日本における民營化と規整改革
Privatisation and Regulatory Reform in Japan

板垣 勝彦*

〈Abstract〉

１．はじめに

日本では、1970年代の終わり頃から、「大きな政府」の不効率が問題視されるようになった。高度経済成長(1950年代~1973年)が終わると、高度経済成長の時代に膨らんだ福祉部門やインフラストラクチャ―部門が、政府財政を圧迫するようになった。いかにして費用をかけずに福祉やインフラストラクチャ―の整備･維持･管理を行うかが、緊急の課題となったのである。

２．三公社の民営化

はじめに、中曽根康弘政権(1982~1987)が取り組んだのが、いわゆる三公社の民営化であった。三公社とは、①鉄道事業を行う日本国有鉄道、②電信電話事業を行う電電公社、③たばこ、塩、樟脳の専売事業を行う日本専売公社のことである。三公社の民営化は、その組織形態を民間の株式会社に変更して、政府の持株を民間の投資家に売却するということで行われた。

②電信電話事業を例に説明すると、特殊法人であった電電公社は、1985年に日本電信電話株式会社(NTT)が設立されたことで解散し、その業務はNTTに引き継がれた(組織の民営化［Organisationsprivatisierung］)。この段階では、NTTは日本政府が全額出資する株式会社であり、政府が100％株主として、経営権を行使した。1987年以降、ＮＴＴの株式は、順次、民間に売却されていった(財産の民営化［Vermoegensprivatisierung］)。組織の民営化が行われた後も政府が株式を保有するのは、事業の継続性(Kontinuitaet)、平等性(Gleichheit)、適応性(Anpassung)といった「公

* 横浜国立大学准教授、博士(法学)(Ph.D. Associate Professor, Yokohama National University)

이화여자대학교 법학논집 제19권 제4호 (2015. 6)
Ewha Law Journal, vol. 19, no. 4 (2015. 6)

共の利益(Gemeinwohl)」に反する経営が行われるのを、政府が株主権を行使することで防止するためである。規整改革(Regulatory Reform)の視点からみると、政府が100％株主となって経営権を行使するのは、政府の一部としての特殊法人に対して指図するのと、実質的に変わらない。しかし、NTTも、最初から民間の株式会社として設立されてきた他の電気通信事業者と同じように、市場の中の一事業者と位置づけられるべきであり、「公共の利益」を守るための政府の関与は必要最小限にとどめられるべきと考えられた。そこで、政府は徐々に保有株式を民間に売却して、その売却益を財政収入に充てていったのである。政府の持株比率が低下するにつれて、NTTの経営に対する政府の影響力は低下していく。最終的には、政府の持株比率は過半数を割りこみ、政府がNTTの経営に直接影響力を行使することはできなくなる。むろん、電気通信事業という、公益に関わる重要な事業を行う以上、政府がその事業に対して無関心でいることは許されない。しかし、公共の利益は、電気通信事業法に基づく監督権限を行使することで確保される。NTTは、「かつて特殊法人であったから」ではなく、「一つの電気通信事業者として」、他の電気通信事業者と同様に、電気通信事業法による業法規制を受けるのである(なお、NTTに関しては、2015年現在でも、日本政府が30％程度の株式を保有している)。

政府持株の売却が行われるか否かは、当該企業が、民間の投資家が魅力を感じるほど収益を上げているか否かに依存する。たとえば、①日本国有鉄道は、1987年、地域ごとのJR各社へと分割民営化が行われたが、経営状況の良いJR東日本(東京圏を管轄)、JR東海(東海道新幹線を管轄)についてはいち早く政府保有株式が民間に売却されたのに対して、経営状況が悪いJR北海道やJR四国の株式は、いまだ民間に売却されていない。③1985年、専売公社が民営化されて設立された日本たばこ産業株式会社(JT)の株式は、政策目的から、長らく政府が過半数の株式を保有していた。

近年、政治的な注目を集めたのは、④郵便事業の民営化である。郵便事業の民営化は、小泉純一郎政権(2001~2006)が政治課題として強力に推進した。もともと郵便事業は政府(郵政省·郵便事業庁)が実施していたが、郵政公社が設立されて、郵便配達、郵便貯金、そして「かんぽ」と呼ばれる簡易保険の三事業が移管された。その後、4つの株式会社が設立され、郵政公社から事業が引き継がれた(組織の民営化)。4つの株式会社とは、日本郵便株式会社(郵便事業)、かんぽ生命株式会社(生命保険事業)、ゆうちょ銀行株式会社(銀行事業)と、それらの持株会社である日本郵政株式会社である。2015年2月現在、これらの会社の株式は100％日本政府が保有しているが、2014年末に、かんぽ生命、ゆうちょ銀行、日本郵政の株式については、段階的に民間に売却されていく方針が示された(財産の民営化)。

３．指定確認検査機関

機能的民営化(Funktionale　Privatisierung)の例としては、指定確認検査機関が建築確認を行うようになったことを紹介する。建築確認とは、ビルやマンションなどの建築物が地震に耐え得るか(耐震性)を都道府県の建築主事が確認する行政行為(Verwaltungsakt)である。建築主は、建設に着手する前に、建築基準法に従い、自治体から建築確認を受けて、建設完了後に確認済証の交付を受ける必要がある。しかし、阪神淡路大震災(1995年)からの復興に際して、あまりに多くの建物が新しく建設されることになったために、都道府県の建築主事の仕事が追い付かないという事態が発生した。そこで、2000年の建築基準法の改正によって、民間組織(株式会社を含む)であっても、政府の指定を受けることで、自治体と同様に建築確認事務を行うことが可能となった(指定確認検査機関)。ところが、指定確認検査機関の制度については、問題が生じた。つまり、耐震偽装を看過して建築確認がなされた場合に、耐震基準に満たない脆弱なマンションを買わされた者は、改めて耐震補修工事をするなど、追加の費用負担を求められることになるが、このような被害者は、誰に対して損害賠償請求をすることができるのかという問題である。まず、指定確認検査機関に対して損害賠償を請求するという考え方がありうる。しかし、指定確認検査機関は民間組織であるから、資力に余裕があるとは限らず、多額の損害賠償を請求されれば、財産が尽きてしまう。すべての被害者が十分な金銭的救済を得られるとは限らない。それでは、建築主事を置く都道府県に対して損害賠償請求が可能であるかといえば、法律上、都道府県が逐一、指定確認検査機関の仕事内容をチェックすることは予定されていなかった。権限が認められていないのに責任だけ負わされることになれば、都道府県は不満を持つだろう。この問題は、構造計算適合性判定の制度を導入することと、指定確認検査機関としての指定を受けるためには損害保険への加入を義務付けることによって解決されたものの、今後に課題を残した。

４．おわりに

第一に、日本における民営化と規整改革は、その当時の政治的関心に基づいて行われ、法的論議は十分に尽くされてこなかった。指定確認検査機関の事例は、問題が生じてから後追い的に法整備が行われたという点で、教訓を残した。第二に、国営企業の民営化の影響は、その国の経済の中で国営企業が占める影響力が大きいほど、大きくなる。中国のような社会主義国や、韓国や台湾のような新興国の場合、ヨ―ロッパ諸国よりも国営企業の民営化の影響は大きいと思われる。各国の民営化と規整改革の動向について、相互理解を深めることができれば幸いである。

Ⅰ．はじめに

日本では、1970年代の終わり頃から、「大きな政府」の不効率が問題視されるようになった。高度経済成長（1950年代～1973）が終わると、高度経済成長の時代に膨らんだ福祉部門やインフラストラクチャー部門が、政府財政を圧迫するようになった。これは、ちょうど同時期に、アメリカのロナルド・レーガン政権（1981～1989）、イギリスのマーガレット・サッチャー政権（1979～1990）、ドイツのヘルムート・コール政権（1992～1998）が直面していたのと、同様の課題である。財政負担の増大は、第二次世界大戦後に西側資本主義国の潮流となっていた福祉国家が抱え込んだ、いわば構造的問題であった。そこで、いかにして費用をかけずに福祉やインフラストラクチャーの整備・維持・管理を行うかが、緊急の課題となったのである。その解決策として提案されたのが、新自由主義に立脚した民営化と規整改革であった[1)]。

しかし、ここで一つの疑問が生じる。これまで行政部門が担ってきた事務を民間事業者に委ねてしまえば、行政の役割は終わってしまうのだろうか？もちろん、決してそうではない。行政には、民間事業者がその役割を的確に遂行しているかどうか、指示・監視を及ぼすという大切な役割が残される。国家の「保障責任（Gewährleistungsverantwortung）」である。本稿の課題は、保障責任を全うする国家、すなわち保障国家（Gewährleistungsstaat）の視点から、日本の民営化と規整改革について分析することにある[2)]。

民間事業者は、行政のように、公益を確保することを最優先として、採算を度外視することは許されない。民間事業者にとっては、市場経済のメカニズムに基づき、採算をとり、収益を上げることが至上命題である。いかにして行政が市場経済のメカニズムに基づいて行動する民間事業者に対して規整を及ぼすかが、重要な課題となっている。

---

1) 日本で法的議論の素材として「民営化」が採り上げられるようになったのも、この時期である。最初期の金字塔として、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌102巻11・12号（1989）719頁がある。学説史について、参照、板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂（2013）513頁以下。

2) 日本における保障国家論の文献として、板垣・前掲注(1)のほか、参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』尚学社（2013）（初出は「保障国家と公法理論――ドイツ規制緩和における国家任務の位置――」埼玉大学社会科学論集126号（2009）31頁）、山田洋「「保証国家」とは何か」岡村周一・人見剛（編）『世界の公私協働』日本評論社（2010）141頁。

Ⅱ．三公社の民営化

１．第二次臨調と三公社の民営化

はじめに、中曽根康弘政権（1982～1987）が第二次臨時行政調査会（第二次臨調）の答申に基づいて取り組んだのが、いわゆる三公社の民営化であった。

三公社とは、①鉄道事業を行う日本国有鉄道（国鉄）、②電信電話事業を行う日本電信電話公社（電電公社）、③たばこ、塩、樟脳の専売事業を行う日本専売公社のことである[3)]。三公社の民営化は、その組織形態を民間の株式会社に変更して、政府保有株式を民間の投資家に売却するという手法で行われた。

三公社の民営化の第一の目的は、経営の非効率を改善することにあった。特に国鉄は毎年1兆円以上の赤字を計上し続け、民営化時には20兆円を超える多額の債務を抱えており、民営化を契機に債務を清算することが急務であった[4)]。第二に、政府保有株式を売却して得た利益を国家財政に補充することも、重要な目的とされた。第三に、政府は、政治改革の一環として、国家公務員と同程度の待遇を有する公社の職員の人数を削

---

3) 公社は、法的概念としては、政府関係法人、特殊法人、公企業（公共企業体）などと称される。共通するのは、政府の全額出資により、特別法に基づき設立・運営される点である。
三公社とあわせて、①郵便事業（のちに公社化、後述）、②国有林野事業、③紙幣などの印刷事業、④造幣事業、⑤アルコール専売事業が政府によって直接実施されており、これらは五現業と呼ばれていた。三公社五現業の職員の労働関係は、国家公務員法ではなく、公共企業体労働関係法（昭和23年法律第257号）＊が適用された。具体的には、労働基本権（団結権、団体交渉権、団体行動権）のうち、国家公務員法では団体交渉権が制限されているのに対して、公共企業体労働関係法では団体交渉権が認められる点が異なる（なお、三公社五現業の職員であっても、団体行動権は認められていない）。
公共企業体労働関係法は、国の組織改編に伴って何度か題名が変更されており、国営企業労働関係法、特定独立行政法人等の労働関係に関する法律を経て、現在の名称は行政執行法人の労働関係に関する法律である。

＊ 日本の法律には、制定年と成立順により、「昭和X年法律第Y号」という番号がついている。昭和23年法律第257号ならば、昭和23年に制定された257番目の法律という意味である。なお、昭和1年が1926年、平成1年が1989年である。

4) 国土交通省HP「国鉄改革について」http://www.mlit.go.jp/tetudo/kaikaku/01.htm　国鉄が多額の債務を抱えた原因としては、以下の事情が挙げられる。①自動車への輸送手段の転換（モータリゼーションの進行）により、旅客需要が減った。②物価上昇にもかかわらず、運賃が公共料金としての性格から低額のまま据え置かれた。③ユニバーサルサービスの視点から、地方の不採算路線を維持する必要があった。④新幹線などの建設費の高騰。⑤長引く労使対立から、経営の抜本的な改善が難しかった。

減するように求められていた。1985年の発足時、NTTの職員は約314,000人、JTの職員は約34,000人である[5]。国鉄の職員については、最大時の1965年で約462,000人を数えていたが、民営化の前年である1986年には整理・合理化の成果で約201,000人にまで減り、JRに引き継がれた[6]。なお国鉄に関しては、政府の方針に反対することの多い政治勢力であった国鉄労働組合（国労）を弱体化させる目的があったことも指摘されている[7]。

２．民営化の過程分析

ここで、公社のような事業体について民営化が行われる過程について、専門用語を用いて分析する[8]。最初に行われるのが、組織の民営化（Organisations- privatisierung）である。これは、事業体の組織形態が政府の直営方式、あるいは公社（特殊法人）方式から、会社法に基づく株式会社へと変更される段階を指す。この段階では、直営方式・公社（特殊法人）方式のときと同様に、政府が全額を出資し続けている。いわば、政府が事業体の100%株主なのである。

続いて、事業体がその株式を上場して市場に売り出す段階を、財産の民営化（Vermögensprivatisierung）と呼ぶ。財産の民営化が進行すれば、当初は100％であった政府の持株比率は下がり、政府が企業体の経営に及ぼすことのできる影響力は低下する。ただし、一定程度財産の民営化が進んでも、政府が発行済み株式の過半数を所持している限り、なお経営の支配力を保持している[9]。政府がどの程度の株式を保有し続けるかといったことは、その事業体が担当する事業が「公共の利益（Gemeinwohl）」に

---

5) 三和良一・鈴木俊夫『日本たばこ産業―百年のあゆみ―』日本たばこ産業株式会社（2009）243頁。
6) 国土交通省HP「国鉄改革について」http://www.mlit.go.jp/tetudo/kaikaku/01.htm
7) 中島徹「規制緩和は憲法学の主題たりうるか」法学セミナー619号（2006）12頁（14頁）。具体的には、熱心に活動していた国労の組合員に対しては、分割・民営化後にJR各社に雇用関係を引き継がないといったことが行われた。このように組合活動を理由として採用を拒否することの違法性が争われたJR北海道事件において、最判平成15年12月22日民集57巻11号2335頁は、「従前の雇用契約関係における不利益な取扱いにほかならないとして不当労働行為の成立を肯定することができる場合に当たるなどの特段の事情がない限り」、労働組合法7条1号の不利益取扱いには該当しないとした。
8) 日本を代表する民営化の過程分析が、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究66巻1号（1999）285頁である。
9) EU透明性確保指令2条1項は、このように公的部門が法律・株式保有比率を通じて企業の意思決定に支配力を行使しうる状態の企業を「公企業」と定義して、法的規制を及ぼしている。Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.Juli.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723 EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und der öffentlichen Unternehmen.

どの程度関係するかといった政策目的によって決められる。ここで「公共の利益」というのは、事業の継続性（Kontinuität）、平等性（Gleichheit）、適応性（Anpassung）といった事項を指す[10]。実際上は、発行済み株式の数％でも保持していれば、経営に相当程度の影響を及ぼすことができる[11]。

政府保有株式が0%になる、つまり発行済み株式のすべてが市場へと売却された段階が、完全民営化（任務の私化［Aufgabenprivatisierung］とも）である。完全民営化が行われると、政府は、最初から民間の株式会社として設立された会社に対するのと同様の規整を及ぼす以外、経営に影響力を及ぼす方策はなくなる。これが、いわゆる業法規制である。実際に、三公社が民営化されたときには、同時にそれに対応する業法が制定されている。総務省が所管する電気通信事業法（昭和59年法律第86号）、国土交通省が所管する鉄道事業法（昭和61年法律第92号）、財務省が所管するたばこ事業法（昭和59年法律第68号）である[12]。

3. 民営化と規整改革――電信電話事業の民営化を例に

1) 電信電話事業の民営化

民営化と規整改革（規整のあり方の変容）については、電信電話事業を例に説明しよう。電電公社は、日本電信電話株式会社法（昭和59年法律第85号）に基づき、1985年に日本電信電話株式会社（NTT）が設立されたことで解散し、その業務はNTTに引き継がれた（組織の民営化）。この段階では、NTTは日本政府が全額出資する株式会社であり、政府が100％株主として、経営権を行使していた。1987年以降、NTTの株式は、順次、民間に売却されていった（財産の民営化）。組織の民営化が行われた後も政府が株式を保有するのは、事業の継続性、平等性、適応性といった「公共の利益」に反する経

---

10) 事業の継続性、平等性、適応性という三つの原則は、有名なフランス公役務の三原則から着想を得たものである。適応性とは、サービス内容について、技術革新に適応して時代の要請に応えていかなければならないという要請をいう。Kay Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008, S.196 ff., 椎名慎太郎「公役務概念について――イデオロギー的分析とその現代的位相」山梨学院大学法学論集5号（1982）24頁（49頁）、板垣・前掲注(1)82頁以下。

11) 第三セクター法人（地方公共団体と地方銀行が鉄道会社などに共同出資している形態）についても、地方公共団体が第三セクター法人の発行済み株式の25％を超えて出資している場合には、監査委員や外部監査人の監査が及ぶ（地方自治法199条7項、252条の37、252条の42）など、透明化の確保が要請されている。

12) 民営化がなされた1985年（JRは1987年）当時の名称は、それぞれ郵政省（現・総務省）、運輸省（現・国土交通省）、大蔵省（現・財務省）である。

営が行われるのを、政府が株主権を行使することで防止するためである。

2) 規整改革の視点

規整改革（Regulatory Reform）の視点からみると、政府が100％株主となって経営権を行使するのは、政府の一部としての特殊法人に対して指図するのと、実質的に変わらない。しかし、NTTも、最初から民間の株式会社として設立されてきた他の電気通信事業者と同じように、市場の中の一事業者と位置づけられるべきであり、「公共の利益」を守るための政府の関与は必要最小限にとどめられるべきと考えられた。そこで、政府は徐々に保有株式を民間に売却して、その売却益を財政収入に充てていったのである。

政府の持株比率が低下するにつれて、NTTの経営に対する政府の影響力は低下していく。最終的には、政府の持株比率は過半数を割りこみ、政府がNTTの経営に支配権を行使することはできなくなった。むろん、電気通信事業という、公益に関わる重要な事業を行う以上、政府がその事業に対して無関心でいることは許されない。しかし、公共の利益は、総務大臣が電気通信事業法に基づく監督権限を行使することで確保される。NTTは、「かつて特殊法人であったから」ではなく、「一つの電気通信事業者として」、他の電気通信事業者と同様に、電気通信事業法による業法規制を受けるのである[13)]。

3) 電気通信事業法によるコントロール

具体的に説明しよう。電気通信事業を始めようとする者は、総務大臣に申請して登録を受けなければならない（電気通信事業法9条以下）。命令や処分に違反して、公共の利益を害すると認められたときは、処分は取り消される（同法14条）。

事業の継続性の観点からは、電気通信事業者が事業の全部（または一部）を休止・廃止したときは、遅滞なく、総務大臣に届け出なければならず（同法18条1項）、利用者に対しても、その旨を周知しなければならない（同条3項）。

平等性については、不当な差別的取り扱いの禁止が定められている（同法6条）。基礎的電気通信役務を提供する電気通信事業者は、正当な理由がなければ、その業務区域における基礎的電気通信役務の提供を拒んではならない（同法25条1項）。提供する

13) 参照、舟田正之「電気通信事業における独占と競争」『現代経済法講座9通信・放送・情報と法』三省堂（1990）79頁、古城誠「公的規制と市場原理」公法研究60号（1998）109頁、原田大樹「複線化への理論的対応」『公共制度設計の基礎理論』弘文堂（2014）114頁。

サービスの内容は約款で定められているが、約款の内容は事前に総務大臣に届け出なければならず、料金の額の算出方法が適正かつ明確に定められていないときや、特定の者に対し不当な差別的取扱いをするものであるときなどは、総務大臣は変更命令を出すことができる（同法19条1項、2項、20条1項、3項）。利用者の利益に及ぼす影響が大きいと考えられる特定電気通信役務の料金については、総務大臣の認可を得る必要がある（同法21条2項）。

4. 政府保有株式の売却――鉄道事業の民営化を例に

1) 鉄道事業の民営化

政府保有株式が徐々に民間に売却されていく財産の民営化と、完全に民間への売却が完了する完全民営化について、鉄道事業の民営化を例に説明しよう。政府保有株式の売却が行われるか否かは、当該企業が、民間の投資家が魅力を感じるほど収益を上げているか否かに依存する。鉄道事業を例に説明しよう。日本国有鉄道は、1987年、六つの地域と貨物を担当する七つのJR各社へと分割民営化が行われた（長期債務の処理と資産の処分は国鉄清算事業団に課せられた）[14]。しかし、政府保有株式の売却が行われたのは、このうち三社にとどまる。つまり、経営状況の良いJR東日本（東京圏を中心とする東日本および東北・上越新幹線を管轄する。2002年に完全民営化）、JR西日本（西日本および山陽新幹線を管轄する。2004年に完全民営化）、JR東海（東海地方および東海道新幹線を管轄する。2006年に完全民営化）についてはいち早く政府保有株式が民間に売却されたのに対して、経営状況が悪いJR北海道（北海道を管轄する）やJR四国（四国を管轄する）の株式は、いまだ民間に売却されていない。興味深いのはJR九州（九州を管轄する）であり、2011年の九州新幹線全線開業により経営状況が安定してきたとして、政府保有株式の売却が検討されている[15]。

---

14) このような運営部門と資産部門を分離する手法は、2005年に行われた日本道路公団の民営化でも踏襲されている。すなわち、施設の管理運営と新規建設は、東日本高速道路株式会社（NEXCO東日本）、中日本高速道路株式会社（NEXCO中日本）、西日本高速道路株式会社（NEXCO西日本）に、施設の保有と債務の返済は独立行政法人日本高速道路保有・債務返済機構に引き継がれた。独立行政法人日本高速道路保有・債務返済機構HP「設立の経緯と民営化の枠組みの概要」http://www.jehdra.go.jp/kiko20.html

15) 正確にいうと、JR各社の株式を保有しているのは、独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構（旧・国鉄清算事業団）である。

2) 鉄道事業法によるコントロール

完全民営化が行われると、政府が株主として経営に関与することは不可能になるので、民営化が行われた企業体は、業法規制以外のコントロールを受けないことになる。具体的に説明すると、鉄道事業を経営しようとする者は、路線・種別ごとに国土交通大臣の許可を受けなければならない（鉄道事業法3条1項、2項）。鉄道事業者が鉄道線路や停車場（駅）などの鉄道施設を建設しようとするときには、工事計画を定めた上で、国土交通大臣から施行の認可を受けなければならない（同法8条1項）。2014年10月17日、JR東海が品川・名古屋間のリニア中央新幹線工事実施計画について国土交通大臣の認可を受けたことは、大きく報道された[16]。鉄道事業者は、安全管理規程を定めて、国土交通大臣に届け出なければならず（同法18条の3）、事故が発生したときは、遅滞なく、事故の種類、原因などを国土交通大臣に届け出なければならない（同法19条）。

継続性の観点からは、事業の廃止・休止について、国土交通大臣に届け出なければならないとされていることが興味深い（同法28条1項、28条の2第1項）。特に事業を廃止する場合には、6か月前までの届出が求められる（同法28条の2第6項）。これは、急に鉄道事業が廃止されると、公共交通の観点から重大な影響が生じ得るため、あらかじめ対策が必要だからである。法人を解散する場合にも、国土交通大臣の認可が必要である（同法29条）。

平等性の観点からは、旅客運賃に対する規定が注目される。旅客運賃の上限についても、国土交通大臣の認可を受けなければならず、国土交通大臣は、「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものを超えないものであるかどうか」という観点から審査するものとされる（同法16条1項、2項）。もし旅客運賃が特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものであるときには、国土交通大臣は、変更命令を発することができる（同条5項1号）。

---

16) 参照、JR東海HP「中央新幹線品川・名古屋間の工事実施計画（その１）の認可について」
http://jr-central.co.jp/news/release/_pdf/000024273.pdf
ちなみに、民営化以前に日本鉄道建設公団が運輸大臣に対して全国新幹線鉄道整備法に基づき成田新幹線東京・成田空港間の工事実施計画の認可を受けたことについて、成田新幹線の予定地内に土地を所有する原告らが認可の取消しを求めた訴訟（成田新幹線訴訟）がある。最判昭和53年12月8日民集32巻9号1617頁は、この認可は上級行政機関としての運輸大臣が下級行政機関としての日本鉄道建設公団に対して行う行政機関相互の行為と同視すべきであって、行政行為として外部に対する効力を有するものではないとして、抗告訴訟の対象となる行政処分（行政事件訴訟法3条2項）には該当しないと判断した。

3)　NTTとJTの政府保有株式の売却

NTTに関しては、その株式の多くがバブル景気（1986～1991）に乗って売却されたが、2015年2月現在でも、日本政府が30％程度の株式を保有しており、完全民営化はなされていない。

専売公社の民営化についても触れておくと、1985年、専売公社が民営化されて設立された日本たばこ産業株式会社（JT）は、たばこ事業法8条により、現在でもたばこ製造の独占が認められている（塩の専売制は1997年に廃止された）。他方で、原料となる国内産葉たばこの買取り義務も課せられている（同法3条）。こうした政策目的もあり、近年まで、JTの株式の過半数は、政府が保有するように義務付けられていた[17]。

5. 郵政民営化

近年、政治的な注目を集めたのは、郵便事業の民営化（郵政民営化）である[18]。郵政民営化は、小泉純一郎政権（2001～2006）が政治課題として強力に推進したことで知られる。日本の郵便事業の場合は、郵便配達事業だけではなく、生命保険事業（簡易保険［かんぽ］事業）や銀行事業（郵便貯金［ゆうちょ］事業）を実施していたことが特色である。むしろ、郵政民営化の主な目的は、莫大な資産価値を有する郵便貯金事業と簡易保険事業について政府保有株式を売却し、その売却益で国家財政を賄うことにあった。

もともと郵便事業は政府（郵政省・郵便事業庁）が実施していたが、2003年に日本郵政公社が設立されて、郵便配達、簡易保険、郵便貯金の三事業が移管された。その後、2005年9月の郵政解散により、郵政民営化について国民の強力な支持が得られたことから[19]、小泉政権は2007年に四つの株式会社を設立し、これらが郵政公社から事業を引き

---

17) 現在では、政府が保有を義務付けられるのは、株式の3分の1を超える割合へと変更されている（日本たばこ産業株式会社法2条1項）。3分の1という数字は、議決権の3分の2以上の過半数を要する特別多数決（会社法309条2項）が成立するのを防ぐという趣旨である。

18) Miyake Yuuhiko, Die Postreform und der Gewährleistungsstaat in Japan, 埼玉大学社会科学論集129号（2010）1頁。

19) 2005年の第162回通常国会で、小泉政権が提出した郵政民営化関連法案が、政権与党である自由民主党の一部議員の造反により、参議院で否決された。これを受けて、小泉純一郎は、郵政民営化の是非を国民に問うという趣旨で衆議院を解散した（郵政解散）。同年9月11日に行われた衆議院総選挙では自由民主党・公明党の連立与党が圧勝し、この勢いに乗じて、郵政民営化関連法案が次々と成立した。

継いだ（組織の民営化）。四つの株式会社とは、郵便配達事業を行う日本郵便株式会社、簡易保険事業を行うかんぽ生命株式会社、郵便貯金事業を行うゆうちょ銀行株式会社と、それらの持株会社である日本郵政株式会社である[20]。

郵便配達事業は、国民の生存に不可欠なユニバーサルサービス事業であると考えられたことから、維持・管理にコストがかかる山間部・離島など過疎地の郵便局が廃止されるのではないかとの懸念に応えるために、とりわけ事業の継続性について、立法的措置がなされた。すなわち、日本郵便株式会社法（平成17年法律第100号）6条1項は、民営化後の会社に対して、「あまねく全国において利用されることを旨として」郵便局を設置する義務を課しており、これを受けた日本郵便株式会社法施行規則（平成19年総務省令第37号）4条1項は、すべての市町村（・特別区）内に1以上の郵便局を設置することを義務付けた。これは、日本郵便株式会社に対して、強力に事業の継続義務を課した規定である。同条2項では、郵便局設置の基準が定められており、①地域住民の需要に適切に対応することができること、②交通、地理その他の事情を勘案して地域住民が容易に利用することができること、③過疎地においては、現に存する郵便局ネットワークの水準が維持されることが挙げられている。

2015年2月現在、これらの会社の株式は、いまだ100％日本政府が保有している。郵政民営化の主目的からすると意外であるが、これは、2009年の衆議院選挙で民主党が圧勝したことで、郵政民営化を見直す政治勢力[21]が政権与党となり、政府保有株式の売却が当面凍結されていたためである。しかし、2012年に自由民主党が政権に返り咲くと、再び郵便事業の民営化が進行し始めた。2014年12月26日、かんぽ生命、ゆうちょ銀行、日本郵政の株式については、段階的に民間に売却されていく方針が示されている（財産の民営化）[22]。

---

20) 日本郵便株式会社と持株会社である日本郵政株式会社の名称は紛らわしい。さらに、この二社の名称は何度か変更されているので、特に外国の研究者は注意が必要である。本文での名称は、2015年2月現在のものを使用した。

21) 民営化以前の郵便局の大半は「特定郵便局」であった。特定郵便局とは、自宅などを郵便局の建物として提供している者を、選考採用で郵便局長に就けるというしくみである。特定郵便局長は、事実上、世襲の国家公務員として運用されており、政権与党である自由民主党の重要な支持基盤となっていた。そのために、小泉政権の郵政民営化政策には、むしろ自由民主党内部で、支持基盤を崩すとして反発が強かった。反発した勢力は自由民主党を離党したところ、その一部は自由民主党に復党したが、残りの勢力が民主党政権（2009～2012）に合流したのである。

22) 日本郵政公式HP「日本郵政グループ3社の株式上場について（2014年12月26日社長会見）」
http://www.japanpost.jp/information/2014/20141226030642.html

Ⅲ．指定確認検査機関と機能的民営化

1. 機能的民営化――指定確認検査機関を例に

民営化には、事業体について民営化がなされるものだけではなく、特定の事務の実施を民間に委ねる機能的民営化（Funktionale Privatisierung）も存在する。日本では、「民間委託」と呼んで区別されることが多い[23]。機能的民営化の例としては、指定確認検査機関が建築確認の事務を行うようになったことを紹介する。建築確認とは、ビルやマンションなどの建築物が地震に耐え得るか（耐震性）を都道府県の建築主事が確認する行政行為（Verwaltungsakt）である（建築基準法6条1項）。建築主は、建設に着手する前に、建築基準法に従い、その設計図について都道府県の建築主事から建築確認を受けて、建設完了後に確認済証の交付を受ける必要がある。

しかし、阪神淡路大震災（1995）からの復興に際して、あまりに多くの建物が新しく建設されることになったために、都道府県の建築主事の仕事が追い付かないという事態が発生した。そこで、1999年の建築基準法の改正によって、民間組織であっても、政府の指定を受けることで、自治体と同様に建築確認事務を行うことが可能となった[24]。この指定は、株式会社でも受けられる。これが指定確認検査機関の制度である（建築基準法6条の2、同法77条の2以下）[25]。

2. 損害賠償は誰が負担すべきなのか？

1)　問題の所在

ところが、指定確認検査機関の制度については、さっそく問題が生じた。一連の耐震偽装事件の発覚（2005）である。これは、姉歯秀次一級建築士が、建物の建設コストを

---

23) 民営化の態様について、山本隆司「日本における公私協働」『藤田宙靖博士東北大学退職記念　行政法の思考様式』青林書院（2008）171頁（276頁以下）は、①事業に関する協働（本稿のⅡ）と②決定に関する協働（本稿のⅢ）へと分類する。

24) 指定法人については、参照、塩野宏「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』有斐閣（2001）449頁。

25) 金子正史「指定確認検査機関に関する法的問題の諸相」『まちづくり行政訴訟』第一法規（2008）259頁（330頁以下）。

削減するために、本来建物に入れなければならない鉄骨の数を減らしたにもかかわらず、構造計算書の数値に改変を加えることで、耐震強度を満たしているかのように偽装したという事件である[26]。耐震偽装を看過して建築確認がなされた場合に、耐震基準に満たない脆弱なマンションを買わされた者は、改めて耐震補修工事をするなど、追加の費用負担が必要になる。しかし、このような被害者は、誰に対して損害賠償請求をすることができるのかという問題が生じたのである[27]。

2) 指定確認検査機関に対して損害賠償を求めるべきという説

この問題の解決策として、二つの学説が示された。まず、指定確認検査機関に対して損害賠償を請求するという考え方である。そもそも実際に建築確認を行った指定確認検査機関の仕事の不具合で被害が生じたのだから、「リスクを最小にすることが最も可能な部門に責任を取らせるべきである」という経済学的な考え方からは、この解決が合理的である[28]。

しかし、この考え方には、被害者の救済が十分に図られないという難点がある。つまり、指定確認検査機関は民間組織であるから、資力に余裕があるとは限らず、多額の損害賠償を請求されれば、財産が尽きて破産してしまうことも考えられる。したがって、すべての被害者が十分な金銭的救済を得られるとは限らないのである。

---

26) なお、一連の耐震偽装事件の原因を指定確認検査機関制度の欠陥に求める意見もあるが、妥当ではない。実際、都道府県の建築主事が耐震偽装を見過ごしたケースも相次いでいる。耐震偽装事件の原因は、建築確認の審査体制自体にある。このことは、建築主事・指定確認検査機関のいずれが建築確認を行った場合を問わず、構造計算適合性判定（後述）が義務付けられたことからも解る。本稿で提起している問題は、建築確認のミスで耐震偽装を見過ごした場合に、建築主事のミスならば都道府県に対して国家賠償を請求することができるのに、指定確認検査機関のミスのときはその指定確認検査機関に対して損害賠償を請求しうるにとどまるとすると、指定確認検査機関が無資力となった場合のリスク（無資力リスク）を被害者が抱え込んでしまうという問題である。

27) 機能的民営化に伴う損害賠償責任という問題は、日本では耐震偽装事件が発覚する以前から指摘されていた。交告尚史「国賠法1条の公務員――福祉行政における民間委託に着目して――」神奈川法学30巻2号（1995・1996）75頁、松塚晋輔『民営化の責任論』成文堂（2003）。近年の論文として、参照、米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一（編）『行政法の新構想Ⅲ』有斐閣（2008）305頁（319頁以下）、松塚晋輔「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号（2014）1頁。

28) その場合、指定確認検査機関を、国家賠償法1条1項にいう「公共団体」として、損害賠償を請求することになる。参照、塩野宏『行政法Ⅱ［第5版］』有斐閣（2011）302頁以下、山本隆司『判例から探究する行政法』有斐閣（2012）602頁。

3) 都道府県等に対して損害賠償を求めるべきという説

そこで、特定行政庁（建築主事を置く地方公共団体の長のこと）の属する都道府県等に対して損害賠償請求を行うべきだという説が登場する。この説ならば、都道府県等が損害賠償請求に応じられないほど資力が不足することは考えがたいから、被害者の救済は図られる。

最決平成17年6月24日判時1904号69頁では、指定確認検査機関を相手取って提起した建築確認の取消訴訟について、行政事件訴訟法21条1項を適用して、特定行政庁の属する市に対する国家賠償訴訟へと訴えを変更することが認められた[29]。なお、被告が市となっているのは、都道府県だけではなく、人口25万人以上の市にも、建築主事を置くこととされているためである（建築基準法4条1項）。

しかし、この説には、大きな欠点があった。それは、当時の建築基準法では、都道府県等が逐一、指定確認検査機関の仕事内容をチェックすることは予定されていなかったことである。都道府県等からしてみれば、指定確認検査機関の仕事内容についてチェックする権限は認められていないのに、指定確認検査機関の仕事内容から生じた責任だけ負わされることになるのだから、大きな不満を持つだろう。権限がないのに、責任だけ負わされるというのは、理論的にも不合理と思われる。

4) 指定確認検査機関にも都道府県等にも損害賠償を求めることができるという説

第三の説として、指定確認検査機関にも都道府県等にも損害賠償を求めることができるという説が提唱された。ただし、第一次的に損害賠償義務を負担するのは指定確認検査機関であり、都道府県等の役割は第二次的なものにとどまる。つまり、都道府県等が損害賠償義務を負うのは、指定確認検査機関による事務遂行を的確にチェックすることを怠った規制権限の不行使が、裁量権の逸脱・濫用であると認められた場合に限られる。

横浜地判平成24年1月31日判時2146号91頁は、この第三の説に立脚する[30]。これは、分譲マンションの新築工事に際して、耐震強度の偽装が行われたという事案である。マンションの各区分所有権の購入者は、従業員の過失によって耐震偽装を見過ごした指定

---

29) 仲野武志『平成17年度重要判例解説』（ジュリスト1313号）（2006）43頁、松塚晋輔「指定確認検査機関による確認事務の帰属」宇賀克也・交告尚史・山本隆司（編）『行政判例百選Ⅰ［第6版］』有斐閣（2012）6事件。

30) この判決の評釈として、板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究89巻6号（2013）137頁がある。

確認検査機関（Y1）および特定行政庁の所属する市（Y2）に対して、損害賠償責任を追及した。横浜地裁は、指定確認検査機関の行う建築確認のしくみの中でY1とY2との間に形成される関係について、次のように述べた。

「…指定確認検査制度は、建築確認等の事務の主体を地方公共団体から民間の指定確認検査機関に移行したものであって、指定確認検査機関は、自ら設定した手数料を収受して、自己の判断で建築確認業務を行っており、その交付した建築確認済証は、建築主事が交付した確認済証とみなされるものである。そうすると、指定確認検査機関は、行政とは独立して、公権力の行使である建築確認業務を行っているのであって、指定確認検査機関の行った建築確認に瑕疵がある場合には、その国賠法上の責任は指定確認検査機関自身が負うものと解するのが相当である。」

「ただし、…特定行政庁においても、一定の監督権限は与えられているから、特定行政庁が同権限の行使を怠った場合には、特定行政庁が属する地方公共団体も、国賠法上の責任を負うものと解される。そこで、本件において、Y2市長がその監督権限の行使を怠ったかどうかについて検討すると、…Y2市において、本件マンションに係る建築計画が建築基準関係規定に適合していないことを認識することができたとは認められず、その旨をY1に通知するなどその監督権限を行使することを怠ったとは認められない。したがって、Y2市が、Y1の行った建築確認について、国賠法上の責任を負うとは認められない。」

こうして横浜地裁は、損害賠償責任は第一次的には指定確認検査機関が負うべきものとしながら、市についても、監督権限の行使を怠った場合には、第二次的な損害賠償責任を負う可能性があることを認めた。ただし、この事案では、Y2市の特定行政庁がY1から――構造計算書の提出を含めた――詳しい報告を受けることは建築基準法上予定されておらず、構造計算書の偽造を是正する権限を行使する前提としての報告徴収権が付与されていなかった以上は、監督権限の行使を怠ったとは認められない（より正確には、監督権限を行使しようがない。）から、行政に規制権限不作為の違法があったとはいえないとして、Y2の国賠法上の責任は否定されている。

3. 二つの解決策

この問題に対処するために、二つの解決策が示された。第一は、構造計算適合性判定（建築基準法18条4項以下、77条の35の2以下）の導入である。これは、一定規模を超え

る建築物では、その構造計算の適合性を、確認審査を行った指定確認検査機関とは別の第三者にチェックさせるしくみであり、耐震偽装の原因を根元から絶つことを狙いとしている。第二は、指定確認検査機関としての指定を受けるために財産要件を課して（法77条の20第3号）、事実上、あらかじめ損害保険に加入していなければならないしくみに変更したことである[31]。これらの対策によって、指定確認検査機関と損害賠償に関する問題は立法的に解決された。しかし、事前の法的論議を十分に詰めなかったことは、今後の反省材料として残された。

4. それ以外の機能的民営化①指定管理者とPFI

1) 指定管理者

2003年の地方自治法改正により指定管理者制度が導入され、地方公共団体は、公の施設（地方自治法244条）の維持・管理について、条例の定めるところにより、指定された民間事業者（指定管理者）に委託することができるようになった（同法244条の2第3項以下）[32]。指定管理者制度の目的は、公の施設の維持・管理に費やされるコストの削減や、幅広く民間事業者の専門的なノウハウを活用することにある。

その特色は、指定管理者に施設の使用許可を行う権限が認められた点である（同法244条の4第1項）。指定管理者になる民間事業者は、公益法人に限られず、営利を目的とする株式会社であってもよい。使用許可は行政行為なので、指定確認検査機関と同様に、株式会社に行政行為を行う権限が認められたことになる。

また、指定管理者は、公の施設の利用料金を、自身の収入として収受することもできる（同法244条の2第8項）。この利用料金は、地方公共団体の承認を受けた上で、指定管理者が定めるものとされる（同条9項）。

---

31) 具体的には、指定確認検査機関として指定をうけるための基準として、財産の評価額が省令で定める一定額以上であることが要件とされた（建築基準法77条の20第3号）。法令の委任を受けた「建築基準法に基づく指定資格検定機関等に関する省令」17条1項では、その額は、確認検査業務を実施するに当たり負う可能性のある国賠法上・民事上の責任の履行を確保するために必要な額とされ、同条2項において、その額を担保するための保険金額も、法77条の20第3号にいう「財産の評価額」に当たるとされた。

32) 公の施設とは、「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設」をいう。具体的には、体育館、公民館、図書館、市民プール、駐車場などを指す。稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」東北大学法学67巻5号（2002）707頁、成田頼明（監修）『指定管理者制度のすべて［改訂版］』第一法規（2009）。

2) 指定管理者と指定確認検査機関の比較

指定管理者の法的しくみを指定確認検査機関のそれと比較すると、次の点が指摘できる。まず、行政による「指定」によって権限が発生する点は同様である。しかし、大きな違いとして、指定確認検査機関の場合は、行政によるコントロールの根拠が建築基準法の規律に置かれているのに対し、指定管理者の場合は、地方公共団体と指定管理者との間に締結される契約条項を根拠にして、行政によるコントロールがなされるという点が挙げられる。つまり、民間事業者が適切に管理事務を行っているか否かは、契約条項に定められた地方公共団体への報告義務によって確保される。また、不適切な管理が明らかとなった場合には、民間事業者は地方公共団体に違約金を支払わなければならず、あまりに不祥事が続くようならば、契約を途中で打ち切られることも覚悟しなければならない。

3) 責任

なお、事故が起きた場合の損害賠償責任については、次のように考えられる。まず、「公の施設」で起きた事故なので、被害者との関係では国家賠償法2条が適用されて、地方公共団体が一括して損害賠償を支払う。その後、地方公共団体と民間事業者との間で、前述した違約金の支払いなどを通じて、内部の精算がなされる。この解決方法は、被害者の救済が図られる点ですぐれている[33)]。

市の担当職員（課長・係長）の刑事責任が問われた事案もある。これは、指定管理者にその管理・運営が委託されていた市営プールで起きた事故について、業務上過失致死罪に問われたものである。さいたま地判平成20年5月27日裁判所HPでは、たとえ市営プールの管理が民間に委託されていたとしても、市の担当職員が管理を委託業者に丸投げし、安全確認を怠ることは許されないとして、担当職員の刑事責任が認められた。

4) PFI

民間資金を利用して、公の施設の整備と公共サービスの提供の充実化を図るしくみとしては、他にもPFI（Private Finance Initiative）が用意されている。PFIは、2003年に制定された「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」に基づ

33) 板垣勝彦「民間委託における自治体職員の刑事責任――ふじみ野市プール事故事件」磯部力・小幡純子・斎藤誠（編）『地方自治判例百選［第4版］』有斐閣（2013）68事件。

く[34]。指定管理者がすでに存在する施設の維持・管理のみを民間事業者に委ねるしくみであるのに対して、PFIは、施設の建設から維持・管理までを一貫して民間事業者に委ねることのできる点が異なる。日本では、刑務所事業の一部も、PFIにより民間事業者に委ねられるようになった[35]。

5. それ以外の機能的民営化②公共サービス改革法

2006年、公共調達のしくみを用いて公共サービスの質の維持向上と経費の削減を図ることを目的とした公共サービス改革法（正式名称は、「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律〔平成18年法律第51号〕」であり、「市場化テスト法」とも呼ばれる）が制定された[36]。公共サービス改革法の特色は、保険料の納付に係る業務など、権力的要素の強い事務も、「特定公共サービス」として民間委託が可能になった点である（同法2条5項、32条以下）。

機能的民営化を行う際には、一般的に、①有能なサービスの担い手としての民間事業者を選択すること、②民間事業者が事務を遂行するに際して行政が共時的に指示・監督を及ぼすこと、③行政が成果を受容する際にコントロールを及ぼすことが重要であるとされる[37]。①については、民間事業者が官民競争入札・民間競争入札へ参加するには、参加資格として、知識・能力、経理的基礎、技術的基礎などが求められる（同法9条3項、14条3項）。②について、行政は、民間事業者に対して報告要求、立入検査、質問を行うことができ（同法26条）、場合によっては、必要な措置を講じるように指示することができる（同法27条）。③に関する直接の規律はないものの、公共サービスの実施を委託する手段として契約が用いられ（同法20条1項）、その契約内容に従ってサービスを実施すべきとされる点（同法24条）は、一定の成果の確保を目指した趣旨であると

---

34) 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」『塩野宏先生古稀記念　行政法の発展と変革　上巻』有斐閣（2001）773頁。

35) 戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢35号（2006）95頁。それ以外にも、ジュリスト1333号（2007）の特集「新しい刑務所運営」や、島根県立大学PFI研究会（編）『PFI刑務所の新しい試み』成文堂（2009）が参考になる。

36) 橋本博之「「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」案について――公私協働・契約手法の導入という観点から」自治研究82巻6号（2006）35頁、碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明（編）『法の再構築Ⅰ国家と社会』東京大学出版会（2007）3頁（14頁以下）。

37) Vgl. Ivo Appel, Privatverfahren, in : GVwR Bd.2, 2008, §32, Rn.77 ff. 参照、板垣・前掲注(1)431頁以下。

考えられる。契約によって民間事業者をコントロールするという点は、指定管理者の場合と同様である。この契約は、国の行政機関の長が定めた官民競争入札実施要綱の規律を受ける（同法9条2項11号）。また、契約内容は当事者の協議によって変更することが可能とされ（同法21条）、民間事業者が行政の指示に従わない場合などは、契約を解除することができる（同法22条1号）。さらに、第三者に損害を加えた場合の損害賠償責任に関する事項も、事前に定めておくことが予定されている（参照、同法9条2項12号）。

公共サービスを実施する民間事業者の役員・職員には、「法令により公務に従事する職員」としての秘密保持義務が課せられる（同法25条）。公共サービス改革の実施過程について、透明性、中立性、公正性を確保するために、官民競争入札等監理委員会が内閣府に置かれる（同法37条）。また、公共サービス全般については、不断の見直しが求められる（同法3条）。

Ⅳ．おわりに

以上の検討から、日本における民営化と規整改革が残した教訓についてまとめたい。第一に、日本における民営化と規整改革の特徴は、もっぱらその当時の政治的関心に基づいて行われ、法的論議は十分に尽くされてこなかった。指定確認検査機関の事例は、問題が生じてから後追い的に法整備が行われたという点で、教訓を残した。第二に、国営企業の民営化の影響は、その国の経済の中で国営企業が占める影響力が大きいほど、大きくなる。中国のような社会主義国や、韓国や台湾のような新興国の場合、国営企業が経済を牽引してきた歴史があるために、日本やヨーロッパ諸国よりも国営企業の民営化の影響は大きいと思われる[38]。各国の民営化と規整改革の動向について、相互理解を深めることができれば幸いである。

---

38) 近年では、わが国にアジア諸国の民営化について紹介する論文も現れ始めた。中国の民営化に関する研究として、周倩「中国における国営企業の民営化改革に関する法的研究」一橋法学9巻2号（2010）193頁、台湾の民営化に関する研究として、劉宗徳「公私協働論に関する一考察」CALE（名古屋大学法政国際教育協力研究センター）Discussion Paper No.8 （2012）1頁。

원고 접수일 : 2015년 5월 26일
게재 심사일 : 2015년 6월 18일
게재 확정일 : 2015년 6월 19일

参考文献

Waechter, Kay, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, (2008)

Yuuhiko Miyake, Die Postreform und der Gewährleistungsstaat in Japan, 埼玉大学社会科学論集129号（2010）

角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌102巻11・12号（1989）

岡村周一・人見剛（編）『世界の公私協働』日本評論社（2010）

古城誠「公的規制と市場原理」公法研究60号（1998）

交告尚史「国賠法1条の公務員――福祉行政における民間委託に着目して――」神奈川法学30巻2号（1995・1996）

橋本博之「「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」案について――公私協働・契約手法の導入という観点から」自治研究82巻6号（2006）

磯部力・小幡純子・斎藤誠（編）『地方自治判例百選［第4版］』有斐閣（2013）

磯部力・小早川光郎・芝池義一（編）『行政法の新構想Ⅲ』有斐閣（2008）

金子正史「指定確認検査機関に関する法的問題の諸相」『まちづくり行政訴訟』第一法規（2008）

碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明（編）『法の再構築Ⅰ国家と社会』東京大学出版会（2007）

大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究66巻1号（1999）

島根県立大学PFI研究会（編）『PFI刑務所の新しい試み』成文堂（2009）

稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」東北大学法学67巻5号（2002）

劉宗徳「公私協働論に関する一考察」CALE（名古屋大学法政国際教育協力研究センター）Discussion Paper No.8 （2012）

山本隆司「日本における公私協働」『藤田宙靖博士東北大学退職記念　行政法の思考様式』青林書院（2008）

山本隆司『判例から探究する行政法』有斐閣（2012）

三宅雄彦『保障国家論と憲法学』尚学社（2013）

三和良一・鈴木俊夫『日本たばこ産業―百年のあゆみ―』日本たばこ産業株式会社（2009）

成田頼明（監修）『指定管理者制度のすべて［改訂版］』第一法規（2009）

小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」『塩野宏先生古稀記念　行政法の発展と変革

上巻』有斐閣（2001）
松塚晋輔「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号（2014）
松塚晋輔『民営化の責任論』成文堂（2003）
塩野宏「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』有斐閣（2001）
塩野宏『行政法Ⅱ［第5版］』有斐閣（2011）
宇賀克也・交告尚史・山本隆司（編）『行政判例百選Ⅰ［第6版］』有斐閣（2012）
原田大樹「複線化への理論的対応」『公共制度設計の基礎理論』弘文堂（2014）
舟田正之「電気通信事業における独占と競争」『現代経済法講座9通信・放送・情報と法』三省堂（1990）
周蒨「中国における国営企業の民営化改革に関する法的研究」一橋法学9巻2号（2010）
中島徹「規制緩和は憲法学の主題たりうるか」法学セミナー619号（2006）
仲野武志『平成17年度重要判例解説』（ジュリスト1313号）（2006）
椎名慎太郎「公役務概念について――イデオロギー的分析とその現代的位相」山梨学院大学法学論集5号（1982）
板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究89巻6号（2013）
板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂（2013）
戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢35号（2006）

http://www.mlit.go.jp/tetudo/kaikaku/01.htm
http://www.jehdra.go.jp/kiko20.html
http://jr-central.co.jp/news/release/_pdf/000024273.pdf
http://www.japanpost.jp/information/2014/20141226030642.html

Abstract

Privatisation and Regulatory Reform in Japan

Itagaki Katsuhiko*

1. Preface

From the late 1970's, inefficiency of "Big government" is an issue which cannot be ignored in Japan. As the time of rapid economic growth (1950's~1973) came to an end, increase of the welfare and infrastructure section came to suppress government finance. Effective management of the welfare and infrastructure section is an urgent need.

2. Privatisation of Three Public Corporations

Prime Minister Nakasone Yasuhiro (1982~1987) worked on privatisation of the so-called "Three Public Corporations". The Three Public Corporations are (1)JNR (Japanese National Railways) which performed railway business, (2)Nippon Telegraph and Telephone Public Corporation which performed telegraphic communication telephone business, and (3)Japan Monopoly Corporation which dealt with tobacco, salt, and camphor. The Three Public Corporations were privatised through change of their organizations to private companies and disposal of shares the government owned in each.

I will discuss privatisation of the telecommunications as an example. In 1985, Nippon Telegraph and Telephone Public Corporation was dissolved, and its duties were succeeded by Nippon Telegram and Telephone Corporation (NTT) (Privatisation of Organisation). At this stage, NTT was a company wholly owned by the Japanese Government, and the government could use the right of management as 100% stockholder. After 1987, the stocks in NTT were sold on market sequentially (Privatisation of Property). The government holds stocks after the Privatisation of Organization is to use those stockholder's rights in to prevent management against "public interests" such as Continuity, Equality, and Adaptability. From a viewpoint of Regulatory Reform, it does not substantially change with directing the Public Corporation to use the right of management as the 100% stockholder. However, it was thought that NTT should be placed with the one company in the market in the same way as other telecommunications companies which had been established as private companies from the

* Ph.D. Associate Professor, Yokohama National University

beginning, and the participation of the government in NTT's management to keep "public interest" should be at a minimum. Therefore the government gradually sold stock holdings on the market and assigned the gain on the sale to a financial income. As ratio of shareholding of the government decreases, the influence of the government over NTT's management decreases. When the ratio of shareholding of the government fell below the majority, the government could not use direct influence in the management of NTT. Of course, the government is not permitted to be indifferent to the telecommunications business because it is important in public interest. However, the public interest is secured by the government using regulatory powers based on the Telecommunications Business Law. NTT, not because it was a public corporation, but one telecommunications company, receives regulations of the Telecommunications Business Law (Note, NTT's shares have been sold for the most part, but the government holds one third of the total as of 2015).

Whether the sale of the government's stock holdings is carried out depends on whether private investors feel charm on profit of the corporation. For example, JNR was divided and privatised to several Japan Railways companies (JR) operating in each area in April 1987, so stock holdings of the government were sold on market quickly in profitable companies such as JR East (operating in the Tokyo metropolitan area) and Central Japan Railway (operating the Tokaido Shinkansen), but those of Hokkaido Railway and Shikoku Railway Company, which are unstable in business, are not yet sold on market. As for the stocks of Japan Tobacco Co., Ltd. (JT) which was established through privatisation of Japan Monopoly Corporation in 1985, the government held stocks of the majority from a policy purpose for a long time.

Recently, privatisation of postal services had attracted political attention. Prime Minister Koizumi Junichiro (2001~2006) strongly promoted the privatisation of postal services as a political issue. Originally the postal business had been carried out by the government (the Postal Services Agency), but Japan Post was established as a public corporation and took over three business operations from the Postal Services Agency: mail delivery, postal savings and "kampo" life insurance (Privatisation of Organisation). Afterwards, four companies were established, and business was continued by Japan Post: Japan Post Co., Ltd. (postal business), "kampo" life Co., Ltd. (life insurance business), Japan Post Bank Co., Ltd. (bank business) and the Japan Post Holdings Co., Ltd. (those holding companies). As of February 2015, the government held 100% of the stocks in these companies, however, at the end of 2014, the government announced that stocks of "kampo" life, Japan Post Bank, and the Japan Post Holdings would be sold on market

(Privatisation of Property).

3. Designated Building Certification & Inspection Organizations

As an example of Functional Privatisation, I will now introduce now designated Building Certification & Inspection Organizations came to perform building certification. Building certification is the administrative act by which the chief architect of the prefecture confirms whether buildings such as skyscrapers or apartments can withstand earthquakes. If someone intends to construct a building, he must obtain building permission from the local government concerned prior to the start of the construction in accordance with the Building Standard Law. He must also obtain a certificate of inspection upon completion of the construction. However, an unforeseen situation occurred when the chief architect of the prefecture could not handle his work since too many buildings were built with the reconstruction after Great Hanshin Awaji earthquake (1995). Because of the May 2000 revision of the Building Standard Law, private organizations, including stock companies, designated by the government are allowed to grant building permission and carry out inspections as well as the chief architect of the prefecture (Designated Building Certification & Inspection Organizations). However, a problem occurred with the system of the Designated Organizations. When Designated Organizations overlook earthquake-resistant camouflage and grant building certification, the people who buy the weak apartment which is below the earthquake-resistant standard have to construct earthquake proofing. From whom can they request compensation for additional expense? One way is that victims demand compensation from Designated Organizations, but Designated Organizations will become insolvent if large amount of compensation is requested. Designated Organizations are private organizations and may not be resourceful. It is not guaranteed that all victims will get enough financial relief. The other way is that victims demand compensation from prefecture employing a chief architect. However a chief architect did not check the work of Designated Organizations one by one in the Building Standard Law at that time. If though authority is not accepted and only responsibility is charged with, the prefecture will complain. This problem was solved by the introduction of the system of Structural Calculation Conformity Judgment (Started in June 2007) and the imposition to take out a damage insurance in order to be designated, but left a problem for the future.

4. Conclusion

Firstly, in Japan, Privatisation and Regulatory Reform was based on political interest at that time, without enough legal discussion. In the case of Designated Organizations, legislation was carried out for follow-up after a problem occurred, so we have to keep this lesson in mind. Secondly, the impact of the privatisation is large, so that a national enterprise plays an important role in the economy of the country. In the developing nations, such as China, Taiwan, and Korea, the impact of Privatisation may be larger than that in Japan. I hope we will deepen our mutual understanding of Privatisation and Regulatory Reform.

[Key Words] Regulatory Reform in Japan, Privatization, Public Corporation, Nippon Telegram and Telephone Corporation, Postal Service, Building Certification & Inspection Organization

[국문번역]

일본에서의 민영화와 규제개혁

板垣 勝彦 (요코하마국립대, 일본)*

Ⅰ. 들어가며

일본에서는 1970년대 말부터 「큰 정부」의 비효율성이 문제시 되었다. 고도경제성장(1950년대~1973년)이 끝나고 고도경제성장 시대에 팽창된 복지부문이나 인프라부문이 정부재정을 압박하기에 이르렀다. 이것은 거의 같은 시기에 미국의 로널드 레이건 정권(1992~1998)이 직면하고 있었던 것과 같은 과제이다. 재정부담의 증가는 제2차 세계대전 후에 서방자본주의국가들의 흐름이 되었던 복지국가가 안고 있었던, 이른바 구조적 문제였다. 그래서 어떻게든 비용이 들지 않고 복지나 인프라의 정비・유지・관리를 할 수 있는가가 긴급한 과제가 되었던 것이다. 그 해결책으로 제안되었던 것이 신자유주의에 입각한 민영화와 규제개혁이었다.[1)]

그러나 여기서 하나의 의문이 든다. 지금까지 행정부문이 담당해왔던 사무를 민간사업자에게 맡겨버린다면 행정의 역할은 끝나버리는 것은 아닐까? 물론 결코 그렇지 않다. 행정에게는 민간사업자가 그 역할을 적확하게 수행하고 있는가의 여부를 지시・감시를 하는 큰 역할이 남겨져 있다. 국가의 「보장책임(Gewahrleistungsverantwortung)」이다. 이 원고의 과제는 보장책임을 지는 국가 즉, 보장국가(Gewahrleistungsstaat)의 관점에서 일본의 민영화와 규제개혁에 대해서 분석하는데 있다.[2)]

---

* 横浜国立大学准教授, 博士(法學)(Ph.D.Associate Professor, Yokohama National University)/
번역 : 최환용 박사(한국법제연구원)

1) 일본에서 법적 논의의 소재로서 「민영화」가 다루어진 것도 이 시기이다. 초기 금자탑으로 角松生史「『民営化』の法律学」国家学会雑誌102권11・12호(1989) 719쪽이 있다. 학설사에 대해서 참조, 板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂(2013) 513쪽 이하가 있다.

2) 일본에서 보장국가론의 문헌으로 板垣・前掲注【1) 이외 참조, 三宅雄彦『保障国家論と憲法学』尚

민간사업자는 행정처럼 공익을 확보함을 최우선으로 하고 채산을 도외시하는 것이 허용되지 않는다. 민간사업자에게는 시장경제의 메카니즘을 기초로 채산을 취하고 수익을 올리는 것이 지상명제이다. 어떻게 해서든 행정이 시장경제의 메카니즘에 기초해서 행동하는 민간사업자에 대해서 규제를 미칠 것인가가 중요한 과제가 되고 있다.

Ⅱ. 3 공사의 민영화

1. 제1차 임시조사와 3공사의 민영화

먼저 나카소네정권(1982~1987)이 제2차 임시행정조사회(제2차임조)의 답신에 기초하여 착수한 것이 이른바 3공사의 민영화였다.

3공사란 ①철도사업을 하는 일본국유철도(국철), ②전신전화사업을 하는 일본전신전화공사(電電公私). ③담배, 소금, 장뇌의 전매사업을 하는 일본전매공사를 말한다.[3] 3공사의 민영화는 그 조직형태를 민간의 주식회사로 변경하여 정부보유주식을 민간의 투자가에게 매각하는 수법으로 이루어진다.

3공사를 민영화한 첫 번째 목적은 경영의 비효율을 개선하고자 하는데 있었다. 특히 국철은 매년 1조엔 이사의 적자가 누적되어 왔으며, 민영화시에는 20조 엔을 넘는 많은 채무를 안고 있어서 민영화를 계기로 채무를 청산하는 것이 급무였다.[4] 두 번째 정부보

学社【2013) (初出은 「保障国家と公法理論ードイツ規制緩和における国家任務の位置ー」埼玉大学社会科学論集126호(2009) 31쪽), 山田羊「「保障国家」とは何か」岡村周一 · 人見剛(編) 『世界の公私協働』日本評論社(2010) 141쪽.

3) 公社는 법적 개념으로는 정부관계법인, 특수법인, 공기업(공공기업체) 등이라 불리운린다. 공통점은 정부의 전액출자로 특별법에 따라 설립・운영된다는 점이다.
3공사와 더불어 ①우편사업(이후 공사화, 후술), ②국유임야사업, ③지폐 등의 인쇄사업, ④조폐사업, ⑤알코올전매사업이 정부에 의하여 직접 실시되고 있으며, 이것들은 5현업이라 불리우고 있다. 3공사5현업의 직원의 노동관계는 국가공무원이 아니라 공공기업체노동관계법(1948년법률제257호)이 적용된다. 구체적으로는 노동기본권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권) 가운데 국가공무원법에서는 단체교섭권이 제한되는데 대하여 공공기업체노동관계법에서는 단체교섭권이 인정되는 점이 다르다(역시 3공사5현업의 직원이라 하더라도 단체행동권은 인정되지 아니한다).
공공기업체노동관계법은 국가의 조직개편에 수반하여 몇 번이고 제명이 변경되었으며 국영기업노동관계법, 특정독립행정법인등의 노동관계등에 관한 법률을 거쳐 현재의 명칭은 행정집행법인의 노동관계에 관한 법률이다.

* 일본의 법률에는 제정연도와 성립순에 따라 「昭和X년법률제Y호」라는 번호가 붙는다. 昭和23년법률제257호라면 昭和23년에 제정된 257번째 법률이라는 의미이다. 昭和1년이 1926년, 平成1년이 1989년이다.

유주식을 매각하여 얻은 이익을 국가재정에 보충하는 것도 중요한 목적이었다. 세 번째 정부는 정치개혁의 일환으로 국가공무원과 같은 정도의 대우를 받는 공사 직원 수를 삭감할 것을 요청받고 있었다. 1985년 발족 시 NTT의 직원은 약 314,000명, JT의 직원은 약 34,000원이다.[5] 국철의 직원은 최대였을 때인 1965년 약 462,000명을 헤아리고 있었지만 민영화 전년인 1986년에는 정리・합리화의 성과로 약 201,000명까지 줄어 JR에 승계되었다.[6] 역시 국철에 관해서는 정부 방침에 반대하는 정치세력이었던 국철노동조합(國勞)를 약화시킬 목적이었던 점도 지적되고 있다.[7]

2. 민영화의 과정분석

여기서 공사와 같은 사업체에 대해서 민영화가 이루어진 과정에 대해서 전문용어를 사용해서 분석한다.[8] 최초로 이루어진 것이 조직의 민영화(Organisationsprivatisierung)이다. 이것은 사업체의 조직형태가 정부의 직영방식, 혹은 공사(특수법인)방식에서 회사법에 근거한 주식회사로 변경되는 단계를 가리킨다. 이 단계에서는 직영방식・공사(특수법인)방식인 때와 같이 정부가 전액을 계속 출자하고 있다. 이른바 정부가 사업체의 100%주주인 것이다.

이어서 사업체가 주식을 상장해서 시장에 파는 단계를 재산의 민영화(Vermögensprivatisierung)라 한다. 재산의 민영화가 진행되면 당초는 100%였던 정부의 지주비율이 내려가 정부가 기업체의 경영에 미칠 수 있는 영향력이 저하된다. 다만 일정 정도 재산의 민영화가 진전해도 정부가 발행필 주식의 과반수를 보유하고 있는 한 경영의 지배력을 보유하고

---

4) 국토교통성HP「국철개혁에 대하여」(http://www.mlit.go.jp/tetudo/kaikaku/01.htm) 국철이 많은 채무를 안고 있었던 원인으로서는 다음의 사정을 들고 있다. ①자동차로 수송수단이 전환(모타리제이션의 진행)됨에 따라 여객수요가 감소했다. ②물가상승에도 불구하고 운임이 공공요금으로서의 성격 때문에 저액인채로 남겨져 있었다. ③유니버설 서비스의 관점에서 지방의 채산성 없는 노선을 유지할 필요가 있었다. ④신간선등의 건설비가 높아짐, ⑤장기간의 노사대립으로 경영의 근본적 개선이 곤란했다.

5) 三和良一・鈴木俊夫『日本たばこ産業一百年のあゆみー』日本たばこ産業株式会社(2009) 243쪽

6) 국토교통성HP「국철개혁에 대하여」(http://www.mlit.go.jp/tetudo/kaikaku/01.htm)

7) 中島徹「規制緩和は憲法学の主題たりうるか」法学セミナー619号(2006) 12쪽(14쪽). 구체적으로 열심히 활동하고 있던 국노의 조합원에 대해서는 분할・민영화 후에 JR각사에 고용관계를 승계하지 않았다. 이처럼 조합활동을 이유로 해서 채용을 거부하는 것의 위법성이 다투어진 JR북해도사건에서 最判平成15년12월22일民集57권11호2335쪽은「종전의 고용계약관계에서 불이익한 취급에 다름없는 것으로 부당노동행위의 성립을 긍정할 수 있는 경우에 해당하는 등의 특단의 사정이 없는 한」노동조합법 7조1호의 불이익취급에는 해당하지 않는다고 했다.

8) 일본을 대표하는 민영화의 과정분석은 大脇成昭「民営化法理の類型化的考察」法政研究66권1호(1999), 285쪽이다.

있다.[9] 정부가 어느 정도의 주식을 계속 보유할 것인가 하는 점은 사업체가 담당하고 있는 사업이 「공공의 이익(Gemeinwohl)」에 어느 정도 관계하는가라고 하는 정책목적에 따라서 결정된다. 여기서 「공공의 이익」이란 사업의 계속성(Kontinuität), 평등성(Gleichheit), 적응성(Anpassung)이라고 하는 사항을 가리킨다.[10] 실제로는 발행필주식의 수%라도 보유하고 있으면 경영에 상당정도의 영향을 미칠 수 있다.[11]

정부보유주식이 0%가 되는, 즉 발행필 주식의 전부가 시장으로 매각된 단계가 완전민영화(임무의 私化［Aufgabenprivatisierung］)이다. 완전민영화가 이루어지면 처음부터 민간의 주식회사로서 설립된 회사에 대한 것과 같은 규정(規整)을 적용하는 이외, 경영에 영향력을 미칠 방책은 없어지게 된다. 이것이 이른바 업법규제이다. 실제로 3공사가 민영화될 때에는 동시에 그것에 대응하는 업법이 제정되었다. 총무성이 소관하는 전기통신사업법(昭和59년법률제86호), 국토교통성이 소관하는 철도사업법(昭和61년법률제92호), 재무성이 소관하는 담배사업법(昭和59년법률제68호)이다.[12]

3. 민영화와 규정(規整)개혁-전신전화사업의 민영화를 예로

1) 전신전화사업의 민영화

민영화와 규정(規整)개혁(規整의 본질의 변용)에 대해서는 전신전화사업을 예로 설명하고자 한다. 電電公社는 일본전신전화주식회사법(昭和59년법률제85호)에 근거하여 1985년에 일본전신전화주식회사(NTT)가 설립되는 것으로 해산하고 그 업무는 NTT로

---

9) EU투명성확보지침2조1항은 이와 같은 공적부문이 법률・주식보유비율을 통하여 기업의 의사결정에 지배력을 행사할 수 있는 상태의 기업을 「공기업」이라 정의하고 법적 규제를 미치고 있다. Richtlinie2000/52/EG der Kommission vom 26.Juli.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723 EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen.

10) 사업의 계속성, 평등성, 적응성이라는 3대 원칙은 유명한 프랑스공역무의 3원칙에서 발상된 것이다. 적응성이란 서비스의 내용에 대해서 기술혁신에 적응해서 시대의 요청에 응하고 있어야 한다는 요청을 말한다. Kay Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008, S.196ff.,稚名慎太郎「公役務概念についてーイデオロギー的分析とその現代的位相」山梨学院大学法学論集5号(1982), 24쪽(49쪽), 板垣・전게주(1)82쪽 이하.

11) 제3섹터법인(지방공공단체와 지방은행이 철도회사 등에 공동출자하고 있는 형태)에 대해서도 지방공공단체가 제3섹터법인의 발행필 주식의 25%를 넘어서 출자하고 있는 경우에는 감사위원이나 외부감사인의 감사가 미치는(지방자치법199조7항, 252조의37, 252조의42등) 등 투명성의 확보가 요청되고 있다.

12) 민영화가 추진된 1985년(JR은 1987년) 당시의 명칭은 각각 우정성(현 총무성), 운수성(현 국토교통성), 대장성(현 재무성)이다.

인계되었다(조직의 민영화). 이 단계에서는 NTT는 일본정부가 전액 출자하는 주식회사이며, 정부가 100%주주로서 경영권을 행사하고 있었다. 1987년 이후 NTT의 주식은 순차적으로 민간에 매각되었다(재산의 민영화). 조직의 민영화가 이루어진 후에도 정부가 주식을 보유한 것은 사업의 계속성, 평등성, 적응성이라고 하는 「공공의 이익」에 반하는 경영이 이루어지는 것을 정부가 주주권을 행사함으로서 방지하기 위함이다.

2) 규정(規整)개혁의 관점

규정개혁(Regulatory Reform)의 관점에서 보면 정부가 100%주주가 되어서 경영권을 행사하는 것은 정부의 일부로서의 특수법인에 대해서 의도하는 것과 실질적으로 변한 것이 없다. 그러나 NTT도 처음부터 민간의 주식회사로서 설립되어 왔던 다른 전기통신사업자와 같이 시장 속에서 하나의 사업자로 자리매김했어야 하며 「공공의 이익」을 지키기 위한 정부의 관여는 필요최소한에 그쳤어야 했다고 생각되었다. 그래서 정부는 천천히 보유주식을 민간에 매각해서 그 매각이익을 재정수입에 충당했던 것이다.

정부의 주식비율이 내려감에 따라서 NTT의 경영에 대한 정부의 영향력은 저하되어 간다. 최종적으로는 정부의 지주비율이 과반수 이하가 되고 정부가 NTT의 경영에 지배권을 행사하는 것이 불가능하게 되었다. 물론 전기통신사업이라고 하는, 공익에 관련된 중요한 사업을 하는 이상 정부가 해당 사업에 대하여 무관심한 것은 허용되지 않는다. 그러나 공공의 이익은 총무대신이 전기통신사업법에 근거한 감독권한을 행사하는 것으로 확보된다. NTT는 「예전에 특수법인이었기 때문」이 아니라 「하나의 전기통신사업자로서」다른 전기통신사업자와 똑같이 전기통신사업법에 따른 업법규제를 받게 된다.[13)]

3) 전기통신사업법에 의한 컨트롤

구체적으로 설명하고자 한다. 전기통신사업을 시작하고자 하는 자는 총무대신에게 신청해서 등록을 하여야 한다(전기통신사업법9조 이하). 명령이나 처분에 위반해서 공공의 이익을 침해한다고 인정되는 때에는 처분은 취소된다(동법 14조).

사업의 계속성의 관점에서는 전기통신사업자가 사업의 전부(또는 일부)를 휴지・폐지한 때 지체 없이 총무대신에게 신고하여야 하며(동법 18조1항), 이용자에 대해서도

13) 참조, 舟田正之「電気通信事業における独占と競争」『現代経済法講座 9 通信・放送・情報と法』三省堂(1990) 79쪽, 古城誠「公的規制と市場原理」公法研究60号(1998) 109쪽, 原田大樹「複線化への理論的対応」『公共制度設計の基礎理論』弘文堂(2014) 114쪽.

그 뜻을 주지하여야 한다(동조 3항).

평등성에 대해서는 부당한 차별적 취급의 금지가 규정되어 있다(동법 6조). 기초적 전기통신역무를 제공하는 전기통신사업자는 정당한 이유가 없다면 그 업무구역에서 기초적 전기통신역무의 제공을 거부해서는 아니 된다(동법 25조1항). 제공하는 서비스의 내용은 약관으로 정해지는데 약관의 내용은 사전에 총무대신에게 신고하여야 하며, 요금액의 산출방법이 적정하면서 명확하게 정해지지 않은 때나 특정의 자에 대해서 부당한 차별적 취급을 하는 때 등은 총무대신이 변경명령을 할 수 있다(동법 19조1항, 2항, 20조1항, 3항). 이용자의 이익에 미치는 영향이 크다고 생각되는 특정전기통신역무의 요금에 대해서는 총무대신의 인가를 받을 필요가 있다(동법 21조2항).

4. 정부보유주식의 매각-철도사업의 민영화를 예로

1) 철도사업의 민영화

정부보유주식이 서서히 민간에 매각되어 가는 재산의 민영화와 완전히 민간에 매각이 완료되는 완전민영화에 대해서 철도사업의 민영화를 예로 설명하고자 한다. 정부보유주식의 매각이 이루어지는가의 여부는 당해 기업이 민간의 투자가가 매력을 가질 정도 수익을 올리고 있는가에 달려 있다. 철도사업을 예로 설명하자. 일본국유철도는 1987년 6개의 지역과 화물을 담당하는 7개의 JR각사로 분할민영화 되었다(장기채무의 처리와 재산의 처분은 국철청산사업단에 맡겨졌다).[14] 그러나 정부보유주식의 매각이 이루어진 것은 이 가운데 3사에 그친다. 결국 경영상황이 좋은 JR동일본(동경권을 중심으로 하는 동일본 및 동북・上越신간선을 관할한다. 2002년에 완전민영화), JR서일본(서일본 및 山陽신간선을 관할한다. 2004년 완전민영화), JR동해(동해지방 및 동해신간선을 관할한다. 2006년 완전민영화)에 대해서는 빨리 정부보유주식이 민간에 매각된 데 대해서 경영상황이 좋지 않은 JR북해도9북해도를 관할한다)나 JR시코쿠(시코쿠를 관할한다)의 주식은 아직 민간에 매각되지 않고 있다. 흥미 깊은 것은 JR큐슈(큐슈를 관할한다)이며, 2011년의 큐슈신간선 전선 개업에 의하여 경영상황이 안정되어 왔다고 해서 정부보

14) 이처럼 운영부문과 자산부문을 분리하는 수법은 2005년에 이루어진 일본도로공단의 민영화에도 답습되고 있다. 즉 시설의 관리운영과 신규건설은 동일본고속도로주식회사(NEXCO동일본), 중일본고속도로주식회사(NEXCO중일본), 서일본고속도로주식회사(NEXCO서일본)에, 시설의 보유와 채무의 변제는 독립행정법인일본고속도로보유・채무변제기구에 승계되었다. 독립행정법인일본고속도로보유・채무변제기구HP「設立の経緯と民営化の枠組みの概要」
http://www.jehdra.go.jp/kiko20.html

유주식의 매각이 검토되고 있다.[15]

2) 철도사업법에 의한 컨트롤

완전민영화가 이루어지면 정부가 주주로서 경영에 관여하는 것은 불가능해지기 때문에 민영화가 이루어진 기업체는 업법규제 이외의 컨트롤을 받지 않게 된다. 구체적으로 설명하면 철도사업을 경영하고자 하는 자는 노선・종별마다 국토교통대신의 허가를 받아야 한다(철도사업법 3조1항, 2항). 철도사업자가 철도노선이나 정차장(역) 등의 철도시설을 건설하고자 하는 때에는 공사계획을 정해서 국토교통대신으로부터 시행의 인가를 받아야 한다(동법 8조1항). 2014년10월17일, JR동해가 品川・名古屋간의 리니아중앙신간선공사실시계획에 대해서 국토교통대신의 인가를 받은 것이 크게 보도되었다.[16] 철도사업자는 안전관리규정을 정해서 국토교통대신에게 신고하여야 하며(동법 18조의3), 사고가 발생한 때에는 지체없이 사고의 종류, 원인 등을 국토교통대신에게 신고하여야 한다(동법 19조).

계속성의 관점에서는 사업의 폐지・휴지에 대해서 국토교통대신에게 신고하여야 한다고 규정되어 있는 것이 흥미 깊다(동법 28조1항, 28조의2제1항). 특히 사업을 폐지하는 경우에는 6개월 전까지의 신고가 요구된다(동법 28조의2제6항). 이것은 급하게 철도사업이 폐지되면 공공교통의 관점에서 중대한 영향이 미칠 수 있는바 사전에 대책이 필요하기 때문이다. 법인을 해산하는 경우에도 국토교통대신의 인가가 필요하다(동법 29조).

평등성의 관점에서는 여객운임에 대한 규정이 주목된다. 여객운임의 상한에 대해서도 국토교통대신의 인가를 받아야 하며, 국토교통대신은 「능률적인 경영 아래 적정한 원가에 적정한 이윤을 덧붙인 것을 넘지 않는 것인가의 여부」라고 하는 관점에서 심사하도록 되어 있다(동법 16조1항, 2항). 만약 여객운임이 특정 여객에 대하여 부당한 차별적 취급을 하는 것인 때에는 국토교통대신은 변경명령을 내릴 수 있다(동조 5항1호).

---

15) 정확히 말하면 JR각사의 주식을 보유하고 있는 것은 독립행정법인철도건설・운수시설정비지원기구(구・국철청산사업단)이다.

16) 참조. JR東海HP「中央新幹線品川・名古屋間の工事実施計画(その1) の認可について」
http://jr- central.co.jp/news/release/_pdf/000024273.pdf
즉, 민영화 이전에 일본철도건설공단이 운수대신에 대해서 전국신간선철도정비법에 근거하여 成田신간선동경・成田공항간의 공사실시계획의 인가를 받은 것에 대하여 成田신간선의 예정지에 토지를 소유한 원고들이 인가의 취소를 구하는 소송(成田新幹線訴訟)이 있다. 最判昭和53년12월8일 民集32권9호1617쪽은 이 인가는 상급행정기관으로서의 운수대신이 하급행정기관으로서의 일본철도건설공단에 대하여 행한 행정기관 상호간의 행위와 동일시해야 하는 것으로 행정행위로서 외부에 대한 효력을 가지는 것은 아니라 해서 항고소송의 대상이 되는 행정처분(행정사건소송법3조2항)에는 해당하지 않는다고 판단했다.

3) NTT와 JT의 정부보유주식의 매각

NTT에 관해서는 그 주식의 대부분이 버블경기에 편승하여 매각되었지만 2015년2월 현재에도 일본정부가 30%정도의 주식을 보유하고 있으며, 완전민영화는 이루어지지 않고 있다.

전매공사의 민영화에 대해서도 언급하자면 1985년 전매공사가 민영화되어 설립된 일본담배산업주식회사(JT)는 담배사업법 8조에 의하여 현재에도 담배제조의 독점이 인정되고 있다(소금의 전매제는 1997년에 폐지되었다). 다른 한편으로 원료가 되는 국내산 담뱃잎의 매수의무도 부과되어 있다(동법 3조). 이러한 정책목적도 있으며 최근까지 JT의 주식 과반수는 정부가 보유하도록 의무가 부과되어 있다.[17]

5. 우정민영화

최근 정치적인 주목을 모은 것은 우편사업의 민영화(우정민영화)이다.[18] 우정민영화는 고이즈미정권(2001~2006)이 정치과제로서 강력하게 추진한 것으로 알려져 있다. 일본 우편사업의 경우는 우편배달사업뿐 아니라 생명보험사업(간이보험사업)이나 은행사업(우편저금사업)을 실시하고 있는 것이 특색이다. 오히려 우정민영화의 주목적은 막대한 자산가치를 가지는 우편저금사업과 간이보험사업에 대해서 정부보유주식을 매각하여 그 매각이익으로 국가재정을 보충하는데 있었다.

본래 우편사업은 정부(우정성・우편사업청)이 실시하고 있었는데 2003년에 일본우정공사가 설립되어서 우편배달, 간이보험, 우편저금의 3대 사업이 이관되었다. 그 후 2005년9월의 우정 해산에 의하여 우정민영화에 대하여 국민의 강력한 지지를 얻게 되면서부터[19], 고이즈미정권은 2007년에 4개의 주식회사를 설립하고 이것들이 우정공사로부터 업무를 인계받았다(조직의 민영화). 4개의 주식회사란 우편배달사업을 하는 일본우

---

17) 현재에는 정부보유가 의무화되어 있는 것은 주식의 3분의1을 넘는 비율로 변경되어 있다(일본담배산업주식회사법 2조1항). 3분의 1이라는 숫자는 의결권의 3분의2 이상의 과반수를 요하는 특별다수결(회사법309조2항)이 성립하는 것을 방지한다고 하는 취지이다.

18) Miyake Yuuhiko, Die Postreform und der Gewähreleisyungsstaat in Japan, 埼玉大学社会科学論集129号(2010) 1쪽.

19) 2005년의 제162회통상국회에서 고이즈미정권이 제출한 우정민영화관련법안이 정권여당인 자유민주당의 일부의원의 반발로 참의원에서 부결되었다. 이것을 계기로 고이즈미수상은 우정민영화의 시비를 국민에게 묻는다는 취지로 중의원을 해산했다(우정해산). 같은 해 9월11일에 이루어진 중의원총선거에서는 자유민주당・공명당의 연립여당이 압승하여 그 여세를 몰아 우정민영화관련법안이 차례로 성립하였다.

편주식회사, 간이보험사업을 하는 간뽀 (かんぽ) 생명주식회사, 우편저금사업을 하는 유쪼(ゆうちょ) 은행주식회사와 이것들의 지주회사인 일본우정주식회사이다.[20]

우편배달사업은 국민의 생존에 불가결한 유니버설 서비스사업인 것으로 생각되기 때문에 유지・관리에 비용이 드는 산간부・섬등 과소지의 우편국이 폐지되는 것이 아닌가 하는 의구심에 대응하기 위하여 특히 사업의 계속성에 대해서 입법적 조치가 취해졌다. 즉 일본우편주식회사법(平成17년법률제100호) 6조1항은 민영화 후의 회사에 대해서 「널리 전국에서 이용되는 것을 본질로 하여」우편국을 설치할 의무가 부과되어 있으며, 일본우편주식회사법시행규칙(平成19년총무성령제37호) 4조1항은 모든 시정촌(・특별구)내에 1 이상의 우편국을 설치할 것을 의무로 규정하였다. 이것은 일본우편주식회사에 대하여 강력하게 사업의 계속의무를 부과한 규정이다. 동조 2항에서는 우편국설치의 기준이 정해져 있으며 ①지역주민의 수요에 적절하게 대응할 수 있을 것, ②교통, 지리 그밖에 사정을 감안하여 지역주민이 쉽게 이용할 수 있을 것, ③과소지에서는 현재 있는 우편국네트워크의 수준이 유지될 것을 정하고 있다.

2015년 2월 현재 이러한 회사들의 주식은 여전히 100% 일본정부가 보유하고 있다. 우정민영화의 주목적에서 보면 의외이지만 이것은 2009년의 중의원선거에서 민주당이 압승하여 우정민영화를 개선하려는 정치세력[21]이 정부여당이 되고 정부보유주식의 매각이 당면 동결되었기 때문이다. 그러나 2012년에 자유민주당이 정권을 되찾고 다시금 우편사업의 민영화가 추진되기 시작했다. 2014년12월26일 간뽀생명, 유쪼은행, 일본우정의 주식에 대해서는 단계적으로 민간에 매각해 간다는 방침이 제시되어 있다(재산의 민영화).[22]

---

20) 일본우편주식회사와 지주회사인 일본우정주식회사의 명칭은 혼동하기 쉽다. 나아가 이 두 회사의 명칭은 몇 번인가 변경되었기 때문에 특히 외국의 연구자는 주의가 필요하다. 본문 중 명칭은 2015년2월 현재의 것을 사용했다.

21) 민영화 이전의 우편국 대부분은 「특정우편국」이었다. 특정우편국이란 자택 등을 우편국의 건물로서 제공하고 있는 자를 선발채용하여 우편국장으로 임명하는 체계이다. 특정우편국장은 사실상 세습의 국가공무원으로서 운용되고 있으며 정권여당인 자유민주당의 중요한 지지기반이 되고 있었다. 그렇기 때문에 고이즈미정권의 우정민영화정책에는 오히려 자유민주당 내부에서 지지기반을 무너뜨린다는 반발이 강했다. 반발한 세력을 자유민주당을 이탈한 바 그 일부는 자유민주당으로 복당했지만 남은 세력이 민주당정권(2009~2012)에 합류한 것이다.

22) 일본우정공사 HP「日本郵政グループ3社の株式上場似ついて(2014年12月26日社長会見) www.japanpost.jp/information/2014/20141226030642.html)

Ⅲ. 지정확인검사기관과 기능적 민영화

1. 기능적 민영화-지정확인검사기관을 사례로

민영화에는 사업체를 민영화하는 것 뿐 아니라 특정 사무의 실시를 민간에게 맡기는 기능적 민영화(Funktionale Privatisierung)도 존재한다. 일본에서는 「민간위탁」이라 구분해서 부르는 경우가 많다.[23] 기능적 민영화의 사례로서는 지정확인검사기관이 건축확인의 사무를 하게 된 점을 소개한다. 건축확인이란 빌딩이나 맨션 등의 건축물이 지진을 견딜 수 있는가(내진성)를 도도부현의 건축주사가 확인하는 행정행위(Verwaltungsakt)이다(건축기준법 6조1항). 건축주는 건설에 착수하기 전에 건축기준법에 따라 그 설계도에 대해서 도도부현의 건축주사로부터 건축확인을 받아서 건설완료 후에 확인필증의 교부를 받을 필요가 있다.

그러나 阪神淡路대지진(1995)로부터의 복구 시에 너무 많은 건물이 새롭게 건설되기 때문에 도도부현의 건축주사의 업무가 따라갈 수 없는 사태가 발생했다. 그래서 1999년의 건축기준법의 개정에 의하여 민간조직이더라도 정부의 지정을 받는 것으로 지자체와 똑같이 건축확인 사무를 하는 것이 가능해졌다.[24] 이 지정은 주식회사도 받을 수 있다. 이것이 지정확인검사기관 제도이다(건축기준법6조의2, 동법 77조의2 이하).[25]

2. 손해배상은 누가 부담해야하는가?

1) 문제의 소재

그렇지만 지정확인검사기관제도에 대해서는 즉시 문제가 생겼다. 일련의 내진위장사건의 발각(2005)이다. 이것은 姉菌秀次1급 건축사가 건물의 건설비용을 줄이기 위하여 본래 건물에 들어가야 하는 철골의 숫자를 줄였음에도 구조계산서의 수치를 조작하는

---

23) 민영화의 態様에 대해서 山本隆司「日本における公私協働」『藤田宙靖博士東北大学退職記念 行政法の思考様式』青林書院(2008) 171쪽(276쪽 이하)는 ①사업에 관한 협동(본 고의 Ⅱ)와 ②결정에 관한 협동(본 고의 Ⅲ)으로 분류한다.

24) 지정법인에 대해서는 참조, 塩野広「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』有斐閣(2001) 449쪽.

25) 金子正史「指定確認検査機関に関する法的問題の諸相」『まちづくり行政訴訟』第一法規(2008) 259쪽(330쪽 이하).

것으로 내진강도를 충족하고 있는 것처럼 위장한 사건이다.[26] 내진위장을 간과해서 건축확인이 이루어진 경우에 내진기준에 맞지 않는 위약한 맨션을 구입한 자는 다시 내진보수공사를 하는 등 추가 비용부담이 발생한다. 그러나 이러한 피해자는 누구에 대해서 손해배상청구를 할 수 있는가하는 문제가 생긴 것이다.[27]

2) 지정확인검사기관에 대하여 손해배상을 해야 한다고 하는 설

이 문제의 해결책으로 두 개의 학설이 제시되었다. 우선 지정확인검사기관에 대해서 손해배상을 청구한다고 하는 학설이다. 본래 실제로 건축확인을 행한 지정확인검사기관의 업무의 과실로부터 피해가 생긴 것이기 때문에 「리스크를 최소로 하는 것이 가장 가능한 부문에 책임을 지워야 하는 것이다」라고 하는 경제학적인 생각에서는 이 해결이 합리적이다.[28]

그러나 이 생각은 피해자의 구제가 충분하지 않다고 하는 난점이 있다. 즉 지정확인검사기관은 민간조직이기 때문에 자력에 여유가 있다고 할 수 없고 다액의 손해배상을 청구받게 되면 재산을 다 쓰게 되어 파산해버리는 경우도 생각할 수 있다. 따라서 모든 피해자가 충분한 금전적 구제를 받을 수 있다고 할 수는 없다.

3) 도도부현등에 대해서 손해배상을 구해야 한다고 하는 설

그래서 특정행정청(건축주사를 둔 지방공공단체의 장을 말한다)에 속하는 도도부현등에 대하여 손해배상을 청구해야한다고 하는 학설이 등장한다. 이 설에 따르면 도도부현등이 손해배상청구에 응하지 못할 정도로 자력이 부족하다고 생각하기 어렵기 때문

---

26) 일련의 내진위장사건의 원인을 지정확인검사기관제도의 결함에서 구하는 의견도 있지만 타당하지 않다. 실제 도도부현의 건축주사가 내진위장을 간과한 케이스도 계속되고 있다. 내진위장사건의 원인은 건축확인의 심사체제 자체에 있다. 이 점은 건축주사・지정확인검사기관의 어느 쪽이 건축확인을 한 경우를 불문하고 구조계산적합성판정(후술)이 의무화되어 있는 점에서도 알 수 있다. 본 고에서 제기하고 있는 문제는 건축확인의 실수로 내진위장을 간과한 경우에 건축주사의 실수라면 도도부현에 대해서 국가배상을 청구할 수 있는데 그친다고 하면 지정확인검사기관이 무자력이 된 경우의 리스크(무자력리스크)를 피해자가 떠맡아버린다고 하는 문제이다.

27) 기능적 민영화에 수반한 손해배상책임의 문제는 일본에서는 내진위장사건이 발각되기 이전부터 지적되었다. 交告尚史「国賠法1条の公務員ー福祉行政における民間委託に着目してー」神奈川法学30권2호(1995・1996) 75쪽, 松塚普輔『民営化の責任論』成文堂(2003) 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯辺力・小早川光郎・芝池義一(編) 『行政法の新構想Ⅲ』有斐閣(2008) 305쪽(319쪽 이하), 松塚普輔「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号(2014) 1쪽.

28) 그 경우 지정확인검사기관을 국가배상법1조1항에서 말하는 『공공단체』로서 손해배상을 청구하게 된다. 참조, 塩野広『行政法Ⅲ〔第5版〕』有斐閣(2011) 302쪽 이하, 山本隆司『判例から探究する行政法』有斐閣(2012) 602쪽.

에 피해자의 구제를 도모할 수 있다.

最決平成17년6월24일判時1904号69쪽에서는 지정확인검사기관을 상대로 하여 제기한 건축확인취소소송에 대해 행정사건소송법 21조1항을 적용하여 특정행정청에 속하는 시에 대한 국가배상소송으로 소를 변경할 것을 인정했다.[29] 그리고 피고가 시가 된 것은 도도부현뿐 아니라 인구25만 이상의 시에도 건축주사를 두도록 되어 있기 때문이다(건축기준법 4조1항).

그러나 이 학설에는 커다란 결점이 있다. 그것은 당시의 건축기준법에서는 도도부현이 지정확인검사기관의 업무내용을 체크할 것이 예정되어 있지 않았다는 점이다. 도도부현등의 입장에서 보면 지정확인검사기관의 업무내용에 대해서 체크하는 권한이 인정되어 있지 않았음에도 지정확인검사기관의 업무내용에서 생긴 책임만을 부담하게 되는 것이기 때문에 불만을 가지게 될 것이다. 권한이 없음에도 책임만 부담시키는 것은 이론적으로도 불합리하다고 생각된다.

4) 지정확인검사기관에도 도도부현등에도 손해배상을 청구할 수 있다고 하는 설

제3의 학설로서 지정확인검사기관에도 도도부현등에도 손해배상을 청구할 수 있다고 하는 학설이 주장되었다. 다만 제1차적으로 손해배상의무를 부담하는 것은 지정확인검사기관이며 도도부현등의 역할은 제2차적인 것에 그친다. 결국 도도부현등이 손해배상의무를 지는 것은 지정확인검사기관에 의한 사무수행을 정확하게 체크하는 것을 게을리한 규제권한의 불행사가 재량권의 일탈·남용이라고 인정되는 경우에 한정된다.

横浜地判平成24年1月31日判時2146号 91쪽은 이 제3의 학설에 입각한다.[30] 이것은 분양맨션의 신축공사 때 내진강도의 위장이 이루어진 사건이다. 맨션의 각 구분소유권의 구입자는 종업원의 과실에 의하여 내진위장을 간과했던 지정확인검사기관(Y1) 및 특정행정청에 속하는 시(Y2)에 대하여 손해배상책임을 물었다. 横浜地裁는 지정확인검사기관이 행한 건축확인의 체계 중에서 Y1과 Y2간에 형성된 관계에 대해 다음과 같이 서술했다.

「…지정확인검사제도는 건축확인 등의 사무 주체인 지방공공단체로부터 민간의 지정확인검사기관으로 옮긴 것으로 지정확인검사기관은 스스로 설정한 수수료를 수수해서

---

29) 仲野武志『平成17年重要判例解説』(ジュリスト1313号) (2006) 43쪽, 松塚普輔「指定確認検査機関による確認事務の帰属」宇賀克也 · 交告尚史 · 山本隆司(編) 『行政判例百選Ⅰ』有斐閣(2012) 6사건.

30) 이 판결의 평석으로 板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究89권6호(2013) 137쪽이 있다.

자기의 판단으로 건축확인업무를 하고 있으며, 그가 교부한 건축확인필증은 건축주사가 교부한 확인필증으로 간주되는 것이다. 그렇다면 지정확인검사기관은 행정과는 독립해서 공권력의 행사인 건축확인업무를 하고 있는 것으로 지정확인검사기관이 행한 건축확인에 하자가 있는 경우에는 그 국배법상의 책임은 지정확인검사기관 스스로가 지는 것으로 해석하는 것이 상당하다」

「다만, …특정행정청에도 일정한 감독권한이 부여되어 있기 때문에 특정행정청이 동 권한의 행사를 게을리 한 경우에는 특정행정청에 속하는 지방공공단체도 국배법상의 책임을 진다고 해석된다. 그래서 본건에서 Y2시장이 그 감독권한의 행사를 게을리 했는가의 여부에 대해서 검토하면, …Y2시에서 본건 맨션에 관련된 건축계획이 건축기준관계규정에 적합하지 않은 점을 인식할 수 있었다고 인정할 수 없고 그 뜻을 Y1에 통지하는 등 그 감독권한을 행사하는 것을 게을리 했다고는 인정되지 아니한다. 따라서 Y2시가 Y1이 행한 건축확인에 대하여 국배법상의 책임을 진다고는 인정할 수 없다.」

이렇게 横浜地裁는 손해배상책임은 제1차적으로는 지정확인검사기관이 부담해야 하면서 시에 대해서도 감독권하의 행사를 게을리 한 경우에는 제2차적인 손해배상책임을 질 가능성이 있다고 인정했다. 다만 이 사안에서는 Y2시의 특정행정청이 Y1으로부터 -구조계산서의 제출을 포함한-상세한 보고를 받는 것이 건축기준법상 예정되어 있지 않고 구조계산서의 위조를 시정할 권한을 행사하는 전제로서의 보고징수권이 부여되어 있지 않는 이상 감독권한의 행사를 게을리 했다고는 인정되지 아니하기(보다 정확하게는 감독권한을 행사할 방법이 없기) 때문에 행정에는 규제권한부작위의 위법이 있다고는 할 수 없다고 해서 Y2의 국배법상 책임은 부정되고 있다.

3. 두 가지 해결책

이 문제에 대처하기 위하여 두 가지 해결책이 제시되었다. 첫째는 구조계산적합성판정(건축기준법 18조4항 이하, 77조의35의2 이하)의 도입이다. 이것은 일정규모를 넘는 건축물은 구조계산의 적합성을 확인심사를 행한 지정확인검사기관과는 별개의 제3자에게 체크시키는 체계이며 내진위장의 원인을 근본부터 끊고자 하는 것이다. 둘째는 지정확인검사기관으로서의 지정을 받기 위한 재산요건을 부과해서(법 77조의20제3호) 사실상 사전에 손해보험에 가입하여야 하는 체계로 변경하는 것이다.[31] 그러나 사전의 법적

31) 구체적으로는 지정확인검사기관으로서 지정을 받기 위한 기준으로 재산의 평가액이 성령에서 정하는 일정금액 이상일 것을 요건으로 하고 있다(건축기준법 77조의20 제3호). 법령의 위임을 받은

논의를 충분히 하지 못했던 점은 이후의 반성재료로 남겨졌다.

4. 그밖에 기능적 민영화 ①지정관리자와 PFI

1) 지정관리자

2003년의 지방자치법 개정에 의하여 지정관리자제도가 도입되어 지방공공단체는 공공시성(지방자치법244조)의 유지·관리에 대해 조례로 정하는 바에 따라 지정된 민간사업자(지정관리자)에게 위탁할 수 있게 되었다(동법 244조의2 제3항 이하).[32] 지정관리자제도의 목적은 공공시설의 유지・관리에 드는 비용의 삭감이나 폭넓은 민간사업자의 전문적인 노하우를 활용하는데 있다.

그 특색은 지정관리자에게 시설의 사용허가를 할 권한이 인정된다는 점이다(동법 244조의4 제1항). 지정관리자가 되는 민간사업자는 공익법인에 한정되지 않고 영리를 목적으로 하는 주식회사여도 괜찮다. 사용허가는 행정행위이기 때문에 지정확인검사기관과 똑같이 주식회사에게 행정행위를 행할 권한을 인정한 것이 된다.

또 지정관리자는 공공시설의 이용요금을 자신의 수입으로 해서 수수할 수도 있다(동법 244조의2 제8항). 이 이용요금은 지방공공단체의 승인을 받아서 지정관리자가 정하도록 되어 있다(동조 제9항).

2) 지정관리자와 지정확인검사기관의 비교

지정관리자의 법적 체계를 지정확인검사기관과 비교하면 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

우선, 행정에 의한 「지정」에 의하여 권한이 발생하는 점은 같다. 그러나 커다란 차이로서 지정확인검사기관의 경우는 행정에 의한 컨트롤 근거가 건축기준법의 규율에 두어져 있는 것에 대하여 지정관리자의 경우는 지방공공단체와 지정관리자간에 체결되는

「건축기준법에 근거한 지정자격검정기관등에 관한 성령」17조1항에서는 그 금액은 확인검사업무를 실시하는데 있어서 부담할 가능성이 있는 국배법상·민사상의 책임의 이행을 확보하기 위하여 필요한 금액으로 정해져 있고 같은 조 2항에서 그 금액을 담보하기 위한 보험금액도 법 77조의20 제3호에서 말하는 「재산의 평가액」에 해당한다고 규정되어 있다.

32) 공공의 시설이란 「주민의 복지를 증진할 목적으로 그 이용에 제공되기 위한 시설」을 말한다. 구체적으로는 체육관, 공민관, 도서관, 시민 풀, 주차장 등을 가리킨다. 稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」東北大学法学67권5호(2002)707쪽, 成田頼明、(監修) 『指定管理者制度のすべて〔改訂版〕』第一法規(2009)

계약조항을 근거로 하여 행정에 의한 컨트롤이 이루어진다는 점을 들 수 있다. 즉 민간사업자가 적절하게 관리사무를 하고 있는가의 여부는 계약조항에서 정한 지방공공단체에 대한 보고의무에 의하여 확보된다. 또 부적절한 관리가 명확해진 경우에는 민간사업자는 지방공공단체에게 위약금을 지불하여야 하며, 불상사가 자주 계속되면 계약을 도중에 해지하는 것도 각오해야 한다.

3) 책임

그리고 사고가 생긴 경우의 손해배상책임에 대해서는 다음과 같이 생각할 수 있다. 우선 「공공시설」에서 일어난 사고로 피해자와의 관계에서는 국가배상법 2조가 적용되어 지방공공단체가 일괄해서 손해배상을 한다. 그 후 지방공공단체와 민간사업자 간에 전술한 위약금의 지불 등을 통하여 내부의 정산이 이루어진다. 이 해결방법은 피해자의 구제를 도모한다는 점에서 뛰어나다.[33]

시의 담당직원(과장・계장)의 형사책임이 문제가 된 사안도 있다. 이것은 지정관리자에게 그 관리·운영이 위탁되어 있던 시의 풀에서 발생한 사고에 대해서 업무상 과실치사죄가 문제가 된 것이다. 사이타마地判平成20년5월27일 재판소 홈페이지에서는 비록 시영풀의 관리가 민간에 위탁되어 있다 하더라도 시의 담당직원이 관리를 위탁업자에게 전적으로 맡겨놓고 안전 확인을 게을리 하는 것은 허용되지 아니한다고 해서 담당직원의 형사책임을 인정했다.

4) PFI

민간자금을 이용해서 공공시설의 정비와 공공서비스의 제공을 충실히 하기 위한 체계로서 그밖에도 PFI(Private Finance Initiative)가 준비되어있다. PFI는 2003년에 제정된 「민간자금등의 활용에 의한 공공시설등의 정비등의 촉진에 관한 법률」에 근거한다.[34] 지정관리자가 이미 존재하는 시설의 유지·관리만을 민간사업자에게 맡기는 것인데 대해서 PFI는 시설의 건설에서 유지·관리까지를 일괄해서 민간사업자에게 맡길 수 있다는 점에서 다르다. 일본에서는 형무소사업의 일부를 PFI에 의하여 민간사업자에게 맡기게 되었다.[35]

---

33) 板垣勝彦「民間委託における自治体職員の刑事責任ーふじみ野市プール事故事件」礒部力・小幡純子・斎藤誠(編) 『地方自治判例白選〔第4版〕』有斐閣(2013) 68사건.

34) 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」『塩野広先生古稀記念 行政法の発展と変革上巻』有斐閣(2001) 773쪽.

5. 그 이외의 기능적 민영화 ②공공서비스개혁법

2006년 공공조달체계를 이용하여 공공서비스의 질의 유지향상과 경비를 삭감할 목적으로 공공서비스개혁법(정식명칭은「경쟁의 도입에 의한 공공서비스의 개혁에 관한 법률」〔平成18년법률제51호〕이며,「시장화테스트법」이라고도 한다)이 제정되었다.[36] 공공서비스개혁법은 보험료의 납부에 관련된 업무등 권력적 요소가 강한 사무도「특정공공서비스」로서 민간위탁이 가능하다는 점이 특징적이다(동법 2조5항, 32조 이하).

기능적 민영화를 할 때에는 일반적으로 ①유능한 서비스의 담당자로서의 민간사업자를 선택할 것, ②민간사업자가 사무를 수행할 때 행정이 함께 지시·감독을 할 것, ③행정이 성과를 수용할 때 컨트롤을 미치는 것이 중요하다고 한다.[37]

①에 대해서는 민간사업자가 관민경쟁입찰·민간경쟁입찰에 참가하기 위해서는 참가자격으로 지식·능력, 경리적(經理的) 기초, 기술적 기초 등이 요구된다(동법 9조3항, 14조3항). ②에 대해서는 행정은 민간사업자에 대해 보고요구, 출입검사, 질문을 할 수가 있고(동법 26조), 경우에 따라서는 필요한 조치를 강구하도록 지식할 수 있다(동법 27조). ③에 관한 직접적인 규율은 없으나 공공서비스의 실시를 위탁하는 수단으로서 계약이 이용되며(동법 20조1항) 그 계약내용에 따라서 서비스를 실시해야 한다고 규정되어 있는 점(동법 24조)은 일정한 성과의 확보를 목표로 한 취지라고 생각된다. 계약에 의하여 민간사업자를 컨트롤한다고 하는 점은 지정관리자의 경우와 같다. 이 계약은 국가의 행정기관의 장이 정한 관민경쟁입찰실시요강의 규율을 받는다(동법 9조2항제11호). 또 계약내용은 당사자의 협의에 의하여 변경하는 것이 가능하고(동법 21조), 민간사업자가 행정의 지시에 따르지 않는 경우 등은 계약을 해제할 수 있다(동법 22조1호). 나아가 제3자에게 손해를 입힌 경우의 손해배상책임에 관한 사항도 사전에 정해둘 것이 예정되어 있다(참조. 동법 9조2항12호).

공공서비스를 실시하는 민간사업자의 임원·직원에게는「법령에 의하여 공무에 종사하는 직원」으로서의 비밀유지의무가 부과된다(동법 25조). 공공서비스개혁의 실시과정

---

35) 戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢35호(2006) 95쪽. 그 이외에도 ジュリスト1333号(2007) 의 특집「新しい刑務所運営」이나 島根県立大学PFI研究会(編) 『PFI刑務所の新しい試み』成文堂(2009) 이 참고가 된다.

36) 橋本博之「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」についてー公私協働 · 契約手法の導入という観点から」自治研究82권6호(2006) 35쪽, 碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎 · 碓井光明(編) 『法の再構築 I 国家と社会』東京大学出版会 (2007) 3 쪽(14쪽 이하).

37) Vgl. Ivo Appel, Privatverfahren, in : GVwR Bd.2, 2008, §32, Rn.77. 참조, 板垣 · 前掲注(1) 431쪽 이하.

에 대해서 투명성, 중립성, 공정성을 확보하기 위하여 관민경쟁입찰등 감리위원회가 내각부에 설치된다(동법 37조). 또 공공서비스 전반에 대해서는 끊임없는 개선이 요구된다(동법 3조).

Ⅳ. 맺으며

이상의 검토에서 일본에서의 민영화와 규정(規整)개혁이 남긴 교훈에 대해서 정리하고자 한다. 첫째로 일본의 민영화와 규정개혁의 특정은 전적으로 당시의 정치적 관심에 기초해서 이루어져서 법적 논의는 충분히 하지 못했다. 지정확인검사기관의 사례는 문제가 생기고 나서 법정비가 이루어졌다는 점에서 교훈을 남겼다. 두 번째로 국영기업의 민영화의 영향은 그 국가의 경제에서 국영기업이 차지하는 영향력이 크면 클수록 크게 된다. 중국과 같은 사회주의국가나 한국이나 대만과 같은 신흥국의 경우 국영기업이 경제를 견인해 왔던 역사가 있기 때문에 일본이나 유럽 국가들보다 국영기업의 민영화의 영향은 크다고 생각된다.[38] 각국의 민영화와 규정개혁의 동향에 대해서 상호 이해를 깊게 할 수 있다면 행운일 것이다.

---

38) 최근에는 일본에 아시아국가의 민영화에 대해서 소개하는 논문도 등장하기 시작했다. 중국의 민영화에 관한 연구로 周凊「中国における国営企業の民営化改革に関する法的研究」一橋法学9권2호(2010) 193쪽, 대만의 민영화에 관한 연구로 劉宗徳「公私協働論に関する一考察」CALE(名古屋大学法政国際教育協力研究センター)Discussion Paper No.8(2012) 1쪽.