

od sebe dělití nelze, neboť odevzdání výsledku práce a zcizení věci v jediném bodu, v odevzdání díla hotového, se shrnují. Nelze paušální summu smlouvenou dělití v záplatu za materiál a za práci, neboť nezczizuje se materiál, nýbrž dílo hotové. V našem případě věc položena je poněkud jinak: Zde lze dobře lišiti zřízení díla a jeho užívání. Z toho dá se vyvozovati, že bude možno dle různých těchto stadií aplikovati pořadem normy pro oba kontrakty platné, nejprve předpisy upravující smlouvu o dílo, pak ony, které smlouvy nájemní se dotýkají. Paušální summa za zhotovení díla i užívání jeho smlouvená bude zajisté také tu činiti obtíže, ale snad bude možno i tu o § 1152 o. z. se opřít. Otázka, zda-li takto dlužno postupovati anebo zda jest celý poměr za jednotnou smlouvu nájemní považovati, bude míti hlavní význam ohledně *periculum operis*, ovšem potud, pokud dle různého tohoto rozhodnutí různé normy by platily, což zvláštní části ponechatí nutno. Budiž toliko připomenuto, že případ, jak o něm říšský soud německý rozhodoval, měl se poněkud jinak, ježto šlo o stavbu na pozemku osobě třetí náležejícím, takže nebylo tu podstatných pochybností, a bylo rozhodnuto v ten smysl, že jde o smlouvu o dílo. Dále sluší vytknouti, že německý zákonník občanský v § 95 vyhnul se obtížím, jaké právě nás zaměstnávaly, poněvadž dle ustanovení toho pro takovéto stavby, k přechodným účelům zřízené, neplatí zásada *superficies solo cedit*, a následkem toho bylo by v případě tu dotčeném rozhodnouti se pro smlouvu o dílo.

O jiných případech, ve kterých sporno jest, zda tu kterou smlouvu jest považovati za smlouvu námezdní či nájemní, bylo promluveno v § 1, a jest k výkladům těm i tu přihlédnouti.

§ 7.

O rozdílech mezi smlouvou námezdní a smlouvou společenskou.¹⁾

Jak svrchu bylo definováno (v § 1) značí smlouva pracovní uplatnění sil v cizí sféře hospodářské, k cizím účelům.²⁾ V tom

¹⁾ Zákonník občanský ani zákonník obchodní o věci té nic neobsahují; *Codex Theresianus* III. díl, cap. XII. § II., č. 11 (nadpis § zněl: Von Miet-, Pacht-, Bestand-, oder Dingungskontrakten) rozhodoval se v případě tom, že někdo jest zúčastněn podílem na zisku, pro smlouvu společenskou. V osnově *Horténově* rozděleny smlouvy nájemní od námezdních a ustanovení zmíněné ponecháno jen v titulu prvé, upravujícím III. díl, cap. XII., § 55; podobně v osnově *Martíniho*. — Ani německý zákonník občanský, ba ani obchodní o věci se nezmiňuje; v motivech k osnově sr. *Mugdan*, *Materialien* II. 256,

obsaženo jest již zároveň označení rozhodného bodu, který území záplatné smlouvy pracovní a smlouvy společenské dělí. Bylť již *Ihering* ve svém spise »Zweck im Recht« I. str. 212 naznačil, že ten, komu vlastní síly nestačí k dosažení jistého účelu, dvojí cestou brátí se může: buď použije směny (tu již *Ihering* vychází od nedostatečnosti altruismu jako hybného elementu k ukojení lidských potřeb) a sice směny v nejširším smyslu (t. j. záměny jakéhokoli prostředku úkojného za úkojný prostředek jiný; v našem případě speciálně jde o poskytnutí jmenovitě hmotného plnění za podřízení síly pracovní), anebo *associace*, čímž rozuměti dlužno takové utváření se poměrů, že účel, který byl prve účelem osoby jediné, stane se společným účelem více osob, které všechny k témuž účelu tíhnou, a svými prostředky o dosažení jeho se snaží. Právníckými důsledky těchto dvou různých principů, směny a *associace*, označil *Ihering* při směně: Osoba, která osobou jinou pro účely této poslední získána byla, nemá naprosto vlivu na vedení záležitostí, a omezena jest na záplatu jednou a pro vždy stipulovanou; při *associaci*: všem osobám, které jistého účelu se domáhají, přísluší vedení záležitostí společně, a všechny zúčastněny jsou na resultujícím zisku i na ztrátě. Tím bylo by dáno ovšem jasné a přesné rozlišení smluv námezdní a společenské; než obtíže působí skutečnost, že vyskytují se životní poměry, ve kterých tyto podvojně a dle *Iheringa* od sebe nerozlučné znaky, společně nejsou přítomny, nýbrž naopak, ve kterých vyskytuje se znak jeden, jež *Ihering* pokládá za konsekvenci *associace* — podíl na zisku, a druhý znak, jež též pokládá za náležitost směny — naprostý nedostatek vlivu na vedení záležitostí při některých podílnících. Hlavní případ, jaksi representant všech sem náležejících případů, je t. zv. *commis interessé*, zřízenec to, jehož postavení od prvních počátků zpracování práva obchodního pozorování bylo podrobena. Jak dlužno poměry ty posuzovati?

Jedni považují smluvní poměry ty za smlouvu námezdní, jiní za smlouvu společenskou, třetí za jistý z obou předchozích smíšený typus smluvní, eventuálně za *innominátní* kontrakt, podrobený normám obou typů předešlých: ³⁾ Bude úkolem následujících řádek

výslovně prohlášeno, že zmínka pokládá se za zbytečnou; teprve osnova rakouského zákona (který nahraditi má I. kn 6 titul zákonníka obchodního, uveřejněn ve *Wiener Zeitung* z 8. června 1900) prohlásil v § 60b, že poměr s t. zv. *commis interessé* je smlouvou námezdní.

²⁾ *Lujo Brentano*, *Das Arbeitsverhältnis* str. 185, 187.

³⁾ Pro smlouvu námezdní se prohlásili: *Leonardus Lessius*: *De iustitia et iure* lib. 2, cap. 25. Dub. II. n. 7; *Ludovicus Molina*: *De iustitia et iure* Tomus II. disp. 411 n. 3, avšak klade důraz na to, že prohlášeno býti musí, *partem illam* (podíl v zisku) *esse in stipendium*; *Marquardus*, *Tractatus iuridico-politicus de iure mercatorum* str. 300 n. 8; *Günther*, *Principia iuris civilis novissimi* § 997 III.: *Societas operarum initur* 2) ita quidem, ut operae praestentur a socio qua tali, non qua institore vel ex locatione societatis;

kriticky názory ty přehlédnouti a nepřiměřenější výsledek odtud se podávající zjistiti. Pokud jde o mínění naposled uvedené, dlužno je předem zavrhnouti. Nelze si představit typus smluvní, o kterém by mohlo se říci, že je míšencem ze dvou typů jiných (k tomu sr. poznámku 10, § 5). Je ovšem možno a na to bylo i svrchu při rozlišování smlouvy trhové poukázáno, že jistých norem, které v hlavě jedné jakožto součást úpravy jednoho typu smluvního se nalézají, může býti per analogiam použito na smlouvu, jinému typu smluvnímu podléhající, jestliže v příslušném oddílu potřebných ustanovení není. Než tu jde jen o vyplňování mezer v zákoně se nalézajících, tu na smlouvu určitého druhu, typu, analogicky se používá předpisů jinde obsažených, a není tu snad smlouva, kterou nelze nazvati ani námezdní, ani společenskou, nýbrž jakýmsi útvar z obou smíšeným. Že je patrný rozdíl mezi oběma hledisky, je na snadě. Vždyť mohou se v obou hlavách zákona, které dva typy smluvní, jejichž míšencem smlouva nějaká býti má, upravují, vyskytovat normy, též otázky se dotýkající, ale právě opačně rozhodující (arg. §§ 1155, 1205). Kterého předpisu dlužno použiti, je-li tu smlouva, oběma typům náležející? Držíme-li se mínění, že jen normy jedné kategorie smluvní mohou býti rozhodnými, je odpověď snadná.

Vzhledem k právě řečenému zbývá toliko možnost rozhodnouti se v našich případech sporných buď pro smlouvu námezdní anebo pro smlouvu společenskou. K cíli dojíti lze jednak pomocí úvahy principiální, jednak i cestou induktivní.

Ulpian ve známých fr. 13 pr. D. 19, 5, fr. 52 § 3, fr. 44 D. 17, 2 prohlásil, že smlouvu, kdy jeden odevzdá druhému věc

ale ovšem v § 999 nota k) omezuje institora na stipulovanou pevnou mzdu; *Goeschen*, § 513 B. a patrně *Keller*, *Pandekten*, str. 85 (§ 338). *Endemann*, *Studien in der romanisch-kanonischen Wirtschafts- und Rechtslehre* I. str. 365; *Dernburg*, *Preussisches Privatrecht* II. str. 616; *Laurent*, *Principes de droit civile* sv. 26 č. 154; *Zachariae-Crome*, *Handbuch des französischen Civilrechtes* str. 598, p. 3a); *Pernice*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* N. F. 3. str. 55; *Schreiber*, *Arbeitsvertrag* str. 7 a *Stubenrauch-Schreiber*, II. 387 (tento však z nerozhodných důvodů); *Crome*, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte* str. 241. Rozhodnutí G.-U.-W. č. 12471; *Links*, č. 7, 2463, 3145, 3761, 4909; *Seufferts Archiv*, sv. 3, č. 261, sv. 13, č. 248; *R.-O.-H.-G.*, sv. 1, str. 194, sv. 17, str. 276. — Pro smlouvu společenskou: *Hofacker*, *Principia iuris civilis* III. § 1982; *Höpfner*, *Commentar zu den Heineccischen Institutionen* § 911; *Lastig*, *Zeitschrift für Handelsrecht* sv. 23, str. 409. (U tohoto má rozhodnutí význam více méně formální, ježto on prohlašuje poměr náš za jednostrannou společnost pracovní, a tuto podrobuje podstatně jiným předpisům než pravou dvojstrannou smlouvu společenskou str. 415; sr. jmenovitě str. 408, 412; *Waaser*, *Colonia partiaria* str. 77. — Pro smlouvu nepojmenovanou: R. G. (říšský soud německý) sv. 20, str. 165; sv. 36, str. 199; sv. 31, str. 59; *Goldschmidt*, *Entwurf eines preussischen Handelsgesetzbuches* (*Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*) str. 132; ovšem že tento rozbírá přesně a správně, které normy práva společenského a které normy z titulu o smlouvě námezdní použity býti mají, takže u něho jde o pouhou nedostí případnou terminologii. — Přehled různých mínění sr. *Waaser* na u. m. str. 4—19.

ku prodeji s tím, aby tento jemu určitou summou z tržeb ceny vydal, to pak, oč více utrží, sobě ponechal, jen tehdy za smlouvu společenskou považovati lze, je-li tu animus contrahendae societatis, jinak že je tu t. zv. contractus aestimatorius, nyní vůbec smlouvou vetešnickou zvaný. Nás toto konkrétní rozlišení smlouvy vetešnické a společenské neinteressuje, než významným jest to, že za pojmový znak smlouvy společenské t. zv. animus contrahendae societatis byl prohlášen. Skutečně také při snaze, rozlišiti sporné území smlouvy námezdní kladen důraz na tento animus,⁴⁾ a ponevadž tu jde o kvalitu vůle, kterou zevně přímo postřehnouti nelze, vyvozován animus c. s. z indicií, jmenovitě ze stejného sociálního postavení stran kontrahujících.⁵⁾ Důkaz ten prakticky v hlavních případech dovede k výsledkům správným, ale jádro otázky tímto formulováním rozhodně postiženo není. — Svrchu bylo poukázáno na podstatu asociace, v tom směru *Iheringem* správně vystiženou, že totiž společníci, socii, domáhají se účelu společného, účelu, jenž jim všem je vlastním.⁶⁾ Je nepochybné, že jen tehdy můžeme mluvit o účelu společném, o účelu všem společníkům vlastním, jestliže posice všech společníků oproti účelu tomu je totožná. Jestliže více osob o dosažení jistého účelu společně usiluje, a sice i prostředky různými, na př. poskytuje-li jedna nebo více z nich prostředky hmotné, a jiná propůjčuje jen svoje síly pracovní, lze jen tehdy říci, že posice všech oproti účelu, kterého dosáhnouti hodlají, je totožná, má-li hlas jedné každé váhu při rozhodování otázek z d-a-l-i, a po většině i oněch, jakým způsobem⁷⁾ účelu dosaženo býti má, t. j. je-li každá z nich nejen povinna, nýbrž i oprávněna splnění účelu se domáhati.⁸⁾ Jen tehdy tedy, lze-li dle běžné terminologie

⁴⁾ *Glück* Ausführliche Erläuterung sv. XV. str. 373; *Brinz*, Pandekten II. str. 786; *Dernburg*, Pandekten II. § 124; Preussisches Privatrecht II. str. 615; *Pernice* na u. m. str. 55; velmi přesně *Laurent* na u. m. Nro 154: L'égalité est de l'essence de la société; *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte str. 9, 27; patrně nepochopili myšlenku Ulpiánovu *Kritz*, Pandekten § 33 a *Salkowski*, Quaestiones de iure societatis str. 75 a nn.; podivně vykládá animus contrahendae societatis *Pothier*, Pandectae Justinianae Tom. I. tit. pro socio, Sectio I. Art. I. nr. IV. nota b.

⁵⁾ *Dernburg*, *Pernice* a *Crome* na u. m.

⁶⁾ *Dernburg*, Preussisches Privatrecht na u. m. str. 616; *Crome* na u. m. str. 27; *Enneccerus-Lehmann*, Bürgerliches Recht I. 651.

⁷⁾ Ovšem nelze tu míti na mysli technickou stránku řízení závodu, jako snad *Goldschmidt*, Entwurf str. 325, nýbrž stránku juristickou; na poměru se pranic nemění, je-li podnikatel sám neschopný, a podřízený duší podniku; přes to právnícké pojmy pána služebního a dělníka, a národohospodářské pojmy podnikatele a pracovníka (osoby, žijící z důchodu pracovního) zůstávají intaktní. Podobně nelze sem vztahovati případy ty, kdy některý neb někteří ze společníků nejsou zúčastněni v technickém řízení; i to nemá vlivu na jejich postavení.

⁸⁾ Správně *Pernice* na u. m. str. 65, jenž klade důraz na stejnou posici právní — Gleichberechtigung; *Steinbach*, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation str. 82; *Seufferts* Archiv sv. 13 č. 248; *ROH.-G.* sv. 1 str. 194; sv. 17 str. 276.

národohospodářské nazvati ty, kdo účelu nějakého na společný zisk a ztrátu se domáhají, podnikateli, speciálně spolupodnikateli, lze mluvit o smlouvě společenské. Kde však dle celého tenoru smlouvy nutno říci, že na libovůli jednoho neb některých z účastníků závisí, zdali účelu nějakého domáháno býti se má, aneb zda v snaze té ustati se má, v kterémžto posledním případě ovšem ostatní účastníci odškodnění býti musí, a kde dále vyloučen je vliv těchto ostatních účastníků na způsob a prostředky, jakými účelu dosaženo býti má a oni diktátu některého z účastníků, pokud jde o působení své podříditi se musí, je patrné, že není tu animus contrahendae societatis, nýbrž že je to poměr pána a podřízeného,⁹⁾ poměr podnikatele a dělníka; tu nelze mluvit o tom, že by domáhali se účastníci účelu společného; jen ten, kterého lze nazvati podnikatelem, domáhá se účelu vlastního, ostatní spolupůsobí jen k účelu jeho, jsouce na dosažení téhož interessováni.¹⁰⁾ Z toho plyne, že ze samého pojmu asociace podává se rozřešení, a že jen prvé *Iheringem* uvedené znaky, vliv při vedení záležitosti nějaké a nedostatek jeho se strany určitých osob, asociaci a směnu charakterisují. Okolnost ta, zda někdo na dosažení jistého účelu podílem v zisku interessován jest, není rozhodná; takové účastenství pracovníků v podílu na zisku jest jen způsobem mezdním,¹¹⁾ t. j. podnikatel, aby lépe a zjištněji účelu svého dosáhl, interessuje osoby ve svazku smlouvy námezdní oproti němu stojící, na jeho dosažení. Je-li tedy na jisto postaveno, že naprostý nedostatek rozhodného, decisivního vota je znakem smlouvy námezdní, máme zajisté kritérium, které v konkrétních, k posouzení předložených, případech spolehlivě k cíli povede. Třebas ani okolnost ta výslovně mezi stranami ventilována nebyla, jistě bude mezi nimi nesporno, zdali si představují svůj vzájemný poměr jako poměr dělníka k podnikateli, či jako poměr dvou osob stejně oprávněných. Jest nepochybné, že tu právě sociální postavení stran bude objektivním indiciem, takže nebude ani třeba na subjektivní názory jejich appellovati. Bude tudíž zajisté v každém konkrétním případě s dostatek materialu k řešení otázky, zdali smlouvu za společenskou či námezdní dlužno považovati.¹²⁾

⁹⁾ Spolčení se práce s kapitálem může býti subordinované nebo koordinované; *Lastig* na u. m. str. 480; *Goldschmidt* na u. m. str. 132; *Crome* na u. m. str. 153; *Steinbach* na u. m. Jinak *Waaser* na u. m. str. 69.

¹⁰⁾ *Zachariae v. Lingenthal*, *Französisches Civilrecht* str. 598, p. 3 a); *Ihering*, *Zweck im Recht* I. str. 125; *Crome* na u. m. str. 27.

¹¹⁾ Tak již *Lessius* na u. m.

¹²⁾ Rozhodnutí, která na tomto základě vydána budou, jsou zajisté zcela případná. To seznati lze, pozorujeme-li případ předložený k řešení říšskému soudu německému (R.-G. sv. 31, str. 39). Firma jakás sjednala agenta na 10 let na provisi, a již v třetím roce ze služebního poměru ho propustila, poněvadž prý dalším provozováním závodu by propadla zkáze finanční, což jí, když agentem o náhradu škody žalována byla, podařilo se

Že jediné tyto právě vylíčené okolnosti jsou rozhodny, a že okolnost, zda někomu podíl na zisku z nějakého podniku přísluší, není momentem při určování podstaty smlouvy významným, lze ještě jiným způsobem prokázati. V otázce naší můžeme se totiž dovolati i svědka, jenž velice zřídka kdy způsobilý je svědectví vydávati o právní povaze smluv; můžemeť dovolati se názoru stran samých o tom, jakou povahu právnímu poměru, mezi sebou uzavřenému, obecně přikládají, a jak představují si konsekvence, z poměru onoho plynoucí. Vždyť problém náš nemá za předmět nic jiného, než zjištění podstaty t. zv. partnership, t. j. principu mezdního, jenž jmenovitě v létech 60tých století předešlého nabyt takového významu a sice nejen v literatuře, ale se střídavým výsledkem i ve skutečném provádění, že bylo vzhledem k tomuto principu prohlášeno, že není již sociální otázky.¹³⁾ Následkem rozruchu, jaký mezdní princip ten způsobil, sebrán veliký materiál statistický, uložený především ve spisu *Boehmertově*, Die Gewinnbetheiligung, materiál, jenž má nejen cenu národohospodářskou, pokud sděluje výsledky, s jakými zmíněný princip v praktickém upotřebení se potkal, nýbrž i právnícký — konstruktivní, pokud obeznamuje nás s nazíráním stran samých na poměr smluvní, tak zvaným podílnictvím na zisku založený. Jmenovitě na str. 117, 121, 135, 149, 158, 191, 209, citovaného spisu lze najíti nepochybné doklady o tom, že podnikatelé a dělníci na prouto v tom se shodovali, že poměr mezi nimi uzavřený je smlouvou námezdní a hlavně, že dělníkům nepřisluší nikterak právo vměšovati se do řízení podniku. Přetřásána pak na místech uvedených velmi horlivě otázka, zdali se dělníci mohou informovati o prospívání podniku a především, přísluší-li jim právo nahlížeti do knih obchodních,

prokázati. Transformujeme-li případ ten na právo rakouské, jde o to, dlužno-li na smlouvu použití § 1155 o. z. či § 1205 o. z. Po našem soudě nemůže býti pochybnosti, že jen použití § 1155 o. z. vyhoví povaze předložené smlouvy a že příslušela by agentu přiměřená náhrada (sr. i *Goldschmidt*, Entwurf str. 132) ač právě říšský soud opáčně rozhodl a žalobu agentovu zamítl. S druhé strany je jasno, že agentovi onomu nepřislušel nikterak vliv na provozování živnosti továrníkem. Z toho tedy patrně plyne, že účastnění se podniku na zisk a ztrátu nemá nezbytně za následek vznik smlouvy společenské, a naopak nedostatek vlivu na vedení podniku je znakem provázejícím smlouvu, kterou byli jsme nuceni prohlásiti za námezdní. Dobře rozhodl naproti tomu říšský soud v případě uveřejněném v *Seufferts Archiv* sv. 13, č. 248, kdež dedukováno vzhledem k tomu, že jisté osobě vyhrazena byla stejná práva jako ostatním společníkům, že nelze jinak, než prohlásiti smluvní poměr, tu mezi stranami k místu příšlý, za smlouvu společenskou.

¹³⁾ *Schmoller*, Zur Sozial- und Gewerbepolitik der Gegenwart (v *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*) str. 455; *Frommer*, Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, Heft 25 (1886); *Fuhr*, Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, sv. 55 str. 600; *Wirminghaus*, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. vydání, sv. 4, str. 716 a nn.; *Schönberg* eodem pod heslem Arbeitslohn, str. 865 a nn.; *Viktor Boehmert*, Die Gewinnbetheiligung.

eventuelně žádati složení účtů se strany podnikatele. Namnoze se k otázce té přisvědčuje, leckde i záporně k ní se odpovídá s poukazem, že tato práva náležejí vlastně spolupodnikateli a nikoli dělníku. Pokusíme-li se o řešení otázky té, vyjde nám výsledek pro pojednání naše důležitý; rozhodnemeť tím spolu otázku onu, kterých norem práva společenského dlužno na partiární smlouvy pracovní analogicky použití vzhledem k předpisu § 1159 o. z. Odpověď zní, aniž by tu bylo lze pouštět se do zevrubného rozboru jednotlivých práv pracovníka, jenž podílem v zisku v podniku nějakým je zúčastněn, což zvláštní části pojednávající o vzájemném poměru stran přináležejí, takto: Smlouva tu uzavřená je smlouvou námezdní, a je tedy patrné, že ony otázky, pro jejichž řešení dostatečné normy v titulu, upravujícím smlouvu námezdní obsaženy jsou, podle těchto norem musí býti rozhodovány, a že nelze jim nikdy substituovati příbuzné předpisy z titulu o smlouvě společenské pojednávajícího (na př. otázka ukončení smlouvy). Podobně oněch předpisů, které předpokládají při tom, komu práva subjektivní poskytují, kvalitu podnikatele, tedy jmenovitě oněch, které pořádají práva společníků na vedení záležitosti společné, nemůže býti analogicky použito, ježto jejich nutným korrelatem je existence spolupodnikatelů. Naproti tomu docházejí upotřebení ony normy, které dotýkají se zjištění zisku a jeho rozdělení. Nelze tvrditi, že právo nahlížeti v knihy, žádati bilanci a účty, nemůže příslušet dělníku podřízenému a že by ono bylo osobováním si práv podnikatelských; naopak je patrné, že poskytuje-li smlouva dělníku nárok na podíl v zisku, musí jemu právo objektivně poskytnouti možnost a prostředky, aby se jemu podílu onoho skutečně dostalo. Jest tedy obsah práv, zaměstnancem po té stránce příslušejících, vyčerpán analogickým použitím norem práva společenského, které zabrání tomu, aby právo zaměstnaného na podíl v zisku nestalo se illusorním.¹⁴⁾

Dlužno ovšem podotknouti, že v ryzosti, zde vylíčené, sotva as často partiární smlouva pracovní bude se vyskytovat. Namnoze bude poměr mezi stranami uspořádán tak, že zaměstnancem vedle pevně stipulované mzdy bude přislíbena tantiéma, t. j. podíl v čistém zisku. Že tomu tak jest, o tom možno se přesvědčiti jmenovitě v knize *Boehmertově* na citovaných místech i jinde.¹⁵⁾

¹⁴⁾ *Goldschmidt*, Entwurf, str. 132; *Dernburg*, Preussisches Privatrecht, str. 616, p. 5; *Enneccerus-Lehmann*, Bürgerliches Recht I., str. 651; srovn. i osnovu zákona o obchodních pomocnících, čl. 60 b, al. 2.; omylně rozhodnutí ve věstníku ministerstva spravedlnosti č. 120.

¹⁵⁾ *Lastig* na u. m. str. 415; *Goldschmidt*, Entwurf, str. 325; *Dankwardt*, Jahrbücher für Dogmatik, sv. XIV., str. 244; *G.-U.-W.* č. 13982, 7684. Podobně osnova, čl. 60 b al. 1.: Ist bedungen, dass ein Theil der Bezüge in einem Antheile an dem Gewinne aus allen oder aus bestimmten Geschäften besteht . . .

Patrně z toho, že případů, ve kterých řešení otázky naší bylo by zvláště obtížným, bude velmi pořádku.

Pokud jde pak o případy t. zv. provise,¹⁶⁾ t. j. poskytuje-li se pracovníku procentuální plat z hrubého výnosu nějakého jednání (určitá procenta z uzavřených smluv pojišťovacích a p.), je patrné, že jedná se tu o zcela jiný princip mezdní. Jeť mzda ve formě provise poskytnutá, aspoň v jistých případech, určitým druhem mzdy kusové, a nikoli podílem v zisku. Je také charakteristickým, že judikatura naše ani v jediném případě, pokud nám známo jest, kdy slíbena byla procentuální záplata za zprostředkování prodeje nemovitostí, nikterak nebyla na rozpacích, že jde o smlouvu námezdní a nikoli o smlouvu společenskou.

Konečně jest ještě na něco poukázati: Zákoník obchodní upravil v 3. kn. v 1. titulu normami o t. zv. tiché společnosti poměr zcela analogický poměru našemu, totiž ten, když kdosi je kapitálem zúčastněn na podniku nějakém na zisk a ztrátu, avšak nemá žádného vlivu na vlastní vedení téhož.¹⁷⁾ Avšak zdá se vyplývati z čl. 261, 262 obch. zák., že účel majitele obchodní živnosti stává se dle názorů zákona do té míry i účelem tichého společníka, že majitel obchodu jest netoliko oprávněn, nýbrž i povinen, domáhati se účelu toho, takže nezávisí jen na jeho vůli, aby vzdal se libovolně domáhání jeho, jak tomu je nepochybně při partiární smlouvě námezdní. Po té stránce lze tedy konstatovati rozdíl mezi partiární smlouvou kapitálovou a partiární smlouvou pracovní, které začasť jako pendanty oproti sobě byly stavěny.

§ 8.

Dodatek.

Zbývá ještě formulovati stručně rozlišení smlouvy námezdní od některých smluv příbuzných.

Především jest dotknouti se smlouvy nakladatelské.¹⁾ Zákoník občanský přiřadil normy o smlouvě této předpisům o smlouvě námezdní v titulu „von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen“. V nejširším smyslu vzhledem k tomu, že nakladatel zavazuje se

¹⁶⁾ O rozdílu mezi tantiémou a provisí sr. jmenovitě *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, str. 172 a nn.; sr. dále čl. 60, 60 b osnovy.

¹⁷⁾ Sr. vůbec o případech těch *Lastig* na u. m.; za tichou společnost považují partiární smlouvu pracovní *Goldschmidt*, Entwurf, str. 325 a *Stobbe*, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, sv. 8, str. 55.

¹⁾ Sr. o tom *Štupecký*, litografované přednášky o smlouvě nakladatelské; *Stubenrauch* II. str. 450 a nn.