

法令適用事前確認手続（照会書）

平成 20 年 8 月 25 日

国土交通省 総合政策局 建設業課 課長殿

照会者氏名： 技術士（建設部門） 山田 慶三
住 所： 千葉県 柏市豊住 1-1-38

御庁ノーアクションレター制度で定めるところに従い、下記について照会いたします。
なお、照会及び回答内容が公表されることに同意いたします。

記

1. 法令名及び条項

建設業法第 3 条第 6 項及び第 1 項但し書

2. 将来自らが行なおうとする行為にかかる個別具体的な事実

(1)私は、冷暖房空調設備を販売している X 社に依頼されて、冷暖房空調機器の設置に伴う工事管理と建設業法の遵守等について技術士としてコンサルティングを行なっているが、次の問題について指導する必要がある。

(2)X 社は全国の主要な都市に A、B、C、D、E などの営業所を置き各種電機製品の卸販売及び大口顧客への直接販売を行なっている。冷暖房空調設備については従来から一般建設業（管工事）の大臣許可を取得し、A～E の各営業所で業務用冷暖房空調設備の据付工事を自ら行なっている。

今般 X 社の A 営業所はたまたま下請代金の額が 3000 万円を超える受注案件があったため、管工事について特定建設業の許可を申請し取得した。この許可を取得した営業所は今後とも大きな受注規模が期待できる A 営業所だけとするものであった。

その結果、

①A 営業所が特定建設業の許可を取得することにより、X 社は建設業法第 3 条第 6 項によって一般建設業の許可は効力を失うことになる。このため専任技術者を配置できない B～E 営業所では今まで一般建設業許可に必要な要件をすべて備えて一般建設業を営んできたにもかかわらず、今後は請負代金の額が 500 万円を超え、かつ下請代金の総額が 3000 万円以下の規模の建設工事であっても一切営業が禁止されることになる。B～E 営業所は従来通り一般建設業の営業を続けたいと考えているが建設業法に違反することになるのか。

②さらに御省建設業法担当官の指導によれば、「B～E 営業所では 500 万円未満の軽微な建設工事の営業も禁止される」とのことである。B～E 営業所は軽微工事の営業を行いたいと考えているが建設業法に違反することになるのか。

3. 当該法令の条項の適用に関する照会者の見解及びその根拠

(1)見解

上記 2 (2) の①及び②は、そのような禁止の必要性が全くないと思われる規制であり、①の建設業法第 3 条第 6 項による一般建設業の禁止は憲法の保障する営業の自由を合理的理由なく制限する違法かつ無効な規定であり、また②の軽微工事の禁止の行政指導は建設業法の解釈を誤った違法な行政指導であると考ええる。

(2)根拠

①建設業法 3 条 6 項について

従来一般建設業の許可を得て建設業を営んできた営業所が他の営業所で特定建設業の許可を取得したことによって、取得後も一般建設業の資格要件を継続して満たしているにもかかわらず建設業法 3 条 6 項によって従来営んできた一般建設業の営業を禁止されるのはいかなる理由によるもので、そのような規制が許されるものであろうか。

そもそも建設業法は、許可がない限り建設業営業を営むことを禁止し、憲法 22 条が保障する「営業の自由」を制限している。そして国民は基本的人権としての営業の自由を制限する規制は、国民の生命・健康に対する危険の防止という消極的・警察的目的のための規制と、社会経済の調和的発展という目的のための規制とに分け、規制目的の合理性と規制の必要性が判断されている

（小売市場事件判決、薬事法距離制限事件判決など）。

建設業法はその目的を「建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護するとともに、建設業の健全な発展を促進」することにあるとしており、これは主として建設物や建設工事の品質や危険性が国民の生存に密接に関わっていることに鑑み、消極的、警察的目的から規制していると考えられる。

そうすると、従来一般建設業の許可を得て建設業を営んできたB～E営業所は、A営業所で特定建設業の許可を取得しても従来営んできた一般建設業の危険性が増したり品質が劣化したりするわけではないので、建設業法第3条第6項によって一般建設業の許可は効力を失はせることにより、B～E営業所の営業を禁止するという規制の目的も必要性も全く見いだせない。

この規制を、特定建設業許可を取得できるような有力建設業者を一般建設業市場から排除し弱小建設業者を保護するための社会経済的政策目的の規制だと解釈したとしても、A営業所の担当者を全国に出張させることによって一般建設業の受注が可能であり、むしろそのようなことによって企業のコストが増加し、価格が上昇し、発注者もこまめなサービスが受けられなくなってしまうので、社会経済政策としても著しく合理性を欠いている。

そうすると一般建設業の許可を得て建設業を営んできた営業所が他の営業所で特定建設業の許可を取得したことによって建設業法3条6項によって従来営んできた一般建設業の営業を禁止する目的の合理性も規制の必要性も見いだせず、建設業法第3条6項は不当に国民の営業の自由を制限する憲法違反の規定だと言わざるをえない。

②軽微工事の禁止について

(ア) 建設業法第3条は、軽微な建設工事以外の建設工事を営むことを、建築物の安全、建設工事の安全、消費者の利益等を考慮して国民一般に禁止し、一定の要件を備えた建設業者に営業所を特定して許可を与えることにより、この禁止を解くものである。しかし軽微な建設工事を営むことは、同法第3条ただし書によってはじめからこの禁止の対象とされていない。従って、軽微な建設工事は、建設業資格の有無にかかわらず、誰でも自由に営むことができるものであるから、特定建設業者で許可を取得していない営業所でも自由に営めるはずである。

(イ) このことは建設業法研究会編著「建設業法解説改訂10版」の第3条第1項但し書の軽微な建設工事についての解説(58頁)でも「許可の適用除外となる建設工事」とされ、軽微な建設工事を営むことは禁止されておらず、建設業許可が適用されないことを明記している。

また、同書の第3条第1項但し書きの軽微な建設工事についての解説(58頁)には「軽微な建設工事のみを請け負う事を営業とする者であっても、建設業の許可を受けることは差し支えない」と記載され、特定建設業許可を取得すると他の営業所では軽微工事の建設業営業が出来なくなるという重大な事実について何らの記載もなされていない。

(ウ) そして、A営業所が特定建設業の許可を取得した場合、B～E営業所が軽微工事の建設業営業を禁止するという建設業の規定はどこにも存在しない。従ってこのような行政指導は、法律によらないで国民の営業の自由を制約する、法治主義、法治行政の原則にもとる違法なものである。

(エ) 仮に建設業法が、特定建設業の許可を取得したことにより、許可の対象となっていないB～E営業所で軽微工事の営業を行なうことを禁止していると解した場合、そのような建設業法の規制は、前述の規制目的の合理性、規制の必要性を見いだすことが出来ず、かえってA営業所が出張者をBからE営業所に派遣することになるためコストの増加、価格の上昇、消費者の不便などの弊害をもたらす、特定建設業者の営業の自由を規制するものとして違法かつ無効なものと考えられる。

この点で貴省の建設業法担当官の見解によれば、「特定建設業の資格を取得すると消費者がすべての営業が特定建設業の許可を得た建設業者の営業所と誤解する」とするが、建設業許可は営業所を特定して与えられ、建設業許可証は営業所ごとに掲示されるのであるから、消費者に誤解を与えるはずはないし、そのような規制であれば「他の選ぶうる規制手段」はいくらでもあるはずで、規制手段としては著しく不合理である。

4. 連絡先

〒277-0071 千葉県 柏市 豊住 1-1-38 山田慶三

電話及びFAX:04-7172-1158

Email:ymdkeizo@jcom.home.ne.jp

以上