

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』(2)*

—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)
柊 山 尚 子 (翻訳)

[訳者はしがき]

〈P.433〉これらの基準の中には、互いに明らかに関連しているものもあるが、それらのいくつかは先に提案された基準に向けられた批判の圧力の下で、先に提案された基準から抜き出されたものであると感じられる。このような大量の議論に秩序をもたらしそうとするのは、いささか作作的であり、中にはあまり成熟しておらず、一考に値しないものもあるが、このような混乱した問題の理解を容易にするためには、不可欠なことである。もちろん、この秩序は、議論の中で見つかることが期待される分類の性質によってのみ推奨される。

特殊な理論だが、シンプルで論理的であることを、アカリアが見事に表現している⁽⁴³³⁻¹⁾。これは、純粹に法的な基準に基づいていると言えるかもしれないが、少なくとも一見したところ、便利で魅力的なものである。サービスの賃約では、主人が自分の物を職人 (ouvrier) や請負人 (entre-

*本翻訳では、原文の433頁から447頁を対象とする。

(原文433頁)

(注433-1) アカリア『ローマ法概論』(Précis de droit romain, II, p.486 et s.)。この理論の作成者はおそらく彼ではないだろう。ユーゼン プティ (Eugène Petit) 『ローマ法の基礎論』(Traité élémentaire de droit romain, 9^e éd., p.399 et 400)。

preneur) に渡して、職人や請負人が何らかの仕事をするというケースが少なくない。自分の土地に家屋を建ててもらいたい所有者は、この土地を請負人に引き渡し、指輪を作ってもらいたい、トーガをきれいにしてもらいたいと思う人は、金塊や衣服を金細工師や染色師に引き渡す。そこには引き渡されたものがあり、やり取りされたものがある。これらのケースは全てなされるべき仕事の賃約のケースである。他のケースでは、逆に、職人が主人のぶどう畑の剪定や収穫物の刈り取りに来たり、使用人が馬小屋やトリクリニウムで奉仕をしたりする時に、やり取りはない。これらは労務の賃約である。その結果、思いがけないことに、「状況に応じて同じ事実が労務の賃約と仕事の賃約の両方の対象となることがある。〈P.434〉例えば、職人が私の奴隷を弟子にした場合、それは仕事の賃約である。一方、それが私の息子であった場合、労務の賃約が発生する。なぜなら、私が労働者に息子の引渡しを与えたとは言えないからである。同様に、私が雇っている仕立て屋や靴屋が自宅で仕事をしていれば、仕事の賃約であり、たまたま昼間に私の自宅で仕事をさせていれば、労務の賃約であると言える⁽⁴³⁴⁻¹⁾」。

巧妙な分類は一見効果的であるが、他方で問題も見受けられる。この理論は、少なくとも、明確で適用しやすいという大きなメリットがある。このことは、アカリアが物の賃約を基軸として全体の概念を説明しているが、賃約の全体的な概念と結びついており、賃約がもたらす全ての問題を説明しているが、ここで議論する必要はないだろう。賃約の3分割の存在を認めるならば、それに対するローマのテキスト上の議論は驚くべきものになる。例えば、ユリアヌスはどこかで⁽⁴³⁴⁻²⁾自分の子どもを靴修理屋に弟子

(原文434頁)

(注434-1) 前掲アカリア, 489頁注1引用。

(注434-2) D.19, 2, 13, §4. この法文は、L.ミション (L.Michon) によるアカリアの理論に対抗するために使用されている。L.ミション『仕事の賃約』(Du louage d'ouvrage, thèse Paris, 1890, p.15) 参照。L.アルミライル (L.Ar-
ミライル)

入りさせた父親は、事故の際に靴修理屋に対して貸主訴権で行動することができると言っているが、これは靴修理屋が賃借人であり、なされるべき仕事の賃約があるということである。アカリア自身が認識していたように⁽⁴³⁴⁻³⁾、ここには引渡しの問題はあり得ない。他にも例がある。ウルピアヌス⁽⁴³⁴⁻⁴⁾は、船旅の費用を負担してもらった女性の話をしている。伝統的に運送契約は、なされるべき仕事の賃約として分析されているが、確かに奴隷でない女性、女性が引渡されたことには疑問の余地はない。〈P.435〉このようにあるケースでは、一般的な意見がなされるべき仕事の賃約⁽⁴³⁵⁻¹⁾を認めているにも関わらず、主人と労働者の間には何の引渡しも介在していない⁽⁴³⁵⁻²⁾。

アカリアは、自分の説に不利な反論が見つかることを予見しないほど、法文をよく知っていた。彼は自分の説に反する致命的な反論を避けるために、自分に対して批判するようなテキストに対して、「言葉の悪い癖があり、それを正すことにしばしば絶望せざるを得ないような」文章とし、事前に排除しようとした⁽⁴³⁵⁻³⁾。これはあくまでもエレガントな負け惜しみである。

しかし、このウルピアヌスの理論はあまりにも魅力的だったので、最も衝撃的な部分を取り除いて使ってみることにした。こうして、労務の賃約と仕事の賃約の区別は、法的な意味での引渡しではなく、世俗的な意味で

↘ mirail) の『労務の賃約』(La locatio-conductio operarum, thèse Paris, 1892, p.39) も参照。また、類似の仮説とD.9, 2, 5, 3の同じような解決を用いることもできる。ユリアヌスも同様である。

(注434-3) 前掲アカリア引用の一節。

(注434-4) D.19, 2, 19, 7.

(原文435頁)

(注435-1) 他にも、前述した著書にあるような教科書を多数使用することができる。

(注435-2) この議論は、引渡しの基準に忠実なE.プティを納得させることはできなかった。

(注435-3) 前掲アカリア、488頁引用。

の引渡しに基づいて行われるようになったのである。単純な配達、あらゆる種類の引渡しである。そして、このように言われた⁽⁴³⁵⁻⁴⁾。アカリアと反対の例では、真の引渡しはないと言われているが、それにも関わらず、「実際には、女性は船長の指揮下におかれ、子供は靴修理屋の指揮下におかれる」のである⁽⁴³⁵⁻⁵⁾。そして、仕事の賃約の本質は、単に「職人が自分の労働の対象に接触すること」である⁽⁴³⁵⁻⁶⁾。

これは、引渡しの理論がもはや無関係であることがメリットである。なぜなら、普遍的に認められた労務の賃約のケースでは、仕事の賃約を特徴付けたいようなやり方の「接触」が頻繁に起こっているからである。〈P.436〉ワイン生産者は、主人のぶどう畑によく「接して」おり、主人の羊の群れを飼う自由な羊飼いは、主人の羊をよく「自由に」持っている。そして、それ以降は引渡しの理論の全てが崩壊してしまう⁽⁴³⁶⁻¹⁾。

このような権限が根拠になっている理論は、現実の問題を解決できないことが先験的に予想される。このように、引渡しの理論が流行する前も後も、純粹に物質的な基準に頼らざるを得なかった。この種の議論の中で、少なくとも一見したところ最も堅固で、いずれにしても最も長く続いているのは、報酬を固定する方法に基づくものである。労務の賃約では、報酬は職人のサービスの期間に比例するが、仕事の賃約では、固定料金で支払われる。この考えは、賃約の3分割の理論が形成されたばかりの頃に、ザクセン人の著者コレルス (Colerus)⁽⁴³⁶⁻²⁾によってすでに19世紀には多く

(注435-4) 例えば、前掲L. アルミライル, p.40 et s. 引用のような視点である。

(注435-5) 同上。

(注435-6) 同上。

(原文436頁)

(注436-1) この理由は、L. ミションが16頁の引用を少し見たが、彼はそれを利用しなかった。

(注436-2) MATTAM Colgei, 『ドイツ決定事項』 (Decisiones Germanias, éd. de Lelprig, 1631, decisio CCI, p.512 et s.) この版のコピーは、Bint. nat., imprimés, F 14.910-14.911には見当たらない。

の支持者を得て⁽⁴³⁶⁻³⁾、今でもクク⁽⁴³⁶⁻⁴⁾が少なくとも付随的に受け入れている。

この考え方には、一定の利点があり、それは物事の本質に基づいており、抽象的な事実、法的な事実だけではない。何世紀も前から、法学者⁽⁴³⁶⁻⁵⁾や経済学者は、時間単位または一括払いが賃金の区分の要点であることに同意しており、この区分が経済的にも法的にも、今日もいかに重要であるかを知っている。〈P.437〉そのため、このような考え方を古代に持ち帰り、同時にローマ時代のテキストの中に、このように広く行われていたことの先例を見つけないと考えるのである。このような比較の原理がいかに正当なものであっても、時代錯誤の重大な危険性をはらんでおり、しばしば純粋に類推となってしまう危険性があることを、しっかりとしたローマのテキスト上の正当性によって慎重に裏付けることが望ましい。しかし、この場合、ローマのテキストは無残にも不足している。この説を受け入れた著者は、自明のこととして提示するだけで、それを裏付けるようなローマのテキストは一切示していない⁽⁴³⁷⁻¹⁾。それは、これらの裏付けのないローマのテキストがあまりにも多く、その列挙が役に立たないからかもしれない。

（注436-3）例えばM. オルトラン『ユスティニアヌス帝の『法学提要』の歴史的解説』（Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien, 8^e éd, Paris, 1870, III, p.292）。

（注436-4）487頁引用、また、M.R. モニエ（Monier）の『ローマ法入門概論』（Manuel élémentaire de droit romain, t.II, p.212 et p.213）も認めている。

（注436-5）例えば多くの中でドマ（Domat）、『自然法秩序における市民法』（Les Loix civiles dans leur ordre naturel, éd.de Paris, 1777, I, p.61 et s.）がある。

（原文437頁）

（注437-1）ククが引用したC.I.L. の一節は、それは有名なディオクレティアヌス（Dioclétien）の告示にほかならない。この一般的な料金の決定には職人の賃金も含まれており、異なる専門の集団の労働の日給の対価は皇帝が定めている。しかし、このローマのテキストが例として興味深いとしても、ローマ人が3種類の賃約を知り、報酬の支払い方法によって仕事の賃約と労務の賃約を区別していたことを証明するには十分ではない。

い。

まだまだある。ヤヴォレヌス (Javolenus) が、『書簡』 (*Epitres*)⁽⁴³⁷⁻²⁾の中で提示した仮説は、全員一致でなされるべき仕事の賃約の事例、さらには典型的な事例とみなされている。それにも関わらずヤヴォレヌスは文中で次のようには言っていない。「私は、請負人に1日あたりの固定賃金を与える方法で、その仕事を賃貸した」。この理論にこだわる必要はない。結論から言うと、報酬の計算方法によって労務の賃約と仕事の賃約を区別することはできないと言え十分である。〈P.438〉「報酬の計算方法は、その使用の事実だけで、労務の賃約と仕事の賃約の2つの契約のうちの一方の存在であり、他方の存在ではないと断言できるほど特徴的なものではない⁽⁴³⁸⁻¹⁾」。

仕事の賃約と労務の賃約の基準は、職人が働いている場所にあると提案されている。もし職人が自分の家で働いているならば仕事の賃約があり、逆に主人の所で働いているならば労務の賃約がある。例えば、ぶどうの収穫に来てくれるワイン生産者は労務の賃貸人 (locator) である。逆に主人から預かった地金を職人が自分の工房で加工する金細工師は、仕事の賃借人である。この考えは、アカリアが、より一般的な引渡されたものに関する理論の帰結として提案したものである。考慮⁽⁴³⁸⁻³⁾を重ねることで、働く場所によって作業の特徴が変わってくることを見てきた。仕立て屋が自分の家で仕事をしていれば仕事の賃借人、主人の所で仕事をしていれば労務の賃貸人となる。この構想のもろさは目に見えている。構想に対する反論をすればよいのである。主人のために家を建てる請負人は、一般的な見解によればなされるべき仕事の賃約で作っているが、請負人は主人の土

(注437-2) D.19, 2, 51, 1.

(原文438頁)

(注438-1) 前掲L. ミション, 19頁引用、前掲L. アルミライル, 43頁引用もこのローマのテキストを解説している。

(注438-3) 前掲アカリア, 434頁。

地で仕事をしているのである。もし、請負人が自分の土地で仕事をした場合は、全く別の仮説となり、いずれにしても賃約の範囲外となる。これを避けるために、原則に例外を設ける試みがなされたが、その場合、このルールは請負契約には適用されなくなる。このような戦略的撤退は、大義名分への信頼を高めるためのものではない。〈P.439〉また、区別が問題になるケースの中で、標準的な仮説に該当しない基準はどうだろうか⁽⁴³⁹⁻¹⁾。

実用的な第3の基準も提案されている⁽⁴³⁹⁻²⁾。この違いは、労働の「独占的な」指揮を執る人によって、その区別の基準がある。この指揮を担うのが主人であれば、主体性のない単なる従業員である職人は、労務の賃貸人である。逆に、職人が独立した方法で自分の労働を自分で采配するならば、彼は仕事の賃借人である。これまで研究されてきた説の中で、この説が最もローマのテキスト上の根拠に乏しいものである。報酬がどうやって固定されているかという理論よりもさらに純粋な客観的な考察に基づいている。また、労働の指揮とは何を指すのだろうか。請負人が家を建てる時、労働の指揮は誰に属するのか。この問題は、請負契約が特異なまでに正確である近代法においても、その元のままの形では絶対的な解決策はない。労働の指揮は、最初の示唆であり、命令であり、作業の開始であり、実行中の遠隔または継続的な監督なのか。なぜなら、金細工師に自分の地金から作る指輪の数や形を指示するのも、仕立て屋にトーガに施す繻いを指示するのも主人だからである。それは逆に労働の技術的な遂行なのか。しかし、場合によっては労務の賃貸人にも属することになる。主人のぶどう畑

（原文439頁）

（注439-1）このことは、この理論が成り立たないことを確実に説明している。

（注439-2）ダンクワルディ（Dankwardi）『仕事の賃約，独断と偏見』（*Locatio conductio operis*, Jakvbücher für die Dogmatik, XⅢ, p.304）で示されている。クは477頁を引用し、定義のいくつかを示唆している。「賃貸人とは、契約を開始した人のことである。家を貸すオーナー、サービスを提供する金で雇われて働く人、家を建てる業者を探している土地の所有者。もう一方の相手は賃借人である」。

の剪定に来たぶどう栽培者は、しばしば自分の好きなように労働をすることができ、一般的な見解ではそこには確かに労務の賃約がある。〈P.440〉最後に、一般的になされるべき仕事の賃約と考えられている仮説をローマのテキストの中に見出すことができ、そこでは正確には労働の指揮は請負人ではなく、主人に属しているとされている。つまり、主人が請負人に指示をするのである⁽⁴⁴⁰⁻¹⁾。

労働の指揮に基づいてサービスを貸し出すという2つの形態を区別することはまだできない。

このように、これまで検討してきた4つの基準は、いずれも満足できるものではなかった。引渡しという純然たる法制度、支払いの仕組み、労働の場所、労働の指揮、それらすべてが何らかの点で失敗している。正式なローマのテキストと直接対峙するか、歴史的な根拠がないか、あるいはあまりにも不明確で使い物にならないかのいずれかであった。これらの理論が衰え修正された結果は、より問題の多いものになった。なぜなら、これらの理論の衰えは、理論を完全に一貫性のないものにしてしまったからである。それでは、この検討を放棄して、なされるべき仕事の賃約と労務の賃約の違いを説明することを諦めるべきだろうか。

いいえ、それは違う。著者の頭の中には、理論が豊富にある。契約から離れた、契約の外側にある、外的な要素に目を向けても解決策は見つからないので、サービスの内部、契約自体の分析において、常に把握し難い基準を探さなければならない。失敗した理由が独断的であったことにあるため、一連の理論には、共通の特徴として、また、共通の弱点として、独断的であることを除かなければならない。〈P.441〉つまり、これらの理論の研究にしても、先ほど拒絶された理論と同様にある種の秩序を置くことが

(原文440頁)

(注440-1) D.19, 2, 51, 1. 同じような状況についてフィレンツェ人が言っていることを比較してみよう。詳細D.19, 2, 36。

不可欠であるが、やや不自然である。さらに不自然なのは、実際には、あまいな理由の規律に基づいて、これらの理論はしばしば密接に関係し、このような時として非常に微妙な分析において、独立した理論の個人的な意味合いを認識することは難しく、むしろ意味のないものである。

最も簡単な理論は、契約で定められた労働の性質が基準となる契約の対象が、明確な決定された労働であれば、なされるべき仕事の賃約があり、そうではなく契約時に労働が不明確であれば、労務の賃約がある⁽⁴⁴¹⁻¹⁾。例えば、運送会社、建物の建設、自動車の製造などは、なされるべき仕事の賃約のケースである。馬車の御者、羊飼、料理人など、期間や内容が不明確なサービスは労務の賃約のケースである。基本的にこの仕組みは、報酬の支払い方法の理論を学説のレベルにまで移した複製にすぎない⁽⁴⁴¹⁻²⁾。これらの理論の間には明確なつながりがあり、現代で使われている「出来高払い」は、報酬の支払い方法と必要な労働の種類との相関関係をよく表している。ただ、この決定論は、報酬の支払い方法と必要な労働の種類との相関関係のどちらか一方が破綻すると、それに引きずり込まれるのではないだろうか。このような避け難いいくつかの関連はすでに心配されている。その一方で、ローマのテキスト上の根拠もない⁽⁴⁴¹⁻³⁾。〈P.442〉さて、この種の法的分析は、ローマのテキストによって正当化される必要があり、確定した行為、不確かな一日仕事のような表現に遭遇しなければならないが、これはそうではない。したがって、この説は十分な

（原文441頁）

（注441-1）J.P. モリトール『ローマ法における義務』（Les obligations en droit romain, Paris, 1853, II, p.178）参照。

（注441-2）前掲ミシオン、17頁引用でよく見られたことである。しかし、彼は自分の決定論のためにこのつながりの必要性を薄めようと試みる。

（注441-3）モリトールはD.50, 16, 5, 1. を引用している。この法文については、すでに前述の421頁で検討した。賃約には、なされるべき仕事の賃約と労務の賃約の2つの形態があるという結論は導き出せないという主張がなされている。

根拠がないものとして否定する必要がある⁽⁴⁴²⁻¹⁾。

ある著者は、先ほどの学説の理論をさらに推し進め、彼ら特有の根拠によれば、仕事の賃約と労務の賃約のぎりぎりの所に至る場合には、その基準をさらに崩すように仕向けているのである。架空の例だが⁽⁴⁴²⁻²⁾、雇い主が職人を任意の期間雇うことを想定している。この職人は、この間に「ある種の製品」を作り、1つの製品を作るごとに決められた報酬を受け取ることになる。例えば、靴職人は同じ主人のために無限に靴を作るが、これは明らかに労務の賃約として考えられる。主人の料理を無限に準備する料理人の状況に非常に近いものである。しかし、靴職人は「作品ごとに」報酬を支払われる。この仮説では、明確なサービスや不明確なサービスという言い方はしづらくなる。提供されるサービスの種類は、靴を作るということで明確であるが、サービスの期間は決定されていないため、不明確の要素が入ってしまうのである。このような状況を打開するために、私達は次のように推論した。主人が報酬の対極として期待しているのは、明確な仕事（製造は際限なく続くかもしれないのだから）でもなく、明確な製品の量でもなく（同じ理由で）、職人の仕事そのものなのである。〈P.443〉「労働の報酬は時間ではなく、労働内容の濃さで評価することだけ合意されていた」。このように、仕事の賃約と労務の賃約の区別を可能にするのは、行われた仕事の内容の濃さの度合いなのである⁽⁴⁴³⁻¹⁾。

（原文442頁）

（注442-1）コラン（Colin）とカピタン（Capitant）による『フランス民法基礎解説書』（Manuel élémentaire de droit civil français, II, p.515）では、実際には先ほど否定されたものの変形に過ぎない制度が提案されている。職人が特定の仕事のためにサービスを提供する場合には、なされるべき仕事の賃約があり、サービスのすべてを提供する場合（そしてここに変化がある）には、労務の賃約がある。

（注442-2）とりわけダנקワルディによる発表が顕著である。

（原文443頁）

（注443-1）例えば、前掲L. ミション、18頁引用。

歴史的観点から見て、このような不確定なことに固執する必要はないだろう。このような記述は、著者自身が認めているように、テキスト上の正当性を欠くものであることに注意すれば十分である。それは調べる価値もなかっただろう。なぜならそれらは危険が少ないというわけだけの理論を生み出す非現実的なものであったので、わずかにしか広まらず、知られていなかったからである。

P.F. ジラルールは、古典的な『ローマ法教科書』（*Manuel*）の中で、ペラがすでに説明していたドイツに起源を持つと思われる理論をフランスで普及させた。ジラルールの前には、ヴィントシャイトがこの理論を非常に明快かつ精力的に展開していた⁽⁴⁴³⁻²⁾。ジラルール以降、この見解は様々な著者によって引き継がれている⁽⁴⁴³⁻³⁾。ということなのである。

賃貸されるもの、つまり賃約の対象は、肉体的なものでもあり、人間の労働の一部分でもあり、ヴィントシャイトが労働力と呼ぶものである。〈P.444〉すなわち、労働力の賃約においては、契約の対象が労働であり、その結果である仕事そのものは別である労務の賃約と、対象が「労働そのものではなく、その最終結果」であるなされるべき仕事の賃約の2つの種類に区別されている⁽⁴⁴⁴⁻¹⁾。ペラは、よりフランス的な言い方で次のよう

(注443-2) P.F. ジラルール『ローマ法教科書』（*Manuel*, 8^e éd., p.605-607）引用、ペラ『学説彙纂からの抜粋』（*Textes choisis des Pandectes*, p.41）。ペラはこの説を、マゼロル（Mazerol）がフランス語で翻訳した『ローマの私法全般の講義概要』（*Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains*, Paris, 2^e éd., 1852）から借用したのであろう。V. マゼロル引用、ヴィントシャイトの『パンデクテン法教科書』（*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8^e éd.）はキップ（Th.Kipp）, II, p.671 et suiv. によって改訂された。
 (注443-3) ジャン パリス, 47頁引用と著者不明『ローマ法の基礎概要（講義録）—債務—』（*Précis élémentaire de droit romain (notes de cours)*, Les obligations, Paris, Sirey, 1926, p.113）。

(原文444頁)

(注444-1) ジラルール引用。この文章は、ヴィントシャイトから引用して翻訳したものである。役務不履行の特殊な場合として、契約が労務ではなく、ノ

に述べている。「時として労働を賃約の対象とせずに、この労働が生み出す結果を賃約の対象とすることもある」。

従って、物の賃約と労働の賃約という2種類の賃約があり、労働の賃約は労働そのものを考慮するか、結果を目的とした労働を考慮するかによって、さらに2つの種類に分かれる。もはや3種類の賃約ではなく、2種類の賃約とさらにその中に2種類の賃約がある。これは同じことになるが、通常採用されている3分割よりもさらに原典にそぐわない複雑なものであり、現代の学校のスコラ派の分類の影響をより強く受けている。この理論の外面的な側面だけでも、ローマ法の真の精神を求める人々の関心を引くには十分である。しかし、それ以上に目を見張るような問題がある。労務の賃約から何が見えるのか、サービス (Dienste als solche) というこの奇妙に見える概念は何で構成されているのだろうか。ペラもヴィントシャイトもジラールもこの厄介な点について詳しく触れておらず、ジラールはこの点では控え目な態度を示している。つまり、基本的な基準は、おそらく…だそうである。ラベール (Labbé) は純粋に独断的な観点からさらに踏み込んだ説明をしている。彼にとっては、労務の賃約があるのは、仕事の賃約を見つけれない時のためである。〈P.445〉つまり、労務の賃約では、人は自分の能力を他人に委ね、特定の労働をすることを約束するのではなく、注文された労働に自分の力と時間を捧げることを義務付ける⁽⁴⁴⁵⁻¹⁾。対して、仕事の賃約は、行われる仕事の専門性が特徴である。対象は完成した物であり、結果を得るために必要な一連の対象を考慮することを無視して、これらの行為の産物だけを見るのである。インスラの建築を請負わ

ㄨ 労務によって生み出される仕事の結果に向けられたものであることが挙げられる。

(原文445頁)

(注445-1) ラベール『物の困難性』(Difficultés sur la chose due, p.123 et suiv.) と前掲L. アルミライル, 37頁を参照。

せる、家の建築を請負わせる等⁽⁴⁴⁵⁻²⁾である。

しかし、これらの説明にはあまり光が当たらず、労働そのものや、結果のための労働という概念の独断的な価値を認めたとしても、ローマ人がこれらの概念を共有していたとは認め難いのである。このような多段階の抽象的な表現ほど、一般にローマの法律学が持つとされる自然主義的で、地に足のついた傾向に反するものはない。その外見や内容からくる不信感に終止符を打つためには、それを含む紛れもない信憑性のあるローマのテキストを引用する必要がある。誰もできなかったのも、誰もやらなかった。私達は、歴史的な検証に耐えられない思考の産物であり、根拠のない概念の前にいるのである。そして、ジラルがそれを採用したとすれば、それは彼にとって特定のローマのテキスト上の難点を満たし、後に研究することになる特定の歴史的な概念に適合するように見えたからである。

労務の賃約と仕事の賃約を区別するためには、提案された基準を列挙すると間違いなく長くなるだろう。しかし、ここでは今批判されているものに限定して、この退屈な調査から得られた結論は十分に記されている。説明の多さは、それぞれの説明が問題を解決できない以上に重要である。〈P.446〉このような永久的な失敗を目の当たりにすると、当然のことながら問題そのものに疑問が生じる。もし、この問題を解決することが難しいとすれば、それは問題の提起が悪いからかあるいは、問題が存在しないからではないだろうか。

この感想は、多くの著者の態度によって裏付けられている。賃約の3分割の存在を認めながらも、それを正当化しようとしないうか、あるいは研究した著者から借りた多くの議論によって正当化している。この議論の多さは、懐疑的に認めていることとほぼ変わらない諸説統合のやり方を実現する。ボンファンテは、ローマ法の総括的な検討で賃約に出会ったが、第一

（注445-2）前掲L.アルミライル、引用。

の部類に属する⁽⁴⁴⁶⁻¹⁾。彼は単に、賃約とは「物、サービス、請負に関わる複雑な操作」であると述べている。以上である。最近ではヨロビッツもそうであった⁽⁴⁴⁶⁻²⁾。コルニル⁽⁴⁴⁶⁻³⁾とククも賃約の3分割を認めているが、提案された基準のどれもが彼らにとって十分ではなく、いくつかの基準を積み重ねている。ククの場合、労務の賃約は不確定なサービスを時間で定まった賃金で貸すことであり、仕事の賃約は、計画 (entreprise) を実行する労働を対象とし、この場合、報酬は一定の価格で固定されている。こうして彼は労働の決定の根拠も、固定された報酬であることの根拠も再び取り戻した。アカリアによる引渡し理論の記憶も含まれている。コルニルには、労働そのものと労働の結果、そして報酬の固定という考えがある⁽⁴⁴⁶⁻⁴⁾。〈P.447〉前世紀末に出版された書物の著者であるアルミライルは、さらにその上を行く。そして、いくつかの基準案を列挙して批判した後、最後に彼は彼の不十分な所を隠すことなく、受益権の喪失のために先取特権によるという重要な結論を下し、他の基準はそれを補完するために必要な場合には使用されている。あたかも誤りを集めたものが真実になるかのよう⁽⁴⁴⁷⁻¹⁾！

このように、賃約の3つの種類を区別するために、実用的または独断的な特徴を提案しても、慎重で批判的な検討に耐えることができない。しかし、これまでの否定的な議論の重みがどうであれ、賃約の3分割を正当化

(原文446頁)

(注446-1) P. ボンファンテ『ローマ法』(Dritto romano, Florence, 1900, p.387)。

(注446-2) R.F. ヨロビッツ『ローマ法の研究への歴史的導入』(Historial Introduction: to the Study of Roman Law, Cumbridge.1932, p.304)。ドゥマンジュア『ローマ法入門』(Cours élémentaire de droit romain, 1866, t. II, p.316)も同じような姿勢をとっている。

(注446-3) E. クク『教科書』(Manuel, 2^e éd., p.477 à 487)。

(注446-4) G. コライユ (G.Corail)『ローマ法—歴史的概要』(Droit romain.Aperçu historique sommaire, Bruxelles, 1921, p.346 et 817)。

(原文447頁)

(注447-1) 前掲L. アルミライル, 44頁引用。

する学説がないにも関わらず、決断をする前に最終的な調査を行うことが適切である。3つの賃約があり、その目的によって区別できない場合、おそらくその効果によって区別することができるだろう。

ここでは、その難しさがさらに増す。賃約の効果は多岐にわたるが、そのほとんどは、適用される実務上の状況によって課されるものであり、いかなる論争も生じないとしても、他方で、独断的な議論の材料を提供することはほとんどないだろう。その他の点については、ローマのテキストからすぐに解決策がわかるいくつかの点を除いては、不十分な方法でしか研究されていない。そのため、賃約自体の効果と、倉庫に関する約款 (*leges horreorum*) や異なった引受契約 (*recepta*) など、隣接する法律や関連する法律から生じる効果とを区別することが難しい場合がある。とはいえ、3つの賃約が異なる効果を持つかどうか。正確には、これらの分割がこの難しい問題に何らかの光を当ててくれる可能性があるかどうかを調べることは価値がある。

(未完)