



不動産による財産分与と譲渡所得課税

課税の根拠を再検討する

第 33 回 2010 年（平成 22 年）6 月 22 日

発表 小山 隆洋

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

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

<MJS コーポレートサイト内、租税判例研究会のページ>

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

不動産による財産分与と譲渡所得課税 課税の根拠を再検討する

小山 隆 洋

【目 次】

はじめに

- 1 夫婦の財産関係をどう考えるか
- 2 財産分与
- 3 財産分与によって当事者に課税所得が発生するか
- 4 財産分与を不動産で行った場合なぜ課税されるのか
- 5 財産分与に代物弁済の考え方を適用することの是非
- 6 分与者に「経済的利益」はあるか
- 7 財産分与の譲渡性の再検討

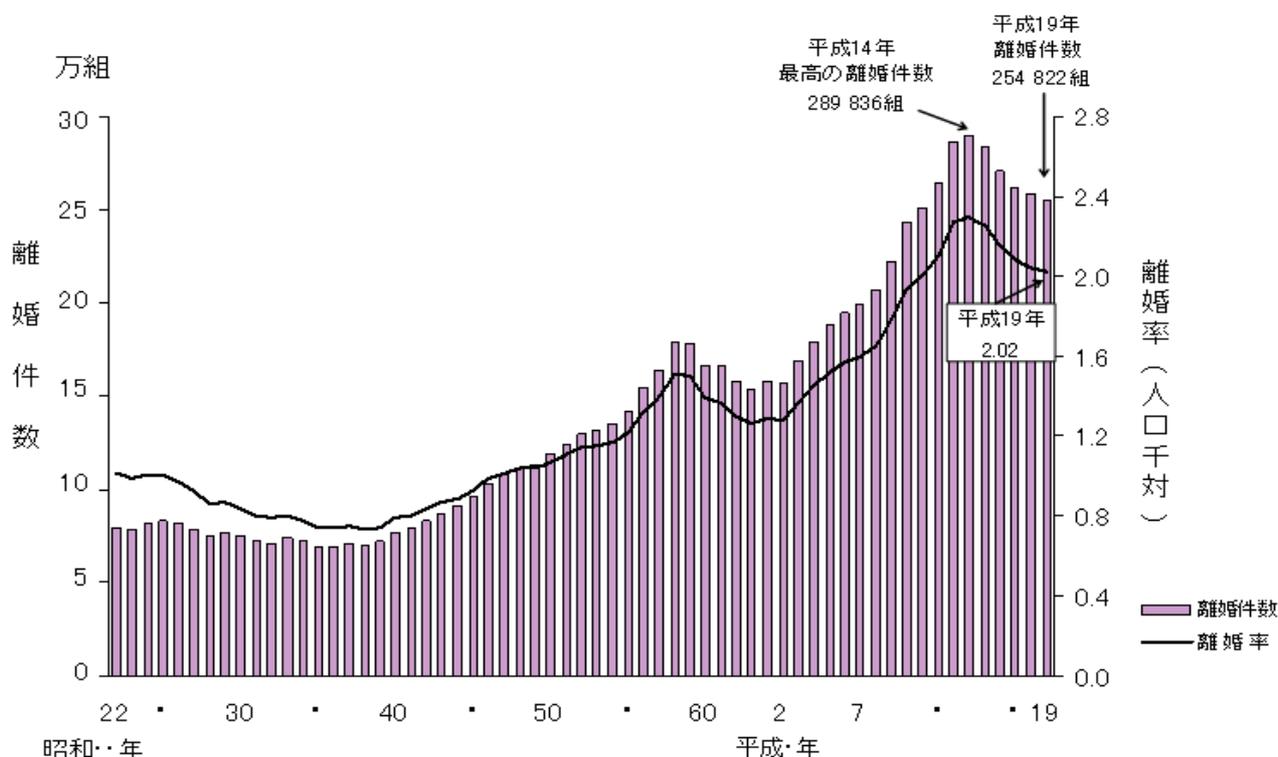
おわりに

はじめに

厚生労働省大臣官房統計情報部の『平成19年人口動態統計月報年計（概数）の概況』（次ページ掲載図）によれば、昭和46年に10万組を超えた離婚件数は平成14年に28万9,836組となり、その後やや減少している。平成19年の離婚件数は25万4,822組であり、単純に計算すると2分に1組の夫婦が離婚している状況にある。同じ調査結果の婚姻件数が71万9,801組であるので、婚姻と離婚の件数比は、3：1以上である。

この数字は、法律上の離婚を行った夫婦の離婚件数に限られているので、別居などの事実上の離婚を含めると、さらにこの件数は増加する。このような状況に鑑みた場合、わが国においてもアメリカ等と同様、もはや離婚は特殊なケースではなくなっていると言えるのではなかろうか。

図 1 1 離婚件数及び離婚率の年次推移



平成21年6月12日の東京新聞夕刊は、離婚を自分から切り出した女性は30代から50代で70%台、60代以上では83%にも上り、女性が自分の意志で離婚するケースが多くなっていることを報じているが、離婚件数の増加や離婚に対する意識の変化は、女性の社会進出、女性の自立とともに避け難い事態でもあるようである。

また、平成19年版の『司法統計年報』によれば、離婚についての事件総数は25,217件となっているが、このうち財産分与の取り決めがなされたのは6,864件、総件数の27%である。財産分与の取り決めがなされたもののうち、財産分与額400万円以下のケースが52%であり、財産分与額2,000万円以上のケース（分与財産に不動産を含む可能性のあるもの）は、3%程度にすぎない。なお、高額な財産分与のケースとしては、18億円余りの財産分与が贈与にあたらないとされた裁判例(1)がある。

離婚に際して、財産分与を不動産で行った場合には、分与者に譲渡所得が発生し、所得税が課せられるが、このような取扱いが確立するキッカケになったのは、昭和47年(行ツ)4号事件(2)である。この事件は、調停離婚に伴い、夫が自己所有名義の不動産を妻であった配偶者に分与したところ、不動産による分与は所得税法33条1項にいう「資産の譲渡」

にあたるので、分与者には時価相当額の経済的利益の収入があるとして所得税の更正処分が行われたものである。

一審の名古屋地裁では慰謝料として譲渡されたものと認定され、二審の名古屋高裁では慰謝料及び将来の扶養料として譲渡されたものと認定され、分与者の請求はいずれも棄却されている。昭和50年5月27日に最高裁は、原審の判断は正当であるとして上告を棄却しているが、次のような判断が示されている（以下「昭和50年5月27日最高裁判決」という。）。

- 1 譲渡所得に対する課税は、資産の値上がりによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のものであるから、その課税所得たる譲渡所得の発生には、必ずしもその資産の譲渡が有償であることを要しない。したがって、所得税法33条1項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず、資産を移転させるいっさいの行為をいうものと解すべきである。
- 2 財産分与の権利義務の内容は、当事者の協議、家庭裁判所の調停若しくは審判又は地方裁判所の判決をまって具体的に確定されるが、権利義務そのものは、離婚の成立によつて発生し、実体的権利義務として存在するに至り、当事者の協議等は、単にその内容を具体的に確定するものであるにすぎない。そして、財産分与に関し当事者の協議等が行われてその内容が具体的に確定され、これに従い金銭の支払い、不動産の譲渡等の分与が完了すれば、財産分与の義務は消滅するが、この分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益といふことができる。したがって、財産分与として不動産等の資産を譲渡した場合、分与者は、これによつて、分与義務の消滅という経済的利益を享受したものだといふべきである。
- 3 してみると、不動産の譲渡のうち財産分与に係るものは、分与者に譲渡所得を生ずるものであり、課税の対象となる。

この最高裁の判決を受け、昭和50年に所得税法基本通達33-1の4が発遣され、また、裁判事例としても、上記最高裁判決と同趣旨の判決がこの後に次々と出されており(3)、今日では、この判断は、判例として確立したものとなっている。

この結果、財産分与が不動産で行われた場合には、財産分与者（多くの場合は夫）に譲渡所得税が課税されることになるのであるが、平成3年3月14日の東京高裁判決が「少なくとも通常の一般人にとっては、財産分与によつて譲渡所得が発生するとの理解は必ずしも容易ではないといわざるを得ない」(4)と指摘するように、平均的な常識人には、現在の

取り扱いが理解し難いものであると言わざるを得ない。

したがって、本稿は、不動産で財産分与を行った場合に生じる複雑な譲渡所得課税の問題に再度スポットを当て、平均的な国民が理解できない課税関係にはどこか誤りがあるのではないかとの視点から、現行の課税関係が適切なものであるのかどうかを検討するものである。

1. 夫婦の財産関係をどう考えるか

わが国は、第二次世界大戦後、アメリカ軍の占領下で、ポツダム宣言の趣旨に沿った民主化が行われた。新たに制定された日本国憲法24条には、個人の尊厳と男女平等の原則が宣言され、家族の在り方も、女性が嫁として既存の夫の家に入るという婚姻形態から、婚姻によって新しい家族が形成されるという考え方に変わっていった。このような背景の下、旧民法の「管理共同制」の反省の上に夫婦の財産関係として「別産制」が定められ、離婚に際しての財産的給付制度として「財産分与制度」が新たに設けられた。

民法762条は、夫婦財産契約（民法755条～759条）がなされていない場合の法定財産制として、1項において「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする」と定め、2項において「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する」と定めて、別産制が原則であることを明確にしている。

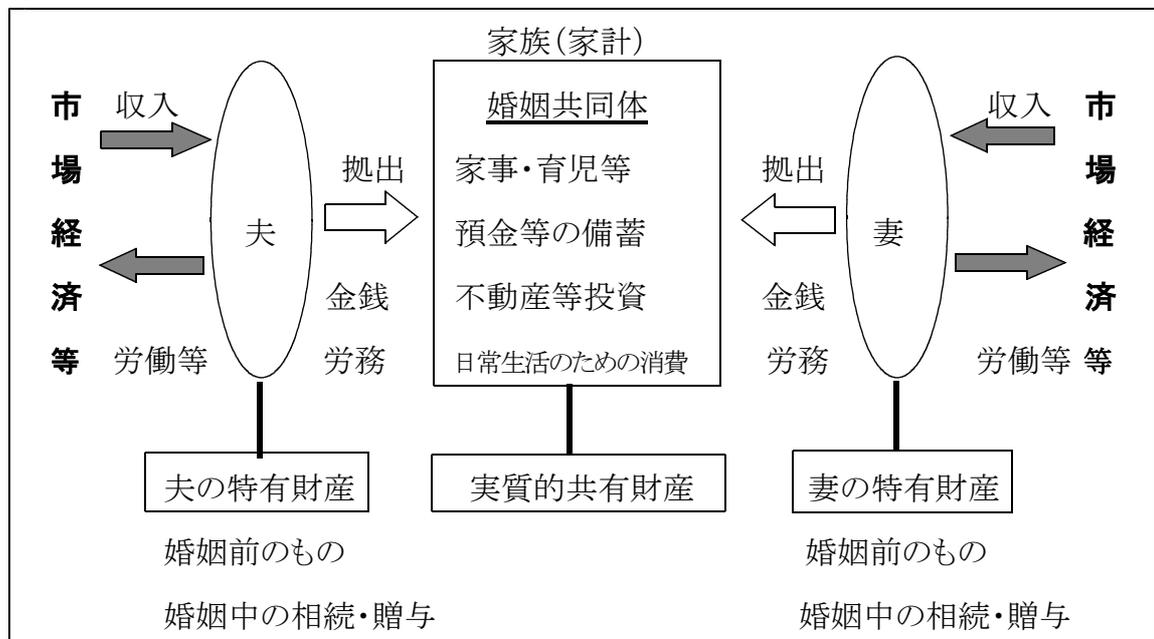
民法では、夫婦は独立・対等な法的主体である。したがって、私有財産制からすれば、夫婦それぞれが財産を完全に別有するということは当然のことであって、夫の財産を夫が、妻の財産を妻が、それぞれ独立してこれを所有・管理し、処分できるということは、それ自体さしたる意味をもつものではない。また、夫婦関係が円満に継続するかぎり、妻は、夫婦の協力義務を基礎として、夫と同程度の生活を維持することができるので、あまり別産制が意味をもつことはない。

しかし、別産制の下では、婚姻関係にあったという事実のみをもって、夫婦の一方が他方の財産に対して権利を主張することはできないし、女性が、夫や子供のために、妻として、あるいは母として貢献したとしても、それがそのまま妻の財産的な評価・帰属につながることはない。したがって、別産制では、婚姻中自己の名で得た財産はその者の特有財産となることから、妻が専業主婦である場合には、夫の収入に対して妻がいかに貢献した

としても、そのことによって夫の取得した財産が夫婦の共有となることはなく、妻には現実的に財産が帰属することはない。そして、このような不平等を解決するものとして、離婚の際の財産分与制度（民768条）や死亡解消の場合の配偶者相続権（民890条）が位置付けられてきた(5)。このように考えると、別産制が現実的な意味をもつのは離婚に際して、ということになる。

現行民法の夫婦財産制の下では、婚姻中の夫婦の財産は、①名実ともに夫婦の一方に属する「特有財産」（婚姻前から所有していた財産及び婚姻中に相続・贈与により取得した財産）、②名実ともに夫婦が共同所有する「共同所有財産」（共有名義の財産、共同生活のために必要な家具・家財）、③名義は夫婦の一方になっているが実質的には夫婦共有の財産である「実質的共有財産」（婚姻中に夫婦が協力して取得した不動産・預貯金等の財産で、形式的に夫婦いずれかの名義となっている財産）の三つに大別されるのが一般的である。

結婚、夫婦、家族といったものをどのように考えるかは非常に難しい問題であるが、思うに、夫婦は、二人の独立した男と女が、一つの目的に向かうために、自由・対等の下に集合し結成される終身的な結合体であり、社会における最小単位かつ最重要な共同体(婚姻共同体)であると考えられる。



このような夫婦のあり方を前提にすると、婚姻期間中に夫婦が協力して形成した財産は、実質においてすべて夫婦の共有とするのが相当であり、また、男女平等の理念に基づいて妻の経済的地位を保障し、確保するためにも、このような実質面に着目した共有の考え方が必須であろう。

しかしながら、純粋に民法の規定を適用して、別産制の下では夫婦間に「実質的共有財産」は存在せず、妻は、財産分与という法律行為のときに、それまでの貢献が評価されて、はじめて夫の特有財産に対して共有持ち分を持つことになるとする考え方(6)に対し、これまで、法律論として対抗策を提示できないのが現状である。

2. 財産分与

夫婦が離婚したときは、その一方は他方に対し、財産分与を請求することができ(民法768条)、財産分与の内容は当事者の協議により、協議が整わない場合には家庭裁判所の調停もしくは審判、さらには裁判等によって具体的に確定される(民法771条)。

今日、離婚に際しての財産分与は、(1)夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算・分割する清算的要素と、(2)離婚後の扶養的要素に加えて、(3)慰謝料的要素を考慮することができる点で、判例・学説に大きな争いはないが、別産制と財産分与の関係をどのように考えるかは、必ずしも明らかではない。

民法改正法案が討議された第一回国会の衆議院司法委員会では、政府委員より夫婦財産制は別産制であり、財産分与の前提は共有制である旨の答弁がしばしばなされているが(7)、これらの答弁に鑑みた場合、提案者たる政府は、民法の夫婦財産制は婚姻中に限り夫婦それぞれの財産を分別するものであり、婚姻解消時には、その事実によって、婚姻中に夫婦が協力して形成した財産が共有財産化され、その財産を夫婦が協議してそれぞれに分割する(=婚姻中の所得の分割)と考えていたと推測される。そうすると、民法の夫婦財産制の法的構成は、婚姻期間中は民法762条によって夫婦の財産の帰属と第三者との関係が規定され、婚姻解消時には民法786条により婚姻中に形成された夫婦財産の分割とその割合の決め方が規定され、財産の帰属が決められるということになる(8)。

夫婦といえども財産が誰れのものであるのかを第三者に明確にするということは、社会生活をする上で非常に重要であると考えられるので、民法上は、婚姻期間中は別産制の建前に従って誰の名義であるのかが尊重される。しかし、離婚後は、もはや夫婦ではないので、二人の間の財産関係に、そもそも民法762条の別産制を適用する余地はないことになる。したがって、離婚に際して、婚姻中に形成・維持された財産の清算・分割を行う場合、名義上は夫婦の一方の所有となっている財産であっても、その財産は実質的には夫婦の共有であると見るべきことになり、婚姻が解消される場合にその潜在的持分を清算をすることは、正

義・衡平に適うことになる。実際、昭和46年7月23日の最高裁判決は、「離婚における財産分与の制度は、夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算・分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするもの」であると判示している(9)。

財産分与の法的性質のうち、扶養料及び慰謝料としての財産分与は、不法行為に基づく損害賠償制度と関連づけられ、分与を受ける者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、分与する者にこれを賠償させることにより、分与を受ける者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものである(10)。そうすると、これらの財産分与は、夫婦財産の清算・分割ではなく、扶養料や慰謝料に相当する金銭の支払いを求めるものということになる。

しかし、扶養料や慰謝料を損害賠償と考えると、民法417条の「損害賠償は、別段の意思表示がないときは金銭をもってその額を定める」が問題となる。すなわち、財産分与について、当事者の協議、裁判所の調停・審判・判決等によって具体的に確定される財産分与の内容が、はじめから不動産等を分与するというものである場合には、それは当事者間において、民法417条の「別段の意思表示」があったということに他ならない。したがって、金銭等による財産分与が当事者のはじめからの合意である場合は格別、不動産等による財産分与が当初の合意である場合には、扶養料及び慰謝料としての財産分与であっても、不動産等をもって分与することが財産分与義務の本旨に従った弁済ということになる。

実質的共有財産の清算・分割としての財産分与は、その実質は、夫婦共有財産の分割であり、物の分与そのものを求めるものである。したがって、財産分与の内容として、当初より不動産等の引渡しそのものを求めている場合は、財産分与の法的性質が、清算的要素、扶養料的要素、慰謝料的要素のいずれであっても、特定物の所有権の移転という物権行為そのものが財産分与の内容となると考えられる。また、これを財産分与を受けた者の立場から見ると、不動産等を「もらった」あるいは「譲り受けた」のではなく、財産分与請求権という権利に基づいて「給付を受けた」ということになる。

これらのことは、財産分与に関する当事者の協議等の結果がどのように書面化されるのかを見てみると良くわかる。『家事調停条項事例集(新訂)』(最高裁判所事務総局家庭局編纂、財団法人日本調停協会連合会出版)の中には多くの調停事例の書式例が示されている。しかし、不動産でもって財産分与する場合はもちろん、自動車等の動産で財産分与する場合の事例を含めて、これらの場合は、物件目録と引き渡し記載されるのみであり、財産分与義務の金額が記載される事例は示されていない。また、離婚協議書等による場合

にも、「甲は、乙に対し、甲が所有する下記のマンションを、平成〇〇年〇〇月〇〇日までに、平成〇〇年〇〇月〇〇日を登記日付、財産分与を登記原因として所有権移転登記手続をする。(権利証に記載されているマンションの表示をこの文章に続き記載する)」のように、分与される動産・不動産の目録が記載されるだけであり、具体的な財産分与義務額が記載されることはない。

このような実務が行われるのは、財産分与が経済市場における取引とは異なり、婚姻中に夫婦が形成した財産を夫婦それぞれに「清算・分割」するものであるため、夫婦財産のうち、どの財産が誰に帰属するのかが明らかになれば充分であり、財産分与される不動産等がいかなる金額であるのか、あるいは時価等に比べて高いのか安いのか、といったことを全く考える必要がないということに起因する。そうすると、金銭によって財産分与を行う場合以外は、少なくとも当事者間の合意として、財産分与として支払うべき金額(財産分与義務額)そのものが存在していない、あるいは確定していない、と言わざるを得ないことになる。

3. 財産分与によって当事者に課税所得が発生するか

財産分与の権利義務がいつ、どのように発生するかについては、①形成説、②確認説、③折衷説等の諸説があるが、「昭和50年5月27日最高裁判決」を含め、判例は、折衷説の立場に立っていると考えられる。判例等が採用する折衷説にしたがった場合、抽象的な財産分与義務は、離婚の成立によって当然に発生し、具体的な財産分与義務は、当事者間の協議、裁判所の調停・審判・判決等によりその内容が具体的に確定する。そして、離婚協議書等の合意内容にしたがって相手方に金員の支払いをし、あるいは、動産・不動産等の引き渡しをすると、財産分与義務は消滅する。

例えば、最もシンプルな例である財産分与を金銭で行った場合の分与者側の仕訳を示すと、次のようになる。

① 離婚により抽象的財産分与義務が発生したとき

具体的内容が定まっていないので、特に仕訳すべき事項はない。

② 当事者の協議等が行なわれて具体的財産分与義務が確定したとき

(財産分与として4,000万円の金銭支払い義務が確定したと仮定。)

(借) 純 財 産 4,000万円 (貸) 財産分与義務 4,000万円

③ 財産分与義務を履行するために金銭の支払い4,000万円を行ったとき

(借) 財産分与義務 4,000万円 (貸) 現金預金 4,000万円



上記①～③をまとめると

④ (借) 純財産 4,000万円 (貸) 現金預金 4,000万円

財産分与は、婚姻中の実質的共有財産の清算・分割であるので、分与者は、自己の名義で保有する財産について、相手方に、その潜在的持ち分相当額を無条件で割譲しなければならないことになるが、このことは、分与義務の発生により抽象的に、そして、確定により具体的に、分与者に分与義務相当額の純財産の減少が生じることを意味する。

これに対して、財産分与を受ける者の仕訳は、

(借) 財産分与請求権 4,000万円 (貸) 純財産 4,000万円

(借) 現金預金 4,000万円 (貸) 財産分与請求権 4,000万円



(借) 現金預金 4,000万円 (貸) 純財産 4,000万円

となり、潜在的持ち分相当額が顕在化し、単純に純資産が増加する。この結果、財産分与を行った者及び財産分与を受けた者の双方に所得が生ずることはない。

次に、夫名義となっている100㎡の土地で財産分を行う場合はどうなるのか、上記と同様に複式簿記を使って検討すると、次のようになる。

⑤ 離婚により抽象的財産分与義務が発生したとき

具体的内容が定まっていないので、特に仕訳すべき事項はない。

⑥ 当事者の協議等が行なわれて具体的財産分与義務が確定したとき

(財産分与として100㎡の土地の分与義務が確定したと仮定。)

(借) 純財産 100㎡の土地 (貸) 財産分与義務 100㎡の土地

⑦ 財産分与義務を履行するために100㎡の土地の名義変更を行ったとき

(借) 財産分与義務 100㎡の土地 (貸) 土地 100㎡の土地



上記⑤～⑦をまとめると

⑧ (借) 純財産 100㎡の土地 (貸) 土地 100㎡の土地

不動産等で財産分与を行う場合にも、金銭による財産分与と同様、当事者の協議等が行なわれて具体的財産分与義務が確定したときに、分与者の純財産が減少する。しかし、不

動産等で財産分与を行う場合には、金銭による財産分与の場合と異なり、『家事調停条項事例集（新訂）』等に記載されるように、財産分与義務額が記載されることはないので、金額で仕訳を行うことはできない。すなわち、不動産等で財産分与をする場合には、不動産等の引き渡しそのものが財産分与の目的となっているので、当事者間においては、100㎡の土地を財産分与として引き渡すということについての合意がなされれば充分であり、それを金額としていくらと見るかについての合意はまったく必要がないし、合意がなされることもないからである。

一方、財産分与を受ける者の仕訳は、現金預金が土地等になるだけであって、金銭によって財産分与を受ける場合と変わらない。

このように、財産分与を婚姻中の実質的共有財産の清算・分割であるとした場合には、金銭での財産分与によっても、不動産等での財産分与によっても、財産分与者及び財産分与を受けた者に、税法上、課税すべき所得が発生することはない。

財産分与そのものによって所得が発生しないことについて、課税当局が十分に承知していることは、国会答弁によって明らかである(11)。例えば、昭和54年3月2日の衆議院大蔵委員会において大蔵省主税局長高橋元氏が、「財産分与は、……離婚によってすでに財産分与の潜在的な権利義務、潜在的と申して適當かどうか知りませんが、これが発生しておいて、それを履行するわけでございます」と答弁した後、続けて、「分与を受けた方、つまりもとの奥さんにも、分与をしたもとの夫にも、分与をしたというだけでいずれの場合でも課税は起こっておらないわけでございます。課税をしておらないわけです。分与をした人に課税をするいわれはございませんし、分与を受けた人にもこれは贈与でないから課税してない。これは分与請求権に基づく義務の履行でありますから、譲渡者、譲り受け者、いずれについても課税されることはないわけでございます。」と答弁していることや、昭和55年5月8日の参議院法務委員会において、大蔵省大臣官房審議官梅澤節男氏や法務省民事局長貞家克己氏が同趣旨の答弁を行っていること等によっても、このことは裏付けられる。

そうすると、現行税法の取扱いは、立法時に政府が意図していたと推測される、民法の夫婦財産制は婚姻中に限り夫婦それぞれの財産を分別するものであり、婚姻解消時には、その事実によって婚姻中に夫婦が協力して形成した財産が共有財産化され、その財産を夫婦が協議してそれぞれに清算・分割するとの考え方に近いものと考えられる。また、判例との関係で言えば、平成7年1月24日の最高裁判決(12)のように、別産制の下では夫婦間に

「実質的共有財産」は存在せず、妻は、財産分与という法律行為のときに、それまでの貢献が評価されて、はじめて夫の特有財産に対して共有持ち分を持つことになるとする考え方よりも、昭和46年7月23日の最高裁判決等(13)のように、「実質的共有財産」の存在を認める判決に近い考え方と言えるであろう。

4. 財産分与を不動産で行った場合なぜ課税されるのか

高橋主税局長は、前項の引用部分に続いて、「土地を引き渡した場合には、これはキャピタルゲイン、譲渡利益というものがございませう。その譲渡利益に課税するというのが譲渡所得課税の建前でございます。これは原因となる引き渡しは贈与によるものであっても原則として起こってくる。この場合、分与者が分与義務の消滅という経済的利益を受けることとなりますから、したがって、土地についてそれまでに生じていた値上がり益が土地の移転によって実現したというふうに見て、移転の際に譲渡所得課税を行うということが、他の譲渡の場合と比べて相当であるという考え方を持っておりま(す。)」さらに、「たとえば10万円で買った土地を3,000万円という評価で別れていく奥さんに渡す、こういう場合に、夫がそれによって受ける分与請求権の消滅というこういう利益の対価として見ますと、やはりそこにキャピタルゲインというのは起こっているわけでございますね。それは10万円で買った土地を10万円で奥さんにやってしまうというこういうことであれば、これはキャピタルゲインも何も起こっていないわけでありませうが、3,000万円だ、こう言って渡す限りは、2,990万円の譲渡益というものは起こっているわけでございます。」と、財産分与を不動産で行った場合の課税根拠を説明している。

この答弁は、不動産等で財産分与を行うことは、財産分与義務という金銭債務を対価とした不動産の有償引き渡しであり、「代物弁済取引」に該当するので、財産分与が不動産等の値上がり益のある資産で行われる場合には、その譲渡利益には課税が行われるとするものである。

しかし、この答弁には、問題としなければならない点が2つある。一つは、「3,000万円だ、こう言って渡す限りは、2,990万円の譲渡益というものは起こっているわけでございます」と説明している部分である。本稿「2. 財産分与」に記載するように、実務においては、不動産等で財産分与を行う場合には、物件目録に記載する物件の引き渡しが定められるだけであり、それが金額としていくらであるかが定められることはない。それは、財

産分与が婚姻中に形成された夫婦の財産の「清算・分割」であるからであり、金銭によって財産分与を行う場合以外は、少なくとも当事者間の合意として、財産分与として支払うべき金額そのものが必要ないからである。したがって、上記答弁のように、「3,000万円だ」とすることはないのである。

二つ目は、「分与者が分与義務の消滅という経済的利益を受けることになりす」、あるいは「分与請求権の消滅というこういう利益の対価として見ますと」と説明している部分である。「昭和50年5月27日最高裁判決」も、「金銭の支払い、不動産の譲渡等の分与が完了すれば、財産分与の義務は消滅するが、この分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益ということが出来る」とするが、前項の仕訳例で明らかのように、金銭の支払いによって債務を消滅させても、そのことによって、いかなる意味においても、分与者が経済的利益を享受することはない。このことは、買掛金債務の支払いや借入金債務の返済を金銭で行っても、そこに経済的利益を認識して、税金を課すという実務がないことは、容易に理解し得ることである。財産分与義務に基づく財産分与行為は、財産分与義務の履行そのものにほかならないので、そこに、経済的な利益が発生するという事は、あり得ないことである。

したがって、不動産等により財産分与を行う場合には、財産分与義務の消滅そのものによってではなく、財産分与義務の消滅のために、移転した不動産等の値上がり益を分与者が活用している、すなわち、値上がり益が実際に実現し、具体的な経済的利益となっているということが理論上で、かつ事実において、証明できるのでなければ、それによって分与者が経済的利益を享受しているとみなすことはできないと考えられる。

5. 財産分与に代物弁済の考え方を適用することの是非

「代物弁済」とは、債務者が債権者の承諾を得て、約定されていた弁済の手段に代えて他の給付をもって弁済する場合の資産の譲渡である（民法482条）。そして、代物弁済の要件は、①有効な債権の存在、②当事者の合意、③本来の給付と異なる給付の完了、④弁済に代えて行われること、であるとされる。③の要件については、債権者の承諾があるのであれば、どのような内容の給付でも可能であり、債権の額と価格等にズレがあってもよいとされる。

したがって、離婚協議書等の合意内容が、一定額の金銭の支払いを内容とするものであ

る場合に、分与者が分与を受ける者と、その金銭の「支払いに代えて」、自らが所有する不動産等を相手方に移転して財産分与義務を消滅させる合意をし、弁済することは、代物弁済の要件を満たしているので、その場合の不動産による財産分与は、代物弁済であると言えるであろう。

しかし、離婚協議書等の合意内容が、はじめから分与者の保有する不動産の引渡しをもって行うとするものである場合は、実質的共有財産の清算・分割としての財産分与はもちろん、扶養的要素や慰謝料としての財産分与も、民法417条の適用後において、特定物の所有権の移転という物権行為そのものが財産分与の内容となる。したがって、この場合には、財産分与の法的性質如何に関わらず、「約定されていた弁済の手段」は特定物の引き渡しとなり、不動産によって財産分与義務の弁済を行ったとしても、それは、本旨に従った弁済であり、約定されていた弁済の手段に代えて他の給付をもって行った弁済と考える余地はないことになる。

次に、代物弁済は、「有効な債権の存在」を要件とするが、代物弁済取引においては、弁済すべき債務の額及び約定された弁済の方法（本来の弁済方法）が、先に確定していなければならない。このため、前項の高橋主税局長の国会答弁は「3,000万円だ、こう言って渡す限りは」ということになるのである。また、この要件は、債務の額は代物弁済するものの価格と関係なく独立して発生し、存在することを意味する。したがって、代物弁済として不動産等の資産の給付が行われ、合意額（通常は時価相当額）だけ債務の額が減少する場合、代物弁済物件の時価が債務額を上回る場合は精算金が債務者に支払われ、代物弁済額が下回る場合は債務者には引き続き弁済後債務が残ることになる。代物弁済が行われたことによって、代物弁済した不動産等の時価相当額が債務額となることはなく、代物弁済によって債務額のすべてが消滅するものでもない。

財産分与を不動産で行う場合には、先に記載したように、離婚協議書等に記載されるのは、目録記載の不動産を財産分与として相手方に移転（分与）するということだけである。したがって、財産分与として不動産の移転がなされ、その不動産の時価が特定できたとしても、消滅させるべき財産分与義務額について当事者間の合意が存在しないので、財産分与義務額と移転された不動産の時価との間に過不足があるのか否かを特定することはできない。このことは、「譲渡所得税の課税対象となるのは、分与義務の履行として譲渡された部分であり、その余の部分が（譲渡所得課税の：筆者挿入）課税対象とならないことは明らかである。(14)」と判示されていることとの関係において、極めて重要である。

例えば、財産分与として取得価額1,000万円、時価4,000万円の土地の移転を行ったとしても、高橋主税局長の答弁のように、「3,000万円だ、こう言って渡す限りは」譲渡所得は2,000万円（財産分与義務額3,000万円－取得価額1,000万円）ということになり、1,000万円は譲渡所得課税の対象外にしなければならないのである。また、「5,000万円だ」と言って渡した場合は、譲渡所得は4,000万円になるのであろうか。土地の価額は一義的に決定することはできないので、当事者間に財産分与義務額の合意がなければ、この「3,000万円だ」を第三者が確定することはできないのである。

このような不都合を解消するため、昭和50年に所得税法基本通達33-1の4が発遣されているが、この通達の本来の趣旨は、財産分与された不動産は時価で譲渡された旨を定めるものであるが、本文に注書を加えることにより、当事者の意思や合意とは関係なく、財産分与義務額を、税務上、強制的に分与した不動産の時価であるとするものである。しかし、移転された資産の価額の決定と財産分与義務額の確定手続きとは、まったく関係のないものであり、これを通達限りで同一とすることは、理論的根拠を欠くものであり、また、実定法上の根拠もないので、租税法律主義に反すると言わざるを得ない。

代物弁済と財産分与の違いは、図1と図2の違いで明らかである。例えば、夫が自分名義の土地100㎡（時価4,000万円、値上がり益3,000万円）を持っている場合に、妻から4,000万円の借入を行い、その後、その100㎡の土地で代物弁済した場合の概念図は、図1のようになる。また、同じ100㎡の土地をもって妻に財産分与した場合の概念図は、図2のようになる（以下、借入金元本の返済や税金の額等は無視し、また、問題点を明確にするため夫は全財産を妻に財産分与すると仮定する。）。

図1は、代物弁済を行う場合の概念図である。夫が妻より金銭での返済を条件に4,000万円の借入をすると、現金預金4,000万円が増加し、同時に、妻に対して借入金債務4,000万円を背負うことになる。これが図1の真ん中「借入後」の状況になる。その後、夫は、借入金債務について、妻の同意の下に代物弁済を行うことにし、もともと1,000万円で取得した土地100㎡（時価4,000万円）を金銭での「支払いに代えて」妻に移転することにより、借入金債務4,000万円の返済を行った。この結果が図1の右側「代物弁済後」の状況になる。これを見て解るように、代物弁済後に、夫には4,000万円の現金預金が残し、妻には時価4,000万円の100㎡の土地が残る。

これを見た場合、夫が、土地の値上がり益3,000万円を使って借入金債務3,000万円の弁済をし、経済的利益を享受しているように見える。しかし、代物弁済の全過程を見れば、

妻の現金預金4,000万円が夫に渡り、それと交換に夫の所有する時価4,000万円の土地が妻に渡った、すなわち、売買と同義であることがわかる。代物弁済は、一見すると、借入金債務を対価とした取引であるように見えるが、実際は、借入をしたときに受領した現金預金を対価とした譲渡取引であり、それ故、譲渡所得課税の対象となるが、夫は保有していた土地の値上がり益3,000万円を具体的な現金預金（経済的価値のあるもの）として実現しており、担税力が向上している。なお、夫及び妻の時価純財産は、借入をする前、借入をした後、代物弁済をした後を通じて、4,000万円と不変である。

これに対して、図2は、土地で財産分与を行った場合の概念図である。夫婦が離婚をし、具体的な財産分与の内容として夫名義の100㎡の土地を妻に分与するとの合意が成立した状況が真ん中の「財産分与確定」の図である。清算的財産分与は、婚姻中の実質的共有財産の清算・分割であるので、具体的な財産分与の内容が確定すると、夫の財産は、妻の潜在的持ち分相当額（値上がり益を含む）だけ減少する。それが、図の下部に「(一) 財産分与義務土地100㎡」及び「(一) 値上がり益3,000万円」が記載される理由である。この段階で、夫は、プラスの財産として100㎡の土地（3,000万円の値上がり益あり）を持つが、マイナスの財産として100㎡の土地を妻に移転する義務「(一) 財産分与義務 土地100㎡（3,000万円の値上がり益を引き渡す義務を含む）」を同時に持つことになるので、この時点で夫の時価純財産は、離婚前の4,000万円から”ゼロ”に減少する。

図2の右半分は、当事者の合意に従って100㎡の土地を夫から妻に移転する状況を表している。100㎡の土地を妻に移転することにより、夫は、所有する100㎡の土地とそれに関わる値上がり益を失い、同時に「(一) 財産分与義務土地100㎡」等も消滅する。夫が100㎡の土地を妻へ移転することは債務の履行であるので、夫の時価純財産は、「財産分与確定」の場合と変わらず”ゼロ”のままである。これに対して、妻は、財産分与請求権が具体的な100㎡の土地になり、夫に対する「(+) 財産分与請求権 土地100㎡」が消滅する。

「昭和50年5月27日最高裁判決」は、「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず、資産を移転させる一切の行為をいうとし、財産分与によって実際に資産の移転が生じているから、そこには「資産の譲渡」があり、移転前の資産の保有者に対してキャピタル・ゲイン課税を行い、精算しなければならないとする。さらに、代物弁済の理論によって、財産分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益ということが出来るから、財産分与として不動産等の資産を譲渡した場合、分与者は、これによつて、分与義務の消滅という経済的利益を享受したものであるとする。

一見すると非の打ち所がない結論のように見えるが、図2をみると解るように、財産分与の結果、夫の時価純財産は、当初の4,000万円が”ゼロ”になっており、担税力を喪失しているのである。財産分与の場合には、移転した土地に係る値上がり益相当額について、経済的な価値の流入がないので、分与者は、分与後に土地の値上がり益を現金預金等として具体化して、実際的な経済的利益として確保することができないのである。したがって、「昭和50年5月27日最高裁判決」が判示するように、分与者が、財産分与義務の消滅によって値上がり益3,000万円を実現利益3,000万円として、実際的な経済的利益を享受することはできないのである。

以上の検討で解るように、不動産で行う財産分与は、代物弁済の要件のうち、「有効な債権の存在」と「本来の弁済に代えて行われる給付」という要件を欠いている。また、概念図の比較で解るように、財産分与と代物弁は似て非なるものである。したがって、不動産による財産分与に、代物弁済の論理を適用することはできないし、適用することは誤りである。

また、税という面から見た場合、現行の取り扱いには、”不動産による財産分与については、財産分与義務額が確定していないため、代物弁済の論理を適用しても、財産分与義務額を対価とした譲渡所得の計算をすることができない”という本質的かつ致命的な欠陥がある。さらに、分与者は、担税力を喪失しているにもかかわらず、未実現の値上がり益について課税が行われており、それは、所得税の課税原則に反する取り扱いであると言わざるを得ない。

6. 分与者に「経済的利益」はあるのか

譲渡所得については所得税法33条1項において、「譲渡所得とは、資産の譲渡……による所得」であるとし、同条2項において「譲渡所得の金額は、総収入金額から取得費及び譲渡費用を控除した金額から特別控除額を控除した金額」であるとする。そして、所得税法36条において、総収入金額とは、「別段の定めがあるものを除き、その年において収入すべき金額（金銭以外の物又は権利その他経済的な利益をもって収入する場合には、その金銭以外の物又は権利その他経済的な利益の価額）」であるとする。

所得税法36条1項にいう「収入すべき金額」については、「収入すべき権利の確定した金額をいう」とする昭和40年の最高裁判決(15)があるが、近時の高裁判決(16)では、所得税

法における課税物件は単なる所得ではなく、収入で捉える所得とした上で、「所得税法36条1項にいう『収入』とは、自分のものとして受け取る具体的な経済的価値、すなわち、『金銭、物又は権利、その他経済的な利益』をいう。これは課税物件の要件の一つである確定概念として一義的に解釈しなければならない。」とされる等、単純な抽象的権利ではなく、具体的な金銭的価値の受取額であるとする方向にある。

最高裁は、これまで、譲渡所得の本質は資産の増加益、すなわちキャピタル・ゲイン課税であるとする「増加益清算説」の立場をとってきたが(17)、平成18年4月20日判決(18)が「所得税法上、抽象的に発生している資産の増加益そのものが課税の対象となっているわけではなく、原則として、資産の譲渡により実現した所得が課税の対象となっているものである」とする等、最近は、実質的に「譲渡益所得説」に舵を切ったのではないかと考えられる状況にある。

そうすると、実定法の規定するところに立ち返って、所得税法36条1項の「収入すべき金額」は、その年において収入すべき金額であるから、「経済的利益」もその年において収入すべき経済的利益ということになり、契約とか法律の定めるところにより法律上の権利として具体的に流入すべき利益を指すものと解すべきことになる。具体的には、現金預金、債権や商品等の将来現金預金に替わりうるものの具体的な流入によって裏付けされた実現益を意味すると考えられる。

資産を保有していることにより発生した価値の増加は、その資産の所有者にとっては実現したものとは言えず、その支配を離れて他に移転する時に、その増加価値が具体的な金銭的価値を持つに至って、すなわち、具体的に実現して、はじめて「経済的利益」として収入になると考えなければならないことになる。換言すれば、譲渡所得の本質を抽象的な保有期間中の値上がり益とすることは誤りであり、譲渡所得は、現実の収入金額から取得費等を控除した譲渡差益を意味するものとして捉えなければならないことになる。

不動産等の値上がり益が実現し、具体的な「経済的利益」となっている場合には、取引完了後に、移転した不動産の取得価額に値上がり益相当額を加算したもの、すなわち移転した不動産の時価相当額が、譲渡者の手元に具体的な資産として残ることになる。例えば、土地を売却した場合には、実現した土地の値上がり益は、売買代金として実際に受け取った現金預金や売買代金請求権（将来の現金預金である。）として具体化し、交換を行った場合には、交換後の土地（資産）として具体化する。

債務が消滅する場合も同様である。債務4,000を消滅させるために時価4,000の土地（取

得価額1,000、値上がり益3,000)を債権者に移転する場合、債務の履行局面だけを抜き出して見れば、土地の値上がり益3,000を使って債務4,000のうちの3,000を消滅させているので、一見すると、土地の値上がり益は実現し、なおかつ、債務者の現金預金の流出が抑えられたように見える。このため、「債務の支払義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益」であり「債務の消滅により経済的利益を享受した」との誤った判断を招来することになるのである。しかし、このように言えるのは、債務者が、消滅した債務の発生時に、金銭的価値のあるものを具体的に受取っている（予めの流入がある）場合に限られる。例えば、商品等の仕入債務である買掛金を手持ちの土地で支払う場合には、買掛金発生時に購入した商品（資産）として土地の値上がり益は具体化しているのであり、借入金を手持ちの土地で返済した場合は、土地の値上がり益は借入をした時に受領した現金預金として具体化しているのである。

売却等の場合と債務が消滅する場合とで異なるのは、値上がり益を具体化する現金預金やその他の資産を、土地の移転と同時に受け取る（あるいは、事後的に受け取る）のか、移転の前にあらかじめ債務の発生という形で受け取るかの違いにすぎない。したがって、土地の値上がり益が実現し、債務者が実際に「経済的利益」を享受している場合には、売却等の場合であっても、債務が消滅する場合であっても、取引の全過程において、実現益が具体的な資産となって債務者に流入し、結果として、担税力の増加となる手元資産の増加が債務者に生じるのである。

そうすると、消滅する債務について、その発生時点において金銭やその他の資産の受け取りがあったのか否かが重要になる。予め金銭やその他の資産の受け取りがある場合には、消滅する債務を透過して具体的な金銭やその他の資産の流入が確認できるため、「債務の支払義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益」であり、「債務の消滅により経済的利益を享受した」とすることができる。

しかし、不動産で行う財産分与のように、予め金銭やその他の資産の受け取りがない場合は、消滅する財産分与義務を透過して、具体的な金銭やその他の資産の流入を確認することができないため、消滅する債務を対価として値上がり益が具体的に実現しているとはできず、したがって、債務者が経済的利益を享受しているということもできない。

代物弁済の場合には、債務の発生時点で、債務者は、代物弁済する不動産等の売却代金に相当する現金預金等を受領することができるが、財産分与において財産分与義務が発生する場合には、分与者に分与する不動産等の売却代金に相当する収入はなく、単純に分与

者の財産が分割・減少するだけである。代物弁済の代物弁済たるゆえんは、実質、代物弁済取引を不動産等の売買取引に還元することができる点にある。したがって、不動産で行う財産分与が代物弁済取引であるとするならば、財産分与の全過程において、どこかで売買代金に相当するキャッシュ等の経済的利益の流入が確認できなければならないのであるが、財産分与の全過程を通じて、分与者に分与財産の売買代金に相当するキャッシュ等の流入を認めることはできない。この意味において、不動産等で行う財産分与に代物弁済の論理を適用することはできない。

また、財産分与により土地の値上がり益が実現しているとするために、土地の売却代金を現金で受領し、その現金で財産分与義務の履行をしたと説明される場合があるが、このような現金の授受を仮定することは、完全にフィクションであり、租税法律主義の下においては、納税者が選択した法形式に従った課税をするのが所得税法の趣旨であるとみるのが相当であり、納税者が選択した法形式を否認して他の法形式を前提とした課税をすることは明文の規定がない限り許されないものというべきである(19)。法律の根拠なしに当事者の選択した法形式を引き直し、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限は課税庁に認められてはいないはずである。

不動産等で行う財産分与において、所得税法36条1項にいう「収入すべき金額」があったとするもう一つの可能性は、その財産分与によって、分与者の損失を少なくすることができたという事実、すなわち、値上がり益を利用して分与者の損失額の支払いを少なくし、金銭等の流出を抑えることができたという「経済的利益」が存在するかどうかということになる。しかし、「2. 財産分与」の項において検討したように、当事者の協議等によって具体的に確定された財産分与の内容が、はじめから分与者の保有する不動産の引き渡しをもって行うとする内容のものである場合は、財産分与の法的性質が、清算的要素、扶養料的要素、慰謝料的要素のいずれであっても、民法417条の「別段の意思表示」があることになり、特定物の所有権の分割・移転という物権行為そのものが財産分与の内容となるので、そこに損失の発生を認識する余地はなく、したがって、このような「経済的利益」が存在するとはできない。

以上によれば、不動産で行う財産分与について、「分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益ということが出来る」とする結論に到達することはできず、したがって、不動産で行う財産分与を、財産分与義務を対価とする有償譲渡であるとするとはできないということになる。

また、譲渡所得に対する課税は、資産の保有期間中に生じた値上がりによる増加益として既に潜在的に発生しているものが、その資産の譲渡によって実現した場合に、その実現した時の所得として課税を行うものであるから、その増加益が未実現である場合には、課税の対象とされることはないとするのが所得税法の原則である(20)。保有する不動産に既に潜在的に増加益が発生しており、その不動産で財産分与が行われたとしても、分与者に、第三者あるいは分与を受けた者から金銭等の経済的価値のあるものの流入がないことは、説明するまでもなく明らかである。したがって、分与者に所得税法36条1項にいう「収入すべき金額」の生ずる余地はなく、「収入すべき金額」のないところに課税所得の生ずる余地はないと考えなければならない。

そうすると、所得税法基本通達33-1の4は、未実現の値上がり益を実現したものとみなして課税を行う趣旨のものということになり、事実上の「みなし譲渡所得課税」を行うものである。不動産による財産分与についての譲渡所得課税が、例外としての取扱いであるとするならば、所得税法59条と同じく、実定法上にその根拠を持つべきであって、所得税法上の課税の取扱いを通達に委任して変更することは、租税法律主義に反するので、違憲であろう。

また、財産分与義務の消滅がそれ自体一つの経済的利益であるとするならば、それと整合性をとるためにも、財産分与義務の発生は、それ自体一つの経済的損失であるとの取り扱いは行われなければならない。そうすると、この場合、経済的利益と経済的損失は同質のものであるので、経済的利益と経済的損失の相殺が認められるべきである。

7. 財産分与の譲渡性の再検討

不動産等で財産分与を行う場合について、所得税法は、有償譲渡であるとも無償譲渡であるとも規定していない。しかし、不動産等で行う財産分与が、所得税法59条1項の「みなし譲渡所得課税」に限定列挙される事項には該当せず、同条を適用する余地がないので、財産分与者に譲渡所得課税を行うためには、税法理論上、財産分与は有償譲渡であらねばならないことになる。

しかしながら、これまでの検討において、不動産等で行う財産分与が、財産分与義務を対価とする有償譲渡であるとする結論を得ることはできなかった。そうすると、改めて、「不動産で行う財産分与は譲渡なのか」ということが検討されなければならないことになる。

所得税法33条1項の「資産の譲渡」における「譲渡」の意義であるが、法律用語としての「譲渡」は、当事者間の意思表示に基づき、権利・財産・法律上の地位などをそのまま他人に譲り渡すことをいい、契約によるのが通常であるとされる。民法の契約類型のうち、贈与・売買・交換等の財産権移転型契約を含み、対価を伴わない無償譲渡と対価を伴う有償譲渡が含まれると解されている。

税法上は、「譲渡」の意義について、格別の規定は設けられていない(21)が、旧基本通達136により、「譲渡」とは、一般に、所有権その他の権利の移転を広く含む概念で、売買のほか、交換、代物弁済、物納、競売、公売、収用、法人に対する現物出資等による資産の移転が含まれると解されている。しかし、所得税法においては、譲渡所得を発生させる「譲渡」には、契約等により譲渡所得の基因となるべき資産が消滅し又はその価値が減少したことに伴い補償金等の支払を受ける場合が含まれ、相続や時効により資産が移転する場合は含まれない。したがって、所得税法上の取扱いは、法律用語としての譲渡の意義とは異なると考えられる。

民法上、夫婦の一方が、婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とされ(民法762条1項)、所有権は法律行為によって移転する。したがって、民法の立場においては、婚姻中に夫婦の一方が対外的にその者の名義をもって取得した財産について、他方配偶者の協力を評価して、直ちにその者に物権としての共有持分権を認めるとすることは相当ではないことになる。そして、他方配偶者のその財産に対する権利は、存在したとしても、婚姻中は飽くまでも潜在的な未確定の権利にすぎず、離婚に関わる財産分与の協議等を通じて、潜在的な権利が具現化することにより、物権としての権利を取得するものと解するのが相当ということになる(22)。

この結果、有償無償を問わず、資産を移転させる一切の行為が所得税法33条1項にいう「資産の譲渡」に該当するとされる。そして、このように「譲渡」を広く解すると、財産分与によって資産が移転する場合、それも譲渡であり、しかも、財産分与義務を対価とする有償譲渡であるとされるのである。

しかし、前述のように、夫婦とは、男と女が独立した個人として、自由・対等の下に集合して結成する終身的な結合を目的とする婚姻共同体である。したがって、婚姻期間中に夫婦が協力して蓄積した財産は、その名義が夫婦のいずれになっても、それは、夫婦が外部の市場経済より、商品労働の対価として獲得した金銭や家計内の労働(家事労働)等を、婚姻費用として共同体に拠出することによって生み出された夫婦共通の資金を原資と

して獲得したものになる。このため、婚姻中に夫婦が形成した財産は、夫婦いずれかの特有財産としてみるべきものではなく、その実態に着目して、夫婦共有の財産としてみるべきものと言える。

夫婦が婚姻中に形成した実質的共有財産の「清算・分割」としての財産分与は、その実質は、夫婦共有財産の分割であり、物の分与そのものを求めるものである。すなわち、金銭を含めた特定物の所有権の移転という物権行為そのものが財産分与の本質であると考えられるのである。これは、民法762条と768条の成立過程において、財産分与が資産の譲渡や贈与ではなく、夫婦財産の「清算・分割」であると説明されていることとも矛盾しない。そうすると、この意味における財産の移転においては、有償か無償かという問題以前に、資産の譲渡が存在していると考えることが適切なかどうかの問題となる。このため、金子宏教授は、財産分与は、夫名義になっている財産に対する「妻の潜在的権利を顕在化させ、それを正式に妻に帰属させることであるから、そこには資産の譲渡は存在しないと解すべきではなかろうか」(23)とする。財産分与行為は、婚姻中に夫婦の協力によって形成された財産の潜在的な持ち分を明確にするいわば一種の確認行為であり、実際に分割・給付する行為であると考えべきであろう。

消費税法基本通達5-1-4は、単に現物を給付する場合のその現物の給付に係る資産の移転は、資産の譲渡等には当たらない旨を定め、税法上、譲渡に該当しない資産の移転があることを明確にしている。離婚に伴い実質的共有財産の名義を変更することは、経済的な利益を目的とした行動ではなく、単純に、夫婦それぞれの持ち分を各人の名義に変更し、相手方に給付するだけのものである。消費税法基本通達の考え方は、財産分与に伴う財産の給付にも適用し得るものであり、財産分与に伴う資産の移転は、「資産の譲渡」にはあたらないとしなければならないであろう。

また、民法上、財産分与は、別産制によって生じた夫婦間の財産的不平等を、離婚を契機として調整するものと位置づけられている。このように、民法においては、当初より、財産分与という別途規定を設けることにより、共同生活の維持、夫婦相互の協力、寄与に対して、一定の配慮がなされているのであるが、税法で、その調整のために資産が移転した場合に、時価による譲渡があったものとみなして課税をすることは、法体系における整合性に欠けるものと言わざるを得ないのではなかろうか。

なお、共有分割との関係であるが、最高裁判決(24)は、民法は、共有財産を解消する共有分割の手続とは全く別個の制度として財産分与を規定しており、このような法の趣旨に

照らせば、夫名義の資産形成に対する妻の貢献は、あくまでも具体的な財産分与として顕在化するに過ぎず、財産分与以前の段階においては、妻の貢献の度合いに応じて夫名義の特定の財産に対して妻の共有持分が発生しているとする事はできないとする。

財産分与は、潜在的な共有関係を顕在化するものであるから、財産分与によって夫婦が支配する財産の価値の総額が変化することはない。しかし、夫婦それぞれが支配する財産の価値は、顕在化することにより、形式的に変化する。すなわち、財産分与の場合には、夫婦の一方に帰属していたと見られる財産が、実質的には変化がなくても、形式的に他方に移転する。これに対して、共通分割は、もともとそれぞれのものであったものがそれぞれのもので分割されるものである。したがって、この意味で、共有物の分割は、財産分与の条文と異なるという意味ではなく、その本質において異なるものであると言うべきであろう。

おわりに

これまでの検討により、不動産によって財産分与を行っても、金銭によって財産分与を行った場合と同じく、財産分与そのものでは課税関係が生じないこと、及び、不動産による財産分与を「代物弁済取引」と観念するが故に、財産分与義務を対価とする有償譲渡であるとされ、譲渡所得課税が行われていることが明らかになっている。すなわち、不動産による財産分与について譲渡所得課税が行われるのは、民法の法制度による必然の結果とすべきものではなく、それを代物弁済であるとした課税上の取り扱いの問題なのである。

しかしながら、不動産で行う財産分与は、代物弁済の要件のうち、「有効な債権の存在」と「本来の弁済に代えて行われる給付」という要件を欠いている。したがって、不動産による財産分与に、代物弁済の論理を適用することはできないし、適用することは誤りである。

また、仮に、代物弁済の論理を適用することができたとしても、譲渡所得は、財産分与義務額を対価とする場合に限り計算されるもので、その余の部分は譲渡所得課税の対象とはされないのであるから、財産分与義務額が確定していない、あるいは、存在していない不動産による財産分与においては、分与財産の時価が判明したとしても、譲渡所得を計算することはできないという理論上の致命的な欠陥がある。

「昭和50年5月27日最高裁判決」が言うように、債務の支払義務の消滅がそれ自体一つ

の経済的利益であるためには、代物弁済の理論構成が成立した上で、消滅する財産分与義務の発生時に、分与者が金銭や他の資産等の経済的価値のあるものを受け取っていて、不動産の値上がり益(未実現利益)を具体的な実現利益として享受していなければならない。しかし、財産分与を不動産で行った場合、その全過程を通じて、分与者に金銭等の経済的価値が流入することはない。したがって、不動産による財産分与によって財産分与義務の消滅があったとしても、分与者に、そのことによって、所得税法36条1項にいう「収入すべき金額」の生ずる余地はなく、それ故、分与義務の消滅という経済的利益を享受することはできない。そうすると、所得税の原則的な取扱いからして、収入のないところに課税所得の生ずる余地はないと言わざるを得ない。

このような不都合を解消するために発遣された所得税法基本通達33-1の4には、二重に認めることのできない点がある。一つは、事実上の「みなし譲渡所得課税」を実現している点である。「みなし譲渡所得課税」は例外的に未実現の値上がり益に課税を行うものであるが、所得税法59条1項に定める事由は、限定的に列挙されていると解すべきであり、拡張解釈や類推解釈は許されないと考えるべきである。財産分与に伴う不動産の移転は、所得税法59条に限定列挙されている事由のいずれにも該当しないので、この通達は、実定法上の根拠を欠くものと言わざるを得ない。もう一つは、財産分与義務額を分与した不動産の時価であるとする点である。移転された資産の価額の決定と財産分与義務額の確定手続きとは、まったく関係のないものであり、通達のように取り扱われるべき理論的根拠を見いだすことができない。不動産による財産分与について譲渡所得課税を行うことが、例外としての取扱いであるとするならば、所得税法59条と同じく、実定法上にその根拠を持つべきであって、所得税法上の課税の取扱いを通達に委任して変更することは、租税法律主義に反するものであり、違憲であろう。

以上によれば、「昭和50年5月27日最高裁判決」以降、不動産による財産分与を、財産分与義務を対価とする有償譲渡であるとして、譲渡所得課税を行ってきたこれまでの取扱いは、誤りであるという結論になる。

したがって、まず、これまでの誤った不合理な課税関係を改めて、財産分与は、婚姻期間中に生じたキャピタル・ゲインも含めて、夫婦が婚姻中に形成した財産の「清算・分割」をするものとするべきであろう。このことは、キャピタル・ゲインの繰延を意味するが、夫婦であったときに生じたキャピタル・ゲインを実現させるか否かは各人の問題であろう

し、また、分与を受けた者が、分与者から分与財産の取得価額を引継ぎ、分与を受けた者が後に第三者にその資産を売却する際に、分与前と分与後のキャピタル・ゲインを合算して課税の対象とすれば、分与時に分与者に対して課税を行わなくても、課税漏れが生じることはない。したがって、財産分与について、繰延方式を導入することは、十分に可能であると考えられる。また、そのようにすることは、なによりも、一般の国民が課税の論理を平易に理解できようになるという点で大きなメリットがあると考えられる。

-
- (1) 最判平10. 4. 14税資231号612頁TAINS:Z231-8144
- (2) 最判昭50. 5. 27民集29巻5号641頁判時780号37頁TAINS:Z081-3567、名古屋地判昭45. 4. 11行集22巻10号317頁TAINS:Z063-2811、名古屋高判昭46. 10. 28行集22巻10号1679頁TAINS:Z059-2555
- (3) 最判昭53. 2. 16TAINS:Z097-4129、最判昭53. 7. 10TAINS:Z102-4224、最判平10. 4. 14TAINS:Z231-8144、最判平17. 3. 8家月57巻6号162頁、等
- (4) 東京高判平3. 3. 14判時1387号62頁
- (5) 最大判昭36. 9. 6民集15巻8号2047頁訟月7巻11号113頁
- (6) 最判平7. 1. 24税資208号3頁TAINS:Z203-7442
- (7) 民法762条に関して、妻の家事労働をどう評価するかとの榊原千代委員の質問に対する奥野政府委員の答弁。(「民法改正に関する国会関係資料」家庭裁判資料34号194頁)
- (8) 有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法制研究32巻669頁以下
- (9) 最判昭46. 7. 23民集25巻5号805頁、同趣旨：最判昭58. 12. 19民集37巻10号1532頁等
- (10) 最大判平5. 3. 24民集47巻4号3039頁
- (11) 日本法令索引の「国会議事録 (国立国会図書館)」
<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/index.jsp>
- (12) 前掲(6)参照
- (13) 前掲(9)参照
- (14) 最判平10. 4. 14税資231号612頁TAINS:Z231-6144
 この他にも、財産分与義務の消滅を伴わない財産分与は、有償譲渡とみることができないので、譲渡所得税の対象とはならないとする横浜地裁判決がある。(平8. 11. 25税資221号475頁TAINS:Z221-7819)
- (15) 最決昭40. 9. 8日刑集19巻6号630頁
- (16) 東京高判平17. 12. 21税資255号-369順号10250、この他にも、大阪高判平16. 6. 18税資254号-170順号9677、東京高判平14. 3. 20税資252号順号9090TAINS:252-9090、東京地判平13. 3. 28税

資250号順号8867TAINS:Z250-8867等がある。

- (17) 最一小判昭43. 10. 31月報14巻12号1442頁、最三小判昭47. 12. 26民集26巻10号2083頁、最判昭53. 2. 16判例時報885号113頁等、同趣旨の判決が多数ある。
- (18) 最判平18. 4. 20判時1933号76頁
- (19) 最三小判平17. 2. 1判時1893号17頁
- (20) 河合厚・宮澤克浩・阿瀬薫共編『所得税基本通達逐条解説（平成19年版）』大蔵財務協会175頁
- (21) 国税庁のホームページによれば、資産の譲渡とは、資産につき同一性を保持しつつ、他人に移転させることをいい、例えば、売買、代物弁済、交換、現物出資などにより、資産の所有権を他人に移転することであるとされる。
- (22) 東京地判平6. 2. 1、東京高判平6. 6. 15
- (23) 金子宏「課税単位及び譲渡所得の研究」有斐閣102頁～103頁及び221頁
- (24) 前掲(6)参照

図1 代物弁済の時系列的展開

貸借対照表	借入前		借入後		代物弁済後	
	夫	妻	夫	妻	夫	妻
		(+) 現金預金 4,000万円	(+) 現金預金 4,000万円		(+) 現金預金 4,000万円	
	(+) 土地100㎡ 1,000万円		(+) 土地100㎡ 1,000万円			(+) 土地100㎡ 4,000万円
	(+) 値上がり益 3,000万円		(+) 値上がり益 3,000万円			
			(-) 借入金 4,000万円	(+) 貸付金 4,000万円		
所得	(-) 値上がり益 3,000万円		(-) 値上がり益 3,000万円		(-) 実現譲渡益 3,000万円	
時価純財産	4,000万円	4,000万円	4,000万円	4,000万円	4,000万円	4,000万円

●上記を仕訳で示すと下記のようなになる。

<夫側>

①借入をしたとき

(借) 現金預金(B/S) 4,000万円 (貸) 借入金(B/S) 4,000万円

②代物弁済により土地を移転したとき

(借) 借入金(B/S) 4,000万円 (貸) 土地(B/S) 1,000万円

譲渡益(P/L) 3,000万円



現金預金という経済的価値のあるものの
流入額があるので、譲渡所得税が課せられる

<妻側>

①貸付をしたとき

(借) 貸付金(B/S) 4,000万円 (貸) 現金預金(B/S) 4,000万円

②代物弁済により土地の移転を受けたとき

(借) 土地(B/S) 4,000万円 (貸) 貸付金(B/S) 4,000万円

図2 財産分与を土地で行う場合の時系列的展開

	離婚前		財産分与確定		財産分与後	
	夫	妻	夫	妻	夫	妻
貸借対照表	(+) 土地100㎡ 1,000万円 (+) 値上がり益 3,000万円	(+) 現金預金 4,000万円	(+) 土地100㎡ 1,000万円 (+) 値上がり益 3,000万円 (-) 財産分与義務 土地100㎡ (-) 値上がり益 3,000万円	(+) 現金預金 4,000万円 (+) 財産分与請求権 土地100㎡ (+) 値上がり益 3,000万円		(+) 現金預金 4,000万円 (+) 土地100㎡ 4,000万円
所得	(-) 値上がり益 3,000万円				実現?	(-) 譲渡益 ? 3,000万円
時価純財産	4,000万円	4,000万円	0万円	8,000万円	0万円	8,000万円

●上記を仕訳で示すと下記のようになる。

<夫 側>

- ①財産分与の内容が確定したとき
(借) 純 財 産(B/S) 100㎡の土地
(貸) 財産分与義務(B/S) 100㎡の土地
- ②財産分与をしたとき
(借) 財産分与義務(B/S) 100㎡の土地
(貸) 土 地(B/S) 100㎡の土地

↑
[通達は土地は時価で移転したとする]
取 得 価 額(B/S) 1,000万円
譲 渡 益(P/L) 3,000万円

<妻 側>

- ①財産分与の内容が確定したとき
(借) 財産分与請求権(B/S) 100㎡の土地
(貸) 純 財 産(B/S) 100㎡の土地
- ②財産分与があったとき
(借) 土 地(B/S) 100㎡の土地
(貸) 財産分与請求権(B/S) 100㎡の土地

← ①財産分与義務額の履行部分とその他の部分の
区別できないので、譲渡所得の計算ができない
②「収入すべき金額」は生じていないが、
所得税法36条1項の適用はない なぜ?