

公務員の不法行為と責任

松 尾 直

I はしがき

公務員の不法行為とこれに基づく責任は、現代国家が「今や国家は行政の国家¹⁾」といわれるところの行政国家としての側面をもつところからも、行政の肥大化または積極行政に付随するものとして注目すべき傾向を認めることができるであろう。すなわち、行政国家については、「機能構造面からする現代国家の特性把握の試みとして、本来統治の出力過程（執行）の公式担い手たる行政が同時に入力過程すなわち政治（国家基本政策の形成決定）にも進出して中心的かつ決定的役割を営む類の国家²⁾」として示されており、その結果として必然的に行政作用を増大化することになるであろう。そこで、現代国家においては、従来からの権力的行政作用に加えて非権力的行政作用を増加せしめるところとなり、それらを職務として担当すべき公務員もパーキンソンの法則で知られる「仕事の量と役人の数との間には、何の関係もない。役人の数は、その仕事が増えようが減ろうが、あるいはまた、全然なくなってしまうが、そんなことにかかわりなく増大する。」といわれることに加えて一層増加し得るであろうし、現在では行政機構改革の重要課題となっているところでもある。他面、公務員による行政行為に伴うところのいわば副作用ともみられる不法行為も、多様化し複雑化しており、そのために生じた国民及び住民の損害を救済すべきところの行政救済も重要な課題となっているのである。

注1) 手島孝『行政国家の法理』学陽書房、1982年、10頁。

2) 同上、13頁。

すでに、日本国憲法第17条の規定には、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」として、公務員の不法行為とこれに基づく国家賠償責任が定められるところである。また、公務員については、その全ての公務員が諸々の職務に従事する場合に、日本国憲法第15条2項の規定に「公務員は、全体の奉仕者」と定められ、第99条の規定に「公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と定められている。これらの規定に定められる公務員のうちでは、第15条の規定につき「本条にいう公務員は、国家公務員法ならびに地方公務員法の規定の適用をうける一般職の公務員のほか、いわゆる特別職の公務員をも包含する。³⁾」とされる。しかし、第15条及び第99条の規定する公務員は、第17条の規定に定める公務員の不法行為との関係より、むしろ総合的に関連づけてみるならば、広く公務に従事する者と解する方が合理的であると思われる。また、第15条の規定の公務員に関しては、「ここにいう公務員とは極めて広い観念であり、広く国民の代表者という観念とひとしいと解される。⁴⁾」としたうえで、「私人に公務を委任または委託した場合はその私人もその限度において公務員である。⁵⁾」とされているのも、第17条の規定に定める公務員との関係よりみて妥当な解釈であるといえる。

さらに、日本国憲法第15条1項の規定には、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」と定めており、「主権者である国民が、公務員の任免について根源的な権能をもつことは、民主政治における国民参政の第一原理であることを宣言したものである。⁶⁾」とこれを意義づけられている。したがって、公務員の不法行為が生じた場合は、その責任が厳正に追求されるべきであることも、また当然の帰結であるといえるであろう。

3) 伊藤満『逐条憲法特講 上』有信堂高文社、1976年、131頁。

4) 佐藤功『ポケット註釈全書 憲法』、有斐閣、1978年、121頁。

5) 同上、123頁。

6) 伊藤満、前掲。

II 公務員と不法行為制度

公務員による不法行為については、日本国憲法第17条の規定に基づき、国家賠償法においてその具体的内容が定められている。また、不法行為それ自体は、すでに民法第709条以下の規定に定められているところである。すなわち、国家賠償法第2条の規定には、「営造物の設置管理の瑕疵と賠償責任」を定めるが、民法第717条の規定においても、「土地の工作物の占有者・所有者の責任」が定めてある。この民法第717条の規定は、徳島市立小学校遊動円棒事件として知られる大審院判決において、市立小学校の遊動円棒の保存につき相当の注意が欠けていたため、児童が死亡したときは、市に損害賠償責任がある（大五・六・一大，民録二二——一〇八）として適用されたものである。

一方、国家賠償法第2条の規定は、公の営造物の設置・管理の瑕疵とその賠償責任を国または公共団体に認めることを定めるが、この規定も同法第1条の規定とともに、日本国憲法第17条の規定に定める公務員の不法行為とその責任に立脚するところのものである。そこで、公務員としては、営造物の設置・管理に瑕疵が生じないようにすべきところの職務を負担し、かつこれに伴う責任を負担すべきである。

また、国家賠償法第1条の規定には、「公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」の賠償責任が定められている。この場合における「公権力の行使」については、判例によれば「国または公共団体がその権限に基づく統治作用としての優越的意思の発動として行う権力作用のみならず、国または公共団体の非権力的作用（ただし、国または公共団体の純然たる私経済作用と、二条に規定する公の営造物の設置管理作用を除く）もまた、包含されるものと解するのが相当である。（昭和52・4・27，東京高，高裁民集30—78）」として非権力的作用を含めて解されている。これに対して、民法第709条の規定には、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ

賠償スル責ニ任ス」として、不法行為の要件と効果が定められている。この場合においても、公務員の不法行為が判例上において認められている。⁷⁾

不法行為制度は、わが国における法制と判例の展開よりみるならば、私法における私人相互の関係より、私人の公務員との関係または私人と国または公共団体との関係に進み、さらに不法行為の一般法である民法に対しての特別法ともいわれる国家賠償法へと進んできたものといえるであろう。そこで、不法行為制度の機能については、「第一に、損害填補機能を担っていることはいうまでもない。そして、第二に、行為義務設定機能があげられる。すなわち、無過失責任も存在するが、不法行為法の基本は、過失責任、すなわち同等の権利を有する人間が構成する社会の一員としてなすべき義務の違反が責任の基礎となる。⁸⁾」とし、さらに「第三の機能として、争いはあるが、第二の機能と深い関連を有しながら、懲罰的機能を果していることは否定できない。⁹⁾」として三種の機能が示されているのである。これらは、私法制度としての不法行為法の見地を基本に指摘されたものとみられるが、国家賠償法を中心とする公務員の不法行為とその責任においても考えられるべき内容であると解される。

しかし、不法行為制度における公務員の責任は、国家賠償においてであるが、最高裁判所判決によると「公権力の行使に当る公務員の職務行為に基づく損害については、国または公共団体が賠償の責に任じ、職務の執行に当

7) 民法第709条の規定に定める不法行為について、公務員に関するものと認められるものには、次のものがある。

「登記官吏の過失によって、無効な所有権移転登記が経由された場合には、右過失と右登記を信頼して該不動産を買受けた者がその所有権を取得できなかったために被った損害との間には、相当因果関係がある。(昭和43・6・27最判, 民集22-1339)」

「国が違法に無効な農地買収・売渡処分を行って被売渡人に該農地を引き渡し、被売渡人がこれを時効取得した結果、被買収者が右農地の所有権を喪失したことにより損害を被った場合、右処分と損害との間には相当因果関係がある。(昭和50・3・28最判, 民集29-251)」

8) 前田達明「不法行為の制度と理論——その展開と限界——」, 『ジュリスト臨時増刊特集・損害賠償制度と被害者の救済』有斐閣, 1979年5月20日号, 20頁。

9) 同上, 20-21頁。

た公務員は、行政機関としての地位においても、個人としても、被害者に対しその責任を負担するものではない。(最判昭和30・4・19, 民集9巻5号534頁)」とされ、また通説も同様の見解をとるものとみられる。一方、これに対して民法第709条以下の規定では、私人関係における不法行為による責任が定められる。そこで、民法の不法行為に関する民事責任と対比するならば、公務員の責任は、むしろ軽視されている傾向にあるのが、最高裁判所の見解ともうかがわれるのである。この点については、札幌地方裁判所判決が「公務員の故意または重大な過失による場合まで、加害公務員の個人責任を否定するとすれば、公務員は、公務員なるが故に、民事責任の面において一般人に比べ過当な保護をうけることになって著しく権衡を失する。(札幌地判昭和46・1・24, 判時653号22頁)」としていることが注目されるべきであろう。これらより、公務員の不法行為責任は、不法行為制度における責任が拡大化する一般的傾向の中で、やや立遅れている部分が認められるよううかがわれるのである。

III 公務員とその特定

不法行為にかかわる公務員については、日本国憲法第17条の規定および国家賠償法第1条、第3条の規定に定めるところである。そこで、これらの不法行為にかかわる公務員の範囲については、「国家公務員法による国家公務員、或いは地方公務員法による地方公務員たる身分を有するものに限定されず、ひろく解されるのであり、公務を執行する者をすべて含ませてもよいであろう。但し、国又は公共団体の公務員であることを必要とし、任用或いは契約等によって国又は公共団体と何らかの関係のあることを要する。¹⁰⁾とし、また「ここにいう公務員とは、国家公務員法等により公務員としての身分を与えられた者に限らず、およそ、公務を委託されてこれに従事する一切の者を

10) 兼子一編『註解日本国憲法 上巻』有斐閣、1956年、388頁。

指すと解するのが通説である。それらの者が公権力を行使する権限を与えられている限り、本条の適用に当って区別する理由はないからである。¹¹⁾とされる。

さらに、判例においても、「強制執行は債権者の申立てにより債権名義に形成された私権を国の公権力によって最終的に実現するものに外ならないから、右の場合執行吏は右の強制執行権を行使する国の機関であり、制度上の公務員たる身分はないとしても国の公権力行使の権限を与えられた一種の公務員である。(昭和26・7・31東京地判, 下民集2—965)」とし、また「予防接種法に基づき国の機関委任事務として市長が実施すべき予防接種を市長の委託を受けて行う医師は、国の公権力の行使に当たる公務員である。(昭和43・10・21東京高判, 下民集19—628)」とされる。つまり、これらの場合における公務員については、通説・判例ともに国家公務員法または地方公務員に定める場合の公務員よりも広義に解しているものである。

このようにみるならば、「公務員の資格のない者でも、国家賠償法一条の『公権力を行使する公務員』に該当することがあることは、……国家賠償法の特殊性に合致する考え方であり、この考え方は、維持されなければならない。¹²⁾」という見地も、さらに注目されるべきであろう。したがって、国家公務員法または地方公務員法に定めるところの公務員でない者であっても、公務に従事する場合は、その限度でこれをもって公務員として認め得ることになるのである。

なお、国家公務員法または地方公務員法に定める公務員でない者が公務に従事することを装って不法行為を行う場合は、もとより公務員たるべき要件を欠くことになるから、当然公務員に含めることはできないものと解される。ただ、刑事事件の加害者が警察官の制服を着用していた場合は、その者が警察官でなくとも一般国民から誤認して警察官と信じ易いことになる。元警察官による昭和60年3月の銀行強盗人質事件は、警察官の制服を着用したも

11) 今村成和『国家補償法』有斐閣, 1957年, 103頁。

12) 古崎慶長『国家賠償法の理論』有斐閣, 1983年, 4頁。

のであったと報道されていたものである。このように、警察官の制服が公務員でない者により不法行為としての犯罪に悪用される場合は、公務員でない者の不法行為として国家賠償法第1条の規定を適用することができないことになる。ただ、警察官の制服自体は、同法第2条の規定に定められるところの「公の営造物」として認められるべきものであるから、その「管理上の瑕疵」として検討の余地が残されているように見受けられる。したがって、警察官の制服等は、公の営造物として使用期間後も適正な管理・処分の措置により、不法行為を防止すべきものであると解されるのである。

次に、公務員の不法行為が生ずるためには、日本国憲法第17条の規定および国家賠償法に定める公務員として認められることを要するので、不法行為が発生の場合において当該公務員を特定すべきことになる。すなわち、不法行為を行ったところの公務員については、一般の場合であれば、個々の公務員を特定することが可能であり、また必要であろう。これについては、東京高等裁判所（昭和43年10月21日判決）が、不特定警察官の過剰警備にもとづく損害賠償事件において「被害者が国又は当該公共団体に損害賠償を請求する場合には、一般的に加害者を特定して主張せられるが、これは加害者が果して国または当該公共団体の公務員であるか否かを確定する必要に基くものであって、それ以上の意義を有しないと解すべきである。」としていることからもうかがわれることである。¹³⁾このようにして、一般の場合であれば、個々の公務員を特定することが必要であろう。

しかし、これに対する特殊な場合として集団の公務員による不法行為では、前記不特定警察官の過剰警備に基づく損害賠償事件における第一審の東京地方裁判所は、「公務員の集団によって公権力の行使が行なわれた場合には、当該公務員が行政組織上いかなる部署に属している者たちであるかが判明していればよく、それ以上に個々の加害公務員を特定しなくとも国家賠償責任を問うことができると解すべきである。（昭和39・6・19判決，下級民集15巻

13) 室井力・兼子仁編『演習研究 行政法（総論）判例集』学陽書房，1973年，139頁。

6号1438頁,判例時報375号6頁)」としている。同様に,この第二審の東京高等裁判所は,「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員の違法な職務執行行為によって損害を被った者が国又は公共団体に対し損害賠償を請求するには加害者を特定することを要しないものと解すべきである。けだし,いやしくも加害者が公務員であり,その職務執行行為が不法行為の要件を具備することが明白な場合においても,なお加害者が特定しない故をもって国または当該公共団体の損害賠償責任を否定すべき謂われはなく,そして,それは,また国家賠償の制度が国民の権利の保障を最終的に裏付ける制度として国民の権利救済を全うしようとする目的にも合致するからである。(昭和43・10・21東京高判,下級民集19巻9・10号628頁,判例時報536号18頁)」としていることも注目されるべきであろう。

IV 公権力の行使と職務

公務員による不法行為につき,国家賠償法第1条の規定には,「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が,その職務を行うについて,故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」と定められるところから,職務行為の故意または過失が不法行為の成立要件となる。そこで,この場合における公務員の職務行為は,その範囲のおよぶべきところの限界が重要な意義を有するとみられる。すなわち,その職務を行うについては,「民法四四条に『其職務ヲ行フニ付キ』とあり,又,七一五条に『其事業ノ執行ニ付キ』と定めているのと,殆んど異なる所はない。又その意味も大体同様であると考えてよいが,権力作用であることに基く特殊性は,無視すべきではない。¹⁴⁾」とされる。すなわち,国家賠償法第1条の規定には,「公権力の行使に当る公務員」と定められているところより「権力作用であることに基く特殊性¹⁵⁾」とされるものとみられる。

14) 今村成和,前掲,104頁。

15) 同上。

また、公権力の行使の意義についての広義説に対しては、「権力の主体としての国の活動に、危険責任の特別の根拠を見出すのであるから、当然に、広義説には従うことができない。¹⁶⁾」とされ、国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用を指すとする狭義説が示され、「裁判所も、非権力的行政作用には民法を適用する¹⁷⁾」とされている。

一方、この狭義説に対する広義説としては、「公権力を、私人と対等の関係に立つ純然たる私経済作用をのぞくそのほかのすべての国又は公共団体の作用（活動）と定義づけた方が直截簡明である（ただし二条の管理作用をのぞく）。¹⁸⁾」とされる。さらに、近年の判例においても、国家賠償法第1条の規定については、「本条にいう『公権力の行使』という要件には、国または公共団体がその権限に基づく統治作用として行う権力作用のみならず、国または公共団体の非権力作用（ただし、国または公共団体の純然たる私経済作用と、二条に規定する公の営造物の設置管理作用を除く）もまた包含される（昭和52・4・27東京高判，高裁民集30—78）」としたものがある。そこで、先に「裁判所も、非権力的作用には民法を適用する¹⁹⁾」とされていたが、近年の判例が示すところよりみるならば、単に非権力的作用に対し一律に民法を適用するのではなく、非権力的作用においても、「純然たる私経済作用」につき民法が適用され、「公の営造物の設置管理作用」につき国家賠償法第2条の規定が適用され、したがってそれら以外の非権力的作用につき国家賠償法第1条の規定が適用されるということになるであろう。

このように、公権力の行使については、広義説の見地より、権力的作用は勿論のことであり、非権力的作用²⁰⁾についても適用されるように解されるものである。なお、この非権力的作用に対して、「非権力的作用という概念は、国

16) 同上，101頁。

17) 同上，103頁。

18) 古崎慶長『国家賠償法』有斐閣，1984年，101頁。

19) 今村成和，前掲。

20) 佐藤功，前掲，135頁。

家賠償法の存在している現在では、同法の関係では、不必要な概念である。²¹⁾との指摘もある。すなわち、この見解によれば、国家賠償法第1条の規定に定める「公権力の行使」につき広義説より、全ての国家作用それ自体の中に権力的作用と非権力的作用が内包されるのであるから、あえて細分する必要が認められないということになるものと推測される。つまり、「公権力の行使」には、広義説を採る以上、権力または非権力の作用が含まれ得ることになるだろう。

しかし、国家賠償法第1条の規定に定める「公権力の行使」について文言通り厳格に解する狭義説があるのに対して、非権力なる概念まで公権力を拡大する過程および旧憲法下以来の判例の沿革と発展さらに近年の判例における動向などを総合的にみるならば、権力的作用と非権力的作用を分けることも相当であるように思われるのである。

次に、公務員の職務については、国家賠償法第1条の規定に「公務員が、その職務を行うについて」と定められるが、「本条が私人の不法行為責任を定めたものではなく国または公共団体の賠償責任を定めたものであるから、その行為が公権力の行使と認められるものであることを要する以上は当然である。²²⁾」として、「国民の基本的な人権を尊重する憲法に基く被害者保護の観点に重点を置き、行為の外形上公権力の行使と認められる場合を広く指すと解する²³⁾」との広義説が示されている。また、この見解に関しては、「加害公務員の個人的な目的や意図とは関係なく、客観的にみて職務行為の外形を有すれば足りるとし、国または公共団体はこれらの行為より生じた損害に対し賠償責任を負担しなければならないとする。この説の根底には、いわゆる外形標準説をとって、ひろく国民の権益を擁護しようとする考えが存在している。²⁴⁾」とされる。

21) 古崎慶長，前掲。

22) 佐藤功，前掲。

23) 同上。

24) 田辺勝二「公務員の職務行為の範囲」、『判例演習シリーズ行政法2 行政救済法』成文堂，1976年，151頁。

一方、判例においては、国家賠償法第1条の規定に定める「公務員が、その職務を行うについて」に関し、「本条は、公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限らず、自己の利を図る意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形を備える行為をしこれによって他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、広く国民の權益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解する。(昭和31・11・30最判、民集10—1502)」とした最高裁判所判決があり、これをもって指導的判例²⁵⁾とされているところである。この最高裁判所判決では、公務員が職務を行うことについて、「客観的に職務執行の外形を備える行為をしこれによって他人に損害を与えた場合」としたことが注目される。これについては「外形標準説を、一条の解釈でも採用することを宣言した。広義説をとる学説に、判例上の支柱を与えたものとして高く評価できよう。²⁶⁾」といわれる。さらに、公務員の不法行為は、国家賠償法第1条の規定に定める「公権力の行使」および「その職務を行う」との両要件の関連性により広義説より検討することの方が「国民の基本的な人権を尊重する憲法の精神に基く被害者保護の観点²⁷⁾」からも相当であるものと思われる。

V 不法行為の態様と責任

日本国憲法第17条の規定には、「公務員の不法行為」が定められる。公務員による不法行為の態様は、「ひろく違法な行為をいうと解する。かならずしも、民法にいう不法行為の意味ではない。²⁸⁾」とされており、国家賠償法に定められる内容からも多様性がうかがわれる。この場合における不法行為は、公務員が行うところの不法行為が、作為または不作為の義務違反によって生ずる

25) 古崎慶長、前掲、139頁。

26) 同上。

27) 佐藤功、前掲、136頁。

28) 宮澤俊義『法律学体系 コンメンタル篇 日本国憲法』日本評論新社、1959年、231頁。

といった場合である人の行為に起因する損害の発生にとどまらず、物の瑕疵に起因する損害にまで及ぶべきことが、国家賠償法において定められているのである。

すなわち、日本国憲法第17条の規定に定める「公務員の不法行為」については、「国の不法行為責任を、一般的に保障したものと解すべき²⁹⁾」として、「損害が、公法関係において生じたものであると、私法関係において生じたものであるとを問わない³⁰⁾」とし、また「加害原因が、人の行為にあると、物の瑕疵にあるとを問わない³¹⁾」として、二種の態様に大別されている。

これらのうち、公務員の不法行為が公法関係と私法関係の双方に及ぶことについては、「憲法一七条の保障は、公法、私法をとわず、すべてに及ぶものと解されている。したがって、公法、私法をとわず、国家の責任を否定し、もしくは、合理的理由なくしてこれを制限する立法は、同条に反して違憲となることになる。³²⁾」として認められ、大日本帝国憲法下における民法上の不法行為に限定されていたことに対して、大きな相違がうかがわれるところである。また、日本国憲法第17条の規定については、「明治憲法下における国家無責任の原則を否定し、国家責任の原則をうたったものとして画期的な意義をもつものである。³³⁾」とされる。つまり、日本国憲法第17条の規定は、「公法関係において生ずる国の責任を肯定したことに、重要な意をもつ。³⁴⁾」とされていることが、不法行為とその責任に関する沿革上において重視されるべきことであろう。

一方、不法行為の加害原因が人の行為にあるものと物の瑕疵にあるものと両者が示されていることについては、日本国憲法第17条の規定に定める「公務員の不法行為」につき、「ひろく違法な行為をいうと解する。かならずしも、

29) 今村成和, 前掲, 83頁。

30) 同上。

31) 同上。

32) 遠藤博也『法律学全集61 国家補償法 上巻』青林書院新社, 1981年, 101頁。

33) 同上, 99頁。

34) 今村成和, 前掲。

民法にいう不法行為の意味ではない。³⁵⁾としながらも、「公務員の職務としてなされるすべての違法な行為をいう。いわゆる権力的な行為であると、管理的な行為であると問わない。³⁶⁾」とされる。一方、この見解に対しては、「ここにいう『公務員の不法行為』の中には、両者を含むべきであろう。³⁷⁾」として、「国の賠償責任を保障するに当って、両者を区別する理由はなく、又、国の活動は、自然人たる公務員の媒介なくしては不可能なのであるから、『公務員の不法行為』の語を、両者を含む広い意味のものと解しても、別段不自然ではない。³⁸⁾」として、人の行為と物の瑕疵の両者を含められている。また、同様に「本条は不法行為のこれら一切の場合を包含する。³⁹⁾」といわれる。なお、先の見解では、「公務員の違法な行為にもとづく損害の賠償であるかぎり、法律で、無過失責任を定めることも、許されると解される。⁴⁰⁾」とされているところから、国家賠償法第2条の規定につき「通説判例によれば、一条にもとづく責任は、法の文言の『故意又は過失』が示すように、過失責任であるのに対し、二条にもとづく責任は、法の文言のうえでは単に『瑕疵』とあるだけであって、こちらは無過失責任であると解されている。高知落石事件に関する最高裁判所昭和四五年八月二〇日判決（民集二四卷九号一二六八頁）は『国家賠償法二条一項の営造物の設置または管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、これに基づく国および公共団体の賠償責任については、その過失の存在を必要としない』としている。⁴¹⁾」との関連より、公務員の不法行為（日本国憲法第17条）にこれらも含ましめて解しうることになるであろう。しかも、物の瑕疵という場合は、国家賠償法第2条の規定に定める「公の営造物の設置または管理の瑕疵」であって、これ

35) 宮澤俊義，前掲。

36) 同上。

37) 今村成和，前掲，84頁。

38) 同上。

39) 佐藤功，前掲，135頁。

40) 宮澤俊義，前掲。

41) 遠藤博也，前掲，126頁。

ら設置または管理の職務にある公務員としてみれば、その責任を負うべき立場にあることより、結局のところ公務員の不法行為に物の瑕疵をも含めて解することが可能であるということになろう。

次に、公務員による不法行為は、「瑕疵の態様⁴²⁾」として、その内容を判例の動向をふまえて「『故意・過失』と『違法』を切り離さず、責任成立要件として捉える⁴³⁾」とされている。すなわち、不法行為は、その態様でみるならば国家賠償における損害賠償の前提となるべき責任成立要件として、その実体が注目される場所である。そこで、これらの不法行為を国家作用で一般に知られている権力作用と非権力作用との大別により分類するものとして、「(一)権力的作用（たとえば警察権・徴税権・刑罰権・統制権等の作用）の場合 (二)非権力的作用の場合とに分けられる。(二)の非権力的作用の場合には更に分類すれば(イ)営造物の設置または管理に瑕疵があった場合 (ロ)公企業の経営による場合 (ハ)その他の非権力的な職務の執行による場合（たとえば収入役の出納事務・郵便局員の郵便事務等） (ニ)全く私人の行為と性質を同じくする純然たる私経済的作用による場合で民法の適用を受けることが疑いのない場合（たとえば官庁事務用品の購入・鉄道・バス・電車等における貨客運送等）に分れる。⁴⁴⁾」とされている。

また、それらを国家賠償法に定める規定に基づいて再分してみれば、次の通りである。すなわち、権力的作用は、国家賠償法第1条の規定に該当するものであり、また非権力的作用は、同法第1条ないし第2条の規定に該当するものと解されるであろう。すなわち、国家作用、とくに行政作用の分類では、先に示されたような権力的作用と非権力的作用に大別するのが一般的であろう。しかし、これらを国家賠償法の規定で分類する場合は、公務員たる人と公の営造物たる物との双方により各々国家賠償法第1条と第2条の規定で分けられているのである。

42) 下山瑛二『現代法学全集13 国家補償法』筑摩書房、1973年、178頁。

43) 同上。

44) 佐藤功、前掲、134—135頁。

これらの分類より、公務員の不法行為は、その形態において分類するならば、その基準が、国家作用の観点から権力的作用と非権力的作用となる。不法行為のいわば成立原因の所在よりみるならば、行政組織の人的構成要素たる公務員と物的構成要素たる公の営造物とに分けられることになる。ただ、不法行為の成立原因については、それが国家賠償法の規定に定められる公務員（第1条）と公の営造物（第2条）たる物とに分類した場合においても、公の営造物の瑕疵に対する責任が、設置または管理における責任として公務員の職責に関与すべきものである。したがって、この場合においても、権力的作用または非権力的作用に関連してくることになるであろう。

そこで、公務員の不法行為における態様をみる場合については、「権力的作用……非権力的作用⁴⁵⁾」、また「加害原因が、人の行為……物の瑕疵⁴⁶⁾」および「損害が、公法関係において生じたもの……私法関係において生じたもの⁴⁷⁾」が示されているところから、これらの各内容に対応するところの責任が検討されるべきことになるであろう。これらのうち、「人の行為」と「物の瑕疵」に関しては、「責任成立要件——瑕疵の態様・実体法の問題点⁴⁸⁾」のなかにおける「公務員の不法行為と国家賠償責任⁴⁹⁾」および「公の営造物関係の国家賠償責任⁵⁰⁾」として判例の傾向により詳細に分類し検討されているのが注目されるところである。

45) 同上，134頁。

46) 今村成和，前掲，83頁。

47) 同上。

48) 下山瑛二，前掲，178頁。

49) 同上，180頁。

50) 同上，227頁。