

30中洲水農第397号

審査請求人 有限会社ムラキ

処 分 庁 東京都知事 小池百合子

## 反 論 書

平成31年4月24日

統括審理員 原 弘樹 殿

審理員 長谷川 知子 殿

審査請求人代理人 熊本一規(明治学院大学名誉教授)

処分庁弁明書(30中洲水農第397号)に対して以下のとおり反論する。

### 一 本件の争点

本件審査請求(30総総法査第1048号)は、2018年10月11日「築地市場の豊洲移転」の実施後に築地市場正門前等において実施されてきた定期的な販売行為(以下「買物ツアー」という)に東京都中央卸売市場条例(以下「条例」という)第102条第4項を適用し得るか否かを争うものである。

### 二 買物ツアーの経緯

買物ツアーは2018年10月11日より開催され続けているが、その内容は開催場所等により、大きく、次の四期に分かれる。

第Ⅰ期(2018年10月11日～18日)は、築地市場仲卸棟内で開催された。

第Ⅱ期(2018年10月19日～20日)は、築地市場がロックアウトされ、仲卸棟での開催が不可能になったため、築地市場内の仲卸棟以外の場所(19日は駐車場、20日は旧ガソリンスタンド)で開催された。

第Ⅲ期(2018年10月23日～12月22日)は、築地市場正門前で開催された。

第Ⅳ期(2019年2月5日～)は、築地市場正門前で開催された点では第Ⅲ期と同じであるが、冒頭に「営業権組合<sup>1</sup>が開催するものであり、仲卸業とは関係がない」旨を明言したうえで開催されており、開催は今日にいたるまで続けている。

---

<sup>1</sup> 築地市場の業者は許可及び「のれん」に因る営業権を持つ、との見解に基づいて2018年6月に創立された組合(任意団体)である。「のれん」については五1で詳述する。

また、営業権組合では、冒頭での「営業権組合が開催するものであり、仲卸業とは関係がない」旨の明言の有無で、第Ⅰ期～第Ⅲ期を「買物ツアーVer.1」、第Ⅳ期を「買物ツアーVer.2」と呼んでおり、これらの呼称は東京都も承知している。

### 三 処分庁弁明書についての認否

#### 1 弁明書「3 本件処分の内容及び理由」について

処分庁は「築地市場は法令に則った適正な手続きを経て閉場した」と主張するが、否認し、争う。その根拠は後述四1のとおりである。

処分庁は、また、村木智義氏（㈱ムラキ代表者、以下「村木氏」という）が買物ツアーに参画することは、「あたかも請求人が仲卸業務として販売しているように見える紛らわしい行為」と主張するが、否認し、争う。その根拠は後述四3のとおりである。

#### 2 弁明書4（1）について

エについて

築地市場が平成30年10月11日をもって廃止されたことについては争う。その根拠は後述四1のとおりである。

ア～ウ、オについて

概ね認める。

#### 3 弁明書4（2）について

エについて

請求人の使用権が消失したことについて、条例に基づく使用権が消失したことは認めるが、「のれん」に基づく使用権は消失していない。その根拠は後述五1のとおりである。

ア～ウ、オについて

概ね認める。

#### 4 弁明書4（3）について

村木氏が買物ツアーに参加していることは認める。

#### 5 弁明書4（4）について

アについて

条例第74条の規定は認めるが、本件への適用については否認し、争う。その根拠は後述六2のとおりである。

イについて

都職員の一部が警告をしたことは認めるが、その内容については争う。その根拠は後述六1のとおりである。

#### 6 弁明書4（5）について

アについて

東京都が10月22日、請求人に対して事情聴取を行なったことは認めるが、「仲卸業

務としての行為である」旨認めめたことは否認する。

イについて

条例第 74 条については、三 5 アに記したとおりである。

#### 7 弁明書 4 (6) について

事実としては概ね認めるが、「従前の主張を変えた」ことについては争う。その根拠は、後述四 3 のとおりである。

#### 8 弁明書 4 (7) について

アについて

認める。

イについて

否認する。その根拠は、後述四 3 のとおりである。

ウについて

東京都が改善措置命令を出したことは認める。

エについて

請求人が顛末書を出したことは認める。

オについて

村木氏が買物ツアーに参画したことは認めるが、販売行為を行なったことは否認する。その根拠は、後述四 3 のとおりである。

### 四 処分庁の主張に対する反論

#### 1 築地市場の閉場について

築地市場が適正な手続きを経て閉場したとは、とうてい考え難い。以下、詳述する。

ア 卸売市場法は、中央卸売市場を開設するとき及び廃止しようとするときには、開設者は農林水産大臣の認可を受けなければならない旨規定する(第 8 条及び第 14 条第 1 項)。

したがって、築地市場を廃止し、豊洲市場を開設するには、「築地市場の廃止」及び「豊洲市場の開設」について農水大臣の認可が必要なはずである。

イ 然るに、東京都は「東京都中央卸売市場は、築地市場・豊島市場・淀橋市場等の 11 の市場から構成される一つの中央卸売市場であるから、築地市場の閉場及び豊洲市場の開場は、業務規程の変更で行なえる」旨主張する。

ウ しかし、この東京都の主張は詭弁である。

地方卸売市場の場合には、その開設及び廃止について知事の許可が必要である(卸売市場法第 55 条及び第 60 条)が、『卸売市場法必携』第 3 部解説編「卸売市場法についての 150 問」(疎甲第 1 号証)によれば、知事の許可は、「市場ごとに」行なわれることになっている。「市場ごとに」とは、「市場として機能している施設ごと」の意であり、「いわゆる分場や支店といってもそれぞれが市場法では『市場』と観念することにな」と

解説されている（問 122）。また、「その廃止に当たっては事前に開設の許可を行なった知事に許可を受けることは当然です」とされている（問 127）。

エ であるならば、中央卸売市場についても、その開設及び廃止は「市場ごとに」、農水大臣の認可を得て行なわれるのが当然である。

実際、農林水産省「中央卸売市場整備計画（平成 21 年 10 月）」には、「東京都中央卸売市場（新設市場—豊洲地区）の整備に伴い、東京都中央卸売市場築地市場は廃止する」と明確に記されている（疎甲第 2 号証）。また、農林水産省『卸売市場データ集 平成 17 年度版』にも「新設市場」として「東京都中央卸売市場（豊洲地区）」が挙げられるとともに、「上記市場の整備に伴い廃止する市場」として「東京都中央卸売市場築地市場」が挙げられている（疎甲第 3 号証）。

オ では、農水省及び東京都は、なぜ「築地市場の廃止」の手続きをとらず、築地市場の豊洲移転を「業務規程の変更」で行なうこととしたのであろうか。

その理由は、農林水産大臣は、一般消費者及び関連事業者の利益が害されるおそれがないと認めるときでなければ、中央卸売市場の「廃止の認可」をしてはならない旨規定している卸売市場法第 14 条第 2 項にあると思われる。すなわち、築地市場の豊洲移転に伴い「一般消費者及び関連事業者の利益が害されるおそれ」をなくすことは不可能なため、「築地市場の廃止」及び「豊洲市場の開設」の手続きを回避し、「業務規程の変更」の手続きをとったのである。地方卸売市場の開設及び廃止が「市場ごとに」行なわれることや中央卸売市場の「市場」を新設する場合に必ず「開設の認可」が必要なこと<sup>2</sup>に鑑みれば、そのように判断するほかはない。

## 2 請求人の仲卸業務について

ア 請求人は、条例に基づき、豊洲市場水産物部における仲卸業者として、開設者である都の業務許可を受けるとともに、都民の財産（行政財産）である豊洲市場の使用指定を受けて店舗を設置し、その許可に係る市場内の店舗において、当該市場の卸売業者から卸売を受けた取扱品目の部類に属する物品を仕分けし、又は調整して販売するという立場にある（条例第 2 条第 2 項、第 24 条第 1 項、第 2 項、第 88 条第 1 項）。

この業務許可及び使用指定は、市場における取引業務及び施設使用の適正化を図ることにより、生鮮食品等の円滑な供給を確保し、もって都民の消費生活の安定に資するという、条例に定められた行政目的を達成するためのものである。

イ 請求人は、仲卸業者として上記条例に反する行為を一切行なっていない。処分庁

---

<sup>2</sup> 中央卸売市場の市場を新設する場合には、当該市場について農水大臣による「開設の認可」がなされるのであるから、それが廃止される場合にも農水大臣による「廃止の認可」が当然必要である。そのことは、地方卸売市場について「その廃止に当たっては事前に開設の許可を行なった知事に許可を受けることは当然です」（『卸売市場法必携』第 3 部解説編「卸売市場法についての 150 問」）から明らかである。

は、請求人が仲卸業者として買物ツアーに参画していると考えているようであるが、請求人は、買物ツアーの主体である営業権組合に対して物品を販売するという業務を一切しておらず、従って営業権組合から一切入金をしておらず、そのような疑念は該当しない。

3 処分庁が村木氏の買物ツアーでの行為が「仲卸業務としての販売行為に見える」こと、あるいは「請求人が仲卸業務として販売しているように見える紛らわしい行為であること」を根拠としていることについて

ア 「6 請求人の主張に対する意見（反論）」における主張は、いずれも、村木氏の買物ツアーでの行為が、「仲卸業務としての販売行為に見える」こと、あるいは「請求人が仲卸業務として販売しているように見える紛らわしい行為である」ことを根拠としている。

しかし、「見える」ことが行政処分の根拠になるはずはない。行政処分、特に不利益処分を為すには、その根拠に客観的な証拠が必要である。

「見える」だけで、他人を非難したり脅したりすることを、一般に「難癖をつける」とか「因縁をつける」と言い、ヤクザによってしばしば行なわれる行為であるが、もしも、「見える」だけで行政処分ができるとすれば、行政機関がヤクザ並みに墮してしまふことになる。

そればかりか、反社会的勢力であることが周知されているヤクザでなく、社会通念上は「法的に正しい」行為を為すと思われる行政機関が「見える」だけで行政処分を為すことは、ヤクザの難癖よりもはるかに大きな弊害を社会にもたらすものであり、行政機関として厳に慎まなければならないはずである。

そのうえ、行政処分は被処分者の社会的評価を落とし、社会的信用を損なうため、被処分者は、社会的にも、経済的にも、精神的にも著しい損害を受ける。そのような行政処分を「見える」だけを根拠に為すことは、民法上、損害賠償が必要となる不法行為にあたり、かつ、刑法上も名誉毀損罪や威力業務妨害罪にあたる行為といっても決して過言ではない。

買物ツアーが第Ⅳ期のみならず第Ⅲ期においても営業権組合を販売主体として行なわれていたことは、買物ツアーにおいても説明されていたし、請求人によって記された12月12日報告書（疎乙第12号証）にも明示されている。したがって、東京都は、遅くとも2018年12月12日までには、そのことを知っていたはずである。もしも、東京都が12月12日報告書に描かれた図が事実と反すると思ったならば、請求人に12月12日報告書の根拠となる証拠を提出するよう依頼ないし命令すればよかったのであり、その手続きなしに12月17日に改善措置命令を強行したことは、権力の濫用以外の何物でもない。

イ また、上記のとおり処分庁が村木氏の行為を仲卸業務としての販売行為に見える

判断したとしても、社会は誰もそのように判断しない。社会全般は、営業権組合が「築地市場の廃止」に反対して営業活動を行なっていると判断するだけであり、誰も請求人が仲卸業務を行なったと判断しない。

## 五 請求人の主張

### 1 買物ツアーの法的根拠

卸売市場には、卸売業者、仲卸業者及び関連事業者（以下「仲卸業者等」という）の営業権が存在する。

「営業権」とは、事業者がその営業活動を遂行するうえで保有する一種の無体財産権であるとされ、<sup>3</sup> 次の二種がある。

- ①行政機関から法令に基づく特許又は許認可を受けてはじめて営業をすることができるもの
- ②創業以来長年にわたり顧客の信頼を得て築きあげた名声や信用としての「のれん」

営業権を有する事業者は、他の同程度の規模の同種事業者に比べ高い収益力を有するが、この「超過収益力」が営業権の価値となる。

本買物ツアーの法的根拠は「のれん」であり、条例とは何ら関係がない。

ちなみに、買物ツアーが「のれん」という法的根拠を持つ営業であることは、築地署も認めており、「東京都の営業妨害は威力業務妨害罪にあたる」として2018年10月23日に被害届を提出した営業権組合に対し、11月1日に「被害届けの公式受理はできないが、違法行為があった時は、通報してくれば、法に従って対応します」旨の電話を受けている。また、10月23日には、築地市場正門前から200mほど離れた道路端にパトカーが停車していたが、被害届提出後にはパトカーは全く来なくなっている。

さらに、東京都自身も、のれんに基づく営業を認めている。そのことは、次の①、②から明らかである。

- ①2018年10月13日には「築地市場内の店主（営業権者）が一人もいない」ことを理由に買物ツアー一行の入場を拒んだので、やむを得ず「引越しの手伝い」を入場理由に加えて入場したが、買物ツアーに店主が同行していた10月11, 12, 15, 16日には、入場を拒まなかった（もしも、都が「のれん」を認めていなかったとすれば、違法行為を看過したことになる）。
- ②買物ツアーVer.2(第IV期)においては、都の了解の下に買物ツアーを実施している。

### 2 買物ツアーのしくみ

買物ツアーの実施・運営主体は、営業権組合及び組合員、並びに営業権組合の趣旨に賛

---

<sup>3</sup> 昭和51年7月31日最高裁判決において、「営業権とは、当該企業の長年にわたる伝統と社会的信用、立地条件、特殊の製造技術および特殊の取引関係の存在並びに独占性等を総合した、他の企業を上回る企業収益を獲得することができる、無形の財産的価値を有する事実関係である」とされている。

同している市民である。

買物ツアーで扱う物品の調達から販売までの流れは、次のようである。

- ①個人が物品を調達 → ②個人が調達した物品は原則として営業権組合に販売  
→ ③営業権組合が買物ツアー参加者に販売

以下、流れの各過程について解説する。

#### **①個人が物品を調達**

買物ツアーの実施に関わる者が、それぞれ個人として物品を調達する。物品の調達先は、豊洲市場だけではなく、築地場外市場や都内の他の中央卸売市場や小売店から調達したり、各地の特産品等を注文・調達したりする。

#### **②個人が調達した物品は原則として営業権組合に販売**

①で個人として調達した物品は営業権組合に販売することを原則とするが、稀に個人が買物ツアーで販売することもある。

#### **③営業権組合が買物ツアー参加者に販売**

②で営業権組合が個人から購入した物品を買物ツアー参加者に販売し、売上げは営業権組合の収入としている(営業権組合の口座に納入)。

個人が調達したものを個人が販売した場合には個人の収入とするが、そこから営業権組合にカンパされることもある。

販売時の売り子には、営業権組合の組合員のみならず、市民もなっただきさっている。

売り子への報酬は、組合員にも市民にも支払っておらず、実質的に組合員・市民の好意による営業権組合へのカンパになっている。市民にはそれを承知の上で売り子になっただきいてる。

### **3 本件への条例第 102 条第 4 項の適用は失当である**

本件改善措置命令の通知書(平成 30 年 12 月 17 日付け 30 中州水農第 222 号)は、「市場における仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を確保するため、東京都中央卸売市場条例第 102 条第 4 項に基づく業務改善措置を講ずるよう、下記の通り命ずる」としている。条例第 102 条第 4 項は、次のような規定である。

知事は、市場における仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を確保するため必要があると認めるときは、仲卸業者に対して、当該仲卸業者の業務又は会計に関し必要な改善措置をとるべき旨を命ずることができる。

この第 102 条第 4 項を買物ツアーに適用することは、以下の①～③に基づき失当である。

#### **①買物ツアーの販売主体は営業権組合である**

本件通知書は「仲卸業者としての販売行為に見える村木氏の旧築地市場での行為を中止

させないことは不適切」と述べる。

しかし、前述のとおり、買物ツアーでは、個人から営業権組合が購入した物品を営業権組合が販売し、その収入としている。かつ、「営業権組合が販売している」ことは、少なくとも築地市場正門前で販売するようになった第Ⅲ期以降には明言していたし、買物ツアー実施時に掲げる旗を通じて参加者に明示している。さらに、買物ツアーVer.2では、意識してそのことを冒頭に必ず明言したうえで買物ツアーを実施しており、東京都にもその旨を伝えている。

買物ツアーの販売主体は営業権組合であり、仲卸業者「(有)ムラキ」ではないのだから、買物ツアーに条例第102条第4項を適用することは失当である。

### ②買物ツアーが「仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を阻害する恐れ」は皆無である

条例第102条第4項は「市場における仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を確保するため必要があると認めるとき」に改善措置命令を出せる旨、規定している。

しかし、買物ツアーにおいて、(有)ムラキは、「買出人としての村木氏個人」等による市場での物品調達先の一つとして関係しているにすぎず、かつ、(有)ムラキが「買出人としての村木氏個人」等に販売する行為は通常の「仲卸しの業務」に含まれるから、それが「仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を阻害する恐れ」は皆無である。

したがって、買物ツアーに条例第102条第4項を適用することは失当である。

### ③買物ツアーの販売量はきわめてわずかである

買物ツアーにおける販売量は、市場における仲卸業者の販売量に比べ、きわめてわずかである。

しかも、買物ツアーで販売する物品は同ツアー実施に関わる複数の個人が調達しており、かつ、各個人の調達先も多数存在するから、買物ツアーの販売量全体がわずかなうえ、それに占める(有)ムラキからの調達物品の量は、さらに極めてわずかである。

したがって、買物ツアーが「仲卸しの業務の適正かつ健全な運営を阻害する恐れ」は、量の点からも皆無であるから、買物ツアーに条例第102条第4項を適用することは失当である。

## 六 手続き上の重大な瑕疵

本件改善措置命令を出すに至る行政手続きにも重大な瑕疵がある。

### 1 公開質問状に回答なし

営業権組合は、「仲卸業者の持つ権利」等に関し、2018年6月21日に公開質問状（疎甲第4号証）を東京都宛提出した。また、「のれん」及び「築地市場の廃止には『廃止の認可』が必要である」との見解に基づき、2018年11月5日、東京地裁において、意見書「東京都「主張書面（平成30.11.1）」について（疎甲第5号証）及び公開質問状（疎甲第6号証）を東京都宛提出した。しかし、都からは一切回答がないばかりか、11月5日公開質問状に



対して、東京都代理人は「公開質問状には答えない」と述べ、「答えない理由は？」との質問にも「理由はない」との不誠実な対応をするのみであった。

請求人が四、五に記した法的外見に基づいて「築地市場は存続している」と主張し、意見書や公開質問状を提出していたにもかかわらず、それらを見做して一切答えないばかりか、本件弁明書において、請求人が何の法的根拠もなく注意や警告を見做して暴論を繰り返していたかのように記すとは、アンフェアで不条理きわまりない行為というほかはない。法律論争に応じず、持論を繰り返していたのは、むしろ処分庁のほうである。

## 2 条例第 74 条について

条例第 74 条に基づく「無承認の場外における販売行為の禁止について」（疎乙第 10 号証）に関しては、本件審査請求の代理人熊本一規が田中賢也築地市場場長（当時）に電話して「仲卸業者の間で物々交換したのちに販売している」と述べたが、反論はなく、また、以後、処分庁から同趣旨の主張が繰り返されることはなくなった。

代理人としては、正確には、五 2 に記した「買物ツアーのしくみ」に基づいて丁寧に説明すべきであったことは認めるものの、いずれにせよ、仲卸業者でなく、営業権組合が販売しているのであるから、買物ツアーに条例第 74 条を適用し得るはずはない。

## 3 平成 30 年 12 月 12 日報告書を無視

処分庁は、請求人が平成 30 年 12 月 12 日報告書（疎乙第 12 号証）において「買物ツアーのしくみ」を図示したにもかかわらず、それを一顧だにせず、その 5 日後の 12 月 17 日に本件改善措置命令（疎乙第 13 号証）を出した。

もしも、処分庁が 12 月 12 日報告書に記載され、請求人から説明を受けた図を真摯に受け止めていたならば、本件改善措置命令が出されることは全くなかったはずである。

## 4 「弁明の機会」なし

そればかりか、本件改善措置命令に関し、処分庁は請求人(有)ムラキに「弁明の機会」を全く与えていない。

もしも、請求人に「弁明の機会」が与えられていたならば、12 月 12 日報告書の根拠となる証拠が示され、やはり本件改善措置命令が出されることは全くなかったはずである。

以上の 1～4 から、処分庁が本件改善措置命令を出すに至る行政手続きにおいて重大な瑕疵があったことは明らかである。

## 結 語

以上の一～六から、本件改善措置命令に法的根拠が全く存在せず、かつ手続き上も重大な瑕疵があったこと、したがって、本件改善措置命令は、裁量権の範囲を逸脱あるいは濫用した違法な行政処分であることは明らかである。

以 上

## 証拠書類の表示

疎甲第1号証 『卸売市場法必携』第3部解説編「卸売市場法についての150問」

疎甲第2号証 農林水産省「中央卸売市場整備計画（平成21年10月）」

疎甲第3号証 農林水産省『卸売市場データ集 平成17年度版』

疎甲第4号証 築地市場の移転についての公開質問状

疎甲第5号証 東京都「主張書面（平成30.11.1）」について

疎甲第6号証 東京都への公開質問状