

*Celso teorico del diritto*, a cura di Luigi Garofalo [«L'arte del diritto», 32 ],  
Jovene, Napoli, 2016, pp.VII-272

塚原義典

本書は、2015年4月にトリノで開催されたシンポジウムにおいて行われた研究報告集であり、古典期法学者ケルススの法理論への関係の再構築を主たる目的とする。このような目的には以下のことを視野に入れる新しい研究を推進したいという願いが含まれている。すなわち、西方における法史に対するユスティニアヌスによる「法律の変更 *legum permutatio*」の影響、および権力の絶対的な形成の影響である。法を「善と衡平の術 *ars boni et aequi*」とするケルススの定義を再生することは、以下の三つの含意を持つ。すなわち、イデオロギーや理想に陥らない法の研究、生産物としての法の人為性、具体的な事例において一般的かつ抽象的な規範陳述に比する「善および衡平 *bonum et aequum*」基準の優位、である。

Filippo Gallo による会議の目的の紹介 (pp.1-2) の後、ユスティニアヌスによる法律の変更および西方における法文化へのその影響について論じた Massimo Miglietta (pp.3-61 : *Alle origini della rimozione del pensiero celsino : la 'legum permutatio' gisutiniiana*)、法を善及び衡平の術とする定義との関係で法の人為性の理論化について論じた Francisco Cuenca Boy (pp.63-129 : *Teorizacion de la artificialidad del derecho : 'ius est ars boni et aequi'*)、訴権を *ius quod sibi debeat, iudicio persequendi* とするケルススの有名な定義について論じた Luigi Garofalo (pp.131-151 : *la dottrina dell'azione in D.44.7.51*)、解釈基準の理論家としてケルススを見る Cosimo Cascione (pp.153-166 : *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici : un*

*collaboratore 'malgre soi' della 'legum permutatio' giustiniana*)、Antonio Palma (pp.167-231 : *Lo 'ius controversum' quale espressione della 'artificialità del diritto romano'*)、主題についての二つの要点、すなわち不連続性—連続性と法の人為性との弁証法的関係を論じた Gastone Cottino (pp.233-248 : *Artificialità del diritto e sua formazione cusuetudinaria tra diritto romano ed età di mezzo : divagazioni di un commercialista*)、そして最後に Filippo Gallo (pp.249-272 : *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*) による論稿が連なる。これら諸論稿の中で本書の重要なテーマの一つであるユスティニアヌスによる「法律の変更 *legum permutatio*」について述べているのは Miglietta と Cascione であるが、本書評では、本書でも最も中心的なケルススの法の定義である「法は善および衡平の術である」及びユスティニアヌスの法典編纂事業におけるその受容を取扱い、今後の学界にも影響を及ぼすものと思われる Miglietta による論稿について述べる。

Miglietta は、導入部分となる 1.において Gallo による「ユスティニアヌスによる法律の変更 *legum permutatio*」の意義についての記述を紹介する。Miglietta は、Gallo がそれを「我々の伝統からは無視されてきた法に関する革命」であるとし M. Campolunghi も同様の発言をしているとした上で、Gallo は、その革命の結果、以下の二つの重大な結果が生じたことを指摘する。一つはいわゆる裁判管轄権 *iurisdictio* の機能が完全に取り除かれ、裁判官の職務は後にそのように評されるように、「法律を述べる口 *la bocca della legge*」として機能するようになったこと。二つ目は法学者の専門家としての地位を剥奪しようとする傾向が見られ、オリジナルな学問的発想は

もちろん、個別の法解釈さえ許されなくなったことである。Miglietta は、A. Torrent の見解を紹介しつつ、「法律の変更」によってユスティニアヌス帝が法学者の機能を根本的に変えながら根源的な変革をしようとしたがそれにとどまらず、ユスティニアヌス帝が法学提要においてケルススの法の定義である「法は善および衡平の術である」を使わず法の三つの原理 *tria iuris praecepta* を用いたのは、法学を、法源として法律を見ることと置き換えようとした、とする (pp.3-17)。

続く 2. において Miglietta は、6 世紀の法教育の状況を把握する上で重要なユスティニアヌス帝 *Digesta* の *omenem*, §11 の分析に入る (pp.17-23)。同勅法は *Digesta* の発布日となる 533 年 12 月 16 日に出された。また 3.1 で注釈学派からクヤキウスに至るまで、3.2 ではそれ以降、現代に至るまでの解釈史の整理が展開され Stella Maranca や Caroline Humfress の学説が紹介される (pp.23-34)。

4. において Miglietta は、「ユスティニアヌスのモデルによる法教育」と題し、法史における「法律の変更」の効果および限界について述べる (pp.34-46)。法教育の研究は、「法律の変更」の理解にあたって重要なテーマであることを確認した上で Miglietta は、*Omnem*, §11 から推測されることは法学授業の聴講生たちが期待されるのは「法学者」になることではなく、正義及び国家の最高の守護者になること、したがって法律の変更が復活させようとする「体系」の実行者になることである、ということを指摘する。そして I.1,2,3,-8 と Gai 1.2-7 とを比較し、ガイウスとは異なり、皇帝から解答権を与えられたものが法学者 *iurisprudentes* であるとの説明がユスティニアヌスの法学提要にはあることから、ユスティニアヌスの

時代に法を学んだ学生たちは、古典期のように法学者の定義を獲得することを望むことができず、法を定立すること *iura condere* を望むことも出来なかったとする。そして 5.においてテオフィルスやプロコピオスを参照しながら、ユスティニアヌスの法政策の成果について述べる (pp.46-61)。

ケルススの法の定義から進んでユスティニアヌスの時代の法教育につながる Miglietta の論稿は、Gallo による一連の研究をもとにしている。それは D.1,1,1,pr.に述べられるケルススの法の定義と、I.1,1,pr.および 3 において述べられる法の定義とが異なることを前提に、ユスティニアヌスが法の統制を強めたというテーゼであるが、Gallo はユスティニアヌスの法典編纂に法律実証主義的な思想を見ようとしたように思われ、*Digesta* で述べられる法の定義と *Institutiones* で述べられるそれとの相違の理由については、ユスティニアヌスによる法の統制だけに限定することができず、多角的に分析する必要があるように思われる。

本書は、ローマ由来の法格言として有名なケルススの「法は善及び衡平の術である *ius est ars boni et aequi*」を歴史的に捉えなおすものであり、古典期を代表する法学者であるケルススの法学史上の意義についての研究について新たな視点をもたらすのみならず、ユスティニアヌス帝の時代以降、どのようにローマ法がヨーロッパ世界において受容されてきたかを探求するにあたっても意義を有するものである。