

土地信託方式における空中権取引の課税^{*}

阿 部 雪 子^{**}

- I はじめに
- II 空中権の意義とその法的性質
- III 空中権取引の課税
- IV 土地信託方式による空中権取引の課税
- V おわりに

I はじめに

近年、土地または地上もしくは地下の権利の利用を促進するための方式として、土地信託の活用が再び注目を集めている。土地信託があらためてクローズアップされたその要因には、新信託法における多数決原理と受益証券発行信託等の導入等が挙げられるであろう（信託法 105 条、同法 185 条）。旧信託法下では、信託における受益者は単数として想定されていたが、複数の者が受益者となることに対応するため、現行法ではその特例として多数決原理が導入された。その結果、複数受益者における意思決定が容易になったことから、受託者による信託の運用も効率化が図られたと考えられる。これとつながり、受益証券発行信託の導入にとともに、受益権の証券化のための制度が整備されたことにより、受益権の譲渡が容易になったことも、土地信託の有要性が高まったその一因といえるであろう¹⁾。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 14 卷第 2 号 2015 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 本研究は、文部科学省科学研究費基盤研究(C)課題番号 26380046 の助成を受けた研究成果の一部である。また本稿は、関西大学租税法研究会（代表関西大学村井正名誉教授）及び、国税庁税務大学校税務研究会における報告を元に加筆・修正したものである。それぞれの研究会においてコメントを頂きました先生方にこの場をお借りして御礼申し上げます。

※※ 拓殖大学商学部教授

昨今、土地の有効利用という観点から空中権の活用も期待されている。たとえば、都市計画法等に定める余剰容積率の割増しや移転によって収益力の高い大規模な建物の建設が可能となったからである。もっとも、都市の再開発という観点からは、法の制限を緩和することにより、都市計画法上の用途地域を超えて余剰容積率の移転を認めるべきか否かといった解決しなければならない重要な問題も存する²⁾。しかし、ここでは紙幅の制約上、もっぱら空中権取引との関連において土地信託方式の課税問題を取り上げる。とくに空中権取引をめぐる課税に関しては、わが国の租税法の分野において、これまで議論の蓄積が少ないといえる³⁾。そこで本稿は、土地信託方式を活用した空中権取引にかかる租税法上の基本問題を検討する際の参考に供するため、その法的性質等に関しては、空中権の法律学的研究が進んでいるアメリカ法を手がかりとして若干の整理を行い、今後の展開に資するものとする。

- 1) 旧信託法の課題及び改正等については、新井誠『信託法4版』有斐閣(2014)238頁、寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』商事法務(2007)292頁、またこの他に本稿における信託法の考察にあたり参照した主な文献として、四宮和夫『信託法・新版』有斐閣(1989)、能見善久『現代信託法』有斐閣(2004)、樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅠ・Ⅱ』弘文堂(2000/2003)、神田秀樹・折原誠『信託法講義』弘文堂(2014)、稲本洋之助「借地制度と土地信託」『借地制度の再検討』日本評論社(1986)等がある。また商事信託については、John Langbein, *The Select Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 Yale L. J. (1997) at 165.
- 2) 用途地域制の問題については、成田頼明『土地政策と法』弘文堂(2004)24頁、また大深度地下利用にかかる問題として、藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き」『公法学の法と政策下巻・金子先生古稀祝賀』有斐閣(2000)707頁。
- 3) 信託税制に関する文献は多数ある。たとえば、金子宏『租税法20版』(2015)171頁、水野忠恒『租税法5版』有斐閣(2011)348頁、村井正『租税法と取引法』(財)比較法研究センター(2003)77頁、佐藤英明『信託と課税』弘文堂(2000)、占部裕典『信託課税』清文社(2001)等がある。また佐藤英明・水野忠恒・中里実・谷口勢津夫・渡辺徹也・渋谷雅弘・増井良啓(『信託税制の体系的研究——制度と解釈』日税研論集62号(2011)所収の諸論文)参照。なお、空中権の課税に関する先行研究として、水野忠恒「連担建築物設計制度(建築基準法86条2項)にかかわる地役権の設定の対価の性質と評価のありかた」税務事例研究111号47頁、池田誠「空中権を巡る税務上の取扱い」税大論叢62号254頁、拙稿「空中権取引の促進と課税：課税繰延べと信託」税経通信69巻6号27頁等がある。

II 空中権の意義とその法的性質

1 空中権の意義

空中権という言葉は、必ずしも一義的に用いられているわけではない。もともと空中権は、アメリカに起源があり、コモンローに基づいて判例により形成されたものであるとされる⁴⁾。アメリカでは空中権は、①狭義の空中権 (Air Rights)、②開発権 (transfer development rights : TDR)、③敷地併合 (Lot Meger) に区分されて、それぞれが一定の権利として認められている⁵⁾。Schnidman & Robertsによると、空中権とは「地表から上部または空中のどちらかを一定の高さの水平面で区切り、その一定範囲における空間の支配権及び包括的な利用権である (Air Rights are the rights to inclusive use and control of a designated space within delineated boundaries, either at the surface or above a stated elevation)」と定義されている⁶⁾。

次いで開発権とは、元来、歴史的建造物保存条例 (historic preservation ordinance) に基づいて歴史的建造物の保存のために用いられたことが始まりであるとされる⁷⁾。これは、歴史的建造物の所有者が許容されている容積 (capacity)

-
- 4) 空中権の法的性質等については、水本浩「空中権の展開と課題」、丸山英気「空中権論」、野村好弘・小賀野晶一「移転される未利用容積の権利の性質」、大浜啓吉「空中権における公法上の問題」、渡辺卓美「アメリカの空中権と開発権の移転」(法律時報 64 卷 3 号所収の諸論文) 14-46 頁、建設省空中権調査研究会編『空中権—その理論と応用』ぎょうせい (1985) 等がある。
- 5) アメリカの空中権については、See Frank Schnidman & Cameron Roberts, "Municipal Air Rights: New York City's Proposal to Sell Air Rights over Public Buildings and Public Spaces", *The Urban Lawyer* vol. 15, No. 2 (1983) at 347, 渡辺・前掲注 4) 40 頁、たとえば、オクラホマ州法では空間法が規定されている (Chapter 16, Oklahoma Act)。
- 6) Frank Schnidman & Cameron supra note 5, at 348, なお、空中権は鉱物権 (mineral easement) と同様、不動産の所有権そのものであるとされる (Ibid. at 348)。
- 7) Vicki Been & John Infranca, "Transferable Development Rights Programs: "Post-Zoning"? 78 Brooklyn L. R. 2 (2013) at 436, また、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障」法協 100 卷 10 号 (1983) 1772 頁では、開発権とは、「土地所有権から派生してくる土地の利用権を、現在の土地利用を継続してゆく権利と、それより高度な土地利用を実現する権利—開発権—とに分けて考え、この開発権をその土地から分離させ、他の土地において実現すること、言い換えれば、移転させることを可能にすることによって、様々な土地利用計画上の目的を達成しようというもの」であるとし、明晰な分析がなされている。

のうち未利用の容積率を開発しない代わりに、その未利用の容積率を他の敷地 (lot) に移転することを認める制度であり、その移転が認められた土地では、あらかじめ決められた容積率を超える開発が可能となる権利である。さらにアメリカの敷地併合とは、地権者の合意のもとで隣接する土地を併合し、その併合された敷地に対して容積率が適用されるというものである。これは、わが国の特定街区制度 (都市計画法 8 条 1 項 4 号) や一団地の総合的設計制度 (建築基準法 第 86 条 1 項) などに類する制度であるが⁸⁾、その取扱いは全く同じわけではない。というのも、アメリカでは不動産権は、「土地の使用、収益、処分を内容とする諸権利の束」であり⁹⁾、建物も地上及び地下と同じく土地に包含される権利として土地の一部にすぎない。土地と建物が別々の所有権の対象として扱われる我が国とは、法制度が異なるからである。

ところで、アメリカの空中権がわが国で議論され始めたのは、昭和 31 年の借地借家法の改正時であるとされる。その後、土地の立体的利用を図る観点から、昭和 41 年の民法の一部改正により区分地上権 (民法 269 条の 2) が創設され、空中権の機能を有する権利として認められるに至った¹⁰⁾。わが国では空中権は、法律上、明文化されておらず、アメリカの場合のように一つの確立した概念とまではいえないが、その機能を有する私法上の権利及び公法上の制度が存在する。その私法上の権利には、たとえば、区分地上権のほか地上権、地役権、建物区分所有権、債権としての賃借権などの設定行為がある¹¹⁾。以下では紙幅の関係もあるため、区分地上権、地役権を中心に取り上げることにしたい。

2 空中権の機能を有する私法上の権利

まず区分地上権とは、民法 269 条の 2 により「地下または空間は、工作物を所有するため、上下の範囲を定めて地上権の目的とすることができる」と規定され

8) Vicki Been & John Infranca, *supra* note 7, at 436-437, 大浜・前掲注 4) 34 頁。

9) 寺尾・前掲注 7) 法協 101 巻 358 頁・同 (一)-(四) 100 巻 3 号 1735 頁-101 巻 2 号 270 頁、渡辺・前掲注 4) 40 頁。

10) 我妻榮・有泉亨『新訂物権法 (民法講義Ⅱ)』岩波書店 (1983) 12 頁、鈴木禄弥執筆 (川島武宜・川井健編『新版注釈民法 (7) 物権 (2)』) 有斐閣 (2007) 893 頁。

11) 空中権の機能を有する私法上の権利については、野村・小賀野前掲注 4) 21-22 頁。

ている。地上権が土地の全層を客体としているのに対し、区分地上権は地下または空間の上下を一定の範囲に限定し「工作物を所有するため」だけに設定されるものである。区分地上権は、地上権の「一亜種」であり用益物権の一種である。両者は、あくまでも量的な差異のみであって本質的な差はないと考えられている¹²⁾。区分地上権が設定されても、当然、その目的となる層以外は土地所有者が利用できる¹³⁾ので、区分地上権設定者と土地所有者の合意によりその利用関係の調整が図られる¹³⁾。

次に地役権とは、民法 280 条により「ある土地の便益（土地の利用価値）を増進するために他の土地を利用する権利」であると規定されている¹⁴⁾。地役権の設定により利用価値が増進する土地は要役地と呼ばれ、要役地のために利用される土地は承役地と称されている。この要役地に隣接する承役地の所有者は、地役権の設定によりその要役地の利用価値が増加した分だけ承役地の利用が制限されるので、いわば一定の不作為の義務を負担することになる。後述するように、要役地の所有者は、連担建築物設計制度（建築基準法第 86 条 2 項）を活用して余剰容積率を利用することを目的とし、この地役権を設定することによって他の土地（承役地）上における余剰容積率の利用が可能となる。他方で、承役地の所有者は、余剰容積率の利用権が制限されることになる。この地役権は、物権であるため、登記によって第三者に対抗することができるが（民法 177 条）、要役地および承役地の存在が前提となるため、地役権のみを要役地から分離して他に譲渡したり、他の権利の目的とすることはできない¹⁵⁾。

12) 区分地上権が設定される工作物としては、建物のほか、トンネル、道路、モノレール、送電線、高架橋、人工地盤などとされる（鈴木・前掲注 10）895 頁）。

13) 我妻・有泉前掲注 10）389 頁は、区分地上権に基づく地下の利用も同様であるとされる。

14) たとえば、「地役権を設定しても、地役権者が承役地を排他的に支配するのではなく承役地所有者もその使用収益機能を行使しうるので…、結局土地所有者と地役権者が共同でその土地（承役地）を使用することができる。したがって地役権は土地の共同使用权であり、土地の高度利用の観点から地役権の果たす社会的機能を評価する必要がある」とされる（鈴木・前掲注 10）932 頁）。

15) 我妻・有泉前掲注 10）406-407 頁。

3 空中権の機能を有する公法上の制度

これまで、私法上の権利を概観してきたが、もう一つの空中権の機能を有する公法上の制度として、容積率の割増し及び移転を内容とするものがある。具体的には、①特定街区制度（都市計画法8条1項4号、同法9条19項等）、②再開発等促進区（都市計画法第12条の5第3）、③容積適正配分型地区計画（都市計画法第12条の7）、④特例容積率適用地区制度（都市計画法第8条第1項2の3号）、⑤一団地の総合的設計制度（建築基準法第86条第1項）、⑥連担建築物設計制度（建築基準法第86条第2項）、⑦総合設計制度（建築基準法第59条の2）等がある¹⁶⁾。これらは、いずれも私有財産の所有権を公共の福祉の限度において制限し、ある一定の法律の要件を満たす場合に限り、その制限を緩和しようというものである。

たとえば、連担建築物設計制度は、一敷地一建築物の原則の下に、一又は用途上不可分の関係にある二以上の建築物が存在する敷地面積ごとに上限が定まる容積率につき、特定行政庁が認めたときは、既存建物の敷地を含む一定の一団の土地の区域を、当該既存建物と当該区域内に存することとなる建物につき一の敷地とみなし、当該一団の土地につき容積率に関する規定を適用する制度である。上述のとおり、この制度ではその要役地の所有者は余剰容積率を利用する目的で地役権を設定することにより、他の土地（承役地）上における余剰容積率の利用が可能となる。このような余剰容積率を利用する場合におけるその権利の法的性質が問われた事例については後述することとし、まず、空中権ないし開発権の権利が形成されたことで知られるアメリカの裁判例を検討することを通じて、空中権の法的性質を明らかにしたい。

4 空中権形成の背景

アメリカでは、Air Rights という概念は、1978年の有名な連邦最高裁判所 Penn Central Transportation 社（以下「PC社」という）事件判決において用いられたことが始まりであるとされる¹⁷⁾。以下では、本稿の目的に必要な限りで本判決の

16) 連担建築物設計制度にかかる地役権の設定については、水野・前掲注3) 52頁、容積率の割増し、移転を内容とする公法上の制度については、大浜・前掲注4) 34頁。

概要を紹介しておくこととする。まず、本件に至る経緯について概観することにした。

1965年にニューヨーク市は、重要な歴史的建造物を保存するため、歴史的建造物保全法(条例)(Landmarks Preservation Law)(以下「保全法」という)を制定した。この法律に基づいて、史跡保存委員会(以下「保存委員会」という)が設置され¹⁸⁾、その保存委員会によってある一定の建物及び敷地が、特定の史的建造物または史跡建造物地区(historic buildings district)に指定された場合は、その所有者は建物を保存することが義務づけられると同時に、建物の取壊しや増築等の開発も制限された。このような場合にその所有者は、この見返りとして建物の敷地に存する開発権を隣接地に移転する権利(「開発権(TDR)」)が認められた。その後の1968年、ニューヨーク市は、歴史的建造物の保存を促進するため、ゾーニング条例(zoning ordinance)を改正し¹⁹⁾、これまでよりも広範な敷地に開発権の移転を認めることとした。

このようなゾーニング条例改正を背景として、PC社事件判決は、開発権(TDR)を正面から論じたものとして、しばしば学説によって挙げられる注目すべきリーディング・ケースである²⁰⁾。事案の概要を略述すると、PC社が所有するグランドセントラル・ターミナル(以下「ターミナル」という)は、1967年にニューヨーク市の歴史的建築物(landmark)に指定された。その後、PC社は、子会社のUGP不動産会社(以下「UGP社」という)とターミナル上空における空間を更新可能な50年の期間とする旨の賃貸借契約を締結した。UGP社は、ター

17) Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978), 本判決については、藤倉皓一郎「アメリカにおける史蹟保存と移転できる開発権」同志社法学 31 巻 5=6号(1980)25頁、高橋一修「アメリカにおける都市環境の保護と財産権：グランド・セントラル・ターミナル判決(1978)の法の背景(田中英夫編『英米法の諸相』東大出版会(1980)339頁、寺尾・前掲注7)法協101巻3号357頁、同101巻406頁等がある。

18) ニューヨーク市の開発権の展開については、Vicki Been & John Infranca, *supra* note 7, at 443-444.

19) アメリカのゾーニング制度と都市開発については、See, Norman Marcus Comparative Look at TDR, Subdivision Exactions, and Zoning as Environmental Preservation Panaceas: The Search for Dr. Jekyll Without Mr. Hyde, 20 URB. L. Ann. 03 (1980) at 7.

20) 438 U.S. 104 (1978) at 113.

ミナル上空において55階の高層オフィスビルを建設する旨の計画をし、その建設期間中、PC社に年間100万ドルを支払うものとし、また建築後は年間少なくとも300万ドルを支払う旨を約した²¹⁾。しかし、保存委員会は、この計画は歴史的にも美観的にも優れた特徴をもつターミナルを破壊するものであるとし、その開発を認めなかった。

そこで1969年に、PC社及びUGP社（以下「PC社ら」という）は、「開発の制限によってターミナル自体の投資から合理的な収益（reasonable return）が得られなくなること、つまりニューヨーク市が保存法を適用し、開発を制限することは、連邦憲法修正第5条²²⁾及び同修正第14条に違反し（violation of the Fifth and Fourteenth Amendments）、PC社らに対する正当な補償なしに財産が「収用」されることであり（had “taken” their property without just compensation）²³⁾、また第14条修正に違反しデュー・プロセスなしにPC社らの財産権を専断的に収奪することである（arbitrarily deprived them of their property without due process of law in violation of the Fourteenth Amendment）と主張した²⁴⁾。そしてPC社らは、ターミナル上空における空中権の制限に対する補償として市から認められた開発権（TDR）につき、その上空における空中権を公正な市場価額によって評価した「正当な補償」の対価とは言えないなどとして（“just compensation” measured by the fair market value of these air rights）、市に対して「正当な補償」を求めて州裁判所に訴訟を提起した。

本件において州裁判所の事実審（第一審）は、PC社らの請求を認めたが、第二審においてはPC社らの請求を棄却し²⁵⁾、1975年の州最高裁判所も原審の判

21) 438. U.S. 104 (1978) at 116-117.

22) 合衆国憲法修正第5条収用条項：「私有財産は正当な保障なしに公共の用途のために収用されるべきではない（applicability to states—the provision of the Fifth Amendment which enjoins the taking of private property for public use without just compensation is applicable to the states through the Amendment）。

23) なお、アメリカの歴史的建造物保存法の適用による収用問題については、See, e.g., Horton, William H., Penn Central Transportation Co. v. City landmarks preservation and the taking issue, Detroit College of L.Rev. (1979) at 143.

24) 438. U.S. 104 (1978) at 119.

25) 事実審及び二審判決について、See, 50 AD2d 265, 377 NYS2d 20.

断を支持したため²⁶⁾、PC 社らは連邦最高裁判所に上訴した。

5 連邦最高裁 Penn Central Transportation 会社事件判決

連邦最高裁において、Brenan 裁判官は次のような法廷意見を述べている²⁷⁾。「土地の広域にわたる空中権は、憲法修正第 5 条の趣旨の財産権である (“air rights” over an area of land are “property” for purposes of the Fifth Amendments)²⁸⁾。…PC 社らは、ターミナル上空において建築物の高さ (height) を増すことができず、その利用が一部制限されているものの、市の保存法の適用は、歴史的建造物の上部における空中の利用を必ずしも禁じているわけではなく (the law did not necessarily prohibit occupancy of any of the air space above the landmark building)、…その上空の一定範囲は、建造物の建築も認められている (some construction in the air space might be allowed)。その建造物の上空における譲渡可能な開発権 (TDR) プログラムのもとで、PC 社らは、ターミナル上空の開発権を他の隣接する不動産に移転することが認められている。…その法の適用により、PC 社らの財産権の支配権は、市に移譲されたのではなく、それを制限したにすぎない (had not transferred control of the property to the city, but only restricted)。…したがって、憲法修正第 5 条の趣旨の範囲内の財産権の取用に当たらない」と判示した。

PC 社事件判決の核心は、空中権が財産権として認められたことであると思われる。それに加えて開発権 (TDR) が財産権の制限に対する補償となり得ることが示されたことは、取用にかかる財産権の補償の観点からは重要な意味があり、

26) 州最高裁は、本件における TDR の補償につき、「当初の土地の開発権の価値とは同等ではないが、それのみでデュー・プロセス条項違反とはならず、デュープロセス基準では、取用のような正当な補償でなくとも、合理的でかつ正当な補償であれば足りる」と解している (42 NY 2d 324, 366 NE2d 1271)。

27) 438. U.S. 104 (1978) at 130.

28) 同じく最高裁判決 United States v. Causby, 328 U.S. 256 (1946) では、Causby 夫妻の住居及び養鶏場の敷地上空は、財産権であるとし、軍用機が低空で、かつ定期的・頻繁に飛行していたことは地役権 (easement) を設定したことになるため財産権の取用に当たること、また騒音によって夫妻の睡眠が妨害されたことや養鶏場の生産が大きく下落したことは、正当な補償なく財産権が収奪されたことであり合衆国憲法修正第 5 条に違反するとされた。

とりわけ前者をめぐる議論は、後述するようにわが国において空中権を租税法上どう解釈するかという空中権取引の課税関係の検討において重要な意義があると考えられる。

6 小括

これまで見てきたように、アメリカにおいて空中権は、憲法で保障された他に影響されることのない権利、すなわち使用・収益・処分という所有権の権利のすべてを包含する完全権といえるであろう。また開発権は、たとえば歴史的建造物の保存といった公法上の政策目的を達成するために私的財産権、いわゆる土地上空の利用権に一定の制限を加える法的措置であると考えられる。これは、歴史的建造物保存法といった法（条例）を前提とするものであり、その法律の政策目的のために私的財産権ないし開発行為の一部が制限されることによって被る損害や損失に対する補償または利益ないし対価として、その土地上空における開発許容の限度のうち、未利用の部分について別の土地に移転することが可能となるよう公法上の制限の一部を緩和する制度である。つまり、この開発権は土地所有者に補償される権利といえるであろう。

しかしながら、わが国では、アメリカと同様の意味におけるその開発権を行使し得るためには、そもそも、その権利の根拠となる法制度、すなわち都市計画法や建築基準法、大深度整備特別措置法といった制度が整備されていることが不可欠になるであろう。その意味で、空中権を開発権として確固とした権利にするためには、公法上の政策目的が確立していることはもとより、私的権利という観点からは、財産権が公共の必要性の範囲を超えて侵害されることがないように種々の問題を解決しなければならないと考える。

Ⅲ 空中権取引の課税

1 アメリカの開発権の課税

以上の空中権の議論を参考としつつ、ここでは空中権取引が行われる場合の課税関係についてその法的性質の観点から考察してみたい。この点に関する重要な

判断が示された個別事前照会（Private Letter Ruling）の事例について検討する。この Letter Ruling は、交換譲渡資産とその交換取得資産が IRC1031 条(a)に定める同種要件を満たすかどうかが問われた事例である²⁹⁾。事案を略述すると、C 社は、甲不動産と乙不動産を保有し、次のような取引によって開発権を取得し、この開発権を利用しようと試みた。まず C 社は、甲不動産所有権（interests in real property）を適格仲介者 A に譲渡した。適格仲介者 A は、C 社から譲り受けた甲不動産所有権を第三者 B に譲渡し、その譲渡代金をもって甲不動産所有権の代替資産として、B からその所有する不動産の開発権を取得した³⁰⁾。その後、適格仲介者 A は B から譲り受けた開発権を C 社に移転し、C 社はこれを登記し、乙不動産の開発権として利用することとした。この取引では、甲不動産所有権とその代替資産とされた開発権が IRC1031 条(a)項に規定する同種資産の交換（like kind exchange）に当たると裁決された。

ところで、アメリカ連邦所得税制では、資産の売却ないし交換から生じたキャピタル・ゲイン（capital gain）は、原則として実現した機会に認識されて課税される。したがって、空中権取引にかかるキャピタル・ゲインも、通常、課税されるべきことはいうまでもない。ただし、一定の要件を満たす場合には、例外的にその譲渡損益の計上が繰延べられる。たとえば、同種資産の交換規定では、「事業における生産の用途または投資目的で保有される資産が同一目的に供される同種資産と交換される場合には何ら利得や損失は認識しない」と定められている（IRC1031 条）³¹⁾。当該規定の適用を受けるためには、譲渡資産と代替資産が同種であることなどの一定の要件が要求される。

この Letter Ruling では、IRC1031 条のもとで開発権が不動産所有権と同種資産として認定された。つまり、空中権の法的性質が明示された事例として重要であり、とりわけ空中権ないし開発権の移転が不動産所有権の譲渡とみなされたこ

29) IRS, Private Letter Ruling, February 1, 2008, PLR200805012, 2008WL275241.

30) なお、適格仲介者が関与する交換につき財務省規則は、適格な同種資産の交換に当たるとされる（Reg. §1.1031 条(k)-1）。

31) 空中権は、地表の地役権を含めて IRC856 条(c)の範囲内の不動産権であるとされる（Rev. 71-286,1971-2C.B.263）、アメリカの同種資産の交換規定については、拙稿「資産の交換・買換えと課税繰延べに関する研究（2・完）」一橋法学 9 巻 1 号 101 頁。

とは特筆すべきことであろう。わが国では、この問題について十分に議論が展開されていないように思われる。以下では、空中権に関連して土地の利用権の設定の対価が、現行法上、資産の譲渡とみなされる場合について若干検討を加えることにしたい。

2 賃貸借契約の権利金に対する譲渡課税

我が国において、空中権としての機能を有する私法上の権利または公法上の制度は、前述のとおり、いずれも土地の利用権を内容とするものである。土地の利用権の対価は、所得税法上、不動産所得であり、それには地役権の設定等による対価も含まれる（所税26条1項）。ただし、建物または構築物の所有を目的とする地上権または賃借権の設定その他契約により他人に土地を長期間使用させる行為で、政令（所税令79条1項）で定める一定の地役権の設定は、「資産の譲渡とみなされる」ものとされる（所税33条）。すなわち、この政令に定める「資産の譲渡とみなされる」行為とは、①特別高圧架空電線の架設、②特別高圧地有電線もしくは高圧ガスを通ずる導管の敷設、③飛行場の設置、④懸垂式鉄道もしくは跨（こ）座式鉄道の敷設、⑤防砂設備である導流堤その他財務省令（所税則19条の2）で定めるこれに類するものの設備、⑥都市計画法（第4条14項）に規定する公共施設の設置、⑦都市計画法（第8条1項4号）の特定街区における建築物の建築のために地役権が設定される場合であり、その設定の対価として支払いを受ける金額が土地または借地権の価額の2分の1、地下もしくは空間について上下の範囲を定めた借地権もしくは地役権の設定である場合等は4分の1に相当する金額を超えるときには、その対価は譲渡所得とされる（所税令79条1項）³²⁾。

この政令が定められた経緯を眺めてみると、高額な土地の賃貸借料の授受が、資産の譲渡とみなされるかどうかが問われた有名な最高判昭和45年10月23日（民集24巻11号1617頁）の影響によるものであるとされる³³⁾。この事案を略述すると、本件は昭和33年に、個人がその所有する宅地50坪を期間20年、地

32) なお、法人については法人税法施行令138条参照。

33) 村井正・租税判例百選2版・別冊ジュリ79号62-63頁。

代1坪当たり月額20円で訴外法人に対して賃貸し、訴外法人よりその借地権設定の対価として1坪当たり2万円（更地価額は3万円）で合計100万円を受領したというものである。この対価が、所得税法上、不動産所得に当たるか、それとも譲渡所得に当たるのかが問われた。本件につき最高裁は、「右借地権設定契約が長期の存続期間を定めるものであり、かつ、借地権の譲渡性を承認するものである等、所有者が当該土地の使用収益権を半永久的に手離す結果となる場合に、その対価として更地価格のきわめて高い割合に当たる金額が支払われるというようなものは、経済的、実質的には、…譲渡所得に当たるものと類推解釈するのが相当である。…もつとも、…性質のあいまいな権利金については法律の用語の自然な解釈に従い、不動産所得として課税すべきものと解するのが相当である」と判示したのである。

結論として、本件最高裁は借地権の設定の対価、いわゆる権利金が譲渡所得として解される場合の三要件として、①借地権設定契約期間の長期性、②借地権の譲渡性の承認、③所有者が土地の使用収益権を半永久的に手離す対価として更地価格のきわめて高い割合の金額が支払われる場合であることを示したのであり、このような場合には、権利金は経済的、実質的には、所有権の権能の一部譲渡の対価としての性質を有することを明らかにしたものとして評価できるであろう。しかしながら、これらの要件は抽象的すぎるという指摘もなされているように³⁴⁾、必ずしも明確とはいえないであろう。

3 権利金の性質

では、権利金は、元来、どのような性質を有するものとして捉えられているのであろうか。権利金は、通常、借地及び借家契約において定期的に支払われる賃料以外に、その契約設定時、または契約存続期間中に一括して支払われる対価であるとされる³⁵⁾。しかし、民法に規定がなく、それが何に対する対価であるの

34) 村井・前掲注33) 63頁。

35) 本稿では、権利金に関する主要な文献として、我妻榮『債権各論中(一)』有斐閣(1957)477頁、星野英一『借地・借家法』269頁、鈴木禄弥『借地法(下巻)』青林書院新社(1980)926頁、稲本・前掲注1)224頁、有泉亨『総合判例研究叢書民法(1)』有斐閣(1956)179頁、石外克喜『契約法大系Ⅲ』有斐閣(1962)137頁等を参照した。

かは必ずしも明確ではない。権利金に関しては、学説の状況も多岐にわたるが、これを整理すると以下ようになる³⁶⁾。

まず(a)営業ないし営業上の利益とみる見解では、権利金を、のれん等の営業上の財産の対価と捉えるのである。また、(b)物価変動などの将来の変動要因を見越した場合の地代家賃の上積み部分の対価とみる見解がある。この説は、権利金を賃料の一部の一括前払いと考えるのである。さらに、(c)「上土部分の譲渡の対価」、あるいは「永久的地代家賃の所有権の一部の譲渡対価」と解する説があり、これは借地権、借家権そのものの対価とみる見解である。この説では、地代家賃は地価から借地権価格を控除した底地価格に標準利潤率を乗じて算出されることから、権利金をその借地権価格の部分の対価と捉えるのである。さらに、(d)商業地などの「場所的利益」の対価として捉える見解がある。最後に、(e)賃借権の譲渡性の賦与という観点から、借地人が借地権を第三者に譲渡する場合に、その受領する対価と捉える見解もある。

以上のとおり、権利金は借地及び借家関係の個別の事情により(a)から(e)の捉え方があるが、これらの説のうちいずれかの説が結合しながら権利金として解されることが多いのも事実である³⁷⁾。先に述べたように、租税法において権利金は、上記(b)もしくは(c)の性質を有するものとして、所得税法上、不動産所得または譲渡所得とされる(所税26条、同法33条、所税令79条)³⁸⁾。租税法上、このような取扱いが定められた背景には、借地借家法の法改正が大きく影響していると思われる。つまり、借地借家法(平成11年法律153号)では、借地契約の存続期間(借地借家法3条、4条、5条等)や正当な事由による借地権の更新拒絶(同法6条、7条等)の規定が設けられているため、土地所有者は借地権が半永久的に存続しかねないといった考えを有することとなり、借地権の設定に際し、

36) この権利金の分類については、星野・前掲注35)270頁、鈴木・前掲注35)927頁に依拠している。なお、権利金を(a)、(b)及び(e)とみる見解(我妻・前掲注35)477頁)、また(a)、(b)及び(c)とみる見解(有泉・前掲注35)183頁)等がある。

37) 星野・前掲注35)271-273頁、鈴木・前掲注35)926-927頁では、(b)と(d)は、同一の性質であるとされる。

38) 鈴木・前掲注35)28頁では、この取扱いは「税法特有の要請」に基づくものであるとされる。

借地人から何らかの金銭的給付を要求する要因になったとされる。このような状況のもとで租税法においても、一定の要件のもとに他人に土地を長期間貸付ける場合の対価を譲渡所得として取り扱うものとしたと考えられる³⁹⁾。

4 連担建築物設計制度（建築基準法 86 条 1 項）における地役権設定の対価に関する譲渡課税

これまで、土地の賃借契約における借地権の設定の対価の課税について論じてきたが、ここでは空中権の機能を有する公法上の制度を利用して地役権を設定したことによる対価が譲渡所得に当たるか否かが問われた注目すべき事例として東京高判平成 21 年 5 月 20 日（税資 259 号 90 頁）を見ておくこととしたい⁴⁰⁾。事案の概要は次のとおりである。すなわち、甲、乙、丙、丁（以下「甲ら」という）、A 及び C は、地役権の設定契約に基づき甲らの本件各土地、C 所有地及び D 所有の D 受託地等につき連担建築物設計制度の認定を東京都から受けた。C は、C 所有地上に建物を建設するため、甲らと A 及び D から C の所有地（要役地）上に本件各土地（承役地）及び D 受託地（承役地）が保有する余剰容積率（余剰容積率利用権）の移転を受け、その対価を支払った。甲ら及び A が C から受領した対価は譲渡所得か、それとも不動産所得に当たるのかが問われた。本件において、甲ら（控訴人）は、その対価は譲渡所得に当たるとして次のように主張した。

「本件地役権の設定による『余剰容積の移転』は、連担建築物設計制度や特定街区制度の下、建築基準法や都市計画法によって新たに創設された余剰容積利用権という権利の譲渡に当たる。この余剰容積利用権は、土地所有権に付随して発生する 1 つの別個独立の財産権であり、建築物を建築するという土地の支配権に関する権利であるから、一定の物（本件では土地）について直接に利益を享受し得る物権的な権利としての性質を有するものである。一個の独立した座財産権である余剰容積利用権は所得税法等が定める譲渡所得の基因となる「資産」と認め

39) 稲本洋之助・澤野順彦編『コンメンタル借地借家法』日本評論社（2010）5 頁。

40) 一審評釈として、水野・前掲注 3）47 頁、田島秀則・月刊税務事例 42 卷 7 号（2010）1 頁、渡辺充・明治学院法学研究 88 号（2010）183 頁等がある。

られることは明らかであり、その移転（すなわち譲渡）による所得は譲渡所得に当たる」とした。

本判決においては、①建築基準法86条2項に定める連担建築物設計制度における地役権の設定による「余剰容積率の移転」は法的にどのような権利といえるか。さらに、②地役権の設定の対価が資産の譲渡の対価とみなされるのはどのような場合であるのかが問われた。結論として本判決は、原審と同様、次に示すように連担建築物設計制度にかかる地役権の設定の対価は、不動産所得に当たるとした。

争点①につき、「連担建築物設計制度は、「一団の土地」を「一の敷地」とみなすことの結果として、既存建物につきその敷地との関係で容積率の余剰が生じていた場合には、当該「一の敷地」とみなされた範囲内の別の土地にその余剰容積を加算した容積の建築物を建築することを可能とするものにすぎない」とし、「控訴人らの主張する『余剰容積利用権』なるものは、土地所有権から淵源する敷地利用権能（経済的利益）であって、敷地利用権と離れて独立に処分可能な財産権ということは困難である」とした。

争点②については、「不動産の利用により逐次発生すべき利用利益であっても、その利用期間が長期に及ぶ場合で、利用利益の全部又は一部を一時に一括して受領するときは、実質的に所有権の移転と同様に資産の増加分の処分の実体を有することがあるが、その区分は必ずしも明らかではないことから、不動産を他人に使用させることの対価としての所得であっても、政令で定めるものに限って、譲渡所得として扱うことにしたものと解される。…確かに、本件対価の性質には、実質的、経済的にみれば、本件各土地の土地利用権の一部を半永久的に譲渡することによって、本件各土地の更地価額のうち本件各土地の値上りによって所有者に帰属した増加益が現実化したという側面もあることは否定できないが、既に説示したとおり、所得税法及び同施行令は、不動産所得と譲渡所得との実質論のみでは、両者の区分が困難であるところから、政令において具体的な判断基準を設けたものであり、そのような趣旨からすれば、建物の所有を目的として他人に土地を長期間使用させる行為であっても、政令で定める基準に該当しなければ、譲渡所得には該当しないというべき」であるとした。

本判決は、前掲最高判昭和45年10月23日が判示したように、土地の利用に対する対価が、実質的、経済的に土地の利用権の一部を半永久的に譲渡することとなり得る場合に譲渡所得と解されることを確認し、譲渡所得に当たるか否かの判断基準として政令（所税令79条）に定める意義が示されたものとして評価できるであろう。

5 大深度地下の公共的使用と資産の譲渡課税

（所税令79条1項、法税令138条）

近年、国際競争力の強化及び基盤整備の一環として、三大都市圏環状道路、リニア中央新幹線など土地の高度利用という観点から大深度地下の利用が進展している。上記のことに鑑みて、平成13年4月に、地下において公共の利益となる事業の円滑な遂行と大深度地下の適正、かつ合理的な利用の促進を図るため、「大深度地下の公共的使用に関する特別措置法」（以下「大深度地下法」という）が制定された。この地下の利用権は、「一種の区分地上権（地下地上権）」ということであるが、いわゆる大深度地下利用制度とは、一般に所有権者が利用しないことが想定される大深度地下を公共の利益のために用いようとするときは、地表のときよりも実体法上及び手続法上、これを容易にするための方法であるとされる⁴¹⁾。ここにいう大深度地下とは、「①建築物の地下室及びその建設の用に通常供されることがない深さ（地下40m以深）または、②建築物の基礎の設置のための利用が通常行われない深さ（支持地盤上面から10m以深）」のいずれか深い方の地下であるとされる⁴²⁾。

今般、国土交通省は、平成27年度税制改正要望において、大深度地下法16条に基づいてその地下の使用許可を受けた事業に係る区分地上権の設定の対価の課税について、その見直しを求めることとした⁴³⁾。これに対応して、財務省は所得税法及び法人税法の政令（所税令79条1項、法税令138条）の改正を盛り込

41) 藤田・前掲注2) 707頁。

42) 国土交通省：www.mlit.go.jp/toshi/daisindo「大深度地下利用」。なお、大深度地下が収用された場合には、収用交換等の場合の譲渡所得の課税の特例等（租特33条の4、租特65条の2）が適用されて5,000万円控除の対象となるため、公共的事業の推進の観点から重要な意味があると考えられる。

む旨の方針を次のように示すこととした⁴⁴⁾。すなわち、一定の施設等の所有を目的として、地下の上下を定めた借地権を設定する場合に、その対価が当該土地の価額の2分の1に相当する金額にその土地における地表から大深度までの距離のうちに借地権の設定される範囲のうち、最も浅い部分の深さから当該大深度までの距離の占める割合を乗じて計算した金額の10分の5に相当する金額を超えるときは、その設定は資産の譲渡とみなされる行為として、その対価は譲渡所得として取り扱うものとした。

しかし、その政令（所税令79条）に定める「資産の譲渡とみなされる行為」の基準をどのように取り扱うべきかに関しては、なお検討を要すると思われる。たとえば、連担建築物設計制度における地役権の設定は、余剰容積率を利用するという点で都市計画法（第8条1項4号）に定められている特定街区制度のそれと同様の経済的効果を有するものと考えられる。にもかかわらず、前者の地役権の設定が本政令に置かれていないというのは、どのような理由によるのであろうか。この点につき、詳細な検討は別稿に譲ることとするが、都市計画法上の特定街区制度、建築基準法上の連担建築物設計制度、及び大深度地下利用制度のそれぞれの権利義務関係から鑑みると、おそらく本政令（所税令79条）はその地役権の設定が「公共的な目的」⁴⁵⁾を有しているといえるかどうかを重視しているものと考えられる。

IV 土地信託方式による空中権取引の課税

前述のとおり、土地の高度利用として、土地信託方式を活用すべきであると考えられるのは、信託法理の特色である転換機能が生かされていると思われるからであ

43) 総務省：www.soumu.go.jp/main_content/000311089「大深度地下法第16条に基づく使用の認可を受けた事業に係る区分地上権等の設定対価に対する課税の見直し（国土交通省）」。

44) 財務省：www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2015/seirei/index.htm「平成27年度所得税法施行令の一部を改正する政令要綱」。

45) 武田昌輔編『DHC コメントール所得税法3巻』2535頁では、所税令79条の規定は、公共的な目的における地役権の設定を規定するものであるとされる。

る⁴⁶⁾。信託の機能の一つには、権利者の数の転換といわれるものがある。たとえば、複数の土地権利者がその土地の有効利用を図ることを目的として共同で賃貸ビルを建築しようとするときは、それらの権利者が個々の権利主体のままであると、意思決定や複雑な権利関係の調整などを効率的に行うことは困難となる。このような場合に、その権利者が受託者に各土地の権利を信託し、その受託者が権利主体となることによって、その権利主体は、単純化されるとともに権利関係の単純化も実現できると考えられるからである⁴⁷⁾。

もともと信託法は、債権説の考え方に基づいて、受託者は信託によって委託者から信託財産の完全な所有権を取得し、その一方で、受益者は受託者が信託の目的にそって信託財産の管理及び処分を行うことにつき、債権的な請求権を取得することになる（信託法 1 条）⁴⁸⁾。これは、権利者の属性の転換機能と称される。このように、信託の特色は、財産権の権利者とみられる受託者とその財産権から生じる利益の享受者である受益者が分裂することであろう。

ところで、租税法上、財産権から生じる利益の帰属者は、原則としてその財産権の所有者である（所税 12 条）。そのため、信託法上、信託財産の帰属者と受益者とが分裂していることは、信託の課税においてきわめて重要な問題となる。この点、租税法は明確な規定が置かれていると考えられている（所税 13 条、法税 12 条）⁴⁹⁾。たとえば、受益者等課税信託において、信託の受益者は信託財産に属する資産及び負債を有するものとみなされる。また信託財産に帰属する収益及び費用も同じく、受益者が有するものとみなすとされる。では、実際、土地信託のように受益者が複数の場合、課税上、どのように取り扱われるのであろうか。受益者が複数のときは、各々の受益者がその有する権利の内容に応じて、信託にか

46) 土地信託に関する文献として、四宮・前掲注 1) 14 頁、田中実『土地信託——その法的仕組みと問題点』ジュリ 827 号 9 頁、新井誠「土地信託の意義と法的構成」ジュリ 891 号 52 頁、本田純一「土地信託と借地制度」四宮和夫先生古稀論文集『民法・信託法理論の展開』弘文堂（1986）420 頁、吉田光碩「土地信託の運用と法的問題点」法律のひろば 39 巻 6 号 40 頁。

47) 信託の共通の機能とその利用例については、四宮・前掲注 1) 14-34 頁。

48) 前掲注 1) 神田・折原前掲注 1) 25 頁、寺本・前掲注 1) 25 頁。

49) 受益者等課税信託（個人信託）の課税問題については、水野・前掲注 2) 日税研論集 81 頁、所基通 13-5、同 13-6。

かる信託財産に属するその資産及び負債の全部につき、各々の受益者が有するものとみなされるのである。さらに、その信託財産に帰属する収益及び費用も同じく各々の受益者がその有する権利の内容に応じて帰属するものとして取り扱うこととされる（所税令52条4項⁵⁰⁾。

このようにして、土地信託方式における空中権取引の課税では、受益者に帰属する収益の性質は信託財産となる空中権の内容に応じて決定される。そのため、空中権の性質を決定することが必然的に重要になると考えられる。上述のように、土地信託とは委託者である土地の権利者が、受託者に土地の権利を信託し、その受託者は、その信託目的に従って信託財産を管理・運用し、その成果が受益者に配当されることとなる。そして最後に、その信託財産が委託者に返還される仕組みである。かかる観点から以下では、信託の設定時、信託期間中、信託終了時における委託者、受益者及び受託者の課税関係について検討することにした。

具体的に、土地信託の設定時に、複数の委託者が信託設定のため、土地の所有権や空中権を受託者に移転するときは、それらの権利は各委託者から受益者に移転したものとみなされる（所税13条）。この場合、各委託者の権利等は受託者のもとで一つの信託財産として統合されることとなり、各々の委託者は、その有する権利の内容に応じた割合で計算された信託財産に対する持分比率の権利等を有することになる。また、受益者は、信託財産に対する持分比率で計算された受益権を取得するものとされる⁵¹⁾。結果として、その信託において、受益者が受益権の対価を支払わない限り、その受益者が個人であるときは各委託者から受益者にその権利等が贈与されたものとみなされて受益者に対して贈与税が課せられる（相税9条の26項）。また、その受益者が法人のときは、各委託者から受益者に対して権利等の譲渡があったものとみなされて各委託者に所得税が課せられる（所税67条の33項、所税59条1項1号）。

しかしながら、土地信託の多くは委託者が受益者となるいわゆる自益信託が想定される。したがって、空中権や土地等を信託するときは、これらの贈与または

50) 土地信託通達に関しては、佐藤英明『受益権が証券化された土地信託の課税方法』ジュリ951号134頁。

51) 受益権の基本的性質及びその内容については、四宮・前掲注1) 315頁。

譲渡があったものとはみなされず、委託者、かつ受益者は課税されないものとされる。さらに、信託終了時における残余財産の給付も、受託者から受益者ないし委託者に行われるときは、上記と同様に扱うものとされる。では、土地信託の設定期間中に信託財産から得られる利得は、課税上、どのように取り扱われるのであろうか。課税実務では、複数の委託者が土地の空中権や所有権を信託し、その土地上において建築された建物が使用収益されることによる利得は、その土地の利用による対価として不動産所得とされる。このようにして、各々の受益者が有する権利等の内容に応じた割合によって計算された所得につき所得税が課税されることとなる(所基通13-4)。

では、信託期間設定中において、受益者が受益権を他に譲渡したときは、どのように扱われるのであろうか。前述のとおり、受益権というのは各委託者が有する権利の内容に応じた割合で計算された信託財産に対する持分比率で示された権利等である。したがって、その受益権の譲渡は、信託財産に属する資産及び負債がその持分比率に応じて、新たな受益者に移転されたものとみなされて受益権の移転者に所得税もしくは法人税が課せられる。

V おわりに

以上述べてきたように、平成18年の信託法改正によって、土地信託方式における空中権取引を活用した土地の高度利用の期待が高まっている。この信託法の改正に対応して、信託税制においても平成19年度税制改正では種々の見直しが行われた結果、土地信託における税制も、一定の整備がなされたものとして評価できるであろう。重要となるのは、土地信託方式における空中権取引の課税において、受益者に帰属する収益の性質は、その信託財産となる空中権の内容に応じて決定されるということである。しかし、空中権の概念は多義的であり、必ずしも単一でないため、その権利の行使については、土地所有者との権利義務関係において合理的な調整が必要となるであろう。その意味で、空中権の法的性質を明確化することは、租税法上、きわめて重要な課題である。かかる観点から、早急に空中権の法的性質を検討することが必要になると考えられる。