

TENDENCE A POZADÍ NĚMECKÉHO TRESTNÍHO ZÁKONÍKU PO REFORMĚ Z ROKU 1975*)

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER,
Regensburg

I. PREHISTORIE

Právem položili uspořadatelé začátek přehledu do roku 1975. Neboť v tomto roce dospěla předchozí více než stoletá reformní činnost k jistému svéráznému vyústění. Dovolte mi podat stručný přehled dějin německého trestního práva. Prvním jednotným trestním zákoníkem pro celé Německo byl Trestní řád Karla V., tzv. Carolina z roku 1532, který byl ostatně vyhlášen v mém městě Regensburg – v Říšském sále, který se dodnes zachoval a který byste si měli bezpodmínečně prohlédnout. Poté, co si v 18. a 19. století jednotlivé německé státy vytvořily vlastní zákoníky, přineslo znovuzaložení Německé říše v roce 1871 také nový trestní zákoník pro Německo, který se ovšem velkou měrou opíral o pruský trestní zákoník z roku 1851. A tento zase ovšem vycházel z obsáhlých právně – komparatistických šetření a zohledňoval zejména francouzský Code pénal z roku 1810.

Již na počátku tohoto století byly zahájeny přípravné práce pro nový trestní zákoník, a sice v podobě velkolepého „Srovnávacího vyličení německého a zahraničního trestního práva“ v 15 svazcích. Rychlé střídání politických režimů v Německu v tomto století vždy znovu zabránilo vytvoření nového trestního zákoníku. V roce 1918 byla monarchie vystřídána demokracií a především slavný právní filosof a vědec v oblasti trestního práva **Gustav Radbruch** se snažil jako německý ministr spravedlnosti o vytvoření nového trestního zákoníku. Ale již po 15 letech následovala diktatura nacionálního socialismu a začala s novými pracemi na reformě. Tato diktatura se mohla udržet dokonce jenom 12 let. Po skončení války byly práce na reformě nejprve ochromeny rozdělením Německa na čtyři okupační pásma a nejistotou, pokud jde o další osud Německa. Poté, co byla v roce 1949 ve třech západních pásmech založena Spolková republika Německo a v sovětském pásmu Německá demokratická republika, začaly v obou německých státech nové práce na reformě. V NDR byly tyto práce smrtí Stalina s následující destalinizací a Chruščovovými kriminálně-politickými experimenty stavěny před stále nové problémy, takže teprve v roce 1968 se v NDR dospělo k vlastnímu trestnímu zákoníku. Ve

*) Přednáška přednesená na jubilejním setkání Korejského sdružení pro trestní právo u příležitosti 40. výročí korejského trestního práva dne 30. 10. 1993.

Spolkové republice byl sice vyhotoven v roce 1962 velmi dobrý návrh nového trestního zákoníku, ale v této době končila Adenauerova epocha zaměřená hlavně na znovuvýstavbu země. Nová generace, která získala své vzdělání po válce, požadovala zásadně nové řešení. Skupina mladých profesorů trestního práva vypracovala „alternativní návrh“ trestního zákoníku. Při tom tu byla snaha o redukci trestního práva, o pokud možno dalekojdoucí dekriminalizaci.

Mezitím se ale opakovaným ztroskotáním celkové reformy dospělo ke zmoudření. Již se nechtělo dlouhou prací vytvářet nový celkový návrh, který by snad byl zase zastaralý již v době svého dokončení. Z tohoto důvodu se dospělo k rozhodnutí rozložit celkovou reformu na reformy dílčí a vždy reformovat větší úseky trestního zákoníku. První zákon reformující trestní zákoník z roku 1969 modernizoval systém trestů a trestních opatření a reformoval delikty vztahující se k náboženství. V druhém zákonu reformujícím trestní právo byla vytvořena zcela nová Všeobecná část. Úvodním zákonem k trestnímu zákoníku z roku 1974 byla Zvláštní část napojena na Všeobecnou část: při této příležitosti byly nově upraveny také četné skupiny deliktů, přestupky byly vyňaty z trestního zákoníku a přerazeny níže k prostým věcem příčícím se pořádku. Oba zákony vstoupily v platnost v roce 1975. Třetím zákonem reformujícím trestní právo z roku 1970 byly reformovány a redukovány delikty spočívající v kladení odporu státní moci a čtvrtým zákonem reformujícím trestní právo z roku 1973 se totéž stalo i s delikty sexuálními.

Tato reforma prováděná po etapách představuje zásadně novou techniku kodifikace. Věřím, že mohu bez nacionální vypínavosti říci, že tu jde o mistrovský zákonodárný výkon, který by mohl být poučným a příkladným pro jiné státy. Pod titulem německého trestního zákoníku stojí ještě dnes údaj „Z 15. května 1871“, ale žádný jednotlivý předpis neexistuje ve stejném znění jako v roce 1871 a německý trestní zákoník lze označit za nejmodernější ve světě. Ovšem tato technika vyžaduje krajní preciznost, za niž je třeba poděkovat úředníkům německého ministerstva spravedlnosti.

II. VÝVOJ NĚMECKÉHO TRESTNÍHO ZÁKONA A ZNOVUSJEDNOCENÍ

Snad se zeptáte, zda není vývoj německého trestního zákonodárství od roku 1975 mezitím překonán znovusjednocením obou částí Německa 3. října 1990. Při tom se Spolková republika Německo s 62,5 miliony obyvatel a NDR s přibližně 16 miliony obyvatel znovu sjednotily v jeden jednotný stát. Je jen přirozenou věcí, že se při tom musel udělat kompromis mezi oběma dohromady svedenými právními řádami. Při tom bylo trestní právo NDR jedním z nejdůležitějších nástrojů útlaku obyvatelstva NDR. I to málo pozitivních institutů trestního práva NDR, jako např. projednávání drobnějších trestných činů před tak zvanými konfliktními komisemi volenými osazenstvem závodů, bylo spojeno neoddělitelně s politickým systémem NDR a státním vlastnictvím závodů. Konečně se ukázalo, že právníci

v NDR, a to jak soudci, státní zástupci a advokáti, tak i vědci byli zvláště silnou měrou spojeni s komunistickou stranou, a proto byli uznáni za málo vhodné politicky bezúhonné obránce trestního práva NDR. Takoví obránci se nacházeli spíše ve Spolkové republice; ti chtěli příležitosti spočívající ve znovusjednocení použít k tomu, aby prosadili některé již dříve zastávané reformní plány. Kvůli vylíčenému nedostatku trestního práva NDR a přání převážné většiny obyvatel NDR, aby mohli žít co nejdříve jako v Západním Německu, to nebylo možné. Spolu se znovusjednocením z 3. října 1990 bylo tudíž přeneseno do NDR skoro celé právo Spolkové republiky. V trestním právu se předpokládala přechodná další platnost práva NDR u dvou z hlediska světonázorového a etického sporných skutkových podstat, totiž u sexuálního zneužívání mladistvých a u potratu. Toto vedlo ke značným problémům, protože přípustnost potratu v prvních třech měsících těhotenství, která v NDR platila, byla v roce 1975 posouzena Spolkovým ústavním soudem jako neslučitelná s právem na život obsaženým v Ústavě. Do Ústavy musel být tudíž zvláště zařazen nový článek 143, který po určitou přechodnou dobu připouští další platnost práva, které jí protiče. Vytvoření jednotného práva o přerušení těhotenství vedlo k vážným sporům a nové právo bylo právě teď Spolkovým ústavním soudem opět prohlášeno za odporující Ústavě. Později se k tomu ještě vrátím.

III. VÝVOJ OD ROKU 1975

Vývoj v oblasti trestního zákonodárství se po roce 1975 nezastavil. Od roku 1975 došlo již opět ke 43 změnám německého trestního zákoníku: a změny norem mimo trestní zákoník se dají sotva spočítat. Tyto změny jsou zčásti nepatrné a vedlejší a jde pouze o jevy, které jsou důsledkem reformy v jiných oblastech práva, jako např. reformy právní úpravy adopce a reformy právního zastoupení mentálně retardovaných osob. Tím bych nechtěl unavovat Vaši přátelskou pozornost. Rád bych Vám ukázal těžiska reformy a její základní tendence.

Vývoj zákonodárství ve Spolkové republice umožňuje poznání sedmi těžisek, k nimž patří:

1. Trestní právo v oblasti hospodářství
2. Trestně-právní ochrana životního prostředí
3. Potírání terorismu
4. Potírání organizované kriminality
5. Trestně-právní postih nakládání s drogami
6. Trestně-právní postih sexuálních deliktů
7. Potrat a ochrana lidského zárodku.

1. TRESTNÍ PRÁVO V OBLASTI HOSPODÁŘSTVÍ

Spolková republika vydala v roce 1976 První a v roce 1986 Druhý zákon o potírání hospodářské kriminality. Prvním zákonem o hospodářské kriminalitě (WiKG) byly zavedeny nové skutkové podstaty podvodu souvisejícího s po-

skytováním subvencí (Subventionsbetrug), s vynakládáním kapitálu a s úvěrem (§§ 264, 264a, 265b Trestního zákoníku). Ovšemže se při tom nejedná o úplně svébytné typy deliktů. Spíše se při tom pouze vzhledem k obtížnosti prokazování věci upustilo od – u podvodu požadované – nastalé majetkové škody. Tím tu jde o prosté delikty ohrožovací. Z tohoto důvodu je nešťastné, že jmenované skutkové podstaty používají klasického pojmu „podvod“. Lepší by bylo označení „klamné jednání k dosažení subvencí, kapitálových nákladů a úvěrů“. Při tak zvaném počítačovém podvodu (Computerbetrug) (§ 263a Trestního zákoníku) a při zneužití šekových a úvěrových karet (§ 266b Trestního zákoníku) zůstává zachován klasický požadavek způsobení škody na majetku. Zde je dán požadavek zvláštních skutečností tím, že tu neběží o žádné klamání event. není nutné.

To, že se u těchto nových skutkových podstat skutečně jedná o trestní právo v oblasti hospodářství, je ovšem sporné. Pojmů hospodářská kriminalita a hospodářské trestní právo sice ve své mluvě používají všichni, ale stále ještě bez jednoznačného objasnění. Jako rozhodující je chápán nadindividuální právní statek. Při odůvodňování a objasňování zákona se dělaly závěry pouze z nebezpečnosti líčených trestných činů pro poskytování subvencí, vynakládání kapitálu a úvěrování, že tyto věci se staly právním statkem. Tato argumentace se však jeví jako nepřipustná.¹⁾

Totéž platí pro skutkové podstaty počítačového trestního práva zavedené Druhým zákonem k potírání hospodářské kriminality, totiž vyzvídání dat (§ 303b Trestního zákoníku) a počítačové sabotáže (§ 303b Trestního zákoníku).

Spíše patří do okruhu hospodářského trestního práva trestné činy související s konkurzem, které ovšem První zákon o potírání hospodářské kriminality učinil závislými na přesněji vyjádřených předpokladech a tudíž spíše zúžil. Důležitým se ovšem jeví to, že tyto trestné činy byly zařazeny do všeobecného trestního zákoníku.

Jednoznačně k hospodářskému trestnímu právu patří nový § 266a Trestního zákoníku – zadržování a zpronevěření odměny za práci. Při tom jde o následující. Ve Spolkové republice byl zaveden dalekosáhlý systém pojištění proti nezaměstnanosti a pojištění sociálního. K tomu musí zaměstnavatel odvádět určité podíly pracovní odměny příslušnému ústavu. Tyto obnosy mezitím dosáhly značné výše; tak zvané „vedlejší výdaje ke mzdě“ (Lohnnebenkosten) jsou ve Spolkové republice ve srovnání s mezinárodními měřítky velmi vysoké. Tím přirozeně stoupá pokušení tyto obnosy neodvádět. Tím se může dosáhnout značných zisků. Toto se děje v Německu v dané době především u „načerno“ zaměstnávaných dělníků ze sousedních východoevropských států, především z České republiky a Polska. Delikt škodí nejen společnostem pojištěným, nýbrž i německým dělníkům všeobecně, protože mnoho pracovních míst je obsazováno „černými dělníky“ ze jmenovaných zemí.

¹⁾ Maurach-Schroeder-Maiwald, Strafrecht – besonderer Teil, svazek 1, 7. vydání 1988, § 241 pozn. 165 a násl. – Souhl. nyní A. v. Rintelen, Überindividuelle Rechtsgüter im Vorfeld des Betruges? – Eine Untersuchung zu §§ 265 und 265b St. GB – Diss. Bonn, 1993.

2. TRESTNĚ-PRÁVNÍ OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Druhým těžiskem vývoje trestního práva ve Spolkové republice od roku 1975 je trestně-právní ochrana životního prostředí. 18. zákon obsahující změny trestního práva z 28. března 1980 zavedl nový úsek „Trestné činy ohrožující životní prostředí“ jedenácti velmi rozsáhlými paragrafy (§§ 324–330d). Systematika tohoto úseku je heterogenní. Zčásti jsou chráněny určité právní statky životního prostředí (§ 324: ochrana vodstva; § 325: ochrana před znečišťováním ovzduší a hlukem): zčásti se zastavují určité činnosti (§ 326 Trestního zákoníku: odstraňování odpadků; § 327 Trestního zákoníku: nedovolené provozování zařízení; § 328 Trestního zákoníku: nedovolené zacházení s jadernými palivy); ostatní skutkové podstaty obsahují kombinace.²⁾ Skutkové podstaty zavedené 18. zákonem měnícím trestní právo převážně nepředstavují nové výtvoř, nýbrž pouze soustředění ustanovení dosud roztroušených v četných trestně-právních předpisech nacházejících se mimo trestní kodex. Již toto shrnutí ale představuje důležitý legislativní výkon, který je velmi důležitý pro propagaci ochrany životního prostředí ve vědomí obyvatelstva.

I nové delikty proti životnímu prostředí jsou převážně abstraktní delikty ohrožovací.³⁾ K tomu přistupuje, že určitá zatížení životního prostředí jsou nevyhnutelná. Ta se připouštějí cestou administrativně-právního povolení. Trestní právo může tudíž v oblasti ochrany životního prostředí většinou jenom zakázat útok proti povolením. Z toho plyne tzv. správní akcesorita trestně-právní ochrany životního prostředí.⁴⁾

3. POTÍRÁNÍ TERORISMU

Od začátku sedmdesátých let páchaly ve Spolkové republice radikální skupiny jako tzv. „Frakce Rudé armády“, „RAF“ atentáty proti policejním služebnám a kriminálním úřadům; vysocí úředníci jako spolkový generální prokurátor Buback a vysocí hospodářští činitelé jako bankovní ředitel Ponto a prezident Spolkového svazu německého průmyslu Schleyer byli uneseni, použiti jako předměty vydírání a zavraždění. Proti těmto činnostem směřovala celá řada trestních zákonů vydaných od roku 1975. 14. zákon měnící trestní právo vydaný v roce 1976 rozšířil skutkové podstaty veřejného vyhrožování trestnými činy (§ 126 Trestního zákoníku) a ohrožování jednotlivců (§ 241 Trestního zákoníku) vždy o alternativu předstírání ohrožení a skutkovou podstatu předstírání trestného činu (§ 145 Trestního zákoníku). Rozšířeny byly katalogy trestných činů, u nichž je trestná zřejmá pohružka (§ 126 Trestního zákoníku), jejich odměňování nebo veřejné schvalování (§ 140 Trestního zákoníku). Protože v tak zvané alternativní literatuře byly zveřejněny recepty na výrobu Molotovových koktejlů a podobné návody, byly za návody k trestným činům stejně tak jako za jejich doporučování stanoveny trestní sankce (§§ 88a, 130a Trestního zákoníku). Proti těmto předpisům ovšem

²⁾ Blíže k systematice Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht – Besonderer Teil, svazek 2, 7. vydání 1991, § 58, poznámka 12 a násl.

³⁾ Maurach/Schroeder/Maiwald, tamtéž, pozn. 5 a násl.

⁴⁾ Maurach/Schroeder/Maiwald, tamtéž, pozn. 5 a násl.

vznesli protest především pokrokoví spisovatelé, protože představovaly neúnosné omezení umělecké svobody. Byly tudíž již po pěti letech, tedy v roce 1981, opět odstraněny 18. zákonem o změnách trestního práva.

Po dalších atentátech byl v roce 1976 vydán obsáhlý zákon, který změnil četné zákoníky a bohužel nese jen bezbarvý titul „Zákon o změně Trestního zákoníku, Trestního procesního řádu, Zákona o uspořádání soudů, Spolkového řádu advokacie a Zákona o výkonu trestu“. Tímto byla především zavedena skutková podstata „tvoření teroristických sdružení“ (§ 129a Trestního zákoníku). Nad rámec „tvoření“ teroristických sdružení zahrnuje tato skutková podstata i účast v podobě členství, podporu a získávání pro členství. Ovšemže tu nešlo o zcela novou skutkovou podstatu, neboť již dříve podléhalo „tvoření zločinných sdružení“ trestní sankci (§ 129 Trestního zákoníku). Nová skutková podstata jenom zosťovala hrozbu trestu za tvoření atd. sdružení, jejichž účelem bylo zaměření na páchaní těžkých trestných činů. Mimoto sloužila tato skutková podstata k návaznosti na zostření v právní úpravě uspořádání soudů a v trestně-právním procesu. Zvláště musela být po opakovaných případech předání zbraní obžalovaným jejich obhájci zavedena oddělující stěna pro návštěvníky (§ 148, odst. 2, věta 3 Trestního procesního řádu) a nakonec dokonce úplný zákaz návštěv (tak zvaná „zábrana kontaktu“, §§ 31 – 38 Uvádějíciho zákona k Zákonu o uspořádání soudů).

Formy skutkových podstat „podpory“ a „získávání pro členství“ vedly ostatně k četným problematickým hraničním případům. Zvláště bylo obhájců obžalovaných používáno k tomu, aby předávali ostatním spoluobžalovaným sdělení o plánovaných akcích např. hladovkách. Tím upadali i obhájci do sféry použití těchto trestně-právních předpisů a několik obhájců bylo v souladu s tím odsouzeno, což mělo za následek přirozeně ostré reakce veřejnosti.

„Zákonem o potírání terorismu“ z 19. prosince 1986 byla zavedena nová zostření, jimiž se zde není nutno podrobněji zabývat. Poněkud groteskním se jeví to, že skutková podstata návodu k trestným činům (§ 130a Trestního zákoníku), která – jak bylo ukázáno – byla v roce 1976 zavedena a v roce 1981 kvůli kritice z uměleckých kruhů zase odstraněna, byla nyní opět zavedena.

Zákonem ze dne 9. 6. 1989 byla nakonec – vedle zostření skutkových podstat směřujících proti braní rukojmích – zavedena u teroristických činů úprava týkající se korunních svědků. Tato úprava narazila v německé právnícké veřejnosti na značnou kritiku, protože v německém trestním procesu platí všeobecná povinnost trestního postihu (s nedorozuměním nazývaná „princip legality“). Možnost osvobození od trestu pro případ, že pachatel prozradí ostatní spolupachatele, představuje totiž výjimku z tohoto principu a přechod k principu oportunity. Ustanovení zatím přineslo málo úspěchu.

4. POTÍRÁNÍ ORGANIZOVANÉ KRIMINALITY

V poslední době se stále více i ve Spolkové republice rozšiřuje organizovaná kriminalita. Těžiska tvoří ilegální obchod s narkotiky, krádeže prováděné v bandách, především krádeže automobilů s jejich navazujícím přesunem do zahra-

ničí, ilegální obchod se zbraněmi, obchodování s lidmi a prostituce, ilegální provozování hazardních her a organizace ilegálního přistěhovalectví cizinců.

Z tohoto důvodu vyšel dne 15. července 1992 obsáhlý Zákon o potírání ilegálního obchodu s narkotiky a jinými formami projevu organizované kriminality (OrgKG – Zákon o potírání ilegálního obchodu s narkotiky a jiných forem projevu organizované kriminality). Tento zákon přináší řadu zosíření trestu, když je pachatel členem bandy, zvláště pro krádež, přechovávacství a hazardní hry. Ale předem byly vytvořeny nástroje k odčerpávání zisků. Ve všeobecné části byl zaveden tak zvaný trest na majetku (§ 43 a), tzn. peněžité trest ve výši majetku pachatele. Mimoto byla zavedena možnost propadnutí, když totiž okolnosti opravňují k domněnce, že předměty byly získány za účelem konání protiprávních činů nebo s jejich pomocí (§ 73d). Konečně byla zavedena skutková podstata praní špinavých peněz (§ 261 Trestního zákoníku). Závazek k zavedení takové skutkové podstaty vyplývá z Úmluvy Spojených národů proti nedovolenému zacházení s návykovými a psychotropními látkami z 20. 12. 1988 (tzv. Vídeňská drogová konvence). Více než nadpis „praní peněz“ postihuje předpis skrývání a zastírání původu každého předmětu, který pochází z těžkých trestných činů. Tak zvaný Zákon o praní peněz z 25. října 1993 zavazuje banky, herny a správce jmění, aby identifikovali ukladatele hotových peněz, cenných papírů nebo drahých kovů v hodnotě vyšší než 25.000 DM a při podezření, že jde o praní peněz, učinili oznámení úřadům pro trestní stíhání. Označení „Zákon o praní peněz“ je tudíž zavádějící, lepší by bylo Zákon o kontrole provozu bank. Konečně byly zákonem proti organizované kriminalitě ještě dovoleny četné nové vyšetřovací metody, jako nasazení skrytých vyšetřovatelů a odposlouchávacích zařízení, rastrové pátrání*) a záznamy o překračování hranic.

5. TRESTNĚ-PRÁVNÍ POSTIH NAKLÁDÁNÍ S DROGAMI

Zákon Spolkové republiky o omamných prostředcích existuje dnes v podobě dané reformou z 18. 7. 1981. K poslední změně došlo 26. února 1993.

Cíl zákonodárce spočívá v přísnějším trestním postihu pachatelů, kteří bez ohledu na utrpení druhých usilují o vlastní prospěch, a za druhé v mírnosti, porozumění a možnosti terapie pro pachatele závislé na drogách.

Horní hranice trestních sazeb byla zčásti značně zvýšena. Zatím co lehčí provinění mohou být nyní potrestána odnětím svobody až do 5 let, obnáší hrozba trestu při zločinu sazby až do 15 let. Zvláště obchodníci ve velkém a osoby řídící z pozadí drogové organizace mají být podle vůle zákonodárce potrestáni přísněji než dosud. Potírání organizací páhajících v mezinárodním měřítku drogovou kriminalitu je jedním z nejnaléhavějších problémů v oblasti práva zabývajícího se omamnými prostředky.

K již existujícím druhům trestného jednání bylo nově přibráno více skutků a jednání. Tak např. nyní podléhá trestu i pěstování rostlin sloužících k výrobě omam-

*) Jde o metodu intenzivního a systematického pátrání s možností soustavného „pročesávání terénu“, kontroly osob v určitém prostoru nebo při překračování hranic atd.

ných jedů. Podle nové podoby Zákona o omamných prostředcích (BtMG – Zákon o omamných prostředcích) je dále trestná již příprava peněžních prostředků pro ilegální obchod s omamnými jedy a nedovolená výroba omamných jedů. Jiný cíl, který zákonodárce zvláště sleduje, může být vyjádřen heslem „Terapie místo trestu“. Zákonodárce sice nadále nerozlišuje mezi tvrdými a měkkými drogami; také legalizace hašiše, jak to odpovídá již několik let praxi v Holandsku, byla odmítnuta. Ve větším počtu předpisů zákona o omamných prostředcích se ale předpokládá diferencované zacházení s pachateli závislými na drogách. Tak se může u takového pachatele trestného činu upustit od trestu, jestliže se pachatel dopustil činu pouze pro vlastní potřebu a jedná se jen o nepatrné množství drogy. To, kdy se dá mluvit o nepatrném množství, určil pro více omamných prostředků Spolkový soudní dvůr. Podle toho je hranice pro heroin 1,5 gramu, pro kokain 5 gramů a pro marihuanu 7,5 gramů. Pro jiné omamné prostředky existují u nižších soudů ve vztahu k takové hraniční čáře častokrát značné názorové rozdíly. Dále zákonodárce předvídal, že u pachatelů závislých na drogách se může upustit od podání žaloby nebo ji lze alespoň na nějakou dobu pozdržet, jestliže se pachatel léčí ze své závislosti v příslušných zařízeních a u pachatele může být zjištěna opravdová připravenost na léčbu.

6. TRESTNĚ-PRÁVNÍ POSTIH SEXUÁLNÍCH DELIKTŮ

Četné změny – a sice zostření – doznalo i právo postihující sexuální delikty. Zákonem o nové úpravě ochrany mládeže na veřejnosti z 25. 2. 1985 bylo stanoveno jako trestné při rozšiřování pornografických písemností a jiných vyobrazení také živnostenské pronajímání – pokud nejde o osoby starší 18 let –, aby se zahrnuly a postihly přibývající videotéky (§ 184 odst. 1, čís. 3a Trestního zákoníku).

Další z nových předpisů v oblasti trestního práva se zaměřují na ochranu žen a dětí přicházejících ze zahraničí proti sexuálnímu vykořisťování. 26. zákon měnící trestní právo ze dne 14. 7. 1992 stanoví trestní sankce za přinucení jiných osob, aby začaly provozovat prostituci nebo v ní pokračovaly, a to se znalostí toho, že se nacházejí v tísní spojené s jejich pobytem v cizině (§ 180b, odst. 1 nového uspořádání Trestního zákoníku). K potírání tak zvaného „svatebního turismu“ bylo jako trestné uznáno dokonce přinucení osob k tomu, aby si předsevzaly provozování sexuálních styků, a to se znalostí toho, že se nacházejí v tísní spojené s jejich pobytem v cizině (§ 180b, odst. 1 nového uspořádání Trestního zákoníku).

Obchod ženami a děvčaty provozují především příslušné obchodní kruhy a bandy a patří tedy v dalekosáhlé míře do sféry tak zvané organizované kriminality (viz výše bod 4). Není tudíž náhodou, že 26. zákon měnící trestní právo vyšel den před Zákonem o potírání organizované kriminality.

27. zákonem měnícím trestní právo z 23. 7. 1993 bylo v zájmu potírání „sexuálního turismu“ pro německé pachatele prohlášeno za trestné sexuální zneužívání dětí a nezletilých i v cizině (§ 5, čís. 8 Trestního zákoníku). Dále se v tomto zákoně hrozí zostřenými tresty za dětskou pornografii, tzn. za pornografická vyobrazení, která mají za předmět sexuální zneužití dětí; protože se výrobci sami často nedají

dopadnout, bylo stanoveno jako trestné dokonce pouhé držení těchto výrobků (§ 184, odst. 3 – 5 Trestního zákoníku).⁵⁾

Jednalo-li se dosud o rozšíření trestního práva, pak se také dařilo i zákonodárným přípravám na omezení sexuálního trestního práva. Zatím co homosexuální styk mužů nad 18 let s muži mladšími než 18 let je trestný (§ 175 Trestního zákoníku), má být věk ochrany snížen na 16 let a také homosexuální styky s nezletilými mezi 14 – 16 roky mají být trestné nadále jen tehdy, jestliže k nim dochází s využitím tísňe nebo nezralosti anebo za úplatu.⁶⁾ V těchto případech mají být v budoucnosti – nad rámec dosavadního práva – chráněny i osoby ženského pohlaví. Také tato změna se stala žádoucí znovusjednocením: avšak již dříve existovaly ve Spolkové republice požadavky směřující k odpovídající reformě.

7. POTRAT A OCHRANA LIDSKÉHO ZÁRODKU

V důsledku znovusjednocení Německa byl nově upraven právně-politicky zvlášť sporný komplex, totiž potrat.

Již jsem vyložil, že v NDR byl beztrestný potrat až do třetího měsíce trvání těhotenství, že taková úprava byla v roce 1975 Spolkovým ústavním soudem zhodnocena jako útok na Ústavou chráněné právo na život a že Smlouvou o sjednocení mezi Spolkovou republikou Německo a Německou demokratickou republikou bylo předepsáno jednotné řešení. Také ve Spolkové republice se však již od roku 1975 množily hlasy ve prospěch liberalizace trestního práva zabývajících se potratem. Po dlouhých, velmi kontroverzních poradách dovolil německý zákonodárce zákonem z 27. 7. 1992 potrat v prvních třech měsících těhotenství, pokud si těhotná před tím na příslušném poradenském zařízení nechala poskytnout rady týkající se možných forem pomoci. Tato nová úprava byla velice sporná.⁷⁾

Vedle mnoha jiných námitek byla proti novému potratovému zákonu uplatňována především námitka, že je v neúnosném rozporu se Zákonem na ochranu lidského zárodku. Podle něj je každé nezachování mimotělně zplozeného zárodku trestné. Zárodek *in vitro* byl tedy chráněn lépe než zárodek v těle matky!

Mezitím Spolkový ústavní soud prohlásil novou právní úpravu za tak dalece odporující Ústavě, že se potrat během prvních tří měsíců těhotenství prohlašuje za „nikoli odporující právu“ a dále pak povinně absolvovaná porada není dostatečně zaměřena na ochranu života a také není předmětem dostatečného dohledu. Proto lze očekávat, že potom následuje nová úprava, podle níž je potrat dovolen během prvních tří měsíců, když se těhotná podrobila povinnému poučení zaměřenému na ochranu života. Výše zmíněný zákon chrání lidský zárodek jde ostatně daleko nad rámec svého názvu „Zákon na ochranu zárodku“ a zakazuje dalekosáhlým způsobem nové techniky rozmnožování. Zákon zakazuje vedle plození lidských zárodků

⁵⁾ K tomu blíže Schroeder, Pornographieverbot als Darstellerschutz?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1990, str. 299 a násl. a: Das 27. StAG (Strafrechtsänderungsgesetz) – Kinderpornographie, Neue Juristische Wochenschrift 1993, str. 2581 a násl.

⁶⁾ K tomu Schroeder, Die Reform der Straftateme gegen die Entwicklung des Sexuallebens, Zeitschrift für Rechtspolitik 1992, str. 295 a násl.

⁷⁾ Viz mj. Schroeder, Unaufrichtigkeit des Gesetzes, Zeitschrift für Rechtspolitik 1992, str. 409 a násl.

bez spojitosti s cílem spočívajícím v rozmnožování také přenášení cizích vaječných buněk nebo zárodků na ženy, umělé oplodňování žen, které chtějí po porodu dítě přenechat jiným (tzv. náhradní matka). Zakázáno je umělé oplodnění semennými buňkami (spermii) vybranými podle pohlaví a postmortální umělé oplodnění po úmrtí muže. Vysvětlení pro tyto dalekosáhlé zákazy je nepostačující. Tak např. zákonodárce poukazuje na to, že dítě prý se nemůže vyrovnat se skutečností, že má jednu genetickou a jednu tělesnou matku nebo že jeho otec zemřel právě při plze-
ní. Zvláště ve válce se narodilo a narodí mnoho dětí poté, co otec padl. Hojně se také při zdůvodňování zákona uvádí jako předmět ochrany lidská důstojnost. Tento pojem při tom zůstává prostou formulí. Po pravdě řečeno, zákonodárce zakázal na poli umělého oplodňování skoro všechny zásahy do přírody, právním statkem je osvobození přirozeného rozmnožování od lidského zasahování.⁸⁾

IV. TENDENCE A POZADÍ REFORM

Pokusme se nyní nakonec vyložit obecné tendence vylíčených reform a jejich pozadí. Pozadím reform jsou velké hrozby současnosti, které platí pro skoro všechny státy, totiž hospodářská kriminalita, poškozování životního prostředí, terorismus a drogová závislost. Na tato nebezpečí reagoval německý zákonodárce převážně zavedením nových skutkových podstat a zostřením trestů, tedy rozšířením trestního práva. Jenom ve dvou oblastech, které obě souvisejí s lidskou sexualitou, došlo k omezení trestního práva nebo popřípadě k němu v krátké době dojde, a sice u trestnosti potratu a trestnosti homosexuality.

Potud stojí vývoj po roce 1975 ve zřetelném protikladu vůči vývoji dřívějšímu. Koncem šedesátých a počátkem sedmdesátých let byl vývoj trestního práva ve Spolkové republice pod vlivem progresu dekriminalizace. Hlavním aktérem při tom byla tak zvaná sociálně-liberální vláda, která byla vytvářena sociálními demokraty a svobodnými demokraty. I když se tu nepodléhalo vlivu socialistické utopie Karla Marxe, že se může trestní právo zcela odstranit, přece se věřilo, že může být podstatně redukováno a člověk tak může být osvobozen od státního panství. Tak byly Třetím a Čtvrtým zákonem reformujícím trestní právo podstatně omezeny trestní předpisy postihující odpor vůči státní moci a sexuální delikty. Úvodním zákonem k trestnímu zákoníku z roku 1975 byly odstraněny všechny přestupky a převedeny níže na úroveň prostých protivení se pořádku. Tato tendence začala být po roce 1975 – až na zmíněné oblasti potratu a homosexuality – zatlačována na ústup. Na místo dekriminalizace nastoupila od té doby jednoznačně nová rekriminalizace. Avšak bylo by chybou vyvozovat tuto změnu z vystřídání vlády v Německu. Neboť k vystřídání sociálně-liberální vlády koalici CDU/CSU a FDP došlo až v roce 1982. Již sociálně-liberální vláda sama cestu dekriminalizace opustila Prvním zákonem o potírání hospodářské kriminality, trestním právem chránícím

⁸⁾ Blíže Schroeder, Vor-Eiliges Strafrecht. Das neue Embryonenschutzgesetz trifft Vorsorge ohne Not (Ukvapené trestní právo. Nový zákon o ochraně zárodku činí opatření bez nutnosti), Frankfurter Allgemeine Zeitung ze dne 9. 7. 1991, str. 12.

životní prostředí a trestními zákony proti terorismu. Důvodem pro narůstání trestního práva tedy zřejmě nejsou politické názory, nýbrž narůstání nebezpečí, před nimiž nemůže žádná vláda uhýbat.

Ovšem toto rozšíření trestního práva bylo kompenzováno redukcí sankcí u drobné a dokonce i střední kriminality.

Od roku 1923 v Německu existuje možnost zastavit trestní řízení při nepatrné vině. Jde o úpravu v oblasti trestně-procesního práva. Ta je spojena s problémy, protože omezuje v německém právu samotném existující obligatornost žaloby a tudíž nahrazuje tzv. princip legality principem oportunitity. Tato úprava byla v roce 1975 značně rozšířena, a to ve dvojitým ohledu. Za prvé se vytvořila možnost spojit zastavení řízení s náklady a příkazy, zejména s nákladem spočívajícím v nápravě škody nebo v zaplacení peněžního obnosu ve prospěch společensky užitečného zařízení nebo státní pokladny (§ 153 a Trestního procesního řádu). Touto úpravou byla překonána dosavadní tendence státního zastupitelství a soudů zastavování řízení brzdit. Ukládané peněžní dávky jsou zčásti velmi vysoké; státní zastupitelství a soud na jedné straně někdy dojednávají zastavení trestního řízení nedůstojným způsobem. Za druhé se při majetkových deliktech spojených s nepatrnou škodou předvíдалa možnost, že dokonce samo státní zastupitelství – bez souhlasu soudu – může zastavit řízení (§§ 153, odst. 1, věta 2, 153a, odst. 1, věta 6 Trestního procesního řádu).

Pro nedostatek soudců a státních zástupců v nových Spolkových zemích rozšířil Zákon o usnadnění konání spravedlnosti z 11. 1. 1993 tuto úpravu znovu dvojitým způsobem. Za prvé je možné zastavení řízení s tím, že místo toho budou určeny náklady nebo vysloveny příkazy, a to již tehdy, „když tomu není na překážku tíže viny“. Tímto nehezky přeformulováním se má zastavení řízení zcela vědomě vztáhnout na oblast střední kriminality. Za druhé byla možnost zastavení řízení státním zastupitelstvím od majetkových deliktů spojených s nepatrnou škodou rozšířena na všechna provinění s nepatrnými následky, pokud nejsou spojena s hrozbou zvýšení dolní hranice trestní sazby (§§ 153, odst. 1 věta 2, 153a, odst. 1, věta 6 Trestního procesního řádu).

U vývoje sankcí se ukazuje diferencovanost.

Trestní zákonodárství Spolkové republiky se vyznačuje stálým snižováním horní hranice sankcí. V roce 1949 byl – především s ohledem na zběsilé používání v době nacionálního socialismu – odstraněn trest smrti. Nejvyšší sankcí je od té doby trest doživotního odnětí svobody, který může být uložen výhradně u zločinu vraždy a genocidy. Během doby se množily hlasy, že i doživotní trest odnětí svobody nechává člověka chátrat do podoby obyčejné prázdné slupky a tím útočí na jeho lidskou důstojnost. V roce 1975 předložila jedna porota, když měla jednoho vraha odsoudit k doživotnímu trestu odnětí svobody, Spolkovému ústavnímu soudu otázku, zda je tento trest slučitelný s Ústavou, zejména s ochranou lidské důstojnosti. Spolkový ústavní soud sice prohlásil doživotní trest za útok na lidskou důstojnost, našel ale rozumný kompromis. Rozhodl, že doživotní trest odnětí svobody smí být používán kvůli zásadě proporcionality jen v nejkrajnějších případech a že mi-

moto destrukci osobnosti a tím i útoku na lidskou důstojnost se lze prý vyhnout jen tehdy, jestliže se člověku zásadně otevře šance na znovuzískání svobody. Zákodárce prý tudíž musí ztvdit již dříve obvyklou praxi omilostnění do podoby právní zásady.⁹⁾ Na základě tohoto verdiktu Spolkového ústavního soudu vyšel v roce 1980 20. zákon měnící trestní právo, který zaváděl u doživotního trestu odnětí svobody podmíněné propuštění po odpykání patnácti let (§§ 57a, 57b Trestního zákoníku). Předpokladem tu ovšem bylo to, že „další výkon trestu není prikazován zvláště těžkým proviněním odsouzeného“ (§ 57a, odst. 1, čís. 2 Trestního zákoníku). Před nedávnem Spolkový ústavní soud rozhodl, že toto zjištění musí být obsaženo již v samotném rozsudku.¹⁰⁾

Zdá se být pochybným, zda je tato úprava smysluplná. Na jedné straně je v ní zabudována možnost, že soud, který po patnácti letech bude jednat o podmíněném propuštění a který bude znát skutkové okolnosti pouze z písemných dokladů, ještě jednou rozhodne o tíži činu. Na druhé straně se prvnímu soudu ukládá ještě větší břemeno a navíc se ničí odsouzenova šance, která právě měla být základem pro ochranu jeho osobnosti.

23. zákonem měnícím trestní právo z roku 1986 byla zavedena i u časově omezených trestů možnost podmíněného prominutí zbytku trestu již po odpykání jeho poloviny, zatím co dosud to bylo možné až po dvou třetinách (§ 57 odst. 2, čís. 2 Trestního zákoníku).

Stejným 23. zákonem měnícím trestní právo z roku 1986 byl okruh trestů odnětí svobody zúžen i poblíž dolní hranice trestních sazeb. Možnost podmíněného odkladu výkonu byla rozšířena na tresty až do dvou let (§ 56, odst. 2 Trestního zákoníku). Mimoto byla omezena možnost odvolání rozhodnutí o podmíněném odkladu výkonu trestu.

Těmito zákonnými opatřeními se snížil podíl trestu odnětí svobody na všech odsouzeních na cca 17 %. Protože z tohoto počtu odsouzení došlo v 68 % případů k podmíněnému propuštění, tvoří podíl vykonaných trestů odnětí svobody v Německu t. č. méně než 10 % všech trestů.

Tento vývoj je některými autory označován jako „humanizace“ trestního práva.¹¹⁾ Nelze však nepřiznat, že k tomuto vývoji došlo také pod tlakem značného narůstání počtu trestných činů a tím i narůstajícího přeplnění zařízení sloužících k výkonu trestu. V některých končinách Německa může být trest odnětí svobody vykonán až po určité „čekací době“. Mimoto jsme viděli, že u řady způsobů chování byla zvýšena hrozba trestu a byl zaveden nový druh trestu – trest na majetku. Zvláště pak se dále vytvořily sankce propadnutí a stažení produktů a nástrojů trestných činů (§ 73 a násl. Trestního zákoníku). Tyto sankce jsou zaměřeny především proti vylíčeným novým formám kriminality, u nichž se dosahuje značných zisků. Také potud se nemůže hovořit o generálním zmírňování nebo „humanizaci“ sankcí, ale o jejich přeskupení a diferenciaci.

⁹⁾ BVerfGE (Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu) 45, 187.

¹⁰⁾ BVerfG NStZ (Spolkový ústavní soud, neue Zeitschrift für Strafrecht), roč. 92, str. 484.

¹¹⁾ Viz např. Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechtes, in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland – 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, str. 35 a násl., 39.

Technicky viděno, resignuje moderní zákonodárce čím dál tím více na klasické následkové (též „poruchové“ – pozn. překl.) delikty a místo toho používá abstraktních deliktů ohrožovacích. To se stává menší měrou proto, aby se předsunutím přiblížila trestnost, než spíše proto, abychom se vyhnuli obtížím, které jsou spojeny s dokazováním následku a všem věcem, které jsou v kauzálním vztahu k následku. Není tudíž náhodou, že v trestně-právní dogmatice se stávají stále důležitějšími vyobrazení rizika, chování rodícího riziko a zvyšování rizika.

Přeložil Stanislav Kučera