



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政官養成における法優位主義の含意(1) : スポールディングの近業に関連して
Author(s)	伊藤, 大一; ITO, DAIICHI
Description	資料
Citation	北大法学論集, 20(2), 48-65
Issue Date	1969-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27880
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(2)_P48-65.pdf



行政官養成における法優位主義の含意 (1)

—— スポールディングの近業に関連して ——

伊藤 大一

一

ロバート・スポールディング (Robert M. Spaulding, Jr.) が一九四三年当時の日本について集計したところに拠ると、外務省を除く主要な中央官庁の課長及び奏任部長全員のうち、高等文官試験に合格した者の占める百分比は、司法省——九三、内務省——九一、大蔵省——九一、内閣諸部局——八五、厚生省——八三、農林省・商工省——七一、情報局——六九、通信省——六九、文

部省——五七、鉄道省——五五、であった。⁽¹⁾ 他方これに先行する一九二九年から一九四一年までの期間、高等文官試験(外交官試験及び司法官試験を除く)の筆記試験において必須科目とされたのは、憲法、行政法、民法、経済学の諸科目。他に、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、商法、国際法、財政学の諸科目が選択科目とされていた。⁽²⁾ また、口述試験においては、必須科目である行政法の他に、二科目を選択することが求められていたが、多くの受験者によって選択されたのは憲法(受験者の六四・六%)、刑

法(四一・四%)、民法(一七・四%)、及び国際法(一五・八%)の諸科目であり、政治学、社会学等の非法律系諸科目を選択した者はほとんど皆無に近い状態であったといふ。⁽³⁾

戦前の日本において、「高等文官試験の合格者の大半を占める

法律学の修得者が、殆どすべての高級職への昇進の階梯を占有していたことは、汎く知られている。⁽⁴⁾そして、これが「自然の勢」

に因るものではなく、制度によって意図された結果であること

とは、文官制度の形成過程に現われた当局者の言動からも容易に

窺い知ることができよう。たとえば、文官任用令の改正(明治三

二・三・二八、勅令六三号)にさいし、首相山県有朋はその理由

を説いて「今や我國は尚ほ立憲制度創設の時代に屬し國民の理想

未だ發達せず従て未だ法治行政の実を挙ぐるの機運に達せずと雖

も法令既に頗る詳密にして官吏に自由専断の余地少く行政は漸く

一の専門技術たらんとするの期に達せり是を以て行政官たる者は

唯天賦の才能のみに憑りて其任務を全くし得べきに非す必ずや行

政に須要なる専門の学識を有せざるべからず故に行政官の任用は

其忠実なる資質を要するの外又専門の学識を具ふる者を選ばざる

べからず昔者政務の挙否は専ら之を人に待ちたるも今は専ら之を

学識に待たざるべからず若し夫れ國家内外の大局に鑑み變通自在

の政策を通用する國務大臣の職は則ち之を英傑の士に望まざるべ

からすと雖も繁密なる法令を遵奉し錯雜なる行政を施行するの任は寧ろ之を公正勤勉にして専門の学識ある者に須たざるべからざるなり」として、「法科万能の学識検定の制度を勅任官級にまで擴張」したのであった。⁽⁵⁾

ところで、こうした任用試験における「法律偏重」の事実から、

無条件に、専門技術としての行政と法的技術との同一性ないし互

換性を推断することはできない。というのは、第一に、任用試験に

おいてテストされる資質ないし能力は必ずしも現実の行政活動を

可能にする資質ないし能力と同じである必要はない——むしろ、

これら兩者の間には、何がしかの隔たりが認められるものだから

である。いうまでもなく、この隔たりは、体験的には、実地研修

(Post-entry training)の過程及びその効果として現われる。すな

わちスポールディングも指摘しているように、もともと高等文官

試験の制度は——後に触れるように——「ジェネラリスト」を選

抜するといふ含みをもっている。そして、実際また、この試験を

通過した人間はそれまでほぼ同一の教育を受けているのであり、

如何なる部署に配属されても仕事をこなしていきけるだけの融通性

を具えている。ところが、ひとたび任官して、現実の行政活動を

はじめると、その融通性は次第に失われていく。もちろん、彼等

は、短い間合を置いて、その部署を変えていく。けれども、それ

料 資

はあくまでも特定の省の内部であり、省の壁を越えて移動することはほとんどない。その意味で一人前の仕事が出来るときには「彼等はある意味でスペシャリストになっているのである」——と。⁽⁷⁾しかし、問題はたんに体験的な局面にのみ尽くされるわけではない。この隔たりには、いまひとつ、原理的な意味合いが含まれている。それは、一般に試験任用という制度が「制度カリスマ」の培養基として副作用する——あるいは、むしろ、この「制度カリスマ」を造り出すために、試験任用の制度が活用されるという面が含まれているからである。ウェーバーが、「いかなるカリスマ的教育も、修学者を訓練して戦争英雄・まじない師・降雨師・被魔師・祭司・法通曉者のいずれに育てようとしているかに応じて、何らかの専門教育的要素を含んでいる。そして、威信や独占を守るためにしばしば秘伝(Gehemlehre)として取り扱われたこの経験的・専門的要素——すなわち教説(Lehre)——は、職業の分化が進み、専門知識が拡大してゆくにつれて、たえず量的にも増加してゆくし、合理的性質をも高めてゆく」として、「カリスマ的教育」と「専門的教育」との相異の流動性を説いたのは、その点を透視していたからに他ならない。⁽⁸⁾その限り、任用試験の科目内容——それは、当然に、「カリスマ的教育」の局面に位置づけられることになる——と「官僚制の要請する専門家的理論(Lehre)」と

は、範疇的に、「正反対の対極」を構成することとなる。

そして、この点は、戦前の日本についても、たとえば高等文官試験の生みの親・伊藤博文が資格任用の観念を受容するに至った経緯のうちに、読み取ることができよう。⁽⁹⁾すなわち、もともと伊藤はかなり早く、工部卿を任めていた頃から資格任用制に強い関心を抱いており、工部大学校を創設してその卒業生を優先的に任用するという方法を試みていた。しかし、この場合の資格任用はあくまでも「スペシャリスト」のみを対象とするものであり、後に見る高等文官すなわち「ジェネラリスト」を対象とするものではなかった。そして、この後者にまで資格任用制を及ぼしていくことについては、彼は、同じく強い関心を抱きつつも、同時に強い危惧の念を禁じえなかった。それは、資格任用制という「合理的」な制度と、天皇大権という「非合理的」な制度とが果たしてうまく調和しうるか否かについて、当時、確固たる見通しをもちえなかったからであるという。ところで、伊藤のこうした危惧を取り除き、天皇大権と資格任用制との調和的——というより、むしろすんで相互補完的——な関係に眼を見開かせてくれたのは、彼が長教して已まぬローレンツ・フォン・シュタイン(Lorenz von Stein)であった。すなわち、シュタインは、伊藤の間に答えて、「およそ任用には二つの原理が含まれている。その第一は、国王

は、彼が任用したいと思う人間を自由に選抜する大権を有するということであり、第二は、そのようにして任用される人間は、任用に先立ち、まず行政官たるに必要な教育を受け、更に資格試験を通過していなければならぬということである」となしたのであった。ここに「大権」とは、「没主観化」(Versachlichung)されたカリスマの謂に他ならぬ。そして高等文官試験制度の礎を築いた「文官試験試補及見習規則」(明治二〇・七・二三、勅令三七七号)は、じつに「没主観化」されたカリスマと資格任用制との相互補完性の法的表現だったのである。⁽¹⁰⁾

専門技術としての行政と法的技術との同一性ないし互換性を無条件には推断しえぬ第二の理由は、「法科万能」がひとり政府部門に限らず、民間の管理部門にも等しく認められる現象であるという事実による。たとえば、青沼吉松氏が戦後の日本について調査されたところによると、業界上位三七五社の経営者一五〇〇名のうち、東京大学のみに限ってみても、法学部出身者の占める比率は九・九%に達するといふ。⁽¹¹⁾ また、とくに、清水英夫氏が「ビジネス・エリートとしての東大法学部をより強力にしているのは、金融機関を中心とする彼等のネットワークであろう。高度に発達した資本主義社会で、金融機関のもつ役割は今さら多言を要しないと思うけれども、この世界は、官僚とならんで、代々東

大法学部エリートが多数配置された場所である」として、民間部門の神経中軸が法学の修得者の手に握られている事実を重視しているのは、この際注目し値しよう。⁽¹²⁾ しかも、このような現象は、何も戦後期に限ってみられるものではない。「上は輔弼の大臣から、下は万筆の吏に至るまで、一切の国務政務の施行者、商事会社の事務担当までも、法科出身者ならでは其の地位をえられぬという有様。専門の技術を要する官衙でも、之を経営し、之を指揮し、之を監督する役目は、法科出身者に委ねられて居る」として、「法科万能」が指弾されたのは、一九一七年のことであるが、スボールディングも分析しているように、法律修得者の民間進出は、既に第一次大戦前後から始まっていたようである。⁽¹³⁾

もちろん、このように政府部門と民間部門を通じて、同種の専門技術が必要されるといふ事実それ自体は、別に異とするに当たらない。後に改めて触れるところであるが、モースタイン・マックス(Fritz Morstein Marx, "Administrative Regulation in Comparative Perspective")の説明にもあったように、技術過程としてみた場合、政府の行政活動は社会一般(Society)の自制活動の一環をなすものであり、前者の後者に対する関係は、飼の音に対する関係にも擬せられるからである。⁽¹⁴⁾ しかし、既にモースタイン・マックス自身認めているように、行政活動は技術過程に還元

資料

し尽くされるものではない。それは、一面において、価値実現の過程としての性格をもつ——そして、また、その公的責任 (Public accountability) の強調からも窺われるように、政府部門を民間部門から区別する基準はまさしくこの価値実現における公的性格の構成にある。⁽¹⁶⁾とすれば——戦前の日本において、実体としての法的技術がひとり技術過程にのみかわるものではなく、さらに価値実現過程にまでかわりをもっていたと考えられる以上——民間部門から切離して政府部門のみを取上げ、そこにおける専門技術としての行政と法的技術との関連を云々することは、益のない試みであるという反論を喚び覚ますことであろう。

けれども、翻って考えるに、高等文官試験は、教育制度から切離されていたわけではない。逆に、それは、大学教育——とくに、帝国大学におけるそれ——のうちに深く根差していた。この点は、先に挙げた試験科目と帝国大学法学部における開講科目との間に、必須・選択の区別まで含めて、完全な対応関係が保たれていた事実からも、⁽¹⁸⁾更にはまた、高等文官試験委員と帝国大学法学部教官との間に高度の人的一体性が図られていた事実からも、⁽¹⁹⁾容易に看取することができよう。実際、たとえば、松本学氏は、東京帝国大学を卒業して、内務省に入った前後の模様を、次のように述懐している。「僕らより以上のよい成績だった連中は七月に卒

業すると同時に文官試験を受けないでもすぐ採用されたのです。われわれはくまらず文官試験を取って来いその上で採用してやろうというので、文官試験を取って十一月採用になった。十人位だったでしょうか。その内には吉田茂君や平田紀一君等もいました。われわれが内務省へはいったのはいわばセカンドクラスです。ファーストクラスの連中が三、四人おりましたよ。それはわれわれよりうんといひ七十点かぐらい取っていたのでしよう。⁽²⁰⁾ところで、二〇才前後の青年が大学で過ごす三年間の教育生活は、その人間の資質および能力を開発し、方向づけるうえですくなくらぬ影響力をもつ。しかも、それはウェーバーの「秘伝」の一つと看做されている法学教育の場合、とくに著しい。⁽²¹⁾とすれば、たとえ大学教育は幼少年期に始まる長い教育過程の最終段階を成すものであり、そこでの法学教育は「思考における整合性と合理性」に最後の仕上げを施すひとつの手段に過ぎぬとしても、⁽²²⁾なお、それは専門技術としての行政を法的技術に結び付ける実体的基盤として機能し続けることになろう。

更にまた、第二の法的技術は政府・民間両部門を通ずる共有財産として機能しうるものであり、したがって、とくに専門技術としての行政との関連を云々するいわれはないという見方に対して、⁽²³⁾反論の途は閉ざされていない。それは、「自分の考えでは今

日の日本の様に国家権力の強い国に於ては、最も効果を挙げうる地位は官吏であると思います。如何に民間において努力しようとも今日の日本の様に政府の力の強い所では、それは政府にある官憲の努力に到底及ばないであらませう」という官途に就く学生の言葉に映し出されたような畸型性が、戦前の日本の「資本主義」には具わっていたからである。⁽²³⁾

このような畸型性がある限り、民間部門の管理活動が政府部門のそれ、すなわち、行政に同調する形で造り出されていくことは、たんに「経済効率」の面ばかりでなく、「指導責任」の面からも望ましい成行きであつたろう。⁽²⁴⁾「今日までの官吏任用令は、維新後急に西洋の制度を模倣し、此等制度に関する知識を有する法科出身者を登用した。……凡そ国家公共の事務、乃至会社諸団体の煩雑なる仕事は一定の形式に組織統一されて運用されている」と古川学人は諦めを述べている。⁽²⁵⁾すなわち、政府は、既に明治初年の頃から、企業の組織および運用の方法について、モデルを作成し、これを私企業の経営者に提示して、企業の法人化を促がしてきた。すなわち、ここには官吏を中心とする伝播体系の成立がある。⁽²⁶⁾そして、第一次大戦前後から日本の「資本主義」がそれなりの自律性をもって運動を開始するに至るや、この伝播体系に人的基盤を提供すべく、法律学の修得者は、官庁を中心として、同心

円状に民間企業へと拡散していくことになつた。⁽²⁷⁾それ故、政府部門において法的技術がもつ意味と、民間部門においてそれが果たす役割との間には、質的な相違がある。つまり、いつてみれば、後者における役割が政府部門の意向を汲んで、これを民間部門に殖え付ける点にあつたのに対し、前者においては、この政府部門の意向自体を構想し、確定していくところに法的技術のもつ意味があつた、と考えられるのである。

そこで、このようにみるならば、一定の条件のもとにおいてはあれ、とにかく専門技術としての行政と法的技術との関連を追究し、両者の同一性ないし互換性を確定していくことにも、何がしかの意義が認められることになろう。すなわち、スポールディングは、先に引用した山県の言葉に関連して、もともと上級官吏の役割は、多種多様な政府活動のいづれかをみずから分担するところにあるのではなく、むしろ、これら諸々の政府活動を調整し、統合するところにある。しかるに、この調整ないし統合のために必要かつ有効な技能(能)は、法学教育を通じて取得されるものであり、また、法律科目を中心とする任用試験によつてテストされるものである——山県の言葉の背後にはこのような考え方が潜んでいたのだというが、⁽²⁸⁾それは、おそらく、「未だ行政の何たるを知らず、行政と言へば直に刀筆吏の業と解し、政事家の心目

資料

を勞するに足らざるもの」となす当時の風潮のもとで、「行政の如何にして功績を奏すべきか」(陸羯南)という問い掛けにたいする日本なりの解答だったのである²⁸⁾。

- (1) Robert M. Spaulding Jr., *Imperial Japan's Higher Civil Service Examinations*, Princeton, 1967, p.316(Table 61).
- (2) *ibid.*, p.211 (Table 24).
- (3) *ibid.*, p.171 (Table 19).なお、選択科目の内容は変化が激しいが、「現行高等試験制度ニ於テハ其試験ガ著シク法律学ニ偏シ時代ノ要求ニ合セザルヲ以テ試験科目及試験方法ヲ改善スル」目的のもとに制定された「高等試験令全文改正」(昭和四・三・二八、勅令一五号)によると、哲学概論、倫理学、論理学、心理学、社会学、政治学、國史、政治史、經濟史、國文及漢文、商法、刑法、國際公法、民事訴訟法、刑事訴訟法、財政学、農業政策、商業政策、工業政策、社会政策の二〇科目と定められてゐる。
- (4) 辻清明、「日本における政策決定過程」『新版・日本官僚制の研究』(一九六九年)所収、一六四頁。なお、こうした状態は、戦後においても、さしたる変化を蒙ることなく存続している。この点について、統計的な分析を試みたものとして、たとえば——Akira Kubota, *Higher Civil Servants in Postwar Japan: Their Social Origins, Educational Backgrounds, and Career Patterns*, Princeton, 1969, Chap. 4.
- (5) 「文官任用令分限令懲戒令理由書」和田善一、「文官詮衡制度の変遷(三)」、『試験研究』一三三号、六五頁に拠る。
- (6) 蟻山政道、『近代官吏制度の発達』、一九五一年、一七頁。なお、この改正の政治的背景およびその含意については、升味準之輔、『日本政党史論』第二卷、一九六六年、三二一—三三六頁に詳細な説明がある。
- (7) Spaulding, *op. cit.*, pp. 319-320. なお、今井一男氏によると、「一体どういふいわく因縁で、そういった官職にすわったのかという点について、ほとんどなら反省されていないことは、十分非難に値い」するとして、現行の就職制度のもとでは、「なんととっても、社会を知らない学生をつかまえて、その十年後二十年後を当てようというのであるから、もともと注文する方が無理なのであり、万一当たとしても、それは宝くじに当たったのに近い意義しかあるまい」と断じている——『官僚』一九五三年、八七頁。
- (8) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, herausgegeben von Johannes Winkelmann, 1956, p. 187. なお、訳文は、世良晃志郎訳『支配の社会学(二)』、四八八頁に拠る。
- (9) スポールディングは、殊の他、この伊藤の訪欧が果たした役割を重視してゐる。Spaulding, *op. cit.*, Chap. 4 (Iris and Stein, 1882).
- (10) この点は、日本側研究者によつても等しく認められてゐるといふのである。たとえば、「……試験制度の全面的採用は、形式的ではあつても官僚制の基盤を拡大するとともに、

拡大された基盤の上に立つ官僚のプレステイジを高め、官僚制をより安定させる。ここではチャンスが公平に与えられる以上、能力がすべてを支配するという命題に市民権を与え、高級官僚の特権を正当化することが容易になる」——利谷信義、『日本資本主義と法学エリート(二)』『思想』、一九六五年一〇月号、一〇七頁。

(11) 清水英夫、『東京大学法学部』、一九六五年、五〇頁に拠る。

(12) 同書、五五—五八頁。

(13) 尾崎盛光、『日本就職史』、一九六七年、三六頁に拠る。

(14) Spaulding, op. cit., pp. 279-280.

(15) Law and Contemporary Problems, 26 (1961), p. 309.

(16) *ibid.*, p. 317.

(17) 平沼騏一郎は、その『回顧録』(一九五五年)において、

「元来法律は彝倫道徳を基礎にすべきものと云う理論は高尚なものとして信じていたが、私共の学んだ頃は此道徳主義でなく、全く形式法学、権利義務主義の法律であった。英國にも道徳を基礎にした学者がないでもない。ブラクストンの如きこれである。然し此の派も形式法、権義派に圧せられた。私も法学部に入り、道徳主義をもう教へるかも教へるかと思つて居るうちに済んでしまつて失望した。今の役人は皆これで養成されたから、政治が出来ないのは当然である。若し中に正しい考をもち、正しい政治をする者があるなら、これは学校で学んだのではない」(二二—二三

頁)と述べているが、平沼自身の生涯に照らしてみると、この言葉は「形式法、権義派」のもつ「道徳」的性格を逆説的に表現するものとして、興味深い。

なお、スポールディングの立場を推しすすめていくと、

同一性ないし互換性を無条件に推断しえぬ第三の理由として、「下からの統治」(government from below)すなわちいわゆる稟議制の問題が登場してくる (Spaulding, op. cit., pp. 320-322)。いふまでもなく、「決定権も指導的地位も有しない末端の事務官」が起案者として行動することの制度

のもとでは、「学歴や試験歴のない中下級官吏」が、「法規の知識や……官界感覚は十分であっても、専門の知識はそれほど豊富でない」上級官吏を、その「長い経験の所産である実務知識」によって補佐することになる結果、政策決定にさいして法的技術が果たす役割は、實際上、かなり割引かれることになる——すくなくとも、割引かれることになりうる——からである(辻、前掲論文)。けれども、スポールディングの場合と異り、専門技術としての行政と法的技術との関連を有意的に捉えていこうとする本稿においては、稟議制の問題は——後に触れるように——別個のコンテキストにおいて取上げられることにならう。つまり、そこには、官吏団内部の機能的・身分的分化と、その理由づけ、つまり命令権の正当化の問題が含まれているように思われるのである——cf. Weber, op. cit., p. 700—702.

(18) Spaulding, op. cit., p. 171. (Table 19).

- (19) *Ibid.*, Chap. 21 (The Higher Examiners). もつとまこうした人的一体性から、直ちに帝國大學出身者の「有利」を推論することはできないという見方も成立つ。たとえば、帝國大學教授兼高等試験委員・穂積重遠は、「國家試験座談会」において、次のように弁明している。「私が何もそれを弁解する筋もないのですが、少くとも私の知って居る範圍に於ては官字に私すると云う気分は毛頭ないのみならず、寧ろ帝大の諸君に氣の毒な位です。帝大で得意になつて講義した所は高等試験に出すと云う氣がしない。それだから帝大で詳しくやらなかつた所を選んで試験することになる。しかもそれでは又不公平だからと云うので結局漠然たる問題となる。先刻誰かの云はれた根抵当の問題なぞ、大きな問題であるから何時度出るかわからない。細かい問題ならばとに角、大きな問題は繰返されても致方ないではないでせうか。何せよ我々は非常に沢山の試験をするのですから、規帳面な先生はちゃんと帳面に付け置くでせうけれども、私なぞいつどんな問題を出したか憶えてもいないですから、問題を繰返すことにもなりません。試験委員として特に所謂我が子可愛いから、我が子だけ通るような問題を出すと云う様なことは、私は絶対には言ひたい。兎に角私は世間で思はれ、諸君がさう考える程の事はなないと信じます。」——『法律時報』二卷七号、四九頁。
- (20) 内政史研究会編、『松本学氏談話速記録(上)』、内政史研究資料第五二・五三・五四・五五集、四頁。
- (21) 参照、日本評論社編、『日本の法学』一九五〇年、一五五—一五六頁。
- (22) Spaulding, *op. cit.*, p. 319.
- (23) 河合榮治郎、『第二学生生活』において語られた言葉。なお、河中二講、『現代の官僚制』一九六六年、第二章を参照されたい。
- (24) cf. Rupert Wilkinson, *The Prefects*, London, 1964, pp. 204-215. W. W. Lockwood (ed.), *The State and Economic Enterprise in Japan*, Princeton, 1965, Chap. IV.
- (25) 尾崎、前掲書、三七頁に拠る。
- (26) 福島正夫、「財産法」、『日本近代法発達史』、鶴飼信成他編、第一卷(一九五八年)所収、七八—八八頁。
- (27) 「銀行・会社への就職者が明治末、とくに第一次大戦後は激増している。東大では行政官僚になる者の三倍である。実業が彼らを吸収しうるほど發展したということである。「日本就職史」によれば、明治末年においても、財閥本社のような特殊なところをのぞいては、民間諸会社が大学卒を採用することはむずかしく、採用しても使いがなくともてあます状態であつたという。実業界が大学卒を恒常的に採用するようになったのは、一九一七、一八年からである。官界から引きぬかれた指導者、それまで少しづつ実業界に入った大学卒が、企業の中かで発言権をましたと、企業の経営および技術に改革と革新の必要が生じたこと等がその条件である。一九一九年には、帝國大學の拡張、

高専の大学昇格、私立大学の認可を含む、六カ年の高等教育機関大拡張計画が議会に提案された(原内閣)。こうして、大戦直後の一時期官界よりも会社銀行に就職するという風潮が高まった。一九一九年法学部を卒業して内務省にいった萱場軍蔵は、「実業界へ行く人が派手に見えましてな。

……役人になるのはなにか少し気が利かないというか、時の人ではなかったな」といつている。しかし、「結果から見ると、割合に成績のいい人が〔内務省へ〕行ったのじゃないですか」——升味、前掲書、第四巻、一九六八年、一八五—一八六頁。

(28) Spaulding, op. cit., p. 318.

(29) 陸羯南全集(西田、植手編)、第一巻、一九六八年、九一頁。なお、これに続く「行政時言」のなかで、陸は次のように述べている。「行政機関の国に於ける関係は猶ほ血液の身体に於けるが如し。国の進歩発育は全く此の機関の死活如何に因らずんばならず。故に行政の局に当る者の責は立法司法の局に当るよりも重きや知るべきなり。行政官を宰相の私臣と為し、又議会の公僕と為したるは昔時の謬見なり。今日に至りては、一省の長官より一村の長に至る迄皆な国家の公職に居る者、決して之を軽視すべきにあらず。之を軽視せざると同時に亦た其の人材を精選して之に信任するの慣例を養はざるべからず。大臣若くは議員にして之を視ること土偶の如く、任免廃立を忽にするには最も非なりと云うべし。党派嫉妬心より故なく濫に俸禄を削り人

員を減ずるが如きは、其の口実とする所の如何に拘らず、行政の秩序を紊乱するものにして国の進歩を害するや甚し。何となれば行政官の多数は元と熟練経験を要するものにして、殆んど一種の技術と為るもの、国の為めには貴重すべきの財宝なればなり」(九七頁)。

二

スポールディングの近業 *Imperial Japan's Higher Civil Service Examinations*, Princeton, 1967. は、じつのところ、右の同一性ないし互換性を確定することを目標として書かれたものではない。「戦前の日本における高等文官試験制度の成り立ちとその背景、および構造分析を行なったものであり、政治的近代化の表徴の一つである官僚制の性格を、その面から解明しようと試みた」(1)本書の掘って立つ基本的立場は、むしろ、日本においては、そもそも専門技術としての行政と法的技術との間に有意的な関連は存在しないとするとところにある。すなわち、「……もつとも論議的になつてゐるのは、いったい法学的素養は行政官ないし外交官にとつて必要かつ有効な素養であるかどうかという点である。たしかに、ホーエンツォルレンやハプスブルグの支配者達は、それが必要かつ有効な素養であると想定していた。しかし、それは、彼等をしてそのように想定すべく仕向けるような歴史的條件が

ヨーロッパに本来具わっていたからである (C. J. Friedrich, "The Continental Tradition of Training Administrators in Law and Jurisprudence", *Journal of Modern History*, XI(1939), pp. 129-148)。しかるに、日本には、そのような歴史的條件はない。むしろ、日本人は右の想定をそのまま鵜呑みにして、その由つて来る事情およびそこから派生する諸々の問題について深く思いめぐらすということをしなかつたように思われる」——と。

ところで、たしかに日本は、高等文官の試験任用という観念を、ヨーロッパから輸入した。先のシュタインと伊藤のエピソードは、ストーリーの一端を物語っている。そして、その際、試験任用の観念と同時に、ヨーロッパにおける任用試験の内容までそっくり持ち込んでしまったということは、十分考えられるところである。実際、「政府は明治一九年頃までに各国の官吏試験制度を相当に研究していたらしく、プロシヤ、イギリス、オーストリア、ベルギー、フランス、アメリカ等の官吏試験に関する法令規則を翻訳した各国官吏試験法規類集上中下三巻を明治一九年四月から五月にかけて内閣より出版」した。そして、明治二〇年の「文官試験試験補及見習規則」には、「プロシヤの制度を多分に参酌したと思われる」跡が認められるのである。

けれども、帝国大学法学部の卒業生にたいして任用試験免除の

特権を規定したこの勅令⁽⁶⁾は、その後、死文化していく。それは、何故か。スボールディングは、その間の事情を次のように説明する——「行政部門の任用試験制には、司法部門におけるような現実的要求が乏しかったので、一八八七年に、反薩長派であった谷干城の上奏を契機として、政略に基づく行政官任用試験勅令(「文官試験試験補及見習規則」を指す)が發布されたにも拘らず、その後この勅令は死文化している。勅令を死文化せしめた現実というものは、高級の行政ポストの大半は、藩閥側がたのみとする帝大卒によつて供給され得たことである。帝大卒は、この勅令の下でも免试特権を有していたから、行政部門に帝大卒以外の需要がない年度には、高文試験を実施する必要がなかった (Chapter. 7. Tani and the 1887 Ordinances) (田中時彦氏の書評、「スボールディング著、高等文官試験制度の研究」、一三〇頁に拠る)。

つまり、明治二〇年の勅令は、その後における試験任用制度の礎石をなすものであつたけれども、しかし、だからといって、前者から後者が直接に導かれてきたわけではない。むしろ、後者の直接的な母胎になつたのは、先の免试特権を廃止し、帝国大学法学部卒業生にたいしても試験を義務づけた「文官任用令」(明治二六・一〇・三一、勅令一八三号)であつた。そして明治二〇年の勅令からこの勅令に至るまでの間には、試験任用についての観念

行政官養成における法優位主義の含意 (1)

と制度の屈折が介在していた。すなわち、「その後行政部門における任用試験の実施は、藩閥政府と民党議会との対抗関係のなかから生れてきた。しかもそれは高等文官試験制の実施を民党側が要求したからではなかった。第四帝國議會で、伊藤が、文官費用の削減を民党側に約束したことに端を発する。その結果として、政府側は、帝大卒にも試験を適用して、試験合格者の数とその後、奏任官任用年次とを、必要に応じて統御できる方法を案出せざるを得なかった。こうして、一旦死文と化した高文試験勅令が、こんどは政治的現実の必要に基づいて改めて復活させられるに至るのである。行政部門においては、免許特権による帝大卒で需要が充たされる限り、高文試験の適用は意味をもたなかったのである。この特権を制限せざるを得ない事情が政府側に生じてはじめて、試験制度は息を吹き返したのである (Chapter 9, Collapse and Revival, 1892-93)」(田中、前掲書評、一三〇—一三二頁に拠る)。

このような屈折が介在している限り、「文官任用令」の性格は、もはや、かつての勅令の如き、たんなる輸入品ではありえない。むしろ、「当時の社会的背景を考慮しつつ仔細に文官任用令の実体を眺めると、任用令の制定は決して政府にとり都合の悪いものではなく、むしろ政府が自らこれを定めた所以は政党的攻撃によつ

て縮小させられた行政機構を自己陣營の内部において維持補強し、相手の振りかざす大旗を取って却ってこれを自己防禦の手段と化するところにあつた」とすれば、それは、その觀念において、すぐれて土着的な性格をもつ。そして、この土着性は翻つて試験科目等を含む制度——たとえ、その法的表現において、かつての勅令との間に高度の同一性が保たれているにしても——の性格を作り変え、多かれ少なかれ土着化していくことになる。もつとも、この点はスポールディングも否定していない。むしろ、日本における高等文官試験制度の成立は、多分にそれを促すような国内的事情に因るものであるとして、たんなるプロシヤ式法制の模倣をもってその契機なりとする在来の見方は、インディジナスな見方ではないと斥けているのである。しかし、そうだとすれば、日本が任用試験の内容として法律系諸科目をえらんだという点も、たんに皮相な模倣の結果ではなく、むしろそれを促すようなインディジナスな事情があつたからだ、と推定する余地も生じてくることになる。

そして、この推定は、——スポールディングは看過しているけれども——先の屈折を、他方における教育制度、とくに大学制度の変質と関連づけて理解するとき、いちだんと強められてくる。その理由は、次の通りである。もともと、明治二〇年の勅令の特

資料

色を構成する免試特権は、その前年に制定された帝國大学令(明治一九・三・一、勅令三号)と関連づけて把握されなければならぬ。周知の如く、この勅令はそれまでの東京大学を帝國大学に改組したもので、その第一条において、帝國大学は「國家ノ須要ニ応スル學術技芸」の教授と研究を目的とするものであることが定められている。そして、この目的を実現するために、その第六条で、総長は「文部大臣ノ命ヲ承ケ帝國大学ヲ統轄」するものとされ、このような役割を担う者として、具体的には、それまで東京府知事であった渡辺洪基が補任されたのであった。つまり、政府によるこのような保護・統制と、その見返りとして期待される大学側の「忠誠」——帝國大学の卒業生に賦与された免試特権は、このような状況を前提として、はじめてその含意が明らかになるのである。⁽¹¹⁾

ところが、その後、こうした政府による統制に反撥して、大学側から「自治」の要求が出されてくる。たとえば、明治二二年、文相森有礼の暗殺を機に提出された「帝國大学独立案私考」——これは、帝國大学を皇室に直結させ、そのことを通じて政府の統制を結果的に排除しようとするもので、外山正一等当時の指導的教官六名が連署していた——はその一例に過ぎない。こうした動きにたいして、政府は譲歩を余儀なくされ、明治二五年には「帝國

大学令」を改正して、評議会の構成員である評議員の選出方法を、それまでの文部大臣の「特選」から、教授の互選に基づく文部大臣の「任命」へと切替えるに至った。そして、翌二六年には、再び「帝國大学令」を改正して、あらたに教授会に審議権を賦与するとともに、講座制を設けて大学行政を一般行政から区別するに至ったのである。なお、その際、総長が法科大学長を兼ねる制度を廃止し、法科大学にたいして或る程度の独立性が認められるに至ったことも、注目してよい変化であろう。⁽¹²⁾

ところで、このように政府による統制が緩和されることになると、それに応じて、帝國大学の卒業生に賦与されていた特権の方も、当然制限を蒙ることになる。いうまでもなく、この特権は統制の存在を前提とし、いわばそれと抱合わせの形で与えられていたものだからである。しかし、そうだとすると、「文官任用令」で免試特権が廃止されたのは、ひとつには、帝國大学自体の側における変質、つまりその相対的自律化という事情に由因するものであったことになる。言い換えれば、民党からの攻撃をきっかけに起ってきた人事行政整備の要求とならんで、ここには、いまひとつ「文官任用令」の成立を促すインディジナスな事情が伏在していたことになるのである。

さて、このようなわけで、高等文官試験制度の成立は、かなり

の程度まで土着性をもっていることが明らかにされた。とすれば、その限度において、法律系諸科目が任用試験科目にえらばれたことについても、ヨーロッパの制度の無批判的な模倣という説明に解消し尽くされぬ、それなりの有意的な根拠があると推定する途が開かれることになろう。言い換えれば、スポールディングの否定的見解にもかかわらず、ヨーロッパにおいて専門技術としての行政と法的技術の同一化ないし互換を可能にした「歴史的条件」は、程度の差こそあれ、ここ日本においても等しく存在していたと推定することが意味をもってくるのである。では、この「歴史的条件」とはいったい何か。任用試験において、法律系諸科目が強調される有意的な根拠は、いったいどこにあるのか。これに対する答は、おそらく、「ジェネラリスト」と「スペシャリスト」という官吏団内部の機能的・身分的分化と、その理由づけのうちに見出される。一般に法規による禁縛が、法的技術を身に着けている上級官吏Ⅱ「ジェネラリスト」におけるよりも、それを身に着けていない中下級官吏Ⅱ「スペシャリスト」においてより著しいことは、既に汎く知られているところなのである。⁽¹⁴⁾つまり、この場合、法的技術は右の機能的・身分的分化——これ自体は、ヨーロッパにも、戦前の日本にも見られる遍在的な現象である——を理由づけ、そのことを通じて、官吏団の一体的な統制活動を可

能にするという役割を演じているように思われるのである。⁽¹⁴⁾そして、スポールディングもこの事実には相応の注意を払っている。⁽¹⁵⁾つまり、この視点から、彼の業績を再構成してみることも十分可能なのである。以下、稿を改めて、この問題と取組むことにしたい。

(1) 田中時彦、「スポールディング著、高等文官試験制度の研究」、『明治・大正・昭和における日本近代化の研究』(日本近代化連絡会議編)、一九六八年、一二七頁。なお、田中氏も言うように、「本書の特色は非常な労力を費して関連諸文献を渉猟していることである。とくに、勅令、法令、およびこれらの草案の類いを丹念に分析し、それらを高文試験制度の沿革のなかに位置づけるとともに、その政治的意味と背景とを明らかにしようとするところにある。さらに、高文試験の構造の変容を、その都度、図式を併用して説明し、関連する諸問題をも能う限り数字化されたデータに基づいて分析し、処理するなど、明快な論述である」。

(2) Spaulding op. cit. p. 318.

(3) もっとも、養老律令のもとで、中国の例に倣い、文官の試験任用の制度が設けられたことがあるが、この制度は、間もなく、事実上死滅してしまった——Ibid., Chap. I (Trial of the Chinese System)。

(4) 和田、前掲論文(二)、『試験研究』一二号、五二頁。

(5) 帝國大学法学部卒業生に免試特権が与えられたのは、第一に、学内試験の方が、任用試験よりも厳しく、その結果がよりリライアブルであり、したがって、それを通過してきた者に改めて任用試験を施す必要はない、と考えられていたからである。たとえば、当時、総理大臣から帝國大学総長に宛てて、次のような訓令が発せられている。「卒業試験評点平均八五点以上は年俸六〇〇円、七五点以上八五点迄五五〇円、六五点以上七五点迄は五〇〇円、落第点上六五点までは四五〇円の年俸を給す」——和田、前掲論文(二)、『試験研究』一二号、に拠る。また、第二の理由として、帝國大学卒業者は、私立大学卒業者に比べて、政府にたいしより強い「忠誠」心をもっていると推定されたことである。明治二〇年に「國家学会」が創設されたのは、伊藤博文のイニシヤティブに基づくものであったという事実、更にはまた、後年、伊藤が「皇室典範義解」および「大日本帝國憲法義録」の稿本と、その著作権とを「國家学会」に寄贈したという事実は、象徴的である——利谷、前掲論文(二)、一〇八頁。

(6) 司法部門における試験任用制度の成立について、田中氏は、スポールディングの説くところを次のように要約している。「官僚の能力に対する需要を充たすルートとして、在来慣行としての情実任用官制が行政部門では、まだその意義をそれほど疑われなかつた時期に、メリット・システム任用官制が、どの部門からなにゆえ採用されるようになったか。

本書はそれが司法部門であったことを明らかにしようとする。一般的にいつて列強の圧力の下で条約改正のやみ難い必要感を抱いた明治政府が、西洋式制度の導入を不可避と考えたことは周知の事実である。その現象が司法部門においていち早く、しかもとくに強く現われた理由は主として二つ考えられる。一つは、列強側が、わが国における司法制度の整備なしには領事裁判権を放棄するわけにはいかないと態度を示したこと、および公的諸部門で彼我利害抗争の重要な技術的解決手段となつたのは訴訟であつて、西洋式訴訟制度のテクニックを習得することなしに國民的利益は守れなかつたこと、以上である(前掲書評、二八一—二九頁)。

(7)

「文官任用令」の内容は、次の通りである。]

- 第一条 奏任文官ハ別ニ任用ノ規程ヲ設クルモノノ外左ノ資格ノ一ヲ有スル者ノ中ヨリ之ヲ任用ス
- 一 文官高等試験ヲ經テ其ノ合格證書ヲ有スル者
- 二 滿三年以上高等文官ノ職ニ在リタル者但特別任用ノ規程ニ依リ在職シタル者並ニ教官技術官ノ在職年數ヲ除ク
- 三 滿三年以上判事檢事ノ職ニ在ル者及在リタル者
- 第二条 判任文官ハ別ニ任用ノ規程ヲ設クルモノノ外左ノ資格ノ一ヲ有スル者ノ中ヨリ之ヲ任用ス
- 一 文官普通試験ヲ經テ其ノ合格證書ヲ有スル者
- 二 文官高等試験ヲ經テ其ノ合格證書ヲ有スル者

- 三 官立公立尋常中学校又ハ文部大臣ニ於テ之ト同等以上ト認メタル官立公立学校ノ卒業証書ヲ有スル者
- 四 高等商業学校旧附属主計学校及旧主計専修科ノ卒業証書ヲ有スル者並ニ文部大臣ノ認可ヲ經タル學則ニ依リ法律学政治学又ハ経済学ヲ教授スル私立学校ニ於テ本令施行前ニ卒業証書ヲ得タル者
- 五 満三年以上文官ノ職ニ在リタル者但特別任用ノ規程ニ依リ在職シタル者並ニ教官技術官ノ在職年数ヲ除ク
- 第三条 教官及技術官ハ別ニ任用ノ規程ヲ設クルモノノ外奏任官ニ在リテハ文官高等試験委員、判任官ニ在リテハ文官普通試験委員ノ銓衡ヲ經テ之ヲ任用ス
- 第四条 特別ノ學術技芸ヲ要スル行政官ハ別ニ試験ヲ用キス奏任官ニ在リテハ文官高等試験委員、判任官ニ在リテハ文官普通試験委員ノ銓衡ヲ經テ教官技術官ノ中若クハ試験委員ニ於テ教官技術官タルノ資格アリト認ムル者ノ中ヨリ之ヲ任用スルコトヲ得
- 第五条 満五年以上雇員トシテ同一官庁ニ勤続シタル者ハ文官普通試験委員ノ銓衡ヲ經テ直ニ其ノ官庁ノ判任文官ニ任用スルコトヲ得
- 第六条 本令第三条、第四条及第五条其ノ他特別ノ規程ニ依リ任用セラレタル者ハ文官試験ヲ經ルニアラサレハ其ノ各条又ハ其ノ規定ニ指定シタル以外ノ文官ニ任用スルコトヲ得ス
- 第七条 文官任用及銓衡ニ関スル細則ハ閣令ヲ以テ之ヲ定

ム

附 則

- 第八条 本令ハ明治二十六年十一月十日ヨリ施行ス
また、この「文官任用令」と同時に制定された「文官試験規則」（明治二六・一〇・三一、勅令一九七号）の内容は、次の通りである。
- 第一章 総 則
- 第一条 文官試験ハ別ニ規程ヲ設クルモノノ外本令ニ依リ之ヲ行フ
- 第二条 文官試験ヲ分チテ文官高等試験及文官普通試験ノ二種トス
- 第三条 文官試験ヲ行フヘキ期日及場所ハ予メ官報ヲ以テ之ヲ公告シ、東京以外ノ地ニ於テ行フ試験ニ在リテハ仍其ノ地方ノ新聞紙一種以上ニ公告スヘシ
- 第四条 年齢満二十年以上ノ男子ニシテ左ノ諸項ノ一ニ該当セサル者ハ文官試験ヲ受クルコトヲ得
 - 一 重罪ヲ犯シタル者但國事犯ニシテ復権シタル者ハ此ノ限ニアラス
 - 二 定役ニ服スヘキ輕罪ヲ犯シタル者
 - 三 破産若クハ家資分散ノ宣告ヲ受ケ復権セサル者又ハ身代限ノ処分ヲ受ケ債務ノ弁償ヲ終ヘサル者
- 第五条 文官試験ヲ受ケテ合格シタル者ニハ合格證書ヲ付与ス
- 第六条 不正ノ方法ニ因リ試験ヲ受ケント企テタル者及試

驗ニ関スル規程ニ違背シタル者ハ其ノ期ノ試験ヲ受クルコトヲ得ス試験合格證書ヲ受領シタル後等は等ノ事實発覚シタルトキハ其ノ合格證書ヲ無効トス

第七条 文官試験ヲ出願スル者ニハ手数料トシテ高等試験ニ在リテハ金十円、普通試験ニ在リテハ金二円ヲ納メシム

第二章 文官高等試験

第八条 文官高等試験ハ毎年一回東京ニ於テ文官高等試験委員之ヲ行フ

第九条 文官高等試験ヲ分チテ予備試験及本試験トス予備試験ニ合格シタル者ニアラサレハ本試験ヲ受クルコトヲ得ス

第十条 予備試験ハ受験人尋常中学校以上ノ官立公立学校ヲ卒業シ又ハ之ト同等以上ノ学力ヲ有スル者ニシテ本試験ヲ受クルニ相当ナル学科ヲ修メタル者ト認ムヘキヤ否ヲ考試スルヲ以テ目的トス

第十一条 予備試験ハ論文試験並ニ論文ニ関聯スル口述試験及迅速作文試験ノ二次トス口述試験及迅速作文試験ハ論文試験ニ合格シタル者ニ就キ之ヲ行フ

前項ノ口述試験及迅速作文試験ハ試験委員ニ於テ便宜其ノ一ヲ省略スルコトヲ得

第十二条 帝國大学法科大学、旧東京大学法学部、文学部及旧司法省法学校正則部ノ卒業證書ヲ有スル者ハ予備試験ヲ免ス

第十三条 本試験ハ受験人学理上ノ原則及現行法令ニ通曉シ並ニ其ノ修得シタル學術ヲ実務ニ応用スルノ能力アルヤ否ヲ考試スルヲ以テ目的トス

第十四条 本試験ハ左ノ科目ヲ用キテ之ヲ行フ

一 憲法

二 刑法

三 民法

四 行政法

五 経済学

六 國際法

以上ノ科目ハ試験ノ際選択取捨スルコトヲ得ス

一 財政学

二 商法

三 刑事訴訟法

四 民事訴訟法

以上ノ科目ハ受験者ヲシテ其ノ中ニ就キ予メ一科目ヲ

選択セシメ之ヲ試験ス

第十五条 本試験ハ分チテ筆記試験及口述試験トス

筆記試験ニ合格シタル者ニアラサレハ口述試験ヲ受クルコトヲ得ス

第十六条 予備試験及本試験ノ合格者ヲ定ムル方法ハ試験委員ノ議定スル所ニ依ル

第十七条 文官高等試験ニ関スル細則ハ閣令ヲ以テ之ヲ定ム

第三章 文官普通試験

第十八条 文官普通試験ハ各官庁ノ須要ニ応シ其ノ庁ノ文官普通試験委員之ヲ行フ

第十九条 文官普通試験ノ科目ハ尋常中学校ノ科程ヲ標準トシ各官庁所掌ノ事務ヲ斟酌シテ文官普通試験委員之ヲ定メ文官高等試験委員ノ承認ヲ経ヘシ

第二十条 文官普通試験ニ関スル細則ハ文官普通試験委員之ヲ定メ文官高等試験委員ニ報告スヘシ

附 則

第二十一条 本会ハ明治二十七年一月一日ヨリ施行ス

(8) なお、この間の屈折を、民党の側から記述したものとし、升味、前掲書、第二巻、第五章がある。

(9) 和田、前掲論文、『試験研究』一三号、五六頁。

(10) Spaulding, op. cit., p. 5 and 36f.

(11) 利谷、前掲論文、一〇八—一一〇頁。

(12) 同論文、一一二頁。

(13) 末弘敏太郎は、『役人学三則』（日本評論社、一九五五年）のなかで、その点を次のように論じている。「法規を盾にとって理屈をいう技術と法律学とは別物である。法律学のような高尚な学問を研究せずとも法規に精通して形式的の理屈をいい有無をいわせず相手の議論を撃破したり要求をしりぞげる技術を修得する必要がある。世の中では、とかく法科万能のなんのといつて、いかにも法律的知識ないし技術を蔑視するようなことをいうけれども、いやしくも役

人として出世しようとするかぎり、法規を盾にとる術に熟達することを要する。諸君は試みにお役所をたずねてみるがいい。法科出身ならざる役人といえども、いやしくも有能なる役人であるかぎり、すべてきわめてたくみに法規をあやつる術を心得ているのを発見するであろう。われわれ法律家の目からみるとこれら技術出の役人の法律論はもつとも法律学から遠いものであるのだが、役人仲間ではあつた法律論がもつとも役に立つので、いやしくも役人として出世せんとする以上、すべてその術を修得せねばならぬ」（六頁）。

(14) cf. Niklas Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966, pp. 81-89.

(15) Spaulding, op. cit., pp. 163-164.