

フェリックス オリヴィエ＝マルタン
『ローマ法における賃約の分割』（1）

—Félix Olivier-Martin, *Des divisions du louage en droit romain*, RHD, 15, 1936—

フェリックス オリヴィエ＝マルタン（著）
栞 山 尚 子（翻訳）

[訳者はしがき]

これは、Félix Olivier-Martin, *Des divisions du louage en droit romain*, RHD, 15, 1936. の翻訳である。

フェリックス・オリヴィエ＝マルタン（Félix Olivier-Martin. 1906-1972）は、法制史家の家系に生まれ、大学区長である叔父のフェリックス・セン（Félix Senn）は今世紀前半のフランス学派の中で最も優れたローマ法学者の一人であった。父フランソワ・オリヴィエ＝マルタン（François Olivier-Martin）が手がけた『パリ慣習法史（*Coutume de Paris*, 1922年）』や『国王の勸告（*Conseil du roi*）』の著書は、有名である。

フェリックス・オリヴィエ＝マルタンが、歴史と教育に関心を持ったのも、このような環境の中で育ったことが要因となっているだろう。17歳で国立古文書学校（*École des chartes*）に入学し、1927年に優秀な成績で卒業した。その翌年、ローマ・フランス校（*École française de Rome*）の一員に任命され、1931年に法学史の1級教員資格を取得するだけでなく、国立古文書学校で書いたユスティニアヌスの『法学提要（*Institutes*）』のフランス語訳が碑文・文芸アカデミー（*Académie des inscriptions et belles-lettres*）で第2回ゴベル賞（*prix Gobert*）を受賞した。法学博士論文（*Les régences et la majorité des rois sous les Capétiens directs et les pre-*

miers Valois (1060-1375)) は、彼の知性の高さを示している。1936年に *RHD* (*Revue historique de droit*) に掲載された本論文は、彼のローマへの関心をよく表している。

1943年、マルタンは国民教育省 (*Jeunesse au ministère de l'Education nationale*) の事務総局の役職に就任した。1954年には、フランス海外県・海外領土省 (*ministère de la France d'outremer*) に出向し、ダカル高等研究所 (*Institut des hautes études de Dakar*) に勤務した。マルタンは体調を崩したため、1957年にポワチエに戻り、教職に就き、1972年2月1日に生涯を閉じた¹。

本論文については、既に木庭顕教授により言及されており²、「賃貸借・請負・雇用という *locatio conductio* の三分法は、初期近代の学説の産物であるが、フランス民法典でさえ完全には受け容れなかった³」とし、それでも近代の諸法は対価の方向等で著しく混乱し、多くの社会問題を招いたとして、早い時期の問題提起として本論文を参照することを勧めている⁴。

その後、2021年に森田修教授が本書の議論を詳しく紹介し⁵、「役務提供契約」に関する足がかりとする。

ところで、本論文の著者マルタンは、賃約を3分割する分割基準を検討する。マルタンは、賃約の3分割が賃約の問題を解決することができるのか、原理的に受け容れられているのかが問題であるとして、その答えを探究する。そして、賃約の効果について、報酬の義務、恣意的な解雇の禁止、リスク、責任のいずれも賃約の3分割を裏付けることはできないと結論づ

1 Marguerite Boulet-Sautel, *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, Librairie Droz, 1972, 680-681頁を参照。

2 木庭顕『新版 ローマ法案内 現代の法律家のために』勁草書房 2017年。

3 前掲木庭, 124頁, 注27。

4 前掲木庭, 124頁, 注27。

5 森田修「ローマ法における「賃約」(*locatio conductio*) とその現代的意義—「役務提供契約」の基礎理論のために」『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』有斐閣 2021年 592頁。

けた。

さらに、賃貸人（locator）と賃借人（conductor）の用語の使用に関するルールについては、賃貸人は物の賃約と仕事の賃約においては、物または仕事の持ち主（maitre）を意味し、もう一方の当事者を賃借人と呼んだ。労務の賃約では報酬を与える側が賃借人であり、職人が賃貸人であるとする。

マルタンは賃約の3分割は、1675年から1820年の間に生まれたものであり、最初に示されたのは、オランダの法学者であるフート（Voet）による『学説彙纂注解』の注釈書であると述べ、3分割論のルーツはこれであるとする。そして、現代の賃約の概念がローマの賃約には正確に合致しないという結論に至り、賃約の3分割論についての検討を終えている。

マルタンは賃約を明確に規定することが未だにできていないことを問題視しているが、問題を解決する方法は、本論文の目的から外れているとして明確な解決策については言及していない。しかし、賃約に関する様々な学説を示すことで、現代の賃約とローマの賃約が一致しないことを正当化できるとして、本論文を締めくくり、問題解決は今後の法学の課題として示した。

本論文において、賃約が、どのような形で、どのように使われ規定されてきたのかを辿ることを通じて、賃約が本来の姿に立ち返り、現代の賃約が抱えている、役務提供契約を含むより複雑な問題の解決、及び、新たな類型化の課題を示すものと思われる。

本論文は、419頁から475頁（全57頁）からなっている。また本論文は分割の基準についての検討部分と、賃約の効果の検討部分の2つに分けることができる。今回の翻訳は、前半部分の中でも、物の賃約を明確にした上で、労務の賃約となされるべき仕事の賃約を区別する基準の検討に入る前まで（432頁）を扱う。

[本文訳]

ローマ法における賃約 (louage) の分割

〈P.419〉簡潔なものであっても、100年ほど前からのローマ法の著者を調査すると、全員が3つの形式の賃約の存在を認めていることがわかる。特に最近のフランスの教義では、賃約は、物の賃約 (locatio conductio rei)、労務の賃約 (locatio conductio operarum)、なされるべき仕事の賃約 (locatio conductio operis faciendi) に分けられると教えている。仕事の賃約と名付けるためにfaciendiという言葉が体系的に使われるようになったのは、かなり最近のことで、幾人かの著者は完全に禁止しているわけではないが、それを避けるようにしている。このように、教科書に見られる表現に近づけようすると、幾人かの著者は、仕事の賃約 (conductio operis) あるいは仕事の引受け (redemptio operis) と言っている。

locatio operarumとlocatio operisという2つの表現を現代語に翻訳すると、不確かなものになる。サービス (service) と訳されている労務 (operarum) を翻訳することはあまり難しいことではない。ある人たちは、locatio operisを文字通り、実行する仕事の賃約と訳そうとするが、他の人たちは、これまで述べてきたように、請負の賃約 (louage d'entreprise) のみを指すことにしたり、あるいは、より頻繁に、仕事あるいは勤労 (industrie) の賃約を指すことに限定したりする。〈P.420〉労働契約や請負契約という非常に新しい呼称の時代に合わない使用ですら恐れていなかった。慎重派や臆病な著者の中には、翻訳をせず、ラテン語の表現だけを使うことを好む人もいた (ジラル (Girard)、プティ (Petit)、アカリア (Accarias))。

ドイツ語では、雇用契約 (DienstmietheまたはDienstvertrag, BGB611条で使用されている表現)、請負契約 (Werkvertrag, BGB631条で使用されている表現) または請負契約 (Werkverdingung、ヴィントシャイト (Windscheid)) である。

前述の賃約の分割の説明を大きく変える著者がいる。彼らは、分野の1つが2つの下位の種類に細分化される二分類を好む。物の賃約と仕事の賃約は対照的である（アカリア）。物の賃約と人間の労務の賃約が対比される（ジラルール）。それは物の賃約と同じように扱うことを良しとせず、労務の賃約と仕事の賃約の存在は（人間の労務の賃約の一訳者）一般の概念の中のみで認識されている。わずかな精妙さでプティ、ヴィントシャイト、ジラルールはこう表現している。最後の二人の名前の大きな権威にも関わらず、この視点は（いわゆる2分類説一訳者）最近の著者によって放棄されているように思われる。

しかし、これらの相対的に重要性の低い労務の賃約と仕事の賃約の用語や分類の問題については、まだ完全な合意は得られるに至っていないが問題ではない。最初から強調しておく価値があったのは、契約を分類している要件は完全に信頼できないということである。

このテーマを深く掘り下げようとする人にとっての最初の一步は、この3分割について書かれているローマのテキストを探すことである。それが著名なローマの法学者に向けられている場合、それは残念な結果となる。ほとんどの著者は、ローマのテキストによって正当化されることを必要としないかのように、〈P.421〉ローマの法学者⁽⁴²¹⁻¹⁾（*注は原文頁数ごとの注番号として、原文421頁の注1の場合は、421-1の様に示す。以下同様。）への参照を行うことなく、単に賃約の分割を示している⁽⁴²¹⁻²⁾。賞賛されている賃約の3分割を正当化する著名なローマのテキストを引用する

（原文421頁）

（注421-1） 全ての解釈者の証言によれば、フランス民法典においてはより残念なことに、ここで問題になっている分割を知らない。クク（Cuq）の『教科書』（Manuel, 1928年）、2版、477頁、注3。そして最近の教科書も同じである。

（注421-2） オルトラン（Ortolan）、アカリア、ドゥマンジュア（Demangeat）、ヴィントシャイト、コルニル（Cornil）、ボンファンテ（Bonfante）の高い著者の著書を紹介する。

何人かの著者であっても、1つのローマのテキストしか引用していないことにすぐに気づき、驚くだろう⁽⁴²¹⁻³⁾。これは、D.50, 15, 5, 1（まま）のことである。パウルス（Paul）の告示に関する『注釈書』（Commentaires）の第2巻である。《仕事を借りる（Ouvrage loué）》。ラベオ（Labéon）によれば、この種の仕事は、ギリシャ人が成果（apotelesma）として価値のあるものであって、行動（ergon）ではないと呼ぶ、つまり、なされた仕事によって完成された何らかの物が表象されるという⁽⁴²¹⁻⁴⁾。

この断片から何が結論づけられるのか。また、賃約の分割を正当化するローマのテキストとしての価値は何か。まず第一に、どのような場合でも、その範囲は仕事の賃約に限定されていることに留意すべきである。一方で、それを引用している著者の幾人かは、仕事の賃約があることの確認以外に参考文献としてローマのテキストを見たことを示すことなく、簡潔な方法でのみ引用している⁽⁴²¹⁻⁵⁾。ある著者は、ローマのテキストを仕事の賃約の真の定義として見たかったようである⁽⁴²¹⁻⁶⁾。〈P.422〉検討される全ての解釈はあるけれども、このローマのテキストを見れば、パウルスによって

（注421-3）『ローマ法の基礎概要（講義録）』（Précis élémentaire de droit romain (notes de cours), Obligations, Paris, Sirey, 1926）の著者は、ジラルルの『ローマ法教科書』（Textes de droit romain, 5版, 860頁と861頁）の労務の賃約と仕事の賃約を参照している。問題の3分割を行っている契約の例（そして教科書の861頁の文章もポッツォーリ（Pouzzole）の私法（lex private）であり、多くの留保がなされるべきである。）があり、定義があるわけではない。これが現時点で重要な定義である。

（注421-4）同じく告示の2巻…《仕事の賃約（Opere locato conducto）》について、ラベオによれば、ギリシャ人が行動ではなく成果と呼ぶ完成を意味し、何らかの形で完成されたもの（ex opere facto corpus aliquod perfectum）を意味している。極めて正確さが要求されるため、訳語は正確さのためにあえてしなやかさを犠牲にしている。

（注421-5）モリトル（Molitor）とジラルルの引用文献をさらに追加した。

（注421-6）“パウルスが報告したラベオの定義による”。ジャン パリス（Jean Paris）、『ローマ法における保管責任』（La responsabilité de la custodia en droit romain, 47頁）。

引用されたラベオは、*opere locato*という言葉を実際を定義するに留めていることがわかる。*opere locato*という言葉は、賃約の特定の種類の定義をしない多数のローマのテキストで見つけることができる言葉である。そして、ラベオにとって*opere locato*という言葉は、作成された物体を意味し、その作成に必要な労務とは対照的である⁽⁴²²⁻¹⁾。厳密に言えば、この言葉は何も語っておらず、定義ではなく語彙の一部である。確かに、仕事の賃約の対象には関係するが、その用語に固執して、仕事の賃約の定義とみなすことは許されない、ということが認められる。従って、（このローマ法文によって概念を定義付けることは一訳者）排除されるべきである⁽⁴²²⁻²⁾。このように、これまでに検討した著者達は、賃約のテーマに関する現代の共通の意見を構成しているが、賃約を3分割することを支持する有効な文言は何も提示していない。

そうすると、私達は、通常の教科書にあまりにも問題があるため、問題を解決するために引用できないほどの理論に直面しているのであろうか。

ディゲスタと賃約に当てられた勅法（Code）のタイトルを簡潔に検討するだけで、3分割が編纂者にとって無関係であることを示すのに十分である。ディゲスタには（19, 2）に*locati conducti*のタイトルがあるが、これはおそらく永久告示から借用したもので、勅法（4, 65）に*locato et conducto*のタイトルがあるが、主題の細分化を示すものは何もない。

確かにディゲスタには組合（*pro socio*）という一つのタイトル（17, 2）があるだけで、この契約には異なったいくつかの種類がある。〈P.423〉しかし、この場合、編纂者はタイトルの最初の断片の中にいくつかの組合

（原文422頁）

（注422-1）これが、ラベオが自分の考えを明らかにするために使った2つのギリシャ語の意味である。

（注422-2）D.50, 16, 5, 1に言及しない著者が非常に多いことは、既にモリトールが言及し、ジラルドが引用していることから、ここで唱えられた意見が彼らにも共有されていたことがわかる。

の性質が明確にわかるウルピアヌス (Ulpian) (17, 2, 5) の文章を挿入するように注意した。locati conductiのタイトルの中にこの種のような文章はない。現代の著者達によって労務の賃約 (locatio operarum) の例として、あるいは、なされるべき仕事の賃約 (locatio operis faciendi) の例として分析されている具体的な事例は数多くあるが⁽⁴²³⁻¹⁾、組合についての断片 (17, 2, 5) と同じように次のように述べている教科書はない。「賃約は物 (rerum)、あるいは労務 (operarum)、あるいはなされるべき仕事 (operum faciendorum) である」。例えばこのような古典的な分割が、ローマ法文に見出されたとしたら不自然に見えるのではないか⁽⁴²³⁻²⁾。もしディゲスタにおいて、賃約の異なった様々なケースを3分割することを提示するようなローマのテキストがないならば、それは勅法でそれらを探す必要はないようである。このことはlocato et conducto (4, 65) というタイトルのもとにある内容からも確認される。

ディゲスタを通じて行われた、消極的な結果となっているこの調査は、すでに大きな意味を持っているが、まだ結論は出ていない。ローマ法学のよく知られた特徴、その実用的でこじつけたような精神、独断的な編成への無知、そしてカテゴリーに対する関心の欠如さえも、ここで長々と繰り返すのは無駄である。教育的な著書に最低限の分類と秩序を求めなければならないのは、古典の偉大な注釈書とは少し離れた文学的伝統の中にある、やや特殊な性格の教科書においてである。〈P.424〉しかし、キリスト教時

(原文423頁)

(注423-1) 以下、これらの教科書のうち、最も重要なものを取り上げる。ペルニーチェ (Pernice) の論文には、なされるべき仕事の賃約の事例がかなり網羅的に掲載されている。パレルガ (Parerga) , Z.S.S., 9, 1888, 255頁, 注1。ペルニーチェが分析した教科書は、どれもなされるべき仕事の賃約のケースとして提示されることはなく、すべて実践的な分析の領域にとどまっており、独断的な分類にまで踏み込んでいるものはない。

(注423-2) operum faciendorumという言葉は、文法的には正しいが、稀に見る堅苦しく時代遅れな言葉ではないだろうか。

代の2世紀から6世紀までの年代順に、ガイウスの『法学提要』、パウルス⁽⁴²⁴⁻¹⁾の『判決録』、ユスティヌアヌス（Justinien）の『法学提要』（*Institutes*）という重宝される3つの説明が保存されている。

ガイウス（Gaius）⁽⁴²⁴⁻²⁾はまず、賃約も売買と同じルールに基づいていると述べている。つまり、賃約には報酬が必要であるとする。彼は定められた報酬があったかどうか疑わしいいくつかのケースを研究している。そして、賃約は売買に非常に近いものであると仮定し、売買があったのか、賃約があったのかが疑わしいケースを数多く研究している。以上である。明らかに彼が研究しているケースは、物の賃約、労務の賃約、またはなされるべき仕事の賃約の例として分析することができるが、ガイウスはこの区別をしていないが、数行後、彼は様々な種類の組合を列挙して、組合の研究を始めている。

パウルス⁽⁴²⁴⁻³⁾の『判決録』は、主に責任の問題に關している。本文ではまず、自由人は自身および自身の労務を貸すことが可能であることを述べた後、土地や不動産の賃貸借に關連して発生するいくつかの問題について述べている。全体が独断的に提示されており、ガイウスのように一連の例を用いて提示されているわけではない。この箇所を強く主張すれば、パウルスは一方で労務の賃約を、他方で物の賃約を置いていたと推察できるが、明確にそう言っているわけではなく、いずれにしても3分割された痕跡はない。

〈P.425〉ユスティヌアヌス（Justinien）の『法学提要』は、これまで欠けていたローマのテキスト上の正当性を提供してくれるだろうか。伝統的

（原文424頁）

（注424-1）本研究の目的は、パウルスの『判決録』（*Sentences*）の年代や真偽に關する議論ではない。ここで気になるのは、テキストの内容だけである。

（注424-2）ガイウス、『法学提要』, 3, 142-147.

（注424-3）パウルス, 2, 18引用。ジラルド, 『ローマ法教科書』, 5版, 398頁。
このテキストは通常、他の人が使うことはない。

な区別が古典的なものでなければ、ビザンチン的なものかもしれない。こ
こでもまた、ビザンチン時代のカテゴリーや分類の好みに戻る必要はない。
その好みとは、例えば、無名契約の4分割に由来するものである。賃約の
3分割が古典以降のものであることは、先験的には十分に納得できること
であり、それに気づくのに時間がかかったことが不思議である。しかし、
気づくことに時間がかかったのではない。ユスティヌアヌス⁽⁴²⁵⁻¹⁾はガイ
ウスの枠組みを受け継ぎ、強調事項である最近の契約の説明を書いたが、
ガイウスのモデルに欠けていた学説の展開を加えている。すなわち、賃約
の訴権 (actions)⁽⁴²⁵⁻²⁾、賃借人 (conductor) の義務、保管⁽⁴²⁵⁻³⁾の問題、
賃約の承継⁽⁴²⁵⁻⁴⁾を示したのである。しかし、ガイウスによれば、様々な
組合を挙げているのに対し、賃約にいくつかの種類があるとはどこにも書
かれていない⁽⁴²⁵⁻⁵⁾。

古典的なローマのテキストもビザンチンの教科書も、賃約の3分割の存
在を無視している。

しかし、P. F. ジラルール⁽⁴²⁵⁻⁶⁾の『ローマ法入門』(Manuel)のメモによ
ると、法務官の法令には賃約の3種類に対して、ただ1つの方式が含まれ
ていたか、あるいは、例証だけが賃約の性質に応じて変化していたよう
である。そして、ジラルールはこれらの方式を示している⁽⁴²⁵⁻⁷⁾。

(原文425頁)

(注425-1) 『法学提要』, 3, 24, de locatione et conductione.

(注425-2) 同, pr.

(注425-3) 同, 5章。

(注425-4) 同, 6章。

(注425-5) 『法学提要』, 3, 25, de societats, pr.

(注425-6) 8版, 607頁, 注4。

(注425-7) それがこれである。原告 (A.A.) が被告 (N.N.) に土地 (物の賃約)
あるいは労務 (労務の賃約)、あるいは服の仕立て (なされるべき仕事の
賃約) をしたうへは…。これらは、レーネルが提供した基盤に、個人的に
恣意的なアレンジを加えたものである。それらはローマのテキスト上の正
当な理由によって支えられているわけではない。

〈P.426〉レーネルの『永久告示録』（*Edictum perpetuum*）を参照すると、実際に賃約の3種類の公式が書かれている⁽⁴²⁶⁻¹⁾。否定された調査の後では、このような発言や完全な公式の作成が正しいのか懸念される。レーネルが彼の再編成を裏付けるために引用した非常に多くのローマのテキストを確認することをお勧めする⁽⁴²⁶⁻²⁾。そして、これらのローマのテキストは、一般的に物の賃約と労務の賃約となされるべき仕事の賃約のケースと考えられる例を挙げているが、この3種類の一般的な分割に当てはまるものとして、これらの実用的な例を提示しているものはないことがわかる。つまり、文章ではなく、法学教育で得たある種の概念に基づいて、レーネルが恣意的に再構成することは許されなかったのである。オットー・レーネルの著書にどれほどの賞賛と尊敬を持っていようとも、ここで彼が語ったのは、ローマのテキストではなく個人的な信念であることに同意せざるを得ない。

ローマの法律文書と最近のローマ法研究の文献を通して行われたこの調査から、次のような結論を得ることができる。現代の共通の意見は、ローマ人が賃約の3つのカテゴリーを知っていたことを認めている。〈P.427〉この分割を裏付けるローマのテキストは1つしか示されていないが、このテキストは分割について明示していない。さらに、このような分割につい

（原文426頁）

（注426-1）『永久告示録』, 111章[112], *Locati conducti*, 3版, trad. Peltier, 2, 15頁。

以下はレーネルによる表現である。原告が被告に、土地の賃貸（なされるべき行為、労務）そして、土地の賃借（なされるべき行為、労務）は貸主訴権と借主訴権に対応する。レーネルは、なされるべき仕事の賃約の特徴を示す*conducere*と*locare*という用語の逆転を観察していないことに留意された。

（注426-2）特にウルピアヌス, D.19, 2, fr, D.19, 2, 9, D.19, 2, 11, D.19, 2, 13, D.19, 2, 15, D.19, 2, 17, D.19, 2, 19; パウルス, D.19, 2, fr, D, 19, 2, 1, D.19, 2, 20, D.19, 2, 22, D.19, 2, 24; ガイウス, D.19, 2, fr, D.19, 2, 6, D.19, 2, 25, D.19, 2, 34; ユリアヌス, D.19, 2, fr, D.19, 2, 16, D.19, 2, 18. その他、様々なタイトルから借用した断片があるが、それはレーネルの注釈で示されている。

て直接言及しているローマのテキストはなく、どの時代のローマの法学者も知らなかったことである。

もし、ローマ法の研究が歴史研究の法則だけに従ったものであれば、その研究は維持されるだろう。歴史では、現代の、あるいは信頼できる証拠によって裏付けられていない事実は否定される、と言えはいいのではないだろうか。すなわち、ローマ人は賃約の3分割を語る文章を残していないので、学説からも、書物からも否定されなければならない。しかし、ローマ法はこれこそ教育におけるローマ法の位置づけを正当化するものであり、純粋に歴史的な学問ではなく、それ以上のものである。歴史家だけでなく、法学者にとっても興味深いものである。ロマネスト達の努力は、ユスティニアヌスの遺産を何世紀にもわたって囲ってきた断定的・独断的な見解の一部を拒否することにあった。しかし、法律問題の見方や提示の仕方といったカテゴリーを無視しているだけでは、そのローマのテキストを事実上拒否することはできない。法教育には純粋な歴史的考察よりも優先されなければならない非常に正当な要求があるかもしれない。中世や近代の教義学に由来することがよくわかっているカテゴリーや分類を書物や講座で使い続けることができ、私達の書物のどのページにも例があふれている。1つだけ引用すると、ローマ法における“法人（*personne molaire*）”について、それを財団法人と社団法人に分けて語ることが可能であるが、この概念と分割は他の原典にはないものである。歴史的な関心は、これらの重要な時代錯誤を明確に示すことだけである。〈P.428〉ローマ人やビザンチン人自身は近年の法分野の共通ルールとなっているものに対して、法分野を十分に整理できていない状態であった。そのため今日では、それを補足する必要があった。ただし、構築物の中の何がローマ時代の材料や古代の型で、何が近代や中世の構築物なのかを明確に示す必要がある。

このような観点から、今回の賃約の3分割について考えてみたいと思う。ローマ人は無視していたかもしれないが、ローマのテキストに書かれてい

ることは、おそらくすべての本質であったのだろう。それを示唆することも、示すこともできない。この見出された分割が正当な場所を見つけるために原典に欠けているのは、最初にあった抽象化を進展させることだけであろう。この場所、今行われている検討が全く役に立たないということではないだろう。ここで指摘しておきたいのは、賃約の3分割は古代ローマにはなかったが、便利であり、現実をよく表しており、ある種の問題を解決することができるということである。

しかし、それは便利なのだろうか。この不明瞭で複雑な収縮形態、複数の顔を持つ賃約が提示する問題を解決できるのだろうか。歴史的に非難され、独断的に受け容れられているのか。それが今の問題である。これを文献や教科書を通して探していくのである。

まず第一に、賃約の3分割論は、最近の文献によって偏った考えに凝り固まっているので、理論の批判的な検証は、前述のように歴史的な基盤が欠けていることよりも、さらに重要である。この検証のためには、まず、賃約の3分割論が、その内容と詳細において、どのような形をとっているのかを知ることが不可欠である。非常に地味な研究だが、リスクを負って取り込む人には、驚きと格別な教えが待っている。

〈P.429〉この分割の正確な構造については、著者の間で完全に一致していないことはすでに見てきた⁽⁴²⁹⁻¹⁾。賃約は3種に分かれているのか、2種にしか分かれていないのか、その2種のうち1種はそれ自体が2種に分かれているのか、他の人達は明確に説明することなく、おそらく古典的な理由から、この2つの見解に分かれている。語彙が不確か⁽⁴²⁹⁻²⁾なのは同じである。さらに、これらは詳細に過ぎないが、このような重要な理論の大筋には誰もが同意するはずである。さらに、このような意見の相違を指

（原文429頁）

（注429-1） 前掲420頁。

（注429-2） 前掲419頁。

摘し、正当化する必要がある。不明瞭なままではない。

私達は単純化して、契約が実現していること、そして、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約という3つのカテゴリーの賃約があることを認める。これらのカテゴリーのそれぞれの性質とは何か、言い換えれば、賃約の実例の場合に、特定のカテゴリーに含まれることを可能にする実質的な基準とは何か。

物の賃約がどのようなものであるかを想像することはそれほど難しくなく⁽⁴²⁹⁻³⁾、この点については著者達の意見がほぼ一致している⁽⁴²⁹⁻⁴⁾。形あるものを賃貸借することである。土地、家屋、農地、様々な種類の家具、家畜などの賃貸借に関する資料に記載されている多くの例は、包括的でありながら、全体的には十分に正確で、完全に適した物の賃約の枠組みの中で簡単に整理されている。〈P.430〉頻繁に行われていた奴隷の賃約は、家畜の賃約と並べて考えるとわかりやすい。雇い主が奴隷の労働力を利用できるように貸し出される場合、資源としての奴隷自身が貸し出されることになるからである⁽⁴³⁰⁻¹⁾。古いフランス法と民法⁽⁴³⁰⁻²⁾において、人々は物の賃約の概念を把握した。

しかし、物の賃約の枠組みでは対応できない少し難しいケースもいくつかある。倉庫の所有者とクライアントが交わした契約はどこに分類するか。これはローマでは非常に頻繁に行われていた実用的な操作であったこ

(注429-3) 少なくとも、ラテンの引渡し概念を受け継ぐ法学者にとっては。英国法では契約である物のレンタルと、より複雑なものである家主と借主の法律とを大きく異なるカテゴリーで慎重に区別しているが、このようなカテゴリーは含まれていない。ヨロビッツ (Jolowicz)、『ローマ法の研究への歴史的導入』(Historical introduction to the study of roman law, 304-305頁) 参照。

(注429-4) 引用を重ねる必要はない。

(原文430頁)

(注430-1) D.19, 2, 48, 1: 不動産ではない借地権やその他の財産を返還することはできない。

(注430-2) フランス民法典1713条: “動産・不動産を問わず賃貸することができる”

とが知られており、同様のニーズから今日では貸金庫のレンタルという形で再登場している⁽⁴³⁰⁻³⁾。倉庫の所有者とは、自分の倉庫の部屋を第三者に貸す倉庫の主か、自分が借りた部屋を商品の保管を希望する人に提供する倉庫の借主のことである。帝国の管理下では、帝国の貯蔵庫や保管庫が個人に提供されることもあった。倉庫の所有者が彼の善意に対して報酬を得ていたことは疑う余地もないだろう⁽⁴³⁰⁻⁴⁾。そのため、この事業は非常に特殊で、契約の枠組みには簡単に収まらない。〈P.431〉この事業を古典主義時代の著者はどう分析したのか。賃約の事例と思われるが、それ以上は踏み込まなかった⁽⁴³¹⁻¹⁾。さらに不思議なことに、現代の解釈者は、この事業を賃約の3種類のうちの一つに含めようとしているが、これまでのところ、努力は無駄だった。ある人は躊躇することなく賃約の3種類の中に物の賃約を見出し、他の人はそれに反対する間違った教科書があることを否定することなく、間違った教科書の中になされるべき仕事の賃約を見出したいと考えているが、どちらの解決策にも非常に論理的な論拠がある。この解釈を否定するために、労務の賃約を考えた人もいた⁽⁴³¹⁻²⁾。

（注430-3） 倉庫の所有者の契約については、パリス（Paris）の『ローマ法における保管責任』（La responsabilité de la custodia en droit romain, 95頁 et s.）に簡潔だが非常に正確な研究がある。この問題については、興味深い論文がしばしば発表されている。ミシャロン（Michalon）『古代ローマの貴重品の保管場所と金庫の賃貸借』（Des lieux de dépôts d'objets précieux dans l'antiquité et de la location des coffres-forts à Rome, Lyon, 1910.）現代法における貸金庫については、ヴァレリー（Valéry）学部長の古典的著書を参照することができる。

（注430-4） しかしこれには疑問がある。パリス、96頁引用。

（原文431頁）

（注431-1） パウルス『判決録』, 2, 18. D.19, 2, 60, § 6 et 9（ラベオ）。D.19, 2, 55.pr.（パウルス）。これらのローマのテキストは、倉庫の所有者に関するものの中で最も正確なものであるが、あまり明確ではない。しかし、引用された著書が解決したとは言い難い問題をここで取り上げることに疑問はない。

（注431-2） これらの教育的な変遷の歴史は、パリスが、M. パリスの引用にメ

船舶の全体の賃貸借から、物品や旅客の海上輸送のための単純な契約に至るまで、様々な傭船契約は、その性質上、非常に複雑である。従来の3つのカテゴリーに分類しようとする、教科書から強い反対を受ける。ディゲスタで使われている正式な用語にも関わらず、海上輸送の特定のケースのために、特別なカテゴリーが作られている。不規則な賃約である⁽⁴³¹⁻³⁾。より単純なケースでは、傭船契約は通常⁽⁴³¹⁻⁴⁾、労務の賃約またはなされるべき仕事の賃約⁽⁴³¹⁻⁵⁾のいずれかであることが認められている。

〈P.432〉 船主、船長は理解しやすいという理由から、しばしば宿主や厩の所有者と比較される。宿屋の主人と厩舎の主人の間の契約は、どの契約に分類するべきか。宿屋の法律行為を賃約の一種と見なすローマのテキストを否定するのは難しいようである⁽⁴³²⁻¹⁾。ある著者は、宿屋の契約を賃約に、より正確にはなされるべき仕事の賃約に同化させたのは、ビザンチ

、 よって書いているが、躊躇や留保がないわけではなく、倉庫の所有者の契約になされるべき仕事の賃約を見て、責任に関しては問題が起こることになる解決策であると述べている。451頁以下参照。

(注431-3) D.19, 2, 31に関しては、古代の解説者たちの喜びと苦悩を表した有名なローマのテキストである。提案された主な解決策の説明は、ペラ (Pel-lat) に掲載されている。『学説彙纂』(Textes choisis des Pandectes, 2版, Paris, 1866, 41-59頁) から抜粋した教科書である。この教科書は、最近の著者からはあまり注目されていない。しかしながら、ククが引用している488頁と453頁以下を参照。

(注431-4) 例えば、ドゥマンジュア、『ローマ法入門』(Cours élémentaire de droit romain, 1806, 2, 316頁), ジラール, 607頁引用, クク, 487頁引用がある。後者は運送契約についてのみ述べており、それをなされるべき仕事の賃約とみなしている。

(注431-5) 特に (ドゥマンジュア, ジラール, 引用) D.19, 5, 1, 1では、パピニアヌス (Papinien) の引用したラベオが、決められた場合においてどの作用 (locatiあるいはconducti) が適用されるのかについても言及している。本文にはそれ以上何も書かれていない。

(原文432頁)

(注432-1) 宿屋の主人の契約を法律行為 (negotium) と性格付けるのはウルピアヌス, D.4, 9, 3, 2である。他のローマのテキストは、賃約と見なしている。

D.4, 9, 5, pr, ガイウス。同じ意味でクク, 478頁と517頁3を引用。

ンだけであると認めている⁽⁴³²⁻²⁾。驚くべき意見で、正当化することは難しい。しかし、ほとんどの著者は、宿屋の受け皿を考えることに終始し、いわゆる法律行為の分析を省いており、それは賢明な判断である。

これまでに指摘してきた保留事項や微妙な点にも関わらず、学説は全体として物の賃約のケースを明確にすることに成功している。ここからは、他の2つのカテゴリーの特徴の研究に移る必要がある。この研究は、はるかに長く、はるかに繊細なものになるだろう。なぜならば、最近の学説では、賃約の3つの種類の存在について合意があったとしても、それらを区別して適用しようとする、すぐに区別がなくなってしまうからである⁽⁴³²⁻³⁾。

労務の賃約となされるべき仕事の賃約の違いを説明するために、多くの基準が提案されている。それらの運命は様々で、受け容れられ方もまちまちである。その中には完全に廃れてしまったものもあるが、それらを列挙して検討することは有益である。少々退屈な検討の中から、有益な教えが得られるだろう。

（未完）

（注432-2） 例えばパリス、298頁引用である。

（注432-3） 従って、フランスの二大教科書、P.F.ジラルのローマのテキストとククの教科書には、全く異なる解説がある。