

POSTAVENÍ A ÚPRAVA OKOLNOSTÍ VYLUČUJÍCÍCH PROTIPRÁVNOST V PŘIPRAVOVANÉ REKODIFIKACI TRESTNÍHO PRÁVA HMOTNÉHO

doc. JUDr. JOSEF KUČTA, CSc.

Katedra trestního práva Právnické fakulty MU Brno

Zamýšlená rekodifikace trestního práva hmotného po mnoha peripetiích dospívá do poslední fáze, s odůvodněným předpokladem jejího přijetí v brzké době Poslaneckou sněmovnou. V procesu příprav byla permanentně věnována pozornost i skupině okolností vylučujících protiprávnost. Rekodifikační návrh počítá s určitými změnami jak v dosavadním znění jednotlivých okolností vylučujících protiprávnost, tak i v samotném katalogu těchto okolností zařazením některých nových okolností. I přes fakt, že v průběhu přípravy bylo již přihlédnuto k některým podnětům z teorie i praxe, zdůvodnění těchto změn je v mnoha případech velmi stručné a obtížné lze vysledovat koncepci či filosofii, která má být jejich základem. Právě v této fázi považujeme za vhodné ještě jednou se zamyslet jak nad navrhovanými změnami, tak nad podněty a připomínkami, které toto znění stále vyvolává.

Nový pohled na koncepci těchto okolností vylučujících protiprávnost patrně vyvolá uvažovaný přechod na formální pojetí trestného činu. Doposud byla nutnost existence těchto okolností dovozována z materiálního znaku trestného činu – společenské nebezpečnosti, kdy právě absence tohoto znaku v konkrétním případě, když jinak byl naplněn znak formální, byla důvodem pro vyloučení protiprávnosti. V návaznosti na současné aktuální úvahy o vypuštění tohoto materiálního znaku může být východiskem pro zdůvodňování existence a povahy těchto okolností německá nauka o třístupňové výstavbě trestného činu (skutková podstata – protiprávnost – vina). Podle této nauky, naplňuje-li jednání a další objektivní skutečnosti skutkovou podstatu, je zpravidla porušen chráněný zájem a je tedy dáno typové bezpráví (Unrecht). Toto bezpráví pak předpokládá, indikuje protiprávnost. V některých případech však tento předpoklad nepostačuje, poněvadž mohou být dány výjimečné případy jednání, které jsou obvykle protiprávní, ale výjimečně mohou být s právem v souladu, a proto je třeba vzít je při konečném hodnocení protiprávnosti v úvahu. To je praktické tam, kde porušení zákazu je právně prohlášeno za přípustné. Takové povolení může být uvedeno přímo v trestním zákoně nebo i v jiných právních odvětvích. Protiprávnost jednání jinak naplňujících skutkovou podstatu se tedy vylučuje proto, že zákaz vyplývající z normy trestního práva není v konkrétním případě závazný v důsledku existence jiné normy, která takové jednání dovoluje¹.

¹ Schulz, H.: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechtes, ester Band, Staempfli Verlag Bern 1977, str. 136.

Tyto zvláštní normy, které i přes obecný zákaz určité konkrétní jednání povolují, mají dva podstatné znaky. Formálním jejich znakem je, že představují určitou výjimku z pravidla protiprávnosti jednání naplňujících skutkovou podstatu. Působí tedy uvnitř skutkových podstat trestných činů jako jejich negativní znaky a určují jejich beztrestnost, lze dokonce hovořit o tzv. negativních skutkových podstatách těchto okolností². Po materiální stránce jsou pak charakterizovány porovnáváním a vzájemným hodnocením různých hodnot.

Patrně je třeba při konkrétních úvahách vycházet z toho, že okolnosti vylučující protiprávnost ve svém celku představují určitý způsob řešení konfliktu zájmů, z nichž pouze jeden může být preferován nebo zachráněn. Řešení by mělo vycházet z toho principu, že hodnotnější zájem má mít přednost před zájmem méně hodnotným. Který zájem však v jaké situaci bude preferován, je otázka konstrukce jednotlivých těchto okolností. Obsahová konkretizace je přitom možná ze dvou hledisek – porovnáváním objektivních hodnot určitých statků či zájmů, či mohou být tyto zájmy a statky hodnoceny ve vztahu k jejich nositelům. V prvním případě existuje jednotná hierarchie zájmů a porovnávají se tyto zájmy samy o sobě s přihlédnutím ke stupni nebezpečí a šanci záchrany (např. u krajní nouze), ve druhém případě rozhoduje především, zájmy koho jsou porovnávány, přičemž základ spočívá v oddělení zájmových sfér různých osob (např. u nutné obrany)³. Proto může být objektivně závažnější zájem v konkrétní situaci hoděn menší ochranou než zájem sám o sobě méně závažný, pokud je možno klást nositeli vyššího zájmu vznik nebezpečné situace za vinu.

Konstrukce jednotlivých okolností vylučujících protiprávnost je proto kombinací principu zvažování a porovnávání zájmů a principu přičitatelnosti určité situace určité osobě. Pokud pramen nebezpečí nemůže být přičten k tíži žádné z osob, o kolizi jejichž zájmů se jedná, bude rozhodovat zejména porovnávání těchto zájmů, poněvadž jejich pozice ve vztahu ke způsobení nebezpečí je jinak shodná.

K zásadě porovnávání zájmů pak přistupuje přičitatelnost v případech, kdy lze vznik nebezpečí přičíst k tíži některému ze subjektů. Existuje nepochybně více stupňů přičitatelnosti, od přičtení objektivního kauzálního následku určitého jednání (v případě dovoleného rizika, kdy by se patrně měla uplatnit zásada, že kdo má prospěch z určité činnosti, by měl nést také nevýhody, které z ní mohou vzniknout)⁴, až k případům zaviněných útoků na chráněné zájmy (u nutné obrany). Zde se postavení útočníka mění tak zásadně, že princip zvažování a porovnávání ohrožených osobních zájmů ustupuje značně do pozadí a přihlíží se spíše k okolnostem jiného charakteru.

Jednotlivé okolnosti vylučující protiprávnost jsou velmi rozmanité a lze je jen obtížně systematizovat, neboť jsou také rozmanité důvody a hlediska vedoucí k vyloučení jejich protiprávnosti. Navzájem sobě podobné okolnosti mohou být vyjádřeny i v mimotrestních normách, mění se v čase, takže zásady na ně se vztahující mívají omezenou platnost. Navíc existuje i řada teorií, které vycházejí z rozdílných principů. Tak např. se za společný princip těchto okolností považovala účelová teorie, podle níž

² Roxin, C.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I., Beck München 1992, str. 392, 397.

³ Hruschka, J.: Strafrecht nach logisch analytischer Methode, de Gruyter Berlin 1983, str. 111, 112.

⁴ Fuchs, H.: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I., 2. Auflage, Springer Verlag 1997, str. 56.

je základem vyloučené protiprávnosti přiměřený prostředek k dosažení zákonem aprobovaného účelu, dále teorie prosazující převahu užítku z jednání nad škodou, princip porovnávání hodnot, princip převažujícího zájmu apod. V poslední době převažuje mínění, že všem okolnostem je společné pouze to, že jsou prostředky společensky správné a prospěšné regulace střetu protichůdných zájmů. Další strukturování kategorie okolností vylučujících protiprávnost je možné pouze na základě vypracování základních obecných společenských principů a zásad.⁵

Tyto principy se ale projevují u jednotlivých okolností v rozdílných mírách a kombinacích, působí jako obsahově konkretizující výkladové směrnice. Tak např. nutná obrana vychází z principu ochrany a osvědčení principů práva, krajní nouze kombinuje princip ochrany zájmů s principem proporcionality a subsidiarity apod. Souhrn těchto principů pak ozřejmuje, podle kterých kritérií mají být řešeny konflikty zájmů tam, kde znění zákona dává prostor pro více možností. V důsledku rozmanitosti života a jeho změn nemůže být výčet těchto principů a jejich působení omezen, stejně jako nemůže být jednou provždy dokončena systematizace jednotlivých okolností vylučujících protiprávnost.

Výše uvedených principů by se měl patrně zákonodárce při úpravě okolností vylučujících protiprávnost přidržovat, byť třeba v poněkud modifikované formě, kdy by mohl brát v úvahu i některé další aspekty, kterým v určitých obdobích přikládá důležitost (např. zohlednění sociálních aspektů při nutné obraně, zdůraznění okolností technického charakteru, které lze snáze dokumentovat a dokazovat). Projevy těchto principů nejsou v předkládaných návrzích vždy zcela jasně patrné, na druhé straně jsou zde obsaženy cenné příspěvky k prosazení zásady zákonnosti i v této oblasti cestou zpřesňování definic stávajících zákonem upravených okolností i nové zákonné úpravy okolností nových. Sami předkladatelé tohoto projektu však zdůrazňují, že výčet okolností vylučujících protiprávnost není uzavřen a ani uzavřen být nemůže, a proto v trestním zákoníku mají být upraveny jen nejdůležitější a nejfrekventovanější typy těchto okolností.

K jednotlivým předkládaným konkrétním námětům mám následující poznámky:

1.

S navrhovanou úpravou u krajní nouze je třeba souhlasit. O krajní nouzi by skutečně nemělo jít tehdy, jestliže ten, jemuž nebezpečí hrozí, je povinen je snášet. Tuto povinnost snášet nebezpečí ukládají určitým kategoriím osob zvláštní předpisy (např. zákon o Policii ČR), a tyto osoby se jí nemohou vyhybat poukazem např. na to, že nebezpečí pro sebe odvrátily např. útekem. Krajní nouze v tomto směru by vylučovala protiprávnost činů, které by jinak byly např. zneužitím pravomoci veřejného činitele, neposkytnutím pomoci atd. Navrhované ustanovení, které pro tento případ dává jasné vodítko a jednání z dosahu krajní nouze vylučuje, znamená zpřesnění úpravy a je tedy přínosem.

Zákon by měl reagovat i na podrobnější úpravu případů, kdy je vědomě obětován život jedné osoby za cenu záchrany života více osob (úmyslně je usmrcena osoba, aby

⁵ *Roxin, C.:* cit. dílo, str. 382, 383.

jí byly odebrány orgány a transplantovány několika jiným osobám, kterým je tak zachráněn život.). Zákon tyto případy řeší jen obecně v rámci podmínky proporcionality, když je tuto podmínku možno vykládat tak, že výše jmenovaný případ by byl s ustanovením § 14, resp. s § 28 Osnovy v souladu. Podobné stanovisko zastává i judikatura a komentář k trestnímu zákonu, když uvádějí, že mohou být splněny podmínky krajní nouze, jestliže pachatel obětováním jednoho života zachrání život více lidí (R 20/1982)⁶. Je třeba zvážit únosnost takového řešení např. pro případy, kdy pachatel je takto veden zjištnými či jinak nečestnými pohnutkami, popř. zakotvit zákaz takového jednání přímo v zákoně.

2.

Podle navrhovaného znění § 29 Osnovy nejde o nutnou obranu, byla-li obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku, místu a času útoku anebo okolnostem vztahujícím se k osobě útočníka nebo obránce.

Tato nová úprava je nepochybně reakcí na diskusi, která se rozvinula v odborném tisku na téma, jaké okolnosti lze podřadit pod zákonný pojem „způsob útoku“. Podle převládajícího názoru tento pojem v sobě zahrnoval nejen druh prostředků k útoku a charakter jejich užití, ale také další okolnosti charakterizující útok, jako místo a čas útoku, fyzické síly a počet útočníků, jejich zvláštní schopnosti apod. Navrhované znění tyto posléze uvedené okolnosti vyděluje z pojmu „způsob útoku“ a dává jim samostatný význam, tím tedy opět zpřesňuje právní úpravu a ovlivní takto trestněprávní praxi. Mělo by se vždy jednat o okolnosti objektivního charakteru, které může obránce v době a místě útoku snadno zjistit a zhodnotit. Naproti tomu za přínosné považují, že nadále není třeba přihlížet k poměru mezi škodou hrozící z útoku a škodou způsobenou obranou, tak jak to bylo nutné podle úpravy platné před rokem 1993. Právě povinnost přihlížet k poměru škod by obránce mohla značně znevýhodnit, protože by rozšířila počet hodnocených okolností o takové, které není možné přesně zjistit, neboť v době útoku není ještě ani jedna z těchto škod realizována a o jejich výši a pravděpodobnosti jejich nástupu nemůže mít obránce jasnou představu.

3.

Zcela nově je zařazován § 29 odst. 3 Osnovy, podle něhož není trestný ten, kdo odvrací útok, aniž byly zcela splněny podmínky nutné obrany, jednal-li v silném rozrušení, strachu, úleku nebo zmatku způsobeném útokem.

Takovou okolnost upravují trestní zákoníky německý i rakouský, když takové překročení mezí nutné obrany řadí mezi zvláštní okolnosti vylučující subjektivní vinu (Schuldauschiessungsgründe), resp. okolnosti viny ospravedlňující (Schuldentschuldigungsgründe).⁷ Návrhy takové úpravy se objevily i u nás⁸, v parlamentu se podobná iniciativa objevila naposledy v roce 1997, byla však zamítnuta.⁹ O diskutabilnosti této předlohy svědčí i fakt, že ačkoliv byla znovu pojata do nového rekodifikačního pro-

⁶ Komentář k trestnímu zákonu, 6. vydání, Beck 2006, str. 110.

⁷ Otto, H.: Grundkurs Strafrecht, 4. Auflage, de Gruyter Lehrbuch 1992, str. 187–211.

⁸ Dolenský, A.: Překročení hranic nutné obrany, Všechno č. 3/1993, str. 22.

⁹ Návrh skupiny poslanců vedené J. Klásem ze dne 29. 9. 1997.

jektu, vystoupilo proti jejímu přijetí více poslanců. Využívám proto opět příležitosti, abych upozornil na některé slabší body této navrhované úpravy.

Je skutečností, že rozrušení, strach, úlek, zmatek nebo jiné podobné momenty mohou ovlivnit subjektivní schopnost obránce hodnotit správně situaci, tedy vyvolat překročení mezí z omluvitelného důvodu. Tyto psychické stavy mohou zdůvodnit i zaviněné, zejména nedbalostní jednání osoby, která čelí útoku. Tato subjektivní složka může být podle našeho názoru dostatečně zohledňována využitím jiných institutů trestního práva jak v rovině trestní odpovědnosti (vyloučení zavinění, uplatnění institutu nepřičetnosti či zmenšené přičetnosti, nauky o omylu), tak následně v rovině právních následků (polehčující okolnosti, důvod pro mimořádné snížení výše trestu podle § 40 tr. zákona).

Určování trestnosti či beztrestnosti pouze na základě zjišťování přítomnosti určitého druhu afektů, jejich konkrétního vlivu na jednání v daném okamžiku je důkazně značně nespolehlivé a při platnosti procesněprávní zásady *in dubio pro reo* by mohlo vést k určitému zneužívání takové úpravy. Předně by bylo krajně obtížné prokázat, že se jednalo, z afektů přicházejících vůbec v úvahu, právě o strach, zmatek nebo úlek. Jsou myslitelné i jiné afekty, např. zlost nebo nenávisť, které by takto pachatele exkullovat neměly, nicméně v praxi je jako vnitřní psychické jevy nelze spolehlivě zjistit, natož prokázat, zvláště kdyby působily v komplexu s jinými druhy afektu a rozrušení a ovlivňovaly se navzájem. Nepomohly by patrně ani znalecké posudky, poněvadž psychický stav obránce nelze spolehlivě zjišťovat *ex post*, bylo by možno na něj usuzovat pouze pravděpodobnostně z vnějších okolností případu. Navrhovaná formulace požaduje jednání obránce v silném rozrušení způsobeném útokem, které u něj vedlo ke strachu, zmatku nebo úleku. Bude tedy třeba zkoumat míru rozrušení a dále příčinnou souvislost mezi útokem a vznikem rozrušení, a dále příčinnou souvislost mezi rozrušením a vznikem asthenického afektu. K vyloučení trestnosti by pak dále stačil i minimální stupeň takového afektu, neboť úprava neurčuje jeho velikost či sílu, pouze hovoří o silném rozrušení a je věcí výkladu, zda tento přívlastek lze vztáhnout i na strach, úlek nebo zmatek.

Obránci vždy svědčí presumpce nevinny. K tomu, aby byl zproštěn viny v důsledku uplatnění zásady *in dubio pro reo*, by mu stačilo, aby zpochybnil tvrzení státního zástupce, který by byl povinen dokázat mimo důvodnou pochybnost, že v důsledku útoku nedošlo u obránce k silnému rozrušení, že v důsledku existujícího silného rozrušení nedošlo k jakémukoliv strachu, zmatku nebo úleku, případně že došlo k afektům jiného charakteru. Pokud by kterákoliv z těchto tvrzených skutečností, resp. neexistence určitých skutečností nebyla spolehlivě prokázána, což by bylo vzhledem k charakteru těchto skutečností téměř pravidlem, musel by být obránci vždy zproštěn viny. Této možnosti by si takové osoby nepochybně byly vědomy a velmi často by takovým afektem argumentovaly, což by zbytečně vedlo k přibírání znalců, k větší ekonomické a časové náročnosti trestního řízení s velmi nejistým výsledkem.

Tato úprava by nepochybně vedla ke komplikacím i v dalším směru. Musela by být např. vyjasněna otázka, zda se beztrestnost vztahuje pouze na intenzivní exces, tzn. co do intenzity jednání obránce, nebo i na exces extenzivní (co do časových mezí nutné obrany). Ani v německé právní nauce není zcela jasno, když převažující část se kloní

k tomu, že by bylo třeba vyloučit extenzivní exces co do předčasnosti obrany (pokud by útok ještě nehrozil přímo).¹⁰ Dále by muselo být postaveno právně najisto, zda by se tento důvod beztrestnosti vztahoval na vědomé či nevědomé překročení mezí nutné obrany při možné aplikaci nauky o omylech, což by mohlo přinést další důkazní komplikace a rozšířit počet skutečností subjektivního charakteru, které by se takto musely dokazovat. Je otázkou, zda by takový postup měl smysl zejména u málo závažných překročení a málo závažných škod. Je třeba si uvědomit zejména u intenzivního excessu, že obránce překročí meze nutné obrany pouze tehdy, když je obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku, resp. dalším navrhovaným skutečnostem. Při reakci na závažné útoky se obránce takového excessu prakticky dopustit nemůže, poněvadž jeho reakce nedosáhne zákonem požadovaného nepoměru, tedy způsob jeho obrany nemůže být zcela zjevně nepřiměřený způsobu útoku. Výše uvedené složité dokazování by se tedy realizovalo zejména u málo závažných útoků.

Navíc je třeba vzít v úvahu i fakt, že v případě prosazení se takové úpravy by původní útočník nemohl proti jednání obránce v takovém afektu použít nutnou obranu ani jednat za dalších okolností vylučujících protiprávnost, neboť obránce by podle této úpravy nebyl trestný. Německá nauka trestního práva řeší obdobný případ excessu z nutné obrany v afektu tak, že obránci svědčí jen tzv. důvod ospravedlňující vinu, tedy vina na pachateli zůstává, jednání zůstává protiprávní, pouze se mu neukládá trest, resp. upouští se od potrestání.¹¹ To má pak za následek, že proti takovému excessu se připouští nutná obrana, případně lze vyvodit jinou formu odpovědnosti (např. povinnost nahradit škodu). Zajisté stojí za opětovné zvážení, zda takové dalekosáhlé privilegování obránce, byť odpovídá v úvodu zmíněným zásadám, by bylo ještě společensky i právně únosné.

Překročení mezí nutné obrany je právně řešitelné i podle současného trestního zákona použitím např. ust. o upuštění od potrestání, dále polehčujících okolností podle § 33 písm. a), f), dále § 40 tr. zákona, užitím ustanovení o nepřičetnosti, zmenšené přičetnosti, o omylech či zavinění. Pokud existuje tlak dále zvýhodnit postavení obránce při excesech, je možné uvažovat i o jiných racionálních možnostech. Jednou z nich je např. vyloučení trestní odpovědnosti při nedbalostním překročení mezí nutné obrany, k němuž se kloní část pracovníků trestněprávní teorie.¹² Otázkou může být, zda v takovém případě by byl nedbalostní exces okolností vylučující protiprávnost, nebo podle německého vzoru pouze beztrestnost. Podle našeho názoru by zájmy útočníka, obránce i společnosti nejlépe vyvažoval institut tzv. beztrestnosti, kdy nedbalostní exces by byl dále považován za protiprávní, takže původní útočník by měl proti němu nutnou obranu a v úvahu by přicházela i náhrada škody, obránce sám by však byl beztrestný a nebyl by mu ukládán trest. Našemu trestnímu právu dosud tato konstrukce známa není (podle mého názoru je jí obsahově nejbližší ustanovení § 24 o upuštění od potrestání, kdy soud vysloví vinu, ale neuloží trest), a její zavedení by bylo možné právě v souvislosti s navrhovanými rekodifikačními změnami v současné době.

¹⁰ Blíže viz op. cit. v pozn. 7, str. 202.

¹¹ Roxin, C.: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von anderen Strafausschließenden Gründen, Sammelband Eser, Band I., 1997, str. 33, 34.

¹² Kuchta, J.: Nutná obrana, Brno 1999, str. 171.

Jinou navrhovanou variantou by mohlo být vytvoření privilegovaných skutkových podstat, spočívajících ve způsobení trestně relevantního následku při excesu. Svůj význam by mohly mít zejména při úmyslném excesu, snížení sazeb při nedbalostním excesu by bylo nevýrazné, resp. bylo by možno uvažovat o vyloučení trestní odpovědnosti z tohoto důvodu (viz výše).

Domníváme se však, že meze nutné obrany jsou u nás stanoveny tak široce, že jejich překročení většinou signalizuje závažné formy zavinění při excesu, nebo naopak značné omezení rozpoznávacích a volných schopností jednatelického subjektu. V prvním případě tu není jasný důvod pro vyloučení trestní odpovědnosti, ve druhém případě se uplatní zpravidla ustanovení o nepřičetnosti vylučující trestnost. Lze tedy do značné míry souhlasit s Dolenským, že naše trestní právo dosud připouští nutnou obranu v tak širokých mezích, že ustanovení o beztrestnosti nebo privilegované trestnosti některých případů excesu není naléhavě nutné.¹³

Nad tento rámec doporučujeme legislativní uvážení zařazení ještě dalších změn, které se dosud v rekodifikačních návrzích nepromítly a nebylo o nich dosud patrně uvažováno.

Nutná obrana by mohla být přípustná nejen proti zaviněným útokům, ale i proti objektivním útokům vzniklým nerespektováním objektivní povinnosti, která váže útočníka. Takový výklad je podle našeho názoru možný i podle platného znění § 13, neboť je možné bránit se proti útoku na zájmy chráněné trestním zákonem, v literatuře se pak uvádí, že protiprávními útoky mohou být i činy, které vůbec nemají znaky trestného činu¹⁴, tedy patrně např. přestupky, ale i činy jinak trestné, případně s absencí zavinění. Takové pojetí by usnadňovalo i postavení obránce, který v okamžiku útoku většinou není schopen rozpoznat a zjistit zavinění či přičetnost pachatele, na druhé straně patrně snáze se zjišťuje objektivní povinnost vážící útočníka. Takové řešení by korespondovalo i s nejčastěji uznávaným názorem německé právní nauky. Pokud má být úmyslem zákonodárce omezit nutnou obranu pouze na zaviněné útoky, mělo by to být v zákoně výslovně stanoveno.

Podobné řešení by bylo možno přijmout i pro útoky trestně neodpovědných osob, neboť i tyto osoby se mohou dopustit mnohdy velmi nebezpečných útoků na zájmy chráněné trestním zákonem. Uplatňování podmínky subsidiarity zde naráží na právní překážky i na nevhodnost a neúčinnost takového jednání v mnohých případech, kdy např. útek učitele před útočícím žákem nejen může povzbudit tohoto žáka k pokračování a intenzifikaci útoku, ale projeví se negativně na autoritě učitele u ostatních spolužáků. Ust. § 13 neváže nutnou obranu na spáchání trestného činu, dokonce ani výslovně nehovoří o protiprávnosti, ale o útoku na zájmy chráněné trestním zákonem. Z toho lze dovodit, že není třeba takových znaků, jako jsou zavinění, věk nebo přičetnost. Ze strany osob trestně neodpovědných se totiž nejedná o pouhé nebezpečí, ale o útoky ve smyslu § 13 tr. zákona, proti nimž je principiálně přípustná nutná obrana. Takový názor zastává i nejnovější komentář.¹⁵ Pokud zákonodárce přijme takové řešení,

¹³ Dolenský, A.: op. cit. v pozn. 8, str. 24.

¹⁴ Např. Solnař, V.: Základy trestní odpovědnosti, Academia 1972, str. 101.

¹⁵ Komentář k trestnímu zákonu, 6. vydání, Beck 2006, str. 99.

mělo by být v dikci § 13 výslovně vyjádřeno. Případného změkčení takového ustanovení lze pak dosáhnout opět legislativní cestou, zavedením podmínky subsidiarity pro odvrácení takových útoků nebo zákazem nutné obrany pro málo závažné útoky.

Dále opětovně doporučujeme ke zvážení, zda by se při konstrukci podmínek charakterizujících obranné jednání nemělo vycházet spíše z pojmu „potřebnost obrany k odvrácení útoku“ než z pojmu „přiměřenost způsobu útoku“. Tento námět byl v rámci připomínkového řízení odmítnut s tím, že taková změna nebyla shledána potřebnou, přičemž se argumentuje tím, že by takto v podstatě nebyla dovolena málo intenzivní obrana s odůvodněním, že tato by mohla ještě povzbudit útočníka. V této souvislosti považujeme za účelné připomenout, že kritérium potřebnosti lépe odpovídá podstatě a účelu nutné obrany, pro německou nauku je vůbec kritériem hlavním a nejpodstatnějším. Obrana má totiž smysl jen tehdy, je-li k odvrácení útoku potřebná, tedy dokáže-li skutečně útok odrazit bez závažnějších rizik pro obránce. Požadavek potřebnosti umožňuje obránci soustředit se v první řadě na volbu nejvhodnějšího či nejefektivnějšího způsobu odvrácení útoku, umožňuje hodnotit právě jen okolnosti, které se týkají jen poměru mezi obranou a způsobem útoku, tedy v první řadě myslet na to, aby útok vůbec odrazil, a teprve poté uvažovat o bližších podmínkách. Dosavadní úprava spíše psychologicky nutí obránce uvažovat opačně. Důležitost tohoto kritéria je zdůrazněna i tím, že celý institut jak v německém právu, tak i v našem českém právu se nazývá nutná, nikoliv přiměřená obrana, přičemž pojem „nutnosti“ vyjadřuje zřejmě potřebnost obrany k odvrácení útoku. Obrana by pak v tomto smyslu byla potřebná tehdy, když by ještě účinně dostačovala k okamžitému odvrácení útoku bez nebezpečí pro obránce.

Pro zvětšení manévrovacího prostoru obránce by bylo možno prosadit i negativní vymezení, tedy připouštěla by se obrana, která by nebyla zcela zjevně nepotřebná pro odvrácení útoku za výše uvedených podmínek. Tím by se mohlo čelit námitce, že by nebyla přípustná málo intenzivní obrana. V zájmu zamezení případného zneužívání této formulace pro případy útoků málo nebezpečných by bylo možno korigovat ji požadavkem přiměřenosti způsobeného následku pro tyto případy (např. v intencích § 3 odst. 2 rakouského trestního zákoníku, který nepřipouští obranu pro případy, kdy je zřejmé, že napadenému hrozí jen nepatrná újma a obrana by byla nepřiměřená zejména vzhledem k závažnosti nutného poškození útočníka). Dlužno dodat, že i za současného stavu, pokud se realizuje útok málo závažný, který má charakter přestupku, je nutno použít nutnou obranu podle § 2 přestupkového zákona, která stanoví podmínku přiměřenosti obrany přísněji tak, aby nemohlo docházet k excesům co do výše způsobené škody.

4.

Novou zákonnou definici svolení poškozeného v § 30 Osnovy jako další, dosud výslovně neupravené okolnosti vylučující protiprávnost je třeba přivítat. Návrh zde sumarizuje podmínky, které již dříve byly uznány teorií i praxí. Kladně je třeba hodnotit rozšíření definice i o případy, kdy svolení nebylo sice dáno před činem nebo při něm, jednajícím osobou však mohla důvodně předpokládat, že příslušná osoba (poškozený) by tento souhlas jinak udělila. Pochybnosti pouze vzbuzuje výraz „vzhledem k okolnostem případu a svým poměrům“ uvedený na závěr druhého odstavce, u něhož není jasné, zda se vztahuje jen na osobu, která by souhlas udělila, kdyby o nastalé situaci a způsobu jejího

řešení věděla, nebo i na samotného jednatelého. Tyto případy se již dříve nestíhaly z důvodu absence materiální stránky trestného činu, vzhledem k uvažovanému odstranění materiálního znaku trestnosti je pak třeba vyjádřit je výslovně v zákoně. Případy dobrovolného souhlasu k euthanasii, u nichž není splněna podmínka volné dispozice s vlastním životem, sem tedy nepatří a navrhované řešení ohledně nich počítá se zavedením privilegované skutkové podstaty vraždy v § 115 projektu (Usmrcení na žádost).

5.

Návrhy na výslovnou úpravu přípustného rizika se v návrzích trestněprávních kodexů objevují opakovaně. V předkládaném návrhu jsou uvedeny všechny nezbytné podmínky tohoto institutu, jak se jimi zabývala teorie.¹⁶ Výhrady lze přenést k formulaci podmínky proporcionality v návrhu, kde se uvádí, že o přípustné riziko nejde, jestliže výsledek, k němuž směřuje, zcela zjevně neodpovídá míře rizika. Zde je třeba poukázat na to, že v rámci proporcionality je zapotřebí hledat optimální relaci mezi více veličinami, mezi něž patří zejména velikost zamýšleného pozitivního výsledku, velikost možného nechtěného výsledku, i stupně pravděpodobnosti jejich nástupu. Nejde jen o maximalizaci možných výhod nebo o minimalizaci možných ztrát, nelze vycházet pouze z nejpříznivějších hodnot jedné veličiny a jí podříditi všechny ostatní. Není tedy možné vybrat variantu, která může přinést nejvyšší užitek, pokud přináší i značnou pravděpodobnost závažné škody, není možno podniknout jednání, která by mohla mít katastrofální neodstranitelné následky, i když jejich pravděpodobnost není příliš velká. Tak je zapotřebí opatrně zacházet s atomovou energií, vést si opatrně při kosmických letech, v genetické medicíně apod.

Podstatnou nevýhodou v současné době známých metod kvantifikace rizik je však samostatné oddělené hodnocení konkrétních hodnot a pravděpodobností rizik, dosa- vadní metody korelace obou pólů rizika nejsou zatím zcela přesvědčivé. V praxi se vychází z prvotní volby alternativy s nejvyšší užitností, poté se hodnotí riziko spojené s touto alternativou. Pokud je toto riziko malé nebo zvládnutelné, zůstává se u této alter- nativy, pokud je riziko nepřijatelné, přechází se k alternativě s druhou nejvyšší užit- ností. Vychází se ze zásady co možná nejvyššího rozdílu mezi hodnotou pozitivních i negativních prvků rizika, přičemž v rámci pozitivních i negativních faktorů může být nedostatek nebo záporná hodnota jednoho elementu vyvážena vysokou hodnotou dru- hého. Takto je možné určit rentabilitu i celkovou prospěšnost rizikového jednání, což má význam právě pro stanovení právních mezí proporcionality přípustného rizika.

Kladně je třeba hodnotit i rozšíření dosahu tohoto institutu z rizika ve výrobě a výzkumu na přípustné riziko jako všeobecný institut. V tomto smyslu má přípustné riziko mnoho shodných znaků s tzv. obecně nebezpečnými činnostmi, jejichž provozování je spojeno s rizikem jakožto s možností vzniku škody. Tyto činnosti bývají podrob- něji upraveny právními předpisy, zejména bezpečnostního charakteru. Pokud jsou tyto předpisy splněny, mělo by se jednat o výkon práva, povolání či povinnosti, i když dojde ke škodnému následku. Pokud nejsou dány tyto speciální předpisy a dojde ke škodě, bude se patrně jednat o přípustné riziko vzhledem k tomu, že se porušuje pouze obecná

¹⁶ Např. Kuchta, J.: Riziko z hlediska juristického a kriminologického, MU Brno 1997, str. 102–125.

povinnost nezpůsobovat škodu (např. podle § 415 obč. zákoníku). Porušení speciálních předpisů se škodným následkem pak bude možno hodnotit zřejmě v rámci krajní nouze.

6.

Lze doporučit i vytvoření další zákonem výslovně upravené okolnosti vylučující protiprávnost – zadržení pachatele trestného činu. Zadržení jako procesně-právní institut je upraveno v §§ 75 a 76 tr. řádu, kde jsou stanoveny podmínky pro zadržení podezřelého a obviněného. Tento institut má však i významné hmotněprávní důsledky v případech, kdy při zadržení vznikne zadrženému či zadržujícímu škoda. Takový případ řeší např. § 127 německého trestního řádu. Poněvadž není zadržení z tohoto hlediska v našem trestním zákoně a řádu dosud upraveno, vzniká otázka, do jaké míry lze na ně užít ustanovení o nutné obraně, či zda vzhledem ke svým specifickým představuje samostatnou okolnost vylučující protiprávnost.

Za racionální považujeme názor, že je-li zadržení prováděno v době do dokončení útoku, je třeba je posuzovat podle ustanovení o nutné obraně jako její zvláštní formu. Pokud by se mělo zadržení realizovat až po ukončení útoku, lze uvažovat o analogickém užití ustanovení o nutné obraně, proti čemuž přesvědčivě vystoupil Vokoun¹⁷, nebo vytvořit samostatnou okolnost vylučující protiprávnost. Za vhodnější považujeme tuto druhou variantu, neboť analogické užívání institutu nutné obrany by narazilo na potíže tam, kde by měly být některé podmínky formulovány úžeji než u nutné obrany. Mezi oběma instituty existují významné rozdíly, počínajíc jejich účelovým určením až po rozdílnou konstrukci proporcionality a jejich časové vymezení.

Podmínky zadržení by pak bylo možno formulovat např. takto:

Jednání poškozeného či jiných osob s cílem zadržet pachatele trestného činu nebo činu jinak trestného a zajistit řádný průběh trestního řízení nejsou trestná, pokud byla pro zadržení nezbytná a škody vzniklé zadrženému jsou přiměřené k závažnosti či následkům spáchaného trestného činu či činu jinak trestného, přičemž usmrcení zadržovaného mimo podmínky nutné obrany se nepřipouští.

7.

Nový projekt ve svém § 340 rozšiřuje beztrestnost agenta jakožto okolnost vylučující protiprávnost o další odstavec, který stanovuje řadu dalších jinak trestných činů, jichž se může dopustit policista plnící úkoly jako agent s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané ve prospěch skupiny organizovaného zločinu. Jde o celou škálu činů mnohdy velmi závažného charakteru, vyjma patrně těch, jimiž by byly způsobeny nevratné následky. Jde o tak závažnou záležitost, že by bylo patrně vhodné okruh podmínek realizace tohoto institutu rozšířit. Subjektivní pohnutka vyvíjející agenta by neměla postačovat, tím spíše, že bude vždy obtížné prokázat opak, tzn. její neexistenci. Doporučoval bych zde zařadit navíc ještě podmínku subsidiarity po vzoru krajní nouze modifikovanou tak, aby agent musel zvolit zákonný způsob, pokud jej má k dispozici. Určitým problémem by pak mohlo být posuzování osob, které proti takovému agentovi

¹⁷ Vokoun, R.: Zadržení podezřelého jako okolnost vylučující protiprávnost. In: Vybrané aktuální problémy čs. trestního práva, UK Praha 1986, str. 182.

užijí obranné nebo nouzové jednání. V případě beztretnosti agenta by v jejich případě jejich jednání bylo protiprávní, a tudíž by se oni sami nemohli odvolávat na tretnost. Věc by patrně bylo možno řešit složitěji za podmínek aplikace učení o skutkovém omylu.

Je třeba souhlasit obecně se zdůvodněním uvedeným na str. 65 Osnovy nové kodifikace, že výčet okolností vylučujících protiprávnost nemůže být uzavřen a že proto v novém zákoně mají být upraveny jen nejdůležitější a nejfrekventovanější typy těchto okolností. Na druhé straně pak upozorňujeme na skutečnost, že předkládaná koncepce takto nechává stranou a výslovně neupravuje některé okolnosti, u nichž by v nejbližší době mohla být frekvence v soudní praxi značná (např. problematiku zadržení, lékařského zákroku atd.). V případech některých dalších okolností, v jejichž rámci bude třeba uvažovat i o některých zpřisňujících podmínkách oproti okolnostem výslovně upraveným, nelze při jejich aplikaci vystačit s cestou analogie ve prospěch pachatele, neboť právě z těchto důvodů potřebného zpřisnění nebude na užití analogie zájem. Proto i další zpřesňování zákonné právní úpravy v oblasti okolností vylučujících protiprávnost bude mít v budoucnu vzhledem k posílení formálního znaku tretní odpovědnosti své důležité místo, na druhé straně musí mít i tato snaha své limity. Vedle přesnosti musí nová úprava právě u okolností vylučujících protiprávnost zohledňovat také nekomplikovanost a srozumitelnost pro občany, stejně jako praktičnost, rychlost a ekonomičnost při její aplikaci ze strany orgánů činných v tretním řízení. Na některé takové možnosti a náměty jsme se pokusili poukázat i v tomto příspěvku.

DIE STELLUNG UND REGELUNG DER RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE IN DER VORBEREITETEN REKODIFIZIERUNG DES MATERIELLEN STRAFRECHTES

Zusammenfassung

Der Beitrag betrifft neue Regelung der Gruppe der Rechtfertigungsgründe (der Umstände, die die gesellschaftliche Gefährlichkeit ausschliessen) in neuem strafrechtlichen Projekt der Rekodifizierung des materiellen Strafrechtes. Einleitend gibt es theoretische Erwägungen über Stellung dieser Umstände in der Lage, wann schon das Prinzip der formell-materiellen Auffassung der Straftat nicht mehr besteht, Es sind theoretische Schlussforderungen von deutschen Strafrechtslehre im Kontext des dreistufigen Aufbaus der Straftat angeboten. Der zweite Teil des Beitrages ist dem Kommentar neuer Regelung der Rechtfertigungsgründe gewidmet. Verfasser nimmt eigene Stellungnahmen ein, besonders in der Beziehung zur Notwehr, Notstand, Festnahme, Einwilligung, erlaubtem Risiko und der Tätigkeit des Agenten. Verweigert ist die neue Regelung der Überschreitung der Grenze der Notwehr im Affekt. Schliesslich empfiehlt der Verfasser nicht nur veränderte Regelung, sondern auch ihre Ergänzung und Präzisierung, damit sie zu besserer Grundlage für die praktische Tätigkeit Strafrechtsorgane wurde.

Schlüsselwörter: Rechtfertigungsgründe, Notwehr, Notstand, erlaubte Waffenbenützung, Einwilligung, Festnahme, erlaubtes Risiko, Tätigkeit des polizeilichen Agenten, Grenze der Notwehr, gesellschaftliche Gefährlichkeit, Affekt, materielle Auffassung der Straftat

Seznam klíčových slov: okolnosti vylučující protiprávnost, nutná obrana, krajní nouze, oprávněné použití zbraně, svolení poškozeného, zadržení, dovolené riziko, činnost policejního agenta, meze nutné obrany, společenská nebezpečnost, afekt, materiální pojetí tretného činu.