

Наемъ услугъ.

Изслѣдованіе

А. М. Гуляева.



Юрьевъ.

Печатано въ типографіи К. Матисена.

1893.

Дозволено Цензурою. — Юрьевъ, 10 сентября 1893.

ГЛУБОКОУВАЖАЕМОМУ ПРОФЕССОРУ

ОТТОМАРУ ФРИДРИХОВИЧУ

МЕЙКОВУ

посвящает свой трудъ

АВТОРЪ.

Начиная съ глоссаторовъ (Azo) и до сего времени во всѣхъ какъ историческихъ такъ и догматическихъ руководствахъ римскаго права сообщается въ качествѣ неоспоримаго положенія, что *locatio-conductio* подраздѣляется на три вида — *l. e. rei*, *l. e. operarum*, *l. e. operis* ¹⁾. — Только Windscheid ²⁾ раздѣляетъ *locatio-conductio* на два вида — *Sachmiethe* и *Dienstmiethe*, и при изображеніи этого контракта указываетъ на общія черты обоихъ признаваемыхъ имъ видовъ.

Хотя Dankwardt ³⁾ и называетъ изложеніе *locatio-conductio* у Windscheid'a — шагомъ назадъ, однако по сравненіи ученія Windscheid'a съ источниками станетъ очевиднымъ, что Windscheid стоитъ въ изображеніи *locatio-conductio* гораздо ближе къ классическимъ юристамъ, чѣмъ всѣ прочіе новѣйшіе юристы, признающіе въ римскомъ правѣ существованіе трехъ видовъ найма.

1) Положеніе это стало общимъ достояніемъ всѣхъ руководствъ гражданскаго права; такъ напр. Zachariae, Handbuch des Franz. Civilrechts, B. II, § 61 приводитъ какъ будто-бы римскую пословицу „*locatio-conductio est vel rerum vel operarum vel operis*“.

2) Lehrbuch des Pandektenrechts, II, § 399.

3) Сперва Jahrbücher f. Dogmatik, XIII, N. F. I, потомъ отдѣльно 1874. S. 8, Anm. 4.

Тѣмъ не менѣе и точка зрѣнія Windscheid'a не совпадаетъ съ точкой зрѣнія класическихъ юристовъ, которымъ извѣстенъ единый договоръ *locatio-conductio*, и которые вовсе не выдѣляли отдѣльныхъ (трехъ или двухъ) видовъ.

Въ основаніи современнаго различенія трехъ (двухъ) видовъ *locatio-conductio* лежитъ не юридическая, а экономическая точка зрѣнія: *locatio-conductio* можетъ быть направлена или на пользованіе вѣщью (т. наз. *l. c. rei*), или на пользованіе дѣйствіями („*l. c. operatum-operis*“). Съ точки зрѣнія юридической отношенія между контрагентами сводятся къ одной общей формулѣ — возмездное пользованіе объектомъ. Только при такой конструкціи станетъ понятнымъ то на первый взглядъ странное явленіе, что римскіе юристы, не различая признаваемыхъ нынѣ видовъ *locatio-conductio*, рассматриваютъ всѣ возможные случаи этого договора совместно.

Система римскихъ исковъ (формулъ) построена по типу индивидуализаціи предположеній⁴⁾. Каждый (защищаемый искомъ) комплексъ отношеній отливается въ своеобразную процессуальную форму; каждая формула выражаетъ только одинъ опредѣленный комплексъ защищаемыхъ отношеній. Если новое отношеніе не подходитъ подъ одну изъ существующихъ формулъ, въ виду отсутствія хотя-бы одного изъ основныхъ предположеній, или-же въ виду наличности какого-либо новаго существеннаго предположенія, то готовая уже формула должна быть примѣнена, приспособлена (*actio utilis*) къ новому, заслуживающему въ глазахъ претора судебной защиты, комплексу отношеній. Приспособле-

4) *Der n b u r g*, Pandekten, B. I. §§ 151, 152.

ніе существующей формулы, превращеніе *actio „directa“* въ *actio „utilis“* достигается 1) вставкой фикціи, предписаніемъ судѣ игнорировать фактъ, служащій пренятствіемъ къ подведенію даннаго комплекса отношеній подъ готовую формулу, — 2) перестановкой субъектовъ.

Римскіе юристы оперируютъ съ понятіемъ *locatio-conductio* какъ съ понятіемъ единымъ и цѣльнымъ ⁵⁾. Одинъ и тотъ-же юристъ въ одномъ и томъ-же фрагментѣ говоритъ и о такъ называемой *locatio-conductio rei*, и о т. н. *locatio-conductio operis*, вовсе не различая этихъ двухъ видовъ („*l. e. operarum*“ встрѣчается въ источникахъ сравнительно вообще рѣдко) ⁶⁾. Причина такого безразличнаго отношенія юристовъ къ столь отличнымъ, въ экономическомъ смыслѣ, комплексамъ какъ „*l. e. rei*“ и „*l. e. operarum-operis*“ заключается въ томъ, что юристы имѣютъ предъ глазами одну формулу ⁷⁾. Одна формула — одинъ искъ; одинъ искъ — определенное единство юридическихъ предположеній, не смотря на различіе ихъ съ экономической точки зрѣнія. Для римскаго юриста и *l. e. rei*, и *l. e. operarum*, и *l. e. operis* — есть *locatio-conductio*, изъ коей возникаютъ *actio locati* и *actio conducti*. Всѣ признаваемые нынѣ три вида *locatio-conductio* имѣютъ между собою общія юридическія предположенія; всѣ они суть договоры 1) о пользованіи и 2) о пользованіи возмездномъ. Возмездность пользования отличаетъ *locatio-conductio* отъ однородныхъ по экономи-

5) См. напр. *l. 2 D h. t.* (Гай), *l. 9 D eod.*, *l. 15 (Ульпіанъ)*, *l. 33 D eod.*; *Paul. II. 18.*

6) Названія *locatio-conductio rei*, *l. e. operarum*, *l. e. operis* — вовсе не встрѣчаются въ источникахъ; они являются продуктомъ новѣйшаго образованія (начиная съ *Azo*).

7) Утраченная въ подлинномъ видѣ формула *l. e.* реконструирована новѣйшими юристами. См. *Lenel, Ed. perp.*, S. 240.

ческому эффекту *commodatum*, *depositum* и *mandatum* ⁸⁾. Представляя значительное сходство съ *emptio-venditio* ⁹⁾ договоръ *locatio-conductio* въ то-же время сохраняетъ въ глазахъ юристовъ свое самостоятельное положеніе въ системѣ консенсуальныхъ контрактовъ; не отличаясь отъ *emptio - venditio* основными предположеніями возникновенія (объектъ — и *pretium, merces*) *locatio-conductio* отличается отъ *emptio-venditio* своимъ содержаніемъ: *emptio-venditio* направлена на приобрѣтеніе болѣе или менѣе прочнаго обладанія объектомъ, *locatio-conductio* имѣетъ своею цѣлью только пользованіе, т. е. осуществленіе экономического назначенія объекта въ своихъ интересахъ. — Съ точки зрѣнія юридической такимъ образомъ *locatio-conductio* отличается отъ всѣхъ сходныхъ въ экономическомъ отношеніи фигуръ. Говоря о томъ, что, при наличности денежнаго эквивалента за пользованіе, *commodatum*, *depositum*, *mandatum* превращаются въ *locatio-conductio*, юристы очевидно сознаютъ экономическое разнообразіе договоровъ, обнимаемыхъ общимъ названіемъ *locatio-conductio*; но именно тотъ фактъ, что юристы тѣмъ не менѣе не приходятъ къ установленію трехъ видовъ — *l. c. rei*, *operagum*, *operis* — указываетъ на игнорированіе юристами экономическихъ различій между этими видами. Если-бы экономическій характеръ объекта оказывалъ вліяніе на юридическую конструкцію договора (формулы), то мы имѣли-бы дѣло не съ однимъ искомъ, а съ тремя: подъ готовую формулу уже признаннаго вида *locatio-conductio (actio directa)* пришлось-бы подвести (*actio utilis*) два другіе случая. На самомъ дѣлѣ этого нѣтъ:

8) § 2 in f. J quib. modis re; § 13 J de mandato.

9) l. 2 D h. t., pr. J de l. et c.

юристы удовлетворяются одной формулой, которая очевидно конципирована такимъ образомъ, что допускаетъ подведеніе всѣхъ возможныхъ случаевъ договора о возмездномъ пользованіи чужимъ объектомъ.

Единство конструкціи приводитъ къ единству опредѣленія договора. У римскихъ юристовъ мы, разумѣется, не находимъ опредѣленія *locatio-conductio*, какъ не находимъ у нихъ и вообще опредѣленій отдѣльныхъ институтовъ, — ибо, по словамъ Яволена ¹⁰⁾, *omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*. Не находимъ мы опредѣленія *locatio-conductio* и у новѣйшихъ юристовъ, которые, оперируя съ тремя отдѣльными видами этого договора, даютъ его описанія, но не опредѣленія ¹¹⁾. Въ виду раздробленія контракта на три отдѣльные вида мы не встрѣтимъ и цѣльной конструкціи его. — Если, стоя на почвѣ римскихъ источниковъ, мы опредѣлимъ *locatio-conductio* какъ договоръ о возмездномъ пользованіи, то станетъ возможнымъ изученіе контракта въ общихъ его чертахъ, независимо отъ экономического характера отдѣльныхъ объектовъ. Положенія, добытыя путемъ такого абстрактнаго изученія, будутъ общими для всѣхъ возможныхъ видовъ договора о возмездномъ пользованіи.

Современныя системы дѣйствующаго частнаго права отражаютъ по вопросу о договорѣ возмезднаго пользованія состояніе новѣйшей доктрины, сложившейся на почвѣ римскихъ источниковъ: экономическая точка зрѣнія приводитъ здѣсь къ окончательному признанію отдѣльныхъ видовъ договора о возмездномъ пользованіи; въ дѣйствующихъ кодексахъ част-

10) I. 202 D de R. J.

11) См. напр. Dernburg, Pandekten. B. II. § 110.

наго права отдѣльные виды найма излагаются даже не совместно, а въ разнообразной группировкѣ. Синтетическій характеръ направленія современныхъ кодексовъ оказывается въ данномъ случаѣ невыдержаннымъ, такъ-же точно какъ невыдержаннымъ въ глазахъ современнаго юриста можетъ казаться для даннаго договора аналитическій характеръ системы римскихъ обязательствъ. Но для римскаго права признаніе т р е х ъ видовъ *locatio-conductio* возникло только у новыхъ юристовъ, поставившихъ себѣ задачей подогнать подъ римскія нормы отношенія, слагающіяся подъ вліяніемъ новыхъ экономическихъ условій, неизвѣстныхъ римскому быту. Классическая юриспруденція должна была считаться при образованіи новыхъ правовыхъ фигуръ съ существующей системой исковъ, или-же создавать новые иски, чтобы облечь данное притязаніе (*Anspruch*) въ *actio* ¹²⁾. Новыя системы права не связаны рамками формулъ; каждое притязаніе снабжено искомъ, а потому и не представляется надобности въ детальномъ установленіи предположеній, въ особенности когда разнообразіе предположеній можетъ быть сведено къ общимъ началамъ. Въ духѣ современныхъ системъ было-бы по возможности широкое обобщеніе однородныхъ чертъ, свойственныхъ отдѣльнымъ видамъ договора о возмездномъ пользованіи. Римскому праву извѣстны нѣкоторыя положенія, свойственныя только договору о возмездномъ пользованіи недвижимостями; но эти положенія не касаются самой конструкціи отношеній вытекающихъ изъ договора *locatio-conductio*: отношенія остаются всегда одни и тѣ-же, каковы-бы ни были объекты пользованія; контрактъ является единымъ и въ глазахъ классическихъ

12) B e k k e r, Actionen I, S. 1—17.

юристовъ и въ императорскомъ законодательствѣ. Различія въ экономическомъ характерѣ объектовъ такъ-же мало оказываютъ вліянія на конструкцію *locatio-conductio*, какъ признакъ движимости или недвижимости — на содержаніе права собственности: каковъ-бы ни было объектъ собственности, право собственности всегда едино; каковъ-бы ни былъ объектъ возмезднаго пользованія въ договорѣ *locatio-conductio*, конструкція договора остается единою.

Римскіе юристы не даютъ отвлеченныхъ конструкцій; они имѣютъ предъ собою конкретные казусы, разрѣшеніе которыхъ и составляетъ содержаніе ихъ работы. Понятно однако, что для разрѣшенія однородныхъ казусовъ необходимо предположить существованіе признаннаго общаго положенія — большой посылки; разрѣшеніе даннаго казуса выразится въ заключеніи, являющемся результатомъ подведенія малой посылки — даннаго казуса — подъ общее положеніе. Эти общія положенія въ большинствѣ случаевъ юристами не указываются; *implicite* они заключаются въ выводахъ юристовъ. — Въ возсозданіи общихъ положеній — большихъ посылокъ — и состоитъ задача научной юриспруденціи, считающейся съ источниками римскаго права какъ съ живой силой, до сихъ поръ еще дѣйствующей въ современныхъ законодательствахъ.

Если новѣйшимъ системамъ гражданского права приходится создавать нормы для такихъ отношеній, которыя, въ силу различій экономического быта древняго міра и новыхъ народовъ, не были извѣстны римскому праву, то въ этомъ послѣднемъ тѣмъ не менѣе научная юриспруденція найдетъ указанія, какъ должно быть нормировано данное отношеніе согласно духу системы, сложившейся подъ вліяніемъ все того же римскаго права.

При современныхъ экономическиѣ условіяхъ договоры о возмездномъ пользованіи являются однимъ изъ важнѣйшихъ орудій гражданскаго оборота. Въ новое время возмездное пользованіе услугами имѣетъ несравненно болѣе широкій кругъ примѣненія, чѣмъ въ римскомъ правѣ. Теоретическія положенія, извлеченныя изъ источниковъ римскаго права, послужатъ для насъ масштабомъ при изученіи возмездныхъ договоровъ о пользованіи услугами въ новыхъ системахъ. — Въ виду сказаннаго работа наша распадается на двѣ части :

- I. Историко-догматическое изученіе договора о возмездномъ пользованіи услугами въ римскомъ правѣ (т. н. *locatio-conductio operarum-operis*).
 - II. Изученіе договоровъ о возмездномъ пользованіи услугами по важнѣйшимъ современнымъ законодательствамъ, сложившимся на почвѣ римскаго права.
-

Часть I.

Договоръ о возмездномъ пользованіи услугами въ римскомъ правѣ.

Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a praetore formulae, ad quas privati lis accommodatur.

Cic. pro Roscio Com. VIII, 24.

ГЛАВА I.

ИСТОРИЯ ДОГОВОРА.

§ 1. „Locatio-Conductio.“

„Locatio“ и „Conductio“ въ своей совокупности, какъ *asyndeton*, обозначаютъ договоръ о возмездномъ пользованіи. Двойное обозначеніе этого договора явленіе не единственное въ технической терминологіи римскихъ юристовъ ¹³⁾.

Изъ римскихъ *asyndeta* представляютъ для насъ интересъ на ряду съ *locatio-conductio* — *emptio venditio*, *usus fructus*, *rustum conventum*, какъ термины обозначающіе отдѣльные комплексы отношеній. Объяснять происхожденіе этихъ *asyndeta* живостью рѣчи, какъ это дѣлаетъ Preuss ¹⁴⁾, для юридической терминологіи было-бы слишкомъ смѣло. Языкъ римскихъ юристовъ отличается именно точностью и, за немногими исключеніями, сжатостью. Завидное для современнаго, въ особенности русскаго юриста, богатство юридической терминологіи римскихъ юридическихъ писателей не позволяетъ думать, чтобы *juris periti* употребляли термины произвольно, руководствуясь только желаніемъ выражать свои мысли многословными оборотами, и не сообразовались съ тѣмъ, соотвѣтствуютъ-ли термины опредѣляемому ими понятію. — Если

13) Kalb, Das Juristenlatein 1888.

15) Preuss, De bimembris dissoluti apud scriptores Romanos usu sollemni 1881.

въ языкѣ юристовъ „emptio“ сопровождается „venditio“, за „locatio“ слѣдуетъ „conductio“, „usus“ употребляется съ „fructus“, „actum“ опредѣляется чрезъ „conventum“, то эти явленія должны быть разсматриваемы какъ результатъ историческаго развитія самихъ понятій выражаемыхъ указанными терминами.

Мы имѣемъ прямое указаніе въ источникахъ (Гай) ¹⁵⁾, что было время, когда emptio и venditio, locatio и conductio употреблялись promiscue: подъ emptio разумѣлась не только покупка, но и продажа; такъ-же точно locatio и conductio употреблялись безразлично, для обозначенія дѣйствій обѣихъ сторонъ, принимающихъ участіе въ этомъ договорѣ.

Emere (одного корня съ нѣмецкимъ nehmen и славянскимъ вз-ять) значитъ первоначально брать, взять, и въ этомъ значеніи emere и употреблялось promiscue какъ въ смыслѣ брать продаваемый объектъ, такъ и въ смыслѣ брать денежный эквивалентъ за проданный объектъ:

Festus s. v. Redemptor: Redemptores proprii e atque antiqua consuetudine dicebantur qui, cum quid publice faciendum aut praebendum conduxerant efficerantque, tum demum pecunias accipiebant; nam antiquitus emere pro accipere ponebatur. At hi nunc dicuntur redemptores, qui quid conduxerunt praebendum utendumque ¹⁶⁾.

Въ двоякомъ значеніи употреблялось emere у древнихъ, вѣроятно въ то время, когда еще не выработались нормы, опредѣляющія болѣе точнымъ образомъ договоръ купли продажи. Когда явилась необходимость въ этихъ нормахъ, то возникла вмѣстѣ съ тѣмъ потребность въ установленіи строгихъ техническихъ терминовъ. Слову emere усвоивается болѣе тѣсное значеніе — приобрѣтать, брать продаваемый

15) II. 19, 20 D de a. e. v.

16) Bruns F. j. r. a. — ср. B e c h m a n n, Kauf. I, 18—48.

объектъ, а соотвѣтствующее дѣйствіе контрагента, передающаго объектъ покупщику, обозначается теперь словомъ *venum dare, vendere*. Такимъ образомъ только та *emptio* пріобрѣтаетъ значеніе технического термина, которой на сторонѣ другого контрагента соотвѣтствуетъ *venditio*. Каждому изъ этихъ двухъ терминовъ усвоивается теперь строго определенное специфическое значеніе: *emptor* — субъектъ пріобрѣтающій вещь и платящій за нее денежный эквивалентъ (*pretium*), *venditor* — субъектъ отчуждающій вещь и получающій за нее деньги. Благодаря появленію втораго термина ближе опредѣляется значеніе перваго; сложное понятіе возмезднаго отчужденія разлагается теперь на свои составные элементы.

То-же самое слѣдуетъ сказать о выраженіяхъ *usus fructus* и *actum conventum*. Извѣстно, до какой степени неопредѣленно понятіе *usus* ¹⁷⁾. По идеѣ своей — *usus* есть право пользованія чужимъ объектомъ, т. е. право употреблять въ свою пользу самый объектъ, не касаясь могущихъ быть извлеченными изъ него плодовъ: *nudus usus, id est sine fructu* (Гай). Это теоретическое опредѣленіе понятія *usus* принято въ Дигесты ¹⁸⁾. Но возникаетъ вопросъ, гдѣ-же границы того пользованія чужою вещью, при которомъ плоды ея достаются не узуарію, а хозяину? Если принять во вниманіе, что наиболѣе частый способъ установленія *usus* есть распоряженіе послѣдней воли, то очевидно въ интересахъ самого завѣщателя — выразить свою волю такимъ образомъ, чтобы оставить какъ можно менѣе мѣста произвольной интерпретаціи ея. Съ этою цѣлью къ „*usus*“ прибавляется еще „*fructus*“; послѣдній терминъ восполняетъ и опредѣляетъ собою — первый: только тотъ *usus* даетъ право извлекать плоды изъ вещи, который есть *usus (et) fructus*. Узуфруктъ становится вполне опредѣленнымъ понятіемъ и точнымъ юриди-

17) Tit. D de usu et habitatione.

18) l. 1 D h. t.