

materielně právní předpisy. Znamená to zkrátka prostudovati celou judikaturu: sapienti sat!“ (str. 464).

7. P. protirecensent srovnává se se mnou pouze v jednom bodu: „že jsme opravdu dvě zcela odchylné právnické individuality“. Rozumí se, že každý z nás myslí, že ta jeho jest lepší; to jest při sebevědomosti naší zcela přirozené. Avšak dlužno dodati, že nejen co do právnícké nýbrž i vůbec co do celkové individuality lišíme se dokonale. Především tím, že p. protirecensentovi záleží na mínění jiných lidí (nejen t. zv. odborníků nýbrž též na př. studentů) abnormálně mnoho, kdežto má individualita vykazuje v tom směru spíše jakési podprůměrné minus. S touto abnormální — a dle mého mínění politování hodnou — odvislostí od názorů jiných lidí o jeho práci souvisí též abnormální způsob, kterým H. svou nepřátelskou kampaň proti mně provedl. Do podrobností se zatím pouštět nemohu.

Abych tedy i já *resumoval*: Má vědecká práce neimponuje Hoetzelovi; nemohu se proto horšiti, protože i jeho neimponuje mně. Jsme dvě různé individuality. Vše to nevadí, abychom zachovávali oproti sobě obvyklou jinak literární a akademickou slušnost. Ve vši uctivosti ale zcela rozhodně žádám proto p. prof. Hoetzela, aby při případných dalších útocích vážil opatrně slova — neboť nehodlám mu zůstatí dlužen ničeho!

Prof. Dr. *Frant. Weyr*.

Nová theorie státního práva.

Dr. *Hans Kelsen*: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“.¹⁾

Referuje Dr. *František Weyr*.

Nová theorie *Kelsenova*, s kterouž zde české čtenářstvo chci seznámiti, bude dle mého pevného úsudku tvořiti mezník ve vývoji nejen theorie práva státního, nýbrž theorie právní vůbec. Způsob, kterým dosud literatura reagovala na dílo *Kelsenovo*, nasvědčuje tomu úplně: neboť již povstali jí urputní nepřátelé, na druhé straně však hlásí se přesvědčení zastanci její. Než přistoupím k obsahu díla v jednotlivostech, pokusím s. zde podati všeobecnou charakteristiku jeho: *Kelsenovo* dílo jest dílo v první řadě *methodologické*. Snaží se ohraničiti metodu ryze juristickou oproti metodě jiných věd, které mají zdánlivě tentýž nebo podobný předmět. V tomto směru jeví se jako prudká reakce proti nynější methodické nejasnosti panující v právnické literatuře, proti vnášení organicky cizích method do vědy právnické, proti naprostému vědeckému chaosu, který tímto směřováním různých method v budoucnosti nastati musí; vymezením pojmu čistého právníctví chce předejiti hroící jeho destrukci živly cizími. Dílo *Kelsenovo* jest dále *dogmatické*, t. j. na základě

¹⁾ Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, 709 str.

zjištěných methodických hledisek snaží se spisovatel srovnati je d n o t n ý s y s t é m p r á v n í c h p o j m ů. Odmítá při tom v literatuře obvyklý dualismus mezi veřejným a soukromým právem jako něco, co ryze právníckému myšlení musí býti nutně nepochopitelno; odmítá a-, meta-, a contrajuristické představy a pojmy, pomocí kterýchž panující mínění theorii dualismu udržuje, tedy pojmy vypůjčené z politiky a sociologie (moc, panování atd.). Knihu Kelsenovu možno tedy nazvati — jak pisatel těchto řádků učinil již na jiném místě — „kritiku ryze právníckého rozumu“.

Pisatel řádků těchto musí čtenáři prozraditi, že ve své, českým jazykem psané a roku 1908 vydané publikaci „Příspěvky k theorii nucených svazků“, jakož i v pozdějších svých pracích zastával stanovisko theorii Kelsenově velice obdobné; nyní, kdy v německé literatuře počíná theorie jeho získavati si přívrženců, dlužno očekávati, že i u nás domácí kritika zaujme k ní své vlastní stanovisko.²⁾ Postup ten jest zcela správný, neboť nepopíratelně správné jsou věty „nemo profeta in patria“ a „opatrnosti nikdy nezbyvá“.

* * *

Dílo Kelsenovo rozpadá se ve tři knihy, a to I. Voruntersuchungen (str. 1—94), II. Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes (str. 97—309), III. Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes (str. 311—709).

Ad I. První kapitola první knihy („Z á k o n p ř í r o d n í a n o r m a“) vychází z rozdílu mezi zákonem přírodním a normou. Zákon přírodní vysvětluje nějaké vnější dění, jeho kausální podmíněnost; jedná o příčinách a výsledcích a stanoví všeobecně platné vztahy mezi nimi. Norma naproti tomu vztahuje se na určité dění ne jaké jest, nýbrž jaké m á b ý t i (gesollt). Z toho plyne r e a l i t a vztahů, které jsou předmětem přírodních zákonů, a i d e a l i t a vztahů, jimiž zabývají se normy. Zákony přírodní a jim odpovídající metoda kausální a explikativní mají za předmět s v ě t b y t í (die Welt des Seins), kdežto normy a jim odpovídající metoda normativní mají za předmět s v ě t, j a k ý m á b ý t (Welt des Sollens.³⁾

Mezi existencí (= bytím) a „mám“ mohou býti určité logické vztahy — mohou mluviti o „bytí“, které jest kvalifikovaným „mám“ — „mám“ nedá se však formálně-logicky odvoditi z „bytí“. Jest jasno, že pro obor „mám“ — a tento obor jest jediné předmětem normativních disciplin, tedy také práva — jest způsob kausálního pozorování nepřipustný, přesněji řečeno: obsah konkrétního „mám“ nemůže kausálně býti vysvětlován (explikován), jelikož nepatří do světa „bytí“. Jeho vztah ke světu „bytí“ vyčerpává se tím, že existence určitého „mám“ může býti příčinou vzniku

²⁾ Jako vzácnou výjimku v tomto směru (t. j., že se tak již stalo) dlužno zde však citovati *Ottise*: „O svazku osob v živnostenských společenstvech“, Praha, 1910, a *Hoetzlův* příležitostný rozbor ve Sborníku XIII. str. 55., o kterémž jedná na jiném místě tohoto sešitu.

³⁾ Dílo Kelsenovo operuje napořád výrazy „Sein“ a „Sollen“; překládám toto poslední slovem „mám“.

nějakého „bytí“. — „Platnost“ (Geltung) normy jest bezpodmínečná, jelikož platí i tehdy, když v konkrétních případech „nepůsobí“ (Wirkung), kdežto přírodní zákon v exaktním sm. přestává „platit“, když „nepůsobí“.

Pokud pozoruji „mám“ v možném jeho vztahu k nějakému „bytí“, jsem sociolog, psycholog, etik, sociální politik — jako jurista mohu zabývat se však „mám“ pouze bez veškerých takových vztahů, z čehož vyplývá postulát zvláštní (ryzí) metody normativní pro dogmatiku právní. Tato normativní metoda vyskytuje se — ne však tak ryze — i v jiných oborech vědných, na př. v ethice a gramatice; tato na př. učí, jak se mluvíti má, zabývá se však také tím, jak se s k u t e č n ě mluví nebo mluvilo (svět bytí).

(„Z á k o n m r a v n í a n o r m a p r á v n í“.) „Mám“ může se jevit ve dvou formách: buď obsaženo jest v zákoně mravním nebo v normě právní. Onen jest autonomní, tato heteronomní. To znamená, že normující autorita a subjekt normě podrobený spadají při zákoně mravním v jedno, kdežto při normě právní tomu tak není. Další rozdíl: o existenci zákona mravního lze mluvíti jen tehdy, když se skutečně dodržuje nebo když je zde aspoň p u d k dodržení, kdežto norma právní existuje (platí), i když se nedodržuje.

Rozdíl mezi zákonem mravním a normou právní není tak ostrý, máme-li na mysli p r á v o o b y č e j o v é. Neboť zde existence „mám“ odvislou jest v jistém smyslu od „bytí“ t. j. právo obyčejové platí jen potud, pokud se s k u t e č n ě dodržují jeho normy. Teprve vítězstvím principu, že právem jest pouze to, co formálním aktem zákonodárným stalo se výslovnou vůlí státu, nastává bezpodmínečná platnost normativní metody. „Durch den Gesetzgebungsakt ist eine scharfe und deutliche Zäsur zwischen Rechtsentwicklung und geltendem Rechte geschaffen — eine Trennung, die für die Methode der Rechtserkenntnis von der größten Bedeutung ist. Die dogmatische Jurisprudenz des positiven Rechtes hat den Inhalt ihrer Rechtssätze nicht mehr aus der Rechtsgeschichte zu holen, sondern aus dem Gesetze.⁴⁾ Zwischen der historischen Erkenntnis des Rechtes und seiner dogmatischen Betrachtung ist eine prinzipielle Scheidung nunmehr n i c h t n u r m ö g l i c h, s o n d e r n n o t w e n d i g u n d d i e V e r s c h i e d e n h e i t d e r M e t h o d e n b e i d e r D i s z i p l i n e n t r i t t v o n s e l b s t z u T a g e. Damit hat sich aber zwischen der Jurisprudenz und den übrigen normativen Disziplinen, wie Grammatik und Ethik, insoferne eine größere Verschiedenheit entwickelt, als die in der Ethik und Grammatik mitunter schwer zu vermeidende Verbindung und Vermischung von explikativer und normativer Betrachtung in der Jurisprudenz gänzlich eliminiert werden muß. Die Trennung beider Standpunkte und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes in der dogmatischen Jurisprudenz ist vielmehr oberster methodischer Grundsatz“ (str. 39).

⁴⁾ Srovn. mé vývody v pojednání „Právní věda“ ve Sborníku XII. str. 159.

(Poměr kausálního, teleologického a normativního nazírání. — Účel v právu.) Kausální a teleologické nazírání pokládají se zhusta za protivy a sice tak, že kausální nazírání jest typickým pro metodu věd přírodních, kdežto teleologické jest specifickou metodou věd sociálních a tedy též metodou vědy právní. Hlavním zastancem tohoto směru jest *Stammler*. Není obtížno dokázati, že rozdíl ten, jak jej konstruuje *Stammler* (*Wirtschaft und Recht*, II. vyd., str. 340), neexistuje. Neboť způsobem, který dlužno nazvati naivním, rozlišuje tento autor dění kausální na základě „přírodní kausalitý“ (?) a dění, které způsobuje člověk sám na základě volného rozhodnutí (svoboda vůle!). V pravdě není mezi oběma druhy dění prázdného rozdílu a nelze jej tedy užiti k roztržení metod přírodo- a sociálně-vědeckých. Naopak obě tyto metody — kausální a teleologická — směřují ku vysvětlení nějakého dění a jest lhostejno, vysvětlujeme-li jej jeho příčinou nebo jeho účelem. Obě vztahují se na „svět bytí“ a nemají co činiti se světem „mám“. Pro ono „mám“ ve smyslu formálně objektivním jest účel jeho irrelevantní. A jen toto „mám“ ve smyslu formálně-objektivním (norma jako taková) jest předmětem právníctví. Kausálně a teleologicky nazírá na normu psycholog, historik nebo sociolog; jemu jest norma příčinou, která vyvolává nějaké vnější dění. Jinak počíná si (nebo má si aspoň počínati) jurista: jemu jedná se o to, aby přivodil spojení mezi subjektem normy — t. j. tím, kdo „má“ (soll) — a objektem jejím, t. j. tím, co „má býti“ (was gesollt wird). Zde mohou nastati dva případy: buď shoduje se nějaká skutečnost (Seinatsbestand) s normou nebo ne. V posledním případě ptá se jurista: kdo jest vinen onou inkongruencí? a zjistí to na základě normy. Spojitost onoho konkrétního „bytí“ s určitým subjektem jest přičitatelnost (Zurechnung). Tato spojitost není (nebo nemusí aspoň býti) ani kausální ani teleologická, neboť jak známo právní řád přičítá někdy subjektům určité dění, aniž by zde bylo kausálního spojení (ve smyslu přírodním) mezi subjektem a nastalou skutečností (římská *actio de effusis et deiectis*). A jen pokud nějaký subjekt má všeobecnou způsobilost pro onu právní přičitatelnost, může míti právní osobnost. Přičitatelnost má dále ateleologický charakter; je (nebo může býti) lhostejno, byla-li ona skutečnost subjektem přičitatelnosti chtěná (příklad kulpósních deliktů). Pouze z normy vyplývá princip přičitatelnosti. Z ateleologičnosti metody normativní plyne též postulát ateleologičnosti pojmů právních. Úkol, vyšetřiti pojmové elementy koupě, půjčky, society, hypoteky jest zcela rozdílný od pozorování účelů, kterým tyto instituce sloužiti mohou. Ono poslední nesmí tvořiti element pojmové definice právní. Právní věda má vystihnouti pouze formu a smí tudíž do svých definic pojmuti toliko formální elementy. Proto nelze přisvědčiti *Jellinkovi*, když praví (*Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, str. 43), že ryze formální konstrukce práva jest nemožností. Právo ovšem musí si všimati i obsahu svého. Avšak „das Recht ist etwas anderes als die Jurisprudenz; letztere allein schafft die Rechtsbegriffe, das erstere, die Rechtsordnung, regelt die Lebensverhältnisse, und bei dieser Tätigkeit, der Normsetzung, die eine von

der Begriffsbildung auf Grund der Rechtsordnung wesensverschiedene ist, muß allerdings vernünftigerweise auf den Inhalt der zu regelnden Lebensverhältnisse Rücksicht genommen werden“ (Kelsen, str. 94).

Ad II. (V ů l e p s y c h o l o g i c k á.) Objektivní právo jest vůlí státu. To platí i pro právo obyčejové, ježto i ono působí jen za dopuštění státu. *Hatschekova* „konvencionální pravidla“ jakožto předběžné stadium práva nemají žádné juristické relevance, ježto nemají povahu pojmu právního. Použití jich znamená vždy protiprávní stav. — Mezi vůlí psychologickou a právníkou existuje podstatný, zásadní rozdíl. Onou dlužno nazvati jisté snažení associazované s představou nějakého účelu nebo cíle (*Jodl*, Lehrbuch der Psychologie, II. str. 58). (V ů l e v p r á v u s o u k r o m é m a t r e s t n í m.) Předmětem vůle ve smyslu právníckém není nikdy představa, nýbrž vždy vnější příběhy, skutečnosti, ježto právu jedná se o sepnutí v n ě j š í c h skutečností se subjektem. A dále: právo praesumuje nebo finguje někdy existenci vůle, kde o vůli v psychologickém smyslu mluvíti vůbec nelze, ba v jistých případech se vůle praesumuje, ačkoliv se tvrdí, že neexistuje (reservace mentální!). Pokud tedy theorie právní drží se psychologické vůle, musí nutně zabřednouti do říše fikcí. Ryze juristická methoda musí tudíž říci: „Ein Geschäft ist gewollt, sofern oder weil es gültig ist, wobei die Qualität der Gültigkeit der Erkenntnisgrund für die Qualität der Gewolltheit ist“ a ne naopak: „Ein Rechtsgeschäft ist gültig, weil und sofern es (psychologisch) gewollt ist“ (str. 133). To platí nejen pro obor práva soukromého, nýbrž i trestního: vnější skutečnosti, které jsou dle právního řádu trestné, pokládají se za chtěné trestuhodnými (strafbar) subjekty.⁵⁾ (Dedukce Kelsenovy jsou důsledné, nezabrání však, že praxe půjde přec — a m u s í j í t i — cestou o p a č n o u !) Co jest tedy vůle ve smyslu právníckém? Nic jiného, než konstrukce, kterou se přiřitatelnost lokalizuje v nějakém subjektu (str. 145). V dalších vývodech poukazuje spisovatel na nedůslednosti konstrukcí *Zitelmann*a a *Binding*a, pokud chtějí udržeti psychologický a kauzální pojem vůle. — (V ů l e s t á t u.) Nesprávné směšování sociologické a juristické metody neukazuje se nikde tak jasně jako při konstrukci státní

⁵⁾ *Kelsen* poukazuje na delikty kulposní a praví: „Bei der Fahrlässigkeit wird das Schuldmoment lediglich dadurch gegeben, daß etwas gesollt, aber im Widerspruche zur Norm nicht eingetreten ist. Daß dasjenige, was vorausgesehen und vermieden hätte sollen, auch hätte vorausgesehen und vermieden werden können, ist eigentlich nebensächlich, wenn nicht gar falsch; dieses „können“ darf man ruhig weglassen. Es entstammt noch der indeterministischen Terminologie.“ (str. 136). A dále: „Es ist methodologisch von der größten Bedeutung, sich klar zu machen, daß jemand nicht deshalb an etwas „schuld“ ist, weil er dies Etwas gewollt oder gewußt (vorausgesehen) hat, sondern deshalb, und nur deshalb, weil er dieses Etwas nicht hätte tun oder verhindern sollen“ (str. 138). Konečně: „Man muß sich auch zu der Einsicht bequemen, daß es unrichtig ist, zu schließen: weil eine Schuld, darum eine Strafe, sondern umgekehrt: wie erst die Strafe, die auf einen Tatbestand gesetzt ist, diesen Tatbestand zum Unrecht macht, wie also aus der Strafe auf das Unrecht zu schließen ist, so ist zu folgern, weil und sofern eine Strafe, darum und insoferne eine Schuld“ (str. 142).

vůle. V první řadě jest zde vzpomenouti t. zv. organické theorie státní⁶⁾ (Gierke), která pojímá — zcela přírodovědecky — vůli státu jako psychickou skutečnost (massenpsychologische Tatsache), ačkoliv tím nedospívá k pojmu státní vůle, nýbrž v nejlepším případě k hromadné jakési vůli státního lidu (Staatsvolk). A i to jest hrubou fikcí, mluvíme-li zde o nějaké hromadné vůli lidu, který jak známo rozpadá se v tolik různých společností (národnostních, náboženských, vědeckých atd.). Avšak i t. zv. anorganická theorie státní (Jellinek) identifikuje sociologickou jednotu a jednotu juristickou. To, co označuje organická theorie státní jako hromadnou vůli (Gesamtwille), jest tím, co jmenuje anorganická theorie hromadným účelem (Gesamtzweck), kterému pak přisuzuje jednotnou vůli, ačkoliv uznává tuto vůli za „abstrakci“. Jeví se tedy u obou teorií tatáž chyba: Konstruovati státní vůli jako psychickou skutečnost. Spisovatel sám konstruuje vůli státu týmž způsobem jako vůli jednotlivců: jako konečný bod přičitatelnosti (str. 186). Osobnost státu jest tudíž stejně „právníckou“ jako osobnost všech ostatních právních subjektů. — (Logická forma normy právní.) Učení o právním pravidlu čili normě (Rechtssatz) jest centrálním problémem celé theorie Kelsenovy. Již v titulu díla naznačeno, že vyvozuje hlavní problémy nauky o státním právu z theorie právní normy. Spisovatel ptá se předem, co jest možným obsahem státní vůle projevené v právním pravidlu? Z názoru, že vůle v ethicko-juristickém smyslu jest konstrukce za účelem stanovení přičitatelnosti a že ve státní vůli zračí se společný bod přičitatelnosti pro jednání orgánů, které jeví se jako jednání státní, plyne důsledně, že stát nemůže nic jiného chtít, než své vlastní konání. Tím dáno jest již stanovisko autorovo k t. zv. theorii imperativní, která vidí ve státní vůli (tedy jinými slovy: v právním pravidlu) rozkazy dané poddaným t. j. spatřuje v ní chtění cizího konání. Východiskem theorie imperativní jest moment účelový: Státním řádem právním má býti zabezpečen pořádek. Teleologického momentu nelze však, jak již bylo řečeno, použití při tvoření právních pojmů. Neboť jurista neptá se „co chce stát?“, nýbrž „jak chce stát?“. A ptá-li se jurista „co chce stát?“, jest na to odpověď pouze: trest a exekuci, kdežto sociolog na to po případě odpoví: sociální pořádek, pokrok, osvětu atd. Dle theorie spisovatele neobsahuje tudíž norma nějaký imperativ — pojem normy nesmíme identifikovati s pojmem imperativu! — nýbrž hypotetický úsudek o podmíněné vůli státu. Schema právního pravidla jest tedy: za určitých okolností t. j. při určitém chování se lidí chce stát určité konání t. j. trestání a exekvování. V souvislosti s teorií imperativní kritizuje autor známou „theorii normovou“ *Bindung a Thona*, dle které za každým právním pravidlem — na př. „kdo spáše krádež, bude potrestán“ — stojí nepřesahující, samostatná (!) „norma“: „nepáchejte krádeží!“ Kelsen snaží se dokázati, že celá tato theorie vybudována jest na vulgárním způsobu mluvy, dle něhož zločinec zákon „porušuje“, „přestupuje“ atd., a má zajisté pravdu, když praví, že v názoru

⁶⁾ Srovn. mé „Příspěvky k theorii nuc. svazků“, str. 92.

o existenci podobných „nepsaných“ norem zračí se stanovisko přirozenoprávní v nejhorším smyslu. — Spisovatel rozeznává dvojí druh právního pravidla: pravidlo v užším smyslu t. j. pravidlo poddané zavazující a v širším sm. t. j. pravidlo stát zavazující. Z názoru na právní pravidlo jakožto hypotetický úsudek o podmíněné vůli státu, plyne autorovi důsledek — dle mého mínění ovšem poněkud povážlivý —, že stát nemůže činiti bezprávi. („Ein Unrecht des Staates muß unter allen Umständen ein Widerspruch in sich selbst sein.“ str. 249.) Případné skutečné bezprávi dlužno tudíž jedině přičísti orgánům státním. S velkou radostí a zadostiučiněním podepíši však další důsledek názoru jeho, ježto jeví se býti potvrzením mé vlastní, již před 5 lety hlásané theorie, že pro právníka nestojí stát oproti poddaným v poměru jakékoliv nadřizenosti a že nynější panující theorie dualismu mezi právem veřejným a soukromým, pokud užívá tohoto ajuristického kriteria rozlišovacího (na př. O. Mayer), musí se jeviti pro každého, kdo vládne vzácným bohužel darem samostatného úsudku a nepřidává se slepě k panujícím teoriím uznaných autorit, jako naprosté nonsens.⁷⁾ Dále podává se spisovateli s celkového jeho stanoviska.

⁷⁾ Budiž mi dovoleno citovati zde příslušný passus z díla Kelsenova pro jeho důležitost in extenso: „Gebieten und Verbieten sind Tätigkeiten, die ein Über- und Unterordnungsverhältnis voraussetzen. Befehlen ist eine Herrschaftsfunktion, der Ausfluß eines faktischen Machtverhältnisses. Der Staat „herrscht“ nur insofern, als die Rechtsordnung tatsächlich eine generale, wenn auch nicht ausnahmslos wirkende motivierende Macht ausübt, die Untertanen somit in der Regel die Gesetze des Staates befolgen und, wenn sie dies nicht tun, die Organe des Staates wiederum — unter dem faktischen Einflusse der besonderen die Organe verpflichtenden Rechtsätze — die Nachteile realisieren, welche der Staat in den Rechtssätzen im Unrechtsfalle verhängen will. Die Herrschaft des Staates ist nichts anderes als dieser tatsächliche Zustand konstanter Motivation. Allein für den Juristen kommt diese zur Welt des Seins gehörige sozialpsychische Tatsache der Staatsgewalt nicht in Betracht. Und wie der Rechtssatz nicht als Befehl, so erscheint der Staat dem Juristen nicht als Autorität, deren Wesen in der Fähigkeit faktischer Motivation liegt. Der Staat ist für den Juristen lediglich Person, das heißt Subjekt von Rechten und Pflichten. Das ist Voraussetzung aller juristischen Konstruktion. Damit ist aber unvereinbar, das Verhältnis des Staates zu den übrigen Subjekten als ein Herrschaftsverhältnis, als eine Befehlsrelation gelten zu lassen. Denn als Subjekt von Rechten und Pflichten ist er den übrigen Subjekten notwendig gleichgeordnet, nicht übergeordnet. Es ist ein offener Widerspruch, den Staats vom Standpunkte derselben (und zwar juristischen) Betrachtung zugleich als Person und als Herrschaftssubjekt auszugeben, da er in dem ersten Falle den übrigen Subjekten gegenüber verpflichtet und berechtigt, also unter Abstraktion des rein faktischen Machtverhältnisses koordiniert wird, in dem anderen Falle aber geradezu ohne Bedachtnahme auf eine rechtliche Relation und bei alleiniger Berücksichtigung des faktischen Machtverhältnisses den Untertanen — im ursprünglichen Sinne des Wortes — übergeordnet wird, die im ersten Falle als Rechtssubjekte dem Rechtssubjekte: Staat wie jedem anderen gegenüber stehen, im zweiten Falle aber nur als Objekte einer Herrschaft gelten können, deren Subjekt allein der Staat wäre. Jede Über- und Unterordnung, jedes Herrschaft-, Macht- oder Gewaltverhältnis ist rein faktischer Natur und mit den

důsledek, že stát nelze pokládati za tvůrce práva, nýbrž pouze za jeho nositele (str. 406). Tvoření se státu jakož i tvoření státní vůle jest pro spisovatele sociálním, nikoliv juristickým zjevem nebo děním. Tím ovšem vypadne mu celý zákonodárný proces ze systému právního — důsledek zajisté povážlivý, uvážíme-li, že jiné procesy tomuto juristicky úplně analogické (právě dle theorie K.) — na př. normující činnost jiných (sc. neosobních) subjektů právních, tedy „korporací“ v nejš. sm. — dlužno pak charakterisovati odlišně.

Ad III. Právní pravidlo jeví se subjektivně ve dvou formách: v subjektivní povinnosti a v subjektivním právu. Oné vykazuje spisovatel — oproti panující theorii — primární význam. — (Povinnost mravní a právní.) Podstatným momentem povinnosti mravní jest akt uznání se strany povinného. Nynější theorie konfunduje napořád oba pojmy. Spis. kritizuje různé theorie, které snaží se vyvoditi poslední důvod závaznosti právních norem, na př. *Heinzovu*, *Schlossmannovu*, *Holda z Fernecku*, *M. E. Mayera* atd. Nejdůkladněji však rozbírá oblíbenou „theorii uznání“ (*Anerkennungstheorie*), dle které jest důvodem platnosti právních povinností „uznání“ jich se strany povinného. Zabývá se zde hlavně teorií *Bindingovou*, kterou možno považovati za typickou. Dovozuje hrubou fikci, které se dopouštějí ti, kdož praesumují takové všeobecné „uznávání“ povinností právních. A zcela správně praví: „Unter dem Namen der Anerkennungstheorie hat der längst totgeglaubte, von den Vertretern der modernen Rechtswissenschaft mit Recht so bekämpfte Gedanke des contrat social fortgelebt. Es ist die gleiche Problemstellung, die zur Fiktion des Gesellschaftsvertrages und zu der Anerkennung geführt hat“ (str. 375). Dle vlastní theorie spisovatelovy možno mluvit o subjektivní právní povinnosti vedle objektivní právní normy jen tehdy, když jest dána možnost subjektivování (*Subjektivierungsfähigkeit*) této vzhledem ke konkrétnímu subjektu (str. 348). — Otázka, na koho jsou právní normy adresovány, nemůže vzniknouti pro autora. Neboť tím podobají se — zevně — právní normy zákonům přírodním, že neobracejí se na nikoho a že platí bez ohledu na to, jsou-li známy nebo uznávány. Právní norma konstruovaná jako hypotetický úsudek připouští jediné otázku: Kdo jest právní normou zavázán? (str. 395). — Se stanoviska svého učení musí spisovatel odmítnouti i theorii t. zv. sebevázanosti státu, ježto tato vychází s hlediska státní vůle jako psychického zjevu.

(Právní povinnosti státních orgánů.) Více než kde jinde splétá panující učení při nauce o orgánech sociologická hlediska s hledisky juristickými. Typickým zjevem jest zde theorie *Gierkova*, dle něhož spočívá podstata pojmu orgánního ve funkci pro celek, pro „organismus“.

Mitteln juristischer [Formalistik nicht ausdrückbar. Alle diese Beziehungen sind rechtliche Imponderabilien, denn das Recht kennt keine andere Relation als die von Verpflichteten und Berechtigten“ (str. 226). — Srovn. k tomu můj článek „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ v Archiv für öffentl. Recht, 1908, a mé „Příspěvky“.

To jest vysvětlení přírodovědecké nebo biologické, nikoliv však právnícké. Avšak i zastanci anorganické theorie státní (*Jellinek*, *Bernatzik*), kteří omezují funkci orgánů na tvoření právně relevantní vůle státu nebo jiného subjektu nefysického, zůstávají při sociologické kvalitě tohoto pojmu. Na otázku, jaká jeduání to jsou, která nepřičítají se fysicky jednajícím lidem, nýbrž státu, odpovídá K. takto: „Als spezifische Organtätigkeit sind jene Handlungen zu erkennen, die sich als Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Staatswillens darstellen.“

(P r á v n í p o j e m s p r á v y.) Slovo „spravovati“, „správa“ v původním sm. nemá právníckého významu; jest to pojem hospodářský. Použijeme-li k pojmové konstrukci hlediska teleologického pak není to stát, který „spravuje“, nýbrž on sám jest „spravován“, jinými slovy: stát pak není subjektem, nýbrž objektem správy. Chceme-li dojít k právnímu pojmu správy, nesmíme se ptáti: jaké účely sleduje stát, nýbrž v jaké relaci stojí akty označované jako „správa“ ku právnímu řádu? Nelze mluvit, o správě extra legem. V právním řádu vystupuje chtějící, ve správě jednající stát; v právním řádu vystupuje státní vůle podmíněně, ve správě nepodmíněně. Tím naznačeny též hranice mezi legislativou a exekutivou, správněji mezi právním řádem a správou. — (P r á v n í o s o b n o s t s t á t n í c h o r g á n ů.) Oproti právní normě, kterou státní orgán realizuje, není tento juristicky osobou, pokud se týče však orgánních povinností (které nesporně existují), má však orgán právní subjektivitu. Orgánní povinnosti stanoví pak právní normy t. zv. disciplinární (*Disziplinarrechtssatz*). Tyto a jen tyto normy může orgán plnit resp. porušit. — Spisovatel odmítá obvyklé rozlišování materiálních a formálních zákonů. — (P o j e m s u b j e k t i v n í h o p r á v a.) Autor probírá předem kriticky ony tři nejhlavnější konstrukce, které za podstatu subjektivního práva pokládají buď „zájem“ (*Jhering*), nebo „vůli“ (*Windscheid*) nebo konečně k o m b i n a c i obou (*Bernatzik*, *Jellinek*).⁸⁾ Se svého stanoviska musí ovšem K. tyto konstrukce odmítnouti. Subjektivní právo není zájem, který se chrání, nýbrž jest prostředkem chránícím nějaký zájem. Ostatně jest právě *Jheringova* konstrukce příkladem zcela libovolného omezení pojmu právní osobnosti na člověka.⁹⁾ Jak *Jheringova*, tak *Windscheidova* konstrukce

⁸⁾ Ve svých „Příspěvcích“ nazval jsem tuto poslední theorii „dvouprvkovou“ ony pak „jednoprvkové“.

⁹⁾ Nemohu si zde odříci citaci následujícího trefného passu z *Kelsenova* díla a věnuji jej všem těm, kdož ve svaté nevinosti filosofické pozastavovali se nad mým článkem „Ochrana zvířat se stanoviska právníckého“ (*Národní Listy* 1910, č. 122): Überdies ist das Dogma, das den Einzelmenschen zum alleinigen und Endzweck der Rechtsordnung macht, durchaus anfechtbar und wird von einem ethischen Standpunkte, der über den engen, speziell durch das Christentum gezogenen Kreis der Menschheit hinausgeht und etwa alles Lebendige, also insbesondere auch Tiere erfaßt (wie er sich z. B. in der Weltanschauung der Inder findet) entschieden verworfen werden. Gerade die in neuerer Zeit anwachsenden ethischen Strömungen, die Tierschutzbewegung, zum Teil auch der Vegetarianismus, werden unmöglich zugeben können, daß die Aufgabe der Rechtsordnung nur der Schutz des Einzelmenschen sei (str. 582).

spočívá na základech přirozenoprávních. Jako subjektivní právo jeví se u Windscheida celý okruh státovolné (staatsfrei) sféry jednotlivcovy. Tím dáno jest již odmítavé stanovisko K. k theorii kombinační; odmítá zde hlavně Bernatzikův pojem „průměrného zájmu“. „Práve“ jest dle K. forma a nikoliv obsah, ochrana a nikoliv předmět chráněný a definuje tudíž: „Das subjektive Recht ist (hier) der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist.“ (Str. 625.) (S u b j e k t i v n í p r á v o v e ř e j n é.) Jednou z nejskvělejších partií celého díla Kelsenova, ve které v pravdě virtuosní logika a právnícký důmysl jeho osvědčily se nejlépe, jest jeho k r i t i k a p a n u j í c í t h e o r i e o d v o j d í l n o s t i v š e h o p r á v a v e v e ř e j n é a s o u k r o m é. A autor tohoto referátu může si blahopřáti, že povstal mu v Kelsenovi společník tak výtečný. S lehkostí ovšem poráží naivnější theorie, vycházející z mysteriosního rozlišovacího kriteria, jež spočívati má v rozdílu mezi t. zv. zájmem soukromým a veřejným, a přistupuje k pronikajícímu rozboru nejunělejší theorie dualismu: k theorii *Jellinkově* (str. 631—655). V rámci celkového referátu o objemném spisu Kelsenově není pisateli možno obírat se náležitou obšírností tímto právě jemu zvlášť důležitým problemem; nemůže než odkázati čtenáře na četbu spisu samého. Jen tolik dlužno zde opakovati, že spisovateli jest j e d n o t n ý s y s t é m p r á v n í přímo programatickým postulátem celého díla, kterýžto postulát vysloven jest již v samé předmluvě: „Was die staatsrechtliche Konstruktion im besonderen* betrifft, so glaube ich gleich jetzt darauf aufmerksam machen zu sollen, daß ich im Gegensatze zu der herrschenden Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte auf jene besondere Differenzierung des letzteren gegenüber dem ersteren verzichtet habe, die auf der Berücksichtigung eines rechtlichen Herrschaftsverhältnisses zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten besteht. An Stelle der Konstruktion mit der zwei- oder mehrfachen Ebene, die neben den koordinierten Rechtssubjekten mit einem übergeordneten Staatssubjekte und eventuell noch mit den nach einer besonderen Richtung dem Staatssubjekte unterworfenen Organpersonen operiert, habe ich meine Konstruktion auf eine einzige Ebene beschränkt, letztlich geleitet von dem Bestreben möglicher Ökonomie der Begriffsbildung. Indem ich es ablehne, ein zwischen Staat und Untertanen bestehendes tatsächliches Herrschaftsverhältnis juristisch zu konstruieren, weil ich es eben juristisch nicht für erfaßbar halte, muß ich des Einwandes einseitig privatrechtlicher Betrachtungsweise gewärtig sein. Allein, meine Arbeit wird vielleicht zeigen, daß ich nicht das Privatrechtssystem ungebührlich überspannt, sondern daß ich das Staatsrecht weit über seine bisherigen Grenzen ausgedehnt habe, daß ich nicht auf dem Standpunkte stehe: Alles Recht ist Privatrecht, — sondern gerade umgekehrt, den Grundsatz vertrete: Alles Recht ist Staatsrecht. Jedenfalls halte ich an dem Postulate einer einzigen allgemeinen Rechtslehre und einheitlicher juristischer Grundbegriffe fest, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind und für

alle Gebiete nach denselben methodologischen Prinzipien zu konstruieren sind.¹⁰⁾

(Zavazující práva a oprávnující povinnosti.) Že by nějaké subjektivní právo mohlo být zároveň subjektivní povinností téhož právního subjektu, jest logickou nemožností. (K témuž výsledku dospěl jsem v článku: „Povinnost provozování živností a uzavírání smluv“, Sborník XI., str. 376.) Spojitost lze si dle K. mysliti jen tak, že v určitých případech jest stanovena povinnost někoho, aby právo své přivedl k platnosti; zde však předmět práva a povinnosti není totožný. Ostatně jest tato logicky sice možná konstrukce pro praxi bezúčelnou (str. 678). — Poslední dvě kapitoly jednájí o právním postavení voličů a panovníka a o poměru orgánů a zástupců. Dílo své zakončuje autor opětným poukazem na neudržitelnost různých ajuristických pojmů, kterými má být dualismus mezi veřejným a soukromým právem udržen. Zcela správně praví: „Indem die Theorie des öffentlichen Rechtes einen rechtlichen Ausdruck für staatliche Machtverhältnisse zu finden bemüht war, hat sie sich mit einem Fuße in die Politik und Soziologie gestellt“ (str. 704).

Jen několika slovy chci zde ještě přičiniti všeobecnou charakteristiku díla Kelsenova. Kelsen jest radikálním formalistou, který v právu hledá všude jen formu, nikdy obsah. Vynikající autorovo nadání logické, vzácná odvaha k samostatnému úsudku zaručují knize trvalý úspěch, který bude tím trvanlivější, čím později se dostaví („Gut Ding braucht Weile“). Jediné, co bych tomuto standardu novější literatury právnické mohl vytknouti, jest místy přílišná rozvláčnost jeho, která snad u čtenářů méně trpělivých mohutný dojem celkový poněkud seslabí.

¹⁰⁾ Srovnej k tomu mé „Příspěvky k theorii nucených svazků“, str. 76 a článek „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ v Arch. f. öff. Recht 1908. K zásadnímu názoru mému o jednotnosti všeho práva přidal se v nejnovější době ostatně i *Laun*. Viz „Oesterr. Zeitschrift für öffentl. u. private Versicherung“, II. svaz., str. 362: „Meiner Überzeugung nach gibt es einen derartigen Gegensatz, so wie man ihn heute versteht, nicht, der Dualismus zwischen öffentlichem und privatem Recht ist eine historisch zu erklärende Konstruktion, welche heute zum Verständnis und zur Anwendung des Rechtes überflüssig und darum falsch ist; es besteht nur eine ganze Reihe anderer Gegensätze, zum Beispiel jener der Kompetenzen oder jener zwischen Handhabung der Befehlsgewalt und Tätigkeit ohne Befehlsgewalt usw. Diese Gegensätze kreuzen sich aber in mannigfaltiger Weise und geben weder einen Anlaß noch ein Substrat zu einer Zerreißung der Rechtsordnung in zwei von einander scharf getrennte Teile. Hier ist jedoch nicht der Ort, diese übrigens in der Literatur schon vertretene Anschauung näher zu begründen“. Dále srovnej v témž smyslu *Dr. Stark* v článku „Öffentliches Recht“ (Jur. Blätter, 1912, č. 29, 30), kde dobře vystihuje, jak z původně revolučního poslání dualismu vyvinul se nyní přísně konservativní jeho ráz. Neboť jím má se chrániti nadvláda „veřejnoprávního“ subjektu (státu) oproti soukromoprávním subjektům (poddaným).