

11 St 62

KNIHOVNA

SBORNÍKU VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH,

VDÁVANÁ

S PODPOROU ČESKÉ AKADEMIE CÍS. FRANTIŠKA JOSEFA PRO VĚDY,
SLOVESNOST A UMĚNÍ.

A) ŘADA PRAVOVĚDECKÁ. Čís. XXI.

23-C-196

STUDIE O ÚČASTENSTVÍ.

NAPSAL

Dr. JOSEF PRUŠÁK.

ODKAZ
PROF. DR. FRANTIŠKA STORCHA,
K. J. BURSÍK & K. KOHOUT V PRAZE.

(ŘADA PRVNÍ.)

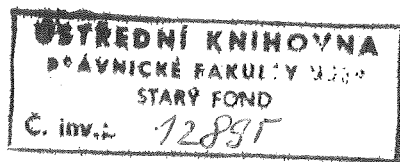
4235



V PRAZE.

YDAVATEL A NAKLADATEL: SBORNÍK VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.
(BURSÍK & KOHOUT V PRAZE).

1909.



PŘEDMLUVA.

Ve svojí práci věnované jedné z nejobtížnějších a nejspornějších otázek z oboru vědy kriminální snažím se prokázat, že ve sporných názorech je více nedorozumění, než zásadních rozdílů. Chci ukázat, že shoda jednotlivých učení nejen je velice žádoucí, ale i možná, hledáme-li skutečně pravdu. Z důvodu toho omezují se předem na kritiku předních vědeckých názorů, aniž bych se vyhýbal uplatnit všude svůj názor vlastní. Upřímnou mojí snahou bylo dáti každému, co jeho jest, a oceniti spravedlivě práci cizí, na níž buduji názor vlastní. Zamítám-li, nesnižuji, naopak uznávám velikou práci, jež byla vykonána; jdu dále cestou, kterou jiní nastoupili, doufaje, že snad alespoň o krok přijdeme ku předu. Snad se mýlím. V tomto případě žádám od těch, kteří zjistí omyl můj, by ocenili alespoň moji dobrou vůli a moji práci; vždyť i přede mnou mnozí, a ne právě ti nejmenší z velikých pracovníků ve vědě naší, také se mýlili.

Na různých místech studií svých zmiňuji se též o historické stránce jednotlivých otázek. Činím tak jen potud, pokud nelze předpokládati, že ony momenty historické všeobecně jsou známy. Zmínky ty shrnují stručně výsledky cizího studia historického a mají usnadnit správné ocenění přítomného.

Omezují-li se jen na právo platné, a to předem jen na právo rakouské a německé, učinil jsem tak jednak proto, že věděl jsem o podniknuté srovnávací studii *Birkmeyerově*, k níž též při korektuře bylo mi lze ještě přihlédnouti, jednak v té úvaze, že otázkou tak těsně souvislou s právem platným a tak subtilní, jako je otázka o účastenství v právu trestním, jen v úzkém rámci lze se s úspěchem zabývat.

V Praze 1908.

OBSAH.

Studie I. <i>Činnost zločinná</i>	7
Všeobecná charakteristika vývoje 9. — Zodpovědnost objektivní a subjektivní 11. — Zodpovědnost kolektivní a individuální 27.	
Studie II. <i>Pojem účastenství a jeho rozsah</i>	33
Právo rakouské 35. — Právo německé 46. — Závěr 58.	
Studie III. <i>Rozbor činnosti zločinné se zřetelem na spolupůsobení různých účastněných subjektů. (Teorie účastenství.)</i>	61
Úkol, jenž řešen býti má 63. — Teorie subjektivní 66. — Teorie objektivní 82. — Teorie typová (skutkové podstaty) 98.	
Studie IV. <i>Akcesorní povaha účastenství</i>	105
Úvod 107. — Pojem a rozsah akcesorní povahy 108. — Právo německé 119. — Právo rakouské 124.	
Studie V. <i>Snahy reformní</i>	147
Getz, Nicoladoni, M. J. K. 149. — Binding, Köhler, Birkmeyer 160. — Závěr 174.	

STUDIE PRVNÍ.

Činnost zločinná.

Všeobecná charakteristika vývoje. — Zodpovědnost objektivní a subjektivní. — Zodpovědnost kolektivní a individuální.

Všeobecná charakteristika vývoje.

Stopujeme-li historický vývoj práva trestního, shledáme, že pojem zločinu (činnosti zločinné), stejně jako pojem trestu, početným změnám byl podroben, než dospělo se ku dnešnímu vymezení zločinu jako činu bezprávného, zaviněného a trestného. Správna jsou zajisté slova *Bindingova*,¹⁾ že dnes těžko lze si učiniti správnou představu o jednoduchosti činů, jimž svědčila prvotní úprava. Vše bylo prosté a jednoduché jako prostými a jednoduchými byly prvotní názory kulturní, poměry hospodářské a vztahy společenské. Nechtěje v podrobnosti zabíhati, poukáží toliko k těm změnám v názorech na činnost zločinnou, jež pro pozdější výklad jsou důležité. Při tom omezím se na jediný znak pojmový, na z a v i n ě n í.

Je nesporno, že právo trestní směřuje ku stále intensivnějšímu zdůrazňování subjektivní stránky ve zločinu. Tendence ta uplatňuje se dvojím směrem. Patrna je snaha jednak zodpovědnost objektivní nahraditi subjektivní, jednak zodpovědností individuální zatlačiti kolektivní. (Pokud jde o trest, také zde dvojí moment vystupuje do popředí. Předně individuální zájem na potrestání pachatelově ustupuje

¹⁾ „Die drei Subjekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (Urheber) und der Gehilfe.“ G.-S., sv. 71., str. 1.

zájmu sociálnímu, za druhé trestní reakce státní stále více se přizpůsobuje osobnosti pachatelově. Předmětem jejím přestává pozvolna býti čin trestný, jako izolovaný zjev v životě jednotlivcově, a na místo jeho nastupuje zločinná povaha pachatelova, jež v činu se projevuje.¹⁾

Uvedená tendence je patrna nejen v zákonodárství, ale i v literatuře práva trestního, v bojích mezi jednotlivými školami. Kdežto nové směry, v přesvědčení o naprosté její správnosti, usilovně se snaží v moderním zákonodárství k úplnému jí dopomoci vítězství, setkávají se jejich snahy často s netajeným odporem směrů konservativních, které s mnohými důsledky názorů reformních nedovedou se sprátně. Boj mezi stranami vede se poslední dobou opět s přílišnou intenzitou, přecházející namnoze v boj osobní. V něm pak přehlížejí se často i nesporné přednosti a zásluhy práce cizí, zatím co pochybení její měrou přílišnou se zveličují. Boj vede se často ne o věc, o všeobecný prospěch, ale o nedotknutelnost jednotlivcovu, osobní jeho povýšenost.²⁾

Za těchto poměrů není snad zbytečno provést alespoň ve speciálních otázkách revisi jednotlivých systémů, shledávati správné a vyloučiti pochybené. Práce taková, byť často podceňována, není snadna. Je často mnohem snazší tvořiti teorie nové, než studovati teorie starší, hledati styčné body odchylných názorů a spojovati v jednotný celek správné elementy v nich ukryté.

Největší nebezpečí v práci té je v tom, že snažíc se odstraniti jedno nedorozumění, druhému snadno dává vznikati, takže sprostředkující návrh často oběma spornými stranami bývá potírán. Z důvodu toho je předem se vyhnouti všemu, co mohlo by vésti k nedorozumění v názorech základních. Chci proto jen několik

¹⁾ *Foinišky*, „Die Strafrechtliche Doktrin der Teilnahme“ (Z. f. d. g. Str.-R.-W., sv. XII., str. 74), *Liszt*, „Die Zukunft des Strafrechts“ (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, sv. II., str. 16), *Miller* (Přednáška na sjezdě petrohradském ve Zprávách M. J. K., sv. X., str. 68 a násl.), *Seuffert*, „Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland“, str. 50—52.

²⁾ Srov. na př. *Birkmeyer*, „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig,“ jakož i k práci té se vztahující odpověď *Torpovu*, „Birkmeyer contra v. Liszt“ (Z. f. d. g. Str.-R.-W., sv. XXVIII., str. 321—337) a *Dohnovu*, „Der Kampf gegen den Modernismus im Strafrecht“ v *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, roč. V., str. 65—71.

poznámek připojiti k předchozí charakteristice tendence vývojové v názoru na činnost zločinnou.

Podotýkám, že jde o charakteristiku vývojovou v hrubých jejích rysech, v níž jednotlivosti se přehlížejí, o generalisaci, již vědě tak často nelze se vyhnouti. Vím dobře, že stránka subjektivní ve zločinu i v historicky nejzazších dobách jistou měrou se uplatňuje, a nepřehlížím, že vedle zodpovědnosti kolektivní v dobách těch i zodpovědnost individuální se vyskytuje (na př. v rodině, táboře vojenském). Rovněž není mne tajno, že jak v primitivních poměrech společenských, tak i později, v době sesílení svazků státních, reakce společenská předem proti špatnému, antisociálnímu člověku směřovala, takže po dlouhém vývoji namnoze k prvotnímu názoru se vracíme. Leč skutečnosti ty, stejně jako zcela důvodné upozorňování na podstatný rozdíl mezi dnešním trestem a rudimentárními jeho počátky, mezi dnešním zločinem a prvotním činem antisociálním, nevylučují nikterak potřebu všeobecné charakteristiky a umělého, systematicky však nutného, třídění ve výkladu vědeckém. Výklad takový není též nebezpečný, je-li provázen vědomím, že jde o pouhou pomůcku vědeckého studia.

Skutečný život je životem jednotlivin, nezná abstraktních typů ani ostrých přechodů a umělé třídění vědecké prolamuje četnými výjimkami. Způsob však práce vědecké je dán jejím účelem, jenž nutí k abstrakci, k opomíjení zjevů výjimečných, ku zdůrazňování ideí základních. Stálé akcentování jednotlivostí, opatrné klausulování každého názoru činilo by práci vědeckou sice velice pracnou, obdivuhodnou mosaikou, která by však postřádala naprosto plasticky vystupujících rysů základních. Úplnost získána by byla obětí, ve vědě tak potřebné, přehlednosti a jasnosti výkladu. Úplnost je možna v otázce subtilní, ne v rozboru otázek základních, všeobecných. V stručné kapitole úvodní nelze se ostatně ani pokoušeti o detailní znázornění toho, co v úplnosti vylíčiti nepodařilo se dosud ani obsáhlým monografiím otázky naší věnovaným.

Zodpovědnost objektivní a subjektivní.

Pozorujeme-li jisté zjevy přírodní neb společenské, zajímá nás předem přítomný jejich stav; snažíme se je poznati v dané jejich podobě. Při tom pak se omezujeme na ony jejich vlast-

nosti, jež bezprostředně na smysly naše působí, t. j. na vnější stránku jevu. Vnitřní jeho stránka, to, co dalo mu vzniknouti (a to, co později bude jeho následkem) ustupuje do pozadí. Nemáme ani času, ani způsobilosti ihned vnitřní stránkou jevu se zabývat.

Uvedené platí nesporně o jevech, jež bezprostředně na nás doléhají, takže okamžitá, rychlá a účinná reakce proti nim je nezbytná. Hrozí-li nám bezprostřední nebezpečí, snažíme se nejdříve vnější jeho povahu poznati, bychom věděli, jak účinně proti němu máme reagovati, a bráníme se proti hrožícímu škodlivému výsledku prostředky, jež bezprostředně máme po ruce. Teprve tehdy, když nebezpečí minulo, neb výsledek obávaný nás zasáhl, nabýváme času a způsobilosti bližší pozornost jemu věnovati, seznamujeme se s vnitřní jeho stránkou, s jeho příčinami a dalšími účinky. Tak poznáváme zjev ve skutečné jeho podstatě, obohacujeme svoje vědomosti, jež činí nás silnějšími v boji budoucím.

Původní reakce proti jistému jevu (působení) dána je vnější jeho stránkou, výsledkem. To, co příznivě na nás působí a dle právě platného názoru příznivé účinky pro nás vyvolává, jeví se nám prospěšným, dobrým a krásným; co nepříznivě působí a dle platného názoru nepříznivé účinky má v zápětí, jeví se nám neprospěšným, špatným a nelibým. Každé působení vyvolává reakci, cíl její je však různý: prospěšné (dobré, krásné) chceme k sobě upoutati, jak nejdéle je udržeti, snažíme se je chrániti; neprospěšné (špatné, esteticky nelibé) snažíme se odvrátiti, neb alespoň jak nejvíce zeslabiti. Reakci tuto provádíme důsledně, z přirozenosti svojí povahy, ať již vědomě ať nevědomě.

Způsob reakce odpovídá pak opět našim názorům o prospěšnosti (dobru a krásnu). Přiměřená (správná a účelná) reakce je podmínkou života, a přirozená touha po životě nutí nás, bychom ji hledali. Nalézti správnou reakci na vnější působení, pokud vědomou činností upravit ji lze, je úkolem vědy, jež dle povahy své vedena je snahou chrániti život, ať již jednotlivce, ať celku.¹⁾

¹⁾ O poměru jednotlivce k celku srov. moji Krim. noetiku, str. 151 a násl.

Jedním z důležitých úkolů vědy práva trestního je stanoviti správnou reakci společenskou na zločin jako čin antisociální. Rozřešení úkolu toho nezbytně vyžaduje správné zodpovězení otázky: má reakce ta řídit se toliko dle vnější neb toliko dle vnitřní stránky zločinu, neb třeba je k oběma stránkám přihlížeti? Jinými slovy: má pro existenci a způsob společenské reakce na zločin býti rozhodna jediné vnější forma a vnější výsledek činnosti zločinné, neb jediné vnitřní stránka její — zavinění pachatelovo, anebo nutno k oběma faktorům zření míti?

Domnívám se, že nemůže býti sporu o tom, že toliko poslední stanovisko je správné. Zločin jako čin vykazuje jednak faktor subjektivní (kvalita vůle), jednak faktor objektivní (vnější forma projevu volního a jeho výsledek). Reakce, která toliko k jedinému z faktorů těch přihlíží, je patrně jednostranná — nesprávná. Otázka, zda reakce společenská proti zločinu je jediné jeho vnitřní neb vnější stránkou řídit se má, nevystihuje podstaty věci; zodpovězení její jak v prvém, tak v druhém směru nemůže uspokojiti. Správně lze se toliko ptáti, kterému z obou faktorů větší význam je připisovati. Zaujmeme-li stanovisko čistě logické, nelze zajisté o tom pochybovati, že faktorů subjektivnímu daleko větší význam přísluší než faktorů objektivnímu, alespoň pokud reakci trestní, t. j. reakci směřující přímo proti osobnosti pachatelově, máme na mysli. Faktor subjektivní udává nezbytně mez, v níž faktor objektivní může se uplatniti. Faktor subjektivní je faktorem základním.

Za dnešních názorů kulturních lze jako nespornou, samozřejmou prohlásiti zásadu, že každý trestán býti může toliko dle své vlastní viny, jen v mezích svého zavinění; ne dle toho, co přičinil, nýbrž dle toho, co zavinil. Mohly by to býti jen úvahy naprosto cizí ideji spravedlnosti (úvahy opportunní, paedagogické a pod.), jež vedly by k jinému důsledku, jež zastávaly by etickou zodpovědnost ležící mimo okruh zavinění — ručení za nezaviněný výsledek. V moderním však právu trestním, jež vybudováno je na ideji spravedlnosti, pro ručení takové není více místa.¹⁾

¹⁾ O poměru mezi etikou a právem trestním srov. bližší výklad v mojí Krim. noetice str. 26 a násl. Srov. též *Mommsen*: „Röm. Strafrecht“. „Das Strafrecht ruht auf dem sittlichen Pflichtbegriff, insoweit der Staat dessen

Dnes pojmy vina a trest jsou spolu tak těsně sloučeny, že jako všeobecně uznávané lze prohlásiti zásady: „vině následuje trest — bez viny není trestu“. Zásady ty jsou nesporně správné a nepotřebují žádného metafysického odůvodnění. Neboť k vině lze přičítati jen to, co jeví se škodlivým (špatným, nebezpečným). Dosahuje-li škodlivé jisté intensity, jest nutno, jak v zájmu jednotlivce, tak celku, by proti němu bylo reagováno. Shledáváme-li příčinu zla ve vůli lidské, ať již proto, že někdo úmyslně přičiňuje to, co jinými jako škodlivé je pocítováno, ať již proto, že lhostejností, nedbalostí svojí dává vznikati zlu, jemuž dle všeobecného názoru mohl a měl zabrániti, nastupuje reakce trestní. V tom jest jediný věcný základ, ale též dostatečný důvod sentence: vina (zločin) žádá trest — t. j. reakci, jež přičiniti chce bezmocnost vůle špatné (zločinné).

Rovněž však je nesporno, že trestem reagovati lze toliko proti vůli špatné, neboť vůle dobrá (užitečná) nesmí již v zájmu celku vědomě býti zeslabována, činěna bezmocnou. Opak byl by něčím naprosto protismyslným, nerozumným, byl by nesprávnou reakcí společenskou, již nikterak nelze zastávati. V tom je věcný a dostatečný základ sentence: bez viny není trestu.

Uvedl jsem, že obě zásady jsou nesporně správné a nepotřebují metafysického odůvodnění, neboť za dnešních poměrů kulturních jsou samozřejmy. Leč co dnes se jeví samozřejmým, potřebovalo často tisíciletého vývoje, by jasně patrným se stalo a bude snad ještě dlouhé doby zapotřebí, než „samozřejmé“ ve všech svých důsledcích bude poznáno a provedeno.

Přihlédneme-li k historickému vývoji práva trestního, lze též se zřetele ku zavinění pachatelovu rozdělití ve tři období. V prvním rozhoduje materiální výsledek bez ohledu na psychickou stránku činnosti, druhé ovládá princip jisté proporcionality mezi

Durchführung sich zur Aufgabe gemacht hat. Eine sittliche Pflicht, deren Einhaltung der Staat vorschreibt, ist ein Strafgesetz; die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift ist das Verbrechen; dasjenige Übel, welches der Staat dem die Vorschrift nicht Einhaltenden zufügt, ist die Strafe... In dem Strafrecht werden die sittlichen Verpflichtungen des Menschen theils gegenüber dem Staat, dem er angehört, theils gegenüber anderen Menschen einheitlich zusammengefasst (str. 3 a 4). Der Begriff des Verbrechens beruht auf der Sittlichkeit der Menschennatur... die Strafordnung ist das verstaatlichte Sittengesetz (str. 65).

trestem a materiálním výsledkem, v třetím faktor psychický zatlačuje materiální výsledek.¹⁾

Na nižších stupních vývoje života kulturního reakce společenská proti činu zlému, antisociálnímu určena je vnějšími fakty; ku vnitřní stránce činnosti pravidlem vůbec se nepřihlíží, výjimečně děje se tak měrou jen velice nedokonalou. Jako prvotní člověk neb dítě instinktivně reaguje na bolestný neb nepříjemný dojem a nestará se, zda též kým byl zaviněn neb ne, a reakce jeho proti skutečné neb domnělé bezprostřední příčině se obrací, tak i prvotní svazky společenské stejným způsobem reagují proti vnějším skutečnostem je ohrožujícím — trestají bez ohledu na zavinění.²⁾ Podobnost je tu úplná, a srovnávací pravověda vždy nové uvádí doklady. Aniž bych blíže analogií touto zabývatí se chtěl, podotýkám jen, že právě tak, jako dítě bije kámen, o který se uhodilo, a trestá zvíře, jež bolest mu způsobilo, také souzeny a trestány byly dříve předměty neživé, souzena a trestána byla zvířata, ač o nějakém zavinění jejich dnes nelze mluvit.³⁾

Na nižších stupních kulturních neliší se mezi zaviněním a přičiňením, pud pomstychtivosti jest ještě příliš silný, intelligence ještě příliš je slabá, než aby vina subjektivní mohla přijíti v úvahu.

Také u národů, kteří v pozdějším svém vývoji vysokého stupně dokonalosti v životě právním dosáhli, setkáváme se z počátku s vinou objektivní, s ručením za výsledky nezaviněné. Jen rozsah, v němž vina objektivní průchod si zjednala, je u různých národů, pokud sahají vědomosti naše, různý. Příkladně uvádím z *Mommsenova* „Římského práva trestního“:

„Die Delictfähigkeit mangelt den leblosen Wesen. Nie ist von den Römern, wie dies bei Völkern lebhafter Phantasie wohl geschehen ist, das Beil vor Gericht gestellt worden, das einem Menschen Verderben gebracht hat. Dagegen ist in naiver und für den Slavenstaat charakteristischer Auffassung der ursprünglichen Wirtschaft, die Persönlichkeit und deren Consequenz,

¹⁾ Srov. *Miller*, Zprávy mez. jednoty krim. X., str. 68.

²⁾ *Seuffert*, cit. str. 50.

³⁾ Bohatý materiál srovnávací uvádí práce *Makarewiczova*: „Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage“, str. 358—371. Srov. též *Löffler*, „Die Schuldformen des Strafrechts“, str. 54 a 132.

die Zurechnungsfähigkeit auf die Hausthiere erstreckt worden. Es unterliegt das Hausthier, gleich dem unfreien Menschen, der häuslichen Ordnung und Zucht und wegen der von dieser sich entfernenden Quasi-Handlung ist der Eigenthümer im Wege der Noxalklage verantwortlich.“¹⁾

„Der Begriff des Delicts fordert bei der handlungsfähigen Person den gesetzwidrigen Willen. Dieser Fundamentalsatz des entwickelten Strafrechts ist den Anfängen desselben fremd; zunächst wird gefragt nach dem *T h a t b e s t a n d*, nicht nach dem *S e e l e n z u s t a n d*, auf dem er beruht. Das Menschenopfer wird vollzogen an dem Verbrecher wie an der Mißgeburt; sterben muß, wer die Blöße eines Mädchens der Vesta geschaut hat; die Tötung des Menschen ist Verschuldung und fordert Sühne, mag der Thäter sie beabsichtigt haben oder nicht.“

V těchto dobách není zločin než činem společensky nebezpečným, škodlivým, antisociálním, jenž vyvolává trestní reakci společenskou, byť často jen jednotlivcem vykonávanou; znaku zavinění i bezprávnosti tu ještě postrádáme. Jen pozvolna uplatňuje se ve zločinu vedle elementu objektivního i element subjektivní. Počíná se lišiti mezi přičiněním a zaviněním, a bezprávnost ve zločinu se akcentuje. Leč vývoj ten je nejistý, správný názor jen krok za krokem zatlačuje vžitě zvyklosti, objektivism prvotního člověka. Primitivní názor — jak správně podotýká *Binding*²⁾ — jen zvolna ustupuje pokročilejšímu poznání, zákonodárství i praxe jen s jistou antipatií přijímají nové „pochybné“ poznatky.

Ani rostoucí vliv zdokonalující se etiky náboženské nemůže rázem vytlačit objektivism z práva, naopak objektivism právní uplatňuje se v etice; ano i etika křesťanská, zbudovaná na význačném subjektivismu, z části jemu podléhá, snažíc se přizpůsobiti názorům lidovým.³⁾ Teprve poměrně vysoký stupeň kulturní umožňuje správnější cenění; nespokojuje se více pouhým přičiněním výsledku antisociálního, a uvádí pojem trestu v těsnou závislost na pojmu zavinění, pojem zločinu na pojmu bezpráví. Neb jak *Mommsen* pro pozdější právo římské uvádí: „Das spätere Strafgesetz ist durchaus gestellt auf den gesetzwidrigen

¹⁾ Str. 65 a 66.

²⁾ Cit. str. 2.

³⁾ Srov. *Makarewicz*, cit., str. 367. Srov. též *Löffler*, cit., str. 136 a násl.

Willen des Thäters.¹⁾ Es giebt in Rom fortan kein Delikt ohne Criminalgesetz . . . keine Strafe ohne Strafgesetz.²⁾

Ovšem pojem viny postrádá tu ještě dnešní své určitosti, týž nutno teprve vybudovati. V počátcích svých je vina jen opakem nahodilosti, nepředvídaného. Bez viny jest jen ten, kdo pravoměrně jednáje, nemohl výsledku předvídati.³⁾ Uvážíme-li dále, že dle prvotního řízení trestního důkaz viny nenáležel žalobci, nýbrž že žalovaný nevinu svoji musil prokázati, že v neprospěch žalovaného platily různé praesumpce viny (*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* — *Bernardus Papiensis*; *dolus semper praesumitur in maleficiis* — *Albericus*), tu seznáme, jak dlouho správnému poznání bylo zápasiti s prvotním názorem.

Je boj ten dnes již dokonán? Odstranilo moderní zákonodárství trestní důsledně veškeré ručení za nezaviněný výsledek, neb vyskytuje se i v dnešních zákonech trestních ručení za „náhodu“, a zásada, že každý trestně zodpověděn jest jen za to, co zavinil, zůstala jen pouhé *pium desiderium* až po naše časy?

Odpověď na tuto otázku není tak prosta, jak na první pohled zdáti by se mohlo, neboť vede na pole kontrovers ve výkladu ustanovení zákonných. Zodpověděti ji chci toliko se zřetele na právo německé a rakouské, neboť v dalších úvahách předem předpisy těchto práv a literaturou k nim se vztahující chci se zabývati. Pokud jde o právo německé, omezují se na výklad *Lisztův*, pokud jde o právo rakouské, na vývody *Makarewiczovy*.

Ve svojí učebnici německého práva trestního uvádí *Liszt*:⁴⁾

¹⁾ *Mommsen*, „Römisches Strafrecht“, str. 85.

²⁾ Tamže, str. 57.

³⁾ *Makarewicz*, cit. str. 384. „Auf dieser Kulturstufe kennt man bloß eine Zweiteilung bezüglich des verbrecherischen Willens: die Tat ist eine zufällige oder eine nicht zufällige; eine zufällige ist sie, wenn dem Täter nichts, absolut nichts vorzuwerfen ist; liegt irgend eine Verschuldung vor, so wird sie ihm voll zugerechnet, der Begriff der Verschuldung ist infolgedessen ein ungemein dehnbarer, er umfaßt alles, was Nichtunschuld ist. Von der Herausbildung der culpa ist vorläufig keine Rede, infolgedessen ist auch der eigentliche dolus nicht vorhanden, es steht nur ein einziger Begriff — Bewusstsein (der Rechtswidrigkeit) fest.

⁴⁾ „Lehrbuch des deutschen Strafrechtes“, vydání 16. a 17., str. 161 a násl.

Zásadu, že jen přičitatelný (k vině) výsledek v zápětí má zodpovědnost pachatelovu, opustilo platné právo říšské v ojedinělých výjimkách. Důležitou takovou výjimkou jsou delikty v s l e d k e m k v a l i f i k o v a n é. „Dle platného práva nastupuje totiž v celé řadě případů těžší trest, byli-li zaviněným konáním přivoděn těžší n e z a v i n ě n ý výsledek. Těžší trest se zde ukládá, i když těžší výsledek pachateli ani k dolu ani ke kulpě nelze přičísti.¹⁾ Že tento přežitek starého ručení za výsledek neodpovídá ani dnešnímu vědomí právnímu ani zásadám rozumné krim. politiky, mělo by dnes býti bezsporným.“

Názor *Lisztův* lze prohlásiti jako panující,²⁾ mínění opačné, žádající kulpu vzhledem k těžšímu výsledku (*Berner, Binding*,

¹⁾ §§ 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307, 312, 314 až 316, 321 až 328, 340 a j. něm. z. tr. K nim druží se četná ustanovení zákonů pozdějších, na př. § 5 odst. 2. zákona o třaskavinách z r. 1884, § 4 zákona o moru dobytčím z r. 1878, §§ 12—14 zákona o potravinách z r. 1879.

²⁾ Pozornosti zasluhují tu zejména vývody *Seuffertovy* na sjezdu strassburském (1900) a brémnském (1902) otištěné ve Zprávách M. J. K. (sv. 9. a 10.). Ve svojí práci „Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland“ uvádí *Seuffert*: „Aber auch in heute geltenden Rechte aller Völker hat der Erfolg eine mächtige Bedeutung. Eine Körperverletzung, die als leichte gewollt war, eine Ohrfeige muß als schwere behandelt werden, wenn die Tat unglücklich verläuft. Bei den gemeingefährlichen Verbrechen wird nicht selten das Höchstmaß der Tatstrafe zum Mindestmaß, wenn die Tat einen gewissen schweren Erfolg hat. Die vorsätzliche Brunnenvergiftung wird nach § 324 des deutschen Strafgesetzbuches mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft; wenn aber durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, so sind zehn Jahre das Mindestmaß, es kann auf lebenslängliches Zuchthaus erkannt werden. Ich könnte Dutzende von Beispielen aus der deutschen Strafgesetzgebung beibringen. Das eine mag genügen... Für das deutsche Strafrecht ist im Rechtsleben und in der Lehre die Meinung herrschend, daß es in all den Fällen, in welchen die Strafe durch den Erfolg gesteigert wird, auf Voraussehbarkeit nicht ankomme. Genug, daß der schwere Erfolg durch eine rechtswidrige Tat verursacht wurde. Darnach kann eine Ohrfeige vors Schwurgericht führen, wenn der Geohrfeigte, ohne daß der Täter es ahnte, unter dem dichten Haar ein Geschwür hatte, das nun aufbricht, eitert und einen tödlichen Verlauf hat. — Die herrschende Meinung in Deutschland, welche den Erfolg als solchen entscheiden läßt, dürfte dem Willen des Gesetzes entsprechen. Aber es ist

Hälschner), zůstává v menšině. Zabývati se blíže tímto sporem v literatuře německého práva trestního bylo by zbytečno, již z té příčiny, poněvadž týž v právu rakouském se vrací, a jak poznáme, také zde zůstává nerozhodnut. Upozorňuji jen na to, že i pro trestní právo německé nelze apodikticky zastávati, že uznává ručení za nezaviněný těžší výsledek. Otázka ta při nejmenším je spornou.

Jako *Liszt* právu německému, vytýká i *Makarewicz* rakouskému právu trestnímu, že rozsáhlou měrou uznáno je v něm ručení za nezaviněný výsledek. Výtky *Makarewiczovy* týkají se jednak rovněž deliktů výsledkera kvalifikovaných, jednak pověstného dolu indirektního, tedy otázek naprosto sporných, jež přes úctyhodné stáří zákona trestního dosud marně čekají definitivního rozhodnutí.

*Makarewicz*¹⁾ souhlasně s *Glaserem, Lammaschem* a kasačním soudem spatřuje v ustanovení § 1., druhá věta, čistou prae-sumptio doli, pokud jde o těžší výsledek. Týž se přičítá, pokud jen tu je pravidelný, typický vztah příčinný mezi ním a úmyslnou činností trestnou, bez jakéhokoliv ohledu na zavinění pachatelovo. Než *Makarewicz* sám loyálně připouští, že i druhý názor (*Geyer, Finger, Löffler*),²⁾ dle něhož předvídatelnost těžšího výsledku se strany pachatelovy se vyhledává, se zněním zákona zcela lze srovnati. Již z toho doznání je patrné, že, pokud jde o t. zv. dolus indirectus, nelze beze všeho tvrditi, že rakouský zákon trestní zastává stanovisko krajního objektivismu, že nutí soudce, by v případech těch uznával ručení trestní i za výsledek nezaviněný. Naopak vědecky lze zcela dobře obhájití názor těch, kteří alespoň v tomto směru (v případech dolu indirektního) ručení takové vylučují.

eine Gesetzgebung, welche den Grundgedanken des modernen Strafrechts verleugnet. Das Strafrecht darf im Erfolg als solchen keinen Anlaß zur Straferhöhung finden. Der Erfolg darf im Strafrechte nur Beachtung finden, wenn er willentlich, wissentlich oder fahrlässig verursacht wurde.“ (Str. 50 a 51.)

¹⁾ Cit. str. 394 a násl., zejména str. 397.

²⁾ K nimž druží se i *Wahlberg*, „Kleine Schriften“, str. 283 III., *Janka-Kallina*, „Das oest. Strafrecht“, str. 94 a 95 a *Stooss*, „Lehrbuch des oest. Strafrechts“, str. 87—92.

Na významu však ztrácí celá tato kontroverze, zaujmeme-li stanovisko *Hoegl*ovo,¹⁾ že citované ustanovení zákonné (stejně jako ustanovení § 155 lit. a) o důkazu zlého úmyslu těžce na těle poškoditi) je pouhým pravidlem průvodním, které ustanovením § 258 r. ř. tr. pozbylo platnosti. Dnes ojedinelý tento názor *Hoegl*ív mám, přes důmyslné vývody *Löfflerovy* za zcela správný a důvodný. Tím však veškeré případy dolu indirektního nabývají přirozeně povahy deliktů výsledkem kvalifikovaných, a těžiště sporu i dle práva rakouského je v otázce: Zná rakouské právo trestní čisté delikty výsledkové, delikty, při nichž pachatel ručí i za výsledek, který nelze mu k vině (k dolu neb kulpě) připisovati?

Také zde odpověď je sporná. Je sice jisto, že rakouský trestní zákon zná řadu deliktů, při nichž zodpovědnost a trestnost pachatelova je určena předem povahou nastalého, byť i nezamýšleného výsledku, leč přes to lze, dle mého názoru, tvrditi, že čisté výsledkem kvalifikované delikty v rakouském právu trestním se nevyskytují. Naopak je zastávati, že ve všech těchto případech se vyhledává alespoň kulpa pachatelova vzhledem k nastalému těžšímu výsledku, má-li tž být přičítán. To jest, pachatel ručí za těžší výsledek jen tehdy, když dle objektivní zkušenosti tž předvídati mohl a měl.

Stanovisko zákonodárcovo nejlépe je patrné v těch případech, kde útok zločinný směřuje proti jinému statku právnímu, než onomu, na němž nastal těžší výsledek. V případech těch se vyhledává, by výsledek ten mohl být pachatelem předvídan (srov. § 86, § 167 lit. a) tr. z. a § 4 zákona o zneužívání třaskavin z r. 1885). Neakcentuje-li zákonodárce předvídatelnost těžšího výsledku v případech jiných, nelze již z toho vyvozovati, že ručí se i za výsledek pachateli nepředvídatelný; naopak mlčení zákonodárcovo, byť i nebylo lze je schvalovati, lze snadno vysvětliti. Ten, kdo na př. ženu znásilní, neb proti její vůli plod její vyháni, má si i být vědom následků, jež z činnosti jeho mohou vzniknouti. Nastane-li některý z těžkých výsledků v zákoně uvedených, lze věru ve většině případů právem říci, že pachatel výsledek ten předvídati mohl a měl. Totéž platí, pokud na př. úmyslné poškození na těle přivodilo těžší výsledek, než pachatel zamýšlel; vždyť zajisté správná

¹⁾ *Hoegel*, „Geschichte des oest. Strafrechtes“, str. 136 až 158.

je stará sentence: vulnera non dantur ad mensuram. Že zákonodárce tyto případy pravidelné předvídatelnosti těžšího výsledku předem na mysl měl a dle nich příkaz svůj textoval, z toho ještě neplyne, že vina pachatelova nevývratně se tu předpokládá, že není žalobce povinen předvídatelnost výsledku dokazovati, že pachatel ručí za výsledek naprosto nezaviněný. Naproti těmto případům nelze v oněch předem uvedených předvídatelnost výsledku pravidlem předpokládati. Když na př. někdo v zimě zapálí opuštěnou turistickou chyši, nelze mu věru důvodně k vině přičítati nezamýšlený těžký výsledek (smrt člověka), zahyne-li při požáru odvážný zloděj, jenž do chyše se vloupal a lupem se posilniv, v chyši usnul. Tím vysvětlíme si, proč právě v těchto případech předvídatelnost výsledku na straně pachatelově se akcentuje.¹⁾

Uvedené, domnívám se, ospravedlňuje závěr, že rakouské právo trestní neprávem se viní z čistého objektivismu. Stačí „zastaralá“ jeho ustanovení vykládati jen v duchu doby, bychom k příznivějšímu došli úsudku. Pokusil jsem se ukázati, že výklad takový vědecky je přípustný. Jím staví se však trestní náš zákon, pokud jde o principiální úpravu ručení za výsledek, po bok modernímu zákonu norvěžskému, jehož i *Makarewicz* jako vzoru se dovolává. Zákon ten v § 43 stanoví: „Kde zákon pro případ, že čin trestný v zápětí má nezamýšlený výsledek, vyšší trest stanoví, má trest ten místo jen tehdy, když pachatel možnost výsledku takového mohl předvídati, neb pokud opomenul výsledek ten dle možnosti odvrátiti, byv naň upozorněn.“²⁾

¹⁾ Tak správně *Hoegel* (cit. str. 182 a 183): „Ist die Möglichkeit des Erfolges nicht voraussehbar, so kann er dem Täter nicht zugerechnet werden, weil dieser sich entweder in einem Irrtum befand, der ihm ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ, oder weil das Übel aus Zufall oder Unwissenheit der Folgen entstanden ist. In dem bekannten Beispiele der Ohrfeige, die den Tod eines erwachsenen Menschen verursacht, wird daher regelmässig kein Todtschlag anzunehmen sein — dagegen dann, wenn diese Ohrfeige besonders wuchtig einem schwächlichen, kränklichen oder nicht erwachsenen Menschen verabreicht wird.“

²⁾ Citováno dle něm. překladu vydaného redakcí Z. f. d. g. Str. R.-W. a Zpráv M. J. K. Srov. též § 42 nového ruského trestního zákona a § 55 odst. 3. Schönbornovy osnovy (1891) k rak. trestnímu zákonu.

Stanovisko toto odpovídá též požadavkům M. J. K., která na sjezdu Petrohradském se usnesla na této zásadě: „Personne n'est punissable à raison des conséquences de ses actes, que dans la mesure de celles qu'il a prévues ou pu prévoir.“¹⁾

S výtkou ručení za nezaviněný výsledek v těsné je souvislosti výtky přecenění elementu objektivního na úkor subjektivního.²⁾ Byť i obě otázky v těsném byly vztahu, jsou přes to podstatně různé. Přecenění faktoru objektivního jest oběma společné, liší se však v tom, že v druhém případě nemusíme se setkat s ručením za výsledek nezaviněný. Těžiště výtky je v tom, že zaviněnému výsledku větší význam se připisuje, než správně mu náleží, že více se akcentuje vnější výsledek, než psyché pachatelova.

V literatuře práva trestního jsou dnes patrný dva směry, z nichž jeden lze označiti jako směr krajního subjektivismu, druhý pak jako směr proportionalismu (pokud jde o vnější a vnitřní stránku zločinu). Rozdíl mezi oběma je tento: Dle prvního je důvodem trestní reakce státní zločinná povaha pachatelova — neb jak *Foinitský*³⁾ praví — psychický stav jeho kriminality; dle druhého čin trestný. Kdežto první směr žádá, by reakce trestní se řídila toliko dle povahy zločincovy a nastupovala v plném svém rozsahu, jakmile činností zločinnou psychický stav zločinnosti se projevil, bez ohledu, nastal-li škodlivý výsledek neb ne — je směr druhý toho názoru, že reakce trestní říditi se musí povahou činu trestného, nejen vnitřní, ale i vnější jeho stránkou. Oba směry podstatně různé dospívají přirozeně k podstatně různým důsledkům v četných otázkách speciálních, a různé jsou dle toho jejich požavky de lege ferenda.

Přihlédněmež nejdříve k prvnímu směru, tak jak vystupuje v požadavcích M. J. K., zejména umírněného jeho zástupce *Liszt*a.

Jednaje o snahách M. J. K. praví *Liszt*:⁴⁾ „Chceme, by pachatel byl trestán pro svoje, v činu dokumentované, zločinné smýšlení a dle míry jeho. . . Vládnoucí směr naproti tomu — tak

¹⁾ Srov. Zprávy Jednoty sv. XIII., str. 57.

²⁾ *Seuffert*, cit. str. 52 a 54.

³⁾ Cit. str. 57.

⁴⁾ „Die Zukunft des Strafrechts“. (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Díl II., str. 16.)

alespoň se praví — nezná pachatele a jeho smýšlení, nýbrž zná jen čin a jeho vnější výsledek a trestá čin dle jeho výsledku.“

S tohoto stanoviska, posuzuje platný německý trestní zákoník, *Liszt* uvádí:¹⁾ „Základní chyba našeho trestního zákona, která zákon ten nejen právnímu vědomí lidovému odcizuje, ale i jeho bezmocnost v boji proti zločinu přičiňuje, záleží v přemrštěném cenění vnějšího výsledku a v přezírání vnitřního smýšlení pachatelova.“ Toto přemrštěné cenění vnějšího výsledku jeví se všude: ve vybudování jednotlivých podstat skutkových, v mírnějším trestání pokusu; v úpravě účastenství více osob v činu trestném, nehledě ani k velikému počtu deliktů výsledkem kvalifikovaných.

Tedy nejen v deliktech posléze uvedených, ale i ve vybudování jednotlivých zákonných podstat skutkových, v úpravě pokusu a účastenství faktor objektivní došel přemrštěného cenění.

Souhlasné s těmito *Lisztovými* jsou i výtky *Makarewiczovy*, pokud jde o rakouské právo trestní. Také zde nejen v ustanovení o dolu indirektním, v četných deliktech výsledkových, ale i ve stanovení jednotlivých podstat skutkových, v úpravě pokusu a účastenství faktor objektivní na úkor subjektivního neprávem je přeceněn.

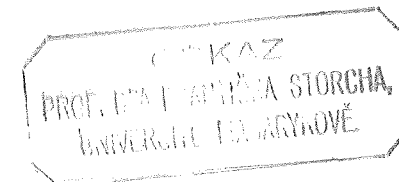
Pokud jde o zákonné skutkové podstaty, uvádí *Makarewicz*:²⁾ „Objektivism zákona jde daleko hlouběji, zákonné kvalifikace trestných činů jsou s ním v těsném vztahu: zlomyslné poškození cizího majetku stává se zločinem, když škoda, jež vznikla (a contr.: „neb pachatelem byla zamýšlena“) pětadvacet zlatých převyšuje.“

„Stejně je tomu při krádeži: o zločinné povaze trestného činu rozhoduje objektivní cena ukradené věci, ne prospěch zlodějův, nemluvě ani o úmyslu neb vědomosti pachatelově (§§ 171, 173). Částka (hodnota) činí krádež zločinem, když cena toho, co bylo ukradeno pětadvacet zlatých převyšuje (stejně dle § 179 — tři sta zlatých).“

„Totéž platí při jiných deliktech majetkových, zpronevěře (§§ 181, 183), podvodu (§§ 197, 200, 203). Velmi charakteristickým jsou obraty: Když škoda, jež byla způsobena, neb k níž

¹⁾ „Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuches in Aussicht zu nehmen?“ (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, str. 377-II.)

²⁾ Cit. str. 400.



zlý obmysl směřoval (§ 200), částka neb cena, již si pachatel zločinem opatřil neb opatřiti si obmyslel“ (§ 203).

„Sem patří též skupina kulposních ohrožení života (srov. §§ 335, 337, 441 a s nimi souvislé §§ 341, 343, 356—358, 363, 369, 370, 372, 373, 376, 380, 382, 425, 426, 433) při nichž o trestu rozhoduje výsledek, dle toho, došlo-li k usmrcení, těžkému neb lehkému tělesnému poškození.“

Tyto výtky *Makarewiczovy* ztrácejí přirozeně na své intenzitě, zaujmeme-li stanovisko, které dříve ohledně deliktů výsledkem kvalifikovaných jsem zastával. Tu je nesporno, že vnější výsledek může tvořiti pojmový znak zločinný a může vůbec jen tehdy pachateli k vině býti přičítán, když pachatelem byl zaviněn.¹⁾ Rovněž nelze upírati oprávněnost názoru, že věru těžko lze si představití úpravu jistých zákonných podstat skutkových (zejména deliktů majetkových a deliktů proti integritě tělesné), při níž by se naprosto nepřihlíželo k výsledku, který sice pachatel neobmyslel, jež však zavinil.

Na druhé straně nelze však přehlížeti, že případy, v nichž o vině pachatelově rozhoduje nezamýšlený jím vnější výsledek, v platném právu rakouském příliš jsou časté, a že právem bylo by je na minimální míru redukovati: V tomto směru přiznávám také zcela oprávněnost výtce *Makarewiczově*.

Jinak však soudím o výtce jeho týkající se p o k u s u. Zde ustanovení rakouského zákona trestního věru málo lze vytýkati. Vždyť sám *Makarewicz* výslovně prohlašuje (str. 421), že v první řadě rakouskému právu trestnímu přísluší zásluha, že ustanovením svým „již pokus zlého činu je zločinem samým — ku zločinu není zapotřebí, by čin skutečně byl proveden,“ razilo cestu správnému poznání, nové epoše v zákonné úpravě pokusu činu trestného. Jediné, co *Makarewicz* vytýká právu platnému, je to, že pokus prohlašuje za všeobecnou okolnost polehčující, akcentujíc tu ještě

¹⁾ Stanovisko kassačního soudu je v této příčině ovšem velice nejisté. Jednou žádá se alespoň *dolus eventualis* (při deliktech majetkových, srov. rozh. ze dne 4. února 1903, č. sb. 1644), po druhé stačí *dolus indirectus* (při deliktech proti integritě tělesné, srov. rozh. z 16. září 1878, č. sb. 188, z 18. ledna 1879, č. sb. 189, z 10. listopadu 1879, č. sb. 211, z 22. února 1892, č. sb. 1520 a j.). Konečně přičítá se i výsledek zcela nahodilý (srov. rozh. z 1. února 1884, č. sb. 613). Srov. *Hoegel*, cit. str. 153 a 154.

míru vzdálenosti jeho od činu dokonaneho. (Výtka, že vzhledem k historickému vývoji pokus nezpůsobilý dle platného práva rakouského je beztrestný — argument slova „zur wirklichen Ausübung“ — je patrně bezpodstatná.)¹⁾

Obě výtky nepokládám správnými. První proto ne, poněvadž subjektivnímu stanovisku je zadost učiněno, stanoví-li zákon pro pokus a čin dokonaný z á s a d n ě stejnou sazbu trestní. Vždyť existence určité okolnosti polehčující, ostatně jen demonstrativně v zákoně uvedené, nevylučuje nikterak užití i maxima sazby zákonné, jestli z jiných skutečností lze souditi na zvýšenou antisociálnost pachatelovu, na vysoký stupeň psychické jeho kriminality. Důsledně stejné trestání pokusu a činu dokonaneho zůstává za dnešních názorů společenských vždy jen ideálem krajního subjektivismu, byť by i zákon bezpodmínečně stejnou jejich trestnost stanovil. Pokud jde o druhou námitku, pokládám ustanovení § 47 lit. a), dle něhož pokus jest okolností polehčující dle míry vzdálenosti jeho od dokonaneho činu, nejen za přípustné, ale i zcela správné.²⁾

Leč ani ustanovení rakouského práva trestního týkající se úpravy účastenství více osob v činu trestném (spoluviny a účastenství) nebylo ušetřeno výtky objektivismu. Přes to, že i zde se mluví o „zdravém instinktu sebezachování“, vytýká se zákonu, že zásadně uznává akcesorní povahu pomocnictví, že bezvýsledné neb nezdařené pomáhání prohlašuje beztrestnými.³⁾ O oprávněnosti této výtky pojednáno bude později v samostatné kapitole (srov. studii IV.).

Opravné snahy směru subjektivistického, jak v předchozím v hlavních rysech jsme je poznali, nesetkávají se s všeobecným souhlasem. Naopak četné jsou hlasy varovné, poukazující k nebezpečí krajního subjektivismu v právu trestním. Týž místo má prý jen v etice, ne v právu; tomuto nelze objektivní stránky ve zločinu přehlížeti. Učinil-li by tak zákonodárce, nejen že rozcházel by se s názorem lidovým, ale vydával by se i v nebezpečí,

¹⁾ Pro tento můj názor srov. *Krzymuski*, „Über die Stellung des öst. Strafgesetzes gegenüber dem sogenannten untaglichen Versuche“, *Gerichts-Zeitung* (1908), str. 214—216.

²⁾ Srv. moji „Krim. noetiku“, str. 218 a násl.

³⁾ *Makarewicz*, cit. str. 433.

že reakce proti zločinu ztratí na své účinnosti. Jednostrannému zetisování práva trestního, k němuž krajní subjektivism nezbytně musí dospěti, dlužno apodikticky se opřít.¹⁾

Jde nyní o to, který názor je správný, po případě, lze-li nalézt vhodnou cestu střední umožňující společnou práci obou směrů. Východisko spatřuji v této úvaze: Jisto je, že nelze ničeho měniti na zásadě dříve zastávané, že přičítati lze toliko výsledek zaviněný. Zásadu tu nelze za žádných okolností opouštěti. Tím však nikterak není řečeno, že ku vnějšímu výsledku přihlížeti se nemá. Naopak není nejmenší závady, by o trestnosti pachatelově rozhodovala též vnější stránka jeho činnosti, zejména výsledek její, ovšem jen, pokud je zaviněn. Zcela důvodna jsou tu slova *M. E. Mayerova*:²⁾ „Zločinný výsledek nemá jen samostatného, dle sociální své škodlivosti měřeného významu, nýbrž význam jeho je též symptomatický. To jest, že sociální škodlivosti výsledku usuzujeme na průměrnou výši protipovinnosti vůle, která výsledek pravidelně přičiňuje; škodlivost výsledku je základem poznání pro antisociálnost činu.“

Správné poznání a ocenění této skutečnosti umožňuje shodu mezi oběma směry, již oba základní elementy ve zločinu docházejí náležitého uplatnění, aniž by nejmenší újmy doznala vůdčí zásada: bez viny není trestu, jen zaviněný výsledek lze přičítati. — Shoda ta je nezbytnou podmínkou úspěšné práce budoucí. Případně praví *Liszt*, jednaje o revisi německého zákona trestního: „Mělo-li by se ukázati, že ohledně zásady této nelze docíliti dohody mezi různými směry v právu trestním, pak lépe by bylo reformu jeho na pozdější dobu odložit.“³⁾ Je zajisté vhodno slova tato si připamatovati v době přípravných prací k novému rakouskému zákonu trestnímu.

¹⁾ *Liepmann*, Zprávy M. J. K., sv. IX., str. 146.

²⁾ *M. E. Mayer*, „Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht“, str. 128 a 129.

³⁾ „Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzes in Aussicht zu nehmen?“ (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, str. 377-II.)

Zodpovědnost kolektivní a individuální.

Uvedl jsem jako druhý znak tendence vývojové v právu trestním snahu nahraditi zodpovědnost kolektivní zodpovědností individuální. Snaha ta soustředí se v zásadě, že každý zodpovídati má toliko za svoje zavinění. Jednotlivci nelze právem přisovati vinu cizí, trest za cizí bezpráví má býti zásadně vyloučen.

Také tuto zásadu lze za dnešních názorů kulturních prohlásiti samozřejmou, ano lze právem zastávati, že táž plyne důsledně ze zásady předchozí: bez viny není trestu; neboť trest při svojí ryze osobní povaze logicky žádá vinu právě téhož subjektu, jenž se tresce. V tomto směru nesetkáme se dnes s vážnými námitkami. Jinak je však tomu, pokud jde o důsledné provedení zásady té, zejména o důsledek, že trestnost jednotlivce nemá býti činěna závislou na cizím zavinění, ačkoli přísně vzato, také v tomto případě se ručí za cizí vinu, tresce se proto, že někdo jiný činu trestného se dopustil. Důsledek ten sice neodporuje bezpodmínečně zásadě, že bez viny není trestu, ale nezbytně vede k ručení za cizí zavinění.

Činnost osoby *A* jest o sobě beztrestnou, stává se však trestnou, jestliže osoba *B* činu trestného se dopustila. Trestným stává se *A* teprve z cizí viny. Faktu tohoto nelze oddisputovati, a nelze také téhož obhajovati; buď činnost osoby *A* jest o sobě trestnou (zasluhuje trestu), pak také budiž trestána bez ohledu na činnost osoby *B*; neb činnost její nezaslouží trestu, pak vůbec nelze ji trestati, nemůže ji trestnou učiniti cizí činnost, cizí zavinění.

Prostý úsudek svádí k tomu také tento důsledek prohlásiti samozřejmým, odborný úsudek, zdá se však, že toho nedopouští, neboť literatura práva trestního poučuje nás o tom, že vášnivě správnost jeho se popírá, a opak samozřejmým se prohlašuje.¹⁾ Otázka tato (ručení za cizí vinu) je pro pozdější moje pojednání rozhodně důležitosti; chci tedy také zde alespoň v základních rysech poukázati k problému zodpovědnosti kolektivní a individuální.

Kdežto dnešní názor mravní přiči se tomu, by jednotlivec odpovídal za cizí vinu, nesetkává se ručení za cizí zavinění v dobách nižší kultury s žádným odporem, naopak shledává se zcela přiro-

¹⁾ Srov. pozdější výklad o akcesorní povaze účastenství (studie IV.).

zeným, mstí-li se vina rodičů na dětech, vina jednotlivce na celku přirozeném (rodině, rodu, kmenu) neb společenském (obci), k němuž vinník náleží. Jednotlivec netěší se ještě dnešní samostatnosti společenské ani právní; svazky rodové jsou ještě příliš silny, než aby zásluha i vina jednotlivcova na venek jemu se přičítala. Rodina (rod) připisuje si zásluhu jednotlivcovu, jednotlivec zásluhy rodu, co přirozenějšího, než to, že i vina rodu stíhá jednotlivce, a že rod nese následky zavinění jednotlivých svých členů. Zodpovědnost kolektivní stojí v popředí; jen v rodině samé a ve vojště při výpravách válečných uplatňuje se zodpovědnost individuální.¹⁾

Zodpovědnost kolektivní, s níž u všech národů v počátcích vývoje se setkáváme, odpovídá zcela tehdejšímu kulturním a hospodářským poměrům.²⁾ Nedostatek individuálního vlastnictví způsobuje, že činem trestným majetkovým většinou obohacuje se nejen pachatel, ale i přirozený svazek společenský, k němuž náleží; delikty proti osobě nedotýkají se jen bezprostředně zasaženého, ale seslabují též jeho rod (kmen); úzký svazek rodinný odůvodněným činí předpoklad, že pachatel jednal ve srozumění se svými příbuznými (neb členy obce), z jich návodu, s jejich pomocí, a předpoklad ten umožňuje, by svazek společenský zodpovídal za člena svého, jehož vydati nechce (poněvadž skutečně neb domněle s ním se stotožňuje) neb nemůže (poněvadž zločinu nedovedl zabránit ani vinníka vypátrati.)³⁾

S kolektivní zodpovědností shledáváme se také v těch případech, kdy svazku společenskému úloha pachatele připadá (na př. neposlušné, odbojné obce a státy); i zde zodpovědnost stíhá vedle skutečných vinníků i nevinné, kteří ku svazku náležejí (již z toho důvodu, že přesné rozlišení vinných od nevinných možno není).⁴⁾

Se zbytky této zodpovědnosti setkáváme se však nejen na prvních stupních vývojových, nýbrž i v pozdějších dobách, kdy již kolektivní vina zásadně se odmítá a to, namnoze jak v životě mezistátním, tak i v právním životě uvnitř státu. Jako takové uvádí se, pokud o poslední jde, nejen komplot a tlupa, ale i dnešní

¹⁾ *Mommsen*, cit. str. 16 a 35.

²⁾ Srov. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*. I. díl, str. 106.

³⁾ *Makarewicz*, cit. str. 305—312.

⁴⁾ *Makarewicz*, cit. str. 319—323.

úprava účastenství (spoluvina a účastenství dle rakouského práva trestního).

Skutečně nelze o tom pochybovati, že jde při tlupě a komplotu o kolektivní zodpovědnost, že příčiněný výsledek skutečně všem členům tlupy neb komplotu v plném rozsahu, bez ohledu na jejich zavinění se přičítá; praesumpce společného dluhu zakládá tu společnou (kolektivní) zodpovědnost. Dnes však bohudíky zhostili jsme se již této nesprávné konstrukce právní. Dnešní věda práva trestního správně zastává, že činnost súčasněných jednotlivců samostatně posuzována býti musí, že zodpovědnost jejich nejde dále, než individuální jejich zavinění; všeobecné formy činnosti trestné zcela zjednaly si tu průchodu. Tam, kde ještě dnes s tlupou neb komplotem v právu trestním se setkáváme, nemají tyto s dřívějšími zjevy takto označovanými mimo jméno ničeho společného; jde tu jen o stíhání samostatných činů trestných, o „úmluvy neb spolčování“ k jistým deliktům, ne o stíhání a trestání činu samého, k němuž úmluva neb spolčení se nesly.¹⁾

Zbývá tedy jediné účastenství. Jde tu skutečně o zbytky kolektivní zodpovědnosti, jež v zájmu pokroku z práva trestního nutno odstraniti? Dle *Foinického*¹⁾ nemůže o tom býti sporu. Vývody jeho jsou v podstatě tyto: Panující učení o účastenství vyvinulo se pod vlivem trestních ustanovení o komplotech a tlupách, kde všichni súčasněni odpovídali za celý výsledek jako společně chtěný a společnou činností příčiněný. Vycházelo se tu z předpokladu společné viny a společného příčinění. Pokud těchto dvou základních elementů činu trestného se týče, nečinilo se mezi jednotlivými členy tlupy neb komplotanty zásadního rozdílu; stejně jako se téhož nečiní při dnešním účastenství, jež také pojmově nutně předpokládá společnou vinu (společný úmysl) a společné příčinění. Takovýto předpoklad je však pouhou fikcí, něčím neskutečným; proto také dnes panující učení o účastenství jeví se produktem pochybené scholastiky — je nejen nesprávné ale i neúplné, poněvadž je nepřirozené.

Scholastický jeho ráz vystupuje nejvíce do popředí v učení o jednotnosti úmyslu a vztahu příčinného vzhledem ku společnému

¹⁾ Srov. *Liszt*, „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 16. a 17. vyd., str. 216, 217.

¹⁾ Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme, Z. XII., str. 55—86.

výsledku. Představme si jen člověka, který vráží nůž do prsou svého nepřítele a porovnejme s ním druhého, který k tomuto účelu nůž, jako výrobek svojí činnosti, vrahovi podal. Lze tu mluvit o společném usmrcení a společném úmyslu vražedném? Nejde spíše jen v prvním případě o vraždu, v druhém o zleužití živnostenského oprávnění, jehož ovšem nelze trpěti, které však také nelze s vraždou stotožňovati? Zde pojem účastenství jde nesporně přesprávně daleko a ukazuje jasně nesprávnost předpokladů, na nichž je vybudován. Všude patrně je základní pochybení, vše otáčí se ve vadném kruhu, nedostatek zavinění nahraňuje se přičiněním, neb naopak nedostatek přičinění zaviněním. Za těchto poměrů hranice mezi dovoleným a nedovoleným stává se naprosto pochybnou. Pak lze pro spoluvinu žalovati kočího, jenž zapřáhl koně pánovi, o němž ví, že jede k soudu křivě přísahati, neb restaurátéra, jenž dal nalít víno tomu, o němž ví, že ku zločinu chce se posilniti.

Naproti tomu je však dnešní učení o účastenství naprosto neúplné, neobjímajíc veškeré případy společné činnosti zločinné. Stačí poukázat k deliktům kulposním, k nepřímému pachatelství, k deliktům stavovským. „Tak pravidla o účastenství jsou velice široká a neurčitá, zatahujíce v obvod trestního stíhání veliké množství lidí, již nezodpovídají za svou, nýbrž za cizí vinu. Naproti tomu odporují pravidla ta požadavkům vědecké konstrukce a neobjímají dostatečným způsobem veškeré případy společné činnosti více osob na dráze zločinné.“¹⁾

Náprava možná jest jen důsledným provedením stanoviska subjektivního, jež i při společné činnosti rozhodným prohlašuje psychický stav zločinnosti jednotlivých účastníků, ne společný výsledek jejich činnosti. Zásada, že každý zodpovídá jen za svoji vlastní vinu, nemůže se srovnati s dnešním pojmem účastenství více osob v témže deliktu, nýbrž vede nezbytně k uznání zásady druhé: quot delinquentes, tot delicta.

„Doktrina účastenství děkuje svůj vznik dobám hnutí davů, jejíž zákonům i zločinná činnost byla podrobena. Dnes stav věci zcela se změnil. Kriminální statistika ukazuje nám, že společná činnost vždy víc a více nahražována je činností jednot-

¹⁾ Str. 74.

livcovou, že případy účastenství se zmenšují, že zločinné výsledky se individualisují. Zároveň značně se vyvinuly vědecké prostředky k poznání individuálních nuancí viny. Proto jeví se přechod od systému zodpovědnosti davu ku zodpovědnosti individuální vždy nutnější potřebou a prakticky značně se usnadňuje. Jen dokonáním jeho dosáhne právo trestní výše moderního pojmu spravedlnosti.“¹⁾

Tyto vývody *Foinického* těší se dnes největší pozornosti nových směrů a bezpodmínečnému jejich souhlasu. Odstraniti z práva trestního pojem účastenství (více osob v činu trestném) v dnešní jeho podobě, vzdáti se „zbytečného, nemožného, jen k omylům svádějícího“ rozeznávání mezi pachatelem, spolupachatelem, návodcem a pomocníkem stává se ideálem mnohých. Zda právem?

¹⁾ Str. 78. Srov. též názory *Makarewiczovy*, cit. str. 327—341.

STUDIE DRUHÁ.

Pojem účastenství a jeho rozsah.

Právo rakouské. — Právo německé. — Závěr.

Právo rakouské.

Pojem účastenství i rozsah jeho jsou velice sporny. Mezi příslušníky téhož směru vědeckého, mezi vykladateli téhož zákona shoda názorů je řídkou výjimkou. A přece otázka tak důležitá a složitá, která — jak již *Kittka*¹⁾ případně podotknul — „otvírá pole nikdy nevyčerpatelné polemice,“ vyžaduje nezbytně přesné pojetí základní. Jisto je, že shoda ve vymezení účastenství měla by v zápětí shodu v názorech o jeho rozsahu, a že by usnadnila dorozumění v jednotlivých sporných otázkách, bohužel přespříliš četných.

Chci toliko stručně, citací některých auktorů, ukázati k dnešnímu stavu v literatuře trestního práva rakouského a německého.

Pokud jde o právo rakouské, je však předem záhodno jeho terminologie si povšimnouti. Jak dnes všeobecně se uznává, není táž nikterak šťastna. Slova „účastenství“ užívá se tu v trojím různém smyslu, který většinou neodpovídá dnes ve vědě kriminální běžnému označování.²⁾

I. V nejširším smyslu znamená účastenství jakoukoli kriminálně rozhodnou součinnost vzhledem k jistému deliktu (srov. na př.: §§ 65 lit. c, 71, 73, 75, 163, 195, 232, 285, 287, 288).

¹⁾ „Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit“ (Vídeň 1840).

²⁾ Srv. *Hye*, „Das oesterr. Strafgesetz“, str. 229 a násl. — *Hoegel*, „Geschichte des oest. Strafrechtes“, str. 196 a násl.

2. V užším slova smyslu jest účastenstvím:

a) buď činu předchozí dorozumění se s pachatelem o pomoci a podpoře, která jemu po činu poskytnouti se má, jakož i činu předchozí dorozumění se s pachatelem o podílu na zisku a prospěchu, který ze zločinu se očekává (účastenství ve smyslu § 5 tr. z.);

b) buď, jistá, od oné ad 2 a) uvedené namnoze rozdílná, při jednotlivých činech trestných blíže označená činnost postrádající jednotné charakteristiky (§§ 109, 112, 116, 120, 121, 185, 186, 187, 189, 196, 464, 465 a 466 tr. z.).¹⁾

Uvážili-li se tato mnohosmyslnost slova účastenství v zákoně samém, dále že § 5, který o spoluvinně a účastenství jedná, výslovně neuvádí, koho spoluvinníkem, koho účastníkem je rozuměti, tak že rozdíl ten jen logickou úvahou a srovnáváním jednotlivých ustanovení zákonných lze zjistiti, je přirozeno, že pojem účastenství v praxi jen zvolna se ustálil²⁾ a ani dnes jak ve vědě tak v praxi pro svoji neurčitost nenašel obliby.

K tomu se druží ještě ta okolnost, že v mluvě lidové i v mluvě vědecké účastenstvím něco zcela jiného se rozumí, než zákonodárce jím vyjadřuje. Tak dospíváme k tomu faktu, že, řekne-li se prostě, že někdo účastenství se krádeže neb pro účastenství v krádeži byl odsouzen, neví ani odborný kriminalista, čeho se člověk ten skutečně dopustil a proč byl odsouzen. Je možno, že jde o spolupachatelství, návod neb pomoc při krádeži, je možno, že myslí se na účastenství dle § 5 tr. z., není však též vyloučeno, že jde toliko o účastenství dle § 185 tr. z., o pouhé t. zv. podílnictví v krádeži.

¹⁾ V § 185, 187, 189, 196, 464, 465 a 466 užívá zákon sice slova „Teilnehmung“ a contr. „Teilnahme“, leč nelze o tom pochybovati, že nepatrnému tomuto rozdílu v označení žádného principiálního významu nepříkládá, neboť důsledně označuje toho, kdo činnost v těchto paragrafech uvedenou vykonal, jako účastníka (Teilnehmer); srv. § 186 a 187. V jazyku českém nelze také rozdíl ten různým označením vyjádřiti.

²⁾ Srv. Hye, cit., str. 232: „Bei diesen Schwankungen des gesetzlichen Sprachgebrauches mag es daher nicht Wunder nehmen, wenn die Praxis... schlechtweg alle im § 5 bezeichneten Personen mit dem Namen: „Mitschuldige“ benennt, und den Ausdruck „Theilnehmer“ ausschließend auf jene Fälle beschränkt, wo das Gesetz selbst bei einzelnen Verbrechen sich dieses Ausdrucks zur Bezeichnung gewisser Thätigkeiten insbesondere bedient.“

Z uvedeného je patrné, že při výkladu rakouského práva trestního je třeba o přesnějším označování se dohodnouti. V práci své označují, přidržuje se celkem terminologie v rakouské literatuře práva trestního dnes obvyklé, slovem „účastenství“ (bez dodatku) sdružení se více osob k podniku kriminálně rozhodnému. „Účastenstvím ve smyslu rakouského práva trestního“ rozumím účastenství dle § 5. Činnost uvedenou v §§ 185, 187, 189, 196, 464, 465 a 466 nazývám „podílnictvím“ (účastník, Teilnehmer = podílníku). V případech §§ 109, 112, 116, 120, 121 nutno vždy blíže označiti, že jde o zvláštní „účastenství ve zločinu falšování veřejných úvěrních papírů neb mincí“.

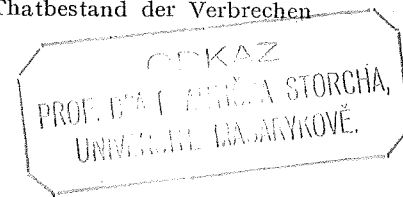
Ze spisovatelů rakouských chci poukázati toliko ku *Geyerovi*, *Jankovi* a *Hoeglovi*, jako představitelům tří různých názorů na pojem, respektive rozsah účastenství.

Geyer,¹⁾ jednáje o spoluvinně a účastenství dle práva rakouského, praví: „Rakouský trestní zákoník užívá výrazu účastenství ve smyslu mnohem užším, než v doktríně bývá obvyklo. Teprve objem obou zákonných pojmů: „spoluviny“ a „účastenství“ odpovídá objemu vědeckého pojmu účastenství. Spoluvinníci a účastníci jsou tedy ti, kteří vědomě (dolosně) spolupůsobili k realizaci obmyslu, trestnímu právu se příčícího“ (str. 90).

„Dříve než k jednotlivým způsobům spoluviny a účastenství blíže přihlédneme, je vhodné, ještě zvláště zdůrazniti, že ku každému z nich dolus se vyžaduje. Kdo jen ku deliktu podnět dá, aniž by téhož obmyslel, nemůže býti trestán pro spoluvinu neb účastenství. Že toto pojetí i zákonu trestnímu odpovídá — ukazují zřejmě i výrazy, jichž § 5 užívá: navedl — úmyslně podnět dal — úmyslné opatření prostředků, kdo se dohodl.“ (str. 92).

„Z toho následuje: 1. není kulposní spoluviny neb účastenství — 2. není spoluviny ani účastenství v činech kulposních. Spoluvina a účastenství mají základ svůj ve vědomém spolupůsobení k realizaci zločinného obmyslu, každý

¹⁾ Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach oesterr. Recht (1862), str. 90 a násl.



spoluvinník musí chtít, by trestný výsledek jeho činností byl přivoděn. Jeho obmysl musí směřovati k jistému zlu, kdežto v povaze kulpy spočívá, že kulposně jednající neobmyslí, nějaké zlo přivoditi“ (str. 94).

Přihlédneme-li blíže k těmto vývodům *Geyerovým*, vznikají ihned pochybnosti o jejich správnosti. Vymezení *Geyerovo*: účastenství je vědomé spolupůsobení k realizaci obmyslu, přičicího se právu trestnímu, je v podstatě správné, ne však příliš jasné. Jisto je, že účastenství předpokládá součinnost, spolupůsobení v něčem (k něčemu), tedy účastenství dle práva trestního spolupůsobení v činnosti, která se přičí právu trestnímu, již obmyslí se něco, co s právem trestním se nesrovnává. V tomto smyslu vykládám „sStrafgesetzwidrige Absicht“, s níž shledáváme se však jak při dolosním, tak kulposním podnikání. Na př. obmyslím-li hoditi z okna hořící cikaretu do živé ulice, jest obmysl můj „sStrafgesetzwidrig“, ačkoli není tu obmyslu zlo způsobiti. *Geyer* přehlíží, že „sStrafgesetzwidrige Absicht“ není „böse Absicht“ ve smyslu § 1 z. tr. Proto, řekl jsem, je definice jeho v podstatě správná, ovšem dáváme-li jí jiný smysl, než jaký *Geyer* jí dáti chtěl. Jisto je, že *Geyer* spatřuje podstatu účastenství ve vědomém (dolosním) spolupůsobení k realizaci dolosního zločinného podniku. Tato myšlenka není však ani v definici jeho správně vyjádřena, ani o sobě správná. Jak později poznáme, pojem účastenství nežádá dle podstaty své nikterak podniku dolosního, stačí i kulposní.

Avšak z definice *Geyerovy*, i když ten smysl, v němž byla stanovena, jí připisujeme, neplyne nikterak závěr, k němuž *Geyer* dospívá, že účastníky „ve smyslu vědeckém“ jsou jen spoluvinníci a účastníci ve smyslu rakouského práva trestního. Závěr ten je ve dvojím směru pochybený. Na jedné straně pojem účastenství bezdůvodně zúžuje, na druhé nesprávně rozšiřuje.

1. Pojem účastenství v závěru *Geyerově* je příliš úzký. Právě-li *Geyer*: účastenství je vědomé spolupůsobení k realizaci obmyslu právu trestnímu se přičicího, je nesporno, že k realizaci té spolupůsobí (mitwirkt) nejen spoluvinník a (č á s t e č n ě) i účastník (ve smyslu rakouského práva trestního), ale i pachatel a spolupachatel. K jinému důsledku nelze logickou cestou dospěti ať již kteréhokoli vymezení pachatele neb spolupachatele se přidržíme. Nechtěl-li

již *Geyer* k tomuto správnému důsledku dospěti, pak měl definovati „wer zur Realisierung einer fremden strafgesetzwidrigen Absicht mitwirkt“. Jak však jsem podotkl, definice *Geyerova* je v podstatě správná, chybný jest jen závěr, jenž z ní se činí.

2. *Názor Geyerův*, že k účastenství „ve smyslu vědeckém“ dospějeme, spojíme-li pojem spoluvinníka a účastníka dle rakouského práva trestního, rozšiřuje příliš pojem účastenství. *Geyer* tu přehléd, že účastenství ve smyslu rakouského práva trestního objímá také případy, v nichž o návodu neb pomoci nelze mluvit, a že tyto případy důsledkem toho nikterak nespadají v objem „vědeckého“ pojmu účastenství. Účastníkem ve smyslu rakouského práva trestního je i ten, kdo s pachatelem činu trestního před činem se dohodl o účasti v zisku neb jiném prospěchu ze zločinu očekávaném, bez ohledu na to, jaké povahy je toto dohodnutí, zda snad úmysl pachatelův vzbudilo, neb posílilo, neb ne; stačí tu pouhý fakt úmluvy. Že úmluva ta o sobě není účastenstvím ve „smyslu vědeckém“, o tom zajisté nelze pochybovati.¹⁾ Je tedy v tomto směru závěr *Geyerův* věcně nesprávný.

¹⁾ Srov. *Janka-Kallina*, „Das oest. Strafrecht“, str. 141: „An die Seite der Mitschuld stellt sodann das Gesetz die „Theilnahme im engeren Sinne.“ Als solche bezeichnet es nicht nur die dem Thäter in voraus gegebene Zusicherung der Hilfeleistung nach der That, ein Vorgang, der sofern er nicht der Anstiftung zufällt, regelmäßig unter den Gesichtspunkt psychischer Beihilfe zu subsummieren sein wird, nach der bestimmten Anordnung des österr. Gesetzes aber jedenfalls schlechthin strafbar ist, sondern auch die in voraus mit dem Thäter getroffene Verständigung über einen Antheil am Gewinn oder Vortheil, eine Bestimmung, die in dieser Allgemeinheit weit über den Begriff der Theilnahme hinausgreift. Auch die vorläufige Verständigung über Antheil am Gewinne oder Vortheile kann psychische Beihilfe begründen, sie begründet dieselbe aber sehr häufig nicht.“ — Srv. též *Finger*, „Das Strafrecht“ I. díl, str. 208 (vyd. I.): „Die Bestrafung der Theilnehmer, die dem Thäter vor begangener That eine Unterstützung bezw. Hilfe in Aussicht stellen, ist mit Rücksicht auf die hiedurch bewirkte Stärkung des betreffenden Entschlusses gerechtfertigt, dagegen geht das oesterr. Recht wohl zu weit, wenn es als Theilnehmer (gleich den Thäter) Diejenigen straft, die vor begangenen Verbrechen sich einen Gewinnantheil an den Früchten des zu unternehmenden Verbrechens haben in Aussicht stellen lassen; allerdings sind dann die betreffenden Personen interessiert, daß das Verbrechen gelinge, allein das activ nicht betheiligte Interesse

Z definice *Geyerovy* nelze však, jak jsem uvedl, dospěti též k závěru, že účastenství, neb, jak *Geyer* praví, spoluvina a účastenství (ve smyslu rak. pr. tr.) jsou při deliktech kulposních nemožny. Nechávejte stranou účastenství (ve smyslu rak. pr. tr.), neboť ono je, pokud pojmu účastenství je podřaditi lze, buď návodem, buď pomocí (psychickou), chci jen ku spoluvině (návodu a pomoci) poukázati.

Je zcela správně, praví-li *Geyer*, že dle rakouského práva trestního možná jest jen úmyslná spoluvina. O tom, vzhledem k jasnému znění zákona, nemůže býti pochybnosti. Ten, kdo jen kulposně vzbudil v druhém zločinné rozhodnutí neb je posílil, kdo jen kulposně v zločinném podnikání druhému pomáhal, není dle rakouského práva ani návodcem ani pomocníkem. Nesprávně a nemožno je však ze slov zákona vyvozovati důsledek, že vyloučeno jest úmyslné navádění a úmyslné pomáhání při deliktech kulposních; pro tento názor není v zákoně nikde opory, a *Geyerovi* se také nepodařilo názor svůj ze zákona odůvodniti.¹⁾

Janka ve svojí učebnici rakouského práva trestního²⁾ uvádí: „Zločinné účastenství je zaviněné spolupůsobení k výsledku zločinnému. Pojmově je možné zločinné účastenství v obou formách viny, jako dolosní i jako kulposní. Myslitelno je nejen dolosní spolupůsobení, nýbrž i kulposní účastenství z různé strany, rovněž však dolosní účastenství z jedné a kulposní z druhé strany. Dogmaticky vyvinulo se však účastenství jednostranně, výlučně jako dolosní. Kulposní účastenství je vyloučeno. Stejně stanovisko zaujímá i zákonodárství (srov. § 8 r. tr. z.). Tak lze říci: existuje jen dolosní účastenství.“

Pokud jde o rozsah účastenství, praví *Janka*: „Jsou různé formy zločinného účastenství. Určení jejich musí se státi

vermag genügende Rechtfertigung für die Strafandrohung nicht zu geben. Der Wunsch, daß einem Anderen ein Verbrechen gelingen möge, ist ein rein psychischer Vorgang, der nach dem Grundsatz des § 11, St. G. straflos zu bleiben hätte.“

¹⁾ Jinak ovšem tomu bylo se stanoviska trestního zákona z roku 1803, kde nebylo o tom sporu, že ustanovení § 5 platí jediné o zločinech. Srov. zejména zajímavé vývody *Kilky*, cit. str. 89—92.

²⁾ *Janka (Kallina)*, „Das oest. Strafrecht“ (4. vyd.), str. 135 a násl.

se zřetele na pachatele v technickém smyslu slova (v širším smyslu označuje se i pachatel jako účastník). Kolem pachatele seskupeni jsou účastníci: spolupachatel, pomocník a návodce. Spolupachatelství, pomoc a návod jsou tu formy zločinného účastenství. Někdy však pojímány jsou toliko pomoc a návod jako účastenství na rozdíl od pachatelství (pachatelství a spolupachatelství).“

Poznáváme, že stanovisko *Jankovo*, pokud jde o pojem účastenství, je zcela jasné; pochybnosti o správnosti jeho vzniknouti mohou jen ve příčině t. zv. deliktů formálních (schlichte Tätigkeits- oder Formaldelikte), k jichž skutkové podstatě žádný mimo lidské konání ležící výsledek se nevyhledává, dále ve příčině „přerušeni vztahu příčinného.“¹⁾ Obě otázky jsou však příliš sporny, než abych zde blíže se chtěl jimi zabývati.

Ne tak jasným je stanovisko *Jankovo*, pokud jde o rozsah účastenství. Zde přesného vymezení názoru zcela postrádáme. Je, resp. může býti pachatel účastníkem, neb ne? Zde nutná přesná odpověď. Výklad *Jankův* zdá se spíše svědčiti odpovědi negativní. Avšak sdílíme-li názor *Jankův*, že i spolupachatel je účastníkem, pak nezbyvá logicky nic jiného, než také pachatele účastníkem prohlásiti, předpokládajíc, že účastenství je pojmově možné, t. j., že činnost pachatelova se sdružila s činností jiné osoby (návodce, pomocníka). Není-li pachatel účastníkem, nemůže jím býti také spolupachatel, o tom, alespoň dle rakouského práva trestního, nemělo by býti pochybností.

Stejně nemohu též souhlasiti s názorem *Jankovým*, že dogmaticky existuje účastenství toliko jako dolosní. Citace § 8 přece ničeho tu neprokazuje.²⁾ Že návod a pomoc musí býti úmyslné, že kulposní návod a pomoc nespádají pod ustanovení § 5 rak. pr. tr., prohlásil jsem již v předu nesporným. Z toho však ještě nikterak neplyne, že návod a pomoc vyloučeny jsou dle rakouského práva trestního při deliktech kulposních. Když někdo mi radí, mě vybízí, bych hořící cikaretu vyhodil na ulici, neb k tomu cíli okno mi otevře, je jisto, že mne úmyslně navádí

¹⁾ Srov. *Beling*, „Die Lehre vom Verbrechen“, str. 202 a násl., zejména str. 391. — *Frank*, Kommentar, 5—7. vyd., str. 80. — *Singenwald*, „Der agent provocateur“, str. 6 a 7.

²⁾ Jde tu patrně o neopravenou chybu tiskovou.

neb mi úmyslně pomáhá při jisté činnosti zločinné; není také nejmenší překážky, by dle práva jako návodce neb jako pomocník byl označen a potrestán. Ze zákona samého alespoň opak nikde neplyne. Pomáhati si pak fikcí, že v tom případě, když více osobúčastnilo se v činnosti kulposní, všichni účastnění jsou přímými pachateli, neb že jde tu o nepřímé pachatelství, je vyloučeno. Ten, kdo mi radil, bych cikaretu z okna vyhodil, neb kdo mi k tomu cíli okno otevřel, není zajisté přímým pachatelem přestupku dle § 426 r. tr. z., neboť ničeho z okna nevyhodil; stejně však o nepřímém pachatelství nemůže tu pravidlem býti řeči.

Námítka proti tomuto názoru byla by ovšem možná; bylo by lze poukázati, že v mém případě nejde o delikt kulposní, nýbrž o tak zvaný delikt policejní, pouhou neposlušnost, a že nutno jest jen připustiti, že účastenství je možno i při těchto deliktech z neposlušnosti. Domnívám se však, že na věci ničeho se nemění, jestli cikareta mnou vyhozená někoho lehce zranila, popálila. Pak nelze více o tom pochybovati, že jde tu o návod a pomoc ke kulposnímu deliktu. Stejně pak je tomu při všech čistých deliktech výsledkem kvalifikovaných, při nichž dnes dle všeobecného názoru účastenství je možno. Také zde jde o účastenství nejen v dolu ale i kulpě.¹⁾

Že skutečně tomu tak je, že možno jest účastenství i při deliktech kulposních, lze i ze zákona zastávati. § 5 neplatí jen ohledně zločinů, ale i ohledně přečinů a přestupků. § 239 výslovně stanoví: „Všeobecně užití jest ustanovení § 5—II o zločinech i ohledně přečinů a přestupků, pokud odchylky v zákoně v jednotlivých případech výslovně nejsou nařizeny neb neplynou ze zvláštní povahy přečinu neb přestupku.“ Jisto je, že zákon výslovně nenařizuje, že návod a pomoc při deliktech kulposních jsou vyloučeny, rovněž neplyne to ze zvláštní povahy deliktů kulposních, jak ostatně *Janka* sám uznává.

Ovšem mohlo by se snad namítnouti, že zbytečno jest jednati o návodu a pomoci při nepatrných celkem poruchách právních, že státnímu zástupci na př. v případě mnou uvedeném ani na mysl nepřijde, by stíhal návodce a pomocníka. To je sice možno, není však ještě důkazem, že trestný návod a pomoc jsou tu dle

¹⁾ Srov. *Hoegel*, cit., str. 201, 202.

zákona vyloučeny. Chce-li zákonodárce v těchto případech některou formu činnosti trestné vyloučiti, pak musí to výslovně v zákoně prohlásiti, jak stalo se na př. v trestním zákoně pro říši německou, kde v § 49, první odstavec, se stanoví: „Jako pomocník se třece ten, kdo pachateli ku spáchání zločinu neb přečinu radou neb činem vědomě pomáhal.“ Pomoc při přestupcích výslovně se tu prohlašuje beztrestnou. Ostatně nelze přehlížeti, že při činech kulposních jde často o vážné poruchy právní, takže otázka trestnosti návodce a pomocníka zásadní je důležitosti.

Zbývá však ještě spolupachatelství; také ono je dle *Janky* účastenstvím. Platí též o něm, že dogmaticky vyvinulo se jen účastenství dolosní? Je dle rakouského práva trestního při deliktech kulposních i spolupachatelství vyloučeno? Otázka tato zůstává nezodpověděna, nechceme-li se právě zde spokojiti všeobecným *Jankovým* tvrzením, že existuje toliko účastenství dolosní. A přece výslovné zodpovězení otázky té je nejen nutné, ale bylo by i velice zajímavé, neboť nelze upřít, že i zde výklad *Jankovo* dává vznikati pochybnostem. Litovati je toho, že *Janka* ani definice spolupachatelství nepodává, takže i nepřímé zodpovězení otázky kulposního pachatelství není s jistotou možné. *Janka* praví prostě, že spolupachatelství je dáno, setká-li se více pachatelů v témže případě (v témže zločinném podnikání), a rozeznává pak spolupachatelství v širším, nevlastním smyslu, oproti spolupachatelství v užším, vlastním smyslu, dle toho, je-li mezi jednotlivými pachateli duševní styk neb ne, t. j. ví-li jeden o činnosti druhého neb ne (str. 138 a 139). Toliko v druhém případě (spolupachatelství v užším, vlastním smyslu) lze mluvit o účastenství. Je-li však spolupachatelství vědomé spolupůsobení dvou neb více pachatelů v tomže zločinném podnikání, pak nemůže býti sporu, že při kulposním zločinném podniku také se spolupachatelstvím se setkáváme. Tomu však zdá se odporovati ono všeobecné tvrzení *Jankovo*, že účastenství při deliktech kulposních je vyloučeno. —

Jediný, kdo v učebnici své výslovně otázku naši zodpovídá, bohužel bez bližšího odůvodnění, a to ve smyslu *negativním* je *Finger*. Týž praví: (str. 194, I., vyd. 1.): „Poněvadž rakouský trestní zákonník otázku, zda *principiálně* možné spolupůsobení více osob v deliktech kulposních jako *spolupůsobení*

bení (recte účastenství) je trestati, mlčením přechází, je dle názoru praxe v tomto případě činnost jednotlivců samostatně posuzovati.“¹⁾

Je tedy dle *Fingra* jakékoli spolupůsobení (účastenství) v deliktech kulposních, tedy i s p o l u p a c h a t e l s t v í vyloučeno. S tímto názorem nelze však souhlasiti. Předně není pravda, že rakouský trestní zákonník otázku tu nechává nezodpověděnu, naopak poznali jsme, že názor zákonodárců zcela dobře je v něm patrný. Za druhé, není pravda, že praxe je toho názoru, že v případech spolupůsobení více osob v deliktech kulposních, činnost súčastněných jednotlivců zcela samostatně je posuzovati, t. j. že nelze tu činnost spolupachatele, návodce neb pomocníka posuzovati jako spolupachatelství, návod neb pomoc, nýbrž jako přímé pachatelství. Stanovisko takové při dnešním textování zákona je namnoze nemožné, a je přirozeno, že praxí přijato nebylo. Připouštím však, že praxe je nejistá. Jak z judikatury nejvyššího jako kassačního soudu dobře je patrné, vyskytují se názory namnoze si odporující. Přes to nelze však tvrditi, že by praxe, zejména našeho nejvyššího tribunálu, přijetí účastenství v deliktech kulposních byla nepřívzniva.

Stanovisko kassačního soudu správně je uvedeno u Manze (Löffler-Lorenz) v poznámce 21. k § 5: „Není kulposní spoluviny (rozh. z 26. června 1896 č. sb. 1980), za to však existuje spoluvina v deliktech kulposních (rozh. ze 24. července 1886 č. 5917) a v deliktech setkáním se dolu a kulpy charakterisovaných.“ Z četných zde uvedených rozhodnutí zasluhují pozornosti zejména ona

¹⁾ S *Jankou* a *Fingrem*, pokud jde o návod a pomoc, souhlasí i *Lammasch*, „Grundriß des Strafrechtes“, 3. vyd., str. 38 a 39: „Ebenso wie der Anstifter muß auch der Gehilfe dolos ein doloses Verhalten des Täters zum Zwecke materiellen Gelingens der Tat unterstützen. Kulpose Förderung der dolosen Tat eines Anderen kann als selbständiges kulposes Delikt (z. B. nach § 335) strafbar sein. Dolose Förderung der kulposen Tat eines Anderen kann mittelbare Täterschaft begründen, kulpose Förderung als selbständiges Fahrlässigkeitsdelikt bestraft werden.“ — Stejně i *Stooss*, „Lehrbuch des oest. Strafrechts“, str. 119: „Mitschuld ist v o r s ä t z l i c h e Mitwirkung zu einem v o r s ä t z l i c h e n Verbrechen. Die f a h r l ä s s i g e Mitwirkung zu einem Verbrechen begründet nicht Mitschuld. Wer v o r s ä t z l i c h zu einem fahrlässigen Delikte mitwirkt, ist mittelbarer (verdeckter) Täter.“

z 15. května 1875 č. sb. 67 a z 3. listopadu 1884 č. sb. 687. V prvním se praví: „Nesprávně je tvrditi, že spoluvinu s pojmem kulpy naprosto nelze srovnati, neboť kulpa je zaviněním, jež páše se nejen opomenutím, ale i pozitivními činy, k jichž podniknutí a výkonu i třetími osobami způsobem v § 5 tr. z. naznačeným může býti spolupůsobeno a pomáháno.“ V druhém pak výslovně se uvádí, že ustanovení § 5 tr. z. má platnost při v š e c h deliktech.¹⁾

Ovšem mohlo by se namítnouti, že celá ta otázka, je-li spolupachatelství účastenstvím neb ne, zejména je-li možno spolupachatelství při deliktech kulposních neb ne, je povahy čistě teoretické, že nemá praktického významu, poněvadž pokud jde o otázku trestu, stíhá se spolupachatel jako pachatel, a není se zřetele na sazbu trestní mezi nimi rozdílu. Námitka ta není však správná, jak později poznáme, může býti značné praktické důležitosti, a je proto přesné její zodpovězení velice žádoucí.

Zbývá poukázati ještě k *Hoeglovi*. Zajímavé jeho vývody o účastenství dotýkají se jen stručně naší otázky, leč i tu samostatný úsudek *Hoegla* příznivě vystupuje do popředí. Definice účastenství u *Hoegla* nenajdeme, za to však je dle něho nesporno, že účastníkem je rozuměti jak návodce a pomocníka, tak i pachatele a spolupachatele (srov. str. 197 a násl.). Rovněž je dle *Hoegla* nesporno, že právo rakouské zná též účastenství v deliktech kulposních. *Hoegel* výslovně uvádí: „Vzhledem k ustanovení § 239 nemůže býti pochybností o tom, že vyskytnouti se může spolupachatelství a spoluvina při činech kulposních. Je to ostatně samozřejmé. Zajisté může někdo druhého ku kulposnímu konání neb opomenutí sváděti neb stejně dobře k němu pomáhati. Přehlíží se totiž velmi často, že kulposní činy mohou namnoze býti vědomým ohrožením“ (str. 201).

¹⁾ Nepublikované rozhodnutí kas. soudu ze dne 24. července 1886 č. 5917, jehož Manz a dle něho i někteří spisovatelé, bez bližšího udání obsahu, se dovolávají, bylo mi sděleno laskavostí soudce u nejvyššího soudního dvoru p. Rudolfa Procházky. Týče se přečinu dle § 486 odst. I. a praví se v něm všeobecně, že „dle trestního zákona spoluvina při kulposních činech není vyloučena.“ Názor svůj opírá kas. soud o znění § 5 a 239 r. tr. z.

Právo německé.

Se stejnou rozdílností názorů vzhledem k pojmu účastenství a jeho rozsahu setkáváme se i v literatuře platného trestního práva německého, z níž toliko některé příklady chci uvést. Omezují se v podstatě na vývody *Lisztovy* a *Birkmeyerovy*, jakož i na stručné vylíčení stanoviska M. J. K.¹⁾

1) Z důvodu snazší orientace uvádím ustanovení třetího odstavce prvního dílu trestního zákonníka pro říši německou z 15. května 1871

Theilnahme.

§ 47.

Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.

§ 48.

Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzustellen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

§ 49.

Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

§ 49a.

Wer einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Theilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten, wenn das Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Theilnahme an einem Verbrechen erbietet, so wie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, so wie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn

Ve svojí učebnici německého práva trestního¹⁾ uvádí *Liszt*: „Účastenství je súčastnění se v činnosti hlavní jiným. započaté neb dokonané. (Teilnahme ist Beteiligung an der von einem anderen begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung.) Účastenství je buď návodem, buď pomocí (str. 223). Jen úmyslný návod a úmyslná pomoc jsou účastenstvím ve smyslu zákona. Nejsou tedy jak návod, tak pomoc možny při deliktech kulposních, naopak setkáváme se tu s případem nepřímého pachatelství (str. 226).“

Pozornosti zde zasluhuje: 1. vymezení účastenství, 2. stanovení jeho rozsahu, 3. účastenství v deliktech kulposních.

Pokud jde o vymezení účastenství, je nápadný formální jeho ráz. Maně vzpomínám názoru *Lammaschova*:²⁾ „Jako pojem činu dokonaného v pozitivním právu je čistě formální, tak tomu je i s pojmem pachatelství. Pachatelem je ten, kdo to činí, co zákon jako charakteristickou podstatu dotyčného zločinu pojímá, jehož čin bezprostředně lze podřaditi definici dotyčného pojmu zločinného. Když více osob ve vědomém spolupůsobení činnost hlavní předsevezme, tu jsou všechny spolupachatelé.“ Stejně lze i dle *Liszta* říci: Poněvadž pojem činu trestného je v pozitivním právu čistě formální, musí nejen pojem pachatelství a spolupachatelství, ale i účastenství býti zcela formální. Nelze také o tom pochybovati, že by byl *Lammasch*, kdyby byl pojem účastenství definoval, musil dospěti k definici *Lisztově*. Upozorňuji tu jen na různost ve vymezení účastenství, již dosud jsme poznali.

Geyer: Účastenství je vědomé spolupůsobení k realizaci obm y s l u, příčícího se právu trestnímu. *Janka*: Zločinné účastenství

die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vortheilen irgend welcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

§ 50.

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder mindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Theilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehülfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.

1) Lehrbuch des deutsch. Strafrechts (16. a 17. vyd.).

2) Grundriss, str. 37.

je zaviněné spolupůsobení k výsledku zločinnému. *Liszt*: Účastenství je účastnění se v činnosti hlavní jiným započaté neb dokonané. — Je nesporno, že již v těchto vymezeních trojí rozdílný názor na podstatu účastnění do popředí vystupuje, že v prvním předem se akcentuje vnitřní stránka činnosti zločinné (úmysl), v druhém vnější stránka její (výsledek), v třetím formální její ráz.

Nelze o tom pochybovati, že z různého hlediska lze dospěti k různým, formálně správným, vymezením pojmu účastnění, jejichž rozdíl není ve věci, nýbrž jen ve formě, neboť jde tu o vymezení téhož zjevu a logicky správná vymezení nemohou se vylučovati, naopak mohou se jen doplňovati, kryti. O našich definicích nelze bohužel tak říci, neboť nelze přehlížeti, že není tu pouze rozdílu formálního; rozdíl je podstatný, ve věci samé; ačkoli, jak později poznáme, názor uvedených tří spisovatelů o podstatě účastnění je totožný, a také ustanovení práva rakouského a německého nenutí k podstatně odchylnému vymezení. Poznáme, že jak *Geyer* a *Janka*, tak i *Liszt* zastávají akcesorní povahu účastnění (alespoň de lege lata), přes to že oboje zákonodárství (jak rakouské tak německé) dávají v tomto směru vznikati vážným pochybnostem. Stanovisko je tedy v podstatě totéž, vymezení však se nekryjí. Kde je chyba?

Je nesporno, že se stanoviska *Geyerova* i *Jankova* o akcesorní povaze účastnění definice jejich měly by zníti jinak. *Geyer* měl definovati: účastnění je vědomé spolupůsobení k realizaci cizího obmyslu, přičicího se právu trestnímu; podobně *Janka*: účastnění je zaviněné spolupůsobení k tomu, by někdo jiný mohl přičiniti zločinný výsledek. To bylo by s jejich stanoviska správné vymezení, a oba spisovatelé byli by unikli rozporu, jenž vzniká mezi jejich definicemi účastnění a mezi stanovením jeho rozsahu. Pak bychom též zcela dobře chápali, že dle *Geyera* jen návodce a pomocník, nikoli též pachatel a spolupachatel, jsou účastníky. Rovněž bylo by jasno, proč *Janka* pachatele mezi účastníky neuvádí; záhadou však, jako dříve, zůstalo by účastnění spolupachatelovo. Neboť na tom, že pachatel a spolupachatel tu sdíletí musí stejný osud, nelze ničeho měniti. Skutečnost tato je nesporna, neušla bystrozraku *Lisztovu*, a jak záhy poznáme, učinil z ní *Liszt* nezbytné důsledky, byť i za cenu u vykladatele

positivního práva největší: rozchodu s výslovným ustanovením zákona.

Definice *Lisztova* je správná, sdílíme-li stanovisko *Lisztovo* o akcesorní povaze účastnění, je nesprávná, popřeme-li akcesorní povahu účastnění jak *Lisztem*, ve shodě s panujícím názorem je zastávána; pak nelze účastnění definovati jako účastnění se v činnosti hlavní jiným započaté neb dokonané. Pak účastnění není nic jiného než „Beteiligung an einer begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung.“ V tomto znění shoduje se také definice *Lisztova* alespoň v podstatě s vymezením *Geyerovým* a *Jankovým*.

Avšak nejen vymezení pojmu účastnění je u *Liszta*, dle mého názoru, nesprávné, pochybeny jsou i důsledky, k nimž *Liszt* dospívá, o vymezení své se opíraje. Předně není správné, praví-li *Liszt*, že účastnění dle platného práva je buď návodem, buď pomocí; za druhé není správné tvrzení jeho, že dle platného práva vyloučeno je účastnění v deliktech kulposních.

Nesprávnost prvního názoru lze snadno prokázati. Jisto je, že dle německého práva trestního je účastníkem i spolupachatel (a tedy i pachatel, předpokládaje, jak dříve již jsem uvedl, že účastnění je pojmově možné, t. j., že více osob spolupůsobilo ve zločinném podniku). Že spolupachatelství dle německého trestního zákona je skutečně účastněním, že slova zákona nedopouštějí pochybnosti, vysvítá dobře z vývodu *Birkmeyerových* a *Harburgrových*. *Birkmeyer* praví:¹⁾ „I spolupachatelství je dle správného výkladu § 47 n. tr. z. skutečným účastněním. To dokazuje již § 47 n. tr. z. sám umístěním svým spolu s §§ 48 a 49 pod společným záhlavím „účastenství“. To dokazuje § 50 n. tr. z., kde spolupachatel výslovně vedle návodce a pomocníka jako účastník staví se proti pachateli.“

Harburger pak na sjezdu zemské německé skupiny M. J. K. v referátu svém uvádí:²⁾ „Toto čisté spolupachatelství nečítají mnozí, zejména *Liszt* a *Frank*, více k účastnění. *Liszt* praví totiž o něm ve své učebnici, že ono není žádnou formou (nesamostatného) účastnění v činnosti druhého, nýbrž samostatným

¹⁾ „Die Lehre von der Teilnahme“, str. 148.

²⁾ Srov. Zprávy M. J. K., svazek XI., str. 515 a 516.

přivoděním neb nezamezením výsledku; *Frank*¹⁾ pak se vyslovuje tak, že ono jest, jak již jméno ukazuje, jen jistou formou pachatelství, a že tedy to, co pro ostatní dvě formy účastenství platí, nelze na ně (spolupachatelství) beze všeho použítí. S tímto názorem — praví *Harburger* — nemohu však souhlasiti. Čisté spolupachatelství je spíše dle mého mínění v první řadě účastenstvím, zejména v tom typickém případě, že čin, jenž o sobě jednotlivcem mohl by býti spáchán, je spáchán větším počtem spolupůsobících osob, takže dle práva trestního rozhodný výsledek, jenž o sobě jediným člověkem mohl by býti přičiněn, vyvolán je společnou činností více osob. Ono (spolupachatelství) je v první řadě účastenstvím, neboť právě za těchto okolností vnucuje se nezbytnost rozeznávání mezi spolupachatelstvím a pomocí, a uplatňuje se nesnáze naléztí hranici mezi oběma — pramen to základních otázek sporných, jakož i důvod, proč my předmětem tím se zabýváme. Jestliže však, jak je to nepopřeno, pomoc patří k účastenství, tu nemůže tak blízko jemu zpřízněné spolupachatelství býti mimo ně. Ono je spíše v první řadě účastenstvím také proto, poněvadž pravidelně toho, kdo nejeví se býti pouhým pomocníkem, dlužno považovati za spolupachatele, a ten, kdo nejeví se býti spolupachatelem, vždy ještě zůstává pomocníkem.“

Tyto vývody mám za zcela správné a připojil bych k nim jen nepatrnou poznámku. Mluví-li *Harburger* o nutnosti rozeznávání mezi spolupachatelem a pomocníkem, jde tu pravidlem ve skutečnosti o nutné rozlišování pachatele od pomocníka; je rozlišovati, je-li *A* pachatelem, *B* pomocníkem, neb jsou-li oba spolupachateli. Změnil bych tedy — jak se domnívám právem — slova *Harburgrova* v ten smysl: Jestliže však, jak je to nepopřeno, pomoc patří k účastenství, tu nemůže tak blízko jemu zpřízněné pachatelství (spolupachatelství) býti mimo ně.

Není mi ovšem tajno, že toto moje stanovisko bude se zdáti snad mnohému na první pohled naprosto pochybeným, že řekne: vždyť slovem účastenství rozumí se právě účastenství v cizím zločinu, a tu je přímo protismyslné pachatele účastníkem prohlašovati. Zmiňuji se o této námitce již nyní proto, bych snad u někooho v samém počátku, jaksi „dolo indirecto“, nevzbudil zaujetí proti

¹⁾ Srov. Kommentar 5.—7. vyd., str. 80.

svému výkladu. Odpovídám na ni prozatím zcela prostě. Ani německý zákonník trestní, natož rakouský trestní zákonník, nemluví o účastenství v cizích činech trestných, nýbrž jen o účastenství (o spoluvíně a účastenství) ve zločinném podniku; není tedy principiálně nejmenší závady užívati i v mluvě právnické slova „účastenství“ ve smyslu čistě logickém, ve smyslu mluvy lidové. Řeknu-li, že se účastním výletu nepravím tím cizím výletu, nýbrž jen výletu, jehož i jiní se účastní. Výlet je právě tak můj jako jejich, je to náš společný výlet. Stejně je tomu, účastní-li se někdo zločinného podniku, nejde tu o cizí, nýbrž o vlastní, společný podnik zločinný.

Rozumí-li *Liszt* účastenstvím jen účastenství v cizím činu trestném a činí-li z toho správnou konsekvenci, že pachatel a spolupachatel nemůže býti účastníkem, poněvadž činni jsou ve svém zločinu, je to jeho věcí, právě tak jako sám musí zodpovídati nesrovnalost výkladu svého se slovy zákona, který vykládá. Není to však ještě, byť by i všichni s ním souhlasili, důkazem správnosti názoru, který zastává. Řekne-li však někdo, že účastenství je spolupůsobení v cizím deliktu a zároveň spolupachatele prohlašuje účastníkem, pak věru je odůvodněna pochybnost o správnosti logického závěru, neboť těžko si představití, v jakém cizím činu trestném spolupachatel se účastní. Pak je tu nezbytně účastenství bez cizího činu trestného, respective není tu účastenství, poněvadž ono bez cizího činu trestného je nemožné. Tím dospíváme k učení *Birkmeyrovu*.

Dříve však nutno ještě poukázati k *Lisztovu* názoru o účastenství v deliktech kulposních. Poznali jsme, že *Liszt* jak návod, tak pomoc při deliktech kulposních dle platného práva německého vylučuje. Úmyslný návod a úmyslná pomoc při těchto deliktech jsou dle jeho názoru nepřímým pachatelstvím deliktu dolosního, k němuž bylo naváděno neb pomáháno. Stanovisko toto je nám již známo z dřívějšího výkladu učení *Jankova* a není tudíž třeba blíže jím se zabývati. Také *Liszt* přehlíží, že sice návod i pomoc musí býti (dle platného práva) úmyslné, že jak návodce, tak pomocník musí míti úmysl naváděti resp. pomáhati, že však přes to možný je návod k deliktu kulposnímu, při němž ani návodce ani pomocník nemají zlého úmyslu, t. j. úmyslu přičiniti zlo, jež vyplynulo z činnosti, k níž návod neb pomoc se nesly.

Tyto případy návodu a pomoci velice jsou důležitý, existují, a nelze jich oddisputovati. Bohužel zůstaly jak ve vědě, tak v praxi dosud neprávem zanedbány. Většinou se věda i praxe spokojila tím, že popřela vlastní jejich povahu a prohlásila je za přímé pachatelství, přehlížejíc, že není to správné, namnoze ani možno.¹⁾ Jde tu o návod a pomoc, ne o přímé pachatelství, neb zákonodárci neznámé mnohopachatelství neb vedlejší pachatelství (Mehrtäterschaft, Nebentäterschaft). Že tyto případy snad dle dnešní terminologie vědecké nelze dobře nazvati „úmyslným“ návodem neb úmyslnou pomocí (vychází-li se z předpokladu, že úmysl = z l é m u úmyslu) připouštím; stejně však je jisto, že nelze je nazvati návodem neb pomáháním „kulposním“, neboť nejde tu o kulposní vzbuzení zločinného rozhodnutí, neb o kulposní podporu zločinné činnosti, jde tu právě jen o návod neb pomoc k deliktům kulposním.

V mnohém však stanovisko *Lisztovo* (a četných jeho přívrženců) je poučné. Ono ukazuje, že i dle dnešního práva ani věda ani praxe nedovedou zásadně zastávati akcesorní povahu účastenství, že alespoň při deliktech kulposních správné poznání, snad i nepovšimnuto, zjednálo si průchodu. Zde již správně se uznává, že návod a pomoc jsou jen zvláštními samostatnými formami činnosti zločinné, že každý z účastníků zodpovídá zcela samostatně za to, co zavinil a přičinil, že návod a pomoc není účastenstvím v cizím zločinném podniku, nýbrž samostatným deliktem.

Od uvedených právě případů liší se ovšem ony, kdy někdo ve z l é m úmyslu — t. j. v úmyslu přičiniti ono zlo, jež z činnosti vzniklo, neb vzniknouti mělo — navádí neb podporuje druhého v činnosti kulposní. V případech těchto názor *Lisztův*, že nejde tu jen o návod neb pomoc k činnosti kulposní, zcela je správný; chybným pokládám jen důsledek *Lisztův*, že jde tu o nepřímé pachatelství oné činnosti jako dolosní. O nepřímém pachatelství pojednám širě později, zde chci se omeziti jen na příklad *Geyerův*²⁾ a jeho posouzení, neboť v této otázce *Liszt* s *Geyerem* v názorech svých zcela se srovnávají.

„A obmyslí již dlouho osobu C se světa sprovoditi. Tu nahodí

¹⁾ Srov. příklad na str. 41 a 42.

²⁾ „Erörterungen“, str. 97 a 98.

se mu na honě příležitost k tomu, a také jí použije. Přemluví osobu B, aby na osobu C střelila, uváděje, že je to zvíře, na něž míří. B zastřelí C, ačkoli mohl za daných okolností předvídati, že rána může ohroziti život lidský. Osobu B je trestati jen pro kulposní zabití (§ 335 rak. tr. z.), osobu A však pro vraždu. Ovšem ne pro návod ku vraždě, neboť B žádné vraždy se nedopustil. A nenaváděl ku kulposnímu usmrcení, poněvadž není návodu ku kulposním deliktům. Rovněž není přímým (bezprostředním) pachatelem vraždy. — A přece je jasno, že nelze se ohledně A spokojiti mírným trestem, který stihne B, neboť onen jednal s úmyslem (přímým) usmrtiti. Je nutno totiž si uvědomiti, že B byl pro A v tomto případě pouhým nástrojem, neboť, byť i B sám jednal, byl přece osobou A v omyl uveden ohledně významu svého jednání. Nezbývá tedy nic jiného, než říci: A jest vlastním (jediným — alleinige) pachatelem vraždy (lépe bylo by v tomto případě mluvit o původci, přičiniteli), ovšem ne pachatelem přímým (bezprostředním).“

Správné je, praví-li se, že B nemůže býti trestán pro vraždu, nýbrž jen pro kulposní usmrcení, poněvadž neměl úmyslu vražedného (usmrtiti); nesprávné je však, tvrdí-li se, že A není návodcem, že nenaváděl k usmrcení osoby C, nýbrž že je jediným (vlastním) pachatelem vraždy. A není pachatelem vraždy, neboť nikoho nezavraždil, neusmrtil, nevykonal žádnou „hlavní činnost“, již definici vraždy bylo by lze podřaditi, naopak naváděl jen, aby jiný předsevzal činnost objektivně vražednou. Chyba, již *Geyer* (*Liszt*) se dopouští, je v tom, že se praví, že A jednal s úmyslem usmrtiti, ačkoli je patrné, že úmyslu toho neměl, nýbrž že chtěl jen, aby jiný usmrtil. Stačí-li tento úmysl k pachatelství vraždy, je-li tento úmysl již úmyslem vražedným, pak je také zcela zbytečno o účastenství mluvit, pak stačí prostě říci, že každý, kdo jedná s úmyslem vražedným a jehož činnost je v příčinné souvislosti k nastalé smrti člověka, je vrahem, a veškeré rozeznávání mezi vlastním pachatelstvím, návodem a pomocí je zbytečným luxusem. A nechtěl však usmrtiti, chtěl jen, aby jiný usmrtil; jako ten, kdo navádí v omylu se nalézajícího k násilné souloži, nechce souložit, nýbrž chce jen, aby jiný souložil.

Tvrdí-li dnes vládnoucí učení opak, učí-li se dokonce, že žena se dopustila násilné soulože, že může býti pachatelem (byť i jen

nepřímým) násilného smilstva dle § 125 neb 127 rak. tr. z., pak žádný prostý člověk takovému učení neporozumí. Každý však pochopí, řekne-li se, že žena vinna je návodem k násilnému smilstvu, že pro návod ten se odsuzuje a tresce. Nepřirozenost panujícího učení ukazuje však nejlépe, k jakým absurdnostem vede dnešní názor o akcesorní povaze účastenství. Všude se setkáváme s nemožnými fikcemi, k nimž počítati jest i učení, že kulposně (v omylu) jednající jest jen pouhým nástrojem v ruce nepřímého pachatele, bytostí bez vlastní vůle, pouhou neživou hmotou, neb nanejvýše bytostí, jejíž konání se rovná působení neživých sil přírodních.

Avšak i kdybychom sdíleli stanovisko *Lisztovo* o nepřímém pachatelství, nelze popírati existenci návodu a pomoci v deliktech kulposních, nýbrž lze jen zastávati, že návodce může vedle návodu k deliktu kulposnímu býti zodpověden též za nepřímé pachatelství deliktu dolosního — pokud jsou v tom kterém případě dány jeho podmínky. Neb se stanoviska akcentujícího bezpodmínečnou akcesorní povahu účastenství bylo by říci: Návod při deliktech kulposních je možný, pokud není nepřímým pachatelstvím deliktu dolosního. Ani tu nebylo by lze existenci návodu v deliktech kulposních zásadně popírati.

Opačný názor *Lisztův* neplyne též ani z jeho vymezení účastenství, ani, pokud jde o spolupachatelství, z jeho definice spolupachatelství;¹⁾ důvod názoru toho spočívá prý v ustanovení práva platného. Leč v právu platném nelze ve skutečnosti důvodu takového nalézt.²⁾

¹⁾ Srov. Lehrbuch, str. 220: „Täter ist ferner derjenige, der im bewußten Zusammenwirken mit anderen die Ausführungshandlung begonnen oder beendet hat (Mittäterschaft nach § 47, St.-G.-B.).“

²⁾ Srov. na př. *Binding*, Grundriss, 7. vyd., str. 152 a 153:

1., „Wie vorsätzliche giebt es auch fahrlässige Mittäterschaft. (Soweit die Praxis dies leugnet, gefällt sie sich in der unmöglichen Auflösung des einen in fahrlässiger Mittäterschaft begangenen Verbrechens in eine Anzahl von in Eintäterschaft begangenen.“

2. Wie der Dolose, kann auch der Kulpose sich eines Deliktstfähigen zur Verwirklichung seines schuldhaften Willens bedienen... Es giebt mittelbare vorsätzliche wie fahrlässige Täter neben unmittelbaren fahrlässigen wie vorsätzlichen Tätern.

Veliká podobnost je mezi uvedeným učením *Lisztovým* a učením *Birkmeyerovým*. Rozdíl podstatný jest jen v tom, že *Birkmeyer* zastává, že i spolupachatelství je účastenstvím, a důsledkem toho, že i spolupachatel nezbytně musí sdíleti osud účastníkův. Účastenství definuje *Birkmeyer* takto:¹⁾ Účastenství ve smyslu práva trestního spočívá v tom, že více osob k uskutečnění zločinného výsledku takovým způsobem spolupůsobí, takže za docílený výsledek každá z nich trestnou se jeví. (Die Teilnahme im strafrechtlichen Sinn besteht darin, daß mehrere Personen zur Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges derart zusammenwirken, daß jede von ihnen wegen des erzielten Gesamterfolges als strafbar erscheint). Jsem upřímně rád, že alespoň zde, ve vlastním základě lze mi s *Birkmeyerem* v podstatě souhlasiti (akcentování výsledku není zajisté zásadního významu).²⁾ Domnívám se totiž — snad je to přílišný optimism — že vzhledem k tomu není snad ani dorozumění s *Birkmeyerem* zásadně vyloučeno. Dále potvrzuje mi shoda ta správnost východiště mojí úvahy. Ovšem, mimo společný základ, je v názorech našich velice málo shodného.

Tak setkáváme se opět se známou již záhadou ohledně pachatelství. Nemohu při nejlepší vůli z vymezení *Birkmeyerova* dospěti k poznání, že pachatel není účastníkem, že definice ta pachatele neobjímá. Nespolu-působí pachatel k uskutečnění docíleného výsledku a není zaň trestný? Vyjasnění nepodává ani další výklad *Birkmeyerův*: „In dem Alleinthäter eines Verbrechens haben

3. Wie eine Beihilfe zu vorsätzlichen giebt es auch eine solche zu fahrlässigen Verbrechen. Wie eine vorsätzliche giebt es auch eine fahrlässige Beihilfe.“

Pro názor mnou hájený srov. zejména též zajímavou práci *Bintzovu* „Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen.“ — Z jiného stanoviska zastávají možnost a trestnost návodu a pomoci v deliktech kulposních: *Birkmeyer*, „Teilnahme“, str. 140 a 141, — *Olshausen*, „Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich“, I., str. 193 (§ 48 poz. 18.). — *Beling* v Z. f. d. g. Str.-R.-W., svaz. XVIII., str. 272, a j.

Proti srov. zejména *Wuttig*, „Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen“ a *Bar*, „Gesetz und Schuld im Strafrecht“, str. 634—636, 693—695—II.

Bližší data literární uvedena jsou v citovaných pracích: *Bintzově* a *Wuttigově* a *Barově*.

¹⁾ Teilnahme, str. 5.

²⁾ Srov. výklad na str. 41.

wir den (für das Strafrecht) einzigen kausalen Faktor des verbrecherischen Erfolges vor uns, in den Teilnehmern eine Mehrheit solcher kausale Faktoren, von welchen der Mitthäter und der Gehülfe „durch That“ eine körperliche, der Anstifter und der Gehülfe „durch Rat“ eine geistige Mitwirksamkeit für das Verbrechen entfalten, jene eine physische, diese eine intellektuelle Bedingung für das Zustandekommen des konkreten verbrecherischen Erfolges setzen“ (l. c.).

Je pravda, že kde není spolupachatele, návodce a pomocníka, tedy v případech, jež tak výstižně slovem „Alleintäterschaft“ se označují, toliko s jediným kausálním faktorem (pokud činnost lidskou máme na mysli) se setkáváme, a důsledkem toho účastenství je vyloučeno; ale pachatel nemusí býti „Alleintäter“, vždyť je možno, že vedle něho k realizaci zločinného výsledku spolupůsobil též návodce a pomocník, takže je tu větší počet faktorů kausálních, tedy účastenství. Není v tomto případě pachatel účastníkem? Domnívám se, že i zde jasně do popředí vystupuje nemožnost pachatele z účastenství vyloučiti.

Důvod, proč *Birkmeyer* tak činí, není také v jeho definici, nýbrž v tom, že přes tuto definici názor *Birkmeyerův* na podstatu účastenství je stejný jako *Lisztův*. Také *Birkmeyerovi* je účastenství súčasnéni se v cizím činu trestném „Beteiligung in einer fremden Ausführungshandlung“. Rozdíl jest jen v tom, že *Birkmeyer* k názoru tomuto dospívá velikou oklikou, po cestě velice neschůdné a se zřetele na integritu zdravého úsudku logického velice nebezpečné. Přičiněti trestný výsledek není totiž dle *Birkmeyera* nic jiného, než předsevzítí činnost hlavní (Ausführungshandlung); účastníci nepřičinějí výsledek, oni jen spolupůsobí k tomu, aby jiný ho přičinil. Výjimku činí toliko spolupachatel, ten také přičinějí výsledek, neboť dle *Birkmeyera*, stejně jako dle *Liszta*, je spolupachatelství „Beteiligung an der Ausführungshandlung“. Pak ovšem měl také *Birkmeyer* dospěti, stejně jako *Liszt*, k poznání, že spolupachatel není vlastně účastníkem, a měl téhož z účastenství vyloučiti. To však *Birkmeyer* vzhledem k jasnému ustanovení § 50 něm. tr. z. učiniti nechtěl, hledal tak dlouho východisko z nemožné situace, až domněle je našel.

I spolupachatel je účastníkem, neb též on „nedopouští se zločinu samostatně, nýbrž účastní se jen jeho provedení.

Činnost spolupachatelova je tedy teprve tehdy trestna, když druhý spolupachatel zbývající díl přičiněni připojí. Jako návodce a pomocník jsou v akcesorním poměru k pachateli, tak jsou spolupachatelé v akcesorním poměru navzájem. Jestli ohledně spolupachatelství platného práva tato jeho akcesorní povaha se zneuznává a popírá, lze to vysvětliti špatným pojetím zákona, které, snad svedeno slovy „tresce se každý (spolupachatel) jako pachatel“, v každém spolupachateli spatřuje skutečného pachatele. Avšak spolupachatel není pachatelem, jest jen účastníkem... a tresce se jen jako pachatel.“¹⁾

Vše bylo by velice krásné, kdyby to bylo jen lze srovnati s tím, co *Birkmeyer*, dvě stránky před tím, uvádí o akcesorní povaze účastenství: „So bleibt es denn dabei: die Teilnahmehandlungen sind für sich allein betrachtet keine strafbaren Handlungen, und es ist auch de lege ferenda nicht richtig, wenn *H. Meyer* meint, es sei zur Strafbarkeit der Teilnahme begrifflich nicht erforderlich, „daß das Delikt, zu welchem Teilnahme geleistet wurde, in Wirklichkeit schon verübt wurde.“ Vielmehr werden die Teilnahmehandlungen zu strafbaren Handlungen erst, insoferne sie sich zu einer selbständigen strafbaren Handlung, als Teilnahme an derselben, hinzugesellen. Sie sind nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines anderen heraus, an welchem die Teilnehmer Teilgenommen haben Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten. Wo keine Täterschaft, da auch keine strafbare Teilnahme. Das ist es, was man die akzessorische Natur der Teilnahme nennt.“²⁾

Uvedené bylo by snad přístné, kdyby jen *Birkmeyer* alespoň poněkud mohl vysvětliti, k čí samostatné trestné činnosti se druží činnost spolupachatelova; jak odůvodniti trestnost spolupachatelovu „ze zločinu cizího“; jak možno je účastenství (spolupachatelství), když není pachatelství? Na tuto otázku není jiné

¹⁾ Teilnahme, str. 148.

²⁾ Teilnahme, str. 146.

odpovědi, než té, že není-li pachatelství, není též trestného účastenství. Dopustí-li se na př. zločinu dva spolupachatelé, návodce a pomocník, jsou všichni beztrestní, neboť činnost všech je právně indiferentní; je tu pouhé bezvýznamné akcesorium bez činnosti hlavní.

Poznááme, že *Birkmeyer* nejen východiska z nemožné své situace nenalezl, naopak, že zabloudil v labyrintu svých abstrakcí, v němž ztratil i Ariadninu niť správného logického úsudku. Z úskalí, do něhož vede učení o akcesorní povaze účastenství, ve smyslu učení dnes vládnoucího, jest jediné východisko *Lisztovo*: „Die Mittäterschaft ist keine Form der (unselbständigen) Teilnahme an dem Tun eines anderen, sondern eigne, selbständige Täterschaft.“¹⁾

Zbývá ještě poukázati ku stanovisku *M. J. K.* resp. její zemské skupiny „říše německá“. Skupina ta jednala na svém drážďanském sjezdu roku 1903 také o úpravě účastenství ve zločinech, omezujíc se toliko na „úmyslné účastenství“²⁾ Pro naši otázku důležité je správné stanovení rozsahu účastenství v thesi I. sjezdem přijaté. Táž zní: „Spolupůsobilo-li více osob ku spáchání činu trestného, tu stihá trest, jímž se hrozí, každého účastníka (pachatele, spolupachatele, návodce a pomocníka).“³⁾

Závěr.

Účelem předchozího nebylo podati definitivní luštění nadhozených otázek, chtěl jsem jen poskytnouti možnost jisté orientace pokud jde o složitost problému a odůvodniti to, co v začátku jsem podotknul, uváděje, že pojem účastenství i rozsah jeho velice jsou sporny, že i mezi příslušníky téhož směru vědeckého, mezi vykladateli téhož zákona shoda názorů jest jen řídkou výjimkou. Rozbor jednotlivých sporných otázek, pojících se k pojmu účastenství, podán je v kapitolách, jež následují. Tyž, jak podotknuto, žádá nezbytně přesného vymezení základního ponětí. Z toho důvodu uvádím:

¹⁾ Pokud se týče názoru *Birkmeyerova* o účastenství v deliktech kulposních, stala se o něm zmínka již dříve. Srov. str. 55.

²⁾ Srov. Zprávy, XI. svaz., str. 512—545 (514). Srov. též pozdější výklad v studii V.

³⁾ Str. 544.

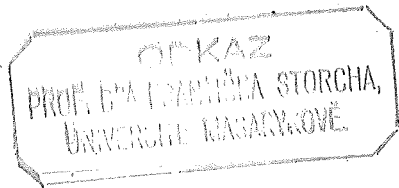
Přestoupení zákona trestního není vždy výsledkem činnosti jednotlivcovy, nýbrž může býti přivoděno společnou činností více osob. V tomto případě činnost volní několika osob se sdružila k jistému cíli a sdružena jsouc přestoupila hranici stanovenou bezprávím trestním.

Definuji tedy účastenství takto: Účastenství je sdružení se činností (volní) dvou neb více osob k jistému podniku. Účastenství zločinné je sdružení se činností volní dvou neb více osob k podniku zločinnému.

Při tom činnost jednotlivců může býti nejrozdílnější povahy, vždy však bude míti charakteristické známky některého z abstraktních typů, k nimž pozvolným vývojem, stálým tříděním se dospělo, bude pachatelstvím, spolupachatelstvím, návodem neb pomocí.

Účastenství pojmově je možno jak v deliktech dolosních, tak kulposních.

Jsou to jediné ohledy vědeckého výkladu, omezují-li se v následujícím předem na účastenství v deliktech dolosních, zůstává samostatné kapitole použití poznatků, k nimž dospějeme, na delikty kulposní.



STUDIE TŘETÍ.

Rozbor činnosti zločinné se zřetele na spolupůsobení různých súčasťných subjektů. (Teorie účastenství.)

Úkol, jenž řešen býti má. — Teorie subjektivní. — Teorie objektivní. — Teorie typová (skutkové podstaty).

Úkol, jenž řešen býti má.

Byl spáchán čin trestný. Kterým osobám lze též přičítati, a dle kterých momentů lze stanoviti míru zodpovědnosti eventuálně súčasťných jednotlivců? Tyto dvě otázky tvoří podstatu učení o spolupůsobení více osob v činu trestném — o účastenství.

Pokud první se týče, jde předem o to, stanoviti onu nejzazší mez, za níž dle zásad ovládajících moderní právo trestní otázka zodpovědnosti nemůže již více přijíti v úvahu. Mez ta je dána pojmem příčiny ve smyslu filosofickém. Dnes ovšem poukazuje se často k tomu, že filosofický pojem příčiny je pro vědu práva trestního neupotřebitelný, že právo trestní s tímto do nekonečna jdoucím pojmem nemůže pracovati. Leč námitka ta, byť i v jiném směru důvodná, zde není správná. Pojem příčiny ve smyslu filosofickém prokazuje vědě kriminální mnohé dobré služby a je zejména jako krajní mez kriminální zodpovědnosti nepostradatelný.

Příčinou ve smyslu filosofickém rozumí se souhrn všech podmínek nutných k existenci jistého výsledku.¹⁾ Předností tohoto vymezení je naprostá jeho správnost. Námitky, jež ve vědě práva trestního proti němu se činí, netýkají se také nikdy formální jeho správnosti, směřující jen proti jeho vhodnosti, upotřebitelnosti;

1) Bližší v mojí „Krim. noetice“, str. 70 a násl.

většinou jsou však zaviněny nesprávností závěrů, jimž pojem příčiny ve smyslu filosofickém je předpokladem.

Stejně nespornou jako správnost filosofického pojmu příčiny je dnes ve vědě kriminální také zásada, že zodpovědnost jednotlivce nemůže přesahovati hranice jeho příčinnosti; nikoho nelze činiti zodpovědným za to, co nepřičinil. Je tedy zastávati: Jen těm osobám lze dle zásad ovládajících moderní právo trestní *e v e n t u á l n ě* činit trestný přičítati, jichž činnost volní je k činu tomu ve vztahu příčinném, t. j. tvoří nezbytně nutnou podmínku jeho existence. Pravím *e v e n t u á l n ě*, t. j. pro ten případ, že jsou splněny i ostatní podmínky trestního přičítání (trestní zodpovědnosti). Jinými slovy: tyto ostatní podmínky trestní zodpovědnosti mají význam, přicházejí v úvahu, jen v mezích daných pojmem příčiny ve smyslu filosofickém; mimo tuto mez nemají významu.

Jde nyní o to, vykazuje-li činnost osob v jistém zločinném podniku súčasťných nějaké podstatné rozdíly, jež vésti by mohly zákonodárce k tomu, by blíže mezi súčasťnými rozeznával, t. j. osoby súčasťně dělil v jednotlivé podstatně rozdílné třídy, kategorie. Přirozeno je, že rozdíly takové dlužno hledati jak v materiální, tak formální stránce zločinu. Pokud jde o první stránku, mohl by rozdíl spočívatí buď ve vůli samé, buď v působnosti činností vzhledem k jistému, byť i jen představovanému výsledku. Výsledek sám nemůže býti dělidlem, neboť jde vždy o společné přičinění společného výsledku.¹⁾

Dle toho mohl by podstatný rozdíl mezi činností súčasťných osob býti: 1. buď v povaze vůle, 2. buď v působnosti činností vzhledem k jistému výsledku, 3. neb konečně ve formální stránce činností.

Existuje skutečně takový rozdíl, resp. kde téhož je hledati? Odpověď na tuto otázku dávají jednotlivé teorie o účastenství v právu trestním. Dnes běžné teorie lze děliti ve tři skupiny, z nichž každá akcentuje právě jeden ze tří uvedených momentů. První skupinu tvoří teorie *s u b j e k t i v n í*, která podstatný

¹⁾ Stanovisko toto nepřiči se nikterak dělení deliktů ve výsledkové a formální, neboť ovládáno jest jediné tou úvahou, že i při čistých deliktech formálních jde o jistý výsledek, jemuž zabráněno býti má.

rozdíl mezi činností účastníků hledá ve vnitřní stránce zločinu (v povaze vůle), druhou teorie *o b j e k t i v n í*, která rozdíl ten spatřuje v různé (kausální) působnosti jednotlivých sdružených činností, v třetí skupinu pak spadá teorie *t y p o v á* (teorie skutkové podstaty).

V pojednání svém omezují se jen na rozbor učení směrodatných, na učení representantů jednotlivých skupin: *Buriho*, *Birkmeyera* a *Belinga*.¹⁾

¹⁾ O historickém vývoji projednávané otázky srov. zejména *Mommsen*, „Römisches Strafrecht“ a *Heimberger*, „Die Teilnahme am Verbrechen“.

První (str. 98—101) uvádí: Účastenství více osob v činu trestném může nastati různým způsobem: jako stejnoměrné spolupůsobení, jako návod, jako pomoc před činem neb po něm. Při stejnoměrném spolupůsobení nazývají se účastníci stejně jako v právu majetkovém „*s o c i i*“ a staví se nezřídká proti vůdci (*princeps sceleris*). Slova „*consci*“ užívají často zejména nepravničtí spisovatelé pro málo činného účastníka. — Návodce nazývá se „*a u c t o r*“. K návodu nestačí však pouhé doporučení zločinné činnosti, nýbrž vyžaduje se rozhodné působení na rozhodnutí druhé osoby. Pomocník zove se „*minister*“. — Všecka tato označení postrádají však přesného ohraničení a náležejí spíše jen mluvě lidové. V zákonech a v předpisech na roveň jim postavených zakazuje se často nejen vlastní delikt, ale i návod a pomoc k němu. Tam, kde jen vlastní činnost zločinná se uvádí, místo má extensivní interpretace, jež předpis rozšiřuje i na návodce a pomocníka. Jen v ojedinělých případech tresce se zločinná pomoc jako samostatný delikt. — Právně uváženo nezná však právo římské všech těchto kategorií účastenských, nýbrž zná jen při společném deliktu spolupachatele (účastníky). — Žaloba pro odcizení směřuje proti každé pomoci (*o p e*) neb radou (*c o n s i l i o*) předsevzaté zlodějské činnosti, tedy dle znění svého stejně proti návodci a pomocníku, ano dle všeho ve stejném znění i proti přímému pachateli. Poněvadž mezi činem (vlastním) a pomocí co do trestu se nelišilo, bylo účelným i ve formě nelišiti. Tohoto principu, jak se zdá; užívalo se při všech deliktech. — O hranicích jednotlivých forem účastenských podávají prameny jen sporé zprávy. Všeobecně se posuzovala každá ve zlém úmyslu vykonaná, k přičinění zločinu spolupůsobící činnost jako spolupachatelství (účastenství).

Pokud jde o italské praktiky, uvádí *Heimberger* (str. 1—26): Slova, jež odpovídalo by našemu „spolupachatelství“, ital. praktikové neznali. — Nejširší místo v učení o účastenství zaujímají u nich výklady o pomoci (*d e o p e e t a u x i l i o*). Pomoc se liší: *a*) dle časového poměru k činu (*auxilium ante delictum, in delicto a post delictum*); *b*) dle většího neb menšího významu pro výkon činu. Sem spadá rozeznávání: 1. *a u x i l i u m q u o d c a u s a m d e d i t d e l i c t o a a u x i l i u m q u o d c a u s a m n o n d e d i t d e l i c t o*; 2. *a u x i l i u m p r o x i m u m*

Teorie subjektivní.

S jistými počátky teorie subjektivní setkáváme se již u *Kleinschroda*. Týž ve svojí práci „Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts“ (I. vyd. 1793, II. vyd. 1799)¹⁾ stanoví rozdíl mezi původcem a pomocníkem takto: (Původcem) je ten, „v jehož vůli spočívá nezbytný důvod celé existence zločinu, a na něž lze užití veškerých náležitostí činu“; pomocníkem je ten, „kdo zločin vlastně (vorzüglich) nevykonal, nýbrž jen nějakou činností podporoval zlý čin jiným spáchaný“. Původcem lze se státi trojím způsobem: 1. někdo sám zločinný čin vykoná, 2. jiným na svůj účet a jméno vykonati dá, 3. dá popud jinému, že dopustí se zločinu, k němuž by jinak nedošlo.

Užívá tedy *Kleinschrod* slova původce ve smyslu již u italských praktiků obvyklém; původcem je vlastní pachatel a návodce, při návodu pak rozeznává se mandatum a consilium. Proti původci staví pak *Kleinschrod* pomocníka, jenž nesmí dáti podnět ku zločinu, nýbrž smí jen podporovati cizí zločinné podnikání. Neroz-

a auxilium remotum; 3. auxilium cooperativum a auxilium non cooperativum; 4. auxilium immediatum a auxilium mediatum; 5. favor neb auxilium simplex et nudum a jeho opak. Stanovití rozdíl mezi těmito různými způsoby pomoci je velice obtížno, namnoze nemožno vzhledem k nejasnosti a rozvleklosti praktiků, jakož i často si odporujícím názorům. — Rovněž nelze přesně zjistiti, v čem ital. praktikové spatřovali rozdíl mezi spolupachatelstvím a pomocí. Zdá se, že přílišnou váhu otázce té nepřikládali, neboť bylo lze dle potřeby trestati pomocníka jako pachatele. Tolik je však jisto — praví *Heimberger* — že ten, koho Italové jako pomocníka označují, jest osobou, která cizí zločin podporuje, která, dle dnešního označování jedná „animo socii“. Italové však zcela správně nejdou tak daleko, aby snad také toho prohlásili pomocníkem, kdo v cizím zájmu úmyslně vykoná činnost hlavní, na př. při vraždě spolubije neb bodá. Naproti tomu i ten je pachatelem, kdo nevykonal činnost hlavní, nýbrž jen jinak ve zločinu se účastnil, předpokládajíc, že úmysl jeho směřoval ku spáchání zločinu. — Pokud jde o návod, užívají namnoze praktikové slova m a n d a t u m k označení návodu v zájmu návodcově, slova c o n s i l i u m k označení návodu ve prospěch pachatelův.

Stav tento nezměnil se ani vystoupením *Carpszovovým*. *Carpszov* opírá se o *Berlícha* a tím o italské praktiky. Změnu přináší teprve *Pufendorf*.

¹⁾ Srov. *Heimberger*, cit. str. 230—235.

hodno je však, v jaké činnosti pomoc spočívá, zda jen v činnosti podružné, neb i v činnosti hlavní. Pomocník zůstává pomocníkem i když část činnosti hlavní vykoná; předpokládá se jen, že neprovede sám celý zločin.

Poznáváme, že těžiště rozdílu mezi původcem a pomocníkem jest u *Kleinschroda* ve vůli súčasné osoby. Ten, jehož zločinná vůle, zločinné rozhodnutí, ve zločinu se projevuje, dává mu vznikati, je původce; ten, kdo toliko podporuje činnost vzniklou z cizího zločinného rozhodnutí, je pomocníkem. Zajisté není tu velikého rozdílu od dnešního učení *Buri-ova*, přijatého též v podstatě říšským soudem německým. Vládnoucí vůle původcova a jí se podřizující vůle pomocníkovy skrývají se nepochybně již ve slovech *Kleinschrodových*.

Východiskem *Buriho* v jeho výkladu o účastenství jest učení o vztahu příčinném.¹⁾ Názor *Buriho* je tento: Činnosti účastníků tvoří podmínky výsledku kriminálně rozhodného. Uznáváme-li, že všechny podmínky jistého výsledku jsou k existenci jeho stejně nutny, stejně pro ni významny, že není mezi nimi a b s o l u t n í h o rozdílu, že vzhledem k nedílnosti výsledku každá z podmínek výsledek v celém jeho rozsahu přičiňuje, tu nelze rozdíl mezi pachatelem a pomocníkem hledati jinde, než v různosti jejich vůle — ve vládnoucí vůli pachatelově a jí se podřizující vůli pomocníkově — tedy ve stránce s u b j e k t i v n í jejich činnosti. Uznáváme-li však, že mezi podmínkami dlužno lišiti dle jejich různé účinnosti vzhledem k výsledku, a označujeme-li jako příčinu onu podmínku, která největší díl výsledku přičiňuje — výsledku tedy po částech dáváme vznikati — tu jest jisto, že rozdíl mezi pachatelstvím a pomocí je spatřovati v o b j e k t i v n í stránce činnosti jednotlivých účastníků.²⁾

Buri hájí důsledně stanovisko první. Vycházejí z pojmu příčiny ve smyslu filosofickém, zastává naprostou rovnocennost

¹⁾ Četné práce *Buriho*, mající vztah k učení jeho o účastenství, uvádí *Birkmeyer*, „Teilnahme“, str. 7 a 8. K nim se druží zejména důkladná kritika práce *Birkmeyerovy* uveřejněná *Burim* v G. S., svazek XLV.: „Bemerkungen zu dem Buche von Professor Dr. Birkmeyer in München: Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.“ (Citováno „Bemerkungen“.)

²⁾ „Bemerkungen“, str. 1.

jednotlivých podmínek. Mezi přechetnými k existenci jistého výsledku nutnými podmínkami není žádného absolutního rozdílu, neboť všechny jsou stejně cenny, stejně nutny. Liší-li se dnes namnoze podmínky dle různé jejich účinnosti, mluví-li se o podmínkách více neb méně účinných a důsledkem toho o hlavních a vedlejších (o činnosti hlavní a vedlejší), je patrné, že nejde při tom o žádný rozdíl absolutní, nýbrž, že jen relativní rozdíl podmínek se akcentuje. Není-li však mezi různými podmínkami téhož výsledku rozdílu absolutního, pak nelze též vzhledem ku kauzalitě činností jednotlivých účastníků činiti mezi nimi nějakého absolutního, podstatného rozdílu.

Rozdíl mezi jednotlivými účastníky není tedy ve vnější stránce jejich činnosti, nýbrž může býti jen ve stránce vnitřní, subjektivní. Zde také skutečný, podstatný rozdíl lze zjistiti. Týž není sice v tom, že jedni z účastníků rozhodnému výsledku by snad chtěli, druzí ne, neboť stejně jako všichni účastníci činností svojí výsledek přičinují, stejně jemu chtějí; rozdíl je dán jen různou kvalitou vůle nesoucích se k témuž výsledku. Podstatně různá je „vládnoucí vůle pachatele, na jehož rozhodnutí závisí, zda ku zločinu dojde, neb ne, od vůle pouhého pomocníka, jenž onomu rozhodnutí se podřizuje.“ „K tomu je však nezbytno, aby pomocník neměl žádného samostatného zájmu na výsledku, neboť pak by chtěl, by pachatel týž přičinil, v ten způsob, že by to jeho (pomocníkově) vůli odporovalo, kdyby pachatel výsledku nepřičinil. Pak nesmí však vůle pomocníkově směřovati k výkonu nějaké činnosti, jež činnosti pachatelově by následovala, neboť v tomto případě rozhodnutí, zda výsledek má býti přivoděn, nebylo by zůstaveno rozhodnutí pachatelovu, nýbrž pomocník sám by je učinil.“¹⁾

¹⁾ Zvláštní způsob myšlení a mluvy u *Buriho*, k němuž právem již *Birkmeyer* poukazuje, činí výklad učení jeho značně obtížným a nutí ku slovní citaci. Jím budiž také omluvena snad obtížnější srozumitelnost překladu. Bych veškerému nedorozumění se vyvaroval, uvádím rozhodná místa pod čarou i v textu německém.

„Innerhalb der Verursachung unterscheidet sie (die subjektive Theorie) jedoch qualitativ den herrschenden Willen des Thäters, von dessen Entschliebung es abhängt, ob das Verbrechen zur Existenz gelangen soll, sowie den Willen des Gehülfen, welcher sich dieser Entschliebung unterordnet. Hiezu ist aber erforderlichlich, daß der Gehülfe kein eigenes selbständiges Interesse an dem Erfolge besitze, weil er dann will, daß ihn der Thäter

Dle uvedeného lze osoby ve zločinu súčasťněné děliti ve dvě skupiny — stejně jako u *Kleinschroda*. Do první náležejí ti, kteří svoje rozhodnutí zločinné činností svojí provádějí; tedy ti, v jichž zločinném rozhodnutí hledati je vlastní důvod činnosti zločinné — původci. Do druhé patří ti, kteří jen cizí zločinné rozhodnutí činností svojí snaží se podporovati; tedy ti, kteří nejdnají ve svém samostatném zájmu, nýbrž jen o to se snaží, by cizí zájem byl uspokojen — pomocníci. Vůle prvních je panující, řekl bych, tvůrčí, vůle druhých je nesamostatná, vůli prvních podřízená. Jinými slovy: původcem je ten, kdo jedná *animo auctoris*, pomocníkem ten, kdo jedná *animosocii*.

Tot základní názor *Buriho*, jenž stále v pracích jeho se vrací a jen různým způsobem je zdůvodňován a proti různým výtkám obhajován. Zevrubně vyložen je ve starší práci *Buriově*: *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*“ (1860):

„Předem se vyskytuje otázka, co rozuměti je úmyslem původcovským, co pomocnickým. Jisto je, že vůle všech, kteří k nějakému zločinnému výsledku pracují, směřuje k tomu by výsledek ten se uskutečnil. Jejich formální úmysl je tedy o sobě stejně samostatnosti, a nějaký podstatný jeho rozdíl není také tím dán, že vůle jednoho směřuje ku spáchání činnosti hlavní, vůle druhého ku spáchání činnosti vedlejší, neboť bylo již prokázáno, že větší neb menší činnost pro výsledek stejně chtěný může zakládati jen relativní rozdíl mezi jednotlivými účastníky. Ovšem objevuje se ihned rozdíl v tomto formálním úmyslu, vyjde-li se při jeho odůvodňování z úmyslu materiálního. Není myslitelné, že by podniknut byl zločin, aniž by mělo býti dosaženo nějakého, mimo hranice pojmu tohoto zločinu ležícího účelu, a jeví se tedy činnost zločinná jako snaha účelu toho dosáhnouti, jako prostředek vedoucí

herbeiführen solle, dergestalt, daß es seinem Willen widersprechen würde, wenn er ihn nicht herbeiführte. Dann darf aber auch der Wille des Gehülfen nicht auf die Begehung einer der Handlung des Thäters nachfolgenden Handlung gerichtet werden, weil in diesem Falle die Entscheidung, ob der Erfolg herbeigeführt werden solle, nicht der Entschliebung des Thäters überlassen, sondern von ihm selbst getroffen würde.“ („Bemerkungen“, str. 35.)

k dosažení účelu toho. Jestli tedy jeden účastník ve zločinu nějaký vlastní účel činností svojí sleduje, druhý účastník však účel svůj jedině v tom nalézá, aby první svého účelu dosáhl, tu podřídil účel svůj účelu onoho, jeho vůle stává se tím vzhledem k materiálnímu úmyslu nesamostatnou a vtiskuje nutně tuto nesamostatnost nejen činnosti zločinné jako výsledku této nesamostatné vůle, nýbrž i úmyslu formálnímu, jehož touto nesamostatnou zločinnou činností má být dosaženo. Tato nesamostatnost má pak v zápětí absolutně menší trestnost tohoto účastníka jako pouhého pomocníka, přes to, že jeho činnost zločinná dle objektivní své povahy od činnosti původcovy ničím se neliší. Zda vůle jeví se samostatnou neb nesamostatnou, jest jisto nejen teprve tehdy, když formální úmysl byl skutečně, neb když snad dokonce dosažením materiálního úmyslu vůle došla svého úplného uspokojení, nýbrž jistota o tom jest již dána, jakmile vůle nějakým způsobem ve světě vnějším se projevila; neboť táž musí již p ř e d t í m v tom býti si jasna, zda zločinná činnost toliko pro jiného, neb pro nějaký vlastní účel (direktně neb eventuálně) má působiti. Kdo tedy, jedině v zájmu matky, jí při usmrcení jejího právě narozeného nemanželského dítěte pomoc poskytuje, toho úmysl je, ať již činnost jeho měla jakýkoli výsledek, toliko pomocnický, je však pachatelský, jestli pomoc poskytující odstraněním dítěte chtěl si zajistiti právo dědické oproti matce mu příslušející, neboť tím, že zde s činností svojí samostatný význam spojuje, jí samostatného účelu dosáhnouti chce, nemůže táž přijíti v úvahu toliko jako prostředek k dosažení účelu původcova; tím pak ztrácí jak formální, tak materiální úmysl pomoc poskytujícího svoji nesamostatnost.¹⁾

„Bylo řečeno, že je to nesamostatnou snahou po dosažení materiálního úmyslu podmíněná nesamostatnost pomocníková vzhledem k formálnímu úmyslu, co je důvodem zásadně menší trestnosti pomocníkovy. Z toho plyne, že pomocník nesmí svojí zločinnou činností jíti dále, než jde činnost, k níž směřuje vůle původcovská, nýbrž že musí vůli původcovskou také v jejím směru k úmyslu formálnímu uznati jako vládnoucí, neboť jinak by odpadla ona, o sobě nesamostatnou snahou po materiálním

¹⁾ Cit. str. 4 a 5.

úmyslu podmíněná nesamostatnost formálního jeho úmyslu. Činnost hlavní je vrcholem činnosti zločinné, a směřuje-li tedy vůle původcovská ku spáchání činnosti hlavní, může vůle pomocnická směřovati ku spáchání každé jiné, zločin podporující činnosti, aniž by ztrácela svoji nesamostatnost. Když však naopak pomocník činností svojí chce spáchati činnost hlavní, původce však jen činnost podřízenou (vedlejší), tu šla vůle pomocníková dále, než původcova a byla si vědoma při vnějším svém projevu úplně svojí samostatnosti vzhledem k formálnímu úmyslu, byť i vzhledem k úmyslu materiálnímu sledovala jen zájem původcův. Nebylo by lze proto mluvit o pouhé pomoci. Pokud ostatně činnost hlavní dle objektivní své povahy dopouští spolupůsobení více osob, a původce sám v ní se účastní, může i pomocník ve výkonu jejím se účastniti, tedy na př. truhlu s penězi, jež odcizena býti má, s původcem společně odnésti, neboť nesamostatnou snahou po dosažení materiálního úmyslu podmíněná nesamostatnost úmyslu formálního zůstává tu nedotčena, poněvadž vůle původcovská samostatnou snahou po dosažení materiálního úmyslu také ještě vzhledem k úmyslu formálnímu je tu vládnoucí a jako taková pomocníkem uznávána.¹⁾

„Má tedy dle tohoto výkladu úmysl původcovský ten, kdo svojí zločinnou činností nějaký svůj samostatný účel (zájem) chce uspokojiti, neb kdo chce alespoň zločinnou činnost hlavní v zájmu jiného vykonati; úmysl pomocnický má naproti tomu ten, kdo nemaje svého samostatného účelu (zájmu), svojí činností zločinnou opatřuje jen prostředek k dosažení cizího účelu, aniž by činnost hlavní svojí činností chtěl vykonati.“²⁾

Předchozí platí stejně pro fyzické i psychické (intelektuální) původcovství a pomáhání. O tom, zda intelektuální činnost je

¹⁾ Cit. str. 7.

²⁾ „Eine urheberische Absicht hat nach diesen Erörterungen derjenige, welcher mit seiner verbrecherischen Thätigkeit einen eigenen selbständigen Zweck — Interesse — erreichen, oder doch die Haupthandlung des Verbrechens im Interesse eines anderen unternehmen will; eine beihelfende Absicht hingegen derjenige, welcher ohne eigenen Zweck — Interesse — seine verbrecherische Thätigkeit nur als Mittel für die Erreichung eines fremden Zweckes setzt, ohne mit seiner Thätigkeit die Haupthandlung des Verbrechens begehen zu wollen.“ Cit. str. 9.

původcovství neb pomoc, rozhoduje opět jen úmysl původcovský neb pomocnický, z něhož plyne. V původcovském úmyslu jedná ten, kdo intelektuálním svým působením sleduje vlastní, bezprostřední zájem a tím intelektuální své činnosti a svému formálnímu úmyslu samostatný význam přiřkládá; v opačném případě jde o intelektuálního pomocníka. Na tom ničeho nemění ta okolnost, zda intelektuální činnost působila na toho, kdo ještě rozhodnut nebyl, neb ještě kolísal, neb již pevně byl rozhodnut; neboť veškeré síly, jež ve výsledku se projevují, jsou stejně nutny, stejně cenny, stejně významny, a není mezi nimi podstatného rozdílu.¹⁾

Z uvedeného je patrné, že podstatný rozdíl mezi původcem (ať fyzickým, ať intelektuálním) a pomocníkem (ať fyzickým, ať intelektuálním) je v tom, že pomocník nemá ve zločinu samostatného svého zájmu, že zájem svůj podřizuje zájmu původcovu. Jen pouhým důsledkem rozdílu v tomto „materiálním“ úmyslu jest i jistý rozdíl v úmyslu „formálním“, t. j. podmíněnost jeho u pomocníka a samostatnost jeho u původce, takže dolus prvniho jest jakýsi dolus eventualis oproti nepodmíněnému, samostatnému dolu pachatelovu.²⁾

Přihlédneme-li blíže k učení *Buri-ovu*, nelze mu věru přílišnou jasnost vytýkati, naopak lze si jistou měrou vysvětliti, že přes naprosto správný jeho základ odpor proti němu v literatuře práva trestního není nikterak ojedinělý. Jisto je, že ohraničení jednotlivých forem činnosti trestné není přesné, že postrádáme spolehlivého, jednotného dělidla. Nelze říci, že původcem je ten, kdo ve vlastním, samostatném zájmu činnost podniká, pomocníkem pak ten, kdo toliko cizí zájem ve zločinu činností svojí uplatniti se snaží; neboť i ten, kdo jedině v zájmu matky nemanželské její dítě vraždí, je původcem, není pomocníkem, stejně jako původcem je bandita, jenž vraždí toliko v zájmu náčelníkově.³⁾ Nelze říci, že pomocníkem je ten, kdo vůli svoji vůli druhého podřizuje, kdo, prostě vyjádřeno, zločin sám spáchatí nechce, nýbrž jeho spáchání jinému přenechává; vždyť *Buri* sám výslovně

¹⁾ Cit. str. 28 a násl.

²⁾ Myšlenka tato vrací se zejména v pozdějších pracích *Buriho*. Srov. „Urheberschaft und Beihilfe“, G. S., sv. XIX. — „Über Kausalität und Theilnahme“, Z. f. d. g. Str.-R.-W., sv. II.

³⁾ Srov. „Bemerkungen“, str. 36.

uvádí, že i pomocník chce zločin spáchatí, neboť jinak — vzhledem ku stejnému kausálnímu významu činnosti všechúčastných osob, z nichž každá nedělitelný výsledek celý přičiňuje — nemohl by ani „podružné“ svojí činnosti chtítí.¹⁾ Ostatně v čem spočíval by pak rozdíl mezi návodcem, jenž je také původcem, a intelektuálním pomocníkem, kteří stejně zločin sami spáchatí nechtějí a vůli svoji vůli pachatelově podřizují? Poznáváme, že jednou je dělidlem samostatnost vůle původcovy a contr. podřizenosti vůle pomocníkovy (fysický pachatel — fysický pomocník), podruhé samostatnost zájmu původcova a contr. nesamostatnosti zájmu pomocníkovy (intelektuální pachatel — intelektuální pomocník).

Toto kolísání mezi dvěma podstatně různými dělidly má v zápětí nejednotnost, nejasnost učení *Buri-ova* a dává vznikati domněnce, že *Buri*, vycházející z jednotného principu, ocitl se s dělením svým ve slepé uličce, z níž, nechce-li se vrátiti, není východu. Lze se domnívati, že *Buri* sice tuší, že pravda je blízko, nedovede však po ní sáhnouti, obává se, aby neztratil svoje originální stanovisko a nemusil se vrátiti tam, kam již dospěli jeho předchůdové (*Bauer*, *Wächter*, *Hälschmer*, *Berner* a j.).

Chyba, jež vleče se všemi pracemi *Buri-ovými* a zaviňuje zbytečnou komplikaci jeho učení jest jednak v jeho názoru na pojem příčiny, jednak v jeho učení, že mezi činnostmi vedoucími k dosažení jistého výsledku není podstatného rozdílu. Podstatný rozdíl nesporně tu je, byť i nebyl v kausální povaze jednotlivých činností.

Pokud *Buri* se přidržuje správného názoru *J. St. Milla* o příčině jako souhrnu všech k existenci jistého výsledku nutných podmínek, jsou jeho vývody nesporně správné. Neochvějnou zůstává zejména jeho zásada, že mezi různými podmínkami výsledku, pokud jde o kausální jejich význam, není absolutního rozdílu, a že tedy nelze podstatný rozdíl mezi jednotlivými účastníky hledati v kausálním významu jejich činností. Jakmile však jde dále a zastává, že vzhledem k nedílnosti výsledku každá podmínka celý výsledek přičiňuje, že každý, jehož činnost tvoří i tu „nejnepatrnější“ podmínku výsledku, sám celý výsledek přičiňuje,²⁾

¹⁾ Srov. *Buri*, „Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen“, str. 39 a násl.

²⁾ „Es macht aber auch jede Einzelkraft die andere, indem sie sich mit ihr zu der Gesamtwirksamkeit verbindet, für den Erfolg erst causal,

tu ocítá se nesporně na chybné cestě; učení jeho se stává nemožným sofismatem, „neboť pouhá část celku, byť i existence jeho sebe více na ní závisela, není nikdy identickou s celkem samým“¹⁾ Je-li pravda, že $x = 1 + 1 + 1 + 1 \infty$, nemůže nikdy býti pravdou, že $x = 1$.

Správně usuzuje *Berclzheimer*,²⁾ že argumentace *Buriko* je „právě tak odůvodněna, jako kdyby rybář řekl: k rybolovu potřebuji síť, každé očko sítě musí držeti, neboť kdyby jen jediné očko se roztrhlo, mohou ryby takto povstalou trhlinou uniknouti, a síť je bezcenná; — mohu tedy tímž právem říci: chytám ryby sítí, neb: chytám ryby jediným očkem; — nepotřebuji tedy k rybolovu více sítě, nýbrž jen jediného oka! Ze dvou vět: Každé jednotlivé očko je nutno, aby síť byla neporušena; a: neporušené síť je potřebí k rybolovu, lze vyvoditi nesporně větu: Každé jednotlivé očko je nezbytno k rybolovu; nikoli však větu, která dle argumentace *Buriovoy* vyvozena býti má: Každé jednotlivé očko stačí k rybolovu“.

Námítka tato je zcela důvodna, a nemůže na věci ničeho měniti, dovolává-li se *Buri* toho, že každá podmínka dává teprve mrtvé mase ostatních podmínek životní sílu, činí je, přistupujíc k nim, teprve skutečnou příčinou. To vše dokazuje jen, že všechny podmínky jsou stejně cenny, stejně významny, nikoli však, že jedna podmínka rovna je souhrnu všech nutných podmínek — příčině.

Pochybená tato sofistika má v zápětí, že *Buri* opouští správný základ svého učení, resp. že nedovede vyvoditi správné důsledky z poznatku, že formálně stejný úmysl pachatelův může po stránce obsahové (materiální) býti podstatně rozdílný. *Buri* v rozhodném okamžiku přehlíží, že téhož cíle lze dojíti různými cestami, různými prostředky, podstatně různým způsobem, a že předem podstatně rozdílný způsob činnosti, jímž kdo společného cíle dosáhnouti chce, může býti rozhodný pro posouzení jeho činnosti. Nikoli zájem, který kdo má, aby cíle dosáhl, rozhoduje o tom, je-li pachatelem, návodcem neb pomocníkem, nýbrž předem

und es ist darum derselbe in seinem ganzen Umfange auf die Causalität jeder Einzelkraft zurückzuführen.“ „Bemerkungen“, str. 5.

¹⁾ *Bierling*, „Juristische Prinzipienlehre“, III. díl, str. 33 a 34.

²⁾ „Die Entgeltung im Strafrechte“, str. 334.

vůle jeho určitým způsobem činnosti společného cíle dosáhnouti.

Není pravda, že ten, kdo dává jedinou z podmínek výsledku, přičiňuje sám celý výsledek a proto také celý výsledek sám přičiniti chce resp. chtíti musí. Není pravda, že ten, kdo někomu paklíček ku krádeži půjčuje, sám krádež uskutečňuje, sám krade, resp. krásti chce a chtíti musí. Pravdou je, že chce toliko ku krádeži pomáhati, že však nechce sám krásti (celý zločinný výsledek sám přičiniti), přenechávaje jinému, by kradl. Ne v tom je podstatný rozdíl, pro č někdo jistého cíle dojíti chce, neb podřizuje-li vůli svoji vůli druhého; podstatný rozdíl je v tom, jakým způsobem, jakou činností cíle toho chce dojíti. Eventuální různost zájmová, samostatnost neb nesamostatnost vůle, jsou jen důsledky, ne příčiny podstatně různého chtění.

Je pravda, že všichni účastníci směřují k témuž cíli, že činností svojí téhož cíle dojíti se snaží; nelze též popírati, že činnost jejich k dosažení cíle toho je stejně nutna, stejně cenna, a dle mého názoru i stejně účinná; z toho však neplyne, že činnost ta je též podstatně stejná, že není mezi činnostmi jednotlivých účastníků podstatného rozdílu.

Rozhodne-li se někdo, aby se hrálo divadlo, a bude-li k tomu spolupůsobiti, súčastní se činnosti k uskutečnění podniku směřující. Snad opatří kus, který se hráti má, snad vyhledá osoby, které mají hráti, snad je i pozve, aby hrály, snad udělí jim i rady, jak mají hráti, snad bude při hře napovídati neb vytahovati oponu, snad konečně sám bude hráti. — Jisto je, že ve všech případech chce, aby se hrálo; jisto je, že každá z uvedených činností je v daném případě stejně nutnou, stejně cennou a stejně účinnou podmínkou výsledku, že každá určena je formálně stejným úmyslem a je formálně stejnou podmínkou výsledku. Přes to však nelze popírati, že obsahově (materiálně) jednotlivé činnosti (podmínky) podstatně jsou různé, že něco zcela jiného je ku hře vybízeti, neb oponu vytahovati, než hráti. Cílem společným všech uvedených činností jest, „aby se hrálo“, všechny jsou k tomu stejně cennými podmínkami, povaha jejich však rozhoduje o tom, že jedna je návodem, druhá pomocí, třetí vlastní činností, o níž jde — činností hlavní.

Vím, že se řekne: to vše je sice pravda, ale znamená to naprosté opuštění teorie subjektivní a úplné přijetí teorie objektivní. Námitka ta není však důvodna, neboť nikde jsem neřekl, že návodcem je ten, kdo vykoná činnost návodcovskou, pomocníkem ten, kdo vykoná činnost pomocnickou, pachatelem ten, kdo vykoná činnost pachatelskou (hlavní). Naopak akcentuji stále, že rozhoduje jen ch t ě n í (v ů l e) dosáhnouti společného cíle určitým způsobem, určitou činností. Ne objektivní povaha činu, ale v ů l e jednajících rozhodne o tom, je-li kdo návodcem, pomocníkem neb pachatelem. Ten, kdo sám, byť i za pomoci jiných, vykonati chce činnost pachatelskou, je pachatelem; ten, kdo vykonati chce činnost návodcovskou, je návodcem; ten, kdo vykonati chce činnost pomocnickou, je pomocníkem — předpokládajíc ovšem ve všech případech, že došlo k relevantní činnosti.

Nikoli objektivní povaha činnosti, ale povaha vůle, jež dala jí vzniknouti, určuje (kriminální) její ráz. Zda táž činnost je návodem, pomocí neb pachatelstvím, o tom rozhodne vždy jen povaha vůle, s níž byla vykonána — úmysl návodcovský, pomocnický a pachatelský, nikoli povaha činnosti samé.

Většinou nebude se ovšem povaha úmyslu s povahou činnosti rozcházet, neboť pravidlem činí člověk to, co činiti chce a volí činnost, chtění svému přiměřenou. Leč opak není vyloučen; náhoda neb omyl mohou přivoditi rozpor mezi povahou úmyslu a povahou činnosti. Když někdo na př. s úmyslem pomocnickým vykoná o m y l e m činnost pachatelskou, tu není pachatelem, jako není pomocníkem ten, kdo v úmyslu pachatelském vykoná jen činnost pomocnickou.

Snad mohlo by se namítnouti, jakým právem má tu rozhodovati povaha úmyslu a ne povaha činnosti, proč rozhodovati má to, co někdo učiniti chtěl, a ne to, co učinil. Na tuto námitku dovolávám se toho, co dříve jsem uvedl o tendenci vývojové v právu trestním: Nespornou je snaha zodpovědnost objektivní nahraditi subjektivní; povinností všech, o správnosti tendence té přesvědčených, jest o to se přičiniti, by snaha ta zjednala si úplný průchod. Uvedená tendence uplatňuje se již také velikou měrou v právu platném. Ve většině skutkových podstat zločinných klade se důraz na úmysl pachatele, ne na vnější povahu jeho činnosti.

Pachatelem vraždy dle zákona není ten, kdo jiného usmrtil, nýbrž ten, kdo jiného činností svojí usmrtiti chtěl; pachatelem žhářství není ten, kdo zapálil, nýbrž ten, kdo zapáliti chtěl. Proto zastávám-li, že není pachatelem vraždy, kdo nechtěl vraždit, že není pachatelem žhářství, kdo nechtěl oheň založiti, jsem ve shodě nejen s ideou ovládnoucí moderní vývoj práva trestního, tedy s vůdčí zásadou práva trestního de lege ferenda, nýbrž i s právem platným.

Když někdo (*A*) v úmyslu pomocnickém, aby vraždu jinému (*B*) usnadnil, toho, jenž zavražděn býti má (*C*), opíti chce, tento však (jsa na př. stížen silnou chorobou srdeční) vlivem přílišného požitku alkoholu zemře, tu není *A* pachatelem vraždy, poněvadž neměl úmyslu pachatelského; nechtěl *C* usmrtiti, chtěl jej jen opíti. Když někdo (*D*), chtěje žháři (*E*) posvítiti, by mohl oheň dobře založiti, světlem z neopatrnosti zapálí, tu není (*D*) pachatelem žhářství, neboť nechtěl požár založiti, chtěl jen svítiti.

Že nejde o pachatelství, přes to, že je tu formální úmysl, by k vraždě neb žhářství došlo, jakož i objektivní výkon činnosti hlavní (usmrcení, způsobení požáru), v tom souhlasí se mnou jak zastance teorie objektivní *Birkmeyer*, tak zastance teorie typové *Beling*. Rozcházíme se toliko v tom, že *Beling* vylučuje jak pachatelství, tak pomocnictví, *Birkmeyer* dolosní pachatelství, přiznáváje možnost kulposního pachatelství, eventuálně (dolosního) pomocnictví; dle mého názoru jde tu o pomocnictví.¹⁾

Naproti tomu rozcházíme se úplně pokud jde o případ, že někdo animo auctoris vykoná omylem (neb náhodou) činnost pomocnickou. Na př. při vraždě ten, jenž chce vraždit, nevraždí, nýbrž jen pomáhá. *Birkmeyer* zastává, že pravidlem (nejde-li o delictum sui generis) je ten, kdo animo auctoris vykoná činnost pomocnickou, *bez trestný*, *Beling* tvrdí, že jest p o m o c n í k e m, kdežto dle mého názoru je p a c h a t e l e m.²⁾

Správnost názoru, který zastávám, vystupuje jasně do popředí v případě pokusu činu trestného, kde nelze o tom pochybovati,

¹⁾ Srov. *Beling*, „Die Lehre vom Verbrechen“, str. 398. — *Birkmeyer*, „Teilnahme“, str. 132 a 133.

²⁾ Bližší srov. na str. 96, str. 102.

že nikoli povaha činnosti účastněných osob, nýbrž úmysl jejich, tu kterou činnost vykonati, je faktorem rozhodným.¹⁾

Zbývá mi ještě, bych veškerému nedorozumění předešel, podotknouti, co rozumím činností pachatelskou, pomocnickou a návodcovskou, co úmyslem pachatelským, pomocnickým a návodcovským. Vždyť mohlo by se namítnouti, že zde je vlastní punctum saliens, že zde teprve počínají vlastní obtíže. Nemyslím, že by tomu tak bylo, předpokládaje, že obtíže uměle se nevyhledávají.

O pomoci a návodu lze vždy mluvit jen se zřetelem k jisté činnosti, k jistému podniku; lze na př. k jízdě pomáhati, k jízdě naváděti. Každá pomoc, každý návod předpokládá jistou činnost (činnost hlavní). Bez předpokladu toho není pomoci, není návodu. Jako pomoc a návod k jízdě pojmově předpokládá jízdu, tak pomoc a návod ku zločinu předpokládá zločin, činnost zločinnou, jež se páše resp. spáchána býti má. Jednotlivé činnosti zločinné, k nimž zločinná pomoc, zločinný návod se nesou, jsou uvedeny ve speciální části zákonů trestních a jsou označeny jako určité zločiny (delikty). V případě, že spáchána byla vůbec nějaká kriminálně rozhodná činnost, lze říci: S pachatelským úmyslem jednal a je tedy pachatelem ten, kdo činnost zločinnou (jak ve speciální části zákona uvedena je) sám (byť i za pomoci jiných) spáchati chtěl; s pomocnickým úmyslem jednal a je tedy pomocníkem ten, kdo k činnosti oné jen pomáhati chtěl, s návodcovským úmyslem jednal a je tedy návodcem ten, kdo k činnosti oné jen naváděti chtěl. Jinými slovy: Pachatelem je ten, kdo jednal s úmyslem pachatelským, pomocníkem je, kdo

¹⁾ Ke skutečnosti této poukázal správně již *Buri*, „Bemerkungen“, str. 14: „Gerade im Versuche erweist sich, daß die objektive Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung als Kennzeichen für Thäterschaft und Beihilfe nicht richtig sein kann, weil alle in ihm vorgenommenen Handlungen im Hinblick auf den Erfolg von gleicher Bedeutungslosigkeit sind. Haben zwei Menschen einen dritten durch vereinte Anstrengung niedergeworfen, sind aber nunmehr durch hinzugekommene Personen vertrieben worden, so war von ihnen objektiv das Nämliche geschehen, und man muß darum mit Nothwendigkeit nach subjektiven Merkmalen suchen, um entscheiden zu können, welcher von ihnen der Thäter der versuchten Tödtung, und welcher nur Gehülfe war.“

jednal s úmyslem pomocnickým, návodcem, kdo jednal s úmyslem návodcovským (bez ohledu na to, zda omylem neb náhodou vykonal relevantní činnost úmyslu tomu neodpovídající).¹⁾ Nikoli vnější povaha činnosti, nýbrž jediné úmysl jedajícího rozhoduje o kriminálně rozhodné formě jeho činnosti. Přes výtku *Lisztovu* zastávám otevřeně: „i opatření nástrojů, odstranění překážek, povzbuzování pachatelů, hlídání pracujících společníků, ano i povzbuzující přítomnost na místě činu může býti pachatelstvím“²⁾ — předpokládajíc úmysl pachatelský.

Tak dospívám, dle názoru svého správnou cestou, ku stanovisku teorie subjektivní. Teorie ta, jak *Burim* byla vykládána, nedovedla uspokojiti. Stala se sice, jak již jsem podotknul, směrodatnou v německé judikatuře, většinou však předních kriminalistů byla odmítnuta. *Merkel*, *Binding*, *Bar*, *Liszt*, *Frank*, zajisté první jména v dnešní literatuře práva trestního, apodikticky ji zavrhuji, nemluvě ani o *Birkmeyerovi*, jenž v častěji již citované práci své „Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts“ vytknul si úkolem prokázati, že teorie *Buriho* a jí se přidržující judikatura říšského soudu nejen odporují platnému právu, ale i vlastní podstatě účastenství, takže nejen de lege lata, ale i de lege ferenda nelze jí zastávati.³⁾

K námitkám *Birkmeyerovým*, jež většinou v literatuře souhlasu docházejí, chci stručně přihlédnouti.

¹⁾ Jen z opatrnosti uvádím, že rozhoduje úmysl konečný. Jestliže ten, kdo prvotně při vraždě jen pomáhati chtěl, později (na př. při činu) se rozhodne sám vraždit, tu změnil úmysl pomocnický v pachatelský, přestal býti pomocníkem a stal se pachatelem.

²⁾ *Liszt*, „Lehrbuch“, 16. a 17. vyd., str. 221.

³⁾ Z rakouských kriminalistů zastávají teorii subjektivní předem *Glaser* a *Janka*. Srov. *Glaser*, „Ueber Thäterschaft und Beihilfe“, G. S., sv. XVI., str. 24—55., dále „Zur Lehre vom Dolus des Anstifters“, G. S., sv. X., str. 24—39. — *Janka* („Das oest. Strafrecht“) odmítá ovšem právem teorii zájmovou (srov. zejména str. 139 a násl. a str. 142 a násl.), stejně jako teorii činnosti hlavní (str. 139); sám však nemůže se obejít bez pojmu činnosti hlavní, byť i úzkostlivě jemu se vyhýbal. Jako konstitutivní moment pro úmysl pachatelský zůstane činnost hlavní, činnost odpovídající jisté skutkové podstatě (Tatbestandshandlung) pojmem nezbytným.

Nejzávažnější výtku, již *Birkmeyer* činí teorii *Buriově*, jest výtku nedůslednosti. Teorie subjektivní vede k důsledku, že jakákoliv spolupříčinnost ke zločinu může právě tak býti pachatelstvím jako pomocnictvím; jen vůle jednajícího, jeho materiální úmysl rozhoduje. Avšak právě *Buri* opouští tuto vůdčí zásadu teorie subjektivní, zastává se vsí rozhodností, že pomocník nesmí vykonati činnost hlavní.¹⁾ Názor svůj odůvodňuje pak *Buri* tím, že ten, kdo vykonati chce činnost hlavní nemůže jednati s úmyslem pomocnickým, neboť vůle jeho ztrácí nezbytně podřízený svůj ráz a stává se vůlí vládnoucí. Tu pak táže se *Birkmeyer*:²⁾ „Jak však dospívá *Buri* k tomu, že vůle spáchati činnost hlavní připisuje sílu, jež spolupůsobícího činí původcem? Každý zajisté byl by oprávněn k tomuto závěru: jestli skutečně činnost hlavní působností svojí vzhledem k výsledku od ostatních spolupůsobících činností podstatně se neliší, pak nemůže také vůle činnost hlavní vykonati tak podstatně se lišiti od vůle jakoukoli jinou spolupříčinnost vykonati, by mohla tvořiti rozdíl mezi původcovstvím a pachatelstvím. Má-li býti nějaký podstatný rozdíl mezi obojí vůlí, pak musí též plynouti z absolutní různosti obou činností. Již *Krug* podotknul, že přiznáním, že pomocník nesmí chtíti vykonati činnost hlavní, odnímá se vlastní jádro teorii subjektivní. Pak existují jisté činnosti, jež nutně úmysl původcovský v sobě zahrnují, a v objektivní povaze těchto činností musí býti nějaký moment vylučující pomocnictví vlastní směr vůle.“ Skutečnost tato je dle *Birkmeyera* Achillovou patou teorie subjektivní.

Je výtku *Birkmeyerova* správná? Domnívám se, abstrahuje od podstatného rozdílu v kauzalitě jednotlivých činností, který *Birkmeyer* neprávem akcentuje, že je tomu tak, přes to, že *Buri* duchaplnou obranou výtku onu odmítá. Obrana *Buriho* sice účinně směřuje proti slabinám objektivní teorie *Birkmeyerem* zastávané, prokazujíc opět nemožnost podstatného rozdílu mezi jednotlivými podmínkami výsledku vzhledem k jich kauzální účinnosti; příklad, jehož *Buri* k odůvodnění svého učení se dovolává, je sice volen mistrovsky; leč vlastní jádro výtky, nutnost podstatného objektivního rozdílu mezi činnostmi hlavní a ostatní spolu-

¹⁾ *Birkmeyer*, „Theilnahme“, str. 141.

²⁾ Cit. str. 43.

činností, zůstává nedotčeno. Prokázati, že mezi činnostmi, jež jsou podmínkami téhož výsledku není po stránce objektivní podstatného rozdílu, se *Burimu* rozhodně nepodařilo. Naopak, výtku *Birkmeyerova*, že rozdíl takový nezbytně se předpokládá, má-li úmysl vykonati činnost hlavní (pachatelskou) zásadně vylučovati úmysl pomocnický, zůstala v podstatě své nevyvrácena, poněvadž je zcela důvodna, a nelze ji tedy vyvrátiti. Učí-li *Buri*, že formálně stejný úmysl může býti rozdílný, podstatně rozdílný, po stránce materiální, pak nutno též přiznati, že i formálně stejné (stejně cenné) podmínky jistého výsledku mohou býti rozdílny, podstatně rozdílny, po stránce obsahové. Ano lze právem říci, že jedině tento podstatný rozdíl obsahový formálně stejných podmínek umožňuje lišiti formálně stejný úmysl pachatelský a pomocnický po stránce materiální.

Suggestivnost příkladu *Buriova* spočívá v tom, že příkladem se volí jednotlivé části (etapy) činnosti hlavní, nikoli činnost pachatelská a pomocnická.

Že výtku *Buriova* nikterak se nedotýká mého výkladu, nepotřebuji snad dokazovati.

Druhá výtku *Birkmeyerova*,¹⁾ dle mého názoru rovněž oprávněná, spočívá v tom, že, přes zdánlivou jednotnost, *Buri* mus užívati různého dělidla dle toho, jde-li o původcovství a pomáhání fyzické neb psychické (intelektuální). Kdežto v prvním případě je dělidlem samostatnost neb nesamostatnost vůle, je dělidlo to pro druhý případ neupotřebitelné, zde rozhoduje toliko samostatnost neb nesamostatnost zájmová. Že jde tu o dvě různá dělidla, z nichž poslední v pravdě velice je nespolehlivé, je nesporné. Důsledek ten plyne jednak z pochybného sofismatu *Buriova*, že každá podmínka přičiňuje sama celý výsledek, jednak z indeterminismu *Burim* zastávaného.

Také zde mohu se omeziti na pouhé konstatování faktu, neboť výkladu mého výtku *Birkmeyerova* opět se nedotýká.²⁾

Zbývá námitka poslední: subjektivní teorie nedovede nikterak vysvětliti různou trestnost jednotlivých účastníků, zejména zá-

¹⁾ Cit. st. 44 a násl.

²⁾ Slov. ostatně výklad na str. 73. Pokud mého stanoviska k indeterminismu se týče, srov. zevrubný výklad v mojí „Krim. noetice“, str. 53—69, 129—156.

sadně menší trestnost pomocníkovu. Jestliže každá činnost vedoucí k témuž výsledku (příčiňující výsledek) je pro výsledek ten stejně cenna a stejně účinná, jestliže každá činnost celý výsledek sama příčiňuje, pak nelze zajisté činiti zásadního rozdílu mezi zodpovědností jednotlivých účastníků a nelze nikterak odůvodniti ustanovení § 49 něm. trest. z., dle něhož pomocník má býti zásadně mírněji trestán, než by byl trestán jsa pachatelem. Vždyť samostatnost neb nesamostatnost zájmu, samostatnost neb nesamostatnost úmyslu formálně stejného nemohou přece takový rozdíl vysvětliti.

Nechtěje zde výtkou tou obšírně se zabývati, omezují se jen na toto prohlášení:

1. Výtka *Birkmeyerova* jest oprávněna, pokud *Buri* se svého stanoviska skutečně zásadně různou trestnost jednotlivých účastníků obhajovati se snažil.¹⁾ Dnes ovšem *Buri* více tak nečiní.

2. Výtka ta je oprávněna, pokud teorie subjektivní jakýkoliv podstatný rozdíl jednotlivých spolupůvodců popírá; ztrácí však svůj význam, pokud takovýto podstatný rozdíl nejen se připouští, ale i zásadně se akcentuje.

3. Není tedy pravda, že se stanoviska teorie subjektivní zásadní rozdíl trestnosti jednotlivých účastníků nelze vysvětliti; jisto však je, že nelze téhož obhajovati.

Teorie objektivní.

Také počátky teorie objektivní sahají značně do minulosti²⁾ stopy jejich jsou patrné již u spisovatelů 17. století. Poukazují k *Pufendorfovi* (*De jure naturae et gentium* — 1672). Těž opouští třídění svých předchůdců a rozeznává mezi osobami ve zločinu súčasněnými — včetně pachatele — dle jejich významu jako příčin zločinného výsledku.²⁾ Leč *Pufendorfovi* jest ještě cizí

¹⁾ Srov. citát z *Buriho* na str. 70.

²⁾ „Vývody *Pufendorfovy* jsou asi tyto: Všecky příčiny zločinu nejsou stejně cenné, naopak jsou různé důležitosti pro existenci výsledku a mohou dle toho býti odstupněny. Tak může se státi, když více osob v jediném zločinu se súčasní, že jeden účastník je *causa principalis*, druhý *causa minus principalis*, neb že oba (neb více súčasněných) jsou stejně působivé příčiny výsledku (*uterque pari velut passu ambulat*). *Causa principalis* nemusí tedy vždy býti pachatel, nýbrž poměr mezi pachatelem a účast-

vlastní podstata teorie objektivní: seskupení účastníků (návodce a pomocníka) jako pouhých podružných podmínek kolem příčiny hlavní — pachatele. S názorem tímto setkáváme se teprve později u *Kocha* (*Institutiones iuris criminalis*, 1758),¹⁾ zejména však u *Grolmana* a zakladatele dnešní teorie objektivní *Feuerbacha*.²⁾

níkem může se takto utvářiti: Pachatel je *causa principalis*, účastník je *causa minus principalis*, neb pachatel a účastník jsou si jako příčiny výsledku rovni, neb účastník je *causa principalis* a pachatel *causa minus principalis*.“ Návodce na př. je *causa principalis* a pachatel *causa minus principalis*, když návodce jako představený navedenému čin trestný přikázal; nespočíval-li návod v iubere, nýbrž v pouhém mandare, *conducere*, jsou tu dvě stejně cenné příčiny. — Srov. *Heimberger*, cit. str. 144.

¹⁾ *Heimberger*, cit. str. 217 a násled.

²⁾ Dle *Grolmana* (*Grundzüge der Criminalrechtswissenschaft*, 2. vyd. 1805) jest příčinou zločinu původce, ne účastníci. „Súčastnilo-li se více subjektů při nějaké poruše právní (*socii sensu generali*), zakládá se buď v činnostech všech osob příčinný důvod existence poruchy právní, neb též jest jen v činnostech jediné osoby neb některých osob; kdežto súčasněné činnosti osob ostatních nejsou v tomto vztahu k poruše právní. V prvním případě setkáváme se se spolupůvodci (*coautores*) a s plným účastenstvím (*concursum plenum*). V druhém jest účastenství těch, kteří nejsou příčinou poruchy právní, nerovné, neúplné (*concursum minus plenum*), a subjekty takové nazýváme pomocníky (*socii sensu speciali*).“ — Srov. *Heimberger*, cit. str. 235 a násled.

Také *Feuerbach* vychází z předpokladu rozdílného kausálního významu súčasněných činností vzhledem k rozhodnému výsledku a rozeznává mezi příčinou hlavní a příčinami vedlejšími. Z počátku (*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2. díl 1800) kolísá sice ještě mezi stanoviskem objektivním a subjektivním, později (*Lehrbuch des peinlichen Rechtes*, pozdější vydání) však vítězí stanovisko objektivní, jež takto lze charakterisovati: Ve zločinu súčasněné osoby dlužno posuzovati dle jejich významu jako příčin zločinného výsledku. „Každý delikt předpokládá určitou osobu jako působící příčinu. Osoba, v jejíž vůli a činu je dána dostatečná příčina, jež zločin jako svoje působení vyvolává, nazývá se původce (*auctor delicti*), ať již je přímou neb nepřímou příčinou zločinu. Přímou příčinou je fysický původce, nepřímou příčinou lze se státi buď úmyslným určením vůle cizí ku spáchání zločinu (přímo-nepřímý původce, *direkt-mittelbarer Urheber*, *intellektueller Urheber*), anebo úmyslným odstraněním překážek, bez nichž působení k činu již rozhodnuté vůle cizí buď vůbec, neb za daných zvláštních okolností bylo by bývalo nemožné — (nepřímo-nepřímý původce, *indirekt mittelbarer Urheber*, *Hauptgehilfe*, *socius principalis*).“

„Jako však při každé příčině mohou se vyskytovati příčiny vedlejší (*Nebenursachen*), které usnadněním působnosti hlavní příčiny ku vzniku

Dnes representantem teorie objektivní je *Birkmeyer*. Základem jeho učení o účastenství jest, jak sám podotýká,¹⁾ jím zastávaná teorie o vztahu příčinném. Nezbývá tedy, chceme-li učení *Birkmeyerovo* správně posouditi, než s touto jeho teorií dříve se seznámiti. Cesta ta je tím lákavější, čím více usnadňuje kritiku složitého, do podrobnosti propracovaného učení objektivního. Poznáme-li, že základ je špatný, lze snadno též prokázati nesprávnost a praktickou neupotřebitelnost učení na něm vybudovaného — objektivní teorie o účastenství více osob v činu trestném.

Svoje učení o vztahu příčinném vyložil *Birkmeyer* nejlépe ve svojí rostocké rektorátní řeči, uveřejněné s četnými dodatky v časopise „Der Gerichtssaal“ sv. XXXVII., str. 257—357 („Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht“). Podstata vývodů *Birkmeyerových* je tato:

Pojem příčinění nebyl právem trestním vynalezen, nýbrž byl přijat odjinud. Filosofický pojem příčiny je sice nesporně správný, ale pro vědu kriminální je naprosto neupotřebitelný. Právo trestní vyžaduje pojem příčiny, jež umožňuje v činnosti jediného jen člověka spatřovati příčinu výsledku. To je tak zvaný vulgární pojem příčiny. Nelze o tom pochybovati, že tento pojem příčiny přijaly i zákony trestní, neboť jednotlivé jejich skutkové podstaty jsou vzaty z denního života, jemuž právě vulgární pojem příčiny je vlastní. Tak stal se pojem ten vědeckým ve vědě kriminální. Veškeré úvahy o pojmu příčiny ve vědě práva trestního nesou se také jediné k tomu, aby se zjistilo, kterou z jednotlivých podmínek výsledku lze jako příčinu označiti.

Starší teorie byla toho názoru, že příčinou výsledku je ta podmínka, která výsledek nutně vyvolává. Teorie ta byla však záhy opuštěna, neboť o žádné podmínce nelze říci, že by sama určitý výsledek nutně musila míti v zápětí. Stejně nesprávnou je dnes vládnoucí teorie (*Buri*), že příčinou je každá podmínka.

určitého výsledku působí, tak mohou deliktu původcova se účastniti i osoby jiné, které o sobě pozorovány, zločinu nepřičinují, avšak podporou působnosti původcovy ku vzniku zločinu přispívají. Kdo úmyslně takovýmto konáním neb opomenutím se proviní, nazývá se pomocníkem (socius delicti). Spolupůsobení pomocníkovy je v usnadnění o sobě již možné působnosti původcovy k zamýšlenému zločinu.“ — Srov. *Heimberger*, cit. str. 238 a násl.

¹⁾ „Teilnahme“, str. 5.

Správnou cestu ukazuje mluva lidová. Řeč netvoří nikdy dvě různá slova pro týž pojem. Existence slov „podmínka“ a „příčina“ dávají již tušiti, že dvě různé představy, dva různé pojmy s nimi se spojují. I když připustíme, že každá z podmínek k existenci výsledku je nutna, není tím ještě vyloučena různá míra pozitivní působnosti jednotlivých podmínek k přivodění výsledku. Skutečnost tuto nemohou také vyvrátiti zastanci vládnoucí teorie, tvrdíce: Učení o různé působnosti jednotlivých podmínek vzhledem k existenci jistého výsledku nelze srovnati s nedělitelností, objektivní jednotností výsledku; nelze říci tato část výsledku vyvolána byla touto, ona druhou podmínkou, nýbrž nutno zastávati, že každá přispěla k celému výsledku — tedy celý výsledek přivodila; důsledkem toho je každá podmínka zároveň příčinou.

Proti výtce té namítá *Birkmeyer*: „Pochybnou zdá se mi tato logika. Myslil bych, je-li zapotřebí k přivodění každého výsledku většího neb menšího počtu podmínek, a lze-li podmínkou nazvati vždy jen to, co k jeho vytvoření spolupůsobí, že plyne z toho sám sebou ten důsledek, že každá podmínka jen jistý díl výsledku musí produkovati, byť i většinou nelze nám tento díl přesně vyloučiti a ciferně udati. Avšak dosti často lze nám tak učiniti. Když na př. tři zloději vyloupí společně pokladnu, v níž je 3000 Mk., je zcela vypočítatelné, jaký díl výsledku (poškození na majetku) na činnost každého vypadá. Je-li tedy bezdůvodno tvrzení o nedělitelnosti výsledku, tu padá též s touto premisou důsledek na ní vybudovaný: identita příčiny a podmínky. Poznáváme, že není vůbec podán důkaz o této identitě.“

Teorie *Buriho* je dle *Birkmeyer*a ve skutečnosti také pro právo trestní zcela neupotřebitelná, neboť jednak vede v nekonečno, jednak nesrovnává se se zákonem (delikty výsledkem kvalifikované, ustanovení zákona trestního o rvačce a účastenství v činu trestném).

„Příčinou ve smyslu práva trestního může býti jen ta podmínka, která více než ostatní k výsledku přispěla. Při tom není třeba, a nelze také, zneuznávat, že i ostatní podmínky k výsledku přispěly; ale praktická potřeba žádá, aby jedna z nich byla do popředí postavena,

a povaha věci zakazuje toto význačné místo přiznati jiné, než oné pro výsledek nejúčinnější.“ Odpůrci sice popírají, že jedna podmínka mohla by druhých býti účinnější, poněvadž všechny stejně jsou nutny. Námitka ta však ničeho nevyvrací, neboť nejde tu o negativní, nýbrž o pozitivní význam pohnutky pro výsledek.

„A kdo mohl by vážně popírat, že tomu skutečně tak je, že skutečně jedna z podmínek druhých jest účinnější, že ze dvou předstírání, stavších se k účelu podvodnému, jedno mohlo býti účinnější pro vzbuzení omylu k podvodu nezbytného, než druhé, byť i obě společně omyl vzbudila? Kdo mohl by popírat, že jedna dávka jedu více než druhá přispěti mohla k výsledku smrtelnému, k němuž však žádná o sobě nestačila? že jeden k záplavě více lidmi přivoděné více přispěti mohl, než ostatní? Neb lze snad všeobecně popírat, že *A* více než *B* přispěl k přivodění požáru, když *B* jen dodal látku zápalnou, kterou *A* k předmětu, na němž požár vzniknouti měl, přinesl a zapálil, přes to, že správně je, že činnost obou k přivodění konkrétního výsledku byla nezbytnou?“

„Ovšem je pravda, že po případě slabému rozumu lidskému bude obtížno a většinou i naprosto nemožno s absolutní určitostí zjistiti různou míru působnosti jednotlivých podmínek vzhledem k výsledku. To však netýká se správnosti pojmu, nýbrž týče se subsumpce jednotlivého případu pod pojem ten.“ Zde nutno ponechat volnost volnému uvážení soudcovu, jemuž pojem ten lépe poslouží, než teorie *Buriho*, dnes k naprosto si odporujícím rozsudkům vedoucí.“

„Rozdíl mezi příčinou a podmínkou, dle míry jejich účinnosti vzhledem k výsledku, uznává i naše (německé) pozitivní právo, neboť §§ 47 a 49 ř. tr. z., nevnášíme-li do nich, co tam nepatří, nespátřují rozdíl mezi spolupachateli a pomocníky ve zločinu v rozdílnosti vůle, nýbrž v rozdílu působnosti činnosti jejich vzhledem k přivoděnému výsledku zločinnému.“

Je toto učení *Birkmeyerovo* o vztahu příčinném správně? Neodporuje požadavkům čistého rozumu, způsobu myšlení logicky správného? Domnívám se, že nezbyvá, než první otázku negativně, druhou kladně zodpověděti. Stopujme jen učení *Birkmeyerovo* v jednotlivých jeho význačných bodech.

1. Je skutečně pravda, že pojem příčiny ve smyslu filosofickém je pro vědu práva trestního a pro právo platné neupotřebitelný, poněvadž právo trestní musí pracovati s „lidovým“ pojmem příčiny, kterýžto pojem je totožný s pojmem podmínky nejúčinnější?

Názor *Birkmeyerův*, že pojem příčiny ve smyslu filosofickém je pro vědu kriminální neupotřebitelný, není nikterak ojedinělý, přes to však není správný. Proč měl by býti pro vědu kriminální neupotřebitelným pojem čistě vědecký, o jehož naprosté správnosti nikdo, ani *Birkmeyer*, nedovoluje si pochybovati? Může býti v jedné vědě nemožným, neupotřebitelným to, co v druhé jako nezbytná podmínka myšlení logicky správného, jako nezbytný požadavek veškerého lidského poznání se označuje? Může býti mezi jednotlivými vědami tak podstatný rozdíl, že to, co v jedné je pravdivé, v druhé je nerozumné, nemožné a neupotřebitelné? Má věda práva trestního postaviti se na ono „povýšené“ stanovisko těch jednotlivců, kteří prohlašují, že pro ně neplatí to, co všemi správným, dobrým a užitečným se prohlašuje? Nelze věru ani okamžik o tom pochybovati, že tomu nemůže tak býti. Učení o příčině jako souhrnu všech k existenci jistého výsledku nezbytných podmínek, je nejen pro vědu práva trestního upotřebitelné, ale i velmi prospěšné. K tomu je ovšem nezbytno, jednak přesně rozlišovati zavinění od příčinění, jednak důsledně prováděti zásadu zodpovědnosti individuální, založené na vině subjektivní. Pak bude ihned patrné, že filosofický pojem příčiny nepoškozuje vědu kriminální, že naopak velice jí prospívá, ukazuje jí cíl, k němuž vždy směřovati musí. Pojem příčiny ve smyslu filosofickém je upotřebitelný ve vědě práva trestního, pokud od něho žádáme služby, které dle povahy své může poskytnouti, t. j. pokud zodpověděti má otázku o vztahu příčinném mezi jistou činností a jistým výsledkem. Chceme-li však od něho více, žádáme-li zejména na něm odpověď, kterou dle povahy své nikdy dáti nemůže, odpověď na otázku *z a v i n ě n í*, tu pojem ten právem zcela je neupotřebitelný, neboť pojmu příčiny je pojem viny naprosto cizí, nemá s ním ničeho společného. Vzdáme-li se nesprávného ručení za nezaviněný výsledek, zbavíme-li se zbytku viny objektivní, smutného to zbytku přešlých dob a cizích nám názorů kulturních, pak pojem příčiny ve smyslu *J. St. Milla* stane se též právem pojmem vládnoucím ve vědě kriminální a prokáže jí služby nejlepší.

Ukázal jsem již ve svojí „Krim. noetice“,¹⁾ že jediné ručení za nezaviněný výsledek vede k učení o adaequatním vztahu příčinném, přiznal jsem však též loyálně, že učení to nedovedlo dosud uspokojiti, vedouc namnoze k důsledkům příčícím se citu právnímu. Pokusiv se v předu²⁾ prokázati, že i platné naše právo, jestliže interpretace jeho jen poněkud moderním duchem je vedena, nenutí nás uznávati ručení za výsledek nezaviněný, nemám nejmenší pochybnosti o tom, že pojem příčiny ve smyslu filosofickém i pro výklad práva platného zcela jest upotřebitelný. Od těch, kteří s výkladem mým práva platného snad nesouhlasí, nežádám vzhledem k dalšímu výkladu nic jiného, než souhlas v tom, že jediné čisté delikty výsledkem kvalifikované vedou nás k tomu, abychom se vzdali filosofického pojmu příčiny pokud se týče výkladu práva platného. Pak v podstatě otázky je mezi námi shoda úplná: Není pravda, že pojem příčiny ve smyslu filosofickém je neupotřebitelný pro vědu kriminální a pro výklad pozitivního práva moderním jejím poznatkům odpovídajícího.

Jděme však dále. Lze skutečně v jediné podmínce výsledku spatřovati jeho příčinu, jedinou podmínkou celý výsledek dostatečně vysvětlovati? Může skutečně praktický život, může snad soudce vyšetřující, chtěje zjistiti příčinu jistého výsledku, zjištěním jediné jen podmínky se spokojiti? Myslím opět, že nelze přisvědčiti, že alespoň rozumný člověk a svědomitý moderní soudce nikdy zjištěním jediné podmínky se spokojiti nemůže. Filosofický pojem příčiny hlásí se ku svému právu a nutí nás z podmínek rozhodného výsledku zjišťovati všechny, jež vůbec nám zjistiti lze, neboť jen tak poznáme skutečně výsledek a můžeme správně naň reagovati.

Jediné nerozumný člověk může se spokojiti jedinou podmínkou, jediné nesvědomitý soudce vyšetřil by případ zjištěním jediné podmínky. Je tedy nesprávnno, dle mého názoru, mínění *Birkmeyerovo*, že prostý člověk vždy v jediné jen podmínce spatřuje skutečnou, jedinou příčinu výsledku; je nesprávnno tvrditi, že tento domnělý názor lidový i právem trestním jako nezbytný byl akceptován. Právo trestní, jež by žádalo „pojem příčiny, umožňující

¹⁾ Str. 70—98.

²⁾ Str. 19. a násl.

v jediné jen podmínce spatřovati příčinu výsledku“, bylo by v pravdě právem nerozumným, žádajíc nemožné, a nelze věru s tím souhlasiti, že platné právo chtělo by býti tak nerozumným, jak *Birkmeyer* toho si přeje.

Birkmeyer snaží se nesprávnost učení *Buriho* o vztahu příčinném prokázati tím, že vybudováno je na zcela nelogickém závěru: příčinou je souhrn všech k existenci jistého výsledku nutných podmínek — tedy příčinou je každá podmínka. Závěr ten je v pravdě nesprávný, leč *Birkmeyer* zapomíná, že sám podobného poklesku proti myšlení logicky správnému se dopouští: filosofický pojem příčiny je nesporně správný a proto ve vědě práva trestního místa míti nemůže. Myslím, že z premisy: filosofický pojem je nesporně správný, plyne jediný důsledek pro vědu kriminální: musí tedy i věda práva trestního jeho se přidržeti. Jisto je, že závěr *Buriův* je stejně neoprávněný jako *Birkmeyerův*, ano lze i jistou těsnou souvislost mezi nimi spatřovati. Jak později poznáme, je také skutečný rozdíl mezi učením *Buriovým* a *Birkmeyerovým* tak minuciesní, že nelze téhož ani dobře postřehnouti. Vždyť i *Birkmeyer* nakonec dospívá k tomu názoru, že příčinou může býti každá podmínka, vyjmajíc snad onu, jež ze všech podmínek, k existenci jistého výsledku nutných, je nejméně účinnou.¹⁾

Všeobecně praví však *Birkmeyer*: ta z podmínek je příčinou, která k výsledku nejvíce přispěla, příčinou je podmínka nejúčinnější. V tom základ celého jeho učení, bohužel základ velice nejistý, neboť základní these je naprosto nejasna, poznání lidskému nedostupna. Co je to „nejúčinnější podmínka?“ *Birkmeyer* odpovídá: Nejúčinnější je ta podmínka, která více než ostatní k výsledku přispěla, největší jeho části dala vzniknouti. Na první pohled mohlo by se zdáti, že je snad velice snadno z bezčetných podmínek vybrati onu, jež více než ostatní k výsledku přispěla, největší jeho díl přičinila. *Birkmeyer* sám alespoň vše příliš jednoduchým a snadným způsobem vysvětliti se snaží: Mysleme si, že rozhodný výsledek rovná se 12 a jeho podmínky 7, 3, 2 ($12 = 7 + 3 + 2$), tu nejúčinnější podmínkou, t. j. příčinou, je ona rovnající se sedmi, ostatní jsou pouhými podmínkami.

¹⁾ Srov. výklad na str. 91 a násl.

Vše bylo by velice krásné, kdyby jen skutečně zločinný výsledek se rovnal 12, a jeho podmínky byly rovny 7, 3 a 2: Ve skutečnosti však zločinný výsledek s podmínkami svými a číslice *Birkmeyerem* uvedené nemají spolu nic společného; kausální působnost, působnost čistě ideovou, nereální nelze měřiti dle jistých objektivních měřítek. Co je nejúčinnější podmínkou jistého výsledku, nikdy nezměříme, nespočteme, smysly svými nepojmeme; jako nikdy nedovedeme v nedílném celku ohraničiti onen díl, který na jednotlivou spolupůsobící složku připadá. O vztahu příčinném nelze mluvit než se stanoviska abstraktně logického, neboť týž existuje jen jako pouhý pojem, prostý vši reality; s tohoto stanoviska jsou pak všechny k existenci jistého výsledku nutné podmínky stejně nutny, stejně cenny, ale též stejně účinný. Různá kausální účinnost jednotlivých podmínek je pouhým fantomem, o němž jednotlivec může snít, hloubati a disputovati, vědecky je však každé jeho odůvodňování marné, nemožné. Stejně jako lze věřiti v abstraktní možnost vůle naprosto svobodné, lze i věřiti v možnost různé kausální účinnosti jednotlivých podmínek, rozumem chápati nelze jí nikdy.

Tvrdí-li *Birkmeyer*, že přece nikdo nemůže o tom pochybovati, že ze dvou předstírání, jež k účelu podvodnému byla nutna, jedno pro vzbuzení omylu mohlo býti účinnější než druhé, že jedna ze dvou k usmrcení nutných dávek jedu mohla býti účinnější než druhá, odpovídám prostě: tvrzení takové nechápu, vidím v něm jen prázdná slova, za nimiž není žádných konkrétních představ. Stejně je tomu i s ostatními *Birkmeyerovými* příklady. Přenechává-li *Birkmeyer* „volnému uvážení soudcovu“, by nemožné učinilo možným, namítám, že snad přece jen nadměrně přeceňuje význam této správné zásady moderního trestního procesu.

Uvedené vysvětlí snad, proč učení *Birkmeyerovo* odmítají mnozí, kteří věrně stáli při něm, jako přísném kritiku teorie subjektivní. Přes vědecký význam svůj je dnes *Birkmeyer* s učení svým o vztahu příčinném a na něm založeném učení o účastenství celkem osamocen, neboť nikdo není s úkol ten, který dle *Birkmeyera* každý soudce správně luštití má.

Dovolávám se jen *Merkla*, *Bara* a *Bindinga*. *Merkel*¹⁾ prohlašuje

¹⁾ „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, str. 103—105.

celou otázku o podmínce nejúčinnější za zcela bezvýznamnou, neúčinnou a poukazuje (dovolává se příkladů praktických) jednak k nemožnosti zjistiti podmínku nejúčinnější, jednak k bezdůvodnosti tvrzení, dle něhož jediné nejúčinnější podmínku bylo by jako příčinu výsledku označiti. *Bar*¹⁾ zabývá se příklady *Birkmeyerem* uvedenými a dokazuje na nich neudržitelnost jeho teorie: Fysikálně-matematická metoda *Birkmeyerova*, jež pracuje s ciframi a rovnicemi, nemůže vésti k důsledkům uspokojujícím, poněvadž výsledek, o který jde, se specificky různí od sil, které daly mu vzniknouti, a vedle toho je nedílný. Teorie *Birkmeyerova*, ve smyslu jaký *Birkmeyer* jí připisuje, nevede buď k důsledkům žádným, anebo dospívá k důsledkům naprosto pochybeným; v širším smyslu, v němž jiní — ovšem někdy i *Birkmeyer* sám — s ní pracují, není teorie ta, než dovoláváním se jistého neurčitého pocitu, a přestává tedy vůbec býti teorií. *Binding* praví pak prostě:²⁾ „V kritice t. zv. teorie subjektivní o účastenství mohu zcela *Birkmeyerovi* dáti za pravdu, nemohu však tak učiniti, pokud jde o jeho teorii objektivní a její odůvodnění.“

Ostatně, jak již jsem uvedl,³⁾ nemůže *Birkmeyer* sám se svým učením, že příčinou výsledku je podmínka nejúčinnější, nikterak vystačiti. V poznámce 90. citovaného svého pojednání (G. S. XXXVII., str. 320 a násl.) uvádí výslovně: „Es sei, um Mißverständnisse abzuschneiden, darauf hingewiesen, daß die Formulierung die Annahme mehrerer Ursachen desselben Erfolges nicht ausschließt. Diese Annahme wird dann nöthig sein, wenn von den Bedingungen *a* und *b* eines Erfolges jede zwar mehr als die übrigen, aber jede gleich viel wie die andere zum Erfolg beigetragen hat; diese Annahme wird aber auch dann schon gestattet sein, wenn die Bedingungen *a* und *b* zwar in verschiedenem Maße zum Erfolg beitragen, aber jede von ihnen mehr, als jede der übrigen mitwirkenden Bedingungen.“

☞ K tomu správně podotýká *Buri*:⁴⁾ „Stane-li se, přes převážnou působnost jistého *A* i *B* příčinou, převyšuje-li jeho působnost onu jistého *C*, tedy musí i *C*, je-li působnost jeho větší

¹⁾ „Gesetz und Schuld im Strafrecht“, str. 171 a 172.

²⁾ „Grundriss des deut. Strafrechtes“, I., 5—7 vyd., str. 145.

³⁾ Srv. str. 89.

⁴⁾ „Bemerkungen“, str. 2 a 3.

oné jistého *D*, býti příčinou, a tak dále, až dospějeme k podmínce nejmenší, takže věta, jen neúčinnější podmínka je příčinou, se mění ve větu: Všecky podmínky jsou příčinou, vyjímajíc nejmenší.“

2. Je správným tvrzení *Birkmeyerovo*, že již existence slov „podmínka“ a „příčina“ ukazuje k tomu, že jde tu o dva podstatně různé pojmy, že příčinou je podmínka neúčinnější, podmínkou podmínka méně účinná?

Vyvracetí v podrobnostech toto tvrzení *Birkmeyerovo* je snad zbytečno. Jisto je, že pravidlem mluvím o podmínce, jestliže existenci jednoho zjevu existenci zjevu druhého podmiňuji, o příčině, jestliže existenci jednoho zjevu druhým vysvětliti se snažím; připouštím však, že často v mluvě denního života mezi podmínkou a příčinou se neliší. Rozhodně však popírám, že by se v prosté denní mluvě lišilo mezi podmínkou a příčinou ve smyslu *Birkmeyerově*, že slova „příčina“ by se užívalo k označení podmínky neúčinnější, slova „podmínka“ k označení podmínky méně účinné. Že se tak nečiní, je také zcela přirozeno, neboť uměle konstruované pojmy vědecké jsou cizí myšlení lidovému a mluvě lidové, z níž jen vypůjčujeme si běžné termíny k označení abstraktních pojmů, s nimiž je nám pracovati.

3. Konečně dlužno přihlédnouti k tvrzení *Birkmeyerovu*, že učení jeho se zákonem se srovnává, v něm výrazu svého dochází, kdežto teorie subjektivní s právem platným v naprostém je rozporu.

Tvrzení své odůvodňuje *Birkmeyer* předem tím, že ustanovení zákona trestního o pračce nelze vysvětliti se stanoviska teorie subjektivní; jen teorie objektivní činí výklad zákona možným. Příslušný předpis § 227 něm. tr. z. zní: „Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von Mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe betheiligt hat, schon wegen dieser Betheiligung mit Gefängniß bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist. — Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

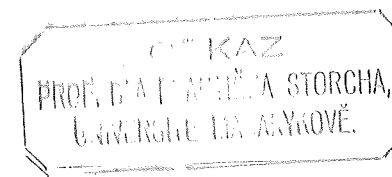
Nechci nikterak tvrditi, že toto ustanovení zákonné je kriminálně-politicky správné, jisto však je, že s našeho stanoviska teorii subjektivní nevznikají nejmenší obtíže při jeho výkladu. Stejně i *Buri* s učením svým zcela tu může vystačiti. Týž prostě prohlásí: každý, kdo způsobem zaviněným dal podmínku, přičinil celý výsledek a ručí také za celý výsledek, nikoli snad za jistou jeho část, které zde, stejně jako v jiných případech, nelze vůbec zjistiti.

Zcela jinak je tomu s učením *Birkmeyerovým*, které, jak auktor jeho uvádí, právě zde má se osvědčiti. *Birkmeyer* mohl by tu prakticky prokázati výhodnost svojí formulky a změřiti účinnost jednotlivých podmínek. Mohl by stanoviti, kolik číselně činí činnost osoby *A*, kolik osoby *B*, kolik osoby *C* atd., která z činností těch je neúčinnější, a jaká část výsledku (smrti, poškození na těle) na jednotlivé činnosti připadá. Mohl by prakticky vypočítati úlohu, čemu se rovná činnost každého z dvaceti účastníků pralice, když usmrčení v pralice rovná se dvanácti. Úloha zajisté velice vděčná, dosud však nerozřešená a jak se domnívám, neluštitelná.

Ostatně, kde je příčina smrti neb těžkého poškození na těle v našem případě? Pralice sama, jako abstraktní pojem, jí býti nemůže; usmrtiti, na těle poškoditi mohou jen jednotlivci, kteří pralice se účastní. Kde je tedy onen *Birkmeyerem* hlásaný požadavek práva trestního, dle něhož v jediné jen činnosti dlužno spatřovati příčinu zločinného výsledku?

Zbývá druhá námitka: Dnešní ustanovení zákonů trestních o účastenství lze jen tehdy vysvětliti, předpokládáme-li různou účinnost jednotlivých podmínek a označíme-li jako příčinu výsledku podmínku neúčinnější.

Chci také touto námitkou jen v hlavních bodech se zabývati, neboť k detailnímu rozboru hojná naskýtá se příležitost v pozdějším výkladu. Uvádím předem: Poznali jsme dříve, že učení *Birkmeyerovo* je celkem ojedinelé; domnívá se *Birkmeyer* skutečně, že ostatní kriminalisté ustanovení zákonná o účastenství více osob ve zločinu nedovedou vysvětliti? Nevidí *Birkmeyer* sám nedostatky svého učení, jeho naprostou nemožnost ve výkladu této partie zákonné? Nepostřehuje, že moment subjektivní, stejně jako učení *Feuerbachovo* i jeho výklad prostupuje, takže ve sku-



tečnosti teorie jeho dokazuje pravý opak toho, než co prokázati chce?

Birkmeyer zastává: pachatelem výsledku je ten, kdo k němu dal podmínku nejúčinnější, t. j. příčinu; účastníky (spolupachateli, pomocníky, návodci) jsou ti, kteří nedali příčinu, nýbrž jen podmínku výsledku. Jinými slovy: pachatelem je ten, kdo přičinil největší část výsledku, účastníkem ten, kdo menší jeho část přičinil. Neb, abychom se přidrželi známého příkladu: rovná-li se výsledek 12, je 7 činností pachatelem, 3 návodcovskou, 2 pomocnickou. Předpokládejme s *Birkmeyerem* dělitelnost výsledku, ač víme, že jde o předpoklad naprosto pochybený, a přidržme se zásady, že každý zodpovídá za to, co přičinil, neboť za to, co nepřičinil, nikdo nemůže právem zodpovídati. Tedy zodpovídá pachatel za $\frac{7}{12}$ výsledku, návodce za $\frac{3}{12}$, pomocník za $\frac{2}{12}$, nikdo z nich za celý výsledek. Neb představme si, že je tu 7 spolupachatelů, 3 návodcové, 2 pomocníci, pak zodpovídá každý z nich stejně za $\frac{1}{12}$ výsledku, žádný za celý výsledek, ačkoli zákon výslovně stanoví, že každý z nich za celý výsledek zodpovídati má. Z příkladu toho nejlépe je patrné, zda teorie *Burího* neb *Birkmeyerova* se zákonem se srovnává, zákonu odpovídá.

Ovšem *Birkmeyer* dovede si pomoci a uvádí: Je pravda, že každý dle zákona zodpovídá za celý výsledek, ne však proto, že týž přičinil, nýbrž proto, že týž zavinil, zavinění doplňuje tu přičinění. Uvádím vlastní slova *Birkmeyerova*: „Soll nun der einzelne Teilnehmer wegen des Gesamterfolges gestraft werden, obwohl er nur einen Teil desselben verursacht hat, so ist dies nicht anders denkbar, als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht.“¹⁾ Jak však máme si toto doplnění kauzality představit, když přičinění a zavinění je něčím zcela různým, neslučitelným? Přeměna taková zůstává naprostou záhadou, již marně snaží se *Birkmeyer* odstraniti výkladem, že sice zavinění nemůže nikdy nepřičiněné učiniti přičiněným, že však může zodpovědnost za nepřičiněné právě tak založiti, jako by bylo přičiněným.²⁾ Vždyť stále stejným zůstává

1) „Teilnahme“, str. 126.

2) „Teilnahme“, str. 127.

fakt, že dle *Birkmeyer* odpovídá každý účastník za to, co nepřičinil, co přičinil někdo jiný.¹⁾

Zde dlužno však přesně se rozhodnouti. Buď rozhodnou je vnější stránka činnosti jednotlivých účastníků, její menší neb větší účinnost vzhledem k výsledku, anebo stránka vnitřní. Přes výslovný odpor *Birkmeyerův*, nelze o tom pochybovati, že poslední stránka se akcentuje. Pak však ztrácí teorie *Birkmeyerova* vlastní svůj podklad, teorie objektivní stává se nezbytně teorií subjektivní.

Birkmeyer, chtěje prokázati naprostý souhlas učení svého s platným právem německým, chtěje dolíčiti, že zákon ten na objektivní teorii je zbudován, usuzuje takto: I trestní zákonník rozeznává příčinu a podmínku, přidržuje se tedy teorie objektivní.²⁾ Nejúčinnější podmínkou (příčinou) zločinného výsledku je činnost hlavní (Ausführungshandlung). Kdo ji vykoná, je pachatelem, přičiňuje výsledek. Kdo nevykoná činnost hlavní, může dáti jen podmínku výsledku, může býti jen účastníkem. Nechci blíže rozbírati tuto odvážnou, ničím neodůvodněnou aplikaci kauzálního učení *Birkmeyerova* na právo platné, naopak přijímám ji. Podotýkám jen, že jediné tímto libovolným přizpůsobením se právu platnému teorie *Birkmeyerova* vůbec možnou se stává; domnívám se však, že také v něm, bych slovy *Birkmeyerovými* mluvil, skrývá se Achillova pata teorie objektivní.

Birkmeyer uvádí:³⁾ „Demnach haben wir das Charakteristische der Beihilfe des § 49 R.-Str.-G.-B. darin zu finden: . . . der Gehülfe hat keinen Teil an der Ausführungshandlung, er unterstützt vielmehr nur, er ermöglicht oder befördert die Ausführung des Täters resp. der Mittäter; . . . der Gehülfe unterscheidet sich vom Täter, resp. Mitthäter darin, daß er an der Tatbestandshandlung selbst . . . nicht beteiligt ist, sondern nur außerhalb des Tatbestandes liegende, wenn auch dessen Herstellung mittelbar dienende Handlungen vornimmt.“

1) Že *Birkmeyer* se tu pohybuje na velice nejisté půdě, o tom svědčí stálý rozpor v jeho výkladech. Jednou přičiňuje účastník část výsledku, podruhé ne, nýbrž celý výsledek přičiňuje jediné pachatel, a pomocník jen přičiněním to podporuje. Srov. vývody *Bauerovy*, cit. str. 44 a 45.

2) „Teilnahme“ str. 79—81.

3) „Teilnahme“, str. 112 a 113.

Ze slov těchto je patrné, že vlastní učení *Birkmeyerovo* zcela ustupuje do pozadí, že na místo jeho nastupuje učení čistě formální (teorie typová, teorie skutkové podstaty), kteréžto učení, jak poznáme, v konečných důsledcích svých přechází v teorii subjektivní. Představme si jen opět, že nastal kriminálně relevantní omyl. Ten, kdo jinému přenechal, aby výsledek přičinil (t. j. aby dal nejúčinnější podmínku výsledku), sám omylem přičinil výsledek (dal sám nejúčinnější podmínku výsledku — vykonal činnost hlavní). Je tž pachatelem? Odpovídám slovy *Birkmeyerovými*:¹⁾ „Glaubte und beabsichtigte Jemand als Teilnehmer eine Bedingung des Erfolges zu setzen, während er in Wahrheit den Erfolg verursacht hat ... so ... steht nichts im Wege, ihn immer noch als Gehülfen zu strafen.“

Poznáváme, že nerozhoduje tu více objektivní stránka činnosti, neboť i ten, kdo výsledek přičinil, nejúčinnější jeho podmínku dal, tedy hlavní činnost vykonal, je pomocníkem, jednal-li s úmyslem pomocnickým. Přiznání to je zajisté nejlepším dokladem správnosti teorie subjektivní. Na faktu tom nemůže ničeho měniti ani opatrnické klausulování, jímž *Birkmeyer* doznání svoje provází.

Otevřeně doznává *Birkmeyer* správnost teorie subjektivní v případě, že někdo chtěje jen pomáhati, ve skutečnosti navádí: „Glaubte und beabsichtigte Jemand intellektuelle Beihülfe zu leisten, während er in Wahrheit anstiftete, so entscheiden wir mit v. Buri dahin, daß nur wegen Beihülfe zu strafen sei.“²⁾

Zastává-li *Birkmeyer* pravý opak v tom případě, když někdo animo auctoris vykoná omylem jen činnost pomocnickou, tvrdí-li, že nejde o pachatelství, nýbrž že činnost taková je beztrestnou,³⁾ tu nelze proti tomu ničeho namítati, než to, že setkáváme se tu s nesprávnou obranou nesprávného učení. Když někdo (*A*), chtěje vražditi, oběť svoji k zemi srazí, na prsa jí klekne, smyčku provazu kolem krku jí dá, a ten, kdo při vraždě jen pomáhati chtěl, náhodou smyčku sám zatáhne a tím oběť usmrtí, tu nelze přece tvrditi, že *A* je beztrestný, že není pachatelem.

¹⁾ „Teilnahme“, str. 132 a 133.

²⁾ „Teilnahme“, str. 133.

³⁾ „Teilnahme“, str. 132.

Birkmeyer dospívá k úsudku svému takto: pachatelem *A* býti nemůže, poněvadž nevykonal činnost hlavní; rovněž nemůže býti pomocníkem, poněvadž neměl potřebného úmyslu pomocnického; je tedy, nejde-li o delictum sui generis, beztrestný. Argumentace tato je správná, pokud se usuzuje, že úmysl pachatelský a úmysl pomocnický jsou podstatně různé, navzájem se vylučující, takže úmysl pomocnický nelze nahraditi pachatelským. Je pravda, že ten, kdo s úmyslem pachatelským jedná, nemůže býti pomocníkem. Chyba, již se *Birkmeyer* dopouští, je v tom, že bezpodmienečně zastává, že pachatel musí vykonati činnost hlavní, na př. při vraždě, že musí vražditi. Požadavek tento je naprosto pochybený a vede k nesprávným důsledkům jak teorii objektivní, tak i teorii typovou. Jediné uspokojující východisko, jak správně tuší *Beling*, skýtá tu opět teorie subjektivní.

Na tolik omezují rozbor svůj objektivní teorie *Birkmeyerovy*; vím, že není úplný, podotknul jsem však hned z počátku, že toliko k hlavním bodům přihlédnouti chci. Jíti v detaily, nemělo by významu, popírá-li se správnost samého základu. *Birkmeyer* v rektorátní svojí přednášce o vztahu příčinném dovolává se proti *Burimu Iheringa*: „Doktrinární formulace a abstrakce, jež vedou k protismyslým resultátům, samy se odsuzují, neboť musilo při nich v něčem se pochybiti.“ Nebylo by lze větším právem slova tato *Birkmeyerovi* připomenouti?¹⁾

¹⁾ Na místě tomto zmiňuji se ještě o zvláštní objektivní teorii *Lammenschovè* („Grundriß“, 3. vyd., str. 38): „Von der Mittäterschaft unterscheidet sich die Beihülfe nicht etwa dadurch, daß der Gehilfe in fremdem, der Mittäter in eigenem Interesse handelt (subjektive Theorie), sondern dadurch, daß der Gehilfe nur eine Bedingung für die Tat des Täters, der Mittäter hingegen eine selbstständige, zur Tat des Mittäters hinzukommende Bedingung für den Eintritt des Erfolges herstellt. Daher ist derjenige, der leuchtet, damit der andere seinen Streich führen könne, der Wache steht, damit der andere einsteigen könne, der den anderen in Höhe hebt, damit er werfen könne, Gehilfe. Mittäter hingegen ist, wer dem zu Ermordenden die Arme hält, damit der andere in der Lage sei, ihn gerade an einer besonders gefährlichen Körperstelle zu treffen, oder derjenige, der gerade in dem Augenblicke, wo der andere die zu stehlende Sache ergreift, die Aufmerksamkeit des zu Bestehenden ablenkt, kurz derjenige, der dafür sorgt, daß die Tat des anderen von Erfolg begleitet sei.“

Dle toho je rozdíl mezi pomocnictvím a pachatelstvím (spolupachatelstvím) v tom, že pomocník dává podmínku k činnosti pachatelově,

Teorie typová (teorie skutkové podstaty).

Snad někoho překvapí, že jsem se rozhodl vedle teorie subjektivní a objektivní postavit kategorii třetí — teorii skutkové podstaty, teorii typovou (Typentheorie). Označuji tak učení *Belingova* o účastenství, jak vyloženo je v šestém oddílu pozoruhodné jeho práce „Die Lehre vom Verbrechen“ (1906 — str. 390 až 472). Jsem si toho vědom, že učení *Belingova* neotvírá v naší otázce zasvěcenému nových obzorů, že jde tu jen o pokus správné formulace starších myšlenek.¹⁾ Není mne též tajno, že teorie

spolupachatel naproti tomu dává samostatnou, k výsledku spolupůsobící podmínku. Zajisté těžko je si představit větší zneuznání zákona kausalitního. Podmínka podmínky je přece podmínkou výsledku, samostatná podmínka podmínky samostatnou podmínkou výsledku, a každá podmínka je podmínkou k výsledku spolupůsobící; z toho důsledek: poněvadž jak činnost pomocníková, tak i spolupachatelova jsou podmínkou k výsledku spolupůsobící, není mezi nimi po stránce kausální rozdíl. Tomuto správnému důsledku zdají se nasvědčovat též příklady *Lammaschem* uvedené. V čem také je podstatný kausální rozdíl mezi činností toho, kdo svítí, aby vrah ránu dobře vésti mohl, a činností toho, kdo oběti ruce drží, aby vrah dobře ránu zasadil? Proč z ohledu na stránku kausální první má být jen pomocníkem, druhý již pachatelem (spolupachatelem)? V čem je kausální rozdíl mezi činností toho, kdo hlídá zloděje, aby nebyl přepaden, a činností toho, kdo hlídá se okrádaným se baví, aby pozornost jeho od krádeže odvrátil? Proč pomocník nesmí při krádeži pozornost okrádaného od pachatele odvracet? Právem zajisté podotýká tu *Storch*, Sborník věd práv. a stát., roč. I., str. 43, že příklady tyto „nejsou s to, aby názoru tomuto (*Lammaschovu*) zjednaly uznání.“ Podobně i *Hoegel*, „Geschichte des oest. Strafrechtes“, I. díl, str. 198: „Wenn *Lammasch* sagt, daß die vom Anstifter und Gehilfen geschaffenen Bedingungen des Erfolges zunächst und unmittelbar nur Bedingungen für die Tat des Täters sind, so ist dies vollkommen richtig, es trifft aber auch für jenen Mittäter zu, dessen Tätigkeit keine der des Haupttäters gleichwertige ist, und für alle Mittäter, deren Tätigkeit sich gegenseitig ergänzt.“

¹⁾ Mezi význačnými předchůdci *Belingovými* uvésti je *Kocha* („Institutiones iuris criminalis“ — 1758. Srov. *Heimberger*, cit. str. 217 a násl.). — *Koch* charakterisuje rozdíl mezi jednotlivými účastníky takto: Auctor delicti dicitur is, qui ipse illud, per quod delictum tale est, perpetravit (der Urheber ist der, welcher selbst die Handlung begeht, durch die das Verbrechen ein solches ist). Coautores delicti jsou „plures, qui ipsi illud, per quod delictum tale est, perpetrarunt.“ Účastníkem (socius t. j. každý mimo pachatele) je ten „qui ad delictum alterius libere concurrat, id tamen non

Belingova není v podstatě své než důmyslnou kombinací teorie objektivní a subjektivní, v níž element subjektivní na konec vítězí, leč *Beling* sám má svoje učení za samostatné, praví o něm: „Mezi pachatelstvím a akcesorním účastenstvím je předchozí formulí hranice tak stanovena, že známý školský spor mezi teorií objektivní a subjektivní lze nechati stranou. Zřejmě se ukazuje, že rozdíl ten není jen psychický, nýbrž i objektivní, že však objektivní dělení nelze hledati v silnější neb slabší kausalitě. I zde ukázalo se přesné zachycení pojmu skutkové podstaty velice blahodárným.“

V tomto „přesném zachycení pojmu skutkové podstaty“ je také hlavní význam učení *Belingova*, jím onen „mlhavý a stále sporný“ pojem činnosti hlavní (Tatbestandshandlung) ztrácí namnoze dnešní svoji neurčitost a stává se pojmem vědecky upotřebitelným. Fakt tento je také důvodem, proč o učení *Belingově* šíře pojednávám, ačkoli vzhledem k předchozímu bylo by lze jen stručně o něm se zmíniti.

Podstata učení *Belingova* je tato: Zločin je činem, který odpovídá jisté skutkové podstatě, právu se přičítí, je zaviněný, jisté naň se hodící pohrůžce trestní může být podřaděn a zadost činí podmínkám pohrůžky trestní. (Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung — str. 7.) Skutková podstata, t. j. souhrn znaků, které udávají, o jaký zločin typicky jde (str. 3), jest jen jedním z více podstatných momentů pojmu činu trestného, za to však je momentem velice důležitým (str. 1). Zločinem není každý čin, nýbrž jen ten, který odpovídá jisté přesně formulované skutkové podstatě pozitivního práva, jistému t y p u, jisté š a b l o n ě. Typičnost, shoda s jistou skutkovou podstatou v zákoně stanovenou, je stálým pojmovým znakem — conditio sine qua non — zločinu (str. 22 a 23). Skutková podstata je obrysem typu zločinného (str. 110), ona tvoří střed (jádro) pojmu zločinu.

perpetrando, per quod delictum tale est“; t. j. účastníky jsou všichni, kteří sice v deliktu se súčastnili, aniž by však vykonali to, co činí čin zločinem — neb jak dnes se praví, „ohne Tatbestandshandlungen zu begehen“.

Proti teorii skutkové podstaty srov. *Kohler*, „Studien aus dem Strafrecht“, díl I., str. 92 a násl.

Typ zločinný lze tedy zjistiti jediné ze všech známek té které skutkové podstaty (str. 245). Vše, co ke známkám těchto patří, tvoří podstatnou část typu (na př. smrtelný výsledek ve skutkových podstatách vztahujících se k usmrcení) — co je mimo ně (na př. jednotlivé způsoby usmrcení, cena věci při krádeži) nepatří i k typu.

„A přece patří jisté mimo vlastní skutkovou podstatu jsoucí momenty do té míry ke skutkové podstatě, že musí k ní býti připojeny, poněvadž jí ovládnány jsou. Spadají, abych řekl, ještě ve sféru zájmovou skutkové podstaty a tvoří s ní tak jediný celek“ (str. 246). Jednou částí těchto zjevů je dnešní činnost *p r i p r a v n á* (*Vorbereitungshandlung*), druhou činnost *n á s l e d n á* (*Nachhandlung*),¹⁾ třetí vedlejší činnost současná, činnost *p o s t r a n n í* (*Nebenhandlung, Seitenhandlung*, str. 423).²⁾ Všecky tyto činnosti o sobě postrádají typičnosti a jsou proto o sobě beztrestny, nemají trestního významu, nepojí-li se k jádru skutkové podstaty (str. 246 až 249).

Tím získáváme jasnost v tom, co rozuměti je činností hlavní (*Ausführungshandlung*). Činnost hlavní je uskutečnění jádra skutkové podstaty a contrario činnosti přípravné, následné a vedlejší (postranní), kteréžto jsou jaksi jen pouhým příslušenstvím činnosti hlavní. Rozdíl mezi nimi není v kausalitě, v tom, že by snad činnost hlavní byla příčinou, ostatní činnosti pak podmínkami výsledku deliktů materiálních, neboť všecky jsou příčinami. („Die herrschende Kausalitätslehre, die jede *conditio sine qua non* jeder anderen an kausaler Bedeutung gleichsetzt, scheint mir bisher nicht widerlegt zu sein.“) Rozdíl jest jen formální a spočívá v rozsahu skutkové podstaty, tedy v tom, zda ta která činnost patří k jádru, neb vnějšímu pásmu jejímu (str. 250).

Dle čeho však poznáme, zda jistá činnost patří k jádru, neb jen k vnějšímu pásmu skutkové podstaty, zda na př. mísení jedu, držení člověka, strážcování při vraždě jest jádrem neb jen vnějším pásmem krádeže? Zde jediná jest odpověď. Hlavní činností (jádem skutkové podstaty) je ta činnost, o níž beze všeho lze říci, že o sobě, bez další zaviněné činnosti, skutkovou podstatu vyplňuje, že jest usmrcováním, zapalováním a pod. Naproti tomu patří do vnějšího pásma ta činnost, která nezbytně potřebuje

¹⁾ Na př. prodej ukradených věcí.

²⁾ Na př. někdo drží vražděného.

zaviněné činnosti doplňující (činnosti komplementární), aby nabyla zabarvení jisté skutkové podstaty (str. 250 a 251).

O žádné činnosti nelze však in abstracto říci, že potřebuje zaviněné činnosti komplementární, neboť může in concreto býti doplněna činností nezaviněnou neb silami přírodními. Lze tedy vždy jen ex post rozhodnouti, zda jistá činnost jest jádrem neb jen vnější sférou skutkové podstaty. Tak může „o sobě“ doplnění potřebná činnost býti in concreto jak činností hlavní, tak činností pásma vnějšího, a již z toho plyne, že mezi jednotlivými činnostmi není kausálního rozdílu (str. 252).

Tohoto svého učení o pojmu, významu a rozsahu skutkové podstaty užívá *Beling* obratně k výkladu společnosti více osob v činu trestném.

Proč trestáme více osob jako účastníky v jisté rozhodné události (v jistém deliktu), proč neposuzujeme činnost každého účastníka zcela izolovaně, jako osamocený delikt? Zajisté jen proto, že událost sama, ačkoli více osobami vyvolána, jest jediným celkem, takže jednotlivé činnosti jsou jen pouhými elementy jednoho a téhož nedílného celku. Jen tehdy, když činnosti více osob tvoří jednotný celek v ten způsob, že jednotlivcem byvše spáchány, jediný zločin by tvořily, lze mluvit o účastenství. „Učení o účastenství je užitým učením o jednotném činu, účastenství je rozložená jeho jednotnost.“ Proto jest účastenství možné vždy jen vzhledem k identickému typu zločinnému. Vztah činností více osob k téže skutkové podstatě je základem účastenství; další jeho podmínkou je konkrétní spojitost v uskutečnění téže skutkové podstaty (konkrete Handlungenzusammengehörigkeit, Tatbestandsverwirklichungseinheit).

Účastenství předpokládá tak na prvním místě jistý společným identický typ zločinný jako svůj rámec. Nelze zajisté mluvit o účastenství, když *A* a *B* bratrsky spojeni jednájí dle přesně smlouveného plánu, dle něhož *A* zle nakládá s osobou *X*, a *B* zapálí dům osoby *Y*, neboť účastenství nezbytně předpokládá činnosti, jež konvergují k témuž typu, k téže skutkové podstatě.

„Je tedy charakteristikum účastenství snaha všem súčasnným společná uskutečniti též typus zločinný. Zde pak k platnosti přichází příslušnost činnosti k užší neb širší skutkové podstatě (engere oder weitere Tatbestandlichkeit).

a) Společné provedení (Ausführung) = výkon činnosti patřící k jádru skutkové podstaty je spolupachatelství.

b) Výkon činnosti přípravné neb vedlejší vzhledem k cizí činnosti hlavní je pomocnictvím; neboť držení oběti při usmrcování, strážcování při odcizování není přece usmrcování ani odcizování, je to jen doprovázející spolupříčiňování (begleitende Mitursachensetzung). Pojem spolupachatelství žádá společné provedení = účast v užší skutkové podstatě“ (str. 396 a 397).

„Zvláštního místa nemá v účastenství pojem návodu. Také návod patří dle své podstaty do sféry předchozí (Auch die Anstiftung stellt sich ihrem Wesen nach als Vorschuld dar.). Neboť týž není nikterak uskutečňováním skutkové podstaty, nýbrž očekává teprve zaviněné uskutečnění její od navedeného a spadá proto v pásmo předchozí. Vyvolání vražedného rozhodnutí a pod. v osobě druhé není přece počátkem usmrcování“ (str. 397).

Rozdíl mezi pachatelstvím (spolupachatelstvím) a akcesorním účastenstvím (návodem a pomocí) je dle uvedeného dán jediné příslušností té které činnosti k užší neb širší skutkové podstatě (k jádru neb vnějšímu pásmu skutkové podstaty). *Beling* však ihned podotýká: „Nur kommt die subjektive Theorie insofern zu ihrem Rechte, als natürlich Tätervorsatz und auf akzessorische Teilnahme gerichteter Vorsatz inhaltlich verschieden sind: der eine richtet sich auf „Ausführung“ = Tatbestandsverwirklichung (animus auctoris), der andere auf eine bloße Vorbereitungs- oder Nebenhandlung (animus socii). Dies ist wichtig für die Fälle, in denen jemand mit animus socii eine Ausführungshandlung oder mit animus auctoris eine Vorbereitungs- oder Nebenhandlung begangen hat. Im ersteren Falle keine Bestrafung als Täter wegen Fehlens des Tätervorsatzes, auch nicht Bestrafung als Teilnehmer wegen Fehlens der Haupttat. Im zweiten Falle keine Bestrafung als Täter wegen Fehlens der Ausführungshandlung, wohl aber Bestrafung als Teilnehmer (plus-minus-Verhältnis)“ (str. 398).

Toto doznání ukazuje k tomu, že učení *Belingovo* má být jakýmsi kompromisem mezi teorií subjektivní a objektivní, že však ve skutečnosti element subjektivní zcela vítězí. Právem uvádí také *Liszt*¹⁾

¹⁾ „Lehrbuch“, 16. a 17. vyd., str. 221, pozn. 9.

Belinga mezi zastanci teorie subjektivní. Na tomto názoru nemohou ničeho měniti ani chybné závěry *Belingovy*.

První závěr, že ten, kdo animo socii vykoná činnost hlavní, není ani pachatelem ani pomocníkem, je patrně nesprávný, a lze ho vysvětliti jediné pochybeným výkladem práva platného. De lege ferenda, kde dle *Belinga* k existenci trestné pomoci stačí již představa činnosti hlavní (str. 467), nelze o tom pochybovati, že dány jsou tu veškeré podmínky trestné pomoci: úmysl pomocnický i trestně relevantní činnost, jež k výsledku je ve vztahu příčinném. Více nelze zajisté i dle *Belinga* žádati. Domnívá-li se týž (ovšem chybně), že ve vnitřní stránce činnosti zločinné stačí poměr plus-minus, tak musí přece též uznati, že poměr ten musí i stačiti pro stránku vnější; jinak dospělo by se také k důsledkům, jež přiči se i těm nejprimitivnějším požadavkům skutečné spravedlnosti. Má snad v našem případě¹⁾ ten (A), kdo v úmyslu pomocnickém, aby vraždu jinému (B) usnadnil, obět vraždy (C) zaviněnou svojí činností usmrtí, býti beztrestným? Neb má snad nanejvýše býti trestán pro kulposní usmrcení, tedy trestem nezasloužené mírným, poněvadž s úmyslem pomocnickým vykonal vše, co stačí k trestné pomoci, vedle toho však z neopatrnosti (neb náhodou) přičinil ještě jisté plus? Nebyla by citovaná slova *Iheringova* také zde na svém místě?

Stejně je tomu, pokud se týče druhého názoru *Belingova*, že ten, kdo animo auctoris vykoná činnost pomocnickou, je pomocníkem.²⁾ *Beling* chybuje tu v tom, že představuje si úmysl pachatelský jako jisté plus oproti úmyslu pomocnickému. Bych v číslech se vyjádřil, první rovná se na př. 4, druhý 3, tak že ve čtyřech tři jsou vždycky obsaženy. Úmysl pachatelský involvuje dle *Belinga* vždy úmysl pomocnický. *Beling* pracuje tu však s nesprávnou hypotesou, přehlíží, že úmysl pachatelský a úmysl pomocnický jsou podstatně rozdílny, že nelze jeden druhým zaměňovati. Skutečnost tato neunikla, jak jsme poznali, pozornosti *Birkmeyerově*; *Birkmeyer* výslovně prohlašuje, že ten, komu se nedostává úmyslu účastenského, nemůže nikdy býti účastníkem. *Beling* také zcela přehlíží, že názor jím zastávaný vede nezbytně

¹⁾ Srov. str. 77.

²⁾ Srov. příklad na str. 96.

k důsledku zcela se přičícímu vlastnímu jeho učení o podstatě účastenství v právu trestním; přehlíží, že zastává pomocnictví tam, kde není pachatele, že tedy je možna pomoc, ačkoli tu není ani představy cizí činnosti hlavní.¹⁾ Jak také bylo by lze toho, kdo zřejmě v úmyslu vražedném jednal, stíhati a trestati jako pomocníka; bylo by lze tak učiniti, nehledíc ani k předpisům zákonným, již se stanoviska čisté logiky? Zde správná zůstanou slova *Birkmeyerova*: není-li tu možné pachatelství, nelze ani pomoc neb návod konstruovati.

Odmítneme-li však pomocnictví, nezbyvá než přijmouti dolosní pachatelství, neboť s kulposním pachatelstvím nelze vystačiti. Bylo by zajisté krajní nespravedlností zacházeti stejně s tím, kdo jedná s úmyslem vražedným činností svojí dal příčinu (podmínku) k smrti člověka, jako s tím, kdo proti své vůli, k veliké svojí bolesti, pouhým jen nedopatřením, jehož však vyvarovati je měl, smrt přitele svého přičinil. Dovedl by prostý rozum chápati takový důsledek? Nelze ostatně přehlížeti, že fikce *Belingova*: úmysl pachatelský involvuje úmysl pomocnický, je zcela libovolná, zákonem nikterak neodůvodněna, a že ani *Beling* nejmenšího důvodu pro ni neuvádí.

Chyba *Belingova* je v tom, že rozdíl mezi činností hlavní a vedlejší přiznává větší význam, než mu přísluší. *Beling* přehlíží, že význam rozdílů toho není v ničem jiném, než v tom, aby umožnil rozeznávání mezi úmyslem pachatelským, pomocnickým a návodcovským. Tím však je význam rozdílů toho vyčerpán; kritérium mezi pachatelem, pomocníkem a návodcem jest jen úmysl pachatelský, pomocnický a návodcovský, nikoli povaha vykonané činnosti. Na věci té nemůže ani jinak duchaplná konstrukce učení o účastenství ničeho měniti.

Tím však, jak se domnívám, je dostatečně prokázáno, co dříve jsem uvedl:

- a) teorie typová je v podstatě své teorií subjektivní,
- b) teorie objektivní, aplikovaná na právo platné, stává se teorií typovou a tím teorií subjektivní.

STUDIE ČTVRTÁ.

¹⁾ Srov. *Beling*, cit. str. 467 a násl.; srv. též výklad můj na stránce 116.

Akcesorní povaha účastenství.

Úvod. — Pojem a rozsah akcesorní povahy. — Právo německé. —
Právo rakouské.

Úvod.

Téměř všeobecně se dnes zastává, že účastenství je povahy akcesorní. Ano, lze jistou měrou dáti za pravdu *Bauerovi*¹⁾, že akcesorní povaha účastenství byla až do novější doby pokládána za něco zcela samozřejmého, nepotřebujícího žádných důkazů. Teprve novější dobou vznikají pochybnosti, a v literatuře vyskytují se ojedinělé názory, jež popírají oprávněnost panujícího učení a zastávají samostatnou povahu účastenství; a to nejen *de lege ferenda*, nýbrž namnoze i *de lege lata*. Tak stává se otázka akcesorní povahy účastenství jednou z nejspornějších v právu trestním.

Máme-li v této, dnes v pravdě spleťtí otázce k uspokojivému dospěti úsudku, je správná její specialisace nezbytnou. Předem pak je třeba ujasniti si pojem akcesorní povahy a rozsah jeho, nemáme-li se vydati nebezpečí naprostého neporozumění. *Höpfner* správně podotýká:²⁾ „Užívají-li dva spisovatelé týchž slov v různém smyslu, vzniká vždy nebezpečí, že z různého způsobu vyjádření bude usuzováno na různost jejich názorů.“ Jde tedy o to, by předem se zjistilo, co právem rozuměti jest akcesorní povahou;

1) „Die akzessorische Natur der Teilnahme“, str. 1.

2) „Bemerkungen zur *Belings* Lehre von der Teilnahme.“ Z. f. d. g. Str.-R.-W.-XXVII., str. 466.

dále o to, v jakém rozsahu akcesorní povaha účastenství se zastává. Obě tyto otázky, jak poznáme, jsou naprosto sporny.

Dále nutno míti na zřeteli ten moment, že boj o akcesorní povahu účastenství většinou se nevede in abstracto, t. j. zda již z přirozené podstaty účastenství jeho akcesorní povaha nezbytně vyplývá. Tato principiální otázka zůstává celkem nepovšimnuta, neb jen mimochodem zmínka o ní se děje. Boj vede se na půdě práva platného; z jednotlivých slov ustanovení zákonných, z bezvýznamných často obrátů, jichž zákonodárce užívá, vyvozují se namnoze důležité důsledky. Nezbyvá tedy, než spornou otázku luštití nejen in abstracto, nýbrž i se stanoviska práva platného, neboť jen tak lze snad odpůrce přesvědčiti, neb jak *Höpflner* praví, „dobře uchopiti“.

Konečně třeba si uvědomiti, že jde jen o principiální rozhodnutí otázky, zda je neb není účastenství povahy akcesorní. Zodpovězení otázek detailních je prozatím nechati stranou. Omezení takové dlužno si uložit, nemá-li se rozbor o sobě složité otázky státi rozvleklým a nejasným. K otázkám detailním lze přihlídnouti jen potud, pokud správné zachycení otázky hlavní nezbytně toho vyžaduje. Z důvodu toho pojednám nyní o akcesorní povaze účastenství jen se stanoviska všeobecného, ponechávaje době pozdější detailní výklad o důsledcích z ní plynoucích.

Pojem a rozsah akcesorní povahy.

Co rozuměti jest akcesorní povahou účastenství? Studium historické přispívá jen nepatrnou měrou k řešení této otázky. Ano výsledek jeho zdá se na první pohled téměř negativní, neboť seznáme, že již v dobách, v nichž pojem akcesorní povahy vyskytovati se počíná, postrádá týž jakékoli určitosti. Kdežto právu římskému akcesorní povaha účastenství v podstatě své byla neznáma — žaloby proti jednotlivým účastníkům šly cestou zcela samostatnou¹⁾ — setkáváme se již u italských praktiků s dnešním učením o akcesorní povaze účastenství v plném

¹⁾ Srov. *Mommsen* „Römisches Strafrecht“, str. 100 a 101. — Jinak *Birkmeyer* „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“ („Darstellung“). Všeobecný díl sv. II., str. 11. — Srov. též *Bar* „Gesetz und Schuld im Strafrecht.“ Díl II., str. 581.

jeho rozsahu, a lze právem říci, že již tehdy učení to bylo právě tak sporné, jako dnes. Stanovisko italských praktiků k naší otázce je vůbec pro dnešní její stav tak poučné, že alespoň v hlavních rysech chci je znázorniti, přidržuje se v citacích většinou záslužné práce *Heimbergrov*: „Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach.“¹⁾

U *Balda* (Consil. 52. n. 1. fol. 13) čteme: „et mandans dicitur accessorius et haec est differentia inter facientem et mandantem, quod facientis delictum per se stat, sed mandantis delictum non stat per se.“ Podobně *Bossius* (Tractatus varii, tit. de mandato ad homic. n. 2.): „Mandans, quem proxime dixi delicti principem, dicitur accessorius et sanguinem fundens dicitur principalis et ideo faciens per se subsistit, sed mandans non.“ Srov. též *Farinacius* (Opera criminalia, pars V. tit. 15. qu. 135. n. 5.²⁾

Jest jisto, že zde jasně jest vyslovena samostatnost činnosti hlavní (výkonné) a nesamostatnost činnosti návodcovy, jejíž zločinná povaha je závislá na činnosti pachatelově. Rovněž souhlasím s *Baurem*³⁾, že nelze o tom pochybovati, že označení „accessorius“ pro návodce přijato bylo — jak u italských praktiků častěji se přihází — z práva civilního, majíc vyjádřiti poměru mezi věcí hlavní a příslušenstvím analogickou závislost návodu na činnosti hlavní (pachatelské). Pochybno však jest, jaký význam italští praktikové připisovali tomuto vztahu mezi návodem a činností hlavní. Zda jen ten, že, má-li někdo pro návod býti odsouzen, je nezbytno dříve zjistiti delikt, k němuž bylo naváděno; neb zda i onen, že návod trestně relevantní nutně vyžaduje, by došlo skutečně k činnosti, k níž bylo naváděno; neb zda dokonce slovo accessorius nemá znamenati, že návod vůbec není zločinným, pokud naváděný sám zločinu se nedopustil, takže teprve zločinná činnost navedeného činí návod zločinným. Jednotrě odpovědi na tyto principiální otázky u italských praktiků, stejně jako v moderní literatuře, marně hledáme.

¹⁾ Srov. též cit. práci *Baurovu*.

²⁾ *Heimberger*, cit. str. 36.

³⁾ Cit. str. 3.

Všeobecně se sice uznává, že nelze návodce (nebo pomocníka) dříve odsouditi, pokud nebyl zjištěn hlavní pachatel a čin jeho. Tak *Hippolitus de Marsiliis*, *Bossius*, *Salicetus*, *Carerius*, *Clarus*, *Decian*, *Menochius*, *Farinacius*.¹⁾ Jaké však jsou praktické důsledky tohoto názoru? Má význam jediné procesuální, nebo též materiálně právní, v případě kladném jaký?

Pro první názor bylo by lze uvést mínění *Decianovo*: „...et indistincte teneo, quod ex regula generali res inter alios acta tertio non praeiudicat“ (Tractatus criminalis. IX. cap. 33. n. 7), kteréhožto názoru jest i *Baldus*²⁾. Jiní však s tímto názorem nesouhlasí a zastávají, že osvobození resp. odsouzení přímého pachatele má rozhodné následky i pro návodce. Leč názory se zde rozcházejí. Pokud jde o osvobození přímého pachatele učí *Bartholus* (Commentaria in secundam digesti novi partem, ad l. Jul. de adult. lex adult. § si eo tempore n. 2. fol. 190.) *Dyna* se dovolává: „Aut absolvitur malefactor ideo, quia pronunciat delictum non fuisse commissum, aut absolvitur, quia pronunciat ipsum non fuisse in culpa“. Jako příklad druhého případu se uvádí: „Licet furiosus absolvatur, nihilominus mandator tenetur“³⁾ Stejně učí *Albertus Gandinus* (Tractatus de maleficiis, rub. de homicidiis et eorum poenis, n. 10. fol. 56) a *Menochius* (De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis, lib. II. c. 151. n. 14).⁴⁾

Výroky jejich osvětlují jistou měrou názor italských praktiků o povaze vztahu mezi činností hlavní a návodem (pomocí). Návodce je trestný, i když přímý pachatel je nejen beztrestný, ale i nevinný. Vyhledává se tedy k trestnosti návodce jen, aby došlo k činnosti hlavní, která nemusí však býti činem zaviněným a trestným. Teprve tento výklad umožňuje správné pojetí svrchu uvedených výroků: „facientis delictum per se stat, sed mandantis delictum non stat per se,“ — — — „ideo faciens per se subsistit, sed mandans non“. V nich nezastává se akcesorní povaha účastenství ve smyslu učení dnes panujícího, jak ono později vyloženo bude, nýbrž obhájuje se jen názor, že návodce jen tehdy je trestný, když byl úspěšný, když došlo k činnosti, k níž bylo naváděno.

¹⁾ *Heimberger*, cit. str. 35 a 36, *Bauer*, cit. str. 6.

²⁾ *Bauer*, cit. str. 6.

³⁾ *Heimberger*, cit. str. 41 a násl.

⁴⁾ *Heimberger*, cit. str. 42.

Tak setkáváme se již u italských praktiků s učením i v moderní literatuře práva trestního se vyskytující, že nelze sice samostatně trestati pokus návodce (návod nezdařený), že však trestný je návod, i když činnost hlavního pachatele není zločinnou.

Ano, řekl bych, moderní tento směr jde u italských praktiků ještě dále a znamená na konec úplné opuštění vůdčí zásady, že návod nemá samostatné existence. Setkáváme se totiž i s tím učením, že tresce se též návod nedokonaný (nezdařený), v kterémžto případě dle jedné nastupuje poena ordinaria, dle druhé poena extraordinaria. Srov. *Decianus* (Tractatus criminalis, lib. IX., cap. 32. n. 11.): *Decima sit conclusio, quod aliquando mandatum separatim sine ipso effectu consideratur et punitur a lege... ubi mandans committi assassinium punitur etiam si non sit secutus effectus eadem poena qua puniretur si sit secutus effectus et hoc in casu quando mandatum solum pro perfecto delicto habetur.* Srov. též *Baldus*, ad l. 5. C. de accus. 9. 2.)¹⁾

Lze tedy jako panující u italských praktiků označiti tento názor: Mezi činnostmi navedeného a návodcovou je těsný vztah, plynoucí již z přirozené povahy návodce; vztah ten nejde však tak daleko, aby vina a trestnost návodce byla podmíněna vinou a trestností navedeného (pachatele). Přes relativní jeho povahu zachovává se návodce v právu trestním nezbytná samostatnost.

Ovšem třeba přiznati, že někteří z italských praktiků zastávají učení odchylné. Tak *Conradius* a *Angelus Aretinus*. První dle citace *Farinaciovoy* (Opera criminalia, pars V. qu. 131 n. 62) učí: „...consulens nullo modo potest condemnari, quando principalis fuit absolutus“. S ním pak souhlasí *Angelus Aretinus* (srov. *Decianus*, Tractatus criminalis, liber IX. cap. 33 n. 7): „reperio tamen *Angelum* tenentem indistincte, quod sententia lata contra principalem noceat et fideiussori et mandanti.“²⁾

Oba spisovatelé zastávají tedy nejtěsnější vztah mezi činností přímého pachatele a návodce, osud prvního sdílí i druhý:

¹⁾ *Bauer*, cit. str. 5.

²⁾ *Bauer*, cit. str. 6 a 7.

osvobození navedeného prospívá i návodci, odsouzení navedeného má míti v zápětí i odsouzení návodce. Zde jasně vystupuje do popředí zásada zastávaná *Bartolem* (cit. de injuriis et famosis libellis, lex non solum § si mandato meo n. 9 a 10 fol. 155) a *Farinaciem* (cit. lib. I. tit. 1. qu. 7 n. 48, dále pars V. tit. 15 qu. 135 n. 8)¹⁾: „obligatio, qua mandans tenetur, non ex mandato, sed ex delicto oritur“, se všemi svými důsledky.²⁾

Tomuto posléz uvedenému blíží se velice dnes panující učení o akcesorní povaze účastenství, jehož nejdůležitějším reprezentantem je *Birkmeyer*. Týž zastává: Činnost účastenská, o sobě pozorovaná, není vůbec činností trestnou (to platí jak de lege lata, tak i de lege ferenda). „Naopak, činnosti účastenské stávají se činnostmi trestnými teprve tehdy, když přidruží se k jiné samostatně trestné činnosti, jako účastenství v činnosti té. Ony nejsou samostatně trestny, nýbrž stávají se trestnými teprve z cizího zločinu (aus dem Verbrechen eines Anderen), jehož účastníci se účastnili. Ony vypůjčují si svoji trestnost vždy z nějakého cizího zločinného konání. (Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten). Kde není pachatelství, tam není také žádného trestného účastenství. Toto je rozuměti akcesorní povahou účastenství“³⁾

Přiznávám se upřímně, že toho, co *Birkmeyer*, a dle něho panující učení, rozumí akcesorní povahou účastenství, dobře nechápu. Útěchou mi je, že nejsem sám, že pozvolna hlásí se i jiní, kteří také nedovedou pochopiti. Jisto však je, že ten, kdo ex professo zastává pojem tak sporný, jako je akcesorní povaha účastenství, má nejdříve pojem ten náležitě vymeziti, neb alespoň přesně, slovy srozumitelnými říci, co je to „akcesorní povaha“, že nemá se spokojiti jen řečnickými obraty, které „sporný a mlhavý“, „naprosto neurčitý“ pojem činí ještě spornějším a mlhavějším. *Birkmeyer* však, stejně jako ostatní zastanci akcesorní povahy, pojmu toho nikde nedefinuje, nýbrž důsledně jen v metaforách vysvětluje. Při tom vše je nejisté, umělé, základní myšlenka ne-

¹⁾ Heimberger, cit. str. 36 a 37.

²⁾ Litovati jest, že výklady italských praktiků pokud jde o akcesorní povahu účastenství se omezují jen na návod, že otázka pomoci zcela do pozadí ustupuje.

³⁾ *Birkmeyer*, „Die Lehre von der Teilnahme“, str. 146.

dochází nikde přesného výrazu. Mluví se v obrazích, kde největší střízlivost je nezbytna.

Nevím věru, ve kterých učebnicích a monografiích hledati by měl poučení pro výklad svůj předseda soudů porotního, který by přesně a srozumitelně porotcům vysvětliti chtěl pojem akcesorní povahy ve smyslu učení panujícího. Snad také zde spoléhá *Birkmeyer*, jako ve svém učení o vztahu příčinném, na zdravý instinkt praktického soudce, který pomoci má všude, kde věda pomoci nedovede.

*Höpfner*¹⁾ ovšem právem namítá: „Co rozuměti tím, že činnosti účastenské přidružují se ku samostatnému činu trestnému? Co znamenati má v těchto slovech obsažené přirovnání k živoucí bytosti? Co rozuměti je slovy, že činnosti účastenské trestny jsou z cizího zločinu? Co je to, že trestnost svoji si vypůjčují z cizího zločinného konání? Spisovatel vypůjčuje si od jiného myšlenku, obrat slovný; zosobněná činnost účastenská vypůjčuje si trestnost z činnosti pachatelské — ptám se, jaký to má smysl činnost účastenskou zosobňovati, trestnost činnosti pachatelské srovnávati s nějakou myšlenkou, obratem slovným, neb vůbec s nějakým předmětem, který lze si vypůjčiti. Snad vše to nemá znamenati nic jiného než, že činnost účastenská jen tehdy je trestna, když byla spáchána trestná činnost hlavní: pak však je to zcela zbytečné, a poněvadž se zdá, že více se říci chce, k omylům svádějící. Neb má to snad znamenati — a výkladu takového svědčí zejména obrat „trestný z cizího zločinu“ — že účastník tresce se pro cizí bezpráví, ne pro vlastní. To bylo by pak asi stanovisko pověstné lex quisquis, která trestá nejen velezrádce, nýbrž i syny jeho. Nemá-li se na jedno ani druhé mysliti, pak nelze při óněch slovných obratech vůbec mysliti na nic“.

Uvádím tato slova *Höpfnerova* proto, by se snad nezdálo, že moje kritika učení *Birkmeyerova* je příliš osobní, by nebyl mi snad dokonce podkládán úmysl naprosto mi cizí, že bych snad apodiktickým odsuzováním učení panujícího kritiku jeho chtěl si usnadniti. Uvádím slova ta dále proto, že zcela s nimi souhlasím.

¹⁾ „Ueber die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe.“ Z. f. d. g. Str.-R.-W.-XXVI., str. 581 a 582.

Akcesorní povahou účastenství ve smyslu učení panujícího, chceme-li mu rozumný smysl přikládati, nelze rozuměti nic jiného, než toto: Účastníka lze jen tehdy trestati, když hlavní pachatel činu trestného se dopustil; neboť činnost účastenská je o sobě bez trestná.

Výkladem tímto stává se sice jasnou podstata panujícího učení, takže rozbor jeho s úspěchem lze provésti, naprosto však nejasným jest jeho odůvodnění. Záhadou zůstává, že účastník stává se trestným z cizí činnosti zločinné, že činnost jeho vypůjčuje si trestnost svoji z cizí trestnosti, tedy z cizího přičinění a z cizího zavinění. Nelze-li učení panujícího in abstracto, t. j. bez zřetele k právu platnému lépe odůvodniti, pak právem lze říci, že i základ učení toho je nesprávný, neobhajitelný, neboť uvedené odůvodnění odporuje nejen správné tendenci vývojové v právu trestním, ale i těm nejprostším požadavkům moderní etiky.

Vyjčemež od prostého, všedního případu. Ve venkovské obci sejde se několik občanů; mezi ně přijde i stařeček, který celý život ve dvoře sloužil a nyní na stará kolena z práce byl propuštěn. Trpí velikou bídou a neví, co si počíti. A mu poradí: jdi na panské, vezmi si tam pytel bramborů, stojí jich tam celá řada; když nic ti nedali, vezmi si sám. B se nabídne, že mu půjčí trakař, C že pomůže stařečkovi brambory odvésti, D přislíbí, že brambory u sebe piechová, E a F poctivého stařečka, jenž nemůže se pro krádež rozhodnouti, konečně piemluví. — Vše se provede, jak bylo smluveno. Krádež však vyjde na jevo, a poněvadž cena ukradené věci převyšuje 10 K, vede se vyšetřování pro zločin krádeže, a dojde ku hlavnímu přelíčení. Stařeček odsouzen je jako pachatel, ostatní jako návodci, resp. pomocníci. — Jak však se věc utváří, jestli v hlavním přelíčení na základě výpovědi soudních lékařů vyjde na jevo skutečnost dosud všem neznámá, že stařeček trpí senilní demencí a je nepřičetný? Dle panujícího učení nejen nepřičetný stařeček, ale i ostatní účastníci stávají se bez trestnými. Tázete-li se, jak je to možno, setkáte se s jedinou odpovědí: účastenství je akcesorní povahy, trestnost účastníků je podmíněna tím, že hlavní pachatel činu trestného se dopustil. Poněvadž nepřičetný nemůže se činu trestného dopustiti, jest i trestné účastenství vyloučeno. — Neb stejné odůvodnění jinými

slovy: poněvadž účastník stává se trestným jediné z cizí trestnosti (hlavního pachatele), trestnost svoji z cizí trestnosti si vypůjčuje, nemůže si ji vypůjčiti tam, kde jí není.

Lze však takovéto učení, jež v důsledcích svých vede k ručení za náhodu, neb nejméně za cizí činnost a cizí zavinění, nazvati spravedlivým, a jeho odůvodnění přesvědčivým a správným? Není spíše na snadě námitka, že buďto činnost účastenská o sobě zákonu se přičí, o sobě je protiprávní, zaviněná a proto též trestna, anebo naopak, že o sobě ani zákonu se nepřičí ani není zaviněna a pak také zásadně trestna býti nemůže? Není naprosto protismyslným, aby činnost o sobě bez trestná stávala se teprve trestnou ex post, a to nikoli již z cizí činnosti, nýbrž teprve z cizího zavinění, neb dokonce z cizí trestnosti? Je spravedливо, aby na př. cizí choroba duševní, cizí omyl, o jichž existenci nemá účastník ani ponětí, rozhodovaly o tom, stane-li se zločincem, neb zůstane-li na dále člověkem zachovalým; bude-li odsouzen k nejtěžšímu trestu, neb bude-li všeho trestu ušetřen?

Domnívám se, že zákony, které kodifikovaly by takovéto právo, rozcházel by se se skutečným pravým právem, jehož jediným cílem býti musí nejdokonalejší za daných poměrů úprava lidského spoluzítí.¹⁾ Právo takové nesrovnávalo by se naprosto s právním a mravním názorem lidovým, a praxe, která dle něho souditi by musila, zničila by za krátko veškeru důvěru ve spravedlivý výkon trestní moci státní.

Zastává-li se však již takové zvláštní učení, dle něhož jeden trestnost svoji od druhého si vypůjčuje, a které důsledně jsouc provedeno vede k důsledkům citu právnímu naprosto se přičícím, je přirozeno, že hledáme důvody, proč tak se učí, proč zastává se tato nepochopitelná odchylka z všeobecných zásad ovládačích moderní právo trestní.

Pátráme-li po těchto důvodech, setkáme se ve skutečnosti jen s jediným, o němž vážně lze uvažovati.²⁾ Týž nalézáme v důmyslné práci *Belingově*. Dle *Belinga* je činnost návodcová a po-

¹⁾ Srov. moje „Krim. noetika“, str. 21 a násl., zejména str. 26.

²⁾ Odůvodnění učení panujícího, jež opírá se o různý kausální význam jednotlivých činností osob ve zločinu účastněných (*Birkmeyer*), neb o přerušení vztahu příčinného se stanoviska indeterministického (*Frank, Liszt*), pokládám předem za naprosto pochybené.

mocníkova o sobě proto dle práva trestního indiferentní, t. j. není zločinnou, poněvadž se jí nedostává základní podmínky činnosti zločinné: *typičnosti*. Činnost návodcova a pomocníkova je proto o sobě beztrestna, poněvadž jest *atypická*. Jak známo, definuje Beling zločin jako čin, který odpovídá jisté skutkové podstatě, právu se přičítí, je zaviněný, může býti podřaděn jisté naň se hodící pohružce trestní, jejíž podmínkám zadost činí. Činnosti účastenské nedostává se první podmínky činnosti zločinné; činnost návodcova a pomocníkova neodpovídá žádné skutkové podstatě zákonné, žádnému zákonnému typu zločinnému. Nevraždí ten, kdo vrahovi vražedný nástroj opatřuje, nekradě ten, kdo zloději při krádeži svítí. Typickou stává se činnost návodcova a pomocníkova teprve činností hlavní (výkonnou); bez ní rovna je bezvýznamnému obalu bez jádra. O sobě je činnost taková trestně irrelevantní činností přípravnou neb postranní, která nejsou ani pokusem činu trestného (činností hlavní), přirozeně trestu uniká. Má-li se trestnou státi, je nezbytno, by připojila se k činnosti hlavní, k činnosti typické, jež však zároveň musí býti bezprávnou a musí vykazovati ty podmínky pohružky trestní, které pro dotýčný typ jsou stanoveny.¹⁾

Bylo by však, dle *Belinga*, naprosto nesprávně se domnívati, že podmínky tyto in concreto musí býti splněny; má-li dojít k trestnému návodu neb k trestné pomoci. Jde tu jen o podmínky pojmové, neboť *Beling* výslovně uvádí: „Es ist die Akzessorietät der Teilnahme lediglich dahin zu postulieren, daß die Teilnahmehandlung auf eine tatbestandsmäßige Handlung eines Anderen abzielen muß, nicht eine solche wirklich begangen zu sein braucht (Es) ist klar, daß der Akzessorietätsbegriff als solcher keinen Schaden leidet, wenn man die Abhängigkeit lediglich als Beziehung nur zu einer gedanklich ins Auge gefaßten Vortat faßt.“²⁾

Z uvedeného poznáváme, že k trestnosti návodu a pomoci nevyhledává se, dle *Belinga*, nic jiného, než by směřovaly k jisté cizí protiprávní činnosti, která odpovídá jisté skutkové podstatě (je typická); zda je též zaviněná nebo ne, je nerozhodno. Dů-

¹⁾ *Beling*, „Die Lehre vom Verbrechen“, str. 455—459.

²⁾ Cit. str. 467.

sledek ten jest ovšem tak samozřejmý, že na první pohled jen těžko lze pochopiti, že tak složitých vývodů *Belingových* bylo potřeba, by k němu se dospělo. Neboť jest jisto, že ten, kdo navádí soudce, by svědomitě zastával úřad svůj, není trestným návodcem, jako není trestným pomocníkem ten, kdo svítí lékaři, spěchajícímu k nemocnému, by na tmavých schodech se nezranil.

Spatřuje-li *Beling* akcesorní povahu návodu a pomoci jedině v té skutečnosti, že k trestnosti jejich se vyhledává, by směřovaly k cizí protiprávní činnosti hlavní (typické), nelze proti tomu nic jiného namítati, než tu maličkost, že učení jeho naprosto selhává, pokud jde o návod k pomoci a pomoc k návodu; tyto musily by vždy dle *Belinga* zůstatí beztrestny. Kdo uznává to správným, může učení *Belingovo* beze všeho přijmouti. Tomu, kdo z důsledkem tím spráteliti se nedovede, a se mnou souhlase, že nespravedlivý ho prohlásí, nezbyvá nic jiného, než jíti o krok dále a zastávati, že trestny jsou návod a pomoc, směřují-li k protiprávní, trestné činnosti. Resp. poněvadž za poměrů normálních každá činnost trestná je protiprávní a zločinnou, jsou návod a pomoc trestny, směřují-li k činnosti zločinné. Že tím přicházím do rozporu s typovou teorií *Belingovou*, otevřeně přiznávám; rozbor o tom, zda rozpor ten je zásadní neb jen podružný, nespadá v rámeček této rozpravy, nemaje pro moje pojetí projednávané otázky principiálního významu.

Leč přidržme se učení *Belingova*, v jehož tvůrci spatřuji dneš nejdušmyslnějšího zastance akcesorní povahy účastenství. Lze učení to stotožňovati s učením *Birkmeyerovým*? Je „akcesorní povaha“ dle *Belinga* a *Birkmeyera* jedno a totéž? Otázky tyto nutno zodpověděti v ten smysl, že mezi oběma učením je rozdíl podstatný, že to, co *Beling* rozumí akcesorní povahou, nemá s akcesorní povahou ve smyslu učení panujícího (*Birkmeyerova*) mimo jména nic společného. Za těchto poměrů bylo by si upřímně přáti, by dva tak rozdílné pojmy, dvě tak nestejně představy, nebyly označovány stejným jménem, které svádí ku zbytečným omylům a vyvolává alespoň domnělé rozpory tam, kde není skutečných. Výklad *Belingův* však potvrzuje nejlépe nesprávnost učení panujícího, neboť poučuje nás o tom, že snaha vědecky je vysvětliti, dospívá nezbytně jeho popření.

Skutečnost ta, jakož i nesouhlas s učením *Belingovým*, vedou mne k tomuto důsledku: Veškeré formy účastenství (pachatelství, spolupachatelství, návod a pomoc) jsou samostatnými činnostmi trestnými, t. j. existence jedné formy není podmíněna existencí formy jiné. Proto je nesprávné mluvit o akcesorní povaze účastenství (alespoň ve smyslu učení panujícího). Tím však nepopírám těsný pojmový i materiální vztah mezi jednotlivými činnostmi účastenskými, neboť stejný formální úmysl, stejná snaha přivoditi jistou kriminálně relevantní činnost společným přičiněním, a většinou i dosažení společného kriminálně relevantního cíle společnou činností, spojují činnosti všech účastníků v jediný celek, jehož jednotlivé, byť i podstatně rozdílné činnosti účastenské jen části jsou, které jediné se stanoviska celku náležitě mohou býti oceněny. Tohoto těsného vzájemného vztahu nemůže též zákonodárce přehlížeti, musí s ním počítati a uplatniti jej v jednotlivých předpisech práva trestního.

Pokud jde o spornou otázku, zda návod a pomoc jsou jen zvláštními formami téže činnosti zločinné, tak že pachatel, spolupachatel, návodce a pomocník téhož zločinu se dopouštějí, neb zda návod a pomoc jsou delikty zvláštními (*delicta sui generis*), mám spor ten za čistě terminologický, věcně bezvýznamný. Jak dobře na *Belingovi*¹⁾ a *Höpfnerovi*²⁾ je viděti, mohou zastanci obou různých názorů, je-li učení jejich jinak správně založeno, dospěti k téměř důsledkům. V podstatě své zůstane, dle mínění mého, vždy lichým spor o to, zda návod ku vraždě je přestoupením zvláštní normy: nebudeš ku vraždě naváděti; zda pomoc ku vraždě je přestoupením zvláštní normy: nebudeš ku vraždě pomáhati; neb zda jde při veškeré činnosti účastenské o přestoupení jediné společné normy: nebudeš vražditi (ani k vraždě naváděti ani pomáhati). Prakticky jest jediné zapotřebí, by v zákoně trestním nejen přímé pachatelství, ale i návod a pomoc byly zakázány a trestny; otázka normy, jako čistě teoretická, ustupuje do pozadí. — Sám jsem toho názoru, že jde v případě

1) Cit. str. 447 a násl.

2) Cit. Z. f. d. g. Str.-R.-W. sv. XXVI., str. 584 a násl., str. 619 a násl.; t ý ž cit. Z. f. d. g. Str.-R.-W., sv. XXVII., str. 473.

účastenství logicky o přestoupení jediné normy, o jediný společný čin trestný, který přivoděn byl více samostatnými činnostmi trestnými.

Poněvadž dle názoru mého činnost účastenská je zcela samostatná, je přirozeno, že principiálně může býti trestna nejen jako čin dokonaný, ale i jako pokus, zejména neplyne z přirozené povahy návodu žádný důvod, že pokus návodu (návod nezdařený neb bezvýsledný) měl by býti beztrestný. Pro beztrestnost pokusu návodu mohly by mluvit jen přesvědčivé důvody kriminálně politické, jichž však, jak později poznáme, nelze nalézti.

Pojednav o pojmu akcesorní povahy účastenství, chci jen stručně zmíniti se o jeho rozsahu v tom smyslu, kterým formám účastenským lze akcesorní povahu přisuzovati. Nesprávné a nepřesné pojetí akcesorní povahy i zde se uplatňuje. Odpověď na otázku, kterým činnostem účastenským přísluší přívlastek akcesorní povahy ve smyslu učení panujícího, je nejrůznější, a nepokouším se ani in abstracto ji řešiti, chtěje se vyvarovati nezbytnému zde nedorozumění. Omezují se jen na literaturu práva německého.

Dle *Birkmeyera* jest akcesorní povahy nejen návod a pomoc, ale i spolupachatelství; dle *Liszta*, *Franka*, *Bara* a j. jen návod a pomoc; dle *Hefftera*, *Köstlina*, *Bernera* a j. jen pomoc. Větší jednotnosti v názorech, větší bezpečnosti právní nelze si zajisté přát! Jisto je, že vše, co souvisí s pojmem akcesorní povahy, je nejisté, nepřesné a důtklivě se domáhá jeho odstranění.

Pokud jde o názor můj, plyne z předchozího, že onen těsný pojmový i materiální vztah mezi činnostmi účastenskými je vlastní vši činnosti účastenské, jak pachatelství, tak i spolupachatelství, návodu i pomoci.

Právo německé.

Panujícím v literatuře platného trestního práva německého je názor, že účastenství je akcesorní povahy ve smyslu *Birkmeyerově*; odchylky u jednotlivých spisovatelů dány jsou jen různým názorem na rozsah účastenství. Činnost účastenská je dle toho jen tehdy trestna, když hlavní pachatel činu trestného se dopustil. Co rozuměti je slovy „čin trestný“, o tom poučuje

nás zevrubně *Birkmeyer* ve svoji „Teilnahme“¹⁾. Uvádím jen nejdůležitější:

„Zásada naše neřádá jen, by činnosti účastenské činnost pachatelská fakticky se přidružovala. Neboť tím doplňuje se jen činnosti účastenské se nedostávající kausalita. Nýbrž činnosti účastenské se přidružující činnost pachatelská musí se i juristicky jako zločin, neb dle slov našeho zákona, jako čin trestný kvalifikovati. Vše tedy, co činnosti pachatelské tuto její vlastnost odnímá, způsobuje zároveň, že činnost účastenská stává se bez trestnou. To platí jak o všech okolnostech, jež mají v zápětí, že neodchází k uskutečnění skutkové podstaty zločinné (tedy o důvodech viny vylučujících v nejširším smyslu) tak o každém nedostatku (materiálních) podmínek trestnosti.“²⁾

„Třeba je rozeznávati důvody viny vylučující; nedostatek podmínek trestnosti; důvody trest vylučující; důvody, jež mají v zápětí zánik trestu; nedostatek procesních předpokladů. Vyskytuje-li se u pachatele okolnost, náležející některé ze tří naposled uvedených kategorií, nepřekáží to nikdy trestání účastníka; neboť trestný čin o sobě je dán. Nedostává-li se však činnosti pachatelově nějaké podmínky trestnosti, tu je účastník z nedostatku „trestného činu“ pachatelova vždy bez trestný. Vyskytuje-li se konečně důvod viny vylučující, je rozeznávati, spočívá-li též na jus commune neb singulare. V prvním případě není tu, dle terminologie *Lisztovy* trestného činu, v druhém trestného pachatele. V prvním případě je účastenství, vlivem své akcesorní povahy bez trestno; v druhém případě nepřekáží jeho akcesorní povaha trestání účastníka, přes to, že není tu trestného pachatele.“³⁾

„(Proto) zastávám, že působením akcesorní povahy účastenství účastník je bez trestný tehdy: když pachatel je bez trestný z důvodu choroby duševní, mladistvého věku, hluchoněmoty, viny vylučujícího omylu, donucení, nutné obrany, oprávnění

¹⁾ Str. 152 až 163.

²⁾ „Teilnahme“, str. 153.

³⁾ „Teilnahme“, str. 155 a 156.

dle § 193. ř. tr. z., neb § 127 ř. ř. tr., neb dle čl. 22 ř. u. resp. § 12 ř. z. tr., z důvodu sebevraždy neb sebezmrzačení, poněvadž zde všude přijímám důvod viny vylučující, jenž spočívá na jus commune; když pachatele nelze trestati pro relativní delikt návrhový z toho důvodu, že návrh, který byl učiněn, není dostatečný neb platný, poněvadž mám návrh za podmínku materiální trestnosti; atd.“¹⁾

Je tedy dle panujícího názoru trestnost návodcova a pomocníkovy vyloučena, je-li pachatel (hlavní) duševně chorý, je-li jeho vina z důvodu věku mladistvého vyloučena, jednal-li pachatel v omluvitelném omylu, z donucení, v nutné obraně a pod. Ve všech těchto případech těší se návodce i pomocník²⁾ zcela nezasloužené bez trestnosti, jež cit právní hrubě uráží. Stejně je tomu, pokud návod a pomoc s úspěchem se nesetkaly, pokud ten, který naveden býti měl (neb byl), resp. ten, komu bylo pomáháno, alespoň trestného pokusu rozhodného činu trestného se nedopustil³⁾ (předpokládajíc, že návod není trestný jako vybízení ku zločinu dle § 49a. — známý Duchesneparagraf).

Tázeme-li se, jak odůvodniti takovouto krajní nespravedlnost, tuto podmíněnost trestnosti návodu a pomoci často čistou jen náhodou, je de lege lata možna jen jediná odpověď: zákonodárce výslovně tak stanoví v §§ 48 a 49 ř. tr. z. Je však odpověď tato správná, je skutečně kodifikována akcesorní povaha účastenství platným německým zákonem trestním? Tuto otázku nezbyvá než, přes naprostý odpor panujícího učení, záporně zodpověděti. Je sice pravda, že z citovaných paragrafů nesporně plyne důsledek, že návod a pomoc jsou jen tehdy trestny, došlo-li alespoň k pokusu činnosti hlavní; neméně je však pravda, že není zapotřebí, by činnost ta byla také zaviněnou a trestnou. Stačí zcela, vykazuje-li činnost hlavní (k níž bylo naváděno, k níž bylo pomáháno) objektivní znaky jisté zvláštní skutkové podstaty, je-li dle terminologie *Belingovy* typická. Jinými slovy: Dle názoru mnou zastávaného jsou dle platného trestního práva německého návodce a pomocník bez trestni, když ten, kdo byl na-

¹⁾ „Teilnahme“, str. 158, 159. Srovn. též *Liszt*, „Lehrbuch“ 16. a 17. vyd., str. 228.

²⁾ Dle *Birkmeyera* i spolupachatel.

³⁾ Srovn. *Birkmeyer*, „Teilnahme“, str. 169.

váděn resp. komu bylo pomáháno, ani s výkonem činnosti hlavní nezapočal; jsou však trestní, jestli naváděný, resp. ten, komu bylo pomáháno, alespoň objektivně trestného pokusu se dopustil. Trestný jsou zejména návod i pomoc, když pachatel byl nepřičetný, jednal v omluvitelném omylu, z donucení, v nouzi a pod.

Dokazovati blíže správnost tohoto názoru, pokládám v našich poměrech zbytečným, a odkazuji na pojednání *Herzogova* (G. S. XXIV., XXVI., XXX., XXXVIII.), článek *Opplerův* (G. S. LXX.), zejména pak na citovanou již práci *Höpfnerovu* (Z. f. d. g. Str.-R.-W. XXVI.), v níž přesvědčivě, dle mínění mého, proveden je důkaz, že platnému trestnímu právu německému akcesorní povaha účastenství ve smyslu panujícího učení je neznáma.

Blíže přihlédnouti chci jen k názoru *Birkmeyerovu*, dle něhož i spolupachatelství je akcesorní povahy, neboť názor ten pro správné posouzení učení panujícího, velice je poučný. Odůvodnění jeho jest ostatně charakteristické pro celé *Birkmeyerovo* učení o účastenství.

Na stránce 125. svoji „Teilnahme“ praví *Birkmeyer*: I činnost spolupachatelská, o sobě pozorována, jest jen pouhou podmínkou (ne příčinou) výsledku. Také spolupachatel činností svojí nevyvolává celý výsledek, nýbrž stejně jako návodce a pomocník toliko část jeho, snad právě tak velikou, snad i menší. Přes to však zodpovídá spolupachatel (stejně jako návodce a pomocník) za celý výsledek. Zodpovědnost tu nelze si jinak vysvětliti než tím, že spolupachatel (stejně jako návodce a pomocník) zaviněním svým (zaviněním celého výsledku) doplňuje, čeho činností jeho na kausalitě se nedostává (stejně jako návodce a pomocník).

Z těchto slov *Birkmeyerových* plyne nesporně, že po stránce kausální (tedy po stránce objektivní) činností spolupachatelské, návodcovské a pomocnické jsou si zcela rovné, neb alespoň, že mezi nimi není podstatného rozdílu. Naproti tomu však *Birkmeyer* uvádí na str. 144.—146, že mezi činností spolupachatelskou s jedné strany a činností návodcovskou a pomocnickou se strany druhé je po stránce objektivní rozdíl podstatný. Kdežto činnost návodcovská a pomocnická jsou beztrestnou činností přípravnou, je činnost spolupachatelská již trestným pokusem, jsouc částí činností hlavní.

Nelze popírati, že obě citovaná místa navzájem si odporují. Buď je správné to, co zastává se na str. 125, neb ono na str. 144 a násl.; oboje však správným býti nemůže. Výklad na str. 125 je také v naprostém odporu s vlastním základem učení *Birkmeyerova* o účastenství v právu platném, že činnost hlavní přičiňuje, činnost účastenská jen podmiňuje zločinný výsledek. Neboť je-li mezi příčinou a podmínkou podstatný rozdíl, pak musí též býti také mezi desetinou příčiny a desetinou podmínky.

Lze však jíti dále. Činnost spolupachatelská, praví *Birkmeyer* (str. 146) není akcesorní povahy svojí stránkou objektivní (přes to, že na str. 125 opak se tvrdí), nýbrž toliko svojí stránkou subjektivní; neboť jako návodce a pomocník, nemá i spolupachatel úmyslu delikt spáchat, zločinný výsledek činností svojí přivoditi. Z těchto slov *Birkmeyerových* usuzuju: Rozdíl mezi pachatelem a spolupachatelem musí dle *Birkmeyera* býti čistě subjektivní. Poněvadž pak také činnost spolupachatelská od činnosti návodcovské a pomocnické po stránce objektivní podstatně se neliší (str. 125), musí i rozdíl mezi spolupachatelem, návodcem a pomocníkem býti povahy čistě subjektivní. — Tak dospíváme k tomu zvláštnímu faktu, že *Birkmeyer*, zastávaje akcesorní povahu spolupachatelství, na konec se stává obhajcem jím zavrhané theorie subjektivní. Tu však vzniká nová záhada, jak lze *Birkmeyerovi* zastávati akcesorní povahu účastenství, když sám prohlašuje („Teilnahme“ str. 2), že theorie subjektivní, důsledně jsouc provedena, vede k naprostému jejímu popření, a jak na str. 150 („Teilnahme“) může tvrditi, že theorie subjektivní naprosto s platným právem se rozchází.

Však tím rozpory v učení *Birkmeyerově* nejsou ještě skončeny. Jak jsme poznali, je základ učení *Birkmeyerova* o akcesorní povaze účastenství tento: o sobě beztrestná činnost účastníková (spolupachatelova, návodcova, pomocníková) stává se trestnou teprve z trestné činnosti cizí, z níž trestnost sobě vypůjčuje. A tu přál bych si jen jedině věděti: kde vypůjčí si svoji trestnost o sobě beztrestná činnost spolupachatelská? Kdyby učení *Birkmeyerovo* bylo skutečně správné, každý spolupachatel musel by býti beztrestný.

Nepřihlížíme-li však ani k tomuto skutečně nepochopitelnému, pozornosti *Birkmeyerově* zajisté uniknuvšímu; důsledku, jest

učení o akcesorní povaze spolupachatelství již tím poučné, že v něm nejlépe vystupuje do popředí nesprávnost panujícího učení vůbec. Když ze dvou vrahů (spolupachatelů) jeden je v době činu latentně nepřítelný, je i druhý beztrestný. Když dospělý *A* s nedospělým *B* společně znásilní osobu *X*, tu rozhodne o tom, bude-li *A* pro násilné smilstvo trestán neb ne, nález soudu, měl-li *B* v době činu potřebnou způsobilost rozpoznání neb ne.

K takovýmto důsledkům dospívá panující učení o akcesorní povaze účastenství v teorii dnešního německého práva trestního.¹⁾

Právo rakouské.

Také v teorii rakouského práva trestního je převládajícím názor, že účastenství je povahy akcesorní. Ovšem jde tu jen o akcesorní povahu návodu a pomoci; že by také spolupachatelství bylo akcesorní povahy, nebylo, pokud mi známo, v teorii rakouského práva trestního nikdy tvrzeno. Akcesorní povahu návodu a pomoci zastávají zejména *Hye*, *Geyer*, *Janka*, *Finger* a *Lammach*; jediný, kdo zásadně ji popírá, je *Hoegel*.²⁾ O tom, co jednotliví spisovatelé rakouští akcesorní povahou rozumějí, lze si učiniti správný názor jediné rozborem jejich učení, který

¹⁾ Tím lze snad vysvětliti, že v nejnovější době *Birkmeyer*, ovšem jen de lege ferenda, upouští od svého učení o akcesorní povaze spolupachatelství. V jeho pojednání o „Účastenství ve zločinu“ (Vergleichende Darstellung des deutsch. und ausländ. Strafrechtes, díl všeobecný, sv. II 1908) čteme na str. 145 a 146; „Die Mittäterschaft dagegen wäre u. E. von der Teilnahme loszulösen und zur Täterschaft zu schlagen Damit wäre zugleich dem Streite über die akzessorische Natur der Mittäterschaft ein Ende gemacht. Bis jetzt sind die Meinungen hierüber geteilt, und solange die Mittäterschaft vom Gesetz ausdrücklich als Teilnahme bezeichnet wird, konnte man wohl gar nichts anderes, als ihr akzessorischen Charakter beimessen. Es zeigt sich aber alsbald, daß die Konsequenzen der akzessorischen Natur auf die Mittäterschaft entweder gar nicht oder doch nur höchst gezwungen sich anwenden lassen.“

²⁾ K němu druzí se nejnověji i *Stooss*, „Lehrbuch des öest. Strafrechts“, str. 118; „Die Mitschuld ist eine selbständige Erscheinungsform des Verbrechens, die unabhängig von der Tat des Täters strafbar ist. Srov. též str. 120.“

usnadní též náležitě ocenění ustanovení platného rakouského práva trestního o účastenství více osob v činu trestném.

Přihlédněmež nejdříve k učení *Geyerovu*, v němž o otázce naší nejobširněji je pojednáno. *Geyer* ve svých: „Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach öest. Recht“, o návodu jednáje, praví všeobecně:¹⁾ Doktrina dospěla ku dvěma různým názorům o poměru návodu ku zločinu pachatelovu:

1. Jedni zastávají, že návod je samostatným zločinem, delictum sui generis, a vyvozují z toho, že návod je trestným, i když nedošlo ku zločinu (zločinnému pokusu činu), k němuž bylo naváděno.

2. Druzí jsou naopak toho názoru, že návod není samostatným zločinem, nýbrž že je spolupůsobením v cizím zločinu (zločinu pachatelově). Dle těchto řídí se trestání a posuzování návodu všeobecně dle zločinu přímého pachatele: návodce je vinen tímž zločinem jako přímý pachatel. Z toho plyne: návodce jen tehdy jest trestný, když hlavní pachatel alespoň trestného pokusu zločinného se dopustil. „Na tomto druhém, dle našeho mínění správném, názoru zakládá se zajisté i předpis § 5 našeho zákona trestního“.

Z uvedeného je patrné: *Geyer* zastává akcesorní povahu návodu ve smyslu učení, jež v pojednání o právu německém jako panující jsem označil, a je toho mínění, že ustanovení platného rakouského zákona trestního (§ 5) na tomto názoru je vybudováno. Totéž, co platí o návodu, platí dle *Geyera* též o pomoci. Také ona jest akcesorní povahy, t. j. zločin pomocníkův závisí na zločinu přímého pachatele; v nedostatku trestné činnosti hlavní jest i pomocník beztrestný.²⁾

Mohl by se tedy každý domnívati, že *Geyer* je bezpodmínečným zastáncem panujícího učení o akcesorní povaze návodu a pomoci v teorii platného rakouského trestního zákona. Leč není tomu tak, o opaku přesvědčují nás další jeho vývody. Pokud jde o návod, zastává totiž *Geyer*, že pozbyl svojí akcesorní povahy ustanovením § 9 r. tr. z.; pokud jde o pomoc, tu nemůže se sice

¹⁾ Srov. str. 104 a 105.

²⁾ Srov. cit. str. 121 a 156.

dovolávati nějakého, ustanovení § 9 analogického, předpisu zákonného, jímž akcesorní její povaha byla by zrušena, a omezují se proto na pouhé prohlášení, že akcesorní povaha pomoci nesmí se vykládati příliš doslovně, neb — jak sám praví — „příliš abstraktně“¹⁾. Této výhrady užívá také, jak poznáme, *Geyer* tak velikou měrou, že ve skutečnosti z akcesorní povahy pomoci mnoho nezbyvá.

S ustanovením § 9 nemůže se *Geyer* nikterak smířiti a pokládá je za zcela pochybené; přes to však se domnívám, že bylo mu velice vítaným, zbavujíc ho nutnosti dokazovati blíže prospěchy plynoucí domněle z akcesorní povahy návodu. Návod stal se prostě delictum sui generis. Je však toto tvrzení, s nímž později též u jiných spisovatelů se setkáme, správné? Domnívám se, že nikoliv. Ustanovením § 9 nezměnilo se ničeho na povaze návodu dle § 5, toliko nezdařený návod prohlášen byl trestným. Návod zdařený (navedený dopustil se alespoň pokusu činu, k němuž byl naváděn) zůstal, dle mého názoru, ustanovením § 9 zcela nedotčen. Tvrdí-li tedy *Geyer*, že v § 5 je kodifikována akcesorní povaha návodu, zůstává zdařený návod nezbytně i na dále deliktem, o jehož akcesorní povaze nelze pochybovati. Pak ale vzniká mezi ustanovením obou paragrafů nepřekonatelný rozpor a zákon stanoví největší bezpráví:

Na př. ten, kdo latentně choromyslného ku vraždě bez úspěchu navésti se snažil, tresce se dle § 9 případně až doživotním těžkým žalářem; ten, kdo latentně choromyslného s úspěchem k vraždě svedl, je přes to, že došlo k pokusu vraždy neb k vraždě dokonané, beztrestným. Neboť v tomto případě o nezdařeném svádění nelze mluvíti (§ 9 tedy místa nemá), dle § 5 (který dle *Geyera* kodifikuje akcesorní povahu návodu) je však návodce beztrestný, poněvadž činnost choromyslného není zločinnou, a návodce tedy nemá kde trestnost svoji si vypůjčiti. Že ani fikce nepřímého pachatelství ničeho tu nepomůže, je patrné.

Poznáváme tak, že ustanovení § 9 nikterak nás nezabavuje povinností zodpovědět spornou otázku, je-li návod dle § 5 (návod zdařený) povahy akcesorní neb ne; neboť přes ustanovení § 9 důsledky, plynoucí ze zodpovědění otázky té, jsou principiálního významu.

¹⁾ Cit. str. 157.

Pokud jde o můj názor, domnívám se, že v ustanovení § 5 marně pátráme po nějakém momentu, z něhož by bylo lze souditi na akcesorní povahu návodu; naopak jsem toho mínění, že akcesorní povaha návodu je rakouskému právu zcela neznáma. Historický výklad nedává sice také zde žádné opory pro můj neb opačný názor, leč že bychom snad se slovy zákona hráti si chtěli. V tomto případě mohli bychom učení o akcesorní povaze návodu a limine zamítnouti, dovolávajíc se čl. 3. § 6 Theresiany, § 7 osnovy Keeřovy a § 7 zákona Josefinského, kde verbis expressis činnost návodcova jako příčina zločinu se označuje. Důvody takové však zajisté věci by neprospěly; vždyť nejde v práci vědecké o literu zákona, nýbrž o zjištění smyslu jeho. Tu pak docházím k těmto důsledkům:

Zákonodárce trestní chrániti chce předpisy svými jisté statky právní: život, majetek, osobní svobodu a pod. Předpisy tyto obracejí se předem jen ku přímému pachateli, zakazujíce vraždit, cizí majetek zlomyslně poškozovati, cizí svobodu zlomyslně omezovati, t. j. zakazujíce právě onu činnost, již bezprostředně statek právní zničen, ohrožen býti má. Tato činnost také nejvíce vystupuje do popředí, bezprostředně se dotýká zájmů společenských a individuálních. Zákonodárce seznává však záhy, že ochrana statků právních není úplná, dostatečná, stíhá-li se jedině ten, kdo přímo (bezprostředně) činnost zločinnou vykonal, zůstávají-li však beztrestni ti, kteří činnost zločinnou sice přímo nevykonali (nevraždili, cizí majetek zlomyslně nepoškodili), kteří však snad stejně jako přímý pachatel, činnost tu zavinili. Tak vzniká potřeba výhrůžku trestní rozšířiti i na návodce (a pomocníka). Zákonodárci lze pak dáti se trojí cestou:

1. Může návod a pomoc k činům trestným prohlásiti za samostatný, jednotný čin trestný a stanoviti: Kdo navádí a pomáhá k činu trestnému dopouští se činu trestného a tresce se tímto (blíže stanoveným) trestem.

2. Může návod a pomoc k jistým, pojmově blíže určeným činům trestným (k vraždám, krádežím, násilným smilstvům) prohlásiti za samostatný čin trestný a stanoviti: Kdo k vraždám (krádežím, násilným smilstvům) navádí a pomáhá dopouští se činu trestného a tresce se tímto (blíže určeným) trestem.

3. Konečně může ještě dále specialisovati, vycházeti od určitého, individuálně určeného činu trestného (vraždy na osobě X, krádeže na osobě X, násilného smilstva na osobě X) a stanoviti: Kdo navádí neb pomáhá k tomuto určitému zločinu (k vraždě na osobě X), dopouští se činu trestného a trestce se tímto (blíže určeným trestem).

Kterou z těchto cest zákonodárce se dá, o tom rozhodne možnost specialisace v konkrétním případě. Navádí-li někdo k činům trestným, neuváděje při tom činů ani dle druhu určitých, nezbývá zákonodárci než voliti cestu první a omeziti snad, z důvodů kriminálně politických, trestnost takovéhoho návodu (vybízení) jen na ty případy, kdy vybízení stalo se ve formě obzvláště nebezpečné (srov. na př. § 305 rak. tr. z.).

Navádí-li někdo k deliktům jen dle druhu určitým, tu může zákonodárce správně voliti jen cestu druhou, která skýtá již bezpečnější základ pro stanovení správného způsobu a míry reakce trestní. Činy, k nimž bylo naváděno (vybízeno) dávají tu již přesné zabarvení činnosti návodcově. Leč důvody kriminálně politické mohou také zde zákonodárce vésti k tomu, že trestnost návodu (vybízení) omezí toliko na případy, v nichž vybízení se stalo ve formě obzvláště nebezpečné (srov. na př. § 59 lit. c, § 80 r. tr. z., § 8 zákona o třaskavinách, jichž vzájemné porovnání je v mnohém poučné).

Zbývá třetí případ, někdo navádí neb pomáhá k činu trestnému individuálně určenému. Zde úmysl návodcův a pomocníkův jest již tak určitý jako pachatelův: všichni chtějí určenému činu trestnému, činnost návodcova i pomocníková nese se právě tak k jeho uskutečnění, jako pachatelova. Co přirozenějšího než, že zákonodárce, veden jsa zcela správnou úvahou, stanoví: Ten, kdo k určité (individuálně určené) činnosti trestné naváděl a pomáhal, je stejně vinen a v důsledku toho stejně trestný jako ten, kdo činnost tu přímo vykonal. Zákonodárce nastupuje tu cestu třetí, vychází od návodu a pomoci ku konkrétnímu zločinu a stanoví, že trest návodce a pomocníka je zásadně týž jako přímého pachatele (poněvadž dle názoru zákonodárcova i vina jejich je stejná).

Nic jiného nespátřuji v předpisu § 5 odst. 1, pokud jedná o návodu a pomoci. Zákonodárce prostě tu stanoví, že ten, kdo

naváděl neb pomáhal k určité činnosti zločinné, (a podotýkám ihned objektivně zločinné) je tak vinen, jakoby se sám činnosti té byl dopustil (vina jeho rovna je vině pachatelově) a proto i stejným trestem se stíhati má. Že by přímý pachatel skutečně se musil zločinu t. j. činu zaviněného dopustiti, pro názor ten nenalézám v citovaném ustanovení zákonném žádného dokladu. Ano kdybych zákon opět slovíčkářsky vykládati chtěl, mohl bych toho se dovolávati, že slovo „Uebelthat“ a contr. předchozího „Verbrechen“ jasně k tomu ukazuje, že stačí pouhý čin objektivně zločinný, a nevyhledává se skutečného zločinu (činu zaviněného). Leč, jak jsem uvedl, nepřikládám takovémuto „odůvodnění“ žádného významu.

Tolik však jest jisto, že zákonodárce stanově předpis § 5 měl na mysli toliko případy typické v tom smyslu, že návod a pomoc se zdařily. T. j. zákonodárce vycházel tu z předpokladu, že ten, kdo byl naváděn, resp. komu bylo pomáháno, alespoň objektivně trestného pokusu se dopustil. Případy nezdařeného návodu, nezdařené pomoci zůstaly citovaným ustanovením zákonným nekryty. Rovněž nebylo zákonného předpisu o tom, jaký vliv mají na trestnost pachatele, pomocníka a návodce osobní důvody trestnost činu vylučující neb zrušující (resp. zmírňující neb zvyšující), které toliko u některého z nich se vyskytují.

Stavu tomuto odpovídala zcela ustanovení trestního zákona z roku 1803, jehož § 5 shoduje se úplně s prvním odstavcem dnešního § 5, a v němž nebylo ustanovení dnešního § 5 odst. 2 a § 9. Byla stavem tímto skutečně kodifikována akcesorní povaha účastenství ve smyslu učení panujícího? Zajisté že ne. Zákonodárce stanovil jen jako podmínku trestnosti návodcovy a pomocníkovy tu skutečnost, že došlo alespoň objektivně k pokusu činnosti, k níž bylo naváděno neb pomáháno. Že pokus ten také pachateli k vině by přičítán býti musil a in concreto trestným býti měl, o tom nenacházíme v zákoně nejmenší zmínky.

Pochybnosti ovšem vznikaly. To nelze upříti. Praxe nebyla si zcela jista, jak zacházeti s návodcem a pomocníkem, když z osobních poměrů pachatel byl beztrestný, neb stihnouti ho měl trest privilegovaný. Pochybnosti ty rozptýliti se snaží dvorní dekrety z 11. června 1813 č. 1052 sb. z. s. a z 20. listopadu 1817 č. 1387 sb. z. s., které stanovily, že nemá se osvobození dané

dětem mladším 14 let (§ 2 d.), jakož i členům rodiny (§ 168 díl I., § 213 díl II. zákona z r. 1803) rozšiřovati na účastníky, u nichž tyto výjimečné důvody se nevyskytují.¹⁾ Předpisy těchto dekretů staly se základem dnešního odstavce druhého § 5, s nímž již v osnově *Hyeově* z roku 1850 se setkáváme: „Okolnosti omluvní, jež trestnost zločinu pro pachatele neb pro některého ze spoluvinníků neb účastníků jediné působením osobních poměrů zrušují, nemají býti rozšiřovány na ostatní spoluvinníky a účastníky“.

Jak chtělo ustanovení toto stávající pochybnosti rozhodnouti? O tom nejlepší výklad podává nám tvůrce jeho, *Hye*. Týž nejprve vykládá všeobecně ustanovení § 5. odst. 1. tímto pravidlem: „Wenn in Beziehung auf ein Verbrechen mehrere Personen zusammenwirken, so ist die objektive Strafbarkeit jeder dieser Mitwirkungsarten überhaupt, und die Qualifikation derselben als einer bestimmten Art von Verbrechen zunächst nach der Schuld, des unmittelbaren (physischen Haupt-) Thäters zu beurtheilen, so daß jedem Mitwirkenden diejenige That und Schuld zur Last gelegt werden kann, die nur überhaupt — objektiv — geschehen, und als in dieser objektiven Beschaffenheit vor sich gehend dem Mitwirkenden bei seiner, wenn auch nur zu dem einen oder anderen Bestandtheile derselben geleisteten, Mitwirkung bekannt gewesen ist.“²⁾

Z pravidla tohoto jsou však, jak *Hye* dále uvádí, dvě důležité výjimky:³⁾

1. Pravidlo to platí jen, pokud jde o okolnosti, jež dotýkají se objektivní stránky činu, neplatí pokud jde o momenty, jež způsobují, že činnost o sobě (objektivně) zločinná přímému pachateli vzhledem k osobním poměrům subjektivně jako zločinná přičítána býti nemůže. Totéž platí o osobních poměrech, jež trestnost činu zmírňují neb zvyšují.

2. Osobní poměry, jež činnost návodcovu a pomocníkovu činí zločinnou, neb v jiný způsob ji změňují, anebo trestnost její zrušují, nepůsobí pravidlem na trestnost přímého pachatele.

¹⁾ Srov. *Hye*, „Das oest. Strafgesetz“, str. 250 a 251. — *Hoegel*, „Geschichte des oest. Strafrechtes“, díl I. str. 195 a 196.

²⁾ Cit. str. 242.

³⁾ Cit. str. 248 a násl.

A tu se domnívám, že je nesporno, že tyto důležité výjimky vylučují akcesorní povahu účastenství (návodu a pomoci). Jak také z vývodů *Hyeových* jasně je patrné, nelze odstavec druhý § 5 nikterak srovnati s panujícím učením. K trestnosti návodu a pomoci nevyhledává se dle *Hyeho* nic jiného, než aby přímý pachatel spáchal čin objektivně zločinný, neb alespoň objektivně trestný pokus jeho. Nevyhledává se, by činnost jeho byla také subjektivně zločinnou. *Hye* výslovně uvádí: „Wenn also z. B. bei einer von Mehreren begangenen Brandlegung der Hauptthäter oder einer der übrigen Mitschuldigen oder Theilnehmer zur Zeit der That im Zustande der vollen Berausung (§ 2 lit. c) oder noch nicht 14 Jahre alt (§ 2 lit. d) war, so bewirkt dieß nur, daß die Handlung ihm allein subjectiv nicht als Verbrechen zugerechnet werden darf, allein es hört dadurch die Handlung nicht auf, objectiv ein Verbrechen zu sein, und eben darum bleiben alle übrigen Mitwirkenden mit voller Gerechtigkeit noch immer eines Verbrechens schuldig.“⁴⁾

Z vývodů těchto je také patrné, v jakém smyslu nutno vykládati slova (§ 5 odst. 2) „okolnosti omluvní, které trestnost jediné působením osobních poměrů zrušují“. Jimi je rozuměti bezvýjimečně všechny okolnosti, jež z osobních důvodů vylučují trestnost činnosti objektivně trestné, tedy osobní důvody trestnost vylučující v nejširším slova smyslu. K nim patří důvody z osobních poměrů nejen trestnost ale i vinu pachatelovu vylučující. Tedy stejně důvody vylučující přičetnost, zlý úmysl, jako ony, které vylučují jen trestnost toho kterého pachatele buď vůbec neb jen v konkrétním případě. Jak všeobecně dnes se uznává, nutno dále ustanovení § 5 odst. 2 extensivně vykládati, rozšiřovati je též na důvody trest zvyšující a snižující. Toliko znaky konstitutivní, spočívající v osobních poměrech, t. j. takové, které náležejí ke skutkové podstatě činu trestného, neb zakládají určitou jeho kvalifikaci zákonnou (praxe mluví o osobních poměrech povahy objektivní) zůstávají ustanovením § 5 odst. 2 pravidlem nedotčeny.

Jak za takových poměrů mluvit lze ještě o akcesorní povaze návodu a pomoci, zůstává naprostou záhadou, nemá-li se před-

⁴⁾ Cit. str. 250.

pokládati, že slovům „akcesorní povaha“ zcela jiný smysl se připisuje, než jaký panující doktrína s nimi spojuje. Předpoklad takový je také zcela odůvodněný. Vývody četných rakouských kriminalistů opravňují zastávat, že akcesorní povahou návodu a pomoci není v podstatě nic jiného rozuměti, než že návod a pomoc jsou beztrestny, nedošlo-li alespoň k objektivně trestnému pokusu činnosti hlavní.

V mínění tom utvrzuje mne vedle jiných zejména ten fakt, že téměř všeobecně se tvrdí, že ustanovením § 9 rak. tr. z. návod pozbyl akcesorní své povahy. Názor tento nelze však, vzhledem k výkladu na str. 126 jinak vysvětliti, než tím, že slovům „akcesorní povaha“ právě smysl shora uvedený se připojuje. Že by slovům těm ještě jiný smysl mohl se přikládati, zejména, že by jimi se měla akcentovati ta skutečnost, že návodce a pomocník téhož deliktu jako hlavní pachatel se dopouštějí a tedy také přibližně stejným trestem stíhati se mají, mám vzhledem k ustanovení § 9 „jímž návod pozbyl akcesorní povahy“ za vyloučeno.

Při tomto různém pojetí slov „akcesorní povaha“ bylo by ovšem bývalo velice záhodno odchylné stanovisko rakouské teorie náležitě zdůrazniti, a to tím spíše, když jednotliví spisovatelé rakouští bez jakékoli výhrady literatury německého práva trestního se dovolávají a k označení akcesorní povahy návodu a pomoci začasťe užívají slovních obrátů, jež přímo tomu zdají se nasvědčovati, že slov „akcesorní povaha“ užívají ve smyslu panující teorie práva německého. Omezují se na jediný příklad: Není zajisté správně, končí-li *Hye* výklad svůj § 5 takto: Podstata akcesorní povahy návodu a pomoci spočívá v tom, že návodce a pomocník posuzují se dle cizího zavinění.¹⁾

Z uvedeného dospívám k tomuto důsledku: Jak z výkladů *Hyeových* je patrné, stačí dle předpisu § 5 rak. tr. z. k trestnosti návodce a pomocníka, aby hlavní pachatel činu objektivně trestného (alespoň jako pokusu) se dopustil; by šlo o čin zaviněný a subjektivně trestný, se nevyhledává. Nejsou tedy návod a pomoc dle rakouského práva trestního povahy akce-

¹⁾ Cit. str. 254.

sorní (alespoň ve smyslu v literatuře německé dnes vládnoucím).

Na tomto předpokladě lze nyní správně oceniti učení jednotlivých spisovatelů.

Názory *Geyerovy* jsou nám částečně již známy. *Geyer* dovolává se znění § 5 rak. tr. z. zastává akcesorní povahu návodu a pomoci. Domnívá se však omylně, že ustanovením § 9 téhož zákona návod pozbyl akcesorní své povahy. Pokud jde o pomoc, zastává *Geyer*, že její akcesorní povahu nelze bráti příliš abstraktně. Na tomto nejistém základě vybudováno je celé učení *Geyerovo*, které, přes pozoruhodnou důmyslnost auktorovu, vykazuje četné vnitřní rozpory, tak že je téměř nemožným jádro jeho přesně stanoviti.

Podstata učení *Geyerova* o návodu je tato: Navedený pachatel musí vždy jednati dolosně; nejedná-li dolosně (ve zlém úmyslu), není návodu, nýbrž „domnělý“ (der scheinbare) návodce je nepřímým pachatelem.¹⁾ Tak je tomu, když pachatel jednal v omluvitelném omylu, z neodolatelného donucení, neb když byl nepřičetný (choroba duševní, věk dětský, potlačení sil duševních).²⁾ Stanovisko své vyjadřuje *Geyer* zcela přesně: „In diesem Fall kann man den Drohenden nicht mehr als Anstifter betrachten, denn man kann nur zu einen Verbrechen anstiften, der Bedrohte hat aber nach der klaren Anordnung des Gesetzes kein Verbrechen begangen. Der Bedrohte ist nicht schuldig eines Verbrechens, folglich kann er keine Mitschuldigen haben.“³⁾ Slova tato způsobem, každou pochybnost vylučujícím prokazují, že *Geyer* zastává zásadně akcesorní povahu návodu ve smyslu učení panujícího.

Jděme však o něco dále. *Geyer* správně poznává, že pojem nepřímého pachatelství je značně omezen, že při některých deliktech nelze s ním počítati: „Neúředník nemůže nikdy jako přímý pachatel zleužitím moci úřední vinen býti, stejně nemůže vinna býti (jako nepřímý pachatel) osoba ženská násilným smilstvem, osoba neprovdaná cizoložstvím s osobou neprovdanou. Připojme však ihned k tomu — poněvadž — takové případy

¹⁾ *Geyer*, „Erörterungen“, str. 97.

²⁾ „Erörterungen“, str. 103.

³⁾ „Erörterungen“, str. 114.

obyčejně na škodu správného posuzování se zřetele se pouštějí — slaboučký člověk nemůže býti nepřímým pachatelem loupeže znásilněním člověka daleko silnějšího, němý nemůže býti „pachatelem“ slovní urážky, člověk psaní zcela neznalý nemůže být „vlastnoručním“ vystavitelem falešné listiny, muž soulože neschopný nemůže býti pachatelem násilného smilstva. Nemohou však osoby tyto k uvedeným činům naváděti?“¹⁾ *Geyer* přisvědčuje.

Jak však trestati takového „domnělého“ návodce? Vždyť přece dle *Geyera* musí býti beztrestným, neboť stejně jako nemůže býti nepřímým pachatelem, nemůže býti i trestným návodcem. Slova na předchozí stránce citovaná musí tu přece nezbytně, bezpodmínečně platiti. Leč není tomu tak, přes to, že pachatel není vinen zločinem a nemůže tedy, dle *Geyera* míti spoluvinníka, je tu přece spoluvina možna. *Geyer* dovolává se prostě ustanovení § 5 odst. 2 a praví: „Daraus folgt zwar zunächst nur betreffs des Verhältnisses zwischen Anstifter und Thäter, daß wenn der letztere aus rein subjektiven Gründen (z. B. wegen Wahnsinnes oder wegen seines Alters unter zehn Jahren u. s. w.) straflos bleibt, der erstere nichts desto weniger gestraft wird.“²⁾

Geyer dostává se tak ze slepé uličky svojí teorie ovšem jen tím způsobem, že sám popírá, co dříve tvrdil; opouští zcela akcesorní povahu návodu, ačkoliv § 9 v těchto případech nejmenší viny na tom nemá. Správná úvaha o nesprávné fikci nepřímého pachatelství vede nezbytně *Geyera* k tomu, že de facto opouští učení o akcesorní povaze návodu, již v předu tak píesvědčivě zastávali se snažil.

Stejně nedůsledným, jako v učení o návodu je *Geyer* také v učení o pomoci. I zde vychází z předpokladu, že pomoc jen tehdy je trestna, když hlavní pachatel zločinu se dopustil.³⁾ Jak však již podotknuto, nesmí se zásada ta vykládati příliš abstraktně, neboť „pokud jde o subjektivní důvody trestnosti a beztrestnosti pachatelů a pomocníků, je nutno zcela samostatně je posuzovati.“⁴⁾ „Předem budiž na to upozorněno, že ničeho nemění

¹⁾ „Erörterungen“, str. 126 a 127.

²⁾ „Erörterungen“, str. 132.

³⁾ „Erörterungen“, str. 121, 146 a 147.

⁴⁾ „Erörterungen“, str. 157.

na trestnosti pomocníkův, jestli ten, kdo domněle (scheinbar) jako přímý pachatel zločinu se dopouští je nepřičetný, a je také zcela nerozhodno, zda pomocník o této nepřičetnosti ví neb ne. Jestli *A* podá zuřivému nůž, poněvadž vidí, že týž někoho zavraždit chce, s přáním, by tak se stalo, tu budiž trestán jako pomocník v pokusu vraždy neb vraždě dokonané, předsevezme-li zuřivý čin, který o sobě pozorován, nepřihlízejíc k nepřičetnosti pachatelově, byl by pokusem vraždy neb vraždou dokonanou. Dle § 137 bude pak trestán jako ten, kdo k činu vzdálenějším způsobem přispěl. A to, jak řečeno, i když ví, že má před sebou člověka duševně chorého“.

Poznáváme, že *Geyer* i zde zcela opouští svoje základní stanovisko o akcesorní povaze návodu a dospívá tak ku podstatně správnému výkladu našeho zákona trestního.

Také *Jankovo* stanovisko postrádá potřebné přesnosti. *Janka* praví všeobecně: Zločinné účastenství předpokládá vztah nejen k činnosti, nýbrž ku zločinné činnosti druhého (pachatele). S ním nesetkáváme se v těch případech, v nichž není, neb alespoň nelze si představit, pachatele zločinu se dopouštějícího; tedy nejen tehdy, když pachatel je nepřičetný neb jedná v omluvitelném omylu zlý úmysl vylučujícím (zde účastník sám je pachatelem) nýbrž i tehdy, když činnost pachatelova normě se nepřičí. Ano, zásadně se ani nevyhledává, by delikt pachatelův byl spáchán. Účastník stává se činem svým trestným nezávisle na pachateli. (Jinak učení panující.) Předpisy platného práva mohou však v tomto směru vésti si jinak, zejména mohou trestnost účastníkovu učiniti závislou na tom, že pachatel činu trestného se dopustil. Tak je tomu částečně i v rakouském právu trestním.¹⁾

Toto všeobecné stanovisko *Jankovo* není zajisté příliš jasné. Zejména nelze dobře rozuměti tomu, co *Janka* vyjádřiti chce slovy: „Verbrecherische Teilnahme ist daher nicht vorhanden, wo ein verbrecherischer Täter nicht besteht, bzw. nicht vorge stellt ist“. Přirozeně vykládal bych slova ta ve smyslu *Belingově*: návod a pomoc, mají-li býti trestny, musí směřovati k jisté, skutkové podstatě odpovídající, normě se přičící činnosti

¹⁾ *Janka-Kallina*, str. 136 a 137.

druhého; nevyhledává se však, by skutečně k činnosti takové došlo. Výkladu takovému zdála by se též nasvědčovati slova: „Ja es ist grundsätzlich nicht erforderlich, daß das Delikt des Täters wirklich begangen wurde. Der Theilnehmer wird durch seine Handlung unabhängig von der Handlung des Täters strafbar. (Anders die herrschende Meinung, welche die Theilnahme als Theil am Verbrechen des Täters ansieht und daher für dieselbe begrifflich die Existenz dieses Verbrechens, mindestens den Versuch, verlangen muß.)“

Však výklad takový je vyloučen, neboť odporují mu další slova *Jankova*: „Sie (die verbrecherische Theilnahme) fehlt nicht nur dann, wenn der Thäter unzurechnungsfähig oder infolge Irrthums schuldlos oder doch nur für Fahrlässigkeit verantwortlich ist — — —“. Proč v těchto případech přes to, že zločinného pachatele tu není, nebylo by lze téhož si představit, nelze chápati; jisto však je, že *Janka* zločinné účastenství tu vylučuje.

Je tedy nutno všeobecný názor *Jankův* takto formulovati: K trestnosti návodcově a pomocníkovi se nevyhledává, by pachatel činu trestného neb jeho pokusu se dopustil. Návodce a pomocník jsou trestny bez ohledu na činnost pachatelovu. Trestný návod a trestná pomoc jsou však vyloučeny, jestli navedený neb ten, komu bylo pomáháno, je nepřičetný, jedná v omluvitelném omylu, neb kulposně. — Lze snadno poznati, že toto učení *Jankovo* není ani dostatečně jasné ani správné. Není-li k trestnosti návodu ani třeba, aby naváděný činu trestného se dopustil (tedy trestný je i návod nezdařený) proč vyhledává se k trestnosti zdařeného návodu, zdařené pomoci, aby pachatel jednal ve zlém úmyslu. *Janku* svádí tu nezdravá fikce nepřímého pachatelství k chybným závěrům; zapomíná, že musí dojít k důsledkům svrchovaně nesprávným a nespravedlivým, když s fikcí tou nelze pracovati. Abych veškerému nedorozumění se vyvaroval, omezují se opět na příklad latentní choroby duševní. Proč má býti trestný ten, kdo bezúspěšně latentně chorého k činu trestnému svést se snažil a beztrestný ten, kdo s úspěchem ho navedl. Nevyhledává-li se k trestnosti návodu, by delikt skutečně byl spáchán, by došlo ku zaviněnému činu trestnému, proč činiti trestnost návodcovu (a pomocníkovi) závislou na vině pachatelově? Nač zastávati zcela zbytečně ne-

správný důsledek učení panujícího, když učení to výslovně se odmítá.

Stejně nepřesné jsou vývody *Jankovy*, pokud jde o právo platné. Poznali jsme názor *Jankův*, dle něhož platné právo rakouské trestnost návodu, ovšem jen částečně, činí závislou na tom, že navedený alespoň trestného pokusu se dopustil. Z předchozích vývodů *Jankových*, zejména z poukazu na učení panující je souditi, že *Janka* tu činem trestným rozumí nikoli čin, objektivně, nýbrž subjektivně trestný, zaviněný. Výkladu tomu nasvědčuje také jeho učení o prostředcích návodu: „Art und Beschaffenheit des Anstiftungsmittels ist gleichgiltig, sofern nur das Verbrechen des Entschlusses, bzw. der Deliktsdolus auf Seiten des Täters nicht ausgeschlossen wird.“¹⁾ Nesetkáváme se tedy s trestným návodem, když zločinnost rozhodnutí, zlý úmysl pachatelův je vyloučen (duševní choroba, věk dětský, nedospělost, omyl, donucení a pod.).

Jak však s tímto názorem srovnati další tvrzení *Jankovo*, že trestnosti návodcovy a pomocníkovi nedotýkají se „osobní poměry, jejichž význam dle práva trestního spočívá ve skutečnosti jen v individualitě toho, u něhož se vyskytují“²⁾ Jako takové uvádí pak *Janka* nejen důvody trestnost zrušující, trestnímu stíhání překážející, ale i důvody subjektivní trestnost vylučující. Mezi poslední je zajisté nezbytno počítati i důvody zlý úmysl vylučující. Z toho však plyne, že nedotýká se trestnosti návodcovy (pomocníkovi) nedostatek zlého úmyslu na straně pachatelově, že návodce i pomocník jsou trestni, přes to, že hlavní pachatel činu zaviněného, zločinu se nedopustil. Tím však vzniká nezbytně rozpor mezi dřívějšími vývody *Jankovými*, a konstrukce nepřímého pachatelství se stává zbytečnou.

Stanovisko *Fingrovo* je v mnohém ohledu zajímavé, od onoho ostatních rakouských kriminalistů značně odchylné. Tak již definice návodce a intelektuálního pomocníka: „Der intellectuelle Urheber, auch Anstifter genannt, (ist) derjenige, der durch Befehl, Anrathen, Unterricht die Uebelthat eingeleitet hat. Der intellectuelle Gehilfe, (ist) derjenige, der durch Unterricht

¹⁾ Cit. str. 143.

²⁾ Cit. str. 146.

oder Lob die Uebelthat vorsätzlich veranlasst hat“.¹⁾ Zde *Finger* označuje jako pomocníka (intelektuálního) toho, kdo dle převládajícího názoru nesporně je návodcem. Pokud jde o akcesorní povahu návodu, zasluhuje pozornosti, že *Finger* výslovně i pro rakouské právo trestní zastává učení panující v literatuře německého práva trestního. Jako charakteristické pro návod uvádí, „že zločinný výsledek se uskutečňuje prostřednictvím pachatele dle práva trestního zodpovědného“ (str. 199). Není-li navedený dle práva trestního zodpovědný, nelze-li mu přičítati „zaviněné přestoupení normy“ (str. 200), a není také návodu. Zde dlužno si pomoci pojmem nepřímého pachatele (str. 195), pokud téhož ovšem užití lze. *Finger* se snaží proto po způsobu *Lisztově* pojem ten jak nejvíce rozšířiti (i žena může býti nepřímým pachatelem násilného smilstva, i neúředník může býti nepřímým pachatelem deliktu úředního); přes to však vyskytují se případy nekryté.

Jak s tímto výkladem lze srovnati tvrzení *Fingrovo*, že ustanovením § 9 rak. tr. z. návod pozbyl své akcesorní povahy, zůstává záhadným, nechceme-li přes to, že předchozí výklad *Fingrov* pravému opaku nasvědčuje, za to míti, že i *Finger* akcesorní povahou návodu rozumí jen nezbytnost alespoň představového vztahu k činnosti objektivně zločinné.

Učení *Fingrovo* nestává se jasnějším ani výkladem o pomoci a „vlivu osobních poměrů na trestnost spoluvinníků“. Pokud pomoci se týče, praví prostě: „Pomoc je dle rakouského práva akcesorní formou viny, pomocník stává se trestným teprve tehda, když pachatel alespoň pokusu činu trestného se dopustil“ (str. 207). Opíraje se o předchozí výklad dospíváme i pokud jde o pomoc k tomu důsledku, že dle *Fingra* ve všech případech, v nichž zlý úmysl pachatelův je vyloučen, vyloučena jest i trestnost pomoci. Lze tedy *Fingra* právem prohlásiti za důsledného zastávance akcesorní povahy návodu a pomoci ve smyslu učení panujícího i v právu rakouském, přes to, že zákon náš k výkladu takovému žádného podnětu nedává, naopak předpisy svými týž přímo vylučuje.

Také výklad *Lammaschův* o akcesorní povaze návodu a pomoci nepodává jasného obrazu. V příčině návodu praví: Ná-

¹⁾ Srov. „Das Strafrecht“ I. díl, I. vyd. str. 198. Cituji I. vyd.; místa citovaná přijata beze změny i ve vydání II. (1902).

vodcem dle § 5 je ten, kdo úmyslně určitou osobu přiměje (bestimmt) ku zločinné činnosti. Dle rakouského zákona trestního je návod „nejen akcesorní ale i samostatnou formou viny trestné, t. j. návod je trestný nejen tehdy, když navedený podniknul činnost pokusnou, která jej samého činí trestným, nýbrž trestný je dle § 9 též návod bezvýsledný“.¹⁾

Toto stanovisko *Lammaschovo* je pozoruhodno jednak tím, že správně se poukazuje k tomu, že ustanovení § 9 nikterak nevyklučuje akcesorní povahu návodu dle § 5, jednak tím, že akcesorní povaha návodu dle § 5 otevřeně a souhlasně s učením panujícím se zastává. Akcesorní formou viny rozumí totiž *Lammasch* formu takovou, která „jen v případě viny hlavního vinníka (pachatele) přichází v úvahu“.

Tím však rozchází se *Lammasch* s předpisem právě toho paragrafu, o který výklad svůj opírá (§ 5). Neboť na str. 40. svého nástinu nucen je přiznati, že věk dětský, duševní choroba, úplná opilost, ačkoli vylučují vinu, nevyklučují spoluviny (návodu a pomoci). Jak za těchto poměrů může *Lammasch* tvrditi, že návod a pomoc (str. 38 a 39) jsou dle rakouského práva trestního akcesorní povahy ve smyslu jím přijatého učení panujícího, zůstává opět záhadno.

Uvedené ukázky z výkladu předních rakouských kriminalistů ukazují, dle mého názoru, z dostatek nejistotu a nejasnost dnešního učení o akcesorní povaze návodu a pomoci v teorii rakouského práva trestního. Vyjímajíc jediného *Hoegla*,²⁾ který akcesorní povahu návodu a pomoci dle rakouského práva trestního popírá, nenajdeme ve výkladech rakouských kriminalistů ani správného poučení o tom, co je to akcesorní povaha účastenství, ani o tom, lze-li i dle rakouského práva trestního akcesorní povahu účastenství zastávati. Vše, jak jsem podotknul, je nejasné, nejisté a četné jsou vnitřní rozpory.

Správný, dle mého názoru, jest jediný výklad tento: akcesorní povaha návodu a pomoci ve smyslu učení panujícího je rakouskému právu trest-

¹⁾ *Lammasch*, „Grundriss des Strafrechts“, III. vyd., str. 37 a 38.

²⁾ „Geschichte des oest. Strafrechtes“, díl I., str. 198 a násl. — Srov. též pozn. 2. na str. 124.

nímu neznáma. Trestny jsou návod a pomoc k činnosti objektivně zločinné t. j. k činnosti bezprávné (normě se příčící), která odpovídá jisté skutkové podstatě, jistému typu ve smyslu Belingově. Podmínkou trestnosti návodu a pomoci dle § 5 (a cont. § 9) je však ta skutečnost, že ten, kdo byl naváděn, resp. komu bylo pomaháno alespoň pokusu činu objektivně trestného se dopustil.

O vlivu osobních poměrů jednotlivých účastníků na jejich trestnost pojednáno bude v pozdějších studiích samostatně. Zde chci jen poukázat ještě všeobecně ku trestnosti nezdařeného návodu a beztrestnosti nezdařené pomoci a odpovědět tak na výtku *Makarewiczovu*, že rakouské právo trestní neprávem příliš zdůrazňuje objektivní element ve zločinu, prohlašujíc nezdařenou pomoc beztrestnou.¹⁾

Podotknul jsem již dříve, že z důvodu stručnosti označuji nezdařeným návodem návod dle § 9; tedy navádění toho, kdo svěsti se nedal, neb již dříve byl rozhodnut, neb sice svěsti se dal, avšak činu objektivně trestného (byť i jen objektivně trestného pokusu) se nedopustil. Je správně, že rakouský zákonodárce nezdařený návod tresce, nezdařenou pomoc nikoli? Názory se rozcházejí. Jedni neschvalují trestnost nezdařeného návodu, (na př. *Geyer*, *Finger*), druzí naopak neschvalují beztrestnost nezdařené pomoci (*Makarewicz*). Oba názory opírají se o jisté důvody, které žádají náležitého ocenění.

Pokud prvního názoru se týče, mohu se omeziti na vývody *Geyerovy*, vzhledem k jejich úplnosti, neboť u ostatních spisovatelů nenalzáme podstatně nových myšlenek. Názor *Geyerův* je tento: Ustanovení § 9 rak. tr. z. o trestnosti nezdařeného pokusu nelze schvalovati jednak z důvodů čisté spravedlnosti, jednak z důvodů kriminálně politických. Nelze prý s tím souhlasiti, že nezdařený návod stejně (alespoň in thesi) se tresce, jako návod zdařený, když došlo jen k pokusu činu trestného. *Geyer* se táže: „Kde je logika v tomto měřítku trestním?“²⁾ Ještě větší nesrovnalost je však

¹⁾ Srov. *Makarewicz*, „Einführung in die Philosophie des Strafrechts“, str. 433.

²⁾ „Erörterungen“, str. 106.

prý v tom, že při nezdařeném návodu, návodce je zcela zbaven možnosti od návodu ustoupiti, kdežto tomu, kdo zdařeného návodu se dopustil, možnost ta je zachována. Týž stává se beztrestným, zamezí-li tomu, by zločin navedeným byl dokonán.¹⁾

Je patrné, že poslední důvod není významný jen po stránce čisté spravedlnosti, ale i po stránce kriminálně politické. Posledního momentu dovolává se zejména *Finger*: „Se stanoviska kriminálně politického nelze toto ustanovení (§ 9) schvalovati — zůstává-li ten, komu návod se nezdařil, trestným, a to dle rakouského práva skoro právě tak trestným jako ten, komu návod se zdařil, tu bude zde hrozící trest pobídkou, chtěný výsledek uskutečniti jinou cestou; neboť trest hrozí již tak jak tak, a motivy, jež ku zločinu nabádají, pozbývají tím veškeré protiváhy.“²⁾

Jde tedy o to: jsou námitky tyto správné, neb alespoň tak závažné, by vyvázily důvody, jež vedly zákonodárce k tomu, by nezdařený návod trestným prohlásil? Domnívám se, že není tomu tak. Přihlédněmež nejdříve ku dané otázce se stanoviska čisté spravedlnosti. Je spravedливо, aby ten, kdo nezdařeného návodu se dopustil, byl zásadně beztrestný? Nelze věru ani okamžik o opaku pochybovati. Vždyť beztrestností nezdařeného návodu bylo by sankcionováno krajní bezpráví: jednak zásadní ručení za náhodu, jednak beztrestnost činnosti naprosto špatné, antisociální, svrchovaně ohrožující statky právní jak naváděného, tak i toho, proti němuž útok zločinný má směřovati.

Pokud jde o první moment, rozhodovala by o trestnosti návodce nikoli jeho špatnost, zločinnost, nýbrž poctivost, ovšem snad také zbabělost neb špatnost navedeného. Pokud druhého momentu se týče, vyžaduje trestnost nezdařeného návodu nejen zájem státu na účinném boji proti zločinnosti, ale i slušnost vůči naváděnému a tomu, jenž zamýšleným zločinným útokem má býti poškozen. První nemá býti beztrestně obtěžován a v krajní nebezpečí vydáván špatností návodcovou, druhý nemá býti beztrestně nepokojován zločinnými záměry návodcovými, jež zřejmě

¹⁾ „Erörterungen“, str. 109.

²⁾ „Das Strafrecht“, I. díl, I. vyd., str. 201. — O stanovisku německé doktriny v této otázce, srov. *Bar*, „Gesetz und Schuld“, II., str. 681—687.

ve světě vnějším již se projevují. Tak zásada zodpovědnosti subjektivní a individuální, rovněž i zájem státní na účinném výkonu trestní spravedlnosti žádají nezbytně trestnost nezdařeného návodu.

Aby zákonodárce od požadavku toho upustil, k tomu mohly by ho vésti jen závažné důvody kriminálně politické. Existují však takové důvody? V otázce této je těžiště celého problému. Jisto je, že důvody kriminálně politické, jichž *Geyer a Finger* se dovolávají, takovými nejsou.

Že by bylo naprosto nelogickým stíhati in thesi stejným trestem návod nezdařený jako zdařený (došlo-li jen k pokusu činnosti hlavní), tomu nelze dobře rozuměti. Činnost resp. zločinnost návodcova je v obou případech stejná, výsledek právně rozhodný v obou případech nenastal, rozdíl mezi oběma spočívá in abstracto v činnosti osoby druhé, na niž návodce většinou již žádného vlivu mítí nemůže. Ano i moment objektivního nebezpečí je v okamžiku návodu všeobecně stejný při návodu zdařeném jako nezdařeném. Vedle toho nelze přehlížeti, že rozdíl mezi oběma případy návodu jest in concreto často jen v tom, které teorie pokusové se přidržíme. Dle teorie subjektivní jde často již o návod zdařený tam, kde teorie objektivní ještě návod nezdařený zastává. Tak rozhodovalo by ve skutečnosti o trestnosti návodu často jen nedostatečně odůvodněné vědecké stanovisko soudcovo.

Domnívám se tedy, že in abstracto není proti zásadě stejné trestnosti návodu nezdařeného a zdařeného (došlo-li jen ku pokusu) principiálních námitek. Tam však, kde in concreto návod nezdařený méně trestným by se jevil, vystupuje do popředí právě ono *Geyerovo* „in thesi“; okolnosti polehčující, mimořádné zmírnění trestu uplatňují tu regulační svůj vliv.

Zbývá tak jen druhá námitka: kdežto zdařený návod může se státi beztrestným, zamezí-li návodce dokonání zločinu, je nezdařený návod toho privilegia prost. Také tuto námitku nepokládám ani za rozhodnou ani za správnou. Předně nedotýká se všech případů nezdařeného návodu, nýbrž týče se jen jediného: naváděný svést se nedal. Je však správné, by v tomto případě návod zásadně byl beztrestný; nevyžaduje naopak správná úvaha kriminálně politická trestnost tohoto návodu, aby tak každý toho si byl vědom, že beztrestně nesmí nikoho k činu trestnému

naváděti? Nebylo by krajně nebezpečno zárukou beztrestnosti u člověka k návodu se chystajícího podporovati tuto úvahu: Bud návod se mi zdaří, a pak dosáhnu toho, co chci, neb se mi nezdaří, ale pak také ničeho se mi nestane. Bylo by to správné a spravedlivé, nehledíc ani k tomu, co dříve již jsem uvedl, že totiž o zločinnosti, trestnosti jednoho rozhodovala by poctivost druhého?

Může pak tato kriminálně naprosto správná úvaha státi se nesprávnou proto, že béře se tak návodci možnost ustoupením od návodu státi se beztrestným? (Nepřihlízejíc ani k tomu, že právě tato skutečnost je kriminálně politicky velice důležitou, tvoříc velice výhodnou a účinnou pohnutku, aby vůbec se nenavádělo, aby vůle zločinná v zárodku svém byla potlačena). Zajistě ne. Přihlédněmež jen blíže k onomu privileji beztrestnosti pokusu dokonatého, s nímž při nezdařeném návodu (navedený svést se nedal) nesporně se setkáváme. Poukázal jsem již ve svojí *Krim. noetice*¹⁾ k tomu, že důvod beztrestnosti pokusu dokonatého (odvrátil-li pachatel hrozící výsledek) nespočívá v požadavku spravedlnosti, nýbrž jest jen povahy čistě kriminálně politické, a že oprávněnost jeho velice je sporna.

Stojí tedy proti sobě dva důvody kriminálně politické, a jde o to, který z nich je správný. Dle mého názoru nelze o tom pochybovati, že správný je ten, který zastává trestnost pokusu dokonatého, i když pachatel další činností svojí hrozícímu výsledku zabránil.

Domnívám se, že dnešní učení o pokusu neodpovídá více eticko-právním názorům doby, že zejména uvedená beztrestnost dokonatého pokusu je sankcí privileje nejčistší náhody. O tom, bude-li kdo prohlášen zločincem, bude-li trestán, nemá dle panujícího názoru rozhodovati skutečná zločinnost pachatelova, nýbrž jen čistá náhoda: je-li lékař na blízku, má-li sebou lékařské náčiní a protijedy, jede-li kolem automobil, jenž zraněného v čas odveze do nemocnice a pod. Privilej takový je nespravedlivý, a nutno se starati o to, by byl odstraněn; nesprávně však jest jeho se dovolávati proti zásadě správné, která s ním nepočítá. Odstraní-li se však tato nespravedlivá výsada beztrestnosti dokonatého (ukončeného)

¹⁾ Str. 214—218.

pokusu, uplatní-li se i zde toliko vliv lítosti, bez ohledu na nahodilý výsledek, pak vystoupí také ihned do popředí správnost učení, že i nezdařený návod má být trestán.

Lze-li panující učení o beztrestnosti ukončeného pokusu srovnati se zněním platného rakouského zákona trestního (§ 8), nenáleží mi zde rozebírat, podotýkám jen, že názor kladný není nesporný. Naopak, slova zákonná lze právem vykládati ve smyslu opačném, řekl bych, spravedlivě.

Ostatně je zcela mylný názor, že uvedený privilej beztrestnosti ukončeného pokusu je povahy všeobecné. Týž opouští nás ve všech případech pokusu absolutně nezpůsobitelného, kde nesporně nezasloužené dobrodiní beztrestnosti je vyloučeno. Avšak právě návod nezdařený je takovýmto absolutně nezpůsobitelným pokusem a nemůže již z toho důvodu být beztrestným. Nelze tedy, než ustanovení trestního zákona rakouského o trestnosti nezdařeného pokusu naprosto schvalovati.

Z důvodu toho nemohu se přimlouvati ani za úpravu trestnosti nezdařeného návodu dle vzoru německého zákona trestního (§ 49a), dle něhož nezdařený návod, stane-li se ústně, jen tehdy je trestán, byl-li vázán poskytnutím prospěchu jakéhokoliv způsobu. Účelem ustanovení toho je, by trestu ušetřeny byly návody lehkomyšlné, postrádající vážnosti, rozvahy. Nechápu, proč lehkomyšlnost měla by být důvodem beztrestnosti činnosti skutečně antisociální, zločinné; pokud pak jde o beztrestnost návodů, které v affektu se staly, domnívám se, že náležité všeobecné ocenění affektu zcela tu dostačuje. Rovněž nenalézám žádného rozumného důvodu, proč zásadně měl by být beztrestným i nejvážnější nezdařený návod k lehčím činům trestným.¹⁾

¹⁾ Nesouhlasím proto se *Sterneckem*, by návod ku přestupku byl trestný jen tehdy, byl-li někdo naveden, kdo působením osobních poměrů není trestný, a návodce o tom věděl. Za nesprávný mám také návrh jeho, by návodce a pomocník všeho trestu byl ušetřen, snažil-li se s „činnou horlivostí“ (mit tätigem Eifer) o to, by k činu trestnému nedošlo. *Sterneck* jde nesporně příliš daleko, když přimlouvá se za to, aby takováto „činná horlivost“ byla důvodem trestnost vylučujícím, nehledíc dokonce ani k tomu, zda s úspěchem se setkala neb ne. V obou případech lze správně spatřovati jen důležitou okolnost polehčující. Srov. *Sterneck*, „Die Reform des oest. Strafrechtes“, str. 116 a 117.

Ačkoliv s názorem, že nezdařený návod trestným být má, zcela souhlasím, nelze mi nikterak schvalovati názor druhý, dle něhož též nezdařená pomoc má být trestnou. Připouštím, že snad na první pohled toto moje stanovisko nedůsledným může se jeviti, ve skutečnosti však není tomu tak. Nedůsledným bylo by jen tehdy, kdyby návod a pomoc bylo jedno a totéž, kdyby vše, co platilo o návodu, platilo již beze všeho také o pomoci. Ve skutečnosti nemá však návod s pomocí nic jiného společného, než to, že jsou formami činnosti zločinné — avšak formami podstatně různými. Přirozeno pak, že to, co platí o jedné, nemusí již platiti o druhé.

O nezdařené pomoci lze mluvit jen tehdy, když nedošlo ani k objektivně trestnému pokusu činnosti hlavní. Došlo-li alespoň k pokusu, je trestnost pomoci nesporná. Jde tedy jen o to, vyžaduje-li spravedlnost, by trestána byla pomoc i tehdy, když ani k pokusu (objektivně trestnému) činnosti hlavní nedošlo, když ten, komu mělo být pomáháno, ani se nepokusil o činnost, k níž mělo být pomáháno. Jisto je, že v tomto případě nelze vůbec o skutečné pomoci mluvit, že jde tu jen o pomoc chtěnou, představovanou, o pomoc, již někdo poskytnouti jen zamýšlel, poskytnouti si přál. Kdežto však nezdařený návod se tresce jenom tehdy, když bylo naváděno, a proto, že bylo naváděno, bylo by lze nezdařenou pomoc trestati jen tehdy, když nebylo pomáháno, a proto, že nebylo pomáháno. Zde jasně vystupuje již podstatný rozdíl mezi návodem a pomocí. Nikdy jsem nezastával, že má být pro návod trestán ten, kdo nenaváděl, ale jen naváděti chtěl; nemohu tedy také zastávati, že pro pomoc má být trestán ten, kdo nepomáhal, ale jen pomáhati chtěl.

Trestnost nezdařené pomoci jest již proto vyloučena, poněvadž nelze dobře si představiti přiměřenou její úpravu. Co se tu má trestati? Snad již pouhá vůle pomáhati? To přece nelze, nemá-li se obětovati ona všeobecně správná zásada: cogitationis poenam nemo patitur. Neb snad toliko vůle, jež v činu se projevila? Má jako pomocník vraždy být stíhán a trestán ten, kdo koupí si revolver, pevně doufaje, že přece snad jednou jej půjčí někomu, kdo pro vraždu nenáviděného jeho nepřítele se rozhodne? Má jako pomocník krádeže trestán být čeledín, který každé noci přistavuje žebřík k sýpce svého pána, doufaje, že snad přece jednou

zloděj přijde a po žebříku snadno do sýpky se dostane? Má jako pomocník v cizoložství trestán býti manžel, který denně nechává klíč u dveří ložnice své manželky, doufaje, že snad přece jednou souseď jeho příležitosti té použije?

Domnívám se, že příklady tyto postačí, by zřejmým bylo, proč nezdařená pomoc zásadně zůstává beztrestnou. Trestnost nezdařeného návodu a intelektuální pomoci poskytuje dostatečnou ochranu proti těm, kteří cizí činnost zločinnou chtějí vzbuditi neb podporovati. By zákonodárce šel ještě dále a stíhal trestně i toho, kdo snad toužebně si přeje, ale vždy jen přeje, podporovati cizí činnost zločinnou, jest nejen zbytečno, ale i nemožno.¹⁾

STUDIE PÁTÁ.

¹⁾ Proti trestnosti pokusu pomoci vyslovuje se nejnověji i *Stooss*, „Lehrbuch des oest. Strafrechts“, str. 118.

Snahy reformní.

Getz, Nicoladoni, M. J. K. — Binding, Köhler, Birkmeyer. — Závěr.

Getz, Nicoladoni, M. J. K.

Četné jsou nedostatky dnešního učení o účastenství více osob v činu trestném: neurčitost pojmová, nejistota v rozlišování jednotlivých forem účastenství, nepřirozené, dnešním etickým a právním názorům se příčí, důsledky panujícího učení o akcesorní povaze účastenství. Co přirozenějšího, než že v poslední době vyskytují se četné snahy reformní, jež stávající nedostatky odstraniti se snaží.

Z nich toliko o nejdůležitějších chci pojednati, omezuje se na reformní návrhy *Getzovy*, *Nicoladoniovy*, *Mezinárodní Jednoty Kriminalistické*, *Bindingovy*, *Köhlerovy* a *Birkmeyerovy*. Návrhy ty, přihlížeje k historickému jejich vývoji, dělím ve dvě skupiny. V první umísťuji učení *Getzovo*, *Nicoladoniovo* a *M. J. K.* (sjezd drážďanský), v druhou učení *Bindingovo*, *Köhlerovo* a *Birkmeyerovo*.

V pracích vynikajících členů *M. J. K.* již po delší dobu vystupovala jasně do popředí nespokojenost s dnešní zákonnou úpravou účastenství. Stačí snad poukázati jen k *Lisztovi*, *Seuffertovi*, *Foinickému*. Jejich přičiněním dostala se otázka účastenství na pořad ústředních i skupinových sjezdů *Jednoty*, když nové osnovy zákonů trestních učinily ji otázkou akutní. Vůdčí myšlenkou kriminálně politických požadavků je také zde základní snaha *Jednoty*: zjednati bezpodmínečně platnost faktoru psychickému v boji proti zločinnosti, odstraniti jakékoli ručení za nezaviněný výsledek, a neuváděti trestní zodpovědnost jednotlivcovu v závislost na trestní činnosti a zodpovědnosti druhého.

Toto principiální stanovisko má v zápětí, že požadavky Jednoty, přes namnoze lokální svůj ráz, mají všeobecnou důležitost. Pro nás zajímavý jsou zejména tím, že usnadňují náležitě ocenění příslušných ustanovení „zastaralého“ našeho trestního zákona, ukazující nepřímo k tomu, jak mnohé ze „zastaralého“ má v sobě ještě dosti životní síly, aby mohlo býti jistou měrou ideálem „směrů moderních“.

Po prvé stala se otázka účastenství předmětem jednání na šestém ústředním sjezdu M. J. K. v Linci roku 1895.¹⁾ Dobrá zdání podali: generální prokurátor v Christianii *Getz* a linecký advokát *Nicoladoni*. V nich zejména výklad prvního v mnohém je poučný a zajímavý. *Getz* zaujímá stanovisko dnešnímu učení o účastenství krajně nepřátelské, snaha odstraniti jeho nedostatky vystupuje u něho v nejradiálnější, řekl bych, nejčistší svojí formě: účastník je právě tak pachatelem jako pachatel jest účastníkem; mezi jednotlivými formami účastenství (pachatelstvím, spolupachatelstvím, návodem a pomocí) není žádného podstatného rozdílu. Každý, kdo k jistému deliktu spolupůsobil, jest jeho pachatelem, a činnost jeho musí býti zcela samostatně posuzována. Názor *Getzův* důležitý je zejména tím, že zjednal si průchod v novém norvéžském zákoně trestním ze dne 22. května 1902, v němž marně již hledáme nějakého všeobecného ustanovení o účastenství a různých jeho formách.

Vývody *Getzovy* jsou tyto: Dnešní zákony trestní obsahují zvláštní ustanovení o účastenství v činnosti trestné. Ustanovení ta mohou sledovati trojí různý účel: Předně, zjednodušiti jednotlivé pohrůžky trestní, za druhé, umožniti stanovení zásadně mírnějšího trestu jistých forem činnosti účastenské, za třetí — účel to nejdůležitější — rozšířiti trestní zodpovědnost i na ty osoby, jejichž činnost není dle panujícího názoru příčinou výsledku kriminálně rozhodného.

Getz zabývá se předem posledním účelem a dospívá k tomu poznání, že týž postrádá jakékoli oprávněnosti. Aby činnost dle práva trestního byla ve vztahu příčinném k rozhodnému výsledku, k tomu není zapotřebí, aby výsledek ten nutně vyvolávala, k tomu stačí, když existenci jeho usnadňuje, umožňuje. S tohoto stano-

¹⁾ Srov. Zprávy M. J. K., svaz. V., str. 336—363, 513—522.

viska nelze o tom pochybovati, že činnost každého účastníka je k rozhodnému výsledku ve vztahu příčinném. Důsledkem toho, není mezi jednotlivými účastníky, pokud jde o objektivní (kausální) otázku jejich činnosti, podstatného rozdílu. Přihlédneme-li dále k tomu, že i po stránce subjektivní činnost jednotlivých účastníků je podstatně stejná — úmysl všech nese se k uskutečnění téhož kriminálně rozhodného výsledku — je patrné, že každý účastník je pachatelem, jehož činnost zcela samostatně posuzovati sluší.

Názor ten uplatňuje se, jak *Getz* uvádí, ve většině novějších zákonů trestních, které návod a určité formy účastenství pojmu pachatelství podřadují, a tedy účel rozeznávání jednotlivých forem účastenských toliko v zásadně nižší trestnosti té které formy účastenské (na př. vzdálenější pomoci) spatřovati mohou. Avšak ani tento účel není oprávněný, neboť nelze uznávati, že jedna forma činnosti zločinné žádala by zásadně mírnějšího trestu než druhá.

Tak zbývá jen účel třetí: místo, aby při všech jednotlivých pohrůžkách trestních se užívalo výrazů, jež všechny způsoby příčinění a spolupůsobení by objímaly, shledáno pohodlnějším generelně stanoviti, že pohrůžka trestní bez ohledu na slovné svoje znění, platí též pro každého, kdo jakýmkoli způsobem k výsledku úmyslně přispěl (spolupůsobil). Leč ani tento účel se *Getzovi* nezamlouvá, neboť je nevhodný při těch deliktech, jejichž trestnost závisí na zvláštních vlastnostech pachatelových. Nedostatku tomu lze však snadno odpomoci tím, že při jednotlivých pohrůžkách trestních přesně se uvede, pro koho platí. Zda pro každého, kdo jistý výsledek přičinil, neb k němu spolupůsobil; neb jen pro toho, kdo týž přičinil; neb konečně pro toho, kdo, týž přičinil, neb určitým způsobem k němu spolupůsobil. Tak správně činí také osnova k novému trestnímu zákonu norvéžskému resp. dnes platný již nový trestní zákonník.¹⁾

Vývody *Getzovy* setkaly se na sjezdě lineckém s velice přátelským přijetím. *Liszt* prohlašuje stanovisko *Getzovo* pro zákonodárce za nejlépe doporučitelné;²⁾ *Benedikt* ohražuje se proti tomu, že by snad byl proti názoru *Getzovu* a *Lisztovu*,³⁾ výborný znatel

¹⁾ Srov. Zprávy M. J. K., sv. V., str. 348—363.

²⁾ Srov. Zprávy M. J. K., sv. V., str. 516.

³⁾ Srov. Zprávy M. J. K., sv. V., str. 518.

rakouského práva trestního, praktický kriminalista *Hoegl* výslovně doznává: „Jako praktik mohu vysloviti svůj souhlas s vývody *Lisztovými* (*Getzovými*). Praktikům bude se mnohem lépe pracovati, odpadne-li umělé rozeznávání mezi pachatelem, spolupachatelem a účastníkem, neboť, jak známo, právě v praxi nelze rozeznávání to dobře udržeti.“¹⁾“

Jisto je, že vývody *Getzovy* onoho přátelského přijetí skutečně zasluhují; ne snad proto, že by se bylo *Getzovi* podařilo pojem účastenství a jednotlivých forem jeho z práva trestního vymýtit, nýbrž z toho důvodu, že úprava jím navržená mnohé ze sporných otázek činí bezpředmětny. Pojem účastenství, pachatelství, spolupachatelství, návodu a pomoci vyskytuje se hojně i v novém zákoně norvěžském,²⁾ avšak přesná stilisace jednotlivých jeho ustanovení odstraňuje téměř úplně četné obtíže, které všeobecné ustanovení o účastenství v našich zákonech trestních většinou s sebou přináší. To platí jak o potřebě přesného rozlišování jednotlivých forem účastenských, tak o nesnadném výkladu ustanovení zákonných, týkajících se vlivu osobních vlastností na trestnost účastníků. Rovněž nespornou výhodou stanoviska *Getzova* je ta okolnost, že nesprávné panující učení o akcesorní povaze spolupachatelství, návodu a pomoci, nemůže v norvěžském trestním zákoně naléztí nejmenší opory, jsouc správnou formulací jeho předpisů naprosto vyloučeno.

Nezbytným ovšem důsledkem názorů *Getzových* je veliká volnost soudcova ve výměře trestu. Má-li pohrůžka trestní platiti jak pro přímého pachatele, tak i pro nejvzdálenějšího pomocníka, je jisto, že může to býti jen pohrůžka velice elastická. Zákoník trestní, vybudovaný na názorech *Getzových* vylučuje nezbytně tresty absolutně určité, žádá široké sazby trestní a rozsáhlé soudcovské právo zmírnění, po případě i úplného prominutí trestu. Tak tomu jest i v zákoně norvěžském. Nejen že sazby trestní při jednotlivých deliktech největší volnost soudci zůstávají, aby k různému zavinění jednotlivých účastníků mohl přihlížeti, § 58. dokonce stanoví: „Spolupůsobilo-li více osob k činu trestnému, a bylo-li spolupůsobení jednotlivcovo vyvoláno odvislostí

¹⁾ Zprávy M. J. K., sv. V., str. 517.

²⁾ Srov. *Birkmeyerovu* „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts“. Všeobecný díl II. svaz., str. 131.

jeho od jiného účastníka, neb bylo-li v poměru ku spolupůsobení ostatních nepatrného významu, tu může trest, jenž jemu se uloží, býti snížen pod stanovené zákonné minimum, neb uložiti lze mírnější způsob trestu. Kde dle příslušných pravidel bylo by lze uložiti trest peněžitý, jakož i při přestupcích, může trest vůbec odpadnouti.“⁴⁾

Pro toho, kdo lpí na trestech absolutně určitých, neb nechce soudci tuto velikou volnost ve výměře trestu přiznati z obavy před jejím zneužitím, jsou názory *Getzovy* ovšem nepřijatelný. — Již tímto faktem lze si dostatečně vysvětliti odpor konservativců proti „moderním snahám“, který přiměřeného došel výrazu slovy *Birkmeyerovými*²⁾: „Hrozí nebezpečí, že volné uvážení soudcovo při stanovení trestu do nesnesitelnosti bude stupňováno... Z oné magna charta, již dle opětého *Lisztova* ubezpečování trestní zákoník pro zločince býti a zůstatí má, zbude věru velmi málo, bude-li zločinec vydán takovéto neobmezené subjektivní úvaze soudcovské.“

Sám nesdílím nikterak obav *Birkmeyerových*, předpokládaje ovšem, že nejtěžší tresty, tresty „nenapravitelné“ budou z moderního práva trestního vyloučeny. Nesdílím jich zejména v našich poměrech, v nichž v lidu důvěra ve správné konání trestní spravedlnosti je neotřesená, a stav soudcovský důvěry té právem si zaslouží. A přece i dle platného našeho zákona trestního moc soudcova ve výměře trestu je veliká, volnému uvážení soudcovi je ponecháno stanoviti v konkrétním případě na př. trest doživotního neb jen trest tříletého žaláře, přes to však nelze říci, že by moci té se zneužívalo. Naopak přiznává se všeobecně, že jedině rozsáhlá svoboda soudcova ve výměře trestu, již většinou se vzácným taktem bylo používáno, umožnila dlouholetou existenci zákona, v trestných svých pohrůžkách zastaralého, přes příliš krutého. Ostatně uznává se dnes mezi pokrokovými kriminalisty všeobecně, jak i *Birkmeyer* sám doznává,³⁾ že široké sazby trestní nejsou zákonu trestnímu na újmu, naopak že jsou

¹⁾ Citováno dle německého překladu norvěžského zákona trestního, vydaného redakcí Z. a Zpráv M. J. K. (Berlín, Guttentag 1904).

²⁾ Darstellung. Díl všeobecný, II. svazek, str. 9.

³⁾ Darstellung, Všeobecný díl, svazek II., str. 89.

nezbytným požadavkem správné kriminální politiky, která náležitěho ocenění subjektivního elementu ve zločinu se domáhá.

Ovšem připouštím *Birkmeyerovi*, že nehodí se systém *Getzův* pro poměry, v nichž důvěra ve stav soudcovský je otřesena. V poměrech takových nezjedná však nejdokonalejší zákon trestní nápravy, neboť není zákona, jehož nebylo by lze zleužiti.

Konečně nelze popírati, že návrh *Getzův* je nepřijatelný pro ty, kteří zásadně menší trestnost pomocníkovu zastávají. Mluvčím jejich jest opět *Birkmeyer*; „Principiálně stejné trestání všech účastníků dle zákona nutno prohlásiti jako opatření neospravedlnitelné a nespravedlivé.“¹⁾ Nechtěje se prozatím námitkou tou blíže zabývati, podotýkám jen, že není správná. Vždyť také náš zákon trestní všechny účastníky principiálně stejným trestem stíhá, a přece příslušné ustanovení jeho nejen že nezavdalo příčiny k žádným stížnostem, naopak velice se osvědčilo, a jak později poznáme, je dle názorů mnohých ustanovením velice přiměřeným a správným.

Omezil jsem se na nejdůležitější námitky proti názorům *Getzovým*, jíti ještě dále, zabývati se námitkami speciálními, neb vyvracetí dle názoru mého bezdůvodné výtky *Belingovy*²⁾ a *Höpfnerovy*³⁾ proti *Getzem* navrhované formulaci jednotlivých podstat skutkových, nepokládám pro správné posouzení stanoviska *Getzova* nutným.

S všeobecným však nesouhlasem setkal se na témže sjezdu návrh *Nicoladoniho*. *Nicoladoni* se obrací předem proti dnešnímu učení o akcesorní povaze účastenství, dle něhož činnost účastníková (návodcova, pomocníková) kriminální svůj charakter vypůjčuje si z činnosti druhého (pachatelovy): Činnost návodcova a pomocníková je podstatně rozdílna od činnosti pachatelovy a nelze ji podřadovati jedině skutkové podstatě, neboť jak psychologický, tak i vnější poměr k činu trestnému je různý u pachatele a účastníka. Se stanoviska novějších směrů, jež největší váhu kladou na individualisující výkon trestní spravedlnosti, je naprosto vyloučeno mluvíti o jednotnosti činu účastníkovy a pachatelovy. Účastník vykonal jiný čin a jednal s jinou vůlí —

¹⁾ Cit. str. 136.

²⁾ Die Lehre vom Verbrechen, str. 455 a násl.

³⁾ Bemerkungen. Z. XXVII., str. 409 a násl.

tedy samostatně. Z důvodu toho nelze činnost návodcovu a pomocníkovu stíhati jako spoluvinu v cizím deliktu, nýbrž nutno ji posuzovati jako činnost zcela samostatnou, jako delictum sui generis, o němž platí vše, co o ostatních deliktech zákon stanoví: Možný je pokus i odstoupení od pokusu, možno je účastenství v účastenství, a činnost pachatelova je pro otázku skutkové podstaty činnosti účastníkovy zcela indiferentní. Toliko způsob a míra trestu, který účastníka stihnouti má, musí se řídit dle velikosti onoho činu, k němuž účastník dle úmyslu svého spolupůsobil.¹⁾

Že tento návrh *Nicoladoniho* návrhem *Getzovým* zcela do pozadí byl zatlačen, spočívá v jeho nepropracovanosti, polovičatosti oproti přesnému a důslednému návrhu *Getzovu*.

☐ Jak představuje si *Nicoladoni* účastenství (návod a pomoc) jako delictum sui generis, o tom z vývodů jeho ničeho bližšího se nedovídáme. Je třeba přesně lišiti mezi návodem a pomáháním aneb stačí stanoviti toliko jediný samostatný zločin „úcastenství“? A nebude toto účastenství účastenstvím v cizím deliktu, nebude nikterak sdíletí osud činu trestného, k němuž bylo naváděno, pomáháno? Stačí již pouhé prohlášení návodu a pomoci za delictum sui generis, by přetrhl se celý přirozený svazek mezi činností účastníkovou a pomocníkovou? Je sporná otázka akcesorní povahy účastenství již odstraněna pouhým prohlášením návodu a pomoci za delicta sui generis? Také u nás považují někteří návod za delictum sui generis a přece otázka akcesorní povahy návodu nestala se tím, jak jsme poznali, nikterak bezvýznamnou. Má trest návodce a pomocníka býti principiálně stejný neb ne, má trest účastenství býti principiálně stejný, i co do způsobu i co do míry s trestem pachatelským neb ne? Z vývodů *Nicoladoniových* nelze žádnou z uvedených otázek bezpečně zodpověděti. Naopak přípustný je výklad, že trest pachatelský, návodcovský a pomocnický může principiálně různě býti stanoven. Tehdy nelze však o tom pochybovati, že otázka po přesném rozdílu mezi pachatelstvím, spolupachatelstvím, návodem a pomáháním ještě ostřeji do popředí vystupuje, žádajíc nezbytně přesné odpovědi. Stanovisko *Nicoladoniho* nejen neodstraňuje dnešní ne-

¹⁾ Zprávy M. J. K., svaz. V., str. 343—347.

dostatky zákonné úpravy účastenství, naopak důvodnou je obava, že mohlo by je ještě zvýšiti.¹⁾

Ke konečnému rozhodnutí otázky o zákonné úpravě účastenství na sjezdu lineckém nedošlo. Vysloveno jen všeobecné, nikterak příliš určité přání, by zákonná ustanovení o účastenství byla uvedena v soulas s principy osobní zodpovědnosti a ochrany lidské společnosti.²⁾ Určitější jest již stanovisko ústředního sjezdu p e t r o h r a d s k é h o (1902): „Pokud jde o otázku účastenství, má se zákonodárce vyhnouti každému doktrinárnímu rozeznávání účastníků v témže zločinu a toliko na to má se omeziti, že označí způsob účastenství, jež jako takové uznává.“³⁾

O názor ten opírají se these, které prof. *Harburgrem* byly předloženy skupině M. J. K. „říše německá“ na sjezdu d r á ž d a n s k é m r. 1903:

I. „Spolupůsobí-li více osob úmyslně ku spáchání činu trestného, tu stíhá trest na čin stanovený každého účastníka (spolupachatele, návodce, pomocníka).“

II. Soudcové však buďtež zmocnění trest těch účastníků, jichž vina menší býti se jeví, zejména těch, kteří jen pomáhali, snížení měrou v zákoně stanovenou.

III. Nezdaří-li se návod, neb nedojde-li bez přičinění toho, kdo naváděl, k výkonu činu, k němuž bylo naváděno, tu nastupuje trest jen v případech v zákoně uvedených; je si však přáti, by k takovému ustanovení došlo při všech těžších zločinech.“

Po zajímavém referátu *Harburgrově* a korreferátu *Heimbergrově* rozpředla se o thesech těchto debata, pro dnešní názor na účastenství v mnohém poučná. Prof. *Finger* navrhuje tuto změnu these II.: „Je žádoucno, by zákonodárství označilo účastenství jako zákonný důvod zmírnění trestu.“ Návrh ten po dvojí stránce zasluhuje pozornosti: ukazujet jednak ku stále neurčitosti pojmu účastenství, jednak ku sklonnosti i pokrokovějších kriminalistů považovati účastenství (návod a pomoc

¹⁾ Srov. vývody *Lisztovy*, Zprávy M. J. K., svazek V., str. 516, a *Hoeglovy*, tamže str. 517.

²⁾ Zprávy M. J. K., sv. V., str. 522.

³⁾ Zprávy M. J. K., sv. XI., str. 137. (Sv. XIII., str. 33).

— neb také spolupachatelství?) za méně významné akcesorium činnosti hlavní.

Neurčitosti pojmové, jak dána je thesí I. a návrhem *Fingrovým*, dovolává se správně *Neumeyer*¹⁾ a k jeho návrhu také usneseno, že účastenstvím nutno rozuměti nejen spolupachatelství, návod a pomoc, nýbrž i pachatelství. (Srov. níže přijatou thesí I.)

Pokud jde o thesí II. a změnu *Fingrem* navrhovanou, namítl důvodně *M. E. Mayer*,²⁾ že these ta neprávem akcentuje zásadně menší trestnost pomocníkovu. Tím však vzniká rozpor mezi thesí I. a II. a přesné rozlišování mezi jednotlivými formami, jemuž dle intencí Jednoty zabráněno býti má, stává se opětě nutným. Nezbyvá tedy, než v thesí druhé škrtnouti slova „zejména těch, kteří pomoc poskytovali“. Správně připomíná též *M. E. Mayer*, že these II. je vlastně zbytečna, neboť zákonodárce, jenž přijal by thesí první, musí minima sazeb trestních tak snížit, aby i činnost méněvinného účastníka v zákonném rámci trestním správně mohla býti trestána. Toliko v případech trestů absolutně určitých, jichž ovšem přáti si nelze, je these II. oprávněna, a bylo by ji tedy důvodně toliko na tyto případy omeziti. Z důvodu toho navrhuje *Mayer*, by thesí druhé připojen byl dodatek „pokud řádný trest absolutně je stanoven“.

Návrh *Mayerův* týkající se vypuštění slov „zejména těch, kteří pomoc poskytovali“ byl přijat, za to však zamítnut byl dodatek jím navrhovaný, ačkoli důvod *Harburgrem* pro zamítnutí uvedený patrně je nesprávný.³⁾

Shromáždění přijalo předložené these v tomto znění:

I. Spolupůsobí-li více osob úmyslně ku spáchání činu trestného, tu stíhá trest na čin stanovený každého účastníka (pachatele, spolupachatele, návodce i pomocníka).

¹⁾ Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 542.

²⁾ Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 541, 542.

³⁾ „Dagegen muß ich mich entschieden gegen den weiteren Antrag des Herrn Kollégen *Mayer* aussprechen, innerhalb der These II. zwischen absolut und relativ bestimmten Strafen zu unterscheiden. Es würde dies im letzten Resultate wieder zur Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes führen.“ Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 543. Srov. *Mayerem* navrhovanou výpustku.

II. Soudcové však buďtež zmocnění trest těch účastníků, jichž vina menší býti se jeví, snížití měrou v zákoně stanovenou.

III. (Nezměněna.)

Přihlédneme-li blíže k těmto těm shledáme:

These I. odpovídá zcela direktivnímu usnesení ústředního sjezdu petrohradského. Pojem účastenství přesně je stanoven. Účastníkem je každý, kdo k činu trestnému (úmyslně)¹⁾ spolupůsobil; nejen návodce a pomocník, ale i pachatel a spolupachatel. — Že sjezd drážďanský pojem a rozsah účastenství přesně stanovil, jest upřímně vítati, neboť v otázce tak složité a stále pochybné přesné vymezení toho, co účastenstvím se rozumí, je naprosto nezbytno. V tomto směru jest usnesení sjezdové skutecným pokrokem.

Zásadně však je se ohraditi proti tvrzení *Birkmeyerovu*,²⁾ že přijetím these I. implicate též akcesorní povaha účastenství ve smyslu učení panujícího se akceptuje. Tvrzení to bylo by jen tehdy správné, kdyby *Birkmeyer* dokázati se pokusil a skutečně dokázal, že i činnost pachatelova o sobě je beztrestna, že trestnou se stává teprve z cizí činnosti (sobě trestné. Důkaz takový jest ovšem čirou nemožností. Vývody *Harburgrovy*³⁾ svědčí také pravému opaku; vždyť dle nich prospěch plynoucí z these I. spočívá mimo jiné v tom, že akcesorní povaha účastenství ve smyslu učení panujícího naprosto se jí vylučuje. Přes to, že these ta vychází z pojmu účastenství „v činu trestném“, má býti trestní zodpovědnost jednotlivých účastníků zcela samostatně posuzo-

¹⁾ These I. omezuje se na účastenství v deliktech dolosních, leč z omezení toho nelze vyvozovati, že pojem účastenství a jeho rozsah při deliktech kulposních by snad byl jiný. Omezení to vysvětluje *Harburger* tím, že nebylo by správně jedním dechem luštiti složitou otázku účastenství jak při deliktech dolosních, tak i kulposních: „Dies tat ich deshalb, weil, soweit ein fahrlässiges Verhalten ähnliche Erscheinungsformen zeitigt, zum Teile wesentlich abweichende Grundsätze anzuwenden sind und es sich darum nicht empfiehlt, das vorsätzliche und das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer gleichzeitig, in einem Atem zu behandeln.“ (Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 514).

²⁾ „Darstellung“. Všeob. díl, svazek II., str. 88.

³⁾ Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 528.

vána, „žádný z nich nemá si trestnost vypůjčovati z trestnosti druhého (hlavního pachatele)“.¹⁾

Birkmeyer pro potvrzení svého názoru (že these I. přijímá akcesorní povahu účastenství) dovolává se these III., dle níž nezdařený návod má býti trestný jen v případech výslovně v zákoně uvedených. Tím prý se praví, že není samostatného deliktu návodu, nýbrž že návod je pouhé akcesorium činnosti hlavní.

Výklad takový lze dle mého názoru vysvětliti jen příliš povrchním studiem přijatých thesí a jednání sjezdového. Je nesporno, že sjezd o tom je přesvědčen, že z these I. plyne oprávnění zákonodárcovo stíhati i pokus činnosti účastenské, poněvadž these ta právě popírá akcesorní povahu účastenství ve smyslu učení panujícího. Sjezd toliko z důvodů kriminálně politických omeziti chce trestní nárok státní plynoucí z pokusu návodu na případy těžších deliktů.²⁾ Kdyby byl snad sjezd vycházel z učení *Birkmeyerova* o akcesorní povaze účastenství, pak prostě „omezení“ trestnosti nezdařeného návodu „jen“ na těžší delikty bylo by nevysvětlitelné. Naopak sjezd byl by se musil blíže zabývati otázkou, jak je to možno, že trestá se činnost o sobě kriminálně indiferentní, ano i pouhý pokus její, přes to, že není tu žádné zločinné činnosti hlavní. These III. nejen že nemluví pro *Birkmeyer*, nýbrž mluví jasně proti němu.

O jednom faktu však these I. nesporné vydává svědectví: Zákonodárci nelze se vzdáti pojmu účastenství a rozlišování jednotlivých jeho forem. Bez pojmu účastenství a bližšího jeho roztržidění nelze konstruovati právo trestní.

These II. a III. nevyžadují bližšího rozboru, neboť o otázkách, k nim se vztahujících, bylo již dříve pojednáno. S thesí druhou souhlasím, pokud zákonem přijatý system trestní nečiní ji skutečně zbytečnou. Nesouhlasím však s thesí III., nepokládaje správnými úvahy kriminálně politické, jež daly jí vzniknouti.

Z přijatých sjezdem thesí poznáváme, že základní, nesporné správná myšlenka *Getzova* proniká snahy M. J. K. (direktivní usnesení sjezdu petrohradského, jednání a usnesení sjezdu dráž-

¹⁾ O tom, že *Birkmeyer* dosud lpí na tomto svém vymezení akcesorní povahy účastenství, srov. zejména „Darstellung“ cit. str. 3 a 4.

²⁾ Srov. Zprávy M. J. K. sv. XI., str. 528—531.

ďanského). Nejde tu, jak *Birkmeyer* se domnívá¹⁾ jen o vnější podobnost požadavků kriminálně politických, nýbrž jde o stejné vnitřní přesvědčení, o společnou ideu základní, která jen různým způsobem, v různé formě má se uplatnit. Oběma stanoviskům společnou je snaha v právu trestním zjednatí průchod vině subjektivní a odpovědnosti individuální tím, že odstraní se zásadně různá trestnost jednotlivých účastníků a neblahé důsledky plynoucí z dnešního pochybeného učení o akcesorní povaze účastenství.

Zbývá jen k tomu ještě poukázati, jak požadavky sjezdu drážďanského jsou blízky ustanovením našeho „zastaralého“ zákona trestního. These I. sankcionována je ustanovením § 5. These II. dochází výrazu v mimořádné změně a v mimořádném zmírnění trestu a v četných ustanoveních speciálních (srov. na př. § 70, 72, 84, 136, 137, 288 tr. z.). Toliko absolutní trest smrti, pokud i pro méně vinné účastníky je stanoven, činí tu výjimku. These III. odpovídá ustanovení § 9, které ovšem jde dále; je však otázka zda neprávem. Jisto je nejméně, že předpisy našeho „přežitého“ zákona trestního o účastenství více osob v činu trestném nepoměrně více odpovídají moderním ideám, než ony, tak kdysi vychvalovaného, pro nás příkladného, zákona trestního pro říši německou.

Binding, Köhler, Birkmeyer.

Přistupuji k výkladu druhé skupiny snah o úpravu účastenství v činu trestném, které nejlépe jsou charakterisovány novějšími pokusy *Bindingovými* „nesprávné a neúplné“ dnešní tředění nahradití novým „správným a úplným“. *Binding*²⁾ je tohoto názoru: Nesprávnost dnešních ustanovení zákonných o účastenství spočívá v tom, že jednak pojem pachatele bezdůvodně byl sůžen zbytečným pojmem návodce, jednak že nemáme žádné formy pro účastenství ve zločinu, které ani pachatelství, ani návodu

¹⁾ „Darstellung“, cit. str. 91.

²⁾ Srov. „Grundriss des deutsch. Strafrechts“ (všeob. díl) 7. vyd., str. 145 a násl. Týž: „Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit; der Täter, der Verursacher (Urheber) und der Gehilfe“. G. S., sv. 71., str. 1—21. — Ač vývody *Bindingovy* těsně se pojí k ustanovením platného práva německého, nelze jim všeobecnou důležitost nikterak upírati.

ani pomoci podřadití nelze. Důsledkem toho je, že jisté osoby, jež nesporně zaviněným způsobem zločinu se účastní, jsou beztrestny, tak že formalism zákona vítězí nad ideou spravedlnosti, zajisté ne ku povznesení právního vědomí lidového. Má-li býti zjednána náprava, lze tak učiniti jedině odstraněním formy návodu a zavedením nové formy účastenství t. zv. *p ú v o d c o v s t v í* (Urheberschaft).

Postup myšlenkový jest u *Bindinga* tento:

I. U všech národů nalézáme v počátcích vývoje právního velikou nejistotu, pokud jde o trestně právní cenění osob, jež zločin „vlastnoručně“¹⁾ nevykonaly. „Nejistota ta trvá podnes. Lze snadno prokázati, že přítomný stav úpravy této trestně právní otázky prvního řádu — plně vnitřního rozporu — je výsledkem jednak nedostatečného rozšíření pojmu pachatele, jednak nepřípustné abstrakce od pojmu toho. „Návodem“ nazývá se takto zplozené dvojče (Zwitterwesen)!“

Zločinný čin není a nebyl nikdy nic jiného než uskutečnění zaviněné vůle jisté osoby nositelem této vůle. Je tedy zločin svrchovaně osobním projevem vůle. V prvotní omezenosti vyžadovalo pachatelství čin vlastnoruční. To však na dlouho je nemožné — někdo užil zvířete (kousavého psa), otroka, sluhy. Pojem pachatelství nutně musil se rozšířiti. Zvířeti na roveň postaven nejdříve nepřítelný. Tak vzniká pojem nepřímého (prostředecného) pachatelství. (Výraz celkem špatný neboť nepřímý pachatel předpokládá přímého).²⁾

¹⁾ Daleko správněji užívá zajisté již *Theresiana*, čl. 3. § 7. označení „eigentätig“ místo *Bindingova* „eigenhändig“.

²⁾ Že zejména v rakouském právu trestním nesprávně je mluvíti o „nepřímém“ pachateli ve smyslu shora uvedeném, je nesporné, neboť zákon (§ 5.) označuje jako „nepřímého“ pachatele návodce, pomocníka a účastníka v užším smyslu. Srov. též *Stooss* („Lehrbuch des oest. Strafrechts“, str. 116), jenž navrhuje na místo nepřiměřeného označení „nepřímý“ pachatel, dle svého názoru přiměřenější „skrytý“ pachatel (verdeckter Täter). Leč ani toto označení nepokládám správným. Nejasný a nesprávný pojem nestane se jasnějším a správnějším i když přiměřeněji snažíme se ho označiti. Skrytým pachatelem je pachatel, který se skrývá, není jím ten, kdo jiného ku zločinu navedl. Vždyť t. zv. nepřímý (skrytý) pachatel může jednat zcela veřejně, otevřeně, nemusí se skrývati. Jedná nepřímě na př. jen proto, že přímo nemůže jednat.

Leč nepřímé pachatelství není možné při všech deliktech. Jsou jisté delikty, při nichž činnost trestná tak individuálně jest určena, že musí „vlastnoručně“ býti spáchány. Soudce musí sám zákon porušiti, falešný žalobce musí sám žalovati, manžel sám cizoložiti, bratr sám se sestrou svoji smilstva se dopustiti, křivopřísežník sám křivě přísahati. Jak tedy posuzovati je případy, když někdo použije choromyslného ku spáchání deliktu, jehož pro nedostatek nutných osobních vlastností sám dopustiti se nemůže. (Na př. použije někdo choromyslného soudce k porušení práva, choromyslnou ženu k cizoložství s třetí osobou. Tu zajisté nelze mluvit ani o nepřímém pachatelství ani o návodu a pomoci.)¹⁾ V případech těchto je patrné, že s dnešními formami účastenství nelze vystačiti, že nutno zavést novou formu zodpovědnosti za činnost zločinnou, jež není ani pachatelstvím ani návodem ani pomocí.

II. Při všech ostatních deliktech (vyjma ony ad I. uvedené) možný je výkon jak vlastní, tak i cizí rukou (eigenhändig — fremdhändig). „A co jeden skrze druhého činí, to jest jeho činem, a byl-li nástroj jeho příčejný, zároveň i činem nástroje“. Tomuto poznání odpovídá teorie starého obecného práva německého, která znala původce fyzického a intelektuálního, tedy přímého a nepřímého. Toto rozlišování pachatelství nebylo sice říšským zákonodárstvím německým oficiálně uznáno, avšak pojem intelektuálního pachatelství nezmizel; týž byl toliko velikou měrou — a to neprávem — pohlcen pojmem návodce. Jisto je, že ani dnešní zákon nevyžaduje k pachatelství „vlastnoručnost“ zločinného konání. Stanovisko vědy je tu však plné rozporu, a degradaci nepřímého pachatele na návodce, na účastníka v cizím deliktu, lze si vysvětliti jedině tím, že týž výkonu zločinu sám se neúčastní. Přes to však uznává zákon na více místech, že úmyslné určení (Bestimmung) jiného k zaviněnému výkonu vůle pachatelské principiálně s přijetím pachatelství lze srovnati (§ 142, 341, 343 a jiné něm. zák. trest.). Nelze tedy o tom mluvit, že dle dnešního práva principiálně k pachatelství „vlastnoručnost“ by se vyžadovala, jak praxe také všeobecně přiznává.²⁾ Proto

¹⁾ Vzhledem k aksesorní povaze návodu a pomoci.

²⁾ Jinak nelze si to ani mysliti, nemá-li dojít k těžkým nesprávnostem.

nutno i dle platného práva zastávati zásadu: nepřímý pachatel je pachatelem (budiž i trestán jako pachatel, budiž s ním zacházeno jako s pachatelem) pokud není návodcem.

K nepřímému pachatelství (zahrnujíc v ně i návodce) dochází tím způsobem, že k činu trestnému rozhodnutý 1. vlastnoruční provedení zločinu z nějakého důvodu odmítá (fysická neschopnost, nedostatek zručnosti a pod.), 2. že se mu podaří získati někoho ku zločinu způsobilého k vlastnoručnímu provedení zločinu.

Způsob, jímž dochází v životě k nepřímému pachatelství, je nejrozmanitější, vyskytující se rozdíly lze však svést na tři typy: 1. Původce zločinné myšlenky (zločinného rozhodnutí) vočkuje někomu, jenž na tento zločin nemyslel, rozhodně však proň se ještě nerozhodl, zločinné rozhodnutí. 2. Původce zločinného rozhodnutí najde někoho, kdo generelně neb speciálně ku stejnému činu je rozhodnut a přiměje ho, že i v jeho zájmu zločinu se dopustí (bestimmt ihn, das Verbrechen für ihn mitzubegehen). 3. Konečně přihází se často, že zločinné rozhodnutí pojalo více osob, a toliko jedna neb některé se určí (na př. losem) k jeho provedení. (Jediné tyto jsou přímí, ostatní nepřímí pachatelé).

Všechny uvedené případy srovnávají se v tom, že je tu vzhledem ku témuž zločinu více pachatelů, kteří vykazovati musí ovšem veškeré známky, jež zákon právě ku pachatelství tohoto zločinu vyžaduje, a kteří liší se toliko tím, že jedni pachatelské svoje rozhodnutí uskutečňují vlastní, druzí cizí rukou.

V tomže okamžiku, v němž nepřímý pachatel správně je poznán, stává se patrnou absolutní neudržitelnost dnešního „návodce“. Kdo s úmyslem, aby zločin byl spáchán, druhého přiměl ku spáchání zločinu, je pachatelem vlastního a ne aksesorním účastníkem cizího zločinu. Tím, že zákon zvrátil tuto správnou skutečnost, dospívá k největším nespravedlnostem. „Muß doch heute der mit Mordvorsatz zur fahrlässigen Tötung Anstiftende nach dem perversen G. B. § 48 vom Richter zur Strafe fahrlässiger Tötung begnadigt werden“. Zde jasně vystupuje nostem. Když šest komplotantů umluvilo loupežný útok a výkon jeho jen jedinému — nejodvážnějšímu — zůstavilo, tu jinak musilo by pět zbývajících býti beztrestno. Návodci zajisté nejsou.

do popředí nesprávnost a nebezpečnost akcesorního účastenství.

III. Je zcela možno, že někdo sám zločin nespáchal, pachatelem se nestal, přes to však zaviněně k tomu působil, že ku zločinu došlo, neb alespoň byla uskutečněna objektivní skutková podstata zločinná. Tato možnost uznána jest i moderním zákonodárstvím, a prakticky s ní se počítá, byť i ne správným způsobem a v náležitém rozsahu.

Návodce německého říšského zákonníka je v daleko nejčtetnějších případech nepřímým pachatelem, ve všech ostatních případech je příčinitelem (Verursacher) cizího zločinu. Kdo někoho k vykonání křivé přísahy svede (§ 160 n. tr. z.), způsobí úmyslně, že objektivní skutková podstata křivé přísahy se uskutečňuje. Tohoto příčinitele, jenž není pachatelem, nazývá Binding p ů v o d c e m (Urheber), nenalézaje jiného vhodného výrazu.

Původcovství může se vyskytnouti ve třech typech:

1. Někdo přiměje úmyslně osobu ku zločinu nezpůsobilou (einen Handlungsunfähigen) k výkonu objektivní podstaty nějakého zločinu, jehož dnes jen „vlastnoručně“ lze se dopustiti, a jehož pachatel nemusí míti zvláštních osobních vlastností.

2. Někdo, jemuž k pachatelství potřebných osobních vlastností se nedostává, přiměje druhého, který vlastnosti ty má, k uskutečnění nějaké konkrétní zločinné skutkové podstaty; ať již ten, kdo čin vlastnoručně vykoná *a*) je nepříčetný (tedy zločinu se nedopouští) neb *b*) zločincem se stává. Děj v obou případech (*a*) a *b*)), pozorován jsa se stanoviska původcova, je naprosto stejný. Přes to však dnes případy ty zásadně různě jsou posuzovány. V prvním je původce beztrestný, v druhém je trestným návodcem.

3. Konečně může někdo, jenž k pachatelství nezbytného konkrétního zločinného rozhodnutí zcela postrádá, přiměti druhého ku spáchání zločinu. (Lze pohnouti na př. anarchistu ku vraždě nějakého státníka, přenechat mu však zcela pojmutí a provedení konkrétního úmyslu pachatelského). Zde patrně nejde o návod ani o pachatelství.

Jak odpomoci těmto nedostatkům? Snad rozšířením pachatelství na původcovství? To nelze, neboť rozdíl mezi pachatelem a původcem je podstatný. Pachatel páše zločin, týž je jeho zločinem, v němž jeho vlastní zločinné rozhodnutí se uskutečňuje;

osobní vlastnosti potřebné ku spáchání zločinu musí právě u něho se vyskytovat. To vše není, alespoň nemusí býti u původce. Proň je spáchaný zločin cizím činem, který jen přičinil. „Že k němu došlo, odpovídá jeho vůli; není tu však vůle, jeho se dopustiti“.

Opíraje se o předchozí (ad I., II., III.) navrhuje *Binding* tyto nutné změny:

1. Pojem návodce budiž zcela odstraněn, a návodce budiž prohlášen jednak za nepřímého pachatele, jednak za původce.

2. Pojmově přípustné rozšíření pachatelství budiž v plném rozsahu uznáno.

3. Pomocnictví budiž v dnešním rozsahu ponecháno.

4. Mezi pachatele a pomocníka je vsunouti „původce“; pojem ten je však značně rozšířiti přes rozsah návodce, který není nepřímým pachatelem.

Z uvedeného je patrné, že *Binding* nechce ani odstraniti dnešní přesné rozlišování různých forem účastenských, ani rozmnožiti počet jejich; jde mu jen o to, by dnešní nesprávné a neúplné dělení bylo nahrazeno správným a úplným. Počet způsobů účastenství má i na dále na tři základní býti omezen, toliko návod má udělati místo původcovství. Předním důvodem navržené reformy je neúplnost dnešního dělení. K němu také nejdříve chci přihlédnouti a pak teprve pojednati o námitkách, jež činí se proti pojmu „návodu“.

I. Je skutečně pravda, že dnešní úprava účastenství vykazuje vážné mezery, tak že osoby, nesporně zaviněným způsobem ve zločinu súčastněné zaslouženému trestu unikají?

K otázce té, vycházíme-li z dnes vládnoucího učení o akcesorní povaze účastenství, nutno nesporně přisvědčiti. Poznali jsme v předchozí kapitole, že dnes trestnost návodce a pomocníka (dle *Birkmeyera* i spolupachatele) činí se neprávem závislou na trestné činnosti pachatelově. Nedopustil-li se pachatel alespoň trestného pokusu, nelze mluvit o trestném návodci a pomocníku, oba neprávem jsou beztrestni.

Nesprávnost panujícího učení je evidentní. Dle něho bylo by lze beztrestně osobu nepřičetnou, osobu v omluvitelném omylu se

nacházející a pod., ku zločinu naváděti, neb ji ve zločinné činnosti pomáhati. Důsledkům těmto snaží se odpomoci panující učení konstrukcí „nepřímého“ pachatelství. Pojem pachatele rozšiřuje se i na toho, kdo sice čin „vlastnoručně“ nevykonal, nýbrž úmyslně vykonati dal osobou druhou, jež jednala jako pouhý nástroj v jeho ruce.¹⁾

S nepřímým pachatelstvím setkáváme se dle *Liszta* v těchto případech:

1. Když osoba, již k výkonu bylo užito, byla nepřičetná;
2. když jednala nesvobodně t. j. z neodolatelného donucení;
3. když jednala bez zlého úmyslu t. j. neznajíc následky svého konání;
4. když zločin vyžaduje určitý obmysl, téhož však osobě k výkonu užité se nedostává, kdežto pachatel s tímto obmyslem jedná;
5. když přímo jednající vázán byl povinností služební neb ustanovením zákonným.²⁾

Konstrukcí nepřímého pachatelství má se zabrániti, jak podotknuto, tomu, by zaslouženému trestu neunikl ten, kdo není přímým pachatelem a jehož pro nedostatek trestnosti přímého pachatele jako účastníka nelze trestati. Docílí se tím však skutečně zamýšleného úspěchu? Zajisté že ne, alespoň ne úplně. *Binding* správně poukazuje k nekrytým případům. Soudce sám musí zákon porušiti, neboť osoba neúřední nemůže ani jako nepřímý pachatel, dopustiti se deliktu úředního. Falešný žalobce musí sám žalovati, neboť ten, kdo sám nežaloval, nemůže býti jako žalobce odsouzen. Křivopřísežník musí sám křivě přísahati, neboť ten, kdo nepřisahal, nemůže ani jako nepřímý pachatel křivou přísahu spáchati. Manžel sám musí cizoložiti a nemůže jinou osobou býti zastupován, stejně jako bratr jen sám trestného

¹⁾ „Täter ist auch derjenige, der sich eines anderen Menschen (vielleicht des Verletzten selbst) als Werkzeuges bedient und durch diesen die Ausführungshandlung begeht“. (*Liszt*, Lehrbuch, 16. a 17. vyd., str. 218). — O pojmu nepřímého pachatele srov. zejména *Bar*, „Gesetz und Schuld“, II., str. 636—642. — *Mittermaier*, „Gutachten“, Z. f. d. g. Str.-R.-W., sv. XXI., str. 197—258 (235—258). — *Höpfner*, „Zur Lehre von der mittelbaren Thäterschaft“, Z. f. d. g. Str.-R.-W., XXII., str. 205—217.

²⁾ Srov. *Liszt*, cit. str. 219 a 220.

smilstva se svojí sestrou může se dopustiti. Ano lze právem s *Bindingem* souhlasiti, že nelze si představití výkon nemravných činů zástupcem (na př. šíleným).¹⁾

Zde se stanoviska panujícího učení o akcesorní povaze účastenství (spolupachatelství, návodu a pomáhání) nesporně skutečně mezery se vyskytují, a má-li panující učení býti zachováno, nelze věru nikterak o tom pochybovati, že spravedlnost nezbytně toho žádá, by zavedena byla nová forma účastenství, prostá vši akcesorní povahy (ve smyslu učení panujícího). Tak dospíváme k důsledku, že se stanoviska učení panujícího požadavek *Bindingův* je nesporně správný, odůvodněný, ano nezbytný.

Požadavek ten ztrácí však na svojí intenzitě, ano stává se bezdůvodným, nesdílíme-li panující názor o akcesorní povaze účastenství, popíráme-li správnost učení o reflexní povaze trestní zodpovědnosti návodce a pomocníka, akceptujeme-li učení v předchozí kapitole zastávané.

S tohoto stanoviska nelze o tom pochybovati, že v uvedených *Bindingem* případech (srov. str. 164 ad III. 1) s trestným návodem se setkáváme. Stejně je tomu v případě ad III. 2 a); v případě ad III. 2 b) je návodce i dle panujícího učení trestný. Poznáváme tedy, že se stanoviska správného pojetí účastenství konstrukce nového pojmu „původce“ není nutna, a pravím ihned ani žádoucí, neboť daleko lépe lze tu vystačiti s pojmem návodce než původce. Pojem prvý odpovídá tu mluvě lidové a právním názorům lidovým, nikoli však pojmem druhý. Zákonodárce pak správně s názory lidovými a mluvou lidovou musí počítati, neboť zákony vydávají se pro lid, jenž jimi řídití se má.²⁾ Pokud jde o *Bindingem* uvedený případ ad III. 3. (str. 164) připouštím, že s pojmem návodce nelze tu vždy vystačiti, byť i k návodu naprostá individualisace co do předmětu zločinného se nevyhledávala. Domnívám se však, že i *Bindingem* navrhovaný pojem „původce“ podobné omezení jako pojem návodce nezbytně vyhledává. Ten, kdo má býti označen jako původce jistého zločinu, musí druhého vždy přiměti k činu individuálně určitému, byť i ne naprosto individualisovanému. Daleko však vhodnějším, dle mého názoru, by bylo,

¹⁾ Srov. výklad na str. 162 a násl.

²⁾ Tak alespoň *Beccaria*, jinak ovšem soudí *M. E. Mayer* („Rechtsnormen und Kulturnormen“), s nímž nelze mi však souhlasiti.

přidržeti se v tomto případě platnému právu známé konstrukce samostatných činů trestných, která v praxi zcela se osvědčila, než konstruovati snad pro tento jediný případ nový, nikterak příliš přesný, pojem původce.

Uvedeným je dáno také moje stanovisko k pojmu „nepřímého“ pachatele. Pojem ten mám za zcela zbytečný, v zákoně opory nenalézající. Pachatel, jehož zákon na mysli má, je vždy přímým pachatelem, nepřímý pachatel je zákonu neznámý, leč bychom chtěli návodce a pomocníka za nepřímého pachatele vůbec prohlašovati¹⁾. Jistou oprávněnost bylo by snad pojmu tomu přiznati jediné v případech fyzického donucení, a to jen vůči tomu, kdo lpěl by na požadavku „vlastnoručnosti“, jako nezbytné podmínce (přímého) pachatelství. Avšak ani zde ne právem. Neboť požadavek ten v uvedeném případě nesporně je splněn. Kdo násilím vede ruku moji a poškozuje jí třetí osobu neb cizí věc, jedná přece „vlastnoručně“, vlastní rukou vede moji ruku. Jinak také ten, kdo zraňuje výstřelem, sečnou zbraní, neb kdo poštvá kousavého psa, nezraňuje vlastní rukou.

Tak dospívám k tomuto důsledku: Názor, že dnešní úprava účastenství vykazuje takové mezery, že osoby nesporně zaviněným způsobem ve zločinu súčasťněné zaslouženému trestu unikají — je správný jen se stanoviska dnes panujícího učení o akcesorní povaze účastenství, není však správný, popřeme-li správnost učení panujícího, a akcentujeme-li dostatečně samostatnou povahu návodu a pomoci.

II. Zbývá nyní blíže pojednati o námitkách *Bindingových* proti pojmu návodce, jenž prý tak neblaze působil na dnešní učení o účastenství, sůžuje jednak neprávem pojem pachatelství, jednak zůstává nekryty případy „původcovství“. Je skutečně pravda, že pojem ten zaslouží naprostého odsouzení a důsledkem toho i vymýtní z práva trestního?

¹⁾ Srov. poznámku 2. na str. 161.

Otázka je tím zajímavější, že *Binding* zdánlivě může se dovolávati souhlasu četných vynikajících kriminalistů.¹⁾

Přihlédneme-li k učení těchto odpůrců pojmu návodu, shledáme, že není jednotné. Dle jedněch je návod nepřímým (intelektuálním) pachatelstvím (*Liszt*, *Kohler*²⁾ a j.), dle druhých (*Binding*) buď nepřímým pachatelstvím buď původcovstvím. Názor prvních je zřejmě nesprávný; poznali jsme, že při celé řadě deliktů nelze s ním vystačiti.³⁾ Zbývá tedy jen názor druhý: návodce je buď nepřímým pachatelem neb původcem.

Tak koncentruje se celá otázka v úvaze, je-li žádoucí jednotný pojem návodu z práva trestního vymýtní a pojmem nepřímého pachatele a původce jej nahraditi. Odpověď na tuto otázku dána je předchozím výkladem. Sdílíme-li stanovisko panujícího učení o akcesorní povaze návodu, zastáváme-li, že návodce jen tehdy je trestně zodpovědný, když hlavní pachatel alespoň trestného pokusu se dopustil, pak jsem toho názoru, že afirmativní zodpovězení dané otázky je nesporné. Akcesorní povaha návodu je tu skutečným břemenem, důvodem oběti pravdy materiální nesprávnému právnímu formalismu. Odůvodňovati blíže toto stanovisko, bylo by jen dřívější opakovati.

Nesdílíme-li však názoru panujícího a přidržíme-li se názoru v kapitole předchozí zastávaného, pak veškeré námitky proti pojmu návodu, jako nezaslouženému privileji beztrestnosti osob trestu nesporně zasluhujících, ztrácejí na svém významu. Návod může tu býti pojmem nevhodným, ne však nebezpečným.

Je návod skutečně pojmem nevhodným? Otázku tu zodpovídám negativně: Pojmu návodu nezbytně je zapotřebí. Pokud mluva lidová důvodně rozeznává mezi návodem, pachatelstvím a původcovstvím, pokud něco podstatně různého slovem „naváděti“ k činu rozumíme, než co slovem čin vykonati (spáchat) označujeme, potud rozlišování mezi návodem a pachatelstvím i v právu zcela je vhodné a potřebné, a věda právní i zákonodárce musí s rozdílem tím počítati. Jen tak lze předejiti

¹⁾ Srov. *Liszt*, Lehrbuch, 16. a 17. vyd. str. 215, poz. 4.

²⁾ Studien I., str. 106 a násl., zejména str. 113 a násl.

³⁾ Srov. též *Frank*, Komentář, 5.—7. vyd., str. 82 a 83, dále *Oppler*, „Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters.“ G. S., sv. 70., str. 391, 392.

nesprávnému pojetí práva se strany společnosti a vyvarovati se dnes často již oprávněným námitkám nesrozumitelnosti formalismu právního.

V tomto základním názoru, přes četné rozpory v detailech, shodují se zcela s vývody *Bierlingových*:¹⁾ „Přiměl-li jsem na př. přítele, by o jistém tematu řečnil neb knihu napsal, tu nenapadne zajisté nikomu, by mne jako nepřímého původce (auktóra) označoval; i tehdy ne, když nesporně mám zásluhu, že svým působením vyvolal jsem činnost, k níž jinak nebylo by došlo“.

Stejně tak nenapadne nikoho (vyjímajíc učeného kriminalistu) zastávati, že žena, která nějakého muže navedla k násilné soulož s ženou X, sama na této ženě násilného smilstva se dopustila, neb že ten, kdo jiného k nepřirozenému smilstvu navedl, sám smilstva proti přírodě se dopustil.²⁾ Zde zajisté právem lze mluvit o návodu a nikoli o pachatelství neb auktorství (byť i nepřímém). Nutiti zákonodárce, aby opak stanovil, je nesprávně a nebezpečno. Zákonodárci lze stanoviti, že osoba civilní může se dopustiti trestného návodu k desertci osoby vojenské, pochybují však, že dá se týž vědou přemluvit k tomu, by stanovil, že osoba civilní může sama desertovati.

To jsou praktické úvahy, jež vedou mne k tomu, bych zastával, že pojem návodu není nejen nebezpečný, ale i nikterak zbytečný. Nelze proto s tím souhlasiti, by pojem ten z práva trestního byl odstraněn.

Rovněž nelze schvalovati opravné návrhy *Köhlerovy* a *Birkmeyerovy*.

Dle *Köhlera*³⁾ učiní zákonodárce nejlépe, když rozlišuje různé formy účastenské, nepřidrží se důsledně ani teorie subjektivní ani objektivní, nýbrž se pokusí obojí stanovisko spojit. Zákonodárce musí nejdříve dělit účastníky ve dvě skupiny: ti, kteří výkonu se účastní, tvoří skupinu první, druhou ti, kteří výkonu se

¹⁾ „Juristische Principienlehre“, sv. III., str. 147.

²⁾ Srov. *Stooss*, „Lehrbuch des oest. Strafrechts“, str. 116 a 117. Stejně již *Glaser* „Zur Lehre vom Dolus des Anstifters“, Gerichtssaal, sv. 10., str. 32.

³⁾ „Reformfragen des Strafrechts“, str. 52 a 53.

neúčastní. „Ty, kteří výkonu se neúčastní (diejenigen, welche nicht ausführen) lze i na dále dělit v návodce a pomocníky. Ty, kteří se výkonu účastní, lze pak dělit v pachatele a pomocníky, dle toho, jde-li jim více o to, aby čin byl spáchán, než o to, aby jen jinému pomohli. V prvním případě setkáváme se s pachatelstvím, v druhém s pomocí. — — — Kdyby však význam úmyslně při výkonu poskytnutého příspěvku k výsledku byl v rozporu s intenzitou chtěného zločinného výsledku, tu úmyslně poskytnutý příspěvek má působiti modifikačně. Zřetel na objektivní velikost příspěvku při výkonu poskytnutého bylo by takto pojmuti: Jestli při výkonu příspěvek jednoho ze spolupůsobících, v poměru ku příspěvku druhého, nepřestupuje významu podřízené pomoci, tu budiž příspěvek ten pojímán jako pomoc, příspěvek druhého jako pachatelství. Pak nebylo by, pokud jde o pachatelství, na př. míti žádného zřetele k tomu, zda ten, kdo se vloupal a uměle zámek vypáčil, chce se pokládati za pouhý nástroj druhého, jenž stojí mu na stráž, neb z opatrnosti žebřík mu drží.“

Je na první pohled patrné, že tento sprostředkující názor není zjednodušením, nýbrž nepřijatelnou komplikací sporné otázky. Základem třídění *Köhlerova* je teorie objektivní: osoby ve výkonu účastněné a nesúčastněné. Ty, kteří se výkonu neúčastní, lze dělit v návodce a pomocníky; zda dle teorie subjektivní neb objektivní, o tom se *Köhler* nezmiňuje. V druhé skupině rovněž je třeba dále tříditi a to: a) se stanoviska subjektivního nutno je lišiti: pachatele, návodce a pomocníka, b) se stanoviska objektivního (ze zřetele na objektivní význam činnosti účastníkovy) je totéž třídění nezbytno. Poněvadž pak stanovisko subjektivní a objektivní nemusí se krýti, je ve skutečnosti nutno lišiti sedm různých forem účastenských: Dvě formy pachatelství: 1. osoby, které s úmyslem pachatelským daly úmyslu tomu odpovídající příspěvek k výsledku zločinnému, 2. osoby, které s úmyslem pomocnickým daly větší než pomocnický příspěvek ku zločinnému výsledku. Tři formy pomoci: 3. osoby, které nesúčastnily se činnosti hlavní a nejsou návodci, 4. osoby, které účastnily se při výkonu s úmyslem pomocnickým a daly úmyslu tomu odpovídající příspěvek k výsledku, 5. osoby, které účastnily se při výkonu s úmyslem pa-

chatelským, daly však k výsledku zločinnému menší příspěvek, než jaký úmyslu pachatelskému by odpovídal. D v ě f o r m y n á v o d u: 6. návod před výkonem 7. návod při výkonu.

Domnívám se, že z uvedeného je patrné, že učení *Köhlerovo* nejen na vědecky pochybeném základě je vybudováno, ale i prakticky pro přílišnou svoji složitost je neupotřebitelné. Ono neodstraňuje, ale stupňuje stávající obtíže.

Nesprávným pokládám též sprostředkující návrh *Birkmeyerův*. *Birkmeyer* sice vyslovuje se zásadně proti veškerým teoriím sprostředkovacím, neboť jediné objektivní teorie jím hájená je prý správná. Přes to však jest ochoten obětovati lepší svoje přesvědčení, uváděje: „V životě právním vyskytují se případy, v nichž dle objektivní teorie zastávati je pomocnictví, kdežto obecný cit právní žádá potrestání pro spolupachatelství. Tyto případy byly to předem, jež vedly k vybudování t. zv. teorií smíšených neb sprostředkovacích. Mám tyto teorie sprostředkovací, jež předem subjektivní a objektivní hlediska spojití chtějí, dosud za vědecky pochybné a prakticky nebezpečné. Připouštím však, že v oněch případech přesná konsekvence v rozlišování dle kauzality musí býti prolomena.¹⁾ — — — A přes to, že jsem se domníval, že mohu — — — zákonodárci doporučiti objektivní rozlišování dle kauzality účastníků, musím přece jen připustiti, že nejen zákonodárci je překonati mnohé vážné t e o r e t i c k é námitky a pochybnosti, než pro objektivní neb subjektivní teorii se rozhodne, ale že též praktické užití jedné i druhé teorie závažné obtíže způsobuje a častěji vede k důsledkům, které cit právní neuspokojují. Učinil bych tedy návrh, jehož přijetím bylo by lze se vyvarovati oněm pochybnostem a obtížím, totiž návrh, trestati pomoc při výkonu stejně jako pachatelství, a tak mírnější trest omeziti na pomoc k přípravě (zločinu)“.²⁾

Přiznávám se upřímně, že tento sprostředkující návrh *Birkmeyerův* velice mne překvapuje. Ne snad proto, že neúprosný ve své důslednosti *Birkmeyer* nabízí kompromis, vždyť ochota

¹⁾ „Darstellung“, díl všeobecný, sv. II., str. 143.

²⁾ „Darstellung“, cit. str. 150.

ke kompromisům je téměř všeobecnou slabostí, nýbrž proto, že upřímný *Birkmeyer* nabízí neupřímný kompromis.

Připouštím sice, že kompromis ten ve skutečnosti zcela ničí hrdě zbudovanou teorii *Birkmeyerovu* o podstatně různé kauzalitě činnosti hlavní a činnosti účastenské. Uznávám také, že z prvotního učení *Birkmeyerova* za těchto okolností ničeho více nezbyvá. Leč oběť taková nezdá se mi býti příliš velikou, uváží-li se, že padnutí musí to, co na vratkém, nesprávném základě je vybudováno. Nelze na dlouho udržeti to, co předem k pádu je určeno. Marně však hledám v *Birkmeyerově* kompromisu uznání teorie subjektivní. Co *Birkmeyer* nyní zastává, to není žádná teorie sprostředkovací, nýbrž je to jen nová, stejně pochybená teorie objektivní. Rozdíl mezi pachatelstvím (spolupachatelstvím) a pomocí udán jest opět objektivně — činností výkonnou (hlavní). Nemá ovšem nadále rozhodovati činnost výkonná sama — zda kdo v ní se účastní neb ne — nýbrž rozhodnou má býti její mez časová. To, co činnosti výkonné předchází, je pomocí, co s ní je současnou, je pachatelstvím neb má alespoň jako pachatelství býti trestáno. (*Birkmeyer* nevyjadřuje se tu dosti jasně.)

Proti tomuto názoru namítám:

1. Zjistiti přesně mez časovou, kdy činnost výkonná počíná a kdy končí, je velice nesnadno, v mnohých případech téměř nemožno. Pojem počátku činnosti hlavní (Anfang der Ausführung) je podnes jedním z nejspornějších ve vědě práva trestního.

2. Je naprosto nespravedливо trestati zásadně mírněji toho, kdo spolupůsobil před výkonem, než toho, kdo při výkonu toliko podřízeným způsobem se účastnil a účastníti chtěl. Činnost prvního může býti pro výkon mnohem důležitější a může svědčiti o daleko větší zločinnosti, než činnost druhého. Ten, kdo oběť k místu zločinnému přivádí, může býti daleko zločinnějším a trestuhodnějším než ten, kdo na př. jako strážce výkonu zločinnému je přítomen. Ten, kdo na př. celý zločin připravil, kdo skutečným jeho je strůjcem, však výkonu se nesúčastní, má býti — předpokládajíc, že není návodcem — zásadně mírněji trestán, než ten, kdo naprosto podřízenou úlohu při výkonu hraje. Na př. ten, kdo vrahovi smrtící zbraň opatřil, plán vraždy do podrobnosti vypracoval, oběť vraždy násilně k místu vražednému přivlekl,

má být zásadně mírněji trestán než ten, kdo zdržuje v hostinci chodce, který kolem místa, na němž se vraždí, domů chce se odebrat.

Je to správné a spravedlivé, aby snad zcela nahodilé rozdělení úloh těm, kteří s úmyslem pachatelským vraždy se účastní, zásadně rozhodovalo o jejich větší neb menší trestnosti.¹⁾ Domnívám se, že není tomu tak, naopak že i nové učení *Birkmeyerovo* zcela se přičí požadavkům ekvity a sankcionuje ručení za náhodu.

Nevhodnost učení toho vyplývá ostatně nejlépe ze slov *Birkmeyerových*, jimiž výhodnost nového svého učení prokázati se snaží: „Spolupůsobení před výkonem, pokud není návodem, může pro teorii objektivní být vždy jen pomocí, pro teorii subjektivní poměrně snadno rozlišitelným pachatelstvím neb pomocí.“¹⁾ Je patrné, že novým rozlišením ničeho nezískáváme, táž osoba může být buď pachatelem, buď pomocníkem, dle toho, zda sdílíme stanovisko teorie subjektivní neb objektivní. Největší právní nejistota je opětně jeho následkem.²⁾

Novým svým učením snaží se jen *Birkmeyer* zachrániti trosky své dřívější teorie, o které, jak jsme poznali, sám dnes doznává, že vzbuzuje nejen mnohé a vážné teoretické námitky a pochybnosti, ale i vážné praktické obtíže, vedouc častěji k důsledkům, přičím se citu právnímu.

V tom vidím neupřímnost *Birkmeyerova* „kompromisu“ a pokládám tž za nepřijatelný. Pravda a právo nehledají se kompromisy.

Závěr.

Poznali jsme různé novější snahy o vhodnou zákonnou úpravu sporného pojmu účastenství. Ze všech je patrné, že pojem účastenství z práva trestního nelze odstraniti a pachatelstvím jej nahraditi. I ti, kteří v návodci nespátřují nic jiného než pachatele (nepřímého, intelektuálního), nemohou se odvážiti také pomocníka, alespoň toho, jehož činnost výkonu předchází, za pachatele prohlásiti (*Liszt, Köhler, Foinický*). Kdybychom však

¹⁾ „Darstellung“, díl všeobecný, sv. II., str. 150.

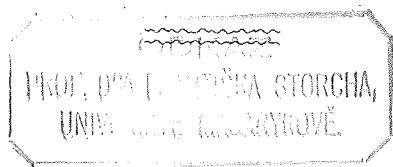
²⁾ Srov. též *Bar*, „Gesetz und Schuld“ II., str. 605 a násl.

i přiznali možnost širšího pojmu pachatelství (původcovství), jenž objímal by jak pachatele v užším smyslu, tak i spolupachatele návodce a pomocníka, ničeho ve skutečnosti jsme nezískali. Pak pachatelství (původcovství) v širším smyslu není, než dnešní účastenství, a bylo by dlužno dále rozlišovati přímého pachatele (*der eigentätige, eigenhändige Täter*) od pachatele nepřímého (intelektuálního, fingovaného) a tyto od pachatele-pomocníka. Výsledek byl by jen ten, že bychom dnešní srozumitelné, názoru lidovému zcela odpovídající označování jednotlivých forem účastenských nahradili méně srozumitelným. Že nebyl by to krok ku předu, nýbrž zpět, je patrné. Prostý člověk vždy správně bude rozlišovati vlastní spáchání krádeže (krádež samu) od pouhého návodu a pomoci ku krádeži (neb při ní). Právnímu jeho názoru vždy bude se přičítati, aby tvrdil o někom, kdo ku krádeži jiného naváděl, neb ku krádeži jinému jen pomáhal, že spáchal krádež, že skutečně kradl. Zákodárce nemá pak nejmenšího důvodu, by s tímto názorem lidovým se rozcházel.

Poznali jsme, že není také zákona trestního, který by ustálených pojmů návodce a pomocníka mohl postrádati. Proto veškerá snaha vědecká může se nésti jen k tomu, by pojem účastenství a jednotlivých jeho forem přesně byl stanoven. Tohoto úkolu nelze se zejména zhostiti tím, že zastává se zásadně stejná trestnost různých forem účastenských. I v tomto případě, jak nejlépe nás poučuje nový zákonník norský, je třeba lišiti mezi pachatelstvím, návodem a pomocí. Pokud pak zákon trestní užívati bude pojmu účastenství, pachatelství, návodu a pomoci, potud bude nesporným úkolem vědy právní pojmy ty přesně vymeziti. V mluvě všedního života lze snad bez přesného vymezení pojmu se obejiti, v mluvě vědecké nezbytnou je naprostá přesnost. Táž musí při nejmenším zůstati vždy ideálem, k němuž přes veškeré obtíže, přes nespornou možnost pochybení, je nám směřovati.

A tu k upřímné své radosti, post tot discrimina, scházím se s *Birkmeyerem* a končím jeho slovy: Sobald das Gesetz einmal einzelne Arten von Teilnehmern aufzählt, muß man darin die Andeutung finden, daß das Gesetz es zur theoretisch geboten und für praktisch nicht bedeutungslos hält, begriffliche Unterschiede innerhalb der Teilnehmer zu machen. Darin aber liegt

doch eine direkte Aufforderung an Theorie und Praxis, diese Unterschiede festzustellen, und der Zweck, alle die Streitfragen über die Scheidung der Begriffe aus der Welt zu schaffen, wird vom Gesetz selbst vereitelt. Weiter aber: wenn der Gesetzgeber es einmal für geboten hält, uns die Arten der Teilnehmer zu nennen, die er als solche betrachtet, ist er dann nicht auch verpflichtet, uns selbst zu sagen, was er darunter versteht? zumal er sich ja bei dem dermaligen Stand der Wissenschaft in dieser Lehre sagen muß, daß ohne Legaldefinition die größte Unsicherheit der Begriffe zu befürchten ist.“¹⁾



¹⁾ „Darstellung“, cit. str. 136.