

副業・兼業に係る所得課税のあり方についての一考察

—事業所得該当性と損益通算制限の検討—

金 沢 孝 志

はじめに

第1章 副業・兼業の現状

第1節 副業・兼業に係る政府の考え方

第2節 副業・兼業に係る意識の変化

第2章 所得概念と所得税の類型

第1節 包括的所得概念と所得区分

第2節 所得の類型

第3節 所得区分の意義

第4節 小括

第3章 事業所得と雑所得

第1節 事業所得

第2節 雑所得

第3節 事業所得と雑所得の区分に関する最近の裁判例

第4節 小括

第4章 損益通算

第1節 損益通算の意義と沿革

第2節 損益通算の対象とならない損失

第3節 損益通算に係る裁判例

第4節 小括

おわりに

参考文献

はじめに

平成4年度就業構造基本調査によれば、非農林業従事者（有業者のうち本業の産業が「農業、林業」及び「分類不能の産業以外」の者をいう。）のうち、本業のほかに副業がある者は、その数及び比率ともに増加傾向にある¹⁾。また、2023年6月に示された閣議決定「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画2023年改訂版」においても、「成長分野への円滑な労働移動を図るための端緒としても、副業・兼業を奨励する。このため、副業・兼業人材を受け入れる企業又は送り出す企業への支援等、労働者個人が新たなキャリアに安心して移行できるようにするためのトライアル環境を整備する。また、産業雇用安定助成金を活用し、企業の在籍型出向を推進する。」²⁾とするなど政府としても副業・兼業の推進を図っているほか、労働者側にとっても副業を通じて起業するなどの失業対策の観点や、世帯収入の安定の観点から行っている場合も考えられ、本業副業という区別がつきにくくなっている。

租税法の世界においては、事業所得と雑所得に関し、前者の計算上生じた損失について他の所得から差し引く損益通算が認められるのに対し、後者の計算上生じた損失には認められないため、両者の区分が税務訴訟における大きな問題の一つであるところ、その区分は法文上必ずしも明確でなく、裁判例等においては、「社会通念」上事業に該当するかどうかということを重要な判断基準としている。しかし、副業・兼業の進展により、複数の業務を同時並行的に行う者が増加している状況を踏まえれば、事業所得と雑所得との区分に関し、これまで同様の「社会通念」による考慮要素を用いて判断してよいのかについては疑問がある。

また、雑所得の計算上生じた損失の損益通算の制限自体についても、昭和43年の税制改正時の理由は、①雑所得は全体としてみた場合には必要経費がほとんどかからないか、かかっても収入を上回ることはないものが大部分であってこれらについては通算の実益がない、②その他の種類の所得である程度支出を伴うものについても、その支出内容に家事関連費的な支出が多いのが実情であって、これについて損益通算を存置する場合にはかえって本来の所得計算の在り方について混乱を招くおそれもあると考えられる、というものであるが、政府の推進する副

業・兼業が、このような理由により損益通算が制限されるべきものであるかについても検討の余地があるのではないかと考える。

そこで、本稿においては、政府の推進する副業・兼業から生ずる所得に関し、事業所得と雑所得の所得区分の考え方や損益通算の制限について、これらの意義や沿革を踏まえて判例や学説等を整理し、現状に鑑みてこれらをどのように考えるべきかについて考察を行いたい。

なお、本稿においては、以下のとおりの略称を用いる。

所得税法：所法

所得税法施行令：所令

消費税法：消法

租税特別措置法：措置法

所得税基本通達：所基通

最高裁判所判決：最判

高等裁判所判決：高判

地方裁判所判決：地判

第1章 副業・兼業の現状

第1節 副業・兼業に係る政府の考え方

平成29年3月28日に公表された働き方改革実現会議決定「働き方改革実行計画」においては、日本経済の再生を実現するためには、投資やイノベーションの促進を通じた付加価値生産性の向上と、労働参加率の向上を図る必要があるが、そのためには、誰もが生きがいを持って、その能力を最大限発揮できる社会を創ることが必要であり、一人ひとりの意思や能力、そして置かれた個々の事情に応じた、多様で柔軟な働き方を選択可能とする社会を追求するために働き方改革を進めることとしている³⁾。その中の課題の一つとして、労働者の健康確保に留意しつつ、原則副業・兼業を認める方向で、副業・兼業の普及促進を図ることがあるが、これは人生100年時代を迎え、若いうちから、自ら希望する働き方を選ぶ環境を作っていくことが必要であることから、副業・兼業などの多様な働き方への期待が高まっていることに加え、社会全体としてみれば、オープンイノベー

ションや起業の手段、そして第二の人生の準備としても有効であり、都市部の人材を地方でも活かすという観点から地方創生にも資する面もあると考えられる^{4,5)}。

また、デジタル経済の発展に伴い、個人等の資産等をインターネット上のマッチングプラットフォームを介して他の個人等も利用可能とする仕組みであるシェアリング・エコノミーが広がりつつあり⁶⁾、このようなプラットフォームを通じて不定期に労務やスキルを提供するといったギグ・ワーカーが増加しているが、政府の副業・兼業の推奨や所得より自由時間を優先するという若者たちの価値観の変化などから、わが国でも今後ギグ・ワーカーによるギグ・エコノミーは急速に拡大していく可能性が高い⁷⁾。経済財政諮問会議においても、2022年6月の「経済財政運営と改革の基本方針2022（骨太の方針）」において、労働者の多様なキャリア形成や円滑な労働移動の手段として副業・兼業の促進について言及され、同月に公表された「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画」には、「従業員1000人以上の大企業では、特に副業・兼業の解禁が遅れている。副業を通じた起業は失敗する確率が低くなる、副業をすると失業の確率が低くなる、副業を受け入れた起業からは人材不足を解消できた、といった肯定的な声が大きい。成長分野・産業への円滑な労働移動を進めるため、さらに副業・兼業を推し進める。このため、労働者の職業選択の幅を広げ、多様なキャリア形成を支援する観点から、企業に副業・兼業を許容しているか否か、また条件付許容の場合にはその条件について、『副業・兼業の促進に関するガイドライン』を改定し、情報開示を行うことを企業に推奨する。」⁸⁾と記述されるなど副業・兼業の促進に積極的に取り組む姿勢が示されており、2023年においてもその方針が引き継がれているのは、前述のとおりである。副業・兼業は、政府の新しい資本主義の実現のため、持続可能な成長への投資の一つである人への投資の中に位置づけられており、その推進は労働問題のみならず、日本社会の生産性の向上という課題解決の手段ともなっている。

なお、副業・兼業について明確な定義はないものの、厚生労働省の「副業・兼業の促進に関するガイドラインわかりやすい解説」では、「副業・兼業を行うということは、二つ以上の仕事を掛け持つことをここでは想定しています。」⁹⁾としており、一般的に、収入を得るために携わる本業以外の仕事を指す¹⁰⁾ものと考え

られる。

第2節 副業・兼業に係る意識の変化

正規雇用者において副業等を解禁する動きや、職務、勤務地、労働時間等が限定された多様な正社員制度を導入する動きが見られ、自営業主等においては、全体数が減少する中、伝統的な自営業の割合が低下する一方、雇用者でないにもかかわらず使用従属性が高い働き方をする者やフリーランスの割合が上昇している¹¹⁾。パーソル総合研究所が2021年3月に行った副業の実態・意識に関する定量調査¹²⁾によれば、副業を認めている企業は条件付き容認も含め55%であり、2018年の同調査と比して3.8ポイント増加している。他方、副業をしている正社員は9.3%と2018年の調査から1.6ポイント低下しているものの、副業を行っていない者のうち4割程度は副業の意向を有している。副業の動機としては、副収入（趣味にあてる資金）を得たいからとの理由が当てはまる者が約7割、現在の仕事で将来的な収入に不安があるからとの理由が当てはまる者が6割強、生活するには本業の収入だけでは不十分だからとの理由が当てはまる者が6割弱となっており、2018年の同調査に引き続きこれらの理由が1～3位を占めている。他方、自分が活躍できる場を広げたいとの理由が当てはまる者及び本業では得ることのできない新しい知見やスキル、経験を得たいからとの理由が当てはまる者も5割程度を占めており、まだ全体としては収入補填や現職の継続就業不安の理由が多い傾向にあるものの、将来の起業につながるスキルアップ等に係る動機も少なくないものと考えられる。また、令和4年の就業構造基本調査¹³⁾において、副業がある者は305万人で、5年前に比べ60万人の増加となっている。非農林業従事者に占める副業がある者の割合である副業者比率は4.8%と5年前に比べて0.9ポイントの上昇であり、雇用形態別で見ても「正規の職員・従業員」は2.5%と5年前に比して0.6ポイントの上昇、「非正規の職員・従業員」は7.2%と1.3ポイントの上昇となるなど、雇用形態を問わず本業の他に副業を有する者の割合が高くなっている。さらに、前述の厚生労働省の副業・兼業の促進に関するガイドラインは、「副業・兼業を希望する者は年々増加傾向にある。副業・兼業を行う理由は、収入を増やしたい、1つの仕事だけでは生活できない、自分が活躍できる場を広げる、様々な分野の人とつながりができる、時間のゆとりがある、現在の仕事で必要な

能力を活用・向上させる等さまざまであり、また、副業・兼業の形態も、正社員、パート・アルバイト、会社役員、起業による自営業主等さまざまである。』¹⁴⁾とし、副業・兼業希望者が増加傾向にあり、かつ副業・兼業を行う理由や副業・兼業の形態も多様化していることを指摘している。これらを踏まえれば、従業員にとっての副業・兼業の現状は、生計を立てる上での必要性に加え、終身雇用制が終焉を迎えつつある労働市場において、失業に関するリスク・ヘッジや新たなビジネスへの取り組みの意味合いも強くなりつつあるものと考ええる。

このように一定の経済活動を副業・兼業で行っていた場合には、その所得に関し赤字が生じた場合、事業所得として申告すれば他の所得と損益通算することができる一方、雑所得であれば損益通算が認められないが、両者の違いは法文上必ずしも明確でなく、裁判例等においては「社会通念」上事業に該当するか否かという点が判断基準となっている。しかし、前述の通り新たな働き方やビジネスが生じている状況において、従来の「社会通念」の考え方をそのまま当てはめて良いのかということについては検討の余地があるものと考ええる。

本稿においては、副業・兼業による所得の事業該当性及び損益通算の制限の妥当性に焦点を当てることから、次章においては、所得税法の所得概念や所得の類型を考察し、所得分類あるいは所得区分（以下「所得区分」という。）及び損益通算の意義等との関連を検討したい。

第2章 所得概念と所得税の類型

第1節 包括的所得概念と所得区分

所得の概念は、他の法分野では用いられていない、租税法独自に用いている固有概念と考えられており¹⁵⁾、財貨の利用によって得られる効用や人的役務から得られる満足を可能にする金銭的価値で表現されるものである¹⁶⁾。その表現の仕方には、各人の収入のうち、効用ないし満足の源泉である財貨や人的役務の購入に充てられる部分のみを所得と観念し、蓄積に向けられる部分を所得の範囲から除外する消費型（支出型）所得概念と、各人が収入の形で新たに取得する経済的価値、すなわち経済的利得を所得と観念する取得型（所得型）所得概念があり、後者が各国の租税制度で一般的に採用されている。この取得型（発生型）所得概念

についても、経済的利得のうち、利子・配当・地代・利潤・給与等、反復的・継続的に生ずる利得のみを所得として観念し、一時的・偶発的・恩恵的利得を所得の範囲から除外する制限的所得概念と、人の担税力を増加させる経済的利得はすべて所得を構成し、反復的・継続的利得のみならず、一時的・偶発的・恩恵的利得も所得に含まれるとする包括的所得概念があるが、①一時的・偶発的・恩恵的利得であっても、利得者の担税力を増加させるものである限り、課税の対象とすることが、公平負担の要請に合致すること、②すべての利得を課税の対象とし、累進税率の適用の下におくことが、所得税の再分配機能を高めるゆえんであること、③所得の範囲を広く構成することによって、所得税制度の持つ景気調整機能が增大すること、から諸国の租税制度は包括的所得概念の方向に動きつつある¹⁷⁾。

我が国における第二次世界大戦前の所得税法は、各種の勤労、事業、資産から生ずる継続的な収入から得られる所得を課税対象とし、一時的・偶発的・恩恵的な所得は課税対象から除かれているなど制限的に捉えており、一定の源泉から得られる所得のみを課税対象とするものとして、所得源泉説と呼ばれていた¹⁸⁾。しかし、第二次世界大戦後は昭和22年11月に一時所得を設け、一時的・偶発的な所得を課税対象と加えたほか、シャープ勧告を受けた昭和25年の改正では、譲渡所得を一般的に課税の対象とした上、他の所得に当たらないその他すべての所得を含む雑所得という所得区分を設けることにより、原則として全ての所得を課税の対象とする包括的所得概念にシフトしている。

包括的所得概念における所得は、個人が一定期間において全く消費を行わなかったと仮定した場合に、その資産に生じたはずの純資産額として所得をとらえることと等しいことから、純資産増加説ということもある¹⁹⁾が、所得とは、一定期間の純資産の増減、つまり貯蓄や投資に消費をあわせたものとし、消費された金額のみならず、貯蓄や投資にあてられた金額をも含むとされる²⁰⁾ことを踏まえれば、現行の所得税法のように所得の源泉ごとに区分計算した上で総合するとの考え方とは必ずしも整合しないと考えられる。包括的所得概念が、消費と貯蓄という用途や処分の側面から所得をとらえるため、理論上は納税者個人の消費と貯蓄の量を完全に把握すればよいのであり、消費と貯蓄を賄うためのものが、どこでどのように発生・獲得されたかは問題にならないので、包括的所得概念を用いて所得税法の各種所得の金額の算定を行うことは原理的に不可能である²¹⁾。その

ため、取得した経済的利益から原資回収部分を控除した純所得という概念によって、発生や獲得といった所得の取得の側面から所得をとらえることにより、各取引ごとに把握された所得項目を、物的に各所得源泉に分類することを可能としている。つまり、現行所得税法の所得分類は、純所得を源泉別に切り分けているのではなく、所得算定方法を源泉ごとに規定しているといえる²²⁾。

このような考え方は、昭和38年12月税制調査会「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」において、「現行所得税法では、特に非課税とされるものを除き、あらゆる源泉から生ずる所得を課税対象とし、これらの所得を利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得、一時所得及び雑所得の10種類の所得に分類し、それぞれその所得の内容に応じて課税所得の計算や課税方法を異ならしめている。・・・このような所得分類については、純資産増加説的考え方により、あらゆる源泉からの所得を課税対象とする場合においても、個人所得における所得形態の多様性に省みるときは、個別の所得の性格にしたがって所得の分類を設けることが、税法の構成の理解を容易にするためにも、また所得の性格に基づいて応能課税の考え方をとり入れる等のためにも必要と認められるので、所得税法においては所得分類を引き続き設けることが望ましいと考える。」²³⁾としている点からも妥当と考えられる。

第2節 所得の類型

所得税には、分類所得税と総合所得税の2つの類型があるが、前者は所得をその源泉ないし性質に応じていくつかの種類に分類し、各種類の所得毎に別々に課税する方式であり、所得の種類ごとに控除の金額や適用税率が異なることがある。これに対し、後者は、課税の対象とされる所得をすべて合算したうえ、それに一本の累進税率表を適用する方式である。これらの違いについて、越智沙織教授は、「分類所得税が個人の所得稼得の発生源泉、すなわち所得の源泉に応じた質的差異に着目しているのに対し、総合所得税は、個人の所得総額、すなわち源泉を考慮しない担税力の大きさに担税力を求めるものであるといえる。」²⁴⁾としている。

昭和15年のわが国所得税法は、分類所得税を中心としつつ両者は並立していたが、戦後総合所得税に一本化された後も、所得をその源泉ないし性質に応じて分類している。このことにつき金子宏名誉教授は、「各種所得の金額の計算におい

てそれぞれの担税力の相違を加味しようという考慮に基づくものであって、分類所得税の1つの名残りであるが、しかし他方で、所得税法は、原則として各種所得の金額を合算し、それに一本の税率表を適用することとしているから、わが国の制度は基本的に総合所得税であるといつてよい。』²⁵⁾とわが国の制度は基本的に総合所得税であるとしている。また、田中治教授もわが国が原則として総合所得税を採用しているとの立場に立ち、「わが国の総合所得税は、担税力の適正な考慮という要請や政策的要請を受けて、いくつかの分類所得税的な例外措置を内包している。このうち、過大な政策課題への傾斜は、担税力に即した公平な課税の実現という課税の基本原則を損なうことになりかねず、抑制的であるべきであろう。』²⁶⁾とし、政策的要請からの分類所得税的な例外措置は抑制的であるべきとの立場を示している。

第3節 所得区分の意義

わが国所得税において所得区分がなされている意義については、一般的には次のような点が考えられている。

1 担税力

伝統的な考え方として、所得税法が所得を区分する理由は、源泉や性質によって担税力に違いがあるという点がある。資産性所得は担税力が高いから重課すべきであり、勤労性所得は担税力が低いから軽課すべきであるとの考え方である²⁷⁾。

この担税力を示すものは、第一次的には各人の帰属する所得の総量であり、所得税法では、原則として各人に帰属するすべての所得を総合し、これに対して累進税率を適用する仕組みをとっている。しかし、所得者の担税力は、所得の大きさだけで決まるものではなく、毎年繰り返して回帰的に発生する所得と臨時的に発生する所得があり、回帰的に発生する所得であっても不労所得ともいえる資産所得たる利子所得、配当所得、不動産所得、勤労によって生ずる給与所得、資産と勤労が一体となって生ずる事業所得等があり、非回帰的な所得も退職所得のように老後保障的な性質を持つものと、山林所得のように長年にわたる経営の成果が一時に実現する性質のものがあり、同じ大きさの所得であっても、その担税力は一様でない²⁸⁾と考えられている。

2 最適課税理論

所得課税が資源配分の効率性に及ぼす撓乱効果を最小にすべきであるという最適課税論の立場から、資本や労働といった生産要素につき、それぞれの供給の弾力性に応じて最適な課税ルールを置くことが望ましいとの考え方がある。例えば、金融資産から生ずる所得は弾力性が大きく、少しの追加的な課税により、大いに供給が阻害されてしまうが、一般に勤労性所得は資産性所得に比して供給弾力性が非弾力的であることから、伝統的な考え方と逆に、労働所得よりも金融資産などからの資本所得を軽課すべきとの考え方となる²⁹⁾。

3 所得金額の計算技術上の要請

所得金額は、基本的には収入金額からその収入を得るために要した費用を控除して計算されるが、所得の種類によってその費用の態様は様々であり、課税標準の計算に当たって、各種の所得毎にその金額を計算した上でこれを総合するという方法が計算技術上も適当であるというものである³⁰⁾。

4 適切な徴税方法による所得の区別

源泉徴収により確実に税金を徴収するためには、それぞれの源泉ごとに所得を分類して課税方式を決めておいた方が便宜であることや、節税商品の繁茂に歯止めをかけるために、所得を区分して相互の間に壁を設けておくことにより、投資活動から生じた損失を労働所得との間で通算する人為的な企てを阻止することができる³¹⁾との考え方である。

5 その他

現行の所得税法につき貯蓄部分を課税の対象から除外し、貯蓄の取り崩し部分を課税の対象とする支出税に近づける方向として、資産性所得軽課、勤労性所得重課が正当化されるとの消費型所得税論の観点などがある³²⁾。

第4節 小括

田中治教授は、所得区分をめぐる問題を考える際には、「所得源泉の違いによる担税力の違いを適切に反映するために所得区分を論じ、判別するものであること。およびこれをとおして、適正な課税を図るものであることに留意する必要がある。とりわけ、今日の包括的所得概念の下では、原則として、所得の増大をもたらす経済力の流入を全面的に捕捉するとともに、その減少をもたらす流出を全

面的に控除することが基本的な考え方であることを忘れてはならないであろう。所得分類論もそのような文脈との関係において理解することが重要だと考える。³³⁾としている。前節の所得区分の意義や第1節で述べた昭和38年12月の税調答申の内容等をも踏まえれば、それぞれの所得の性格に基づく担税力に応じた課税方法等が適切になされるよう所得区分が適切に行われることが重要である。

また、包括的所得概念のもと所得課税を純所得に対する課税と考え、所得源泉による担税力の違いを反映するため各種所得を区分し、異なる計算方法によりそれぞれの純所得を算出した上で、総合所得税を適用するのであれば、これらを合計する過程において、ある所得区分で生じたマイナスは他の所得区分のプラスから差し引くことが原則であろう。所法69条は、総所得金額を計算する場合に、各種所得の金額の計算上損失が生じているときには、その損失の金額を他の各種所得の金額から控除することができる旨の損益通算の仕組みを定めているが、谷口勢津夫教授も、「損益通算とは、純所得課税の原則又は純額主義の下で、各種所得の金額の計算上ある種類の所得について生じたマイナスの金額（損失）を他の種類の所得について生じたプラスの金額（利益）から控除する手続きをいう。³⁴⁾としており、純所得課税原則において損益通算はその基本的な要素であることを指摘している。このようにわが国の所得概念及び所得区分の考え方においては、損益通算が原則として認められるべきものであることを踏まえると、政策的目的等によりその制限を行うことはあり得るとしても、その際には一定の明確かつ合理的な理由が必要となるものと考えられる。

第3章 事業所得と雑所得

第1節 事業所得

1 事業所得の沿革³⁵⁾

所得税法における所得の分類は、昭和15年の分類所得税制に端を発しているが、昭和15年における事業所得は甲種と乙種に分けられ、甲種事業所得は営業の所得である一方、乙種事業所得は、農業、畜産業、水産業等の所得、医師、弁護士等の所得その他の種目に属さないすべての所得と定義されており、今日の公的年金等に係る雑所得を除いたその他の雑所得はこの乙種事業所得に属していたもの

と考えられる。この時期における資産、勤労結合所得である事業所得の負担は、原則として不動産所得や利子所得より軽く、現在の給与所得である勤労所得よりは重く定められており、特に事業所得のなかでも勤労性所得の性格の強い所得から構成されている乙種事業所得の税率は甲種事業所得の税率よりも低く定められていた。ただし、昭和19年の丙種事業所得の創設により、大工、左官、外交員、集金人等の報酬料金、原稿、作曲等の報酬料金等が乙種から分離され、乙種事業所得より低めの税率が定められた。

昭和22年の分類所得税が廃止され、総合所得税一本の制度に統合された際に、それまでの事業所得は不動産所得等を含めて「事業等所得」とされた。この分類は、他のいずれの所得にも該当しないすべての所得をカバーするバスケット・カテゴリーであったが、当初戦前に引き続き「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時の所得」は非課税とされており、同年12月の改正で、一時所得が区分定義されて課税されたため、「事業等所得」の範囲は、現在の事業所得に不動産所得及び雑所得を加えたものとなった。

昭和25年のシャープ勧告に基づく改正において、「事業等所得」の範ちゅうから「不動産所得」が取り出され、その際に、新たに他のいずれの所得にも該当しない所得として「雑所得」の分類が設けられると共に、「事業」から生ずる所得のみをもって「事業所得」類型が構成され、現在に至っている。

2 事業所得の意義

所法27条においては、事業所得につき、「事業所得とは、農業、漁業、製造業、卸売業、小売業、サービス業その他の事業で政令で定めるものから生ずる所得(山林所得又は譲渡所得に該当するものを除く。)をいう。」としており、この規定を受けた所法63条は、農業など1号から11号までの具体的な業種をあげているが、これらは概ね日本標準産業分類の大分類にのっとったものである。これに加え12号において「前各号に掲げるもののほか、対価を得て継続的に行なう事業」と包括的な規定を設け、事業所得を生ずる事業は1号から11号の事業に例示されたものに限定されず、およそ「対価を得て継続的に行なう事業」に該当する行為から生ずる所得は、事業所得に該当する旨定めている。

そこで、「事業」とは何かであるが、通説では、「事業と非事業との区別の基準は必ずしも明確でなく、ある経済活動が事業に該当するかどうかは、活動の規模

と態様、相手方の範囲等、種々のファクターを参考として判断すべきであり、最終的には社会通念によって決定するほかはない。』³⁶⁾としている。

武田昌輔教授も、『対価を得て継続的行なう事業』と言っても、いわゆる抽象概念であり、自然人の営む業務に種々の態様があるから、これを『事業』と『非事業』とに区別するための具体的な基準は必ずしも明確ではなく、ボーダー・ライン・ケースについては、各種のファクターを総合的に勘案し、最終的には『社会通念』によって判断する以外に方法がないと言わざるを得ない。』³⁷⁾と同様の見解を示している。

3 裁判例における事業所得の意義

(1) 裁判例の考え方

裁判例における事業所得の意義を見てみると、弁護士顧問料が事業所得か給与所得かが争われた最判昭和56年4月24日³⁸⁾（以下「最判昭和56年」という。）が、事業所得と給与所得の所得区分に関するリーディングケースとなっている。同判決では、「事業所得とは、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務から生ずる所得をい」うとの事業所得に係る判断基準（以下「最判昭和56年基準」という。）を示しており、その後の裁判例でも事業所得と雑所得の区分のケースも含め、最判昭和56年基準がしばしば援用されている³⁹⁾。ただし、最判昭和56年は事業所得と給与所得の区分に係るケースであり、事業所得と雑所得における区分においては、所法27条の委任を受けた所令63条12号にいう「対価を得て継続的に行う事業」（以下単に「対価を得て継続的に行う事業」という。）に関し、東京地判昭和48年7月18日⁴⁰⁾（以下「東京地判昭和48年」という。）の「いわゆる事業にあたるかどうかは、結局、一般社会通念によって決めるほかはないが、これを決めるにあたっては営利性・有償性の有無、継続性・反復性の有無、自己の危険と計算における企画遂行性の有無、その取引に費した精神的あるいは肉体的労力の程度、人的・物的設備の有無、その取引の目的、その者の職歴・社会的地位・生活状況などの諸点が検討されるべきである。」との判示のとおり、これらの具体的な考慮要素に事実関係を当てはめて判断されることが多い⁴¹⁾が、酒井克彦教授は、これらの考慮要素につき、「納税者が業務を行うに当たっていかなる準備や取り組みをしているのかという点に関心を寄せるものであり、所得稼得

原因の視角から『事業』を捉えようとしていることが判然とする。』⁴²⁾としている。

また、後述の裁判例、特に第3節において述べるものについては、最判昭和56年基準を援用しつつも、具体的には東京地判昭和48年が示す考慮要素に加え、後述する名古屋地判昭和60年4月26日⁴³⁾（以下「名古屋地判昭和60年」という。）などの裁判例において示される「当該経済的行為をなすことにより相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性が存するか否か」（以下「収益安定の可能性」という。）により、社会通念上事業に該当するか否かの判断を行うものが多くみられる。

（2）事業性が認められなかった事例

最判昭和56年後の裁判例であり、会社役員である原告が行う商品先物取引について事業に該当されるか否かが争われた名古屋地判昭和60年は、「(所法27条1項を受けた) 令63条は、1号から11号までの具体的な事業の種類を規定し、かつ12号で前各号に掲げるもののほか、対価を得て継続的に行う事業も含まれていると規定しているところ、商品先物取引は令63条1号ないし11号に規定されている事業に該当しないことが明らかであるから、原告清康の商品先物取引による損失額が事業所得により生じたものか、雑所得により生じたものかは、原告清康が本件各係争年分中にした商品先物取引が令63条12号にいう対価を得て継続的に行う事業に該当するか否かにある。そして、一定の経済的行為がこれに該当するか否かは、当該経済的行為の営利性、有償性の有無、継続性、反復性の有無のほか、自己の危険と計算による企画遂行性の有無、当該経済的行為に費やした精神的、肉体的労力の程度、人的、物的設備の有無、当該経済的行為をなす資金の調達方法、その者の職業、経歴及び社会的地位、生活状況及び当該経済的行為をなすことにより相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性が存するか否か等の諸要素を総合的に検討して社会通念に照らしてこれを判断すべきものと解される。」と、最判昭和56年基準には言及せず、東京地判昭和48年の考え方と同様、一定の経済的行為が「対価を得て継続的に行う事業」に該当するか否かの判断基準（以下名古屋地判昭和60年で示された「対価を得て継続的に行う事業」に該当するか否かの判断基準を「名古屋地判昭和60年基準」という。）により事業所得該当性を判断している。この名古屋地判昭和60年基準は、後述する会社役員である原告が行う有価証券先物取引について事業に該当するか否かが争われた岡山地

判平成22年2月18日⁴⁴⁾（以下「岡山地判平成22年」という。）及び会社役員である原告が行う金融商品先物取引業者との外国為替証拠金取引（FX取引）について事業に該当するかが争われた東京地判平成23年2月18日⁴⁵⁾（以下「東京地判平成23年」という。）等において採用されている。

ここで注目すべき点は、本業の他に行う経済活動は、いわば片手間で行われているものであって事業所得を発生させる事業とはいえないと判断する傾向が強くなり、特に商品先物のように投機性が強い取引からは安定した収入が得られにくい⁴⁶⁾として、事業性を否定されるケースがみられることである。事業該当性の総合判断に当たって、収益安定の可能性を考慮要素としている裁判例として、岡山地判平成22年、東京地判平成23年を含む次節で紹介する裁判例（次節4及び5の裁判例を除く。）のほか、大阪高判昭和50年3月26日⁴⁷⁾、福岡高判昭和54年7月17日⁴⁸⁾（以下「福岡高判昭和54年」という。）、京都地判昭和56年2月27日⁴⁹⁾、名古屋高判昭和57年12月23日⁵⁰⁾、京都地判昭和59年9月6日⁵¹⁾、神戸地判平成4年10月28日⁵²⁾、札幌地判平成6年3月14日⁵³⁾、横浜地判平成11年7月28日⁵⁴⁾、岡山地判平成21年2月17日⁵⁵⁾（以下「岡山地判平成21年」という。）及び広島高判岡山支部平成22年1月21日⁵⁶⁾などがあり、特に先物取引など投機性の強い取引に係る事業該当性を否定する際の重要な考慮要素となっている。

（3）事業性が認められた事例

事業性が認められた裁判例は少ないが、ここでは、二つの裁判例を紹介する。一つは生糸を主とした先物取引を行っていた原告は、当該先物取引による利益を所得税法上の所得に該当せず、非課税であるとして確定申告しなかったところ、所轄税務署長による調査を受けたので不本意ながら期限後申告し所得税等を納付したが、所轄税務署長によりこの所得に仮装隠ぺいがあるとして重加算税の賦課決定処分を受けたので、これを不服として争ったものであり、原告は当該所得の非課税を主張する一方、被告は事業所得に該当するとして争った事案である静岡地判昭和50年10月28日⁵⁷⁾（以下「静岡地判昭和50年」という。）である。本事案においては、所令62条12号につき「この『対価を得て継続的に行なう事業』とは、社会通念に照らし、事業と認められるものすなわち個人の危険と計算において独立的に継続的に営まれる仕事のうち、法の所得課税の目的から、対価を得ることすなわち営利性・有償性のあるすべてのものをいい、特に事業場を設置したり、

人的・物的要素が結合した経済的組織によるものであることを必要としない、と解するのが相当である。そして、一般顧客の差金決済による利益を目的とする商品先物取引が右の『対価を得て継続的に行う事業』に該当するか否かは、当該取引の回数・数量・金額・過去の実績・人的物的施設その他の諸状況により、社会通念に照らして客観的に決すべきものと考えられる。」と判示した。そして、原告は退職後には仕事の大半を生糸等の商品先物取引にあて、その収入により生計を賄い、資産の増加をはかってきたこと、日常はほとんど自宅において業界紙等から相場を見込み、相場の開場中は終始仲買人と電話で連絡を取りながら取引の注文や資料収集等をしていたこと、多数にわたる取引により多額の清算益金を得ていたことなどから、自己の危険と計算において独立的に継続して営まれた生糸等の商品先物取引であり、かつ大量に反復継続した営利行為と認められ、社会通念上「対価を得て継続的に行なう事実」というに妨げないとして事業所得該当性を認めている。

もう一つは、会社役員である原告が、個人で貸金業を行うことを企画し、資産家等から融資を受けた上、多数の貸付先に多数回にわたり年間数億円を貸付けて利息等の収入を得ていたが、事業所得として申告していた原告に対し所轄税務署長が雑所得として損益通算を認めなかったため争いとなった名古屋地判平成4年4月24日⁵⁸⁾（以下「名古屋地判平成4年」という。）である。裁判所は、「法には金融業について定義した規定がなく、また、金銭貸付行為であれば直ちに右の金融業に該当するということはできないから、結局、金銭貸付けによる所得が事業所得であるか雑所得であるかを判定するに当たっては、租税負担の公平を図るため、所得を事業所得、雑所得等に分類し、その種類に応じた課税を定めている法の趣旨、目的に照らし、当該金銭貸付行為の具体的態様等に応じてその性格を客観的に判断すべきものである。すなわち、金銭貸付行為に事業性が認められるためには、それが営利性、有償性を有し、かつ、反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる態様で行われるものであることが必要であると解されるが、その判断に当たっては、金銭貸付行為を行うに至った経緯と目的、貸付資金の調達方法、貸付金の利息約定の有無及び利率の高低、貸付先及び貸付口数の多寡、貸付先との関係の濃淡、契約書等の作成状況、人的・物的設備の状況、帳簿等の具備状況、担保権の設定の有無、貸付けのための広告宣伝の状況、関係

官庁・団体への届出等の有無、貸付債権回収の努力その他諸般の事情を総合勘案し、社会通念に照らして事業としての営利性、継続性、客観性等が認められるか否かを検討することが相当である。」と判示した。そして、原告は、営利目的で、他人資本を借入れてこれを高利で他に貸し付けて利ざやを稼ぐという方法で、縁故者に限らず相当数の者に対して多額の貸付けを行い、その貸付けに当たっては、原則として、公正証書、契約書等を作成し、かつ、担保を取り、借入台帳及び貸付台帳を作成して一応の借入金管理及び貸付金ないし顧客管理を行い、更に、焦付き債権については訴訟、担保権実行等の回収手段を講じるなどしていたこと、愛知県商工部商工金融課長に対して貸金業の届出を行い、社団法人愛知県庶民金融業協会の会員となり、電話帳に自己を金融業者として登載するなどしていたことを総合勘案し、原告の行っていた金銭貸付行為は、少なくとも、大口貸付けを始めた昭和48年頃以降は、営利性、有償性を有し、かつ、反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる態様のものではあったといえることとして事業性を認めている。また、帳簿の記載内容が必ずしも十分なものではなかったこと、独立した事務所や専従の従業員がいなかったこと、特段の広告宣伝を行っていないこと、被告に対して貸金業の開業届出を行っていないこと等の事業性を認めるに当たり消極に働くべき事実がある一方、帳簿には金銭貸借の基本的事項は概ね把握できる程度の記載がされていたこと、原告は、自分が経営している本件会社の執務室及び従業員を事実上金銭貸付けの営業にも使用していたこと、金融業者仲間からの紹介客等に大口の貸付けをするという営業形態であったので、一般大衆に対する広告宣伝活動の必要性が乏しかったこと、金銭貸付けによる所得を事業所得として申告していること等の事実をも総合すれば、本件貸付けの事業性を否定するに足りるものではないというべき旨判示している。

この二つの裁判例を見ると、静岡地判昭和50年は、企画遂行性、肉体的・精神的労力の程度及び取引回数・金額に加え、当該収入が生活の資であるか否か（以下「生活の資該当性」という。）を考慮要素に加えている。これに対し、名古屋地判平成4年は、資金を外部から調達するとともに、貸付先も不特定多数で相当額に上り、回収に係る労力も費やしていたことなどが評価されているものと考えられる。

なお、名古屋地判平成4年は、収益安定の可能性や生活の資該当性については

特に判示していないが、静岡地判昭和50年は、生活の資該当性を考慮する一方、商品先物取引が他の堅実な営業と比較し、営利性に不確実な点があることは否定できないとしつつ、個別的に見て各個の取引において利益の発生が不確実で偶発的であるからといって、自己の相場経験を生かして予測を立てたうえ、反復継続して大量に行った取引についてまで、その営利性・有償性を否定することができないとして、投機的な経済活動であっても事業該当性を認めている。

第2節 雑所得

1 雑所得の沿革

雑所得の分類は、シャープ勧告に基づく昭和25年の改正で設けられ、それまで所得を利子、配当、臨時配当、給与、退職、山林、譲渡、一時の各所得に区分し、最後に、これらの所得以外の所得を事業等所得として9種類に区分していたのが、配当控除の創設により臨時配当所得の分類を廃止した。また、内容が雑多であった事業等所得についてこれを細別し、新たに不動産所得と事業所得の分類を新設し、その他の所得を雑所得として残したものである⁵⁹⁾。

2 雑所得の意義

所法35条1項は、「雑所得とは、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、山林所得、譲渡所得及び一時所得のいずれにも該当しない所得をいう。」としている。所得税法は、所得は何かという定義を与えずに所得を10種類に分類し、各種所得について具体的にその内容を定めているが、最後に、雑所得というバスケット・カテゴリーを設け、他の所得分類に該当しないものはすべてこの所得分類で受ける方法を採用していることから、雑所得には統一性のない雑多な所得が同居することになる⁶⁰⁾。雑所得は、計算方法の違いにより公的年金等に係る雑所得と公的年金等以外の雑所得（以下「その他の雑所得」という。）に分かれるが、その他の雑所得はその性質から他の所得に類似するものが多いことから、武田昌輔教授は「所得税法上、雑所得は、特にその内容を定義せず他のいずれの所得にも該当しない所得で、それ自身積極的な内容をもたない種々雑多の性質を持った所得のよせ集めということになる。」⁶¹⁾としている。また、金子宏名誉教授は、「その他の雑所得とは、利子所得から公的年金等までのいずれにもあたらない所得で、他の種類の所得のように統一的なメルクマールがなく、積極的に

定義することは不可能である。』⁶²⁾とその定義の困難性を指摘しているが、岩崎政明教授は、雑所得がわが国の所得税法がいわゆる包括的所得概念を基礎として構築されていると解する論拠の一つとして重要な役割を担っている反面、金子名誉教授の指摘のように統一的なメルクマールを設定することが不可能であるとしつつ、「雑所得の概念を明確化してしまったのでは、どのような源泉の所得でもこれに含めることが可能であるという包括性ないしフレキシビリティが失われてしまって、却って不都合を生ずるとの配慮が働いてきたからなのかもしれない。』⁶³⁾と包括的所得概念の中で、いずれの源泉にも当てはまらない雑所得の包括的な性格が損なわれることにより生じる不都合の回避のためあえてその概念の明確化がされていないとの考え方を有している。越智沙織教授は、「そもそも包括的な所得とは、所得をひとつととらえ、雑所得がそれであるとすると、発生源あるいは性質が確定できる所得は、源泉・性質に応じて雑所得から分離して各種所得に分類されると考えられる。つまり雑所得は各種所得に源泉別あるいは性質別に分類された後の包括的所得であり、雑所得こそが各種所得のベースとなる。したがって、雑所得は他の所得から漏れた受け皿や寄せ集めではなく、雑所得こそが包括的な所得として、源泉別あるいは性質別に分類される以前の一つの所得を形成しており、そこから様々な分類基準によって所得は各種所得に分類されていると考えることができる。』⁶⁴⁾と、雑所得は包括的所得概念の中で所得分類を行う前の所得を包括的にとらえた所得であるとの見解を示している。

課税実務では、その他の雑所得を業務に係るものとそれ以外のものに分け、雑所得は、①公的年金等、②業務に係るもの（以下「業務に係る雑所得」という。）、③①、②以外のもの（以下「業務以外に係るその他の雑所得」という。）の合計であるとし、業務に係る雑所得について、「業務に係るものとは、副業に係る収入のうち営利を目的とした継続的なものをいいます。』⁶⁵⁾としている。業務に係る雑所得を区分する意義は、令和2年度税制改正により、令和4年分以後の所得税に関し、雑所得を生ずべき業務を行う居住者等でその年の前々々年のその業務に係る収入金額が300万円を超えるものについては、確定申告書への収支内訳書の添付義務や現金預金取引等関係書類の保存義務が課されることになったことによるものと考えられる。そして、所基通35-1においてその他の雑所得を例示するとともに、所基通35-2において、事業から生じたと認められない所得で雑所得

に該当するものを示しているが、所基通35-2の注書きにおいて、「事業所得と認められるかどうかは、その所得を得るための活動が、社会通念上事業と称する程度で行っているかどうかで判定する。」としている。

3 事業と業務

前述のとおり、課税実務では、業務に係る雑所得と業務以外に係るその他の雑所得を区分する必要性が生じることになっているが、従来から不動産所得等において事業的規模と業務的規模の取扱いの違いが見られる⁶⁶⁾など、所得税法における事業と業務の用語の使い分けがなされており、このことは事業所得と業務に係る雑所得の区分にも影響している。

一般的な用語の意味として、事業とは、社会的な大きな仕事や一定の目的と計画とに基づいて経営する経済的活動⁶⁷⁾あるいは一定の目的で同種の行為を継続的に又は繰り返して行う経済活動⁶⁸⁾をいい、業務とは、事業・商売などに関して日常継続して行う仕事。なすべきわざ、仕事⁶⁹⁾あるいは、職業や事業などに関して、経常的に継続して行う仕事。また、それに従事すること⁷⁰⁾、とされていることから、業務は事業を含んだより広い概念であると思われる。所得税法における「事業」は、その範囲は必ずしも明確でないものの、所法27条1項を受けた所令63条で事業の範囲が定められている。他方、「業務」については定義がない上、条文によりその内容が異なる。具体的には、所法51条1項が、「不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業の用に供され」と規定し、同条4項において、「不動産所得若しくは雑所得を生ずべき業務の用に供され（所得税法51条1項に規定するものを除く。）」と規定していることから、業務には事業に該当するものとそうでないものがあること、不動産所得には事業に該当するものと、そうでないものがあること、雑所得には、事業に該当するものではなく、事業でない業務に該当するものが含まれる、ということになり、業務の使い方について、①事業に至らない程度の規模を示す場合、②事業とそれに至らないものを含めた概念を示す場合がある⁷¹⁾。佐藤英明教授は、「『業務』とは常に広い意味で所得を生じる経済活動全般を指すが、『事業』に関する特則があればそれが優先的に適用されることから、結果的に狭い意味に解することになる場合がある⁷²⁾」との考え方を示している。事業所得の業務と雑所得の業務とが競合関係にある場合において、その業務が営業として事業的規模で行われている場合には、その所得は事業所得に該当

し、その業務が営業として事業的規模で行われていない場合には、その所得は雑所得に該当するという関係にあるが、実際に訴訟等で問題となるのは、その事業と業務の線引きである。課税実務上は、通達で事業に当たらない業務であるその他の雑所得を例示するなど、その線引きの明確化を図っているものの、そもそも事業所得における「事業」の概念が抽象的であるため、雑所得に当たる「業務」と区別する具体的な基準が定めにくく、両者のボーダーライン上のケースの判断が困難となっている。酒井克彦教授も「そもそも『事業』と『業務』の境界は必ずしも明確であるとはいえず、これまでの判例や学説の成果あるいは実務的慣行の蓄積を見ても外形的には判然としない点も残されており、事業所得と雑所得の境界をめぐる訴訟も頻発している状況にある。」⁷³⁾としている。この点につき、事業の意義に係る裁判例は前述したが、東京地判令和4年7月14日⁷⁴⁾（以下「東京地判令和4年」という。）は、所法51条4項の「雑所得を生ずべき業務の用に供される資産」にいう「業務」について、「規模、継続性等の点で、事業と称するに至らない程度の独立的営利活動をいう。そして、ここでいう独立的営利活動が認められるためには、単に主観的に利益を得る目的を有しているだけでは足りず、客観的にみて利益の発生を期待し得る活動をしていることが必要であるというべきである。」と、客観的に利益の発生を期待し得る独立的営利活動であるとしている。

このような事業と業務の区分が困難な状況の中、令和4年10月7日付課個2-21ほか2課共同『所得税基本通達の制定について』の一部改正について（法令解釈通達）により、雑所得の範囲の実務上の取扱いを定めた所基通35-1及び35-2が改正されたが、同35-2（注）のなお書きにおいては、「なお、その所得に係る取引を記録した帳簿書類の保存がない場合（その所得に係る収入金額が300万円を超え、かつ、事業所得と認められる事実がある場合を除く。）には、業務に係る雑所得（資産（山林を除く。）の譲渡から生ずる所得については、譲渡所得又はその他雑所得）に該当することに留意する。」としている。この点について国税庁は、最判昭和56年及び東京地判昭和48年の判示をあげ、その所得を得るための活動が事業に該当するかどうかについて、社会通念によって判定する場合には、上記判決で示された諸点を総合勘案して判定することとなるとしつつ、「事業所得と業務に係る雑所得の区分については、上記の判例（筆者注：最判昭和56

年及び東京地判昭和48年)に基づき社会通念で判定することが原則ですが、その所得に係る取引を帳簿書類に記録し、かつ、記録した帳簿書類を保存している場合には、その所得を得る活動について、一般的に、営利性、継続性、企画遂行性を有し、社会通念での判定において事業所得に区分される場合が多いと考えられます。・・・他方で、その所得に係る取引を帳簿に記録していない場合や記録していても保存していない場合には、一般的に、営利性、継続性、企画遂行性を有しているとは認め難く、また、事業所得者に義務付けられた記帳や帳簿書類の保存が行われていない点を考慮すると、社会通念での判定において、原則として、事業所得に区分されないものと考えられます。ただし、その所得を得るための活動が、収入金額300万円を超えるような規模で行っている場合には、帳簿書類の保存がない事実のみで、所得区分を判定せず、事業所得と認められる事実がある場合には、事業所得と取扱うこととしています。]⁷⁵⁾としている。つまり、事業に該当するか否かは社会通念により判断することを前提としつつ、帳簿書類の保存がない場合は事業所得として認めないが、収入金額が300万円超の規模で行っている場合には帳簿書類の保存がない事実のみで所得区分を判断しないというものである。なお、国税庁は、収入金額300万円超という基準は、令和2年度の税制改正では、業務に係る雑所得について、前々年の収入金額が300万円を超える場合には、取引に関する書類の保存を義務付ける改正が行われ、収入金額300万円以下の小規模な業務を行う者について、取引に関する書類の保存を求めないこととされたことを踏まえたものである旨説明している⁷⁶⁾。

当初はこの通達改正における副業収入の扱いについて300万円以下であれば原則として雑所得とする予定であったが、「本業か副業かで所得区分を判断すべきではない」「300万円という基準の根拠が不明確」「300万円は大きすぎる」などの意見が多く寄せられ、「社会通念上事業と称するに至る程度で行っているかどうか」を事業所得の判定基準とする内容に変更したとされている⁷⁷⁾。この収入金額及び取引を記録した帳簿保存の有無により事業所得と雑所得の区分を行う考え方については、形式基準が存在することで税務執行の公正を維持することにもつながるとの見解⁷⁸⁾がある一方、記帳・帳簿保存義務に基づく所得分類は、強固な理論的根拠に支えられたものではなく、訴訟において課税処分を維持するための解釈上の理由としては、脆弱なものになってしまう危険性があるとの見解⁷⁹⁾や、収入金

額基準は、事業所得と認められる事実がある場合と併せて判断されるとしても、所得税法による所得区分の趣旨は、収入を得る行為（態様）に応じた質的担税力に配慮するものであるから、その趣旨を鑑みれば、事業に当たるか否かは金額如何にかかわらず、あくまでもその経済活動の行為（態様）によって、実際に即して判断されるべきとの見解⁸⁰⁾も見られる。

第3節 事業所得と雑所得の区分に関する最近の裁判例

ここで、平成20年代以降における事業所得と雑所得の区分に係る主な裁判例からその判断基準や考慮要素を検討する。

1 東京地判平成21年7月31日⁸¹⁾

(1) 事案の概要

大学教師としての給与収入並びに評論家としての原稿料及び講演料等の収入を有するX（原告）が、原稿料及び講演料の収入（以下「本件原稿料収入」という。）を雑所得として申告していたが、インターネット上の自ら運営するウェブサイト（以下「本件サイト」という。）の閲覧に係る年会費収入並びに同サイトにおいて実施されていた書籍及び講演ビデオの販売に係る収入（以下「本件サイト収入」という。）があるところ、被告である所轄税務署長Yは、本件サイト収入がXに帰属するとともに、原稿料収入等を含め事業所得に該当するとして更正処分等を行ったことに対し、適正な審査請求手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

裁判所は、最判昭和56年基準を示した上で、「ある活動による所得が事業所得に該当するか否かは、当該活動の規模及び態様、相手方の範囲等、種々の要素を考慮し、最終的には社会通念によって判定すべきものである。」とし、概ね以下のように判示した。

大学教員としての給与を上回る原稿料等収入につき、多岐にわたる取引先から相当回数を支払を受けることによって得ていたということができ、これを生み出したXの文筆、講演等の活動は、経常的に安定した状態にあったということができ、著書において文筆、講演を行っている者としての相当程度の紹介がされていること、自ら運営主体となっているサイトにおいて、著書の紹介

及び販売や自らが行った講演会のビデオの販売を行っていたことから営利性を有していることは明らかであり、以上の事実を総合的に考慮すれば本件原稿料等収入による所得は、社会通念上事業所得に該当するものと認めるのが相当である。

また、本件サイト収入については、本件サイトを運営して、Xの著書の紹介及び販売並びにXが行った講演会の模様を録画したビデオの販売を行うとともに、有料ページを設け、広く一般から購読会員を募り、Xが選別した特別な情報等を有料で提供していたのであり、その金額が給与収入に匹敵するか、それを上回るほどになっていること、金融機関から融資を受ける際の開業計画書の事業内容として「インターネットによる言論・情報提供業」を掲げていたのみならず、開業後の利益金額の見通しを立てていたこと、本件サイトの運営が営利目的であることを肯定する趣旨の発言をしていたことなどの事実を総合的に考慮すれば、本件サイト収入による所得は、社会通念上事業所得に該当するものと認めるのが相当である。

なお、Xは大学に勤務する教師であり、給与所得を有する者であるが、事業所得の意義からすると、ある所得が事業所得に該当するか否かの判断に当たっては、その者の本来の業務又は職業として行われる場合であると副業的なものとして行われる場合であることを問わないと解するのが相当であるから、Xが給与所得者であるという事実は、本件収入による所得が事業所得に該当するとの前記認定を左右するものではない。

(3) 検討

本件原稿料等収入については、多岐にわたる取引先から相当回数の支払を受け大学教員の給与以上の収入を得ており、経常的に安定的であったこと、自らの運営しているインターネットサイト等において、著書や講演会ビデオ等の広告宣伝や販売を行っていたことにより営利性が認められ、事業所得と認定されている。また、本件サイト収入についても、原稿料収入同様、大学教員の給与と同等か、それ以上の収入を得ていたことに加え、本件サイト収入については金融機関からの借入れを行い、その開業計画書においても利益計画の見通しがあったことなどから営利性が認められ、その収入による所得は、社会通念上事業所得であるとされた。裁判所は収益安定の可能性や事業の計画性などから、事業性を認めたものと思われる。

2 岡山地判平成22年

(1) 事案の概要

会社役員であるX(原告)が行う有価証券先物取引(以下「本件有価証券先物取引」という。)に係る所得を事業所得として確定申告したところ、所轄税務署長は当該所得を雑所得として更正処分等を行ったため、これを不服として適正な審査請求手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

一定の経済的行為が、所令63条12号の「対価を得て継続的に行なう事業」に該当するか否かは、営利性・有償性及び反覆性・継続性の有無のみで判断されるべきではなく、自己の危険と計算による企画遂行性、その行為に費やした精神的・肉体的労力の程度、人的・物的設備の有無、資金の調達方法、その経済的行為の目的、その行為をすることにより相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性、その者の職歴・社会的地位・生活状況などの客観的な諸要素を総合的に検討し、社会通念に照らして事業と認められる場合に上記該当性が肯定されることとなる。

本件有価証券先物取引は、Xが行っていた有価証券先物取引の取引回数及び取引を継続してきた期間から継続性・反覆性を有しており、Xは1日の大半を有価証券の市場状況に関する調査や取引注文等に当てており、精神的・肉体的労力を費やしていた。しかし、他方では、本件有価証券先物取引は、投機に当たり、取引の性質上、継続的に安定した収益を得られる可能性が極めて低いものであり、一般的には、「対価を得て継続的に行なう」ことが著しく困難な取引というべきである。さらに、同取引は、人的・物的設備を備えておらず、自己の名による借入金を資金とするものであり、Xは、生活の資を給与収入により得ていた等の事情が存する。これらの諸事情を総合すると、本件有価証券先物取引は、社会通念に照らして、「対価を得て継続的に行なう事業」に該当しないものと認められる。

(3) 検討

本事案は、その取引回数や取引期間から継続性・反覆性が認められ、精神的肉体的労力を費やしていたことも認められたが、人的物的設備や資金調達手段もなく、かつXが他に生活の資のための収入があったこと(当該経済活動に生活の

資該当性がなかったこと)が事業該当性のマイナス要因としてあげられている。また、有価証券先物取引の性質上、継続的に安定した収益を得られる可能性が極めて低いものであり、一般的には、「対価を得て継続的に行なう」ことが著しく困難な取引であると収入安定の可能性を指摘しており、投機的な取引は、対価を得て継続的に行なうことが困難であるとの社会通念に従って判断されているものとする。

3 東京地判平成23年

(1) 事案の概要

会社役員である X (原告) が、金融商品取引業者との外国為替証拠金取引 (以下「本件 FX 取引」という。) による損失が事業所得の金額の計算上生じた損失に該当するとして給与所得の金額と損益通算した上で確定申告をしたところ、所轄税務署長から、同取引による所得は雑所得に該当し、その損失は給与所得と損益通算することができないなどとする更正処分等を行ったことから、これを不服とした X が適正な不服申立手続きを経て、訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

一定の経済的行為が、事業所得について規定する所法27条1項を受けて定められた所令63条12号の「対価を得て継続的に行なう事業」に該当するか否かは、当該取引のための人的又は物的設備の有無、資金調達の方法、取引に費やした精神的又は肉体的労力の程度、その者の職業や社会的地位などの諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして判断すべきものと解するのが相当である。

X は、①蓄財の方法を検討していたところ、FX 取引であれば利益が得られるものと考え、証券会社に口座を開設し、その後、インターネットにより本件 FX 取引を行っていること、②スポーツ施設等の経営等を業とする株式会社の代表取締役であったところ、本件 FX 取引の多くは、同社の事務所において行われ、本件 FX 取引のために特別に人を雇用したり、物的設備を整えたこともなく、情報収集のために格別の経費を支出したり、調査のための特別な機構を持っているといった事情もうかがわれないこと、③本件 FX 取引の資金は、X の自己資金又は自ら代表取締役を務める株式会社からの借入金であり、特別な資金調達手段を有しているわけではないこと、④X は、役員報酬として1年間に相当額の収入を得て、そこから生活費を支出しており、本件 FX 取引による利益は、全て新たな

取引の原資に充てられていること、⑤FX取引は、一定の証拠金を預託して、その数倍から数十倍の価値の外貨の売買を行う取引であり、大きな利益を期待することができる一方、多額の損失を被る可能性のある極めて投機性の高い取引であり、長期的に相当程度安定した収益を得る可能性は乏しいといわざるを得ないこと、などからすると、本件FX取引は、社会通念に照らし、「対価を得て継続的に行う事業」であるとは認められないというべきである。

(3) 検討

本事案は、名古屋地判昭和60年の判示と同様に、本件FX取引が「対価を得て継続的に行う事業」であるかどうかについて判断している。利益確保のための取引ではあるが、人的物的設備や特別な資金調達手段がないことに加え、生活の資該当性や収益安定の可能性が認められないことから、「対価を得て継続的に行なう事業」と認められていない。

4 大阪地判平成23年12月16日⁸²⁾

(1) 事案の概要

Xは、各年分の所得税の確定申告に当たり、Xが行っている服飾の有償レンタル（以下「本件服飾レンタル」という。）から生じた所得等が、いずれも事業所得に該当し、当該所得の計算上生じた損失が損益通算の対象となるものとして総所得金額を計算していたが、税務署長は、本件服飾レンタルから生じた所得等が雑所得に該当するものとして、その所得の計算上生じた損失を損益通算の対象としない更正処分を行ったため、Xがこれを不服として適正な審査請求手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

裁判所は、最判昭和56年基準を示した上で、概ね以下のように判示した。

具体的に特定の経済的活動により生じた所得がこれに該当するといえるかは、当該経済的活動の営利性、有償性の有無、継続性、反復性の有無のほか、自己の危険と計画による企画遂行性の有無、当該経済的行為に費やした精神的、肉体的労力の程度、人的、物的設備の有無、当該経済的行為をなす資金の調達方法、その者の職業、経歴及び社会的地位、生活状況及び当該経済的活動をすることにより相当程度の期間安定した収益を得られる可能性が存するかどうか等の諸般の事情を総合的に検討して、社会通念に照らして判断すべきである。

Xは数年間継続的に本件服飾レンタルを行っていたことが認められるが、この間のいずれの年においても収入金額を大幅に上回る仕入れ（服飾品の購入）が行われており、また、レンタル商品の減価償却費は収入金額を大幅に上回っており、収益が全く生じていない。また、全く利益が出ていないにもかかわらず、宣伝広告等は一切行われず、顧客拡大による収益拡大の努力が全く行われていない。さらに、営利目的の事業を行う場合には、業績把握のために通常作成されるべき収支に係る帳簿類も作成せず、そもそも利益を得ることは目的としていないことがうかがわれる。これらの事情に鑑みると、本件服飾レンタルにより経済的に安定した収入を得る見込みはなく、本件服飾レンタルに営利性があるとは認め難い。

また、Xは、医師業を本業として、相当程度安定した収入を得ており、当該収入がその総所得の大部分を占めており、本件服飾レンタルの資金についても、特に借入れ等を行った事実も見当たらないことからすると、当該収入から捻出されたものであることがうかがわれる。本件服飾レンタルは、多忙な医師業の合間の僅かな時間に10人程度の固定客を相手に行っているものであること、商品の授受等は喫茶店などで個別に行われており、特別な店舗や事務所等が設置されているわけではなく、レンタル商品を保管しているX所有のマンションでは本件服飾レンタルの表示等も特になく、レンタル商品を取納するのに必要なクローゼットやタンス等以外は、特段営業の用に供する物的設備もないこと、基本的にはXが1人で行っているため、従業員等の特段の人的設備もないこと、さらに、顧客との間で領収書や請求書も発行しておらず、収支に係る帳簿類も作成せず、特段の宣伝広告も行っていないことなどに鑑みれば、本件服飾レンタルは、Xが医師業により安定した収入を得る傍らに、わずかな時間と労力により、特段の人的設備や物的設備を備えることなく行われたものであり、事業としての社会的客観性を有しているとは認め難く、また、自己の危険と計画による企画遂行性があるとも認められず、むしろ、自己の服飾費を減価償却費として損金算入することにより、節税効果を得ることを目的として、事業の外観を備えるために本件服飾レンタルが行われていたとみるのが自然であることから、本件服飾レンタルが、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務ということではなく、本件服飾レンタルの事業性は認められないというべきである。

(3) 検討

本事案においては、売上を上回る仕入を行っているにもかかわらず、広告宣伝による利益の拡大や帳簿作成等による業績把握をしていないことから、営利性が否定されている。加えて、医師としての相当安定した収入から本件服飾レンタル業務の資金を調達していること、本業である医師業の合間に行われていること、特段の人的設備や物的設備を備えることなく行われたものであることから、事業としての社会的客観性や自己の危険と計画による企画遂行性が認められないことにより事業性が否定されている。本件服飾レンタルにより経済的に安定した収入を得る見込みはないと収入安定の可能性が否定され、生活の資該当性の直接の判示はないものの、医師による相当程度の収入が所得の大部分を占めるという判示は生活の資該当性を充足しない旨を示唆しているものとする。

5 横浜地判平成28年2月3日⁸³⁾

(1) 事案の概要

A事務所に所属しB基地の消防業務に勤務し、同基地に勤務していない日又は時間帯において猟銃等の製造・販売に係る業務（以下「本件製造等業務」という。）及び鋼材の鍛錬を行う鍛冶に係る業務（以下「本件鍛冶業務」といい、本件製造等業務と併せて「本件各業務」という。）を行っていたX（原告）が、本件各業務に係る所得（損失）が事業所得に該当するとして上記事務所に係る給与所得と損益通算した上で所得税等の確定申告をしたところ、本件各業務に係る所得は、事業所得（所法27条1項）に該当せず雑所得（同法35条1項）に該当し損益通算は認められないとして、所轄税務署長から更正処分等を受けた。Xは、これを不服として、適正な不服申立手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

裁判所は最判昭和56年基準を示した上で、概ね以下のように判示した。

Xは、平成23年ないし平成25年において、本件製造等業務による収入を得ておらず、本件鍛冶業務による収入も低額にとどまっている一方、毎年、確定申告において事業所得につき400万円以上の損失を計上している状況にある。しかも、Xは、本件製造等業務については、火縄銃の製造技術を学んではいるが、火縄銃を製造する技術を有しておらず、現実に火縄銃の製造及び販売を行ったことがないというのであり、また、本件鍛冶業務についても、今は修行中で技術が未熟

であるとして宣伝広告を行っておらず、特定の取引先はなく、作業内容を掲載する自らが開設するブログを通じて依頼があれば受け付けているにとどまり、その収入額も上記のように極めて少額にとどまっている。このような事情に照らせば、本件各業務は、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有するものとは到底認められないというべきである。

他方、Xは、B基地において週40時間消防業務に従事してA事務所から相当額の安定した収入を得ており、当該収入はXが確定申告に計上した収入金額のほとんどを占め、本件各業務は、B基地の仕事のないときに行っているものにすぎないのであって、これらの事情に照らせば、本件各業務は事業としての社会的地位が客観的に認められるものであるということもできない。

以上によれば、本件各業務に係る所得が、所法27条1項に規定する事業所得に当たるとすることはできない。

(3) 検討

本事案においては、その収入が低額で必要経費を差し引くと毎年損失が生じているにもかかわらず、火縄銃製造のための技術を有せず、広告宣伝も行っておらず、自己のブログで宣伝するのみで特定の取引先もないことから、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有するとは認められないとされている。また、本業により相当額の安定した収入が得られ、火縄銃製造の仕事は本業の仕事がないときに行っているにすぎないという点から、事業としての社会的地位が客観的に認められないとされた。

毎年損失が発生しているにもかかわらず、これを解消する行動もなかったことから営利性等を否定されたことに加え、他に安定的な収入があり、生活の資該当性も認められないことから、社会的に事業とは認められないと判断されている。

6 横浜地判平成28年11月9日⁸⁴⁾及び東京高判平成29年9月28日⁸⁵⁾

(1) 事案の概要

競馬の買い目を予想するコンピュータプログラムを開発し、これを利用して競馬の勝馬投票券を購入し、的中馬券の払戻金に係る所得を得ていたX(原告・控訴人)が、当該所得がこの事業所得であるとして確定申告を行ったところ、所轄税務署長がこの所得は一時所得に該当するとして更正処分を行ったところ、Xがこれを不服として適正な審査請求手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

第一審の横浜地裁は、所法27条1項の事業所得の委任を受けた所令63条の規定から、事業所得にいう「事業」とは、「対価を得て継続的に行う事業」をいうものと解されるとし、事業所得にいう「事業」に当たるかどうかの一応の基準として、最判昭和56年基準を示した。そして、具体的には、営利性及び有償性の有無、反復継続性の有無に加え、自己の危険と計算においてする企画遂行性の有無、その者が費やした精神的及び肉体的労力の有無及び程度、人的及び物的設備の有無、その者の職業、経験及び社会的地位、収益の状況等の諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして、「事業」として認められるかどうかによって判断すべきものと解するのが相当であるとするともに、社会的客観性をもって「事業」と認められるためには、相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性がなければならぬと解されるとの解釈を示した。本事案については、競馬予想プログラムを用いてレース結果を分析、予測し、自らの設定する条件に見合う期待値が高い馬券を抽出する作業をしていたとしても、そのような役務は馬券購入の相手方であるJRAに提供されたものではなく、役務の提供の対価として払戻金を得るわけではないこと、馬券の払戻金は券面額を支払って馬券を購入しただけでは得られるものではなく、レースの結果という偶然の事情により購入した馬券が的中することではじめて発生するものであるから、払戻金をもって馬券購入の対価ということもできず、準備行為を含めてもXの馬券購入行為は「対価を得て継続的に行う事業」であることは言い難いと判示した。

また、予測的中率ではなく期待値が高い馬券を継続的に大量購入することを反復継続することにより、長期間を通じて利益を得ようとするものであることから必然的な利得で、安定的、継続的に収益が見込まれるとのXの主張に対しては、馬券の購入態様は、購入規模を別にして、個々のレースの結果を予想して、予想の確度に応じてどのように馬券を購入するか判断している一般的な競馬愛好家による馬券の購入形態と質的に異なるものではなく、払戻金は、その発生の有無及び額が個々のレースの結果という不確定な事実にかかっているという点で、本来的には偶発的な利得という性質を有するものであり、交付される払戻金の総額が馬券の発売総額の約75%程度にとどまることからすれば、一般的には、払戻金により相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性は乏しいと言わざる

を得ないとした。加えて、Xの馬券の購入履歴や収支に関して帳簿等の作成を行っておらず、一部を除いては購入履歴に関する資料を保存していないことからXによる馬券の具体的な購入方法は不明であること、5年間の事業所得の金額は、大きく変動しているだけでなく、3年連続して損失が発生していること、前述の通りXの馬券の購入方法は一般の競馬愛好家と質的に異なることから、Xの馬券購入行為は、その購入規模の大きさを踏まえても、払戻金の発生に関する偶発的な要素が相当程度減殺され払戻金により相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性が客観的にあったとまでは認めることができないとして、「対価を得て」継続的に行う事業と言えないというだけでなく、Xが自ら開発した競馬予想プログラムを用いて競馬所得を得たことや、Xにはこの競馬所得以外の所得の存在がうかがえないことを踏まえても、社会通念に照らし、事業所得を生じさせる「事業」に該当するということはできず、当該競馬所得が事業所得に該当すると認めることはできないとした。

控訴審の東京高裁も第一審を支持し、当該競馬による所得は事業所得ではなく一時所得に該当するとした。なお、Xの個人による経済活動が事業に該当するか否かは最判昭和56年基準を当てはめて判断すれば足りるとのXの補足主張については、「同判決は、所得の法的性格は具体的態様に依じて判断しなければならないとした上で、給与所得と事業所得を区別する一応の基準を示した事案であり、事業所得と他の所得とを区別する基準を網羅したものではなく、ある経済活動が事業に該当するか否かは、結局のところ、個別の事案について原判決が指摘するような具体的事情を総合考慮して、社会通念に照らし、社会的客観性をもって『事業』とするに足りる実体を有するか否かにより決するほかはない。そして、事業所得が事業活動を遂行することで得られる収益に担税力を認めたものである以上、現に収益を計上できるかどうかは別として、社会的・客観的に見て、ある程度の期間継続して安定した収益を得ることを目的とし、この目的に合致した実態を有するといえるものを事業とし、これにより得られた所得を事業所得とすべきであるから、社会的客観性をもって『事業』と認められるためには『相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性』を要するとした原判決の説示は相当であり、このような考え方は、自己の計算と危険において営まれ（企画遂行性）、営利性、有償性を有し、かつ反復して遂行する意思と社会的地位とが客観

的に認められることを事業該当性判断の一応の基準とした昭和56年判決とも整合するものである。」と判示している。

(3) 検討

本事案は、馬券の的中払戻金が事業所得か一時所得かが争われたものであるが、「対価を得て継続的に行う事業」に該当するかどうかについて、「対価性」と社会的客観性をもって事業として認められるための「相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性」の有無を中心に判断している。すなわち、横浜地裁は、馬券の的中払戻金はJRAに対する役務の提供の対価ではないとして対価性について厳格に解釈するとともに、所令63条の「事業」については、相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性がなければならぬものとしている。東京高裁もこの考え方を支持し、最判昭和56年は事業所得と給与所得を区別する一応の基準を示した判決で、事業所得と他の所得を区別する基準を網羅したものではなく、これまで所令63条につき裁判例が示した判断要素を総合考慮して、社会通念に照らし、社会的客観性をもって事業とするに足り実態を有するか否かにより決するとし、その社会的客観性をもって事業として認められるためには収益安定の可能性を要するとしている。そしてこの考え方は最判昭和56年判決とも整合するものであるとしている。最判昭和56年基準と名古屋地判昭和60年基準の整合性について明確に述べている点に意義が認められる判決であるが、長島弘教授は「この継続的で安定的な収益であるという点を、その判断要素とするのは無理があろう。なぜなら、もし長期的な赤字経営が事業所得該当性の判断に影響があるとすれば、多くの個人事業者が事業所得と認められないものになってしまうからである。」⁸⁶⁾と判旨に反対の意見を示し、木山泰嗣教授も本件地裁判決について、「所得発生安定性が事業所得該当性を判定する一つの要素に使われており、1要素として判定することに違和感はない。しかし、本判決は『相当程度の期間継続して安定した収益が得られる可能性』を、事業性の1要件に高めている点で、妥当ではないと考える。」⁸⁷⁾と収益安定の可能性を事業性の要件とすることに異議を唱えている。

また、本件の高裁判決が、最判昭和56年基準は一応の基準を示した事案であり、事業所得と他の所得とを区別する基準を網羅したものではなく、ある経済活動が事業に該当するか否かは、結局のところ、個別の事案について原判決が指摘する

ような具体的事情を総合考慮して、社会通念に照らし、社会的客観性をもって「事業」とするに足る実体を有するか否かにより決するほかはないとし、その社会的客観性をもって事業とするための考慮要素として収益安定の可能性を要すると判示している。この点について、学説上事業所得該当性における判定要素として最判昭和56年と同様の考え方が示されてきたところで、最判昭和56年の説示した事業所得の本質論は定立したものと理解してもよく、事業所得判定上の考慮要素は最判昭和56年基準とほぼ同様になり、その要素になぞらえれば、収益判定の可能性は客観的に認められるべき社会的地位を論じたものではないかとの酒井克彦教授の見解⁸⁸⁾には首肯できるものがある。

7 横浜地判令和3年3月24日⁸⁹⁾及び東京高判令和3年11月17日⁹⁰⁾

(1) 事案の概要

X(原告・控訴人)は、医師として医療法人Aが経営する病院の副院長として勤務する一方、洋画等の制作及び販売(以下「本件製作販売等」という。)を行っているが、本件製作販売等から生じた所得は事業所得に該当するとして、その損失をAから得た給与所得と損益通算して確定申告したところ、所轄税務署長は本件製作販売等から生じた所得は事業所得に該当せず雑所得に該当するとして更正処分を行ったため、Xがこれを不服として適正な審査請求手続きを経て訴訟に至ったものである。

(2) 裁判所の判断

第一審の横浜地裁は、6の第一審と同様、最判昭和56年を引用した上で、具体的特定の経済活動により生じた所得がこれに該当するといえるかは、当該経済活動の営利性、有償性の有無、継続性、反復性の有無のほか、自己の危険と計画による企画遂行性の有無、当該経済的行為に費やした精神的・肉体的労力の程度、人的、物的設備の有無、当該経済的行為をなす資金の調達方法、その者の職業、経歴、社会的地位及び生活状況並びに当該経済的活動をすることにより相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性が存するかどうか等の諸般の事情を総合的に検討して、社会通念に照らして判断すべきであると判示した。

そして、Xが自作洋画の販売のために個展を年複数回開催していること、自作洋画の画集を出版したこと、アトリエを賃借し洋画の制作及び保管を行っていること、自ら費用を支出して美術雑誌等への自作洋画の掲載を依頼していること、

画家としての活動に係るホームページを開設し、個展の開催情報等を掲載していること、自作洋画に係るジークレー、リトグラフ、画集及びポストカードを対価を得て販売していたことから、本件制作販売等の有償性、継続性、反復性を認め、アトリエを備え、自己の費用によりこれらの活動を行っていることから企画遂行性を認めているとともに、自作洋画の制作や個展開催の準備等に相当の精神的・肉体的労力を費やしたものとしている。

他方、一般に、洋画の制作販売という活動は、創作者の経験年数や創作量の増加に応じて、これに比例して、収益の上がる可能性が高くなるというような性質のものではないところ、各年分における売上額がわずかな額にとどまる一方で、毎年多額の経費が発生し、収益は大幅な赤字となっているというXの客観的収益状況、並びに、各年分における売上げの大部分を占めるのは、Xの親族及び知人に対する売上げであり、一般客への販売実績は安価な画集やポストカードのほかはジークレー1点のみであるという客観的販売実績の状況、本件制作販売等に係る資金は、XのAからの給与収入又は預貯金等で専ら賄われていることや個展は労力や時間を考えると年間に開催する回数には限度があることから、本件制作販売等において多額の損失が発生しても、Xの生活に影響はなく、Xの意欲や主観はともかくとして、収益の改善に向けた具体的かつ現実的な計画の立案がされていたともいえないことに照らすと、本件制作販売等により相当程度の期間継続して安定した収益を得る見込みがあったとは認め難く、また、このような活動に営利性があったとも認め難いとしている。

以上のことに加えて、Xは、Aの理事長を務め、また、Aが開設するクリニックにおいて医師として診療行為を行うことにより、Aから多額の給与所得を得ており、生活に要する費用は上記給与所得により賄われていたことから、本件制作販売等は、有償性、継続性、反復性、Xの計算と危険における企画遂行性を有し、物的設備を備え、さらに、Xが相当の精神的・肉体的労力を費やして行っていた活動であるといえるものの、これらの活動に要する資金は、専らXが医療法人社団の理事長を務め、医師として診療行為を行うことにより得た給与所得及び資産から調達されており、しかも、本件各年分における客観的収支状況や販売実績に照らせば、多額の資金を投じる一方で、収益は全く上がっておらず、およそ相当程度の期間継続して安定した収益が得られる見込みがあったとはいえず、

客観的にみて営利を目的として行われたものともいえないことからすれば、社会通念上、本件制作販売等が、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務であるとはいえず、事業に該当しない旨判示している。

控訴審の東京高裁も第一審の判断を支持したが、Xの最判昭和56年が考慮要素としていない「相当程度の期間継続して安定的な収益を得られる可能性」を考慮要素として付加したことが課税要件明確主義に反するとの主張に対しては、「上記考慮要素をしんしゃくすることが課税要件明確主義に反するとはおよそいえない上、昭和56年最判は、業務の遂行から生ずる所得の法的性格は当該業務の具体的な態様に依じて判断しなければならないとした上で、給与所得と事業所得を区別する一応の基準を示したものであり、事業所得と他の所得を区別する基準を網羅的に示したものではない。そして、ある経済的活動が事業に該当するか否かは、個別の事案について、営利性・有償性の有無、継続性・反復性の有無のほか、自己の危険と計算による企画遂行性の有無、当該経済的行為に費やした精神的・肉体的労力の程度、人的・物的設備の有無、資金の調達方法、その者の職業、経歴、社会的地位及び生活状況等に加えて、事業所得の性質に照らし、『相当程度の期間継続して安定した収益を得られる可能性』を重要な考慮要素とするのが相当である。そして、これらの考慮要素を総合考慮した上、社会通念に照らし、社会的客観性をもって事業と認められる実態を有するか否かによって、事業該当性を決すべきである。このような判断方法によることは、昭和56年最判と何ら相反するものとはいえない。」と判示した。

(3) 検討

本事案は、有償性、反復性や企画遂行性に加え、肉体的・精神的労力を費やしていることが認められたものの、収益が全く上がっておらず、安定した収益が得られる見込みがないことから、客観的にみて営利を目的として行われたものともいえないと営利性の観点から事業性が否定されている。本件に関し、事業該当性の判断は、基本的には独立性、営利性・対価性、継続性という3つの要素により判断すべきであり、赤字であることやそれが続いていることのみをもって営利性がないと判断するのは誤りであると考えられるが、少額の収入と多額の費用による損失が何年も続いており、またそれに対する改善の計画がないことなどを考慮

すれば、利益を得ることを目的として活動していたとはいえないと思われるとして判旨に賛成する見解⁹¹⁾のように、収益安定の可能性は営利性を判断する上での一つの考慮要素とすることはありうるものとする。ただし、裁判所は、最判昭和56年の考慮要素でない収益安定の可能性を考慮要素としたことが課税要件明確主義違反であるとのXの主張に対し、6の高裁と同様の判断を行い、最判昭和56年と相反するものとはいえない旨判示している。この判示部分は、収益安定の可能性を最判昭和56年基準の営利性の考慮要素ではなく、社会的地位の考慮要素として考えているものと思われ、高裁においてもこの点について、収益安定の可能性を除く名古屋地判昭和60年の考慮要素に加え、事業所得の性質に照らし、収益安定の可能性を重要な考慮要素である旨判示しており、これらの要素の総合考慮としているものの、事業としての社会的地位を判断するに当たり、収益安定の可能性を重視しているものと思われる。

第4節 小括

1 裁判例から見た事業所得と雑所得の区分

前節で取り上げた裁判例における事業所得と雑所得の判断を見てみると、前節1、4、5、6及び7の裁判例で最判昭和56年基準の「自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務」を引用しているものの、前節6の裁判例以外は、当該活動に係る諸々の要素を考慮し、社会通念によって判定する旨判示している。また、前節2及び3の裁判例は、名古屋地判昭和60年と同様に、「対価を得て継続的に行う事業」に該当するかどうかにより、事業所得該当性を判断している。

ここで注視すべき第1点目は、前節2及び3の裁判例のような先物取引やFX取引など投機性の強い経済活動については、最判昭和56年の「自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務」に触れず、「対価を得て継続的に行う事業」に該当するか否かにより判断している点である。この点につき、田中治教授は、裁判所がこの使い分けをどのようにしているのかは必ずしも明らかではないとしつつ、最判昭和56年基準に触れると、「『自己の計算と危険において独

立して営まれ』という解釈とその適用が問題となり、その結果として、事業所得該当性が強くなることを意識したのかもしれない。』⁹²⁾としている。また、同教授は、最判昭和56年において問題となった業務につき、「右の事実関係のもとにおいては、本件顧問契約に基づき上告人が行う業務の態様は、上告人が自己の計算と危険において独立して継続的に営む弁護士業務の一態様にすぎないものというべきであり」とした点について、最高裁は、最判昭和56年基準のうち「反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務」に当たるかどうかを明言していないとし、最判昭和56年基準と当てはめの対応関係を見る限り、①独立して事業をすること（独立性）、②利益を上げようと活動すること（営利性・対価性）、③継続的に活動すること（継続性）が実際の判断基準として働いたものとし、これら3つの基準を事業所得該当性の基本的な判断基準と考えるとしている⁹³⁾。しかし、最判昭和56年基準の「反復継続する意思と社会的地位が客観的に認められる業務」という点は、業務の継続性が客観的に認められるということであろうし、法的にはややあいまいな点はあるが、「事業」の一般的な用語の意味が「社会的に大きな仕事や一定の目的と計画に基づいて経営する経済的活動」あるいは「一定の目的で同種の行為を継続的に又は繰り返して行う経済活動」であることから、客観的にみてこのような経済的活動であることを「社会的地位」という表現をしたとも考えられる。加えて、最判昭和56年は「一応の基準」としているものの、最判昭和56年基準を引用しつつ、名古屋地判昭和60年基準の考慮要素を検討する裁判例が多いこととも考えれば、名古屋地判昭和60年基準の示す考慮要素は最判昭和56年基準と別のものとは考えにくく、同基準に従って考えるべきであろう。

第2点目としては、前節5の裁判例を除き収益安定の可能性が考慮要素とされている点である。特に前節2の裁判例では、継続性・反復性等が認められたにもかかわらず、収益安定の可能性等が認められずに事業性が否定され、前節6の裁判例では馬券の購入と払戻金との対価性の問題もあるものの、社会的客観性をもって事業として認められるためには収益安定の可能性が必要である旨判示され、事業該当性が否定されている。最判昭和56年という「自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務」との文言との関係において、収益安定の可

可能性は、その取引等の不安定性等により収益変動のリスク負担をする点から、「自己の計算と責任において独立して営まれ」との独立性の考慮要素であるとの考え方や、赤字続きのケースなどを除外するための営利性の考慮要素との判断もあり得ると思われる。収益安定の可能性につき営利性を検討する範囲内における考慮要素の一つとすることはありうるものと考えるが、前節6の裁判例や前節7の高裁判決のように社会的客観性をもって事業として認められる要件として収益安定の可能性が必要と判示している事例が見られるほか、後述する福岡高判昭和54年のように、その経済的活動の営利性・継続性を認めつつも、収益安定の可能性がなく事業としての客観性に乏しいとして事業該当性を否定している事例⁹⁴⁾があることや、安定収入が得られるか否かは結果論であるから、利益が出る年と出ない年があるとしても、それが安定していないというだけで事業所得該当性ないし「事業」該当性が否定されるべきものではなく、むしろ、中長期スパンにおいて生計維持が可能である程度に「本業」としての外形性を有しているか否かという点から考えた方がよいように思われるとの見解⁹⁵⁾をも踏まえれば、やはり裁判所は収益安定の可能性につき、「社会的地位が客観的に認められる」との文言に係る考慮要素としているのではないかと⁹⁶⁾と考える。また、「対価を得て継続的に行う事業」の解釈において、事業それ自体が比較的長期に及ぶにとどまらず、当該事業によって安定した収益の確保可能性を求めることの妥当性を疑問視する見解⁹⁷⁾もあり、「対価を得て継続的に」との文言から収益安定の可能性を解釈することは困難と考えられることから、やはり裁判所は、収益安定の可能性について、「事業」は経常的に安定した収入があるものに限られるとの事業に係る「社会的地位」を前提としていると考えざるを得ないであろう。

加えて、収益安定の可能性に関連する考慮要素として、生活の資該当性がある。前節5の裁判例が収益安定の可能性を考慮しているものの、その収入につき生活の資該当性の検討を明示的に行っていなかったことを除けば、前節の他の裁判例は収益安定の可能性と生活の資該当性の両方を考慮要素としている。酒井克彦教授は、収益安定の可能性を「収入安定性基準」、生活の資該当性を「生計維持基準」と称し、「所得がプラスに大きく振れたりマイナスに大きく振れたり触れたりすることは一般的に想定されるであろう。生計維持基準は、収入安定性基準より事業所得該当性を肯定させる基準として機能することにもなりそうであ

る。・・・結論としては、生活基盤を維持することができる程度の所得であるかどうかで所得区分を判断すべきという生計維持基準が妥当するのではなかろうか。・・・必ずしも事業所得該当性を考えるに当たって常に安定的な収入を得ている必要があるとまでは考える必要はなく、所得税法は、不安定な収入であることを包摂して事業所得該当性を考えているとみるべきであろう。・・・必ずしも毎事業年度において定常的に安定収入が得られたという意味での生計維持基準である必要はなく、ある程度のタイムスパンを考慮に入れた上で、果たして生計を維持することができる程度の活動の規模かどうかということが客観的に予測される必要がある。』⁹⁸⁾と生活の資該当性が重要な要素であり、これを充足する程度の収益安定の可能性が客観的に予測できるかが重要としている。確かに、自己の危険と計算において行う活動による事業所得については、所得がマイナスとなるリスクがあるのは当然であり、収益安定の可能性について対象期間において損失の年が多いとの結果のみをもって事業該当性を否定することはできないであろう。最判昭和56年基準における「反復継続する意思と社会的地位が客観的に認められる業務」については、「反復継続するためには、生活を維持できなければならないとは思われるものの、その継続的活動に向けた意思の存在によってそれが社会的地位として客観的に認められる限り「事業」ととらえる旨を説示している」⁹⁹⁾とみることが妥当であり、結果としての収益の安定や生活の維持が要件ではなく、生活の資となりうるような一定の収益が客観的に期待できる程度の活動であれば足りるものであろう。

2 所基通35-2の解釈について

1を踏まえて所基通35-2により事業所得に該当するケースにつき検討を加えてみたい。前述の所基通35-2の注書きに係る解説には、その所得に係る取引を帳簿書類に記録し、かつ、記録した書類を保存している場合には、その所得を得る活動について、一般的に、営利性、継続性、企画遂行性を有し、社会通念での判定において事業所得に区分される場合が多いと考えられる旨の記載がある。しかし、これまでの裁判例で帳簿書類の保存は営利性、継続性、企画遂行性の裏付けとされていたものはあったが、帳簿書類の保存等により、「事業」としての社会的地位を判断しているものは見当たらなかった。そうすると、帳簿書類の保存等がある場合であっても、収益安定の可能性が認められないため、事業性が否定

される場合もあり得るものとする。同解説は、その所得を得るための活動が、社会通念上事業と称するに至る程度で行っているか否かの判定について、最判昭和56年基準に加え、東京地判昭和48年判決の考慮要素をあげ、社会通念によって事業該当性を判定する場合には、上記判決に示された諸点を総合勘案して判定することになるとしており、東京地判昭和48年で明確に示されていない収益安定の可能性には触れていない。また、同解説では、その所得を得る活動に営利性が認められない場合として、その所得が例年赤字で、かつ、赤字を解消するための取り組みを実施していない場合を示しているが、裁判所は収益安定の可能性について、最判昭和56年基準における営利性の考慮要素というよりも、むしろ「社会的地位」の点から「社会通念」上事業であるかの考慮要素と考えていると思われることは前述のとおりである。

また、収入金額300万円以上という基準についても、この基準が令和2年度の税制改正における業務に係る雑所得の取引に関する書類の保存を義務付けに関し、収入金額300万円以下の小規模な業務を行う者について、取引に関する書類の保存を求めないこととされたことを踏まえたものであるとされていることや、これまでの裁判例で取引金額や取引規模は営利性の判断基準とされていることを踏まえれば、営利性の考慮要素の一つとしては認められるものの、収益安定の可能性との関連は認められない。なお、水野忠恒教授は、「一時所得から除外される営利を目的とした継続的行為による所得は、経済活動の規模により、事業所得もしくは雑所得に区別される。事業所得は事業といえるにたる規模による所得であり、雑所得はそれ未満の規模による所得である。例えば小説家の原稿料は事業所得であるが、大学教授の原稿料は、通常、営利を目的とした継続的行為にあたらぬと考えるが、営利を目的とした継続的行為であるとしても、その経済的活動の規模からみて、雑所得に分類される。」¹⁰⁰⁾と経済的活動の規模が社会通念上の事業該当性の考慮要素であるとしているが、単年度かつ300万円程度の収入金額のみにより事業としての「社会的地位」や生活の資該当性が認められるのか疑問である。

課税実務上は、事業所得と雑所得の区分につき具体的なケースの判断が求められ、税理士等の実務家からは副業収入等の所得区分に関する形式基準等の明示を求める声もある¹⁰¹⁾ことから、このような外形的な事項を考慮要素としたのかも

しれないが、同通達の記帳・帳簿書類保存の有無及び収入金額300万円の基準のみでは、少なくとも収益安定の可能性や生活の資該当性を含めた事業としての「社会的地位」があるとは言い切れず、この基準のみにより事業性を判断することは、前述の裁判例の考慮要素との整合性が認められない¹⁰²⁾との問題が生じる可能性もある。

したがって、多くの副業・兼業については、所基通35-2の注書きの記載のとおり収入金額及び帳簿書類の保存により、営利性、継続性及び企画遂行性は認められる可能性はあるが、収益安定の可能性や生活の資該当性がなく、事業としての「社会的地位」が認められないため雑所得とされてしまうものとする。この点、「その所得を得るための活動が、収入金額300万円を超えるような規模で行っている場合には、帳簿書類の保存がない事実のみで、所得区分を判定せず、事業所得と認められる事実がある場合には、事業所得と取扱うこととしています。」¹⁰³⁾としているものの、帳簿保存がない理由のみで事業性は否定しないと言っているにすぎないので、事業性を認められる副業・兼業は極めて少ないと考える。実際に、収益安定の可能性や生活の資該当性を事業該当性の重要な考慮要素とする「社会通念」の下においては、リスク回避の観点から副業や兼業による「事業」のスタート・アップを行うことは想定外であると考えられることから、これらの活動が事業に該当するケースは少ないと思われる。柿原勝一氏も、「給与所得者のほとんどは、主として給与を生活の資としており、副業等はまさにプラスアルファの収入であり、生活の中心的な糧とはいえないケースが多いことから、給与所得者の副業等は、原則的には『雑所得』に該当するといえる。」¹⁰⁴⁾と、副業・兼業は生活の資該当性が認められないことから、原則的に雑所得に該当するとしている。同通達は、渡辺徹也教授が主張するように「副業からの所得の多くを雑所得と分類することで、損益通算を否認したといえる。」¹⁰⁵⁾ものであるのかもしれないが、そうであるとすれば、政府の声掛けに従いリスクをとって副業・兼業を始めようとする者の意欲をそぐことにつながらないかとの懸念がある。

3 副業・兼業の状況から見た事業該当性の考え方

第1章で述べたように副業・兼業の促進は、労働者個人の働き方の多様化に対応するのみならず、日本全体の生産性の向上に向けた政府の方針である。政府税調においても、「収入の在り方の多様化も踏まえ、事業所得等に対する適正・公

平な課税を実現するための環境整備についても検討していく必要がある。』¹⁰⁶⁾と
していることから、副業・兼業の促進を含めた働き方の多様化等への税制上の対
応も視野に入れているものと考えられる。

所法27条及び所令63条の文理並びに最判昭和56年基準からは、独立性、営利性・
対価性、反復継続性に加え、「社会的地位が客観的に認められる業務」の判断要
素が認められる。政府により副業・兼業が推進され、その社会的な位置づけに変
化が見られる中で、現在の所法27条及び所令63条の解釈、特に「対価を得て継続
的に行う事業」の解釈に当たり、前述の「事業」の一般的な用語の意義から、「社
会的に大きな仕事」という規模や「一定の目的と計画に基づいて経営する経済的
活動」という企画遂行性が考慮要素としては考えられるが、用語の意義からは直
接読み取れない考慮要素を過度に重視することは妥当であろうか。例えば、これ
までの裁判例の考慮要素の一つである「人的、物的設備の有無」に関しては、ギ
グ・ワーカー等パソコンとインターネット環境のみで行えるビジネスも少なくない。
長島弘教授は「対価性と継続性以外の要素は条文上の根拠がない以上、他の
多くの要素をその判断要素に用いるべきではないであろう。」¹⁰⁷⁾と対価性及び継
続性以外の判断要素を重視することについて消極的な姿勢を示している。また、
「事業」としての判断要素の一つである社会的地位について、田中治教授は、最
判昭和56年が、「反復継続して遂行する意思」と「社会的地位」の双方ともが客
観的に存在することを求める法的根拠とその基準の具体的意味内容は不明である
とし、特に「社会的地位」について、「『社会的地位』による事業所得の範囲の限
定は法令等の基礎を持たず相当ではないと考える。・・・社会通念というのは
多義的な意味を含んでいるところから、その内容や当否については、個別具体的
に判断する必要がある。」¹⁰⁸⁾と指摘している。確かに「社会的地位」の内容は所
法27条及び所令63条からは必ずしも明確ではなく、その考慮要素の一つである生
活の資該当性についても、現在のように副業・兼業を政府が推奨し、従来の仕事
に加えて他の仕事を行うことが一般化することにより、企業等に勤務し、又は他
に収入の途を持ちつつも、生活条件の向上のため別途の仕事を行っている状況下
においては、本業がいずれか一つであるとは言い切れず、生活の資が一つである
とは限らないのではないだろうか。副業・兼業による収入によってその者の現在
の生活水準を維持している場合や、あるいは失業の際のリスクヘッジとして必要

なものである場合であっても、本業以外は事業としての「社会的地位」は認められないのであろうか。さらに、収益安定の可能性については、今後本業・副業という主従の関係が希薄になる状況において、自己の計算によって独立して営まれるものであって、短期的に損失が生じたとしても副業を行わなければ世帯収入の安定や生活水準の向上を図れないこともあることを考えれば、この考慮要素が事業該当性を判断するに当たっての「社会的地位」を決定づけるものとするのが妥当であるとは考えにくいのではなからうか。最判昭和56年基準により事業該当性を判断することについて異論はないが、「社会的地位」を「社会通念」によって判断する際の考慮要素のうち、収益安定の可能性については、生活の資となりうるような一定の収益が客観的に期待できる程度の活動という意味を超えて過度に重視されるべきではなく、生活の資該当性についても本業に加え、副業・兼業により現在の生活水準が維持できているような場合も含めて考えなければ、上記のような社会変化に合致していないのではないかと考える。

この点につき、神戸地判平成4年10月28日¹⁰⁹⁾は、税務関係の法令の解釈は租税法定主義の原則により厳格にされることが要請されるが、「対価を得て継続的に行なう」事業に該当するかどうかの判断に際して対価性、継続性以外の法律にない要件を付け加えており、また、付け加えた要件を総合的に判断するとしても各要件の重要性の度合いが明らかではなく、内容についても不当な要件であるから、租税法定主義に違反するとの原告の主張に対し、「所得税法施行令63条12号は、『対価を得て継続的に行なう事業』も所得税法27条1項の事業所得の発生原因である事業の範囲に含まれると規定していて、対価性、継続性だけでなく『事業』に当たることも事業所得を発生させる事業であるための要件としているのである。ただ、所得税法及び同法施行令には『事業』についての定義がないため、その要件の存否の認定に際しては、単にその行為をした者が主観的に事業と思っていたかどうかによるのではなく、客観的な状況から社会通念に従って判断すべきであることから、『事業』該当性の有無を判断すべきであると解したにすぎないのであるから、このような解釈が、法律にない要件を付け加えたものであるということではできない。」としている。「事業」の定義がないため、客観的な状況から判断せざるを得ないことはそのとおりであるが、副業・兼業が進展している現状において、事業の「社会的地位」について、特に収益安定の可能性を過度に重

視するような「社会通念」により判断することが妥当なのかは疑問である。

これまで営利性や企画遂行性等を認めつつも、投機性が強く収益安定の可能性の観点から事業該当性が否定された有価証券の先物取引等は分離課税となり損益通算の問題が生じないため、立法担当者は事業所得と雑所得の区分の問題は事実上解消されていると考えているかもしれない。しかしながら、筆者としては、副業・兼業の社会的な位置づけの変化等により、最判昭和56年基準に係る事業該当性の考慮要素をこれまでと同様に考えることはできないのではないかと考える。特に「社会的地位」の判断において、所法27条及び所令63条並びに最判昭和56年基準により明確に読み取ることができない「収益安定の可能性」に関し、木山教授が前節6の裁判例について指摘したように、事業該当性の必要条件的な考慮要素とするなど過度に重要視することは再考の余地があるのではないかと考える。

他方、副業・兼業による起業のリスク軽減の観点から考えれば、より大きな問題は、これらの活動から生じる損失について損益通算が認められるかどうかである。不動産所得に係る業務から発生した損失については、事業的規模・業務的規模に関わらず損益通算が認められるのに対し、事業所得又は雑所得に係る業務から生じた損失については、事業的規模の場合（事業所得）と業務的規模（雑所得）の場合に、損益通算の適用に違いがあることもあり、次章はこれらの活動による損失に係る損益通算について検討したい。

第4章 損益通算

第1節 損益通算の意義と沿革

1 損益通算の意義

所法69条は、不動産所得の金額、事業所得の金額、山林所得の金額または譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額があるときは、それをその他の各種所得の金額から控除する旨の損益通算を定めている。

わが国所得税法は所得を区分し、10種類の所得に応じた計算方法を定める一方、各人の担税力を総合的に捉え、その個別事情に即した負担を求めるため個人に帰属する各種所得をできる限り総合してこれを課税標準とし、これから各種の所得控除を行って課税所得に累進税率を適用するという総合所得税の立場に立ってい

る¹¹⁰⁾ことから、ある所得に損失が生じた際には、これを他の所得から控除した上で課税対象となるべき所得金額を確定させるのが適正な租税負担に合致するといえ、損益通算は総合課税制度からは当然の帰結と言える。第2章第2節で述べた通り、金子宏名誉教授は、わが国所得税法を総合所得税に立っているとしつつ、「各種所得の金額を計算する場合に、ある種の所得についてマイナスが出ることがある。その場合には、総合所得税の建前から、他の所得のプラスの相殺を認める必要がある。」¹¹¹⁾と総合所得税における損益通算の意義を示している。

谷口勢津夫教授は、「所得税法は、所得分類と、所得の種類に応じた所得金額の異なる計算方法という分類所得税的な要素を取り入れつつも、総合所得税の建前を採用し、個人の総合的担税力（人的担税力）に応じた公平な課税を実現しようとしている。そのためには損益通算は不可欠である。この意味で、損益通算は総合所得税を支持する所得税法の『根本決定』に属する措置（構造的措置）である。」¹¹²⁾とし、わが国所得税制において損益通算が不可欠である旨指摘している。また、越智沙織教授も、「所得合算は相反する所得税制度を並立させ、それぞれの制度が打ち出す担税力をいかにするための、いわば『つなぎ役』としての重要な役割を担っている。それは所得合算が、源泉を考慮しない担税力の大きさと担税力の質的差異の調整を行う役割も担っている現行制度の基幹的存在であることを示していることにほかならない。そのためには担税力の相違（質と量）を相殺することなく所得を合算するにあたって『その算定の適正、公平を期するために、ある特定の所得に損失が生じた場合は、その損失を一定の方法に従って他の所得と損益の通算をし』、調整を行う必要がある。」¹¹³⁾とし、わが国所得税制度のように分類所得税と総合所得税を採用しつつ、分類所得税の要素を残している場合、損益通算の存在は必要不可欠と評価している。高倉明税理士も損益通算の範囲は縮小されてきているとしつつも、「包括的所得概念の立場からは、担税力を増加させるすべての経済的価値が原則として所得を構成することから、総合所得税の建前からマイナスの経済的価値は担税力を減殺する要素として認識され、この点において損益通算制度が機能している。」¹¹⁴⁾と損益通算の意義を示している。ただし、後述のように所得の性質からみて、他の所得から控除するのが適当でないとするものもあり、それらについては、他の所得からの控除につき若干の制限がある¹¹⁵⁾。

2 損益通算の沿革¹¹⁶⁾

所得税法上の損益通算は、昭和22年の所得税法の改正において、分類所得税が廃止され、総合所得税一本の制度に統合された際に規定されており、その際には、課税標準の計算に際し、経常的な所得について生じた損失は経常的な所得の範囲内のみで通算控除し、臨時的な所得である山林所得や譲渡所得について生じた損失は、その相互の間だけ通算控除されることになっていたが、昭和25年の改正においては、臨時的所得も全額課税対象となり、負担の公正等を図るため、原則として他の各所得を通じ控除することとなった。ただし、一時所得の計算上の損失だけは、その所得の性質にかんがみその他の所得から差し引けないこととされた。昭和27年の改正においては、退職所得が損益通算の対象外となり、昭和29年の改正においては、課税標準が現行制度同様、総所得金額、退職所得金額及び山林所得金額の3つとなり、総所得金額の計算上の損失及び山林所得金額の計算上の損失をこの3者間で相互に、かつ一定の順序に従って損益通算ができることとなった。その後昭和36年の改正において、①競走馬、モーターボート等射こう行為の手段となる動産の所有、②観賞用の植物又は動物の栽培又は飼育、③書画、ことう等生活に通常必要でない動産の所有又はそれらの資産の譲渡による行為は、個人の趣味又は娯楽に伴う所得計算上に生じた損失として損益通算を認めないこととされ、その翌年には、現行同様に生活に通常必要でない資産の損失に係る損益通算の制限規定が設けられた。昭和40年改正においては、競走馬の保有に係る所得と競走馬の譲渡に係る所得との間で損益通算ができることとされた。昭和43年には、雑所得の計算上生じた損失の金額について、他の所得との通算を認める従来の制度に対し、他の所得との損益通算はできないとの制限が設けられた。これは、もともと雑所得は事業所得や給与所得のような典型的な所得分類に入らない所得を包括する分類であり、種々の態様のものを含んでいるものの、①雑所得は必要経費がほとんどかからないか、かかっても収入を上回ることはないものが大部分であって損益通算の実益がないこと、②ある程度の支出を伴うものについても、その支出内容には家事関連費的なもの支出が多いのが実情であり、損益通算を存置する場合にはかえって本来の所得計算のあり方について混乱を招くおそれもある、との理由（以下①、②を「雑所得損益通算制限の立法趣旨」という。）によるものである¹¹⁷⁾。

昭和63年の改正においては、租税特別措置法の規定により、株式等に係る譲渡所得等の課税の特例の適用がある場合の株式等に係る譲渡所得等の金額の計算上生じた損失の金額は、所得税法その他の所得に関する法令の適用上「生じなかったものとみなす」こととされ、損益通算の対象から除外された。平成3年の税制改正においては、租税特別措置法の規定により、不動産所得の金額の計算上生じた損失のうち、その不動産所得の金額の計算上必要経費に算入した不動産所得を生ずべき業務の用に供する土地又は土地の上に存する権利を取得するために要した負債の利子の額に相当する部分の金額は、所得税法その他所得税に関する法令の規定の適用上、「生じなかったものとみなす」こととされ、損益通算の対象から除外された。

平成13年の税制改正においては、租税特別措置法の規定により、商品先物取引に係る雑所得等の課税の特例の適用がある場合の先物取引に係る雑所得等の金額の計算上生じた損失の金額は、所得税法その他所得に関する法令の規定の適用上なかったものとみなす」こととされ、損益通算の対象から除外された。なお、商品先物取引に係る雑所得等の課税の特例は、先物取引に係る雑所得の課税の特例に変更されている。

平成16年の税制改正では、租税特別措置法の規定により、土地等又は建物等の譲渡による譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額は、所得税法その他所得に関する法令の規定の適用上「生じなかったものとみなす」こととされ、損益通算の対象から除外された。

平成26年度の税制改正では、損益通算の対象外とされている生活に通常に必要な資産の範囲について、主として趣味、娯楽、保養又は鑑賞の目的で所有する不動産以外の資産が追加され、ゴルフ会員権やリゾート会員権等は生活に通常必要な資産に位置づけられ、その譲渡により生じた損失は損益通算の対象外となった。

会計検査院の平成27年度決算検査報告「国外に所在する中古の建物に係る所得税法上の減価償却費について」において、外国に存する中古の建物（以下「国外中古建物」という。）で堅牢なものについては資産価値がそれほど経年劣化せず、買って5年後などであれば、買値とほぼ同額での売却が可能であるにもかかわらず、日本の税法上中古資産の耐用年数については、早期に多額の減価償却費の計

上が可能であるため、その貸付けにより多額の不動産所得の赤字を発生させ、これを給与所得等と損益通算し税額を軽減するスキームの指摘を受けた。そのため、令和2年の税制改正においては、租税特別措置法において、国外中古建物から生ずる不動産所得を有する場合に、その年分の不動産所得の金額の計算上国外不動産所得の損失の金額があるときは、その国外不動産所得の損失の金額のうち国外中古建物の償却費に相当する部分の金額は所得税に関する法令の規定の適用上生じなかったものとみなすこととされ、損益通算の対象から除外された。

第2節 損益通算の対象とならない損失

1 損益通算の制限の考え方

第2章第4節で述べたように包括的所得概念を採用する総合所得税を建前とするわが国の所得税法においては、所得区分ごとに純所得課税の原則に従って計算された各種所得を合計する必要があるが、その際には、原則としてマイナスは控除されるとの考え方であるが、酒井克彦教授は、「現行の所得税法が、所得を10種類に分類し、各種類ごとに、計算方法を個別かつ具体的に規定するとともに、これに関連して総所得の算出過程においても、各種の処理規定を設けているのは、所得の発生原因ないし発生形態の如何により担税力が異なることを考慮し、こうした担税力に相応して適正かつ効率的な課税を達成するためである。そこで、全損失を控除する原則を貫くとすると、ある所得に損失が生じた場合には、これを他の所得から控除して課税対象となるべき所得の金額を確定させるのが適正な課税負担に合致することとなる。しかしながら、所得の性質からみて、ある所得の損失を他の所得から控除するのが相当でない場合があり、担税力に相応して適正かつ効率的な課税を達成するために、所得税法は一定の損失について損益通算の対象外としているのである。」¹¹⁸⁾と損益通算及びその制限の考え方を示しており、東京地判平成20年2月14日¹¹⁹⁾も同旨の判断をしている。

また、高倉明税理士は、「損益通算は、総合所得税の下において担税力を測定するプロセスの一つと考えることができ、生活費や所得の処分的性格がある支出又は租税回避の手段となりうるものを除き、担税力を減殺する要素と認識される損失は原則として損益通算の対象とすべきであろう。」¹²⁰⁾と、担税力を減殺する損失は原則として損益通算の対象となるとしている。以下、損益通算の対象とな

らない損失の内容について検討する。

2 不動産所得、事業所得、山林所得又は譲渡所得の金額の計算上生じた損失以外の損失

所法69条1項の規定から損益通算の対象となる損失は、「不動産所得の金額、事業所得の金額、山林所得の金額又は譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額」であり、これら以外の所得の金額の計算上生じた損失以外の損失は損益通算が認められない。

利子所得、給与所得及び退職所得については、損失が発生する余地のないものであり損益通算の問題も考慮する必要はなく、また、損益通算とは、異なる種類の所得相互間の損益の通算をいうのであるから、同一種類の所得内での損失の控除は損益通算とはいわず、例えば、配当所得内や雑所得内において相互の配当所得間や雑所得間の損失を相殺することは可能である¹²¹⁾。

利子所得、給与所得及び退職所得以外の所得について損益通算が認められない理由について言及する。

(1) 配当所得

配当所得の金額は、その年中の配当等の収入金額から元本たる株式の取得に要した一定の負債利子を控除した金額であるが、これは一時的に資金を借り入れて増資に応ずる等、株式への投資は負債の利子を支払っても投資採算が成り立ち、そのための負債利子を必要経費として斟酌すべき場合があるからとされる¹²²⁾。この配当所得の損失を損益通算から除外する規定は昭和36年の改正によってなされたが、その直接的動機は、無配の株式を取得するために巨額の負債を負い、他に少額の有配の株式を所有することにより、その配当から負債利子を控除して配当所得の金額の計算上赤字を計上し、もって給与所得等の他の黒字の所得との損益通算を行う事例が発生したことにあるといわれている¹²³⁾。また、当時の税制調査会の答申においては、「株式取得に要した負債の利子は、負債によつて取得した株式を有する限り、その負債によつて取得した株式の配当から控除できるほか、さらに負債によらないで取得した他の株式の配当からも控除を認めている。・・・その結果、無配の株式を取得するために巨額の負債を負い、他に少額の有配の株式を所有することにより、その配当から負債利子を控除して多額の配当計算上の損失が生じ、損益通算によつて給与所得等のその他の所得を減少せし

めている事例が発生している。・・・株式取得に要した負債の利子を全額配当から控除することについては、本来経常的な配当収入を得る以外に将来の元本価値の値上りを期待して投資が行われる株式の性格から見て、株式元本の譲渡所得に負荷すべき負債利子相当部分を認定して配当所得の控除の対象外とすべきではないかという疑問があり、特に、有価証券の譲渡所得が非課税とされている現行法のもとでは、上記の株式の性格を考慮して、負債利子控除になんらかの制限を設けるべきであるとの意見がある。・・・株式を取得するために要した負債利子であるかどうかの認定の問題については、税務の実際面で他の家事上の負債利子との判別が必ずしも容易でなく、公正な執行を期すうえに困難な面のある点が指摘されている。」としつつ、「配当所得の計算においては、負債の利子を、その負債によって取得した個々の株式の配当に結び付けて計算する個別対応の考え方をとることも、一つの方法と考えられた。しかし、税務の執行を考慮した場合、家事上の負債との判別すら必ずしも容易でない現在、そのような厳密な計算をすることは困難であると考えられ、実務的には、やはり投資財産たる株式から生ずる所得を総体的にとらえざるをえないように思われる。また、このように計算することが、多数の株式に投資する投資家にとつてはその所得計算の実感に合致するともいえよう。」¹²⁴⁾と損益通算制限理由を説明している。富山地判昭和48年2月9日¹²⁵⁾においても、「所得税法が配当所得につき損益通算を否定した趣旨について考えるに、もともと株式に対する投資には、経常的に生ずる配当収入を得る目的と株式自体の値上がりを期待してなされる二面の性格を有するものであるから、観念的には株式取得のための負債利子のうちには配当所得に対応する部分と株式譲渡による所得に対応する部分とが考えられるので、右負債利子の全額を配当所得から控除するのは正当でないことおよび配当のない株式を負債によつて取得する者には大なる担税力があるとみなされることにあると解される。」としている。しかし、増井良啓教授は、損益通算の範囲については、その後の変化により見直しても良いものがあるとし、その例として配当所得の負債利子の控除をあげ、「昭和36年に配当所得の計算上生ずる赤字を損益通算の範囲から除外した当時、株式譲渡益は原則として非課税であった。借入金で株式を買うと、そこから生ずる負債利子は、課税される配当所得と非課税の株式譲渡益の両方に対応するはずである。にもかかわらず、負債利子の全額を配当所得の計算上控除したうえで、他の

各種所得との間で損益通算を認めるのはバランスが悪かった。これに対し、現在は株式譲渡益が課税の対象とされている。金融所得課税一体化の中で、損益通算の範囲に含める余地がある。」¹²⁶⁾と配当所得に関する損益通算制限の範囲につき検討の余地がある旨指摘している。

(2) 一時所得

所得税法は、一時所得が、昭和22年の所得税法改正により新たに課税対象となった時点からその金額の計算上生じた赤字を損益通算の対象としていない。一時所得の「収入を得るために支出した金額」の範囲は「その収入を生じた行為をするため、又はその収入を生じた原因の発生に伴い直接要した金額」に限定し、一時所得の収入、支出について総体対応計算によることなく収入を生じた各行為又は各原因ごとに個別対応的に計算し、収入を生じない行為又は原因に係る支出は控除項目から除かれることを定めているのは、一時所得に係る支出には一種の家事費的支出としての側面があり、その支出はそれが収入を生んだ場合に限って控除を認めるという建前を採っているものと考えられるからである¹²⁷⁾。所法45条3項が一時所得の金額の計算において家事費の経費性を認めるのは、対価としての性質を有しない一時所得はその性質上消費生活上の所得であるためであり、基本的に家事費で構成される一時所得の金額の計算において「収入を得るために支出した金額」を損益通算の対象とすることはできない¹²⁸⁾。

(3) 雑所得

雑所得の金額の計算上生じた損失に係る損益通算については、昭和36年改正において生活に通常必要でない資産に係る所得の損失が制限されたことを除けば、特に制限なく他の所得との通算が認められていたが、昭和43年の改正において損益通算が制限されたことは前述の通りである。

岩崎政明教授は、この改正は、当時、国税庁が国会議員の政治献金を雑所得に係る収入と解する見解を明らかにしたことに伴い、多くの議員から、政治活動費の超過による雑所得の損失を歳費との間で通算し、歳費に係る源泉徴収所得税の還付請求が行われたことに対し、マスコミ・世論からの批判が高まったことを契機として行われたものであるとしており、この雑所得について損益通算を排除する理由である①雑所得の必要経費とされるものは家事関連費的な支出が多いこと、②必要経費が収入を上回る場合があまり考えられず、損益通算を存置する実益が

少ないこと、に対し、①についていうなら、雑所得に係る家事関連費でない費用に損益通算を適用しないことをも正当化する合理的な根拠とならないし、②についていうなら、もし雑所得においては必要経費が収入を上回る場合が考えられないのであれば、わざわざ損益通算を排除するまでもない、ともいいうるはずであると考えると、この改正によって、専ら政治献金に係る節税を封ずるだけのために、総合所得課税制度を歪めるといふ、かえって大きな代償を払ってしまったように思われる、と雑所得損益通算制限の立法趣旨に批判的な見解¹²⁹⁾を示している。金子宏名誉教授も包括的所得概念の下での雑所得の損益通算の制限について問題視し、「乱用される恐れのない雑所得については、損益通算を認めるといった、きめ細かな立法上の対応が必要であろう。」¹³⁰⁾としている。

また、高倉明税理士は、「雑所得を損益通算の対象から除外することは、総合所得税の理念を不十分にしか実現していないとの指摘があるが、損益通算の適用を厳格化するためには、バスケット・カテゴリーとされる雑所得の細分化を要することになり、現実的とはいえないであろう。」¹³¹⁾と租税回避の観点から雑所得を損益通算の対象とすることに消極的な見解を示している。これに対し、越智沙織教授は、「雑所得を損益通算の対象所得とすることにより、総合所得税の理念の実現とともに、担税力の質的差異及び源泉を考慮しない担税力の大きさを実現できるものとする。むしろ、雑所得の支出内容に家事費の要素が含まれていることは否定できず、家事費の要素を完全に分離することも排除することも不可能であると思われる。したがって、雑所得の細分化（精緻化）を図り、業務用資産の損失、及び雑所得のマイナスの損失を損益通算の対象所得とする必要があると考える。」¹³²⁾と雑所得の細分化による損益通算に積極的な見解を有している。

なお、損益通算の対象所得のうち不動産所得と山林所得については、事業に至らない程度の業務から生ずる場合には、事業から生ずる場合に比べて必要経費控除が排除または制限されているが、家事費的性格の強い損失の排除という雑所得に係る損益通算排除に関する考慮と同様の考慮と考えられる¹³³⁾。

裁判例では、岡山地判平成21年が、「事業所得についてのみ損益通算が認められるのは、所得税法、同法施行令上の事業については、上記一定の程度の安定した収益が期待できるものであることを前提として、仮に一時的に損失が生じたとしても、他の所得との損益通算をすることによって損失を分散し、その事業、その

うちでも特に生活の資となるような事業の継続を図るとともに、趣味的、余技・余業的色彩の強い所得については雑所得として損益通算を認めないこととしたからにはほかならないのであって、このことは所得税法69条2項の規定の趣旨からもうかがわれるところである。」と、安定した収益が期待でき、生活の資となる事業の継続を図る観点から事業所得の損益通算を認め、余技・余業的色彩の強い所得である雑所得にはこれを認めないこととしたとしている。また、東京地判平成23年も、「所得税法は、所得の発生原因又は発生形態によって担税力が異なることを考慮して所得を区分し、所得の種類ごとに異なる計算方法や課税方法を行うものとしているのであり、事業所得に損益通算を認めながら雑所得には損益通算を認めていないのも、経済活動のうち安定した収益を挙げ得るものに着目し、こうした所得源泉を事業として捉え、その担税力の維持及び確保を図っているものと考えられる。」と安定した収益を挙げ得るものを対象とし、その担税力の維持及び確保を図っているとしている¹³⁴⁾。さらに、東京高判平成28年8月10日¹³⁵⁾（以下「東京高判平成28年」という。）は、「所得税法が雑所得に損益通算を認めないのは、雑所得は典型的な所得分類に入らない所得を包括する分類であり種々の態様のものを含んでいるものの、全体としてみた場合は必要経費がほとんどかからないか、かかっても収入を上回らないものが大部分であって、これについては損益通算の実益がなく、また、支出を伴うものについても、家事関連費的な支出が多く、雑所得について損益通算ができるとする場合にはかえって本来の所得計算のあり方に混乱を招くおそれがあることを考慮したものと解される。」と、後述の福岡高判昭和54年と同様に、雑所得損益通算制限の立法趣旨に沿った判示をしている。

3 生活に通常必要でない資産に係る所得の金額の計算上生じた損失

不動産所得、事業所得、山林所得又は譲渡所得の金額の計算上生じた損失であっても、生活に通常必要でない資産に係る所得の金額の計算上生じた損失は損益通算ができない。これは、昭和36年の改正により対象外とされたものであるが、それまでは、偶発的な性格を有する一時所得の金額の計算上生じた損失だけが損益通算の対象から外されていただけであった。しかし、偶発的な性格を有しない競走馬の所有者の損失のように、継続的な行為に基づく損失であっても、本来営利を目的としない趣味ないし娯楽から生じた損失については、その消費という所得

の処分的性格から見て、経常的な他の所得からの控除について制限を設けるべきである等の意見があり、税制調査会を中心に種々の検討がされた上で改正されたものである¹³⁶⁾。

水野忠恒教授は、「投資による損失と家事消費との区別が困難であるので、このように、個人の趣味又は娯楽のための行為という用語を用いたのであろう。」¹³⁷⁾とし、損益通算は事業や投資の結果ではなく、所得の処分や消費の結果生じた損失は認めないものであるとしている。裁判例においても、後述の東京地判平成10年2月24日¹³⁸⁾（以下「東京地判平成10年」という。）が、個人の消費生活上の支出等の結果生じた損失の金額を担税力の減殺要因として損益通算を認めることは適当でないとの考え方を示している。

なお、前述の通り平成26年の税制改正において、生活に通常必要でない資産の範囲が拡大されている。生活に通常必要でない資産の譲渡益は課税対象であるのに対し、その譲渡損失は、趣味・娯楽のための行為により生じたものであり、その性質が所得の処分と類似の性格を持つことから、経常的な所得からの控除については制限を設けるべきであるとの理由により、他の所得とは損益通算ができないこととなっている。他方、生活用動産については譲渡益は非課税、譲渡損失はその反射的效果により生じなかったものとされ他の所得との損益通算ができないが、ゴルフ会員権やリゾート会員権等は権利であり、不動産や動産のいずれにも該当しないことから、従来生活に通常必要でない資産や生活用動産のいずれにも該当せず、譲渡により生じた損失について他の各種所得との金額の損益通算が可能となっていた。このような課税上の不均衡を是正する観点から、生活に通常必要でない資産の範囲に、主として趣味、娯楽、保養又は鑑賞の目的で所有する不動産以外の資産が追加され、ゴルフ会員権やリゾート会員権等がこれに含まれることとなった。

4 租税特別措置

租税特別措置法においても政策的見地から様々な損益通算制限規定が設けられている。なお、金融所得課税一体化の議論の中では、金融所得の間での損益通算の範囲を拡大し、損失の控除をより広く可能とすることにより投資リスクを軽減することにより一般の個人投資家のリスク資産への投資促進に資する一方、損益通算の対象となる損失と利益との課税の均衡の必要性から、分離課税される所得

と総合課税される所得との間の損益通算や、分離課税でも税率の異なる所得間の損益通算を認めることは適当でないと考えられている¹³⁹⁾。

(1) 不動産譲渡に伴う損失の損益通算制限

土地等又は建物の譲渡所得については、土地政策等の観点から所得税法本則の総合課税によらず、他の所得と区分して分離課税とされている。平成16年の税制改正¹⁴⁰⁾において、「分離課税の対象となる土地等又は建物等の譲渡所得に対する課税については、利益が生じた場合には比例税率の分離課税とされる一方で、損失が生じた場合には総合課税の対象となる他の所得から控除できるという主要諸外国に例のない不均衡な制度であるといったこと等の問題点が指摘されていました。』¹⁴¹⁾との観点から、土地建物等の譲渡所得と他の所得との間の損益通算を認めない損益通算制限がなされている。

(2) 不動産所得に係る損益通算の特例

平成2年10月の税制調査会の答申¹⁴²⁾において、「近年、マンション等を借入金により購入してこれを貸付けることにより不動産所得に係る損失生じさせ、これを給与所得や事業所得から控除することにより節税を図る動きが増加している。このような損失を他の所得から控除することが認められていることは、不公平感を高めているだけでなく、不要不急の土地需要を生み出し地価高騰の一因となっているという問題もあると考えられる。このような観点から、不動産所得に係る損益通算の在り方について検討すべきものとする。」との指摘に伴い措置された¹⁴³⁾。

(3) 株式等の譲渡所得

昭和63年の税制改正において、従来原則非課税とされてきた有価証券の譲渡による所得を原則課税とすることとされたが、証券市場に与える影響などを考慮し、現在の税制は、総合課税、申告分離課税及び源泉分離課税が併用されている。株式の譲渡損失の取扱いについては、完全な総合課税制度のもとでは、株式等の譲渡損失を他の所得から控除することも一つの考え方としてありうるが、有価証券取引を把握する体制が十分整備されないままに譲渡損失を他の損失から控除することには譲渡損失ばかり申告されるといった基本的な問題があり、譲渡損失を有価証券以外の他の所得から控除することは適当ではないとする意見が大勢を占めたことから、有価証券譲渡益に係る課税方式及び譲渡損失の取扱いについては、

総合課税方式と他の所得との損益通算は肯定しつつ有価証券取引を把握する体制を整備しないままであれば、いずれも適当ではないとの考え方から、いわば次善の策として課税方式を分離課税とし、損失は他の所得との通算を認めない扱いとすることとした¹⁴⁴⁾。

なお、平成20年の改正により、上場株式等に係る譲渡損失の金額がある場合には、申告分離課税を選択した上場株式等に係る配当所得の金額との損益通算ができることとされた。

(4) 先物取引に係る所得

商品先物取引に係る所得は事業所得又は雑所得として総合課税の対象であったが、平成13年改正において商品先物取引について申告分離課税方式に改める特例が創設されるとともに、商品先物取引に係る事業所得や雑所得の特例の適用がある場合の雑所得等の金額の計算上生じた損失の金額は、所得税法その他の所得に関する規定の適用上「生じなかったものとみなす」こととされた。なお、この規定は平成15年改正において「先物取引に係る雑所得等の課税の特例」とされた。平成13年改正の理由は、わが国の商品取引の現状を踏まえ、個人投資家による一層の市場参加を通じて商品先物リスク・ヘッジ機能等を向上させ、ひいては法人投資家を含めた幅広い投資家の参加を促していくことが、一層重要な課題となっており、税制面においてもこれを支援する観点から、従来、事業所得又は雑所得として総合課税の対象とされていた個人の商品先物取引による所得について申告分離課税の特例が設けられた¹⁴⁵⁾とされており、この申告分離課税の特例が適用される先物取引に係る所得は事業所得であっても損益通算の対象から除かれている。

(5) 特定組合員の不動産所得に係る損益通算の特例

多様な形態による事業・投資活動が行われる中、組合活動から生ずる損失を利用して節税を図る動きが顕在化してきたことから、このような租税回避行為を防止するため、平成17年税制改正において、特定組合員の不動産所得に係る損益通算の特例が定められた。これは、不動産所得を生ずる事業を行う組合の組合員のうち、事業に係る財産の処分等の重要な意思決定や契約締結の交渉等の重要な業務の執行を一部の組合員等に委任している組合員を特定組合員と定義し、これら組合員に分配される組合事業の損失については生じなかったものとみなすもので

ある。この改正は、名古屋地判平成16年10月28日判決¹⁴⁶⁾のように組合事業を通じて発生した不動産所得の損失の金額を給与所得等の所得と損益通算するという租税回避に対応するものである¹⁴⁷⁾。この事件は、航空機リース事業を目的とする組合契約を締結し、同事業による所得が不動産所得にあたるとして減価償却費等を必要経費に計上し、所得税の確定申告を行った原告Xに対し、課税庁は、Xらの締結した組合契約は民法上の組合契約ではなく、利益配当契約にすぎないことなどを理由に、同所得を雑所得として損益通算を認めないとの更正処分を行ったが、Xがこれを不服として争われたものである。名古屋地裁は、「民法上の組合において共同事業性が認められ、組合財産は実質的に組合員の共有に属し、各組合員が業務執行に関与する権限を有し、さらに、利益と損失は原則として各組合員の出資に応じて分配がなされることに照らすと、組合の事業によって得られた所得については、組合員が実質上の帰属主体と考えることができるので、組合存続中はその利益が組合員に分配されたか組合内部に留保されたかを問わず、組合員の個人所得として課税の対象となると解される。そうすると、組合員の個人所得の所得区分は、組合の事業内容によって定まることとなる。・・・したがって、民法上の組合である本件各組合が行う本件航空機リース事業による収益が不動産所得に区分されることは明らかであるから、Xらの本件各事業による所得も、不動産所得に区分されるべきものであり、これが雑所得にあると解することはできない。」と判示して課税庁側の主張を退け、控訴審¹⁴⁸⁾も原判決を維持した。本特例はこの事件のスキームに類似する商品を射程とする制度であり、租税回避商品のうち一部の類型に属するものを規制するものにとどまる¹⁴⁹⁾ものと考えられる。

(6) 有限責任事業組合の事業に係る組合員の事業所得等の計算の特例

平成17年に有限責任事業組合契約に関する法律が公布施行され、出資者である組合員全員に有限責任性を付与し、経営への全員参加による共同事業性を確保するとともに、柔軟な損益分配を認める等の措置を講ずる有限責任事業組合の制度が創設されたことに対応し、「有限責任事業組合の事業に係る組合の事業所得等の計算の特例」が創設されたが、その内容は、①有限責任事業組合の事業に係る所得は、出資者に構成員課税され、かつ出資者は出資額を限度として債務弁済の責任を負うことを踏まえ、組合員を納税義務者として組合段階では課税しないこ

と、②組合員が組合事業から配分される損失については、組合員の調整出資金額を超える部分の金額は事業所得等の金額の計算上必要経費に算入することができないとすること等の措置を講ずるものである。損益通算については、組合員に配分される組合事業に係る事業所得等の損失は調整出資金額の範囲内に限られ、これを超える部分の金額は、所得計算上算出される損失ではあるものの、必要経費には算入されないから他の所得との損益通算の対象とならないこととなる。

これは、出資の額を超える部分の債務を組合員が負担する義務を負わないから、それに対応する損失は、所得金額の計算上算出される損失であっても、組合員は経済的負担を負わないので、担税力を測定する手続きの1つである損益通算においてもその計算過程から当該損失を除外すべきことは当然の措置¹⁵⁰⁾との考え方によるものと考えられる。

第3節 損益通算に係る裁判例

1 福岡高判昭和54年

(1) 事案の概要

会社役員であるX(原告・控訴人)は、商品取引員である訴外Sと商品市場における上場商品の売買取引の委託契約を締結した。昭和47年12月20日現在において商品先物取引の売建玉の残があったので、同日Sに対して同建玉に見合う商品を買付け決済すること(以下本節において「本件商品先物取引」という。)を委託した。その際、条件として一応指値をしたが、それによる買付けができないときは同年12月28日の大納会の最終節で成り行きで買付け決済をするように注文し、Sはこれを承諾した。ところが、Sの担当者が大納会で成り行き注文をして決済する旨の手続を失念したため、Sは翌昭和48年1月5日に成り行き決済を行い、これによりXは4006万2000円の売買損失を被った。XはSが委託の趣旨に沿って決済手続きを実行したならば、当然大納会での売買が成立していたはずであるとして、本件商品先物取引が大納会において成立したと仮定した場合の損失額3495万9600円を昭和47年分の雑所得の金額の計算上生じた損失であるとして確定申告を行ったが、Y(被告・被控訴人)は、本件先物取引に係る損失は昭和48年分に帰属すべきであり、昭和47年分では控除できないとして同年分の所得税の更正処分等を行ったため、Xが不服申立手続きを経て、出訴に及んだも

のである。第一審の福岡地判昭和52年12月15日¹⁵¹⁾では、本件商品先物取引に係る損失の帰属年度が争われたが、裁判所は、本件のような委託取引に係る損益については、現実には委託に係る反対売買が成立して決済が行われないう限りその損益は確定せず、同決済が完了して初めてこれが明らかになると解されるから、所得の確実性及び明確性という点からして、商品取引に係る所得の帰属年度はその委託による反対売買が成立して決済が行われた日の属する年度である昭和48年と解するのが相当であるとし、Xの請求を棄却した。

Xは控訴に当たり、損失の帰属時期のほか、Yのなした雑所得の認定について、①Xは他に本職を有しているとはいえ、数年度にわたり、かつ各年間を通じて多くの取引をなし、その金額も多額に及んでいることを考えると、本件商品先物取引から生ずる所得は、雑所得ではなく事業所得と認定されるべきである、②雑所得には所得税法上他の所得との間の損益通算規定がないので、雑所得に損失が発生した場合に不合理な結果を生ずることになり、憲法29条に反する。また、投機的な経済行為について負の所得を考慮しないというのであれば、憲法22条に反すると主張した。これに対し、Yは、①そもそも商品先物取引は、短期間における価格の変動を利用して売買差益を稼ぐという投機性の強いもので、恒常的な収益を期待できるものとはいえず、本来事業に馴染みがたい上、Xは、本業の余暇において、その余剰資産の運用のために本件商品先物取引にかかる委託契約関係を形成しているに過ぎず、そのための人的物的設備は何ら有しておらず、Sに完全に依存していた。②雑所得は、支出内容が趣味的、娯楽的ないし奢侈的な傾向を有するものが少なくなく、その支出には所得の処分たる性質が認められ、反面これによる収入は生活の資を得る目的ではなく余剰資産の運用によって得られるもので、いわば副収入的な性格のものであると考えられるから、たまたま損失が生じたとしても担税力がないとはいえないというべきものであって、これに損益通算を認めれば却って課税上不合理を招来する結果となる、と主張した。

(2) 裁判所の判断

福岡高裁は、所法27条1項及び所令63条の規定によれば、事業所得とは「対価を得て継続的に行う事業から生ずる所得」を指称するところ、右にいう「事業」とは、社会通念に照らし事業と認められるもの、すなわち個人の危険と計算において独立的に継続して営まれ、かつ事業としての社会的客観性を有するものと解

すべきであるとし、本件について見れば、Xの本件商品先物取引が、営利性、継続性を有することは認められるもののXの余剰資金の運用をSにほとんど一任していたものであり、恒常的な収益をそこから容易に期待しえないばかりが事業としての社会的客観性にも乏しいものといわざるをえず、いまだこれをもって事業と認めることはできないと判示した。

また、雑所得に損益通算が認められていないことが憲法上財産権及び職業選択の自由の侵害になるとのXの主張に対し、「所得税法が立法政策として所得分類制を採用しているのは、所得がその性質により担税力を異にし、担税力に即した公平な課税を行うために所得をその性質ごとに分類したうえその担税力に適した計算方法と課税方法を定める必要があることに由来し、雑所得と他の所得の間には所得の発生する状況に差異があり、雑所得においては、多くは余剰資産の運用によって得られるところのものであり、その担税力の差に着目すれば雑所得に他の所得との損益通算の規定がないことにはそれ相当の合理性を認めることができるから、それをもって憲法第29条、第22条に違反するとの見解は採用できない。」としてXの控訴を退けており、最高裁も上告不受理によりXの敗訴が確定している。

(3) 検討

本判決は、雑所得について損益通算を認めない理由を雑所得損益通算制限の立法趣旨に沿って判示している。商品先物取引のように投機性が強く、安定した収益を得られない取引から生じた損失について、所得の処分・消費にすぎないと捉えるものであろうが、投資の失敗もリスクであることにはかわらないのではないかとの見解¹⁵²⁾もある。比較的最近の裁判例でも東京高判平成28年が、同様の判示をしていることは前述の通りである。しかし、大石篤史弁護士は、競馬の当たり馬券の払戻金が一時所得か雑所得かが争われた最判平成27年3月10日判決¹⁵³⁾及び最判平成29年12月15日¹⁵⁴⁾が、馬券を自動的に購入するソフトを使用して独自の条件設定等に基づいてインターネットを介して長期間にわたり多数回かつ頻繁に網羅的な購入をして、当たり馬券の払戻金を得ることにより多額の利益を恒常的に上げていたという事実関係の下では、払戻金は営利を目的とする継続的行為から生じた所得として所得税法上の雑所得に当たり、所得の計算上、外れ馬券も含めて年間の馬券の購入金額の全額が控除できる旨判示したことにつき、損益

通算に関するものではないとしつつ、「これらの裁判例は、そのような形態で行われる馬券の購入について、消費活動というよりも、投資活動としての側面が強いことに着眼したものであると評価できよう。」¹⁵⁵⁾としているように、雑所得の中にも投資活動としての要素が強いものがありうるものと考えられ、それらについて雑所得損益通算制限の立法趣旨のみを根拠として損益通算を制限することには疑問が残る。

2 東京地判平成10年

(1) 事案の概要

購入した condominium 形式のリゾートホテル（以下「本件ホテル」という。）の一室（以下「本件建物」という。）をホテル経営会社に貸し付けていた会社役員である X（原告）が、本件建物の貸付けに係る不動産所得の金額の計算上損失が生じたため、これを他の各種所得の金額から控除して申告をしたところ、税務署長 Y（被告）が、本件建物は所法62条1項、所令178条1項2号の「生活に通常必要でない資産」に当たるから、所法69条2項により、その損失は生じなかったものとみなされるとして、Xのした損益通算を認めず、所得税の更正処分等をしたことにつき、Xがこれを不服として適正な審査請求手続きを経て訴訟に及んだものである。

(2) 裁判所の判断

所法69条2項により、生活に通常必要でない資産に係る所得の計算上生じた損失の金額は、競争馬の譲渡に係る譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額について限定的に損益通算が認められているほかは、損益通算の対象とならないものであるが、これは、生活に通常必要でない資産に係る支出ないし負担は、個人の消費生活上の支出ないし負担としての性格が強く、このような支出ないし負担の結果生じた損失の金額について、損益通算を認めて担税力の減殺要素として取り扱うことは適当でないとの考え方に基づくものと解されるとした。

その上で、所令178条1項に定める生活に通常必要でない資産のうち2号の「通常自己及び自己と生計を一にする親族が居住の用に供しない家で主として趣味、娯楽又は保養の用に供する目的で所有するものその他主として趣味、娯楽、保養又は鑑賞の目的で所有する不動産」は、その主たる所有目的によって、当該不動産に係る所得の計算上生じた損失が損益通算の対象となるか否かが決められるこ

ととなるが、一般論として、租税法上の要件事実の認定に当たり、客観的事実を軽視し、個人の主観的な意思を重視することは、税負担の公平と租税の適正な賦課徴収を実現する上で問題があり、適当でなく、所法69条2項が生活に通常必要でない資産に係る所得の計算上生じた損失について損益通算を認めていないのは、その資産に係る支出ないし負担の経済的性質を理由とするものであるところ、このような支出ないし負担の経済的性質は、本来、個人の主観的な意思によらずに、客観的に判定されるべきものであることからすると、所令178条1項2号の要件該当性を判断する上でも、当該不動産の性質及び状況、所有者が当該不動産を取得するに至った経緯、当該不動産より所有者が受け又は受けることができた利益及び所有者が負担した支出ないし負担の性質、内容、程度等の諸般の事情を総合的に考慮し、客観的にその主たる所有目的を認定するのが相当であると判示した。

また、本件建物は、著名なりゾート地に所在し、充実した設備を有するいわゆるコンドミニウム形式のリゾートホテルの一室であり、そのオーナーとなることによって、客室料金の負担なしで宿泊が可能になるなどの種々の利用上の利益があるものであって、実際に、係争各年において、X又はXの指定する者が本件建物を利用していることにかんがみれば、Xが本件建物を所有することにより受け又は受けることができた利用上の利益は、客室料金の負担なしで年何回でも本件建物に宿泊することができるほか（なお、本件ホテルの客室の利用に当たっては、基本的に、オーナーであると一般客であることを問わず、先に予約をした者を優先することになっていたが、オーナーの利用に配慮し、最盛期においても、一般客の予約を調整しながらオーナーの予約を入れ、最終的には利用を希望するオーナーのほとんどが利用できるような形で運営が行われていたこと、本件ホテル及びこれに隣接するタワー（以下「タワー」という。）内の各種スポーツ施設の特別料金での利用、本件ホテル及びタワー内のオーナー専用施設の利用、ゴルフ場の利用面での優遇、スキー場の無料リフト券の提供といったオーナーの特典を享受でき、充実した内容となっていたのに対し、本件建物を岩手観光に貸し付けることによるXの家賃収入は、Xが岩手観光に支払う管理費の二割にも達せず、減価償却費が、借入金利子、租税公課等を含めた年間約800万円から約1,000万円の経費全体と比較するとその一割にさえ遠く及ばない金額であつことに加え、本件建物の性質及び状況を客観的にみるならば、Xの主張するような不況の影

響による本件ホテルの一般客の利用の低迷があるとしても、本件建物の貸付けによる金銭的収入の獲得は、本件建物の利用による利益の享受と比較して副次的なものともみざるを得ず、Xは、本件建物を主として保養の用に供する目的で所有していたと認めるのが相当というべきである旨判示している。

(3) 検討

本件は、X保有のリゾートマンションが所令178条1項の生活に通常必要でない資産に該当するか否かが問われたものであるが、生活に通常必要でない資産について損益通算の制限をしている理由として、「生活に通常必要でない資産に係る支出不いし負担は、個人の消費生活上の支出不いし負担としての性格が強く、このような支出不いし負担の結果生じた損失の金額について、損益通算を認めて担税力の減殺要素として取り扱うことは適当でないとの考え方に基づくものと解される」と判示しており、個人の消費生活に係る支出や負担など家事消費的なのは担税力の減殺要因とならないことから損益通算を制限していると解釈しているものと考えられる。言い換えれば、個人の消費生活に係る支出や負担等でなく家事消費に当たらないものは、基本的には担税力の減殺要因であり、損益通算が制限されるべきではないと考える。

第4節 小括

1 損益通算制限の基本的な考え方

水野忠恒教授は、「所得税においては、区分された各種所得の金額の計算において、それぞれ暦年による期間計算を行っている。しかし、一時的、偶発的な所得である譲渡所得や一時所得を別にすれば、経常的所得、特に、事業所得や給与所得については、経常的に発生するものであり、課税年度に区切ることは、いわばフィクションである。所得の区分及び課税年度をそのままにしておくならば、所得区分相互間におけるアンバランスが生ずる。そこで、課税される所得の調整を行うために、損益通算が認められるのである。」¹⁵⁶⁾と、損益通算を所得区分と期間計算の結果、所得区分相互間の課税所得のアンバランスの調整を行うものであると位置づけ、「損失は事業や投資にかかるコストであり、損失の通算を認めないならば、事業や投資における危険負担（リスク）について意思決定が中立的でなくなるとされる。」¹⁵⁷⁾と損益通算の制限が、リスクに係る意思決定の中立性

に影響を与える点を指摘している。

また、岡村忠生教授も、ある所得種類又は取引から生じた損失を、他の所得種類又は取引から控除できる理由について、「一般に言われるのは、所得獲得のためには危険負担が存在し、危険が損失として現実化することもあるから、損失は事業や投資を行うためのコストであるという理由づけである。そして、もし損失控除を認めなければ、課税は、事業や投資における危険負担についての意思決定に中立ではなくなるといわれる。ここから、第一に、事業や投資に関係のない損失は控除すべきでない。第二に、危険負担のない損失は控除すべきではないということが帰結される。』¹⁵⁸⁾としており、これらの考え方を踏まえれば、損益通算の対象となる損失は事業や投資に係るコストとなるもので、事業や投資に関係があり、かつ危険負担のあるもの、ということになる。

2 副業・兼業により生じた損失に係る損益通算の考え方

(1) 副業・兼業による所得の性質と損益通算制限

前述のように、損益通算は総合所得税の中に分類所得税の名残りを残す現行の所得税法の中では、原則として認められるべきものであるが、所得の性格上マイナスが考えられない所得のほか、配当所得、一時所得及び雑所得は所得の処分たる家事費及び家事関連費に係る損失控除の制限という観点から損益通算が制限されており、生活に通常必要でない資産も同様の観点から制限されている。このほか、分離課税や租税回避対策等の政策的な観点から租税特別措置法により損益通算の制限をされているものがある。

この点につき、高倉明税理士は、「損益通算制度の変遷を見ると、配当所得に係る損失は租税回避の手段となる危険性が高いこと、生活に通常必要でない資産に係る所得及び雑所得（土地等、株式等の譲渡及び先物取引に係る雑所得を除く。）の損失は所得の処分的性格又は家事上の費用であること、株式等、土地等の譲渡所得等と先物取引に係る所得については、特別措置による分離課税とされたことに伴うものであることから、これら損益通算の制限は担税力を算出する過程において要請される計算技術上の措置又は政策上の要請に伴ってなされた措置と評価することができる。』¹⁵⁹⁾と現在の損益通算制度及びその制限について評価し、酒井克彦教授も損益通算が制限されている中心的な根拠は、家事費の混在を防止し、純粋な所得計算を担保するためのものであるとしつつ、「損益通算制限

には租税回避を防止するためという意味合いで租税等別措置法に追加的に措置されているものもある¹⁶⁰⁾ことを指摘するとともに、損益通算について、「担税力を測定した後に合算するという総合課税の考え方で貫徹させると不都合と思われる部分について、政策的に担税力を減殺する要素を排除するプロセスとみることも可能であろう。・・・かような意味では、損益通算制限の制度の存在は、ある種、総合所得課税の理念を不十分にしか実現しないという側面を有すると理解するのは正解であろう。」¹⁶¹⁾としている。しかし、水野教授が主張するように、損益通算の制限は、事業や投資のリスクに係る意思決定の中立性に影響を与えることから、理由なく認められるべきものではないと考えられ、また、岡村教授の見解を踏まえれば、損益通算の制限は、その所得の性質上マイナスが生じないものを除き、事業や投資に関係のない所得処分や消費活動による損失、すなわち家事費及び家事関連費控除など個人の担税力の減殺に当たらない損失の控除の制限が主たる目的と考えられる。したがって、租税回避等の理由により損益通算を制限することもありうるが、少なくとも明確かつ合理的な理由づけが必要であろう。

ここで、雑所得は、その所得の性質上バスケット・カテゴリーであり、すべてが所得処分であると言い切れないし、そもそも雑所得に係る収入から純所得を計算する際に差し引くことのできる雑所得の必要経費は、その収入を得るために直接支出した費用であり、家事費や区分できない家事関連費に該当する支出でないことを考えれば、必ずしも所得処分の結果生じたものとは言えないと考えられる。特に現在の事業所得と雑所得の判断に当たって重要な考慮要素である収益安定の可能性を充たさない経済活動であっても、投資的な活動は少なくなく、特に政府自体が副業・兼業をオープンイノベーションや起業の手段と位置付けている現状において、これらを趣味や娯楽と同様の消費活動とすることはできないであろう。そもそも、前節1の裁判例の判示のように「多くは余剰資産の運用によって得られるところのものであり、その担税力の差に着目すれば、雑所得に他の所得との損益通算の規定がないことにはそれ相当の合理性を認めることができる。」との雑所得に損益通算を認めない理由づけも、政府が日本社会の生産性向上の観点からも副業・兼業を推進している現状においては、説得力に欠けるのではないだろうか。

また、岡村教授の考え方に従えば、起業の手段としての副業・兼業に係る損失

は、事業や投資に関係がないとはいえ、危険負担もあるものとする。加えて、現在の本業の失敗による失業の危険回避のために副業・兼業を行っている例もあることも考えれば、危険負担の軽減の観点から損益通算は必要であろうから、副業・兼業による所得が雑所得の所得区分に該当するとの理由のみにより損益通算が制限されることには疑問を感じざるを得ない。雑所得が余剰資金の運用であるという前提的認識に対し時代変化が発生している可能性もあり、多様な働き方が認められる現在の社会の在り方について雑所得と損益通算との関係は再考を必要とする点もあるとの見解¹⁶²⁾も見られる。

酒井克彦教授は、「損益通算の制限の問題は大きく所得区分の意義に関わる問題でもあり、それぞれの所得区分との兼ね合いで考えなければならない論点が多い。一例をあげれば、損益通算を制限するために雑所得を拡張的にとらえる傾向があるように思われるが、本来であれば、バスケット・カテゴリーであるはずの雑所得に損益通算制限機能を発揮させているかのようにも映る。」¹⁶³⁾としており、田中治教授も、「雑所得全体について損益通算を排除することは行過ぎであるとする。雑所得の計算上、必要経費を控除してもなお赤字が存在する場合には、他の所得との通算を認めるように制度を改めるべきである。」¹⁶⁴⁾と雑所得全体に対する損益通算の制限には反対の見解を有している。また、森下幹夫教授は、昭和43年度税制改正後の雑所得については、「無理に担税力理論だけで説明を試みるよりも、趣味的な余剰資産の運用・消費活動によって得られる収入に対する家事費を分別・廃除するための実務上の徴税コストを考慮した立法政策的な規定と解する方が自然であるように思われる。つまり担税力以外の考慮要素を加味した上で『損失額の所得内通算は認めるが、立法政策上他の所得との損益通算は認めない』という課税方式先にありきの所得分類として制度設計されている性格も否定できないと思われる。」¹⁶⁵⁾とし、消費活動等による収入に対する家事費の分別・廃除に係る実務上の徴税コストを考慮し、担税力以外の考慮要素を加味した損益通算制限の性格が否定できない点を指摘している。

投資活動の損失を労働所得との間で通算するような節税商品に歯止めをかけるにしても、租税回避となる具体的なケースが明確でなく、個人の担税力の減殺がないとは言いきれない状況で、雑所得全体に対して包括的に損益通算の制限を行うことは、損益通算の意義を考えると行過ぎではないかと考えられるし、徴税コ

ストの考慮から担税力以外の考慮要素を加味してすべての雑所得の損益通算を制限するものとすれば、税務運用の都合を考慮し過ぎであろう。担税力を減殺する要素と認識されない損失が生じた場合に損益通算を制限する一方、担税力を減殺する要素として認識すべき損失が生じた場合には、これを損益通算の対象とすべきものと考えられる。

(2) 業務に係る雑所得を生ずべき副業・兼業について

前述の通り、令和2年税制改正により、業務に係る雑所得について、前々年の収入金額が300万円を超えるものについては、現金預金等取引関係書類の保存義務が課せられることから、業務に係る雑所得と業務以外に係るその他の雑所得を区分する必要があるが生じているが、前者は、副業に係る収入のうち営利を目的とした継続的なものをいうとされていること及び東京地判令和4年の判示内容を踏まえれば、業務に係る雑所得を生ずべき副業・兼業は、客観的に利益の発生を期待し得る継続的かつ独立的営利活動であるといえる。そうすると、雑所得損益通算制限の立法趣旨のうち、①雑所得は全体としてみた場合には必要経費がほとんどかからないか、かかっても収入を上回ることはないものが大部分であってこれらについては通算の実益がない点は、客観的に利益の発生を期待しうる点から該当しないと考えられるし、②その他の種類の所得である程度支出を伴うものについても、その支出内容に家事関連費的な支出が多いのが実情であって、これについて損益通算を存置する場合にはかえって本来の所得計算の在り方について混乱を招くおそれもあると考えられる点も、独立的営利活動であればその収入を得るために必要な費用負担等も観念でき、必ずしも家事関連費的な支出が多いのが実情とは言い切れないものとする。加えて、帳簿書類の保存は業務に関するものと家事費に関するものの区分につなげるためのものであり、これまでの裁判例等においても事業該当性における企画遂行性の考慮要素の一つとなっていることも考えれば、少なくとも現金預金等取引関係書類の保存義務を課せられるような業務に係る雑所得を生じる副業・兼業のすべてについて、損益通算制限の立法趣旨が該当するとは言い切れないであろう。岡山地判平成21年や東京地判平成23年等が、収益安定の可能性等から損益通算は「事業」規模にのみ認められる旨を判示しているものの、経済活動のうち安定した収益を挙げ得るものに着目して担税力の維持及び確保を図っているとの収益安定の可能性あるいは生活の資該当性を社会通

念上の「事業」該当性の根拠の一つとすることはともかく、業務規模の不動産所得に損益通算が認められていることをも踏まえれば、家事関連費排除のみならず収益安定の可能性や生活の資該当性までもが雑所得損益通算制限の立法趣旨に含まれているとは言えないのではないだろうか。したがって、業務に係る雑所得を生ずべき副業・兼業により生じた損失には、雑所得損益通算制限の立法趣旨により損益通算を制限することが適当でないものも少なからず含まれているものと考ええる。

逆に考えれば、従来は所得の処分的性格があると認識されていた支出の中から、「事業や投資に関係があり、かつ危険負担のあるもの」を区分することができるのであれば、この部分を対象として、損益通算を認める規定もありうるのではないかと考える。この点森下幹夫教授も、「雑所得のうち趣味的な余剰資産の運用・消費活動によって得られる所得のみを切り出して別の所得分類とするといった方法で雑所得の再構築を図ることも検討課題であると考えられる。」¹⁶⁶⁾と所得処分的経済的活動から生じた所得（損失）を別途の所得区分とする旨提案しているが、雑所得の包括的な性質を踏まえれば、業務による雑所得のうち、明らかに消費活動に該当しないと認められるものを損益通算の制限の対象から外すとともに、将来租税回避目的で利用されるものが生じた場合には個別に措置法等で損益通算を制限していくとの考え方も可能ではなからうか。税務執行上のコスト等も踏まえて、政府が推進する副業・兼業に該当する活動から生じた損失のうち、営利性・有償性・反復継続性が認められる一方、明らかに趣味的・娯楽的なものとは認められない一定のものについては、損益通算を認めるという政策的な方法はあり得るのではないかと考える。

おわりに

近年の副業・兼業の状況を踏まえ、事業所得と雑所得の区分及び雑所得についての損益通算の在り方について検討したが、事業所得と雑所得の区分において、最判昭和56年基準に従って独立性、営利性・有償性に加え、「反復継続する意思」により反復継続性と、事業を行う「社会的地位」につき判断基準とすることに異論はないものの、政府により副業・兼業が推進され、その社会的な位置づけに変

化が見られる中で、現在の所法27条及び令63条、特に「対価を得て継続的に行う事業」の解釈に当たり、一般的な「事業」の用語の意味以上の考慮要素を重視し過ぎる解釈は避けるべきと考える。その中で「社会的地位」についてはその内容が必ずしも明確でない上、副業・兼業に係る上記のような変化が見られる現状において、これらの変化を踏まえることなく収益安定の可能性や生活の資該当性を考えることには疑問を感じる。特に収益安定の可能性を事業該当性の必要条件的な考慮要素とすることは再考の余地があるものと思われる。

また、損益通算についても、総合所得税におけるその意義を踏まえれば、雑所得の損益通算制限の立法趣旨である家事費混在が懸念される趣味的・娯楽的なものの排除以外の理由で損益通算を制限する場合には、明確かつ合理的な理由が必要と考えられ、税務運用上の都合等から雑所得全体を包括的に制限すべきものではないものとする。令和2年度税制改正において、前々年分のその業務に係る収入金額が300万円を超えるものについては、現金預金等取引関係書類の保存義務が課せられた関係から、業務に係る雑所得と業務以外に係るその他の雑所得が区分され、前者は、副業等の収入が含まれるものとされたが、この業務に係る雑所得は家事費混在が懸念される趣味的・娯楽的なものがある程度排除された概念ではないかとも考えられ、この中から「事業や投資に関係があり、かつ危険負担のあるもの」を区分し、損益通算の対象とすることも考えられる。令和5年6月の税制調査会答申において、「雑所得の中に性質の異なる所得が混在する状況に鑑みれば、他の所得区分と類似の性質を持った所得については同様の扱いとすることを検討するなど、損益通算の在り方を含め、経済実態に沿った整理をしていくことが必要と考えられます。」¹⁶⁷⁾としていることもあり、業務に係る雑所得の損益通算制限の見直しに関する議論の進展を期待したい。

参考文献

【書籍・論文（著者五十音順）】

- ・石川緑「記帳制度と雑所得の基準」税理66巻1号（2023年）
- ・岩崎政明『ハイポセティカル・スタディ租税法第3版』弘文堂（2010年）
- ・牛嶋勉「副業に対する所得税課税」税務事例研究195号（2023年）
- ・大石篤史「判批」別冊ジュリスト253号（2021年）
- ・岡村忠生「所得分類論」金子宏編『所得税の理論と課題二訂版』税務経理協会（2001年）
- ・奥脇健史「副業・兼業と多様な働き方の推進～副業・兼業の促進と併せて求められる、働き方の選択の多様化～」第一生命研究所ビジネス環境レポート2022.7
- ・小田満『新訂版 所得税重要項目詳解』大蔵財務協会（2018年）
- ・小田満「雑所得周辺のグレーゾーンの所得と区分判断のポイント」税理61巻1号（2018年）
- ・小田満「規定から見る事業所得における『事業』の意義」税経通信75巻8号（2020年）
- ・越智沙織「分類所得における包括的所得の構成—分類基準の多様性に関する考察—」大阪樟蔭女子大学論集47号（2010）
- ・越智沙織「包括的所得に関する新たな試み—雑所得を中心とした所得構成論—」大阪樟蔭女子大学論集47号（2010）
- ・越智沙織「所得税法69条の理論的検討と損益通算制度の再構成」大阪樟蔭女子大学紀要2巻（2012）
- ・柿谷昭男「所得税法関係の改正について」税務弘報12巻臨時増刊6号（1964年）
- ・柿原勝一「所得税法における『業務』の範囲について」税務大学校論叢第102号（2021年）
- ・金子宏『租税法第24版』弘文堂（2021年）
- ・金子宏「序説・所得税における損失の取扱い」日税研論集47号（2001年）
- ・岸田貞夫、中江博行「所得区分についての検討」松蔭大学大学院経営管理研究科松蔭論叢16号（2020年）
- ・木山泰嗣「判批」税理（2014年）
- ・木山泰嗣「判批」税経通信72巻10号（2017年）
- ・木山泰嗣「所得区分における税法解釈のあり方」青山法学論集59巻4号（2018年）
- ・国税庁『改正税法のすべて 昭和43年度版』
- ・国税庁『改正税法のすべて 平成3年度版』
- ・国税庁『改正税法のすべて 平成13年度版』
- ・国税庁『改正税法のすべて 平成16年度版』
- ・財務省『令和2年税制改正の解説』
- ・財務省『令和4年税制改正の解説』
- ・酒井克彦「雑所得に見る所得区分上の消極的意義と包括的所得概念—所得区分を巡る諸問題—」月刊税務事例38巻10号（2006年）
- ・酒井克彦「損益通算制度を巡る今日の問題（上）—収入・必要経費を巡る諸問題—」月刊税務事例40巻9号（2008年）
- ・酒井克彦「損益通算制度を巡る今日の問題（中）—収入・必要経費を巡る諸問題—」月刊税務事例40巻10号（2008年）
- ・酒井克彦「損益通算制度を巡る今日の問題（下）—収入・必要経費を巡る諸問題—」月刊税務事例40巻11号（2008年）

- ・酒井克彦『所得税法の論点研究』財経詳報社（2011）
- ・同「所得税法上の所得区分の在り方」税法学579号（2018年）
- ・酒井克彦「所得税法上の『事業』概念再考」税理61巻6号（2018年）
- ・酒井克彦『二訂版裁判例から見る所得税法』大蔵財務協会（2021）
- ・酒井克彦「所得税法における安定収入と不安定収入（上）—競馬所得の事業所得該当税が争点とされた東京高裁平成29年9月28日判決を素材として—」月刊税務事例53巻3号（2021年）
- ・酒井克彦「所得税法における安定収入と不安定収入（中）—競馬所得の事業所得該当税が争点とされた東京高裁平成29年9月28日判決を素材として—」月刊税務事例53巻4号（2021年）
- ・酒井克彦「所得税法における安定収入と不安定収入（下—1）—競馬所得の事業所得該当税が争点とされた東京高裁平成29年9月28日判決を素材として—」月刊税務事例53巻5号（2021年）
- ・酒井克彦「所得税法における安定収入と不安定収入（下—2・完）—競馬所得の事業所得該当税が争点とされた東京高裁平成29年9月28日判決を素材として—」月刊税務事例53巻8号（2021年）
- ・酒井克彦「所得税基本通達にみる雑所得の取扱い—改正内容についての概観」税理66巻1号（2023年）
- ・酒井克彦「雑所得区分に係る解釈変更の今日的意義—シェアリングエコノミー・ギグエコノミーと雑所得—」税理66巻1号（2023年）
- ・酒井克彦「雑所得区分にみる『業務に係る雑所得』概念—国税庁解釈の問題点と若干の提案—」税理66巻1号（2023年）
- ・酒井克彦「雑所得内分類における帳簿書類保存基準及び収入金額基準（300万円基準）の意義」税理66巻1号（2023年）
- ・酒井春花「租税回避の雑所得への囲込み—赤字副業と損益通算—」税理66巻1号（2023年）
- ・佐藤謙一「事業所得か雑所得かの区分判断①—プロ・セミプロの区分」税理61巻1号（2018年）
- ・佐藤謙一「経済取引や働き方の多様化に伴う個人収入の複雑化と税務対応のポイント」税理64巻1号（2021年）
- ・佐藤英明『スタンダード所得税法第3版』弘文堂（2022年）
- ・週刊エコノミスト100巻46号（2022年）
- ・週刊税務通信「副業収入 本年分から領収書等の保存が必要に」3697号（2021年）
- ・週刊税務通信「副業収入300万円以下は『雑所得』に該当へ」3715号（2021年）
- ・新村出編『広辞苑第7版』岩波書店（2022年）
- ・税制調査会「当面実施すべき税制改正に係る税制改正に関する答申（税制調査会第一次答申）及びその審議の内容と経過の説明（昭和35年12月）」
- ・税制調査会「所得税法及び法人税法の整備に関する答申（昭和38年12月）」
- ・祖父江涉/野口友菜「副業・兼業の現状と今後」ファイナンス2021年6月
- ・高倉明「損益通算制度について—タックスシェルターへの対応を含めて—」税大論叢52号（2006年）
- ・武田昌輔『コンメンタール所得税法（加除式）2、2-2、3』第一法規
- ・田中治「総合所得税と分類所得税」税研2005年1月

- ・田中治「事業所得該当性を巡る紛争例」税務事例研究160号（2017年）
- ・田中治・近藤正人「生活に通常必要でない資産と損益通算」『判例分析ファイルⅠ所得税編』税務経理協会（2009年）
- ・田中治・近藤正人「通勤用自動車の譲渡損失」『判例分析ファイルⅠ所得税編』税務経理協会（2009年）
- ・田中佑布子「事業所得と雑所得の区分について」南山論集45号（2019年）
- ・谷口勢津夫「税制における担税力の意義」税研119号（2005年）
- ・谷口勢津夫『税法基本講義第7版』財経詳報社（2021年）
- ・注解所得税法研究会編「六訂版注解所得税法」（大蔵財務協会、2019年）
- ・永長正士『金融課税一体化』税調金融小委員会報告「租税研究2004年9月号」
- ・中里実『租税法概説第2版』有斐閣（2015年）
- ・中里実「所得税の類型」『所得税の基本的諸問題』日税研論集74号（2018年）
- ・長島弘「判批」月刊税務事例49巻2号（2017年）
- ・長島弘「令和4年度税制改正『記帳義務を適正に履行しない納税者等への対応策』をはじめとする雑所得者とされる小規模業務遂行者に関する問題点」税研230号（2023年）
- ・中島吉央「事業所得と雑所得に関する一考察：副業解禁時代到来」年次大会研究報告書57号（2021年）
- ・土師秀作「判批」税理66巻1号（2023年）
- ・原武彦「金融所得課税の一体化に向けての論点と在り方」租税研究2009年12月号
- ・日景智「事業所得か雑所得かの区分判断②—ネット取引等による所得」税理61巻1号（2018年）
- ・増井良啓『租税法入門第3版』有斐閣（2023年）
- ・水野忠恒「損益通算制度」『所得税における損失の研究』日税研論集47号（2001年）
- ・水野忠恒『大系租税法第4版』中央経済社（2023年）
- ・道下知子「事業所得と雑所得の所得区分における判断基準の再検討—令和4年通達改正を踏まえて—」税研228号（2023年）
- ・森下幹夫「所得税法における所得分類の現代的意義—20世紀型所得分類課税方式の課題—」岡山大学経済学会雑誌48巻3号（2017年）
- ・森信茂樹「シェアリング・エコノミー、ギグ・エコノミーの発達と税制の課題」財務省財務総合研究所『ファイナンシャルレビュー』143号（2020年）
- ・渡辺徹也「シェアリング・エコノミーに関する課税問題—所得課税および執行の問題を中心に—」税務事例研究168号（2019年）
- ・渡辺徹也「デジタル社会における副業および就業形態の変化と所得課税—ギグワーカー、テレワーク、ジョブ型雇用—」税務事例研究181号（2021年）

【インターネット資料】

- ・厚生労働省「副業・兼業ガイドライン」（令和4年7月改定）
<https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000962665.pdf>
- ・厚生労働省「副業・兼業ガイドライン」わかりやすい解説（2022.10）
<https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000996750.pdf>
- ・国税庁「雑所得の範囲の取扱いに関する所得税基本通達の解説」
<https://www.nta.go.jp/law/tsutatsu/kihon/shotoku/kaisei/221007/pdf/02.pdf>
- ・国税庁 タックスアンサー№1500「雑所得」

- <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/shotoku/1500.htm> (令和5年11月6日時点)
- ・税制調査会「経済社会の構造変化を踏まえた税制のあり方に関する中間報告②」
<https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/29zen16kai6.pdf>
 - ・税制調査会「経済社会の構造変化を踏まえた令和時代の税制のあり方」令和元年9月
https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/1zen28kai1_2.pdf
 - ・税制調査会「わが国税制の現状と課題—令和時代の構造変化と税制のあり方—」(令和5年6月)
https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/5zen27kai_toshin.pdf
 - ・精選版日本国語大辞典 <http://kotobank.jp/> (令和5年11月6日時点)
 - ・総務省統計局「平成4年就業構造基本調査結果の概要」
<https://www.stat.go.jp/data/shugyou/2022/pdf/kall.pdf>
 - ・中小企業庁「兼業・副業を通じた創業・新事業創出に係る調査事業研究会提言～パラレルキャリア・ジャパンを目指して～」
https://www.chusho.meti.go.jp/koukai/kenkyukai/hukugyo/2017/170330_hukugyoteigen.pdf
 - ・内閣官房「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画」令和4年6月7日閣議決定 https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/ap2022.pdf
 - ・内閣官房「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画2023年改訂版」令和5年6月 https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/ap2023.pdf
 - ・パーソル総合研究所「第二回副業の実態・意識に関する定量調査」2021年8月
https://rc.persol-group.co.jp/thinktank/assets/sidejob_02.pdf
 - ・働き方改革実現会議「働き方改革実行計画」平成29年3月
<https://www.kantei.go.jp/jp/headline/pdf/20170328/01.pdf>

【注】

- 1) 総務省「令和4年就業構造基本調査結果の概要」 <https://www.stat.go.jp/data/shugyou/2022/pdf/kgaiyou.pdf>
- 2) 内閣官房「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画2023年改訂版」令和5年6月 https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/ap2023.pdf 13頁
- 3) 働き方改革実現会議「働き方改革実行計画」(平成29年3月) <https://www.kantei.go.jp/jp/headline/pdf/20170328/01.pdf> 1-2頁
- 4) 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」(令和4年7月改定) 4頁
- 5) 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」わかりやすい解説 (2022.10)
<https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000996750.pdf> 3頁
- 6) 税制調査会「経済社会の構造変化を踏まえた税制のあり方に関する中間報告②」平成29年11月 <https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/29zen16kai6.pdf> 2頁
- 7) 森信茂樹「シェアリング・エコノミー、ギグ・エコノミーの発達と税制の課題」ファイナンシャル・レビュー143号 (2020年6月) 10頁
- 8) 内閣官房「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画」令和4年6月7日閣議決定 https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/ap2022.pdf 7-8頁
- 9) 厚生労働省・前掲注5) 4頁
- 10) 中小企業庁「兼業・副業を通じた創業・新事業創出に係る調査事業研究会提言～パラレルキャリア・ジャパンを目指して～」 <https://www.chusho.meti.go.jp/koukai/kenkyukai/>

- hukugyo/2017/170330 hukugyoteigen.pdf 1頁
- 11) 税制調査会「経済社会の構造変化を踏まえた令和時代の税制のあり方」令和元年9月
https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/1zen28kai1_2.pdf 3頁
 - 12) パーソル総合研究所「第二回副業の実態・意識に関する定量調査」2021年8月
https://rc.persol-group.co.jp/thinktank/assets/sidejob_02.pdf
 - 13) 総務省・前掲注1)
 - 14) 厚生労働省・前掲注4) 3頁
 - 15) 金子宏『租税法第24版』弘文堂(2021年)126-127頁
 - 16) 金子・前掲注15) 194頁
 - 17) 金子・前掲注15) 195頁~196頁
 - 18) 注解所得税法研究会編『六訂版注解所得税法』大蔵財務協会(2019年)228頁
 - 19) 増井良啓『租税法入門第3版』有斐閣(2023年)62頁
 - 20) 水野忠恒『大系租税法第4版』中央経済社(2023年)165頁
 - 21) 岡村忠生「所得分類論」金子宏編『所得税の理論と課題二訂版』税務経理協会(2001年)45頁
 - 22) 岡村・前掲注21) 46-47頁
 - 23) 税制調査会「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」(昭和38年12月) 7-8頁
 - 24) 越智沙織「所得税法69条の理論的検討等損益通算制度の再構成」大阪樟蔭女子大学研究紀要第2巻(2012)169頁
 - 25) 金子・前掲注15) 202頁
 - 26) 田中治「総合所得税と分類所得税」税研119号(2005年)31頁
 - 27) 増井・前掲注19) 102頁
 - 28) 注解所得税法研究会・前掲注18) 274~275頁
 - 29) 増井・前掲注19) 104頁
 - 30) 注解所得税法研究会・前掲注18) 273~274頁
 - 31) 増井・前掲注19) 104頁
 - 32) 岡村・前掲注21) 58-60頁
 - 33) 田中治「事業所得該当性をめぐる紛争例」税務事例研究160号(2017年)24頁
 - 34) 谷口勢津夫『税法基本講義第7版』弘文堂(2021年)361頁
 - 35) 事業所得の沿革の部分は、専ら注解所得税法研究会・前掲注18) 457頁~502頁及びび田昌輔編『コンメンタル所得税法2加除式』(第一法規)1571~1574頁によっている。
 - 36) 金子・前掲注15) 243頁
 - 37) 武田・前掲注35) 1575~1576頁
 - 38) LEX/DB21073190、民集35巻3号 672頁
 - 39) 最判昭和56年基準のみで判断している裁判例としては、横浜地判平成25年7月3日(LLEX/DB25506399)
 - 40) LEX/DB21043290
 - 41) この裁判例以前にも、会社役員に関連会社に対する金銭の貸付けによる所得が事業所得に該当するか否かが争われた東京地判昭和46年2月25日(行集22巻1・2号 104頁)が、「金銭行為に事業性が認められるためには、それが営利性、有償性を有し、かつ、反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる態様で行われるものであることが必要であると解される。・・・金銭貸付行為を行うに至った経緯と目的、貸付資金の調達方法、貸付金の利息約定の有無及び利率の肯定、貸付先及び貸付口数の

- 多寡、貸付先との関係の濃淡、契約書等の作成状況、人的・物的設備の状況、帳簿等の具備状況、担保設定の有無、広告宣伝の状況、関係官庁・団体への届出等の有無、貸付債権回収の努力その他諸般の事情を総合勘案し、社会通念に照らして事業としての営利性、継続性、客観性等が認められるか否かを検討することが相当である。」と判示し、事業所得と雑所得の区分に係る判断基準及び考慮要素を示している。
- 42) 酒井克彦「雑所得内分類における帳簿書類保存基準及び取入金額基準（300万円基準）の意義」税理66巻1号（2023年）63頁
- 43) LEX/DB22000490
- 44) LEX/DB25500893
- 45) LEX/DB25501842
- 46) 佐藤英明『スタンダード所得税法第3版』弘文堂（2022年）214頁
- 47) LEX/DB21049670
- 48) LEX/DB21066610
- 49) LEX/DB21072501
- 50) LEX/DB21077590
- 51) LEX/DB22000510
- 52) LEX/DB22005711
- 53) LEX/DB22008418
- 54) LEX/DB28080802
- 55) LEX/DB25500528
- 56) LEX/DB25500876
- 57) LEX/DB21051881
- 58) LEX/DB22005568
- 59) 武田昌輔編『コンメンタール所得税法2－2加除式』（第一法規）2674頁
- 60) 注解所得税法研究会・前掲注18）953頁
- 61) 武田・前掲注59）2677頁
- 62) 金子・前掲注15）308頁
- 63) 岩崎政明『ハイポセティカル・スタディ租税法（第3版）』弘文堂（2010年）223頁
- 64) 越智沙織「包括的所得に関する新たな試み—雑所得を中心とした所得構成論—」大阪樟蔭女子大学論集第47号（2010年）158－159頁
- 65) 国税庁タックスアンサーNo1500「雑所得」 <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/shotoku/1500.htm>（令和5年11月6日時点）。公的年金等以外の雑所得（その他の雑所得）が、②、③に分かれることとなる。
- 66) 不動産所得における事業的規模と業務的規模の違いについては所基通26－9の形式的な判定基準（5棟10室基準）がある。
- 67) 新村出編『広辞苑第七版』岩波書店（2022年）1262頁
- 68) 精選版日本国語大辞典 <http://kotobank.jp/>（令和5年11月6日時点）
- 69) 新村・前掲注67）771頁
- 70) 新村・前掲注67）739頁
- 71) 小田満「規定から見る事業所得における『事業』の意義」税経通信75巻8号（2020年）69－70頁。ただし、所法12条のように事業につき業務全般を含めた概念で考えざるを得ない規定もあるとの見解として、酒井克彦「所得税法における『事業』と『業務』の解釈」ビジネス法務18巻3号（2018年）88頁

- 72) 佐藤・前掲注46) 245頁
- 73) 酒井克彦「雑所得区分に係る解釈変更の今日的意義—シェアリングエコノミー・ギグエコノミーと雑所得」税理66巻1号(2023年)33頁
- 74) LEX/DB25594449
- 75) 国税庁「雑所得の範囲の取扱いに関する所得税基本通達の解説」<https://www.nta.go.jp/law/tsutatsu/kihon/shotoku/kaisei/221007/pdf/02.pdf>(令和5年11月6日時点)
- 76) 国税庁・前掲注75)
- 77) 『『副業』の所得税 パブコメ批判集中で見直し『帳簿保存』で事業所得に』週刊エコノミスト100巻46号(2022年)30頁
- 78) 柿原勝一「所得税法における『業務』の範囲について」税大論叢第102号(2021年)78頁
- 79) 渡辺徹也「デジタル社会における副業および就業形態の変化と所得課税—ギグ・ワーカー、テレワーク、ジョブ型雇用—」税務事例研究192号(2023年)37頁
- 80) 道下知子「事業所得と雑所得の所得区分における判断基準の再検討—令和4年通達改正を踏まえて—」税研228号(2023年)99頁
- 81) LEX/DB25500716
- 82) LEX/DB25502018
- 83) LEX/DB25561877
- 84) LEX/DB25544819
- 85) LEX/DB25547535
- 86) 長島弘「判批」月刊税務事例49巻2号(2017年)44頁
- 87) 木山泰嗣「判批」税経通信72巻10号(2017年)183頁
- 88) 酒井克彦『二訂版 裁判例から見る所得税法』大蔵財務協会(2021年)205~207頁
- 89) LEX/DB25595389
- 90) LEX/DB25595525
- 91) 土師秀作「判批」税理66巻2号(2023年)104頁
- 92) 田中・前掲注33) 31頁
- 93) 田中・前掲注33) 21~22頁
- 94) これらのほか、営利性、反復継続性を有していても社会通念上事業と認められないケースがあることを示唆していると思われるものとして、東京地判昭和55年10月30日(LEX/DB21071420)及び札幌地判平成6年3月14日(LEX/DB22008418)がある。
- 95) 酒井克彦「雑所得区分に見る『業務』に係る雑所得」概念—国税庁解釈の問題点と若干の提案—」税理66巻1号(2023年)40頁
- 96) 同様の見解として、酒井・前掲注88) 207頁
- 97) 田中・前掲注33) 27頁
- 98) 酒井克彦「所得税法における安定収入と不安定収入(下—2—完)—競馬所得の事業該当性が争点とされた東京高裁平成29年9月28日判決を素材として—」月刊税務事例53巻8号(2021年)5~6頁 ただし、同教授は生計維持基準についてその射程範囲に制約があるとしている。
- 99) 酒井克彦「所得税法上の『事業』概念再考」税理61巻6号(2018年)87頁
- 100) 水野・前掲注20) 306~307頁
- 101) 週刊税務通信3697号3頁
- 102) 道下・前掲注80) 99頁。また、最判昭和56年が示した事業所得の定義を前提とする

- と、事業所得と業務に係る雑所得等の区分において、「収入金額300万円」と「取引を記録した帳簿保存の有無」によって区分して取り扱うことは、その定義に必ずしも合致するものではないとする見解として、牛嶋勉「副業に対する所得税課税」税務事例研究195号(2023年)28頁
- 103) 国税庁・前掲注75)
- 104) 柿原・前掲注78) 65頁
- 105) 渡辺・前掲注79) 39頁
- 106) 税制調査会・前掲注11) 10頁
- 107) 長島弘「令和4年度税制改正『記帳義務を適正に履行しない納税者等への対応策』をはじめとする雑所得者とされる小規模業務遂行者に関する問題点」税研230号(2023年)21頁
- 108) 田中・前掲注33) 21-22頁
- 109) LEX/DB22005711
- 110) 注解所得税法研究会・前掲注18) 1163頁
- 111) 金子・前掲注15) 206頁
- 112) 谷口・前掲注34) 361-362頁
- 113) 越智・前掲注24) 170頁
- 114) 高倉明「損益通算制度について—タックスシェルターへの対応を含めて—」税大論叢52号(2006)202頁
- 115) 武田昌輔編『コンメンタル所得税法3 加除式』(第一法規)4521頁
- 116) 損益通算の沿革の部分は、概ね注解所得税法研究会・前掲注18) 1164~1168頁及び武田・前掲注115) 4522~4526頁によっている。
- 117) 国税庁『改正税法のすべて 昭和43年版』26頁
- 118) 酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的課題(上)」月刊税務事例40巻9号(2008年)55頁
- 119) LEX/DB22400081
- 120) 高倉・前掲注114) 250頁
- 121) 武田・前掲注115) 4530頁
- 122) 注解所得税法研究会・前掲注18) 1169頁
- 123) 小田満『新訂版 所得税重要項目詳解』大蔵財務協会(2018年)373頁
- 124) 税制調査会「当面実施すべき税制改正に係る税制改正に関する答申(税制調査会第一次答申)及びその審議の内容と経過の説明(昭和35年12月)356-357頁
- 125) LEX/DB21041430
- 126) 増井・前掲注19) 163頁
- 127) 注解所得税法研究会・前掲注18) 1170-1171頁、
- 128) 酒井・前掲注118) 57頁
- 129) 岩崎・前掲注63) 227頁
- 130) 金子宏「序説・所得税における損失の取扱い」日税研論集47号(2001年)4頁
- 131) 高倉・前掲注114) 204頁
- 132) 越智・前掲注24) 171-172頁
- 133) 谷口・前掲注34) 363頁
- 134) 同様の判示として、東京地判昭和55年10月30日(LEX/DB21071420)
- 135) LEX/DB25561823

- 136) 注解所得税法研究会・前掲注18) 1174頁
- 137) 水野忠恒「損益通算制度」日税研論集47号(2001年) 23頁
- 138) LEX/DB28042199
- 139) 永長正士『金融課税一体化』税調金融小委員会報告」租税研究2004年9月号 66頁～67頁
- 140) この改正を含む所得税法等の一部を改正する法律は平成16年3月26日に成立し、同年4月1日に施行された。この譲渡所得の損益通算の制限規定が同年1月1日から適用されたため、遡及課税禁止の原則に該当するか否かが争われた裁判例が見られ、租税法研究における論点の一つとなっているが、ここでは特に触れない。
- 141) 国税庁『改正税法のすべて 平成16年度版』63頁
- 142) 税制調査会「土地のあり方についての基本方針」(平成2年10月) 35頁
- 143) 国税庁『改正税法のすべて 平成3年度版』151頁
- 144) 高倉・前掲注114) 239～240頁
- 145) 国税庁『改正税法のすべて 平成13年度版』58頁
- 146) LEX/DB28092869
- 147) 金子・前掲注15) 241頁
- 148) 名古屋高判平成17年10月27日 (LEX/DB28102494)
- 149) 高倉・前掲注114) 248頁
- 150) 高倉・前掲注114) 250頁
- 151) LEX/DB2106310
- 152) 水野・前掲注20) 355頁
- 153) LEX/DB25447123
- 154) LEX/DB25449120
- 155) 大石篤史「判批」別冊ジュリスト253号(2021) 97頁
- 156) 水野・前掲注137) 18頁
- 157) 水野・前掲注137) 19頁
- 158) 岡村・前掲注21) 63頁
- 159) 高倉・前掲注114) 205頁
- 160) 酒井克彦『所得税法の論点研究—裁判例・学説・実務の総合的検討—』財経詳報社(2011年) 470頁
- 161) 酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的課題(下)」月刊税務事例40巻11号(2008年) 66頁
- 162) 酒井春花「租税回避の雑所得への囲込み—赤字副業と損益通算—」税理66巻1号(2023年) 58頁
- 163) 酒井・前掲注160) 490頁
- 164) 田中・前掲注33) 47頁
- 165) 森下幹夫「所得税法における所得分類の現代的意義—20世紀型所得分類課税方式の課題—」岡山大学経済学雑誌48巻3号(2017年) 23頁
- 166) 森下・前掲注165) 31頁
- 167) 税制調査会「わが国税制の現状と課題—令和時代の構造変化と税制のあり方—」(令和5年6月) 101頁
https://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/5zen27kai_toshin.pdf