

財産分与に係る譲渡所得課税に関する研究

奥村幸治

目次

はじめに

第一章 最高裁昭和五〇年五月二七日第三小法廷判決

第一節 判例研究 — 財産分与に係る譲渡所得課税 —

一、事実の概要

二、最高裁の判断

三、争点

四、研究

第二章 財産分与による不動産の移転は資産の譲渡に該当するか

第一節 財産分与請求権

第二節 「資産の譲渡」の意義

一、「資産」の意義

二、「譲渡」の意義 — 「譲渡所得と贈与税の共通点」という視点 —

三、「譲渡」の意義 — 「有償譲渡と無償譲渡の違い」という視点 —

四、租税法に民法の概念を適用することの限界

五、財産分与義務の消滅とその対価性

第三節 立法的解決策 —譲渡所得と贈与税—

一、さらなる解決策

二、担税力に即した課税

結びにかえて

はじめに

現行の課税実務において、財産分与が不動産で行われた場合、分与者に対して譲渡所得が課税される。これは、最高裁昭和五〇年五月二七日第三小法廷判決において分与者に対する課税の取扱いが示され、所得税基本通達三三一一の四の発遣を経て法的な解決がなされたという歴史的背景に基づくものである。

この最高裁判決以来、当該課税理論については一旦の解決をみせたかに見える。しかし、一般人にとって理解しがたい課税理論であるというだけでなく、数多くの有識者が本判決に対して疑問を投げかけ、四〇年に渡り議論を繰り広げてきたが、現行の課税実務においては「確立された課税理論」として取扱われているのが現状である。一般人及び有識者が本判決に対して感じる最大の「疑問」は、「なぜ、担税力が増加する者(財産を分与される者)には課税がなされず、担税力が増加しない者(分与者)に課税がなされるのか」ということにあると思われる。

本稿においては、本判決を未解決の課税理論であると位置づけ、潜む論点を洗い出し、筆者なりの結論を出したいと思う。

第一章 最高裁昭和五〇年五月二七日第三小法廷判決

第一節 判例研究 — 財産分与に係る譲渡所得課税 —

最高裁昭和五〇年五月二七日第三小法廷判決（民集二九卷五号六四二頁）（昭和四七年（行ツ）第四号・所得税更正処分取消請求事件）

一、事実の概要⁽¹⁾

(一) 事実

医師であるX（原告・控訴人・上诉人）は、昭和二五、六年頃Aと婚姻し、昭和二九年二月に長女をもうけ、同年五月に名古屋市から分譲住宅（以下「本件不動産」という）を購入した（本件不動産はXの特有財産であったことは争いが無い）。Xは昭和三九年頃からAおよび長女と別居し、別に住宅を購入して居住した。昭和四二年、Xから離婚の調停申立てがあり、同年五月一〇日に調停が成立した。本件調停調書には、①XはAに対し、離婚に基づく慰謝料として本件不動産と電話加入権を譲渡し、かつ現金一、四五〇万円を支払うこととし、本件不動産について昭和四二年五月二〇日限り所有権移転登記手続をすること、②XはAに対し、長女の養育料として昭和四二年五月から昭和五二年四月まで毎月三万円を支払うこと等が記載されていた。Xは昭和四二年五月二〇日、慰謝料による譲渡を原因として同年一二月八日本件不動産の所有名義をAに移転する登記手続をした。Xは、昭和四二年分所得税について、

総所得金額七九三万七、六二七円(事業所得金額七七五万六、二一五円および給与所得金額一八万一、四一二円)とする確定申告をした。これに対し、所轄税務署長であるY(被告・被控訴人・被上告人)は、Xが本件不動産を同年五月二〇日付でAに譲渡したにもかかわらず譲渡所得の申告がなされていないことを理由として、譲渡所得金額一四万八、八七七円を加算した金額(九四二万六、五〇四円)を総所得金額とする内容の更正処分および過少申告加算税の賦課決定処分をした。本件は、課税庁の更正処分を不服としたXが異議申立ておよび審査請求を経て本訴を提起したものである。

(二) 第一審判旨(名古屋地裁昭和四五年四月一日判決 昭和四四年(行ウ)第四二号)

請求棄却

Xは、『所得税法第三三条三項(譲渡所得)に規定されている譲渡所得の基因となるべき「資産の譲渡」とは対価を伴ういわゆる有償譲渡を意味し、本件不動産の譲渡はこれにあたらぬ。本件不動産の譲渡の実質は財産分与であり、仮に慰謝料の支払いとしてなされたとしても所得税法第三六条一項(収入金額)にいう収入金額を伴う取引ではなく、いずれにしても無償行為であるから所得税法第三三条一項に規定する「資産の譲渡」に該当しない。無償による譲渡について課税をする必要がある場合について特に所得税法第五九条(贈与等の場合の譲渡所得等の特例)に、贈与による譲渡について規定しているところからも、同法第三三条は無償譲渡を含まないことは明白である。』と主張した。Yは、「課税の対象となる譲渡所得は現実に譲渡の対価を取得したか否かを問わず、過去における資産の値上りによる含み資産として既に潜在的に発生しているのであり、それが譲渡行為によって顕在化したとき課税所得として把握

され、課税の対象とされるのである。」と主張した。さらに、「原告の特有財産であった本件不動産を離婚に基づく慰謝料として譲渡する旨の調停が成立し、登記手続きを完了した。右移転行為は原告が負担すべき慰謝料を譲渡所得の基因となる本件不動産を以って弁済したのであるからこれは所得税法第三三条一項（譲渡所得）に規定する資産の譲渡にあたるというべきである。これはまさしく原告が調停により生じた右債務をいわば現物で弁済したか現金で弁済したかの相違があるに過ぎず、財産の譲渡処分がなされたというべきである。従って譲渡処分時において前述した増加益が顕在化した以上これを譲渡所得として課税しなければ資産を他に譲渡し現金で債務の弁済に充てた者との税負担の公平を欠く結果となるものである。なお、これが慰謝料支払いのためでなく、夫婦共有財産の清算及び相手方配偶者の離婚後の生活についての扶養を目的とする財産分与であるとしても資産の譲渡に該当することに変わりはない。即ち夫婦の一方が婚姻中に得た財産の所有関係については種々の立法形態が存在しうるのであるが、現在の民法上はこれを当然に夫婦の共有になるとはしていない。夫婦の一方が婚姻中に自己の名で得た財産はその者の婚姻前から有する財産と同じくその者の完全な所有に属し、自由に使用収益し又処分することを得るものであって資産の値上りによる利益もその者に帰属することは当然である。このようにして夫婦の一方の有していた財産が離婚に伴う財産分与によって他の一方の所有に帰するのであるからここに財産権の移転が生ずるのであり、資産の譲渡にあたるというべきである。」と主張した。

これを受け、第一審はYの主張を認容し、Xの請求を棄却した。

(三) 第二審判旨(名古屋高裁昭和四六年一月二八日判決 昭和四五年(行コ)第八号)

控訴棄却

控訴人は、讓渡所得課税の本質は讓渡差益に対する課税であつて、資産の値上り益に対する課税ではない旨主張するが、当裁判所は、讓渡所得に対する課税の本質は資産の値上りによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会にこれを清算して課税する趣旨のものと解すべきであり、売買交換等によりその資産の移転が対価の受入れを伴うときは、右増加益は対価のうち具体化されるので、これを課税の対象としてとらえたのが旧所得税法第九条一項八号(現所得税法第三三条)の規定であるとする最高裁昭和四三年一月三十一日第一小法廷判決(裁判集民事第九二七九八頁)の見解を正当としてこれに従う。右にいう資産の移転が対価の受入れを伴う場合としては売買、交換等現実に対価を受入れる場合のほか、慰謝料その他債務の履行として或は債務の履行に代えて資産の移転がなされる場合も含むものと解するのを相当と考える。ただし一般に債務の履行として或は債務の履行に代えて自己の有する資産を相手方に移転讓渡した場合にはその讓渡時における当該資産の価額に相当する額の弁済があつたことになり、これによつて当該債務は消滅するのであるから、経済的利益を享受しこれが具体化した点では現実に対価の受入れを伴う場合と実質的に何等変わりはないからである。よつて、慰謝料及び財産分与に基づく債務の履行として本件不動産の讓渡がなされた以上、被控訴人が本件不動産の讓渡をもつて所得税法第三三条一項の讓渡所得に当るものとしたのは相当といわなければならない。

（四） 上告理由²

旧所得税法第九条一項八号（現所得税法第三三条）は対価（単に譲渡代金のみならず、資産の譲渡に伴う反対給付若しくはこれに類する経済的利益を含む）の受入れに伴う場合についての規定で、対価の受入れを伴わない資産の譲渡は、この規定の「収入金額」を伴ったものとはならない。次に、代物弁済は、経済的利益の享受を伴うが、売買、贈与等による債務の履行により契約上の債務を消滅させるのは、契約の趣旨を完結するだけのことで、その債務履行自体によって譲渡人が何らかの経済的利益を享受することはない。

ところで、原判決は、本件不動産の譲渡は、慰謝料の代物弁済及び財産分与の趣旨を含むものと認定している。このうち代物弁済は所得税法第三三条の有償譲渡に該当するが、財産分与は片務・無償行為であり、分与者が協議若しくは調停によって負担した目的財産の権利を移転すべき債務の履行として現実に権利移転の行為をしたからといって、分与者がそれにより何ら経済的利益を享受しないから有償譲渡に該当しない。原判決の論旨によれば、財産の贈与に對しても当然所得税法第三三条の規定が適用されてしかるべきであるのに、同法第五九条がことさら贈与、遺贈について特別規定をおいていることに照らせば、同法第三三条の譲渡には財産分与、贈与等を含ませないといふべきである。従つて、本件不動産の譲渡について、慰謝料の代物弁済並びに財産分与の趣旨を併用すると設定した以上、本件譲渡に含まれるそれぞれの部分を分割し、前者に該当する部分について譲渡所得の金額を認定し、後者に該当する部分については課税処分を取り消しをすべきである。

二、最高裁の判断

上告棄却

譲渡所得に対する課税は、資産の値上りによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のものであるから、その課税所得たる譲渡所得の発生には、必ずしも当該資産の譲渡が有償であることを要しない⁽³⁾。従って所得税法第三三条一項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させるいっさいの行為をいうものと解すべきである。そして、同法第五九条一項が譲渡所得の総収入金額の計算に関する特例規定であって、所得のないところに課税譲渡所得の存在を擬制したものでないことは、その規定の位置及び文言に照らし、明らかである。

ところで、夫婦が離婚したときは、その一方は、他方に対し、財産分与を請求することができる⁽⁴⁾。この財産分与の権利義務の内容は、当事者の協議、家庭裁判所の調停若しくは審判又は地方裁判所の判決をまっぴらに具体的に確定されるが、右権利義務そのものは、離婚の成立によって発生し、実体的権利義務として存在するに至り、右当事者の協議等は、単にその内容を具体的に確定するものであるにすぎない。そして、財産分与に関し右当事者の協議等が行われてその内容が具体的に確定され、これに従い金銭の支払い、不動産の譲渡等の分与が完了すれば、右財産分与の義務は消滅するが、この分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益といえることができる。したがって、財産分与として不動産等の資産を譲渡した場合、分与者はこれによって、分与義務の消滅という経済的利益を享受したものである⁽⁵⁾。べきである。

本件不動産の譲渡のうち財産分与に係るものが上告人に譲渡所得を生ずるものとして課税の対象となつた原審

の判断は、その結論において正当として是認することができる。

三、争点

（一） 資産の譲渡の意義

（二） 財産分与義務の消滅に係る課税の取扱い

四、研究

（一） 資産の譲渡の意義

所得税法第三三条一項（譲渡所得）において、「譲渡所得とは資産の譲渡による所得をいう」と規定されている。金子宏教授は、「譲渡所得の本質は、キャピタル・ゲイン、すなわち所有資産の価値の増加益であって、譲渡所得に対する課税は、資産が譲渡によって所有者の手を離れるのを機会に、その所有期間中の増加益を清算して課税しようとするものである。」と述べられ、さらに『譲渡所得の発生の原因となる「資産」とは何か。それは同法第三三条二項の定めるたな卸資産等の例外を除いて、原則として、譲渡可能ないっさいの権利を含む、と考えてよい。動産・不動産の所有権はもとより、特許権、著作権等の無体財産権、許認可によって発生した権利や地位などもそれに含まれる。』とし、『譲渡』とは、有償であると無償であることを問わず所有権その他の権利の移転を広く含む観念で、売買や交換はもとより、競売、公売、収用、物納、現物出資等がそれに含まれる。』と述べられている。⁽⁵⁾

ここで重要な論点は、譲渡所得による「所得」とは、所有資産の価値の増加益であるということである。最高裁も

譲渡所得について、所有資産の「経済的価値の増加益」について課税がなされると解釈している。この経済的価値の増加（減少も含めて）は日々変化しており、どの時点をもって清算がなされるかが問題となる訳であるが、その清算の時期は所有権が他の者に移った時点とされている。

本判決で問題となるのは、所有資産（本件不動産）の所有権について、「元妻に移転がなされた場合においても清算がなされるべき時点とされるのか」というところにある。また、どの時点をもってこの「経済的価値の増加益」が確定されるのかという論点について、次章において考察する。

（二）財産分与義務の消滅に係る課税の取扱

財産分与により分与を受けた者の課税関係はどのような取扱いがなされているか。相続税法基本通達九一八（婚姻の取消又は離婚により財産の取得があった場合）において、「その分与に係る財産の額が婚姻中の夫婦の協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮してもなお過当であると認められる場合における当該過当である部分、又は離婚を手段として贈与税若しくは相続税のほ脱を図ると認められる場合における当該離婚により取得した財産の価額を除き、贈与により取得した財産とはならない」としている。分与者から分与を受けた財産は、夫婦の財産関係の清算や離婚後の生活保障のための財産分与請求権に基づき給付を受けたものと解する趣旨から本通達が規定されているからであるが、この通達により分与を受ける者については、分与を受けた財産が不動産であれ、金銭であれ、過当である等の理由がある場合を除き、贈与税は非課税であるとされている。

では、分与者の課税関係についてはどうか。所得税基本通達三三一一の四（財産分与による資産の移転）において、

「民法第七六八条（財産分与）（同法第七四九条及び第七七一条において準用する場合を含む）の規定による財産の分与として資産の移転があつた場合には、その分与をした者は、その分与をした時においてその時の価額により当該資産を譲渡したことになる。」としている。つまり、不動産を分与した場合は譲渡所得が課税され、金銭を分与した場合は課税がなされないのである。

なぜこの様な課税の取扱いが規定されているのか、次章において譲渡所得と贈与税について考察することとする。

第二章 財産分与による不動産の移転は資産の譲渡に該当するか

第一節 財産分与請求権

我妻栄教授は、「わが国の法制において、旧民法だけでなく現行民法においても、草案の段階では無責配偶者から有責配偶者に対する扶養料請求権を認めながらも、結局は夫婦共通財産の清算についてはもとよりのこと、損害賠償についても扶養の請求についても何等の規定を置かなかつた。かような民法の態度が、離婚する妻の立場を極めて不利にしたことはいうまでもない。」⁽⁸⁾と述べられていることから解るように、民法における離婚の際の財産分与に係る規定は制定時から趣旨が曖昧であつたことが窺える。

この曖昧な趣旨の規定が贈与税に影響を与えている。財産分与を受ける者の課税実務において、財産分与による「金銭や不動産」の收受については、相続税法基本通達九一八（婚姻の取消し又は離婚により財産の取得があつた場合）

に規定されているように、婚姻中の夫婦の協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮してもなお過当であると認められる場合や、租税回避行為であると認定された場合を除き、非課税となる。この規定の趣旨は、「財産分与による財産の移転は、分与者から贈与を受けたものではなく、夫婦の財産関係の清算や離婚後の生活保障のための財産分与請求権に基づき給付を受けたものであるから贈与税は課税されない。」という考えに基づく。

例え話であるが、婚姻期間中に夫名義の不動産を夫から妻へ名義変更した場合の課税実務はどうなるか。これは妻に贈与税が課税されることとなる。(もつとも、相続税法第二条の六(贈与税の配偶者控除)の規定により、婚姻期間が二〇年以上の夫婦の間での居住用不動産の贈与については、基礎控除一一〇万円のほかに最高二、〇〇〇万円の配偶者控除を適用することができる。)

では、婚姻期間中に夫名義の不動産を夫から妻へ売却した場合の課税実務はどうなるか。これは夫に譲渡所得が課税されることとなる。(この場合、売り手と買い手の関係が夫婦であるため、租税特別措置法第三五条(居住用財産の譲渡所得の特別控除)に規定する居住用財産を譲渡した場合の三、〇〇〇万円の特別控除の特例は適用できない。)(これは、別産制というものを背景に考えた場合、夫婦間でも売買契約は成立し得る訳であるが、妻が当該不動産を購入するために捻出する金銭が妻の「特有財産」であるという前提が成立していなければならない。この前提が成立していなければ、実態は、夫婦の実質的共有財産と化している金銭を夫婦間で回しているだけである。このような経済取引は、むしろ贈与税における租税回避行為とも受け取れる。

我妻栄教授が、民法第七五四条(夫婦間の契約の取消権)について、「夫婦間で契約したときは、その契約は、婚姻中、何時でも、夫婦の一方からこれを取り消すことが出来る。但し、第三者の権利を害することができない。夫婦間

で契約をしても、それに基づく権利を裁判所の力を借りて実現することは、夫婦間の円満を害する、さような契約の履行は、夫婦間の愛情と道義とにまかせるべきだ、という趣旨と説かれる。その趣旨そのものには一理ある。しかし、それにしては、民法の規定はすこぶる不十分である（一度贈与したのも取り消してその返還を訴求しようというのでは、趣旨は通るまい）。のみならず、実際上の適用をみると、夫の横暴を助勢する結果となっている。立法論としては削除するのを至当とすであろう。⁽⁹⁾と述べられているように、夫婦間の契約は第三者に対する契約に比べると、極めて法的拘束力が弱いことが解る。

我妻栄教授が、『財産分与請求権は、「離婚による扶養」の思想の承継・進展』であり、その中心的思想が「当事者の一方をして、離婚後における生計に困らせまいとする思想から、夫婦共同生活において夫婦が協力して取得した財産は共有ともみなしてこれを清算すべしとする思想である。」⁽¹⁰⁾と述べられていることから、「婚姻期間中に夫婦が協力して取得した不動産を財産分与により一方に移転すること」は、「夫婦でもない、第三者へ不動産を移転すること」とは明確に区別されるべきであると思う。

第二節 「資産の譲渡」の意義

一、「資産」の意義

本節では、本判決において争点となった「資産の譲渡」の意義についての考察を行う。

譲渡所得は、所得税法第三三条一項において「譲渡所得とは、資産の譲渡による所得をいう」と規定されている。

金子宏教授は、譲渡所得の意義と範囲について、「譲渡所得とは、資産の譲渡による所得をいう。その本質は、キャピタル・ゲイン、すなわち所有資産の価値の増加益であつて、譲渡所得に対する課税は、資産が譲渡によつて所有者の手を離れるのを機会に、その所有期間中の増加益を清算して課税しようとするものである。」⁽¹¹⁾と述べられ、さらに、『今までのところ、経済学上も会計学上も、譲渡所得について満足すべき定義はなされていないが、所得税法第三三条一項(譲渡所得)は、「譲渡所得とは資産の譲渡による所得をいう。」と規定しているから、まず、資産とは何か、また譲渡とは何か、を明らかにする必要がある。』⁽¹²⁾と述べられている。「資産の譲渡」の意義を考察する上で、まず「資産」と「譲渡」の意義を明確にしておきたい。

金子宏教授は、「資産」の意義について、「資産とは、譲渡性のある財産権をすべて含む観念で、動産・不動産はもとより、借地権、無体財産権、許認可によつて得た権利や地位などが広くそれに含まれる。なお、「資産」という観念は一種の固有概念であると解すべきであらう。」⁽¹³⁾と述べられている。

本判決にあてはめて考えてみる。最高裁は、『所得税法第三三条一項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させるいっさいの行為をいうものと解すべきである。』と判断しているのであるが、「資産」を「譲渡性のある財産すべて」と定義するのであれば、不動産はもとより、金銭、たな卸資産、事業用償却資産等も「資産」に含まれることとなる。たな卸資産については、所得税法第三三条二項(譲渡所得)において、譲渡所得に含まれないと規定されているが、金銭という「資産」の譲渡は「譲渡所得」ではなく「贈与税」の守備範囲である。因みに、金子宏教授は、所得税法第三三条二項の例外の定め方について立法政策上の問題が残されていると指摘されている。つまり、「事業用償却資産は右の例外に含められていないから、解釈論上は、その譲渡による所得は譲渡所得に含まれると解

さざるを得ない。しかし、事業用償却資産の減価償却費は、事業上の必要経費として控除され、事業所得の金額を減少させる要因として働くから、この譲渡による所得または損失は、事業所得または事業損失として取り扱うのが首尾一貫しているのではないかと思われる。というのは、事業用償却資産を譲渡した場合の譲渡益ないし譲渡損の金額は譲渡の対価からその簿価―すなわち取得価額から譲渡時までの減価償却費の合計額を控除した金額―を差引いた残額であるが、事業用償却資産の譲渡から譲渡益が生ずるのは今までの減価償却が過大であったためであると考えられるし、また譲渡損が生ずるのは今までの減価償却が過少であったためであると考えられるから、この譲渡益を譲渡所得として二分の一課税の恩恵に浴させるのは合理的ではないし、また譲渡損を譲渡所得の計算上控除を認めるに止めるのは不合理であると考えられるからである。おそらく、現行制度は、流動資産の譲渡からは事業所得が生じ、固定資産の譲渡からは譲渡所得が生じる、という考え方を前提としているのであろうが、この考えを事業用償却資産に適用するのは、この意味で適切ではないと思われる。⁽¹⁴⁾と指摘されている。さらに、「資産の譲渡による所得の分類については、一般論としては、所有者の意思によらない外部的条件の変化に起因する資産価値の増加は譲渡所得にあたり、所有者の人的努力と活動に起因する資産価値の増加は事業所得や雑所得にあたるべきであろう。」⁽¹⁵⁾と述べられている。

ここで、筆者はひとつの違和感を覚える。最高裁は、譲渡所得が規定する「資産の譲渡」について、「有償無償を問わず資産を移転させるいっさいの行為をいう」と判断しているが、「資産の譲渡」を構成する「資産」には様々なものが含まれているという視点が欠けているのではないだろうか。つまり、不動産という「資産」を譲渡する経済取引については譲渡所得、たな卸資産という「資産」を譲渡する経済取引については事業所得、金銭という「資産」を譲渡

する経済取引は受贈者に「贈与税」が課税されるといったように、「資産」の種類によって、課税実務上の守備範囲がそれぞれ異なるという視点が欠けていると思うのである。例えば、『譲渡所得の規定する「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず「金銭」を移転させるいっさいの行為をいう』という課税理論は成り立たない。金子宏教授が述べられていたように、立法政策上の問題が残されている譲渡所得について、その課税要件である「資産の譲渡」の意義を、「有償無償を問わず資産を移転させるいっさいの行為」であるとした最高裁の断定的な解釈は安易に過ぎるのではないだろうか。

では、「譲渡」とは何なのか。金子宏教授は、「譲渡」の意義について、「有償であると無償であることを問わず所有権その他の権利の移転を広く含む概念で、売買や交換はもとより、競売、公売、収用、物納、現物出資等がそれに含まれる。」⁽¹⁶⁾と述べられている。ここで注目したいのは、「贈与」が「譲渡」の意義に含まれていない点である。「贈与」という経済取引を行った場合においても「資産の移転」という結果が伴う訳であるが、「贈与」は「贈与税」の守備範囲であることから、金子宏教授は譲渡所得を構成する「譲渡」の意義から除外されているのだと推測できる。

後段において、「譲渡所得と贈与税の共通点」及び「有償譲渡と無償譲渡の違い」という視点から「譲渡」の意義を掘り下げて考察することとする。

二、「譲渡」の意義 —「譲渡所得と贈与税の共通点」という視点—

「譲渡所得」と「贈与税」は、どの部分に共通点があるのだろうか。金子宏教授は、贈与税について、「贈与税は、贈与によって財産が移転する機会に、その財産に対して課される租税であって、相続税の補充税の性質をもつ。」⁽¹⁷⁾と述

べられている。

ここで、譲渡所得を規定する所得税法第三三条一項を思い返してみる。「譲渡所得とは、資産の譲渡による所得をいう」と規定されている。「資産の譲渡」という経済取引を行うことにより、「資産(財産)の移転」という結果が伴うことを考えれば、所得税の一類型である譲渡所得と贈与税は「資産(財産)の移転」という結果が伴う点において同じである。ここで、譲渡所得と贈与税の守備範囲を明確に分けるとすれば、その判断基準は、「資産(財産)の移転」により誰が「経済的利益」を收受するかとであると思われる。つまり、資産を譲渡することにより譲渡者が「所得(外部からの経済的価値の流入)⁽¹⁸⁾」を收受することが「譲渡所得」の課税物件となる「収入」であるといえる。

譲渡所得における「所得」の本質は、キャピタル・ゲイン、すなわち所有資産の価値の増加益であるが、実際のところ所有資産の価値は、日々増減している。金子宏教授は、「キャピタル・ゲインは、所有資産の増加益であるから、理論上は各年の増加益に対してその年に課税するのが妥当であるが、実際問題として未実現のキャピタル・ゲインに対して毎年繰り返し課税を行うことは困難である。」⁽¹⁹⁾との見解を述べられている。理論上はともかく、課税実務上、「所有資産の所有期間中の増加益を清算する時点」というのは「資産が譲渡によって所有者の手を離れる時点」のことである。では、どのようにして「所有資産の価値の増加益」を確定しているのだろうか。所得税法第三三条三項(譲渡所得)において、「譲渡所得の金額は、当該所得に係る総収入金額から当該所得の基因となった資産の取得費及びその資産の譲渡に要した費用の合計額を控除し、その残額の合計額から譲渡所得の特別控除額を控除した金額とする。」と規定されているように、「総収入金額」によって「所有資産の価値」を確定するのである。ここで注意しなければならないのは、当該「所有資産の価値」は必ずしも市場相場にあわせた「時価」によるとは限らないことである。

例えば、「資産」の所有者と当該「資産」を購入したいという意思表示を示す者との間で売買契約（売却価額二、〇〇〇万円）が交わされた場合などは、仮に当該資産の時価が二、二〇〇万円であったとしても、総収入金額は二、〇〇〇万円となる。金子宏教授が、「所得税法は、資産の譲渡により収入として実現したキャピタル・ゲインに対してのみ課税することを原則としている。」⁽²⁰⁾と述べられていることを踏まえると、所得税の一類型である譲渡所得の「総収入金額」も、所得税を構成する他の九類型の所得と同じように「収入として実現」することを課税要件としているといえる。

ただし例外的なものもあり、金子宏教授は、『一定の無償の譲渡（法人に対する贈与および遺贈、限定承認にかかる相続および包括遺贈）または著しく低い対価による法人への譲渡があった場合には、時価による譲渡があったものとみなしている（所得税法第五九条）。これは、「みなし譲渡」と呼ばれるが、未実現のキャピタル・ゲインに対する課税の例であって、キャピタル・ゲインに対する無限の課税繰延を防止することを目的としている。未実現のキャピタル・ゲインも理論上は所得であるから、それに対する課税は、所得税の性質を失うものではない。ここに著しく低い対価とは、資産の譲渡の時における価額の二分の一に満たない金額のことである（所得税法施行令第一六九条）。したがって、法人に資産を寄附するとか、時価の二分の一に満たない金額で売ったり現物出資した場合は、時価による譲渡があったものとみなされる。ここに時価とは、相続税評価額ではなく、通常の取引価額を意味すると解すべきである。』⁽²¹⁾と例外の存在について補足されている。

話を元に戻す。法人への譲渡などのような一部の例外を除き、譲渡所得の「総収入金額」は、「収入として実現すること」を要件としている。では、「収入として実現する」とはどのような状態を指すのだろうか。これは、所有資産を譲

渡することにより「何らかの対価（経済的利益）を收受」することが、つまりは「収入（所得）」として「実現」することである。このことであろうと考える。「収入（所得）」として「実現」した結果、課税力が増加することによって、租税法律主義及び租税公平主義が要請する「課税力に即した課税」が実現されるのである。売買、交換等の経済取引により「資産の譲渡」を行った場合は、なんらかの対価を得るといふ結果が伴う。その結果、課税力が増加するから譲渡所得による課税がなされるのである。「資産の譲渡」を行った際、何の対価も得ることが出来ないような経済取引は売買や交換等ではなく、それはいわゆる「贈与」であり、譲渡者（贈与者）は納税義務を負わない。

三、「譲渡」の意義 —「有償譲渡と無償譲渡の違い」という視点—

最高裁は、『所得税法第三三一条一項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させるいっさいの行為をいうものと解すべきである。』と解釈しているのであるが、「有償無償」とはどのようなことを指しているのだろうか。売買契約及び贈与契約という視点で考察してみる。売買契約は民法第五五一条（売買）に規定されており、一般的に、「双務・諾成・有償」の契約である。一方、贈与契約は民法第五四九条（贈与）に規定されているように、「片務・諾成・無償」の契約である。これは、租税法と民法で解釈が違ふという類のものではないため、民法の解釈をそのまま租税法の法的解釈としてよいものと思われる。

つまり、譲渡所得の起因となる経済取引である売買契約は「有償譲渡」であり、贈与税の起因となる経済取引である贈与契約は「無償譲渡」であるということが解る。

四、租税法に民法の概念を適用することの限界

「経済的利益（外部からの経済的価値の流入）」を收受し所得税又は贈与税により課税されるのは夫婦や家族ではなく個人である。これは我が国の課税制度が個人単位主義を採用しており、夫婦単位主義や世帯単位主義を採用している諸外国と租税法の体系が違ったためであるが、個人に対し「経済的利益（外部からの経済的価値の流入）」として所得税又は贈与税による課税がなされ、一旦「夫婦の財産形成の領域」に転嫁されれば後は夫婦の実質的共有財産であり、婚姻が継続するかぎり相続の発生まで当該財産を共有し続けることとなる。現行民法において別産制の規定はしているものの、実際のところ別産制が徹底されておらず、「個人の財産形成」ではなく、「家の財産形成」がなされているが実状である。

ここで問題となってくるのが、民法の世界においては「潜在的な持分」という概念が通用するが、租税法にこの概念をそのまま適用できないということである。つまり、別産制を前提とする個人単位主義においては、財産が誰の所有のものであるのかが曖昧であると、課税の出発点に立てないのである。

津田顕雄先生も、「現行税制は、夫婦財産制、つまり別産制に最も適合した税制として、夫婦単位課税制度はとらずに、個人単位課税制度を採用したのであり、当然民法上の学説判例の傾向に対し、租税制度の技術性、硬直性から分離を生ずる場合が起こることが考えられる。」⁽²³⁾と述べられている。

第一節の例え話で述べたが、仮に婚姻期間中に夫名義の不動産を夫から妻へ名義変更した場合は妻に贈与税が課税されることとなり、婚姻期間中に夫名義の不動産を夫から妻へ売却した場合は夫に譲渡所得が課税されることとなる。だが、課税理論上そうなるというだけで、別産制が徹底されていない現代において、完全に一方の特有財産である事

実を立証することが難しい以上、「離婚」や「死亡」という外的要因が生じるまでは夫婦間における課税実務は有効に機能しないといえるのではないだろうか。もし仮に別産制が徹底されており、夫婦それぞれの特有財産の確定が容易であるならば、財産分与により收受する全ての財産について、「夫婦の財産関係の清算」ととらえず、「分与を受ける者」に対し贈与税を課税してもよいのではないかとさえ思えてくる。これならば「担税力に即した課税」が実現されているといえる。これを「夫婦の財産関係の清算」として贈与税の非課税規定を設けていること自体が、別産制が徹底されておらず、「夫婦の財産形成の領域」においては所有権が曖昧であるという事実を課税庁自身が認めているといえるのではないだろうか。そして、注意しなければならないのは、所有権が曖昧な財産の中に、「不動産」も含まれているということである。「夫婦の財産関係の清算」というのであれば、それは不動産も含めた全財産について適用しなければ理屈が合わないと思われる。

しかし、「離婚」や「死亡」といった外的要因が生じた場合は無理にでも所有権を確定しなければならない。なぜなら、財産の所有権が曖昧であると売買契約はおろか、贈与契約も成立しないであろうし、相続財産の確定もできないからである。このような、無理にでも所有権を確定しなければならない状況に陥った場合、明確に事実認定できるのは預金通帳や不動産の名義であったりするため、これを安易に「特有財産」であると認定してしまっているのが実状なのではないだろうか。このような現状を踏まえると、本判決においても、本件不動産について登記されている名義をもとに、特有財産であると安易に認定してしまっただけとは考えられないだろうか。

五、財産分与義務の消滅とその対価性

最高裁の判断の問題点は、当該資産の所有権の曖昧性（夫Xの特有財産か、それとも夫Xと妻Aの実質的共有財産か）について考慮せず、資産の所有権の移転という事実のみをもって譲渡所得の課税要件となる「資産の譲渡」と断定したことであると筆者は考える。

最高裁は、「財産分与として不動産等の資産を譲渡した場合、分与者はこれによって、分与義務の消滅という経済的利益を享受したものである」と判断しているが、分与義務の消滅という経済的利益を享受するのは分与する資産が不動産であろうが金銭であろうが同じである。これは、本判決の着地点に「経済的利益の享受」という概念を用いたがために、資産の譲渡の有無についてそれ以上の議論が出来なくなってしまうと言えるのではないか。その結果、国民の真の理解を得られないまま現状に至っているのではないかと筆者は感じるのである。

これまで考察してきたことを踏まえ、現行課税実務における解決策を述べる。『所得税基本通達三三―一の四（財産分与による資産の移転）の規定は、「経済的利益」という不確定概念に翻弄され、所有権が曖昧な資産（夫婦の実質的共有財産）の移転についてまで不当な課税（譲渡所得による課税）を課している規定であり、租税法主義及び租税公平主義に反するため、撤廃すべきである。』というのが筆者の出した結論である。

第三節 立法的解決策 — 譲渡所得と贈与税 —

一、さらなる解決策

財産分与に係る譲渡所得課税について、現行課税実務における解決策は前節で述べた通りであるが、もうひとつ掘り下げて考察しなければならない論点が残っている。仮に別産制が徹底されており、夫婦それぞれの特有財産の確定が容易であるとするならば、「財産分与による不動産の移転」には譲渡所得が課税されるべきものであろうか。

前節において、『所得税基本通達三三—一の四（財産分与による資産の移転）の規定は、「経済的利益」という不確定概念に翻弄され、所有権が曖昧な資産の移転についてまで不当な課税を課している規定であり、租税法律主義及び租税公平主義に反するため、撤廃すべきである。』と筆者の考えを述べた。だが、この提案はまだ本場の解決には至っていないと考える。なぜなら、これでは本件不動産が夫Xの特有財産であることを認定できれば、「財産分与による不動産の移転には譲渡所得が課税されるべき」という課税理論からまだ脱却できていないと思うからである。

前節において、『財産分与により收受する全ての財産について、「夫婦の財産関係の清算」ととらえず、「分与を受ける者」に対し贈与税を課税してもよいのではないかとさえ思えてくる。』と筆者の考えを述べた。この考えには、戦後、現行租税法が制定された当時の社会情勢と現在の社会情勢では状況が変わってきているという視点が少なからず含まれている。女性の社会進出率が増加し、妻が担税力の弱い存在であるとは必ずしも言えず、むしろ夫よりも妻の方に稼得があるような「夫婦の財産形成」が多くなってきている。ならば、財産分与による財産の移転について、贈与税の非課税規定を設けなくともよいのではないかという視点である。もともと、離婚率の増加している現代におい

て、稼得の少ない妻も多いと思われるため、稼得の少ない妻の離婚後の生活を考慮し、分与を受けた財産については贈与税の非課税とする規定を設けているのは立法政策上正しいと思う。しかし問題の所在は、「財産分与による不動産の移転」という経済取引において、どちらの稼得が多いか少ないかで納税の義務を有する者を判定しているのではない(例えば、夫の方が経済的に裕福であり担税力があるから譲渡所得を課税するだとか、妻の方が経済的に裕福であり担税力があるから贈与税を課税する等のように)ということである。

本判決において認定できるのは、「財産分与により不動産が移転した」という事実であるが、本件不動産が「特有財産」であるのか、「実質的共有財産」であるのかという点において曖昧である。曖昧な指標を出来る限り避けた結果、認定できる事実は、「財産分与により不動産が移転したことで実際に担税力(資産)が増加したのは妻A(分与を受けらる者)である」という事実のみである。

二、担税力に即した課税

金子宏教授は未実現の利益について、「人の担税力を増加させる利得であっても、未実現の利得―所有資産の増加益―および帰属所得―自己の財産の利用および自家労働から得られる経済的利益―は、どの国でも、原則として課税の対象から除外されている。わが国でも、所得税法は、所得を収入という形態でとらえているから、それらは原則として課税の対象から除かれていると解さざるをえない。しかし、これは、それらが本質的に所得でないからではなく、それらを捕捉し評価することが困難であるからであって、それらを課税の対象とすかどうかは立法政策の問題である。²⁴⁾」と見解を述べられている。

つまり、譲渡所得の本質であるキャピタル・ゲインは、いまだ価値の増加益が確定していない状態（未実現の利益）を指すのではなく、売買契約などの経済取引により確定した収入金額から資産の取得価額等を差し引いた金額（実現した利益）のことを指すのであると解する。よって、譲渡所得の課税要件は、資産の移転により譲渡者が対価を得る「有償譲渡」であることが解る。その結果、所有権が譲受者に移転するのである。

では、贈与税についてはどうか。酒井克彦教授は贈与税について、「相続税は、相続の開始時に現存する財産について課税する租税であるが、このことから、相続が開始されると予想される者が生前に贈与により財産を移転して、相続税の負担を軽減あるいは回避することが可能となる。そこで、これを防止するために、生前になされた贈与財産についても課税する必要があると考えられた。それが贈与税である。」⁽²⁵⁾と述べられている。「資産(財産)の所有権が移転する」という経済取引自体は、譲渡所得と同じであるが、贈与税は「資産を譲渡」する者(贈与者)に課税はされず、「資産を譲受」する者(受贈者)に課税されるという性質を持つ。個人間において贈与がなされた場合、贈与者が納税義務を負うという規定は現行課税実務において存在しない。よって、贈与税の課税要件は、資産の移転により受贈者が対価を得る一方、贈与者は何ら対価を得ることができない「無償譲渡」であることが解る。その結果、所有権が受贈者に移転するのである。

納税義務者の判定において最も重要な判断基準は、実際に担税力が増加したのは誰なのかという事実である。本判決において「財産分与による不動産の移転」という経済取引により夫Xの担税力(資産)が減少しているのが事実であり、「担税力に即した課税」が実現されているとは言いがたい。譲渡所得だけでなく贈与税においても「外部からの経済的価値の流入」と「資産(財産)の移転」が課税要件とされているところに共通点があること、及び租税法の世

界において、民法における夫婦の「潜在的な持分」という曖昧な概念を受け入れる規定が限定的にしか用意されていなかったことが、財産分与に係る課税実務を混乱させている原因であろうと考える。そしてこれこそが「一般人には理解しがたい課税理論」の正体であると思われ、筆者は考える。

諸外国においてはどのような課税実務が展開されているか。アメリカ国内国歳入法典一〇四一条⁽²⁶⁾において、「離婚に伴って夫婦の一方から他方へ移転した財産については、移転者側には、利得もなければ損失もないものとする。移転を受けた者は、移転者の取得価額をそのまま引き継ぐものとする。」と規定されているが、これがまさに「通常の一般人にとって理解しやすい課税理論」であり、贈与税の非課税として、本件不動産を妻Aが取得価額をもって引き継ぐことを是とした規定であると思われる。

本判決（財産分与による不動産の移転）のような不動産の所有者（本件不動産は実質的共有財産ではあるが、名義に基づき、所有者と認定された者・本判決においては夫X）の担税力を増加させない経済取引（無償譲渡）については譲渡所得を課税するのは不当であると筆者は考える。これを回避するためには、分与を受けた者（本判決においては妻A）が、将来本件不動産を売却した事実をもって「本件不動産の所有期間中の増加益を清算して課税する時点」とするのが相当であると考えられる。この際、譲渡者（分与を受けた者・本判決においては妻A）の担税力が増加する（外部からの経済的価値の流入）が実現することには疑いはないため、この経済取引が行われた年分において譲渡者（分与を受けた者・本判決においては妻A）に対し、譲渡所得による課税がなされれば問題はないものと思われる。

これまで考察してきたことを踏まえ、筆者の考える立法的解決策を述べる。『財産分与による不動産の移転』は譲渡所得及び贈与税の判断要素となる「資産の移転」ではあるが、譲渡所得の課税要件となる「資産の譲渡」ではない。

よって、分与者に譲渡所得を課税するという現行課税実務の取扱いは、「外部からの経済的価値の流入」に至っていない（担税力の増加していない）状態で所得税を課税するという不当な取扱いであるため、不動産の分与を受けた者に對し贈与税を課税するという取扱いに変更すべきである。」というのが、本論文全体を通しての最終的な結論である。そこから、当該不動産の受贈者に対し、贈与税の非課税規定を設けるかどうかを検討すればよいと思われる。このように立法的解決がなされれば、租税法主義及び租税公平主義の要請する「担税力に即した課税」が実現されると考える。

結びにかえて

「はじめに」において、筆者は本判決における課税理論を「未解決の課税理論」と位置づけた。そして独自の視点で本判決に潜む論点を洗い出し、最終的な結論に結びつけた訳であるが、本判決における課税理論をまず「未解決の課税理論」と位置づけることに意義があつたように思える。

最高裁判決を受けてから所得税基本通達三三一の四が発遣されたという経緯はあるにせよ、一部の有識者以外の多くの一般人が「財産分与による不動産の移転については譲渡所得が課税されることが当然である。」と認識している現状には問題があると思われる。多くの一般人が当該課税理論について疑問を抱かず、法律として受け入れ、思考が止まってしまうている。少なくとも、筆者はその多くの一般人の中のひとりであつた。

文中において、戦後、現行租税法が制定された当時の社会情勢と現在の社会情勢では状況が変わってきていること

について触れた。離婚の態様も様々であり、離婚後、復縁するなどのケースも多く見受けられる。このようなケースの場合、現行の取扱いをそのまま適用すると、離婚時に不動産の経済的価値を一旦清算し、復縁した際に、一旦清算した不動産を再度「家」の財産として取得し、夫婦で共有するということになる。これもまた、一般人にとって理解しづらい課税実務であるといえる。

また、現行の取扱いのままであると、夫婦が不動産を購入する際、離婚時の財産分与まで考慮して名義を登記しなければならぬ。これは租税法が、間接的にはあるが夫婦間の問題であるものについてまで影響を及ぼしているということである。それは本来、租税法に限らず法律が目的とするところではないと思われる。

本判決に潜む最大の問題点は、立法の体制にあると筆者は考える。なぜなら、これまで数多くの有識者が本判決に対して疑問を投げかけているという歴史的背景を考慮すれば、当該課税理論になんらかの論理的矛盾が潜んでいると考え、国会で真剣に議論するのが相当であったと思うからである。有識者を含む一般人はいかに理解しがたく、納得が出来なくとも法律に従うしかないという現状を鑑みると、立法の責任は重いと思われる。出来る限り、多くの一般人が理解できる法整備により課税がなされなければならない。それが、租税法律主義及び租税公平主義の意義であろうし、目指すべき姿であると思われる。

(注)

(一) 金丸和弘：別冊「Jurist No.207」租税判例百選（第五版）（有斐閣）七九、八〇頁（四六）譲渡所得の意義（二）―財産分与

- (2) 橋本守次・税経通信第三九卷第一五号一九八四 六二頁（二） 財産分与
- (3) 最高裁昭和四七年一月二六日第三小法廷判決（民集二六卷一〇号二〇八三頁）（昭和四一年（行ツ）第一〇二号・所得税更
正処分取消請求事件）
- (4) 民法第七六八条（財産分与）、民法第七七一条（協議上の離婚の規定の準用）
- (5) 金子宏・租税法（第一八版）（有斐閣）二二五頁
- (6) 金子宏・課税単位及び譲渡所得の研究（有斐閣）九九頁
- (7) 金子宏・前掲注（5） 二二六頁
- (8) 我妻栄・親族法（初版第二九刷発行：昭五三・三・二〇）（有斐閣）一五一、一五二頁
- (9) 我妻栄・前掲注 九五、九六頁
- (10) 我妻栄・前掲注 一五三頁
- (11) 金子宏・前掲注（5） 二二五頁
- (12) 金子宏・前掲注（6） 九九頁
- (13) 金子宏・前掲注（5） 二二六頁
- (14) 金子宏・前掲注（6） 九九頁、一〇〇頁
- (15) 金子宏・前掲注（5） 二三〇頁
- (16) 金子宏・前掲注（5） 二二六頁
- (17) 金子宏・前掲注（5） 五五九頁
- (18) 金子宏・前掲注（5） 二八六頁
- (19) 金子宏・前掲注（6） 三〇一頁
- (20) 金子宏・前掲注（5） 二二一頁
- (21) 金子宏・前掲注（5） 二二一、二二二頁
- (22) 金子宏・前掲注（5） 八一頁
- (23) 津田顕雄・シュトイエル二〇〇号記念（税法研究所）一三三頁（九）離婚に伴う財産分与に関する課税についての若干の見

解)

(24) 金子宏…前掲注(5) 一七九頁

(25) 酒井克彦…スタートアップ租税法 九八頁

(26) INTERNAL REVENUE CODE 1989 Volume 2 U.S. CODE CONGRESSIONAL & ADMINISTRATIVE NEWS 一二三頁