

不動産所得における事業に関する一考察

―事業に満たない業務との関係を中心に―

米 村 忠 司

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1 研究の目的（問題の所在）

不動産所得については、納税者の保有する土地、建物、船舶及び航空機といった不動産等の貸付けが事業として行われているか否かによって、不動産所得の計算上、種々の取扱いの違いがある。

現行、建物の貸付けに限ってみると、それが事業として行われているか否かの判定は、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）において貸し付けている建物の件数という形式基準（いわゆる「5 棟 10 室基準」）が示され、この基準に該当する納税者は不動産等の貸付けを事業として行っている者として扱われている。当該通達は、昭和 45 年 7 月の所得税基本通達の制定時に設けられて以降見直しが行われていないこと、また、建物の貸付件数は、納税者が事業として建物の貸付けを行っている者であるか否かを判断するための一要素に過ぎないと考えられるにもかかわらず、形式的な基準で納税者が事業として建物の貸付けを行っていることみなしている。また、その形式的な基準については、その根拠も明確ではなく、他方で、当該通達の内容により現時点においては課税上問題ではないかと考えられる点も見受けられることから、当該通達について再考する必要があると考える。

しかしながら、当該通達を検討するにあたっては、単に 5 棟 10 室という形式基準の程度や通達の文言を見直せばよいというものではなく、当該通達が制定されるに至った背景やその意味などを明らかにする必要がある。そして、仮に当該通達を見直す場合には、所得税法におけるどの規定について併せて見直す必要があるのかなど様々な観点から検討する必要があると考える。

本稿においては、当該通達を見直すべきか否かという観点から不動産所得における事業について考察を始めることとし、当該通達を検討するにあたって、不動産所得について他に問題と考えられる事項もあることからこれらも併せて研究することとした。

2 研究の概要

(1) 不動産所得と事業所得等との区別について

イ 不動産所得という所得区分の変遷

所得税が創設されたのは明治 20 年であるが、所得税が創設された当初の税法では、公社債や預金の利子、配当、給与等はその収入金額をそのまま所得金額とし、その他のものは収入金額から一定の経費を差し引いたものをその所得金額とする旨を定めていたが、今日のように各種所得の名称まで定めていたわけではなく、所得税法によって所得の種類と名称が定められたのは、昭和 15 年の分類所得税制にその淵源がある。それ以前の所得税法においては、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。

昭和 15 年に創設された分類所得税は、所得の種類・性質に応じて控除・税率に差等を設け、各種所得の担税力に即した課税を行うものであり、各種所得を総合した合計額が一定以上を超える場合にその超過分に累進税率を課する総合所得税と併用するもの（所得課税の二本立て）であり、これは戦後まで存続したが、昭和 22 年の税制改正の際に廃止され、所得税は総合所得税一本の制度に統合されることになった。この改正に伴って不動産所得の分類も姿を消し、現行の事業所得と雑所得とともに「事業等所得」として統合されることとなった。

その後、シャープ勧告に基づく昭和 25 年の改正において、それまでの同居親族の所得の全面的な合算課税制度を廃止し、原則として所得者個々に課税する個人単位課税が採用されたが、その際、例外措置として、生計を一にする夫婦と未成年の子等最小単位での資産所得の合算課税制度が設けられ、この合算課税の対象となる資産所得の範囲に関連し、従来の「事業等所得」の範疇から、新たに「不動産所得」が取り出されて区分定義されることになった。

なお、昭和 40 年の所得税法の全文改正の際には、新たに航空機の貸付け等による所得が不動産所得の範囲に加えられた。

ロ 不動産所得と事業所得及び雑所得との関係

不動産所得という所得区分のあり方については、過去に税制調査会において検討されたことがある。

昭和 35 年 12 月の税制調査会答申によれば、当時の所得税法では、不動産、不動産上の権利又は船舶の貸付けによる所得について不動産所得という所得分類を設け、税制上、利子所得、配当所得と並んだ経常的な資産所得として取り扱っていたところ、不動産所得については、所得分類に関連して次のような点が指摘されているとする。

すなわち、不動産所得は、総収入金額から必要経費を控除してその所得が算出され、所得計算の方法については事業所得とは差異がないことから、所得の分類は一般的な理解のために細分をさけ、所得計算の原則を同じくするものはできる限り、整理統合を図るべきであるとの観点にたち、また、かつて「事業等所得」として同一の所得分類のもとで律せられていたという旧例も勘案して、不動産所得を事業所得の定義のなかに包含せしめるべきではないかという意見があるというものである。

そして、この意見に対しては、不動産所得は、世帯員の資産所得合算の規定の適用につき、合算対象にされている点で事業所得と差異があり、理論的にも、資産所得としての性格をもつ不動産所得と資産と勤労の協同の所産である事業所得とは明確に区別すべきであり、その点からみて不動産所得はあくまでも事業所得とは別個の所得分類とし、むしろ、利子所得、配当所得及び不動産所得以外の経常的な資産所得（たとえば、動産貸付所得等）が雑所得等のうちに包含されているのは不合理であるので、不動産所得とこのような経常的な資産所得とを統合した所得分類を設けるべきであるとの考え方もあるとした。

これらの問題についての一応の検討結果としては、所得の性格、資産所得の合算課税制度との関連等を考慮すると、税制上は、不動産所得と事業所得とは別個の所得分類とし、また、雑所得等として課税されているもののうちの経常的な資産所得と不動産所得とを統合した所得分類を

設けることが適当であるとした。

昭和 38 年 12 月の税制調査会答申によれば、不動産所得については、その所得の計算の方法が事業所得及び雑所得と異ならないが、たとえば事業的に不動産を運用する場合でも、その所得の性格は依然として資産所得に属し、資産と勤労との協同の所産である事業所得とはこれを区別して考えるのが相当であり、殊に資産所得合算の対象とすることからこれを事業所得や雑所得と区別しておくことが適当と認められる、としている。

さらに、動産の貸付けによる所得との関係については、不動産所得は不動産の貸付けに限定している点で動産の貸付けによる所得との関係が問題となるが、動産貸付所得が一般的に資産所得としての性質を有するかどうか疑問であるので、不動産所得の定義及び範囲は現状を変える必要はないと考えられる、としている。

(2) 不動産所得における事業とは

イ 事業的規模という考え方についての考察

所得税法の規定においては、不動産所得を生ずる資産の貸付けが業務として行われている場合に、それが事業として行われているといえるか否かにより、不動産所得を計算する場合に、必要経費の計算など所得計算上の取扱いについていくつか異なる取扱いがされている。

そこで、納税者の行っている不動産所得を生ずる資産の貸付けが、事業として行われているかについて判定する必要性が生じるのであるが、建物の貸付けについては、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）（以下「形式基準通達」という。）が定められているところ、形式基準通達は、昭和 45 年 7 月 1 日の所得税基本通達の制定時に定められたものであり、その後、改正等はなされていない。

形式基準通達は、建物の貸付けが事業として行われているか否かについては総合的に判定するとしながらも、他方で、貸し付けている建物の

規模（件数）で半ば自動的に事業として建物の貸付けを行っている者として取り扱うこととされているかのように見受けられるが、果たして、貸し付けている建物の件数によって事業か否かを判断するというこのような取扱いについて問題はないか検討を行った。

裁判例（東京地裁平成 7 年 6 月 30 日判決（訟務月報 42 巻 3 号 645 頁））によれば、所得税法の事業概念について、「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、前示のように、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。」とし、「不動産所得を生ずべき事業といえるか否かは、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ものと解さざるをえない。」とする。

形式基準通達が存在によって、大量かつ継続的・反復的に行われている建物の貸付けに対する税務行政の執行上の便宜が図られることは首肯できるものの、本来は、納税者が営んでいる建物の貸付けの業務の状況等を個別かつ総合的に判断して、社会通念上、事業として行われているかどうか判定することからすれば、建物の貸付件数が一定以上であれば事業として行われているものと取り扱うのは、その判断基準としては、いささか簡易にすぎるのではないか。

このような問題意識から、この形式基準通達について、何らかの見直しをすべきであると考えるが、見直しにあたっては、なぜこのような形

式基準通達が設けられたのか、また、形式基準通達が存在することで何か問題は生じていないかについて考えてみる必要がある。

ロ 資産損失に関する条文の経緯

形式基準通達の中のいわゆる 5 棟 10 室という形式基準がどのような理由で存在するに至ったのかを検討する上で特に問題と思われるものは、所得税法 51 条の資産損失の必要経費算入に関する規定である。

昭和 37 年の改正においては、資産損失の規定に関して次のとおりとされた。

すなわち、従来、固定資産の廃棄損、除却損のようなものは、事業所得計算上の必要経費として認められていなかった。しかし、取扱いで認めていた陳腐化等による除却損や耐火建築促進法に伴う建物の除却損以外の固定資産の除却損等も、事業経営上の観点から行われた除却等に伴い生じた償却不足額に当たるものということとはでき、また、その損失が事業の遂行上生じたものでない、たとえば災害等により生じた損失であっても、事業に投ぜられた資産の損失はその事業の成果の減少要因と考える立場に立ってみた場合には、これを事業所得等の必要経費として認めることが相当と考えられるので、これらの固定資産その他これに準ずるものの損失は、事業所得等の必要経費として所得の計算上控除されることとなった。

さらに、昭和 40 年の所得税法の全文改正においては、次のように改正された。

すなわち、従来は、事業用固定資産の除却損については、事業所得の計算上必要経費に算入することとしているが、事業と称するに至らない程度の業務用固定資産の除却損等については、家事上の出費に伴う損失であるとの見地から一切これを考慮しないこととされていたが、その年の雑所得又は不動産所得を限度として控除する規定が設けられた。

ハ まとめ

形式基準通達により納税者の行う不動産等の貸付けが事業として行わ

れているとした場合に、それが小規模な貸付けを行っている者については、青色事業専従者給与の必要経費算入、白色専従者控除及び青色申告特別控除（65 万円）について、その控除額が大きなものになってしまうという問題がある。

次に、昭和 40 年の改正における所得税法の全文改正に係る解説の記事においては、「事業と称するに至らない程度の業務用固定資産の除却損等」についてはそもそも「家事上の出費に伴う損失であるとの見地から一切これを考慮しないこととされていた」が、それらはその年の不動産所得を限度として控除する規定が設けられたところ、この規定が実際に適用される例は「事業と称するに至らない程度の貸間業等の固定資産の除却損等と考えられる」としている。

このあたりの考え方について、昭和 40 年の改正前の考え方としては、営まれている不動産等の貸付けが事業といえないのであれば、それが業務として行われていても、その業務に用いる固定資産の除却損等は家事上の損失である、だから不動産所得の計算において必要経費とはならない、との整理、あるいは割り切りがなされていたと考えるところであり、それ自体は問題ないと思うが、ただこれは、「事業と称するに至らない程度」、逆にいえば事業であるといえる場合との境目を「貸間業等」と、かなり低めに考えていたように筆者の目から見ると見受けられる。

そして、固定資産の除却損等の必要経費算入の取扱いの違いは、不動産等の貸付けが事業であるか否かによって大きく異なるのであるが、建物の貸付けの場合において、その境目について、一応の整理を行ったのが形式基準通達のいわゆる 5 棟 10 室という形式基準部分ではないかと考える。

このような筆者の考え方について、実際はどうであったのかは、現時点では計り知れないが、いずれにせよ、所得税法 51 条 4 項の再検討と形式基準通達の見直しを併せて行うことにより、建物の貸付けが事業として行われているか否かの区別が社会通念上妥当に行われることとなれ

ば、結果として、青色事業専従者給与の必要経費算入、白色事業専従者控除及び青色申告特別控除（65 万円）の各規定については、適切な適用がなされ则认为する。

（3）不動産所得という所得区分の問題点

イ 純損失の繰越控除についての考察

所得税法 70 条は、純損失の繰越控除について規定しているが、青色申告書を提出している場合の純損失の繰越控除と白色申告者にも認められる被災事業用資産の損失の繰越控除は、その性質は異なっている。

そして、青色申告書を提出している場合の純損失の繰越控除制度は、昭和 25 年の改正において、シャープ勧告に基づき設けられた。

そしてそれは、いわゆるゴーイングコンサーンとしての企業の税負担を調整する見地から設けられているようであるが、そうであるとすれば、不動産所得は継続的な資産の貸付けから生じる所得であり、その計算方法からみても、減価償却費のようなその年分における債務の確定とは関係なく、一定の計算方法に基づき必要経費とされるものがあるなど、単にその年分の収入が少なかったというわけではなく、構造的に所得が赤字になる可能性があるから、それが事業としての貸付けか否かに関わりなく記帳義務を伴う青色申告の対象とし、その結果としての純損失の繰越控除の対象となっていることについては首肯できる。

ロ 損益通算についての考察

資産所得である利子所得及び配当所得について、その計算上の損失を他の所得区分と通算できないこと、また、雑所得についても同様にその計算上の損失を他の所得区分と通算できないことからすれば、不動産所得の計算上の損失について、事業者としての不動産貸付による所得であるか否かにかかわらず他の所得区分の所得から差し引くことができる現行制度はいささかバランスを欠いたものであり、そのことが租税負担を軽減するためのスキームを誘発している原因の一つとなっていると思われる。

また、不動産等の貸付けといっても、同一納税者においても、貸し付ける資産については、土地・建物といった不動産の場合もあれば船舶・航空機といった動産の場合もある。さらにそれらの貸付けについての状況について見れば、事業としての不動産等の貸付けと事業としてではない不動産等の貸付けが混在する可能性があると思われるのであって、これらの計算を一つの所得区分の中に含めるのは不合理ではないか、すなわち、不動産所得内において、所得計算上の損失を互いに通算することは可能となっており、事業ではない不動産所得の損失を事業である不動産所得から差し引くことができる現行制度は不合理ではないかとも考える。

したがって、現在、租税特別措置としてこれらに対処している事柄も含めて、不動産所得における計算上の損失の取扱いについて、今後とも本格的な制度の再検討が必要であると考える。

3 結論

本稿において、不動産所得に関して様々な観点から検討したところ、その結果を簡潔かつ順不同にまとめると、次のような項目についてさらなる検討が必要であると思料するに至った。

- ① 不動産所得は、かつての「事業等所得」を現在の不動産所得、事業所得及び雑所得に分割する際に、「事業等所得」の中から資産所得である不動産所得を先取りしたものである。したがって、不動産所得という所得区分を事業所得や雑所得とともに見直す場合には、不動産所得を単純に事業とそれ以外というように分割するのではなく、一旦、事業所得及び雑所得を足し合わせたところで、改めて区分するという整理の仕方が必要である。
- ② 不動産所得における事業であるか否かについては、裁判例にもあるように「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」によって判断すべきであると考え。したがって、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）について、いわゆる 5 棟 10 室という形式的な基準部分の廃止や改訂も含めて、さらなる検討が必要である。なお、当該通達の見直しにあたっては、所得税法 51 条（資産損失の必要経費算入）の規定についても併せて見直す必要があると考える。

- ③ 不動産所得について現在は認められている、所得計算上の損失の他の所得区分との通算（いわゆる損益通算）について、資産所得である不動産所得に対して事業リスクを伴った事業所得と同様に配慮すべきか、事業所得以外の他の所得区分に対する取扱いとの比較なども交えながら、損益通算を認めないこととすることも含めて、さらなる検討が必要である。
- ④ 不動産所得を青色申告の対象としていることについては問題ないと考え、青色申告の場合に認められる純損失の繰越しについて、仮に不動産所得について損益通算が認められないとする場合に、それをどのような制度にすべきか、不動産所得内における繰越しとするなどの可否も含め、さらなる検討が必要である。
- ⑤ 不動産所得について、土地・建物の貸付けの場合には、その一部を事業所得とし、その他の土地・建物の貸付け及び船舶・航空機の貸付けについては、他に一部の動産の貸付けを含めて「不動産等貸付所得」といった所得区分として再構築してはどうか。

目 次

はじめに	156
第1章 不動産所得と事業所得等との区別について	158
第1節 不動産所得という所得区分の変遷	158
1 概説	158
2 不動産所得の範囲が確立するまでの経緯	159
3 分類所得税	161
4 資産所得の合算課税制度	164
5 小括	167
第2節 不動産所得と事業所得及び雑所得との関係	169
1 概説	169
2 昭和35年12月税制調査会答申	169
3 昭和38年12月税制調査会答申	170
4 小括	171
第2章 不動産所得における事業とは	173
第1節 事業的規模という考え方についての考察	173
1 所得税基本通達26-9について	173
2 裁判例等からの検討	174
3 小括	180
第2節 雑損控除と資産損失に関する条文の経緯	181
1 概説	181
2 雑損控除について	181
3 資産損失について	186
第3節 形式基準通達が存在することで問題となる事項	201
1 概説	201
2 事業専従者給与の必要経費算入等	202
3 青色申告特別控除	207

第4節	まとめ	212
第3章	不動産所得という所得区分の問題点	216
第1節	純損失の繰越控除についての考察	216
第2節	損益通算についての考察	221
1	損益通算の規定の変遷	221
2	租税特別措置法における不動産所得に関する損益通算の制限	225
3	小括	228
第3節	その他の考察	229
1	不動産所得という所得区分の廃止論について	229
2	不動産所得という所得区分の見直しについて	230
3	不動産所得に関する私見	233
おわりに		235

はじめに

不動産所得については、納税者の保有する土地、建物、船舶及び航空機といった不動産等の貸付けが事業として行われているか否かによって、不動産所得の計算上、種々の取扱いの違いがある。

現行、建物の貸付けに限ってみると、それが事業として行われているか否かの判定は、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）において貸し付けている建物の件数という形式基準（いわゆる「5 棟 10 室基準」）が示され、この基準に該当する納税者は不動産等の貸付けを事業として行っている者として扱われている。

当該通達は、昭和 45 年 7 月の所得税基本通達の制定時に設けられて以降見直しが行われていないこと、また、建物の貸付件数は、納税者が事業として建物の貸付けを行っている者であるか否かを判断するための一要素に過ぎないと考えられるにもかかわらず、5 棟 10 室という形式的な基準で納税者が事業として建物の貸付けを行っているとみなしている。また、その形式的な基準については、その根拠も明確ではなく、他方で、当該通達の存在により現時点においては課税上問題ではないかと考えられる点も見受けられることから、当該通達について再考する必要があると考える。

しかしながら、当該通達を検討するにあたっては、単に 5 棟 10 室という形式基準の程度や通達の文言を見直せばよいというものではなく、当該通達が制定されるに至った背景やその意味などを明らかにする必要がある。そして、仮に当該通達を見直す場合には、所得税法におけるどの規定について併せて見直す必要があるのかなど様々な観点から検討する必要があると考える。

本稿においては、当該通達を見直すべきか否かという観点から不動産所得における事業について考察を始めることとし、当該通達を検討するにあたって、不動産所得について他に問題と考えられる事項もあることからこれらも併せて研究することとした。

なお、本稿は、筆者が過去の資料等から研究を行い、さらに独自の検討を加

えた、いわば独創的な部分も含むものであり、その結論等の意見にわたる内容については個人的見解であることをあらかじめお断りしておく。

第1章 不動産所得と事業所得等との区別について

第1節 不動産所得という所得区分の変遷

1 概説

所得税法 26 条では、不動産等⁽¹⁾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。）については、不動産所得という所得区分によりその所得金額が計算され、その後、それを他の所得区分の所得金額と総合されて個人の課税の対象となる所得金額が求められることとされている。

また、不動産所得を計算する場合においては、その不動産等の貸付けが業務として行われている場合においても、それが事業として行われているか、あるいは、事業とはいえない程度の業務として行われているかによって、所得計算上の取扱いが異なっている⁽²⁾。

ところで、不動産所得の所得金額の計算については、その年中の総収入金額から必要経費を控除した金額とされており、その規定の仕方について見れば、事業所得や公的年金等以外の雑所得（以下、単に「雑所得」という。）と同様の規定ぶりとなっていることから、不動産所得という所得区分について様々な検討を加える上では、事業所得や雑所得とは別に、不動産所得という所得区分がどのような理由で存在するに至ったのか整理しておく必要があると考える。

そこで、本節では、不動産所得という所得区分が創設された背景等を整理しておくこととし、まず現行の不動産所得の範囲が確立するまでの経緯について整理し、次に、その経緯を理解する上で重要である「分類所得税」と「資

(1) 不動産、不動産の上に存する権利、船舶又は航空機をいう（所法 26①）。

(2) 資産損失の必要経費算入（所法 51①、④、72①）、貸倒損失（所法 51②、64①）、貸倒引当金（所法 52①、②）、事業専従者給与等（所法 57①、③）、青色申告特別控除（措置法 25 の 2③）、確定申告における延納に係る利子（所法 45①二、所令 97①一）などがある。

産所得の合算課税制度」について述べることにしたい。

2 不動産所得の範囲が確立するまでの経緯

所得税が創設されたのは明治 20 年であるが、その内容は、所得が課税標準とされ、次に掲げる金額をもって所得とされた。

- ① 公債証書その他政府より発し若しくは政府の特許を得て発する証券の利子
- ② 非営業の貸金及び預金の利子
- ③ 株式の利益配当金
- ④ 官私より受ける俸給、手当金、年金、恩給金及び割賦賞与金
- ⑤ 上記以外の資産又は営業その他から生ずるものは、その種類に応じ収入金高若しくは収入物品代価中から国税、地方税、製造品の原質物代価、販売品の原価、雇人給料等を除いたもの（前 3 カ年間の所得平均高による。）

このように、所得税が創設された当初の税法では、公社債や預金の利子、配当、給与等はその収入金額をそのまま所得金額とし、その他のものは収入金額から一定の経費を差し引いたものをその所得金額とする旨を定めていたが、今日のように各種所得の名称まで定めていたわけではなく、所得税法によって所得の種類と名称が定められたのは昭和 15 年の分類所得税制にその淵源がある⁽³⁾⁽⁴⁾。それ以前の所得税法においては、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。

不動産所得の分類について特別の規定が設けられていなかったのは、昭和 15 年より前においては、不動産所得について課税上特別の取扱いをしていなかったところから、不動産所得の分類を設けておく必要がなかったためであ

(3) 注解所得税法研究会『五訂版注解所得税法』246 頁（大蔵財務協会、2011）。

(4) 当時の不動産所得の範囲は、所得税法（昭和 15 年 3 月 29 日法律 24 号）10 条において「不動産、不動産上ノ権利又は船舶の貸付（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」と規定されていた。

るとされている。

昭和 15 年に創設された分類所得税は、戦後まで存続し、昭和 22 年の税制改正の際に廃止され、所得税は総合所得税一本の制度に統合されることになった。この改正に伴って不動産所得の分類も姿を消し、現行の事業所得と雑所得とともに「事業等所得」として統合されることとなった。これは、昭和 22 年改正所得税法は、同居親族の所得は、資産所得に限らずすべて合算して課税する仕組みをとったため、特に「不動産所得」の分類を設けておく必要がなかったためであるとしている⁽⁵⁾。

このような同居親族の所得の全面的な合算制度は、シャープ勧告に基づく昭和 25 年の改正において廃止され、原則として所得者個々に課税する個人単位課税が採用されたが、その際、例外措置として、生計を一にする夫婦と未成年の子等最小単位での資産所得の合算課税制度が設けられ、この合算課税の対象となる資産所得の範囲に関連し、従来の「事業等所得」の範疇から、新たに「不動産所得」が取り出されて区分定義されることになった⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

以上が、不動産所得という所得区分が設けられた経緯であるが、他方、不動産所得の範囲については、その後も改正が行われている。

昭和 34 年改正において、建物又は構築物の所有を目的とする借地権の設定に伴い、その対価として権利金を取得した場合で、権利金の額が土地の更地としての価額の 2 分の 1 を超えるなど一定の要件を満たしているときは、これを譲渡所得とし、このような要件に該当しない権利金は従来どおり不動

-
- (5) 昭和 22 年改正法は、①利子所得、②配当所得、③臨時配当所得、④給与所得、⑤退職所得、⑥山林所得及び⑦譲渡所得の分類を設け、それぞれについて所得の計算方法を定めるとともに、上記以外の所得を⑧「事業等所得」として、その金額は、「その年中の総収入金額から必要な経費を控除し」て計算することを規定していた。
- (6) なお、このときに「事業等所得」は、不動産所得、事業所得及び雑所得に細分化された。
- (7) 昭和 25 年改正時の所得税法 9 条において、不動産所得の範囲は、「不動産、不動産の上に存する権利又は船舶の貸付（地上権又は永小作権の設定その他他人をして不動産、不動産の上に存する権利又は船舶を使用せしめる一切の場合を含む。）に因る所得（第 4 号に規定する所得を除く。以下不動産所得という。）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。

産所得としてその全額を課税の対象とすることに改められた⁽⁸⁾。

昭和 40 年の所得税法の全文改正の際には、新たに航空機の貸付け等による所得が不動産所得の範囲に加えられた。

以上が、不動産所得の範囲が現行のようになった主な経緯であるが、次においては、上記の経緯に関して重要なものである分類所得税と資産所得の合算課税制度について、資料に基づきその内容を簡単に述べることにする。

3 分類所得税

昭和 15 年に創設された分類所得税は、所得の種類・性質に応じて控除・税率に差等を設け、各種所得の担税力に即した課税を行うものであり、各種所得を総合した合計額が一定金額を超える場合にその超過分に累進税率を課する総合所得税と併用するものであって（所得課税の二本立て）、その内容についての大要は次のとおりである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

すなわち、分類所得税は、所得を次の六種に区分し、各所得に対し、その性質に応じた課税の方法により、それぞれの負担能力に従って、各異なった比例税率（ただし、山林の所得及び退職所得については簡単な累進税率を用いる。）をもって課税される⁽¹¹⁾。

- 一 不動産所得
- 二 配当利子所得（甲種、乙種）
- 三 事業所得（甲種、乙種）
- 四 勤労所得

(8) この点につき、昭和 48 年に更地価額の 2 分の 1 相当額を超える権利金収入で譲渡所得の収入金額に含まれないものは、不動産所得ではなく、事業所得又は雑所得の収入金額とされることが明らかにされた（所令 94 条②）。

(9) 大蔵省税務講習會「所得税法講義案上巻（昭和 15 年）」108 頁以下。

(10) 「改正所得税取扱方通牒第四号賦課課税ニ関スル取扱方」（昭和 15 年 5 月 9 日主税第一一四号）。

(11) 金子宏『租税法〔第 19 版〕』50 頁（弘文堂、2014）には、「分類所得税の根拠とされたのは、各種所得にその担税力に応じて課税するという考え方であり、資産性の強い所得ほど税率が高くかつ免税点が低く、勤労性の強い所得ほど税率が低く基礎控除額が大きくなっているのは、そのためである。」とある。

五 山林の所得

六 退職所得

この場合、当時の所得税法 10 条は、他の種目に属せざる総ての所得を乙種の事業所得に総括せしめており、この結果として一見上記の六種の所得のいずれにも該当しないものも、それが所得である限りは、一応、分類所得税の課税対象となる、と説明されている。

なお、不動産所得に対する分類所得税の税率は、他の所得よりも高く定められており、具体的には、不動産所得については昭和 15 年当時 10%の税率が設けられ、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%となっていたが、この間、事業所得は 8.5%から 25%と不動産所得の 80%程度、勤労所得は 6%から 20%と不動産所得の 60%程度であった⁽¹²⁾。

分類所得税における不動産所得についての説明について、次に要約して記しておく。

不動産所得は、不動産、不動産上の権利又は船舶の貸付け（永小作権又は地上権の設定その他、他人をして不動産、不動産上の権利又は船舶を使用せしむる一切の場合を含む。）による所得である。ただし、甲種の事業所得に属するものは不動産所得としては取扱われない。

不動産所得として最も一般的なものは田畑を小作に付した場合の小作料の所得、宅地を賃貸した場合の地代の所得、貸家を賃貸した場合の家賃の所得

(12) 大蔵省主税局編「所得税百年史」49 頁 (1988) には、「こうして分類所得税は所得を不動産・配当利子・事業・勤労・山林・退職の 6 種に分類し、各々に応じて税率、免税点、控除、課税方法を異ならしめて、各所得間の負担の均衡を図った。例えば税率は資産所得たる不動産所得と配当利子については 10% (ただし国債利子 4%、地方債利子 9%)、資産勤労共働の所得たる営業所得は、8.5%、営業以外の事業所得は 7.5%、負担力の最も小さい勤労所得 6%などとした。また、免税点や基礎控除にも差が設けられ、不動産、配当利子 (乙種) の所得にはそれぞれ 250 円、100 円の免税点がおかれたのに対して、事業所得及び山林所得には 500 円の、そして勤労所得には 700 円の基礎控除がおかれることとなった。基礎控除は免税点と違って、累進化の効果を持つから、比例税制たる分類所得税にも累進効果を持たしめ、低額所得者の負担を軽減させることとなった。最低生活費への非課税というよりは負担緩和措置という意味で基礎控除制が導入されたのである。」とある。

である。貸付による所得であるから同じく不動産より生ずる所得であっても山林経営による所得、田畑の自作による所得等はいずれも不動産所得ではない。

ここにいう貸付けの中には、不動産等を使用させる一切の場合が包含せられるのであるから、実質が貸付けに該当する限り、その名義の何たるを問わないから、たとえば、地上権等を設定した場合において一時に取得する権利金等も不動産所得に属するとされていた。

広告等のため、土地、家屋の一部（塀、壁面等を含む。）を利用させる場合において、その料金は不動産所得として課税される。ただし、料金が少額の場合においては強いて課税しないものとされていた。

アパート経営による所得の中には不動産所得となるのか事業所得となるのか明らかなでないものがあるが、これらは大体次のとおり取扱うものとされていた。

（一） 室のみを賃貸し食事を供しない場合は、不動産所得として課税する。

（二） 室を賃貸し食事を供する場合は、甲種の事業所得（旅人宿業）として課税される。ただし、アパート居住者以外の者にも一般に開放された食堂又はアパート経営者以外の者が経営する食堂によって食事を供する場合は（一）に該当するものとして取扱われる。

また、船舶の貸付けについては、傭船契約⁽¹³⁾によって船舶を利用させる場合の船主の所得は、事業所得（運輸業）として取扱われるから不動産所得ではない。

不動産所得は、「前年中ノ総収入金額ヨリ必要ノ経費（収入ヲ得ルニ必要ナル負債ノ利子ヲ含む）ヲ控除シタル金額」⁽¹⁴⁾によって、これを算出する。ここにいう必要の経費は、場所物件の修繕費又は借入料、場所物件に係る公課、収入を得るに必要な負債の利子その他収入を得るに必要なものに限られる。

(13) 商法 737 条等。

(14) 当時の所得税法 12 条。

また、家事上の費用及びこれに関連するものは控除されない。所得税も必要の経費には算入されない。

家屋又は船舶の貸付け等による所得については、家屋又は船舶等の減価償却額は必要の経費として認められる。

4 資産所得の合算課税制度

資産所得の合算課税制度（世帯員が資産所得を有する場合の税額の計算の特例）は、かつて存在した制度であり、昭和 63 年分までの所得税に関して適用されていた。

資産所得の合算課税制度は、昭和 25 年のシャープ勧告により、従来の世帯単位の課税を排除し個人単位の課税制度を採用した際に、納税者の恣意による所得の分割を防ぐ等の趣旨から設けられたが、昭和 26 年に主として税制の簡素化の見地から廃止され、その後、①夫婦又は独立していない子の資産所得は、一緒に担税力を測定して負担を求める方が実態に則した課税となる、②資産所得の恣意的な名義分割による不当な税負担の軽減を防止する、というような事情から、昭和 32 年の改正において復活したものである。

ここでは、資産所得の合算課税制度が廃止される直前である昭和 63 年分の所得税に適用されていた、その制度の概要について述べることとする⁽¹⁵⁾。

ここでいう資産所得とは、利子所得、配当所得及び不動産所得をいうが、合算対象世帯員が資産所得を有する場合において、主たる所得者の総所得金額及び世帯員の資産所得の金額の合計額（雑損控除の対象となる損失の金額及び医療費控除の対象となる医療費の金額との合計額を控除した金額）が 1500 万円を超える場合には、主たる所得者が自己の所得のほかにその合算対象世帯員の資産所得を有するものとして、これらの所得の金額を合算して主たる所得者の総所得金額を計算し、その総所得金額に対する税額を基として主たる所得者の総所得金額に対する税額及び合算対象世帯員の資産所得の金

(15) 渡邊博史ほか「昭和 63 年改正税法のすべて」315 頁～317 頁（大蔵財務協会、1989）。

額に対する税額を計算することとされていた（昭和 63 年法律 109 号による改正前の所得税法 97 条及び 98 条）。

合算の対象となる親族の範囲であるが、資産所得の合算は、生計を一にする次に掲げる親族の間で行うこととされていた。

- イ 夫と妻
- ロ 父又は母とその子
- ハ 祖父又は祖母とその孫（孫については、その父又は母と生計を一にしているものを除く。）

この場合、資産所得の金額が配偶者控除額又は扶養控除額以下の者は、合算対象となる親族から除かれ、また、子又は孫については配偶者又は子を有している者並びに資産所得以外の合計所得金額が基礎控除額を超える者は、合算対象の親族から除くこととされていた。

主たる所得者とは、合算される親族のうち、次の者をいう。

- イ 総所得金額から資産所得の金額を差し引いた金額が最も大きい者
- ロ イに該当する者がいないときは、資産所得金額が最も大きい者
- ハ イに該当する者が 2 人以上あるときは、これらの者のうち資産所得の金額が最も大きい者
- ニ ロ又はハに該当する者が 2 人以上いるときは、確定申告書に主たる所得者として記載された者

税額の計算であるが、主たる所得者が自己の所得（退職所得及び山林所得を除く。）のほか世帯員の資産所得をも有するものとみなして、所得金額及び所得税額を計算し、次に、この税額から配当控除をした算出税額を主たる所得者の本来の所得金額と各世帯員の資産所得の金額との割合で按分して計算した金額を、それぞれ主たる所得者及び各世帯員の所得税額とする。この場合、世帯員が資産所得以外の所得を有するときは、資産所得以外の所得に対する税額を、この按分計算した税額に加算する。

次に、この資産所得合算課税制度が廃止された経緯について述べる。

昭和 61 年 10 月に税制調査会から提出された「税制の抜本的見直しについ

での答申」においては、資産所得の合算課税制度に関し、「資産所得の合算課税制度は、生計を一にする特定の親族が有する資産所得（利子所得、配当所得及び不動産所得）を主たる所得者の所得に合算して上積税率によって課税するもので、これにより生活の実態に則した課税を行うとともに、資産所得の名義分割による累進課税回避を防止する趣旨から設けられているものである。この制度をめぐるのは、資産所得の恣意的な名義分割が行われる場合についてのみ適用すれば足りるのであって、婚姻前から所有している財産あるいは婚姻後に稼得した所得によって取得した財産から生ずる資産所得については、累進課税回避の意図が認められないことからこの制度の適用除外とすべきであるとする意見がある。これに対し、恣意的な名義分割の場合のみこの制度を適用するとしても、その資産所得の基因となった財産が婚姻後に自ら稼得した所得によって取得した財産であるかどうかを明らかにすることは、納税者にとっても税務当局にとっても極めて困難であるとする等の意見がある。生計を一にする親族が営む事業については、既に専従者給与の支給によっ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ついてのみ合算して課税するとしてもその判定が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、所得分布の平準化が進んでい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方向で検討するのが適当であろう」との提言が行われ、さらに、昭和 63 年 4 月の「税制改革についての中間答申」においては、「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、既に事業所得の場合には、生計を一にする親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」と述べられている。資産所得の合算課税制度は、このような税制調査会の答申の趣旨に沿って廃

止されたものである。

5 小括

こうして見てくると、現存する不動産所得という所得区分は、あたかも資産所得の合算課税制度が設けられたために存在するかのように見えないこともない。

しかし、資産所得の合算課税制度が導入されて事業等所得から不動産所得が切り出されたことと同時期に、事業等所得から不動産所得を除いた部分について、事業所得と雑所得とに区分されていること、そしてまた、不動産所得については、事業であるか否かによる必要経費等の取扱いの違いはさておき、そもそも一つの所得区分とされている。

さらに遡ると、戦前に分類所得税が導入された時点において、不動産等（この時点では航空機は対象外。）の貸付けについては、不動産等の貸付けを行ったことによって得られた所得であってもその資産の貸付に対して同時に勤労などの要素が含まれていることにより生じた所得の場合には不動産所得とはされないなど、不動産所得は限りなく純粋な不動産等の貸付け、すなわち資産から生み出された所得に特化したものと見受けられ、それは事業所得などとは明らかに異なった性質の所得であることが明確にされていると思われる。

そして、戦後の一時期、所得金額の計算方法という観点からは、あえて不動産等の貸付けによる所得を事業による所得などと区別する特段の理由がなかったことから事業等所得の一部を構成するという地位にとどまっていたところ、同居親族の所得の全面的な合算制度がシャープ勧告に基づく昭和 25 年の改正において廃止され、原則として所得者個々に課税する個人単位課税が採用されたことに対し、その例外措置として生計を一にする夫婦と未成年の子等最小単位での資産所得の合算課税制度が設けられたことをきっかけに、保有する資産から生ずる所得である不動産所得という所得区分が顕在化したのではないかと考える。

すなわち、不動産等の貸付けにかかる所得は、その計算方法が総収入金額

から必要経費を差し引くというものであり、そのこと自体は事業所得や雑所得の計算方法と見た目には同じではある。しかしながら、その内容は資産から生じた所得として事業所得や雑所得とは異なる性格の所得であると分類所得税導入時に認識され、さらに、利子所得及び配当所得とはその所得の計算方法は異なるものの経常的な資産所得であるという観点から資産所得の合算課税制度導入時にはその対象とされたものであり、他方で、従来の事業等所得のうち、不動産所得とされたもの以外の所得については、事業から生じた所得を事業所得とし、それ以外の所得を雑所得というように区分された、と整理できるのではないかと考える⁽¹⁶⁾。

なお、不動産所得は、青色申告制度の対象とされており、この点に着目すると、不動産所得の計算は、業務として納税者自らの継続的な収支計算が行われることを前提としており、そうすると、不動産等の貸付けが事業として行われているか否かにかかわらず、その所得区分の具体的な取扱いが雑所得よりは、むしろ事業所得に近いものとして制度設計されているのではないかと考える。

また、不動産所得を生ずる業務⁽¹⁷⁾が事業であるか否かによって必要経費等の取扱いの区別はあるものの、その計算結果は一つの所得区分として扱われていること、すなわち、事業としての所得とそれ以外の場合の所得との間での所得計算上の損失の通算のみならず土地・建物といった不動産の貸付けによる所得と船舶・航空機といった動産の貸付けによる所得との間の所得計算上の損失の通算も可能となっており、不動産所得という所得区分を、不動産等の貸付けが事業として行われているか否かによって単純に事業所得と雑所得に区分するわけにはいかないと考える。

そこで、次節においては、不動産所得と事業所得及び雑所得との関係について、資料に基づきさらに述べることにする。

(16) この場合、雑所得には、事業所得に該当しない業務にかかる所得とそれ以外の雑多な所得が含まれていることに注意が必要ではないかと考える。

(17) 「業務」の意義を家事費の問題や記帳義務などと併せて検討することは興味深いと考えるが、ここではあえて深くは取扱わないこととする。

第2節 不動産所得と事業所得及び雑所得との関係

1 概説

不動産所得という所得区分のあり方については、過去に税制調査会において検討されたことがある。

そして、その内容は、不動産所得と事業所得や雑所得との区別を検討する上で興味深いものがあることから、ここではそれらの税制調査会の検討内容について、その内容を適宜要約しながら整理することとする。

2 昭和35年12月税制調査会答申

昭和35年12月の税制調査会答申⁽¹⁸⁾によれば、当時の所得税法では、不動産、不動産上の権利又は船舶の貸付けによる所得について不動産所得という所得分類を設け、税制上、利子所得、配当所得と並んだ経常的な資産所得として取り扱っていたところ、不動産所得については、所得分類に関連して次のような点が指摘されているとする。

すなわち、不動産所得は、総収入金額から必要経費を控除してその所得が算出され、所得計算の方法については事業所得とは差異がないことから、所得の分類は一般的な理解のために細分をさけ、所得計算の原則を同じくするものではできる限り、整理統合を図るべきであるとの観点にたち、また、かつて「事業等所得」として同一の所得分類のもとで律せられていた旧例も勘案して、不動産所得を事業所得の定義のなかに包含せしめるべきではないかという意見があるというものである。

そして、この意見に対しては、不動産所得は、世帯員の資産所得合算の規定の適用につき、合算対象にされている点で事業所得と差異があり、理論的にも、資産所得としての性格をもつ不動産所得と資産と勤労の協同の所産である事業所得とは明確に区分すべきであり、その点からみて不動産所得はあ

(18) 税制調査会昭和35年12月「当面実施すべき税制改正に関する答申（税制調査会第一次答申）及びその審議の内容と経過の説明」357頁～358頁。

くまでも事業所得とは別個の所得分類とし、むしろ、利子所得、配当所得及び不動産所得以外の経常的な資産所得（たとえば、動産貸付所得等）が雑所得等のうちに包含されているのは不合理であるので、不動産所得とこのような経常的な資産所得とを統合した所得分類を設けるべきであるとの考え方もあった。

これらの問題についての一応の検討結果としては、所得の性格、資産所得の合算課税制度との関連等を考慮すると、税制上は、不動産所得と事業所得とは別個の所得分類とし、また、雑所得等として課税されているもののうちの経常的な資産所得と不動産所得とを統合した所得分類を設けることが適当であるとした。

すなわち、繰り返しになるが、この時点においては、不動産所得と事業所得は、資産所得の合算課税制度の存在のみならず、所得の性格等も考慮した上で別個の所得分類とすべきであると整理されたのである。

なお、この答申では、この種の問題は、今後の所得税法の全面的整備に当たって取り上げてしかなるべき問題であり、所得分類全般のあり方の問題の一つとして、なお検討を重ねるべきである、とも述べられている。

3 昭和 38 年 12 月税制調査会答申

その後、所得税法の全文改正に関する昭和 38 年 12 月の税制調査会の答申⁽¹⁹⁾においては、所得分類の検討において、不動産所得について次のように述べられている。

すなわち、不動産所得については、その所得の計算の方法が事業所得及び雑所得と異ならないが、たとえ事業的に不動産を運用する場合でも、その所得の性格は依然として資産所得に属し、資産と勤労との協同の所産である事業所得とはこれを区別して考えるのが相当であり、殊に資産所得合算の対象とすることからこれを事業所得や雑所得と区分しておくことが適当と認めら

(19) 税制調査会昭和 38 年 12 月「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」9 頁。

れる、としている。

さらに、動産の貸付けによる所得との関係については、不動産所得は不動産の貸付けに限定している点で動産の貸付けによる所得との関係が問題となるが、動産貸付所得が一般的に資産所得としての性質を有するかどうか疑問であるので、不動産所得の定義及び範囲は現状を変える必要はないと考えられる、としている。

4 小括

不動産所得の計算において事業という概念が出現したのは、後に述べるが、昭和 32 年⁽²⁰⁾に現行の所得税法の条文でいえば 56 条の「事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例」及び 57 条の「事業に専従する親族がある場合の必要経費の特例等」について不動産所得の文言が追加され、不動産の貸付業の場合には事業所得の場合に準じて取扱われることとなったあたりではないかと考えるが、この結果として、不動産所得においては、事業である場合には青色申告者である事業者認められる専従者控除（現行は青色事業専従者給与）も認められることとなった。ちなみに、昭和 38 年 12 月の答申において、「事業的に不動産を運用する場合」といった表現がなされていることは興味深い。

ところで、これらの答申について、その意味するところを考えて整理を試みると、次のようになるのではないかと考える。

すなわち、昭和 35 年 12 月の答申では、二つの観点から不動産所得という所得区分を整理してはどうかという提起がされている。その第一は、不動産所得の所得計算の方法は、総収入金額から必要経費を控除するというように事業所得の所得計算の方法とは異なるから、不動産所得（この場合、不動産等の貸付けが事業として行われているか否かという区別はないと思料する。）を事業所得の定義の中に入れてはどうかというものである。対して、第

(20) ちなみに、同じ昭和 32 年には資産所得合算課税制度が復活している。

二は、理論的に資産所得としての性格をもつ不動産所得は資産と勤労の協同の所産である事業所得とは別個の所得分類とし、むしろ、雑所得等（この場合、雑所得に加えて事業所得をも指すものと思料する。）とされている動産貸付所得等の経常的な資産所得について不動産所得と統合した新たな所得分類を設けるべきではないかというものである。

そして、同答申では、一応の結論はなされたものの、この種の問題は所得税法の全面的整備に当たって取り上げてしかるべき問題であり、なお検討を重ねるべきであるとされたことから、所得税法の全文改正に関する昭和 38 年 12 月の答申でも取り上げられ、第一の点については、所得の性格に着目して、不動産所得は、それが事業であるか否かにかかわらず事業所得や雑所得とは区別しておくことが適当とされ、また、第二の点については、動産貸付所得が一般的に資産所得としての性質を有するかどうかは疑問であるので、不動産所得の定義及び範囲は現状を変える必要はなく、新たな所得区分を設けるまでもないと結論づけられたということではなかろうか。

ただし、昭和 40 年の所得税法の全文改正の際に、不動産所得の範囲に航空機の貸付けによる所得が加えられており、これは上記第二の点から由来するものではないかと考えるが、仮にそうであるならば、第二の点については、あらゆる動産について、その貸付けによる所得を不動産所得に加えるのは適切ではないとしても、動産の貸付けによる所得のうちに適当なものがあれば不動産所得の範囲に新たに加える余地があると理解できるのではないかと考える。

以上のように、不動産所得という所得区分について、事業所得及び雑所得との関係については、その制度設計において資産所得という点に着目してそれらの所得とは区別されていること、また、その内容は複雑であることから、不動産所得をその所得の原因となった資産の貸付けが事業であるか否かによって、もはや単純に事業所得と雑所得とに振り分けるというわけにはいかないと考える。

第2章 不動産所得における事業とは

第1節 事業的規模という考え方についての考察

1 所得税基本通達 26-9 について

所得税法の規定においては、不動産所得を生ずる資産（土地、建物といった不動産及び動産のうち船舶・航空機）の貸付けが業務として行われている場合に、それが事業として行われているといえるか否かにより、不動産所得を計算する場合に、必要経費の計算など所得計算上の取扱いについていくつか異なる取扱いがされている。

そこで、納税者の行っている不動産所得を生ずる資産の貸付けが、事業として行われているかについて判定する必要性が生じるのであるが、この点、所得税基本通達（昭和 45 年 7 月 1 日直審（所）30 例規）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）において、「建物の貸付けが不動産所得を生ずべき事業として行われているかどうかは、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である」としながらも、「次に掲げる事実のいずれか一に該当する場合」、すなわち「貸間、アパート等については、貸与することができる独立した室数がおおむね 10 以上である」又は「独立した家屋の貸付けについては、おおむね 5 棟以上である」場合には、「特に反証がない限り、事業として行われているものと」され、また、「賃貸料の収入の状況、貸付資産の管理の状況等からみてこれらの場合に準ずる事情があると認められる場合」にも同様に取り扱いとしている。

この所得税基本通達 26-9（以下「形式基準通達」という。）は、昭和 45 年 7 月 1 日の所得税法基本通達の制定時に定められたものであり、その後、改正等はなされていない。

この形式基準通達においては、本来、建物の貸付けが事業として行われているか否かについては総合的に判定するとしながらも、他方で、形式基準通

達の記載ぶりを見ると、この場合の「特に反証」をする者は、一見、納税者ではなく課税庁側となると思われ、仮にそうであれば、貸し付けている建物の規模（件数）で半ば自動的に事業として建物の貸付けを行っている者として取り扱うこととされているかのように見受けられ、あまり論理的な書きぶりとはいえないように見える。

果たして、貸し付けている建物の件数によって事業か否かを判断するというこのような取扱いについて問題はないか、まずは納税者が行う不動産の貸付けが事業であるか否かについて、裁判例や裁決例が存在するので、次にそれらについて検討を行うこととする。

2 裁判例等からの検討

（1）裁判例（東京地裁平成 7 年 6 月 30 日判決（訟務月報 42 巻 3 号 645 頁））

この裁判例は、不動産所得について争われたものではなく、相続税における、小規模宅地等についての相続税の課税価格の計算の特例（租税特別措置法（以下「措置法」という。）69 条の 4（裁判例では、平成 4 年法律第 14 号による改正前の措置法 69 条の 3））における事業の意義及びその判断基準が争われた事例である。

本件は、平成元年に、父親の死亡により、その財産等を相続した原告が、相続した土地の一部について、措置法 69 条の 3（平成 4 年法律第 14 号による改正前のもの、以下「本件特例」という。）の定める事業の用に供されていた宅地に該当し、この特例の適用を受けるものとして、相続税の申告等をしたところ、課税庁から、本件特例の適用が認められないとして、相続税の更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分を受けたため、これらの処分の取消しを求めて提訴した事案であり、その判決における判断は次のとおりである。

まず、本件特例の事業概念について、「本件特例は、所得税法及びその関連法令において用いられているのと同一の『事業』という用語を用いて、適用対象となる宅地等の範囲を画しているということになり、課税要件を

定める法規が明確性を要し、その解釈に当たっては法的安定性を重視すべきことに照らせば、租税法規において、その解釈の対象となる概念が、他の税法において用いられている場合には、特別の理由のない限り、同一の意義に解釈することが相当であるというべきである。したがって、原則として、本件特例における事業概念は、所得税法上の事業概念と同一の意義のものであると解すべきである。」としつつも、「もっとも、措置法は、各税法についての特例を設けるものであるから、相続税法の特例として設けられた本件特例制定の趣旨、目的等から、その事業概念を所得税法上の事業概念と別異に解すべきものといえるか否かを、なお検討する必要がある。」とし、本件特例の制定及び改正の経緯を検討した上で、「右のような立法の経緯、目的からすれば、本件特例は、個人の生活基盤の保護という側面のみならず、個人事業の承継の保護の側面や事業が雇用の場であり取引先等との密接な関係を有することによる処分面での制約等をも考慮したものといわざるを得ず、その事業概念を所得税法上の事業と別異に解すべき制度趣旨からの要請があるとまでは断定できないものといわざるを得ない。」と整理している。

次に、所得税法の事業概念について、「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、前示のように、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。」とし、「事業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」から、「不動産所得を生ずべき事業といえるか否かは、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ものと解さざるを得ない。」とする⁽²¹⁾。

そして、当時の「租税特別措置法（相続税法の特例のうち農地等に係る納税猶予の特例及び延納の特例関係以外）の取扱いについて（平成元年 5 月 8 日付け直資 2-208、以下「特例通達」という。）」69 の 3-1⁽²²⁾に関して、（課税庁は）「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も主張するかのようであり、特例通達も、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ものとしている」が、「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」ものの、「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

-
- (21) なお、最高裁昭和 56 年 4 月 24 日第二小法廷判決（民集 35 卷 3 号 672 頁）は、「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、かつ反復継続して遂行する意思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」と判示している。
- (22) 当該通達は、平成 6 年の法律改正に伴い、当該規定は削除されているが、当時の 69 の 3-1（貸し付けられていた建物の敷地が事業用宅地等に当たるかどうかの判定は）は、「（前略）当該建物の貸付けが事業として行われていたかどうかは、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たかどうかにより判定すべきであるが、次に掲げる事実のいずれかに該当するとき又は賃貸料の収入の状況、貸付建物の管理の状況等からみてこれらの場合に準ずる事情があると認められるときには、当該建物の貸付けは、事業として行われていたものとする。」とし、「貸間、アパート等については、貸与することができる独立した室数がおおむね 10 以上であること。」及び「独立した家屋の貸付けについては、おおむね 5 棟以上であること。」と規定していた。

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五棟一〇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すぎないというべきであり（中略）、これをもって、専ら貸付けの大小をもって、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、五棟一〇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」とした。

そして、相続の開始の直前において、特例の適用の可否について問題となっている土地の上に存在する建物の貸付けが社会通念上事業といい得るものか否かについて、事実には照らして検討すると、建物の名義人は「貸付けによる賃貸料等を原資とする返済を予定して銀行から建築資金を借り入れて本件ビルを建築したものであり、右賃貸料等の収入以外に返済の原資となり得るような収入は特になかったこと（自己の危険と計算における企業遂行性）」、「専ら相続税負担の軽減の目的で借入金により貸付け用の不動産を購入して相続後にこれを売却するなどといった場合と異なり、当初よりその貸付けを継続することが予定されていたこと（不動産貸付けの目的）」、「本件ビルの本件建物部分及び三階部分は、当初より、法人等の事務所として賃貸することが予定され、そのような構造のものとして建築されており、また、法人等の事務所として利用されることから、その貸付けが相当程度継続することが予想されたこと、貸付けのための管理業務のうち、その仲介業務は、不動産業者に委託し、清掃業務の一部を清掃業者に委託しており、その余の業務等についても本件ビルの居住用の部分の管理と重複する部分はあるものの、一定程度の精神的肉体的労力を費やしているとみられること、その貸付け規模は、本件建物部分については二室、三階部

分については一室ではあるが、いずれも一〇〇平方メートル近いフロア全体を一室として貸し付けていること（不動産貸付けの継続性・反復性、不動産貸付けに費やした精神的肉体的労力の程度、人的物的設備等）」、さらに、建物の名義人は「本件建物部分及び三階部分の貸付けによる賃貸料等の収入以外には定期的な収入はなく、その賃貸料等による収入は、本件建物部分については年間一〇〇〇万円近く、三階部分については年間五〇〇万円近くに上っていること、本件ビルの賃貸に係る収支は、一応別途管理されていたこと（不動産貸付けの営利性・有償性、取引者の職歴・社会的地位・生活状況）等の諸点を総合して勘案すれば、本件建物部分及び三階部分の貸付けは、社会通念上事業といい得るものと解すべきである」と判断して、この判決では、原告の請求を認容している。

（２）裁決例（昭和 54 年 9 月 26 日裁決）

これは、昭和 52 年分の所得税の計算において、事業と称するに至らない小規模のアパートの貸付については、不動産所得の計算上、青色事業専従者給与は必要経費に算入できないとされた事例である。

審査請求人（以下「請求人」という。）は、会社員であるが、昭和 52 年分所得税の青色申告書を法定期限までに申告したところ、請求人の本件物件の貸付は、所得税法 57 条 1 項（事業に専従する親族がある場合の必要経費の特例等）に規定する事業とは認められないので、青色事業専従者給与の額は不動産所得の金額の計算上必要経費として控除することができないとして、更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分を行ったところ、請求人がこれを不服として審査請求をした事案であり、その裁決書（抄）の判断は次のとおりである。

「法第 57 条に規定する青色専従者の特例の適用を受けることができるのは、不動産所得を生ずべき事業について青色申告をする者と生計を一にする配偶者その他の親族で、当該事業に従事する者に限るとされる。青色申告は法第 143 条の規定により、不動産所得を生ずべき業務を行う者が、所定の手続を経て行うことができる。不動産所得を生ずべき『事業』と『業

務』については、別段の定めはないが、一般に事業の概念は業務のそれより狭い概念であるから、不動産所得にかかる青色申告をする者すべてが青色事業専従者の特例規定の適用を受けることとはならない。事業と称するに至らない程度の業務の場合には、法第 57 条の適用はないものといわざるを得ない。法第 56 条は、配偶者等の親族が不動産所得を生ずべき事業に従事したことその他の事由によって、当該事業から対価の支払を受ける場合に、その対価の金額は当該事業に係る所得金額の計算上必要経費に算入しないと規定している。経済的合理性が高く、しかも企業と家計の区分が明確にされている事業の場合でも、生計を一にする配偶者等に支払った対価は必要経費に算入しないこととされているので、事業と称するに至らない程度の業務の場合においても不動産所得の金額の計算上、配偶者等に支払った対価は当然に必要経費に算入されないと解するのが相当である。そして、不動産の貸付が不動産所得を生ずべき事業に当るかどうかはその業務が社会通念上事業と称するに至る程度の規模、すなわち不動産の数量、賃貸料の収入状況、貸付不動産の管理状況等からみて、客観的に事業と認められる程度の規模かどうかによって判断するのが相当である。」とし、本件の事実関係は、「本件物件は、請求人の住居と同一の敷地内にあり、その規模は独立した部屋数が 4 で入居契約者も 3 名程度の小規模な貸付である。」、「本件物件から生ずる賃貸料は固定資産税、管理費、減価償却費等所要の経費にも満たない金額である。」、「請求人は、B 株式会社に勤務して安定収入を得、生活の資の大部分は給与収入によって賄われており、本件物件の貸付は軽微な副次的業務にすぎない。」、「本件物件の近隣地域における部屋数 10 室未満のアパート又は貸間の貸付を行っている者について調査したところ、青色事業専従者給与の額を支払っているものは全く見当たらない。」と認定した上で、その他請求人及び原処分庁の主張をも総合して判断したところによれば、「請求人の本件物件の貸付は社会通念上事業と称するに至る程度の規模とは認められないので不動産所得を生ずべき事業には該当しない。従って、請求人が支払った青色事業専従者給与の額の可否を判

断するまでもなく、法第 57 条第 1 項の適用はなく、これを必要経費としなかった原処分は相当である。」と判断している。

3 小括

前記の裁判例及び判決例のいずれの事例についても、形式基準通達の 5 棟 10 室という形式基準を満たさない場合において、納税者が事業として不動産の貸付けを行っていると主張したものである。

このように、上記の裁判例及び判決例ともに、事業として不動産の貸付けが行われているか否かについては、社会通念上、事業として行われているか否かにより判定するという考え方が示されている。

形式基準通達が存在によって、大量かつ継続的・反復的に行われている建物の貸付けに対する税務行政の執行上の便宜が図られることは首肯できるものの、本来は、納税者が営んでいる建物の貸付けの業務の状況等を個別かつ総合的に判断して、社会通念上、事業として行われているかどうか判断することからすれば、建物の貸付件数が一定以上であれば事業として行われているものと取り扱うのは、その判断基準としては、いささか簡易にすぎるのではないか。

つまり、「事業的規模」で行われている場合に事業と判断するという考え方自体を否定するわけではないが、営まれている業務について事業的規模であるか否かは、納税者が行っている業務の状況、すなわち、納税者側の状況から判断すべきものであって、単に納税者が貸し付けている建物の件数のみをとらえて判断することについては違和感を覚える。

したがって、筆者は、この形式基準通達について、何らかの見直しをすべきであると考えてるが、見直しにあたっては、なぜこのような形式基準通達が設けられたのか、また、形式基準通達が存在することで何か問題は生じていないかについて考えてみる必要がある。

そこで、次節以降においては、それらの点について検討することとする。

第2節 雑損控除と資産損失に関する条文の経緯

1 概説

形式基準通達の中のいわゆる 5 棟 10 室という形式基準がどのような理由で存在するに至ったのかを検討する上で特に問題と思われるものは、所得税法 51 条の資産損失の必要経費算入に関する規定である。

さらに、この規定が現行ようになった経緯を検討すると、雑損控除の規定が大きく関係していることがわかる。

そこで、ここでは、所得税法における雑損控除と資産損失について、少し細かく検討をしていきたい。

2 雑損控除について

(1) 概説

雑損控除についての税制調査会における検討の経緯について、以下において、各種の答申を適宜引用及び要約しながら述べることとする。

(2) 昭和 35 年 12 月税制調査会答申⁽²³⁾

当時の所得税法では、震災、風水害、火災その他の災害又は盗難により棚卸資産を除く資産について損失を受けた場合において、保険金等で補てんされた後の損害額が、合計所得金額の 10 分の 1 を超えるときには、その超過額を雑損控除として所得から控除し、さらに、その控除額が合計所得金額を超えるとときには、3 年間の繰越控除が認められていた。この場合における損害額の認定は、通達で時価によることが認められていた。

雑損控除の制度は、昭和 25 年度の所得税法の改正によって医療費控除とともに創設されたものであるが、本来、災害等によって資産に損害を受けた場合の損失額は、原則的に収入金額を得るための必要な経費という観点からみた個別所得計算上の損失とならず、したがって、個別所得計算外

(23) 税制調査会昭和 35 年 12 月・前掲注 (18) 371 頁～372 頁。

における担税力の減殺要素という面から所得控除として特に認めることとされたものである⁽²⁴⁾。

このような雑損控除の制度は、個別所得の計算外における災害等による担税力の減殺を考慮したものであるが、この制度本来の趣旨から考えて、控除の対象資産、損害額の算定方法及び控除金額について次のような問題があるとしている。

すなわち、まず、雑損控除の対象資産は、当時の所得税法では、棚卸資産を除くすべての資産としているが、生活に通常必要でない資産（たとえば別荘）まで控除の対象とすることが適当か、また、事業用固定資産について受けた損失は、棚卸資産の場合と同様に事業所得等の個別所得の計算の過程で処理することとすべきか、あるいは事業の基本的財産である面から雑損控除として取り扱うことが適当かどうかという問題があると指摘する。

次に、損害額の算定方法については、一般の所得計算原則の原価ベースによるか、あるいは当時の通達で認められていた時価（再取得価額）によるか、制度上明らかにする必要があるとする。

さらに、控除金額については、合計所得金額の 10 分の 1 を超える額につき無制限の控除を認めているが、対象資産について限定がないこととあわせて高額な資産所有者の被った大きな損害を無制限に控除することが制度本来の趣旨から考えて適当であるかどうか問題であると指摘された。

これらについての検討結果は次のとおりである。

すなわち、当時の制度に対しては、制度本来の趣旨にのっとり、高額な資産所有者について控除が行き過ぎとならないように対象資産を限定するか、あるいは、控除金額の限度を設ける必要があると認めたが、これについては、なおこの種の控除の実情について検討を加え、適切な改正の方向を見出すべきであるとされ、また、事業用固定資産について受けた損失の

(24) なお、雑損控除創設前においても災害により多大の被害を受けた者に対しては、特別法により救済の道が講ぜられていたが、所得税法上は考慮が払われていなかった。

取扱いはその評価等に関連して個別所得の計算上処理することも考えられるが、所得分類、所得計算等の基本的建前にも影響する面があるので慎重に検討する必要があるとされ、損害額の算定方法の問題ともあわせて、これら雑損控除制度に対する各種の問題点については、今後の所得税制の整備の問題の一つとしてなお検討を重ねることが適当であるとされた。

(3) 昭和 36 年 12 月税制調査会答申⁽²⁵⁾

今回、昭和 35 年 12 月の税制調査会答申において取り上げられた問題を含めて、より広い角度から総合的な検討を行ったところ、問題点としてはおおむね次のとおりであるとする。

まず、当時の所得税法においては、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検討が必要であるとする。

また、事業所得の計算に当たって控除される損失は、棚卸資産、貸倒損失等のような損失に限られ、事業用の固定資産その他の損失については、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、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、事業所得の計算とは別に、譲渡所得計算上の損益とされている。このような取扱いは、法人の場合の取扱いと比較して、同じ企業としての活動を営むにもかかわらず、その取扱いを異にしている点において、問題があるとされている。この場合、仮に法人と同様の所得計算の方法を採用するとすれば、所得税の各種所得の計算についての考え方に照らして、事業に関する損失の範囲及びその控除の方法をいかにするべきかという問題もあるとしてい

(25) 税制調査会昭和 36 年 12 月「税制調査会答申及びその審議の内容と経過の説明」550 頁～554 頁。

る。

さらに、雑損控除そのものについてもいくつかの問題も指摘されている。

- ① 雑損控除の対象となる資産の範囲については、通常生活に必要な資産に限るべきではないか。
- ② 当時は、災害及び盗難によって生じた資産の損失について雑損控除が認められていたが、さらに詐欺、横領又は恐喝によって生じた損失にまでその控除を拡充するかどうか。
- ③ 当時は、雑損控除の対象となる資産損失については、その損失額を時価によって評価することとしているが、この評価方法は適当か。
- ④ 雑損控除の対象となる損失の範囲については、災害等により直接資産について生じた損失のほか、いわば間接的な損失をも含めることとするか。

そしてまた、事業の損失にも雑損失にも該当しない損失で通常生じ得るもの、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の行使ができなかったことによる損失等についても、何らかの税制上の考慮をすべきではないかという問題があるとする。

ここでの雑損控除に関する検討の結果は次のとおり。

すなわち、雑損控除については、その制度の趣旨に従い、おおむね現行の制度を維持するものとし、次のように措置することが適当であると認めた。

まず、雑損控除の対象となる資産の範囲は、通常生活に必要であると認められる資産に限るものとし、貴石、書画、骨とう、競走馬等のようにその損失が直ちに担税力を減殺しないと認められる資産は除外する。

詐欺、横領又は恐喝による損失を雑損控除の対象となる損失に加えることについては、いずれも盗難と異なり法律上微妙な問題があるほか、詐欺又は恐喝であるかどうかの判定が問題となる等税務執行上の問題もあるので、これらの損失は除外することとし、その性質が最も盗難による損失に

近いと思われる横領による損失に限って認めることとする。

また、その損失の評価については、その資産を復元するための支出に具体的な担税力の減殺が認められる場合が多いことにかえりみ、時価（その再取得価額から減価の額を控除した額）による従来の評価方法を維持する。

そして、雑損控除の対象となる損失に災害等に伴う間接的損失を加えることについては、災害等に伴う損失である限り、それが直接的であると間接的であるとを問わず、担税力の減殺要素であることを考慮して、原則的には、これを認めることとされた。

そして、昭和 37 年度税制改正に関する解説⁽²⁶⁾によれば、次のとおり。

資産損失に関する所得税制が今回の改正において整備されたことに伴い、改正前の税制において資産損失に関する規定の中心をなしていた雑損控除制度も相当改正された。

第一に、雑損控除の対象となる資産の範囲であるが、従来、雑損控除の対象となる資産は、商品、原材料、製品、仕掛品等の棚卸資産を除く全ての資産としていたが、今回の改正において、これらの棚卸資産はもちろんそのほか、事業用の固定資産及び生活に通常必要でない資産も雑損控除の対象から除かれ、これらの資産以外のもの、すなわち生活用資産及び事業と称するに至らないものの用に供する固定資産等のみが雑損控除の対象となった。

なお、事業用固定資産の損失を雑損控除の対象から除いたのは、固定資産の損失も事業所得等の計算上必要経費として処理することが適当と認めただからであり、また、生活に通常必要でない資産の損失を雑損控除の対象から除いたのは、これから資産の損失額について雑損控除ができるときは、雑損控除額に最高限度を設けていないことと相まって高額の資産所有者にも無制限に大きな損害額を控除する結果になり、雑損控除制度が、災害等による異常な損害によって低下した担税力に即応した公平な課税を

(26) 柿谷昭男「所得税制の整備に関する改正について」税経通信 17 巻 6 号 51 頁～52 頁（1962）。

実現しようとする趣旨のものであるところからみて適当とは思われないためである。

第二に、今回の改正により、雑損控除の生ずる原因に新たに横領が加えられた。従来、雑損控除の対象となる資産の損失の原因は、災害及び盗難に限られており、実務上の取扱いにおいて、横領のうち横領者からその回収の見込みのないもののみを盗難に準じて取扱うこととされていたのを制度上雑損事由に加えられたのである。

第三に、雑損控除の対象となる損失の範囲の拡大であるが、従来、雑損控除の対象となる損失は災害等により資産について生じた損失についてのみ認めていたのであるが、このような直接的な損失のほか災害等に基因して生じたいわゆる間接的な損失のうちにもかなりの金額の支出等を余儀なくされ、担税力の減殺という面から見て雑損控除にとり入れるべきものが見受けられるので、今回控除の対象となる損失の範囲を拡充し特定の災害等に関連するやむを得ない支出もその範囲に加えられることとなった。

第四に、雑損失が生じた場合の損失額の評価であるが、今回の改正において、雑損控除の対象となる損失が生じた場合の雑損控除の対象となる資産の損失の金額は、その損失が生じた日におけるその資産の価値を基礎として計算することが明らかにされた。従来は、雑損失額の評価基準は、法令上明らかにされておらず、ただ実務上の取扱いにおいて雑損控除の場合には損害を受けた資産の時価によることとしていたが、今回、雑損控除の対象となる資産が生活用資産等に限られることになったことから、担税力の減殺の度合いも大きく、早急な回復を必要とすることを勘案して従来の取扱いどおり時価によることとされた。

3 資産損失について

(1) 概説

上記の雑損控除と併せて、資産損失についても検討がなされている。

この点について、次に述べることにしたい。

(2) 昭和 35 年 12 月の税制調査会答申⁽²⁷⁾

雑損控除の制度は、個別所得の計算外における災害等による担税力の減殺を考慮したものであるが、この制度本来の趣旨から考えて控除の対象資産について問題があるとし、事業用固定資産について受けた損失は、棚卸資産の場合と同様に事業所得等の個別所得の計算の過程で処理することとすべきか、あるいは、事業の基本的財産である面から雑損控除として取り扱うことが適当かどうかという問題があると指摘された。

この答申における結論としては、事業用固定資産について受けた損失の取扱い、その評価等に関連して個別所得の計算上処理することも考えられるが、所得分類、所得計算等の基本的な建前にも影響する面があるので慎重に検討する必要があるとされ、今後の所得税制の整備の問題の一つとしてなお検討を重ねることが適当であるとされた。

(3) 昭和 36 年 12 月の税制調査会答申⁽²⁸⁾

当時の所得税法においては、資産損失のうち棚卸資産の損失、売掛債権の貸倒れ損失のような損失については、取得原価により計算した損失額を必要経費として事業所得等の計算上控除し、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（棚卸資産、立木等を除く。）につき損害を受けた場合には、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 10 分の 1 を超える部分の金額を雑損控除として、特別に課税所得から控除することとしている。しかし、これらに該当しない資産の損失の控除については、税法上特別の規定がなく、たとえば、固定資産の除却損、廃棄損のような法人税の場合では当然損金になるようなものについても、必要経費含まれないものと解されている。

ただ、実務上、その取扱いを若干緩和し、事業用固定資産が固定資産としての効用を失い廃棄されるに至った場合の廃棄損については、それが陳

(27) 税制調査会昭和 35 年 12 月・前掲注 (18) 371 頁～372 頁。

(28) 税制調査会昭和 36 年 12 月・前掲注 (25) 548 頁～554 頁

腐化等に伴う償却不足額に当たるものであるという観点から、事業所得等の計算上必要経費として取り扱い、また、防災街区造成法に基づいて防火建築帯を造成することとされた商店街等において、事業所得又は不動産所得を有する者が、その事業所得又は不動産所得の基因となっていた建物を取りこわして新たに耐火建造物を建築したような場合のその建物の除却損及び取りこわし費用については、その事実が法律に基づいて半ば強制的に行われること等の特殊事情を勘案して、これらを事業所得又は不動産所得の必要経費として処理することを認めていた。

そして、この答申における検討内容は、次のとおりである。

所得から資産損失を控除することについては、大別して、次の二つの考え方があるとする。

- 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
- 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を減殺するという観点から、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

①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把握されるところのものであって、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見られるところであるとする。

②の考え方は、以下のような観点にたっているものと思われる、としている。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を基準として担税力を把握せざるを得ないところ、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った場合には、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。当時の所得税法も、おおむねこれらの考え方にたって資産の損失の控除を認めていると考えられるが、事業に関する資産の損失の取扱いについては、ややその徹底が欠いている面が見受けられ、他方、雑損控除については、その控除を認める損失の範囲や原因について若干の問題があると認められるとし、さらに、事業に関する損失や雑損失の範囲に含められていない資産損失の取扱いについても上記のような考え方にたって検討を加えた、としている。

そして、検討の結果は、次のとおりである。

事業に関する資産損失については、原則として事業用固定資産の除却損、廃棄損、災害等による滅失損等のすべての資産損失を課税所得の計算上必要な経費として控除することとするのが適当であり、したがって、事業用の固定資産等について災害等による資産の損失が生じたときも、これを雑損控除の対象としないこととすべきであるとする。

この場合、

- ① 損失の評価については、事業の一般の損益計算の原則に従い、取得原価によることが適当である。しかし、昭和 27 年以前に取得した資産については、昭和 28 年 1 月 1 日現在の価額によることとするのが適当である。
- ② 事業に関する損失には、被災物の除去費用、津波等により陸揚げされた船舶の引きおろし費用、豪雪の除去費用、災害等による公共用施設の滅失に伴う負担金の損失等も含むこととする。
- ③ 事業に関する損失を必要経費として所得計算上控除する事業の範囲は、事業所得、不動産所得及び山林所得の基因となる事業のほか、事業と称するに至らない山林所得の基因となる山林の所有をも含むこととするのが適当である。

- ④ 事業用の固定資産の譲渡等の損益を事業所得等の計算上の損益とするか、又は譲渡所得計算上の損益とするかについては、事業所得等に関する限り、すでに上で述べた、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を徹底すれば、事業所得等の計算上の損益とすべきであり、仮に資産について譲渡益が生じた場合に累進税率の緩和の必要があるとすれば、その譲渡益の半額を控除する措置を講ずることにより解決できるとの意見もあった。しかし、この方法によると、資産の譲渡益に対する事業税の課税との調整の問題や、譲渡所得に対する特別控除の適用があることに伴う負担のバランスの問題も生ずるので、原則としては上記の考え方をとることとするが、土地及びその定着物又は工業所有権のように通常譲渡益が生ずると予想される資産の譲渡損益に限って譲渡所得計算上の損益とすることが適当である。

としている。

ところで、資産損失とは別に、この答申では、事業に関する損失にも、雑損失にも該当しない損失で通常生じ得るもの、たとえば資産の譲渡代金の貸倒れ等による損失についても検討が加えられている。

まず、資産（事業用の資産を除く。）の譲渡代金の貸倒れ、非営業貸金の貸倒れ、匿名組合出資金の回収不能等による損失については、雑損控除の対象となる損失のように不可避的な原因によるものといえず、また、一般的に担税力を減殺する性質のものでもない面もあるので、雑損控除のような一般的な控除は適当ではない。しかし、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めら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適当であり、また、その元本部分の損失については、その損失を生じた年において、他の同種の所得がある場合にその所得金額を限度として控除し、控除しきれない損失については、他の所得との通算をしないことが適当である。なお、給与の不払については、譲渡代金の貸倒れ等によ

る損失のように元本部分の損失はないので、課税の修正を行うにとどめるべきものと思われる。

次に、債務保証を行い、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、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。なお、この問題に関連して、その保証債務が事業の遂行上生じたものである場合には、その保証債務の履行に係る損失については、事業に関する損失とするのが適当であるが、反面、譲渡所得についての取扱いは適用されないこととなるのは当然であるとする。

また、通常生活に必要でないと認められることにより、雑損控除の対象から除外すべきこととした資産に係る損失は、その年において同種の資産に係る所得がある場合に限り、その所得金額を限度として損益の通算を認めるのが適当であるとする。

そして、昭和 37 年度税制改正に関する解説⁽²⁹⁾によれば、次のとおり。

従来、固定資産の廃棄損、除却損のようなものは、事業所得計算上の必要経費として認められていなかった。しかし、取扱いで認めていた陳腐化等による除却損や耐火建築促進法に伴う建物の除却損以外の固定資産の除却損等も、事業の経営上の観点から行われた除却等に伴い生じた償却不足額に当たるものということができ、また、その損失が事業の遂行上生じたものでない、たとえば災害等により生じた損失であっても、事業に投ぜられた資産の損失はその事業の成果の減少要因と考える立場に立って見た場合には、これを事業所得等の必要経費として認めることが相当と考えられるので、今回、これらの固定資産その他これに準ずるものの損失は、事業

(29) 柿谷・前掲注(26) 53 頁～55 頁。

所得等の必要経費として所得の計算上控除されることとなった。

第一に、必要経費となる事業用固定資産その他これに準ずるものとは、事業用固定資産及び事業に係る繰延費用の未償却額である。

第二に、必要経費となる資産損失の範囲及び損失額であるが、事業用の固定資産の取りこわし、除却、滅失、災害その他の事由（その資産を譲渡した場合のように譲渡所得の基因となる事由を除く。）によるその固定資産の損失の金額は、その事業から生ずる不動産所得、事業所得、山林所得の計算上必要な経費に算入する。なお、この損失の金額は、保険金、損害賠償金等により補てんされた金額は除いて計算する。

なお、事業用固定資産の損失額は、今回の改正で事業所得、不動産所得、山林所得を生ずる事業の必要経費とされ、個別所得の計算上控除されることになったが、この事業用固定資産以外の商品、原材料、貯蔵品、消耗品等の棚卸資産その他不動産、事業及び山林の各所得を生ずべき事業（事業と称するに至らないものを含む。）の用に供する資産（固定資産及び牛、馬等の減価する資産を除く。）の損失は、従来よりこれらの所得の計算上必要経費とされており、この点は、今回の改正後も従来と変わらない。

（４）昭和 38 年 12 月の税制調査会答申⁽³⁰⁾

当時の所得税法における課税所得の計算は、いわゆる費用収益対応の考え方によることを原則とし、費用収益対応の原則を適用するに当たって、（イ）事業所得（事業的な不動産所得及び山林所得を含む。）については、その事業の損益を一体として観念するいわゆる総体対応の考え方により、（ロ）偶発的な所得で原則として個々の独立した行為又は原因に基づいて発生する一時所得については、その収入の生じた行為又は原因ごとにその支出した金額を控除する個別対応の考え方により、また、（ハ）配当所得については、厳密な個別計算を強いることが困難であるという実際面の配慮と多数の株式に投資する場合の所得計算は総体的にとらえることが投資家の

(30) 税制調査会昭和 38 年 12 月・前掲注（19）42 頁～46 頁。

実感に合致するという観点から、その計算に当たっての負債利子控除は総体対応の考え方によることとしている。これらの考え方を基とする所得計算の方法は、所得税がそれぞれの所得の性質に応じて担税力を測定して課税するものである以上、そのあり方としては適切なものであると考えとし、ただ、所得計算上の問題として、雑所得（事業的でない不動産所得及び山林所得を含む。）に対する所得計算を総体対応によって計算するか個別対応によって計算するかの問題があるが、これらのうちには、種々の性質を有するものが混在しており、したがって、これらの所得を通じていずれかの方式に統一することは適当ではないと考えられるので、所得分類をも考えあわせて個別的に判定することが望ましいとする。

費用収益対応の考え方のもとに経費を控除するに当たって、所得の基因となる事業等に関係はあるが所得の形成に直接寄与していない経費又は損失の取扱いをいかにすべきかという問題については、純資産増加説的な考え方に立って、できるだけ広くこの種の経費又は損失を所得計算上考慮すべしとする考え方と、家事費を除外する所得計算の建前から所得計算の純化を図るためには家事費との区分の困難な経費等はできるだけこれを排除すべしとする考え方との広狭二様の考え方がある。所得税の建前としては、事業上の経費と家事費とを峻別する後者の考え方も当然無視することができないが、事業経費又は事業損失の計算については、できる限り前者の考え方を採り入れる方向で整備を図ることが望ましいとする。

所得税法における資産損失の取扱いについては、昭和 36 年 12 月の税制調査会の答申を尊重して、次のようにその整備が図られているが、これについては、それぞれの実体に即した適切な措置であると考えとする。

- ① 事業用固定資産等について生じた損失（取りこわし、除却、滅失等による損失）は、事業所得等の計算上の必要経費とし、その損失が災害によるものであるときは、被災事業用資産の損失として 3 年間の繰越控除を認める。ただし、事業用固定資産の譲渡による損失は、譲渡所得計算上の損失とする。この場合、譲渡所得から控除し

切れないときは、損益通算によって事業所得等の課税所得から控除されることになる。

- ② 生活用資産の損失は、個別所得の計算上考慮せず、災害による損失に限り、別途雑損控除の対象とし、3年間の繰越控除を認める。ただし、別荘等の生活に通常必要でない資産の災害損失については、譲渡所得計算上の損失とみなして雑損控除の対象外とするとともに、譲渡所得以外の所得との損益通算は認めないこととする。この場合、その年の譲渡所得から控除し切れない損失の金額は翌年の譲渡所得からの控除を認める。また、生活に通常必要でない資産についての雑所得計算上等の損失については、他の所得との損益通算は認めない。
- ③ 資産の譲渡代金等が回収不能となった場合又は資産を譲渡して保証債務を履行しその求償権が行使不能となった場合に、その回収不能又は行使不能となった部分については譲渡所得が生じた年にさかのぼってその所得がないものとする修正を認める。
- ④ 非営業貸金の貸倒れ等による元本損失については、雑所得等の計算上その控除を認めない。

なお、雑所得計算上の処理に関連して、競走馬の所有者の損益について、当時の所得税法は競走馬の賞金に係る損益と競走馬を譲渡したことに係る損益を通算しないこととなっている。これは、競走馬の所得は趣味ないし娯楽に属する行為であり、これらの損失は消費という所得の処分過ぎないとする考え方によるものと思われるが、競走馬所有者のその賞金に伴う損益と競走馬を譲渡したことに伴う損益とはともに競走馬から生じた損益であるので、これを一体とみて、その一方に損失があり、その他方に利益がある場合にはその間における損益を通算して課税することが常識的であると考えるところ。

また、非営業貸金の貸倒損失等による元本損失については、家事上の出費に伴う損失であるからこれを雑所得の計算上控除する必要がないのは当

然であるが、貸倒れの生じた年に当該貸金の利子に対して課税する場合にはその利子に係る所得の金額を限度として控除を認めることが適当であると考えとする。

その他控除を認める個別的な損失の範囲については、それぞれ次のように処理するのが適当であるとする。

① 損害賠償金（たとえば交通事故等により損害を与えた場合の損害賠償金）を経費として控除することについては、事業の遂行上生じた損害賠償金であっても、それは所得の形成に寄与しないものであるから必要経費に算入する必要はなく、また、被害者の立場を考慮しても、不法行為から生じた損失を控除するのは適当でないとする考え方もあろうが、事業所得の計算上控除する必要経費は、所得の形成に寄与するもののみでなく、事業の遂行上これに関連して予想される損失をも含めるのが適当であり、しかも損害賠償金は、罰金的性格を有するものではなく、むしろ損失補償的な性格を有する場合もあることを考えれば、必要経費として控除することとしてもさしつかえないものと思われる。しかし、これを控除することとする場合でも、使用人の不法行為に基づく損害賠償金に限って控除するか、事業主自身の不法行為に基づく損害賠償金であっても控除するか、故意又は重過失による損害賠償金を控除するかどうか等の問題もあり、今後引き続き検討を行い実情に即するよう措置することが望ましいとする。

② 裁判費用たとえば所有権確認のための訴訟費用等を経費として控除することについては、家事上の訴訟費用等は、家事上の支出であり、これを所得計算上控除する必要がないことはもちろんであるが、たとえば所有権の不確実な土地等を低廉な価額で購入し、これを購入した際又はそれを売却する際に所有権の確認のための訴訟を行い、所有権を確実なものにして譲渡したような場合の訴訟費用は、その土地等の価値を増加するための費用とも考えられるので、これ

をその土地の取得価額に算入し、又は譲渡に関する必要経費として控除することとするのが適当であると考えられるとする。

また、裁判費用のうちには、他人から所有権を侵害されたことに伴いやむをえず支出する場合の裁判費用がある。この場合の裁判費用は、財産を保全するための経費であるから必要経費に算入したり、取得価額に算入したりすることはできないが、いわゆる災難に基づく特別な支出であって、担税力の減殺要因ともみられるものであるから、この種の支出については雑損控除のような特別控除を行うべきであるとする意見がある。しかし、この種の費用をこのような形で課税所得の計算上考慮することは、他のこれに類する費用との権衡上必ずしも適当でないので、さらにその検討が必要であると考えられるとする。

なお、事業者が事業の内容をなす行為につき刑罰法令違反に問われた場合の裁判費用等については、明らかに違反の嫌疑がないこととされ、又は免訴、無罪の言渡しがあった場合に限って必要経費として控除している取扱いが適当であると考えられるとする。

- ③ 事業開始のための自己所有建物に居住する者の立退きを要求する場合の立退料等を必要経費に認めるかどうかについては、個人事業の場合は、法人企業のような目的のはっきりする時点となる設立というものがないから、営業前の支出はすべて元入資本であるとする考え方と、事業開始のために立退料を支出したということが明確なものについては、開業準備的な費用であって繰延費用であるとする考え方と、立退きによってその借家の価値が増加するのであるから借地権ないし借家権を買い戻したとみて取得価額に加算すべきであるとする考え方等とがあると思われる。これらの考え方は、それぞれその実体に着目したもので理由のあるものであり、直ちにどの方法によるかを決定することは困難であるが、さらに、その実体を分析し、経費として控除する方向で検討することが望ましいと考える

とする。また、建物の存する土地を更地として売却するために生じた建物の除却損及び取りこわし費用等は、譲渡に関する経費に加算することとしてもさしつかえないと考えるとする。

- ④ その性格上本来家事費との区分が困難な作家の取材費用等については、理論的にはその収入を得るために直接必要な部分をその収入に見合わせて控除することになるが、その区分を客観的に定めることは容易ではないと考えられるので、具体的事例に当たって個々に解決するほかはないと考えるとする。

経費の控除に関する基本的な規定として事業所得、不動産所得及び雑所得については、総収入金額から必要な経費を控除し、配当所得、山林所得及び譲渡所得については収入金額（又は総収入金額）から必要な経費に相当する特定の経費を控除し、また、一時所得については、総収入金額からその収入を得るために支出した金額を控除する旨の規定を設けるとともに、さらに、事業所得等の必要経費の範囲について別途その内容を定めているが、これらのもののうちには一時所得の計算のようにその所得の性格に応じた経費控除のあり方を適切に表現しているとは考えられないものも見受けられるので、これらのものについてはその表現に工夫を講じ、所得計算に関する規定の明確化を図る必要がある。また、必要経費と認めない家事関連費に関する規定は、それが抽象的であるため、交際費、接待費、寄附金等の経費につき必要経費に認めるべきであるかどうかの判定が事実上困難である。判定を容易にするために形式的な基準を基に判定することも考えられるが、この種の経費は、その性質上客観的にその基準を求めることは必ずしも容易でなく、したがって、個々の事実判定に委ねる方がかえって合理的であるとも考えられるので、規定上従来のような基本的な考え方を表現するにとどめるのが適当であるとする。

昭和 40 年度税制改正における所得税法の全文改正に係る解説⁽³¹⁾におい

(31) 柿谷昭男「所得税法の全文改正について－源泉徴収及び雑則並びに非居住者関係を除く－」税経通信 20 巻 7 号 45 頁～48 頁（1965）。

ては、資産損失に関する整備について、次のように述べられている。

従来の資産損失に関する所得税法の取扱いは、事業所得等の必要経費になるもの、雑損控除の対象となるもの及び趣味娯楽等に係るもので譲渡所得計算上の損失となるものと分けられるが、このような資産損失に関する所得税制は昭和 36 年 12 月の税制調査会の答申の趣旨を尊重しつつ、税制整備の一環として昭和 37 年度の税制改正により実施されたものである。全文改正においても、資産損失についてのこのような取り扱いは基本的にそのまま踏襲されているが、これに係る規定を集めて解りやすくするための努力が行われているほか、資産に係る所得又は損失についての所得税法における取り扱いの全体について調整を図るなど税体系の整備が行われている。資産損失に係る所得税制の実質的改正点は次のようなものである。

① 必要経費に算入される資産損失に係る改正

第一に、固定資産等の損失の範囲を明らかにすること。すなわち、従来から、必要経費になる資産の損失は、事業の用に供する固定資産及び繰延資産のうちまだ必要経費に算入されていない部分の損失であるが、今回の改正で、固定資産及び繰延資産を定義し、その範囲を明確化したことに伴い、地上権その他の土地の上に存する権利、電話加入権、土地に準ずるもの（たとえば、水面を埋め立て造成中の土地等で建設勘定のもの）、牛馬、果樹等に係る損失がその対象となることが明らかとなった。

第二に、昭和 27 年以前より所有する事業資産の除却損等も昭和 28 年 1 月 1 日の相続税評価額を基礎として計算すること。すなわち、従来、事業用固定資産の除却損等は、その資産が昭和 27 年 12 月 31 日以前より所有するものであっても、実際の取得価額から償却費を控除した額を基礎として計算することとし、災害による損失の場合に限って昭和 28 年 1 月 1 日における相続税評価額によることとしているが、今回、昭和 27 年 12 月 31 日以前より引き続き所有する資産であれば、その資産の損失は、災害による場合とそれ以外の

除却、廃棄等の場合とを区別せず、すべて、昭和 28 年 1 月 1 日の相続税評価額を基礎として損失額を計算することとした。

第三に、無効、取消し等の損失も事業遂行上のものは、その損失の生じた年分の必要経費とすること。すなわち、従来は、無効の行為、取消し得べき行為の取消し等による損失は、すべて行為の行われた年にさかのぼって所得を訂正することとしていたが、今回の改正で、事業に係る損失は、事業廃止後に生じたものを除きすべてその損失の生じた年分の必要経費とすることとして規定の整備が図られた。そこで、不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業について、その事業の遂行上生じた次に掲げる損失についても、その損失の生じた年分の必要経費に算入することを明らかにした。

(イ) 売掛金、貸付金その他それらに準ずる債権の貸倒れによる損失

(ロ) 販売した商品の返戻又は値引き（これらに類する行為を含む。）による損失

(ハ) 保証債務の履行に伴う求償権の全部又は一部の行使不能による損失

(ニ) 不動産所得の金額、事業所得の金額若しくは山林所得の金額の計算の基礎となった事実のうちに含まれていた無効な行為により生じた経済的成果がその行為の無効であることに基因して失われ、又はその事実のうちに含まれていた取り消すことのできる行為が取り消されたことによる損失

② 山林の災害損失等は必要経費とすることを明らかにしたこと

今回の改正で、山林は棚卸資産の範囲から除かれたが、すべての山林はいつかは売却又は消費される性質のものであり、その際は所得税の課税対象となるものであるところから、山林の災害等による損失はすべて必要経費に算入することとしている。

第一に、対象となる山林の損失であるが、必要経費に算入される

山林の損失は、災害又は盗難若しくは横領により生じた山林の損失である。したがって、山林の除却等による損失は対象とならない（従来は、盗難、横領による損失が必要経費となるかどうかは、必ずしも明らかでない）。第二に、必要経費とされる損失額であるが、山林の災害等による損失額（保険金、損害賠償金等により補てんされた部分の金額を除く。）は、その損失の生じた日の属する年分の事業所得又は山林所得の必要経費に算入される。この場合、転々売買される目的で所有する山林（いわば棚卸資産的山林）の損失額は事業所得の必要経費とされ、それ以外の山林の損失額は山林所得の必要経費とされる。なお、損失額の計算の基礎となる山林の価額は、その損失の生じた日までの植林費、取得費及び育成管理の費用の額とし、山林が昭和 27 年以前から所有するものであるときは昭和 28 年 1 月 1 日の相続税評価額を基礎として計算することも明らかにしている。

③ 不動産所得又は雑所得に係る業務用資産の非災害損失の必要経費算入

第一に、この規定が設けられた理由であるが、従来、事業用固定資産の除却損については、事業所得の計算上必要経費に算入することとしているが、非営業貸金の元本の貸倒れによる損失や事業と称するに至らない程度の業務用固定資産の除却損等については、家事上の出費に伴う損失であるとの見地から一切これを考慮しないこととされていた。この点について、昭和 38 年 12 月に税制調査会から提出された「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」においては、非営業貸金の貸倒れによる元本損失については貸倒れの生じた年に当該貸金の利子に対して課税する場合には、その利子に係る所得の金額を限度として控除を認めることが適当であるとされている。しかしながら、元本の貸倒れによる損失が生ずる場合においては、現実にはその貸金の利子の収入も全然ない場合が多いと予想さ

れ、答申にあるような措置を講じてもその実益は極めて乏しいものと考えられる。そこでこのような欠陥を是正するため、貸金の利子があった年にさかのぼって控除するか又はその後の年において生ずる利子から順次控除するかの方法も一応考えられるが、このような繰戻しないしは繰越控除の制度を設けることは、徒に税制を複雑にするばかりで適当でないと考えられる。そこで、このような事情を総合勘案されて、その年の雑所得又は不動産所得を限度としてそれぞれ控除するこの規定が設けられたものである。

第二に、規定の内容であるが、この規定により、不動産所得又は雑所得の必要経費算入の対象となる損失の金額は、不動産所得若しくは雑所得を生ずべき業務の用に供され又はこれらの所得の基因となる資産（山林及び趣味、娯楽等の生活に通常必要でない資産を除く。）の、災害、盗難、横領、譲渡及びこれに関連するもの以外の事由により生じた損失額で保険金、損害賠償金、補償金等により補てんされた部分を控除した金額である。また、必要経費に算入される損失の金額であるが、不動産所得に係る損失はその年分の不動産所得の金額を、雑所得に係る損失はその年分の雑所得の金額を限度として、それぞれ、その年分の不動産所得又は雑所得の必要経費に算入される。なお、損失額の必要経費算入の限度額の基準となる所得金額は、それぞれ、その損失額を必要経費に算入する前の金額であり、また、この規定が実際に適用される例は、非営業貸金の貸倒れによる元本損失や事業と称するに至らない程度の貸間業等の固定資産の除却損等と考えられる。

第3節 形式基準通達が存在することで問題となる事項

1 概説

建物の貸付けを行っている者が、それを事業として行っているかどうか

ついて、貸し付けている建物の件数によって判断した場合においても、事業として行っている者であると認定した以上は、所得税法においては資産損失に関する規定以外においても事業として不動産等の貸付けを行っている者として扱われることとなる。

ここでは、形式基準通達により事業としての貸付けを行っているとした場合に、特に問題となると考えられるものについて、以下において述べることにする。

2 事業専従者給与の必要経費算入等

所得税法 56 条（事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例）は、居住者と生計を一にする配偶者その他の親族がその居住者の営む不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業に従事したこと又はその事業に資産を貸与したこと等の事由によりその事業から対価の支払を受ける場合には、その対価の金額は、その事業に係る不動産所得、事業所得又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入されない。しかし、その反面、その親族が支払を受ける賃貸料、貸付金の利子等に係る各種所得の金額の計算上必要経費に算入されるべき金額は、その事業の経営者たる居住者の不動産所得、事業所得又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入される。この場合において、その親族が支払を受けた対価の額及びその親族のその対価に係る各種所得の金額の計算上必要経費に算入されるべき金額は、その所得の金額の計算上ないものとみなされる。

これに対して、所得税法 57 条 1 項は、不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業を営む青色申告者が、青色事業専従者給与に関する届出書に記載した方法に従ってその記載されている金額の範囲内で青色事業専従者に給与の支払をした場合には、その労務に従事した期間、労務の性質及びその提供の程度などからみて労務の対価として相当である金額を、その青色申告者の事業から生じた不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入することとし、この場合、必要経費に算入した

青色事業専従者給与の金額は、その青色事業専従者の給与所得の収入とされる。また、所得税法 57 条 3 項においては、白色申告者の経営する不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業について事業専従者がいるときは、その事業専従者 1 人につき、次の①及び②の金額のうちいずれか低い金額を事業専従者控除額として、それらの所得の金額の計算上、必要経費とみなされる。

① 86 万円（その居住者の配偶者以外の事業専従者については、50 万円）

② その年分の当該事業に係る不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額を当該事業に係る専従者の数に一を加えた数で除して計算した金額

これらについて、その沿革は次のとおりである。

わが国の所得税は、伝統的な家族制度を反映して、創設以来、同居する家族の所得はすべて合算し、これに対して累進税率を適用する制度がとられてきた。第二次大戦後「家」の制度が廃止され、税法上も「戸主」とか「家族」の語が抹消されたが、これに代わって「同居親族」（配偶者及び三親等内の親族）の所得を合算する制度が設けられ、実質的には従来と大差のない制度が維持された。このように戦前及び戦後しばらくの間は、世帯単位課税が行われていた。

ところが、シャープ勧告⁽³²⁾は、勧告当時の所得税法では、同居親族の全員の所得は累進税率を適用するために合算することを要し、この措置は形式的には伝統的な日本家族制度に従うものであるが、実際においては次のような好ましくない効果を持っていると指摘している。すなわち、「所得額を合算すると、同一の生活水準、同一担税力水準にある納税者に適用される税率よりも高い税率で課税されることになる。」、「税負担の増大は、大世帯を小世帯に分解する人為的誘因をなしている。」、「二以上の納税義務者が現実同居の親

(32) シャープ使節団「日本税制報告書」73 頁・74 頁（1949）、（第一編第四章E節「世帯単位の取扱」）。

族の関係にあるか否かを判定することが困難な場合が多く、基準の適用は統一を欠いている。」「税額を決定して、これをいろいろな世帯員に按分するという手続は複雑であって時間を浪費する。」というものである。

このことから、同勧告は、同居親族の所得合算は、これを廃止して各納税者が独立の申告書を提出し、他の所得と合算することなく各人の所得額に対する税額を別々に納めさせるよう、勧告した。

しかし、同勧告では、この個別申告制にある程度の制限を設けておかないと、要領のよい納税者は、配偶者または子供に財産及びこれから生ずる所得を譲渡することによって税負担を軽減しようとしたり、妻子を同族の事業に雇用して、これに賃金を支払うという抜け道を講ずるであろうから、①納税者と同居する配偶者及び未成年者の資産所得は納税者の申告書に記載させ合算して課税する、②納税者の経営する事業に雇用されている配偶者及び未成年者の給与所得は納税者の所得に合算させる、という勧告を行った。

この勧告を受けて、昭和 25 年の税制改正において、個人単位課税の例外として「納税義務者の所得と扶養親族の所得との合算制度」及び「同居親族の資産所得の合算制度」とともに「みなす事業所得」の規定が創設された。

昭和 27 年の改正においては、個人事業者に対する青色申告制度の普及を奨励する見地から、青色申告者について専従者控除制度が創設された。これは、それまで事業所得者と生計を一にする配偶者その他の親族が当該事業から給与の支払を受けている場合においては、その給与の支払を認めず、その親族の所得は事業主の所得とし、その親族は当該事業からは所得を得ていないものとして、単に扶養控除の適用を認めるに過ぎなかった。これは家族専従者に所得を分散して所得税負担の軽減を図ることを防止する意味のものであったが、これらの親族が成年者であって、もしその事業の専従者とならなければ他に就職して相当の所得を得られたであろうに、たまたま家業に従事するため給与の支給が認められないということ是不合理であるし、同族会社であっても家族に支払われる給料が妥当な限度内のものであれば損金に算入することを認められることとの権衡もあり、元来個人についてののみ必要経費

として認められなかったのは主として事業と家計との分離が充分でなかったからであった。しかし、青色申告者についてはその点を明確にし得るので、青色申告書を提出する納税者に限り、5万円を限度として、家族従業者に支払った給与は必要な経費として控除することとされた。ただし、配偶者及び18才未満の者については雇用関係を推定することは実情に副わないとして専従者とは認めないこととされた⁽³³⁾。

その後、青色申告者の専従者控除については、専従者控除の限度額の引き上げや、事業専従者となる範囲について、専従者控除の認められない親族の年齢を15才に引き下げるとともに、配偶者を加えるなどの改正が行われた。

昭和32年の改正においては、納税義務者と生計を一にする親族が、当該納税義務者の経営する事業から受ける所得の範囲に不動産所得と山林所得から生ずる所得が追加され、これに伴う条文整理が行われた。この改正は、不動産の貸付業及び山林経営の場合には「みなす事業所得」や「専従者控除」の規定がなく、その所得計算が不明確であったため、これらの所得についても事業所得の場合に準じて取扱うことにしたものであるとされている。

そして、昭和36年の改正において、従来青色申告者だけに認められていた専従者控除が白色申告者にも認められるとともに、青色申告者の専従者控除についても改正が行われた。

すなわち、白色申告者が不動産所得、事業所得又は山林所得の基因となる事業を営んでいる場合において、その者と生計を一にする親族で、もっぱらその事業に従事する事業専従者があるときは、各事業専従者につき7万円をその事業に係る不動産所得、事業所得又は山林所得から控除することとされた。

なお、その際、次のような興味深い説明がなされている⁽³⁴⁾ので引用すると、「青色申告者の専従者給与は、事業所得等の計算上必要経費に算入されるの

(33) 専従者控除が認められた結果、事業所得者の所得の計算上は、扶養控除2万円が、事業専従者に限っては5万円とされたのと同じの効果を持つことになった。

(34) 大山孝夫「所得税関係法令の改正について」税務弘報9巻5号30頁(1961)。

に対し、白色申告における、事業専従者控除額は必要経費に算入しないで控除することとされているが、これは、白色申告者については、一般的に企業と家計が分離されておらず、また給与の支払の慣習もないので、個々の家族に対する給与の支払の事実を認めて、その支給額を必要経費に算入することは不適当と考えられるので、一定の外形的な基準のもとに事業専従者を認定し、実際に事業専従者に給与の支払がなされたか否かにかかわらず、概算的に七万円を事業所得等の計算における特別の控除額として制度上認めることとされたのである。」とある。

また、青色申告者の専従者控除については、青色申告者の必要経費に算入される専従者控除の限度額が引き上げられるとともに、当該必要経費に算入された金額は青色事業専従者の受ける給与所得の収入金額とされた。

その後、青色事業専従者の専従者控除の限度額及び白色事業専従者の控除額が引き上げられ、昭和 40 年の所得税法の全文改正の際には、次のように規定の整備が図られた。

すなわち、いわゆる青色事業専従者控除が認められる青色申告者は、青色申告書を提出するものとされていたが、青色申告書を提出した者に限定すると、本来青色事業専従者控除を必要経費に認めると確定申告書を提出する義務がなくなる者まで、単に青色事業専従者控除の適用を受けるためにだけ確定申告書を提出する必要が生じ、納税者に徒な手数をかけることになるので、青色申告者の提出について承認を受けているものは、すべて青色事業専従者控除を認めることとされた。

また、白色事業専従者控除については、従来、原則として確定申告書の提出期限内に、その控除に関する事項を記載して提出することが要件とされていたが、申告書への記載はその控除の性格からみてやむを得ないとしても、期限内申告に限ることは厳格に過ぎるきらいがあるとして、これを改め、期限内申告の要件がはずされた。

その後、青色及び白色のいずれの場合においても、控除額が引き上げられたが、昭和 42 年の改正においては、次のような改正がなされた。

すなわち、青色事業専従者の専従者控除の限度額方式を廃止して、専従者給与の支払額の全額を必要経費に算入する制度（完全給与制）に改められ、昭和 43 年から、青色専従者給与の必要経費算入は、その限度額の法定を廃止し、専従者の受けるべき給与の実態に即して必要経費の算入が認められることとされた。この場合、青色申告者は、所定事項を記載した届出書を納税地の所轄税務署長に提出しなければならないこととされ、また、当該届出書に記載した青色事業専従者の給与の金額の基準を変更する場合にも、遅滞なく、所定事項を記載した届出書を提出しなければならないこととされた。

また、控除対象配偶者又は扶養親族が青色専従者給与の支払いを受けている場合には、配偶者控除や扶養控除額から、その青色専従者給与の金額を控除した残額をこれらの親族に係る控除額として控除することとされていたが、控除対象配偶者又は扶養親族として申告されている者については青色申告者の事業所得等の計算上その給与を必要経費に算入しないこととされ、これに伴って従来差額控除制度が廃止されることとされた。

その後、白色専従者控除の控除額については、昭和 46 年にそれまでの 15 万円から 17 万円に引き上げられ、さらに、その後の累次の改正において徐々に引き上げられ、平成 7 年分の所得税からは、現行の 86 万円（その居住者の配偶者以外の事業専従者については 50 万円）を上限として控除されることとなった。

3 青色申告特別控除

（1）概説

所得税法 143 条において、「不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき業務を行う居住者は、納税地の所轄税務署長の承認を受けた場合には、確定申告書及び当該申告書に係る修正申告書を青色の申告書により提出することができる。」と規定しており、青色申告の承認を受けることにより、納税者は種々の特典を受けることができる。

この点について少し説明を加えると、青色申告は、申告納税制度の定着

を図るため、シャープ勧告に基づいて導入されたものであって、申告納税制度が適正に機能するためには、納税義務者が帳簿書類を備え付けて、それに収入・支出を記帳し、それを基礎として申告を行うことが必要であるが、申告納税制度が採用された当時は、完備した帳簿書類を備えている者の数は少なかったことから、帳簿書類を基礎とした正確な申告を奨励する意味で、一定の帳簿書類を備え付けている者に限って青色の申告書を用いて申告することを認め、かつ青色申告に、いわゆる白色申告には認められない各種の特典を与えることとした、とされている⁽³⁵⁾。

所得税法の場合、青色申告ができる対象者は、不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき業務を行う居住者とされ、不動産所得を有する者については事業と称するに至らない程度の業務としての不動産等の貸付けを行う者も対象とされる反面、動産の貸付けを継続的に行っている場合であってもその所得が雑所得とされる者は対象とされない。

青色申告の特典としては、種々のものがあるが、中でも、所得税法 70 条（純損失の繰越控除）の規定については次章で述べることとし、ここでは青色申告特別控除について述べたい。

（２）青色申告特別控除の創設

青色申告特別控除は、平成 4 年の税制改正において、措置法 25 条の 2 として設けられたものであり、その制定の経緯は、次のとおりである⁽³⁶⁾。

青色申告特別控除制度の創設の趣旨であるが、課税の適正・公平を一層推進するためには、適正な記帳慣行を確立し申告納税制度の実を挙げていくことが必要であり、青色申告制度に係る施策は、このような観点から重要であると考えられる。ところで、青色申告書を提出することにつき税務署長の承認を受けた場合は、原則として、その承認を受けた所得に係る業務につき帳簿書類を備え付け、これにその所得に係る資産、負債及び資本に影響を及ぼす一切の取引を正規の簿記の原則に従い、整然と、かつ、明

(35) 金子・前掲注（11）784 頁参照。

(36) 清水治ほか「平成 4 年改正税法のすべて」42 頁～45 頁（大蔵財務協会、1992）。

瞭に記録し、その記録に基づき、貸借対照表や損益計算書等を作成して確定申告書に添付しなければならないこととされているが、一方、簡易記帳方式や現金主義による記帳方式も広く認められ、これらの記帳方法による場合には貸借対照表の青色申告書への添付等も免除されている状況にある。また、青色申告の普及率も営業者について約 5 割とこれも相当期間にわたって変化が見られないところである。

このような青色申告の現状を踏まえ、引き続き青色申告の普及・奨励をしつつ、適正な記帳慣行を確立し、記帳水準を一層向上させることにより青色申告の質的向上を図り、青色申告制度の健全な発展を図る観点から、これまでの青色申告控除制度を廃止し、次のような「青色申告特別控除制度」を創設することとされた。

35 万円の青色申告特別控除についてであるが、青色申告書を提出することにつき税務署長の承認を受けている個人で不動産所得又は事業所得を生ずべき事業を営むもの（所得税法 67 条の 2 に定めるところにより現金主義を選択するものは除く。）が、その事業につき帳簿書類を備え付けて、不動産所得の金額又は事業所得の金額に係る一切の取引の内容を正規の簿記の原則に従い、整然と、かつ、明瞭に記録している場合、具体的には、その帳簿書類について所得税法施行規則 56 条から 62 条まで及び 64 条の規定に定めるところにより記録し、かつ、作成している場合には、これらの所得の金額から 35 万円又は不動産所得の金額若しくは事業所得の金額のうちいずれか低い金額を青色申告特別控除として控除できることとした。

この特別控除は、不動産所得の金額又は事業所得の金額から順次控除するものとされており、また、この特別控除の適用を受けようとする者は、確定申告書に、この特別控除の適用を受けようとする旨（具体的には、申告書に適用条文を記載する等）及びこの特別控除の適用を受ける金額の計算に関する事項（具体的には、控除金額等）の記載があり、また、上記の所得税法施行規則により記録された帳簿書類に基づき作成された貸借対照表、損益計算書その他不動産所得の金額又は事業所得の金額の計算に関す

る明細書の添付があり、かつ、確定申告書を提出期限までに提出した場合に限り、適用することとされている。

なお、控除される金額は、確定申告書にその適用を受けようとする金額として記載された金額に限るものとされていることから、当初申告書に記載した特別控除の金額が、その後の修正申告や更正・決定等により不動産所得の金額又は事業所得の金額が増加した場合であっても特別控除額は増加することはない。

10 万円の青色申告特別控除についてであるが、青色申告書を提出することにつき税務署長の承認を受けている個人で、簡易方式又は現金主義により取引の記録を行っているものについては、その承認を受けている年分の不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額から 10 万円又は不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の合計額のうちいずれか低い金額を青色申告特別控除として控除することができる。この特別控除は、不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額から順次控除するものとされている。なお、この特別控除は、その年分の所得税について、35 万円の特別控除の適用を受けない青色申告者について適用することとされており、したがって、仮に申告時には 35 万円の特別控除を適用していた者が、その後において適用要件を満たさないことが明らかになったためその適用が受けられなくなった場合においても、この 10 万円の特別控除を適用することができることとされている。

そして、この青色申告特別控除制度は、平成 5 年分以後の所得税について適用されることとされ、その後、35 万円の特別控除の額は徐々に引き上げられ、平成 17 年分の所得税からは 65 万円とされている。

ところで、この青色申告特別控除制度が創設される以前には、青色申告控除制度というものが存在した。これについて、その概要を述べると次のとおりである。

青色申告控除制度は、昭和 47 年に青色申告の一層の普及を図るため優遇措置の強化と制度の簡素化の観点から、それまでの青色事業主特別経費

準備金制度⁽³⁷⁾に代えて設けられたもので、平成 5 年分以後の所得税について、新たに青色申告特別控除制度が創設され、この青色申告控除制度を実質的に吸収することとされたことから、平成 4 年分の所得税をもって廃止された。この青色申告控除制度の内容は、青色申告者の不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算に当たっては、みなし法人課税の特例⁽³⁸⁾を適用している場合を除き、10 万円又は不動産所得の金額、事業所得の金額若しくは山林所得の金額の合計額のうちいずれか低い金額を青色申告特別控除として控除するものであり、この青色申告控除額は、不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額から順次控除することとされていた（旧措置法 25 条の 3）。

(37) その内容については、国税庁「昭和 47 年改正税法のすべて」41 頁～42 頁に詳しいが、その内容について簡記すると、青色事業主特別経費準備金制度は、昭和 46 年の税制改正において、青色申告を奨励し正確な記帳による事業経理の健全化を図るとともに、青色事業者の老後保障といった趣旨から創設されたもので、この準備金は、65 歳未満の事業所得者について毎年所得の 5%、最高 10 万円を限度として累積して積立てを認めるもので、中途における取り崩しの場合は事業所得、廃業・引退等による取り崩しの場合は一時所得扱いで 40 万円控除後 2 分の 1 課税が行われるものであった（旧措置法 18 条の 3）が、昭和 47 年の税制改正において、青色申告制度のより一層の普及を図ることをねらいとして、優遇措置と制度の簡明化の趣旨から、この制度を廃止し、代わりに青色申告者について年間一律 10 万円の特別控除を認める青色申告控除制度が創設された。

(38) 清水ほか・前掲注 (36) 45 頁によれば、みなし法人課税制度は、個人経営の事業について、事業主報酬の支払いを認めることにより「店」と「奥」との区分経理を明確にし、これを通じて個人事業の経営の近代化、合理化の推進に資するため、昭和 48 年度の税制改正において創設されたものである。その内容は、①昭和 49 年から平成 4 年分までの所得税について、事業主報酬の支払いを認め、事業主報酬の額については給与所得の収入金額とみなして給与所得控除の適用を認め、②不動産所得の金額及び事業所得の金額の合計額から事業主報酬の額を控除した後のみなし法人所得額に対しては、法人税率に相当する税率である 28%（みなし法人所得額のうち 800 万円を超える部分については、37.5%）により所得税を課税し、③みなし法人所得額の 70%（みなし法人所得額のうち 800 万円を超える部分については、57%）に相当する金額は、事業主の配当所得とみて、その他の所得と統合して所得税を課税し、配当控除を適用する、というものであった（旧措置法 25 条の 2）。

第4節 まとめ

昭和 32 年の改正において青色申告者の専従者控除の対象に加えられたところを見ると、それまでは不動産所得の計算においては、事業専従者に対する給与の支払といった考え方はなかったのではないかと⁽³⁹⁾といった疑念も生じるところであるが、それはさておき、形式基準通達が制定された当時は、青色事業専従者給与については、事業専従者の受けるべき給与の実態に即して必要経費の算入が認められることとされており、この点については、現在に至るまで変わらない。

しかしながら、家族従事者に対して給料が支払われているかどうかにかかわらずなく、一律に一定額を必要経費とみなす制度である白色専従者控除については、その控除額が昭和 45 年当時は 15 万円であったところ、その後の累次の改正により徐々に引き上げられ、平成 7 年分の所得税からは、現行の 86 万円（その居住者の配偶者以外の事業専従者については 50 万円）を上限として控除されるというように多額となっている。そもそも事業としての不動産等の貸付けであるとされなければ控除の対象とはならないものの、事業と認められる基準が低い場合においては、小規模な貸付けを行っている者の場合には不動産所得の金額自体も比較的少額にとどまることも考え合わせれば、その控除額は大きなものになってしまう。

他方で、青色事業専従者給与の必要経費算入についても、事業と認められる基準が低い場合には、その必要経費と認められる金額はさておき、事業専従者給与の支払がなされれば、その支払額が必要経費に算入され、やはり小規模な貸付けを行っている者については、その控除額は大きなものとなる。

さらに、青色申告特別控除の 65 万円（当初は 35 万円）控除については、平成 5 年分以後の所得税から適用されているものであり、さらに遡って、それ以

(39) 所法 54（退職給与引当金）は、事業所得の計算について規定しており、不動産所得はその対象とされていないことから、不動産所得においては、従業員に対する給与の支払という概念は、そもそも無かったのではないかと疑念を生じる。

前に存在した青色申告控除についても昭和 47 年に創設されたものであり、いずれについても形式基準通達が制定された時点においては存在しなかった。そして、これについても小規模な貸付けを行っている者については、その控除額は大きなものとなる。いずれの場合にも、それらの制度改正が行われた時点においては形式基準通達が存在しており、その基準を考慮に入れて制度が改正されたのではないか、といった指摘がないとは言えないが、そもそも法令解釈通達は、あくまで法令に対して従の立場であるものであるから、単純に、法令改正が既に存在する法令解釈通達に左右されるという考え方には賛成できないと考える。なお、念のため申し添えれば、このような筆者の考えは、その法令解釈通達が妥当なものであれば、結果的にそれに沿った形での法令改正となることを否定するものではない。

次に、前節の末尾で述べたところであるが、昭和 40 年の改正における所得税法の全文改正に係る解説の記事においては、「事業と称するに至らない程度の業務用固定資産の除却損等」についてはそもそも「家事上の出費に伴う損失であるとの見地から一切これを考慮しないこととされていた」が、それらはその年の不動産所得を限度として控除する規定が設けられたところ、この規定が実際に適用される例は「事業と称するに至らない程度の貸間業等の固定資産の除却損等と考えられる」としている。

このあたりの考え方について、昭和 40 年の改正前の考え方としては、営まれている不動産等の貸付けが事業といえないのであれば、それが業務として行われていても、その業務に用いる固定資産の除却損等は家事上の損失である、だから不動産所得の計算において必要経費とはならない、との整理、あるいは割り切りがなされていたと考えるところであり、それ自体は問題ないと思うが、ただこれは、「事業と称するに至らない程度」、逆にいえば事業であるといえる場合との境目を「貸間業等」と、かなり低めに考えていたように筆者の目から見ると見受けられる⁽⁴⁰⁾。

(40) むしろこれは、「業務」といえるか否かの基準といったほうがふさわしいのではないかと史料する。

そして、固定資産の除却損等の必要経費算入の取扱いの違いは、不動産等の貸付けが事業であるか否かによって大きく異なるのであるが、建物の貸付けの場合において、その境界について改めて、一応の整理を行ったのが形式基準通達のいわゆる 5 棟 10 室という形式基準部分ではないかと考える。

筆者は、事業専従者給与等や 65 万円の青色申告特別控除の適用の可否を念頭に、形式基準通達の「特に反証がない限り」という部分について、素直に形式基準通達を読めば反証をするのは課税庁側となっており、本来は事業として取り扱ってほしい納税者の側が主張すべき事業としての建物の貸付けであるということを、一定の基準を満たした者について事業と取り扱うという通達を定めた意味と整合性がとれていないのではないかと、という疑問を当初は感じていた。

そして、貸付けを行っている建物は様々なものが存在するので一概には言えないし、あくまで感覚的なものでしかないが、あえて誤解を恐れず述べるとすれば、確かにいわゆる 5 棟 10 室という形式基準部分を見れば、「貸間業等」と比較してやや規模が大きいかようにも見受けられるものの、形式基準通達の「事業として行われているかどうかは、社会通念上事業と称するに至る程度の規模」で建物の貸付けという業務を行っているかどうかで判断するという考え方からすると、貸し付けている建物の件数で判断するという形式基準部分の定めは、事業か否かという基準としては簡易に過ぎると感じる。

他方で、仮に「貸間業等」の固定資産の除却損等を念頭に所得税法 51 条 4 項の規定が設けられていたとすれば、形式基準通達で定める事業とは至らない程度の建物の貸付けを行っている場合における業務用固定資産の除却損等の必要経費算入の取扱い、やや厳しくなっているのではないかと感じる。

そして、これはあくまで筆者の仮説に過ぎないが、いわゆる 5 棟 10 室という形式基準の存在は、これら業務用固定資産の除却損等の必要経費算入に関して、事業と判断する基準を「貸間業等」よりは引き上げたともいえそうである⁽⁴¹⁾

(41) このように考えると、形式基準通達の「特に反証がない限り」の反証をするのは、所得税法 51 条 1 項ではなく 4 項が適用されてしまう、「貸間業等」とまではいえな

が、逆から見ると、すなわち、社会通念上の事業というべきものから考えれば低い基準にとどまっているともいえるかもしれない。

このような考え方は、筆者が資料に基づいて考察したものに過ぎないのであり、実際はどうであったのかは、現時点では計り知れないが、いずれにせよ、所得税法 51 条 4 項の再検討と形式基準通達の見直しを併せて行うことにより、建物の貸付けが事業として行われているか否かの区別が社会通念上妥当に行われることとなれば、結果として、青色事業専従者給与の必要経費算入、白色事業専従者控除及び青色申告特別控除（65 万円）の各規定については、適切な適用がなされると考える。

いまでも、いわゆる 5 棟 10 室という形式基準に満たない建物の貸付け業務を行っている納税者であるといえるかもしれないが、この点については、さらに検討する必要があると考える。

第3章 不動産所得という所得区分の問題点

第1節 純損失の繰越控除についての考察

所得税法 70 条は、純損失の繰越控除について規定しているが、ここではその内容について整理しておきたい。

(1) 青色申告書を提出している場合の純損失の繰越控除

青色申告書を提出している場合の純損失の繰越制度は、昭和 25 年の改正において、シャープ勧告に基づき設けられた。

当時の内容は、前年以前 3 年間に生じた純損失の金額で前年以前において控除されなかった部分の金額は、総所得金額から控除することとされ、ただし、純損失の生じた年に青色申告書を提出し、かつ、その後の年分の申告につき連続して青色申告書を提出している場合に限られる、というものであった。

ちなみに、シャープ勧告書の「第七章 個人所得税および法人税に共通する問題」の「C 欠損の繰戻および繰越」⁽⁴²⁾では、次のように述べられている。

すなわち、「個人については、所得額の変動のもたらす不合理は、一時所得または一時損失の次年度以降への平均を認めることによつて、或る程度緩和される。法人には累進税率が適用されぬが、ある年に損失を生じこれを相殺すべき所得がない場合には、同様に不合理が生じる。個人の場合でも、繰越規定が適用されないか、または適用されてもその規定が全損失額および控除容認額を所得と相殺するのに充分でなければ、同様の不合理が生じる。それゆえ、われわれは次の勧告を行う。すなわち、法人たると否とにかかわらず、納税者がある年度に欠損を生じた場合、この欠損を翌年度以降の損益計算において繰越して控除しうることとし、欠損額が所得で

(42) シャープ使節団・前掲注 (32) 133 頁～135 頁。

相殺されるまで繰越を継続するのである。しかしこの制度の濫用を防止するため、この規定は、その印に青色申告書を提出することを許されている所要帳簿（法人化されていなければ）具備の納税者に限って適用すべきである。更に進んで納税者に使用されなかつた基礎控除、扶養控除または勤労控除の繰越をみとめることは、税務機構に徒に過大な負担をかけることになるから、これを許すべきではない。実際に欠損という場合は割合稀であるから、税務署が多額の欠損を主張している申告書を調査し、不正な欠損控除の認容を防止することは可能であろう。もし使用されなかつた基礎控除等の繰越を許すとしたら、よく調べないでも納税義務がないことが明瞭な程度の莫大な数の小額申告書の調査が必要となつてくるであろう。しかし無制限な欠損繰越制度といえども、あらゆる場合に公平をもたらすには足りない。多くの事業は、完全に業務を廃止する直前には、多額の欠損の時期があり、かような場合には、税を控除しようにも将来の所得というものがないのである。更に、繰越欠損制度が納税者に与える恩恵は後になつてからでなくては、あらわれて来ないのであつて既にこの時には、欠損の生じた時とくらべれば、この制度の必要性ははるかに減少してしまつているのである。それゆえに、われわれは、欠損の二年度繰戻を納税者に認めるように勧告する。欠損繰戻とは次の制度である。すなわち、納税者は、前年度または前二年度分の申告書記載所得額から、当該年度の欠損を差引き、その年度分または前二年度分の税額を改めて算出し、この税額を超えて実際納付した税額の差額の払戻を請求するのである。この方法によつて、事業を廃止しようとしている納税者は、事業の最終年度または、その前年度において生じた欠損に対し少くともある程度税の恩恵を享けることになるのである。欠損しつつある者も、現金の必要がおそらく最も大きい時にある額の現金を直ちに貰えるという恩恵をうけることができる。しかしこの繰戻制度も、その濫用を避けるため、注意深く適用する場合を限定しなくてはならない。これは、（事業が法人化されていない場合）納税者が欠損年度および繰戻年度の両方について充分な帳簿記入を行つてその印に青色

申告書の提出を許可される場合に限って適用すべきであろう。更に、価値の下落した円で表されている欠損を、円の価値がもつと高かつた時期に繰戻すのを認めることは適當ではない。したがって千九百四十九年度以前の年度へ欠損を繰戻すことは許さるべきではなく千九百五十一年度または千九百五十二年度から始める方が望ましいかもしれない。欠損を繰戻したときは、同じ欠損を更に繰越すことは許されないこともちろんである。また納税者が一旦繰戻の申請をしたときは、後になつて考えを改め繰越に変更することも許すべきではない。しかし欠損は、これを分割して納税者においてその資格があれば一部を繰越し、一部を繰戻すことができる。このように限定すれば、繰戻、繰越制度を認めても大した税務行政上の負担をきたさないであろう。それにひきかえ、この制度は、税の公平に著しく寄與するとともに納税者に正直な帳簿を付けさせるための大きな誘因を加えることになるであろう。最初には繰越制度だけがしかも比較的小数の納税者のみに対して実施されることになるから税務行政上の負担は特に僅少なのである。数年後において蒙る損失が十分に埋め合わされることの保証こそは、外國、國內資本を問わず日本における投資を促進するために最も重要なことである。」とする。

なお、昭和 40 年の改正においては、「純損失および雑損失の繰越控除については、期限内申告を要件とせず、毎年確定申告書への記載のみを要件としていたのであります。本来この繰越控除の制度は担税力の復活を図るために設けられたものですから継続して控除することが目的であるわけであり、この点を考えれば、従来のように控除が認められる期間を通じて申告書への記載を要件とすることは厳格にすぎるきらいがありますので、今回の改正において、これを改め、純損失の繰越控除および雑損失の繰越控除については、原則としてこれらの損失が生じた日の属する年分に限って、これらの控除に関する事項を記載した確定申告書を提出期限内に提出することを要件とし、その後の年分については、繰越控除に関する事項の記載がなくても、連続して申告書が提出されてさえおればこれを認め

る」⁽⁴³⁾こととなった。

さらに、昭和 43 年の改正においては、「純損失の繰越控除につきましては、純損失の生じた年から繰越控除をする年まで連続して青色申告書を提出している場合に限って認めることとし、その間の申告書に 1 回でも白色申告書の提出がある場合には、その後は白色申告者の場合と同様に、純損失の金額のうち、いわゆる被災事業用資産の損失と変動所得の金額の計算上生じた損失の金額とに限って繰越控除を認めることとされていたのであります。ところで、この純損失の繰越控除制度は、いわゆるゴーイングコンサーンとしての企業の税負担を調整する見地から設けられているものと考えられますが、税制の立ち場からは、純損失の繰り越しは翌年以降の税負担に影響を及ぼすものでありますから、その繰り越される損失の金額は明確でなければならず、この意味からその純損失が生じた年には青色申告であることが必要ではあります。しかし、繰り越して控除するじ後の各年分についてまでも、青色申告書の提出を要件とすることは厳格に過ぎるきらいがありますし、また、適正な企業会計の尊重の立場からも特に青色申告書の連続提出を要件とする理由に乏しいものと思われます。そこで、今回の税制改正の一環として、純損失の繰越控除につきましては、純損失が生じた年分につき青色申告書を提出している場合には、じ後の各年分については提出している申告書が青色申告書であることを要しないことと」された⁽⁴⁴⁾。

(2) 繰越控除が認められる被災事業用資産の損失の繰越控除

昭和 34 年の改正において、青色申告書の提出がない場合においても、被災たな卸資産の損失について、繰越控除を認めることとされた。

その理由は、「従来、所得税法では、たな卸資産以外の資産について災害による被害を受けた場合には、その被害額は雑損控除として青色申告者以外の者についても三年間のくりこし控除が認められ、また、たな卸資産に

(43) 国税庁「昭和 40 年改正税法のすべて」39 頁。

(44) 国税庁「昭和 43 年改正税法のすべて」27 頁～28 頁。

についての被害については、事業所得計算上の損失として、青色申告者についてはくりこし控除が認められていたが、青色申告者以外の者については認められていなかった。しかし、火災により店舗とともに販売資産たるたな卸資産が焼失する場合とか、特に農業所得について、冷害、風水害等により農作物が全滅し、投下経費の回収が全くできない場合のように、人力で防ぐことのできない災害により生じた損失については、被災者の担税力に影響するところは大きく、特にたな卸資産のみを区分してくりこし控除を認めないとする理由もないとの理由から、今回の改正では、たな卸資産について受けた被害額についても、青色申告者以外の者でも、くりこし控除を認めることとしたものである。」⁽⁴⁵⁾とする。

そして、昭和 37 年の改正において、繰越控除を認める被災たな卸資産について、その範囲を拡大するとともに、事業用固定資産の災害損失を含めて、その名称が被災事業用資産と改められた。

その改正の経緯は、次のとおりである⁽⁴⁶⁾。

すなわち、この改正で、繰越控除を認める被災棚卸資産の損失の範囲を拡大し、事業用固定資産の災害損失をも含めるとともに、その名称を被災事業用資産の損失に改められたが、これは、資産損失についての税制上の取扱いを整備し、災害による事業用固定資産の損失を雑損控除の対象から除外して事業所得等の必要経費とされたことに伴い、その損失を従来雑損控除の対象としていた場合と同様に三年間の繰越控除を認める必要があり、また、今回新たに災害等に関連するやむを得ない支出を雑損控除の対象としたこととの権衡上災害に関連するやむを得ない支出で事業所得等の必要経費となるものについても繰越控除の対象とする必要があるので、従来三年間の繰越控除を認めていた被災棚卸資産の損失の範囲にこれらの損失及び支出を含めるとともに、その名称を被災事業用資産の損失と改められた、ということである。

(45) 山内一夫監修『昭和 34 年度改正税法総覧』12 頁～13 頁(財政経済弘報社、1959)。

(46) 柿谷・前掲注 (26) 55 頁～56 頁。

(3) 小括

こうして見てくると、青色申告書を提出している場合の純損失の繰越控除と白色申告者にも認められる被災事業用資産の損失の繰越控除は、その性質は異なっていることがわかる⁽⁴⁷⁾。

そして、青色申告書を提出している場合の純損失の繰越控除は、上記のとおり、いわゆるゴーイングコンサーンとしての企業の税負担を調整する見地から設けられているようであるが、そうであるとすれば、不動産所得は継続的な資産の貸付けから生じる所得であり、その計算方法からみても、減価償却費のようなその年における債務の確定とは関係なく、一定の計算方法に基づき必要経費とされるものがあるなど、単にその年分の収入が少なかったというだけではなく、構造的に所得が赤字になる可能性があるから、それが事業としての貸付けか否かに関わりなく記帳義務を伴う青色申告の対象とし、その結果として純損失の繰越控除の対象となっていることについては首肯できる。

第2節 損益通算についての考察

1 損益通算の規定の変遷

所得税法においては、69条において、損益通算の規定を設けている。所得税は、納税者の各暦年に生じた所得を10種類の所得に区分して把握し、さらに、これを総所得金額、退職所得金額及び山林所得金額に区分したうえで、最終的にはこれを総合した上で租税負担をさせようとしている。この場合、ある所得に損失が生じたときは、これを他の所得区分から控除して課税対象となるべき所得の金額を計算することになるが、この場合の、ある所得の損失を他の所得から控除することを損益通算という。

ここで、所得税法における損益通算の規定の経緯について主要なものを述

(47) 被災事業用資産の損失の繰越控除は、資産損失についての規定の整備に伴う結果によるものなので、ここではこれ以上触れないこととする。

べる。

損益通算の規定が所得税法においてはじめて設けられたのは昭和 22 年の税制改正においてであった⁽⁴⁸⁾。このときの損益通算は、課税標準の計算に際し、経常的な所得について生じた損失は、経常的な所得の範囲内のみで通算控除し、臨時的な所得である山林所得及び譲渡所得について生じた損失は、その相互間においてのみ通算控除されることとなっていた。

その後、昭和 25 年の税制改正⁽⁴⁹⁾において、臨時的所得も全額課税とすることとなった関係上、その負担の公正を図るために、原則として他の各所得を通じ（この場合は一時所得の額からも控除できる。）控除することとなったが、例外として、一時所得の計算上の損失だけは、その所得の性質にかんがみその他の所得からは差し引けないこととされた。

昭和 27 年の改正においては、臨時的所得である譲渡所得、山林所得及び一時所得について、その負担を軽減する等の趣旨から 10 万円の控除が認められることになったこと、また、従来の損益通算はまず変動所得から損失を控除することとしていたのであるが、これは変動所得について平均課税を認めている趣旨を十分生かさないものであって、できうる限り平均課税の方法による余地を残すことがその趣旨に合致するものであること等の理由から、全面的な改正が行われた。

昭和 29 年の改正においては、改正前は総所得金額に属する所得種類相互間においてのみ差引計算が行われることになっていたが、新たに、退職所得

(48) 当時の所得税法 9 条 2 項は、「前項の規定により所得金額を計算する場合において、配当所得又は事業等所得の計算上損失があるときは、これを山林所得、譲渡所得及び一時所得以外の所得の金額から差し引いて計算する。第 1 項の規定により所得金額を計算する場合において、山林所得の計算上損失があるときは、これを譲渡所得の金額から差し引いて計算し、譲渡所得の計算上損失があるときは、これを山林所得の金額から差し引いて計算する。」と規定していた。

(49) 当時の所得税法 9 条 2 項は、「前項の規定により総所得金額を計算する場合において、一時所得以外の所得の計算上損失があるときは、これを他の所得の金額から控除して計算する。（他の所得がないときの損失額又は他の所得の金額から控除し、なお不足額があるときの当該不足額は、これを以下純損失と総称する。）」と規定し、同条 3 項は、「前項の規定により他の所得の金額から控除する場合において、他のいずれの所得の金額から控除するかについては、命令でこれを定める。」と規定している。

及び山林所得との間においても行われることとなった。

昭和 36 年の改正においては、配当所得の金額の計算上の株式等の取得のために要した負債の利子は、配当所得の総収入金額を限度として控除し、控除しきれない負債の利子は、他の所得から控除しないことに改められた。また、趣味又は娯楽に伴う所得計算上の損失については、他の所得との通算を行わないとすることとされた。

すなわち⁽⁵⁰⁾、従来は、配当については、その年中の収入金額から株式等の元本の取得に要した負債利子を控除してその所得を計算することとしており、控除しきれないときには、その損失額につき他の所得との通算を認めていた。しかし、配当所得計算における負債利子控除の実情をみると、無配の株式を取得するために巨額の負債を負っている者が、たまたま他に少額の有配の株式を有することによりその配当の収入金額から負債利子を控除して多額の配当所得計算上の損失を生じせしめ、これを給与所得等から控除している事例が発生している。元本価値の値上りを期待して投資される株式の性格を考えると、負債利子のうち相当部分は、当時、一般的には非課税とされていた株式の譲渡所得に対応すべきものと考えられ、また、家事上の負債利子が混入する危険性もあることから、株式等の取得に要した負債の利子は配当の総収入金額を限度として控除し、控除し切れない負債利子額は他の所得から控除しないことに改められた。

また、一時所得計算上の損失に属さない継続的な行為に基づく損失のうちにも、たとえば、競走馬の所有者の損失のように本来趣味ないし娯楽と認められる行為から生じた損失があり、このような損失を他の所得から控除するのは不合理であると思われるので、今回の改正では趣味又は娯楽のための行為から生じた損失については、一時所得でない場合においても他の所得との通算を行わないことに改められた。今回の改正で損失の通算が認められないこととされたのは、次の行為で個人の趣味又は娯楽のための行為と認められ

(50) 大山・前掲注(34) 32 頁。

るものによる損失で、これにはその資産の譲渡による損失も含まれる。

- (イ) 競走馬その他射倖的行為の手段となる動産の所有
- (ロ) 観賞用の植物又は動物の栽培又は飼育
- (ハ) 貴石、貴金属、書画、骨董、美術工芸品その他生活に通常必要でない動産の所有

しかし、これはその者はこれらの行為による所得以外の所得によってその生計を維持することができるものと認められる場合に限るのであって、これらの所得によって生計を維持している場合には、もちろん趣味又は娯楽のための行為とはされない。

昭和 37 年の改正においては、雑損控除の制度が、生活に通常必要な資産の災害損失に伴う担税力の減殺を考慮して設けられたものであることから、貴石、書画、骨董、競走馬、別荘等の生活に通常必要でない資産について生じた損失は、雑損控除の対象外とし、これらの災害損失は、その資産を譲渡した場合の損失が譲渡所得の計算上の損失となることとの権衡上、譲渡所得計算上の損失とされ、譲渡所得以外の所得との損益通算は認めないこととされた。ただ、大きな災害に遭遇した場合や、年末近く of 災害の際には、その事後処理としての資産の処分が災害の発生した年に行われず、翌年に至ってかなりの額の譲渡所得が発生する場合も予想される等、当年のみで損失を打ち切るとは酷な場合もあることを考慮して、災害等による損失額をその年及び翌年の譲渡所得からのみ控除することとされた⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

昭和 40 年の改正においては、所得税法の全文改正による整理合理化が行われた。

昭和 43 年の改正においては、雑所得の損益通算が廃止された。雑所得の計算上生じた損失の金額について他の黒字の所得との通算を認める従来の制度については、もともと雑所得は事業所得や給与所得のような典型的な所得

(51) 柿谷・前掲注 (26) 52 頁～53 頁。

(52) 吉国一郎監修『昭和 37 年度版改正税法総覧（法律篇）』13 頁～14 頁（財政経済弘報社、1962）。

分類に入らない所得を包括する分類であって種々の態様のものを含んではいけないものの、全体としてみた場合必要経費はほとんどかからないか、またはかかっても収入を上回ることのないものが大部分であって、これらについては損益通算の実益がないこと、またその他の種類の所得である程度支出を伴うものについても、その支出内容に家事関連費的な支出が多いのが実情であって、これについて損益通算の制度を存置する場合にはかえって本来の所得計算のあり方について混乱を招くおそれもあると考えられるので、これを改め、雑所得の金額の計算上生じた損失の金額は、他の所得との損益通算は認められないこととされた。また、従来、譲渡損失や雑所得の金額の計算上生じた損失の金額でも、その損失の金額のうちに主として個人の趣味もしくは娯楽のためにする行為に係る所得の計算上生じた損失の金額と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の金額は原則として損益通算が認められていなかったが、例外として、競走馬については、その保有に係る雑所得の計算上生じた損失の金額はその譲渡に係る譲渡所得の金額から控除し、また、その譲渡に係る譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額は、その保有に係る雑所得の金額からそれぞれの黒字の範囲内で控除する通算が認められていた。しかし、今回、雑所得の損益通算制度が廃止されたことに伴い、競走馬については、その譲渡に係る譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額についてだけその保有に係る雑所得の金額の範囲内で通算することとされた⁽⁵³⁾。

以上が、所得税法 69 条の改正の主な経緯であるが、損益通算については、租税特別措置法においても制限がされていることから、次に、不動産所得に関連する租税特別措置法における損益通算の制限について述べることにする。

2 租税特別措置法における不動産所得に関する損益通算の制限

(1) 措置法 41 条の 4

(53) 金親良吉「所得税法の一部改正」税務弘報 16 巻 6 号 36 頁～37 頁（1968）。

措置法 41 条の 4（不動産所得に係る損益通算の特例）の制定の経緯については、次のとおりである⁽⁵⁴⁾。

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を認めることについては、当時、次のような問題が指摘されていた。

すなわち、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有利となっており不公平となっていること、また、不動産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てところであり、借入金により不動産を取得することの方が税制上の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てと認められることである⁽⁵⁵⁾。

そこで、平成 3 年の税制改正では、不動産所得の金額の計算上生じた損失の金額のうち、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する特例が設けられた。

具体的には、個人の平成 4 年分以後の各年分の不動産所得の金額の計算上生じた損失の金額がある場合において、その年分の不動産所得の金額の計算上必要経費に算入した金額のうちに不動産所得を生ずべき業務の用に

(54) 加藤治彦ほか「平成 3 年改正税法のすべて」150 頁～152 頁（大蔵財務協会、1991）。

(55) 税制調査会平成 2 年 10 月「土地税制のあり方についての基本答申」35 頁においては、不動産所得に係る損失の損益通算のあり方について、「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考え。」と述べている。

供する土地又は土地の上に有する権利（「土地等」）を取得するために要した負債の利子があるときは、その損失の金額のうちその負債の利子の額に相当する部分の金額は、所得税法 69 条 1 項（損益通算）の規定その他所得税に関する法令の規定の適用については、生じなかったものとみなすこととされた。

（２）措置法 41 条の 4 の 2

措置法 41 条の 4 の 2（特定組合員等の不動産所得に係る損益通算等の特例）の制定の経緯は、次のとおり⁽⁵⁶⁾。

民法上の組合（以下「任意組合」という。）の事業から生じる所得の課税関係については、税法上特に明示的に規定が置かれているわけではないが、税法上の考え方から組合員が共同で事業を行っているものとしてその所得の帰属についても組合自体を帰属主体と考えず、持分等に応じて各組合員に所得が帰属するものとして取り扱われている⁽⁵⁷⁾。

当時、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資産（航空機、船舶等）を他の者に貸し付ける事業⁽⁵⁸⁾を営み、減価償却費や借入金利子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せているケースが見受けられる。これは、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ものである。また、平成 16 年 11 月の税制調査会の「平成 17 年度の税制改正に関する答申」においても「このような租税回避行為を防止するため、適切な

(56) 住澤整ほか「税制改正の解説」154 頁～159 頁（大蔵財務協会、2005）。

(57) 所得税基本通達 36・37 共～20 等。

(58) 所得税法上の用法からすれば、「事業」というより「業務」という用語を使う方がふさわしいのではないかと思料する。

対応措置を講じる必要がある」と指摘されたところであり、こうした指摘等を踏まえ、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じることとした。

その内容は、特定組合員に該当する個人が、平成 18 年以後の各年において、組合事業から生ずる不動産所得を有する場合においてその年分の不動産所得の金額の計算上、当該組合事業による不動産所得の損失の金額として一定の方法で計算した金額があるときは、当該損失の金額に相当する金額は、その年中の不動産所得に係る総収入金額から必要経費を控除した金額を不動産所得の金額とする規定（所得税法 26 条 2 項）、損益通算の規定（所得税法 69 条 1 項）その他の所得税に関する法令の規定の適用については、生じなかったものとみなすこととするものである⁽⁵⁹⁾。

3 小括

こうして見てくると、資産所得である利子所得及び配当所得について、その計算上の損失を他の所得区分と通算できないこと、また、雑所得についても同様にその計算上の損失を他の所得区分と通算できないことからすれば、不動産所得の計算上の損失について、事業者としての不動産貸付による所得

(59) この場合、組合事業による不動産所得の損失については、各組合契約の組合事業ごとに計算することとされており、組合事業による不動産所得の損失は、給与所得等の他の所得との損益通算ができないだけでなく、その年中に別の黒字の組合事業による不動産所得の金額又はこれらの組合事業以外の一般の不動産所得の金額があったとしても、その組合事業による不動産所得の損失の金額は他の黒字の不動産所得の金額から控除（不動産所得内の通算）することもできない。

であるか否かにかかわらず他の所得区分の所得から差し引くことができる現行制度はいささかバランスを欠いたものであり、そのことが租税負担を軽減するためのスキームを誘発している原因の一つとなっていると思われる⁽⁶⁰⁾。

また、不動産等の貸付けといっても、同一納税者においても、貸し付ける資産については、土地・建物といった不動産の場合もあれば船舶・航空機といった動産の場合もある。さらにそれらの貸付けについての状況について見れば、事業としての不動産等の貸付けと事業としてではない不動産等の貸付けが混在する可能性があると思われるのであって、これらの計算を一つの所得区分の中に含めるのは不合理ではないか、すなわち、不動産所得内において、所得計算上の損失を互いに通算することが可能となっており、事業ではない不動産所得の損失を事業である不動産所得から差し引くことができる現行制度は不合理ではないかとも考える。

したがって、現在、租税特別措置としてこれらに対処している事柄も含めて、不動産所得における計算上の損失の取扱いについて、今後とも本格的な制度の再検討が必要であると考ええる。

第3節 その他の考察

1 不動産所得という所得区分の廃止論について

平成 17 年の税制調査会基礎問題小委員会の「個人所得課税に関する論点整理」において、不動産所得について次のように述べられている。

すなわち、「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課税制度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

(60) なお、租税回避スキームについて検討する場合には、他に減価償却費の取扱い（耐用年数や償却方法）や譲渡所得（短期・長期の区別や分離課税）についても検討が必要であると思われる。

年の税制改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。」とする。

この点についての問題意識としては、資産所得合算課税制度が廃止された以上は、不動産所得という所得区分を残しておく必要がないということが一番大きな理由だと思われるが、これまで述べたように不動産所得という所得区分については、そのような単純なものではなく、各所得の計算方法も見た目は同じであり、それらの所得区分に対する独自の取扱いについても、なるほど事業所得との比較においてはさほど違いはないようにも見受けられるが、雑所得と比較した場合には、青色申告が認められるか否かという点を見ても、不動産所得が雑所得と同様の取扱いがなされているとは言い難いと考ええる。

そうであれば、不動産所得という所得区分の見直しという問題意識は非常に重要であると考えるが、その内容については、改めてその論点を整理して問題提起すべきであると考える。

2 不動産所得という所得区分の見直しについて

不動産所得を生じる不動産等には、土地及び建物といった不動産以外に、船舶・航空機といった動産が含まれている。また、土地は減価償却資産ではないので、建物及び船舶・航空機とはその必要経費となる範囲については若

干異なるのであるが、いずれにせよ、収入に関しては、基本的に納税者が保有するこれらの資産を他者に貸し付けることにより得られる賃料である。

そして、その賃料については、空き家等が生じて収入が得られないといったリスクはあるものの、一旦、それらの資産を貸し付けてしまえば、それらの資産の利用は借り主が行い、家主等は特段の役務提供を生ずることなく収入を得られるというものであり、この点、金融資産から生ずる所得と類似しているとも思われる。

すなわち、所得税法の対象とする納税者は自らの勤労による役務提供についての能力に限りがある個人であるところ、その限りある能力を活用した事業による収入や給与などの勤労による収入が主たる収入という地位を有していると仮定すると、不動産等の貸付けによる収入が納税者の主たる収入となる場合があることを否定するわけではないが、不動産等の貸付けによる収入は、むしろ副収入といった、従たる収入として存在する場合も多いとも考える。

そうすると、不動産等の貸付けによる所得である不動産所得が、その業務にかかる損失に対する税制上の利点、すなわち、ここで念頭に置いているのは所得計算上の損失の他の所得との通算であるが、それについて、事業所得と同等と扱うというのは担税力の観点からは、いささかバランスがとれていないのではないかと思料する。

さらに、空家による不動産等の賃料が得られない場合があるというリスクは、資産を保有する場合の当然のリスクに過ぎず、一般的な事業によるリスクと同等のものとはいえないと考える。

他方で、所有する土地の活用として用いられる、その土地の上にアパートなどの建物を自ら建設して、そのアパートをたとえば 30 年といった長期の家賃収入保証付きで不動産業者に対してあるいは不動産業者を通じて実際の借り主に貸し付けるような場合には、資産価値の減少といった譲渡所得の面からのリスクはあるとは思いますが、減価償却費を主とした不動産所得の計算上の損失について、不動産所得内において複数年分の所得計算において平準化

させるというのであれば首肯できなくはないが、事業所得と同等に、当該年分の他の所得区分に属する所得でいわば穴埋めするということについては疑問がある。

また、使用により劣化して最終的にはスクラップとして処分される運命にある船舶や航空機といった動産と、使用されても基本的に劣化しない土地やその土地を利用する建物とは減価償却費や固定資産の除却損等による不動産所得の計算上の損失について同等のものであると考えるのは適切ではなく、必要経費を原因とする計算上の損失の取扱いについて何らかの違いがあっても良いのではないかと考える。

そうすると、不動産等の貸付けにかかる所得について、それが事業所得と同等に取り扱うべきものとは、たとえば、大地主などの多数の土地や建物といった不動産を所有している個人であって、それらの不動産から得る賃料を得るために行う不動産の貸付けにかかる自らの勤労による付随業務が、副業といった範疇を超えて必要な場合などに限られるとしても良いのではないかと考える。それは、すなわち、自らの所有する不動産を活用して不動産業を営んでいる個人というものに近い場合ではないかと考える。

そうすると、そのような場合、すなわち土地及び建物といった不動産の貸付業⁽⁶¹⁾に限っては、徒に所得区分を増加させないという観点からも、その貸付けによる所得は事業所得とし、それ以外の場合の不動産や船舶・航空機といった動産の貸付け業務による所得については、事業であるか否かの区別のない、事業所得や雑所得とは別の所得区分として取り扱うこととしてもよいのではないかと考える。

そして、その場合の不動産等の貸付けによる所得については、現行の不動産所得を発展的に改めることとし、たとえば、「不動産等貸付所得」といった所得区分として、所得計算上の損失について他の所得区分との通算、事業専

(61) ここでいう、「不動産の貸付業」と所令 63（事業の範囲）に規定する「不動産の貸付業」との関係については、さらに検討を要するが、ここでは一応このように記載しておく。

従者給与等の必要経費算入及び 65 万円の青色申告特別控除は認めないものとする一方で、継続かつ正確な記帳を奨励するために青色申告を認めるとともに、青色申告の場合の所得計算上の損失の繰越については「不動産等貸付所得」内において認めるといったような制度設計としてはどうかと考える。

この場合において、他の事業所得における所得計算上の損失は損益通算により「不動産等貸付所得」から差し引くことが可能となり、この点については現在と何ら変わらない。

そして、仮に「不動産等貸付所得」といったものを設けるのであれば、その対象となる貸し付ける資産については、現行の船舶・航空機のほかに、リース物件など一般に投資の対象とされるような動産についても含めるということも検討してはどうかと思料する。

3 不動産所得に関する私見

ここまで不動産所得に関して様々な観点から検討してきたが、不動産所得に関してこれまで説明した内容や、十分説明できなかった事柄も含めて簡潔かつ順不同にまとめると、次のような項目についてさらなる検討等が必要であると思料する。

① 不動産所得は、かつての「事業等所得」を現在の不動産所得、事業所得及び雑所得に分割する際に、「事業等所得」の中から資産所得である不動産所得を先取りしたものである。したがって、不動産所得という所得区分を事業所得や雑所得とともに見直す場合には、不動産所得を単純に事業とそれ以外というように分割するのではなく、一旦、事業所得及び雑所得を足し合わせたところで、改めて区分するという整理の仕方が必要である。

② 不動産所得における事業であるか否かについては、裁判例にもあるように「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」によって判断すべきであると考え。したがって、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）について、いわゆる 5 棟 10 室という形式的な基準部分の廃止や改訂も含めて、さらなる検討が必要である。なお、当該通達の見直しにあたっては、所得税法 51 条（資産損失の必要経費算入）の規定についても併せて見直す必要があると考える。

- ③ 不動産所得について現在は認められている、所得計算上の損失の他の所得区分との通算（いわゆる損益通算）について、資産所得である不動産所得に対して事業リスクを伴った事業所得と同様に配慮すべきか、事業所得以外の他の所得区分に対する取扱いとの比較なども交えながら、損益通算を認めないこととすることも含めて、さらなる検討が必要である。
- ④ 不動産所得を青色申告の対象としていることについては問題ないと考え、青色申告の場合に認められる純損失の繰越しについて、仮に不動産所得について損益通算が認められないとする場合に、それをどのような制度にすべきか、不動産所得内における繰越しとするものの可否も含め、さらなる検討が必要である。
- ⑤ 不動産所得について、土地・建物の貸付けの場合には、その一部を事業所得とし、その他の土地・建物の貸付け及び船舶・航空機の貸付けについては、他に一部の動産の貸付けを含めて「不動産等貸付所得」といった所得区分として再構築してはどうか。

おわりに

ここまで、不動産所得について、所得税法に規定している事業という点について着目しつつ様々な観点から検討を行った。

建物の貸付けが事業として行われているか否かの判定について定めている所得税基本通達 26-9 について、その制定から長期間にわたって見直しがされていないこと、また、その規定ぶりについても筆者にとっては素直に理解しがたいという面から、当初は、建物の貸付け業務における事業との境界はどのあたりにあるのか、仮に通達の見直しがなされる場合を念頭に何らかの具体的なメルクマールを示唆できないかといった問題意識を持ちながら研究にとりかかったのであるが、最終的にこのような形の論文をまとめることとなった。

なお、本稿は、いつの日か行われることであろう、不動産所得という所得区分の見直しに資するために、あえて独創的な見解を交えつつ様々な観点から検討を行ったものであって、あくまで個人的な意見ではあるものの、やや言い過ぎの面があったかもしれない。そういう意味では、現時点において一般には理解できない部分も多分に含まれているかと思われるが、あくまで今後の制度改革に資するための一考察という研究であるということでご容赦願いたい。

不動産所得に関する研究すべき論点は、まだまだ数多く残されていると考えられることから、ここで一応の区切りとしておくが、今後とも問題意識は持ち続けていきたい。