

《論 説》

請負概念の生成

——現代的慣用と人文主義法学の接点——

藤 田 貴 宏

16世紀から18世紀にかけてブルジュ大学やレイデン大学等を拠点に展開されたいわゆる人文主義法学は、ユスティニアヌス法典の校訂から古典期法学者の著作や古代ローマの法律の復元を経てビザンティン法研究に至る広範な対象領域を抱えつつ、その歴史学的文献学的な営為の背後において、常に一定の実践的関心、すなわち、地域差はあれ現行法として通用するローマ法文の真の意味と射程を把握しその權威を相対化しようとする意図に規定されていた。とはいえ、例えば個々のローマ法文のテキストや意味をその歴史的背景に忠実に確定し解明した成果が、千年以上後のヨーロッパの法廷で争われる諸問題の解決を直接左右するということは当然ながらほとんどあり得ない。アンドレア・アルチャート Andrea Alciato (1492-1550年)、フランソワ・オットマン François Hotman (1524-1590年)、アントワーヌ・ファーヴル Antoine Favre (1557-1624年)、ユルリク・ヒューベル Ulrik Huber (1636-1694年)、コルネリス・ファン・バインケルスフク Cornelis van Bynkershoek (1673-1743年) 等における法文批判を中心とした人文主義的著述と助言鑑定人や判事としての実務活動との並存という象徴的事例を待つまでもなく、法文をめぐる文献学的知見だけで実務の要請に応えられると考える者などそもそもいなかった。その一方で、当時の便覧や実務的注釈書の類を一瞥すれば明らかのように、人文主義法学の法実務への影響は、例えばゴドフロワ版市民法大全 (1583年初版) の漸次的普及といった事象によって一括することを許さない次元、具体的には、個々の法概念の定義や区分といったところにまで及んでいた。ここで、「現代的慣用 *usus modernus*」という名称を、帝国法としてのローマ法継受というような当

時の法学のヨーロッパ規模の一体性を鑑みればあまり意味のない観点から限定することなく、むしろローマ法の解釈適用によって実務的問題の解決を試みる法学的営為の総称として広く用いるならば、実務に対する人文主義法学の影響はまさにこの現代的慣用を介してもたらされたはずである。本稿では、そのような人文主義法学と現代的慣用の接点の一例として、請負の概念を取り上げ、その概念形成、特に、物の賃貸借・雇傭・請負という三類型の成立の過程を遡り、ジャック・キュジャース Jacques Cujas (1522-1590年) の『考察と修正 Observaciones et emendationes』(1556-1595年初版) がその起点として果たした役割に着目し検討を加えることにしたい。

I.

ローマ法上の「賃貸借 locatio conductio」を「物の賃貸借 locatio conductio rerum」、「雇傭 locatio conductio operarum」、「請負 locatio conductio operis」の三つに区分する図式的理解と教科書的説明は、現代的慣用を名実ともに担った帝国の法律家の便覧や注釈書をみる限り、遅くとも17世紀後半には広く行き渡っていたようである。例えば、ヴォルフガング・アーダム・ラウターバッハ Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678年) の『法学便覧 Compendium juris』(1679年初版) では、「一定額の賃料と引き換えに用益を許諾し提供する諸成の契約 contractus consensualis de usu pro certa mercede concedendo et praestando」であり「真正、有名、双務、誠意の契約 contractus verus, nominatus, ex utraque parte obligatorius et bonae fidei」であるという賃貸借の「定義 definitio」及び「本性 natura」に続いて、「物の賃貸借」、「雇傭」、「請負」から成る「区分 divisio」が提示されている¹⁾。それによれば、賃貸借はまず、物の賃貸借と雇傭、すなわち、「物の用益が一定額の賃料と引き換えに許諾さ

1) “「賃貸借」とは一定額の賃料と引き換えに用益を許諾し提供する諸成の契約である【法学提要3巻24章「賃貸借について」前書及び第1節、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第2法文。ピカルドゥス『法学提要注解』3巻24章表題注解】。賃貸と賃借とは別の事柄ではあるが、何れか一方の語句だけでも契約全体が

れる用益賃貸借 *locatio conductio fruendi, qua usus rerum pro certa mercede conceditur*」と「人の用益あるいは労務が一定額の賃料と引き換えに約束される役務賃貸借 *locatio conductio faciendi, qua usus personarum, sive operae pro certa mercede promittuntur*」とに区分され、後者の雇傭が更に、「単純な労務が無限定に相手方に提供される狭義の雇傭 *locatio conductio operarum in specie dicta, qua nudae operae indeterminate alteri locantur*」と、「自らの労務を提供する者が、同時に、例えば家屋の建築のような一定のものの完成を引き受ける請負 *locatio conductio operis, qua is, qui operas suas locat, simul certum quid*

表示される場合がしばしばある【学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第20法文】。賃貸借は、諾成である以上、真正、有名、双務、誠意の契約でもある【法学提要3巻22章「合意に基づく債務関係について」第3節、ピカルドゥス前掲書の同法文注釈10番】。

賃貸借は、(1)「物」の賃貸借、すなわち、物の用益が一定額の賃料と引き換えに許諾される用益賃貸借と、「雇傭」、すなわち、人の用益あるいは労務が一定額の賃料と引き換えに約束される役務賃貸借とに区別される【タボール『法学の基本区分』第3部4章第40論】。後者は更に、単純な労務が無限定に相手方に提供される「狭義」の雇傭か、例えば家屋の建築のように、自らの労務を提供する者が同時に、一定のものの完成を引き受ける「請負」かの何れかである【学説彙纂19巻2章第22法文2節、及び、フランツキウス『学説彙纂前半21巻注解』19巻2章注解第76番以下】。この請負においては、自らの労務の賃貸人は仕事の賃借人（すなわち仕事完成の賃借人）と呼ばれ、そのような予め定められた労務を賃借する者が賃借人（すなわち労務の賃借人）であり賃貸人（すなわち仕事の賃貸人）と呼ばれる【前掲第22法文2節、及び、同19巻2章の様々な箇所】。これに対して、物の賃貸借及び狭義の雇傭においては、物の用益や労務を約束し賃料を受領する者が「賃貸人」であり、逆に、物の用益や労務の対価として賃料を支払う義務を負う者が「賃借人」となる【フランツキウス前掲箇所第81番以下、パコウィウス『トロイトラー市民法討論選集への注解』第1巻討論29第1論注hへの注解、タボール前掲箇所】。建物の賃借する者は借家人、農地を賃借する者は小作人、仕事完成を引き受ける者は請負人【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第39法文前書、同19巻2章第51法文1節及び第60法文3節】、租税を賃借する者は徴税代行者とそれぞれ呼ばれる。(2) 賃貸借はまた、「典型的」賃貸借と、「非典型的」賃貸借、つまり、賃貸借の重要な諸特徴から逸脱した変形賃貸借とに区別される【学説彙纂16巻3章「寄託者訴権及び受寄者訴権について」第24法文との関連において同19巻2章第31法文。フランツキウス前掲箇所第27番以下、パコウィウス前掲箇所注dへの注解、タボール前掲箇所】。（Compendium, juis, 369. 引用は1697年テュービンゲン刊のテキストによる）

faciendum, v.g. insulam aedificandam, conducit」>とに区分されている。「狭義の雇傭 locatio conductio operarum in specie dicta」と「請負」という雇傭の下位区分に関しては、「私が、請負人の負担において全てを完成させる条件で、家屋の建築を注文する場合には、請負人は完成されたものの所有権を私に移転するのは確かであるけれども、賃貸借が成立している。というのも、職人は自らの労務、つまり、完成する義務を賃貸しているからである cum insulam aedificandum loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem」>との法文²⁾が援用され、請負の例として挙げられた「家屋の建築 insula aedificanda」もこの法文に由来する。物の賃貸借と広義の雇傭という上位区分に狭義の雇傭と請負という下位区分を組み合わせたラムス主義的二分法によるこのような図式的な説明は、ヨアヒム・ホッペ Joachim Hoppe (1656-1712年) の『ユスティニアヌス法学提要の簡便なる注解 Commentatio succincta ad Institutiones Justinianae』(1693年初版)にも見ることができる。ホッペは、物の賃貸借において用益が許諾される「物 res」として、「建物、土地、書籍等 aedes, fundus, liber et c.」を、狭義の雇傭において「無限定に indeterminate」提供される「単純な労務 nudae operae」として、「現代の使用人や女中 servi et ancillae nostrae」のそれを、それぞれ例示し、請負の例については「建物の建築 aedes exstruendae」というより一般的で現代風な表現に改めてはいるけれども、三類型の定義そのものは表現も含めてラウターバハとほとんど変わらない³⁾。物の賃貸借、雇傭、請負という賃貸借

2) D. 19, 2, 22, 2. Paul. 34, ad ed.

3) “ところで、「賃貸借」には二種類あり、一つは、「物の賃貸借」、すなわち、建物、土地、書籍等の物の用益が一定の賃料を引き換えに許諾される用益賃貸借【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第9法文前書】、もう一つは、「雇傭」、すなわち、人の用益あるいは労務が一定の賃料を引き換えに約束される役務賃貸借である。そして、後者は更に、例えば現代の使用人や女中の場合のように単純な労務が何者かに無限定に提供される「狭義の雇傭」か、あるいは、建物の建築その他の場合のように、自らの労務を提供する者が同時に何か一定のものを完成させることを引き受ける「請負」【学説彙纂19巻2章第22法文2節、フランツキウス『学説彙纂

の三分法が、二分法の組み合わせとして提示されている点に加えて、彼らの叙述でもう一つ注目すべきなのは、そのような賃貸借の概念区分が、「誰が賃貸人と称され賃借人と称されるのか quis locator dicitur, et quis conductor?」という論点と表裏一体の形で説かれていることである。ローマ法源上、「建物 aedes」を賃借する「借家人 inquilinus」、「農地 ager」を賃借する「小作人 colonus」、「租税 vectigalia」を賃借する「徴税代行者 publicanus」等と並んで、「仕事完成を引き受けた者 qui opus faciendum conduxit」にも「請負人 redemptor」というより具体的な呼称が与えられている場合もあるが⁴⁾、実際には、＜賃貸人 locator＞や＜賃借人 conductor＞が賃貸借一般について区別無く用いられることの方が多い。すなわち、物の賃貸借と狭義の雇傭では、「物の

前半21巻注解』19刊2章注解第76番以下】かの何れかとなる。確かに、「物の賃貸借」と「狭義の雇傭」においては、物の用益や労務を提供し賃料を受領する者が常に賃貸人と呼ばれ、物の用益や労務の対価としての賃料を支払う者が常に賃借人と呼ばれるが【学説彙纂19巻2章第7法文、第11法文4節、第19法文9節】、「請負」においては、ある者が異なる観点から賃貸人と呼ばれると同時に賃借人とも呼ばれる。というのも、自らの労務を提供する者は、この観点からは賃借人と呼ばれる一方で、例えば建物の建築のような仕事の完成の観点からは賃借人と呼ばれ、逆に、相手方の労務を受け入れる者は、この観点からは賃借人と呼ばれる一方で、仕事の完成の観点からは賃貸人と呼ばれる【学説彙纂19巻2章第22法文2節を始め同章の様々な箇所】。しかし、このような観点の相違の下で、一体誰に貸主訴権に付与し、誰に借主訴権を付与すべきなのか問われるかもしれない。ピキウス『日常録』第4章94節が、この場合、契約当事者の内で誰が契約のきっかけを与えあるいは何らかの最初の申込を行ったのかに着目すべきと主張しているのは不当ではないように思われる。つまり、最初に誰かに対して仕事の完成が注文された場合には、その注文者が賃貸人となり、それ故、貸主訴権を取得し、相手方が賃借人となり、それ故、借主訴権を取得する。しかしもし、労務が先に提供されたならば、この労務の提供者が賃貸人となり、それ故、貸主訴権を取得し、相手方は賃借人となり、それ故、借主訴権を取得するのである。これに対して、何れが先に申し出られたのか不明な場合には、前書訴権によって訴求されることになる【学説訴権19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第1法文1節、同4巻9章「船長、宿主、馬丁による引受物の返還」第3法文1節。なお、レプハニウス『法学便覧』図表3刑事法4第10節も参照せよ。】”(Commentatio, 681. 引用は1746年フランクフルト刊のテキストによる)

4) D. 6, 1, 39, pr.; 19, 2, 51, 1; 19, 2, 60, 3.

用益や労務を約束し賃料を受領する者 *qui usum rei vel operas promittit, et mercedem accipit*」が「賃貸人 *locator*」、物の用益や労務の対価として賃料を支払う義務を負う者 *qui pro usu rei vel opera mercedem debet*」が「賃借人 *conductor*」と呼ばれるのに対して、請負では「自らの労務の賃貸人が仕事の賃借人（すなわち仕事完成の賃借人）と呼ばれ、そのような所定の労務を賃借する者が賃借人（すなわち労務の賃借人）であり賃貸人（すなわち仕事の賃貸人）と呼ばれる *locator operarum suarum, conductor operis (sc. faciendi) appellatur; et alter, qui tales operas determinatas conduxit, conductor (sc. operarum) et locator (sc. operis) vocatur*」のである。この請負における当事者の呼称の逆転現象に対して、ホッペは、「観点 *respectus*」の「相違 *diversitas*」という論法でより整然とした説明を与えている。すなわち、「請負では、ある者が異なる観点から賃貸人と呼ばれると同時に賃借人とも呼ばれる *in locatio operis diverso respectu aliquis et locator dicitur, et conductor*」というのである。これによれば、「自らの労務を提供する者は、この観点からは賃貸人と呼ばれるとともに、例えば建物の建築のような仕事の完成の観点からは賃借人と呼ばれ、逆に、相手方の労務を受け入れる者は、この観点からは賃借人と呼ばれるとともに、仕事の完成の観点からは賃貸人と呼ばれる *qui operas suas locat, hoque respectu dicitur locator, ille respectu operis faciendi, v. gr. adium aedium extruendarum et c. dicitur conductor: vice versa, qui operas alterius conducit, hoque respectu dicitur conductor, ille respectu operis faciendi dicitur locator*」ことになる。

一方、「学説彙纂の現代的慣用 *usus modernus pandectarum*」という名称の由来となる同名注釈書を著したザムエル・シュトリューク *Samuel Stryk* (1640-1710年) 自身は以上のような議論に批判的である。『学説彙纂の現代的慣用の続編第二 *Continuatio altera usus moderni pandectarum*』(1710年初版) に収められたハンプルク出身のバルトルドゥス・ニコラウス・シャフスハウゼン *Baltoldus Nicolaus Schafshausen* を報告者とする討論を下敷きとした学説彙纂第19巻第2章「貸主訴権及び借主訴権について *locati conducti*」の注釈では、「一定額の賃料と引き換えに物の用益あるいは労務を相手方に提供するこ

とに関する諾成契約 *contractus consensualis de usu rei vel opera pro certa mercede alteri praestanda*」という賃貸借の定義が提示されているが、その際、「自由な人そのものが契約の客体とはなり得ないにもかかわらず、自らの労務を他人に賃貸することは全く可能である *quamvis liber homo per se in contractum venire nequeat, operas tamen suas alteri recte locare potest*」論拠として、家屋の建築に関する前記法文が引用されるに留まり、当該定義に含意される物の賃貸借と労務の賃貸借の二分法以上の概念区分は見られない⁵⁾。それどころか、シュトリュークは、「この法文を手掛かりに労務の賃借と仕事の賃借の違

5) “1. 万民法上の契約の中で売買の次に広く用いられているのは賃貸借である。というのも、賃貸借は人間の困窮を救済するのに役立ち、人々の需要に応えるからである。この点については、パウルスが学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第1法文において、「賃貸借は自然法に属し万民において見られる」と述べているし、ヘルモゲニアヌスも同1巻1章「正義及び法について」第5法文において、賃貸借が万民法によってもたらされた旨主張する際、そのような趣旨、つまり、法学提要1巻2章「自然法、万民法、市民法について」第2節で皇帝が述べるところの「諸民族が実務の要請と人々の需要に応じて採り入れたもの」は、万民法に属するという趣旨に考えている。

2. ところで、賃貸借の最も簡潔な概念はほとんど全ての諸民族において次のように定義されている。すなわち、賃貸借とは「一定額の賃料と引き換えに物の用益あるいは労務を相手方に提供することに関する諾成契約」である。従って、物だけでなく、労務あるいは行為もこの契約の客体となり得る。というのも、自由な人そのものは契約の客体とはなり得ないけれども、自らの労務を他人に賃貸することは全く可能であるから【学説彙纂19巻2章第22法文2節】。また、この法文を手掛かりに労務の賃借と仕事の賃借の違いを指摘する注意深い学者もいるけれども、それは実際には言葉をめぐる戯れにすぎない。なぜなら、賃料を支払うのは賃借人の義務であるのに対して、ここでは仕事の完成を賃借する者が賃料を受領する旨彼らが主張するとき【この点についてフランツキウス『学説彙纂注解』19巻2章注解第81番以下を参照せよ】、賃借という語句が、仕事の請負、＜一定の仕事あるいは建築の引受＞の代わりに不当に用いられているのであり、賃料を受領するのは、そのような請負の故にではなく、当該仕事に対して自らかあるいは当該仕事を下請けした別の者を介して投入すべく義務づけられている労務の対価としてである。従って、実際には、その者は依然として労務の賃貸人であり、相手方は、当該業務を完成させるためにこの者の労務を賃借している。このように、法律上の効果は全く同じなのである。”(Continuatio, 461-462. 引用は1710年ハレ刊のテキストによる)

いを指摘する注意深い学識者 occasione hujus textus curiosi Doctores in ostendenda differentis conductionis operae et operis」、つまり、狭義の雇傭と請負の区別を想定するラウターバッハやホッペの見解を、名指しこそ避けているが、「言葉をめぐる戯れ *lusus circa vocem*」と断じている。「賃料を支払うのは賃借人の義務である *conductoris est mercedem dare*」にもかかわらず、請負においては「仕事の完成を賃借する者が賃料を受領する *illum qui opus faciendum conducit, mercedem accipere*」といった主張は詭弁であり、そこでは、「賃借」という語句が、仕事の請負、＜一定の仕事あるいは建築の引受＞の代わりに不当に用いられている *vox conductionis improprie sumitur, pro redemptione operis, vor die Übernehmung eines gewissen Wercks oder Gebäudes*」というのである。「賃料を受領するのは、そのような請負の故ではなく、当該仕事に対して自らかあるいは当該仕事を下請けした別の者を介して投入すべく義務づけられている労務の対価としてである *pro qua redemptione mercedem nondum accipit, sed pro opera illa, quam in opus illud impendere vel ipse, vel per alios ad hoc subconductos debet*」から、賃料を受領する者は「依然として労務の賃借人であり、相手方は、当該業務を完成させるためにこの者の労務を賃借している *locator operae manet, et alter conducit operam ipsius ad negotium illud perficiendum*」にすぎない。このように「法律上の効果が同じである *in effectu juris res eodem redit*」以上、狭義の雇傭と請負と区別する実益はないというのがシュトリュークの結論である。また、シュトリュークは、自らの講義において愛用したラウターバッハの『法学便覧』に対する注釈書『著名な法律家W・A・ラウターバッハ氏の学説彙纂便覧への簡便なる注解集 *Succinctae annotationes ad W. A. Lauterbachii, Jcti celeberrimi, compendium Digestorum*』（1700年初版）を著しており、そこでは、「語彙に関する戯れにすぎない *est tantum lusus in vocabulis*」という否定的評価がラウターバッハその人の説明について下されている⁶⁾。ラウターバッハは、家屋建築に関する上記法文を手掛かりに、「自

6) “＜つまり労務の＞：これは言葉による戯れにすぎない。というのも、[当該第22法文において] 存在もしていないものを私が実際に賃貸できるわけではない。従って、

らの労務の賃貸人が仕事の賃借人（すなわち仕事完成の賃借人）と呼ばれ、そのような所定の労務を賃借する者が賃借人（すなわち労務の賃借人）であり賃貸人（すなわち仕事の賃貸人）と呼ばれる」と述べて、「仕事完成の賃借人 *conductor operis faciendi*」や「仕事の賃貸人 *locator operis*」といったものを想定しているが、同法文のような場面であっても、「存在もしていないものを＜私＞が実際に賃貸できるわけではない *quod non est, revera locare non possum*」し、「＜私＞が望んでいるのは＜あなた＞の労務によって＜私＞のために仕事が完成されることなのであるから、当該労務が契約の内容となるはずである *cum intendam, ut per operam tuam mihi res fiat, ipsae operae in contractu erunt*」。要するに、ここでは「職人 *arrifex*」の労務が賃貸され賃借されているのであって、「仕事それ自体は労務の結果にすぎない *opus ipsum tantum est consequens operarum*」というのがシュトリュークの理解である。

しかしながら、当の法文に「私が、＜賃借人＞の負担において全てを完成させる条件で、家屋の建築を＜賃貸する＞*insulam aedificandum loco, ut sua impensa conductor omnia faciat*」とあるのは確かであり、シュトリューク自身、「仕事完成を賃借する者が、同時にまた、労務を賃貸しその労務の対価として賃料を受領する *qui opus faciendum conducit, ille simul operam locat, et pro hac opera pretium recipit*」こと自体は認めている⁷⁾。シュトリュークが問題視して

私が望んでいるのはあなたの労務によって私のために仕事が完成されることなのであるから、当該労務が契約の内容となるはずであって、仕事それ自体は労務の結果にすぎないのである。”（*Annotationes*, 577. 引用は1718年ライブチヒ刊第7版のテキストによる）

- 7) “＜請負＞：仕事完成を賃借する者が、同時にまた、労務を賃貸しその労務の対価として賃料を受領する。この場合の「賃借する」は、ドイツ語では、「仕事を賃借する」ではなく「仕事を引き受ける」、つまり、「仕事完成を自ら引き受ける」という意味の語句で表現される。要するに、賃貸されるのは物かあるいは行為である。この点については、ホッピウス『法学提要注解』3巻24章前書注解を参照せよ。それによれば、請負においては、異なる観点から、ある者が賃貸人と呼ばれると同時に賃借人とも呼ばれるとされる。なお、そのような者は、単純に、「請負人」と呼ばれることもある【学説彙纂11巻6章「測量師が誤った寸法を報告した場合」第7法文3説】。”（*Annotationes*, 577.）

いるのは、<conductor>や<locare>といった表現そのものではなくその意味である。家屋の建築という文脈において、例えば、<conducere>の意味は、「ドイツ語では、<仕事を賃借する>ではなく<仕事を引き受ける>、つまり、仕事完成を自ら引き受けるという意味の語句で表現される Germanice non effertur per verba ; Er miethet ein Werck / sed, Er übernimmt ein Werck / scil. recipit in se opus faciendum」。従って、実際に<賃貸される locatur>のは「物 res」か「行為 factum」であって、「仕事それ自体は労務の結果にすぎない」のである。ここでシュトリュークは、「請負においては、異なる観点から、ある者が賃貸人と呼ばれると同時に賃借人とも呼ばれる in locatione operis diverso respectu aliquis et locator dicatur et conductor」というホッペの見解も援用しているが、先に見たとおり、この観点の相違による説明は、狭義の雇傭に対する請負の独自性と一体のものであった。つまり、ラウターバッハやホッペにとって、「単純な労務が無限定に相手方に提供される狭義の雇傭」と、「自らの労務を提供する者が同時に一定のものの完成を引き受ける請負」との相違は、<locatio>と<conductio>、及び、<locare>と<conducere>という対となる語句の法文上の用法を整合的に説明する際の前提なのである。先の法文の<conductor>が、「物の用益や労務の対価として賃料を支払う義務を負う者」という意味での「賃借人 conductor」ではなく、「自ら仕事を一括して引き受けた者 qui opus per aversionem is se suscepit」という意味での「請負人 redemptor」と同義であることは、シュトリュークの指摘⁸⁾を待つまでもなく、両者にとっても自明の事理であり、その意図はむしろ、法文上の当事者の呼称という問題を介して、法源には明示されていない賃貸借の諸類型、とりわけ、請負の独自性を法源内在的に論証することに存する。

18世紀を通じて全ヨーロッパ規模で流布することになる、ヨハネス・フート

8) Annotations, 577, <redemptor>. なお、売買や賃貸借に関して用いられる「一括で per aversionem: aversione」という独特の表現の正確な理解もキュージャースを介してもたらされたものである（例えば、注31に引用するラウターバッハの叙述を参照せよ）。

Johannes Voet (1647-1713年) の『学説彙纂注解 Commentarius ad Pandectas』(1698/1704年初版) や、ヨーハン・ゴットリーブ・ハイネクツィウス Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741年) の『法学提要の順序に従った市民法要論 Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum』(1725年初版) において当然の如く提示されている賃貸借の三類型は、そのような理論的背景の下に理解されねばならない。この内、フートの注釈書は、いわゆるパラティトラ(章別注解)の形式を採るだけでなく、ネーデルラント連邦共和国和各州の固有法に相当する「現代法 *jus hodiernum*」を幅広く叙述対象に取り込んでいることもあって、叙述の体系的連関よりもむしろ個々の実務的論点の網羅的列举と検討に重点が置かれており、第19巻第2章の注釈においても、「賃貸借は、それ自体、物や労務と賃料との交換に関する誠意諾成の契約である *locatio conductio est ipse contractus, bonae fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda*」との定義が賃貸の単なる約束や予約との対比の下に提示された後、直ちに、「長期の賃貸借は処分に当たるか否か *an locatio in longum tempus sit alienatio*」が検討されている⁹⁾。「十年、二十年、あるいはそれ以上の長期に渡る賃貸借が締結されたとしても、賃貸人やその相続人が、

9) “く1. 賃貸借とは何か、売買に近いのか。賃貸する旨の約束とは如何なる点において異なるのか。長期の賃貸借は処分に相当するのか。賃貸された不動産の所在地の法律を遵守して為されなければ、長期の賃貸借は無効となるか否かが、実務慣行に即した場合分けによって解明される。処分を禁じられた者が長期の賃貸を為し得るか。> 売買に最も近く、ほぼ同一の準則に支えられ、物を賃貸する約束や物をティティウス以外の者には賃貸しない旨の合意（これらについては18巻1章「売買の締結について」第2番で述べた点を参照せよ）とは区別されるのが賃貸借である。というのも、賃貸借は、それ自体、物や労務と賃料との交換に関する誠意諾成の契約であるから。つまり、代金について合意されると売買が成立するように、賃料について合意されると賃貸借が成立し【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第1及び2法文、法学提要3巻24章「賃貸借について」前書】、それ故、契約が証明されさえすれば、書面はおろか、その他の方式さえも不要なのである【法学提要3巻22巻「合意に基づく債務関係について」】。また、例えば十年あるいはそれ以上の年月に渡るような長期間の賃貸借が締結される場合であっても、我々の慣行上、地域固有法に則って賃貸借が締結されるからといって、賃貸借に基づいて賃借人に物における何らかの権利が生じ、そのような物における権利が地域固有法以外に基づいて不動産に適

契約に定められた長期乃至最長期の期間全体を通じて、賃借人による使用の許容へと義務づけられるのは、人的な借主訴権によってであり、逆に、賃借人やその相続人が、引き続き賃借人の地位に留まり、それが如何に長期であっても賃貸借時に定められた期間の賃料を支払うべく義務づけられるのも、人的な賃

用されることはないとは解する必要はない【41巻1章「物の所有権の取得について」】。実際、何よりも明らかなのは、通常の期間による不動産の賃貸借の締結に基づき賃借人によって物における権利が取得されることはなく、あるいは少なくとも、その発生のために地域固有法に従って賃借物を引き渡す手続が要求されるような権利は取得されないという点である。むしろ、長い期間が設定されたからといって賃借人が物における権利を取得することはなく、また、債務を発生させたり消滅させたりするわけではない期間という偶然事に基づいて、取引行為が、物に対する権利の区分からいつの間にか取り出され、物における権利の部門への持ち込まれるというようなことはあってはならない。更に、十年、二十年、あるいはそれ以上の長期に渡る賃貸借が締結されたとしても、賃貸人やその相続人が、契約に定められた長期乃至最長期の期間全てについて、賃借人による使用の許容へと義務づけられるのは、人的な借主訴権によってであり、逆に、賃借人やその相続人が、引き続き賃借人の地位に留まり、それが如何に長期であっても賃貸借時に定められた期間の賃料を支払うべく義務づけられるのも、人的な借主訴権によることは疑問の余地はない。論拠となるのは、勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第10法文、同1巻2章「聖なる教会、並びに、その財産及び特権について」第24法文3節、新勅法第120勅法3章。ただし、ホラントの慣行、及び、1659年のユトレヒト州会議による最新の決定第19条によって、買主やその他の承継人が売主によって為された賃貸借に拘束されるものとされている限りでは、上記のように、長期の賃貸借が、地域固有法に基づいて行われる別種の処分行為で、賃借人が十年を越える賃借物の使用を、特定の権原によって賃貸地の所有権を取得した者の意思に反して主張できるようなものとそれほど異ならないという反論は不当とまでは言えない。しかしだからといって、債権者の犠牲の下に密かに自己の不動産を長期に渡って賃貸するという手段を狡猾な詐欺者たちに認めて、当該不動産が、そのような長期に渡る賃貸借の負担の故に、続く公的競売においてほぼ確実に安価で競落されることになるのを許してはならない。私的に為された十年を越える賃貸借は契約当事者並びにその相続人の間においては効力を有するが、特定承継人である第三者や、そのような長期の賃貸借において詐害されたと思し得る債権者にとって不利益となる場合には無効であるとの区別を設けることで、学識者の間にさえ見られる見解の不一致の調整を図ることは可能かも知れない。なお、ネオスタディウス『最高法院判決集』判決70、アントニウス・マックエウス『ネーデルラント法諺集』法諺5第13番その他の人々の考察するところによれば、売買においてさえ、地域固有法上、不動産の厳格な引渡が大抵要求されており、そのような厳格な引渡を

主訴権による *locatione in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta, locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sunt ad usum conductori relinquendum integro longo aut longissimo tempore in contractu definito*; et vice versa per locati actionem conductor heredesque ejus, ut maneat in conductione ac mercedes solvat temporis, utcumque longissimi, *locatione comprehensi*」と解するローマ法と、「買主やその他の承継人が売主によって為された賃貸借に拘束される *emtores aliosque successores stare debere locationi per venditorem factae*」とする固有法との関係について、「私的に為された十年を越える賃貸借は契約当事者並びにその相続人の間においては効力を有するが、特定承継人である第三者や、そのような長期の賃貸借において詐害されたと見なし得る債権者にとって不利益となる場合には無効である *privatim facta locatio ultra decennium firmitatem habeat inter contrahentes ipsos et heredes eorum, at non in praejudicium tertii successoris particularis aut creditorum, qui ea possent videri locatione in longum fraudati*」との整合的な理解を提案することでの議論に象徴的に示されたフートの実務志向からすれば、賃貸借の概念区分や法源上の当事者の呼称といった講学上の論点の重要度は当然低い。しかし、だからといって、これらの論点が無視されているわけでもない。不動産賃

命じる皇帝カール〔V世?〕の勅令の前文によれば、それは第三者が害されないためであるとされる。しかも、買主と売主の意図からしても、売主が自らの行為に反したり買主から物を取り戻すことはできず、そのような売主は、むしろ、物が既に売却され引き渡されたとの抗弁によって退けられるというのが、私法上の売買や単純な引渡におけるあり方である。以上のような長期に渡る賃貸借については、フルネウェーヘン『廃止法文論』勅法彙纂4巻65章第9法文の考察、グロティウス『ホラント法入門』第3巻19章への同じくフルネウェーヘンの傍注第21番、シーモン・ファン・レーウェン『法廷実務査閲』第1部4巻22章5番、アブラハム・ア・ウェーセル『ユトレヒト最新条例注解』第19条注解第13、14、15番、及びそこに引用された諸博士の見解を参照せよ。なお、同様の物について処分することを禁じられている者が長期の賃貸を為し得るか否かという問題についても先に提示されたのと同じ諸原理に従って判断すべきなのは当然である。この問題については、ティラクエルス『買戻論』注解14第1節81番、サンデ『譲渡禁止論』第1部1章45、46、47番を参照せよ。”(Commentarius, 831-832. 引用は1698年レイデン刊のテキストによる)

貸借における書面の要否、賃貸借の目的物、用益権者や質権者等から所有権者への賃貸の可否、転貸の可否といった論点に続いて、賃料について論じられる前に、フートは、「物の用益 *usus rerum*」以外に、「奴隷並びに自由人の賃金による労務 *operae, tam liberorum hominum quam servorum, mercenariae*」も、「賃金ではなく謝礼が支払われるのが通常とされる弁護士等の自由人に相応しい労務 *operae liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, praestari solent*」を除いて、「賃貸される *elocantur*」と述べて、「雇傭 *locatio operarum*」を物の用益の賃貸借とは異なる類型として議論の内に持ち込んでいる¹⁰⁾。ただし、物の用益のみならず人の労務もまた「賃料 *mercedes*」を対価に賃貸できるのは確かだとしても、特にこの箇所では請負に言及することに体系的な必然性はない。実際、ここでも叙述の中心はローマ法上の

10) “6. 雇傭について。如何なる労務が賃貸され得るのか。誰の労務を利用するかは各人が選択する。特許状を付与された製粉場や粉挽き職人（＜強制製粉＞）については別である。軍艦の艦長は、法律上、貨物を運搬してはならない。物の用益以外にも、奴隷並びに自由人の賃金による労務も賃貸されるが、その他の労務はこれに当たらず【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第5法文2節】、学説彙纂50巻13章「種々の特別訴訟手続について」第1法文及び同章全体によれば、賃金ではなく謝礼が支払われるのが通常である弁護士等の自由人に相応しい労務も含まれない。職人の間には、才能、素質、学識、教育、信用、勤勉さ、慎重さ等についてしばしば大きな差異がみられることから、各人が誰の労務あるいは職務を用いるのかしばしば言及されており【学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第31法文】、それ故、誰の労務を賃借し利用するかは各人の自由意思に委ねられるのが公平であると解されるのは確かであるが、我々の慣行では、そのような選択の自由が認められない場合がある。例えば、製粉場での小麦の製粉に関しては、地域の住民が他の粉挽き職人に小麦の製粉を依頼しないように一定の製粉場やその管理下の職人に対して特許状が付与されている場合があり、その際には、賃金の三分の一その他の割合が特許状を付与された粉挽き職人に支払われる。そのような製粉は一般に＜強制製粉＞とも呼ばれ、ペリエラントと呼ばれるホラントの一地域にみられる【ホラント州会議1657年10月29日布告、『ホラント法令集』第2巻2487頁所収、ホラント州領主計官1661年3月19日通達、同『法令集』第2巻2653頁末尾所収】。また逆に、連邦議会の様々な布告によって、軍艦の艦長は貨物の運搬を引き受けることを禁じられており、最近では『法令集』第3巻1371頁所収の1670年11月14日布告があり、そこでは従来の布告にも言及されている。” (Commentarius, 832.)

原則と固有法上の例外の対比である。「職人の間には、才能、素質、学識、教育、信用、勤勉さ、慎重さ等についてしばしば大きな差異がみられること *inter artifices longa saepe differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis, et fidei, dilligentiae, sedulitatis, similiumque*」をふまえ、ローマ法では、「誰の労務を賃借し利用するかは各人の自由意思に委ねるのが公平と解される *aequum habetur, libero cujuque arbitrio relinqui, quorum operas conducere ac adhibere velit*」のに対して、例えば、「地域の住民が他の粉挽き職人に小麦の製粉を依頼しないように一定の製粉場やその管理下の粉挽き職人に対して特許状が付与されている *molendina quaedam, et eorum intuitu molitores privilegio donati sunt, ne regionis incolae aliis molitoribus frumenta dent comminuenda*」場合や、「連邦議会の様々な布告によって、軍艦の艦長が貨物の運搬を引き受けることを禁じられている *variis Ordinum Generalium edictis vetitum est, ne navium bellicarum praefecti merces recipiant transvehendas*」など、「我々の慣行上、そのような選択の自由が認められない場合がある *moribus nostris quandoque illa eligendi libertas invenitur denegata*」というのである。ここで問題とされているのは「奴隷 *servi*」や「自由人 *liberi homines*」一般の労務ではなく、「職人 *artifices*」のそれであり、小麦の製粉といった事例もそのような職人によって請け負われた仕事と解し得る。つまり、請負は、それ自身の類型的な独自性が明らかにされる前に、雇傭の一端として論述に組み込まれたことになる。これに対して、フートが雇傭と請負の区別それ自体に言及するのは賃貸借の終了に至る一通りの議論を終えた後である¹¹⁾。請負の類型的な独自性、す

11) “く33. 請負とは何か。請負は雇傭を含むか否か。請負は雇傭や用益賃貸借と如何なる点において異なるか。用益や労務という賃貸借の主たる目的に加えて、仕事もまた、職人の労務を介して完成されるという意味において賃貸されることがあり、それ故、仕事の完成を賃借乃至請け負う者は仕事の請負人とも呼ばれる【学説彙纂19巻2章第30法文3節、第51法文1節、第60法文3節、同20巻2章「質や抵当について黙示に合意されるのは如何なる場合か」第1法文、同42巻5章「審判人の権威による物の占有あるいは売却について」第24法文1節】。なお、例えば橋の通行税のような一定の租税や貢納の徴収【同19巻2章第60法文8節】や、穀物その他の運搬【勅法彙纂4巻65章第14法文】を請け負う者が別の意味において請負人と呼ばれている。ところ

なわち、「用益や労務という賃貸借の主たる目的に加えて、仕事もまた、職人の労務を介して完成されるという意味において賃貸され得る *praeter usum et operas, praecipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat*」という点は、このような叙述上の配置に既に示唆されているが、ここではそれがローマ法源内在的にあらためて敷衍されている。

で、用益や労務の賃貸借においては、賃貸人が賃料を受領し賃借人が賃料を支払うのに対して、請負においては、賃借人が賃料を受領し賃貸人が賃料を支払う【学説彙纂19巻2章第51法文1節、同第60法文4節】。仕事の賃借人が同時に労務の賃貸人となり得るのも確かであり、例えば、家屋の建築その他これに類する事柄の完成を賃借した職人は、自らの労務、すなわち、完成義務を賃貸する【同第22法文2節】。なおこのような場合、複数の者に「賃貸」した「賃借人」について、個々の者に全額を請求できるか否かを論じるマルケッルスは、仕事の完成を複数の者から請け負っているが故に、この者を「賃借人」と呼ぶ一方で、請負が雇傭を含む限りにおいて、同じ者が「賃貸した」とも表現しているのである【同第47法文】。

〈34. 仕事は、一括して注文されるか、歩尺や進行度合、あるいは、一日単位で定められた報酬によって注文される。仕事の請負人は別の者に仕事の完成を委ねることができるか否か。そしてまた、そのような代行者の行為に基づいて請負人自身が義務づけられるか否か〉ところで、仕事の完成は、一括して注文されるか、歩尺や進行度合、あるいは、一日単位で定められた報酬によって注文される【学説彙纂19巻2章第30法文3節及び第51法文1節】。また、仕事の完成を引き受けた者は、自らそれを完成させてもよいし、自分の代わりに選任した者に完成させてもよく、更には、他人に下請けに出してもよい【学説彙纂19巻2章第48法文、同45巻1章「言語に基づく債務関係について」第38法文21節。勅法彙纂1巻3章「司教及び聖職者云々について」第16法文も論拠となる】。この場合、最初の請負人は、仕事の完成に失敗した代行者の過失について責任を負う。というのも、請け負った仕事の完成を自分よりも未熟であったり不注意な他人に委ねたという過失が存するからである【論拠は学説彙纂11巻6章「測量士が誤った測定値を述べた場合」第2法文1節、勅法彙纂1巻3章第21法文、法学提要1巻23章「保佐人について」第6節】。ただし、注文者と請負人との間で、請負人が「自らの労務によって」仕事を完成すべく特に合意された場合には、請け負われた仕事における労務の代行は許されない。なぜなら、職人の間には、才能、資質、知識、教育に大きな差異が見られるからである【学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第31法文】。また、ある者が遺言者から遺贈や相続人指定を受け仕事の完成を命じられ、この者自らが仕事を完成することが遺言者の意思であると明らかに言える場合もそうである【同32巻「遺贈及び信託遺贈について」第11法文25節】。更に、仕事の注文が、他人の下では見出し得ないような特定の者による業務の選択から

「用益や労務の賃貸借においては、賃貸人が賃料を受領し賃借人が賃料を支払うのに対して、請負においては、賃借人が賃料を受領し賃貸人が賃料を支払う in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat ; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor praestet」ことになり、しかも、「仕事の賃借人を同時に労務の賃貸人と呼ぶこともできる conductorem operis simul dici posse locatorem operae」との議論が、例の家屋建築の法文を含む引用によって裏付けられているのである。従って、フートもまた、仕事の完成という目的とともに当事者の呼称の逆転を雇傭に対する請負の独自性の徴表と見なしていることになる。しかし、その一方で、例えば、賃貸借を契機に附合により例外的に所有権が移転する物の例として「仕事の請負人によって他人の土地に建築されたもの aedificata per redemptorem operis in alieno solo」に言及することも忘れてはいない¹²⁾。フートにとって、賃貸借の三

成り立っている場合、あるいは、注文者の評価や好みに相当程度左右される場合も同じである。例えば、誰かがアペレースやパルハセオースに絵画の作成を依頼したような場合には、彼らの芸術の愛好者や賛美者が、代わりの他の画家による仕事に同様の好みを抱くことなど通常あり得ないのは明らかである【アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第1巻考察97第3番以下、メノキウス『推定論』第6巻第92番、ペレジウス『勅法彙纂注解』4巻65章注解第10番、アントニウス・マッタエウス『債務関係に関する討論集』討論21第6論】。(Commentarius, 844-845.)

- 12) “く3. いかなる物が賃貸可能であり、また、賃貸不可能であるか。他人物は賃貸可能か否か。賃貸借によって所有権は移転するか否か、及び、移転するとすればそれは如何なる場合か）有体物であれ無体物であれ取引可能な物は全て賃貸可能である。ただし、ローマ法上は、農地が耕作目的で兵士や議員に貸与されてはならないとされ【学説彙纂19巻2章第50法文、勅法彙纂4巻65章第30、31、35法文】（ただし第31法文に関してフルネウエーヘン『廢止法文論』はこの点は今日通用しない旨指摘している）、また、人的役権それ自体や、不動産を伴わずに別に設定済みの物的役権も、不動産を離れて存立し得ないという性質を有するために、同様の扱いを受けている【学説彙纂19巻2章第44法文】。一方、物が賃貸人自身の物であるか他人物であるかは重要ではない。なぜなら、所有権を変動させることは通常ないというのが賃貸借の通常の性質であるから【同39法文】。ただし、仕事の請負人によって他人の土地上に築造されたものがその土地の所有者によって取得されるというように、所有権が、賃貸借を契機として、賃貸借の効力によってではなく、万民法上の附合の権利に基づいて、移転する場合があることは否定できない。しかし、その場合も、学説彙纂19巻

類型とは、賃貸借法全体の理解を予め枠づける講学上の概念区分というよりはむしろ、個々の具体的な論点の吟味の過程で必要に応じて参照すべき比較的緩やかな準拠枠なのである。

これに対して、ハイネクツィウスの便覧では賃貸借一般の定義から当事者の呼称を介して類型化へ向かう従来の叙述法が踏襲されている¹³⁾。すなわち、「一定期間の物の用益あるいは労務を一定額の賃料を引き換えに提供する諾成契約 *contractus consensualis de usu rei ad certam tempus, vel opera pro certa mercede praestandis*」という賃貸借の定義に付された『市民法要論』第917章

2章第22法文2節及び同6巻1章「所有物取戻訴権について」第39法文の事例に従えば、職人がその労務を賃貸している限りにおいて賃貸借が存在していることになる。更に、例えば、精製済みの銀が什器作成のために、あるいは、金指輪作成のために、職人に渡された結果、貸与されたと解される場合のように、同じ種ではなく同じ類に属するものの返還が訴求される特殊な賃貸借が存在し得ることも異論の余地はない【学説彙纂19巻2章第31法文】。なお、所有権が移転される当事者間に、ヤウォレヌスが賃貸借の可能性をも認めるとき、その念頭にあったのはこの種の賃貸借であると考えられる【同44巻7章「差異無関係及び訴権について」第55法文】。(Commentarius, 831.)

13) “916. 合意によって成立する契約として更に「賃貸借」がある。賃貸借とは「一定期間の物の用益あるいは労務を一定額の賃料を引き換えに提供する諾成契約」である(注：農地を賃借する者は「小作人」、建物を賃借する者は「借家人」【学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第37法文】、租税を賃借する者は「徴税代行人」【同50巻16章「語句の意味について」第16法文】と、それぞれ呼ばれる。また、仕事完成の賃貸借というものも存在し、これは以下のような特殊性を持っている。すなわち、報酬を与える者が仕事の賃貸人と呼ばれると同時に労務の賃借人とも呼ばれ、報酬と引き換えに仕事の完成を引き受ける者が仕事の賃借人乃至「請負人」【同19巻2章第60法文8節】と呼ばれると同時に、労務の賃貸人とも呼ばれる【同章第22法文2節、第25法文7節、同19巻3章「販売委託訴権について」第1法文前書】。

917. 従って、賃貸借は、一定額の賃料を引き換えに、物の用益が提供される場合には「物の賃貸借」であり、下等な労務が提供される場合には「雇傭」であり(注：というのも、自由学芸に由来する労務は、報酬ではなく謝礼のみを許容するが故に、通常、賃貸されないからである【第800節の注参照】。従って、弁護士と依頼人の間には委任、教師と生徒との間には「我為すが故に汝与える」の契約が成立し、賃貸借は成立しない)、仕事が完成される場合には「請負」である【学説彙纂50巻16章第5法文1節】。(Elementa, 294-295. 引用は1751年レイデン刊のテキストによる)

の注の中で、「仕事完成の賃貸借 *locatio operis conficiendi*」の「特殊性 *singulare*」が言及され、「報酬を与える者が仕事の賃貸人と呼ばれると同時に労務の賃借人とも呼ばれ、報酬と引き換えに仕事の完成を引き受ける者が仕事の賃借人乃至<請負人>と呼ばれると同時に、労務の賃貸人とも呼ばれる *qui pensionem dat, locator operis, et conductor operarum*; *qui opus pro pensione conficiendum suscipit, conductor vel redemptor operis, et locator operarum dicitur*」とされた直後、続く第918章において、「物の用益が提供される場合 *quando rei usus praestantur*」、「下等な労務が提供される場合 *quando operae illiberales praestantur*」、「仕事が完成される場合 *quando opus conficitur*」が、それぞれ「物の賃貸借 *locatio rerum*」、「雇傭 *locatio operarum*」、「請負 *locatio operis*」と区別されているのである。ここでの三類型の区別が、並列的な三分法ではなく、前章の定義に含意される「物の用益 *usus rei*」の賃貸借と「労務 *opera*」の賃貸借の区別と、「下等な労務 *operae illiberales*」の賃貸借と「仕事完成の賃貸借 *locatio operis conficiendum*」の区別が、後者の「特殊性」を介して結びついた帰結であることは文脈上明らかであり、第918章冒頭の接続詞<従って *ergo*>はそのような論理の流れを示すものに他ならない¹⁴⁾。フートの場合と

14) コーイングによれば、「現代的慣用」の下では、「通常、<物の賃貸借>と<労務の賃貸借>が区別され、一般的な諸定義は両者を挙げている」のに対して、「物の賃貸借、雇傭、請負の区分に言及されることも時にはあったが、当時の文献にとって常識的な事柄には属していない」し、「プーフェンドルフやヴォルフのような自然法学派にも賃貸借の近代的な区分は見出されない」とされる (Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1 (1985), 456-457.)。グロティウスを含めて近世自然法論者が、物の賃貸借と労務の賃貸借を区別するに留まり、請負の独自性の導出には何ら寄与しなかったというのは確かであるが、労務の賃貸借と物の賃貸借の二分法が当時の主流であったという観方については一定の留保が必要であるように思われる。というのも、コーイングが叙述の対象としている時期 (16世紀から18世紀) の内、少なくとも17世紀後半以降は、帝国のみならず、ネーデルラントやイタリアの法律家の間でも三分法が相当程度通用していたと考えられるからである (後述Ⅲ参照)。しかし、それ以上に疑問なのは、コーイングが、物の賃貸借と労務の賃貸借の二分法を、物の賃貸借、雇傭、請負の並列的な三分法に対置しているように見える点である。ラウターバッハやホッペへの言及がないこと自体は看過できるとしても、コーイング自身が三分法論者とし

同じく、ハイネクツィウスにおいても、「自由学芸に由来する労務は、報酬ではなく謝礼のみを許容するが故に通常は賃貸されない quae ex liberalibus artibus proficiscuntur operae, non locati solent, quia non mercedem admittunt, sed honorarium」という点を踏まえた沿革により忠実な雇傭の定義が提示され、「狭義の雇傭」という表現は回避されているとはいえ、二分法の組み合わせによる請負概念の導出に当事者の呼称問題を結びつける叙述の核心部分は、ラウターバッハやホッペと全く同じである。

II.

家屋建築に関する先の法文を直接の論拠に請負を賃貸借の独自の類型として位置づけるラウターバッハやホッペの見解は、彼ら自身の引用から明らかなように、ゲオルク・フランツケ Georg Frantzke (1594-1659年) の『学説彙纂前半全21章注解 Commentarius in XXI libros Pandectarum priores』(1644年初版) に由来する。フランツケは、「合意によって成立し、一定額の賃料と引き換えに物あるいは人間の行為の用益享受が許諾される契約 contractus consensu initus, quo usus rei vel facti humani certa mercede fruendus conceditur」という賃貸借の定義¹⁵⁾を敷衍する中で、「物の賃貸借 locatio rei」と「行為の賃貸借 locatio facti」という二分法に加え、後者の対象を更に、「労務 operae」と「仕事

て引用する (456, n.1.) ハイネクツィウスも含めて、この時期、賃貸借の三類型は単純な三分法ではなく二分法の組み合わせとして提示されているのである。また、次に述べる通り、定義それ自体においては、「労務の賃貸借」に「雇傭と請負が一括されている」(456.) ように見えても、呼称問題への言及の中で請負と雇傭が実質的に区別されていると解されるいわば過渡期的学説も当時多数見出すことができ、コーイングが二分法論者としてシュトリュークと同列に引用する (456, n.2.) シュトルーヴェやドマの見解はまさにこれに属する。二分法と三分法の単純な対置という図式では、呼称問題を媒介とした二分法から三分法への移行という理論的展開を的確に把握するのは困難である。

15) Commentarius, 600. 引用は1644年ストラスブール刊初版による。

opus」に区別している¹⁶⁾。このような下位区分は、「仕事が賃貸され賃借された場合には何らかの仕事の完成が要求されるのに対して、労務が賃貸される場合には常にそうであるとは限らない *opere locato conducto perficiendum aliquod opus intentatur, operis locatis non semper item*」との考慮に基づくものである。ここには既に、二分法の組み合わせによる賃貸借の三類型が明確に示されており、「誰が貸主で誰が借主でありなおかつどのように呼ばれるべきか *quis sit et dicatur locator quis conductor?*」という問いも、このような類型化と関連づけて吟味されている¹⁷⁾。すなわち、「物の賃貸借」や「労務の単純な

16) “VI. <76.> 定義には「物の用益あるいは労務の享受」が許諾されるとある。ここでは「享受」という語が効果の観点からかなり広い意味に用いられている。というのも、用益され享受され得ることを貸主が保証することに賃貸借の効力は存するからである【本章[=学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」]第15法文、第24法文4節、第15法文1節、第33法文】。物の賃貸借については、そこではむしろ利益に目が向けられその利益が賃借人の行為によって取得される以上、労務が賃貸される場合、すなわち、大抵は単なる行為が介在するに過ぎない場合とは別の仕方で言及されるのが常であり、それ故、一般に、賃貸借は、物乃至享受されるべきものの賃貸借と、行為乃至為されるべきことの賃貸借とにそれぞれ区別されている。<78.> 物乃至享受されるべきものの賃貸借が存するのは、小作人に土地が、借家人に建物、旅行者に宿が賃貸されるような場合である。一方、行為の賃貸借は、一般に混同されているが、二つの側面を有している。というのも、そのような賃貸借は仕事あるいは労務の何れかを対象としているからである。<79.> 為されるべき仕事を賃貸する者は実際には相手方の労務を賃借し、逆に、為されるべき仕事を賃借する者は実際には労務を賃貸する。しかし、自らの労務を賃貸する者が必ずしも何か為すべき仕事を賃借するわけではないし、逆に、相手方の労務を賃借する者が必ずしも何か為すべき仕事を賃貸するわけでもない。<80.> このような区別の理由は、仕事が賃貸され賃借された場合には何らかの仕事の完成が要求されるのに対して【前掲学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第5法文1節、同35巻2章「ファルキディア法について」第80法文1節、同45巻1章「言語による債務関係について」第72法文】、労務が賃貸される場合には常にそうであるとは限らない【論拠は同16巻3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第1法文9節】、という点に存する。従って、前者の仕事を引き受けるのは、通常、職人が為すべき何かを引き受けるような場合であるが、後者においては、如何なる専門知識も熟練も要しない全く別な何かを引き受けるのであり、そのような区別は学説彙纂19巻2章第9法文5節から引き出せるものと解される。”(Commentarius, 609.)

17) “<81.> 以上の点を前提とするならば、誰が貸主で誰が借主でありどのように呼ばれるべきか定義するのは困難では無かろう。まず、仕事乃至作品(アポテレス

賃貸借 *locatio nuda operarum*」においては、「一方が貸主で他方が借主と呼ばれる *unus dicitur locator, alter conductor*」のに対して、「仕事の賃貸借においては、同一の者が異なる観点から貸主と呼ばれかつ借主と呼ばれ得る *in locati-one operis diverso respectu idem et locator et conductor dici potest*。」というのである。確かに、フランツケ自身は、そのような「互換的観点の潜在的な考慮や帰結 *obliqua consideratio et consequentia mutui respectus*」に拘泥することなく、「注文主 *dominus*」であれ「職人 *artifex*」であれ「先に契約を申し出た者 *qui prior ad contractum prosiliit*」をいわば機械的に「貸主 *locator*」と見なす見解に与しており、アエギディウス・ホルテンシウス *Aegidius Hortensius* の

マ) > が生み出されるわけではない、物や労務の賃貸借においては、賃料を受け取る者が貸主で賃料を支払う者が借主となるというのが諸博士共通の見解である。これに対して、為されるべき仕事の賃貸借においては、賃料を受け取る者が借主で賃料を支払う者が貸主となる。〈82.〉前者の場合、むしろ本来的な仕方、一方のみが貸主で他方が借主でありかつそのように呼ばれる。すなわち、物の賃貸借においては、用益され享受されるべき物を与える者が貸主と呼ばれ、この物を受け取る者が借主と呼ばれる。他方、労務の単純な賃貸借においては、解決されるべき何かを引き受ける者が貸主で、そのような何かを注文する者が借主である。従って例えば、前掲学説彙纂16巻3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第1法文9節にあるように、その労務によって私の奴隷を保管することを引き受ける者は貸主となり、この者について、保管されるべき私の奴隷を借り受けたと解することはそもそもできない。というのも、この者は単なる労務を提供するだけで、そのような労務は仕事の完成の場合とは異なり、後に如何なる痕跡も残さないため、むしろ自らの労務を賃貸したと解されるからである。〈83.〉後者の場合、すなわち、仕事の賃貸借においては、同一の者が異なる観点から貸主と呼ばれかつ借主と呼ばれ得る。なぜなら、大工に築造あるいは修繕されるべき建物を賃貸する場合には、結果として当該大工からその労務も賃借しているのであり、逆に、完成されるべき仕事を賃借する大工は、結果として自らの労務も賃貸していることになると解されるからである【本章〔学説彙纂19巻2章〕第1法文1節】。〈84.〉ただし、この場合、我々は、先に契約を申し出た者を貸主とみなすことにしたい。従って、完成されるべき仕事の注文主が職人に依頼した場合には、この者が貸主で、職人が借主となり、上記のような互換的観点の潜在的な考慮や帰結は問題にすることはしない。職人が自ら契約を申し出た場合には、むしろその職人が賃貸し、注文主が労務を賃借したと解することになる。この点については、ホルテンシウス『法学提要注解』3巻24章「賃貸借について」第1節注釈、ウェグネルス氏の『法学提要討論集』討論12定理3のaを参照せよ。” (Commentarius, 609-610.)

『ユスティニアヌスの法学提要全四巻注解 *Ad quatuor Institutionum Iustiniani libros, totidem commentariorum libri*』(1605年)やヘニンク・ヴェクナー *Henning Wegner* (1584-1636年)の『ユスティニアヌス帝の法学提要全四巻に関する討論集 *Ad Imperatoris Iustiniani Institutionum libros IV disputationes*』(1607年)の参照を指示している。しかしその一方で、「仕事の賃貸借 *locatio operis*」の当事者の呼称に関するフランツケの上記説明が、引用法文こそ異なるけれども、「大工に築造あるいは修繕されるべき建物を賃貸する場合には、結果として当該大工からその労務も賃借しているのであり、逆に、完成されるべき仕事を賃借する大工は、結果として自らの労務も賃貸しているものと解される *si loco domum aedificandum et reficiendam conducit, in effectum quoque architecto, in effectum ab ipso operas conduco, et vicissim architectus qui opus faciendum conducit, in effectum quoque operas suas locare videtur*」との例示を含めて、ラウターバツハやホッペに決定的な影響を与えているのは明らかである。とはいえ、本稿が問題にしたいのはむしろそのような説明方法それ自体の成立過程である。

仕事の賃貸借、つまり、請負の独自性を肯定するにせよ否定するにせよ、これを論ずる人々にとって、賃貸借の概念区分乃至類型化と当事者の呼称問題が表裏一体の関係にあったことは既にみた通りであるが、請負を含む三類型がはっきりと提示されていなくとも、呼称の逆転を論ずる中で請負の独自性が示唆されるような過渡的な学説も17世紀半ば以降散見される。例えば、ゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ *Georg Adam Struve* (1619-1692年)の『法学要論 *Syntagma jurisprudentiae*』(1663年初版)は、ホルシュタイン出身のヨハン・エーラーズ *Johann Elers* 報告の討論に基づいた第24演習において、「一定の物の用益あるいは人の労務を賃料と引き換えに提供する契約 *contractus de praestando certo usu rei, aut praestanda opera personae pro certa mercede*」という賃貸借の定義に続けて当事者の呼称問題を取り上げ、「労務によって仕事は完成される *per operas producitur opus*」場合を、「物の賃貸借 *locatio re-*

rum」や「労務の賃貸借 *locatio operae*」とは区別して論じている¹⁸⁾。すなわち、前者において「労務の賃貸人に当たる者 *is, qui est locator operarum*」は、「仕事の完成を引き受けている *susceperit opus faciendum*」以上、「そのような仕事完成に関しては賃借人となる *ratione illius operis faciendi est conductor operis*」一方、「労務の賃借人に当たる者 *is, qui est conductor operarum*」は、「自らのために仕事を完成させることを相手方に注文した *opus sibi faciendum, alteri elocavit*」が故に、「仕事の賃貸人となる *est locator operis*」というのである。また、学説彙纂の章別注解の形式をとった討論集であった『法学要論』を法学提要的構成の下に簡略化した便覧『ローマ＝ゲルマン裁判法学 *Iurisprudentia Romano-Germanica forensis*』（1670年初版）においても、シュトルーヴェは、「労務の賃貸借においては仕事と労務が区別される *in locatione et conductione operae distinguitur inter opus et operam*」とした上で、「仕事の完成の観点から<賃貸人>に当たる者と労務の観点から<賃借人>に当たる者

18) “I. 諾成契約の第四の種類は賃貸借である。演習22定理1及び演習23定理1を参照せよ。

II. 賃貸借とは、一定の物の用益あるいは人の労務を賃料と引き換えに提供する契約である【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第14法文、第22法文1及び2節、法学提要3巻24章「賃貸借について」前書】。

III. この契約を締結するのは賃貸人と賃借人である。物の賃貸借においては、例えば建物の所有者のように、物の用益を賃料と引き換えに提供する者が賃貸人と呼ばれる。逆に、例えば居住者のように、許諾された用益を受領し賃料を支払う者が賃借人と呼ばれる。労務の賃貸借においては、労務を賃貸した者、つまり、自らの労務を相手方に提供する者が賃貸人と呼ばれ、労務が提供される相手方が賃借人と呼ばれる。しかし、労務によって仕事が完成される場合には、労務の賃貸人に当たる者が【学説彙纂19巻2章第11法文3節、第13法文1及び2節、第22法文2節、第26法文、第38法文、同19巻3章「販売委託訴権について」第1法文】、仕事の完成に関しては賃借人となる。というのも、その完成がこの者に委ねられ、その完成をこの者が引き受けたからである【法学提要3巻24章第5節、学説彙纂19巻2章第22法文2節、第11法文3節、第13法文1節、第19法文7節、同19巻3章第1法文】。また、労務の賃借人である者が仕事の賃貸人となる、なぜなら、自らのために完成させることを相手方に賃貸したからである。従って例えば、職人は建物建築の賃借人でありかつ自らの労務の賃貸人であり、[当該建物の]所有者は建物建築の賃貸人でありかつ職人の労務の賃借人である【学説彙纂19巻2章第22法文2節、及び、先に引用された諸法文】。”(Syn-
tagma, 595. 引用は)

とは同一人であり、仕事の観点から<賃借人>に当たる者と労務の観点から<賃貸人>に当たる者が同一人にあたる *qui est LOCATOR respectu operis faciendi, idem est CONDUCTOR respectu operae; et qui est CONDUCTOR respectu operis, idem est LOCATOR respectu operae*」と論じており¹⁹⁾、ここでは、フランツケやホッペと同じく、「観点 respectus」の相違による説明が試みられている。更に、ヨハネス・ブルンネマン Johannes Brunnemann (1608-1672年) の『勅法彙纂全12巻注解 Commentarius in duodecim libros Codicis Justiniani』(1663年初版)にも類似の説明を見出すことができる。「建物の築造 extruenda aedificia」に関する法文²⁰⁾の注解²¹⁾において、「当法文は労務の賃貸借に関

19) “1. 賃貸借とは一定額の賃料と引き換えに予め定められた物の用益あるいは労務を提供する契約である【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第14法文、第22法文1及び2節、法学提要3巻24章「賃貸借について」前書】。

2. この契約を締結するのは賃貸人と賃借人であり、実際、物の賃貸借においては、用益を提供する者が「賃貸人」と呼ばれ、用益の対価としての賃料を支払う者が「賃借人」と呼ばれる。これに対して、労務の賃貸借においては仕事と労務が区別される。すなわち、仕事の完成の観点から「賃貸人」に当たる者と労務の観点から「賃借人」に当たる者とは同一人であり、仕事の観点から「賃借人」に当たる者と労務の観点から「賃貸人」に当たる者が同一人なのである【学説彙纂19巻2章第11法文3節、第13法文1節、第19法文1節、第22法文2節、第36法文、第51法文1節、同9巻2章「アクイーリウス法について」第27法文34及び35節を参照せよ。更に同14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第2法文前書もここに加えることができる】。”(Jurisprudentia, 365-366. 引用は1760年フランクフルト刊のテキストによる)

20) “汝が建物の築造を賃借した者に対しては、借主訴権を行使し、何が信義に属するか判断の下に、債務の弁済を通常の利息と共に訴求すべし”(C. 4, 65, 2. Antoninus)

21) “第2法文：私が建物の築造を大工に注文し、大工がそれを請け負ったが、私が代金、つまり、労務の賃料を支払わない場合、大工は借主訴権によって利息と共に賃料を訴求すべし[というのが当法文の趣旨である]。当法文は労務の賃貸借に関するものであり、この場合、大工や職人は異なる観点から賃貸しかつ賃借していると解される。つまり、仕事の完成を賃借するだけでなく、自らの労務を賃借しているのである。他方、所有者は仕事の完成を賃貸すると同時に、職人の労務を賃借している【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第22法文2節、第38法文、ヴェーゼンベック『学説彙纂パラティトラ』19巻2章注解第2番へのパコウィウスの補注]。ところで、ここで問題とされているのは、未だ仕事が完了しない内に、[仕事の]賃借人によって賃料が請求され得るか否かという点である。これについて、バル

するものである *agit haec lex de locatione operae*」としつつ、「大工や職人 *faber vel artifex*」は、「仕事の完成を賃借するだけでなく、自らの労務を賃貸している *conducit opus faciendi, sed locat operas suas*」ので、「異なる観点から賃貸しかつ賃借していると解される *diverso respectu dicitur locare et conducere*」し、「所有者は仕事の完成を賃貸すると同時に、職人の労務を賃借している *dominus locat opus faciendum, et conducit operas artificis*」と述べることで、ブルンネマンも、「仕事の完成 *opus faciendum*」の賃貸借が単なる「労務の賃貸借 *locatio operae*」とは異なることを示唆しているのである。

帝国外の法学者では、例えば、アルノルト・フィンネン *Arnold Vinnen* (1588-1657年) の『皇帝の法学提要全四巻への学術的かつ法廷実務向け注釈 *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*』(1642年初版) が、売買と賃貸借の類似性を説く法文²²⁾への注釈の中で、「どちらが賃貸人でどちらが賃借人と称されるべきか *uter locator, uter conductor dicendus est*」という問いを立てて同様の議論を展開している。「物の賃貸借では事柄は明白である *in locatione rerum res certa est*」が、「労務の賃貸借においてこの点を見通すのはそれほど容易ではない *in locatione operarum non tam facile id dignosci potest*」。というのも、法文上、「労務を提供し賃料を受領する者が賃貸人と呼ばれ、労務の提供を受け賃料を支払う者が賃借人と呼ばれる *qui operas praestat, et mercedem accipit, locator dicitur; is, qui*

トロマエウス・デ・サリケト等は、仕事が一定部分毎に賃貸された場合には、学説彙纂19巻2章第36法文を論拠に、各部分の完成に応じて訴求できる旨答えており、また、賃借人が資金難である場合に訴求可能であるとする人々もいる【ウインケンティウス・カロキウス『賃貸借論』『賃料について』第4番】。バルボサ当法文注釈やマンティカ枢機卿『黙示あるいは曖昧な合意に関するヴァティカン夜業集』第5巻6章15番以下はこれらの人々を引用している。”(Commentarius, 257-258. 引用は1669年リヨン刊のテキストによる)

22) 「賃貸借は売買に近似し売買と同じ法の規則に従う。というのも、代金について合意すれば売買が成立すると同様に、賃料が定まれば賃貸借が成立すると解されるからである。そしてこの場合、賃貸人に貸主訴権、賃借人に借主訴権がそれぞれ生じることは言うまでもない」(Inst. 3, 24, pr.)

praestantur operae, et qui mercedem dat, conductor] 場合と、「賃料を支払い労務を提供される者が賃貸人と呼ばれ、賃料を受領して労務を提供する者が賃借人と呼ばれる locator is dicitur, cui mercedem danti operae prastantur; conductor, qui accepta mercede operam praestat] 場合とが存するからである²³⁾。後者における呼称の逆転は、ここでもやはり観点の相違に基づいて説明されている。つまり、「この種の賃貸借においては同一人が異なる観点から賃貸人でありかつ賃借人であると見なされている in hac specie locationis diverso respectu eundem et locatorem et conductorem videri」にすぎず、「労務を賃貸するその同じ者が仕事の完成を賃借するとされ、反対に、労務を賃借するその同じ者が何かの完成を賃貸するとされる qui operam locare dicitur, ille idem dici-

23) “く1. 売買との共通点) …売買においてどちらが買主でどちらが売主か理解するのは容易である。しかし、賃貸借では、どちらが賃貸人でどちらが賃借人か悩むことも時にあるかもしれない。物の賃貸借においては事柄は明白である。すなわち、物の用益を提供する物がこの場合常に賃貸人と呼ばれ、物の用益を受領し賃料を支払う者が賃借人と呼ばれるのである。く2. 労務の賃貸借においては、異なる観点に従って、同一人が賃貸人と呼ばれたり賃借人とよばれたりするくこれに対して、労務の賃貸借においては、この点を見通すのはそれほど容易ではない。実際、ある場合には、労務を提供し賃料を受領する者が賃貸人と呼ばれ、労務の提供を受け賃料を支払う者が賃借人と呼ばれる【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第19法文1節、第22法文2節、第38法文、同19巻同3章「販売委託訴権について」第1法文】。またある場合には、逆に、賃料を支払い労務を提供される者が賃貸人と呼ばれ、賃料を受領して労務を提供する者が賃借人と呼ばれる【学説彙纂19巻2章第11法文3節、第13法文1から3節、第19法文7節、第22法文2節、第25法文7節その他多数】。しかしながら、後者の種類の賃貸借においては、異なる観点から、同一人が賃貸人でありかつ賃借人であると見なされると解すべきである。つまり、労務を賃貸するその同じ者が仕事の完成を賃借するとされ、反対に、労務を賃借するその同じ者が何かの完成を賃貸するとされるのである。その結果、仕事の賃借人は労務の賃貸人と同一人であり、仕事の賃貸人は労務の賃借人と同一人であることになる。以上のような相違を示唆しているのが学説彙纂19巻2章第22法文2節、同19巻3章第1法文である。とはいえ、仕事の意味すると考えられるのは、例えば、教師や職人の教えを受けるべく自らを賃貸したり、御者に運送されるべく自らを賃貸する場合のように、労務のあらゆる成果である。建物の賃借人は特に借家人、農地の賃借人は小作人、仕事の賃借人は請負人、租税の賃借人は徴税代行人乃至徴税請負人と古代の人々は呼んでいる。”(Commentarius academicus, 758. 引用は1740年ヴェネツィア刊のテキストによる)

tur conducere opus faciendum: et contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum」のである。ただし、「仕事の意味すると考えられるのは労務のその都度の成果である per opus intelligo quemvis fructum operae」との指摘をふまえるならば、フィンネンの見解はシュトリュークのように請負の類型的独自性を否定する立場とも解し得る。また、ユルリク・ヒューベルの『市民法講義 Praelectiones juris civilis』(1690年初版)に第1巻として収録された法学提要の注解(1678年初版)にも、「労務の賃貸借では同一人が異なる観点から賃貸人となると同時に賃借人となるので、労務の賃貸人が仕事を賃借し、労務の賃借人が仕事を賃貸する in locatione operarum idem diverso respectu est locator atque conductor; nam qui locator est operae, idem conducit opus, et contra」との記述が見えるが²⁴⁾、むしろ注目されるのは、賃

24) “1. 賃貸借とは、一定の対価と引き換えにある物を使用しあるいはあることを行う合意である。賃貸借の語源は、その主たる類型である不動産の用益をめぐる契約によって訴求される「場所」であり、「店賃」、すなわち、場所の用益の対価として支払われる地代に当たる、宿屋や飲食店の賃料もここに由来する。「使用しあるいは行う」という語句は、賃貸借が物の賃貸借かあるいは行為の賃貸借であることを意味する。物の賃貸借において、賃貸人とは物の用益を与える者であり、賃借人とは物の用益を受領する者である。労務の賃貸借では同一人が異なる観点から賃貸人となると同時に賃借人となるので、労務の賃貸人が仕事を賃借し、労務の賃借人が仕事を賃貸する【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第19法文7節や第25法文7節その他多くの箇所】。「一定の対価と引き換えに」という語句によって、賃貸借は、対価を徹底して排斥する使用貸借、容假占有、委任から区別されるだけでなく、無名踐成契約からも区別される。というのも、後者においては、たとえ対価が約束されたとしても、賃料の明確な決定が為されないのが通常であるし、契約の本性を尊重する限り、そのようなことは不可能である【法学提要3巻24章「賃貸借について」第1節】。この賃貸借という契約の本性、及び、本章【法学提要3巻24章】の内容全体は、賃貸借に最も近く同一の法準則に服する売買との共通点及び相違点から理解できる【法学提要3巻24章前書、学説彙纂19巻2章第1及び2法文】。それらの準則は、合意、目的物、対価の何れかに関わる。この内、合意に関する準則は以下の通り。第一の準則：何れの契約も万民法上の契約であり、誠意契約である【学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第5法文、法学提要4巻6章「訴権について」第28節。後者の法文では信義誠実の性質について詳細に述べられている】。第二の準則：賃貸借は、売買同様、合意のみによって成立する【法学提要3巻24章前書】。ただし、書面

貸借と売買の「相違 discrepantia: differentia」に関連して、クリスティアン・トマジウス Christian Thomasius (1655-1728年) の「所見 scholium」(ヒューベルの便覧『法の定理集 Positiones juris』(1682年初版) へのトマジウスの批判的な注釈を『市民法講義』の各対応箇所に配置収録したもの) に答えている箇所である²⁵⁾。ヒューベルは、「行為 facta」が目的物となるか否か、当事者が

によって締結されるべき旨の約束があった場合は別である【勅法彙纂4巻21章「証書の証明力及び喪失等について」第17法文】。この点については前章を参照せよ。御察しのように、この場合、売買について既に述べたのと同じ法が賃貸借にも類推されるのである。第三の準則：合意の不明確さは、疑わしい場合、売主並びに賃貸人の不利益となる。”(Praelectiones, I, 324. 引用は1749年フランクフルト刊第四版による)

25) “8. 脱線が長くなった。賃貸借に話を戻そう。賃貸借と売買との共通点については既に述べたので、両者の相違点について述べることにする。

9. 第一の相違点：賃貸借には物の賃貸借も行為の賃貸借もあるが、行為の売買は存在しない。確かに、漁網の投網は売買されるが、これは行為の売買というよりもむしろ、期待あるいは不確定物の売買である【学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第12法文】。

第二の相違点：買主と売主は、買主が物を保持することを、売主が物の手放し代価を得ることをそれぞれ望むというような具合に、常に同じ仕方で対峙する。物の賃貸借においても同様である。というのも、賃借人とは、物を使用すべく受領し、賃料を支払う者であるから。行為に関しては、当事者双方が賃貸人でありかつ賃借人である。例えば、作成されるべき杯や手入れされるべき庭を賃貸する私は、職人や庭師の労務を賃借する。職人や庭師は自らの労務を賃貸し、杯や庭を賃借する。

所見：通説では、労務の賃貸人が仕事の賃借人で、労務の賃借人が仕事の賃貸人とされる【学説彙纂19巻2章第19法文7節、第25法文7節】。しかし、仕事の賃貸借は不真正な賃貸借である。というのも、この場合、賃貸人が賃料を受領するわけでもないし、賃借人が自らの用益のために物を受領するわけでもないからである。従って、賃貸人に貸主訴権が生ずることも、賃借人に借主訴権が生ずることもなく、前者には労務の賃借人の立場で借主訴権が生じ、後者には労務の賃貸人の立場で貸主訴権が生じる。

応答：これは用語の問題である。行為の賃貸人が賃貸人であるが故に賃料を受領し、賃借人が賃借人であるが故に物を用益するという必然性はない。上記のような主張は結論の先取りである。例えば、杯の作成を注文する者に貸主訴権は生じないとか、庭師に借主訴権は生じないなどと老婆心から言われることはあるが、これらの訴権が生じても一向に構わないのである。

新たな注記：まさにその通り、我々にとって何れが好都合かという用語の問題である。事柄それ自体に照らせば、一般に、賃貸人が売主に類似し、賃借人が買主に類似

「常に同じ仕方で対峙する *semper eodem modo se habent*」か否か、「所有権 *dominium*」が移転されるか否か、「偶然の事変による物の危険 *periculum rei de casu fortuito*」を負担するのは誰か、用益の対価を「現金 *pecunia numerata*」以外で約定できるか否か、「担保責任 *cautiones*」の有無の計六つの観点

する。このような観方下では、賃貸人は物あるいは労務の用益を提供し、賃借人は賃料を支払うことになる。ここに示されている観方が真正であることに疑念の余地はない。従って、これに反する観方は、当然、不真正ということになる。庭師に借主訴権が生じたり、庭師の労務を賃借した雇い主に貸主訴権が生じても構わないとする、互いに異なるだけでなく対の関係に立つ訴権の混同が生じることになるし、仮に買主に売主訴権が生じ売主に買主訴権が生じると言えるのであれば、やはり同じことが起こったであろう。つまり、同一人が、同一人を相手に、同じ取引に関して、貸主訴権と借主訴権双方を取得するという具合にである。

第三の相違点：売買においては、所有権が移転されるべく訴求されるが、賃貸借は、「通常、所有権を移転させない」【学説彙纂19巻2章第39法文】。この一節には注意が必要である。というのも、事実上、所有権が移転されるような特殊な賃貸借の例が存在するからである。例えば、什器の形態にして同一の量を返還してもらう約束で、ある銀の塊を職人渡したり、一つの船で運搬されるべく注文された複数人の小麦が混同した場合がそうである【同第22法文2節及び第31法文】。職人が、自ら資材を調達する約束で建物の築造を請け負う場合や、料理人が、自ら食材を調達する約束で祝宴を請け負う場合には、所有権が移転されるような賃貸借が存在しているように見える【がそうではない】。この点[＝賃借人が所有権者となるわけではないという点]に第四の相違が存する。すなわち、賃貸借では、偶然の事変による物の危険を賃借人が買主のように負担することはなく、賃借人は過失についてのみ責任を負う【同61法文】。第五の相違点：売買代金は現金以外で定めることは決してできないが、賃貸借における賃料は、賃貸された土地から収穫された一定量の作物でも約定可能である【勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第8及び21法文】。ただし、このような賃貸借の形態は、むしろ、組合や無名契約に属する【学説彙纂19巻2章第25法文6節、及び、勅法彙纂2巻3章「合意について」第8法文。後者は現物払小作人について述べている】。

所見：現物払小作人は小作人【学説彙纂19巻2章第21法文】と混同されてはならない。というのも、現物払小作人は収穫の一定量ではなく、例えば収穫の四分の一というようにに不確定量を納めるからである。

応答：我々は現物払小作人と、収穫の確定量を対価として賃借する者とを混同しているのではなく、これら両者を、現金の賃料を支払い者に対立させているのである。

新たな注記：それならばよい。しかし、著者の説明からはそのような意味を読み取ることはいけなしい、そのような誤解が生じたのが、私の過ちによるか、それとも、

から賃貸借と売買の相違を論じており、この内、当事者の関係をめぐる第二の相違点として、「買主と売主は、買主が物を保持することを、売主が物の手放し代価を得ることをそれぞれ望むというような具合に、常に同じ仕方に対峙する *emptor et venditor semper eodem modo se habent, ut emptor rem habere, venditor ea carere pretiumque habere velit*」が、「行為の賃貸借 *locatio factorum*」においては、「当事者双方が賃貸人でありかつ賃借人である *uterque locator et conductor est*」旨指摘した上で、「作成されるべき杯や手入れされるべき庭を賃貸するく私>は、職人や庭師の労務を賃借する *poculum loco faciendum, hortum putandum: fabri, hortulani operam conduco*」一方、「職人や庭師は自らの労務を賃貸し、杯や庭を賃借する *faber, hortulanus operam locat suam, poculum, hortum conducit*」との例を挙げている。これに対して、トマジウスは、「労務の賃貸人が仕事の賃借人となり、労務の賃借人が仕事の賃貸人となる *locatorem operae esse conductorem operis, et conductorem operae sse locatorem operis*」との理解が「通説 *communis opinio*」であると認めつつも、誰に如何なる「訴権 *actio*」が生ずるのかという観点からその射程に制限を加えている。すなわち、そこで想定されている「仕事の賃貸借 *locatio et conductio operis*」なるものは、「賃貸人が賃料を受領するわけでもないし、賃借人が自らの用益のために物を受領するわけでもない *tum locator non accipit mercedem, tum conductor rem non accipit ad usum suum*」という意味において、「不真正な賃貸借 *locatio et conductio impropria*」にすぎず、それ故、「賃貸人に貸主訴権が生ずることも、賃借人に借主訴権が生ずることもなく、前者には労務の賃借人の立場で借主訴権が生じ、後者には労務の賃貸人の立場で貸主訴

「ただしこのような形態は云々」という著者の説明によるのかは他の人々にも明らかであろうし、私が所見において提示した以外の意味をあえて読み取る者もないはずである。

最後に、賃貸借においては、売買の場合のように、追奪担保責任や、物の瑕疵に関する按察官告示上の担保責任【これについて学説彙纂21巻1章「按察官告示、解除、及び、減額訴権について」第1法文以下同章全体に亘って論じられている】が適用される余地はない。”(Praelectiones, I, 326-327.)

権が生じる *nec actio locati locatori, nec conducti conductori, sed illi actio conducti tamquam conductori operarum, huic locati tanquam operarum locatori competit*』というのである。このように当事者の呼称と取得される訴権との関連づけるトマジウスの理解を、ヒューベルは、「結論を先取りしている *petunt principium*」として端的に退ける。ここでの問題は法文上の「用語 *verbum*」であって、そもそも、「行為の賃貸人が賃貸人であるが故に賃料を受領し、賃借人が賃借人であるが故に物を用益するという必然性はない *non opus est, ut locator facti accipiat mercedem quo locator est, nec ut conductor re fruatur*」のであるから、当事者の呼称によって取得される訴権が限定されることはない。

「例えば、杯の作成を注文する者に貸主訴権は生じないとか、庭師に借主訴権は生じないなどと老婆心で言われることはある *actionem locati non dari ei, qui hortum locavit elaborandum, nec conducti hortulano, gratis dicitur*」けれども、「これらの訴権が生じてても一向に構わない *nihil obstat quo minus detur*」のである。なお、このヒューベルの「応答 *responsio*」に対しては、『市民法講義』の後の版(1707年刊)に追加されたトマジウスによる「新たな注記 *nova additio*」の中で、「庭師に借主訴権が生じたり、庭師の労務を賃借した雇い主に貸主訴権が生じてても構わない」とすると、互いに異なるだけでなく対の関係に立つ訴権の混同が生じることになる *si nihil obstat; quo minus detur actio conducti hortulano, locatidomino, qui conduxit operas hortulani, fiet confusio actionum non solum distinctarum, sed et oppositarum*」との批判が改めて加えられた。フィンネンやヒューベルが、請負における当事者の呼称逆転に言及しつつも、独自の賃貸借の類型として請負を位置づけるところまで至っていないのは、議論の実益の有無というよりはむしろ、法源外在的な概念区分や類型化を可能な限り回避しようとする人文主義的態度に由来するものと考えられる。従って、雇傭と請負の区別を「言葉をめぐる戯れ」として単純に否定するシュトリュークのような立場とはやはり区別されねばならない。

同じく過渡的な学説のやや特殊な例としては、ジャン・ドマ *Jean Domat* (1625-1696年) の『自然的秩序に則った民事法 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*』第1巻(1689年初版)における賃貸借の概念区分を挙げることがで

きる。ドマにおいて特徴的なのは、単純な労務の賃貸借という意味での雇傭概念がそもそも用意されておらず、請負が雇傭一般ではなく「賃貸借一般」の概念区分として提示されている点である。このような概念区分は、ローマ法源中に実際に現れる「労務」や「仕事」の賃貸借の諸事例により忠実であると言える。学説のいわゆる「狭義の雇傭」の対象に分類されるような単純な労務は、古代においては、訴訟能力や行為能力はおろか権利能力さえ有することのない奴隷によって担われ、奴隷の労務の賃貸借は、多くの場合、奴隷という物の賃貸借にすぎず、そのような労務の賃貸借それ自体が法的な議論の対象となることはほとんどなかった。「慣習法 les Coutumes」や「王令 les Ordonnances」の「権威 l'autorité」を尊重しつつも、「ローマ法の諸巻 les Livres du Droit Romain」に「自然法と書かれた理性が含まれている contiennent le droit naturel et raison écrite」との見地から、少なくとも表向きは専らローマ法源を素材に議論を展開する『民事法』全体に共通の志向²⁶⁾が賃貸借の概念区分にも影響し

26) “ここまで述べてきたことは全て、一方では、衡平に関わる自然的諸準則の宝庫であるローマ法の諸巻の有用性が、他方では、それらの法典に見出される秩序不足という欠点、それぞれどれほどのものであるかを十分に明らかにしてくれている。それはまた同時に、フランスにおいて人々が諸法典に接する際の、互いに全く異なりかつ矛盾してるとさえ言える二つのあり方の原因を我々に知らせてくれる。というのも、一方では、これらの法典には自然法と書かれた理性が含まれているので、それらは法廷において引用され、公に講義されているし、これらの法典の研究を経て、学位が授与され、判事の職に就こうとする者たちが試験されているが、しかし他方で、既に述べたような難解さ、そして、ローマ法の中に我々の法律や慣習に反する内容が存しているという点には、ローマ法がフランスにおいて確実かつ絶対的な権威を持ち得ず、慣習中に規定を有している否かに応じて慣習を用いることが各州に留保されている正当な理由が見出される。つまり、その有用性を理由に、これらの法典を無分別に援用し、我々の実務にはそぐわない瑣末な事項や不当に拡大された準則を原則と見なす人々が多い一方で、慣習や王令が有する権威がこれらの法典にないことにつけ込んで、出来の悪い準則を度々こきおろし、交付され記録されたもののみを法律をみなすが故に、これらの法典の内の自然法的法文の権威さえも感じ取ることもない人々もいるのである。

...

最後に説明しておかなければならないのは各項における法文の引用の仕方である。ローマ法における法文の編集の方法に関する諸注意から容易に看取できる通り、本書

ているように思われる。とはいえ、請負の類型的な独自性に当事者の呼称の特殊性を関連づけて説明する点はドマも他の人々と変わらない。「賃貸借 louage : bail」を扱う『民事法』第1巻第4章は、「賃貸借の本性について De la nature du Louage」と題された第1節の冒頭、「一方が他方に物あるいは労務の用益乃至使用を、一定額と引き換えに一定期間に渡って提供する契約 un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose ou de son travail pendant quelque temps pour un certain prix」という「賃貸借一般 le louage en général」の定義に続けて、「誰が貸主で誰が借主か qui est le bailleur, et qui le preneur」について論じている²⁷⁾。そこではまず、「貸主 le bailleur」乃

の各項に関してそれぞれに対応する法文を一つだけ引用することは不可能であり、多くの場合、一つの準則を意味づけるために異なる法文を集める必要があったし、別の箇所では、逆に、法文を理解してもらうために、それが実際に有しているよりも広い射程を準則に与えねばならなかった。しかしながら、何れの場合においても厳密に正確さを保持することを怠らず、法文をその意味から逸脱させたり、典拠もなしに何かを主張したりはしていない。なぜなら、法文から導出された諸準則が真理性を備えるのは、その精神である自然的平衡の故であるとしても、それらの準則をローマ法文によって裏付ける必要があるからである。ローマ法はその確実性に加えて次のような利点をもたらす。すなわち、精神は、ローマ法によって予め真理を目にし、更には、自らの判断が、ローマ法文の権威である学識ある人々の多くの見解や、ローマ法文が何世紀にも渡って獲得してきた一般的な承認によって指示されていると確認することで、安心するのである。”(Les Loix, préface, 1.v.-2.r.; 2.v. 引用は1777年パリ刊のテキストによる)

27) “<1. 賃貸借一般の定義> 全ての種類の賃貸借を内包する賃貸借一般とは、一方が他方に物 <a : 学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」全体。「何者かがある物の使用や収益を汝に与えた場合」法学提要3巻24章「賃貸借について」第2節>あるいは労務 <b : 「何か為すことが与えられる場合には賃貸借が成立している」学説彙纂19巻2章第22法文1節>の用益乃至使用を、一定額と引き換えに <c : 「賃貸借は賃料が定められると成立したものと解される」法学提要3巻24章[前書]、学説彙纂19巻2章第2法文>一定期間に渡って提供する契約である。<注釈：永借契約をこの定義に含めることはできない。というのも、永借契約は、第20節で説明される通り、固有の性質を有しているからである。>

<2. 誰が貸主で誰が借主か> 用益のために物を賃貸する者が貸主あるいは賃貸人と呼ばれ <d : 「誰が土地を賃貸した場合」学説彙纂19巻2章第9法文2節、第19法文2節>、何らかの仕事あるいは労務をさせる者にも同じ呼称が与えられている

至「賃貸人 le locateur」という呼称が「用益のために物を賃貸する者 celui qui baille à jouir」のみならず「何らかの仕事あるいは労務をさせる者 celui qui donne à faire quelque ouvrage ou quelque travail」にも用いられる旨説かれ、〈労務 opera〉に相当する〈travail〉と、〈仕事 opus〉に相当する〈ouvrage〉とが区別無く用いられており、同様に、「労務や仕事を請け負う者 celui qui entreprend un travail ou un ouvrage」も、「賃貸借によって用益を受け取る者 celui qui prend une jouissance pour un louage」と並んで、「借主 le preneur」乃至「賃借人 le conducteur」と呼ばれるとされる。そして、この賃借人、つまり、「労務や業務の賃貸借乃至請負 les louages ou prix fait du travail de l'industrie」における借主が、「労務者 les ouvriers」や「請負人 les entrepreneurs」といった固有の呼称を有する一方で、「自らの労力を賃貸し貸し与えている louent et baillent leur peine」という側面においては「賃貸人の立場に立つ tiennent lieu de locateurs」ことになる。つまり、ドマは、雇傭と請負を区別する人々とは全く逆に、労務の提供ではなく仕事の完成を基点に呼称の逆転や並存に言及しているのである。また、「本章の内容 matiere de ce titre」を概観する序論部分²⁸⁾においても、「物の賃貸借では、物を貸与する者が貸主

〈e : 「何かの役務が提供される場合には賃貸借が成立している」同第22法文1節、第36法文〉。一方、賃貸借によって用益を受け取る者が借主あるいは賃借人と呼ばれ
 〈f : 「汝が一定の年数に渡って土地を借り受けいるとしても」勅法彙纂4巻65章第8法文〉、労務や仕事を請け負う者も同様であり〈g : 「汝建物の築造を引き受けた者たちに対しては、借主訴権を主張する」同第2法文〉、こちらは請負人とも呼ばれる。ただし、労務や業務の賃貸借乃至請負においては、労務者や請負人が、ある観点からは、賃貸人の立場に立つ。なぜなら、彼らは自らの労力を賃貸し貸し与えているからである〈h : 「職人は自らの労務、つまり、完成の義務を賃貸している」学説彙纂19巻2章第22法文2節〉。”(Loix civiles, 61.)

- 28) “〈本章の内容〉本章では、人が物や自らの業務や労務の用益を一定額の代価を引き換えに交換し合うことによって行う取引が扱われる。このような用益に関する契約は非常に需要があり極めて頻繁にみられる。というのも、誰もがその必要とする全てのものを自ら所有したり、業務や労務によってのみ入手可能なものを個々人が自ら用意するといったことは不可能であり、また、他人の物、業務、労務の用益が常に無償というのは正義に反するために、これについて取引を行うことが不可欠となったからである。例えば、自ら住んではない建物を所有している者は、その用益を家賃と引

乃至賃貸人となり、物を受領する物が賃借人となるのに対して、労務の賃貸借においては、仕事の完成を注文した者が貸主と呼ばれ、仕事を引き受け自らの労務や業務を提供する者が借主あるいは請負人と呼ばれる *au lieu que dans le louage des choses le bailleur ou locateur est celui qui baille une chose, et le conducteur celui la prend : dans le louage du travail le bailleur est celui qui donne une ouvrage à faire ; et celui qui entreprend l'ouvrage, qui donne son travail et*

き換えに他人に提供する場合、馬、馬車、運搬用馬車、その他の動産を賃貸する場合、地所を小作地乃至農地として貸与する場合、業務や労務を定まった価額や一日単位その他の取り決めの下に取り引きする場合がそうである。

この種の契約全ては、何れにおいても、一方が一定の代価と引き換えに他方の物を使用しあるいは他方の労務を利用するという点において共通しており、ローマ法においてこれらの契約が全て賃貸借という名称で一括されているのはこのような理由による。賃貸人と呼ばれ我々が別名貸主と呼んでいる側から見ると賃貸となり、賃借人と呼ばれ我々が借主と呼んでいる側から見れば賃借となる。この点に関して注意しなければならないのは、物の賃貸借では、物を貸与する者が貸主乃至賃貸人となり、物を受領する物が賃借人となるにもかかわらず、労務の賃貸借においては、仕事の完成を注文した者が貸主と呼ばれ、仕事を引き受け自らの労務や業務を提供する者が借主あるいは請負人と呼ばれることである。

建物賃貸借、小作契約、農地賃貸借、請負といった賃貸借の諸名称を用いて我々が表示しているのはこのように多種多様な契約なのである。というのも、これら全てにおいて、一方が他方に物の用益や労務の提供を賃貸しているからである。

ローマ法では、賃貸借がこの種の契約全てに共通の名称となっており、同じ表題の中に、何らの区別もなく、住宅や動産の賃貸借、小作契約乃至農地賃貸借、請負その他同種の契約が含まれてはいるけれども、我々が単に賃貸借と呼んでいるものを、住宅賃貸借、馬その他の動産賃貸借、小作契約乃至農地賃貸借、請負といったように区別する必要があると考えられてきた。なぜなら、これらの題材は、単に名称だけで区別されるのではなく、その本性や準則においても何らかの相違点を含んでいるからである。しかも、それらはまた、共通する特徴や準則を幾らか有しているもので、第1節においては、賃貸借一般の下に、これらの共通点を説明し、同節及び続く二つの節には、共通の準則の多くを集めることにする。そして、その後の節では、小作契約乃至農地賃貸借、及び、その他の種類の賃貸借それぞれに特有の事柄として何があるか説明する。

以上の内容は全9節に渡って扱われ、これに永借契約に関する第10章を付け加えた。永借契約は、一定期間に限って用益を提供するに留まる不動産の賃貸借とは異なる固有の性質と準則を有している。”(Les lois, 61.)

son industrie s'appelle le preneur ou entrepreneur」旨指摘されており、ここに言う「労務の賃貸借 le louage du travail」が、雇傭と請負の下位区分を内包する雇傭一般ではなく、「請負（定額労務）prix fait」そのものであることは明らかである。しかも、この「請負」は、賃貸借一般の抽象的な概念区分というよりはむしろ、「自ら住んではない建物を所有している者がその用益を家賃と引き換えに他人に提供する場合 celui qui a une maison qu'il n'habite pas, en donne l'usage à un autre pour un loyer」、「馬、馬車、運搬用馬車、その他の動産を賃貸する場合 on loue des chevaux, des carrosses, des tapisseries et les autres meubles」、「地所を小作地乃至農地として貸与する場合 on baille des héritages ou à ferme ou à labourage」、「業務や労務を定まった価額や一日単位その他の取り決めの下に取り引きする場合 on fait commerce de l'industrie et du travail ou à prix fait ou à la journée, ou par d'autres marchés」のように、「人が物や自らの業務や労務の用益を一定額の代価と引き換えに交換し合うことによって行ふ取引 le commerce que font les hommes, en se communiquant l'usage des choses, ou de leur industrie et de leur travail, pour un certain prix」の具体的な類型の一つとして観念されており、実際、ドマが「賃貸借一般」の主要な類型として論じているのは、「小作契約 les baux à ferme」と「請負 les baux à prix fait」の二つである。「請負」それ自体の具体例は、「請負その他労務や業務の賃貸借の本性について De la nature des prix faits et autres louages de travail et de l'industrie」と題された第7節に提示されている²⁹⁾。ここでも、ドマは、「仕

29) “く1. 定義” 請負その他の労働者の労務の賃貸借においては、仕事や労務を行わせる者が賃貸人であり、労務や仕事を行う者が賃借人あるいは請負人であるくa：「建物の築造を賃貸した者」学説彙纂19巻2章第30法文3節。本章第1節2番を参照せよ。

く2. 請負人が材料を幾らか提供するか、あるいは、全く提供しないかに応じた請負人の違い）賃借人は、時に、印章の彫刻を請け負う彫り師のように単純な仕事を引き受け、時に、運送人のように単純な労務を引き受け、時に、指示を与え資材を提供する大工のようにその労務と共に仕事の材料の提供を引き受けるくb：「宝石の象眼や彫刻が注文された場合」学説彙纂19巻2章第13法文5節。「船長が荷物をミントゥルナエに運ぶことを請け負った場合」同第13法文1節。「建物の築造を注文した者

事や労務を行わせる者が賃貸人であり、労務や仕事を行う者が賃借人乃至請負人である *le bailleur est celui qui donne l'ouvrage ou le travail à faire ; et le preneur ou entrepreneur est celui qui entreprend le travail ou l'ouvrage*」との用語法を最初に確認しており、その上で、そのような「賃借人乃至請負人 *le preneur*

が、＜工事に石材が必要な場合に限り、所有者は請負人に石材及び労賃として一步分毎に七支払うものとする＞という契約条項を定めた」第30法文3節）。

＜3. 材料を提供し仕事を請け負う者について＞職人が全ての材料を提供し、一定の報酬と引き換えに合意された仕事を行う場合、例えば、銀細工師がそのような仕方である一定の報酬と引き換えに銀食器の作成を引き受け、かつ、銀を提供するならば、それは売買であって請負ではない。しかし、銀細工師に銀が提供されるならば、それは賃貸借であり、まさに請負である。＜c: 「金細工師と私との間で、彼が彼自身の金で私のために一定の重さの形の指輪を作り、例えば300受領した場合、それは売買と賃貸借の何れなのであろうか。この場合はやはり、一種の取引、しかも、賃貸借というよりはむしろ売買に当たると解される。他方、労務と引き換えに報酬を定めて私が金を渡したならば、それが賃貸借であることに疑問の余地はない」学説彙纂19巻2章第2法文1節、法学提要2巻24章「賃貸借について」第4節＞。＜補注：この項で言及された事例やその他類似の事例に関して注意しなければならないのは、仕事が無事完成されたならばという条件を含意するような取引について、契約時には賃貸借あるいは雇傭のようなものであるが、履行時には売買のようなものになると言えるという点である。この項で引用された法文に見受けられる、売買と賃貸借の何れかという疑念の原因が何かについては次項を参照せよ＞

＜4. 全てを提供する建築家について＞建物の築造を請け負う建築家が資材の提供を引き受ける場合、たとえ自らの資材を売り渡すように見えてとしても、それは請負であって売買ではない。なぜなら、そのような建築家の主たる債務は建築のための指示を与えることである上に、建築家は土地を売るわけではなく、建物は土地の従物にすぎないからである。＜d: 「私が、請負人の負担において全てを完成させる条件で、家屋の建築を注文する場合には、請負人は完成されたものの所有権を私に移転するのは確かであるけれども、賃貸借が成立している。というのも、職人は自らの労務、つまり、完成する義務を賃貸しているからである」学説彙纂19巻2章第22法文2節＞。＜補注：第1節2番及び次節9番を参照せよ＞

＜5. 賃貸借の諸条件＞請負やその他の人の労務に関わる契約においては、賃貸人あるいは請負人によって何が為されるべきか、仕事の性質、履行期、その他これに類する諸条件を定めることができ、合意によって定められた事柄は履行されねばならない。＜e: 「賃借の取り決めにおいて何が合意され、それが履行されない場合には、借主訴権によって訴求される」学説彙纂19巻2章第15法文1節。本書第1章「合意について」第2節7番22頁を参照せよ＞。

ou entrepreneur」が、「印章の彫刻を請け負う彫師のように単純な仕事を引き受ける est chargé d'un simple ouvrage, comme un graveur à qui on donne un cachet à graver」場合、「運送人のように単純な労務を引き受ける est chargé d'un simple travail, comme un voiturier」場合、「指示を与え資材を提供する大工のようにその労務と共に仕事の材料の提供を引き受ける est chargé de fournir la matiere de l'ouvrage avec son travail, comme un architecte qui fournit sa conduite et les matériaux」場合を、典拠となる法文とともに列挙している。

ところで、請負の類型的な独自性が、当事者の呼称の逆転という形式的な次元に留まらず、契約に基づく義務や訴権の内容の面においても意識されるのは当然であり、その場合、法文上の呼称の整合的な理解が同時にまた請負当事者に特有の義務や訴権を法源内在的に裏付けることに繋がる。例えば、シュトルーヴェによる賃貸借上の危険負担をめぐる説明には呼称の説明に見られた過渡的な性格を見て取ることができる。『法学要論』における議論は、既に見た賃貸借の定義や主体(＝作用因)に続いて、客体(＝質料因：目的物や質料)及び成立(＝形相因)までは類型横断的であるが、賃貸借の目的因、すなわち、賃貸借成立によって当事者が負う債務、及び、その実現のために付与される訴権については、「物の賃貸借 *locatio rerum*」と「労務の賃貸借 *locatio operae*」それぞれの類型毎に展開されている。注目すべきなのはこの内後者に関する叙述である。というのも、そこでは、「労務の賃貸人 *locans operas*」及び「仕事の賃借人 *conducens opus*」の「債務 *obligatio*」に共通する事項として、「誰であれ、自ら賃貸した労務の履行に当たっては、最大限の注意を払うべきである *quilibet in praestanda opera, quam locavit, diligentiam summam tenetur adhibere*」とか、「労務の提供を絶対的に義務づけられることはなく、

〈6 専門家の意見によって決定されること。〉請負人によって為されるべきことあるいは提供されるべきものの全てが十分に明確に契約で定められていない場合、例えば、提供すべき材料の品質や仕事の性質、あるいは、履行期が定められていなかった場合には、これらの事柄及びこれに類似する事柄は、慣習によって規律され、慣習がない場合には、専門家の助言によって決定される〈f：第1章「合意について」第16節2番23頁、及び、同章第17節6番25頁を参照せよ。〉”(Loix civiles, 70.)

利害関係の支払によって免責される *non praecise cogitur operas praestare, sed praestando interesse liberatur*」といった点に言及される一方で、「偶然の事変 *casus fortuitus*」による履行不能の「危険 *periculum*」の負担については、「労務の賃借人 *conducens operas*」と「仕事の賃貸人 *locans opus*」、つまり、単なる雇用主と仕事の注文主とが明確に区別された上で論じられているからである³⁰⁾。「労務の賃借人」であれ「仕事の賃貸人」であれ、「労務と引き換えに賃

30) “XX. 労務の賃貸人あるいは仕事の賃借人の債務は、約束された労務の提供をその内容とする。そしてその際、とりわけ職人の場合には、最大限の注意が払われねばならない【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第25法文7節】。これは、一方では、他の者に予定された事柄であっても一旦履行を引き受けたならば、以後その履行についてあらゆる過失の責任を引き受けたと見なされるということであり【勅法彙纂4巻35章「委任訴権及び委任反対訴権について」第21法文、法学提要3巻27章「準契約から生じる債務関係について」第1節】、他方では、特別な熟練を生業とする者は未熟さに起因するようなことを行てはならないということである【学説彙纂19巻2章第9法文5節、第13法文5節、同47巻2章「窃盗について」第12法文、同9巻2章「アクイーリウス法について」第8法文1節】。実際、誰であれ、自ら賃貸した労務の履行に当たっては、最大限の注意を払うべきである【学説彙纂19巻2章第25法文7節。なお上記第14論末尾部分も参照せよ】。その一方で、労務の提供を絶対的に義務づけられることはなく、利害関係の支払によって免責される【論拠は法学提要3巻15章「言語に基づく債務関係について」第7節】。同様に、自らの労務を永続的に他人に提供できる者も、それを強制されることはないが、利害関係の支払いは義務づけられる【勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第10法文。コレルス『執行手続論』第1部9章27番、スコタヌス『法学提要に関する記念討論集』第38討論11論】。ところで、ある者が労務を二人に賃貸した場合、最初の賃借人にまず履行するのが適切である【学説彙纂19巻2章第26法文】。これに対して、二人に同じ物の用益を賃貸し、後の者に用益物が引き渡された場合には、先の者に対して用益を提供するか利害関係を支払う必要がある【勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文へのヤーソンの注釈第32番、アントニウス・ガミウス『判決集』判決130、スケフェルス『法実務問題集』第2巻問題8。ゾエシウス『学説彙纂注解』19巻2章注解第6番はこれらの人々に反対している】。

XXI. 労務の賃借人あるいは仕事の賃貸人は、労務と引き換えに賃料を支払う義務を負うけれども、賃料を支払わねばならないのは、特約のない限り、仕事全体の報酬が定められている場合には、労務が提供されあるいは仕事が完成された後である。ただし、月決めあるいは日雇いで労務が提供され仕事が為される場合はこの限りではない【学説彙纂19巻2章第30法文3節】。

料を支払う義務を負う obligatus est, ut mercedem solvat pro opera」し、「賃料は労務の対価として支払われるものであるから、労務が提供されず、あるいは、仕事が完成されない場合には、賃料の支払が義務づけられることはない cum merces praestetur pro opera: hac non praestita, seu opere non confecto,

XXII. このように賃料は労務の対価として支払われるものであるから、労務が提供されず、あるいは、仕事が完成されない場合には、賃料を支払う義務はない。最軽過失はもとより偶然の事変によって労務が提供されなかった場合であってもそうである【学説彙纂19巻2章第15法文6節(『市民法要論の論点解決集』を参照せよ)、ウィッセンバキウス『学説彙纂演習』19巻2章注釈[=討論37]第16番]。しかし、衡平と憐れみへの配慮は、病気その他正当な理由で自らの職務を果たせなかった使用人が、彼らが仕える相手から直ちに暇を出されることにならないよう求める【学説彙纂1巻5章「人間の地位について」第4法文5節。同19巻2章第27法文も参照せよ】。とはいえ、彼らがこれ以上労務を提供し得ないときには、全額の報酬を求めることはできない【論拠は同第15法文6節(『論点解決集』も参照せよ)】。同様に、労務を約束した者が死亡した場合、その者の相続人が報酬全額を請求することはできない【論拠は上記法文と学説彙纂35巻1章「遺言中に書かれた事項の条件や証明等について」第31法文との連関。フランツキウス氏『学説彙纂注解』19巻2章注解第193番以下、スコタヌス前掲箇所第12論、ウィッセンバキウス前掲箇所第17番】。諸学識者が弁護士において特に何が守られるべきと考えているかについては演習7第11論を参照せよ。

XXIII. それでは、仕事に関して事変が生じた場合はどうであろうか。この場合、職人がそれを用いて仕事を完成すべく注文者から与えられた「材料」に偶然の欠陥があるのか、それとも、完成された「仕事」に偶然の欠陥があるのかを、区別すべきものと解される。材料そのものに生じる事変に関する限り、職人は、自分に委ねられた物を用いる際の最軽過失の場合も含めて、履行を義務づけられるが、事変の影響を受けるのは注文者であり【学説彙纂19巻2章第13法文5節】、注文者は、そのような事変にもかかわらず、既に提供された労務のために報酬を支払う義務がある【同第33法文】。ただし、ある場合には、職人がそのような危険を負担すべく義務づけられる。それはすなわち、1) 職人自身がそのような危険を引き受ける約束をした場合【同第13法文5節】や、2) 私が職人に金塊を与え、(その同じ金塊を用いるにせよ別の金を用いるにせよ) 職人が指輪を作るといったように、物が与えられたが、(例えば衣服が洗濯屋に出されたときのように) これと同じ種ではなく同じ類に属する物がもたらされる場合である【同第31法文。この法文についてはフレデリクス・ステュブミウス『海事法論』第4部10章90番以下を参照せよ】。

XXIV. 一方、着手された仕事や完成された仕事は偶然に毀滅した場合のように、仕事そのものに事変が生じたならば、学説彙纂19巻2章第36法文のフロレンティウスと同第51法文1節のヤウォレヌスに従って更に、一括して(「全ての事情をよく吟味せ

non debetur merces」。また、この点は、「最輕過失はもとより偶然の事変によって労務が提供されなかった場合であっても licet ob levissimam culpam, imo etiam propter casum fortuitum opera non fuerit praestita」同様であり、ただ、「労務が提供されなかったのが、労務の賃貸人でしかもそのような労務が可能

ず調査しないまま、あたかも敵対者のように契約を結ぶという意味でこのように言われる」クヤキウス『考察と修正』第8巻考察15、学説彙纂14巻1章「船主訴権について」第1法文15節へのウィンニウスの注釈)、すなわち、仕事全体が一つの価額で注文されたか、あるいは、日割りや個々の労務に応じて所定の対価が与えられたけれども完成そのものは請負人に義務づけられている場合と、注文主に望み通りに仕事を完成させるために歩尺や進行度に応じて報酬が支払われるという仕方で請け負われた場合とが区別されねばならない。前者の場合、検認されない間は、仕事の瑕疵によって生じる危険は完成を引き受けた者の負担となるが、不可抗力によって生じた危険については、特約がない限り、仕事を注文した側の負担となる【学説彙纂19巻2章第59及び62法文への諸博士の注釈】。検認後は、あらゆる危険は賃貸人乃至注文主に帰属する【論拠は上記法文】。後者の場合、特に仕事の瑕疵による危険については、仕事が未だ算定されていない限りにおいて請負人の負担となる。というのも、仕事はそうにして部分的に検認されたならば、請負人はそれ以上仕事の質について注文主義務づけられることはないからである【上記法文への諸博士の注釈。更に、前掲第36法文へのパウルス・デ・カストロの注釈、ドネルス『市民法注解』及びヒリゲルス『簡明なドネルス』第13巻9章末尾、パウルス・パリシエンシス『助言集』第1巻助言37、勅法彙纂8巻10章「私的建築について」に関する我々の演習第17論もここに付け加えておく】。

XXV. たとえ事変による場合であっても、労務が提供されないならば、賃金の支払いが義務づけられることはない【上記第22論】。ただし、労務が提供されなかったのが、労務の賃貸人でしかもそのような労務が可能でそれを提供する用意があった者の責任ではなく、労務の賃借人の責任である場合には事情が異なる。すなわち、このような場合、労務の賃借人は労務が提供されなくても賃金の支払いを義務づけられるのである【学説彙纂19巻2章第38法文、同第19法文9及び10節。同50巻17章「古法の諸準則について」第161法文、同35巻1章「遺言に記載された事項の条件や証明等について」第24法文も関連。フランツキウス『学説彙纂注解』19巻2章第190番】。

XXVI. 以上のような相互の債務に基づいて賃借人が賃貸人に義務づけられ、逆に、賃貸人が賃借人に義務づけられる事柄を実現するため、互いに相手方を訴えることのできる訴権、すなわち、貸主訴権及び借主訴権が付与される。貸主訴権とは、あらためて言うまでもなく、賃借人が物の用益や提供された労務の対価として賃料を（遅滞後の利息とともに）【勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第17法文】支払い、かつ、賃貸終了時には物を返還し損害を賠償すべく、賃借人を相手方

でそれを提供する用意があった者の責任ではなく、労務の賃借人の責任である *per locatorem operarum, quippe qui istas potuit ac paratus fuit praestare, non stetit, sed per conductorem, quo minus operae praestentur*」場合には、「それでもなお賃金の支払いが義務づけられる *nihilominus merces debetur*」。このように、労務の賃貸借における債務者無責の履行不能の危険は、債権者有責の場合を除いて、労務者自身の負担に帰せられるのが原則であるが、この原則には、「仕事に関して事変が生じた *circa opus casus contigit*」場合について種々の例外が存するというのである。まず、「職人がそれを用いて仕事を完成すべく注文主から与えられた材料に偶然の欠陥がある *in materia, quae data est a domino, ut artifex opus inde faceret, damnum fortuitum accidit*」場合、「職人は、自分に委ねられた物を用いる際の最軽過失の場合も含めて、履行を義務づけられるが、事変の影響を受けるのは注文者であり、注文主は、そのような事変にもかかわらず、既に提供された労務の対価として報酬を支払う義務がある *culpam quidem etiam levissimam in rebus sibi commissis servandis tenetur praestare artifex, sed casus attinet ad dominum, ac nihilominus mercedem pro praestita jam opera tenetur solvere*」とされる。これに対して、「完成された仕事に偶然の欠陥がある *operi, quod conficitur, damnum fortuitum accidit*」場合については、更に、「仕事全体が一括の価額で注文されたか、あるいは、日割りや個々の労務に応じて所定の対価が与えられたけれども完成そのものは請負人に義務づけられている *totum opus uno pretio locatum est, aut licet in singulos dies seu operas certa pecunia daretur, tamen universitas consummationis ad conductorem pertinet*」場合と、「注文主に希望通りに仕事を完成させるために歩尺や進行度に応じて報酬が支払われるという仕方で請け負われた *ita conductum est, ut in pedes mensurasve merces praestetur ideo, ut arbitrio domini opus efficeretur*」場合とが区別されている。前者の場合、「仕事が検認されない間

として賃貸人に生じるものである【上記第13論以下を参照せよ】。他方、借主訴権は、賃貸人が物の用益や労務を提供し、仕事を完成し、損害を賠償すべく、賃貸人を相手方として賃借人に生じる【上記第10及び18論を参照せよ】。”(Syntagma, 603-605.)

は、その瑕疵によって生じる危険は完成を引き受けた者の負担となる *donec adprobetur, periculum, quod operis vitio contingit, est ejus, qui faciendum suscepit*」が、後者においては、「仕事が未だ算定されていない限りにおいて請負人の負担となる *eatenus conductoris periculum est, quatenus admensum non est*」。つまり、報酬が支払済みの部分については検認されたことになるから、その部分に限り、危険は注文主に移転するというのである。従って、いずれにせよ、「検認後は、あらゆる危険が賃貸人乃至注文主に帰属する *post approbationem omne periculum est locatoris seu domini*」ことになるし、仕事それ自体の「瑕疵 *vitium*」ではなく「不可抗力によって生じた危険 *periculum, quod vi majore accidit*」についても、「特約がない限りは仕事を注文した側の負担となる *spectat ad eum, qui locavit, nisi aliud actum sit*」。以上のようなシュトルーヴェの議論に、雇傭一般の下位区分を前提とした請負の類型的独自性を読み込むことは容易い。まして、賃貸借一般の定義と共に三つの類型を明示するラウターバッハが、危険負担をめぐる議論の枠組みとしてそのような類型化を生かすのは当然である。『法学便覧』における叙述は、物の賃貸借と雇傭一般の順序が逆転しているとはいえ、借主訴権及び賃貸人の債務の一般論に続いて、雇傭一般における危険負担、請負における危険負担という具合に展開されており、しかも、請負に関してはシュトルーヴェの上記議論が法文や文献の引用も含めてほぼそのまま踏襲されている³¹⁾。このように、請負の類型的独自性は、

31) “借主訴権は、人的訴権であり、物追求訴権であり【法学提要4巻6章「訴権について」第17節】、誠意訴権であり【勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第17法文】、賃借の成立によって、賃借人【法学提要3巻24章「賃貸借について」前書、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第15法文前書】及びその相続人【同第19法文8節】に、賃貸人及びその相続人を相手として【同44巻7章「債務及び訴権について」第49法文】(複数の者がそれぞれ仕事の完成のために労務を連帯して賃貸した場合には、それぞれが連帯して義務づけられる【論拠は同19巻2章第9法文前書に加えて、45巻2章「二人の者が取引当事者とされた場合について」第3法文1節】)、当該契約に基づいて彼らが義務づけられるもの全てについて【法学提要3巻24章前書】生じる。

借主訴権は、当該契約の本性や賃借人の約束に基づいて義務づけられる全ての事柄

危険負担のようなより実質的な論点の整理に寄与し、逆に、後者は前者を意識させ裏付ける関係にあると言える。とはいえ、請負概念の生成において主導的な役割を担ったのは、先のシュトリュークによる批判からも明らかのように、当事者の呼称をめぐる形式的な議論の方であった。

について生じる【法学提要3巻24章前書、学説彙纂19巻2章第15法文1節末尾、同第33法文】。すなわち、雇傭においては、労務を誠実に提供することについて借主訴権が生じる。ただし、貸貸人は利害関係を賠償すれば免責される【論拠となるのは学説彙纂42巻1章「既判事項について」第13法文1節。ウィンニウス『法学提要注解』3巻15章「言語による債務関係について」第7節注解、及び、フランツキウス前掲箇所第155番も参照せよ】。他方、事変によって貸貸人の過失によらずに労務の提供が妨げられた場合には、その分だけ賃金は減額され、既に受領した賃金は返還されねばならない【学説彙纂19巻2章第15法文2及び7節。異論：同第*法文1節。ゴトフレドゥスの同法文注釈、トゥルデヌス『勅法彙纂注解』4巻65章注解第8番も参照せよ】。例えば、女中が病に伏せたり【学説彙纂19巻2章第15法文2節、トゥルデヌス前掲箇所第9番、ルーゴ『スコラ道徳討論集』第29論「正義及び法について」第3章58番以下、ボナキヌス『契約論』第3論問題7第4節13番。異論：学説彙纂1巻5章「人間の地位について」第4法文5節、同19巻2章第19法文9節以下、同14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第10法文1節。これらの法文に関するルーゴ、トゥルデヌスの注釈、フランツキウス前掲箇所第196番以下も参照せよ】（なお、厳格法上は、療養費の支給が義務づけられることもないが【上記諸法文への諸博士の注釈、モリーナ『正義及び法について』第505論1番】、慈愛の教えに従うならば事情は異なる【論拠は学説彙纂1巻5章第4法文5節。ルーゴ前掲箇所第60番、ボナキヌス前掲箇所】）、雇傭期間終了前に死亡した場合には【フランツキウス前掲箇所第193番。異論：学説彙纂19巻2章第38法文1節、同50巻13章「種々の特別訴訟手続について」第1法文13節、フランツキウス前掲箇所194番】、このように賃金が期間に応じて分割される。同様に、ある者が、三年間に渡って労務を提供し50フローリンの支払いを受けるという約束で、若者に学芸を教授し習得させることを引き受けたが、この者が28カ月目に死亡した場合、その相続人が50フローリンの支払いを求められることはない【トゥルデヌス前掲箇所第10番】。また、ある者が、某場所への船舶輸送のために一定の賃金をを約束した場合、嵐のために押し戻され当初の目的地から離れてしまった船に対しては、善良なる者の観点から、既に提供された労務に応じて賃金が支払われることになる【ボナキヌス前掲箇所第20番、トゥルデヌス前掲箇所第8番。モリーナ前掲箇所第502論、及び、ルーゴ前掲箇所第34番も参照せよ】。

例えば、雇い主が正当な理由無く契約期間満了前に女中を解雇する場合のように、賃借人に責任があるならば、賃金全額が支払われねばならない【学説彙纂19巻2章第19法文9節及び第38法文前書に加えて、同50巻17章「古法の諸準則について」第161

確かに、当時のあらゆる学説がそのような議論の枠組みに収まるわけではない。例えば、ルーヴァン大学で法学教授を努めたヘンドリック・ズース Hendrik Zoes (1571-1627年) の『市民法の学説彙纂乃至集成全50巻注解 Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L』(1645年初版)、及び、アントニオ・ペレス Antonio Pérez (1583-1673年) の『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂全12巻講解 Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp.』

法文、同35巻1章「遺言に書かれた事項の条件や証明等について」第24法文。フランツキウス前掲箇所第190番、ルーゴ前掲箇所第34及び56番】。ただし、貸貸人がそのような残存期間中に他人に労務を貸貸し賃金を得ていた場合はこの限りではない【学説彙纂19巻2章第19法文9節末尾、ボナキヌス前掲箇所第3章8番及び第4章11番。ルーゴ前掲箇所第54番以下も参照せよ】。

貸貸人に責任がある場合、つまり、貸貸人が自らの過失の故に労務を提供しないならば、この者に対する借主訴権が賃借人の利害関係全てについて生じる【論拠は法学提要3巻15章第7節。モレルス『問題集』第2巻17章、ルーゴ前掲箇所第56番】。

請負において【ストルウィウス『法学要論』演習24第23論を参照せよ】、材料それ自体について、労務者の最輕過失もなく、事変が生じた場合には、危険は注文主の負担となる【学説彙纂19巻2章第13法文5節】(ただしこの場合、注文主は既に提供された労務について義務づけられるに留まる【同第33法文】)。しかし、職人が事変の危険を引き受けた場合【同第13法文5節】や、渡された物と同じ類に属する物が返還される場合【同第31法文。ストゥプマヌス『海事法論』第4部10章90番も参照せよ】はこの限りではない。

他方、(例えば着手済みあるいは完成済みの仕事が毀滅した場合のように)仕事に関して事変が生じたならば、物の完成が一括して(この点についてクヤキウス『考察と修正』第8巻15章、学説彙纂14巻1章「船主訴権について」第1法文15節へのウィンニウスの注釈を参照せよ)注文されている限り、検認に至るまで、危険は、それが仕事の欠陥に基づく場合には職人の負担となり、不可抗力による場合には注文主の負担となる。検認以後については、特約のない限り【学説彙纂19巻2章第36法文及び第51法文1節】、全ての危険は注文主の負担となる【上記諸法文への諸博士の注釈】。

完成度に応じて賃金が支払われ、あるいは、注文主の希望通りに仕事が完成されるという条件で物の完成が注文された場合には、注文主が未検認である限り、危険は職人の負担となる。なお、そのような検認は、たとえそのような合意がなくても、部分毎に為し得ると解される【上記諸法文への諸博士の注釈、学説彙纂19巻2章第36法文へのパウルス・デ・カストロの注釈、ドネルス『市民法注解』及びヒリゲルス『簡明なドネルス』第13巻9章末尾、パウルス・パリシエンシス『助言集』第1巻助言37】。(Compendium, 381-382.)

(1653年初版)は、請負における当事者の呼称逆転には全くふれることなく、しかも、大半の叙述は不動産賃貸借やその特殊類型である「永借契約 *emphyteusis*」に費やされている。まず、ズースによる学説彙纂第19巻第2章の注解では、「物の用益が賃料と交換される、有名、誠意、諾成の契約 *contractus nominatus, bonae fidei, consensu initus, quo usus rei cum mercede commutatur*」という賃貸借の定義に「物に代えて人の行為もここに当てはまる *ubi rei nomine etiam factum personae venit*」旨付言され³²⁾、賃貸借の「目的物 *materia*」に関して僅かに「奴隷のみならず自由人の労務も目的物となる *ponunt materiam operae; non tantum servorum; sed et liberorum*」と指摘されるに留まり³³⁾、叙述の対象は専ら不動産賃貸借であって、その後半部分は全て「永借権 *jus emphyteuticum*」をめぐる議論である³⁴⁾。一方、ペレスの注釈の冒頭では、「建物の使用 *usus in domo*」、「土地の果実 *fructus in fundo*」、「人間の労務 *opera in homine*」を念頭に置いた定義との関連で、「借家人 *inquilinus*」や「借地人 *colonus*」と共に「請負人 *redemptor*」という固有の呼称が列挙されているが、「賃借人 *conductor*」という一般的な呼称の逆転現象への言及はないし³⁵⁾、物の賃貸借と労務の賃貸借の二分法さえも明示されておらず、ただ目的

32) *Commentarius*, 406, n.3. 引用は1656年ルーヴァン刊のテキストによる。

33) “く10. 自由人の労務もありとあらゆるものが賃貸可能であるく奴隷だけではなく自由人の労務もまた目的物となる。なぜなら、自由な人間が何かを為すべく義務づけられることは可能であるから。ただし、義務づけられることはできない。というのも、そのような事態は自由の減少に関わるからである【論拠は学説彙纂35巻1章「遺言に書かれた事柄の条件や証明等について」第71法文2節】。” (*Commentarius*, 407)

34) *Commentarius*, 414-424, n. 53-115.

35) “く1. 賃貸借とは何か。賃貸人、賃借人、借地人、請負人とは誰かく以上、売買、及び、要物契約ではあるが売買に類似する交換について述べた。これに続くのは、諾成契約でしかも売買に一層近い契約、すなわち、賃貸借である【法学提要3巻24章「賃貸借について」前書】。

賃貸とは、利用、あるいは、果実、あるいは、労務と、代価との交換である。すなわち、建物における利用、土地における果実、人間における労務。

約束された賃料による他人の労務の賃借は自己の利益のための使用である。従って、使用あるいは収益されるべきものを代価を介して与える者が賃貸人と呼ばれ、代

物に関連して、「高級かつ独立した労務もまた賃料を定めて賃貸可能である locari quoque possunt operae honestae et solitae, mercede constituta」旨指摘され、同時に、「代行者 substitutus」による労務提供の可否や「病氣 valetudo」による欠勤時の危険負担の例外的扱いが極めて簡略に論じられているだけである³⁶⁾。なお、「使用あるいは収益されるべきものを代価を介して与える者が賃貸人と呼ばれ、代価を与える代わりに、使用あるいは収益されるべきものを受け取る者が賃借人と呼ばれる qui dat utendum, vel fruendum, interventu pretii Locator dicitur; qui accipit, pretio dato Conductor」という指摘は、Ⅲで見るとおり、「賃貸とは、用益、あるいは、果実、あるいは、労務と、代価との交換である locatio est mutatio usus, vel fructus, vel operae cum pretio」との定義とともに、キュジャースの見解の流用である。しかし、「約束された賃料による他人の労務の賃借とは自己の利益のための使用である conductio est alienae operae ob pactam mercedem in usum proprium usurpatio」と述べて、人の労務を「為されるべきもの faciendum」として区別することなく、物の用益や果実と

価を与える代わりに、使用あるいは収益されるべきものを受け取る者が賃借人と呼ばれる。借地人は土地の賃借人であり、借家人は建物の賃借人である。請負人とは、例えば建物の築造【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第29法文】や穀物の脱穀のように、何かを自らの負担で完成させることを引き受ける者である。”(Praelectiones, 339. 引用は1671年アムステルダム刊のテキストによる)

- 36) “11. 高級な労務も賃貸可能である。労務もまた賃料が定められるならば高級低級を問わず賃貸可能である。労務を賃貸した者は、労務を提供できなかったのが自らの責任によるのでなければ、全期間の賃料を受領できなければならない。従って、敗訴したことが弁護士責任ではない限り、謝礼を返還する必要はない【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第38法文】。また、契約締結者による業務執行が選択されていない限り、代行者を介して労務を提供することもできる。更に、永続的な労務を賃貸した者は、労務が国家に対して義務づけられている場合を除いて、利害関係の支払いで免責される。これに対して、一定期間、例えば、年単位で労務を賃貸した者（これは官吏において一般的である）は、ある日数の間、病気で労務を提供できなかったとしても、それらの日数を勤務期間に算入するのが人の道に一層合致すると思われる。また、農地を委ねた相手が、不幸な病氣のために耕作を妨げられている場合にも、彼らは勤務し労務を提供しているものと解される。”(Praelectiones, 341.)

同様、「使用あるいは収益されるべきもの *utendum, vel fruendum*」に含めてしまうペレスにおいては、「為されるべきもの」の賃貸借をめぐる当事者の呼称の逆転はそもそも問題とならない。また、注釈全体を見ても、勅法彙纂の編別に従って賃貸借と永借権が連続する二つの章（第4巻第65章及び第66章）にわたって論じられている以外、その構成や配分はズースとほとんど変わらない。実務上の重要度に即したこのような叙述内容の偏りは、呼称問題を「言葉をめぐる戯れ」として切り捨てたシュトリュークの注釈にもそのまま当てはまる。また、「請負人 *redemptor*」という固有の呼称で十分であるという理解は、ハレ大学においてシュトリュークやトマジウスの同僚であったヤーコプ・フリートリヒ・ルドヴィーツィ *Jacob Freidrich Ludovici* (1671-1723年) の『学説彙纂教則 *Doctrina Pandectarum*』(1709年初版) にも看取できる³⁷⁾。

これらの異論にもかかわらず、独自の賃貸借類型としての請負概念が法文上の呼称逆転を手掛かりに析出されて行く大きな学説の流れが存在したとするならば、請負概念の成立過程の起点はこの呼称の問題を最初に明確な形で論じた者によってもたらされたことになる。それがキュジャースであることは、当時、つまり、16世紀後半の代表的注釈書を繙けば明らかである。例えば、マテウス・ヴェーゼンベック *Matthaeus Wesenbeck* (1531-1586年) の『市民法学説彙纂パラティトラ *Paratitla in Pandectas iuris civilis*』(1565年初版) では、
 <賃貸する *locare*>と<賃借する *conducere*>、並びに、<賃貸人 *locator*>と<賃借人 *conductor*>の用法について、「<賃貸人>とは物の用益と引き換えに賃料を受領する者であり、<賃借人>とは、物を、自らの指示に従わせ、賃

37) “X. 賃貸される労務は低級なもの、つまり、自由人に相応しくない技芸に由来するものでなければならず、そうでない場合、取引は、「汝与えるが故に我為す」という無名践成契約へと格下げとなる【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第5法文2節を参照せよ】。次に、そのような労務は、他人の物に関して提供されねばならない。というのも、金細工師との間で彼自身の金を用いて一定の重量と形態の指輪を私のために作成すべく合意したならば、売買が締結されたことになるからである【法学提要3巻24章「賃貸借について」第4節】。労務のある仕事の完成のために一括して賃貸する者は請負人と呼ばれる。” (*Doctrina*, 350. 引用は1725年ハレ刊第4版による)

料支払によって保持する者である *locator est, qui pro rei usu mercedem accipit : conductor, cujus ductum res sequitur, et a quo praestita mercede detinetur*」が、「仕事完成の賃貸借 *locatio operis faciendi*」においては、「労務を提供する者が、全ての仕事を自らの指示に即して完成させるが故に、仕事を<賃借した>と表現され、報酬を支払う者は仕事を<賃貸した>と表現される *is qui operas praestat, dicitur opus conduxisse : quia ejus ductu tota constructio peragitur : qui dat mercedem, locasse*」として、当事者の呼称の逆転に言及されており、そこでは、典拠となる法文とともに、キュジャースの『考察と修正』（1556年初版第2巻及び1559年初版第4巻）と『法学提要全四巻への注記 *Notae priores ad quattuor libros Institutionum*』（1556年初版）の参照が指示されている³⁸⁾。また、ヒエロニムス・トロイトラー *Hieronymus Treutler* (1565-1607年) の『学説彙纂全50巻にまとめられたユスティニアヌスの市民法に関する討論選集 *Selectae disputationes ad ius civile Justinianaeum quinquaginta libris*

38) “く2. 賃貸、賃貸人、賃借人とは何かく<賃貸する *locare*>とは、本来、ある場所に置くという意味である。ここでは、農地や宅地で誰かを耕作させたり居住させる者について、<賃貸する>との表現が用いられる。そして、慣行上、一般には、無償ではなく何かと引き換えに他人に物の用益を許諾する者について、<賃貸する>と表現されていた。それ故、ホラティウスには、金銭を<賃貸する>とか<賃借する>といった表現が見出されるが、これは、利子付きで金銭を貸与し借用するという意味である。従ってまた、<賃貸人>とは物の用益と引き換えに賃料を受領する者であり、<賃借人>とは、物を、自らの指示に従わせ、賃料支払によって保持する者である。ただし、仕事完成の賃貸借においては、これと逆の事態になる。すなわち、労務を提供する者は、全ての仕事はその者の指示に即して完成されるが故に、仕事を<賃借した>と表現され、報酬を支払う者は仕事を<賃貸した>と表現されるのである【勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第2法文、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第30法文3節、同第51法文1節。これらの語句の意味については、学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」、同19巻3章「販売委託訴権について」、同19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」、及び、本章【同19巻2章】の多くの箇所、更には、クヤキウス『考察と修正』第2巻第28章と第4巻第26章、同『法学提要全四巻への注記』3巻24章冒頭を参照せよ】。要するに、全ての場合において、所定の賃料を引き換えに何らかの用益や行為を与える者が賃貸人となり、それらを受領する者が賃借人となる【クヤキウス『考察と修正』2巻28章を参照せよ】。”(Paratitla, 304, 引用は1665年アムステルダム刊のテキストによる)

Pandectarum comprehensum』(1592/3年初版)も、「賃貸借及び永借契約について De locatione-conductione, et emphyteusi」という表題で第1巻に収録された、アンスバッハ出身のヨーハン・クリストフ・アーデルマン Johann Christoph Adelmann を報告者とする第29討論において、賃貸借の定義とともに当事者の呼称に言及している³⁹⁾。「使用乃至収益されるべきものを与える者が賃貸人と呼ばれ、それを受領する者が賃借人と呼ばれる qui utendum vel fruendum dat, locator: qui accipit, conductor appellatur」というその一節に付された注で、ヴェーセンベックの『パラティトラ』やヘルマン・ヴルテュス Hermann Vultejus (1555-1634年)の『ローマ法学 Iurisprudentiae Romanae』(1590年初版)とともに引用されているのが、キュジャースの『ユスティニアヌスの勅法彙纂前半全九巻の講義復習用パラティトラ Paratitla in libros novem Codicis Justiniani repetitiae praelectionis』(1579年初版)と『考察と修正』である⁴⁰⁾。ここで、トロイトラーは、「賃貸人とは賃料を受領する者であり、賃借人とは賃料を与える者である locator est, qui mercedem accipit, conductor, qui dat.」とする従来の通説に反対し、賃料ではなく目的物の授受の観点から

39) “I. 賃貸借とは、合意のみによって締結される契約であり、これによって、利益、果実、労務の何れかが、契約時に定められた確定額の賃料と交換される。従って、使用乃至収益されるべきものを与える者が賃貸人と呼ばれ、それを受領する者が賃借人と呼ばれる。” (Selectae disputationes, I, 275. 引用は1628年マールブルク刊のテキストによる。)

40) “h) 学説彙纂19巻2章及び勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」全体、クヤキウス『勅法彙纂パラティトラ』4巻65章、同『考察と修正』第2巻第28章、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』19巻2章注解第2番、ウルテュス『ローマ法学』。諸博士の見解は一般にこれとは異なる。彼らによれば、賃貸人とは賃料を受領する者であり、賃借人とは賃料を与える者とされる。この点は、学説彙纂19巻2章第11法文3節に加えて、同第13法文1、3、4節以下、第14法文、第51法文1節、第59法文、第60法文1節以下、勅法彙纂4巻65章第14法文によって完全に反駁される。別の仕方ではこれに異論を唱えるものとして、ロベルトゥス『所見集』第1巻所見10(これについてクヤキウス『ヨアンネス・ロベルトゥスの所見集に対するアントニウス・メルカトルの注記』所見10への注記1を参照せよ)があり、ボキウス『学説彙纂第50巻第17章「古法の諸準則について」注解』第23法文注解第4章9番がこれに従っている。” (Selectae disputationes, I, 276.)

当事者の呼称を捉えるキュジャースの見解に与しており、既にヴェーゼンベックも、同様の趣旨で、「全ての場合において、所定の賃料を引き換えに何らかの用益や行為を与える者が賃貸人となり、それらを受領する者が賃借人となる in universum qui dat utendum vel faciendum aliquid certa mercede, locator est : qui accipit, conductor」と述べていた。賃貸借における当事者の呼称の一貫性を法源内在的に論証しようとするキュジャースの試みの成果は、「現代的慣用」の先駆けとなるこれら有力な注釈書に取り込まれることで、逆に、「仕事完成の賃貸借」、つまり、請負の特殊性を、人文主義法学の枠を越えて広く意識させる契機となったのである。

Ⅲ.

既に見てきた人々によって引用された多くの法文からも明らかなように、ローマ法源上、建築、金属の研磨加工、洗濯、貨物旅客の運送等、様々な「仕事 opus」についても、＜賃貸する locare＞、＜賃借する conducere＞、＜賃貸 locatio＞、＜賃借 conductio＞、＜賃貸人 locator＞、＜賃借人 conductor＞といった賃貸借一般に共通する語句が頻繁に用いられている。しかも、古代ローマの法律家たちは、そのような仕事の賃貸借、つまり、請負を、「物 res」や「労務 opera」の賃貸借と概念的類型的体系的に区別して扱ってはいない。彼らの念頭にあったのは、むしろ、目的物と金銭の対価的交換が合意にのみよって義務づけられるという売買との共通点であり、そのような共通点にもかかわらず、何らかの理由で売買と見なし得ない多種多様な取引を包括的に取り込む役割を担ったのが賃貸借であった⁴¹⁾。従って、当時の法律家は、特定の類型も想定することなく、全ての取引事例に関して同一の観点から上記のような語句を用いていたはずであり、この点について法源内在的で整合性のある説明が与えられるならば、関連する個々の法文の正確なテキストの確定と意味の把握に寄与し得る。ただし、そのような試みは、物の賃貸借と労務の賃貸借、雇傭と

41) この点については、例えば、Harke, *Römisches Recht* (2008), 50. を参照。

請負といったように予め類型化した上で、法文を振り分け解釈するようなやり方とは根本的に異なる。以下に敷衍するキュジャースの議論においても、類型的な先入観を排して法文それ自体を論理整合的に理解しようとする態度が貫かれている。

賃貸借の当事者の呼称をめぐるキュジャースの見解の核心部分は、ヴェーゼンバックとトロイトラーが共に引用する『考察と修正』第2巻第28章において、「賃貸人及び賃借人という名称の区別について De locatoris et conductoris nominum differentia」との表題で提示されている⁴²⁾。ここではまず、「賃貸人

42) “賃貸人を、賃料を受け取る者、賃借人を、賃料を与える者と定義する人々がおり、それに従えば、建物の所有者は賃貸人、借家人は賃借人となって、後者には借主訴権、前者には貸主訴権がそれぞれ生じる。しかし、このような定義は常に通用するものではない。というのも、賃料を与える者が賃貸人と呼ばれ、賃料を受け取る者が賃借人と呼ばれる場合も多いからである。例えば次のような場合を考えて見よ。すなわち、家屋の建築を注文する者は賃貸するけれども賃料を支払い、逆に、家屋の建築を引き受ける者が賃借人であり、賃料はこの者に与えられるので、前者には貸主訴権が、後者には借主訴権が生じる。同様に、家畜の放牧、何かの修理や研磨、子供の教育、荷物の運搬を引き受ける者は、賃料を受け取るにもかかわらず、賃借人なのである。従って、賃貸人及び賃借人の定義を探究するにあたっては、賃料が誰によって支払われ受領されるかという点に着目する必要はない。なぜなら、賃料を受領する者だけでなく支払う者もまた賃貸人となる、賃料を支払う者だけでなく受領する者もまた賃借人となるからである。そうではなくて、如何なる場合にも、用益されるべき何かあるいは為されるべき何かを与える者が賃貸人であり、それらを受け取る者が賃借人なのである。この定義が実際にどのようなものか例を挙げて論証せねばならない。建物の用益を提供する者や仕事の完成を注文する者は、後者が賃料を支払い前者が賃料を受領することになるけれども、何れも賃貸人である。一方、建物の用益を享受する者や仕事の完成を請け負った者は、後者が賃料を受領し前者が賃料を支払うことになるけれども、何れも賃借人である。以上からすれば、我々の衣服の保管についてその労務を提供する者は賃貸人であり、我々は賃借人となるが、同時にまた、衣服の保管を請け負う者は賃借人であり、我々は賃貸人となる。また、法学教授は、教育のために自らの労務を提供し、報酬について合意しているならば、賃貸人であり、生徒が賃借人となる。しかし、法学教授がその学問に没頭する多くの生徒の教育を引き受ける場合には賃借人であり、生徒が賃貸人となる。同様に、私が一定の報酬であなたに物の売却を委託する場合、私が賃貸人であなたが賃借人であるが、あなたが私から物の売却を引き受けるだけでなく私のために労務を提供する場合には、あなたが賃貸人であり私が賃借人となる。最後に、船長は、船の用益を提供する場合には賃貸人であり、商

とは賃料を受け取る者であり賃借人とは賃料を与える者であると定義する人々 qui Locatorem eum esse definiant, qui mercedem accipit, Conductorem qui dat」に対して、「このような定義は常に通用するものではない haec definitio non est perpetua」との反論が提示される。家賃を受領する「建物の所有者 dominus aedium」が「賃貸人 locator」で、家賃を支払う「借家人 inquilinus」が「賃借人 conductor」であるのは確かだが、その一方で、「家屋の建築を注文する者 qui domum faciendam dat」は報酬を支払うにもかかわらず「賃貸人」であり、「家屋の建築を引き受ける者 qui domum faciendam suscipit」が報酬を受け取るにも関わらず「賃借人」である。しかも、上記定義に対する反証事例は、「家畜の放牧 pecus pascendum」、「何かの修理や研磨 sarciendum et poliendum aliquid」、「子供の教育 puer docendus」、「荷物の運搬 onus ferendum」というように、法文上、無数に存在する。このように、「賃料を受領する者だけでなく支払う者もまた賃貸人となり、賃料を支払う者だけでなく受領する者もまた賃借人となる est Locator, non is qui accipit, sed etiam qui dat mercedem :

品の運送を請け負う場合には賃借人であるが、何れの場合にも賃料を受け取る。他方、荷主は、前者の場合、賃借人であり、後者の場合、賃貸人であるが、何れの場合も船長に賃料を支払う。しかし、荷主が船を賃借したのか商品の運搬を依頼したのか、従って、荷主に生じるのは貸主訴権と借主訴権の何れであるのか不明である場合はどうであろうか。この場合、疑問を解消するために、前書訴権を付与するということが行われている。上記の事例において、契約当事者間でどのように取引が行われたのか不明な場合にも、同じことが言える。ところで、以上の点から明らかなのは、先に述べたような賃貸と賃借の区別、すなわち、何かの利益あるいは役務を与えることが賃貸であり、それらを受け取ることが賃借であるという区別が常に妥当するという点である。以前、法学提要第3巻についてかなり簡単に論じた際に、私はこの点の正しさに気付いていたので、本章において詳細に論じた。ただし、これらの諸事例を取り出した法文の在処は一々明示しなかった。というのも、それらの法文は、貸主訴権 [法学提要3巻34章、学説彙纂19巻2章、勅法彙纂4巻65章]、ロードス法 [学説彙纂14巻2章]、販売委託訴権、前書訴権 [学説彙纂19巻5章] に関する全ての章に見出されるからである。他の著者からも同様の事例を更に多く引用することも可能ではあるが、手元にこれだけ多くの事例がある以上、どうして他人のものを欲しがる必要があらうか。” (Observationes, 75-76. 引用は1587年ケルン刊全17巻版のテキストによる)

Conductor, non is qui dat, sed etiam qui accipit mercedem」以上、「賃貸人及び賃借人の定義を探究するにあたって、賃料が誰によって支払われ受領されるかという点に着目すべきではない in quaerenda Locatoris et Conductoris definitione, a quo detur ver accipiatur merces」のである。それでは、「賃貸人」や「賃借人」という呼称は何を基準に用いられているのか。この点、賃料ではなく賃貸される目的物の授受に統一的な基準を見出すのがキュジャースの立場である。つまり、「如何なる場合にも、用益されるべき何かあるいは為されるべき何かを与える者が賃貸人となり、それらを受け取る者が賃借人となる generaliter, Locator est, qui dat utendum vel faciendum aliquid: qui accipit, Conductor」というのである。キュジャースは、同時期の『法学提要全四巻への注記』でも提示された⁴³⁾この定義の妥当性を、賃貸借として法文中に現れている様々な事例に即して論証している。例えば、「建物の用益を提供する者や仕事の完成を注文する者は、後者が賃料を支払い前者が賃料を受領することになるけれども、何れも賃貸人である is qui dat suam domum utendam, vel opus faciendum, Locator est, cum tamen hic det, ille accipiat mercedem」し、逆に、「建物の用益を享受する者や仕事の完成を請け負った者は、後者が賃料を受領し前者が賃料を支払うことになるけれども、何れも賃借人である qui domum utendam, vel opus faciendum accipit, Conductor est: et hic tamen mercedem accipit, ille dat」。この説明では、「用益されるべき何か utendum aliquid」の賃貸借の例と「為されるべき何か faciendum aliquid」の賃貸借の例が並べられ、それぞれの授受の観点から上記定義が敷衍されており、その普遍的な妥当性が強調されている。他にキュジャースが挙げているのは、「我々の衣服の保管についてその労務を提供する者は賃貸人であり、我々は賃借人となるが、同時にまた、

43) “賃貸するとは、用益されあるいは為されるべく何かを与えることである。賃借するとは、用益されあるいは為されるべく何かを受領することである Locare est dare aliquid utendum, vel faciendum. Conducere est accipere aliquid utendum vel faciendum.” (Opera omnia, I, 118. ただし引用は1609年ジュネーヴ刊の四巻版『著作全集 Opera omnia』所収の『法学提要全四巻への注記新編 In libros quattuor Institutionum notae posteriores』(1585年初版) テクストによる)

衣服の保管を請け負う者は賃借人であり、我々は賃貸人となる *qui custodiendis vestimentis nostris operam suam exhibet, Locator est, nos Conductores sumus: at is qui vestimenta custodienda suscipit, Conductor est, nos Locatores*」という事例、「法学教授は、教育のために自らの労務を提供し、報酬について合意しているならば、賃貸人であり、生徒が賃借人となる *iuris professor, si ad docendum suas operas exhibeat, ac de mercede paciscatur, Locator est, discipuli sunt Conductores*」が、「法学教授がその学問に没頭する多くの生徒の教育を引き受ける場合には賃借人であり、生徒が賃貸人となる *si iuris professor conplures in eius disciplinam se dantes edocendos suscipiat, Conductor est, discipuli sunt Locatores*」という事例、「私が一定の報酬であなたに物の売却を委託する場合、私が賃貸人であるあなたが賃借人であるが、あなたが私から物の売却を引き受けるだけでなく、更に私のために労務を提供する場合には、あなたが賃貸人で私が賃借人となる *si rem vendendam certa mercede tibi do, ego sum Locator, tu Conductor: sed si tu me rem vendendam rogas, et ultro mihi tuam operam defers, tu Locator es, ego Conductor*」という事例、「船長は、船の用益を提供する場合には賃貸人であり、商品の運送を請け負う場合には賃借人であるが、何れの場合にも賃料を受け取る *navis magister, si navem det utendam, Locator est: idem si accipiat merces vehendas, Conductor est: utroque tamen casu mercedem accipit*」一方、「荷主は、前者の場合、賃借人であり、後者の場合、賃貸人であるが、何れの場合も船長に賃料を支払う *dominus mercium priore casu Conductor, posteriore Locator est: et utroque casu tamen ipse dat mercedem navis magistro*」という事例の四つであり、この内、前三者では、「為されるべき何か」の賃貸借における仕事と労務、最後の例では、「用益されるべき何か」の賃貸借における物の用益と仕事というそれぞれ二重の観点から先の定義を当てはめていると解することも可能である。ただし、キュジャース自身は、法源内に散在する賃貸借の事例を敢えてそのまま順不同で列挙しているにすぎない。「これらの事例を取り出した法文の在処 *capita legum, ex quibus exempla haec prompsimus*」は煩雑さを避けて明示されていないが、キュジャースにとって重要なのは、法文中に現れる多種多様な賃貸借について整合的な説

明を与えることである。「他の著者からも同様の事例を更に多く引用することも可能ではあるが、手元にこれだけ多くの事例がある以上、どうして他人のものを欲しがる必要があろうか *possim etiam aliis auctoribus assimilia exempla promere compluria, sed cum tot propria habeamus, quid alienis indigemus*」という言葉には、そのようなキュジャースの態度が象徴的に示されている。従って、キュジャース自身が請負という類型を提示しているわけでも、そこでの当事者の呼称逆転を取り立てて強調しているわけでもない。「仕事 *opus*」の賃貸借における呼称の逆転という点そのものは、例えば、ヨアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588年)が、『完本 (アポテレスマ)、すなわち、市民法学提要全四巻への完結した注釈集 *Apotelesma sive corpus perfectum scholiorum ad quatuor libros Institutionum iuris civilis*』(1555年初版)の第25巻表題注釈の中で、「賃貸人とは賃料を受け取る者であり、賃借人とは賃料を与える者である *locator est, qui mercedem accipit: conductor, qui dat*」という観方をまさに前提としつつ、「何らかの仕事の提供に関する限りにおいて、このような呼び方は時に逆転される *nonnumquam haec figura loquendi convertitur, quatenus ad opus aliquod parandum attinet*」と指摘している通り⁴⁴⁾、特に目新しい論点ではなかった⁴⁵⁾。キュ

44) “合意のみによって締結される契約の第二のものは賃貸借である。〈1.〉賃貸借には二種類ある。すなわち、あるものは期限付きの賃貸借であり、これは一定の期間に限って存続するものであり、賃貸借という名称はこちらが保持する。これに対して、あるものは無期限の賃貸借であり、こちらには別の名称が割り当てられ、永借契約と呼ばれた。本章ではこれら双方について論じられている。〈2.〉ただし、最初に論じられているのは期限付き賃貸借であり、正確に定義するならば、それは、一定額の賃料を引き換えに為された物あるいは労務の利用の許諾である。というのも、この場合、賃貸人と賃借人との間で一定額の賃料について合意された時に賃貸借が締結されたと解されるからである。〈3.〉賃貸人とは賃料を受け取る者であり、賃借人とは賃料を与える者である。ところで、ラテン人においては、何らかの仕事の提供に関する限りにおいて、このような呼び方が時に逆転される。なぜなら、仕事をする者が仕事を賃借したと形容され、逆に、賃料を与える注文主が当該仕事を賃貸したと形容されるからである。”(Apotelesma, 364. 引用は1580年パーゼル刊のテキストによる)

45) なお、コーイングは、同箇所第2番を引用して、ミュンジンガーを三分法論者と

ジャースの主眼は、むしろ、そのような呼称の逆転をも説明可能な新たな前提を提示することにあつたのである。

とはいえ、キュジャースにおいても概念区分や類型化それ自体が排除されているわけではない。例えば、トロイトラーも引用する『勅法彙纂パラティトラ』の第4巻第65章では、「賃貸借とは、用益、果実、労務の何れかと代価との交換である *locatio est mutatio usus, vel fructus, vel operae cum pretio*」という定義に続いて、「二種の賃貸借 *duo genera locationis*」、すなわち、「使用あるいは収益されるべき何か *aliquid utendum vel fruendum*」の賃貸借と「為されるべき何か *aliquid faciendum*」のそれが区別されている⁴⁶⁾。それによれば、「使用あるいは収益されるべき何かを与える者は代価を受領するのに対して、為されるべき何かを与える者は代価を与える *qui dat aliquid utendum vel fruendum, pretium accipit, qui dat aliquid faciendum, pretium dat*」という点において両者は確かに異なるけれども、「使用あるいは収益されるべきものにせよ、為

して位置づけているが (Europäisches Privatrecht, I, 456, n.1.)、ミュンジンガー自身は、「期限付き賃貸借 *locatio temporanea*」を、「無期限賃貸借 *locatio perpetua*」たる「永借契約 *emphiteusis*」に對置した上で、「一定額の賃料を引き換えに為された物あるいは労務の利用の許諾 *rei vel operae pro certa et numaria mercede ad usum facta concessio*」とはっきり定義しており、第3番での呼称の逆転の指摘に「仕事 *opus*」の賃貸借、つまり、請負の類型化の意図を読み込むのは行き過ぎであるし、仮にそれが可能であるとしても、ラウターバッハ、ホッペ、ハイネクツィウスといった一世紀後の人々の二分法の組み合わせによる三分法とは明らかに異質である。

- 46) “賃貸借もまた、交換と同様、売買に類似しており、この点を様々な例によって論証することもできるが、それらの例は自明であるのでここでは触れずにおく。賃貸借とは、用益、あるいは、果実、あるいは、労務と代価との交換である。建物においては用益、土地においては果実、人間においては労務〔がそれぞれ代価と交換される〕。更に、以下のような二種の賃貸借の間に相違がある。すなわち、使用あるいは収益されるべき何かを与える者は代価を受領するのに対して、為されるべき何かを与える者は代価を与えるけれども、使用あるいは収益されるべきものにせよ、為されるべきものにせよ、何かを与える者は賃貸人と呼ばれ、逆に、それを受け取る者は賃借人と呼ばれる。為されるべきものを受け取る者は、多くの場合、手付もまた受領し、使用あるいは収益されるべきものを受け取る者は手付を受領することも交付することもないが、消費貸借の代わりに金銭を受領する場合がある。” (Opera omnia, III, 70-71.)

されるべきものにせよ何かを与える者は賃貸人と呼ばれ、逆に、それを受け取る者は賃借人と呼ばれる *uterque dicitur locator, qui dat utendum fruendum vel faciendum: conductor vero qui accipit*。上に見た『考察と修正』での成果がここに反映されているのは一見して明らかである。しかし、このような類型論は、法源中の概念の理解や個々の法文の解釈を左右するわけではなく、むしろその逆の関係にある。法文解釈は、類型論の帰結ではなく論拠なのである。キュジャースは呼称をめぐる自らの考察を他にも様々な場面で生かしており、例えば、ヴェーゼンバックが引用した同じ『考察と修正』の第4巻第26章では、「賃貸借において授受される賃料の様々な名称 *mercedis, quae in locatione et conductione intervenit, appellatio*」を論じるに際し、「賃貸人が代価を与えることもあれば、賃借人が与えることもある *modo pretium dat locator, modo conductor*」の述べて、上記第2巻第28章の参照を指示している⁴⁷⁾。

ヴェーゼンバックやトロイトラーは引用していないが、やはり同章の成果を

47) “売買だけではなく賃貸借においても代価が授受される。しかし、手付は売買においてのみ授受され、賃貸借においては授受されない。しかも、代価と同様、手付もまた、与えるのは、買主であって売主ではないし、婚約においては、婚約した男であって女ではない。従って例えば、勅法彙纂5巻1章「婚約、婚約手付、婚姻仲介料について」第6法文1節への注釈において、婚約した女によって手付が与えられるとしているアックルシウスは誤っている。ところで、既に『考察と修正』第2巻第28章で論じたとおり、賃貸借においては、賃貸人が代価を与えることもあれば、賃借人が与えることもある。学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第10法文〔2節〕や同14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第10法文2節では<代価>と呼ばれている。また、「貸主訴権及び借主訴権について」と題された章〔学説彙纂19巻2章及び勅法彙纂4巻65章〕では、頻繁に、<賃料>、あるいは、<定期金>、あるいは、<使用料>乃至<収益金>などと称されている。ただし、<定期金>や<使用料>乃至<収益金>は不動産についてのみ用いられる。<代価>及び<賃料>は労務に関しても用いられる。ギリシャ人は、彼ら自身の言葉で、居住の対価を<家賃(エノイケイオース)>、労務の賃料を<報酬(ミストース)>と呼んでいる【アレクサンドリアのクレメンス『雑文録(ストロマテイス)』第1巻〔第20章〕：「船長に与えられる場合には運賃、徴税請負人に与えられる場合には租税、家主に与えられる場合には家賃、教師に与えられる場合には報酬、売主に与えられる場合には手付とそれぞれ呼ばれる」】。しかし、ユスティニアヌスの新勅法第43、88、120勅法、及び、ハルメノプーロスの『要覧』第3巻8章では、家賃を<ト・ステロノミオン>

前提として展開されたものとして、『考察を修正』第3巻第2章を挙げることもできる。そこで試みられているのは、特定の法文、具体的には、学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について De lege Rhodia de iactu」第2法文前書及び第10法文の逐語的な注釈である⁴⁸⁾。ラベオーの『説示集

と呼んでいる。先の<エノイケイオース>という語は、テオプラストスやプルタルコスにおいても同じ意味で用いられている旨、ペトルス・ウィクトリウス『異文集』第16巻第11章が論じている。”(Obsevationes, 183-184.)

- 48) “我々は、既に本書第2巻[第28章]において、質貸人及び質借人の定義について、私の考える限り十分に注意深く吟味したところであり、その点は学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第2及び10法文の理解にも決して少なくない光をもたらすけれども、これらの法文には依然として難解な点がないわけではなく、それどころか多くの困難が残されており、かなり以前に私がこれらの法文に加えた僅かな注釈を持ち出しても事態は変わらない。そこで、簡単ながら、ここで注釈を更に付け加えておくことにしたい。本章第10法文には「汝が奴隷の運搬を請け負った場合」とある。ここでは船長が質借し、乗船者あるいはその主人が質貸している。一方、同法文には、「船で汝の物品が輸送されるという趣旨で汝が船を質借した場合」とある。ここでは船長が質貸し乗船者が質借している。しかし、「そうされることを汝が望んでいないと知りつつ」、つまり、乗船客の意思に反する場合、船長は、先と同様に、借主訴権に基づき義務づけられる。その際同法文には、「借主貸主訴権によって」とある。これは借主訴権と同じであり、学説彙纂18巻4章「相続財産あるいは訴権の売却について」第19法文や同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第33法文に「買主売主訴権によって」とあり、更には、ワッロー『農事論』第2巻第2章には「賃借質貸によって」とあるように、「借主貸主訴権」と表現することも可能なのである。「貸主借主訴権によって」【学説彙纂19巻2章第13法文1節】では決していない。実際、この法文では以上とは全く別の仕方で質貸借が締結されている。というのも、乗船者は、こちらでは、荷物の運搬を注文しているのに対して、上記第10法文では、船の用益を受領しているので、後者では質借人であるが、前者では質貸人となるからである。第10法文にある「最初の船主」とは、最初の船を質貸した者のことである。また、「当然この限りではない」とあって、先のラベオーの見解にパウルスが様々な例外を付け加えている。例えば、何れの船も難破した場合や、船長が当局に拘束されあるいは病気になったり、最初の船そのものが故障したりして、最初の船では航行不能であった場合がそうである。つまり、これらの場合、船長は、たとえ後の船が難破したとしても、借主訴権あるいは貸主訴権によって義務づけられることはない。続いて、「[予め合意した期日までに汝の物品を荷揚げしなければ一定の違約金を支払うとの]条件で[船長が汝から質借したとして]もやはり同じ法が妥当する」とある。ここでは、当法文の最初と同様、船長が質借し乗船者が質貸したことになる。

Pithana』をパウルスが抜粋注釈したものにに基づく第10法文⁴⁹⁾では、まず、「汝が奴隷の運搬を請け負った場合、船中で死亡した奴隷については、汝に対して運賃を支払う義務はない si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur」という冒頭の箇所（前書のラベ

「当該物品の運搬を賃貸した<locasset>」とある。確かにフィレンツェ版にはそうあるが、この箇所は絶対に<locasses>と読まねばならない。「当該違約金の免除を見込んだこと」とある。フィレンツェ版にはそうあるが、私はむしろ「当該違約金を免れたと考えた」と読み、要するに、運搬の任務を成就したが故に、当該違約金の支払を免れたと考えたという趣旨に解したい。同様に、「認識」はむしろ「思考」と読みたい。「船長」は最初の船長、「船」は最初の船、「代価」は運賃に相当する対価の意味である。「一括して」とある。ここで一括に対置されているのは「積み込まれる壺の」数量である。つまり、一括して船が賃借された場合には、たとえ賃借人が船により少なく積み込みあるいは全く何も積み込まなかったとしても、合意した賃料全額が義務づけられるのである。この語句の語源については法学提要第3巻への注釈〔法学提要への注記〕3巻23章「売買について」第3節の<Cum autem emptio>への注記。なおこの点は後に『考察と修正』第8巻第15章でも論じられている〕で既に解明した。”(Observationes, 98-99.)

- 49) “汝が奴隷の運搬を請け負った場合、船中で死亡した奴隷については、汝に対して運賃を支払う義務はない。パウルス：「無論、如何なる合意が為されたのか、つまり、運賃が支払われるのは積み込まれた者についてなのかそれとも運搬された者についてなのか、が問題となる。もしこの点が明らかにならない場合、船長は、奴隷が積み込まれたことを証明すれば、十分である」。船で汝の物品が輸送されるという趣旨で汝が船を賃借したところ、船長は、そうされることを汝が望んでいないことを知りつつ、何らの必要もないのにそれらの物品をより低級な船に移し換え、その後、汝の物品が、それらを新たに運搬していた船と共に難破した場合、最初の船長に対する借主貸主訴権を取得する。パウルス：「しかし、この航行中に何れの船も難破した場合には、それは船長等の悪意や過失によって生じたわけではない以上、当然ながらこの限りではない。また、最初の船長が当局によって拘束され汝の物品とともに航行することを差止られていた場合も同じ法が妥当する。更に、船長が、汝の物品を、所定の期日までに、船長が提供したその運搬の目的地に荷揚げしなければ汝に対して所定の違約金を支払うとの条件で汝から運搬を請け負ったが、船長には責任がないために当該違約金の免除が生じ得る場合も同様である。船長が病気に妨げられて航海できなかったことが証明された場合にも、同様の認識に立つならば同じ法に従うべきであろう。また、船長の船に、船長の悪意や過失によらない欠陥が存する場合にも同様と解される」。汝が壺を二千本運搬可能な船を賃借し、そこに壺を積み込んだ場合、汝は壺二千本の運賃を支払う義務がある。パウルス：「これはもちろん、船が一括して賃

オー抜粹本文)では、「奴隷の運搬＝運搬されるべき奴隷 *vehenda mancipia*」を「船長が賃借し、乗船者あるいはその主人が賃貸している *nauta conduxit, vector vectorumve dominus locavit*」のに対して、「船で汝の物品が輸送されるという趣旨で汝が船を賃借したところ、船長は、そうされることを汝が望んでいないことを知りつつ、何らの必要もないのにそれらの物品をより低級な船に移し換え、その後、汝の物品が、それらを新たに運搬していた船と共に難破した場合、最初の船長に対する借主貸主訴権を取得する *si ea conditione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur, easque nulla nauta necessitate coactus, in navem deteriore, cum id sciret, te fieri nolle, transtulit, et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem*」との一節(第1節のラベオー抜粹本文)では、「船の用益(＝用益されるべき船) *navis utenda*」を「船長が賃貸し乗船者が賃借している *nauta locavit, vector conduxit*」とされる。つまり、「奴隷の運搬」や「船の用益」という賃貸借の目的(物)を基準にして見れば、＜汝が賃借した(＝請け負った)ならば *si conduxisti*>という表現に何ら矛盾混乱はないというのである。その場合、第1節に見える「借主貸主訴権 *ex conducto locato actio*」とは、「乗船者 *vector*」の「最初の船長 *prior nauta*」に対する「借主訴権 *actio ex conducto*」の趣旨であることになるが、キュジャースは、買主訴権を「買主売主訴権 *actio ex empto vendito*」と呼んでいる幾つかの法文⁵⁰⁾に加えて、ワッローの『農事論 *De re rustica*』に見出される「賃借賃貸によって *ex conducto locato*」との表現によってこの点を裏付けた上で、更に、「貸主借主訴権 *actio ex locato conducto*」乃至「貸主訴権 *actio ex locato*」という表現がこの第10法文に相応しくないことを、同じラベオーが同種の事例について言及する法文⁵¹⁾との対比によって強調している。第10法文第1節では、上記ラベ

借された場合である。積み込まれた壺の数に応じて運賃が定められている場合には、事情は異なる。つまりこの場合は、荷揚げされた壺の数に応じて汝は運賃の支払いを義務づけられるのである。」(D.14, 2, 10. *Labeo, 1, Pithana a Paulo epitomata.*)

50) D.18, 4, 19; 19, 1, 33.

51) “船長がミントゥルナエへの荷物の運搬を請け負ったところ、その船がミントゥル

オーの見解について、パウルスが、「最初の船長」に対する「借主訴権」が生じない事例を列挙しており、その中に、「船長の船に、船長の悪意や過失によらない欠陥が存する *navis ejus vitium fecit sine dolo malo, et culpa ejus*」場合が挙げられているが、こちらのウルピアヌスの法文によれば、ラベオー自身、「船長がミントウルナエへの荷物の運搬を請け負ったところ、その船がミントウルナエ川をさかのぼることができないために、別の船に積荷を移し換え、その後、その船が河口で難破した *navicularius onus Minturnas vehendum conduxit, et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulit, eaque navis in ostio fluminis periit*」という同種の事例について、「最初の船長 *primus navicularius*」は「過失がない限り責任を負わない *si culpa caret, non teneri*」旨主張していたとされ、今度はウルピアヌスがこれを制限して、「荷主に意思に反して移し換えたり、時宜を顧慮しなかったり、不適当な船に積み込んだりした場合には、貸主訴権によって訴えることができる *si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi imposuit, tunc ex locato agendum*」と付言している。問題なのは、一見非常に似通った事例であるにも関わらず、「最初の船長」が、一方では「借主訴権」で、他方では「貸主訴権」で訴えられるという点である。しかし、ここでも賃貸借の目的物に着目すれば問題は解消される。つまり、引用されたウルピアヌスの法文では、「乗船者」は、「荷物の運搬を注文している *onus vehendum dedit*」ので「賃貸人」として貸主訴権を、第10法文第1節では、「船の用益を受領している *navem utendam accepit*」ので「賃借人」として借主訴権を、それぞれ行使することに何ら矛盾はないのである。また、キュジャースは同じ知見に基づいて法文の修正にまで踏み込んでいる。積荷を移し換えた船長の責任を肯定するラベオーの見解に対してパウルスが加えた例外事例の一つとして、法

ナエ川をさかのぼることができないために、別の船に積荷を移し換え、その後、その船が河口で難破した場合、最初の船長は責任を負うであろうか。ラベオーによれば、この船長に過失がなければ、責任を負わないとされる。ただし、荷主に意思に反して移し換えたり、時宜を顧慮しなかったり、不適当な船に積み込んだりした場合には、貸主訴権によって訴えることができる。” (D.19, 2, 13, 1. Ulpianus, 32, Ad edictum.)

文には、「船長は、汝の物品を、所定の期日までに、自らが提供した当該物品の運搬の目的地に荷揚げしなければ汝に対して所定の違約金を支払うとの条件で汝から運搬を請け負ったが、船長には責任がないために違約金の免除が生じた場合 *cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret*」とあり、この一節の二箇所について、何れもフィレンツェ版学説彙纂のテキストとは異なる読みが提案されている。その一つは、「当該違約金の免除が（船長に）生じた *remissa sibi ea poena spectaret*」との箇所を、「当該違約金を免れたと（船長が）考えた *remissam sibi eam poenam spectaret*」と読み替え、「運搬の任務を果たすことで当該違約金の支払を免れたと考えた *munere vehendi perfugeretur: atque ita ea se poena exolutum spectaret*」という趣旨に解釈する案であるが、これによって法文の意味が大幅に変更されるわけではない。これに対して、「（船長が）当該物品の運搬を提供した（＝運搬されるべき物品を賃貸した） *devehendas eas merces locasset*」を、「（汝が）当該物品の運搬を注文した（＝運搬されるべき物品を賃貸した） *devehendas eas merces locasses*」と読み替える案の方は、想定されている賃貸借の性質に直接関わる修正である。修正の結果、ここでは、「船の用益」ではなく、前書と同じように「物品の運送（＝運送されるべき物品） *devehendae merces*」の賃貸借の下で、「船長が賃借し乗船客が賃貸している *nauta conduxit, vector locavit*」ことになる。キュジャースは、第1節全体の一貫性よりも、船長が「汝から請け負った＝賃借した *a te conduxisset*」という同一文内の表現との整合性を優先させたのである。

パウルの『告示注解 *Ad edictum*』に基づいた第2法文前書⁵²⁾への注釈⁵³⁾に

52) “遭難した船によって積荷の投下が為された場合、失われた物品の荷主は、物品の運搬を注文していたならば、貸主訴権で船長を訴える必要がある。次いで、船長は、物品が無事である他の荷主に対して、借主訴権に基づき、損失が均等に分担されるべき旨訴えることができる。確かに、セルウィウスの解答するところによれば、失われた物品の荷主は、貸主訴権に基づいて、他の乗船客の荷物を彼らが損失負担分を提供

おいても、当事者の何れが賃貸人で賃借人であるかという点が極めて重大な役割を果たしている。というのも、キュジャースによれば、この法文では、「積荷を投げ捨てた者は、損失分担を実現するために、如何なる訴権で船長を訴えるべきか *qua actione is qui iacturam fecit, eliciendae contributionis causa, cum*

しない限り留置するよう船長に求めるべきであるとされている。ただし、船長は、仮に積荷を留置するとしても、更に加えて、乗船者に対する貸主訴権を取得することになろう。実際、重荷を所持していない乗船者がいるならばどうであろうか。重荷が存在するならば、それらを留置することが一層効率的なのは明らかである。しかしながら、船を全て借り切っていない場合には、船中に場所を賃借した乗船者として、借主訴権を行使できる。というのも、損失は、他の人々の物が喪失したお陰で自分の物品が失われずに済んだ人々の共同の負担とするのが最も衡平であるから。”(D.14, 2, 2, pr. Paulus, 34, Ad edictum.)

- 53) “次に、第2法文に注釈を付すことにする。積荷を投げ捨てた者は、損失分担を実現するために、如何なる訴権で船長を訴えるべきかが、当法文の問題である。法文が以下のような場合分けをしているのは確かであると考えられる。すなわち、積荷を投げ捨てた者が物品の運送を注文した場合と船を賃借した場合である。法文は、まず、注文した者についてふれ、続いて、「これに対して船を借り切らなかった場合には云々」の一節で、賃借した者について述べている。このように、この法文は、乗船者に対して、一方では貸主訴権を、他方では借主訴権を認めているのである。「貸主訴権によって云々」。ここでは、乗船者が貸主訴権によって船長を訴えた上で、物品の運搬を引き受けた他の乗船者を船長が借主訴権によって訴えるとしてされており、これは19巻2章第60法文5節、同19巻1章第13法文30節、同33巻5章「選択権の遺贈について」第8法文3節における場合と同じである。「セルウィウスは云々」。ここでセルウィウスが述べているのは、乗船者は、更に船長が借主訴権によって訴えるためではなく、船長が積荷を留置できるようにするために、貸主訴権によって訴えるのだという点である。つまり、このようにする方が明らかに効率的なのである。「船長が積荷を留置するとしてもやはり云々」。ここに否定詞を付加する人々もいるが、これが不当であることは「やはり云々」の節が示唆している。そうではなくて、「やはり」というのは、学説彙纂43巻17章「<汝占有する限り>の特示命令」第1法文6節のように、「先に」という趣旨である。この第6節によれば、「訴権が先に占有者に与えられることはない」、つまり、占有者が先に訴えることはできないとされている。というのも、自らの権利について訴える前に自らが訴えられるのを待たねばならないからである。リウィウス [『ローマ史』] 第1巻 [第5章4行] には、「盗賊たちは捕まえた者をアムリウス王に引き渡し、しかも告発した」とある。「しかも」というのは「盗賊たちが先に」という趣旨である。というのも、むしろ盗賊たち自身が告発される可能性があったからである。この点は、「先に彼らにいい顔をしよう」というテレン

nauta experiatur」について、その前半部分では、「乗船客 vector」が「物品の運送を注文した merces vehendas locavit」場合が、後半部分では、「船を賃借した navem conduxit」場合が、それぞれ区別された上で論じられているとされるからである。「物品の運送を注文した（＝運送されるべき物品を賃貸し

ティウスの一節の注釈においてドナトゥスが指摘している。以上からすれば、当法文でパウルスが言っているのは、たとえ船長が積荷を留置しているとしても、乗船者が積荷を返還をまた請求していない内にそれを見越して先に訴えることができるということである。というのも、船に重荷を持ち込んだ乗船者もいれば、持ち込んでいない乗船者もいるという点に注意せよ。「重荷」とは船に負担となるようなもののことである。宝石、真珠、指輪、衣服といったものは重荷には当たらない。とはいえ、乗船者は、これらのものを投げ捨てたお陰で助かったものにに応じて、損失を分担する【当第2法文2節】。つまりこの場合、船長にとって重荷を留置する方が確かに好都合であり、重荷を船に持ち込んだ乗船者に対して先に借主訴権で訴えることはできない。しかし他方で、重荷を所持していない乗船者に対しては、たとえ他の乗船者の重荷を留置しているとしても、損失を負担すべく相手に先んじて貸主訴権で訴えることになる。このように、船長が貸主訴権によって訴える相手は重荷を所持していない乗船者である。というのも、船長は彼らから重荷の運搬を請け負ってはならず、ただ彼らに船、あるいは、船中の場所の用益を賃貸したに留まるからである。そうである以上、彼らに対して借主訴権を行使できないのは明らかである。「他方、船を借り切っていない場合云々」。フィレンツェ写本は正しい。この箇所はフィレンツェ版の印刷に努めた人々によって僅かな補充で歪められたが、その際彼らには原意の回復に資するように思われたその小辞が新たに付加されたものであると分かるように、彼らはその部分を賢明にも括弧に入れた [<at si non, (et) totam navem conduxerit, ex conducto aget> の <(et)> トレツリ版355頁]。しかし実際には、小辞の補充は原意を損なっている。私が考えるには、前半の議論が荷物の運搬を注文した者で投げ捨てられた積荷の持ち主である者について言及している以上、この後半部分においてもパウルスは船を賃借したこれらの人々について述べているはずである。そして、実際のところ、これらの人々は、船を借り切るか、船の中に場所を借りるかの何れかである。もし船を借り切ったとすると、この法文は論じるのに相応しくない。というのも、そのような場合、船長は他の誰とも契約を結んでいない以上、相手取って訴えることができ、あるいは、その積荷を留置できるような者はいないから。これに対して、船の中に場所を借りた場合には、この法文がまさに問題となる。この場合、荷物を投げ捨てた乗船者には船長に対する借主訴権が発生し、その結果、船長は先に他の乗船客を貸主訴権で訴えるか、もしくは、他の乗船者の荷物を留置することになると解される。「しかしながら、船を借り切っていない場合、船中に場所を借りた者（でなおかつ荷物を投げ捨てた者）として、借主訴権に基づき訴えることができる」という一節はまさにこ

た)乗船者が積荷投下によって財産を失った場合には、「貸主訴権 *ex locato actio*」で「船長 *nauta*」を訴え、「船長は、物品が無事である他の荷主に対して、借主訴権に基づき、損失が均等に分担されるべき旨訴えることができる *is cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest*」。これに対して、「船を賃借した」乗船者が積荷投下で財産を失った場合には、「借主訴権 *ex conducto actio*」で船長を訴え、船長が貸主訴権で他の荷主を訴えることになる。「船を全て借り切っていない場合には、船中に場所を賃借した乗船者として、借主訴権を行使できる *si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerint*」という一見分かりにくい法文の表現は、荷主が「船を借り切った *totam navem conduxerunt*」場合を排除する趣旨である。そのような荷主が積荷投下で財産を失っても、損失を共同して負担すべき他の乗船客はそもそも存在しない。つまり、「船長は他の誰とも契約を結んでいない以上、相手取って訴えることができ、あるいは、その積荷を留置できるような者はいない *cum nullo alio magister contraxit, ut possit cum eo agere, vel eius merces retinere*」のである。従って、*<at si non totam navem conduxerit>*の否定辞 *<non>*は、素直に *<船全体 totam navem>*にかかるものとして読まれるべきであり⁵⁴⁾、「しかしそうではなく船全体を借り切った場合には」というように

の点について述べているのである。「(船長が)借主訴権で訴えることになる」というのはフィレンツェ写本の読みを誤っている。以上を要約すると次の通りである。投げ捨てられた積荷の持ち主は、損失の分担に際して、その取引内容に応じて、貸主訴権かもしれない借主訴権で船長を訴えるのである。なお、如何なる取引が為されたのかわからない場合には、前書訴権が用意されている【学説彙纂19巻5章第1法文】。かなり難解な法文を以上に解明した次第である。”(Observationes, 99-100.)

54) キュジャース自身は特定の典拠を指示してはいないが、ドニ・ゴドフロワ Denis Gedefroy (1549-1622年) が当該箇所についた(ただしキュジャースの見解を再現するには簡潔に過ぎる)注釈が指摘する通り(「*<conduxerint, ex conducto agent>*、クヤキウス前掲『考察と修正』第3巻第2章。クヤキウスは、バシリカ法典の「しかし他方で船全体を *ει δε μη το πλοιον ολον>*という箇所に基づいてこのように断言しているのである」Corpus iuris civilis romani, 309, n. 12. 引用は1720年ライプツヒ刊のテキストによる)、バシリカ法典の対応箇所(Bas. 53, 3, 1.)に基づく。

<non>を無視するような解釈は不自然だけでなく法文の理解としても不当である。実際、トレッリ父子 Lelio / Francesco Torelli の編集によってフィレンツェ写本（「フィレンツェ本学説彙纂 Pandectae Florentinae」）が印刷公刊された際（1553年初版）、写本そのものには存在しない<et>が補充されたが（<at si non, (et) totam navem conduxerit>）、「補充された小辞はむしろ原意を損なっている *addita particula sensum perturbat*」のである。また、仮にこの箇所が適切に読まれたとしても、それに続く部分が、<conduxerit, ex conducto aget>というように単数三人称の表現となっていて、あたかも「船長 *magister navis*」が船を全て借り切っていない場合に、船中に場所を賃借した乗船者のごとく、借主訴権を行使できるという趣旨に読める。しかし、これでは、荷主が「船を賃借した」という上述の前提に反することになる。そこで、キュジャースは、この箇所でも先の第10法文に続いて法文の修正を試み、「乗船客 *vectores*」に合わせて、<conduxerint, ex conducto agent>と複数三人称に読み替える修正案を提示している。この修正もまた、字句の面では確かにフィレンツェ写本から離れるものであるが、「フィレンツェ写本は誤って読まれている *Flor. male legitur*」というキュジャースの言葉に示唆される通り、そこではむしろ、誰が賃貸人で誰が賃借人であるかの論理整合的な理解を通じて、写本それ自体の「原意 *sensus*」の回復が企図されているのである。

誰が賃貸人で誰が賃借人かをめぐるキュジャースの考察をはっきりと引用する者は、ヴェーゼンベックやトロイトラー以降、帝国における現代的慣用を担った人々の間にはほとんど見られず、ハイネクツィウスがフィンネンの『法学提要注解』への補注（1726年初版）で言及している⁵⁵⁾程度であるが、帝国外

55) ただし、この補注が執筆されたのはネーデルラント連邦共和国フリースラント州のフラーネケル大学に在職乃至滞在していた時期であり（読者向け序言の最後に「フリースラントのフラーネケルにて1626年3月10日」とある *Commentarius*, 6.r.）、しかも、キュジャース自身の主張とは明らかに別の文脈で引用されている（“しばしば、誰が賃貸人で誰が賃借人かは、何れから契約の申込があったのかによって判断されるべきとされる。というのも、そのような者が賃貸することになるからである。学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第19法文9節及び第22法文、クヤキウ

では17世紀後半においても頻繁に参照され、しかも、弁護士として法廷実務に直接関与する法律家による実務的著作の中で引用される例が多い。ただし、そのような引用は必ずしも肯定的なものとは限らない。例えば、デン・ハーグやレイデンで活動したシーモン・ファン・レーウエン Simon van Leeuwen (1626-1682年) の『法廷実務の理論的かつ実践的な査閲 Censura forensis theoretico-practica』第1部(1662年初版)の第4巻第22章「賃貸借について De Locatione et Conductione」では、学説彙纂第14巻第2章第2法文前書をめぐる上記のようなキュジャースの法文の読み及び修正に対する反論が試みられている⁵⁶⁾。つまり、<si non totam navem conduxerit, ex conducto aget>という

ス『考察と修正』第2巻28章を参照せよ。事実関係がそうに明らかにできない場合には、前書訴権に基づいて訴えるべきである【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第1法文1節】” Commentarius, 758.)。

- 56) “く7. 本来誰が賃貸人で誰が賃借人であるのか。学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第2法文の解釈について。ここではクヤキウスとウインニウスに反駁した）賃貸借においては、賃貸人とは（物の用益が問題とされる場合には）用益を提供する者であり、用益の対価として賃料を支払う者が賃借人と呼ばれる。労務の賃貸借においては、仕事と労務が区別され、仕事に関して賃貸人である者が労務に関して賃借人となり、仕事に関して賃借人である者が労務に関して賃貸人となる。取引に応じて様々に呼称を用いている法文は全てこのような仕方で整合的に理解できる。学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第11法文1及び2節との関連で同3節を、更に、同第19法文7節、第51法文1節をそれぞれ参照せよ。また、同じことは、単に為す場合だけでなく【これについては学説彙纂19巻2章第22法文2節、第36法文、第51法文1節、同9巻2章「アクィーリウス法について」第35法文】、運搬する場合にも当てはまる。学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第2法文前書にある「船を全て借り切っていない場合には、借主訴権を行使できる」という文言は、この意味に理解されるべきである。クヤキウスはこの文言を、「船を全て借り切っていない場合には、借主訴権を行使できる」というように修正している。つまり、その限りにおいて、同乗者に対する訴権が発生するというのである。しかしながら、この解釈は不当である。なぜなら、ここで問題となっているのは賃貸ではなく賃借であり、同一人物たる船長が異なる観点からそれぞれ賃貸人でありなおかつ賃借人となっているからである。「船を全て借り切った」ということは、すなわち、船で運搬されるべき全ての物品を賃借し、そのような物品の運搬について自らの労務を賃貸したということである。学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第1法文【1節】も、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」

一節は、否定辞を無視し、三人称単数の表現はそのまま「船長 *magister navis*」を主語として、「そうではなく船長が船を借り切った場合には、借主訴権を行使できる」という趣旨に読むべきであり、キュジャースのように、「乗船者 *vectores*」を承けるものとして、三人称複数に修正する必要はないというのである。物品の運搬を注文しながら積荷投下によって財産を失った乗船客の貸主訴権の行使を受けて、船長が借主訴権で他の乗船客に損失分担を求める場面と、船中の場所を賃借しながら積荷投下で財産を失った乗船客の借主訴権の行使を承けて、船長が貸主訴権で他の乗船客に損失分担を求める場面との区別するキュジャースの解釈は、船長による留置の可否を左右する「重荷 *sarcinae*」とそれ以外の乗船客の所持品の区別と共に、非常に複雑なものであるが、このような法文全体の理解を覆す積極的な論拠は提示されていない。ファン・レーウェンがその反論の拠り所としているのは、当該法文の論理的な整合性ではなく、I で見たように当時既に定着しつつあった賃貸借の類型論であった。「物の用益 *usus rei*」の賃貸借では、「賃貸人とは用益を提供する者であり、用益の対価として賃料を支払う者が賃借人と呼ばれる *locator est is qui praestat usum, qui mercedem pro usu, dicitur conductor*」が、「労務の賃貸借においては、仕事と労務が区別され、仕事に関して賃貸人である者が労務に関して賃借人となり、仕事に関して賃借人である者が労務に関して賃貸人となる *in locati-one et conductione operae, distinguitur inter opus, et operam, qui est locator re-*

第19及び20法文をふまえるならば、まさにこの点に裏付けている。これらの法文に基づいて、ペトルス・ベキウス『海事論』は、学説彙纂14巻1章「船主訴権について」第5法文前書にある「私の奴隷の労務を汝が賃借した場合、汝は貸主訴権を私に行使できる」という文言を、同趣旨に解釈している。アルノルドゥス・ウインニウスが「自ら編集した『海事に関する学説彙纂及び勅法彙纂の諸章へのペトルス・ベキウスの注釈』(1647年初版)の補注の中で」このベキウスの主張について反論しようとしている事柄、すなわち、古代の人々が売買という名称を、売却にせよ買入にせよ、それぞれが何れか一方のみを意味するのではなく、何れをも意味するものとして用いたという点は、賃貸借とは無関係である。たとえ売買についてはそのような状況にあったことを認めるとしても、賃貸借においては、我々が上に述べたことが依然として妥当し、この点に売買との明確な相違が見出されるのである。」(Censura, I, 428. 引用は1678年レイデン刊のテキストによる)

spectu operis, est conductor respectu operae, qui est conductor respectu operis, est locator respectu operae」という点が、「単に為す場合だけではなく運搬する場合にも通用する nec solum in faciendo, sed et in vehendo usu venit」。それ故、上記箇所でも、「同一人物たる船長が異なる観点からそれぞれ賃貸人でありなおかつ賃借人となる magister navis unus et idemque pro diverso respectu et locator, et conductor est」のであって、そのような船長が「船を全て借り切った totam navem conduxerit」ということは、すなわち、「船で運搬されるべき全ての物品を賃借し、そのような物品の運搬について自らの労務を賃貸した omnes merces quae in navi sunt vehendas conduxerit, ad quas operam suam locaverat」ということに他ならない。更にここでは、「同一人物が異なる観点からそれぞれ賃貸人でありなおかつ賃借人となる unus et idemque pro diverso respectu et locator, et conductor est」例として、「私の奴隷の労務を汝が賃借した場合、汝は貸主訴権を私に行使できる ex locato mecum ages, quod operas servi mei conduxeris」という一節⁵⁷⁾が、ピーテル・ベック Pieter Peck (1529–1589年)の『海事に関する学説彙纂及び勅法彙纂の諸章への注釈 in titla Digestorum et Codicis ad rem nauticam pertinentes commentarii』(1647年初版)に依拠して引用され、この理解を裏付けるものとして、「昔の人々は売買において呼称を無差別に用いた veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utenbantur」のであり「それは賃貸借においても同様である idem est et in locatione et conductione」とする法文⁵⁸⁾が、呼称の互換性ではなく包括性の趣旨に解釈するアルノルト・フィンネンの見解に反論しつつ援用されている。ファン・レーウエンは、ゴドフロワ版 *Littera Gothofrediana* のテキスト及び注釈にアントーン・アンセルモ Antoon Anselmo (1589–1668年)と自分自身の注釈を付け加えた『ローマ市民法大全 Corpus juris civilis romani』(1663年初版)の新版を編集公刊しているが、その中でも、キュジャースの見解とその典拠を指示するゴドフロワの注釈に付言する形で、「しかし私はむしろ、ここ

57) D. 14, 1, 5, pr.

58) D. 19, 1, 19–20.

では賃借が賃貸、賃貸が賃借にそれぞれ相当するという仕方で当該箇所が修正を免れるものと解したい *malim tamen hunc locum ita salvari, ut hic conductio pro locatione sit, locatio pro conductione*」と指摘し、呼称の無差別使用に関する上記法文と、バルナベ・ブリソン Barnabé Brisson (1531-1591年) の『法に関する語句の意味について *De verborum, quae ad ius pertinent significatione*』

(1557年初版) の〈locatio〉の項を引用している。ここで問題とすべきなのは、以上のような主張の内容的な当否ではなく、その論理構造である⁵⁹⁾。「取引に応じて様々に呼称を用いている法文は全てこのような仕方で整合的に理解できる *quo modo conciliantur omnes textus, qui varie de ea re videntur loqui*」旨、自らの理解を誇るファン・レーウェンにおいて、類型論は法文解釈の帰結ではなくまさに前提なのである。

ファン・レーウェンが、ここでのキュジャース批判にも示されているとおり、自ら法文批判に関わり、同時代のいわゆるオランダ典雅法学の人々の評価は決して芳しいものではなかったとはいえ⁶⁰⁾、ゴドフロワ版の新版編集に取り組む等、実務と理論、現代的慣用と人文主義法学の両立を図った法律家であるのに対して、以下にみる二人は専ら実務家の立場からキュジャースの見解を一種の権威として肯定的に援用している。まず、パリの高等法院 *Parlement* の弁護士 *Advocat* であったジェローム・メルシエ *Jerôme Mercier* (生没年不詳) の『ユスティニアヌス帝の法学提要に照らしたフランス法の注意点 *Remarques du droit François, sur les Instituts de l'Empereur Iustinien*』(1655年初版) では、「誰が賃貸人と呼ばれ誰が賃借人と呼ばれるものとされていたか *quis locator quis conductor dicendus esset*」をめぐるキュジャースとジャン・ロベール *Jean Robert* (生没年不詳) の間の「激しい論争 *grande dispute*」⁶¹⁾について言

59) *Corpus iuris civilis romani*, 309, n. 12.

60) この点については、さしあたり、Van den Bergh, *Die holländische elegante Schule* (2002), 100-101; 125-126. を参照。

61) 典拠は明示されていないが、ここでメルシエが念頭に置いているのは、おそらく、キュジャースがロベールの『市民法の承認された読み方 *Receptae iuris civilis lectiones*』(1566年初版) に偽名で加えた批判的注釈(『ヨアンネス・ロベルトゥスの管見集へのアントニウス・メルカトルの注記 *Notata Antonii Mercatoris ad libros Animad-*

及され、「二人の学識者のあれこれの論拠を吟味するために時間を費やすまでもなく、＜賃貸人とは用益されあるいは為されるべき何かを与える者であり、賃借人とは逆にそれらを受け取る者である＞というキュジャース氏の見解を支持すべきであり、それは高等法院の立場でもある sans nous amuser à peser les raisons de l'un et de l'autre de ces deux Docteurs, il faut se tenir à l'opinion de Monsieur Cujas, qui est celle du Palais, locatorem scilicet esse eum qui dat aliquid utendum vel faciendum; conductorem vero qui accipit」と断言されている⁶²⁾。しかも、メルシエは、考察の冒頭、「キュジャース氏は私の見るところ

versionum Joannis Roberti』1581年)での議論であろう。『考察と修正』第2巻(1566年)で批判された当時の通説の代弁者(「賃貸人とは賃料を受け取る者であり賃借人とは賃料を与える者であると定義する人々」の一人)としてロベールが批判されているのは言うまでもない。

- 62) “キュジャース氏は、その学説彙纂のパラティトラにおいて、私の見るところ完璧な仕方で賃貸借を定義しており、そこで彼が言うには、賃貸借とは「一定の対価で何かを用益しあるいは為すことの無方式の合意である」とされる。この定義から、賃貸借が合意のみによって成立し、引渡や行為によって効力を発生されるわけでも、書面や対面が必要とされるわけでもないことが分かる。第二に、「何かを用益しあるいは為すことの」という語句は、本章〔法学提要3巻24章〕冒頭のユスティニアヌスに言葉にあるように二つの契約が如何に類似しようとも、これら賃貸借と売買の間に存している明らかな違いを示すものである。すなわち、売買では、所有権が移転されるか、あるいは、所有権取得の原因がもたらされるのに対して、賃貸借では、所有権が移転されることは決してないし、所有権取得の原因となることもない。従ってまた、賃借人乃至借主は、それが不動産、動産、有体物、無体物何れであるにせよ、賃借しあるいは借り受けた物の用益を保持するに留まり、所有権者の立場でその物から収益を得たり、利用開発することはできない。しかも、そのような用益の保持は、十年未満の一定の期間に限られる。なぜなら、九年を越える期間の賃貸借、小作契約、借地契約は、それ自体、賃貸しされた不動産の領主用益権の処分乃至移転を伴うからである。それらを、賃貸借や小作契約とは区別するために、永借契約と呼ぶのはこのような理由による。ただし、永借契約についても本章において説明することにする。第三に、「何かを用益し」あるいは「為すことの」という二つの語句は、賃貸借の二つの種類を示している。一つは、用益されるべき何かを与えられる場合であり、この第一の種類には、小作契約や借家契約、その他あらゆる動産不動産の賃貸借が属する。もう一つは、為されるべき何かを与えられる場合であり、この第二の種類には、職人によるにせよ当局によるにせよあらゆる労務、すなわち、為されるべく委ねられた仕事の請負、及び、職人や日雇い人夫の労力や技能についての雇傭が含まれる。誰が

完璧な仕方で賃貸借を定義している Monsieur Cujas dans ses Paratitres sur le Digeste a parfaitement, à mon avis, défini la Location et la Conduction」と述べて、キュジャースの『ユスティニアヌス帝の学説彙纂乃至集成全50巻のパラティトラ Palatitla in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum Imperatoris Iustiniani』(1570年初版)における定義⁶³⁾をそのまま援用し、これを敷衍する形で議論を進めている。「一定の賃料で何かを用益しあるいは為すことの無方式の合意 *conventio nuda fruendi, faciendive aliquid cum certa mercede*」というキュジャースの賃貸借の定義に見える「何かを用益すること *fruere aliquid*」と「何かを為すこと *facere aliquid*」という「二つの語句 *deux mots*」に、「用益されるべき何かが与えられる場合 *quoties datur aliquid utendum*」と「為されるべき何かが与えられる場合 *quoties datur aliquid faciendum*」の「二種類の賃貸借 *deux sortes de locations*」を読み込む解釈は、既にふれた『勅法彙纂パラティトラ』におけるキュジャース自身の議論とも確かに符合する。し

賃貸人と呼ばれ誰が賃借人と呼ばれるものとされていたかの理解をめぐって、キュジャース氏とジャン・ロベール氏の間に、激しい論争を引き起こしたのも、これら二種類の賃貸借であった。しかし、二人の学識者のあれこれの論拠を吟味するために時間を費やすまでもなく、「賃貸人とは用益されあるいは為されるべき何かを与える者であり、賃借人とは逆にそれらを受け取る者である」というキュジャース氏の見解を支持すべきであり、それは高等法院の立場でもある。最後に、「一定の賃料で」という語句についてである。この点は、売買において確定した代価が合意さねばならないのと全く同様に、借受乃至賃貸借においても、確定した賃料が不可欠なのは確かである。しかし、売買の代価は、事後的に数と重さと長さの定まった代替物で弁済することは可能であるとはいえ、金銭によって定められねばならないのに対して、賃貸借では、あらゆる形態のもの、つまり、数と重さと長さで定まったあらゆる代替物が許され、そのような賃料は、借家人に関しては家賃、小作人に関しては地代と呼ばれる。”(Remarques, 406-408. 引用は1672年パリ刊のテキストによる)

- 63) “賃貸借は売買とく対となる(アンティストロフオン)取引である。というのも、売買における「代価」という表現を賃貸借においても「賃料」と区別無く用いるほど、売買に近く類似した取引であるから。すなわち、賃貸借とは、一定の賃料で何かを用益しあるいは為すことの無方式の合意である。賃貸人とは用益されあるいは為されるべき何かを与える者であり、賃借人とはそれらを受け取る者である。そして、賃貸人には貸主訴権が、賃借人には借主訴権が生じ、双方とも直接訴権である。”(Opera omnia, II, 23.)

かし、「誰が賃貸人と呼ばれ誰が賃借人と呼ばれるものとされていたかの理解をめぐって、キュジャース氏とジャン・ロベール氏の間に、激しい論争を引き起こしたのも、これら二種類の賃貸借であった *ce sont ces deux sortes de locations, qui firent naistre cette grande dispute, que nous trouvons entre Monsieur Cujas et Jean Robert, pour sçavoir quis locator quis conductor descendus esset*」との理解は、当事者の呼称をめぐる議論が賃貸借の類型論を前提として生じたかのような印象を与える限りにおいてやはり不当である。「第一の種類には、小作契約や借家契約、その他あらゆる動産不動産の賃貸借が属する *de cette premiere espece sont tous les baux à ferme, loüiages des maisons, et de tous autres biens tant meubles que immeubles*」のに対して、「第二の種類には、職人によるにせよ当局によるせよあらゆる労務、すなわち、為されるべく委ねられた仕事の請負、及び、職人や日雇い人夫の労力や技能についての雇傭が含まれる *cette seconde espece comprend omnes operas tam fabriles quam officiales ; c'est à dire tous les prix faits des ouvrages que l'on donne à faire, et l'employ que l'on fait de la main et de l'industrie des ouvriers et des gens de journee*」というメルシエの説明は、ファン・レーウエンのように雇傭と請負の観点の相違に依拠しているわけではなく、Ⅱでふれたドマと同様、不動産を中心とする物の賃貸借に「請負 *les prix faits*」と「雇傭 *l'employ*」を一括して対置しているが、「誰が賃貸人と呼ばれ誰が賃借人と呼ばれるものとされていたか」、すなわち、個々の法文における呼称の用法をあるがままにを論じるべきところで、予め特定の類型を想定していることに変わりはない。

ローマの弁護士であったピエトロ・パチョーニ *Pietro Pacioni* (生没年不詳) の『賃貸借論 *De locatione et conductione tractatus*』(1677年初版) では、約一世紀前のヴェーゼンバックやトロイトラーの注釈書と変わらない仕方で、『考察と修正』第2巻第28章での呼称論が援用されている。「賃貸借とは何か、如何なる種類があるのか、誰が賃貸人と呼ばれ誰が賃借人と呼ばれるのか *Quid sit Locatio, quotuplex, et quis Locator, vel Conductor dicatur*」と題された『賃貸借論』の第1章において、パチョーニは、＜賃貸 *locatio*＞と＜賃借 *conductio*＞の語源をそれぞれ、「場所に置く *ponere in loco*」という意味の

<locare>、及び、「自らに結びつける secum ducere」という意味の<conducere>という動詞に求めた上で、「賃貸人と呼ばれるのは自らの物に他人を配置する者で、賃借人と呼ばれるのはその物を自らに結びつける者、つまり、その物を受領する者である Locator dicitur ille, qui alium ponit in re sua, et Conductor ille, qui eam rem secum ducit, seu recipit」と論じており、まさにその際に、キュジャースの呼称論を引用しつつ、「賃料を受領する者を賃貸人、賃料を支払う者を賃借人と呼ぶわけにはいかない non dici potest, quod locator sit ille, qui mercedem recipit, et conductor ille, qui eam solvit」と断言する⁶⁴⁾。パ

64) “<18. <賃貸>という名称は<ロカーレ>という語に由来し、この語は場所に置くという意味である>ところで、<賃貸 locatio>という名称は場所に置くという意味の動詞<locare>に由来し、建物や土地を賃貸する者はその建物や土地に他人を配置することになる【ピカルドゥス『法学提要注解』3巻24章「賃貸借について」表題注釈第3番以下、ハルププレクトゥス『法学提要注解』同章前書注解第2番】。<19. <賃借>という名称は<コンドゥーケレ>という語に由来し、この語は自らに結びつけるという意味である>他方、<賃借 conductio>という名称は自らに結びつけるという意味の動詞<conducere>に由来する【ピカルドゥス前掲箇所第4及び5番】。

<20. 如何なる者が賃貸人と呼ばれ、賃借人と呼ばれるのか>そこでここでは、誰が賃貸人で誰が賃借人かという問題に答える必要がある。この問題については、クヤキウス『考察と修正』第2巻第28章が詳細に論じており、また、ハルププレクトゥス前掲箇所注釈第16番で言及されている人々も論じている。すなわち、賃貸人と呼ばれるのは自らの物に他人を配置する者で、賃借人と呼ばれるのはその物を自らに結びつける者、つまり、その物を受領する者であって、賃料を受領する者を賃貸人、賃料を支払う者を賃借人と呼ぶわけにはいかない。というのも、クヤキウスが前掲書第28章で主張する通り、常にそうであるとは限らないし、後に請負について述べるところからも明らかである。また、ハルププレクトゥス前掲箇所注釈第16番の考えるごとく、契約を締結する者で相手方との契約を先に自ら申し込んだ者が賃貸人、逆に、ある者から何らかの役務について申込を受け、申込者の指示に従う者が賃借人と呼ぶのもやはり不当である。というのも、そのように考える理由、すなわち、法学提要3巻24章、学説彙纂19巻2章、勅法彙纂4巻65章の題名乃至表題が賃貸から始まり続いて賃借に言及しているという点は確実な証拠にはならないからである。実際、法学提要3巻23章「売買について」の表題は買入から始まっているが、だからといって、先に自分の物を一定の代価と引き換えに提供する旨申し出て契約を結んだ者を買主と呼ぶのは馬鹿げている。<21. 賃貸人及び賃借人という呼称は互換的に用いられるべきではない>更に、ピカルドゥス前掲箇所表題注釈第6番が主張し、『教皇庁控訴院判決集』第2部判決37第25番において援用される他の人々も述べるごとく、賃貸人と賃借

チョーニが賃料の授受を基準とした呼称を退けるのは、「キュジャースが主張する通り、常にそうであるとは限らない hoc non est perpetuo verum, ut ostendit Cuiacius」からである。また、「雇い主が自らの意向に沿って仕事が完成されるという仕方で労務を受け入れている dominus operas ita secum ducit, ut eius arbitrio opus efficiatur」のではなく、「職人が仕事を自ら完成する義務を負っている artifex opus ex se perficere debet」という点に着目して、「仕事の賃借人 conductor operis」を「労務の賃借人 conductor operarum」から区別し、請負における呼称の逆転を強調する方向でキュジャースの呼称論を生かすパチョーニの論法は⁶⁵⁾、ヴェーゼンベックのそれに近い。ただし、パチョーニ

人という名称は互換的に使用されるというのも全く不当である。〈22. 賃貸人及び賃借人という名称は古代の人々によって売主や買主という名称と互換的に理解されていた〉確かに、「昔の人々は買入と売渡という名称を互換的に用いていた」とする学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第20法文や、「賃貸及び賃借という名称においても同様である」とする同章第21法文があるけれども、これらの法文は相互に関連するものとして読まねばならず、二つ目の法文が「同様である」というのは、要するに、昔の人々は賃貸借という言葉の代わりに売買という言葉を用い、あるいは、逆に、売買の代わりに賃貸借を用いたという趣旨に読むべきであり、売渡の代わりに買入を用いたとか、賃貸の代わりに賃借を用いたとか、あるいはその逆といった意味では決してない。これは、クヤキウス前掲書第9巻第15章の半ば当たり、及び、両法文への注釈第19及び20番において詳しく説明している通りであり、ホトマヌスの注釈やプリソニウス『法律用語辞典』の「売買」の項も、ピカルドゥス前掲箇所第7番がこれらを援用しているが、上記クヤキウスと見解を異にしているわけではない。仮に古代の人々が賃貸や賃借という名称を互換的に用いていたとしても、モルラ『法廷実務における両法問題集成』第1部10章第3番が述べるとおり、後代の人々はそれらを別々に用いているのであり、たとえ互換的な用法が残っているとしても、モルラ前掲第3番「しかし仕事に関しては云々」の行が主張し、あるいはまた、前掲『教皇庁控訴院判決集』判決37第25番がこれらの用語について述べているとおり、そのような用法は請負の場合に限定されており、時にそれ以外の場合にも、例えば学説彙纂19巻2章第10法文2〔3〕節の「賃貸人」への標準注釈に明らかなように（これによれば「賃借人とはすなわち賃貸人である」としている）、両者が同義語として用いられているのが見出されるとしても、それは不当で誤りであり、適切な用法とは見なし得ない。”(Tractatus, 3. 引用は1677年ローマ刊初版のテキストによる)

65) “〈23. 労務の賃貸人と呼ばれるのは如何なる者か〉ところが、労務の賃貸と仕事の賃借においては、同一の契約に基づきながら、一体誰が賃貸人で賃借人と呼ぶのが

の議論は、イタリア人法律家として当然のことではあるが、『標準注釈 Glossa ordinaria』を承けて培われてきたいわゆるイタリア風 *mos Italicus* の系譜に属する。まず、「労務を提供するか、あるいは、仕事を請け負うかによって、職人は、自らが引き受けて請け負った仕事に関しては賃借人と呼ばれ、注文主が受け取る労務に関しては賃貸人と呼ばれる *quandoque locat operas, quandoque conducit opus, et sic faber dicitur conductor ratione ipsius operis, quod accipit, et secum ducit, dicitur, et locator ratione operarum, quas recipit dominus*」とする理解の直接の典拠として、パチョーニが引用しているのは、標準注釈であつ

適切な用語法が定まらず、〈24. 労務の賃借人は仕事の賃借人とは異なる。仕事の賃借人と呼ばれるのは如何なる者か〉職人がある時には賃貸人となり、またある時には賃借人となることもあり得る。というのも、勅法彙纂4巻65章第2法文の「汝が賃借した」への標準注釈にあるとおり、労務を提供するか、あるいは、仕事を請け負うかによって、職人は、自らが引き受けて請け負った仕事に関しては賃借人と呼ばれ、注文主が受け取る労務に関しては賃貸人と呼ばれるからである。ただし、ここでは次の点に注意する必要がある。すなわち、この場合、職人が仕事を賃借すると表現されるのは、仕事の完成を自らにおいて完全に引き受けたからであり、従ってここでは、学説彙纂19巻2章第22法文2節（そこには「請負人が彼自身の費用で全てを完成させるという条件で私が住宅の建築を注文する」とある）や、同第50巻8章「国有財産の管理について」第2法文11節の場合のように、いわば仕事を自らに結びつけるように仕事を請け負うと言っても問題はない。このような場合に職人が行う賃貸というものを想定しようと思うならば、それは、雇い主自らが単に受け取るに過ぎない賃貸、つまり、労務の賃貸というよりはむしろ、前掲第22法文2節（そこには「職人は自らの労務、つまり、仕事完成の義務を賃貸した」とある）に十分に明確に説明されているとおり、仕事完成義務を賃貸したと言うべきである。というのも、雇い主は思うままにそれらの労務を指図することはできないからである。また、この場合、仕事全体が一括した対価で提供されるか、あるいは、個々の労務ごとに一定の賃料が提供されるかが重要ではなく、職人が仕事を請け負い引き受けたかどうか、つまり、その仕事を自ら完成する義務を負っているかどうか、そして逆に、それらの労務を雇い主に提供する際、学説彙纂19巻2章第51法文1節にあるように、雇い主が自らの意向に沿って仕事が完成されるという仕方ですべての労務を受け入れているかどうか、これらの点にのみ注意すべきである。つまり、職人は自らの労務を売る限りでは賃貸人と呼ばれるが、仕事の完成を引き受ける限りでは賃借人と呼ばれるのであり、これは、モルラ前掲箇所第3番末尾が、それほど詳細には論じてはいないけれども、認めているとおりである。” (Tractatus, 3-4.)

て、キュジャースでも同時代の論者でもない。というのも、「建物の築造 extruenda aedificia」に関する法文⁶⁶⁾に付された標準注釈⁶⁷⁾において既に、「労務に関しては注文主が賃借人と呼ばれ、同じ労務に関して職人が賃貸人と呼ばれる *conductor dicitur dominus ratione operae: et faber locator ratione eiusdem operae*」と明確に指摘されているからである。更に、賃貸借の区分に関しても、標準注釈において提示された「物の賃貸借 *locatio rei*」、「労務の賃貸借 *locatio operarum*」、「物及び労務の賃貸借 *locatio rerum et operarum*」という三分法が最初に言及されている⁶⁸⁾。この標準注釈は、船舶輸送の履行不能において「皇帝の代理人 *procurator Caesaris*」への「運賃 *vectura*」の返還を認めるアントニヌス帝の「解答 *rescriptum*」を「全ての人々 *omnes personae*」に適用すべきとする法文⁶⁹⁾に付されたものであり、そこでは、注釈対象の語句そのものの説明を越えて、賃貸人履行不能時の諸問題、特に反対給付の帰趨が、

66) 注17参照。

67) “<汝が賃借した>: この者は建物に関して賃借人と呼ばれ、その同じ建物に関して注文主は賃貸人と呼ばれている。同様に、労務に関しては注文主が賃借人と呼ばれ、同じ労務に関して職人が賃貸人と呼ばれる。従って、職人は、例えば学説彙纂14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第2法文前書にあるごとく、観点の相違に応じて、貸主訴権及び借主訴権に基づき賃料を訴求できる。”(Corpus iuris civilis Iustinianei, IV, 1084, k. 引用は1627年リヨン刊のテキストによる)

68) “<36. 賃貸借は一方で物の賃貸借であり他方で人の賃貸借である>ところで、真正な賃貸借は、先に示した定義から明らかなように、物の賃貸借と人の賃貸借に区分されるが、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第17法文3節への標準注釈は、より適切な説明のために、周知のとおり、物の賃貸借、労務の賃貸借、物及び労務の賃貸借の三種類を提示しており、カストレンシスの同節への注釈では、これら三種の賃貸借に更に第四の種類、すなわち、仕事の賃貸借が付け加えられている。カストレンシスによるこのような追加は、モルフュウス『ナポリ慣習法注解』第14部問題2第1番において、この第四の種類は第二あるいは第三の種類に含まれるとして支持されていないけれども、仕事の賃貸借について既に上に述べたところから明らかなとおり、それらの種類とは全く異なっているのであるから、マンティカ『パチカン夜業集』第5巻1章12番がこの追加を退けてないのに倣い、我々も退けるべきではない。”(Tractatus, 4.)

69) “同様に、ある者が、船の喪失を理由に、前払金として受領した運賃の返還を求められた際、アントニヌス帝は、その者が運送の義務を履行しなかった以上、皇帝の代

アーズ Azo によるとされる上記三分法に従って詳細に論じられている⁷⁰⁾。「労務の賃貸借」と「労務及び労務の賃貸借」の後二者、更には、「翻意 poenitentia」による不当利得返還訴権を伴ういわゆる「無名踐成契約 contractus innominatus」の何れにおいても、「私が偶然の事変によって履行を妨げられた

理人がその者から運賃を取り戻すのは不当ではない旨書面を以て解答した。この点はあらゆる人々について同様に仕方で遵守されるべきである。”(流布版 D.19, 2, 17, 3. Papinianus, 4, Responsa. = ゴドフロワ版 D.19, 2, 15, 6. Ulpianus, 32, Ad edictum.)

- 70) “<人々>：ここはすなわち、偶然の事変に妨げられて航行できなかったという理由で船長から運賃が返還されるべき相手は皇帝の代理人に限られないという趣旨である。しかし、これは本章第61法文1節に矛盾する。解答：この法文では、例えば不法な貨物を運搬していたというように船の賃借人の過失で船が抑留され、しかも、船主は船を没収されているのに対して、当法文においては、賃借人に過失はない。それ故、イルネリウスによれば、この場合、運賃を取り戻すのが正当であるとされる。ところで、以上の点について十分に理解するために、アゾーに従って次のように解されたい。すなわち、人は、ある時には、物を賃貸し、ある時には、労務を賃貸し、またある時には、物及び労務を賃貸するのである。自らの物を賃貸する場合、自らの所為、あるいは、自らの側に生ずる偶然の事変によって、賃借人が物を用益できなくなる点について責任を負い、借主訴権によって義務づけられる。ただし、第一の場合、すなわち、賃借人に帰責事由がある場合には、訴求される利害関係の内に逸失利益も含まれる。あるいは、賃借人が既に賃料支払に応じ、あるいは、必要に応じて耕作を行い、しかも、賃貸物について不当な扱いを行ったわけでもない場合に、合意の信頼の破棄を理由に支払われるべき罰金が訴求されることもある【例えば、勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第3及び15法文、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第15法文、第54法文1節、当第17[15]法文7節の「当然云々」、第33法文の「というのも小作人が云々」、第24法文4節】。一方、第二の場合、すなわち、偶然の事変による場合には、賃料はそれに応じて減額されあるいは返還される。例えば、家屋が焼失したり土地が地震によって失われた場合がこれに当たる【学説彙纂19巻2章第9法文6節、第15法文2及び3節、第19法文1節、当第17[15]法文7節、第30法文1節】。また、賃貸人が物の取り壊しを余儀なくされた場合、例えば、賃貸物が自らの用益のために必要であると証明した場合、あるいは、賃借人が恐怖を感じて立ち退かざるを得なかった場合、あるいは、不可抗力やその者の権限故に賃借人も妨げられないような者によって用益が禁じられた場合も同様である【学説彙纂19巻2章第30法文、第33法文、第34法文、第35法文、第27法文、勅法彙纂4巻65章第3法文】。以上に対して、賃借人の責めに帰すべき事由や、賃借人側に生じた偶然の事変の故に、賃貸物が用益不能となった場合には、賃料全額の支払が義務づけられる【学説彙纂19巻2章第61法文1節】。次に、自らの労務を賃貸する場合

ならば、そのような事変が私と相手の何れの側に生じようとも、あるいはまた、如何なる仕方では生じようとも、私の責に帰すべき過失あるいは遅滞が存する場合を除いて、報酬もしくは合意されたものを請求できる *si casu fortuito impediatur, vel in mea vel in alterius persona, vel quocunque modo contingente* :

や、物と労務を共に賃貸する場合に、賃貸人ではなく賃借人の責に帰すべき事由によって労務等を提供できなくなった場合、たとえそれが偶然の事変によるものであるとしても、全期間の報酬が請求される。例えば、書記や、奴隷の運搬を請け負った者についてそのように解され、更に、弁護人の相続人についても、訴訟を提起しなかったのが弁護士の責任ではない以上、弁護士から報酬が返還される必要はない【学説彙纂50巻13章「種々の特別訴訟手続について」第1法文13節、同19巻2章第19法文9節、第38法文、第33法文、同14巻2章「積荷投下に関するロードス法について」第10法文】。他方、賃貸人の責に帰すべき事由によって労務が提供できなかった場合、あるいは、賃貸人自身に生じた偶然の事変によってそうなった場合はどうか。まず第一の場合においては、賃貸人は利害関係について義務づけられる。第二の場合には、労務を提供しなかった期間に応じて報酬を減額しあるいは返還することになる。例えば、運送の義務を果たさなかった者についてそのように解されている【勅法彙纂4巻65章第14法文、当法文【学説彙纂19巻2章第15法文6節】、勅法彙纂4巻6章「有因給付物の不当利得返還訴権について」第11法文】。以上イルネリウス。とはいえ、これに対して、偶然の事変は誠意訴訟において考慮すべきではなく、また、考慮することはそもそもできないとの反論がある。つまり、偶然の事変が賃借人の害となり賃貸人を利するべきではない以上、賃貸人は利害関係の支払を義務づけられ、報酬全額を請求することもできないというのである。また、売主は売却物が事変によって滅失したとしても代金を請求するのではないか、それと同様に、たとえ事変によって労務の提供が妨げられたとしても、賃料を請求できるのではないかと解する者もいる。解答：損害の回避について争う売主については事情が異なる。というのも、代金を得られなければ、売主が損害を被ることになるからである。貸主が争っているのは、彼自身から何も失われるわけではない以上、逸失利益にすぎない【論拠は学説彙纂35巻1章「遺言記載事項に関する不当利得返還訴権及び証明等について」第73法文】。同様に、学説彙纂50巻13章第1法文13節や同40巻7章「事由候補者について」第4法文6節も上記の点【賃貸人側の事変による履行不能における報酬減額乃至返還】に反するように見える。解答：これは自由や弁護士に特有の事柄であるし、本節【学説彙纂19巻2章第15法文6節】で述べられている点とも矛盾しない【勅法彙纂4巻6章第10法文】。というのも、この法文にある通り、賃借人側において事変が生じる場合について述べられているのであって、賃貸人側に事変が生じた場合はこの限りではないからである【同第5法文】。同様に、学説彙纂12巻4章「給付原因不存続の不当利得返還訴権について」第5法文前書の「汝に帰責事由がない場合云々」も上記の点に反する

nihilominus mercedem vel conventam rem persequi possum, nisi culpa vel mora nihi possit imputari」というのがこの論点に関する標準注釈の到達点である。従って、船の全体乃至一部の賃貸借を伴う船舶輸送を主に想定していると思われる「物及び労務の賃貸借」という「第三類型 *tertia species*」が、仕事の賃貸借として位置づけられ、当事者の呼称や危険負担の特殊性がここで意識されているわけではない。パチョーニによれば、「仕事の賃貸借 *locatio operis*」を「第四類型 *quarta species*」として上記三分法に付け加えたのはパウルス・デ・カストロ Paulus de Castro (1360/62-1441年) であるとされ、この追加を支持する者として、教皇パウルスV世の下で枢機卿を務めたフランチェスコ・マンティカ Francesco Mantica (1534-1614年) が挙げられている。実際、マンティカの『黙示の契約及び曖昧な契約に関するバチカン夜業集 *Vaticanae lucu-*

ように見える。解答：この法文ではまさにその点が議論されている。すなわち、支払った原因が存続していないという別の返還理由があるのである。それ故、たとえ翻意が許されるような契約ではなくても、返還が許容され得る【学説彙纂12巻4章第16法文、第5法文4節】。同様に、学説彙纂12巻4章第3法文3節も上記の点に反するように見える。しかし、そこで事変が生じているのは解放する側ではなく解放される側であり、それ故、解放を遅滞した場合とそうでない場合とが区別されている。また、学説彙纂14巻2章第10法文前書は上記の点を裏付けているが、同1節には反対の論拠が見出される。あるいはまた、次のように解することもできる（これがより適切である）。すなわち、労務のみを賃貸する場合、物と労務を賃貸する場合、及び、無名契約に基づいて特別に何かを行うことを合意した場合の何れにおいても、私が偶然の事変によって履行を妨げられたならば、そのような事変が私と相手の何れの側に生じようとも、あるいはまた、如何なる仕方でも生じようとも、私の責に帰すべき過失あるいは遅滞が存する場合を除いて、報酬もしくは合意されたものを訴求できるのである。なぜなら、諸法文はこの点において一致しているように思われるからである。とはいえ、このような穏当な区別にも矛盾するような法文が一つ存在する【学説彙纂12巻4章第5法文4節】。すなわち、それ以外の仕方では合意されたことを履行できないようなやり方が妨げられている場合も同様であるが、履行期前に妨げられた場合には、妨害中にできなかったことを妨害終結後に履行せねばならないのである。というのも、為す義務を負った相手が翻意しない限り、依然として為すべし義務を負うからである。ただし、翻意についてここで述べた点は、無名契約にのみ適用されるべきである。”(Glossa ordinaria, I, 1253, c. 引用は1551年リヨン刊のテキストによる。ただし、引用法文はゴドフロワ版の対応法文に変更した)

brationes de tacitis et ambiguis conventionibus』(1609/10年初版)の第5巻「賃貸借の黙示の合意及び曖昧な合意について De tacitis et ambiguis locati et conducti conventionibus」第1章「賃貸借とは何か、そして、それは何種類に区分されるか Locatio quid sit, et in quot species distinguatur」では、パチョーニ同様、標準注釈の三分法とパウルス・デ・カストロの四分法が援用されている⁷¹⁾。このように、観点の相違による呼称の説明のみならず、請負を含む賃貸借の区分までもが危険負担論との繋がりも含めて『標準注釈』以後の中世ローマ法学の伝統に根ざすものであったとするならば、Iの冒頭でみたラウターバッハやホッペの見解は、当人等が自覚していたか否かは別として、歴史的脈絡に即したより正確な法文理解を目指すキュジャースの人文主義的呼称論を起点に新たに展開された議論が再び『標準注釈』における問題設定へと回帰した姿として位置づけることができる。呼称論を「言葉をめぐる戯れ」として退けつつ、不動産賃貸借をめぐる実務的論点に関しては頻繁にパチョーニの『賃貸借論』を援用するシュトリュークの立場もこのような流れの一つの帰結にすぎない。現代的慣用は、キュジャースの呼称論の成果をそこで否定されたはずの旧来の問題設定の下に組み直すことによって賃貸借の三分法に到達したのである。

(完)

71) “く12. 賃貸借は多くの種類に区分されるくところで、賃貸借は多くの種類に区分される。すなわち、物の賃貸借、労務の賃貸借、物及び労務の賃貸借である【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第17法文3節への標準注釈】。またここに、第四の区分として、パウルス・カストレンシスが同法文への注釈において付け加えたもの、すなわち、仕事の完成がある者に委ねられる場合もまた加わる【学説彙纂19巻2章第36法文及び第58法文2節】。”(Vaticanae lucubrationes, I, 311. 引用は1645年ジュネーヴ刊のテキストによる)