

plodu,<sup>80)</sup> cizoložství se strany manžela, (svátost manželství), lichvy, ale též i k řadě předpisů humanních a sociálních (ochrana vdov, matek, chudých), beztrestnost při lítosti (srv. § 187. tr. z.) atd. (Bussbücher, Konzilienbeschlüsse). Ještě Karolina ovládána je silně vlivy náboženských zájmů (rouhání, kouzelnictví, sebevražda, zejm. čarodějnictví.) Stejně i Theresiana (účinná lítost u četných deliktů jako okolnost polehčující; účel zákona [úcta boží]<sup>81)</sup>); táž ještě v čl. 58. podržuje čarodějnictví jako zločin náboženský.

Teprve osvícenská doba (Montesquieu) přinesla obrát, jeví se zejména v tr. z. Josefinském z r. 1787, který vyloučil náboženské delikty z kriminálních zločinů, pokládaje je za věc ryze náboženskou.<sup>82)</sup> Příčinou tohoto úpadku náboženských zájmů byly i velkolepé objevy přírodovědeckého bádání (Koperník † 1543, Kepler † 1630 a Galilei † 1642), které přivodily úplně nový světový názor ve vědě, jež přestala býti odvislou od theologie.

Úpadek ten nemohly zadržeti ani pozdější do jisté míry reakcionářské snahy pozdějších zákonů a vliv náboženských zájmů klesá stále víc a více. Patrně tak na př. z § 122 tr. z., jenž byl zák. z 25/5. 1868 č. 49. ř. z. značně okleštěn a ze stále liberálnějšího výkladu § 303 tr. z. atd. Srv. pozn. 31.

V osnově tr. z. rozkladný ten proces jde ještě dále, neboť urážka náboženského sluhy není již více trestna a rušení náboženství přestalo být zločinem v technickém smyslu, a při porušení náboženského citu žádá se, aby stalo se pohoršlivě. (Srv. §§ 247, 249 250 osn. tr. z.)<sup>83)</sup>

Zevním znakem tohoto úpadku náboženských zájmů je i stále více se ozývající volání po odluce církve od státu a tak pozvolna stává se náboženství věcí soukromou a není snad daleka doba, kdy náboženské zájmy odpadnou z řady zájmů společných a budou účastny nadále jen takové ochrany, které zájmům soukromým ve státě vůbec lze poskytnouti.

Že zájmy náboženské ocitaly se v časté kolisi s jinými zájmy společnými, na př. státními (militarismus) a kulturními (věda), bude ještě dále uvedeno.

## § 9. Zájmy ethické.

Lidská společnost, jako volné sdružení všech jedinců určitého státu na podkladě ethickém,<sup>84)</sup> má svrchovaně důležitý zájem na tom, aby se

<sup>80)</sup> Dle říms. pr. podléhal čin ten původně jen censorské dítce a otcovské kázni.

<sup>81)</sup> Uvoz. pat. k Theresiane uvádí mezi účely tr. z. v první řadě „úctu boží“ a stanoví kruté tr. sty na rouhání se bohu (uříznutí neb vytržení jazyka).

<sup>82)</sup> S rouhačem mělo se nakládati jako s osobou duševně chorou a měl být proto odevzdán do blázince.

<sup>83)</sup> Ozývají se dokonce hlasy, aby byl škrtnut i zločin rouhání (Venedikt, Bemerkungen zum Vorentwurf des Strafgesetzbuches G. Z. 1910 str. 7). — Dle § 190 uhers. tr. z. dopouští se přečinu, kdo vyvolá veřejné pohoršení hanlivými výrazy proti bohu neb násilně překáží obřadu náboženství státem uznaného, nebo jej ruší; delikt ten patří před okresní soud.

<sup>84)</sup> Wagner, Grundlegung der politischen Oekonomie; „Společnost bez morálky není myslitelná.“

strany těchto jedinců nebylo předsevzato ničeho, co by porušovalo tento mravní základ společnosti a aby nestalo se ničeho, co by odporovalo mravnímu citu, jenž se v lidské společnosti v určité době ustálil.<sup>85)</sup> Je to duše davu, společná představa dobra a zla, zrcadlo, v němž se obráží svědomí současné lidské společnosti — co zahrnuje je v pojem těchto ethických zájmů.

Ve světle těchto ethických zájmů nabývají různé lidské činy různého zbarvení a zdůvodnění a jsou proto zájmy tyto jakýmsi nutným doplňkem všech zájmů před tím zmíněných. Pochopitelně tudíž, že dochází tu přechasto ke kolisi se zájmy ostatními a že třeba kolisi tu řešiti (viz dále).

Co rozuměti dlužno mravním citem či mravem (Sitte) společnosti, nelze povšechně definovati. Směrodatny jsou tu tyto okolnosti:

1) **Základní názory ethické o dobru a zlu.** Dle těchto názorů spočívá měřítko toho, co je dobré či zlé, posléz v nitru člověka samého, dále v poměru jeho jednání k cíli, tedy v motivu a smýšlení, dále v pocitu povinnosti a spravedlnosti. Dobrem zove se pak vše, co blaho společnosti zachovává a podporuje, zlem pak pak toho,<sup>86)</sup> tedy egoism v jeho různých stupních a formách. Týž je tím zavržitelnější, čím je uvědomělejší, tedy čím více čin jeho má zapuštěny kořeny v celém smýšlení (Gesinnung) pachatele.

2. **Určitý stupeň kultury lidské společnosti v určité době.** Patrně, že na vysoké úrovni vzdělání stojící národové budou míti jiné představy o mravu, o dobru a zlu, nežli národové nekulturní.

3. **Stejnost názorů, stejné hledisko** ke všem případům téhož druhu během určité doby. Tvoří se tak obecný úsudek, zvyklost, obyčej, tradice v širším smyslu slova.<sup>87)</sup>

Vlivem těchto tří činitelů dochází k utvoření určitého mravu, který se jeví v ethických zájmech. Jsou to tedy zájmy, jimiž společnost lidská podrobuje se stanoviska ethického kritice činy svých příslušníků, spatřuje v nich buď činy dobré neb zavržitelné. Tím ovšem není řečeno, že by zájem tento byl jediné směrodatný a rozhodující. Na př. vraždění spoluobčanů uznává společnost za nemravné, ale uznává, že je nutno hájiti vojskem vlast proti zevnějšímu nebo vnitřnímu nepříteli. Zájmy státní neb hospodářské nabývají tu převahy nad ethickými. Pomoc při sebevraždě, souboji atd. může být činem mravně dobrým,<sup>88)</sup> porušuje však jiné společné zájmy (hospodářské) atd.

Nejedná se tu tedy o nějaké absolutní dobro neb zlo, jemuž by se musily podříditi všechny ostatní zájmy společné, nýbrž jen o ethické ocenění kvalit určitého činu v určité době bez ohledu na jiné zájmy<sup>89)</sup>

<sup>85)</sup> Srv. Kant, „Metaphysik der Sitten“ a starou Alpiánovu formulku „honeste vi, vere, neminem laedere, suum cuique tribuere.“

<sup>86)</sup> Srv. Höffding. I. c. I. též pozn. 1.

<sup>87)</sup> Dlužno ovšem přesně rozlišovati právo od morálky. Obé nemusí se srovnávati. Právo je ethické minimum. Byly ovšem doby, kdy obyčej a tradice tvořily zároveň právo trestní, buď výhradně neb alespoň podpůrně.

<sup>88)</sup> V Německu má tu místo custodia honesta, stejně i v Uhrách (státní vězení).

<sup>89)</sup> Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes 1898, str. 40. Soudce nemá bráti za měřítko minulou neb budoucí neb dokonce pouze theoretickou morálku, nýbrž morál., jak je jeho doba, jeho země a jeho lid uznává a zachov. (Práv. 1899 str. 177)

o úsudek, že jistý čin odpovídá mravnímu citu společnosti a **slušnosti (Billigkeit)**.

Ethické zájmy jsou původu prastarého, než obsah jejich byl v různých dobách různý, měně se dle nižší či vyšší úrovně kultury (viz ad 2) a důsledkem toho i ethický podklad trestních zákonů byl nestejný.<sup>90)</sup>

Nelze proto odsuzovati starší trestní zákony paušálně jako kruté, nelidské (viz přísné tresty, smrt upálením, znetvořením, lámání kolem, upálení, mučidlo). neboť dle stavu **tehdejší** kultury a dle tehdejších názorů ethických byla přísnost ta subjektivně (mravně) odůvodněna; tehdejší společnost nepocítovala krutost tu za nemravní, ethicky zavržitelnou.<sup>91)</sup>

Jak pronikavé změny v ethickém nazírání nastaly od té doby, lze uvést na několika případech. Tak příslušelo na př. poškozenému při dopadení zloděje<sup>92)</sup> neb manželé neb otec dopadnuvšímu svůdce své ženy (dcery)<sup>93)</sup> právo usmrtiti pachatele (Tötungsrecht); vrchnosti příslušelo právo znásilniti své poddané (jus primae noctis), trestán byl i původce škody nezaviněné,<sup>94)</sup> stíhání byli kacíři čarodějnice, byly pravidelnými kruté tresty tělesné, »boží soudy«, řády útrpné atd.<sup>95)</sup>

Že tehdy tyto názory byly názorem celé společnosti, jde z toho, že v době nejstarší vykonávalo soudnictví samo shromáždění celého národa a nalézáni práva příslušelo veškeré obci shromážděné.<sup>96)</sup> Právo zvykové mající svůj základ v mravním citu lidské společnosti, je tu právem trestním, čemuž je z části i u pozdějších psaných zákonů (na př. Karolina, jež odvolává se na obyčej a radu pravoznalců, stejně i Theresiana).<sup>97)</sup> Teprve doba osvícenská (Josefinský zák. z r. 1787) vyloučila celkem platnost práva obyčejového z trestních zákonů. Leč obyčej nezůstává přec ani ještě potom bez jakéhosi vlivu (při otázce právoměrnosti, nouze, nutné obrany).

Moderní trestní zákony přihlížejí plnou měrou, pokud jen možno, k ethickým zájmům lidské společnosti, zdůrazňujíce **stále více ethický**

<sup>90)</sup> Srv. uvoz. pat. Theresiany, v němž se klade důraz na „die Einführ- und Beibehaltung guter Sitten u. Tugend haften, Wandels, Vorbieg- u. Ausrottung aller Lastern, Schützung des Guten u. Bestrafung des Bösen,

<sup>91)</sup> Nietzsche (Jenseits von Gut u. Böse IV. 149) praví: „Co nějaká doba pocítuje jako zlo, je obyčejně nečasový dovětek (ein unzeitgemässer Nachschlag) toho, co bylo jednou pocítoováno jako dobro („atavismus staršího ideálu“). — Höfding, l. c. str. 93: Zločinec je, stejně jako světec a jiní velcí muži, dítě své doby a své rasy. Týž l. c. str. 94: Kacířský soudce ví, co činí, odsuzuje-li člověka pro jeho vtru k smrti, není mu však jasno, že je to z vyššího ethického stanoviska zavržitelné. „Kdo krade, aby nasýtil své hladovici děti, stojí v ethickém ohledu vysoko nad tím, kdo hmotný neb duševní kapitál, jenž mohl mnohým přijíti k dobru, promrhává.“ — I zákonodárce je člověkem své doby a odchovancem současných ideí společenských.

<sup>92)</sup> dle říms. práva :zloděje nočního.

<sup>93)</sup> dle říms. i germ. práva.

<sup>94)</sup> tak v říms. právu. Teprve vlivem řeckých etiků kladena stále větší váha na vůli protiprávní.

<sup>95)</sup> Neschází tu však ani ethických momentů pokrokových, na př. ohled na hladového zloděje (C C C), litost a pod.

<sup>96)</sup> Nálezce rozsudku (Urteilsfinder) čerpal právní zásady z právního přesvědčení své doby, Storch, Rak. právo trestní.

<sup>97)</sup> Táž sama odvolává se na dobré mravy a přec jak značně lišily se tyto s ethickým stanoviska od našich!

**element**, jak u činů trestních (pohnutky šlechtivé, altruistické), tak i co do způsobu trestání těchto činů.

Přichází stále více k platnosti **interní život pachatele (subjektivism)** a poměr jeho k zevnějšímu činu, jeví se zejména v  **motivech** v protisociálním smýšlení a **vůli**. (Sociálnost a protisociálnost pohnutky). Motiv uznáván tu nejen jako okolnost trestnost zvyšující<sup>98)</sup> neb zmenšující<sup>99)</sup>, nýbrž jako okolnost trestnost<sup>100)</sup> neb dokonce i vinu vylučující.<sup>101)</sup> Osnova tr. z. sama liší motivy jako uznání hodné a zavržitelné. Zájmy tyto mnohdy tedy zatlačují zájmy jiné [na př. hospodářské] (t. zv. subjektivní momenty).

Stále více zdůrazňuje se snaha postihnouti trestem jen vinníka a to trestem odpovídajícím jeho zavinění.<sup>102)</sup> Vzniká tím veliká řada nových problémů (zmenšená přičetnost, účel trestu, úprava jeho [odpadá tmavá komůrka], nebezpečnost pachatele).<sup>103)</sup>

Ethické zájmy dávají podklad k vzniku nových trestních předpisů, stíhajících necit a nelásku vůči spolubližnímu, tak na př. opomenutí

<sup>98)</sup> Srv. §§ 43, 60 osn. tr. z.: zpětlost, obzvláštní surovost, hrubá žistnost, nestydatost, štítění se práce; § 45 mluví o zvláště zavržitelných pohnůtkách. § 286: obzvláštní krutost. — Dle § 3. zákona o právu volebním a volitelnosti z 31. I. 1919 č. 75 sb. z. a n.) nastává ztráta volebního práva do obci, byl-li čin trestní spáchán z pohnůtek nízkých a nečestných. — Švýc. osn. tr. z. mluví v čl. 88 o „gemeine Gesinnung“

<sup>99)</sup> Srv. § 44 osn. tr. z.: lítost nad činem, rozčilení, § 47: prudké pohnutí myslí (§ 288), bona fides atd. — Něm. osn. tr. z. rozeznává „polehčující okolnosti“ a „zvláště lehké případy“, na př. jednání v dobrém úmyslu, následkem provokace. Srv. i § 459 nového rusk. z. z 22. III. 1903: „usmrcení za těžkého duševního rozčilení“, stejně i § 281 uhers. tr. z.

<sup>100)</sup> Srv. § 119 osn. tr. z. (nadržování válečnému zajatci) § 120 (nadržování nepřátelským vyzvědači) a § 133 (nadržování sběhu) při poměru přibuzenském. Cit rodný je tu přijímán jako motiv ušlechtilý.

<sup>101)</sup> Dle § 398 osn. tr. z. není bezprávnou žebrota, stala-li se z bíd. Hazardní hra je dle § 399 osn. jen tehdy trestním činem, je-li provozována po živnostensku.

<sup>102)</sup> Již franc. konstituanta proklamovaná 26. VIII. 1789, v čl. 8 pravi: „La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires“. Zásadu tu převzal i Josefinský trestní řád z 1787. — V tom, že se klade v moderní vědě trestní tak značná váha na momenty subjektivní (motiv, nebezpečnost), spatřují někteří (tak Benedikt „Bemerkungen zum Vorentwurf des Strafgesetzbuches G. Z. 1910 str. 3 a 365“) povízlivé zmatení hodnotného pořádku statků. Než neprávem. Ve smyslu našeho názoru konkuruje totiž zájem ethický s ostatními zájmy (na př. hospodářskými) a je možno, že důležitost jeho vystoupí nad ostatní zájmy v takové intenzitě, že váha spoluporušených ostatních zájmů ustoupí do pozadí. Je tedy odůvodněn přísnější trest na př. při krádeži i méně cenné věci, byl-li jen touto krádeží zájem ethický značně porušen, zejm. vzhledem k zavržené pohnůtce. — Z toho patrné, že pojem veř. zájmu nekryje se vždy s hodnotou porušeného statku, jak již shora bylo častěji naznačeno. Nebude tedy zpravidla ani při tomto subjektivním pojímání zločinu porušena zásada o proporcionalitě mezi činem a trestem. Ostatně bude se tu jednati přechasto o delikty kombinované (viz kap. 1<sup>a</sup>), při nichž s poruchou určitého právního statku spojeno je zároveň ohrožení příštích statků, takže trest bude tu mít spíše ráz přísných opatření zabezpečujících.

<sup>103)</sup> Úkoly těmi zabývá se zejména moderní škola pozitivistická, která žádá, aby byl trest vyměřen dle velikosti a intenzity pachatelovy a dle jeho společenské hodnoty. Srv. Storch, o významu nynějších snah a směrů pozitivistických ve vědě práva trestního, Právník 1904 str. 785.

pomoci (indolenza colpevole)<sup>104</sup>), neb vůči zvířectvu, (chytání ptactva, týrání zvířat<sup>105</sup>) a budou velmi závažny při posuzování otázky právo-měrnosti či bezprávnosti neb beztrestnosti činu.

Do jaké míry bude zákon ovládán ethickými zájmy, bude záležití dle váhy a důležitosti i ostatních zájmů společných, neboť je právě zákon výslednicí všech zájmů lidské společnosti s úkolem sloužiti praktickým potřebám společnosti. Tím lze si vysvětliti v některých případech dis-krepanci mezi zákonem a etikou. V častých případech odpovídal zákon v době sepisování ethickým zájmům, ale průběhem doby — změnou spol. zájmů, zejm. i zájmů ethických — přestal jim vyhovovati.

## § 10. Hlasatelé společných zájmů.

Zmínili jsme se shora, že lidská společnost je toliko představou, fikcí. Neexistuje tedy formálně žádný zástupce, jenž by všeobecně, na způsob zastoupení osob právnických, přiváděl její zájmy ve viditelné formě k platnosti.<sup>106</sup>) Namane se otázka, jak a z čeho lze tedy poznati, a vyčístí existenci a povahu těchto společných zájmů, zda a jakým způsobem manifestují se ony nějak na venek.

Takoví mluvčí a zastanci společných zájmů vskutku existují a jsou to:

I. **věda práva trestního.** Tato všímajíc si jednotlivých zjevů života společenského a přibližuje k zájmům lidské společnosti, stává se hlasatelkou jejich a nutí váhou svých poznatků zákonodárce, aby všímal si jejich projevů.<sup>107</sup>) Materiál zákonodárci takto poskytnutý je mnohdy velmi černý. Zákonodárce nejen že jej přejímá, nýbrž přenechává dokonce mnohdy vědě, aby některé nezbytné nejasnosti předpisů trestních sama svými poznatky doplňovala a soudci v interpretaci zákona napomáhala, v přesvědčení, že věda tlumočí jen názory lidské společnosti. Ovšem bude tu přihlížeti k souboru veškeré vědy trestní, nikoli snad jen k zastanci určitého směru, neboť existence jinakých názorů je právě důkazem, že vzniká tu kolise a nezbude tedy než kolisi tu buď přijetím převládajícího názoru neb cestou kompromisu řešiti.

Že zákonodárce vidí ve vědě mluvčí lidské společnosti, jichž dlužno respektovati, jde z historie celé řady předpisů trestního práva na jevo. Vzpomeňme jen dalekosáhlé činnosti italských právníků při recepci římského práva, francouzských a německých syntetiků (Mathaeus, N. Vigilius), saských právníků, empiriků (Carpzow), racionalistů (Gro-

<sup>104</sup>) Dle § 314 osn. tr. z. je trestný, kdo opomene jiného ze zjevného nebezpečí života zachrániti neb cizí pomoc k záchraně přivolati. — Dle § 360 č. 10 něm. tr. z. (t. zv. Liebesparagraph) dopustí se trestného činu, kdo neuposlechne při neštěstí výzvy k pomoci, ač může učiniti tak bez vlastního nebezpečí. — Podobně stihá § 257 osn. tr. z. toho, kdo ženu s ním těhotnou, která následkem těhotenství neb šestinedělí nemůže se o sebe starati, vydá v šanc nouzi neb bezpomoci. Srv. i § 142 uherského tr. z. o přest.

<sup>105</sup> Dosud trestno jen úřadem policejním (obcí) a to jen tehdy, stalo-li se mučení veřejně a způsobem veřejné pohoršení vzbuzujícím (min. nař. z 15. II. 1855 č. 31. ř. z.) Dle § 479 osn. tr. z. je týrání a surové nakládání se zvířetem bez výhrady přestupkem. — Stejně i dle § 86 uhers. zák. o přestupcích.

<sup>106</sup>) O zástupci veř. zájmu na poli práva trestního viz kap. 17.

<sup>107</sup>) Srv. Průšák l. c. str. 28.