

不動産所得を利用した商品型タックス・  
シェルターに対する課税

—所得税法 26 条の解釈論と廃止論を中心として—

酒 井 克 彦

〔 税 務 大 学 校 〕  
〔 研 究 部 教 育 官 〕

## 要 約

### 1 研究の目的、問題点

不動産所得を使った節税商品を巡る税務訴訟が増加している。近時話題となっている航空機リース事件や船舶リース事件などもその一例であるといえよう。

そもそも、金融商品を購入（投資）し運用益（損）を得た場合、かかる所得は、利子所得、配当所得又は雑所得（場合によっては事業所得）に区分される。事業所得に区分されることが非常に稀であることを前提とすれば、このことは、金融商品への投資損失については他の所得との損益通算を受けることができないことを意味する。しかしながら、金融商品に係る損失を損益通算のルールにのせる方法がないことはない。投資資金を不動産運用に投入し、かかる不動産の所有権を投資家に帰属させることによって、金融商品の運用益（損）を不動産所得に転換させるというスキームである。もっともこのことを法が予定していたのであれば、あるいは予定していなかったとしても予定されていた法の適用範囲内であれば、さして問題とはならないが、仮にこれらのスキームがタックス・イロージョンとなり、公平負担の原則などにゆがみをもたらす虞があるとすれば、そこに租税法上の重要な問題が発見されることになる。かような商品はいわゆる商品型タックス・シェルターといい得ると考えるが、これがまさに航空機リース事件や船舶リース事件に利用されたスキームである。また、そこでの損失はキャッシュフローを伴う投資損失ではなく、単なる計算上の損失であるという点にも不動産所得利用スキームの特徴がある。

これまで航空機リース事件などの議論では、組合課税の問題が強調されてきたが、ここに内在する問題の根源はむしろ不動産所得そのものにあるのではないかという問題関心に辿り着く。通達によるとはいえ、航空機リース事件を契機に組合課税に係る解釈指針が示されたことは評価できるが、問題は組合課税論に留まらないのではなかろうか。今、不動産所得の解釈論や不動

産所得の存在自体を考え直す時期に来ているように思われるのである。

かような問題意識を出発点として、本研究では、二つの視点から不動産所得についての考察を加えることとした。第一に解釈論的アプローチである。具体的には、これまで「不動産等の貸付けによる所得」(所法 26①)と規定される不動産所得を、「所有不動産から生ずる所得」というように理解してきたきらいがあるのではないか。果たしてこのような理解は妥当なのかという問題意識である。第二に、立法論的アプローチとして不動産所得の廃止論を考えてみたい。ここでは、不動産等の貸付けによる所得が事業所得又は雑所得に区分されることの積極的な意義付けを導出することを目指すこととする。

## 2 研究の概要

### (1) 不動産所得の解釈論と租税回避否認の限界

#### イ 所得税法 26 条にいう不動産所得の意義

##### (イ) 不動産所得と所有権

所得税法 26 条は「不動産等の貸付けによる所得」と規定しているに過ぎず、不動産等の所有権の有無は文理上要件とはされていないように思われる。不動産所得は、民法上の賃貸借契約を基礎として解釈されることが多いが、仮に、民法上の議論を基礎に考えたとしても、民法上の賃貸借は消費貸借のように目的物の所有権を相手方に移転するものではないから、賃貸人が物の所有権を有することは必要ではないとされている。また、判例は、不動産所有権の誤信は直ちに契約の効力を左右するほど当然に重大なものではないとするし、かかる考え方は学説上も支持されている。すると、不動産等の所有権を有しない転貸人による「不動産等の貸付け」を同条の「不動産等の貸付け」から排除する積極的理由は見当たらないのではなかろうか。更に、不動産等の所有権者ではなく生計の主権者に不動産所得が帰属するとした裁判例、不動産所得の認定において必ずしも有効な不動産賃貸借契約を基礎とする必要はないとする裁判例などの分析からも同様の結論を導

出し得る。

このようなことを前提とすれば、不動産所得の解釈に当たっては、必ずしも不動産等の所有権に拘泥して理解する必要はないのではないかと思われる。したがって、仮に組合構成員に不動産等の所有権が存在するからといって、そのことのみをもって、かかる不動産等から生じた所得が構成員の不動産所得となるという考え方が必ずしも肯定されるということにもならないという結論を導出し得るのである。

(ロ) 不動産等の「貸付け」による所得の意義

不動産所得は不動産の「貸付け」による所得であるから、貸付行為の存在が前提とされるべきであると考ええる。

所得税法は、不動産等の貸付けが事業的規模によるものかあるいは業務的規模によるものかによって、課税上の取扱いを異にする。例えば、「事業」としての不動産所得を得ている場合には、一定の要件の下で青色事業専従者給与が認められる（所法 57 ①）。単に貸付けている家屋の棟数や室数を前提としてこのような規定が設けられているのではなく、「貸付行為」が事業といい得る場合には人的役務提供の程度が増加するという点に着目しているのではなからうか。そうであるからこそ、事業的規模の不動産所得の場合にのみ、家族従業員への給与が必要経費として認められているとも理解できる。なお、不動産所得を積極的に「貸付け」による所得と理解することは、「事業等所得」として事業所得と一体とされていた所得区分の沿革に反するものではないと思われる。すると、貸付行為を行っているか否かという点こそが不動産所得を画する要件とされるべきであり、かような解釈が最も文理に素直な解釈であるといえよう。

ロ 貸付行為の認定の困難性

もっとも、所得税法 26 条の文言から積極的な貸付行為とそうでない貸付行為を峻別することは困難であるという疑問もあろう。このような疑問があるとしても、同条にいう「貸付け」を実際の行為性に着目して解

積する可能性が否定されるわけではない。不動産等の所有権が小学生の子供にあり、賃貸借契約書の存在があるからといって、その子に不動産所得があるといえるかについては疑問である。やはり「不動産等の貸付け」が行われているかどうかという観点から検討されるべき問題ではなからうか。この点は、例えば、近時の民法555条《売買》の「約する」を、合意にとどまらず手付金の交付の事実などより具体的意思の介在を重要視する民法解釈論の傾向と親和性を有する議論であるといえなくもない。

この問題を更に先に進めると、他人に委任や代理をして貸付けを行わせていた場合には、不動産所得の「貸付け」から離脱するのかという素朴な疑問に突き当たる。代理契約の内容や委任の本旨から依頼者における不動産等の貸付けの意思を読み取れない場合には、これを否定する余地はあると思われるが、この辺りの挙証は極めて難しいといわざるを得ない。

## (2) 不動産所得廃止論と商品型タックス・シェルター

### イ 不動産所得廃止論

組合契約を利用するのではなく、代理契約や委任契約を介在させるスキームを構築することはたやすい。このことは、組合契約による商品型タックス・シェルターに係る組合課税上の損益通算に制限を加えることのみでは根本的な解決に繋がらないことを意味する。そこで、かかる観点から不動産所得廃止論を展開することが考えられる。不動産所得が廃止されれば、不動産等の貸付けによる所得を事業所得と雑所得にトレースして区分することになるが、不動産所得を生ずべき「事業」といえるか否かを、事業所得該当性の判断基準によって画すべきとする裁判例もあるところであり、これまでの所得税法の解釈に齟齬をきたすものではない。そもそも、不動産所得は資産合算制度の廃止でその役目を終えたともいい得るのであって、存置しなければならぬ積極的意義は見当たらないのではなからうか。

#### ロ 事業所得の意義とリスク遮断

金融商品の運用益について事業所得と認定されることが少ないのは、事業所得を「自己の計算と危険において営利・継続的に行う経済活動による所得」と理解する考えが判例・学説により支持されているからである。すると、リスク回避を前提とした事業体から構成員への分配金は事業所得に該当するとはいえない。そうでなかったとしても、裁判例においては、自己の危険と計算における企画遂行性の有無、取引に要した精神的肉体的労力の程度等から事業所得性が判断されることが多いことに鑑みると、雑所得に該当するケースが多いと思われる。

### 3 結びに代えて

本研究では、投資対象としての商品型タックス・シェルターに不動産所得が利用されている現状を踏まえ、不動産所得を廃止すべきとの所見を有するに至った。

所得税法は所得の勤労性や資産性などを考慮し担税力に応じた所得区分ごとに所得計算を行うこととしている。しかし、事業体の活用、委任・代理、証券化などによって本来の所得区分をコンバートすることは可能である。本研究は、所得税法が本来予定している所得区分が容易にコンバートされてしまう危機に対する一つの切り口にすぎない。最終的には、所得区分間の課税上の取扱いの格差を減らし、あるいは所得区分を少なくすることでこの問題への解決を探るべきではなかろうか。

## 目 次

はじめに	651
第1章 不動産所得を利用した商品型タックス・シェルター	653
序	653
第1節 商品型タックス・シェルターと不動産所得	653
1 タックス・シェルターと租税回避	653
2 不動産所得と損益通算	655
第2節 不動産所得を利用した商品型タックス・シェルター	655
1 借地権に係る不動産所得回避策	655
2 投資用リゾートマンション	658
3 オペレーティング・リース事業	662
第2章 所得税法 26 条の「不動産等の貸付けによる所得」の意義	668
序	668
第1節 不動産所得の意義	668
1 不動産所得の沿革	668
2 不動産所得と事業所得	671
第2節 不動産所得の性質と不動産所有権	673
1 問題点の所在	673
2 不動産所有権と不動産所得	673
3 不動産所得の性質論	681
第3節 所得税法 26 条の「不動産等の貸付けによる所得」	687
1 不動産所得と付随収入	687
2 「不動産等の貸付けによる所得」の解釈	689
3 不動産所得の解釈論の抜本的転換の必要性	692
第3章 不動産所得廃止論	695
序	695
第1節 不動産所得の廃止を巡る議論	695

1 政府税制調査会基礎問題小委員会	695
2 不動産所得の役割の終焉	696
第2節 不動産所得が廃止された場合の所得区分	697
1 不動産貸付けの規模と事業所得及び雑所得の区分	697
2 事業所得該当性への狭き門	700
3 必要経費及び資産損失	701
結びに代えて	704



## はじめに

不動産所得を使った商品型タックス・シェルターを巡る税務訴訟が増加している。近時話題となっている航空機リース事件や船舶リース事件などもその一例であるといえよう。

そもそも、金融商品を購入（投資）し運用益（損）を得た場合、かかる所得は、利子所得、配当所得又は雑所得（場合によっては事業所得）に区分される。事業所得に区分されることが非常に稀であることを前提とすれば、このことは、金融商品への投資損失については他の所得との損益通算を受けることができないことを意味する。しかしながら、金融商品に係る損失を損益通算のルールにのせる方法がないことはない。投資資金を不動産運用に投入し、かかる不動産の所有権を投資家に帰属させることによって、金融商品の運用益（損）を不動産所得に転換させるというスキームである。まさに航空機リース事件や船舶リース事件がこれである。また、そこでの損失はキャッシュフローを伴う投資損失ではなく、単なる計算上の損失であるという点にも不動産所得利用スキームの特徴がある。

投資マンションリースは特段問題とされることがないにもかかわらず、なぜ航空機リースは問題とされるのであろうか。これまで航空機リース事件などの議論では、組合課税の問題が強調されてきたが、両者に内在する問題の根源はむしろ不動産所得そのものにあるのではないかという問題関心に辿り着く。組合課税に係る解釈指針が示されたことは評価できるが、問題は組合課税論にとどまらない。不動産所得の解釈論や不動産所得の存在自体を考え直す時期に来ているのではなからうか。

かような問題意識を出発点として、本研究では、二つの視点から不動産所得についての考察を加えることとした。第一に解釈論的アプローチである。具体的には、これまで「不動産等の貸付けによる所得」（所法 26①）と規定される不動産所得を、「所有不動産から生ずる所得」というように理解してきたきらいがあるのではないか。果たしてこのような理解は妥当なのかという問題意識で

ある。第二に、立法論的アプローチとして不動産所得の廃止論を考えてみたい。ここでは、不動産等の貸付けによる所得が事業所得又は雑所得に区分されることの積極的な意義付けを導出することを目指すこととする。

# 第1章 不動産所得を利用した商品型 タックス・シェルター

## 序

不動産所得に関する所得税法上の研究には、やや立ち遅れ感があるように思われる。

不動産所得についてもこれまで幾度かの改正を経験してきたが、その中心は主に、租税回避防止にあったのではないかと思われる。不動産所得の基礎となる不動産の貸付けによる収入は毎年経常的に生じることから、安定した所得であるともいえるが、貸付けの規模や業務への関与度合いに関係なくその損失は他の所得との損益通算が認められている。そのことから、過去においてもかかる損益通算を利用した商品型タックス・シェルターが販売されてきたし、また、最近も販売されているのである。そこで、これまででも不動産所得の赤字を利用した損益通算の制限措置が講じられてきたが、最近は組合契約を採用した新たなタックス・シェルターが登場している。

本章では、これまでの不動産所得回避の手法とそれに対する課税上の取扱いの変遷を簡単に辿っておくこととしたい。

## 第1節 商品型タックス・シェルターと不動産所得

### 1 タックス・シェルターと租税回避

租税回避とは、金子宏教授によると、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免

れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」と定義付けられる<sup>(1)</sup>。また、清永敬次教授は、ヘンゼル (Hense1) の定義を参考にしながら、「租税回避とは、…税法上通常のものと考えられている取引形式を選択せず、それとは異なる取引形式を選択することにより、通常取引形式を選択した場合と同一またはほぼ同一の経済的効果を達成しながら、租税上の負担を軽減または排除することである。」とされ、「このなかには、通常のものでない、したがって異常な取引形式の選択、同一またはほぼ同一の経済的効果の達成、および租税上の負担の軽減または排除という三つの要素が含まれている。」と述べられる<sup>(2)</sup>。

これに対して、タックス・シェルターとはどのようなものをいうのであろうか。中里実教授は、きわめて雑駁な定義と前置きした上で、「租税裁定取引を用いてタックス・ポジションの変更を行うことを目的とする取引を法的に定型化し、それにファイナンス取引に代表されるような投資商品等の装いをほどこして、納税者に対して販売するものが、課税逃れ商品 (タックスシェルター) である。」とされる<sup>(3)</sup>。また、岡村忠生教授の定義によれば、「損失控除など課税上の利益を目的とする投資であって、その利益が、投資利益 (もしあれば) に対する課税のみならず、他の源泉からの所得、特に事業や専門職から得られた所得を打ち消す (shelter) ものをいう」とされる<sup>(4)</sup>。

これらの定義を前提として考えると、タックス・シェルターとは、租税回避とは同義ではないといえよう。例えば、税負担を軽減すると目される行為や

(1) 金子宏『租税法 [第11版]』127頁 (弘文堂2006)。

(2) 清永敬次『租税回避の研究』369頁 (ミネルヴァ書房1995)。清永教授は、「租税回避が問題となるのは、課税要件とされている通常取引形式とそうでない異常な取引形式が同じような経済的効果を達しながら租税上の負担に違いが生ずることにある。」とされる。したがって、同教授の定義によれば、ドイツの租税調整法にいう租税回避否認規定の適用が租税回避の意図の存在を要件とするのに対して、ここにいる租税回避の意図を租税回避の概念の要素とする必要はないことになる (同書369頁)。

(3) 中里実『タックスシェルター』13頁 (有斐閣2002)。

(4) 岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法論136巻4・5・6号269頁。

取引が仮装行為であって、真実には存在しないと認定される場合には、それに即した法的効果が生じないため、税負担の減少ないし排除の効果はないのであるから、租税回避とはいえない。このような場合について、金子宏教授は、「シェルターと呼ぶのは正しいが、租税回避の一類型と考えるのは誤り（合成の誤謬）である。」と指摘される<sup>(5)</sup>。

そこで、本稿では、基本的により広義の意味を有する「タックス・シェルター」という用語を用いることとする。

## 2 不動産所得と損益通算

不動産所得は、不動産所得を生ずべき「事業」と、事業と称するに至らない程度の「業務」とを区別し、損益通算の適用に当たっては、前者については事業所得と、後者については雑所得と同様の取扱いを行うよう制度設計されている。

その他、土地等を取得するために要した負債の利子に対する損益通算の特例や、特定組合員の不動産所得に係る損益通算の特例が設けられているが、これらは、いずれも不動産所得がタックス・シェルターに利用されてきた過去の経緯と密接に関係している。

次に、これまでの不動産所得を利用する商品型タックス・シェルターについて概観し、これらの損益通算の特例が創設された経緯などについても併せて確認しておくこととしたい。

### 第2節 不動産所得を利用した商品型タックス・シェルター

#### 1 借地権に係る不動産所得回避策

昭和33年以前においては、税法は不動産の貸付け、地上権の設定等による所得は、すべて不動産所得としていたため、巨額な権利金が授受される場合

---

(5) 金子・前掲注(1)132頁。

においてもすべて不動産所得に該当するとして課税されていた。

当時、借地権設定対価については、不動産所得ではなく、譲渡所得に該当するのではないかという解釈論上の争いがあり、相当な議論が展開されていた。しかし、最高裁昭和 45 年 10 月 23 日第二小法廷判決（民集 24 卷 11 号 1617 頁）<sup>(6)</sup>では、「不動産賃貸借の当事者間で授受されるいわゆる権利金には、…種々の性質のものが存するけれども、明らかに営業権譲渡の対価であるようなものは格別、通常、それは賃貸人が賃借人に対して一定の期間不動産を使用収益させる対価の一部として支払いを受ける一時の所得であるから、前記法条をその文言に従って法律的、形式的に解釈するかぎり、通常、賃借権設定の際に賃貸人に支払われる権利金は、不動産所得に当たるものと解するほかはない。」と説示した<sup>(7)</sup>。

---

(6) 判例評釈として、清永敬次「判評」民商 65 卷 3 号 83 頁以下、新井隆一「借地権利金の税法上の性質」ジュリ 482 号 36 頁以下、村井正「不動産所得と譲渡所得の区別」『租税判例百選〔第 2 版〕』62 頁以下、高野幸大「不動産所得と譲渡所得の区別」『租税判例百選〔第 3 版〕』50 頁以下、同「同」『租税判例百選〔第 4 版〕』62 頁、森川正晴「権利金の旧所得税法上の所得類型」シュト 110 号 22 頁以下、横山茂晴「判評」税理 14 卷 12 号 113 頁以下、堺澤良「借地権の設定に際して授受される権利金の所得の種類」税通 26 卷 3 号 184 頁以下、同「経済的観察方法による税法解釈の適格性」税弘 23 卷 5 号 32 頁以下、富沢達「判評」曹時 23 卷 10 号 352 頁以下、眞鍋薫「いわゆる借地権利金の所得分類について」税弘 19 卷 4 号 84 頁以下など参照。

(7) 第一審東京地裁昭和 39 年 5 月 28 日判決（行裁例集 15 卷 5 号 783 頁）の判例評釈として、金子宏「借地権利金は昭和 34 年法律 78 号による改正前の所得税法上不動産所得・譲渡所得のいずれに属するか」判時 289 号 18 頁以下、須貝脩一「権利金と所得類型」シュト 30 号 1 頁以下参照。控訴審東京高裁昭和 41 年 3 月 15 日判決（行裁例集 17 卷 3 号 279 頁）の判例評釈として、高島良一「譲渡所得(4) —権利金は譲渡所得か—」『租税判例百選』80 頁以下、竹下重人「借地権利金の旧所得税法上の所得類型」シュト 59 号 7 頁以下、須貝脩一「実質主義の二判例」税法 200 号 3 頁以下参照。

なお、差戻審東京高裁昭和 46 年 12 月 21 日判決（訟月 18 卷 4 号 607 頁）は、「借地権設定に際して土地所有者に支払われるいわゆる権利金の中でも、右借地権設定契約が長期の存続期間を定めるものであり、かつ借地権の譲渡性を承認するものである等、所有者が当該土地の使用収益権を半永久的に手離す結果となる場合に、その対価として更地価格のきわめて高い割合に当たる金額が支払われるというようなものは、経済的、実質的には、所有権の権能の一部を譲渡した対価としての性質をもつものと認めることができるのであり、このような権利金は、旧所得税法の下に

かような不動産所得を回避するために、この当時、借地権の設定に当たり権利金を支払う代わりに金銭の無利子又は低利の貸付等のかたちで地主に特別の経済的利益を与え、権利金授受に伴う不動産所得を回避する事例が見受けられた。

そもそも、権利金に対して全額を不動産所得課税することに対しては、批判が寄せられていたため<sup>(8)</sup>、昭和34年所得税法改正において、建物又は構築物の所有を目的とする借地権の設定の対価として、取得した権利金の額が土地の更地の額の2分の1を超えるなど一定の要件を満たすものを譲渡所得、これに該当しないものを不動産所得とした。

また、権利金に対する税制改正に伴い、無利息貸付けによる借地権設定という租税回避が発生していた状況に鑑みて、借地権の設定に際して地主が無利息又は低利息による金銭の借入れその他の経済的利益を受けるときには、その経済的利益の額を評価し、これを権利金に含めたところで、その収入金額が上記基準によって譲渡所得の収入金額に該当するか否かを判定し、譲渡

---

においても、なお、譲渡所得に当たるものと類推解釈するのが相当である。もつとも、旧所得税法9条1項が、譲渡所得については8号の規定により計算した金額の二分の一に相当する金額を課税標準とする旨定めているのは、普通の所得に対して資産の譲渡による所得を特に優遇するものであるから、その適用範囲を解釈によってみだりに拡大することは許されないところであり、右のような類推解釈は、明らかに資産の譲渡の対価としての経済的実質を有するものと認められる権利金についてのみ許されると解すべきであって、必ずしもそのような経済的実質を有するとはいえない、性質のあいまいな権利金については、法律の用語の自然な解釈に従い、不動産所得として課税すべきものと解するのが相当である。」と判示し、国側の主張を認めた。判例評釈として、船田健二「借地権－権利金」税通39巻15号22頁以下参照。

- (8) 植松守雄編『注解所得税法〔四訂版〕』375頁以下(大蔵財務協会2005)は、「①この種の権利金の性質は単に地代の前払いということとどまらず、いわばその土地の独占的利用権ないし場所的利益の譲渡の対価としての意味をもっている場合が少なくなく、借地権が設定されると、地主は単に『底地』を利用するに供する対価として僅かの地代收受権を有するにとどまる場合が多いこと、②いったん設定された借地権を他に譲渡した場合の対価は譲渡所得としてその2分の1が課税されるのに対し、借地権の設定に伴い一時に取得する権利金は、不動産所得としてその全額が課税されるのは税制として均衡を欠いていることなどといった批判が寄せられていた。」と説明される。

所得の収入金額に該当する場合には、その経済的利益の額をも譲渡所得の収入金額として一時に課税するいわゆる特別の経済的利益の課税が講じられることになった（所令 80）。

もっともこれは不動産所得を利用した商品型タックス・シェルターではなく、不動産所得を回避しようとする手法であった。

## 2 投資用リゾートマンション

その後、不動産の高騰を契機に、給与所得や事業所得等に係る税負担の軽減を図るとともに不動産の将来の値上り益を得ることを目的として、マンション等を借入金により購入し、これを貸し付けて損失を生じさせる事例が増加した。

とりわけリゾートホテルなどを利用し、不動産の貸付けによる損失を損益通算するケースがあった。そのような場合にも、リゾートホテルを生活に通常必要でない資産に当たると判断した上で損益通算を否認する事例がしばしば散見されるようになった。ここでは、生活に通常必要でない資産に係る損失を損益通算から除外する所得税法 69 条の規定の適用により、リゾートマンション貸付けの損失に係るタックス・イロージョンを排除する課税庁側の態度が看取できるのである。

例えば、納税者が訴外観光ホテルに客室として賃貸することを前提として分譲された物件であるリゾートホテルのオーナーズルームは、「生活に通常必要でない資産」に該当せず損益通算の対象となるとした判決として、盛岡地裁平成 11 年 12 月 10 日判決（税資 245 号 662 頁）<sup>(9)</sup>がある<sup>(10)</sup>。他方、その

(9) 判例評釈として、差し当たり、品川芳宣「損益通算に係る『生活に通常必要でない資産』の範囲」税研 92 号 83 頁以下参照。

(10) 判決においては、「本件物件は、I ホテルにホテル客室として賃貸することを前提として分譲された物件であること、原告の本件物件の利用状況は、平成 3 年は利用なし、平成 4 年には日中の利用 2 回と宿泊 1 回、平成 5 年には宿泊 4 回と少ない回数であったこと、原告は、本件物件の取得と同時期に、他にも不動産を順次取得し、いずれもこれを他に賃貸して賃料収入を得る事業を開始しており、本件物件についても、K からその収益や値上がり状況についての説明を受けた上でその購入に至って



控訴審仙台高裁平成13年4月24日判決（税資250号順号8884）<sup>(11)</sup>は、「家屋の所有者の『主たる所有目的』という主観的要件を定めているが、個人の主観的な意思は外部からは容易に知り難いものであるから、その認定に当たって、客観的事実を軽視し、個人の主観的な意思を重視することは税負担の公平と租税の適正な賦課徴収を実現する上で適当でないというべきである。のみならず、所得税法69条2項が生活に通常必要でない資産に係る所得の計算上生じた損失について損益通算を認めていないのは、その資産に係る支出ないし負担の経済的性質を理由とするものであるが、このような支出ないし負担の経済的性質は、本来、個人の主観的な意思によらずに客観的に判定されるべきものであることに鑑みれば、所有者の主観を重視するのは相当でなく、所有者の職業、生活状況、所有者の他の不動産の取得・利用状況、当該不動産の性質及び状況、所有者が当該不動産を取得するに至った経緯、当該不動産より所有者が受け又は受けることができた利益及び所有者の支出ないし負担の性質、内容、程度等の諸般の事情を総合的に考慮して、客観的に所有者の主たる所有目的を認定すべきである。」と説示する。そして、節税目的が主たる目的となるか否かについては、「将来の値上がり利益や節税目的（損

---

いる経緯があり、本件物件についてのみ他の物件と異なる目的をもって購入したという事情は窮われないこと等の諸事情をも併せ考慮すれば、原告の本件物件の主たる所有目的が保養にあったと解することはできないというべきである。以上によれば、本件物件が施行令178条1項2号の『通常自己及び自己と生計を一にする親族が居住の用に供しない家屋で主として趣味、娯楽又は保養の用に供する目的で所有するものその他主として趣味、娯楽、保養又は鑑賞の目的で所有する不動産』に該当するということではできないから、法62条1項の『生活に通常必要でない資産』に該当せず、原告の本件物件をIホテルに賃貸したことによって生じた本件損失金額は、同法69条1項により損益通算の対象となるというべきであり、これが損益通算の対象とならないとしてなされた本件更正処分は、その余の点について判断するまでもなく違法であってその取消しを免れず、また、右更正処分を前提としてなされた本件賦課決定処分も違法であるから、その取消しを免れないというべきである。」とされている。

- (11) 判例評釈として、差し当たり、三木義一「リゾートホテルの貸付けと損益通算の可否」ジュリ1254号262頁以下、堀口和哉「開業医である納税者がリゾートホテルの一室を賃貸したことから生じた損失の税務上の処理」税務事例33巻11号1頁以下参照。

益通算をする目的) が主たる目的となるかを検討するに、近い将来確実に転売して利益を得ることを目的としているという場合(不動産販売の事業目的の場合) 以外は、転売利益は将来転売した時点で現実化する不確定的な収入ないし利益であるにすぎず、これが本件物件に係る支出ないし負担の経済的性質を決定するものとはいえないから、本件物件の主たる所有目的を左右するものではない(いわば、主たる所有目的に付随する目的にすぎないといえる。)。損益通算する目的についても、『生活に通常必要でない不動産』か否かを判断するためその資産の所有目的を客観的に認定しようとする際に、その所有目的如何によって決せられる節税効果を得ることを判断要素とすることは本末転倒というべきであって相当でないから、節税効果に注目して取得したかどうかという点は、被控訴人の本件物件の所有目的を認定する際に考慮に入れることはできないというべきである。」とし、所有目的は保養にあると判断の上、原審の判断を覆した<sup>(12)</sup>。なお、同様の判断を下した事件として、東京地裁平成10年2月24日判決(判タ1004号142頁)<sup>(13)</sup>がある<sup>(14)</sup>。

- 
- (12) 仙台高裁は、「本件物件に係る管理費その他の支出ないし負担は、賃料収入獲得に供される性質のものではなく、所得獲得とは無縁の家事費的ないし余剰所得の処分的性質のものとして解するのが相当である。したがって、本件物件の主たる所有目的は保養にあると解するべきであり、当該支出ないし負担をもって、他の各種所得の金額から控除し、損益通算の対象とすべきではないことになる。」としている。
- (13) 判例評釈として、差し当たり、山田二郎「 condominium形式のリゾートホテルの1室をホテル経営会社に賃貸したことによって生じた損失と損益通算の可否」税務事例32巻6号10頁以下、大野重國「ホテル経営会社に貸し付けられた condominium形式のリゾートホテルの一室は、生活に通常必要でない資産に該当するか」税理43巻5号208頁以下参照。
- (14) 東京地裁は、「原告は、本件建物を貸し付けることによる家賃収入が得られるほか、これを所有することによる節税効果に着目し、また、将来の値上がり益をも見込んで本件建物を購入したものであって、主として保養の用に供する目的で本件建物を所有していたものではない旨主張し、本人尋問において、これに沿って供述をしているところ、前示のとおり、Iによる本件ホテルの購入希望者等に対する説明又は勧誘の際には、合理的な節税対策となる点が強調されていたことからすると、原告が本件建物の購入を決定するに当たり、その節税効果に着目していたことは、これを認めるに難くないところである。しかしながら、原告は、5,700万円もの代金を支払って本件建物を取得し、その後においても、管理費等として年間約630万円から760万円の費用を負担しなければならないところ、本件建物を所有することが節税対策と

このように、保養の用に供される不動産として生活に通常必要でない資産に該当するリゾートマンションを利用した商品型タックス・シェルターに対しては、損益通算制限によりこれを防止してきたものの、それ以外のマンションの貸付けに係る不動産所得の損失は損益通算として認められてきた。

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

---

して有効であるといっても、右の節税効果というのは、本件建物の管理費等の費用（減価償却費を含む。）のうち本件建物の貸付けによる家賃収入を超える部分が法69条1項の適用により損金として原告の他の各種所得の金額と通算され、それだけ原告の各年分の納付すべき税額が減少し、納付すべき税額の減少分だけ本件建物の所有のために要する多額の費用の一部を補うことができるというものであって、資産の運用によって損失が生ずることに伴う副次的経済効果にすぎない。法施行令178条1項2号に規定する生活に通常必要でない不動産に該当するかどうかは、客観的にみて当該不動産の本来の使用、収益の目的が何かによって判断すべきものであり、右のような節税効果が得られるかどうかは、その本来の使用、収益の目的が何かによって決せられるべきものと解されるから、本来の使用、収益の目的が何かを判断するに当たって、右節税効果が得られるかどうかを主要な判断要素として考慮すべきものとすることは本末転倒の議論であって相当でないというべきである。本件建物の貸付けによる家賃収入がその所有に要する費用の負担と比較して著しく少額であることは前記認定のとおりであり、右の観点からすれば、原告が右節税効果に着目して本件建物を取得したものととしても、本件建物の主たる所有目的が本件建物の貸付けその他による経済的利益の獲得であると認めることは到底できない。また、原告は、本件建物の値上がり益も見込んで本件建物を取得したともいうが、それは、原告の主観的な意図にとどまるものであり、原告がこれを転売目的で取得したことを客観的に裏付ける証拠はなく、右のような主観的な意図の存在によって、本件建物の主たる所有目的が影響を受けることはないというべきである。」と判示して、リゾートホテル客室の貸付けによる損失を生活に通常必要でない資産に係る損失と認定した。

そして、かかる答申を受け、平成3年の税制改正において、不動産所得の金額の計算上生じた損失のうち、土地等を取得するために要した負債の利子の額に相当する部分の金額については、損益通算の対象としないこととされ、平成4年分以後の所得税から適用されることになった（措法41の4）<sup>(15)</sup>。

### 3 オペレーティング・リース事業

#### (1) 航空機リース

昭和40年の所得税法改正の際に、航空機の貸付けによる所得が不動産所得の範囲に加えられており、航空機の貸付けによる所得も不動産所得とされる。

これまでもヘリコプターの貸付けを組み込んだタックス・シェルターなどがあったが、最近では、後述する船舶リースと同様、航空機リースを使用したタックス・シェルターが開発されている。いわゆる航空機リース事件と呼ばれる事例<sup>(16)</sup>は、証券会社系のリース会社が組成したスキームである<sup>(17)</sup>。航空機リース会社が、その子会社を業務執行組合員とし、相当数の

---

(15) 国税庁『平成3年改正税法のすべて』150頁は、「不動産の貸付けによる収入は毎年経常的に生じるものであり、安定した所得といえますが、不動産の貸付けにより生じた損失を他の所得から控除する（損益通算）ことを認めることについては、次のような問題が指摘されていました。」として、

「イ 給与所得や事業所得等に係る税負担の軽減を図るとともに、不動産の値上がり益を得ることを目的としてマンション等を借入金により購入してこれを貸し付けることにより損失を生じさせている事例が増加しており、このような不動産所得に係る損失を他の所得から控除することによる税負担の軽減は高額所得者の方がより有利となり不公平となっていること

ロ 不動産の貸付けによる損失の実態をみると賃貸不動産を購入するために要した借入金の利子を必要経費に算入することがその損失の要因となっているところであり、借入金により不動産を取得することの方がメリットをより多く受けられることが不要不急の土地需要を生み出し地価高騰の一因となっていると認められること」

を指摘する。

(16) 名古屋地裁平成16年10月28日判決（後掲）、控訴審名古屋高裁平成17年10月27日判決（後掲）のほか、津地裁平成17年4月19日判決（判例集未登載）、静岡地裁平成17年7月14日判決（判例集未登載）。

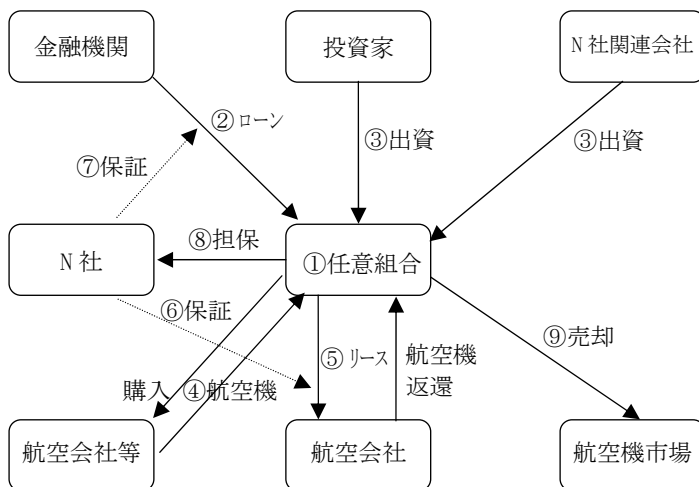
(17) 平成16年3月16日付読売新聞（朝）など報道記事も参照。

個人が1億円程度の出資をして組合員となる。これは民法上の組合である。各任意組合員は銀行より融資を受けた上で、組合員の出資金と合わせて航空機1機を航空機市場より購入し、外国の航空会社に裸よう機にて賃貸する。組合は収受した賃料を収入とし、減価償却費などを費用として算出した利益（損失）を組合への出資割合に応じて各組合員に配分する。賃貸期間終了後には航空機を市場で売却して売却代金を収受して、任意組合としての航空機賃貸事業を終える（〔参考〕参照）。

[参考]

### 航空機リースのスキーム

任意組合を活用するタックス・シェルターの例：N社事件



- ① 航空機賃貸事業の主体として、個人投資家及びN社の関連会社1～2社を組合員とする日本の民法上の任意組合を組成する。なお、N社の関連会社1～2社のうち、1社は任意組合の業務執行者となる。
- ② 任意組合は、金融機関より航空機の物件金額の約70～80%を借り入れる。

N社は借り入れの斡旋手数料を取る。

- ③ 個人組員及びN社関連会社は、航空機の物件金額の約20～30%及び②の斡旋手数料を出資する。
- ④ 任意組合は②の借入金及び③の出資金で航空会社やリース会社から航空機を購入する。
- ⑤ 任意組合はこの航空機を別の航空会社にリースする。
- ⑥ N社はリース契約上の任意組合の義務（例えば、賃借人が航空機を使用する権利を妨げないこと）の履行を保証する。
- ⑦ N社は金融機関に対して借り入れの返済を保証する。
- ⑧ N社は⑦の保証に関する任意組合に対する求償権を担保するため、任意組合が所有する航空機及びリース料受取債権その他の任意組合の財産に担保権を設定する。N社はリース期間中一定の保証料を受け取る。
- ⑨ リース終了時に航空機は賃借人から任意組合に返還され、任意組合は航空機を売却する。

名古屋地裁平成16年10月28日判決（判タ1204号244頁）<sup>(18)</sup>は、国側が本件組合は任意組合に当たらないとした点について、「例外的な場合ではあるものの、一般組員である原告らが出資額を超えて責任を負担することがあることは否定できないというべきである上、そもそも、一口に民法上の組合といっても、その実態において、構成員相互間における人的結合の色彩の強い団体から構成員から独立した社団的色彩を帯びる団体に至るまで幅広く存在し、後者の場合には、実際に組合の運営に当たっている業

---

(18) この事件に関しては、細川健「任意組合を利用した租税回避行為：航空機リース事件を題材にして」税弘53巻2号146頁以下、品川芳宣「任意組合を利用した航空機リースに係る不動産所得の損益通算の可否」TKC税研情報14巻2号76頁以下、藤本哲也「航空機リース事業を行う民法組合の構成員が得る所得は不動産所得か雑所得か」中央ロージャーナル2巻1号151頁以下、酒井克彦「組合課税と導管理論に関する一考察(上)・(下)―いわゆる航空機リース事件(名古屋地裁平成16年10月28日)判決に触れて―」税務事例37巻5号1頁以下、37巻6号8頁以下など参照。

務執行組合員だけに人的・無限責任を負担させるのが妥当な場合もあり得るから、ある組合員はその出資額を超えて損失を負担しない旨の内部的な合意があれば、その効力を否定する理由はないし、また、特定の債権者との間で組合員の責任を限定する旨の個別的合意が成立した場合に、それによって他の債権者に対する責任が影響を受けることはないから、当該組合契約が民法上の組合契約の性格を失うものではないと解される。」と説示した。

そして、「民法上の組合である本件各組合が行う本件各事業による収益が不動産所得に区分されることは明らかである（所得税法 26 条 1 項）から、原告らの本件各事業による所得も、不動産所得に区分されるべきものであり、これが雑所得に当たると解することはできない。」と判断を下した。

この判断は名古屋高裁平成 17 年 10 月 27 日判決（判例集未登載）<sup>(19)</sup>においても維持され、事件としては確定した。

## （2）船舶リース

航空機リースと同様、船舶を利用したオペレーティング・リース事業がある。最近では、いわゆる船舶リースと呼ばれる租税事件が発生した。事例は、原告らが、それぞれ組合員となっている民法上の組合として行った船舶賃貸事業に係る収益が不動産所得に当たることを前提に、その減価償却費等を損益通算して所得税の確定申告を行ったのに対し、被告らが、原告らの締結した組合参加契約は民法上の組合契約ではなく、利益配当契約にすぎないことを理由に、同収益は雑所得であって損益通算は許されないとして、原告らに対し、主文掲記の各更正処分及び各過少申告加算税賦課決定処分をしたことから、原告らが、かかる処分の取消しを求めたものである。

名古屋地裁平成 17 年 12 月 21 日判決（判例集未登載）<sup>(20)</sup>は、原告ら一般組合員は、検査権を有しており、また本件各組合においては解任権が保

---

(19) TKC データベース文献番号 28102494 号。

(20) TKC データベース文献番号 28110422 号。

障されていると認められ、本件各組合参加契約は、民法上の任意組合契約の要件を充足しているとして、課税処分取消請求を認容した。

### (3) 特定組合員の不動産所得に係る損益通算の特例等

これら組合契約による不動産所得利用型タックス・シェルター（上記(1)(2)への対抗策として、政府税制調査会「平成17年度の税制改正に関する答申」では、「今日、法人形態に限らず、多様な形態による事業・投資活動が行われるようになってきているが、こうした中で、組合事業から生ずる損失を利用して節税を図る動きが顕在化している。このような租税回避行為を防止するため、適切な対抗措置を講じる必要がある。」としている。

そして、これを受けて、平成17年度税制改正<sup>(21)</sup>において、特定組合員の不動産所得に係る損益通算の特例が創設された。かかる規定は、不動産賃貸事業を行う組合の組合員のうち、事業に係る業務の執行や資金調達等の重要な意思決定を一部の組合員又はプロモーターに委任している組合員を特定組合員と規定し、かかる組合員に分配される不動産所得の損失につ

---

(21) 国税庁『平成17年税制改正の解説』154頁は、改正の趣旨を次のように示している。すなわち、「近年、いわゆる航空機リースに関する任意組合の事業をはじめ、組合の事業から生ずる損失を利用して節税を図る動きが顕在化しており、例えば、組合員からの出資と借入金を原資として購入した高額な減価償却費資産（航空機、船舶等）を他の者に貸し付ける事業を営み、減価償却費や借入金利息を計上することによって創出した組合損失を組合員に帰属させ、組合員の他の所得を圧縮して税負担の軽減を実現されているケースが見受けられます。前述したように、任意組合の事業による航空機や船舶の貸付けによる所得が各組合員に帰属し、組合員が個人の場合には所得税法上不動産所得に区分されることから、この不動産所得について生じた損失は、給与所得等の他の所得から控除（損益通算）することが可能とされることによる」として、航空機リース事件を問題視する。そして、平成16年11月の政府税制調査会の「平成17年度の税制改正に関する答申」において、「このような租税回避行為を防止するため、適切な対応措置を講じる必要がある」との指摘を踏まえ、「所得税については、不動産所得を生ずべき任意組合等の事業に係る個人の組合員の組合損失をないものとみなす措置を講じるとともに、法人税については、①組合債務の責任の限度が実質的に組合財産の価額とされている場合等には、組合損失のうち法人の組合員の出資額を超える部分の金額は、損金算入しないこととし、②収益保証契約が締結されていること等により組合事業が実質的に欠損にならないことが明らかな場合には、組合損失の全額を損金算入しないこととする措置を講ずることとされました。」と説明している。



いては、生じなかったものとみなすとされたのである(措法41の4の2)。この規定は特定組合員が得た損失をなかったものとみなす規定であるから、航空機リース事件や船舶リース事件のようなタックス・シェルターには絶大な課税上の効力を有することになると思われる<sup>(22)</sup>。

なお、平成17年4月27日に可決成立した「有限責任事業組合に関する法律」に合わせて、「有限責任事業組合の事業に係る組合員の事業所得等の計算の特例」が創設された。この特例は、有限責任事業組合の事業に係る所得は、出資者の構成員課税が行われることとされており、かつ出資者は出資額を限度として債務弁済の責任を負うことなどを踏まえ、税制上は、組合員を納税義務者とし(パススルー課税)、組合員が組合事業から配分される損失については、組合員の調整出資金額を超える部分の金額は事業所得等の金額の計算上必要経費に算入することはできないとしている。

---

(22) しかしながら、まだまだ多くのタックス・シェルターが生まれる可能性は拭い得ない。後述するように委任契約や代理契約、各種事業体の活用によって、依然として不動産利用型タックス・シェルターは生まれるのではなかろうか。危惧を示される論考として、品川芳宣「任意組合を利用した航空機リースに係る損失の損益通算と禁止措置」税研20巻120号89頁など参照。なお、損益通算制度の検討によりこれらに挑戦しようとする論考として、高倉明「損益通算制度について—タックス・シェルターへの対応を含めて—」税大論叢52号所収参照。

## 第2章 所得税法26条の「不動産等の貸付けによる所得」の意義

### 序

昨今、不動産所得を使ったタックス・スキームを巡る課税問題を扱う税務訴訟が増加している。近時、話題となった前述の航空機リース事件などもその例の一つであるといえよう。

ところで、航空機リース事件などでは、主に「組合」該当性の議論が中心的に展開されたが、果たして不動産所得の要件が十分に議論されたであろうか。そもそも不動産所得の意義や性質論についてもこれまで十分に検討されてきたといえるのであろうか。かような疑問を出発点として、ここでは、不動産所得の性質論について若干の検討を加えることとしたい。具体的には、不動産所得の性質論についての検証を簡単に行い、その上で、所得税法26条にいう「不動産等の貸付けによる所得」の意義について考究することとする。

### 第1節 不動産所得の意義

#### 1 不動産所得の沿革

不動産所得の分類の淵源は昭和15年に遡る<sup>(23)</sup>、<sup>(24)</sup>。

昭和15年の一般的税制改正では、直接国税の体系を改組して所得税につき分類所得税及び総合所得税を併用することとし、収益税制度を廃止した。これは臨時財政経済調査会特別委員会の一般所得税を中枢とし補完税として特

(23) 第2章「分類所得税」第10条《不動産所得》は、「不動産、不動産上ノ権利又ハ船舶ノ貸付（永小作権又ハ地上権ノ設定其ノ他他人ヲシテ不動産、不動産上ノ権利又ハ船舶ヲ使用セシムル一切ノ場合ヲ含ム以下同ジ）ニ因ル所得但シ甲種ノ事業所得ニ属スルモノヲ除ク」と規定していた。

(24) もっとも、大正8年に設置された臨時財政調査会税制整理案において既に「不動産所得」という用語は使用されている。

別所得税を創設し地租、営業税を地方に委譲する案をさらに発展させ改善した姿において実現しようとしたものであったと説明されている。そこでは、各種所得間の負担均衡を図るため所得をその性質により大体次の4種に区分し「負担力に応じて」税率に差を設けて課税することにあつた。すなわち、不動産所得（不動産の賃貸等により生ずる所得）、配当利子所得（利益配当、公債、社債又は預金の利子、貸付信託の利益、非営業貸金の利子等）、事業所得（原始産業、営業、自由職業等により生ずる所得等）そして勤労所得（俸給、給料、歳費、年金、恩給、賞与等）である。実際にはこの主税局の試案から法律案にいたるまでにはいくつかの修正が図られ、「山林の所得」と「退職所得」が加えられ、6種区分による分類所得税が構成されたのである。

既に、法律案要綱において、不動産所得は、旧所得税法（昭和15年3月29日法律24号）10条1項において「不動産、不動産上の権利または船舶の貸付により生ずる所得とすること」とされており、税率は10%とされた。法律としては、「不動産、不動産上ノ権利又ハ船舶ノ貸付（永小作権又ハ地上権ノ設定其ノ他他人ヲシテ不動産、不動産上ノ権利又ハ船舶ヲ使用セシムル一切ノ場合ヲ含ム以下同ジ）ニ因ル所得但シ甲種ノ事業所得ニ属スルモノヲ除ク」と規定されており、ここでは、資産性所得として不動産所得は他の勤労性所得に比して担税力が高いとされ、分類所得税率は高く定められていた<sup>(25)</sup>。

しかし、昭和22年所得税法改正では分類所得税が廃止され総合所得税に移行されたことに伴って、不動産所得は姿を消した。現行の事業所得・雑所得とともに「事業等所得」とされた<sup>(26)</sup>。不動産所得の分類がなくなったのは、当時の課税単位が同居親族の所得はすべて合算する消費単位主義を採用したこ

(25) 分類所得税の税率は、昭和15年当時10%から始まり、その後逐次引き上げられ、分類所得税が廃止される直前の昭和21年には30%となっていた（植松・前掲注（8）390頁以下）。

(26) 旧所得税法（昭和22年3月31日法律27号）9条では、利子所得（同法9①）、配当所得（同法9②）、臨時配当所得（同法9③）、給与所得（同法9④）、退職所得（同法9⑤）、譲渡所得（同法9⑦）の次に、8項として、「前各号以外の所得（以下事業等所得という）は、その年中の総収入金額から必要な経費を控除した金額」と規定している。

とから、その分類が特段必要ではなくなったためと説明されている<sup>(27)</sup>。

その後シャープ勧告に基づく昭和 25 年の税制改正において、個人単位課税が採用されたものの、個人単位課税の例外的措置として、資産合算制度が設けられた。資産合算制度では、原則として、生計を一にする夫婦と未成年の子等、最小の消費単位での資産所得について合算することとされたため、従来の「事業等所得」の範疇から、資産所得としての「不動産所得」が取り出され<sup>(28)</sup>、新たな所得区分として創設されることとなった<sup>(29)</sup>。

資産合算制度は、税制や税務執行の簡素化の要請等を踏まえ翌昭和 26 年にすぐに廃止されたものの、経済発展に伴う資産所得の増大等の事情から昭和 32 年に再度復活をし、平成元年まで維持された。そして、同年、事業所得の場合には専従者給与の支給を通じて所得分割が行われ、それを踏まえた課税が行われていること、税率の累進緩和が図られたこと等を考慮して<sup>(30)</sup>、税制の簡素化等の見地からこの制度は廃止されたのである<sup>(31)</sup>。

(27) 植松・前掲注 (8) 373 頁以下。

(28) 不動産所得の当時の沿革については、東京地裁昭和 39 年 5 月 28 日判決（前掲）における国側提出の準備書面が参考となろう。すなわち、同準備書面では、「不動産所得は昭和 15 年法律第 24 号においては独立の分類所得として昭和 21 年まで規定されていたところ、同 22 年法律第 27 号の改正では事業等所得の分類所得に吸収されるに至り、その後昭和 25 年法律第 71 号の改正（以下「旧法」という）により第 9 条第 3 号として規定されたものである。右のように不動産所得が一時、事業等所得に吸収されるに至った理由は、終戦直後の混乱した社会事情の下において不動産の賃貸借の事例が比較的僅少であり、その対価も地代家賃統制令により比較的少額に抑えられていた事情も加わって不動産の貸付による所得としてはみるべきものがなかったこと、不動産所得も事業所得も、営利性と継続性があること、しかもその算出方法が総収入金額から必要な経費を控除したものであることによる。その後、経済事情も立ち直り、地代家賃統制令も緩和されて、不動産の貸付が頻繁に行われ、それに基く所得を独立の課税対象として規定することが適当と認められるに至ったため、前記昭和 25 年の改正により、第 9 条第 3 号の不動産所得の規定が新設されたのである。」とする。なお、判決もこれを採用している。

(29) 旧所得税法（昭和 40 年法律第 33 号）96 条《用語の意義》において、資産所得とは、「利子所得、配当所得及び不動産所得をいう」と規定している。

(30) 植松・前掲注 (8) 375 頁。

(31) 昭和 63 年 4 月の政府税制調査会「税制改革についての中問答申」において「資産所得の合算課税制度については、抜本答申で述べているように、生計を一にする親

このように、総合所得税制度下において不動産所得の意義は資産合算制度と深く関わりを有する。かくして、水野忠恒教授は、「資産合算制度が廃止された現在、事業所得との区別はあまり意味がないと考えられる」とされるのである<sup>(32)</sup>。当時は、「とくにその分類を事業所得等の他の所得に統合するまでもないとして、そのまま存置された」に過ぎないとされており、水野教授の見解に左袒したい<sup>(33)</sup>。

## 2 不動産所得と事業所得

所得税法 26 条は、「不動産所得とは、不動産、不動産の上に存する権利、船舶又は航空機（以下この項において「不動産等」という。）の貸付け（地上権又は永小作権の設定その他他人に不動産等を使用させることを含む。）による所得（事業所得又は譲渡所得に該当するものを除く。）をいう。」と規定する。そして、所得税法 27 条では、事業所得を「農業、漁業、製造業、卸売業、小売業、サービス業その他の事業で政令で定めるものから生ずる所得」と規定し、所得税法施行令 63 条にその一部を委任する。一方、所得税法施行令 63 条は、「不動産の貸付業又は船舶若しくは航空機の貸付業に該当するものを除く」と本文柱書に示している。ここで、かような規定振りと、不動産所得の定義規定が「事業所得に該当するものを除く」としていること（所法 26 ①）との解釈論上の整理が問題となる。

すなわち、事業所得の定義規定からすれば、「不動産の貸付業又は船舶若しくは航空機の貸付業」については、社会通念上はいわゆる「事業」とされたとしても、事業所得には該当せず、不動産所得に該当することになる。事業

---

族に対する専従者給与の支給を通じて所得の分割が行われ、それを踏まえた課税が行われていること、恣意的な名義分割の場合に限って合算課税を行うということも考えられるが、その判定は納税者にとっても税務当局にとっても極めて難しいこと、更に税率の累進構造の緩和が図られること等を考慮すれば、この際、税制の簡素化の見地から資産所得の合算課税制度を廃止するのが適当である。」としている。

(32) 水野忠恒『租税法〔第2版〕』168頁（有斐閣2005）。

(33) 植松・前掲注（8）375頁。

所得又は譲渡所得に該当しない限りは、不動産所得から除外されることはない。しかし一方で、所得税法施行令 63 条にいう不動産業（不動産の貸付業以外の不動産業）に該当するとすれば、かかる不動産業者が行う不動産等の貸付けについては、どのように解すべきであろうか。事業所得の定義規定では、不動産の貸付業等が事業所得から排除されているのみであり、それ以外の「事業」については、事業所得に該当することになる。したがって、不動産貸付業以外の不動産業者が仮に一時的に不動産を貸付けるなど、事業所得の付随収入に当たるものであれば事業所得に該当することになる。実務上も、不動産業者が販売用不動産を一時的に貸し付けた場合のその貸付けによる所得は、事業所得の付随収入として事業所得に該当するものとして取り扱っているところである（所基通 26-7）。

このように不動産所得と事業所得との関係には難解な面もある。例えば、金融業者が貸金の代物弁済として取得した建物を相当期間賃貸している場合の賃貸料については、不動産等の貸付けによる所得とも、金融業者の付随収入に係る所得とも考えられる。いずれに該当するかが争点とされた事件において、大分地裁昭和 51 年 3 月 30 日判決（税資 88 号 242 頁）<sup>(34)</sup>はこれを事業所得の付随収入と判断した<sup>(35)</sup>。不動産所得の定義規定からすれば、事業所得や譲渡所得を優先して適用することになるから、かかる収入が金融業者の付随収入とされるのであれば、不動産所得には該当しないことになる。

---

(34) 控訴審福岡高裁昭和 54 年 3 月 22 日判決（税資 104 号 706 頁）においても、この判断は維持されている。なお、判例評釈として、野水鶴雄「事業所得（付随収入）」税通 33 卷 14 号 74 頁以下。

(35) 所得税基本通達 27-4《金融業者が担保権の実行等により取得した資産の譲渡等による所得》参照。なお、取得した家屋や土地を長期的な契約で貸し付けた場合には、不動産所得の基因となる資産に転用されたものと認められるので、不動産所得となる（高倉明=高橋一郎=加藤裕『所得税基本通達逐条解説』142 頁（大蔵財務協会 2004））。

## 第2節 不動産所得の性質と不動産所有権

### 1 問題点の所在

従来から課税実務では、自己が所有権を有しない不動産等を転貸した場合の貸付けによる所得を不動産所得として理解すべきかどうかという点が議論されてきた<sup>(36)</sup>。この点については、二つの観点から考察すべきであろう。すなわち、第一に、貸主が不動産等の所有権を有することは不動産所得の要件かという点、第二に、第一の検討を踏まえて不動産所得の性質をどのように解すべきであるかという点である。

### 2 不動産所有権と不動産所得

#### (1) 不動産所有権要件説と不動産所有権非要件説

まず、第一の点については見解が分かれる。

所得税法 26 条の規定からすれば、不動産等の所有者が自己の不動産等を貸付けることによる所得と限定して理解する必要はないとする見解があり得る（不動産所有権非要件説）。しかしながら、通常は貸付けを行うには所有権が前提とされているのであるから、納税者が賃貸する不動産等の所有権を有することは、課税要件のうちに当然に織り込まれているとする見解も考えられる（不動産所有権要件説）。これらいずれの見解が妥当性を有すると考えるべきであろうか。

#### (2) 不動産所得の課税要件

自己の所有不動産等を貸し付ける場合が通常ではあろうが、文理に忠実に従えば、貸し付けている不動産等が誰の所有物であるかは特段要件とはされていないともいえる。

不動産所得は、民法上の賃貸借契約を基礎として解釈されることが多いが、そもそも民法上の賃貸借は、消費貸借のように目的物の所有権を相手

---

(36) 酒井・前掲注 (18) (下)、8頁以下も参照されたい。

方に移転するものではないから、賃貸人が物の所有権を有することは必要ではないとされている<sup>(37)</sup>。また、賃貸人が所有権を有すると当事者が誤信した場合でも、判例は、目的物が賃貸人の所有に属することを特に賃貸借契約の前提又は内容として定めない限り、所有権の誤信は直ちに契約の効力を左右するほど当然に重大なものではないとしている<sup>(38)</sup>。かような考え

- 
- (37) 大審院明治39年5月17日判決(民録12輯773頁、新聞357号15頁)。判決は「依テ按スルニ本件賃料請求ニ対シ上告人カ第一審以来抗弁トスル所ハ第一、二審判決ニ掲載スルカ如ク上告人ハ被上告人カ本件地所ニ対シ永代借地権ヲ有スルモノト信シ賃貸借契約ヲ締結シタルニ真ノ借地権者ハ清国人鄭強ニシテ被上告人ニ非サルノミナラス被上告人ハ該地所ニ対シ何等ノ権利ヲ有セサルカ故ニ本件賃借契約ハ無効ナリト云フニ在レトモ凡ソ賃貸借ハ当事者ノ一方カ相手方ニ物ノ使用及収益ヲ為サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ支払フコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノニシテ賃貸人カ其物ニ対シ所有権又ハ其他ノ権利ヲ有スルト否トハ毫モ賃貸借成立ノ要件ニ関スルモノニ非ス若シ夫レ上告人論争スルカ如ク被上告人カ本件地所ニ対シ何等ノ権利ヲ有セサリシカタメ上告人ニ於テ使用及収益ヲ全フスルコト能ハサルノ事実アリトセンカ是レ賃貸人タル被上告人ニ於テ賃借人ヲシテ其使用及収益ヲ為サシムルノ義務ヲ尽ササルモノナルカ故ニ此ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ若クハ賃料ノ支払ヲ拒絶スル等法律上相当ナル救済ヲ求ムルノ途アルヘシト雖モ賃貸借カ全然無効ナリトノ抗弁ハ毫モ其理由ナキモノトス若シ又上告人抗弁ノ趣旨ニシテ本件契約ヲ為スノ当時被上告人カ永代借地権ヲ有スルコトヲ以テ特ニ法律行為ノ要件ト為シタルニ被上告人ハ實際何等ノ権利ヲ有セサリシヲ以テ本件賃貸借ハ無効ナリトノ趣旨ナリトセンカ原判決ハ本件賃貸借ノ目的ハ家屋其他ノ建築工事ニ供スル敷地ノ為メニ本件土地ヲ使用スルモノニシテ永代借地権者ノ被上告人タルト将又其他ノ人タルトハ之ヲ問ハサルノ趣旨ナリシト認定シタルカ故ニ被上告人カ永代借地権者タルト否トハ本件契約成立ノ要件ニ消長ヲ及ボスモノニアラサルヤ明カニシテ何レノ点ヨリ論スルモ被上告人カ本件地所ニ対シ権利ヲ有セサルノ一事ハ契約ノ無効ヲ惹起スルモノニ非ス然レハ則チ原院カ『控訴人(被上告人)ニ於テ被控訴人(上告人)抗弁ノ如ク永代借地権ヲ有セス又共有者ノ承諾ヲ經サリシトノ事実アリタルトスルモ本案ノ賃貸借契約ハ無効ニ非ス』ト判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ孰モ其理由ナキモノトス」とした(控訴審は東京控訴院明治39年2月27日判決)。
- (38) 大審院昭和13年11月7日判決(判決全集5輯22号4頁)は、「賃貸借契約ハ賃貸人カ賃借人ヲシテ物ノ使用収益ヲ為サシメ賃借人ヨリ賃金ヲ支払ハシムル契約ナルカ故ニ賃借物ノ所有権カ賃貸人ニ属スルコトハ必スシモ賃貸借契約ノ意思表示ノ内容ヲ為スモノニ非ス之ヲ其内容ト為シタリトスルモ特別ノ事情ナキ限り民法第九十五条ニ所謂法律行為ノ要素ヲ為スモノト認ムヘキニアラス而シテ原判決ハ当事者間ノ賃貸借ニ於テハ本件土地カ被上告人ノ所有ニ属スルコトヲ以テ其意思表示ノ内容ト為シタルコトハ之ヲ認メ得ルモ之ヲ以テ契約ノ要素ト為スヘキ特別ノ事情ヲ認ムヘキ証左ナキコトヲ理由トシテ上告人ノ此点ノ抗弁ヲ排斥シタルモノニシテ固ヨリ正当ナリ」と判示している。大審院昭和3年7月11日判決(民集7巻559頁)も参照。



方は学説上も支持されている<sup>(39)</sup>。

このようなことを前提として不動産所得を理解するとすれば、必ずしも不動産所得の基因となる不動産等の貸付けは、自己の所有する不動産等の貸付けに限定して理解する必要はないと思われる。したがって、転貸人が受ける賃料収入に基づくが不動産所得に該当すると理解することは否定されることにはならない。

### (3) 不動産所得の帰属者と不動産所有者

この問題は、不動産所得の帰属者が必ず不動産の所有者に帰属すると考えられるべきかという問題と隣接する。

この点について、清永敬次教授は、所得税法 12 条にいう実質所得者課税の原則の解釈について、さまざまな解釈があり得るとして、論稿中次のように述べられる部分がある<sup>(40)</sup>。すなわち、「名義人と真の所得者とが食い違う場合である。この場合、営業名義人や不動産名義人の場合はその名義人であるということが直ちに営業なり不動産から生ずる収入を受け取る権利と結び付かない場合であり、これに対して、株式名義人、預金名義人、保険金受取名義人などの場合はその名義人であるということが一応各収入（配当、利子、保険金）を受け取る権利と結びついている場合である。このような区別からいえば、営業名義人や不動産名義人の場合に、『収益の法律上帰属するとみられる者』に該当するかどうか問題になる余地がある。」とされる。このような論調は、そもそも不動産所得が名義人と不動産から収益を受ける権利とが乖離する可能性を基礎として理解することができる。この考え方は必ずしも名義人に課税をするわけではないということに留まらず、不動産の真の所有者を探求すべきとしているのではなく、「不動産から生ずる収入を受け取る権利」の所在を探求する立場であ

---

(39) 松坂佐一『民法提要〔第5版〕』133頁（有斐閣1993）。

(40) 清永・前掲注（2）367頁。そのほか、仮装行為は課税上意義を有しないという見方、法律的権利を有しないとしても経済的収入を享受している者があるときはその者に課税することを認めるという見方があるとされる。

るといえよう。

裁判例においても、不動産所得について、その権利者ではなく、生計の主宰者に帰属するとした事例として、例えば、大津地裁昭和 32 年 9 月 24 日判決（行裁例集 8 卷 9 号 1636 頁）がある。同判決は老母及び未成年の子の登記名義となっている家屋から生ずる家賃について、一応、母及び子の所得と推認しつつ、実質的に、これらを扶養し、生計を主宰している者に帰属すると判示している。かかる判決について、植松守雄氏は「経済的実質主義に立ったとみられる判決」であると評価する見解を示される<sup>(41)</sup>。経済的実質主義が妥当であるか否かはさて置き、かような判断は、必ずしも不動産等の所有権者に不動産所得が帰属するとはいえないということの意味するのであって、所有権が不動産所得の要件とされていないことと決して無関係な議論として位置付けるべきではないように思われるのである。

更に、後述の名古屋地裁平成 17 年 3 月 3 日判決は、「当該使用収益は、必ずしも有効な契約関係に裏付けられている必要はないから、占有権原を有しない者が使用収益したことに基づいて支払われる賃料相当損害金も、これに含まれ得るといふべきである。」と説示する。転貸承諾料も不動産所得に該当するとしており、所有権非要件説に立った判示をしている。

しかしながら、これまでの課税実務はあまりにも所有権の有無をもって不動産所得該当性を判断したり、不動産の所有権者が不動産所得の帰属者であるという点にこだわりすぎていたのではなかろうか。このことは、第 1 章において確認した船舶リース事件や航空機リース事件においても所有権の所在が議論されているところをみても明らかである<sup>(42)</sup>。

(41) 注解所得税法研究会「注解所得税法 4」会計ジャーナル 1975 年 3 月号 24 頁。

(42) 前述の航空機リース事件第一審名古屋地裁平成 16 年 10 月 28 日判決では、国側が「民法 668 条は、『各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ総組合員ノ共有ニ属ス』と定められているところ、…本件各組合によって購入された本件各航空機は本件各業務執行会社の単独所有に属する」と主張する。その具体的理由として、本件各航空機は、本件各組合契約成立前から本件各航空会社にリースされ、その期間中は処分が制限されているから、所有権者としての権能を発揮する場面は、購入と売却に限られるとし、「前者については、本件各組合契約締結以前に、N 社及びその関連会社によって

#### (4) 遺産分割があった場合の不動産賃料に係る不動産所得と遡及効

遺言による受遺者と遺留分権利者との間にその権利関係を巡り訴訟が生じた場合、訴訟終結まで賃料収入に対する課税を棚上げし、遺産分割の遡及効を賃料収入に適用すべきかどうかが問題とされることが多い。

---

内容が決定されており、後者についても、本件各業務執行会社の提案が要件とされているから、その意思に反して行うことができない」ことを挙げた。これに対して、裁判所は、「なるほど、本件各事業については、あらかじめN社等による交渉によって賃貸の相手方が特定され、その契約内容等についても確定して、本件各組合契約締結後にこれらについて再度交渉したり、変更する余地は事実上存在しないのが実態であることは否定できない。」とする。しかしながら、「上記のように条件が整ったリース契約を是認し、これに基づくリース料分配金を受け取ることは、まさしく所有権の内容である『収益』権能の現れと考えられ、自ら賃借人を選定し、自らの交渉によって契約内容を定めなければ所有権者とはいえないとの立論が相当でないことは明らか」である。また、「本件各組合においては、本件各航空機を売却する際には、出資割合の過半数を有する組合員の同意が必要とされており（本件各組合契約書 13 条 1 項）、一般組合員が所有権の機能の重要な一部分である『処分』権能を有していることは明らかである。もっとも、このような売却を行うためには、本件各業務執行会社の『提案』に基づくことも要求されているが、この条項は、世界における航空機需要に関する知識やその売却についてのノウハウを有する本件各業務執行会社のイニシアティブを尊重することが、本件各組合の目的を達成する上で最も有効と考えられたことを反映したものと解されるから、そもそも一般組合員との利害対立は想定されていないというべきである。仮に、一般組合員の意向とその利益に反するような『提案』を行い、あるいはこれらに沿った『提案』を行わない場合には、当該業務執行会社は、一般組合員に対して負担する善管注意義務（民法 671 条によって準用される 644 条）を怠ったというべきであるから、解任についての正当な理由を満たすことになり、また、損害賠償責任を負担することも考えられ、最終的には組合員の意向と利益に沿った売却が実現され得るから、上記条項の存在をもって、本件各業務執行会社の単独所有を基礎付けるものといえないことは明らかである。」「そもそも、組合員の共有に属する組合財産といえども、当該組合の目的を達成すべく行われる業務執行の一環として処分されることがあるところ、このような場合には、当該組合契約等によって定められた業務執行の方法・手続によるべきであるから、業務執行者が選任された場合には、原則としてその判断によって処分され得ることは当然であり（組合財産の共有性は、その対価の上に各組合員の持分を認めることで満たされると考えられる。）、ただ、本件各組合においては、本件各航空機がリース事業の目的物であり、いわば基本財産ともいえるべき重要性を有していることから、上記条項は、その処分に際して慎重な手続を特則として定めたものと解される。」とし、「いずれの観点からしても、本件各航空機が本件各業務執行会社の単独所有に属するとの被告らの前記主張は採用できない。」と判断を下した。

民法上、遺産分割がなされると、その効力は相続開始時に遡り、各相続人は相続開始時にそれぞれの遺産を取得したものとされる（民 909）。したがって、遺産として不動産がある場合に、かかる不動産の貸付けなどによって生じる賃料収入については、この遺産分割の遡及効が賃料収入にまで適用されると解されれば、かかる不動産の分割割合に応じて各相続人の賃料割合も決定されることになろう。すなわち、賃料収入に係る不動産所得は、分割された不動産の所有権割合に応じた課税となり、不動産所得について所有権者に帰属するという立場から支持されることになりそうである。

例えば、渡辺充教授は、「遺産から生じる果実はそれ自体遺産ではなく、遺産の所有権が帰属する者にその果実を取得する権利も帰属するのであり、遺産分割の効果が相続開始時に遡る以上、これと平仄を合わせる方が合理的であると考えられる」と論じられる<sup>(43)</sup>。

これに対して、国税不服審判所平成 16 年 8 月 11 日裁決（判例集未登載）<sup>(44)</sup>は、「法定相続分でいったん帰属した法定果実は、遺産分割による分割後の取得者に相続開始時にさかのぼって帰属するものではないから、更正の請求は認められない。」との判断を示しており<sup>(45)</sup>、課税実務もこの考え方に

(43) 渡辺充「松橋事件～遺留分減殺請求の裁判外合意と不動産収入の帰属～」速報税理 25 巻 14 号 29 頁。同教授は、更に「さもなければ、遺産分割後、たとえば一人の相続人が全ての不動産を相続し、他の共同相続人が本来法的に自己に帰属すべき賃料収入を受け取らず、一人の相続人がその全ての賃料収入を取得したときは、相続人間において新たな贈与税の課税関係が生ずることになり、この贈与税の課税関係を回避するためには、遺産分割協議において、賃料収入につき代償分割に準ずる取り扱いをしなければならなくなる。しかし、果実に関して代償分割をなすべきことの牽連性がある訳でもなく、賃料収入の総額に対する課税漏れが発生しないかぎり、課税のスタイルはシンプルであるべきではないかと考える。」と論じられる（同稿 29 頁）。

(44) 渡辺・前掲注（43）29 頁。

(45) 最高裁昭和 62 年 7 月 2 日第一小法廷判決（税資 159 号 20 頁）は、相続開始以後相続財産から生ずる賃料債権も共同相続人が各共有持分の割合に応じて取得し、各賃料はその支払履行期の属する年分の収入金額として、各共同相続人のその年分の不動産所得の金額の計算上収入金額となるとの原審大阪高裁昭和 61 年 8 月 6 日判決（税資 153 号 440 頁）、第一審神戸地裁昭和 61 年 1 月 29 日判決（税資 150 号 14 頁）を維持している。判例評釈として、木下良平「未分割の相続財産から生ずる不動産賃貸料にかかる所得に対する課税の適否」税務事例 21 巻 3 号 4 頁以下参照。

よっている<sup>(46)</sup>。ここでは、不動産の所有権者と不動産所得者の乖離があり得ることを示しているのである。また、このような不動産所得について遡及効を及ぼさないという考え方を民法 909 条に求める試みも見受けられる。すなわち、民法 909 条は、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない」と規定しており、この第三者に所轄税務署長を含めて理解するという立論である<sup>(47)</sup>。なるほど、かような立論からすると、不動産所有権者と賃料の帰属者との乖離があることは、第三者の権利保護の見地から認められるとするのである。この主張の根底には、賃料債権の帰属は不動産所有権の帰属と別個に解するという考え方があり得るのではないかと思われる。

かような考え方は最高裁平成 17 年 9 月 8 日第一小法廷判決（民集 59 巻 7 号 1931 頁）<sup>(48)</sup>において確認することができる。すなわち、同最高裁は、「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権と

---

(46) 現行の課税実務について、一杉直「未分割の遺産から生じた賃料の帰属—最高裁平成 17 年 9 月 8 日判決（預託金返還請求事件）と最高裁昭和 62 年 7 月 2 日判決（所得税更正処分取消請求事件）等との対比検討—」税務事例 38 巻 6 号 4 頁は、課税実務について、「いまだ遺産分割の協議が調わないため、未分割の状態にある不動産から生ずる不動産所得は、共同相続人のうちの特定の者がその所得を管理しているような場合であっても、その特定の者だけにその所得が帰属するとして、その全額をその者の所得として申告するのではなく、各共同相続人がその相続分に応じて帰属するものとして」取り扱っているとされる。

(47) 一杉・前掲注（46）5 頁は、かかる見解を紹介され、国税通則法基本通達 5 条関係 22《相続人等に異動を生じた場合》の取扱いもこのような解釈によっていると述べられる。

(48) 判例評釈として、高橋眞「相続開始後に共同相続にかかる不動産から生じた賃料債権の帰属と遺産分割」NBL819 号 4 頁以下、渡辺隆生「相続財産たる不動産から生じる賃料債権の帰属」金法 1753 号 4 頁以下、福田誠治「相続開始後、遺産分割前において共同相続財産たる不動産から生ずる賃料債権の帰属」法教 306 号 26 頁以下参照。原審は大阪高裁平成 16 年 4 月 9 日判決（民集 59 巻 7 号 1946 頁）、第一審は大阪地裁平成 15 年 9 月 26 日判決（民集 59 巻 7 号 1940 頁）。

して確定的に取得するものと解するのが相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けないものというべきである。したがって、相続開始から本件遺産分割決定が確定するまでの間に本件各不動産から生じた賃料債権は、被上告人及び上告人らがその相続分に応じて分割単独債権として取得したものであり、本件口座の残金は、これを前提として清算されるべきである。」としたのである。

このような判例から、民法上においても不動産の所有者と果実たる賃貸料の帰属者が必ずしも合致するわけではないということを理解することができる。

これまで、所得税法 26 条が「不動産等の貸付けによる所得」と規定していることを「所有不動産等から生ずる所得」と読み替えていたきらいがあった<sup>(49)</sup>。上記のように考えてくると、不動産所有権の所在を無視すべきという議論を提唱しようとするものでは決してないが、文理上不動産所得の要件として示されていない「不動産所有権」というものに重点を置き過ぎるという解釈にもう少し慎重であってもよいように思われるのである。

---

(49) 所有権にこだわった議論がなされた事例として、最高裁昭和 45 年 10 月 23 日第二小法廷判決（前掲注 (6)）がある。最高裁は所有権の機能の一部を譲渡した対価としての経済的性質を有する権利金は、昭和 34 年の改正前の所得税法の下においても、なお譲渡所得に該当すると類推解釈するのが相当であるとしつつも、「右のような類推解釈は、明らかに資産の譲渡の対価としての経済的実質を有するものと認められる権利金についてのみ許されると解すべきであって、必ずしもそのような経済的実質を有するとはいきれない、性質のあいまいな権利金については、法律の用語の自然な解釈に従い、不動産所得として課税すべきものと解するのが相当である。」とした。その一方で、差戻審東京高裁昭和 46 年 12 月 21 日判決（訟月 18 巻 4 号 607 頁）は、土地賃借契約に際して、借地権の譲渡性が制限されていたり、権利金の中に地代前払いの趣旨が包含されていると考え得る余地がある場合には、かかる権利金は所有権の一部を譲渡した対価としての経済的実質を有するとはいえないとして不動産所得に該当するとした。

### 3 不動産所得の性質論

#### (1) 資産性所得としての性質

次に、上記の問題関心は、不動産所得を資産性所得という性質を強調して考えるか、あるいは貸付業務に関わる所得という性質を強調して考えるかという観点と併せて考察することによって、より明確になるのではないかと思われる。

不動産所得とは不動産等の貸付行為に対する所得というよりも、むしろ不動産等という資産から生じた果実であるとし、不労所得としての性質を強調する考え方がある。

なるほど、不動産所得の沿革を考慮に入れればそのような理解に辿り着くことができそうである。昭和15年の不動産所得に対する分類所得税の税率は、他の事業所得や勤労所得等よりも高く定められていた。これは「分類所得税制の下で、資産所得である不動産所得は、勤労によって生ずる給与所得や資産と勤労が一体となって生ずる事業所得等よりも担税力があると考えられていた」ことによる。その後、「事業等所得」の範疇から、不動産所得が取り出されて区分定義されるに至り、不動産所得の意義や範囲の理解においても「おおむね軌を一にしたもの」であると論じられているところである<sup>(50)</sup>。また、一般的に、不動産所得は、不動産等の利用の対価について、「資産所得として」課税する点に立法の趣旨があると説明されている<sup>(51)</sup>。

また、旧所得税法96条が規定していた資産合算制度では、同条1号において、利子所得、配当所得及び不動産所得を資産所得として、合算課税の

---

(50) 植松・前掲注(8)374頁参照。なお、昭和14年以前の所得税法においては、公社債等の利子、山林の所得、賞与及び給料、法人からの配当について、それぞれその課税標準とすべき金額の計算方法を定め、これら以外の所得については、一括して「前年中の総収入金額から必要な経費を控除した金額」が課税標準である旨を定めていたにすぎず、不動産所得について不動産の賃貸による所得というような例示的な規定も設けられていなかった。武田昌輔編『コンメンタール所得税法〔2〕』1551頁(第一法規2005)も参照。

(51) 阿南主税『所得税法体系』606頁(ビジネス教育出版社1969)。

対象となる所得をこの資産所得に限定している。同制度は昭和32年の税制改正によって導入されたが、その前年の昭和31年12月の臨時税制調査会答申は、かかる制度の趣旨について次のように説明している。すなわち、

「資産所得については、世帯を課税の単位とする方が、生活の実態に即した課税になると考える。このような課税を行えば、資産の名義の分割等、表面上の仮装によって不当に所得税が軽減されることを防ぐこともできよう。たとえば、主人の所得によって購入した株式を妻の名義とし、あるいは未成年の子の名義とした場合にも、株式配当は主人の意思によって処分されるのが通常の例であるから、このような場合には、これらの所得を合算して課税した方が実際に即するであろう…。したがって、同居親族の資産所得は合算して累進税率を適用することとした方が、かえって担税力に応じた公平な負担になると考える。」とするのである。このように、当時は不動産所得を資産の名義による所得という性質に着目していたことが推察される。また、不動産所得を他の利子所得や配当所得と同様に資産からの所得と捉えるところに資産合算制度の基礎があると考えれば<sup>(52)</sup>、資産性所

---

(52) 同じ資産性所得に分類される所得のうち、少額預貯金の利子所得等の非課税制度(旧所得税法9条1号、10号(昭和55年法律第8号による改正前のもの))、一定の利子・配当所得の確定申告不要制度及び源泉分離課税を選択した場合の利子・配当所得の分離課税制度等の特例の適用を受ける利子所得や配当所得は合算課税対象所得の範囲から除外されていたことを考えると、所得のすべてが資産合算制度に含まれたのは不動産所得であったともいえる。この点から、納税者が資産合算制度の違法性を訴えた事件として、大阪地裁昭和59年5月10日判決(訟月30巻10号1994頁)がある。同判決においては、利子所得、配当所得及び不動産所得を資産所得とし、譲渡所得及び山林所得についても財産から生ずる所得としている。同判決では、資産合算課税制度は、資産所得については世帯単位に担税力を捉える方が生活の実際に合致すること、資産所得については、生計を一にする世帯員に資産を分割することによって所得の分散を図り、税負担の軽減を図ることが容易であること、生計を一にする緊密な関係親族間では世帯主が世帯員の資産所得をも含めて管理・支配することが容易であること等を理由に設けられたものであると説示されており、憲法の保証する平等原則に反し又は財産権を侵害するとはいえないと判断されている。判例評釈として、棟居快行『『資産合算制度の合憲性』』ジュリ 849号 117頁以下参照。なお、この判断は控訴審大阪高裁昭和59年10月26日判決(税資140号160頁)、上告審最高裁昭和61年4月22日第三小法廷判決(税資152号79頁)においても維



得としての不動産所得の性質が浮き彫りにされよう。

## (2) 貸付行為により獲得した所得としての性質

しかしながら、所得税法 26 条は、「不動産所得とは、不動産、不動産の上に存する権利、船舶又は航空機の貸付けによる所得をいう。」と規定しており、不動産等の貸付けによる所得であるかどうかのみを不動産所得の要件としているとも解し得る。

不動産所得が前述のような沿革を持ち、不動産等から生ずる所得がその他の所得区分よりも相対的に担税力が大きいものであると考えられているとしても、そのことのみから、転貸人が貸付行為を行った所得を不動産所得から排除する解釈を採ることはできず、かような解釈は文理に反するのではないかとも思われる。不動産所得を「不動産等の貸付けによる所得」と規定している文理からすれば、「貸付け」による所得であることを軽視することには疑問を感じる。

資産合算課税制度において、不動産所得は、利子所得や配当所得と同様に資産性所得とされていたが、これら 3 者の所得税法上の規定振りをみると、不動産所得のみが異質であることに気付く。すなわち、所得税法は、利子所得については「利子に係る所得」とし（所法 23①）、配当所得については「分配に係る所得」とされている（所法 24①）のに対して、不動産所得を「不動産賃貸料に係る所得」と規定せず、「不動産等の貸付けによる所得」と規定している点に着目する必要があるように思われる。

文理に忠実に従えば、「不動産等の貸付けによる所得」である限り不動産所得に該当するのであるから、不動産所有権を有しない者が不動産等の貸付けによって得た所得であっても不動産所得と理解することも妥当性を有するのではなからうか<sup>(53)</sup>。その際、不動産所有権を有しない者が不動産を

---

持されている。

(53) 大島隆夫氏は、「不動産貸付業を考えると、そこには借入人との条件の交渉とか、借入人をさがすとか、修理その他の管理、経理、場合により人を使うとか、いろいろ事業経営の問題があるわけで、この点は利子、配当所得とは大分趣がちがいます。」とされる（大島=西野襄一『所得税法の考え方・読み方〔第2版〕』82頁（税務経理協

貸すことはできないという議論も考え得るが、所有権者から転貸する権利を付与されることもあり得るであろうし、そもそも所得税法は所得獲得行為の違法性を問わないという立場にあるはずである<sup>(54)</sup>。

また、このことは逆に不動産等の所有者であるというだけで、「貸付け」を行っていない者は、所得税法 26 条の不動産所得の要件を充足しないという意味をも有するのである。

ところで、不動産所得は、事業的な規模でなされた貸付け（以下「事業的規模」という。）であるか、社会通念上事業と称するには至らない業務としてなされた貸付け（以下「業務的規模」という。）であるかによって、課税上の取扱いを異にする場面がある。この場合の区分は、不動産所得が不動産等から生ずる所得であるということを前提としつつも、貸付行為に係る事業性の有無に応じた区分を設けることによって、課税上市異なった取扱いをすることを予定していると理解することができるのではなかろうか<sup>(55)</sup>。一見すると、所得税基本通達 26-9《建物の貸付けが事業として行われているかどうかの判定》がいわゆる 5 棟 10 室と呼ばれるように、単に不動産等の規模のみでこれらの区分をしているかのようにも思われるが、同通達は、不動産等の貸付行為が事業的規模で行われているかどうかを、「社会通念上事業と称するに至る程度の規模で建物の貸付けを行っているかどうかにより判定すべき」<sup>(56)</sup> ことを原則としているのである。すなわち、問

会 1988)。

(54) 金子宏「テラ銭と所得税—所得の意義、その他所得税法の解釈をめぐって—」ジュリ 316 号 31 頁以下。玉國文敏「違法所得課税をめぐる諸問題(1)～(8)」判時 744 号 16 頁以下、同 748 号 11 頁以下、同 750 号 9 頁以下、同 755 号 14 頁以下、同 761 号 7 頁以下、同 764 号 9 頁以下、同 767 号 7 頁以下、同 770 号 13 頁以下、吉良実「違法所得と権利確定主義」税法 200 号 127 頁以下など参照。

(55) なお、東京地裁平成 7 年 6 月 30 日判決（行裁例集 46 巻 6・7 号 659 頁）にも留意が必要であろう。同判決は、「専ら貸付規模の大小をもって、社会通念上の事業といえるか否かを判断しなければならないものというべきではなく、また、5 棟 10 室程度の規模に至らない不動産貸付けが直ちに社会通念上事業に当たらないということもできない」と判示している。

(56) 泉美之松『所得税法の読み方—所得税法の基礎—』220 頁（東京教育情報センター

題としている「規模」は、貸付物件の規模ではなく、「貸付け」の規模であるということが分かる。そして、同通達は、このことを社会通念上事業と称するか否かという点を室数等で言い換えているに過ぎないのであって、そこでは「貸付行為」の事業性というものが大いに意識されている。

また、「事業」としての不動産所得者には、一定の要件の下で青色事業専従者給与が認められる（所法 57 ①）。単に貸している家屋の数を前提としてこのような規定が設けられているのではなく、「貸付行為」が社会通念上事業性を有するに至るレベルになると人的役務提供の程度が増加するという点に着目していることから、家族従業員を雇った場合の給与が必要経費として認められていると理解すべきではなからうか<sup>(57)</sup>。

駐留米軍用地として使用するため 10 年間の強制使用裁決がされたことに伴って国から受領した損失補償金の収入計上時期が争点とされた事件に係る判決として、那覇地裁平成 6 年 12 月 14 日判決（行裁例集 47 卷 10 号 1094 頁）<sup>(58)</sup>がある。同地裁は、「本来原告らに対する補償金は、原告らの役務の提供をまっけはじめて収益が発生し、使用期間が経過するにしたがって発生していくものであり、また、その時点で権利が確定していくと解すべきである。」とした上で、「原告らが補償金を現実に受領した時点では、原告らは役務の提供（国に土地を使用させること）を全く行っておらず、原告らは、いまだ役務を提供していない段階で、その対価だけを先に受領したものである。本件補償金が、確定的に原告らの収入としてとらえられるのは、使用期間の経過により、原告が国に対し現実に役務を提供し、補

---

1983)。

- (57) 武田・前掲注 (50) 4220 頁は、「そもそも、事業と称するにいたらない業務の場合には、専ら従事する親族などははじめから予定していないといえよう。」とされる。なお、白色申告の場合の専従者控除（所法 57 ③）についても、類似の考え方によるものと思われる。
- (58) 判例評釈として、山田二郎「判評」判時 1555 号 185 頁以下参照。なお、控訴審福岡高裁平成 8 年 10 月 31 日判決（行裁例集 47 卷 10 号 1067 頁）において取消された後、上告されたが、最高裁平成 10 年 11 月 10 日第三小法廷判決（判時 1231 号 4 頁）において棄却されている。

償金について経過に応じて確定した返還不要部分であると考えられ、途中で本件土地が返還されれば、右補償金のうち、返還日以降の日数に対応する部分は、国に補償金の返還請求権が認められると解される。」と判断している。このように、不動産所得の課税時期について、「役務の提供」の経過に従って課税時期を考えるべきであるとする裁判例があることを看過することはできない。

このように考えてくると、理論的には、所有権の有無のみが不動産所得を決定付ける要因となるというのは絶対的な解釈であるとはいえないということ<sup>(59)</sup>、不動産等の貸付けを行っておらず、単に所有する不動産等から生ずる所得があるというだけでは必ずしも不動産所得に当たるとはいえないという所見に辿り着く<sup>(60)</sup>。

- 
- (59) 不動産取得税について、譲渡担保による不動産の取得が不動産取得税の課税対象とすべき不動産の取得に当たるか否かが争点となった事件において、東京地裁昭和39年7月18日判決（行裁例集15巻7号1363頁）は、地方税法における「不動産の取得」の概念について、「特別の規定がないかぎり『不動産の取得』とは取引社会において何人も不動産の取得としてあやしまないもの、すなわち、単に法律的、形式的見地においてのみならず、経済的、実質的、観点においても、不動産所有権のあらゆる権能の移転を伴う完全な所有権の取得を指すものと解すべきである。」とした。この判断は控訴審東京高裁昭和43年5月29日判決（行裁例集19巻5号948頁）においても維持されたが、上告審最高裁昭和48年11月16日第二小法廷判決（民集27巻11号1333頁）は、「地方税法73条の2第1項にいう『不動産の取得』とは、不動産の取得者が実質的に完全な内容の所有権を取得するか否かには関係なく、所有権移転の形式による不動産の取得のすべての場合を含むものと解するのが相当であり、譲渡担保についても、それが所有権移転の形式による以上、担保権者が右不動産に対する権利を行使するにつき実質的に制約をうけるとしても、それは不動産の取得にあたるものと解すべきである。」とし、不動産の取得とは、所有権移転の形式による不動産の取得のすべての場合を含むと解すべきとする判断を下している。
- (60) いわゆる航空機リース事件では、任意組合の組合員は不動産所有権を有しているとしても、貸付行為を行っているかどうかが判然としないという点を指摘した論文として、酒井・前掲注（18）15頁以下参照。

### 第3節 所得税法 26 条の「不動産等の貸付けによる所得」

#### 1 不動産所得と付随収入

不動産所得に事業所得のような付随収入が含まれる余地があるか否かについては、これまで必ずしも十分な議論がなされてきたわけではない。不動産所得の資産性所得としての性質を強調すれば、目的物を使用収益する対価と捉える見解に近づくことになり、付随収入を不動産所得に含めることには消極的態度を採ることになる。付随収入を不動産所得に含めるべきか否かは、かように不動産所得をどのように理解すべきかということと密接に関わる論点であるため、近時この点が争われた事件を概観しておくこととしよう。

名古屋地裁平成 17 年 3 月 3 日判決（判例集未登載）<sup>(61)</sup>では、納税者 X 所有の土地についての賃貸借契約が合意解約される際に、賃借人から X に無償で提供された土地上の建物等の利益（以下「本件建物利益」という。）に係る所得区分が争点となっている。すなわち、本件建物利益は納税者側が主張するように一時所得に該当すると理解すべきか<sup>(62)</sup>、あるいは国側が主張するように不動産所得に該当すると理解すべきか<sup>(63)</sup>という問題である。

名古屋地裁は、「ここでいう不動産等の貸付けとは、これによって貸主に一定の経済的利益をもたらすものであるから、有償双務契約である賃貸借契約（民法 601 条）がその中心となる」とし、『貸付けによる』とは、『貸付けに

---

(61) TKC データベース文献番号 28101218 号。

(62) 原告納税者側は、「不動産所得とは、不動産の貸付けによる所得であるから（所得税法 26 条 1 項）、賃料収入、使用料相当損害金、違約金等の不動産の果実と評価されるべきものに限定される。」とし、「本件建物利益が、不動産の賃料収入でないことはもちろん、不動産の果実として評価できるものでないことは明らかであり、不動産所得に該当しない。」と主張した。

(63) 被告国側は、不動産所得の「貸付けによる所得」とは、「不動産等の貸付けに基づいて」得る所得、あるいは「不動産等の貸付けを原因として」得る所得であり、不動産等の貸付けの開始から終了までの間に、不動産等の貸付けを原因として借主から貸主に移転される経済的利益の全てを含むものと解するのが相当であり、本件建物等の無償譲受けが、本件解除契約の一内容として行われたもので、不動産等の貸付けに直接の因果関係のある所得に該当し、不動産所得に当たると主張した。

基づいて』あるいは『貸付けを原因として』を意味すると解されるどころ、賃貸借契約は、当事者の一方が相手方にある物の使用及び収益をなさしめることを約し、相手方がこれにその賃金（賃料）を払うことを約束することによって成立する契約である（民法601条）から、『貸付けによる所得』とは、借主から貸主に移転される経済的利益のうち、目的物を使用収益する対価としての性質を有するものを指すというべきである。」とした上で、「不動産所得は、あくまでも、貸主が借主に対して一定の期間、不動産等を使用又は収益させる対価としての性質を有する経済的利益、若しくはこれに代わる性質を有するものに限定されるのであって、およそそのような性質を有しないものは、これが借主から貸主に移転されるとしても、含まれないというほかない。」として、本件建物利益は不動産所得に当たらないと判示した。

また、控訴審名古屋高裁平成17年9月8日判決（判例集未登載）<sup>(64)</sup>は、「貸付けによる所得」の意義について、「不動産等の貸付けに基づく所得を意味するものであり、貸主が借主に対して一定の期間、不動産等を使用又は収益させる対価としての性質を有する経済的利益、若しくはこれに代わる性質を有するもの」とした上で、「本件建物利益は、…本来、借主が同土地に建設した本件建物を撤去して原状に回復すべき義務があるところ、本件建物を貸主に無償譲渡する旨を合意し、この合意に基づいて一審原告が本件建物を取得したものである…。そうすると、貸主である一審原告が本件建物を取得したのは、本件土地を使用又は収益させる対価としての性質を有し、若しくはこれに代わる性質を有するものでないことは明らかであって、これをもって不動産所得が生じたものと解することはできない。」として地裁と同様の判断を下した。

名古屋地裁及び名古屋高裁は、「貸付けによる所得」を「貸付けに基づく所得」という意味としつつも、本件建物利益は「土地を使用又は収益させる対価としての性質を有し、若しくはこれに代わる性質を有するものでないこと

---

(64) その後、平成18年10月3日に最高裁は上告不受理の決定を下している。

は明らかであって、これをもって不動産所得が生じたものと解することはできない。」とし、結果的に、「貸付けに基づく所得」を「土地を使用又は収益させる対価としての性質を有するもの」のみに限定して、狭く解釈する立場に立っていると思われる。

判決は不動産所得について、不動産等を使用・収益させる性質を有するものに限定されると解しているが、このような考え方は不動産所得を目的物を使用収益する対価として限定的に解釈する立場にあるといえよう。

かような判断は、不動産所得の資産性所得としての性質を強調する考え方に接しやすい立場であると思われるが、他方、後述するように不動産所得の事業的規模の判断を事業所得の「事業性」の観点から捉える裁判例の考え方は整合しないのではないかとと思われる。

## 2 「不動産等の貸付けによる所得」の解釈

### (1) 不動産所得の限定的解釈

「不動産等の貸付けによる所得」の解釈を巡っては、不動産所得獲得のための「業務活動」や「事業活動」という観念を前提として、かかる業務に関する収入を広く不動産所得として包摂する考え方と、単に不動産等を使用・収益させる行為による所得のみを不動産所得とするという2つの立場に分かれ得る。

例えば、譲渡所得の基因となる資産の「譲渡」による所得については、仮にこれが事業用の資産であったとしても事業所得とはせず、そこから抜き出して譲渡所得を観念する。この場合には、「譲渡」を事業活動や業務活動として理解するのではなく、単なる資産の移転という意味を超えたものとして理解しない。同じように、不動産所得についても、純粋に不動産等の「貸付け」による所得を他の所得類型から抜き出して特有の担税力を観念するという理解もできそうである。先にみたように、不動産所得が資産合算制度のために他の所得類型から抜き出されたという沿革を考慮に入れ

ればそのような見解にも一理あるといえよう<sup>(65)</sup>。

## (2) 限定的解釈に対する疑問

しかしながら、不動産所得の金額は、総収入金額から必要経費を控除して計算するという点で、事業所得の金額及び雑所得の金額の計算と類似しており、譲渡所得のように、収入と費用との個別対応的な計算が用意されているわけではない。したがって、譲渡所有のように「譲渡」による所得のみを他の所得から抜き出して考えるという理解は、所得計算の方法からみても妥当しないのではないかと思われる。

また、同じ不動産所得であっても、事業所得と同様に考えて然るべきものと、雑所得に類すると考えられるものがある。この点については、「前者を不動産所得を生ずべき『事業』から生じたものと捉え、後者を『事業』と称するに至らない、不動産所得を生ずべき『業務』から生じたものとして扱っている（例えば法 51 条 1 項、4 項）。」とも説明されている<sup>(66)</sup>。このように不動産所得とは不動産等の貸付けに係る事業活動や業務活動によって生じた所得類型であると考えられ、その性格は事業所得や雑所得と酷似していると思われる。

別の説明をするとすれば、事業所得から不動産貸付業が除かれているということは（所令 63）、不動産貸付業による所得は不動産所得に該当することになり、不動産所得とは不動産貸付業による所得が包含された概念であるということの意味する。すなわち、このことは、事業所得と不動産所得とがコンパートし得る所得概念であるということをも物語っているのである。所得税法施行令 63 条の「不動産の貸付業」は「次に掲げる事業」に包

---

(65) また、資産性所得を強調すれば、例えば利子所得のように捉えることも考え得る。すなわち、利子所得を金銭の「貸付け」による所得と考えれば、利子所得の範囲が厳格に理解されていることとの親和性を指摘するという立論である。しかしながら、利子所得の範囲が厳格に解されているのは、源泉分離課税制度との関係など特有の問題を指摘し得るのであって（酒井克彦「利子所得の範囲と解釈の錯綜—所得区分を巡る諸問題—」税務事例 37 巻 12 号 56 頁以下参照）、不動産所得と類似のものとして理解することは困難であると思われる。

(66) 武田・前掲注 (50) 1558 頁。



撰されているからこそ、それを除外しているということに留意すべきであろう。

加えて、不動産所得が事業的規模で行われているかあるいは業務的規模で行われているかを、事業所得の判断基準である「自己の危険と計算」において行われたものであるかどうかで判断すべきとした後述の東京地裁平成7年6月30日判決からも、不動産所得の事業性と事業所得の事業性の類似性ないし親和性を説明することができると思われる。

このように、不動産等の貸付けによる所得というものが不動産貸付の「業」を包摂しているということからすれば、不動産所得を譲渡所得にいう「譲渡」による所得という切り出し方と同じように理解することは困難であると思われるのである。

事業所得に付随収入が認められる点については疑義がないと思われるが、同様に不動産貸付業の付随収入が本業に係る所得区分と切り離されるとすれば、解釈論上の均衡を欠く。不動産所得には付随収入が包摂されていると考えるのが素直な理解ではなかろうか<sup>(67)</sup>。

金子宏教授は、「不動産所得が資産性所得であり、事業所得が資産勤労結合所得であることからして、不動産の貸付が事業として行われている場合であっても、人的役務が伴わない場合や人的役務が付随的なものにすぎない場合（たとえば、貸間業・船舶貸付業）は、そこから生ずる所得は事業所得ではなく不動産所得であると解すべきであろう。」と論じられる<sup>(68)</sup>。同教授の見解を前提としても、不動産所得が事業として行われる場合には、付随収入を含めて不動産所得に該当するとの考え方が否定されるわけではないと思われる。事業としての不動産貸付業が不動産所得に分類されるということからは、「貸付け」の対価という狭小な部分のみが不動産所得とさ

---

(67) 西野襄一氏は、「不動産所得は、その中に事業たる不動産所得と、そうでない不動産所得とがあってその取扱いに相違があるということで、形は同じ不動産所得であっても、その1とその2とに分かれているといってもいいでしょうね。」と述べられる（大島=西野・前掲注（53）81頁以下）。

(68) 金子・前掲注（1）205頁。

れるのではなく、付随収入をも包摂する不動産貸付の業務全般が不動産所得として観念されるという考え方を読み取ることができるように思われる。

通常、ビルの壁面に広告を描かせることによって得た所得も不動産所得と理解されており（所基通 26-5）、所得税法 26 条にいう「貸付け」とは、一般的な貸付けの概念からはやや距離を置いているのではないかとも思われる。加えて、不動産所得には付随収入が観念されるという見解は、壁面広告のための謝礼金<sup>(69)</sup>や不動産の貸付けに付随して貸付けられる動産賃貸料<sup>(70)</sup>、転貸業者が受け取った立退料<sup>(71)</sup>、賃貸借期間の更新による書換料<sup>(72)</sup>、が、不動産所得として取り扱われている課税実務とも齟齬を来たさない。

なお、補償金<sup>(73)</sup>や更新料<sup>(74)</sup>が不動産所得に当たることを示す裁判例などは、不動産所得を厳格に不動産等の使用・収益のみに限定して理解する立場からは説明し辛いものではなからうか。

### 3 不動産所得の解釈論の抜本的転換の必要性

これまで不動産所得については、資産性所得という側面と、貸付けの対価という側面の二つの性格が示されてきたものの、貸付けの対価という側面を軽視する取扱いがなされてきたのも事実であり、この辺りの議論の甘さが日本版タックス・シェルターともいい得る商品に不動産所得が利用される一因

(69) 岡本忍編『所得税の実務』145 頁〔筆者担当〕（日本税経研究会 2001）参照。

(70) 佐藤和助編『所得税質疑応答集』107 頁（大蔵財務協会 2004）参照。

(71) 西村善嗣編『土地建物等の譲渡をめぐる税務』35 頁（大蔵財務協会 2003）。

(72) 阿南・前掲注（51）605 頁。

(73) 占有権を有する土地の使用ができなくなったことに対する補償として支給された補償金が不動産所得に当たるとした東京地裁昭和 45 年 11 月 30 日判決（訟月 17 巻 3 号 501 頁）参照。

(74) 借地権の更新料が土地の時価の 10 分の 5 以下である場合には、所得税法施行令 79 条 3 項の推定規定が働かないとして、更新料の金額が地代の年額の 20 倍に相当する金額を超えていたとしても、かかる更新料は不動産所得の総収入金額に算入されるべきものとした事例として国税不服審判所平成 11 年 3 月 23 日裁決（裁決事例集 57 号 4 頁）参照。

となっているのではなからうか。

ここで中里実教授の指摘を見ておきたい<sup>(75)</sup>。すなわち、「たとえば、土地を原資産として、SPV(信託)が信託受益証券を発行したという場合について考えてみよう。信託受益証券が素朴かつ単純なパス・スルー証券であるとすれば、それは土地の持分の一部を表象しているということになり、そこからは不動産所得が産みだされるということになるのみならず、その譲渡は不動産の譲渡ということになるのであろう。」とされる。

しかしながら、SPV が発行した信託受益証券を貸しただけで、不動産所得になるのかという疑問も惹起される。かような指摘は、不動産所有権との切断が強く意識されなければならないとする私見からは、重要な関心事項である。不動産所得という所得が「不動産等」の貸付行為による所得を意味するとすれば、証券化によって顕在化したこの問題は、同教授の指摘する譲渡所得の問題と同様、本来の所得区分の意義を没却する大きな問題であると考えられる。

改めて不動産所得が不動産等の貸付けによる所得であるということの意味を確認すべきであり、かような理解の上でこそこかかる所得区分の存廢の議論は重要な意義を有するのではないかと思われるのである。

もともと、所得税法 26 条の文言から積極的な貸付行為とそうでない貸付行為を峻別することは困難であるという疑問があろう。このような疑問があるとしても、同条にいう「貸付け」を実際の行為性に着目して解釈する可能性が否定されるわけではない。不動産等の所有権が小学生の子供にあり、賃貸借契約書の存在があるからといって、その子に不動産所得があるといえるかについては疑問である。やはり「不動産等の貸付け」が行われているかどうかという観点から検討されるべき問題ではなからうか。この点は、例えば、近時の民法の通説が同法 555 条《売買》の「約する」を、合意にとどまらず手付金の交付の事実などより具体的意思の介在を重要視するようになってき

---

(75) 中里実「パートナーシップ課税の国際的側面」日税研論集 44 号 177 頁。

ている傾向と親和性を有する議論であるといえなくもない。

この問題を更に先に進めると、他人に委任や代理をして貸付けを行わせていた場合には、不動産所得の「貸付け」から離脱するののかという素朴な疑問に突き当たる。代理契約の内容や委任の本旨から不動産等の貸付けの意思を読み取れない場合には、これを否定する余地はあると思われるが、この辺りの挙証は極めて難しいといわざるを得ない。

## 第3章 不動産所得廃止論

### 序

不動産所得を利用した商品型タックス・シェルター事例の増加との関係性は今一つ判然とはしないが、現在、不動産所得の廃止論が議論され、税制調査会でも取り上げられた。税制調査会基礎問題小委員会が示した「個人所得課税に関する論点整理」では、不動産所得の廃止を検討すべきとしているのである<sup>(76)</sup>。

ここでは、前章までの不動産所得の解釈論の全面的見直しの先に見え隠れする解釈論の限界を踏まえた上で、不動産所得廃止論について検討を加えることとしたい。

### 第1節 不動産所得の廃止を巡る議論

#### 1 政府税制調査会基礎問題小委員会

平成17年5月24日開催の政府税制調査会第29回総会において、財務省主税局税制第一課長は、「不動産所得につきましては、実は、家族の資産所得合算課税制度があったときの遺物として残っている所得区分でございます。こういったものは既に要らなくなっているのではないかと、本来どおり事業所得と雑所得に分ければいいのではないかと述べている。

その後、同年6月21日付けの「個人所得課税に関する論点整理」では、次のように答申された。

「不動産所得は、不動産、地上権などの不動産の上に存する権利、船舶・航空機を貸し付けることによって生じる所得である。不動産所得は、昭和22年の税制改正において、同居親族の所得の全面的な合算制度の導入とともに事業等所得に統合された。その後、シャープ勧告に基づく昭和25年の税制改

---

(76) 税制調査会基礎問題小委員会平成17年6月21日付「個人所得課税に関する論点整理」2.(1)⑤。なお、後掲注(77)の政府税制調査会石弘光会長発言も参照。

正において個人単位課税が採用された際、その例外措置として、生計を一にする夫婦と未成年の子など最小の世帯単位において、利子、配当、不動産といった資産所得を合算する制度が設けられた。現行の不動産所得は、この合算課税の対象となる資産所得の範囲を確定するために設けられたものである。しかし、合算課税制度が税制の簡素化の見地から平成元年に廃止されたその後も、独立した所得区分として存続し今日に至っている。

不動産所得の実際の計算にあたっては、不動産所得を生ずべき事業と事業以外の業務とを区分し、前者については事業所得と、後者については雑所得と同様の取扱いがなされている。

今日、このような所得の計算の実態、また所得区分の改廃にかかる経緯を見ると、独立の所得区分としての不動産所得を廃止することを検討すべきである。」

## 2 不動産所得の役割の終焉

不動産所得は、先にみたとおり、損益通算制度を利用した商品型タックス・シェルター開発のための恰好の所得区分である。これを活用し得る一部の富裕層のみが課税軽減の恩恵に浴することができるのであれば、公平な課税の実現への弊害が指摘されることになろう。ところで、航空機リース事件にみられるように、不動産所得を利用する商品型タックス・シェルターにおいては組合契約が基礎とされることが多い。しかし、組合契約を利用せずとも、代理契約や委任契約を介在させるスキームを構築することはたやすい。このことは、組合契約による商品型タックス・シェルターに制限を加えることのみでは公平な課税の実現への根本的な解決には繋がらないことを意味する。

そこで、かかる観点から不動産所得廃止論を展開することが考えられる。そもそも、不動産所得は資産合算制度の廃止でその役目を終えたともいい得るのであって、存置しなければならない積極的意義は見当たらないのではなかろうか。

もっとも、不動産所得を廃止するということは、次にみるように多くの場

合、雑所得にシフトすることになることになる。そのことはすなわち損益通算の対象から外れることをも意味するのであるが、このことに鑑みれば、慎重な検討が要請されるのはいうまでもない。その際に改めて問題となってしまうのは、他の雑所得がある場合には、雑所得内通算によって損失の考慮が図られるのに対して、雑所得が他にない場合には何ら損失を考慮できないという不平等な取扱いとなる可能性である。もっとも、雑所得内通算の問題は、不動産所得を廃止した場合に特有の問題ではなく、現行制度下においても問題視されるべき点であるが、不動産所得を廃止し多くの業務的規模の不動産貸付けによる所得が雑所得にシフトすることによって、かかる問題がより大きく取り上げられることになりそうである。

ここでは、雑所得に公的年金所得が混在されている現状の見直しとともに早急に検討すべき事項の一つであると指摘しておくに留めよう。

## 第2節 不動産所得が廃止された場合の所得区分

### 1 不動産貸付けの規模と事業所得及び雑所得の区分

不動産所得が廃止されれば、不動産等の貸付けによる所得を事業所得と雑所得にトレースして区分することになるが、不動産所得を生ずべき「事業」といえるか否かを、次のように事業所得該当性の判断基準によって画すべきとする裁判例もあるところであり、これまでの所得税法の解釈に齟齬をきたすものではないと思われる<sup>(77)</sup>。東京地裁平成7年6月30日判決（行裁例集

---

(77) 政府税制調査会石弘光会長は、「そもそも同居親族の資産・所得合算制度という制度があって、…不動産所得はできた。ところが、この合算課税制度は平成元年に廃止になりました。…そうなると、要するに事業所得に入り込む不動産所得というのは、プロの不動産屋さんの所得は全部不動産所得ですね、だから、これはそっちに入るだろうと。それから、あと雑所得という中で個人がやっているものは十分救済できるんじゃないかという意味で、そもそも資産合算がなくなった以上は、その時作った不動産所得を残しておく理由がないんじゃないかというのが一番大きな理由ですね。と同時に、この中身は事業所得と雑所得の両要素を持っているから、これは分解してもいいんじゃないかということで、これについてはある意味ではっきりし

46 卷 6・7 号 659 頁) は、次のように判示している。やや長文にわたるが重要な判断が示されているので、必要な箇所を引用することとする。すなわち、  
「所得税法における事業概念について検討するに、所得税法は、一定の事業概念を前提としているものと解されるが、…所得税法上、事業所得についての定義規定はあるものの、事業によって生ずる所得のすべてを事業所得とはしておらず、事業の種類に応じて事業所得、不動産所得又は山林所得に分類して、事業所得を生じさせるもののみを事業としているわけではないから、所得税法上も、事業の意義自体については、一般的な定義規定を置いていないことになり、その事業概念は、社会通念に従ってこれを判断するほかはないというべきである。ところで、所得税法は、所得区分として、事業所得と不動産所得とを区分し、不動産所得については、不動産所得を生ずべき事業と事業以外の業務とを区分し、前者については、事業所得と同様の資産損失（同法 51 条 1 項）、貸倒損失（同条 2 項）、専従者給与（同法 57 条 1 項、3 項）の必要経費算入等を認める取扱いとしているところである。」とした。

また、不動産貸付けが事業的規模といい得るかどうかは、本来、資産性所得である不動産所得において、資産勤労結合性所得である事業所得と同程度の役務提供があるか否かを中心として判断されるべきとの国側の主張に対して、「所得税法上の事業所得と不動産所得との所得区分は、所得の源泉が主として何に起因するかという観点から設けられたものであり、不動産貸付けにおいて所得を生み出す役務提供の程度が事業所得におけるそれよりも低いものであったとしても、それは、その所得が、事業所得ではなく、不動産所得に区分されるということの意味するものにすぎないのであって、そのことから直ちに、被告主張のごとく、不動産貸付けが事業的規模といえるためには、事業所得を生ずる事業と同程度の役務提供が要求され、不動産貸付け行為の事業性が否定されるものとは解し得ないというべきである。かえって、事業

---

た理屈はあるように思います。」とされる（基礎問題小委員会（第 35 回）後の石倉長記者会見の様態—平成 17 年 5 月 17 日、政府税制調査会ホームページ([http://www.mof.go.jp/singikai/zeicho/kaiken/kiso\\_b35.htm](http://www.mof.go.jp/singikai/zeicho/kaiken/kiso_b35.htm)) 参照)。



所得を生ずる事業に比して役務提供の程度が低い不動産貸付けにあって、不動産所得を生ずべき事業と事業以外の業務とを区別し、前者について事業所得と同様の必要経費算入等を認める前示の各規定の趣旨に照らせば、不動産貸付けにおける事業と事業以外の業務との判定に当たっては、役務提供の程度の差が必ずしも中心的要素にならないものということができる。」と判示するのである。

詰まるところ、判決によれば、不動産所得を生ずべき事業的規模といえるか否かは、営利性・有償性の有無、継続性・反復性の有無、自己の危険と計算における企業遂行性の有無、その取引に費やした精神的肉体的労力の程度、人的・物的設備の有無、その取引の目的、その者の職歴、社会的地位・生活状況などの諸点を総合して、社会通念上事業といい得るか否かによって判断されるべきと判示しており、これこそは事業所得該当性の判断要素である。

不動産貸付けの規模を中心としてその事業性が判断されるべきであるとの国側の主張に対して、所得税基本通達 26-9 も、社会通念上事業と称するに至る程度の規模で貸付けを行っているかどうかにより事業性の有無を判定すべきとしていることを前提とした上で、「しかしながら、貸付けの規模は、その貸付けを反復継続して遂行する社会的地位やこれに費やす労力の程度を左右する一つの要素ではあり、その限りで、貸付け規模の大小自体を基準とする本件通達の一応の合理性を肯認することができるというべきであるが、社会通念上事業に当たるか否かは、前記のとおり諸要素を総合考慮して判断されるべきものであり、専らその規模の大小によってのみ、事業性の判断がされるべきものとは解し得ないというべきである。特例通達がいわゆる 5 棟 10 室という形式基準を満たすとき等には、その貸付けが事業として行われていたものとする旨規定するのも、課税実務上比較的容易に認定し得る貸付けの規模という要素をもって、一定以上の規模を有することを形式的な基準として、これを満たせば、事業として行われていたものとするという十分条件を定めたものに過ぎないというべきであり…、これをもって、専ら貸付け規模の大小をもって、社会通念上の事業といえるか否かを判断しなければなら

いものというべきではなく、また、5棟10室程度の規模に至らない不動産貸付けが直ちに社会通念上事業に当たらないということもできないというべきである。」と判示している。

かかる判決は、不動産等の貸付けが事業的規模で行われているかあるいは業務的規模で行われているかを、事業所得の判断基準で判断すべきとしている。すなわち、事業所得の判断基準としては、最高裁昭和56年4月24日第二小法廷判決(民集35巻3号672頁)<sup>(78)</sup>が「事業所得とは、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反覆継続して遂行する意志と社会的地位とが客観的に認められる業務から生ずる所得をいい、これに対し、給与所得とは雇傭契約又はこれに類する原因に基づき使用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付をいう。」と判示しているが、かような観点から判断を加えるべきとするのである。

このように、事業所得の基因となる事業と不動産所得の事業的規模の「事業」とが同意義であるとする判決は、事業所得という事業性の判定基準が不動産等の貸付けによる所得を事業所得と雑所得に区分する際のメルクマールになり得ることを意味するといえよう<sup>(79)</sup>。

## 2 事業所得該当性への狭き門

不動産の貸付けが事業所得に当たるか雑所得に当たるかについては、上記に示したようにこれまでの不動産所得の事業的規模か業務的規模かの判断を

---

(78) 昭和52年(行ツ)12号。主な判例評釈として、差し当たり、清永敬次「いわゆる減額再更正処分の取消しをを求める訴の利益の有無」民商85巻6号113頁以下、玉國文敏「事業所得と給与所得の区別」『租税判例百選〔第3版〕』52頁以下、碓井光明「判評」判時1020号156頁以下、園部逸夫「いわゆる減額再更正処分の取消しをを求める訴えの利益の有無」曹時35巻4号137頁以下、同「判評」ジュリ746号92頁以下、同「事業所得と給与所得の区別」『租税判例百選〔第2版〕』64頁以下、原田尚彦「減額再更正処分と訴えの利益」ジュリ768号49頁以下、古川悌二「判評」税務事例13巻6号30頁以下、同「判評」税弘29巻10号103頁以下など参照。

(79) 桜井四郎「不動産貸付けにおける事業とされる規模と損失の取扱い等」税理38巻2号8頁以下も、事業所得の基因となる事業と不動産所得の事業的規模の「事業」とが同意義であるとする。

トレースすればよいと思われるが、証券化など金融商品化された場合のことも考えておかなければなるまい。

金融商品の運用益については事業所得と認定されることが非常に少ない。これは、事業所得を自己の計算と危険において営利・継続的に行う経済活動による所得と理解する考えが判例・学説により支持されているからであると思われる。すると、リスク回避を前提とした事業体から構成員への分配金が事業所得に該当することになりそうにない。それ以外でも、自己の危険と計算における企画遂行性の有無、取引に要した精神的肉体的労力の程度等から事業所得性が判断されることが多いと考えられるため<sup>(80)</sup>、雑所得に該当するケースが多いと思われる。

また、これまでの裁判例を概観してみると<sup>(81)</sup>、金融取引が事業といえるためには事業としての社会的客観性が必要と考えられるので、相当程度安定した収益を得られる可能性がなければならないと思われる。

### 3 必要経費及び資産損失

不動産所得については、事業的規模での貸付けかあるいは、業務的規模での貸付けかによって、必要経費の取扱いに差異が設けられている。例えば、先に述べた青色事業専従者給与のほかにも、必要経費の特例である所得税法51条1項の適用において、不動産所得が事業的規模であれば、当該事業の用に供される固定資産等の資産についての取壊し、除去、滅失、その他の事由により生じた損失の額については、その者のその損失の生じた日の属する年分の不動産所得の金額の計算上必要経費に算入することができる<sup>(80)</sup>とされている。それに対して、不動産所得が業務的規模の場合には、同条1項の適用はなく、代わりに同条4項が適用され、その者のその損失の生じた日の属する

---

(80) 酒井克彦「人的役務提供の対価に係る事業所得の判断要素—所得区分を巡る諸問題」税務事例38巻2号50頁以下。

(81) 例えば、東京地裁昭和53年4月24日判決(判タ369号443頁)。判例評釈として、山田保明「仮名預金等の設定行為等と租税逋脱行為」税務事例11巻4号2頁以下参照。

年分の不動産所得の金額を限度として、不動産所得の金額の計算上必要経費に算入することができるに留まるのである。

このように不動産所得が事業的規模であるかあるいは業務的規模であるかによって、必要経費の取扱いが異なるのは、所得税法 51 条の資産損失の場面に限ったものではない。その他にも、延納に係る利子税は、事業所得のほか、事業的規模の不動産所得、山林所得についてのみ必要経費とされるし（所法 45①三）、事業的規模の不動産所得については、事業遂行上生じた売掛金、貸付金、前渡金等の債権の貸倒損失を、その者のその損失の生じた日の属する年分の不動産所得の金額の計算上必要経費に算入することができるが、業務的規模の不動産所得の場合にはこれが認められない（所法 51 ②）。

業務的規模の不動産所得については、必要経費の特例たる資産損失の場合にのみ損失額の必要経費算入が制限されており、毎年の減価償却費の必要経費性については制限されていない。均衡にかけるようにも思われるが、この取扱いの背後には、業務的規模にとどまる不動産の貸付けについて支出される費用には何らかの形で家事費的なものが混在されているということが考えられているのかも知れない<sup>(82)</sup>。

かように業務的規模の資産損失に家事費的な支出が混在することは現下においても何ら異なるところではないと思われる。そうであるとすれば、この取扱いをことさら変える積極的な理由は乏しいといえよう。

さすれば、業務的規模の不動産の貸付けから得られた所得については、この考え方をトレースして、雑所得の資産損失制限の中で継受させることが実情に即した考え方であると思われるのである。つまり、雑所得については、不動産の貸付けによる所得であったとしても、従来どおり、所得税法 51 条 4 項の適用のみを認めることとすべきであろう。

なお、不動産の貸付けによる雑所得の計算上生じた利子税の支払について

---

(82) もっとも、家事費的な支出が混在していてもそれを明確に区分できるのであれば問題は無いのかも知れないが、それを区分することは事実上困難であるから一定の制限を設けることによってこれに対処しようとしたものと思われる。

も、これまでの業務的規模の不動産所得がそうであったように必要経費に算入することを許容しない方向を採用することには何ら問題がないように思われる。

## 結びに代えて

本研究では、金融商品としての商品型タックス・シェルターに不動産所得が利用されている現状を憂慮する観点から、不動産所得の解釈論の大幅な転換の必要性を論じ、更に不動産所得廃止論肯定の観点から若干の所見を示した。

所得税法は勤労性や資産性の有無などを考慮した担税力に応じた所得区分ごとに課税計算を行っているが、委任・代理、証券化などによって、本来の所得区分をコンバートすることは可能である。所得税法は本人による行為を前提として担税力を考えており、ここでの議論は同法が帶有する根本的な問題であるが、差し当たりこのことの解決は所得区分間の課税上の取扱いの格差を少なくすることや所得区分そのものを少なくすることで解決を図っていくほかないのではないと思われるのである。

最後に中里実教授の示される指摘に触れておきたい<sup>(83)</sup>。

同教授は、「租税法上、所得の種類に応じて課税上の取扱いが異なることは多い。資産所得も、様々な視点から租税法上いくつもの類型に分けられているが、現在において、このような分類が、理論的にどの程度の意味を有しているかという点については必ずしも明確ではない。ごく一般的にいうならば、所得の種類による課税方式の差異は、課税を非中立的なものとするので、あまり望ましいものではない。のみならず、現在においては、所得の性格を変更することもそれほど困難なことではないから、所得の種類に応じて課税方式に差異を設けることにどの程度の意味があるかも疑わしい。」とされ、また、「私法における所得分類と、租税法上のそれとの間の関係も問題となる。日本においては、概して、租税法上の所得分類は、私法上のそれに引きずられて決定されることが多いが、それで果たしていいのかという問題である。…適切な課税を行いたければ、もう少し租税法独自の見地があってもいいという考え方も成立しうるであろう。」と述べられている。ここでは、金融取引から生ずる所得を主に念頭に

---

(83) 中里・前掲注(75)174頁。

おいた主張であると思われるが、このことは、不動産所得を取り巻く立法論及び解釈論に重要な指摘であると思われる。中里教授の指摘箇所のうち、主に前段が私見で述べた立法論に関する部分、主に後段が解釈論に関する私見に合致すると思われるのである。

これまで必ずしも十分になされてきたとはいえない不動産所得の意義を巡る議論が今後活発になり、近い将来において廃止論を含めタックス・アービトラージ排除への一歩が踏み出されることを期待して稿を閉じることとする。