

《論 説》

雑損控除の対象となる損失原因に関する 解釈論上の揺らぎ

——所得税法上の雑損控除の対象となる損失の射程範囲——

酒 井 克 彦

はじめに

所得税法は、雑損控除を設けて一定の損失を被った納税者の担税力の減殺を所得計算上考慮する。しかし、雑損控除によって納税者の担税力の減殺を考慮するとはいっても、同控除を規定する所得税法72条は一定の資産に係る特定の損失発生原因に限定して控除することとしている。

雑損控除の対象となる損失発生原因である所得税法72条の「災害又は盗難若しくは横領」については、「納税者の意思によらない損失」として理解されているが、同法にいう「災害」には「人為による異常な災害」が含まれている（所法2①二十七、所令9）。国税通則法に目を転じると、そこでも「人為による異常な災害」があった場合の配慮が用意されている。すなわち、「人為による異常な災害」があった場合には延滞税が免除されることとされているが（通法63⑥、通令26の2二）、課税実務上、「人為による異常な災害」には、税務職員による誤指導があった場合をも含めて解釈されているところである（国税庁長官通達平成13年徴管2-35ほか9課共同「⁽¹⁾人為による異常な災害又は事故による延滞税の免除について」）。租税法上の同様の文言を同じように解釈すべきかどうかについては議論のあるところであると思われるが、国税通則法上の解釈と比較すると、雑損控除にいう「災害」の理解は厳格に過ぎるように思えなくもない。

かような疑問を解く鍵は、雑損控除が対象とする特定の資産に係る特定

の損失発生原因に起因する損失がどのようなものであるかを解明することにある。

本稿では、まず所得税法72条に規定する雑損控除の輪郭を確認した上で、同控除が対象とする損失の発生原因について考えてみたい。

一 雑損控除の輪郭

1 所得税法上の規定

所得税法72条1項は、居住者又はその者と生計を一にする配偶者その他の親族で政令で定めるものの有する資産（同法62条1項《生活に通常必要でない資産の災害による損失》及び70条3項《被災事業用資産の損失の金額》に規定する資産を除く。）について災害又は盗難若しくは横領による損失が生じた場合（その災害又は盗難若しくは横領に関連してその居住者が政令で定めるやむを得ない支出をした場合を含む。）において、その年における当該損失の金額（当該支出をした金額を含むものとし、保険金、損害賠償金その他これらに類するものにより補てんされる部分の金額を除く。）のうちの一定額を、その居住者のその年分の総所得金額、退職所得金額又は山林所得金額から控除する旨規定する。

そして、ここにいう「災害」とは、「震災、風水害、火災その他政令で定める災害」をいい（所法2①二十七）、その政令で定める災害とは、「冷害、雪害、干害、落雷、噴火その他の自然現象の異変による災害及び鉱害、火薬類の爆発その他の人為による異常な災害並びに害虫、害獣その他の生物による異常な災害」と規定されている（所令9）。

2 包括的所得概念と雑損控除

包括的所得概念の下では、消費に当たらない資産の損失や資産価値の減少はすべて純資産の減少をもたらし、理論的には所得の減算要因とならずである。しかしながら、所得税法は、資産の種類あるいは損失の発生原

因によって、資産に関わる損失につき複雑な差異を設けている。この点について佐藤英明教授は、「個人が所得稼得活動の他に消費活動も行うことや、所得税法において所得分類が設けられていることを所得計算に適切に反映させることを意図したもの（成功しているかどうかは別として）といえよう。」とされる⁽²⁾。

このように考えると、そもそも所得税法と法人税法における損失については、自ずから異なる取扱いが予定されているのである。かような意味において、所得税法上の損失の取扱いは同法の性質を表すものであるともいえる⁽³⁾。

3 雑損控除の対象となる資産

佐藤教授が指摘されるとおり、所得税法が中心的に対象とする個人が所得稼得活動と消費活動の両方を行う主体であるという点から、所得税法は損失を所得稼得活動によるものか消費活動によるものかに分類した上で、取扱いを異にさせるためにいくつかの仕掛けを設けて（ある種の擬制をして）いる。

その分類基準の一つが資産の種類であり、別のもう一つが損失の発生原因である。

所得税法72条は、2つの資産を雑損控除の対象から外している。すなわち、①同法62条1項《生活に通常必要でない資産の災害による損失》に規定する資産と、②同法70条3項《被災事業用資産の損失の金額》に規定する資産が同控除の対象外とされているのである。

まず、①の資産とは、所得税法62条1項によると、「生活に通常必要でない資産として政令で定めるもの」とされ、所得税法施行令178条に規定する生活に通常必要でない資産をいうと解することができる。そして、同条に規定する「生活に通常必要でない資産」が、その1項3号において、「生活の用に供する動産で第25条《譲渡所得について非課税とされる生活用動産の範囲》の規定に該当しないもの」と規定されていることから分か

るとおり、雑損控除の対象資産のうちの一部は、譲渡所得の非課税対象資産である生活用資産と表裏の関係として構築されているのである。

次に、②の資産とは、所得税法70条3項によると、「たな卸資産又は第51条1項若しくは第3項《資産損失の必要経費算入》に規定する資産」と⁽⁴⁾されている。そこで、同法51条1項及び3項の資産を確認すると、1項は、「居住者の営む不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業の用に供される固定資産その他これに準ずる資産で政令で定めるもの」としており、これを受けて所得税法施行令140条は、「不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業に係る繰延資産のうちまだ必要経費に算入されていない部分」とする。そして、所得税法51条3項の資産とは、「居住者の有する山林」と規定されている。すると、(i) 不動産所得、事業所得、山林所得を生ずべき事業の用に供される固定資産や繰延資産、(ii) 山林は、雑損控除の対象資産から外れると解される。また、事業的規模に至らないレベルの不動産所得を営む者の有する不動産は所得税法51条1項の「事業」の用に供される資産とはいえないので、雑損控除の対象となろう。他方、かような資産は、同条4項の「居住者の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又はこれらの所得の基因となる資産」に該当することになるから、雑損控除と資産損失のいずれも適用が可能となるのかという問題が生ずることになる。そこで、同法51条4項では、対象となる損失の金額について、括弧書きにおいて、「第72条第1項《雑損控除》に規定するものを除く」としているのである。

雑損控除と資産損失のいずれもが適用可能となり得る場面において、かような規定が、雑損控除と資産損失との選択的適用を可能とするという趣旨を有しているのか、あるいは雑損控除の適用のみを可能とする趣旨と解すべきかについては、見解が分かれ得るが、文理に即して考えれば後者が妥当なのではなからうか（後述）。

かように雑損控除の対象資産を概観すると、同控除制度の理解においては、所得税法72条の解釈のみを単独で取り上げることができないことが分

かるであろう。雑損控除の対象となる資産概念は、いわば巧妙に相互参照が作り込まれたパズルの様相を呈しているともいえる。

ところで、上記のとおり、所得税法は、消費生活用資産に係る損失に関する考慮の裏返しとして「生活に通常必要でない資産」についての損失を雑損控除の対象とはしていないのであるが、このことは、必ずしも当該資産が業務用資産であることを意味するものではない。「生活に通常必要でない資産」には、例えば、別荘や豪華な骨董品などが含まれるのであるが（所令178）、通常、これらが業務用資産に当たるわけではない。一般的にこれらは消費生活用資産であるから、ここにいう「生活」という概念と消費活動という概念をそのままストレートに合致させることはできないのである。

所得税法における損失の取扱いに対する理解がしばしば困難を伴うと指摘される原因の一つに、「生活」概念の不明確さも挙げられよう。「生活」概念の理解を巡ってはいわゆるサラリーマンマイカー訴訟最高裁平成2年3月23日第二小法廷判決（判時1354号59頁⁽⁵⁾）があるが、ここでは、給与所得者のマイカーに係る「生活に通常必要な動産」該当性が勤務に使用していたかどうかという点から議論されている。「生活に通常必要な動産」該当性の判断に給与所得を得るための業務用資産であるか否かという観点からの議論が持ち込まれたという言い方もできそうである。しかしながら、この判断にはいくつかの疑問が惹起される。そのうちの一つは、前述のとおり、業務活動（所得稼得活動）の用に供する資産であるか否かという枠組みと「生活」用資産か否かという枠組みとは合致しないという点が必ずしも明確に意識されていないという点である。

これら資産の種類に関する議論とは別の切り口が損失の発生原因に関する議論である。以下では、雑損控除制度が対象とする損失の発生原因について考えてみたい。

二 納税者の意思に基づかない災難による損失

1 裁判例の確認

裁判例においては、雑損控除の対象となる損失の発生原因をどのように捉えているのであろうか。まずは、いくつかの判決を確認しておきたい。

東京高裁昭和34年12月26日判決（行裁例集10巻12号2495頁）は、「控訴人（筆者注：納税者）は、…控訴人のなした株式会社K相互銀行に対する弁済は、債務者O株式会社に対して求償権を行使しても、取立不能であるから『法』第11条の3（現行法の第11条の4に該当する（筆者注：現行所得税法72条））にいう『盗難に因り資産について損失を受けた場合』に準じ損失として総所得額から控除さるべきものであると主張する。しかしながら、『法』第11条の3のいう損失とは、すべて納税義務者の意思に基づかない災害又は盗難による損失であることは規定上明らかである。而してかかる損失を受けた者を他の納税義務者と同一の条件の下に所得税を負担させることは衡平の理念より見て適当でないので、かかる損失を蒙った者に限り、その税の負担を軽減せしめるのが、同条の趣旨である。従って本件において控訴人がO株式会社に対して有する求償権の取立不能が雑損控除に該当しないことは、いう迄もない。（下線筆者）」として、控訴を棄却した。

これを受けて上告審最高裁昭和36年10月13日第二小法廷判決（民集15巻9号2332頁⁽⁷⁾）は、「法11条の3（筆者注：所得税法72条）により控除される雑損とは、納税義務者の意思に基づかない、いわば災難による損失を指すことは、同条の規定上からも明らかであり、訴外O株式会社に対する上告人の求償権が所論のとおり取立不能であっても、もともと抵当権の設定が上告人の意思に基くものであり、上記300万円を雑損として控除できないことは原判示のとおりである。（下線筆者）」との判断を下している。この事件は、判決が「雑損とは、納税義務者の意思に基づかない、いわば災難

による損失を指す」と説示したところから、いわゆる「災難事件」とも呼ばれている。

また、名古屋高裁昭和42年9月14日判決（訟月12巻7号1204頁）は、不動産の買主が売主に没収された手数料が雑損控除の対象とならないという点について、原審を支持する。原審名古屋地裁昭和41年4月23日判決（判例集未登載）は、「所得税法第11条の4の雑損とは、すべて納税義務者の意思に基かない災害または盗難による損失のみを意味することはその規定上明かである。従って、手附金流れの如く、原告の意思に基づく損失の場合には雑損にあたらないというべきである。（下線筆者）」とする。⁽⁸⁾

子（訴外E）が第三者（訴外T）に与えた損害につき、法律上の賠償義務を負わない親である納税者が支払った損害賠償金が、所得税法72条による雑損控除の対象となるか否かが争点とされた事例において、大分地裁昭和56年6月17日判決（行裁例集32巻6号927頁）⁽⁹⁾は、「所得税法第72条に規定する災害又は盗難若しくは横領による損失とは、納税者の意思に基かない損失をいうものと解するのが相当であるところ、…原告が訴外Tに対して支払った前記金員は、訴外Eが訴外Tに傷害を負わせたことにつき、右訴外Eには損害賠償の資力がないところから、原告がその意思に基づき損害賠償として右訴外Tに支払ったものであることが認められ、右認定を覆えすに足る証拠はなく、右の事実に照らすと、原告がなした右出損は、所得税法第72条にいう損失に該当しないというべきである。（下線筆者）」とする。

2 判決の考え方にも「納税者の意思に基かない損失」

雑損控除の対象とする損失の発生原因として、所得税法72条は、「災害又は盗難若しくは横領」に限定するが、ここからは、同控除の対象とする損失につき2つの意味を読み取ることができよう。すなわち、第一に、これらが意味する損失はすべて異常な損失であるとして、異常な損失こそが雑損控除の対象となる損失であるとする解釈があり得るし、第二に、これ

らの損失が納税者の意思に基づかない損失であるという前述のいくつかの裁判例において示されている解釈があり得る。

まず、所得税法72条の規定から、異常性のある損失のみが雑損控除の対象となるという考え方を導出する解釈を採用した事例として、保証債務を履行した後、求償権行使不能となったことによる損害は、所得税法72条に規定する雑損控除の対象にならないとした前橋地裁昭和53年7月13日判決（訟月24巻9号1857頁）がある。同地裁は、「同条（雑損控除）の趣旨は、その規定の文理上明らかなように、災害、横領という異常な損失により減少した担税力に即応して課税することであり、納税者その他所定の者の有する資産について災害、盗難、横領等の法定原因によって損失が生じた場合において、一定額の控除を認めるものである。ところで、原告のいう保証債務履行による訴外会社に対する求償権の行使が同会社の倒産により不能になった本件金額の損失は、これらの法定原因に該当しないのであるから、同条を適用すべきものでないと解するのが相当である。（下線筆者）」と判示⁽¹⁰⁾する。

第二の解釈は、前述の災難事件最高裁判決において採用された考え方であるが、その原審である東京高裁判決よりも前に、長崎地裁昭和32年12月18日判決（行裁例集8巻12号2151頁）は、次のように判示している。すなわち、「当裁判所が右支出をもって、右法条に謂うところの損失とならないと判断した理由を示すと下記の通りである。即ち所得税法第11条の3（現第11条の4（筆者注：所得税法72条））《雑損控除規定》に謂うところの損失とは、その損失を生じた者の意思に基かないところの災害による損失のみを意味し、その損失を生じた者の意思の介在する場合の損失は、これを含まないものであると解するのが、右規定において、法の使用した用語に照らし、相当であると認められるところ、身元保証契約に基く支出の如きは、その支出をなした者の意思が根源となって居るのであるから、その者の意思に基かないところの災害によるものと言うことのできないことは勿論であって、従って、右支出は右法条に謂うところの損失の範疇に入

らないと言わざるを得ないものである。（下線筆者）」とする。

多くの判決が採用する考え方は、「納税者の意思に基づかない損失」については雑損控除の適用が制限されているとするものである。このような考え方は、雑損控除が所得控除として認められている理由を、自己責任の及ばないところでの担税力の減殺を考慮するという立場からすれば⁽¹¹⁾、受け入れやすいかもしれない。しかし、自己責任の射程範囲を雑損控除の射程範囲に重ね合わせる解釈論上の妥当性は、例えば、医療費控除の適用に当たり当然払うべき注意を払わずして被ったケガに係る医療費の支払を同控除の対象から排除するような解釈は採らないこととの整合性の面で疑問がなくもない。この点は、心身に受けたダメージに対する考慮を所得税法が手厚く考えているという理論構築が可能であろうか。

また、かかる「納税者の意思」がかなり広めに理解されることがあることにも注意しておきたい。

例えば、納税者の意思が及ばないという点を予見可能性や回避可能性から判断する国税不服審判所事例がある。国税不服審判所昭和54年9月4日裁決（裁決事例集19号54頁）は、「人為による損害であっても、社会生活上通常予見し得る単なる不法行為によって発生したというだけでは足りず、予見及び回避不可能で、かつ、その発生が劇的な経過を経て発生した損害であることを要するものと解される。」と論じるのである。

また、東京高裁昭和45年8月31日判決（訟月16巻10号1147頁⁽¹²⁾）は、「旧所得税法においては、本件のような非営業貸金（利息損害金を含む。）は、おおむね家事上、あるいはたまたま貸付をなすことによって発生するものであるため、事業上の貸金とは区別されるものであり、したがって、その貸倒れによる損失については、雑損控除のごとく不可避免の原因によるものとはいえ、むしろ家事上の出費、あるいは家事関連費に伴う損失に包含さるべきものであって、概して担税力を減殺するような性質のものではないものとして所得計算上これを資産損失とする必要を認めなかったものと考えられる」としており、雑損控除の対象となる損失を不可避免の原因に

よるものと位置付けるのである。

ところで、所得税法施行令30条2号は、所得税法9条1項16号に規定する非課税となる損害賠償金等について、「不法行為その他突発的な事故により資産に加えられた損害につき支払を受ける損害賠償金」などを示して⁽¹³⁾いる。このように突発的な損害についての損害賠償金が非課税とされるというのは、裁決がというような「予見及び回避不可能で、かつ、その発生が劇的な経過を経て発生した損害」こそが雑損控除の対象となるという考え方と親和性を有するものなのかも知れない。しかしながら、突発的な損害についての損害賠償金が非課税とされるということから、所得税法がかような損害についての配慮を見せていると読み解くことが仮にできたとしても、所得税法72条は、雑損控除の対象を同令30条2号にいう「突発的な損害」などと規定しているわけではないのである。

3 「納税者の意思」をメルクマールとする解釈と課税実務

かような理解を前提とした場合に、その考え方は課税実務の取扱いに反映されているのであろうか。例えば、これまで、実務上雪下ろし費用は雑損控除の対象とされてきたのであるが⁽¹⁴⁾、この点との関係についての疑問が惹起される⁽¹⁵⁾。

雪下ろしを行うか否かの判断は納税者自身が行うものである。詐欺による損失さえも「納税者の意思」の及ぶ範囲内の損失として、雑損控除の対象外と説明されるのであれば（後述）、雪下ろし費用が雑損控除の対象とされることに合理的な説明が付くのであろうか。

所得税法施行令206条1項3号は、雑損控除の対象となる災害関連費用として、「災害により住宅家財等につき現に被害が生じ、又はまさに被害が生ずるおそれがあると見込まれる場合において、当該住宅家財等に係る被害の拡大又は発生を防止するため緊急に必要な措置を講ずるための支出」を規定する。台風が接近している際の屋根の補修工事や窓枠の補強工事などに要した支出はこれに当たるといえよう。また、上記の雪害を防止

するための雪下ろし費用も放置しておくことが被害を発生させることになることからすれば、同様に解することができるのである。

これらの工事費用や雪下ろし費用は納税者の意思の下での支出であるにも拘らず、所得税法施行令がこれらの費用を雑損控除の対象としているということはどういうことであろうか。思うに、これらの支出が雑損控除の対象とされる根拠としては、その費用の支出が納税者の意思によるかどうかというよりも、かかる工事や雪下ろしをしなければならなくなった原因が災害という「納税者の意思」の及ばないところにあるという点にあるのではなかろうか。すなわち、「納税者の意思」による判断が介在するのは、支出そのものに関わる意思ではなく、それらの支出をしなければならなくなった原因がどこにあるかという点が問題とされると考えるのである。

それでは、なぜ、所得税法72条の解釈において、「納税者の意思によらない損失」かどうか判断の中心に置かれてきたのであろうか。いくつかの立論が考えられるが、かかる損失に対する考慮はあくまでも例外的取扱いであると位置付けた上で、どうしても排除できないような損失についてのみを例外的に担税力の減殺要因として認めようとする趣旨の表れとして捉えることも可能ではなかろうか。

すると、このコンテキストからは、できるだけ納税者自身の責任による損失が排除されるべきであるとの結論が導出され得るし、その意味は納税者が排除できなかった外因的損失のみを控除の対象とするという考え方が見えてくるようにも思われる。このように考えると、異常性のある損失こそが雑損控除の対象となるというアプローチと「納税者の意思に基づかない損失」が同控除の対象となるというアプローチとの融合が図られることになる。もっとも、異常性のある損失を排除するという趣旨を導出し、雑損控除の対象が例外的取扱いであると位置付けたとしても、詐欺や金融機関の破たんなどの経済的損失などが同控除の対象から排除されなくてはならないという結論に至るには、更なる考察が必要であるように思われる。

三 帰責性判断と雑損控除の拡張論

1 「納税者の意思によらない損失」と帰責性

盗難が雑損控除の対象となる損失の発生原因として認められていながら、紛失が認められていない理由は奈辺にあるのであろうか。

盗難であっても、紛失であっても「納税者の意思によらない損失」であることには変わりがない。このことは、詐欺がなぜ雑損控除の対象に含まれていないのかという点にも通ずる問題関心である。

前述の最高裁昭和36年10月13日判決が示すように、雑損控除の対象となる雑損とは、「納税義務者の意思に基づかない、いわば災難による損失を指す」というのであれば、詐欺や紛失も納税者の意思に基づかない災難と⁽¹⁶⁾いい得ることから雑損控除の対象とされてよさそうな気もする。

ところが、これらは所得税法72条に示されていないし、課税実務においても、詐欺や紛失は雑損控除の対象となる損失の発生原因として認められていない。課税実務は、最高裁がいう「納税者の意思に基づかない損失」を納税者自身の責任に帰すことのできない損失と解することによって、詐欺や紛失による損失を雑損控除の対象から排除しているのではないかと思⁽¹⁶⁾われる。そうであるとすると、これまで裁判例によって確認してきた「納税者の意思によらない損失」が、いつの間にか、課税実務においては、「納税者の責任によらない損失」を意味するというように再整理がし直⁽¹⁷⁾されているようにも思える。これまで確認をしてきた裁判例での説示は、雑損控除の対象となる損失の発生原因を納税者の意思によらない損失として⁽¹⁷⁾いるのみであり、必ずしも帰責性判断を介在させてはいるともいえないことからすれば、裁判例と課税実務には若干の乖離も認められよう。

それでは、これらの解釈は判決の流れとは理解を異にするとして非難されるべきであろうか。あるいは、妥当な解釈であるといえようか。

2 災害・盗難・横領による損失

昭和37年の税制調査会では、雑損控除の対象となる損失の発生原因として、盗難のほか、詐欺又は恐喝を加えるべきか否かについて検討した結果、「詐欺は、盗難に比べて被害者の側にも責任がある場合があること、個々のケースにおいて詐欺であるかどうかの認定について税務執行上紛議が生ずるおそれがあること」等の理由から、詐欺による損失は雑損控除の対象となる雑損に該当しないと整理している。また、恐喝についても、「恐喝は、詐欺の場合よりは、客観的な判定が可能であるが、問題となった事例に乏しい」等の理由から、雑損控除の控除対象となる損失の発生原因に加えられなかったという経緯⁽¹⁸⁾がある。もっとも、横領については、既に国税庁通達によって課税実務上雑損控除の対象としてきたことから追加的に雑損控除の対象となる損害の発生原因に取り込まれている⁽¹⁹⁾。

通常、災害・盗難・横領による損失の発生原因が外因性を有することからすれば、一般的にこれらには納税者に帰責性がないといえそうである⁽²⁰⁾。

詐欺的投資商法を行った豊田商事株式会社の被害者が、売却代金を投資に供するため自己所有土地の売却を同社のセールスマンに委託し、セールスマンが委託の趣旨どおりに実行したが、純金（白金）ファミリー契約により投資した金の回収ができなくなったという場合に、かかる詐欺的商法に係る損失が雑損控除の対象となるか否かが争点とされた事例がある。この事例において、名古屋地裁昭和63年10月31日判決（判タ705号160頁）⁽²¹⁾は、「所得税法72条は、その資産について災害又は盗難若しくは横領による損失が生じた場合、その一定額を所得から控除することを認めているが、課税行政の明確性、公平の観点からみて、右控除の事由は限定的に規定されており、かつ、同条に定める『横領』の概念も刑法上の『横領罪』と同一のものとして解するのが相当である。原告は、この点につき、横領は所有者らとの間に信頼関係に基づく委託行為が介在し、刑法上も詐欺、恐喝と区別する理由に乏しいと主張する…が、損害発生をもたらす実行行為自体は、横領においては所有者の意思に関わりなく行われるのに反し、詐欺、恐喝

などにおいては、瑕疵が存するとはいえ一応所有者の意思に基づいて財物の移転等が行われる点に差異が認められるので、両者を区別することに全く理由がないわけではなく（もっとも、上記所得税法72条が災害、盗難及び横領の3事由のみに限定して雑損控除を認めることの立法論的な当否については、議論の余地があると思われるが、これは同条の解釈とは別問題である。）、何よりも類推ないし拡張解釈によってもたらされる課税行政の混乱を考慮すると、原告の右主張は、到底、採用することができない。」とする。⁽²²⁾

その上で、「本件について〇の…行為が横領罪を構成するか否かにつき検討するに、横領罪も領得罪としての本質を有する以上、その成立のためには行為者において『不法領得の意思』が必要であるというべきところ、この意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいうものであると解される（最高裁昭和23年（れ）第1412号同24年3月8日判決刑集3巻3号276頁参照）ので、したがって、委託の趣旨に反する認識を欠く場合には、たとえ当該処分行為が客観的にみて不当ないし違法であり、委託者に損害を与える結果となったとしても、横領罪を構成しないことは明らかであり、このことは、右委託の意思が行為者の欺罔行為によって形成されたものであるとしても、同様である。もちろん、純金契約は、前記認定のとおりの問題を包含するので、その法律的効力は無効ないし取消しの対象となるものということができ、そのような契約を締結することを内容とする委託の意思表示も同様の瑕疵を帯びるというべきであるが、横領罪の成否は右委託の意思表示の法律上の効力によって左右されるものではなく、それが事実上存在し、かつ、行為者の行為がその趣旨に反しなかった以上、他の犯罪が成立することはあっても、横領罪は成立しないといわざるを得ない。」と判示する。

委任どおりになされた行為であるから詐欺と認定されているが、委任の趣旨に反した場合が横領であるとする、横領行為と詐欺行為との界面は

必ずしも明確ではないように思われる。判決が示すように横領を横領罪とするのであれば、この点については、刑法の考え方をそのまま税法上の概念として理解することの問題が問われなければならないように思われる。刑法上の区分からいえば、人を欺罔して財物を騙取することを詐欺というのに対して、不法領得の意思をもってする財物の領得が横領行為とされている（通説・判例⁽²³⁾）。悪質な犯罪者を適切に処罰するために犯罪の構成要素を区別しているという刑法上の考え方をそのまま租税法の解釈に持ち込んで、詐欺と横領を峻別することに如何なる意味があるのかという疑問も惹起されるところである⁽²⁴⁾。

3 解釈による拡張の可能性—詐欺について

通説は、雑損控除の対象となる損失を納税者の意思によらない損失として、詐欺などによる損失はこれに含まれないと解している。この点について、岩崎政明教授は、所得税法72条の「盗難」という文言については、シャウプ勧告及び米国内国歳入法典（Internal Revenue Code）における“theft”という文言の訳語であるとして、「この概念は、アメリカでは、窃盗、強盗の外、詐欺、横領および恐喝などを含めた広い意味に解釈されている」とされ、「右規定において刑法上の『窃盗』という訳語が該てられていない以上、『盗難』の意味は占有者の意思に反する財物の占有奪取と限定的に解すべきではなく、詐欺、恐喝等占有者の瑕疵ある意思に基づく占有移転もこれに含める余地があるように思われる。」と論じられる⁽²⁵⁾。

このような点について、「最近の社会情勢、経済情勢を反映するかのよ
うな盗難、詐欺、恐喝、横領などの不法行為も後を絶たず、不運にもこれらによる損失を蒙った納税者は、税務行政への期待を寄せることも多いであろう。所得控除の一つとして雑損控除の意義を考えると、その適用範囲をことさらに狭めている現在の規定について検討すべきであると思われる。」と論じる見解もある⁽²⁶⁾。

もっとも、その拡張をするとすれば、どこまでが解釈論によって可能で

あろうか。

盗難のうちには、窃盗に限らず、騙取や喝取などもその範囲に含まれるかについては議論のあるところであるが、納税者側の意思の介在を全く否定するのであれば、これらは雑損控除の対象から脱落することになる(最高裁昭和26年12月14日第二小法廷判決・刑集5巻13号2518頁)。

やはり、そこには帰責性判断が介在してもよいように思われるのである。すなわち、私見によれば、騙取や喝取が盗難概念に含まれる限りは雑損控除の対象となることには問題がないと考えるが、更には、帰責性の認められない恐喝などについてもこれを認めるよう検討がなされるべきではなかろうか。

もっとも、帰責性の判断については必ずしも明確ではないという側面もある。すると、詐欺であっても、解釈論上雑損控除の対象として取り込む可能性がないとは言い切れないようにも思われるが、解釈論上の不安定性が今以上に増大することには賛意を示し辛い。この点について、植松守雄氏は、「横領か詐欺か見分けのつきにくい事件もあり、またオウムならずともマスコミをにぎわすような誘拐、恐喝等の事件も頻発しており、雑損原因は、よりフレキシブルであってよい。」とされる。^{(27) (28)}

4 立法論的検討——自己決定権侵害に基づく損害

金融機関の破たんによる損失などを度外視すれば、一般に、株式や金融商品の元本割れなど、金融商品取引から生じた損失は納税者の意思に基づかない損失とは理解されていないばかりではなく、⁽²⁹⁾前述のとおり、詐欺による損失であっても雑損控除の適用対象から排除されていることを考えると、金融商品取引から生じたかかる損失の雑損控除適用可能性については、消極的に解さざるを得ないように思われる。

そこで、考えられるのが、自己決定権という法益を法的基礎として、その保護が図られる範囲についてまで雑損控除の対象を立法論上拡張するという枠組みである。そして、個々の事例によって態様は様々ではあろうが、

通常、説明義務違反などによって自己決定権が侵害されたことに伴う損害は、納税者の責めに帰すべき事情にないものということが多いのではなからうか。すると、帰責性という面で雑損控除の適用を考えるのであれば、自己決定権が侵害されたような場合には、納税者の意思の介在はあるものの、責任の所在が納税者にはないということであるから、雑損控除の対象範囲に含めて解釈してもよい場面があると思われる。アメリカにおいても、給与小切手が盗難されたような不本意な事例においては損失の控除が許容されるという考え方が採用されているようである。⁽³⁰⁾

このような考え方は、「わが国の雑損控除…は、一般に個人の責任に帰し難いやむを得ない損失（支出）に限って控除を認めるとする思想であり、個人の責任でなされた投資等の回収不能によるロスも、広い意味で個人の財産の任意の処分という性格があり、したがってその無制限な控除はしない」という見解にも合致しているといえよう。⁽³¹⁾ もっとも、かような議論を解釈論上展開することには限界がある。解釈論上採用されている「納税者の意思によらない損失」というメルクマールで上記金融商品取引による損失を読み込む途も考えられなくはないが、そもそもかかるメルクマール自体に安定性を見出せない点は既述のとおりである。

すると、立法論的解決として、投資に対する損害のうち自己責任を追及できない自己決定侵害があったような場面での損失については、これを雑損控除の対象範囲に包摂してもよいように思われるのである。例えば、金融商品勧誘者からの詐欺的な説得によって投資契約を締結したようなケースや、説明義務違反⁽³²⁾や適合性原則違反⁽³³⁾あるいは断定的判断の提供⁽³⁴⁾が認定されたようなケースは、帰責性が勧誘者側にもある場合が少なくない。かような場面での損害を所得税法上担税力の減殺要因として控除対象と解する途が拓かれるべきとの考え方が導出できそうである。

もっとも、ここには2つの問題が横たわっている。すなわち、第一に、かような認定を税務当局が行うことには相当な困難性が伴うことからすれば、判決等で説明義務違反などの判断が先行しない限り認定ができないと

ということが挙げられる。また、説明義務違反が認定されたのであれば、不法行為責任や契約不履行責任に基づく損害賠償請求が肯定されており、雑損控除の対象となる損害額が発生しないということにもなる。

第二に、一般的に金融商品販売に係る投資被害に関する損害賠償請求事件あるいは契約無効確認請求事件における司法判断の多くが、過失相殺などによる一部認定判断を受けており、被害額の一部のみが民事上救済されるに留まるが、そのような場合に、損害回復は自己決定権侵害などが認定された部分であるから、救済されなかった部分を雑損控除によって考慮することは自己責任部分についての救済となるため、これまでの雑損控除の考え方に反することになる。

かように考えると、結論において、帰責性のない部分についてのみ雑損控除による考慮がなされるという点では実務上の問題はおよそ生じ得ないようにも思われる。しかしながら、それでも適用場面はあり得る。適用すべき事例としては、帰責性が納税者になく損害回復が図られない場面である。前述の豊田商事事件のようなケースがまさにそれであり、かかる事例においては、納税者に帰責性がないと判断されるのであれば、雑損控除の適用を認めるべきであるようにも思われるのである。

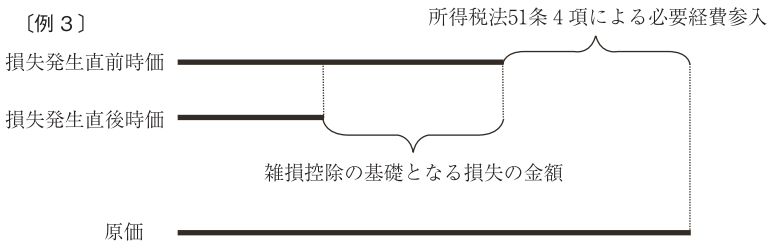
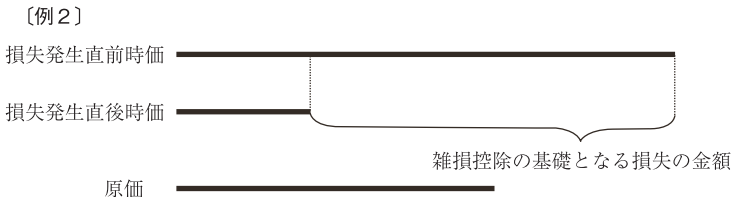
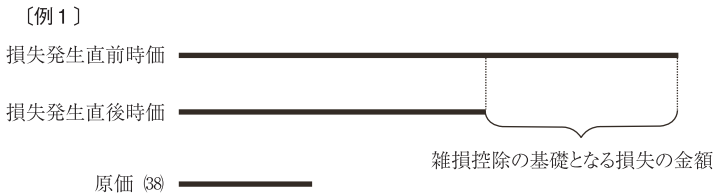
四 所得税法51条と72条の選択適用

次に、「納税者の意思に基づかない損失」を考慮しないという解釈の射程範囲が問題となり得る。例えば、所得税法51条4項との関係を考慮に入れた場合、同条項は、「納税者の意思」によってその適用を判断することにはなっておらず、納税者の意思によって生じた損失であっても、資産損失として控除対象とされているのである。そうであるとすれば、「納税者の意思に基づかない損失」を控除対象とする所得税法72条と、「納税者の意思」に基づく損失をも控除対象とする同法51条とは、本質的に異質なものであると理解できよう。されば、これらの規定が、同じ担税力の

減殺要因である損失を考慮する条項であるとしても、2つの規定の選択適用が認められる余地はないように思われる。

しかしながら、課税実務上は、次図のように所得税法51条4項と同法72条の選択適用を認めている。すなわち、所得税法51条4項と同法72条とはその対照とする損失が異なることから、いずれの条文の適用も選択的になし得るとするのである（所基通⁽³⁵⁾72-1）。

ここでは、3つのパターンを示しておくが、損失発生直前の時価と損失発生直後の時価との差額については、雑損控除が適用されると解されるから、仮に、損失発生直後の時価と原価との差額をみた場合にその比較において損失を認識し得ないような場合には所得税法51条4項の適用の場面は



ないということになる(例1及び例2)。

しかしながら、原価よりも損失発生直前の時価の方が低い場合には、所得税法51条4項の損失として資産損失の適用があると考えるべきとされるのである。

このように解釈した場合に、所得税法72条の適用対象となる損失を「納税者の意思によらない損失」とした考え方の結び付きはどのようになるのであろうか。ここでは、所得税法51条4項と同法72条の控除の適用関係を時価と原価との差額によってのみ切り分けており、同法72条の損失発生原因が「納税者の意思によらない損失」であるいわば経営意思が全般的に支配する所得稼得活動から生じる所得計算とは切り分けるという考え方は捨象されているように思われる。

再び強調するが、所得税法51条1項や2項などにおいては、納税者が債権放棄の意思を示すことが要件と考えられることを考えると、同条は意思⁽³⁷⁾が介在する損失の発生を排除する趣旨を有しているとは思えないのである。

すると、雑損控除の先取的規定をする所得税法51条4項の文理解釈上の問題にとどまらず、一方で、「納税者の意思によらない損失」あるいは「納税者の責任によらない損失」を雑損控除の対象と理解しつつも、他方で、経営意思の介在を前提とする所得税法51条との峻別を徹底せず、選択適用を可能とする課税実務の解釈には、揺らぎがあるといわざるを得ない。管見するところ、これまでの雑損控除を巡る議論においては、あまりこの点についての議論がなされてこなかったように思われる。

結びに代えて

上記のとおり、所得税法51条と同法72条との選択適用を許容すること自体、「納税者の意思によらない損失」か否かによる判断が必ずしも厳格に貫かれているわけではないということに気が付く。所得税法51条2項などにおいては、納税者が債権放棄の意思を示すことが要件と考えられること

を考えると、同条は意思が介在する損失の発生を排除する趣旨を有しているとは思えないのである。

佐藤英明教授は、「一定限度でその範囲を拡大することは、この制度の基礎となっていてと考えられる『国民感情』ないし『常識論』に合致するものとはいえないだろうか。」とされ、「現行所得税制においては、不法行為をその内容に取り込んでいる場合もあることを考え合わせれば、立法論としてその範囲を広げても、税務行政に大きな影響をもたらすものとは思われ⁽³⁹⁾ない。」と論じられる。

必ずしも理論的に貫徹されているとはいえない「納税者の意思によらない損失」というメルクマールに頼った解釈論に拠るよりは、立法論的解決によって、国民の常識に合ったかたちでその範囲を拡張する必要があるように思われるのである。

(1) ここにいう「誤指導があった場合」とは、次の①及び②のいずれにも該当する場合をいう。

①税務職員が納税者から十分な資料の提出があったにもかかわらず、納税申告又は原生徴収に関する税法の解釈又は取扱いについての誤った指導を行い、かつ、納税者がその誤指導を信頼したことにより、納付すべき税額の一部又は一部につき申告又は納付することができなかったこと。

②納税者がその誤指導を信じたことにつき、納税者の責めに帰すべき事由がないこと。

(2) 佐藤英明「所得税法における損失の扱い」金子宏ほか編『ケースブック租税法〔第2版〕』393頁（弘文堂2007）。

(3) この点、例えば、名古屋高裁昭和42年9月14日判決（訟月12巻7号1204頁）は、「本件手付金損失が控訴人のように法人税法上損金に算入されることは首肯できる。しかし、個人（自然人）の事業所得は『私経済の総合主体』である個人の総合所得の一環として把握され、したがってそれは消費生活を予定することを要しない『私経済の部分主体』である法人の所得とは概念構成の上において自ら別個な考慮が払われているのであって、その意味において所得税法における事業所得計算上の必要経費を法人税法における損金と必ずしも同一に定め得ないのである。すなわち自然人と法人との間にすでに本質的な相異がある以上、その相異にもとづき所得税法と法人税法との

間において事業所得の計算上の相異が生じたとしても、それは結局立法技術及び国の租税政策に由来するものというほかはない。」と説示する。

- (4) 所得税法施行令203条《被災事業用資産の損失に含まれる支出》においては、同条限りにおいて、所得税法70条3項に規定する資産を「事業用資産」と呼称しているので注意を要する。
- (5) 第一審は神戸地裁昭和61年9月24日判決（判時1213号34頁）では、給与所得者が所有し、通勤に1,000日余、レジャーに370日余使用した自動車が、所得税法施行令25条にいう「生活に通常必要な動産」に当たるとされ、控訴審は大阪高裁昭和63年9月27日判決（判タ685号168頁）では、同自動車が所得税法69条2項にいう「生活に通常必要でない資産」に該当するとされた事例である。最高裁では、控訴審判断を維持している。これらの判例評釈として、差し当たり、山田二郎「判批」判タ735号350頁以下、玉國文敏「判解」『租税判例百選〔第4版〕』66頁以下、福家俊朗「判批」判時1227号27頁以下、石島弘「判批」民商103巻2号304頁以下、石倉文雄「判解」『租税判例百選〔第3版〕』54頁以下、高野幸大「判批」税研106号26頁以下、佐藤久夫「判批」判タ762号318頁以下、田川博「判批」税通42巻2号235頁以下、池本征男「判批」税理30巻9号123頁以下、一杉直「判批」税通44巻2号195頁以下など参照。
- (6) 生活に通常必要でない資産についての小稿として、酒井克彦「生活用動産の譲渡と所得税法上の非課税規定—収入・必要経費を巡る諸問題—」税務事例39巻11号51頁以下参照。
- (7) 判例評釈として、差し当たり、一杉直「判批」税通39巻15号114頁以下、浦谷清「判批」民商46巻4号156頁以下、須貝脩一「判批」シュト5号22頁以下、泉水一「判批」税通33巻14号164頁以下、田中真次「判批」曹時13巻12号116頁以下、北野弘久「判批」『租税判例百選』76頁以下など参照。
- (8) なお、判決は、「原告は手附金の損失が必要経費にも雑損にもあたらないとすると、手附金を収受した者も当然所得として課税される関係上、国は同一金額に対して二重に課税することになるから不当であると主張するが、原告には手附金として支出した金200万円に相当する所得があるのであるから、これが必要経費或は雑損として控除されない以上、右所得に対して課税されるのは当然であり、右手附金を取得した前記訴外会社が更にこれを所得として課税されることがあるとしても現行税法上何等違法ではない。」と続ける。
- (9) 福岡高裁昭和57年2月24日判決（行裁例集33巻1・2号178頁）は、原審を引用する。
- (10) この判断は、控訴審東京高裁昭和54年4月17日判決（税資105号143頁）及び上告審最高裁昭和54年11月22日第一小法廷判決（税資109号482頁）におい

でも維持されている。

- (11) 注解所得税法研究会「注解所得税法6」〔内村満男執筆〕会計ジャーナル7巻10号71頁。
- (12) 原審は東京地裁昭和44年3月19日判決（訟月15巻5号583頁）、上告審は最高裁昭和48年6月14日第一小法廷判決（税資70号273頁）。判例評釈として、石倉文雄「判批」税務事例4巻6号9頁以下参照。
- (13) 非課税となる損害賠償金等の範囲については、酒井克彦「損害賠償金・慰謝料等の支払を受けた場合の非課税規定の適用問題（上）・（下）—収入及び必要経費を巡る諸問題—」税務事例39巻9号57頁以下、同39巻10号55頁以下参照。
- (14) 昭和56年直所3-2「豪雪の場合における雪下ろし費用等に係る雑損控除の取扱い」参照。同通達は、次に示す点に留意して、遺憾のないようにされたいとの命令であり、そこでは、「豪雪の場合における雪下ろし費用等については、雑損控除の対象となる損失に含まれることを確定申告の際の広報等を通じて周知徹底させること」及び「雑損控除を適用する場合における雪下ろし費用等に係る損失の金額の確認は、原則として、領収書によって行うのであるが、領収書の交付を受けることについて困難な事情がある場合においては、領収書に代えて支払年月日、支払先及び支払金額を記載した家計簿等により支払の事実の確認を行っても差支えないこと」が示されている。
- (15) 実務参考書には、雪下ろし費用の雑損控除の適用に関して、「いわゆる災害予防費用と言われるものですが、雑損控除の対象となる災害予防費用は、災害により住宅家財等につき現に被害が生じ、又はまさに被害が生ずるおそれがあると見込まれる場合において、その住宅家財等に係る被害の拡大又は発生を防止するため緊急に必要な措置を講ずるための支出とされており（所令206①三、所基通70-10の2）。」として、雑損控除の対象とはならないと示しつつも、「豪雪の場合において、家屋（生活に通常必要でない家屋や事業用の家屋を除きます。）の倒壊を防止するための屋根の雪下ろし費用及び家屋の外周の雪の取除き費用であれば、雑損控除の対象となる損失に含めて差し支えありません。」と回答している（由比祝生『税務相談事例集〔平成19年版〕』1126頁（大蔵財務協会2007））。その他、活火山の噴火による降灰の除去費用等についても同様であろう（植松守雄『注解所得税法〔四訂版〕』1035頁（大蔵財務協会2005））。

では、近所にシロアリが発生したため、シロアリの駆除のために薬剤散布を行った場合の費用が雑損控除の対象となるのであろうか。害虫による異常な損害は所得税法施行令9条にいう災害に含まれることとされており、災害予防費用に含まれると思われる（所令206①三、所基通70-10の2）。

- (16) 栗原牧彦「キャッシュ・カードの遺失に伴い生じた損失の雑損控除の可否について」税務事例21巻4号43頁以下においては、キャッシュ・カードの遺失損失を雑損控除の対象とは認めないのに対して、菊地幸雄「クレジットカードの盗難に伴う損失と雑損控除」税務事例31巻8号46頁以下は、クレジット・カードの盗難損失を雑損控除の対象として認めると論じている。
- (17) 平成17年4月19日参議院財政金融委員会における山口那津男委員の質問に対して、政府参考人は、スキミング犯罪による偽造キャッシュカードによる預金の不正引出しの場合にも、雑損控除の適用がある旨回答している。
- (18) 植松・前掲注15、1032頁。大蔵省主税局『税制調査会における資産損失及び借地権に関する税制整備の審議経過（昭和37年1月）』19頁参照。
- (19) 後述の名古屋地裁昭和63年10月31日判決は、「損害発生をもたらす実行行為自体は、横領においては所有者の意思に関わりなく行われるのに反し、詐欺、恐喝などにおいては、瑕疵が存するとはいえ一応所有者の意思に基づく財物の移転等が行われる点に差異が認められる（下線筆者）」と判示する。国税通則法68条の問題ではあるが、横領があったことによって結果的に過少申告となった場合に、法人に重加算税が課される事例もあり、そこでは、しばしば法人側の注意義務に問題があったなどとされ重加算税賦課が肯定されている。意思の及ぶ範囲の問題は必ずしも明確であるとはいえないように思われる。
- (20) 災害とは人災さえも含まないというような厳格な姿勢で理解されているのであろうか。人災についてこれを災害として解釈することが可能かどうかについては、議論のあるところではある。例えば、耐震強度の偽装が行われたマンションの入居者が蒙った損失は、雑損控除の対象となるか否かという問題があるが、これについて、政府参考人は雑損控除の対象となる旨回答している（平成18年11月29日衆議院国土交通委員会における政府参考人答弁参照）。
- (21) 控訴審名古屋高裁平成元年1月31日判決（税資174号521頁）においては、所得税法72条は憲法14条に違反する旨の控訴人の主張に対して、「納税者の意思に基づかない災害、盗難、横領による損失と瑕疵はあっても納税者の意思に基づくとい得る詐欺、恐喝による損失とを税法の雑損控除の適用上区別することにつき、これがあながち不合理といえないことについては…説示したとおりであって、もとより控訴人主張のような右第72条の違憲の問題は生ぜず、また、同条の適用違憲の主張についても、課税行政の明確性公平性の観点からみて、同条の控除事由は限定的に解釈されるべきであり、この類推ないし拡張解釈によって右の明確性、公平性が損われる弊害を考慮するとき、同条の類推ないし拡張解釈を認めない法の適用をなした本件処分を違

憲なものということではできず、結局控訴人の右主張は理由がない。」と判示している。上告審最高裁平成2年10月18日第一小法廷判決（税資181号96頁）においても判断は維持されている。

- (22) 判決は、「そうすると、原告が純金契約の代金として訴外会社に入金した金員は、〇の横領による損失には該当せず、原告の所得計算上、雑損として控除することができないものというべきであり、残代金も原告に交付されたと認められる（もっとも、純金契約の代金に充当された後の残代金が横領されたか否かは、所得税法72条1項に規定する控除額の計算方法に照らし、本訴の結論に影響しないものと解される。）ことは前記認定のとおりであるから、被告による原告の所得金額の認定は適法であって、これらが〇によって横領されたことを前提とする原告の主張は採用できない。

これを本件についてみるに、上記認定のとおり、原告は、本件土地を売却し、その譲渡代金をもって純金契約の代金に充当することを〇に委託して登記済証を預託したものであり、現に原告は、純金契約の基本的内容を理解した上で、本件売却の前後にわたり、同契約を反復して締結してきたものであるから、〇は、まさに右委託の趣旨そのものを実現したにすぎないことが明らかである。」と続く。

- (23) この領得行為説が判例の立場である（前掲最高裁昭和28年12月25日第二小法廷判決）。これに対して、不法領得の意思を要求せず、受託者の単なる権限超過行為のみをもって横領行為とする越権行為説が対立するが、後者は少数説である。通説の見解によると、例えば納金ストのように、集金した料金を会社のために保管する目的で預金する行為は不法領得の意思を欠き、たとえ権限を逸脱する行為であっても横領行為とはいえないことになる（金子宏＝新堂幸司＝平井宜雄『法律学小辞典〔第3版〕』62頁（有斐閣2000））。
- (24) 同様の問題意識を示したものとして、三木義一「税理士春香の事件簿—詐欺と雑損控除」税研18巻4号34頁以下。
- (25) 岩崎政明「判批」ジュリ804号121頁以下参照。
- (26) 岸田貞夫＝大野千鶴子「雑損控除に係る横領と詐欺の接点」税理45巻3号12頁。
- (27) 植松守雄「税制改革断相（10）」税通50巻8号20頁以下。
- (28) このような観点から納税者が訴訟において主張している事例がある。横浜地裁平成15年9月3日判決（税資253号順号9424）の事件において、原告側は、「所得税法72条《雑損控除》は、その資産について災害又は盗難若しくは横領による損害が生じた場合、その一定額を所得から控除することを認めているが、そもそも同規定の趣旨は、災害等により異常な損失を被った納税者が以前と同じ生活をするためには、その原状回復に半ば強制的に相当の支

出をすることを要することから、多分に担税力が減殺されることを衡量して課税することを基本的な考え方としているはずである。してみれば、損失の発生原因を災害、盗難、横領に限定することには極めて問題がある。損失を被る原因としては、窃盗、横領、詐欺、恐喝及び強盗などの刑法上の犯罪があるが、税法からみた場合、どの場合も被害者にとって予期できない出来事であり、資産の減少（担税力減少）になることは同じである。雑損控除について、近似の犯罪が悪質、巧妙化していること、横領罪の刑法上の法定刑が懲役5年以下であるのに対し、詐欺罪は10年以下の懲役であるにもかかわらず、横領は認めるが詐欺は認めないという理由が所有者の意思にかかわるか否かに違いがあるとしてその合理的理由を示さず、類推、拡張解釈を認めないことは、極めて不公平な税制であるとのそしりを免れない。そうであるとすれば、所得税法72条1項の『横領』は税法上の概念なのであるから、詐欺的なものであっても実態が横領に著しく近い行為は同条の『横領』に含まれると解すべきであり、本件損失は、少なくともこの意味での『横領』に当たるといふべきである。」と主張している。しかしながら、横浜地裁は、「原告らが被った本件損失は、上記のように丁の欺罔行為により生じたものであることは明らかであり、『災害又は盗難若しくは横領』による損失には該当しないものであって、このような損失について、同条項を拡張解釈して、同条項の適用があるものとするは相当ではないというほかはない。」と判断して、原告の主張を排斥している。

(29) 酒井克彦「株式会社保有によって生じた損失と所得税法（下）—所得税法51条の射程についての一考察—」税弘52巻6号94頁参照。

(30) Stanley A. Koppelman, Personal Deductions Under An Ideal Income Tax, 43 Tax L. Rev. 679 (1987—88). 吉村典久教授は、かような items of involuntary nature を控除対象とするような考え方は、可処分所得課税理論に接続し得るものとして捉えられる（吉村「所得控除の意義について」税研23巻3号18頁）。

なお、アメリカ連邦所得税法上は、“sudden”あるいは“unusual and unexpected”が要件とされることが多いようである。もっとも、常にこれらが要件とされるわけではない。Compare, e.g., Keenan v. Bowers, 91 F. Supp. 771 (1950), with Carpenter v. Commissioner, 25 T.C.M. 1186 (1966).

(31) 内村・前掲注11、71頁。

(32) 説明義務について、酒井克彦「節税商品の特殊性と説明義務（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税通58巻15号193頁以下、同59巻1号209頁以下参照。

- (33) 適合性原則について、酒井克彦「節税商品の勧誘と適合性原則（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税通59巻2号195頁以下、同59巻3号181頁以下参照。
- (34) 断定的判断の提供について、酒井克彦「変額保険の節税構造と断定的判断の提供—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税通59巻4号193頁以下参照。
- (35) ここに示した3つケースにおいて、〔例1〕の場合には、原価ベースによる損失の金額が生じないので特に問題はないが、〔例2〕及び〔例3〕の場合には、災害等以外の事由により生じた損失と比較した場合に問題がある。すなわち、災害等以外の事由により生じた損失であれば、原価ベースで計算した損失の金額は所得税法51条4項の規定の適用により必要経費に算入されるが、これに対して、災害等により生じた損失の場合には、原価ベースで計算した損失の金額の全部又は一部が必要経費に算入されないこととなり、常識に反することとなる。そこで、所得税基本通達72—1においては、納税者の選択により、雑損控除の基礎となる損失についても必要経費算入を認めていると説明されている。なお、このことは、山林所得を生ずべき業務に係る資産について生じた損失の場合についても同様の問題が起こる（河合厚＝宮澤克浩＝阿瀬薫『所得税基本通達逐条解説〔平成19年版〕』672頁以下（大蔵財務協会2007））。
- (36) 河合ほか・前掲注35、671頁。
- (37) 例えば、熊本地裁昭和43年4月22日判決（税資52号690頁）、広島地裁昭和61年3月20日判決（判タ621号102頁）、広島高裁昭和63年8月10日判決（税資165号491頁）、最高裁平成元年4月11日第三小法廷判決（税資170号1頁）など参照。
- (38) 所得税法施行令142条又は同令143条に掲げる金額をいう。
- (39) 佐藤英明「雑損控除制度—その性格づけ」日税研論集47号40頁以下。