

## [K] 部門 : 「タテマエ・ホンネ」二元論をめぐる225のポイント

### 目次

- ( I ) はじめに
- ( II ) 総論 ①～⑥
- ( III ) 歴史一般・政治・公法 ①～⑰
- ( IV ) 法史 ①～⑦
- ( V ) 法学史 ①～⑭
- ( VI ) 法一般 ①～⑪
- ( VII ) 人にかんする法 ①～⑱・婚姻関係の法 ⑲～㉓・相続関係の法 ㉔～㉙
- ( VIII ) 物にかんする法
  - ( a ) 物権法関係の法 ①～④⑨
  - ( b ) 債権法関係の法 ①～⑩
- ( IX ) 訴訟にかんする法 ①～㉘
- ( X ) 刑事法 ①②
- ( XI ) 番外編 ①②

#### ( I ) はじめに

##### ( 1 ) テーマの位置づけ

この「ROMAHOPEA (ローマ法便覧)」の中核を構成するのは、その内容量の多さが如実に示しているように、ラテン語で表現された法格言ないしはそれに類似するタイプの文章命題をできるかぎり網羅的にとりあげ、ときには各種のコメントをつけるかたちで、これらを紹介する部分 ([B] 部門) であるが、それ以外にも、この「便覧」には、筆者の、ロマニスト (古代ローマ法研究者) としての学問上の営みのささやかな成果もいくつか収められている ([D] 部門～[J] 部門)。この [K] 部門で以下に展開していくことになる記述も、この後者の作品群の流れのなかに位置する。つまり、これは、筆者が、筆者なりに、一種の試論のかたちをとりながら、つねづね、学問研究上の視座・視角・視点として設定し、分析のさいに用いてきている、「タテマエ・ホンネ」という二項対比軸を用いた二元論的解析法によりながら、古代ローマという、歴史上きわめて個性的な国家の国制・法・法文化などにまつわる歴史的諸事象 (ここには、中世以後のヨーロッパの法・法学のさまざまな動きもふくまれる) を分析することをめざす小品である。なお、この部門は、本編の各所 (とりわけ、[B] 部門と、[C] 部門第二章 (3) : p.92ff. と、[H]・[I] 部門) に散在する、「タテマエ・ホンネ」二元論の個別的な分

析を一個所にまとめた「総集編」、という位置づけにもなる（もつとも、この部門においてはじめて登場するテーマもかなり存在する）。

ところで、筆者の「タテマエ・ホンネ」研究は、実のところ、古代ローマにかかわる問題意識からスタートして、遠く現代日本にかかわる問題意識にもおよんでいる。現代日本のリアルな法・法文化を考察対象とする学問分野における筆者の研究成果としては、すでに、いくつかの段階をへて、ある程度はかたちのあるものへとしあげられたものがある。本編の〔C〕部門第一章（1）：p.9ff.に示された「タテマエ」と「ホンネ」の対比一覧がいくらか理論的な分析の試みを示すごく中間的な成果であり、他方で、以下の二著が、かなり長期間にわたる具体的な分析の積みあげによってえられた、ささやかな個別的考察の成果である。そのうち、第一のものは、1983年から刊行されはじめ、1988年に第三次版として確定した作品である『法のタテマエとホンネ——日本法の実相をさぐる』（有斐書く・新增補版・1988年・絶版）であり、そして、第二のものは、流れのうえでそれをひきつぐものとしての『タテマエの法・ホンネの法』（日本評論社・第四版・2009年）である。今のところ、後者は、書物としては、第四版で終わりになるはずであるが、将来、実質的にその続編にあたるようなものをホームページなどに収載することができるようになるかもしれない。

すでに十分な高令にたっている筆者には、「タテマエ」と「ホンネ」を区分して使いわけるといふ、あるいは日本独特のものとも位置づけられるような二元的なものの考えかたおよび行動スタイルを比較分析の道具として参照しながら、古代ローマの法事象を切りわけ、対比のなかでそれを解析していく作業を完結させる時のゆとりなどであろうはずもないが、それでも、古代ローマと現代日本という、時間的・場所的に大きくかけはなれてはいるが、なにやら親しい間柄にあるような二つの時代対象それぞれのありかたの特徴を探ることについて、古代ローマと現代日本とを研究フィールドとする両面作戦方式により、これからも、機会に恵まれるかぎり、考えつづけていきたい、と念願している。ありがたいことに、もう三〇年近くもつづいている、『時の法令』（雅粒社・朝陽会）という雑誌における小連載が、これからも、筆者の、そのときどきの事象・事案についての筆者流の分析を試論的に公けにする媒体となってくれることであろう。

（2）ローマ・ローマ法の諸相——「タテマエ・ホンネ」二元論的分析の背景

（a）ローマという西洋古典古代の国家に育ったローマ法というものは、よく知られているように、いかにも「ローマ的な」特質を示す産物の一

つであるが、これは、建国以来一〇世紀間をはるかに超える長い時の経過によって刻まれたさまざまな顔をもっている。ここには、いろいろな意味において独特のねじれた構造がさまざまな局面において認められるのであるが、このさい、「ローマ法」という高度の歴史的複合体を対象として、オーソドックスな形式論・制度論によりながら、その系統に属する単眼的な観察をほどこす研究手法に全面的にたよることになるならば、そのとき、味のあるもの・含みのあるもの・動いているもの・流れているもの・浮遊しているもの、また、いわば行間や背後にひそんでいるものの把握がどうしてもぬけおちてしまう。ここでは、「第二の眼」に相当するものをくわえた複眼的な観察法を用いて、この歴史的産物を、立体的に、しかも動態においてとらえていく必要があるように思われる。ところで、伝統的な法制史学が得意としてきた、制度論を軸にした、いわば「主＝本来の眼」に相当する考察法に対して「従」の位置にたつ、その「第二の眼」ともなる資格のあるものとしては、さまざまな視点が設定できるであろう。たとえば、哲学的分析をほどこすという、理論的・原理的・本質論的なアプローチや、他の地域、他の時代の法とのあいだで法比較・法文化比較を行なうやりかたや、宗教・思想・文学・政治・軍事、経済、社会構造とかの文化＝文明のもろもろの構成要素とのからみあいのなかでローマの法をとらえる手法、などが考えられるであろう。筆者としては、「第二の眼」としての資格を与えられるかどうかについては深く考えないままに、ためしに、「タテマエ・ホンネ」二元論というものを分析・解析の視点・視座・視角として設定する手法により、古代のローマ法の本質・本性・実相および歴史的特質、さらには、ローマにつづく、中世以降の長い時代や、現代におけるそのローマ法の意味や意義や役割をさぐってみたい、とずっと考えつづけてきている。実を言えば、この〔K〕部門は、二〇世紀に生きたロマニスト（ローマ法研究者）である筆者の、現時点における一種の総括のようなものである。

(b) 筆者がつねづね用いている「タテマエ」と「ホンネ」という概念道具の意味内容や相互の位置関係の理解をめぐることは、すでに〔C〕部門第一章(1)および(2): p.9ff.のところに多少とも総括的に試論を示したのであるが、しかし、この成果にあまりにもフエジーな要素が多いことは、筆者も自覚している。たしかに、この点については、筆者が、学問的に十分に整理・整序されたものを提示したとはとても言えないとか、基本概念に混乱が見られるとか、そもそも二元論的な分析視角の設定には研究のうえでそれほどメリットがないとか、といった原理的批判に筆者がさらされる危険さえ、たしかに存在する。そのようなわけで、

「タテマエとホンネをめぐる理論的考察」といった哲学的な(?)取りくみをするのが、今もなお筆者に課せられた重い課題となっている。余談になるが、今から四〇年以上もまえに、筆者が京都大学の教養部において、全学の学生を対象として設けられていた「法学」の講義を、法学部からの私的な出向というかたちでひきうける、という貴重な経験をかなり長期間させてもらったことがある。ある年に、講義をうけていた理学部一回生の一人の学生が、タテマエとホンネのあいだがらについて講義中に言及していた筆者に、レポートのかたちで、理系の頭脳を駆使して、「タテマエ」と「ホンネ」の相互関係について、図表を用いながら鋭い原理的分析をくわえた作品を提出してくれたことがある。その「理学」的な分析は、すでに「哲学」的な分析の色あいもかなりおびており、文系の頭脳しかもちあわせていない筆者にはとても新鮮なアプローチに見えたことを、今もはっきりと記憶している。そのころ、筆者は、まだかけだしのローマ法研究者であって、専門の「ローマ法講義」とは別系列の、「法学」という全学共通講義を、非常勤講師の一人としてどのように展開していくか、という方法論の編みあげにかんしてはまだ修業の段階にあったので、残念ながら、その秀才学生の問題提起を自身の発想のなかに生かすことはできなかった。その当時、タテマエとかホンネとかについては、京都人の一人としていくらかわかっていたこともあったのであるが、これらがそれほど奥行きのある概念とは思えなかったからである。それでも、2000年に定年で現役をしりぞいたあと、一〇年にわたって、愛知県のある大学で、法学部の新生を対象とした「法学」の講義をずっと担当させてもらっていた筆者は、——ありがたいことに——この日本の社会においてつぎつぎに生起する無数の具象への筆者なりの取り組みを講義現場においてたえず学生諸君に提示していくなかで、「タテマエ・ホンネ論」を日々リアルに考えてみる機会をえてきたわけである。その作業の痕跡は、そこでの「法学」講義対応型の書物としても編成された拙著『タテマエの法・ホンネの法』(日本評論社)の計四次にわたる各版の記述の各所に残されている。なお、この書物は、『法のタテマエとホンネ——日本法文化の実相をさぐる』(有斐閣・新增補版・1988年：絶版)の続編というように筆者によって位置づけられていたものである。

(c) よく知られているように、共和政と帝政を経験したローマという国のありかた、また、ローマ法という国の法のしくみは、「ヨーロッパ古代」という時代枠をはるかにこえて、現在にまでつづく後の各時代にもさまざまにインパクトを与えつづけてきたのであるが、そのローマ法においては、以下に摘記して示すような対比関係が、さまざまな部門、

さまざまなかたち、さまざまな意味あいにおいてなりたっている。実のところ、筆者の「タテマエ・ホンネ論」は、そういった対比関係の一部を読みとくためのキーワードの一つとして設定されているのである。それでは、以下に、そのような対比関係を、筆者なりに、アット・ランダム（に）ならべてみることにしよう。そのさまざまなかたちの、網目のこまかい対比関係のネットワークのなかには、ローマ法がもっていた巨大な知のエネルギーの痕跡のようなものがかこいこまれていてはなかろうか。

①共和政ローマの法 ↔ 帝政ローマの法；②元首政（前期帝政）ローマの法 ↔ 専主政（後期帝政）ローマの法；③都市国家時代のローマ法 ↔ 世界帝国時代のローマ法；④ローマ（ラテン）世界のローマ法 ↔ ギリシア（ヘレニズム）世界のローマ法；⑤ローマ本土およびイタリア本土のローマ法 ↔ 外地（属州など）のローマ法；⑥西ローマ世界のローマ法 ↔ 東ローマ世界のローマ法；⑦古代ローマの共和政・帝政のローマ法 ↔ 中世から近代にいたるまでの後代のローマ法；⑧中世イタリアの註釈学派のローマ法 ↔ 中世イタリアの註解学派のローマ法；⑨註釈学派・註解学派のローマ法 ↔ 人文主義学派のローマ法；⑩継受ローマ法 ↔ パンデクテンの現代的慣用；⑪古典期（一～三世紀）のローマ法 ↔ ユースティニアヌス時代（六世紀）のローマ法；⑫古典期法学の産物であるローマ法 ↔ ドイツ歴史法学のターゲットとしてのローマ法；⑬共和政のローマ法学 ↔ 帝政期のローマ法学；⑭私人としてのローマ法学者の動き ↔ 公人としてのローマ法学者の動き；⑮古典法 ↔ 卑俗法；⑯ローマ市民のローマ法（市民法） ↔ 外人も包摂するローマ法（万民法）；⑰法律（制定法）のかたちをとっているローマ法（市民法） ↔ 判例法的な色あいをもつローマ法（名誉法）；⑱実定的なローマ法 ↔ 自然法；⑲市民（シヴィリアン）のためのローマ法 ↔ 軍人のためのローマ法；⑳農業に対応するローマ法 ↔ 物流・交易にも対応するローマ法；㉑私法としてのローマ法 ↔ 公法としてのローマ法；㉒神法とつながるローマ法 ↔ 俗法としてのローマ法；㉓ローマの法 ↔ ローマの習俗・慣習・慣行；㉔ローマ世界におけるローマ法 ↔ 異なった時代・異なった国におけるローマ法；㉕法務官（一年任期制の高級政務官）が動かすローマ法 ↔ 元首・皇帝が動かすローマ法；㉖ホモ・ユーリディクス（法の人）としての家長をめぐるローマ法 ↔ 家長以外の人間をめぐるローマ法；㉗上層市民のためのローマ法 ↔ 下層市民のためのローマ法；㉘実践的ローマ法（実践ローマ法） ↔ 理論的ローマ法（学識ローマ法）；㉙原初的な、ローマ法のルール・制度 ↔ 後発的な、ローマ法のルール・制度；㉚ローマ法のなかにローマの歴史を見る観察法（いわ

ば「法科風」研究スタイル)によって抽出されるもの↔ローマの歴史のなかにローマ法を見る観察法(いわば「文科風」研究スタイル)によって抽出されるもの;㉑確定的な制度としてのローマ法(静のローマ法)↔実態・実質・ホンネ(本音)としてのローマ法(動のローマ法)㉒内むき・収縮のローマ法↔外むき・膨張のローマ法;㉓硬いローマ法↔やわらかいローマ法;㉔静のローマ法↔動のローマ法;㉕タテマエとしてのローマ法↔ホンネとしてのローマ法。

(3)ローマ法は、「古代」というローマ本来の時代について考えてみた場合でも、各所において複合的な性格を強く示している。こういった性格を、「タテマエ・ホンネ」という二元論的構造に着目しながら、それを物指しにしてローマ法を切りわけ、吟味していただくだけでは、もちろんローマ法のすべてを語りつくすことはできないが、それでも、少なくとも、原初的・原理的な二元制のシステム(タテマエ)のありかたや、時代の経過によって結果的に生じてきた二元化・二分化現象(ホンネ)のありかた、ローマの法技術の展開におけるタテマエとホンネの交錯([L]部門の記述を御参照頂きたい)などは、「タテマエ・ホンネ二元論」の手法を用いれば、それなりに明確にとらえ、また、位置づけることができるのではなかろうか。「ローマ法の語り部」であることをつねづね志している筆者としては、「ローマ法の読み解き」——もっとリアルに言えば、「古代のローマ法の正体を知って頂くこと」——に筆者流の解析が少しでも役だつことを願っている。

(4)現代日本の法制度の実相や各種の法現象のなかにも、ためしに「タテマエ・ホンネ二元論」を用いて解析してみれば、それらのイメージが鮮明になってくる対比関係がいくつも見られるように思われるのであるが、そこには、ローマ法の場合と共通に見られるタイプのものもそれなりに存在するのではなかろうか。法・法制度・法体制・法システム・法構造・法運用・法実務というものが、さまざまな意味におけるタテマエ的契機とホンネ契機の双方を本質的に内在させている以上、これはごく自然なこととも言えよう。そこで、ためしに、以下のようなテーマを設定してみれば、ローマ法と現代日本法との類似面がいくらか析出されてくることであろう。もちろん、両者間でまったく異質なかたちも見えてこようが、いずれにしても、異同を研究することは比較法文化論の重要なテーマの一つとなるはずである。日本法については、「民法におけるタテマエとホンネ」、「刑法におけるタテマエとホンネ」、「民事・刑事の手続法におけるタテマエとホンネ」、「裁判(司法)におけるタテマエとホンネ」、「公法におけるタテマエとホンネ」などとあわせて、「政治におけるタテマエとホンネ」、「行政におけるタテマエとホンネ」、「立法

におけるタテマエとホンネ」、さらには、「法制度の運用におけるタテマエとホンネ」、「市民（国民）の法意識・法感覚・法感情・法行動におけるタテマエとホンネ」などがさしあたりテーマとして設定できるのではなかろうか。筆者としては、これらについて、断片的な分析のかたちにおいてでしかないが、今までと同じように、これからも考察をつづけていきたい。具象への取りくみをなによりも大切にしてきた古代のローマの法学者の意識・行動の軌跡を導きとしてである。最近の筆者の学問的関心においては、2009年の時点では、「裁判員制度をめぐるタテマエとホンネ」という問題意識がもっともホットなテーマであった。さきの『タテマエの法・ホンネの法』の第四版（2009年）にはそのテーマについての分析を試論として提示しておいた（裁判員制度が重量感をもちながら動きはじめた現在においては、その試論をさらに展開しなければならないと考えている）。それにつづく将来のヴァージョン（ないしはホームページ版）においても、また新しいテーマが設定されることであろう。「冤罪問題におけるタテマエとホンネ」や「検察審査会をめぐるタテマエとホンネ」などがそこでの第一グループのテーマとなるはずである（これらの問題についての試論的な取りくみは、「時の法令」誌の最近号（2010年以降）において展開されている）。それでは、以下に、本論として、各部門別に、タテマエとホンネのからみあう姿を見てみよう。

## （Ⅱ）総論 ①～⑥

①「制度（固定されたシステム・構造・枠組）」と「動きながら積みかさねられた事実の総体」…まず、前者をタテマエ（硬・静・閉）と、後者をホンネ（軟・動・開）とそれぞれ見たてたうえで、論をすすめてみることにしよう。人間が社会（サークル）を形成していく過程上の最初の段階では、それぞれの社会をとりしきるさまざまなルール（ゆるやかな意味における規範）は、無数の事実・経験の厚みのある積みかさねによって、動きのなかで、ごく自然に生まれてくるが、そのなかで、自然法則に由来するものや、特殊・特別なタブーのかたちをとるものなどが、まず内容の明確なものとして現われてきているであろう。そして、それぞれの社会に固有の習俗・風習・慣習・慣行・慣例・道徳・社会倫理・掟・矩といったものが、さまざまなかたちの先行形態もとりこみながら、無形のかたちでゆるやかにまとまっていく。ここでは、堆積した事実状況は、まだ、制度としての厳密な姿型をとるまでにはいたっていない。しかし、古い時代にありがちな閉鎖性の強い集団においては、その事実状況がもっている規範力（実効性）の強さは、かなり高度のものであり、後代において、たとえば整備された国家の制度（国制）がもつ

ているパワー（拘束力）よりも、むしろ上をいく。さて、どのような社会においてもボス（主）は存在するが、そのボスのポストに、「王」というきっぱりとしたイメージをもつパーソナリティーがつくときには、状況が変わることもある。一般に、土着・土俗・ウチ型王政にあっては、王は、「ボス中の大ボス」ぐらいの相対的な位置づけにしかなくてこないが、一方、外来・ソト型王政にあっては、軍事的征服者である王は、實力（ゲバルト）を保有する支配者としての体制を誇示するとともに、それを強固にし、安定させるために、その地で過去につみあげられてきた規範的な事実関係をそのままベースにしたり、あるいは、まったく新たな発想を外からもちこんで具体化したりするかたちで、実定法としての法（法規）を組みあげる。ローマにあっては、前八～六世紀（？）ころの王法がそれに相当するが、この王法は、制度（タテマエ）としての顔もしっかりと備えていたようである。もともと、現実の（ホンネ上の）問題として、それが被支配者＝市民によって遵守され、立法者としての王の意図がそのまま実現されたかどうかは、また別問題であるが。ローマでは、建国から二百年以上のちの前509年に、もともとの土着型王政をおしのけて登場していた、その外来型王政が打倒されて、實質（ホンネ）的には「有力貴族による寡頭制」とも形容できる共和政への移行が見られるのであるが、ここでは、かつて一人の王の保持していた権限を、政務官・元老院・民会の三組織が、それぞれたがいに——タテマエ上も、ホンネ上も——緊密にかかわりをもちながら、わけあうようにして、ローマ流の共和政の発想にマッチした新しい事実関係＝事実状況を何世紀もかけて編みあげていく。それらの組織は、一種の不文憲法として、タテマエ（理念）とホンネ（現実）が交錯するなかで、ゆらぎながらもそれなりに安定した地位をかなり長いあいだもちつづけた。これらは、ゆるやかな意味においては、れっきとした制度（国制）の担い手なのである。その後、共和政末期の革命的な政治の動きが、この、いかにもローマ的な色彩をもつ伝統的な共和国制を破綻させた。実力派将軍であるカエサル（シーザー）がそのような動きを露骨に示した武将のうちで、代表的な人物である。以上は、もっぱら、公法・政治に関する話である。

ところで、ローマにおける制度の流れを観察するさいには、つぎの三点を指摘しておく必要がある。まず、ローマで最初の法律であり、同時に法典としてのスケールを備えていた「一二表法」が、共和政のごく初期に制定されたことである。これには、大別して、既存の事実状況（ホンネ）を法制（タテマエ）へと昇格させた要素と、貴族と平民間の身分闘争の過程で、平民に有利になるように法ルールが新たにタテマエとし

て設定された要素とがある。このようにして、法の国であるローマは、かなり初期に制度（タテマエ）としての実定法規を生みだしたわけである。つぎに、民会が制定する法律には、公法・政治関係のものほかに、私法関係のものもいくつかあるが、現代の法治国家の場合のように、法律の制定を中軸にして法制度を維持し改変していく手法が、ローマの場合、民事関係の法規にかんするかぎり、決して主流とはならなかったことである。最後に、それとの関連で、司法制度の構築や展開が、いわば、もっぱら判例法主義的なやりかたでなされたことである。ここでは、現実の運用（ホンネ）が主流であり、ここには制度（タテマエ）色はどうしてもつきにくくなる。以上の三点は、共和政にかんする問題に関連する。その後、共和政の末期に生じた政治の大混乱のなかで、タテマエをおしのけてホンネがはびこったのであるが、紀元前後以降の元首政（初期帝政）初代の元首アウグストゥスのもとの、ゆりもどしがあり、共和政の国制（タテマエ）が表面上は回復される。しかし、元首政時代がすすむにつれて、まもなく、その旧来の国制は形骸化・空洞化してしまう。共和政の三本柱であった政務官、民会、元老院は一举に消えさるのではなく、しだいにやせほそっていき、その一方で、旧体制のかたわらに、元首（皇帝）の個人的な支配を国制上実体化する試みが各方面において事実としてつみあげられる。立法については、旧来の方法とならんで、元首が発布する勅法の形式で、スピーディーに、しかも直接的なかたちにとりくみが事実上つぎつぎになされていく。この勅法は、国家組織法、刑法、民事法のすべてに関係するものとなっていた。その後、その元首政につづく、第二段階の帝政である専主政時代では、軍事力（ホンネ）に力の基盤をもつ皇帝の地位が制度化され、それがタテマエとして完成する。法が法典の形態で制度化されたのも、この時代の出来事で、東ローマ帝国の中興の英主・ユースティニアヌスが編纂させたいわゆる「市民法大全」がこれである。「法の国」としてのローマはこのとき完成される。歴史上、どのような国家の展開においても、制度（国制）としてのタテマエと事実としてのホンネとがからみあった状況になるであろうが、ローマという国家には、かなりジグザグな動きをさまざまに示したところに特徴がある。ちなみに、筆者個人には、日本の天皇制というタテマエが歴史上たどってきた、浮き沈みの運命にも、興味ぶかいところがある。現在、これは、象徴天皇制として、安定した状況のもとにあるが、このさき、天皇制は、はたしてどのようなようになっていくのであろうか。正直なところ、長い時代の歴史を研究する者としては、とても気になっている。

②「消えていく制度」と「生まれてくる制度」…制度論（タテマエ論）

からすれば、時の経過とともに、制度疲労をおこしたり、法をとりまく環境の変化にともなって、国家・社会のニーズにあわなくなり、実効性を失なってしまうたりした制度は、かたちのうえで廃止され、それにかわって新しい制度が設定されるのが、筋であろう。しかし、ローマでは、伝統維持や保守的なものの考えかたによって、消えていくものは、不利用・不使用によって、自然淘汰され、しだいに廃れていくままにしておき、他方で、現実（ホンネ）から発生した制度を、利用実績をつみあげながら、新旧併存方式でゆっくりと醇成させていくスタイルが好まれた。その発端においては、これは正規のものに対して、例外的なもの、という、格下の位置づけになる。その最大のもは、共和政がいつのまにか元首政へと移行していったケースである（もっとも、元首政（前期帝政）から専主政（後期帝政）へのバトン・タッチは、内乱状況下の空位時代において支配体制が断絶してしまっただけでもあつて、新たな制度の創出という、メリハリのきいたかたちでとり行なわれている）。そのほかには、刑事裁判の担い手の中心が競合の過程のなかで後発のものへと移っていったことや（〔J〕 部門第一章の模式図： p.1f.を参照）、民事裁判のスタイルが、異なるものの併存のなかで（〔I〕 部門第五章第三項以下（Ⅲ）： p.68ff.の記述を参照）、しだいに変わっていったことがある。つまり、制度の変遷の多くは、近代以降の国家において見られるような、タテマエ（形式的）なきっぱりとした措置にはよらず、いわばルースな、ホンネ（事実上の変更・変容）スタイルで生じたわけである。ローマの法制では、生まれるものについても消えるものについても、ナチュラルな動きが各所に見られるのであった。もっとも、建国から一〇〇〇年以上も経過した時代に、東ローマの皇帝・ユースティニアヌスは、自身がリードした法典編纂の過程で、新旧の法制度をタテマエ上統合することをかなり精力的に試みているが、それでも、現実の問題としては、メリハリをつけようとするそのやりかたが完全に成功したとは、とても言えない。

③「動きのなかの制度」…ふつう、ある制度・システムがあらたに構築されるさいには、その仕組み・構造（タテマエ）は制度の目指すところ（ホンネ）を忠実に反映したものとして登場してくる（もちろん例外もあるが）。しかし、時の流れや環境（政治的・経済的な情勢や社会意識など）の変化によって、そのタテマエ（かたち）とホンネ（中味）とが密着した平和な状態が崩れていくことも、しばしばある。多くの場合、ホンネが先に進んで、タテマエのなかに収まりきれない事実を周辺にうず高くつみかさねていくことになる。このとき、タテマエとホンネの剥離が生まれる。ローマ人は、そのような剥離状態をあまり気にせずに、

流れるままにまかせる傾向をもっている。タテマエはそれとして尊重するが、しかし、ホンネではそれを無視するような動きは、法制・政治の各方面でよく見られる現象である。ローマの場合については、以下の各パートでその具体例を示すことにしよう。余談になるが、わが現代日本における憲法第九条のありかた（実相）についても、同じようなことがあてはまるのではなかろうか。

④「法適用における、属人主義と属地主義」…一つの国家（共同体）に単一の系統の市民だけがおり、それが単一の法にしたがって生きる、といったシンプルな措置は、いわば原始的なかたちである。ローマは、比較的早い段階から、外人（他共同体市民）を国内にかかえこみ、彼らの動きを商取引の現場などにおいて大いに利用してきた国家である。属人主義は、市民権という明確なステイタスをベースにして展開されるので、そこにはタテマエ性が強く現われてきて、それは、簡明さを備えているために、安定したシステムにまで成長するが、一方、ある特定の地域に在住・滞在する人が、具体的な特定の共同体の市民権（一種の「国籍」）の保有の有無にかかわらず、均一に、同じ法にかかわる、といった属地主義のシステムは、多様な人をターゲットにしているために、それ自体立派なタテマエ（原理）とも言えるが、しかし、実は、ここは、混沌としたホンネ（現実にはねざした、各種の知恵の集積）がはばをきかせるところである。この属地主義がタテマエどおりきちんとなりたつためには、うけ皿となる国家＝社会が十分に成熟していなければならない。さて、ローマも後期になると、侵入してきたゲルマン人がローマ人の国土を實力で手中におさめたのであるが、いまや被征服民となったローマ人は、支配者であるゲルマン人から、多くの場合、ローマ法の適用をこれまでどおりうけて、ローマ法の世界でなおも生きつづけることができた。これが、属人主義がひきつづきとられたことの結果である。もっとも、時代が下るにつれて、ゲルマン人支配下の国家においても、属地主義的な法適用方式もとられるようになる。これは、一つの進化である。

⑤「法律と解釈」…成文法規範としての法律の最初のもは、法典の形態をとった一二表法であるが、それが具現しているタテマエを法生活の現場に適用し生かすのは、解釈の仕事である。これをホンネと見たてることになろう。一二表法は、古法の場合によく見られるように、立法技術の面で完成したかたちをもっていないことや、また、時代の動きにマッチしなくなったことのために、解釈にたよる部分がかなり大きかったが、逆に、そのおかげで、その生命をかなり長いあいだたもつことができた。その解釈の担い手は、当初は神官で、のちには法学者である。

⑥「法制史学」と「歴史学」…「法制史学」は、現在では「法史学」

と言いかえてよばれることが多いが、そのような表現になってきたのは、たんに言葉の使いかたの変更による、というよりも、むしろ、この学問への取りくみ傾向に微妙な質的变化が生れてきたためであろう。筆者の用語法によると、「法制」という概念にはタテマエ的な（制度論的な）色合いが濃い、「法」と言えば、制度化されていないもの（たとえば、「生ける法」・「矩」といったファジーなもの）も包摂する、ということで、その「法史学」という言葉は、タテマエ（形として示されている姿）とホンネ（生の姿）の両者をあわせてとりこめる複合的な概念になってくるからである。ここまでくれば、法史学は、主としてホンネ（実像・実相）を探ろうとする歴史学とは、同じ次元で接点をもつことができる。最近のローマ古代史研究の流れの一つのなかに、純歴史研究者の視点からローマ法という歴史的産物の実像解明にむかう傾向も見えるようになってきたので、法科風（タテマエ重視の考察スタイル）と文科風（ホンネ重視の考察スタイル）の総合のうえに、古代ローマ研究が総合的に行なわれるようになって、古代ローマ研究に従来にはなかった厚み・深み・広がりも生まれてきているのではなからうか。実を言えば、筆者の「タテマエ・ホンネ二元論」も、法——つまり、ローマ法——というものを歴史学的な視点をくわえて見なおし、古代ローマという歴史上ユニークな国家の姿・ありかた・特質＝個性をさぐるための一つのアプローチである、と位置づけられているのである。

### （Ⅲ）歴史一般・政治・公法 ①～⑩

①「ローマ」と「アテーナイ」…ローマよりも二〇〇年ほどまえから同じ古代地中海世界で栄えていた古代・ギリシアのアテーナイは、同じギリシア世界での対抗馬であるスパルタとはまったく肌あいのちがう都市国家であるが、このアテーナイは、その最盛期（前五世紀中頃）に、人類の歴史上、いろいろな意味においてもっともメリハリのきいた政体である「民主政」をきづきあげたことで、世に有名である。この民主政政体は、やがて、制度疲労をおこし、爛熟もして、衆愚制（デマゴギー）へと墮落し、そして、ついには、西方の海のむこうの、後発の野心的な領域国家であるローマによってギリシア世界全体が飲みこまれてしまい、滅びにむかうのであるが、このような下降のプロセスは、歴史上どこでもよく見られる現象である。前二世紀中ごろが、偉大なギリシアの時代が終わりをむかえ、新興ローマの時代がいよいよはじまる分岐点ということになる。ところで、筆者個人の感触によれば、アテーナイ人は、立派な、筋のとおったタテマエをいくつも設定し、それがホンネ（実態）の部分で変質したり、腐蝕したり、崩れたり、融けたりしてしまわ

ないよう、神経をつかって、タテマエ（原点）よりのところで生真面目に改良・手直しをていねいにやることのできる能力を備えた市民であった。極論すれば、民主政のアテーナイは、タテマエというものが、ホンネによってくいやぶられることを最少限にとどめたかたちで、かなり長いあいだ、高くがっしりとそびえたっていたわけである。これに対して、ローマ人は、昔から、タテマエ（制度枠組）とホンネ（運用）とのギャップが存在することを容認する、ルースな行動様式をもっていたようである。ここで、比喩的に車のハンドルにあてはめて言えば、アテーナイのハンドルには、あまり「遊び」がなく、ローマのハンドルには、おそろしいほど「遊び」が多いように見える。ついでに車のギアにあてはめて言えば、ギリシアは、ごつごつのミッション方式で、ローマはなめらかなオートマチック方式ということにもなつてこよう。また、タイヤの空気圧もローマ車の場合の方が低かったにちがいない。ギリシアの各地に展開した諸都市国家があまり永つづきしなかったのに、ローマという国が一〇〇〇年以上も粘り強く生きつづけた事実については、それぞれの国がかかえている、どちらかと言えばホンネ系のローマの国家構造と、どちらかと言えばタテマエ系のアテーナイの国家構造とのちがいによって、一部説明がつくのではなかろうか。つまり、ホンネから無限のエネルギーたえず吸収していくシステムの方が、国家を生きのびさせるパワーを備えていたわけである。アテーナイの姿については、[H] 部門第二章第二項（1）～（5）：p.88ff.の記述を参照して頂きたい。

②「都市国家（ポリス）」と「領域国家」…ふつう、どのような共同体でも、小規模な集落の集合体からスタートし、成長するにつれて、村から町・街へ、そして、町・街から都市へとスケールを大きくしていく。アテーナイは、日本の佐賀県ほどの領土を周辺にもつ巨大な都市国家であったが、その国土の広さは、市民の一部が必要におうじてアテーナイ本市の民会に自ら歩いてやってきて国政に参画することがぎりぎり可能な程度のものであった。市民個人が政治の中枢にストレートにかかわる仕組みをもつ直接民主政というものは、そのような地理的要因によって現実に運用可能だったわけである。ここでは、直接民主政をベースとする都市国家のタテマエ（原理）とホンネ（現実の運用）とのあいだに、決定的なギャップのようなものはあまり存在しない。一方、ローマも、都市国家的な地理的状况をもった小さな共同体としてスタートした。まず、京阪奈地域ほどのラティウムへ、それから、中伊へ、さらに、イタリア半島全体へ、最終的には海外へと支配権を拡充していくのであるが、ローマは、そのような状況下でも、共和政時代にかんするかぎり、もともとの都市国家の特徴となっている直接民主政のタテマエ（モデル）は

くずさず、代議制・代表制のようなものはまったくうけつけなかった。ホンネ（現実）としては、都市国家の原像は消えさってしまったにもかかわらず、巨大な領域国家がいわば都市国家風に運営されていたのである。さすがに、帝政時代になると、都市国家ローマの原像は完全に失われ、帝国という領域国家を統治していくのにふさわしいタテマエ（システム・国制）がようやく確立されることになる。

③「王政」…王政のモデルは、血の正統性を重要視する、という要素と、保有する権限・権能・権力・権勢・権威が絶対性・包括性をそなえる、という要素をかねそなえたものとひとまず考えてよいであろう。ローマの建国（伝説上は、前七五三年）から七代の王が登場したが、そこには、土着の選挙王と、外来の支配王との二種がある。前半が選挙王（つまり、同輩のローマ人のボスのなかからとくに選出されてた王となった者）が、そして、後半が支配王（つまり、ローマ人とは民族的にまったく異系の、戦勝者としてのエトルースキー系の王）が、それぞれに支配する時代であった（ちなみに、ローマ共和政の成立は、この外来王権をローマの貴族集団（そのなかには、王に近いエトルースキーの貴族も含まれていた）が打倒するところから出発している）。「タテマエ・ホンネ」二元論からすると、前期王政の選挙王は、ホンネ（現実の力・力量）においては、後期王政の支配王とほぼ同格の位置にたつと見てよいが、しかし、タテマエ（資格・ステイタス・カリスマ性）においては、軍事力（ゲバルト）によって王権を奪取し、世襲型に近いタイプの王制を構築した支配王の場合にくらべると、いくらか弱いところがある。なお、紀元後に登場した元首、およびその系列に属する皇帝と、王政時代の王とは、そのスケールの点で決定的なちがいもあるが、内面的につながるところをもっている。王政から帝政にいたる長い時代の中央部分に共和政がわって入ってくるかっこうになっているのが、ローマ政治の大きな流れの構図である。「ローマと言えば、ローマ帝国」というのが世間のイメージであるが、筆者は、時代の間地点にある「共和政ローマ」のイメージを大切にしたい、と考える者である。この見方は、現代において、帝政で代表されるような支配体制はもはや過去のものとなっており、ローマ共和政やアテナイ民主政につらなる、いわばデモクラティックな政体のありかたが世間から評価されている点とも、深くかかわっている。

④「法」と「武器」…法がタテマエ（観念的な力）で、武器がホンネ（具象的な力：いわゆる「ゲバルト」）である、と見たい。「これら二つのうちで、どちらが上位にたつか？」という話になると、タテマエ（理論・理屈）においては、前者優先で、ホンネ（現実）においては、後者がときに突出してきて、そのタテマエをふっとばしてしまう、というか

たちになる。また、静の世界においては、法が上位で、一方、動（とりわけ激動）の世界においては、武器が上位にくる、というように総括することもできよう。ローマは、「法の国・法がとりしきる国」として、法が体現するタテマエを——かりにそれが形骸化してしまっても——堅持・護持する姿勢をもちつづけた。ところで、国家の存立を保証するもののうち最大のものが武力と法力の組みあわさった状態である、とか、武器の力と法の力によって支配する、とかいった表現が法文や古代ローマの歴史家の記述にある。現代の世界においても、「武器＝武力・腕力・暴力こそが法である」という主張には、根強いものがある。クーデター時や戒厳令下では、タテマエとしての国法はまったく無力になってしまうからである。いわゆる「シヴィリアン・コントロール」の法制は、ミリタリーなもの（ホンネ）に対してシヴィルなもの（タテマエ）が優位にたつことをタテマエ的に（法制的に）保障する仕組みのあることを象徴するシステムである。平時または準平時・準戦時においては、このシステムは有効に作動するが、重大な戦時においては、システムのしびりがホンネ（現実）の圧力のもとに溶けてしまうのが、世のならいである。ちなみに、日本人の大好きな「超法規的措置」が登場するのは、いわば軽度の戦時とパラレルな動きになるような状況においてであろう。ここでは、まだ、タテマエとしての「法」というものに対して、それなりに、敬意がはらわれているのである。

⑤「市民兵」と「職業兵」…国民皆兵制をとる共和政ローマでは、男子は、一七才になると、兵士として国家に貢献する権利＝義務をもつようになる。共和政時代の戦争は、現代では想像できないほどの高い密度で生じていたが（[G] 部門第二章（I）BI：p.15ff.の記述を参照）、兵士の多くを占める農民は、戦争がなかったり、たまたま招集されなかったりするときには、農業に従事する。いわば、彼らはアマチュアの兵士だったのである。しかし、外敵が強力になってきたり、戦争が長期化したりすると、きびしい軍規に耐えるだけの力量をもつ、プロフェッショナルとしての職業兵がまず将軍個人の私兵のかたちで養成されはじめる。共和政末期（前一世紀）のローマ軍の強さは、軍隊の中軸において重要な役割をもっていた職業軍人の統率能力の高さによるところも大きいのではなかろうか。筆者の語法で表現すれば、職業兵は「戦う」という目的に特化した、ホンネ的（実利的）な集団であり、市民兵は、市民の義務（タテマエ）として国家に奉仕するタテマエ的集団である。つぎに、帝政時代に入ると、ローマ市民でない者でも、同盟などの相互関係にもとづいて、ローマ軍のなかに職業兵としてくみいれられ、二〇年以上の勤務をすれば、ローマ市民権を与えられ、市民民間人として余

生をおくれることを付記しておこう。もっとも、「兵士はローマ市民から編成される」というタテマエ（大原則）は、すでに、共和政の盛期においても、ローマと緊密な軍事同盟をむすんでいるイタリア半島内の各共同体の市民軍と合同でローマの軍事行動が展開されていたので、すでに一部破れているが、もちろん、これは、市民兵についての話であって、職業兵の話ではない。

⑥「**権威**」…権威（ラテン語では、<auctoritas>、英語（日本語）では、オーソリティー）という言葉は、勢望とか名望とかの日本語のニュアンスに近いものをもっているが、たとえば、「あの人は民法学の権威だ」というときに私たち日本人が心にいだく気持・感情・うけとめかたのことを御想像頂ければ、この言葉の意味するところはおのずとさとられることであろう。この、ホンネとしての権威（自発的な敬意・尊重・服従）に対比されるものは、タテマエ（制度）としての権力・権限・権能である。権力の行使に対して、私たちは、いやおうなしにしたがう姿勢をとらなければならないが、権威のある人や物に対しては、自発的に従順なうけいれかたをする態度をとることになる。もちろん、権威を認めない、自主独立の態度をとることも自由にできるはずである。ところで、ローマの法学者は、個人としては、共和政ローマでは、最大の権威者の一人であった。他方で、集団としては、元老院そのものが権威の綜合体である。このように、権威という言葉は、なにやら甘い響きをもっており、法にはない懐の広さ・深さを備えていた。元首政を創設したアウグストゥスは、自身が硬い権力・権限・権能によってではなく、軟らかい権威によりかかるかたちで国をつくり、統治したことを誇っている。軍事力を完全に掌握した彼は、ホンネ（実質）においては完璧な国の支配者なのであるが、権威をもちだすこの手の論法＝テクニックは、彼が、共和政の伝統に回帰した、というタテマエ（外見）を誇示・宣伝するものとして、実に巧妙なものであった。初期帝政を元首政と、そして、後期帝政を「専主政」と名づけることがあるのは、——私見によれば——このようなタテマエとホンネの使いわけに私たち研究者が敬意を表しているためにそのようになっているだけのことで、現実を直視すれば、アウグストゥスをローマ帝政の偉大な創始者とうけとる、という考えかたが一部にあるのは当然のことである。しかし、法の国であるローマを観察するさいには、事実の論理（ホンネ）より以上に、法の論理（タテマエ）に注目する姿勢が必要となるのではなかろうか。現代の日本では、もはや、不定型で、あたりの柔らかい、いわばファジーな色あいをもつ権威といったものは通用しなくなっている。権利と義務によってぬりかためられた社会がぎすぎすしたものになるのは、やむをえない。い

まや、「権威は遠くなりけり」である。

⑦「元老院と民会と政務官」…これら三つの機関・組織・構造物は、ローマ共和政の国制の三本柱である。それらのあいだの関係やそれぞれのポジションについては、[G] 部門 GI (3) : p.58f.の解説および本文の記述においてすでに示したところを御参照頂きたい ([付録]にある模式図も参照)。ここでは、「タテマエ・ホンネ二元論」の見地から、いくつかのことをかんたんに指摘することにしよう。(a) ローマはいわば不文憲法の国であるが、元老院の保有する権限は、タテマエ(制度)的にはかならずしも明確ではなく、事実上(ホンネ上)慣行・慣例をつみあげていくかたちで、形成されてきている。形式論的(タテマエ的)には、元老院には、政務官への助言をするかたちで、間接的に国政に関与するスタイルをとる、という部分がたしかにある。(b) 政務官は、王政時代の王の後継者であり、一見したところ、強力なパワーと指導力を保有しているように見える。しかし、実は、ローマ人の出世コースの最終段階が、終身制の元老院に所属するようになることであって、高級政務官経験者がそこで権威・声望を手に入れるためには、一年間の政務官在職中においても、官職上の先輩が指導力をもっている元老院の意向を事実上無視したりすることなど、実際には、ほとんど不可能であった。タテマエ上、政務官は、元老院を招集する地位にもあって、元老院から独立したパーソナリティーであるが、ホンネでは、元老院に従属させられていたわけである。(c) 政務官によって招集される各種の民会は、受動的な存在で、政務官の提案を修正したり、自ら提議したりすることができない、という構造上の弱点(タテマエ)のほかに、民会が市民全体の意見をきちんと反映することができる仕組みをかならずしも備えていない、という事実上の欠陥(ホンネ)をかかえているので、ローマ民会は、近代国家の「主権在民」という発想からは、ほど遠い存在である。この点で、市民の平等を理想とする民主政アテナイの民会の姿とは異なる。ところで、ローマという国家を示す<Senatus Populusque Romanus (SPQR)> [元老院ならびにローマ国民] という表現は、現代のローマ市の下水のマンホールふたなどに略号として刻みこまれた<SPQR>の言葉として「知る人ぞ知る」であるが、元老院と国民(市民団)の並列方式は、タテマエ(外的表現)のうえでは美しくても、ホンネ(実情)においては、まったく格のちがうものをならべただけのものである。

⑧「差止め権」…ローマの政務官制度では、ある政務官が、同僚政務官に対して、また、上級の政務官が、下級の政務官に対して、それぞれ、理由を示すことなしに、即時にその具体的な職務行動をストップさせる

地位が制度上認められている。このような扱いは、政務官制が備えているヒエラルヒー構造にもとづいたある種のオーソドックスな理論構成の帰結とも言える。しかし、平民の利益を代表する、平民出身の護民官がすべての政務官（ほとんどの場合、貴族出身の政務官）の行動を差止める地位をもつ、というのは、貴族と平民間の身分闘争の成果であって、むしろ政治的な制度設計の成果である（特別政務官である独裁官に対しては、差止めは誰からもできないのであるが、これは、このポストが国家の緊急状況に対処するために設定される、という例外事情の存在によって、説明がつく）。ところで、この差止め権は、一種の「拒否権」として、制度上（タテマエ上）立派に存在しているが、実際のところは（ホンネでは）、この差止め権が厳然と存在しているおかげで、ローマの共和政の政治は、全般的に見れば、話し合い・談合と妥協と相互了解と水面下の工作とによって動くことで、融通のきく、やわらかい対応へと導かれた。筆者には、差止め権の行使がそれほどなされなかったように思えるのである。このところは、差止め権が形骸化していたため、ということではなくて、ドラスティックな差止め権の行使が必要とされないような状況が各方面の努力（つまり、利益考量）によってつねに保たれていたため、というように説明できるのではなかろうか。このように見えてくると、タテマエの威力は、ホンネ（現実の差止め権行使）の実績を欠いていても、相当なものになってくるわけである。

⑨「戸口調査官」…法にふれるような行為をする者に対しては、刑事訴訟や民事訴訟によって、追及・追求がなされるが、タテマエ上（法上）違法行為にあたらなくても、社会の伝統的なモラルや慣習にふれるような行為にでた者に対しては、五年ごとに実施される戸口調査のさい、二名の戸口調査官（資産査定官）が不利益処分を行なう、という仕組みが、共和政時代の初めから存在していた。その手続の性質は、裁判ではなく、裁量的な専決処分である。法をタテマエとしての規範とするならば、慣習などの不文のルールは、ホンネとしての規範という位置づけになる。このような社会制裁には、かなりの実効性があり、市民（とりわけ有力者）の不当・不適切・不条理な行為を抑止する力がそなわっていた。法の不備は、このようにして、戸口調査官の活動によっておぎなわれたのである。元首政時代に入ると、元首はその戸口調査官の地位をひきつぐことになる（アウグストゥスは、いわゆる元首政創立の前年の前二八年に戸口調査官の職権にもとづいて、戸口調査を実施している）。共和政盛期の四世紀にあらたに設けられたこの戸口調査官は、たいていは執政官経験者であり、元老院のなかでも「元老」級のステイタスと高潔さをあわせもつ第一級の人物たちであった。習俗・モラルを監視する、とい

う彼らの保有する強権は五年ごとにとり行なわれる戸口調査（現代にあてはめるなら、センサスのようなもの）のさいにしか発動できない性質のものであったが、元首政時代に入ると、その地位をひきうけた元首は、恒常的ににらみをきかせることができたわけである。裁判手続によらずに、たんなる裁量によって不利益な処分がなされるところには、見る人によっては不気味なイメージが感じとられたことであろう。元首が、すべて、終生立派な人物であるとはかぎらないので、なおさらのことである。

⑩「前執政官命令権」…ローマ共和政のもとで、一年の任期で、最高政務官ポストである執政官に選挙を通じて任命された者は、執政官のポストにかかわらず付着している、命令権という文武の大権を保持する。ここには、執政官のポストはタテマエ（枠組）で、執政官が保有する命令権はホンネ（内容）、という関係もなりたつ。この大権は、かつての王が保有していた政治的高権とは基本的に同質のものとしてよい。王がただ一人でこれを保有するのに対して、執政官は二名構成になっているので、二人が完全な命令権を保有しあうところから、その帰結として、相互に差止め権（ウェトー）が行使される余地がつねにある。もっとも、それぞれが戦場で全軍の指揮をとる最高司令官としての執政官は、一日交代で、完全権を行使する扱いになっている。軍の指揮に乱れが生ずると、敗戦につながってしまうからである。しかし、ローマが遠くはなれた属州で長期間にわたって戦争を行なうときには、一年任期しかない執政官に海外で軍の指揮をとらせるやりかたでは対応できなくなり、執政官として軍の指揮をとっていた有能な司令官を、任期終了後であっても、執政官のポストとはきりはなし、そのまま前執政官命令権を保有する執政官代行として任命する裏わぎ的な策が必要上あみだされた。しかも、例外的にはあるが、執政官職についての経験もない者でも、軍の指揮に特別の能力を身に備えているならば、軍事上の必要から、彼にその地位が与えられた。つまり、ポスト（タテマエ）とは無関係に任務（ホンネ）が生まれるのである。このたぐいの修正が一つのきっかけともなって、小さな都市国家むきの政治システムであった共和政体は、制度の各所においてほころびをみせはじめ、やがて、個人支配をそのまま制度化したようなかたちもとる元首政（帝政）へと変質していく。

⑪「終身独裁官」…ローマ共和政のもとでは、執政官以下の一年制の通常の政務官（公職者）のほかに、この独裁官とさきの戸口調査官という特別の政務官のポストが設けられている。前者は、国家の非常事態（とりわけ、戦争の場合）に対応するミリタリーなポストで、後者は、戸口調査（センサス）を実施するシヴィルなポストである。前者の独裁官制

の最大の特色は、その地位にある者が、かつての王が保有していたような強大な権限をもって、単独制で、六カ月任期で動く点にある。前44年にユリウス・カエサル（日本では「シーザー」という英語読みの方が通りがよいが）が終身独裁官の称号を与えられたことは、独裁官の六カ月任期制というもっとも重要なタテマエを、完全にほりくずして、彼がホンネまるだしの強権を法制上承握する事態を生みだしたことを意味する。共和政擁護者たちから、「カエサルは王になりたがっている」という反感が示されたのは、いわば法治国家であるローマでは、当然のことであった。このことも一因となって、カエサルは暗殺されるのである。しかし、この暗殺によって共和政へのストレートな復帰がはたされたわけではない。共和政へのゆりもどしが少しあったあと、ローマはカエサル的な支配者の流れをくむ元首やその延長線上にある皇帝による支配体制へと最終的に移行していくのである。大国にまで成長したローマを動かしていくために、現実の問題として、将軍（軍事的実力者）としての元首・皇帝にひきいれられた新しい国家組織が必要となったことも、そのような体制変更の一つの要因となっている。

⑩「金権政(ティモクラシー)」…もうかなりまえのことであるが、(旧)ライブドアのトップであったホリエモン（堀江貴文氏）が、「金があればなんでもできる」風の率直な発言を世間にふりまいて、各方面から反感をかう出来事があった。ここで、拝金主義者ということで彼の意識を非難するのはたやすいことであるが、しかし、少し深読みをしてみると、血筋・血統とか、門閥とか、生まれとか——つまり、タテマエ——のように個人の才覚によってはただちに手にいれることができないものをベースとしてなりたっている社会よりも、金銭——つまり、ホンネ——を武器にして個人が独力で人生＝生きかたを切りひらける、オープンな社会にもメリットがある、という考え方をその発言から読みとることができる。歴史をひもといてみれば、古代のアテーナイという都市国家が、よくあるような貴族政から民主政へと移行するさいに経由した（経由といえば、アテーナイは、個人支配を制度化したようなかたちの「僭主政」も民主政の到来よりまえにちゃんと経験している）のが、この金権政である。この制度の導入によって、中層・下層の人々でも、金＝資産の力だけで、がんばれば政治社会で有力なポジションをえることが可能になった。一方、ローマでも、民会のうち、もっとも重要なケントゥリア民会は、市民の保有財産のランクによって、民会での投票における地位に事実上差がつけられている。つまり、金持ちに有利な仕組みが確立されていた。金がすべてではないが、金の力は偉大だったのである。財力至上主義としてのホンネ主義の発想がここにある。現代日本では、たしか

に、市民（国民）の政治参加にかんしては、タテマエ上（理屈の上で）は金（カネ）にウェイトをおかない政治体制になっているが、ホンネでは（現実的には）、金（カネ）はなおも政治的な力の源泉になっている。たとえば、国政選挙に立候補するチャンスはすべての人に与えられているが、巨額の資金なしにはほとんどそれは不可能なのである。

⑬「政治」と「経済」…「政治家として高い地位につき、社会的ステイタスを高めることをめざす政治指向がタテマエ系の存在で、もっぱら金銭上の利得をめざす経済指向がホンネ系の存在である」といった関係はローマでつねになりたつものではないが（「法がタテマエ系の存在で、政治がホンネ系の存在である」という関係についても、同じようなことが言える）、このような割きりかたでそれなりに説明できる事例もある。共和政時代において、社会の最上級の貴族と最下級の平民の中間に、騎士階層という身分層がしだいに形成されてきたのであるが、彼らは、その中間的な身分のうえでの身軽さをおおいに活用して、ビジネスマンとして、ローマ国内ではもちろんのこと、ローマ世界の各地に活躍の場を展開していった。政治的な利害に敏感で、政治的野心にもえた騎士階層の特別のエリートたちは、貴族の牙城である政務官職への選出や、その延長線上にある終身制の元老院への所属をめざして、政治的实力を身につけ、ステイタスを上昇させようとする。この彼らの動きは、さまざまなタテマエによってぬりかためられた硬質の政治の担い手の一員となることを目標とした点で、タテマエ指向型のものである。その一方で、ビジネス・オンリーの動きをする、騎士階層内部のもう一つの層は、貴族と同じように、土地所有をベースとする農場経営に専念するとともに、さらに、商業や政商としての仕事にも手をだす。これは金力というホンネをめざす方向のものである。なお、貴族と平民という、旧来の明確な対立構造にくさびをうちこんだ騎士階層という中間層は、後の時代には、元首（皇帝）直属の官吏をだす社会層としても重要なポジションを獲得する。また、従来は貴族出身者だけによって構成されていた法学者のグループにも、彼ら騎士階層出身者は、ニュータイプのパーソナリティーとして、入りこむようになる。なお、貴族と騎士階層は、ローマ市民のなかでは、ほんと一握りの数しかない。中流の騎士階層の下には桁ちがいに圧倒的多数の平民がいたからである。

⑭「元首政」…都市国家型の共和政のもろもろのタテマエがローマの巨大国家化によってすでに形骸化してしまっただけを見きわめていたカエサルは、軍人としての、異例に長期の経験をベースにして、法やローマ固有の基本的な法原理が結晶しているタテマエ（形式）を無視して、ホンネ（現実直視の姿勢）にねざした、個人に権力を集中する新秩序を

樹立しようとしたのであるが、彼の非業の最後を見た、その遠縁の養子オクターウィアヌス（後のアウグストゥス）は、内乱によってひきおこされた政治の混乱を軍事的な実力行使によって収拾したあと、共和政のタテマエを回復する姿勢を内外に示すことにより、政権を安定化させることに成功した。彼の創始した政治のかたちは「元首政（*principatus*）」であるが、これは、——筆者の理解によれば——、タテマエ上（形式的に）は共和政、ホンネ上（実質的に）は帝政、という二面性・二重性をおびたものであった。彼の叡智がここに光っている。しかし、過渡的な政治体制としての元首政は、やがて、自然に、個人支配を真正面におしたてる政体へと変質していき、三〇〇年のちには、専主政へと移行する。元首政を初期帝政とすれば、専主政はローマの滅亡までつづく後期帝政である、という位置づけとなる。

⑮「元首政」と「専主政」…ローマ元首政の成立後半世紀以上たった、六八年から六九年にかけて、第一次元首空位期が到来するが、これを克服して成立したフラウィウス王朝のあとをうけて、九六年に、五賢帝時代がはじまり、ローマ帝国の最盛期がここに生まれるのであるが（一八〇年まで）、その後、軍人皇帝が各地に出現した第二次元首空位期の国政の混乱を収拾して、軍事的に最後に勝利をおさめたディオクレティアヌスは、伝来的な共和政のタテマエ（イメージ・システム）をきっぱりとすてきって、軍事的実力（ゲバルト）をそのままホンネとしておしだす専主政（ドミナートゥス）をきづきあげる。つまり、専主政は、古来の、共和政というタテマエがパワーむきだしのホンネにとってかわられて、軍事的実力者が皇帝として君臨するシンプルでストレートな政体となった。共和政は、このとき、はじめて、完全に葬りさらされた。このようにして、ローマは、西方においても、東方においても、帝政国家として歴史に名をとどめる大国家となるのである。しかも、「ローマ帝国」の理念それ自体は、東西のローマ帝国の滅亡ののちにも、後代のヨーロッパにおいて長く生きつづけることになった。

⑯「継承」…元首のポストがうけつがれるさい、元首に実子（男子）が存在すれば、王朝の論理にしたがって、実子が、血統により、後継者となっていくのが、ふつうのコースである。しかし、実子が欠けるときには、元首の存命中に、有能な部下（とりわけ軍人）を養子縁組によって次代の元首予定者としてたて、そのことを早い時期に世間に公知させるやりかたがとられる。つまり、ホンネ（事実）においては血統がつながっていないなくても、養子縁組によりタテマエ（法的ステイタス）において、血統が確認されるようにちゃっかりとセットしておくのである。ローマの歴史のなかでもっとも輝いた時代として、五賢帝時代があげられ

るが、彼らのうちの四人は、養子出身の人であった。ここに見られる養子縁組はリアルなものであるが、一方、後代には、まったく擬制的に、しかも勝手に、皇帝に即位するさい、養子縁組という手間のかかる仕組みなど経由しないで、血統の連続を大つびらに世間にアピールするやりかたも登場する。このとき、タテマエとホンネの乖離は、最大のものとなる。

⑩「デーモスの役割」…東ローマ帝国は、絶対的な権力をもつ君主の統治形態を備えた国家であり、君主が即位するには、国民によって支持され、選出される、という形式をふむようなことは、もちろん要請されていない。簡略化して言えば、強い者——つまり、強力な軍隊の支持をとりつけた者、あるいは、単純に、軍を二分する勢力間の大会戦において最終的勝利をおさめた者——が皇帝になる。ここでは、タテマエ（即位のための手順）ではなく、ホンネ（実力）が露骨に力を発揮するのである。しかし、伝統を重んじるローマでは、皇帝が即位するさいに、市民（国民）によって推戴された、という旧来の共和政的なタテマエ（形式）を表むき強調することにそれなりのメリットがある、と考えられたためか、皇帝の即位のさい、デーモス（民衆）という意味ありげな職名をもった、ある部門の官吏のトップが「皇帝万歳！」と唱えることで、国民全体による承認、といった形式的要件みたすかのようなポーズがとられた。即位のさいの仕組みの例については、元首政の初期に見られる「ウェスパシアヌスの命令権にかんする法」〔G〕部門第三章第二項（A）：p.109ff.の記述）を御参照頂きたい。

#### （Ⅳ）法史 ①～⑦

①「名誉法」…共和政時代の初期から、紀元後の元首政時代の到来までのあいだ、市民法（ローマ市民にだけ適用される私法）というのは、制度論（タテマエ論）からすると、民会によって制定される正統的な法規のことである。建国からまもない時期に制定された「一二表法」は、最初の法律であると同時に、法規の集成である法典で、市民法の根幹部分となった。そして、法典（法律）中の法条の解釈がかなり柔軟になされていくかたちで、この法規の適用範囲は、かなり広げられる。このように、制定法一本で法を創造し運用していくやりかたは、現代の大陸法系の国々においてとられているスタイルであるが、しかし、ローマ人は、タテマエとしての制定法の適用・運用とならんで——それどころか、実際にはそれ以上に——、民事裁判の現場で、裁判担当の法務官などが、具体的な事案に対して、個別的に、アド・ホック（に）ルール（広い意味における適用法）を設定して、目前の具体的な事案をとりあえず処理

する現場主義のやりかたを開発していく（判決を下すのは、私人である審判人である）。これがホンネとしての名誉法を生み出す母胎となる。そのさい、タテマエ（表）では法務官が主役であるが、ホンネ（裏）では、法律顧問的な位置にある法学者の助言がこのシステムを支えていた。法務官は、政治家であって、法については常識程度の素養しかもちあわせていなかったからである。この手法が翌年の担当法務官にうけつがれると、これは、その法務官の発布する告示のなかにとりこまれ、やがて、長いあいだの実績の積みかさねのうえに、固定化し、ルールとして安定的な力をもつようになる。このようなルールの総体が名誉法という独特の法である。法律（法規）をタテマエ（一般的規制）とすれば、この名誉法はホンネ（具体的規制）の巨大な堆積物という位置づけになる。このあたりの状況は、イギリスなどにおける、コモン・ロー（制定法）とエクィティー（衡平法）の関係とも似たところがあるように思われる。ケース・ロー（**case law**）への取組みを特徴とするイギリス法と、ローマ法とのあいだには、不思議な親近性も認められるからである。もっとも、ローマ法がイギリス法に影響を与えた、といったような前後関係はなりたたない。なお、名誉法の形成には、法務官などの裁判担当政務官がかかわっていたが、元首政（初期帝政）時代にはいると、その法務官の地位は低くなり、そして、告示という法の設定形式にタッチできるのは、元首（皇帝）だけとなる。このようにして、元来の名誉法系の法規範創造のルートはとだえた。もっとも、元首政以降の時代にあっても、法律制定の手段による法規範創造のルートが飛躍的に拡充されたわけではない。実務にウェイトをおくやりかたは、依然として健在であった。なお、元首（皇帝）が、伝統的な法感覚や旧制にとらわれずに、自身のイニシヤティヴによってあみだした独創的な法制（たとえば、謝礼や信託遺贈の訴求性承認）は、共和政時代に活躍した法務官の事績をはるかにこえるインパクトをもって登場する。これらは、特別審理手続という、第三で最後の訴訟タイプの中で生まれた扱いである。その意味では、これは歴代の法務官の手によって編みだされた名誉法の流れの末端にある。

②「市民法」と「万民法」…ローマ市民法は、法適用のスタイルにおいて属人主義が依然としてとられているために、ローマ市民にしか適用されないことになっている。これが基本的なタテマエ（原理・原則）である。それでは、たとえば、ローマ市に在留し、そこで、恒常的に、ローマ人と商取引（その多くは売買）をいとなんでいる外人（他共同体の市民権保有者）は、ローマ私法の適用をうけられず、法の無政府状態のようなもののなかに投げだされるのだろうか？ 一般に、アウトサイダー

である外人が、いろいろな面で不利益をうけたり、不当な扱いをローマ人からされたりするようなことは当然に存在したであろうが、しかし、ローマ市が位置する場所が交易のルートにあたっていた関係もあって、通商国家としての顔を古くからもっていたローマという国家(当局)が、そのようなよそ者に対する非道を黙認していれば、コンスタントな経済活動を確保することはできない。そこで、属人主義システムの適用にもなって生じてきたタテマエ(制度)上の不備を補うやりかたとして、市民権のありかたとは無関係に、すべての人々に適用される、という意味で「万民法」(諸国民の法)と総称されるものが、ホンネ(法実務)の世界で時間をかけて編みだされてくる。民事訴訟をとりしきる法務官が、自身の保有する命令権にもとづいて、自身の裁量と責任により、市民と外人の双方に対して同じように適用されるようなルールを、具体的事案をまえにして、個別的にアド・ホック(に)少しずつつくりあげていったからである。この堆積が「万民法」とよばれるものである。ホンネ(実務ルール)としての扱いしかうけられない万民法は、後二一二年に、カラカッタ帝によって、ローマ市民権が帝国のほとんどすべての住民に付与され、外人というジャンルの人がほとんど存在しなくなるまで、かたちの上では存続する。万民法の内容は、その由来から、取引法中心のものとなっており、ローマ法、とりわけ物流を規制する取引法、はこのホンネ系列の法を通して発展をとげ、世界法・普遍法的な色彩をおびるようになった。古今東西をとわず、めざましい発展をとげた国家は、それぞれに独特なかたちで、外人を処遇する政策が成功した実績を誇っているのであるが、ローマも、その点では、トップ・クラスの評価をうける資格をもっている。ちなみに、わが日本にも、ごく古い時代に高い文化をもつ帰化人をうけいれて成功した立派な実績がある。

③「卑俗法」…紀元前の共和政時代に数百年もかけて積みあげられてきた、無数のローマ法学者たちの実務的・学問的な営みは、ローマの国力がピークにたった紀元後の三〇〇年のあいだに、古典期法学という高レベルの法学識のなかに実をむすぶ。これは、現代の法学者が編みだしている法学とは異なって、実務に照準をあわせた実効性のある技術で、制定法のウエイトが低かったローマでは、法学識そのものが、ゆるやかな意味における「法」の色彩も、部分的におびるまでになっていた。古典期法学は、この頂点の時期においても、現代の大陸法系の国家においてなりたっている法学の場合に見られるような体系性をもつことはなかったが、それでも、ローマ人なりの現場対応型の巧妙な法システムをつくりあげた。もちろん、法学の成果は国法そのものではないので、これをタテマエと見ることには問題があるが、このさい、その完成度と

独特の実効性に注目して、これをひとまずタテマエとさせて頂く。このような設定のしかたに意味があると思われるのは、後代の法学関連の事象の座標軸をいくらかでもいっそう明快に説明するのに好都合であることによる。ところで、表題の「卑俗法」というのは、四世紀のコンスタンティヌス時代において、決定的に、古典法（古典期法学）が、社会の現場でも、法廷においてもレヴェル・ダウンをこうむり、俗っぽくなるとともに単純化してしまった状況下の法・法文化のことである（卑俗法というのは、法体系のうえでの概念ではなく、法文化の一部門を指す言葉である）。古典期法学者の手で、それなりに抽象化・観念化され、洗練された（つまり、タテマエ化）された過去の法の遺産も、停滞した社会の動きをすなおに反映する低レヴェルのものとなっていく。たとえば、所有権と占有の区別はなくなり、所有権と制限物権のちがいもあまり意識されなくなる。このとき、法はホンネ（リアリティー）を反映するものとなる。これは、国力の低下とも本質的に関連する現象で、ごく自然な流れであった。これで、ひとまず法発展の一つのサイクルが終わるわけである。しかし、ローマでは独特のゆりもどし現象が生ずる。それは、ローマ法が生みだされた西ローマの地域とは異なる文化をもつ東ローマ帝国の皇帝・ユースティニアヌスが、ローマの国力を回復するとともに、法典編纂事業にとりかかり、そこで彼自身の独特の古典主義的傾向にももとづいて、三〇〇年以上もまえの西のローマの古典期法学の成果を法典のなかにとりこんだことである。この法典の中核である『学説彙纂』（法学の成果のコレクション）が現実に東ローマの日常生活や法廷で適用されたのか、という点は、ホンネ論（現実論）の問題であるが、タテマエ（制度論）としては、その法典のなか採録された、法学者の九〇〇個以上の学説は、正規の法文と扱われた。

④「民衆法」と「卑俗法」…さきの卑俗法は、もともとの立派な法のかたちそのものや運用実態が卑俗化してしまった規範であるが、しかし、どれほどレヴェル・ダウンをこうむっても、これは、やはり、れっきとしたローマ法の一つの発現形態（タテマエ）である。しかし、民衆法はそれとならば位置にある法ではない。つまり、ローマの支配下に入った、東方の、かつて先進文化を誇っていたヘレニズム世界において後代になりローマ市民権を獲得するようになった人々のもとで、ローマの支配がおよぶ以前からずっと用いられてきたギリシアやオリエント起源の固有の法のかなりの部分は存続していくのであるが、これは、ローマ市民むけのタテマエとしてのローマ法には昇格することはなく、せいぜいのところ、支配側のローマ人がホンネとして（実情において）適用を容認している、格下の法でしかないからである。これがときには「民衆法」

と総称されるものである。ローマという国家は、西方のラテン世界において生まれ、発展をとげ、その後、東方のヘレニズム（ギリシア）世界へと軸足をうつしていくのであるが（いわゆる「西ローマ帝国」は四七六年に消滅してしまっている）、その東方の地で古くからなりたっていた民衆法に見える発想のなかには、ローマ市民法にもしみこんでいったものもある。その一方で、法というものがそれなりに土俗的・土着的な文化であって、支配者の交替によって一挙にくつがえされたり、ぬりかえられたりする性質のものではないので、あらたにローマ市民権保持者となった無数の人々に、一律にローマ法が適用される、ということにはならなかった。ローカルな法もそれなりの役割をはたしたのである。

⑤「**市民法大全（ローマ法大全）**」の位置づけ…東ローマ帝国の中興の英主・ユースティニアヌスは、六世紀中ごろに、いわゆる「市民法大全」を法典として編纂する。ここで、かりに、その実用性・実効性の部分に着目して、これをホンネとし、他方で、イタリアを中心として構築された古いローマ帝国の支配システムの一翼をになった過去の法制度を一種の記念碑として自身の帝国のなかにうめこむ、という精神的な側面に着目して、この立法作品をタテマエとすることにしてみれば、彼の偉大な法典編纂事業の意味がいくらか鮮明になってくるのではなからうか。このことは、その法典の中核となっている「学説纂纂」にとくにあてはまる。法学の古典期に編みあげられた学説法（学識法の総体）は、ギリシア世界に属する東ローマ帝国においては、それがラテン語で記されていることもあって、帝国法としての現実の適応力をフルには発揮できなかったもので、ホンネにおいて弱点をかかえながらも、タテマエ（一種のモニュメント）としては、大きくそびえたっていたのである。

⑥「**一二表法と慣習・慣行**」…ローマも初期の前四五〇年ころに、独特の政治的状況の産物として成立した一二表法は、ローマで最初の、それなりに立派な成文制定法で、しかも法典である。ここには、まったく新規にルールを設定した部分もあるが、その大部分は建国以来の数百年にわたって蓄積されてきた慣習・慣行を成文化したものである。それでも、法の、いわゆる「見える化」がはたされたところに、社会の現場で大きなメリットが生まれた。このとき、たんなるホンネの集積体であった慣習・慣行は、タテマエ（法規）に昇格する。一二表法の制定以後、法の動きの中核に制定法が位置を占めていたわけではなく、その周辺に、さまざまなタイプの慣習・慣行がたえずつみあげられていく。タテマエとホンネのフィードバックがここに見えるのである。

⑦「**皇帝法**」…皇帝の前身としての元首、および、後代の正式の皇帝たちは、自身のイニシヤティヴによって（もつとも、これはタテマエ的

表現でしかなく、ホンネ的には法学者が彼を補佐していた)、市民法とか名誉法とかの共和政的な色彩をもつ法系のあとをうけて、皇帝個人からストレートに流れでてくる皇帝法をつぎつぎに編みだしていく。従来からの法の動きに接続する動きももちろん重要であるが、しかし、皇帝法の本来の展開フィールドは、まったく新しい発想を反映する法思想を、スピーディーに、しかもトータルに展開していくところにある、特別審理手続という、第三で最後の民事訴訟手続を完成させた点に皇帝法の最大の成果がある。ローマでは、手続法の方が実体法よりも上位に位置づけられていたことも、その背景にある。実体法をタテマエとすれば、手続法はホンネの位置にある。皇帝登場前の時代には、手続をとりしきるのには、一年制の政務官とか、私人の法学者とかであったが、皇帝法は、皇帝(元首)というホンネ的存在によって、完全に統御されており、しかもホンネにそくした合目的な措置が自在にとれるので、皇帝法そのものが壮大なホンネ的構造物であった。それで、皇帝法を「タテマエ・ホンネ二元論」で読みとくと、つぎのようになってくる。ローマについて見てみた場合、タテマエは、共和政という政治体制を支える価値観であった。ごくゆるやかな意味における「法の支配」のもとで発展をとげてきたローマは、やがて、元首＝皇帝の登場により、共和政的なタテマエを圧倒するかたちで、ホンネの権化としての元首＝皇帝が法の世界をとりしきる状況が生まれてくる。つまり、皇帝法にあっては、タテマエ論は解析手段としては無力となり、もっぱらホンネ論が、その作業のさい、意味をもつことになる。

#### (V) 法学史 ①～⑭

①「法学のイメージ」…現代の、大陸法系の国家における法学というものは、システム化された法典に対応するものとして編成されている関係で、論理的な体系をそなえ、抽象化された概念を軸とし、普遍性のある理論を重視するかたちで展開されている。これらは、すべて、システムにかかわるものとして、タテマエ性をおびている。これに対して、ローマの法学者は、個々の問題に、さまざまな現場でアド・ホック(に)対処することに重点をおく手法を伝統的に好んでいるので、概念にこだわったりせず、事案を抽象化して理論をくみあげるようなことにはあまり興味を示したりせず、つねに動きのなかで問題(現実の問題あるいは架空の設定問題)に対応していく姿勢をもっている。これはホンネ的対応と見てよいであろう。たしかに、ローマも初期に制定された一二表法は、法典の体裁をもっていたが、法の歴史においてそれがもっていたインパクトは、かならずしも永続的とは言えない。一二表法につづく法典

が生まれなかったのは、法の固定化をあまり好まなかったローマ人の性格のせいでもあるが、一二表法への依存度の低さもこれと関係しているのではなかろうか。また、ギリシアで発達した哲学の理論や発想（いわば、タテマエ的産物）がローマの法学の方法論に深いところで影響を与えたことも事実であるが、ローマの法学者は、やはり、ローマ的な実践・実用世界（いわば、ホンネのとりしきる世界）にしっかりと軸足をおいていた。たしかに、入門的な法教育の要請にこたえるために、学校むけの法学の体系も当然のことながら編みあげられたが、これは、法学の傍流であり、実際家・実務家としての法学者の姿は、ローマ法学の歴史の最終段階まで変わることはなかった。これらは、ホンネ的要素のあらわれと見てよいであろう。もし古代のギリシアに法学というものが成立していたとすれば（現実にはおそらくそうではないと考えられる）、ギリシア法学はかなり理論的な（タテマエ的な）ものにしあげられていたはずである。西洋古典古代の文化をともにになったギリシアとローマとは、色あいのちがうところが存在するのである。ふつう、「ローマ法」と言えば、壮大なタテマエ色の強烈な法体系とうけとられがちになるが、それは、現代からあまりはなれていない近代という時代に生きた無数のロマニスト（ローマ法学者）が作りあげた特別のイメージのせいである。

②「法曹法」…「法曹法」という概念にはいろいろなニュアンスをもちこむことができるが、ローマの最盛期の法学者の法へのとりくみのスタイルや成果や技能も、法曹法のフィールドのなかで展開されてきた性質のものとして理解することができる。たんなる私人である法学者が積みかさねてきた法学の世界は、本来、私的な産物であり、ホンネ性の強いものであるが、しかし、彼らが法実務に深くかかわっていた関係で、法の適用や法の形成という公的な任務を結果的にになうことになった点で、タテマエ性（公的性格）もおびるようになっている。法学という学問が、たんに学理を追求することにとどまらず、法の適用や法の形成の分野で実質的に重要な位置を占めるまでになっていることは、比較法上かなりユニークな現象である。このように、たんなる私人が公的な役割をになうところに成立したローマ法曹法は、ホンネとタテマエの二面性をはっきりと示しているわけである。

③「法学と弁論術」…ローマ法学は、その性質上、タテマエ（形式）としての法・法制度を真正面から扱う学問であり、実務であり、古くから生まれ育ってきたローマ固有のテクニクである。これに対して、前二世紀に、ローマの東方への勢力拡大の結果として、ローマに支配されるようになったギリシアからローマへ入ってきた理論（タテマエ）性の

強い弁論術（レトリック）は、法廷弁論の領域においては、これが、もともと依頼者の弁護人として人がたつとくのために用意された技術をめざして開発されてきたために、個々の実情（ホンネ）を重視するとともに、勝訴することにターゲットをしぼった、ホンネ性を強くおびるものとなってきた。なお、弁論家は、弁護人として法廷に登場するときには、主として、事実認定の部門で活躍する場が確保されているのであるが、それは、法学者が法律的な問題についてしか判断を明らかにしないからである。その関係で、彼らの活動領域には、住みわけの現象も認められる。それでも、弁論家＝弁護士は、訴訟の現場では、事実問題とからめて法律問題にも発言することも少なくないので、訴訟の外にいる法学者よりも、訴訟内部で、無視できないほどの影響力をもっていた。共和政の末期には、保守的で、守旧的な法学の地位が、柔軟な弁論術側からの攻勢によってきりくずされる時期もあったが、最終的には、法学が弁論術の理論やテクニックを吸収するかたちで成長していく。文化的刺激が技術革新をみちびいた好例がここに見られる。ちなみに、欧米の、語る技術・説得するテクニック（いわゆる「レトリック」）は、ギリシア・ローマの伝統の流れをうけついでいる。一方、日本は、もともと、口（語りの芸）ではなく、広い意味における「腹芸」が重んじられた国であったようにも思えるのであるが、この日本の法世界でも、裁判員制度の導入によって、「ガラパゴス化状況」に染まっていた法廷やその背景にひかえる法のプロフェッショナルな世界にあっても、素人裁判員への語りかけ、アppealが重要視されることによって、状況はやがて少しずつ動いて、欧米なみの、外むきの言葉社会（タテマエ社会）が少しずつ生まれてくるかもしれない。本音（ホンネ）にいつまでもこだわって、物事はかたちになっていかないからである。裁判員は、検察官と弁護人によって華麗に展開される、対立する語りそれ自体を、プロの裁判官にはない新鮮なまなざしのもとに、批判的に、中立の第三者として、うけとめる任務をおうことになっているので、そのような期待がもてるのである。

④「実務法学」と「学校法学」…法学の隆盛期（古典期）にあたる後二世紀ごろになると、生活に密着した実務型法学のかたわらに、入門的な法学教育をとり行なう私塾のような教育組織もあらたに生まれてくる。法学者として身をたてようとする者は、どうしてもこのルートをとらなければならないので、その過程は法学者のキャリアのうえでは初期段階にすぎないとはいえ、その組織の役割は重要である。表の各種の実務世界は、ホンネ（現実へのアド・ホックな対応）のとりしきる世界であるが、一方で、教育現場では、教育上の理由から、タテマエ（理論）

的にいくらか整序された素材が学びのベースとして用いられることになる。ガーイウスの「法学提要」がその分野における第一級作品である。時代は下って、ローマ法学の古典期が終わりをむかえた四世紀から五世紀にかけての古典法の卑俗化現象のもとでは、ペーリュートゥス（現在のバイルート）の法学校は、かつての古典期法学者のように実務にターゲットをしばった法学を追求することには意味を見いだすことができなくなり、むしろ、古典期法学からうけついできた素材を理論的に整理していく方向に活路を見いだすようになる。ここにも、実務法学が編み出す実務がホンネで、学校法学が整序していく理論がタテマエ、という位置関係がなりたつ。また、前者が主で、後者が従という上下関係もここになりたっている。

⑤「文言解釈」と「意思解釈」…法学者が、各方面からの求めにおうじて、公けの法規や私人の遺言を解釈する営みを展開していくさい、表面に現われてきている文言——つまり、外面的なファクター——を、そのまま、文字どおり厳密に読むというやりかた（文言解釈のスタイル）は、基本的な手法である。タテマエ（外に現われている表現・文言）をそのままうけとる、という意味で、これはタテマエ的解釈ということになる。ローマの法制度のなかには、もともと、方式・様式・形式・儀式があふれていたもので、このような人の行動のなかに表示され、外部からはっきりととらえられるものに焦点をあわせて対処する方が、明快で、説得力があり、リーズナブルなのであった。しかし、法規や遺言の趣旨・主旨・目的を読みこみ、それらを組みあげた人の意思・意向——つまり、主観的・内面的なファクター——をさぐりあてて解釈に生かす、というやりかた（意思解釈のスタイル）も、ときには必要となってくる。これは、趣旨・心情を解釈に反映する、という意味で、ホンネ的解釈になる。ローマでは、文言解釈から意思解釈への流れが認められるが、ここに、意思を重視する、ギリシアじこみの弁論術がローマの法廷で有力になったことからの影響も、無視することはできない。これは外部から影響を受けた現象であるが、他方で、内部的要因として、時代のうつりかわりとともに、形式の拘束・呪縛がとけるようになってきて、人の行動に自由さが生じてきたこともあげられる。このことは、法の進化の一つの結果であろう。文言解釈主義と意思解釈主義には、それぞれにメリットもデメリットもあるので、さまざまな状況におうじてそれらを使いわけていくことが必要なのは、現代においても、同じであろう。法的安定性・予測可能性・統一性・画一性を確保することは法規に課せられた使命であるが、取扱うテーマしだいでは、それを多少とも犠牲にするようなやりかたが許されるような場合も、たしかに存在するからである。解釈のし

かたについての対比をここでまとめておこう。表示重視主義は、客観的なものをベースとし、類型化・一般化になじむ動きをする。一方、意思重視主義は、主観的なものをベースとし、個別化になじむ動きをする。前者はタテマエ型で、後者はホンネ型である。このような対比・対立を克服したところに、解釈の奥義が存在するわけである。

⑥「永久告示録」と「踏襲的告示」…一三〇年ころに、元首・ハドリアヌスは、高名な法学者ユーリアヌスに、過去四〇〇年ものあいだにつみかさなって相当な量になっていた、法務官の告示の文言をチェックするとともに、それ以後にはこれを変更させないようなかたちで、「永久告示録」を編纂させた。告示の作り手であった法務官は、元首政時代に入ると、昔の共和政時代におけるほど、裁判法規範の創造や手直しにタッチする機会をもつことはなくなっていたが、この法務官の告示は、全権を保有する元首（皇帝）が発布する勅法の一部を構成するものとしての告示にうけつがれていくことになった。元首は、共和政的な考えかたからすれば、立法権は保有していないのであるが、元首政下では、元首のもつ絶大な権威・権力が生みだした四つのタイプの勅法（告示はその一部をなす）はストレートに法律とならぶ堂々とした法源と扱われるようになる。ところで、「永久告示録」は、元首の指示のもとに法務官告示を固定することにより成立したものであるため、タテマエ（正規の形式）としての立派な格をもつ。これに対して、四〇〇年以上もまえから存在していた、踏襲されたかたちの告示は、その性質上、つねに流動的であって、後任の法務官によって、年々結果的にひきつがれてくるだけのものであり、また、法務官は、もともと既存の告示には拘束されず、新しいルールを暫定的に導入することも理論上は可能であったので、この踏襲的告示にはホンネ（アド・ホック型の思考形態）性が強い。「永久告示録」の成立の事情を全体として見れば、ホンネのタテマエへの昇格という、よくある現象がここに読みとれるのである。ところで、なぜこの「永久告示録」という法規が法学とかかわりをもつのか、と云えば、それは、この時期以後の有力な古典期法学者たちが、「永久告示録」という制定物の各法条に対して私的にコメントをくわえることによって、法学のレベルで、法の内容を、精密に、ワイドに、しかも改良をくわえるかたちで展開していったためである。ここの法学者のコメントを私的にまとめあげた「告示註解」というタイプの書物は、もちろん、法規としての効力はないが、実務法学の集積体として、法実務においては事実上大きな影響力をもつまでになった。なお、法学者は、もともと、共和政時代の法務官の法律顧問としての裏方の役割をひきうけてきた実績があるので、このように有力な法学者が、後代のいわゆる「権威

的著書」のジャンルに属するような、告示（法律）へのコメンタール本を公けにすることには、それほど抵抗はなかったように思われる。

⑦「解答権」…共和政時代のローマの社会で権威というものを身に備えている人物の一人である法学者は、日常の在野の活動の一環として、助言を求めてくる人々（私人や公人）に法的な問題に対して（事実の有無については問題にしない）、解答（いわば鑑定）を与える仕事を日々行なっていた。彼らの解答は、タテマエ（理論）上は相手方の心情や行動を拘束する性質のものではないが、それでも、現実には（ホンネ上は）、その解答は相手方によって受け入れられ、相手方が法学者の教え示すところに自発的にしたがうかたちになってくる。ところが、元首政の創始者であるアウグストゥスは、有力な法学者（その人々の名はかならずしも明らかではない）に対して、自身の絶大な、超級の、元首としての権威を背景としながら彼ら法学者が解答を行なう、という特別の地位を与えることになった。ここにきて、「解答を与えることができる、という事実上の地位」は、「解答する権利のようなもの」へと昇格し、それまでのホンネとしての解答活動は、いまや解答をうけとる人の動きを事実上拘束する力をいっそう強めることになった。このような状況のつまかさねののちに、生身の法学者の解答だけでなく、その解答のコレクションとしての、各法学者の著作までもが法の力をもつまでにいたり、ここにタテマエとしての強力な拘束性が生みだされる。比較法史上独特の地位や役割をもつ「学説法」というものが、その最終的な成果である。たんなるホンネが先行して、やがてタテマエに昇格する現象がここにも見られるわけである。

⑧「法学説」…法学者が提示する法学説は、實際上（ホンネ上）尊重されるが、反対意見が存在することがふつうである以上、それは相対的な価値しかもたない。通説でも有力説でも、理論的には同じである。もしこのような状況を「ホンネ（事実的存在）」と規定することが許されれば、「タテマエ（法的存在）」に相当するものというのは、「法学説がそのまま法規の扱いをうけること」となつてこよう。ローマには、比較法史上ほとんど類似例がないほど突出した「学説法」の制度がある。元首政（帝政）時代には、民法典というようなものがなく、法実務が、もっぱら法学者の学説を参考にしながら、判例法スタイルで展開されていたために、法学説が、ねりあげられ、司法に十分対応できるテクニックにまで高められていたことが、その背景にある。

四二六年にテオドシウス二世とワレンティアーヌス帝は、一〇〇年まえの三二一年の段階で、コーンスタンティヌス帝が裁判所において援用（引用・利用）される法学者の学説（個別問題についての学問的

見解)の効力について一定のルールを定めていたあとをうけて、以下のような、一歩すすんだルールを設けた。パピニアーヌス、パウルス、ウルピアーヌス、モデスティーヌス、ガイウスの著書、および、これらの高名な法学者が引用している他の法学者の見解のうちで、正しい引用と確認されたものに、法的な拘束力が付与されることになったのである。もちろん、学説の対立はごくふつうに生ずるので、学説が一致しないところでは、相対的に多数の意見が裁判官にうけいれられ、意見同数のときにはパピニアーヌスの意見が優先し、たまたま彼の意見がないときには、裁判官の自由裁量により意見が選ばれて、これが、具体的な裁判規範として、法廷で採用される。このようにして、一定の枠内・条件においてであるが、法学者の学説そのものが法としての効力を認められるようになった。紀元前後の時代に、特定の有力な法学者について「解答権」が元首(皇帝)から認められて、法学者が公けの世界にはじめて公式に足をふみいれるようになったのであるが、ここにきて、法学者個人のたんなる学説は法源の一翼を形成するところにまで昇格したのである。この流れは、のちに、ユースティニアヌス帝によって編纂された『市民法大全』のうちの『学説彙纂』において、そこに採録された法学説がストレートに法規として扱われることによって完結する。「ローマ法は法曹法である」としばしば言われるが、実質的(ホンネ的)にはもちろんのこと、形式的(タテマエ的)にも、法学者の業績が法規の扱いをうけるようになったところに、ローマ法のユニークさが認められる。

⑨「形式準拠型の体系的な物の考えかた」と「実質本位の具体的・即物的・即応的な(カジュイスティックな)物の考えかた」…大陸法系に属する日本の法にとりくむ日本の法学(学説法学・実務法学)は、民法法にかんしては、民法典という、がっちりとした体系とのかかわりのなかで、理論を展開していくのが原則である。もちろん、民法典は万能の存在ではない。時代性に制約をうけているだけでなく、そこにはもともと空洞や割れ目・裂目が存在するだけではなく、時とともに破れや乱れも生じてくるからである。もっと根本的に言えば、法文の解釈にも、法文の扱い手である法学者や裁判官などの、そのときどきの解釈論(いわば哲学)が、色こく投影されている。しかも、それは時代の流れのなかでそれなりにゆれうごく。そのようなわけで、現代の日本では、タテマエ的思考に属する「体系的(システム原理にそくした)な物の考えかた」の前者と、ホンネ的思考に属する「具体的・即物的な物の考えかた」の後者が、いわば主と従の位置関係にたちながら、たがいにフィードバックをくりかえすかたちで、展開されている。ところが、ローマでは、その位置は逆転しており、さきのホンネ的思考が主で、さきのタテマエ的

思考が従になるというかたちになる、と見てよいように思われる。これは、ローマ人が、実際的な、プラクティカルな物の考えかた・動きをする特性をもっていたことと関係がある。そして、ローマ法学者も、ローマ法も、さきのホンネ的思考によって支配されている部分が多い。もちろん、法というシステムに形式性が本質的に内在している以上、ローマの法学者がアド・ホック型の対応をしているといっても、それなりの体系のなかに個々のうけとめかたを投影させながら、考え、処理していたことは当然である。中世以降の後代の法学は、ローマ法学者の無数の実績のなかから、背後に隠れている体系的思考を抽出することによって、ローマ法から多くの示唆をえることになったのである。なお、ギリシア人は、一般的に理論を主んずる人々であったので、法にとりくむさいにも、ローマ人の場合とは逆の構造になってくるのではなかろうか。ところで、河上正二氏が、翻訳書でもある、O・ペーレンツ著『歴史の中の民法』（日本評論社・2001）のなかでの補講2「サビニアナとプロクリアナ」のところで、そのペーレンツ氏の諸説もとりいれながら、元首政初期の古典期に生まれたサビーヌス（カッシウス）学派とプロクルス学派という二つの学派が、それぞれの法学方法論のありかたをめぐる、派全体として、対比・対立・対抗関係にたっていた、とする見解を提示されている。これまでのローマ法学界の定説・通説では、両派の個々の法学者が、具体的事案に対応しながら、ケース・バイ・ケースで解釈のスタンスを定めて、それぞれまちまちに見解をうちだしているだけで、学派単位でまとまった動きをしていた、とまでは考えにくい、というあたりに落ちついていたので、この主張は重要な異論となっている。この新しい理解のしかたを筆者なりに分析すれば、プロクルス学派がタテマエ論に重点をかけるグループで、他方、サビーヌス学派がホンネ論に重点をかける学派ということになる。本項はそういった問題提起をヒントにしてたてられたものである。

⑩「中世のローマ法学」…東ローマ帝国中興の英主・ユースティニアヌスにより、『市民法大全』という国家法規の中核の一つとして、まったく独特のかたちでタテマエ性を完璧に付与された古典期法学の成果（学説法）は、西ローマ帝国の領土が、あらたなゲルマン人の侵入によって大部分を奪われてしまったために、そこでは活躍の場をせばめられてしまう。ゲルマン人の多くは属人法システムをとったので、支配下に組み入れられた旧ローマ市民のもとでは、ローマ法が生きのびていたが、東方のローマ帝国の場合とはちがって、国力が大きく低下した西方のローマ帝国では、法そのものが弱体化してしまっている。一方、東ローマ帝国では、最終的にはギリシア語訳のかたちで、『市民法大全』

は、さらに一〇〇〇年ほど生きのびることになる。ところが、西の方では、時代が中世にうつった一二世紀のイタリア・ボローニャにおいて、あらたにつくりだされたボローニャ大学に活動基盤をもっていた、いわゆる「註釈学派」の人々は、古典期法学（とりわけ、『学説彙纂』）の成果が、イタリアの都市国家であたかも現実に適用力をもっているかのように扱い、これは再び神聖なタテマエとして高くかかげられる。この学派は、古代ローマの法典資料を読み解くことに没頭する。しかも、「市民法大全」への取組みは、これを「書かれた理性（ratio scripta）」とうけとっているほど、構成盲従的な姿勢によるものであった。しかし、およそ一〇〇〇年後に、同じイタリアで生まれた、註釈学派のあとに登場した第二世代の知的集団にあたる註解学派は、先代の註釈学派の、いわば学問的な業績をベースとして、イタリアの都市国家という実社会でローマ法学の叡智を法実務に役だてる試みをはじめた。つまり、註釈学派は、タテマエ（学問）的に研究しただけであるが、註解学派は法の体系をホンネ（実用）的に利用する方向にむかった。このようにして、「ローマ法のルネッサンス」が、名（タテマエ）実（ホンネ）ともに、「一二世紀のルネッサンス」の大柱のなかで、名実ともに見事になしとげられたのである。

⑩「人文主義法学」…人文主義法学は、註釈学派と註解学派につづく、第三の、ローマ法にかかわりをもつ学派である。前の二つがイタリアの都市国家ボローニャを中心にして展開されたのに対して、これは、一六世紀にフランスの地ではじまり、一七世紀に、宗教的な対立にからむ法学者迫害の結果として、その法学者のうけいれ（亡命）さきであるオランダに中心を移すことになった学派である。前の二つが、学問風と実務風とのちがいをもっているが、それでも、ユースティアーヌスの立法成果をそのままタテマエ（法のモデルないしは現行法規）のようにならうやうやくうけとめたところに共通点があるが、一方、この人文主義法学では、その過去の壮大な立法成果をたんなる歴史資料扱いとし、クールで批判的な眼でそれを分析することまでもあえて行なったところに、前の二つとは質的にちがう面をもっている。ここのところは、その派の学者たちが、文化そのもの（ホンネ）の探求をめざしたことのあらわれ、とうけとめておこう。ところで、私たちにとっては比較的近い一八八〇年代以降における世界のローマ法学は、ローマ法を、実務的意味をもつものとしては、もはや問題としなくなり、ローマ法をめぐる純粹の歴史研究に没頭しているわけであるが、この流れは、もとをたどれば、六〇〇年以上も昔の人文主義法学につらなる。二一世紀以降には、ローマ法の叡智を実用性、実務適応力という観点からそのままうけとめるような

ことは生じないであろうから（ヨーロッパがほんとうに一つの法連合体になるような時代がくれば、統一法の発想にローマ人の叡智がうけいられる可能性はないわけではなかろうが）、ローマ法は、これからは、たんなる歴史的存在として記憶にとどめられるだけのものとなろう。それでよいのである。

⑫「普通法と特別法」…先進的な外国の法をかなりの範囲において継受し、それを一般法・普通法（*jus commune*）として設定する措置がとられ、その一方で、土俗的で土着の、十分には磨かれてはいない固有法が特別法の位置におかれる、という事態が生じているところでは、それらのあいだで、実質上、法としての格＝品質のちがいが歴然としているために、後者の特別法は、パワーを発揮することができず、ホンネ（実態）においては、スケールの大きな普通法に圧倒されてしまいがちになる。一般論（タテマエ論）としては、特別法が、補充的な位置におかれている普通法（一般法）に対して優位にたつ構造になるはずであるが、それは原理論・原則論上の話であって、特別の事情があるときには、この原理・原則は修正される。以上は一般的な考察であるが、これと一部似たところもある歴史的現象が一五～一六世紀のドイツに見られる点を指摘しておかなければならない。ドイツの普通法は〈*Gemeines Recht*〉と名づけられるが、これは、西洋法史において、とくに重要な学問的概念となっている。一二世紀以降にイタリアに再生したローマ法は、実体においては、古代のローマ法学者の法学識が結実したものとして、「学識法」に相当するのであるが、これは、古代ローマ法の技術それ自体やそれをそれぞれの時代にマッチするよう加工していく実務のルートと、世俗権力として顔ももつ教会の法（教会法・カノン法）の実務というルートが合体したかたちで、ヨーロッパの大陸部分の諸国家へと、ゆっくりと浸透していく。これが広い意味における「ローマ法の継受」という現象である。古いゲルマン民族の国家としての特徴を強く示していた、いわば後進的なドイツ（神聖ローマ帝国）がローマ継受の最大のうけ皿となる。一四九五年の帝室裁判所令第三条には、「帝国普通法に依拠し、各領地および各裁判所の堅実で適切かつ公正な慣習及び条例であって明示されているものにも依拠すること」とあり、適用法にかんしては、「適切かつ公正」であって、しかも、「明示されている」状態にあるものならば、地方特別法（慣習および条例）でも、利用（援用）することが可能である、という仕組みになっていた。そのさい、「例外的なものは厳格に立証しなければならない」という公理のようなものによって、特別法を準拠法として用いようとする当事者は、その特別法存在と効力をしっかりと立証していくことを求められる。その証明の存否を

判断する役割をもつのがさきの普通法を扱う帝室裁判所の裁判官であったのであるが、中立の第三者ではない彼らは、どうしても普通法の適用に有利な動きをするので、特別法は、いっそう小さな存在におしこめられてしまう。各地方の特別法というものが、地域的にもまちまちであり、いろいろな部分で分裂していた、という弱点もここでは大きく作用した。このようにして、法（ローマ法）の継受は、実務における優遇的な取扱いも作用して、ドイツで制度上確立されたものとなる。

⑬「ドイツにおける法（ローマ法）の継受」と「パンデクテンの現代的慣用」…外来の法システムや法の発想を総体的に受容する、という「継受」が完全に成功すれば、継受のうけ皿となった国家の法は継受法一色に染まっていくことであろう。しかし、継受には強引さもつきまとうのがつねであるので、これに対する自律的反動やドイツの地域固有法側からの反撃も生じてくる。「パンデクテン（ローマ法・ローマ法学識）の現代的な（当代風・当代むけの）慣行（利用）」という現象がこれであり、ドイツでは一六世紀中ごろから一八世紀中ごろにかけてゆっくりと展開されていく。実務上のさまざまな問題にとりくむ過程で、タテマエ（理念）としての「継受」がホンネ（実務）としての「慣用（ドイツの地域固有法と同化していくかたち）」によってほりくずされていくプロセスがここにある。ここに来て、ローマ法は、ローマ法とドイツ法との中間にあって妥協点をさぐる「パンデクテンの現代的慣用」の手法を通して、手ざわりも使い勝手もよいドイツ法へと変身していく。ここまでくれば、これは自然現象のようなものであって、ふつうなら、これで、中世の註解学派の時代からスタートした実務対応型の研究スタイルについては、一つのサイクルが完結するが、しかし、ドイツでは、こういった、いわば自然の流れへの反撃、というかたちで、ローマ法の集大成である「市民法大全」の成果をとびこして、実に一六〇〇年以前もまえに存在した、純粋なローマ古典法（タテマエ）へ回帰しようとする、という独特の現象がおこる。歴史法学派がその主役となった。歴史にたえぬいたローマ法学の強靱さがここに見てとれるわけである。歴史法学のタテマエ性は、そのつぎの時代のパンデクテン法学によって、最高水準にたつする。なお、一八八〇年代以降には、ローマ法の歴史的研究が再開されるのであるが、これで、さきの時代に展開されたタテマエ中心の研究が、純歴史研究というホンネ中心のものへとたちもどることになった。現代のローマ法学はその流れをうけついでいる。

⑭「歴史的ローマ法」と「自然法」…自然法の考えかたを中心にすえて法学をつくりあげたのは、一七世紀から一八世紀にかけてヨーロッパの各地で有力となった自然法学である。自然法は、眼に見える実定法と

してのローマ法とは、タテマエとホンネの位置関係にたつ。それは、自然法が想念・観念・論理（いわばタテマエ）により体系的に編みあげられる、という面に注目してのことである。もっとも、実質（ホンネ）に注目すれば、自然法のある部分は、ローマ法の発想や法理念のなかに散在する自然法的な要素をくみあげてつくりあげられている部分もあるので、自然法というものは、実在的な（ホンネ的存在としての）歴史的ローマ法とまったく無縁なもの、というわけではない。ついでに言えば、タテマエの法としての自然法は、一八世紀の、ヨーロッパ各地の自然法的な法典群の編纂をリードし、一方で、ホンネの法としての歴史的ローマ法は、つぎの一九世紀にドイツ民法典を生みだす原動力となった。どちらも、現代ヨーロッパ法の母胎なのであった。

#### （VI）法一般 ①～⑩

①「法」と「権利」…日本語では「法」と「権利」はべつの表現になっているが（英語でも、<law>と<right>という、べつの対応方式になっている）、これに対して、ラテン語の<jus>[ユース]は、独語の<Recht>などの場合とよく似たかたちで、「法」も「権利」もあわせて意味する。「法」が客観的・総合的存在であることに着目して、これを「タテマエ」と位置づけ、「権利」が主観的・個別的存在であることに着目してこれを「ホンネ」と位置づけることも可能なのではなかろうか。現在の大陸法系の国々においては、法典を筆頭とする成文法・制定法がまずその前提としてきちんと存在し、それを源として権利が流れでる構造になっているのであるが（もっとも、最近になって注目されるようにもなっている自然権という発想は、その枠から大きくはみだしている）、ローマでは、英米法系の国々においても現在見られるように、狭い意味における法（法規＝成文法・制定法）をかならずしも前提としないかたちにおいても、権利が実体として存在するようになっこうになっている状況が、伝統的にある。ここでは、タテマエが主で、ホンネが従といった上下関係は、かならずしもきれいにはなりたってこない。

②「法」と「習俗（慣習・慣行）」…比較法的な見地からすれば、ローマという国家は、法と習俗との分離を、建国以後、比較的早い時期に生じさせたところに特徴をもつ。法を定型的な規範（タテマエ）とすれば、習俗は無定型で流動的な規範（ホンネ）という位置づけになる。もっとも、独立的な規範としての法は、習俗を圧倒するまでにはいたらず、主と従、表と裏の間柄にたちながら、習俗とは、ゆるやかな、からみあいの関係をたもちつづける。社会規範の一つとしての習俗は、典型的な社会規範としての法より先行しており、初期のローマ法の制度には、習

俗にルーツをもつものが数多く存在する。そのいくつかは、法典としての一二表法のなかに流れこんで、正規の法制度となった。タテマエがとりしきる法の世界に対して、ホンネとしての習俗が一定の位置を確保しているのは、五年ごとに選任される二名の戸口調査官が自由裁量で専決的に（つまり、まったくのホンネ・スタイルで）とり行なう習俗監視の任務である。とりわけ上層部に属する人々が、不必要な土地譲渡、不十分な財産管理、度のすぎた出費などの挙動に対して、不利益処分を科すことが、その内容である。現代流に言えば、世間の常識・良識に反する行為は、法にふれなくても、習俗にふれる、というわけである。これらの動きは、結局のところ、所有権の絶対性への修正となる。ところで、ローマも後期になると、旧ヘレニズム世界がローマ帝国に編入されたこともあって、その地域に根づいていた法は、慣習法として、ローマ法の枠組のなかにもうけいれられるようになる。そして、ローマ法史の最終段階においては、慣習法は、制定法と同視されるのであるが、この段階で慣習法はタテマエへと昇格するのである。

③「擬制と模倣」…擬制というのは、ホンネ（現実）では存在しないものを、タテマエ（取扱）においてあたかも存在するかのようにして、それに法律上の効果を生じさせるテクニックであり、これは、推定（*praesumptio*）が、それへの反証が成功すれば、崩壊してしまうのにくらべると、はるかに強力な存在である（もっとも、現代の刑事問題における「無罪の推定」はかなりのパワーをそなえているが）。無から有が生ずることも可能だからである。歴史的に見れば、法的なものの考えかたがある程度までの水準にたつと、この擬制のテクニックが妙味のある手法として開発されるようになる。現代日本の法制のもとにも、これはもちろん存在する。ところで、前八〇年ころに、軍事的実力者であるスッラにより制定されたコルネーリウス法（*lex Cornelia*）において、重要な擬制のシステムが考案された。ローマ市民兵士が敵の捕虜となったときには、その者は、その時点で、敵国の奴隷となってしまうのであるが、もしその者が奴隷状態のまま外地で死亡したとき、その者が出征前や戦地で作成していた遺言はまったく効力をもたない。自由人市民しか市民法上有効な遺言を作成することはできないからである。法理のうえで不利な扱いを受ける気の毒な市民兵士を救済するために、将軍として時の権力者の地位にまでのぼりつめたスッラは、自身の制定した法律によって、兵士が死亡するまでずっと市民権を保有していたものと擬制して、その者の遺言に効力を認める、という優遇措置を開発した。ホンネ（現実）においては資格のない者をタテマエ（擬制）において有資格者扱いとしたわけである。また、同じような発想の産物として、帰国権（*jus postliminii*）

の制度がある。捕虜奴隷となっていた元市民が幸いにもローマの法世界へ生還してきたときには、捕虜状態のなかでもずっとローマ市民としての権利を保有しつづけていたように扱われ、そのまま、もとの法的状態にもどれるのである。ところで、擬制は、ホンネとタテマエを最大限にかけはなれた状況におくものであるが、仮装的に（タテマエ的に）ある行為を模倣しながら、実質的に（ホンネ上）はニュー・タイプの制度をつくりだしてしまうのは、「嘘のつきかた」が擬制の場合ほどひどくない手法である。訴訟の形式をそのまま借用した「法廷譲渡」という権利譲渡の方法（[I] 部門第六章第五項（IV）（3）②：p.102f.を参照）がその好例である。また、物権法がらみのもので、プーブリキウス訴権という強力な擬制の手法がある。強力な原始取得のタイプである使用取得（取得時効）が完成されるまえの段階にある者に対して、時効を完成させる期間（一年ないしは二年）が現実にはまだ経過していないにもかかわらず、それが経過したものと擬制して、その者の地位を外部からの攻撃から保護してやるシステムが、これである。なお、法上のテクニクとしては、所有権を正規のかたちで譲渡されている者でも、タテマエとしての所有権というものの証明にはなにかと手間がかかるために、擬制を軸とする、このプーブリキウス訴権によって自身の地位をとりあえず防御するよう試みられることもある。

④「聖と俗」…古い時代の国家であるローマでは、もともと、宗教的なもの（聖なるもの）が社会全体をおおいつくしていた。神の法というようなものがまずあり、また、人間と人間とのあいだになりたっている俗世界での関係のなかにも、神との関係がはいりこんでくる、という考えかたのもとに、人間は昔から神とのかかわりを意識して生きていた。ローマの宗教は、ローマ中期にあたる紀元後の時代から、キリスト教とのからみあいのなかで展開していくのであるが、ローマ古来の宗教は、キリスト教が公認されたあとにも、社会制度や人の心情のなかに長く生きつづけた。ところで、聖なるものは、不動・不変であるので、その特質に着目して、「タテマエ」性をおびるものとしておこう。これに対して、俗なるものは、自由・自在に動き、変化する。「ホンネ」としての身軽さがここにある。ここで、聖と俗がタテマエとホンネの関係にたつてでからみあう事例を一つあげておこう。ローマで最初の民事訴訟手続として、「神聖賭金による法律訴訟」というものがある。原告と被告の双方が、たとえばある物の所有権を、神のまえで「自身のものである」というような宣誓をしあうかたちで、それぞれ主張しあうとしよう。訴訟での審理によって、敗訴した側は、結果的には神にうそをついてしまったことになる。どちらかが敗訴することになるのがふつうであるが、

こういったとき、敗訴のために神から罰をうけることがないように、双方があらかじめ神聖賭金を法廷にさしだしておき、負けた方はその賭金を償いの気持をこめて神（神殿）にさしだす（勝訴した側は、賭金をとりもどす）。これがタテマエである。この情景は、聖なる世界の出来事であるが、やがて、訴訟にまつわる宗教色は色あせて、訴訟は俗界の出来事となり、神聖賭金は訴訟費用を国庫におさめるほどの意味しかもたなくなった。これは、ホンネの世界の出来事である。

⑤「強行法規」と「任意法規」…前者は、タテマエ性（理念的な、法としての強行性）をもつ法規で、このタイプのもは、ある意味では、法規のモデルないしは理念型となるものである。一方で、後者は、ホンネ（当事者の合意条項）にしたがって自由に内容を決定するさいの目安になるような、軟らかく、軽い法規＝ルールである。ラテン語の法格言として「公けの法は私人の合意によって変更されることはできない。」（パピニアース：[B]部門の<1543>の格言）というものがあるが、この「公けの法」を近代法の流儀で「公法」と読むと、少しニュアンスがずれてしまう。むしろ、「私法面での強行法規」のことを指すものとうけとっておくべきであろう。強行法規に相当するような規範が親族法や相続法の分野で見られるのは、ある意味では当然のことであるが、ここでは一つだけその例をあげておこう。「誰も、一部については遺言で、一部については無遺言で、死亡することはできない。」というルール（法）があるが、現代的感覚からすれば、遺言相続と法定相続が混用されることに決定的な難点がないようにも見られるが、ローマ人は、家と祭祀が不可分のものであり、相続が一体的になされることを重視して、このようなルールを設定していたのである。

⑥「完全法」と「不完全法・不完全法」…こういった区別はすでにローマ人も知っていたところである。完全法というのは、現代の法律の場合のように、違反行為に対して、その行為の無効をストレートに結果としてみちびきだすタイプの法律のことで、強制力・拘束力をそなえている点で、タテマエ性が強い。これに対して、不完全法と称されるものは、問題となっている違反行為それ自体はひとまず有効と扱うが、それに対して罰を設けているものである。無効扱いを一種の事前規制型（タテマエ型）とするならば、いったん有効としておき、罰を科すようにすることは事後規制型（ホンネ型）になってくる。そして、三つ目の不完全法の場合、違反行為それ自体は有効とされるだけでなく、罰も課せられず、法律としての形式（タテマエ）上の力は弱くなる。しかし、現場（ホンネ）においては、実務家としての法務官などが訴訟の場で、抗弁を付与するなどのかたちで、違反行為に実効性を与えないよう強力に圧力をか

けることもあるので、不完全法でしかないことを額面どおりに（タテマエどおりに）うけとることはできない。また、日常の法律行為の一つにおいても市民法（タテマエ）上は有効と扱われるが、法務官が各種の措置によって、実質上（ホンネ的に）無効と同じような効果を結果的に引き出すテクニックが法務官の手で開発された。強迫とか悪意とかが介在したときの扱いがそれである。時代的には、完全法は後の時代（前二世紀以降）にはじめて生じた。その後この完全法は法律の原則的なタイプとなる。この流れは現代にまでつづく。

⑦「無効」…物権法上の効果をもつ譲渡禁止に違反して行なわれた譲渡は無効で、所有権に移転しないが、債権法上の効果をもつ譲渡禁止に違反して行なわれた譲渡は有効で、所有権は移転する。しかし、譲渡人は、譲渡禁止によって保護をうける者に損害賠償をする義務を負う。さきに示したように、無効扱いは、根本のところでは処理をする、という意味で、タテマエの世界での出来事である。近代の法理論では、無効と取消が概念上岐別されることが多いが、ローマ法では、現場の人である法務官が法の運用にからんでくることもあって、両者の間柄には微妙なところもある。「無効」と言えば、ここにはタテマエ・ホンネ論で説明できる部分がある。現代の日本においても、裁判所（タテマエのとりしきるお上の世界）へと無効をはらむような事案がもちこまれると、そこでは問題なく無効扱いがなされ、一瞬にして決着がつくが、しかし、社会の現場では、無効なことなのに、関係者が、いろいろな事情から、そのまま有効扱いにしておき、無効状況が社会的現実として、堆積し、事実上存続する余地を与えられる、というケースも少なくない。つまり、ここにおいては、ホンネ（現実）においては無効なものも十分に有効なのである。「無から有は生じない」というのは、タテマエ（理屈）の上での真理ではあるが、この世のホンネ世界においては、その無にもそれなりのポジションがちゃんと与えられているわけである。ところで、無効というのは、根源のところでは効力を奪いってしまう制度なので、タテマエ性が強力である。これに対して、取消、原状回復、損害賠償請求などの制度は、ホンネ（現実的対応）において、無効の場合と同じような働きをするものである。ローマ法では、後者のホンネ的対処がかなり発達しているが、これは観念的なものよりも具体的なものに興味を示すローマ人のやりかたなのである。

⑧「許されている(licitus)」と「立派な(honestus)・ひかえめに(市民らしく)(civiliter)」…ローマ法には「自身の権利を用いる者は、誰も、悪意で行動するものとは見られない。」という格言的命題（法文の格をそなえている）がある。これは、タテマエ（文言解釈）的に読めば、

権利の行使には、濫用というものが生ずる余地はないことを意味している。権利というものが、外向きの、もともと攻撃性もはらむ存在なので、それを最大限保障するとなると、相手方から濫用とうけとられてもやむをえない権利行使の行動までも、認容される（許される）のであろう。権利中心に組み立てられたローマのような国家ではこのようになるのは自然であるが、一方、義務にかなりウェイトがかかっているかたちのシステムをもつ国家においては、そのような発想はすんなりとはうけいれられない。現代の法先進国では、ホンネ（実態・実情・具体的公平）の見地から、「権利の濫用は許されるべきではない」という状況が確立されているが、実は、これはローマ法が後の時代になってようやく到達した境地でもある（詳細については、[A]部門第二部第五章(D): p.68ff.を参照）。ところで、表題の<licitus>は「合法的な・適法な」を意味する形容詞で、<honestus>は「立派な」を意味する形容詞であるが、前者がタテマエ色をもったキーワードであり、後者がホンネの色を持ったキーワードである、とひとまず見ておきたい。<honestus>に「立派な」という日本語をあてるとニュアンスはうまくうけとめられないが、これを「道理・条理・理にかなった」というように読みかえてみれば、もう少し事態ははっきりしてくるかもしれない。ついでに言えば、<Summum jus, summa injuria.>「最高の正は、最高の不正（である）」という有名な言い回しも、このようなラインで、「正しいものにもそれなりの限界・限度がある」というように読むことも不可能ではない。一方で、<civiliter>という表現は、「役権は市民らしく（ひかえめに）用いられるべきである。」（[B]部門<3381>）という表明した法格言のなかに見えるものである。これを「大切に」と訳すか「控え目に」と訳すかでニュアンスに微妙なちがいがあがるが、いずれにしても、地役権という、承役地の所有権者に対して重大な制限をくわえる性質をもつ役権の行使にあたっては、ホンネ（現実）の問題として、市民としての節度が求められることがとくに示されているのであろう。ここを「公序良俗に反しないかたちで、良識にしたがって」とまで訳すのは少し大げさかもしれないが、「非常識と言われることがないように」というくらいの訳をあててみれば、意のあるところをおくみとり頂けるであろう。

⑨「危険（リスク）」と「現実」… Aの土地に存在する建物が倒壊するおそれがある（ローマ市の中心部には、4階くらいの高層の木造住居が多くあったので、このような状態はごくふつうに生ずることであった）、B所有の隣接する土地に倒壊の危険がせまるような状況が生じた、というとき、被害者になるかもしれないBは、問答契約のスタイルにより、そのAに、将来に生ずることが予想されている損害を賠償する義務

を負うことをあらかじめ事変にそなえて約束させておく手をつかって、予防策をとることができる。現代においてなら、このような用心は、特別の保険システムを開発していかないかぎり、現実の問題としては、有効なかたちではできず、どうしても、損害発生後に損害賠償を求めるかたちの「事後救済型（ホンネ型）」の流れになってくるが、ローマでは、「事前規制型（タテマエ型）」の措置が生活の知恵としてあみだされていた。それほどまでにローマの都市部の相隣関係はきびしかったのである。ところで、法務官がこのプロセスにからんでくる場合もあるが、そうなれば、事態は純民間の問題ではなく、公けの問題にもなっているわけである。法務官がつける最終決着は、Bに、トラブルの根源であるAの土地の所有権を取得させてしまうことである。これほどまでにおそろしいお上の措置がひかえている以上、AはBに、あらかじめ、事変にそなえて、損害賠償を正式のルートで約束しておくことはさけられないところである。筆者の理解では、可能性としての危険はタテマエ、現実の倒壊はホンネという位置関係になるが、タテマエにのっとりた処理スタイルは、ホンネにのっとりた処理スタイルよりも、被害者の保護という点で、高級なテクニックとなろう。また、ある人が道路に面する自身の家屋に、通行人などに危害をおよぼすような物をおいたり、つりさげたりしているとき、現実の問題としてはまだ危害が発生していなくても、そういった危険状態を放置しておく、といった行為に対し、所有権者を相手どって、市民の誰でも定額の罰金を求める訴権を保有する。このような行為は、講学上、準不法行為と位置づけられている。これも、危険（タテマエ）それ自体をターゲットにした扱いである。

⑩「**衡平**」…イギリスの法において「**衡平（エクイティー）**」がもっているほどきっぱりとした法価値のイメージは、ローマ法のなかには認められないと言ってよいように思われるのであるが、それでも、バランス（平衡）感覚、利益・危険のリーズナブルな配分、信義誠実、よい慣習、具体的妥当性などの見地から、タテマエ（正規・正統、法規、定型なもの、形式・儀式）に修正をくわえるホンネ的なかたちが制度の各所に見えている。これらは一種の衡平重視のあらわれである。市民法に対するものとしての名誉法は、広い意味における衡平法の性格も強くもっている。この点で、古代のローマ人は、はるか後代のイギリス人とも似たフィーリングをもちあわせていたことになろう。

⑪「**方式（形式・要式）行為と無方式行為**」…前者にはタテマエ性が強いが、後者にはホンネ性が全面にでてくる。任意の文言を用いて、口頭もしくは書式で、また、代理人を通じて、そのときどきのしきたりやニーズにあわせて自在に動く、人間の法的な行為・行動は、生の事実で

あり、ホンネの集積体である。法というタテマエが開発されると、そのなかに方式・形式・要式がセットされ、人はそれをうけいれながら動く部分が生まれてくる。古い時代のローマ人も、他の民族の場合と同じように、儀式的な行為をとり行なうことを、法的拘束を生みだすさいの必須の要件としていた。そのタイプの行為の極致は、所定の文言を口頭でのべ、しかも所定の動作をあわせて実行する、というものである。しかし、方式・形式・要式は硬直化しやすい性質をもっているため、時代の動きに十分には対応できない。その間隙について、無方式行為が必要上さまざまな分野で自然に編みだされてくる。物権法関係のものとしては引渡が、そして、債権法関係のものとしては、諾成契約が、その代表的な制度である。ローマ法は無方式自由な世界で多くのものをうみだした。これは、使い勝手がよかったこともあって、ローマより後の時代の制度へとつながっていく。

(Ⅶ) 人にかんする法 ①～⑱・婚姻関係の ⑲～㉓・相続関係の法 ㉔～㉖

\* (Ⅶ) の第一部門である「人にかんする法」というテーマに関する問題については、[H] 部門第一章「人のかたち——タテマエとホンネの視点から」: p.15ff.の個所で、かなり詳細に論じているので、ここではその要点だけを記すことにしたい。

①「市民の地位」…ローマ市民であっても、市内に居住する市民と遠くはなれた属州に在住する市民とは、タテマエ（システム）上は、法適用の面で、同格での地位におかれるが、事実（ホンネ）上は、どうしても両者のあいだには、処遇の面で格差が生まれてくる。以上は地理的因子において見られるタテマエとホンネのギャップである。つぎに、身分的因子について言えば、もし、ゆるやかな意味において「市民は平等である」というタテマエ（原理）がなりたつと見たとき、貴族を頂点とする各身分のあいだの格差が、ホンネ（実態）において厳然と存在している。もっとも、その貴族身分というものはけっして封鎖的ではなく、低い身分から新しい血をうけいれていたもので、モビリティはそれなりに存在していたと見てよい。最後に、経済的因子について言えば、貧富の差はかなり大きい。ここにも、市民不平等という厳しい現実（ホンネ）がある。

②「完全な市民」と「ローマ市民権というものの内容を実質的に構成する地位や資格を個別的に付与されている者（特権保有外人）」…市民権の内容としては、公民権（民会において投票する権利、毎年の政務官職に自ら立候補する権利）や、提訴権（民会への提訴の手段をとること

によって、政務官の不当な権力行使から身の安全を守ってもらうさいのもの)などの公法上の権利のほかに、私法上の権利として、ローマ法上有効な婚姻を締結する権利(通婚権)、ローマ法上有効な取引を行なう権利(通商権)などがあるが、公民権などを除外したかたちの、制限付きの市民権を付与されている、劣格市民のような者がローマの周辺地域に存在する。彼らは、個々の、あるいはグループとして、通婚権と通商権を手にいれているので、実質上(タテマエ上)は、ローマ市民なみの処遇をうけている。ここで、そのように言うのは、れっきとした市民にとって、タテマエ(形)の上で立派な公民権でも、実質的には(ホンネ的には)それほど値打ちのあるものとはなっていない、という実情(ホンネ)を考慮したためである。公民権など与えてもらわなくても、利潤獲得のための通商権と、自身の子孫の身分(ステイタス)をローマ化することに役立つ通婚権をもっていれば、その人(外人)にはそれで十分なのであった。

③「家をめぐるとタテマエとホンネ」…「独立・対等の関係にある家」がタテマエで、「従属・不平等の関係になりやすい家」がホンネで、「市民団の基礎単位としてのしっかりとした家」がタテマエで、「解体・崩壊する傾向を示す家」がホンネで、「権利でぬりかためられた家」がタテマエで、「義務にも気づきづらさをえぬ家」がホンネで、「強力な家長のリーダーシップに服属する家」がタテマエで、「家長の威厳が下落しがちな家」がホンネである。

④「物としての奴隷」と「人間・社会人としての奴隷」…まず、法制(タテマエ)上、たんなる物(手中物の一種)と位置づけられている奴隷であっても、その者が、主人によって解放されて、自由人、しかもローマ市民となれるチャンスをそれなりに与えられている点を強調しておかなければならない。時間の契機を考慮にいれるなら、奴隷は、ホンネ(実像)としては、「自由人市民予備軍の性格を部分的にもっているもの」とも規定できるのである。つぎに、奴隷身分にありながらも、商才があったり、管理能力があったりする者は、主人から、いわばヘソクリのようなものとして、特有財産を与えてもらい、その特有財産の額の枠内においてだけであるが、自身の債権者に対して、結果的に、自ら責任をとることもできるので、一般市民と同じような行動(とりわけ広い意味における商行為)をすることが可能になっている。タテマエとしての権利能力はもちろんのこと、ホンネとしての行為能力ももたない奴隷がこのようにして社会の全面に一人の人間(社会人)としてたち現われることが可能なのである(なお、後代の西方のローマでは、制限されたかたちにおいてはあつたが、奴隷が権利主体となれるケースもあつたと

いうことである)。なお、この特有財産は、法制（タテマエ）上、主人に帰属するが、しかし実質的（ホンネ的）には、奴隷個人の私有財産のようなものである。よほどのことがないかぎり、主人はそのヘソクリをめしあげたりはしないであろう。そのようなあこぎなことをしなくても、主人が奴隷を解放してやるとき、奴隷から解放金（解放という恩恵への対価）をうけとるので、結局は計算上同じことになり、主人は得をするからである。

⑤「杖による奴隷解放」…これは、タテマエ（システム）としては、奴隷扱いされている人が、自身の本来の自由身分を回復するために提起される訴訟のかたちをとって行なっていく方式を利用したものであるが、ホンネ（実際の目標）としては、奴隷が主人によって自由人とされるさいにとられる、ごく日常的な手段である。ある人が自由人である、との主張がなされるさい、あえて反対主張をしない立場をとれば、その人は法廷という公けの場で自由人として扱われるわけである。仮装的な行為としての訴訟形式（タテマエ）は、このようなスタイルの奴隷解放が登場してきた当初は必須のものであったが、後代になると、そのタテマエ性は薄れて、公の場で主人が奴隷に杖で触れ、一方的に解放の意思を表明することで手続は完了するようになる。ここにきて、ホンネがストレートに表にあらわれてくるわけである。

⑥「被解放奴隷」…奴隷の身分から解放された奴隷は、ローマ市民となり、権利能力を保有する。システム（タテマエ）上では彼は立派な人間と扱われている。しかし、彼は、解放主である旧主人の保護権力のもとにいわば自動的にとりこまれ、さまざまなサービスを旧主人に提供していかなければならない。これが現実（ホンネ）である。しかも、これは、古来の習俗によって命じられてきたことであった。

⑦「法制（タテマエ）上、行為無能力者と位置づけられている家子」と「独立社会人としての家子」…ローマ独特の家構造によって、家子（とりわけ家息）は、成人しても、家長（父あるいは祖父）が生存しているかぎりには、その家長権の傘の下にかこいこまれた状況にずっとおかれる。原始的な農業社会においては、そのような閉鎖的なシステムでも問題を生じさせることはなかったが、物流の発展にともなって開放的な経済社会が生じてくるようになると、成人した家息が家長から一家の経営を実質的にまかされるような状況も生じてくる。この者は、行為無能力者扱いなので、資格（タテマエ）上取引の現場に一人前の独立人としてたつことはできない。せいぜい家長の「のびた手」として動けるだけであった。もちろん、ここには代理関係などまったくなりたない。やがて、社会の必要におうじて、特有財産が家長から家息に付与されるようにな

り、その枠内においてであるが、家息には、家長からはなれて、債権者に対して自らも責任を負いながら、独自に経済活動を取り行なうことが可能になる。つまり、特有財産は、法制（タテマエ）上家長に帰属する物であり、いつでもとりもどされる弱い地位にしかなかったが、実態（ホンネ）としては、本家あるいは自身の一家の経営を支えるための、家息＝個人の堂々たる資産なのである。このような抜け道ができてきたために、家息を独立させ、一家を構えさせる必要もなく、家長権という旧制度が温存されることも可能となった。家子冷遇のタテマエ（法制）を見ていただけでは、実情（ホンネ）は見えてこないわけである。ちなみに、家息を独立させてやる必要性が生じた場合には、家長権免除というちゃんとした形式（タテマエ）を利用する正規の方式もある。この家長権免除そのものをめぐるタテマエとホンネについては、あとの⑮を参照して頂きたい。

⑧「**タテマエ（法制）上劣悪な地位しか認められていない婦女（人の妻）**」と「**実質（ホンネ）上、存在感を示し、家長である夫ないしは夫の所属する家に対して事実上圧力をかける地位をもっている婦女（人の妻）**」… 婦女は、一般的に、自権者として一家を構えている場合と、他権者として家長に帰属している場合とで、ステイタスがまったく異なる点と、それから、婦女が婚姻に入るさい、夫（本人あるいはその家長）の保有する手権に服属するかたちになる場合と、実家における自身の地位を変更することもなく、現状維持型のスタイルをつらぬく場合がある点とが、婦女の婚姻問題の前提となる。これらは、事実関係（ホンネ）にすぎないローマの婚姻がもっている重要な法的側面（タテマエ）である。以上のような婦女の法的地位のありかたのちがいは無関係に、婦女は、婚姻に入るさい、ふつうは相当な額の嫁資（持参金）をもって婚家にやってくる。この嫁資はもともとの法理論（タテマエ）からすると、夫（本人あるいはその家長）の所有物となるものであったが、時代が下るにつれて、妻は、離婚するさい、その嫁資をそっくり婚家から引きあげてを認められるようになり、妻がその嫁資を将来の離婚などにそなえて婚家のもつて保全しておくことを可能にするための法的な装置がつぎつぎに開発されていく。その結果、嫁資を婚家において潜在的に（ホンネとして）保有している婦女（妻）は、夫の家にとって無視できない存在となっていた。

⑨「**権利能力と行為能力**」… 権利能力は人の出生とともに生ずるが、行為能力は、すべての人に与えられるわけではない。常識的に考えれば、成年（二〇才あたりにその時期を設定するものと一〇才を少しこえたあたりにそれを設定してやるもの）とが、歴史的に大別される）にたった

人に行為能力を認定するのが自然であるが、しかし、ローマでは、独特の家長制度があって、家長権に服属するかぎりは、家子（家の構成員）の行為能力は封印されるのが原則となっている。したがって、そもそも行為能力の有無などの問題が発生するのは、問題の人が家長権に服していないときだけである、という点が、話の大前提になる。権利能力が抽象的・観念的・静的な能力であり、行為能力が具体的・实际的・動的な能力であることに着目して、前者をタテマエ、後者をホンネと見たてることにしたい。奴隷について言えば、この者が、事実（ホンネ）として、人間（ホモー・サピエンス）でありながら、権利能力（タテマエ）を認められていないところに、べつの意味におけるタテマエとホンネの最大のギャップが見える。

⑩「事実上の形式にのっとった奴隷解放」…杖による解放、戸口調査の機会を利用した解放、遺言による解放は、正規の（タテマエ上の）解放行為であったが、そのほかに、証人の前で解放を意思表示をしたり（友人＝証人間の解放）、書面で解散の意思を通知したりすること（手紙による解放）などは、いわば略式のものであったので、正規の効果はそのような措置には与えられなかった。しかし、法務官は、旧主人が自身の奴隷を正規の方式によらずに解放をしたことを理由としてその者を奴隷身分にもどすことを目的とする訴訟を提起しても、その要求を認めることがなかったので、解放された奴隷は事実上（ホンネでは）自由身分をもつようなかたちになった。ユニーウス・ペトロニウス法（一九年？）は、このようなスタイルで解放された奴隷に完全なローマ市民権は与えずに、これを格下の植民市ラテン人の地位におくことにより、この事実上の自由を法上の自由にきりかえる措置をとっている。これにより、ホンネが部分的にタテマエに昇格したわけである。そして、最終段階においては、簡略な解放方式であっても正式のものと認められるところまで進み、そして、解放された奴隷は、市民となる。タテマエとホンネのギャップは、このように、ホンネ側の勝利によってうめられるのである。

⑪「宗族」と「血族」…家長権制度が確立していたローマでは、人が、家長権に服属しているのか、していないかで、その人のステイタスが決定的に異なる。宗族というのは、ある家長がまだ生きていと仮定したとき、その家長権に服属しているはずの、いわば、枝わかれした多くの世代の人々のことである。ここでは、血統上のつながりはかならずしも必要とはされない。権力構造上の、人のポジションに注目して、所属が決定されるわけである。宗族は、家長制という壮大なシステムをベースとする発想の産物なので、これをタテマエとしておこう。これに対して、

血統をベースとしてつながりあう、人のグループが、血族である。血統も、もちろんタテマエ的な存在の側面をもっているが、それでも、血＝血統は、リアルで、本質的なものなので、これをホンネ（リアリティー）としておきたい。ローマの相続法は、当初は宗族的な帰属を基準にして運用されたが、のちには血族的な帰属を基準とするやりかたもとりいられる。現代では、血のつながりがあるかどうか、相続のさい基本的に重視される。

⑫「養子」と「実子」…養子は、養親と血統上のつながり（ホンネ）をもたない状況のもとで、実子と同じポジションに入る人物である。つまり、この者は「タテマエ（名目）上の子」ということになる。成人した男子をもてななかったり、失ってしまった家が多かったので、養子縁組は、とりわけ上流階層のもとで、かなりひんばんに行なわれた。それに、家と家との政治的な結びつきを強めるためにも、養子縁組が利用されることもある。養子縁組によってもっとも大きな変化が生ずるのは、一家をなし、家長という立派なステイタスをもつ人が、養家において家長の地位を失ない、たんなる家子におちいってしまう、というケースである。一方、他権者養子の場合は、ステイタスに変化は生じない。

⑬「胎児」…自由人の権利能力は出生の時点から生ずる。懐胎されたがまだ生まれていない状態にある子は、まだなんらの権利ももつことはできない。これがわかりやすいシステムである。しかし、父（家長）の死亡後に生まれることになるはずの胎児（後生子）は相続に対して期待権をもっているもので、胎児は、すでに生まれているものと擬制される。つまり、胎児は、ホンネ（現実）においては生まれていないが、タテマエ（法上の取扱）においては生まれているものとの扱いをうけるわけなのである。胎児の利益を守るために保佐人がつけられるのは、そのためである。

⑭「生死の権(jus vitae necisque)」…ローマ法上もっとも基本的で重要な構成単位である家長が家の構成員全体に対して保有する家長権は、タテマエ（理念・観念）のうえでは、法の歴史上最強の強権の一つである。それは、自身の後継者となるはずの家子（息子）にも——成人した者にも——およぶ。「生死の権」というのは、「この者を生かすも殺すも家長個人の心しだい」という状況に関係する概念であるが、これはタテマエ（理論）的な言いまわしになってくる。しかし、現実（ホンネ）においては、かならずしもそのようにはなっていない。つまり、家長が、殺害権を濫用して、不当・不適切に家子を殺害したりすると、五年ごとに実施される戸口調査のさいに、最高位の政務官（公職者）である戸口

調査官がその措置のあとから介入してきて、家長に、実質的に、いわば社会的な、おそろしい制裁をくわえる可能性があるからである。もっとも、戸口調査官は裁判官ではないので、これは、法的制裁というわけではないが、戸口調査官による習俗監視のシステムが作動するのである。これによって、家長の行動には事実上それなりのブレーキがかかる、という巧妙な仕組みになっている。家長がどうしても家子を殺害して処断しなければいけないような事態が生ずれば、まともな家長なら、宗族関係にある身内の家長などを集めて、非公式に相談し、そのアドヴァイスにしたがうはずである。これは危険をさける生活の知恵なのであった。なお、共和政時代の戸口調査官がはたした役割は、元首政（初期帝政）には、元首によってひきうけられることになる。

⑮「家長権免除」…家長権免除は、家子が家長の権力からはずれて、家の外にでる、という法的効果を生みだす行為である。もともと、これは、家子の売却などの過程で、家長権免除の行為をしばしば行なった家長に対する懲罰の意味をもつ制度であったとも考えられる。この免除に効果を生じさせるには、家長が家子を「売却」する行為プロセスを三回も生じさせなければならぬので、ここでは、いったん家外にだした家子を買戻すような行為をそのつどしていることが当然に前提となる。家長が、家子をなんらかの目的（そのなかには、家子を手ばなすことによって経済的な利益をえることもふくまれる）のために、この制度を何回も利用したことを世間から問題視されて、家子から家長権の枠をとりはらってやるために、一二表法（第四表二 b）にとくに規定がおかれたのかもしれない（〔F〕部門第三章〔I〕（4）：p.31ff.の記述を参照）。これが家長権免除のタテマエ的構造である。ところが、後代には、家長が、そのイニシアティブによって、十分に成人して経済的に独立できる状況になった家子から、家子にかけられている、自身の家長権の傘をとりはらってやり、他権者から自権者（男子なら、家長）へとその者のステータスを上昇させてやるために、この古い形式が活用されるようになった。これが家長権免除のホンネ的側面である。ローマ法には、形（タテマエ）はそのままにしておきながら、中味（ホンネ）の方はタテマエが本来想定していた状況とちがうものへとすりかえてしまう、というテクニックがいくつも見られる。あるタテマエの趣旨・目的にマッチしないものが生じてきたとき、まったく新しいタテマエか、あるいは、手直しした新タテマエを定立して、それで事態に対応することが常識的な手法であろうが、あたかも臓器移植を行なうようにして、古い器に新しい中身をつめこむやりかたをローマ人は好んだ。タテマエ信仰とか、タテマエ温存とかのスタイルは、「法の国」ローマによく見られる特徴である。

⑩「後見人」…家長が死亡すると、その家長権のもとに服属していた相当な数の家子が、一挙に独立して、それぞれ自権者となっていく。そのなかには、未成熟の子などのように、一人だちできない者がいて、その者を補佐してやる人が必要となる。とりわけ、その者が相続によってちゃんとした資産を保有するようになっていた場合においてである。また、家長の妻は、成熟年令にたっしていても、女性ということだけで、家長にはなれないので、ここにも補佐役が登場する。婦女後見人がその役割をはたす。後見人は、多くは、低い順位においてではあるが、法定相続にかかわれる地位にあるような身内の者がひきうける任務であり、被後見人に対しては、権力をもつ。これがタテマエ（本則）である。しかし、時代が下るにつれて、後見人は、被後見人を支配するのではなく、保護する義務をもつもの、というように、考えかたの構成がかわってくる。この崩れた部分がホンネに相当するものと見ておきたい。時の経過とともに、社会も市民の意識もかわっていくのであるが、タテマエからしだいにホンネが生まれ、このホンネが本家本元のタテマエに対して、自己主張をし、ついには、タテマエを掘りくずしてしまうことがある。後見観念の、支配から保護への変遷のパターンもその一例である。なお、精神病患者など、および二五才未満者につけられる保佐人についても、後見の場合と同じようなことがあてはまる。とりわけ二五才未満の年少者保佐の場合は、タテマエ上は、保佐と後見というように別制度で運用されるが、実質（ホンネ）上は後見と同じようなものである。

⑪「保護者」と「被保護者」…法（タテマエ）のうえでは、ローマ市民（完全ローマ市民）はたがい平等である。この平等性をめぐっては、現代の民主主義国家における市民平等のシステムとはかなりちがった要素もローマにはたしかにあり、また、アテナイ民主政下の市民平等の仕組みともちがっているところがあるが、それでも、ローマで平民が貴族に対して身分闘争を何世紀にもわたって展開してきた成果として、市民平等の理念は、ローマ共和政の中軸的な意識構造にまで高められている、と見てよいであろう（もっとも、「主権在民」が実現された、とまでは、とても言いきれない）。しかし、ローマには、解放されて市民となった被解放奴隷が旧主人の保護下におかれる（つまり、生まれつきの自由人市民と、主人から解放されてようやく自由人市民のステイタスを獲得した者とのあいだでは、ホンネ（実態）においては差がつけられている）、という現象のほかに、れっきとした自由人市民が、生活の安定を求めて、自由意思で保護者（パトロン）のもとにわざわざ被保護者として従属するにいたる状況がホンネ（実態）としてはっきりと存在することに注目しておかなければならない。この点については、[H] 部門第一章

第一項（Ⅲ）（3）（a）：p.42ff.の記述を御参照頂きたい。つまり、タテマエのうえでは、市民のポジションは、横ならびの水平型なのであるが、ホンネでは縦わりの上下型の側面もはらんでいるのである。

⑩「死亡宣言・死亡推定」と「現実の死亡」…前者は形式上の処理であり、タテマエ性をおびる。一方、後者は、ホンネ（現実）である。ローマ法では、タテマエ上死亡の処理をする手続を設ける段階には進んでいなかった。そのような制度上の手当は必要視されていなかったからであろう。それでも、中世ローマ法学（註釈学派）は、失踪のさい、一〇〇才（のちに七〇才）まで生存しつづけた、という理解のしかたをとる。

⑪「婚姻」…現代においては、婚姻は、法律婚（いわば、タテマエ婚）形式で成立する扱いになっているのが原則である、と言ってよかろうが、ローマでは、婚姻は、事実婚（いわば、ホンネ婚）形式でとり行なわれる。もちろん、たとえば、ローマの婚姻においても、妻が婚家の家長の手権に服するかたちの婚姻の場合、法的な要素が強く表面に現われてくるが、手権への帰入は婚姻の必須要件ではないので、このことは、ローマの婚姻が事実婚主義によるものである、という理解のさまたげとはならない。また、妻の財産関係について大きな変動を生じさせる嫁資の制度も、第一級の法律問題をさまざまなかたちでひきおこすけれども、同じように、法律婚システムとは無関係である。この事実婚の方式は、社会の慣行にマッチした、厳格な制度として、成立しており、それなりに完結した社会システムである。時代が下るにつれて、婚姻のありかたには、周辺部分において法規制がこまかにくわえられるようになる。婚姻は、本来は、両当事者の、自身の共同生活を婚姻とする、という意識だけによってなりたっている。これはタテマエ（原点）である。習俗がさまざまな儀式を結婚のまわりにつみあげているが、法的に見れば、それは大きな意味をもつことはない。タテマエとしてのその意識や意欲・意向はあいまいな部分をはらんでいるので、後代になると、婚姻証書や嫁資（持参金）証書などのホンネ的な制度が、婚姻意思をたしかなものとするために、タテマエに添うようになってくる。なお、離婚も、社会的事実関係としての婚姻が成立する場合と同じように、事実上の、まったく私的な過程として生ずる。

⑫「内縁」…現代の内縁は、官庁への届出（タテマエ）を欠いてはいるが、婚姻の実質（ホンネ）を立派にそなえた共同生活関係である。これは法律婚主義のもとでしばしば生じてくる現象である。これをたんなる事実関係（ホンネ）として放置せずに、法的に（タテマエ的に）きちんとうけとめる、というのが現代の内縁尊重の傾向である。ところが、ローマの婚姻が事実婚なので、ここでは、法的要件とのかかわりで内縁

が生じたりはしない。しかし、元首政の創始者であるアウグストゥスが婚姻の秩序を回復するために設定した婚姻禁止の要件に該当するような違法な性共同体が成立してしまっていて、それぞれ、それなりに社会的に意味のあるものと認められるようなときに、タテマエ（制度）論によるのではなく、ホンネ（現実直視）の観点から、そのような男女の人間関係を「共棲（*concubinatus*）」として法的にも評価する、という、ヒューマニズムにも合致した扱いが後代になって生じてきている（たとえば、共棲からの子（非嫡出子）は、一定の条件下で、嫡出子に昇格することができる）。このようにして、共棲には、内縁と部分的に似た側面も見られるようになった。なお、奴隷間の家族的な性的結合は、ホンネとして存在しているが、これはたんなる同棲（*contubernium*）ということで、法的な評価の対象外におかれる。

㉑「嫁資」…婚姻する婦女は、ほとんどの場合、嫁資（一種の持参金）をもって夫との共同生活に入ってくるのであるが、この嫁資は夫（家長）に帰属する、というのが原則（タテマエ）である。嫁資をだす側とそれを取りこもうとする側との綱引きが何世紀にもわたってつづき、最終的にユースティニアヌス帝の法では、夫（家長）の権利はかたちだけの所有権の水準にまで切り下げられる。その中身は、実態にそくし表現すれば、用益権程度のものと見られるようになった。「嫁資は婦女のものである。」というホンネ（実態）がこのようにして定着した。ここにいたるまでには、長い時間をかけてさまざまな法技術が駆使されている。

㉒「手権に服する妻」…婚家の家長は、婦女が婚姻により他家の家長権から自身の家の手権へとうつつってきたとき（婦女が他権者である場合）、自身の手権下にあるその妻に対して、完璧な権力を保有する。しかし、家長権の濫用の場合と同じように、全権というタテマエはホンネとしての習俗からの規制によって弱められる。ある家の男子と婚姻状態（ホンネ）に入った妻が、夫の家の家長（夫の父であるケースも存在する）の手権に服する状況下にあるとき（古くはこのようであったと推定されている）、ホンネ性の強い婚姻関係は強烈なインパクトをもつその手権のために、婚姻全体は、実質的（ホンネ的）には、事実関係から法律関係（タテマエ）へとぬりかえられるようなかっこうになる。

㉓「嫁資の設定」…婚姻のさい妻となる婦女が婚家にもちこむ持参金である嫁資は、これが、現実行為として、握取行為や引渡などの移転形式を用いて供与される場合は、明快でわかりやすい構造をもっている。ここには嫁資をわたす、というタテマエ（意向）とホンネ（物理的供与）が一体化している。しかし、いろいろな事情により、嫁資を与える、という約束だけをして、供与はあとまわしにしなければならないケースも

生ずる。ここでは、タテマエとホンネは時間的に剥離する。その約束にもいろいろなタイプがある。問答契約の方式を用いた嫁資の約束と、嫁資の一方的な言明とは要式の行為で、それ自体がタテマエ（要式性）型のシステムであるが、のちには、方式はすてられてホンネ（現実行為）としての無方式の嫁資設定の約束も、効力を認められるようになる。これで、一連の発展過程が完結するわけである。

②④「法定相続」と「遺言相続」…法定相続は、相続の原点であり、法ないしは社会規範の定めておくところにしたがうものなので、タテマエ（基本システム）である。これに対して、遺言者（被相続人）が自由意思で相続人とその持分を定めておく遺言相続は、タテマエを排斥するかたちで（つまり、両タイプの相続は混在できない）、ホンネ（遺言者の本心・心情）にしたがった人の特別の行動形態、という位置をしめている。時期的には、法定相続がさきで、遺言相続があとになって発展した。その展開のレベルは相当なものであるが、それに対応して、ローマ法の遺言相続規制も、その弊害をおさえこむために、高度なものにしたてあげられている。

②⑤「遺言」…遺言というものは、その重要性のために、古来から、外面（タテマエ）的にも、内面（ホンネ）的にも厳格な形式規制（タテマエ）をかけられていた。しかし、時代が下るにつれて、そのタテマエはしだいにくずれはじめる。三二〇年ころのある法律は、遺言者の意思（ホンネ）が明瞭に認識できる状況にあるかぎり、文言も、文言をならべる順序も任意のものでたりる、という定めをした。これは、ホンネの完全な勝利である。

②⑥「相続財産の取得能力」…相続能力はちゃんと保有する資格（タテマエ）を法制上認められているが、相続財産取得能力（ホンネ）は奪われている人のグループが存在する。それは、元首政の創始者であるアウグストゥスが、婚姻を奨励する政策の軸として制定したユールius法の制定によって生じてきた現象である。ホンネの欠けたタテマエはほとんど無意味なものとなる。

②⑦「遺産占有（bonorum possessio）」…市民法上の相続は、タテマエ（システム）として立派なものであるが、その不備を是正し、間隙をうめるための手法として、裁判の現場で、法務官によってバックアップされながら、遺産占有というものがしだいに実効性をもちはじめる。この遺産占有は現場育ちのホンネとして成長し、肥大してきたものであるが、最終的には、その力量において、タテマエとしての相続と肩をならべるほどになる。もつとも、遺産占有者は、「相続人である」とはされず、「相続人の地位にある〔人〕（heredis loco）」という微妙な、タテマエもど

きの位置づけになっている。なお、市民法上相続人が存在しないとき、および、そのような相続人がいても市民法上の相続を不公平なものと法務官が考えたときには、この遺産占有は、実体（ホンネ）をともなった（cum re）、最終的なものとなる。これは暫定的な遺産占有の付与が、ホンネをともなわれないおそれのある（sine re）だけの弱いものとなっているのとは異なる。この遺産占有は、法務官の編みだした名誉法の重要な部分である。

㊸「相続財産の取得における自動的な帰属」と「そこにおける意思的な承継」…自権相続人（被相続人＝家長の死亡によって、その権力から自由になる者）などは、必然相続人として、被相続人の死亡によりただちに遺産を取得する（端的に言えば、取得させられる）。そのさい、特別の承継行為を必要としない。これが原則である。上（タテマエ）からの帰属と下（ホンネ）からの取得とが時間的に同時に発生するのである。ここでは、このような意味でのタテマエとホンネを区別する実益は存在しない。しかし、それ以外の、相続人とされた者（家外相続人＝任意相続人）は、帰属という枠組（タテマエ）が自身にかぶせられても、自らが遺産を承継する、という要式的意思表示をしてはじめて、遺産の取得（ホンネ）にのりだすことになる。帰属から承継までのあいだには時間的間隔があることがふつうなので、このあいだの相続財産は休止相続財産という不安定な状況のものになる。ところで、自権相続人のこのような必然相続制は、被相続人のこのした相続財産が債務過多の状況にあるとき、それをひきうけた相続人に大きな経済的なダメージを与えてしまう。そこで、法務官は、市民法上相続人となっている者をあたかも相続人でないかのように扱って、彼に対する相続債権者からの訴えを認めないようにするやりかたにより、名目（タテマエ）上相続人であっても、実質的（ホンネ的）に相続しないような扱いをするようにした。「相続拒絶の利益（beneficium abstinendi）」と名づけられるのがその手段である。これは、必然相続を発生させる、という硬いタテマエと、経済的な理由により相続拒絶をしたい、というホンネが大きくくいちがう重大な状況に対応するための、巧妙な特別措置である。

㊹「信託遺贈」…信託遺贈は、人が死亡するさいに、遺言で、ある人に対して、遺産をべつのある人にわたしてもらうことを依頼しながら遺贈を実行する行為である。遺言のような形式性（タテマエ）は備えておらず、証人もなく、かならずしも書面による必要もしない状況で、ただ信頼する身近な人物の信義（ホンネ）だけを頼りとしてとり行なわれる点が、ユニークである。ふつう、信義の重んじられるローマでは、被相続人（遺言者）の依頼をうけた人物は、きちんと処理をするであろうが、

なかには、その遺贈物を取りこんでしまい、人にわたさない輩もいる。そのようなとき、もらえるはずのものをもらえなかった人には、不満を訴えるチャンスは、ない。ある約束ごと（タテマエ）があったときに、その約束がはたされなければ、強制力を用いて約束をはたさせるようにするか、あるいは損害を填補させるようにするための手段（ホンネ）が設けられているのが、落ちつきのよいワンセットのスタイルであるが、信託遺贈の場合には、そのホンネの部分が欠落しているのである。後代には、信託遺贈の不履行について法的な救済の道も開かれるようになってきた。信義とか社会の常識とかのホンネにたよることができなかつたときに、タテマエとしての法が出動してくる、というコースは、どの社会においても生じてくることである。なお、信託遺贈は財物の遺贈を目的とすることが多かったであろうが、奴隷解放の方式の一つとして利用される信託遺贈も興味のある制度である。主人（被相続人）は遺言において、直接的に解放の効果を発生させるのであるが、これはタテマエ上すっきりとした、解放の現実（ホンネ）をはらんだかたちになる。しかし、被相続人が、相続人に対して、遺言で、奴隷を解放することを信託遺贈形式で処理することを試みるさいには、ホンネ（現実）の部分において、相続人が自身に信託された解放を実行しなければ、タテマエだおれになる。信託遺贈のさいには、小書付という書簡のようなものが遺言にそえられるのがふつうであったが、この簡易の文書は、本体の信託遺贈とともに、後代には、法的な制度（タテマエ）へとつくりかえられた。

⑩「相続人としての使用取得」…法定相続も遺言相続も法（タテマエ）のルールにのっとった正規の制度であるが、一方で、誰も相続をひきうけない事態が発生したときには、相続財産を誰かが一年間占有を維持すれば、使用取得の制度により、相続人となる。これは時間の経過というホンネ（事実）によって生ずる現象である。さすがに、後代になると、このやりかたが問題視されるようになり、相続財産全体でなく、それを構成する個々の物の使用取得にまで、効果は弱められる。

⑪「宗族主義による相続」と「血族主義による相続」…宗族は権力構造をベースにしてなりたっているので、タテマエ的存在であり、血族は血のつながりをベースとしてなりたっている所以、ホンネ的存在である。家長権免除をうけた子は、宗族関係の外に出ているのであるが、後代には、血のつながりを重視して、この家外のものも法定相続にあずかることができるようになった。

## （Ⅷ）物にかんする法

### （a）物権法関係の法 ①～④

①「**手中物**」と「**非手中物**」…手中物は、農業においてとくに重要な意味をもつ物・資産で、イタリアの土地、奴隷、大型の家畜、土地役権（四タイプ）がこれに属する。これらの物の所有権を移転するためには、握取行為あるいは法廷譲渡という、古めかしい厳格な要式行為を経由しなければならない。つまり、目的をはたすには、しっかりした形＝儀式（タテマエ）が手続として必要なのである。その意味で手中物はタテマエ上のラインに位置する存在である。これに対して、手中物に属しない無数のものについては、方式にしばられずに、たんに対象を具体的に引渡すだけで、所有権が移転するかたちになる。タテマエ（形式）にこだわらない、自由なホンネ（現実的なあっさりとした対応）がここに展開されるわけである。その意味で、非手中物はホンネのラインに位置する存在である。もっとも、そのタテマエ（方式）に準拠しない、手中物の移転スタイルには、当然のことながら、タテマエ（システム）上、弱い効力しか認められない。これが原則（タテマエ）である。しかし、所定の形式行為を経由せずに、たんなる引渡のように、簡易・簡便で、ごく日常的な物移転がなされた場合でも、訴訟の場での現実の運用（ホンネ）において、移転を受けた者の地位が訴訟の場でも確保されるようになった。これは司法をとりしきる役目をもつ法務官の功績である。

②「**不動産**」と「**動産**」…不動産の代表は土地である。ローマ人は、土地を所有し、それを経営して利益をえることを富を獲得する手段の中心核においていた。商工業による利潤の獲得も古くからひろく行なわれたが、とりわけ、社会の上層部に属する貴族にとって、やはり、土地は富のもっとも重要な形態でありつづけた。不動産登記の制度はローマにはないので（古代エジプトにはそのようなものがちゃんと存在したが）、不動産の存在それ自体や公示性について、タテマエ性は弱いところもたしかにあるが、その安定性に着目してタテマエと位置づけることにする。一方、動産はその性質上、不安定な（つまり「動く・動かせる」ものである）ので、ホンネ的な存在と位置づけておく。不動産も動産も、ともにローマ人の資産を構成するものとして、タテマエ（法的位置づけ）においては同格であったが、ホンネ（社会的実態・ランク）のうえでは、不動産の優位は動かない。たとえば、使用取得は、動産については一年の経過で条件がみたされるが、不動産については、二年の経過が要求される。動産は軽く、不動産は重いのである。なお、ローマ物権法上もっとも重要な物の種別として、手中物と非手中物の区別があるが、その手中物の筆頭に、「イタリアの土地」があげられているのがその表われである。ローマ法のさまざまな規制は、まず不動産（土地）を対象とし、その後、動産にも規制がおよんでいく、という経過をたどることが多い。

たとえば、特別の保護手段として開発された、法務官主導の特示命令の適用範囲は、まず、国有地（公有地）について発布され、その後、私有地にも対象にくみこまれ、最終的には、位の低い動産にまでおよぶことになった。

③「無体物」と「有体物」…無体物は、債権のように、人が物理的にさわるできない物のことで、いわばタテマエ（形式・観念・想念）上の存在である。もつとも、法学者・ガイウスは、相続財産も、無体物の例としてあげている。これは、相続財産というものを、具体的な個々の物の総体ではなくて、抽象的・観念的にとらえているためであろう。ガイウス流に言えば、債権法も相続法も、「人的な物の法」となり、これは、「物的な物の法」と対比される。前者はいわゆる「債権法」がとりしきる世界であり、後者はいわゆる「物権法」がとりしきる世界である。一方、有体物は、五感でとらえることのできる、リアルで実存的な個体であり、ホンネとして、具体的に明確なかたちで、存在している。

④「不融通物（法的取引の枠外におかれている物）」と「融通物（法的取引の枠内にある物）」…不融通物は、たしかに物ではあるが、法的な取引の対象となることが認められない、という意味で、ホンネ性（流通性）＝リアリティーに欠けるところがあり、ある意味では、物というタテマエ（観念）にとどまる。神法上のもの（神殿、墓地、市壁など）、万人共有物（空気、海）、公有物（道路、国家財産など）がこれである。物がホンネとして（実質上）意味のある物であるためには、私人が、たんに一個人として保有するだけでなく、物流の世界へと物をうつす可能性が認められていなければならない。融通物の融通性に着目して、これをホンネ的存在と見ておきたい。ローマは、古代国家にしては、物流のさかんな経済構造をもっていた（もちろん、後代に、経済の停滞によって、物流がとだえがちになった時期はある）ことに着目して、ひとまずこのように考えておくことにしよう。

⑤「分離後の天然果実」と「分離前の天然果実」…天然果実は、元物に相当するもの（たとえば果樹）の、独立していない構成部分にすぎないので、それがどれほど価値のあるものであっても、いわばホンネとしてそこに存在しているだけであるが、それがいったん分離されると、独立のものとして、これに対して固有の権利が成立する。分離後の天然果実は、タテマエ的な、立派な、価値のある存在へと昇格するわけである。

⑥「主物」と「従物」…従物は、タテマエ（法システム）上では立派な地位をもつ物であるが、しかし、ホンネ（経済的実態）においては、主物に従属する地位しか与えられない格下の物である。この意味において、主物はタテマエ・ホンネの両面において「物」であるが、従物はタ

タテマエ面において「物」の資格をもっているにすぎない。

⑦「非消費物・不代替物」と「消費物・代替物」…ふつう、前のグループでは、対象物のかたち（タテマエ）がはっきりしていて、物は明確な個性をもつが、しかし後者のグループでは、そのかたちがくずれたものとなり、物は全体のなかに埋没したかたちとなり、個性をもたない。この状況をひとまずホンネとしておこう。

⑧「所有権の無制限・無制約性」と「所有権への制限・制約」…概念構成（タテマエ）のうえで、所有権は無制限の物支配を保障する最強の権利である。不完全所有権とか下級所有権とかいった中間的な産物は、ローマ法はうけいれない（歴史上、他の時代、他の地域では、このようなものもたしかに存在する）。しかし、公法上や私法上で、所有権にはさまざまな制約が設けられている。これらは、法・法規によるものとして、タテマエ上の制約である。そのほか、法・法規（タテマエ）と対比される習俗・慣習（ホンネ）の面からの制約は、無定型で、外にはっきりと見えてこないものだけに、かえって重苦しい制約となっている。日本では、法的責任というタテマエ上の責任のほかに、政治的責任、社会的責任、経営責任、道義的責任などのホンネ・ゾーンに展開するさまざまな責任があって、自由を勝手にふりかざす行動には、サンクションが事実上何重にもかぶせられているが、一方、ローマの二人の戸口調査官が五年ごとにとり行なう戸口調査のさいに、所有権を濫用したり、それを不当に行使したりする家長の行動に対して、自由裁量によって不利益処分を課す習俗監視の仕組みは、法的責任を問うものではないが、社会の上層部に対しては相当な威力（抑止力）を発揮する。ちなみに、制限物権も、タテマエ上は所有権と同格の物権であるが、これが部分的にしか物を支配することができない関係で、総合力の点で所有権とはまったく格ちがいの低い存在である。もっとも、ホンネ（実態）的には、その所有権に制限・制約を堂々とかけ、タテマエとしての所有権を空洞化させることもある点では、とても無視できない存在であるが。なお、地役権も、タテマエのレベルで堂々と所有権を制限する力をもっていた。

⑨「公用収用」…ローマという国家が、市の建築計画の実施や公共水道路の建設という公けの事業をするさい、土地収用の手段に訴えたか、と言え、ほとんどの時代において、そうではなく、所有権者が、売却の意思にもとづいて、正規の売買の形式をふむ、というタテマエが表むきはつらぬかれている。しかし、ホンネ（実態）的に見れば、政治的・社会的圧迫を所有権者にかけて、売却へと誘うことによって、実質的に強制収用のようなことが実施されたのである。私有財産の尊重という古くからのタテマエ（原理）がここにも生かされていた。

⑩「市民法上の所有権」と「法務官法（名譽法）上の『所有権』」…市民法上の所有権は、イタリアの土地および動産に対するオーソドックスな権利であり、タテマエ（法的なステイタス）の点では完璧なものであるが、法務官は、司法実務（ホンネ）の世界での職務行為のつまかさねをへて、市民法上の正規の所有権に対しても訴訟の現場で十分に対抗できるだけのパワーをもった、いわば法務官法上の「所有権」（「財産のなかにあること（*in bonis esse*）」というものを編みだした。これは、ホンネ（実質）においては、正規の所有権と肩をならべるほどのものとなっている。そのような扱いが定着した要因の一つとして、握取行為などの正規の所有権移転の方式によらずに、無方式の引渡行為により、ローマでもっとも重要な物と位置づけられている手中物を移転する略式のスタイルが、簡便なものとしてしだいに有力となってきたために、これをしっかりと規制する必要性が生じた点があげられる。ローマ人が、権利というものを、実体法的な感覚ではなくて、訴訟法（手続法）的な感覚でとらえているところが、そのこと背景にある。とにかく訴訟で負けなければ、それでひとまずよいのである。なお、土地のような重要な物についても、二年間、占有を継続するとともに、それ以外の要件をみれば、使用取得の制度によって、法務官法上の「所有権者」は市民法上の正規所有権者となる。このとき「完全な権利をともなった所有権（*dominium pleno jure*）」が成立する。ここにおいて、占有しつづけている、という状態（ホンネ）が、所有権というタテマエへと昇格するわけである。

⑪「市民法上のイタリアの土地の所有権」と「属州（一種の海外植民地のようなもの）の土地の利用権」…後者は、使用・収益・占有する権利にすぎず、所有権とはまったく性質・ステイタスのちがうものであるが（属州土地の所有権は国家に帰属する）、使用・収益が可能であり、その保有を占有として認められ、その占有が法上保護されているかぎりにおいて、属州土地の利用権は、ホンネ（実態）においては、タテマエ（理論構成）としての所有権に接近してくる。ローマ市民だけでなく、外人（ローマ以外の共同体の自由人市民）にもその利用権が確保されているところに、ローマ法の開放的な性格があらわれている。このあたりをごく比喩的に表現すれば、外人のもとにも「所有権」のようなものが存在することになろう。その利用権の法的保護は、模倣のテクニックを用いる訴権のシステムを開発することによって確保されている。

⑫「市民法上の所有権取得」と「万民法上の『所有権』取得」…握取行為、法廷譲渡、物権遺贈、使用取得は歴史的に古い由来をもつ所有権取得の方式で、ここにはタテマエ（方式）性が強烈である。これは、ロ

ローマ市民および通商権をとくに与えられた外人だけに利用が認められた方式である。これに対して、法務官の訴訟実務において、ローマ市民および外人に所有権の取得を可能にするべつの方式が考案される。無方式の引渡による「所有権」取得がその典型例である（このほか、無主物先占、埋蔵物発見、付合・混和、果実の取得、加工もこのジャンルに属する）。これは「万民法」上の重要な制度となった。無方式であるところに最大の特徴がある。方式にのっとりたものをタテマエと見れば、無方式のものはホンネと見ることができる。手中物は、握取行為や法廷譲渡などの儀式性の強い要式行為を通じてでなければ、取得されない。これがルール（タテマエ）である。しかし、リアルに物事を直視する法務官は、手中物のように重要な物であっても、たんに引渡しをする、というホンネそのものの行為によって物を手にいれた人のために、正式の所有権を保有している人からの所有物返還請求に対抗し、優位にたつための手段となる「売却されて引渡された物の抗弁（*exceptio rei venditae et traditae*）」を訴訟において承認する。無方式に物を取得した人が「財産のなかに（*in bonis*）」その物をもっている場合は、ホンネそのものの保有形態である。なお、「万民法上の取得」は「自然法上の取得」と呼ばれることもある。自然法の方が万民法よりもホンネ性の点でやや強い側面を備えているのではなからうか。

⑬「誰も自身のもつ以上の権利を他人に移転することはできない。」…無権利者からは所有権が移転されるようなことはない、というこのローマ法のルールは、いわばローマ物権法上の強力なタテマエである。近代法においては、無権利者からの即時の善意取得が、いわば堂々としたホンネというかたちで、重要な制度としてそびえたっている。これは、動的安全（ホンネ）を静的安全（タテマエ）に優先させる発想の産物なのである。もっとも、そういったホンネを直視し、重要視するローマ人は、一年ないしは二年の取得時効の制度を古くから開発しているので、動的安全についても、遠まわりながら、それなりに配慮がなされているわけである。

⑭「無因取得」と「有因取得」…これは、承継取得の中核にある所有権譲渡の構成・構造の差異に関係する重要な区分である。所有権譲渡のさいに用いられる握取行為と法廷譲渡は、無因の行為であり、他方で、引渡は有因の行為である。つまり、後者の場合、所有権移転の行為が、たとえば売買契約のような正当原因（*justa causa*）の存在にかかっている（従属している）ときには、有因のものとなる。引渡という行為のホンネ（原因）となっている部分（つまり、たとえば売買契約が有効である状況）に着目して、処理がなされるわけである。他方で、握取行為

という儀式ばったプロセスをへて所有権がきちんと移転されると、なんらかの事由により——たとえば、有効な売買契約が存在しないときでも——タテマエ（儀式的外形）だけがそれ自体独立して効果を生みだし、所有権は移転されてしまう（もちろん、事後的には、リーズナブルな処理がほどこされて、不衡平なことは生じない仕組みになっている）。行為形式を経由すれば、それ自体から行為の法的効果がストレートに生じてしまうわけである。以上は、譲渡人が所有権を保有している時の話であるが、実際のところ、その者が所有権を保有していなかった場合には、「誰も自身がつ以上の権利を他人に移転することはできない」というホンネ（実質・実態）に着目した法理によって、握取行為・法廷譲渡という形式・要式を経由しても、そのタテマエ（要式行為の履行）はホンネ（無権利状態）を破ることはできず、所有権が移転することはない。無権利者からの即時の善意取得を承認する仕組みがなりたつためには、ローマ法の発想とはべつの発想によることが必要なのである。なお、有因性と無因性の区別は、債権法上で重要な制度に属する問答契約のなかに、そこでの義務設定の原因ないしは基礎となっている状況が明示されている場合と、その部分を欠いた状態にある場合とで、設定以後の扱いが異なるところにも、現われている。

⑮「担保物から弁済をうける手段としての担保物帰属」と「担保物から弁済をうける手段としての担保物売却」…債務が履行されないとき、質を設定するさいにあらかじめ締結されていた流質約款によって、担保物としてさし入れられていた物の所有権を債権者が最終的・確定的に取得しまう、というシステムは、いわばタテマエ（形態）的処理方法で、すっきりしたものとなる。しかし、担保物が債権の価値よりもはるかに高額のものであることがしばしばあって、この方法では、価値のバランスがとれないので、後代には、このような、債務と物を単純なかたちでさしかえるという、タテマエ的処理は禁止される。一方で、担保物を売却することによって金銭価値がえられるときには、物それ自体ではなくて、価値が問題となるので、これは、いわばホンネ（実質）的な処理方法である。債権者が債務の額だけの分を手に入れる（つまり、残額はもとの所有権者＝債務者に返還する）というのは、現実にマッチした合理的な解決法なのである。当初は、明示的な売却約款が存在すること（いわば、タテマエ）が前提として求められていたが、のちには、そのような約款がなくても、ホンネ上売却権限が認められるような扱いにかわっていく。これも法の進化プロセスなのである。

⑯「取得行為などによる取得」と「使用・利用・保有による取得」…握取行為・法廷譲渡という要式行為を経由したり、あるいは引渡という

現実行為によって所有権が取得されたりするのは、特別のポジティブな「行為」というタテマエ（形式）を利用するオーソドックスな手法である。しかし、ローマには、古くから、土地についてはわずか二年、動産については一年間、占有を継続する、というホンネ（現実）を中核とする所有権の原始取得（前主の権利に依存するかたちの承継取得ではない）としての使用取得の制度が存在していた。現代に見られるような非権利者からの善意取得の制度は、無（ホンネ）から有（タテマエ）を生む制度として、独特のパワーをもっているが（「誰も自身もっている以上の権利を他人に移転することはできない。」というローマ法の大原則の存在によって、外部的表象を信頼して行動した善意の第三者を保護する制度は、ローマでは、なりたたない）、ローマでは、ある意味では比較的ゆるやかな条件のもとで、使用取得の制度が、社会・経済の要請にマッチするものとして、発達してきている。これが、現代の善意取得と実質上は部分的に重なりあうものと見てもよいであろう。どちらの制度も、現実（ホンネ）を直視し、それを尊重することを通じて、社会の法的安定（とりわけ、動的安全）をたかめるのに役立っているわけである。ちなみに、手中物が対象となっているにもかかわらず、それをたんに引渡されただけの人の場合においては、彼は、正規の市民法上の所有権者とは扱われず、法務官法の所有者にしかねないが、しかし、取得時効の要件をみたせば、彼はれっきとした市民法上の所有権者になっていく。ここには、ホンネのタテマエ化、というような現象も認められる。なお、すでに、初期ローマの成文法典である一二表法には、「外人に対しては担保は永久であれ。」という規定がおかれている。これは、外人（ローマ市民でない他共同体の市民）が、このころすでにローマの法流通の世界に入りこんでいて、そのジャンルの人々の扱いについて法規が言及しているところが、とても興味ぶかい。結局のところ、この規定は、外人は使用取得のルートで所有権を取得することは永久的にできないことを意味する（もともと、外人は、その前主の担保に頼ることができるので、彼らが法保護の外におきざりにされていたわけでは決してない）。

⑰「消滅時効」と「取得時効」…権利が消滅するさい、法制上の消滅の仕組みにのっかって自動的にそれが生ずる場合と、他人が所有権を使用取得（取得時効）によって取得してしまうことの反射効として、権利が消滅させられてしまう場合との二つのタイプがある。前者をマイナス系のタテマエ的消滅スタイル、後者をプラス系のホンネ的消滅スタイルと見ることも可能である。ローマでは、取得時効は広い範囲で生じている。一方、実体的な権利および訴権の消滅時効の制度は、一年、二年、五年といった短期のものが古くからあるが（とりわけ、名誉法上の罰金

訴権は、迅速な解決に重きをおくその制度の趣旨にもとづいて、わずか一年で消滅してしまう)、訴権の消滅時効にかんしては、三〇年ないし四〇年の時効期間を定める五世紀のテオドシウス二世の措置が、本格的な制度となっている。ところで、さきの使用取得は、取得するというポジティブな(いわばタテマエ的)状況であるが、相手方(元の所有権者)の所有権返還の訴訟に十分に対抗できる、というパッシブな(いわばホンネ的)状況を訴訟の場でつくりだすものに、「長期間の前書」というシステムがある。これは、ローマも後代になって、属州の土地について展開してきた制度で、のちに動産にも適用が拡大され、また、使用取得の場合とは異なって、外人にも適用される関係で、合理的で使い勝手のよい制度となっている。もっとも、一〇年とか二〇年とかの占有継続が要求されている点で、一年とか二年とかの占有期間を要求するだけの使用取得とは、期間のスケールがちがう。

⑩「権力服従者を通じての占有・所有権の取得」と「権力に服していない人を通じての占有・所有権の取得」…前者の場合には、人が人のために取得行為を行なうかたちになるので、ホンネ的には(実質においては)、代理の姿があらわれる。しかし、タテマエ的(法理上)には、権力服従者には財産能力が欠ける扱いになっているので、彼らは家長権保持者(家長)のたんなる機関(手足)として動くだけである。一方、権力に服していない人が、ホンネ(実質)上、財産取得のさい代理行為を行なっている、という社会的・経済的実質があっても、彼らは法理(タテマエ)上は、自身のために占有・所有権を取得するだけである、という理論構成になり、代理の効果が実際に発生するには、その者が本人への占有・所有権をきちんと移転していく行為がさらに必要となる。これが、直接代理(本来の——タテマエ上の——代理)に対するものとしての、ホンネ上は代理の機能をはたす、間接代理である。この代理問題と実質的にかかわりをもつ「付加的性質の訴権」の解説([I]部門第七章(VII): p.144ff.)も御参照頂きたい。

⑪「果実帰属上の元物主義」と「果実帰属上の生産主義」…果実は元物の構成部分という位置にある。果実が元物から分離されたときに、これは独立した物となるが、その果実が元物のそのときどきの所有権者に帰属するのは、いわばタテマエ(形式)的処理で、それなりに合理的であるが、他方で、自身の労働により果実を生じさせたが、分離の時点でもはや元物の所有権者ではなくなっている状況にある者に果実を帰属させるようにするのは、バランスがとれていて、ホンネ(具体的妥当性)にマッチしたやりかたである。「種をまいた人が実った作物をかりとる権利をもつ」のは、一種の自然法として、人々にうけいれられる理屈で

あろう。こちらのやりかたはゲルマン（ドイツ）法において見られるものであるが、古いローマにも同じような発想があったようである。しかし、ローマ法の原則は、元物主義である。この方が簡明な方式と言えよう。なお、果実が自然に分離すること（たとえば落下）によって果実が自動的に取得されるようにする扱いは、いわばタテマエ的で、一方、占有取得行為（果実のひろいあげ、というアクション）によってそれが取得されるようにする扱いは、いわばホンネ的である。ローマ法では、このような分離取得（タテマエ）のスタイルと収取取得（ホンネ）のスタイルがしばしば混用されている。

⑳「合有」と「共有」…合有は、ゲルマン（古ドイツ）法においてしばしば見られる複数人の所有形態であるが、ローマにも、ごく古い時代には、かなりの数の相続人が、相続により、自然に、祭祀の継承もふくめた財産共同体をかたちづくることはあった（法律行為によってわざわざこれをつくりあげること、可能である）。しかし、全体よりも個を重視するローマ人は、かなりモダンな共有のありかたを早い時期に確立している。商事組合の場合が、その最先端で最終段階の作品である。筆者のいちおうの理解では、団体主義的な発想の産物である合有がタテマエ（安定・固定した状況）で、個人（個別）主義的な発想の産物である共有がホンネ（不安定・流動的な状況）、ということになる。合有者は、自由に処分できるような持分をもたず、したがって、合有者が部分について譲渡したりすることはできない。ただ、合有者が一体となって譲渡したりすることだけでなく、合有者個人が物全体を譲渡することにも、相互の信頼関係にのっとって、可能になる。つまり、タテマエ（原形態）としては、合有は、まとまった、ねっとりした、硬い一体性を特徴としているのである。一方、ローマ人が「紛争のもと（*mater rixarum*）」と冷ややかに見ていた共有は、バラバラになったり、メンバーの交代があつたりする点で、ホンネ（運用）に流されてしまうドライで軟らかい、人の総合体である。いずれにしても、ローマの共有制度は、高度の経済発展の一つの産物でもあったので、とてもモダンな色合いをそなえるまでになっている。このように、ローマ人は、人と人との結びつきを個対個ととらえるだけでなく、物と物との結びつきも、同じように個に分解してとりあつかう傾向を示しがちであるが、個人主義・個別主義に軸足をおく法思想は、近代という特別の時代の産物である。現代および未来においては、集団・全体として人や物をとらえる、広い意味における「共生」の発想に転換していかなければならないだろう。私たち日本人は、伝統的にそのような発想に親しむ体質を今ももちつづけているのではなからうか。

㉑「売買の手段としての握取行為」と「象徴的代価としての一ヌンムスを支払う握取行為」…握取行為というのは、五人の証人などの面前で、銅と衡を用いて行なわれる行為である。売買目的物の価値に実質的に対応する対価（銅塊・銅貨など）が相手方にわたされるのは、タテマエ（形式）とホンネ（目的）が一体化した、すっきりとした行為であるが、しかし、実価ではなくて（売買行為の原点は物々交換にも似た構造の現実売買にあるが、ここでは銅・銅貨などが文字どおりの対価として交付されていた）、たんに象徴的代価（日本で言うと、たとえば一円のようなものに相当する一ヌンムス）をわたす手順がとられるようになると、この握取行為は、ホンネでは、本来の売買以外に、さまざまな目的にも役だつ幅広さをそなえるようになってくる。これは一種の仮装売買である。ローマ法には、このような仮装行為が各所に見られる。これは、ローマ人が古来愛用してきた握取行為というタテマエ（形式）をフルに活用して、本来の目的・役割とは異なる局面（ホンネ型の状況）にこれを利用する高度な手法である。ここでは、タテマエとホンネは分離する。現代から見てかなり目だつ握取行為のプロセスの一つの例は、以下のようなものである。まず、事実婚としてのローマの婚姻の締結はホンネの世界の出来事であるが、婦女（妻）をとりまく権力構造が変更されることはタテマエ（法）の世界の重要な出来事であることが話の大前提となる。それで、ある婦女が家長である夫あるいは夫の家長の保有する強大な権力の一つである手権に服するかたちで夫の側へ嫁いでいくさい（そうでない場合の方がはるかに多い）、それまでその婦女を支配下においていた家長が、問題の握取行為のスタイルを用いて、象徴的な価値（一ヌンムス貨幣）を対価として、婚家の家長に彼女への権力を譲渡する。これが共買という手続であるが、婦女への権力（婦女という人間そのものではない！）さえも、いわば売買契約の対象となるのである。ここには、ほんとうに花嫁それ自体を売り買いする古い風習の名残りがかすかにのこっているのかもしれない。

㉒「本来の訴訟」と「法廷譲渡」…訴訟をつかさどる法務官の面前で、目的物を譲受けようとする者が、これについて所有権をもつことを訴訟上主張し、他方で、譲渡をしようとする者が、意識してそれに反論しない行動をとるときに、譲受けようとする者は、法務官の帰属確定の宣告によって、法務官を通して、物を付与してもらう。このとき、タテマエ（形式）上訴訟が行なわれているかたちになるが、ホンネ（実態）においては譲渡が生じている。これはローマ法上、模倣行為としてとくによく知られた例である。ところで、奴隷という「物」を自由人という人間へと昇格させる手続に、法廷譲渡の形式（タテマエ）が利用されるのが、

ある意味ではもっとも目だつ現象であろう。奴隷を杖でさわり、問題の奴隷が自由人である、という主張を法務官のまえで行ない、相手方が、真実にそくして自身の奴隷である、という反対主張をしたりしなければ、法務官の帰属確定の措置によって、自由が確認される（タテマエ）。しかし、現実には（ホンネでは）、奴隷の解放が効果としてえられることになる。

㉓「所有権」と「占有」…物に対する包括的な支配権としての所有権は、法・訴訟制度によって裏打ちされている完璧な権利として、堂々たるタテマエ性を誇っている。これに対して、物に対する事実的支配にすぎない占有は、法とは直接には関係しないかたちでも、社会生活の現場において事実上しっかりとらっている状況であり、すっきりしたホンネである。所有権者が占有している、という状況下では、タテマエとホンネを区別する実益はないが、占有者が所有権者とはべつに存在するとき、ホンネのフィールドでのこの占有者の処遇が問題になるのである。たんなるホンネのようなものにはきちんとした法的保護を与えない、という扱いは理論上はありうるが、しかし、ローマでは、このホンネにも、法務官の創造物である「特示命令」によって、事実的な保護の手がさしのべられる仕組みがなりたっているので、占有は、レッキとしたタテマエと拮抗するほどのパワフルな位置にある。それどころか、占有は、それがまさにホンネ（リアリティー）であることにより、使い勝手のよくないタテマエよりも、現場では実効性において所有権以上に重要な働きをするようになっていく。ローマでは、たとえば、ときには所有権そのものが国家に帰属している関係で、個人としては、占有をストレートに保護してもらうことしか頼りにできなかつた、という特別な事情が、そこにある。なお、ローマ法では、売主はタテマエとしての所有権を買主にえさせる義務を負わず、「安全な占有が引渡されること」、「事実所有することを許すこと」、「使用し、収益し、事実所有し、占有することを許すこと」などのもつばらホンネ（実質的利便）を買主にえさせる義務を負う。つまり、売主はタテマエを売るのでなく、ホンネを売るのである。ホンネの保護が手厚い状態になっていけば、買主にはそれで十分であったであろう。

㉔「所有権」と「役権（たとえば人役権の代表としての用益権）」…所有権は完全な物支配権で、利用および処分（その最大のかたちは譲渡）を内容としている。一方、役権も立派な物権であり、タテマエとしては対等のものであるが、所有権とくらべると、格下の存在である。しかし、この権利（用益権）は、所有権保有の実質（ホンネ）に相当する使用や収益をその内容としてもっているため、この制限物権によって負担を負

わされた所有権は、いわば空虚な所有権（*nuda proprietas*）となってしまふ。このあたりのところを、タテマエとしての所有権がホンネとしての使用・収益権によってくいやぶられた状況にある、と形容することもできよう。ローマでも古い時代には、人役権とならぶ位置にある地役権は、機能上制約された一種の所有権のような格づけもうけていた。ホンネ（実態）的に見ると、そのようになるからであろう。なお、収益権は一身専属的であり、他の制限物権である役権にくらべて低い地位におかれている。これは、収益権者の利用・収益があまりにも強大なこととバランスをとるための不利益待遇と位置づけられる。所有権には弾力性があり、地役権などの制限物権によってホンネにおいて制約をうけている状況がなくなると、自動的に膨らんで、もとの姿にもどる。これは、完全な支配権というタテマエの威力である。ところで、ローマ法では、物権法定主義がとられている。そのうち、所有権と役権は市民法上の物権であり、担保物権は名譽法上の物権という位置づけになっている。役権の格はそれほど高いのである。なお、完全な物支配権の事実的行使である占有に対比されるものとして、役権の事実的な行使である準占有とのあいだにも、タテマエとホンネの位置関係を見てとることも可能であろう。

㉕「体素」と「心素」…体素は、人が、対象物に対して物理的に接触すること、あるいは、対象物を直接に制御できる地位にあることを内容とし、他方で、心素は、対象物を自身のものであるとして保持する意思を保有することである。前者がタテマエ（外に見える状態）で、後者はホンネ（内心の状態）である。占有は、「心素および体素によって（*corpore et animo*）」占有が取得される、と表現されることから判明するように、原則的には、このタテマエとホンネが併存することによってなりたっている。しかし、体素というタテマエ性を帯びた要件を、実質的には緩和する動きも、社会の必要にもとづいて生じてきている。つまり、体素的な要件が欠けていても、心素的な要件が確保されていさえすれば、占有が保持される傾向が後代に生じたからである。これは、意思の存在というものを重要視する時代の傾向にしたがったスタイルである。心素だけによる占有取得についての特色のある制度については、㉑の記述を参照して頂きたい。

㉖「占有」と「所持」…占有は、体素と心素からなりたっており、表裏一体の要素をもった存在である。占有は、所有権をタテマエとして設定すれば、ホンネに相当する地位におかれるべきものであるが、実は、一方において、そのホンネとしての占有は、所持というものに対しては、今度は、べつの意味におけるタテマエ的な地位に入る。つまり、対象物

を自身のものとして保持する人（自主占有者）ではなくて、他人のために対象物の事実的支配をしている人は所持するだけである、という扱いになっているからである。この所持は「占有のなかにあること（**in possessione esse**）」というように即物的（ホンネ的）に表現されるが、これには、占有にむすびついているさまざまな法効果（とりわけ、法保護）がおよばない（もっとも、間接的なかたちであるが、占有を保持している者を通じて、法保護はちゃんとうけられる）。つまり、所持は、ここではタテマエ（権利）のような性格の側面を欠いたたんなるホンネ（事実状態）なのである。「自然的な（**naturalis**）占有」というホンネ色の濃い表現が所持についてあてられることがあるが、これは所持のもつ微妙なポジションを示す言葉である。所持者は、賃借人、使用貸借の借主、受寄者などであるが、彼らは、返還義務のある対象物を保持するタイプの人々である。他人に対象物を所持させている占有者（賃貸人、使用貸借の貸主、寄託者など）は、占有に対して認められている法的効果を十分に享受することができる。つまり、この状況下では、彼らは、タテマエ人であって、たんなるホンネ人としての所持者とは区別される。

㉗「占有権」と「占有」…「占有権」という発想・感覚は、ローマにはなく、中世以降の時代の法学が生みだした産物である。占有が権利保有からきりはなされた事実上の支配状態でしかない、という意味で、ホンネ（具体性）であるとすれば、占有権の方はタテマエ（抽象性・観念性）としての性格をもつ、ということになってこよう。

㉘「本権の訴え（**petitorium**）」と「特示命令手続（占有訴権）」…所有権返還請求訴訟の場合のように、すべての人を相手方として、物に対する本来の権利（タテマエ）の有無が問題とするものが、本権の訴えである。他方で、占有を根拠づける権利の有無とは無関係なかたちで、事実状態（ホンネ）としての占有それ自体の保護を問題とするものが、命令または禁止のかたちをとった法務官の指示である特示命令を軸にした占有訴権（**possessorium**）である。その目的は、占有の妨害および侵奪から占有者を保護する、というリアルなものである。後者においては、違法な自力行使を禁止し、法的な平和をとりあえず維持しておこうとするホンネ（実体）に着目して生みだされた制度であり、そもそも占有を裏づけるような権利・権原（タテマエ）があるかどうかは問題とされない。特示命令の構造は、訴訟——つまり、司法——のレベルでの救済とはちがって、法的平和を維持し、自力救済をおさえこむことを目的とする行政的・警察的な措置という色あいをもつ。そのために、これは、特示命令を發布する法務官が事実認定を行ない、スピーディーに結着をつける点に特徴をもっている。共和政時代の民事訴訟では、一私人にすぎ

ない審判人が事実認定の任務を負うので、両者のあいだでは訴えを処理するさいに用いられるものの構造にちがいが存在するわけである。特示命令手続はホンネ系の制度であり、本権の訴えはタテマエ系の制度であるというように対比することもできよう。もっとも、占有訴権を用いて手あつい保護をうけている占有者であっても、本来の所有権者によって本権の訴えが提起されると、この者に訴訟では負ける。したがって、占有者に対する保護は暫定的なものにすぎない。この局面では、タテマエ側がホンネ側に対して優位にたつわけである。

㉑「間接占有」と「直接占有」…直接占有は、人が自ら占有意思をもちながら占有する場合であり、ホンネ（事実的支配）の点が完璧であるが、しかし、他方で、他人（中間者）を介して占有する、という間接的なスタイルのものがある。後者の場合、背後にいる間接占有者は、ホンネ（事実支配）が欠如した状況で、タテマエ（構造）としての占有をしていることになる。社会的には、他人の占有物を所持している者のグループの場合と、ローマ特有の、家長権服属者（家子、奴隷）が、いわば家長の「のびた手」として家長の占有を事実上助ける場合、との二種にわかれる。後者は、ローマ独特の家構造から生まれる占有のタイプであるが、ここでは、法的な概念である所持という発想が前提になっていない。

㉒「自主占有」と「他主占有」…自身のために対象物を支配し、自身のものとして対象物を保持する意思をもつ者が自主占有者であり、タテマエ（支配状況）とホンネ（支配意思）が合体した完璧なスタイルがここにある。もっとも、自主占有する者が所有権者であるとはかぎらない。善意でたまたま自身が所有権者であると信じている者以外にも、盗人のように、他人の所有物であることをちゃんと知っている者も、自主占有者の扱いをうけることができる。とりあえずの法的平和（ホンネ）を確立するための知恵がここにある。なお、盗品や強奪品は、使用取得（取得時効）の対象から外されているので、盗人のような悪意の占有者には、時効の利益をうける善意の占有者の場合とはちがった扱いが設けられているわけである。一方、他人のために物を支配し、他人のために物を所持する意思をもつ他主占有者は、自主占有者とちがって、占有保護をうける地位にはおかれていない。もっとも、質権者、容仮占有者、永借人、係争物受寄者という四つのジャンルの人々には、その地位にまつわる特別の事情が考慮されて、占有保護が特別にちゃんと与えられている。このような占有保護をうける他主占有者は、自主占有者なみの保護の扱いをうけることになるので、自身のもつ本来の事実支配（ホンネ）に、他人に依存しながら法的保護（タテマエ）をつみかさねることができる

人のグループとなる。

①「外見(体素)」と「内面(心素)」…簡易の引渡(*traditio brevi manu*) (短手の引渡)は、物をたんに所持するだけの状況(体素を保有している状況)におかれていた者が、それまで間接的にその者を通して占有を行っていた者本人が、物権的合意にもとづいて、占有意思を放棄してくれることによって、自主占有意思をもてるようにかわっていく(つまり、心素の充足の)プロセスである。物を保持するという外見(タテマエ)は同じであるが、内面(ホンネ)——つまり、意思の部分——において変化が生じたわけである。それから、占有改定(*constitutum possessorium*)は、さきの簡易の引渡のシステムの逆対応型で、直接に占有していた者が、以後は、自身のためでなく、賃貸借契約の設定によってあらたに対象物を取得することになった者のために、物を占有するのではなくて保持することを内容とする合意をして、たんなる所持者へとランクを下げ、それに対応して、あらたに取得する者がこの者を通じて間接的な占有をするだけの者となる、というプロセスである。ここでも、事実支配の外見そのものには変化はないが、内面において、占有する者のステイタスが変わる。

②「誰も自ら自身の占有原因を変更することはできない(*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*)」という法文命題におけるタテマエとホンネ…この格言的命題の趣旨は、「誰も、自身の勝手な判断(意向)によって自身の占有の原因を設定し、これにより市民的占有者という有利なポジションを手に入れることができない」というところにある。これは、もともとは、相続人としての使用取得との関連でつくりあげられたルールである。つまり、ある者がある物を預かったり、賃借していたり、使用貸借によって借りていたとき(その者は占有者ではなく、所持者にすぎない)、その物の所有権者が死亡してしまった状況下で、そのある者は、相続人としての使用取得が認められる前提となっている占有の要素を手に入れるために、自身の「所持」を「占有」という格上のステイタスに変更することはできないことを意味する。一方的な意思の変更はホンネであり、対象を自身のもとする積極的な正規の行為はタテマエである、と見ることが許されれば、上記のルールはある事態の変化を説明するさいに、タテマエ的な側面を重視する姿勢を示すものとなってこよう。

③「拘束力をもつもの」と「拘束力をもたないもの」…法的規制が十分に発達をとげたローマにおいても、原始的・土俗的・牧歌的な貸借の関係が存在していた。それが容仮占有(*precarium*)というものである。多くの場合、下位の人が上位の人に懇願・懇請をして、土地の利用を特

別に許してもらふことが、それである（ごく初期には、国家が取得した土地を、個々の市民に、自由に利用できるように、占有させたことも、同じようなパターンに属すると考えられる）。土地所有者の好意にすぎるといふ場合、利用の対価を支払わないかたちで、使用貸借という契約（タテマエとして関係）が締結されるのがふつうの現象であろうが、懇願により利益を与える者と懇願によりうけとる者のあいだの濃い人間関係のもとでは、独立人のあいだの債務契約のパターンを経由する必要も実益もないので、このような、ホンネ本位のかたちになるのであろう。ただ、この利用権は、容仮占有を許容した者が返還を求めれば、ただちに土地を返還しなければならない、という程度の弱い地位におかれる。相互間の貸借の関係には法的な拘束力（タテマエ）がない不安定な状況（ホンネ）しかかなりたっていないからである。もっとも、先の容仮占有の許容者以外の者を相手方とする関係では、容仮占有者は、特示命令による法的保護をちゃんとうけることができ、その地位は保全されている（使用貸借の借主がたんなる所持者にすぎず、直接的には占有保護をうけることができず、対照的である）。人が自由意思によっておたがいに拘束しあうのが契約のタテマエ的側面であるが、そのタテマエを欠き、ホンネ——つまり、所有権者のたんなる恩情——に全面的に依存するだけの容仮占有は、ローマの法社会においてはエア・ポケットのようなものである。なお、容仮占有は、隠秘に占有が取得された場合、暴力を行使して占有を取得された場合と同じ扱いで、瑕疵のある占有と位置づけられている。なお、容仮占有者が許容者の許容意思を撤回したにもかかわらず目的物を返還しない事態にたちいたったさいには、許容者は、特示命令のルートで容仮占有地を自身の手にとりもどすことができる。ここのところは、タテマエ（法システム）が有効に役立つわけである。

⑭「地上権の他物権性」と「地上権の所有権性」…地上権は、他人の物に対する制限物権の一つであり、所有権者側にとっては、負担とうけとられるものである。つまり、これは、他人の土地の地表部分に、地代を支払って、ある人自身の建てた建物を自身の所有物のように（本来なら、建物の所有権は土地の所有権者の側に帰属する）利用する権利である。この権利は他人への譲渡も可能なものであり、相続にも親しむ。都市が所有する公有地については借料を、そして、私人が所有する土地については地代を、それぞれ支払うことによって、この地上権は成立し、そして、特示命令の制度を利用することにより、他人の侵害から守られた強力な地位が生ずる。ところで、もっとも重要な制限物権としての役権のなかに、特定の土地のための地役権のほか、特定の人のための人役

権というものがあり、これが土地や財産に対する使用・収益権として意味をもっていた。これは実質的効用においては所有権に近い性格をおびているが、タテマエ（枠組）では、時間的制約がある点で、その格が地上権よりも劣っている。ところで、この地上権は、タテマエ（法システム）上は、所有権に制限をくわえるだけの制限物権にすぎなかったが、中世以降には、卑俗法以来の伝統にもしたがって、物事の位置づけが甘く、ゆるやかになり、「準所有権（*dominium utile*）」と構成されるほどの高いステイタスを与えられるまでになっている。これは現実の利用形態（ホンネ）の濃さ、重みに着目してのことである。

㊥「永借権」と「長期の用益賃貸借」…前者は、制限物権に属し、対物訴権によって、第三者にも対抗できるほどの強力な保護をうけ、また、特示命令によっても保護される。その意味で、これはタテマエとしての資格を十分にそなえている。「永久権（*jus perpetuum*）」という、永借権についての呼称は、時間的な幅の長さをとくに示すためのものである。それ以外に、この権利が譲渡も相続も可能なものであるところが、注目点である。これに対して、土地の賃貸借は、たんなる債務関係であり、対人訴権により賃貸人を相手方として保護されるだけである（第三者を相手方とすることはできない）。また、賃借人は占有者ではなくて、所持者にすぎないので、特示命令による保護は直接にはおよばない。このあたりの事情を考慮すると、長期の賃貸借は、タテマエ性が弱く、どちらかと言えば、ホンネよりの格下の存在である。このような見方は、「物権がタテマエで債権がホンネである」という一般的な位置づけとも実質的に関連してこよう。後代になると、「永久賃貸借（*locatio in perpetuum*）」と「永借権」は、ホンネ（実態）面での類似性があることも作用して、一体的に扱われるようになる。

㊦「信託」…占有の移転をともしない抵当は、その設定状態が表面に見えてこないのが、タテマエ（形式・観念）性を強く帯びた担保スタイルであるが、一方、占有の移転とともに設定される質の方は、具体性をもっているのが、ホンネ（現実そのもの）的な担保スタイルである。もう一つの、古い担保方法としての信託においては、所有権それ自体がいったん移転されてしまう扱いになるので、たんなる質入れの場合以上に、ホンネ性（具体性・現実性）が強力に現われてくるが、しかし、債務の履行があれば所有権がもとの所有権者に再譲渡される、というシステム（タテマエ）を内包しているので、一回の譲渡によって完了する通常の所有権移転コースとはちがうかたちになる。これは、ある意味においては、ホンネ・タテマエ混合型とも言えよう。

㊧「担保権の担保的作用」と「担保権の弁済的作用」…担保権は、タ

タテマエ（本来の機能）としては、債権を担保する点にあり、これは抽象的・観念的・静的な位置にある。しかし、債務がタテマエどおり履行されなくなった結果として、担保物それ自体を取得したり、換価したりするのは、リアルで現実的な、動のプロセス（ホンネ）である。ちなみに、担保物それ自体の取得による満足はタテマエ型で、担保物の換価による満足はホンネ型、という位置づけにもなる。

㊸「対物質訴権」と「対人質訴権」…権利のステイタス・パワーのちがいに着目して、すべての人を相手方とすることが認められている、いわば絶対的な性格をもつ物権（所有権が典型例であるが、役権・質権もこれに属する）がタテマエであり、債務関係上の当事者しか相手として認められていない、いわば相対的な性格しかもたない債権がホンネである、といううけとめかたをすることが許される、という前提で考えてみよう。占有訴権や本権の訴え（セルウィウス訴権、準セルウィウス訴権など）によって、占有の取得や失なわれた占有の回復を果たすことを可能にする物権的保護は、いわば大枠（タテマエ）部分に関連するだけで、中味（ホンネ）についての問題を処理するには、それにプラスして、債権法上の手あてもきちんとしておかなければならない。質物が毀損された場合の損害賠償や、質権者が質物に対して支出した費用の償還などについての相互の取りきめがなされることがその例である。この対人の質訴権は質権者（債権者）側からのものと、質権設定者（債務者）の側からのものがあり、双方向的な構造になっている。このように、対物（タテマエ）と対人（ホンネ）の訴権がしっかりと重なりあうことによって、質による担保がスムーズにはたされる。ローマ人はこのように二元的な物の考えかたをとったが、比較法上は、これらを一体化した簡明な仕組みもあちこちの法制のなかに見られるはずである。

㊹「質と抵当」…現代では、経済効率の点から、大型の担保物件を対象とできるような抵当権の方が、もちはこびができる比較的小さなもの（もったも、宝石や貴金属は、小さくても価値は高い）を対象とする質権よりも物的担保（保証）能力が高いものとされている。さて、ローマでは、広義の「質」には、占有質（債権者の側に質物の占有がうつされる場合）と非占有質（質物が質権設定者のもとにとどめられた状況になっている場合——たとえば、収益の目的とする賃貸借上の賃借人が土地にもちこんで日常的に利用している農具などを担保として差し入れる、という場合）との二種があるが、時代的にはさきに存在した占有質がリアルである点に着目して、これをホンネとし、そして後代に生まれた非占有質（抵当）が観念的な性質のものである点に着目して、これをタテマエと理解しておきたい。なお、ローマでは、非占有質としての「質」

と、非占有質としての「抵当」とは、きっぱりとしたかたちでは、峻別されてはいない。

④「**本来の所有権譲渡**」と、「**いわゆる譲渡担保**」…ローマ法における物的担保（担保の形態としては、人的担保が、強力なものとして、ほかに存在する）には、まず信託があり、のちに、占有質としての質と、非占有質としての抵当が登場する。本題の譲渡担保について見てみよう。債権者は、握取行為または法廷譲渡という公示性の強い移転行為を通して、物を債務者から譲渡される。つまり、貸付金への担保の役割をになうものとして、担保物それ自体がきっぱりと譲渡されてしまうわけである。そこで、将来債務が弁済されたときには、債権者が債務者にそのものを握取行為によって再譲渡する、という内容の信託約款がつけられる。このような状況下では、所有権譲渡をうけた債権者は、正式の譲渡手続を経由して、タテマエ（法制）上は所有権者となっているのであるが、ホンネ（実態）では所有権をあくまであずかっているだけの状況になる。たとえば言えば、権利（タテマエ）を質入れされているようになるのかもしれない。

④「**法定の一般的抵当権**」と「**法律行為によって設定された一般的抵当権**」…一般的抵当権は、債務者の総財産を対象とする抵当権（ローマの担保物権の法においては、担保権のおよぶ対象は特定された目的物に限定されていない）で、もともとローマでは抵当権に公示性がなかった点（古代ギリシア人や古ゲルマン人のもとには、物権の公示性がある程度確保される仕組みになっていた）や、抵当権設定の順位に関係なく優先順位におかれるものがとくに認められている点において、使い勝手がわるくて、債務者が抵当の設定を通じて債権者の信用を獲得しようとするさいの阻害要因となるものである。法というタテマエによって設定される強力な一般抵当権が目だった存在となっている。これに対して、当事者のあいだの法律行為によって設定される一般抵当権は、いわば、ホンネ（当事者の意向）にしたがったかたちになる。

④「**公示の原則**」…担保権の設定があることが対外的に第三者にとって認識されるような仕組みを設けていることは、近代法ではいわば常識である。このようなタテマエ（保証の制度上の枠組）は、ローマでは当初はまったく存在していなかったが、後代になり、レオー帝のもとで、四七二年に、ようやく、ホンネのレヴェルで、公示された担保権が、私文書によって設定された担保あるいは無方式のかたちで設定された担保権に対して優先的な地位を認める扱いにして、公示の原則の導入への接近がいくらか見られるようになる。なお、「担保権設定の順位優先原則」も完全には貫かれていない。これも信用を阻害する要因の一つとなる。

⑬「**卑俗法**」…ローマ法およびローマ法学の最盛期であった期限後の数世紀からかなりのちの時代には、ローマ全体の国力の衰退とも関連して、高いレベルにたっしていた古典法は、卑俗化し、ホンネ（現実主義）型の卑俗法がタテマエ（専門技術）型の古典法をおしのけていく。そこでは、所有権と占有、所有権と制限物権の概念上・運用上の区別は消えうせてしまい、世間の法感覚にまかせるルースな状況が生みだされる。

⑭「**人的担保**」と「**物的担保**」…人的担保（たとえば、連帯保証）は、社会的な助けあいの一つの現われとして、ローマの上層部の人々のあいだで愛用されていた債権担保のかたちである（一七世紀に生きたシェークスピアの「ヴェニスの商人」が描いている、仮想のイタリアの経済社会にも、それが存在する、という描写になっている）。債権の実効性を保障するために、物が質入れされたり、譲渡担保の形態で、財産を債権者の手にいったんわたしてしまったりするタイプの物的担保は、世間的にも見ばえのよいものではなかった。人が自身の社会人としての存在そのものを担保にして人をサポートする、というのは、タテマエ（対人性をもったシステム）として完璧なものである。これに対して、物的担保（質）は、物に特化した担保という意味でホンネ（対物性）が表に現われてきたものと考えられる。現代では、二タイプの担保が、独立的に、あるいはそれらがくみあわさるかたちで、活用されている。とりわけ不動産購入のさいには、巨額の、長期間にわたる債務を保全するために、とくに規制が精密化している。

⑮「**売主の義務**」…売買契約にもとづいて、売主は、対象物の引渡の義務を負う。「使用し収益しもち占有することが許されること（*uti frui habere possidere licere*）」という表現で示されるような「安全な占有」の供与義務がこれである。所有権は堂々たるタテマエであるが、ホンネ性の強い占有にもしっかりとしたポジションが与えられながら法律行為がかわされるところが、注目点である。占有と所有権の関係については、⑫の記述を参照して頂きたい。

⑯「**売買契約行為と処分行為**」…売買契約それ自体は売主に引渡義務（つまり、タテマエ）を設定するだけであり（債権法上の処理）、所有権を売主から買主に移転させるためには、さまざまなタイプの現実の処分行為（ホンネ）が必要である（物権法上の処理）。引渡がもっとも簡明な処分行為であるが、ローマには、そのほか、儀式的な行為も多く存在していた。

⑰「**伝来（派生）取得**」と「**原始（原初）取得**」…先占、果実取得、符合・混和・加工などは、ローマ人の考えでは、原始取得は市民法では

なくて、万民法に由来するものと考えられていた。取得がリアルな行為であり、それで過程が完結するところに、ホンネ（リアリティー）性が見える。一方、伝来取得は譲渡する側にタテマエとしての所有権が存在し、しかも厳格な形式（タテマエ）を経由してはじめて成立するのがふつうなので、ここにはタテマエ（形式）性が強く認められる。

④⑧「譲渡禁止の効果」…いわゆる「物権法」上の効果をもつ譲渡禁止（たとえば、特別法の制定による、イタリアの、嫁資に属する不動産の譲渡の禁止）にあつては、その禁止に反する行為は、無効であり、所有権が移転することはない。しかし、いわゆる「債権法」上の効果をもつ譲渡禁止（たとえば、遺言のような法律行為にもとづく譲渡の禁止）にあつては、譲渡が成立すると、所有権は移転してしまうが、しかし、損害賠償を発生させる。前者をタテマエ的禁止、後者をホンネ的禁止と見ておきたい。

④⑨「用益質（*antichresis*）」…固定的な状態の物ではなくて、果実を継続して生み出すような、流動的な物を質入れすること（用益質）は、質入れした債務者側に有利でリーズナブルな発想にもとづくものであった。合意によって、果実をまず本来の債務について支払われる利息（第一順位）や元本（第二順位）に充当して計算し、ホンネの次元で、債務本体の負担を最終的には軽減できるからである。担保という表向きのタテマエは、さきのホンネによって、その姿をいくらか変えるわけである。また、利息のつかない債務が本来の債務となっているときは、合意がなくても、利息のかわりに果実をうけとることができる扱いになった。場合によっては、このような仕組みは、利息制限法の趣旨をくいやぶるテクニックともなる。

#### （b）債権法関係の法①～④⑩

①「市民法上の債務関係」と「名譽法上の債務関係」…前者は、ローマ古来の市民法にベースをもつ、特定人のあいだの人間関係で、市民法訴権によって要求をつらぬくことが制度上可能になっている債務関係である。要物・言語・文書・諾成の各契約群と不法行為（窃盗など）関係のものがこれに属する。これは、正規のオーソドックスなタイプで、タテマエとしてのステイタスを誇っている。一方、後者は市民法上の債務関係に修正・補足をほどこすかたちでつみあげられ、肥大してきたもので、アド・ホック型の救済手段として、ホンネに属する。法務官法上の無方式合意、法務官法上の不法行為、付加的性質の訴権などがこれに属する。ローマ契約法は、前者を中軸とし、後者をそのヴァリエーションとするかたちで、厚味をもって展開してきた。近代法への影響力の根源は、ローマ人の軟らかな発想、ニーズに即応する法体制づくり、例外

的なものを拒絶しない柔軟な姿勢などのかたちにした、このような名誉法システムのなかに求めることができる。

②「責任」と「債務」…現代の理解では、債務がタテマエで、責任がホンネ、という位置関係になってくるように思われる。債務者は、第一次的に、給付をなす義務（タテマエ）を負い、それがはたされないときには財産をもって責任（ホンネ）をとる、という経過になると考えられるからである。「責任をとらなくてもよい債務」というのは、いわば債務関係の鬼子のようなものであるが、これが自然債務である。ところが、古い時代のローマにおいては、まず責任がタテマエとして現われ、債務を負担することがその責任から解放される手段（ホンネ）となる、という位置づけが原点にあっただけではなかろうか。つまり、さまざまなタイプの不法な行為（そのなかには、現代で刑事法規の適用をうけるような重大な行動もふくまれている）を行なった者は、被害者側からの報復・復讐にさらされるので（殺害されることさえもあった）、加害者は贖罪金をさしだす約束をすることによって、被害者側に復讐権を放棄してもらうことができる、というわけである。また、債務者が、借金のために、自身の人格（身体）を質入れする（担保に入れる）ような側面をもつ古い由来の拘束行為（ネクスム）は、日常的な行為なのであるが、これは、不法行為の場合と同じほど古い由来の責任追及システムを内包するかたちであろう。自身の身体で責任を負い、そこからのがれるためには、償金をさしだすことが必要なかたちになっていると考えられるからである。ここでも「債務から責任へ」という図式はかならずしもあてはまらない。もっとも、さまざまなニーズにもとづいて、約束とか契約とかの特別の行為によって、ある人がある人に債務をわざわざ負担する現象が生じてくると、債務が先行し、そのあとに責任が人的執行のスタイルで問われるかたちになってくる。このスタイルは、現代の仕組みとつながる。

③「復讐殺害と同害報復（ターリオー）」…古い時代には、不法な行為の程度とはあまり関係せずに、とにかく加害者に全人的な責任を問うかたちの報復的な殺害が、不法な行為についての簡明な決着のつけかたであったように思われる。人に、トータルに、いわば観念的に復讐する、という意味で、これをタテマエと見よう。そうすれば、重大な身体傷害に対して、加害者に同程度の害を加えることに限定する事後処理のやりかたは、バランスのとれた限定復讐ということになり、これをホンネ（実質性に着目した処理法）と見ることもできる。そういった合理化現象の延長線上には、身体（ホンネ）ではなく、金銭（タテマエ）で折合いをつけるやりかたが位置するわけである。もっとも、損害賠償金や償金（タ

テマエ)の支払を命じられたにもかかわらず、支払ができない者は、一定の訴訟手続を経由して、自身の身体(ホンネ)でもって(極限においては命をとられて)責任をとらなければならない。民事責任はそれほどおそろしいものであったわけである。ちなみに、現代においては、自己破産の制度があり、実質的に金銭問題(タテマエ)を無力にしてしまう、という路線において、最終決着がはかられている。

④「諾成契約」と「その他の契約類型」…市民法上認められた正規の契約のなかで、諾成契約だけは、どのような方式・スタイルのものであっても、当事者の合意(ホンネ)がありさえすれば、それだけによって成立するが、他の三つの契約類型では、合意以外にさまざまな法定の固い形式(タテマエ)の存在が、前提として要求されている(もっとも、ごく古い時代には、要物契約や言語契約においては、かりに当事者間に意思の合致(合意)など存在しなくても、物の交付ないしは儀式的文言の順守、というタテマエ的な要件をみたせば、債務関係をとにかく成立させることができたようである。ここでは、合意というホンネにはもともとそれほど重点はおかれてはいなかったのであるが、それだけに、タテマエ系の要素ぬきで、合意それ自体が諾成契約を生みだせる、というのは注目すべき現象である)。諾成契約は、当事者間の信義(ローマ人の好きな語源論からすると、「信義(fides)」というのは、「言われる[ことが]生ずる(fit quod dicitur)」が示すように、約束を守るということである)だけをたよりになりたっている点で、いかにもローマ的な産物であるが、これは現代までつながる、モダンな構造物となっている。タテマエぬきで、ホンネだけで、諾成契約という重要な法律行為が存立しているところは、比較法的に見て、古い時代のこととしては、とても目だった現象である。

⑤「請求・執行の可能な債務関係」と「自然債務」…前者は、債務関係の原点に位置し、訴求性が保障されているのであるが、これはタテマエ(基本構造)としてそびえたっている。一方で、後者は、訴求・執行ができない債務関係で、実効性(ホンネ)の部分が大きく欠け目がある。もっとも、この手の契約にもとづいて型どおりに履行がなされていると、その履行は有効と扱われるので、そのかぎりでは、自然債務には、タテマエ(正規のもの)としての力も部分的にはそなわっているわけである。無方式で合意された消費貸借の利息の扱いがこのタイプの債務の好例である。現代においても、自然債務的な発想にもとづく制度は、いくつが存在する。

⑥「正規の訴権の不存在」と「付加的性質の訴権の創出」…「付加的」というのは、家長の権力に服属する者(家息、奴隷など)が社会・経済

生活のなかで独自に動くことがしばしば生じてきたために、彼らが本来的に負うことになった債務にプラスされて、家長本人に、その服属者たちが生みだした債務（責任）が付加される、という重複構造の存在に関係する言葉である。「家長権に服属する者は、それ自身としては、責任を追求されない」というのが原則（タテマエ）であるが、それは、その者が取引能力を法制上認められていないことの一つの帰結である。しかし、成人した家息や奴隷が家長にかわって、商取引の最前線に登場してくるような経済状況が生まれてくると、彼らを商取引の相手方とした者（売主・買主）は、不安定な地位におかれる。つまり、取引でトラブルが発生したさいに適切な対応ができないので、取引の安全が保障されないのである。そのことに注目した法務官は、家長制という強固なタテマエの方には手をつけずに、家長・主人にいわばつけをまわすかたちで、ホンネ（実質）の部分で、家長・主人にも（というよりまさに家長・主人に）責任をとらせるルートを訴訟の現場で開発した。これが「付加的性質の訴権」というように後代に総括してよばれたものである。ところで、付加的性質の訴権には、いくつかのパターンがある。「命令訴権」というのは、家長・主人の授權ないしは追認のもとに権力服従者が行動した場合のもので、「特有財産訴権」は、家長・主人が一定額の特有財産（一種のヘソクリ）を与えて、自由に商取引などを展開することを権力服従者に許した場合のもので、これらは、行為の構造・形態（タテマエ）それ自体に着目してそのような責任を生じさせる仕組みになっているタイプである。これに対して、「利益転用物訴権」は、権力服従者が、取引の相手方からえたものを家長・主人の利益・利得となるかたちで転用した場合のものであって、ここでは、利益（ホンネ）に着目したうえでの特別な措置が見られる。以上は格下の権力服従者が取引にからんできたときの話であるが、堂々と一家をかまえている人（家長）がからんでくると、本来なら話はまったくべつになるはずである。しかし、頭が軟らかく、しかもホンネ（実態）を重視するローマ人は、類推策を駆使するようになる。船主（船長とはべつの人格の人物で、経営者・出資者がこれにあたる）、事業者（支配人を任命したボス）を家長の位置におき、そして、付加的責任を、船長、支配人（この者たちは、完全な行為能力を保有しているので、独自に法的責任をになうことができるが、社会的実態においては、親方・ボスである船主・事業者にくらべると、ランクもステイタスも下であった）につけをまわすテクニックを開発したのである。ここには、タテマエ（理論）としての直接代理は存在しないが、ホンネ（機能）としては、それが実現されることになる。もちろん、船長や支配人がたまたま権力服従者であれば、本来のルールが適用され

る。このようにして、ホンネ由来の独自の地位を獲得した付加的性質の訴権は、いまやそれ自体がタテマエと化し、付加的性質の訴権のさいに責任の担い手となる人物に準ずるような人物についても、準訴権の創出というやりかたで、さらに適用領域がひろげられた。一つは、利益転用物訴権が、自由人家長に対しても適用されるケースで、もう一つは、支配人ではなくて、同じような職責をもつ財産管理人に対しても適用されるケースである。ちなみに、訴権とこの準訴権のあいだにも、タテマエ（前者）とホンネ（後者）の位置関係がなりたつ。

⑦「契約の類型強制」と「無名要物契約および訴求可能な無方式合意の存在」…市民法上の正規の契約のタイプは、制度上承認されただけの、名称をもつ——有名の——もの（典型契約）にかぎられた。種類限定主義＝類型強制による閉じられたシステム（タテマエ）が採用されている。そのタイプのものにマッチしないような非典型的な約束・合意の類型は、型にきっちりとはあてはまらない、ということで、市民法上は訴求性を認められていない。これが原則（タテマエ）である。もっとも、典型的な契約の一つである問答契約はさまざまな目的に利用される柔軟さをもととも備えていたので、実質的には、タテマエ型の問答契約の枠内でならば——つまり、その枠組をうまく用いさえすれば——、そこにさまざまなホンネをもちこんで契約のフィールドでの展開が十分に可能であった。他方で、契約類型（タテマエ）にはマッチしないが、実質的に（ホンネ的に）訴求可能性を付与されるようになってきたものとしては、多様なパターンをもつ無名要物契約と、無方式合意（法務官法上のものと、法定のもの）がある。前者の無名要物契約の場合は、将来の給付交換を目的とする合意のもとに、たとえば、まず、一方があるものを与えた（なした）のに、他方が与え（なさ）ないときに、与え（なし）た側は、原理的には、相手方が与える（なす）よう訴求できないのが市民法のルールであったが、ローマも後代になると、実質的に訴訟段階で訴訟の場における救済が認められるようになった。後者は、法務官が実務において、方式にのっとっていない契約の場合にも訴求可能性を付与したものである。これらは広い意味における契約の幅をひろげる役割をはたす。類型強制というタテマエが解きはなたれるのはいわば法発展の自然の動きとも言えるが、それは後代の註釈学派・註解学派、教会法学、自然法学の功績である。なお、この最終段階では、ようやく、「合意は守られるべきである（パクタ・スント・セルワンダ）。」というタテマエに対して、「その合意の効果が訴訟を通じてちゃんと実現される」というホンネによって裏づけられるようになる。そのベースには、合意がそれとして存在効果を認められるフィールドが大きく広がった点がある。

⑧「私的自治の原則」と「その修正」…契約類型の枠内でありさえすれば、その内容について広い範囲で契約当事者に自由な交渉による取り決めが認められる。これが古代ローマにも存在するタテマエである。しかし、時代が下るにつれて、とりきめられる契約内容について修正がくわえられる。まず、信義誠実の観点から、法学者の学説のレベルで、「悪意についても責はおわない」というたぐいの免責合意の有効性が否定される。これはホンネ（法実務）における修正と見ることができるであろう。このほかに、経済の停滞にともなって、経済的弱者を保護する施策として、皇帝の勅法により、最高物価統制令、「莫大な損害」(laesio enormis)、および流質約款 (lex commissoria) の禁止の制度などが導入されたが、こちらの方は、タテマエ（法規による規制）フィールドにおける修正と見ることができる。

⑧「方式強制」と「方式自由」…法律行為などを行なうさい、儀式・方式・様式・形式を要求し、それを効果・効力を生じさせる根源と位置づけるのは、タテマエ（かたち）を尊重する発想であり、このやりかたは、それなりに合理性をもっていた。古くは、神とのかかわりで式語を用いることが要請されていたことも、タテマエ尊重の背景となっていた。しかし、時の経過とともに、方式へのこだわりはすてられていき、当事者のホンネ（本心・要請）にそくした自由なスタイルで拘束力を生みだしていくやりかたも認められるようになる。ただ、ローマには、比較的古い時代から、方式を経由せずに、方式（タテマエ）の拘束はまったくうけずに、たんなる合意（ホンネ）だけでも契約をちゃんと成立させる諾成契約のいう類型が存在していたことは強調しておかなければならない。売買がその筆頭である。現代の諾成契約のシステムもローマ法の流れをくむ。とくに人々の日常のホンネのはびこる世界においては、無方式の行為はしばしばとり行なわれていたが、これにも法の保護がしだいにおよんでいったわけである。現代においては、方式や様式にとらわれずに法律的な行為がひろくとり行なわれるようになっているが、身分法上の行為のなかには、トラブルをさけるために、方式をふむことが求められる場合がある。

⑩「種類債務」と「特定物債務」…種類の特徴に着目して給付の対象とされている種類物は、代替物であって、なくならないので、そこに、普遍性（タテマエ性）が認められる、と考えられるのに対して、特定物は不代替物であって、個性（ホンネ性）が強いので、債務不履行にかんして扱いが異なる。つまり、債務者の責に帰すことができない事情による履行不能があったとき、特定物債務の場合なら、「特定物は債権者の負担において滅失する」というルールによって、債務者は債務をまぬか

れるが、しかし、種類債務の場合には、「種類物はなくなる」というルールによって、不能は生じない。

⑪「**法律的不能**」と「**事実的不能**」…債権の目的となるにはさまざまな要件がみたされていることが必要であるが、その筆頭に「給付が可能であること」というものが位置する。それと対比されるものとしての「不能な給付」にあたるものには、タテマエ的（構造的）不能とホンネ的（事実的）不能がある。前者は、法秩序に反しているために本性上不能である場合で、後者は事実上不能である場合である。自由人を奴隷として売却するケースが前者で、すでに死亡している奴隷を売却するケースが後者である。なお、「客観的不能」（誰にとっても給付が不可能であること）と「主観的不能」（給付が債務者個人にとって不可能であること）とのあいだにも、タテマエとホンネの関係が描ける。「原始的不能」と「後発的不能」の位置関係についても、同様である。

⑫「**服をきた合意 (pactum vestitum)**」と「**裸の合意 (pactum nudum)**」…「ローマ市民間では、たんなる合意からは訴権は生じない」という原則は、あらかじめ市民法上で定められた契約 (**contractus**) の類型にのっとっている合意・約束だけが訴求可能性を付与されていることを示すものである。しかし、法務官の訴訟指揮活動や、後代における皇帝の立法によって、訴求可能性を認められるようになったタイプのものもある。後代の註釈学派が「服をきた合意」と表現する無方式合意がこれで、ここには、タテマエ性（訴求・執行の可能性）が特別に認められている。これに対して、「裸の合意」はただの（ホンネとしての）合意にとどまる。この裸のままの合意であっても、濃密な人間関係のもとでなされていけば、実状（ホンネ）では十分に拘束力をおびている。法的制裁はなくても、社会的（ホンネ的）な圧力や制裁がくわえられるからである。

⑬「『**売買は賃貸借を破る**』というルールにおける**物権の優位**」と「『**賃貸借は売買にまさる**』というルールにおける**債権の優位**」…前者は、ローマ法のルールで、「売買によって所有権が移転すれば、譲受人は、譲渡人との賃貸借契約によってそれまで賃借していた者を追い出すことができる」ことを意味する。もっとも、賃借人が、賃貸人に対して、利用を妨げられたことについて損害の補填を求める余地はないわけではない。物権がタテマエであり、債権がホンネであるとすれば、タテマエがホンネに対して優位にたつことになる。もっとも、かつての賃借人にひきつづき居住を許す、といった条件を売買契約のなかに付加的無方式合意としてあらかじめおりこんでおけば、賃借人の現況は保持される。しかし、ローマでは、近代の場合とは異なって、土地を賃借する小作人も、家を賃借する借家人も、社会的地位は低かったので、彼らに対して

そのような配慮がなされる可能性はそれほど大きくなかったであろう。このような手当はホンネ（債権）の世界での話である。一方、古いドイツ法では、賃貸借というホンネ（現実）は、後に生じた売買によってつきくずせない、というルールがあった、と言われている。後代になってローマ法がドイツへ継受されると、このルールはつぶされてしまう。現代では、さまざまな社会政策的配慮により、「賃貸借の物権化」などと表現されるような現象が生じている。これにより、社会的弱者であることも多い賃借人の地位はかなり確保されることになった。

⑭「現実売買」と「諾成契約としての売買」…人が物品を平和的に入手しようとするさい、もともとは物々交換というシンプルな取引が日常的になされていたであろう。これが人間社会における物流のスタート地点である。やがて、物品ではなくて、一般的・抽象的に価値があるもの（たとえば、銅の塊：べつに銅のような金属でなくてもよい）が物の対価・代価としてわたされ、つぎの段階では、貨幣（たとえば銅貨）がメリハリのきいた対価として登場する。金が豊富にあるところでは、金でもよいが、金はどこでも産出するわけではなかったので、まず、比較的に入手しやすい銅を加工した銅貨が用いられたのである。物品と対価がそれなりの手続過程を経由して交換されるのが、現実売買である。ここでは売買という、いわば物権法上の行為（タテマエ）によって物品とそれにみあう対価がそれぞれの側に取得される。この取得状況というのは、いわばホンネと位置づけることができる。ここでは、タテマエとホンネが一体化していて、完結性をおびたプロセスが見られる。給付（等価交換）は即時に完了するので、この場合、将来の給付をめざす義務発生行為としての売買は債務関係を発生させることはない。しかし、時間軸を現在から未来へとひろげることにより、将来において決済される債務関係を意図的に設定する必要も生じてくる。たとえば、入手可能な物品は入手したいが、対価（代金）が用意できない人もあれば、他方で、金は用意できるが、肝心の物品がまだない（これには、ほかのところにはある場合と、たとえば将来生みだされてくる——たとえば収穫される——ケースとがある）場合もある。さらに進んだ物流の段階では、対象物も対価も手もとに用意されていない状況で、観念的・抽象的に売買が成立するパターンも生まれてくる。そこでは、信用・信頼だけが頼りになるだけで、リアリティーは欠如している。売買行為というタテマエと、対象物・対価の獲得というホンネのギャップはこのような信用取引のさい最大のものとなる。なお、諾成契約の成立がタテマエ（枠組）とすれば、握取行為ないしは引渡のような物権的行為を通じての現実の契約履行がホンネ（内容充足）という位置づけになってくる。ちなみに、ホンネ

(履行)面においても、下位のパターンとして、現実に売買代金がわたされるかたちをホンネの表われとすると、代金のシンボル(たとえば、一円のような少額貨幣)をひとまずわたすだけでかたちだけをととのえるのは、タテマエ方式である(もちろん、実際の代金支払は別のルートでちゃんと実行される)。

⑮『莫大な損害(laesio enormis)』のさいの、売買目的物の返還による解決」と「そこにおける差額の追加払による解決」…「莫大な損害」の処理は、合意された売買代金が真の価格の半分より少ないとき、売主が売買契約を解除できる、という後代に登場してきた、かなり特別な趣をもつ制度であるが、ここでは、売主は、タテマエとしての売却契約を消滅させ、原状にもどすか、あるいはタテマエは存続させながら、実質的(ホンネ的)に被害をカバーさせる策をとるか、の選択権をもつ。

⑯「契約関係」と「人的従属関係としてのコロナートゥス(土着農夫制)」…ある人が他人の土地を耕作させてもらうさいには、一般的に、債務関係の一種としての、用益賃貸借が一定期間について締結される方法がまずあり、つぎに、制限物権としての永借権が登場してくる。これは、公有の土地について認められるものであるが、この永借権は、譲渡可能であり、相続の対象ともなる。永久的な貸借関係がここに生まれるわけである。さらに、経済の沈下現象にみまわれた後代には、私人の土地について、形式的(タテマエ上)には、土地利用をめぐる、いわば対等の関係である債務関係が成立する、といったかたちにはならず、利用というたんなる事実関係(事実状況)が生まれるようになった。その背景には人的な隷属関係がある。貸し手は、借り手から、いつでも好きなときに、土地をとりもどすことができるところが、契約関係の場合と根本的に異なっている。地主に従属する地位にたたされている小作人(コロヌス:土着農夫)は、土地をはなれることもできず、一方で、地主の方は、小作人を土地から切りはなすことはできないので、土地の譲渡は小作人つきでしかできない。しかも、小作人の地位は世襲化される。コロヌスは、タテマエ(法制)上は、婚姻能力も財産能力も保有するれっきとしたローマ市民なので、「農奴」といった、ホンネ(実態)に着目した差別用語でこの人物をよぶのはかなり不見識なことであるが、それでも、現実を直視すれば、この言葉は、たしかに事実・眞実の一部を言いあてている。いずれにしても、市民がこのような劣悪な状況におかれることが公認される、というのは、ローマ人が古来大切にしてきた「自由」というものが経済的危機に見まわれた後期ローマにおいてふみにじられた、一つの例となる。

⑰「連帯債務における消耗競合」と「連帯債務における弁済競合」…

連帯債務者の一人が債務をきちんと履行し、それにより、債務者が満足をえれば、債権・訴権は消滅し、債務者は義務から解放される。これは現実にそくしたホンネ型の消滅である。初期のローマの民事訴訟手続に特徴的な争点決定という節目の時点で、形式上、連帯債権関係における債権者がもっていた訴権（実体法上の請求権）は消耗してしまい（「消耗競合」の関係がここにある、とされる）、そのかわりに、「与えることを要すること（*dare oportere*）」という実体法の構成要件のかわりに「有責判決することを要すること（*condemnari oportere*）」という手続法上の構成要件が登場する。その後、このような訴権消耗という手続法上のきれいなタテマエにこだわってはいは、請求権がターゲットとされた一人の連帯債務者の資力不足のために実効性をもたなくなったりすると、債権＝訴権が所定の利益を現実に生みださない結果になるので、ユースティニアヌス法では、債権者が、判決にしたがって、弁済により現実に満足をえてはじめて、訴権が消滅させる取扱にする、というホンネ（実績）中心のやりかた（弁済競合の方式）がとりいれられた。

⑱「連帯債務における責任」…各連帯債務者は債権者に対して債権全体について責を負う。これが、タテマエ（システム）である。しかし、複数の連帯債務者間には、求償の余地が生じ、ホンネ（実質）的には、彼らは分担額についてしかそれぞれが責任を負わない仕組みになる。分割債権の場合には、タテマエとホンネが合致するが、連帯債権にあっては、たいていは、最終的に、ホンネ面での責任額にしばりこまれるわけである。もっとも、他の連帯債権者全員が責任をとってくれないときには、タテマエどおりのきびしい責任になる。このように、不幸にも債権者にマークされた一人の連帯債務者は、事後の求償権行使よって、いわば立替えた金額を回収できるのであるが、これはときにはその債務者の重荷になる。分担額を払えない人もでてくるからである。そこで、当初の「全額支払」というタテマエをホンネ（割合負担という実質）よりのところへひきよせるシステムがユースティニアヌス帝の勅法第九九号によって最終的に確定された。これが責任負担分を頭割りで分割するかたちで、最初から、手間をはぶき、責任を軽くしてもらえろという意味で、「分割の利益（*beneficium divisionis*）」と呼ばれるものである。

⑲「（直接）代理」と「間接代理」…前者は、ある人（代理人）が、他人（本人）の計算で、しかも他人（本人）の名において行なう法律行為であり、その効果は本人に直接に発生する。このパターンがタテマエ（制度）としての代理の原像である。しかし、人の個性・人のあいだのつながりを重んじて、それにこだわりをみせるローマでは、他の地域の

古代法の場合とはことなっており、このような発想にはなじみがなく、ホンネ（実態）として、代理の機能をうけもたせるようなやりかたを開発しただけである。間接代理と名づけられるものがこれで、ここでは、ある人の計算で、そのある人の名において行なわれる法律行為が存在する。取得された所有権はいったんこの者のものとなり、その後、そのある人から本人へと目的物がうつされる。そのある他人と本人のあいだでなんらのトラブルもなければ、この間接代理のシステムは、二段階方式によるものではあるが、有効に作動する。その本人と他人のあいだに、濃密な人間関係がなりたっていることが少なくないので、実際のところ、トラブルの生ずる可能性は低かったのではなかろうか。実質的に代理の機能をもつことができる「信用委任」および「権力服従者の行為」については、[I] 部門第七章第二項（VII）：p.144ff.をそれぞれ御参照頂きたい。なお、被解放奴隷が旧主人（保護者）の保有する地方荘園などの委託事務管理人（執事のような者）として動くときは、タテマエ上彼は独立の自由人市民であるが、実質（ホンネ）上、奴隷であったときとほぼ同じようなかたちで旧主人の支配のもとにたたさされている彼の行為は、一種の代理制のようなものになりたっているために、主人のもとで効果を生ずる。ここには、「誰も、他人のための給付を約束させることはできない」というローマ法の大原則（タテマエ）がホンネ（運用）においてはほりくずされている情景が見えるわけである。家長が、その家長権のもとにおいている家子・奴隷を通じて占有を取得するさいには、彼らは家長の「のびた手」として動いているだけなので、ホンネ（事実）面ではともかくとして、タテマエ（法制）上は、代理人として動いているわけではない。

⑳ 「抽象的過失」と「具体的過失」…前者は正常な普通人（注意ぶかい家長（*diligens pater familias*）の行動をベースにして定型的にとらえられた注意義務の客観的基準（いわばタテマエ型基準）によって認定されるものであり、後者は、「自身の事務においてはらうのをつねとする注意のレベル」のもので、主観的基準（いわばホンネ型基準）によって認定されるものである。あまり注意ぶかくない債務者が登場すると、責任をとらされる度合は低下することになるが、逆に、注意ぶかい人の場合に、この基準を適用することによって、責任が加重されるケースもでてくる。後者は後代になってようやく設定されるようになった基準である。ホンネに着目するやりかたの方が、具体的に妥当で、リーズナブルである、というように感じられたためかもしれない。

㉑ 「債務の要式免除行為（銅と衡による解放、受領問答契約）」と「債務の無方式の免除約束」…前者は、一定の法律関係を成立させるさいに

用いられた厳格な手続のプロセスを逆にする「反対行為」という形式（タテマエ）優位の発想が強くにじみ出たものである。このやりかたは即物的でわかりやすい、というメリットをそなえている。前者は、実際には（ホンネ上）なにも受領していないにもかかわらず、形式（タテマエ）上受領したふりをする（たとえば、問答契約により成立した債務の場合、なんら受領していないのに、「私は受領した」という意思表示をする）、というかたちの市民法上の正規の免除システム（タテマエ）である。後者は、形式にとらわれない、いわば低いレベルの簡便な免除のスタイル（ホンネ）である。ところで、この無方式の免除をいったんしておきながら、それを無視して債権を行使する者が現われたとき、タテマエ（市民法）上は、債務者は、その者の要求には対抗できないが、しかし、抗弁を援用するかたちで、その要求をはねつけることができる。この抗弁があらかじめ厳正訴訟の方式に組みこまれている場合が、文言どおりのタテマエ的処理である。そして、その組みこみがなくても、審判人の現場での判断で、「信義誠実にもとづいて」という方式の条項にのっとって、無方式の免除があったことを考慮できるようになっているのが、ホンネ的処理である。後者は軟らかい構造をもつ誠意訴訟でなされる扱いである。なお、さきの債務の要式免除行為のなかでも、銅と衡による弁済というパターンには、明確な反対行為としての仮装行為（一ヌムスという低額の貨幣をわたす、という象徴的な債務履行）というかたち（タテマエ）を明確に用いる点で、タテマエ性がより強くにじみでている。

⑳「無償行為としての委任」と「委任の有償性」…委任には、事実的な事務と、法的な事務とはあるが、受任者が無償で事務を処理するところに特徴がある（有償の形態がとられると、雇傭になる）。もともとは、ローマ人の上層部に存在した友誼関係という、社会的な横のつながりのなかで生まれた、助けあいの精神に由来するものである。もちろん、委任内容が弁護の引受や治療のように高尚なものであっても、感謝の気持から名誉ある報酬として謝礼がわたされるが、これはたんなる慣例（ホンネ）によるものであり、法的な支払義務（タテマエ）はここにはなりたたない。しかし、謝礼をさしださない輩が多く生じたことがきっかけとなって、後代には、特別の訴訟手続によって謝礼の支払請求を貫徹することが可能になった。ホンネ（道義上の責務）がタテマエ（法的義務）化したわけである。

㉑「委任」と「保証」…委任者が、第三者に金銭の貸付け行為をなすようある人に委任したとき、もし、それを実行した受任者が、消費貸借の借主から金銭の返済をうけられず、損害をこうむると、受任者は、委任者を相手どって、委任反対訴訟を提起し、それにより損失を填補して

もらえる。ここには、委任者が貸付金の返済にかんして受任者の保証人の位置にたつ、ホンネとしての構造が見られる。「信用委任」というのは、タテマエ（システム）的には、委任の一形態であるが、ホンネ（実態）的には債務の保証の役割をはたす、味のある制度である。人的保証は、ふつうは債務者と横ならびの人によってひきうけられるが、ここでは、背後にいる人によってひきうけられる、二段がまえのかっこうになりたっているのである。この信用委任のプロセスには、受任者が委任者の代理人の役割をはたす、という要素もある。このようにして、代理制が存在しなくても、他人の動きを利用することができたわけである。

④「問答契約の口頭性」と「証書性」…問答契約は、ローマ人が古来愛用していた形式・要式行為の一つで（他は、握取行為と法廷譲渡である）、これは、当事者間の意思の合致が存在することとともに、契約の両当事者が儀式的文言をのべあうことによって成立する（一方、諾成契約は、例外的に、意思表示の合致だけによって成立する）。これがタテマエ（基本型）である。しかし、すでに早くから、口頭での言葉のやりとりである問答契約を締結したことを証書に残しておくやりかたが生じた。一つには、契約実行の証拠を残しておくためである。しかし、ずっと後代になると、ヘレニズム世界で古くから証書が愛用されていたことから影響をうけて、元来の口頭方式は、問答契約の約款のなかに「その者は、問われて、諾約した」という擬制的な色あいをもつ文言をわざわざ組みこむことで、形骸化したかたちではあるが、生きのこった。しかし、この形ばかりの方式もやがてすてられる。このようにして、ホンネ（実体）としては、問答契約制は、証書制へと移行するのである。現代の日本においても、意思の合致は証書の文言のなかに言葉として埋めこまれるかたちになっていることが多い。タテマエ（理論）的には、口約束でも、諾成契約上の債務関係は成立するのであるが、しかし、口約束には法的な意味はあまりともなわないのが、現代の日本でも、むしろふつうのことである。このように証書を用いれば、合意内容や付帯的な状況が明確になるとともに、合意の証拠がのこり、将来のトラブルが防止できるのである。

⑤「無制限の人的責任」と「なすことができるかぎりにおける（*in id, quod facere potest*）責任」…前者がタテマエ（原則）である。後者には、おそらく債務者に最低の生活費を保留したうえで、有責判決の時点において保有する資産の金銭価値の限度においてだけ責任をとらせる仕組みがあるので、この原則は破れて、ホンネ（実質的責任負担能力）の限度での責任はとどめられる。後代になって生活資留保の利益（*beneficium competentiae*）とよばれたものがこれである。これは、

組合という契約関係において見られる制度であるが、そこには、兄弟関係と平行な暖かみと優しさも本性上そなわっているのです。このような限定的責任追及の扱いかたになっているのであろう。有限責任の発想は、近代法においても、とくに商取引の分野で重要な役割を演じている。

㊥「文書契約における借方記入」…債権者が家に常備している出納簿に、債務者になろうとする者の同意のもとに、債権者が、その者に金銭を支出したことを帳簿に記入することによって発生するのが文書契約というものであるが、これはタテマエ（表面的な行為）であって、ホンネ（実質）においては、あらたに金銭を貸与したわけではなくて、債権発生原因の変更あるいは債務者の交替による更改を生じさせるにすぎない点で、この契約の特徴となっている。なお、契約の存在が書面によって確認されても、それは文書契約のジャンルには属しない。タテマエ（形）のうえだけの「借方記入（*expensilatio*）」は、後代には消えさり、その後ヘレニズムの法慣行の影響をうけて、文書（証書）がホンネ（現実）として、契約成立を導きだす基盤となるように変わる。これにより、文書契約という仕組みは、リアルな性格を備えたものとなる。

㊥「加害者・加害物の引渡」と「損害賠償」…権力服従者（家子・奴隷）が不法行為を行なったとき、権力保持者（家長）は、いわばタテマエ的な対処法といわばホンネ的な対処法とのどちらかを選択することができる。前者は、加害者を被害者の復讐にゆだねるために、加害者の身柄本体を被害者側に委付してしまうことであるが、人にターゲットをしぼった人的責任のとらせかたなので、この人的責任は、タテマエ的な処理をしたものとうけとることもできるからである。これに対して、後者は、権力保持者自身が不法行為を行なったかのようにして、自ら償金を支払うやりかたなのであるが、ここには具体的で、即物的な物的責任のとりかたが見られる。これをホンネ的な処理をしたものとうけとることもできるからである。以上はホモ・サピエンス（ヒト）についての話であるが、ふだんはおとなしい四足の家畜が他人に対して損害をくわえたときにも、動物を引渡してしまう（現物主義的なやりかた）か、あるいは家長自身が損害を賠償する（価値主義的なやりかた）かの選択権がその家長にある。どちらの制度も、その由来は非常に古く、宗教的なニュアンスもその処理のしかたにまつわりついている。

㊥「無償」と「有償」…諾成契約の一つとしての消費貸借は、使用貸借とともに、無償行為の類型に属するが、この無償というタテマエ（仕組み）は、金銭の消費貸借のさいに、利息の支払が問答契約という契約の一方式によってべつに合意される、という慣行（ホンネ）が積みあげられてきたことによって、やぶられる。利息は、古い由来をもつ拘束行

為（古めかしい儀式的行為を通じて、自身の身体を質入れするようなかっこうになっている消費貸借）においても、登場している。その一方で、方式にとらわれないかたちで、友人などの親しい人々のあいだでなされる消費貸借は、その性質上、無利息のものであった。しかし、ビジネスがらみの貸借関係においては、利息がごくふつうに登場してくる。その流れはもちろん現代にまでつづいている。なお、法定利息と当事者間の合意によって発生する約定利息とのあいだにも、タテマエとホンネの位置関係が設定できるように思われる。また、問答契約という正規のタテマエを利用せずに、無方式で利息への支払が合意されたとき、それは、リアリティーに少し欠けるところをもつ自然債務を発生させる。これは、タテマエとホンネの中間に位置する、味のあるシステムである。

㉑「契約」と「準契約」…契約の中核部分には、意思の合致としての合意が存在した、というタテマエが明確に存在するが、合意がなりたっていない状況でも、そこに契約が存在した場合と内容面で類似した法律関係が、社会にはたしかに存在するようになる。委任契約にもとづいて事務の管理をひきうけるときには、正規の契約が発生し、他方で、——ローマでは、友人間でしばしば生じたと思われるが——たとえば、本人が不在のために委任がされないままに他人（友人など）が事務をたとえば好意によって管理する、という構造の事務管理が発生する。この事務の管理においては、契約のジャンルに属する正規のものがタテマエで、それに準ずるこの事務管理がホンネということで、後者になる。なお、事務管理が本人の利益となるかたちで開始されたことが要求される点をタテマエとし、結果的に利益となる点をホンネと見たてれば、ここにはタテマエ優位の構造が見える。つまり、利益となるようなかたちで開始されたことで十分である。なぜならば、利益になる、という見込のもとに事務管理に入ったが、結果としては利益にならなかったとしても、その責任が追及されることはないからである。この準契約グループにはいくつかの行為類型がくみいれられているが、そのうち、不当利得（コンディクティオー）が社会的・経済的にとくに重要である。

㉒「結果責任」と「故意・過失責任」…違法な行為にもとづく結果は、かなりの程度に客観的な事実であり、多くの場合、誰の眼にも明らかなものとしてうつるので、タテマエ的（外見的）には明確な事実構造をもっている。しかし、因果関係問題を明らかにしたうえで、その結果にかかわりをもつものと認定された人物に、非難に値するような主観的要件（典型的には故意、場合によっては過失）が存在する場合にかぎって責任を問うというような、具体的な内心の事情を考慮したホンネ的（内面的）処理の方が、理にかなっている。古い時代には、前者が支配的であ

ったが、法感覚が深められていく過程で、後者が、人が責任をとらされる場合の中核的な構造となった。ときには、過失が外部に見えるものである点に注目してこれをタテマエとし、心のなかでの動きである故意をホンネとうけとることもできるのではなかろうか。現代においては、無過失責任が問われる状況も生じているが、これは古い由来をもつ、いわばシンプルな結果責任の発想とも部分的につながるところをもっているのかもしれない。

⑩「アクィーリウス法にかんする正規の訴権の構造とそのヴァリエーション」…ローマの民事法規のなかで、もっとも重要で、しかも、中世以降の後代の法制に影響を与えたものに、前二八六年制定のアクィーリウス法がある。その第三章には「焼き、くだき、こわして他人に損害を与えた」という規定がある。ここで、「損害を与えた」ということは、本来は「積極的行為によって直接に生じさせた」ことを意味する。「身体により身体に与えられた損害 (*damnum corpore corpori datum*)」と表現される状況がこれである。「奴隷および家畜の殺害(これについては第一章に規定がある)の場合をのぞいて」と「不法に」という二つの条件をみたしたうえで、「損害を与えた」とときには、アクィーリウス法の訴権が損害の填補のために利用できる。これが法律の構え(タテマエ)である。しかし、積極的な行為によらず、たんなる不作為によって損害を生じさせただけの場合や、直接的にはなくて、間接的に損害を生じさせただけの場合も、現実にはいろいろと発生してくる。このとき、正規の訴権は、法規そのものの構えのせいで、なりたたない。しかし、歴代の法務官は、現実を直視しながら、社会のニーズにおうじて、周辺部の状況に対しても法保護をあたえる可能性を大きくひろげた。彼は、アクィーリウス法訴権をモデルとして、準訴権・事実訴権というヴァリエーション(ホンネ)を創出して、きめこまかな対応をしている。なお、アクィーリウス法のもとづく訴権は、認諾訴権 (*actio confessoria*) という位置づけになっていて、ここでは、本来、責任=給付義務が存在するかどうかにについては、審理されることがない、という扱いになっている。つまり、タテマエ(大枠)では、すでに決着がついてしまっているのである。したがって、この訴訟の役割は、ホンネとしての償金額の決定をなすことである。もっとも、この訴訟で、行為ないしは責任を争う場合には、タテマエ部門の訴訟の対象となる。そのように手間のかかる事態をできるだけ生じさせないように、ローマ人は、知恵をはたらかせて、被告敗訴のさいには訴訟物が二倍になってしまうシステムを用意した。

⑪「物の価値に着目する損害算定と、利害関係に着目する損害算定」

…不法行為のさいに賠償される損害の額をどのように算定するかについては、客観的・抽象的な、物本体の価値を基準にする方法（いわばタテマエ的手法）と、主観的・具体的な、問題の物を取りまくさまざまな利害関係も視野にいれるかたちの算定方法（いわばホンネ的手法）とがある。ローマ法では、すでに、後者のスタイルがとられていたものと考えられる。

③③「**債務の永久化(perpetuatio obligationis)**」…確定物の供与を目的とする厳正法上の債務にかんする訴訟方式書は、「与えることを要すること」という条項をふくんでいるが、給付の目的物が争点決定の時点で存在していることが訴訟の流れのなかで大前提となる。しかも、もし、たとえば目的物が債務者の責によって滅失してしまったときに、原告は訴訟の場で目的を達成することができなくなるが、これでは不合理な結果が導かれる。そこで、法学者は「争点決定の時点で目的物がなおも存在する（債務の永久化によって債務を保持する）」と擬制する発想にたち、これによって第二次給付としての物の価額について有責判決をひきだすことが可能となった。ホンネ（現実）としては存在しないものをタテマエ（取扱い）上存在する擬制のテクニックが、ここでは生きている。

③④「**真正違約罰**」と「**不真正違約罰**」…既存の債権を強化し、確実なものとするとともに、あらかじめ損害額を確定しておくために問答契約のシステムを活用することによりトラブルを減少させるスタイルの前者は、いわばホンネ的（本来的）な違約罰である。これに対して、もともと義務などまったくない給付を、ただ履行をお願いするというだけでなく、さらに進んで、その履行を間接的に強制する手段として違約罰を設定しておくやり方（後者の場合）は、違約罰の設定というタテマエだけを利用するスタイルである。作為だけでなく、不作為も強制できるかたちにもちこめるところに、とくに妙味がある。

③⑤「**債務関係の発生源のところにおける給付障害**」と「**債務関係の展開の面における給付障害**」…たとえば、債務者が行為無能力であるときには、債務関係というかたち（タテマエ）がそもそもなりたないが、一方、後発的な給付不能（たとえば遅滞）によって生ずる給付障害は、いったん成立した債務関係が実質（ホンネ）において完全には作動しないことによって生ずる。システム成立の場とその運用の場とで、給付障害のありかたや意味が異なってくるわけである。

③⑥「**売却**」と「**引渡**」…売却と引渡が同時に実行されるのは、タテマエ（売却）とホンネ（引渡）が合一したシンプルで明らかなかたちである。しかし、売買は成立したが、しかしまだ引渡されていない状態の目的物が事変（不可抗力）によって滅失してしまった場合に売主と買主のどちら

ら対価（代金）の危険を負担するか、という点について、重大な問題が発生する。ローマ法では、「危険は買主にある」という扱いになっている。売却という形式（タテマエ）に着目したところが、この制度のポイントになっている、と見ることもできる。

㉞「法律上当然に発生する相殺」と「意思表示によってひきおこされる相殺」…債権を反対債権によって消滅させる相殺には、合意もしくは一方的意思表示による、いわばホンネ的な相殺と、自動的に（法律上当然に）成立する、いわばタテマエ的な相殺の種別がある。

㉟「反対行為」…一定の行為によって成立するようになった法律関係は、それと対応する——つまり、ビデオで場面を逆もどしにするようなかたちでの——反対行為の実行をしなければ意図的に解消させることができない、という扱いは、古めかしい拘束行為に対応する拘束行為の解放、問答契約に対応する受領問答契約、諾成契約上の合意に対応する反対合意など、重要な局面において現われる。ここには、形式・様式（タテマエ）への信仰が見えている。実質（ホンネ）的に解消をストレートに実現するやりかたを開発することはローマ人にとって十分に可能であったが、彼らはそういったスタイルをあえてとらなかったのである。

㊱「債権譲渡」…現代について言えば、旧債権者（譲渡人）となる人が新債権者（譲受人）となる人に自身の債権を移転する、というコースは、高度に発達した経済社会にあってはごくふつうに存在するものであるが、債権債務関係というものが人と人とのつながり（鎖）であって、特定の人が責任を負うべきである、と考えられていたローマでは、債権譲渡を認めない、というタテマエがはるか後代まで貫かれた（債権譲渡それ自体が制度の上で認められるようになったのは、ローマよりもはるか後代の普通法においてであった）。しかし、当然のことながら、古代ローマにおいてもとりわけ経済的な背景によって、ホンネ（実質・実務）上、債権譲渡と似た機能をもつ制度がつぎつぎに段階的に考案されていく。まず、更改のルートを用いるのがオーソドックスなスタイルであるが、これには債務者の協力が前提となるので、使い勝手があまりよくない。そこで、別の手がつぎつぎに考案される。譲受をうけようとする人を譲渡しようとする人の訴訟代理人の地位につかせる、というタテマエ（ステイタス）を用意するやりかたや、譲受人に譲渡人のもつ訴権に準ずるものとしての準訴権が付与されるやりかたや、譲渡人が、債務者に対して譲渡通知をすることにより、自身以外にもうひとりの債権者をつくりだすやりかたなどが、それである。最終段階では、債務者は譲受人に給付してはじめて債務をまぬがれることができるようになった。譲受人の不安定な地位はこれによって決定的に改善されるようになったわ

けである。このあたりは、ホンネが増幅されて、タテマエに近づいた、ということにもなつてこよう。ところで、卑俗法というのは、精密な理論構成をそれなりにつみかさねた古典法が卑俗化してレヴェル・ダウンしたものの学問的な総称であるが、タテマエとホンネが分かれてかたちでそれぞれに動いていた、それまでの時代とは異なつて、タテマエが、簡明でわかりやすいホンネの方へ吸い寄せられていく現象がかなり多く見られる。債権譲渡を生じさせる原因と、それを基礎とする譲渡行為はホンネとタテマエの関係にたつが、卑俗法では、原因行為それ自体に債権譲渡の効果がともなう。つまり、有因の譲渡行為が登場するのである。一方、債務引受においても、債権譲渡の場合とパラレルなかたちで、債務をひきうけてくる人を、タテマエ上、債務者本人の訴訟代理人の地位につかせる方法などがとられる。

④「消費貸借の約束」と「消費貸借」…消費貸借本体は、タテマエ（外形）としての物（貸付金など）の交付と、ホンネとしての合意からなる契約類型である（一方、合意だけで契約が成立する諾成契約では、合意という行為がタテマエでもホンネでもある）。ところで、表題の消費貸借の約束は、無方式でなされるときには、これは、たんなるホンネであつて、消費貸借の約束を実行するよう訴訟で請求する余地を与えない。しかし、その約束を問答契約のルートを用いて行なうときには、ローマで第一級のタテマエ的構造物である問答契約を媒体とすることにより、約束は、タテマエ性を帯びるようになり、訴求が可能になっていることで、完璧な契約へと変化する。

④「危険の契約 (contractus mohatrae)」…消費貸借の貸主となろうとする者が、現金をもっていないが、しかし、価値のある物は手もとにもっているというとき、彼は、借主となろうとする人に対して、その目的物を売却し、そして、その代金を金銭消費貸借の対象とするように指示することがある。これが「危険の契約」と名づけられるものであり、使い勝手のよいものとして利用されることがあつた。しかし、後代になると、物の評価額について当事者が合意したうえで目的物がひきわたされるやりかたもとられるようになる。評価額と実勢価額が同じであれば、問題は生じないが、しかし、売主（貸主）が評価額をわざわざ高めに設定するとき、借主（買主）は不利な地位においこまれる。実際に入手することになるその金銭よりも高い額の金銭をのちに返還しなければならないからである。このようなとき、タテマエは評価額で、ホンネは入手額という位置関係になつてこよう

④「金銭の不規則寄託」と「金銭の消費貸借」…金銭を封印した状態で受寄者に交付するのは、寄託というタテマエに忠実な行為スタイルで

ある（受寄者はその金銭の所持者にすぎない）。しかし、封をせずに金銭が交付されるときには、その問題の金銭それ自体（タテマエ）ではなくて、それと同額のもの（ホンネ）を返還すればよい（受寄者はその金銭の所有者となり、自身のために利用することができる）。このとき、さきのタイプの寄託（不規則寄託）は、金銭の消費貸借と、ホンネの次元では同じようなものになる。この「不規則な」パターンは、質物として、金銭が交付された場合にも生ずる。

⑬「問答契約」…これは、ローマ的な特質をよく示す、第一級の要式的（タテマエ的）な法律行為である。まず、これには、本来のもの（タテマエ）と、実際的な目的（ホンネ）にわざわざ問答契約という外衣（タテマエ）を着せて、見ばえや使い勝手をよくするものとの二種がある。後者は、後代において必要に応じて産みだされた巧妙な法の作品と位置づけてよいであろう。さらに、合意によってなりたっているものが、ホンネに密着しているスタイルであって、一方、当局（たとえば法務官）から締結を強制されるもの（たとえば、未発生損害担保問答契約の場合）が、タテマエ的な側面をもつもの、という区別法もある。最後に、問答契約によって設定された義務の背景にある原因・動因（ホンネ）が問答契約本体（タテマエ）に明記されていないときと、それが、たとえば「購入にもとづいて」というように明記されているときとで、法上の扱いが大きく変わってくる点も重要である（有因・無因の取扱い上の重要な差異については、「物にかんする法」⑭の記述も参照して頂きたい）。有因の場合には、もともと代金債務が存在しないとき、問答契約にもとづく債務は発生しない。しかし、無因の場合には、問答契約から生ずる債務は、それ自体としては有効となる。つまり、前者はホンネ中心型の取扱であり、後者は、ローマ人が古来愛用してきた、問答契約という形式行為（タテマエ）を最大限尊重する、タテマエ中心型の取扱である。なお、問答契約のタテマエ性の威力は、定められた枠組の外にある債権・債務の関係（ホンネの世界の産物）さえも、問答契約のスタイルを経由すれば訴求可能なもの（タテマエ）に昇格できるところにあらわれている。

⑭「権利の瑕疵」と「物の瑕疵」…売却の目的物が正当な権利を保有する第三者によって買主のところから追奪されるプロセスが生じてくる場合、ここには、権利というタテマエに関係する瑕疵の存在が前提となっている。これに対して、目的物が所定の性状をもっていないときには、物の状態（ホンネ）に関係する瑕疵の存在が問題となる。いずれの場合にも、売主は買主に対して担保責任を負わなければならない。ここでは、買主が購入訴権（買主訴権）を用いて、売主に対して利害関係上の損失の填補を求めるわけであるが、これは、実のところ、ローマ法が

ようやく到達した最終段階の産物で、ホンネの結晶とも言えるものである。つまり、権利の瑕疵によって売買の対象物が追奪されてしまったとき、そのような事態に対処するよう古い法が用意していたのは、堂々たるタテマエとしての物権法上の握取行為をベースとする担保訴権（二倍額分を目指すもの）であった。その後、これを補充し補足するものとして、担保問答契約という債権法上のシステムが活用される。ここでは、問答契約という便利な媒体が利用されるが、このつぎの段階では、ストレートに購入訴権（買主訴権）が前面に現われてくる。その結果、権利の瑕疵の問題は、債権法（ホンネ）のフィールドで処理されることになるわけである。他方で、対象物の瑕疵（性状の欠陥）についても、ほぼ同じようなプロセスが認められる。売買目的物の瑕疵という点については、高等按察官（ナンバー2政務官の法務官につぐ高官）がローマの市場（巨大な国際的マーケット）での奴隷・家畜の売買がらみのトラブルを調整するために開発した特別のルールについて記しておく必要がある（彼らがつみあげていったルールは、法務官法とともに名誉法に属する）。商品に瑕疵がないこと、あるいは特定の性状をもつことを保証する、という内容の二倍額担保問答契約は、按察官告示によって指示されているものであるが、ここから導きだされる二つの訴権のうち、一つは、売買解除を求めるための訴権で、もう一つは、瑕疵の度合に応じて代金の減額を求めるための訴権で、前者はタテマエ型、後者はホンネ型というように区分してみることも可能である。

④⑤「給付と反対給付の交換を内容とする無名契約上の合意における、反対給付を旨とする訴権」と「行なわれた給付の、不当利得返還請求訴権による返還請求」…無名契約（無名踐成契約）というのは、名前（名称）のついていないさまざまな契約のパターンを総称するものであるが、これは、法務官の創作物である。前者は、給付合意の本来の内容を実現するものとして、タテマエ性をもち、一方、さきに給付したものの取戻を求めるものとして、ホンネ性をもつ。

④⑥「ひきうける」と「うけとる」…法務官によってとくに訴求性を付与された無方式合意のジャンルに属する「船主、旅館の主人、厩の主人の引受契約」が展開する過程では、まず、客のもちこんだ物品を安全に預ることを、無方式にはあるが、明示的にちゃんと引受けたことに着目して、法保護、救済の道がひらかれたのであるが、のちには、そのような約束などなくても、リアルなかたちで物品をうけとることで救済の前提条件がみたされるという、簡略な扱いにかわった。「ひきうける」という意味の<recipio>という動詞には、「責任をひきうける」というタテマエ系列の意味と、たんに「うけとる」というホンネ系列の意味とが

あるので、同じ表現で、タテマエとホンネの両要素をうまく包摂することができるのである。ここには、よくあるように、ホンネの優位がなりたっている。

④⑦「贈与」…現代の法における理解のしかたと同じように、ローマでも、現実贈与と、将来の贈与の履行を目的とする債務負担行為（債権契約）との区別がある。前者はホンネ論上で問題とされるだけであるが、後者は契約をめぐるタテマエ論上の問題となる。ローマ法が長い時間をかけて、制度の整備に取り組んできたのは、後者の、契約としての贈与の位置づけである。まず、贈与は、なんらかの法律行為（たとえば、握取行為や引渡）ないしは契約の原因（*causa*）にすぎなかったが、後代には独自の債権契約にまで昇格し、しかも方式にのっとりとり行なわれることが求められるようになる。ここでは、原因はホンネで、債権契約はタテマエという間柄にもなる。贈与というものが、その性質上、財貨のルースな移動につながり、資産の安定に大きく影響を与えるので、国家としては慎重な対応をとることが多い。また、方式規制をかけるところは、タテマエ論上の問題にかかわるもので、一方、後代にようやく訴求性を認められるようになった無方式の贈与約束は、ホンネ論上の問題につらなる制度である。

④⑧「遺贈」…遺贈は、遺言を愛好したローマ人のもことで、遺言にしばしばもりこまれた、終意処分属するが、「遺贈する」という文言によって実行される物権遺贈と、「相続人は〇〇を与える義務を負うものとする」という債権遺贈のあいだには、前者がタテマエ的（直接的）処理、後者がホンネ的（間接的）処理、という位置関係もなりたつ。前者の場合、遺贈の実行は確実になるが、後者の場合には、相続人の行為を媒介する必要があるだけに、不確定要素もつきまとう。

④⑨「準不法行為」…ユースティニアヌス帝は、最終的に不法行為に類似した構造をもついくつかの要件事実（行為類型）をまとめて、準不法行為の枠組のなかにまとめあげた。不法行為より発生する債務に準ずる債務（準不法行為債務）と名づけられるものがこれである。不法行為には、故意とか重大な過失とか、行為者本人の責任が前提となっているが、これをタテマエ（正規の枠組）と見て、これらにきちんとあてはまってこないいくつかの雑多なパターンのもをホンネ（実質的な考慮による包摂）と見ることにしたい。準不法行為については、[I] 部門第七章第二項（IX）：p.151の記述を参照。一般的に言えば、「正（本）」と「準」の関係を二項対比論でうけとめようとするのが、筆者の立場である。「準」にあたるものの内容はさまざまであるが、大まかに見て、そのような関係がなりたつものと見たい。もちろん、「準用」の技術は近

代法においてもしばしば重要な役割を演じているが、ローマ法の「準なるもの」の存在価値はとても大きい。

⑩「債務の履行」と「不履行時のサンクション」…債務関係の趣旨・内容にそのままスムーズにしたがう債務者の債務履行をタテマエ（正規の経過・過程）とすれば、不履行のさいに債務者のイニシヤティブによって発動される責任追及のプロセスは、いわばホンネ（ふつうでないなりゆき）である。このようなホンネが法制上認められていることは、債務者にタテマエのラインできちんと問題を処理することをうながすことになり、ここにフィードバックも見られる。ローマの強制執行がトータルに作用する人的執行（対人執行）であり、現代の場合と決定的に異なっていて最終的には市民的自由を奪うところまでつきすすむだけに、なおさらタテマエの威力が光るのである。

⑪「消費貸借」…要物契約に属する金銭の消費貸借には、いくつかの二面性がある。消費貸借を目的とする物（金銭）の給付を行なうことについての合意（ホンネ）と、貸付金を現実に交付すること（タテマエ）との二つの要素が必要である。また、本来型（タテマエ）の無利息型と、派生型（ホンネ）の有利息型とがある。つぎに、利息には、法定利息（タテマエ）と約定利息（ホンネ）がある。たんなる約束を無方式（ホンネ）で行なったときには、訴求性が認められることはない。問答契約という言語契約のジャンルに属する方式（タテマエ）にのっとったときにしか、訴求することができない。利息についての無方式合意は、自然債務として扱われるようになったので、たんなるホンネからタテマエの方向へ引きよせられることになった。

⑫「拘束行為（nexum）と消費貸借」…どれほど古い時代においても、穀物（食糧ないしは種）や日常の食用品の貸し借りは行なわれていたであろう。ここへ金銭の貸し借り、という行為がくわわる。この貸借関係を法律的に規制することは、トラブルの発生を防ぎ、貸借関係を安定化させるために、どうしても必要であった。すでに最古の法律（法典）である一二表法において一連の拘束行為のシステムがなりたっていたようである。当事者は、五人の証人と、一人の持衡器者の立会のもとに、ある額の金銭を秤ってわたし、もし所定の時期にこれが返済されなければ、訴訟などを経由せず、ただちに人的執行へと進み、債務者は、債務奴隷におちいってしまう。これは、形式行為（タテマエ）としては、第一級のものとして位置づけられる。しかし、このタテマエは時代にあわなくなり、もっとスマートな消費貸借が登場する。それは、共和政の中期以降のことであった。この消費貸借は、物の交付と合意とによって成立するシステムで、要物契約の中核をなす。ここでは、交付（もちろん、合

意を背景としているが)というホンネ(現実行為)によって、契約が成立する。このようにして、貸し借りの事実関係は、タテマエの世界から、ホンネの世界に場所をうつしたわけである。

㉔「更改」…既存の債務関係がなにか新しいものへと変わる状態を生み出す更改には、当事者の交代をともなうもののほかに、問答契約というかつちりとした法律行為を用いた、内容の変更を目指す、というスタイル上のものがある。これは、任意の、いわばホンネ(意欲)による更改であるが、一方、ローマ独特の、訴訟上のかたちで必然的に(タテマエ上)生じてくる更改がある。合法訴訟(judicium legitimum)という中軸的なパターンの訴訟のさい、争点決定という手続により、訴権(実体権)は消耗(消滅)してしまい、「与える(なされる)ことを要すること(dare (facere) oportere)」の概念で示されるような、という債務関係の中軸部分は、「有責判決されることを要すること(condemnari oportere)」という訴訟レベルの債務関係に自動的に変化してしまう。さらに、有責判決が下されることにより、この新しい債務は、執行を導くための判決債務(判決されたことをなすことを要すること(judicatum facere oportere))にかわっていく。債務関係の目的物が債務者の責により滅失してしまっても、訴権が消耗してしまった以上、それ以上の追求は不可能となる。このようなとき、ローマ人は「債務の永久化」という強力なタテマエをうちたてて、合理的な結果を導きだした。㉔を参照。

㉕「現行窃盗と非現行窃盗」…まず、前提として、窃盗が、刑法ではなく、私的な不法行為として処断されることを指摘しておかなければならない。現行窃盗を行なう人に対しては、現場で捕えられた加害者(犯人)を裁判手続を経由せず現場で殺害してもよいが(のちには、殺害までは行なわれなくなり、被害物の四倍額の償金支払が課せられる)、非現行窃盗を行なう人の場合は、裁判を経由して責任が確定すれば、被害物の二倍額の償金を課せられる。このように責任追及の程度がちがうのは、被害者がいだけ怒りの感情に温度差が存在するところから、説明が可能である。このあたりを「タテマエ・ホンネ」二元論で読みとけば、行為事実としてのタテマエは両者で同等のものであっても、心情としてのホンネでは、両者間で相当な落差がある、ということになってこよう。

㉖「参加要約」…参加要約をとり行なう者は、主たる債権者が要式行為である問答契約を締結したのちに、すぐ、債務者に対して、「同一のものが(私に)与えられることを誓約するか?」と問うかたちによって、登場してくる。タテマエ(形式)上は、二人の債権者が主と従の関係にたちながら、正式の債権者の地位につくのであるが、ホンネ(目的・趣

旨)は、主債権者が従たる債権者に債権の取立をさせるテクニックとしてなりたっている。もし、現代の場合のように、直接代理のシステムがローマにあれば、こういう面倒なことは必要がなかったであろう。間接代理(ホンネ上の直接代理のようなもの)はそれなりに発達しているが、こちらの直接代理の方がタテマエ(システム)上明快である。

⑤⑥「表示と意思」…一九世紀の、ローマ法色の濃いパンデクテン法学では、法律行為論が、ローマ法の場合とは決定的に異なる高い水準で、精密に論議されたのであるが、それによれば、法律行為は、外面的な構成要素(タテマエ)としての表示と、内面的構成要素(ホンネ)としての意思の二要素に分解される。この学問的成果をローマ法にあてはめて総括的に述べるならば、ローマでは、法律行為(問答契約および遺言がその代表例である)の解釈が、客観的な形式(タテマエ)にこだわるものから、主観的な意思(ホンネ)を重んずるものへとゆっくりと重点がうつっていくような流れになっている。このように、タテマエというのは、さまざまなタイプ・性質のホンネによって、ほりくずされていく。これは、法の進化プロセスの一つと位置づけてよいであろう。古いタテマエと新しいホンネの巧妙な統合こそが、ローマ人が法史に遺した成果なのである。

⑤⑦「強迫・悪意」…きれいなラテン語法命題に、<Coactus volui.>「私は、強迫されたが、望んだ」([B] 部門<347>)というものがある。現代法では、強迫下の法律行為は無効扱いとなるのがふつうであるが、ローマ法では、「とにかく望んだ」という形式(タテマエ)に着目して、ともかく有効の効果がひきだされてしまう。「悪意(詐欺)」があった場合にも、同様の扱いになる。法務官は、市民法上有効に成立したこのような法律行為に、タテマエどおりの処理(たとえば、有効扱い)がなされて、被害者が不利な扱いにならないように、原状回復、訴権および抗弁を与えることにより、ホンネ(実質面)で、タテマエの力を殺ぐことにしている。このようなホンネ状態がシステム化されることによって、不正な行為はかなりの程度抑えこまれたことであろう。債権者詐欺(破産手続が進行しているさなかに、債務者が財産を他人の手にわたしてしまうこと)の場合にも、原状回復を命じたり、特示命令を付与したりすることによって、破産財産の債権者の地位を保全した。のちには、他人の悪意のために被害をこうむった人を救済するために、正規の訴権も認められるところにまで進むが、それでも、原状回復や、特示命令の方が、返済のスピードは、速い。

⑤⑧「手付」…ローマの古典期の法のもとでは、手付はたんに売買契約の証拠でしかなかった。しかし、ユースティニアヌスの法では、ギ

ロシア・ヘレニズム世界の法慣行をとりいれて、現代の不動産売買の現場でごくふつうに見られる「手付の喪失・手付の倍返し」の制度を法制のなかにとりいれられた。前者では、手付はたんなる事実的存在で、これをホンネと見ることが許されるとすれば、後者では、手付が売買システムの一部に組み入れられたことをタテマエと見ることができるのではなからうか。そうすれば、ここに「ホンネのタテマエ化」現象の一つを認めることができる。

㉟「無因的問答契約」と「有因的問答契約」…たとえば、問答契約の文言のなかに、「一〇〇金を支払うことを約束するか?」という問しかないとき、「購入にもとづいて君が私に負っている一〇〇金を支払うことを約束するか?」というように、義務設定の原因が明記されているときとで、問答契約によって生みだされてくる債権のパワーにはちがいがあある。前者は、形式行為としての問答契約が成立した、というタテマエそれ自体を重視して、そのまま問答契約の効果を発生させる場合で（もちろん、そこから不都合な結果が生ずれば、それはべつのルートで救済はされる）、後者は、そもそも一〇〇金支払い、という代金債務がなんらかの理由で成立しないとき、問答契約にもとづく義務も、その状況にひきずられて（つまり、有因の状態）、発生しない。前者は形式に重きをおいたタテマエ的処理で、後者は、実質的考慮に重きをおいたホンネ的処理である。後者のほうが合理的なスタイルと言えるであろう。

㊱「物権遺贈」と「債権遺贈」…一般的に、物権にはタテマエ的側面があり、債権にはホンネ的側面がある、というようにも考えられると思われるのであるが、そのような見方になじむ対比関係がある。相続人が「私は A にある特定の物を与え、遺贈する」という遺贈のスタイルは、物権遺贈と名づけられるものであり、他方で、「私の相続人は A にある特定の物を与える義務を負うものとする」という遺贈のスタイルは、債権遺贈と名づけられるものである。

#### (IX) 訴訟にかんする法 ①～㉟

①「私力と公力」…人が、主観的に（ホンネで）私権と考えているようなもの、あるいは、客観的（タテマエ上）私権として世間ですでに認められているものが侵害されたと感じて、正しい状況を具体的に実現しようとするさい、どのような原始社会でも、そういった試みは、自力行使（自助）からはじまる。ここではそれしか方法はないのである。これは、ホンネ（現実）オンリーの簡明なかたちであった。その私権が正しいかどうかは、ことの成行きにあまり影響をおよぼさない。強いものが正義の体现者なのである。しかし、共同体が成熟し、国家のようなもの

が形成される段階に入ると、国家は、公力をふりかざして、さまざまなタイプ・パターンの制約（タテマエ）を、ホンネとしての、自力による、実力行使（私力）に対して、かけはじめる。その方が、全体としては、国家＝共同体の利益にかなうからである。ローマの場合、古代民族の割には、早くから、その手の制約がしっかりとしていたのではなかろうか。もちろん、各所に自力行使の痕跡はのこっている（たとえば、夜間の盗人などの殺害）。

②「**実体権**」と「**訴権**」…筆者の理解によれば、現代法の発想においては、実体権（請求権）がタテマエであり、それを実現するための手段である訴権がホンネである、という構造が想定されている（実体法全体と手続法全体のあいだの位置関係にも、そのような要素が認められる）。しかし、ローマ本来の考えかたでは、私法と訴訟法が峻別されずに交錯するなかで、大体のところ、訴権の方にむしろタテマエ性がある、という逆のかたちになっている要素が強い、と見ることができる。「訴権の基礎となっている私法上の請求権は、ローマ人の考えでは、つねに、依然として、法制度が、一定の要件のもとにおいて、（訴訟行為としての）訴（*actio*）によって設置されるべき手続においてある法保護の付与を約束する、ということのたんなる反映でしかない。」（M・カーザー氏の言葉）が、そのあたりの事情を適切に語ってくれる。ローマ人は、自身が具体的な法行動にでようとするさい、自身が保有すると考えている権利のようなものが法全体のなかでどのような座標のうえにあるか、などといったシステム論上の問題意識などあまりもたずに、まず、まったく個別的に、しかも即物的に、どのような訴権が市民法上用意され、利用可能か（ここのところをホンネ（実態）的に表現すると、裁判を司宰する法務官がどのような対応をふつうするか、また将来してくれるであろうか）といった、現実的な問題に関心をもっていただけからである。実際のところ、訴権のパターンは限定的であり、しかも固定的であって、その枠組にすっぽりとはまらないかぎり、訴え手は動きがとれなかった。もっとも、民事訴訟手続のシステムが変化した、後代の状況下では、訴権の枠組がゆるやかになってきて、実体的な権利への意識も高まってくる。この流れは現代にまでつづいている。ところで、裁判規範としての法と行為規範としての法のあいだには微妙な関係がなりたつが、これを「タテマエ・ホンネ」二元論で説明することができるかもしれない。行為規範をタテマエとし、裁判規範をホンネとするのが、一つの見方である。

③「**物権・対物訴権**」と「**債権・対人訴権**」…物権法定主義を背景とし、公的な性格を帯びる物権は、すべての人を相手方とした絶対的な権利であり、その実現のためには対物訴権が用意されている。一方で、債

権は、特定の債権者を相手方としてもつだけの、相対的な権利（債権）で、その実現のためには、対人訴権が用意されている。また、物にかかわる権利は、その物を直接的なやりかたで獲得すれば、それでひとまず事態は決着するが、しかし、人の行為・行動にかかわる権利は、問題の人の動きにたよらなければ、実現されない。ここにもタテマエ（直接）とホンネ（間接性・相対性）の位置関係がなりたつ。

④「市民法上の訴権」と「名誉法上の訴権」…一般的・抽象的に設定されている市民法（法律）が基礎となっている訴権には、タテマエ性が強いが、歴代の法務官の職務権限（命令権）が基礎となって、現場で、ニーズにおうじて具体的につくりだされてきた、名誉法上の訴権には、ホンネ性がある。これには、事実に基礎をおく訴権、擬制訴権、準訴権、模倣訴権などの各種がある。この二つの訴権グループのあいだには、旧と新、守と攻、保守と革新、閉と開、硬と軟、抽象性と具体性、安定性と不安定性、などの対比もなりたつ。なお、現代における制定法に対するものとしての判例法が、これとよく似た位置関係にある。前者がタテマエであるとするなら、後者はホンネとなる。

⑤「法定訴訟」と「命令権に依拠する訴訟」…ローマ市内で、ローマ市民間で、一人の裁判者（審判人）のもとで、とり行なわれるタイプのモデル的訴訟が法定訴訟で、これは、堂々たるタテマエ（原基準）である。これにたいして、後者の、法務官の運営下に事実上委ねられている、それ以外のタイプでは、法の幅広い運用や展開につながるような発展性をはらんだ、さまざまなかたちのホンネが、意味のある価値として重視される。「前者は静・硬で、後者は動・軟」という形容もできる、

⑥「訴権」と「抗弁」…長期間の前書は、もとの所有権者によってうたれた所有物返還請求訴権に対抗して提起される、長期間の占有を根拠とする強力な抗弁である。タテマエとしてたしかな地位をもつ訴権も、この抗弁の援用によって力をそがれる。訴権も抗弁もともに立派な法制度であり、両者はプラス（ポジティブ・アクティブ）とマイナス（ネガティブ・パッシヴ）の位置にあって、抗弁というマイナス（ネガティブ）側が訴権というプラス側の力をくいとめるかたちになっている。原則と例外（除外）というような構図もここに読みとることもできる。このように理解すると、訴権をタテマエと、抗弁をホンネと見ることも可能であろう。両者の勝負はときには互角のものとなる。なお、債務関係が消滅するかたちになるとき、法律上当然にその消滅が発生する場合と、問題の抗弁の提起によって債務関係の力が奪われてしまう場合とがある。前者はタテマエ的消滅で、後者はホンネ的消滅ということにもなってしまう。

⑦「訴訟代理」…「家長権から自由な位置にある者が、直接代理のかたちをとった代理人の動きをその家長のためにすることができない」という私法の原則にしたがって、正規の代訟人は、間接代理のスタイルで動くしか方法はない。もともと、これはタテマエ（形式）論であって、ホンネ（実質）論上の話では、代行のような任務を与える人と、代行のような行為をする人のあいだに存在する濃密な人間関係（端的に言えば、支配関係）の力によって、直接代理の場合とほとんど同じようななりゆきになる。

⑧「訴権と特示命令」…法務官は、ときには、正規の訴権のかわりに、特示命令（*interdictum*）を發布することがあるが、前者が司法的救済の手段と位置づけられるのに対して、後者には、法的平和の侵害が生じている場合の、警察的な行政上の救済にあたる側面もいくらか存在する。前者をタテマエ的手続、後者をホンネ的手続と、ひとまず見ておきたい。なお、前者の手続が不調におわったときには、後者の手続へと移行する扱いになっているので、そこには上下の関係もなりたっているわけである。なお、特示命令発布の対象は公的な土地にも私的な土地にも広がっていったので、その適用範囲は大きく広がる。その結果、この特示命令システムは、厳格・厳密さと迅速さを特徴とする、民事訴訟の特別手続という位置にまで昇格する。このとき特示命令も立派なタテマエとなるわけである。なお、特示命令は、たとえば、所有権のように、占有を根拠づける権利（タテマエ）の有無とは無関係なかたちで、占有という事実（ホンネ）それ自体を保護する装置である。特示命令による、占有者への保護はかなり手厚いものにまで成長してきているが、しかし、ホンネ世界で強力なステイタスを誇示する特示命令占有者も、正規の所有権者によってうたれる「本訴の訴」には対抗できない。タテマエの威力がそこで発揮されるわけである。

⑨「訴権」と「方式書」…訴権は、債務関係をタテマエとすると、これの具体的な展開として、ホンネに相当するものであるが、一方、見方を変えて、その訴権というものを訴訟という法的フィールドにおけるタテマエ（出発点・枠組）とすれば、個々の訴権（タテマエ）に対応して作りだされてきた方式書（訴訟の次第書のようなもの）は、実践の面における情報をもりこんだものとして、ホンネ（具体的な判定基準）に相当する。

⑩「法廷手続」と「審判人手続」…ローマの民事訴訟手続制度には、時代によってちがいがああり、法律訴訟手続と方式書訴訟手続と特別審理手続の三つが順次登場してくるのであるが、紀元前の共和政のもとでの前の二つの手続においては、法廷手続とそれにつづく審判人手続という

ように、手続の編成は、二分制になっている。司法担当の政務官である法務官がとりしきる第一段の法廷手続では、たとえば、原告の訴えがローマ市民法によってとり行なわれる裁判手続になじむ性質のものであるか、というようなもろもろの枠組(タテマエ)関連の問題を審査する。第二段の審判人手続においては、法務官の指示をよりどころにして、法務官の現場での直接的な参加がない状況下で、まったくの私人である審判人が、さきの段階における、法務官の指示にしたがって、事実(いわばホンネ)を審理し、判決を下す。この人物は、法務官の形式的判断(タテマエ)に対して、実質的判断(ホンネ)をするかたちになる。現代の英米法系列の刑事陪審制度のもとでは、裁判官が法律問題(いわば、タテマエ)を、陪審員が事実問題(いわば、ホンネ)を扱う、といった棲みわけが行なわれているのであるが、ゆるやかに考えれば、ローマの法廷手続と審判人手続の二分制においても、法務官(一名)と審判人(一名)の役割分担には、それと似たところが部分的にあるように思われる。もっとも、以下の事情は考慮に入れておかなければならない。まず、法務官は、事実問題には表むきは(タテマエ上)タッチしないことになっているが、實際上(ホンネ上)は、それなりに自ら事実状況を精査をしたはずである。とりわけ、前例のない法的救済に思いきってとりくむ決意をもつにいたったときには、そのような経過になってくるだろう。これに対して、審判人は、問題となっている事実の存否について最終判断を下す任務をもっているのであるが、そのさい、事実の法へのあてはめなど、法律的な問題についてもさまざまなかたちで考慮することもあるので、審判人が厳密に事実問題だけを取りあつかう仕組みにはなっていないものと考えられる(大陸法系の裁判の仕組みをそなえている日本では、法律問題と事実問題を区別して考えるメリットは、ない)。この手続二分制は、元首政(初期帝政)時代から登場しはじめた特別審理手続においては、すてられた。なお、現代にまでつづく大陸法系の職業裁判官による民事裁判に見られるような、事実問題と法律問題をトータルに判断して判決をみちびくやりかたのルーツは、このローマ後期のシステムに求めることができる。

⑩「方式書訴訟」…法律訴訟が最古の正規の民事訴訟手続であると見たてれば、第二のものである方式書訴訟手続には、ホンネ(現実直視)に大きく傾斜した独創性が認められる。もともと、これは外人(他共同体市民)がからんでくる争訟に対応する知恵としてあみだされた。ラテン語をきちんと話せない外人のために、文言形式のシステムは放棄されたこともそのあらわれである。もっとも、時代が下るにつれて、この手続は正規(タテマエ上)の手続となった。ホンネのタテマエへの昇格

がここにある。なお、別の観点からすれば、さきに示したような手続二分制を中核とする二つの正規の民事訴訟手続は、共和政的な発想を具現するタテマエ（原理）を追求した成果であるが、第三で最後の特別審理手続は、そのときどきのホンネ（具体的ニーズ）に対応する、動きのある制度ということになる。もちろん、これも時代が展開するなかで完成されて、立派なタテマエ（固定的制度）となる。中世以降のヨーロッパはそのタテマエをしっかりと継承したわけである。

⑫「神聖賭金による法律訴訟・誓約による訴訟」と「本権にかんする方式書を用いた所有権訴訟」…古いローマの民事訴訟手続では、原告と被告の双方が神聖賭金をさしだすことになっている。審判人（一種の裁判人）によって主張にあやまりがあった——つまり、神の前で嘘をついた——と判定（判決）された側（原告もしくは被告）から、その賭金は神への償いの意味をこめて、没収される。その没収の前提問題として、どちらに所有権（いわば相対的な所有権）があるかが決定されることになる。また、つぎの誓約による訴訟では、原告となる者が、被告に対して、係争物が自身のものであることが明らかになった場合に一定金額を支払うことを相手方に約束させる。その金額の支払が訴訟のテーマ（目的）になるが、その前提問題として所有権がどちらにあるかが決定されることになる。これらの手続においては、タテマエとして（形式上）は所有権の帰属問題は中核問題ではないが、ホンネ（現実）的には、所有権問題にきちんと決着がつけられていくわけである。一方、本権にかんする方式書を用いた所有権訴訟は、原告の所有権の確定がストレートに問題とされている。ここでは所有権問題の決着の方式はタテマエ（目的）とホンネ（プロセス）が合体したものとなっている。

⑬「共有物分割訴訟」…訴訟の外形（タテマエ）はとっているが、実は原告と被告が権利そのものを争って対峙してつばぜりあいをする、というのではなくて（つまり、ホンネ（本心）では争わずに）当事者間に適切な分割の案を定めてほしいときに用いられる訴訟である。タテマエだけが利用される形態がここに見えている。

⑭「方式書訴訟の適用範囲」…属人主義の適用ルールにより、ローマの民事訴訟の適用をうけられるのは、ローマ人だけである。争いごとの当事者に外人（他共同体市民）がからんでくると、市民専用の法律訴訟は用いられない。取引の分野で外人との法交渉がひんばんになると、商事の紛争を決着させるために、彼らもとりにこんだニュー・タイプの訴訟手続きが必要となる。このようなホンネ（ニーズ）に対応するのが方式書訴訟である。なお、この手続には利点が多くあるので、ローマ市民間にもやがてこれが適用されるようになった。ホンネの勝利がここにある

わけである。前一世紀には唯一の手續にまで昇格する。

⑮「指令訴訟」…元首政時代の元首や専主政時代の皇帝は、現場主義（ホンネ路線）にのっとり、皇帝個人が自身のイニシヤティヴによって、必要におうじて法を創造する地位につくようになった（「元首が立法権を保有するか？」といったタテマエ（理論）的な問題意識の影はうすれてしまう）。その成果は「勅法（constutiones principum）」と総称される。その一部門に指令（rescriptum）があるが、その機能の一つに、原告が、訴訟にむかおうとするさい、争訟事件の中味について、皇帝に対して、指令のかたちで法的鑑定を与えてほしい、という請願をしたときに皇帝サイドから与えられるタイプのものである。これは、いわば法律問題についての鑑定（解答）であって、彼は生の事実問題にはタッチしない。その構造は、共和政時代以後の法学者が行なっていた鑑定の流れをくむものであろう。実際のところ、鑑定の原案を作成するのは、皇帝に近い、顧問会メンバーとしての司法官僚となっている法学者であったと考えられる。この指令（鑑定）には、第一審の裁判官は拘束される。タテマエとしての法律問題はすでに解決済みで、被告にのこされたチャンスは、ホンネとしての事実問題（争いのベースとなっている事実関係がちゃんと存在し、しかもそれが指令に包摂されるものであるか、という問題）を争えるだけである。もっとも、これは形式（タテマエ）論であって、現実には（ホンネでは）、元首は、事実問題についてもそれなりのチェックをしたうえで、指令を発しているので、勝負は指令発布によってついてしまうようなケースが少なくないであろう。このようにして、元首は、法の解釈や運用を統一するだけでなく、訴訟の数を減少させることにも成功したのではなかろうか。

⑯「審判人と裁定人」…法律訴訟の第二の型である「審判人あるいは裁定人申請による法律訴訟」では、審判人（judex）は、たがいに対立する主張をもちながら対峙している両当事者のあいだで法を宣言する。ここには硬く厳しい措置や結果が生ずる。これをタテマエ（厳密な対応）としたい。一方、裁定人は、衡平の見地から個々の事情も考慮しながらほどよいところに着地点を見出すよう努力する。これをホンネ的解決をめざす動きと見たい。

⑰「金銭判決」と「対象物の返還」…たとえば、所有権返還請求訴訟がうたれ、審判人（裁判者）が原告の所有権の存在を確認したとき、もし、審判人にわたされる、訴訟のプログラムである方式書のなかに裁定条項（clausula arbitraria）が挿入されていれば、それにより、有責判決を下すまえの段階で、被告に対象物それ自体の返還が審判人の側から勧告される機会が設けられている（被告がその勧告にしたがわないと

きには、予定どおり、訴訟物の金銭評価額（請求対象が金銭ではない場合）を原告側に支払うよう被告に命じられる）。原告の方は現物それ自体をとりもどすことを好むケースが多いように考えられるので、これは、いわば原告のホンネ（本心）にそくした取扱い方法である。これとの対比で言えば、金銭は無色の客観的な存在（タテマエ）ということになる。その金銭が、被告ではなく、他人からわたされることもある（被告本人に資金力がなく、身近な他人がかわって支払ってやるような場合）ので、金銭方式はいろいろと融通がきき、使い勝手がよいのである。ローマ民事訴訟法上の金銭判決原則は、現代にうけつがれている。金銭で決着をつけるやりかたの方がドライであるが、ローマ人は、その点で、モダンな動きをする人々であった。この金銭判決方式は、形式的で一般的な点でタテマエ性をおびているとも形容できるのであるが、後代の特別審理手続では、原告のホンネ（本来の希望）にしたがって金銭にかえて問題の現物を給付するよう命ずる策も、考案されるようになってくる。

⑱「証拠評価のさいの裁量」…古い時代のローマ法では、どの国においても見られるように、一定の構成事実（証拠）からストレート結論がひきだされるという形式（タテマエ）論的な処理方法が支配的であった。しかし、時代が下るにつれて、裁判者（審判人）が証拠を自由に評価する状況へと移行する。これは現実（ホンネ）的な対応であろう。もっとも、最終の訴訟手続のパターンである特別審理手続においては、自由裁量の幅は小さくなる、という逆流現象もみられる。これは国家権力が訴訟の全域をコントロール下におこう、とする傾向の一つのあらわれである。

⑲「対物訴訟における応訴の自由」と「間接強制」…対人訴権は、その性格上、人を相手方としているので、必要上、被告には応訴強制が強くかけられるのに対して、対物訴権では、ターゲットが、人でなくて、物にすぎないので、応訴する方法をとるかどうかは被告の自由にまかされている。これがタテマエ（原則・ルール）である。しかし、ホンネ（現実の運用）では、司法の現場で法務官が介入してきて、対物の訴訟に応訴しない者にさまざまな不利益を生じさせる取扱いを考案している。ホンネとしては、ここでも、間接的ながら応訴への強制力が生みだされているわけである。

⑳「人的執行」と「物的執行」…前者は債務不履行の事態をまねいた債務者に対する破産手続であり、責任のとらせかたが人そのもの——つまり、人格そのもの——にかかっていく執行形態で（最悪の場合、被告＝債務者は殺されたり、国外もしくは国内で奴隷にされたりする）、いわばタテマエ系のものであり、後者は、債務者所有の物（資産）を対象

とする執行形態であり、ホンネ性が強い。また、ローマでも時代が下ると、人的執行（その性質上、全体執行はふつうである）以外に、物的執行の手法もとりいれられるようになって、それなりに合理化がはかれるようになった。特別審理手続では、物的執行は、全体執行ではなく個別執行の方式がとられる。全体への物的執行をタテマエと見たてると、個別的な物的執行はホンネということになる。

⑳「損害の填補・罰金の支払」と「一般予防・特別予防」…日本の不法行為の場合には、微妙なニュアンスをはらむ慰謝料的な要素の考慮をべつとすれば、損害賠償が問題となっている。しかし、ローマの不法行為の制裁には、罰金という、いわば刑事的な色彩をもった制裁のパターンが内蔵されているので、民事責任に刑事的な責任がおおいかぶさっているそのシステム（タテマエ）は、現実には（ホンネとしては）、ひろく威嚇的な効果をもち、人々に不法行為を思いとどまらせる重要な予防的役割（一般予防・特別予防）をはたしている。このところは、後ろむきの処理（損害の賠償・罰金の支払）をタテマエとし、前むきの効果狙い（不法行為の抑止）をホンネとする、というとらえかたにもなる。なお、アメリカの民事陪審では、懲罰的賠償の制度が設けられているが、その罰金の額のスケールはローマ法の場合よりもはるかに大きいこともあるので、ここでは、民事罰のもつ抑止力は相当なものになっている。

㉑「厳正法上の訴訟」と「誠意訴訟」…前者は、審判人が方式書（訴訟プログラム）にのっとして有責か免訴かの判断を下すさいに、彼に対して裁量の余地を与えない、かたくるしい訴権であり、形式（タテマエ）を重んじる、古いパターンである。これに対して、「信義誠実にもとづいて」という判断基準（誠意条項）を組みこんだ方式書が用いられる誠意訴訟では、審判人はこの条項にのっとして、信義則や誠実な取引の観念などの無定形な考えかたを考慮しながら、自由裁量により、かなり広い範囲で、具体的事情（ホンネ）——つまり、衡平——にマッチした判断を下すことができる。これは、付加的な無方式の合意でも尊重され、従たる義務も考慮に入れられ、悪意の抗弁がとくに明記されなくても悪意を考慮することができ、反対債権による相殺も可能になるなど、使い勝手がよい、軟らかい対応方式である。このタイプの訴訟は、市民法というタテマエに基礎をもつのではなく、法務官の命令権（いわば、ホンネ）に基礎をもつ独特の開発物である。法律訴訟も、その延長線上にある方式書訴訟も、正規の裁判スタイルなので、それ自体堂々たるタテマエ（構造）なのであるが、そのタテマエのなかにも、下位の、別系統のタテマエとホンネが内包されているのである。誠意訴訟のメリットは、これが誠意という万人共通の基準をベースにしている関係で、ローマ市民だけ

でなく、外人も包摂するかたちで運用できる点にもあった。これにより、ローマの経済社会において、ホンネ的存在でしかない外人にも、タテマエ（ローマ法）の力がおよんだわけである。

㉓「物追求訴権」と「罰金訴権」…不法行為があったとき、財産的補償のほかに、対象物の価額の二倍・三倍・四倍の額を罰金として支払わなければならないことになっている。一つの見方によれば、失なった物の取戻に關係する訴権がタテマエ型（本来型）で、被害感情を修復する手段としての罰金の取得をめざす動きに關係する訴権がホンネ型（派生型）ということにもなる。たとえば、窃盜の場合（ローマの初期・中期では、窃盜に対して刑事罰が科せられることはない）、財産的補償を目的とするもの（たとえば、所有物返還請求訴権、不当利得返還請求訴権）と、罰金を目的とするもの（罰金の額は二倍額ないしは四倍額である）とが重疊的に競合するかたちになっている。被害者は、二つの民事訴訟を提起しなければ、本来の被害回復ははたされないわけである（これと同じようなことは、日本の刑事罰と民事賠償とのセットのなかにも、現われる）。なお、物追求訴権の性格と罰金訴権の性格の双方を一つの訴権のなかにかねそなえた中間型もある。不法侵害にかんするアクィーリウス法の訴権がこれである。これは「タテマエ・ホンネ合一型」とも形容できる。

㉔「法にもとづいて作成された方式書」と「事実にもとづいて作成された方式書」…寄託訴権には、古いものとして、「[寄託された物が]被告の悪意によって原告に返還されていないことが明らかである場合には、責あるものと判決せよ。」という文言をもった方式書を用いるやりかたがある。その後、「[寄託された]ことのために、被告が原告に信義誠実にもとづいて与えなすことを要するものについて、責あるものと判決せよ。」という、誠意訴訟の色あいをもった方式書が生みだされ、両者が併存することになった。前者では、寄託の事実と、故意による不返還という事実（ホンネ）が問題となり、後者では、「状況が与えなすことを要する」という、市民法上の規範（タテマエ）にマッチするものかどうか問題となる（具体的には、法を定式化している法務官告示と、具体的事案との整合性が問題となる）。前者では事実の有無（ホンネ）を審査すればたりるが、後者では正規の法律關係（型＝タテマエ）にあてはめるかたちで、事実が審理される。

㉕「方式書の二面性」…個別的な訴訟において、方式書というものは、確固とした定型的な作品（タテマエ）であり、審判人手続という訴訟の後半部をきっちりと統制し支配するのであるが、しかし、別の視点からすれば、この方式書の内容は、時代の流れのなかで、かなり自由自在に

修正されることを可能にするような柔構造を備えている。これは、個別訴訟をはなれてトータルに見れば、社会的ニーズに対応する動きもできるホンネ型のものとなっていた。

②⑥「**法務官の方式書への対応の方式**」…ローマ中期の方式書訴訟手続における実務に限定される話題であるが、法務官は、長い期間につきあげられてきた旧来の告示において公示されてきているモデル的な告示をそのまま目前の訴訟事案に適用していく、タテマエ・タイプの告示のなかに、自身の裁量によって具体的状況にマッチした、アド・ホック型の告示をつくりだして、目前の裁判規範とするホンネ・タイプの告示の二つを適宜利用する。後者は一年限りの不安定なものであるが、次年度の法務官によってうけつがれることにより、将来への展望も開けるところにメリットがある。

②⑦「**過多請求**」…たとえば、確定的な金銭の支払いを求めた方式書訴訟において方式書のなかに示された金銭が審判人のもとでの事実審理において確認された金額（ホンネ）よりも高くなっていたときには、判定を下す私人審判人には、正しい金額に変更して有責判決を下す余地はまったくなく、免訴判決がストレートにひきだされる。しかも、争点決定の段階で、訴権は消耗してしまうタテマエ（原理）になっているので、金額を修正して、正しい金額を請求するための新しい訴訟を提起することはできない。ここには冷酷な形式的処理（タテマエ路線における決着）が見られる。一方、不確定物を対象とする訴訟では、「与えなすことを要するもの」（方式書の文言）について判決を下すので、実質（ホンネ）にそくしたりズナブルな結果がひきだされる。なお、過多請求による訴権消耗という伝統的な扱いは、後代においてゆるめられ、合理的な線で決着がはかれるようになった。

②⑧「**争訟手続**」と「**執行手続**」…現代の民事訴訟では、判決には当然執行力がともなっており、確定判決からは強制執行がただちにひきだされる。しかし、古い時代のローマでは、法律訴訟など正規の民事訴訟には、被告側に債務＝責任があることを認定する手続と、原告であった者（勝訴者）側の現実の執行をみちびきだすための執行手続とが段階的にまったく別系統でとり行なわれる。ここには、前者が枠組設定という意味でのタテマエと、後者が責任の具体的追求・追及という意味でのホンネとが対比関係にたつ。法的なものの考えかたに慣れ親しんでいたローマ人には、第一段階での有責判決に素直にしたがうことが多かったために（上訴審はもともとなく、第一審が最終審である）、それで決着がつくのが通例であったので、タテマエ（有責判決）だけを設定することでとりあえず訴訟を終結させる仕組みがとられたのかもしれない。執行が、

現代などの場合と異なって、国家機関の手では行なわれず、勝訴した側が自力で実行することになっていたという事情も、そのようないねいな扱いの一因であった可能性がある。それに、訴訟がうたれるからには、債務者の債務履行には、もともと問題や困難がともなっていた関係で、ワン・クッションをおいたうえで執行（それも、最終的には、人格そのものへの攻撃をともなう強烈な対人執行）をとり行なわせることによって、社会の法的摩擦を少なくすることにも大きなメリットがあった。とりわけ、債務者の側にたつことの多かった平民には、この二段システムは、時間もかせぐこともできる関係で、身の安全にそれなりに役だつこともあっただろう。なお、責任設定が証人立合いのもとで実行される関係で、責任が明白であり、争う余地のない、ごく初期の拘束行為（*nexum*）の場合には、ただちに第二段の執行手続へ移行する。ここではホンネ（執行）へとストレートに移行するわけである。

#### （X）刑事法 ①②

①「頭格刑」…共和政ローマの刑法では、「刑」法定主義がとられており（「罪」法定主義の方もかなりの程度にとられている）、その刑罰の代表的なものにこの頭格刑（*poena capitalis*）がある。ここでの「頭格」というのは、人の生命・ステイタスを意味しているが、有罪判決を受けた者の多くは、極刑としての死刑を筆頭に、市民としての存在をおびやかすこの刑罰を受けなければならない。そこで、現代の場合とは決定的にちがって、裁判のあいだ被告人の身柄が拘束されていないことを利用して、生活にゆとりのある者は、有罪判決が下されるような雰囲気になってくると、私財をたずさえてローマからたちさり、外国の市民に身をおとすことにより、頭格刑を回避することができた。このとき、タテマエとしての刑罰は、対象を失なって、ホンネとしては（実質的には）役だたなくなってしまうのである。刑事裁判がきわめて政治的に運用され、政敵の追落しに利用されたことから、それとのバランスをとる意味もいくらかはあって、被告人の有罪判決を政治的に処理する知恵が生まれたのであろう。もっとも、社会の下層の人々には、このような抜け道はもちろんなく、きっちりと処罰がなされたにちがいない。

②「刑事訴訟手続による処断」と「懲戒権行使による処断」…共和政時代には、民会訴訟手続や査問所手続などの刑事裁判システムを経由して処断がなされるスタイルと、政務官（そのトップは執政官）が懲戒権を発動することによって、事件の現場で、自由裁量により、即決的にいわば警察行政的な処断がなされるスタイルとの二タイプが存在するが、前者をタテマエの処断、後者をホンネ的処断と位置づけておきたい。そ

して、後代の帝政時代に入ると、刑事裁判制度が組織化されるので、かたちをかえた形態で、前者につながるもののウェイトが高まってくるが、もともとは共和政時代においては、後者の方がむしろ刑事的処断の中核であったように思われる。民会訴訟も査問所も、さまざまな理由から、刑事制裁全体を制度的に統轄する組織として確立されるまでにはいたらなかったからである。後世の刑事裁判制度と同じレベルのものとしてこれが確立された、とは言えないからである。

#### (XI) 番外編 ①

この〔番外編〕の話題は、これまでのような、概念の内容（ホンネ）をめぐる内面的・本質的な話などではなくて、外形的な文法（タテマエ）をめぐる、ごく単純な話に関係するものでしかない。ラテン語文法には、同じ西洋古典古代の姉妹語である古代ギリシア語の文法の場合とも、また現代の欧米各国語の文法の場合ともちがった文法ルールがいくつも埋めこまれているが、そのうちの一つに、まったく便宜的に、「タテマエ・ホンネ」二元論を用いて説明すると、すっきりと理解していただけるのではないかと、と思われるものがある。ここでは、「タテマエ・ホンネ」論的考察法をちやっかりと借用させて頂くだけである。したがって、以下はたんなる余談である。さて、ラテン語には、デーポーネンティア（*deponentia*）動詞のグループが独特の性格のものとして存在している。「形式所相動詞」という命名法を用いている文法書もあるが、これは、形式面（タテマエ）では所相（受動相）の動詞変化のかたちをとっているが、実は、実質面（ホンネ）では、能動的なニュアンスを表わす独特の動詞のことである。したがって、ここでは、受動的な色あいの「～される」ではなくて、「～する」という邦訳をつける必要がある。見かけ上のタテマエにまどわされずに、ホンネをつきとめて頂かなければならない。法律ラテン語命題において用いられる動詞のなかには、以下に示すように、この手の重要動詞がかなり多く見られるのであるが、それは、一つには、法や法律にかんする動詞の性質それ自体が構造上そのような変形動詞とかかわりを持ちやすいからかもしれない。そのようなわけで、もし受動相の語尾形態が見られるのに、目的語としての対格名詞（英語の場合とはちがって、ラテン語の対格形はきっぱりとした恣態をもつ変化形を備えていることも多い）が堂々と現われてきて、なにやらしっくりしない感じがあるときは、辞書の動詞の見出し語のあとにつづく文法情報として〈*dep.*〉と指示されていることを手がかりにして、その正体をつきつめることに成功しないかぎり、文章命題の正訳にたどりつくことはできない。つぎにこのタイプの動詞の例をあげておこう。なお、

時代が下るにつれて、デーポーネンティア動詞でありながら、これが本来の「～する」のでなくて、「～られる」という、ごくふつうのニュアンスで用いられる傾向も生じてくる。

**adipiscor** (取得する)、**arbitror** (認定する・仲裁判決を下す)、**assentior**(賛同する)、**confiteor**(自白する)、**conor**(試みる)、**conspicor** (認める)、**fateor**(自白する)、**fruor**(利用する・用益権をもつ)、**fungor** (実行する)、**hortor**(はげます)、**irascor**(怒る)、**loquor**(言明する)、**meditor**(思う)、**memini**(記憶している)、**mentior**(欺く)、**miror**(驚く)、**morior**(死亡する)、**nanciscor**(たまたま手に入れる)、**obliscor**(忘れる)、**opinor**(思う)、**orior**(生ずる)、**patior**(こうむる・許す)、**polliceor**(約束する)、**potior**(支配する・所有する)、**sequor**(したがう・後続する)、**tueor**(保護する)、**tutor**(保護する)、**ulciscor**(報復する)、**utor**(利用する・行なう)、**vereor**(おそれる・心配する) ついでに、本編の [A] 部門第四部第三章 [C] (c) ② : p.125 に収載されている三語格言の一つをサンプルとして説明しておく、<Adoptio naturam imitatur.>[養子縁組は自然を模倣する。]に見える<imitatur> [模倣する] は、この手の動詞で、見出し語は<imitor>である。

#### 番外編 ②

ドイツ語の未来受動分詞に相当するところもあるラテン語の動形容詞(ゲルンディウム)は、比較的なじみやすい、「～られる」系の「～されるべき [である]」という意味をもっているが、しかし、特別の状況下では、英語のジェラント(動名詞)のようなものとして読んでいかなければならない。これがラテン語文法の重要なルールである。つまり、タテマエ(変化型)としては、「べきである」を内蔵している関係で、濃い色あいのもとなっている動形容詞(～されるべきである)であるが、ホンネ(意味)としては、比較的あっさりした動名詞(ゲルンディウム)(～すること)なるということである。[B] 部門<153>・<1540>にはゲルンディウムとゲルンディウムのかかわりなどについて文法的解説がある。

ついでに話題を広げて言えば、このような「さしかえ・変換」の翻訳テクニックは、完了分詞(英語などの過去分詞に相当する)という形容詞を名詞的に読み下すところにも認められる。<ab urbe condita>は、直訳すると、「創立された(**condita**)市から(**ab urbe**)算えて」となるが、その意味は「市の創立から(市創立後)」であり、ここでは、完了分詞(英語などの過去分詞:タテマエ)は名詞(ホンネ)のような位置にたつ。さらに話をすすめると、「ローマの平和(**pax Romana**)」は、それ自体、明確な概念であるが、場合によっては、ここを、「平和な口

ーマ」というように、「ローマの」という形容詞を名詞とし、「平和」という名詞を形容詞とするかたちで言いかえる方が日本語として意味がとおりやすくなるケースもある。いずれにしても、名詞とか形容詞とか分詞とかの品詞についてあまりかたくるしく考えないようにするのも、ラテン語に対処するさいの注意点である。ちなみに、日本語でも、昨今では、「すごく美しい」とあるべきところ、「すごい美しい」となり、副詞が形容詞にきりかわってしまっているわけなので（テレビ画面のテロップに、話し手の言う「すごい」が、「すごく」というように、ちゃんと修正されて表示されていることは、注意深い方なら、すでにご存じであろう）、つまり、ラテン語だけが異常な(?) 語法をもっているわけでもないのである。

※ [B] 部門（法律ラテン語格言集）の「索引」（本編 [P] 部門）に「タテマエとホンネ」の項目がおかれているので、それを用いて、各格言の背景にある「タテマエ」とか「ホンネ」とかについて対比法による分析を試みた部分を御参照頂きたい。