

審査申出事件

審査申出人 泉佐野市長千代松大耕

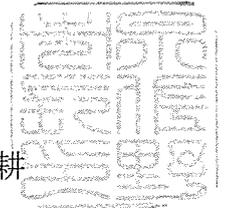
相手方 総務大臣石田真敏

令和元年 7 月 22 日

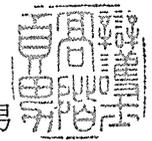
国地方係争処理委員会 御中

再 反 論 書

審査申出人 泉佐野市長 千代松 大 耕



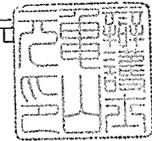
審査申出人代理人弁護士 高 階 貞 男



同弁護士 向 井 太 志



同弁護士 亀 山 元



頭書事件に関し、相手方の再答弁書に対する審査申出人の再反論書は、別紙の通りである。

(別紙)

本書面では、略語は、審査申出書及び答弁書記載のものを使用する。

第1 はじめに

本書面では、相手方の再答弁書のうち、本件告示2条3号の違法性に関する部分について、反論するとともに、審査申出人の主張を補充する。

第2 告示2条3号は過去の実績を理由に未来永劫にふるさと納税対象地方団体に指定されない不合理な基準であり、委任の範囲を超えていること

1 指定除外が固定化される基準

(1) 本件告示2条3号は、「平成30年11月1日から法第37条の2第3項及び第314条の7第3項に規定する申出書を提出する日までの間に、前条に規定する趣旨に反する方法により他の地方団体に多大な影響を及ぼすような第1号寄附金の募集を行い、当該趣旨に沿った方法による第1号寄附金の募集を行う他の地方団体に比して著しく多額の第1号寄附金を受領した地方団体でないこと」と定められている。

本件告示2条3号は、「平成30年11月1日から申出まで」という過去の実績を問うており、過去の実績は変えられないので、本件告示第2条3号が適法であり泉佐野市が本件告示2条3号に該当しないとして不指定にされた場合、告示を字句どおりに解釈するならば、泉佐野市は、未来永劫に本件告示2条3号の要件を満たすことはできないということになる。そうすると、泉佐野市は、未来永劫に、ふるさと納税対象地方団体に指定されなくなる。

(2) 改正後の地方税法37条の2第2項柱書は、「前項の特例控除対象寄附金とは、同項第1号に掲げる寄附金であって、都道府県等による第1号寄附金の募集の適正な実施に係る基準として総務大臣が定める基準に適合する都道府県等として総務大臣が指定するものに対するものをいう」と規定している。総務大臣は、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」に適合する地方団体

を指定するのであるから、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」に適合しない地方団体を指定することは法律上できない。そうだとすると、泉佐野市がふるさと納税対象地方団体に指定されるためには、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」に適合する必要があるが、本件告示2条3号が適法であり泉佐野市が同号に該当しないとすれば、泉佐野市は未来永劫に「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」を満たすことはない。

- (3) なお、仮に、数年が経過し、既に認定された過去の実績にかかる事情が存するにもかかわらず、相手方がそれを無視して、それまで対象外としていた地方団体を、対象地方団体に指定することも可能なのだと解釈する場合は、それが許容される基準や考慮される事情は何なのかがそもそも分からない。その基準や考慮事情を誰が決めるかも法定されていない。相手方自身がそれらを決めるのだとすれば、それこそ、白紙委任に基づいて相手方に対象団体を決定する権限が付与されているのだと解釈するほかない。むしろ、その場合、なぜ過去の実績を無視して良いのかという根本的な疑問も解消しない。

要するに、本件告示2条3号の規定の方式では、年月の経過に伴って、過去の実績如何にかかわらず、対象地方団体に認定することも可能だという解釈は、成り立たない。

翻って、本件告示2条3号の定め方は、一度過去の実績が基準を満たさないと認定されれば、その後は対象団体と認定されることがあり得ないという、実に不合理な定めになっているのである。

- (4) したがって、本件告示2条3号を適法だとすると、泉佐野市は、指定除外団体として固定され、未来永劫にふるさと納税対象地方団体に指定されないのである。

2 本件告示2条3号が不合理であり、違法であることは明白である

- (1) このように、本件告示2条3号は適法である等の相手方の主張を前提とすると、泉佐野市を含む今回不指定とされた4地方団体は、未来永劫にふるさと納税対象地方団体から除外されることになる。

このように極めて強力な権限は、総務大臣が単独で出すことができる「告示」によって行使できるものではなく、その権限が法律に明示されてはじめて行使できるものである。

(2) 本件では、相手方は、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」を策定することを法律から委任されたに過ぎないのであって、この基準の中に、泉佐野市等の地方団体を未来永劫ふるさと納税対象地方団体から除外する本件告示2条3号を設定したことは、明らかに不合理であり、法律による委任の範囲を超えている。

(3) また、令和元年6月1日以降に、返礼割合3割以下基準、地場産品基準及び適正募集基準に適合しなくなり指定を取り消された地方団体は、2年間指定を受けられないと法定されている（改正地方税法37条の2第4項）。つまり、新制度施行後に返礼割合3割以下基準等に違反して取り消された地方団体は2年後には指定を受けられる道がある。ところが、新制度施行前に、その時点では法定もされていない返礼割合3割以下基準等に違反した場合には、未来永劫に指定を受けられないのである（甲41の11頁）。

この不均衡は明白であり、本件告示2条3号が極めて不合理であることは、論を俟たない。

(4) 「前科」でさえ抹消の制度（刑の言渡しの効力の消滅、刑法34条の2）があり、禁固以上の刑の執行が終わって10年が経過したら刑の言渡しは効力を失う。保険医の登録が抹消されても、5年経てば再登録の道がある（健康保険法71条2項1号）。悪質な交通違反で免許が取り消されても、最長10年経つと再免許を得ることができる（道路交通法90条9、10項、103条7、8項）（甲33の7頁、甲41の12頁）。

しかしながら、相手方の主張を前提にすれば、泉佐野市は未来永劫にふるさと納税対象地方団体から除外されることになるのであり、これらの法制度との比較から考えても、本件告示2条3号の不合理性は明白である。

3 過去の寄附金控除等の例の規定とも全く異なること

(1) 相手方は、過去の実績を考慮している例として、①特定非営利活動法人への寄附金に係る寄附金控除と②公立大学法人等に対する寄附金に係る税額控除の例を挙げている。しかし、①特定非営利活動法人への寄附金に係る寄附金控除においては、政令で、「直近2事業年度」の事業活動等が問われていたのであり（乙38）、仮にある年に寄附金控除の要件を満たさないと判断されたとしても、その後2事業年度の事業活動次第で、2年後に寄附金控除の要件を満たすことができた。

また、②公立大学法人等に対する寄附金に係る税額控除においては、実績判定期間が「原則5年、制度施行から3年間は2年」とされており（乙39）、その間の実績が問われたので、やはりある年に税額控除の要件を満たさないと判断されたとしても、その後の活動次第で、数年後には税額控除の要件を満たすことができた。

これは、寄附金控除等の特典を認めるためには過去にも寄附を受けてきた等の実績が必要であるという考え方によるもので、実績不足の者には優遇措置を講ずるほどの必要性もないということであろう。そして、寄附金控除等の特典を得たければ、実績を作ればよいのである。実績がないからといって、未来永劫指定を受けられないという関係にはない。

(2) ところが、本件では、本件告示2条3号は、「平成30年11月1日から申出まで」の実績を問うており、どれだけ時間が経過しても、平成30年11月1日以降の寄附金募集の方法及び寄附金受領額は変わらないのであって、ひとたび本件告示2条3号に該当しないと判断された地方団体は、将来に亘り永遠に、ふるさと納税対象地方団体から除外されてしまうのである。

(3) このように、過去の実績を考慮している例の規定と比較しても、本件告示2条3号の規定の「異常性」がよくわかるといえる。

(4) なお、相手方が挙げる例は、過去の行動に対する不利益な扱いという側面は一切持っていないが、本件では、総務大臣の指導を受け入れなかったことを制度改正の際に考慮したもので、形式的には遡及立法ではないが、実質的には、指導に従わない地方団体を不利益に扱うもので、地方自治法247条

3項に違反するものである。

このように、「過去の実績不足を考慮して寄付金控除等の特例を与えない」という、相手方が挙げる二つの例は、本件とは事案が全く異なるのであるから、それを本件の正当化に用いることはできない（甲41の9, 10頁）。

4 佐藤教授の意見について

- (1) この点に関し、佐藤英明教授（以下「佐藤教授」という。）も問題点に気付いており、「本件告示第2条第3号は、将来の判断について何らの留保も付していないから、これを文言どおり読めば、ひとたび同号に規定する期間中に同号所定の「募集」と「受領」を行なえば、その事実を後に覆すことが不可能である以上、この要件に該当する地方団体が行なう募集は未来永劫にわたって適正ではないとされることになる」と指摘している（乙55の11頁）。この問題点の指摘は、正当である。
- (2) ところが、佐藤教授は、この問題点に気付いておきながら、「一旦同号に該当した地方団体が、一定期間を経てふるさと納税制度の趣旨を正しく理解し、かつ、以前に悪影響を被った多くの地方団体の理解を得られた場合においても、なお、その地方団体による募集を適正なものとしなかった場合には、「適正な募集」に関する基準制定の委任の範囲を逸脱するものと評価されることがありうる。」、「その場合は、この同号に照らして行なわれた不指定は、委任の範囲を超えた告示の適用により判断されたことにより違法となると解される。」、「他方で、本件告示制定後長期間を経たとしても、それだけで同号に該当する地方団体がふるさと納税制度の趣旨を正しく理解したり他の地方団体の理解を得られたりするとは限らないから、同号自体が一定期間の経過により当然に違法無効となるわけではない。」、「地方団体がふるさと納税制度を正しく理解し、他の地方団体の理解を得るには相応の時間を要すると考えられることから、これは新制度発足後相当期間が経過してはじめて問題となる論点であり、新制度発足後わずか1か月の現時点におい

て、本号の適用による不指定の判断に法的な瑕疵を生ぜしめることはありえない。」と述べている（乙55の12頁。）。

かように、佐藤教授の意見は、この点について、実に分かりにくく、歯切れが悪い。ただ、佐藤教授の意見は、要するに、「本件告示2条3号は、現時点では適法であるが、適用の対象となる地方団体の理解や他の地方団体の理解によって、一定期間経過後には、法律による委任の範囲を超えたものとして違法になりうるものである」というものだと解される。

- (3) しかし、本件告示2条3号の文言自体は変わらないにもかかわらず、適用の対象となる地方団体の理解や他の地方団体の理解などという曖昧な内心・認識によって、本件告示2条3号という定め自体の適法・違法が変化していくなどという解釈は、到底成り立ち得ない。

また、現時点で適法であるが、一定期間（佐藤教授の文脈からは2年程度と思われる）経過後には、違法になるという論理も、極めて不合理である。阿部教授も、佐藤教授の解釈は極めて不安定であると批判している（甲41の11頁）。2年後に違法となるような告示は、当然、現時点で違法である。未来永劫に地方団体をふるさと納税の対象から除外するような告示の定めは、端的に、委任の範囲を逸脱しており違法であると断じなければならない。

- (4) また、佐藤教授は、一旦本件告示2条3号に該当しなかった地方団体が、一定期間を経てふるさと納税制度の趣旨を正しく理解し、かつ、以前に悪影響を被った多くの地方団体の理解を得られた場合には、本件告示2条3号に該当すると判断して、適正募集基準を満たすと判断すべきであると考えているようである。

しかし、本件告示2条3号の文言から考えて、一旦本件告示2条3号に該当しなかった地方団体が、ふるさと納税制度の趣旨を正しく理解し、かつ、以前に悪影響を被った多くの地方団体の理解を得られたとしても、当該地方団体が「法施行前の過去の実績」にかかる要件を満たすことはないのであって、それが唐突に、「本件告示2条3号の要件を満たすことになる」などという解釈は、告示の文言を無視したものであって、もはや完全に規定の「解

積」を逸脱することになる。そのような法解釈は成り立たない。この点についての佐藤教授の意見は、失当であると言わざるを得ない。

5 地方自治法が要求する必要最小限の関与でもないこと

- (1) 地方自治法245条の3第1項は、国の地方公共団体への関与は、その目的を達成するために必要最小限度のものとするとともに、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないと規定している。

上述の通り、ひとたび平成30年11月1日以降に本件告示2条3号所定の「募集」と「受領」を行なえば、その地方団体は未来永劫にわたってふるさと納税の対象地方団体から除外されることになる。

「ふるさと納税制度の募集を適切に実施すること」という総務大臣の行政目的を達成するために、平成30年11月1日以降に本件告示2条3号所定の「募集」と「受領」を行った地方団体を未来永劫にわたってふるさと納税の対象地方団体から除外するというのは、どのように考えても過剰規制である。

- (2) したがって、本件告示2条3号は、必要最小限度の関与ではないのであり、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮したものでもないから、地方自治法245条の3第1項にも反する。

6 小括

以上の通り、本件告示2条3号は、泉佐野市を含む今回不指定とされた4地方団体を、将来に亘ってふるさと納税対象地方団体に指定しない基準であり、その不合理性は明白である。

また、それは、必要最小限度の関与でもないのであって、地方自治法245条の3第1項にも反する。

地方税法37条の2第2項は、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」として、このような不合理な基準を設定することは相手方に委任していないのであって、本件告示2条3号は、委任の範囲を超えており、違法無効である。

第3 本件告示2条3号の適法性は厳格な基準により審査されるべきこと

1 はじめに

以下の通り、本件告示2条3号の適法性は、「改正地方税法の規定を見て、そこから、本件告示2条3号の制定を委任する授権の趣旨が、明確に読み取れることを要する」という厳格な基準により審査されるべきである（甲33の14, 15頁参照）。そして、この基準に照らせば、本件告示2条3号が、委任の範囲外であり違法であることが、明らかである。

2 「授権の趣旨が明確に読み取れることを要する」という基準によるべき

(1) 地方公共団体の自主性・自立性の尊重の観点から限定的に解釈すべき

上述の通り、地方自治法245条の3第1項は、国の地方公共団体への関与は、その目的を達成するために必要最小限度のものとするとともに、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないと規定している。したがって、国家監督を最小限とし、地方公共団体の自主性・自立性を尊重するという観点からは、委任立法についての曖昧な文言は限定的かつ厳格に解釈すべきであって、文言から普通には想定されない意味付けを与えるべきではない（甲33の9, 10頁）。

(2) 租税法律主義の観点からも限定的かつ厳格に解釈すべき

ア 租税法律主義を定めた憲法84条は、「国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律の根拠を要するという法原則を租税について厳格化した形で明文化したもの」（最大判平成18年3月1日判決民集60巻2号587頁）と理解されている。また、「憲法84条のもとにおいては、租税の種類や課税の根拠のような基本的事項のみでなく、納税義務者、課税物件、課税標準、税率などの課税要件はもとより、賦課、納付、徴税の手續もまた、法律により規定すべきものとされており（最高裁大法廷昭和30年三月二三日判決民集九巻三号三三六頁，最高裁大法廷昭和三七年二月二一日判決刑集一六巻二号一〇七頁），租税の優遇措置を定める場合や、課税要件として手続的な事項

を定める場合も、これを法律により定めることを要するものである。」とされている（東京高判平成7年11月28日判タ896号95頁）。

この租税法律主義、なかんずくその根幹を成す課税要件法定主義の下では、法律による行政命令等への委任は、法律自体からの委任の目的、内容、程度などが明らかにされていることが必要であり、法律で概括的、白地的に命令に委任することは許されない（大阪高判昭和43年6月28日行集19巻6号1130頁）。法律が租税に関し政令以下の法令に委任することが許されるのは、個別的・具体的な場合を限定して委任するなど、租税法律主義の本質を損なわないものに限られる（上記東京高判平成7年11月28日）のである（乙55の6頁）。

そして、この立場からは、たとえば法律において、「政令で定めるところにより」というような一般的な文言で政令等への委任がなされている場合には、「その抽象的で限定のない文言にかかわらず、これを限定的に解釈すべきもの」（上記東京高判平成7年11月28日）と理解されている（乙55の6頁）。

イ さらに、告示は、租税法の法源の一つとはいっても、それはどこまでも、法令の委任に基づく補充立法であり、租税法律主義の見地からして、それ以上の地位を与えるべきではない。告示への委任については、個別的・具体的委任でなければならないのであり、この点は、法律による政省令への委任よりもさらに厳格に考えなければならない（甲42）。本件は告示への委任なのであり、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言は、より限定的に解釈しなければならない。

ウ この点に関し、相手方は、地方税法は適正募集基準について具体的な内容を定めていないから、これは、総務大臣の広範な政策的技術的裁量に委ねている趣旨であると主張する（答弁書27頁）。

しかし、相手方が意見書を証拠提出してきた佐藤教授ですらこのような考えをしていないことに注意すべきである（甲41の7頁）。相手方のように白紙委任を許容する考え方は、租税法律主義に反する違憲（憲法84条違

反)の発想である(甲33の6頁)。

エ このように、租税法律主義の下での法律による命令等への委任は、たとえ法令に用いられている委任文言が一般的抽象的であっても、その形式的な文言通りの委任がなされていると考えるべきではない(乙55の7, 8頁)。租税法律主義の観点からも、本件でいえば、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言は、厳格かつ限定的に解釈すべきである。

(3) 最高裁判例を踏まえた規範

ア 最高裁判決平成25年1月11日民集67巻1号1頁は、「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの(行政手続法38条1項)であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法36条の5及び36条の6を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」と判示している。

この最判平成25年1月11日は、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制が問題となっている点で、旧地方税法の下では違法とされていなかった寄附金の募集方法を不利益に扱うとしている本件と共通する点があるといえる。

イ 本件では、①地方公共団体の自主性・自立性の尊重の観点から委任立法を限定的かつ厳格に解釈すべきであること、②本件告示2条3号は「告示」によって定められている点も踏まえて、租税法律主義の観点からも委任立法を限定的かつ厳格に解釈すべきであること、③本件告示2条3号は行為時には適法であった行為を不利益に扱うものであること、④ふるさと納税制度の対

象団体とならない場合の地方団体の不利益は非常に大きいこと¹等を考慮すると、最判平成25年1月11日と同様に、本件告示2条3号が委任の範囲を逸脱したものではないというためには、改正地方税法の規定を見て、そこから、本件告示2条3号の制定を委任する授権の趣旨が、明確に読み取れることを要するものというべきである。

阿部教授もこの規範を用いるべきであると結論づけている（甲33の14頁）。

(4) 再答弁書に対する反論

ア この点に関し、相手方は、再答弁書において、最判平成25年1月11日は、国民の職業活動の自由に関する規制であることや、薬事法改正前後の立法過程を考慮した事例判断であると主張し、「委任命令の法適合性を検討するに当たって授権規定が明確であるべきことを一般的に法理として示したものであるとまではいえない」と述べた、最判平成25年1月11日の最高裁判例解説（最高裁判所判例解説民事篇平成25年度）を引用する。

しかし、この最高裁判例解説は、この部分に続けて、「授権規定や委任命令の趣旨等と並び、委任命令によって制約されるべき権利利益の性質やこれに対する制約の範囲及び程度が重要であり、それによって必要とされる授権規定の明確性の程度が左右されうる」と述べている。

イ 本件では、上述の①～④の事情がある以上、最判平成25年1月11日と同様に、本件告示2条3号が委任の範囲を逸脱したものではないというためには、「改正地方税法の規定を見て、そこから、本件告示2条3号の制定を委任する授権の趣旨が、明確に読み取れることを要する」という厳格な規範で、判断するべきである（以下3に続く）。

¹ ふるさと納税については、制度を利用する寄付者に2000円を超える経済的負担が生じず寄附の誘引が大きいと、この制度の対象となるか否かは地方団体にとって大きな利害がある（乙55の14頁）。佐藤教授は、不指定の地方団体も、ふるさと納税ではなく、一般の寄附金控除の範囲では控除を受けうるという点を指摘するが、ふるさと納税と一般の寄附金控除では、納税者が受ける控除の範囲が大きく異なる。

3 本件告示2条3号が委任の範囲を超えていること

(1) 相手方の主張について

ア 審査申出人が反論書3頁で述べた通り、相手方は、本件告示2条3号は、過去にふるさと納税の趣旨に反する方法により著しく多額の寄附金を受けていた地方団体については、「改正法施行後も規制を守らないであろうと推認できるので不指定とする」ということではなく、将来（改正法施行後）に規制を守るか否かにかかわらず、過去の実績そのものを根拠として、ふるさと納税制度による優遇を付与することはふさわしくないし、優遇を付与すると他の地方団体は不公平感を抱いて他の地方団体の理解を得られないので、規定したと主張している。

イ そうだとすると、本件では、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視して不利益に取り扱って、(b)ふるさと納税制度による優遇を付与することはふさわしくないとして、また、(c)他の地方団体の理解を得る目的で、ふるさと納税対象地方団体から不指定にするという本件告示2条3号を制定することを委任する授權の趣旨が、明確に読み取れるかということが問題となる。

(2) 適正募集基準は「今後」の適正な募集を担保するための基準である

ア まず、「寄付金の募集の適正な実施に係る基準」という文言は、過去の募集を指すわけではなく、「これから」（改正法施行後）の募集を指すとするのが常識的な読み方である（甲33の14頁）。法律が総務大臣に委任しているのは、「過去の募集が適正でなければ今後指定しない基準を作ってよい」ということではなく、「これから」の募集の適正な実施を担保するための基準である（甲33の10頁）。

イ つまり、適正募集基準は、改正法施行後に、適正に寄附金の募集を実施する地方団体か否かを判定するための基準なのである。「過去の募集が適正でなければ今後指定しない基準」でもなければ、「ふるさと納税の優遇を付与するに値する適正な地方団体か否かを自由に選別することができる基準」でもない（反論書4頁）。(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事

後的に問題視して不利益に取り扱うことも、(b)過去の実績そのものを根拠としてふるさと納税制度による優遇を付与することはふさわしくないとして不指定にすることも、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言からは、授権の趣旨が読み取れない。

(3) 新規制の新制度施行前の不遵守は今後の不遵守を推認させない

ア 仮に過去に規制を遵守していなかったことから、今後も規制を遵守しないであろうという推認ができるのであれば、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」の中で、過去の規制不遵守の事実を考慮することも合理的といえよう。

しかし、本件では、改正法施行前と改正法施行後では法的規制が全く異なる。つまり、「法施行前に新制度の規制を遵守していないのであるから、法施行後にも新制度の規制を遵守しないであろう」という推認は、できないのである。泉佐野市は、過去にも、ふるさと納税制度にかかる法律を遵守してきたのであり、勿論、今後も、新制度による法律を遵守する意思である。

イ したがって、本件において、今後（改正法施行後）の寄附金の募集の適正な実施のために、過去における新制度による規制の不遵守を問うことは、全く合理性がない（審査申出書14、15頁）。

(4) 適正募集基準は技術的基準である

ア 「募集の適正な実施」とは、消費者保護法と似たようなもので、寄附者を惑わし、不当な勧誘を行うことを防止する趣旨であって、例えば、紹介者に利益供与をして募集をしていないか（本件告示2条1号イその他同号ロ～ニ）等の技術的な基準がそれにあたる。他の地方公共団体への影響や他の地方公共団体の理解を得るという点は、募集の適正な実施とは無関係なのであり、文言から考えて、考慮要素とすべきではない（甲33の9頁）。他の地方団体への影響を考えることは、「募集の適正な実施」という日本語の普通の読み方ではない（甲33の10頁）。

このように、(b)ふるさと納税制度による優遇を付与すること及び(c)他の地方団体の理解を得ることのために本件告示2条3号を制定することは、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言からは、授権の趣旨が読み

取れないものである。

イ この点について、阿部教授は、「『適正』の意味が、筆者のような読み方ではなく、ふるさと納税の争奪戦に終止符を打ち、ふるさと納税制度の本来の趣旨を実現することというのであれば、委任する方の法律の条文に、その趣旨を書き込めば済むことであるから、このような立法者の怠慢を、あれこれ趣旨解釈して、正当化することは、委任立法の限界、地方団体への国家関与の最小限化、地方団体の自主性の尊重、法治行政、租税法律主義の観点からも疑問と思う。」と述べており（甲41の8頁）、正当である。

(5) 地方税法改正の趣旨について

ア（相手方主張の地方税法改正の趣旨は誤りである）

今回の地方税法改正の趣旨について、相手方は、「ふるさと納税制度の対象となる地方団体を、制度の趣旨を理解し、同趣旨に沿った方法によってふるさと納税の募集を行う地方団体に限ることで、ふるさと納税制度を存続させ、制度本来の趣旨に沿った健全かつ公平な制度を実現すること」であると主張する（再答弁書1頁）。

しかし、このうち、ふるさと納税制度の対象となる地方団体を、「制度の趣旨を理解」する地方団体に限るとしている点は、地方税法改正の趣旨の把握として誤りである。国会答弁では、古賀政務官は、「募集の適正な実施に係る基準に適合する地方団体として認められるかどうかを、できる限り客観的な情報をもとに判断した上で行う必要があるもの、このように考えているところでございます」と答弁している（乙6の24頁）。また、鈴木副大臣も、「募集の適正な実施に係る基準に適合する自治体、地方団体として認められるかどうか、できる限り客観的な情報をもとに判断した上で、ふるさと納税の対象となる地方団体の指定を行う必要があるものと考えております」と国会で答弁している（乙6の26頁）。また、稲岡大臣官房審議官も、「今回のふるさと納税の見直しは、各地方団体が行う募集の方法について、法律上、一定の客観的なルールを設けることで、制度趣旨に沿った運用を実現しようとするものであり、これにより、ふるさと納税制度が健全に発展をする、こういったことを期待して

おります」と国会で答弁している（乙6の30頁）。このように、改正法は、客観的な情報、客観的なルールを設けて募集の方法に規制をかけたのであり、「地方団体が制度の趣旨を理解しているか否か」というような地方団体の内心・認識をはかろうとするものではない。

また、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」も、その文言からわかる通り、募集の実施方法に規制をかけるものであって、「地方団体が制度の趣旨を理解しているか否か」という地方団体の内心・認識を問うものではない。

今回の地方税法改正の趣旨は、ふるさと納税制度の対象となる地方団体を、制度の趣旨を理解する地方団体に限るなどという思想調査のようなものではない。

イ（地方税法改正の趣旨について）

前述の通り、稲岡大臣官房審議官は、「今回のふるさと納税の見直しは、各地方団体が行う募集の方法について、法律上、一定の客観的なルールを設けることで、制度趣旨に沿った運用を実現しようとするものであり、これにより、ふるさと納税制度が健全に発展をする、こういったことを期待しております」と述べている（乙6の30頁）。この答弁からわかる通り、今回の地方税法改正の趣旨は、地方団体が行う募集の方法について一定の客観的なルールを設けることにより、ふるさと納税制度の健全な発展を実現することである。

そして、この「ふるさと納税制度の健全な発展」とは、当然、改正法施行後の「健全な発展」であって、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視することは、改正法施行後の「健全な発展」に寄与するものではない。

また、相手方は、地方税法改正の趣旨に「公平な制度を実現すること」を加えている。一定の客観的なルールは地方団体全てに公平に適用されることになるので、その意味では、「公平」を実現することも趣旨に含まれると解されるかもしれない。しかし、この「公平」とは、当然、「改正法施行後」の一律な公平である。改正法施行前に寄附金額を多く受領した地方自治体と、改正法施行前に寄附金額を少なく受領した地方自治体との公平を図るという趣旨ではな

い。

ウ（地方税法改正の趣旨から考えても委任の範囲から外れている）

地方税法改正の趣旨は、「改正法施行後」のふるさと納税制度の健全な発展を実現することにある。そして、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視することは、改正法施行後の「健全な発展」に寄与するものではない。したがって、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視することは、地方税法改正の趣旨から考えても、授權の趣旨が読み取れず、委任の範囲から外れている。

また、相手方は、要するに、改正法施行前に寄附金の受領額が多かった団体に対しては、法改正により、改正法施行後はふるさと納税制度の特典を与えず、技術的助言に従った他の地方公共団体との「公平」を確保しようとしているといえる。しかし、寄附金の受領額が多かったのは、正当な競争の結果であったから、その受領額の差を次の機会に調整させられる理由はない。次の機会に改めてヨーイドンとして改めて同じ出発点に立てるのであって、スタートラインに立てない理由はない。上述の通り、改正地方税法が実現しようとしている「公平」とは、「改正法施行後」の一律な公平であって、改正法施行前に寄附金額を多く受領した地方自治体と、改正法施行前に寄附金額を少なく受領した地方自治体との「公平」を図るという趣旨ではない。「寄付金の募集の適正な実施に係る基準」とは、「これから」の募集の仕方に関する基準であって、過去に寄附金受領額が多かった団体を排除することが適正であるとは到底読めないのである（甲33の22頁）。

また、地方税法改正の趣旨は、一定の「客観的なルール」を設けることにより、ふるさと納税制度の健全な発展を実現することである。本件告示2条3号は、ふるさと納税制度の「趣旨に反する方法」により寄附金の募集を行ったという要件を定めているが、本件でも「趣旨とは何か」、「泉佐野市の募集方法が趣旨に反したのか」という点が激しく争われていることからわかる通り、「趣旨に反する」という要件は、曖昧で客観性に欠けるものである。また、相手方は、「趣旨に反する」という要件を加えることにより、制度の趣旨を理解

している地方団体にだけふるさと納税制度の特典を付与する意図のようであるが、上述の通り、改正地方税法は、「地方団体が制度の趣旨を理解しているか否か」というような地方団体の内心・認識をはかろうとするものではない。この「趣旨に反する」という要件も、地方税法改正の趣旨から外れるのである。

(6) 佐藤教授の意見について

ア この点に関し、佐藤教授は、「趣旨に反する方法による募集を行ったことと、その結果、趣旨に従った募集を行った地方団体よりも著しく多額の寄附金を受領したことは、まさに、『適正な募集』に該当しない典型的な事例にあたる」とした上で、このような「募集」と「受領」を、新法による制度開始に「近接」した時期に行った地方団体について、適正募集基準に該当しないとする事は、「適正な募集」を定める委任の範囲を逸脱したものとはいえないと述べている（乙55の9，10頁）。また、佐藤教授は、租税法令の遡及適用にはあらず、改正法施行日に近接した時期における過去の当該地方団体の寄附金の募集方法や受領の事実を、指定・不指定の判断の際の考慮要素とすることは、合理的であると述べている（乙55の15，16頁）。

イ しかし、佐藤教授は、乙55の意見書において、「行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視して不利益に取り扱うことが許されるのか」という本件の核心部分について、全く触れていない。形式的に、「比較的近接した過去における事実を現時点での判断に用いることは、一般的」と述べているに過ぎず（乙55の15頁）、その近接した過去の時点では適法行為であったものを不利益に取り扱うことについての問題意識が全く欠けている。佐藤教授の意見は、「行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視して不利益に取り扱うことが許されるのか」という本件の核心部分について看過又は敢えて触れずに述べられたものであり、説得力が乏しい。

ウ これに対し、阿部教授は、「たしかに、これは直接には遡及立法の典型例とは異なる。しかし、ふるさと納税制度において、違法行為をしておらず、単に総務省の一貫しない技術的助言に従わなかったというだけで、新年度の指定

を受けられないということは、・・・単に技術的助言に従わなかった、過去の適法な行為に対する制裁としてしか評価できない。それは地方自治法247条3項に違反し、明白に法治国家違反である。・・・技術的助言に従わなかったので、『各地方団体の募集の取組実績などの客観的な情報をもとに、ふるさと納税による優遇を与える適格性』を与えないこととしたのであるから、技術的助言に従わなかったことへの制裁をカムフラージュしたものである。」と述べている（甲41の13, 14頁, 甲33の24頁）。阿部教授の指摘は、正鵠を射たものである。

佐藤教授の意見書はこの点にかかる問題意識を欠いていると指摘せざるを得ない。

エ また、佐藤教授は、趣旨に反する方法による募集により多額の寄附金を受領したことは、「『適正な募集』に該当しない典型的な事例にあたる」、「適正募集基準に該当しないとすることは、「適正な募集」を定める委任の範囲を逸脱したものとはいえない」と述べている（乙55の9, 10頁）。

しかし、法律の文言は、「適正な募集」ではなく、「寄附金の募集の適正な実施」である。「適正な」は、「募集」にかかる修飾語ではなく、「実施」にかかる修飾語である。「募集の適正な実施」が、**実施方法の適正さ**を求めていることは、文言上明らかである。佐藤教授の意見は、文言解釈としても誤りである。

(7) まとめ

以上の通り、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言からも他の改正地方税法の規定からも、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視して不利益に取り扱うこと、(b)ふるさと納税制度による優遇を付与すること、(c)他の地方団体の理解を得ることのために、本件告示2条3号を定めるという授權の趣旨を、読み取ることはできない。

したがって、本件告示2条3号が、法律の委任の範囲外であり違法であることは、明らかである。

第4 白紙委任をしている地方税法37条の2第2項は違憲無効であること

(改正地方税法の違憲性)

- (1) 上述の通り、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という文言からは、(a)行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を事後的に問題視して不利益に取り扱うこと、(b)ふるさと納税制度による優遇を付与すること、(c)他の地方団体の理解を得ることのために本件告示2条3号を定める授權の趣旨は読み取れず、本件告示2条3号は、法律の委任の範囲外である。

この点に関し、相手方は、地方税法は適正募集基準について具体的な内容を定めていないから、これは、総務大臣の広範な政策的技術的裁量に委ねている趣旨であると主張する(答弁書27頁)。しかし、相手方のように白紙委任を許容する考え方は、租税法律主義に反する違憲(憲法84条違反)の発想である(甲33の6頁)。

- (2) また、相手方は、地方税法は、適正募集基準に関し、特段の留保を付することなく、総務大臣に委任しており、過去の募集の方法や寄附金額等を考慮することを想定していなかったことを示す規定はない、過去の事項を排除する趣旨ではないと主張する(答弁書6頁)。

しかし、法律からの委任は個別具体的になされなければならないものであり、このように、排除する趣旨の規定がなければ授權されたとするのは、白紙委任を許容する考え方で、違憲の発想である(甲33の6頁)。

- (3) 租税法律主義、なかんずくその根幹を成す課税要件法定主義の下では、法律による行政命令等への委任は、法律自体からの委任の目的、内容、程度などが明らかにされていることが必要であり、法律で概括的、白地的に命令に委任することは許されない(大阪高判昭和43年6月28日行集19巻6号1130頁)。法律が租税に関し政令以下の法令に委任することが許されるのは、個別的・具体的な場合を限定して委任するなど、租税法律主義の本質を損なわないものに限られる(上記東京高判平成7年11月28日)のである(乙55の6頁)。

相手方が主張するように、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」が、

具体的な内容を定めておらず、総務大臣の広範な政策的技術的裁量に委ねているという趣旨であると解するのであれば、「寄附金の募集の適正な実施に係る基準」という定めは、白地的に委任するものであって、憲法84条に違反する。つまり、地方税法37条の2第2項は、違憲であり無効である。

第5 改正法施行前の泉佐野市らの行為は適法なものである

1 再答弁書における相手方の反論について

- (1) 審査申出人は、反論書8頁以下において、法律は返礼品について何ら規制をしていなかったのであり、「ふるさと納税の対象団体を指定するに当たり、行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を、事後的に問題視して不利益に取り扱うことは、極めて不合理かつ不当である」と主張した。

これに対し、相手方は、法律が返礼品について何ら規制をしていなかったということはないとして、①地方財政法2条1項の規制を受けるし、②泉佐野市を含む一部地方団体の寄附金の募集態様は、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害する不当なものであって、地方自治法245条の5所定の是正の要求をすることも可能な状態にあったと主張するようである（再答弁書10, 11頁, 答弁書32, 33頁）。

- (2) しかし、以下の通り、改正法施行前の泉佐野市らの寄附金募集行為は、①地方財政法2条1項に何ら反しないし、②著しく適正を欠き明らかに公益を害する不当なものではない。

2 地方財政法2条1項について

- (1) 泉佐野市らの行為は地方財政法2条1項に反しない

ア 地方財政法2条1項は、「他の地方公共団体の財政に累を及ぼすような施策を行ってはならない」と規定している。

相手方は、改正法施行前の泉佐野市ら一部の地方団体の寄附金募集行為について、地方財政法2条1項に反するとまでは主張しないものの、同条項の趣旨に照らしても相当とはいえない（答弁書7頁）とか、ふるさと納税制度

の趣旨に反する施策を講じた地方団体に対して同制度による優遇を付与しないなどの具体的措置をとることは、同条項の趣旨に適合する（答弁書33頁）などと主張する。

イ しかし、泉佐野市は、ふるさと納税制度の法律を遵守し、法律の範囲内で寄附金募集を行ってきた。ふるさと納税制度は、住居地でない地方団体に寄附することによって住民税が控除されるのであり、ある地方団体が寄附金を受領することで別の地方団体が受領する住民税が減ることは、当然予定されている。ふるさと納税制度では、都市部から地方へ住民税が移転することが想定されているのであり、ふるさと納税制度の利用が拡大していけば、都市部の地方団体の住民税受領額が減っていくことは、当然に予定されているのである。したがって、ふるさと納税制度の範囲内で住民税が減ることについて、「他の地方公共団体の財政に累を及ぼす」などと評価されるはずがない。阿部教授も同じ意見である（甲41の16, 17頁）。

また、阿部教授は、「そもそも地方財政法2条1項はあまりにも抽象的であり、訓示規程であって、行為規範にはならない」と述べている（甲41の16頁）。また、阿部教授は、地方財政法2条2項で、「国は、地方財政の自主的な且つ健全な運営を助長することに努め、いやしくもその自律性をそこない、又は地方公共団体に負担を転嫁するような施策を行ってはならない。」という規定がおかれていることを指摘した上で、「国はこれに反する施策を講ずることも頻繁と感じられる（補助金の超過負担はその典型だが、補助金、地方交付税などにより地方団体の施策を誘導することなど）が、何ら違法とまではされていない。地方団体にだけ厳しく当たるのもいがか」と述べている（甲41の17頁）。これらの阿部教授の論述は、的を射たものである。

ウ したがって、改正法施行前の泉佐野市らの行為が地方財政法2条1項に違反するとは、到底解されない。

(2) 競争が法律的に許容されていたこと

ア（競争が法律的に許容されていたこと）

佐藤教授は、その意見書（乙55）において、ふるさと納税制度の創設時において、この制度が税収の奪い合いになることへの強い懸念があったが、法令上の規制を構築することを見送った、そして、このことから、法律上禁じられていないあらゆることが許容されていたとは解されない、と述べている（乙55の4頁）。

しかし、この論理は理解できない。法律上禁じられていないことは法的にはすべて許容されていたはずである（甲41の3頁）。

また、個人住民税のふるさと納税に係る特例控除額の上限を所得割額の1割としたことが、ふるさと納税制度創設当初から設けられた「地方団体間の税収の奪い合い」への法的規制であった（甲5の7、8頁参照）。これ以上の法的規制はなかったのである。平成27年地方税法改正では、マスコミ等の報道でふるさと納税をすると返礼品を受領できることが周知され、地方団体間の返礼品を巡る競争が次第に加熱していき、「地方団体間の税収の奪い合い」という現象が生じていた中で（乙6の6頁参照）、かえってこの個人住民税の特例控除額の上限が緩められ、10%から20%になった（甲8の2枚目）。平成27年地方税法改正で、住民税の特例控除額が拡充され、申告手続の簡素化（ふるさと納税ワンストップ特例の創設）も導入されて（甲8の2枚目）、ふるさと納税の利用が拡大し、返礼品を巡る競争が加熱する中、返礼品についての法的規制は平成27年地方税法改正でもなされなかったのである。この点からも、返礼品を巡る競争が法律上許容されていたことは、明らかである。

佐藤教授は、その意見書（乙55）で、「報告書が想定していた『特産品』にも該当しないなどの点で適切ではない『返礼品』を提供して『ふるさと納税』を受けようとする動きが見られ、その『競争』がふるさと納税の『見比べサイト』などを通じて加熱したことから、ふるさと納税の『地方団体間の税収の奪い合い』という負の側面が注目を浴びることになった」と述べている（乙55の4頁）が、これもふるさと納税制度の創設時から想定されていた又は想定可能なことである。インターネットが発達した現代社会では、価格コムを初め、中古車売却サイト、不動産斡旋業者サイト等多数あるのであり、見比べサ

イトが出現するのは必然の成り行きである（甲41の4頁）。

制度により許容される範囲内で自分の有利な方向へと行動するのが、人間の普通の行動原理であり、現実である。地方団体には寄附を誘引しようとする動機が生ずるし、納税者も、返礼品の良い方に寄附しようとする動機が生ずる。寄附募集の過熱化、弊害などと言われているが、法制度設計の当初から、寄附金募集の過熱化、税収の奪い合いになることは制度に内在していたのであり、しかもそれは想定されていたのである。

法制度設計の際は、人間の行動原理に照らして将来どのような事態が生ずるかを想定し、それが許されないと考えるのであれば、それに対応するような法システムを当初から構築すべきである。法制度の構築を見送った結果生じた事態を、許容されていないなどと評価できるわけがない（甲41の4頁）。

今回の法改正は、「まさに、報告書が提案を見送った『法令上の規制』を設定するものである」（佐藤意見書【乙55】の5頁）。もともと制度開始当初から想定されていた事態があったが、それについては制度当初は規制をせず、各自治体の判断に任せていたが、今回の改正に当たり、規制をすることにしたのである。このように、返礼品を巡る競争はもともと想定されていたものであったが、返礼品にかかる法的規制は一切なく、品目・調達価格等については、各自治体の裁量に委ねられていた。返礼品については規制をせず、各自治体に任せるというのが、ふるさと納税制度を定めた法律の考え方だったのである。

このように、返礼品を巡る競争はそもそも想定され、法律的に禁止されておらず、法律的に許容されていたのである。法律的に許容された範囲で正当な競争を行ったにもかかわらず、他の地方公共団体の財政に累を及ぼしたなどと評価されるはずがない。改正法施行前の泉佐野市らの寄附金募集行為が地方財政法2条1項に違反するとは、到底解されない。

イ（総務省が自ら招いた結果の責任を泉佐野市に押し付けていること）

今回の法改正までに、相手方は何度も技術的助言を発したりしたが、それは地方団体に大混乱を巻き起こした。特に、平成29年9月4日に、野田聖子総務大臣（当時）は、返礼品については自治体の裁量に任せ、返礼品に関する通

知を出さない方向で検討すると述べた。ところが、総務大臣は発言を覆して技術的助言を再度出した（阪上博則陳述書【甲40】）。こうして、地方団体は、総務大臣の技術的助言なるものに翻弄されたうえに、泉佐野市はそれに法的効力はないので従わなかったら、今回の制度改正で、改正法施行前の寄付金募集を理由に、ふるさと納税の対象団体から不指定とされた。

これでは、総務省は、一貫しない自らの方針の結果生じた事態の責任を、「通知を無視する」（佐藤意見書【乙55】4頁）地方団体に押し付けたことになる。しかも、通知は法的効力がない技術的助言に過ぎないのであるから、「通知を無視する」として、非難される法的な理由はない（甲41の5頁）。自ら招いた結果の責任を泉佐野市に押し付けるという総務省のこのような対応こそ、不当であり、地方団体の自主性及び自立性を侵害するものである。

阿部教授は、「旧制度下で違法行為をしたのではなく、総務省の技術的助言という、従う義務がない（従うことを強制するのは地方自治法247条3項に反する）指導に従わなかったという理由で、新制度から排除されるのは、繰り返すように、法治国家として制度化されている国と地方団体との関係性を無視した制度である。総務省は、ふるさと納税の運用から想定されていた事態が発生したとみるのであれば、直ちに法制度化すべきところ、それを何年も怠って、一貫しない指導を行い、それに従わなかった泉佐野市に懲罰的なルールを、法律からは読めない告示で強行しているのである。」と述べているが（甲41の14頁）、正当である。

3 是正の要求をすることも可能な状態であったという主張について

(1) 相手方は、改正法施行前の寄附金募集に関する、泉佐野市を含む一部の地方団体の事務処理は、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害する不当な状況にあったのであり、地方自治法245条の5所定の是正の要求をすることも可能な状態にあったと主張する（答弁書32, 33頁）。

しかし、上述の通り、返礼品を巡る競争はもともと想定されていたものであったが、返礼品にかかる法的規制は一切なく、品目・調達価格等については、

各自治体の裁量に委ねられていた。返礼品については規制をせず、各自治体に任せるとというのが、ふるさと納税制度を定めた法律の考え方だったのである。

また、ふるさと納税制度の趣旨には、「自治体が国民に取組をアピールすることでふるさと納税をよびかけ、自治体間の競争が進むこと」が含まれる。また、地方自治法第1条の2第1項には、「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとする。」と規定されている。したがって、自治体として住民の福祉の増進のため、法律の範囲内で最大限の努力をすることが当然であり、ことふるさと納税においても、寄附金の増大を図ることによって、市民及び地元事業者の福祉の増進を図ることは当然の義務である。ふるさと納税制度は、「自治体が国民に取組をアピールすることでふるさと納税をよびかけ、自治体間の競争が進むこと」を趣旨としている以上、寄附金の増大を巡って競争が生じることは、当然に予定されている（反論書24, 25頁）。

また、相手方が技術的助言によって「趣旨に反する」として規制してきた返礼品3割以下基準及び地場産品基準が合理性を欠くものであったことは、審査申出人が審査申出書及び反論書で指摘してきた通りである。

(2) このように、泉佐野市ら一部の地方団体の事務処理は、法律的に許容された範囲で正当な競争を行ったものであり、適正を欠いてもいないし、公益を害する状況でもなかった。したがって、地方自治法245条の5所定の是正の要求をすることが可能な状態でもなかった。実際に、相手方は、是正の要求をしていないのである。阿部教授も、相手方が、是正の要求も実際に行わないで「是正の要求が可能な状態であった」と主張していることの不合理性を指摘しているが（甲33の8, 9頁）、阿部教授の指摘は正当である。

(3) なお、地方自治法245条の5第2項による是正の要求は、市町村の事務の処理が、(1)「法令の規定に違反している」場合、すなわち違法の場合と、(2)「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」場合、すなわち不適正かつ公益を害する場合に行うことができる。この(2)不適正かつ公益を害する場合というのは、違法ではなく適法ではあるが、「著しく適正を欠き、

かつ、明らかに公益を害している」場合である。

相手方が(1)「法令の規定に違反している」場合であるとは主張していないことから明らかな通り、相手方も、改正法施行前の泉佐野市ら一部の地方団体の事務処理が、違法ではなく、適法であることは認めていると解される。

4 まとめ

以上の通り、改正法施行前の泉佐野市らの寄附金募集行為は、①地方財政法2条1項に何ら反しないし、②著しく適正を欠き明らかに公益を害する不当なものではない。

相手方は、法改正施行前の泉佐野市ら一部の地方団体の行為を、「地方財政法2条1項に反する」とまでは主張していないし、地方自治法245条の5第2項の「事務の処理が法令の規定に違反している」に該当するとも主張していない。つまり、相手方は、改正法施行前の泉佐野市らの行為が違法であったとは主張しておらず、泉佐野市らの行為が適法であったことは認めているのである。

このように、改正法施行前の泉佐野市らの行為は適法なものである。

したがって、やはり本件では、行為の時点で法的規制をされていなかった「適法行為」を、事後的に問題視して不利益に取り扱うことが不合理かつ不当かという点が問題になるのである。そして、反論書8頁以下でも述べた通り、ふるさと納税の対象団体を指定するに当たり、行為の時点で法的規制をされていなかった適法行為を、事後的に問題視して不利益に取り扱うことは、極めて不合理かつ不当である。

第6 考慮すべきを考慮せず、考慮すべきでないことを考慮している

1 判例の考え方

そもそも告示は、地方税法で認められた裁量権を行使して設定されたものであり、指定・不指定処分は、告示で認められた裁量権を行使している。そこで、これらの裁量権の行使が、逸脱・濫用になるかどうか争点になる。

判例は、一般に考慮すべきことを考慮しなければ、また、考慮すべきでないことを考慮すれば、違法としている。そもそも、裁量が認められているといっても、恣意を許すものではないのであって、根拠となる事実をきちんと認定し（重要な事実には誤認がないようにし、些細な誤りまで許容しないという趣旨ではない）、制度の趣旨に沿って、合理的な判断を行う（考慮すべき事項を考慮し、考慮すべきでないことは考慮しない）という判断過程を経る必要があることは累次の最高裁判決が説示している（平成19年12月7日民集61巻9号3290頁，平成18年2月7日判時1936号63頁，平成18年11月2日民集60巻9号3249頁等）（甲33の18頁）。

2 行為時に適法であった行為を理由に不利益に扱うことは許されない

行為時に適法であった行為を理由に過去の行為を違法とするのは、明白に遡及立法ないし遡及処罰であって、違法である。本件は、行為時に適法であった行為を理由に過去の行為を違法とするのではなく、将来に向かって、指定をしないというものであるから、典型的な遡及立法ではない。

しかし、将来のことなら、過去に技術的指導に従わなかったという理由で不利益に扱ってよいものか。指導は強制的ではないのであるから、従わないことは当然に適法である。適法行為を理由に、将来に向かってであれ、不利益に扱うことは、法律を信頼して行動をしている者に不測の不利益を与えるものであって、法的安定性及び予測可能性を害するものである。また、総務大臣が、適法行為を理由として地方団体に不利益を課すことは、地方団体を委縮させ、地方団体の自主性及び自立性を侵害するものである。したがって、本件告示2条3号は、考慮すべきでないことを考慮したもので、違法である（甲33の20頁）。

3 泉佐野市の「返礼品を提供しない」という申出を無視していること

泉佐野市は、ふるさと納税について本年度は、返礼品を提供しないと申出書で言明している（甲17）。しかし、相手方は、答弁書58，59頁において、泉佐野市が記者会見で返礼予定品の準備に時間が間に合わなかったと述べているこ

とから、泉佐野市は、返礼品を提供する意思があり、返礼品を提供することを前提に審査を行うことは適法であると述べる。

しかし、反論書19頁以下記載の通り、泉佐野市は、①『返礼品を提供しない』にチェックして申出書を提出し、②事業者と調整をして返礼品を提供する準備ができれば甲26の13頁の様式3を改めて提出する等の返礼品に関する審査を受けることとしたにすぎない。この手続きは、大阪府が総務省から確認したというQ&A(甲27)にも載っていたものである。泉佐野市は、平成31年4月5日に「ふるさと納税の対象となる地方団体の指定に関する申出書」(甲17)を提出する時点では、令和元年6月1日以降は「返礼品を提供しない」と明示的に申し出ていたのであり、現に、法施行後も、暫時、返礼品を提供することが出来ない状態であり、提供する意思もなかった。返礼品を提供する際には、あらためて審査を受けることにしていたのである。

したがって、本件不指定は、「返礼品を提供しない」という泉佐野市の申出を無視しており、考慮すべきことを考慮しなかった重大な違法があり、無効である(甲33の23頁)。

第7 総務省の制度改正の予告には何の法的効力もないこと

相手方は、総務省が、平成30年9月通知(乙26)において、このまま制度の趣旨に反する返礼品を提供する地方団体は、制度の対象外とするように制度の見直しをする旨を明確に伝え、平成30年11月1日時点で調査を実施する予定であることを明記したので、これらの地方団体は、ふるさと納税制度の対象外とされる可能性があることを十分に知り得る状況にあったにもかかわらず、運用を是正しなかったのであるから、ふるさと納税対象団体から不指定とするのも妥当であると主張するようである(答弁書35頁)。

しかし、制度の見直しは法律によるのであるが、それは立法者しかできないことである。総務省はいつの間に、立法者に代わって法律制定の予告をすることができる地位に就いたのか。総務省には法律制定を予告する権限は一切ないのであり、越権行為も甚だしい。総務省のこのような予告に法的効力はないのであり、

本件告示2条3号が平成30年11月1日を調査対象期間の始期としていることに合理性はない（甲33の8頁）。総務省の予告には何の法的効力もないのであり、総務省が予告をしたからといって、適法行為を理由に不利益を課すことは正当化されない。

以上