Dra KARLA LAŠTOVKY

SBÍRKA
SPISŮ PRÁVNICKÝCH A NÁRODOHOSPODÁŘSKÝCH.
S podporou Masarykova fondu při Národní radě badatelské
vydávají
KAREL ENGLIŠ A FRANTIŠEK WEYR.
SVAZEK XCII.

23-C-

ANALOGIE V TRESTNÍM PRÁVU

NAPSAL
JUDr. JOSEF KEPERT

SEMINÁŘNÍ KNIHOVNA Judiciál. PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVA UNIVERSITY oddělení

PRAHA—BRNO 1938
NAKLADATELSTVÍ „ORBIS“ PRAHA XII., FOCHOVA 62

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY U...
STARÝ FOND
Č. inv.: 12851

Koupí od
Darem od pí. Lastovkové
v za Kčs
Inv. č.: 35.734
Sign.

Památce mých rodičů

PŘEDMLUVA.

Předkládám-li dnes právnické veřejnosti první svou větší práci, nevidím v tom jen splnění slibu, daného panu zástupci presidenta republiky i panu promotoru při své promoci: Studia mea et conatus eius modi fore, ut academico illo honore semper dignus inveniar, ač jsem si povzbudivého významu tohoto závazku plně vědom. Cítím však současně, že vnitřní potřebou stala se mi další studia a tato práce jako kus jejich výsledku zásluhou podnětného prostředí brněnské právnické fakulty, kde v přímém styku s profesory Kallabem, Weyrem, Englišem a Sedláčkem učil jsem se právnicky mysliti, to jest nalézati právnickou stránku problému a právnickou metodou ji řešiti. Právě otázka analogie mne lákala tím, že je plná svodů opustiti čistou metodu právní a dává tudíž opětovně příležitost k metodologické analyse. Moji učitelé nechť si přičtou zásluhu o vše, co tato práce přináší kladného a nového.

Jest nepatrným projevem mé hluboké vděčnosti, zmiňuji-li se zde zvláště o povzbuzujícím zájmu pana profesora dra Kallaba, projevovaném od první mé seminární práce až dodnes. Řada podnětů a rad, o jichž ceně svědčí jeho vědecké jméno, dovedla mi ukázati správnou cestu, kdykoli jsem nezkušeně tápal.

Nemohu pominout význam hovorů a debat s kruhem vědců, zvaným běžně „školou brněnskou". Toto působení bych snad nejvhodněji nazval „ovzduším", takže považuji za nemožné rozvádět je individuálně.

Bylo mi potěšením udržovati i živý osobní styk s fakultou pražskou, kde především panu profesoru dru Solnařovi děkuji za mnohý cenný pokyn.

Pánům profesorům dru Englišovi a dru Weyrovi vděčím za poctu, prokázanou přijetím mé práce do Sbírky spisů právnických a národohospodářských.

Zaznamenávám vděčně i významnou pro mne okolnost, že moji vojenští představení nalezli v mezích služby možnost podporovati mé studium.

Konečně vzpomínám všech, kteří kolem mne dovedli vytvořiti prostředí, z něhož rostla moje radost z práce.

Brno-Řečkovice v červnu 1938.

Josef Kepert.

OBSAH

Předmluva VII

I. ÚVODEM NÁSTIN PROBLEMATIKY PRÁCE.

1. Funkce analogie v lidském myšlení 1
2. Otázky kolem analogie v právu 2
3. Analogie v právu trestním 3
4. Hlediska řešení 5

II. LOGICKÁ PODSTATA ANALOGIE.

1. Analogie především problémem logickým 7
2. Analogie případem závěru subsumpčního 8
3. Převod do oblasti problematiky právnické 9
4. Názvosloví odborné logiky a věda právní 11
5. Předpoklad, na němž spočívá usuzování analogické 11
6. Oprávněnost tohoto předpokladu 12
7. Logická podstata pochodu analogii charakterisujícího 13
8. Hypotetická povaha výsledku analogie 14
9. Positivnost práva a analogie 15
10. Sigwartova definice a její kritika 15
11. Názor Hoppeho 17

III. ZAŘADĚNÍ ANALOGIE DO SYSTÉMU PRÁVNICKÉHO MYŠLENÍ.

A. Základní pojmy a ohraničení 20

1. Problematika 20
2. Úkol a dělení věd. (Tripartice metodologických forem.) 20
3. Předmět poznávání 21
4. Exaktní normologie 23
5. Předmět věd normativních 23
6. Kriterion práva 24
7. Problém práva positivního 28

8. Nejvyšší norma jako poslední pramen relevance 31
9. Delegace 33
10. Determinace formální a obsahová 34
11. Normotvorba prvotní a druhotná 34
12. Jurisdikce 36

B. Interpretace a aplikace 36

1. Nástin problematiky 36
2. Rekonstrukce 37
3. Formální zařadění interpretace a aplikace 40

C. O interpretaci zvláště 41

1. Slovo a smysl 41
2. Mnohoznačnost slov 42
3. Postulát logické jednotnosti 43
4. Zvláštnost interpretace právnické (Anticipovaná aplikace.) 44
5. Modifikace 44
6. Řešení požadavku jednotnosti 45
7. Jednota materiální 47
8. Interpretační metody. — Původ a opodstatnění 47
9. Argumentace a simili při interpretaci 48
10. Je vhodno mluviti zde o analogii? 50
11. Nutnost přísného odlišení interpretace a aplikace 50

D. Aplikace 51

1. Obecný přehled 51
2. Aplikace skutkové podstaty podmiňující. — Projekce 52
3. Aplikace skutkové podstaty podmíněné 53
4. Volnost rámcem nebo mezerou? 54
5. Zmocnění k vyplnění rámce 55
6. Problém volné úvahy, jež není libovůlí 55
7. Nutnost směrnic 56
8. Povaha směrnic pro vyplnění rámce 57
9. Analogie jako taková směrnice 59

IV. CO CHCE ANALOGIE V PRÁVU?

1. Rekapitulace obou premis 61
2. Možnosti analogie v právu 61
3. Výklad a analogie 62
4. Analogie a aplikace 63
5. Učení o mezerách v právu a jeho kritika 65
6. Neschopnost analogie zprostředkovati právní relevanci 68
7. Zdánlivá analogie: rekonstrukce a výslovný poukaz 70

V. PŘEHLED A ROZBOR NÁZORŮ O ANALOGII.

A. Formální a obsahová stránka analogie 72

B. Podstata obdobnosti v právu 73
1. O jakou podobnost může zde jíti? 73
2. Účelový základ tohoto hledání principu 75
3. Singularita norem a analogie 77
4. Intensita obdobnosti: analogia juris a legis 78

C. Pramen právní platnosti výsledku analogie 80
1. Právní relevance výsledku analogie se mlčky předpokládá 80
2. nebo se hledá pramen relevance mimo právo 80
3. nebo se hledá *právní* zakotvení analogie 81
a) v psychologické vůli zákonodárce 81
b) v povyšování získaných principů na normy právní 82
c) v konstrukci práva latentního 82
4. Rekapitulace normativního zdůvodnění analogie a literatura jemu blízká 84
5. Skutečný dosah rámce 85
a) vyjádření principu důsledky 85
b) obecná delegující norma 87
6. Věcné odůvodnění analogie uvnitř rámce 88
7. Analogie mimo rámec delegace. — Norma o analogii 89
8. Schema normy o analogii 90
9. Positivní vyjádření normy o analogii 92
10. Résumé o možnostech právního zakotvení analogie 95

D. Zákaz analogie 96

VI. ANALOGIE V TRESTNÍM PRÁVU.

A. Obecný úvod 98

1. Kriterion trestního práva 98
2. Odůvodnění systematiky práce 98
3. Důvod „zvláštností“ trestního práva 99
4. Princip zákonitosti trestu. — Jeho positivní základ 100
5. Zásada „in dubio mitius“. Důvod a dosah 101
6. Zákaz analogie jako důsledek požadavku zákonitosti 103

B. Zákaz analogie v positivních právech 103

1. Rekapitulace: Vliv zákazu na oba kořeny analogie v právu 103
2. Vedlejší důsledky výslovného zákazu 105
3. Článek IV. uvozovacího patentu k trestnímu zákoníku nyní československému z 27. května 1852 č. 117 ř. z.:

a) Pramenem trestu jen zákon 107
b) Vyloučení zpětné platnosti 107
c) Rozlišení trestných činů 107
d) Zákaz analogie 108
4. Poměr k analogii podle § 7 o. z. o. a k volné úvaze. Nutnost podrobné konfrontace 109

C. Zákaz analogie a jednotlivé složky skutkové podstaty. Obecný rozhled 111

AA. *Analogie při znacích vlastní skutkové podstaty.*

1. Analogie zdánlivá při těchto znacích. (Příklady.) 113
2. Analogie skutečná. (Příklady — lit. a) až p).) 118
3. Elektřina předmětem trestných útoků. a) Podvod? b) Poškození cizí věci? c) První rozhodnutí německého říšského soudu. d) Kritika Dernburgova a polemika. e) Otázka interpretační. Druhé rozhodnutí říšského soudu. f) Selhání gramatického výkladu. g) Jiné cesty. h) Hmotnost? i) Povaha odnětí elektřiny. Závěr. j) Řešení legislativně technická. k) Věda a prakse československá 123
4. Zneužití automatů 130

BB. *Analogie při časovém a místním vymezení skutkové podstaty.*

1. O povaze těchto znaků 131
2. Závěr z tohoto rozeznání 131

CC. *Analogie při okolnostech vylučujících trestnost.*

1. Normativní podstata těchto znaků 132
2. Význam těchto zvláštností pro stanovisko k zákazu analogie . . 133
3. Jednostrannost hlediska? 134
4. Příklady a) až f) 135
5. Teoretická přípustnost a skutečné použití analogie 138

DD. *Analogie při určení druhu trestného činu.*

1. Zákon řeší většinou jednoznačně 138
2. Trestní zákoník nemá výslovného ustanovení. Příklady řešení . 138
3. Momenty kvalifikační 141
4. Počítání hodnoty při majetkových deliktech 142
5. Herbstův případ analogie práva 143
6. Zákonné následky odsouzení 144

EE. *Analogie při určení druhu trestu.*

1. Poměr určení druhu trestu k čl. V. pat. Nulla poena sine lege? . 144
2. Analogie při podmínkách sazeb 146
3. Analogie při trestech vedlejších 146
4. Případy, kdy zákon sám druh trestu nestanovil. (Lit. a) až d).) . 147

FF. *Analogie při výměře trestu.*
1. Stupně sazeb rozhodujícím dělítkem 150
2. Vodítka uvnitř sazeb a analogie 150

GG. *Závěr o dosahu čl. IV. uvozovacího patentu.*
1. Nutnost zkoumati tento dosah v každém oboru trestní jurisdikce samostatně 152
2. Nesprávnost ukvapené generalisace 153

VII. HISTORICKÉ KOŘENY ZÁKAZU ANALOGIE.

1. Možné důvody historických rozborů 154
2. Oč jde nám? 154
3. Právo římské 155
4. Trestní systémy předosvícenské 155
5. Ovzduší a myšlenkový poklad osvícenství. (Montesquieu - Voltaire - Beccaria - Veliká revoluce.) 156
6. Uplatnění těchto směrů 159
7. Anselm Feuerbach 159
8. Převládnutí pojetí francouzského 160
9. Obecné uznání zákazu analogie. Názory 161

VIII. TRESTNÍ SYSTÉMY, DOVOLUJÍCÍ ANALOGII.

A. Práva anglo-americká.
1. Prameny trestního práva a jich užívání 163
2. Nemožnost přímé aplikace na poměry kontinentální 164

B. Právo kanonické.
Normy a důvody. 164

C. Trestní právo dánské. (Zákon a prakse.) 165

D. Nepříznivá kritika platných zákazů analogie 166

E. Trestní kodex sovětského Ruska
1. Marxisticko-materialistické pojetí kriminality. 168
2. Postavení trestního zákoníka za této situace 168
3. Sociální nebezpečnost základní ideou 169
4. Ustanovení o analogii 169
5. Stanovisko teorie a prakse. 170
6. Osnovy 1930 171

F. Trestní systém nacionalistického Německa
1. Stát a jednotlivec. 172
2. Henkelovy typy států. 172
3. Principy německé reformy právní 173

4. Materiální protiprávnost. (Gesundes Volksempfinden.) 174
5. Universální norma. (Freisler.) 175
6. Ohledy, vedoucí k modifikacím:
a) právní jistota ve smyslu nac. socialistickém 175
b) jednotnost judikatury 176
c) princip vůdcovský 177
7. Nový smysl požadavku zákonitosti 177
8. Analogie a diskuse o ní 178
9. Německé hlasy proti analogii 179
10. Novela z 28. VI. 1935. Znění a důvody 180
11. Trestní analogie v judikatuře německých soudů. Volba hlediska . . 181
12. Zásady, vyvoděné z judikátů říšského soudu:
a) Respektování časové meze novely. 182
b) Analogie možna jen přes meze zákonodárcem nezamýšlené:
aa) „Mezery vědomé“. 182
bb) Výpočet taxativní. 183
c) Jasné znění zákona předchází lidový cit 183
d) Analogie vůči zákonům popřevratovým 184
e) Osnova representantem lidového citu 184
f) Analogické užití přísnějších sazeb. Kolísání judikatury 184
g) Výjimečný charakter analogie 186
h) „Podobnost“. 186
ch) Analogie nesmí suplovati vinu ani skutková zjištění 186
i) Úvaha o zdravém lidovém citu 187
j) Případy, kdy analogie říšským soudem připuštěna. 187
13. Bilance 189

IX. PRO ČI PROTI TRESTNÍ ANALOGII?

1. Trestní analogie a právní jistota 190
2. Zákaz analogie jako projev světového názoru 192
3. Analogie a jednotnost judikatury. 193
4. Analogie a úkol trestního práva ve státě 194

Literatura 197

I.

ÚVODEM NÁSTIN PROBLEMATIKY PRÁCE.

1. Funkce analogie v lidském myšlení. — 2. Otázky kolem analogie v právu. — 3. Analogie v právu trestním. — 4. Hlediska řešení.

1 Ve všech oborech lidského myšlení narážíme na analogii. Hraje význačnou roli při rozšiřování oblasti našich vědomostí. Chceme-li nalézti společný kořen tohoto svérázného myšlenkového pochodu, dojdeme asi k této větě: Nalezneme-li podstatnou podobnost mezi znaky známého pojmu a znaky pojmu hledaného, můžeme předpokládati, že co do některých svých důsledků se oba pojmy kryjí. Myšlenkový pochod, který se odváží tohoto předpokladu, je právě usuzování per analogiam, mezi oběma pojmy je vztah *analogie*.

Nedostatečnost našich poznávacích schopností a na druhé straně nutnost, přece se nějak ve skutečnosti orientovat, přivádí nás ke zdůrazňování těch znaků, jež považujeme za podstatné pro pozorovanou skutečnost. Rubem toho je potlačování nepodstatného. Jen tak nám může vykrystalisovati rapsodie představ v pevnější a proto myšlenkově zvládnutelné útvary *pojmů*.

Proto také žádáme, aby předpoklad analogie, podobnost obou pojmů, spočíval na shodě *podstatných* znaků jejich. Otázka podobnosti v podstatném však může býti zodpověděna jen v souvislosti s určitým oborem použití analogie.

Již zde si musíme připomenouti, jak klamným by bylo spatřovati typickou analogii všude, kde běžný způsob vyjadřování tohoto výrazu užívá.

Terminologie je dobrým pomocníkem, ale klamným vůdcem tomu, kdo se jí nekriticky svěří. Pojmu „analogie" se skutečně užívá tak volně, že klesá velmi často na pouhé synonymum „podobnosti" v nejširším smyslu toho slova. Na *podstatnost* podobnosti se

při tom ovšem zapomíná. Řeč všedního života přináší nám neustále nové příklady tak volného užívání, s našeho hlediska pak přímo zneužívání, výrazu analogie.

Jakožto svérázná forma myšlenkového pochodu, jehož podstatu jsme již naznačili, je analogie především problémem *logickým*. Dochází pak samozřejmě aplikace v nejrůznějších vědních oborech. Je tomu tak zejména v matematice, v astronomii, biologii, anatomii, filologii. K letmému objasnění namátkou několik příkladů: Je základem řady matematických operací, v astronomii je jí určován vztah mezi úhly a stranami sférického trojúhelníku, v anatomii se z obdobné skladby a umístění orgánů usuzuje na stejnou funkci obou a z dělení funkcí orgánů v lidském těle na dělení nervové soustavy, ve filologii se počítá s analogickým užíváním tvarů slov na jiná slova stejně znějící. Jen touto analogií je zde vysvětlitelno porušování pravidelnosti fonetických zákonů. Z prokazatelného poznatku o vlnovitém šíření se zvuku ve vzduchu i jiných prostředích vzniká analogií hypotesa o stejných vlastnostech vlnění světelného, tepelného a v době nejnovější i vln elektromagnetických. Analogie je ostatně základem většiny vědeckých hypotes a je proto též její zásluhou, oč ony obohatily lidské vědění.

Také v právu připadá analogii závažný úkol. Je vyjadřován zpravidla tak, že umožňuje užití normy positivního práva na skutečnost, *na niž se ona norma ve svém původním rozsahu nevztahuje.*

2 Další výklady budou věnovány analogii v právu vůbec a v právu trestním zejména. Půjde o vystižení podstaty analogie v právu, o její zařadění do systému činností právnických a o zjištění právní relevance normy, získané analogií. Vedle těchto dogmatických úvah nebude lze postrádati výkladu o právně-politickém zdůvodňování analogie, jako na druhé straně argumentaci, která vede k jejímu vyloučení.

Již při této příležitosti je nutno co nejdůrazněji podtrhnouti rozdíl mezi dogmatickým rozborem analogie a mezi úvahami o její právně-politické účelnosti. Právě v souvislosti s tímto tématem není tato připomínka tak zbytečná, jak by se snad na první pohled zdálo. Uvidíme během dalších výkladů velmi často, že se kladná odpověď na právně-politickou otázku po *účelnosti* analogie považuje za dosta-

tečný důvod její *právní relevance*. Čím jiným je taková argumentace, než oním směšováním dvou zcela neslučitelných hledisk?

Pokusíme se ukázati, že právní relevance a účelnost jsou kategorie sobě zcela cizí a že je nepřípustným synkretismem hledati mezi oběma přímý vztah. Právní relevance normy není naprosto žádným prejudicem pro účelnost opatření, jež slova normy vyjadřují, pro „účelnost normy", jak zkráceně říkáme. Naopak ani účelnost nějakého opatření, formou normy vyjádřeného, není v žádném vztahu s jeho případnou právní relevancí, neříká ničeho o tom, zda ta norma „platí".

Nebezpečí takového synkretismu je tím větší, že není rozdílu v logické struktuře prvku poznávání normativního, normy, a prvku poznávání teleologického, postulátu. Rozdíl nepřeklenutelný je však v důvodu platnosti: U právní normy je jím autorita orgánu, jejž jiná norma pověřila funkcí pravotvornou, u postulátu je tímto důvodem jeho logická závislost na určité jednotné, účelové koncepci společenského řádu. (*Kallab*, Předmět a metody kriminologie, str. 444.) Je důsledkem této různé fundace obou pojmů, že mohl *Engliš* postaviti metodologicky samostatnou teorii teleologickou vedle *Kelsen-Weyrovy* teorie normativní, vycházeje jako tito z kritického idealismu.

Požadavek, aby normy upravovaly vztahy lidí účelně, i jeho pendant, že v normách možno (většinou aspoň — dodává kritika) spatřovati účelnou úpravu lidských vztahů, je požadavek právněpolitický, adresovaný normotvůrci (prvá věta) a důsledek předpokládaného splnění tohoto požadavku (věta druhá), žádným způsobem však vodítko pro právní relevanci norem.

Často podvědomá promiskuita účelnosti normy a její právní platnosti, většinou ovšem nepřiznávaná v této pregnantnosti, nýbrž zahalovaná do mlhavých vět a náznaků, směšování poznání normy a její kritiky, je starou bolestí právní vědy. Bylo třeba vynaložiti mnoho energie zastáncům čisté právní vědy, aby přesvědčili o nepřípustnosti takového synkretismu.

3 Jako každý právní problém, může býti i analogie rozebrána jak s hlediska své normativní struktury, tak se stanoviska své právně-

politické účelnosti. V obecné části této práce přihlédneme především k první stránce problému.

Situace se však mění, jakmile přejdeme k výkladům o analogii v *trestním* právu. Nebude ovšem dogmatického rozdílu mezi analogií v právu vůbec a analogií v právu trestním. Trestní právo je species pojmu právo. Modifikace se mohou týkati jen *obsahu* ustanovení positivního práva o analogii nebo obsahu kriminálně-politických postulátů, hodnotících význam analogie v oblasti trestních norem. I kdyby tento obsah byl pro trestní právo sebe typičtější, zůstává přece jen zcela lhostejným s hlediska normativního, nemůže mít vlivu na normativní strukturu analogie.

Jakmile však obrátíme pozornost k tomuto obsahu, zjistíme právě ve směru přípustnosti analogie v trestních právech a v kriminální politice nápadné odchylky od ostatních oblastí právního řádu resp. právní politiky. Tak závažné, že obsahově orientovaný rozbor má všechny důvody mluviti zvláště o analogii v trestním právu.

Stanovisko positivních práv a kriminální politiky k analogii je většinou dnes daleko převládající určován heslem *zákazu analogie*. Otázka, je-li zákaz analogie pro trestní právo pojmovým, je přirozeně závislá na tom, jak trestní právo definujeme. Nedotknutelnost definic a ignorování výměrů, z nichž vychází odpůrce, působí, že každý z debatérů má svoji pravdu, pravdu s hlediska své definice. Jejich útoky pak končí pochopitelně v prázdnu, i když jsou oba bojovníci upřímně přesvědčeni, že protivník je zasažen. Z takového „sporu" pak není jiného užitku, než toto subjektivní uspokojení.

Ať výměr *trestního práva* je v podrobnostech jakýkoli, musí jeho odlišnost od ostatních norem právního řádu býti vybudována na zvláštním účelu a povaze jeho *sankcí*. Jen zjištěná zvláštnost v tom směru opravňuje k vytvoření systematické kategorie trestního práva. Povaha orgánů trestní normy aplikujících je podkladem dalšího třídění, totiž na trestní právo soudní, trestní právo ve vlastním slova smyslu, a na trestní právo správní, finanční atd.

Ani v tomto úzkém výměru není místa pro zákaz analogie, lépe řečeno ani zde nám není zákaz analogie prostředkem třídění pojmu trestního práva, neboť v něm nenalézáme zákaz analogie jako nezbytný znak. Otázka přípustnosti analogie nebo jejího zákazu zůstává takto vyhrazena libovůli positivních zákonů, neboť *pojmu trestního práva se*

nikterak nedotýká. Ani v nejprudších polemikách také nenajdeme tvrzení, že by systém, připouštějící analogii ve velmi intensivním rozsahu, proto přestával být trestním právem, jako politická úvaha analogie se zastávající nepřestává už proto býti politikou kriminální. (Tvrdí-li nová německá kriminalistika, že sovětské trestní právo není již hodno toho označení, činí tak s poukazem na opuštění principu odplaty, nikoli pro připuštění analogie.)

Přípustnost analogie je tedy problémem, řešitelným jen s hlediska positivního právního řádu nebo s hlediska určitého směru právní politiky. Odpovědí na otázku, pokud určité positivní právo ji připouští a pokud je doporučitelné, že tak činí nebo aby tak činilo, je v plném rozsahu vyčerpán.

4 V těchto metodologických oblastech bude se pohybovati i naše práce, jakmile po obecném rozboru pojmu analogie v právu přistoupí k přípustnosti její v právu trestním. Je prvním příkazem čisté právní vědy, na jichž základech stojíme, ujasnit si především metodu práce. Proto již v úvodu upozorňujeme na to, do které metodologické oblasti spadá ta která partie dalších výkladů. Taková metodologická uvědomělost je vše, co normativní teorie zde žádá po vědecké práci. Jen tak je možno, aby duch zvládl materii, jen tak se lze vyhnouti častému dojmu, jako by látka autorem libovolně smýkala. Výtka, normativní teorii často činěná, že podceňuje a zamítá vše, co není „dogmatické", má své oprávnění jen potud, pokud jde o práci, která pro sebe reklamuje charakter práce skrz naskrz dogmatické. Pak ono odmítání všeho ostatního nelze normativní teorii vytýkati, nýbrž naopak přičísti jí k zásluze. Vždyť brojí jen proti tomu, aby se za dogmatiku vydávalo něco, co jí ani zdaleka není a osobovalo si pak ovšem důsledně nárok na obecnou platnost, dogmatickým závěrům vlastní.

Každá monografie je zamířena ke svému ústřednímu problému, tedy konec konců účelově. To platí zejména o pracech, jednajících o obsahové stránce právního řádu. Uvědomíme-li si logickou podstatu analogie, můžeme uspokojivě zodpověděti otázku po její použitelnosti v právu jen se zřetelem k úkolům, které je v systému právnického myšlení schopna plniti. Účel je pro monografii oním reagenčním barvivem, které dává vyniknouti jejímu směru ve spleti příslušné soustavy myšlenkových pochodů.

Také proto předpokládá výklad o analogii v právu několikerou změnu metodologického hlediska. Chtěla by tedy tato práce býti též důkazem, že lze uspokojiti zásady čisté právní vědy, i když všestranné osvětlení pozorovaného problému vyžaduje opětovnou změnu metodologické formy.

II.

LOGICKÁ PODSTATA ANALOGIE.

1. Analogie především problémem logickým. — 2. Analogie případem závěru subsumpčního. — 3. Převod do oblasti problematiky právnické. — 4. Názvosloví odborné logiky a věda právní. — 5. Předpoklad, na němž spočívá usuzování analogické. — 6. Oprávněnost tohoto předpokladu. — 7. Logická podstata pochodu analogii charakterisujícího. — 8. Hypotetická povaha výsledku analogie. — 9. Positivnost práva a analogie. — 10. Sigwartova definice a její kritika. — 11. Názor Hoppeho.

1 Nutno si především uvědomit podstatu logického pochodu analogie vůbec, než přistoupíme k právu jako jedné z oblastí, kde je domovem.

Vyjdeme z toho, že analogie je jakýmsi *myšlenkovým pochodem*. Jako takový podléhá zákonitosti, jíž se řídí veškeré naše myšlení. Tuto zákonitost a s ní podstatu analogie musíme tedy hledat v systému poznatků, jenž pojednává o *zákonech myšlení*.

Podstatná část našeho myšlení směřuje totiž k získání poznatků jistých a obecně platných. Přirozeným vývojem myšlení lidského je však způsobeno, že tohoto účelu přes takovou snahu myslícího subjektu často není dosaženo. Kde je vodítko, jež nám umožní rozeznati poznatky správné od nesprávných, obecně platné od nahodilých plodů psychologického pochodu, jemuž říkáme přemýšlení? Duch jest veden k tomu, aby rozjímal o sobě samém.[1]) A otázka, která se mu tady klade, zní: Kde nalezneme podmínky a předpoklady správného myšlení, t. j. psychologického pochodu, vedoucího ke správným poznatkům? Podaří-li se nám vytvořiti systém těchto předpokladů, objevujeme tím „nauku o umění mysliti“.[2])

Onen účel sleduje systematicky věda, kterou nazýváme *logikou*. Neříká ovšem, co má býti myšleno, nýbrž spokojuje se a musí se spokojiti s tím, že učí: Když A je myšleno způsobem X, *musí* B býti myšleno způsobem Y. *Musí* tak býti myšleno důsledkem logického

[1]) *Goblot*, Traité de logique, 208.
[2]) *Sigwart*, Logik, 1.

zákona, s logickou nutností, jak říkáme. Logika je tudíž vědou o podmínkách správného myšlení, a tím o prostředcích, jak dosáhnouti objektivních poznatků. Jejím předmětem není pravda všeobecně, protože by pak obsáhla *předmět* všech věd.[3]) Zdůrazňuje se tak *formální* povaha logických zákonů od jakéhokoli obsahu zcela neodvislých.[4])

Jistota a obecná platnost poznatků jsou tedy vlastnosti, které z pouhých *psychologických* zákonů myšlenkového pochodu, z něhož vzešly, tvoří *logické* zákony myšlení. Proti psychologickým zákonům, vzešlým z generalisace výsledků pozorování empirického, děje lidského myšlení, stojí tak naznačeným způsobem akcentované *normy* myšlení, s nimiž přistupujeme ke skutečnému myšlení, zkoumajíce jeho správnost.[5])

V logických normách získáváme základní směrnice, jimiž se musí říditi každý příští myšlenkový pochod, chce-li dosíci správných výsledků, obecně platných poznatků. „A tyto zásady samy vznikají spontánním, ve svých vyšších stupních volně vynalézajícím děním, jež své zákony nevyvozuje jen z vědomí vlastního jednání a jeho nutnosti, nýbrž také podle těchto zákonů vytváří své objekty, nepopisujíc jen dané, nýbrž předkreslujíc zkušenosti síť vztahů, do níž se teprve postupně zařaduje konkretní obsah vjemů.“[6])

2 *V systému těchto logických norem hledáme ty, jež upravují myšlenkový pochod analogie.* Patří do kategorie logických závěrů. Jako každý závěr logický spočívá i analogie na určitém spojení samostatných, navzájem však důsledkem společných pojmů souvisejících úsudků. Potřebujeme tedy aspoň dvou úsudků, které by měly jeden pojem společný — pojem střední (medius terminus).

Třídíc druhy logických závěrů, dochází logika ke skupině, zakládající se na podřadění rozmanitého pod jednotu obecného.[7]) Vyjdeme-li od běžné definice analogie, podle níž jde o závěr ze souhlasnosti v mnoha znacích nebo vztazích na souhlasnost v ještě dalších, vidíme, že také zde se jedná v podstatě o podřadění konkretního pojmu vyššímu, protože obecnějšímu pojmu druhovému, resp. o použití obecného

[3]) *Goblot*, Traité de logique 9.
[4]) *Sigwart*, Logik 14.
[5]) *Wundt*, Logik I, 91.
[6]) *Sigwart*, Logik 786.
[7]) *Lotze*, Logik, str. 126.

pravidla na speciální případ. Je tedy analogie druhem závěru subsumpčního.[8])

Vlastní závěr subsumpcí (exemplificirender Subsumtionsschluss)[9]) slouží podřadění konkretního pojmu příslušnému pojmu druhovému nebo použití obecného pravidla na určitý konkretní případ. V tom *účelu* jej sleduje i příbuzná analogie. Jen *metoda* vykazuje modifikace: Z dokázané souhlasnosti více předmětů nebo dějů ve vztahu na určité vlastnosti nebo podmínky, vyvozuje se souhlasnost těchže předmětů nebo dějů ve vztahu k jiným vlastnostem nebo podmínkám. Nejjednodušší forma analogického závěru spočívá tudíž v tom, že uzavíráme z jednoho pojmu na jiný, jemu podobný tak, že ze souhlasnosti v jednotlivých vztazích vyvozujeme, že oba pojmy pravděpodobně též v jednom nebo více jiných vztazích se budou shodovati.[10])

Užijeme-li tohoto výměru na naznačené úkoly všech subsumpčních závěrů, dostáváme toto schema užití analogie:

Jde o podřadění konkretního pojmu. Konkretní pojem A lze podřaditi druhovému pojmu B. Konkretní pojem X shoduje se s pojmem A ve vlastnostech (znacích) a, b, c.

Lze tudíž i pojem X *pravděpodobně* podřaditi pod druhový pojem B.

3 Převedeno na problematiku právní, vypadá schema analogie takto:

Konkretní skutková podstata A naplňuje obecnou normu B. (Tato úprava schematu je přípustná proto, že při právnické subsumpci, jež je podstatnou složkou aplikace, zastupují skutkovou podstatu pojmy ji popisující.) Konkretní skutková podstata X shoduje se s konkretní skutkovou podstatou A ve znacích a, b, c.

Lze tudíž i skutkovou podstatu X *pravděpodobně* podřaditi normě B.

Viděli jsme, že specifickým pro logický vztah analogie je zanedbávání odlišných znaků, které vykazuje pojem vyšší a nižší. Odkud k tomu bereme oprávnění? Formální logika nemůže dáti odpovědi na otázku, je-li toto nedbání některých znaků správné nebo ne. Pouka-

[8]) *Wundt*, Logik I, 328.
[9]) *Wundt*, Logik I, str. 348.
[10]) *Wundt*, Logik I, str. 346.

zuje se právě k této nemožnosti a k úzké závislosti výsledku analogie na okolnostech daného případu, mluví-li se o „problematické povaze" její závěrečné věty.[11]) To je vyjádřeno slovem „pravděpodobně" v hořejším schematu.

Převedeme-li problém do oblasti právnické aplikace, jak jsme provedli na hořejším schematu, vidíme, že k analogii přicházíme, není-li mezi pojmem nadřízeným a podřízeným vztah úplné logické podřízenosti, jak předpokládá subsumpce. Nepřestáváme na negativním subsumpčním úsudku, který se zde vnucuje na základě pravidel formální logiky, neboť jsme na zvláštnost daného případu upozorněni charakteristickým poměrem dané skutkové podstaty (X) a oné, třeba myšlené, konkretní skutkové podstaty (A), která je obecné normě (B) podřaditelna:

Skutková podstata A má znaky a, b, c, d, e, f.
Skutková podstata normy B vyžaduje znaky a, b, c, d.
Skutková podstata X má znaky a, b, c, e, g.

Znaky e, f, g jsou s hlediska normu B lhostejné, pokud nejsou se znaky jejími v logickém rozporu. (Problém negativních znaků skutkové podstaty.) Předpokládejme, že tomu tak není. Odpovídá tedy skutková podstata A normě B. Takovému závěru i ohledně skutkové podstaty X brání nedostatek znaku „d" v této skutkové podstatě. Úsudek o podobnosti skutkových podstat „abcdef" a „abceg", bude spočívati na „podřadnosti" (nerozhodnosti, nepodstatnosti) znaků „f" a „g", kterými jsou obě skutkové podstaty odlišeny, a na takové závažnosti znaků „abce", že „překonává" i nedostatek znaku „d", žádoucího s hlediska normy B. Rýsuje se nám problém „*podobnosti v podstatném*" jako věcný základ analogie.

V logice jde o podřadění pojmu konkretního pojmu druhovému, jež se zde pro povahu věci jeví „*pravděpodobným*". To značí, že výsledek analogie se považuje za pravdu tak dlouho, dokud se spolehlivěji nedokáže opak.[12])

[11]) *Wundt*, Logik, I 328.

[12]) To není situace, která by činila takový myšlenkový pochod a priori nepřijatelným. *Lotze*, Logik 122, přesvědčivě ukazuje, že v praktickém životě pracujeme vždy s určitými předpoklady, neboť jen tak se přenášíme přes skeptické zjištění, že premisy nezaručují správnost závěru, nýbrž že závěr musí býti platný, aby byly platné premisy. Na tento dvojí kruh narážíme i při nejprostším sylogismu. Jak může být platný soud, že všichni lidé jsou smrtelní, kdyby nebylo o Gaiovi jisté, že má tuto vlastnost. A kde by byla platnost soudu, že Gaius je člověk, kdyby nebylo jisto, že mimo ostatní lidské vlastnosti náleží mu i smrtelnost?

V této formulaci zní analogie právníku zcela cize. Ať na právní řád a na problém jeho aplikace hledíme v podrobnostech jakkoli, jedno musí býti obecně uznáno: Poměr dané skutečnosti k normě, již aplikujeme, je buď kladný nebo záporný. Skutečnost normě buď podřaditi lze nebo nelze. Nějaká pravděpodobnost, že skutečnost normě odpovídá, prozatímní výrok až do případného důkazu opaku, je představou právnickému myšlení zcela cizí a nemožnou.

K tomuto teoretickému argumentu přidává svoji část i právní politika s hlediska účelu právního řádu a tvorby konkretních norem: Je nutným požadavkem aplikace, vznášeným i vůči případné analogii, aby umožňovala v dané situaci jednoznačné a definitivní určení „quid juris?". Také analogie musí tento požadavek splniti, chce-li si činiti nárok na místo v soustavě právnického myšlení. Není myslitelný výrok aplikujícího orgánu, který by pravil: Je pravděpodobné, že v daném případě má býti X. Byla by to jen jiná forma „denegatae justitiae", zjevu nemožného v moderním právu.

4 *Formulace* nesmí nás však svésti k ukvapenému závěru. Při posuzování výrazu, který pro vyjádření svého problému zvolila věda *logická*, nelze pouštěti se zřetele, že konvenčním obsahem rozborů logických jsou tradičně obory právnickému myšlení více nebo méně cizí. I když je si každý dobře vědom nahodilosti tohoto obsahu, který má jen dát vystoupnout formě a může býti kdykoli nahrazen obsahem jiným, nelze se ubrániti tomu, aby *určitý* konvenční obsah výkladů formální logiky nedal svérázný přízvuk svého způsobu myšlení a hlavně vyjadřování i oněm závěrům. Pro použití těchto závěrů na jiný obor nutno jej pak především oprostiti od onoho nutného zkreslení a vyloupnout ryzí jádro.

„Pravděpodobnosti" závěrů analogických jest rozuměti s hlediska myšlení kausálního, jež bylo tradičním konvenčním obsahem profesionálních logiků. Znamená pak tento výraz, že je logicky přípustné považovat za pravdu něco ne proto, že bylo z jiné pravdy vyvoděno postupem formálně-logickým, nýbrž že je v typickém vztahu analogie s nějakou nespornou pravdou.

5 Tento postup má svůj kořen v tendenci lidského ducha přisuzovat stejným předpokladům stejné důsledky a je výběžkem formálně-

logického principu *logické jednotnosti systému poznatků*. Tento princip je předpokladem každého vědeckého poznávání. Možno obrazně říci, že přisuzování stejných důsledků předpokladům jen obdobným je *nižší mocninou* oné tendence. Je výrazem téže vlastnosti lidského ducha, jeho oprávněnost se však nepodává ze samotných principů formální logiky. Jiné kriterion musí býti zvoleno, má-li být zjištěna oprávněnost závěru analogického, nemáme-li se vydávati výtce, že jí tvoříme „subjektivní asociace pochybné povahy".[13])

6 Při analogii je tímto kriteriem vztah „obdobnosti", o jehož podstatě budeme dále jednati. Kontrolou správnosti musí býti zařadění výsledku do systému ostatních poznatků, s nímž nesmí býti v rozporu. To žádáme přece po každém správném poznatku.[14]) Ruší-li výsledek tuto harmonii, není onen závěr na místě, což při analogii vyjadřujeme tak, že nelze v daném případě zanedbávati složky, jimiž se oba „zdánlivě obdobné" zjevy od sebe liší. Proto každá zjištěná vlastnost, odporující vlastnosti, již máme cestou analogie zjistiti, činí závěr nepřípustným.[15]) Říkáme, že není zde podobnosti „*v podstatném*".[16])

Zajímavý příspěvek k odůvodnění tohoto předpokladu lidského myšlení přináší *Lotze*: Žádný obsah pojmu, který je správně myšlen, neskládá se z nesouvislé hromady znaků, kterou by bylo lze libovolně rozšířiti připojením dalších.[17]) Neexistují znaky, jichž velikosti nebo jichž změny by musily státi navzájem ve stejném poměru bez ohledu na povahu subjektu (logického), na němž jsou shromážděny. Právě tato *povaha* subjektu je to, co určuje exponent jejich poměru. Tělesa jsou sice všechna teplem roztahována, při stejné teplotě (stejný znak) však různá tělesa (různé logické subjekty) různě. Jen z určitého

[13]) *Sigwart*, Logik 787.

[14]) Známá logická zásada „dictum de omni et nullo", zvaná základním zákonem uzavírání, *Wundt*, Logik I, 314, a pravící: co platí o všech, platí o každém jednotlivém, je heslovittým vyjádřením jednoho z důsledků této nutné logické jednotnosti systému poznatků.

[15]) *Wundt*, Logik I, 348.

[16]) Tyto výklady nalézají potvrzení v definici *Bachmannově* (Logik 339), která praví, že podkladem analogie jsou objekty, které důsledkem svých shodných znaků vedou našeho ducha k domněnce, že stojí oba pod tímtéž zákonem. Z mnoha vztahů a vlastností, v nichž všechny věci druhu souhlasí, uzavíráme na ostatní znaky a vlastnosti, pokud náleží témuž principu. Předvedeme-li tento výrok na náš způsob vyjadřování, zjistíme snadno, že v této poněkud konkretní — jen jednu z praktických funkcí analogie vystihující — formulaci je konfrontace závěru s „druhem" a „společným principem" právě cestou k uspokojení požadavku logické jednotnosti myšlenkové soustavy, do níž se musí vřaditi i výsledek uzavírání analogického.

[17]) Logik 130.

charakteru udaného subjektu, jímž je ovládána vzájemná determinace všech jeho znaků, můžeme čerpati oprávnění, ze známé hodnoty jednoho z nich podle jedné proporce, platné jen pro tento subjekt, uzavírati na odpovídající hodnotu subjektu jiného. Právě tato sounáležitost všech navzájem se určujících znaků určitého pojmu je základní myšlenkou analogie, je *pramenem jejího logického oprávnění.* Jako ze započatého vzoru usuzujeme na jeho pokračování, poněvadž již z hotového (známého) tušíme systém celku, tak z omezené skupiny znaků již známých soudíme na přítomnost nebo nepřítomnost ostatních, poněvadž ze známých poznatků tušíme pojem celý.[18])

Společný, oběma členům analogie nadřaděný pojem je pramenem logického oprávnění celého pochodu.

7 Výraz „podobnost" jeví se nám takto jako pouhá myšlenková pomůcka, sice velmi instruktivní, ale často zastírající onen nezbytný rekurs k nadřaděnému pojmu. Neuvědomění si této pravé podstaty vztahu obdobnosti je pramenem hrubého zneužívání pojmu analogie a vede k mylivému výroku, že analogie je bezprostřední usuzování *ze zvláštního na jiné zvláštní.* Velmi dobře vystihuje kořen této záměny opět *Lotze*[19]): Psychologicky je to totiž nesporně *nerozčleněný dojem podobnosti*, který nás ihned činí ochotnými, abychom vlastnost, dokázanou na př. určitému trojúhelníku, přenášeli analogií na všechny trojúhelníky. Logický důvod činiti tak *právem*, spočívá však ve vědomí, že všechny myslitelné trojúhelníky jsou podřízeny obecnému pojmu, symbolisovanému trojúhelníkem daným.

Myšlenkový postup, analogii charakterisující, spadá do té fáze celého pochodu, kdy hledáme, zda možno oba pojmy podřaditi témuž principu. Poslední myšlenkový úkon je již jen subsumpcí analogického pojmu pod tento společný princip analogií získaný.[20])

Podřízení obou členů analogie témuž principu je vlastním obsahem zásad, které byly logiky vytyčeny pro „užívání" analogie. Tak vysvětluje nám větu, že v závěru analogickém mají význam jen ty shodné vlastnosti analogických pojmů, které jsou *ve vztahu* s vlastností, již máme zjistiti[21]) a objevuje se jasně i v paroemii, mající vy-

[18]) Tamtéž 144.
[19]) Logik 364.
[20]) Stejně *Lotze.* Logik 291 d.
[21]) *Wundt*, Logik 348.

světliti *normativní* relevanci analogie, s níž se ovšem ještě setkáme: Ubi eadem legis *ratio*, ibi et eadem legis dispositio.

O tomto společném principu nelze říci nic obecného, neboť bude druhově různý podle toho, v kterém oboru a směru analogii hledáme.

Proveďme nyní opět *paralelu s myšlením právnickým*: Výrok o tom, co jest (soud), nahrazuje nám zde výrok o tom, co má býti, norma. Za spravedlivé považujeme vše, co může býti vyvoděno z nesporně platné normy postupem formálně-logickým.[22]) K otázce analogie nám logický rozbor zatím přispěl tím, že není logicky a priori vyloučeno, považovat něco za normu ne proto, že to bylo z nesporně platné normy vyvozeno postupem formálně logickým, nýbrž proto, že její skutková podstata je s normou takto odvoděnou (proto nesporně platnou) ve vztahu analogie.

Jako říkáme, že výsledek analogie v kausálním myšlení je tak podobný něčemu, co je pravdivé, že pro obor svého myšlení jej považujeme (až do bezpečného důkazu opaku) za pravdu, tak také výsledek analogie v oboru myšlení normativního by nám musil být *skutečným právem*, a to na základě své podstatné podobnosti s tím, co nesporně právem je.

8 Tak se projevuje *hypotetický charakter* usuzování per analogiam.[23]) Spolu s ostatními hypotesami chce i analogie „vysvětliti mnohost daných zjevů způsobem nám srozumitelným“,[24]) to jest omezeným možnostem lidského ducha postižitelným.[25]) Věcným zá-

[22]) To je obecná zásada normativní, nikoli snad platná jen za předpokladu uznání principu t. zv. formální spravedlnosti, jak se snad zdá z této formulace. Jde nám o formální zakotvení normy v systému právního řádu bez zřetele, jak je toto zakotvení v konkretním právním řádě obsahově a technicky provedeno. To, co se principem formální spravedlnosti rozumí, vyjadřuje nám právě jen jednu z možností takového zakotvení a dotýká se tak *obsahu* toho kterého právního řádu.

[23]) *Sigwart*, Logik 309, 314.

[24]) Tamtéž 787.

[25]) *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob 48, upozorňuje, že analogie lze použíti též k tvorbě *fikcí*, nezbytných to pomůcek myšlení diskursivního, a že tak činíme zejména v právu. Ponecháme stranou otázku, zda v oboru právnického myšlení jsou fikce vůbec myslitelné, poněvadž problém fikcí je stranou našeho zájmu v tomto pojednání. Na vnější podobnost fikcí a hypotes musíme však reagovati přísným metodologickým odlišováním obou. Hypothesa směřuje vždy ke skutečnosti, je poznatkem. Také hypothesa má být nakonec ze soustavy našich poznatků odstraněna, ale tím, že „hypotetická představa se jako plně oprávněná zařadí do kruhu toho, co považujeme za skutečné“. Provisorní určení fikce je v něčem docela jiném: Také fikce má během doby odpadnout, aby udělala místo poznatku o skutečnosti; „pokud je ale pravou fikcí, má aspoň logicky odpadnout, jakmile udělala svoji službu“. (*Vaihinger* tamtéž 147).

kladem této hypotesy je vztah obdobnosti a právě naznačené myšlenkové předpoklady, které se s touto spojují.

9 Již z některých předchozích úvah jsme poznali, že systém hotových, *nesporně správných poznatků*, *tedy jak nesporné soudy*, *tak nesporné normy*, *ovlivňují úsudek o podstatnosti podoby* a tím sám výsledek analogického uzavírání. Analogie je přípustná *jen ve shodě s tím*, *co za pravdu nebo právo bylo nesporně uznáno*, tedy v *rámci* platných soudů respektive norem.

Uvidíme, že úvaha o platnosti norem je velmi intensivně ovlivňována skutečností, že normy se legitimují jako *právní* nikoli správností myšlenkového pochodu, z něhož vycházejí, nýbrž vnější autoritou, která je vytvořila a je pramenem jejich právní relevance. Tomuto stavu říkáme *positivnost* práva a bude o něm pojednáno na příslušném místě. Podstatná část dalších dogmatických úvah bude pak věnována otázce, jak se logická struktura analogie snáší s předpisy positivního práva a jakých jeho účinkem doznává modifikací.

10 Literatura o logické podstatě analogie si všímá velmi zřídka, a to ještě povrchně, specifických otázek analogie v právu. Na druhé straně zase pojednání právníků se velmi málo pozastavují nad logickou podstatou analogie. Zatím co názory právníků o podstatě analogie probereme až v příslušné souvislosti, všimneme si zde názorů literatury odborně-logické na problém právnické analogie. Representantem nám bude *Sigwart*, u něhož jsme nalezli největší příbuznost s pojetím právnickým.

Nejjednodušší formou analogie je pak tato: Je-li dán soud „A jest B", a subjekt A^1 má s A *některé* vlastnosti společné, má se za to, že také A^1 má predikát B.[26]) Analogie tedy očekává u stejných výsledků stejné předpoklady, zakládá domněnku, že mezi A^1 a B je stejný vztah jako mezi A a B, jež jsou jim podobná, spadajíce pod společný vyšší pojem.[27])

Docházíme pak k definici, všímající si práva: „Vyzvednutí *obecné právní zásady*, jež je *základem* zvláštního ustanovení, označujeme v právu výrazem analogie. Také zde platí, že z platnosti obecné věty,

[26]) *Sigwart*, Logik. str. 314.
[27]) *Sigwart*, Logik, str. 609.

jež spojuje s předpokladem ABC právní následek F, nebo z platnosti více vět, jež spojují předpoklady ABC, ADE s následkem F, plyne nejprve jen *možnost*, že následek F závisí od obecného A a nikoli od modifikujících znaků B, C, D nebo E; *jistota* věty, že F závisí na A, musí být zřejmá z ní samotné nebo z jiných důvodů, má-li analogie vésti k větě nepochybně platné."[28])

Není nesnadné poznati, že těžiskem této definice je posouzení analogie s hlediska *jistoty jejího výsledku*. Východisko z rozboru analogie v oboru kausality je zřejmé. Tam se odlišuje analogie od jiných logických závěrů právě tím, jakou jistotu skýtá, pokud jde o pravdivost soudu jí získaného. V právu máme místo soudů normy. Hodnotíme-li normy s téhož hlediska, s něhož jsme právě hodnotili soudy, totiž pokud jde o stupeň jistoty, že to, o čem říkáme, že má býti, objektivně býti má, bude nám ovšem i zde kriterion „analogie" hráti určitou roli. Vzhledem k samorostlé její povaze, která má v zápětí zvlášť obtížnou aplikaci, znamená analogie ceteris paribus zmenšení jistoty, že norma jí vzniklá bude „spravedlivá", pokud spravedlností rozumíme ve smyslu normativní teorie logickou podřaditelnost hledané normy normě vyšší, jejíž je ona aplikací.

Z dalších výkladů bude patrno s jasností snad dostatečnou, že obtížnost aplikace je s hlediska normativního problému aplikace normy věcí zcela nahodilou. Jako nikde, i zde neovlivňuje obtížnost užití hodnotu logické zásady.

Z toho plyne, že ono *Sigwartovo* hodnocení analogie nevystihuje její normativní podstatu. Není ovšem bezcenné. Také otázka obtížnosti aplikace normy může být předmětem našeho zájmu. S praktického hlediska bude to dokonce okolnost při analogii snad nejvíce do očí bijící a tak jeden ze základních argumentů sporů o přípustnost nebo zákaz analogie. Jako celý tento spor, tak i ona souvislá otázka spolehlivosti nalézání práva per analogiam, patří však do oboru úvah právněpolitických. Metodologické zařadění problému je dokonale ověřováno historickou zkušeností, že „pro či proti" analogii bylo a v přítomné době opět zvýšenou měrou je otázkou přímo světového názoru. Snad zde možno hledati pramen omylu, který vedl napořád ke směšování úvah politických a dogmatických. Je snadné zaměniti

[28]) *Sigwart*, Logik, str. 308.

„nutnost" něčeho jakožto produkt určitého světového názoru s nutností logickou.

Z definice *Sigwartovy* můžeme však přesto čerpati ověření svých závěrů ve dvojím směru:

1. Pro posouzení obdobnosti musíme rekurovati k něčemu oběma pojmům společnému. V oboru práva je to „obecná právní zásada, jež je základem zvláštního ustanovení"[29]) a jež by byla i základem toho zvláštního ustanovení, kterého užíváme k hodnocení skutkové podstaty analogické. Analogická positivní norma a norma analogií vzniklá spočívají na společné zásadě. Možno ji nazvati zásadou právní? Je uplatněna v positivním právu jen pokud jde o ten výsek jejího logického dosahu, který je kryt dosahem positivní normy. Cestou analogie „vyzvedáme" k právní platnosti i onu část obecné zásady, která odpovídá logickému dosahu normy, vzniklé analogií. Bude úkolem výkladů o podstatě analogie v právu dovoditi, odkud k takovému „vyzvednutí" můžeme bráti zmocnění. Že takové rozšiřování dosahu positivního práva nemůže postrádati normativního podkladu, je patrno už nyní.

2. Od *možnosti* řešení analogického k jeho *jistotě*, tedy ke způsobilosti jeho výsledku, aby byl považován za soud nebo normu, dojdeme zhodnocením jeho z „výsledné věty samotné" nebo „z jiných důvodů". Tímto poněkud nejasným výrazem vyjadřuje *Sigwart* námi zdůrazněnou nutnost, aby výsledek analogie odpovídal požadavku logické jednotnosti našich poznatků. Jak se tento požadavek projevuje a uspokojuje v myšlení právnickém, bude dále podrobněji ukázáno.

11 Tento přehled názorů o logické podstatě analogie by nebyl úplný, kdyby nebyl citován sice ojedinělý,[30]) přesto však velmi pozoruhodný hlas, upírající analogii jakoukoli samostatnou oprávněnost v systému logického myšlení. Je to prof. dr. *J. Hoppe* ve svém spise „Die Analogie". Přiznává sice, že analogie je jedním ze tří základních druhů Aristotelových logických závěrů, (1) nechce však propadnouti omylu ostatních, aby zvláštnosti v něčem hledal jen proto, že to odpovídá názoru uznaných autorit. (3) Analogie získala jakožto myšlenková operace oprávnění, které jí vůbec nepříslušelo. (2) Ve skutečnosti

[29]) Slova citovaného výměru Sigwartova.
[30]) Dle vlastního přiznání autorova, str. 54 — spisu dále citovaného.

je nejen nejasným „povídáním“[31]) ducha, nýbrž dokonce takovou zmatenou myšlenkovou operací, že musí být z logiky zcela vymýcena.

Pokud však s uspokojením konstatuje, že jeho rozborem je analogické uzavírání „vyřízeno“ (62), možno jako resumé jeho práce zjistiti jen snahu rozluštiti logickou podstatu všech těch různorodých pochodů myšlenkových, jež jsou — jak jsme již v úvodu upozornili — často zcela libovolně nazývány „analogií“. Víme již, že snad „není slova, jehož by se užívalo nedbaleji a v rozmanitějších významech, než právě analogie“.[32]) Úsilí autorovo směřuje tudíž k tomu, aby rozpoznal pravou podstatu onoho „zmateného množství zkrácených předmětných, jistých a nejistých závěrů, originální indukce a dedukce, napodobené indukce uvnitř dedukce, srovnání ve formě příkladů, příměrů a slovních obrazů, ztělesňování pojmů a vyjadřování představ“ (54), což všechno se krylo pod označením analogie. Není naším úkolem sledovati, pokud se mu tento zmatek podařilo beze zbytku převésti na prvky „uspořádané logiky“ (54). Pokud jde o to, co jsme na závěrech analogických shledali příznačným, přiznává i *Hoppe*: že člověk tvoří vedle jistých závěrů induktivních a deduktivních též závěry s obsahem dosud nejistým. (45) Nejistota obsahu na rozdíl od hořejší jistoty se zakládá právě na tom, že není z jiného obsahu vyvoditelný podle principů formální logiky. Člověk pak smí takto mysliti a je k tomu obtížností a nejistotou lidského myšlení dokonce nucen. (45) Všude tam, kde se vyskytnou obtíže, jež nemohou být překonány silou lidského ducha (rozuměj: ve významu zosobnění principů formálně-logických), bude se člověk říditi podle toho, co již prožil. (11) Poněvadž pak jeho zážitky jsou v jeho vědomí representovány jeho poznatky, dojde k tomu, že bude nové problémy konfrontovati se svými poznatky a bude je řešit tak, aby s nimi tvořily harmonický celek. Nechávají-li nás formální principy logické bez odpovědi, nebo aspoň bez odpovědi jednoznačné, nutno hledat základ žádoucí harmonie jinde. Je samozřejmé, že toto nové kriterion má význam jen pro volbu jedné z možností formálně-logicky oprávněných, tedy jen *v rámci formální logiky*. Jedním z principů pro vytvoření harmonie lidskému duchu nezbytné je zmíněný již předpoklad, že z částečné shody dvou pojmů usuzujeme na shodu úplnou. Tento předpoklad

[31]) V originále: Geschwätz, str. 121 cit. spisu.
[32]) John Stuart *Mill* v citaci Hoppeho 4.

je právě podstatou uzavírání analogického. Je sice pravda, že srovnání je dovoleno každému.[33]) To však není důkazem, že z určité přísně kvalifikované „podobnosti" bychom nesměli vyvozovati závěrů. Kde by dnes bylo lidské vědění, kdyby vždycky s odmítnutím možného zneužití bylo zavrženo i zdravé jádro myšlenky! Je dále správné, že „podobné" znamená tolik co „částečně stejné",[34]) tedy „sice *nějak* velmi blízké, ale přece vykazující jakési odlišnosti".[35]) Je nám to — stejně jako *Hoppemu* důkazem, že tento vztah není domovem v exaktní vědě, opět však nikoli důkazem pro jeho úplnou vědeckou neplodnost. Naznačili jsme již a bude při problému analogie v právu dále rozvedeno, že není lhostejné, ba je právě *podstatou* analogie vědecky cenné, uvědomiti si, co znamená ona „*nějaká* blízkost" proti „*jakési* odlišnosti" obou členů analogie.

[33]) *Hoppe.* Analogie 21.
[34]) *Hoppe*, Analogie 21, dokazuje to etymologicky srovnáním: ähnlich: an-gleich.
[35]) Tamtéž 21.

III.

ZAŘADĚNÍ ANALOGIE DO SYSTÉMU PRÁVNICKÉHO MYŠLENÍ.

A. ZÁKLADNÍ POJMY A OHRANIČENÍ.

1. Problematika. — 2. Úkol a dělení věd. (Tripartice metodologických forem). — 3. Předmět poznávání. — 4. Exaktní normologie. — 5. Předmět věd normativních. — 6. Kriterion práva. — 7. Problém práva positivního. — 8. Nejvyšší norma jako poslední pramen relevance. — 9. Delegace. — 10. Determinace formální a obsahová. — 11. Normotvorba prvotní a druhotná. 12. Jurisdikce.

1 O podstatě analogie v právu panuje názor celkem jednotný: Je použitím normy na skutkovou podstatu *jinou*, než plyne z normových pojmů, přece však *obdobnou*. Z tohoto data vyjdeme k dalšímu objasnění pojmu.

Na první pohled nepozorujeme na definici nic příznačného, co by ji od ostatní aplikace nějak podstatně odlišovalo. I zde má býti norma na určitou skutečnost aplikována, i zde má býti rozhodnuto, zda skutečnost právní normě v naznačeném tam smyslu „odpovídá“ nebo ne.

Stručný a jasný výměr je však klamnou nápovědí snadnosti bližšího rozboru. Konfrontace hořejší definice s poznatky o povaze a prameni relevance právních norem jakož i o mezích aplikace jejich ukáže nám problematiku analogie v plné šíři.

Půjde nám tedy především o začlenění analogie do systému právnického myšlení.

2 Účelem vědy je umožniti objektivní poznatky o skutečnosti, o sobě nepoznatelné. Objektivita poznatků spočívá v tom, že všechny správně myslící lidské bytosti musí poznatek uznati správným.

Prací filosofů, navazujících na *Kantův* kritický idealismus, byla dokázána vadnost předsudku, že *objektivní*, to jest obecně platné, poznatky možno tvořiti jen v rámci myšlení o tom, co jest (myšlení

kausálního). Objekt poznání může být objektivně zvládnut i v systém poznatků o tom, co má býti (myšlení *normativní*) a o skutečnosti možno konečně objektivně vypovídati jako o něčem, co jest chtěno (myšlení *teleologické*). Vycházíme tudíž z *tripartice* metodologických forem, pro jejíž odůvodnění poukazujeme k literárnímu dílu *Kallabovu* a *Weyrovu*, pokud jde o rozlišení prvních dvou jejích složek, jakož i k pracem *Englišovým*, pokud jde o důsledné propracování metody teleologické.

Pro nastínění noetického východiska, na němž spočívá další konstrukce, musí postačiti těch několik následujících vět. Je totiž nutností též v monografii přiznat se jasně ke svému východisku, aby byl dán základ pro imanentní kritiku závěrů. Je však na druhé straně výsadou monografie, že se toto přiznání nejen může, ale v zájmu vyváženosti práce *musí* státi takovou heslovitou formou, jakou nalezneme v dalších odstavcích. Nebudiž proto za stručností spatřováno ani lehkomyslné zlehčování problémů, jež za každou větou se skrývají, ani nekritické převzetí cizí duševní práce.

Právě v otázce, která je jedním z ústředních problémů této kapitoly, nacházíme i uvnitř normativní teorie, na jejichž noetických základech pracujeme, rozpory na první pohled tak zásadní, že vzbuzují místy i pochybnosti, lze-li obojí názor zařaditi pod jeden filosofický směr. Representantem jich je na jedné straně prof. *Weyr*, na druhé prof. *Kallab*.

3 Oba vycházejí z *Kantova* kritického idealismu. Staví se proto spolu se svým mistrem i se svými žáky proti naivnímu realismu, podle něhož se v nás skutečnost jen zrcadlí, a zdůrazňují neoddělitelný podíl osobnosti na tom, co o skutečnosti, o sobě nepoznatelné, vypovídáme ve svých poznatcích. Je ovšem nepopiratelným faktem, že se oba vědci ve svých výsledcích svého myšlení přes ono společné východisko velmi rozcházejí, přece však se rozpory po odstranění nánosu odchylného způsobu vyjadřování jeví mnohem méně diametrálními, než se snad na první pohled zdá.[36])

Kritičnost idealismu obou je v tom, že uznávají podíl reality na

[36]) To připouští *Weyr* na mnoha místech své „Teorie práva", to zdůrazňuje opětovně *Kallab*, a *Procházka* věnuje důkazu toho obšírnou kapitolu své „Tvorby práva". Někde se ovšem čtenář neubrání dojmu, že dobrá vůle zavádí *Procházku* v hledání shod dále, než dovoluje skutečná podstata věci.

poznatku a neupadají proto do idealistického extrému *solipsistů*, kteří vidí v poznávajícím intelektu výhradný pramen reality. Oba se znají ke Kantově konstrukci „věci o sobě". Zatím co *Kallab* jí dává název skutečnosti, byť nepoznatelné[37]), přiznává jí *Weyr* jen „*danost*" (Gegebenheit — to co přišlo odjinud) jako společnou vlastnost.[38])

Zatím co *Kallab* setrvává na jednotnosti své skutečnosti, štěpí ji *Weyr* ve dva světy, metodicky od sebe naprosto oddělené[39]): svět toho, co jest, a toho, co má býti. Proti noetickému monistovi *Kallabovi* stojí tak důsledný pluralista *Weyr*. *Kallabovi* je výhradným předmětem poznávání jeho skutečnost, ať ji poznáváme metodou kausální, normativní nebo teleologickou. *Weyr* proti tomu učí, že předmětem kausálního poznávání je příroda, předmětem poznávání normativního norma a teleologického postulát.

Poněvadž nemáme schopnosti vypovídati o *Kallabově* skutečnosti, než tím, že sdělujeme výsledky svého poznávání, vypovídáme o *téže* skutečnosti jednou kaušálními soudy, po druhé normami, po třetí postuláty. Všechny tyto druhy myšlenkových výtvorů jsou tudíž poznatky. *Weyrovi* vadí účast vůle při tvorbě norem a postulátů, aby podřadil tyto dvě myšlenkové činnosti pod pojem poznávání, kde subjekt nic nechce, než právě poznávat.[40]) Nedává se přesvědčit ani námitkou *Kallabovou*, že nejde o vůli psychologickou, nýbrž logickou a že ve všech případech objektivního poznávání připouští se u poznávajícího jen vůle ke správnému myšlení.[41])

Vedlo by daleko, sledovat tuto duchaplnou kontroversi do všech jejích důsledků. Všimneme si jen základního z nich: Je-li vědou, jak je snad nesporné, tvoření objektivních, tedy obecně platných poznatků o předmětu vědy, a to příslušnou metodologickou formou, je *Kallabovi* vědou kausální tvoření soudů o skutečnosti, vědou normativní tvoření norem o téže skutečnosti, a vědou teleologickou tvorba postulátů o této skutečnosti. *Weyrovi* je naproti tomu vědou přírodní

[37]) Kromě oněch šťastných chvil *intuice*, kdy se lidský duch noří bezprostředně do proudu skutečnosti a s ním splývá. Střízlivý *Weyr* odmítá briskně bergsonovskou intuici odhozením do oblasti metafysiky.

[38]) *Weyr*, Teorie práva 25. Při tom odlišuje pojem positivnosti teorie od positivnosti normového souboru. Positivností teorie rozumí noetický postoj idealistické filosofie v oblasti normativního poznávání. Positivnost znamená pak onomu postoji tolik, co danost, jež jest vlastností normy jako předmětu poznávání. (Tamtéž 208).

[39]) *Weyr*, Teorie práva 35.

[40]) *Weyr*, Teorie práva 28.

[41]) *Kallab*, Několik poznámek č. 2.

systém objektivních poznatků o přírodě, vědou normativní systém objektivních poznatků o normách a vědou teleologickou systém objektivních poznatků o postulátech.[42]) Kdežto tedy *Kallabova* normativní věda vypovídá o skutečnosti jako o něčem, co býti má a normy tak *tvoří*, vykazuje jí *Weyr* úkol mnohem střízlivější: Normy jsou pro normativní vědu onou nahoře zmíněnou „daností", kterou musí nejprve poznati, (což je jakousi činností přípravnou) a sledovati pak možnosti, ve které onen daný materiál rozvíjí myšlení normativní.

4 O možnostech myšlení normativního poučuje nás *exaktní normologie*. Jemným rozborům *Kallabovým* podařilo se tuto od normativních věd empirických čistotně odděliti, zatím co *Weyr* své normologické úvahy staví do přímých služeb teorie norem *právních*, tedy určitého a za dnešního stavu věcí velmi samorostlého druhu pojmu norem vůbec. Tím vzniká ovšem velmi snadno dojem, jako by konvenční obsah, kterým je pro normologii norma *právní*, povyšoval na pojmový obsah každé normy a specifika myšlení právnického vydával za pojmové znaky normologie vůbec.[43]) *Kallab* opětovně upozorňuje na toto nebezpečí a je pak nucen se svého stanoviska konstatovati, že *Weyr* sice bezvadně myslí, že však dosah svých konstrukcí nedocenil.[44]) Platnost svých závěrů omezuje totiž tím, že do premis přijímá empirický a s hlediska exaktní normologie libovolný prvek „práva".

Odmyslíme-li si tuto výtku, která přesahuje meze naší problematiky, můžeme konstatovati, že poučky exaktní normologie vypracovávají oba autoři v podstatě stejně, což *Kallab* na jednotlivých konstrukcích opětovně zdůrazňuje. Budeme míti příležitost se o této shodě přesvědčiti.

5 Podstatný rozdíl jejich názorů nespočívá tedy v učení o *metodě* normologické, nýbrž ve vymezení *předmětu* jednotlivých normativ-

[42]) *Weyr*, Teorie práva 26.

[43]) *Neubauer*, Pojem státního území 49, vystihuje věc dobře: „Jest jisto, že methodami, které vytvořila právní věda, mohli bychom poznávati kteroukoli normu a jakýkoli normový soubor." Právní věda jako normativní disciplina shodou okolností nejvyvinutější nahrazuje v dnešním systému věd úplně chybějící exaktní normologii. — Na větší způsobilost *právního* řádu býti polem pro sledování funkcí normologických, než nacházíme u jiných normových souborů, ukazuje i *Wundt*, Logik II, 546. Odlišně od oněch více přírodovědecky vzniklých výtvorů ducha vykazuje právo skrz naskrz logickou strukturu.

[44]) Tak na př. *Kallab*, Několik poznámek č. 7, Poznámky o významu normativní teorie 48d.

ních disciplin, především vědy *právní*. Zatím co *Weyrovi* jsou předmětem jejím normy odněkud dané, je pro Kallaba normativní myšlení jednou z možností, jak poznati skutečnost o sobě nepoznatelnou, jak se v ní orientovati. Již to, že poznáváme nepoznatelné, vystihuje zřetelně idealistou *Kallabem* opětovně zdůrazňované faktum, že skutečnost a poznatek nelze identifikovati, nýbrž že mezi oběma leží závažný přínos poznávajícího intelektu, jehož výsledek je legitimován tím, že je způsobilý v našem vědomí nám skutečnost zastupovati. V této vlastnosti spočívá právě *objektivita* poznatku.

Jedním z aspektů, který nám umožňuje zmocniti se skutečnosti, je myšlení normativní, kdy o skutečnosti vypovídáme, že má býti. Dochází tak *Kallab* k normám jako objektivním výrokům o tom, co má býti, k normám jako *výtvorům* normativní vědy.

V tomto bodě se snad právem domníváme, že rozpor obojího učení je nepřeklenutelný. Oba autoři bezvadným logickým postupem rozvinuli své logické východisko: *Kallab* svůj monismus, *Weyr* svůj pluralismus. Je proto nemožné, aby byli — odhlížejíc od podrobností — zranitelni ve svých myšlenkových postupech a závěrech. Nápor kritiky se může obrátiti jen proti řečenému východisku. Obáváme se, že ono je právě tím, co *Weyr* v přísné sebeanalyse nazval kusem osobního založení člověka, tedy i člověka-vědce.

Kritika jedněch závěrů, vycházející z druhého noetického východiska, není imanentní a má smysl jen potud, že důkazem nesprávnosti důsledků otřásá po případě samotným východiskem. Oba autoři jsou příliš hluboce filosoficky založeni, aby propadli pokušení laciného efektu konfrontovati a odsuzovati závěry druhého s hlediska *svého* východiště. Proto vším právem nazval *Weyr Kallabovy* kritiky normativní teorie „oasou v poušti".[45])

Jak lze vysvětliti, že v problematice rozboru *positivních* právních řádů se oba směry opět podstatně přibližují? Odpověď na tuto otázku je dána jednak zdůrazněnou již shodou názorů na funkci exaktní normologie, jedna je důsledkem významu, který pro normativní myšlení v oboru práva má existence t. zv. *positivních právních řádů*.

6 Ne každá objektivní výpověď o tom, co má býti, tedy ne každá *norma*, je normou *právní*. Normy právní od ostatních musí odlišiti

[45]) *Weyr*, Teorie práva 377.

jak ten, kdo normy považuje za *produkt* právní vědy, tak ten, kdo je považuje toliko za objekt právní vědou *poznávaný* a podle zákonů exaktní normologie zpracovávaný.

Literatura nám přináší řadu pokusů o nalezení kriteria, které by nám umožnilo odlišiti spolehlivě normy právní od ostatních druhů tohoto pojmu. Ve shodě s tím, co vyjadřuje obecný význam výrazu „právo" přikládaný, ustálila se normativní teorie na tom, nazývati právními ty normy, které jsou kryty autoritou státní. Ztroskotání pokusů najíti nějaké *obsahové* vymezení pojmu práva, který by zahrnoval skutečně to, co právem za dnešního stavu lidské organisace nazýváme, mluví ve prospěch onoho *formálního* kriteria, snášejícího libovolný obsah, s výhradami, o nichž promluvíme dále.

Weyr sám se staví proti omylu považovat jen positivní právo (státní) za jedině možný předmět poznávání normativního.[46]) V myšlení normativním není rozhodující účinnost norem, nýbrž jejich *platnost* jako kategorie výlučně normativní. Poslední pramen této platnosti jest ve stanovisku poznávajícího subjektu,[47]) v hypotesi, kterou zosobňujeme v konstrukci nejvyšší normy, jak dále uvidíme. „Volba toho či onoho předpokladu je dána do libovůle poznávajícího subjektu a nelze tudíž tvrdit, že právě jen jeden z možných předpokladů... jest správný a ostatní nesprávné.[48]) Není metodickým předpokladem, který bychom mohli klásti po bok axiomu logické jednotnosti právního řádu,[49]) není tudíž nezbytným předpokladem vědeckého zpracování práva, nýbrž nahodilým faktem, závislým na určitých historických podmínkách.

Bylo by však možno snésti řadu důvodů pro vhodnost řečené volby, jež hypothesu platnosti váže na soubor norem, odvozujících svou relevanci z autority státní.[50])

Pro potřeby poznávání jsou normy slučovány v *soubory*, pořízené

---

[46]) *Weyr*, Teorie práva 87.

[47]) *Weyr*, Teorie práva 86.

[48]) *Weyr*, Teorie práva 87.

[49]) *Kallab*, Pravotvorný monopol státu 34.

[50]) *Wundt*, Logik II, 544, prohlašuje vůli státu za jedinou autonomní právní vůli jako důsledek požadavku etického a logického. Eticky: Boj svědomí, nezbytný při volbě mezi různými svobodnými mravními povinnostmi, nesmí býti přenášen do oblasti autorit vnějších. Logicky: Nemožno, aby nejvyšším pramenem práva bylo několik nutně odlišných vůlí. — Řekli jsme již, že pro tuto volbu mluví i obecný význam slova „právo", konkretisovaný v představě zákonitosti. Ona je požadavkem „obecného kulturního vědomí", který se „zhustil v lidové přesvědčení, ovládající mysli a tedy platné". (*Reichel*, Gesetz und Richterspruch 62.)

na základě různých jednotících hledisk. Soubor takový mohou tvořiti normy, jichž obsah vyplývá z téhož obsahového principu, jež jsou výtvorem jednoho normotvůrce, jež platí na jednom území, jež mají společný subjekt povinnostní atd. Jednotící hledisko musí však splňovati základní předpoklad normativního myšlení, že totiž nesmí zároveň připouštěti poznatek, že něco má i nemá býti. Tato možnost, myslitelná v poznávání přírodovědeckém jen jako důsledek myšlení chybného, je v myšlení normativním způsobena empirickou skutečností positivních normových souborů, z nichž každý může své normy naplniti libovolným obsahem.

Vzájemný odpor norem je konec konců věcí jejich obsahu. Proto je společný *obsahový* princip několika norem spolehlivou zárukou, že mezi nimi nebude takového rozporu. Ony normy mohou tedy býti sloučeny v soubor, uspokojující zmíněný základní požadavek normativního myšlení.

Takovou způsobilost nelze přiznati kriteriu jednotnosti povinnostního subjektu nebo určitého území, protože týž povinnostní subjekt (jako zjev vnějšího světa) i totéž území (v témže smyslu) mohou býti podrobeny normám různých normových souborů, mezi nimiž nelze klásti požadavku, aby navzájem v rozporu nebyly. Positivnost těchto souborů a autorita za nimi stojící přehlušuje požadavky správného myšlení.

Pokud konečně jde o formální kriterion *jednotného normotvůrce*, mohli bychom býti na pochybách, vylučuje-li jakékoli rozpory svých norem, je-li normotvůrce, který objektivnost svých norem podpírá svou vnější autoritou, svou mocí, povinen správně mysliti. Správně mysliti v této souvislosti totiž právě znamená, nevypovídati o téže skutkové podstatě, že současně má i nemá býti, respektive — pojmeme-li časový prvek do skutkové podstaty — že *táž* skutková podstata má i nemá býti. *Weyr* svoji větou, že normotvůrce nemůže totéž současně chtíti i nechtíti,[51]) zodpovídá tuto otázku kladně. S ohledem na faktum positivních právních řádů musíme toto vyjádření považovati za obrazné. To si nejlépe uvědomíme asi takto: Zpronevěřil-li se tvůrce positivního právního řádu na zásadě logické jednotnosti normového souboru (jak označujeme zmíněný požadavek správného normativního myšlení), obsahuje-li tedy positivní právní

[51]) Teorie práva 47.

řád vedle sebe normy: „má býti A“ a „má býti non A“, bude to *intelekt interpreta*, který logickou chybu nejen objeví, nýbrž i opraví. On, který chce s hlediska právního řádu říci, co má býti, má jako každý myslící člověk povinnost mysliti správně a touto povinností puzen dojde k závěru o neslučitelnosti dvou odporujících si norem v témže normovém souboru. Je velmi názornou zkratkou, přiznáme-li zpětným odkazem tuto vlastnost poznávajícího intelektu již onomu bodu, z něhož daný normový soubor vyvozujeme, normotvůrci, jímž nám v oboru právnického myšlení v důsledku hořejších úvah je *stát*. V této své funkci je stát nikoli příčinou, nýbrž regulativním principem práva,[52]) nositelem vlastností správně myslícího lidského intelektu v oboru toho, co má býti. Uzavíráme s *Kallabem*: „Je to pomocná představa právnické logiky, mající nám usnadniti představu jednotnosti právního řádu. Je to ovšem anthropomorfismus, poněvadž tu státu imputujeme lidský způsob myšlení. Pokusíme-li se věc si představiti bez anthropomorfismu, postřehneme snadno, že Weyrův stát jako regulativní princip právního řádu je totéž jako můj (rozuměj: *Kallabův*) požadavek objektivnosti normativního myšlení. Neboť objektivnosti jako vlastnosti poznatku o tom, co má býti, lze dosíci jen tvorbou takových poznatků, které musí býti každým jiným správně myslícím za správné uznány, což jest jen tehdy možno, vpravíme-li získaný poznatek do *jednotného systému myšlenkového*, t. j. do systému, jehož jednotlivé články jsou spolu spojeny podle určitých obecně platných norem myšlení.“[53]) „Státem jako bodem logické přičítatelnosti právních norem vyjadřuje *Weyr* právě požadavek logické jednotnosti právního řádu.“[54]) Týž požadavek nazývá *Kallab* „spravedlností“, jež v právní vědě není principem mravním, nýbrž logickým.[55])

Nelze zastírati, že aplikace pojmů exaktní normologie na právo je ovlivněna řečeným empirickým vymezením pojmu práva a nutno přisvědčiti v tom smyslu *Kallabovi*, že čirá, t. j. exaktní věda *právní*,

[52]) *Weyr*, Teorie práva 46, 51, 71.

[53]) *Kallab*, Několik poznámek č. 6.

[54]) *Kallab*, Pravotvorný monopol státu 35.

[55]) *Kallab*, Positivní právo 242, *týž*, Postulát spravedlnosti 72. Proti námitce *Weyrově*, že je spravedlnost již sama o sobě představou obtížnou a znamená v obecné mluvě něco docela jiného, než nějaký princip logický, tedy evidentně jen výtce s hlediska vhodnosti termínu, uvádí *Kallab*, že je právě jedním z úkolů vědy, aby výrazům, jichž obecná mluva užívá nepřesně, dala přesně vyhraněný smysl.

není myslitelná. Toto označení, běžné v normativní teorii, kde poučky *normologické* jsou vykládány — jak již řečeno — sledováním logických funkcí norem *právních*, nelze tudíž pojímati stricto sensu, nýbrž jen jako vyznačení rozdílu těchto, pro normy právní bez ohledu na jejich konkretní obsah platných zásad (Rechtswesensbegriffe) od principů, vyvoděných z určitého obsahu právní normy nebo skupiny jich (Rechtsinhaltesbegriffe).[56])

7 Positivní právní řád není *Weyrovi* problémem. Je mu právě onou daností, jež je předmětem toho výseku myšlení normativního, který nazýváme právem. Jinak je tomu u *Kallaba*. On vypracovává svou právní vědu z logických funkcí myšlení normativního. Nutnost, jíž jsa poslušen, normu této právní vědy uznává, je nutností logickou, převoditelnou na základní příkaz každého objektivního poznávání: povinnost správně mysliti. Každý jiný pramen platnosti právní normy je mu pak nutně cizím tělesem v jeho systému jednotného uvažování o tom, co má býti, ovlivněním cesty lidského intelektu za hodnotou dobra, za spravedlností.

Patří k charakteristice tvorby *Kallabovy*, že za všech okolností dbá „working power" svých poznatků. Proto mu nemohlo zůstat bez povšimnutí, že společenský život zná jakési výroky o tom, co má býti, kterým pod názvem práva propůjčuje obecnou závaznost. Na své straně nemají nic, než autoritu státu, z něhož vycházejí. Tento důvod platnosti, chceme-li, tato oktrojovaná objektivnost, dělá ovšem rázný škrt přes jemnou logickou síť *Kallabových* konstrukcí. Jak slučuje tyto dva toto coelo rozličné kořeny platnosti, jak smiřuje tuto dvojí objektivitu? Sám o tom mluví na několika místech.

Na určitém stupni svého vývoje si lidstvo uvědomuje potřebu norem, jež by platily působením autority, od níž pocházejí nebo jíž jsou přičítány, nikoli tedy působením zákonů správného myšlení. Je to jakési analogon církevních dogmat, v jejichž rámci a za předpokladu jejich platnosti se začaly vyvíjeti vědy ve středověku.[57]) Jde o zvláštní opatření, jak posíliti dosud chabé základy lidského poznání o tom, co má býti,[58]) jako v pevnou doktrinu spoutala středověká

[56]) Třídění právních pojmů viz *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft 102 d. *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 72 d., *Neubauer*, Interpretace a aplikace 539.

[57]) *Kallab*, Několik poznámek č. 6, Úvod 141.

[58]) *Kallab* Úvod 141.

církev Boží zjevení. Úkol rozumového poznání toho, co býti má, tedy právní vědy, tu přejímá zčásti organisovaná vůle, společnost určitým poznatkem s názvem dogmat-zákonů dává nucený oběh pro potřeby poznání. Zde pak skutečně platí: „Stat pro ratione voluntas.“[59])

Že právní relevance propůjčena právě normám *státním*, přesněji: že určitým výrokům státním se připisuje povaha norem právních, tkví dle *Kallaba* ve víře v pravotvorný monopol státu. S tohoto hlediska přirovnává platnost státních norem k platnosti státních peněz, jež také musí každý přijímati jako předměty určité hodnoty, nikoli proto, že tuto hodnotu skutečně mají, nýbrž proto, že autorita státu jim ji propůjčuje. Právní věda pracuje s fikcí objektivnosti státních norem, jako pracujeme s určitým kouskem papíru, fingujíce, že má hodnotu 10 Kč.[60])

Že při právnickém myšlení takovou úlohu hrají normy, jež platí proto, že právní řád jim přisuzuje platnost bez ohledu na jejich logické odvodění, není poznatek, k němuž bychom dospěli noetickým rozborem ani úvahou exaktní, nýbrž je to poznatek empirický.[61]) Důsledek sloučení státně technických pravidel s pravidly právními, vyvozovanými dle *Kallaba* z principů správného myšlení, jest pak, že obě tyto skupiny myšlenkových výtvorů přes svou různou myšlenkovou skladbu na sebe *vzájemně působí*, když obé máme v tentýž myšlenkový systém vpracovati. Právní normy, jež vznikly ze snahy po jednotném chápání toho, co býti má, pojímáme pak stejně za produkt vůle státu, jako právní normy, jež sledují určité státně-technické cíle, pojímáme za projev snahy po jednotném uspořádání našich úmyslů, snah a přání.[62]) Zvláštnost právnického myšlení, jíž se liší od všech ostatních případů myšlení normativního, není v obsahu norem ani v jejich původu, nýbrž v metodickém postupu, že totiž se tu ve svém myšlení o tom, co má býti, podřazujeme státnímu

[59]) Tamtéž 141.

[60]) *Kallab*, Několik poznámek č. 6. — O vhodnosti výrazu „fikce“ v této souvislosti by ovšem mohly býti pochyby. Pro nás je však směrodatným nikoli slovo, nýbrž podstata, totiž to, že jak kus papíru, zvaný „desítikoruna“, tak výrok, že něco má býti, uveřejněný ve sbírce státních zákonů, musí mít i pro naše myšlení hodnotu peníze nebo normy, jako je má v životě státu, který je obě kryje. Divně by se vyjímal národohospodář, který by o papírové desetikoruně mluvil s hlediska hodnoty materiálu, z něhož je vyrobena, jako není za dnešního stavu myslitelna právní věda, která by o státních normách mluvila jako o nezávazných projevech něčího názoru.

[61]) *Kallab*, Několik poznámek č. 6.

[62]) *Kallab*, Úvod 130.

zřízení tak, že normy určitým způsobem vzniklé považujeme za platné, za objektivní. Právní věda je pak soustavou poznatků normativních (tedy norem) *v rámci předpokládaného právního řádu.*[63])

„Jistě už dnes nebude nikdo tvrditi, že v případě nesouhlasu mezi logickou konstrukcí, diktovanou požadavkem správného myšlení, a obsahem positivního práva dlužno dáti přednost oné umělé konstrukci.“[64]) Tato situace není ostatně pro právo nijak specifická: Narážení na jisté dané, iracionální prvky, je charakteristické pro každou empirickou vědu. Nesmíme se však nikdy vzdáti snahy chápati skutečnost (zde: positivní právní řád), jako by se v ní uplatňovaly zákony myšlení.[65]) Proto jde v právní vědě o zpracování positivních norem v soustavu, v níž by nebylo logických odporů, tedy podle požadavku logické jednotnosti.[66]) Úkolem právní vědy není nahraditi svými poznatky positivní právo, nýbrž zpracovávati v jednotu positivně danou zásobu norem. Právní věda nemůže rozmnožiti počet positivních norem, ale obohacuje naše poznání toho, co býti má.[67])

Chtěli jsme ukázati, jak se *Kallab* vypořádává s empirickou skutečností positivního právního řádu v logickém systému svého právnického poznávání, tedy s oním empirickým faktorem, který je *Weyrovi* jediným předmětem právnického poznávání. Nejde nám zde ani o vhodnost té či oné definice právní vědy, ani o to, jak by právní věda ve smyslu *Kallabově* vypadala, kdyby nebylo právních norem s nuceným oběhem, tedy jak právní věda *bude* vypadati (opět dle jeho výměru), v oněch dobách, kdy lidstvo podobně jako kdysi v oboru věd přírodních prolomí svou vůlí k dobru kůru naivních poznatků a dovede vypracovati svůj ideál kultury stejně čistě a hlavně jistě, jako přírodní vědy ideál přírody.[68])

Faktem dnešní právní vědy je, a *Kallab* i *Weyr* to souhlasně uznávají, že nutno se skloniti před positivním právním řádem. Shodně tedy oba učí, že odpověď na otázku, co má býti *po právu*, nutno hledati především v positivním právním řádu. Tak vykládáme

---

[63]) *Kallab*, Několik poznámek č. 6.
[64]) *Kallab*, Pravotvorný monopol státu 41.
[65]) *Kallab*, tamtéž 41.
[66]) *Kallab*, tamtéž 42 d.
[67]) *Kallab*, Postulát spravedlnosti 73.
[68]) *Kallab*, Úvod 89.

Kallabův výměr o tvorbě norem *v rámci* předpokládaného právního řádu. Pokud tento právní řád své rozhodnutí právníku nevnucuje, to jest pokud positivní právní řád nedává odpovědi na to, co v konkretním případě má býti, odpadá ona zábrana, která ovlivnila, ba ve své oblasti *suspendovala* platnost oněch norem, jež jsou legitimovány svou správností logickou.

8 Viděli jsme, že je základní hypotesí normativní teorie práva, že právní normy musí vyvozovati svou platnost z autority státu. Nejde o stát jako faktum empirické, nýbrž o stát, konstruovaný jako logický bod přičítání celého právního řádu.

Stát je pro právnické myšlení representován nejvyšší normou. Proto i její platnost předpokládáme. Ona nutně zasahuje všechny právní normy nižší, ovšem *téhož* právního řádu, a dodává jim (a to výhradně ona) právní relevanci. Je to logický postulát a logická konstrukce, umožňující vyvrcholení souboru, i když ke konkretní nižší normě dojdeme postupem sebe komplikovanějším. (To uvidíme v kapitole o aplikaci.) *Kallab* odvozuje platnost norem od jejich „spravedlnosti". Pokud je mu spravedlivým to, co je bezvadným myšlenkovým postupem vyvoděno z positivních norem (i to je *Kallabem* uznávaný druh „spravedlnosti"), kryje se to úplně s hlediskem *Weyrovým*. Pokud však positivní norma nedává odpovědi na otázku, co v konkretním případě má býti, je *Kallabovi* právem to, co je s ostatními právními normami, tedy především s positivním právním řádem, slučitelno v logickou jednotu. Při problému volné úvahy vidíme, že ke stejnému závěru dochází i teorie normativní. Je důsledkem popsaného pojetí *Kallabova*, však bez vlivu na praktický výsledek řešení otázky, co v *daném případě* má býti (a o to nám v této souvislosti především jde), že *Kallab* právní relevanci tohoto výsledku vyvozuje bezprostředně z jeho logické správnosti, kdežto teorie normativní z onoho zmocnění, které (druhotného) normotvůrce k takové úvaze delegovalo, tedy z norem vyšších a konečně opět až z normy nejvyšší.[69])

[69]) Učení o právní moci rozhodnutí autoritativních, byť logicky nesprávných, mluví vedle důvodů již vypočtených pro užitečnost tohoto formálního kriteria právní relevance s hlediska dnešního stavu právního života.

Hierarchii norem jsme sledovali proto, abychom odůvodnili, *proč* určitá norma *platí*. Relevance vyšší normy byla tak pramenem platnosti normy nejblíže nižší a jejím prostřednictvím všech hierarchicky nižších norem souboru. Proto nejvyšší norma je důvodem platnosti *všech* norem souboru. Její platnost musíme již předpokládati, máme-li zůstati v mezích normativního myšlení.

Tento předpoklad není ničím pro normativní poznávání specifickým a tedy ani — jak se často tvrdí — důvodem problematičnosti jeho výsledků. Poslední příčina je též transcendentní s hlediska kausality, ačkoli je východiskem celého systému, nebo spíše právě proto, že jím je. Konstrukce poslední příčiny i konstrukce nejvyšší, základní normy je výtvorem logickým, diktovaným požadavkem důsledného provedení, logického vyvrcholení a zakotvení metody. Jeho správnost není nijak dotčena tím, že empirie nic takového nezjišťuje.

Každá samostatná věda vychází z nějakého pojmu, jehož již sama nedefinuje. „On je summum genus této vědy a je současně jejím nejchudším pojmem a nejbohatší ideou. Má ve svém obsahu všechny pravdy dotyčné vědy a ve svém rozsahu všechny subjekty, na něž tyto pravdy vůbec lze aplikovati. Není vyššího pojmu. Základní idea každé samostatné vědy (autocephale) je prostředky této vědy nedefinovatelná, nemůže tedy býti jejím předmětem.“[70])

Logická nutnost takového vyvrcholení právního řádu a s ní i nezbytnost konstrukce nejvyšší normy je patrná snad i z těchto několika vět. Podstata problému nejvyšší normy je tedy celkem prostá. „Ať si představíme normový soubor rozvitý nebo nerozvitý, jsou všechny jeho součástky, t. j. jednotlivé normy, jaksi in nuce obsaženy v oné nejvyšší normě, která jako samostatná norma ani nemusí býti konstruována a může býti nazvána *ohniskem* nebo *vrchní zásadou* příslušného normového souboru.“[71]) „Dynamické pojetí normového souboru, při němž nám jde především o vystižení logického rozvíjení právního řádu, vznik norem a jejich právní relevanci, vede nutně k původní a nejvyšší normě jakožto prameni právní relevance celého souboru.[72])“ Nejvyšší norma je logickým předpokladem jednotnosti

[70]) *Goblot*, Traité de logique 150—151.
[71]) *Weyr*, Teorie práva 48.
[72]) Tamtéž 96.

právního řádu.[73]) — Sledujíce pramen normativní a tedy i právní relevance, prošli jsme vzestupně hierarchii norem až k normě nejvyšší. Vlastní naše problematika spočívá však v postupu opačném.

9 Z vyšší normy vyvozujeme normy nižší a tak logicky rozvíjíme právní řád. Docházíme k představě vzájemné normativní závislosti norem na sobě, závislosti, která je výhradným pramenem jejich normativní relevance.

Pro poměr normy nižší a vyšší užíváme výrazu „*delegace*". Tento výraz velmi přiléhavě vystihuje podstatu věci. Vyšší norma se rozvíjí ve skupinu norem nižších za intervence lidského intelektu. Nejde nám o zmocnění, aby člověk myslil *vůbec*, a druhem myšlení je i toto rozvíjení právního řádu, normotvorba. Nejde nám ani o vyjádření povinnosti mysliti *správně*, poněvadž jiné psychologické činnosti nejsme ochotni zde přiznati název „myšlení". Delegace je však výrazem pro hranice, na něž je odkázán lidský intelekt ve své funkci normotvůrce. I když budou v konkretním případě sebe volnější a pružnější, ať přínos normotvůrce v delegované normě je sebe podstatnější, přece i tento přínos je poznamenán vztahem „delegace" normou vyšší a nakonec „všudepřítomnou" normou nejvyšší. Nic není právem, co není odtud delegováno.

Jde nám zatím jen o vyzdvižení oné vzájemné závislosti norem téhož právního řádu, která vyznačuje jeho logickou strukturu a vede nás k představě, že pramenem každé myslitelné právní relevance uvnitř souboru je nejvyšší jeho norma. Tím nezanedbáváme ani význam oněch myšlenkových pochodů, řídících se zásadami exaktní normologie, jimiž je právní relevance určité normě ze zmíněného pramene sdělována. O těchto principech jsme pojednali před chvílí. Nepřehlížíme však též, že otázka relevance určité normy není jen věcí její formy, nýbrž též jejího obsahu.[74]) Budeme mít ještě dosti příležitosti k rozboru obsahové stránky delegace.

Podstatným výsledkem předchozích úvah je, že vše, co přesahuje

[73]) *Kelsen*, Základy obecné teorie státní, str. 32. Nazývá ji tam normou ústavní, což ovšem nelze směšovat s ústavou ve formálním smyslu. Ona základní norma pak není „gesetzt", nýbrž „vorausgesetzt". Citujeme v originále, abychom zachovali tuto slovní hříčku, která rozdíl velmi pěkně vystihuje.

[74]) Jak upozorňuje zejména *Stránský*, Vůle poškozeného 14.

meze delegace, ztrácí ono nezbytné připojení na nejvyšší normu, odkud by čerpalo svou právní relevanci. Sebe přesvědčivější důkaz, že by přece i ono „mělo býti" nezjedná nápravu, protože je veden v jiné rovině. Za tímto „má býti" je vážení účelů, naše chtění a nikoli normativní kriterion odvodění od vyšší normy. Překračujeme meze myšlení normativního, a dostáváme se do oblasti, kde správný poznatek je legitimován tím, že je prostředkem k nějakému cíli. Účelové myšlení v právu jsme nazvali právní politikou.

10 *Podstata* delegace se týkala její *formy*. *Meze delegace* jsou věcí jejího *obsahu*. Prakticky není ovšem obojí od sebe odlučitelné, pro pochopení problému bylo však nutné. Meze delegace jsou dány obsahem delegujících norem, který zjistíme jejich *interpretací*. Uvidíme, že situace je často taková, že vedle obecného příkazu: v každém případě říci, co je právem (Typus: norma vylučující denegationem justitiae) stojí nedokonalé torso positivních předpisů, které chce být směrnicí. I v tomto případě mluvíme o „rámci rozhodování", mezích delegace, ačkoli z positivní úpravy se dovídáme vlastně jen, co už po právu nesmíme. Odpověď na otázku, co uvnitř tohoto rámce *smíme*, předpokládá další krok, který s oprávněným nádechem účelovosti nazveme „aplikací normy". O *aplikaci* tedy mluvíme, chceme-li říci, jak v daném případě delegát svého zmocnění využil.

11 Pro typický případ tohoto užití, t. zv. nalézání práva, činnost jurisdikční, je skutečně výraz „aplikace" přiléhavý. Positivní normy, v tomto oboru velmi podrobné, přikládáme ke konkretním skutečnostem, a hledajíce tak odpověď, co v daném případě má býti, používáme skutečně positivních norem jako jiných technických pomůcek. Výraz „aplikace" však přestává vystihovati povahu věci, jakmile je rozhodnutí normotvůrce ponechán volnější rámec. Positivní normy přinášejí sice formální zmocnění, výhradný pramen právní relevance, svým obsahem však říkají spíše, jaká rozhodnutí delegátovi dovolena nejsou, než aby mu dávaly positivní směrnici. To je případ každé volné úvahy v oblasti jurisdikce, avšak typickým případem tvorby primárních (obecných) norem, jimž ústava ve formě „občanských svobod" klade téměř výhradně meze jen negativně. Tato volnost je konečně typickou i v oblasti normotvorby smluvní, která je kryta

principem „pacta sunt servanda" a positivní právo v podstatě jen říká, kterým úmluvám stran normativní relevanci nepropůjčí.

Je jasno, že i tyto druhy normotvorby jsou zastiženy formálním principem delegace a že mezi nimi a jurisdikcí není pojmového rozdílu. Naznačené rozdíly *vnější*, s hlediska normativního zcela nahodilé, dovedly přece tak zmásti tradiční právní vědu, že bylo potřebí úsilí normativní teorie, aby společný normologický základ byl pod nánosem mnoha učených distinkcí rozeznán a uznán.

To však neznamená, že by rozlišení nebylo vůbec možné, shledáme-li některé odchylky dosti významnými, aby mohly býti jeho podkladem. Docházíme pak k tomuto dělení druhů normotvorby: Rozlišujeme tvorbu norem abstraktních (obecných), jichž nejvýznačnějším členem je v oboru práva zákon,[75]) od tvorby norem konkretních, ze zákonů odvozených. S tohoto hlediska se mluví též o zákonech jako normách *prvotních*[76]) proti *druhotným* normám, úředním rozhodnutím a smlouvám.[77])

Druhotné normy vznikají odvoděním od prvotních, po myšlenkovém pochodu, který rozebéřeme v další kapitole. Legitimují se jako správné poznatky o tom, co má býti, tímto logicky bezvadným odvoděním od vyšší normy. Právní život poučuje nás však též o existenci druhotných norem, jež platí proto, že byly vydány orgány k tomu povolanými. Narážíme na procesuální problém *právní moci*, který přiměl i zastánce normativní teorie odlišiti druhotné normy autoritativní od neautoritativních.[78]) Nám zde nejde o vysvětlení tohoto svérázného zjevu, nýbrž o rozbor myšlenkového postupu, kterému se musí podříditi každý delegát, ať jeho normotvorba je autoritativní nebo není. Nechceme podati vysvětlení zjevu, že normou může být za jistých okolností výrok, při jehož tvoření se jeho tvůrce nevědomky

[75]) *Weyr*, Teorie práva 124.

[76]) V tomto smyslu u *Weyra*, Teorie práva 124; naproti tomu na str. 348 užívá se téhož výrazu pro označení normy nejvyšší. (Urnorm.)

[77]) Nazývati obyčejný zákon normou prvotní je ovšem možno jen s hlediska praktického, kdy k rekursu k normě ústavní a k normě nejvyšší, konečnému prameni právní relevance, nás nenutí obsahová determinace zákona ve jmenovaných vyšších stupních normativní hierarchie. Ba s hlediska orgánu zákon aplikujícího bývá positivní úprava často taková, že mu ani není dána možnost pochybovati o jeho platnosti, byla-li při jeho tvorbě či dokonce jen publikaci splněna předepsaná forma. Pak skutečně je úředníku a soukromníku zákon posledním a neomylným pramenem práva.

[78]) *Weyr*, Teorie práva 190.

nebo vědomě zásadám správného myšlení zpronevěřil. Jde opět o historické faktum, které ovlivňuje obsah, nikoli o věc logické struktury právnického myšlení. V žádném oboru myšlení není možnost chyb důkazem nepotřebnosti a zbytečnosti pravidel myšlení a není jím ani zde. Pravidla správné aplikace zůstanou závaznými i pro druhotného normotvůrce autoritativního, prakticky pro soudce a veřejné úředníky, a to dokonce v té míře, že jeho závěry musí obstáti v kritice instancí.

12 Ve směru našeho zájmu problém autoritativnosti neleží. Jde nám o systém *správného* právnického myšlení, a o nalezení místa, které v tomto systému po případě náleží myšlenkovému pochodu analogie. Proto se omezí náš zájem na *druhotnou normotvorbu*. K distinkci uvnitř této dodá nám podklad bližší účelové vymezení tématu: analogie v trestním právu. Druhotná normotvorba v trestním právu se vyčerpává pojmem trestního soudnictví, tedy myšlenkové činnosti, hledající odpověď na otázku, co s hlediska zákonné normy v daném případě má býti. Budeme-li tedy v další kapitole mluvit o aplikaci, budeme ji považovati spíše za cestu k odpovědi na *tuto* otázku, přestože ve svém plném rozsahu zaujímá oblast mnohem širší.

B. INTERPRETACE A APLIKACE.

1. Nástin problematiky. — 2. Rekonstrukce. — 3. Formální zařadění interpretace a aplikace.

1 Ve zcela konkretní formulaci, k níž nás vedou předchozí systematické úvahy, zní naše otázka takto: Jaký je typický postup orgánu, který má vysloviti, co v daném případě má býti?

Dosavadní výklady nám napovídají, že je nutno se tázati:

Je orgán *povinen* pro daný případ normu vysloviti?

V případě kladné odpovědi: Jaká vodítka mu pro to dává positivní právní řád?

Jak splní svou povinnost, nevede-li positivní právní řád k řešení jednoznačnému?

První otázka zdá se býti jen zkoumáním orgánní příslušnosti. Při obecné představě orgánu, s jakou zde pracujeme, je ovšem zby-

tečný ohled na věcnou, tím spíše pak na místní jeho příslušnost. Chceme si však všimnouti něčeho jiného: Zda totiž orgán za všech okolností je *povinen* říci, co má v daném případě býti, zda mu tedy není dána možnost jednak „denegationis justitiae", jednak výroku „non liquet". Je jasné, že na této odpovědi je závislé řešení otázky druhé a zejména třetí. Při orgánech, jimž je svěřena jurisdikce, předpokládáme tuto povinnost. K podrobnostem se dostaneme později.

O právním řádu jako vodítku mluvíme v tom smyslu, že výrok orgánu musí býti logicky podřaditelný příslušnému ustanovení positivní normy. Bude tedy potřebí:

nejdříve zjistiti obsah daného právního řádu (se zvláštním zřetelem k onomu ustanovení „příslušnému"),

pak zhodnotit danou skutkovou situaci s hlediska zjištěného obsahu normy.[79])

Obsah positivních norem zjišťujeme *interpretací*, jak zní i její obecná a ve své obecnosti bez námitek uznávaná definice.

Nemá smyslu mluviti o interpretaci, nemáme-li na mysli právní řád positivní, v pramenech obsažený a z nich rekonstruovaný. Tak se náš obzor vlivem tématu omezuje na okruh práva stanoveného a nedosahuje opět až k problému, je-li positivnost jeho vlastností pojmovou či výsledkem historických nahodilostí.

2 Okolnost, že norma není v prameni vyjádřena ve své schematické formě, je důvodem, proč docházíme k potřebě *rekonstrukce*. Je to ona činnost, která snáší po jednotlivých, často velmi odlehlých pramenech rozptýlené části normy. Nejde ovšem o pouhou prostorovou koncentraci znaků skutkových podstat, nýbrž též o očištění jich od nánosu a deformací, které natropila legislativní technika.

Z nejrůznějších důvodů neobsahují prameny normy v jejich typické formě: Je-li A, má býti B. Rozdíl mezi zněním vlastní normy a jejím zákonným vyjádřením[80]) je dílem legislativní techniky. Ona

[79]) Již zde upozorníme na nepřesnost ve vyjadřování, spočívající v tom, že mluvíme zkráceně o srovnávání skutkové situace s pojmy zákonné normy. Ve skutečnosti srovnáváme s pojmy zákonnými pojmy, popisující danou skutkovou situaci. Tím teprve převádíme hodnotící i hodnocené na společného jmenovatele.

[80]) Místo zákona možno si zde mysliti kterýkoli jiný pramen s jistými výhradami pro právní zvyk, který nemá zpravidla přesných formulací.

je činností, směřující k nejvhodnějšímu slovesnému vyjádření normy.

Je opět přední zásluhou normativní teorie, že nekompromisním zdůrazňováním rozdílu mezi pramenem práva a normou osvětlila v plné jasnosti problém rekonstrukce. Ukázala tak právní vědě, co je předmětem jejího výkladu. Jsou to normy a ne nahodilé stylistické útvary pramenů a už dokonce ne historické nahodilosti, z nichž vzešly spolu s ostatními myšlenkovými výtvory své doby. Tuto konstruktivní práci normativní teorie možno s *Neubauerem* nazvati velmi vhodně „gramatikou právnického myšlení". Zrovna tak, jako dovedeme pomocí gramatického rozboru se orientovati v té nejsložitější větě, tak i tu nejkomplikovanější normu, kterou na př. musíme konstruovati z různých zákonů navzájem se měnících a doplňujících, dovedeme uvésti na ono základní schema normy a pochopiti její vztah k normám ostatním.[81]) Mezi representanty vědy normativní — a to nejen českými — přísluší přední zásluha o důsledné uplatnění tohoto důsledku lišení normy od jejího pramene *Sedláčkovi*.[82])

Teoreticky se tedy jeví rekonstrukce jako opak legislativní techniky. S hlediska čisté formy norem jeví se legislativní technika se svými prakticky sebe účelnějšími triky jako dekonstrukce, zhmoždění norem. Musí tudíž přistoupiti opačná myšlenková činnost, abychom se dostali k původní ryzí konstrukci-normě. Je tedy rekonstrukce — jak napovídá nejlépe sám její název — tvořením něčeho, co zde již bylo, totiž normy v ryzí podobě, odpovídající schematu: Je-li A, má býti B.

Toto vyjádření je schopno vzbuditi dojem, že také v historii vzniku normy nalezneme vždy takový postup: Empirický normotvůrce vytvoří ryzí normu, kterou pak dodatečně podrobí úpravě legislativně technické a v této formě ji publikuje. Stačilo by tudíž zjistiti znění oné původní normy z pramenů, popisujících zrod normy (materiálií zákonodárných), abychom si ušetřili často obtížný pochod rekonstrukce a co hlavního, abychom se vyhnuli omylům při rekonstrukci. I touto cestou dostáváme se do nebezpečí kultu materiálií.

V empirickém ději vzniku normy nestojí však legislativní technika proti čistým formám norem, nýbrž proti požadavkům právně-

[81]) *Neubauer*, Interpretace a aplikace, str. 538.

[82]) Viz zejména jeho Občanské právo československé, všeobecné nauky; Problém interpretace; Komentář k čs. o. z. o.; Interprétation et application.

politickým, jež mají býti uzákoněny. Empirický zákonodárce přistupuje se snahou co nejvhodněji je vyjádřiti k postulátům, jimž má dodat normotvorným procesem právní závaznosti. Empirickým základem právního pramene není tedy norma v čisté formě, nýbrž ony právně-politické postuláty. Kdybychom tedy chtěli provésti empirickou (na rozdíl od dříve probírané logické) rekonstrukci právního pramene, dospěli bychom k těmto postulátům. O nich, nikoli o logickém obsahu norem se dovídáme z materiálií.

Jen tak si lze vysvětliti, že logická rekonstrukce pramene v čistou normu nás může dovésti k normám, po nichž bychom v materiáliích i v historii právně-politických idejí marně pátrali. Nepřekvapuje nás to. Jsme si vědomi logické samostatnosti života norem. Běžná nauka však zde stojí bez jakéhokoliv vysvětlení. Nedovede oprostiti normu od pramene a pramen od historických okolností jeho vzniku. Hodí-li se to, říká polo rozpačitě, že je zákon „rozumnější než zákonodárce". Jinak se snaží takový důsledek vymýtit různými argumentacemi, asi jako: „zákonodárce nemohl chtíti", které pro ospravedlnění odívá nejčastěji do roucha interpretace.

Při rekonstrukci ve vlastním, logickém smyslu myslíme na normy logicky v prameni obsažené. Ony jsou ovšem „prius" vůči prameni, avšak logicky, nikoli časově. Jen v tom smyslu můžeme pak říci, že ono „prius" rekonstruujeme. Naší představivosti je při tom nápomocna představa rekonstrukce něčeho časově předchozího, čím se obraz stává plastičtějším. Svádí ovšem — jak jsme viděli — k vyvozování nepřípustných důsledků z tohoto srovnání.[83])

Přesto je rekonstrukce činností v podstatě mechanickou. Předchází logicky vlastní interpretaci, jsouc pro ni činnosti přípravnou.[84]) Empirická zkušenost, že aspoň v jisté intensitě nám musí býti obsah pojmu jasný, abychom věděli, kam jej při rekonstrukci zařaditi, nesmí másti snahu po logickém zařadění rekonstrukce. Nevykládáme pramen, vykládáme normu. Rekonstrukcí normu z pramene získáváme, pročež musí rekonstrukce logicky předcházeti výkladu.

---

[83]) *Wurzel*, Das juristische Denken, str. 34, je tomuto nebezpečí blízko, když prohlašuje zákonodárnou techniku za onu z pomocných věd zákonodárství, „welche die Wollungen des Gesetzgebers in entsprechende Form giesst und so der eigentlichen Rechtsanwendung vorarbeitet.

[84]) *Sedláček*, Problém interpretace 412, *týž* všeobecné nauky č. 52.

3 Rekonstruovanou normu pak *vykládáme*. Nejde nám zatím o obsahovou stránku výkladu, která je pramenem četných sporů. Chceme především zachytit logickou strukturu jeho.

Výkladem normy provádíme ohraničení logického dosahu jejích skutkových podstat, podmiňující a podmíněné. Poznáváme tak obsah normy, který v ony dvě skutkové podstaty krystalisuje. Názvem „výklad", užívaným pro toto poznávání, vyjadřujeme příznačnou vlastnost právnického materiálu, positivních norem, že totiž samy o sobě vypovídají.[85])

Tato vlastnost se ovšem nevyskytuje výhradně u materiálu právního, nýbrž u všech věd, jež se zabývají výrazy lidských myšlenek.[86]) *Obecnou* definici interpretace musíme proto zase hledati v logice, ne v knihách právních.[87])

Interpretací v právu zjišťujeme obsah a význam pojmů v normách obsažených. „Následkem toho stává se výklad čili interpretace nejdůležitější složkou metody normativního poznávání."[88])

Výsledkem interpretace musí býti více méně jasné určení, jak daleko může jíti aplikující orgán ve své činnosti, v níž jsou mu hranice logického dosahu normy hranicí nepřekročitelnou. V tom smyslu je interpretace skutečně *anticipovanou aplikací*, jak se někdy říká.[89]) Interpret musí míti při své činnosti neustále na mysli, že jeho výsledků má býti použito aplikací.

Toto úzké účelové spojení interpretace a aplikace nemění však ničeho na zásadně odlišné povaze obou činností. Interpretace poznává normu a nic víc. Odpovídá jí proto *statické* pojetí právního řádu,[90]) kde ignorujeme proces neustálého vznikání a zanikání právních norem a na každou z nich hledíme jako na hotový myšlenkový výtvor, jehož smysl chceme poznati. Naproti tomu neobejde se *aplikace* bez představy logického rozvíjení právního řádu, již zachycujeme *dynamickým* pojetím jeho. Neboť aplikace je právě vyvozováním konkretnějších norem z norem obecných (typické rozvíjení

---

[85]) *Weyr*, Teorie práva 62.

[86]) *Lewin*, Die Auslegung 6.

[87]) „Za hlavní úkol věd, jichž předmětem jsou duševní děje a duševní produkty, považujeme, že nás učí těmto objektům *rozuměti*. Metodu, jíž máme dosíci takového porozumění, nazýváme interpretací." (*Wundt*, Logik II, 81).

[88]) *Weyr*, Teorie práva 62.

[89]) *Neubauer*, Problém vůle 430, *týž*, Pojem státního území 49.

[90]) *Weyr*, Teorie práva 62, *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 48.

právního řádu) a hodnocením skutečnosti pomocí pojmů právní normy.[91])

Z okolnosti, že v empirické zkušenosti jsou intelekt a vůle vždy nerozlučně spojeny[92]) se vyvozuje, že volní činnost delegovaného normotvůrce (aplikace), je prakticky současně činností poznávací (interpretací), nebo tuto činnost aspoň předpokládá. — My jsme upozornili na druhý důsledek promísení obou činností: Interpretace se děje se zřetelem k budoucí aplikaci, ať nějaké myšlené, nebo konkretní. *Noeticky* nutno však obě tím pečlivěji odlišovati, čím větší je svod k jejich smíšení.[93])

C. O INTERPRETACI ZVLÁŠTĚ.

1. Slovo a smysl. — 2. Mnohoznačnost slov. — 3. Postulát logické jednotnosti. — 4. Zvláštnost interpretace právnické. (Anticipovaná aplikace.) — 5. Modifikace. — 6. Řešení požadavku jednotnosti. — 7. Jednota materiální. — 8. Interpretační metody. — Původ a opodstatnění. — 9. Argumentace a simili při interpretaci. — 10. Je vhodno mluviti zde o analogii? — 11. Nutnost přísného odlišení interpretace a aplikace.

1 Ve své formální podstatě vypadá tedy problém *interpretace* velmi jednoduše. V tom je také vysvětlení, proč normativní teorie při budování svých základů nepostrádala přesného rozboru problému interpretačního. Vyneslo jí to ovšem výtku učení, které se odcizuje životu a hraje si s abstraktními pojmy.

Jde-li však o aplikaci zásad normativní teorie při zpracování konkretního právního řádu, objevuje se současně s otázkou po *možném* obsahu norem problém objektivního zjišťování tohoto obsahu.[94]) Přední zásluha o vyzdvižení tohoto problému přísluší *Sedláčkovi.*

Každá positivní norma je výtvorem lidským a je tedy vyjadřována stejným způsobem, jako jiné myšlenkové výtvory. Nejčastějším[95]) a prakticky jediným pramenem právní normy bude vyjádření

[91]) *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 54.

[92]) *Weyr*, Teorie práva 63, *H. Mayer*, Das Strafrecht 117.

[93]) *Weyr*, Teorie práva 63. *Sedláček*, Interprétation et application 184 neváhá požadavek odlišení obou prohlásiti za jeden z nejdůležitějších poznatků poslední doby.

[94]) *Sedláček*, Interprétation et application 183.

[95]) *Weyr*, Teorie práva 62.

slovní. To je surovinou interpretace. Ze značek, jimiž omezený poklad slovní jen nedokonale může vystihnouti to, co má vyjádřiti, máme seznati pravý *smysl*. Při tom ještě pomíjíme, že tvůrce normy je ve své stylisační volnosti vázán určitými specifickými ohledy (na př. lex brevis esto, aplikabilita normy atd.) a že jsou možné přímo omyly.

Jádrem interpretace je rozřešení poměru mezi slovem a jeho smyslem. *Smysl* slovného výrazu je to, co hledáme při interpretaci.[96])

Interpretace daných pramenů je v podstatě receptivní činností.[97]) To však nesmí vésti ke zlehčování přínosu ducha interpretova, který se snaží ze slov smysl zjistiti.

2 První obtíž nacházíme v *mnohoznačnosti* většiny slov. Jen zcela výjimečně má slovní výraz jednotný význam (na př. první den měsíce). *Wurzel*[98]) poukazuje na způsob tvoření pojmů, který působí, že pojem si nelze nikdy představiti v celém jeho logickém rozsahu.[99]) Každá představa nechává v nás totiž zaznívati stopy příbuzné starší představy, uchované v paměti. Tak se tvoří skupiny představ, z nichž jen ta nejpregnantnější zastupuje jako *pojem* celou skupinu. Tím je vysvětlen známý zjev, že každý pojem má určité jasné jádro a nejasné kontury.[100]) V tom, *že logicky má stejnou hodnotu* pojem představu vyjadřující, ať je *v jádře nebo na samém obvodu pojmového rozsahu, je závažnost správné interpretace.*

Slovní výklad nevede většinou k cíli.[101]) Jde o to, jak oprostiti myšlenku od jejího tyrana, slova.[102]) Také tehdy, kdy slova jsou

---

[96]) *Berner*, Lehrbuch, 275: Ermittelung des Sinnes. Stejně *Rittler*, Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht 453. *Enneccerus*, Lehrbuch 104: den Sinn klarstellen. *Regelsberger*, Pandekten 140: text zákona je zákon ve své smysly postižitelné podobě. Duchovní obsah zákona je jeho smysl (mens, sententia, vis ac potestas). Obvyklý výraz „myšlenka" nevystihuje logickou povahu tohoto smyslu, poněvadž chybí myslící subjekt. *Kelsen*, Zur Theorie der Interpretation 11: Feststellung des Sinns. *Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung 54: objektiver Sinn der gebrauchten Worte. Také *Schütze*, Lehrbuch 46, klade smysl proti slovu. Stejně *Tesar*, Gesetzestechnik 380. Méně jasně, ale v podstatě shodně se vyjadřuje *Wurzel*, Das juristische Denken 13, který v interpretaci spatřuje „die geistige Aufnahme der Äusserungen des Gesetzgebers".

[97]) *Merkel*, Analogie 68.

[98]) Das juristische Denken 38 d.

[99]) Stejně *Wundt*, Logik I, 217.

[100]) *Wurzel*, Das juristische Denken 39.

[101]) *Brütt*. Die Kunst 55, mluví o fiasku slovního výkladu, neboť zákon nejsou jen písmena.

[102]) *Wach*, Legislative Technik 2.

zdánlivě jednoznačná, vysvitne často z celkové souvislosti, že jejich smysl je jiný, než znění naznačuje.[103])

3 Tím narážíme na druhou část interpretačního problému: Ohled na *jednotnost logické stavby* poznatků o tom, co má býti, již nazýváme *právním řádem*. To je požadavek logický a je zbytečné vyvozovat jej z jakéhosi latentního zmocnění právním řádem samotným.[104]) S požadavkem logické jednotnosti setkali jsme se dříve jako s předpokladem každého vědeckého poznávání. Při interpretaci vystupuje do popředí obsahová stránka tohoto požadavku, neboť nelze mluvit o rozporu určitých dvou norem, nesrovnáme-li před tím jejich obsah.[105])

Jen po těchto úvahách pochopíme, jak je možné, že zdánlivě čistě receptivní činnosti interpretační možno pod názvem „obecně uznaných zásad výkladu" klásti jakési postuláty. Neuvědomíme-li si pravou podstatu těchto zásad, nenalezneme společného základu než v mlhavém odkazu k právnímu „citu", jak činí tradiční nauka. Nejsme-li si vědomi, že tento právní cit je ve své podstatě projevem snahy po správném myšlení v rámci positivních norem, upadáme v beznadějné bludiště interpretačních axiomů záhadného původu. K jakému zmatku dospěli zde Římané, stejně skvělí praktikové jako nevyspělí teoretikové, ukazuje přesvědčivě *Kallab*.[106])

Není proto divu, že se odedávna volalo po vybudování systému interpretačního. On patří mezi otázky, které se vždy znovu vynoří, i když byly dočasně jinými zatlačeny.[107]) Právem konstatuje *Kallab*[108]), že za více než sto let se v otázce techniky výkladu sotva znatelně pokročilo od několika myšlenek, shrnutých v §§ 6 a 7 občanského zákoníka. Metoda interpretace zjišťována a volena příležitostně na jednotlivém případě.[109]) Došlo se k tradičnímu dělení interpretace na *gramatickou* a *logickou*. Přestože této formulaci lze právem vytknouti,

---

[103]) *Dernburg*, Pandekten 78.

[104]) To považuje za nutné *Merkl*, Zum Interpretationsproblem 552, který spatřuje odkaz zákona ke gramatice a logice v tom, že jich sám používá.

[105]) Srv. *Stránský*, Vůle poškozeného 33.

[106]) O novějších směrech v metodologii právní praxe 497 d.

[107]) *Merkl*, Zum Interpretationsproblem 536.

[108]) Pravotvorný monopol státu 31.

[109]) *Merkl*, tamtéž 543.

že „gramatický výklad" je jen vyzdvižením významu, který má gramatický význam užitého slova pro interpretaci a na druhé straně použití logiky je samozřejmostí každé rozumové činnosti a nemůže být samo o sobě podkladem jakési samostatné metody,[110]) není těžko poznati, že podnětem bylo tušení správného jádra.

4 Právnická interpretace se od ostatních liší svým *účelem*: má právní význam, ozřejmuje právní následky.[111]) Je přípravnou činností aplikace a měla by proto analysovat pojmy skutkové podstaty vykládané normy ve všechny myslitelné pojmy konkretní, má rozložiti relativně obecnou normu na konkretní normy v ní obsažené a zjistiti tak rozsah aplikovatelnosti normy.[112]) Právnická interpretace je pak skutečně *anticipovanou aplikací* vykládané normy, jak jsme se o tom zmínili před chvílí, poněvadž má provésti takovou logickou analysu obsahu jejího, abychom v každé situaci, na kterou se norma vztahuje, mohli říci, co má býti.[113])

5 První modifikaci tohoto postupu přináší okolnost, že skutečnost je ve své nekonečné mnohotvárnosti nepostižitelná a že žádoucí analysa nemůže proto nikdy vykládanou normu rozložiti na všechny myslitelné konkretní situace.

Druhé omezení plyne z požadavku myšlenkové hospodárnosti v praktickém myšlení. Většina a v oboru jurisdikce všechny interpretace jsou prováděny pro potřebu *konkretní* aplikace. Okamžitá praktická potřeba vymezí nám kruh norem, v nichž tušíme odpověď na otázku, jež má býti rozřešena. Jen mimochodem podotýkáme, že tato systematisující schopnost dá nám mnohdy ihned řešení případu, jež si dodatečně po podrobné interpretaci ověřujeme. Je to situace každému prakticky činnému právníkovi dobře známá. I tomu se říkává právnícit.

[110]) *Wurzel*, Das juristische Denken 21 d.

[111]) *Lewin*, Die Auslegung 6.

[112]) *Weyr*, Teorie práva 62.

[113]) *Neubauer*, Pojem státního území 49. *Týž*, Interpretace a aplikace 538. *Týž*, Problém vůle 430. Správně podotýká zde *Weyr*, Teorie práva 64, že jde ovšem o aplikaci fingovanou ve své obecnosti. O analyse zákonné skutkové podstaty mluví i *Berner*, Lehrbuch 275, *Merkl.* Zum Interpretationsproblem 540: rozložení těch právních norem, které se hodí na mnoho skutkových podstat. Ne zcela jasně vyjadřuje tutéž myšlenku *Merkel*, Analogie 71 svým výrokem, že výklad nemůže zůstat stát u myšlenek a musí zodpovědět spoustu otázek, jež zákonodárci (rozuměti jest: empirickému) ani nepřipadly. Výstižně mluví v této souvislosti *Ephrussi*, Interpretation 138, o kasuistice, která ohmatává objem platnosti normy, naplňujíc obsah jednotlivých pojmů a tak je determinujíc.

Tak poznáváme, že v praksi nevykládáme nikdy celý právní řád, nýbrž jen jeho výsek pro řešení daného případu „v úvahu přicházející". Praktická interpretace se dále neptá po celém rozsahu zákonného pojmu, nýbrž jen po té jeho části, kde můžeme hledati řešení dané situace. Tak zjišťujeme ve skutečnosti ten smysl normy, který je pro právní život a tedy též pro soudcovo rozhodnutí směrodatný.[114])

Po této praktické modifikaci docházíme k výsledku, který se sice svým *rozsahem*, *nikoli však svými metodami* liší od teoretického výměru interpretace. Tak zejména statičnost postoje netrpí ohledem na potřeby konkretní normotvorby. Vymezujeme jen hospodárněji okruh norem, v němž můžeme hledati odpověď na konkretní právní otázku. Vlastnímu rozhodnutí tím nepředbíháme o nic více, než je tomu při interpretaci vůbec.

Řekli jsme, že úkolem interpretace je zjištění *smyslu* slovního výrazu normy. Není-li nám pro to z důvodů shora uvedených význam slov vodítkem dostatečným, musíme se ohlédnouti po jiném kriteriu. A nebudeme se ho zase tázat, *co všechno* je smyslem zákonných slov, nýbrž zda smysl normového pojmu dovoluje zahrnouti pod sebe i pojem, vystihující danou a právě řešenou skutkovou situaci. Nebude to ovšem opět průlom do struktury interpretace, nýbrž zase jen věc myšlenkové hospodárnosti.

6 S touto otázkou obrací se jedni na *empirického zákonodárce*, a z jeho memoárů, zákonných materiálií, chtějí vyrozuměti, zda určité řešení odpovídá jeho intencím. Tento postup, označovaný jako *subjektivní* (historická) metoda výkladu (teorie interpretace)[115]) nacházíme u starších autorů.[116]) Přiznávajíce správně normativní relevanci smyslu, nikoli slovům zákona, podkládají slovům ten smysl, který předpokládají jako myšlenku jejich autora. Měřeno obvyklým smyslem použitých slov, docházejí se svého hlediska k nutnosti, „pravý smysl" jejich vyjádřiti tu úže, tu zase šíře. Tímto hlediskem není však vysvětlitelno, jak mohou pracovati s fikcí psychologické vůle zákonodárcovy, kde jí vůbec nebylo (na př. zákon usnesený hlasováním kolektiva) nebo jak mohou podkládati empirickému zákonodárci

[114]) *Enneccerus*, Lehrbuch 105.
[115]) *Ephrussi*, Interpretation 147.
[116]) Na př. *Enneccerus*, Lehrbuch 105. *Regelsberger*, Pandekten 152.

úmysly, jichž prokazatelně míti nemohl (na př. nové vynálezy). Vyjadřují se o těchto závěrech poněkud rozpačitě: „Význam vůle zákonodárcovy seslabuje se v té míře, jak se platnost zákona vzdaluje od svého původu. Změněné právní názory naplňují pozdějšího vykladače a vedou nevědomky k přeměně smyslu zákona. Také mocenský výrok zákonodárce odvádí času svou daň.“[117]) Tento pokus o zachránění psychologického východiska (předpokládá se nevědomost vykladače, že podkládá zákonodárci něco jiného, než říci chtěl, dále účinek abstraktně pojímaného času, jemuž je všechno stvoření vydáno na pospas) nemůže zastříti vlastní jádro projevujících se pochybností: Že jednotícím momentem musí býti něco trvalejšího, důslednějšího a rozumějšího, než člověk-zákonodárce, aby v rámci positivního právního řádu mohly dojíti uspokojení požadavky správného myšlení.

Tento krok byl možný jen odpoutáním se od primitivní představy empirického zákonodárce. Nechceme souditi, komu přísluší zásluha, že jej první vědomě vykonal a postavil tím interpretaci na vědecký základ, ani v jaké míře mu při tom bylo pomocným správné tušení jeho předchůdců. Faktum je, že tento krok vykonán byl a že nové stanovisko možno považovati za názor dnes daleko převládající.[118]) Termín „vůle zákonodárcova“ byl pietně ponechán, aby nám svou pregnantností, ale oproštěn od psychologického zabarvení, ozřejmoval *požadavek logické jednotnosti systému norem.*

V záplavě definic můžeme sledovati zřetelně tu zdařilou, tu méně výstižnou formulaci tohoto logického požadavku: ohled na organický celek zákoníka a jeho obecné principy,[119]) celkový habitus zákona, ducha vykladače,[120]) jenž nám personifikuje právě principy logického myšlení, pátrání po souvislostech[121]) duševní zásady[122]) či konečně prostě „objektivní stav věci“.[123])

---

[117]) *Regelsberger*, Pandekten 144.

[118]) O správném jádru a obou extrémech interpretačních metod pojednává *Kallab*, O novějších směrech 502 d.

[119]) *Berner*, Lehrbuch 275.

[120]) *Dernburg* Pandekten 78.

[121]) *Ephrussi*, Interpretation 137, *Gutherz*, Studien I, 104, *Merkel*, Analogie 71. Týž dodává: Jednotlivé ustanovení je vždy součástí celku, v němž každý bod se všemi ostatními body stojí v určitých a relevantních vztazích a účinnost každého dílu je blíže určována a ohraničována ostatními díly.

[122]) *Peters*, Nationalsozialismus 1564.

[123]) *Brütt*, Die Kunst 57.

7 Upozornili jsme již, že požadavek logické jednotnosti soustavy norem se projevuje nemožností rozporů mezi jednotlivými jejími normami. Nelze připustiti, aby podle norem téhož souboru totéž mělo i nemělo býti. *Co* má býti není však věcí formy, nýbrž *obsahu* norem. Proto také praktická otázka po vzájemné shodě nebo odporu norem je otázkou *obsahu* právního řádu. Na to upozornil *Sedláček* a z tohoto jeho poznatku vyplývá i jeho záslužné učení, že při interpretaci nutno dbáti *materiální jednoty právního řádu*, spočívající v představě, že normy právní upravují život lidí mezi sebou, aby harmonický život lidí byl co nejvíce dosažen. Tato zásada je mu samotnou hypostasovanou normou základní, která obsah *všech* právních norem determinuje.[124]) Uzavíráme tedy: Jen takový smysl můžeme připustiti slovnímu výrazu normy, který je slučitelný s ostatními normami v jednotu nejen logickou, nýbrž i v naznačeném smyslu účelovou.

8 Konfrontací tohoto *právního*, popsanou cestou získaného smyslu slov normy s tím, co nazýváme jejich smyslem *obvyklým*, docházíme k představě interpretace extensivní nebo restriktivní.[125]) Toto lišení není tedy svou podstatou než výrazem překvapení vykladače nad samostatným životem právních pojmů.

Ničím jiným, než uskutečňováním požadavku logické a v tomto rámci i účelové jednotnosti právního řádu, jejž interpretací máme uskutečniti,[126]) jsou ony „samozřejmé", „obecně platné" a „nepopi-

[124]) *Sedláček*, Problém interpretace 413, 415, *týž*, Interprétation 185. Co do výsledku je této představě teleologické jednoty právního řádu velmi blízká formulace *Reichelova*, Gesetz und Richterspruch 67 d. Zákon má být vykládán tak, aby se jevil jako nejschopnější prostředek k dosažení jím sledovaných účelů. Právnický výklad není správný tehdy, když vytahuje znovu na světlo vůli dávno zesnulého zákonodárce, nýbrž když vede k výsledku, který odpovídá jeho smyslu a účelu. Otázku normativní fundace, řešenou u *Sedláčka* poukazem na souvislost mezi formální a materiální jednotou právního řádu, však *Reichel* pomíjí. Stejné řešení jsme nalezli u *Mezgera*, Strafrecht. Zaznamenáváme konečně názor *Tesarův*, Gesetzestechnik 380 d., dle něhož poslední instancí výkladu je *citové* chápání zákonodárcem daných výrazů. (Impression.) Toto učení je podloženo jen autorovou vírou, že zákon nalezne u svých adresátů tutéž „citovou korekturu", vírou, kterou je těžko sdíleti.

[125]) Ony výjimečné případy, kdy se slovo a smysl kryjí, nazývá doktrina i. deklarativní. Jinak se mluví o i. extensivní, kde smysl jde dále než slovo, o i. široké (lata), kdy slovo je mnohoznačné a bere se v širším smyslu, i. striktní, kdy slovo je mnohoznačné a bere se v užším smyslu, i. restriktivní, kdy slovu podkládáme smysl užší, než má ve svém obecném významu. (Podle *Wurzela*, Das juristische Denken 17.)

[126]) *Ephrussi*, Interpretation 133, 139 z okolnosti, že zákon není nic jiného než jeho výklad, dochází k definici interpretace jakožto „Auffassung und somit die *Schaffung* des Rechts".

ratelné“[127]) *zásady interpretační*: a maiori ad minus, a simili, a contrario atd.[128]) Ony nejsou samy právem, nýbrž rozvedením principů logických, závazných pro každého, kdo chce správně myslit.[129]) Jimi je také odůvodněno, chce-li vykladač (ovšem na podkladě zákona) „opravovati chyby, vysvětlovati nejasnosti a urovnávati rozpory“ zákona.[130]) *Každá z těchto „metod interpretace“ je proto právnickému myšlení imanentní* a neznamená tudíž nějaké stanovisko a priori.

Positivní právo je pro interpretaci materiálem *daným*. Co v zákoně je jako právo nesporně *vysloveno*, platí za spravedlivé, i když není možno myšlenkově to vpracovati v jednotu s ostatními právními normami.[131]) V tomto důsledku je právě *positivnost* a s hlediska normologického *libovolnost* zákonného práva. Pak už jen „umění interpretační dovede vlíti do nespravedlivého zákona smysl, jejž jakž takž lze srovnati s požadavky rozumu, jenž vždy se bude vzpírati uznati normy (lépe: ten smysl norem), odporující duchu ostatních norem, jako se vzpíral uznati církevní pravdu, odporující ostatním poznatkům“.[132]) Za *smysl* výrazu normy, tedy za *obsah* normy ve smyslu normologie, prohlásíme ten logický dosah jejích pojmů, který je s ostatními normovými obsahy právního řádu slučitelný v onu jednotu, jíž jsme se v předchozích odstavcích zabývali.

9 Jednou z nejspolehlivějších myšlenkových pomůcek pro kontrolu této slučitelnosti je „podobnost“ dvou právních pojmů (argumentum a simili). Ohlížejíce se, zda ve „smyslu“ právní normy je zahrnut i určitý pojem konkretní, padne nám do očí, že mezi tímto

---

Zjišťuje při ní „durchgängige Bezogenheit auf das Recht zugleich mit seiner vollständigen Transzendenz gegenüber dem Recht.“ Výklad jakožto poznávání práva nevyžaduje právního zmocnění, je před a proto *mimo* všechnu zákonnou delegaci.

[127]) *Luden*, Handbuch 147 pozn. 10.

[128]) *Sedláček*, Problém interpretace 415.

[129]) To je zdůrazněno *Ephrussiovou*, Interpretation 145. Stejně *Wurzel*, Das juristische Denken 13.

[130]) *Milota*, Výklad 58. Stejné podstaty je i jeho snaha „vypátrati pravou vůli zákona“; pravou proto, že se shoduje s jednotou právního řádu (58). O tomto požadavku mluví obšírně na str. 65 d. A nechybíme jistě, budeme-li v tomto požadavku logické jednotnosti spatřovati i kořen *Milotova* hlediska (obecné) spravedlnosti (64, 66, 67), jíž „ověřuje pravý smysl zákona“.

[131]) *Kallab*, Positivní právo 244.

[132]) *Kallab*, Positivní právo 245. Srovnej k tomu *Weinrich*, Strafrecht 790 pozn. 28: „Interpretace je uměním, které se nedá kasuisticky vnutiti do pravidel a pro něž mohou proto býti dány jen zcela všeobecné směrnice, jichž rozvedení musí být v každém konkretním případě přenecháno právnické schopnosti interpreta.“

pojmem a „jádrem“[133]) pojmu zákonného je „podobnost“. Tímto slovem nepopisujeme ovšem nějaký smyslový vjem, nýbrž poněkud obrazně tím vyjadřujeme poznatek, že nic, tedy ani výslovný předpis zákona, ani požadavek jednotnosti právního řádu (v této roli vystupující pod jménem „argumentu a contrario“) nebrání závěru, že i konkretní pojem patří do oblasti „smyslu“ normy, že je v ní (potencionálně) obsažen, je kusem jejího právního obsahu. Zkrátka: Mezi oběma členy srovnání není rozdílu právně relevantního, oba jsou si „právně podobné“.[134])

Příklad zvolíme z oboru trestního práva: Typický je ustálený výklad výrazu „vztažení ruky“, vyskytující se v několika trestních skutkových podstatách. Gramatický význam slova „ruka“ je zajisté jednoznačný. Je tomu tak i při obratu „vztažení ruky“? Napadá obrazný jeho význam v obecné mluvě, kde nám často označuje jakékoli přímé jednání proti tělesné integritě člověka. Vykladač konstatuje nejprve tento možný smysl zákona a ptá se, zda by mohl případy sem spadající sloučiti s ostatním právním řádem v jednotu. Nejblíže vlastnímu jádru pojmu, skutečnému útoku rukou, bude ruka ozbrojená, takže k útoku nebudeme žádati, aby došlo ke kontaktu ruky útočníka s tělem ohroženého. Vztažením ruky pak bude i úder holí, sůl, hozená do očí, výstřel. Nenalezneme důvodu, proč tyto případy ze smyslu normy vylučovat. Pozorujeme jistou extensi obvyklého smyslu slova.

Na této cestě však můžeme jíti ještě dále. „Vztažením ruky“ v hořejším smyslu přímého útoku je zasažení napadeného jinou částí těla útočníkova, zejména kopnutí, úder hlavou do břicha. Ani tento výklad se nepříčí ostatnímu právnímu řádu. Hledanou právní podobnost nalezneme v možnosti podřadění obou srovnávaných členů témuž principu: V daném případě: §§ 98, 125, 179, 190 trestního zákoníka československého posuzují každé skutečné násilí stejně. Nenalézáme důvodu, aby jedna jeho forma, vztažení ruky, byla v § 81 téhož zákona nad ostatní vyzdvihována. Z této souvislosti nám plyne, že zákonný termín „vztažení ruky“ lze vykládati v širokém smyslu jakéhokoli přímého násilí proti osobě.

Takovou cestou docházíme tedy k výslechu každému právníku

[133]) Citovaný již termín *Wurzelův*.

[134]) Týž logický kořen argumentace „a simili“ a „a contrario“ je vysvětlením, že oba myšlenkové pochody se navzájem stále ověřují.

běžnému, který ovšem pro laika má nádech přímo anekdotický: někdo jiného kopl, *tudíž* na něj ruku vztáhl.

Takové případy bychom mohli libovolně rozmnožiti, doufáme však, že i tento postačí k ilustraci toho, co jsme chtěli říci. V souvislosti s právě popsaným vzpomínáme ještě výkladu pojmu „zbraň". Jestli jej máme vykládati v úzkém smyslu technickém (podle vlastního určení předmětu, jako je tomu v zákoně o zbraních), nebo v širokém smyslu každého předmětu, který zvyšuje účinek lidské síly na tělesnou integritu jiného (jako je tomu v oněch trestních skutkových podstatách, kde se mluví o útoku se zbraní), řekne nám zase jen konfrontace vykládané normy s celkem právního řádu.

10 Jako při každé otázce terminologické, je i zde věcí vhodnosti, nazveme-li používání argumentu a simili při interpretaci *analogií* nebo ne. To, co jsme řekli o povaze a dosahu toho argumentování, platilo by pak ovšem i pro „analogii" tuto, jež by byla jednou z metod interpretačních. Kořenem její platnosti by byla logika. V literatuře se s tímto označováním skutečně tu a tam setkáváme.[135])

11 Přikloníme-li se k tomuto názvosloví, nesmíme zapomínati, že mezi analogií jako problémem interpretačním a analogií jako prostředkem aplikace (analogií ve vlastním slova smyslu) je zrovna tak podstatný rozdíl co do normativní podstaty, jako mezi interpretací a aplikací vůbec. Teoreticky možno a nutno položiti přesné hranice, kde končí jedna a začíná druhá činnost, v praxi časově i účelově na sebe navazující. Interpretací docházíme vždy jen k obsahu určité normy delegující. Ten často složitý myšlenkový pochod, o kterém jsme dosud jednali, týkal se výhradně dualismu smyslu a slova.[136]) Slova jsou jen indicií smyslu, jsou podrobena každé logické operaci v zájmu jeho zjištění. *Smysl* zákona, normativní *obsah* slov, nesmí výklad jako takový rozšiřovat ani zužovat.[137]) Interpretace zjišťuje,

[135]) *Eick*, Die Analogie 62 d., *Hippel*, Lehrbuch 72 mluví o analogii jako o zcela nezbytné metodě výkladu, které používáme „dle smyslu a účelu zákona". *Altmann-Jacob*, *Kommentar* 18: „wenn der Wortsinn zu *ungereimten* Schlussfolgerungen führte, können sie mit Hilfe der Analogie ... beseitigt werden". Příkladem takového výkladu je mu vztažení principu, vysloveného v § 173 a § 186/b tr. z. rakouského na ostatní majetkové delikty. Stejně *Altmann*, Das Strafgesetz 12.

[136]) *Brütt*, Die Kunts 69.

[137]) *Schütze*, Lehrbuch 46. Stejně *Helfert*, Sind Ausnahmen streng auszulegen? 101:

všemi naznačenými metodami *rozsah rámce*, uvnitř kterého je konkretní normotvůrce volný. Zjišťuje, kolik různých konkretních způsobů aplikace téhož konkretního případu normě odpovídá.[138])

D. APLIKACE.

1. Obecný přehled. — 2. Aplikace skutkové podstaty podmiňující. — Projekce. — 3. Aplikace skutkové podstaty podmíněné. — 4. Volnost rámcem nebo mezerou? — 5. Zmocnění k vyplnění rámce. — 6. Problém volné úvahy, jež není libovůlí. — 7. Nutnost směrnic. — 8. Povaha směrnic pro vyplnění rámce. — 9. Analogie jako taková směrnice.

1 Tohoto rámce zmocňuje se *aplikace*, jíž přísluší říci, co v *daném případě* má býti, jíž tedy přísluší vydati konkretní normu. Již výraz „rámec", naznačující několik možností konkretního řešení, napovídá, že v této oblasti právnického myšlení nevystačíme s logickým pochodem subsumpce, jak by se na první pohled zdálo a jak některé povrchní výměry aplikaci definují.[139])

Materiální znak „podobnosti", který se zdá být domovem v obou oblastech, má v každé z nich formální funkci podstatně odlišnou. Slouží-li účelům interpretace, má zjistiti hranice logického dosahu dané normy. Používáme-li ho při aplikaci, má být prostředkem ke tvoření (delegovaných, konkretních) norem. V případě prvém je „podobnost" prostředkem našeho poznávání, ve druhém výrazem našeho chtění. Je-li juristický problém analogie vyjadřován otázkou po prameni jakési *nové* právní relevance, je jasné, že může jíti jen o *analogii v oblasti aplikace*.

Rozlišení interpretace na t. zv. „druhy" se týká jen vnějšku. Svou podstatou je výklad jediný, opodstatněný vyvíjením a ozřejmováním toho, co chtělo býti zákonem řečeno. Různé druhy jsou ve skutečnosti jen různé prostředky k tomuto cíli.

[138]) *Weyr*, Teorie práva 64. Shodně *Kelsen*, Zur Theorie 11.

[139]) Pravý názor autora na podstatu interpretace a aplikace zastírá a zkresluje často zmatek v názvosloví, zejména v tom se projevující, že interpretace je vztahována na mnohem širší kruh, než jí přísluší podle našeho výměru, takže zahrnuje i aplikaci. Tak *Wundt*, Logik II, 559 d., prohlašuje svou interpretaci částečně za logickou (naše interpretace), částečně za psychologickou (naše aplikace). Také *Regelsberger*, Pandekten 141, zahrnuje ve své interpretaci i nalézání práva, dovolávaje se názoru Římanů. Při kritice nutno si tedy všimnouti vždy, jde-li jen o rozpor v nomenklatuře nebo o chybné myšlení: Takovou chybou by bylo psychologisovat interpretaci a logicisovat aplikaci. Obě chyby v právní vědě se vyskytují. První měla v zápětí kult materiálií, druhá pojmovou jurisprudenci. (Viz *Kallab*, O novějších směrech 502 d.)

Svým důsledně statickým hlediskem zakrývala si normativní teorie ve své původní podobě cestu k řešení otázky aplikace. Přesto se *Weyr* již v roce 1919 odvážil na toto pole.[140]) Přes jisté kolísání a závěry s dnešními názory normativní teorie i jeho vlastními se rozcházející, možno zde nalézti náznaky nového pojetí, které později vyvrcholilo v plodnou myšlenku stupňovitosti právního řádu.

Držíme-li se doslovného překladu „aplikace", prohlásíme ji ve shodě s mnohými jinými za použití normy na danou skutečnost. Toto obrazné rčení nevystihuje ovšem pravou povahu věci. Jen pokud na normu hledíme jako na prostředek k úpravě lidských vztahů, je výrok, jak v daném případě má býti jednáno podle normy, užitím normy na konkretní skutečnost, jako užíváme léku k potlačení choroby.

Opustíme-li však tento účelový moment a postavíme se na stanovisko normativní, kde vidíme v normě jen úsudek o tom, co má býti a stranou ponecháváme účel, proč tomu tak býti má, může se nám aplikace jeviti jen jako hodnocení dané skutečnosti normou a stanovení právních následků. Určujeme tedy především, je-li dána podmiňující skutková podstata. V kladném případě pak stanovíme skutkovou podstatu podmíněnou.[141])

2 Všimneme si nejprve první části aplikace, kde zjišťujeme, zda daná skutečnost podmiňující skutkové podstatě delegující normy odpovídá. Jde v podstatě o logický pochod subsumpční.[142]) Pokud jde o *výsledek* tohoto hodnocení, je myslitelné jen, že skutečnost normě odpovídá nebo neodpovídá. Nelze připustiti různých stupňů kladného hodnocení. Chceme-li redukovati problém identity v právu na otázku, které skutečnosti resp. konkretní pojmy je popisující mohou v daném

[140]) Příspěvek k theorii applikace práva.

[141]) Omezujeme-li se jen na hodnocení skutečností normami, jsme k tomu vedeni sledováním podstatné funkce jurisdikce a nezapomínáme proto nikterak, že normou můžeme hodnotiti buď skutečnost nebo normu jinou. V obou případech jde o to, zda skutečnost nebo norma je normě, jíž hodnotíme, podřaditelna. To značí, že pojmy, jimiž je vyjádřena hodnocená skutečnost (věta skutečnost tu popisující) nebo pojmy, jimiž je vyjádřena hodnocená norma, jsou kryty logickým významem pojmů normy hodnotící. Praktická funkce tohoto hodnocení vede k tomu, že pro kladný logický vztah k normě je používána řada obrazných výrazů. Říkáme, že norma nebo skutečnost normě, jíž je hodnotíme, odpovídá, jí vyhovuje, ji naplňuje nebo uskutečňuje, že skutková podstata normy je dána. Můžeme výhodně použíti těchto obrazů, bez nebezpečí, že nás uvedou na nepravou stopu, jsme-li si při tom neustále vědomi logické podstaty věci, již označují. S tou výhradou se připojujeme v dalších výkladech k běžnému používání oněch slov.

[142]) *Neubauer*, Interpretace 540. *Týž*, Pojem státního území 49.

případě pojem v normě obsažený plně zastupovati, protože mu právě „odpovídají", vidíme, že zde není místa pro jakýsi vztah méně intensivní. Relevanci takového méně intensivního vztahu, pouhé obdobnosti dvou pojmů, reklamuje však právě běžné učení o analogii.

Ani tato část aplikace však není pouhým mechanickým srovnáním obecného pojmu, použitého v normě, a pojmu konkretního, popisujícího skutečnost danou a hodnocenou. „Daná skutečnost neodpovídá nikdy úplně skutkové podstatě delegující normy, buď obsahuje více nebo méně, nebo vedle znaků, určených delegující normou, obsahuje ještě jiné znaky. Při tom předpokládáme, že interpretace zjistila bezvadně intenci slov užitých v delegující normě, ale to vždy není možné, a intence slov těchto zůstane víceznačná a pak má ovšem soudce možnost a právo volby. Konečně nesmíme zapomínati, že v nejlepším případě vypreparujeme slova delegující normy v pojmy. Pojmy označují nám skutečnost jen schematicky a nikoliv adaequatně, proto není možno mechanicky subsumovati danou skutečnost pod skutkovou podstatu normy."[143])

Vzhledem k tomu není možné přiložiti měřítko normy bezprostředně na zjevy vnějšího světa. „Dokonalý syllogismus", ideál jurisprudence sklonku 18. století, je nedosažitelný,[144]) nehledě ani k tomu, že je nám dnes cizí.[145]) Hrubá zrna mosaiky, v niž skládají právní řád jeho pojmy, odrážejí se vždy od plynulého obrazu skutečnosti. Musí se proto aplikace vzdáti lákavého obrazu prosté subsumpce. To, co se při aplikaci skutečně děje, vystihuje *Wurzel* svým termínem „*projekce*", jež je promítnutím pojmu, vyskytujícího se ve formulovaném právu, do skutečnosti.[146])

3 Již aplikace podmiňující skutkové podstaty předpokládá tedy do značné míry přínos intelektu soudcova, přestože rozhodnutí této části může zníti: ano — ne. Skutková podstata v dané skutečnosti

[143]) *Sedláček*, Všeobecné nauky 430. — Stejně *Verdross*, Das Problem 628, poukazuje na nutnost volného rámce v každé normě. Každá, i deskriptivní norma se může pohybovati jen v oblasti abstrakce. Vůle státu je vždy více méně abstraktní, jednání státu vždy zcela konkretní.

[144]) *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 427, 430.

[145]) *Kallab*, Pravotvorný monopol státu 31. Také *H. Mayer*, Das Strafrecht 117 praví, že omyl, že je možné tvořiti zákony, které se do jisté míry užívají samy, patří minulosti.

[146]) *Wurzel*, Das juristische Denken 43. Viz též kritiku *Kallabovu*, O novějších směrech. 532.

„dána" jest nebo není. Tím větší bude pak volná sféra při *aplikaci skutkové podstaty podmíněné*. V tomto výroku o tom, co má býti, je vlastní těžisko aplikace. Zde nejde o pouhou volbu mezi dvěma póly navzájem se vylučujícími, nýbrž o volbu mezi oním, často nepřehledným množstvím konkretních situací, jež jsou pojmem aplikované podmíněné skutkové podstaty logicky kryty. Nejnázornějším příkladem této situace jsou aplikace trestních sazeb. Je-li na zjištěné jednání v zákoně stanoven trest mezi 24 hodinami a jedním rokem, je s hlediska této normy stejně správné a, chceme-li, stejně spravedlivé, je-li na totéž jednání uložen trest jednodenní nebo trest několiksetkrát větší. Není logického argumentu proti oběma rozsudkům, a přece jasně cítíme, že zde není něco v pořádku. Což dal zákon soudci skutečně to široké pole, aby se po něm prohánělа jeho libovůle a okamžitá nálada?

4 Positivní právo se omezuje na stanovení hranic, na něž je soudce vázán. Poněvadž se nabízí obraz čehosi pevného v tom smyslu, že je to soudci nepřekročitelným, zatím co uvnitř těchto hranic není žádné směrnice právní, je vhodným přirovnáním takové determinace delegáta k *rámci*, jehož rozměr je sice také pevný, obsah jeho však lhostejný. Normativní teoretikové tohoto označení také důsledně užívají.[147])

Naproti tomu nevystihuje povahu věci, mluví-li se zde o *mezerách* práva. K takovému názoru dojde ten, kdo v aplikaci chce spatřovati pouze analytickou dedukci ze zákonných pravidel.[148]) Jen za toho předpokladu můžeme pociťovati jako nedostatek zákona okolnost, že nedává soudci dosti materiálu pro dokonalou dedukci.[149]) Šlo by zajisté, o pouhou nevinnou věc názvosloví, kdyby pejorativní význam slova „mezera", ostatně povahy fiktivní, nezastíral volnost soudcova rozhodnutí v rámci positivních předpisů.[150]) Toto pojetí není však náhodnou chybou, nýbrž má svůj základ v názoru, který na povahu

[147]) *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 428, 430. *Kallab*, Několik poznámek č. 6. *Weyr*, Teorie práva 64. *Kelsen*, Zur Theorie der Interpretation 13 atp. Přiléhavé, nikoli však tak výstižné je označení rámce jako „slupky", jež má býti vyplněna obsahem. (*Rittler*, Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht 456.)

[148]) Stejně *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 429.

[149]) *Burkhart*, Die Lücken 103, přesto, že je velmi blízko správnému pojetí, nazývá popsanou situaci „chybou zákona".

[150]) Srovnej *Kelsen*, Zur Theorie 16.

soudcovy činnosti vyslovovala skupina, představovaná myšlenkami *Montesquieuova* „Ducha zákonů". Zásluhu o pronikavé osvětlení pravé povahy toho, čemu se bezradně říkalo „volné uvážení", získal si především *Verdross*.[151]) Na pozadí takové metodologicky uvědomělé práce tím jasněji vynikne zmatek, a neujasněnost bohaté, a to i monografické literatury o problému volného uvážení.[152])

5 Zákon tedy připouští několik správných řešení. Jaké bude stanovisko soudce? Kdyby měl býti skutečně ústy zákona, skončil by se jeho úkol výpočtem možných rozhodnutí, o nichž by nemohl říci, kterému jest dáti v daném případě přednost. Bylo by to rozhodnutí velmi problematické praktické ceny. Soudce by selhal tam, kde jeho pravá úloha měla teprve začíti. Myslím, že povinnost k rozhodnutí jednoznačnému plyne ze samého pojmu „soudce" v dnešním jeho významu, který má souditi, aby *rozsoudil*. Pramenem povinnosti i práva, zvoliti závazně jediné z možných rozhodnutí, je tedy ta norma, která soudce soudcem ustanovuje. Přesto shledaly některé státy užitečným takovou „denegationem justitiae" výslovně zakázati, ba postaviti zákaz pod sankci trestní.[153])

6 Soudce je tedy nucen k rozhodnutí, pro něž mu právní řád nedává žádných vodítek. Dává mu k němu ovšem *formální zmocnění*, takže rozhodnutí bude normou, a to normou *právní*. Je však *obsah* rozhodnutí věcí soudcovy libovůle? S hlediska positivních norem

---

[151]) Viz na př. jeho Problem des freien Ermessens, kde přesvědčivě dokazuje, že svoboda soudce uvnitř hranic positivního práva není pojmovou zvláštností „zemí svobodného nalézání práva", nýbrž že je samozřejmou, byť ovšem kvantitativně různou, i v systémech ostatních, kontinentálních (618). Upozorňuje na zdánlivý paradox, že tradice a precedence, směrodatné pro soudce anglického, jsou ve skutečnosti hranicí mnohem těsnější, než zákon v pojetí kontinentálním.

[152]) Viz na př. *Heilbron*, Freies, pflichtmässiges Ermessen des Richters.

[153]) S pravou napoleonskou rázností řeší věc francouzský Code Napoléon ve svém čl. 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de *déni de justice*. K tomu dodává čl. 185 Code pénal: Tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi et sera puni d'une amende de 200 francs au moins, 500 francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. — V našem právu spatřuje *Kubeš*, Několik poznámek 227, takový příkaz v § 7 obč. zák., ačkoli uvažuje i o případném zmocnění z předpisů o organisaci soudní.

ano, poněvadž ony jsou to právě, jež soudce nechávají volným. To však není dostatečným důkazem, že by přijatelným vodítkem soudcova rozhodnutí mohla býti po případě i jeho okamžitá nálada, tedy to co je obecně libovůlí nazýváno.

7 I když končí jeho povinnost podříditi své myšlení o tom, co má býti, autoritativním výrokům státu, zákonům, nepomíjí jeho povinnost optimátně splniti povinnosti svého odpovědného úřadu. Navzájem pak jen ten stát, který nevěří svým soudcům, může ve volnosti jeho rozhodnutí — kde volnost je měřena jeho poměrem k předpisům positivních norem — báti se libovůle. Proto je stupeň připoutání soudce na literu zákona nejcitlivějším měřítkem této důvěry.

Poukazuje-li se v této souvislosti na požadavek právní *jistoty*, možno odpověděti s *Grünhutem*:[154]) Právní jistota se stává otázkou smýšlení a výchovy soudců.[155])

S hlediska obecné logiky jde na věc *Lotze*.[156]) Nemůžeme jednoduše přijmouti všechno to, co se dá *vůbec* jako skutečnost *představit*, nýbrž jen to, co mimo svou „myslitelnost" odpovídá, abychom tak řekli, obecnému mravu skutečnosti nebo její speciální potřebě uvnitř sourodé skupiny zjevů." Ve všech oblastech myšlení tak postupujeme, tedy i v právu. Když ve formulovaném zákoně nepřipouští slovní znění jednoznačné řešení konkretního případu, nerozhodujeme libovolně „mit freiem spielenden Scharfsinn",[157]) nýbrž dovoláváme se ratio legis, jež je základem každé formulace, hledajíce význam, který by ji v daném případě nejlépe suploval.

U každého myslícího subjektu spoléháme, že pochopí svůj úkol a dovede správně mysliti i tam, kde obvyklá vodítka jej opouštějí. Jen soudci není ochoty věřit. A přece i on, a především on, má ve svém rozumu a své životní moudrosti spolehlivého rádce, že bude na svém místě přispívati k rozumnému utváření lidského spolužití.

---

[154]) Begriffsbildung 25.

[155]) Upozorňujeme již v této souvislosti na příznačný zjev, že státy, které věří, že dovedly celému svému veřejnému životu vtisknouti ráz jednotného světového názoru, neváhají soudci dáti širokou oblast volnosti, ba objevují se tu i hlasy, co nejčastěji jej odkazovat k hlediskům, jako jsou „potřeby třídy" (SSSR), nebo „zdravý lidový cit". (Německo.) Věří, ať upřímně, či ze zásadních důvodů, že takový rekurs k prazdroji všeho práva je nejspolehlivější závorou jakékoli libovůle.

[156]) Logik 414.

[157]) *Lotze*, tamtéž.

Soudce „není jen orgánem státu, nýbrž i orgánem společnosti. V rámci své volnosti *smí* právnicky a *má* eticko-sociálně býti činný jako společenský orgán k prospěchu kolektiva“.[158]) Se zřetelem k eticko sociální povaze této autonomní zábrany jakékoli libovůle, vzpomínáme výroku *Reichelova*: „Nejvyšší ve světě je dobro. Na jeho uskutečnění spolupracovati, do jeho služeb postaviti svůj život, je úkol nás všech; tedy také soudců.“[159]) A končíme *Kallabovou* skvělou větou: „Chceme-li dosíci objektivní odpovědi na otázku právní, chceme-li tedy soudit spravedlivě, musíme stejně, jako hledáme-li pravdu, odmysliti si své efemerní já a býti si vědomi, že nemá ceny, co myslíme pod vlivem osobních svých disposic, nýbrž že cenu mají jen ty poznatky, při nichž v nás a námi mluví lidství, potřebující stejně pravdy jako spravedlnosti.“[160])

8 Těmito úvahami veden nepomyslí soudce na libovůli a bude se ohlížeti po směrnicích, jež by jej vyvedly z jejího nebezpečí. O jejich povaze ví jen, že nelze jich hledati v právu. Jde o problém právně-politický,[161]) ač ovšem může jíti jen o politiku v *rámci* positivních právních předpisů, neboť máme před sebou jen dílčí problém aplikační.[162])

Věc bývá vyjadřována tak, že soudce rozhodne jak by asi rozhodl zákonodárce, kdyby mu konkretní případ byl předložen k řešení.[163]) Jde o průhlednou fikci, která má zajistiti takovou jednotnost právního řádu aplikací rozvíjeného, aby mohl býti považován za důsledný myšlenkový výtvor jediného myslícího subjektu. Jde nám tedy i při aplikaci o jakousi jednotu. Formálně-logicky ji pojímat nemůžeme, protože této formální jednotě odpovídají všechny možnosti,[164]) mezi nimiž má právě aplikace zvoliti jedinou. Půjde tedy o kriterion *obsa-*

---

[158]) *Verdross*, Das Problem des freien Ermessens 639.
[159]) Gesetz und Richterspruch 152.
[160]) Právní filosofie a výklad zákonů 33.
[161]) *Kelsen*, Zur Theorie 13.
[162]) *Kallab*, Poznámky o významu.
[163]) *Tuhr*, Der allgemeine Teil 42. Ve známém čl. 1 švýcarského občanského zákoníka máme dokonce positivní předpis toho znění.
[164]) Výstižně *Verdross*, Das Problem 630: Soudce může při výměře trestu zdůrazňovat veřejný zájem, generální nebo speciální prevenci, může se držeti kategorického imperativu odplaty nebo zase citem veden vzít ohled na soukromé zájmy obžalovaného, chatrné zdraví nebo nevinnou rodinu a všechny ty tresty jsou *právně* přiměřené, poněvadž jsou uvnitř rámce.

hové. Jeho volba je ústředním problémem aplikace, resp. volné úvahy jako jejího dílčího problému.

Objevuje se účel aplikace vůbec a zejména *jurisdikce, jež má býti uskutečňováním* účelů, jimiž je ovládán právní řád. Tyto účely jsou vyjadřovány především positivními normami. Pokud nás při aplikaci vedou tyto, nestaráme se o účely, jež jsou za nimi, protože naše výroky nejsou jako normy legitimovány vztahem k těmto účelům, nýbrž normativním vztahem k oněm normám. Jakmile však positivní norma přestane být vodítkem a ponechává volný rámec, tu si uvědomíme účelovou strukturu právního řádu a její nedokončenou část dokreslíme způsobem, který oné struktuře nejlépe hoví, jako bychom dokončili poslední motiv nehotového vzoru s ohledem na styl hotového, daného.[165])

Tento rekurs k účelovosti neodporuje zásadám normativity. Ta vyřkla své poslední slovo stanovením rámce. Z pojmu „rámec" již plyne, že na jeho vyplnění nemá norma „zájmu". Vyplnění samo i jeho metody jsou s normativního hlediska lhostejné. Jsou však podstatným problémem praktické činnosti jurisdikční.[166])

Hledání účelu nelze konečně vytýkati ani nějakou zaujatost a tím nedostatek objektivnosti. Nejde o účel toho, kdo aplikuje, nýbrž o účel vypreparovaný z právního řádu, tomuto *imanentní*. *Engliš* nás naučil oprostiti účelové myšlení od jakéhokoli zabarvení psychologického a subjektivního. Ukázal, že také účelovost je schopna býti kategorií logickou a že tudíž i chtění, směřování k cíli, lze mysliti zcela neosobně.

Tak také dochází *Sedláček*[167]) k představě právního řádu jako *teleologické* jednoty pod nejvyšší zásadou, legislativním principem, aby harmonický život lidí byl co nejvíce dosažen. Stejně a ještě podrobněji rozvádí tuto myšlenku *Kubeš*,[168]) když se dovolává harmo-

[165]) Na nutnou materiální souvislost s positivním řádem klade důraz i *Nord*, Über Ausegung 66.

[166]) Jaká je povaha této činnosti, nebudeme zde rozhodovati. Zatím co *Weyr*, Teorie práva 63, o ní mluví jako výlučně praktické činnosti, váhá *Kubeš*, Positivní právo 315, mezi praktickou právní vědou a „jakousi právní naukou ve smyslu soustavného uspořádání pravidel životní moudrosti pro normotvorbu", kdežto *Kallab* (viz zejména Právo a politika 49) vykazuje jí přesné místo ve svém systému věd.

[167]) Interprétation 185, Všeobecné nauky č. 60 d., 432. Problém interpretace 412 d.

[168]) Několik poznámek 225, 231, Positivní právo 315, 321.

ničnosti celku a tím principu spravedlnosti a když podotýká, že zde nejde o kategorii vědecké správnosti, nýbrž toliko vhodnosti, účelnosti. Také *Neubauer*[169]) připouští, že v oblasti aplikace je místo pro úvahy o mravní a sociální spravedlnosti, pro použití poznatků účelových, národohospodářských, sociologických a j. Na správné cestě jsou v tom směru i zastánci účelového výkladu práva, *Brütt*, *Reichel*, *Mittelstädt*,[170]) a v trestním právu *Schwinge*,[171]) pokud se snaží objeviti právu imanentní hodnotné úsudky a je přísně odlišují od případných účelů empirického zákonodárce. Správně poznávají logickou povahu konstrukce. Prohřešují se však nenapravitelně proti základním principům normativity, když tomuto závěru o účelnosti přikládají význam pramene právní relevance.[172]) Jen část problému zasahuje tedy *Michaelis*,[173]) když odkazuje soudce k rozhodnutí „hospodářsky a sociálně rozumnému".[174])

9 Snaha po dokonalém přimknutí se k „duchu" právního řádu nalezne pak opět nejspolehlivějšího pomocníka v tom myšlenkovém postupu, který hledá, zda v některém z příbuzných směrů nešel positivní předpis dále než v případě právě aplikovaném. Najde-li takový případ, právem má za to, že řešení, podle jeho vzoru provedené nejlépe navazuje na účelovou stavbu právního řádu, je s jeho hlediska nejvhodnější, nejlépe odpovídající, nejpřiměřenější, nejúčelnější a — nebojíme-li se toho slova — nejspravedlivější aplikací.[175]) *V těchto*

---

[169]) Interpretace a aplikace 540.

[170]) Zur Lehre.

[171]) Teleologische Begriffsbildung 72: „Tvoření trestních pojmů deliktů stojí pod vládou myšlenky právních statků a tím myšlenky účelu. Právní věda je pojmovou jurisprudencí co do své formy, zájmovou jurisprudencí pokud jde o její obsah.

[172]) *Reichel*, Gesetz und Richteramt 70.

[173]) Die Emanzipation des Richters 397.

[174]) Potřebu obsahového vodítka pro právní rozhodování pociťuje i *Kempermann*, Richtiges Recht, zejména 98. V té souvislosti přichází se svým požadavkem „materieller Werttafel". Příznačným pro nový směr myšlení německého je tento citát: Diskuse o určitých základech světového názoru se mu zdá býti zbytečnou, neboť může se teď spolehnouti na namáhavě dosaženou (a patrně nedotknutelnou) základnu společného světového názoru celého německého národa.

[175]) Že analogie je dílčím problémem obecného principu spravedlnosti ve smyslu logické a účelové jednotnosti právního řádu, dosvědčuje tato argumentace německého říšského soudu: Nechť si slušnost vyžaduje, aby povinnost k náhradě škody nastala jen při zavinění. Je však příkazem spravedlnosti, aby byla možnost zakročiti proti dalšímu působení škody i bez takového zavinění. Tento požadavek *spravedlnosti* nachází své zákonné opodstatnění v analogickém použití určitých zákonných ustanovení. (Dle *Falka*, Die Analogie 13, pozn. 1.)

úvahách nalézáme tedy podnět pro analogii při aplikaci.[176]) „Toto řešení nejvíce odpovídá účelu a je nejzpůsobilejší provésti do důsledků přirozený vývoj práva."[177])

Důslední positivisté se hrozí připustiti, že by soudce svou činností přidával k zákonu něco nového. Představa latentních norem v zákoně obsažených je jim vítanou pomůckou při zakrývání přínosu soudcova. Jdou dokonce tak daleko, že pomocí této fikce dovedou přímý zákonný základ poskytnout i aplikaci infra, praeter i contra legem (manifestam).[178])

Normativní teorie se naproti tomu nebojí představy, že soudce plně využívá své volnosti a že v jejím rámci je suverénní.[179]) Soudce zrovna tak jako zákonodárce v rámci zmocnění „vlastní silou"[180]) doplňuje a tím materiálně mění[181]) právní řád. To všechno činí však *na základě zmocnění* právní normou a v jeho mezích, které jsou mu hranicí pojmově nepřekročitelnou.[182]) Toto zmocnění, které v sobě nese i ta nejkonkretnější a svým obsahem zcela v úvaze soudce vzniklá norma, je to „latentní", co podkládáme jako myšlenkovou nutnost normativního myšlení každé platné normě.[183]) — *Všechno, co řečeno o prostoru, ale tím i o mezích volné úvahy, platí pak přirozeně i o analogii jakožto jedné z jejích metod.*

---

[176]) Pěkně to vystihuje *Kudler*, Inwiefern 483: „Není-li bezprostředního pravidla, podle něhož by soudce splnil svou povinnost případ rozhodnouti, *udělá nejlépe*, místo aby spoléhal na vlastní názor, když se přidrží nařízení svého zákonodárce, neboť pak může doufati, že nejjistěji jedná podle jeho vůle." Splnění této tendence zajisté velmi podporuje, když zákon sám je důsledným provedením svých principů. Zde nalézá plného oprávnění *Zimmerlovo* volání po systematickém vybudování trestních kodexů, vyjadřované podstatnou částí jeho literárního díla. Při nedůslednostech systému „musí si soudce hrát na zákonodárce, ať chce nebo nechce". (*Zimmerl*, Strafrechtliche Arbeitsmethode 139.)

[177]) *Nord*, Über Auslegung 68.

[178]) Viz na př. *Rittler*, Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht.

[179]) *Weyr*, Teorie práva 82.

[180]) *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprocesses 13, cit. dle *Verdrosse*, Das Problem 640.

[181]) Neboť každé doplnění je druhem změny, *Leonhard*, Auslegung 18.

[182]) Nelze proto přisvědčiti *Veselé*, O výkladu trestních zákonů 6, že interpretační nauka normativní školy je v jádře návratem ke staré pojmové jurisprudenci. Vše, co se zde po delegátu žádá, je respektování rámce normové delegace, požadavek autorkou o stránku dříve právem zdůrazněný.

[183]) *Procházka*, Tvorba práva 96, užívá výstižného obratu, že norma nižší nemůže nikdy znamenati novum *formálně*.

IV.

CO CHCE ANALOGIE V PRÁVU?

1. Rekapitulace obou premis. — 2. Možnost analogie v právu. — 3. Výklad a analogie. — 4. Analogie a aplikace. — 5. Učení o mezerách v právu a jeho kritika. — 6. Neschopnost analogie zprostředkovati právní relevanci. — 7. Zdánlivá analogie: rekonstrukce a výslovný poukaz.

1 Probrali jsme logickou podstatu analogie a pak i podstatu právnických činností: poznávající interpretace a tvořící aplikace. To obojí proto, abychom nyní měli podklad pro rozbor, jaká úloha může příslušeti analogii v právu.[184]) Poněvadž tedy podstata obou členů srovnání byla probrána již v předešlých kapitolách, mohou býti a budou následující výklady jen stručné.

Podstatu analogie si zopakujeme na příkladu, z oboru věd přírodních: Máme dva kovy, u nichž jsme zjistili řadu stejných vlastností přírodovědných. U jednoho z nich jsme nadto bezpečně zjistili jeho vodivost. Usuzujeme proto, že i druhý je vodivý.

A nyní podobná situace v právu: Máme dvě skutečnosti, u nichž jsme zjistili řadu stejných právních vlastností, to jest, že obě jsou podřaditelny řadě stejných norem. O jedné z nich jsme nadto zjistili, že je podřaditelná i normě X. Analogie nás povede k ochotě usuzovati, že i druhá z obou skutečností je normě X podřaditelná. Jde nyní o to, pokud tento myšlenkový postup je v právním myšlení, konkretně: v jurisdikci oprávněn.

2 Dána je (to jest soudním řízením zjištěna) skutečnost a, jež je podřaditelna skutkové podstatě A. Máme-li normu: Je-li A, má býti X, má X býti i v tomto případě.

Analogie přichází s požadavkem, aby jakési α, tedy jiná skutečnost než a, byla pojmu A podřaděna. To je s hlediska čisté subsumpce

[184]) Řekli jsme již na příslušném místě, že jurisprudence je nejtypičtější formou aplikace a že problém analogie vystupuje nejzřetelněji a v trestním právu jedině s hlediska právě této myšlenkové činnosti. Proto je odůvodněno, že jsme omezili svou pozornost na jurisprudenci, která nám v této práci representuje celý obor aplikace.

něco zcela nemyslitelného. Tento „požadavek“ není ovšem libovolný a nachází svou motivaci ve specifickém vztahu skutečnosti „a“ k „α“. Vztah, označovaný „obdobností“, je podložen zjištěním, že obě skutečnosti se shodují v mnoha okolnostech a cestou analogie se pak důsledně předpokládá, že se budou shodovati i pokud jde o poměr obou k citované normě. Máme však bezpečně zjištěno, že skutečnost „α“ nestojí k pojmu A v poměru čisté subsumpce. Touto cestou nemůže tedy být „požadavek“ analogie rozhodně uznán. Jistota, na jakou narážíme při subsumpci, že totiž pojem (jako výraz pro danou skutečnost) pojmu obecné normy podřaditelný je nebo není, činí analogii v prvém případě zbytečnou, ve druhém ji vylučuje.

Tento závěr by znamenal úplné vyloučení analogie z právního myšlení (nebo konkretně z jurisdikce), kdyby problém jurisdikce byl vyčerpán subsumpcí. Již dříve bylo dokázáno, že tomu tak není a proto všechny obory jurisdikce, které přesahují pouhou subsumpci, nejsou onou negativní odpovědí dotčeny.

3 Viděli jsme, že aplikovatelnost (a o tu nám zde jde), je především závislá na výsledku interpretace positivní normy. Již při této myšlenkové činnosti, při tomto hledání „pravého smyslu normy“, vedla nás nejasnost a obojakost slovního vyjádření jejího, abychom se obraceli k celku právního řádu, jenž má býti pojímán tak, aby tvořil logickou jednotu. Tážeme-li se, zda konkretní pojem α je ve skutkové podstatě A ještě obsažen, budeme ochotni ke kladné odpovědi, jestliže pojem a, který je spolu s pojmem „α“ podřaditelný řadě stejných norem, je také ve skutkové podstatě A nesporně obsažen. Řekli jsme tam též, že i tato myšlenková operace, jejímž logickým kořenem je nesporně usuzování per analogiam, může býti nazvána analogií v právu, že je pak ale nebezpečí záměny s tím, co se analogií v právu zpravidla nazývá: použití normy na skutečnost sice podobnou, přece však mimo logický rozsah její skutkové podstaty ležící. Analogie jako prostředek interpretace nesmí však za žádných okolností tento okruh překročiti. Vede v nejkrajnějším případě k nejextensivnějšímu pojímání zákonného pojmu, nikdy však z tohoto positivním právem začarovaného kruhu nesmí vykročit. Analogie v tomto smyslu je prostředkem extensivního výkladu, kdežto analogie, která chce být cestou aplikace, již *svým pojmem a vlastním*

účelem okruh sebe širší, který lze zákonnému pojmu přikládati, nutně překračuje. Ať pak praktické rozeznání, zda určitá aplikace se ještě zakládá na (extensivním) výkladu či jde-li již o analogii, je sebe obtížnější, teoreticky nutno trvati na řečené striktní hranici: infra nebo extra legem. Tento zdánlivě akademický rozdíl[185]) nabývá dalekosáhlých praktických důsledků v těch oborech práva, které z nějakých důvodů analogii vylučují, tedy především v právu trestním. Tam rozpoznání *extensivního výkladu od analogie* (ve vlastním smyslu) bude často otázkou zásadního významu. I kdyby tomu tak však nebylo, nezbavuje nás to povinnosti přesného teoretického odlišení obou případů.[186])

4 Z těchto důvodů omezíme další výklady na *analogii* jako *problém aplikační.* Jaké možné úkoly čekají ji zde?

Aplikace je tvorbou norem. Platnost normy, vzniklé aplikací, vyplývá z její závislosti na normě aplikované. Tato závislost spočívá v tom, že nižší norma je normou vyšší logicky kryta. Je vytvořena v *rámci delegace.* Zastupuje pro daný případ normu delegující a všechny vyšší normy ve stupnici normove hierarchie. Platnost nejvyšší normy je naší hypotesí. Platnost konkretní normy je logickým důsledkem této hypotese. Tvoříme-li konkretní normu uvnitř delegačního rámce, aplikujeme-li delegující normu, pak výsledek kterékoli metody pro volbu jednoho z možných rozhodnutí uvnitř tohoto rámce je účasten na platnosti. Nikoli však účinkem určité použité metody, nýbrž právě svou závislostí na normě delegující. To platí i o analogii jako pomůcce volné úvahy.

Jiný vztah výsledku aplikace k delegující normě než tato — sit

---

[185]) *Brütt*, Die Kunst 157.

[186]) Názor *Burkhardtův*, Die Lücken des Gesetzes 84, že nezáleží na tom, jak se tyto „odstíny" navzájem oddělí a že je zcela bez významu, jestli chybící se doplňuje výkladem, analogií nebo volným nalézáním práva, jen když výsledek je správný, možno považovati za ojedinělý. Většina literatury se přiznává k nutnosti přísného odlišení, i když obtížnost praktického odlišení se všeobecně uznává. Tak *Brütt*, Die Kunst 158: Analogie je vědomé rozšiřování myšlenkového obsahu, získaného interpretací. *Enneccerus*, Lehrbuch 114: über den Inhalt des Gesetzes hinaus. (Běžný názor na analogii vystihuje dobře jeho heslovité vyjádření rozdílu, o kterém mluvíme: Analogie je zlepšení myšlenky, kdežto interpretace vždy jen zlepšením výrazu.) Doslova stejně *Ackermann*, Das Analogieverbot 3, *Bovensiepen*, Analogie 134, *Zernik*, Begriff 39. Shodně i *Dernburg*, Pandekten 86, podle něhož analogie opouští vůli zákonodárcovu a tvoří nové právo, *Luden*, Handbuch 150d., *Roediger*, Analogie 28, 41, *Schem*, Analogie 3.16d., jehož výklady jsou zvláště důkladné, *Solnař*, Maintien ou abandon 3, *Falk*, Die Analogie 22, *Helfert*, Sind Ausnahmen 101.

venia verbo — logická „shodnost“ — není schopen sděliti mu předpokládanou její platnost, není způsobilým vodičem této platnosti. Nemůže být proto platnou norma, která skutkové podstatě delegující normy je pouze nějak, třeba sebe intensivněji, *podobná*.[187])

Máme za to, že tento závěr je tak nesporný, že není snad ani myslitelno, aby někdo tvrdil něco jiného. A přece celé tradiční učení o analogii v právu není než popíráním této věty. Svědčí to o neporozumění pro logickou podstatu aplikace. Je správné, jak jsme již výše naznačili, že úkolem aplikace je nalézti v rámci positivního práva optimální řešení každého sporu a potřebám právního společenství nejlépe hovící výrok o povinnostech jeho členů. Při tom jsme zdůraznili právní volnost aplikujícího uvnitř toho rámce, k níž je normou formálně delegován. Je však chybné pojímati tuto volnost jako chybu nebo nedopatření zákonodárce, mluvit zde o *mezerách*. Záležitost by mohla býti odkázána do nevinného zákoutí slovních hříček, kdyby fikce mezer nezastírala správnou představu právní delegace k volné úvaze jako pramen právní relevance jejích výsledků[188]) a nenutila k násilným konstrukcím, jež pramen relevance soudcovy normy spatřuje *bezprostředně* v myšlenkovém pochodu, který k ní vedl, tedy především v analogii a její logické „síle“. Nebylo jiného východiska: Povinnost soudce „vyplňovat mezery“ nemohla být tomuto pojetí povinností *právní*, poněvadž právo zde přestávalo a začínalo „vacuum juris“. Souvisí tedy představa mezer s neschopností uvědomiti si formální delegaci.

[187]) Paralela „Shodnost-podobnost“, mající nám vyjádřiti různě „intesivní“ vztah pojmu konkretního k obecnému, vyvolává tyto úvahy: Pojem v normě užitý je zkratkou pro určitý výsek skutečnosti. Zkoumáme-li, které skutečnosti onomu pojmu odpovídají, které jsou tedy schopny pro konkretní případ pojem zastupovati, můžeme obrazně mluviti o logické zastupitelnosti, která je podkladem onoho „odpovídání“, a ve velmi volném smyslu toho slova můžeme mluvit i o identitě. Symbol, který zveme „právním pojmem“, vyjadřuje nám jen stejnou *právní* hodnotu skutečnosti. Srovnej *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft 128. Vpravdě však nejsou v nekonečném toku života ani dvě skutečnosti identické a ve skupiny pod heslem pojmů se skládají jen po zanedbání znaků je odlišujících, tedy na základě jakési obdobnosti. Byl by pak mezi aplikací, pohybující se v oblasti právní shodnosti, a analogií, která tuto oblast nutně překračuje, dovolávajíc se jen obdobnosti, rozdíl jen kvantitativní a plynulý, kdybychom nebyli vázáni právě tou cesurou, která je vedena mezi pojmem a nonpojmem, tím pak i mezi skutečností s hlediska pojmu kladně a záporně hodnocenou. To je nezbytný důsledek lidského myšlení, které nemůže viděti skutečnost než sítí pojmů. *Kallab* v Poctě Englišově, 374. *Bar*, Die Grundlagen 91. Tím vznikají příkré meze na hranicích pojmů a jde-li při aplikaci v podstatě o stanovení, je-li dané faktum před takovou mezí nebo již za ní, musíme právě tuto mez považovati za těžisko problému aplikačního. Vyloučeno zůstane vše, co je za ní, i když se poukazem na mnohou podobnost vstupu dovolává.

[188]) *Kelsen*, Zur Theorie 16.

5 Problém mezer souvisí úzce s analogií. Je jasno, proč. Analogie je všeobecně uznávána za jednu z nejvhodnějších cest k vyplňování mezer. Proto názory o podstatě analogie v právu šly ruku v ruce s vývojem a proměnami učení o mezerách.[189])

Proti tvrzení positivistů,[190]) že mezery v positivním právu vůbec neexistují, zdvihá se odpor, mající na své straně každodenní zkušenost praxe, že je přece množství právních otázek, jež by měly býti zákonem zodpověděny a zákon o nich „mlčí", uváděje tak v pochybnosti své vykonavatele. Nevím, zda prvním a nejlepším, ale rozhodně nejznámějším vědeckým zpracováním této zkušenosti je rektorská přednáška *Zitelmannova*: Lücken im Recht.

Klade si zde správně dvě základní otázky: Co jsou mezery a jak se vyplňují. První omezení proti těm, kteří chtějí pod vlajkou mezer přizpůsobovat právní řád nejrůznějším svým požadavkům, nacházíme ve větě, že o mezerách lze mluviti jen uvnitř práva, nikoli mimo hranice, které si právní řád sám stanovil. Právní řád může cokoli, tedy i své meze, stanoviti jen týmiž prostředky, kterými o svém obsahu vypovídá, tedy slovy, jež vyjadřují pojmy, a jeho meze jsou tam, kde končí logický dosah jeho pojmů. Že „právo je jen potud, pokud jsou normy"[191]) a že každý normový soubor znamená jen řadu povinností a ve příčině všech myslitelných konkretních případů je na otázku: quid juris? vždy možná odpověď: buď jest zde nebo není určitá povinnost"[192]) možno vyvozovati i z citované věty *Zitelmannovy*. Mezery a tedy také podnět k jejich vyplňování právním řádem omezuje tedy na *rámec* positivních předpisů. Vše ostatní je právní politikou.

První případ takových mezer spatřuje *Zitelmann* v tom, že pro určitý případ je v zákoně stanovena výjimka, pro podobný případ

---

[189]) *Nord*, Über Auslegung 89, ohrazuje se proti takové bezprostřední závislosti analogie na existenci mezer. Princip analogie je jiný než býti vyplňováním mezer. Jednou může být totiž vyplněním mezery již extensivní výklad, jindy nestačí ani analogie. Porozumíme tomu, až poznáme, co všechno je mezerami nazýváno.

[190]) Viz zejména *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 372 d.

[191]) *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 429.

[192]) *Weyr*, Teorie práva 9. — Je proto zbytečno konstruovati jakousi obecnou negativní normu, že všechno zákonem neupravené se přenechává budoucímu zákonodárci (*Brinz*, Lehrbuch). Tato pomocná představa, mající právem naplniti Bergbohmovské „vacuum juris" není však nesprávná, pokud „neupravenosti" rozumíme oblast mimo dosah normových pojmů a ne, jako tradiční učení o mezerách, každý případ, kdy by si bylo přáti, aby se zákonodárce vyslovil určitěji.

však nikoli.[193]) Zde sice zákon připouští rozhodnutí podle svého vlastního znění, že totiž na podobný případ *nelze* výjimku vztahovati. Toto řešení se však zdá býti kritikovi nedůsledným, vadou zákona a volá proto po analogickém vztažení výjimečného předpisu i sem. Ani *Zitelmannovi* nemohlo ovšem uniknouti, že tímto postulátem se sám dopouští toho, před čím varoval: že totiž překračuje meze, které si zákon sám položil. Mluví proto o *korektuře zákona*,[194]) kterou odlišuje od vlastního vyplňování mezer. Jeho následovníci užívají pro tyto případy názvu mezer *nepravých*.

V této formulaci musíme ovšem svémocné vyplňování mezer odmítnouti.[195]) Obecné vyjádření znemožňuje však posouzení, nemyslí-li zde *Zitelmann* především na případy, které jsou si podobné do té míry, že je oba možno zahrnouti pod širší význam *téhož* zákonného pojmu. Při této extensivní interpretaci bude ovšem znak obdobnosti hráti svou význačnou roli a můžeme — jsouce si vědomi povahy věci — mluviti o korektuře nevhodného, protože příliš úzkého zákonného výrazu jeho širokým výkladem. Překročiti však meze tohoto výkladu nejsme odnikud oprávněni. Tak se zmiňuje na př. *Tuhr*[196]) o ručení hostinského jako živnostníka, poskytujícího noclehy, za věci do jeho podniku vnesené a vylučuje z toho ručení provozovatele železničních spacích vozů, protože prý není kryt výrazem „hostinský" ani při sebe liberálnějším výkladu toho slova. Tohoto názoru nesdílíme a máme za to, že ve slově „hostinský" nutno spatřovati zkratku, označující každého podnikatele, po živnostensku poskytujícího možnost noclehu. Tomuto výkladu přisvědčuje i okolnost, že onen výraz v době svého pojetí do zákona skutečně vyjadřoval všechny známé způsoby popsané výdělečné činnosti.[197])

Pravou mezeru spatřuje *Zitelmann* v tom, když „vůle zákona, aby

---

[193]) Tamtéž, 23.

[194]) Tamtéž, 34.

[195]) Bez jakékoli výhrady činí tak *Leonhard*, Auslegung 22.

[196]) Der allgemeine Teil 42.

[197]) Viz k tomu na př. *Brinz*, Lehrbuch 127: Že již interpretace smí učiniti tento krok, souvisí s jistou slabostí zákonodárství a je požadavkem spravedlnosti. Nemůže-li zákonodárce všechno předvídati nebo věděti, na co by, kdyby to byl předvídal nebo věděl, vztáhl svou normu, pak musí na druhé straně také „postačiti", když vyslovuje a vyjadřuje, co dle současného hlediska vysloveno a vyjádřeno býti *může*. — Podobné případy obsahuje zákonný text jaksi mezi řádky — musí rozhodovati nové problémy dle starých principů — (*Zernik*, Begriff 36.). — Registrujíce tuto věcně správnou myšlenku, zdůrazňujeme ovšem znovu meze delegace jako nejzazší hranici takového zevšeobecňování.

nastalo určité právní posouzení případu, je jistá, uvnitř tohoto rámce je však několik možností a zákon neříká, kterou z nich chce".[198]) Tento případ „mezery" je nám dobře známý a není nic jiného než volný *rámec*, jehož vyplnění se ponechává úvaze soudcově. Konstatujeme zde úplnou shodu s *Zitelmannem*, neboť i on mluví o několika možnostech *uvnitř* rámce. Nejsme jen ochotni nazývati rámec mezerou, a to z dobrých důvodů: Výraz „rámec" mnohem lépe vystihuje zákonnou delegaci k naznačené volbě než „mezera", která dává tušit, že zde zákonodárce na něco zapomněl a tak nevědomky nechal soudce na holičkách. Že empirický zákonodárce před více než sto lety prokazatelně na spací vozy nemyslil, není důvodem, vylučujícím představu delegace ke každé aplikaci *logickým* smyslem výrazu ještě kryté. Proto i analogie, kterou zde *Zitelmann* doporučuje jako nejspolehlivější prostředek k vyplňování mezer, jako my jej uznáváme při aplikaci, nebude soudci východiskem z nouze v prostoru prostém práva, jak by naznačoval termín „mezer", nýbrž prostředkem, s jehož pomocí splní zákonný příkaz, vyjádřený delegačním rámcem.[199])

Tak se nám mezery beze zbytku rozplynuly v našem systému. Ty, které byly podnětem ke korektuře zákona, odkázali jsme do oblasti právní politiky, pokud nejsou vyřízeny extensí zákonného pojmu. Ty pak, jež žalují na nedostatečnou určitost, kterou z možností zákon zamýšlel, jsou případy delegace aplikujícího orgánu k volné úvaze. V žádném z těchto případů jsme neshledali proto ani potřebu hledati relevanci příslušných myšlenkových pochodů, tedy ani analogie, jinde než v delegující normě.[200])

Tradiční literatura o mezerách s výjimkou positivistů,[201]) kteří možnost mezer v právu vůbec vylučují, buď tento pojem bez kritiky přijímá,[202]) nebo o něm vyslovuje názory obdobné s citovaným míně-

[198]) Lücken im Recht 27.

[199]) Jak nebezpečně dovede nevhodně volený výraz zakaliti pravou podstatu i právníku tak bystrému, jako je *Zitelmann*, svědčí jeho nezdařená snaha odlišiti tyto svoje „mezery" od volné úvahy. Musí se spokojiti rozdílem, že při volné úvaze má norma všeobecné ustanovení o právním následku a jen jeho určení a výměru v jednotlivém případě ponechává soudci, kdežto při opravdových mezerách scházejí dokonce „nähere abstrakte Regeln für derartige Fälle" (str. 31). Není nesnadno rozeznat, že jde jen o dva — chceme-li: různě intensivní případy volné úvahy.

[200]) Viz k tomu výklady *Weyrovy*, Teorie práva 97 d. a *Kelsenovy*, Ryzí nauka právní 44d. i *Sedláčkovy*, Všeobecné nauky č. 429, jejž cituje i *Kubeš*, Několik poznámek 223, o problému *mezer v právu*.

[201]) jako *Bergbohma*, Jurisprudenz 372d., *Brinze*, Lehrbuch 127 a j.

[202]) *Bovensiepen*, Analogie 135.

ním Zitelmannovým, částečně se naň výslovně odvolávajíc.[203]) U mnohých autorů nalezneme však náznaky správného pojetí. Tak *Wurzel*[204]) praví, že jurisprudence podává jen positivní právo. Jsou sice mezery v positivním právu, ani při mezerách však nenastává bezprávný stav, nýbrž doplňování práva, jež je také positivní. Prokmitává tu správná představa toho, co nazýváme formální delegací. Tu možno pod nátěrem odlišného názvosloví objeviti i u *Rittlera*,[205]) kde směrnice správného rozhodnutí uvnitř rámce zařaďuje do právního řádu pomocí fikce latentního práva, takže (ve shodě s naším závěrem na základě formální delegace) nevyvozují svou závaznost ze sebe, nýbrž ze zákona. „Autorita zákona kryje i je, a to proto, že jsou vytvořeny z materie stanoveného práva; nic jiného nenormují, než již zákony normovaly a představují přeformování nezměněného obsahu zákonů.“[206]) Také *Milota*[207]) mluví sice o mezerách, ale užívá toho výrazu jen pro to, čemu Zitelmann říká mezery pravé, tedy pro volný rámec soudcovy úvahy. Myšlenkový pochod, jímž tu dospívá k analogii jako k prostředku vyplňování těchto mezer, kryje se v podstatě s oním, který jsme nalezli při rozboru volné úvahy.

6 Nejvážnějším důsledkem tohoto celkem průhledného učení o mezerách byl právě názor, že tam, kde zjišťujeme mezeru, už není práva a že tudíž výsledek, k němuž vyplněním mezery dospějeme, nemůže svou právní relevanci odvozovati od žádné normy. Jen neujasněnost základních principů normologie mohla vésti k přesvědčení, že i za této situace možno mluviti o *právní* platnosti onoho výroku. Byl proto hledán jiný důvod platnosti. Nemohl býti nalezen jinde, než ve správnosti myšlenkového pochodu, který k výsledku tomu nás přivedl. Není ovšem třeba zmocnění ke správnému myšlení, je však nutno se po tomto zmocnění ptáti, kde pro výsledek onoho myšlení se dovoláváme platnosti *právní*. V ohromné většině případů

[203]) *Roediger*, Analogie, 44, 54, *Schem*, Die Analogie 5d., *Tuhr*, Der allgemeine Teil 42d., *Falk*, Die Analogie 50d.; *Burkhardt*, Die Lücken 46, rozvádí pravé mezery tak, že znamenají nezodpovědění některé z těchto „logicky-nevyhnutelných otázek“ právním řádem: určení osob povinných a oprávněných, určení předmětu povinnosti a určení podmínek, za nichž povinnost nastává a končí.

[204]) Das juristische Denken 26.

[205]) Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht 435d.

[206]) Tamtéž 453.

[207]) Výklad a analogie 58, 69, 73.

se i při vyplňování mezer dbalo nevědomky též nezbytné formální delegace, když se uvažovalo, zda „povaha věci" nebo „celek právního řádu" nebo jeho „duch" vyplnění mezery připouští.[208]) Tyto mlhavé představy však nemohou býti postačující zárukou před vykročením z oblasti delegace a nalezneme skutečně též řadu případů, kdy pod záštitou „ducha" zákona byl zákon bezmocně přizpůsobován nejrůznějším tendencím svého uživatele.[209])

Pro nás je z této kapitoly důležitý především tento poznatek: Analogie *není* myšlenkovým postupem, který by svou logickou „silou", bez zmocnění vyšší normou, mohl vésti k vytvoření právních norem. Jeho logická správnost nemůže býti sama pramenem právní relevance. Analogie není procesem formálně-logickým.[210]) Na rozdíl od čistého závěru subsumpčního není závěr analogický a priori předepsanou metodou aplikace.[211]) Předpoklad, který se uvádí jako základ platnosti analogických závěrů v právu, že totiž by byl zákonodárce i podobné situace stejně upravil, nemůže sám ze sebe tvořit závazných norem. Ovšem: „Nestejný rozsudek za *těchže* okolností není zavržitelný z důvodů nějakých mimoprávních principů, nýbrž je to požadavek logiky, jež nechápe, že za *stejných* předpokladů by mohl být vyvoděn různý důsledek.[212]) „*Analogické poměry nejsou však právě stejné*, vykazují též odlišné složky a není vyloučeno, že právě ty budou zákonodárci dosti závažnými k jiné úpravě."[213])

Zkušenost nás také poučuje, že právní řád s hlediska právně-politického často neodůvodněně dělá rozdíly co do právních důsledků a naopak stejné právní následky váže na skutkové podstaty s hledisk právně-politického rozdílné. Kdyby ona zásada o logické nutnosti stejné právní úpravy při obdobných skutkových podstatách byla obecně závazným principem, znamenalo by to ve svých posledních důsledcích oduznání normativní závaznosti těmto „nedůslednostem". Tak daleko však přece argumentace s onou zásadou není prováděna. Autoři jí používající spokojují se s tvrzením, že sice právo si může

[208]) Těmto zaklinačům adresuje sám *Zitelmann*, Lücken im Recht 10, svou ironickou poznámku, že se zpravidla tento duch neobjevuje právě těm, kteří se ho nejhlučněji dovolávají.

[209]) Také zde jde o „falšování práva", o němž mluví *Merkl*, Zum Interpretationsproblem 540.

[210]) *Annosow*, Über die Analogie 333.

[211]) *Ephrussi*, Interpretation 156.

[212]) *Kallab*, Positivní právo 242.

[213]) *Knitschky*, Gewohnheitsrecht 242.

dovoliti nedůslednosti, že však, pokud tato nedůslednost není výslovně normována, má se míti za to, že právní řád chce býti důsledný. I v této formulaci objevuje se tedy nakonec správná myšlenka analogie *v rámci positivního práva.*

Všechny důvody, které v běžných definicích chtějí býti důvodem pro právní platnost výsledku analogie, jsou ve skutečnosti jen důvodem pro rozhodnutí, že uvnitř volného rámce, ponechaného delegující normou soudci „k volnému uvážení", použijeme dle možnosti analogie jako cesty k nejvhodnějšímu splnění tohoto úkolu. A ten problém aplikace, který se zdál nutiti k nerespektování tohoto principu, totiž mezery v právu, rozložili jsme beze zbytku v jeho skutečné složky.

Od běžného pojetí se takto odlišujeme nikoli v *metodě* užití analogie, nýbrž v tom, že ji *omezujeme na oblast volného uvážení soudcova.* Jen zde se uplatní vlastní vahou své samorostlé konstrukce. Soudce vyplní delegační rámec nikoli jinak, jak by s hlediska právních norem beze všeho mohl, nýbrž cestou analogie proto, že považuje stejnou úpravu analogických skutkových podstat za nejvíce odpovídající imanentnímu účelu zákona.

Námitky, že rozumná aplikace není možná, nepřiznáme-li analogii samostatnou právní relevanci, zakládající se na jejím porozumění pro ducha právního řádu a pro potřeby skutečného života, možno hladce vyříditi: Většina těchto námitek pramení v nerozeznání delegačního rámce, uvnitř něhož, ale právě jen mocí delegace, i my analogii v plném rozsahu připouštíme. Pokud však tyto námitky chtějí spatřovati i tento rámec příliš úzkým, prozrazují, že jim z těch či oněch důvodů nevyhovuje positivní úprava, i když sebe horlivěji mluví o „mezerách". Mezery zde vyjadřují jen rozpor jejich představy jakéhosi ideálního práva s právem positivním, jsou výrazem jejich právně-politických plánů a nemají proto místa při aplikaci. Proto jsme také prohlásili v tomto směru výsledek analogie za nezávazný.

7 *Dojem analogie* však může vzbuditi i činnost, kterou jsme se obírali pod názvem *rekonstrukce* norem, kdy totiž jednotlivé části normy jsou z pramenů vybírány a sestavovány v celek. Zejména při dosazování ustanovení t. zv. obecných částí zákonů do speciálních norem vzniká velmi snadno dojem jejich analogického použití. Poněvadž nejde o analogii, nýbrž o prosté odčinění legislativně tech-

nických úprav zákonného textu, nemůže být ani připuštění rekonstrukce považováno za doklad samostatné normativní síly vztahu obdobnosti.

Věcí zákonné systematiky jsou konečně i případy, kdy positivní norma výslovně nařizuje, aby určitých přesně označených výslovných předpisů jiné normy bylo použito i v případě právě normovaném.[214]) Jde jasně o výrazovou hospodárnost, aby celé věty zákona nemusily býti znovu opakovány. Tato práce, které je ušetřen sazeč Sbírky zákonů, musí být vykonána cestou rekonstrukce. Podobná ustanovení jsou zrovna tak málo analogií, jako legální interpretační předpis výkladem.[215]) Řekne-li norma, že věcí je také energie člověkem zachycená a zužitkovaná, rozšiřuje se tím pro interpretaci rozsah zákonného pojmu „věc". Aplikace tohoto pojmu není analogií, analogie byla by jen politickým důvodem oné normy.

[214]) Na př. „Ustanovení § X buď i zde obdobně použito", nebo: „Trestní ustanovení o případu X platí obdobně i pro případ tento."

[215]) *Reichel*, Gesetz 103, pozn. 2.

V.

PŘEHLED A ROZBOR NÁZORŮ O ANALOGII.

A. FORMÁLNÍ A OBSAHOVÁ STRÁNKA ANALOGIE.

Téměř v každé učebnici práva nalezneme definici analogie. Mluví se o ní v souvislosti s interpretací. Vyjadřuje to v podstatě správné tušení, že s analogií se nezříkáme *právního* odůvodnění konkretního rozhodnutí, nýbrž že toto rozhodnutí musí býti „nějak" v právním řádu zakotveno. Jen malá část literatury se však problematikou analogie skutečně zabývá a opět jen někteří z těchto probírají ji v plné šíři. Přesto možno nalézti velmi pestrou směsici názorů, kterou zde chceme podle jistých jednotících znaků shrnouti a jejich kritikou si ověřiti výsledky dosavadní práce.

Abychom se vyhnuli bezduché a unavující citaci, musíme si ostře uvědomiti problematiku analogie a řaditi projevené názory podle jednotlivých otázek. To je tím nezbytnější, že v literárních pramenech nalezneme většinou konglomerát vět o analogii, z něhož vztah k jednotlivým podstatným bodům problému musíme teprve dobývati. Při tom je velikou obtíží zejména to, že někteří nerozlišují hledisko normativní od politického. To se projevuje zejména nemožnými pokusy odůvodňovati *normativní* relevanci analogie její *účelností*, ba *nezbytností* při vyplňování mezer. Proto předchází analogii zpravidla výklad o mezerách a obraz neutěšené „mezerovitosti" právního řádu má připraviti náladu čtenáře pro analogii.

Budou nás tedy především zajímati názory na *podstatu vztahu obdobnosti* v právu a pak názory o *právní relevanci výsledku analogie*.

Tyto dva dílčí problémy analogie v právu bychom mohli nazvati *materiální* a *formální* stránkou analogie v právu.[216]) Není obtížné poznati, že je to ona formální stránka, která z jakéhosi typického

[216]) *Falk*, Die Analogie 48.

myšlenkového pochodu činí postup právně relevantní. Při materiální úvaze jde jen o popis tohoto myšlenkového pochodu a jeho „vnitřní" oprávnění, abychom tak řekli. Je to pořád táž obsahová stránka vztahu obdobnosti, o níž mluvíme jako o prostředku interpretačním, o metodě aplikace (volné úvahy) i konečně — jak dále uvidíme — jako o typickém obsahu positivní normy, normy o analogii. Otázka po kořeni právní relevance tohoto vztahu je to, jež nám dovoluje tyto případy navzájem rozeznati a v systému právního myšlení vykázati jim příslušné místo.

B. PODSTATA OBDOBNOSTI V PRÁVU.

1. O jakou podobnost může zde jíti? — 2. Účelový základ tohoto hledání principu. — 3. Singularita norem a analogie. — 4. Intensita obdobnosti: analogie juris a legis.

1 Je od počátku jasno, že vztah obdobnosti je vlastním východiskem analogie, jíž dal dokonce své jméno, odlišující ji od ostatních případů aplikace. Zatím jsme s ním pracovali jako s něčím obsahově známým. Spokojovali jsme se označováním obdobnosti jako „jakéhosi vztahu skutečnosti ke skutkové podstatě normy" a jen negativně jsme jej blíže určovali poznámkou, že tento vztah *není* logickou podřaditelností pod pojmy oné skutkové podstaty, přece však pro příbuznost s nimi snad zasluhující ohledu. Bylo to nezbytné pro jednoduchost a přehlednost dosavadních rozborů, kde nám šlo o zařadění myšlenkového pochodu analogie do systému právnického myšlení. Než nutno přihlédnouti podrobněji k *obsahové* stránce obdobnosti.

Jako vždy při takových mnohoznačných pojmech, nebude ani zde naše úloha nijak lehká. Vědomí *logické* povahy vztahu umožní nám sice předem vyloučiti tu širokou oblast, kde o podobnosti mluvíme jako o dojmu *psychologickém*. Pole zůstává i tak dosti širokým, abychom pociťovali nutnost tázati se po nějakém kriteriu.

O jakou podobnost se tedy *v právu* vůbec může jednat? Skutečnost, přesněji: pojem ji popisující, je pojmu normy logicky podřaditelný nebo mu podřaditelný není, oba jsou právně „identické" v tom nepřesném smyslu, o kterém jsme se výše zmínili, nebo

nejsou. Jak si mohou býti dva pojmy „právně podobné"? V čem možno vůbec spatřovat tertium comparationis dvou pojmů? Zajisté v pojmu, který jim oběma je logicky nadřaděn. V myšlení právnickém je však situace od obecného srovnávání o to komplikovanější, že ze vztahu obdobnosti chceme vyvozovati právní relevanci též pojmu obdobného. To je možné jen za předpokladu, že také oběma nadřaděný pojem, ono tertium comparationis, je pojmem *právním*. Kdyby tomu tak bylo, nešlo by však o analogii, nýbrž o obyčejnou aplikaci, čistou subsumpci.

Z tohoto bludného kruhu se nedostaneme, dokud budeme trvati na formálně-logickém vztahu srovnávaných pojmů k prostřednímu členu naší úměry. Zvoliti druhé myslitelné východisko, totiž *právní* platnosti společného vyššího principu, vyššího pojmu, brání nám základní předpoklad normativity, totiž nutnost normativního zakotvení každé právní platnosti. Z řady konkretních norem možno sice konstruovati logickým (indukčním) pochodem normu obecnou, která svým obsahem všechny ony konkretní normy obepíná. „Obecné normě takto *zjištěné* (podtrženo mnou pro rozlišení od „vytvoření" normy) nemůže však v takových případech příslušeti vyšší relevance než oněm konkretním".[217]) V dalším uvidíme, že i tato cesta bývá volena pro vysvětlení „právní podobnosti" a principů takto získaných používáno pro odůvodnění právní platnosti kladného výsledku srovnání.

Typickým příkladem pro takové usuzování je *Gutherz*[218]), jemuž se analogie indukcí vyčerpává, a jediným pramenem podobnosti v právu je společný logický princip. Ten může být vytvořen i z jednotlivé positivní normy, není-li po ruce více norem onoho principu a má pak stejnou cenu, jako by byl založen na stu speciálních případů.[219]) Souhlasíme s autorem, že v tom by mohla býti cena, ale především je v tom veliké nebezpečí indukce v právu, že totiž okruh práva bude libovolně rozšiřován. Možno připustiti, jak později bude ukázáno, že pro legislativně technické vyjádření principu zvolí zákon výpočet několika jeho důsledků, nelze však v každé jednotlivé normě, vyvoditelné z nějakého principu, spatřovati tento případ. Dle prak-

[217]) *Weyr*, Teorie práva 64.
[218]) Studien I, 105d.
[219]) *Týž*, Studien II, 46.

tické zkušenosti je taková formulace v moderních systémech spíše výjimkou než pravidlem, jak patrně předpokládá *Gutherz.*[220])

2 Také *Merkel*[221]) mluví o „principu, jenž jest základem positivního ustanovení", stejně jako *Luden*[222]) o společném důvodu, z něhož vzešlo zákonné rozhodnutí případu. O společném principu, k němuž dojdeme indukcí, mluví i *Brinz*,[223]) *Binding*,[224]) *Eick*,[225]) *Kohler*,[226]) *Regelsberger*[227]) a *Roediger*.[228]) Žádný z nich se však *nespokojuje* formální odvoditelností analogické normy ze získaného principu. Toto poznání vyjadřují s různou zřetelností. Jak jinak rozuměti výroku *Bindingovu*[229]), že není vůbec *právního* důvodu pro jiné zákonodárné zacházení právě s tímto následkem? Právní důvod ve smyslu logické podřaditelnosti mluví pro všechna myslitelná řešení uvnitř delegačního rámce a proti všem rozhodnutím mimo tento rámec. Myslí-li tedy *Binding* na jakýsi „právní" důvod, který by umožnil zvoliti *určité* z těchto řešení, nemůže jím myslit onen formální důvod právní relevance, nýbrž to, co je *věcnou* podstatou positivní normy: její účel. Výslovně v tom smyslu usměrňuje svou induktivní tvorbu principů *Brinz*[230]), když „příbuznost", „podobnost" odlišuje od závislosti ve smyslu vztahu „genus — species", jenž jest základem pravé indukce. Poukazuje pak přímo *podobnosti co do důvodu* úpravy zákonné. Také *Falk*[231]) stanoví jako předpoklad nutkavé analogie, aby „stejnost principu byla prokázána stejně platnými nebo aspoň stejně hodnotnými *důvody*." Ve stejném smyslu nutno vykládati i *Regelsbergerův*[232])důraz na „právní závažnosti" společných prvků členů srovnání, i na rub téže věci, aby totiž odchylující se složka neměla právně podstatného významu.[233]) Oba názory

[220]) A jak výslovně tvrdí *Falk*, Die Analogie 11.
[221]) Analogie 76.
[222]) Handbuch 148.
[223]) Lehrbuch 127.
[224]) Handbuch 215.
[225]) Die Analogie 23.
[226]) Über die Interpretation 55.
[227]) Pandekten 159.
[228]) Analogie 41.
[229]) Handbuch 215.
[230]) Lehrbuch 127.
[231]) Die Analogie 12.
[232]) Pandekten 158.
[233]) *Roediger*, Analogie 35.

jsou srozumitelné jen, hledáme-li onen „právní význam" jinde než v podřaditelnosti pod pojmy skutkové podstaty. Toto hledisko připouští jen řešení kladné nebo záporné, nedává však možností právní závažnost různě *stupňovat*, jak to předpokládají citované výroky. Musí tedy podkladem tohoto hodnocení býti jiné stanovisko, s něhož možno hodnotiti obsah norem, stanovisko *účelové*. Neboť „rozeznání podobnosti a nedbání určitých zvláštností musí míti nějaký vnitřní důvod a ten může býti jen týž jako důvod, na němž spočívá sama podobnost nebo různost."[234])

Na účelové povaze tohoto posuzování zakládá své učení výslovně *Brütt*.[235]) Analogie je jen tehdy oprávněná, když právě znak, který je společný oběma skutkovým podstatám, si predikátu, o který jde, „zaslouží". Kladně možno tuto otázku zodpověděti tehdy, „když všem skutkovým podstatám společný moment představuje *teleologický důvod právního výsledku*". Při analogii nejde právě o nějakou podobnost zákona a daného případu, nýbrž o to, že *důvod*, který zákonodárce vedl k určité úpravě, je stejný i u daného, v zákoně výslovně neřešeného případu.[236])

Na komplikovanost myšlenkové činnosti, která v této oblasti aplikace soudce čeká, poukazuje výstižně *Zitelmann*:[237]) „Myšlenkové operace, jimiž soudce dochází ke svým výsledkům, spočívají především na hodnoceních a úvahách, na dojmech a pojetích, jež nemohou býti označeny jako čistě logické a které nemohou být hodnoceny jako logicky správné nebo nesprávné a jež nemohou být odůvodněny jedině ze zákona." Právě normativní pojetí aplikace si jasně uvědomuje přínos soudcův. „Subjektivní zabarvení" těchto úsudků možno však s *Zitelmannem* připustiti jen, pokud každá lidská duševní činnost nese pečeť osobnosti svého nositele. Nejde zde, jak již při obecném problému aplikace a volné úvahy zdůrazněno, o nějaké subjektivní účely soudcovy, nýbrž o jeho snahu co nejvíce přispěti k tomu, aby cíle, jež stát chce svým právním řádem s účinnou pomocí svých soudců dosáhnouti, skutečně naplněny byly.

[234]) *Sauer*, Grundlagen 371. — O odvažování „právnické" hodnoty složek skutkové podstaty mluví i *Tuhr*, Der allgemeine Teil 42: „Soudce má hodnotiti v právním poměru se vyskytující typické rozdělení zájmů, hledati střední linii, jež dle možnosti uspokojuje obě strany."

[235]) Die Kunst 155.

[236]) *Schem*, Die Analogie 2.

[237]) Lücken im Recht.

Toto odosobnění rozhodných hodnotných úsudků možno vyjádřiti poněkud fiktivní představou jejich „*imanentnosti*“.[238])

Jsou-li vůbec nějaké záruky, že tento cíl bude sledován i tam, kde soudci je přenechána volná úvaha, je jednou z nejvýznačnějších *analogie*. Ona se táže, jak zákonodárce rozhodl ten či onen případ podobný a nevede-li nějaký důvod (jichž souhrn nazýváme „argumentem a contrario“) k závěru opačnému, *uplatní svou tendenci, též případ podobný stejně rozhodnouti.*[239])

3 Jak analogie, tak její protinožec, argumentum a contrario, jsou pomůcky téže snahy lidského ducha po zpracování svých poznatků, zde positivních norem, v jednotný celek. Jedna vylučuje druhou a obě se navzájem stále prověřují. Uvědomíme-li si toto, poznáme jasně, jak neplodný je spor, zda *singulární právní normy* (privilegia) nutně vylučují analogii. Odvodíme-li označení určité normy jako singulární právě z toho, že má platiti jen pro okruh (na příklad osobní) přesně vymezený, pak již samotným tím pojmem vyjadřujeme nemožnost analogického rozšiřování. Vždyť k účelu toho vyjádření byl vytvořen. Užíváme-li však označení singularity méně přísně, není důvodu analogii zde a priori vylučovati. Tak též pochopíme, že svou pravdu má *Dernburg*,[240]) *Brinz*,[241]) *Regelsberger*,[242])

---

[238]) *Brütt*, Die Kunst 56, *Reichel*, Gesetz 67.

[239]) Byly vysloveny názory, že vztah obdobnosti možno přirovnati k fikcím nebo nevývratným právním domněnkám *Brütt*, Die Kunst 158, ba dokonce, že každá analogie je vlastně jen fikcí (*Kubeš*, Několik poznámek 226), protože při analogickém rozhodování se představírá něco, co vlastně není. Tento názor mohl vzniknouti jen se zřetelem k běžnému vyjadřování problému analogie: že se totiž při ní aplikuje norma analogická. Aplikace je pak ovšem možná jen, odmyslíme-li si nebo si naopak přimyslíme různé znaky tak, až mezi aplikovanou skutečností a analogickou normou bude vztah aplikaci umožňující. Musili bychom opakovati vše, co bylo řečeno a předbíhati tomu, co ještě zjistíme o povaze analogického uvažování v právu, aby byla jasná nepřesnost oné představy. Případ zákonodárné úpravy, uváděný *Dernburgem* (Pandekten 87) je čistou fikcí a vůbec ne analogií, přestože vede k myšlenkovému postupu, který odpovídá běžné představě analogické aplikace, k jakési zmechanisované analogii. Nutí-li totiž právní norma, abychom si při aplikaci normy *určité*, v ní pojmenované skutečnosti přimýšleli a jiné odmýšleli, jako to činí lex Cornelia ve věci dědictví po zajatých Římanech, aby daná právní pravidla byla na ony skutkové podstaty použitelná, jde o mechanickou operaci, jejímž právně-politickým důvodem sice patrně rozeznání obdoby bylo, při aplikaci samé však otázka obdoby nehraje vůbec žádnou roli. Nemožno proto při těchto fikcích mluviti o analogii jako typickém problému aplikačním.

[240]) Pandekten 86.

[241]) Lehrbuch 127.

[242]) Pandekten 155.

Helfert[243]) i *Wessely*,[244]) kteří ve shodě s první naší větou zde jakoukoli analogii vylučují, jako ji má *Binding*[245]) i *Zitelmann*,[246]) kteří analogii i zde za obecných předpokladů připouštějí, neboť méně stroze si vykládají výjimečnost předpisu.[247])

4 Každý nový článek v rozboru analogie v právu nás přesvědčuje, že o žádoucí intensitě vztahu obdobnosti nelze říci nic obecně platného a že o tom, je-li zde taková obdobnost, může nás přesvědčiti jen pečlivý rozbor konkretního případu. Nebudeme míti ani podnětu dělítko nějaké hledat, dokud ohledy právně-politické nás nepřivedou k názoru, že analogii by měly býti položeny meze. Především postulát právní jistoty bude působiti v tom směru. Tyto praktické ohledy vedly skutečně k tradičnímu lišení analogie *zákona* a analogie *práva*. Možno-li věřiti *Bindingovi*,[248]) *Ackermanové*[249]) a *Schemovi*,[250]) pochází toto dělení od německého kriminalisty *Grolmanna*, který žil na rozhraní 18. a 19. věku, tedy právě v době nejprudších bojů o vyloučení analogie z práva vůbec a z trestního práva zvláště.[251])

Po hořejších výkladech netřeba se zajisté dlouho zabývat důkazem, že toto dělení je do značné míry nahodilé. Nejde o různý logický princip, nýbrž o týž myšlenkový pochod, provozovaný jednou na základě zjištěného účelu *jedné* normy, po druhé širší nebo užší *skupiny* norem. Jde o různý stupeň odpoutání se od zákona, o kvantitní rozdíl východiska. Labilnost dělení vysvitne i po úvaze, že účel jedné normy bude nám zpravidla krýti norem několik, takže o analogii *legis* v přísném smyslu půjde jistě jen zcela výjimečně.

---

[243]) Sind Ausnahmen 109.

[244]) Über Auslegung 70.

[245]) Handbuch 222.

[246]) Lücken 24.

[247]) Proti obecné formulaci vztahu singularity a analogie viz též *Reichel*, Gesetz und Richterschpruch 104, *Nord*, Über Auslegung 92, *Falk*, Die Analogie 13d., který se vyhýbá tomuto omylu kasuistickým výpočtem „nepřípustných" analogií.

[248]) Handbuch 216.

[249]) Das Analogieverbot 3.

[250]) Die Analogie 3.

[251]) *Grolmann*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 117, mluví ovšem o „*tak zvané*" analogii práva, takže se zdá, jako by již před ním toto lišení bylo běžné.

Názor, že rozdíl mezi oběma druhy analogie je pouze *kvantitní*, možno považovati za převládající.[252])

Podstatný rozdíl mezi oběma druhy analogie spatřují proti tomuto převládajícímu (a dle našeho názoru správnému) názoru *Ackermannová*[253]) a *Schem*,[254]) kteří se snaží dokázati podstatnou různost východiska každého z nich: neboť duch zákona je prý více než souhrn právních předpisů. Této na první pohled hluboké větě, jež znamená povznesení se nad „bezduchý a přízemní positivismus", možno vytknouti základní chybu: sečítá dvě veličiny, aniž je převedla na společného jmenovatele. S duchem právního řádu, chceme-li zůstati při tomto mystickém označení, možno porovnávati zase jen ducha jednotlivé normy. Duch právního řádu není zjistitelný odjinud, než z ducha všech jeho norem. Zdůraznili jsme dostatečně, že i při analogii zákona jde nám, s výhradou vhodnosti tohoto označení, o „ducha" zákona. Těžko by jmenovaní autoři dokazovali mezi tímto východiskem a duchem právního řádu rozdíl kvalitativní.[255])

Po tomto rozboru obsahové stránky analogie v právu přistupujeme k druhé zásadní otázce naší problematiky, totiž k otázce po prameni právní platnosti výsledku analogie. Z obsahového rozboru si sem přinášíme poznatek, že „zpracovávat zákon analogií není motivováno jen snahou po poznání". Možno proto tvrditi, že analogie *není beze všeho dána zákonem*, nýbrž že má a musí míti zvláštní *podnět* (Veranlassung),[256]) aby byla právně relevantní.

---

[252]) *Binding*, Handbuch 217, který zdrženlivě připouští, že dělení je prakticky nikoli nepoužitelné; *Eick*, Die Analogie, 31, *Enneccerus*, Lehrbuch 114, *Dernburg*, Pandekten 86, jednotlivý zákon — celý systematický komplex právních pravidel; *Herbst*, Handbuch 37: jednotlivá norma — duch, systém celého zákona, principie, jež v něm došly uznání; *Merkel*, Analogie: jednotlivý předpis, skupina; *Roediger*, Analogie 57: jednotlivá norma — zásady, vyvozené z ducha právního řádu; *Zernik*, Begriff und Voraussetzungen 37: Einzelnes Gesetz-Komplex.

[253]) Das Analogieverbot 4 d.

[254]) Die Analogie 3.

[255]) Snad tito dva mladí němečtí právníci (data jejich spisů jsou roky 1934 a 1936) nacházejí dostatečné odůvodnění svého názoru v mystice, které propadly určité proudy dnešní německé právní vědy. Snad to také vedlo *Schema* k výroku tak ostře se rozcházejícímu s výsledkem hořejšího přehledu literatury o podstatě rozdílu, že prý ostré odlišení je *obecně* uznáváno. A to jsme ponechali ještě stranou názory, podobné *Schützovu*, Lehrbuch 48, pozn. 9, že rozdíl je, „hergebracht und unhaltbar".

[256]) *Nord*, Über Auslegung 95.

C. PRAMEN PRÁVNÍ PLATNOSTI VÝSLEDKU ANALOGIE.

1. Právní relevance výsledku analogie se mlčky předpokládá; — 2. nebo se hledá pramen relevance mimo právo; — 3. nebo se hledá *právní* zakotvení analogie: a) — v psychologické vůli zákonodárce; b) — v povyšování získaných principů na normy právní; c) — v konstrukci práva latentního. — 4. Rekapitulace normativního zdůvodnění analogie a literatura jemu blízká. — 5. Skutečný dosah rámce: a) — vyjádření principu důsledky. b) — obecná delegující norma. — 6. Věcné odůvodnění analogie uvnitř rámce. — 7. Analogie mimo rámec delegace. — Norma o analogii. — 8. Schema normy o analogii. — 9. Positivní vyjádření normy o analogii.— 10. Résumé o možnostech právního zakotvení analogie.

1 Ačkoliv se zdá býti samozřejmé, že tato otázka napadne hned, uvědomíme-li si, že analogie není formálně logickým derivátem positivní normy, přece řada autorů ji *přechází mlčením* a vstupuje se svými často velmi podrobnými výklady přímo in medias res. Z autorů, kteří zvolili toto jednoduché „řešení", ačkoli jinak se analogií obšírně zabývají, uvádíme *Enneccera*,[257]) *Janku-Kallinu*,[258]) *Ackermannovou*[259]) a *Bovensiepena*,[260]) ač v posledních dvou případech jde dokonce o monografie.

2 Jiná skupina spisovatelů si sice uvědomila, že je nutno tázati se po prameni platnosti normy, kterou získáváme postupem analogickým, jejich pojetí právního řádu jim však dovoluje odvozovati právní závaznost *z jiných pramenů, než je právní řád.* Výsledkem je pestrá směs názorů.

Ignáci *Neubauerovi*[261]) stačí zde konstatování jakési „natürliche Berechtigung". *Wach*[262]) spatřuje důvod právní platnosti analogie v „logickém principu jednotnosti důvodů", v samozřejmé platnosti řehole: Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Ukázali jsme již, že tato zásada není principem formálně-logickým a tak důvody tam pro tento názor snesené platí i pro důkaz nesprávnosti pojetí *Wachova.*

K logické nutnosti této věty se odvolává patrně i *Luden*[263]) když

[257]) Lehrbuch.
[258]) Das Österreichische Strafrecht.
[259]) Das Analogieverbot.
[260]) Analogie.
[261]) Die Analogie 282.
[262]) Legislative Technik 37.
[263]) Handbuch 148.

praví, že za nedostatku výslovného zákonného rozhodnutí „die nähmliche Entscheidung angenommen werden *muss*". *Dernburg*[264]) přisuzuje právu jako systému schopnost doplňovati se sám ze sebe a v této schopnosti, evidentně také logické, vidí pramen závaznosti analogie. Podobnou myšlenku vyjadřuje *Merkel*:[265]) Právo k analogii zakládá se v každém jednotlivém případě na stavu nouze, to jest na potřebě rozhodnutí za současné nutnosti vyloučiti soudcovu libovůli. V této striktní alternativě rozhodujeme se proti libovůli, tedy pro analogii.

Naproti tomu tvrdí *Brinz*,[266]) že analogie není odůvodněna ani právní normou,[267]) ani není nějakou logickou nutností, nýbrž je požadavkem spravedlnosti. A konečně *Brütt*[268]) nachází kořen právní platnosti analogie v teleologickém oprávnění jejího výsledku. Měli jsme již příležitost ukázati, jak blízko našemu pojetí je řešení Brüttovo, pokud jde o jeho *obsahovou* stránku. Spatřovati však v účelu též pramen *normativní* relevance analogie brání nám vědomí základních principů normativity.

3 Tušení správné podstaty problému prozrazují ti z autorů, kteří různými cestami *hledají normu, která by výsledek analogie činila právem:*

a První skupinu tvoří ti, kteří chtějí výsledek analogie propašovati do *psychologické vůle zákonodárce*. Typickým příkladem je *Rácz*.[269]) Můžeme prý předpokládat, že zákonodárce na daný případ myslil, ale nevhodně to vyjádřil. Kromě všeho, co možno proti takové psychologické konstrukci namítnouti obecně, je odmítavou i kritika s hlediska vlastního jejího účelu: každý důkaz, že empirický zákonodárce analogické řešení nechtěl nebo chtíti nemohl[270]) vedl by k vyloučení hořejší domněnky a analogie by selhala právě tam, kde je jí nejvíce potřeba.

[264]) Pandekten 86.
[265]) Analogie 79.
[266]) Lehrbuch 127.
[267]) Nicht aus einem Rechtssatz, sondern *seitwärts* desselben.
[268]) Die Kunst 155.
[269]) Ve svém referátu určeném II. mezinárodnímu sjezdu pro srovnávací pravovědu v Haagu, červenec 1937, kde cituje svůj maďarský spis: Problém užití analogie v trestním právu 1936.
[270]) Nové vynálezy.

Zdůrazněním logických prvků běžné konstrukce zákonodárcovy vůle je mínění *Schützovo*,[271]) který analogii vztahuje na případy, které zákonodárce „muthmasslich gewollt haben würde". Z jeho výkladů není jasno, kde chce spatřovati hranice této logicisované zákonodárcovy vůle a právě v této nejasnosti je nebezpečí, že by byl ochoten uznati analogii i mimo logický rozsah pojmů normy, třeba co nejextensivněji vykládaných, jenž jest jedinou normativně myslitelnou náplní „vůle zákona".

b Přicházíme ke skupině názorů, které hledají záměrně *normu* jako podklad právní relevance analogie. Na poloviční cestě zůstal *Knitschky*,[272]) jenž vidí ve věcné odůvodněnosti analogie, jak o ní byla řeč při výkladu pojmu obdobnosti — stejnou právní sílu, *jako by* (als ob) to byla norma positivního práva. *Roediger*[273]) si naproti tomu troufá odvoditi ze společného důvodu srovnávaných případů doplňující normu právní, jako to činí i H. *Mayer*[274]) a *Kohler*,[275]) přesto, že první z nich naznačuje zvláštnost takové normy tím, že mluví o normě „myšlené", druhý o společném „*vnitřním* právním zákonu".[276]) *Nord*[277]) praví sice: „Hledáme princip právní normy a z tohoto principu získáváme novou *právní* normu, která daný případ rozhoduje. Princip právní normy je důvod, na němž je vybudován". Dodává však o několik stránek dále,[278]) že „výsledek analogie není *čistě* positivní právo, nýbrž jsme zde mnohem blíže rozumovým, subjektivní cestou získaným normám".

c Příbuznou skupinu tvoří autoři, kteří k vystižení věci využívají známé konstrukce „*latentního práva*". Na přechodu k nim je *Tuhr*,[279]) jenž normu analogií získanou považuje za „ausgesprochener Bestandteil des Gesetzes", přesto, že jde o normu nepsanou. Možno sem dále zařaditi i *Wesselého*[280]) na základě tohoto jeho odůvodnění

[271]) Lehrbuch 47.
[272]) Gewohnheitsrecht 241.
[273]) Analogie 55.
[274]) Das Strafrecht 121.
[275]) Über die Interpretation 52.
[276]) Stejně *Zernik*, Begriff und Voraussetzungen 42.
[277]) Über Auslegung 70 d.
[278]) Str. 97, cit. spisu.
[279]) Der allgemeine Teil 41.
[280]) Über Auslegung 65 d.

analogie: Vychází z rovnosti toho, co není zákonem ustanoveno, s tím, co ustanoveno je, pokud jde o důsledek jediné právní zásady. Ratio legis je *vyšší* právní pravidlo, jehož důsledné provedení vyvolal zákon. Analogie spočívá na *uznání nutnosti oné vyšší zásady*.

Z ostatních uvádíme především samotného *Bindinga*, autora zmíněného učení. Mezi jeho prameny „nestanoveného práva“[281]) nalézá se také případ, kdy jsou z určité normy per analogiam vyvozovány *právní* normy příbuzné, které proto patří k nestanovenému, latentnímu právu.[282]) Takto získané normy můžeme prý beze všeho považovati za právní proto, že právní pramen v zákoně (i když onu normu neformuloval) přece *implicite* prohlásil, že uznává také ji za normu *právní*.[283])

K názoru *Bindingovu* kloní se v otázce právní relevance analogie *Finger*,[284]) *Schem*,[285]) *Zitelmann*[286]) a *Regelsberger*.[287])

Při posuzování těchto názorů nejde nám o kritiku celkového pojetí latentních norem.[288]) Není nesnadno rozeznati na výkladech o jeho podstatě, že má býti vysvětlením pramene právní platnosti těch myšlenkových pochodů, pro něž není výslovného podkladu v právních pramenech. Je to myšlenková pomůcka, která poněkud příliš pohodlně kryje věci svou normativní povahou často diametrálně se lišící. Chce býti stejně vysvětlením rekonstrukce norem, jako jejich extensivního výkladu a vyplňování delegačního rámce. Mohou být námitky proti její vhodnosti a didaktické účelnosti. K věcným výtkám není podnětu, pokud není tvrzeno, že latentní právo poukazuje *mimo oblast*, kterou jsme nazvali „rámcem delegace“.

---

[281]) Grundriss 69: Celkové schema: Latentní právo: A) vzniká právní normou, avšak ne v právní normě (durch, nicht in). Je-li tedy norma zákonem, není latentní právo vyjádřeno zákonnou formou. Případy: 1) když zákon musí být svým výkladem napravován.

2.) když určité právní normy jsou nutným důsledkem zákonů, aniž jsou formou zákona vysloveny. Do této skupiny patří jeho proslulé primární normy trestní.

3.) Případ dále v textu citovaný (analogie).

B) vzniká tehdy, je-li určitý způsob prakse zákonodárcem mlčky schvalován.

[282]) Stejně *Binding*, Handbuch 214.

[283]) *Týž*, Die Normen I, 10.

[284]) Das Strafrecht 260: právní norma, ovšem vyjádřená nikoli výslovně, nýbrž konkludentně.

[285]) Die Analogie 14: nalézání latentních právních norem.

[286]) Lücken 26: norma positivního práva, i když je nepsaná.

[287]) Pandekten 156: analogií hledáme „verborgene Entscheidungsnormen“, jež jsou normami positivního práva, byť i jen subsidiárními.

[288]) V tom směru viz na př. *Merkel*, Die Auslegung des Strafgesetzes 13, *Stránský*, Vůle poškozeného 24, *Nord*, Über Auslegung 92.

Pokud se toto netvrdí, je dána věcná příbuznost právě popsaného pojetí pramene právní relevance s názorem naším, o němž se domníváme, že vystihuje právě to, co je na problému normativně-podstatné.

4 S poukazem na podrobný rozbor právní relevance analogie v dřívějších kapitolách možno se zde právem odvážiti shrnout výsledky tam obsažené v těchto několik slov: Analogie je jednou z metod, jíž soudce vyplní rámec, který delegující norma ponechala jeho uvážení. Po nějaké metodě se soudce ohlédnouti musí, jsa si vědom, že imperium jemu svěřené není mu dáno k libovolnému využití. Analogii dá se zde pak přednost jako ceteris paribus nejvhodnějšímu prostředku k důslednému dobudování právního řádu, na jehož výstavbě se svou jurisdikcí účastní. *V normativní delegaci k této volbě je pramen právní relevance výsledku zvolené metody, tedy i analogie.*

Stejné pojetí v souvislosti s analogií jsem nalezli především u *Háchy*,[289]) dále však též u *Ephrussiové*,[290]) u *Eicka*[291]) a u *Leonharda*.[292])

[289]) Analogie 60. — *Rouček* vykládá ve své nejnovější práci „Základy právnického myšlení" 149 d., analogii jako jednu z možností své „materiální spravedlnosti rámcově-kritické", kterou obsahově vyplňujeme rámec daného práva. Jsou-li mu všechny možnosti vyplnění rámce formálně kryty „daným právem", jak o něco výše výslovně prohlašuje, a můžeme-li, jak doufáme, tento poznatek ztotožniti s naší „formální delegací" k vyplnění rámce, tedy i k analogii, konstatujeme shodu, pokud jde o normativní fundaci analogie. Analogie pak spočívá v tom, „že — není-li nařízeno jinak — rozhodneme podobně, jako je rozhodnut případ jiný". Je samozřejmé, že mezi tímto „případem jiným" a právě rozhodovaným musí býti podobnost a *Rouček* ji správně nalézá ve společném účelu obou. Psychologický zákon „exspectatio similium", vyzdvižený *Roučkem* jako materiální kořen analogie, nepovažujeme za vystižení podstaty problému. V tom směru poukazujeme k příslušným místům našich výkladů. — Hledíce k podrobnostem máme pochybnosti, že by algebraická rovnice *Roučkova:* (a+b) : n = (a+c) : x vystihovala právě to, co je na analogii specifického. Z nedostatku bližšího vysvětlení autorova musíme se domnívati, že (a + b) a (a + c) jsou dvě analogické (konkretní) skutkové podstaty se společným „a" a s růzností, pokud jde o „b" a „c", „n" že jest norma positivního práva a „x" norma, kterou analogií hledáme. Význam, který přikládá *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft 640, jednotlivým členům své rovnice: (a + b) : f = (a + c) : x, nás v tomto názoru utvrzuje, přesto že *Rouček* se ho výslovně nedovolává. Rovnice pak v každé ze svých polovin vyjadřuje poměr mezi konkretní skutkovou podstatou a normou. Říká nám tedy jen, že normě „n" lze skutkovou podstatu (a + b) podřaditi zrovna tak, jako skutkovou podstatu (a + c) normě x. Typického vztahu analogie se toto vyjádření vůbec nedotýká. *Stammler* chce svou před chvílí citovanou definicí pouze vyjádřiti, že x = f (*Roučkovo* „n") jen když „a" je tak podstatnou částí skutkové podstaty, že odlišné znaky „b" a „c" možno zanedbati. Místo hledané normy „x" můžeme totiž dosaditi positivní normu „f" jen tehdy, přesvědčí-li nás myšlenkový pochod analogie, že (a + b) = (a + c).

[290]) Interpretation 141, přes její samorostlé pojetí pramene relevance jednotlivých stupňů norem, sestrojené patrně s ohledem na problém t. zv. právní moci.

[291]) Die Analogie 33 d. Jeho konstrukce t. zv. de facto analogie je reakcí na chyby prakse a není problémem teoretickým.

[292]) Auslegung 24. — Nedostatek bližšího výkladu brání posouzení, jak myslí *Grolmann*, Grundsätze 115 svou větu: všechno, co je zákonem nebo má zákonnou sílu, je pramenem.

O analogii jako metodě volné úvahy mluví jasně *Kudler*.[293]) Správný je také závěr *Stampeho*:[294]) Analogie se liší od ostatních metod volné úvahy jen tím, že při ní uvažující soudce dochází k přesvědčení o její vhodnosti k docílení „co nejjednoduššího organického vývoje právního řádu", což ho vede k přiznávání těchže právních následků obdobným skutkovým podstatám. O právní relevanci těchto výroků platí ovšem totéž, co v ostatních případech. „Dojde-li tedy k zevšeobecnění zákonem vyjádřené skutkové podstaty, tedy k přeměně jednotlivého případu v princip, nevěděl bych, kde by měl takto získaný princip nabrati sílu zákonnou,[295]) než právě v obecném zmocnění delegující normy."

5 Znovu a znovu opakovaná věta, že *analogie je svou vlastní logickou silou myslitelná jen v rámci delegátovi ponechaném*, od níž se nelze odchýliti, chceme-li mluviti o aplikaci *správné*,[296]) bývá *nejčastěji napadána pro nepochopení, co tímto rámcem jest*. Nejde o bezduchou aplikaci a vítáme sebe odvážnější metodu pro zjištění tohoto rámce. O jeho obecné podstatě a o zásadách jeho zjišťování bylo již řečeno dosti. Jen několik poznámek ještě dodáme, než tuto část svých výkladů uzavřeme.

a V provedeném rozboru názorů o normativním základu analogie jsme měli opětovně příležitost obraceti se proti obecné platnosti věty, že normováním jednoho důsledku zásady chtěl zákonodárce vyjádřiti zásadu celou. Tyto námitky byly oprávněné, pokud právě šlo o *obecný* předpoklad takové zákonodárcovy vůle. Je věcí *výkladu*, aby zjistil dosah každé normy a výklad nás může někdy přesvědčiti, že normování důsledku zvolil zákonodárce za legislativně-technickou formu vyjádření celé příslušné zásady. V části o výkladu bylo načrtnuto, jakými cestami možno odkrýti pravý „smysl" zákona pod nánosem legislativní techniky. Typickým příkladem takové

Sem tedy patří jednotlivé zákony „nebst ihrer Analogie, d. h. dem, was aus dem Geist nicht aus den Worten derselben fliesst". Uznává-li tím logickou hranici delegace, je toto vyjádření bezvadné.

[293]) Na citovaném již místě, 483.

[294]) Rechtsfindung 715.

[295]) *Stampe*, tamtéž, 715.

[296]) Viz *Hácha*, Analogie 60.

úpravy je vyjádření normy *příkladným výpočtem* některých složek jejího logického rozsahu.

Někteří autoři rozeznávají správně, že jde o výklad.[297]) Důsledkem tohoto rozeznání pak musí býti, že aplikace takto zjištěné normy je její normální aplikací a nikoli analogií. Jde právě o *aplikaci obecnější normy, naznačeným způsobem interpretací získané* a je zbytečné volati zde po pravotvorné analogii.[298])

Za některými formulacemi lze tušiti správnou představu autorovu. Tak *Zernik*[299]) sice říká, že sankce principu leží v uznání jednotlivého jeho důsledku zákonem. Tuto větu však hned omezuje: jen pokud nás zákon sám, resp. jeho vnitřní souvislost s právním celkem k onomu principu vede. Ohled na „zákon sám" a jeho „souvislosti" je přece typickým postupem interpretačním. Vede-li nás tedy *interpretace* k principu, není ovšem námitek proti jeho aplikaci. Uznáváme s *Wesselym*,[300]) že pro právní relevanci normy je nerozhodné, byla-li v prameni vyjádřena výslovně nebo ne, neboť pro soudce je směrodatný *smysl*, nikoli *slova* zákona. I kde není výslovného ustanovení, musíme se pak považovati za oprávněny to, co zákonodárce vyslovil pro určitý případ jako důsledek vyššího principu, užíti i na případ v zákoně pominutý." Předpokladem ovšem zůstává, že interpretací jsme jednotlivou formulaci jako výraz nadřaděného principu skutečně rozeznali. Souhlasí-li *Wessely* s tímto předpokladem (z jeho výkladů to nelze bezpečně zjistiti), přijímáme i jeho citovaný výměr.

Jsme-li si vědomi pravé podstaty věci, nebrání nám nic prohlásiti onu obecnější formu pro její snad nepříliš vhodné legislativně-technické vyjádření normou *latentní*. Vyskytují se však též případy, že zákon z důvodů, jež nás zde blíže nezajímají, obsahuje výslovnou

[297]) Tak *H. Mayer*, Das Strafrecht, 121: „Kde myšlenka je slovy zákona, třeba nedokonale, vyjádřena, a argumentum a contrario by bylo protismyslné, *vede ještě* výklad k cíli".

[298]) Tak činí na př. *Finger*, Das Strafrecht 260: Interpretací zákona zjistíme, že zákonodárce úpravou speciální skutkové podstaty chtěl uznati princip, jehož výronem je ona úprava. Jestliže pak užíváme principu při posouzení dané skutečnosti, je zákona používáno analogicky. Stejně *Sabatini*, Principii di Scienza del Diritto penale 194: Zákon nevyjádří někdy zásadu obecně, nýbrž určitou konkretní situací. „L'interpretazione analogica scopre il principio generale non negato, ma tacitamente accolto dal legislatore e lo applica al caso concreto che a tal principio è informato."

[299]) Begriff und Voraussetzungen 42.

[300]) Über Auslegung 65.

obecnější normu a nadto jednu z jejích konsekvencí, kterou při této příležitosti zpravidla podrobněji rozvádí. Vyskytne-li se za této situace případ, jenž jest sice kryt obecnější normou, s onou konsekvencí však vykazuje jen podobnost, rozhodneme zajisté i tento případ obdobně. Jenže opět nejde o pravotvornou analogii mimo oblast normy, nýbrž o prostou aplikaci oné obecnější normy. V rámci jí blíže neupraveném sáhneme po analogii s normou příbuznou podle zásad, které jsme seznali při problému volné úvahy.[301])

b V moderních právních systémech nacházíme zpravidla různě vyjádřený princip, že soudce nesmí za žádných okolností odepříti rozhodnutí případů jemu předložených, a to ani vůbec, ani s poukazem na to, že zákony nedávají jasného řešení. Je to — ve spojitosti se soudcovskou nezávislostí — stěžejní zásada právní jistoty. Normativně jde o obecnou delegující normu, zavazující soudce, ale dávající mu současně i právo rozhodnouti všechny myslitelné právní otázky, bez ohledu na to, jsou-li v zákoně výslovně řešeny nebo ne. Nutným důsledkem jednak takového obecného zmocnění, jednak okolnosti, že ne všechny situace jsou v zákoně řešeny výslovně, je volnost soudce v těchto případech.[302]) V tom smyslu máme co činiti *s obecnou delegační normou*, jejíž obsah je stanoven negativně: Zahrnuje totiž všechny případy, které *nejsou* v zákoně řešeny výslovně. Analogie provozovaná v tomto, až k neviditelnosti (jak svědčí tradiční literatura) širokém rámci, je zase jen *metodou volné úvahy, čerpající svou normativní závaznost z delegující normy a ne ze samotné logické, účelové nebo jakékoli jiné „vnitřní" oprávněnosti svého výsledku.*

Ponecháváme shovívavé kritice posudek, pokud se nám podařilo vystihnouti, co všechno možno zahrnouti pod delegační rámec. Srovnáním s vylíčenými pokusy o nalezení normativního odůvodnění analogie zjistíme snadno, v jak veliké většině byla sledována stopa nesprávná, jak však opět většinou za tou kterou formulací prosvítalo správné pojetí problému. Právě vylíčené případy ukazují, že delegaci normou možno nalézti tam, kde již dávno je tradičně předpokládán

[301]) K tomu viz *Merkel*, Die Auslegung 85: Co se nedá subsumovati pod nejbližší předpisy speciální, to nepadne proto ještě do prázdna, nýbrž spadá zpravidla pod obecnější normy, jež nejsou pro soudce méně závazné než ustanovení speciálnější.

[302]) *Sedláček*, Všeobecné nauky č. 432, *Kubeš*, Několik poznámek 223d.

prostor „práva prostý“. Tento poznatek nemění však ničeho na platnosti principu, že *mimo* tento rámec je jakákoli aplikace vyloučena, poněvadž právě jde *o princip logický*, neovlivnitelný žádnou situací empirického právního řádu. Seznání skutečného rozsahu aplikace činí uplatnění toho principu snad jen „méně bolestným“.

6 Pro *věcné* odůvodnění analogie *uvnitř tohoto rámce* možno přijmouti všechny názory, které o povaze vztahu obdobnosti v právu byly vysloveny, s výhradami ovšem, které proti některým těmto názorům byly na příslušném místě učiněny právě z *důvodů věcných*.

Jako je požadavkem jednotné logické stavby, právního řádu, aby za téže situace nepřipouštěl rozhodnutí různá, poněvadž to nechápe náš rozum[303]) zosobnění logiky, tak neshledáváme důvodů, abychom odlišně řešili dva případy, u nichž obou jsme shledali stejný účel, pokud nás ovšem zákonná delegace k tomuto hodnocení účelů a hledání prostředků zmocňuje. V rámci volné úvahy, tedy tam, kde přestává možnost hodnocení normativního, zachraňuje nás před libovůlí jen pojímání jurisdikce jako činnosti, nesené určitým *účelem*. Velmi názorné přirovnání této situace k úkolu užité matematiky přináší *Sedláček*:[304]) Interpretace určuje nám meze aplikace, ale delegát ze všech možností, obsažených v mezích delegace, musí voliti jen jednu jedinou. Jeho postavení je podobné inženýru, jenž dospěje k mnohoznačnému řešení matematickému: Na př. výsledek propočtu je celé číslo mezi 10 a 70 a inženýr musí voliti jen jedno číslo za východisko své konstrukce. Znovu opakujeme, že nejde o nějaký účel subjektivní, nýbrž o *důsledné provedení účelu, jejž spatřujeme za zákonem, o účel zákonu imanentní*.[305])

Jako tedy v řádu přírody považujeme za axiom, že ze stejných příčin vzcházejí stejné následky, tak žádáme po zákonu, aby pro *podstatně* stejné skutkové podstaty nařizoval stejné právní následky.[306]) Zde je pramen věcné odůvodněnosti této domněnky, jak o ní mluví *Milota*,[307]) ona je základem tvrzeného „zájmu zákonodárce se stejnými

[303]) *Kallab*, Positivní právo 242.

[304]) Všeobecné nauky č. 428.

[305]) *Brütt*, Die Kunst 56.

[306]) *Tuhr*, Der allgemeine Teil 41.

[307]) Výklad a analogie 69.

případy stejně zacházeti".[308]) *Bude proto prvním krokem volné úvahy pokus o analogické řešení.*[309])

7 Je jediná normativně schůdná cesta, jak *překročiti rámec, zjištěný interpretací positivní normy*: Vytvořiti totiž normu, která by logický dosah právního řádu v příslušném směru rozšiřovala, tedy cesta zákonodárná. Jde-li nám o relevanci vztahu analogie mimo rámec positivních norem, musíme jíti jedině tudy.[310])

I tuto cestu právní relevance analogie budeme nyní sledovati. Po všem tom, co bylo řečeno, není snad třeba blíže odůvodňovati, proč tyto výklady zde umisťujeme jaksi „mimo systém". Právní relevance této „analogie" je mimo diskusi. Zde nenarážíme ani na tvrzení o nějaké „samostatné normativní síle analogie", neboť typický vztah dvou pojmů, který tvoří její *materiální* stránku, vztah obdobnosti, je degradován na obsahový znak positivní normy.

Z libovolnosti obsahu právních norem plyne, že není zásadních důvodů proti připuštění positivní normy kde znakem skutkové podstaty by byla *podobnost* se skutkovou podstatou normy jiné. Nezajímá nás zde, zda je účelné, aby normy s takovým obsahovým znakem byly tvořeny a poukazujeme jen k odstavci o mezerách v právu, abychom ukázali, že a z jakých důvodů se přímo po tom volá, aby byl „zpružněn" právní řád a vyplněny jeho mezery.

Rozpor mezi tvrzením přípustnosti takové normy a větou, že není možno, aby skutková podstata normy byla aplikována na skutečnosti jen obdobné, je pouze zdánlivý. Klam je způsoben běžnou představou, že při analogii jde o aplikaci normy, jejíž skutkové podstatě je hodnocená skutečnost podobná. Tento způsob vyjádření je sice stručný, není však přesný,[311]) protože nejen nevystihuje pravou podstatu problému, nýbrž naopak je schopen svésti na scestí toho, kdo by z jeho znění usuzoval o podstatě analogie v právu.

---

[308]) *Schem*, Analogie 12.

[309]) Srovnej k tomu *Wundt*, Logik 88, jenž ovšem k projednávané schopnosti analogie dochází v jiné souvislosti.

[310]) Pak by analogie byla skutečně součástí hmotného práva, obsahovým znakem normy, jak říká *Helfert*, Sind Ausnahmen 105. Viz k tomu i *Falk*, Die Analogie 15: obsah analogicky získané normy není sám sebou positivním právem. Pak by alespoň formální norma, že analogické normy mají býti positivními, musila být sama positivní.

[311]) *Hácha*, Analogie 60.

Při analogii takto právně fundované narážíme na různý druh norem, jichž poměr k výsledku si nutno dobře uvědomiti.

Je to především norma, jež má ve své podmiňující skutkové podstatě obsahový znak „obdobnosti". Poněvadž je to ona, která zde vztahu analogie (jako kterémukoli jinému obsahovému znaku) propůjčuje právní relevanci, nazveme ji *normou o analogii*. Pak vystupuje zde norma, vzhledem k níž obdobnost hledáme, zjišťujíce tak řečený znak skutkové podstaty, aplikujíce normu o analogii. Tuto normu budeme zváti *normou analogickou*. Je zřejmé, že norma analogická není při aplikaci normy o analogii používána ve své funkci normy, nýbrž jako věta, líčící a vypočítávající určité právní důsledky. To, co z této věty dělá měřítko právně významné, nepřináší si analogická norma s sebou, nýbrž právní relevance se do ní nalévá jako do prázdné nádoby z normy o analogii.

8 Schema normy o analogii vypadá asi takto: Je-li skutečnost „α" obdobná skutkové podstatě některé právní normy výslovné, má býti X.

Hledíme-li na podobnost jako na obsahový znak této normy, jehož právně-politický význam je nám zcela lhostejný, můžeme připustiti libovolnou úpravu tohoto schematu.

1. Tak můžeme připustiti beze všeho, aby podobnost skutečnosti „α" se skutkovou podstatou určité normy měla význam, i když je v právním řádu norma, která má přímo ono „α" ve své skutkové podstatě. (Na př. Je-li „α", má býti Y.) Obě normy: „Je-li ‚α' podobné A, má býti Y" i „Je-li ‚α', má býti Y" jsou v témže právním řádu velmi dobře vedle sebe myslitelny, pokud ovšem by zvláštní poměr podmíněných skutkových podstat X a Y současnou platnost obou nevylučoval (zejména kdyby oba byly v poměru kontradikce), jako „a'" ‚non-a'". Z právně politického rozboru problému analogie přineseme si však požadavek její *subsidiárnosti*. Analogie se má uplatniti teprve tehdy, když skutečnost nelze podřaditi pod žádnou skutkovou podstatu právního řádu.

2. Obdobnost právně relevantní může býti libovolně omezena tím, že různě stanovíme okruh norem, vzhledem k nimž je podobnost dané skutečnosti právně významná. Může to býti buď kterákoli nebo jen

určitá jediná norma právního řádu. Právně politický účel nás však v tom směru poučí, že analogie je způsobilá k cíli, k němuž ji právní politika určuje, jen vztahuje-li se na obdobnost ne-li se všemi, tož aspoň s větším počtem norem právního řádu. Jen tak se může pružně přimykati ke skutečnostem, výslovným ustanovením normy nezachyceným.

3. Lhostejnou zůstává v obecném schematu též povaha a obsah podmíněné skutkové podstaty-X. Bude to zase právně-politický význam normy o analogii, který nás přivede k tomu, abychom též podmíněnou skutkovou podstatu normy o analogii vyjádřili určitým vztahem k podmíněné skutkové podstatě normy analogické. Formálně posuzováno, získáváme tímto řešením výhodu, že se nám obsah podmíněné skutkové podstaty řeší pro každý případ automaticky. Splnění právně-politického postulátu, který nás vedl k využití vlastností vztahu obdobnosti pomocí normy o analogii žádá, aby podmíněná skutková podstata normy o analogii byla stejná s podmíněnou podstatou normy analogické.

Z dosavadních výkladů snad vzniká dojem, že *obecné* schema normy o analogii *libovolně* modifikujeme poukazem k jakýmsi požadavkům právně-politickým. Tyto modifikace však jsou oprávněné. Nejde nám o *jakékoli* užití obsahového znaku „obdobnosti" ve skutkové podstatě právní normy, jak jsme zatím tvrdili, pokud nám šlo jen o to, obecně odůvodniti možnost normy o analogii. Jde nám však též o vystižení podstaty toho, čemu říkáme *analogie v typickém smyslu slova*. Obsah toho nalezneme v právní politice a s pojmem takto získaným přistupujeme k právnímu řádu sledujíce, pokud a jakým způsobem je v něm uskutečněn. Je v tom zrovna tolik libovůle, kolik jí nalézáme při tvoření každého pojmu, poněvadž v něm slučujeme jistý shluk znaků, mezi nimiž ty či ony převládají. S hlediska těchto úvah pak musí býti obecné schema normy o analogii modifikováno právě ve směrech, jichž jsme se v předchozích odstavcích dotkli. Jsme tak nuceni k modifikacím ve všech částech schematu. Musí být vzat ohled na subsidiaritu, na obecnou platnost a na žádoucí vztah obou podmíněných skutkových podstat. Tak docházíme k výsledku:

„Kdykoli mezi skutečností, jíž nelze podřaditi žádné skutkové podstatě právní (subsidiarita), a mezi skutkovou podstatou kterékoli (obecná platnost) právní normy je shledána obdobnost, budiž podmí-

něná skutková podstata této (analogické) normy převzata jako právní následek též oné skutečnosti."

Dejme tomu, že k normám právního řádu o podmíněných skutkových podstatách A až Z přistoupí ještě norma, odpovídající schematu, k němuž jsme právě došli: norma o analogii. Vyskytne-li se *nyní* skutečnost „α", není úloha aplikujícího orgánu skončena konstatováním, že ona skutečnost neodpovídá žádné ze skutkových podstat A—Z. Zbývá k aplikaci ona nově přibylá norma. Zjistíme, dejme tomu, že skutečnost „α" je obdobná skutkové podstatě normy A. Je tedy naplněna skutková podstata normy o analogii, která právě na zjištění takového vztahu váže právní následky. Tyto právní následky jsou vyjádřeny v podmíněné skutkové podstatě této normy poukazem k podmíněné skutkové podstatě normy analogické. Má tedy také po „α" následovat to, co právní řád stanoví pro A jako právní následek. Můžeme beze všeho říci, že právní řád klade takto „α" na roveň A, což je velmi blízké běžné představě, že tato právní rovnocennost obou skutkových podstat se zakládá na soběstačné působnosti vztahu obdobnosti mezi oběma a je tak pramenem mylných konstrukcí, s nimiž jsme se seznámili výše. Docházíme sice i my analogií k úsudku: „Je-li ‚α', má býti X." Tento úsudek je však výsledkem aplikace normy *o analogii*, nikoli normy analogické, jak tvrdí panující nauka, majíc na své straně běžné způsoby vyjadřování problému analogie.

9 Přes svou legislativně-technickou svéráznost neliší se norma o analogii co do své normativní povahy a ovšem ani co do způsobu své interpretace a aplikace od norem ostatních. Praktické obtíže nesmějí másti. Proto normu o analogii musíme jako každou jinou především z pramenů rekonstruovati, pak ji vyložit a stanovit tím meze delegaci.

Pokud jde o formu, v níž se norma o analogii *v právních řádech vyskytuje*, jsou možnosti velmi různé. Snad nikde nenalezneme normu o analogii v čisté formě. To je ostatně pravidlem při každé normě. Zde však musíme býti připraveni na obzvláštní obtíže rekonstrukce. Důvodem toho je zejména, že positivní zákonodárství nejsou jednotna v tom, zda nutno analogii dovolovat, či zda a v jakém rozsahu se rozumí sama sebou, a stačí tudíž ji zakázati tam, kde nechceme, aby jí bylo užíváno. Tyto obtíže nutno tedy při hledání normy o analogii překonati.

Cestou k cíli bude často úvaha, která jiného vedla k dovozování analogie z „povahy věci", z „podstaty právního řádu" a z „jeho vlastního úkolu ve společnosti lidské". Bude tomu tak zvláště tam, kdy některá positivní ustanovení si nemůžeme vyložiti jinak, než předpokládáme-li normu o analogii v dotyčném právním řádu. „Mnohé z nejdůležitějších norem platí jako normy právní, aniž byly psány. Platí jako samozřejmé".[312]) Tento předpoklad je podepřen zejména per argumentum a contrario *zákazem* analogie v určité oblasti dotyčného právního řádu. I takový způsob vyjádření zmocnění k analogii nám dostačí, neboť vlastním „smyslem" mlčení zákonodárce je jeho přesvědčení, že se analogie rozumí sama sebou.

Typickým příkladem je známý spor před vydáním německého občanského zákoníka, má-li býti do něho pojat paragraf, odpovídající našemu § 7 o. z. o. O povaze a rozsahu soudcova imperia byli všichni zajedno. Šlo tedy jen o to, zda k němu soudce potřebuje výslovného zmocnění, či zda toho potřebí není. Ono ustanovení nakonec do zákona pojato nebylo, aniž někdo pochyboval, že se tím nic nezměnilo na rozsahu soudcovy volnosti.[313])

Obdobnost jako obsahový znak normy o analogii je problémem *interpretačním*. Provedeme si proto výklad typické normy o analogii. Zvolíme k tomu účelu první část § 7 československého občanského zákoníka. Nikoli jen proto, že je nejblíže, nýbrž především z toho důvodu, že jde o případ skutečně typický.[314])

Československý zákoník občanský má ustanovení o výkladu zákonů ve svém § 6. Jen výsledku takové interpretace může soudce použíti pro hodnocení jemu přednášených skutečností, pro své rozhodování. Nelze-li však případ rozhodnouti ani podle slov (interpretace gramatická), ani podle přirozeného smyslu zákona (interpretace lo-

[312]) *Zitelmann*, Lücken.

[313]) Viz o tom *Michaëlis*, Die Emanzipation 397. Také *Nord*, Über Auslegung 74d., prohlašuje takové ustanovení za zbytečné. *Falk*, Die Analogie 51 poznamenává, že formální odůvodnění analogie přenecháno vědě a praxi, už vzhledem na obtížnost vhodného vyjádření. — Stejný spor vyvolala osnova čs. občanského zákoníka, v němž *Sedláček*, Československý občanský zákoník 90d. a *Kubeš*, Několik poznámek 227d. *Týč*, Nemožnost plnění I, 249, jsou přesvědčenými zastánci nutnosti takového ustanovení.

[314]) Podobný význam má známý § 1 švýcarského civilního zákoníka z 10. prosince 1907, jenž měl předchůdce v některých kantonálních zákonech. (O tom *Egger*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch 120.) a jenž zní: Nemůže-li býti ze zákona vyvozeno žádné rozhodnutí, má soudce rozhodnouti dle práva zvykového a kde i to chybí, podle pravidla, které by vytvořil jako zákonodárce. Rakouskému § 7 o. z. o. zcela obdobným je ustanovení čl. 3 odst. 2 úvodních ustanovení k civilnímu zákoníku italskému z roku 1865.

gická), „musí se hleděti na podobné případy, v zákonech určitě rozhodnuté". To je typická formulace analogie zákona (viz o ní dále). Nestačí-li ani ta pro rozhodnutí případu, „nutno hleděti na důvody jiných, s tím příbuzných zákonů". Tak ustanovuje o analogii proslulý § 7 o. z. o. ve své první části.

Všimněme si nejprve formulace této normy o analogii, neboť tou reprodukovaná část § 7 skutečně je, ovšem s výhradou vlivu druhé části tohoto paragrafu na význam této věty, jak o tom dále bude promluveno. Nejlépe, srovnáme-li ji se schematem takové normy, jak jsme je vypracovali v předchozích výkladech: „Kdykoli mezi skutečností, jíž nelze podřaditi žádné skutkové podstatě právní a mezi skutkovou podstatou (libovolné) právní normy shledána je obdoba, budiž podmíněná skutková podstata této (analogické) normy převzata jako právní následek oné skutečnosti."

Požadavek § 7, aby nebylo lze případ rozhodnouti podle interpretací získaného obsahu žádné z positivních norem, kryje se s předpokladem schematu, že danou skutečnost nelze podřaditi pod žádnou ze skutkových podstat platného práva. Také norma o analogii, vyjádřená v § 7 o. z. o., zachovává tedy *subsidiaritu* použití analogie. Také podle § 7 o. z. o. může býti jakožto normy analogické použito *kterékoli* normy positivní („případy v *zákoně* určitě rozhodnuté"), jen když mezi danou skutečností a skutkovou podstatou takové normy shledáme podobnost. Při tomto hledání je přípustné, ba doporučitelné, konstruovati si místo celé (často zcela obecné) skutkové podstaty jeden „případ" našemu nejbližší, a analogické normě nesporně podřaditelný. Touto cestou se pak dostáváme k hledání podobnosti s případy, v zákoně určitě rozhodnutými, jak to vyjadřuje § 7. Mlčky jako samozřejmost splňuje se zde i poslední předpoklad našeho schematu: že totiž podmíněná skutková podstata nové normy bude vzata z normy analogické.

Dosah normy o analogii je v nepřímém poměru s volností, kterou právní řád ponechává své aplikaci. To plyne ze subsidiarity normy o analogii. Její praktický význam bude tím menší, čím volnější rámec je ponechán soudcově úvaze a její význam jakožto positivní normy uhasíná docela tam, kde najdeme obecnou normu, přenechávající soudcovu volnému uvážení všechny případy, pro něž cestou aplikace ostatních (výslovných) positivních norem nelze nalézti řešení, ovšem

za předpokladu, že soudce je povinen za všech okolností zodpovědět otázku „quid juris".

Další část citovaného § 7 o. z. o. nejen tento předpoklad pro obor naší jurisdikce potvrzuje,[315]) nýbrž obsahuje i zmíněnou normu delegující k volné úvaze, naskytne-li se případ, jejž nelze subsumovati pod některou výslovně stanovenou normu. V rámci této volné úvahy použil by soudce zajisté především analogie, protože na svou volnost nehledí jako na libovůli. Z této eticko-sociální povinnosti, jak jsme ji definovali při obecných výkladech problému volné úvahy, činí však norma o analogii, kterou jsme nalezli ve větě první téhož paragrafu, povinnost *právní*. Považujeme za nutné trvati na této teoretické subtilitě, ač jsme si vědomi, že praktický výsledek aplikace tím nebude nikterak dotčen, neboť právní norma tu jen petrifikuje myšlenkový postup, k němuž vede i obecná problematika volné úvahy.[316])

10 Tím je normativní rozbor analogie proveden. Opakujeme stručně: Co do normologické její závaznosti musí pro ni platiti totéž, co platí pro normy bez rozdílu. Musí být zakotvena v právním řádu, z něj vyvozovati svou právní relevanci. Toto zachycení nalezli jsme *jednak v normě o analogii*, delegující k vytvoření normy, jíž analogická skutečnost může býti podřaděna, *jednak ve volnosti*, kterou delegující norma ponechává pro aplikaci.

Porovnávajíce oba tyto kořeny normativní významnosti vztahu analogie můžeme pak říci: Čím širší rámec ponechávají normy moderních právních řádů bez podrobných předpisů soudcovu uvážení a čím více si moderní jurisprudence uvědomuje svou volnost uvnitř tohoto rámce, tím méně naléhavým je volání po „analogické aplikaci". *Uvnitř* delegačního rámce má delegát plnou volnost, a tím i možnost užíti po případě i analogie.

Kde však chceme — třeba pod dojmem podobnosti dvou skutkových — podstat *překročiti tyto meze*, musíme hledati *normu* nás k tomu zmocňující, *normu o analogii*. Ona dává dotud normativně lhostejnému vztahu analogie právní význam, tvořic jej kusem své skutkové podstaty. Že také při aplikaci normy o analogii překračujeme delegační rámec, je klamem, způsobeným brachylogickým vyjádřením myšlen-

[315]) Viz *Kubeš*, Několik poznámek 223, 227.
[316]) K tomu názor *Kubešův*, Několik poznámek 226.

kového postupu při tvorbě normy per analogiam: Neaplikujeme analogickou normu, jen její materiál dosazujeme do normy o analogii. Tuto normu pak aplikujeme, zůstávajíce při tom v mezích její delegace.

D. ZÁKAZ ANALOGIE.

Vyčerpávající obecný rozbor analogie, jak co do její věcné podstaty, tak co do pramene její právní relevance nese své ovoce v tom, jak jednoduše se pak zařaďují jednotlivé dílčí problémy, které se řeší takřka samy. Teoretická stránka toho, co je běžně nazýváno *zákazem analogie*, projeví se nám proto také velmi snadno. *Zákaz* analogie má naznačiti, že v jeho oblasti je analogie vyloučena, ačkoli jinak by připuštěna byla.

Jako jsme nalezli dva myslitelné kořeny analogie v právu, jako metodu volné úvahy a jako výsledek aplikace normy o analogii, musí účinný zákaz její vždy směřovati k jednomu či k druhému nebo konečně k oběma těmto kořenům. Při omezení skutkové podstaty normy o analogii je situace jednoduchá. Suspensí normy o analogii vysychá tento pramen analogie. Nějaký normativní zásah do oblasti volné úvahy je naproti tomu nemyslitelný, neboť „volnou" jsme soudcovu úvahu nazvali právě pro nedostatek positivního řešení. Analogie jako metoda takovéto volné úvahy je positivní normou postižitelná jen nepřímo: Totiž zúžením rámce, ponechaného delegující normou této volné úvaze. Tento rámec zjišťujeme složitou myšlenkovou operací, kterou souborně zveme výkladem. Výklad nezakládá své závěry výhradně na běžném významu slov v zákoně použitých, nýbrž na vzájemném porovnání norem celého právního řádu, na nějž hledí jako na stavbu logicky jednotnou. Na této cestě vykoná svůj vliv positivní předpis, vyslovující jasně tendenci zákona, aby co nejmenší prostora zůstávala vyhrazena soudcovu volnému rozhodování. Přirozeným důsledkem takového zúžení soudcova imperia bude i omezení resp. až úplné vyloučení analogie, jež byla jeho metodou.

Zákazem analogie v technickém smyslu vyjadřuje se, jak jsme již řekli, vyloučení analogie z oblasti, kde by bez takového zásahu positivního práva byla „dovolena". Nebudeme proto tento výraz vztaho-

vati na případy, kdy analogie z *vnitřních svých důvodů* není možná.[317]) Máme-li na zřeteli nedotknutelnost volné sféry, která je volná ne a priori, nýbrž právě toto, že je právem nedotčena, musíme přisvědčiti na příklad *Gutherzovi*,[318]) že nějaký zásah v této sféře je nesmyslný a neúčinný, myslíme-li však na analogii *mimo* delegační rámec, jeví se její zákaz naopak zbytečným, neboť stačí pouhé nezmocnění k analogii, aby byla vyloučena.[319]) Teprve odhalení teoretického základu umožňuje nám srovnati takové svou *formulací* diametrálně se lišící názory o zákazu analogie a rozpoznati, že se *svého* hlediska mají oba své opodstatnění.

[317]) *Binding*, Handbuch 218 a *Brinz*, Lehrbuch 127, vztahují sem naproti tomu i každé argumentum a contrario analogii vylučující.

[318]) Studien II, 48.

[319]) *Merkel*, Analogie 81, *Schütze*, Lehrbuch 48, pozn. 8.

VI.

ANALOGIE V TRESTNÍM PRÁVU.

A. OBECNÝ ÚVOD.

1. Kriterion trestního práva. — 2. Odůvodnění systematiky práce. — 3. Důvod „zvláštnosti" trestního práva. — 4. Princip zákonitosti trestu. — Jeho positivní základ. — 5. Zásada „in dubio mitius". Důvod a dosah. — 6. Zákaz analogie jako důsledek požadavku zákonitosti.

1 Trestní právo je právě onou oblastí, kde otázka zákazu analogie byla probírána s takovou vehemencí, že se stala přímo politickým heslem, jedním ze základních článků politického „creda". Disciplina trestního práva je věcí třídění norem podle *obsahu*, věcí vědecké, didaktické, administrativní účelnosti, věcí technickou. Myšlenka odplatného trestu, kriterion trestního práva, je taktéž pouze obsahovým znakem.[320])

Není tedy název této kapitoly potud přesný, pokud se zdá slibovati, že podá výklad o něčem zcela novém, co nazýváme analogií v *trestním* právu. Co platí o analogii v právu vůbec, musí pro ni platit i v jednom z právních oborů, v právu trestním.

V kriteriu, kterým se trestní právo od ostatních právních oborů odlišuje, nenalezneme vůbec podkladu pro závěr, že by se toto dělení sebe méně dotýkalo normativní struktury trestního práva. Je-li rozlišení jen věcí *obsahu* norem, nechává nedotčenou jejich *formu*, v níž přece právě spočívá podstata normy.

2 Proto jsme také neshledali důvodů omezovati výklady o analogii v systému právnického myšlení na jeden jeho obor, i když tento

---

[320]) *Kallab*, Předmět a metody kriminologie, 447. Technický charakter systematické skupiny trestního práva vyjadřuje s hlediska státní administrativy i *Kohler*, Moderne Rechtsprobleme, 51. Je nutné odlišiti trestní právo od jiných zařízení státních. Historie ukazuje, že čistotné rozlišování jednotlivých druhů státních činností stejně odpovídá pokroku, jako svého času provedené odlišení civilního procesu od trestního, rozhodčího soudnictví od soudů státních a právních věd od věd morálních. Jen tak uspokojíme všechny ty státní úkoly, postihneme-li smysl a ducha každého z nich a rozvineme-li jeho techniku způsobem jemu odpovídajícím.

obor, trestní právo, se má státi polem aplikace dosažených výsledků. Neúměrnost vnější, jejíž dojem vznikne snad porovnáním rozsahu obecných výkladů s rozsahem rozboru s hlediska trestního práva, je proto jen zdánlivá. Dala by se hladce napraviti tím, že vše, co bylo řečeno o analogii v právu vůbec, by se postavilo pod titul práva trestního. I taková systematika by odpovídala skutečnosti, jenže by svými rubrikami klamala o skutečném dosahu problému. Proto jsme po způsobu matematiky vyloučili a před závorku, obsahující součet zvláštností jednotlivých právních oborů, postavili vše, co obecného, pro ně všechny platného, bylo lze o analogii říci. Tak se nám dokonce podařilo obecně promluviti i o normativní podstatě zákazu analogie, zjevu, který je tradičně nerozlučně spojován s oblastí práva trestního.

Kritický okamžik nastává, obrátíme-li pozornost k *obsahu* právních norem, a to nikoli jen s hlediska relací obsahu, nýbrž s hlediska jejich absolutních hodnot, chceme-li se dále držeti matematické terminologie. Je-li trestní právo kategorií, vytvořenou podle *obsahu* svých norem a máme-li nyní říci něco o analogii speciálně v právu *trestním*, docházíme právě k onomu rozhodnému bodu: jak se uplatní analogie vůči tomu specifickému obsahu norem, který shrnujeme do systematické skupiny „norem trestních"?

3 Je především samozřejmé, že logický základ problému interpretace a aplikace nemůže býti žádnou obsahovou zvláštností norem dotčen. To se také obecně uznává.[321]) O výkladu trestních zákonů platí proto též obecné předpisy interpretační a zásady logického myšlení.[322])

Pokud se tedy postup a výsledek trestní jurisdikce odchyluje od stejné činnosti v jiných oborech právních, nutno to sváděti na *obsahové* modifikace trestních norem.

Modifikace obsahové jsou nutně pravým důvodem toho, mluví-li se v literatuře často o *zvláštní povaze* trestních norem. Trestní právo prý nezná mezer, takže schází zde jakýkoli podnět k myšlenkovým pochodům mezery vyplňujícím,[323]) je proto vyloučeno doplňovati trestní právo pomocí zvyku, ekvity, analogie a indukce, k interpretaci

[321]) Viz na př. *Finger*, Das Strafrecht 255, *Beling*, Grundzüge 8, *Garraud*, Précis de droit criminel 100, *Merkel*, Analogie und Auslegung 67, *Stooss*, Lehrbuch 67.

[322]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 17.

[323]) *Grünhut*, Begriffsbildung 21.

není zde vlastně povolán soudce, nýbrž povinnostní subjekt, jenž musí říditi své činy podle toho, jak zákonu rozumí. Všechno právo je zde striktní, čin buď zakázán je, nebo není,[324]) v pominutí určitého děje trestním zákonem nutno spatřovati vždy argumentum a contrario, takže plyne z vlastní povahy analogie, že je v trestním právu zcela nepřípustná,[325]) v trestní jurisdikci vytváří se zkrátka jiný poměr mezi soudcem a zákonem, než jaký je v oborech jiných.[326])

Poměr soudce a zákona je normativně vyjádřen vztahem normy delegované k normě delegující. Logická podstata aplikace nemůže býti dotčena růzností obsahu. Také to, co bylo řečeno o logické podstatě t. zv. mezer, platí obecně, ať jde o právo trestní nebo obor jiný. Jako trestní norma neříká nic jiného, než že po určité skutečnosti nastupuje nebo nenastupuje trest, tak kterákoli jiná norma říká pouze, že s hlediska její skutkové podstaty povinnost vzniká nebo nevzniká. To je samozřejmé, neboť trest je druhem povinnosti, určitým způsobem obsahově zabarveným.

Častá zkušenost, že v konkretním případě můžeme normu jednoho právního oboru vykládati mnohem šíře a aplikovati ji na mnohem větší počet případů, než stejně znějící normu oboru jiného, zdá se odporovati těmto tvrzením. Uvidíme to na přímo klasickém příkladu pojmu „věc" v právu trestním a právu civilním, jenž jest jádrem proslulého sporu o trestnost krádeže elektřiny. Poněvadž právě zařadění pojmu do určité oblasti normové má dalekosáhlý vliv na výsledek jeho interpretace a tím i aplikace, bude nutno pramen té rozdílnosti hledati tam, kde jsme nalezli důvod k odlišení jednotlivých právních oborů. Důvod ten byl v jejich *obsahových* zvláštnostech. V *obsahu* jejich norem, tedy v positivním právu, nutno proto též hledati kořen tvrzené *odlišnosti „zásad interpretačních"*.[327]) Positivní základ těchto „pravidel" naznačuje, že zvláštnosti výkladu trestních norem jsou beze všeho slučitelné s tím, co o výkladu bylo řečeno obecně.[328])

4 Takovou základní směrnicí pro výklad a aplikaci norem *trestních* je positivní ustanovení, které nacházíme od jisté doby v úvodech

[324]) *Chauveau-Hélie:* Théorie 43d.
[325]) *Luden*, Handbuch 148d.
[326]) *Merkel*, Analogie 67.
[327]) Stejně *Veselá*, O výkladu trestních zákonů, passim.
[328]) *Mezger*, Strafrecht 83.

trestních zákoníků a které donedávna bylo všeobecně považováno za samozřejmý znak moderního trestního práva: za čin trestný může se pokládati jen to jednání, které zákon *výslovně* za trestné prohlašuje.

Normativní význam této positivně-právní zásady je několikerý: vylučuje z řady možných pramenů trestního práva vše jiné než zákon (zejména normy nižších stupňů a právo zvykové), nadto však vše, co není *výslovným* obsahem zákona.[329]) Tím je podle všeobecně přijatého názoru vyloučena analogie pokud jde o tvorbu skutkových podstat a ukládání trestu.[330]) Pro výklad trestních norem stanoví se však zároveň domněnka, že mezi několika možnostmi výkladu nutno zvoliti ten, který nejvíce se blíží beztrestnosti jakožto negativnímu závěru subsumpčnímu.[331]) Pojímáme-li uložení trestu jako zlo obviněného stíhající, můžeme totéž vyjádřiti tendencí trestního výkladu volit vždy řešení obviněnému příznivější.

5 Citovaná zásada je tedy positivním základem uznaného pravidla trestní interpretace: „in dubio mitius", neboť prohlašuje trestní zákrok za situaci výjimečnou a „exceptiones sunt strictissime interpretandae".[332]) Vyjádření restriktivní tendence právního řádu v oboru trestním pregnantní zásadou je myšlenkovou pomůckou zajisté velmi výhodnou. Nutno se však vyhnouti nebezpečí bezduchého jejího užívání, k němuž svádí právě pregnantnost výrazu, budící dojem axiomu. Proto právem upozorňuje *Milota*,[333]) že i tato zásada má meze v obecné spravedlnosti, která žádá, aby stát zakročoval všude tam, kde toho vinník zaslouží a kde je toho k ochraně statku potřebí. „Dubium" není každé zakolísání soudce během rozhodování, zásada nemá být úlevou trestnímu soudci, jenž o pochybách může mluviti zase jen, až vyčerpá všechny cesty ke zjištění pravého smyslu zákona.[334]) Mnozí se zamýšlejí nad takovým pokusem ovlivňovat positivním právem

[329]) O dosahu tohoto slova na př. polemika Belgičana *Prinze*, Science pénale 43 s krajanem *Hausem*.

[330]) Naproti tomu viz ojedinělý názor *Exnerův*, Gerechtigkeit u. Richteramt.

[331]) Viz k tomu rozh. franc. kasač. soudu z 9. srpna 1913, D. P. 1917, 1. 69, cit. u *Grioleta*, Code 325.

[332]) *Kallab*, Trestní právo hmotné, č. 17, 18. Stejné povahy je *Pružákem*, Rakouské právo trestní — 30, citovaná regule: „In poenalibus causis benignior interpretandum est." Že od starých dob římských se bezvýjimečně v trestním právu uplatňuje, je ovšem jen důsledkem, nikoli důkazem její správnosti.

[333]) Výklad a analogie 68.

[334]) Viz též *Miřička*, Trestní právo hmotné č. 13.

myšlenkový pochod analogie.[335]) Správná interpretace nezakládá se však jen na používání formálních zásad logických, nýbrž je zjišťováním toho smyslu zákonného výrazu, který se podává ze zařadění vykládané normy do systému právního řádu. Ptáme se, jaký smysl musíme pojmu přikládati, aby mohl býti vřaděn v harmonickou jednotu se zjištěným smyslem norem ostatních. Positivní zásada přísné zákonitosti nás upozorňuje, že až do výslovného zákonného důkazu opaku musíme předpokládati nejužší z možných smyslů zákonného výrazu.[336])

Je-li nějaká zásada prolomena výjimkou, plyne již z této výjimečnosti, že se zákon chce omeziti jen na výslovně *stanovená* prolomení zásady. Omezuje-li tedy zákon citovaným svým ustanovením uložení trestu jen na případy v něm výslovně stanovené, říká tím, že *trest* chce považovati za výjimku z pravidla, jímž pak musí býti beztrestnost, svoboda, nedotknutelnost volné sféry individua.[337]) Tuto tendenci nám potvrzují poznatky o historickém vývoji citované zásady, která se s toho stanoviska jeví jako výron liberalistického světového názoru. Zde nutno znovu připomenouti: Zjištěný kriminálně-politický základ určitého ustanovení trestního práva nemůže býti považován za základ jeho normativní relevance, i když pro svou obecnou povahu se ono ustanovení jeví jako jakási „tendence" trestnímu právu vtisknutá. *Pramen její právní závaznosti je výhradně v tom, že je součástí positivního práva.*[338]) Proto ani ona, ani žádný z jejích důsledků pro interpretaci a aplikaci trestního práva se nepodává „sám ze sebe",[339]) nýbrž z onoho normativního kořene. Není ostatně jasnějšího důkazu pro positivnost oné zásady, než uznaná a dnes i prakticky uplatňovaná možnost vypuštění jejího z trestního práva.

---

[335]) Na př. *Wurzel*, Das juristische Denken 13d. 21, 28d.

[336]) *Kallab*. Trestní právo hmotné č. 18: presumpce vyvratitelná. Dodáváme, že (opět vzhledem k zásadě zákonitosti) vyvratitelná jen výslovným ustanovením zákona.

[337]) Ačkoli interpretační zásada in dubio mitius nás zajímá jen jako důsledek téhož ustanovení, z něhož vychází i zákaz analogické aplikace v trestním právu, musíme zde ještě upozorniti, že často se jí užívá pro vyjádření výjimečné povahy trestu vůbec a slouží pak nejen při závěru, je-li určitá aplikace ještě aplikací přímou nebo už analogií, nýbrž i při hodnocení důkazů, zda určitý znak skutkové podstaty byl s dostatečnou spolehlivostí procesem zjištěn.

[338]) Je pak zase pouhým důsledkem onoho positivního ustanovení, že trest vůbec, nebo přísnější trest je positivní činností, která musí býti odůvodněna, kdežto při netrestání nebo mírnějším trestání jde o nečinnost, která nemusí míti zvláštních důvodů a při níž stačí, že zde *není* důvod činnosti. Nemůže však tato úvaha býti pramenem závaznosti regule „in dubio mitius", jak se domnívá *Berner*, Lehrbuch 275.

[339]) *Schütze*, Lehrbuch 47.

6 Z normativních důsledků zásady zákonitosti trestu nás bude zajímati jen *zákaz analogie* v trestním právu.

Tenorem obecných výkladů o analogii byl důkaz, že i ona musí býti nějak v právu zakotvena. Je-li zákon za dnešního stavu kulturního vývoje posledním pramenem positivního práva, můžeme ovšem i tento požadavek normologického zakotvení každého platného výroku o tom, co má býti po právu, nazvati jeho zákonitostí. Je jasno, že zákonitost jako výslovný postulát práva trestního nemá být snad jen zdůrazněním normologické samozřejmosti, závislosti delegované normy na normě delegující, nýbrž, že vyjadřuje požadavek jakési *intensivnější závislosti* konkretní trestní normy, trestního rozsudku, na zákoně. O míře této závislosti můžeme ovšem mluviti jen vykládajíce positivně-právní vyjádření principu „zákonitosti", nebo takové ustanovení formulujíce. Z toho plyne, že princip zákonitosti trestu a s ním jeho důsledek, zákaz analogie v trestním právu, je buď problémem *interpretačním nebo kriminálně-politickým*. Toto rozlišení bude také základem osnovy dalších výkladů.

B. ZÁKAZ ANALOGIE V POSITIVNÍCH PRÁVECH.

1. Rekapitulace: Vliv zákazu na oba kořeny analogie v právu. — 2. Vedlejší důsledky výslovného zákazu. — 3. Článek IV. uvozovacího patentu k trestnímu zákoníku nyní československému z 27. května 1852 č. 117 ř. z.: a) Pramenem trestu jen zákon. b) Vyloučení zpětné platnosti. c) Rozlišení trestných činů. d) Zákaz analogie. — 4. Poměr k analogii dle § 7 o. z. o. a k volné úvaze. Nutnost podrobné konfrontace.

1 Při obecných výkladech o analogii jsme došli k závěru, že se může v právu uplatniti dvojí cestou: Jednak jako aplikace normy o analogii, jednak jako možný způsob, jak soudce využije volnosti, kterou mu delegující norma při aplikaci ponechává. Zdůraznili jsme, že v prvém případě jde o povinnost k analogii, neboť ona je obsahem právní normy. V případě druhém bude důvodem pro užití analogie její účelnost, k jejímuž hledání norma deleguje. Soudce dospěje totiž k názoru, že cestou analogie nejvhodněji využije volnosti jemu zákonem dané. Řekli jsme též v příslušné souvislosti, jaké úvahy jej k tomuto názoru přivedou. Nejde již o úvahy právní, neboť k představě volného rámce jsme došli právě tím, že právo uvnitř jeho již nedává směrnic. Spoko-

jilo se stanovením jeho okrajů. To poslední, co norma ústy svého interpreta říká o mezích své aplikace, jsou právě hranice onoho rámce. Přes ně soudce nesmí, uvnitř nich je však s hlediska právní normy suverénní. V mezích tohoto rámce nalézti optimátní rozhodnutí je právě jeho úkolem.

Jak se snáší s tímto pojetím analogie její zákaz, bylo obecně řečeno již dříve. Při analogii, plynoucí z normy o analogii, je situace jednoduchá. Zákaz analogie omezuje nějakým způsobem (časově, místně, nebo nějak obsahově, na př. jen pro obor trestního práva, nebo jen pro otázku, je-li dána skutková podstata trestného činu atd.) podmiňující skutkovou podstatu normy o analogii. Při rekonstrukci této se předpis zákaz obsahující do ní dosadí a výkladem zjistíme konečný dosah normy o analogii. Kdyby měla býti analogie jako právní povinnost z daného právního řádu zcela vymýcena, stačilo by normu o analogii sem prostě nepojímat.

Jaký je účinek zákazu analogie na její užití v onom volném rámci soudcova rozhodování? Tento rámec není něčím daným a priori. Jeho povaha je negativní. Sledovali jsme, jak právní norma svým obsahem určuje cestu pro svou aplikaci, učinili jsme však též zkušenost, že téměř žádná z nich nedovede soudce až do posledních důsledků. Činila by tak norma, jejíž aplikace by byla dokonalým sylogismem. Pokud však ten je prakticky vyloučen, je vyloučeno i jím sledované dokonalé omezení soudce na „subsumpční automat". Důsledkem tohoto poznatku je volnost soudce, tu větší, tu menší, tu přijímaná jako nutné zlo, tam zase záměrně mu ponechávaná. Docházíme tak k představě rámce, jehož meze určuje právo, uvnitř nichž je však soudce volný. Proto jsme řekli, že rámec je formulací negativní, vyjadřující nedostatek právních omezení a direktiv. Zákaz analogie jakožto předpis právní musí být dosazen do právních norem při jejich rekonstrukci. Přispěje k utvoření závěru, pokud je soudce ve svém rozhodování volný, neboť tento závěr je — jak řečeno — možný až po podrobném výkladu daného předpisu. *Zákaz analogie tudíž spoluurčuje s ostatními předpisy právními rámec volné soudcovy úvahy.*

K tomu, co bylo o podstatě interpretační činnosti dříve obecně řečeno, podotýkáme nyní v této speciální souvislosti: Pokud se dovoláváme pro určení, co z nejasného obrysu pojmu je právně relevantní, oné celkové tendence právního řádu, která nám plyne z poža-

davku jeho logické jednotnosti, bude zákaz analogie velmi závažným symptomem. Jsme-li na pochybách, máme-li zákonnému pojmu přiznati význam širší nebo užší, přiměje nás jasně vyslovený zákaz analogie k volbě tohoto striktnějšího.

Přesnější vyjádření, že zákaz analogie spoluurčuje volný rámec normy, možno nahraditi méně přesným, ale snad výstižnějším, že onen rámec „omezuje". Tato představa je ovšem možná jen srovnáním s tím rozsahem rámce, který by zde byl bez zákazu analogie, tedy s něčím neexistujícím. Obraznost pojmu „omezení" nám však nadto zastírá skutečnou normativní podstatu toho, čemu se říká zákaz analogie. Rámec volné úvahy není něčím apriorním, k němuž přistupuje zákaz jako násilné a cizorodé omezení. Rámec je výslednicí složitého pochodu interpretačního na základě positivních ustanovení, z nichž jedním, s ostatními sourodým, je i to, jež vyjadřuje zákaz analogie. Zjištěný rámec vyjadřuje nám pak oblast, kde už není právních ustanovení pro rozhodnutí. Že dovnitř něho nezasahuje už žádná positivní norma, tedy ani zákaz analogie, že tam je úplná volnost s hlediska práva, není nějakým důsledkem, nýbrž jen jinou formulací hořejší věty.

2 Normativní význam zákazu analogie v právním řádu je těmito dvěma důsledky vyčerpán. Připisuje se mu ovšem též význam *politicko-demonstrační*. Stanovisko k analogii v trestním právu bývá znakem k příslušnosti k určitému světovému názoru, jak se o tom zmíníme v části o jeho historickém vývoji. Jaký div tedy, že byla pociťována potřeba, aby tato příslušnost nemusila být tušena z ducha zákona, nýbrž aby byla manifestována výslovným projevem.

Výslovný zákaz analogie má konečně svůj význam i pro *hledání normy o analogii*. Nejen, že nás zbavuje povinnosti hledati normu o analogii v oblasti, na niž se zákaz vztahuje. Má nepřímý vliv i na interpretaci *ostatního* právního řádu (t. j. mimo obor zákazu), jak jsme si všimli při náznacích zjišťování a výkladu positivní normy o analogii. Tam jsme viděli, že výhradným znakem existence její v určitém právním řádu není její výslovné vyjádření, naopak jsme ochotni hledat normu o analogii i za cenu velmi obtížné rekonstrukce.

Zákaz analogie v oboru trestním bude nám argumentem a contrario při této rekonstrukci.

3 V této kapitole nám jde o *výklad positivních zákazů analogie*. Nezbude, než vybrat určitou jeho positivní formulaci a na ní ukázat postup, o který nám jde. Netřeba dlouhých úvah pro to, aby zvolená formulace byla vzata z československého trestního zákoníka, a to tím spíše, že i ona představuje nám *typický zákaz analogie*. Na příbuzných ustanoveních jiných právních řádů bude podle potřeby předvedeno stanovisko tamního zákonodárství, doktriny a prakse k zákazu analogie.[340])

Čl. IV. uvozovacího patentu k trestnímu zákoníku z 27. května 1852 č. 117 ř. z. (citován dále: čl. IV. pat.) praví: „Podle tohoto trestního zákona může se počínajíc od toho dne, kterého nabude platnosti jen to za zločin, za přečin nebo za přestupek pokládati a trestati, co se v něm výslovně za zločin, za přečin nebo za přestupek prohlašuje."

Jak jsme se zmínili již dříve, má toto zákonné ustanovení význam v několikerém směru:

---

[340]) To bude bez obtíží možné, neboť ona ustanovení jsou nejen příbuzná svým obsahem, nýbrž do značné míry i svou stylisací. Tak praví čl. V. uvozovacího patentu k vojenskému trestnímu zákoníku ze dne 15. ledna 1855 č. 19 ř. z. téměř doslovně stejně: za zločin nebo přečin mohou se pokládati a trestati jenom jednání nebo opominutí, která tento trestní zákon výslovně prohlašuje za zločin nebo přečin. (O přestupcích se nemluví, protože voj. trestní zákon této kategorie trest. činů nezná.) (Cit. dle *Lepšík—Beneš:* Vojenské trestní zákony.)

§ 1 trestního zákoníka dříve uherského z r. 1878: Zločinom alebo prečinom je len ten čin, ktorý zákon za takový prehlásil. Za zločin alebo prečin nemôže byť nikto potrestaný iným trestom, než ktorý naň ustanovil zákon pred jeho spáchaním (naproti tomu pramenem přestupků mohou býti i jiné normy, jako min. nařízení, městský statut) § 1 zák. čl. XL/1879 o prestupkoch. (Cit. dle Milota — Nožička — Trestné zákony.)

Též čl. 1 italského Codice Penale z 19. října 1930 žádá, aby trestné činy a tresty byly určeny „výslovně zákonem": „Nikdo nemůže být trestán pro čin, který by jako delikt nebyl zákonem výslovně stanoven, ani tresty, kterých by zákon nestanovil. Zákoník španělský z r. 1870 ve znění novely z 27. října 1932: čl. 1: Delikty jsou konání nebo opomenutí chtěná, trestaná zákonem. Čl. 2: Není-li čin zakázán zákonem, nebude považován za delikt, ať je jakkoli hoden represe. (Je však pamatováno na to, aby činy, jež se jeví soudu přece trestuhodnými, byly ohlášeny vládě jako hodné zákonné sankce.) Zákoník polský z 11. července 1932 čl. 1: Trestně odpovědným je ten, kdo se dopustí činu, na nějž hrozí trestem zákon, platný v době jeho spáchání. Ve stejném smyslu trestní zákoník čínský z 21/7 1928. (Citováno dle: Constant De la légalité 8 d.)

Původní text § 2 trestního zákoníka německého z 15. května 1871 praví: „Jednání může být jen pak stiženo trestem, byl-li trest stanoven zákonem dříve než tento čin byl spáchán."

Československá osnova 1926: § 1 Soud může uložiti trest jedině podle ustanovení zákona.

Československá osnova 1937: § 1 Soud může uznati někoho vinným, uložiti mu trest nebo nařídit zabezpečovací opatření jedině podle ustanovení zákona. (Ke změně textace podotýká odůvodnění: ježto trestní zákon zná takové případy, kdy soud může nebo má upustiti od uložení trestu, je účelné vytknouti výslovně, že se i rozsudek, omezený na výrok o vině, může opírati jen o zákon. O zabezpečovacích opatřeních, jimiž je doplňován systém trestů, mluví osnova výslovně ve smyslu usnesení římské konference 1928.)

a Pramenem trestního práva může býti jen *zákon*. Je tím vyloučeno jednak právo zvykové, jednak jiné formy státních norem. Mluví-li se zde o „*tomto zákonu*", plyne to z toho, že v době vydání trestního zákoníka byl on skutečně jediným pramenem trestních norem. Dodnes označujeme sice později vydané zákony trestní a existující vedle něho „zákony vedlejšími". To označuje právě jen onen prostorový rozdíl mezi nimi a zákoníkem, do jehož formálního svazku nebyly pojaty. Nevyjadřuje tedy to označení nějakou podřadnou jejich normativní povahu. Je pravidlem, že vedlejší zákony, zpravidla mlčky a samozřejmě, se odvolávají na obecná ustanovení trestního zákoníka (na př. o příčetnosti, pokusu, spoluvině atd.), není to však nezbytné.[341])

b Dále je zde vysloveno, že tento trestní zákon *nemá zpětné účinnosti*. K tomu podotýká čl. IX. uvoz. patentu, že na trestné činy, spáchané před platností tohoto zákona se má jeho ustanovení použíti jen, jsou-li mírnější než bývalá. Je všeobecným názorem, že tato intertemporální ustanovení uvozovacího patentu platí pro všechny zákony vedlejší. Názor je odůvodněn zmíněným poměrem trestního zákoníka k ostatním trestním zákonům. Poněvadž však obojí jsou obyčejnými zákony a tudíž na stejné normativní úrovni, není překážek, aby některý z vedlejších zákonů pro svůj obor neupravil věc jinak.[342])

c Podle čl. IV. pat. se konečně smí za *zločin, přečin nebo přestupek pokládati* a jako zločin, přečin nebo přestupek trestati *jen* to, co se v něm za zločin, přečin nebo přestupek *prohlašuje*.[343])

Poněvadž stupnice: zločin — přečin — přestupek vyčerpává všechny stupně kvalifikace soudního trestného činu, mohlo by se snad v čl. IV. pat. stručně říci: Za trestné pokládati a tudíž trestati možno jen to, co je trestným podle ustanovení trestního zákona.[344])

---

[341]) Viz na př. zákon č. 48/1931 Sb. z. a n. o trestním soudnictví nad mládeží.

[342]) Na zpětnou účinnost trestních zákonů se klade různý důraz. Vidíme to nejlépe na tom, kam je různými autory kladeno těžisko obsahu ustanovení, obdobných našemu čl. IV. pat. V literatuře francouzské se v zákazu retroaktivity spatřuje hlavní jejich smysl.

[343]) K tomu dodává čl. V. téhož patentu, že posuzování jiných přestupků (lépe: přestoupení) zákona zůstavuje se úřadům k tomu ustanoveným dle předpisů o tom vydaných. Ustanovení čl. IV. pat. se tak omezuje na činy trestné soudem, tedy na trestné činy ve vlastním slova smyslu.

[344]) Tedy „zákona tohoto" a všech trestních zákonů vedlejších. Trestním zákonem zde rozumíme zákon, jehož sankci ukládá trestní soud. V tom smyslu užíváme i dále termínu „trestní zákon".

Stojíme před problémem, zda ono opakování trojí kvalifikace je nepochopitelnou rozvláčností jinak stručného zákona, či zda má přece nějaký smysl. V zákoně se především praví: Za zločin možno pokládati a trestem na zločiny stanoveným lze trestati jen to, co se v zákoně za zločin prohlašuje. Taková rekonstrukce může býti provedena též ohledně přečinů a přestupků. Z vět takto získaných plyne, že zákonná kvalifikace je bez výjimky pro soudce závazná a že závazný je pro něj i druh trestu, stanovený v zákoně pro dotyčnou kategorii trestného činu.

Byly doby, kdy v příkazu přesně rozlišovati kategorie trestných činů bylo spatřováno jádro tohoto zákonného ustanovení. Trestní zákoník rakouský z roku 1803, předchůdce našeho trestního zákoníka, měl v odstavci VI. svého úvodu (Abschnitt VI. der Einleitung zum Strafgesetze) toto: Jako zločin a právě tak jako těžký policejní přestupek může býti jen to pokládáno a trestáno, co v tomto trestním zákoně je výslovně za zločin nebo za těžký policejní přestupek prohlášeno. *Jenull*[345]) ve svém důkladném komentáři vidí výhradný smysl tohoto ustanovení právě v tom, že je positivním ustanovením o přesnosti rozdílu mezi zločiny a těžkými policejními přestupky a dokazuje obšírně, jak důležitým je pro občana takové přesné rozlišení se zřetelem na intensivní rozdíly právních následků takové kvalifikace.

d Nehledíme-li však k tomuto zdůraznění závazného odlišování jednotlivých kategorií trestného činu, která ostatně sloučením všech soudně trestných činů do jednoho zákoníka a přikázáním všech do pravomoci nezávislých soudů značně pozbyla na své původní důsažnosti, byl by význam čl. IV. pat. velmi chudý. Redukoval by se takto: Jen ta jednání mohou býti podkladem pro závěr, že podmíněná skutková podstata, zde „trestem" zvaná, má býti, která odpovídají znakům skutkové podstaty podmiňující. Základní logická poučka normativní je zde tedy výslovně normována. Platila by jako formální princip i bez této výslovné úpravy, neboť je na obsahu právního řádu nezávislá. Je tedy čl. IV. pat. a jemu odpovídající ustanovení většiny trestních systémů kulturních států ustanovením zbytečným?

Z právě řečeného by se zdálo, že tomu tak opravdu jest. Byla zdů-

[345]) Das österreichische Criminal-Recht, I., str. 110—116.

razněna věta o trestnosti toho, co je za takové v zákoně označeno. Citaci však musíme nyní doplniti slůvkem, které celému ustanovení teprve dává jeho vlastní smysl: Jen to je trestným, co je za takové v zákoně *výslovně* označeno. Tento požadavek *výslovné* úpravy trestného činu v zákoně má svoje závažné důsledky.

Ovlivňuje především interpretaci potud, že vylučuje podkládati pojmům trestních norem významy, jež ze zákona výslovně neplynou. Na první pohled by se zdálo, že je tím vyloučena každá extensivní interpretace v trestním právu. Zejména starší spisovatelé zastávali tento názor. Pokud extensivním nazýváme každý výklad, přesahující meze standardního obsahu pojmu, nemůžeme se k tomuto názoru v jeho obecnosti připojiti. Pokud však jistá restriktivní tendence se při výkladu trestního zákona přece uplatňuje, poukazujeme k hořejším výkladům o původu a dosahu zásady „in dubio mitius".

Požadavek výslovnosti vylučuje však dále všechny cesty, jež znamenají rekurs k normám, jež dle běžného pojetí nejsou v prameni obsaženy *výslovně*. Z nich nejnápadnější je *analogie* a proto byl dosah vykládaného ustanovení charakterisován především jako zákaz analogie.

4 Má-li zde zjištěný zákaz analogie míti svůj pravý smysl, měla by proti němu státi možnost analogie v témže právním řádu. Jejím pramenem může býti norma o analogii nebo volná úvaha soudce v rámci, naznačeném delegující normou.

Proti zákazu čl. IV. pat. stojí tedy především positivní norma o analogii, která platí i pro obor trestního práva. Je to § 7 obecného zákoníka občanského, s nímž jsme se již dříve setkali. Jeho přibrání do oboru trestních norem je odůvodněno zvláštním postavením, které mají úvodní ustanovení občanského zákoníka v našem právním řádu. V době, kdy vznikal, bylo to, co dnes nazýváme ústavou, požadavkem revolučním. Proto si musily některé ústavní zásady nalézti místo aspoň v úvodní části k občanskému zákonu, jež se tak stala velikou chartou zárodků politických svobod. Tak si lze vysvětliti, že do zákona, který pojednává o soukromoprávních poměrech občanů, byla pojata ustanovení, platící pro celý obor právního řádu. (O rovnosti před zákonem, o státním poddanství, prohlášení lidské

svobody.)[346]) To platí též o jeho odstavci o výkladu zákonů, do něhož spadají § 6 až 8.

V literatuře se dnes snad všeobecně uznává, že pro výklad trestních norem platí ustanovení o výkladu norem vůbec. Takovým je § 6 o. z. o., jenž je také mnohými do oblasti trestního práva výslovně přebírán. Naproti tomu o platnosti § 7 o. z. o. též v oboru trestního práva se nemluví. Jelikož není formálního důvodu, aby § 7 zde neplatil stejně jako § 6, když význam i zařadění obou je stejné, nutno důvod onoho negativního závěru spatřovati v tom, že obsah § 7 je pro obor trestního práva něčím derogován. Tato derogující norma je spatřována v ustanovení čl. IV. pat. Srovnáním obou zákonných ustanovení zjistíme, pokud je první druhým dotčeno.

Zbývá druhý kořen analogie v právu: *volná úvaha.* Upozornili jsme již v obecných výkladech o zákazu analogie, že ustanovení jej vyjadřující ovlivní závěr, co je ponecháno volné úvaze. Zjistí-li se však nějaká, byť sebe užší prostora, vyhrazená soudcovu uvážení, nemá do ní přístupu žádná positivní norma, tedy ani ta, vyjadřující zákaz analogie. V této oblasti je analogie zrovna tak nepostradatelná jako v kterémkoli jiném právním oboru.[347])

Máme-li nyní — jak jsme si uložili — zjistiti, zda za daného positivního stavu je v trestním právu československém analogie zcela vyloučena, nutno otázku položiti takto: Je zjištěním, že je něco zločinem, přečinem nebo přestupkem a uložením trestu, určeného v zákoně pro zločin, přečin nebo přestupek, úkol aplikujícího orgánu v trestním právu vyčerpán? Dopadne-li odpověď negativně, nutno sledovati analogii v oněch zbývajících oblastech trestní jurisdikce. Bude tedy nezbytné *proběhnouti celý obor rozhodovací činnosti trestního soudce a s každým z těchto oborů konfrontovati normu o zákazu analogie.* Vyjadřovati dosah takového zákazu jakýmkoli obecným pravidlem

---

[346]) *Sedláček*, Všeobecné nauky, čís. 91.

[347]) *Rumpf*, Analogie 590, jehož argumentace ovšem není zcela oproštěna od prvků kriminálně-politických. Stejného názoru zdá se býti i *Eick*, Die Analogie 9, svým výslovným prohlášením, že ani trestní jurisdikce nemůže postrádati analogie. „Analogické převzetí" jiných zákonných ustanovení spadá ovšem zpravidla do oblasti rekonstrukce. K analogii však nutí chtěná pružnost pojmů moderního trestního práva, jež přenechává trestnímu soudci širokou oblast pro volné uvážení. O kladech a nebezpečích takových pojmů viz na příklad *Mittelstädt*, Zur Lehre 10 d., *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung 2d. První se jich obává, druhému je ujasněná metoda postačující zárukou proti zneužití.

je možno jen tehdy, když a pokud výsledky těchto úvah takovou generalisaci připouštějí.

Pro systematiku tohoto oddílu použijeme především základního rozdělení každé normy, předmětu aplikace: na skutkovou podstatu podmiňující a podmíněnou. Podle názvosloví, vžitého v trestním právu, půjde nám nejprve *o analogii při zjišťování podmínek trestnosti*, pak *o analogii při ukládání trestu.*

C. ZÁKAZ ANALOGIE A JEDNOTLIVÉ SLOŽKY SKUTKOVÉ PODSTATY. OBECNÝ ROZHLED.

Podmínkami trestnosti v nejširším smyslu chceme nazývati soubor podmínek, jež norma stanoví, aby v daném případě mohl býti uložen trest. Je to *soubor všech znaků podmiňující skutkové podstaty trestní normy.*

Vžitá technika zákonodárná v trestním právu a jí odpovídající postup aplikace trestní normy v praksi způsobila, že výrazu „skutková podstata" se v trestním právu používá v různých *užších významech.* Pro náš výklad se přidržíme těch, kteří ve skutkové podstatě v tomto užším smyslu spatřují soubor *vnějších podmínek*, jež jsou pro určitý trestný čin charakteristické (objektivní skutková podstata) a žádoucí *psychický vztah* k těmto podmínkám u pachatele (subjektivní skutková podstata). Pak nezahrnuje tato „*vlastní skutková podstata*" ze všech podmínek trestnosti neboli (podmiňující) skutkové podstaty trestní normy ve smyslu normativním, jednak t. zv. okolnosti trestnost (v nejširším smyslu) vylučující, jednak podmínky t. zv. časové a místní působnosti trestního zákona.

Netřeba snad zdůrazňovati, že se jedná o věc čistě terminologickou. Shledáváme prostě účelným pro náš výklad rozděliti znaky skutkové podstaty na uvedené skupiny. Tím není ovšem řečeno, že sdílíme názor těch, kteří — provádějíce toto dělení — vidí za ním nějaké podstatné rozdíly. Důvod příkrého odlišování těchto skupin leží opět v různém způsobu, jak k nim *prakse* dospívá a jak je zjišťuje, nikoli v odlišnosti jejich normativní povahy. Ustanovení o časové

a místní působnosti trestního zákona považují se za záležitost jeho platnosti. Mluví se o časové a místní platnosti zákona. V podstatě je to myšlenka správná, jenže jen v té souvislosti, že ustanovení o časovém místním omezení platnosti normy jsou normativně zcela rovnocennými s kteroukoli jinou podmínkou její skutkové podstaty. Vnější, systematicky však využitý a tím vyzdvižený rozdíl je v tom, že časové a místní vymezení je znakem ne-li všem, tedy značné části skutkových podstat společným. Proto ze systematických důvodů bývá od ostatních znaků skutkové podstaty oddělován. Tento optický klam podporuje ještě okolnost, že ke zkoumání časové a místní platnosti normy se v praksi dostáváme celkem zřídka a také v důvodech rozsudků o tom, že je splněn tento znak skutkové podstaty, nemluvíme. Tím se jen utvrzuje dojem, že jde při těch znacích o něco, co nutno od ostatní skutkové podstaty odlišovati.

Okolnosti vylučující trestnost jsou nápadně od ostatních znaků skutkové podstaty odlišeny tím, že zde býti *nesmí*, aby skutková podstata trestného činu byla dána. Proto jsou též nazývány „negativními znaky skutkové podstaty". Negativní vyjádření určitého znaku skutkové podstaty je však jen úsporným výrazem pro nekonečnou různost skutečnosti minus právě tu, která zde býti nesmí. Není tedy normativně od ostatních znaků odlišeno. Není ovšem divu, že doktrina je pro zvláštní jejich povahu odlišuje, užívajíc k tomu různých kriterií. Pro nás má tato svérázná skupina význam v tom, že její *neexistence* je předpokladem trestnosti. Rubem téže věci je, že čím více těchto znaků se vyskytuje, tím méně činů je (ceteris paribus) trestných. Rozmnožování těchto okolností cestou analogie nebude mít tedy v zápětí, že bude prohlášeno trestným něco, co zákon výslovně za trestné neprohlašuje, nýbrž naopak že trestným nebude, co by bez použití analogie trestným bylo. Tímto zvláštním důsledkem je odůvodněno, že v samostatné kapitole budeme sledovati význam analogie pro negativní znaky skutkové podstaty.

AA. ANALOGIE PŘI ZNACÍCH VLASTNÍ SKUTKOVÉ PODSTATY.

1. Analogie zdánlivá při těchto znacích. (Příklady.) — 2. Analogie skutečná. (Příklady — lit. a až p). — 3. Elektřina předmětem trestných útoků. — a) Podvod? b) Poškození cizí věci? c) První rozhodnutí německého říšského soudu. d) Kritika Dernburgova a polemika. e) Otázka interpretační. Druhé rozhodnutí říšského soudu. f) Selhání gramatického výkladu. g) Jiné cesty. h) Hmotnost? i) Povaha odnětí elektřiny. Závěr. j) Řešení legislativně technická. k) Věda a prakse československá. — 4. Zneužití automatů.

Zcela povšechně možno o těch znacích říci, že jejich „uskutečnění" to jest existence skutečností jim podřaditelných, má v zápětí trestnost jejich souboru. Tímto souborem je právě skutková podstata.

Čl. IV. pat. klade na trestní normu požadavky zvýšené. Jen to, co o jejích znacích zákon *výslovně* vypovídá může býti podkladem aplikace. Proto je v tomto zákonném ustanovení spatřován zákaz analogie pokud jde o znaky vlastní skutkové podstaty. Analogie při kterémkoli z nich by totiž znamenala prohlašovati za trestné něco, co v zákoně není za takové výslovně prohlášeno. Vystihnouti správný dosah principu předpokládá však především rozpoznání analogií *zdánlivých*.

1 Při posuzování, která úprava je výslovná a která nikoli, nutno hleděti na trestní zákonodárství jako na celek a nelze je kouskovati na nepřehlednou řadu paragrafů navzájem hermeticky oddělených. S hlediska normy je stylistická úprava pramene a zejména jeho rozdělení na paragrafy zásadně zcela lhostejná. Z pramene musí být norma *rekonstruována*, při čemž ovšem systematika pramene může býti velmi cennou pomůckou. Přesto rekonstrukční činnost boří hradby zákonů, natož paragrafů.

Když si takto uvědomíme nutnost rekonstrukce, převádějící nahodilosti pramene na základní schema normy, nebudeme státi bezradně před otázkou, kde bereme oprávnění k převzetí jednoho paragrafu nebo celého zákona do druhého a nebudeme pro tuto činnost hledati komplikovaná odůvodnění, zejména též v oblasti analogie.

Jako není analogií, nýbrž prostou rekonstrukcí, převzetí paragrafu, jehož se jiný zákon výslovně dovolává, tak nutno totéž tvrditi i o případu, kdy nutnost převzetí se podává ze systematiky zákonné, přesto, že myšlenková činnost, takovou rekonstrukci předcházející,

je myšlení analogickému často velmi podobná. Tak zejména vlastní ustanovení speciálního zákona, nahrazující předpis obecný, je velmi blízký argumentu a contrario, jenž s regulí „lex specialis derogat legi generali" má stejný kořen: Suverenitu zákonného textu nad každou spekulací.

To platí především o poměru t. zv. „*obecných*" částí zákonů k jejich částem zvláštním. Uvnitř téhož zákona nenarážíme na pochybnosti. Ty byly vyslovovány až když bylo nutno se dovolávati obecných ustanovení jednoho trestního zákona pro speciální skutkové podstaty zákona druhého. O analogii mluví tu na př. *Binding*[348]), když obecnou část trestního zákoníka, „raženou dle doslovu jen na skutkové podstaty tohoto zákoníka samotného", vztahuje i na všechny vedlejší a partikulární trestní zákony. „Ražením dle doslovu" je patrně míněna oblíbená dikce zejména starších zákoníků, které v jisté samolibosti mluvily o ustanoveních „tohoto zákona o zločinech". Z archaismu, oprávněného snad v době vzniku takového zákoníka, který chtěl být a někdy též byl *výhradnou* kodifikací trestních norem, nelze nic vyvozovati pro poměr obecných jeho předpisů k normám pozdějším, které jen z úsporných důvodů zůstaly mimo formální svazek zákoníka, tvoříce *obsahově* jeho organickou část. Či chtěl by někdo tvrditi, že nový zákon, mající jednu skutkovou podstatu, ohledně řešení otázky forem viny, spoluviny, pokusu, promlčení atd. by odkazoval soudce k volné úvaze a v jejím rámci po případě k analogii? Jen nejasným odlišením pramene od vlastní normy a tak nerozeznáním podstaty rekonstrukce je vysvětlitelno takové násilné řešení. Proto na příklad vedlejší trestní zákony československé obsahují pro obor práva slovenského výslovné ustanovení o trestnosti pokusu přečinů, poněvadž v obecné části slovenského trestního zákoníka se zde výslovnost žádá. Nikomu nenapadne žádat takové ustanovení pro právo zemí historických, kde je podle §§ 8 i 239 tr. z. trestnost pokusu obecnou.[349])

---

[348]) Handbuch 221.

[349]) Tato věc se považuje za tak notorickou, že zní přímo neuvěřitelně názor opačný. Uvádíme rozhodnutí našeho nejvyššího soudu, který se musil zabývati takovým názorem nižší stolice. (Rozh. ZmI 274/30 z 24. 7. 1930, Vážný-trestní 3915.) Šlo o svádění k trestnému činu dle § 58 zák. z 29. února 1920, č. 123 Sb. z. a n., kterým se vydává řád volení do poslanecké sněmovny. Na konci tohoto paragrafu je stanoveno, že pokus je trestný. Je to nezbytností zákonů platných také pro Slovensko a Podkarpatskou Rus vzhledem ke známému § 65:

Pokus je téměř úplně na roveň postaven činu dokonanému, pokud pojmová nemožnost nebo výslovné ustanovení zákona nestanoví výjimky.[350]) „Ke zločinu není potřebí, aby čin skutečně byl dokonán. Již pokus zlého skutku je *zločinem*." (§ 8 tr. z.) Totéž platí podle § 239 tr. z. i pro přečiny a přestupky. Je tedy pokus rovnocennou formou uskutečnění zákonné skutkové podstaty jako čin dokonaný. Důsledkem toho je, že všude, kde zákon mluví o činu dokonaném, možno místo činu dokonaného do zákonného ustanovení dosaditi pokus o něj. To je zase rekonstrukce a nikoli analogie. Netřeba se dovolávati „stejnosti důvodu".

Vinným ze zločinu se stává netoliko přímý pachatel sám, nýbrž i každý návodce i pomocník. (§ 5 : 1 tr. z.) Do každé definice trestného činu možno tedy dosaditi místo formy činnosti pachatelovy kteroukoli činnost *spoluvinníka*, aniž se na důsledcích skutkové podstaty — není-li opačného výslovného ustanovení — něco změní. Toto „rozkládání" skutkových podstat bude zase věcí rekonstrukce a nikoli analogie.

Nemusí býti dány znaky některého z případů, popsaných v §§ 5, 102, 199, 201 tr. z., poněvadž jde o výpočet demonstrativní. Naopak zase nestačí, aby byly splněny znaky §§ 102, 199, 201 tr. z. Případy tam uvedené jsou jen ilustrací skutkových podstat §§ 101, 197 tr. z.[351]) a rekonstrukcí zapojíme speciální předpis do obecného. Totéž platí o poměru § 336 a násl. tr. z. vůči obecné normě § 335 tr. z., §§ 435 až 458 tr. z. vůči obecným normám § 434, 459 tr. z.

Stejná situace nastává u případů, kdy v zákonném ustanovení je vedle druhového pojmu uvedeno demonstrative několik případů.[352]) Jako nejtypičtější citujeme: § 68: Druhý odstavec obsahuje obšírné, ale přece jen příkladmé osvětlení obecného pojmu „vrchnosti",

2 tr. zákona uh., dle něhož je pokus přečinu trestný, je-li tak v zákoně výslovně stanoveno. První soudce však z tohoto výslovného prohlášení pokusu za trestný vyvodil, že zákon si chce obecnou část upravit samostatně a padá tím pro jeho obor i platnost ostatních obecných částí trestního zákoníka. Jeho ustanovení o svádění by bylo lze použíti důsledkem toho jen analogicky, což je čl. IV, pat. zakázáno. Nejvyšší soud k tomu správně argumentuje, že spoluvina je všeobecnou formou trestního provinění, mající zásadně platnost při všech deliktech, leč by byla výslovně stanovena výjimka nebo bránila tomu zvláštní povaha činu. (§ 239 tr. z.) Nelze se proto dovolávati proti použití § 5 tr. z. zásady čl. IV. pat.

[350]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 64.

[351]) *Herbst*, Handbuch 36.

[352]) *Hye-Glunek*, Das österreichische Strafgesetz 105.

s nímž operuje odstavec první.[353]) § 102 se svým demonstrativním výpočtem (arg.: zejména) vůči pojmu úředníka, v § 101 : 2 tr. z. obecně definovanému. Příkladmý výpočet činitelů cizí moci v § 2 :2 zák. na ochranu republiky[354]) proti taxativnímu výpočtu ústavních činitelů v § 1 : 2, 7 : 1, 2, 3 téhož zákona.[355])

§ 315: Kdo patenty, pečeti,... strhne, pryč vezme, roztrhá, poskvrní nebo *jiným způsobem* poruší.

§ 317: Kdo svítilnu úmyslně roztluče nebo jiným způsobem *poškodí.*

§ 318: *Strhne-li* někdo nebo *poruší-li* svévolně nějaký most, splav, nějakou hráz, nějaké ohrazení nebo zábradlí nebo *jakoukoli jinou* stavbu, kterou jsou upevněny břehy řek a potoků nebo opatřeny srázy.

Směrodatným zůstává tu vždy pojem *obecný*, jehož ideu uznal zákonodárce za vhodno vyjádřiti několika konsekvencemi. Jde o jeden ze způsobů legislativního vyjádření obecného pojmu. Je-li daná skutečnost jemu podřaditelná, může norma na ni býti aplikována, i kdyby některý z ilustračních pojmů se od posuzované skutečnosti sebe více odlišoval. Případná bližší podobnost s takovým ilustračním pojmem není důvodem aplikace, nýbrž nejvýše jednou z indicií pro podřaditelnost dané skutečnosti pojmu obecnému. *Aplikujeme prostě pojem obecný*, zůstávajíce v mezích jeho logického dosahu.[356])

Rekonstrukcí je také, převezmeme-li do skutkové podstaty § 21 zák. na ochr. republiky ten obsah pojmu „navádění" a „pomáhání", který definuje § 5 tr. z. a ten obsah pojmu „ukrývání", jak jej nalezneme v § 214 tr. z. Překračujeme však již meze logického obsahu skutkové podstaty § 21 z. n. o. r., kdybychom ji analogicky rozšiřovali i na případ nadržování opominutím zabrániti trestnému činu (§ 212 tr. z.)[357])

Jiným případem zdánlivé analogie, protože v podstatě rekon-

---

[353]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 168, který řeší kladně i otázku, může-li sem býti vztažena i osoba vrchností k pomoci přibraná.

[354]) *Kallab.* Trestní právo hmotné č. 139 b.

[355]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 136.

[356]) Stejné podstaty je i § 144 něm. tr. z., jehož vrchním pojmem je „prostředek, vypočtený k oklamání", i § 193 něm. tr. z., z jehož výpočtu plyne, že chce zachytiti případy oprávněné kritiky. Přece však *Roediger*, Analogie 60, vidí v jejich slovech: „durch andere" resp. „ähnliche Fälle" výslovné zákonné zmocnění k analogii".

[357]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 145.

strukcí, je vztahování § 17-2. věta tr. z. též na přečiny a přestupky.[358]) Citovaný paragraf totiž stanoví: „Doba trestu a všeliké jiné právní účinky *trestního rozsudku se* počínají, pokud v rozsudku jinak určeno není, od té chvíle, kdy vyhlášen byl rozsudek, proti němuž není žádného dalšího právního prostředku."

Systematicky je toto ustanovení zařaděno do dílu o zločinech a také zbytek paragrafu mluví o trestech za zločiny. Z toho se vyvozuje,[359]) že věta o počátku účinnosti rozsudku platí jen pro rozsudky o zločinech a na rozsudky o přečinech a přestupcích, o nichž není v tom směru ve II. dílu trestního zákonníka nic stanoveno, může býti vztažena jen analogicky. Nenalézáme důvodu, proč systematickému zařadění přikládati takový význam proti jasnému znění zákona. „Trestní rozsudek" je pojem, kterému možno podřaditi zrovna tak soudní výrok, ukládající trest žaláře jako trest vězení nebo na penězích. Stačí tedy dosazení tohoto předpisu do oddílu o přečinech a přestupcích cestou rekonstrukce. Jde ostatně o ustanovení spíše procesuální, jehož pendantem je § 397 tr. ř., taktéž nerozlišující, týká-li se rozsudek zločinu, přečinu nebo přestupku.[360])

O všechny tyto zdánlivé analogie, jež jsou věcí rekonstrukce normy ze slov pramene, zužuje se skutečný rozsah tohoto pojmu v trestním právu proti tomu, co zde analogií běžně nazýváno. Rozlišení a správné zařadění činností, od poznání normy až k její aplikaci, nese své ovoce.

Ani rekonstrukce není ovšem činností mechanickou a předpokládá přesný rozbor systematické souvislosti norem. Proto též otázka použití obecných ustanovení trestního zákoníku na zákony vedlejší nedá se zodpověděti in abstracto, nýbrž vždy jen dle povahy právě vykládaného zákona.[361])

Systematickým hlediskem naproti tomu nevystačíme a není proto již rekonstrukcí, dáváme-li obecnou platnost předpisu, obsaženému *uvnitř určité zákonné skutkové podstaty* a systematicky tedy výhradně pro její potřebu. Příkladem je definice příčinného vztahu ve skut-

[358]) *Herbst*, Handbuch, str. 38.

[359]) *Herbst* na cit. místě.

[360]) Poměru obecných ustanovení trestního zákona o zločinech k trestnímu zákonu o těžkých policejních přestupcích věnuje podrobnou pozornost *Kudler*, Inwiefern ist es zulässig.

[361]) *Berner*, Lehrbuch 276.

kové podstatě vraždy v našem trestním zákoníku.[362]) Tato definice se ve svém obecném významu „přenechává vědě a praksi", jak se s oblibou vyjadřují zákonné důvody. Věda i prakse sáhne pak pro splnění tohoto úkolu (také rámce) po podobném positivním ustanovení, jehož *obsah* touto cestou nabývá obecné platnosti. Jest tedy přisvědčiti *Ludenovi*,[363]) že jde o výklad, nikoli o analogii v typickém smyslu pomůcky aplikační.[364])

2 Na vlastní analogii narážíme teprve, když chceme uložit trest na skutečnost výslovné skutkové podstatě zákonné jen obdobnou, když chceme aplikovati normu o analogii. V důsledku čl. IV. pat. není zde takové normy. *Analogie ohledně znaků vlastní skutkové podstaty je vyloučena.*

Uvedeme několik příkladů:

a Byla učiněna zmínka o zdánlivé analogii, pokud jde o formy spoluviny v § 5 tr. z. výslovně neuvedené, neboť výraz „jakýmkoli způsobem k vykonání činu nadržoval a pomáhal" přesahuje daleko všechny zde uvedené případy pomoci. Společným znakem všech a též onoho obecného pojmu je, že činnost spoluvinníka podporovala pachatele, ať fysicky nebo psychicky, *při* činu. *Dodatečné* schválení činu vymyká se tedy logickému dosahu § 5 tr. z. Analogie s případem, kdy podle § 5 byl zlý skutek pochvalou nastrojen, je pojmově možná, článkem IV. pat. však vyloučena.[365])

b § 399 tr. z. stíhá trestem prodej masa z takového dobytčete, „které podle předpisu nebylo ohledáno". Nelze ho tedy analogicky rozšiřovat na nešetření dalších předpisů stran ohledání masa *po porážce*.[366])

---

[362]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 61, *Solnař*, Několik úvah o příčinném vztahu 40d, 43d.

[363]) Handbuch 152.

[364]) Za analogii prohlašuje tento případ *Binding*, Handbuch 221.

[365]) Stejně *Herbst*, Handbuch, str. 36. Dodatečné schvalování trestného činu lze ovšem podle okolností zachytiti § 16 zák. na ochr. rep.

[366]) *Herbst*, Handbuch, str. 36. Nejvyšší soud měl opětovně příležitost v tom směru napravovat omyly nižších stolic. (Rozhodnutí z 8. 7. 1852, z 7. 10. 1852, z novějších rozhodnutí víd. sb. č. 4217/15.)

c Sankcí § 471—477 tr. z. nelze užíti na případy, kdy vetešníci podomní obchodníci, klenotníci a jiní živnostníci nabudou podezřelých věcí tam uvedených způsobem *neúplatným*, zejména darováním. Citované paragrafy mluví o koupi, směně, zástavě, vesměs tedy o úplatných způsobech nabytí věci. Každý jiný způsob nabytí byl by již analogií.[367])

d Zajímavý příklad analogie *práva* v trestním právu uvádí *Hye-Glunek*.[368]) A ví, že dům zapálil C. Má však radost z toho, že B, jeho nepřítel, byl shledán z toho podezřelým, usvědčen a odsouzen. A nebyl na procesu nijak zúčastněn, zejména nebyl slyšen jako svědek. Zůstane beztrestným přesto, že:

1. Nezabránil nespravedlivému uvěznění B-a. Použití § 212 tr. z. je vyloučeno, neboť uvěznění se stalo na základě formálně bezvadného rozsudku.

2. Zamlčel půtahy k odhalení pravého vinníka. Použití § 214 tr. z. je vyloučeno, neboť svědecky slyšen nebyl ani jiný positivní čin k utajení nepředsevzal.

3. Neučinil oznámení na pravého pachatele, jehož znal, poněvadž nebyl povinen v takovém případě oznámení učiniti.

Tak zůstane bez trestu A-ovo úmyslné jednání, jež mělo nepřímo v zápětí uvěznění B-ovo, tedy jednak intensivní omezení jeho osobní svobody zákonem (§§ 90, 93, 95, 96, 331 tr. z.) chráněné, jednak jeho křivé obvinění ze zločinu žhářství (§ 209 tr. z.).

e Podle § 259 něm. tr. z. trestá se za *přechovavačství*, kdo pro svůj užitek ukrývá, kupuje, zástavou béře nebo jinak na sebe převádí věci, o nichž ví nebo podle okolností věděti musí, že byly získány trestným činem. Podobnou skutkovou podstatu, jenže omezenou na krádež a zpronevěření, má § 185 našeho trestního zákona. Prakse obou států nepřipouští trestati toho, kdo získal *peníze* za onu věc ztržené.[369]) Dle některých nelze trestati ani případy, kdy podílník

[367]) *Hye-Glunek*, Das österreichische Strafgesetz, str. 102.

[368]) Tamtéž, str. 102—103.

[369]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 30, říšský soud německý rozh. 2/443, 23/53, 26/317, 39/326; *Altmann*, Kommentar 17, sbírky kasačního soudu vídeňského č. 61/75, 422/82, 1576/92, sbírky Vážného (trestní) 4284/31.

obdržel *jiné kusy peněz*, než které byly ukradeny,[370]) jiní neženou zákaz analogie do těchto důsledků.[371]) Také názor, že přechovavačství (podílnictví) se nevztahuje na věc *zpracovanou*,[372]) možno považovati za ojedinělý.[373])

f Podle § 477 tr. z. dříve rakouského dopouští se přestupku každý, kdo věc podezřelou koupí nebo na ni jako na zástavu něco půjčí. První soud vyslovil názor, že *není* třeba, aby věci byly kupiteli podezřelé již *při koupi* a že stačí, když pachatel tuto jejich vlastnost postřehne *později*. Nejvyšší soud československý[374]) podotýká, že při správném výkladu § 477 nelze přejíti přes požadavek, aby podezřelost věcí byla pro pachatele při vynaložení obyčejné pozornosti poznatelná již *při koupi*, t. j. v době až do uskutečnění koupě. Opačný výklad se příčí ustanovení čl. IV. uvoz. patentu k tr. zák.

g Přísných ustanovení § 85 : c tr. z. o poškození zařízení železničních nelze vztahovati na př. na automobily, třeba po sebe pádnějším důkazu, že ratio onoho zákonného ustanovení se hodí stejnou měrou i na jejich provoz.[375]) Vztažení citovaného předpisu na zařízení letecká podle § 49 zák. č. 172 25 Sb. z. a nař. je věcí rekonstrukce, nikoli analogií, jak výše bylo obecně prokázáno.[376])

---

[370]) Dle *Rumpfa*, Analogie 591.

[371]) Viz na př. rozhodnutí vídeňského kasačního soudu z 9. 1. 1911 č. 3779 sbírky. Jeho důvody jsou typickým dokladem pochybností, jež zde vznikají: První soud vyslovil názor, že rozměnění peněz se v podstatě podobá případu, kdy někdo na sebe převede zpronevěřenou věc po jejím přepracování. Přeměna peněz je mimo to rovná rozbití nebo rozdělení věci. Proti tomu se zmateční stížnost dovolává čl. IV. pat. a vidí v takové úvaze nepřípustnou analogii, neboť ne každé přijetí prospěchu je podílnictvím. Kasační soud uvažuje takto: Kdyby byl názor zmateční stížnosti správný, byly by dvě v podstatě identické skutkové podstaty posuzovány způsobem zcela rozdílným, neboť v případě, že někdo dostal rozměněné peníze, zůstane beztrestným, kdyby dostal přímo ukradené kusy, byl by trestán. Analogie je ovšem zakázána, nutno však uvážiti, zda předmětem zpronevěry je peníz jako fungibilní kat exochén nebo spíše hodnota peněz. Záleží na tom, co bylo těžiskem úschovy, zda genus nebo species, k čemu se vztahuje zájem deponenta.

[372]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 30, kde je citováno rozhodnutí říšského soudu německého č. 54/159, dovolávající se pro podepření svého názoru civilně-právního pojmu specifikace.

[373]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 345.

[374]) Rozh. sbírky Vážného trestní (z 10. 5. 1930 č. 3868).

[375]) *Mířička*, Trestní právo hmotné č. 13.

[376]) Stejně výslovné zahrnutí těžení živic do § 89 tr. z. zákonem č. 303/1924 Sb. z. a nař.

h Ustanovení § 199 lit. e) našeho trestního zákoníka, jež trestá odstranění nebo přesazení mezníků v podvodném úmyslu, nelze použíti na případ zhotovení *nového* hraničního znamení. Podle okolností možno ovšem použíti obecného ustanovení o podvodu.[377])

ch Poštovní známky mají charakter veřejné listiny ve smyslu § 199 lit. d) tr. z. Ačkoli mezi tímto zákonným ustanovením, mluvícím o veřejných listinách a o „veřejným ústavem zavedeném poznamenání kolkem, pečetí nebo známkou" a předpisem § 320 : f tr. z., jenž se zmiňuje o „napodobování veřejných listin", je dalekosáhlá podobnost, přece nelze vykládat § 320 : f tr. z. ve stejném rozsahu jako § 199 : d a nutno považovati pak známku za veřejnou listinu ve smyslu § 320 : f tr. z. jen potud, pokud jí má býti použito příslušným způsobem.[378])

i Ucházení se o křivé svědectví před jiným úřadem než před soudem nebo nabídnutí se k němu se posuzuje podle obecných předpisů o pokusu o delikt nebo navádění k deliktu, který by složením onoho svědectví byl spáchán (zpravidla přečin a podle výše zamýšlené škody i zločin podvodu), nikoli podle analogie § 199 : a tr. z., kde ucházení se o křivé svědectví před *soudem* nebo nabídnutí se k němu je formou tam vylíčeného dokonaného zločinu.[379])

j Soudem prvé stolice vysloven byl názor, že odpovědný redaktor odpovídá za obsah uveřejněného článku i když se neprokáže, že článek četl. V opačném případě staly by se prý všechny přestupky proti bezpečnosti cti, pokud nepodléhají tiskové novele z roku 1924, vůbec beztrestnými popíráním odpovědného redaktora, že je psal, četl nebo dal do tisku, a uražené osoby nemohly by se vůbec dovolávati práva. Podle názoru československého nejvyššího soudu[380]) je takové rozšiřování odpovědnosti redaktora za obsah tiskopisu

---

[377]) Rozhodnutí vídeňského kasačního soudu z 9. 4. 1914 č. 4051 Sbírky.

[378]) Z těchto důvodů zprostil vídeňský kasační soud rozsudkem z 19. 4. 1900 č. 2463 sbírky, německého tiskaře, jenž byl pro přestupek § 320:f tr. z. odsouzen proto, že vyrobil miniatury dopisů a pohlednic s natištěnými známkami pro dětskou zábavu. Viz též *Altmann*, Kommentar 17.

[379]) Viz *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 177.

[380]) Rozhodnutí z 16. 5. 1931, Sbírka Vážného (trestní) č. 4168.

přes rozsah čl. III. odst. 1 zák. č. 142/1868 ř. z. nepřípustnou analogií. „Není úkolem soudů a jest jim naopak čl. IV. uvoz. zák. k trest. zák. přímo zakázáno vyplňovati mezery trestního zákona, najmě, jde-li o mezeru chtěnou, jak je tomu ve směru touto věcí dotčeném."

k Ustanovení § 339 tr. z. ukládá jisté povinnosti při porodu ženě *nevdané*, motivované snahou zamezit vraždy dětí. Nelze podříditi této skutkové podstatě jednání ženy provdané, ani když okolnosti, v nichž žije, staví ji co do podezření, že bude mít zájem dítě odstraniti, na roveň ženě neprovdané. Tomu tak bude zejména tehdy, jde-li o ženu, jejíž manželské společenství bylo zrušeno rozvodem od stolu a lože a zrozené dítě je nemanželské. Rozvodem se však podle ustanovení občanského práva neruší svazek manželský a rozvedená žena zůstává dále provdanou.[381])

l Vykládáme-li pojem poškození věci striktně porušením její hmoty, nelze prý pod zákonná ustanovení o zlomyslném poškození cizího majetku podřaditi případy, kdy s věcí naloženo tak, že zůstala sice neporušenou, její hospodářský význam pro dosavadního majitele však oním jednáním přece zanikl. Uvádí se pro to známý příklad, kdy pohár byl hozen do moře.[382]) Ustanovení čl. IV. pat. nebrání však dle našeho názoru dávati pojmu „poškození" nejen smysl porušení substance, nýbrž i každé změně, snižující hospodářskou hodnotu věci. Pak bude trestným poškozením cizí majetkové sféry nejen onen příslovečný pohár, hozený do moře, nýbrž i zasetí koukolu mezi obilí, nalití vody do vína, vypuštění ryb z rybníku atd.[383])

m Poštovní úředník, který otevře nebo zničí dopisy nebo balíky poště svěřené dopustí se trestného skutku dle § 354 německého trestního zákona. Kdo se téhož jednání dopustí na *tiskopisu* poštou dopravovaném, není trestný.[384])

---

[381]) *Altmann*, Kommentar 17; Rozhodnutí vídeňského kasačního soudu z 12. 5. 1900 a plenární rozhodnutí téhož soudu z 13. 3. 1900 č. 2457 Sbírky.

[382]) *Zitelmann*, Lücken im Recht, *Merkel*, Die Auslegung 85.

[383]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 340.

[384]) *Frank*, Das Strafgesetzbuch 21.

n Maření exekuce podle § 288 německého trestního zákona nemůže se dopustit zástupce exekvované právnické osoby, protože exekuce hrozí právnické osobě a ne jemu.[385])

o Podle analogie § 182 německého trestního zákona nelze trestati ženu, která svede k souloži hocha mladšího 16 let.[386])

p Původní kasuistická úprava § 266 německého trestního zákona, jednajícího o zneužití práv, plynoucích z kontrolní moci funkcionářů tam vypočtených, znemožňovala použíti onoho zákonného ustanovení na případy zcela obdobné, ale ve výpočtu neuvedené.[387]) Tyto obtíže byly právě motivem novely, jež kasuistický výpočet nahradila vyjádřením obecným.

Příklady, kdy by analogie byla i ohledně znaků vlastní skutkové podstaty možná, kdyby nebylo zákazu, obsaženého v čl. IV. pat., jsou — jak patrno — otázkou *kasuistiky trestní jurisdikce*. Musí býti probírány vždy v souvislosti s určitým případem a daly by se tudíž snadno téměř libovolně rozšířiti. Máme však za to, že těchto několik ukázek splnilo svůj úkol, praktickými případy ilustrovati dosah dříve obecně probraného zákazu analogie zatím v této oblasti trestního práva.

3 Obraz by však nebyl úplný, kdybychom se na konec nezmínili o případu, který vyvolal svého času celé tažení proti zákazu analogie v trestním právu a stal se nejpádnějším argumentem v rukou těch, kteří dokazují, že ztrnulost, již v oblasti trestních norem působí, je na překážku nezbytnému přizpůsobení se práva rychle se vyvíjejícímu životu. Jde o případ *krádeže elektřiny*.

Před novým a záhadným zjevem elektřiny umlkaly téměř všechny hlasy, které jinde s větším nebo menším úspěchem dokazovaly, že na určitý případ zákonodárce myslil, i když ho výslovně nevyjádřil. Jakmile se stala elektřina hospodářským činitelem a předmětem obchodu, stala se pochopitelně též předmětem trestných útoků.

---

[385]) *Rumpf*, Analogie 590.

[386]) *Frank*, Das Strafgesetzbuch 21.

[387]) Na př. na přednostu spořitelny, na výbor věřitelů nebo matčina podpůrce dle § 1687 něm. obč. zák. Viz *Ackermann*, Das Analogieverbot 31. Rozhodnutí německého říšského soudu č. 24/109, 39/87, 39/338.

Protiprávnost takového zásahu do cizí majetkové sféry byla živě pociťována a trestnímu soudnictví připadl úkol nalézti, o kterou formu z těch, jimiž trestný zákon bezprávné ztenčení cizího jmění zachycuje, se zde jedná.

a V záplavě nejrůznějších způsobů, jež lidská rafinovanost si vymyslila pro bezprávné odnímání elektřiny, vyskytly se ovšem případy, které se dobře hodily na skutkovou podstatu *podvodu*. Jde zejména o ty z nich, které byly přivoděny nějakým zásahem do počitadla spotřebovaného proudu, takže šlo skutečně o klamání zřízence elektrárny, který údaje počitadla zaznamenával. Tak československý nejvyšší soud měl příležitost zabývati se případem, kdy odběratel proudu navrtal počitadlo, do otvoru vpravil špendlík a jím brzdil pohyb počítacího kotouče, takže počitadlo ukazovalo menší spotřebu proudu. Před příchodem zřízence elektrárny vždy špendlík odstranil.[388]) Podvodem bylo shledáno také, zabrání-li někdo připevněním svorky na elektrickém počitadle, aby proud počitadlem procházel.[389])

Zůstává však řada případů, jež skutkovou podstatu podvodu nenaplňují, neboť není zde nikoho, kdo byl uveden v omyl, nebo jehož omylu využito. (Tak když se někdo připojí na pouliční vedení.) Přesto se vyskytují názory, že i v těchto případech lze o podvodu mluvit. Jsou pak ovšem nuceni omyl aspoň fingovati: Tajným odběrovým zařízením je výrobce elektřiny klamán o výkonu svého stroje a o příslušném svém civilním nároku vůči pachateli, je pracovníkem proti své vůli.[390]) Dnešní automatická regulace odnímá půdu této fikci.

b V debatě o trestnosti odnětí elektřiny nezůstala bez povšimnutí ani okolnost, že často při něm dochází k *poškození* vedení neoprávněnou přípojkou, zejména že je často nutno poškoditi isolaci.[391])

[388]) Rozhodnutí z 29. 10. 1929 č. 3641 sbírky Vážného (trestní).

[389]) Sbírka Vážného (trestní) č. 1891.

[390]) Tak *Stenglein*, Ob Elektrizität gestohlen werden kann 103. Stejně *Reuling*, Zum Thema des Rechtsschutzes der elektrischen Stromkreise und Betriebstellen, Berlin 1900, citováno dle *Kulenkampffa*, Das Rechtsgut 11, s tímto odůvodněním: připojení se na síť je signálem pro strojníka, že pravoplatný odběratel používá více energie. Autor finguje omyl strojníka o pravoplatnosti odběru.

[391]) *Baron*, Deutsche Juristen-Zeitung III, 49d. *Wittko*, tamtéž 73d.

Nemohlo ovšem ujít, že toto řešení se jádra problému vůbec nedotýká a bylo by stejně trestným, kdyby nebyla elektřina vůbec odcizena.

c Historickým mezníkem sporu o právní povahu elektřiny bylo rozhodnutí německého říšského soudu (IV. trestního senátu) ze dne 20. října 1896. Nadhazuje se zde otázka, která se stala těžištěm úporné debaty: Je-li elektřina movitou věcí ve smyslu trestního ustanovení o krádeži nebo není? První soud tehdy odpověděl záporně s tím, že přírodní věda dle výroku znalců opouští domněnku, že elektřina je fluidum nebo dokonce věc a kloní se k názoru, že jde o *stav*, který se vedením sděluje a spočívá domněle v kmitání molekul. Elektřina může tedy býti rozpoznána jen ve svém výsledku, v síle, kterou v sobě chová. Revisi státního zástupce říšský soud zamítl. Je-li elektřina věcí movitou, nelze rozhodnouti na základě norem právních, nýbrž na základě výsledků přírodovědeckého badání. Není tedy omylem *právním*, rozhodl-li soud na základě znaleckého posudku o povaze elektřiny tak či onak. Říšský soud není povolán autoritativně rozhodovati o problémech přírodovědeckých.[392])

d Praktickým důsledkem tohoto vyhýbavého stanoviska říšského soudu bylo ovšem, že první rozsudek, totiž rozsudek osvobozující, nabyl právní moci. První, kdo se proti tomu ozval, byl *Dernburg*.[393]) Začíná ironicky vzpomínkou na případ, kdy před mnoha desítiletími také soud osvobodil studenty, kteří otevřeli kohoutky městského plynového osvětlení. I tehdy se tak stalo s poukazem na přesné znění Justiniana: Res, quae tangi possunt. Podle čeho však pozná člověk svět hmotný, než podle výsledku a síly, kterou projevuje? Byli proto filosofové, kteří vůbec popírali objektivní existenci věcí. Co ve vnějším světě působí, musí zde také existovati. Co může být považováno za věc ve smyslu zákonného předpisu, může býti posouzeno jen podle jeho účelu. Ten směřuje zde zřejmě k tomu, aby chránil soukromníka, jemuž statky vnějšího světa po právu náleží, proti bezprávnému přivlastňování. Proto je také elektřina věcí ve smyslu civilního i trestního práva. V právu se jedná o hospodářské a etické skutečnosti, nikoli o fysikální teorie.

---

[392]) Citováno dle publikace rozhodnutí v Deutsche Juristen-Zeitung I 1896, 446.
[393]) Diebstahl an Elektrizität.

Tento názor byl signálem k prudké výměně názorů. Situaci vystihují zoufalá slova redaktora Deutsche Juristen-Zeitung *Stengleina*,[394]) že otázka nechce dojíti klidu a tak velikou měrou zaměstnává právnický svět, že kdyby měla být otištěna záplava příspěvků jí se týkajících, bavila by redakce čtenáře jen jí. V souhrnu možno říci, že v debatě převládl názor nemožnosti považovati elektřinu za věc ve smyslu trestního ustanovení o krádeži, ačkoli pro obor civilního práva se to beze všeho připouštělo.[395])

Když říšský soud prohlásil otázku o povaze elektřiny za skutkovou, byl tedy v této debatě slyšen i hlas techniků. Z nich *Ostwald*[396]) prohlašuje za nerozhodné, hledíme-li na energii jako na něco, co nutně musí býti spojeno s t. zv. hmotou, nebo (což považuje za vědečtější) vidíme-li v hmotě komplex různých energií. Uhlí nekupujeme, abychom měli určité množství toho předmětu, nýbrž se zřetelem k energii v něm uchované. Hmotnou podstatu necháváme stejně uniknout komínem. Věci opatřujeme si pro jejich *energetický obsah* a trestáme tedy i krádež tohoto obsahu.

Vada této argumentace, na první pohled velmi přesvědčivé, je, že se zde vychází z jakéhosi apriorního pojmu „věci movité", aniž se béře zřetel na to, v jaké souvislosti je ho v právu užito a jaké vlastnosti mu positivní právní řád přikládá. Důležitost tohoto rozeznání se projeví v dalších výkladech.

e Již prosté poznání, že pojem „věc" může míti různý význam podle toho, v kterém systematickém právním oboru s ní pracujeme,[397]) musilo otřásti názorem, že v daném případě jde o otázku skutkovou.[398]) A skutečně nedlouho po citovaném rozhodnutí odchýlil se I. trestní senát německého říšského soudu od řečeného názoru svých kolegů, přiznal problému povahu právní a rozhodl, že elektřinu nelze považovati za věc movitou ve smyslu trestních ustanovení o krádeži.[399])

[394]) Deutsche Juristen-Zeitung I, 102.

[395]) Přehled literatury možno nalézti zejména u *Kahla*, Zum Entwurf eines Gesetzes a *Kulenkampffa*, Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit.

[396]) Deutsche Juristen-Zeitung II 1897, 115d., Die Frage des Diebstahles.

[397]) Na př. *Loebell*, Elektrizität im Zivil- und Strafrecht 37.

[398]) K tomu na př. *Kulenkampff*, Das Rechtsgut 8.

[399]) Cit. *Bülow*, Die Rechtssprechung in Strafsachen 43. Naproti tomu opačné rozhodnutí vrchního zemského soudu v Mnichově z 15./1. a 20./10. 1899 (cit. dle *Goltdammerova* archivu 43, 58), kde hmotnost elektřiny vyvozována ze smyslové zjistitelnosti jejích účinků, a trestní komory norimberské (cit. v Deutsche Juristen-Zeitung 2/420).

f Otázka rozeznána jako záležitost *interpretace*. S hlediska prvního jejího kroku, obecného významu slova, zodpovídána jedněmi kladně.[400])

g Je-li možno gramatickým výkladem dojíti k odporujícím si výsledkům, *selhává-li tedy gramatický výklad*, musíme jíti dále a hledati odpověď v logické struktuře příslušné skutkové podstaty. Nejde nám o rozhodnutí, je-li žádoucí, aby odnětí cizí elektrické energie bylo trestné nebo nikoli, nýbrž o to, zda spadá pod skutkovou podstatu platného trestního zákona.[401]) Je to důsledek formálního pojetí protiprávnosti.

Je-li podřadění krádeže elektřiny pod paragraf o krádeži výkladem nebo již analogií, závisí ovšem na tom, shledáme-li podstatu onoho paragrafu v tom, že krádež je jakýmsi zištným zásahem do cizí správní sféry, či v určitém způsobu tohoto zásahu.[402]) Co je na znění pramene právně podstatného a co můžeme ignorovati, zjišťujeme *výkladem*.

Tak na příklad trestní zákoník československý praví v § 171, že věc jako předmět krádeže musí býti jednak movitá, jednak cizí. Vše ostatní je věcí výkladu. Zejména neplyne ze znění zákona, že by věc musila být hmotná, pokud zdůraznění tohoto znaku nespatřujeme v tom, že musí jíti o věc cizí, ve vlastnictví jiného jsoucí.[403])

h Pro závěr, že předmětem krádeže může býti jen věc hmotná, uvádí se řada důvodů: obecný význam toho slova v právním životě, historický vývoj tohoto pojmu jako součásti trestního práva a ostatní samým zákonem stanovené znaky skutkové podstaty deliktu.[404])

---

[400]) *Brütt*, Die Kunst 158, *Roediger*, Analogie 35 (jinými záporně). Tak zejména *Hoppe*, Diebstahl an Elektrizität 58, který se dovolává vžitého pojetí prakse a lidu v případech elektrické energie podobných: Nikdo nepociťoval jako trestné, byla-li využívána tepelná energie kamen veřejné čítárny k ohřívání soukromých nápojů nebo když cigáry zapalovány u svítilen veřejného osvětlení. Beztrestným „furtum usus" zůstává, vypůjčí-li si někdo cizího koně bez vědomí majitele nebo čistí-li si služka zuby kartáčkem své paní. Kdo odnímá elektřinu, užívá bezprávně strojů elektrárny. Řadu těchto případů doplňuje *Freudenthal*, Der Diebstahl an Elektrizität, ve svém polemicky proti Dernburgovi namířeném článku.

[401]) *Bülow*, Die Rechtssprechung 42.

[402]) *Mayer H.* Das Strafrecht 123.

[403]) *Kohlrausch*, Das Gesetz 483.

[404]) *Kallab*, Předmět krádeže 781, vzpomíná v souvislosti poněkud jiné, že starší zákony rakouské vyjadřovaly předmět krádeže termínem „statek", jehož se užívá pro označení každé majetkové hodnoty a který má prima facie význam širší než věc, dochází však k závěru, že změna slova neměla vlivu na smysl zákonného místa.

Nedostatek „hmotnosti“ elektřiny, obecně uznávaný (přes ojedinělé pokusy dokázat i její hmotnost její smyslovou zjistitelností), vedl pak k běžné argumentaci o nemožnosti považovati elektřinu za věc ve smyslu ustanovení o krádeži.

Těmto důvodům vzal podklad *Kohlrausch* svým důkazem, že není podnětu vznášeti na pojem věci požadavek hmotnosti,[405]) kde uzavírá, že běžná řeč rozumí tím slovem věci hmotné i nehmotné a důkazní břemeno spočívá tudíž na tom, kdo chce slovu dávati význam užší.[406]) Je první, který zhodnocuje zákonnou vlastnost „odcizitelnosti“ při výkladu pojmu věc. Jeho výstižné důvody zasluhují bližší pozornosti: To, co je při krádeži elektřiny odcizováno, je elektrická energie, elektrická práce. Elektřina sama o sobě nemůže býti pojímána jako nositel hodnoty v obchodním styku.[407]) Při elektrickém proudu samotném mohlo by jíti vždy jen o furtum usus,[408]) o bezprávné užití toho předmětu, který „elektricky působí“. Na tento předmět je elektřina jako předmět právního obchodu nutně vázána, ať už jím je vyráběna, rozváděna nebo hromaděna.[409]) Podstata takového předmětu vyčerpáním elektrické energie v něm obsažené není nikterak dotčena.[410])

i Tuší tedy i *Kohlrausch*, že odnětí elektřiny je dějem podstatně jiným než odnětí věci v běžném smyslu. Dostatečným důvodem ignorovati tuto rozdílnost je mu však odkaz k *účelu* trestního ustanovení o krádeži: Má být chráněn jednotlivec pokud jde o statky, které podléhají jeho faktickému panství.[411]) Tím však odkrývá účelový podklad celé skupiny, kterou zveme delikty majetkovými a nezbavuje se povinnosti respektovati zvláštnosti jednotlivých skutkových podstat, zejména v oblasti striktní interpretace, jíž je trestní právo. Uzavíráme proto s *Kallabem*:[412]) „Substanci (věc v běžném smyslu) si přisvojuji tím, že s ní nakládám jako vlastník. Samostatná entita, jež doposud byla v moci A-ově, je nyní, třeba jen na okamžik, v moci

[405]) Das Gesetz 474.
[406]) Tamtéž 481.
[407]) Tamtéž 465.
[408]) Tamtéž 466.
[409]) Tamtéž 468.
[410]) *Kulenkampff*, Das Rechtsgut 5.
[411]) *Kohlrausch*, Das Gesetz 482.
[412]) Předmět krádeže 858.

B-ově. Energii si mohu přisvojiti jen tím, že ji nechám pro sebe vykonati nějakou práci. Co si přisvojuji není tedy něco, co by existovalo vedle substance, nýbrž je to schopnost substance konati práci. Osobuji si tudíž na substanci jako nositelku elektřiny právo, jež mi nepřísluší, nikoli pro krádež charakteristickou výhradnou moc."

Z těch či oněch důvodů zde popsaných převládalo mínění, že elektřina nemůže býti v technickém smyslu toho slova „ukradena". Ti, kteří tuto nemožnost zakládali na nedostatečném logickém rozsahu slova „věc", doporučovali doplniti trestní zákon normou, která by výslovně elektřinu resp. i ostatní energie člověkem vyrobené neb využité stavěla na roveň věcem.[413]) I toto řešení možno považovati za dostačující, neboť autentickou interpretací, která je ve skutečnosti novou normou, rozptylují se pochybnosti o trestnosti odnětí elektřiny. Tím je úkol legislativní úpravy splněn. K dokonalému vystižení specifické situace, která nastává v těchto případech, není však úsporný poukaz na platná trestní ustanovení o věcech movitých způsobilý. Proto se některé státy odhodlaly k vytvoření zcela nových skutkových podstat.[414])

Popsaný spor chce zde býti jen důkazem, jak prakticky obtížnou je otázka, je-li něco ještě kryto logickým významem pojmu či nutno-li již sáhnouti k analogii. Úzká příbuznost energií a věcí, jež obojí jsou representanty majetkové hodnoty, jež je statkem právně chráněným, byla zcela mimo spor. Obecně uznáváno je též, že odlišné části obojích zjevů, nemají v právu podstatného významu.[415]) Nabývají ho

[413]) Toto řešení volí též osnova československého trestního zákoníka z r. 1926 (§ 13 č. 5), následujíc tak příkladu norského trestního zákoníka a tehdejší osnovu německou a rakouskou. Osnova z roku 1937 má takové ustanovení v § 379 a může se jako precedenc odvolati nejen na známý § 2 slovenského zákona zák. čl. III z roku 1907, nýbrž i na § 194 odst. 2. zákona č. 131/1936 Sb. zák. a nař. o obraně státu.

[414]) Typickým toho příkladem je německý zákon z 9. dubna 1900. Ten stanoví: Kdo elektrické síti nebo zařízení odnímá cizí elektrickou práci pomocí vodiče, který není určen k řádnému odběru této práce, bude potrestán, činí-li tak v úmyslu protiprávně si elektrickou práci přisvojiti. (§ 1).(Srovnej § 242 něm. tr. z. o krádeži: proti „entzieht" stojí zde „wegnimmt".) Bylo-li popsané jednání předsevzato v úmyslu jinému protiprávně způsobiti škodu, spadá pod § 2 cit. zákona. V prvním případě jde o obdobu krádeže, ve druhém o poškození cizího majetku a případy ty odpovídají oběma možnostem odnětí elektrické energie. Bližší výklad zákona nespadá do našeho rámce. Anglický zákon 45 & 46 Vict, c, 56 s. 23, citovaný u *Stephena*, A Digest 294, stanoví: Who maliciously or fraudulently abstracts, causes to be wasted or diverted, consumes or uses any electricity . . . shall be guilty of simple larceny and punishable *accordingly*.

[415]) *Roediger*, Analogie 35.

však tím okamžikem, kdy analogie je zakazována, jak je tomu právě v trestním právu.

k Československá teorie i prakse je téměř jednomyslně zastáncem názoru, že elektřinu nelze pro obor trestního práva stavěti na roveň věcem.[416]) Naproti tomu *Milota*[417]) subsumuje pod pojem věcí movitých i elektřinu, neboť i ona může býti přenesena bez porušení své podstaty. Že elektřina je *věcí*, nijak blíže neodůvodňuje.[418]) Pokud jde o stanovisko prakse, nelze přehlížeti, že přes ustálenou judikaturu nejvyššího soudu z citovaných tří případů dvakrát první soud, jednou pak státní zástupce vyslovil názor, že elektřina věcí je. Stanovisko osnov bylo již citováno.

4 Obdobnou roli, jako svého času stanovisko říšského soudu v otázce elektřiny, hrálo v nejnovější době jeho rozhodnutí[419]) *o zneužití telefonního automatu* vhozením falešné mince. Nebylo lze užíti ustanovení o podvodu, neboť nikdo nebyl uveden v omyl. Potřebný elektrický proud nebyl odňat „vodičem neurčeným k řádnému odběru proudu" (§ 1 zák. o elektřině), neboť falešná mince není v mechanismu automatu vodičem, nýbrž jen závažím, otvírajícím uzávěru ciferníku. Konečně nejde ani o falšování mince, neboť vyklepáním byl jí dán jen objem, nikoli vzhled mince vyšší. Proti osvobození obžalovaného zvedl se odpor v národně-socialistické literatuře a případu bylo do omrzení využíváno jako důkazu, že se judikatura odcizila lidu.[420]) Příznačné je, že výsledkem této kampaně nebyla jen novelisace § 2 něm. tr. zákona, totiž odstranění překážejícího zákazu analogie, nýbrž současně (28. 6. 1935) i nová koncepce § 265 a) něm. tr. zák., dovolující přímou aplikaci na jakákoli zneužití automatů, pokud konkretní forma jednání nezakládá přísnější trestný čin.

---

[416]) *Kallab*, Předmět krádeže 859d, Trestní právo hmotné č. 342, *Miřička*, Trestní právo hmotné č. 13 m *Prušák*, Rakouské právo trestní 27, nejvyšší soud ve sbírce Vážného (trestní) č. 1891 z 6. února 1925, č. 3263 z 21. září 1928 a č. 3641 z 29. října 1929.

[417]) Učebnice 327.

[418]) O tom praví jen pro obor práva slovenského § 2 zák. čl. III z r. 1907, že za movitou věc nutno pokládati i elektřinu i jinou energii, sloužící technickým účelům. Přesto *Milota* svůj citovaný názor vztahuje na obě právní oblasti československé.

[419]) Rozh. z 18. 12. 1933 Sb. sv. 68 č. 18.

[420]) Viz na př. *Ackermann*: Das Analogieverbot (32) *Rumpf*, Analogie 591, proti *H. Mayer*, Das Strafrecht 126.

BB. ANALOGIE PŘI ČASOVÉM A MÍSTNÍM VYMEZENÍ SKUTKOVÉ PODSTATY

1. O povaze těchto znaků. — 2. Závěr z tohoto rozeznání.

1 O postavení těchto znaků ve skutkové podstatě, mezi podmínkami trestnosti, jsme mluvili dříve. Tam jsme také zdůraznili, že rozdíly zde spatřované jsou vesměs vnějšího, technického rázu a s hlediska normativního zcela bezvýznamné.

Každé analogické rozšíření časového a místního okruhu platnosti normy znamená tedy — jako při ostatních znacích vlastní skutkové podstaty — prohlašovati za trestné něco, co v zákoně není výslovně za trestné prohlášeno. Rozpor takové aplikace s čl. IV. pat. je evidentní.

Obsahová svéráznost těchto znaků má však svoje důsledky i v tomto směru: Znaky časové i místní platnosti normy jsou určovány prostředky tak mechanickými a tak jednoznačně, že většinou analogie je sama sebou vyloučena. Zákon, jehož začátek i konec platnosti je určen pevným datem, nebude analogicky vztahován na dobu touto časovou mezí nezahrnutou, stejně jako zákon, platící v určitém území, nebude užíván na území jiném, i kdyby poměry na něm byly sebe obdobnější.

2 Není tedy kvalitního rozdílu mezi časovým a místním vymezení platnosti zákona a ostatními znaky skutkové podstaty. Tím méně je zde takový rozdíl mezi oním vymezením a znaky, určité skutkové podstaty, které obsahují nějaký prvek časový nebo místní. Na příklad trestní norma váže přísnější sazbu na okolnost, že čin byl spáchán v čas války, nebo činí podmínkou skutkové podstaty, že čin se udál na vyzbrojeném válečném plavidle. A přece při těchto znacích jen proto, že jsou systematicky odlišeny od vlastního vymezení časové a místní platnosti zákona tím, že jsou pojaty přímo do zákonných skutkových podstat, bude ochota k analogii. Kdyby to čl. IV. pat. nevylučoval, uvažovalo by se o analogickém použití sazby pro dobu války pro čas vážných nepokojů uvnitř státu, neboť řada zákonů obě situace skutečně — ovšem jen pro svůj obor — staví naroveň. Stejně by se vztahovala skutková podstata deliktu, jenž musí býti spáchán

na vyzbrojeném válečném plavidle, na vyzbrojená válečná letadla. Nechyběly by jistě ani pokusy podřaditi „letadlo" pojmu „plavidlo" a tak extensivním výkladem obejíti zákaz analogie.

CC. ANALOGIE PŘI OKOLNOSTECH VYLUČUJÍCÍCH TRESTNOST.

1. Normativní podstata těchto znaků. — 2. Význam těchto zvláštností pro stanovisko k zákazu analogie. — 3. Jednostrannost hlediska? — 4. Příklady a až f. — 5. Teoretická přípustnost a skutečné použití analogie.

1 Upozornili jsme již, že také tyto okolnosti jsou částí skutkové podstaty, pojaté v širokém smyslu souboru všech předpokladů trestnosti. Od ostatních se však nápadně odlišují tím, že podmínkou trestnosti je jejich *neexistence*. Vyskytnou-li se, říkáme, že brání trestnosti skutkové podstaty nebo nastalou již trestnost ruší.

Normativně nejsou tyto okolnosti ničím svérázným. Normativně je lhostejno, jakým způsobem je skutková podstata vyjádřena. Může tedy skutková podstata resp. i její část býti vyjádřena negativně. Schema takové normy pak jest: Je-li A a není-li B, má býti C. Ono B není negací bytí, nýbrž stručným výrazem pro všechny myslitelné skutečnosti minus B, tedy pro všechna non B. Za tohoto stavu je negativní vyjádření jedinou možností postižení rozhodného znaku skutkové podstaty, neboť nekonečnost znaků, jež se ve skutkové podstatě mohou vyskytnouti, je nevyjadřitelná. I když však pro potřeby té které normy může být počet myslitelných skutečností rozumně redukován na určitý okruh skutečností „v úvahu přicházejících", znamená negativní vyjádření přece znamenitou úsporu výrazovou, podepřenou nadto velikou jeho pregnantností.[421])

Negativní znění znaků skutkové podstaty, jež zveme okolnostmi trestnost vylučujícími, není tedy důvodem pro názor, že jde o něco normativně odlišného. Naplnění tohoto znaku, totiž neexistence určité skutečnosti, je přece zrovna tak podmínkou trestnosti jako uskutečnění kterékoli z ostatních podmínek skutkové podstaty.

[421]) Je v dobré paměti neporozumění, na jaké narazilo negativní vyjádření „opominutí". které též neznamená naprostou nečinnost, nýbrž nekonání něčeho určitého, na čem zrovna právnímu řádu záleží. Co proti tomuto způsobu vyjádření bylo řečeno v nekonečných diskusích konce minulého století, platí mutatis mutandis i pro náš problém.

Lze ovšem nalézti závažné důvody, a to zejména v ohledu na právní praksi, a ve zřetelech systematických a didaktických, jež vedou k odlišování okolností trestnost vylučujících od ostatních znaků skutkové podstaty. Jejich zvláštnost je v právní praksi vyjadřována již názvem: Praksi se skutečně jeví jako okolnosti, jež působí, že to, co by bylo nebo již bylo trestným, trestným nakonec není. Normativně nelze mluviti o trestnosti, pokud nejsou všechny její podmínky, totiž všechny znaky podmiňující skutkové podstaty splněny. Přísně vzato, je právníku skutečnost viditelna jen jako skutková podstata normy. Pokud tato, tudíž všechny její znaky, nejsou zjištěny, nemůže vzbuditi jeho pozornosti.

Praktická činnost aplikační nevychází ovšem od norem jako celků, nýbrž zjišťuje postupně, zda jsou dány jednotlivé její znaky. Toto zjišťování je postupným hodnocením skutečnosti s hlediska pojmů právních. Nutnost hodnocení naznačuje zřetelně, že není všechno skutečností právní, co se aplikujícímu v cestě vyskytne. Ze spousty skutečností má hodnocením zjistiti ony, jež znakům skutkové podstaty odpovídají. Tento postup je pramenem klamu, že jsou dány sice všechny znaky, jež normálně trestný čin mívá, že se však mimořádně vyskytla skutečnost další, která tuto trestnost zase smazala.

Řečené normativní koordinaci znaků skutkové podstaty v širším smyslu podléhají i okolnosti, které skutečně nastalou trestnost později zas ruší, na př. promlčení. Ani zde není nic zvláštního, uvědomíme-li si, že takové časové určení normy je integrující částí skutkové podstaty, jak o tom ještě bude učiněna zmínka. Na uplynutí času může býti vázána platnost normy jako na kterýkoli znak jiný. Nesmí zde másti, že „trestnost" je v důsledku představ etických pokládána za něco, co na určitém skutku trvale vázne.

2 Nebudeme se dále zabývati problémem okolností vylučujících trestnost, i kdyby jeho zajímavost k tomu sebe více sváděla. Naším úkolem je pouze zjistiti, jak se při jejich tvorbě uplatní analogie. Jejich negativní znění má ten důsledek, že užší interpretace těchto okolností ceteris paribus počet trestných činů rozšiřuje, interpretace širší nebo dokonce vykročení z logických mezí normy počet deliktů — opět ceteris paribus zmenšuje. Je to situace opačná, než jsme nalezli u znaků vlastní skutkové podstaty. Byl-li při nich zákaz analogie důsledkem

positivní zásady, že bez ustanovení zákona nelze trestati, nevadí tato zásada analogickému rozmnožování okolností vylučujících trestnost.

Čl. IV. uvoz. pat. zakazuje pokládati za trestný čin něco, co za takový není v zákoně výslovně prohlášeno. Z toho jsme vyvodili v předchozím odstavci poznatek, že analogické rozšiřování pojmů, jež tvoří vlastní skutkovou podstatu, je nepřípustné.

V normě o schematu: Je-li A a není-li B, má býti C, je tedy analogie vyloučena ohledně A, neboť každým rozšířením A se proti zákazu IV. čl. pat. prohlašuje za trestné něco, co za takové není v zákoně výslovně prohlášeno. Jiná situace nastává, uvažujeme-li o analogickém rozšíření znaku B. Jeho rozšířením nejen že se vylučuje prohlásiti za trestné něco, co za takové není v zákoně výslovně prohlášeno, nýbrž nelze za takové prohlásiti ani určité skutkové podstaty, které podle výslovného znění zákona by trestnými byly. Tento postup tedy uspokojuje zákaz analogie, jak je vyjádřen v čl. IV. pat. neboť ten zakazuje trestání činů nikoli výslovně za trestné prohlášených, nelze však z něho vyvoditi příkaz, aby naopak všechno, co zákon výslovně za trestné prohlašuje, bylo skutečně trestným uznáváno.

Kde hledati příkaz, aby to, co skutkovou podstatu A-non B naplňuje, bylo skutečně prohlášeno za trestné? Příkaz takový nalezneme ovšem tam, kde se stanoví, že každá skutečnost musí býti normě podřaděna, pokud ona, resp. přesněji: věta ji vyjadřující, je logicky podřaditelna pojmům skutkové podstaty normy. To je základní příkaz každé aplikace. (Delegace jako povinnost.) V praksi trestního práva je dokonce zabezpečena procesní zásadou *legality*, podle níž je povinností příslušných státních orgánů, aby vše trestné bylo trestáno. Trestní zákon není tedy magna charta zločince, jak zní proslulý výrok *Lisztův*,[422]) jenž byl s potěšením citován odpůrci legality trestu. Jedině zákon může říci, kdo je zločincem. Zločinec není pojem stavovský, je jím každý, kdo je subjektem trestného činu a pokud jím je.

3 Hořejšími závěry neprojevujeme proto žádnou tendenci změkčovati trestní právo, jak se někdy vytýká.[423]) Jde nám o seznání skuteč-

[422]) *Liszt-Schmidt*: Lehrbuch, str. 19 pozn. 13.

[423]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 25, *Schem*, Die Analogie 63, *Freisler*, Schutz des Volkes 11.

ného dosahu zákazu analogie, lépe řečeno toho positivního ustanovení, které se takto běžně nazývá. A opět se přesvědčujeme o nebezpečí generalisujícího názvu, jenž svádí k tomu, abychom analogii vylučovali ze všech myšlenkových operací, které jsou zahrnuty v trestní jurisdikci. Tím, že uvedená positivní zásada nebrání analogii nikde, kde není vytvářena nová skutková podstata, tedy zejména tam, kde skutkové podstaty jsou tvorbou dalších omluvných okolností o trestnost „připravovány", je s hlediska normativního okolností zcela nahodilou, protože výhradně věcí *obsahu* právního řádu a výtky této přípustnosti lze činiti jen de lege ferrenda. Na základě téhož positivního ustanovení je však naopak též přípustno uložiti vyšší trest (v rámci sazby ovšem, jak uvidíme) na základě analogicky vytvořené přitěžující okolnosti. Ani zde nejde o vytvoření nové skutkové podstaty, ani o uložení nezákonného trestu, takže zákaz analogie sem nedosahuje. Věta, že analogie je dovolena jen ve *prospěch* pachatele není v této obecnosti zrovna tak přesná jako věta, mluvící o zákazu analogie v trestním právu *vůbec*.

Nelze proto vytýkati nedůslednost tomu, když při otázce viny analogii vylučujeme, při otázce neviny ji připouštíme, jak činí *Merkel*.[424]) Tento výsledek je dán výkladem *positivního* ustanovení o legalitě trestu a nedůslednost by proto mohla býti vytýkána jedině autoru tohoto positivního předpisu a ne jeho objektivnímu vykladači. Je-li v konkretním případě taková „korektura zákona" přípustná nebo nepřípustná,[425]) zda totiž soudce vhodně nebo nevhodně analogie použil, nedotýká se opět obecného problému přípustnosti analogie v této oblasti.

Názor *Merkelův* možno ostatně považovati za ojedinělý. Většinou bylo rozpoznáno, že analogická tvorba okolností trestnost vylučujících je *zásadně přípustna*.

4 O nutnosti rozšiřovati počet okolností vylučujících trestnost přesvědčuje nás živá tendence teorie i prakse v tomto směru. Poukazujíce pro bližší informaci k pracem *Bindingovým*,[426]) k *Rittle-*

[424]) Analogie 83.
[425]) *Merkel*, Die Auslegung 85.
[426]) Handbuch 221.

rovi[427]) a k *Schemovi*,[428]) kteří shodně registrují často až nepřípustnou extensi[429]), musíme se spokojiti několika ilustračními náznaky.

a) Podle § 2, posl. odst. tr. z. lze použíti spravedlivé a nutné obrany jen k odvrácení protiprávného útoku na lidský život, na svobodu nebo na jmění. Všechny tři statky jsou chráněny i jinak trestním právem. Spolu s nimi je však chráněna i čest člověka. Zdálo by se, že můžeme beztrestnost nutné obrany analogicky rozšířiti i pokud jde o útoky na čest. Než otázku, zda je nutná obrana proti útoku na čest možná, lze rozhodnouti již podle slov a přirozeného smyslu citovaného zákonného místa, a to negativně. Výpočet případů je zde taxativní a proto analogie je vyloučena.

Hlasy, které volaly po připuštění spravedlivé nutné obrany i proti útokům na čest,[430]) byly aspoň zčásti uspokojeny předpisem, že bude sice odsouzen, nebude však trest ukládán tomu, kdo z ukvapení a rozčilení urážkou reagoval na něčí přímo předcházející vyzývavé nebo pohoršlivé jednání. (§ 9: 2 zák. č. 108-1933 Sb. z. a n. o ochraně cti.) Současně je však toto positivní ustanovení legálním důkazem, že si zákon nepřeje analogického rozšiřování předpisu o nutné obraně také na případy, kdy útokem byla ohrožena čest.

b) Krádež, zpronevěra a podílnictví na těchto trestných činech přestávají býti trestnými včasnou náhradou škody za dalších okolností zákonem vypočtených. (§ 187 tr. zák. čs.) Výpočet deliktů, při nichž *účinná lítost* zbavuje trestnosti, je zřejmě taxativní a nikoho nenapadá, vztahovat ji také na loupež, která přece s krádeží vykazuje tak blízkou podobnost, že v praksi jsou oba delikty často jen velmi těžko rozeznatelné.[431]) Přesto lze zastávati názor, že důvod účinné lítosti platí i pro přestupek nákupu podezřelých věcí podle § 477 tr. z. Důvod trestnosti tohoto činu je stejný, jako při podílnictví na krádeži a jde zde o čin potud méně závažný, že se nežádá vědomí, že věc je kradená. Stačí, byl-li u kupujícího důvod k podezření, že jde o věc kradenou. Je tedy přestupek podle § 477 tr. z. jakýmsi východiskem v těch častých případech, kdy podezření z podílnictví na subjektivní stránce

[427]) Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht.

[428]) Die Analogie 164d.

[429]) Účelová teorie, až příliš živě připomínající odiosní pořekadlo, že účel světí prostředky, teorie odvažování hodnot, Zumutbarkeit.

[430]) K tomu *Zimmerl*, Aufbau 79. Mnohem horší než mlčení zákona je špatná úprava, na př. vyloučení útoků na čest ze spravedlivé obrany.

[431]) *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 347.

ztroskotá. Situace by v tomto mírnějším případě byla pro pachatele potud nepříznivější, že by se splněním podmínek účinné lítosti nemohl zbaviti svého provinění, na rozdíl od skutečného podílníka. Po úvaze o této závislosti obou skutkových podstat nutno důvod účinné lítosti rekonstrukcí dosaditi i do mírnější z nich, i když ho zákon při § 187 tr. z. výslovně neuvádí.[432])

c) § 46 německého trestního zákona stanoví, že pokus zůstane beztrestným, když *pachatel* činnosti včas zanechal nebo před objevením činu výsledku vlastní činností zabránil. Z okolností, že co do trestnosti jsou návodcové a pomocníci stavěni naroveň, vyvozuje se téměř jednomyslně, že řečené omluvné důvody možno vztáhnouti i na tyto osoby, ač zákon mluví výslovně o pachateli.[433])

d) Ve výpočtu § 51 německého trestního zákona nelze spatřovati výpočet všech druhů vyloučené příčetnosti, nýbrž exemplifikaci pod vrchním pojmem „neschopnosti pochopiti nedovolenost činu".[434])

e) Někteří dokonce mají za to, že principu, jehož konsekvencemi jsou § 58 německého tr. z. a § 3 německého zák. o trestním soudnictví nad mládeží, že totiž zanedbaná výchova (hluchoněmého nebo mladistvého), způsobivší, že si neuvědomil zakázanost činu neb není schopen podle svého poznání jednati, má býti důvodem beztrestnosti, může býti analogicky použito i na lidi, kteří jsou v téže intelektuální situaci proto, že vyrostli o samotě nebo že jsou příslušníky národů s odlišnou kulturou.[435])

f) Naproti tomu při okolnostech nastalou již trestnost *rušících* musíme míti za to, že výpočet v normách provedený je taxativní. Jde o důvody dané většinou otázkou vhodnosti stíhání (na př. promlčení) a zákon si vyhrazuje autoritativně rozhodnouti, kdy se vzdává svého vzniklého již práva trestati.[436])

---

[432]) *Altmann*, Kommentar 18, rozhodnutí vídeňského kasačního soudu z 10. 11. 1894 č. 1860 Sbírky.

[433]) Tak *Ackermann*, Das Analogieverbot 26, *Frank*, Das Strafgesetzbuch 22, *Merkel*, Die Auslegung 84, jenž důvody ty vztahuje i na trestná přípravná jednání. Opačného názoru je, pokud jsme mohli zjistiti, jen *Meves*, Stellung des Anstifters 403 a jím citovaný *H. Meyer* s odůvodněním, že analogie je „sotva přípustnou právní pomůckou v trestním právu". Dosah tohoto názoru je však velmi zeslaben poznámkou, že se rozumí samo sebou, že každý účastník zůstane beztrestný, pokud se mu podaří zameziti, aby delikt byl dokonán nebo pokud včas zneškodní vliv své účasti.

[434]) *Binding*, Handbuch 221.

[435]) Tak *Ackermann*, Das Analogieverbot 27.

[436]) *Schem*, Die Analogie 180 d.

5 Teoretický poznatek, že positivní zákaz analogie se nevztahuje na okolnosti vylučující trestnost, konfrontovali jsme zde s praktickou potřebou tohoto postupu a zjistili jsme, že soudce často po něm sáhne, aby v rámci svého úkolu tvořil normy co nejspravedlivější ve smyslu opětovně vyloženém. Kladným zodpověděním otázky přípustnosti analogie je však teprve odstraněna zábrana, znemožňující a priori analogii v tomto oboru trestního práva. Ta pravá práce, tvořící jádro myšlení analogického, to pečlivé odvažování, jemuž byla věnována obecná část našeho pojednání, je nezbytným v neztenčené míře i zde, ba je tím odpovědnější, že bezduchým prováděním zásady in dubio mitius, vystihující jen polovici pravdy, může býti ohrožován sám účel trestní represe. Uvidíme, že právě zde nasadila svou kampaň kritika, vytýkající panující doktrině škodlivou změkčilost.

DD. ANALOGIE PŘI URČENÍ DRUHU TRESTNÉHO ČINU.

1. Zákon řeší většinou jednoznačně. — 2. Trestní zákoník nemá výslovného ustanovení. Příklady řešení. — 3. Momenty kvalifikační. — 4. Počítání hodnoty při majetkových deliktech. 5. Herbstův případ analogie práva. — 6. Zákonné následky odsouzení.

1 Podle jasného ustanovení trestního zákoníka jsou možnými druhy trestních činů jen zločiny, přečiny a přestupky. Úkolem aplikujícího je přiřadit danou skutečnost k některé z těchto skupin.

Viděli jsme, že čl. IV. pat. přesné odlišování druhů trestných činů velmi zdůrazňuje a nescházely ani názory (*Jenull*), které do tohoto příkazu kladou jeho těžisko. Zákon napomáhá splnění tohoto úkolu tím, že při každé skutkové podstatě říká, má-li býti považována za zločin, přečin nebo přestupek.

Pokud tak opravdu činí, není nebezpečí, že dojde k chybám. Přesto nacházíme dvě skupiny případů, kdy věc není tak jasná a kdy je skutečně na místě onen příkaz čl. IV. pat.

2 Projdeme-li trestní zákoník, narazíme na případy, kdy kvalifikace skutkové podstaty není tam výslovně uvedena. Jsou to §§ 205 a), b), 371 a 374 tr. z. Zákon o nich výslovně neříká, jsou-li zločinem,

přečinem nebo přestupkem. Měli bychom tedy podle doslovu čl. IV. pat. o nich říci, že nemohou býti za zločin, přečin nebo přestupek považovány. Jelikož to jsou jediné druhy trestných činů, neměly by být skutkové podstaty oněch paragrafů vůbec trestnými činy.

Proti tomu závěru není dostatečným argumentem, že by nemělo smyslu v trestním zákoně je uvádět, kdyby zákonodárce neměl také úmysl je trestati. Nutno uvažovati takto:

Zákon výslovně říká:

§ 205 a i b. Trestá se . . .

§ 371: V *trest* stanovený upadá . . .

§ 374: Na stejný *trest* uznáno budiž . . .

Prohlašuje tedy skutkové podstaty výslovně za trestné. Co stanoví ohledně jejich kvalifikace?

a) Ze zařadění § 205 v dílu o zločinech i z toho, že na ně stanoven trest žaláře, který je výhradně určen pro zločiny (§§ 12, 240 tr. z.) nemůže být pochybností, že i v těchto případech jde o zločiny.

b) Poněkud složitější úvaha, ale stejné logické podstaty, je potřebná při §§ 371 a 374. Tyto paragrafy jsou zařaděny do II. dílu trestního zákoníka, kde se jedná jen o přečinech a přestupcích. Naše rozhodování se tím omezuje na tuto alternativu.

§ 371 stanoví, že každý obchodník, jenž dá do oběhu tak řečené zboží materiální takového druhu, který třeba by ani nebyl určen k potřebě lékařské, před tím byl úplně neznámý a nebyl od úřadu zkoušen, bude potrestán podle § 368. Tento § ukládá trest 50 až 250 Kč. Jeho skutková podstata je případem obecné normy § 365 a podle toho přestupkem. Je-li určitá skutková podstata co do trestnosti postavena na roveň jiné, neznamená to, že se převezme jen sazba tam obsažená, nýbrž vše, co s sebou trestnost přináší. Bude to zejména systém právních následků odsouzení, na druhé straně však i příslušné předpisy o zrušení trestnosti. Obojí je vázáno na určitou kvalifikaci činu a možno v tomto směru onu kvalifikaci samotnou považovati za zkratku trestu a tak za součást trestu v širším smyslu. Ve zmocnění, aby byl jeden delikt *stejně potrestán* jako jiný, můžeme spatřovati i zmocnění, aby oba byly *stejně kvalifikovány*. Proto též skutkovou podstatu § 371 tr. z. prohlásíme za přestupek. Nejde zde opět o myš-

lenkový pochod analogie, nýbrž o rekonstrukci podmíněné skutkové podstaty na základě výslovného zákonného zmocnění.[437])

c) Třetí z citovaných ustanovení trestního zákoníka, kde není uvedena kvalifikace trestného činu tam normovaného, zní: Na stejný trest (jako v § 373) uznáno budiž podle míry škodlivého následku tomu, kdo beze zlého úmyslu na někoho pušku spustí, nepřesvědčiv se prve, že není nabita. (§ 374 tr. z.) Stejným myšlenkovým pochodem rekonstrukce jako v případě předešlém dojdeme i zde k závěru, že trestný čin zde popsaný je přestupkem, nedojde-li při tom k usmrcení člověka.[438])

d) Jinak nutno postupovati při řešení otázky, jak je kvalifikován trestný čin, normovaný v § 26 zákona z 9. dubna 1920 č. 260 Sb. z. a nař., vybavený trestem peněžitým[439]) do 50.000 Kč. Jelikož jde o čin, trestaný řádnými soudy, (§ 26: 2 cit. zákona) a hrozeno je trestem peněžitým jakožto trestem hlavním, přichází v úvahu jen kvalifikace jako přečin nebo přestupek (§ 240 tr. z.). V zákoně samotném nalézáme označení tohoto deliktu jakožto „provinění". (§ 27, 30 cit. zák.) S hlediska zákona jsou obě možnosti stejně přípustné. Soudcova volná úvaha, která by zde nastupovala, je však ovlivněna ustanovením § 46 prováděcího nařízení č. 604-1920 Sb. z. a nař., kde delikt podle § 26 zák. je výslovně kvalifikován jako přestupek. Rozvedení zákonných ustanovení prováděcím nařízením nepříčí se zásadě legality trestu, jíž na závadu nejsou ani blanketní zákony. Nařízení, držící se jako nařízení zde citované v rámci prováděného zákona jsou pro soudce závazná. (§§ 102, 55 ústavní listiny.) Možno tudíž citované vládní nařízení považovati za autentické doplnění příslušného zákona také v tom smyslu, že trestný čin v jeho § 26 popsaný nutno považovati za přestupek.[440])

e) Typickou ukázkou, zkreslenou ovšem zájmem strany, kam může v této oblasti vésti mechanická aplikace zásady „in dubio mi-

[437]) Co do výsledku stejně *Herbst*, Handbuch 142: dle povahy trestného jednání, ve srovnání s ostatními případy 8. hlavy a postavení naroveň s § 368. Autoritativní sankce dostalo se této rekonstrukci vydáním císařského nařízení z 20. 6. 1868 č. 88 ř. z., jež prohlašuje § 371 výslovně za přestupek.

[438]) *Altmann*, Kommentar 17, vyjadřuje se o podstatě této myšlenkové činnosti neurčitě, když mluví o „zařadění podle logických závěrů". *Herbst*, Handbuch 144, prohlašuje ji za analogii.

[439]) V zákoně užito nedůsledně slova pokuta.

[440]) Za přestupek prohlašuje čin i *Kallab*, Trestní právo hmotné č. 292, bez udání bližších důvodů.

tius", je názor zmateční stížnosti, jíž se zabýval československý nejvyšší soud:[441]) V § 14 č. 5 zák. na ochranu republiky není řečeno, je-li čin tam popsaný přečin nebo přestupek. S poukazem na předcházející čtyři případy tohoto paragrafu (jež jsou výslovně kvalifikovány jako přečiny) praví zákon v případě pátém pouze: „Stejně se trestá." Zmateční stížnost obžalovaného spatřuje zde „jakousi nejasnost o skutečné kvalifikaci deliktu" a reklamuje, aby v těchto pochybnostech byl zákon vykládán ve prospěch obžalovaného. Důvody nejvyššího soudu potvrzují hořejší argumentaci: „Při výkladu zákona nelze lpěti jen na slovech, nýbrž dlužno přihlížeti k podstatě věci a k pravému smyslu zákona. Uváží-li se pak, že zákon ohrožuje skutkovou podstatu v čísle 4. a že v čísle 5. jde o trestný čin téhož rázu — rušení obecného míru — je samozřejmo, že zákon má i při poslední ze skutkových podstat v § 14 vypočtených na mysli kvalifikaci přečinu, poněvadž by to byl jinak ve svém doslovu výslovně vyjádřil, kdyby na rozdíl od předchozích kvalifikací (č. 1 až 4) chtěl kvalifikovat trestný čin v č. 5 § 14 vyznačený jako pouhý přestupek."

3 Jiným pramenem pochybností o kvalifikaci trestného činu může býti tento: Skutkové podstaty zločinů, přečinů a přestupků nejsou něčím celou svou povahou se navzájem lišícím. Naopak máme řadu případů, kdy zločin je zcela mechanicky kvalifikovanou skutkovou podstatou přestupku. Je tomu tak zejména, stává-li se přestupek zločinem pro vyšší hodnotu způsobené škody. Jsou však i jiné kvalifikační momenty, které činí hranici mezi jednotlivými druhy trestných činů velmi plynulou. Příkladem mohou býti kvalifikační momenty zločinu krádeže v §§ 174 až 176 tr. z. Vzhledem k čl. IV. pat., nařizujícímu vázání kvalifikace na výslovný předpis zákona, je analogie ohledně těchto kvalifikačních momentů *vyloučena*.

Shluky zákonných znaků slučujeme ve skutkové podstaty tak, aby každé podmíněné skutkové podstatě odpovídala příslušná podstata podmíněná. Tím převádíme normu trestní na základní schema normativní: Je-li A, má býti B. Proto normativně zcela jinou skutkovou podstatou je krádež částky 100 Kč (přestupek krádeže) a krádež částky 3000 Kč (zločin krádeže). Tím se nám okolnosti, jež vzhledem k vnější podobnosti obojí činnosti nazýváme „kvalifikační momenty"

[441]) Rozhodnutí z 10. 11. 1927 č. 2960 sbírky Vážného-trestní.

krádeže, projevují jako znaky skutkové podstaty, rovnocenné znakům ostatním a platí při nich zákaz analogie ve stejné míře, jako při znacích vlastní skutkové podstaty.

Jako příklad uvedeme situaci z oblasti § 176: II lit c) tr. z., kde jde o krádeže živnostníků, učedníků nebo nádeníků na mistru nebo na těch, kdož je k práci zjednali. Vyskytl se případ, že modelka okradla malíře, jemuž stála modelem. Důvodem přísnější trestnosti jmenovaných zde osob je zneužití důvěry, kterou poškozený vůči nim osvědčil tím, že jim práci zadal a umožnil jim tak snadný přístup ke svým věcem.[442]) Tento důvod je ovšem dán i u modelky. Přesto však zákaz analogie brání překročiti slovní výklad pojmů v zákoně výslovně vypočtených a dlužno dáti za pravdu vídeňskému kasačnímu soudu,[443]) že modelku nelze považovati ani za živnostníka nebo učedníka, ale ani za nádeníka. Podle všeobecného významu tohoto slova vztahuje se na lidi, kteří žijí z práce svých rukou a vstupují k jiné osobě v námezdný poměr, který není určen pro delší dobu a může býti kdykoli zrušen. Modelka nekoná ani práci, ani služby.

4 V této souvislosti připomeneme ještě velmi zajímavý případ vztahování předpisu § 173 a 186: b) tr. z. i na *ostatní majetkové delikty*. Zde se totiž praví, že při výpočtu částky, rozhodné pro zločinnou kvalifikaci krádeže (resp. podílnictví na ní) nečiní se rozdílu, zda tato částka nebo cena byla odňata jednomu neb několika majitelům nebo zda pochází z jednoho či z několika současných nebo opakovaných útoků, zda krádež vykonána na jedné věci nebo na věcech rozličných. Konečně cena se nemá počítati podle užitku zloděje, nýbrž podle škody okradeného.

Zcela tak jako krádež, stává se zpronevěra zločinem, přesahuje-li hodnota zpronevěřené věci 2000 Kč. (§ 183 tr. z.) A zcela stejné ustanovení platí i pro zločin podvodu. (§ 200 tr. z.) Ohledně počítání této částky neobsahuje však zákon při těchto dvou paragrafech žádného ustanovení. Rekonstrukce není možná, protože není zákonného poukazu k převzetí. Nutno tedy míti za to, že zákon přenechává věc soudcově volné úvaze. Na příslušném místě bylo zdůrazněno, že tím

[442]) Zdůraznění tohoto momentu viz v rozh. čs. nejvyššího soudu, sbírka Vážného (trestní) č. 119/20.

[443]) Rozhodnutí z 19. 2. 1916 č. 4290 Sbírky.

není míněna libovůle, protože právem očekáváme, že své volnosti využije soudce způsobem, jednotnosti systému nejlépe vyhovujícím. Při tom nezůstane jím nepovšimnuto, že v případech téže kategorie zákon výslovně otázku zodpovídá. Vztáhne proto ona ustanovení i sem. Nepřípustnou analogií to bude jen tomu, kdo věří v pověru, že v trestním právu nutno za všech okolností zvoliti řešení obviněnému příznivější. Nalezli jsme positivní pramen zásady legality a tím i její meze. Přenechává-li však zákon soudci volnou úvahu, jde právě o úvahu *volnou*, nedotčenou žádným positivním ustanovením, tedy ani zákazem analogie.[444])

5 *Herbst*[445]) připouští v této oblasti dokonce i analogii *práva*, jak dokazuje tento případ jeho komentáře k § 186: a tr. z. Otázku položil takto: Je podílnictví na krádeži nebo zpronevěře v případech § 186: a tr. z. zločinem bez ohledu na hodnotu ukryté nebo na sebe převedené věci? Někteří přisvědčují, poněvadž zákon při „příběhu" neoznačuje hodnoty a jsou případy, kdy krádež nebo zpronevěra je zločinem bez ohledu na hodnotu předmětu. Proti tomu uvádí H., že zákon to všude výslovně zdůrazňuje, kde chce, aby porušení majetku bylo zločinem bez ohledu na hodnotu předmětu. Tak v § 85: b tr. z. pokud jde o zlomyslné poškození cizího majetku, v § 174: I, 175: I, 176: I tr. z. pokud jde o krádež a zejména v analogickém ustanovení § 196 tr. z., kde jde o podílnictví na loupeži. Spoluvina na zločinu je ovšem vždycky zločinem, když okolnosti, které čin zločinem činí, byly spoluvinníku známy, při čemž hodnota předmětu, k němuž se spoluvina vztahuje, nerozhoduje. H. uznává, že tohoto ustanovení o spoluvině nelze užíti ani analogicky na případy podílnictví, jež jsou deliktem sui generis. Analogie zákona nevede k cíli, který má H. zřejmě na očích a jemuž chce dodatečně dodati právního odůvodnění. Sahá proto k analogii práva. „*Zdá se* však, že *zřejmá* analogie práva mluví pro to,

[444]) Co do výsledku stejně *Altmann*, Kommentar 18., který se pro odůvodnění spokojuje slovem „nepochybně" a *Wessely*, Über Auslegung 68. Viz též dvorský dekret z 11. května 1816 č. 1244 Sb. z. s., kde se praví: „Tento paragraf (odpovídající našemu § 173 tr. z.) je současně *první* místo, kde se zákon se zřetelem na tři blízce příbuzné zločiny: krádež, zpronevěru a podvod vyjadřuje o požadavku hodnoty škody. Na tento paragraf nutno tedy hleděti též jako na *hlavní* místo, se zřetelem k němuž se v následujícím textu mohl zákonodárce vyjádřiti stručněji."(Cit. dle *Mauchera*, Handbuch 444.) — Vyvozovati z časové resp. místní priority zákonného ustanovení jeho obecnou platnost je řešení zcela libovolné. — Viz dále Sb. čs. ministerstva spravedlnosti č. 72 a řadu rozhodnutí našeho nejvyššího soudu.

[445]) Handbuch, str. 392.

že je žádoucí ona hodnota předmětu ke zločinné kvalifikaci, která je vůbec ve všech případech prohlášena za rozhodnou, kdy jednání se stává zločinem ne hodnotou předmětu, ale také ne bez všeho ohledu na tuto hodnotu." Tomu tak jest v §§ 174: II, 715: II, 176: II, 181 tr. z. Kritickou částkou je (podle dnešního stavu) 500 Kč.

Předchozí výklady říkají samy, proč s Herbstem zde nesouhlasíme. Text § 186: a tr. z. praví: „Je-li podílníkovi z částky nebo z ceny věci, *nebo* z příběhu povědomo, že byla krádež nebo zpronevěra spáchána způsobem takovým, který je činí zločinem," je zločinem také podílnictví. Nelze si myslím představiti jasnějšího vyjádření, že při zločinnosti „příběhu" se nevyžaduje žádné další kvalifikace podílnictví na zločin, zejména tedy ne současného ocenění předmětu jakoukoli částkou. Poslední věta citovaného odstavce, prolamující onu zásadu *jedinou* výjimkou, když totiž způsob krádež nebo zpronevěru na zločin kvalifikující záleží „toliko v osobní vlastnosti pachatelově", zásadu věty prvé ještě potvrzuje.

6 Správná kvalifikace trestného činu má význam zejména pro určení tak zvaných „*zákonných následků odsouzení*". Ty nastávají automaticky vynesením rozsudku a nejsou soudem vyslovovány. Tak nějak si asi představovali osvícenští kriminalisté ideální trestní zákoník: Zjistí-li se určitá skutková podstata, následky se přečtou ze zákona. Analogické rozšiřování katalogu těchto následků je proto *vyloučeno*.[446])

EE ANALOGIE PŘI URČENÍ DRUHU TRESTU.

1. Poměr určení druhu trestu k čl. IV. pat. Nulla poena sine lege? — 2. Analogie při podmínkách sazeb. — 3. Analogie při trestech vedlejších. — 4. Případy, kdy zákon sám druh trestu nestanovil. (Lit. a až d.)

1 Také určení druhu trestu je především vázáno na kvalifikaci činu. Tím je dána souvislost této kapitoly s předchozí. Zjištěním druhu trestného činu však není způsob trestu určen jednoznačně. Zákon jednak připouští pro každou kategorii trestných činů několik

[446]) *Merkel*, Analogie 84.

druhů trestu, jednak v některých případech nemá vůbec ustanovení o trestu.

Co praví o určení druhu trestu čl. IV. pat.? V rozvedené formě, k níž jsme došli dříve jeho rozborem, říká: Trestem na zločiny stanoveným lze trestati jen to, co se v zákoně výslovně za zločin prohlašuje. Stejně jen přečiny lze trestati trestem, stanoveným na přečiny a přestupky trestem na přestupky.

Trestem stanoveným na zločiny je trest smrti, těžký žalář a žalář. (§ 12 tr. z.) Tresty stanovenými na přečiny a přestupky jsou tresty peněžité, propadnutí věcí, ztráta práv a daných povolení, vězení a vyhoštění. (§ 240 tr. z.) Čl. IV. pat. tedy jen nařizuje, aby na zločin nebyl uložen jiný trest, než uvedený v § 12 tr. z., na přečin nebo přestupek jiný, než vypočtený v § 240 tr. z. Určité omezení při stanovení trestu to nesporně znamená. Je-li však tímto předpisem uskutečněna zásada „nulla *poena* sine lege", možno říci jen podle toho, jaký dosah oné zásadě přikládáme. Žádáme-li po ní, jak naznačuje její doslovné znění, aby nepřipustila potrestání bez výslovného ustanovení zákona, pak článkem IV. pat. vyjádřena je. Dáváme-li jí však význam hlubší, totiž i pro přesné určení druhu trestu, uspokojuje řešení čl. IV. pat. jen velmi nedokonale a možno se připojiti k názorům, že v tomto svém smyslu zásada „nulla poena sine lege" zde uskutečněna není.[447]) Doplněním jsou podrobnější ustanovení o výměře trestu, jež v souvislosti s čl. IV. pat. zásadu „nulla poena sine lege" i v onom přísnějším smyslu uskutečňují. Positivní charakter zásady, která vyžaduje rekonstrukce a výkladu jako každá jiná norma, zde ještě zřetelněji vyniká. Jsou to zejména:

§ 32: Trest má se ustanoviti *přesně podle zákona* a nesmí se vyměřiti ani ostřeji ani mírněji, než jak zákon podle dané povahy zločinu i pachatele předpisuje.

§ 33: Také se nemůže *zpravidla* žádný jiný způsob trestu zločinci uložiti, nežli jaký v tomto zákoně jest ustanoven.

Výjimky z tohoto pravidla stanoví opět jen *zákon* v §§ 52, 54 a 55, a nejnověji zák. č. 91/1934, takže ani jimi legalita trestu dotčena není. Podobně stanoví o trestech na přečiny a přestupky §§ 250, 259 a 265 tr. z.

[447]) *Herbst*, Handbuch, str. 38, *Stoos*, Lehrbuch, str. 65. Naproti tomu *Hye-Glunek*, str. 100.

Tím naznačuje zákon jasně, že výpočet a způsob právních následků trestných činů chce považovat za vyčerpávající. *Z citovaných zákonných ustanovení plyne zákaz jakékoli analogie.* Zdálo by se snad, že k ní ani nebude podnětu, poněvadž posouzení právní závažnosti činu, z níž vyplynula celková zákonná sankce, nemůže býti soudcem nijak modifikováno.

2 V zákoně se však vyskytují případy, že dvě skutkové podstaty jsou opatřeny stejnými sazbami a také způsobem své trestné činnosti jsou si velmi podobny. Podmínky vyšší sazby si však najednou stanoví různě. Tak na příklad zločinu nebezpečného vyhrožování osobě vrchnostenské ve věcech úředních podle § 81 tr. z. se dopustí, kdo osobě vrchnostenské při konání jejího úřadu nebo služby v tom obmyslu, aby výkon ten byl zmařen, nebezpečnou pohrůžkou se zprotiví. Bude za to potrestán těžkým žalářem od šesti měsíců do jednoho roku. (§ 82.) Ten naproti tomu, kdo závažné pohrůžky, způsobilé vzbuditi důvodnou obavu, užije v obmyslu, aby osobu jednotlivou, obec nebo okres uvedl ve strach a nepokoj, dopustí se zločinu nebezpečného vyhrožování podle § 99 tr. z. Také jeho trest je těžký žalář mezi šesti měsíci a jedním rokem. (§ 100.) Oba tyto jak svou podstatou, tak sazbami podobné delikty stanoví nyní podmínky, za nichž nastoupí sazba od 1 do 5 let. Pokud jde o vyhrožování osobě vrchnostenské, jsou to: stal-li se odpor se zbraní, byl-li někdo skutečně poškozen, nebo poraněn, byl-li odpor vykonán proto, aby se jím nějaké jednání úřední nebo výkon služby vynutil. (§ 82:2 tr. z.) Při vyhrožování jiným osobám jsou kvalifikačními momenty tyto: uvedení napadeného nebezpečnou pohrůžkou na delší čas v trapný stav, hrozeno-li vraždou nebo žhářstvím, škoda, jíž hrozeno, převyšuje 20.000 Kč, skutečně vzniklá škoda převyšuje 10.000 Kč. (§ 100:2 tr. z.) Analogické užití kvalifikačních momentů §u 100:2 tr. z. na § 82:2 t. z. je vyloučeno.

3 Jiným případem, kdy se nabízí analogie při stanovení trestu, je ten, kdy na jednu skutkovou podstatu je v zákoně stanoven specifický trest vedle hlavního, na skutkovou podstatu obdobnou však nikoli.

Takový poměr byl mezi § 105 tr. z. a dnes již zrušeným § 311

tr. z. Obě skutkové podstaty se lišily jen vymezením osob, jež se jich mohly dopustiti: Na jedné straně to byli soudcové, státní zástupci a osoby rozhodující ve věcech veřejných (§ 105), na druhé straně ostatní úředníci. (§ 311.) Trestná činnost je v obou případech úplně stejná: Svádění ke stranictví nebo k porušení povinnosti úřední *darem*. K vlastní sankci § 105 přidával zákon ještě propadnutí daru, kdežto § 311 takového trestu neznal. Analogické uložení jeho i zde bylo vyloučeno. Propadnutí u přečinů je druhem trestu (§ 240:b tr. z.) a spojování trestů je možno jen když to zákon výslovně dovoluje. (§ 250 tr. z.)[448])

Tento dnes již nepraktický předpis citujeme nejen pro jeho značnou názornost ve směru, o němž právě mluvíme, nýbrž i proto, abychom upozornili, že tato „nedůslednost" byla již v positivním právu odstraněna. Ve *všech* případech, braní darů v úředních věcech obdržený nebo nabízený dar *propadá*. (§ 9 zák. č. 178/1924 sb. z. a nař., o úplatkářství a proti porušování úředního tajemství.)

Trestní *sazba* v zákoně uvedená, a to jak druh trestu, tak jeho rozpětí, je tedy pro soudce závazná a jakákoli analogie je vyloučena. Proto lze i v této souvislosti opakovati, že *podmínky určité sazby* jsou základní jednotkou v trestním právu. Tyto podmínky tvoří skutkovou podstatu, i když stylisticky je jich několik vázáno dohromady a jeví se tudíž navenek jako různé kvalifikace téhož trestného činu. Něčím zcela jiným je rozhodování soudce *uvnitř sazby*. O tom promluvíme v další kapitole.

4 V této souvislosti zbývá ještě probrati případy, kdy zákon pro určitou skutkovou podstatu žádnou trestní sazbu nestanovil. Jsou to §§ 365, 434 a 459, 525 tr. z. Zde prohlašuje *Herbst*[449]) analogii za nezbytnou, „aby zákona vůbec mohlo býti užito". Naše argumentace půjde jinou cestou: Všechny citované případy jsou kvalifikovány jako přestupky. Samozřejmým důsledkem této *kvalifikace* je povinnost soudce uložiti za něj trest. Z možných druhů trestů přicházejí v úvahu jen ty, které zákon stanoví pro přestupky. (§ 240 tr. z.) Úsudek, že dalších vodítek nám zákon nedává a že je tudíž na místě volná úvaha, nesmí býti ukvapený. Nestačí, že v příslušných paragrafech není

[448]) Co do výsledku stejně *Altmann*, Kommentar 18.
[449]) Handbuch, str. 38.

sankce vyslovena. Paragrafy jsou nahodilými shluky vět, hledíme-li na ně s hlediska normativního. K normám vede rekonstrukce. Pokusíme se proto nejprve o ni.

a) Tak § 365 tr. z. stanoví, že lékárníci a ti obchodníci, kteří jsou k obchodu se zbožím jedovatým řádně oprávněni, nešetří-li opatrností, předepsaných nařízeními o prodeji jedu, jakož i proviní-li se nedbalostí nějakou v §§ 366 až 368 dotčenou, potrestáni za to budou po každé jako za přestupek. Sazba stanovena není.

Především musíme vyloučiti přestupky, spáchané „nedbalostí nějakou v §§ 366 až 368 dotčenou". Tyto paragrafy sankce mají, a tam dosadíme tyto případy, tam specifikované. Zbývá bez výslovné sankce „nešetření opatrností, předepsaných nařízeními o prodeji jedu." O obchodu jedem bylo vydáno nařízení ministerstva vnitra z 21. 4. 1876 č. 60 ř. z. Pro osoby, které k obchodu jedem již získaly povolení (okresního úřadu), obsahuje tyto předpisy:

a) vydávati jed jen osobám s licencí nebo zmocněných k tomu pro jednotlivý případ zvláštním lístkem;

b) o vydávání jedů vésti evidenci ve zvláštní knize (§ 9);

c) na lístku vyznačiti, komu, kdo, kdy a kolik jedu vydal (§ 7);

d) dbáti, aby se lístku nebo licence nezneužilo (§ 8);

e) zabezpečit jedy uzamčením, oddělením od ostatního zboží, označením, čištěním nádob, vždy pod osobním opatrováním vlastníka živnosti (ne učni), při zasílání spolehlivě baliti. (§§ 10—11.)

Případ a) je zachycen § 366 tr. z., případ b) § 367 tr. z., případ e) § 368 tr. z. a pokud jde o živnostníky, kteří pro svou živnost jedu potřebují, i § 370 tr. z. Zbývají tedy bez výslovné sankce případy c) a d.) Jen ohledně nich je soudce bez dalšího zákonného vodítka. Soudce je odkázán na volnou úvahu a v jejím rámci i na analogii. Případ nezapsání vydaného jedu do lístku je obdobným s § 367 tr. z., mluvícím o povinné evidenci prodeje jedu v zápisní knize. Případ, kdy obchodník nedbalostí umožnil zneužití povolení k odběru jedu, je analogický s § 366, kdy jed byl vydán vůbec bez takového povolení. V těchto obdobných případech nalezneme hledané trestní sazby.

b) § 434 tr. z. prohlašuje za soudně trestné přestupky nedbání „všelikých předpisů, *daných* k odvrácení nebezpečí ohně." Jde zase

o delikty ryze formální, kdy se trestá pouhé neuposlechnutí nařízení bez ohledu na to, zda v daném případě nějaké nebezpečí ohně skutečně vzniklo. Těmito „danými" předpisy jsou řády živnostenské, požární, plynový regulativ, vedle nesčetných předpisů konkretních, třeba i pro jednotlivý podnik.

Řadu z těchto předpisů lze logicky podřadit některému z četných případů, popsaných a vlastními sazbami opatřených v §§ 434 až 458 tr. z. Teprve ohledně zbytku bude v mezích trestů v zákoně na přestupky stanovených na místě volná úvaha soudce a v jejím rámci též analogie.

c) Stejná situace je i v § 459 tr. z., kde však kriterium trestnosti není nějaký positivní zákaz, nýbrž skutečné nebezpečí ohně s nimi spojené. Demonstrative jsou tam některé typické případy uvedeny.

Závažnou modifikací proti předchozímu případu je však při hledání sankce potud, že je zákonem výslovně nařízeno „trest vyměřiti podle toho, jak se více nebo méně srovnávají s případy napřed (t. j. v §§ 435 až 458) uvedenými". Máme před sebou zcela konkretní normu o analogii, pro svou oblast jakožto norma speciální derogující obecný zákaz analogie. Při tom však nelze zapomínati na závažný rozdíl mezi případy §§ 435 až 458 tr. z. a případy § 459 tr. z. Tam to byly ryze formální delikty, zde je předpokladem trestnosti skutečně *vzniklé* nebezpečí ohně. Proto nedostačí pro trestnost vnější podobnost případů. Závěr o trestnosti si učiníme výhradně na základě § 459 tr. z. Teprve dopadne-li kladně, hledáme sankci cestou obdobnosti. Tak najdeme podobnost mezi střílením v blízkosti stodol a případem, uvedeným v § 459 a § 453 tr. z., který mluví o rozdělání ohně nablízku stodoly. Zasílání třecích zápalných hmot je obdobné § 445 tr. z. a tak dále.[450])

d) Bez sankce obvyklým způsobem určené je konečně též § 525 tr. z. Je také přestupkem. Soud má podle jeho ustanovení uložiti „ten trest, který se mu podle okolností vidí býti nejpříhodnějším, aby měl platný účinek". Tímto účinkem se rozumí „napomáhání k odvrácení nepořádků" zde blíže popsaných. Prohlášením činu za přestupek omezuje zákon soudce ve výběru prostředků na tresty, stanovené na přestupky. V ostatním je soudce při svém rozhodování volný. Dikce zákona je typickým vyjádřením zmocnění soudce

[450]) *Herbst*, Handbuch, str. 193.

k volné úvaze. Zdůrazňuje se zde výslovně účelové zabarvení jeho úvah, které jsme našli v podstatě každé volné úvahy. V daném případě nastupuje stát se svými prostředky právě tam, kde selhává moc otcovská a vychovatelská. Linie účelová, v níž bude pokračovati, musí býti stejná. Omezovati jeho rozhodování závazným ohledem na analogii s jinými předpisy právními není správné. Analogie použije soudce právě jen, bude-li její výsledek považovati za opatření účelné, jak jsme při obecném rozboru volné úvahy opětovně zdůrazňovali. Až v tomto stadiu tedy použije soudce rady *Herbstovy*.[451]) „Přidrží se analogie s jinými místy zákona, a vyhledá trestní sazbu srovnáním konkretního případu s ostatními přestupky podobného druhu.“ V plném rozsahu naproti tomu akceptujeme vývody *Kudlerovy*.[452]) „Poněvadž protizákonná jednání tohoto paragrafu, proti nimž může býti povolána trestní pravomoc úřadu, jsou tak uzpůsobena, že mohou býti srovnána s jinými přestupky, na něž jsou tresty v tomto trestním zákoně vyměřeny přesněji, bude se úřad při stanovení trestu na ona jednání s výhodou držeti analogie; může však od toho *upustiti*, když se ukáže, že jiný druh nebo výměra trestu podle daných okolností je ještě přiměřenější. Je nesporné, že hlavní účel zásahu soudu, který zde zpravidla vystupuje jako doplněk domácí kázně, směřuje k polepšení vinníka.“ Co do krajní hranice tohoto trestu možno souhlasiti s názorem *Altmannovým*,[453]) že nesmí přesáhnouti 6 měsíců, a to proto, že trest vězení trvá *zpravidla* nejdéle tuto dobu (§ 247 tr. z.). Toto pravidlo může prolomiti jen výslovné ustanovení zákona.

FF. ANALOGIE PŘI VÝMĚŘE TRESTU.

1. Stupně sazeb rozhodujícím dělítkem. — 2. Vodítka uvnitř sazeb a analogie.

1 O určování výše trestu jsme se již zmínili v předchozích odstavcích a zjistili jsme tam, že většinou je při skutkových podstatách zákonný trest uveden. Jen zcela výjimečně je ovšem toto určení tak jednoznačné, aby nebylo potřebí žádného dalšího hodnocení pro

[451]) Handbuch, str. 265.
[452]) Erklärung, str. 412.
[453]) Kommentar 18.

určení jeho výše v daném případě. V těchto řídkých případech mluvíme o trestech absolutně určitých. Převládajícím způsobem určení trestu je však stanovení tak zvaných *sazeb trestních*, to jest určení spodní a horní hranice trestu, uvnitř nichž je možno v daném případě trest vysloviti. Kterákoli výměra uvnitř těchto hranic by měla býti s hlediska trestní normy stejně správná. Zdá se, že máme před sebou názornou a přímo matematicky jednoduchou ukázku významu volného uvážení soudcova při aplikaci norem, jak jsme o něm dříve mluvili obecně.

2 Zákon však neponechává soudce uvnitř sazby bez jakéhokoli vodítka. Vypracovává systém okolností, za nichž se má konkretní trest blížiti horní nebo spodní hranici zákonné sazby. Skutečnosti, vedoucí k trestu ceteris paribus přísnějšímu, zvou se okolnostmi *přitěžujícími*. Proti nim s účinkem opačným jsou okolnosti *polehčující*. Oba názvy vyjadřují představu psychologického účinku uloženého trestu na pachatele.

Tyto okolnosti jsou zákonným předpisem a musejí býti respektovány. Nutno je zařaditi do skutkové podstaty, neboť není jiného místa pro právní skutečnosti. Uplatní se ovšem jen „uvnitř" sazby, neboť nejsou podmínkami užití určité sazby. Rozhodným zůstává, že jsou předpisy *právními*, spoluurčujícími konečný soudcův výrok.

Byly proto na ně kladeny některými autory skutečně požadavky stejné jako na ostatní znaky trestní skutkové podstaty. Zakazována i při nich veškerá analogie.[454])

Přihlédneme-li ke *způsobu* tohoto spoluurčování, nemůžeme se k tomuto názoru připojiti. Jednak jsou obojí tyto okolnosti v zákoně vypočteny *demonstrativně*, takže lze jejich počet beze všeho rozšířiti, jednak žádná z nich nemůže už podle své povahy zmocniti soudce k vykročení z příslušné sazby. Jsou povšechnými směrnicemi jeho volné úvahy a volnost uvážení ovlivňují jen potud, že soudce nemůže uvésti mezi důvody zmírňujícími trestnost nějakou okolnost, kterou zákon počítá mezi přitěžující a naopak. Jak patrno, jde o *vázanost zcela jiné intensity* než je tomu při kvalifikačních znacích určité sazby. Není tedy důvodu vylučovati analogii při tvorbě směrnic soudcova konkretního rozhodnutí uvnitř zákonné sazby, ať pak výsledkem je výměra trestu, bližší horní nebo spodní hranici zákonného rámce.

[454]) *Hye-Glunek*, Das österreichische Strafgesetz; str. 100.

Tato možnost analogické tvorby okolností polehčujících i přitěžujících je dalším důkazem nesprávnosti názoru, že analogie v trestním právu je dovolena výhradně jen *ve prospěch* vinníka. Analogickému pochodu jsou pak k disposici nejen výslovně normované okolnosti *obecné*, nýbrž i použité při jednotlivých skutkových podstatách. Za přitěžující okolnost bude pak též právem považováno i to, co při podobné skutkové podstatě je podmínkou vyšší sazby.[455])

GG. ZÁVĚR O DOSAHU ČL. IV. UVOZ. PAT.

1. Nutnost zkoumati tento dosah v každém oboru trestní jurisdikce samostatně. — 2. Nesprávnost ukvapené generalisace.

1 Závěr, získaný pro odpověď na otázku zákazu analogie v našem trestním právu, je tento: I v trestním právu nacházíme velmi často podnět k analogické tvorbě norem. Platily by pro ni stejné zásady jako v ostatních oborech práva, jak byly rozebrány v obecné části, kdyby nebylo násilného zásahu positivního práva, zákazu analogie. Protože však právě nejde při tomto zákazu o něco apriorního, trestnímu právu pojmového a zde logicky nutného, nýbrž o positivní předpis, můžeme dosah zákazu zjistiti jen výkladem tohoto předpisu a jeho aplikací na jednotlivé obory činností duševních, jichž soubor se nazývá trestní jurisdikcí. To bylo úkolem kapitoly právě skončené, jež nám též ukázala nesprávnost každé generalisace v tomto oboru, ať už se projevuje jako snaha po úplném vyloučení analogie z oblasti trestního práva, či naopak jako připouštění analogie všude tam, kde by její výsledek znamenal výhodu pro zločince. A s odmítnutím obou těchto generalisací odpadají pak důsledně všechny argumenty, směřující proti stavu, v němž by se nacházela trestní jurisdikce, kdyby zásady ony v té obecnosti platily.

---

[455]) Co do výsledku shodně *Binding*, Handbuch 221d., *Roediger*, Analogie 67, *Ackermann*, Das Analogieverbot 26, *Merkel*, Analogie 83, *Týž*, Die Auslegung 84, pozn. 4. Přiřaditi možno i *Altmanna*, Kommentar 18, jenž sice říká, že analogie je při výměře trestu vyloučena, z dalších jeho výkladů však plyne, že tím myslí analogické založení vyšší sazby.

2 Proti názorům, jako je *Ludenův*[456]) nebo *Schützeho*[457]), jež však nutno nazvati ojedinělými a nikoli panujícím míněním, jak bez bližšího odůvodnění činí *Beling*[458]), že totiž v oboru trestního práva je analogie *zcela* vyloučena, bylo právem poukazováno na případy, kdy rozumná aplikace trestních norem činí ji nepostradatelnou. Proti názorům, dráždícím jednostranným protežováním zločince, že totiž jen analogie v jeho *prospěch* je dovolena, povstává heslo změkčilosti trestního práva, které již v Německu vedlo k praktickým důsledkům.

Převládající většina autorů proto správně ve svých definicích zákazu analogie přihlíží formou více či méně výstižnou a podrobnou *k různým jeho důsledkům v jednotlivých oborech trestního soudnictví, kteroužto nutnost chtěli jsme zde zdůrazniti.*

[456]) Handbuch 148.
[457]) Lehrbuch 48.
[458]) Grundzüge 8.

VII.

HISTORICKÉ KOŘENY ZÁKAZU ANALOGIE.

1. Možné důvody historických rozborů. — 2. Oč jde nám? — 3. Právo římské. — 4. Trestní systémy předosvícenské. — 5. Ovzduší a myšlenkový poklad osvícenství. (Montesquieu-Voltaire-Beccaria-Veliká revoluce.) — 6. Uplatnění těchto směrů. — 7. Anselm Feuerbach. 8. Převládnutí pojetí francouzského. — 9. Obecné uznání zákazu analogie. Názory.

1 Téměř všechny práce, zabývající se otázkou zákazu analogie, podávají více nebo méně podrobný obraz historického vývoje této instituce, ba existují i monografie výhradně tomuto vývoji věnované. Přinášejí mnohý prospěch kriminálně-politickému ocenění problému. Z historické zkušenosti získávali důvody pro své stanovisko nejen zastánci zákazu, kteří poukazovali ke zlům, jimž zákazem bylo čeleno a jichž nebezpečí posud trvá, nýbrž i přívrženci analogické tvorby trestních norem, kteří mohli uvésti řadu trestních systémů, analogii připouštějících a mohli argumentovati i poměrně velkým mládím onoho hesla, jež prozrazovalo, že donedávna nebylo známo to, co se s oblibou vydávalo za pojmový znak trestního práva. K historickým argumentům se konečně uchylují i ti, kterým záleží na tom, aby v tvorbě svého práva navazovali na staré tradice svého národa, i ti, kteří proti nim dokazují, že jejich novoty jsou cizí duchu vývoje.

2 Naším účelem zde není ani podrobný popis, jak který trestní systém se zachoval k analogii, ani nalézání historických argumentů pro to či ono kriminálně-politické pojetí. S pominutím jednotlivostí vynasnažíme se vyzvednouti jen skutečné mezníky ve vývoji, který vyvrcholil téměř obecným uznáním zákazu.

Při tom si musíme především uvědomiti, že zákaz analogie je dílčím problémem širší zásady, která od jisté doby, a uvidíme, že doby nedávné, je vyjadřována větou „nullum crimen, nulla poena sine lege“, zásady strohé zákonitosti trestu.

Nutno dále míti na paměti, že vývoj této zásady není jednolitým

proudem, který by bylo možno souvisle sledovat, nýbrž že sleduje osud kultury, jejímž je produktem. Konečně nelze zapomínati, že nám jde o zákonitost trestu a s ní zákaz analogie jako o tendenci *uvědomělou*, vědomý prostředek kriminálně-politický, myšlený jako protiklad vůči jinému řešení, na jehož nedostatky a nebezpečí je reakcí.[459])

3 Proto nenalezneme v tomto směru souvislosti mezi stavem trestní jurisdikce římské, jež nekladla požadavku zákonitosti trestu, a dnešním významem principu. Sledovati vývoj římského trestního soudnictví nepřineslo by užitku při hledání historických důvodů, jež vedly k zákazu analogie a od něho zase zpět.[460])Známý výrok *Digest* o analogii: Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et res pertinerent, quae quandoque similes erunt,[461]) platí o juridikci vůbec a vývoj nedošel ještě tak daleko, aby po soudnictví *trestním požadoval nějaké vyšší záruky.*

4 První norma, která tak činí, jež však zůstala se svým stanoviskem po věky osamocena, je proslulá anglická Veliká Charta svobod (1215) se svým ustanovením (čl. 39): „Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissensitur aut utlagetur aut exuletur aut aliquo modo destruatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae." Ať již na tento důsledek myšleno či nikoli, má privilegium to v zápětí ovšem i zákaz analogie „in malam partem"[462]) a stalo se tak vyloučením

[459]) Názorně poučuje o pozvolném vývoji pojmu „analogie" k jeho dnešnímu významu *Falk*, Die Analogie 32d.

[460]) Latinská formulace zásady ovšem je způsobilá vzbuditi dojem, že jde o pravidlo římského práva, ačkoli autorem jejím je *Feuerbach*, který počátkem minulého století shrnul do ní tehdy vládnoucí tendence v trestním právu, jak o nich dále podrobněji promluvíme. Známému hlasateli čistého germánského práva, *Nicolaiovi* (Deutsches Recht 1933) i pruskému ministru spravedlnosti v jeho častěji zde citovaném „Pamětním spisu" (1933) přihodilo se to nemilé nedopatření, že zásadu ve svých projektech napadá právě jako romanistický přežitek. Právem jej na tento omyl upozorňuje *Schem*, Die Analogie 43, *Dreier*, Die Analogie:

[461]) *Tertulian*, L. 27 D. de legibus 1, 3. Jiná podobná ustanovení Digest: L. 12. D. de legibus 1. 3: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. — L. 13 D. de legibus 1, 3.: Cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe juris dictione suppleri. (Citováno dle *Zernika*, Begriff 39d.)

[462]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 9.

jakékoli libovůle v zasahování do sféry svobody jednotlivcovy, skutečným „Keystone of English liberty“[463]), základním pilířem proslulé anglické svobody.

Tato norma zůstala ve své obecnosti jedinečnou. Ostatní práva evropských států nezdůrazňovala požadavek zákonitosti trestu, což bylo nedostatkem zákonů vůbec a jejich kodifikací zejména jen podporováno.

Ve *Francii* bylo trestní zákonodárství v dnešním smyslu až do r. 1789 neznámým. Jevilo-li se státnímu zástupci nebo soudci nějaké jednání trestným, bylo zavedeno vyšetřování, které skončilo podáním jakéhosi obžalovacího spisu. Nato následovalo soudní odsouzení, při němž druh i výměra trestu přenechána soudcově livobůli. Několik existujících předpisů o trestech nebylo vůbec respektováno.[464])

Také trestní soudnictví národů říše německé bylo na podobném stupni. Sachsenspiegel, Schwabenspiegel i Bambergensis nezavrhovala analogii[465]) přesto, že ve sbírce starých německých právních přísloví, velmi dobře charakterisujících právní pojetí těch dob[466]) najdeme i taková, jež jsou přímým poukazem k zákonitosti trestů: Zákony trestají, nikoli soudcové (č. 9); kde není zákona, není ani přestupku (č. 7); není-li to zakázáno, není to ani bezprávím (č. 16).

Postupným úpadkem centrální moci, jak nás o ní poučuje historie, stávala se libovůle právě v trestním oboru oblíbeným nástrojem politického boje, každé formě násilí mohlo její pomocí býti dáno zdání práva. Situace se stávala méně a méně snesitelnou. K nápravě radila státnická moudrost a volal po ní i osvícenský občan k ochraně své politické svobody.[467])

První kodifikace trestních norem samy nevěřily ve svou úplnost a výslovně analogii dovolovaly. Tak Costitutio Criminalis Carolina (1532) v čl. 104 sice praví: „Aber sonderlich ist zu merckenn, jnn was sachen oder derselben gleichen vnnsere keiserliche rechte keinerley peinlicher straffe am lebenn, eeren, leip oder glidern setzenn oder verhengen, das Richter vnnd vrtheiller darwidder auch nymands zum tod oder sunnst peinlich straffen“, v čl. 105 však hned dodává:

[463]) *Roediger*, Analogie 22.
[464]) *Blohm*, Feuerbach 77.
[465]) *Schem*, Die Analogie 43.
[466]) *Graf-Dietherr*, Die deutschen Rechtssprichwörter 286.
[467]) *Weber*, Zur Geschichte 674.

„Item ferner is zu vermerckenn: jnn was peinlichen fellen vnnd verclagungen die peinliche straff jnn dissen nachvolgenden Artickelln nit gesetzt oder genugsam erclert oder verstenndigt were, sollen Richter vnnd vrtheiller, so es zu schulden kompt, Raths pflegen, wie jnn sollichen zufelligen oder vnverstendtlichen fellen vnnseren keiserlichen Rechtenn vnnd disser vnser ordnung am gemessigten gehanndellt vnnd gevrtheillt werden soll, vnnd allsdann ir erkanntnuss darnach thun . . .“[468]) Zákoník Bedřicha Viléma I. z roku 1721 nařizuje případy v zákoně nevypočtené rozhodnouti „ex aequo et bono“. Podobné ustanovení má i Codex Juris Bavarici Criminalis (1751).[469])

Stejnou cestu sleduje i Constitutio Criminalis *Theresiana* v Rakousku (1769) první to společný kodex všech zemí rakouské monarchie, jež nařizuje vyplňovati mezery v zákoně, které se objeví při jeho praktickém používání, podle „podobnosti“ (II., 104).

V jakém poměru k zákonu byli předrevoluční soudcové, naznačuje nad mnohé výklady jasně tato poklona, učiněná jednomu z tehdejších soudců: „Ukazoval ve svých trestních znalostech všude lidumilné srdce a ve vysoké míře se vyznačoval schopností své mírné smýšlení tak šikovně se zákony spojovati, že nebylo lze nikdy pozorovati násilnou odchylku od zákona, a přece svého konečného cíle vždycky dosáhl.[470])

5 Nedovedli-li soudcové, nebo ať nemohli nebo nechtěli využíti zákonného zmocnění způsobem, který by sloužil ostatnímu celku a ne dočasným držitelům moci, není divu, že reakce, která se musila dostaviti, chtěla naráz odříznouti celý zdroj libovůle, chtěla vyloučiti každou stopu arbitria soudcova a degradovati nehodného soudce na pouhého tlumočníka slov zákona. Zde, v této reakci, mají svůj původ i rozumný smysl známá slova *Montesquieuova*, která dnes neinformovaný čtenář nemůže v té strohosti pochopiti: „Les juges de la nation

[468]) Viz *Roediger*, Analogie 22, *Dreier*, Die Analogie 12 d, *Heffter*, Lehrbuch č. 23 spatřuje v tom zmocnění k anal. juris. — Tento zákoník, který byl dlouhou dobu obecným subsidiárním pramenem trestního práva, zná však i tresty arbitrární, jak svědčí jeho čl. 124: „Welcher mit bosshafftiger Verrätherey misshandelt, soll der Gewohnheit nach, durch Viertheilung zum Tod gestrafft werden.

[469]) V neupravených nebo nejasně upravených případech mají soudcové rozhodnouti „ex aequitate et analogia juris ihrem besten Wissen und Gewissen nach ohne Anfrage. (Citováno dle *Blohma*: Feuerbach 81.)

[470]) *Malblank*, Geschichte der Peinlichen Gerichtordnung Kaiser Karls V. o prof. Meisterovi, cit. dle *S. Mayera*, Das ungarische Strafgesezbuch 3.

ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur."[471]) A vykládaje své proslulé učení o dělení státních mocí, učí důsledně o pravomoci soudcovské: „Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle."[472])

Zásluhu o rozvedení těchto revolučních myšlenek, nesených duchem *osvícenským*, v oblasti trestního práva, má Cesare *Beccaria*. Z jeho stěžejního díla „O zločinech a trestech"[473]) reprodukujeme tyto základní myšlenky: Vykládati trestní zákon nemůže příslušeti trestním soudcům, poněvadž nejsou zákonodárci. (11.) Při každém zločinu musí soudce učiniti důkladný syllogismus. První větou musí býti povšechný zákon, druhou čin shodující či neshodující se se zákonem. Důsledek je svoboda nebo trest. Je-li soudce donucen nebo chtěl-li by učiniti také jen dvé syllogismův, jest otevřena brána nejistotě. (12.) Každý člověk má svůj vlastní názor, každý člověk v různých časech má různé náhledy. Duch zákona byl by výsledkem dobré nebo špatné logiky soudcovy, lehkého aneb nezdravého porozumění; závisel by na mohutnosti jeho vášně, slabosti toho, kdo trpí, na stycích soudce s uraženým a na všech těch nevysvětlitelných mocích, které zaměňují zevnějšek každého předmětu v těkavé mysli člověka . . . Brány na radu nikoli stálý a neproměnitelný hlas zákona, ale svádějící nestálost výkladu (13). Nepořádek, který povstává z přísného zachování písmeny trestního zákona nedá se srovnati s nepořádky, které povstávají z výkladu . . . nastupují malá tyranství mnohých, tím krutější, čím menší je vzdálenost mezi trpitelem a utlačovatelem. Vyloučením výkladu nabývají občané bezpečnosti své osoby, která jest spravedlivou, poněvadž jest účelem, za kterým se lidé spojují ve společnost (contrat social), která jest užitečnou, poněvadž je činí způsobilými, aby dokonale uvažovali o následcích zločinu (14).

Boj proti soudcovské libovůli a pro zákonitost trestu se vřaďuje do *historického zápasu proti absolutismu* a vrcholí velikou francouzskou revolucí.

---

[471]) V této souvislosti vzpomínáme neméně populárního výroku *Voltairova* (Dictionnaire philosophique, s. v. lois, Œuvres XLI, 463 : „Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les votres et faites-en de nouvelles!"

[472]) *Montesquieu*, Esprit des lois XI, chap. 6.

[473]) Citováno dle překladu JUDra Josefa *Sládečka*.

6 Prvním praktickým projevem bylo však pojetí těchto myšlenek do americké Petition of Rights (1774). A prvním trestním zákoníkem, který činí nárok na úplnost, je rakouský zákoník Josefa II. z dubna 1783.[474])

Tak dílo osvíceného panovníka bylo předchůdcem jedné z předních vymožeností veliké revoluce, jež zákonitost trestu pojala do Deklarace práv člověka a občana (1789), základního katalogu občanských svobod: La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas. (Art 5) Nul homme peut être accusé ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. (Art 7) La loi ne peut établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. (Art 8)[475])

7 Zatím co myslitelé francouzští docházejí k těmto svým požadavkům po revisi poměru občana ke státu a jejich odůvodnění je rázu státoprávního, dochází Němec Anselm *Feuerbach* o něco později k témže výsledkům po úvahách kriminalistických, vybudovaných na jeho teorii psychického donucení. Razí proslulé heslo: nullum crimen, nulla poena sine lege, v němž shrnuje tyto čtyři požadavky:

---

[474]) § 1: Und sind als Criminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen und zu behandeln, welche durch gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden. Stejně § 1 II. dílu tohoto zákona: Was als ein politisches Verbrechen zu behandeln sey, muss einzig durch gegenwärtiges Strafgesetz bestimmet werden. Die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich genannten Handlungen gehören unter die politischen Verbrechen nicht. § 13 Der Criminalrichter ist an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden, so weit in demselben auf die Missethat die Grösse und Gattung der Strafe genau und ausdrücklich bestimmt ist.

[475]) Jak živá byla snaha prakse revoluční vyloučiti každou úvahu soudcovu, svědčí nepříznivé kritiky soudů, namířené proti pojmům revolučního zákoníka z roku 1791 jako jsou: attentat, complot, conspiration, machination, manœuvre, intelligence, vol, viol, pillage, faux. *Höhn*, Die Stellung des Strafrichters 115 d., zaznamenává tento posudek vrchního soudu Du Puy-de-Dôme, který pro výstižnost citujeme doslova: „Quel vague! Quel arbitraire! Que de danger pour l'innocence! Que de moyens évasifs pour la culpabilité puissante ou favorisée! Nous ne cesserons de dire au législateur: Définissez, précisez, et que chaque citoyen sache dans quel cas il est innocent ou coupable, c'est l'axiome le plus vrai en législation criminelle et auquel il n'y a pas d'exceptions suivant tous les meilleurs auteurs qui ont traités les matières criminelles." Proto dodnes platný Code pénal (1810) nahrazuje pojmy definicemi a abstraktní popisuje rozložením v konkretní skutečnosti, takže znamená veliký pokrok. (*Höhn*, Die Stellung 141.)

1. žádný trest bez zákonné pohrůžky, tedy ne bez psané, právní závazností vybavené normy; 2. žádný trest na základě zákona v době spáchání činu ještě neplatícího; 3. žádný trest na základě práva zvykového a 4. žádný trest na základě analogického použití positivního psaného práva.[476]) Toto heslo představuje účelový základ, ale již také prvek omezení zákazu analogie v trestním právu. Argumentace *Feuerbachova*, vybíhající v požadavek zákazu analogie při tvorbě trestních skutkových podstat, postupuje takto: Zákonu analogický případ je vlastně případem, který v zákoně vůbec není popsán, který zákon vlastně nezná. Člověk může býti veden k upuštění od určitého jednání, když čin jím zamýšlený je v katalogu jednání trestných vůbec obsažen. Předpokladem pro motivační účinek zákazu, podtrženého hrozbou trestem, je vždy přesný údaj o tom, co je zakázáno. Tohoto předpokladu nesplňuje analogie a jejímu přibrání mezi prameny práva trestati *brání teorie psychického donucení*.[477]) Rigorosnost stanoviska *Feuerbachova*, uplatnivší se nejen v jeho učení o povaze soudcovské činnosti, nýbrž i v kasuistické tendenci zákonodárné, měla v zápětí, že praktické uskutečnění jeho nauk, trestní zákoník bavorský z r. 1813, bylo nutno v několika letech doplniti 111 novelami.[478]) Přepětím zásady legality je „barokní zákaz komentářů".[479]) Tyto výstřelky propadly zaslouženému zapomenutí.

8 Tím byla dokumentována větší životnost pružnějšího řešení francouzského, jež se stalo základem všech kontinentálních moderních trestních systémů. Rakouská monarchie byla utvrzena tímto vývojem v tradici Josefiny. Zásadu přísné legality trestu přejímá jak trestní zákoník z 3./9. 1803.[480]) i dodnes v nástupnických státech platný zákoník z roku 1852 a po svérázném vývoji[481]) i uherský zákoník

---

[476]) *Blohm*, Feuerbach 73.

[477]) *Blohm*, Feuerbach 82d.

[478]) *Baumgarten*, Die Geburtsstunde 1.

[479]) Dle výrazu *Bindingova*. Tak C. J. Fredericiani 1749 praví: ať se nikdo neopováží napsati komentář k zemskému právu. Ve stejném smyslu se vyslovují úřední pokyny k tr. zákoníku království bavorského 1813 a skutečně po dobu 50leté platnosti tohoto zákona nevyšel ani jediný komentář. (Podle *Mezgera*, Strafrecht 79.)

[480]) Abschnitt VI der Einleitung zum Strafgesetze, viz *Jenull*, Das österreichische Criminal-Recht 111, *Maucher*, Systematisches Handbuch 28, 75.

[481]) Popsaném velmi pěkně *S. Mayerem*, Das ungarische Strafgesetzbuch.

z roku 1878, který tak zůstal věren duchu svých osnov.[482]) Francouzský Code pénal (1810) zdůrazněním zákonitosti trestu není než pokračovatelem svých revolučních předchůdců. V Německu naproti tomu nastala jednota v tom směru až vydáním společného trestního zákoníka z r. 1871.[483]) Všechny trestní systémy kulturních zemí s výjimkou těch, které budou dále vypočteny, vstoupily tak do řady zastánců přísné zákonitosti trestu a s ní i zákazu analogie.

9 Nejen však tento vnější úspěch je všeobecný a imponující. Za ním stálo upřímné přesvědčení, že jde o řešení správné a nezměnitelné.[484]) Neboť jen ono umožňuje zdůraznění objektivního prvku v trestní jurisdikci a vyloučení jakékoli libovůle na úkor svobody jednotlivcovy.[485]) Stává se ochrannou hrází[486]) a jedním z nejdůležitějších paladií občanské svobody[487]) neboť „osobní svoboda je posvátným statkem každého občana, její ochrana podstatným účelem státu. Mezi všemi nebezpečími, která jí hrozí, je to především výkon trestní soudní pravomoci, jemuž musí býti humánním zákonodárstvím položena nepřekročitelná hranice“,[488]) právním základem jedině snesitelným s hlediska dnešního právního přesvědčení[489]) zárukou právního státu[490]), na niž sáhnouti si může dovoliti jen despotismus[491]) zajišťuje jistotu a vypočitatelnost práva[492]). Mezi tato epitheta možno zařaditi i dobře míněný, ale špatně pochopený a tak často právě odpůrci zneužívaný výrok *Lisztův*, že zákon je „magna charta zločincova“.[493]) Neodvratným spojením trestu se zákonem spojují se s trestem jisté etické hodnotící představy, mravní pathos.[494])

[482]) Osnova 1791 následovala vzoru zákoníka Josefa II., osnova 1827 byla blízká rakouskému zákonu 1803 a osnova 1843 zákoníku badenskému z téhož roku.

[483]) O stavu před jeho vydáním viz zejména *Heffter*, Lehrbuch č. 23.

[484]) *Schem*, Die Analogie 61.

[485]) *Constant*, De la légalité 12d.

[486]) *Lammasch-Rittler*, Grundriss 22.

[487]) *Zitelmann*, Lücken im Recht 17, *Altmann*, Das Strafgesetz 12.

[488]) *Passy*, Über Anwendung 320.

[489]) *Mezger*, Strafrecht 77.

[490]) *Grünhut*, Begriffsbildung 4.

[491]) *Berner*, Lehrbuch 251.

[492]) *Leonhard*, Auslegung 23.

[493]) *Liszt, Schmidt*, Lehrbuch str. 19 pozn. 13; viz o tom výše.

[494]) *Grünhut*, Begriffsbildung 4.

Není neštěstím, ujde-li někdo důsledným provedením této zásady trestu, ve srovnání s možnostmi zneužití.[495]) Pošetilost jednoho zákona je snesitelnější a lehčeji odstranitelná, než pošetilosti tisíce soudců.[496]) Zkrátka: moderní trestní právo nebylo představitelné bez zákazu analogie.[497])

[495]) *Zitelmann*, Lücken im Recht 16,17.

[496]) *Rittler*, Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht 473.

[497]) Někteří autoři jdou ve svých požadavcích, pokud jde o zákonnou determinaci trestního výroku tak daleko, že zdůrazňují, aby tento výrok i po obsahové stránce co nejvíce ze zákona čerpal. (Tak *Drost*, Das Ermessen 230.) Jiní reklamují jako důsledek téže zásady nezávaznost zákonů, o nichž ani odborníci se nemohou dohodnout, zda ještě platí (*Chauveau-Hélie*, Théorie 41) a *Schütze* (Lehrbuch 41 pozn. 11) neváhá prohlásiti analogii v oblasti trestního práva vůbec za nedorozumění.

VIII.

TRESTNÍ SYSTÉMY DOVOLUJÍCÍ ANALOGII

A. PRÁVA ANGLO-AMERICKÁ.

1. Prameny trestního práva a jich užívání. — 2. Nemožnost přímé aplikace na poměry kontinentální.

1 Zcela jinou cestou šel vývoj trestního práva *anglického a amerického*. Je obecně známo, jakou úlohu hraje zde právo zvykové vedle psaného. Vzhledem k tomu, že oba tyto prameny jsou zvány „zákonem" (Common Law, Statute Law), nabývá myšlenka zákonnosti, zdůrazněná Velikou chartou, povahy odlišné od představ kontinentálních. Přece však vývoj i zde pokročil tak daleko, že většina deliktních typů je vyjádřena zákonem psaným (Statute).[498]) Většina zákonných definicí je však velmi stará, je proto nezbytný extensivní výklad (construktion), často svrchovaně násilný, nezřídka dokonalá právní fikce.[499]) Pokud jde o Ameriku, nemá zde formální nezávislost právních řádů jednotlivých států přílišného významu, protože obsahem jsou si namnoze velmi blízké.[500]) Naproti tomu Common Law vykazuje značné rozdíly. V samé Anglii má na příklad Skotsko jiné zvykové právo než ostatní země.[501])

Za této situace je anglický soudce skutečně nucen neustále tvořiti právo, aby doplnil neúplný zákon a práce se závěrem analogickým je mu běžná. Typické však je, že nejde při této analogii o zevšeobecňování zásad, na nichž stojí zákon, nýbrž především o hledání podobných konkretních rozhodnutí. Vzniká proslulý systém *precedenční*, který při nedostatku zákonných směrnic je dobře míněn jako

[498]) *Schem*, Die Analogie 154; podrobněji o věci *Kenny-Phillips*: Outlines of Criminal Law, *Stephen*, A Digest.

[499]) *Stephen*, Handbuch 53 pozn. 2.

[500]) *Hanausek*, Amerikanische Skizzen 82.

[501]) *Schem*, Die Analogie 154.

záruka jednotnosti soudnictví, ve svých důsledcích však často vede k výsledkům přímo groteskním.[502]) Oficiální sbírka zvykového práva a práva precedenčního (Case Law),[503]) stávají se tak závazným pramenem soudcova rozhodnutí, o to nebezpečnějším pro jeho volnost, že jde o případy, vyslovené u příležitosti konkretního případu bez apriorního nároku na generalisaci.[504])

2 Je-li něco na anglickém trestním soudnictví obdivuhodného, není to naprosto trestní *systém*, po jehož reformě volají sami Angličané; co umožňuje, aby přesto justiční aparát uspokojivě fungoval, jsou angličtí *soudcové*, se svými kontinentálními kolegy pokud jde o postavení, jež zaujímají, jen velmi málo srovnatelní. Tento systém není přesaditelný do cizí půdy nějakou novelou, jak si představují někteří reformátoři, kteří na anglickém případě našli důkaz, že je možno vzdáti se principu zákonitosti bez současného ohrožení právní jistoty.[505])

B. PRÁVO KANONICKÉ.

Normy a důvody.

V „*Corpus juris Canonici*" nalezneme o možnosti potrestání v § 1 Canonu 2222 toto ustanovení: Etiam sine praevia poena commutatione, aliqua iusta poena punire, si scandalum forte datum aut specialis transgressionis gravitas id ferrat. Canon následující (2223) pak dodává, že za zvláště přitěžujících okolností může býti zákonem stanovený trest zvýšen. Ospravedlnění těchto norem nalezneme v uvážení okruhu, pro který tato norma platí. Je to jakýsi druh disciplinárního

[502]) Jako příklad nad jiné příznačný citujeme část odůvodnění referenta *Buckleye*, 2 L. T. 744—1915. Nejsem schopen přednésti jakýkoli důvod, abych ukázal, že rozhodnutí, které jsem právě vyslovil, je správné. Naopak, kdybych mohl volně sledovati své mínění, musil bych říci, že je nesprávné. Než jsem vázán autoritou, již jsem povinen sledovati a sleduje tuto autoritu — cítím se zavázán vysloviti rozsudek, který právě vydávám.' (Citováno dle *Boora*, Die Methode 10 pozn. 1a.)

[503]) Totiž Law Reports a Cox Criminal Cases.

[504]) Jak úzkostlivě hledí Angličané na interpretaci svých psaných pramenů, svědčí nejen často citovaný případ, kdy byl od zločinu dvojženství téměř osvobozen muž proto, že měl ženy tři, nýbrž nad jiné jasně i to, že bylo shledáno nutným zvláštním zákonem (Interpretation Act 1889) nařídíti, aby, pokud ze zákona se neprojevuje opak, slova, vyjadřující mužský rod, byla vztahována i na ženy, slova v jednotném čísle znamenají též plurál a naopak slova v čísle množném zahrnují i číslo jednotné. (Citováno dle *De Boora*, 23, pozn. 37.)

[505]) *Roediger*, Analogie 92.

práva, kde spíše než ustanovení zákona rozhoduje cit dané pospolitosti pro dovolené a zakázané. Kde je úzké společenství názorové, jehož všichni příslušníci mají stejné představy o právu a bezpráví, není nutná zásada nulla poena sine lege a s ní ani zákaz analogie.[506]) Uplatnění zákazu vadí zde i pedagogické, nad spásou duší bdící poslání církve i jejího práva.[507]) I tu nesmíme však přehlédnouti, že jde o ustanovení výjimečné, neboť o *pravidle* mluví Canon 2219, § 3: Není dovoleno trest, určený pro určitou osobu nebo určitý čin, vztahovati na jinou osobu nebo jiný čin, i když ratio je stejná nebo dokonce ve vyšší míře je dána.

C. TRESTNÍ PRÁVO DÁNSKÉ.

(Zákon a prakse.)

Uvědomíme-li si zvláštní okolnosti, jimiž se proti typickému trestnímu právu kontinentálnímu vyznačuje jak trestní právo anglo-americké, tak trestní ustanovení Corporis Juris Canonici, zůstává nám jedinou skutečnou výjimkou z obecně uznávaného zákazu analogie *právo dánské*, které důsledně analogii při tvorbě trestních norem připouští. Ve své nynější formě, totiž v trestním zákoníku z 15. dubna 1930, činí tak v § 1 těmito slovy: „Pod zákon spadá jen čin, jehož trestní povaha je předvídána zákonodárstvím dánským nebo jednání činu takového zcela podobné.“ Totéž platí o zabezpečovacích opatřeních. Uvedený zákoník sleduje tak svého předchůdce z 10. února 1866 a tomuto stanovisku zůstaly věrny i obě osnovy. (1912, 1917.) Komentáře zdůrazňují, že jde o t. zv. *úplnou* analogii. Vyskytují se i názory, že takové připuštění analogie nevylučuje uskutečnění zásady nulla poena sine lege a že právě dánské trestní právo zásadu tuto uznává.[508]) Prakse používá daného zmocnění na tolik zdrženlivě, že nijak nepřekračuje meze toho, co ostatní státy považují ještě za extensivní interpretaci trestní normy. Proto tato teoretická znamenitost nebudí

[506]) *Schem*, Die Analogie 158. *Ackermann*, Das Analogieverbot 23, upozorňuje na skutečnost velmi příznačnou, že zákaz analogie není znám ani v oblasti kněžských práv mohamedánských. (Stejně *Mezger*, Strafrecht 78.) — O podstatě práv disciplinárních obecně zejména *Stock*, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, o jejich vztahu k analogii *Schem*, Die Analogie 137 d.

[507]) *Mezger*, Strafrecht 78.

[508]) *Gallas*, Kriminalpolitik 43.

nijaké, ani pochvalné, ani záporné pozornosti domácí vědy, která kromě dogmatických poznámek v rámci příruček a učebnic jí nevěnovala ani jedinou monografii.[509])

D. NEPŘÍZNIVÁ KRITIKA PLATNÝCH ZÁKAZŮ ANALOGIE

Tak jsme podali obraz evropských zákonodárství ve věci analogické tvorby trestních skutkových podstat. Zjistili jsme rozhodnou převahu stanoviska negativního. Ačkoli zůstaly výjimkou v jedinečné harmonii názorů, oslavujících v zákazu analogie jednu z nejdůležitějších vymožeností moderního trestního práva, ozývaly se přece tu a tam *hlasy o nevhodnosti* tohoto stanoviska. Útoky byly většinou velmi nesmělé a neurčité, neboť předpokládalo jistou odvahu napadati princip nejen obecně uznávaný, ale považovaný za zosobnění politické svobody. Slova Julliota de la Morandière[510]) znějí téměř prorocky, známe-li dnešní vývoj: „La règle ‚nulla poena sine lege' n'est pas attaquée directement, mais elle est battu en brèche implicitement dans la pratique, elle s'effrite peu à peu et elle risque fort, si l'on n'y prend garde, de disparaître un jour prochain."

U příležitosti konkretních soudních rozhodnutí, jež odůvodňovala nemožností analogie nabízející se řešení, optimátní s hlediska obecné spravedlnosti,[511]) bylo poukazováno k ztrnulosti, kterou zákaz u trestních norem způsobuje. Komu by se stalo bezpráví potrestáním tohoto činu? zněla typická otázka těchto argumentací. Zásada znamená výhodu pro ničemu, který páchá trestné činy se zákoníkem v ruce.[512]) Odůvodnění zákazu bylo oslabováno poukazem na to, že zdravá, na jasném právním základu spočívající analogie není nijak nebezpečná hodnotám, které má její zákaz chrániti,[513]) že ve skutečnosti je zákaz pod rouškou extensivní interpretace skutečně prolamován,[514]) ba že zákaz analogie není vůbec schopen uskutečniti to, co se od něho očekává, když široké pojmy moderních trestních norem

[509]) *Krabbe*, Borgerlig Straffelov 21, *Ackermann*, Das Analogieverbot 23.
[510]) Citováno dle *Constanta:* De la légalité 6.
[511]) *Milota*, Výklad 74.
[512]) *Wessely*, Über die Auslegung 72.
[513]) *Eick*, Die Analogie 77.
[514]) *Annosow*, Über dei Analogie 336.

dávají soudci mnohem širší pole pro vlastní hodnocení a tedy po případě i libovůli, než by mu dávala zavrhovaná a obávaná analogie pojmu konkretního.

V plné šíři staví do boje proti zákazu analogie své vědecké jméno a svou autoritu *Binding*. Podáme několik vět z jeho temperamentní argumentace: Jeho odpor proti zákazu pramení v jeho pojetí analogie jako odkrývání latentního práva. Nemůže pak ovšem nalézti důvodu, proč by právo právě v trestní oblasti mělo zůstati neodkryto. Tento křiklavý protiklad úmyslně není slyšen. Těžké zločády zůstanou bez trestu pro nedostatek písmene. Soudce není přece slepý nástroj, nýbrž živý zástupce zákonodárců v úkolech, které jsou tomuto v jednotlivostech nerozřešitelné. Za tohoto stavu musí se věda spokojiti smutným údělem, konstatovati případy, jež by byl zákon analogicky obsáhl, kdyby si nebyl sám podvázal žíly.[515]) Analogie tvoří všude rozumnou souvislost a spravedlivé vyrovnání. Zatracovati ji znamená přetínati životní nerv zdravému vývoji práva.[516]) Je zaslepeností nejvyššího stupně, vidí-li zákon ve své největší vadě svou největší dokonalost, ba prohlašuje-li ji za sacrosanctum, a podvazuje-li tento zdravý nápor brutálním mocenským zákrokem.[517])

Druhou výraznou postavou německé literatury přednacistické, nepříznivě kritisující zákaz analogie je *Exner* ve své práci: Gerechtigkeit und Richteramt (1922). Pokud nám známo je jediným, který v § 2 německého trestního zákoníka vidí pouhé vyslovení zásady, že trestnost musí býti stanovena zákonem. Vázanost zákonem platí i pro soudce civilního, a přece nikdo mu nezakazuje použití analogie. Proto netřeba prý hledati zákaz analogie ani v citovaném zákonném ustanovení. Nesmyslnost zákazu analogie dovozuje z principu rovnosti mezi lidmi. Příčí se mu, aby přes materiální stejnost zůstalo jednání člověka trestuhodného bez trestu jen proto, že selhala písmena zákona.

Přesto, že oba jmenovaní autoři došli ke stejnému výsledku cestami velmi rozdílnými a důvody obou se zas zcela rozcházejí s názorovým základem dnešního německého písemnictví, které taktéž téměř jednomyslně analogii trestnímu soudci dává k disposici, jsou

[515]) *Binding*, Handbuch 28.
[516]) Tamtéž 222.
[517]) *Binding*, Lehrbuch 21.

oba tito průkopníci dnes v Německu s oblibou citováni, a to právě ze sympatie k výsledku.

První radikální průlom do oblasti zákazu analogie v trestním právu znamená však trestní politika sovětského Ruska.

E. TRESTNÍ KODEX SOVĚTSKÉHO RUSKA.

1. Marxisticko-materialistické pojetí kriminality. — 2. Postavení trestního zákoníka za této situace. — 3. Sociální nebezpečnost základní ideou. — 4. Ustanovení o analogii. — 5. Stanovisko teorie a prakse. — 6. Osnovy 1930.

1 Příklad *sovětského práva* naznačuje podmínky, za nichž připuštění trestní analogie se stává žádoucím pro účel, který právo sleduje. Podle marxisticko-materialistického pojetí kriminality je člověk produktem svého prostředí a jeho jednání probíhá nutně v určitém, jeho okolím podmíněném směru. V těchto sociologických faktorech je pravý kořen zločinnosti. Až potud je toto učení shodné se sociologickou školou *Lisztovou*. Novým je názor, že i tento okolní svět musí být něčím podmíněn a že důsledkem toho pravý kořen zločinnosti leží ještě hlouběji. Nepřekvapuje, že tento poslední pramen všeho zla spatřují marxisté v dnešním společenském zřízení, v systému kapitalistickém.[518]) S tím souvisí i jejich víra, že odstraněním kapitalismu bude přeťata i tato hlíza, že nastane ideální soužití lidí, nejen bez intervence trestu, ale práva a dokonce státu vůbec.[519])

2 S hlediska tohoto ideálu nabývá trestní zákoník povahy přechodné a své právo na existenci v období třídního boje uhájí jen tehdy, když bude pomůckou a v žádném směru zábranou revolučního zápasu. V jeho zájmu připouští se i analogie, neboť trestní právo musí mít v největší míře schopnost přizpůsobovat se principům politické účelnosti. Proto ani pojem právního statku nemůže být konstantní, nýbrž musí se měniti se změnou státních cílů.[520]) Toho dociluje přijetím principu oportunity a připuštěním analogie.[521]) Sovětské

[518]) *Krauss*, Das Strafgesetzbuch 15.
[519]) *Gallas*, Kriminalpolitik 41, *Annosow*, Über die Analogie 325.
[520]) *Krauss*, Das Strafgesetzbuch 14.
[521]) *Annosow*, Über die Analogie 340.

právo vzdává se zcela myšlenky odplaty v trestu, kterou považuje za přepych, jehož se společnost může zříci a také se ho ve skutečnosti zříká, když svou pozornost soustřeďuje na několik typů.[522]) Nebezpečnost sociální a ochrana společnosti jsou dvojice, jež tvoří páteř sovětského práva. Změna principielního pojetí se projevila i v názvosloví, když důsledně odstraněn pojem „trestu", připomínající odplatu, a nahrazen termínem „opatření sociální ochrany".[523])

3 Východiskem vší trestnosti je „sociální nebezpečnost" pachatele nebo činu. Je pak sovětskému právu deliktem každé obecně nebezpečné, totiž takové jednání, které ohrožuje zásady sovětské ústavy a toho právního řádu, který byl vytvořen vládou dělníků a sedláků pro dobu přechodu ke komunistickému státu. (§ 6 Kodexu 1926.) Zdálo by se, že vedle takové obecné skutkové podstaty je jakákoli konkretní zbytečná. Proti řešení z roku 1919 znamenají však nové zákoníky, a to jak z roku 1922, tak dodnes platný Ugolovnyj Kodex z 22. listopadu 1926 umírnění potud, že usměrňují soudcův socialistický právní cit zásadami a paragrafy kodexu. Mluví se o revoluční zákonitosti,[524]) kde podbarvením zůstává přece soudcův smysl pro potřeby revoluce, základní předpoklad třídní justice.[525]) Trestným je pak každý, kdo se dopustil jednání obecně nebezpečného nebo kdo sám znamená nebezpečí svým stykem se zločineckým prostředím nebo svou dřívější činností (§ 7 kodexu).

4 Tak docházíme k § 16 Kodexu, jenž obsahuje vlastní ustanovení o analogii: „Když to neb ono obecně nebezpečné jednání není v tomto zákoníku bezprostředně obsaženo, určuje se důvod a rozsah odpovědnosti za ně podle těch paragrafů tohoto zákoníka, které upravují zločiny co do způsobu nejpodobnější".[526])

---

[522]) *Annosov*, Über die Analogie 341.

[523]) Tato terminologie vynesla sovětskému právu zejména v dnešní německé literatuře oblíbené tvrzení, že už vůbec nejde o trestní právo, uplatňující princip spravedlnosti, nýbrž o systém jakýchsi policejně zabezpečovacích opatření. Tento rozdíl zdůrazňují Němci (především *Freisler* a jeho epigoni), aby udrželi zásadní hráz mezi pojetím národně-socialistickým a sovětským, jež obě navenek vykazují značnou podobnost.

[524]) *Freund*, Strafgesetzbuch 102.

[525]) *Zaitzeff*, Das Strafrechtswesen 3.

[526]) V této souvislosti nutno poznamenati, že princip oportunity je proveden i na svém opačném pólu: Je-li trestné jednání ohrožující revoluci, i když v zákoně na ně pamatováno není, musí být naopak beztrestným čin, který je sice v zákoně popsán, postrádá však sociální

5 Měřítkem skutečného dosahu zákonného ustanovení bude nám i zde teorie, prakse a osnovy. Není bez překvapení, když analogie se zdá býti zakotvena přímo v základech právního pojetí sovětského, že teorie až na výjimky, z nichž citujeme *Annosowa*,[527]) chová se k analogii velmi vlažně. Sám *Annosow*[528]) si stěžuje, že v literatuře ruského práva se jí nevěnuje ta pozornost, která by jí pro její zásadní význam patřila, ba že se považuje za hosta, dokonce za nezvaného hosta v trestním zákoníku. To je nejen názor starých, v dřívějších tradicích vychovaných kriminalistů, ale i názor mladé generace.

Snad svůj podíl na tomto stanovisku má tradiční stanovisko ruské trestní vědy k problému analogie. Již § 151 carského zákoníka měl ustanovení ji připouštějící a v praksi předrevoluční bylo právě toto ustanovení velmi potíráno a skoro vůbec ho neužíváno.[529]) Proto narazilo na pramalé sympatie tvrzení představitelů nového režimu, že analogie je v revolučním systému nezbytná.[530])

Když však analogie přece prosazena byla, staví se k ní teorie takto:[531]) *Posnyšev* a *Lublinsky* považují analogii za zjev cizí kodexu, *Issaew*, *Estrin a A. N. Trainin* přiznává analogii ne zásadní, nýbrž jen technický charakter jako prostředku pro vyplňování zákonných mezer a pro nápravu nedopatření redakčních a stylistických. Stejně opatrně se o analogii vyjadřují i ti, kteří na ni narážejí při výkladu jiných témat. Motivem u všech je strach před soudcovskou libovůlí, obava, že už nebude existovat pevná hranice občanské svobody. Tímto názorem se ovšem v očích přesvědčeného komunisty odsuzují sami.

---

nebezpečnosti. Praví proto § 8 Kodexu: „Beztrestnost nastává též, když změnou sociálně-politického stanoviska čin ztratil svůj obecně nebezpečný charakter nebo když podle názoru soudu vinník nemůže být v čas souzení považován za obecně nebezpečného.“ Napadá srovnání s okolnostmi vylučujícími protiprávnost v běžných trestních systémech. Vůči samými sovětskými teoretiky zdůrazňované účelovosti těchto momentů nezdá se nám vhodným pro tyto oportunitní úvahy zneužívati pojmu protiprávnosti, jak činí na příklad *Krauss*, Das Strafgesetzbuch 53.

[527]) Über die Analogie im Strafrecht.

[528]) Tamtéž 322.

[529]) *Freund*, Strafgesetzbuch 103.

[530]) *Nemirovskij* s odvoláním na Bindinga považuje připuštění analogie za pokrok, *Krylenko* poukazuje ke stálé změně trestných jednání a k nemožnosti zachytiti všechny, *Kurski* (lidový komisař spravedlnosti) upozorňuje, že žijeme v době, kdy je potřebí takové normy, která dává soudu možnost své právní přesvědčení volně projeviti. (Viz k tomu *Freund*, Strafgesetzbuch 14, dle něhož paragraf o analogii byl prosazen vládou proti silnému odporu a stačí-li sovětský soudce svým vzděláním na takový úkol, musí ukázati prakse. Jde prý o poslední zbytek přesvědčení, že sovětský soudce nepotřebuje skutkových podstat.)

[531]) Citováno dle *Annosowa*, Über die Analogie 322d.

Ani sovětský soudce z lidu nesplnil však očekávání extrémních názorů. V praksi je analogie užíváno velmi zřídka a také úřední pokyny ji prohlašují za opatření výjimečné.[532])

6 Tento názorový boj sovětské vědy se projevil v obou osnovách z roku 1930. Radikální návrh *Krylenkův* žádá úplnou svobodu soudce při volbě ochranného sociálního opatření a zcela uvolňuje pouta skutkových podstat tím, že vytváří dva typy jednání sociálně nebezpečných: Ta, jež podkopávají a ta, jež pouze desorganisují socialistickou výstavbu. Soudcova úloha skončí podřaděním jednání pod jeden z těchto typů. Katalog deliktů ve zvláštní části zákoníka se výslovně prohlašuje za pouhý soubor typických příkladů. Proti tomu umírněná osnova *Schirwindtova* je velmi blízká řešení platného sovětského trestního kodexu.[533])

F. TRESTNÍ SYSTÉM NACIONALISTICKÉHO NĚMECKA.

1. Stát a jednotlivec. — 2. Henkelovy typy států. — 3. Principy německé reformy právní. — 4. Materiální protiprávnost. (Gesundes Volksempfinden.) — 5. Universální norma. (Freisler.) — 6. Ohledy vedoucí k modifikacím: a) právní jistota, ve smyslu nac.-socialistickém. b) jednotnost judikatury; c) princip vůdcovský. — 7. Nový smysl požadavku zákonitosti. — 8. Analogie a diskuse o ní. — 9. Německé hlasy proti analogii. — 10. Novela z 28. 6. 1935. Znění a důvody. — 11. Trestní analogie v judikatuře německých soudů. Volba hlediska. — 12. Zásady vyvoděné z judikátů říšského soudu: a) Respektování časové meze novely. b) Analogie možna jen přes meze zákonodárcem nezamýšlené: aa) „Mezery vědomé". bb) Výpočet taxativní. c) Jasné znění zákona předchází lidový cit. d) Analogie vůči zákonům popřevratovým. e) Osnova representantem lidového citu. f) Analogické užití přísnějších sazeb. Kolísání judikatury. g) Výjimečný charakter analogie. h) „Podobnost". ch) Analogie nesmí suplovati vinu ani skutková zjištění. i) Úvaha o zdravém lidovém citu. j) Případy, kdy analogie říšským soudem připuštěna. — 13. Bilance.

Svými výslednými požadavky a svým stanoviskem k otázce analogie se řešení sovětskému velmi blíží nový směr kriminalistiky německé. Pokusíme se stručně ukázati, z jakého myšlenkového základu vychází, co žádá, jak to prosazuje a jak na tyto novoty reaguje německá prakse.

---

[532]) *Freund*, Strafgesetzbuch 103, *týž*, Strafrechtsreform 313.

[533]) Citováno dle *Freunda*, Strafrechtsreform 311d.

1 Německá revoluce národně-socialistická je charakterisována základním odklonem od liberalismu. Stát je organisovanou pospolitostí národní, jeho cílům se musí jednotlivec podříditi. Primární je tato pospolitost, stát si vytvořila, ve stát se organisovala jen aby mohla dosáhnouti svých cílů. Poněvadž není takto rozdílu mezi substrátem národního společenství a státu, platí o státu totéž, co o celku národním. Podřízenost jednotlivce státu je tedy důsledkem jeho příslušnosti a tedy podřízenosti národní pospolitosti. Jednotlivec není zde pro sebe samotného, nýbrž k účelům národního společenství, není subjektem, nýbrž objektem státního vedení.[534]) Individualismus možno však považovati skutečně za překonaný, když jednotlivec se vůbec nebo aspoň v převážné míře pociťuje jako člen celku, s nímž je sloučen v nerozlučnou jednotu, a to tak, že svůj vlastní život prožívá výlučně jako část života společného a nikdy, i když opatřením státu je jakkoli postižen, nepociťuje odpor nebo jej bez zvláštních obtíží překonává.[535])

2 *Henkel*[536]) rozeznává tři typy států: Stát zákonodárný, kam řadí všechny demokracie, v němž není autority na zákonu nezávislé. Trestní soudce je co nejvíce omezen na pouhou mechanickou subsumpci. Zde je pravé pole zákonitosti trestu a zde má tato zásada i své oprávnění.[537]) Druhým typem je stát *jurisdikční*, v němž soudnictví je těžištěm státního života. Soudy jsou ochránci svobod občanských a vůbec ústavy. Má zde na mysli systém anglo-americký. Konečně typem třetím je *stát vládní*, kde těžisko státní činnosti není v předem stanovené neosobní normě, určující státní život, nýbrž v osobním rozhodnutí nositelů odpovědnosti ve státě. Není těžko si domysliti, že nejvyšší směrnicí těchto činitelů bude zájem státu, jak si jej oni v dané chvíli a situaci představují. Do této skupiny je řaděno Německo. Stát je skutečně *veden*, je státem *vůdcovským* (Führerstaat), jak se dnes říkává. Za této situace dělá ovšem jisté potíže zařaditi do systému státní organisace činitele, zvané běžně *soudy*, když i jejich vrchním účelem jako složky státního aparátu je uskutečňování stát-

[534]) *Schem*, Die Analogie 87.
[535]) *Bendix*, Analogie im Strafrecht 688.
[536]) Strafrichter 45d.
[537]) Stejně poznamenává *H. Mayer*, Das Strafrecht 115 pozn. 11, že ve státě politických stran není analogie myslitelná.

ních cílů. Zde prohlašuje *Henkel* s jistými rozpaky, že soudy jsou sice nezbytně vázány na generální normy, protože jim není vlastní forma rozkazů, podstatná pro vládní stát. Jejich výroky však nejsou legitimovány svou zákonností, neboť ta jako znak formální nestačí k jejich ospravedlnění, nýbrž principem materiální spravedlnosti, který leží nad zákonem.

Je jasné, že toto pojetí staví poměr soudce k zákonu na zcela jiný základ než tomu bylo doposud a že vykoná svůj vliv především na jurisdikci *trestní*, kde princip přísně formální spravedlnosti jako důsledek legality slavil své triumfy. V tom směru dlužno zejména připustiti vliv politické koncepce na nalézání práva.[538])

3 Základním motivem německé reformy právní je přiblížení práva národu. „Volksfremdheit" práva a jurisdikce se stalo heslem přímo novinářským. Hledány cesty tohoto návratu. Sestupováno do šerého dávnověku, kdy nordické právo nebylo ještě pokaženo recepcemi[539]) zejména cizáckým právem římským.[540]) Z vlastního tábora se zvedly hlasy, volající po rozumných mezích.

Odhlížejíc od těchto výstřelků, možno pozorovati cílevědomý postup po přizpůsobení právního řádu říše základním myšlenkám národního socialismu. V oblasti práva trestního se argumentovalo takto: Kdo nevidí vznik státu v obětování osobní svobody, nýbrž v oddání se národa svým úkolům, kdo nevidí účel státu v největším možném zachování osobní svobody, nýbrž ve sloučení a podpoře národních sil, nemůže hledět na trestní právo jako na záruku svobod jednotlivcových vůči státu. Trestní právo přestává býti Velikou Chartou zločince a stává se Velikou Chartou zájmů národních a státních.[541]) Místo vypočitatelnosti neosobních norem nastupuje nevypočitatelnost osobního rozhodnutí rozsudího, jež odpovídá právnímu

[538]) I když situace není tak jednoduchá, jak si představuje *Ackermannová*, Das Analogieverbot 37, že vše, co uvedeno pro zákaz analogie, nese silně politický nátěr, a proto je dnes automaticky celá ta argumentace překonána, když příslušný politický základ byl otřesen, nebo *Hildebrand*, Archiv für Rechts- und Staatspsychologie XXX-120d., který v odstranění liberalismu vidí uhasnutí nebezpečí jakékoli formy t. zv. pojmové jurisprudence. Tento byl na citovaném místě napomenut prof. *Manigkem*, který v názoru spatřuje „mehr jugendlichen Überschwang als Richtigkeit".

[539]) *De Boor*, Die Methode 1.

[540]) Které známý bojovník za rasovou očistu německeho práva *Nicolai* (Die rassengesetzliche Rechtslehre 9) neváhá prohlásiti za „verjudet".

[541]) *Henkel*, Strafrichter 48, 52, *Dahm*, Das Ermessen 92.

přesvědčení národního celku.[542]) Neuznává se právo o sobě, nýbrž jen německé právo k ochraně německého národa. Národní právo se musí snažiti účinně chrániti mravní cítění národa. Trestá se proto, že národ a jeho životní řád potřebuje ochrany. Trestá se rušitel práva, že své požadavky stavěl výše než potřeby národa.[543]) Německá trestní politika nekapituluje zbaběle před zločincem, nýbrž vystupuje proti němu s mravní vážností odplatného trestu,[544]) neboť trestní právo je tím méně způsobilé splniti svůj úkol, čím je mírnější pokud se jedná o vymýcení bezectných zločinců.[545]) V souvislosti s touto myšlenkou možno uvésti tažení proti dosavadnímu právu ve jménu jeho „změkčilosti".[546])

4 Kriteriem trestnosti stává se *materiální protiprávnost*, zakládající se na trestuhodnosti jednání s hlediska *zdravého lidového citu* (gesundes Volksempfinden"). Formální protiprávnost odporuje lidovému citu. Podstatné je jen uskutečnění smyslu a účelu skutkové podstaty, ne jejího slovného znění.[547]) Kdo jednal proti zjistitelné vůli státu, je trestný, ať v zákoně to jednání je výslovně popsáno nebo ne.[548]) Materiální spravedlnost je vyšší a větší než aby mohla býti vyjádřena slovy. Věta: co není zakázáno, je dovoleno, přehlíží sféru přechodnou mezi výslovně zakázaným a dovoleným, na niž se může člověk odvážiti jako na bažinu jen na vlastní nebezpečí. Nezbytným předpokladem uskutečnění materiální spravedlnosti je odpoutání trestního soudce od slov zákona. Zákaz takového postupu je na místě v liberálním státě, který nemá světového názoru a je neutrální k názorům svých občanů. Naproti tomu stát, ovládaný určitým světovým názorem, nemůže připustiti, aby nepřítel národa jakkoli využíval mezer v zákoně.[549]) Komu je cizí představa, že může býti národ, který má pro právo a bezpráví obecný zdravý cit, toho musí naplniti strach a starost, čte-li v zákoníku, že soudce je nějak odkázán na tento cit. Národní

[542]) *Henkel*, Strafrichter 48.

[543]) *Siegert*, Grundzüge 10d.

[544]) *Goetzeler*, Der Grundsatz 359.

[545]) *Nicolai*, Die rassengesetzliche Rechtslehre 47.

[546]) Citované již výroky *Ackermannové*, *Schema a Freislera.*

[547]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 41.

[548]) *Schäfer*, Nullum crimen 212.

[549]) *Freisler* Schutz des Volkes 12 d.

socialisté většinou této obavy nemají.[550]) Spoléhají na rasový výběr osoby soudce a jeho výchovu v duchu nové doby[551]) a na skutečnost, že celá duševní a volní struktura německého národa se stala jednotnou.[552]) Silný a názorově jednotný stát si může dovoliti osvoboditi soudce od jeho pout.[553])

5 Za této situace by bylo ovšem důsledné a s hlediska materiální spravedlnosti ideální, netvořiti vůbec skutkových podstat a dát soudci jen *jednu směrnici universální*, základ všeho bezpráví vhodně vyjadřující. S takovým řešením skutečně přichází radikální *Freisler*, zůstal však osamocen a jeho návrh kritisován většinou nepříznivě. Není nám ovšem jasno, jak si *Freisler* představuje, že by skutkové podstaty neztratily vedle oné ústřední svůj význam a že by neklesly na pouhé příklady, když sám připouští, že by pozbyly funkce rozhraničení trestného a beztrestného.[554]) Radikální názory *Freislerovy* v plném rozsahu přijímá, k jejich odůvodnění však ničím nepřispívá *Dreier*.[555]) Naproti tomu *Schem*,[556]) ač jinak velmi přístupný novotám, právem připomíná, že *Freisler* ve svém řešení příliš spoléhá na to, že nový typ člověka se již prosadil. Pokládá proto tento námět při nejmenším za předčasný. Vážnější námitky nachází spolu s *Kleem*[557]) v zachování principu vůdcovského, o němž bude ještě promluveno.

6 Vidíme, že při odstraňování principu legality jsou revidovány zásady, jež svého času vedly k jeho uskutečnění a byly uváděny jako důvod jeho zachování. Tyto úvahy hrají roli regulativu, jak daleko je na této cestě vhodno jíti.

a Pokud jde především o *právní jistotu*: S liberalistickým významem tohoto pojmu, jenž říkal, že musí mít každý možnost uvědomit si následky svého jednání, účtuje národní socialismus zkrátka: Vůbec ho neuznává a zdůrazňuje proti tomu, že kolem každé skutkové pod-

[550]) *Gürtner*, Das neue Strafrecht 18.
[551]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 39.
[552]) *Freisler*, Schutz des Volkes 15.
[553]) *Henkel*, Strafrichter 13.
[554]) Schutz des Volkes 30.
[555]) Die Analogie 43, 47.
[556]) Die Analogie 135.
[557]) Strafe ohne geschriebenes Gesetz 642.

staty je nebezpečná sféra jednání výslovně sice nezakázaného, ale přece trestuhodného a proto trestného, sféra, do níž každý vstupuje na vlastní nebezpečí. Za jedinou záruku právní jistoty v uvedeném smyslu by bylo možno nejvýše považovati okolnost, která je — jak jsme viděli — předmětem pevné víry Němců, že každý občan, soudce stejně jako vinník, nese v sobě, ve svém zdravém citu, svůj zákoník. Tento cit by jej mohl poučiti o následcích jeho jednání.

Než na právní jistotě v uvedeném smyslu národní socialisté netrvají. S oblibou sice výrazu toho užívají, s jeho obsahem však zacházejí velmi libovolně. Tak zní přímo jako výsměch původnímu smyslu výrazu, chce-li se jím rozuměti jistota, že žádný vinník nezůstane bez trestu, stejně jako je ironickou slovní hříčkou, říká-li se[558]): Nullum crimen sine poena. *Dreier*,[559]) který ve své nikterak hluboké práci přijímá vše, co nejradikálnějšího nové hnutí v oboru analogie přináší, jde tak daleko, že adresuje trestním systémům analogii nepřipouštějícím tuto apostrofu: „A takový stát si myslil (patrně si tedy již nemyslí), že si může činiti nárok býti státem, kde spravedlnost byla obzvláště zakotvena!" *Goering*[560]) nepřiznává nárok na jakoukoli ochranu tomu, kdo se trestným činem postavil mimo zákon národního společenství. Stejně problematickou je záruka, že ten, kdo nejednal proti základní myšlence práva, totiž mravně zavržitelně ke škodě národního celku, může počítati s tím, že nebude potrestán.[561]) O to právě jde, rozhodnouti, kdo je vinen. *Henkel*,[562]) a po něm i *Schem*[563]) mluví o právní jistotě ve smyslu jistoty prosazení práva v souladu s právním myšlením národního celku.

b Nebezpečí *nejednotnosti judikatury* po uvolnění zákonné vázanosti se uznává. Literatura má řadu návrhů, jak jí čeliti. Doporučuje se dotaz u ministerstva spravedlnosti, u předsedy Akademie pro německé právo či konečně prosté připuštění opravného prostředku ve všech případech, kdy zmocnění toho soud použil.[564])

---

[558]) Viz na př. *Schäfer*, Nullum crimen sine poena.
[559]) Die Analogie 30.
[560]) Die Rechtssicherheit 9.
[561]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 41.
[562]) Strafrichter 66.
[563]) Die Analogie 131.
[564]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 49, citující též *Kleea* a *Luetgebruneho*. Proti tomu *Schem*, Die Analogie 107, vidí v prvých dvou námětech projev neoprávněné nedůvěry k soudci.

c Státní zřízení nacionálně socialistické přináší však další, v literatuře velmi živě diskutovanou překážku úplného oproštění soudce od zákonných „pout". Je to princip *vůdcovský*. Nemůže být dovoleno, aby každý Amtsrichter si osoboval pravomoc vůdcovu. V přehledu jednotlivých názorů uvidíme, že za těmito výhradami, za něž se nemusí stydět ani ten nejradikálnější národní socialista, skrývají se často pochybnosti o proveditelnosti ideálu materiální spravedlnosti a obavy z neomezeného a labilního imperia soudcovského. A pod záminkou šetření autority vůdcovy vplouvá *modifikovaný požadavek zákonitosti* do trestního systému národně socialistického, který marně hledí někteří zeslabiti nesrozumitelným poukazem, že jde o vázanost soudce „ve zcela jiné rovině"[565]), než tomu bylo doposud.

H. Mayer[566]) zůstal ovšem osamocen se svým názorem, že již každé připuštění analogie by bylo ovlivněním ústředního vedení státu. Většina vidí však nebezpečí pro zásadu vůdcovskou jen ve volnějších formách nalézání práva, tedy především ve *Freislerově* centrální skutkové podstatě, dále však i v analogii *práva*. „Základní právní myšlenky vysvětluje vůdce, používati jich na všechny případy, na něž nejsou myšleny, nesmí býti možno každému soudci."[567]) Proto není neomezené užívání analogie práva žádoucí, bude však snad v některých případech *v budoucnosti* doporučitelná.[568])

7 Nejpregnantnější vyvodění požadavku zákonitosti trestu z principů nacionálně-socialistických nalezli jsme u *Schema*.[569])Vůdce je pro soudce osobností směrodatnou, podle níž má zařídit své jednání. Úkolem soudce je, aby právo, které dříme v národě, z jeho skrytu vyzvedl a učinil poznatelným. Jen vůdce je k tomu povolán a on tak může učiniti lépe, než většina soudců, neboť on mnohem snadněji najde, co odpovídá právnímu svědomí národa. Odpovídá tudíž národně-socialistickému myšlení, je-li národní duch vyjadřován jasně rozkazem vůdcovským ve formě zákona. Zákon je tedy objektisovanou obecnou vůlí.[570]) Bude tedy i v nacionálně-socialistickém státě

[565]) *Dahm*, Das Ermessen 92.
[566]) Das Strafrecht 129.
[567]) *Ackermann*, Das Analogieverbot 43.
[568]) Tamtéž 49.
[569]) Die Analogie 940.
[570]) Oč průhlednější fikce než „vůle lidu" v demokraciích, které se titíž lidé tolik posmívají!

zákon nejvznešenějším pramenem, z něhož má soudce čerpati své poznání. Ve shodě s tím prohlašuje i prof. *Dahm*,[571]) že racionální techniky zákonodárné nelze se zříci. Trestní soudce, i když je vázán světovým názorem a je si vědom svého svazku s národním společenstvím, potřebuje vodítka ve formě zákonů. Trestní právo prosté zákonů, nebo i jen trestní právo bez dostatečné vázanosti soudce, by ve 20. století prostě nefungovalo. Buď by kleslo na úroveň správní techniky k uskutečňování úkolů každodenní politiky, nebo by se rozplynulo v chaotickém právu kasuistickém. Takovou právní nejistotu snáší národní stát zrovna tak málo jako kterýkoli stát jiný.

Charakter zákona jako objektivisované vůle obecné a rozkazovací forma vůdcova má v zápětí vázanost soudce na zákon.[572]) Z okolnosti, že národně-socialistický stát sleduje myšlenku materiální protiprávnosti v tom, že za zákonem spatřuje a proto po případě vedle něho respektuje cit národa, plynou však modifikace této vázanosti proti tomu, co jí rozumíme v oblasti protiprávnosti formální.

8 Nejlepším prostředkem k uspokojení obou závazných principů shledána *analogie* a z jejích forem z důvodů již naznačených analogie zákona.

Analogie znamená sice vázanost na zákon v tom smyslu, že nutí respektovati jeho základní myšlenku, jak reklamuje „Führerprinzip" a všechny ty myšlenky, které se za ním skrývají, jež nejsou uspokojeny generálním zmocněním jakousi centrální normou. Umožňuje však svou volnou sférou, která je onou zločinci hrozící sférou nebezpečí kolem každé zákonné skutkové podstaty, aby byl sledován princip materiální spravedlnosti, bránící odcizení práva národu. Nedotknutelnou autoritu vůdcovu[573]) pak lépe respektuje analogie zákona,[574]) než analogie práva.

---

[571]) Ve svém referátě pro II. mezinárodní sjezd pro srovnávací pravovědu v Haagu 1937.

[572]) *Schem*, Die Analogie 96.

[573]) Přesto že *Freisler*, Schutz des Volkes 17, marně upozorňuje, že vůdce nikdy neviděl ve výnosech a nařízeních nejjistější prostředek vedení, nýbrž spíše spoléhal na předání iniciativních úkolů mužům, jimž může důvěřovati.

[574]) *Schem*, Die Analogie 100, *Klee*, Strafe ohne geschriebenes Gesetz 642, *Rumpf*, Analogie 591, *Ostwald*, Richterkönigtum 442 (po dotazu i ministr spravedlnosti i analogii práva), *Ackermann*, Das Analogieverbot 49 (analogie práva snad později) než analogie práva.

Podkladem konkretní diskuse o otázce analogie v národně-socialistickém trestním právu stal se Pamětní spis pruského ministerstva spravedlnosti z roku 1933, který navrhuje toto rozšíření § 2 německého trestního zákona: „Je-li však jednání, nikoli výslovně za trestné prohlášené, dle zdravého názoru lidu mravně zavržitelné a je-li jeho potrestání žádáno právní myšlenkou, jež jest základem určitého trestního zákona, má soudce stanoviti trest na tento čin v rámci trestního zákona obdobně použitého."

Také toto řešení navrhuje jasně analogii zákona.[575])

9 S připuštěním analogie zákona v trestním právu souhlasila v následující debatě, jak jsme viděli, většina. Vedle mínění, že tato intensita odklonu od litery zákona nestačí cílům nového trestního práva, vyskytla se však proti panujícímu názoru též tvrzení právě opačná, totiž jakoukoli analogii zavrhující. Z nich citujeme názor *H. Mayera*,[576]) podle něhož heslo „žádný zločin bez trestu" vychází z mylné představy, že již v sociálním životě (bez intervence právní normy) lze rozlišiti beze všeho jednání trestná od beztrestných. Ve skutečnosti se zločin odlišuje jen stupněm od nesčetných jednání nemorálních, ale beztrestných. Proto chybí analogii trestnost zakládající v trestním právu jakékoli únosné východisko. Rozhodovalo by se podle citu a v zájmu jednotnosti by se nutně vytvořil systém prejudicií. Požadavek právnosti nelze přepínati tak, aby se vyrovnával mravnímu ideálu. Takové zneužívání trestu by mělo v zápětí snížení jeho morální síly. Mimoto však znamená každá pravá analogie ovlivnění ústředního vedení státu a právě s hlediska zásad národně-socialistických zcela nepřípustný pluralismus jeho vedení. „Ze všech těchto úvah sklání se váha ve prospěch zákazu analogie, je-li dán jeho předpoklad, totiž dobrá a vyčerpávající kodifikace." Proti analogii se po-

[575]) Nelze pochopiti, proč *Ostwald*, Richterkönigtum 441, vidí v tom i připuštění analogie práva —. Závěry některých autorů nalezneme vyjádřeny přímo formou zákonného návrhu: Tak *Ackermannová*, Das Analogieverbot 50 přichází s touto formulací: „Jednání může býti stiženo trestem jen tehdy, když tento trest byl zákonem určen dříve, než čin byl předsevzat. Je-li jednání nikoliv výslovně za trestné prohlášení trestno dle zdravého lidového názoru, a odpovídá-li smyslu určité zákonné skutkové podstaty, aby toto jednání bylo potrestáno, má soudce trest vysloviti na základě této skutkové podstaty. Nepodává-li se trestnost jednání, trestného podle zdravého lidového názoru, ze smyslu jednotlivého zákonného předpisu, nýbrž ze zásady celého trestního zákonodárství, může soudce přikročiti k potrestání jen tehdy, když to bylo dříve schváleno říšským ministerstvem spravedlnosti.

[576]) Das Strafrecht 127d.

stavil také *Sauer*,[577]) neboť zmocnění soudce k vlastnímu tvoření skutkových podstat nepovažuje za prospěšné ani zájmu jurisdikce, ani státní autority, zejména v revolučních dobách. Jinak jsou vážně ohroženy důležité statky, právní jistota, stejnoměrnost a stálost judikatury v celé říši a tím i důvěra lidu v právo a spravedlnost. To je závažnější zlo, než když trestné jednání zůstane někdy bez trestu. Jako protiváhu navrhuje vybudování obecnějších skutkových podstat v trestním právu.

10 Tyto varovné hlasy nebyly slyšeny, i když se poctivě vynasnažily nezavdat ani stín podezření, že by jim snad šlo o zájmy individua, které bylo kolektivu dokonale obětováno. Úřední komise pro *trestní* reformu, jíž byla svěřena novelisace ustanovení o analogii ve starém § 2 tr. z., nezabývala se proto ani tolik otázkou, zda vůbec má býti připuštěna, nýbrž především problémem její žádoucí intensity. K tomu poznamenává *Schäfer*,[578]) jehož možno považovati za mluvčího komise v těchto otázkách: „Ostré ohraničení mezi oběma formami analogie není možné. Otázka, v jakém rozsahu může soudce zevšeobecniti základní myšlenku trestního zákona a odhlížeti od zvláštností jednotlivého případu, nedá se zodpověděti obecně. Dvou hledisk nutno při tom dbáti: Skutková podstata musí být vždy získána ze základní myšlenky *určitého* trestního zákona. Tím je soudci zabráněno vystupovati na nejvyšší vrcholky uvažování a základní myšlenku zevšeobecňovati tak, aby spojení se zákonnou skutkovou podstatou v jejím konkretním vybudování bylo zcela uvolněno. Dále musí soudce vždy zkoumati, zda nelze z konkretního vybudování skutkové podstaty vyrozuměti vůli zákonodárce, při stanovení trestní normy nejíti dále, a vyloučiti tak překročení hranic zákona."

Výsledkem těchto úvah je novela z 28. června 1935, nově upravující § 2 německého trestního zákona, z jehož původního zákazu je tak vytvořen právní základ trestní analogie v německém právu: „Bude potrestán, kdo se dopustí činu, který zákon prohlašuje za trestný nebo který podle základní myšlenky trestního zákona a podle zdravého lidového citu trestu zaslouží. Nelze-li na čin bezprostředně užíti žád-

[577]) National-sozialistisches Strafrecht 1465.

[578]) Nullum crimen 213.

ného určitého trestního zákona, bude čin potrestán podle toho zákona, jehož základní myšlenka se na něj nejlépe hodí."[579])

Z příznivců jiného řešení schvaluje ji jak *Freisler*, tak *H. Mayer* jako uspokojivé provisorium. Jenže každý z nich ve svém smyslu: První s nadějí, že vývoj půjde dále až po případě k oné ideální centrální skutkové podstatě,[580]) která by uskutečnění materiální spravedlnosti skutečně zaručovala, druhý v očekávání, že dokonalá kodifikace učiní zbytečnými takové nebezpečné experimenty s citovou jurisprudencí. Při tom si pochvaluje, že k tomuto opatření bylo sáhnuto až více než dva roky po německém převratu, kdy revoluční ovzduší se již uklidnilo, jednak že nejde vlastně o pravou analogii, nýbrž o extensivní interpretaci, jíž užíváno v trestním soudnictví i doposud.[581])

Dva odlišné výroky téhož autora o pravém dosahu novely, že totiž obsahuje vlastně jen povolení extensivní interpretace[582]) naproti tomu, že se jen jako extensivní interpretace *prakticky uplatňuje*[583]), znemožňují seznati jeho pravý názor. Kritika tvrzení prvého musí podle našeho názoru dopadnouti záporně: Znění i genese nového § 2 nezanechává pochybností o tom, že jim má býti umožněna v trestní jurisdikci analogie. Něčím zcela jiným ovšem je, jak prakse tohoto zmocnění využívá. K seznání toho musíme podniknouti *exkursi po nové judikatuře německých soudů.*

11 Shrnouti tento kasuistický materiál je možno podle dvou hledisk: Buď podle jednotlivých oblastí trestního práva,[584]) nebo uspořádati látku tak, aby bez zbytečného kasuistického balastu vynikly co nejzřetelněji vůdčí zásady, které ve věci judikatura uplatňuje. Má-li toto odbočení býti právě výrazem praktické tendence, není třeba dále odůvodňovati, proč z obou metod volíme druhou.

---

[579]) Této širší formulaci byla dána přednost před návrhem z prvého čtení: „Není-li čin prohlášen za trestný, podobný čin je však v zákoně trestem ohrožen, nutno použíti toho zákona, když potrestání žádá v jeho základech ležící právní myšlenka a zdravý názor lidu." (Citováno dle *Schäfera*, Nullum crimen 204.)

[580]) Schutz des Volkes 20.

[581]) Das Strafrecht 130.

[582]) Str. 130, pozn. 17.

[583]) Str. 132.

[584]) Jak činí obě důkladné monografie: *Vassali*, La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia i *Mittermajer*, La giurisprudenza tedesca in tema di analogia.

12 První rozhodnutí říšského soudu, reagující na použití analogie ve smyslu novely, je — pokud bylo možno zjistiti — z února 1936. Připočteme-li dobu instančního projednání, byla tedy novinka využita velmi záhy, což je ovšem vysvětlitelné více než dvouletou diskusí o této otázce.

a Říšský soud trvá především důsledně na tom, že zákaz analogie v případech, spáchaných přede dnem platnosti novely je mimo vši diskusi.[585])

b Důvodová zpráva k novele praví:[586]) „Nutno míti obzvláště na zřeteli, že právní myšlenka, tvořící základ trestního zákona, obsahuje často omezení zákonodárcem zamýšlené. Překročení takových hranic § 2 nedovoluje. Takové omezení je zde tehdy, když omezení zákonné skutkové podstaty nemá svůj důvod v tom, že zákonodárce nemohl předvídati mnohost životních možností, nýbrž v tom, že ze státně a kriminálně politických důvodů zákonnou skutkovou podstatu vědomě úzce omezil.“ V této myšlence nalézá říšský soud odůvodnění svého zásadního stanoviska, které v různých variacích dle zvláštnosti jednotlivého případu a v něm vyslovených právních názorů důsledně zastává.

aa) Především odpírá říšský soud analogii vyplňovati ty „mezery“, které zákonodárce ponechal vědomě ve svém díle. Hlídač trati udal, že neznámí pachatelé povolili kolejnice a že on závadu svou bdělostí v posledním okamžiku napravil. Ukázalo se, že šlo o mystifikaci, hlídač chtěl své představené upozorniti na své schopnosti. Bezprostřední aplikace § 164 něm. tr. z. je vyloučena, neboť nebyl obviněn „ein anderer“, což podle ustálené judikatury znamená určitou, existující, tedy stihatelnou osobu. Taková jednání jsou trestná podle některých policejních trestních zákoníků, dříve i podle některých zemských zákonů. Říšský zákoník tuto skutkovou podstatu nepřevzal, ačkoli vzhledem k řečenému je vyloučeno, aby mu zcela unikla. Zákon nového režimu z 26./5. 1933 sice rozšířil skutkovou podstatu křivého vinění, rozhodným znakem však ponechal určitost obvi-

[585]) Rozh. z 14/2. 1936 sv. 70 č. 39: a z 8./12. 1936 Sb. sv. 71. č. 16.
[586]) Juristische Wochenschrift 1936-II.-2298.

něné osoby. Jistě tak neučinil s ohledem na možnost analogie s § 164, tím spíše, že analogie byla připuštěna až o dva roky později. Osnova považuje nedostatek takového ustanovení za mezeru, nynější zákonodárce ji však nevyplnil *vědomě*, pročež ani soudce není oprávněn tak učiniti.[587]) — V jiném případě tvrdí státní zástupce, že skutkovou podstatu cizoložství zakládají i jiné smilné akty než coniunctio membrorum. § 172 něm. tr. z. cizoložství nijak nedefinuje. Na dosavadním výkladu nemožno prý setrvati, neboť je neslučitelný s představami národně-socialistického státu o čistotě manželství. Říšský soud namítá, že evidentně jen „cizoložství" v pravém slova smyslu chce zákon trestati a změna není proponována ani v osnově.[588]) K tomuto názoru se připojil i vrchní říšský zástupce.

Ani § 173 něm. tr. z., jednající o souloži mezi příbuznými, nelze s poukazem na lidový cit rozšiřovati na jiné smilné činy, a to z důvodů právě uvedených.[589])

Ukazování nemravné publikace určitým osobám, i když pro své mládí zasluhují trestní ochrany, nelze stíhati podle analogie § 184 něm. tr. z., kde se předpokládá veřejnost místa. Také tu jde o záměrné omezení zákona, které nelze analogicky rozšiřovati.[590])

bb) Úmyslné omezení zákona lze viděti také v *taxativním výpočtu zákonných případů*. Porušení silničního dopravního řádu je jen tehdy činem trestným soudně, když nastalo poškození nebo aspoň obtěžování jiných. V § 25 jsou taxativně vypočteny případy, kdy soudně trestné je i pouhé ohrožení. Každé rozmnožování těchto případů odporuje vůli zákona.[591])

c „*Jasné znění zákona je závorou uplatnění lidového cítění*", praví nejvyšší soud opětovně výslovně.[592]) V prvém z obou případů šlo o nemravné, souloži však nepodobné akty mezi muži. Z historického rozboru se podává, že mají být stiženy jen akty, podobné souloži,

[587]) Rozh. z 8./12. 1936 Sb. sv. 70 č. 116.
[588]) Rozh. z 27./3. 1936 Sb. sv. 70 č. 51.
[589]) Rozh. z 22./4. 1937, Sb. sv. 71, č. 77.
[590]) Rozh. z 7./10. 1937, Sb. sv. 71, č. 131.
[591]) Rozh. z 24./3. 1936, Sb. sv. 70, č. 53.
[592]) Rozh. z 6./8. 1936, Sb. sv. 70, č. 84, z 2./8. 1937, Sb. sv. 71, čís. 116.

ne jiná, třeba mravně zavržitelná jednání. Je sice pravda, že každý starý zákon musí býti chápán s hlediska národně-socialistického světového názoru, a že tak možno dojíti k jiným závěrům, než když tento názor nevládl. To však nemůže vésti k tomu, aby předpisy, vztahující se na zcela určitá jednání, byly používány na ta, jež dle vůle zákonodárcovy nemají býti trestána.

d Zatím co má § 2 v novém znění sloužiti právě tomuto uplatňování národně-socialistického ducha ve starých zákonech, „nutno tohoto zákonného ustanovení *při zákonech vydaných po přelomu, používati se zvláštní opatrnosti*". Poněvadž jsou tyto zákony již samy proniknuty novým duchem, takže jsou považovány za objektivisaci lidového citu, je tento respekt nutný. Jde-li proto o případ tak nápadný, že ho zákonodárce nemohl přehlédnouti, do zákona však přece pojat nebyl, je možno jediné vysvětlení: zákonodárce považoval tu skutkovou podstatu za postradatelnou a neúčelnou.[593])

e Jak labilním se jeví praksi poukaz k právnímu citu a jak silná je snaha po jeho nějaké objektivisaci, dokazuje řada rozhodnutí, jež ten neb onen požadavek právního citu lidu dokazují ze *stanoviska osnovy*.[594]) Mají-li býti poukazem ke zdravému lidovému citu napravovány nedokonalosti každé zákonodárné úpravy, nepomůže přece odkaz k literárnímu dílu, které jako budoucí zákon musí míti tytéž nedostatky. Prakticky je ovšem tento postup velmi pochopitelný. Zásadový nimbus materiální spravedlnosti je tím však zcela diskreditován.

f Říšský soud velmi kolísá v otázce, je-li možno použíti analogie jen tehdy, když by čin zůstal jinak zcela bez trestu, či je-li to možné i tehdy, když by čin takový sice trestný byl, ale s hlediska zdravého lidového citu nepoměrně mírně. Důslednějším provedením naznačeného stanoviska říšského soudu je nesporně odpověď prvá. Ať zákon stanovil na čin trest jakkoli mírný, směrodatným pro použití analogie

[593]) Rozh. Sb. sv. 70, čís. 118.

[594]) Rozh. z 14./9. 1936 Sb. sv. 70, č. 95, z 15./3. 1937, Sb. sv. 71, č. 43, z 22./4. 1937, Sb. sv. 71, č. 77 a j.

zůstává, že na čin pamatuje. Vždyť jej výslovně normuje! Soud skutečně ve většině případů názor ten zastává.[595])

Naproti tomu jindy praví říšský soud,[596]) že omezování § 2 na případy, kdy by pachatel jinak vyšel zcela bez trestu, neodpovídá smyslu zákona. K tomu názoru dochází při řešení tohoto případu: Člen organisace SA, pověřený trvale řízením auta velitele standarty, zavinil jeho smrtelný úraz. První soud použil § 222 : 2 něm. tr. z., který se vztahuje na řidiče z povolání, ačkoli pachatel byl svým vlastním zaměstnáním obchodním příručím. Říšský soud to schvaluje. Vstup do organisace SA je sice dobrovolný, jeho funkce tam však nezávisí na jeho vůli. Odpovídá zdravému lidskému citu, aby občan, vykonávající uvnitř SA zvlášť odpovědnou funkci, byl zavázán k téže opatrnosti jako ten, kdo tuto činnost vyvíjí jako své povolání v užším smyslu. Tato pobídka ke zvýšení opatrnosti je základní myšlenkou § 222 : 2 něm. tr. z. Mimo to lze užíti základní myšlenky těch trestních předpisů, dle nichž porušeními povinností osob při výkonu povolání je poškozována vážnost celku. Že by pachatel i bez této analogie byl — ovšem mírněji — trestný, nevadí, jak již úvodem bylo řečeno. Tato myšlenka se, byť v hypotetické formě, opakuje i jinde.[597]) Bylo rozhodnuto, aby nadávky spáchané vůči mrtvole v úmrtní síni, která neslouží jako hřbitovní kaple, byly potrestány podle analogie § 168 něm. tr. z., který mluví o nadávkách u hrobu. Takové jednání není (prý) trestné jako přestupek podle § 360 č. 11 téhož zákona, jenž jedná o rušivém hluku a o hrubé nepřístojnosti. I kdyby však to bylo možné, neumožňoval by trest za přestupek takovou odplatu, která by se zdravému lidovému citu jevila jako spravedlivý následek rušení klidu mrtvých.

Vědomým pokusem překlenouti tento rozpor judikatury je rozhodnutí z 23./11. 1936:[598]) „IV. trestní senát vyslovil zde názor, že § 2 je vždy nepoužitelný, když čin byl jiným trestním zákonem bezprostředně prohlášen za trestný. I když se nejde tak daleko, nutno přece ostře zdůrazniti, že odpovídající (analogické) rozhodnutí

[595]) Viz na př. rozh. 15./3. 1937, Sb. sv. 71, č. 45, z 26./4. 1937, Sb. sv. 71, č. 80, z 14./2. 1936 Sb. sv. 70, č. 39! Rozhodnutí z 28./5. 1937, Sb. sv. 71, č. 87 jde dokonce tak daleko, že naznačuje, že by otázku analogie s ochranou osob úředních nebyl zodpověděl kladně, kdyby byla osoba oprávněná podala včas soukromou žalobu k ochraně své osobní cti.

[596]) Rozh. z 17./12. 1936, Sb. sv. 70, č. 110.

[597]) Rozh. z 13./9. 1937, Sb. sv. 71, č. 122.

[598]) Sb. sv. 70, č. 113.

dle § 2 má především sloužiti k tomu, aby za trestná byla prohlášena ta jednání, která nespadají pod žádný trestní zákon, jež však podle zdravého lidového citu potrestání vyžadují. V zájmu spravedlnosti nesmí soudce sáhnouti k analogii, když bezprostřední použití zákona umožňuje *přiměřené*, to jest zdravému lidovému citu a spravedlnosti odpovídající potrestání činu, který byl pachateli dokázán".

g Totéž rozhodnutí velmi pěkně vyzdvihuje *výjimečný charakter analogie*: Obecně nutno prý zde pamatovati, že není nutno jí používati již tehdy, je-li skutkový děj skutkové podstatě určitého trestního zákona podobný, nýbrž jen tehdy, když by zdravý lidový cit a spravedlnost byla porušena *nepoužitím* analogie. Je-li odpověd na tuto otázku záporná, nezáleží už na tom, zda na čin se základní myšlenka trestního zákona hodí nebo ne.

h K pojmu žádoucí *podobnosti* praví rozhodnutí z 6./1. 1938,[599]) že nemůže jíti jen o podobnost vnějšího jednání, nýbrž o skutkovou podstatu podobnou ve svém *vnitřním* smyslu.

ch Rozhodným nepochopením smyslu § 2 však je, má-li jeho pomocí býti *nahrazen nedostatek zavinění* ve smyslu obecných ustanovení trestního zákona. Požár stodoly založila matka obžalované. Obžalovaná sama nebyla ani spolupachatelkou, ani návodcem, ani pomocnicí. Její provinění spočívalo v tom, že neuhasila požár, který zpozorovala, nýbrž běžela na policii požár hlásit. První soud sám zjišťuje, že nejednala ani úmyslně ani s úmyslem eventuálním ani nedbale. Poněvadž se však její čin blíží nejvíce nedbalému způsobení požáru, byla za použití § 2 odsouzena pro § 309 něm. tr. z. Nelze se ubrániti dojmu, že toto odsouzení je reakcí soudce na jeho pevné přesvědčení, že obžalovaná na věci přece nějak zúčastněna byla, tím spíše, že jí z něho kynul prospěch (pojištění!). Když průvodní řízení ztroskotalo na její obhajobě, zvolil si soudce uvedené východisko v pravém duchu starého „Verdachtstatbestand", jenž ironicky, ale správně bývá definován jako „zločin podezřelosti ze zločinu". Možno ovšem, že německému kolegovi křivdíme. V každém případě

[599]) Sb. sv. 72, č. 16.

staví se říšský soud[600]) zcela rozhodně proti takovému použití analogie. Je samozřejmé, že i při použití analogie se předpokládá vina, neboť jen zaviněné jednání se příčí lidovému citu. Nahrazovati důkaz viny analogií příčí se jak § 2, tak zásadám trestního práva.

Jinde napomíná říšský soud,[601]) aby pod heslem analogie nebylo upouštěno od dalšího *objasnění skutkového děje*, když na základě již prokázaného možno použíti trestního zákona přímo nebo přiměřeně.

i V jednom případě připustil říšský soud sice debatu o tom, *co žádá zdravý lidový cit*, korigoval však názor prvního soudu o tomto požadavku v daném případě.[602]) První stolice odsoudila manžela podle § 176 : 1 něm. tr. z. (kdo násilím nebo pod pohrůžkou vykoná smilné jednání s osobou ženskou, trest káznice 10 let) protože proti vůli své manželky na ní vynucoval pohlavní styk. Ve svém osvobozujícím rozsudku praví říšský soud: Nejintimnější vztahy rodiny, jež jest základem lidového společenství, musí býti chráněny před rušivými zásahy zvenčí, tedy i před soudním projednáním. Na druhé straně má ovšem své oprávnění boj proti zvrhlosti. Pravou mez musí najíti soudy. Mínění lidu se rozhodně brání proti pojetí, že by manžel se svou ženou mohl zacházeti zcela libovolně. Nepociťuje však soulož mezi manželi, i když byla vynucena, za „čin smilný", nýbrž spíše za trestné ovlivnění vůle manželky. Také budoucí německé trestní právo vychází z toho, že manželský styk je nemravností jen za zcela zvláštních okolností, na př. před veřejností.

j Po přehlídce výhrad, kterými říšský soud vymezuje cestu nového hosta, analogie, v trestní jurisdikci, reprodukujeme nyní případy, v nichž bylo použití nového znění § 2 tr. z. i tímto tribunálem schváleno.[603]) Úmyslně neříkáme, že v těchto případech bylo použito analogie, protože teprve po jejich seznání můžeme říci, pokud to, co je oficiálně za ni vydáváno, skutečnou analogií je.

Je-li pojem „pohlavní styk", vyskytující se v § 2 zákona na

[600]) Rozhodnutí z 22./4. 1937, Sb. sv. 71, č. 76.

[601]) Rozh. z 28./9. 1937, Sb. sv. 71, č. 129.

[602]) Rozh. z 15./3. 1937, Sb. sv. 71, č. 43.

[603]) Citujeme ovšem jen případy, otištěné v oficiální sbírce jeho rozhodnutí až do počátku roku 1938.

ochranu německé krve a německé cti, vykládán šíře než „soulož", protože není rozhodujícím nebezpečí oplodnění ženy z takového styku, je to prostou interpretací zákonného výrazu, o níž budeme dokonce v pochybnostech, je-li extensivní. Není proto dosti srozumitelné, považuje-li říšský soud za nutné dovolávati se analogie.[604]) Ohled na základní myšlenku zákona, jasně vyjádřenou jeho nadpisem, jenž hlásá ochranu německé krve a *cti*, i skutkovými podstatami jen s tohoto druhého hlediska vysvětlitelnými (trestnost *každého* smíšeného sňatku, *každé* přijetí arijské služebné židem), ohled, který nás vede k uvedenému výkladu, je prostým zkoumáním logické souvislosti zákonných pojmů a tak obecnou metodou interpretační. Totéž platí o závěru, že oním pojmem jest rozuměti něco užšího než jakékoli nemravné jednání, takže vyloučeny jsou zejména zcela jednostranné poklesky sexuálního podkladu, jež nejsou „stykem".

Stejně je věcí výkladu nepříliš extensivního, prohlásí-li se menší neobydlené plachetní nebo motorové lodi za budovy, resp. uzavřené prostory ve smyslu § 243 odst. 1 č. 2 tr. zák. něm. (kvalifikační moment krádeže).[605]) Prostý výklad stačí i k tomu, aby „svedením" bylo opojení druhého alkoholem v předem pojatém úmyslu.[606])

Extensivním výkladem je také citovaný již případ, kdy zákonný výraz „u hrobu" (§ 168) je vztahován i na obřadní síň hřbitovní.[607])

I za platnosti zákazu analogie nebylo by jistě námitek proti vztažení zákonného ustanovení o trestní odpovědnosti zapsaného jednatele společnosti s omezeným ručením na skutečného vedoucího takové společnosti, i když nemá oné formální kvalifikace.[608])

Docházíme k řadě případů, ve kterých bylo nutno zaujmouti stanovisko k tomu, do jaké míry se organisační složky národněsocialistické strany začleniły do organisace státní. V § 164 něm. tr. z. trestá se křivé obvinění „před úřadem nebo úředníkem, oprávněným k přijímání udání nebo před vojenským představeným". Dospějeme-li jako říšský soud na základě rozboru postavení orgánů strany

[604]) Rozh. z 9./12. 1936, Sb. sv. 70, č. 117.

[605]) Rozh. z 23./11. 1936, Sb. sv. 70, č. 113 spatřuje v této extensi analogii.

[606]) Rozh. z 6./1. 1938, Sb. sv. 72, č. 16.

[607]) Rozh. z 13./9. 1937, Sb. sv. 71, č. 122 mluví i zde o analogii.

[608]) Rozh. z 15./3. 1937, Sb. sv. 71, č. 45 dovolává se pro toto řešení analogie.

ve státní správě k přesvědčení, že župní vedoucí,[609]) soud strany[610]) nebo orgán t. zv. zimní pomoci[611]) jest postaven na roveň úřadům říšským, stačí interpretace a není třeba analogie k připočítání oněch nových činitelů veřejné moci k logickému obsahu pojmu „veřejných úřadů" ve smyslu citovaného zákonného ustanovení.

Po těchto úvahách budeme ochotni vztáhnouti pojem „úřadu" i na speciální funkci, kterou kdo vykonává v národně-socialistické straně, i když tato funkce není jeho životním povoláním. S toho hlediska je extensivní interpretací i případ, kdy přísněji — jako pro (nepravý) stavovský delikt — je trestán podle § 222 : 2 tr. z. něm. člen SA, pověřený řízením vozu vůdce standarty.[612])

13 Tak ze všech případů, kdy říšský soud „analogii" připustil, zůstává nám jako skutečná analogie *skupina jediná*: Kdy totiž ustanoveními, danými na ochranu osob, nedosáhnuvších určitého věku, mají býti chráněny i osoby starší, ale svým *duševním nebo tělesným vývojem* nebo okamžitým stavem se oněm rovnající.[613]) Základní myšlenka, nahraditi zvýšenou trestní ochranou nedostatek duševní nebo tělesné schopnosti odporu takové osoby, je v zákoně vymezena tak jednoznačně, stanovením pevné věkové hranice, že jakékoli rozšíření je možno jen skutečnou analogií na podkladě této vnitřní (účelové) příbuznosti. Činí-li tak říšský soud, pak *zmocnění novely k analogii skutečně využívá.*

Je-li tento případ skutečné analogie zatím — pokud můžeme přehlédnouti — jediným, je to po tříleté téměř platnosti novely přece jen poněkud chudá žeň ve srovnání s její břesknou ideologickou ouverturou.

---

[609]) Rozh. z 28./5. 1937, Sb. sv. 71, č. 87.

[610]) Rozh. z 14./6. 1937, Sb. sv. 71, č. 101 na základě směrnic ze 17./2. 1934, dle nichž jsou říšské soudy povinny soudům strany právní pomocí a na základě dalšího vybudování jejich organisace.

[611]) Winterhilfswerk — rozh. z 16./7. 1937, Sb. sv. 71, č. 110 — na základě celého svého vybudování a svého úkolu.

[612]) Viz citované již rozh. z 17./12. 1936, Sb. sv. 70, č. 110.

[613]) Viz *Vassalli*, La giurisprudenza 928 d.

IX.

PRO ČI PROTI TRESTNÍ ANALOGII?

1. Trestní analogie a právní jistota. — 2. Zákaz analogie jako projev světového názoru. — 3. Analogie a jednotnost judikatury. — 4. Analogie a úkol trestního práva ve státě.

1 Stanovisko k analogii v trestním právu možno zaujmouti až po prozkoumání všech argumentů, mluvících pro to či ono řešení. To bude právě úkolem této kapitoly.

Na stránkách předchozích, líčících historický vývoj, vrcholící obecným uznáním zákazu analogie i popisujících myšlenkové ovzduší, které tento zákaz zavrhuje, mohli jsme pozorovati na první pohled překvapující zjev: Tam ani zde nešlo o argumenty typicky trestněprávní, nýbrž o uskutečnění jistých státně-politických hesel. Tvrzený dosah problému to vysvětluje. Při objektivním posouzení všech těch sporů nemůže však uniknouti, že také otázka analogie zaplatila za svou popularitu politického hesla a součásti určitého světového názoru, propadnuvši nebezpečí všech takových hesel: Postupem doby začíná se zapomínat na jeho věcné odůvodnění a vidí se v něm právě jen projev příslušného světového názoru, jehož přívrženci jsou právě tak povinni se ho zastávati, jako odpůrci jsou nuceni jej zavrhovati, aniž ta či ona strana cítila potřebu zkoumati, jaké kriminálně-politické úkoly zákaz analogie splňovati má, pokud je schopen je splniti a jaké prospěchy a naopak nebezpečí pro úkoly trestní politiky a konečně i státní politiky vůbec plynou z jeho uskutečnění.

Splníme úkol, který jsme si uložili v této kapitole, podaří-li se nám proniknouti stoletým nánosem ideologie a zhodnotiti skutečný dosah trestní analogie nebo jejího zákazu.

Prvním argumentem těch, kteří pochybují o oprávněnosti zákazu analogie v trestním právu, bývá důkaz, že ty žalostné poměry trestního soudnictví, které tak drasticky popisuje *Beccaria* a jeho následovníci, patří minulosti a bylo by urážkou dnešních soudců, kdyby se někdo pokusil i jen o srovnávání.

Tento důvod, opírající se o notorickou zkušenost, že máme dnes soudce nezávislé, vzdělané a charakterní, byl by nevyvratitelný, kdyby za ním nehrozila skutečnost, že tohoto stavu bylo dosaženo především uskutečněním zásad, hlásaných osvícenskými reformátory a inspirovaných tehdejšími poměry trestní jurisdikce. Po jejich lehkomyslném odstranění nebylo by právní hráze proti návratu takových poměrů. Metody politického boje nebrání ani dnes sáhnouti k účinnému nástroji trestního práva pro potlačení odpůrců. Zásada nezávislosti soudců není také nedotknutelná.

Soudcovská nezávislost je ovšem dnes respektována, ať stanovisko dotyčného státu k poslání trestní jurisdikce je jakékoli. Je však otázka, jaký je v tom směru faktický výsledek skutečnosti, že některé systémy činí z určitého světového názoru poslední zákon, který sice podkládají soudci jako přesvědčení *jeho*, jsou však ochotny toto jeho přesvědčení dle okolností „poopraviti", pokud jej vůbec nenutí, aby před rozhodnutím se dotázal mínění představených.[614])

Dejme tomu, že tato nezávislost je plně zaručena ve státě, který se přimlouvá za odstranění přísné vázanosti soudce na zákon. Zdálo by se na prvý pohled skutečně, že nezávislost soudců a přísná zákonitost jejich činnosti je dvojím pojištěním proti témuž nebezpečí, libovůli dočasných držitelů moci. Uznáním soudcovské nezávislosti jsou přeťaty vlivy výkonné moci na výkon úřadu soudcovského, jež byly prvním pramenem zneužívání. Zůstává ovšem nebezpečí libovůle soudce z vlastního jeho podnětu, zejména jako projev jeho osobních zájmů. Toto nebezpečí je však paralysováno jednak soudní organisací, objektivními a přesnými předpisy kompetenčními a instančním postupem, především však charakterem soudců, který je zárukou nejspolehlivější, protože prolíná každou složku jeho činnosti. „Soudce je prodlouženou rukou zákona, nikoli pomocníkem obžalovaného nebo státního zástupce proti zákonu. Jen tak možno překlenouti věcný rozpor mezi právní jistotou a individualisací."[615]) Bez důvěry v charakter svých soudců neobejde se žádný stát a problematickými zůstávají bez ní všechny mechanické pojistky objektivní jurisdikce.

Máme-li v tom ovšem záruku proti zlé vůli soudců, není tím od-

[614]) Pochybnosti o faktické záruce nezávislosti vyslovuje i *Solnař*, Maintien ou abandon.
[615]) *Zimmerl*, Strafrechtliche Arbeitsmethode 139.

straněno nebezpečí jejich *chyb*. A opět nejde ani tak o chyby proti liteře, jako proti „duchu" zákona, to jest chyby ve volbě směru, v němž soudce využívá volnosti, zákonem mu přenechané. I proti takovým „dobře míněným uvážením soudů"[616]) musí se zákon často chrániti, protože „mnohem častěji než zlá vůle špatně pochopená horlivost svádí soudce k nedovoleným zákrokům".[617]) Tento obecný problém jurisdikce stává se tím ožehavějším, má-li být řešen v oboru, kde je občan zvlášť citelně postihován, jak je tomu beze sporu v právu trestním. A proto budou zde nutny zvláštní úpravy v konečném výsledku kompromisu mezi integrálním splněním úkolů dotyčného právního oboru a tím, co jsme si zvykli nazývati „právní jistotou".

2 Podle běžného pojetí označujeme „právní jistotou" takový stav právních pramenů, aby si občan mohl právní následky každého ze svých jednání spolehlivě předem vypočítati. Ideovým základem tohoto pojetí je ten poměr občana ke státu, který vidí v každém státním zásahu průlom do zásadně volné sféry individua a omezuje je tudíž na nezbytné a předem stanovené minimum. Ideálem je stav, který by vznikl uskutečněním *Beccariova* „dokonalého sylogismu", kdy soudce by potřeboval ke své činnosti jen oči, které by viděly události a dovedly příslušné ustanovení vyčíst ze zákona. Dodnes uznávanou odnoží tohoto ideálu je zákaz analogie v trestním právu.

Je ovšem přirozené, že zákaz analogie, který se nám takto jeví jako produkt popsaného pojetí státního a vůbec společenského zřízení, jež je nazýváno systémem *individualistickým* nebo *liberalistickým*, nemohl býti přejat těmi státními zřízeními, která staví stát nad jednotlivce a ve státních občanech vidí jen pracovníky na společném státním ideálu. Jde o všechny odstíny státu *solidaristického* ve smyslu teoretického lišení *Englišova*.[618]) Stát takto pojímaný nemá nejmenšího podnětu dáti se ve sledování svých cílů brzditi čímkoliv, a nejméně již nějakým ohledem na „nedotknutelnou sféru individua", již snad v rozličném rozsahu trpí, pokud není v cestě státním cílům, kterou však neuznává a proto ani nezaručuje. Pojem právní jistoty v hořejším smyslu nemá zde vůbec místa a zákaz analogie by byl

[616]) *Lammasch-Rittler*, Grundriss 22.
[617]) *Passy*, Über Anwendung 320.
[618]) Theorie státního hospodářství 101 d., Soustava II. díl.

zcela vyřízen, kdybychom se přidávali k názoru většiny, že nemá jiného opodstatnění v právním systému, než ony důvody ideologické.

Na přechodu k úvahám o jiných významech zákazu analogie zmíníme se o názoru Rolanda *Freislera*, národně-socialistického reformátora německého trestního práva, s nímž jsme se seznámili již v předchozí kapitole. Praví: „Není rozhodujícím, že praktický význam připuštění analogie je jen malý. Praxe i teorie byly pod sugestivním vlivem zvýšené zákonné vázanosti vydány nebezpečí slovné interpretace. Tato psychologicko-sugestivní překážka odpadá připuštěním analogie“.[619]) Ve stejném smyslu jest vykládati též výrok jiného německého teoretika, prof. *Dahma*,[620]) jenž mluví o „symbolické síle“ zákazu analogie a o její „Plakatwirkung“, jenž však je natolik upřímný, že připouští, že na stejný účinek je vypočítáno i německé heslo „zdravého lidového citu“. V obou případech má soudce v nich míti stále na očích připomínku základního pojetí práva. V prvém případě to bude primární vázanost na zákon, ve druhém ochrana lidu za každou cenu. Tento bystrý a správný poznatek připomíná nám naše závěry v kapitole o významu výslovné positivní normy o zákazu analogie a souhlasíme tudíž s tímto symptomatickým významem principu. Na nutnosti *zkoumati případné významy další* se však tímto seznáním nic nemění a považujeme proto za ukvapené, že zákaz analogie musí nutně sledovati osud individualistického světového názoru.[621])

3 Jedním ze základních požadavků každé jurisdikce, ať slouží státu jakkoli organisovanému, je *jednotnost judikatury*, již možno s jistými výhradami nazvati praktickou spravedlností. Je totiž v povaze lidské, že pocit nespravedlivosti je nejživější, když ve stejném případě bylo jinému jinak naměřeno. Za okolností jinak stejných je pravděpodobnost jednotnosti judikatury tím menší, čím více konkretních možností ukrývá v sobě zákonná skutková podstata. Mezi

[619]) *Freisler*, Schutz des Volkes 16.

[620]) V jeho referátu pro II. mezinárodní sjezd pro srovnávací pravovědu v Haagu, červenec 1937.

[621]) Viz na př. *Freisler*, Schutz des Volkes 17: „Důvodem zákazu analogie je určitý světový názor. Musíme jej proto potírati pro tento jeho základ.“ S hlediska právního „přesvědčení“, hledí na soudcovskou vázanost v trestním právu *Weber*, zur Geschichte 675: Racionální pojetí práva nutí k úzké vázanosti, zatím co názor, který uznává právní hodnotu jako mravní, rozumem ne zcela postižitelnou, ponechává místo analogii.

oběma extrémy, dokonalým sylogismem a generální skutkovou podstatou je kompromis hledán dvojí cestou: Užíváním obecných pojmů v zákonných skutkových podstatách nebo připuštěním analogie vůči zákonným pojmům konkretním. Docházíme k překvapujícímu závěru, že obě tyto metody, representující v nauce trestního práva dva směry vehementně se potírající, jsou na stejné účelové linii. Nás, kteří známe logickou strukturu analogie, tato příbuznost nepřekvapuje: Kdežto v prvém případě je princip zákonným pojmem výslovně vyjádřen, musíme v případě druhém cestou analogie tento princip teprve hledat.

Kdyby soudce analogií tento princip správně nalezl, znamenalo by připuštění analogie tytéž přednosti a táž nebezpečí, jako použití obecného pojmu princip vyjadřujícího v zákoně za současného zákazu analogie. Srovnáme-li záruku, že bude jednoznačně rozpoznán směr, kterým zákon má býti rozvíjen, že tedy judikatura bude správná a jednotná, lze se bez přílišného váhání vysloviti pro obecné zákonné pojmy a tudíž proti analogii. Jsou-li obě cesty schopny uspokojiti požadavek vydatné ochrany národa, jak uznává i na př. *Ackermannová*,[622]) je užívání obecných výrazů v zákonech cestou vhodnější, neboť lépe uspokojuje požadavek správnosti a jednotnosti judikatury. Proto volí tuto cestu fašistická Italie, když při aplikaci svého trestního kodexu nepřipouští analogii. Věří, že důkladně propracovaných 734 jeho článků postihuje vše, co obecně škodlivého si může vymysliti lidská vynalézavost. Uvádí tím do nemalých rozpaků novou trestní nauku německou, která chce, jak jsme viděli, vázati stanovisko k trestní analogii výhradně na určitý světový názor. Nejde o omezení, nýbrž o rozumné vymezení trestných jednání.[623])

Uvážíme-li konečně praktickou tendenci analogického nalézání práva, usměrňovati se podle podobných případů již rozhodnutých, docházíme ke ztrnulému systému závazných prejudicií, jenž je pravým opakem oné pružnosti trestních sankcí, která právě připuštěním analogie měla býti dosažena.

4 Jestliže vývody předchozího odstavce platí vlastně pro jurisdikci vůbec, musíme se nyní vypořádati s námitkou, proč je tedy

[622]) Das Analogieverbot 4.
[623]) Viz též *Solnař*, Maintien 6. O nebezpečích příliš vágních výměrů *tamtéž*, str. 7.

analogie právě jen v jurisdikci *trestní* vylučována.[624]) Také následující argumenty platí bez ohledu na politickou ideu toho kterého státu.

Jde o základní pojetí úkolu trestního práva ve státě. Buď budeme totiž nazývati trestním právem každou normu, která stíhá zlem jakýkoli poklesek proti státu, společnosti a jednotlivci, nebo tento výraz vyhradíme jen pro určitá závažnější provinění, která pak ovšem musíme přesně definovat, aby mohla býti od ostatních odlišena. Státy dávají tomuto rozlišování zvláštní výraz odlišnou organisací trestních orgánů v užším slova smyslu, trestních soudů, různými zárukami v příslušných procesech a podstatně různým dosahem odsuzujících výroků těch a oněch. A veřejné mínění dává tomuto odlišení své „placet" mravním přízvukem, který propůjčuje odsouzení soudnímu na rozdíl od jiných úředních výroků, třeba ukládajících trest v onom širším smyslu. Tato spolupráce hodnocení morálního a „úředního", tato důvěra lidu ve své trestní soudy, je nedocenitelnou složkou zdravého státního života a měla by být státem co nejúčinněji podporována. To je pak možné jen vyzdvižením vlastního trestního práva jako práva „elitního" nad všední nástroje mocenské politiky státní. Toto vyzdvižení podporuje zásada přísné zákonitosti trestu soudního a její důsledek, že totiž k soudnímu potrestání dojde jen dle výslovného ustanovení zákona. Střízlivá úvaha státnické moudrosti a žádné patetické argumenty vede nás k tomuto výsledku.

Tím, že se stát v rozumné sebekázni vzdává soudního potrestání ostatních, podle nějakého obecného kriteria státních cílů trestuhodných činů, neznamená ovšem, že by se v tom směru vzdával boje proti rušitelům pořádku jen proto, že v době činu měli v ruce trestní zákoník a vynasnažili se s úspěchem svému obecně škodlivému jednání dáti formu trestním zákonem nezachycenou. Jinými svými prostředky může stát postihnouti takového škůdce tak účinně, že v jeho chladném kalkulu možného prospěchu a risika převládne druhé, když s morální zábranou nemůžeme u něj počítati.[625]) Objeví-li

[624]) *Solnař*, Maintien 3.

[625]) K tomu na př. *Neubauer*, Všeobecná policejní pravomoc 29.: „Je jistě cosi správného na požadavku, aby stát — chce-li určité jednání trestati — dal občanovi vůbec příležitost tohoto jednání se vyvarovati, a to tak, že mu předem toto jednání jako zakázané označí. Ale i zde dá se dovoditi nutnost takového ustanovení (to jest *policejní* normy o trestání skutků předem výslovně nezakázaných) vzhledem k tomu, že různotvárnost, vynalézavost a neoče-

se takovým způsobem nutnost v budoucnu určitý právní statek pojistiti též normou trestní v onom úzkém smyslu, stane se tak v poměrně krátké době cestou zákonodárnou, a to v době zajisté tím kratší, čím se tento účinný zásah jeví naléhavějším.[626])

Takovým obecným subsidiárním prostředkem státní ochrany jsou obecná trestní ustanovení policejní. Těmito cestami uskuteční stát to, co postulují tak hlučně státy totalitní: aby žádné s jejich hledisk trestuhodné jednání nezůstalo bez přiměřené sankce. Chceme-li však z důvodů shora uvedených chrániti před zneužitím a zevšedněním onu sféru bezpráví, na jejíž účinném potlačení nám především záleží, musíme tomu dáti výraz v jednoznačném oddělení jejím od oněch ostatních. Žádná z navrhovaných ústředních norem není zde dostatečným dělítkem. Ani sebe užší názorové společenství není zárukou, že jednotlivý případ bude všemi jeho členy hodnocen s tou jednoznačností, jaká je žádoucí pro výrok tak důsažný, o jaký nám jde zde.[627])

Tak docházíme k trestnímu právu jako formálně kvalifikovanému výseku trestuhodnosti. Pojištěním je princip formální protiprávnosti ve vlastním trestním právu, požadavek jeho zákonné petrifikace a v důsledku toho zákaz analogie.

---

kávanost zlořádů, které mohou nastati, jest taková, že ani policejní zákazy by nepřišly dosti rychle, aby jim preventivně zabránily a že by se pak vždy mohla vyskytnouti jednání zcela evidentně ničemná a veřejný pořádek porušující, která by však žádným způsobem nemohla býti pokutována". — O subsidiaritě policejních trestních norem *tamtéž* 31.

[626]) *Solnař*, Maintien 5.

[627]) Většina národně-socialistické literatury německé a některé radikální živly sovětské jsou opačného názoru. Praxe jejich soudů je usvědčuje z omylu. Přesto najdeme i zde názory, jako je *H. Mayerův*, Das Strafrecht 129 d.: „Heslo ‚žádný zločin bez trestu' vychází z mylné představy, že již v sociálním životě lze jednání trestná odlišiti beze všeho od beztrestných. Ve skutečnosti se zločin odlišuje jen stupněm od nesčetných jednání nemravných, přece však beztrestných . . . Ne každý, kdo překoná malé pochybnosti, je zločincem. Požadavek právnosti nelze přepínati tak, aby se vyrovnával ideálu mravnímu. Zneužívání trestu má v zápětí snížení jeho morální síly." Stejně *Sauer*, Nationalsozialistisches Strafrecht 1465. Na nebezpečí přílišného spoléhání na právní přesvědčení upozorňuje *Bülow*, Die Rechtssprechung 45: „Ein wirklich vorhandenes allgemeines Rechtsbewusstsein muss für die Rechtssprechung stets ein Moment von der höchsten Bedeutung sein und bleiben; aber die Schwierigkeit liegt darin, ein *wirklich vorhandenes* allgemeines Rechtsbewusstsein von dem ohne sachkundige und gründliche Prüfung angenommenen vermeintlichen Gefühl oder Bewusstsein der Allgemeinheit zu unterscheiden."

LITERATURA

(Prameny jsou v textu citovány prvními slovy svých titulů.)

Ackermann Barbara Dr.: Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen Heft. 348. Breslau 1934.

Altmann Ludwig Dr.: Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen nebst den hiezu erflossenen Nachtragsgesetzen. Österreichische Gesetzeskunde Bd. II. Wien 1911.

Altmann Ludwig Dr.-*Jacob* Siegfried Dr.: Kommentar zum österreichischen Strafrecht I. Bd. Wien 1928.

Annosow J. J.: Über die Analogie im Strafrecht. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform roč. 24/1933.

Bar: Die Grundlagen des Strafrechts. Eine Einleitung in die Theorie des Strafrechts. Leipzig 1869.

Baumgarten Edwin: Die Geburtsstunde des modernen deutschen Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 49 — 1929.

Beccaria Cesare: O zločinech a trestech. Přeložil JUDr. Josef Sládeček. Praha 1893.

Beling Ernst: Grundsätze des Strafrechts. 6. a 7. vyd. Tübingen 1920.

Bellavista Girolamo: L'interpretazione della legge penale. Roma 1936.

Bendix Ludwig: Analogie im Strafrecht? Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Roč. 24/1933.

Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Leipzig 1892.

Berner Albert Friedrich: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. vyd. Leipzig 1876.

Binding Karl: Die Normen und ihre Übertretungen. Leipzig 1872.

— Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 8. vyd. Leipzig 1913.

— Handbuch des Strafrechts. I. Bd. Leipzig 1885.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, I. Band — 2. vyd. Leipzig 1902.

Blohm Herbert: Feuerbach und das Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Strafrechtliche Abhandlungen seš. 358. Breslau 1935.

De *Boor* Hans Otto: Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform. Schriften der Akademie für deutsches Recht 7. Berlin 1934.

Bovensiepen Rudolf: Analogie und per argumentum a contrario. Stier-Somló-Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft I. svazek. Berlin-Leipzig 1926.

Brinz Alois Dr.: Lehrbuch der Pandekten. II. díl. Vom Rechte überhaupt. Erlangen 1873.

Brütt Lorenz Dr.: Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften. Berlin 1907.

Bulín ml. Hynek Dr.: Právní teorie a praxe. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LX. Praha-Brno 1923.

Bülow Dr. v.: Die Rechtssprechung in Strafsachen und das allgemeine Rechtsbewusstsein. Deutsche-Juristen-Zeitung roč. 11/1906.

Burkhardt Walter Dr.: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung. Abhandlungen zum schweizerischen Recht N. F. Heft 8. Bern 1925.

Caldi P. E.: Le principe de la légalité et le délit innomé en droit pénal moderne. La Giustizia penale 1938/XLIV.

Collin Fernand: Enrico Ferri et l'avant-projet de Code pénal Italien de 1921. Bruxelles 1925.

Constant Jean: De la légalité des peines. Extrait de la Revue de Droit pénal et de Criminologie, Mai 1935.
Dahm Dr.: Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht. Deutsches Strafrecht N. F. 1/1934.
Dernburg Heinrich: Diebstahl an Elektrizität. Deutsche Juristen-Zeitung 1/1896.
— Pandekten I. Band. 5. vyd. Berlin 1896.
Dreier Kurt: Die Analogie im Strafrecht und die Erneuerung des Strafrechts im Dritten Reich. Berlin 1937.
Drost H. Dr.: Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt. Berlin 1930.
Egger A.: Das schweizerische Zivilgesezbuch vom 10. Dezember 1907. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie II./1908—1909.
Eick Walter: Die Analogie im Strafrecht. Inaugural-Dissertation. Universität Giessen. 1912.
Engliš Karel: Soustava národního hospodářství. Praha 1937.
— Teleologie jako forma vědeckého poznání. Praha 1930.
— Theorie státního hospodářství. Praha 1932.
Enneccerus Ludwig Dr.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einleitung-Allgemeiner Teil. I. Bd. 1. Abt. 4. a 5. vyd. Marburg 1909.
Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- als Cassationshofes, veröffentlicht von der k. k. Generalprokuratur. Neue Folge.
— des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.
Ephrussi Elisabeth: Interpretation und Analogie. Zeitschrift für öffentliches Recht IV/1925.
Falk Johann: Die Analogie im Recht. Eine Studie zur neueren Rechtsgeschichte. Dissertation der Universität Giessen. Mainz 1906.
Feuerbach Anselm: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Giessen 1801.
Finger August: Das Strafrecht. Bd. I. 3. vyd. Berlin 1912.
Foltin Edgar M.: Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes. Allgemeiner Teil. Praha 1936.
Frank Reinhard Dr.: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 15. vyd. Tübingen 1924.
Freisler Roland: Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Deutsches Strafrecht N. F. 2/1935.
Freudenthal: Der Diebstahl an Elektrizität. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 17/1897.
— Ist die Entwendung der Elektrizität strafbar? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 17/1897.
Freund Heinrich Dr., Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung Sowjetrusslands. Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.
— Strafrechtsreform im Zeichen der marxistischen Theorie. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 51/1931.
Gallas Wilhem Dr.: Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts. Berlin-Leipzig 1931.
Garraud R.: Précis de droit criminel. Contenant l'explication de la partie générale du Code Pénal, du Code d'Instruction Criminelle et des lois qui ont modifié ces deux Codes. 13. vyd. Paris 1921.
Geny François: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. (Essai critique.) 2. vyd. Paris 1919.
Gerlich Karel: Skutkové zjištění a právní posouzení v řízení soudním. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXXIII. Praha-Brno 1934.
Gleispach Wenzel: In wiefern ist das richterliche Ermessen im Strafrechte zuzulassen? Bericht für den Deutschen Juristentag in der Tschechoslovakei, Reichenberg 1927.
Goblot Edmond: Traité de logique. 5. vyd. Paris 1929.
Göring Herrmann: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Hamburk, rok neudán.

Goetzeler Richard: Der Grundsatz nulla poena sine lege und die Vergeltungsidee. (Aphorismen.) Der Gerichtssaal 104/1934.
Griolet Gaston-*Vergé* Charles-*Bourdeaux* Henry: Code d'instruction criminelle et Code pénal, annotés d'aprés la doctrine et la jurisprudence. Paris 1923.
Grolmann Karl Dr.: Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. — Nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze. Giessen 1798.
Gutherz Harald Dr.: Studien zur Gesetzestechnik. Teil I.: Der Begriff der Gesetzestechnik und sein Wert. Teil II.: Phänomenologie und Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik. Strafrechtliche Abhandlungen seš. 93, 98. Breslau 1908, 1909.
Grünhut Max: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. (Akademische Antrittsrede.) Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart č. 41. Tübingen 1926.
Gürtner Franz Dr.-*Freisler* Roland Dr.: Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit. 2. vyd. Berlin 1936.
Hácha Emil: Analogie. Slovník veřejného práva československého, sv. I. Brno 1929.
Hanausek Gustav Dr.: Amerikanische Skizzen. Wien 1913.
Hausknecht Louis: Die neue Strafgesetzgebung Rumäniens. Systematisch und übersichtlich dargestellt in deutscher Sprache. Cernauti 1937.
Heck: Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. Deutsche Juristen-Zeitung X/1896.
Heffter August Wilhelm: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte. 5. vyd./Braunschweig 1854.
Heilbronn Brigitte: Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters. Strafrechtliche Abhandlungen seš. 253. Breslau 1929.
Henkel Heinrich: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Der deutsche Staat der Gegenwart seš. 3. Hamburg 1934.
Helfert Joseph Alexander Dr.: Sind Ausnahmen streng auszulegen? Eine Catilinaria. Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft. Wien 1847/I. Band.
Hepp J. K. T. Dr.: Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge 1846/I. Stück. Halle.
Herbst Eduard: Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes. I. Bd. 7. vyd. Wien 1882.
Hippel: Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.
Hoetzel Jiří: Československé správní právo. (Část všeobecná.) Praha 1934.
Höhn Reinhard: Die Stellung des Strafrichters in den Gesetzen der französischen Revolutionszeit (1791—1810). Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Heft 2. Berlin, Leipzig 1929.
Hoppe: Diebstahl an Elektrizität. Deutsche Juristen-Zeitung II/1897.
Hoppe J. Dr.: Die Analogie. Eine allgemein verständliche Darstellung aus dem Gebiete der Logik. Berlin 1873.
Hye-Glunek Anton: Das österreichische Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Wien 1852.
Chaveau-Hélie-Villey: Théorie du Code Pénal. Tome Ier. Paris 1887.
Ihering Rudolph: Der Zweck im Recht. Leipzig 1877.
Janka Karl—*Kallina* Emilian: Das österreichische Strafrecht. 4. vyd. Wien 1902.
Jenull Sebastian: Das österreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste dargestellt. I. díl. Graz 1808.
Kahl W.: Zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Bestrafung der widerrechtlichen Entziehung fremder elektrischer Arbeit. Deutsche Juristen-Zeitung 5/1905.
Kallab Jaroslav: Několik poznámek k Weyrovu spisu „Teorie práva". Časopis pro právní a státní vědu 1937.
— O novějších směrech v metodologii právní praxe. Právník 56/1917.
— O skutkové podstatě a konkurenci trestních činů. Knihovna Sborníku věd právních a státních, řada právovědecká XXV. Praha 1911.
— Positivní právo a princip spravedlnosti. Časopis pro právní a státní vědu 4/1921.

— Postulát spravedlnosti v teorii právní. Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně — Sbírka spisů právnických a národohospodářských XXX. Brno 1926.
— Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně 1932. Sbírka spisů právnických a národohospodářských.
— Poznámky o základech novodobých teorií přirozenoprávních. Sborník věd právních a státních 14/1914.
— Právní filosofie a výklad zákonů. Inaugurační přednáška rektorská z 5. 11. 1927. Ročenka Masarykovy university v Brně.
— Právo a politika. Studie metodologická. Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně XII/1933. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXIX. Brno, Praha 1933.
— Pravotvorný monopol státu a požadavek logické jednotnosti právní vědy. (Příspěvek k nauce o interpretaci právních norem.) Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně 1922. Sbírka spisů právnických a národohospodářských XVI.
— Předmět a metody kriminologie. Sborník věd právních a státních XXXIII. Pocta Miřičkova.
— Předmět krádeže dle práva rakouského. Právník 46/1907.
— Trestní právo hmotné, platné v zemi české a moravskoslezské. (Část obecná i zvláštní.) Vysokoškolské rukověti. Řada spisů právnických a hospodářských, svazek 2. Praha 1935.

Kallab Jaroslav Dr.—*Herrnritt* Vilém: Trestní zákony československé, platné v Čechách a v zemi moravskoslezské. II. vyd. Praha 1933.

Kallab Jaroslav: Úvod do studia metod právnických. Kniha první: Základní pojmy. Kniha druhá: Hlavní směry. Sbírka spisů právnických a národohospodářských 4. Brno 1921.

Kaufmann Felix Dr.: Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre. Tübingen 1922.

Kelsen Hans: Allgemeine Staatslehre. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft XXIII. Berlin 1925.
— Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy. Překlad Václava Chytila. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXVII. Brno, Praha 1933.
— Základy obecné teorie státní. Sbírka spisů právnických a národohospodářských XXIX. Brno 1926.
— Zur Theorie der Interpretation. Revue internationale de la théorie du droit 1934.

Kempermann Eugen Dr.: Richtiges Recht und positives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie XXX.

Kenny Courtney Stanhope—*Phillips* Godfrey: Outlines of Criminal-Law on lectures delivered in the University of Cambridge. 14. vyd. Cambridge 1933.

Klee: Strafe ohne geschriebenes Gesetz. Deutsche Juristen-Zeitung 39.1934.

Knitschky W., Dr.: Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch. Archiv für öffentliches Recht 13/1897.

Kohler Josef: Moderne Rechtsprobleme.
— Über die Interpretation von Gesetzen. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 13/1886.

Kohlrausch Eduard: Das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit und seine Vorgeschichte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 20/1900.

Krabbe Oluf H.: Borgerlig Straffelov af 15. April 1930 og lov af s. d. om ikrafttraeden af borgerlig Straffelov. m. m. Kobenhavn 1931.

Krauss Harry: Das Strafgesetzbuch der russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik vom 22. November 1926 mit den Änderungen bis zum 1. August 1930 im Vergleich zum geltenden und künftigen deutschen Strafrecht. Bischofswerda 1933.

Kubeš Vladimír: Několik poznámek k superrevisní osnově všeobecného zákoníka občanského. (Příspěvek k studiu přirozených zásad právních ve smyslu § 7 obč. zák. z r. 1811.) Časopis pro právní a státní vědu 15/1932.
— Nemožnost plnění a právní norma. Sbírka spisů právnických a národohospodářských XC. Brno—Praha 1938.

— Positivní právo sekundární v občanských zákonících moderních států se zřetelem k osnově československého obč. zákoníka. Časopis pro právní a státní vědu 117/1934.
Kudler Josef: Erklärung des ersten Abschnittes des Strafgesetzes über schwere Polizei-Übertretungen. 6. vyd. Wien 1850.
— Inwiefern ist es zulässig, bei der Ausübung des Richteramtes über schwere Polizei-Übertretungen auf Bestimmungen des I. Theils des allgemeinen Strafgesetzes Bedacht zu nehmen? Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 1847/I. Band. Wien.
Kulenkampff Reinhold: Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit im geltenden Strafrecht und sein Schutz. Strafrechtliche Abhandlungen seš. 59. Breslau 1905.
Lammasch Heinrich—*Rittler* Theodor: Grundriss des österreichischen Strafrechts. V. vyd. Wien 1926.
Leonhard Franz Dr.: Auslegung und Auslegungsnormen. Rektoratsrede. Marburger akademische Reden 37. 1917.
Lepšík Josef JUDr.—*Beneš* Josef JUDr.: Vojenské trestní zákony republiky československé. Praha 1931.
Lewin Manfred Dr.: Die Auslegung des Strafurteils. Strafrechtliche Abhandlungen seš. 258. Breslau 1929.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 23. vyd. Berlin—Leipzig 1921.
Loebell: Elektrizität im Civil- und Strafrecht. Deutsche Juristen-Zeitung II/1897.
Lotze Hermann: Logik. 2. vyd. Leipzig 1928.
Luden Heinrich: Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechtes. I. Band. Jena 1847.
Mancini Vincenzo: Istituzioni di diritto penale Italiano. 2. vyd. Torino 1933.
Maucher J. K. J.: Systematisches Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen. I. Theil. Wien 1844.
Mayer Hellmuth Dr.: Das Strafrecht des deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
Mayer S.: Das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen. Wien 1878.
Merkel Adolf: Analogie und Auslegung des Gesetzes. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts II. Berlin 1871.
— Die Auslegung des Strafgesetzes. Fr. v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Ergänzungen zum Handbuch II. Berlin 1877.
— Zum Interpretationsproblem. Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42/1916.
Meves: Stellung des Anstifters zu § 46 R. St. G. B. Goltdammers Archiv für Strafrecht 37/1889.
Mezger Edmund: Strafrecht. Ein Lehrbuch. München—Leipzig 1931.
Michaelis: Die Emanzipation des Richters vom Gesetzgeber. Deutsche Juristen-Zeitung 11/1996.
Milota Albert: Reforma trestního zákona v Československu. Bratislava 1934.
Milota Albert—*Nožička* Josef: Trestné zákony zeme Slovenskej a Podkarpatoruskej. Kroměříž 1931.
Milota Albert prof. Dr.: Učebnice obojího práva trestního, platného v Československé republice. Právo hmotné. Kroměříž 1926.
— Výklad a analogie zákona trestního. Sborník věd právních a státních 1922/XXII.
Miřička August: Trestní právo hmotné. Část obecná i zvláštní. Publikací Všehrdu č. 28. Praha 1934.
Mittelstädt: Zur Lehre von der Auslegung der Strafgesetze. Der Gerichtssaal 43/1890.
Mittermajer W.: La giurisprudenza tedesca in tema di analogia. La Giustizia penale. Roč. 1938/XLIV.
— Nulla poena sine lege. Deutsche Strafreehtszeitung 9/1922.
Neubauer Ignaz: Die Analogie und ihre Zulässigkeit insbesondere nach dem österreichischen Strafgesetze. Magazin für Rechts- und Staats- Wissenschaft (Haimerl) XIII/Wien 1856.
Neubauer Zdeněk: Interpretace a aplikace práva v pojetí normativní teorie. Právník LXX/1931.
— Pojem státního území. Studie státovědecká. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXIII. Praha—Brno 1933.

— Problém vůle v poznávání normativním a teleologickém. Sborník prací k padesátým narozeninám Karla Engliše. Brno—Praha 1930.
— Všeobecná policejní pravomoc politických úřadů podle zákona č. 125/1927. Časopis pro právní a státní vědu XIII/1930.
Nicolai Helmut: Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer Nationalsozialistischen Rechtsphilosophie. Nationalsozialistische Bibliothek Heft 39. 3. vyd. München 1934.
Nord Walther: Über Auslegung der Gesetze und über Analogie. Dissertation Rostock. Rostock 1902.
Olšar Erich: Příspěvek k nauce o vině. Praha 1936.
Osnova trestního zákona československého 1937.
Ostwald W.: Die Frage des Diebstahls an Elektrizität vom technischen Standpunkte. Deutsche Juristen-Zeitung II/1897.
Ostwald Dr., Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung. Deutsche Juristen-Zeitung 39/1934.
Passy J. C.: Über Anwendung von Zwangsmitteln und Ungehorsamsstrafen im österreichischen Criminal-Processe. Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde 1836-I.
Peters: Nationalsozialismus und Strafrecht. Juristische Wochenschrift 62/1933.
Pošvář Jaroslav Dr.: Trestní právo správní. Zvláštní otisk z Veřejné správy. Praha 1934.
Prins Adolphe: Science pénale et droit positif. Bruxelles—Paris 1899.
Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového. Vydala komise pro reformu československého trestního zákona. Praha 1926.
Procházka Adolf: Tvorba práva a jeho nalézání. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXXXVIII. Praha—Brno 1937.
Prušák Josef: Rakouské právo trestní. Díl všeobecný. Praha 1912.
Raggi Luigi: Della legge penale e della sua applicazione. Milano 1927.
Regelsberger Ferdinand Dr.: Pandekten. I. Bd. Leipzig 1893.
Reichel Hans Dr.: Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.
Rittler Theodor: Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 49/1929.
Roediger Hans Joachim: Analogie und Analogieverbot im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen Breslau.
Rouček František—*Sedláček* Jaromír: Komentář k československému obecnému zákonu občanskému a občanské právo, platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl I. Praha 1935.
Rouček František: Základy právnického myšlení čili nástin jurilogie. Brno 1938.
Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních. Pořádá Dr. Frant. *Vážný*, jeho II. president.
Rumpf Dr.: Analogie im Strafrecht. Deutsche Juristen-Zeitung 39/1934.
Sabattini Guglielmo: Istituzioni di Diritto penale. Vol. I. Parte generale. 2. vyd. Roma 1935.
— Principii di Scienza del Diritto Penale. Cantazaro 1918.
Sauer Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts. Berlin—Leipzig 1921.
— Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des preussischen Justizministers. Deutsche Juristen Zeitung 38/1933.
Sedláček Jaromír: Československý občanský zákoník. Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně XII/1933. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXIX. Brno—Praha 1933.
— Interprétation et application de la règle du droit. Revue internationale de la théorie du droit 7/1932—33.
— Problém interpretace normy. Sborník prací k padesátým narozeninám Karla Engliše. Brno—Praha 1930.
Seuffert Hermann: Deutsches Reich. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart. I. (Das Strafrecht der Staaten Europas, herausg. v. Dr. Franz v. Liszt) Berlin 1894.

Schäfer Karl: Nullum crimen sine poena. Ve sbírce: Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Vydává Dr. Franz Gürtner.) 2. vyd. s výsledky druhého čtení. Berlin 1935.

Schaffstein Friedrich: Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des preussischen Justizministers. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 53/1933.

Schem Joachim Dr.: Die Analogie im Strafrecht in ihrer geschichtichen Entwicklung und heutigen Bedeutung. Strafrechtliche Abhandlungen. Breslau 1936.

Schmidt Eberhard: Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand". Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 49/1929.

Schütze Theodor Reinhold: Lehrbuch des norddeutschen Strafrechts. Erste Abt. Einleitung. Allgemeiner Theil. Leipzig 1871.

Schwinge Erich Dr.: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Bonn 1930.

Siegert Karl: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.

Sigwart Christoph: Logik. Erster Band: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss. 4. vyd. Tübingen 1911.

Solnař Vladimír: Maintien ou abandon de la règle „Nulla poena sine lege". Extrait de la Revue de Droit pénal et de Criminologie 1937.

— Několik úvah o příčinném vztahu a adekvátnosti v trestním právu. Knihovna Sborníku věd právních a státních. Nová řada č. 15. Praha 1937.

Stammler Rudolf: Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.

Stampe: Gesetz und Richtermacht. Deutsche Juristenzeitung X/1896.

— Rechtsfindung durch Interessenabwägung. Deutsche Juristen-Zeitung X/1896.

— Rechtsfindung durch Konstruktion. Deutsche Juristen-Zeitung 10/1896.

Stenglein Dr.: Ob Elektrizität gestohlen werden kann. Deutsche Juristen Zeitung II/1897.

Stephen James Fitzjames: A digest of the Criminal Law. (Crimes and punishments.) 6. vyd. London 1904.

Stock Ulrich: Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien 67. Leipzig 1932.

Stoos Carl Prof.: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. 2. vyd. Wien 1913.

Stránský Jaroslav: Vůle poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva. Sbírka spisů právnických a národohospodářských X. Brno 1921.

Tesar Otto: Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld. Sonderabdruck aus der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 32 Bd., Festschrift gewidmet Franz v. Liszt zum 60. Geburtstage, 1911.

von *Tuhr* Andreas: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig 1910.

Vaihinger Hans: Die Philosophie des Als Ob. 5. a 6. vyd. Leipzig 1920.

Vassalli Giuliano: La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia. Applicazioni e proposte d'applicazione del § 2 del Codice Penale del Reich. Rivista di diritto penitenziario VIII/5.

von *Verdross* Alfred: Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht I/1914.

Veselá Jarmila Dr.: O výkladu trestních zákonů. Zvláštní otisk ze sborníku „Pocta k šedesátým narozeninám dr. Alberta Miloty". Praha 1937.

Wach Adolf: Legislative Technik. Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil. VI. Bd.

von *Weber* H.: Rechtssicherheit und Tatbestandsbildung in der Strafrechtsreform. Prager Juristische Zeitschrift VII.

— Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 56/1936.

Wehler Edmund: Die Analogie im Strafrecht mit besonderer Darlegung der geschichtlichen Entwicklung. Dissertation Breslau. V manuskriptu 1924.

Weinrich Alfred: Strafrecht und Kriminalpolitik. (Ein Beitrag zur Kritik der Normentheorie und der neuesten Reformbestrebungen.) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 17/1897.
Wessely Wolfgang: Über Auslegung und Anwendung der österreichischen Strafgesetze. Magazin für Rechts- und Staats-Wissenschaft (Haimerl) XIII. Wien 1856.
Weyr František: Příspěvek k theorii applikace práva. Časopis pro právní a státní vědu II/1919.
— Teorie práva. Sbírka spisů právnických a národohospodářských LXXXIII. Brno—Praha 1936.
Windscheid Bernhard Dr.: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 6. vyd. Frankfurt 1887.
Wundt Wilhelm: Logik. I. Bd. Erkenntnislehre. 2. vyd. Stuttgart 1893. II. Bd. Logik der Geisteswissenschaften. (2. Abt.) 2. vyd. Stuttgart 1895.
Wurzel Karl Georg: Das juristische Denken. Wien 1904.
Zaitzeff Leo: Das Strafrechtswesen im Sowjetstaate. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 51—1931.
Zernik Bruno: Begriff und Voraussetzungen der extensiven Interpretation und der Analogie. Dissertation Greifswald 1895.
Zimmerl Leopold.: Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.
— Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferrenda. Berlin—Leipzig 1931.
Zitelmann Ernst: Die Kunst der Gesetzgebung. Dresden 1904.
— Lücken im Recht. Rede gehalten bei Antritt des Rektorats-Bonn. Leipzig 1903.

SBÍRKA

SPISŮ PRÁVNICKÝCH A NÁRODOHOSPODÁŘSKÝCH

S podporou Masarykova fondu

při Národní radě badatelské

vydávají

KAREL ENGLIŠ A FRANTIŠEK WEYR

SVAZEK XCII.

ANALOGIE V TRESTNÍM PRÁVU

Napsal

JUDR. JOSEF KEPERT

Vydalo v září 1938

nakladatelství „Orbis“ Praha XII

Fochova 62

Vytištěno písmem Fournier-Monotype

Knihtiskárna „Orbis“ Praha XII