§ 1.

O pojmu smlouvy pracovní a smlouvy námezdní.

Úvodem budiž promluveno několik slov o terminologii.[1]) Titul práce i tohoto paragrafu řídí se názvoslovím obecného zákonníka občanského, jenž v rubrice hlavy 26. pod č. 1. mluví o smlouvě námezdní — Lohnvertrag. V dalším průběhu lišeno dle obvyklého v literatuře názvosloví mezi smlouvou služební a smlouvou o dílo, taktéž vzhledem k názvům, jakých zákonník občanský užívá v § 1151, an mluví o zavázání se k službě (zu einer Dienstleistung) a k zhotovení díla (Verfertigung eines Werkes). Dlužno přiznati, že tato terminologie není zcela případnou, a že právem činěny byly proti ní námitky. Je dojista pravda, že některé smlouvy, které v kontextu budou pod pojem smlouvy služební zahrnuty, dle názorů v obecném životě běžných smlouvami služebními nejsou. Máť, jak níže bude ukázáno, názvy smlouvy služební a smlouvy o dílo naznačen býti týž rozdíl, který odpovídá rozdílu mezi římsko-právními smlouvami t. zv. locatio conductio operarum a operis. Mluva obecná nazývá však smlouvami služebními jen jistý druh oněch smluv, které pod locatio conductio operarum spadají. Odtud je patrno, že volený význam s pojmem, který vystihnouti má, se nekryje. Bylo ovšem navrhováno, by smlouva, kterou zde služební nazýváme (i nový zákonník občanský pro říši německou mluví o Dienstvertrag sr. rubriku 6. titulu 7 oddílu 2. knihy), jmenována byla smlouvou pracovní (Arbeitsvertrag). Oproti tomu dlužno podotknouti, že nelze zajisté jiné smlouvy, kterými kdo mimo případ t. zv. slu-

[1]) O této nejobšírněji *Cesana-Giebel*: Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrages (Diss. Zürich 1898). Str. 15—35.

žební smlouvy se zavazuje ku konání práce, tedy jmenovitě tak zv. smlouvu o dílo, vyloučiti z pojmu smlouvy pracovní. Bylo tudíž vzhledem k těmto okolnostem setrvati při názvosloví zákonníka občanského. Za to zachován název smlouvy pracovní pro veškeré smlouvy, jejichž předmětem jest práce; jest tedy název smlouvy pracovní v tomto pojednání širší názvu smlouvy námezdní. Ostatní otázky, terminologie se dotýkající, nejsou povahy zásadní a bude o nich vždy na místech příslušných promluveno. Nyní lze se obrátiti k věci samé.

»Proces pracovní jest účelnou činností, směřující k výrobě hodnot, jest přisvojováním přírodních statků pro potřeby lidské, všeobecnou podmínkou výměny látek mezi člověkem a přírodou, věčnou přirozenou podmínkou života lidského« (Karel *Marx*, Kapital I. str. 148). Tedy stručně: Proces pracovní jest účelnou činností, směřující k ukojení potřeb hmotných. A dále pokračuje *Marx* tamtéž: »Jest neodvislým (t. j. proces pracovní) od jakékoli formy tohoto života, ba spíše všem společenským jeho formám společným. Není tedy nutno dělníka v poměru k jiným dělníkům znázorniti, stačí nám příroda a její látky na jedné, člověk a jeho práce na straně druhé. Právě tak, jako nelze na chuti pšenice poznati, kdo ji pěstoval, nevidíme ani na tomto procesu, za jakých podmínek předsešel, zda pod brutálním bičem dozorce otroků nebo pod úzkostlivým okem kapitalistovým, zda Cincinnatus jej konal, obdělávaje své políčko, nebo divoch, který kamenem ubijí dravce.« Pro *Marxovy* všeobecné účele ovšem bylo lhostejno, dotýkati se různých forem společenských, za jejichž platnosti proces pracovní se odehrává a analysovati ony jeho různosti, které odtud béřou svůj původ, naproti tomu nezbytně tak činiti musí ten, kdo zabývati se chce positivními řády právními. Neníť faktoru důležitějšího, který větší vliv by měl na formu společnosti lidské, než právní organisace práce, jejíž vystižení jest úkolem tohoto pojednání. Jdeme-li tedy o krok dále od *Marxovy* definice procesu pracovního, setkáváme se ihned s problémem národohospodářským, jenž má předůležitý vliv na otázky nás zabývající. Velký problém dělby práce, jenž je důvodem oběhu veškerých statků, jenž vychází odtud, že jen na poněkud pokročilejším stupni kulturním nižádný jednotlivec není způsobilý vlastní silou, na pomoc bera jedině síly přírodní, veškeré potřeby svoje ukojiti, tento problém jest příčinou, že každý odkázán jest na to, by přizpůsobil sobě výsledky práce cizí. I odpadají tedy na poněkud pokročilejším stupni hospodářském jako výhradné neb aspoň jako hlavní ony tvary procesu pracovního, kdy výroba i konsumpce ve sféře jednoho člověka se skonávají (z příkladů Marxem uvedených, tedy formy naznačené příkladem Cincinnata a divocha). Heslem naším jest tudíž: jakým způsobem lze přizpůsobiti sobě výsledek cizího procesu pracovního? Právní řád stávající jest

oním základem, na kterém přizpůsobení to se děje. Kdys právo, znajíc přímé právní panství (vlastnictví) nad člověkem, nutilo člověka takto podřízeného k předsebraní veškeré činnosti na základě tohoto panství. Dnes v civilisovaných státech však přizpůsobení to děje se tím způsobem, že smlouvou zavazuje se kdo osvědčovati činnost svou v hospodářské sféře druhého a činností svou potřeby jeho ukájeti,[2]) ať hmotné ať jiné (esthetické etc.) Smlouva ta nazývá se vůbec smlouvou pracovní a, jak z uvedeného vyplývá, jest smlouvou egoistickou na straně toho, kdo činnosť nějakou na druhém žádá.[3]) Dlužno však ještě podotknouti: Tam, kde ten, jenž potřebu nějakou ukojiti chce, obrací se na osobu, která hotovými prostředky úkojnými vládne, přestává území smlouvy pracovní a počíná území smluv směnných, hlavně trhových (nehledě ovšem k smlouvám altruistickým). Jeť známo, že za vyvinutých poměrů hospodářských nečeká ten, kdo způsobilý jest účelnou činností jisté úkojné prostředky (s hmotným substrátem) uzpůsobiti, na initiativu onoho, komu oněch prostředků je potřebí, aby k této initiativě činnost předsevzal, nýbrž mnohé z osob takových, opatřivše sobě onen substrát (surovinu) a zpracovavše ji, nabízejí hotový prostředek úkojný těm, kdo po něm se poptávají.[4]) (Pokud držíme se svrchu vytčeného schematu Marxova, shledáváme, že sem spadá téhož úzkostlivý kapitalista, pokud jde o jeho poměr ke konsumentům; poměr mezi ním a osobami, které zpracováním tovarů se zabývají, ovšem, jak patrno, náleží do oborů vlastních smluv pracovních.) Zevrubnější výklad rozhodných, sem náležejících otázek, podán bude níže, kde jednáno bude o kriteriích, smlouvu námezdní od trhové odlišujících. Tamtéž o tom, že pod pojem smluv pracovních spadají jen ony, kdy činnost osvědčovaná v hospodářské sféře druhého je hlavním předmětem smlouvy; kde však jde o pouhé činnosti vedlejší, pomocné, tam že poměr mezi stranami má povahu smlouvy jiné.

Římané znali více typů smlouvy pracovní, které vesměs jako dědictví do veškerých, na římském právu se zakládajících práv moderních přešly. Jsou to: Locatio conductio ve svých dvou formách l. c. operarum a operis, mandatum a depositum (na příslušných místech bude ospravedlněno, že depositum mezi smlouvy pracovní se čítá). V právu rakouském odpovídá prvním dvěma

[2]) Tak již *Backovius-Echtius* Scholae et animadversiones ad disputationes Treutleri Disp. 29 th. 2. lit. G.: quoniam locationis hic finis est, ut commoda nostra promoveantur.

[3]) Potud správně *Endemann:* Die rechtliche Behandlung der Arbeit (v Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik z r. 1898 str. 704.), zasazuje-li se o jednotný pojem smlouvy pracovní.

[4]) Srv. o věci té jmenovitě *Bücher* čl. Gewerbe v Handwörterbuch der Staatswissenschaften von *Conrad* etc. Formu zde dotčenou jmenuje týž »Freiswerk«.

hlava 26. obč. zák., a vylíčení jejich je předmětem tohoto pojednání, smlouvě, na třetím místě jmenované, hlava 22. (což ovšem níže prokázáno býti musí), smlouvě poslední hlava 19. (zde však se značnými změnami). Nelze ovšem říci, že zcela tak smlouvy ty byly recipovány, jak právo římské je upravilo; jen v hlavních rysech se tak stalo, mnohé, ryze lokální a historické zvláštnosti byly odstraněny, leccos změněno z důvodů politiky zákonodárné, specielně civilní, leccos maně, leccos nedorozuměním. Naznačíme-li zhruba rozdíly, mezi těmito smlouvami existující, tož vyplývá z pramenů, že locatio conductio je smlouvou záplatnou, obě ostatní smlouvami bezplatnými. O věcech těch bude níže zevrubně promluveno. Avšak dlužno ještě učiniti omezení: Jestliže totiž nepozůstávala záplata, za práci poskytnutá, v penězích (pecunia), nebyl poměr, mezi stranami existující, locatio conductio a nedávány stranám actiones locati a conducti, nýbrž byl tu t. zv. contractus innominatus »do ut facias« nebo »facio ut des«, z takového poměru pak agebatur praescriptis verbis, bylo-li s jedné strany dáno, neb s druhé práce vykonána fr. 5 § 2 a fr. 22 D. 19, 5.[5]) Dle práva římského byla tedy locatio conductio[6]) smlouvou o směně peněz (pecunia) za výkon procesu pracovního. Požadavek t. zv. pecunia constituta odpadl v právech moderních. Zákonník občanský sice v § 1151 uvádí jako pojmový požadavek smlouvy námezdní, aby záplata pozůstávala v penězích, ale již § 1173 o. z. pravidlu tomu bere základ. Ovšem že v dalším postupu bude §u 1173 přikládán positivní obsah a není tedy argument z něho odvozený spolehlivý; leč onomu pravidlu § 1151 berou základ i předpisy specielní, které právě zákazem placení mzdy jinak než v penězích poukazují k tomu, že záplata peněžitá není podstatným kusem v pojmu smlouvy námezdní (sr. § 78—78 *e* živnostenského řádu). O otázce záplaty níže zevrubněji bude promluveno.

Právo římské žádalo však k pojmu smlouvy námezdní ještě, by opera byla locari solita. V novější literatuře namnoze i tento požadavek při líčení pojmu smlouvy námezdní vykládá se jako překonaný, ač v jiných souvislostech výkladu za platný se pokládá.[7]) Požadavek ten, že opera musí býti locari solita, platí i dnes, a jen tím, že vyloučíme činnosti, které dle pojmů římských non possunt locari, dospějeme k své definici smlouvy pracovní, jako smlouvy o provádění procesu pracovního (účelné činnosti, směřující k ukojení potřeb) v cizí sféře hospodářské. Výkladu

[5]) Že správno jest ve smyslu klassických právníků mluviti o agere praescriptis verbis, nikoli o actio p. v., přesvědčivě dovodil *Gradenwitz*, Interpolationen, ukázav, že význam actio p. v. náleží do duševní dílny kompilatorů.

[6]) Kde mluví se v práci této o locatio conductio bez jakéhokoli dodatku, dlužno tím rozuměti l. c. operarum i operis souhrnně.

[7]) Sr. *Pavlíček*, Žaloby z obohacení, str. 184.

otázky, které činnosti non possunt locari, mají následující řádky býti věnovány. Z výkladu toho pak vzhledem k stanovisku, na jaké oproti smlouvě pracovní jakož jednotnému pojmu jsme se postavili, zároveň na jevo vyjde, že operae, quae non possunt locari, non possunt etiam mandari (zmiňovati se zvláště o depositu netřeba, ježto činnost depositářova je typická a nemůže tedy o různých předmětech smlouvy schovací po této stránce býti řeči), čili, že vyloučení jistých činností z oboru lokace, vztahuje se na veškerý obor smluv pracovních. Neboť vytkli jsme, že i mandatum je smlouvou pracovní, a prokázati chceme, že předsevzetí takových činností, quae non possunt locari, vůbec p r a c í a tedy smlouvu o předsevzetí jich uzavřenou smlouvou p r a c o v n í, nazývati nelze.

Jaké činnosti jsou to tedy, které dle názorů právníků římských náleží mezi operae, quae non possunt locari? Pravidla nám právníci tito nezanechali, nač často touženo bylo,[8]) jen příkladem *Paulus* věci se dotkl — fr. 5 § 2 D. 18, 5.[9]) Z příkladu toho pravidlo odvoditi pokoušeli se ze starších právníků takořka všichni, nemnozí však se zdarem. Dlužno ovšem konstatovati, že jmenovitě ve starší době slovný výklad místa správně se dál; jest totiž vytknouti, že v citovaném fr. 5 § 2 D. 19, 5, jak *Donellus* byl již navrhoval za slova, »ut servum manumittas« nutno doplniti »tuum«. Tak dříve takřka všichni[10]) Že o tom nemůže býti pochyby, a že tedy oněch »decem«, o kterých v místě se mluví, jest považovati za náhradu za propuštěného otroka, který náležel manumittentovi a nikoli za jakýsi druh mzdy za propuštění otroka, náležejícího tomu, qui decem dedit, o tom snadno z pramenů lze se přesvědčiti; především z toho, že obvyklá kupní cena za otroka placená, v Digestech je »decem«, sr. fr. 4 § 2, fr. 17 D. 18, 2; hlavně však vysvítá to z fr. 3 a 5 D. 12, 4. Případ je tedy ten: Kdosi žádá druhého, aby propustil svého otroka a hradí jemu újmu odtud vzcházející, t. j. zaplatí jemu trhovou cenu otroka toho. Z místa takto správně vyloženého však nemnohým podařilo se pravidlo, z tohoto výkladu se podávající, vyvoditi. Leckde shledáváme se sice se správnou myšlénkou,[11]) aniž činěny z ní veškeré konse-

[8]) Sr. *Gerhardt Noodt:* Opera omnia, Tomus II. ad. tit. D. 19, 2

[9]) Místo to skutečně lze nazvati pravým křížem právníků středověkých. *Paulus de Castro* in Dig. vetus ad tit. 19, 5 dal se strhnouti k výroku: si iuris consultus viveret, non posset defendere istam decisionen (cit. dle komentáře *Iasona de Mayno*, k témuž místu, ježto ve vydání spisu *Paulova*, které mně po ruce bylo, text týž smysl mající, nebyl zcela jasný).

[10]) Sr. místo všech *Bartolomaeus de Salyceto* ad D 12. 4 č. 8.—11.; *Donellus*, Commentarius juris civilis kn. 13. kap. 6. č. 4.; *Noodt* na u. m. ad D 19, 2; z novějších *Glück*, ausführliche Erläuterung ad D 19, 2; pak *Erxleben*. Die Condictiones II. díl, str. 356 a nn.

[11]) *Jason de Mayno* na u. m. ad D. 19, 5; *Bachovius* Disp. ad Treutlerum, disp. 29 th. 2. lit. G.; *Lauterbach*, Collegium theoretico-practicum ad

quence, a věc byla dostatečně accentována, u jediného setkáváme se s úplným porozuměním místa co do obsahu potud, že pochopeny případy, na které fragment míří, avšak ani tu poměr není správně vyložen.[12]) V místě onom nemá býti vyznačeno nic jiného, než to, že dationes ob causam, když causa není předsevzetím činnosti, sloužící k ukojení potřeby toho, qui dat, když nejde o konání p r á c e, nelze považovati za locationes.[12a]) Že oprávněni jsme z místa předvedeného činiti tento závěr, ač tam nevylučují se z oboru smlouvy námezdní veškeré činnosti, které my takto vylučujeme, to prameny na jiných místech dosvědčují. Zcela zvláštním normám podléhá jmenovitě narovnání (smír), i tenkráte, pokud pod schéma do ut facias spadá, nechť předmětem daného (záplaty) jsou i peníze; neboť pro ony případy, kdy aliquid datur ob transactionem, ut a lite discedatur fr. 65 D. 12, 6 fr. 1 D. 12, 4, nebo ne ad iudicem iretur, platí předpisy speciální. Tolik stačí zde konstatovati; o tom pak, jak dalece má tu průchod hledisko t. zv. kontraktu innominátního sr. jmenovitě *Erxleben*, Die Condictiones II., str. 314 a nn. a hlavně str. 335—339. Je tudíž z pramenů patrno, že jisté druhy smluv, ve kterých nejde o konání práce, nespadají pod pojem lokací. Nepřekáží zajisté nic tomu, by platnost zásady té na veškeré smlouvy takové byla rozšířena. Neboť lze tvrditi, že jediným důvodem, který smlouvy svrchu uvedené z oboru lokace vylučuje, je ten, že při nich o výkon procesu pracovního nejde; vždyť jen po té stránce smlouvy ty od oněch se liší, které za locationes et conductiones považovati dlužno.

Jest ovšem obtížno definicí vystihnouti a zahrnouti ony případy, které pod pojem předsebrání procesu pracovního spadají. Nejvíce pravdě bude se as blížiti vytčení ono, že sem náležejí ony činnosti, které mají za účel připraviti úkojné prostředky pro onoho, kdo prostředky takové žádá či jinak, kdy negotium eiusdem exercetur; dále ony činnosti, které přímo potřebu jiného ukojují (konání osobní na př. činnost herců atd.). Z toho plyne, že smlouvy toho druhu, kterými konkurence se vylučuje, na př. smlouva neprovozovati obchodu v témž místě, v téže ulici, obchodu téhož druhu, nenáležejí dle práva římského pod před-

D. 19, 2; *Frantzkius* Commentarius ad D. 19, 2, č. 58. *Guilelmus Prousteau*, Recitationes (In thes. Meermani Tom. III.) cap. 18. č. 3. Správné jádro leží v jimi uvedené charakteristice, že locari non possunt operae, ex quibus nulla utilitas pertinet (jak oni praví: ad conducentem).

[12]) *Salycetus* na u. m. ad D 12, 4, č. 8.—11., kdež označen případ, kterého fr. 5 § 2 cit. se týká, jako donatio sub modo.

[12a]) Místu tomu začasté ve smyslu svrchu zavrhovaném bylo rozuměno; tak výslovně: *Accarias*, Précis de droit romain, Tom. II., str. 499: 1°) le louage ne peut pas avoir pour objet des faits iuridiques, par exemple l'affranchissement d'un ésclave (fr. 5 § 2 D. 19, 5).

pisy o smlouvě námezdní. Je patrno, že nalézáme s tím v úplné shodě s příkladem Paulovým v často citovaném fr. 5 § 2 D. 19, 5, dle kteréhožto příkladu náleží mezi operae locari solitae »tabulam pingere«. Pro smlouvy tu z oboru námezdní smlouvy vyloučené platí v právu římském předpisy o t. zv. kontraktech innominátních. Ovšem nemá tím býti řečeno, že snad veškeré smlouvy o činnostech, quae locari non possunt, stejnými řídí se normami. Mimochodem bylo na to již poukázáno (při zmínce o smíru), zevrubně však předpisy ty a různosti jejich líčiti, není úkolem této práce.[13]) Těmito rysy byl by tedy as naznačen obraz, které smlouvy pod pojem smlouvy pracovní spadají, specielně vytčeno, které ku smlouvám námezdním počítati dlužno.

Budiž však ještě doloženo toto: V dosavadním průběhu líčení nebyla učiněna zmínka o t. zv. artes liberales (tit. D. 50, 13) a o činnosti mensorově (fr. 1 D. 11, 4). Tu jde ovšem o činnosti, které v právu římském nemohly býti předmětem smlouvy námezdní a náleželo tudíž oproti nim zaujmouti stanovisko. Z důvodů však, které níže na jevo vyjdou, bylo pojednání o nich na jiné místo odloženo.

Než vraťme se k předmětu svrchu opuštěnému! Tážeme se: Dlužno týchž zásad o podstatě smlouvy námezdní, jaké prvé dle práva římského byly vylíčeny, držeti se i dle práva rakouského?

§ 1173 obč. zák. výslovně prohlásil, že »die Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, sind nach den über die entgeltlichen Verträge überhaupt und insbesondere nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten Regeln zu beurteilen.« Odtud především patrně plyne, že vůbec opuštěno stanovisko práva římského, pokud žádalo toto k perfekci smluv mezi pojmenované nespadající plnění s jedné strany — rem. S druhé strany však odtud vyplývá, že ony smlouvy, o kterých § 1173 obč. zák. mluví, neřídí se především a výhradně předpisy hlavy 26., nýbrž za jistých okolností všeobecnými předpisy o smlouvách synallagmatických (hlava 23.). Tu ovšem vytknouti jest, že tak, jak § ten dán jest, přece jej pojímati nelze. Neboť je nepochybno, a bylo na to již svrchu poukázáno, a předpisy to dosvědčující citovány, že pravou, skutečnou smlouvou námezdní jest i smlouva, při které za práci neb slib téže jiná věc než peníze se plní neb slibuje. Po té stránce jest § 1173 obč. zák. jen reminiscencí na právo římské. Požadavek, by záplata pozůstávala v penězích, nemá základů v podstatě smlouvy námezdní a nelze

[13]) O nepojmenovaných kontraktech sr.: *Erxleben*, Condictiones II. sv.; *Brinz*, Pand II., 540 a Kritische Blätter seš. 1.; *Pernice*, Labeo II., str. 486; III.; Kritische Vierteljahrsschrift sv. 10.; *Lenel*: Archiv für die civilistische Praxis sv. 79., str. 64 a nn., *Wendt*, Reurecht und Gebundenheit I. díl, str. 27 a nn. a jmenovitě pro otázky, kterých zde se bylo dotčeno, důležity jsou poznámky *Bekkerovy*, Pandekten II., str. 275 a nn., 359 a nn.

se po našem soudě dopátrati důvodů, pro které by smlouva, při které na místo peněz jiná věc jako záplata nastupuje, až do nejmenších podrobností ne měla býti posuzována jako smlouva námezdní, a jest tento názor římského práva čistě historickými důvody vysvětliti.[14]) Slíbí-li se tedy neb poskytne-li se jiná věc než peníze za poskytnutí neb slib práce, jest smlouvu takovou dle práva rakouského za smlouvu námezdní považovati, a předpisy hlavy 26. tudíž přímo použití docházejí. Přes to nelze popříti, že povaha plnění jistou změnu u věci přivoditi může. Pokud práce za práci se poskytuje, jest jistě pochybno, zda veškeré předpisy hlavy 26. při posuzování takových případů použity býti mohou. Neboť, jak níže (v části zvláštní) ukázáno býti má, jsou v hlavě 26. obsaženy jisté předpisy, kterými mezi oběma stranami jistá nerovnost způsobena jest, sr. především §§ 1155, 1162 obč. zák. Použiti §§ těch na smlouvy, při kterých obě strany plnění stejného druhu — práci — poskytují, jest patrně nemožno. Podobně § 1156 obč. zák. předpokládá na jedné straně plnění hmotné, na druhé práci a není možno použiti ho na smlouvu operae contra operas. Vzhledem k tomu tedy, že na smlouvy takové dle povahy věci nelze použiti předpisů smlouvu námezdní od jiných smluv dvojstranných odlišující, platiti budou tu všeobecné předpisy resp. zásady o smlouvách synallagmatických.

Dlužno však jíti ještě dále na cestě takto nastoupené a vytknouti další případy, ve kterých povaha plnění protistrany má za následek, že nelze smlouvu, při které s jedné strany práce se poskytuje, za smlouvu námezdní považovati. Můžeť povaha plnění protistrany oné poměry komplikovati tak, že skutečně je velmi obtížno zjistiti, jaká smlouva v tom kterém případě mezi stranami k místu přišla. (Jakým způsobem právníci, resp. soudcové římští, v takových situacích si počínali, o tom sr. fr. 1 pr. § 1 D. 19, 5.) Případy sem náležité předloženy byly i nejvyššímu soudu k řešení a uveřejněny byly ve sbírce G.-U.-W. pod č. 12380., 15832. a dále pod č. 486. nového pořadí této sbírky. (Neue Folge počínající sv. 35.) V prvním a druhém případě šlo o smlouvu toho obsahu, že propůjčen byl stranou jednou byt v domě, a strana druhá zavázala se vésti správu domu toho, v případě posledním šlo o přenechání hostince za čepování piva z pivovaru, náležejícího majiteli hostince, při čemž pivo v jisté ceně hostinskému bylo přenecháváno. Je patrno, že v těchto smlouvách sloučeny jsou s jedné strany element smlouvy pracovní — poskytnutí síly pracovní, s druhé strany element smlouvy nájemní — přechodné užívání věci. Pro kterou

[14]) Srv. *Windscheid*, Pandekten § 404 p. 1 a tam citované. *Unger*, Jahrbücher für die Dogmatik sv. 8 str. 5 a nn.; jinak ovšem *Kritz*, Pandekten str. 194, *Bernhöft*, Kauf (v. Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB. sešit 12.) str. 64.

z obou smluv dlužno se rozhodnouti? Odtud resultuje následující úvaha: Je nepochybno, že podstatu smlouvy dvojstranné určuje (jest jejím účelem — causa) ono plnění, které smlouvu tu od jiných odlišuje, [15]) tedy rozhoduje ukojení potřeby emptorovy (definitivní právní moc nad věcí) conductora rei (přechodné užívání věci) a conductora operarum a locatora operis (použití cizí pracovní síly). Římští právníci postavili se, jak známo, na výlučné stanovisko, vytknuvše, že právě uvedené smlouvy, emtio venditio a locatio conductio ve všech třech formách jsou tu jen tehdy, jestliže vzájemné plnění oněch stran smluvních, jejichž potřeba podstatu smlouvy určuje, záleží v předmětu, který neukojuje potřeby protistrany přímo, nýbrž který slouží toliko k sjednání prostředků úkojných, tedy v peněžích v jejich funkci jako obecného měnidla; odtud plynula pak ta výhoda, že velmi snadno bylo lze rozeznati, které plnění jest účelem (causa) smlouvy a které záplatou zaň poskytovanou. Jak bylo již řečeno, práva nová upustila od tohoto exclusivního stanoviska a prohlásila, že možno jíti dále a pod zmíněné typy smluvní subsumovati i případy další, ony totiž, kdy záplata nepozůstává v penězích. Vzniká otázka, jak daleko jíti lze. Nehledíme-li již k případům svrchu dotčeným, kdy obě vzájemná plnění jsou stejného druhu (směna, užívání věcí za užívání věci, poskytnutí práce za práci), dlužno prohlásiti, že pod příslušné typy bez závady lze zařaditi všechny případy, kdy záplata nerepresentuje element smlouvy jiné, kromě smlouvy směnné (trhové), tedy pod smlouvu námezdní ony smlouvy, ve kterých záplata pozůstává ve zcizení (definitivním vzdání se) jakéhokoli prostředku úkojného za poskytnutí sil pracovních. Pokud však sejdou se elementy dvou jiných smluv, t. j. stojí-li navzájem proti sobě plnění, která za jinakých poměrů podstatu smlouvy určují, pak nemáme právnického kriteria vůbec. Dlužno jen přihlédnouti, nelze-li v ekonomické struktuře smluv zjistiti různosti, které podaly by nám látku pro naše rozhodnutí. Jen takovéto ekonomické momenty skutkové mohou nás přivésti k cíli, t. j. jinak vyjádřeno, jest v každém konkretním případě zkoumati, je-li kausa smlouvy užívání věci anebo poskytnutí síly pracovní; jest to táž otázka, kterou řešil již dvorský dekret ze dne 14 listopadu 1784 vytknuv, že »nachdem das vorzüglichste Verhältniss zwischen einem Hausherrn und seinem Hausmeister, Gärtner, Portier und dergleichen ganz oder zum Theile anstatt des Lohnes die freie Wohnung geniessenden Leuten in dem Dienstkontrakte besteht: so sind dieselben bei vorfallender Dienstesentlassung auch in Absicht auf die Aufkündigung der Wohnungen

---

[15]) O pojmu »causa« v tomto smyslu srv. *Schey:* Die Obligationsverhältnisse sv. 1. seš. 1. str. 6 a nn., pak jmenovitě *Grünhut's* Zeitschrift IX. str. 394; dále *Bechmann*, Kauf II. str. 11 a nn.

und Ausziehungen nach dem Dienstbothenpatente zu behandeln.«[16])

Úvahy o ekonomické povaze toho kterého poměru budou se pak brátí tímto asi směrem: Jest ten, kdo poskytuje užívání věci (bytu a p.) nabízečem (ve smyslu národohospodářském) této věci, či poptávačem po práci, tedy jde jemu o to, by zpeněžil zmíněný byt, anebo jde mu o to, aby zjednal sobě pracovníka k určitým úkonům, kterému by záplatou za ono poskytnutí sil pracovních poskytl užívání bytu a p., a jest s druhé strany ten, kdo poskytuje práci, poptávačem po bytu, dávaje v záplatu za poskytnuté jeho užívání svou sílu pracovní k disposici anebo nabízečem práce, bera za záplatu užívání věci? Rozvážíme-li tyto otázky, bude jasno, proč smlouvy v onom dvorském dekretu naznačené dlužno považovati za smlouvy námezdní.

O indiciích, vedoucích k tomu, které plnění je účelem smlouvy a které záplatou, sr. G.-U.-W. 12380.: »Nach Inhalt der von den Parteien miteinander geführten Correspondenz war die vom Kläger dem Beklagten einzuräumende Verwaltung seiner Häuser die Gegenleistung für die ihm überlassene Wohnung im Hause X.«

Tím ovšem promluveno již o látce, která na jiných místech po jiné stránce podrobena bude pozorování, totiž o kriteriích smlouvu námezdní od nájemní odlišujících; tamtéž na tyto stránky jest bráti ohled. Úvahami těmi spolu jsou as vyčerpány všeobecné zásady o záplatě při smlouvě námezdní. Rozbor specielních předpisů zákonných otázkou záplaty se zabývajících zůstává vyhražen části zvláštní. Ze všeho plyne, že positivním ustanovením i povaze věci vzdor znění § 1151 o. z. značné učiniti nutno koncesse.

Naproti tomu dlužno pevně státi na přesném znění zákona specielně § 1151 obč. zák. pokud jde o konání pracovníkovo. Jenom »eine Dienstleistung« resp. »die Verfertigung eines Werkes« mohou býti předmětem smlouvy námezdní. Požadavek práva římského, že předmětem smlouvy námezdní mohou býti jen operae locari solitae, není nahodile historický, on měl své důvody a podržel je po dnes. Že důvody ty i v právu rakouském za platné považovati smíme, proto je nám oporou § 1173 obč. zák. ustanovením svým, že pro smlouvy, kterými s jedné strany plnění hmotné, s druhé konání (eine Handlung) se slibuje neb poskytuje, po případě platí všeobecné předpisy o smlouvách synallagmatických. Ovšem, že rubrika § 1173 obč. zák. mluví o »andere entgeltliche Verträge über Dienste«, ale jak ze slova »Handlung« v § 1173 obč. zák., tak z obsahu § 1174 obč. zák., kde mluví se totiž o případě tom, kdy »etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung gegeben wird«, plyne, že §§ ty nemají

[16]) *Stupecký:* Litografované přednášky o smlouvě nájemní.

na mysli pouze služby, nýbrž i veškerá jiná konání positivní, která pod pojem služby nespadají a mimo to i opomenutí. Ovšem nutno si povšimnouti, že zde uvedené výklady nejsou ve shodě s názorem *Zeillerovým*, uvedeným v kommentáři jeho při § 1173 obč. zák.; týž je totiž patrně náhledu toho, že veškeré případy, kdy konání nějaké neb i opomenutí za peníze se slibují, spadají pod §§ 1151—1163 obč. zák, a že § 1173 obč. zák. uvádí všeobecnou normu jen pro ony případy, kdy nejde o plnění peněžité. Jest ovšem pravda, že § 1173 vůbec nemluví o záplatě peněžité, než dlužno uvážiti toto: Shledáme-li, že v jistých případech zvláštnosť plnění oné strany, quae facit neb se facturam promittit, působí, že smlouvu takovou nelze za námezdní považovati, je pak již lhostejno, zda druhá strana poskytuje peníze nebo jinou věc hmotnou. Zdá se ovšem z výkladu *Zeillerova* vyplývati, že též § 1173 považoval za pouhou reminiscenci na pecunia constituta práva římského, ale i tu zákon, jako začasté, rozhodnutím svým, že pro posuzování smluv v § 1173 uvedených nejsou výhradně rozhodnými předpisy hlavy 26, postavil se na stanovisko jiné, jistě správnější, než jeho redaktoři a ponechal doktrině cestu, aby strukturu t. zv. smluv nepojmenovaných samostatně určila. [17]) Ostatně týž institut, který podporoval naše kroky v právu římském, jest našemu mínění oporou v právu rakouském. Pokud jde totiž o smír, je patrno z §§ 1380—1391 obč. zák., že zákonník jej prohlašuje za smlouvu dvojstrannou, která tedy dle zásad o smlouvách synallagmatických posuzována býti musí, ale dává o něm ještě zvláštní předpisy; sr. na př. § 1386 obč. zák. Je zřejmo, že na smír dlužno pohlížeti vždy stejně, a že o něm stejné zásady platiti musí, nechť spadá on pod kterékoli schéma nepojmenovaných kontraktů reálných, resp. nastupuje-li na místo plnění jen slib. Z toho jasně plyne, že i smír, který odpovídá schematu »do ut facias« (resp. »promitto me daturum ut facias« atd.) posuzovati se bude dle norem obecných o kontraktech synallagmatických a nikoli dle předpisů o smlouvě námezdní, kde by oboje se různily. Neboť takováto různost způsobena je tím, že zvláštní výminečná povaha smlouvy námezdní žádá vytčení zvláštních, výminečných ustanovení. (Ovšem je velmi dobře možno, že, jak poměr mezi stranami sporný, tak poměr z narovnání vyšlý, jest smlouvou námezdní.) —

Na základě toho všeho lze pokládati za to, že věta svrchu

[17]) *Stubenrauch*, Commentar (7. vyd.) II., str. 461 a *Kirchstetter* považují § 1173 o. z. za reminiscenci na právo římské, při čemž poslední míní, že § ten lépe byl by odpadl; podobně *Vippel* Erläuterung des allg. b. G.-B. a *Winiwarter*, Das oest. bürg. Recht k § 1173. *Ellinger* má tamtéž jen poznámku: Solche Verträge heissen ungenannte Verträge über entgeltliche Dienstleistungen. O »andere Verträge über Dienstleistungen« mluví při § 1173 i *Krainz-Pfaff*, System II. § 376.

vyslovená, že jen ony činnosti, které jsou reprodukcí procesu pracovního, ať výrobního, ať jiného, tvořiti mohou předmět pro smlouvu námezdní a že tedy definici § 1151 obč. zák., dle kterého jen »eine Dienstleistung und Verfertigung eines Werkes« spadají pod rubriku smlouvy námezdní, za věci přiměřenou dlužno pokládati a že všechny ostatní smlouvy o nějakém jiném plnění dle jiných, blíže zjistitelných norem, posuzovati jest, nechť předpisy takové v zákonníku občanském a to buď v části zvláštní práva obligačního nebo v oddílech jiných (sr. na př. § 1447 obč. zák.), nechť v jiných zákonech specielních obsaženy jsou. O jaké předpisy jíti může, pro to budiž příkladem rozhodnutí nejv. soudu G.-U.-W., N. F. č. 467. Tamtéž II. inst. (pražský vrchní soud zemský) a III. inst. souhlasně rozhodly, že smlouva, kterou osoba B se reversem zavázala oproti A, že hraditi bude větší výlohy z toho vzcházející, že A svému synu C dá frekventovati školu vojenskou jízdeckou na místě školy pro pěchotu, spadá pod § 1173 obč. zák. a že nelze ji považovati za smlouvu darovací, jak I. inst. byla rozhodla. (Jak viděti, je případ ten do podrobností totožný s oním, který rozhodoval Paulus v cit. fr. 5 § 2 D. 19, 5.) Je nepochybno, že při smlouvě této za daných okolností v úvahu přijíti mohou předpisy zákona odpůrčího o relativní bezúčinnosti jednání bezplatných. Nutno ostatně vytknouti, že sem nespadají toliko smlouvy, kdy obnosy újmy a náhrady za ni poskytnuté jsou zcela snadno vypočítatelné a proto stejné: náležejí sem též veškeré případy, kdy újma onomu, cui datur, provedením slibu vznikající, dle subjektivních odhadů stran rovná se as náhradě za ni poskytnuté. Vhodným příkladem takového jednání bylo by rozhodnutí G.-U.-W. č. 6561, kdyby tu patrně nešlo o jednání simulované, a kdyby tamtéž poměr zvláštními osobními vztahy kontrahentů komplikován nebyl. Jiné příklady smluv nepojmenovaných, soudu k řešení předložených, podávají rozhodnutí č. 4785 a 6720 sbírky. Tamtéž správně rozhodnuto, že smlouvy, o kterých tam se jedná, dle § 1173 t. j. dle norem, na které tento § poukazuje, posuzovány býti musí. V prvním případě šlo o smlouvu, kterou osoba A zavázala se osobě B, že zaplatí této 1500 zl., nebude-li jí (prvé) překážeti v koupi jistého statku, v druhém případě šlo pak o smlouvu následující: Osoba A přislíbila osobě B, že ustoupí od ucházení se o službu zprostředkovatele v jisté záležitosti za slib podílu v zisku, ze zprostředkování onoho resultujícím. V obou případech II. inst. rozhodly omylně, že »das passive Verhalten des Klägers nicht als eine Gegenleistung qualifizirt ist« (z rozh. č. 4785). Tato přec jen nepopíratelná nejistota v judikatuře ušetří nás zajisté výtky, že v úvodním tomto § zabývali jsme se z velké části otázkami dosti samozřejmými. Neboť vzdor tomu, že soudové případy právě vylíčené neposuzovali dle hlavy 26. obč. zák., přece náchylni byli

namnoze normám nevhodným je podrobiti. Zjištěním struktury jejich i názoru, jaký v pramenech o nich panoval, správné mínění nejvyšším soudem zastávané zajisté bude podporováno.

Několika stručnými poznámkami jest obrátiti se ještě k dějinám § 1173; z těch nepochybně vyplývá, že názor náš o § tom je ve shodě s názory jeho redaktorů.

Codex Theresianus pojednávaje v díle III. v kapitole I. a II. o pojmu a roztřídění smluv, recipoval v této kapitole II. §§ VII. a VIII kontraktní systém římský, a tedy také zásady práva římského o kontraktech innominatních. Osnova *Hortenova* obsahovala, pokud se týče této látky, toliko předpis (Díl III. cap. XII. § 2): »Der Lohn, so für den Gebrauch der vermieteten Sache oder für die Leistung der Arbeiten versprochen wird, muss in baarem Gelde bestehen. Würde aber etwas anderes als baares Geld zu geben bedungen, so ist es ein anderes Geschäft, dem es zum nächsten beikommt.« Obšírněji vyjádřila se o věci osnova *Martiniho* (III. 5. § 28.): »Die übrigen Tauschhandlungen, die keinen besonderen Namen führen und vermög welcher der eine etwas (ausser Geld) zu geben, und der andere etwas zu thun, oder beide etwas zu thun sich verbunden haben, sind beinahe unzählig und sie müssen nach den allgemeinen Regeln der zweiseitig verbindlichen Verträge ebenfalls beurtheilet werden.« § 29: »Hat der eine das, was verabredet worden ist, gegeben oder gethan, der andere aber das erlaubte Versprechen auf die bedungene Weise zu erfüllen, unterlassen, so soll es von der Willkühr des ersten abhängen, entweder die Aufhebung des Vertrages und einen vollkommenen Ersatz zu fordern, oder aber den Wortbrüchigen zur Erfüllung des Versprechens nach Vorschrift der Gerichtsordnung anhalten zu lassen« (tedy opět reminiscence na alternativu práva římského: condictio ob causam nebo agere praescriptis verbis). Konečně III. cap. 8 § 12: »Verspricht einer etwas zu thun und der andere etwas zu geben, ausser ein Geld, so ist es zwar auch ein zweiseitig verbindlicher, aber namenloser Vertrag.«

V zákonníku západohaličském (sr. *Ofner*, Urentwurf) nalézal se předchůdce § 1173 obč. zák. při směně (byl to § 170, II. díl, kap. V.) a zněl takto: »Die unzähligen Tauschhandlungen, die keinen besondern Namen führen und wodurch ein Theil etwas zu geben, der andere etwas zu thun oder beide etwas zu thun sich verbinden, werden nach den allgemeinen Regeln zweiseitig verbindlicher Verträge beurteilt.« Při revisi předpisů o směně a tedy i tohoto § 170 zaneseno do potokollů (sr. *Ofner*, II. str. 85): »Diese Paragraphe (§§ 170, 172), welche, wie Referent bemerkte, wohl schwerlich jemand bei dem Tauschvertrage suchen würde, wurden hier auch nicht der Beurteilung unterzogen, sondern werden nach Antrag des Referenten unten nach dem Dingungsvertrage unter einer allgemeinen Aufschrift abgehandelt werden« a dále při revisi ny-

nější hlavy 26 (*Ofner*, II. str. 185): »Als nun hier das achte Hauptstück (nyní 26) beendiget war, erklärte Referent, dass an diesem Orte die §§ 170 bis incl. 173, welche in dem 5. Hpst. weggelassen wurden, eingeschaltet werden sollen. Sie wurden zur Beurteilung vorgelegt. § 170: Referent wollte diesen Paragraphen so textiren: Die Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, sind nach den über die entgeltlichen Verträge überhaupt, und insbesondere nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten Regeln zu beurtheilen. Was genehmigt wurde.« Je patrno, že tato pouze redakční změna, totiž přesunutí § 1173 z hlavy 23. do 26. z důvodů systematických, nemohla § ten zbaviti positivního obsahu, jaký stoje v hlavě 23. měl, a zařaditi jej mezi předpisy historické, nemající významu praktického.

Přihlédneme-li k definicím jiných zákoníků o smlouvě námezdní (terminologie jest ovšem velmi různá) a k jejich předpisům o smlouvách nepojmenovaných, setkáváme se většinou s výsledkem tím, že smlouva zde námezdní zvaná výslovně definována je jako smlouva p r a c o v n í, tak zákoníky saský, obligační právo švýcarské, osnova práva ruského (B. G-B. für Russland III. díl, čl. 393, 440), zákoník francouzský čl. 1779, německý §§ 611, 631. O kontraktech innominátních pak je namnoze řeč jen implicite ve všeobecných paragrafech definujících pojem smlouvy vůbec, paragrafech to odpovídajících § 861 obč. zák. Tak obligační právo švýcarské čl. 17., osnova ruská čl. 1., code civil čl. 1101. Jen pruský Landrecht obšírným způsobem o nich jedná. Titul 11. téhož, (díl I.), v oddílu 8., nadepsaném: »Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen versprochen werden« jedná nejprve v §§ 869—894 všeobecně o těchto synallagmatických smlouvách, jejichž určitými jen druhy, částečně odchylným předpisům podrobenými, jsou smlouva služební §§ 895—924 a smlouva o dílo § 925 a nn.

Kapitola tato, pojmem smlouvy námezdní se zabývající, stala se jaksi mimoděk obranou t. zv. nepojmenovaných smluv, proti kterým často v době novější příkře vystupováno bylo.[18]) V oné souvislosti, ve které spisovateli v pozn. 18 citovanému zdálo se nutným proti kategorii nepojmenovaných kontraktů brojiti, bude o nich jinde jednáno a po té stránce i náš úsudek jinak dopadne.[19])

[18]) Sr. *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte str. 165.

[19]) Mluviloť se totiž o kontraktech innominatních i tehdy, když smlouva konkretní nesla znaky různých pojmenovaných typů smluvních a sice činilo se tak patrně z důvodu toho, že Papinián ve fr. 1 § 1 D. 19, 5 sděluje praxi Labeonovu, jenž v případech takových, když z předloženého skutkového základu podstata smluvního poměru jasně neplynula (nebylo zřejmo »utrum quis navem conduxerit, an merces vehendas locaverit«) navrhoval, by udělena

Zde jen tolik mělo býti ukázáno, že nelze veškeré smlouvy o vzájemném plnění dvou stran, z nichž jedna k jistému konání se zavazuje, vtěsnati pod předpisy o smlouvě námezdní. V podobném smyslu hájeno tedy právo nepojmenovaných smluv, facere za předmět majících, na samostatnou existenci, jako zastupoval Bernhöft (na m. u. v p. 14. tohoto spisu str. 11, 43, 44), že vhodno je zákonodárně různým způsobem traktovati směnu a trh, a ukázáno, že zákonník občanský na správném onom stanovisku stojí.

Výsledkem dosavadních úvah jest tudíž zásada, že za smlouvu námezdní dlužno považovati zaplatné uskutečňování procesu pracovního. Úkolem dalším bude vylíčiti a pointovati kriteria smluv jiných, které mají jistý znak se smlouvou námezdní společný, kriteria, kterými ony smlouvy od smlouvy námezdní se liší. Na mnohá z kriterií těch bylo již letmo poukázáno při rozboru definice smlouvy námezdní, a bude pak při výkladech následujících navázati na toto předivo načaté.

Úkolem nejbližším bude charakterisovati jiné mimo smlouvu námezdní v právu rakouském se vyskytující smlouvy p r a c o v n í.

Tu ještě dlužno podotknouti, že v následujícím vycházeno bude od jednotného typu smlouvy námezdní, a že teprve v pozdějším průběhu o různých druzích, typech, smluv n á m e z d n í c h bude promluveno a ony budou charakterisovány.

§ 2.

O rozdílech mezi smlouvou námezdní a „zmocňovací“ (mandatum).

Rozhraničení smlouvy námezdní a příkazu (mandatum) značné působí obtíže. Činilo obtíže již dle práva římského, a nelze říci, že by tam věda byla dospěla k obecně uznaným výsledkům definitivním; činí obtíže i dle nového zákonníka pro říši německou následkem nedosti šťastné, historicky vysvětlitelné, stylisace § 662 tamtéž (předmětem příkazu [Auftrag] jest totiž »die Besorgung eines Geschäftes« roz. administrare negotia fr. 1. pr. D 3, 3; o tom však níže), ač týž § veškeré kontroversy obecnoprávní doktriny, pokud otázek těch se týkají, a limine odmítnouti chtěl. Mnohem nesnadnější je však situace při posuzování občanského zákonníka

byla actio civilis in factum. O kontraktech innominátních v tomto smyslu sr. níže při rozhraničení smlouvy námezdní od smlouvy trhové a společenské.