



競馬予想ソフトを用いて稼得した馬券払戻金の
所得区分について

～損失年度に「独自のノウハウ」の保有・行使を認めえるか～

東京地裁平成 30 年（行ウ）第 219 号更生をすべき理由がない旨の通知処分取消請求事件
令和元年 10 月 30 日判決（一部取り消し）

第 88 回 2020 年 2 月 7 日（金）

発表者 石黒 秀明

※MJS 租税判例研究会は、株式会社ミロク情報サービスが主催する研究会です。

※MJS 租税判例研究会についての詳細は、MJS コーポレートサイト内、租税判例研究会のページをご覧ください。

<MJS コーポレートサイト内、租税判例研究会のページ>

<https://www.mjs.co.jp/seminar/kenkyukai/>

競馬予想ソフトを用いて稼得した馬券払戻金の所得区分について ～損失年度に「独自のノウハウ」の保有・行使を認めえるか～

東京地裁平成30年（行ウ）第219号更生をすべき理由がない旨の通知処分取消請求事件
令和元年10月30日判決（一部取り消し）

石黒 秀明 Hideaki ISHIGURO

1 はじめに

本件は、競馬の勝馬投票券（以下「馬券」という。）の的中による払戻金に係る所得（以下「本件競馬所得」という。）を得ていた原告 X が、平成24年分から平成26年分まで（以下「調査年度分」という。）の所得税について、高松税務署の調査担当職員による調査の結果に基づいて、本件競馬所得を一時所得として確定申告をした後、本件競馬所得が雑所得に該当するとしてそれぞれ更正の請求（以下、併せて「本件各更正の請求」という。）をしたところ、高松税務署長から、いずれの更正の請求についても更正をすべき理由がない旨の通知処分（以下、併せて「本件各通知処分」という。）を受けたことから、本件各通知処分の取消しを求めた事案である。

本件の争点は、調査年度分の本件競馬所得の所得区分（一時所得か、雑所得か）であり、本件競馬所得が「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」（所得税法34条1項）に当たるか否かが争われた点は過去の裁判と同様であるが、国税庁が最高裁平成29年12月15日第二小法廷判決¹（以下「最高裁平成29年判決」という。）を受けて、平成30年6月に所得税基本通達34-1（一時所得の例示）（以下「通達」という。）を改正して以降、その適用をめぐる初めての司法判断という意味で、注目すべき事件と言える。

なお本件は、大別してWIN5²とそれ以外の馬券の2種類の馬券購入態様について争われたが、前者は払戻金が雑所得と区分される前提となる競馬予想ソフトを用いての馬券購入ができないため、本稿では後者のみを対象に検討を進めるものとする。また外れ馬券の必要経費性については、過去の最高裁判決で馬券払戻金が雑所得と判断された場合にはそれが連動して認められており、本件でも主要な争点となっていないことから、本稿では特に検討を加えないこととする。

2 事実の概要

1. X は、日本中央競馬会（以下「JRA」という。）の運営する A-PAT の加入者³であり、指定口座として、みずほ銀行高松支店の原告名義の二つの普通預金口座（以下、これらを併せて「本件各口座」という。）を利用していた。

¹ 民集71巻10号2235頁

² 「五重勝単勝式勝馬投票法」と称されるもので、同一日の5つの競争につき1着となった馬を一組としたものを勝馬とする。

³ JRA との間で「日本中央競馬会電話・インターネット投票に関する約定（A-PAT 会員）」を締結した者で、電話やパソコンを利用した PAT (Personal Access Terminal) 方式により、馬券の購

2. Xは、平成19年1月以降、任意に設定した条件に合致する馬券（WIN5に係る馬券を除く。以下「通常馬券」という。）をA-PATにより自動的に購入する競馬予想ソフトウェア「馬王」（以下「本件ソフト」⁴という。）を使用して通常馬券を購入するようになった⁵。
3. Xは、平成21年末頃から、インターネット上の競馬情報配信サービス等から得た情報をX自身が分析した結果に基づき、回収率を高めることを意図して、①出走馬ごとの得点の計算式や馬券の抽出条件を独自に設定し、②原則として購入する馬券のオッズに応じてその抽出した馬券の購入金額を決定するよう計算式を独自に設定して、1日当たり数十万円から数百万円の通常馬券を自動的に購入するようになった。Xはまた、本件ソフトに独自に設定した計算式や抽出条件について、年2回程度の見直しを行っていた。そしてXは、平成22年から平成26年までの中央競馬のレースについても、本件ソフトを使用して通常馬券を購入していた。
4. Xは、平成22年から平成26年当時、複数のパソコンで本件ソフトを使用しており、遅くとも平成23年頃からは、4台のパソコンで本件ソフトを使用するようになり、本件ソフトに独自に計算式等を設定する際には、パソコンごとに異なるものを設定していた。この期間に本件ソフトを使用して購入した通常馬券の購入履歴及び払戻金額等の履歴は、これらのパソコンに保存されていた。しかし、Xは、平成27年3月頃、4台のうち1台のパソコンを職場の後輩に使用させることとし、当該パソコンに保存していた馬券の購入履歴に関するデータを消去した。また、その他のパソコンについてもデータの一部が破損したため、馬券の購入履歴等の全てが保存されている状態にはない。
5. 平成22年から平成29年までの本件各口座の入出金履歴から算定したXの馬券の購入に係る払戻金額及び購入金額、これらの各年の中央競馬の開催レース数、現存するデータで確認できる限りでのXの通常馬券に係る購入レース数及び購入割合の内訳は、下表のとおりである。

区分	番号	平成22年分	平成23年分	平成24年分	平成25年分	平成26年分	平成27年分	平成28年分	平成29年分
開催レース数	①	3,454	3,453	3,454	3,454	3,451	3,454	3,454	3,455
購入レース数	②	2,683		2,448	2,336	2,641	2,262	2,516	2,297
購入割合	③	38.8%		70.9%	67.6%	76.5%	65.5%	72.8%	66.5%
払戻金額	④	37,563,360	57,673,410	50,360,180	72,264,320	103,031,360	55,741,470	35,777,930	17,316,530
購入金額	⑤	31,727,600	43,911,200	58,260,200	67,097,700	97,022,300	63,677,300	34,657,500	19,895,700
損益(④-⑤)	⑥	5,835,760	13,762,210	▲7,900,020	5,166,620	6,009,060	▲7,935,830	1,120,430	▲2,579,170
回収率(④/⑤)	⑦	118.4%	131.3%	86.4%	107.7%	106.2%	87.5%	103.2%	87.0%

入を申し込むことができる。加入者がPAT方式で馬券を購入した場合、実際にはJRAが加入者に代わって馬券を受領し保管する。

⁴ 本件ソフトは、自動的にダウンロードする情報を基にして、出走馬ごとに得点を計算し、抽出条件に合致する馬券を抽出して、A-PATにより自動的に馬券を購入する機能等を備えており、本件ソフトの使用者は、独自に考案した得点の計算式及び抽出条件を用いて馬券を抽出することができるほか、抽出した馬券の購入金額を決めることができる。

⁵ WIN5に係る馬券については、本件ソフトを使用して自動的に購入することができないため、原告は、競馬のデータベースソフトウェア「TARGET frontier JV」（以下「ターゲット」という。）を使用した上で、別途、A-PATにより購入していた。

6. X は、調査年度分の所得税について、法定申告期限までに確定申告書を提出していなかったが、高松税務署の調査担当職員による調査の結果に基づいて、平成 27 年 9 月 29 日、調査年度分の所得税について、本件競馬所得を一時所得として確定申告書を提出した。高松税務署長は、上記確定申告後である平成 27 年 10 月 27 日、X に対し、無申告加算税の賦課決定処分をした。
7. X は、平成 28 年 2 月 26 日、高松税務署長に対し、調査年度分の所得税について、本件競馬所得が雑所得に該当するとして、更正の請求（本件各更正の請求）をしたが、高松税務署長は、平成 29 年 4 月 25 日付けで、X に対し、いずれの更正の請求についても更正をすべき理由がない旨の通知処分（本件各通知処分）をした。
8. X は、平成 29 年 5 月 17 日、国税不服審判所長に対し、本件各通知処分の取消しを求める旨の審査請求をしたが、国税不服審判所長は、平成 30 年 3 月 22 日付けで、X に対し、上記審査請求をいずれも棄却する旨の裁決をした。これを受けて X は、平成 30 年 6 月 2 日、本件訴えを提起した。

3 当事者の主張

3.1 被告：国（課税庁）の主張

原告の通常馬券の購入について、以下のとおり、継続的行為であるとも、客観的にみて利益が上がると期待し得る行為であるともいえず、「営利を目的とする継続的行為」と評価することはできないから、本件競馬所得は、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」ではなく、一時所得に該当する。

1. 最高裁平成 27 年 3 月 10 日第三小法廷判決⁶（以下「最高裁平成 27 年判決」という。）及び最高裁平成 29 年判決によれば、ある所得が「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」に当たるか否かは、行為の期間、回数、頻度その他の態様、利益発生の規模、期間その他の状況等の事情を総合考慮して判断される。
2. 原告の通常馬券の購入について、以下の点から、原告が馬券を網羅的に購入していたとは言い難いし、ほぼ全てのレースで馬券を購入することを目標として馬券の購入を続けていたともいえないことから、その購入を一体の経済的活動と評価することはできず、継続的行為に当たるとはいえない。
 - (1) 原告の平成 24 年から平成 29 年までの通常馬券に係る開催レース数に占める購入レース数の割合は、最小限のレース購入数及び延べレース数のみが判明している平成 27 年を除くと、66.5%（平成 29 年）～76.5%（平成 26 年）にとどまる。
 - (2) 原告は、1 日当たり数十万円から数百万円、1 年当たり数千万円の馬券を購入していたにすぎず、このような馬券購入の規模は、最高裁平成 27 年判決や最高裁平成 29 年判決の事案における馬券購入の規模と比較して小さい。
3. 原告の通常馬券の購入について、以下の点から、恒常的に利益を上げていたとも、回収率（購入金額に対する払戻金額の割合）が 100%を超えるような馬券を選別して購入

⁶ 刑集 69 卷 2 号 434 頁

していたともいえず、客観的にみて利益が上がると期待し得る行為と評価することはできない。

- (1) 原告の通常馬券に係る損益は、平成 22 年から平成 29 年までの 8 年間において、約 112 万円（平成 28 年分）～約 1376 万円（平成 23 年分）の利益を上げたにとどまり、一般の競馬愛好家であっても実現し得る程度のものである上、平成 24 年に約 790 万円、平成 27 年に約 793 万円、平成 29 年に約 257 万円の損失が生じている。
- (2) 原告は、通常馬券の購入について、本件ソフトを使用して、独自の条件を設定して自動的に購入していた旨を主張する。しかし、本件においては、原告がいかなる条件によりいかなる工夫を講じて馬券を購入していたのかといった馬券の購入行為の具体的な態様を確認することができない上、仮に原告が主張するような購入の態様があったとしても、これと利益発生（回収率）との因果関係は明らかではない。

3.2 原告：X（納税者）の主張

本件競馬所得は、以下のとおり「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」であり、雑所得に該当する。

1. 原告による馬券の購入は、以下の点から、独自のノウハウに基づいて、個々の馬券的中に着目せず、長期間かつ多数回にわたり行われたものである。
 - (1) 原告は、通常馬券について、本件ソフトを使用して、過去のデータの分析を踏まえた独自の条件を設定し、自動的に当該条件に合致するものを抽出し、自動的に購入していた。
 - (2) 原告は、少なくとも平成 22 年以降の 5 年間にわたり、同様の方法を用いて馬券を購入しており、原告が通常馬券を購入したレース数は、平成 24 年が 3454 レース中 2448 レース（70.9%）、平成 25 年が 3454 レース中 2336 レース（67.6%）、平成 26 年が 3451 レース中 2641 レース（76.5%）であった。
2. 原告による馬券の購入は、以下の点から、多額の利益を恒常的に得るものであり、客観的にみて利益が上がると期待し得る行為といえる。
 - (1) 原告は、平成 22 年から平成 26 年までのうち、平成 24 年を除く 4 年間で利益を上げており、その利益の額は、平成 24 年の損失を差し引いても通算 2500 万円以上となる。なお、通常馬券に係る損益に限っても、平成 24 年から平成 26 年までの通算で利益を上げている。
 - (2) 回収率は、平成 22 年から平成 26 年までの通算で 108%以上となり、損失が生じた平成 24 年についても 90%を超える。
3. 被告は、平成 27 年以降の馬券の購入態様等を挙げて、原告の馬券の購入は営利を目的とする継続的行為とはいえないと主張する。しかし以下のように馬券を購入する環境が変化した本件においては、平成 27 年以降の馬券の購入態様等を考慮することは相当でない。
 - (1) 原告は、平成 27 年 9 月頃、税務署の職員の訪問を受け、所得税の申告を求められた後、多額の払戻金が生じる可能性のある WIN5 の購入にはリスクがあると考えようになり、また、多額の税金の納付を迫られることが想定されたため、馬券の購入金

額を減らすようになった。さらに本件ソフトの最新版である「馬王Z」が高価であった。

- (2) 原告は、4台のパソコンにそれぞれ異なる条件を設定して馬券を購入していたが、納税によって減少した資金で4台のパソコンによる運用を継続する見通しも立たなかったことから、馬券の購入に使用するパソコンと預金口座を一本化することとし、平成28年9月以降、1台のパソコンに1種類の条件を設定して馬券を購入するようになった。
- (3) 仮に平成27年以降の馬券の購入態様等を考慮するとしても、原告の通常馬券に係る損益は、平成22年以降の8年間の通算で1347万9060円の利益となる。
4. 被告は、平成22年以降の8年間のうち通常馬券で利益を上げたのは5年間であること等を挙げて、原告が恒常的に利益を上げていたとはいえないなどと主張する。しかし、上記のとおり、本件において平成27年以降の損益を考慮することは相当でない。また、損失が生じた年があったことから、直ちに恒常的に利益を上げていたとはいえないと評価すべきではない。払戻金に係る所得をどのような所得とするかは、その払戻金を得るための行為の評価の問題であって、効果的に利益を上げたか否かの問題ではないし、同じ収支であっても、どの時点で損失が生じたかによって結論が異なることは相当でない。本件についても、集計期間を2月から翌年1月までとすれば、平成22年から平成26年までの全ての年において利益を上げたことになる。
5. 被告は、原告がいかなる条件によりいかなる工夫を講じて馬券を購入していたのかといった馬券の購入行為の具体的な態様を確認することができない上、仮に原告がその主張するような購入の態様であったとしても、これと利益発生（回収率）との因果関係は明らかではないと主張する。しかし、本件においては、明らかになっている馬券の購入内容から、原告の馬券の購入が営利を目的とする継続的行為であると評価することができる。また、回収率との因果関係についても、本件においては、原告が高い回収率を実現していることから明らかである。

4 裁判所の判断

1. 所得税法34条1項にいう「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」に該当するものは、一時所得ではなく雑所得に区分されるどころ、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」であるか否かは、文理に照らし、行為の期間、回数、頻度その他の態様、利益発生の規模、期間その他の状況等の事情を総合考慮して判断するのが相当である（最高裁平成27年判決、同平成29年判決参照）。
2. 以下によれば、本件競馬所得のうち通常馬券の的中による払戻金に係るものは、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」として、雑所得に該当すると認められる⁷。

⁷ これに対して裁判所はXのWIN5の的中による所得について、以下のとおり判示し、その雑所得性を否認している。

「原告は、WIN5（五重勝単勝式勝馬投票法）に係る馬券について、通常馬券とは別に購入していたところ、馬券の選別方法等の具体的な購入の態様は明らかでない上、購入の頻度は、平成26年には全ての回で購入したものの、平成24年が54回中5回、平成25年が54回中22回と、基本的に全てのWIN5で馬券を購入していたとはいえないものである。そして、WIN5に係る損益は、平成24年及び平成25年にそれぞれ100円で購入した馬券が的中して利益を上げたものの、最も

- (1) 原告は、平成 21 年末頃以降、回収率を高めるために競馬予想ソフトに独自の計算式等を設定して自動的に通常馬券を購入するようになり、少なくとも平成 22 年から平成 26 年までの 5 年間にわたり、相当程度の頻度で 1 日当たり数十万円から数百万円、年間数千万円の通常馬券を購入し続けていた。このような原告の馬券購入の期間、回数、頻度その他の態様に照らせば、原告の上記の一連の行為は継続的行為といえる。
- (2) 原告は、平成 22 年以降の 5 年間のうち 4 年間で、年間を通して利益を上げており、その金額は約 516 万円（平成 25 年）から約 1,376 万円（平成 23 年）に及ぶのであり、平成 24 年に約 790 万円の損失が生じているものの同年の回収率は中央競馬の平成 24 事業年度の払戻率（馬券の発売金額に対する払戻金額の割合。約 75%）を相当程度超える 86.4%を維持しているのであるから、上記のような馬券の購入行為の態様、利益発生規模、期間その他の状況等によれば、原告は回収率が総体として 100%を超えることが期待し得る独自のノウハウ⁸に基づき馬券を選別して購入を続けていたといえることができ、そのような原告の上記の一連の行為は、客観的にみて営利を目的とするものであったといえる。（傍点筆者）
3. 本件の通常馬券の的中による払戻金に係る雑所得においては、回収率が総体として 100%を超えるように長期間にわたって多数の馬券を頻繁かつ継続的に購入しており、そのような一連の馬券の購入により利益を得るためには、外れ馬券の購入は不可避であったといわざるを得ないから、外れ馬券を含む全ての馬券の購入代金が、雑所得の収入金額である当たり馬券の払戻金を得るため直接に要した費用として、上記必要経費に当たると認めるのが相当である。

5 検討

5.1 本裁判の位置づけ

所得税法 34 条第 1 項は、「一時所得とは、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得および譲渡所得以外の所得のうち、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で労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないものをいう。」と規定し、国税庁は従来、競馬の馬券の払戻金については、一律に「一時所得」に該当するとして取扱っていた（旧所得税基本通達 34-1）。

ところが、最高裁平成 27 年判決及び同平成 29 年判決が、「「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」であるか否かは、文理に照らし、行為の期間、回数、頻度その他の態様、利益発生規模、期間その他の状況等の事情を総合考慮して判断するのが相当である」と判示し、いずれも納税者の競馬ソフトを用いた馬券購入行為による払戻金が、その態様や規模に照らせばこれに当たるとして、一時所得性を否認し、国側を敗訴させたため、

頻繁に、かつ多額の馬券を購入した平成 26 年には的中がなく購入金額が全て損失となっている。このような馬券の購入方法や期間、回数、頻度その他の態様に照らして検討すると、WIN5 に係る馬券と通常馬券の購入行為を併せて一体の経済的行為として見るできないものである。したがって、本件競馬所得のうち WIN5 に係る馬券の的中による払戻金に係るものは、「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」とはいえず、一時所得に該当するものと認められる。」

⁸ 「ノウハウ」という言葉は最高裁平成 29 年 12 月 15 日判決では用いられていないが、原審の東京高裁平成 28 年 4 月 21 日判決では、納税者が多額の利益を恒常的にあげたのは、期待回収率が 100%を超える馬券を有効に選別し得る「独自のノウハウ」に基づく、と判示している。

国税庁は「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」の該当要件について、以下のとおり立て続けに2度の通達の改正を行っていた（以下それぞれ「第一次改正」・「第二次改正」という。）。

所得税基本通達 34-1（一時所得の例示）

最高裁平成 27 年 3 月 10 日判決 を受けた改正（第一次改正）	最高裁平成 29 年 12 月 15 日判決 を受けた改正（第二次改正）
<p>（一時所得の例示）</p> <p>34-1 次に掲げるようなものに係る所得は、一時所得に該当する。</p> <p>(2) 競馬の馬券の払戻金、競輪の車券の払戻金等（営利を目的とする継続的行為から生じたものを除く。）</p> <p><u>（注）1 馬券を自動的に購入するソフトウェアを使用して独自の条件設定と計算式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個々の馬券の的中に着目しない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、一連の馬券の購入が一体の経済活動の実態を有することが客観的に明らかである場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、営利を目的とする継続的行為から生じた所得として雑所得に該当する。</u></p> <p><u>2 上記(注)1 以外の場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、一時所得に該当することに留意する。</u></p>	<p>（一時所得の例示）</p> <p>34-1 次に掲げるようなものに係る所得は、一時所得に該当する。</p> <p>(2) 競馬の馬券の払戻金、競輪の車券の払戻金等（営利を目的とする継続的行為から生じたものを除く。）</p> <p><u>（注）1 馬券を自動的に購入するソフトウェアに基づき、又は予想の確度の高低と予想的中した際の配当率の大小の組合せにより定めた購入パターンに従って、偶然性の影響を減殺するために、年間を通じてほぼ全てのレースで馬券を購入するなど、年間を通じての収支で利益が得られるように工夫しながら多数の馬券を購入し続けることにより、年間を通じての収支で多額の利益を上げ、これらの事実により、回収率が馬券の当該購入行為の期間総体として 100%を超えるように馬券を購入し続けてきたことが客観的に明らかの場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、営利を目的とする継続的行為から生じた所得として雑所得に該当する。</u></p> <p><u>2 上記(注)1 以外の場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、一時所得に該当することに留意する。</u></p> <p><u>3 競輪の車券の払戻金等に係る所得についても、競馬の馬券の払戻金に準じて取り扱うことに留意する。</u></p>

本件は、最高裁によって定立された規範の、納税者の行為（事実）への当てはめを争点とする事件であるが、国税庁が第二次改正通達を公表してから初めての訴訟事件であり、改正通達がどの程度、最高裁判決の射程をトレースできているかが検証される事件として位置づけられるであろう。

この点、課税庁は第二次改正通達に則って、Xが「回収率が馬券購入行為の期間総体として100%を超えるように馬券を購入し続けてきたことが客観的に明らかかどうか」、具体的には、①競馬ソフトを用いた独自の予想・購入ノウハウを保有・行使しつつ、②年間を通じて多数の馬券を購入し続け、③年間を通じての収支で多額の利益を上げているか、を一時所得の認定要件として提起し主張したが、裁判所は、本通達に直接言及することなく、あくまでも最高裁が定立した規範に従って「営利を目的とする継続的行為」の判断を行っている。具体的には、最高裁が判示した「行為の期間、回数、頻度その他の態様」を「継続的行為」の成立要件（以下「継続的行為要件」という。）として、「利益発生の規模、期間その他の状況」を「営利を目的とする」の成立要件（以下「営利目的要件」という。）として、それぞれ独自に事実の評価を行っている。

5.2 継続的行為要件の判断について

「継続的行為要件」（行為の期間、回数、頻度その他の態様）に関し、課税庁は、Xの馬券購入割合や馬券購入規模が小さいとして、Xが網羅的にまた全てのレースで馬券を購入することを目標として継続的に馬券を購入していたとは言えないから、その購入は一体の経済的活動とは評価できず継続的行為とはいえないと主張したが、これに対し、裁判所は、Xの行為について、①平成21年末頃以降、回収率を高めるために競馬予想ソフトに独自の計算式等を設定して自動的に通常馬券を購入するようになったこと、②少なくとも平成22年から平成26年までの5年間にわたり、相当程度の頻度で1日当たり数十万円から数百万円、年間数千万円の通常馬券を購入し続けていたこと、という事実により、その「継続的行為要件」の成立を認めている。

納税者の馬券購入割合については、最高裁平成27年判決事案では毎週土日に開催される全国中央競馬のほとんどのレースであったが、同平成29年判決事案では中央競馬会に記録が残る平成21年において中央競馬の全レースの約70.8%に止まっており、2年間で38.3%の購入率にとどまった平成22年・23年は別として、少なくとも本件の調査年度分の購入割合（平成24年：70.9%、平成25年：67.6%、平成26年分：76.5%）を「相当程度の頻度」と評価した裁判所の判断は妥当である。

また、馬券購入規模については、最高裁平成27年判決事案では1日当たり数百万円から数千万円・1年当たり10億円前後で、同29年判決事案では1節当たり数百万円から数千万円・1年当たり合計3億円から21億円であったことから、課税庁の主張するように本件の購入規模がこれらの事案に比して小さいことは事実である。しかし、本件の馬券購入規模が単にこの比較をもって小さいということはできないし、1日当たり数十万円から数百万円・年間数千万円という購入規模は社会通念的に相当な規模と評価しえる。

以上のことから、本件につき継続的行為要件の充足を認めた裁判所の判断は妥当である。

なお、課税庁は、最高裁平成29年判決を基に「ほぼ全てのレースで馬券を購入することを目標として馬券の購入を続けていたともいえないことから、（中略）継続的行為に当たるとはいえない。」（傍点筆者）としてXの行為の継続的行為要件不充足の主張をしたが、「ほぼ全てのレースで馬券を購入することを目標とする」のは偶然の影響を減殺して年間の収益を得るためである（上記判決及び第二次改正通達参照）から、むしろ営利目的要件不充足の主張をすべきであり、失当である。

また、第二次改正通達で「年間を通じてほぼ全てのレースで馬券を購入する」との文言が入っているが、これは上記最高裁 29 年判決における事実認定の判示の一部を切り取ったもの（「ことを目標として」が削除されている）であり、必ずしも同判決の判示に忠実なものではない⁹。

5.3 営利目的要件の判断について

「営利目的要件」（利益発生の規模、期間その他の状況）に関し、課税庁は、X が稼得した収益が限定的で損失を出した年度もあること、馬券購入行為の具体的態様が確認できず、その回収率との因果関係も不明であることを理由に、恒常的に利益を上げていたとも、回収率が 100%を超えるような馬券を選別して購入していたとも言えないから、その行為が客観的に見て利益が上がると期待し得る行為と評価することはできないと主張したが、裁判所は、X の行為が、①平成 22 年以降の 5 年間のうち 4 年間で年間を通して利益を上げており、その金額は約 516 万円から約 1,376 万円に及ぶこと、②平成 24 年に約 790 万円の損失が生じているものの同年の回収率は中央競馬の平成 24 事業年度の払戻率（馬券の発売金額に対する払戻金額の割合。約 75%）を相当程度超える 86.4%を維持していること、から、回収率が総体として 100%を超えることが期待し得る独自のノウハウに基づき馬券を選別して購入を続けていたとして、営利目的要件の充足を認めている。

納税者の利益発生の規模・期間については、最高裁平成 27 年判決事案が平成 19 年から平成 21 年の 3 年間で約 1 億 3,900 万円、同平成 29 年判決事案が平成 17 年から平成 22 年の 6 年間で約 5 億 800 万円（いずれの事案も損失年度なし）であるのに対し、本件は平成 22 年から平成 29 年の 8 年間で約 1,300 万円（うち損失年度 3 年）、調査年度の平成 24 年から平成 26 年の 3 年間で約 300 万円（うち損失年度 1 年）に止まっており、課税庁が主張するように、過去の最高裁案件と比して利益の規模は小さく、また年度によって損失が生じている点で、新たに検討すべき要素が存在している。

ギャンブルを行う人がその動機として、利益を上げよう、つまり 100%を超える回収率をあげようとするのは当然であるから、課税の公平を期する税法の適用上、その行為が「営利目的」を有するかどうかは行為者の主観的意思ではなく、客観的事象で判断されるべきであり、ここではそれが「利益発生の規模、期間その他の状況」によることになる。筆者の考えでは、これらの客観的事象によって代表される「因子」は、利益獲得の源泉となる行為者の「独自のノウハウ」であって、その保有と行使が裏付けられれば営利目的要件は充足されることになる。

筆者はこの客観的評価の基準に関し、最高裁平成 29 年判決の評釈の中で、統計学の理論を用いて以下のとおり説明した¹⁰。

前項一審の納税者敗訴判決に対し、控訴審・上告審では一転納税者側が勝訴することになったが、この理由は、A（注：納税者）が本件で 6 年間を通じて多額の利益を上げてきた事実を基に、回収率が総体として 100%を超えるように（つまりは独自の競馬利益獲得

⁹ 最高裁判決の射程を極力限定的にとらえたいという課税庁の思惑の表れかもしれない。

¹⁰ 石黒秀明・同上 34・35 頁

ノウハウに基づいて)馬券を選別して購入し続けてきたと判断・評価されたことにあるといえよう。

当該判断・評価の基底には、統計学における「大数の法則 (law of large numbers)」があると考えられる。この法則は、「確率 p で起こる事象において、試行回数を増やすほど、その事象が実際に起こる確率は p に近づく」というもので、「母平均が μ (ミュー) である集団から標本を抽出する場合、サンプルサイズ (= 標本の大きさ) が大きくなるにつれて、標本平均は母平均 μ に近づく」ということもできる。

競馬の一般的な払戻金の期待値が 75% であるから、何の作為もなく長期間、多回数、頻繁に馬券の購入を行った場合、その回収率は 75% に収束するはずであり、本件 A のような馬券購入の状況で、100% を超える回収率を実現することは科学的にあり得ず、そこに A が独自の競馬利益獲得ノウハウを有する根拠を見出すことができる¹¹。

¹¹ 同論文では (参考) として以下を掲げた。

1 大数の法則の数学的な定式化は以下のとおりである。

期待値 μ をもち、互いに独立で同一の分布をもつ確率変数の列 X_1, X_2, \dots, X_n が存在するとき、その算術平均：

$$[X_n] = \frac{X_1 + X_2 + \dots + X_n}{n}$$

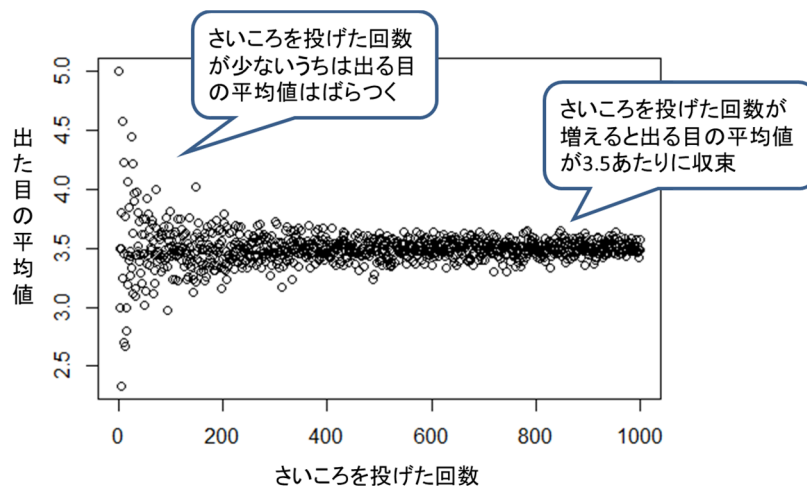
のとり値は、 $n \rightarrow \infty$ のとき、 μ に収束する。 ($[X_n]$ が μ から大きく外れるような n の現れる確率は $n \rightarrow \infty$ のとき、ゼロに近づく。)

$$\lim_{n \rightarrow \infty} [X_n] = \mu \quad \text{in probability.}$$

2 さいころ投げによる実例を示すと以下のとおりとなる。

<https://bellcurve.jp/statistics/course/8541.html> (「統計 WEB」) から引用 (2018.3.5)

1 回から 1000 回までさいころを投げる、という計 1,000 件の実験を行い、それぞれの回数での出た目の平均値をプロットしたのが次図である。このグラフを見るとわかるとおり、回数が増えるにつれてだんだん出る目の平均が 3.5 あたりに収束していく。



このように、さいころを投げる回数を増やすほど各目の出る回数は $\frac{1}{6}$ に近づくため、出る目の平均値は、

$$\frac{1}{6} \times 1 + \frac{1}{6} \times 2 + \frac{1}{6} \times 3 + \frac{1}{6} \times 4 + \frac{1}{6} \times 5 + \frac{1}{6} \times 6 = 3.5$$

つまり、サンプルサイズが十分に大きければ、言葉をかえれば馬券の購入に関してその購入頻度が十分に大きければ、その回収率は大数の法則に従って75%に収束するはずであるから、これを超える回収率を達成している場合、そこに馬券購入者の独自のノウハウの保有と行使が客観的に認められるのである。

この論理の帰結は、営利目的判断の一要素としての「利益発生の規模」とは、購入馬券の「回収額」ではなく、「回収率」によって測定されるべき、ということである。

本件では損失が発生した年度の所得区分をどう判断するか、が注目される点であるが¹²、裁判所は、過去の最高裁判決でも言及されなかった「回収率75%」という基準、つまり馬券購入における回収率の「真の期待値」を本件で初めて用いて馬券購入者のXの独自ノウハウを認めており、これは科学的見地から高く評価できるものである。裁判所が調査年度分中の損失年度（平成24年）における回収率（86.4%）が75%を「相当程度を超える」ことを営利目的要件充足の根拠としていること、結果的に調査年度分のXの馬券購入行為における当該要件の充足を認めたことは妥当である。

なお、ここではこの真の期待値を営利目的要件充足の判断基準として議論したが、この基準は十分なサンプルサイズがなければ成立しないから、その前提として継続的行為要件の充足が前提になる。

5.4 本件判決の疑問点及び課題について

筆者は結論において本件裁判所の判断を支持するが、その判示においていくつかの疑問や課題が生じていることも事実である。以下、それらを列挙しておきたい。

(1) 「継続的行為要件」（期間、回数、頻度その他の態様）の判断において、馬券の購入規模を「その他の態様」に入れて判断することは疑問である（過去の最高裁判決でもそのような判断がなされている）。継続的行為の継続性はあくまでも純粹に行為の期間、回数、頻度で判断されるべきであり、馬券払戻金つまりリターンに対する原資・コストとしての性質を持つ「購入の規模」は、むしろ「営利目的要件」として判断されるべき要素である。

(2) 購入馬券の回収率は、第二次改正通達の表現に従えば、①「馬券を自動的に購入するソフトウェアを使用して定めた独自の条件設定と計算式」、②「予想の確度の高低と予想が的中した際の配当率の大小の組合せにより定めた購入パターン」によって上昇・下落する。したがって、厳密に言えば、馬券購入者の「独自のノウハウ」は、その者が①と②を変更するたびに発生・消滅を繰り返すことになり、ここでは継続行為要件としてではなく、営利目的要件としての時間軸の概念の認識が必要となる。ただし、課税上は最短でも年度単位でその存否を判断することが現実的であろう。

に近づくことになる。

¹² この点について筆者は、国税庁が通達の第二次改正に向けてパブリック・コメントを行っていた段階で、「営利を目的に利益獲得のための馬券購入システムを構築し活用しても、一定の購入回数・一定の期間に100%を超える回収率を実現できなければ、その払戻金を雑所得ではなく一時所得と判断される可能性がある」ことを懸念し、「課税庁は、予測可能性とともに課税の公平の担保のため、司法判断のパッチワーク的な追従的対応に陥ることなく、通達等の先取的整備によって、ギャンプル全般に係る所得の判断基準の一層の精緻化を図るべき」（石黒秀明「馬券払戻金の所得区分と外れ馬券の必要経費性について」速報税理第37巻第9号36頁・37頁（2018年））という課題を提起していたが、本件ではまさにその懸念と課題が浮き彫りになっている。

本件判決はこの2つの時間軸を混同しており、Xが少なくとも①について年2回程度の見直しを行っていた事実があるにもかかわらず、（Xが主張するように）調査年度分を超える平成22年から平成27年の5年間をトータルしてXの独自のノウハウの存在を認定していることは妥当ではない。

- (3) 裁判所は損失年度における営利目的要件の充足判断に当たり、Xの実現した回収率（86.4%）が75%を「相当程度超える」ことを当該要件充足の理由としているが、その科学的根拠は明確には示されておらず、「相当程度」の範囲も不明である。また、この理由は営利目的要件の充足要素の一つである利益発生の規模を「回収額」ではなく「回収率」で判断するとしたことと同義であるから、Xの稼得した「金額は約516万円（平成25年）から約1,376万円（平成23年）に及ぶ」として回収額を対象に営利目的要件充足の判断をしたことは不要であったと思われる。

6 おわりに

筆者は最高裁平成27年判決事案（第一段階）、同平成29年判決事案（第二段階）を経て、本件でいわゆる外れ馬券訴訟における第三段階の議論に入ったと考えている。馬券購入の損失年度において、その年度の所得を一時所得ではなく雑所得として認め得るのか、認め得るとすればどの程度までの回収率であれば許容されるのか、という議論においてである。

本稿では裁判所の判断について、論理的に一部疑問となる判示がされているものの、結論においてそれを支持した。私見として、特にXの馬券購入行為の「営利目的要件」について、回収率の真の期待値である75%を基準とし、それを相当程度超える回収率の実現に独自のノウハウの保有・行使を認め、損失年度の所得についても当該要件の充足を求めて雑所得の認定をしたことは、科学的見地から妥当な判断として高い評価を与えうるものであり、営利目的判断の一要素としての「利益発生の規模」とは、購入馬券の「回収額」ではなく「回収率」によって測定されるべきとした。

ただし、このような私見が支持され得るとしても、どの程度の回収率を実現しておけば営利目的性要件の充足を認め得るのか、はさらに検討が進められるべき課題である。筆者としては、統計学¹³の知見に依拠しつつ、この課題の解決に向けて、さらに研究を重ねていきたいと考えている。

（関係法令）

所得税法第34条（一時所得）

- 1 一時所得とは、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得および譲渡所得以外の所得のうち、営利を目的とする継続的行為から生じた所得

¹³ 第1感として、「母平均に対する検定」と呼ばれる「t検定」（「1群のt検定」）を活用することが考えられる。馬券購入における回収率の母平均は75%と考えられるので、ある馬券購入者の回収率について、「帰無仮説：データ（回収率）の平均値は75%である。対立仮説：データの平均値は75%ではない。」を立て、有意に帰無仮説を棄却できれば、そこに「独自のノウハウ」を保有と行使を見出す、という方法である。

以外の一時的所得で労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないものをいう。

所得税法 35 条（雑所得）

- 1 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、退職所得、山林所得、譲渡所得および一時所得のいずれにも該当しない所得をいう。
- 2 雑所得の金額は、次の各号に掲げる金額の合計額とする。
 - 二 その年中の雑所得（公的年金等に係るものを除く。）に係る総収入金額から必要経費を控除した金額

所得税法 37 条（必要経費）

- 1 その年分の不動産所得の金額、事業所得の金額又は雑所得の金額（事業所得の金額および雑所得の金額のうち山林の伐採又は譲渡に係るもの並びに雑所得の金額のうち第三十五条第三項（公的年金等の定義）に規定する公的年金等に係るものを除く。）の計算上必要経費に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、これらの所得の総収入金額に係る売上原価その他当該総収入金額を得るため直接に要した費用の額およびその年における販売費、一般管理費その他これらの所得を生ずべき業務について生じた費用（償却費以外の費用でその年において債務の確定しないものを除く。）の額とする。