

Teorie práva

Viktor Knapp



C·H·BECK

PŘEHLED OBSAHU

Předmluva	V
Přehled obsahu	VIII
Obsah	IX
Seznam základní literatury	XV
Zkratky a znaky	XVI
Část první: Právní věda a právní praxe	1
Část druhá: Právo a člověk /Právní antropologie/	13
Část třetí: Právo ve společnosti	27
Část čtvrtá: Normativní regulace	39
Část pátá: Společenské hodnocení	79
Část šestá: Velké právní systémy	91
Část sedmá: Tvorba práva	105
Část osmá: Prameny práva a právní skutečnosti	129
Část devátá: Právní normy	147
Část desátá: Právní argumentace, interpretace a právní spor	167
Část jedenáctá: Právní norma a skutečnost	181
Část dvanáctá: Právní vztahy	193
Část třináctá: Důvěra v právo. Právo na ochranu	205
Část čtrnáctá: Právo a informace /Právní informatika/	219
Použitá literatura	229
Rejstřík jmenný a věcný	237

OBSAH

Předmluva	V
Přehled obsahu	VIII
Obsah	IX
Seznam základní literatury	XV
Zkratky a znaky	XVI
Část první: Právní věda a právní praxe	1
I. Právní věda	1
1. Historie právní vědy	1
2. Předmět právní vědy a její společenské poslání	4
3. Teoretický přístup k poznání práva	5
4. Systém právní vědy	6
4.1. Právní filozofie a teorie práva	6
4.2. Další obory právní vědy	7
4.3. Horizontální třídění právní vědy	8
5. Postavení právní vědy v systému věd	8
II. Právní praxe	9
1. Pojem právní praxe	9
2. Právnícká etika	10
3. Právní rétorika	10
Část druhá: Právo a člověk /Právní antropologie/	13
I. Člověk a občan	13
II. Postavení člověka v právu	14
1. Svoboda a rovnost	14
2. Svoboda a její antinomie	15
3. Vše je dovoleno, co není zakázáno	17
4. Ochrana proti sobě samému	20
5. Rovnost a její antinomie	21
III. Člověk ve společnosti	22
1. Ontogeneze člověka jako subjektu práva	22
2. Ontogeneze člověka jako občana	25
Část třetí: Právo ve společnosti	27
I. Právo a kultura. Kultura práva	27
1. Kultura	27
2. Trojí vztah kultury a práva	27
II. Původ a justifikace práva	28
1. Proč je ve společnosti právo	28
2. Reprodukce života ve společnosti	29
3. Entropie života ve společnosti	30
III. Co ve společnosti platí?	32
IV. Dynamika a stabilita práva	34
V. Efektivnost práva. Pokus v právu	35
VI. Mechanismus a způsob působení práva	36

Část čtvrtá: Normativní regulace	39
I. Normativní systémy a místo práva v nich	39
II. Právo jako společenský regulátor	40
III. Právo jako normativní systém	40
1. Pojem práva	40
1.1. Co je právo	40
1.1.1. Obtížnost poznání	40
1.1.2. Právo a moc	43
1.1.3. Právo a vůle	44
1.1.4. Komponenty pojmu práva	45
1.1.5. Chápání práva v průběhu času	46
1.1.6. Shrnutí a závěry	48
2. Různé aspekty práva	50
2.1. Právo objektivní a právo subjektivní	50
2.2. Právo heteronomní a právo autonomní	52
2.3. Právo kogentní a právo dispozitivní	53
2.4. Právo striktní a právo pružné	55
3. Ontologické a gnoselogické aspekty práva	56
3.1. Bytí a trvání práva	56
3.1.1. Kategorie bytí a platnosti	56
3.1.2. Skutková podstata a norma	57
3.1.3. Trvání práva	57
3.1.4. Kontinuita práva	60
3.1.5. Akulturace práva	61
3.2. Poznání práva	63
3.2.1. Problémy poznání	63
3.2.2. Právo jako předmět poznání	64
IV. Úplnost práva	65
1. Antinomie úplnosti práva	65
2. Mezery v právu	66
V. Systém práva	67
1. Vnitřní souladnost práva	67
2. Právo hmotné a právo procesní	67
3. Právní odvětví	68
3.1. Právo veřejné a právo soukromé	68
3.2. Třídění práva a právní odvětví	68
4. Právo vnitrostátní, právo mezinárodní, právo evropské	69
VI. Subjekty práva	70
1. Subjekty právních norem	70
2. Subjekt právotvorný	70
3. Subjekty, jimž je právo určeno	70
3.1. Adresáři a recipienti práva	70
3.2. Osoby	71
3.2.1. Osoby fyzické	72
3.2.2. Osoby právnické	73
3.3. Kvantitativní aspekt adresátů práva	74
4. Komunikace mezi subjekty práva	74

VII. Obsah, forma a předmět práva	75
1. Obsah práva	75
2. Forma práva	76
3. Předmět práva	76
Část pátá: Společenské hodnocení	79
I. Hodnoty a hodnocení	79
II. Právo jako systém hodnotící a hodnocený	80
1. Právo jako systém hodnotící	80
2. Právo jako systém hodnocený	81
III. Právní vědomí	82
1. Pojem právního vědomí	82
2. Některá obecná pravidla právní	83
IV. Morálka	85
V. Spravedlnost	86
VI. Nespravedlnost a bezpráví	88
Část šestá: Velké právní systémy	91
I. Právní geografie	91
II. Právní systém kontinentální	92
III. Právní systém angloamerický	94
1. Geografické rozšíření a charakteristika	94
2. Právo anglické	95
3. Precedenční právo v USA	100
IV. Islámský právní systém	101
V. Některé další právní systémy	104
Část sedmá: Tvorba práva	105
I. Tvorba práva a tvorba zákona	105
II. Zákonnost zákonodárství	107
III. Legislativní pravomoc	108
IV. Legislativní proces	108
1. Dva aspekty legislativního procesu	108
2. Legislativní proces ve smyslu právním	109
3. Legislativní proces ve smyslu sociálním	109
4. Stadia legislativního procesu	110
4.1. Zjištění potřeby právní úpravy	110
4.2. Vznik legislativního záměru	110
4.3. Realizace legislativního záměru	111
V. Způsob právní úpravy	111
1. Vymezení právní úpravy	111
2. Právní úprava zákonná	113
2.1. Parciální právní úprava	112
2.2. Kodifikace	112
3. Změna právní úpravy	113
3.1. Forma změny právní úpravy	113
3.2. Novelizace	114
3.3. Skončení účinnosti právní normy, Derogace	114
3.4. Inkorporace /Republikace/	116

VI. Legislativní technika a právní jazyk	117
1. Pojem legislativní techniky	117
2. Srozumitelnost právní normy	117
3. Jazykový výraz právní normy	118
3.1. Právní jazyk	118
3.2. Sémantické vlastnosti právního jazyka	122
3.2.1. Přesnost významu pojmů	122
3.2.2. Jednoznačnost pojmů	125
3.2.3. Stálost pojmosloví	125
3.3. Pragmatické vlastnosti právního jazyka	125
VII. Právní předpis a struktura /Struktura právního předpisu/	126
1. Právní předpis jako uvědomělá struktura	126
2. Formální členění právního předpisu	127
2.1. Preambule	127
2.2. Hierarchie členění právních předpisů	128
Část osmá: Prameny práva a právní skutečnosti	129
I. Prameny práva	129
1. Pojem pramene práva	129
2. Druhy pramenů práva	131
2.1. Právo psané	131
2.1.1. Pojem práva psaného /Právní předpis/	131
2.1.2. Kvantitativní vztah právního předpisu a právní normy	131
2.2. Právo smluvní	132
2.3. Soudcovské právo	133
2.4. Obyčejové právo	134
2.4.1. Obyčejové právo jako právní systém	134
2.4.2. Obyčeje a zvyklosti	136
2.5. Obecné zásady právní	137
2.6. Ekvita a rozum	128
2.7. Učené knihy a expertizy. Jurisprudence	138
3. Normativní odkazy na mimoprávní pravidla chování	139
II. Právní skutečnosti	140
1. Pojem právní skutečnosti	140
2. Druhy právních skutečností	141
3. Právní úkony	142
4. Smlouvy	143
5. Úřední rozhodnutí	145
Část devátá: Právní normy	147
I. Pojem právní normy	147
1. Norma a norma právní	147
2. Znaky právní normy	148
2.1. Formální znaky právní normy	148
2.2. Materiální znaky právní normy	148
2.2.1. Regulativnost	148
2.2.2. Právní závaznost	149
2.2.3. Obecnost	149

2.2.4. Vynutitelnost	152
II. Struktura právní normy	153
1. Skladebné prvky právní normy	153
2. Podmíněná a nepodmíněná právní norma	154
III. Druhy právních norem	156
1. Hmotněprávní a procesněprávní normy	156
2. Třídění právních norem podle právní síly /Hierarchie právních norem/	156
3. Třídění právních norem z hlediska jejich teritoriálního působení	158
4. Právní normy podle povahy hypotézy	158
5. Právní normy podle povahy dispozice	159
5.1. Právní normy kogentní a právní normy dispozitivní	159
5.2. Příkazující, zakazující a dovolující právní normy	159
6. Právní normy podle sankce	159
7. Právní normy finální /teleologické/	159
8. Právní normy odkazující a blanketové	160
9. Zmocňovací právní normy	160
10. Dočasné /termínované/ právní normy	161
11. Intertemporální právní normy	161
12. Kolizní právní normy	162
IV. Vznik právní normy jako zdroje práv a povinností	163
1. Etapy vzniku	163
2. Platnost právní normy	163
3. Účinnost právní normy	164
4. Použitelnost (aplikovatelnost) právní normy	165
V. Působnost právní normy	165
VI. Bezrozpornost právního řádu	166
Část desátá: Právní argumentace, interpretace a právní spor	167
I. Základy právní argumentace	167
1. Argumentace a interpretace	167
2. Druhy interpretace podle jejího právního významu	169
3. Metody výkladu	170
II. Právní dokazování a vedení sporu	173
1. Spor	173
2. Argumentace a dokazování	175
3. Různé stránky dokazování	177
4. Vady dokazování	178
4.1. Právní a logické vady dokazování	178
4.2. Chyby odvozování	179
4.3. Specifické chyby dokazování	179
Část jedenáctá: Právní norma a skutečnost	181
I. Právní norma a lidské chování	181
II. Uskutečňování práv a povinností	181
1. Výkon práva a chování podle práva	181
2. Porušení práva, zneužití práva a výkon práva in fraudem legis	184
2.1. Porušení práva. Protiprávní úkon	184
2.2. Zneužití práva	184

2.3. Výkon práva in fraudem legis	185
3. Uskutečňování povinností	186
4. Aplikace práva. Subsumpce	186
5. Soudce a zákon	188
III. Právní důvod a právní následek	190
Část dvanáctá: Právní vztahy	193
I. Subjektivní právo, nárok a kompetence	193
1. Subjektivní právo	193
2. Nárok	197
3. Pravomoc a kompetence	197
II. Základní práva a svobody	197
1. Základní práva	197
2. Občanské svobody	198
III. Subjektivní povinnosti	199
IV. Odpovědnost	200
V. Pojem a prvky právního vztahu	202
1. Právní vztah	202
2. Vznik právního vztahu	203
3. Prvky právního vztahu	203
Část třináctá: Důvěra v právo. Právo na ochranu	205
I. Právní jistota	205
II. Nepřípustnost zpětné účinnosti /Lex retro non agit/	207
1. Formulace otázky	207
2. Nabytá práva	209
3. Právněfilozofické hledisko	209
4. Právněpolitické hledisko	211
III. Zákonnost	212
1. Dva aspekty zákonnosti	212
2. Existuje morální povinnost dodržovat právo?	212
IV. Právo na ochranu. Státní monopol poskytování právní ochrany	213
V. Právo na soudní ochranu	216
1. Soudní ochrana a právní jistota	216
2. Pravda a pravděpodobnost v soudním procesu	217
3. Rozhodnutí a jeho přezkoumatelnost	218
Část čtrnáctá: Právo a informace /Právní informatika/	219
I. Dvojití pojetí právní informatiky	219
II. Informace	220
III. Právní informace	223
IV. Automatizovaný informační systém	225
V. Automatizované informační systémy a ochrana osobnosti	225
VI. Specifické problémy právní odpovědnosti	226
VII. Počítač a člověk. Základní filozofická otázka	227
Použitá literatura	229
Jmenný rejstřík	237
Věcný rejstřík	239

Základní literatura ke studiu teorie práva /v českém a slovenském jazyce/

- BERKA, K., K pojmu interpretace, Stát a právo, 1989, č. 27
 BOGUSZAK, J., K problematice formování právního státu ČSFR, AUC Juridica 1990, č. 6
 BRÖSTL, A., Úvahy na téma právní stát, Právní obzor 1991, č. 2, s. 54 an.
 CVRČEK, F., NOVÁK, F., Základy právní informatiky, Brno 1992
 ČAPEK, J., Interpretace socialistického práva, Praha 1983
 ČERMÁK, V., O podstatě práva, Praha 1940
 GERLOCH, A., HUNGR, P., ZOUBEK, V., Základy teorie práva a právního státu, Praha 1995
 HAVRÁNEK, J., (red.), Základy právní teorie, Brno 1991
 HAYEK, F.A., Právo, zákonodárství, svoboda, Praha 1991
 HOLLÄNDER, P., K pojmu prameňov práva, Právník 1985, s. 1068 an.
 HOLLÄNDER, P., Problém normotvornej rozpornosti v práve, Právník 1981, s. 782 an.
 KALLAB, J., Úvod ve studium metod právnických, Brno 1920
 KLABOUC, J., Západoevropská právní filozofie ve 2. polovině 20. století, Praha 1989
 KNAPP, V., Základy srovnávací právní vědy, Praha 1991
 KNAPP, V., Člověk, občan a právo, Právník 1992, s. 1 an.
 KNAPP, V., GERLOCH, A., Logika v právním myšlení, Praha 1985
 KNAPP, V., GERLOCH, A., Vědecké metody poznání práva, Praha 1983
 KOŘENSKÝ, J., Právní jazyk, právní komunikace a interpretace, Stát a právo 1989, č. 27
 KRECHT, J., Normativní regulace, Právník 1969, s. 970 an.
 KRECHT, J., K otázce tvorby právních předpisů, Právník 1992, s. 1019 an.
 KUBEŠ, V., Právní filozofie XX. století, Brno 1992
 PRUSÁK, J., Právo v společnosti, Bratislava 1988
 STEINER, V., K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem, Právník 1994, s. 1 an.
 SVOBODA, E., Vybrané spisy, Praha 1939
 TOMSA, B., Idea spravedlnosti a práva v řecké filozofii, Bratislava 1923
 VEVERKA, V., BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., Základy teorie práva, Praha 1991
 WEINBERGER, O., Filozofie, právo, morálka, Brno 1993
 WEYR, F., Základy filozofie právní, Brno 1920
 WEYR, F., Teorie práva, Brno-Praha 1936

„iniuria est quod non iure factum est“,¹¹⁸ a složitě definuje bezpráví jako „kontra-diktorní protiklad právu“, jenž je produktem „protinormové (normwidrig)“, tj. protiprávní vůle.¹¹⁹

V této věci ovšem nelze ponechat bez povšimnutí, že německý výraz „Unrecht“ není úplný ekvivalent českého výrazu „bezpráví“¹²⁰ a ani latinského výrazu „iniuria“.

- 222 4. Jediný závěr, který je z toho všeho, co tu bylo řečeno o různých koncepcích pojmu bezpráví, možno spolehlivě vyvodit, je ten, že pojem „bezpráví“ nelze definovat analyticky, totiž tím, že by jeho implicitní znaky byly učiněny explicitními. Důvod toho je prostý. Pojem „bezpráví“ žádné vyhraněné, jednoznačné implicitní znaky nemá. Nezbyvá než jej definovat synteticky, tj. tím, že k němu přiřadíme definiční znaky zvenčí, že tedy obsah (intenzi) pojmu „bezpráví“ *nezjistíme* analýzou jeho implicitních znaků, ale *vytvoříme* konvencionálně, tj. předpokládanou dohodou s recipientem tohoto výrazu.

Ani tento postup ovšem nemůže být libovolný a nemůže se, ač syntetický, zcela obejít bez analýzy, v tomto případě bez analýzy významu, který pojmu (výrazu) „bezpráví“ příkládá usus communis.

To už se ale ve stručnosti stalo výše, kde bylo konstatováno, že pojem (výraz) „bezpráví“ se používá ve významu

- a) nedostatek práva,
- b) protiprávnost, popř. neoprávněnost,
- c) nespravedlnost.

- 223 Význam sub a) je sice smysluplný a nic nebrání tomu, aby se výraz „bezpráví“ v tomto významu používal. V tomto významu ovšem tento výraz nenáleží k usus communis.

Ve významu sub b) a c) sice výraz „bezpráví“ k obvyklému vyjadřování v právním jazyce náleží, v obou svých významech je však synonymem, jednou pojmu „protiprávnost“ („neoprávněnost“) a podruhé pojmu „nespravedlnost“. Vzhledem k tomu však, že synonyma sice slouží oživení stylu, naopak ovšem snižují přesnost vyjadřování a proto se jim právní jazyk brání, soudíme, že se právní jazyk bez pojmu „bezpráví“ obejde. Podle tohoto závěru tedy lze pojem „bezpráví“ ponechat jazyku hovorovému a jazyku politickému nebo literárnímu apod., ale je lépe upustit od jeho používání v jazyku právním, kde ostatně i dosud byl celkem neobvyklý.

Pro jazyk právní by tedy při této koncepci zůstaly pojmy „nespravedlnost“ pro stav odporující spravedlnosti jako převážně etické, popř. přirozenoprávní kategorii, nezávislé na platném právu, a „protiprávnost“ označující rozpor s platným právem.

¹¹⁸ Jde o výrok Ulpianův D.47,10,1 pr., který zní: „omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur“ (o všem totiž, co se neděje po právu, se praví, že se děje neprávem).

¹¹⁹ Jellinek, G., Recht, Unrecht und Strafe, s. 56.

¹²⁰ Viz český překlad Hegelova výrazu „Unrecht“, o němž je zmínka výše v pozn. ¹¹⁶, který dosvědčuje, že zmatení jazyků je v této věci úplné.

Část šestá: Velké právní systémy

Literatura: Afchar, H., The Muslim Conception of Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, Ch.1; Allott, A., Essays in African Law, London 1960; Allott, A., New Essays in African Law, London 1970; Ancel, M., Utilité et méthodes du droit comparé, Paris 1971; Baudoin, L., Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé, Montréal 1853; Castro, F., La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei, Trieste 1984; Constantinesco, L.J., Rechtsvergleichung, Köln 1972; Cross, R., Precedent in English Law, Oxford 1991; David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains, 4eme éd., Paris 1971; David, R., Le droit français, 2 díly, Paris 1960; David, R., Anglické právo, Bratislava 1972; Derrett, J., Iyer, T., Hindu Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Hamburg, Vol. II. ch. 2; Eörsi, Gy., Comparative Civil (Private) Law, Budapest 1979; Gutteridge, H.C., Comparative Law, Cambridge 1949; Hanbury, H.G., English Courts of Law, London 1967; Henrich, D., Einführung in das englische Privatrecht, Darmstadt 1971; Chehata, Ch., Droit musulman, Paris 1970; Chehata, Ch., Etudes de droit musulman, Paris 1971; Kulenský, P., Některé otázky použití sociologických metod v oblasti srovnávací právní vědy, Právník 1970; Knapp, V., La science juridique; in: Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines, Paris 1978; Knapp, V., Základy srovnávací právní vědy, Praha 1991; Štefanovič, M., Porovnávání práva, Bratislava 1967; Zweigert, K., Die „Praesumptio similitudinis“ als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode, in: Buts et méthodes de droit comparé, Padova, New York 1963; Zweigert, K., Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1971; Zweigert, K., Puttfarcken, H.J. (red.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978.

I. Právní geografie

1. Právo (vnitrostátní) je téměř vždy teritoriálně vázáno, tj. platí jen na určitém 224 území, a to zpravidla na území státu, z jehož suverenity se odvozuje. Tak tomu je ve federacích, kde platí zároveň právo federální a právo členských států, a ve státech, kde vedle sebe na stejném území platí více právních řádů, zejména ve státech, které jako státy nástupnické převzaly právo více států, na jejichž území vznikly. Tak tomu bylo např. v Československé republice až do konce roku 1950, anebo ve státech, kde vedle práva moderního platí i práva tradiční atd. Výjimku z teritoriálního omezení působnosti práva činí práva, která působí personálně, tj. jen pro určité osoby, jako jsou práva náboženská, a jistou výjimku tvoří i extra-teritoriální působení práva dané osobní a prostorovou působností jeho norem.

Tím vším je dáno, že se právo jednotlivých států, resp. jednotlivé právní 225 systémy navzájem více či méně liší. Přesto však se v historickém vývoji práva vytvořily dva základní typy resp. modely práva, tj. *právo kontinentálního*, které je v literatuře někdy nepřesně nazýváno i právem románskogermánským, a *právo angloamerické*, které - rovněž nepřesně - bývá nazýváno common law. Právo jednotlivých států světa, jejichž počet se už blíží dvěma stům, lze téměř vždy přiřadit k jednomu z právě uvedených typů.

V historii se ovšem vytvořil i další významný model, jímž je *právo islámské*, které se celým svým pojetím od práva kontinentálního i angloamerického výrazně liší. Toto právo se ovšem dnes již zpravidla omezuje hlavně na otázky vlastnictví, dědění a otázky osobního stavu (včetně práva rodinného). V ostatních věcech státy islámského práva přijaly právo bývalých metropolí a z tohoto hlediska je lze

řadit buď do skupiny států kontinentálního práva anebo do skupiny států práva angloamerického.

- 226 2. V současné době existují tedy ve světě dva hlavní systémy práva, tj. systém kontinentální a systém angloamerický, s nimiž se v některých zemích (zejména v zemích arabských) prolíná specifický systém práva islámského. Vedle nich pak existují některé státy, jejichž právo je atypické nebo smíšené a dále existují (zejména v Africe) státy, v nichž vedle práva přejatého z dřívějších metropolí či nově vytvořeného podle jejich vzoru, platí i domorodé právo zvykové. To si zachovává význam z hlediska právní etnografie, z hlediska svého praktického významu je však dnes už zanedbatelné.

3. Tříděním práva a jeho srovnáváním se zabývá tzv. *srovnávací právní věda*¹²¹ (právní komparatistika). Třídění práva se v právní komparatistice provádí různými způsoby. Nejpraktičtějším a nejinstruktivnějším je třídění podle charakteru pramenů práva, a to zejména práva soukromého.

II. Právní systém kontinentální

- 227 1. Systémem kontinentálním zde nazýváme systém občanského práva, který se vyvinul na základě recepce práva římského. „Kontinentálním“ se nazývá proto, že vznikl v kontinentální Evropě a odtud se pak rozšířil cestou kolonizace i mimo Evropu. (Přesně by se tedy tento systém měl nazývat evropským kontinentálním systémem; pro jednodušší vyjadřování se však používá výše uvedené zkratky.) Tento systém se často též nazývá románsko - germánským,¹²² což je název nepřesný (viz výše) a proto ho zde nepoužíváme.

Charakteristické pro kontinentální systém je to, že je to systém práva psaného (lex scripta), ve vztahu k němuž jsou event. jiné prameny práva (zejména právo obyčejové) toliko prameny subsidiárními, a který - ve své ryzí podobě - zcela vylučuje soudcovskou tvorbu práva. Soudce podle tohoto systému právo toliko nalézá, avšak nevytváří je (platí tu striktní zásada, že rozhodnutí soudcovské toliko „ius dicit inter partes“). I v zemích kontinentálního systému, včetně Francie, kde se zrodil, má ovšem rozhodování vyšších soudů cestou interpretace velmi značný vliv na utváření práva; v některých zemích (např. v zemích skandinávských, viz dále) dokonce v takové míře, že soudcovské rozhodování je tam považováno za subsidiární pramen právní.

Kontinentální systém se člení v několik okruhů.

- 228 2. První z nich je okruh *práva francouzského*.¹²³ Toto právo je prototypem kontinentálního právního systému a jeho vliv mimo hranice vlastní země byl ze

¹²¹ Komparatistická literatura je ve světě obrovská. Z naší literatury viz Knapp, V., Základy srovnávací právní vědy a tam uvedenou bibliografii. Zvláštní místo v komparatistické literatuře má sedmnáctisvazková International Encyclopedia of Comparative Law, kterou po sešitech vydává od roku 1972 hamburský Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Ve světě existuje velké množství vědeckých ústavů a universitních kateder specializovaných na srovnávací právní vědu a ve Štrasburku existuje zvláštní fakulta srovnávacího práva (Faculté internationale de droit comparé).

¹²² Viz zejména David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains.

¹²³ David, R., /red./, Le droit français.

všech okruhů kontinentálního systému nejrozsáhlejší. Tento vliv zasahuje (ve větší či menší míře) většinu západoevropských zemí, země Latinské Ameriky, četné země Blízkého i Dálného východu a jihovýchodní Asie, jakož i prakticky všechny africké státy, které vznikly na území bývalých francouzských a belgických kolonií, aj.

Základním pramenem francouzského práva je občanský zákoník (Code civil, obvyklá zkratka CC) z roku 1804, mohutné legislativní dílo vypracované pod zřetelným vlivem filozofie J.J. Rousseaua, jehož byl hlavní redaktor francouzského občanského zákoníku Jean Portalis horlivým stoupencem.

Ve svém úvodním titulu obsahuje Code civil dvě v jiném kontextu již zmíněná ustanovení, která lze považovat za filozofický manifest (zjevně antifeudálního charakteru) víry v psané právo a v jeho úplnost. 229

Jsou to čl. 4, který stanoví, že „soudce, který odmítne rozhodnout pod záminkou mlčení, nejasnosti nebo neúplnosti zákona, může být stíhán za provinění odmítnutí spravedlnosti“, a dále čl. 5, který stanoví, že „soudcům je zakázáno rozhodovat o věcech, které jim byly k rozhodnutí předloženy, výrokem obecným a normativním“.

Čl. 4 tedy výslovně zakazuje *denegatio iustitiae*, tj. zavazuje soudce, aby rozhodl, předpokládá tedy úplnost práva, a zároveň čl. 5 výslovně vylučuje precedenční působení soudního rozhodnutí.

3. Další je okruh práva *rakouského*,¹²⁴ opírající se o obecný občanský zákoník z r. 1811 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, obvyklá zkratka ABGB). Vliv tohoto zákoníka nepřekročil významněji hranici rakouské části býv. rakousko - uherské monarchie, nicméně jde o legislativní dílo velmi pozoruhodné, spočívající (zejména díky svému poslednímu hlavnímu redaktorovi F. v. Zeillerovi) na koherentních filozofických základech přirozenoprávního racionalismu. Tento filozofický základ je programově vyjádřen zejména v § 16 ABGB, v němž se praví že „každý člověk má přirozená, již samým rozumem seznatelná práva a jest ho tudíž považovati za osobu“.

4. Téměř o sto let později vznikl *německý* občanský zákoník z r. 1896,¹²⁵ který 231 vstoupil v účinnost dne 1. ledna 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch, obvyklá zkratka BGB), který vytvořil další okruh kontinentálního práva a měl jistý vliv i za hranicemi Německa (zejména na Dálném východě: v předrevoluční Číně a v Japonsku).

Na rozdíl od okruhů uvedených výše postrádá německé občanské právo filozofický základ a je výsledkem kompromisu tendencí romanistických a tendencí hledajících inspiraci v starém právu německém. Občanský zákoník z r. 1896 není legislativní dílo zdařilé a aplikační praxe velmi záhy odhalila jeho četné slabiny.

¹²⁴ Schwind, F., Zemen, H., Austria, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I: National Reports.

¹²⁵ Medicus, D., Federal Republic of Germany, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I: National Reports.

232 5. Dalším okruhem je občanské právo *švýcarské*,¹²⁶ jehož hlavním pramenem je občanský zákoník (Zivilgesetzbuch, obvyklá zkratka ZGB), skládající se ze dvou zákonů, totiž z občanského zákoníku z r. 1907 a ze zákona o obligacích z r. 1911, který nahradil dřívější zákon o obligacích z r. 1881 a je, ač samostatný zákon, považován za V. část občanského zákoníku. Oba tyto zákony vstoupily v účinnost r. 1912; zákon o obligacích byl významněji novelizován r. 1936.

Švýcarský občanský zákoník rovněž postrádá koherentní filozofický základ. Jeho inspirací byl jednak *usus modernus pandectarum* a jednak německý BGB. Charakteristické pro švýcarský občanský zákoník (a pro dobu ve které vznikl) je to, že je ve své obligační části výrazně komercializován (viz dále). Občanské právo tu opět splývá s právem obchodním, a to tak, že převažuje prvek obchodněprávní.

Švýcarský občanský zákoník měl též jistý vliv za hranicemi země (např. v Turecku) a působil jako vzor při kodifikaci tzv. věcného statutu v některých zemích Blízkého východu.

233 6. Občanské zákonodárství *skandinávských* zemí a v Dánsku¹²⁷ neusiluje o vyčerpávající úpravu látky, nýbrž ponechává značný prostor pro aplikaci práva obyčejového a zejména též pro soudcovskou tvorbu práva, která tu bývá (byl nikoli v podobě závazných precedentů jako např. v Anglii) zpravidla uznávána za důležitý pramen práva. Skandinávský okruh, ač náležel v podstatě ke kontinentálnímu systému, se od jeho klasické francouzské podoby, jak vidno, již velmi značně odlišuje.

III. Právní systém angloamerický

1. Geografické rozšíření a charakteristika

234 Angloamerický právní systém¹²⁸ vznikl v Anglii a byl původně nazýván systémem *common law*. (Toto označení není ovšem zcela přesné, poněvadž *common law* je jen část toho systému.) Anglické právo platí ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irsku s výjimkou Skotska a s některými odchylkami v Severním Irsku a na Britských ostrovech. Cestou kolonizace se anglický právní systém rozšířil do celé někdejší britské říše a je v současnosti většinou, alespoň ve své podstatě, zachovávan i ve státech, které se z britského koloniálního panství osvobodily. Nejvýznamnější z nich jsou Spojené státy, kde se ovšem právní systém, zachovávaje historické základy převzaté z anglického *common law*, od anglického právního systému značně odchýlil. V důsledku toho se systém *common law* ve svém celku často, a to zejména v Americe, nazývá právním systémem angloamerickým (Anglo-American Law) a bývá tříděn v podsystemy práva anglického a práva USA.

Do okruhu práva anglického patří, ač i tam jsou někdy značné rozdíly, právo

¹²⁶ Stoffel, W.A., Switzerland, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I: National Reports.

¹²⁷ Viz Zweigert, K., Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 339 an.

¹²⁸ Viz David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains, /3. část: La Common law/, s. 325 an.

kanadské, právo australské, právo novozélandské a právo dalších zemí Britského společenství.

Angloamerický právní systém bývá charakterizován tím, že je to systém soudcovského práva. Přesnější však je charakterizovat jej tím, že v něm má soudce zvláštní postavení spočívající v tom, že na rozdíl od panujícího pojetí kontinentálního nejen právo nalézá, ale i právo tvoří. Tomuto postavení soudce odpovídá i právní myšlení v angloamerickém právním systému. I v tomto systému však kromě práva soudcovského existují i jiné prameny práva, zejména právo zákonné (psané), které stále nabývá významu.

2. Právo anglické

2.1. V Anglii existuje více druhů právních pramenů.¹²⁹ Základním z nich je právo soudcovské, které vzniklo ze dvou pramenů a rozlišuje se v *common law* (které dalo název celému systému, viz výše) a *equity*. 235

I v samé Anglii ovšem platí řada zákonů, a to jak velmi starých, i několik století, tak i současných. Soudní precedenty tedy nejsou výlučným pramenem práva v anglickém právu, jsou však pramenem práva pro toto právo i pro anglické právní myšlení charakteristickým. Krom toho existuje i obyčejové právo a v omezené míře se jako prameny práva používá literatury.

Prameny anglického práva lze tedy třídit takto:

- právo soudcovské (judge-made law, case law);
- právo zákonné (legislation; Statute law, enacted law);
- právo obyčejové (custom);
- právní literatura (legal writings).

Právo soudcovské je vytvářeno rozhodnutími soudu, která mají povahu 236 závazných precedentů. V anglické literatuře se k vyjádření této skutečnosti používá zpravidla výrazů „*the doctrine of precedent*“ nebo „*stare decisis*“ (tj. *setrvati při rozhodnutém*). Právo soudcovské se uplatňuje, jak vyplývá již z toho, co bylo uvedeno, jak v oblasti *common law*, tak v oblasti *equity*.

Právo zákonné (psané) je svým charakterem nejbližší „kontinentálnímu“ chápání pramenů práva. Je ovšem třeba dodat, že v anglickém resp. americkém způsobu právního myšlení je psaná právní norma chápána do značné míry jinak než v právním myšlení kontinentálním. V angloamerické oblasti je psaná právní norma chápána spíše jako určitý základ soudcovské normotvorby a zákon, který pro to zpravidla ponechává dosti značný prostor, je dotvářen soudcovským rozhodováním, které i v případě *statute law* má v praxi větší váhu než psané právo samo.

Právo obyčejové má dvě formy:

- *general customs of the Realm* (obecné obyčeje říše), které dnes většinou platí již jen v oblasti práva ústavního; jinak bylo většinou pohlceno *common law*,
- *local customs* (místní obyčeje), které jsou pramenem práva za podmínky, že se odchylují od *common law*, ale neodporují jeho duchu, a dále, že byly zachovávány již r. 1189. Je jasné, že pozitivní důkaz této naposled zmíněné skutečnosti 237

¹²⁹ David, R., Anglické právo; Cross, R., Precedent in English Law.

je prakticky nemožný. Proto se předpokládá, že dokázaný obyčej byl zachováván již r. 1189, ledaže je notorické, že tomu tak nemohlo být, anebo byl-li dokázán opak. Význam místních obyčejů jako pramene práva je nepatrný, a to tím spíše, že, jakmile by soud vytvářející precedenty opřel své rozhodnutí o obyčej, byl by obyčej konzumován common law, tj. přestal by být pramenem práva jako obyčej a stal by se součástí common law.

238 *Právní literatura* je považována (pokud je za pramen práva uznávána) za pramen práva podružnějšího významu. Krom toho angličtí autoři, mluvíce o „legal writings“ jako pramenu práva, mají na mysli zpravidla toliko několik věhlasných právnických děl dávné minulosti, tak zejména „De legibus“ od Ranulfa de Glanvill (konec XII. století); Bractonovo dílo „De Legibus et Consuetudinibus Angliae“ (polovina XIII. století); Littletonovo dílo „The Tenures“ (polovina XV. století); „The Institutes“ od Sira Edwarda Cokea (1628 - 1641) a Blackstoneovy „Commentaries“ (1765). Současná literatura právní, pokud je vůbec v rozsudcích citována, nemá charakter pramene práva, nýbrž pouze charakter podepření názoru soudcova, popř. jeho inspirace apod.

239 2.2. *Právo soudcovské* se počalo vyvíjet za vlády Jindřicha II. (1154 - 1189) jako právo nahrazující postupně¹³⁰ v celé Anglii dosavadní práva partikulární; v tomto smyslu se tedy *common law* stalo právem obecným (tj. obecným pro celou Anglii). Bylo právem, které aplikovaly královské soudy. Ve středověkých dobách vzniku common law však možnost občanova obrátit se na soud nebyla jeho právem, nýbrž privilegiem, které mu bylo poskytnuto. Toto privilegium (zvané „writ“) bylo zprvu poskytováno individuálně; později však se vytvořil systém obecných writů pro určité kauzy (něco podobného jako římské actiones). Právo, pro které neexistoval writ, nemohlo být u královského soudu uplatněno. Další vývoj anglického práva pak byl silně ovlivněn tzv. Druhým Westminsterským Statutem (r. 1285), jenž znamenal kompromis mezi králem a feudály ve věci výkonu soudnictví a jenž stanovil, že typy writů existující v té době nemají být rozmnožovány. Jen výjimečně bylo připuštěno vydání writu v analogickém případě writu existujícího (in consimili casu). Toto ustanovení, které čelilo rozšíření pravomoci královských soudů a které bylo formálně zachováváno až do reform provedených koncem XIX. století (The Judicature Acts, viz dále), nezamezilo sice vývoj common law v Anglii (není v moci takového opatření zastavit historický vývoj), nicméně však učinilo systém common law ještě rigidnější a bylo vlastně historickým podnětem postupného vzniku druhého systému anglického nepsaného práva, jímž je *equity*.

240 Čím složitější se stával společenský a zejména hospodářský život, tím více bylo sporů, pro které neexistovaly writs (a to ani in consimili casu), a nové typy writů, jak bylo právě vyloženo, vytvářeny být nemohly. Lidé se pak v takovýchto případech obraceli přímo na krále (a obraceli se na něj i se stížnostmi proti rozhodnutím královských soudů) a ten svěfoval rozhodování takovýchto rozepří lordu vysokému kancléři (Lord High Chancellor), tehdy ještě církevnímu

¹³⁰ Hanbury, H.G., English Courts of Law; Cross, R., Precedent in English Law.

hodnostáři, který je rozhodoval podle „spravedlnosti“, (podle „ars aequi et boni“), tj. podle equity. Později se pro rozhodování podle equity vytvořily na rozdíl od soudů královských, rozhodujících podle common law, zvláštní soudy kancléřské. Common law však i nadále zůstávalo, alespoň teoreticky, právem primárním. Vztah equity a common law byl vyjádřen zásadou „Equity follows the law“ (Equity sleduje právo, tj. common law). Tato regule měla vyjádřit zásadu, že rozhodování podle equity se neobrací proti common law, nýbrž je doplňuje a zdokonaluje. Nicméně se ovšem z rozhodování podle equity postupně vytvořil druhý systém soudcovského práva anglického a z toho plynoucí dualismus common law a equity, o němž byla zmínka výše.

Ke sjednocení soudnictví (nikoli však ke sjednocení common law a equity jako různých systémů práva) došlo v letech 1873 - 1875 zákony zvanými *The Judicature Acts*, které zavedly pro Anglii jednotný systém soudnictví, i nadále ovšem přes svou jednotnost zřetelně ovlivněný dualismem common law a equity.

2.3. Pro náležité pochopení zásady *stare decisis*, tj. pro náležité pochopení 241 mechanismu působení soudních precedentů jako pramenů práva je třeba alespoň stručně vylíčit současnou organizaci *anglického soudnictví*.¹³¹ Tato organizace je velmi složitá. Její výklad zde bude značně zjednodušen.

Na rozdíl od našeho soudního systému jsou v Anglii, ač ne zcela důsledně, civilní soudy a trestní soudy od sebe institucionálně odlišeny. Výlučně pravomoc v trestních věcech má - nehledíme-li k nižším soudům, o nichž ještě bude zmínka - Korunní soud (Crown Court) a koronerův soud (Corer's Court), který ovšem není soudem rozhodujícím, ale soudem obžalovacím. Zároveň ovšem King's (Queen's) Bench Division (viz dále), která má dnes zcela převážně jurisdikci v civilních věcech, si nicméně zachovala omezenou jurisdikci ve věcech trestních.

Další výrazný rozdíl je v hierarchickém uspořádání soudů, v němž sice rovněž existuje instanční vztah, ale v němž je zcela zásadní rozdíl mezi soudy vytvářejícími precedenty a soudy nevytvářejícími precedenty, a zároveň mezi soudy centrálními a soudy venkovskými.

Venkovské soudy jsou velmi různé, v civilních věcech to jsou zejména soudy hrabské (county courts), ve věcech trestních tzv. magistrates' courts a různé jiné. Jsou to většinou soudy laické nebo zčásti laické.

Zde se, se zřetelem k cíli tohoto výkladu, budeme zabývat jen soudy, které mají jurisdikci v civilních věcech, a zároveň jen soudy centrálními, které vytvářejí precedenty.

2.3.1. Tyto soudy, vesměs se sídlem v Londýně, mají společný název *Supreme Court of Judicature* (Nejvyšší soudní dvůr). Tento soud se skládá ze dvou instancí, jimiž jsou *Court of Appeal* (Odvolací soud) a *High Court of Justice* (Vysoký soudní dvůr), jenž působí jako soud prvoinstanční a ve vztahu k soudům nižším jako soud apelační. 242

High Court of Justice je *ratione causae* rozdělen do tří oddělení (divizí), a to - *Queen's Bench Division* (oddělení královny lavice), popř. panuje-li král,

¹³¹ Hanbury, H.G., op. cit.

King's Bench Division (králova lavice), což je soud, který je jakožto následovník královských soudů příslušný zejména pro spory vzešlé z obligací, a to jak smluvních, tak i z civilní odpovědnosti (angl.: torts);

- *Chancery Division* (kancléřské oddělení), které je jakožto následovník soudů kancléřských příslušné zejména pro věci pozemkového vlastnictví, trustů, obchodních společností, úpadků atd.;

- *Family Division* (rodinné oddělení), které rozhoduje o věcech, které se nesprávaly ani common law ani equity, nýbrž právem kanonickým.

Z historického vzniku King's (Queen's) Bench Division a Chancery Division vyplývá, že první z obou soudů rozhoduje převážně podle common law a druhý podle equity. Dnes ovšem rozhraničení aplikace common law a equity již není tak výlučné jako v dřívější historii a Queen's Bench Division může, pokud je toho třeba, ve věci, pro kterou je ratione causae příslušná, použít i equity a obdobně může Chancery Division použít common law.

O odvoláních proti rozhodnutím jednotlivých divizí High Court of Justice rozhoduje Court of Appeal. Proti rozhodnutí Court of Appeal je zcela výjimečně dopuštěn opravný prostředek, o němž rozhoduje Sněmovna lordů (House of Lords), která je nejvyšším soudem Anglie. Její členové vykonávající jurisdikci se nazývají Law Lords. Sněmovna lordů rozhoduje v senátech složených nejméně ze tří lordů. (Nejde ovšem zpravidla o rodové dědičné lordy, nýbrž o soudce, kteří byli ad personam jmenováni lordy a tím se stali členy Sněmovny lordů.) Sněmovna lordů jako třetí instance ovšem není přístupná každému. Strana řízení se může proti rozhodnutí Court of Appeal odvolat k Sněmovně lordů jen tehdy, shledá-li Court of Appeal věc za zásadně důležitou a straně dá povolení, aby se odvolala (leave to appeal), anebo tehdy, jestliže jí toto povolení dá sama Sněmovna lordů.

243 2.3.2. Kromě uvedených soudů má soudní pravomoc právní komise - *Privy Council* (Judicial Committee of the Privy Council). Privy Council je poradní orgán krále (královny), kterému je zároveň svěřeno vykonávání některých funkcí. Své funkce vykonává Privy Council v komisích. Jednou z nich je právě komise právní, která byla nejvyšším soudním orgánem ve vztahu k rozsudkům soudů zemí Britského společenství, britských závislých území a dalších. Některé země Britského společenství, které se mezitím staly zcela suverénními státy, dosud uznávají Privy Council za nejvyšší soudní instanci ve vztahu k rozsudkům svých vlastních soudů.

Rozhodnutí Privy Council nemají precedenční závaznost, tj. zásada stare decisis pro ně neplatí. Nicméně de facto precedenčně působí silou své přesvědčivosti a jejich precedenční působení je všeobecně uznáváno.

244 2.4. Z právě uvedeného systému soudů vyplývá i systém precedentů, který je v současné době v podstatě stejný v oblasti common law i v oblasti equity. Podstatou precedentu je to, že rozsudek soudu, oprávněného vytvářet precedenty, se stává, pokud jde o právní názor v něm vyslovený, závazným i pro obdobné případy v budoucnosti a tím se stává pramenem práva.

Anglický soudce nemá povinnost rozsudek odůvodňovat; nicméně však je

pravidlem, že soudy vytvářející precedenty své rozsudky odůvodňují. V tomto odůvodnění se rozlišuje *ratio decidendi*, tj. právní zdůvodnění rozhodnutí, a *obiter dicta*, tj. úvahy soudu, které nemají tento charakter. Precedenční působení má toliko ratio decidendi.

Základním pravidlem je, že precedent zavazuje jako právní norma jednak soud, který jej vydal a který při svém právním názoru musí setrvat i napříště při rozhodování obdobných věcí. Dále zavazuje všechny soudy nižší. To znamená, že precedent vytvořený Sněmovnou lordů zavazuje jako pramen práva Sněmovnu lordů samotnou a všechny ostatní anglické soudy; precedens vytvořený Court of Appeal zavazuje tento soud i všechny divize High Court of Justice, jakož i hrabské a event. jiné nižší soudy, atd.

Nikoli zcela jasná je otázka, zda precedenty jedné divize High Court of Justice jsou pramenem práva pro jinou divizi téhož soudu. Teoretická odpověď je zpravidla záporná, v praxi se však uznává, že ve vzájemné úcty jednotlivé divize High Court of Justice navzájem své precedenty dobrovolně uznávají v důsledku jejich přesvědčivosti (persuasive power).

Od roku 1966 platí výjimka ze zásady stare decisis pro Sněmovnu lordů, která se ve zcela výjimečných případech může odchýlit od svého vlastního rozhodnutí a tím změnit v dané věci precedent pro všechny anglické soudy.

2.5. Zásada stare decisis je v anglickém právu spjata se zásadou *rozlišování* 245 (distinguishing). Precedenční rozhodování je ve své podstatě rozhodování podle podobnosti, řečeno slovy Bractonovými je to rozhodování a similibus ad similia. Poněvadž při soudním rozhodování neexistují totožné konkrétní skutkové podstaty a ani konkrétní skutkové podstaty univerzálně stejné, usiluje anglický soudce při rozhodování daného případu o zjištění jeho abstraktní totožnosti s případem v minulosti již precedenčně judikovaným. To znamená, že i on subsumuje, na rozdíl od evropského soudce však v případě case law subsumuje nikoli skutkovou podstatu faktickou pod skutkovou podstatu právní, ale subsumuje konkrétní skutkovou podstatu skutkové podstatě abstraktní, tj. precedenční.

Tento postup ovšem implikuje i *rozlišování*, ono věhlasné *distinguishing* anglického soudcovského práva. To znamená, že rozhodnutí, zda soudce na určitý konkrétní případ použije soudní precedent anebo usoudí, že dotyčný případ, ač podobný, je od podobného případu precedenčně již judikovaného odlišný, záleží koneckonců na soudci samém. To ovšem zároveň znamená, že v případech, kdy soudce rozhoduje o věci již předtím precedenčně judikované a měl by použít právní pravidlo již dřív soudním rozhodnutím vytvořené, může usoudit, že skutková podstata, ač podobná, je nicméně jiná a tak věc odlišit (distinguish) od případu dříve precedenčně judikovaného a rozhodnout ji nezávisle na něm. To značně uvolňuje rigiditu anglického precedenčního práva a zároveň to vyvrací mýtus, který se na evropském kontinentu vytvořil o zásadě stare decisis.

2.6. Precedenty jsou evidovány v různých sbírkách; vzhledem k velkému počtu 246 rozhodnutí se pro určité častěji judikované otázky vytvářejí tzv. *leading cases* (hlavní případy, které vyjadřují základní právní pravidla pro určitou věc). Anglické i americké *cases* (tj. soudní případy) se citují jmény stran spojenými zkratkou „v.“

znamenající latinské slovo „versus“ (proti) a čtenou „and“ nebo „against“ (např. *Paradine v. Jane*) a dále uvedeném zkratkou soudu, roku a čísla jednacího.

3. Precedenční právo v USA

- 247 3.1. V USA jsou za prameny práva zpravidla uznávány:
- právo soudcovské (judge made law, case law),
 - zákonodárství (legislation).

Základní struktura právních pramenů v USA¹³² je tedy stejná jako v Anglii. Přesto je charakter práva USA od charakteru práva anglického dost odlišný. Je to dáno tím, že v USA, ač tam bylo převzato anglické common law, se toto právo dále vyvíjelo vlastní cestou. Mluví-li se tedy běžně o tom, že v USA platí common law, znamená to nikoli to, že by tam platily instituty anglického common law, nýbrž že tam byl převzat tradiční anglický způsob práva vytvořený v common law, tj. soudcovská tvorba práva.

Odlišnost amerického a anglického právního vývoje spočívá i v tom, že v Americe ztratilo svůj historický význam dělení soudcovského práva na common law a equity. Oba tyto výrazy sice v americkém právním jazyku zůstaly, ale tak, že common law prakticky znamená synonymum pro soudcovské právo a equity se používá ve smyslu zcela jiném, který pro náš výklad nemá důležitost.

Odlišný politický a ekonomický vývoj USA i odlišný vývoj americké jurisprudence dále vedly k tomu, že i americké právní myšlení je dost odlišné od anglického, zejména pokud se týká vztahu soudcovského práva a práva zákonného a závaznosti precedentů. Odlišnost amerického právního myšlení zvyšuje i to, že velká část obyvatelstva USA je jiného, než anglického původu a nebyla vychována v tradicích anglického práva.

Nejzávažnější rozdíl amerického a anglického práva spočívá v tom, že USA je federace a právo se tam v důsledku toho vytváří na dvou úrovních: na úrovni federální a na úrovni jednotlivých států.

- 248 3.2. Federální charakter amerického práva, tj. jeho právě zmíněná dvouúrovňovost, vyvolává zvláštní problémy. Ty se projevují jinak, pokud jde o právo zákonné a jinak, pokud jde o common law.

V oblasti práva zákonného je vztah federální legislativy a legislativy států řešen X. dodatkem k Ústavě Spojených států z roku 1791, v němž se praví, že pravomoci, které ústava nesevěřuje Spojeným státům a jejichž výkon nezakazuje státům (roz. členským), jsou vyhrazeny každému státu. Z tohoto pravidla tedy teoreticky vyplývá, i když praxe inklinuje k rozšiřování pravomocí federálních, že primární je zákonodárství jednotlivých států, kdežto pravomoc federace je dána tehdy, jestliže tak stanoví ústavní předpis. (Pro srovnání budiž uvedeno, že např. v Kanadě platí princip opačný.)

Podstatně složitější je obdobná otázka týkající se common law, tj. otázka, zda existuje common law jen federální, nebo jen common law jednotlivých států, nebo common law obojí úrovně. Řešení této otázky se ve vývoji měnilo. Pro historii

¹³² Tunc, A., *Právo Spojených států amerických*; Rheinstein, M., *United States of America*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I: National Reports.

jejího řešení mají význam dvě precedenční rozhodnutí Federálního nejvyššího soudu. První z nich je rozhodnutí ve věci *Swift v. Tyson* z roku 1842, ve kterém byla uznána existence *general common law*, tj. federálního common law. Tato doktrína, která od počátku narážela na odpor, vyvolala řadu praktických a teoretických problémů. Téměř po sto letech byla revidována rozhodnutím ve věci *Erie Railroad Company v. Tompkins* z roku 1938, v němž bylo uznáno common law státu Pennsylvania a tím existence common law jednotlivých států vůbec. Tato doktrína je dosud v americkém právu doktrínou všeobecně uznávanou. Jistá nejasnost je však v tom, zda vedle common law jednotlivých států je uznáváno i federální common law, či nikoli. Samo cit. rozhodnutí svědčí spíše tomu, že nikoli, někteří autoři však připouštějí i velmi omezenou existenci *general common law*.

Uznání common law jednotlivých států přineslo ovšem též některé problémy, z nichž nejvýznamnější bylo nebezpečí rozpadnutí práva USA v padesát různých právních řádů jednotlivých států. Tomu čelí praxe tím, že se snaží vymezovat instituce common law jednotlivých států stejným způsobem. Tím se teoreticky ovšem nevytváří *general common law*, tj. federální právo, nýbrž dochází k faktické unifikaci common law jednotlivých států, k jeho připodobňování, tj. ačkoli se toho výrazu nepoužívá, něco na způsob dříve zmíněné *praesumptio similitudinis*.¹³³ 249

K unifikaci common law jednotlivých států v praxi značně přispívá i *restatement of the law*, což je soukromá sbírka, kterou vydává American Law Institute, ve které jsou systematicky řazena pravidla common law. Jde tedy o systematickou sbírku soudních rozhodnutí a ve skutečnosti o sice neoficiální a nezávaznou, ale velmi autoritativní kodifikaci amerického common law.

3.3. K americkému právu lze ještě dodat, že v USA je podíl i význam zákonného práva znatelně větší než v Anglii a naopak, že i závaznost precedentů je v Americe menší než v Anglii. Zásada *stare decisis* v USA neplatí ve své striktní podobě, kterou má v Anglii. Nejvyšší soudy jí nejsou vázány vůbec a mohou svá vlastní judikovaná stanoviska měnit podle svého uvážení. Ani jiní soudcové se necítí tolik vázání precedenty a ani jimi nejsou tolik vázání jako soudcové angličtí. 250

IV. Islámský právní systém

1. Islámský právní systém¹³⁴ je v porovnání se systémem kontinentálním a angloamerickým historicky nejmladší. Přesto však pro jeho úzké sepětí s islámským náboženstvím a prolínáním právních pravidel islámu s pravidly náboženskými a etickými je systémem nejobtížněji adaptabilním na moderní vývoj společnosti. Z toho důvodu, a také jistě proto, že islámské země, čímž rozumíme země, které se historicky vyvíjely pod vlivem islámu a jejich obyvatelstvo tvoří většinou muslimové, byly v době koloniální téměř všechny 251

¹³³ Zweigert, K., *Die „Praesumptio similitudinis“ als Grundvermutung rechtsvergleichender Methode*.

¹³⁴ Chehata, Ch., *Droit musulman*; týž autor, *Études de droit musulman*; Afchar, H., *Muslim Conception of Law*.

závislími na evropských koloniálních metropolích, platí islámské právo zpravidla vedle kodifikovaného práva převzatého z dřívějšího práva metropolitního anebo někde samo tvoří součást této kodifikace. Islámské právo není tedy totožné s právem islámských zemí, a dokonce už ne jen arabských, nýbrž zpravidla tvoří jen jeho část.

2. Hovoří-li se o islámském právním systému je třeba si uvědomit, že sám islámský pojem práva je podstatně odlišný od kontinentálního i od angloamerického pojmu práva a odlišné je i islámské pojetí státu.¹³⁵ Stát v islámském chápání není oddělen od náboženství, nýbrž je náboženstvím ovládan, tvoří - možno snad říci - součást náboženského systému. Proto stát ani není a nemůže být tvůrcem práva (zákonodárcem) a kontinentální představa práva jako systému státem daných a státní mocí vynutitelných norem lidského chování je islámu cizí.

252 3. Jediným zákonodárcem v islámském pojetí je Bůh a jediným islámským božím právem je *šaría*. Ta ovšem je nikoli specifickým právním, ale univerzálním systémem závazných pravidel chování muslima. Stejně závazně ustanovuje o otázkách, které v našich očích jsou právní, bez rozdílu zda rodinněprávní, občanskoprávní či trestní, jako o tom, jak a kdy se má muslim modlit, jak a kdy se má postit, jak se má chovat při pouti do Mekky, a taky, do které ruky má brát jídlo, kdy a jak se má očisťovat atd.

Naši představě práva spíše odpovídá islámský pojem *fikh*, jímž se rozumí soustava závazných pravidel lidského chování vypracovaná islámskou *jurisprudencí*, tj. islámskými učenými, interprety islámu, kteří se nazývají *ulamá*. Šaría je dílo boží, kdežto *fikh* je dílo lidské. Přes jistou podobnost však *fikh* nemá stejný charakter jako anglické právo soudcovské. Angličtí soudcové jsou nejen *de facto*, ale i teoreticky tvůrci práva a jsou přitom (v oblasti *common law* a *equity*) vázáni jen svými vlastními precedenty podle zásady *stare decisis*. *Fikh* naproti tomu není tvorbou práva, ale jeho nalézáním. *Ulamá* vykládají zákon boží, *šariú*. Ta sama je neměnná, jednou provždy daná, takže její pravidla, jak řečeno výše, nemůže měnit ani stát a stát je ani nemůže doplňovat a přirozeně tak nemohou činit ani jeho vykladači. Nicméně ovšem se společnost vyvíjí a mění a tento vývoj formální neměnnost práva zastavit nemůže. Naopak, vývoj společnosti nutně mění zdánlivě neměnné právo (ještě o tom bude řeč) a autoritativní interpretační činnost *ulamá* tomu napomáhá. Ve všeobecném systému *šarie* se zatím vždy podařilo najít teoretické východisko ke zdůvodnění toho, co vyžaduje politická potřeba.

253 4. Politický vývoj světa po druhé světové válce, a někdy i předtím, vedl k tomu, že se islámské, původně teokratické, státy změnil v moderní státy a do značné míry se tím či oním způsobem emancipovaly od islámu (i když míra této emancipace v jednotlivých státech je značně různá). To mělo důsledky i v oblasti práva, které se ve značné míře *sekularizovalo*. Státy, které před osvobozením byly součástí francouzské koloniální sféry, začaly své právo kodifikovat. Někdy přitom docházelo k tomu, že např. občanské zákoníky prostě do formy zákonných usta-

¹³⁵ Linant de Bellefonds, Y., Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte.

novení převzaly pravidla islámského práva,¹³⁶ což sám islám nezakazuje, často však psané právo těchto zemí šlo za meze práva islámského. Tak např. s právem islámským nebylo přirozeně možno vystačit v oblasti práva směnečného a šekového, při právní úpravě letecké dopravy, nelze s ním vystačit ani při mezinárodním obchodování s ropou atd. Obdobně se sekularizovalo i právo islámských zemí, které patřily do koloniální sféry britské, v nichž vedle práva islámského platilo, zejména v oblasti práva obligačního a obchodního, z Anglie importované právo soudcovské.

5. Islámské právo se rozlišuje (obdobně jako islám sám) na právo *sunnitské*, tj. ortodoxní, a *šítské*, tj. heterodoxní, které platí toliko v Iránu a v Iráku. /Další výklady se budou týkat jen zcela převažujícího práva sunnitského./

Formálními prameny tohoto práva v našem smyslu jsou:

- *korán*, v němž ovšem je pravidel právního charakteru poměrně velmi málo;
- *sunna*, tj. tradice o skutečích a výrocích připisovaných prorokovi;
- *idžmá*, tj. *consensus omnium*, čímž se rozumí domnělý konsens islámského

společenství o určitých pravidlech; *idžmá* je tímto svým charakterem nejspíše srovnatelná s pojmem právního vědomí islámského společenství;

- *kijás* (tj. analogie), kterým se rozumí uvažování opírající se o určité premisy dané základními prameny práva a od nich odvozující řešení podobného případu per analogiam. *Kijás* tedy není syllogismus, tj. úsudek o třech členech, jako je soudcovská aplikace právní normy u nás, ale bezprostřední odvozování o dvou členech: jestliže něco platí na skutkovou podstatu A, pak to per analogiam platí i na podobnou skutkovou podstatu B.

6. Již ve II. století hidžry (tj. v VIII. století n.l.) se vytvořily čtyři sunnitské (ortodoxní) školy, které - zahrnující svými pravidly chování i širokou oblast mimoprávní - zároven postupně vytvořily čtyři ucelené, navzájem podobné, avšak nikoli totožné systémy islámského práva. Od IV. století hidžry pak v islámském právu platí zásada *taklíd*, tj. absolutní neměnnost islámského práva, a to i v tom smyslu, že je nelze nijak doplňovat. Islámské pojetí práva tedy, jak už bylo řečeno v jiné souvislosti, v oblasti práva materiálního vůbec vylučuje a nezná legislativu. (V islámských zemích, kde byl osobní status kodifikován, nešlo - až na ojedinělou výjimku - o skutečnou kodifikaci, nýbrž toliko o uspořádání právních pravidel dané školy do artikulované formy evropských zákoníků.)

V současném islámském právu se tedy neaplikují uvedené prameny práva přímo, ale jako pravidla na jejich základě obsažená v učení školy, přijaté v dané zemi jako pozitivní právo.

Tyto školy se nazývají podle jmen svých zakladatelů:

- *škola málikovců*, rozšířená zejména v severní a západní Africe,
- *škola hanafijců*, která je nejrozšířenější a tvoří platné právo zejména na území bývalé osmanské říše, v Afganistánu, v Indii a v Pakistánu (až do derogace islámského práva platila i v Turecku) a dále platí v středoasijských republikách býv. SSSR,

¹³⁶ David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains, s. 505 an.

-škola šáfišovců, rozšířená např. v Sýrii, v Indonésii, na východním pobřeží Afriky atd.,

-škola hanbalovců, která je uznávána toliko v Saúdské Arábii.

- 256 7. Dříve již bylo řečeno, že v islámském právu platí zásada *neměnnosti práva* (*taklíd*), která znamená, že ani vladař ani nikdo jiný právo, které je původu božského, nesmí měnit a přirozeně ani rušit ani doplňovat. Proto tu bylo islámské právo označeno jako právo na moderní vývoj společnosti nejobtížněji adaptabilní.

Vývoj společnosti si však změny práva nutně vyžaduje i v islámských zemích. Děje se tak jednak sekulární legislativní činností islámských států, která ovšem mění právo těchto států, ale teoreticky nemůže měnit *islámské právo* v nich platné. Zmínění již *ulamové* však našli různé způsoby faktických změn islámského práva při zachování jeho teoretické neměnnosti. Ulamové jako náboženští myslitelé zpravidla projevují velké porozumění pro veskrze světské potřeby islámského státu, takže dochází k paradoxu, že islámské právo, které je v důsledku zásady *taklíd* neadaptabilní vývoji společnosti, se mu ve skutečnosti /v praxi/ adaptuje velice pružně.

V. Některé další právní systémy

- 257 1. Nejčastěji bývá, kromě právních systémů uvedených výše, uváděn systém tradičních a náboženských práv afrických.¹³⁷ V tomto případě však jde spíše o vymezení geografické než systémové. Tradiční a náboženská práva v Africe nemají ani společný historický původ ani základní společnou koncepci.¹³⁸ Ani jejich geografické vymezení není přesné. Do této skupiny nenáleží právo afrických států arabských, které patří do právního systému islámského, a nenáleží tam ani právo Jihoafrické republiky.

Pokud jde o právo ostatních států, je z dnešního praktického hlediska zajímavější jeho akulturace, než toto právo samo. Tyto státy spolu s právem bývalých metropolí převzaly i jejich právní kulturu, tzn. pokračují v ní i ve svém vlastním zákonodárství, a přizpůsobují ji i domácí práva tradiční a náboženská.

- 258 Z oblasti bývalého britského vlivu je třeba připomenout zejména *natural justice*,¹³⁹ která sloužila a dosud slouží ke korigování rozhodnutí domorodých soudů a je prostředkem akulturace tradičních či náboženských práv současným právním představám. *Natural justice* v někdejší praxi britských koloniálních soudců dovozovala a i v současné praxi vlastních soudců dovoluje *common law* soudci zrušit rozhodnutí „domorodého soudu“ /native court/ vydané podle tradičního práva, je-li toto rozhodnutí v rozporu s principy *natural justice* formulovanými britskou koloniální judikaturou i literaturou. (O pojmu *natural justice* viz podrobněji dále v části osmé, II. 2.5.)

2. Z dalších tradičních práv lze připomenout právní systémy *dharma* v Indii a *adat* v Indonésii,¹⁴⁰ které oba rovněž ustupují právu současnému.

¹³⁷ Allot, A., *Essays in African Law*; též autor: *New Essays in African Law*.

¹³⁸ Allot, A., *New Essays in African Law*, s. 159 an.

¹³⁹ David, R., op. cit. v pozn. ¹³⁶, s. 505 an.

¹⁴⁰ David, R., tamtéž, s. 522 an.; s. 76 an.

Část sedmá: Tvorba práva

Literatura: Allen, C. Kemp, *Law in the Making*, Oxford 1958; Horn, D., *Rechtssprache und Kommunikation*, Berlin 1966; Huber, E., *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel 1921; Knapp, V. (red.), *Teoretické problémy tvorby československého práva*, Praha 1983; Knapp, V. (red.), *Právo a informace*, Praha 1988; Knapp, V., *Právní pojmy a právní terminologie*, Státní správa 1978, č. 4; Knapp, V., Grspič, J., Šín, Z., *Ústavní základy tvorby práva*, Praha 1990; Kořenský, J., *Právní jazyk, právní komunikace a interpretace*, Stát a právo, 1989, č. 27; Kubeš, V., *Theorie der Gesetzgebung*, Wien-New York 1987; Mollnau, K.A., *Probleme einer Rechtsbildungstheorie*, Berlin 1982; Procházka, A., *Tvorba práva a jeho nalézání*, Praha-Brno 1937; Röding, J., Baden, E., Kindermann, H., *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, St. Augustin (SRN) 1975; Slawinski, I., Gestlinger, M. (red.), *Gesetzgebung in Ost- und Südosteuropa*, Legislative Technik im Wandel, München 1991; Souriaux J.L., Lerat, P., *Le langage de droit*, Paris 1975; Schneider, H., *Gesetzgebung*, Heidelberg 1991; Varga, C., *Types of Codification*, in *Acta Academiae Hungaricae*, Budapest 1977, č. 19; Wróblewski, J., *Zasady tworzenia prawa*, Łódź 1979.

I. Tvorba práva a tvorba zákona

1. Tvorbou práva lze v něžším smyslu rozumět tvorbu práva heteronomního 259 i autonomního¹⁴¹ /viz výše v části čtvrté, III. 2.2./ Zde se budeme zabývat jen tvorbou práva heteronomního, tj. objektivního. O vzniku práva autonomního bude řeč dále (v části osmé) při výkladu o právních skutečnostech.

I při tomto omezení lze pojem tvorby práva vykládat dvojím způsobem. V širším smyslu je pojem *tvorby* práva totožný s pojmem *vzniku* práva. V tomto smyslu se ptáme, jak a popř. proč se právo ve společnosti *vytváří* /viz výše v části třetí, II./ Tato otázka se týká i práva přirozeného a práva obyčejového. Obvykle se však tvorbou práva rozumí jen tvorba práva cílevědomou lidskou činností, tj. zákonodárstvím a soudcovským rozhodováním.¹⁴²

O tvorbě práva precendenční judikaturou byla již stručně řeč v souvislosti s právem anglickým /v části šesté, III./ a ještě se k ní vrátíme při výkladu a pramenech práva. Tu se soustředíme na to, co je nám nejbližší, tj. na výklad tvorby práva *zákonodárstvím*, tedy činností státních zákonodárných, resp. vůbec právotvorných orgánů, jejímž výsledkem je *vytvoření právní normy v její sdělné podobě*, tj. ve formě právního předpisu. Tvorbou práva v tomto smyslu je tudíž tvorba právních norem, resp. právních předpisů.¹⁴³ (Záleží na zorném úhlu, ze kterého věc pozorujeme.)

¹⁴¹ V tomto smyslu chápe tvorbu práva, ze svého hlediska důsledně, především normativní teorie (srov. A. Procházka, *Tvorba práva a jeho nalézání*). Tento militantní zástánce normativní teorie k tomu přivymyslel tzv. automatickou tvorbu práva (automatickou normotvorbu), tj. tvorbu právních norem bez účasti lidské (srov. zejména str. 106 an.), což je kuriozita, která nikdy nedošla velkého ohlasu.

¹⁴² Za stěžejní vědecké dílo zabývající se tvorbou práva v tomto širokém smyslu lze považovat rozsáhlou Kemp Allenovu práci *The Law in the Making*.

¹⁴³ Tak i Wróblewski, J., *Zasady tworzenia prawa*, s. 31 an. Takto zákonodárcem vytvořené právo se ovšem ve vývoji společnosti mění, je dotvářeno (zejména judikaturou). O tom se tu mluví jinde. V této části jde o vytvoření právní normy v jejím vnějším výrazu.