３１中洲水農第195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

　　　　　　　　　　**再**　　　**反　　論　　書**

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　 2019年７月31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）

処分庁再弁明書（３１中洲水農第195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　本件の争点についての判断は明らか

１．改善措置命令の根拠は「見える」だけ

　本件の争点は、「買物ツアーに条例第102条第４項を適用し得るか否か」である。

　この争点に関して、処分庁が弁明書（３０中洲水農第397号）において条例第102条第４項適用の根拠として挙げているのは、請求人の買物ツアーにおける行為が「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」であるという点だけである。[[1]](#footnote-1)「営業権の存否」や「営業補償の必要性」や「廃止の認可の必要性」は、「買物ツアーに条例第102条第４項を適用し得るか否か」には関わらない論点に過ぎない。

２．「見える」が改善措置命令の根拠になるはずはない

　それに対し、審査請求人は、反論書において「『見える』ことが行政処分[[2]](#footnote-2)の根拠になるはずはない」と主張する（四３）とともに、「買物ツアーのしくみ」を説明し、処分庁の買物ツアー認識が全く事実に反することを指摘した（五２）。

　にもかかわらず、処分庁は、再弁明書（３１中洲水農第195号）において、自らの買物ツアー認識の誤りを認めることなく、また「見える」を根拠に行政処分できない旨の審査請求人の主張に全く答えることなく、弁明書においてと同様、「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」である旨の表現を何度も繰り返しているだけであり、本件改善措置命令の新たな根拠も全く示されていない。

本件の争点をめぐる以上の経緯から、処分庁が「営業権組合の販売行為」である買物ツアーに条例第102条第４項を適用したことが誤りであることは、もはや明らかである。「見える」を根拠に改善措置命令を出すことなどできるはずがないからである。

３．「見える」を根拠にしたのは違法・不当、かつ処分庁の不誠実さを示す

処分庁が「仲卸業者の販売に見える」を根拠に改善措置命令を出したことは、違法・不当であるのみならず、手続きの上でも処分庁の不誠実さを示すものである。

反論書六３に述べたように、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。

さらに、請求人は、本件改善措置命令が出される以前から、買物ツアー時に「営業権組合が販売している」旨繰り返し明言していたから、処分庁は、12月12日報告書が出される以前から、買物ツアーが「仲卸業者の販売」でないこと、また、ツアー客にも「仲卸業者の販売」に見えないことを熟知していたはずである。

にもかかわらず、「仲卸業者の販売に見える」を根拠として本件改善措置命令を出したことは、違法・不当であるのみならず、処分庁の不誠実さ・強権性を如実に示すものである。

以上で、買物ツアーに条例第102条第４項を適用し得ないことは明らかであるが、以下、「営業権と営業補償」や「廃止の認可の必要性」など、本件の争点「買物ツアーに条例第102条第４項を適用し得るか否か」には関わらない論点についても、「付論」として論じることとする。

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　以　上

**付論Ⅰ　営業権の存在と営業補償の必要性について**

**１．許可は営業権（財産権）を生じる**

許可は、特定の行為の一般的禁止を解除し、適法にこれをすることができる行為をいい、したがって、許可に基いて財産権が生じることはない。

　しかし、許可そのものは財産権を生じないとしても、許可に基き企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、それ自体が財産的価値を持つうえ、さらに「営業権ともいうべき財産的価値」を生じる。

　この営業権が一種の財産権としての性質を有することは、今更いうまでもないが、公法上も、土地収用の損失補償にあたって、営業権の損失は「通常生ずべき損失」の適例として、これを補償することになっている点からも明らかである。

　以上の８行にわたる「許可が営業権（財産権）を生じる」旨の記述は、田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』に基づいて、ほぼそのまま記述したものである。

　田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』における記述を原文通りそのまま紹介すれば、次のとおりである。[[3]](#footnote-3)

　許可そのものは財産権を生じないとしても、許可に基づき企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、それ自体が財産的価値を持つことはもちろんで、その他にも、営業権ともいうべき財産的価値が生ずることは、一般の承認するところであり、許可の取消しによって、企業の経営を不可能ならしめることは、これらの企業財産に損失を生ぜしめかつ営業権を喪失せしめる結果となるからである。

　　この営業権が一種の財産権としての性質を有することは、今更累説を要しないが、公法上の関係についてみても、土地収用の損失補償に当たっても、営業権の損失は「通常生ずべき損失」の適例として、これを補償することになっている点からいっても明らかであろう。

営業権が「財産権としての性質を有する財産的価値」であることは、この一節だけからも明らかである。

**２．漁業許可と漁権**

**(1)漁業許可も財産権を生じる**

　漁業においても許可は財産権を生じる。

　許可を受けて初めて営める漁業を許可漁業というが、許可に基いて財産権になることはないが、許可に基いて漁業を営む実態が継続すれば、財産権に成熟していくことになる。

　「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」（昭和37年閣議決定）第2条第5項は、「この要綱において『権利』とは、社会通念上権利と認められる程度にまで成熟した慣習上の利益を含むものとする」と規定するが、『公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説』は、その「適例としては、入会権、慣行水利権、許可漁業あるいは自由漁業を営む実態が漁業権と同程度の地位を有する権利と認められるもの等がある」[[4]](#footnote-4)と解説している。

すなわち、許可を受けた漁業の利益は、実態の積み重ねにより「漁業権と同程度の地位を有する権利（財産権）」に成熟する。実際の埋立・ダム建設等において、許可を受けた許可漁業も、許可も免許も受けない自由漁業も、免許に基づく漁業権漁業と全く同様に漁業補償の対象となる。

**(2)漁権の売買**

　許可漁業を営む権利は「漁権」と呼ばれることがあり、「漁権」は漁民や水産会社の間で売買されている。

　「漁権の売買」は、漁業法に基づく行為ではなく、民民の私人間で行なわれている行為である。しかし、漁業法の指定遠洋漁業制度では、「漁権」に漁業許可がくっつくような制度、すなわち、「漁権」を買った者、あるいは「漁権」を受け継いだ者が承継許可を申請すれば、必ず許可をしますという仕組みが創られている。そのような仕組みを創ることで、私人間の売買行為を法的に追認しているのである。[[5]](#footnote-5)

　この「漁権の売買」について、東京高裁昭和49年１月30日判決は、次のように述べている。

　指定漁業の許可を受けて特定の漁業を営むことができる地位は、もとより実定法上の権利ではないが、最近新規の許可が制限されていることと許可漁業が超過利潤を生んでいることにより、右地位は事実上一種の財産権として取り扱われ、広く「漁権」と呼ばれて売買され、漁船金融の担保とされていることが公知の事実であり（水産庁編「新漁業法の解説」37頁参照）、また、中小漁業振興特別措置法では右漁権を出資資産と定めていることが明らかである。

東京高裁判決に示されているように、「漁権」は実定法上の権利ではないが、新規許可が制限され、かつ許可漁業が超過利潤（あるいは超過収益力）を生んでいるために、財産権として扱われ、広く「漁権」と呼ばれて売買されているのである。

**３．営業許可と「のれん」**

　営業許可が営業権（財産権）を生じることは１に述べたが、営業権もまた、新規営業許可が制限されるとともに、超過利潤を生んでいるために、「漁権」と全く同様に市場が生まれ、私人間で売買されている。それが「のれん」である。

　築地市場でも豊洲市場でも「のれん」が売買されていることは、卸売市場関係者の間では周知のことである。ただし、両市場の間で超過利潤（あるいは超過収益力）に差があるため、豊洲市場の「のれん」の価額は築地市場のそれよりもはるかに安い。[[6]](#footnote-6)

　「のれん」の購入者が営業許可を受けていない場合、「漁権の売買」と同様、「のれんの売買」を適法化する手法が用いられている。その手法は、次のとおりである。

①「のれん」の購入者が「のれん」を売った企業の社員になる

→②「のれん」の購入者が代表取締役になる

このような変則的な手法で、「のれんの売買」を法的に追認しているのである。

**４．営業権は財産権としての性質を有する**

　以上述べてきたように、営業権には「許可に基づく営業権」と「売買（表向きは事業の譲渡譲受）に基づく営業権（のれん）」の二種がある。これは運送業の営業権についても全く同様であり、運送業の営業権を得るには、新規許可取得と譲渡譲受認可の二つの方法があるとされている。[[7]](#footnote-7)

　二種の方法のいずれによるにせよ、営業権は実定法上の権利ではない。

「許可に基づく漁権」が漁業法で規定されていないのと同様、「許可に基づく営業権」も卸売市場法で規定されてはいない。ましてや「漁権の売買」や「営業権の売買」は実定法に規定されていない。処分庁は、再弁明書において、江頭憲治郎『株式会社法(第6版)』から「法的権利としては認められていない」を引用しているが、これは営業権が「実定法上の権利」でないことを述べているに過ぎない。

しかし、法律上に規定されたものだけが「権利」ではない。田中二郎が「許可に基づき企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、……営業権ともいうべき財産的価値が生ずることは、一般の承認するところであり、……この営業権が一種の財産権としての性質を有することは、今更累説を要しない」[[8]](#footnote-8)と述べているように、また東京高裁昭和49年１月30日判決が「指定漁業の許可を受けて特定の漁業を営むことができる地位が事実上一種の財産権として取り扱われている」旨述べているように、許可によって営業権や漁権等の権利が生じ、それらが財産権としての性質を有していることは、今更累説を要しないほど、明らかにされているのである。

**５．営業権の侵害には補償が必要**

営業権や漁権が財産権としての性質を有するから、営業権や漁権を侵害し、財産上の損害を生ぜしめた場合には、憲法29条の財産権保障の精神からいって、正当な補償を与えなければならない。

　そのことを、田中二郎は、次のように述べる。[[9]](#footnote-9)

許可の取消しによって、これらの財産上の損害及び営業権の喪失による損害を生ぜしめた場合には、新憲法の財産権保障の精神からいって、当然、正当な補償を与えなければならないのである。このことは、法律上、許可の取消権を認めている場合又は許可に当たって取消権を留保した場合においても変わりはない。許可の取消しが許可の内在的条件であるということは、許可の取消しによって生じた財産上の損失を補償する必要がないということの根拠にはならない。許可の取消しが本人の責に帰すべき事由に基づいて生じた場合のほかは、それから生じた損失については、当然、正当な補償を与えなければならないと解すべきである。

　水産資源の枯渇防止を目的として漁業許可の取消しを認めようとする水産資源枯渇防止法案のうちに、「政府は……許可の取消又は操業区域の変更を受けた者が当該処分によって損失を被ったときは、これによって通常生ずべき損失を補償しなければならない。」（第４条第１項）と規定している[[10]](#footnote-10)のは、この意味において、当然のことを規定したものといわなければならない。

上掲引用文では「許可の取消し」や「操業区域の変更」を例に挙げているが、その他の公権力の行使に伴って営業権を侵害する場合にも正当な補償が必要なことはいうまでもない。

憲法29条に基づく「正当な補償」に関して制定されている「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」（昭和37年閣議決定）にも「通常生じる損失の補償」として農業補償・漁業補償や営業補償が挙げられている（疎甲第11号証）。[[11]](#footnote-11) 土地収用法第88条も「営業上の損失」に「通常受ける損失の補償」が必要であることを規定している。

営業補償に関する大著『営業補償の理論と実務（改訂第４版）』には、営業権については「営業権とは、通常、暖簾（のれん）や老舗（しにせ）などと呼ばれている企業財産の一種であり、企業のもつ営業上の収益力が他の同業種の平均的な収益力に比較して超過している場合、その超過している部分（超過利潤）を生む原因となっている一種の無体財産権である。……営業権は、法律上の特権を包含されていることもあるが、それ全体としては法律で認められた権利ではなく、『事実に基づく財産』といわれるもので、法律上保護されている商号権、商標権等と異なり商取引上の事実関係としての価値を有するものである」[[12]](#footnote-12)と説明されている。また、営業補償については「営業補償は、公共事業の施行を原因として生ずる営業上の損失を補償するもので、……原因としての公共事業は、土地の取得又は使用に因る場合あるいは建物等の物件の移転に因る場合であり、結果としての損失は営業上の損失である」[[13]](#footnote-13)と説明され、建物をその敷地外の移転先に再築する構外再築工法による場合の営業補償は、通常、営業休止の補償（得意先喪失補償が必要となる）が適用される[[14]](#footnote-14)、とされている（疎甲第12号証）。

旧憲法下では、損失補償をなすべき旨の具体的な明文の規定がない場合には、損失補償はしない趣旨であると解釈され、公共事業の実施に際して損失補償を支払うか否かは事業者の裁量に委ねられていた。とはいえ、大正12年、旧憲法下で制定された中央卸売市場法の第７条は、中央卸売市場の開設に伴って閉鎖を命じられた市場の卸売業者が被った営業損失について損失補償すべき旨規定していた（疎甲第13号証）。また、旧憲法下で実施された日本橋魚河岸から築地市場への移転にあたって、東京都は、「のれん」と同様、「法律上の権利」ではなく、慣習（私人間の取引き）に因り生まれた板船権[[15]](#footnote-15)について補償している（疎甲第14号証）。

旧憲法下においてさえ、営業補償や板船権補償がなされていたにもかかわらず、「公平の原則」に基づき財産権を保障する規定が設けられた新憲法下において、営業補償を支払わなくてよいはずはない。[[16]](#footnote-16)

ちなみに、上掲引用文中の「（漁業における）操業区域の変更」は「（商業における）営業場所の変更」と同義であり、営業場所が築地市場から豊洲市場に変更された場合に相当するから、上掲引用文は「営業場所が築地市場から豊洲市場に変更されたことにより損失を被ったときは、これによって通常生ずべき損失を補償しなければならない」と読み替えることができる。したがって、営業場所が築地市場から豊洲市場に変更されたことに伴い、「のれん」の価額が約1500万円から約360万円に下落した（脚注６参照）ことだけからも営業場所の変更を強いた東京都が営業補償を支払うべきは明らかである。[[17]](#footnote-17)

**結　語**

 以上のことから、本件において営業権が存在すること、及び本件のように公権力の行使に伴い「営業上の損失」が生じた場合には憲法29条に基づき営業補償が必要なことは明らかである。

　したがって、営業補償を全く支払わないまま「営業権の消滅」を主張したり、営業権を無視したりすることは、憲法違反の行為であり、到底認められるものではない。

　そのうえ、仮に、処分庁が買物ツアーを実際に妨害するようなことがあれば、威力業務妨害罪にあたることになる。そのことは、反論書にも記したとおり、築地警察署も認めていることである。

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　以　上

**付論Ⅱ**　**築地市場の「廃止の認可」の必要性について**

**1. 市場条例改正と卸売市場法第11条適用は矛盾する**

**(1)市場条例改正の内容**

　処分庁は、弁明書２頁において、平成28年３月31日の東京都中央卸売市場条例（以下、「市場条例」という）改正について、「都が開設している東京都中央卸売市場から、築地市場を廃止し､豊洲市場を新設する旨の市場条例の改正を行った」と述べている（以下、改正後の市場条例を「改正条例」という）。

　処分庁は、また、弁明書２頁において、「築地市場の廃止」を意味する文言が改正条例における「第４条の表東京都中央卸売市場築地市場の項を削り」の文言であり、「豊洲市場の新設」を意味する文言が改正条例における「次のように加える。『東京都中央卸売市場豊洲市場』『東京都江東区豊洲６丁目６番１号』」の文言である旨、説明している。[[18]](#footnote-18)

　市場条例改正前の「第４条の表」を表１、市場条例改正後の「第４条の表」を表２として示せば、次のようになる。[[19]](#footnote-19)

　　　　　　　　表１　市場条例第４条の表（市場条例改正前）

|  |  |
| --- | --- |
| 名称 | 位置 |
| 東京都中央卸売市場築地市場 | 東京都中央区築地五丁目二番一号 |
| 東京都中央卸売市場豊島市場 | 東京都豊島区巣鴨五丁目一番五号 |
| 東京都中央卸売市場淀橋市場 | 東京都新宿区北新宿四丁目二番一号 |
| 東京都中央卸売市場足立市場 | 東京都足立区千住橋戸町五十番地 |
| 東京都中央卸売市場食肉市場 | 東京都港区港南二丁目七番十九号 |
| 東京都中央卸売市場板橋市場 | 東京都板橋区高島平六丁目一番五号 |
| 東京都中央卸売市場世田谷市場 | 東京都世田谷区大蔵一丁目四番一号 |
| 東京都中央卸売市場北足立市場 | 東京都足立区入谷六丁目三番一号 |
| 東京都中央卸売市場多摩ﾆｭｰﾀｳﾝ市場 | 東京都多摩市永山七丁目四番地 |
| 東京都中央卸売市場葛西市場 | 東京都江戸川区臨海町三丁目四番一号 |
| 東京都中央卸売市場大田市場 | 東京都大田区東海三丁目二番一号 |

　　　　　　　表２　市場条例第４条の表（市場条例改正後）

|  |  |
| --- | --- |
| 名称 | 位置 |
| 東京都中央卸売市場豊島市場 | 東京都豊島区巣鴨五丁目一番五号 |
| 東京都中央卸売市場淀橋市場 | 東京都新宿区北新宿四丁目二番一号 |
| 東京都中央卸売市場足立市場 | 東京都足立区千住橋戸町五十番地 |
| 東京都中央卸売市場食肉市場 | 東京都港区港南二丁目七番十九号 |
| 東京都中央卸売市場板橋市場 | 東京都板橋区高島平六丁目一番五号 |
| 東京都中央卸売市場世田谷市場 | 東京都世田谷区大蔵一丁目四番一号 |
| 東京都中央卸売市場北足立市場 | 東京都足立区入谷六丁目三番一号 |
| 東京都中央卸売市場多摩ﾆｭｰﾀｳﾝ市場 | 東京都多摩市永山七丁目四番地 |
| 東京都中央卸売市場葛西市場 | 東京都江戸川区臨海町三丁目四番一号 |
| 東京都中央卸売市場大田市場 | 東京都大田区東海三丁目二番一号 |
| 東京都中央卸売市場豊洲市場 | 東京都江東区豊洲六丁目六番一号 |

　表１及び表２から明らかなように、市場条例改正では、「東京都中央卸売市場築地市場」を廃止し、「東京都中央卸売市場豊洲市場」を新設している。

**(2)卸売市場法第11条第1項は「位置及び面積」だけの変更にのみ適用し得る**

　処分庁は、再弁明書２頁において、市場条例の変更についての「農林水産大臣の認可」について、次のように述べている。

中央卸売市場の位置については、卸売市場法第９条第２項の規定により、業務規程で

ある条例において定めることとされているところ､築地市場の豊洲市場への移転は、卸売市場法上は､開設者である都が中央卸売市場の位置を変更するものであることから、卸売市場法第11条第１項の規定に基づき、都の業務規程である市場条例の変更について、農林水産大臣の認可が必要となる。

簡潔にいうと、農水大臣の認可を得るうえでの手続きは卸売市場法第11条第１項に基づいて行なったというのである。

第11条第１項は「第９条第２項各号を変更しようとするときは、農水大臣の認可を受けなければならない」旨の規定である。

　卸売市場法第９条第２項第１号は「中央卸売市場の位置及び面積」を業務規程に定めるべきことを規定しており、同号に基づき、東京都が市場条例[[20]](#footnote-20)で定めているものが「第４条の表」、すなわち、表１・表２である。

表１・表２より、卸売市場法第９条第２項第１号にいう「中央卸売市場」が、正確には「東京都中央卸売市場築地市場」、「東京都中央卸売市場豊島市場」等々、すなわち固有名詞（築地市場、豊洲市場）の前に「中央卸売市場」が付いた個々の個別市場（以下、単に「個別市場」という）を意味していることがわかる。法律上の言葉の意味が条文によって異なることはないから、卸売市場法における「中央卸売市場」はすべて個別市場を意味していることになる。

そのことは、卸売市場法第３条に明確に示されている。

第３条は次のとおりである。

第３条　中央卸売市場又は地方卸売市場の名称中には､中央卸売市場又は地方卸売市場という文字を用いなければならない。

２　卸売市場であって中央卸売市場又は地方卸売市場でないものの名称中には､中央卸売市場又は地方卸売市場という文字を用いてはならない。

要するに、「中央卸売市場築地市場」、「中央卸売市場豊洲市場」等の個別市場は、すべて単独で「中央卸売市場」なのである。したがって、第９条第２項第１号は「個別市場の位置及び面積」に関する規定、第11条第1項は「個別市場の位置及び面積の変更」に関する規定ということになる。

したがって、個別市場である東京都中央卸売市場築地市場について、固有名詞部分の「築地市場」をそのままにして位置を豊洲に変更しようとするときには、「個別市場の位置の変更」として卸売市場法第11条第１項を適用し得る。

しかし、東京都が平成28年市場条例改正により行なったのは、１(1)で明らかにしたように、「中央卸売市場築地市場の位置の変更」ではなく、「中央卸売市場築地市場の廃止」及び「中央卸売市場豊洲市場の新設」である。すなわち、「個別市場の廃止」及び「個別市場の開設」である、

したがって、その認可申請を卸売市場法第11条第１項に基づく「個別市場の位置の変更」に基づいて行なうことは違法である。

要するに、卸売市場法第11条第１項の「『中央卸売市場の位置及び面積』の変更」は、「『個別市場の位置及び面積』の変更」が行なわれるときにのみ適用し得るのであって、市場条例改正のように個別市場の「名称（固有名詞）」も「位置」も「面積」もすべて変えるときには、「個別市場の廃止」及び「個別市場の新設」に当たるのである。

**２．「東京都中央卸売市場は一つ」は詭弁である**

**(1)「東京都中央卸売市場は一つ」という主張**

処分庁は、築地市場に関して卸売市場法第11条第１項の「位置及び面積の変更」に基づく認可申請をした根拠として、表1、表2に示された11の個別市場全体で一つの東京都中央卸売市場である旨、主張している。

その主張に基づき、処分庁は、再弁明書２頁で次のように述べている。

築地市場の豊洲市場への移転は、……中央卸売市場そのものを廃止する（都が開設者でなくなる）ものではなく、新たに中央卸売市場を開設する（地方公共団体が、開設区域に（位置の変更ではなく）、新たな中央卸売市場を開設する）ものでもないため、卸売市場法第８条及び第14条に基づく認可は必要とされない。

　この引用文は、処分庁が卸売市場法の第14条「廃止の認可」及び第８条「開設の認可」について、次の①、②のような見解を持っていることを意味する。

①第14条「廃止の認可」が必要なのは、東京都が開設者でなくなるときだけである。

⓶第8条の「開設の認可」が必要なのは、（位置の変更ではなく）新たに個別市場を開設したときである。

この処分庁の見解は、極めて不可解である。以下、反論を加えていく。

**(2)法律中の言葉が条文によって異なる意味を持つことはあり得ない**

　上記①の見解は「11の個別市場全体で一つの東京都中央卸売市場」という主張を前提としている。すなわち、11の個別市場がいくつに減ろうとも「一つの東京都中央卸売市場」があることには変わりがないので「中央卸売市場の廃止の認可」は必要ない、また、「廃止の認可」は、個別市場がゼロになって東京都が開設者でなくなったときにだけ必要、というのである。

　他方で、②は、新たに個別市場を開設したときは、位置の変更でない限り、「中央卸売市場の開設の認可」が必要としている。つまり、「個別市場単独で一つの中央卸売市場」を前提としている。

卸売市場法中の「中央卸売市場」という言葉が、第８条（開設の認可）では「単独の個別市場」を意味し、第14条（廃止の認可）では「複数の個別市場全体」を意味するというのは甚だしい矛盾である。法律において、一つの言葉が条文によって異なる意味で用いられることなどあり得ない。

もしも「複数の個別市場全体で一つの中央卸売市場」ならば、個別市場がいくつに減ろうとも（ゼロにならない限り）「中央卸売市場の廃止の認可」が不要であるのと同様、個別市場がいくつに増えようとも「中央卸売市場の開設の認可」が不要であることになるから、①と②とが矛盾していることは明らかである。

そもそも、開設の際に「開設の認可」を受けた個別市場が、廃止の際に「廃止の認可」が必要ないとするのは、それだけでもあまりに不合理である。[[21]](#footnote-21)

さらに、そもそも「複数の個別市場全体で一つの中央卸売市場」という主張は、固有名詞の前に「中央卸売市場」の付いた個別市場が中央卸売市場であることを規定している卸売市場法第３条と矛盾する。

以上述べたことだけからも、処分庁のいう「11の個別市場全体で一つの東京都中央卸売市場」が詭弁であり、①が誤った見解であることは明らかである。

**(3)「複数の個別市場全体で一つの中央卸売市場」は卸売市場法14条を骨抜きにする**

①に基づけば、複数の個別市場を有する自治体においては、個別市場をいくつ廃止しようと、その数がゼロになって開設者でなくなるまでは「廃止の認可」が必要ないことになるが、それは卸売市場法第14条「廃止の認可」の立法趣旨に照らしても不合理である。

卸売市場法第14条は、次のように規定する。

(廃止の認可)

第14条　開設者は、中央卸売市場を廃止しようとするときは､農林水産犬臣の認可を受け

　なければならない。

２　農林水産犬臣は､中央卸売市場の廃止によって一般消費者及び関係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、前項の認可をしてはならない。

第14条の立法趣旨は、第２項に示されている。すなわち、中央卸売市場が公益的機能を持つ市民の公共財産であること、及び、関連事業者が私有財産及び営業権（財産権）を持っていることに基づいて、その廃止にあたって「関連事業者及び一般消費者の利益」を保護する規定を設けているのである。

　ところが、①のような見解がまかり通るならば、それに起因して、次のア～ウのような不可解で不合理な結果を招くことになる。

ア 個別市場が複数存在する自治体では、個別市場が廃止されても、その数がゼロにならない限り、第14条の適用がなされないことになる（実際にはゼロになることはないので、永久に第14条の適用はなされないことになる）。

 イ 個別市場の規模についての規定が全く存在しないため、中央卸売市場全体の95％の

シェアを占める大規模個別市場も、もう一つ５％シェアの小規模個別市場が存在すれ

ば、その廃止の際に第14条が適用されないことになる。[[22]](#footnote-22)

　ウ 他方で、個別市場が一つしかない自治体（中央卸売市場は人口20万人以上の自治体において設置可能）においては、その廃止に当たって必ず第14条が適用される。

個別市場から供給を受ける一般消費者の数が多ければ多いほど、その利益を保護する必要性は大きいから、これはイに照らして不合理なことである。

以上のア～ウの結果は、「関連事業者及び一般消費者の利益」を保護する規定（第14条）が骨抜きにされることを意味し、第14条を設けている卸売市場法の立法趣旨に明らかに反する。ということは、ア～ウの結果を招く原因である「複数の個別市場全体で一つの中央卸売市場」との見解が、そもそも卸売市場法に反することを意味している。

　では、なぜ、東京都は卸売市場法に反する見解を掲げてまで築地市場の廃止をめざしたのであろうか？

　その理由は、日本最大、世界でも有数の市場である築地市場を「一般消費者及び関連事業者の利益が害される」ことなく廃止することは不可能だから、とみるほかはない。卸売市場法第14条を適用すれば、築地市場を廃止するのは不可能なため、第11条「『中央卸売市場の位置及び面積』の変更」を使って第14条適用を回避したということである。

**３．平成19年11月27日政府答弁書を書証として出すのは的外れ**

　処分庁は、築地市場の移転に関し、卸売市場法第14条「廃止の認可」は必要でなく、第11条「『中央卸売市場の位置及び面積』の変更」ですむとの主張を裏付けるものとして、平成19年11月27日政府答弁書（内閣衆質168第240号）を書証として提出している。

　同政府答弁書中の「廃止の認可」に関する肝腎の「三の２について」の部分は何故か黒塗りにされているが、黒塗りを外して示せば次のとおりである。

三の２について

　　築地市場の移転については、中央卸売市場の位置を変更するものであることから、卸売市場法第十一条第一項の規定に基づき、東京都の業務規程の変更について農林水産大臣の認可が必要となるが、中央卸売市場そのものが廃止されるものではないため、御指摘の同法第十四条第一項の規定に基づく中央卸売市場の廃止の認可は必要ない。

上掲政府答弁書の１行目「築地市場の移転については、中央卸売市場の位置を変更するものであることから」の中の「中央卸売市場」は明らかに個別市場（東京都中央卸売市場築地市場）を意味している。したがって、３行目の「中央卸売市場」もまた個別市場（東京都中央卸売市場築地市場）を意味するはずである。

　上掲政府答弁書が出された平成19年当時は、築地市場の移転計画の内容が全く不透明で「東京都中央卸売市場築地市場」の廃止は想定されておらず、その位置の変更しか想定されていなかったために、政府答弁書は「業務規程の変更についての認可で済む」という見解を出したまでのことである。

　ところが、平成28年の市場条例改正では、「東京都中央卸売市場築地市場」を廃止したのであるから、上掲政府答弁書は、市場条例改正に基づく卸売市場法の運用として参考になるものではない。

　平成28年の市場条例改正の内容とは想定ケースを異にする平成19年の政府答弁書を書証として出すことは全くの的外れであり、このようなものを書証として出さざるを得なかったこと自体、如何に処分庁の見解が根拠のないものかを如実に示すものでしかない。

**結　語**

　以上のことから、「東京都中央卸売市場築地市場の廃止」及び「東京都中央卸売市場豊洲市場の開設」を内容とする市場条例改正に伴う農水大臣への認可申請を卸売市場法第11条の「『中央卸売市場の位置及び面積』の変更」に基づいて行なった東京都の手続きが違法であることは明らかである。

　市場条例改正に伴う認可申請は、卸売市場法第14条「中央卸売市場の廃止」及び第８条「中央卸売市場の開設」に基づいて行なわなければならなかったのである。

以　上

証拠書類の表示

疎甲第７号証　田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』275,289-293頁

疎甲第8号証　国交省公共用地室監修 公共用地補償研究会編著『新版改訂版　公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説』42-45頁

疎甲第9号証　浜本幸生『早わかり「漁業法」全解説』446-447頁。

疎甲第10号証 浜本幸生『早わかり「漁業法」全解説』458-463頁。

疎甲第11号証 国交省公共用地室監修 公共用地補償研究会編著『新版改訂版　公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説』12-13,156-164頁。

疎甲第12号証 用地補償研究会編著『営業補償の理論と実務　改訂第４版』4-5頁,63-64,71-72,168-169,194-197頁。

疎甲第13号証 中央卸売市場法(抄)。

疎甲第14号証 東京市役所「板船権ニ関スル説明書」1-9頁。

1. 弁明書において、処分庁は「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」である旨の表現を八度も繰り返している。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 処分庁は、再弁明書において、本件改善措置命令は「行政処分」でなく「是正命令」である旨主張するが、是正命令もまた「見える」を根拠に出せないことはいうまでもない。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』290-291頁（疎甲第７号証）。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 『新版改訂版　公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説』45頁（疎甲第８号証）。

営業権もまた、この第2条第5項の規定に基づけば、要綱にいう「権利」に含まれることになるが、要綱で実際に「権利」に含まれている。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 漁権の売買と指定遠洋漁業制度については、浜本幸生『早わかり「漁業法」全解説』446-447頁（疎甲第９号証）を参照。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 築地市場の「のれん」の価額は2億円を超したこともある（2018年10月時点で約1500万円）が、豊洲市場の「のれん」は2019年6月には約360万円に下落している。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 運送業の営業権については、<https://xn--jprz31c82x93etka.com/archives/994> ,

<https://xn--jprz31c82x93etka.com/jouto-towa>等のサイトを参照。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 浜本幸生は、漁業許可の取消しに損失補償が必要であることに関して、「許可によって営業権が発生するのは一般的である」として、その古い例として「造石権（ぞうこくけん、清酒製造の許可が権利となったもの）」を、新しい例として「タクシーの運転免許」を挙げるとともに、それらの権利は「世の中の経済どおりに、世の中の経済原則によって発生したもので、……それを否定しようとしても、駄目です」と述べている（浜本幸生『早わかり「漁業法」全解説』458-462頁(疎甲第10号証)）。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』291頁（疎甲第７号証）。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 成立した水産資源枯渇防止法では、第11条に「政府は、前条第５項の規定による許可の取消又は操業区域の変更によって生じた損失を当該処分を受けた者に対し補償しなければならない」と規定されている。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」は、用地取得を伴う公共事業についての損失補償基準についての要綱であるが、同要綱は補償の基準を定めているに過ぎず、損失補償の要否自体は憲法29条3項に基づいて判断されるから、用地取得を伴わない公共事業についても同要綱が準用されることはいうまでもない。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 『営業補償の理論と実務　改訂第４版』194-195頁（疎甲第12号証）。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 『営業補償の理論と実務　改訂第４版』5頁（疎甲第12号証）。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 『営業補償の理論と実務　改訂第４版』64,72,168頁（疎甲第12号証）。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 日本橋魚河岸で江戸時代以来、認められていた権利で、板船（魚類を販売するのに用いた幅1尺、長さ５、６尺の平板）を並べる権利を「板船権」と呼び、売買・譲渡・賃貸が行なわれていた（疎甲第14号証）。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 昭和46年制定の卸売市場法において中央卸売市場法第7条に相当する損失補償の規定が盛り込まれていないのは、新憲法第29条に基づき営業補償が支払われるべきは当然であり、個別法で規定する必要がないからである。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」第31条（営業廃止の補償）には「営業の権利等が資産とは別に取引される慣習があるものについては、その正常な取引価格」を補償すると規定されており（疎甲第11号証参照）、前掲『営業補償の理論と実務』196頁でも同様に説明されている（疎甲第12号証参照）。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 改正条例の文言は「第四条の表東京都中央卸売市場築地市場の項を削り、同表東京都中央卸売市場大田市場の項の次に次のように加える」であり、旧条例には表1が、また改正条例には表２が掲げられている（疎乙第１号証）。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 処分庁は再弁明書の書証として、農水大臣宛「東京都中央卸売市場条例等の変更認可について（申請）」（平成30年8月1日）の添付書類のうち、「(3)東京都中央卸売市場条例（施行規則を含む）の一部改正に係る新旧対照表」を提出しており、そこには簡略化された「市場条例第４条の表」が新旧共に記載されているが、「(3)東京都中央卸売市場条例（施行規則を含む）の一部改正に係る新旧対照表」という表題も「市場条例第４条の表」中の東京都中央卸売市場及び東京都中央卸売市場豊洲市場の部分も黒塗りにされている。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 東京都は、卸売市場法が中央卸売市場の開設者に義務づけている業務規程を東京都中央卸売市場条例として定めている。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 疎甲第1号証『卸売市場法必携』問127でも卸売市場法（昭和46年）の立法担当者が、地方卸売市場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、と述べている。これは、中央卸売市場の廃止に当たっても、事前に開設の認可を行なった農水大臣に認可を受けることは当然です、と読み替えることができる。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 築地市場が、そのような大規模市場にあたることは論を待たない。 [↑](#footnote-ref-22)