日～２０２１年〔令和３年〕９月末日　予定

　　　引渡　２０２１年〔令和３年〕９月末日　予定

　　　現場住所　〇○○市〇○○○○○○の南側（後略）」

　　との記載がされている。

　　　これを受け、２０２１年〔令和３年〕９月２日付け工事注文請書（以下「請書」という。）で、Ｂは上記申込を承諾し、本件再下請契約が締結された。

なお、請書においては

「工事名　（中略）〔Ａ〕様店舗新築工事

 工事合計金額　￥２，７００，０００（税込）

工事期間　２０２１年〔令和３年〕９月７日～２０２１年〔令和３年〕

９月末日　予定

引渡　２０２１年〔令和３年〕９月末日　予定

　　　現場住所　〇○○市〇○○○○○○の南側

　　　備考　内容は２０２１年〔令和３年〕４月２６日付図面と現場打合せによる（後略）」

　　との記載がされている。

（５）令和３年９月１３日、同月１５日、同月１６日に審査請求人はＢに対し、本件再下請契約に係る施工上の連絡を行った。

（６）令和３年１０月７日付け請求書（以下「請求書」という。）で、Ｂは審査請求人に対し、２，９３０，０００円の支払請求を行った。

請求書には「工事件名　（中略）〔Ａ〕様店舗新築工事　工事場所　〇○○市〇○○○○○○」との記載がされている。

令和３年１０月１８日、審査請求人は同額をＢに支払った。

（７）処分庁は、「℮-注文詳細」、「下請契約台帳」及び「再下請負通知書」により、審査請求人が、命令書の到達後にＤとの間で本件下請工事の請負契約を締結するとともに、営業の停止期間中にＢとの間で本件再下請契約を締結し、本件下請契約に係る工事を施工したものと判断した。

（８）令和５年３月３日に、処分庁は審査請求人に対し、行政手続法第１３条第１項第１号イに基づき、聴聞を実施した。当該聴聞手続において、処分庁の担当者は、審査請求人が命令書の到達後に本件下請工事の契約をしている以上、法第２９条の３の場合に該当せず、営業停止期間中に本件下請工事を施工できないにもかかわらず、審査請求人が営業停止期間中の令和３年９月に本件再下請契約を締結し工事を施工し営業停止命令に違反したことを指摘した。これに対し審査請求人は「営業停止の処分は令和３年８月１８日から同年１０月１日までの間で、本件下請工事に関しては、工事を施工してもよいはずであり、法第２９条の３に定める「処分を受ける前」とは、営業停止期間の開始前だと思っていた。営業停止命令の処分通知にも通知書を受け取った日であるとは書いていない。当社としては、何も悪いことはしていないし、納得していない」との趣旨の弁明を行った。

（９）令和５年３月２３日付けで、処分庁は、審査請求人に対し本件処分を行った。

（１０）令和５年４月２４日付けで、審査請求人は、本件審査請求を行った。

３　判断

（１）前記１（２）のとおり、法第２８条第１項柱書及び同項各号に該当した場合、都道府県知事は同条第３項に基づき営業停止を命じることができる。

本件処分に先行する審査請求人への営業停止処分については、処分庁は、審査請求人が、法第２６条の規定に違反して、監理技術者資格要件を満たさない上直接的かつ恒常的な雇用関係のないＣの代表取締役を監理技術者として工事現場に配置したこと、法第１６条の規定に違反して、法第３条第１項第２号に掲げる区分による許可を受けないで下請代金の額が同号の政令で定める金額以上となる下請契約をＤと締結したことが法第２８条第１項第２号及び第４号に該当することを理由としており、営業停止処分自体について当事者間に争いはない。

したがって、命令書が令和３年８月６日に審査請求人に到達したことをもって、審査請求人に対し、営業停止期間を令和３年８月１８日から１０月１日までとする営業停止処分の効力が発生していることが認められる。そして、営業停止処分が行われているにも関わらず営業停止期間において営業を行った場合、建設業許可を取り消されるのが原則であり、これは裁量の余地のない羈束行為である（法第２９条第１項柱書、同項第８号）。

（２）一方で、前記１（４）のとおり、法第２９条の３第１項は、営業の停止を命ぜられた場合について、「当該処分を受ける前に」締結された請負契約に係る建設工事に限り施工することを認めている。本規定は、〔営業停止処分前に〕締結した請負契約が存するときは、それが特に問題を有するわけでなく適法に締結されたものである限り、注文者が解除をしない以上契約としてなお有効であり、請負人として当然債務を履行する責を負うこと、工事の施工を認めることが注文者の期待に応えるものであること、また、工事にすでに着手している場合において、途中で工事を中止することが注文者の不利益になることを理由とする（建設業法研究会編著　建設業法解説　大成出版社　１９７２）。

なお、上記「当該処分を受ける前」とは「処分の到達前」と解されている。

（３）前記（１）のとおり、本件では営業停止処分の到達日は令和３年８月６日であり、当該日までに締結された建設工事に関しては営業停止期間中であっても施工することができる。しかし、本件では審査請求人はＤと令和３年８月１０日付けで本件下請契約を締結しており、締結日について当事者間に特段の争いがない以上、本件下請契約は営業停止処分の到達後に締結されたものと認められる。したがって、命令書に「処分を受ける前」が「処分到達前」である旨の説明が十分付されていないとしても、審査請求人は令和３年８月１８日から同年１０月１日まで、営業を行った場合は、建設業の許可取消対象となるものである。

（４）そして、審査請求人は、令和３年９月２日にＢとの間で本件再下請契約を締結しており、前記２（７）によれば、この契約は審査請求人がＤとの間で締結した本件下請契約の一部を３次業者であるＢに請け負わせるものであることが認められる。

前記２（４）のとおり、Ｂからの請書において、工事期間が令和３年９月７日から令和３年９月末日予定となっていること、引渡についても令和３年９月末日予定となっていること、前記２（８）のとおりこの期間に施工を行ったことについて当事者間に特段の争いがないことを踏まえると、審査請求人が請け負った本件下請工事については、法第２９条の３第１項の規定の適用を受けず施工ができないにもかかわらず、営業停止処分期間中にＢを履行補助者として施工がなされたものと認められる。

（５）以上より、審査請求人は営業停止期間中に営業を行ったものであり、法　第２９条の取消処分は、法第２８条第３項に該当する場合において義務付けられたものであることから、処分庁の判断に不合理な点は認められない。

（６）審査請求人は、営業停止処分における営業停止期間の前であれば、建設工事契約の締結及び営業停止期間中の施工が認められると考えていた旨主張する。確かに、命令書に添付された法第２９条の３の条文の「当該処分を受ける前に」について、処分庁から文言の解釈自体は示されていないものの、「処分の到達前」を意味することは、前記第３の２（１）からして、一般的に認知されているものと考えられる。審査請求人の主張はつまるところ法の不知に過ぎず、採用することができない。

（７）以上のことから、本件処分には、違法又は不当な点は認められず、本件審査請求は、棄却されるべきである。

大阪府行政不服審査会第１部会

委員（部会長）　谷口　勢津夫

委員　　　　　　西上　治

委員　　　　　　濱　　和哲