

保証債務を履行するため資産を
譲渡した場合の課税関係の研究

庄 司 範 秋

国
税
庁
直
税
部
資
産
税
課

はじめに

第一章 本条項の規定を巡る基礎的考察

第一節 昭和36年12月税制調査会答申からみた

立法の経緯

一 資産損失制度の問題点の指摘

二 資産損失制度の基本的な考え方

三 保証債務の履行により生じた損失の考慮

第二節 立法化(昭和三七年)前の資産損失等の取扱い

一 資産の譲渡損失等の控除制度の沿革

二 譲渡損失等の控除の考え方

三 保証債務の履行に係る求償権損失の性格

第三節 所得概念上からの資産損失

一 貸倒損失に係る不当利得判決の概要

二 所得概念からみた不当利得判決

三 昭和三七年の資産損失控除規定の

評価―創設規定か確認規定か―

第四節 立法の経緯等からみた本条項の立法趣旨

一 立法趣旨についての一般的理解

二 本条項の位置付けと立法論的批判

三 昭和三六年通達の意義

第二章 保証債務の成立及び保証人の責任

第一節 保証債務とは

一 民法上における保証債務の意味内容

二 保証債務の法的性質

三 保証債務の種類

第二節 保証債務の成立条件

一 保証契約

二 保証契約の当事者

三 主たる債務の存在

四 保証文言と保証内容の認定

第三節 保証人の責任

一 保証債務の範囲

二 保証人または主たる債務者に

生じた事由の保証責任への影響

三 保証債務の相統性

第四節 保証人の求償権

一 求償権の性質

二 委託を受けた保証人の求償権

三 委託を受けない保証人の求償権

四 主たる債務者が複数の場合

五 連帯保証人の求償権

六 共同保証の場合の求償権

第三章 本条項の保証債務の解釈

第一節 狭義の保証債務か広義の保証債務か

一 租税法における借用概念の解釈

二 立法趣旨からの合目的的解釈

三 課税実務上における解釈の妥当性

第二節 形式主義か実質主義か

一 実質課税の原則と保証債務の解釈

二 実質課税の原則の一般的理解

三 形式と実質が異なる保証契約の取扱

三 保証債務か債務引受かの実質判断

第三節 厳格解釈か弾力的適用か

一 課税の公平の原則からの判断

二 課税要件減免規定の解釈原理との関係

三 他の分類所得との関係

三 保証の実質を有する債務との関係

第四章 保証債務の履行と資産の譲渡との因果関係

第一節 因果関係の解釈

一 条文の文言解釈

二 立法趣旨からの因果関係

一 因果関係についての緒説

三 保証債務履行の法的効果

第二節 因果関係認定の限界

一 借入金による保証債務の履行

二 借入金以外の資金による保証債務の履行

三 因果関係の立証可能性との関係

第三節 保証債務の履行と資産の

譲渡の時期との関係

第五章 求償権とその行使

第一節 求償権の発生要件と

本条項適用上の問題点

一 連帯債務と保証債務の求償権の発生要件の差異

二 合名会社等の無限責任社員間の

負担部分の解釈

第二節 負担部分の判定

一 特約の有無の認定

二 負担部分の判定時期

第三節 求償権の行使不能の解釈

一 行使不能の態様

二 行使不能の要件

三 行使不能の判定時期

おわりに

はじめに

債権の担保手段として各種の担保制度がある。債権担保制度は保証人の資力（一般財産）をあてにする人的担保制度と専ら担保の目的物の経済的価値に着目した物的担保制度に大別されるが、人的担保制度である「保証」も終局的には従たる債務者である保証人の財産をあてにするという形で責任財産の拡張を図るところに意味がある。最近における銀行貸付をみると無担保貸付が約四〇％と年々増加しているものの、抵当権設定による貸付が約二五％、保証による貸付が約二七％となっており（昭和五九、三、二九日経新聞）、保証制度の重要性は少しも失われていない。

我が国における保証は、一種の気やすめとか、債務者に強く督促してもらうための手段として利用されることが多いといわれる。また、金融機関が中小企業に対して融資する際、事業の経営に責任を持たせるため経営者を保証人にすることも少なくないという。しかし、どのような理由によるものであれ、保証人は法的には主たる債務を担保すべき責任を負うことに変わりはない。最近の経済情勢をみても、企業の倒産件数は少なくなく、気やすめや事業経営に責任を持たせる意図で行った保証であっても、主たる債務者の資力喪失によって具体的な保証債務と化し、保証人はその履行のために個人財産の処分さえ余儀なくされることになる。

譲渡所得課税の本質について、「資産の値上が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」（最判昭四三・一〇・三一）と解されていることからすれば、このような場合であっても、譲渡所得の課税は免れ得ないところであるが、所得税法第六四条第二項（以下本稿において「本条項」という。）は、「保証債務を履行するため資産（たな卸資産等を

除く。以下同じ。の譲渡があつた場合において、その履行に伴う求償権の全部又は一部を行使することができないこととなつたとき」は、その行使できない金額に対応する部分については、事業所得等の必要経費に算入される金額を除き、譲渡所得金額の計算上なかつたものとみなす旨規定している。この規定は、昭和三六年一月の税制調査会答申に基づき、資産損失制度の整備事項の一環として昭和三七年に創設されたものであり、所得税法上、所得計算に關する通則に対する特例規定として定められている。

ところで、本条項の具体的な解釈及び適用については、保証債務という民法上の概念を用いていることもあつて、課税実務上いくつか問題を残したものとなつてゐる。まず、「保証債務の履行の範囲」について、その解釈を示した所得税基本通達六四―四に含まれていない手形保証、隠れたる手形保証、あるいは、抵当物件の第三取得者の責任の履行があつた場合等の本条項の適用の有無の問題がある。また、保証契約上の形式と実質とが異なる場合に、本条項の適用は形式と実質のいずれによるのかといった保証債務か否かの認定の問題も存する。次に、保証債務の履行と資産の譲渡との間にどの程度の因果關係が必要とされるかについては、これを嚴格に解した場合と弾力的に解した場合とは本条項の適用關係に差が生じるが、両者の因果關係が必ずしも明確にされているとはいひ難いし、譲渡者の譲渡目的たる内心の意思は他人の知り得るところではないことから、保証債務の履行のための資産の譲渡であるか否かを識別する客観的な基準も要請されよう。さらに、「求償権」の発生及び消滅に至つては、全く民法上の解釈の問題であるが、本条項の「保証債務の履行の範囲」には、連帯債務などの民法上の保証債務ではないものを含むとされているので、求償権の解釈も一樣にはいかなくなる。保証債務と連帯債務の求償権とは根拠その他の点で大きな差異があることから、特に、連帯債務者の対内關係となる合名会社等の無限責任社員間の求償關係をめぐり、本条項の適

用においても、私法上の解釈がそのまま妥当するか否かが論議されている状況にある。同時に、この求償権算定の基礎となる「負担部分」についても、私法上は、当事者間の内部関係に属し、その変更も自由とされているのであるが、本条項の適用上は、負担部分を確定的に判定する時期が問題となっている。また本条項の究極的な適用要件は、「求償権の全部又は一部を行使することができないこととなった」事実の発生である。保証は、保証人と債務者との人的なつながりが強固な場合に行われるのが通常であり、とりわけ親族間や、会社とその経営者といった関係がその典型といわれることから、求償権の行使の可否の判断基準が重要な問題となる。

本稿は、これらの課税実務上の問題点の解釈を主眼として、本条項の適用要件全般についての体系的な考察を試みたものである。本稿が取り組んだ領域については、断片的にはあるが、従来から多くの論説が存在する。本条項特有の解釈範囲の広さに基因するものであろうが、本条項の適用要件のボーダーライン上の事例が増加していることもその背景にあるのではなからうか。

最後に、本稿の構成について簡単に触れておきたい。まず、第一章には、本条項の解釈の前提となる立法の趣旨を明確にするため、当時の税制調査会の答申や立法化前における課税実務上の取扱い及び裁判例から、保証債務の履行に係る求償権損失の性格と立法の経緯をさぐるとともに、若干課税所得概念論からの考察をも含め、本条項の意義について一般的考察を配した。第二章では、保証債務は民法の分野において用いられている用語であるので、本条項の解釈に必要な範囲内で民法上の意味内容を取りまとめた。したがって、第三章以下に、前述した問題点の考察として、本条項の保証債務の解釈（三章）、保証債務の履行と資産の譲渡との因果関係（四章）、求償権とその行使（五章）といった、いわば各論部分を配したものである。

第一章 本条項の規定を巡る基礎的考察

第一節 昭和三六年一二月の税制調査会答申からみた立法の経緯

現在の、保証債務を履行するため資産を譲渡した場合の課税の特例制度は、昭和四〇年の所得税法の全文改正により所得税法第六四条第二項に収められたものであるが、もともとは、昭和四〇年改正前の所得税法第一〇条の六第二項の規定を受け継いだものである。したがって、本条項の内容が立法化されたのは、改正前の所得税法第一〇条の六が立法化された昭和三七年ということになる。この規定は、昭和三六年一二月の税制調査会答申（以下「三六年答申」という。）に基づき、資産損失制度の整備の一環として創設されたものであるので、まず、この三六年答申の内容から立法の経緯をさぐってみることにする。

一 資産損失制度の問題点の指摘

三六年答申は、当時の所得税法における資産損失制度としては、いわゆる、資産損失のうち、①たな卸資産の損失ないし売掛債権の貸倒れ損失のような損失については、各年分の事業所得等の計算上、取得原価により計算した損失額を必要経費とする、②震災、風水害、火災その他の異常な災害又は盗難により資産につき損害を受けた場合の損失については、雑損控除⁽¹⁾の対象とするといったものがあるが、それ以外の資産損失については、税法上特段の規定がないことから、たとえば、固定資産の除却損、廃棄損のような法人税であれば、当然損金になるようなものについても、必要経費に含まれないと解されていると述べる⁽²⁾とともに、主要諸外国における資産損失の取扱いと比較している⁽³⁾。

その上で、資産損失の取扱いは、各国の所得概念の相違によって異なったものとなっており、我が国の所得概念については、「戦後、譲渡所得及び一時所得が所得税の課税所得のうちにとり入れられ、所得概念の拡充が行われた。また、シャープ勧告により従来のわが国の所得税制になかった雑損控除及び医療費控除の制度が導入され、通常の所得計算の過程でとらえられない財産の減少を担税力の減殺要素として控除することが認められた。

これらの変化は、一般に従来の源泉説的な所得概念⁽⁴⁾から財産増加説的な所得概念⁽⁵⁾への転換として説明されることが多いが、所得税における所得概念として財産増加説的な考え方が厳密な意味で成り立つものかどうか、また、個人の担税力に即した所得概念として具体的にどのよう⁽⁶⁾に構成すべきか等の点について十分検討が行われておらず、税制上問題とすべき点が少なくない⁽⁶⁾と指摘している。

税制調査会では、このような問題意識の下で資産損失制度全般にわたって、より広い角度から総合的な検討を行っているが、その問題点としたところは次の四点であった⁽⁷⁾。

(1) 資産損失の取扱いにつき、所得の計算上控除されるものと、雑損控除として控除されるものがあるが、このような区分の限界が必ずしも明らかでなく、また、これらの制度によってカバーされない資産損失についても、担税力の見地から控除することが適当と認められるものが見受けられる等、資産損失の税制上の取扱いについて一般的な検討が必要であること。

(2) 事業用の固定資産その他の資産の損失については、原則としてその所得の計算上控除することが認められず、⁽⁸⁾法人の取扱いと異なること。

(3) 雑損控除の範囲及びその評価方法は適当かどうか。

(4) 事業の損失にも、雑損失にも該当しない損失で通常生じうるもの、たとえば資産の譲渡代金の貸倒れ、非営業貸金の貸倒れ、匿名組合の出資金の回収不能、給与の不払等による損失、保証債務の履行によって生じた求償権損失等についても、何らかの税制上の考慮をすべきではないか。

二 資産損失制度の基本的な考え方

税制調査会は、上記の問題点について、課税所得の基本的な概念として、単に事業所得に限らず、広く個人所得全体についていわゆる純資産増加説的な立場から課税所得を構成することが適当かどうかを総合的に検討している。

所得から資産損失を控除することについては、①所得の稼得に直接関与する資産の損失をその所得の計算上の必要経費として控除する考え方⁽⁹⁾と、②所得の稼得に直接関与しない資産の損失であっても、その損失が予期されない異常なものであるときは、その資産の所有者の担税力が減殺されているという観点から、これを調整するため、その者の所得から特別に控除する考え方⁽¹⁰⁾の二つがあるとして、それぞれの考え方に立って資産損失の取扱いについて検討を加えている。そして、この2つの考え方の本質的な差については、「問題は所得税における所得概念であり、所得税である以上、一般に収入金額から必要経費を控除して計算した所得金額がその課税標準となることは当然である。つまり必要経費が控除されることは、いわば、出発点として前提されている事柄であって、この点必要経費に該当しない資産損失ないし支出の控除の問題とは、本質的に異なっている⁽¹¹⁾」と説明している。

次に、この種の控除をどこまで拡張できるかについては、「およそ所得者の任意の意思に基づく所得ないし財産の処分と認められる資産の喪失以外の資産の損失を広く控除すべしという考え方も成り立つかも知れない。しかし、このような立場に立つ場合でも、その資産の損失は、たとえば本人の故意過失に基づくもの以外のすべてのものについ

て認めることとするのか、あるいは不可抗力の場合に限ることとするのか議論があるであろうし、その具体的判定は、さらにむずかしい問題を提出するであろう。のみならず、そもそも所得を生み出す基因とならない資産の損失をこのように広く控除することが、課税所得の概念として適当かどうか疑問であり、実際的にも一般にこのような損失を広く控除せよという要望があるとも思えない。⁽¹²⁾と消極的な見解を示している。そして、以上のまとめとして税制調査会は資産損失の取扱いの基本的な考え方について、「個人の所得概念についていわゆる財産増加説的な概念に立って軽々に現行税法のたてまえを修正することは、問題であり、個別所得の計算上控除すべき必要経費の範囲については、所得計算上妥当とされる資産損失の控除を認める反面、必要経費とならない資産損失の控除については、現行の雑損控除の制度を基本的に維持することとして考えるのが適当である。」⁽¹³⁾と結論付けている。

三 保証債務の履行により生じた損失の考慮

三六年答申は、保証債務の履行により生じた損失については、資産の譲渡代金の貸倒れや非営業貸金の貸倒れ等の損失と同列に置いて、なんらかの税制上の考慮をすべきではないかという問題があると指摘している。⁽¹⁴⁾

まず、資産の⁽¹⁵⁾譲渡代金の貸倒れ及び非営業貸金の貸倒れ等の損失について、「既にこれらの権利が確定したことにより課税を受けている場合には、課税所得のうちに含まれた所得の部分については、課税所得がなかったものとして、その課税所得を修正することが⁽¹⁶⁾適当」であるとした上で、「債務保証を行ない、その履行のために資産の譲渡があった場合において、その履行に伴う求償権の全部又は一部が行使できなかったときは、資産の譲渡代金の貸倒れ等の場合と同様、その求償権に基づく収入（保証債務履行後の残余金がある場合には、その残余金を含む）があった限度において譲渡収入があったものとして譲渡所得課税を行なうこととするが、同時にその収入金額が譲渡資産の

取得価額に達しない場合であっても、譲渡損失はないものとする措置を講ずる必要があると認めた。⁽¹⁷⁾とこの検討経緯と結論を説明している。

しかし、資産の譲渡代金の貸倒損失等と保証債務の履行により生じた損失とがなぜ同列に扱われなければならないのかは必ずしも明確ではない。のみならず、保証債務の履行により生じた損失を控除すべしとすることは、前述した三六年答申における資産損失制度の基本的な考え方と矛盾しているようにも受け取れる。この点について、税制調査会の審議経過⁽¹⁸⁾には、「資産損失の控除について基本的な前述したような考え方をとるときは、従来税務執行上問題となっている保証債務の履行により生じた損失等については、事業上の必要経費に該当するものを除き、依然として控除が認められない。しかし、債務保証の履行のため資産を譲渡した場合において、その履行に伴う求償権の全部又は一部が満足されなかったときは、その資産の譲渡所得の課税については、その求償できなかった限度で譲渡収入がなかったものとみなすことが適当である⁽²⁰⁾」と記述されている。

つまり、保証債務の履行により生じた損失等の控除については、資産損失の控除の基本的な考え方の例外として課税所得の修正措置を講じるよう答申することとなった背景には、税務執行上の問題の解決というさし迫った事情があったものと考えられる。後述する昭和三六年七月二〇日付直資五八ほか二課共同「他人の債務の担保に提供されていた資産が担保権の実行により譲渡された場合の所得税または再評価税の取扱いについて」(国税庁長官通達)(以下「三六年通達」という。)が直接的な要因であろう。

第二節 立法化（昭和三七年）前の資産損失等の取扱

一 資産の譲渡損失等の控除制度の沿革

我が国に所得税法が創設されたのは、明治二〇年であるが、第二次世界大戦前においては、一時的、臨時的な所得は所得税の課税対象としないとする制限の所得概念をとっていたので、譲渡所得に対する課税は行われなかった。したがって、資産の譲渡損失等について所得税の課税上考慮されることもなかった。

譲渡所得がはじめて課税対象となった昭和二二年法律第二七号による所得税法の全文改正以降における資産の譲渡損失等の控除制度の推移は概ね次のとおりである。⁽²¹⁾

- (1) 昭和二二年法律第二七号による所得税法の全文改正により、超過累進税率による総合課税一本の課税体系が採用されるとともに、⁽²²⁾「不動産、不動産上の権利、船舶、鉱業・砂鉱業に関する権利・設備、株式、法人に対する出資、特許・実用新案・意匠・商標に関する権利、著作権、出版権、営業権その他これらの権利に準ずる権利」⁽²³⁾の譲渡による譲渡所得についても課税されることになった。資産の譲渡損失は、第一段階としては譲渡所得の計算上他の資産の譲渡益と相殺され、⁽²⁴⁾第二段階として山林所得とのみ損益通算が認められていた。⁽²⁵⁾
- (2) 昭和二三年法律第一〇七号による所得税法の一部改正により譲渡所得の基因となる資産の範囲が拡大された⁽²⁶⁾が、譲渡損失等については改正がなかった。
- (3) 昭和二五年法律第七一号による所得税法の一部改正が行われ、譲渡損失の損益通算の対象範囲が山林所得以外の所得にまで拡大された。⁽²⁷⁾

(4) 昭和三十六年一二月の税制調査会の答申を受けて、昭和三十七年法律第四四号による所得税法の一部改正が行われ、①譲渡所得の計算の基礎となった収入金額の全部又は一部を回収することができないこととなった場合には、その回収することができないこととなった金額に対応する所得金額はなかったものとみなす(第一〇条の六第一項)、②保証債務を履行するため資産の譲渡があった場合で、その履行に伴う求償権の全部又は一部を行使することができないときは、その求償権の行使をすることができない金額に対応する所得金額についてもなかったものとみなす(第一〇条の六第二項)旨の規定が追加され、現行制度の原型となった。⁽²⁸⁾

二 譲渡損失等の控除の考え方

昭和三十七年に譲渡代金の回収不能による損失及び保証債務の履行に伴う求償権の行使不能による損失(以下「保証債務の履行に係る求償権損失」という。)の控除が立法化されるまでは、これらの損失を所得の計算上控除することについては否定的に考えられていた。その理由については、次のように整理される。

(1) 収入金額自体の減額ができるかについては、①所得税法における課税所得の計算上は、いわゆる権利確定主義の原則により、資産の譲渡による代金請求債権等が確定したときに所得が実現したものとしており、②所得税法第一〇条第一項に規定する収入すべき金額は「金銭以外の物又は権利を以て収入すべき場合においては、当該物又は権利の⁽³⁰⁾価額」とされており、金銭債権についての評価は認めない建前となっていることから収入金額を減額することはできない。

(2) 必要経費として控除できるかについては、①貸倒損失についての課税⁽³¹⁾実務では、事業上の貸倒損失が事業遂行上不可避免的な損失であることを考慮して、その損失額を貸倒れの実実が生じた年分の事業所得の計算上、必要経

費に算入すべきものとしてきたのであり、所得税法第一〇条第二項⁽³²⁾にいう「その他の経費」が必要経費とされるためには、それが、当該収入金額を得るために必要なものであって、かつ、家事業上の経費でないものでなければならぬので、事業上の貸倒損失以外の貸倒損失を必要経費とみることはできないし、②譲渡に関する経費とは、「納税義務者が譲渡に関してなした出捐のうち納税義務者の実質的負担に帰するもののみに限られ、その出捐に伴って納税義務者がその責任又は義務を免れ又は請求権を取得するが如きを含まない」⁽³³⁾ので保証債務の履行に係る求償権損失も必要経費には該当しない。

(3) 更には、雑損控除についても、雑損控除の対象となる災害とは、①震災、風水害、火災、冷害等自然現象の異変による災害、②鉱害、火薬類の爆発等人為による異常な災害、③害虫等の生物による異常な災害に限定されており、これらと全く性質の異なる譲渡代金の貸倒損失等を雑損控除の対象とすることはできない。

三．保証債務の履行に係る求償権損失の性格

本条項の立法化前に、保証債務の履行によって生じた損失（求償権損失）を、課税所得の計算上控除すべきだと主張する納税者が提起した訴訟事例があった。この納税者の主張は、結局裁判所の認めるところとはならなかったが、その裁判例から保証債務の履行に係る求償権損失の性格を拾うことができる。

(1) 横浜地裁昭和三三年一月二八日判決⁽³⁴⁾

物上保証人が抵当権を抹消するために抵当債務を代位弁済したが、債務者が無資力のため求償権を行使し得なくなつた事案につき、「譲渡所得と、その所得の処分行為とを混同してはならないことは言をまたないところ

い。原告のなした抵当債務の代位弁済は主債務者に対し求償できるものであって、ただ本件では、債務者が無資力におちいったため、事実上その効果を上げることができないのにとどまるものであり、これとても、さきの抵当権を設定するに際し将来の求償権行使を確保する方法を講じておけば、原告の損失となることを防止できた筈のものである。原告の代位弁済は一たん得られた所得…中の一部の処分行為であることは原告の主張自体に照し明らかで、それが債務者に対する求償権を対価的に取得させるものである以上、たとえ叙上のような諸種の要因の競合から、その権利行使に実効をあげることができなくなったとしても、これをもって所得そのものを減少させるものとみるわけにはいかない。」と判示した。

(2) 最高裁第二小法廷昭和四〇年九月二四日判決⁽³⁵⁾

物上保証人の抵当物件が競売に付され、事実上求償権の行使が不能であるため、これに対する譲渡所得の課税は事実上存在しないものに対してなされたものとして違法であるとの納税者の主張に対して、「資産の譲渡によって発生する譲渡所得についての権利確定の時期は、当該資産の所有権その他の権利が相手方に移転する時であるが、…任意競売における所有権移転の時期は競落代金納付の時と解するのが相当であり、従って、競売による譲渡所得については、代金納付の時に権利が確定する、というべきである。ところが、求償権は、代金納付後、担保権者に代金交付がなされることにより、その代位弁済の効果として発生する権利であって、所論のごとく、競売の対価たる性質を有するものではなく、いわば売得金の処分によって取得する債権に外ならないのである。それ故、譲渡所得の対象は、競落代金そのものであって、求償権の取立が事実上不能であるとしても、かかる事情は譲渡所得の成否に何らの消長をも来たすものではない、といわなければならない。」と判示した。

このように、当時の裁判所は、保証債務の履行に係る求償権損失の性格を、いったん得られた所得の処分行為の結果にはかならないと理解していたのであって、譲渡収入金額の減殺要素とは考えていなかったといえることができる。

第三節 所得概念上からの資産損失

本条項の解釈に関連して、昭和三七年の資産損失控除制度の諸規定は、所得概念との関係で創設規定なのかそれとも確認規定なのかという問題がある。

一般に、譲渡代金等の貸倒損失は、収入金額と直接関係するだけに、保証債務の履行に係る求償権損失よりは、所得金額の計算上控除しうる余地が大きいといえようが、これを控除することとしたことについては、「一般の譲渡代金等の貸倒れについて全然これを所得計算上考慮しないことは担税力の減殺という点からみれば、適当でなく、何らかの措置を講ずべき必要があることを認め⁽³⁷⁾」、ないしは、「有償譲渡の対価の全部又は一部がやむを得ない事情で回収不能となった部分の金額だけ低い価額の対価で譲渡したのと同様になり、それだけ譲渡所得の金額も減縮されるべきである⁽³⁸⁾」との見解がある一方、「もしかかる立法が、合理的にして且つ急迫不可欠な要請であったとするならば、三七年の改正前においても、解釈論として同一の結果をもたらすことは、いうまでもなく可能であり、且つある面で合理的であった⁽³⁹⁾」という批判的な見解もある。

この点については、非営業貸金債権の貸倒れを課税所得の計算上控除する規定がなかった旧法下において、貸倒れの発生によって当該債権を収益として計上した所得は存在しないとして国に不当利得の返還を求めた、いわゆる不当

利得判決を参考に考察してみることにする。

一 貸倒損失に係る不当利得判決の概要

Xは、昭和二八年分の所得税について昭和三十一年一月Y税務署長から雑所得金額の申告もれを加算した更正処分を受け、その税額は滞納処分により徴収された。更正処分によって加算された雑所得のうちには、Xの有する貸金債権について昭和二八年中に発生した利息損害金債権四六万余円が含まれていたが、この利息損害金債権は、昭和三十六年七月にXと債権者との裁判上の和解によりXが放棄したので貸倒れとなった。Xは、この貸倒れの発生により先の更正処分は所得がないのに課税したことになるから、これに対応する徴収税額は国の不当利得であるとして、その返還を求めた。

一審判決及び控訴審判決とも不当利得の法理を適用して、国に対し貸倒れに相当する所得金額に係る税額の返還を命じた。これに対して国は、①課税対象とすべき所得をどのようにとらえ、また所得の計算上控除すべき経費をどの範囲とするかは租税政策の問題であること、②本件貸倒れが生じたときに何等の調整規定がなく、その後において調整規定が設けられた(昭和三七年の税法改正を指す)としても、その適用時期について、本件貸倒れに適用がないとされている以上、解釈論で租税法上の不当利得一般に及ぼそうとする原審判決は判例・通説に反していること等を主張して上告したが、最高裁第二小法廷昭和四九年三月八日判決は、⁽⁴²⁾原審判決を支持し、次のように判示した。

「所得税法は、具体的な租税債権及びその数额が法規の定める課税要件の充足と税額計算方法によって自動的に確定するものとはしないで、課税所得及び税額の決定ないし是正を課税庁の認定判断にかからしめているのであるか

ら、かような制度のもとでは、債権の後発的貸倒れの場合にも、貸倒れの存否及び数額についてまず課税庁が判断し、その債権確定時の属する年度における実所得が貸倒れにより回収不能となった額だけ存在しなかったものとして改めて課税所得及び税額を算定し、それに応じて先の課税処分全部又は一部を取り消したうえ、既に徴税後であればその部分の税額相当額を納税者に返還するという措置をとることが最も事理に即した是正の方法といふべく（昭和三七年法律第四四号による改正後の所得税法一〇条の六、二七条の二参照）、課税庁としては、貸倒れの事実が判明した以上、かかる是正措置をとるべきことが法律上期待され、かつ、要請されているものといわなければならぬ⁽⁴³⁾」。

「しかしながら、旧所得税法には、課税庁が右のごとき是正措置をとらない場合に納税者にその是正措置を請求する権利を認めた規定がなかったこと、また、所得税法が前記のように課税所得と税額の決定を課税庁の認定判断にかからしめた理由が専ら徴税の技術性や複雑性にあることにかんがみるときは、貸倒れの発生とその数額が格別の認定判断をまつまでもなく客観的に明白で、課税庁に前記の認定判断権を留保する合理的必要性が認められないような場合にまで、課税庁自身による前記の是正措置が講ぜられないかぎり納税者が先の課税処分に基づく租税の収納を甘受しなければならないとするのは、著しく不当であつて、正義公平の原則にもとるものといふべきである。それゆえ、このような場合には、課税庁による是正措置がなくても、課税庁又は国は、納税者に対し、その貸倒れにかかる金額の限度においてもはや当該課税処分の効力を主張することができないものとなり、したがつて、右課税処分に基づいて租税を徴収しえないことはもちろん、既に徴収したものは、法律上の原因を欠く利得としてこれを納税者に返還すべきものと解するのが相当である。⁽⁴⁴⁾」

二 所得概念からみた不当利得判決

制限的所得概念としての所得源泉説と包括的所得概念としての純資産増加説との差異は、課税対象所得及び損失等の控除対象の範囲にあるといわれており、純資産増加説にたてば、一時的・臨時的な経済的利得でも課税対象とする反面、それが収益の獲得に直接寄与しないものであっても、これを課税所得の計算上控除項目と考えることとなり、所得源泉説におけるそれらよりは広範囲にわたる。

我が国の所得税法は、戦後⁽⁴⁵⁾、課税対象所得の範囲が拡大される一方、資産損失を課税所得の計算上考慮する諸制度も拡充されたことから、純資産増加説的な所得概念を採っているとされる⁽⁴⁸⁾。とすれば、本判決における貸倒損失のような損失については、純資産増加説的所得概念からみて、当然の帰結として導かれる控除項目と考え得るであろうか。

しかしながら、個人の場合には、法人の場合と異なり、完全な純資産増加説に立脚して所得を把握するには多くの問題があり、限界があるとするのが一般的である。確かに、「いわゆる純資産増加説的所得概念の下では、課税所得計算上控除されるのは、本来『必要経費』に限らず、『家事費』の一部にも及ぶものと考えられる⁽⁴⁹⁾」のであるが、所得税の納税義務者である個人は、所得の稼得主体である一方、所得の消費主体でもある。純資産増加説的な所得概念を採るからといって、例えば親族に贈与したことによる純資産の減少についてまで控除項目とみることは明らかに行き過ぎであろうし、個人の家計面の資産損失や家事支出は、通常は財産の処分と⁽⁵⁰⁾考えられるものであることを考慮すれば、法人のように、単純に課税期間の期首と期末の純資産の差額をもって所得と考えることには無理がある⁽⁵¹⁾。

資産損失なり家事支出のうち、どのようなものを担税力の減殺要素として課税所得の計算上控除するのかは、課税

所得をどのように構成するかという問題と通じる。純資産増加説的な所得概念の一側面として捉えることができるが、「一口に純資産増加説的所得概念といっても、それを現実の税制に組み立てる場合、担税力の減殺要因として、どのような内容の資産損失を控除し、また特殊の消費支出について控除を認めるかどうかという点になると、いろいろの考え方があり、各国の税制にも大きな差異がある。」⁽⁵²⁾とされる。所得税法において、事業所得については、純資産増加説的所得概念のほぼ完全な適用を図り、それ以外の所得については、損失の控除を制限したりすることは、控除を認める財産の減少と所得の処分として控除が認められない財産の減少との間の線引きの問題であり、立法政策の問題であるということになる。

結局のところ、「これらの控除の問題は、所得概念のいかんにかかわらず、各人の担税力に即した課税を目的とする所得税制固有の問題」⁽⁵³⁾ということになろうし、課税対象所得の把握について純資産増加説的な所得概念を採っているとすると、そのことから論理上必然的に課税所得の計算上資産損失を控除項目として導かれるものではないといわざるを得ないと考えられるのである。⁽⁵⁴⁾

本件の裁判において、国側がその上告理由のなかで、「課税対象とすべき所得をどのようにとらえ、また所得の計算上控除すべき経費をどの範囲とするかは租税政策の問題である。」と主張しているが、判決は、所得概念上の必要経費には言及せず、専ら旧所得税法第一〇条にいう「収入すべき金額」の解釈と貸倒損失の関係について判断している。⁽⁵⁵⁾判決は、「もともと、所得税は経済的な利得を対象とするものであるから、究極的には実現された収支によってもたらされる所得について課税するのが基本原則」であるとし、「権利確定主義なるものは、その権利について後に現実の支払があることを前提として、所得の帰属年度を決定するための基準であるにすぎない」という理論構成をと

り、「課税対象とされた債権が貸倒れによって回収不能となるがごとき事態を生じた場合には、先の課税はその前提を失い、結果的に所得なきところに課税したものととして、当然にこれに対するなんらかの是正が要求されるものといふべく、権利確定主義をとることの反面としての要請であるといわなければならない。」⁽⁵⁶⁾としてゐる。

また、昭和三七年改正前の旧所得税法が事業上の貸倒損失の必要経費算入を認めており、⁽⁵⁷⁾「非事業上の債権の貸倒れの場合については、格別の救済方法が定められていなかった。しかし、そのことゆゑに、非事業上の債権貸倒れの場合について同法がなんらかの救済も認めない趣旨であつたと解するのは相当でない。」、さらには、「課税庁としては、貸倒れの事実が判明した以上、かかる是正措置をとるべきことが法律上期待され、かつ要請されているものといわなければならない。」と判示したことは、当時の解釈論としても当然に救済されるとの見解であろうが、このことは、貸倒損失の性格を、所得概念上での担税力を減殺する損失の一態様として把えるまでもなく、「収入（すべき）金額」そのものの縮減であるとの考え方に立脚しているように受け取れる。

三 昭和三七年の資産損失控除規定の評価

——創設規定か確認規定か——

本件判決が、最も事理に即した是正の方法として、「昭和三七年法律第四四号による改正後の所得税法一〇条の六、二七条の二を参照」としていることからみて、この昭和三七年改正法を、貸倒損失の規定に関する限り、創設規定としてではなく、確認規定と解したのではなからうか。少なくとも判決文言からはそのように読み取ってもおかしくないものと考えられる。⁽⁵⁸⁾

貸倒損失は、収入すべき金額そのものが収入し得なくなるものであることから、譲渡代金の貸倒れの場合について

みても、貸倒れとなった部分の金額だけ低い価額で譲渡した（つまり、収入すべき金額がはじめから縮減された金額であった）と解することも可能であるので、確認規定と解する余地がないこともない。仮に、そのように考えられるとしても、貸倒損失に関する規定と同時に立法化された保証債務の履行に伴う求償権損失についても同様に考えることには無理がある。譲渡代金の貸倒損失は、収入すべき金額であった譲渡代金自体の回収不能であるのに対し、保証債務の履行は、従来の判例理論の展開からしても、譲渡代金は收受するのであるし、いったん得られた所得の処分行為である。したがって、その求償権の行使不能という損失を課税所得の計算上考慮すべきかどうかは、まさしく立法政策の問題であり、また、三六年答申の経緯⁽⁵⁹⁾からみても、本条項の規定に関する限り、昭和三七年の立法化は創設規定と考える以外にないものと思われる。

第四節 立法の経緯等からみた本条項の立法趣旨

一 立法趣旨についての一般的理解

本条項は、保証債務を履行するために譲渡した特定の資産に係るその譲渡した年分の譲渡所得、山林所得又は雑所得の金額の計算に関する特例として構成されている。本条項の立法趣旨については、三六年答申からは、税務執行上の問題に対応するため、担税力の減殺という点に着目し、資産の譲渡代金の貸倒損失等とのバランスに配慮した結果の規定と受け取れるのであり、⁽⁶⁰⁾一般的にも、①「譲渡代金自体の貸倒れではないが、譲渡代金は保証債務の履行のために提供されその求償権が行使不能となることよって結果的には資産の譲渡による所得を享受しないものであるから、譲渡代金等の貸倒れの場合に準じ…その所得を修正する」、⁽⁶¹⁾あるいは②「資産の譲渡代金については、回収不能

は生じないのであるが、他人の債務を弁済し、その求償権が行使不能となった場合であるから、実質的には、当該譲渡代金の回収不能の場合と同様に「みなす」⁽⁶²⁾、更には③「あたかも譲渡代金債権等自体の貸倒れになったのと結果的に同じことになるものであるから、この両者の取扱いを同じにしようとの趣旨」⁽⁶³⁾というように、立法趣旨の説明がされている。

裁判例にあらわれた立法趣旨についても、ほぼ同様の内容であり、①「譲渡人に事実上所得が伴わないのであるから、その譲渡所得についての所得税を賦課することが酷であるという配慮によるものと解される（名古屋地裁昭和四年四月五日判決）⁽⁶⁴⁾」、②「保証人は自らの約諾した保証契約によって責任を負担するものではあるが、その実質は他人の債務を代って弁済するのであるから、これを履行した暁には、保証人は本人に対する求償権を行使することによって、終局的負担は免れうるという期待をもつのは当然である。そこで、もし本人に対する求償権の行使ができず、予期に反して終局的損害を余儀なくされた場合は、譲渡所得はなかったものとして、これに課税することは差控えようとする：趣旨と解することができる（甲府地裁昭和四六年一月三〇日判決）⁽⁶⁵⁾」、③「所得税法六四条二項は資産の譲渡代金が回収不能となった場合の所得計算の特例（同条一項）と同一の考慮に基づくもので、主債務者に対する求償を前提とする保証について、保証債務を履行するための資産の譲渡があった場合においても、求償権の行使が不能となった場合には譲渡代金が回収不能となった場合と同様に所得計算上求償不能となった金額が所得計算上存在しないものとみなして課税上の救済をはかるといふものである（大阪地裁昭和五六年六月二六日判決）⁽⁶⁶⁾」等とされている。

このように、計算上は譲渡による所得が算出されるものの、結果的にその所得を享受し得ないことから、事実上所

得が伴わないものに対する課税は酷であるという租税政策上の配慮がその前提にあり、担税力が伴わないことにおいては実質的に譲渡代金自体の貸倒れと同様の事情にあるとの見方をすることにより、両者のバランスを考慮した救済規定であるというのが、本条項の立法趣旨についての一般的な理解の仕方であると考えられる。

二 本条項の位置付けと立法論的批判

一般に、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とと解すべきとされており、いわゆるキャピタル・ゲイン課税であることについては、昭和四三年一〇月三十一日の最高裁第一小法廷判決⁽⁶⁷⁾以来定着した考え方⁽⁶⁸⁾となっている。

譲渡所得課税の本質をこのように解した場合、土地の譲渡代金が保証債務の履行に充てられ、これによる求償権の行使が事実上不能であるとしても、「右保証債務は、本件土地の売却によりその代金を取得すると否とに無関係に…これを弁済しなければならぬものであるから、右代金を右債務の弁済に充てたからといって、本件土地の譲渡による所得がなかったとはいえない。また、右弁済によって発生した主債務者に対する求償権の取立が事実上不能であるとしても、かかる事情は譲渡所得の成否に何らかの消長をきたすものではない⁽⁶⁹⁾」ことになる。つまり、その実現した所得をもって保証債務を履行することは、本来、所得の処分の問題であり、その履行に係る求償権の行使不能による損失は家事費そのもので、各種所得の金額の計算には関係のない事柄である。したがって、本条項の規定は、譲渡所得課税の本質に対しては重大な例外規定として位置付けられよう。

一方、このような例外規定がなぜに設けられたのかの合理的な説明が必ずしも十分でないことから、本条項は、立

法論として妥当な制度であるかどうか疑問であるとする見解も⁽⁷⁰⁾ある。その論点は、第一に対象所得の範囲についての問題である。本条項は、譲渡・山林・雑所得の計算に関する特例であり、給与・退職所得などはその適用対象に含まれていない。この制度と同時に立法化された譲渡代金債権等の回収不能による損失に関する制度は、給与・退職所得などの収入債権の回収不能による損失もその対象とされており「『事実上所得が伴わない』、『結果的に所得を享受しない』」ということは、…資産を譲渡し…た場合だけに限られることではない。例えば、給料や退職金に係る債権を差押えられて保証債務の履行に充てられ、その求償権の行使ができないこととなったような場合にも、給与所得や退職所得などについて同様の⁽⁷¹⁾ことがいい得る」し、譲渡代金債権等の回収不能による損失に関する制度のバランス論からの立法趣旨説明では片手落ちであること。第二には対象損失の範囲についてである。本条項は、保証債務の履行に伴い生じた求償権の行使不能による損失のみに限定しており、これ以外の債権の回収不能による損失は対象としていない。しかし、現実には、担税力や保証債務の持つ一般性⁽⁷²⁾からみて区別がむずかしいし、保証債務という法形式の有無によって課税関係が左右されることは、課税の公平の見地から問題があること等を挙げたうえで、「この制度から生ずる課税の不公平をその解釈適用上できるだけ是正するという見地からすれば、むしろ、この制度の具体的な適用に当っては、その適用要件である保証債務の範囲、保証債務の履行と資産の譲渡との関係などについては、これを厳格に解釈し、適用すべきであり、この制度から生ずる課税の不公平の拡大を防止するという姿勢で対処する⁽⁷³⁾が、消極的ではあるが課税の公平につながるであろう。」と指摘している。

立法論はともかく、本条項の持つ例外規定たるゆえんが抽出されており、本条項の解釈・適用上の重要な問題を含んでいる指摘である。

三 昭和三六年通達の意義

本条項の立法趣旨とするところは、譲渡代金は他人の債務の弁済に充てられ、事実上所得が伴わないことから、実質的には譲渡代金の回収不能の場合と同様の事情にあるとの考え方をとったものといえるし、三六年答申の考え方の基礎をなしているものも、結局のところ、担税力に即応した課税の公平の実現にあるといえる。しかし、本条項の立法化の必然的な要請について、必ずしも納得のいく理論付けがなされているとはいい難いことは、既にみてきたところである。

ところが、この制度が立法化される前年の昭和三六年には、税務執行上、本条項の前身ともいえる国税庁長官通達が発遣されていたのである。したがって、本条項の立法化には、この通達にみるように税務執行上の強い要請があり、その趣旨もこの制度に反映されたものとは考えられないであろうか。この点については、三六年答申から容易に推測できる。すなわち、税制調査会の資産損失制度の基本的な考え方は、「個人の所得概念についていわゆる財産増加税的な概念に立って軽々に現行税法のたてまを修正することは問題⁽⁷⁴⁾」であることから所得計算上妥当な範囲にとどめるというものであり、この考え方からすれば「従来税務執行上問題となっている保証債務の履行により生じた損失等については…依然として控除が認められない⁽⁷⁵⁾」ことは税制調査会も認めている。にもかかわらず、「…その求償で⁽⁷⁶⁾きなかつた限度で譲渡収入がなかつたものとみなすことが適當である」と答申していることは、取りも直さず、税務執行上の問題に対する配慮があつたことを雄弁に物語っているといえよう。

このように考えた場合、本条項の立法化が当時急迫不可欠のものであつた理由、あるいは、当時の税務執行上の事情等がこの三六年通達に集約されているであろうし、本条項の解釈においても、これと無関係にはなし得ないとい

得るであろう。昭和三六年通達は、本条項の解釈・適用に少なからず影響があるものと考えられるので、この通達に
触れないわけにはいかない。

まず、その全文を掲げると

(趣旨)

保証債務の担保に提供されていた資産が、担保権の実行により譲渡された場合には、その担保を提供した者に対しては、主たる債務者に対する求償権の行使ができないときであっても、一般の例により計算された譲渡所得についての所得税等が課税されることになっている。しかしながら、この場合には、事実上所得が伴わないことなどを考慮して、その所得税等については、一定の要件に該当する場合に限り、当分の間、課税しないことに取り扱うことを定めたものである。

(特別な取扱いの適用がある場合)

一 個人の有する資産について、①他人の債務を担保するための抵当権、質権または譲渡担保権(以下これらを「担保権」という。)が設定されていた場合において、②主たる債務者が資力を喪失してその債務の弁済をすることができないためその資産が担保権の実行により譲渡され、③その譲渡代金の全部がその債務の弁済にあてられたときは、④その弁済により生ずる主たる債務者(共同保証等の場合における主たる債務者以外の被求償者を含む。以下二において同じ。)に対する求償権の全部についてその行使が明らかにできないと認められるときに限り、その資産にかかる譲渡所得もしくは山林所得についての所得税または再評価税については、当分の間、課税しないことに取り扱うこと。

(求償不能の場合)

二 一の「求償権の全部について、その行使が明らかにできないと認められる」かどうかは、主たる債務者の支払能力等の実情により判定すべきであるが、所得税法に関する基本通達(昭和二六年一月一日直所一―二)二七〇の各号に掲げる場合にあっては、原則として、求償権の行使ができないものとする。

(特別な取扱いの適用がない場合)

三 一の取扱いは、課税上弊害があると認められる場合、たとえば、担保権の設定が、その設定時において、弁済期限が到来するも主たる債務者に弁済能力がないことを知ってなされたと認められる場合等には適用しないものとする。

(施行期日)

四 この通達は、今後処理するものから、これにより取り扱うものとなることとなる。

この通達化の直接の動機については、保証債務の弁済のために担保に提供されていた資産がなかば強制的に譲渡されたものであり、譲渡による所得が税法上はあったとしても、事実上は収入が全くないのであるとして、課税の免除方について苦情相談があり、このように、資産が債務者の資力喪失に伴う担保権の実行により譲渡された場合において、その担保物たる資産を提供した保証人に対して譲渡所得等を課税した事案については、事実上所得税の納付が困難である等の理由から税務争訟に持ち込まれるものもある(17)ので、何らかの形で問題の解決を図る必要があるのではないかと(17)して、この種の事案の検討を開始したと説明されている。また、その検討内容につ

いては、大要次のように紹介されている。⁽⁷⁸⁾

同様の事案について分析検討したところ、物品の製造販売を業とする中小企業が、金融機関から融資を受け、または、商品原料の仕入につき手形取引を行うに当って、その会社の主宰者が自己の所有する不動産に抵当権、質権、または、譲渡担保権を設定して、これを担保に供していたが、会社の経営が不振となり債務の弁済を行うことが不可能となったために、担保財産は競売に付され、担保を提供していた者もまた自らの主宰する会社に対する求償をすることができず、したがって納税することができなくなったという典型がみられた。

所得税法の厳格な解釈、適用を行えば、このような事例は課税上救済されないものであるが、それは、課税及び徴収の面からして実情に沿わないことから、取扱上において何らかの救済措置が必要である。その方法としては、①求償可能額を譲渡所得等の計算上の収入金額とする方法、②求償不能額を雑損として控除する方法、③求償不能額を譲渡所得等から控除する方法の三つが考えられるが、いずれも、立法政策によって解決されるべき問題であって、取扱いによってこのような方法をとることはできない。

結局、問題の立法措置による解決は別として、租税行政上の見地から取扱いによるものが許される範囲でこれを解決するためには、救済の必要ありと認めることに何人も異議のないものについて、通達によって救済することとした。この場合における救済は、事実上収入を伴わない資産の譲渡であるために所得税の負担能力がないことを主たる理由として、その資産の譲渡による譲渡所得または山林所得にかかる所得税を課税しないという方法により取り扱うこととした。

以上からみる限り、所得税の負担能力が伴わない資産の譲渡であるため、課税・徴収の両面において立法化を

待てない急迫不可欠な税務執行上の事情があったといえる。また、取扱いによって課税関係を左右させる事柄であるだけに、「救済の必要ありと認めることに何人も異議のないもの」としなくてはならないことから、本条項の規定に比べ、厳格な内容となっている。主な相違点をあげれば次のとおりである。

イ、譲渡資産の範囲が担保物に限定されていたこと。

ロ、代位弁済により保証人が取得した求償権の全額について、その行使ができない場合に限定されていたこと。
ハ、担保物の譲渡による収入金額の全額が債務の履行にあてられた場合に限定されていたこと。

なお、課税上弊害があると認められた場合には、この通達の適用はされないこととなっているが、その具体的な例としては、①自己が資金を借りてこれを運用するにもかかわらず、他人名義の借金としてその他人の債務について担保する形式をとった場合、②主たる債務者が債務不履行の状況に至ってから担保権を設定した場合、③担保権設定の時において、主たる債務者が弁済期が到来しても弁済不能であることが十分に予想されていた場合、などが考えられていた⁽⁸⁰⁾ようであるが、これらの考え方は、本条項の解釈・適用についても参考になるものと考えられる。

(1) その損害を受けた資産の時価により計算した損失額（保険金等で補てんされた額を除く。）のうち、所得金額の一〇分の一をこえる部分の金額を所得金額から控除する（旧法一一条の四）。

(2) 昭和三十六年一二月税制調査会答申及びその審議の内容と経過の説明（以下「三六年答申及び経過等の説明」という。）五四八・五四九頁。

(3) アメリカ、イギリス及び西ドイツにおける資産損失制度について、次のように紹介している（同上五四九・五五〇頁）。

(イ) アメリカ

アメリカでは、わが国の場合に比べて比較的広く損失の控除を認めている。事業により生じた損失及び利潤をうるための取引により生じた損失は一般的に控除が認められる。この場合、事業上の資産の損失は一般的に事業より生じた損失として控除が認められている。

また、非事業用資産が火災、嵐、難船その他の災害又は盗難により損害を受けた場合には、その資産の時価又は取得価額のいずれか低い価額により計算した損失額で保険金その他により補てんされない部分の金額は、雑損控除として課税所得から控除が認められる。この雑損控除が適用される損失の原因は、自然力その他の外的な力により、かつ、突然の予想外の又は異常な原因により発生したものでなければならず、漸次的な老朽、侵蝕等による損失は含まない。

なお、非営業貸金の貸倒れ損失及び保証債務を履行した場合の求償権の回収不能による損失は、キャピタル・ロスとして取り扱われる。

(四) イギリス

イギリスでは、わが国のような一定の事由に該当する場合の資産損失を一般的に救済する制度はなく、一部のスケデュールにおける所得の計算上、ある種の資産損失の控除を認めている。

すなわち、スケデュール A (不動産所有によるみなし所得) 又は B (山林占有による所得) においてこれらの所得の基因となる資産についての災害損失を、また、スケデュール D (事業所得) において在庫損失及び貸倒れ損失を、それぞれの所得計算上控除することを認めているが、事業用固定資産の除却損及び廃棄損については、スケデュール D の所得の計算上控除されない。

(五) 西ドイツ

西ドイツでは、商工業所得については、その所得を増加した財産額を基準として計算するたてまえをとっている関係上、事業用固定資産に係る損失は、直接的に控除するという方法をとらず、納税者の特別な負担のうち、事業支出又は必要経費として控除できないものを異常負担控除として課税所得から控除することが認められる。

上記の異常負担とは、納税者の負担に帰した支出で、その負担が異常かつ不可避であるものをいう。(中略)
なお、このような西ドイツの制度は、資産損失そのものの控除ではなく、異常負担という事実があった場合に、これを担

税力の減殺要素として控除を認める制度であり、したがって、資産が災害を受けたような場合にも、その損失を受けた資産を復旧ないし再調達する過程において認められる控除であることに注意すべきである。

(4)(5) 一般に、制限的所得概念を採る考え方を所得源泉説といい、包括的所得概念を採る考え方を純資産増加説(三六年答申は「財産増加説」と呼んでいる。)という。なお、これについては第三節参照。

(6) 三六年答申及び経過等の説明五五〇頁。

(7) 同上、五五一・五五二頁。

(8) これらの資産が災害等により損害を受けたときは、家庭用の資産と同様に雑損控除の対象とされており、また、事業用の固定資産が譲渡された場合の損益は、譲渡所得の損益とされている。

(9) この考え方は、事業の所得はその事業に投じられた総資産の運用の成果としてあらわれるものであり、結果的には、資産の損失を通算した後において純資産の増加としては握されるところである。これは、個人の消費生活を含まない純粹の事業としての法人の所得計算の考え方にみられるところである(三六年答申及び経過等の説明五二二頁)。

(10) この考え方は、以下に述べるような観点にたっているものと思われる。すなわち、所得税は、個人の担税力に応じて課税するものであるが、個人は、消費生活を営むものであるところから、これに対しては、一般的な基礎控除等の設定により個人消費による担税力の減殺を織り込んだ所得の高さを基準として、担税力をは握せざるを得ない。しかし、通常の消費生活において予期しない異常な損失があつた場合には、所得を基準として課税する制度だけでは、その損失が實際上その担税力を低下させているにもかかわらず、これを課税に反映させる途がない。したがって、この種の異常な損失については、特別に課税上配慮を加えることが担税力に即応した公平な課税を実現するゆえんである(同上)。

(11) 昭和三七年一月「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(大蔵省主税局)」(以下「三七年税制整備の審議経過」という。)(一三三頁)。

(12) 同上二三・一四頁。

(13) 同上二五頁。

(14) 三六年答申及び経過等の説明五五二頁。

- (15) 事業用の資産を除く。
- (16) 三六年答申及び経過等の説明五五三・五五四頁。
- (17) 同上五五四頁。
- (18) 三七年税制整備の審議経過をいう。
- (19) 同上二五頁、本節の二参照のこと。
- (20) 同上二七頁。
- (21) 資産損失制度の沿革については、藤田良一稿「所得税法上の資産損失制度に関する一考察」税務大学校論叢一三号一二二頁以下が詳しい。
- (22) それ以前は分類所得税及び総合所得税の二本建制がとられていた。
- (23) 譲渡所得の対象となる資産はこれらに限定されており、その他の資産、例えば車輛運搬具、機械器具、書画骨とうなどの資産は除外されていた。
- (24) その年中の譲渡資産の収入金額の合計額―譲渡資産の取得価額等の合計額Ⅱ譲渡所得金額とされていた(昭和二三年改正法九条一項七号)。
- (25) 山林所得以外の所得との損益通算は認められない(昭和二二年改正法九条三項)。
- (26) 昭和二二年改正法では除外されていた資産の譲渡も譲渡所得の対象とされた。
- (27) 譲渡所得の金額の計算上生じた損失は、他のすべての所得との間で損益通算ができることとなった。
- (28) その後、昭和四〇年法律第三三号による所得税法の全文改正により、現行の規定となり第六四条一項及び二項に収められた。
なお、昭和四九年法律第一五号の改正により、第六四条第二項の規定の適用について申告要件とする旨追加された。
- (29) 昭和三七年法律第四四号による改正前の所得税法。
- (30) 同条一〇条一項。
- (31) 「所得税法における課税所得の計算は、いわゆる権利確定主義の原則により、資産の譲渡代金等の請求権が確定した場合に所得が実現したものととして課税することにしてゐる。そこで後目その代金等が回収不能となった場合の取扱いが問題となるが、従

来は、事業上の貸倒損については事業遂行上の不可避免的損失であることを考慮し、その貸倒れの事実が生じた年の必要経費として取扱う一方、事業以外の債権の貸倒れについてはその年の収入とは無関係な損失であるという見地から必要経費の概念と相容れないものとして課税無視されていた。」(柿谷昭男稿「所得税制の整備に関する改正について」税経通信一七卷六号五六頁)。

- (32) 昭和三十七年法律第四四号による改正前の所得税法。
- (33) 東京高判昭三四・一二・二六行集一〇卷二二号二四九五頁、税資二九号一四五一頁。
- (34) 行集八卷一十二号二二五一頁、税資二六号一一三五頁。
- (35) 民集一九卷六号一六八八頁。
- (36) 事業上の貸倒れ損失については必要経費として取扱われていた。
- (37) 柿谷昭男稿前掲五六頁。
- (38) 大阪地判昭五七・七・一六税資一二七号二〇七・二〇八頁。
- (39) 藤田宙靖稿「第三者の債務の担保に供されていた抵当不動産が競売に付せられた場合における求償権の取立不能と譲渡所得の成否」法学協会雑誌八三卷四号六五〇頁。
- (40) 東京地判昭四一・六・三〇行集一七卷六号七二五頁、訟務月報一二卷一〇号一三八五頁。
- (41) 東京高判昭四二・一二・二六訟務月報一三卷一三号一六五〇頁、税資四八号六八五頁。
- (42) 民集二八卷二号一八六頁。
- (43) 同上一九二頁。
- (44) 同上一九二・一九三頁。
- (45)(46) 昭和二二年法律第二七号による所得税法の全文改正で譲渡所得が、同年法律第一四二号による所得税法の一部改正により一時所得が課税対象とされた。
- (47) シャウブ勧告に基づいて行われた昭和二五年法律第七一号による所得税法の一部改正により、①譲渡所得の金額の計算上生じた損失の完全な損益通算、②災害又は盗難により、たな卸資産以外の資産について生じた損失額が総所得金額の一〇%を超える

ときは、その超過額を雑損控除として総所得金額から控除する、③青色申告に係る純損失の繰越控除及び雑損失の繰越控除、がとり入れられた。

しかし収入面の純資産増加説への移行の早さに比べ控除面でのそれは大分遅れたといわれる。

(48) 所得源泉説はノイマンの所得理論であり、氏は所得を「継続的な収入源の規則的な結果としてある人に分配され、彼が自己の利益のために処分できる財、貨幣価値的給付及び他人の物の利益の総体」と定義付けている。

一方、純資産増加説は、ゲオルグ・シャッツの所得理論であり、氏は所得を「一定時期における純資産の増加で、これに利益及び他人からの貨幣価値的給付を含めたもの」と定義付けている(田中二郎著「租税法」三六九〜三七二頁参照)。

(49) 植松守雄稿「所得税法における『必要経費』と『家事費』」(一橋論叢八〇巻五号五九〇頁)。

(50) したがって、所得計算上控除される経費とはならない。

(51) 「正確にいえば、純資産増加説を個人に適用する場合には、純資産の増加プラス消費支出をその所得と考えそれにしても、財産損失を無条件で控除項目と考えるのは問題である。」(植松守雄稿「所得税法の諸問題——所得の概念——」税経セミナー一四巻二号一七頁)。

(52)(53) 植松守雄稿「所得税法における『課税所得』をめぐって」(一橋論叢七七巻二号一四八頁)。

(54) 三六年答申の基本的な考え方も、必要経費に該当しない資産損失ないし支出の控除の問題は所得概念からくる考え方とは、本質的に異なっているとされている(三七年税制整備の審議経過一三頁参照)。

(55) 従来の裁判例は、公法上の不当利得について、その原因となった行政処分が無効であるか、又は権限ある機関により取り消されない限り不当利得は生じないとしているが、本件の場合には、課税処分を無効としないまま不当利得が成立するとしている。

この点について、佐藤繁最高裁調査官は、「公法上の不当利得に関する原則との抵触を避けようとするれば、まず、貸倒れの発生により課税処分が後発的に無効になるとする構成が考えられる(金子・自治研究四五巻七号一七九頁)。しかし、これを認めると、滞納処分の効力にまで影響が及ぶことになるのは認めできない。また貸倒所得課税という後発的違法の問題は課税処分の公定力の客観的範囲外にあるとする見解もあるが(兼子仁・本誌四四四号一五六頁)、その前提である公定力範囲論(同・行政行為の公定力の理論「第三版」三六二頁以下)は、まだ確立されたものとなっていない。……本判決は……課税処分の効力の主

- 張を相対的に制限することにより、処分の効力との抵触回避を図ったもの……」と述べている（ジュリスト五六七号五七頁）。
- (56) 権利確定主義についての本判決の立論には、所得の成立についての通説的な見解（経済的利益が確定的、かつ排他的に特定の者に帰属した時に発生する。）と異なるところから問題があるとの指摘がある（堺沢良稿「判例からみた租税法律関係と私法との交鎖」税務大学校論叢一一号一二二頁、関根達夫稿「本判例評釈」税務事例六卷一〇号一九頁）。
- (57) 昭和二六年所得税基本通達二六七は、「規則第一〇条の五の『当該事業に関し生じた』貸金とは、販売業者等の売掛金、金融業者の貸付金のように当該事業の遂行上生じたもので、それが貸倒れとなった場合において、当該事業所得の必要な経費に算入されるべきものをいう」としているが、昭和二五年の税制改正で青色申告を要件として、事業所得につき貸倒準備金勘定繰入額の必要経費算入制度が創設されたことからみて、この改正前の法律の解釈上も当然に事業所得を生ずべき業務に関して生じた売掛金、貸付金等の貸倒損失は必要経費に算入されると解されている（藤田良一稿前掲一四七頁参照）。
- (58) 堺沢良稿前掲一二六頁参照。
- (59) 三六年答申は、税務執行上への配慮から保証債務の履行により生じた損失等を控除すべきであるとしたと考えられることについては第一節で述べた。
- (60) 三六年答申は、「債務保証を行ない、その履行のために資産の譲渡があった場合において、その履行に伴う求償権の全部又は一部が行使できないときは、(1)（資産の譲渡代金の貸倒れ等による損失）の場合と同様……」と表現されている（三六年答申及び経過等の説明五五四頁）。
- (61) 柿谷昭男稿前掲五六頁。
- (62) 伊藤稔博稿「資産の譲渡代金等の回収不能等と所得税の更正の請求」税経通信一八卷一一号一〇八頁。
- (63) 吉良実稿「保証債務をめぐる税務の問題点」税理二二卷五号九頁。
- (64) 税資五六号四六八頁・四七一頁。
- (65) 税資六三号一〇四六頁。
- (66) 税資一一七号七五二頁、判例時報一〇三七号九五頁。
- (67) 税資五三号七九九頁、訟務月報一四卷一二号二七頁。

- (68) 最判(第三小法廷) 昭四七・一二・二六民集二六卷一〇号二〇八三頁及び最判(第三小法廷) 昭五〇・五・二七民集二九卷五号六四一頁も同様に判示している。
- (69) 名古屋高判昭五〇・一一・一七税資八三号五三〇頁。同判決は昭和三五年分所得税についてのものである。同判決は上告審判決(最判(第一小法廷) 昭五三・三・二税資九七号四五二頁)でも是認されている。
- (70) 藤田良一稿前掲二〇八頁以下。
- (71) 同上二〇九頁。
- (72) 保証債務の一般的特殊性として①利他性、②人的責任性、③無償性、④情義性、⑤未必性、⑥軽率性があるとされる(西村信雄編「注釈民法(11)債権(2)」一五〇頁以下)。
- (73) 藤田良一稿前掲二一四頁。
- (74) 三六年答申及び経過等の説明一五頁。
- (75) 三七年税制整備の審議経過一七頁。
- (76) 同上。
- (77) 内藤彰稿「担保権の実行に伴う保証債務者の資産の譲渡に対する譲渡所得等の課税上の取扱いについて(上)」国税速報一四四一号(昭三六・八・二二)二頁。
- (78) 同上二頁以下。
- (79) 同上七頁。
- (80) 同上「(下)」国税速報一四四二号(昭三六・八・二四)四・五頁。

第二章 保証債務の成立及び保証人の責任

本条項は、「保証債務を履行するため資産の譲渡があつた場合」の特例規定であるが、「保証債務」という用語は民法上の概念である。したがつて、本条項を解釈する上で、保証債務という概念が民法上においていかなる意味内容が与えられているかも重要な問題である。すなわち、租税法における私法からの借用概念の解釈の問題が生ずる。

民法上の保証債務を論じるのは本稿の目的とするところでないが、次章以下に考察する本条項の解釈・適用上の問題と密接なつながりをもっていることから、民法上の保証債務について、通説とされるものを中心として必要最小限に整理してみることにする。

第一節 保証債務とは

一 民法上における保証債務の意味内容

民法に規定する保証債務とは、主たる債務者が自己の債務を履行しない場合に、その履行の責に任ずることによつて、主たる債務を担保するものであり（民法四四六条）、その作用は、専ら債権担保の目的をもつものである。このことから、保証は人的担保と称され、抵当権等特定の財産を担保とする制度を物的担保と称するのに対比される。

保証債務は、主たる債務と同一の内容を有し、主たる債務が履行されない場合に、保証人がこれを履行することによつて、債権者に主たる債務が履行されたと同一の利益を与えようとするものである。すなわち、保証債務と主たる

債務とは同一の内容でなければならぬのであり、しかもこのいずれか一方が履行されることによって地方が消滅するという関係にある。この点においては、連帯債務と変わりがない。しかし、連帯債務は、各債務が単一の目的を達するために併存する手段とされ、各債務が自主独立の地位を有するのに対し、保証債務は、専ら主たる債務の履行を担保する手段とされ、そこに主従の関係を生ずる。この主たる債務に対して附従性を有する点⁽²⁾がまさに保証債務の特質であるといわれる。

民法第四四六条ないし第四四五条において規定している保証債務は、主たる債務に附従するところの附従的保証のみを意味し、通常の用語として単に「保証」ないし「保証債務」という場合は、民法第四四六条以下に規定する附従的保証だけを意味すると解されている。これに対し、広義における保証も概念として定立することは可能であり、かつ必要とされる。⁽³⁾この広義の保証とは、保証人が債権者に対し、被保証人の行為その他被保証人に関する一定の事由による不利益をこうむらせないことを確約する契約を総称し、附従的保証のほか、保証人が全く独立の債務を負担する独立的保証をも含めた概念とされる。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

一方、上記のように附従性の有無による保証の区分とは別に、保証される債権契約に着目した場合、継続的保証と一時的保証とがあるとされる。前者は、身元保証や、賃貸借契約・当座貸越契約・手形割引契約など継続的債権契約たる特質を備えている保証であり、後者は、通常行われる金銭消費貸借契約の保証のように一時的債権契約たる性質を有する保証をいう。継続的保証であっても、附従性を有せば、民法に規定するところの保証債務に当然に含まれるが、民法第四四六条以下の規定は一時的保証に着眼した規定であるため、身元保証以外の継続的保証に関しては特別の立法もなく判例法に委ねられているとするのが通説となつて⁽⁶⁾いる。

二 保証債務の法的性質

保証債務の法的性質については、一般的に次のように解されている。

- (1) 保証債務は主たる債務の一部ではなく、主たる債務とは別個の債務である（保証債務についてさらに保証するところの副保証も有効である。主たる債務が民事債務で、保証債務が商行為によって生じたものである場合には、主たる債務の消滅時効は一〇年であるが、保証債務の消滅時効は五年である⁽¹⁾）。
- (2) 保証債務は主たる債務と同一の内容を有する（主たる債務は、原則として代替的給付を内容とすることを要するが、一般的代替性ではなく、債権者との間で代替性が認められればよい。不代替的給付を目的とする債務について保証した場合には、主たる債務が不履行によって損害賠償債務に変わることが停止条件として保証をなしたものと解されている⁽²⁾）。
- (3) 保証債務は主たる債務に附従する（主たる債務が無効であるかまたは取り消されたときは、保証債務も無効である（民法四四九条）。主たる債務の内容に変更を生じたときは、保証債務の内容もそれに応じて変更する（同四七条一項）。主たる債務が消滅するときは、保証債務もまた消滅する。保証債務は、その目的または態様において主たる債務より重いものであってはならない（同四四八条）。保証人は、主たる債務者が有する抗弁権を援用し得る（同四七条二項））。
- (4) 保証債務は、主たる債務者に対する債権に随伴する（主たる債務が移転されるときは、保証債務もこれと共に移転する）。
- (5) 保証債務は、原則として補充性を有する（主たる債務が履行されない場合に第二次的に履行すべき債務であ

る。ただし、保証人に対する履行請求は、主たる債務の不履行を積極的な要件とするのではなく、債権者が保証人に対して履行請求した場合に催告（民法四五二条）・検索（同四五三条）の抗弁権を行使し得るにすぎない。

なお、連帯保証の場合は、保証債務は補充性はなく、連帯保証人は上記の両抗弁権を持たない（同四五四条）。
三 保証債務の種類

保証は、債権者と保証人との間の契約で成立するものであり、その内容は、保証の本質に反しない限り自由に定めることができる。また、主たる債務の態様には、物的担保の場合ほどの制限もなく、種々の債務について、種々の内容のものとして成立し得ることから保証の種類はかなりの多数にのぼる。民法が特則を設けたのは、連帯保証と共同保証⁽¹⁰⁾であるが、このほか、講学上保証の種類とされているものには、副保証⁽¹¹⁾、再保証⁽¹²⁾、求償保証⁽¹³⁾、賠償保証、根保証・信用保証⁽¹⁴⁾がある。また、金融界等における新保証形態も出現している⁽¹⁵⁾。

なお、民法上の保証債務ではないが、法律の規定によって生ずる連帯債務のうち、本来の債務者の履行または資力を担保する目的を有するもの（合名会社の社員の責任など）は、保証責任たる実質を有するとされる⁽¹⁶⁾。

一方、保証債務と極めて類似するため、それが民事上の保証に当たるかどうかが問題となる場合もある。物上保証人は、債権者に対して給付すべき義務を負わず、担保物を限度とする物的有限责任（いわゆる「債務なき責任」）を負担するだけであるので、法的意味では保証人ではないとされており、手形保証も要式の単独行為による債務負担であること等から民法上の保証とは異なる⁽¹⁷⁾とされる。また、損害担保契約は、保証と近似するが附従性を欠く点で民法上の保証とは区別⁽¹⁸⁾され、身元保証や与信契約などは、主たる債務者が債務を負担することを前提としないときは、一種の損害担保契約となるとされている⁽¹⁹⁾。
⁽²⁰⁾

第二節 保証債務の成立要件

一 保証契約

保証債務は、通常、債権者と保証人との間の契約（保証契約）によって成立する（約定保証あるいは契約保証と呼ばれる）。もっとも、今日では、遺言で、特定の者に一定の金銭を贈与し、長男を主たる債務者、その他の子を保証人とするような「遺言保証」の成立をも認めるとするのが通説(21)となっている。また、合名会社の社員の責任（商法八〇条）など法律の規定によって生ずる連帯債務であっても、それが本来の債務者の履行、又は資力を担保する目的をもつものであれば保証責任と考えるという、「法定保証」を認める立場もある(22)。

いずれにしても、保証債務の成立には保証契約が重要な役割を担っており、その保証契約の特色としては、次のように説明される(23)。

(1) 保証契約は、債権者と保証人との間の契約であるから、保証人と主たる債務者の間の事情は、保証債務の内容に直接の影響を及ぼすものではない（保証人となることを依頼されたかどうか、主たる債務の金額や態様、保証人の責任などについて主たる債務者が保証人にどのように説明したかなどは保証債務の成立には関係ないとされる(24)）。

(2) 保証債務の内容は、専ら、保証契約の解釈によって決められる（保証債務の態様・範囲は、一方では、保証債務の附従性から主たる債務の態様によって影響を受けながらも、他方では、保証契約によって決定される。附従性と契約とがかみ合わない場合には、保証契約によるとするのが一般的である。）。

なお、法律の規定（民法三八四條三項）や裁判所の命令（同二九條一項、八三〇條四項）、一定の者の請求（同四六條一項、六五〇條二項）によって保証人を立てる義務を負わされる場合でも、保証債務は保証契約によって成立する。

二 保証契約の当事者

保証契約は債権者と保証人との間の不要式の諾成契約であるから、その当事者は債権者と保証人である。保証人は、主たる債務者から頼まれて保証人となる場合が普通であるが、主たる債務者の委託の有無は保証契約の要件ではない。したがって、委託が無効でも、当然には保証契約の効力に影響はないし、委託のない保証も有効である。⁽²⁴⁾ また、保証人が他に保証人がある等の主たる債務者の虚言を信じて保証契約をしたとしても、単なる動機の錯誤となり、保証契約の効力には影響しないとされる。⁽²⁶⁾ 委託の有無、主たる債務者の意思に反する保証などは、求償関係のレベルで問題になるにすぎない。主たる債務者が積極的に動いて、保証契約書に保証人の署名捺印をもらい、主たる債務者がこれを債権者に交付することが多いといわれる。保証人が不完全な保証契約書に署名捺印して、主たる債務者任せという場合もあるが、このような場合には、保証人は、債務者に保証契約についての代理権を与えたものと解するのが通説である。⁽²⁷⁾ 更に、判例は、債務者が保証人の承諾した範囲を越えた保証契約を締結した場合において、債権者が過失なくその事情を知らないときは、表見代理の規定によって、保証人は契約通りの責任を負わなければならないとし、保証人が、保証契約が締結される前に、債務権に対して保証人となる意思を撤回しても、その契約証書が利用されたときは、保証人は表見代理の規定によって、責任を免れることができないとする。⁽²⁸⁾

保証人となり得る者の資格は別に制限されていない。ただ、債務者が、法律または契約によって保証人を立てる義

務を負う場合には一定の制限がある。すなわち、①能力者であること、②弁済の資力を有すること、の二つである（民法四五〇条一項）。保証人が②の要件を欠くに至ったときは、債権者において、その条件を備える者を保証人とするよう請求できる⁽²⁹⁾（同条二項）。

三 主たる債務の存在

保証契約の本質的内容は、保証債務の成立にあるが、保証契約は、「特定の債務（主たる債務）を保証する債務（保証債務）の成立を目的とする債権者と保証人との契約」であって、主たる債務なしには成立し得ない性質上、主たる債務が存在しないときは保証契約も成立し得ない。

主たる債務が条件不成就により不成立のときや、偽造文書による貸借であってその効力を生じないときなどの場合は、保証契約も効力を生じない。ただし、数人の連帯債務者のために保証した場合は、その中に一部偽造のものがあつたとしても、有効に成立した債務のための保証としての効力は生じ、利息制限法の制限を超える消費貸借の保証も、法の制限内において有効とされる⁽³⁰⁾。

保証契約として締結された契約であっても、主たる債務が存在しなければ保証ではない。それが損害担保契約となる場合もあるが、各場合における当事者の意思解釈によって決定される⁽³¹⁾。

四 保証文言と保証内容の認定

保証契約は、保証する旨の契約（諾成・不要式）であるから、保証文言は書面による必要もなく、また、一定の形式があるわけではない。保証契約か否か及びその内容等は諸般の事情から類推判断して認定することになる⁽³²⁾。

(1) 保証債務か否かの認定

権利義務に関する証書に、単に「証人」と肩書して署名捺印するのは、一般には保証の意思表示とされ、また、「引受け」という表現も、一般的には保証の意味と解すべきとされる。⁽³³⁾

(2) 保証と他のものとの認定関係

イ、保証債務か連帯債務かについては、両者は近似するが、附従性の有無で決定的に異なるので、当事者の意思解釈を基準として決めると解されている。連帯者に負担部分がないときは、原則として連帯保証と推定すべきであるとする見解もあるが、借用証書に連帯債務者と記入されているときは、実質が保証であっても、特別な事情がない限り、連帯保証と認定すべきではないという非公式先例もあって、基準を立てることは困難とされる。⁽³⁴⁾

ロ、保証債務か損害担保契約かは、主たる債務の存在を前提とするか否かで区別されるので、当事者の意思解釈で決めるとしても特に認定問題は生じない。

(3) 連帯保証か単純保証か

連帯保証と単純保証の差異は補充性(催告・検索の抗弁権)の有無にある。そのほかに保証人に対する履行請求の効力如何がある。学説は、専ら当事者の意思の解釈により決すべきであるとする。ただし、催告・検索の両抗弁権の放棄は必ずしも常に連帯保証を生ぜしめるものではないと解されている。⁽³⁵⁾

また、判例には、連帯保証は必ずしも借用証書にその旨の記載があるを要せず、各種の証拠によって認定してよいものとするものと、逆に、連帯保証人としての署名捺印があっても、他に証拠があれば、それと異なる事実を認定してよいとするものもある。⁽³⁶⁾

なお、手形保証で、かつ民事上の保証も推認される場合には、連帯保証と推定してよいと解されている。⁽³⁷⁾
(4) 共同保証の場合

数人の担保的債務者が、単に「連帯」という文言を使用した場合には、①保証連帯、②連帯保証、③連帯債務のいずれになるかといった問題が生じるが、この場合にも上記と同様に諸般の事情から類推判断することになる⁽³⁸⁾と解されている。

第三節 保証人の責任

一 保証債務の範囲

保証責任の基本は、「保証人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ為ス責ニ任ス（民法四四六条）」にあり、保証債務の範囲を確定する場合、保証債務の附従性および保証契約の具体的内容がその基準となるのは当然のことであるので、保証契約に特約があればそこに従うことになる。特約がない場合には、保証債務の元本金額の他、利息違約金、損害賠償その他すべてその債務に従たるものを含むとされる（同四四七条一項）。この場合の保証責任の及ぶ各債務は次のように考えられている。

(1) 利息には遅延利息は含まない。遅延利息はその性質上、履行遅滞にもとづく損害賠償とされる。また、利息制限法の法定利率を超える場合には、法定利率の範囲内とされる。⁽³⁹⁾

(2) 違約金は、その性質が、損害賠償額の予定であるうと、また、その他債務不履行に対する約定損害金であるとを問わない。

- (3) 損害賠償については、債務不履行によるもの、契約解除によるものをいずれも含むとされるが、契約解除による原状回復義務を含むか否かについては見解が分かれる。これを含むとする見解が有力である。⁽⁴⁰⁾
- (4) 債務に従たるものとは、訴訟費用、解約申入の費用、契約締結費用、催告の費用等で主たる債務者の負担に帰すべきものと解されている。⁽⁴¹⁾

なお、保証債務の範囲を、保証契約において、主たる債務の範囲内における一部額に限定すること（一部保証）も可能であるが、この場合には、主たる債務につき保証相当額が弁済されたとき、保証債務は消滅するの⁽⁴²⁾か、あるいは、残債務につきなお保証限度額の責を負うかの問題が生じる。その保証契約の解釈によるが、特に明示されていない限り、後者と解すべきものとされている。⁽⁴²⁾

二 保証人または主たる債務者に生じた事由の保証責任への影響

- (1) 主たる債務者について生じた事由

保証債務は、主たる債務の変更に応じてその内容を変更するものである⁽⁴³⁾ので、主たる債務者について生じた事由は、原則として、すべて保証人について効力を及ぼすとされる。

ただし、主たる債務の成立後に、債権者と主たる債務者との合意により変更されたものは、主たる債務の目的または態様を軽くするもの⁽⁴⁴⁾に限り、保証人に効力を及ぼす。

主たる債務の消滅は、その原因を問わず、常に効力を及ぼすが、主たる債務について限定承認が行われた場合には問題となる。相続人の責任は、相続財産の範囲に縮減されるが、債務そのものは縮減されないから、保証人の責任には影響しないと解されている。⁽⁴⁵⁾主たる債務者の破産で、主たる債務の一部が免除された場合や会社更生

法による更正手続の開始決定も保証人の責任には影響しないとされる。⁽⁴⁶⁾

主たる債務者について時効中断の事由を生ずるときは、常に保証人についても効力を及ぼす（民法四五七条一項）。請求はもちろん承認も同様とされ、連帯債務の場合は、請求以外の事由は時効中断にならないのと異なる。したがって、これらについて連帯債務の規定が適用される連帯保証の場合に、連帯債務の規定によるのか保証債務の規定によるのか問題となるが、判例、通説とも連帯債務の規定を適用せず、附従性理論によって保証債務の規定によるとしている。⁽⁴⁷⁾

主たる債務が譲渡され、主たる債務者について債権譲渡の對抗要件（通知・承諾）を備えれば、保証人についても効力を生ずる。確定日附による必要はない。⁽⁴⁸⁾問題は、主たる債務の一部が弁済されているのに、主たる債務者が「異議を留めない承諾（同四六八条）」をして譲受人に対して当初の債務全額を負担する場合の保証人の責任についてである。判例は、債務者の意思表示によって保証人の責任を加重すべきではないとするが、債務者の承諾に一種の公信力を認めて債権譲渡の安全を図ろうとする制度の趣旨からみて保証人も拘束されるとする見解もある。⁽⁴⁹⁾

(2) 保証人について生じた事由

保証人について生じた事由は、主たる債務者に対して影響を及ぼさない。ただ、連帯保証の場合は、連帯債務の規定が適用されるので、①連帯保証人に対する請求が主たる債務者についても効力を及ぼし（民法四三四条）、②連帯保証人と債権者との間に混同を生じたときは、弁済したものとみなされる（同四三八条）こととなる。

三 保証債務の相続性

保証契約は、通常当事者間の信頼関係がかなり大きなウェイトを占めることから、その相続性が問題になるが、その保証が一時的なものであるか、継続的なものであるかによって判例：学説共その結論を異にする。

(1) 一時的保証の相続性

保証人の主たる債務者に対する信頼及び保証成立の経緯⁽⁵⁰⁾、あるいは保証を純粹無償契約にしてかつ継続的關係を発生せしめるものとして、保証一般についてその相続性を否定する見解もあるが、判例及びほとんどの学説は、一時的保証債務については、一般の債務と同様にその相続性を肯定する⁽⁵¹⁾。

(2) 継続的保証の相続性

継続的保証債務については、相続開始時に既に確定している支分的保証債務は別として、その保証額を予め知ることができない内容不確定なものは、保証人個人の主観的な色彩が特に強く、特別の事情がない限り、当事者自身に終始すべきもので、相続人に承継されないとするのが判例の基本的な動向である⁽⁵²⁾。このような判例の一身専属性理論に対しては、学説上種々の批判もあるが、広汎な相続性を否定しようとする判例の結論に対しては学説も同調している。主な継続的保証についての判例理論は次のようである⁽⁵³⁾。

イ、身元保証

身元保証は、保証人と被保証人との間の相互信用関係を基礎とし、保証責任の範囲も著しく広汎であるところから、特別な事由のない限り一身専属義務と解して、その相続性を否定する。

なお、身元保証法に相続に関する規定をおかなかった理由は、このような判例理論が定着していたことと、相続は本来民法で解決すべきものとする考え方にあるといわれる⁽⁵⁴⁾。

ロ、当座貸越、手形割引等の継続的金融取引の保証

①貸付限度額や保証期間の制限が付された場合には、保証債務の相続性を肯定する。一方、②このような保証人の責任範囲に制限がない場合には、それにわくをはめ、保証債務の最高限度を相続開始時における貸付高に制限し、その範囲で保証責任が相続人に承継されるとする。

ハ、売買取引、又はその他の継続的取引の保証

保証責任の限度額を定めた事例についてその相続性を肯定する。保証責任の限度額及び保証期間の定めのない場合には、その相続性を否定している。

ニ、賃貸借の保証

身元保証人のように信用関係を基礎として広汎な責任を負うものではないとし、その一身専属性を否定し、相続性を認めている。

第四節 保証人の求償権

一 求償権の性質

保証人は、債権者に対する関係においては自己の債務を履行するものであるが、債務者に対する関係においては他人の債務を履行する実質を有するものである。この場合に、他人の債務を履行する立場は債務者からの委託の有無によって区分される。債務者の委託を受けた保証人については、それは委任事務（民法六四三～六五六条）の処理であり、その履行のための出捐は、委任事務処理の費用として償還し得ることになる。一方、債務者の委託を受けない保

証人については、それは事務管理（同六九七〜七〇二条）であり、その履行のための出捐は事務管理の費用として償還を請求し得るものである。

いずれの場合も、求償権は費用償還請求権の性質を有する。ただ、民法は求償権の範囲について特別の規定を設けたので、委任または事務管理の規定は、保証債務には適用されない。なお、保証人は、上記の性質からして当然にその求償権について債権者に代位できる。

二 委託を受けた保証人の求償権

(1) 求償権の成立要件

イ、事後求償権

主たる債務者に対する保証人の求償権の成立要件は、①保証人が主たる債務者に代わり弁済をなした場合及び、②上記①のほか、保証人の出捐により債務を消滅せしむる行為⁽⁵⁵⁾をなした場合である（民法四五九条一項）。弁済は債務を消滅させる典型的な行為であり、一部弁済でも求償権が発生する。弁済以外の保証人の出捐⁽⁵⁶⁾による債務消滅とは、代物弁済、供託、更改、相殺、混同などによる場合をいい、免除を受けた場合は入らない。

ロ、事前求償権

受託保証人は、受託者として費用前払請求をなし得る（民法六四九条）ことになるが、保証人が常にその必要費の前払いを請求できるとするのでは、保証の機能を無意味にするので、民法は事前求償権の行使を次の場合に制限している（同四五九条一項、四六〇条）。

① 保証人が、過失なくして、債権者に弁済すべき裁判の言渡を受けたとき。

② 主たる債務者が破産の宣告を受け、かつ債権者がその財団の配当に加入しないとき。
③ 債務が弁済期にあるとき。

④ 債務の弁済期が不確定であつて、かつその最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後一〇年経過したとき。

ハ、求償権の制限

主たる債務者と保証人が二重に弁済したり、抗弁権があるのに弁済してしまふ不利益を避けるために、求償要件として、次のような通知義務が課されている（民法四六三条）。

① 保証人が予め通知せずに弁済その他の免責行為をしたときは、債務者は債権者に対抗することのできた事由をもつて保証人に対抗することができる。

② 保証人が弁済その他の免責行為をした後に通知を怠り、債務者が、善意で二重に弁済その他の免責行為をしたときは、債務者は自己のした免責行為を有効とみなすことができる。

なお、主たる債務者が弁済その他の免責行為をした後に通知を怠り、保証人が、善意で二重に弁済その他の免責行為をしたときは、保証人は、自己のした免責行為を有効とみなすことができる。

ニ、求償権のない場合

求償権は、実質上、他人の債務を弁済した関係を生じた場合に生ずるものであるから、表面上保証人となつてゐる者が実質的には主たる債務者である場合には、その者が弁済しても求償権はないとされる。⁽⁶⁷⁾また、主たる債務の弁済期前に保証人が主たる債務者の承諾なしに弁済しても、主たる債務者の期限の利益を害すべきで

ないから、弁済期前には求償権を行使し得ないとする。⁽⁵⁸⁾なお、求償権に関する規定は任意規定であるので、主たる債務者と保証人との間に求償権を発生させない特約があれば求償権はないこととなる。⁽⁵⁹⁾

(2) 求償権の範囲

求償し得る範囲は原則として、次のものとされる（民法四五九条二項）。

① 出捐した額。ただし、出捐額が免責額を超えても免責額以上とはならず、出捐額が免責額に満たない場合には出捐額となる。

② 免責のあった日以後の法定利息。法定利息は当然に生ずるとされ、弁済したことの通知または求償することの催告は必要でないとする。⁽⁶⁰⁾

③ 「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損害ノ賠償」。弁済の費用、弁済のために財産を換価して被むった損害、債権者から訴求されて負担させられた訴訟費用・執行費用などとされる。⁽⁶¹⁾

三 委託を受けない保証人の求償権

上記の受託保証人との差異のみを示すと、次のようになる。

イ、委託を受けない保証人には事前求償権が認められない。

ロ、主たる債務者は、委託をしていない保証人に対して事前・事後の通知を要しない。

ハ、求償権の範囲は受託保証人のそれとは大部異なり、その保証が主たる債務者の意にそうものか否かにより區別される。①主たる債務者の意思に反しないときは、主たる債務者が、保証人が免責行為をした「当時利益ヲ受ケタル限度」である（民法四六二条一項）。したがって、法定利息及び損害賠償を含まない。②主たる債務

者の意思に反するとき、求償する時に主たる債務者が「現ニ利益ヲ受クル限度」である（同四六二条二項）。したがって、免責行為があつた後求償の時までに、主たる債務者が債権者に対して反対債権を取得したときにも、債務者は、これをもって保証人の求償に対抗することができる。

四 主たる債務者が複数の場合

民法は、数人の主たる債務者のうちの一人のために保証した場合で、いかもその主たる債務が連帯債務または不可分債務であるときの求償権についてのみ特別を設けたが、この規定の意義からみて、主たる債務者が数人の場合の求償権については、次のように解されている。⁽⁶²⁾

(1) 主たる債務者全員のために保証人となつた場合

①主たる債務が分割債務であるときは、求償権も各債務者について分割債務となる。②主たる債務が不可分債務または連帯債務であるときは、求償権も各債務者について不可分債務または連帯債務となる。

(2) 主たる債務者の一人のために保証人となつた場合

①主たる債務が分割債務であるときは、保証された債務者に対して、その債務者の負担する債務額についてだけ保証人としての求償権を有する。したがって、それを超える弁済は、保証人の弁済ではなく、第三者の弁済となる。②主たる債務が不可分債務または連帯債務であるときは、保証された債務者に対して全額について求償できるが、民法は、更に、他の債務者に対しても、その負担部分について求償できることとしている（民法四六四条）。

五、連帯保証人の求償権

連帯保証人が主たる債務者に対して求償権を取得する関係は、上記の普通の保証と差異がない。

六、共同保証の場合の求償権

(1) 主たる債務者に対する求償

共同保証人が弁済その他の出捐行為によって主たる債務を消滅させたときは、主たる債務者に対して求償権を取得する。この点は、上記の単独保証と同様であるし、その要件や範囲が、主たる債務者からの委託の有無で異なることも変わりがない。

(2) 共同保証人間の求償関係

主たる債務者の資力が十分でない場合に、弁済など免責行為をなした保証人だけに損失を負担させるのは他の共同保証人との関係において不公平であることから、民法は、他の共同保証人に対しても求償権を有すると規定している⁽⁶³⁾（民法四六五条）。ただ、共同保証人の一人が他の共同保証人に対して有する求償関係は、共同保証人間に分別の利益がある場合とない場合とで異なる。

イ、分別の利益がない場合

各共同保証人は、分別の利益を有しないときは全部弁済の義務を負う点において、連帯債務と同じであるから、連帯債務の規定（同四四二～四四四条）を準用して他の保証人に対して求償権を行使できるとしている。ただし、連帯債務者の求償権の成立には、負担部分以上の弁済は要件とされていないが、他の共同保証人に対する求償権は、「全額其他自己ノ負担部分ヲ超ユル額ヲ弁済シタルトキ」にその超える部分についてだけ発生するとされている。これは、共同保証人は、負担部分について主たる債務者に対する求償だけで満足し、それを超えた部分は共同に負担すべきものとするのが共同保証の趣旨に適するためと考えられている⁽⁶⁵⁾。

ロ、分別の利益がある場合

共同保証人が分別の利益を有するときは、その分割負担額以上は、債権者に対する関係でも弁済義務はない。もし、この場合に、共同保証人の一人が、全額または自己の分割債務額を超える額を弁済すれば、事務管理の場合と同じ関係になることから、委託を受けない保証人の求償権の規定(同四六二条)を準用することとしている。

(1) 民法が物的担保制度として定めているのは、留置権(二九五条)、先取特権(三〇三条)、質権(三四二条)及び抵当権(三六九条)の四種であるが、このほか特別法に基づき各種の担保制度(財団抵当権、仮登記担保など)や慣習法上の譲渡担保がある。

(2) 連帯債務の法的性質については、次のように説明される(我妻栄著「新訂債権総論」四〇三・四〇四頁)。

イ 各債務者の債務は全部の給付を内容とする。

ロ 債務者のうち誰か一人の給付があれば全部の債務は消滅する。

ハ 各債務者の債務は主観的にも共同の目的をもって相関連し、その結果として、一人について生じた事由は、一定の範囲において、他の者にも影響を及ぼし、また、内部的に負担部分が定まり、互に共同して出捐を分担すべきものとされる。

ニ 連帯債務は債務者の数に応じた数個の債務である。

(3) 西村信雄編「注釈民法(11)債権(2)」一四二頁。

(4) 同上

(5) 同上

(6) 同上。於保不二雄著「債権総論」二五八・二五九頁。

(7) 大判昭一三・四・八民集一七卷六六四頁。

(8) 我妻栄著前掲四五〇頁。柚木馨著「判例債権法総論」補訂版二七四頁。於保不二雄著前掲二二九頁。

- (9) 連帯保証とは、保証人が主たる債務者と連帯して責任を負う場合をいう。普通の保証(單純保証)と異なり、①補充性がなく、催告・検索の両抗弁権を有しない。②主たる債務者または連帯保証人につき生じた事由について、連帯債務の規定(民法四三三〜四四〇条)が準用される。③単独保証、共同保証の双方についてできるが、共同保証の場合に分別の利益がない。
- しかし、附従性を有するので連帯債務とは異なる。諾成・不要式の契約であるが、我が国の保証形態としては連帯保証がほとんどであるといわれる。通常の保証か連帯保証かは、保証契約における当事者の意思解釈によるが、主たる債務が商行為により生じたものであるとき、また、保証契約が商行為にあたるときは、連帯保証となる(商法五一一条二項)。
- (10) 共同保証とは、同一の債務について数人が保証債務を負担することをいう。保証としての性質は通常の保証の場合と異ならないが、保証人が複数人であることから、債権者に対する関係、共同保証人間の関係で特別な問題を生ずる。共同保証人は分別の利益を有し、債権者に対して、平等の割合で分別された額についてのみ保証債務を負担するのを原則とするが、①主たる債務が不可分債務である場合、②保証人間に連帯の特約があるとき(保証連帯)、③連帯保証のときは、分別の利益を有しない。
- (11) 副保証(再保証)とは、保証債務を更に保証するものである。すなわち、保証人が債権者に対して負担すべき債務のみを、債権者に対して保証する。附従性を有し、その一般的性質は通常の保証と異ならない。
- (12) 求償保証とは、保証人が主たる債務者に対して求償権を有するに至ったときに、その求償権を担保するものであって、保証人と求償保証人間の契約によって成立する。求償関係において、保証人を債権者とする一般の保証債務にはかならない。
- (13) 賠償保証とは、債権者が主たる債務者から履行を受け得ないことを証明して、その部分に限り保証人に請求し得るものを用いる。普通の保証と性質、効果を異にする。
- (14) 根保証・信用保証とは、一定の法律関係から将来生ずる不特定の、あるいは多数の債務を保証するものをいう。銀行と商人との間の手形割引、当座貸越その他の融資関係や、卸商と小売商との間の取引などのように、その取引の過程において債務の増減が予定されているものと、賃借人の債務、被用者の債務などのように、不履行によって増加するだけで、取引関係自体の中に増減が予定されていないものがあるが、前者は特に信用保証と呼ばれる。
- (15) 金融界等における新保証形態としては、①消費者ローンにおける保証、②信用保証協会による保証、③損害保険制度を利用した保証などがあるといわれる(高木多喜男は著「担保・保証の法律入門(第二版)」一八八頁参照)。

- (16) 我妻栄著前掲四五四頁。
- (17) 西村信雄編前掲一八七頁。
- (18) 同上 一八八頁。
- (19) 我妻栄著前掲四五二頁。於保不二雄著前掲二六一頁。
- (20) 我妻栄著前掲四五三頁。於保不二雄著同上。
- (21) 高木多喜男ほか著前掲一八八頁。
- (22) 同上 一八八・一八九頁。於保不二雄著前掲二三一頁。
- (23) 我妻栄著前掲四五四頁以下、中川善之助・遠藤浩編「基本法コンメンタル新版債権総論」〔改版〕九九頁、西村信雄編前掲二一三・二一四頁ほか。
- (24) 大判大正六・九・二五民録一三六四頁。
- (25) 民法四六二条二項。
- (26) 最判昭三二・一二・一九民集一巻一三三・二九九頁。
- (27) 我妻栄著前掲四五六頁。林良平・石田喜久夫・高木多喜男著「債権総論」〔改訂版〕三九一・三九二頁。
- (28) 我妻栄著前掲四五六頁。
- (29) ただし、これらのことは、債権者保護の趣旨であるから、債権者が保証人を指名した場合は別である（民法四五〇条三項）。
債権者が不適當な保証人を立てても、保証契約自体の効力には影響しないが、債務者の担保提供義務の不履行という問題が生じ、債務者は期限の利益を失い（同法一三七条三号）、債権者は契約を解除することができる（我妻栄著前掲四五七頁参照）。
- (30) 同上四五八頁。
- (31) この点について、民法は重要な推定規定を設けており、無能力を理由に取消し得べき債務を保証した者が、保証契約の当時その取消の原因を知っていたときは、「主たる債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定ス（民法四四九条）」ることになる。

- (32) 我妻榮著前掲四六三頁。
- (33) 同上。
- (34) 西村信雄編前掲二一九頁。
- (35) 同上二二〇頁。
- (36) 同上。
- (37) 同上。
- (38) 同上二二二頁。
- (39) 同上二二五頁。大判大正八・二・六民録二五輯二七六頁。
- (40) 西村信雄編前掲二二六～二二九頁参照。なお、判例は、特約のないかぎり、保証責任はないとしてきたが、最高裁は、昭和四〇年に判例変更し、反対の意思表示のないかぎり、売主の原状回復義務についても、保証の責を負うとした(最判(大法廷)昭四〇・六・三〇民集一九卷四号一一四三頁)。
- (41) 西村信雄編前掲二二五頁。
- (42) 我妻榮著前掲四六七頁。
- (43) 同上四八四頁。
- (44) 例えば約定利率の低減、弁済期限の猶予(同上)。
- (45) 同上四八五頁。
- (46) 破産法三二六条二項は保証人に影響のない旨規定している。
- (47) 我妻榮著前掲四九九・五〇〇頁。
- (48) 同上四八六頁。
- (49) 同上四八六・四八七頁。
- (50) 中川善之助著「改訂民法大要」下巻二三四頁。
- (51) 同上二三四・二二五頁。

(52) 西村信雄編前掲一六八〜一七六頁参照。

(53) 同上。

(54) 同上二六七・一六八頁、中川善之助著前掲二二五頁参照。

(55) 「債権者が保証人の財産に強制執行をして満足をえた場合にも求償権が生ずることは疑いない。この意味で、『債権者カ……行為ヲ為シタルトキ』という民法の表現は正確でない。」(我妻栄著前掲四八九頁)。

(56) 免除を受けた場合にも債務は消滅するが、保証人の出捐がないので求償権は発生しない。

(57) 我妻栄著前掲四八九・四九〇頁。なお、「求償権の成否は、あくまでも主たる債務者と保証人との内部的な実質的な関係に従って決すべきである。」とする(同上四九〇頁)。

(58) 大判大正三・六・一五民録二〇輯四七六頁。

(59) 我妻栄・有泉亨・水本浩編「判例コンメンタルⅣ債権総論」二二二頁。

(60) 我妻栄著前掲四三四頁。

(61) 同上。

(62) 同上四九五〜四九七頁。

(63) 共同保証の場合の求償権は、主たる債務者から求償を得れば消滅するが、他の共同保証人に対する求償権の成立には、主たる債務者に対して求償不能であることは要件ではない。求償に応じた共同保証人は、主たる債務者に対して当然に求償し得る。

(64) 分別の利益を有しない場合とは、①主たる債務が不可分であるとき、②保証人間に連帯関係があるとき(保証連帯)をさすこととは、民法四六五条一項の文言から明らかであるが、③共同保証人が連帯保証人であるときは、各共同保証人間に全額弁済の特約がなくともこれに含めるとするのが判例・通説である。(我妻栄著前掲五〇六頁参照)。

(65) 我妻栄著前掲五〇六頁。

第三章 本条項の保証債務の解釈

第一節 狹義の保証債務か広義の保証債務か

「保証債務」は、民法の分野において使用されている用語である。民法上の保証債務とは、民法第四四六条以下に規定している主たる債務に附従するところの附従的保証のみを意味し、通常の用語として、単に「保証」ないし「保証債務」といえばこの附従的保証だけを意味する。一方、保証人が債権者に対し、被保証人の行為その他保証人に関する一定の事由による不利益をこうむらせないことを確約する契約の総称として、独立的保証をも含めた広義の保証債務の概念が定立されているし、連帯債務者であっても実質保証人の立場も存在すること、及び身元保証債務は狭義と広義の双方の保証の性質を有することは前章で触れたところである。

本条項にいう保証債務が、民法上の保証債務に限る趣旨で使用されているのか否かの解釈が問題となるところであり、租税法における借用概念の解釈の観点からみる必要がある。

一 租税法における借用概念の解釈

租税法が用いている概念の中には二種のものがあり、その一つは、他の法分野で用いられ、すではっきりした意味内容を与えられている概念で、他の法分野から借用して用いているという意味で、「借用概念⁽¹⁾」と呼ばれる。また、もう一方は、他の法分野では用いられておらず、租税法が独自に用いている概念で「固有概念⁽²⁾」と呼ばれる。

固有概念については、私法上の法律関係にとらわれることなく、租税法独自の見地からその解釈をなすべきことに

ついで、判例・通説とも認めるところであり、あまり異論がない。⁽³⁾これに対し、借用概念の場合は、それを他の法分野で用いられているのと同じ意義に解すべきか、あるいは、徴税の確保ないし公平負担の観点からそれと異なった意義に解することが許されるのかといった問題がある。

「保証債務」という用語は、民法第三編第一章第三節第四款に規定されており、上述したように、既にその分野では明確な意味内容が与えられていることから、借用概念といえよう。したがって、本条項にいうところの「保証債務」の解釈は、この借用概念の解釈の考え方に依拠することになる。

借用概念の解釈については、学説上見解が分かれている。その解釈については、抽象的にいって、三つの見解があるとされる。⁽⁴⁾金子宏教授は、その三つの見解を、独立説、統一説及び目的適合説と名付け、①独立説とは、租税法が借用概念を用いている場合も、それは原則として独自の意義を与えられるべきであるとする見解、②統一説とは、法秩序の一体性と法的安定性を基礎として、借用概念は原則として私法におけると同義と解すべきであるとする考え方、さらに、③目的適合説とは、租税法においても目的論解釈が妥当すべきであって借用概念の意義は、それを規定している法規の目的との関連において探求すべきであるとする考え方であるとしている。⁽⁵⁾

独立説については、近年わが国においては、一部の見解を除いて、判例・学説の上では支持されておらず、統一説と目的適合説がそれぞれ有力に主張されている。⁽⁶⁾

統一説における主張は、「私法上の形成や概念は、説法によってではなく、私法により法的価値判断を受ける。かかる私法上の形成や概念が税法を受け入れ、しかも立法によりこれに別異な意味を与えていない限りは、当然に私法による法的価値判断を受けることを前提としているものといわなければならない。⁽⁷⁾」あるいは、「税法がその規定の

中に他の法領域において用いられている概念をとりこんで規定する場合、当然他の法領域においてそれに与えられている意味内容を知ってこれをなすものであり、もしこれと異なる意味内容を与える場合にはその旨の特別の規定が与えられるのが自然であり、また税法独自の解釈がどこまで広がるかについての明確な枠が見出せないため、特に納税者の経済生活における安定性を阻害するおそれがある」とするものであるが、税法に特別の規定を設けて別異な解釈をすることまでは否定しない。一方、目的適合説といえども、その本来の意義から離れた自由な解釈を認めるものではなく、「本来の法分野で確固とした明確な意義をもつものであれば、特別の事情がない限り、税法でもそれと同一の意義に用いられているものと考えるのが妥当」としている。⁽⁸⁾ また、判例も、課税要件規定についてはあるが、本来の法分野における同じ意義に解している。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

問題は、私法上の規定又はその他の法律の意味内容をそのまま引用する趣旨でなくして、別段解釈規定も置かず借入概念を用いていることが明らかな場合の解釈である。統一説の考え方からすれば、原則的には、明文の規定がない限り別異に解することは疑義のあるところであろうが、そうすると、立法の目的が達せられない。のみならず、課税の公平の原則に反する結果をも招来しかねない。このような場合には、それが他の法分野における概念または理解によってそのままに租税法規の解釈・適用にも共通すべきものであるかどうかについて個別的な租税法規の趣旨に従って解釈する必要があるし、⁽¹¹⁾ 別異に解すべきことがその立法趣旨等から明らかな場合には、そのような解釈も是認されることになる⁽¹²⁾と考えられる。

このような考え方に立った場合であっても、本条項に規定する「保証債務」の概念が、その借用先である民法の分野で与えられている意味内容（民法第四四六条以下に規定する附従的保証）のみをさすのか否かは、本条項の規定内

容、立法の趣旨及び意味関連との関係において解釈されるべき問題であろう。

二 立法趣旨からの合目的的解釈

本条項の立法趣旨については、第一章で触れたが、まず第一に、資産の譲渡代金を保証債務の履行に充てたため、「事実上所得が伴わない」あるいは、「結果的に譲渡による所得を享受しない」といった、担税力の減殺を立法趣旨と考えた場合はどうか。担税力が伴わないのは狭義の保証債務に限ったものではないし、特別に狭義の保証債務に限定しなければならない理由も見当らない。

実定法において「保証債務を履行するため」と規定しているのであるから、基本的には、民法に規定する狭義の保証債務が含まれることは疑いなくであるが、狭義の保証債務に限定する意味であるとは、立法趣旨からは断定し難い。課税の公平の観点からしても、法的効果や経済的成果の両面から保証の実質を有するものを排除することに問題はあろう。自己の債務を弁済する場合は論外としても、民法上の保証債務ではなくても、他人の債務の履行としての法的責任を有するものは、担税力が減殺されるといった面からは同一に扱うことができると考えられる。

第二に、本条項は、その前身ともいえる三六年通達の立法措置にあると考えられるのである。三六年通達が本条項の立法化に直接的な影響を与えたであろうことは第一章で指摘した。つまり、本条項は、三六年通達を拡大して規定したものと解すれば、本条項は狭義の保証債務に限定するものでないことは一層明白となる。

三六年通達は、取扱いによって課税関係を左右させるものである⁽¹³⁾ので、数多い保証の実質を有する債務の履行形態の中でも、救済の要ありと何人も認めるものでなければならぬ⁽¹⁴⁾ことから、譲渡資産の範囲を担保物（物上保証）に限定し、その他は立法措置に待つ⁽¹⁴⁾こととして定められたものである。物上保証は、民法第四四六条以下の保証債務とは

法的意味を異にしており、民法上、単に「保証債務」という場合には、これに含まれないとされる。⁽¹⁵⁾ そうすると、本条項の保証債務という用語は、民法上の保証債務に限定する意味で使用されたものではないといえるのではなからうか。本条項の規定自体が、「民法第四四六条以下に規定する保証債務」とは規定していないことでもあるし、本条項の「『保証債務を履行するため資産の譲渡があった場合』とは、担保物たる資産を譲渡した場合はもちろん、担保物でない資産にも含まれる。この点通達よりも適用範囲が拡大されたのである。」⁽¹⁶⁾と解するのが妥当と考える。

なお、裁判例において「保証人の債務（民法四四六条、四五四条）の履行のため自己の資産を譲渡した場合だけでなく、他人の債務を担保するため抵当権を設定した者が、その債務の弁済に充てるため自己の資産を譲渡した場合を含む。」⁽¹⁷⁾と判示しているのも、前述した立法趣旨に照らして、本条項に規定する「保証債務」の意味を狭義の保証債務に限定したものではないとの解釈を示したものと考えられる。

以上のような観点から考察すると、本条項に規定する「保証債務を履行するため」とは、「民法第四四六条以下に規定するところの附従性を有する狭義の保証債務の履行に限らず、その債務等の性質上、実質的に他人の債務を履行（または担保）すべき法的責任を有している者が、その責任を履行する場合を含む」と定義付けられるのである。

三 課税実務上における解釈の妥当性

所得税基本通達六四—四は、保証債務の履行の範囲として、民法第四四六条（保証人の責任）に規定する保証人の債務又は第四五四条（連帯保証人の両抗弁権）に規定する連帯保証人の債務の履行があった場合のほか、①不可分債務者の債務の履行、②連帯債務者の債務の履行、③合名会社又は合資会社の無限責任社員による会社の債務の履行、④身元保証人の債務の履行、⑤他人の債務を担保するための質権・抵当権を設定した者のその債務弁済又は質権、抵

当権の実行、⑥法律の規定により連帯して損害賠償の責任がある場合においてその損害賠償金の支払いがあつた場合にも、その履行等に伴う求償権を生ずることとなるときは、本条項の保証債務の履行に含むとしている。

上記①⑥の債務等は、いずれも民法上の保証債務とはいえないものである。しかし、これらの債務の実質に着目してみると、①の不可分債務及び②の連帯債務の場合、債権者に対する関係においては、各自全額を支払うべき義務を負うが、内部関係においてはそれぞれ負担部分を有しており、負担部分の全くない者もある。そのような者は、多くの場合、実質的には保証人にはほかならないといわれる。⁽¹⁸⁾このことからすれば、負担部分のない者に限らず、自己の負担部分を超える出捐をして共同の免責を得た者についても、その負担部分を超える部分については、保証人の債務の履行と同様に考えることも可能である。⑥の法律の規定により連帯して損害賠償の責任がある場合とは、商法第二二六条・有限会社法第三〇条の二（取締役の会社に対する責任）、商法第二二六条の三・有限会社法第三〇条の三（取締役の第三者に対する責任）、商法第二七七条・有限会社法第三四條（監査役の会社に対する責任）、民法第四四條（理事の第三者に対する責任）、農業協同組合法第三一條の二（理事の責任）等の規定により連帯債務を負うこととされるものである。いずれも、共同の事務ないし事業に関与する者として共同の責任を負担させることによって、その行動を慎重ならしめるとともに、債権者の保護を目的として、法律の規定によって連帯債務を成立させるものである⁽¹⁹⁾。上記の連帯債務と同様に考えるべきであらう。また、③の合名会社又は合資会社の無限責任社員の責任も⑥と同様に法律の規定によって生ずる連帯債務ではあるが、この場合は、本来の債務者の履行または資力を担保する目的を有するものであり、保証責任たる実質を有するとされている⁽²⁰⁾。さらに、④の身元保証は、損害担保契約としての性質をも併せ有しているものの、身元本人が使用者に対して将来負担するであらう損害賠償債務を主たる債務とする附

従的保証（民法上の保証債務）としての性質を有するのが原則である⁽²¹⁾とされており、⑤の物上保証にいたっては、保証などの人的担保制度と並んで債権を担保する物的担保制度といわれるものである。保証債務に比し、保証責任の範囲は狭い⁽²²⁾ものの、他人の債務を担保するための手段である点においては変わりがなく、担保物権を設定している意味からすれば、より確実な保証人（通常、物上保証人といい、法的意味では保証人ではないとされるが）としての実質を有する。物上保証と保証債務とは、求償関係で準用がみられる⁽²³⁾ほか、物上保証人と保証人との間で弁済者代位の問題が生じたときは、その頭数に⁽²⁴⁾応じて代位することとされており、いわゆる求償における負担部分の問題として考えるときも、特別の事情がない限り両者は平等と解されている⁽²⁵⁾。

本稿では、「保証債務を履行するため」という規定を「民法の保証債務に限らず、その債務等の性質上、実質的には他人の債務を履行（または担保）すべき法的責任を有する者がその責任を履行する場合を含む」と定義付けたが、上記通達は、課税実務上においても、これと同様の立場を採ることを明確に示しているものと考えられる。そうすると、上記①～⑥の債務等は、本条項の解釈としても⁽²⁶⁾妥当な範囲といえる。この通達に関しては、従来から、取扱いでその適用範囲を拡大したものであって、限定的に考えるべきであると見る見方が根強いが、この範囲に限定したものとすることは、上記の定義からすれば⁽²⁷⁾適当ではないと考える。

第二節 形式主義か実質主義か — 実質課税の原則と保証債務の解釈 —

経済社会において営まれる経済行為や取引活動に用いられる取引形態なり契約方式は、それぞれの目的達成のため採用されているものであるため、多くの場合に、形式とその実質とは一致しているものと思われるが、何らかの事

情のもとに形式と実質との間にかい離が生ずる場合もある。銀行等からの借入れの場合、金銭消費貸借契約上は借入者（主たる債務者）となっているが、実は保証人であるという主張も少なくない。果たして、このような場合、本条項の適用上、形式と実質のいずれによるべきであろうか。また、その実質とは何を基準とするものなのか。いわゆる実質課税の原則との関係が問題となる。

一 実質課税の原則の一般的理解

実質課税の原則が論じられるのは、主として課税要件事実の認定においてであるが、その内容は一樣ではなく、実質主義によって把握されるべき実質は、経済的実質と解すべきかあるいは法律実質と解すべきかについては議論が分かれる。

実質所得者課税の原則を規定している所得税法第一二条の解釈においても、「単なる名義人であつて」という点に着目すれば、法律上の権利者の把握に重点を置く法律実質主義のようにも解されるし、また、「収益を享受する」という点に着目すれば、経済的実質主義により課税関係を律しようとする趣旨にも解されること⁽²⁷⁾から、この規定の解釈における見解は、①法律実質主義を規定したものと解する見解、②経済的実質主義を規定したものと解する見解、さらには③法律実質主義か経済的実質主義かのいずれかに限定的に割り切るのは適当でなく、その両者を包含した規定と解する見解とがある⁽²⁸⁾とされる。

租税法の適用における実質主義についても、「租税法はその文言に即して解釈されなければならない」との考え方に立ち、その上で、税法の解釈・適用に当たつて経済的意義が解釈の基準として重視すべきことをいうと解されている⁽²⁹⁾。そうすると、租税法の適用における実質判断に当たつては、単なる形式的な判断のみでなく、これに附随する

ところの法律効果や経済的成果の両面から慎重な判断がなされなければならないことになる。

特に、借用概念の場合には、それが他の法分野における法概念である以上、「経済的実質主義」といっても純粹に経済的判断で済むものではなく、いかなる文言が使用されていようと、それが法律的にどのような性質を有するかといった法的な評価がなされなければならない。この法的評価から全く独立した経済的判断はなし得ないといえよう。⁽³⁰⁾

二 形式と実質とが異なる保証契約の取扱

保証債務の解釈において、実質課税の原則との関係が問題となるのは、何らかの事情により当事者が用いた形式と実質とが異なる民法上の保証債務の場合である。つまり、保証契約における形式上の主たる債務者が実質上は保証人である場合や、逆に、形式上の保証人が実質的には主たる債務者であるという場合である。

このような事例において、実質課税の名のもとに、①実質上の保証人については、当事者が用いた形式はともかく、実質的に保証人であれば本条項の適用が可能なのか、あるいはまた②形式上の保証人については、単なる名義人であるということで、当事者が用いた形式を無視して本条項の適用を排除できるのかが問題となるところである。

(1) 実質上の保証人の取扱

保証契約上は保証人となっていないが、実質的には保証人であるという上記①のケースについては争いが多く、争訟においては、所得税法第一二条の規定をよりどころに、実質的に保証人であれば本条項の適用は当然とする主張がみられる。⁽³¹⁾ 確かに、第三者からの求めに応じ自己名義で借入れた資金を、自らは何らの経済的利益を得ることなく、そのまま直接第三者に貸し付けたような場合には、経済的な実質からみる限り、保証債務であるとい

う見方にも相当の理由があることにならうし、また、本条項の立法趣旨である担税力の減殺といった点からも、適用の余地なしとは即断しにくいところでもある。

しかし、この場合の保証債務か否かは民法上の保証に該当するか否かの問題（つまり、保証債務か自己債務かの法的区分の問題）であるので、当事者が選択した形式とその実質とが異なるとすれば、その実質において、法的効果及び経済的成果の両面から保証債務であるとの法的評価がなされれば、形式にかかわらずその実質で保証債務であると判断するというのが、本条項の適用における実質課税の原則の実現であると考えられる。してみると、民法上の保証債務は、保証人と債権者との間の契約によって成立するものであり、保証人と債務者との間の事情は、保証債務の内容に直接の影響を及ぼすものではないとされておき、民法上の保証債務であるといいい得るには、債権者と保証人との保証契約の存在が前提条件となる。したがって、諸般の事情により形式上は保証債務とされていないものを、その実質判断において保証債務であるとするには、債権者と実質上の保証人との間に、法的にも保証関係が存しなければならず、自らは何らの経済的利益を享受しない場合であっても、専ら保証人としての内心の意思を有していることのみをもって保証人と解することはできない。⁽³³⁾

仮に、このような事例について、経済的成果の側面からのみの判断でもって、本条項の適用を図った場合、保証の意思は全くないにもかかわらず、第三者からの求めに応じ自己名義で借り入れた資金を転貸する、いわゆる「トンネル融資」についても保証債務であるということになり、⁽³⁴⁾結果的には、貸付金の源泉が借入金であったという理由のみで、自己の債務に係る貸倒れまでが本条項の適用対象となりかねない。法解釈として是認し得ないところであり、民法上の保証債務か否かは、あくまでも債権者と保証人との関係において判断されるべき問題で

ある。⁽³⁵⁾

(2) 形式上のみの保証人の取扱

保証債務か否かは、債権者との実質的關係において判断するとした上記の立論からすれば、実質上は主たる債務者であるのに、形式上は保証人となっている者（上記②のケース）には、本条項の適用が及ばないことになる。

しかし、それを否認する根拠が問題となる。この場合、実質的には保証人ではないとして、本条項の適用に関する限り私法上の契約自体を否定してかかることができであろうか。それが、実体のない仮装行為であるならばともかく、⁽³⁶⁾ 実体が備わっているれば、（保証人と主たる債務者との關係はどうであれ）債権者に対しては形式どおりの法的責任を負っているから、簡単にこれを否定してかかるとには問題があろう。

このような場合には、形式どおりの行為が行われたとしても、形式上の保証人は、形式上の主たる債務者から、その保証額に見合う金額の資金の借入れを受けていると把握すべきであり、その保証債務を履行して求償権を取得したとしても、その求償権と借入金債務とは相殺關係にあり、求償権の行使不能という、本条項の適用要件を満たすことはあり得ないことになるし、また、求償権の成否は、あくまでも、主たる債務者と保証人との内部的な実質關係に従って決すべきものである。形式上の保証人が実質的な主たる債務者であれば、その保証債務を履行したとしても、形式上の主たる債務者に対して求償権を取得するものではないと解されている。⁽³⁷⁾ この求償権を取得し得ないことをもって、本条項の適用は当然に排除し得ることになる。

(3) 保証債務か否かの実質判断の問題点

保証契約において当事者の用いた形式と実質とが異なつたとしても、その実質において保証債務であるとの法

的評価がなされる場合には、その実質で本条項が適用される。そして、その実質は、保証人と債権者との関係で判断されなければならないと解した。したがって「単に納税義務者が経済的利益をあげず保証する内心の意思で該行為をなしたというのでは足りず、法的に保証債務の履行としてなすことを要する」こと(38)になるし、このような事例においては、債権者との間に法的に保証関係が存するか否かにより本条項の適用の有無を判断した裁判例が多い。(39)

ところで、課税実務上においては、他人のために農業協同組合等から借り入れた自己名義の債務を弁済するために資産を譲渡した場合においても、一定の要件に該当すれば本条項の適用を認めることに取り扱われている。(40)これは、形式と実質とが異なっている場合には、実質によって判断するという、当然の法解釈論の適用ではあるが、債権者と実質上の保証人との間に法的に保証関係が存在することは要件とされていないことから、法解釈として疑義がないわけでもなく、従来の裁判理論からすれば問題のあるところでもある。銀行等一般の金融機関から借入れをする場合には、その融資先について法律上の制約がないので、資金を必要とする者が直接融資を受け、その融資に係る債務を他の者が保証するという形式を採れるが、農業協同組合等においては、組合員以外の者に対する融資は原則として禁止されている上、組合員となることにも法律上一定の要件が付されており、資金を必要とする者が組合員でない場合には、その者が直接融資を受けることができないことになっている。(41)この場合の形式と実質との差異は、いわば法的規制から派生するものといえよう。

このようなことから、上記取扱通達は、①その借入及び貸付が債務を保証することに代えて行われたものであること、②実質上の債務者が、その貸付を受ける時において資力を喪失した状態にないこと、③形式上の債務者

が借入れた資金は、その借入を行った後直ちに実質上の債務者に貸付けられており、その資金が形式上の債務者において運用された事実がないこと、④形式上の債務者が、その貸付に伴い実質上の債務者から利ざやその他の金利に相当する金銭等を收受した事実がないこと、及び、⑤形式上の債務者が当初から貸付けた資金の回収を意図していないと認められる場合でないこと、という諸要件から判断して、これらのいずれにも該当する場合は、債権者と実質上の保証人との間に、法的保証関係が存するものと推認する趣旨であると解することができる。

しかしながら、上記裁判例や一般の保証債務の認定とのバランスからみて問題なしとしない。

三 保証債務か債務引受かの実質判断

他人の債務を保証した時点において、既に主たる債務者が資力喪失の状態にあり、求償権を行使し得ない状況にあった場合には、本条項の適用をどう解すべきであろうか。形式上は、①保証債務が存在し、その履行のために資産を譲渡したものであり、②主たる債務者に対しての求償は不能である。そうであるならば本条項の適用要件を満たしているということになるのであろうか。

しかし、「保証人は自らの約諾した保証契約によって責任を負担するものではあるが、その実質は他人の債務を代って弁済するのであるから、これを履行した既には、保証人は本人に対する求償権を行使することによって終局的負担は免れうるという期待をもつのは当然である」⁽⁴⁸⁾ことから、このような終局的負担を免れなくなった場合にのみ譲渡代金が回収不能となった場合と同一の考慮に基づき課税上の救済をはかるのが本条項の趣旨であるとして、裁判例は、「求償権の行使がそもそも不能であることを知りながら敢えて保証した場合のように最初から主債務者に対する求償を前提としていない場合には、同条項を適用することができない」とする⁽⁴⁹⁾。これは、保証契約時においては終局

的負担を免れ得る期待を有していたが、それが主たる債務者の弁済能力の喪失により免れ得なくなったという、いわゆる「事情変更の原則」の適用といえるであろう。

このような事情変更のない保証は、一種の債務の引受け⁽⁴⁴⁾と考えられる。求償権を放棄した保証契約は、それが主たる債務者の委託を受けたものであれば、その実質は免責的債務引受契約であるし、主たる債務者に対する経済的利益の贈与であると解される。

したがって、債務の引受人たる形式上の保証人が保証債務を履行するために資産を譲渡したとしても、それは、自己の債務の弁済のためのものであって、本条項の保証債務の履行とはいいい得ないと解すべきである。

これと同様のことは連帯債務についてもあり得る。当初から求償権を放棄している場合に限らず、例えば、親と子が連帯債務者となって資金の借入れをし、その資金はすべて子が費消したにもかかわらず、子の負担部分を零とした場合や、著しく低い負担割合を定めた場合などは、連帯債務を負担することによって受けた利益と負担部分の特約との差は債務の引受けと解すべきであろう。

第三節 厳格解釈か弾力的適用か

—— 課税の公平の原則からの判断 ——

本条項の解釈・適用に当たっては、次の二つの異なった見解がみられる。その一つは、「本条項が応能負担の原則にその抛り所⁽⁴⁵⁾をおいている規定であるだけに、本条項のそのような立法趣旨が最大限にいかされるような解釈・適用が望ましい」とする見解であり、「保証債務の履行」とは、民法上の狭義の保証債務の履行に限定されることなく、

「法律上保証人と実質的に同じような立場に立たされている者が、その立場上の責任の範囲内においてなした債務の弁済等の場合にも、本条項を適用できると解してよいのではないだろうか⁽⁴⁶⁾」とするものである。また、他の一つは、本条項についての立法論的批判として第一章で触れたように、「仮りに、上記見解のいうように、この制度が応能負担の原則にその抛り所をおいているとしても、この制度がその適用対象所得を特定の資産の譲渡による所得だけに限定している合理的理由は見出し難く、また、その適用対象損失にしても、特殊関係者間における私財提供的な実質を有するものが多く租税回避行為を誘発し易い債務の保証に係る損失のみを対象としており、他の一般債権の貸倒損失との課税上のバランスを欠いているという問題もあり、課税の公平という見地からみて、この制度が立法論として妥当な制度であるかどうかについては疑問があるといわざるを得ないところからすれば、この制度の適用条件の解釈・適用について上記のような見解をとることは、ますます課税の不公平の拡大に拍車をかけることになる⁽⁴⁷⁾」との立場から、保証債務の範囲等については、これを厳格に解釈・適用すべきとする見解である。

このように、実定法の規定である本条項について、課税の公平との関係においてどのように解釈・適用すべきかは問題のあるところである。

一 課税要件減免規定の解釈原理との関係

第一章で述べたように、本条項は、いわゆるキャピタル・ゲインに対する課税であるとする譲渡所得課税の本質からすれば、重大な例外規定である。また、本条項は、条文構成の上からみても所得金額の計算に関する特例規定とされ、例外規定なり特例規定の解釈についての一般的原则を度外視することはできない。近年租税法の解釈については、学説・判例とも厳格解釈ないし文理解釈尊重の解釈態度が強いことがうかがわれ⁽⁴⁸⁾、「税法の解釈は、税法が

課税を目的とするだけでなく、憲法の保障する財産権を課税の領域で保障することを目的とするものであるから、いわゆる租税法律主義の当然の帰結として認識の対象たる法規の文言を離れ、無視し、または文言を置換し、附加することは許されないのであって、課税の目的のため恣意的にその負担の限度を拡大して解釈し、または納税義務者の利益のために縮小して解釈することは許されない。そして税法の文言に反する解釈を例外的にも否定する結果、非合理的な結果を招来することがあっても、それは租税法の立法自体が非合理的であることに由来するものであって、これを租税行政または租税裁判の法解釈及び適用に転嫁するべきでないことはいうまでもない。しかしながら、法の解釈は、法規範の意味を認識するものであるから、法律文言の文法的解釈に終始すべきものではなく、論理的解釈、目的論的解釈などあらゆる解釈方法を集約すべきことも当然である。⁽⁴⁹⁾と判示した裁判例もあり、基本的には、税法上の立場から拡大解釈または縮小解釈は許されないとするのが通例である。⁽⁵⁰⁾

税法の解釈において、条文の厳格解釈の原理が存するかどうかは問題があるところとしても、本条項のように、こゝと課税要件減免規定の適用に関しては、裁判例は従来から厳格に解する傾向がある。⁽⁵²⁾地方税法に関する争いについてはあるが、仙台高裁昭和五〇年一月二三日判決は、⁽⁵³⁾「租税の賦課徴収と国民における財産権の保証との関係が法理論的に後者が原則的であるのに対し、前者が例外的なものとして理解されるべきであるという形式的な観点(例外的内容を原則との比較においてより広義に、より緩和して解すると、やがては原則と例外との区別を失わせるといふ不当な結果を招くことになる。)のみならず、財産権の保障、租税負担の公平等をその実質的内容とする租税法律主義の原則からいっても租税法規ことに課税要件規定は厳格になされなければならないことは異論のないところであろうが、租税法規における非課税要件規定は、課税要件規定を原則的規定とすると、これに対する例外的規定としての地

位にあるものと理解され、実質的にも非課税要件規定は、それが課税要件規定とは異なる何らかの財政・経済政策的配慮から定立されるものであるが故に、課税要件規定が実現維持しようとする租税負担の公平等の理念に対して何らかの意味におけるいわゆる阻害的な影響を及ぼすものであることからして、租税法規の解釈適用における前記の狭義性、厳格性の要請は、非課税要件規定の解釈適用において一層強調されてしかるべきだからである。」と判示し、その上告審である最高裁昭和五三年七月一八日判決も「非課税規定は厳格に解釈すべきであるとした原審の判断は、正当として是認することができる。」⁽⁵⁴⁾として厳格解釈の立場をとった。

特例規定の厳格解釈の立場は、学説においても支持されているところであり、本条項の解釈・適用に当たっても厳格解釈を基本とすべきことになると考える。

二 他の分類所得との関係

本条項は、保証債務を履行するために譲渡した特定の資産に係るその譲渡した年分の譲渡所得、山林所得又は雑所得⁽⁵⁵⁾の計算に関する特例であり、利子・配当・不動産・事業・給与・退職・一時所得については本条項の対象外とされている。不動産所得や事業所得においては、保証債務の履行に係る求償権損失が必要経費として控除される場合もあり得るが、その場合でも非常に厳格に取り扱われており、本条項に比べると適用の余地が少ない。

一方、本条項と同時に立法化された譲渡代金債権等の回収不能による損失に関する制度は、その対象所得を資産の譲渡による所得には限定しておらず、給与所得や退職所得などの収入債権の回収不能による損失についても適用があることとされている。⁽⁵⁷⁾今日、消費者金融等からの借入れや各種の信用販売ローンの利用などにおいて、サラリーマンが保証人となる場合も多い。これらの者が給料や退職金で保証債務を履行しても、その損失は控除されないことを考

えた場合、感情論としては、本条項を特に厳格に解することが他の分類所得との不公平を防止する唯一の方法であるといえよう。

しかしながら、本条項が何故にこのように対象所得の範囲を資産の譲渡による所得に限定したのかについては確たる資料がないものの、その理由としては、①保証債務を履行するための資産の譲渡は、保証債務を履行するために余儀なくされる不本意なものであり、その所得はいわば他律的に実現させられる所得であるのに対して、他の所得は、保証債務の履行の有無に関係なく発生するものであること、②人的担保としての保証は、保証人の財産をあてにした債権確保の手段としての担保制度であり、未発生収入ではなく保証契約時における保証人の資力が担保価値とされ、また、現実には、保証人が物的担保をも提供することも少なくないなど、一般的に保証人は資産の所有者であること、③担税力の減殺という点においては、全ての所得に共通するが、給与所得・退職所得等源泉徴収制度がとられている所得については、現実に税金の納付が困難という事態は通常あり得ないこと、などが考えられる。また、本条項の反射的效果として、保証の持つ社会的機能としての信用創造の安定化に寄与している事実をも考慮した場合には、本条項の存在意義は少なくない。

特例規定の厳格解釈の要請以外に、立法の不備を理由として、他の分類所得との公平の観点からことさらに狭く解する必要はないと考える。

三 保証の実質を有する債務との関係

本条項に規定する保証債務とは、民法四四六条以下に規定するところのいわゆる狭義の保証債務に限定したものでなく、本条項の立法趣旨からは、「その債務等の性質上実質的に他人の債務を履行（または担保）すべき法的責任を

有している場合をも含む」と解した。したがって、所得税基本通達六四―四に列挙された債務等は例示であって、そのほかに、このような性質を有しているものも存在し得ることになる。⁽⁶⁰⁾

ところで、保証の実質を有する債務の種類はすこぶる多いものの、大半は、主たる債務に附従する民法上の保証債務である。特殊なものとしてあげられる国税通則法第五〇条第六号に規定する保証人の保証は、公の債権についてする特殊な民事上の保証であらうし、信用保証協会のする保証も、特約なき限り民法の保証の規定によるものとされる。⁽⁶¹⁾
民法上の保証債務に含まれないもので、本条項の適用の有無が問題となっているものについてみてみよう。⁽⁶²⁾

(1) 手形保証

手形保証（手形法第一編第四章に規定する保証）は、手形行為によって生じた手形上の債務の全部又は一部を担保することを目的とする手形行為であって、振出人や裏書人の信用だけでは不十分な場合に、手形に信用をつけるために行われる。手形保証をするためには手形法所定の方式によることとされている。

手形の表面に保証の旨及び被保証人を表示してなす「正式保証」と、手形または騰本の表面に単なる署名をもつてなす「略式保証」とがあるが、民法上の保証とは次の点で区別される。

- ① 民法上の保証は諾成契約であるが、手形保証は単独の手形行為である。
- ② 民法上の保証は不要式行為であるが、手形保証は要式行為である。
- ③ 民法上の保証は債務者が不明の場合には成立しないが、手形保証は被保証人の表示がないときは振出人のためにするものとみなされ、有効である。
- ④ 民法上の保証は被担保債務が実質的に有効なことを前提とするが、手形保証は被担保債務は形式的に有効で

あれば足りる。

⑤ 民法上の保証は原則として補充性を有し、保証人は催告・検索の抗弁権を有するが、手形保証は補充性を有しない。

⑥ 民法上の保証人は保証契約の相手方に対して責任を有するが、手形保証人は不特定の手形所持人に対して責任を負う。

しかし、手形保証も手形上の債務を担保するものであり、被担保債務の存在を前提とする点において、まさしく保証である。手形保証人はその保証によって独立の手形上の債務を負担するが、その責任は被保証人の責任と同一であり、被保証債務が支払・相殺・免除・時効などによって消滅すれば、手形保証債務も消滅する。遡及義務の保証の場合には、遡及義務に対する権利保全の手続懈怠があれば、手形保証債務も当然に消滅する。手形行為独立の原則から、上記のように附従性が変容を受けるものの、手形保証人が保証債務を履行したときは、被保証人との間の実質関係に基づき、一般私法上の求償権を取得するほか、手形法上、被保証人等に対し手形上の権利を取得することとされて⁽⁶⁴⁾おり、民法上の保証債務と並んで、他人の債務を履行すべき法的責任を有している典型といえる。したがって、手形保証人が、その保証に係る債務を履行した場合も、本条項の保証債務の履行に含まれると解される。また、小切手についても、手形保証と同様の規定（小切手法第三章）があるので、本条項の適用上も手形保証と同様に解すべきものと考ええる。

(2) いわゆる隠れたる手形保証

手形法所定の手形保証を行った場合、その保証の存在によって、かえって被保証人の信用のなさを表白すること

とから、実際上は、手形上の債務を保証する目的をもって、裏書、引受、振出などを行う、いわゆる隠れたる手形保証が行われている⁽⁶⁵⁾。この場合には、手形上に保証としては表示されないもので、それらの行為は、それぞれ表示された手形行為（裏書、引受、振出等）として、その特有の効力を生ずるとするのが通説である。

隠れたる手形保証は、主として裏書の方法により行われるが、その場合、手形所持人に対し、専ら裏書人としての責任を負い、それが実質的に保証を目的とするものであるということは、当事者間における人的抗弁事由となるにすぎない。したがって、隠れたる手形保証は、手形法上の手形保証としての要件を具備していないことあり、むしろ民法上の保証であるといわれる⁽⁶⁶⁾。

ところで、隠れたる手形保証が民法上の保証であるとしても、それには二つの態様がある。その一つは、手形上の遡及義務のほかに手形の原因債務についても保証債務を負担する場合⁽⁶⁷⁾であり、他の一つは、手形の遡及義務を負うという形においてのみ信用を与えた場合である。本条項の適用関係を抜きに、私法上の権利義務関係のみをみれば、前者の場合、①手形上の権利が短期消滅時効にかかり消滅した場合とか、②手形権利者が遡及権保全手続を怠ったため、遡及権を喪失した場合に、原告債務に対する民事保証に基づく責任を追求するところに、その実益がある⁽⁶⁸⁾。これに対し、後者の場合には、保証人の権利義務関係は、裏書人等と何ら変わりなく、特に保証か否かを区分する実益はない。

いずれにしても、隠れたる手形保証が手形法上の手形保証たり得ない以上、手形保証に含めて解することはできない。また、手形行為として表示された法的効果を生じるものであり、他人の債務を履行すべき法的責任を有しているか否かは、それぞれの行為の解釈によることになる。例えば、金融機関が資金の融資をするに当たり、

その証拠及び支払確保の手段として金銭消費貸借契約書の代わりに手形を用いる手形貸付の場合に保証の意味でする裏書や、金融を得る目的で行う手形割引に保証の意味とする裏書、あるいは、債権者たる手形の受取人からの求めに応じて、保証の意味とする裏書などについては、民法上の保証契約が成立し得ると解される。

(3) 連帯納付義務等

連帯納付義務は、租税法主義の原則により、租税法の定めるところによって成立するものである点において、商法その他の法律の規定によって成立する連帯債務と共通性を持つ。連帯債務は、債権者が各債務者に対して、給付の全部を請求する権利を有しており、この意味では、連帯納付義務も租税債権の効力を強化する機能を持つ。また、他人の租税債務の履行義務を負わせるものであることから担保的機能をも有している。

このように、連帯納付義務は、本来の納税義務者の租税債務の存在を前提として成立するものであり、本来の納税義務者の租税債務と同一の租税債務を負担し、本来の納税義務者の租税債務が履行されない場合に、これに代って履行する義務を負う点においては、まさしく保証としての実質を有しているといえる。したがって、連帯納付義務は、保証債務と同じく、附従性を有し、本来の納税義務が消滅したときは、理由のいかんを問わず消滅し、納税義務の履行により、本来の納税義務者に対して、求償権を取得し得る。このように、附従性を有し、その債務の履行により求償権を取得し得ることは、国税徴収法第三二条に規定する第二次納税義務についても当てはまる。これらと民法上の保証債務との実質的相違は、その債務の成立要件(法律の規定か契約か)によるものであり、他人の債務を履行すべき法的責任を有することから、連帯納付義務等の履行によって求償権を取得する部分については、本条項の「保証債務の履行の範囲」に含まれるべきものと解する。

(4) 抵当物件の第三取得者

抵当物件の第三取得者⁽⁷⁶⁾については、その態様が一樣でないことから、一律に判断することはできない。抵当物件の譲渡者である前所有者が債務者である場合もあれば物上保証人の場合もある。物上保証人は、債権者に対して、債務者が負担する債務と同一の内容の債務を負担する保証人とは異なり、債務者の債務の履行を確保する責任を負っているに過ぎない。このことから物上保証は「債務なき責任」といわれる。したがって抵当物件の第三取得者が物上保証人と同一の立場に立つか否かは抵当物件の取得に伴う債務の負担の有無によって分かれることになる。

イ、抵当債務の引受けがある場合

物上保証人には債務の負担ということがないので、債務の引受けを伴うのは売主が債務者である場合である。抵当物件の売買においては、抵当物件の時価相当額から抵当債務額を控除した額を売買代金とすることがあるが、その場合は、抵当債務を買主が引き受けたものとみるのが通常である。すなわち、自己の債務を担保するために自己の所有物件について抵当権を設定しているにすぎないことになる。したがって、この場合には本条項の適用の余地はない。なお稀には、担保権の実行が避け得ない状況の下で物上保証人から抵当物件を取得することもあろうが、この場合の債務の引受けは、保証債務の引受けではなく、確定した保証債務という物上保証人（売主）の固有の債務の引受けと解すべきであり、上記と同様に考えられる⁽⁷⁸⁾。

ロ、抵当債務の引受けがない場合

自らは債務を負担せずに抵当物件を取得した場合には、物上保証人と同様「債務なき責任」の地位に立たさ

れる。この場合、売主が物上保証人である場合と債務者である場合とがある。売主が債務者である場合は、第三取得者の弁済が債務者の委託によるときは委任事務処理の償還請求（民法六五〇条）として求償権を取得し、債務者の委託を受けないときは売主の担保権付着の場合の担保責任（同法五六七条）による出捐の償還請求として求償権を取得する。売主が物上保証人である場合には、通常、債務者と第三取得者とは何らの関係がないことから、第三取得者が債務者に対して求償できるかについては争いがあるが、最高裁判昭和四二年九月二十九日判決は「物上保証人からその所有権を譲り受けた第三取得者は、その抵当権が実行されたときには、その所有権を失い、かつ、物上保証人自身、通常の保証とは異なり、その抵当物件の限度で債務者の債務について責任を負うにとどまるから、右第三取得者は、物上保証人に類似する地位にあるといふべきである。それゆえ、右第三取得者が自己の出捐をもって債権者に対してした任意弁済に基づく求償関係については民法三七二条、三五一条の規定を準用し、かつ、その求償権の範囲については、物上保証人に対する債務者の委任の有無によって民法四五九条ないし四六二条の規定を準用すると解すべき」と判示している。この判決については、従来、第三取得者の求償権の根拠及び範囲が明らかでなく、かつ、一致していなかったものに明確な解決を与えた新判例としての評価がなれている。⁸⁰⁾

したがって、債務の引受けを伴わない抵当物件の第三取得者については、その法的責任の態様において物上保証人と差異がなく、物上保証人を含めて本条項を適用することが妥当と考える。また、このような第三取得者の地位を保護するために、民法は代価弁済（三七七条）と滌除（三七八条以下）の規定をおいているが、第三取得者がこれらの権利を行使して主たる債務を消滅させた場合であっても、それに伴う求償権の行使ができ

ないときは、本条項が適用されると解してよいであらう。

ただし、第三取得者の求償権は、①瑕疵担保責任の追求としての売主に対する求償権と、②債務者に対する求償権の二つがあることから、請求権競合の問題が生じることになる。本条項は保証債務の履行に係る求償権損失という「実損」が生じた場合の救済規定であることから、上記のいずれかの求償権の行使が可能であれば本条項の適用がないのは当然である。

- (1) たとえば、利益の配当の支払をする者は源泉徴収義務を負う旨の規定（所税一一八条）における「配当」の概念や、相続によって、財産を取得した者は相続税を課される旨の規定（相続一条）における「相続」の概念は、その例である（金子宏著「租税法」一〇二頁）。
- (2) 社会学・経済学・自然科学等他の学問分野で用いられている概念と同じ概念を租税法が用いている場合は、借用概念ではなく、固有概念である（同上）。
- (3) 金子宏稿「租税法と私法——借用概念及び租税回避について——」租税法研究第六号三頁。南博方稿「譲渡担保と所得課税」ジュリスト六七二号九〇頁。村井正稿「民商法等の概念と税法の概念」税務弘報二三卷五号一四頁。田中二郎著「租税法」一五三・五四頁。金子宏著「租税法」一〇三・一〇四頁ほか参照。
- (4) 金子宏稿前掲四頁以下参照。
- (5) 同上四頁。
- (6) 同上二頁。
- (7) 中川一郎稿「税法と私法」石田文治郎先生古稀記念論文集三四五頁。
- (8) 清水敬次著「税法」法律学全書五（ミネルヴァ書房）四三頁。
- (9) 植松守雄稿「税法の解釈適用と『事実認定』」税経通信三三卷六号四七―五〇頁。
- (10) 最判昭四三・一一・一三民集二三卷二二号二四四九頁、最判昭三五・一〇・七民集一四卷二二号二二〇頁（所得税法一八一

条の利益配当)、最判昭三六・一〇・二七民集一五卷九号二三五七頁(所得税法二二〇条の匿名組合契約)、最判昭三七・三・二九民集一六卷三号六四三頁(地方税法七三条の不動産)ほか。

(11) 忠佐市著「租税法要綱」第二〇版(森山書店)七六頁。

(12) 金子宏教授は「統一説といえども、借用概念について、租税法規がその意義を明文の定めで修正している場合や、明文の定めがなくても規定の趣旨や意味関連からそれを別意に用いていることが明らかなる場合にまで、その本来の意義に拘泥するものではない。」(金子宏稿前掲一一頁)としておられる。

(13) 内藤彰稿「担保権の実行に伴う保証債務者の資産の譲渡に対する譲渡所得等の課税上の取扱いについて(上)」国税速報一四四一号(昭三六・八・二二)七頁。

(14) 同上。

(15) 西村信雄編「注釈民法(11)債権(2)」一八七頁。

(16) 中川一郎稿「保証債務履行のための担保物の無償譲渡とみなし譲渡所得」シフトイエル八一号三八頁。

(17) 千葉地判昭四五・九・二五税資六〇号四五〇頁。

(18) 我妻栄著「新訂債権総論」四〇五・四〇六頁。

(19) 同上四〇七頁。

(20) 同上四五四頁。

(21) 西村信雄編前掲一四三頁。

(22) 担保物権の本質的機能は、優先弁済的効力にあり、物上保証人は、債権者に対して給付すべき義務を負わず、担保物を限度とする物的有限責任を負担するだけである。

(23) 民法三五一条・三七二条。

(24) 民法五〇一条五号。なお、保証人と物上保証人を兼ねる者がいる場合に、この二重資格者の頭数を一人とみるか二人とみるかが問題となるが、判例(大判昭九・一一・二四民集一三卷二三号二一五三頁)は、これを一人と計算すべきとする。

(25) 西村信雄編前掲一八八頁。

- (26) 金子宏著前掲一七四頁、中川一郎稿前掲三八頁、吉良実稿「保証債務をめぐる税務の問題点」税理二二巻五号一〇頁、小野拓美・重野良二稿「保証債務の履行のための資産の譲渡に該当しないとされた事例——所得税法六四条二項の保証債務の解釈・適用の問題点について」税務弘報三〇巻一号一八頁参照。
- (27) 茂木繁一稿「税法における実質主義について——その総論的考察——」税務大学校論叢六号八〇頁。
- (28) 富岡幸雄稿「税務会計上の実質主義の原則(一)」税理二二巻二号二七頁。
- (29) 金子宏著前掲一〇〇・一〇一頁、山田二郎稿「実質課税の原則」法律のひろば三〇巻一号二二頁参照。
- (30) 茂木繁一稿前掲八二・八三頁。
- (31) 例えば、最判昭五四・九・二八(税資一〇六号六八五頁)における上告理由等。
- (32) 我妻栄著前掲四五四頁。
- (33) このような場合は、債務者と保証人間の契約によって成立する「間接保証」といわれるものに該当し、民法上の保証ではないとされる(於保不二雄著「債権総論」二五六頁)。
- (34) 村井正稿「保証債務(1)」税務弘報三〇巻一号一七一頁は、「保証債務履行に伴う求償不能の損失をその事業関連性の有無を問わず、税法上経費とみなすことは、本来の費用又は必要経費概念からみれば、例外的措置に属するから、その要件の認定においては、これを特に厳格に解するのが常識であるが、保証債務とトンネル融資の場合の形式的借主の間にもみられる実質的な類似性および均衡論から觀察すれば、判例(大阪地判昭四二・七・四前掲)……のような積極論も止むを得ないと解すべきであろう。」としているが、上記判決は、実質的に債権者との間に保証契約が存在することを認定したものであるので、村井教授もトンネル融資全般について積極論を是認しておられるとは考えにくい。
- (35) 保証契約は、債権者と保証人との契約であって、債務者は保証契約の当事者ではない(我妻栄著前掲四五五~四五七頁及び前章参照)。
- (36) 「仮装行為が存在する場合には、仮装された事実や法律関係でなく、隠蔽ないし秘匿された事実や法律関係に従って課税が行われなければならない。これは、特段の規定をまつまでもなく、課税要件事実を外観や形式に従ってではなく、実体や実質に従って認定されなければならないことの、当然の論理的帰結である(金子宏著前掲一一六頁)」とされる。

- (37) 我妻栄著前掲四八九・四九〇頁。
- (38) 千葉地判昭五六・九・二五訟務月報二八卷二号四二二頁。
- (39) 大阪地判昭四二・七・四稅資四八号二四四頁、千葉地判同上四〇六頁、名古屋高判昭五七・三・二四稅資二二二号六六〇頁、等。
- (40) 昭五四・一〇・二七直審五一二二國稅庁長官通達。
- (41) 農業協同組合法(昭二二・一一・一九法律一三二号)一〇条・一二条参照。
- (42) 甲府地判昭四六・一一・三〇稅資六三号一〇四六頁。
- (43) 大阪地判昭五六・六・二六判例時報一〇三七号九五頁。大阪地判昭五七・七・一六稅資一二七号二〇八頁
- (44) 債務引受は民法には規定されていないが、債務の同一性を失わないで、その債務を引受人に移転させる契約として、判例・学説によって承認されている。旧債務者が債務を免責されるか否かによって免責的債務引受と併存的債務引受に分かれる。併存的債務引受は實際上担保の目的でなされることが多いことから保証と類似するが、附従性を有しないことからその法的性質は債務負担行為と解されている。
- (45) 吉良実稿前掲九・一〇頁。
- (46) 同上二〇頁。
- (47) 藤田良一稿「所得税法上の資産損失制度に関する一考察」稅務大学校論叢一三号二一四頁。
- (48) 金子宏著前掲一〇〇頁、清永敬次著前掲三七・三八頁、大阪地判昭三七・二・一六行集一三卷二号二六〇頁、等。
- (49) 大阪地判同上二八五・一八六頁。
- (50) 植松守雄稿前掲四八頁参照。
- (51) 最高裁判所事務総局編「続行政事件訴訟一〇年史」五四八頁参照。
- (52) 大阪地判前掲、東京地判昭四四・一二・九訟務月報一六卷三号二九二頁、仙台高判昭五〇・一・二二行集二六卷一号三頁、福岡地判昭五二・九・九訟務月報二三卷九号一六八七頁、最判昭五三・七・一八訟務月報二四卷二二号二六九七頁、等。
- (53) 仙台高判同上。

- (54) 訟務月報二四卷一七〇頁。
- (55) 本条項の適用からは、たな卸資産（これに準ずる資産として政令で定めるものを含む。）の譲渡その他営利を目的として継続的に行われる資産の譲渡による所得は除かれているが、山林の伐採又は譲渡による所得が対象とされていることから、山林をその取得の日以後五年以内に伐採又渡した場合は雑所得として本条項の適用がある。
- (56) 保証債務の履行に係る求償不能損失が必要経費として控除されるためには、事業所得と債務の保証行為との間に密接な関連性がなければならず、その保証行為が事業の範囲に属していることが要件とされる。そして事業と保証の関連性については、判例上次の二通りの認識方法がとられている。
- ① その事業の業種・業態が社会通念上保証行為を常態としていのかどうかによる（山口地判昭五八・九・二九税資一三三三号七三頁）。
- ② ①に関係なく納税者の固有の事情により個別的に判定する（東京地判昭四五・五・二五税資五九号八五二頁）。
- なおこの点に関する研究として、上園博幸「保証債務履行損失に関する一考察Ⅱ必要経費のあり方を中心としてⅡ」税務大
学校研究科論文集昭和五九年度第二分冊（所得税編）がある。
- (57) ただし事業から生ずる不動産所得、事業所得及び山林所得の収入債権の回収不能損失は、その損失の生じた年分の所得の金額の計算上必要経費に算入されることとされている（所得税法五一一条二項）ので同法六四一条一項の適用はない。
- (58) 藤田良一稿前掲二一〇頁参照。
- (59) 保証人を立てる義務がある場合の保証人の資格条件として、①能力者たること及び②弁済資力あること（民法四五〇条）が規定されている。弁済資力の有無についての明確な判断基準はないが、「一般に自己の有する差押可能な積極財産の価格から、消極財産の価格を除外したものがなお保証債務額の満足に値するもの」（西村信雄編前掲二四〇頁）と解されている。
- (60) この通達の定めは、保証債務の範囲を取扱いで拡大したもので限定列举であるとの考え方も根強いものがある。
- (61) 前章第一節の三参照のこと。
- (62) ①「租税債務についてなされた私法上の保証を、無効と解した下級審がある（東京地判昭三四・八・七下民一〇・八・一六四二）」。②もっとも、租税債務の時効消滅によって、その保証債務も、主債務が公法上のものか否かで区別する理由はないから、

消滅するとした例もあり（東京地判昭三九・三・二六判時三七二・八）、これは有効説に立っている。」（西村信雄編前掲一八九頁）。

(63) 札幌高函館支判昭三七・六・一二高裁民集一五卷四号二八九頁。

(64) 八木弘稿「手形保証」手形法・小切手法講座四卷四九頁。最判昭四五・六・一八民集二四卷六号五四四頁。手形法三二条三項。

(65) 八木弘稿同上五一頁以下参照。

(66) 同上五二頁、田中辰雄稿「手形保証の独立性」法学演習講座(7)手形法・小切手法二五七頁、福岡地判昭四六・四・二六判例時報六三八号九七頁。

(67) 手形に保証の趣旨で裏書した場合に原因債務についての民事保証を推認することの可否については、古くから判例が分かれ、学説上も定説がなかった。大審院の判例は推認を可とするものが多いが、下級審の判決は統一されていなかった。最高裁昭五二・一一・一五判決（民集三一巻六号九〇〇頁）は、「なんびとも他人の債務を保証するにあつては、特段の事情のない限り、その保証によつて生ずる自己の責任をなるべく狭い範囲にとどめようとするのがむしろ通常の意思であると考えられることにかんがみれば、本件のような場合においても、差入れを受けるべき手形に裏書を要求する貸主がどのような意思であつたかは別として、裏書をする者の立場からみるときは、他人が振り出す手形に保証の趣旨で裏書をしたというだけで、その裏書によりいわゆる隠れた手形保証として手形上の債務を負担する意思以上に、右手形振出の原因となつた消費貸借上の債務までをも保証する意思があり、かつ、その際、右手形の振出人その他第三者に対して、貸主との間でその旨の保証契約を締結する代理権を与える意思があつたと推認することは、たとえ右手形が金融を得るために用いられることを認識していた場合であっても、必ずしも裏書をする者の通常の意味に合致するものとは認められない」として、否定説をとつた。学説は否定説が多数説である（八木弘稿前掲五三頁、田中誠二著「手形小切手法詳論」六七四・六七五頁、大隅健一郎・河本一郎著「注釈手形法小切手法」四四八頁、等）。

(68) 齊藤武稿「手形に保証の趣旨で裏書した場合に原因債務についての民事保証を推認することの可否」ジュリスト六六号六一一〇頁、山口和男稿「手形に保証の趣旨で裏書した場合に原因債務についての民事保証を推認することの可否」判例タイムズ三六七号六七頁、等。

(69) 銀行の手形貸付では、債務者を振出人とし、貸付をする営業店を支払場所とする約束手形の交付を受ける。この場合に銀行が保証人を要求するときは、明確な形での保証（物上保証や民法上の連帯保証人）とするのが通常であるので、隠れたる手形保証によることは少ないであろう。

(70) 手形割引は、割引依頼人が満期末到来の手形を相手方に裏書譲渡し、相手方が手形金額から満期日までの利息その他の費用（割引料）を差引いた金額を割引依頼人に支払う取引であり、手形の売買と解するのが通説、判例である。しかし、「現実に取引会社において手形割引と呼ばれているものが、すべて手形の売買としての性質をもっているかということは別問題である」（大隅健一郎・河本一郎著前掲四四八・四四九頁）とされるし、手形割引の法的性質論自体、手形割引を歴史的、社会的に生成した定型的な経済現象として、手形割引の用語ではなく実体をとらえ、取引が典型的に行われる正規の銀行におけるものを中心としたもの（西原寛一稿「手形割引」手形法小切手法講座三巻二九九頁参照）であることから、消費貸借目的の手形割引もあり得る。この意味で、手形割引の際に保証の意味で裏書をした場合には、民法上の保証契約も成立し得るといえよう。

(71) 飛岡邦夫稿「相続税の連帯納付義務に関する一考察」税務大学校論叢一号二二六頁以下参照。

(72) 山田二郎稿「相続税法三四条一項の連帯納付義務の性質とその確定手続の要否」税理二二卷六号一三五頁参照。

(73) 国税の連帯納付義務については、民法の連帯債務の規定が準用される（国税通則法八条）が、相続税法三四条に規定する連帯納付義務は一種の特別規定と解されている。

(74) 納税者が他人名義にしている株券の配当所得につき実質課税の原則が適用された場合のように、求償権が生じないこともある（吉国二郎編「国税徴収法精解」四四二頁参照）。

(75) 同上四三四頁参照。

(76) ここにいう第三取得者とは、滅除をなし得る者として定められている抵当権の設定されている不動産の所有権を取得した者および抵当権の設定されている土地の上に地上権または永小作権を取得した者をいい、この取得は有償でも無償でもよいが、相続などの包括承継により権利を取得した者は含まれない（中川善之助・遠藤浩編「基本法コンメンタル新出版物権」二二〇頁参照）。

(77) 吉井直昭・高木多喜男編「新版担保・保証の基礎〔実用編〕」一六〇頁参照。

(78) ただし、引受けた債務額は資産の取得価額に算入される。

(79) 民集二一巻七号二〇三四頁。

(80) 高木多喜男「同判例評釈」民商法雑誌五八巻七号七四〇頁、淡路剛久「同判例評釈」法学協会雑誌八五巻九号一三三九頁等。

第四章 保証債務の履行と資産の譲渡との因果関係

本条項は、特例の対象となる資産の譲渡の態様について「保証債務を履行するため資産の譲渡があった場合」と規定している。このことは、本条項の適用に要求される当然の因果関係を規定したものであって、保証債務の履行目的以外の譲渡には適用しないとすものにはすぎない。したがって、「保証債務の履行」と「資産の譲渡」との因果関係は、事実の認定に関する問題といえよう。

しかしながら、既に触れたように、本条項の立法趣旨との関係から両者のつながりをどのように考えるべきかという法解釈の問題が存するし、また、譲渡目的が何かを譲渡者の内心の意思にかかわらずしめることは実際問題として困難であるので、何らかの客観的基準によって判定せざるを得ないという課税実務上の問題もあることから、若干の考察を試みたい。

第一節 因果関係の解釈

一 条文の文言解釈

本条項適用上の要件事実としては、①資産の譲渡をしようとする者が他人の債務の保証人（所得税基本通達六四一

四に掲げるもの、及び前章で検討したこれと同視し得るものを含む。)となつてゐること、②資産の譲渡前に保証債務が具体的に確定しており、その履行をしなければならぬ状況にあつたこと、③その保証債務を履行するために必要な資金の捻出を主たる目的としてその資産を譲渡したものであること、そして、④その資産の譲渡代金でもつてその保証債務を履行して主たる債務を消滅させたことといったように、通常、資産を譲渡することと保証債務を履行することとが、直接的なつながりがある場合をいうものと解することができる。したがつて、一般的には、資産を譲渡し、その譲渡代金で保証債務を履行した場合、又は保証債務を代物弁済した場合における資産の譲渡をいうものであると考へられてゐる。⁽¹⁾

両者の因果関係をこのように把え、これを蔽格に適用する場合、保証債務の弁済目的で行う資産の譲渡が、保証債務の履行より後になされたような場合は本条項の適用対象に含まれないことになる。⁽²⁾しかし、一方この文言をいかに蔽格に解したとしても、その資産を譲渡しなければ保証債務の履行ができないというような、資産の譲渡が保証債務の履行をなすための唯一の手段であるとは読み取れない。⁽³⁾「資産の譲渡と保証債務の履行との間には、直接的な因果関係が要求されているということはできても、両者の間に客観的な必然性が要求されていると解することには無理がある」と考へるのが妥当であらう。⁽⁴⁾

二 立法趣旨からの因果関係——因果関係についての緒説——

保証債務の履行と資産の譲渡との因果関係をどのように理解するかは、立法趣旨をどのように捉えるかによつても異なる。この点についても、蔽格に解釈すべきとする説と弾力的に解釈すべきとする説とがある。

「保証債務を履行するための資産の譲渡は、保証債務を履行するため余儀なくされる不本意な資産の譲渡であり、そ

の譲渡による所得は、いわば他律的に実現させられる所得であることから、課税上これを救済するために設けられた措置である⁽⁶⁾と考へ、給与所得や退職所得等の保証債務の履行とは無関係に生ずる所得が本条項の対象から除外されていることとのバランスをとろうとすれば、その資産の譲渡が保証債務を履行するための唯一の手段に限定すべきことにならうし、本条項の解釈としてそのようには解されないとしても、両者の因果関係は、かなり厳格な解釈が要請されよう。

逆に、本条項の立法趣旨を、「応能負担の原則にその抛り所をおいている⁽⁶⁾」とした場合には、「例えば、保証人がまず借入金でもって保証債務を履行しておいて、しかる後その借入金返済のために資産を譲渡したような場合（所基通六四―五）、あるいは保証人が手持ちの事業用資金でもってまず家庭用の保証債務を弁済しておいて、その事業用資金の回復をはかるために資産を譲渡した、というような場合にも、本条項の適用を認めてもよいのではなからうか⁽⁷⁾」、ということになるし、資産の譲渡のみが保証債務を履行するための手段である必要はなく、担税力に即応した弾力的な解釈・適用をすることになる。

仮に、厳格解釈の立場に立ち、資産の譲渡が保証債務を履行するための唯一の手段である場合に限るとした場合に、①保証債務の弁済に充てることが可能な資産としてどのようなもの（現金、預金等）があれば適用を排除するか、②譲渡資産以外の資産所有の多寡をどのように考えるべきかといった問題も生じるが、現行法上は、そこまで厳格に解することは無理である。

しかし、応能負担の原則の名のもとに、弾力的な解釈・適用を行うことは、本条項の立法の経緯等からみて妥当でない。本条項は譲渡所得課税の本質に対する例外規定であって、保証債務の履行と資産の譲渡との間には、相当の因

果關係が求められているといえるし、特例規定の嚴格解釈の要請⁽¹⁰⁾からしても、嚴格解釈を基本とすべきものと解される。

三 保証債務履行の法的効果

債権は、債権者が債務者に対して一定の給付を要求することを内容とする権利であるので、債務の内容たる給付が実現されれば、その目的を達成して消滅する⁽¹¹⁾。民法は、債権消滅の原因として、弁済、代物弁済、供託、相殺、更改、免除及び混同の七種類⁽¹²⁾を規定しているが、債権本来の消滅原因である目的の到達による消滅としては弁済（代物弁済、供託もこれに準ずる）⁽¹³⁾がその典型とされる。弁済と履行との区別は必ずしもはっきりしているといえないが、⁽¹⁴⁾債務内容を実現する過程（行為）の面からみてこれを「履行」といい、債権消滅の面からみて「弁済」とよばれている。民法上の保証債務は附従性を有し、主たる債務が消滅するときは、その理由の如何を問わず保証債務も消滅する。

したがって、保証人がその保証債務を履行すれば、主たる債務及び保証債務ともに消滅する。また、保証人は主たる債務者に対して（共同保証の場合において、自己の負担部分を超える額を弁済したときは他の共同保証人にも）⁽¹⁵⁾ 債権を取得するほか、その求償権について債権者に代位⁽¹⁶⁾することになり、保証債務の消滅に要した出捐は求償債権に変わる。このことから、弁済の態様がどうであれ、資産の譲渡による弁済以外の弁済が行われれば、原則として、本条項の適用の問題は生じないといえる。

第二節 因果関係認定の限界

一 借入金による保証債務の履行

保証債務の履行を借入金で行った場合には、その履行の時点で保証債務が消滅することから、その後、その借入金を返済するために資産を譲渡したとしても、その資産の譲渡は、本来、借入金の返済のためにする資産の譲渡となり、本条項の適用対象ではない。この考え方に對する例外的措置として、課税実務上においては、そのような場合であっても、当該資産の譲渡が實質的に保証債務を履行するためのものであると認められるときは、「保証債務を履行するため資産の譲渡があった場合」に該当するものとして取り扱われており、借入金を返済するための資産の譲渡が保証債務を履行した日からおおむね一年以内に行われているときは、實質的に保証債務を履行するための資産の譲渡があったものとして差支えないものとしている（所得税基本通達六四一五）。このような例外的措置を設けた理由については、「譲渡しようとする資産が、その者の居住用の不動産であるなど、その譲渡について一般に相当長期間を要するような場合において、保証債務の履行を求められたため、やむを得ず一時的に借入金でその保証債務を履行しておく、その後、その不動産を譲渡してその借入金の返済をするなど、明らかにその資産の譲渡と保証債務の履行との間に強い因果関係があるときには、その資産の譲渡を借入金の返済のための譲渡として所得税法第六四条二項を適用しないとすることは、やや形式的に過ぎることから、實質的に保証債務の履行のための資産の譲渡と認められるものについては、同項の規定を適用することを明らかにしたものである。」と説明されている。

借入金で保証債務を履行し、資産の譲渡代金を当該借入金の返済に充てた場合であっても明らかにその資産の譲渡と保証債務の履行との間に強い因果関係（形式上は、借入↓保証債務の履行↓資金の譲渡↓借入金の返済となる）が存在するときに本条項の適用を排除することは形式的に過ぎるとする上記通達の趣旨からすれば、借入れをしないでも保証債務を履行するに十分な現金なり預金を有しているにもかかわらず、借入↓保証債務の履行↓資産の譲渡↓借入

金の返済という形を採った者にまで本条項の適用を認める必然性はないように思われる。

しかしながら、本条項の規定をいかに厳格に解したとしても、その資産を譲渡しなければ保証債務の履行ができないというような、資産の譲渡が保証債務の履行をなすための唯一の手段であることは困難な法解釈上の問題、及び仮に借入れをしなくとも保証債務の履行ができた者を本条項の対象外とした場合には、現金、預金といった流動性のある資産を有している者は本条項の適用がなく、固定資産はいくら有していてもよいのかといった課税の公平の問題、さらには、これらをいちいち判別しなければ課税処理ができないといった税務執行上の困難性の問題がある。

譲渡者の資力の有無は、本条項とは別に規定（所得税法九条一項一〇号）¹⁸が置かれていることからしても、本条項は専ら保証債務という実質的には他人の債務を履行するための資産の譲渡であるか否かにより決することにしたものであると解される。保証債務を消滅せしめた出捐の源泉が借入金である場合、法律上は保証債務が消滅する一方で、借入金という保証債務の履行額に相当する新たな債務が発生する。これを実質的にみると、保証債務が借入金という債務に形を変えて存続しているという見方も成り立つ。ここに、借入金が介在したとしても、保証債務の履行と資産の譲渡との実質的因果関係を認める意義があると考えられるのである。

このように考えると、保証債務と借入金を結びつける要件として、上記通達には定めがないものの、借入金による保証債務の履行前に資産の譲渡行為が開始されなければならないと解することが、厳格解釈の要請ではなからうか。

二 借入金以外の資金による保証債務の履行

資産を譲渡するまでの間、一時的に自己の資金以外の資金をもって保証債務を履行したした場合、銀行等他人か

らの借入という方法によらざるを得ないであろうから、そのほかの方法はあまりない。問題となるのは、個人事業主が、事業上の運転資金でもって保証債務を履行する場合、つまり、事業上の運転資金で保証債務を履行↓資産の譲渡↓事業上の運転資金の補てんという形態である。保証債務を履行したために運転資金が枯渇し、金融業者から資金を借り入れた場合の支払利息が必要経費にあたるかどうかが争われた事例について、「仮に原告主張のように個人の金融業者からの借入金及びYから得た融通手形の割引金⁽¹⁹⁾が、いずれも荷札店の営業資金の不足部分に当てられたとしても……営業資金の枯渇をもたらしたそもそもの原因は……営業資金を……個人保証債務に流用したためであるから……右個人からの資金の借入及び融通手形の交換による資金の導入は、実質的にみて……保証債務の支払のためになされたものと解すべきである。」⁽¹⁹⁾とした裁判例も存することからすれば、借入金以外の資金による一時的な保証債務の履行があった場合にも本条項の適用の余地があり得るのであろうか。

個人の経済活動には、所得の稼得を目的とする経済活動のほかに、所得の消費主体としての経済活動があるので、その保有する資産にも、それぞれの目的のため保有する資産がある。これを支出についてみても、所得稼得に関連した「必要経費」の性質をもつものがある一方で消費支出（「家事費」の支出であり所得の処分行為とされる。）⁽²⁰⁾がある。個人事業主のする保証債務の履行にも同様にこの両面が存在するが、ここで問題とするのは事業所得の計算上必要経費とされない「家事費」に相当する保証債務の履行についてである。個人の事業活動といえども現代の簿記制度においては複式簿記により、完全に「店」と「奥」の区分が可能であり、保証債務を履行した場合「引出金勘定」⁽²¹⁾等を用い、借入金の場合と同様に、保証債務の履行が一時的に事業用の運転資金で行われたことを明確に立証することは可能である。

しかしながら、個人事業主がこのような両面性を有しているとしても、その「店」も「奥」もその事業主個人に属しているものにはかならない。借入金の場合と異なり、事業用の運転資金で保証債務を履行した場合、保証債務は消滅するが、これに相当する新たな債務の発生がないのである。したがって、観念的には、借入金の場合と同視できるとしても、保証債務が新たな債務に化体したとの理論構成をとることには無理があるので、本条項の適用は消極に解すべきであらう。

なお、上記のように考えることについては、課税の公平の観点から疑義がなくもない。例えば、手持の現金なり預金でもって十分保証債務の履行が可能であったにもかかわらず、借入の方法をとった場合には上記通達により本条項が適用されるのに、事業上の運転資金は借入金ではないから本条項が適用できないとすることは不公平だとするのである。そして、このような場合には、保証債務を履行した資金源は問わず、保証債務の履行から一定期間（例えば一年）内の資産の譲渡については、全て本条項の対象とするといったように期間対応により適用関係を区分することの方が望ましいとする考えも成り立つであらう。

しかし、所得税基本通達六四―五自体、債権消滅の法的効果の点からみれば例外的措置であって、法解釈としては疑義がなくもない。これをさらに類推したり、拡大したりすれば、自己資金でもって保証債務を消滅させた後、資産の譲渡によりその資金の減少分を補てんした場合にまで本条項を適用することにつながり、法解釈の領域からは逸脱したものとなってしまふ。法律の規定によつて、一律的な期間対応が認められている租税特別措置法上の代替や買脱⁽²²⁾えと同様に解することは行き過ぎであるし、特例規定の厳格解釈の要請からしても容易に採り得ないと考える。

三 因果関係の立証可能性との関係

借入金で保証債務を履行した後に資産の譲渡があった場合の上記通達は、保証債務の履行を借入金で行い、その借入金の返済のためにした資産の譲渡がその保証債務を履行した日からおおむね一年以内であるときには、その譲渡が実質的に保証債務を履行するためのものであったことについて積極的な立証がなされないとときでも、その譲渡は実質的に保証債務を履行するためのものとして差支えないとされており、この意味は、一年を超えてなされた場合であっても、その譲渡が実質的に保証債務を履行するためのものであることについての明確な立証がなされたときは、本条項の適用があるとするものと解されている。⁽²⁴⁾

しかしながら「譲渡しようとする資産が、その者の居住用の不動産であるなど、その譲渡について一般に相当長期間を要する場合」⁽²⁵⁾に上記通達のような取扱いを認めないとすることは、やや形式的に過ぎるとしても、保証債務から体化した借入金債務を「保証債務と擬制」していつまでも保証債務とみなしていくことはどうか。本条項の建前は、あくまでも「保証債務を履行するための資産の譲渡」にある。その「借入金」が書換え(借換え)を繰り返すであろうし、元本もいくらかは返済されるであろうから、期間の経過とともに因果関係の立証が争いとなることが考えられる。また、当該借入に際して抵当権を設定した場合には物上保証人かということにもなりかねない。上記通達が本条項の解釈の限界を画したものととして容認されるためには、「保証債務の履行」から「資産の譲渡」までの期間を限定的に解すべきではないかと考えるのである。

例えば、租税特別措置法三五条に規定する「居住用財産の譲渡所得の特別控除」の特例の適用要件は、その居住の用に供されなくなつてから三年目の一月三十一日までに譲渡した場合とされており、その理由として「居住の用に供されなくなつてから、あまり期間が経過すれば、それはもはや居住用財産の譲渡と考えるのが無理となつてきます

し、居住用財産の譲渡と観念して三、〇〇〇万円の特別控除の対象とするには三年程度が限度であると考えられること、三年程度の期間を置けば、サラリーマンの転勤等に伴う問題は殆んど解消すると認められること、さらには、居住用財産であったかどうかの認定について遡及して確認するという面からも三年程度が限度であると考えられること⁽²⁷⁾及び「居住用の用に供されなくなってから一定期間内の譲渡であれば一律に適用対象として認めることとする方が、その適用に関するトラブルを避け得るし、実情に即するものであり、また、公平な取扱いでもある⁽²⁸⁾」としている。

第三節 保証債務の履行と資産の譲渡の時期との関係

「保証債務を履行するため資産の譲渡があつた場合」という本条項の適用要件を譲渡者の内心の意思と譲渡の時期との関係においてどう解釈することになるのであろうか。極めて一般的な場合における資産の譲渡行為は、①資産の所有者が譲渡の意思決定↓②不動産業者に対する譲渡の仲介依頼↓③譲受人との交渉↓④売買契約の締結（手付金の授受）↓⑤中間金の授受↓⑥残金の授受⇨物件の引渡し↓⑦所有権の移転登記（あるいは、⑥と⑦が逆の場合もある）⁽²⁹⁾、といった一連の過程を経るものと考えられる。「保証債務を履行するため」という譲渡の目的意思は、どの時点になければならないのであろうか。もちろん、譲渡者の内心の意思を明確に立証することは困難であるので、それは、立証可能な客観的事実に基づいて判定するほかない。この客観的事実としては、①資産の譲渡前に保証債務が具体的に確定していたか、②その資産の譲渡代金が保証債務の履行に充てられているかどうか、ということになる⁽²⁹⁾。

保証債務が具体的に確定しているかどうかは、債権者からの履行請求の有無によるのが原則であるが、民法が保

証人に事前の求償権行使を認めている場合（①債権者に弁済すべき裁判言渡を受けたとき、⁽³⁰⁾②主たる債務者が破産の宣告を受け、かつ債権者がその破産財団の配当に加入しないとき、⁽³¹⁾③主たる債務が弁済期にあるとき、⁽³²⁾等）⁽³³⁾もこれに該当すると解すべきであろう。

保証債務が具体的に確定しているか否かを判定する「資産の譲渡」の時点をどのように解するかには、次のようなさまざまな考え方が成り立つ。

(1) 本条項の文言解釈からすれば、その資産の譲渡は保証債務の履行のために行われたものでなければならぬ。し、本条項の立法趣旨としては、その資産の譲渡が保証債務を履行するために余儀なくされる不本意な資産の譲渡であり、他律的に実現させられる所得であることもあげられることから、遅くとも、資産の譲渡に関する契約の成立前には、保証債務が具体的に確定していなければならないとする考え方。

(2) 資産の譲渡の時期（すなわち、物権の変動の時期である所有権の移転時期）までに保証債務が具体的に確定していればよいが、その時期については、民法上争いがみられる。特定物の売買の場合、判例は、債権行為が行われると同時に、原則として、物権行為も行なわれると解しており、⁽³⁴⁾通説もこうした立場をとる。もし、所有権移転時期につき特約があれば、特約で定めた時期に所有権が移転する。一方、物的支配の移った引渡時または登記時、あるいは対価の支払時に所有権が移転するとする説が近年有力になってきているし、さらには、当事者間で所有権がいつ移転するかということ自体が無意味であるとする説⁽³⁵⁾まであることから、⁽³⁷⁾確定的に把握することができない。

そこで、資産の譲渡の時期を、譲渡所得の総収入金額の収入すべき時期として所得税基本通達三六一―一二に定

められている時期と解し、それまでに保証債務が具体的に確定していればよいとする考え方。

(3) 資産の譲渡の目的意思が保証債務の履行でなければならぬとした場合、例えば、取用等による買取りの場合には、保証債務の履行の必要性の有無に関係なく発生する譲渡であるため、保証債務を履行するための譲渡であるとの説明はしにくい。⁽⁴⁰⁾したがって、譲渡代金が保証債務の履行に充てられていけばよく、ただ、「保証債務を履行するため資産の譲渡があった場合」と規定しているから、資産の譲渡行為が終了するまでの間に保証債務が具体的に確定している必要があるとする考え方。

本条項の文言解釈としては、(1)の考え方が素直な解釈であろうが、例えば、資産の売買契約時には居宅の新築資金等に充てる予定であったが、その直後に保証債務の履行を請求され、譲渡代金を全て保証債務の履行に充てることになってしまったという場合もあろう。この場合、その資産の所有権がまだ譲渡者に留保されていれば、(1)の考え方は、実質主義の観点からして妥当な解釈とはいえず、形式的に過ぎることになる。

一方、借入金でもって保証債務を履行し、その後、資産を譲渡して借入金の返済に充てた場合のように、資産の譲渡と保証債務の履行という手段と結果が逆な場合にも実質で判断し得ることからみれば、(3)の考え方にも相当な理由がある。しかし、「資産の譲渡」の解釈として、譲渡行為の終了の時点をあげ得るかは問題であり、その理由付けに乏しい。譲渡行為の終了時点の判断にも課税実務上は争いが生じるし、法が予定した本条項適用における歯止めとはなり得ないであろう。

このようなことを総合的に勘案すれば、上記の規定は、譲渡所得の総収入金額の収入すべき時期との関係において判断するのが、最も妥当ではなからうか。また、この時期については、資産の引渡しの日によること

を原則とし、当該資産の譲渡に関する契約の効力発生の日によることもできるとしている。私法上の物権変動の時期の見解に抵触するものでない上、譲渡人の選択にかからしめていることからして、現実的な取扱いとなる上記(2)の考え方によるべきものと考ええる。

- (1) 富尾一郎監修「所得税基本通達逐条解説(昭和六〇年版) 四八八頁。
- (2) 課税実務上、借入金で保証債務を履行した後に資産の譲渡があった場合にも本条項の適用を認める取扱い(所得税基本通達六四一五)があるが、これについては後述する。
- (3) 藤田良一稿「所得税法上の資産損失制度に関する一考察」税務大学校論叢一三号二二一頁。
- (4) 同上。
- (5) 〃 二一〇頁。
- (6) 吉良実稿「保証債務をめぐる税務の問題点」税理二二卷五号九頁。
- (7) 同上二〇頁。
- (8) 現金や預金は有しないが土地等の固定資産をかなり有しており、総資産としてみれば現金や預金といった流動性資産の所有者を上回る場合等。
- (9) 第一章参照のこと。
- (10) 判例は、課税要件減免規定については一貫して厳格解釈の立場をとる(前章三節の一参照)。
- (11) 我妻栄著「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」二二三頁、ほか。
- (12) 民法四七四条以下。
- (13) 星野英一著「民法概論Ⅲ(債権総論)」二三四頁。
- (14) 同上、中川善之助・遠藤浩編「基本法コンメンタール新版債権総論〔改訂〕」二三二頁、ほか。
- (15) 民法四五九条以下。
- (16) 我妻栄著前掲四九七頁。なお民法五〇一条参照。

- (17) 富尾一郎監修前掲四八九頁。
- (18) この規定は、昭和四〇年の所得税法の全文改正によって創設されたものである。その立法趣旨は「破産手続等強制換価手続により資産が譲渡された場合でも、その譲渡所得に対しては所得税を課税する建前になっているわけですが、資力を喪失して債務を弁済することが著しく困難である場合における破産手続等強制換価手続による資産の譲渡に係る譲渡所得については、この場合の譲渡が本人の意思に基づかない強制的な譲渡であること、このような場合には実際問題として課税することが困難であること、相続財産を物納した場合の譲渡所得または山林所得についてはすでに所得税を課さないこととしている（租税特別措置法第四一条）ので、これとのバランスを考える必要があること等の観点から、今回新たにこれを非課税とせられました」（国税庁編「改正税法のあらまし（昭和四〇年版）」二四頁）と説明されている。
- (19) 名古屋地判昭四四・四・一一税資五六号五五一・五五二頁。
- (20) 植松守雄稿「所得税法の諸問題一——所得の概念——」税経セミナー一四巻二号一七頁参照。
- (21) 中村忠著「現代簿記」九六頁参照。
- (22) 租税特別措置法には買換え等に関する多くの規定があるが、一定の期間内に買換資産を取得してそれぞれの用途に供すれば、課税の繰り延べが認められる。先行取得もできる（同法三三条、三六条の二、三七条など）。
- (23) 所得税基本通達六四―五（注）書。
- (24) 富尾一郎監修前掲解説四八九頁。
- (25) 同上。
- (26) 昭和四〇年の創設当初は、現に、自己の居住の用に供している家屋の譲渡……とされていたが、昭和五三年の税法改正により、居住の用に供されなくなつてから三年目の二月三十一日までに譲渡した場合に適用があるものと拡大された。
- (27) 国税庁編「改正税法のすべて」昭和五三年版五九頁。
- (28) 同上。
- (29) 「保証債務を履行するため資産の譲渡があつた場合」という文言からは、少なくともこのように解すべきであらう。
- (30) 民法四五九条一項。

(31) 民法四六〇条一号。

(32) 民法四六〇条二号。

(33) 「債務ノ弁済期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ保証契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」にも事前の求償権行使が認められる(民法四六〇条三号)。

(34) 大判大正二・一〇・二五民録一九輯八五七頁、最判昭三三・六・二〇民集一二卷一〇号一五八五頁、ほか。

(35) 末広博士(物権法(大正一〇年))以後、判例を支持するのが通説になったといわれる(三宅正男稿「売買による所有権移転の考え方(一)」判例時報九九六号六頁参照)。

(36) 近年優勢になりつつある。末川博説や川島武宣説などがその代表的なものといわれている。

(37) 所有権が、売主、買主のいずれにあるかという問題とは無関係に、危険負担や果実の帰属関係が定められているので、所有権が売買の当事者間でいつ移転するかという問題は、当事者間に生ずる紛争の解決にとってはほとんど意味がなく、所有権は、当事者間ではむしろ段階的に移るという解釈論であり、最近の有力な学説といわれる。

(38) 同通達は、譲渡所得又は山林所得の総収入金額の収入すべき時期について、原則として、資産の引渡しの時(農地等の譲渡については、農地法の規定による許可又は届出がその譲渡の効力要件となっていて、原則として、その許可又は届出の効力の生じた日)とし、なお、譲渡に関する契約の効力発生の日において、譲渡者がその資産の譲渡による利得を享受し得ることとなったとして申告があったときは、これを認めることとしている。

(39) 例えば、土地収用法(昭和二六年法律二一九号)三条の規定など。

(40) 公共事業目的のための資産の買取りは、法律の規定によって行われるのであるので、任意の資産の譲渡の場合のように、譲渡者の譲渡意思が保証債務の履行目的にあるとの説明はしにくい。

第五章 求償権とその行使

本条項は、保証債務の履行額全部について適用されるのではなく、資産の譲渡代金によって保証債務を履行した結

果、求償権を取得し、その求償権を行使することができないこととなったときにその求償権の行使ができないことになった部分に限り適用がある。この求償権については、全く民法上の解釈の問題であるが、「連帯債務者と保証人についての求償権は根拠その他の点で大きな差異を有し、到底同一に論じえない」といわれるように、本条項の適用上、求償権の解釈のしかたにも種々の問題がみられる。以下、私法上における求償権解釈と本条項の適用上の求償権の問題点について考察する。

第一節 求償権の発生要件と本条項適用上の問題点

一 連帯債務と保証債務の求償権の発生要件の差異

本条項は、民法上の保証債務に限らず、その債務の性質上、実質的には保証としての法的責任であると認められる連帯債務等にも適用があると解されているが、保証債務と連帯債務とは、本来の性質を異にするので、法は求償権の成立要件等もそれぞれ別に規定している。

保証債務の場合、保証人が一人（単独保証）であっても複数（共同保証）であっても、弁済その他の出捐行為によって主たる債務を消滅させたときは、主たる債務者に対してその全額について求償権を取得するほか、共同保証の場合には、自己の負担部分を超える弁済をした場合に、その超える部分については他の共同保証人に対しても求償権を取得するとされている。これに対して連帯債務の場合は、連帯債務者の一人が、自己の出捐によって、総債務者の共同の免責をえたときは、他の債務者に対して、その負担部分に応じて求償することができる⁽⁴⁾。この場合の負担部分は、共同保証にあっては負担部分に相当する数額（以下「数額主義」という⁽⁵⁾）を意味するのに対し、連

帯債務のそれは、①割合であつて固定した数額ではないとする見解^(c)（以下「割合主義」という。）と、②数額主義であるとする見解⁽⁷⁾とに分かれる。

数額主義を採る保証債務の場合、例えば、共同保証人AとBとが一、〇〇〇万円の債務を保証していたとして、仮に、Aが一、〇〇〇万円全額を弁済すれば、Aは、①主たる債務者に対して一、〇〇〇万円の求償権を取得するほか、②Bに対して自己の負担部分（平等として）五〇〇万円を超える部分の五〇〇万円の求償権を取得するので、本条項の適用については、主たる債務者及びBに対する求償権の行使の可否を判断すれば足り、特段の問題はないといえる。

ところが、連帯債務（法律の規定によつて発生する連帯債務等⁽⁸⁾についても、連帯債務の規定が準用ないし類推適用される。）の場合、対外的効力は、他人の債務の保証ではなく、自らが主たる債務者である。保証の実質を有するのは、内部関係における自己の負担部分を超える部分に限られることになる。つまり、保証債務の場合は、主たる債務者に対して求償不能であっても、他の共同保証人に対して求償権を取得する部分が本条項の適用除外要因となるのに對して、連帯債務の場合には、他の連帯債務者に対して求償権を取得する部分のみが保証の実質を有するといふ点に大きな差がある。したがつて、連帯債務における求償権算定の基礎となる負担部分が、「数額主義」であるのか「割合主義」であるかにより本条項の具体的な適用関係が異なつたものとなることも考えられる。

数額主義と割合主義の違いについて、具体例で示せば、次のようになるう。

〔例〕 連帯債務者甲、乙、債務額一、〇〇〇万円、負担部分平等、↓甲が六〇〇万円弁済した場合

区 分	甲 の 負 担 部 分	甲が六〇〇万円弁済したことにより、乙に対して取得する求償権
数 額 主 義	一、〇〇〇万円× $\frac{1}{2}$ ＝五〇〇万円	六〇〇万円－五〇〇万円＝一〇〇万円 <small>(注一〇)</small>
割 合 主 義	$\frac{1}{2}$	六〇〇万円× $\frac{1}{2}$ ＝三〇〇万円

いずれによっても、通常は、最終的な求償額は同じになるが、暦年の終了の時に納税義務が成立する本条項の適用上は、甲と乙の履行年度が異なった場合や、債務の一部履行後に残債務が免除された場合には、本条項の適用上差異が生じることになる。

連帯債務者の負担部分について、判例は割合主義をとり、近時学説も多数説は、債務者間における共同負担を公平ならしめるために判例に同調している。⁽¹²⁾しかし、本条項の適用上、一律的な割合主義が妥当かどうかについては、連帯債務を本条項の適用対象としている実質的意義に照らして判断する必要があると考える。

二・合名会社等の無限責任社員間の負担部分の解釈

本条項の適用に当たり、連帯債務の負担部分をどのように解すべきかを考察する好材料として、課税実務上問題を残しているところの、合名会社又は合資会社（以下「合名会社等」という。）の無限責任社員（以下「社員」という。）が会社債務を履行した場合の求償関係がある。

商法第八〇条は、合名会社の社員の責任を、会社財産をもって会社債務を完済することができないかまたは会社に対する強制執行が効を奏しないときは、各自連帯してその弁済の責に任じなければならないと規定しており、⁽¹³⁾法律の

規定による連帯債務であるとされる。社員が会社債務を弁済したときは、その社員は、①会社に対して、弁済額全額を求償し得るし、②他の社員に対して、それぞれの負担部分に応じて求償し得ることになる。

会社に対する求償権は、社員が会社債務を弁済するのは保証人の弁済と同一の關係に立つから、保証人の求償権に関する民法第四五九条の規定を類推適用し、弁済した社員と他の社員とは連帯債務者の対内關係となるから、連帯債務の求償に関する民法第四四二条の規定によるとするのが通説である。⁽¹⁴⁾ 会社に対して求償できる場合はほとんどないのが実際であることから、本条項の適用上は、社員間の求償権算定の基礎となる負担部分を数額主義とするのかそれとも割合主義とするのが問題となる。

本条項の具体的な適用に照らして負担部分の考え方をみると、割合主義の場合は、社員の中の誰かが会社債務を弁済した都度、各人の負担割合に応じて求償権を取得するので、割合主義により求償権の行使不能額を算出して本条項を適用した後に残債務が免除されたとしても課税關係には影響しない。⁽¹⁵⁾ これが本条項の適用について数額主義を採れば、当然課税關係は変動するし、⁽¹⁶⁾ 当事者間では、私法上の通説である割合主義によって求償権の行使を図りながら、本条項の適用のみが数額主義となるといったギャップも予想される。このことからすれば、本条項の適用上も私法上の解釈と同様、割合主義が妥当するといえよう。

ただ、割合主義の場合、会社債務が消滅するまで社員間の求償額が確定しないことから、暦年の終了の時に納税義務が成立する所得税には適さない事態も生じる。例えば、会社が倒産して、社員が会社債務を弁済しなければならなくなつた場合において、会社債務を各社員が固定した数額で分割し、自己の負担部分を弁済すればその余の責任を免れるとするとすることもあるが、この場合にも割合主義に引き直して本条項を適用することは、納税者感情に反する

であろう。また、社員が各自の負担部分を弁済したとしても、それぞれの弁済時期が異なれば、割合主義の場合には、各人の弁済の都度発生した相互の求償権は相殺により行使したと解するののかといった問題にも直面する。本条項の適用上は、私法上の解釈との調整の必要もあろう。

ところで、連帯債務者間の内部関係である負担部分について割合主義と解する理由は、「連帯債務の求償権の基礎たる共同分担の思想からみるときは、連帯債務者間の負担部分なるものは、これを一定の債務額とするよりも、一定の割合とみて、いやしくも共同免責のための出捐があれば、その割合で分担させることが公平に適用すると考えられるからである。」⁽¹⁷⁾とされているのであり、民法第四四二条の解釈論の問題である。民法第四四二条等の求償に関する規定は、もとより任意規定であって、⁽¹⁸⁾当事者がこれと異なる定めをすることは、契約自由の原則から当然に許される。社員のうち一人のみが全部の負担を負うことも、負担部分を数額主義と定めることも有効である。

求償権は私債権にはかならないことから、本条項の適用上においても、求償権算定の基礎となる負担部分は、私法上の判例・通説の立場である割合主義を原則とすべきであると解するが、課税実務上における割合主義による不都合を防止する意味からも、当事者間に数額主義とする特約があれば、それを認めることが望ましいし、私法上の解釈としても当然に許されるものといえよう。

なお、会社が社員に対して負担する債務についても社員の連帯責任を定めた商法第八〇条が適用されるかについては、解釈上争いがある。債権の種類を問わず適用されるとする説、社員たる資格に基づいて発生した利益配当請求権などには適用がないが、売買代金請求権などには適用できるとする説もあるが、通説は、債権の種類を問わず適用しないとする。⁽¹⁹⁾

したがって、社員が会社に対して有する貸付金や会社のために保証していた社員が、保証債務を履行した場合の求償債権が本条項の適用対象となるのが問題となる。商法第八〇条は会社債権者保護のための特別規定であることから、社員が会社に対して有する債権については、同条の適用がないとされているのであって、会社が負担すべき債務であることには変わりがない。上記通説の立場であっても、社員たる債権者は、会社から弁済を受けなかった額について、各社員の負担部分に応じて他の社員に求償できると解されている。⁽²⁰⁾

本条項の適用上は、会社が社員に対して負担する債務であっても、会社債務に含めることが妥当と考えるが、会社債権者たる社員は、自己の債権と会社債務とを相殺するにすぎないので、相殺部分については会社債務を履行するための資産の譲渡という事態は発生しない。

第二節 負担部分の判定

負担部分を決定する標準については、民法に規定がないが、連帯債務にあっては、第一に当事者間に特約があればその特約による。第二に特約がなくとも、連帯債務を負担することによって受けた利益が異なるときは負担部分もその割合に従う。これらの標準によって定まらないときは平等の割合とするのが通説⁽²¹⁾・判例⁽²²⁾である。また、共同保証人間においても同様に、当事者間に特約がある場合はその特約で定めるところに従い、特約がない場合は平等と解されている。⁽²³⁾

本来、負担部分なるものは、連帯債務者や共同保証人の内部関係としての出捐の分担ないしは決済の基準であり、①各自の負担部分をどのように定めるか、また、②いつまで定めるかといったことは、全くその内部関係に属し、さ

らには、③負担部分の変更も自由とされている。⁽²⁴⁾

当事者間における法律効果の発生は意思主義を原則とするが、課税実務上は法律の公平な適用が要請されることから、本条項の適用においては、特約の有無及びその判定時期等についての形式的基準が必要と考える。

一・特約の有無の認定

負担部分の特約は、当事者間の契約であり、本来、不要式行為であることから、法律上は、口頭契約であってもその効力を有する。

求償権者の負担部分は、本条項の適用関係に直接影響するだけに、原則として平等である負担部分を特約で変更した事実が客観的にも明らかな書面によって判断することが適当であると考えられるが、結局は、その保証行為の解釈の問題である。例えば、連帯債務者なり、共同保証人の一人が、「責任は全て自分一人が負います。」とか、「一切ご迷惑をおかけいたしません。」といった書面を他の者に差し入れた場合に、それが負担部分の特約といえるかについては見解が分かれるところである。終局的に負担をかけないとする趣旨であることが、その保証行為の解釈として認め得るものであれば、当事者間に争いが無い限り積極的に解して差支えないと解される。

二・負担部分の判定時期

私法上においては、負担部分は全く当事者の内部関係に属すると解されており、この負担部分をいつまでに定めるかについては特段制約がない。その上、いったん定めた負担部分の変更も自由とされる。⁽²⁶⁾ しかしながら、資産を譲渡したことにより所得税の課税要件が充足されるのであるから、暦年の終了の時に納税義務が成立する所得税においては、負担部分が確定的に定まるまで課税関係を不安定な状態に置くことには問題がある。また、納税義務が成立し

た以上、私人の自由な意思によって課税関係を変動させることは、課税の公平の原則に反することになる。このような観点から、本条項の適用における負担部分を確定的に判定するための時点がいつであるかが問題となる。この時点の把え方については、①保証契約の締結時、②保証債務の確定時、③資産の譲渡時、④保証債務の履行時、⑤所得税の納税義務の成立時、⑥所得税の確定申告書の提出期限などの種々の方法が考えられる。

一般的には、保証契約の締結時において判定するのが最も嚴格格であり、実情を反映しているといえようが、保証の特殊性からみて、保証契約の時点において負担部分を定めることは稀であろうし、法律の規定により保証責任を負うこととされている場合には、保証契約自体存しない。私法上の解釈からすれば、負担部分は求償権算定の基礎であり、負担部分の概念は、債務が存在している場合における債務者相互間の内部関係としての出捐の分担基準であるところの意味を持つと考えられるので、基本的には、保証債務の履行時が負担部分の判定時期と観念されるものの、その後における当事者間の合意による変更も可能とされていることから、確定的な判定の時期としては問題が残る。また、求償権の行使不能という事実は、所得金額の計算上、収入金額から控除する必要経費のように暦年の終了時までには確定を要する性格のものではないし、保証債務の確定時や資産の譲渡時を負担部分の判定時期とするには理由に乏しい。

結局、譲渡所得に係る所得税の納税義務は、申告納税方式により確定することからすれば、負担部分についても、申告所得税に係る確定申告書の提出期限（所得税法第一二四条から第一二七条までに規定する提出期限を含む。）において判定すべきと考えられる。また、国税通則法第二三条は、納税申告書の提出期限後には、納税義務者の行為による自動的な税額等の減少は認めないことを明確に定めており、その後におけるいわゆる後発的な事由に基づく税額

等の変更は、申告時には予知できなかった事態や止むを得ない事由の発生による特定の場合に限定している。したがって、確定申告書の提出期限後における負担部分の変更は、同条に規定する後発的事由によるものでない限り、具体的に確定している求償権の放棄や免除と考えるべきであり、それによって経済的利益を受けた者に対しては、贈与税課税の問題⁽³¹⁾も生じることとなる。

第三節 求償権の行使不能の解釈

一 行使不能の態様

保証債務を履行するため資産の譲渡があったとしても、本条項が適用されるのは、それにより取得した「求償権の全部又は一部を行使することができないこととなったとき」であるが、具体的にはいかなる場合をいうのかについては現行法上明文の規定がない。保証債務の履行により取得した求償権が回収不能かどうかの問題であるので、本条項の適用上も、基本的には他の金銭債権の回収不能の場合と同様に考えるべきであろう。

求償権の行使不能の態様としては次の二形態がある。その一つは、法律上求償権が消滅した場合であり、これには、①会社更生法の規定による更生計画の認可の決定⁽³²⁾、あるいは、商法の規定による特別清算に係る協定の認可若しくは整理計画の決定又は和議法の規定による和議（強制和議を含む。）の決定⁽³³⁾があった場合のように、法令に定める手続を経て求償権が切り捨てられる場合、②法令の規定による整理手続ではないが、債権者集会や当事者間の協議により求償権が切り捨てられた場合、及び③求償権の放棄（債務免除）がある。また、他の一つは、求償権は法律上存在するが、その回収が事実上不可能である場合であり、これは、上記の法的手続がないまでも、債務者の資

力の状況や収入の状況等一切を考慮しても到底求償権を行使し得ないと認められる場合であり、法律上は求償債権を有していても無価値に等しい場合である。

法律上は求償権が消滅したとしても、その行使が可能な状況で債権の放棄が行われたのであれば、本条項の趣旨にそわないし、求償権が事実上行使不能といえるかどうかは、事実の認定の問題であるが、本条項の適用上は客観的な事実に基づいた判断が要請される。

二 行使不能の要件

本条項の適用における求償権の行使不能の要件は何か、すなわち、法律上求償権が消滅したからといって当然に本条項が適用されるわけでないとするれば、その行使が不能な状態とはいかなる場合をいうのかの基準が問題となる。もっとも、この求償権の行使不能の要件は、保証債務の場合の主たる債務者に対するものだけに限るものではなく、共同保証人間や連帯債務者間においても全く同様に考えられよう。

裁判例にあらわれた求償権行使不能の要件をみると、昭和四〇年改正前の所得税法第一〇条の六第二項についての東京地裁昭和四七年四月二六日判決は、⁽³⁴⁾「求償権の全部又は一部を行使することができないこととなったとき」とは、主たる債務者において破産宣告・和議等の手続開始を受け、あるいは、失踪、事業の閉鎖、刑の執行等により、債務超過の状態が相当期間継続し、衰微した事業を再興する公算がたたない等の事情が生じ、求償権の全部又は一部の回収の見込みのないことが確実になった場合をさすものと解するのが相当である」と判示し、その後、本条項についても、千葉地裁昭和四五年九月二五日判決は、⁽³⁵⁾「当該求償権の相手方である主たる債務者について、破産もしくは和議手続の開始、事業の閉鎖、債務超過の状態が相当期間継続し、事業再起の見通しがなく、その他これらに準

ずる事情が生じ、求償権の行使、すなわち債権の回収の見込みのないことが確実となった場合をいうものと解すべきである。」と同様の判断を示している。このように、被求償権者の①事業継続の困難性、及び②債務超過状態修復の困難性が確実な場合には、求償権を行使してもその目的が達せられないことが明らかであるので「求償権を行使することができないこととなったとき」に該当するとの本条項の判断基準は、裁判例においてほぼ一貫して採用されており、その考え方は定着したものと受け取られている。また、これらの状況にあるかどうかについては、「主たる債務者の資産状況・経営状態等総合的見地からこれを判断すべきもの」⁽³⁶⁾あるいは、「相手方債務者の資産や営業の状況、他の債権者に対する弁済の程度などを総合的に考慮して客観的に判断すべきもの」⁽³⁷⁾というように、被求償者の資産状況・支払能力等から総合的かつ客観的に判断するとしている。このような、事実上の行使不能の基準を回収不能事実の客観的明白性の有無にかかわらずしめるとする裁判理論は、課税実務上も同様に解されている。⁽³⁸⁾本条項の趣旨からして至極当然のことであり、これらの資料的事実以外に他の合理的な基準は見出せない。

上記の基準は、求償権を任意に消滅させた場合にも当てはまる。東京地裁昭和五二年二月二八日判決⁽³⁹⁾は、本条項の適用について、「債権が放棄によって法律上消滅したからといって、直ちに右要件を充たすとはいえないのであって、右要件を充たすといえるためには、あくまでも……求償権の行使が……支払能力等からみてとれないことを前提として債権放棄がなされた場合であることを要する」と判示しているし、神戸地裁昭和五八年一月三日判決⁽⁴⁰⁾、京都地裁昭和五九年三月二九日判決⁽⁴¹⁾も同様の判断を示している。法令の規定によらない任意の求償権消滅が、本条項の対象となる場合の要件として、課税実務上は、①債権者集会等の協議決定の場合には、合理的な事由により債権の切捨てが行われたものであること、及び②任意の債権放棄の場合には、事実上権利の行使ができた状況のもとで行

われたものであることを要求している（所得税基本通達五一―一一）。債権者集会等利害関係が対立する関係者間の協議の結果に基づくものであれば、客観的に合理性があるとの推測もできようが、任意の債権放棄に事実上の求償不能を前提とすることは当然である。そうでなければ、国庫の損失において、譲渡人は自由に自己の利益を処分して、それに対する税を免れ得る結果となり、このようなことは、課税の公平に反するし、本条項の趣旨からして税法が認容し得ないといえよう。⁽⁴²⁾

ただ、具体的にいかなる事実があればこれらの判断基準に該当するのかは一概にはいえないであらうし、それぞれの具体的事例に即して判断することになるが、この場合においても、上記の判断基準を嚴格に解するか否かによりその適用に差が生じることになる。本条項は特例規定であることから、嚴格解釈を基本とすべきことは前述したところであり、例えば、求償権を一度に行使してその回収を図った場合には、被求償者が倒産に陥ったり、資力を喪失したり、あるいは生活の破たんを来すといった状況も生じようが、求償権は私法上の債権にほかならないのであって、本条項の適用においても、社会一般における債権回収と同様に、被求償者の責任財産の有無により判断することになる。

なお、法律上の求償権が残っていても、事実上回収不能であれば本条項が適用されるし、逆に、法律上は求償権を消滅せしめたとしても回収可能な状況での任意の債権放棄は、本条項の適用が除外されることからすれば、私債権と全く同一にはいかなない場合もあり得ることになる。また、被求償者が事業継続中の場合には、求償権の行使が事実上不能であるか否かの判定については微妙な問題も生じよう。特殊な例ではあるが、社会福祉事業を営む被求償者にその事業用の施設という責任財産があることにもかかわらず、その施設を処分すれば社会福祉事業の遂行を不能ならし

めるといふ理由で「このような場合には求償権の行使は事実上不能に帰したといふべきである」とした裁判例も存するところである。

三 行使不能の判定時期

求償権の行使不能の態様のうち、行使の可否の判定が問題となるのは、①法律上は求償権は存在するが、事実上その行使ができないとして本条項を適用する場合、及び②任意に求償権を放棄した場合についてである。この点について、所得税法は「求償権の全部又は一部を行使することができないこととなった」か否かの基準日を、同法施行規則第三八条第三号の規定よりすれば「当該事実が生じた日」に置いていると解される。

任意の求償権の放棄があれば、法律上は債権は消滅するのであるが、求償権の行使が可能であるのにそれを放棄することは、被求償者に対する利益供与とみられることから、求償権の行使ができないことを前提とした債権放棄のみを本条項の適用対象としていることは前述したとおりである。そうすると、この場合の求償権の行使の可否は法律上求償権が消滅する求償権の放棄時において判定すべきことになる。その後、被求償者の資力が好転し、求償額に見合う弁済を受けたとしても、法律上の請求権に基づくものではないので、贈与の意思がなければ一時所得として課税されることになることと解される。ただし、主たる債務者が事業継続中である場合には、この一時点をもって判定することには、前述した「行使不能」の要件に照らせば問題のあるところであり、ある程度長期的な判定期間が認められて当然であらう。

これに対し、法律上求償権が残っている場合には、事実上その権利行使が不能か否かの判断のみにかかわらず、ものである、本条項適用上だけの問題である。第一義的には、納税者の申告所得税に係る確定申告書に記載された

「当該事実が生じた日」において判定せざるを得ないものの、その後においても、法律上の請求権を有することから、被求償者の資力の状況の変化に応じ、それぞれの時点が判定時期といえよう。このことは、当該確定申告書の提出期限後に求償権が行使不能となった場合にも、本条項を適用した更正の請求を認める特例規定（所得税法第一五二条）が存することからみても明らかである。

(1) 柚木馨稿「保証人の求償権をめぐる諸問題(七)」金融法務事情二六一号二二頁。

(2) 民法四五九条。

(3) 民法四六五条。

(4) 民法四四二条。

(5) 共同保証人は、負担部分については主たる債務者に対する求償だけで満足し、それを超えた部分は共同に負担すべきものとするのが共同保証の趣旨に適する（我妻榮著「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」五〇六頁）。同旨（柚木馨稿「保証人の求償権をめぐる諸問題(中)」金融法務事情二六二号六六頁）など。

(6) 我妻榮著前掲四三三・四三四頁、柚木馨稿同上。

(7) 鳩山秀夫著「増訂改訂日本債権法(総論)」二七三頁。勝本正晃著「債権法概論(総論)」二五八、二五九頁。

(8) 求償権の行使不能の判定については後述する。

(9) 連帯債務の法的性質については、第2章注(2)参照のこと。

(10) この場合で甲の弁済額が五〇〇万円とすると数額主義であれば自己の負担部分以内であるので、乙に代して求償権を取得し得ない。

(11) 大判大正六・五・三民録二三輯八六三頁。

(12) 我妻榮著前掲四三〇頁以下、柚木馨稿前掲(中)六六頁、森泉章ほか著「民法講義四(債権総論)」一八九頁。

(13) 合資会社の無限責任社員についても同様の規定(商法一四七条)があることから、合名会社の社員に含めて考察する。

- (14) 田中誠二ほか著「四全訂コンメンタル会社法」九六頁、上柳克郎ほか編「新版注釈会社法(1)」二八九頁、小町谷操三・菅原菊志著「商法講義会社(1)」八一頁、堀口亘著「会社法」二九二頁。
- (15) 連帯債務者の一人に対してなした債務の免除は、その債務者の負担部分についてのみ、他の債務者の利益のためにもその効力を生ずる(民法四三七条)。したがって、例えば会社債務三、〇〇〇万円を無限責任社員である甲・乙・丙がそれぞれ平等に負担するとした場合に、仮に甲の債務が債権者から免除されたとすれば、甲の負担部分に相当する一、〇〇〇万円については乙も丙も免責される。
- (16) 民法四三七条は強行規定ではないと解し、当事者の特約によって同条の適用を排除し、相対的効力しか生じないものとすることもできるし、また免除行為の解釈によっても相対的効力を認め得る場合もあるとする学説が有力となっている(西村信雄編「注釈民法(1)債権(2)」九四頁以下参照)。したがって、相対的効力を認めるとすれば、残債務が免除されても課税関係に影響しない場合もあり得る。
- (17) 我妻栄著前掲四三三・四三四頁。
- (18) 柚木馨稿前掲上二三頁、白羽祐三編「学説判例総覧民法債権総則編(新版)中」一三九頁、我妻栄ほか編「判例コンメンタールⅣ債権総論」二二二頁、等。
- (19) 大森忠夫ほか編「注釈会社法(1)」三〇一・三〇二頁、田中誠二ほか著前掲九四頁、上柳克郎ほか編前掲二九〇・二九二頁、等。
- (20) 田中誠二ほか著同上九六頁、上柳克郎ほか編同上二八九頁、小町谷操三・菅原菊志著前掲八一頁、堀口亘著前掲二九二頁、等。
- (21) 我妻栄著前掲四三一・四三二頁。
- (22) 大判大正四・四・一九民録二二輯五二四頁、大判大正五・六・三民録二三輯一一三二頁、ほか。
- (23) 我妻栄著前掲五〇六頁。
- (24) 「連帯債務者間ノ負担部分ハ元來連帯債務者間ノ内部關係ニ於テ定メラルヘキモノナレハ、当初定メラレタル負担部分モ債権者ノ関与ヲ要セズ連帯債務者間ノ約定ノミニ依リ自由ニ之カ変更ヲ為シ得ルコト疑ナク、民法第四三九条ニ所謂負担部分ニ付テ

モ敢テ之ト異リタル解釈ヲ下スベキ理由存在セズ。」(大判昭七・四・一五民集一一卷七号六五六頁)。

(25) 連帯保証人間において負担部分についての暗黙の合意があった旨の譲渡人の主張が、「右事実を認めるに足る証拠はない」として排斥された裁判例(大阪地判昭五五・五・二九税資一一三号五〇三頁)がある。

(26) 前注(24)参照のこと。

(27) 国税通則法一五条二項一号。ただし源泉徴収による所得税については、その所得の支払の時(同条二号)とされている。

(28) 前章第三節の四参照のこと。

(29) 同上。

(30) 本条項の適用については、更正の請求の特例が認められており、本条項に規定する事実が生じたときは、その事実が生じた日の翌日から二日以内に限り、国税通則法二三条一項の規定による更正の請求をすることができる(所得税法一五二条)。

(31) なお、相続税基本通達九一三は、このことを留意的に規定している。

(32) 会社更生法二三二条以下。

(33) 和議法五〇条以下。

(34) 税資六五号八四七頁。

(35) 税資六〇号四三八頁。

(36) 東京地判昭五二・二・二八訟務月報二三卷三号五九三頁。

(37) 仙台地判昭五五・九・三訟務月報二六卷一一号二二四七頁。

(38) これに関する訴訟における国側の主張は一貫してこの立場をとっている。

(39) 前注(36)参照。

(40) 税資一三四号一頁。

(41) 税資一一三五号四六七頁、同四八六頁。

(42) 法人税について同様の判断を示した裁判例(大阪地判昭三三・七・三一行集九卷七号一四〇三頁)がある。

(43) 福岡高判昭四八・一・二五判例時報七〇四号四二頁。なお、本判決に賛成するものとして、渋谷達紀本件判例評釈(ジュリス

おわりに

本稿の考察過程において、保証債務の履行に係る求償権損失を、譲渡所得金額算出上の必要経費と考えるのか、それとも担税力の減殺を調整するための所得控除として把握すべきかといった、課税所得概念上からの研究の必要性に直面した。所得税の場合、事業所得以外の所得に純資産増加説的な所得概念の完全な適用を図ることができるかどうかは問題のあるところであり、これらの損失を控除するか否かは、所得概念のいかんにかかわらず、担税力に即応した課税を目的とする所得税制固有の問題であるとの立場から、本条項は、異常な損失による担税力の減殺を救済する規定に過ぎないと解したところである。しかし、本稿の目的を課税実務面における本条項の解釈・適用上の問題点の考察に置いたことから、所得概念上からの考察については必ずしも十分でなく、一般的な論及に止めざるを得なかったところであり、今後の研究課題を残した感がしなくもない。

一方、本稿の所期の目的である本条項の解釈・適用上の問題点については、ある程度体系的に網羅することを努めたところであり、課税実務上の主要な課題については、細部にわたる事項や課税所得計算上の問題を除き、概ね問題の所在を明らかにし得たのではないかと考えている。

本条項の解釈上の中心的課題である「保証債務の履行の範囲」については、従来から、所得税基本通達六四―四は取扱いでその適用範囲を拡大したものであって、限定的に考えるべきであるとする見方が根強い。本稿では、それらは立法段階で既に予定されていたものであり、本条項に規定する「保証債務の履行」とは、民法上の保証債務の履行

に限らず、その債務等の性質上、実質的に他人の債務を履行または担保すべき法的責任を有する者がその責任を履行する場合を含むと定義付け、上記通達に列挙された債務等は例示であると解した。しかし、このことは本条項の解釈・適用を弾力的に行う考え方に立脚するものではなく、本条項の立法趣旨等からの合目的解釈として導いた結論に過ぎない。本条項は、所得金額の計算に関する特例規定とされており、特例規定の厳格解釈の要請から厳格解釈を原則とすべきであり、本稿も厳格解釈の立場を基本とするものである。

また、本稿の考察対象としなかったが、同族会社の債務をその会社の主宰者が保証している場合には、両者は法的には別人格であるものの実質的にみれば自己債務の保証と何ら変わらないとの考え方から、所得税法第九条第一項第一〇号の規定とのバランス上、本条項の適用対象から除外すべきではないかという意見がある。本条項の解釈論としては無理があるので立法論として把えるべきであるが、保証は人的なつながりが強固な場合に行われるのがその特殊性であるうえ、このような保証は、実業界における保証形態の典型とされる。親族間の保証の場合をどのように考えるかということにも結びつくし、本条項の存在意義を根本から見直さなければ結論の出せない大きな問題でもあり、今後の研究課題としたい。

本稿で考察したところの本条項を巡る解釈・適用上の問題は、保証債務の履行の範囲の問題に限らず、保証債務の履行と資産の譲渡との因果関係の判定基準、求償権の算定の基礎となる負担部分の判定基準及び求償権行使不能の要件といったように多岐にわたるが、これらの課税実務上の諸問題は立法的な解決にはなじみ難い面がある。そこで、当面、本条項に関する現行の取扱基準をある程度きめ細かなものに整備して、適正かつ円滑な税務執行を期することが緊要と考える。本稿はこのような観点からそのための方策の一方法を提起したものであり、浅学非才のため十分な

ものとはいえないが、その一助を担うことができれば望外の喜びである。