UNIVERZITA PALACKÉHO V OLOMOUCI

Právnická fakulta

Kamil Vostřel

Okolnosti vylučující protiprávnost

Diplomová práce

Olomouc 2010

Prohlášení

Místopřísežně prohlašuji, že jsem magisterskou diplomovou práci na téma: "Okolnosti vylučující protiprávnost" vypracoval samostatně pod odborným dohledem vedoucího diplomové práce a uvedl jsem všechny použité podklady a literaturu.

V Olomouci dne…… Podpis…….

Poděkování

Touto cestou vřele děkuji Doc. JUDr. Alexanderovi Nettovi, CSc., vedoucímu mojí magisterské diplomové práce, za odborné vedení, vstřícný přístup a cenné připomínky a rady po celou dobu psaní této práce.

Obsah

Úvod ..... **- 5 -**
1. Pojem, význam a dělení okolností vylučujících protiprávnost ..... **- 8 -**
2. Vývoj právní úpravy okolností vylučujících odpovědnost v československém trestním zákonodárství ..... **- 11 -**
2.1 Přirozenoprávní pojetí okolností vylučujících protiprávnost ..... - 11 -
2.2 Trestní zákoník č. 117/1852 ř.z. ..... - 12 -
2.3 Trestní zákon č. 86/1950 Sb. ..... - 14 -
2.4 Trestní zákon č. 40/1961 Sb. ..... - 17 -
3. Přípustné riziko ..... **- 20 -**
3.1 Pojem, znaky a druhy rizik ..... - 20 -
3.1.1 Pojem a znaky rizika ..... - 20 -
3.1.2 Druhy rizik ..... - 22 -
3.2 Vývoj právní úpravy rizika v československém zákonodárství ..... - 27 -
3.2.1 Vývoj právní úpravy rizika v trestním právu ..... - 27 -
3.2.2 Vývoj právní úpravy rizika v pracovním právu ..... - 30 -
3.3 Společenská podstata rizika ..... - 32 -
3.4 Přípustné riziko de lege lata ..... - 35 -
3.4.1 Ústavněprávní aspekty přípustného rizika ..... - 36 -
3.4.2 Optimální informovanost ..... - 41 -
3.4.3 Subjekt rizikového rozhodování ..... - 43 -
3.4.4 Společensky prospěšný cíl rizikového jednání ..... - 45 -
3.4.5 Podmínka subsidiarity přípustného rizika ..... - 48 -
3.4.6 Poměr mezi ziskem a ztrátou ..... - 50 -
3.4.7 Vyloučení škod na životě a zdraví ..... - 54 -
3.4.8 Soulad s požadavky právních norem, veřejného zájmu, zásad lidskosti a dobrých mravů ..... - 56 -
3.5 Vztah přípustného rizika a ostatních okolností vylučujících protiprávnost ..... - 59 -
3.5.1 Přípustné riziko a krajní nouze ..... - 60 -
3.5.2 Přípustné riziko a nutná obrana ..... - 63 -
3.5.3 Přípustné riziko a svolení poškozeného ..... - 64 -
3.5.4 Přípustné riziko a oprávněné použití zbraně, výkon práva a povinnosti, plnění závazného rozkazu ..... - 66 -
3.6 Porovnání institutu přípustného rizika se slovenskou právní úpravou ..... - 67 -
3.6.1 Obecně k významu srovnávací metody ..... - 67 -
3.6.2 Slovenská právní úprava okolností vylučujících protiprávnost ..... - 68 -
3.6.3 Slovenská právní úprava dovoleného rizika ..... - 69 -
3.7 Přípustné riziko de lege ferenda ..... - 73 -
Závěr ..... **- 77 -**
Resumé ..... **- 80 -**
Seznam použité literatury a pramenů ..... **- 82 -**

Úvod

Mezi hlavní úkoly demokratického právního státu patří ochrana oprávněných zájmů jednotlivce. Pakliže stát tyto zájmy chrání, chrání je nejen pro význam, který tyto zájmy mají pro jednotlivce, ale i pro jejich význam pro celek vůbec. Ochranu pak stát vykonává represivním opatřením ve formě trestu za právní stav již porušený, kdy bezpráví je uskutečněné. Stát ale musí reagovat nejen proti již vzniklé poruše, nýbrž i proti pouhé možnosti takového stavu. Tuto prevenci vykonávají státní orgány formou výkonu státní moci. Poněvadž ale stát není s to jednotlivce všude a za všech okolností ochránit před protiprávními útoky, připouští v případě různých forem nebezpečí možnost ochrany chráněných zájmů buď vlastní silou, nebo přispěním kohokoli jiného, a to formou jednání za okolností vylučujících protiprávnost, které zbavují pachatele činu jinak trestného trestní odpovědnosti.

Cílem mojí práce bylo věnovat se v rámci tématu trestněprávní charakteristice okolností vylučujících protiprávnost, nicméně vzhledem ke skutečnosti, že tato problematika je značné obsáhlá a nesčetněkrát zpracovaná, rozhodl jsem se zaměřit na jediný institut dle mého názoru z hlediska teorie i praxe velice zajímavý, a to na nově kodifikované přípustné riziko. Jako stěžejní cíl jsem si kladl, aby z mojí práce vyšly připomínky k právní úpravě de lege lata a podněty de lege ferenda.

Rekodifikace trestní práva hmotného provedená zákonem č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ze dne 8. ledna 2009, přinesla hned několik významných změn, z nichž se některé týkaly i okolností vylučujících protiprávnost, neboť trestní zákoník nově upravil svolení poškozeného a přípustné riziko. Kodifikace přípustného rizika je v kontextu českého práva do jisté míry revoluční, jelikož jde o vůbec první pozitivní úpravu v českých dějinách, a to i přesto, že právní teorii tento institut není zcela neznámým pojmem.

Na druhou stranu je nutné konstatovat, že úroveň teoretického zpracování této problematiky na odborné úrovni není dostatečně vysoká. Tématu se věnuje minimum odborníků trestního práva, a to zpravidla nikoli obsáhlými publikacemi článků v odborných časopisech. Zatímco je otázka společenského fenoménu rizika poměrně obsáhle a komplexně řešena v odborné ekonomické literatuře, právní věda se tomuto tématu věnuje jen stroze. Takovou situaci považuji za nežádoucí, neboť se právní praxe bude muset ve velmi blízké budoucnosti vypořádávat s mnohdy obtížnými případy.

Práci jsem vzhledem k jejímu názvu rozvrhl do tří kapitol, jež se postupně zabývají teoretickým vyložením pojmu „okolnosti vylučující protiprávnost“ a uvedením jejich členění, nástinu historického vývoje okolností vylučujících protiprávnost a samotnému institutu

přípustného rizika. Z důvodu přehlednosti a srozumitelnosti práce jsem tyto kapitoly dále členil do podkapitol.

První kapitola se zabývá pojmem „okolnosti vylučující protiprávnost“ tak, jak jej definuje současná trestněprávní teorie a jejich charakteristickým znakům, zejména absenci obligatorního znaku trestného činu protiprávnosti. V kapitole je rovněž zmíněna problematika důvodů zániku trestní odpovědnosti, které je nutné důsledně od okolností vylučujících protiprávnost odlišovat. Nakonec je zmíněno dělení okolností vylučujících protiprávnost, a to na základě jejich uvedení, respektive neuvedení v novém trestním zákoníku.

Ve druhé kapitole se věnuji historickému vývoji okolností vylučujících protiprávnost v československém trestním zákonodárství. Zpočátku se zabývám přirozenoprávním pojetím a prvními zmínkami o této problematice, jež se vyskytly již v období starověkého Řecka a Říma. Následuje zmínka o trestním zákoníku č. 117/1852 ř. z. z 27. května 1852, který představuje vůbec první kodifikaci trestního práva, v níž je obsažena problematika okolností vylučujících protiprávnost. Další milníky trestněprávní úpravy jsou ovlivněny politickými událostmi na našem území a představují je trestní zákon č. 86/1950 Sb. a trestní zákon č. 40/1961 Sb.

Poslední kapitola sestává ze sedmi podkapitol a celá se zaobírá nově kodifikovanou okolností vylučující protiprávnost, tedy přípustným rizikem. Postupně se zabývám původem a výkladem pojmu „riziko“, jeho charakteristickým znakům a odlišením od pojmu „nebezpečí“. K dělení rizik jsem přistoupil z pohledu různých autorů těch kterých vědních oborů, a uvádím tak dělení dle práva trestního, pracovního nebo ekonomického pohledu. Rovněž vývoj právní úpravy přípustného rizika v československém trestním jsem z důvodu absence jeho kodifikace v trestních kodexech vyložil z pohledu osobností trestněprávní nauky, jež se problematikou rizika zabývaly. V rámci podkapitoly vývoje přípustného rizika jsem zmínil nejen oblast práva trestního, nýbrž i oblast pracovního práva, v němž riziko zaujímalo významné postavení zejména během platnosti a účinnosti zákona č. 65/1965 Sb. Ten totiž zmiňoval „hospodářské riziko“ jako okolnost vylučující odpovědnost zaměstnance za škodu a také „riziko práce“, které spočívalo v možnosti částečné liberace zaměstnavatele při odpovědnosti za pracovní úrazy a nemoci z povolání zaměstnanců. Nejrozsáhlejší podkapitolou v rámci třetí kapitoly je ta, která pojednává o přípustném riziku de lege lata. Zpočátku se věnuji ústavněprávním aspektům přípustného rizika, dále rozvádím jednotlivé legální podmínky přípustného rizika a pokouším se o vytyčení sporných momentů a situací, s nimiž se dle mého názoru bude trestněprávní teorie, ale zejména praxe, zabývat. Dalším okruhem mého zájmu se stala otázka vzájemného vztahu přípustného rizika a ostatních okolností přípustného rizika, když jsem

nejvyšší důraz klad na poměr ke krajní nouzi, která je svým charakterem a znaky k přípustnému riziku nejbližší. Předposlední podkapitola je věnována srovnání české právní úpravy s úpravou cizozemskou, konkrétně slovenskou. Jsem toho názoru, že pro poznávání, aplikaci a tvorbu práva je nezbytné poznávat právo cizích zemí, vzájemně je komparovat, vyvarovat se chyb ostatních a brát si příklady z pozitivních systémů. Práci zakončuji vlastní úvahou na pohled právní úpravy přípustného rizika de lege ferenda.

Při zpracovávání tématu jsem čerpal z odborné literatury českých i zahraničních autorů, odborných časopisů, zejména Právník, Trestněprávní revue a Trestní právo a právních předpisů z oblasti trestního, pracovního a mezinárodního práva. Vzhledem k absenci soudních rozhodnutí v rámci mého tématu jsem tohoto pramenu nevyužil, výjimkou se stala některá dílčí témata týkající se přípustného rizika v pracovním právu, respektive definování pojmu „dobré mravy“.

1. Pojem, význam a dělení okolností vylučujících protiprávnost

„Okolnosti vylučující protiprávnost jsou takové okolnosti, které pachatele činu jinak trestného zbavují trestní odpovědnosti.“ [1]

Zákon č. 40/2009 Sb. (dále jen „trestní zákoník“) v ustanovení § 13 odst. 1 uvádí legální vymezení trestného činu, když stanoví, že trestným činem je protiprávný čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně. Z uvedené definice vyplývají dvě obligatorní podmínky, které musí být současně splněny, a to protiprávnost a znaky uvedené v trestním zákoně. Z definice trestného činu dále vyplývá, že nová kodifikace trestního práva hmotného je založena na formálním pojetí trestného činu, což znamená opuštění dosavadního formálně materiálního pojetí. Účelem zákonodárce bylo dosažení legality podmínek trestní odpovědnosti, zvýšení jednotnosti při výkladu, naplnění požadavku „nullum crimen sine lege“[2] a aplikaci zákona a posílení rovnosti všech před zákonem.[3]

U jednání za okolnostmi vylučujících protiprávnost schází jeden z obligatorních znaků trestného činu, a to protiprávnost. Takové jednání není trestné od počátku, nikdy o trestný čin nešlo. Protiprávnost chápeme jako rozpor s právní normou v rámci právního řádu. Je nutno ji dovozovat z právního řádu jako celistvého celku a zpravidla se opírá o některá ustanovení, která leží mimo trestní zákon, například předpisy o ochraně životního prostředí, předpisy upravující silniční provoz nebo bezpečnost při práci. Protiprávnost se zkoumá vzhledem k celému trestnímu právu, je tedy vyloučeno, aby v některém odvětví práva, například v právu občanském, bylo dovoleno jednání, které je v právu trestním považováno za protiprávní. Protiprávnost jako znak skutkové podstaty trestného činu bývá v některých skutkových podstatách uvedených ve zvláštní části trestního zákoníku výslovně vyjádřena, například slovy „neoprávněně“ (ustanovení § 178 TZ porušování domovní svobody, ustanovení § 207 TZ neoprávněné užívaní cizí věci), „bez povolení“ (ustanovení § 279 TZ nedovolené ozbrojování, ustanovení § 337 TZ maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání), „protiprávně“ (ustanovení § 208 TZ neoprávnění zásah do práva k domu, bytu nebo k nebytovému prostoru, ustanovení § 311 TZ teroristický útok), „v rozporu s právními

[1] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 240.
[2] Srov. čl. 39 Listiny základních práv a svobod: *„Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.“* a ustanovení § 12 odst. 1 trestního zákoníku *„Jen trestní zákon vymezuje trestné činy a stanoví trestní sankce, které lze za jejich spáchání uložit.“*
[3] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku.

předpisy“ (ustanovení § 164 TZ neoprávněné odebrání tkání a orgánů, ustanovení § 298 TZ neoprávněné nakládání s odpady). Trestným činem může být jen čin nedovolený, nicméně ne každý nedovolený čin je zároveň trestným činem, když tento může být kvalifikován jako přestupek či jiný správní delikt anebo může být postižen občanskoprávní sankcí.[4]

Okolnosti vylučující protiprávnost je třeba důsledně odlišovat od důvodů zániku trestní odpovědnosti, které trestní zákoník stanoví v ustanovení § 33 a násl. *„Důvody zániku trestní odpovědnosti jsou okolnosti, které nastaly po spáchání trestného činu, ale dříve, než je o něm pravomocně rozhodnuto, a které způsobují jednou provždy zánik práva státu na potrestání pachatele.“*[5] Zásadním rozdílem tedy je, že u okolností vylučujících protiprávnost o trestný čin nešlo od počátku, ale v případech zániku trestní odpovědnosti byl čin v době svého spáchání trestných činem a jeho beztrestnost nastala až dodatečně. Trestní zákoník uvádí výslovně tyto důvody zániku trestní odpovědnosti: zánik trestní odpovědnosti účinnou lítostí, promlčení trestního stíhání a další zvláštní případy, mezi které patří: milost prezidenta republiky, zánik trestnosti účastenství, smrt pachatele, zánik trestnosti přípravy a pokusu trestného činu, případy zániku trestní odpovědnosti uvedené ve zvláštní části trestního zákoníku, kde jsou stanoveny konkrétní podmínky pro zánik trestní odpovědnosti pro ten který případ, například ustanovení § 197 TZ stanoví, že trestní odpovědnost za trestný čin zanedbání povinné výživy zaniká, jestliže trestný čin neměl trvale nepříznivých následků a pachatel svou povinnost dodatečně splnil dříve, než soud prvního stupně počal vyhlašovat rozsudek.

Dělení okolností vylučujících protiprávnost je vhodné z pohledu, zda je trestní zákoník výslovně upravuje…:

- *§ 28 krajní nouze*
- *§ 29 nutná obrana*
- *§ 30 svolení poškozeného*
- *§ 31 přípustné riziko*
- *§32 oprávněné použití zbraně*

…a na ty, které trestní zákoník výslovně neupravuje:

- *výkon dovolené či přikázané činnosti*
- *výkon povolání*

[4] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 115.
[5] Ibidem, s. 335.

Ačkoli tyto okolnosti nejsou trestním zákoníkem výslovně vymezeny, je jejich použití přípustné, a to na základě analogie, neboť jde o analogii ve prospěch pachatele, kterážto je trestním právem dovolena. Tyto okolnosti vylučující protiprávnost jsou vytvářeny právní teorií a praxí a opírají se zpravidla o mimotrestní zákony.[6]

A nakonec zcela specifickou okolností vylučující protiprávnost uvedenou ve zvláštní části trestního zákoníku je:

- *beztrestnost policejního agenta*

Beztrestnost agenta trestní zákoník neřeší obecným ustanovením v rámci okolností vylučujících protiprávnost, jak tak činí například slovenský trestní zákon, ale omezuje ji na jednotlivé specifické případy, kde přichází v úvahu, například obchod s narkotiky nebo úplatkářství. Toto řešení dle názoru zákonodárce lépe odpovídá principu zákonnosti a hovoří pro něj též srovnávací právo. Proto ustanovení § 363 TZ o beztrestnosti agenta stanoví beztrestnost agenta nejen pro trestný čin účasti na skupině organizovaného zločinu (odstavec 1), ale i pro vyjmenované trestné činy v odstavci 2, například kuplířství, podílnictví nebo legalizace výnosů z trestné činnosti. V této souvislosti je řešena i otázka provokace[7], a to tak, že jak ohledně trestného činu účasti na skupině organizovaného zločinu (odstavec 1) tak, že ohledně vyjmenovaných trestných činů v odstavci 2 se agent nestává beztrestným, pokud skupinu organizovaného zločinu nebo organizovanou skupinu založil nebo zosnoval (odstavec 3).[8]

Význam okolností vylučujících protiprávnost spočívá v tom, že vylučují trestní odpovědnost v případě splnění podmínek stanovených trestním zákoníkem. Ačkoli se osoba dopustí činu jinak trestného, není možné ji za tento čin sankcionovat.

[6] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 262.
[7] Srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Teixeira de Castro v. Portugalsko ze dne 9. 6. 1998
[8] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku.

2. Vývoj právní úpravy okolností vylučujících odpovědnost v československém trestním zákonodárství

2.1 Přirozenoprávní pojetí okolností vylučujících protiprávnost

Vývoj okolností vylučujících protiprávnost, zejména pak těch, které dnešní trestní zákoník vymezuje jako nutná obrana a krajní nouze, můžeme sledovat již od starověkého Řecka a Říma. Zpočátku měly tyto instituty nahradit tehdy ještě ne zcela dokonalou státní moc, s jejím rozvojem je pak patrný posun od svépomocných prostředků ochrany vlastních zájmů k vytváření stále dokonalejších institutů ochrany prostřednictvím sílící a upevňující se státní mocí.

Například prvním, kdo se vyjádřil k problematice okolností vylučujících protiprávnost, byl římský politik Marcus Tullius Cicero, když vyložil právní pojem nutné obrany. Nutnou obranu označil za nepsaný přírodní zákon, který nelze naučit nebo zdědit, nýbrž který pochází z přírody a člověk jej akceptoval a je jím proniknut. Jako přirozené právo člověka nemůže být nikomu odňato, vyplývá z povahy člověka a nepotřebuje žádné upřesnění. Základem nutné obrany je lidský pud sebezáchovy, který člověku velí dát přednost obraně svých vlastních zájmů před jejich porušením nebo poškozením, proto právo nutné obrany nespočívá na pozitivním právu. Nutná obrana podle Cicera tedy spočívá v nezadatelném právu sebeobrany před nezákonným jednáním jiného. Škoda, která byla způsobena obráncem, je uskutečněním práva, je vynucena útočníkem, obránce ji nezpůsobil dobrovolně, a proto mu nemůže být kladena za vinu.[9]

Instituty svépomoci, obrany a nouze se vyvíjely i v období středověku, kde byla stavěna do konfrontace s náboženskými dogmaty, jež připouštěla nutnou obranu pouze v těch případech, které nebyly v rozporu s láskou k bližnímu a jako povinnost nutnou obranu vyžadovala tam, kde byl předmětem útoku bůh. Všechny tyto podmínky vyvěraly z tehdejšího uspořádání společnosti, která byla vedena náboženskou povinností boje proti hříchu.

V období osvícenství, které historie definuje jako filozofický směr 18. století, opustila přirozenoprávní škola koncepci povinné nutné obrany, když za dostačující pro zdůvodnění nutné obrany považovala podstatu člověka a lidské společnosti. Toto pojetí nutné obrany vycházelo z myšlenky smluvního státu a společenské smlouvy (Hugo de Groot, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant). Ve své podstatě tato myšlenka představovala dobrovolné spojení všech lidí s tím, že se tito vzdávají práva na sebeobranu za podmínky, že je bude chránit stát,

[9] KUCHTA, Josef. *Nutná obrana*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1999, s. 14.

jež je povinen zajišťovat bezpečí jednotlivců a zabránit stavu „bellum omnium contra omnes“.[10] Teprve až nesplnění této povinnosti ze strany státu je jednotlivec oprávněn bránit se sám.[11]

Přirozenoprávní pojetí nutné obrany znemožňující bezchybné vytyčení hranic nutné obrany ustoupilo do pozadí s nástupem přirozenoprávní školy, která s sebou nesla postupné zakotvení jednotlivých institutů okolností vylučujících protiprávnost. Konkrétně se tak dělo od poloviny 19. století, kdy se začínají objevovat první zákonná ustanovení, která tvoří základ dnešní právní úpravy okolností vylučujících protiprávnost.

2.2 Trestní zákoník č. 117/1852 ř.z.

První zmínku o okolnostech vylučujících protiprávnost nalezneme v trestním zákoníku tehdejší rakouské říše č. 117/1852 ř.z. z 27. května 1852, který revidoval trestní zákon o zločinech a těžkých zločinech policejních z 3. října 1803 a který platil na území československém až do roku 1950.[12] Ke spáchání zločinu bylo podle ustanovení § 1 trestního zákoníku „zlého úmyslu“. V ustanovení § 2 je vymezen taxativní výčet důvodů vylučujících zlý úmysl. Mezi tyto důvody mimo jiné patřil výkon spravedlivé nutné obrany a neodolatelné donucení, tedy jakási krajní nouze.

Aby byla nutná obrana spravedlivá, musela splňovat tyto podmínky:

1) Útok byl bezprávný, tedy takový, k němuž útočník neměl práva. Spravedlivá obrana byla tudíž vyloučena z některých situací, například proti úřednímu výkonu, proti výkonu kárné moci anebo proti spravedlivé nutné obraně samé. Zajímavostí je, že někteří autoři považovali za útok i útok zvířete.[13]
2) Útok byl přítomný, to jest takový, který přímo hrozil a zločinná činnost nesměla být skončena. Spravedlivá nutná obrana zásadně sankcionovala pomstu.
3) Útok mohl směřovat jen proti některým právem chráněným zájmům, a to proti životu, svobodě nebo jmění. Nerozhodné bylo, proti komu útok směřoval. Tehdejší pojetí bylo shodné s nynějším, když bylo zásadně možné bránit nejen sebe, ale i kohokoli jiného.

[10] Z lat. „Válka všech proti všem.“ Podle Thomase Hobbese přirozený stav lidské společnosti před vznikem státu.
[11] KUCHTA, Josef. *Nutná obrana*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1999, s. 14 – 15.
[12] MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930, s. 9.
[13] Srov. MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930, s. 60.

4) Obrana musela být potřebná neboli přiměřená. Nesmělo být způsobeno větší zlo, než které bylo nutné k odvrácení útoku. Zásadně se ale přitom nežádala subsidiarita obrany (aby obrana byla jediným prostředkem ke zmaření útoku) ani proporcionalita mezi škodou hrozící z útoku a škodou způsobenou obráncem. Je však nutno zmínit, že tehdejší právo odmítalo přílišné rozpětí rozdílu mezi zájmem hájeným a zájmem a u útočníka zasaženým (*„Mohu zloděje, jenž se ke mně vloupá, a násilím se mi staví na odpor, usmrtiti, nemohu však omluviti spravedlivou obranou, zastřelím-li hocha, jenž mi krade v zahradě jablka.“*[14]).

Vybočení ze spravedlivé nutné obrany neboli exces byl tehdejším rakouským trestním zákoníkem řešen poněkud odlišně od současné právní úpravy. Dnešní trestněprávní nauka chápe exces z nutné obrany jako protiprávní, a je proto trestné podle té které skutkové podstaty trestného činu, jež byla takovým jednáním naplněna, přičemž může jít o trestný čin úmyslný či nedbalostní anebo o polehčující okolnost.[15] Tehdejší rakouská právní úprava se lišila v tom, že vykročil-li napadený ze spravedlivé nutné obrany z poděšení, strachu či úleku (takzvaný afekt astenický), byl zásadně beztrestný (s tou výjimkou, pokud si i přes tento svůj duševní stav mohl a měl být vědom, že přestupuje meze spravedlivé nutné obrany, pak se takové jednání posuzovalo jako nedbalostní delikt). Vědomé vykročení z mezí spravedlivé nutné obrany, zejména ze zlosti či pomstychtivosti (takzvaný afekt stenický) bylo posuzováno jako delikt úmyslný. Polehčující okolnost připadala v úvahu, vykročil-li obránce z mezí spravedlivé obrany z rozčilení.[16]

Rakouský trestní zákoník mezi důvody vylučující zlý úmysl v ustanovení § 2 písm. g) výslovně uváděl i neodolatelné donucení. Tento historický pojem teorie označovala jako stav nouze[17] a definovala jej jako *„takový stav, kde možno ohrožený právní statek zachrániti jenom takovým porušením nebo ohrožením jiného právního statku, jež by jinak bylo činem trestným, jednající obětováním jednoho statku zachraňuje druhý“*.[18] Aby bylo jednání z krajní nouze beztrestné, muselo naplnit následující podmínky:

1) Nebezpečí přímo hrozilo jakémukoli právnímu statku. Zde je patrné rozšíření okruhu právem chráněných zájmů na rozdíl od podmínek jednání ve spravedlivé obraně, kde byly chráněny jen život, svoboda a jmění. Navíc nezáleželo na tom, komu ohrožený

[14] KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (Část obecná i zvláštní).* Praha : Melantrich, 1935, s. 82.
[15] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 255.
[16] MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930, s. 61.
[17] KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (Část obecná i zvláštní).* Praha : Melantrich, 1935, s. 83.
[18] MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930, s. 62.

právní statek patří, když v nouzi bylo zásadně možno jednat proti i ve prospěch jiného.

2) Naprosto totožnou podmínkou se současným stavem právní úpravy byla subsidiarita, tedy hrozící nebezpečí nebylo možno odvrátit jinak
3) Nejvýznamnější rozdíl tehdejší a současné nauky o krajní nouzi představovala podmínka proporcionality. Dnešní pojetí podmínky proporcionality popisuje ustanovení § 28 TZ, když stanoví, že následek způsobený odvracením nebezpečí nesmí být zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil. Tehdejší pojetí podmínky proporcionality ovšem nebylo tak jednoznačné, když například Miřička zastával takzvaný princip převážného zájmu, který připouštěl, že způsobená škoda mohla být stejná jako tak, která hrozila a beztrestnost by nenastala jen v případě, kdyby hodnota obětovaného statku byla nepoměrně vyšší než hodnota ohroženého.[19] Přísnější názor razil J. Kallab, podle něhož hodnota obětovaného statku by měla být vždy menší než hodnota chráněného.[20]
4) O krajní nouzi také nešlo, pokud ten, komu nebezpečí hrozilo, byl povinen jej snášet. Teorie uváděla příkladmo činnost lékařů, hasičů nebo horských vůdců. K této podmínce, kterou konkretizoval trestní zákon z roku 1950, se navrací i současná nová právní úprava.

2.3 Trestní zákon č. 86/1950 Sb.

Ne příliš radostnou etapou ve vývoji československého práva trestního byl trestní zákon č. 86/1950 Sb. ze dne 12. července 1950. Za vzor si zákonodárci Národního shromáždění Československé republiky vzali socialistickou vědu trestního práva, která vycházela z třídní povahy trestného činu. To se projevilo hned v úvodním ustanovení trestního zákona, když v ustanovení § 1 definoval svůj účel, když chránil lidově demokratickou republiku, její socialistickou výstavbu, zájmy pracujícího lidu a jednotlivce. Trestní zákon byl zákonem unifikačním, neboť sjednotil tehdy oddělené trestní právo nejen obecné, vojenské a pro mládež, ale i trestní právo dříve platné v českých krajích a na Slovensku. Za jeden z nejvýznamnějších znaků tohoto zákona považuji takzvané materiální

[19] MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930, s. 63.
[20] KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (Část obecná i zvláštní)*. Praha : Melantrich, 1935, s. 84.

pojetí trestného činu, když toto pojetí ovládalo české trestní právo celých šedesát let. Kromě jiného také tento zákon změnil i některé instituty okolností vylučujících protiprávnost.

Okolnosti vylučující protiprávnost definovala tehdejší teorie socialistického trestního práva jako *„okolnosti, které způsobují, že čin, který se svými rysy podobá trestnému činu, není nebezpečný pro společnost, a není tedy trestným činem“*.[21] Samotný zákon výslovně uváděl nutnou obranu a krajní nouzi. Teorie dále rozeznávala svolení poškozeného a případy výkonu dovolené či přikázané činnosti.

Nutnou obranu zákon definoval v ustanovení § 8 jako *„jednání jinak trestné, jímž někdo odvrací útok na lidově demokratickou republiku, její socialistickou výstavbu, zájmy pracujícího lidu nebo na jednotlivce, není trestným činem, jestliže*

a) útok přímo hrozil nebo trval a

b) obrana byla útoku přiměřená.“

Podstatou nutné obrany bylo odvracení útoku na zájmy chráněné trestním zákonem, a to činem namířeným proti útočníkovi, který by byl jinak trestným činem. Útokem se rozumělo úmyslné protiprávní jednání člověka nebezpečné pro společnost. Nebylo za něj možno považovat ani útok zvířete (nikoli útok poštvaného zvířete) ani čin osoby duševně choré. Tyto byly posuzovány jako nebezpečí odůvodňující krajní nouzi.

Útok musel ohrožovat zájmy chráněné trestním zákonem vypočtené v ustanovení § 1. Chráněn tak byl nejen jednotlivec, nýbrž zejména zájmy kolektivu.

Podmínkou bylo, aby útok zájmu chráněného trestním zákonem přímo hrozil nebo trval. Nutná obrana nebyla přípustná proti útoku teprve připravovanému, nehrozícímu bezprostředně anebo proti útoku již skončenému.

K žádné změně nedošlo ani na poli podmínky subsidiarity, tedy možnosti vyhnout se útoku jinak, která se zásadně nevyžadovala.

Obrana však musela být útoku přiměřená, tedy odpovídat jeho povaze a intenzitě. Obrana musela být tak intenzivní, aby odvrátila útoku, tedy musela být silnější, nikoli však přehnaná. Přiměřenost obrany bylo nutno vždy posuzovat individuálně, a to podle povahy a intenzity útoku a podle všech okolností případu s přihlédnutím k ohroženým společenským vztahům. Nebylo například dovoleno útočníka usmrtit, pokud by k odvrácení útoku ho stačilo jen zranit.[22]

[21] NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*, 3. doplněné a částečné přepracované vydání. Praha : Orbis, 1976. s. 117.
[22] Ibidem, s. 121 – 124.

Krajní nouzi zákon definoval v ustanovení § 9 jako *„Jednání jinak trestné, jímž někdo odvrací nebezpečí přímo hrozící lidově demokratické republice, její socialistické výstavbě, zájmům pracujícího lidu nebo jednotlivci, není trestným činem, jestliže*

a) způsobená škoda je menší než ta, která hrozila a

b) nebezpečí nebylo možno odvrátit jinak.

Nejde o krajní nouzi podle odstavce 1, jestliže ten, komu nebezpečí hrozilo, byl povinen je snášet.“

Krajní nouzi tehdejší teorie socialistického trestního práva definovala jako *„stav, kdy někdo předsevezme jednání, jímž odvrací nebezpečí přímo hrozící lidově demokratické republice nebo její socialistické výstavbě nebo zájmům pracujícího lidu nebo jednotlivci“.*[23]

Na rozdíl od předchozí právní úpravy bylo legální ustanovení precizněji definované, zejména pak co do konkrétního vymezení právem chráněných zájmů. Navíc došlo ke zpřísnění podmínky proporcionality, když zákon výslovně stanovil, že způsobená škoda musí být toliko menší než ta, která hrozila.

Vzhledem k nové kodifikaci českého trestního práva hmotného je nutno zmínit podmínku, že o krajní nouzi se nejedná v případech, když ten, komu nebezpečí hrozí, nesmí mít povinnost ho snášet. Pokud by taková povinnost existovala, vylučovala by použití ustanovení o krajní nouzi. Nový trestní zákoník se totiž po několikaleté odmlce k této podmínce navrací. Nicméně se ztotožňuji s názorem D. Císařové[24], že formulace této podmínky v novém trestním zákoníku by mohla být zdařilejší, neboť se domnívám, že úplně vyloučení krajní nouze u těchto osob není krokem správným směrem.

K dalším okolnostem vylučujícím protiprávnost řadila tehdejší teorie také svolení poškozeného a případy výkonu dovolené či přikázané činnosti. Pro společnost prospěšné, a tedy právním řádem dovolené, bylo například odsouzení viníka k trestu smrti, a jednání soudce tak nemohlo být posouzeno jako trestný čin anebo rodiče, kteří své nedospělé dítě zamkli v pokoji, aby si vypracovalo školní úlohu, se nedopustili trestného činu, neboť uvedeným opatřením jen plní v zájmu společnosti svá rodičovská práva. Svolení poškozeného sice výslovně nezmiňovalo žádné ustanovení trestního zákona, avšak u některých trestných činů, které nemohly být podle své povahy spáchány proti svolujícímu, vylučoval svobodný

[23] FILIPOVSKÝ, Jan, TOLAR, Jan, DOLENSKÝ, Adolf. *O obecné části trestního zákona*. 1. vydání. Praha : Orbis, 1951, s. 78.
[24] CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*, 2000, č. 10, s. 9.

souhlas poškozeného nebezpečnost jednání pro společnost, například trestný čin omezování osobní svobody.[25]

2.4 Trestní zákon č. 40/1961 Sb.

Dne 1. ledna 1961 nabyl účinnosti zákon č. 40/1961 Sb., který představoval zcela novou kodifikaci trestního práva hmotného. Přinesl s sebou mimo jiné novou kodifikaci zvláštní části a rozsáhlé změny na úseku trestných činů proti republice a trestných činů hospodářských. Další změny se týkaly obecných podmínek trestní odpovědnosti (nové vymezení obecného pojmu trestného činu) a systému trestů. Změn se dočkaly i některé instituty okolností vylučujících protiprávnost.

Okolnosti vylučující protiprávnost byly teorií definovány jako *„některé okolnosti, které způsobují, že čin, který se svými rysy podobá trestnému činu, není nebezpečný pro společnost, a není tedy trestným činem.“*[26] Trestní zákon výslovně uváděl nutnou obranu (§ 13), krajní nouzi (§ 14) a oprávněné použití zbraně (§ 15). Právní teorie a praxe dále dovozovala i jiné okolnosti vylučující protiprávnost, a to svolení poškozeného, výkon dovolené či přikázané činnosti, výkon povolání a dovolené riziko.

Nutnou obranu zákon vymezil v ustanovení § 13 jako: *„Čin jinak trestný, kterým někdo odvrací přímo hrozící nebo trvající útok na zájem chráněný tímto zákonem, není trestným činem. Nejde o nutnou obranu, byla-li obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku.“* Změny oproti předešlé právní úpravě se projevily zejména u zájmů chráněných zákonem, které byly vypočteny v ustanovení § 1, když šlo o zájmy jednak individuální (život, zdraví, důstojnost, svoboda, čest, majetek) jednak celospolečenské. Další změnou byla úprava znění podmínky přiměřenosti nutné obrany. Předešlé ustanovení *„jednání jinak trestné, jímž někdo odvrací útok na lidově demokratickou republiku, její socialistickou výstavbu, zájmy pracujícího lidu nebo na jednotlivce, není trestným činem, jestliže obrana byla útoku přiměřená“* bylo nahrazeno novelou trestního zákona č. 209/1993 Sb. účinnou od 1. ledna 1994 za *„nejde o nutnou obranu, byla-li obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku“*. Došlo tak ke značnému rozšíření mezí nutné obrany.

Krajní nouzi zákon definoval v ustanovení § 14 jako: *„Čin jinak trestný, kterým někdo odvrací nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému tímto zákonem, není trestným činem.*

[25] FILIPOVSKÝ, Jan, TOLAR, Jan, DOLENSKÝ, Adolf. *O obecné části trestního zákona*. 1. vydání. Praha : Orbis, 1951, s. 79 – 80.
[26] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. I. Obecná část*. 3. přepracované vydání. Praha : Codex, 1997. s. 135.

Nejde o krajní nouzi, jestliže bylo možno toto nebezpečí za daných okolností odvrátit jinak anebo způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil.“ Stejně jako u nutné obrany je patrná změna zájmů chráněných zákonem. Podmínka subsidiarity, neboli nemožnost odvrátit za daných okolností nebezpečí jinak, dostála jen nepatrné změny, a to přidáním slov „za daných okolností“. Podstata i meze této podmínky však zůstaly stejné. Výrazně se ale změnilo znění podmínky proporcionality, tedy poměru následku způsobeného odvracením nebezpečí a následku, který hrozil. Dosavadní úprava krajní nouze výslovně stanovila, že způsobená škoda jednáním v krajní nouzi musela být menší než ta, která z nebezpečí hrozila. Nová úprava krajní nouze toto dle mého názoru velice přísné pojetí podmínky proporcionality změnila tak, že nejde o krajní nouzi, jestliže *„způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil“*. Slovo „zřejmě“ brání příliš úzkému výkladu podmínky proporcionality. Zohledňuje se totiž nelehká pozice jednajícího, který v ten daný okamžik jedná a rozhoduje ve zcela specifickém psychickém rozpoložení. V krátkém časovém horizontu je třeba rychlého rozhodnutí náročné situace a je otázkou, zda je osoba v dané chvíli schopna přesně určit, který zájem je hodnotnější a který obětovat. Proto zákon slovem „zřejmě“ umožňuje, aby osoba, která odvrací nebezpečí, mohla způsobit i následek stejně závažný jako ten, který hrozil, pakliže není na první pohled zcela zřejmá nerovnocennost dvou právem chráněných zájmů.

Poslední zákonem výslovně uvedenou okolností vylučující protiprávnost bylo oprávněné použití zbraně uvedené v ustanovení § 15 jako: *„Trestný čin nespáchá, kdo použije zbraně v mezích zmocnění příslušných zákonných předpisů.“* Vymezení konkrétních podmínek k použití zbraně stejně jako výklad pojmu „zbraň“, je uvedeno v příslušných zákonech, například v zákoně č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky, zákoně č. 553/1991 Sb., o obecní policii nebo zákoně č. 124/1992 Sb., o Vojenské policii. Tyto právní předpisy dovolují použití zbraně i v jiných případech než v nutné obraně či krajní nouzi. Tyto situace jsou definovány precizně a v každém zákoně se liší podle toho, o který ozbrojený sbor se jedná a s jakými situacemi se jeho příslušníci setkávají.[27]

Právní teorie a praxe rozeznávala další okolnosti vylučující protiprávnost, a to svolení poškozeného, výkon dovolené či přikázané činnosti, výkon povolání a dovolené riziko. Svolení poškozeného se jako okolnost vylučující protiprávnost připouštělo tehdy, pokud šlo o zájmy jednotlivce, o nichž mohl sám rozhodovat a jejichž porušení neznamenalo dotčení zájmů společnosti; svolení bylo vážné, dobrovolné a nevyvolané lstí; svolení bylo uděleno

[27] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. I. Obecná část*. 3. přepracované vydání. Praha : Codex, 1997. s. 145.

osobou, která byla schopna učinit závazný projev vůle v tomto směru; svolení bylo dáno před anebo současně s činem. V praxi šlo zejména o trestné činy proti majetku a proti svobodě a lidské důstojnosti, například poškozování cizí věci, krádež nebo zpronevěra. Naproti tomu byly zcela vyloučeny trestné činy proti životu a zdraví s výjimkou lékařského zákroku. Podstata výkonu dovolené či přikázané činnosti spočívala v tom, že zákon anebo rozhodnutí vydané na základě zákona oprávněným subjektem ukládalo určitou povinnost nebo umožňovalo vykonávat určité právo a takové jednání pak bylo za splnění podmínek uvedených v zákonu nebo rozhodnutí dovolené. Institut dovoleného rizika, v literatuře dále označováno i jako riziko přípustné či přiměřené a riziko ve výrobě a výzkumu, byl další zákonem výslovně neupravenou okolností vylučující protiprávnost. Jednání v rámci dovoleného rizika se připouštělo v těch oblastech lidské činnosti, kde bez rizika není možný celospolečenský pokrok a rozvoj, tedy lékařství, výzkum nebo výroba. Vyloučení trestní odpovědnosti se při absenci legálního vymezení v zákoně opíralo o nedostatek zavinění a o nízký stupeň nebezpečnosti činu pro společnost. Dovolenost rizika byla dále dovozována z ustanovení o krajní nouzi, například při odvracení nebezpečných situací v průmyslu a zdravotnictví, nicméně toto ustanovení nebylo ani být nemohlo pro institut dovoleného rizika dostačujícím.[28]

[28] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. 1, Obecná část*. 5. jubilejní, zcela přepracované vydání. Praha : ASPI, 2007. s. 282 – 290.

3. Přípustné riziko

3.1 Pojem, znaky a druhy rizik

3.1.1 Pojem a znaky rizika

Pojem „riziko“ má svůj původ v románských jazycích, konkrétně ve staré italštině a výrazu „risico“ nebo „risco“, které můžeme volně přeložit jako „nebezpečí“, „odvažovat se něčeho nebezpečného“, „dávat v sázku“. Vůbec poprvé se toto slovo objevilo v oblasti mořeplavby, když označovalo překážku, které se měli námořníci při plavbě vyhnout a zřejmě je odvozeno z latinského výrazu „resecum“ – skalisko.[29]

Formulovat přesnou a univerzální definici pojmu riziko není nikterak jednoduché. Ty nejobecnější můžeme nalézt ve výkladových slovnících. Rizikem se zde například rozumí nebezpečí škody, poškození; nezdar při podnikání něčeho; prvek mající vliv na rozhodování podnikatele.[30] Nebo je riziko chápáno jako nebezpečí nezdaru, ztráty; hlavní motivační prvek ovlivňující rozhodování podnikatelů vyplývající z nutnosti volby.[31]

Z uvedeného je patrné, že pojem riziko můžeme bez nadsázky označit za pojem ambivalentní, neboť jak v odborné literatuře, tak i v běžné mluvě je zaměňován či dokonce ztotožňován s pojmem „nebezpečí“. Dle mého názoru je ovšem nutné tyto dva pojmy důsledně rozlišovat. Nebezpečí je ustáleně definováno jako *„stav hrozící poruchou“,* [32] neboli soubor podmínek, za nichž může dojít ke škodlivému následku. Naproti tomu je riziko *„způsobem rozhodovací a realizační činnosti, která se spojuje s vyjádřitelnou mírou nejistoty nastoupení pozitivního či negativního následku“*. [33] Z těchto definic i sémantického rozboru obou pojmů dojdeme k závěru, že riziko je pojmem širším, a to z toho důvodu, že vyjadřuje jednak pravděpodobnost negativního následku a jednak následku pozitivního. Nebezpečí, kterézto směřuje jen k negativnímu následku, je toliko součástí rizika, respektive jeho pojmovým znakem.

Riziko v sobě ukrývá dvojí možnost výsledku, a to jak výsledku negativního ve formě neúspěchu nebo ztráty, tak i výsledku pozitivního ve formě zisku či úspěchu. Právě tato mnohost možného výsledku je dalším pojmovým znakem rizika. Pakliže by některá lidská

[29] REJZEK, Jiří. *Český etymologický slovník*. 1. vydání. Voznice : Leda, 2001. s. 541.
[30] KLIMEŠ, Lumír. *Slovník cizích slov*. 6. zásadně přepracované a doplněné vydání. Praha : Státní pedagogické nakladatelství, 1998. s. 670.
[31] BRANDOVÁ, Hana a kol. *Encyklopedický slovník*. 1. vydání. Praha : Odeon, 1993. s. 928.
[32] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 243. Shodně taktéž KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 366.
[33] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 165.

rozhodovací a realizační činnost měla jedinou výslednici, nemohli bychom ji označit za rizikovou, a to ani v tom případě, kdyby jediným možným výsledkem byla ztráta. Vždy, když riskujeme, přijímáme nejistotu výsledku našeho rozhodování. Činíme tak proto, že chceme dosáhnout vytyčeného cíle a tento subjektivně vnímáme jako žádoucí. A proto, máme-li označit nějaké rozhodnutí a jednání za rizikové, musí existovat alespoň jeden možný negativní výsledek. V případě opaku by chyběl prvek nebezpečí jakožto nezbytná součást definice rizika.

Riziko je úzce spjato s lidskou rozhodovací činností. Dnes a denně činí každý z nás neustále nějaké rozhodnutí, tedy jinými slovy řečeno – vybírá jediné řešení ze dvou a více alternativ. Rozhodování je kognitivním procesem, při kterém dochází k poznání určitých skutečností, jejich vyhodnocení a následné volbě rozhodnutí ve formě akce – chování nebo názoru – postoje. Nedílnou součástí každého rozhodování je větší či menší míra nejistoty, a rozhodnutí je tak jakýmsi krokem do neznáma. Míru nejistoty nelze změřit nebo zvážit, nicméně lze určit její pravděpodobnost, předvídat ji a kvantitativně vyjádřit. Během podstupování rizika je vždy možné s větší či menší odchylkou vyjádřit míru pravděpodobnosti, jinými slovy – zda dojde spíše k pozitivnímu následku, nebo následku negativnímu. Riziko tedy můžeme označit za kvantifikovatelnou neboli vyjádřitelnou nejistotu. Vždy existuje nějaký cíl, který můžeme označit za zamýšlený neboli optimální, pro jehož dosažení riziko podstupujeme. Rizikovým jednáním však lze dospět k výsledkům horším i příznivějším, než které byly původně zamýšleny. Z uvedeného pak lze vyvodit, že riziko chápeme buď jako jen negativní odchylku od optima (což je ovšem krátkozraké nazírání na problém, neboť pak bychom chybně ztotožnili riziko s pojmem nebezpečí), nebo jakoukoli odchylku od optima (toto označení zdá se býti přesnějším).

Na základě výše uvedených informací můžeme celkovou charakteristiku rizika vyjádřit za pomoci těchto tezí:

- Riziko je součtem pravděpodobností všech možných budoucích výsledků, a to jak výsledků negativních, tak pozitivních. Pravděpodobnost nastoupení každého z těchto výsledků je možné vyjádřit neboli kvantifikovat.
- Mimo výsledek zamýšlený – optimální, rizikový proces vždy připouští výsledek oproti optimu negativní, někdy i výsledek pozitivní.
- Přesný výsledek rizikového procesu je vždy nejistý.

Pro účely definování pojmu „riziko“ ještě pro úplnost uvedu Brehmerovu stať,[34] v níž se autor snaží o vyčerpávající výčet definic rizika tak, jak je možné tyto najít v četných zahraničních publikacích. Mimo jiné uvádí následující závěry:

- Riziko je matematická funkce pravděpodobnosti a velikosti ztráty.
- Riziko je velikost pravděpodobné ztráty.
- Riziko je rovno rozptylu pravděpodobnostního rozložení veškerých následků rizikového jednání.
- Riziko je výběrový rozptyl pravděpodobnostního rozložení všech následků, přičemž jsou do něj zařazeny pouze následky negativní.
- Riziko je vážená lineární kombinace rozptylu a očekávané hodnoty rozložení všech možných následků jednání.

3.1.2 Druhy rizik

Teorie, zejména pak práva ta trestního a obchodního, provádí členění rizik podle nejrůznějších hledisek. Za stěžejní považuji dělení na obecné a z pohledu trestního práva hmotného.

V rámci obecné segmentace rozlišuje J. Kuchta[35] tato rizika:

a) politická (riziko války, riziko uvalení zákazu importu zboží apod.)

b) hospodářská

- výrobní riziko (ve výrobním procesu dojde například k výrobě nekvalitního či přímo závadného výrobku anebo nastane porucha kvůli zastaralému postupu při výrobě apod.)
- investiční riziko (rozhodování investora, do které oblasti vloží své dočasně volné finanční prostředky apod.)
- obchodní, tržní, měnové riziko (riziko insolventnosti kupujícího, riziko devalvace nebo revalvace kurzu měny apod.)
- riziko při provozování zvláště nebezpečných činností a zařízení (riziko při demolici starých staveb v zastavěných oblastech anebo riziko při provozu spalovny nebezpečných odpadů apod.)

[34] BREHMER, Berndt. *The Psychology of Risk*. In Singleton, W.T., Hovden, J. Risk and Decisions, reprint, Chichester : J. Wiley & sons, 1988, s. 27

[35] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 17 – 18.

- riziko ve výzkumu a vývoji (riziko při zkoumání nových pokrokových technologií apod.)

c) pracovní
- sociální (obligační povinnosti zaměstnavatele vůči zaměstnanci)
- takzvané technické riziko (zaměstnavatel nese odpovědnost za překážky v práci vyskytnuvší se na jeho straně dle ustanovení § 207 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce)
- takzvané ekonomické riziko (v závislosti mezd na výsledcích zaměstnavatele)
- osobní riziko (z definice závislé práce vyplývá, že jí je osobní výkon zaměstnance mimo jiné na náklady a odpovědnost zaměstnavatele)

d) technická

e) lékařská
- běžná operační rizika při poskytování lékařské péče
- rizika vědecká a výzkumná (riziko při zavádění nových léčiv a léčebných metod anebo riziko při lékařských experimentech)
- rizika vznikající při transplantacích orgánů, při manipulaci s genetickými materiály

Jiná členění provedl ve svém díle P. Hajn[36], kterýžto rizika rozlišoval podle vztahu podstoupeného rizika k možným výhodám, a to na rizika dynamická a statická. Za dynamická rizika označuje ta, která jsou spojená s rozhodováním a u kterých hrozí nejen nebezpečí ztráty, nýbrž i možnost mimořádného zisku. Právě vidina mimořádného zisku je rozhodujícím faktorem pro podstoupení dynamického rizika. Naproti tomu u rizik statických spočívajících v činnostech je výsledek jediný možný, a to vždy nebezpečí ztráty. Příkladem dynamického rizika může být zúčastnění se loterie nebo jiné podobné hry,[37] kdy se účastník loterie nebo jiné podobné hry rozhodne podstoupit nebezpečí ztráty, které je v tomto případě vyjádřeno sumou vynaloženou na vklad, neboť je hnán nadějí mimořádně vysoké výhry. Obdobným příkladem může být i podstoupení investičního rizika. Jako vzor statického rizika nám poslouží situace, kdy se majitel vzácného obrazu rozhodne tento dočasně a bezúplatně umístit na výstavu, a podstupuje tak riziko možného požáru anebo krádeže. Dále rizika P. Hajn člení podle druhu hodnoty, kterému hrozí nebezpečí újmy, a to na nebezpečí újem hmotných

[36] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 12 – 17.
[37] V souladu se zákonem č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů.

(například zpronevěra peněžních prostředků nebo zřícení stavby) a na nebezpečí újem nehmotných (například obchodní společnost, která jedná v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku, riskuje poškození své dobré pověsti). Podle toho, zda jsou rizika subjektem rizikového rozhodování ovlivnitelná (například typicky půjde o cyklistu, který ve snaze eliminovat případné riziko zranění, tomuto přizpůsobí svůj styl jízdy a vybaví se potřebnými ochrannými pomůckami) nebo neovlivnitelná (ty jsou způsobeny především působením přírodních faktorů, například při ražení tunelu i v případě dodržení všech technologických postupů může dojít k propadnutí části tunelu). Riziková jednání se dále třídí dle skutečnosti, zda při nich lze způsobit újmu sobě samému nebo odlišným subjektům (k diferenciaci těchto dvou druhů rizik nám může v rovině teorie posloužit příklad pokusného experimentu při zavádění nového léku, kdy experimentátor provede pokus účinnosti a vedlejších efektů léku na sobě samém, nebo na jiném jedinci). V neposlední řadě připouští P. Hajn i dělení podle toho, zda je možno v případě negativního následku tento vrátit v původní stav, tedy riziko vratné a nevratné. Při zamyšlení se nad všemi kritérii členění můžeme dojít k závěru, že všechna tato hlediska jsou natolik různorodá, že při užití konstrukce rizika na jednotlivá odvětví práva lze přihlédnout jen k některým z nich, zpravidla k těm, které jsou k danému právním oboru bližší. Navíc žádná z dělení nemůžeme považovat za absolutní a neomylná, neboť jednotlivá kritéria se navzájem prolínají a mnohdy je i obtížné specifikovat druh rizika s nulovou odchylkou.

Z čistě ekonomického pohledu lze rovněž uvést dělení rizik podle J. Fotra[38], který za primární druhy považuje riziko podnikatelské a riziko čisté. Podnikatelským rizikem rozumí neoddělitelnou součást podnikání, s nímž je spojeno na straně jedné naděje zvláště dobrých hospodářských výsledků (uplatnění se na trhu, dosažení zisku) a na druhé straně nebezpečí podnikatelského neúspěchu mnohdy výrazně narušující finanční stabilitu podniku. U čistých rizik naproti tomu existuje pouze nebezpečí nepříznivých odchylek od žádoucího stavu. Tyto jsou zpravidla vyvolány jednak přírodními jevy, jednak selháním technických systémů, ale také lidskou činností. Co se týče sekundárního členění rizik, J. Fotr uvádí dělení dle jejich věcné náplně, a to na rizika technická, respektive technologická, jež jsou spojena především s uplatňováním výsledků vědeckotechnického rozvoje a setkáváme se s nimi nejčastěji při výzkumu a vývoji nových výrobků a technologií. Výrobní rizika mají charakter nedostatku zdrojů různé povahy, například surovin, energií nebo pracovních sil, a mohou tak ohrozit průběh výrobního procesu a jeho výsledky. Ekonomická rizika zahrnují širokou paletu rizik

[38] FOTR, Jiří. *Jak hodnotit a snižovat podnikatelské riziko*. 1. vydání. Praha : Management Press, 1992, s. 12 – 14.

nákladových vyvolaných růstem cen jednotlivých nákladových položek, dále zahrnují inflaci, kurzovní rizika ovlivňující příjmy a náklady operací na zahraničních trzích prostřednictvím měn těchto trhů a také rizika návratnosti pohledávek spojená s platební morálkou dlužníků. Tržní rizika jdou ruku v ruce s úspěšností výrobků na domácích a zahraničních trzích a jejichž zdrojem jsou zejména chování konkurence a změny spotřebitelských preferencí. Finanční rizika souvisejí s dostupností bankovních úvěrů, což ovlivňuje zejména regionální, ale i světové ekonomická situace, podle které pak národní banky zvyšují a snižují úrokové sazby, a tím určují cenu úvěrů. Mezi politická rizika řadí jednak rizika vyvolávaná makroekonomickou a sociální politikou vlády, tedy politiku zastávanou v oblasti státního rozpočtu, daňové, ochrany životního prostředí a spotřebitelů, jednak rizika vyvolaná činností, která je vzhledem k existujícímu politickému systému nelegitimní, tedy například povstání nebo teroristické akce. Jiným hlediskem členění rizik je celkový ekonomický vývoj, když vzhledem k tomuto kritériu J. Fotr rozeznává rizika systematická a nesystematická neboli jedinečná. Systematická rizika jsou rizika, která se systematicky mění v závislosti na celkovém ekonomickém vývoji, kdežto nesystematická jsou na tomto vývoji zcela nezávislá a jež jsou specifická pro jednotlivé společnosti, respektive podnikatelské projekty, které realizují. Jako poslední rozeznává rizika ovlivnitelná a neovlivnitelná, a to podle toho, zda je podnikatel s to působit tak, aby je vzhledem ke své podnikatelské činnosti ovlivnil příznivým směrem, nebo tak schopen učinit není. Jako příklad rizik neovlivnitelných lze uvést ceny surovin a materiálů, poptávku na domácích i zahraničních trzích, politickou situaci a daňovou soustavu.

Podrobnou analýzu a členění rizik z hlediska podnikání provedli ve svém díle A. Chevalier a G. Hirsch, kteří v rámci svého oboru rozeznávají čtyři hlavní pilíře rizikových oblastí, jež obsahují další jednotlivé dílčí rizika. Jde o rizika průmyslová a obchodní (rizika průmyslová, sociální, technologická spojená s výzkumem a vývojem, v oblasti informatiky a distribuce), rizika finanční (rizika nesolventnosti, bankovní a cenová), rizika mezinárodní a inflační (rizika vývozní, měnová, politická a inflační) a nakonec rizika globální (rizika návratnosti investic a manažerské riziko). Z toho pohledu považuji za nejvýznamnější pojednání o rizicích na poli výzkumu a vývoje. Pro každý výrobní podnik je oblast výzkumu a vývoje životně důležitá. V rámci rizik spojených s výzkumem a vývojem stojí na prvním místě ta rizika, jež vyplývají z komplexního charakteru výzkumu a vývoje. Tyto jevy se nacházení v průsečíku výzkumného úsilí podniků na straně jedné a dostupných technologických znalostí o tom, jak se to dělá na straně druhé. Rozhodnutí, jak zaměřit výzkum a vývoj obsahuje část proměnlivé nejistoty vyplývající z vnějších souvislostí a vazeb daného jevu a možností podniku zvládnou požadavky doby. Při tom vyvstávají konkrétní

druhy rizik jako poptávka po výrobku nebo otázka skutečného přínosu výzkumu. V této oblasti se dle autorů jeví jako nejvážnější rizika spočívající v nedocenění rizikovosti investic do výzkumu a vývoje.[39]

Z hlediska mé práce dále považuji za nezbytné vyzdvihnout ta členění rizik, která jsou relevantní z hlediska trestního práva hmotného. Nejvýznamnějším v tomto ohledu je dle mého názoru dělení rizik podle způsobu jednání na rizika spočívající v rozhodnutí (statická rizika) nebo v činnosti (dynamická rizika). Jednání je totiž v trestním právu, jakožto obligatorní znak charakterizující objektivní stránku trestného činu, definováno jako *„projev vůle pachatele ve vnějším světě“*.[40] Naproti tomu pojetí myšlenky spáchat trestný čin není trestné. Tedy jinými slovy řečeno – trestní právo bezpodmínečně preferuje činnost (jednání) před rozhodováním (myšlenka). Aby se rozhodnutí stalo trestněprávně relevantním, musí být projeveno navenek, což se nemůže stát jinak než činností. Pro trestní právo hmotné je neméně významné i dělení na rizika ovlivnitelná subjektem rizikového rozhodování a na rizika neovlivnitelná tímto subjektem. Toto dělení totiž úzce souvisí s otázkou zavinění jakožto obligatorním znakem subjektivní stránky trestného činu, které je definováno jako *„vnitřní (psychický) vztah člověka k určitým skutečnostem, jež zakládají trestný čin, až již vytvořený pachatelem nebo objektivně existujícím bez jeho přičinění již v době činu“*[41]. Z této definice vyplývá, že pachateli bude moci přičíst toliko ta rizika, která mohl ovlivnit nebo u kterých nedostatečně odhadl jejich vliv na následek. V případě neovlivnitelných rizik by mělo trestní právo, potažmo speciální právní předpisy té které rizikové oblasti (například v lékařské oblasti předpisy zdravotnictví apod.), stanovit mnohem přísnější podmínky přípustnosti (neovlivnitelného) rizika než u ovlivnitelných rizik. Konečně dělení na rizika vratná a nevratná je s trestním právem hmotným neodmyslitelně spjato. Trestní právo by jistě mělo upřednostňovat rizika vratná, a tedy pro tyto opět stanovit příznivější podmínky. Nicméně je nutno zdůraznit, že existují i některé specifické oblasti lidské činnosti, kde se nevratným rizikům nelze vyhnout (například riziko újmy na zdraví při zápasech v boxu), a trestní právo by tedy dle mého názoru mělo na tyto oblasti pamatovat, připouštět u nich přípustné riziko, leč opět za stanovení přísnějších podmínek než u rizik vratných.[42]

[39] CHEVALIER, Alain, HIRSCH, Georges. *Rizika podnikání*. 1. vydání. Paris : Les Edition, 1982, s. 24 – 27.
[40] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 160.
[41] Ibidem, s. 209.
[42] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 20 – 30.

3.2 Vývoj právní úpravy rizika v československém zákonodárství

3.2.1 Vývoj právní úpravy rizika v trestním právu

Vzhledem ke skutečnosti, že institut přípustného rizika je pozitivním právem upraven až v novém trestním zákoníku, vytyčím důležité mezníky jeho historické vývoje nikoli dle jednotlivých po sobě následujících trestních zákonů, nýbrž zmíním ty osobnosti trestněprávní nauky, které se touto problematikou zabývaly.

Z toho důvodu, že institut přípustného rizika se v hmotném právu trestním až v trestním zákoníku účinném od 1. 1. 2010, se může zdát, že se jedná o okolnost vylučující protiprávnost zcela novou. Opak je ale pravdou. Za průkopníka otázky rizika v trestním právu považuji Augusta Miřičku, který se jako vůbec první ve své publikaci[43] této otázce věnoval. Nic na této skutečnosti nemění ani fakt, že neužíval pojmu „riziko", ale pracoval s pojmem „nebezpečí". Jeho přínos tkví v tom, že fenomén rizika oprostil od zjednodušeného nazírání jen z pohledu té které skutkové podstaty trestného činu, když celé problematice přisuzoval celospolečenský charakter. Pojem nebezpečí totiž nepovažoval za utvořený trestním právem, ale za pojem celospolečenský, tedy který *„jest ze života skutečného"* a definoval jej jako *„možnost nějaké škodlivé změny vnější"* nebo *„možnost škodlivého výsledku činu"*.[44] Nezáleželo při tom, jak velký rozsah poruchy hrozí, ani na stupni jistoty, se kterým lze očekávat, že porucha nastane – i při sebemenší možnosti poruchy hovořil o nebezpečí. O hranici, kdy je míra nebezpečí ještě dovolená, dle mého názoru správně usuzoval, že ji nelze univerzálně určit, ale že se bude lišit případ od případu. Jakýmsi určovatelem byl takzvaný „úsudek průměrný", který vycházel nikoli ze zkušeností jednotlivce, nýbrž celého společenského spektra. Dalším měřítkem dovolenosti nebezpečí byl takzvaný „stupeň sociálnosti účelu činu". Čím „sociálnější" účel činu byl, tím vyšší nebezpečí bylo považováno za dovolené. Jako příklad A. Miřička uvádí *„příliš rychlou jízdou v ulicích způsobené nebezpečí, které promineme hasičům jedoucím k požáru, neodpustíme řidiči přepychového spřežení"*.[45]

Na Miřičkovo pojetí rizika navázal Vladimír Solnař. Ve svém díle[46] stejně jako A. Miřička neužívá pojmu „riziko", nýbrž podává výklad takzvaného „nebezpečí adekvátního" ve spojitosti s kritérii „společenské užitečnosti činu". V. Solnař uvádí, že při úvahách o nebezpečnosti činu pro společnost se není možné zaměřit jen na rámec subjektivních

[43] MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné*. Praha : Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902. 171 s.
[44] Ibidem, s. 114.
[45] Ibidem, s. 118.
[46] SOLNAŘ, V. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vydání. Praha : Academia, 1972. 367 s.

podmínek nebezpečnosti činu, ale je nutné vycházet z účelového zaměření jednání. Tuto jeho premisu dokazují i typizované důvody vyloučení nebezpečnosti činu pro společnost, které zakládají společenskou nebezpečnost činu pro společnost. Čím je čin užitečnější pro společnost, tím vyšší nebezpečí z něho vznikající je třeba omluvit. U společensky užitečných činů, příkladmo uvádí dopravu a výzkum, bylo nutné připustit jako beztrestné i ohrožení toho stupně, které by bylo nepřípustné a trestné, kdyby se provádělo za účelem pro společnost méně významným. Kritéria společenské užitečnosti činu byla posuzována ve vzájemné souvislosti. V. Solnař svůj výklad adekvátního nebezpečí uzavírá slovy, se kterými nemohu souhlasit: *„Podle našeho práva postačí k řešení těchto případů restriktivní výklad skutkových podstat trestných činů, popřípadě i materiální prvek trestného činu. Ani eventuální aplikace adekvátní nebezpečnosti by však neměla vést k beztrestnosti činu působících větší škodu, neboť tomu jsou určeny instituce krajní nouze a nutné obrany.“*[47] V. Solnař tak vlastně vůbec neřeší situace, kdy jednáním ve shodě se společenskou užitečností dojde ke vzniku větší škody. Podřadit všechny tyto případy pod instituty nutné obrany a krajní nouze, jak radí Solnař, je dle mého názoru nemožné, a to zejména vzhledem k podmínce proporcionality, jež ovládá krajní nouzi. Navíc k tvrzení o restrikci neboli zúžení výkladu skutkových podstat nikde neuvádí ani V. Solnař ani platné a účinné právo kritéria pro tento výklad.

Dalším, kdo problematiku přípustného rizika zmínil ve své publikaci, byl představitel socialistické školy trestního práva Jiří Nezkusil.[48] Jeho dílo drží primát v tom ohledu, že zde bylo poprvé užito pojmu „riziko“. O přípustném riziku hovoří jako o novém důvodu vyloučení protiprávnosti, který je svým způsobem konkretizací myšlenky o dovolené míře nebezpečí. Ta spočívala dle názoru socialistické společnosti v tom, že u některých jednání je třeba pro jejich společenskou prospěšnost vyloučit protiprávnost. Dovolenou míru nebezpečí bylo nutno striktně posuzovat dle povahy a účelu jednání, přičemž v případě, kdy prospěch pro společnost plynoucí z jednání převyšoval újmu, se nejednalo o trestný čin. Vztah prospěchu a míry nebezpečí ovládala přímá úměra, tedy čím větší prospěch byl, tím větší míra ohrožení byla tolerována, respektive dovolována. Jako příklad tehdejší doby uváděl J. Nezkusil pokusy při vědeckých výzkumech nebo zkoušení nových letadel. Dovolenou míru nebezpečí mohly určovat i zvláštní předpisy, které tyto nebo jim podobné druhy jednání upravovaly. Ve své podstatě jen J. Nezkusil dle mého názoru navázal na pojetí rizika A. Miřičky a V. Solnaře, kdy svůj výklad „obohatil“ jen několikerými obecnými formulacemi.

[47] SOLNAŘ, V. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vydání. Praha : Academia, 1972, s. 79.
[48] NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*, 3. doplněné a částečně přepracované vydání. Praha : Orbis, 1976. 326 s.

Nikterak se nevypořádal s rozborem podmínek přípustného rizika, které jen stroze vyjmenoval. Tehdejší nauka tedy za podmínky přípustného rizika považovala cíl společensky prospěšný, všestranné uvážení situace s přihlédnutím k současnému stavu vědeckých poznatků, podmínka proporcionality – pravděpodobnost škody podstatně menší než očekávaného společenského užitku a nakonec podmínka subsidiarity – daného cíle nelze dosáhnout jinak. Přípustné riziko však nebylo možné v situacích, kdy došlo k ohrožení života nebo zdraví lidí.[49]

Za poslední mezník vývoje institutu přípustného rizika považuji dobu před účinností nového trestního zákoníku, přičemž pro účel své práce jsem si vybral publikaci kolektivu autorů pražské právní školy.[50] Ti operují s pojmem „přiměřené riziko“, když k problematice přípustného rizika uvádějí, že zákon musí tolerovat určitá přiměřená rizika, která jsou spojená s jistými prospěšnými a žádoucími činnostmi, kterými jsou například zkušební lety nových letadel, testování nových léků a léčebných postupů. U těchto činností totiž bez rizika není možné dosáhnout toužebného pokroku. Vyloučení odpovědnosti se při absenci výslovné právní úpravy opírá o nedostatek zavinění a o nízký stupeň společenské nebezpečnosti. Autoři dále uvádějí úzkou souvislost s institutem krajní nouze, když přípustnost rizika lze někdy dovozovat z jejích ustanovení, například při odvracení nebezpečných situací v průmyslu nebo při živelních událostech. Podmínky přípustného rizika byly následující: jednání musí sledovat společensky prospěšný cíl, sledovaného společensky prospěšného cíle nelze bez rizika dosáhnout, podmínka proporcionality – pravděpodobnost nežádoucích následků musí být podstatně menší než pravděpodobnost společensky očekávaného výsledku, činnost spojená s rizikem je třeba podstoupit se znalostmi na úrovni nejnovějších poznatků vědy a techniky, provedení maximálních opatření k zamezení nebo alespoň zmírnění možných negativních následků, ohrožené osoby musí být seznámeny se všemi představitelnými riziky a nebezpečí musí podstoupit dobrovolně a nakonec jednání nesmí odporovat výslovnému zákazu právní normy. Vypočtené podmínky přípustného rizika se tedy shodují s uvedenými v publikaci Nezkusila a objevují se i některé další. Pojednání o přípustném riziku autoři uzavírají zcela správnou ideou, že de lege ferenda je zcela potřebná výslovná zákonná úprava.[51]

[49] NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*, 3. doplněné a částečně přepracované vydání. Praha : Orbis, 1976, s. 116, 127, 128.
[50] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. 1, Obecná část*. 5. jubilejní, zcela přepracované vydání. Praha : ASPI, 2007. 555 s.
[51] Ibidem, s. 286 – 288.

3.2.2 Vývoj právní úpravy rizika v pracovním právu

S pojmem riziko neoperuje pouze právo trestní, ale například i právo pracovní, v němž se v minulosti uplatňovalo jednak „hospodářské riziko“ jako okolnost vylučující odpovědnost zaměstnance za škodu jím spáchanou a jednak „riziko práce“ ve smyslu liberace zaměstnavatele při odpovědnosti za pracovní úrazy a nemoci z povolání. Během účinnosti zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, byl tento institut hospodářského rizika upraven nejprve ustanovením § 174 odst. 2, když dikce zákona zněla tak, že *„pracovník neodpovídá za škodu, která vyplývá z hospodářského rizika“* a od 1. 1. 1989 v ustanovení § 178b odst. 2, které stanovilo že *„zaměstnanec neodpovídá za škodu, která vyplývá z hospodářského rizika“*. Institutu rizika práce, respektive liberace zaměstnavatele při odpovědnosti za pracovní úrazy a nemoci z povolání se věnovalo ustanovení § 191 odst. 2 písm. c) a odst. 5, když se zaměstnavatel mohl zčásti zprostit svojí odpovědnosti, pakliže prokázal, že zaměstnanci vznikla škoda proto, že *„…jednal lehkomyslně a musel si přitom být vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem vědom, že si může přivodit újmu na zdraví*“, přičemž lehkomyslné jednání negativně definoval odst. 5 tak, že za něj *„nelze považovat běžnou neopatrnost a jednání vyplývající z rizika práce“*.

V době své účinnosti byl starý zákoník práce jediným právním kodexem, ve kterém bylo výslovně upraveno ustanovení o riziku. Obdobně jako nový trestní zákoník, ovšem ani starý zákoník práce nepodával legální definici pojmu riziko. Důvodová zpráva uváděla, že definovat hospodářské riziko příslušelo oprávněným vedoucím organizací podle zásad stanovených ústředními orgány a mělo by se zejména jednat o škody způsobené při zkušební výrobě.[52] V literatuře je možno seznámit se s některými typickými příklady. Podle M. Běliny šlo zejména o škody a ztráty, které vzniknou nepatrným přehlédnutím nebo nepozorností a nepřesahují stanovené procento výrobků, o škody způsobené při zkušební výrobě a riziko vyplynuvší z chybného odhadu očekávané poptávky po vyráběném nebo prodávaném zboží.[53] M. Součková chápala hospodářské riziko jako takové, které se týkalo výroby, při níž se zaměstnanec dopustil nepatrného přehlédnutí nebo nepozornosti a dále riziko spojené s rutinními a opakujícími se činnostmi administrativních zaměstnanců, například fakturantů či účetních, které bylo posuzováno v každém jednotlivém případě podle pečlivosti zaměstnance, četnosti opakujících se operací a výkonů s přihlédnutím k objektivním okolnostem a subjektivním důvodům doprovázejících vznik škody.[54]

[52] Důvodová zpráva k zákonu č. 65/1965 Sb., zákoník práce.
[53] BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2001, s. 323.
[54] SOUČKOVÁ, Marie. *Zákoník práce : Komentář*. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, s. 459.

V odpovědnostním systému starého zákoníku práce zaměstnanec odpovídal za způsobenou škodu vždy subjektivně, tedy za zaviněné porušení právních povinností. Ke vzniku odpovědnosti zaměstnance za škodu způsobenou zaměstnavateli bylo dále nutno naplnit všechny znaky skutkové podstaty odpovědnostního vztahu, tedy objekt, subjekt, škodu, chování, příčinnou souvislost, protiprávnost a zavinění. Právě zavinění bylo nejvýznamnějším vodítkem pro určení hospodářského rizika, což dokazují názory některých teoretiků pracovního práva[55] i judikatura Nejvyššího soudu v Bratislavě.[56] O odpovědnost za škodu vyplývající z hospodářského rizika nebylo možno uvažovat, pakliže byl zaměstnanec oprávněn přijmout rizikové rozhodnutí, rozhodl předem a kvalifikovaně na základě ekonomických a jiných relevantních podkladů, které odůvodňovaly kladné rozhodnutí, a poté nastal nepříznivý výsledek původně nezamýšlený. V tomto případě nevznikl odpovědnostní vztah, a to na základě ustanovení o hospodářském, respektive přípustném riziku v zákoníku práce a navíc z důvodu absence některých znaků skutkové podstaty odpovědnostního vztahu, konkrétně zavinění a protiprávnosti. Na druhou stranu ovšem v případě, že zaměstnanec, který přijímal rizikové rozhodnutí, úmyslně porušil povinnost při plnění pracovních úkolů nebo v přímé souvislosti s nimi, musel snášet nepříznivé důsledky spojené s porušením povinnosti, tedy odpovídal za škodu jím způsobenou zaměstnavateli. Obdobná konstrukce se uplatňovala i v rámci kárné odpovědnosti zaměstnance. Kárná odpovědnost zaměstnance připadala v úvahu jen v případě zaviněného porušení pracovní kázně, tedy neporušil-li zaměstnance úmyslně svým jednáním pracovní kázeň, nemohl být při nepříznivém následku hospodářského rizika kárně postižen.[57] Jinými slovy řečeno – zaměstnanec neodpovídal za způsobenou škodu vyplývající z hospodářského rizika, i když tuto škodu z nedbalosti, ať už vědomé nebo nevědomé, zavinil. Úmyslně způsobená škoda, byť při výkonu rutinní činnosti, z hospodářského rizika vyplynout nemohla.

Co se týče rizika práce, to se projevovalo ve zvýšené možnosti ohrožení života a zdraví zaměstnanců, které vyplývalo z podmínek pracovního procesu. Nevznikalo ani z rozhodování ani z jednání zaměstnavatele či zaměstnance, nýbrž spočívalo ve vztahu člověk – stroj, a bylo tak de facto spojeno se samotnou podstatou pracovního procesu. Konstrukce

[55] ELIÁŠ, Karel. Hospodářské riziko a podniková praxe. *Právník*, 1989, č. 4, s. 317.
[56] R 12/1976. Nejvyšší soud v Bratislavě judikoval v kauze odpovědnosti zaměstnance za schodek na svěřených hodnotách, které je zaměstnanec povinen vyúčtovat, že: „Hlavním vodítkem pro vymezení hospodářského rizika je nezavinění škody a přirozený charakter znehodnocení či úbytku hodnot. Obsah rizika vyjadřují takzvané normy mank neboli normativy ztratného. Tyto normy mají povahu presumpce v tom smyslu, že tato škoda nepřevyšující hranici normy vznikla nezaviněně přirozeným úbytkem zboží nebo z objektivních příčin. Tato domněnka má význam do té doby, dokud není prokázán opak.
[57] GALVAS, Milan, GREGOROVÁ, Zdeňka. Ke vztahu rizika a odpovědnosti v československém pracovním právu. *Právník*, 1986, č. 10, s. 937.

možnosti částečné liberace zaměstnavatele vycházela ze zásady, že riziko poškození zdraví zaměstnanců nelze vzhledem k pokročilému stupni rozvoje výrobních sil odstranit zcela a je nutné vytvářet nové a nové nástroje, jejichž cílem je předcházet a snižovat možnost ohrožení života a zdraví zaměstnanců a také takové, které nutí subjekty pracovněprávních vztahů přijímat opatření, která pravděpodobnost rizika minimalizují, například povinnost zaměstnavatele vytvářet příznivé pracovní podmínky a zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví zaměstnanců. Bylo totiž celospolečenskou nutností vytvořit takové podmínky, aby jak zaměstnavatelé, tak i zaměstnanci byli zainteresováni na snižování pracovních rizik, neboť v opačném případě by docházelo k nežádoucím stavům v podobě škod na zdraví.[58]

V nynějším zákoníku práce, to jest zákoně č. 262/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, bylo od pojmu „hospodářské riziko“ zcela upuštěno, nicméně jistý odkaz na minulou právní úplavu se promítl do obecných zásad pracovněprávních vztahů, a to do ustanovení § 13 odst. 2 písm. a), když *„zaměstnavatel nesmí přenášet riziko z výkonu závislé práce na zaměstnance“*. Pojem „rizika práce“ z právní úpravy nevymizel a je používám ve zcela identickém významu jako ve starém zákoníku práce.

3.3 Společenská podstata rizika

Riziko je bytostně vlastní takřka všem oblastem společenského života. Nejvíce je však spjato s výrobou a při vědeckých experimentech. Pozornost je však třeba věnovat i rizikovým jednáním během záchranných operací, v rámci sportovní činnosti a v neposlední řadě také obchodnímu neboli podnikatelského riziku. Riziko může nabývat podob pro společnost negativních, ale i pozitivních. Z hlediska sociální podstaty členíme rizika zásadně do dvou skupin, a to na rizika společensky prospěšná, bez nichž se společnost z důvodu svého rozvoje nemůže obejít nebo jak uvádí D. Seidel, že *„život bez rizika nemůže existovat“*,[59] a na rizika společensky nebezpečná. Z toho vyplývá i rozdílný společenský přístup k těmto dvěma skupinám rizik. Společensky prospěšné riziko je vhodné, ba přímo nutné do jisté míry akceptovat a podporovat jej jako nezbytnou součást života. Na druhou stranu ovšem je třeba potlačovat ty tendence, které vedou k rizikům zbytečným.

Takové dělení ovšem není oproštěno od souvisejících problémů, zejména podle jakých kritérií vlastně rozhodnout a určit, které riziko je ještě nebezpečné a které je už společensky

[58] GALVAS, Milan, GREGOROVÁ, Zdeňka. Ke vztahu rizika a odpovědnosti v československém pracovním právu. *Právník*, 1986, č. 10, s. 926.
[59] SEIDEL, Dietmar. *Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem*. Berlin, 1968, s. 28.

prospěšné. V prvé řadě je nutné si uvědomit, respektive jsem toho názoru, že rizika v čiré krystalické podobě, tedy výhradně jen nebezpečná či prospěšná se v reálném světě nevyskytují. Každé rizikové rozhodování sestává z několika dílčích, přičemž některá jsou více kladná, druhá více záporná, a v konečném součtu tak nemůže vyústit v jednoznačný výsledek. Další nedostatek spatřuji v nedokonalém systému právních norem zabývajících se tím kterým rizikem. Mnohdy jsou totiž nejasná, nesrozumitelná, umožňující dvojí výklad a také, a to je podstatné, v subjektivním hodnocení rizik ze strany jednak jednajících subjektů a jednak následnou situaci posuzujících orgánů, neboť se domnívám, že jednotlivci mají spíše tendenci posuzovat rizikové rozhodnutí z hlediska výhodnosti pro ně samé, nikoli z pohledu celospolečenského. Diskrepance posuzování konkrétní situace vícero subjekty může být rovněž způsobena i rozdílnými informačními prameny, jež mají k dispozici.

Na tyto nedostatky pokouší hledat vhodnou odpověď i trestní právo, když nově konstruuje přípustné riziko v novém trestním zákoníku. Jeho podstata spočívá v tom, že stanoví legální podmínky, které jsou rozhodné pro hodnocení celkové sociální kvality jednání, a de facto tak určují rozhodující kritéria pro určení, zda je riziko nebezpečné či prospěšné. Jsou výsledkem objektivního uvážení a vyjadřují základní minimální požadavky na lidské chování ve specifických oblastech činnosti. Za kumulativního splnění veškerých podmínek nenastoupí za jednání žádná trestněprávní sankce, a to ani tehdy, pakliže zároveň s rizikovým jednáním nastoupí negativní následek.[60] Podmínky od sebe není možné zcela separovat a posuzovat každou odděleně, naopak je nutné je hodnotit ve vzájemné souvislosti a navíc také s ohledem na subjekt rizikového rozhodování.

O trestní odpovědnost subjektu pak půjde tehdy, pakliže na subjektu bylo možno žádat určité jednání při objektivním zhodnocení jeho sil a možností a navíc musí být naplněny všechny znaky trestného činu. Dosažení určitého stupně nebezpečnosti trestného činu již z pohledu trestního práva není relevantní, neboť nový trestní zákoník opouští materiální pojetí trestného činu jakožto *„…politický a ideologický přežitek, který nemá v liberálním trestním právu a v právním státě místo.“*[61] K trestnosti činu bude také nutné zkoumat, zda jednání nenaplnilo podmínky jedné či více okolností vylučujících protiprávnost. Přípustné riziko pak bude působit zejména k příčinné souvislosti činu, tedy bude určovat stupeň pravděpodobnosti nástupu následku v důsledku jednání a jaké rizikové faktory tento proces ovlivnily. Mimo to

[60] Je ovšem nutné si uvědomit, že přirozeně nelze vyloučit veškeré možné sankce, které za nepříznivý scénář chování subjektu mohou nastoupit. Na základě přípustného rizika se například nelze zbavit občanskoprávní odpovědnosti za způsobenou škodu.
[61] Důvodová zpráva k novému trestnímu zákoníku.

bude přípustné riziko ovlivňovat posouzení míry zavinění neboli zda si pachatel riziko uvědomoval a hodnotil jej, anebo nikoli.[62]

Z toho důvodu, aby bylo možné ještě lépe poznat institut přípustného rizika v jeho společenské podstatě, považuji za vhodné zamyslet se i nad sociálními tlaky a příčinami, které subjekt rizikového rozhodování k podstoupení rizika vedly. Přitom je třeba klást zvláštní důraz na ty faktory, které subjekt stimulují k podstupování rizik enormních. Tyto jsou dle mého názory způsobeny zejména prostředím, ve které se subjekt nachází. Jde tak například o snahu vyzískat stále lepší a lepší pracovní pozici u zaměstnavatele, generování co nejvyššího zisku a podobně. Typickým příkladem může být notoricky známý případ bankovního makléře Jérôme Kerviela francouzské banky Société Générale, který v roce 2008 způsobil svému zaměstnavateli škodu ve výši 4,9 miliardy eur, a to obchodováním s akciovými deriváty, tedy smlouvami, v nichž se smluvní strana zavazuje, že v budoucnu nakoupí určité akcie za dnes stanovenou cenu. Akcie však obvykle smluvní strana nechce, pouze doufá, že než nastane sjednaný termín nákupu, cena akcií povyroste a své právo nákupu prodá někomu, kdo o ně opravdu stojí.[63] Na každý pád bankovní systém byl nastaven tak, že žádný nadřízený nezjišťoval, jakým způsobem podřízený zisku dosáhl a systém odměňování nastaven tak, že čím vyšší zisky pro banku vytvořené zaměstnancem, tím vyšší prémie pro něj. Kerviela, původně obviněný z trestného činu podvodu, se obhajoval tím, že veškeré operace prováděl v zájmu zaměstnavatele a právě z toho důvodu, že jeho úkolem bylo generovat maximální možný zisk a navíc si nepřisvojil jediné euro.

Lze vyslovit závěr, že na otázky – podle jakých předpokladů a podle jakých kritérií je třeba považovat riziková jednání za společensky nebezpečná či prospěšná a které faktory rozhodují o jejich přípustnosti – nám aktuálně poskytuje odpovědi nový trestní zákoník, a to formulací podmínek „nové“ okolnosti vylučující protiprávnost, tedy přípustného rizika, jejichž kumulativním splněním je jednání prosto protiprávnosti a jako takové nemůže být kvalifikováno jako trestný čin a stiženo trestněprávní sankcí.

[62] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 35.
[63] HOUDEK, Petr. *Případ Kerviela: proč bankéři riskují* [online]. Hospodářské noviny, 5. února 2008 [cit. 2010 01-02]. Dostupné na <http://hn.ihned.cz/c1-22889260-pripad-kerviel-proc-makleri-riskuji>.

3.4 Přípustné riziko de lege lata

Dne 1. 1. 2010 nabyl účinnosti zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který s sebou přinesl velké množství změn, zejména ve své zvláštní části. Mimo jiné výslovně upravil dvě „nové“ okolnosti vylučující protiprávnost do té doby dovozované jen právní praxí a teorií, a to svolení poškozeného a přípustné riziko.

Trestní zákoník uvádí konstrukci přípustného rizika v obecné části, hlavě třetí, v ustanovení § 31, pod marginální rubrikou „přípustné riziko“, když text celého ustanovení zní následovně:

> *(1) Trestný čin nespáchá, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, nelze-li společensky prospěšného výsledku dosáhnout jinak.*
>
> *(2) Nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas, nebo výsledek, k němuž směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika, anebo provádění této činnosti zřejmě odporuje požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se příčí dobrým mravům.*

Po vzoru vymezení ostatních okolností vylučujících protiprávnost zvolil zákonodárce i zde rozdělení podmínek na dvě skupiny, které sledují znění obou odstavců. První skupinu pojmových znaků uvedených v prvním odstavci, jež pozitivním způsobem charakterizují podstatu, vznik a průběh přípustného rizika, tvoří kumulativní výčet těchto podmínek:

- Optimální informovanost, neboli jednání v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi a požadavek hodnotit rizika ex ante, nikoli ex post, tedy na základě informací, které měl jednající v době rozhodování o dalším postupu.

- Vymezení okruhu osob oprávněných přijímat riziková rozhodnutí, to jest takových, které přijímají rizika a vykonávají rizikové činnosti v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce.
- Požadavek společensky prospěšné činnosti, z něhož plyne riziko, které současně ohrožuje nebo porušuje zájem chráněný trestním zákonem.
- Podmínka subsidiarity, tedy nemožnost dosažení zamýšlených společensky prospěšných cílů jiným způsobem než použitím rizikové cesty.

Druhý odstavec logicky navazuje a zpřesňuje odstavec první tím, že vylučuje přípustnost rizika v zákonem stanovených situacích. Jde tedy o negativní vymezení přípustného rizika za stanovení následujících podmínek:

- Přísný zákaz riskování lidskými životy, respektive ohrozit lidský život nebo zdraví lze jen za zcela mimořádných podmínek stanovených zpravidla jiným speciálním právním předpisem.
- Poměr mezi možným ziskem a ztrátou musí být takový, že výsledek, k němuž jednání směřuje, musí odpovídat anebo jen zřejmě neodpovídat míře rizika. Hovoříme zde o podmínce proporcionality.
- Požadavek souladu rizikového jednání s požadavky jiného právního předpisu, veřejným zájmem, zásadami lidskosti nebo dobrými mravy.

3.4.1 Ústavněprávní aspekty přípustného rizika

Česká republika je podle čl. 1 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále jen „Ústava“), svrchovaným, jednotným a demokratickým právním státem založeným na úctě k právům a svobodám člověka a občana a tento je realizovatelný pouze na základě občanské společnosti, založené na rovnosti občanů a na primátu jednotlivce před státem.[64] Ke znakům právního státu patří mimo jiného i princip záruky lidských práv a svobod občanů. Stát má povinnost chránit základní práva a svobody a neměl by připustit jejich porušování nebo nedodržování a má za povinnost těmto případům předcházet.

Základní práva, svobody a nejvýznamnější zásady, na kterých je náš právní řád postaven, obsahuje Ústava a Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), jako právní normy nejvyšší

[64] HENDRYCH, Dušan, SVOBODA, Cyril a kol. *Ústava České republiky*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 1997, s. 2.

právní síly. Zajišťování lidských práv je obecně považováno za základ každého demokratického právního státu. Listina je podle čl. 3 Ústavy součástí ústavního pořádku České republiky. Stát se vyhlášením Listiny zaručil za práva v ní obsažená a zavazuje se je tímto chránit.

Přípustné riziko dle mého názoru nejvíce souvisí s čl. 15 odst. 1 a 2 Listiny, které stanoví svobodu myšlení, svědomí, náboženského vyznání, vědeckého bádání a umělecké tvorby. Svoboda vědeckého bádání je úzce spjata se svobodou myšlení, obě jsou zcela nepochybně přirozenoprávní povahy a jsou výrazem svobody a důstojnosti člověka v duševní sféře. Navíc je můžeme označit za svobody univerzální povahy, neboť se vztahují nikoli jen na občany České republiky, nýbrž na každého člověka. Stát (ani nikdo jiný) si nesmí přivlastňovat právo rozhodovat o myšlení nebo na ně dozírat. Svobody vědeckého vyznání se lze domáhat přímo na základě ustanovení Listiny. [65]

Svobodě vědeckého bádání se věnují i některé mezinárodní smlouvy, například Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech (čl. 15 odst. 3), v němž se smluvní státy zavázaly respektovat svobodu nezbytnou pro vědecký výzkum a tvůrčí činnost a rovněž se zavázaly učinit taková opatření, která jsou potřebná pro jejich zachování, rozvoj a šíření, tedy zejména rozvíjet mezinárodní styky a spolupráci na poli vědy, výzkumu a vývoje. Svoboda myšlení je navíc upravena také v Mezinárodním paktu o občanských a politických právech[66] v čl. 18 odst. 1 a rovněž v čl. 9 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.[67] V neposlední řadě je také nutno vzpomenout čl. 14 Úmluvy o právech dítěte[68], neboť svoboda myšlení se přiznává i dětem, kterými Úmluva o právech dítěte rozumí každou lidskou bytost mladší osmnácti let, pokud podle právního řádu, jenž se na dítě vztahuje, není zletilosti dosaženo dříve.

Co se týče historického vývoje svobody vědeckého bádání, tak tato byla poprvé vyhlášena v čl. 118 Ústavní listiny Československé republiky z roku 1920,[69] a navazovala tak

[65] PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústava a ústavní řád České republiky : komentář. Díl 2*. 2. doplněné a podstatně rozšířené vydání. Praha : Linde Praha, 1999, s. 164 – 167.
[66] Čl. 15 odst. 3 Úmluvy Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech stanoví, že státy, smluvní strany Paktu, se zavazují respektovat svobodu, nezbytnou pro vědecký výzkum a tvůrčí činnost.
[67] Čl. 9 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod stanoví, že každý má právo na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání; toto právo zahrnuje svobodu změnit své náboženské vyznání nebo přesvědčení, jakož i svobodu projevovat své náboženské vyznání nebo přesvědčení sám nebo společně s jinými, ať veřejně nebo soukromě, bohoslužbou, vyučováním, prováděním náboženských úkonů a zachováváním obřadů.
[68] Čl. 14 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte stanoví, že státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, uznávají právo dítěte na svobodu myšlení, svědomí a náboženství.
[69] Čl. 118 zákona č. 121/1920 Sb., kterým se uvozuje Ústavní listina Československé republiky stanoví, že vědecké bádání a hlásání jeho výsledků, jakož i umění jest svobodné, pokud neporušuje trestního zákona.

de facto na čl. 17 rakouského základního zákona státního č. 142 ř. z. z roku 1867, který stanovil, že „věda a její nauka jsou svobodny“.

Svoboda vědeckého bádání byla tradičně chráněna akademickými svobodami na půdě vysokých škol, respektive univerzit. Zajišťovala, aby akademičtí pracovníci nebyli žádným způsobem omezování ve své vědecké činnosti. Zákon č. 172/1990 Sb., o vysokých školách, ve znění pozdějších předpisů, zakotvil samosprávný charakter všech vysokých škol, přičemž jejich hlavním úkolem je dle dikce zákona poskytovat vysokoškolské vzdělání na základě tvořivého vědeckého bádání a tvořivé umělecké činnosti. Členům akademické obce se mimo jiné zaručuje svoboda vědeckého bádání, zveřejňování jeho výsledků a svoboda umělecké tvorby.

Svoboda vědeckého bádání má ale univerzální platnost a neomezuje se jen na oblast vysokých škol. Podmiňuje jakýkoli rozvoj vědecké činnosti, i když například zákon č. 283/1992 Sb., o Akademii věd České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se o svobodě vědeckého bádání nezmiňuje, nemůže být pochyby, že uvedený ústavní princip se musí promítnout i do vědecké činnosti uskutečňované na její půdě, jakož i na jiných vědeckých pracovištích. O svobodě vědeckého bádání se nezmiňuje ani zákon č. 300/1992 Sb., o státní podpoře vědecké činnosti a vývoje technologií, ve znění pozdějších předpisů.[70]

Co se týče svobody publikace vědeckých výsledků, Listina se o této výslovně nezmiňuje, nicméně se domnívám, že plyne z povahy věci a dikce článku 15 Ústavy. Jediné limity v této oblasti zůstávají na poli obranného a bezpečnostního výzkumu.

Přípustnost a podmínky lékařského pokusu se dostaly do nového světla po otřesných poznatcích lidského sadistického experimentování na vězních v koncentračních táborech během druhé světové války. Reakcí na tyto zločiny byly závěry z Mezinárodního vojenského tribunálu v Norimberku v roce 1947, které v deseti bodech formulovaly základní principy, které je nutno dodržovat při pokusech na živém člověku. Tento Norimberský kodex byl orientován především proti zneužívání vědy. Poměrně záhy vyvstala na povrch mnohem hlubší složitost této problematiky a její řešení se promítnulo v deklaraci Světové lékařské asociace přijaté v Helsinkách v roce 1964, doplněné v Tokiu v roce 1975, v Benátkách v roce 1983 a v Edinburgu v roce 2000, takzvané Helsinské deklaraci. Ačkoli tyto zásady[71] mají

[70] PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústava a ústavní řád České republiky : komentář. Díl 2*. 2. doplněné a podstatně rozšířené vydání. Praha : Linde Praha, 1999, s. 168.

[71] Helsinská deklarace uvádí například tyto zásady medicínského výzkumu na člověku do souladu s pojetím lékařské etiky a lidských práv v oblasti biologie a medicíny: pokrok v medicíně je možný díky výzkumu, jehož nezbytnou součástí je i výzkum prováděný na člověku; při provádění medicínského výzkumu na lidech je nezbytné upřednostňovat zájem a blaho pacienta, který se výzkumu účastní, před zájmy vědy a společnosti; při poskytování zdravotní péče a při lékařském výzkumu je většina preventivních, diagnostických a léčebných

pouze regionální vnitrostátní právní závaznost, neboť vznikly na poli Rady Evropy, je jejich obecné uznání jako eticko-právního kodexu podtrženo tím, že je do svých programů zahrnula taktéž Světová zdravotnická organizace.[72]

Uvedenou problematikou se zabývá a konkrétní pravidla rovněž stanoví Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny (dále jen „Úmluva o lidských právech a biomedicíně“) v páté kapitole nazvané „Vědecký výzkum“ (články 15 až 18). Tyto otázky jsou taktéž řešeny, dle mého názory velice stručně, v ustanoveních § 27b a 27c zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů. Podle článku 15 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně má být vědecký výzkum v oblasti v oblasti biologie prováděn svobodně, při respektování ustanovení této úmluvy a v souladu s dalšími právními předpisy, které slouží k ochraně lidské bytosti. Uznává se tedy zásada svobody vědeckého výzkumu v oboru biologie a medicíny, která je odůvodněna právem lidstva na znalosti, ale také skutečností, že výsledky pokroku v tomto oboru mohou přinést mnoho pozitivního, pokud jde o zdraví lidí. Je nutné si ale uvědomit, že svoboda vědeckého výzkumu nemůže být absolutní. Je omezena zejména základními pravidly jednotlivců vyjádřenými v Úmluvě o lidských právech a biomedicíně a v dalších právních předpisech na ochranu osobnosti. Zvláštní význam zde má také článek 1 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně jako cíl celé této úmluvy, kterým je ochrana důstojnosti a svébytnosti lidské bytosti a zaručení úcty k lidské integritě, jakož i k ostatním právům a k základním svobodám pro každého. Tuto základní zásadu bude proto třeba mít na paměti při jakémkoli vědeckém výzkumu v oboru biologie a medicíny. Článek 16 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně stanoví, že vědecký výzkum na člověku lze provádět pouze tehdy, pokud jsou splněny všechny legální podmínky.[73]

---

postupů spojena s rizikem a zátěží pro pacienta; základním účelem medicínského výzkumu prováděného na člověku je zlepšit preventivní, diagnostické a léčebné postupy a napomoci lepšímu pochopení původu a rozvoje nemocí; i ty nejlepší osvědčené preventivní, diagnostické a léčebné metody musí být neustále přehodnocovány vzhledem k jejich účinnosti, hospodárnosti, dostupnosti a kvalitě; medicínský výzkum na člověku musí být prováděn v souladu s obecně uznávanými zásadami vědeckého výzkumu založenými na důkladné znalosti vědecké literatury, dalších relevantních pramenech informací a na řádně prováděných laboratorních pokusech, a tam, kde je to správné, pokusech na zvířatech; medicínský výzkum na člověku musí být prováděn pouze vědecky kvalifikovanými osobami a pod dohledem lékařů oprávněných k výkonu klinické praxe a další.

[72] World Health Organisation jakožto nezávislá mezinárodní zdravotnická organizace v rámci OSN fungující od roku 1948, když mezi zakládající státy patřilo i Československo.

[73] K výzkumu na člověku neexistuje žádná alternativa srovnatelného účinku; rizika výzkumu, kterým by mohla být vystavena dotyčná osoba, nejsou neúměrně vysoká vzhledem k možnému prospěchu z výzkumu; výzkumný projekt byl schválen příslušným orgánem po nezávislém posouzení jeho vědeckého přínosu včetně zhodnocení významu cíle výzkumu a multidisciplinárního posouzení jeho etické přijatelnosti; osoby zapojené do výzkumu byly informovány o svých právech a zárukách, které zákon stanoví na jejich ochranu; nezbytný souhlas podle článku 5 byl dán výslovně, konkrétně, a je zdokumentován. Takový souhlas lze kdykoliv svobodně odvolat.

Obě mezinárodní smlouvy, tedy Helsinská deklarace i Úmluva o lidských právech a biomedicíně, jsou podle čl. 10 Ústavy součástí českého právního řádu, Česká republika je jimi vázáná a v případě rozporu s vnitrostátním právním předpisem se uplatní zásada aplikační přednosti, tedy použije se mezinárodní smlouvy namísto vnitrostátního právního předpisu.

Pokud jde o problematiku používání metod dosud nezavedených v klinické praxi, postupuje se pouze na základě písemného souhlasu osoby, na níž má být ověření provedeno a na základě písemného souhlasu Ministerstva zdravotnictví.[74] Před udělením souhlasu musí být osoba, které se použití metody týká, náležitě informována o povaze, způsobu aplikace, trvání a účelu nezavedené metody, jakož i o rizicích a nebezpečí s použitím této metody spojené. Jde tak de facto o speciální formu povinného písemného informovaného souhlasu (pozitivního reversu). Jen tak lze totiž prokázat, že pacient souhlasil s realizací metody dosud nezavedené v klinické praxi. Tato právní úprava se však netýká aplikace nových léčivých přípravků. Tuto oblast spolu s klinickým hodnocením léčivých přípravků upravuje zákon č. 79/1997 Sb., o léčivech, ve znění pozdějších předpisů.[75]

Jedním z nejvýznamnějších lidských práv je právo každé lidské bytosti na život a jako ústavní právo každého jednotlivce jej vyjádřila Listina v čl. 6. V první odstavci je právo formulováno obecně, konkretizováno je v dalších odstavcích, přičemž pro oblast okolností vylučujících protiprávnost je stěžejním odstavec čtvrtý, jež stanoví, která jednání nejsou porušením práva na život tímto článkem chráněným a stanoví tím ve smyslu čl. 4 jeho ústavní meze. Má-li být právo na život zajištěno, nemůže se tak stát bez působení státu. Ten je obecně zavázán zajistit toto právo ve vztahu k zásahům a útokům kohokoli i před sankcí státu. Právo na život je rovněž obsaženo v čl. 3 Všeobecné deklarace lidských práv[76], v čl. 6 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech[77] a v čl. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.[78]

Čtvrtý odstavec čl. 6 Listiny odkazuje na důvody uvedené v zákoně, které vylučují, aby určité jednání bylo považováno za porušení práva na život. Obdobné ustanovení můžeme najít i v Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, a to konkrétně v čl. 2 odst. 2, které nepovažuje zbavení života v rozporu s Úmluvou, jestliže bude vyplývat z použití síly,

[74] Při vydávání souhlasu vychází Ministerstvo zdravotnictví ze směrnice č. 4/1985 Sb., zveřejněné ve Věstníku Ministerstva zdravotnictví a registrované v částce 24/1985 Sb. Jde tedy o obecně závazný právní předpis.
[75] MACH, Jan. *Medicína a právo*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 170.
[76] Čl. 3 Všeobecné deklarace lidských práv stanoví, že každý má právo na život, svobodu a osobní bezpečnost.
[77] Čl. 6 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech stanoví, že každá lidská bytost má právo na život. Toto právo je chráněno zákonem. Nikdo nebude svévolně zbaven života.
[78] Čl. 2 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod stanoví, že právo každého na život je chráněno zákonem. Nikdo nesmí být úmyslně zbaven života kromě výkonu soudem uloženého trestu následujícího po uznání viny za spáchání trestného činu, pro který zákon ukládá tento trest.

které není více než zcela nezbytné při obraně každé osoby proti nezákonnému násilí, provádění zákonného zatčení nebo zabránění útěku osoby zákonně zadržené, zákonně uskutečněné akci za účelem potlačení nepokojů nebo vzpoury. Tato ustanovení Úmluvy mají podle čl. 10 Ústavy aplikační přednost před zákonem. Dikce článku 6. odst. 4 Listiny výslovně nevymezuje, co není trestné, nýbrž odkazuje na konkrétní vnitrostátní právní řád, přesněji řečeno – na právní normy trestního práva hmotného upravující okolnosti vylučující protiprávnost.

Je zcela nepochybné, že instituty jako nutná obrana, krajní nouze nebo oprávněné použití zbraně stanoví takové podmínky pro jednání, která činí jednání, jež porušují ústavní a lidské právo na život, beztrestným. Vztah k právu na život má ale i přípustné riziko. Jedním z principů přípustného rizika totiž je, jak bude naznačeno v podkapitole 3.4.7, podmínka vyloučení škod na životě a zdraví. Zákonodárce definuje ochranu lidského života a zdraví tak, že „*nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas*“.

3.4.2 Optimální informovanost

První podmínkou přípustnosti rizika u jednajícího subjektu je jeho počínání „v souladu s dosaženými stavem poznání“, neboli tento požadavek můžeme označit za princip optimální informovanosti subjektu rizikového rozhodování.

Ačkoli tak trestní zákon výslovně neuvádí, domnívám se, že z dikce zákona lze dovodit, že jednání musí být v souladu s dosaženým stavem „vědeckého“ poznání. Tento závěr lze akceptovat zejména s přihlédnutím k ostatním podmínkám přípustného rizika. Aby došlo k co největší minimalizaci hrozícího nebezpečí, musí být rizikové rozhodování co nejlépe připraveno. Jinými slovy – pro přípravu rizikového rozhodnutí se vyžaduje získání a následné zpracování co nejvíce relevantních informací a postupů, které odpovídají soudobému stavu vědeckého poznání. Je třeba vycházet i ze závazných vědeckých poznatků vyjádřených příslušnými orgány ve formě norem a předpisů toho kterého odvětví. V souvislosti s tímto požadavkem je ale nezbytné vyřešit několik souvisejících problémů. Subjekty rizikového rozhodování musí mít tyto informace v souladu s dosaženým stupněm vědeckého poznání, nicméně nelze se omezit jen na ně. Rozhodování musí vycházet i z dalších okolností, jako je například celková ekonomická situace nebo politické napětí vně či uvnitř státu.[79]

[79] Jistě bude jiný proces rozhodování prodávajícího u méně solventního kupce v době ekonomické konjunktury nebo ekonomické recese.

Další úvaha se naskýtá z ekonomického pohledu, která se týká hodnoty získaných informací. Někdy mohou výdaje na jejich získání značně převýšit případný možný pozitivní výsledek. Ztotožňuji se s názorem J. Kuchty[80], neboť se domnívám, že v těchto případech bude rozumné, pokud se po subjektu rozhodování nebude požadovat tyto informace získat. Požadavek získání co nejvíce relevantních informací ale nelze vykládat příliš přísně. Nejde totiž o získání veškerých dostupných informací, nýbrž jen těch, které jsou s to zajistit optimální informovanost pro rozhodnutí.

V dnešní době vysokého rozvoje informačních technologií jistě ani není obtížné dohledat množství informací co do kvantity. O to více bude záležet na dovednosti subjektů získané informace analyzovat a vyseparovat z nich ty nadbytečné. To s sebou ovšem nese další riziko, jež souvisí s časovou tísní při rozhodování. Jednajícímu se totiž mnohdy nedostává tolik času, kolik by k optimálnímu získání a vyhodnocení získaných informací potřeboval, a hrozí tak nebezpečí ztrát, například při zdlouhavém výběru místa přistání helikoptéry, kdy bod A je pro bezpečné přistání dostačující, ale pilot přesto hledá výhodnější bod B, přičemž dojde ke zřícení stroje.

Důležitou zdá se být i otázka územního rozsahu těchto poznatků. Jsem toho názoru, že se jedná o vědomosti pro ten který případ nikoliv regionální, ale celosvětově známé, tedy jinými slovy řečeno, bude-li prováděn na území České republiky experiment spočívající ve zkoušce nového vodíkového motoru, když zcela totožný se uskutečnil před měsícem na území Japonska s fatálními následky a český experimentátor, jakožto kvalifikovaný subjekt rozhodování, provede pokus bez náležitého zjištění příčin japonského nezdaru, navíc se stejně tragickým koncem, nesplní tím dle mého soudu podmínku optimální informovanosti.

S tímto souvisí i požadavek úzce spjatý s podmínkou kvalifikovaných subjektů rozhodování. Jen a pouze tyto jsou oprávněny přijímat riziková rozhodnutí. Mají jistě určité faktické možnosti opatřit si relevantní aktuální informace, a proto je po nich možno tento postup požadovat. Pakliže subjekt rozhodné skutečnosti vědět měl a mohl, nicméně si je neopatřil, institut přípustného rizika nebude přicházet v úvahu, a subjekt tak bude odpovídat podle té které skutkové podstaty trestného činu.

Nemalý zřetel je nutno klást i na úroveň dosud nabytých zkušeností nejen hlavního subjektu rizikového rozhodování, ale i dalších osob podílejících se více či méně na rozhodovacím procesu. Po tomto subjektu je jistě nutné požadovat, aby prováděl jen takové úkony, které nepřesahují míru jeho schopností a zkušeností. Je tedy dle mého názoru zcela

[80] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 168.

nepochybné, že ten, kdo započne práci, na níž nestačí, a učiní tak bez patřičné rozvahy, nebude se moci zprostit odpovědnosti nedostatkem zkušeností. Zavinění spatřuji v tom, že se do práce vůbec pustil anebo v tom, že si neosvojil potřebné znalosti, ačkoliv tak učinit měl a mohl.

Z výše uvedeného lze dovodit závěr, že proces zjišťování a hodnocení informací má vymezené mantinely, jejichž pružnost bude určovat až soudní praxe. Jsem ale názoru, že se nebude příliš odlišovat od mnou vyslovených názorů, když bude vyžadována informovanost na vědecké úrovni poznání skutkového stavu a důležité bude rovněž klást zvláštní pozornost na zdroje informací a potřebnou dobu na jejich sběr a vyhodnocení.

3.4.3 Subjekt rizikového rozhodování

Jako další podmínku po principu optimální informovanosti zákon požaduje odpovídající kvalifikaci subjektů rizikového rozhodování neboli můžeme hovořit o takzvaném principu kompetence subjektů.

Zákonodárce zvolil vymezení podmínky způsobem taxativního výčtu titulů, které činí subjekt kompetentním k jednání ve smyslu ustanovení § 31 trestního zákoníku, když k rizikovému rozhodování jsou oprávněni ti, kteří vykonávají společensky prospěšnou činnost v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce. Účelem této podmínky je minimalizovat rizika tím způsobem, že o nich budou rozhodovat jen kvalifikované subjekty, neboť z podmínky vyplývá, že to které rozhodnutí je oprávněn přijmout pouze subjekt, pro něhož to vyplývá z jeho funkce či postavení a jenž bude za toto v případě vadnosti rozhodnutí odpovědný.

Je ovšem nutné diferencovat závažnost přijímaných rozhodnutí, a to od významných s enormní dávkou rizika až po každodenní činnosti, které jsou spojené s nižším stupněm rizika a drobných rozhodovacích procesů. Nesporným je dle mého názoru fakt, že k rozhodnutí charakterizované vysokým stupněm rizika a možným vysokým zásahem do společnosti nemůže být oprávněn kdokoli. Tato rozhodnutí mohou přijímat jen kvalifikované osoby nebo jak tvrdí J. Kuchta[81] „orgány vyššího stupně řízení“ nebo D. Císařová[82] „profesionálové“. Plně se ztotožňuji s názorem D. Císařové[83], která odmítá širokou definici přípustného rizika, kde chybí zdůraznění profesionality, jelikož pak bychom za přípustné riziko mohli označit i ty případy, kdy jedná amatér bez adekvátních znalostí oboru. Nejlepším

[81] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 114.
[82] CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*, 2000, č. 10, s. 10.
[83] Ibidem, s. 10.

modelovým příkladem zdá se být oblast pokusů a experimentů. V případech širokého výkladu přípustného rizika bychom dekriminalizovali různé kutily s chemickými látkami, kteří se stejně jako chemici a vědci v rámci svého povolání snaží vyvinout novou chemickou sloučeninu či výbušninu. Zatímco osoby v prvním případě mnohdy nedisponují dostatečnými znalostmi a odpovídajícím technickým vybavením, a v zásadě tak jejich jednání nemůžeme subsumovat pod přípustné riziko, osoby ve druhé skupině mají, respektive měly by mít takové postavení, že jsou schopny si obstarat velké množství potřebných relevantních informací a zpravidla mají takové postavení, že jim pravomoc k rozhodování stanoví právní nebo organizační předpisy.

Souhlasím s názorem J. Kuchty,[84] že požadavek kvalifikace subjektů nelze absolutizovat. Není totiž vyloučen výskyt případů a situací, kdy je třeba okamžitého rozhodnutí, tedy jinými slovy řečeno – subjekt rizikového rozhodování má jen minimum času k přijetí konečného rozhodnutí. Některé situace totiž vznikají náhle bez jakéhokoliv předchozího upozornění a vyžadují okamžitou reakci. Zde by měl mít možnost přijmout rozhodnutí i ten, kdo je na základě svých zkušeností schopen rozpoznat pravý stav věci anebo kdokoliv, kdo má byť sebemenší šanci odvrátit hrozící škodu. Na tyto situace by bylo možné vztáhnout i ustanovení o krajní nouzi, nicméně je nutné si uvědomit, že se nikoli zřídka mohou vyskytnout situace, kdy se jednáním směřujícím k odvracení nebezpečí způsobí škoda, a aplikace ustanovení o krajní nouzi by tak byla vyloučena. Příkladem může být situace, kdy řidič nákladního automobilu s plně naloženým návěsem, který pro náhlý infarkt myokardu není s to na frekventované dálnici řídit nebo zastavit takto nebezpečný kolos, o což se ale může pokusit spolujezdec, ačkoli vlastní řidičské oprávnění jen pro osobní vozidla.

Na druhou stranu je nutné ještě blíže vymezit ty situace, u nichž vzhledem k závažnosti rizik a pravděpodobnosti jejich vzniku rozhodovací proces klade na jejich subjekty značné nároky, byť mají dostatek času ke zhodnocení dostupných informací. Typicky půjde o již zmiňované experimenty při vývoji výbušnin anebo ještě lépe o lékařské pokusy. V těchto případech se budou muset dle mého názoru zpřísnit požadavky pro výběr kvalifikovaného subjektu a zohlednit zejména stupeň vzdělání i předchozí zkušenosti a výsledky v oboru, a to jak ty zdařilé, tak nepovedené. Ovšem nelze se v těchto situacích soustředit jen na požadavky subjektu. Důležité bude navíc požadovat i přísná opatření pro výzkumná zařízení a samotný proces experimentu. Za příklad nám může posloužit modelový případ prvního lékařského experimentu na lidské bytosti, jehož účelem bude získání léku proti

[84] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 167.

roztroušené sklerózе, jakožto nemoci, proti které zatím není lék. K tomuto experimentu bude jistě oprávněn lékař, nicméně jsem toto názoru, že tento široký pojem bude nutno dále specifikovat. Bude totiž nutné zohlednit jeho zkušenosti v oboru, a tak z provedení pokusu bude vyloučen čerstvý absolvent lékařské fakulty a naopak pověřen vedením pokusu bude lékař s úzkou specializací na tuto onemocnění.

Z výše uvedeného vyplývá, že k určení subjektu rizikového rozhodování ve smyslu ustanovení § 31 trestního zákoníku je nezbytné vyhodnotit celkovou situaci, tedy zda se jedná o případ banální s nižším stupněm rizika nebo o situaci s výrazným zásahem do okolí a vyšším rizikovým stupněm. Od toho se pak budou odvíjet nároky na konkrétní subjekty, a rozhodovat tak bude moci v zásadě kdokoli, kdo bude schopen v dané situaci s to odvrátit nebezpečí, nebo naopak bude k rozhodnutí oprávněna osoba vysoce vzdělaná s množstvím zkušeností a výsledků v daném oboru. Důvodová zpráva uvádí konkrétní subjekty vzhledem ke svému povolání například lékaře, horské vůdce nebo lyžařské instruktory; vzhledem ke svému postavení například sportovce jako hokejisty, boxery nebo automobilové závodníky.[85]

3.4.4 Společensky prospěšný cíl rizikového jednání

Neodmyslitelnou podmínkou přípustného rizika, která je mnohdy stavěna do úplného popředí při výčtu všech podmínek,[86] je vázanost rizikového jednání na společensky prospěšnou činnost neboli jinými slovy – rizikovým jednáním se sleduje dosažení společensky žádoucího cíle. Trestní zákoník výslovně uvádí, že „trestný čin nespáchá, kdo…vykonává…společensky prospěšnou činnost.“ Tuto společensky prospěšnou činnost zákon nikde dále nedefinuje a ani jej nekonkretizuje alespoň demonstrativním výčtem konkrétních možných cílů činnosti anebo oborů lidské činnosti. Tuto konstrukci považuji za poněkud problematickou a může dle mého názoru činit v právní praxi i teorii nemalé problémy. Své tvrzení mohu doložit na názoru D. Císařové,[87] s nímž nemohu souhlasit. Velice stroze se ve svém článku dotýká problematiky podmínky společensky prospěšné činnosti, když tvrdí, že za tuto nepovažuje sportovní činnost. Důvodová zpráva ale uvádí, že *„definice přípustného rizika v zásadě pokrývá všechny případy tohoto rizika, neboť stranou nezůstávají ani rizika např. v souvislosti se sportovními aktivitami (boxeři, hokejisté, automobiloví závodníci apod.)“*[88] Plně se tedy ztotožňuji s názorem zákonodárce, když sport

[85] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku.
[86] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 104.
[87] CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*, 2000, č. 10, s. 10.
[88] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku.

považuji za společensky prospěšnou činnost, a to z důvodů, že sport je celospolečensky vnímán jako jakási přijatelná norma chování, tedy v případě dodržování pravidel „fair play“ a dále, jakou sport plní funkci. Pokud jde o sportovní aktivity na amatérské úrovni, tak ty se stávají jednak prostředkem zdravého životního stylu, který je jistě celospolečensky žádaný a jednak plní například funkci socializace jedinců. Na té vrcholové plní sport ve společnosti úlohu kanálu, kterým jsou uvolňovány negativní emoce značné části společnosti formou zábavy. A ačkoliv mnohdy dochází k ohrožení zdraví sportovce, zřídkakdy i jeho života, lze toto jednání podřadit pod přípustné riziko, a to díky účelu, pro nějž je riziko podstupováno. Z uvedeného vyplývá, že názory zejména trestněprávní teorie, které obory lidské činnosti jsou společensky prospěšné, se mohou dost značně různit.

Dalším příkladem silně nejednotného názoru na společenskou prospěšnost, a to ve všech sférách lidské činnosti, ať už jde o lékaře, vědce nebo politiky, může být zasahování do genetického kódu buněk člověka neboli o klonování. Éru tohoto jistě kontroverzního „lékařského oboru“ odstartoval na konci 20. století Sir Ian Wilmut, když naklonoval prvního savce – ovci Dolly. Od té doby uplynulo desetiletí, ale přesto se odborná veřejnost nedokázala shodnout, zda od klonování ustoupit, nebo jej legalizovat. Odpůrci v čele se Spojenými státy americkými zejména poukazují na alarmující úspěšnost klonování u zvířat, když je prokazatelné, že z dosavadních pokusů byl zdařilý jen každý dvoustý a přeživší navíc trpí velkým množstvím abnormalit. Příznivci tohoto fenoménu poukazují na nezbytnost výzkumu z hlediska vývoje léčebných postupů při léčbě nemocí a následků úrazů, a dokonce vyslovují takové názory, že cílem výzkumu je zvýšit blaho lidí.[89] Zajímavý názor vyslovil například i J. Mach, který se domnívá, že pokud klonování představuje pro člověka, do současné doby beznadějně nemocného, jistou naději a terapeutickou možnost, neměla by být realizace tohoto postupu zakazována, neboť donedávna byla kupříkladu obdobná nejednotnost názorů i v oblasti transfúze krve a darování orgánů, zatímco v současné době je zcela nepochybné, že tyto metody nejsou v rozporu s etikou, nýbrž představují obrovský přínos pro záchranu života lidí.[90] Vyslovení definitivního závěru není účelem této práce, nicméně se přikláním k názorům odpůrců, a to nejen z hlediska nedodržení podmínky společensky

[89] Dr. Shin Yong Moon na konferenci v Seattlu prohlásil, že: *"Je odpovědností vědců, aby to udělali, protože jde o výzkum se správným cílem – zvýšit blaho lidí."* Dostupné na <http://hn.ihned.cz/2-14055940-500000_d-85>.
[90] MACH, Jan. *Medicína a právo*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 177.

prospěšného cíle rizikového rozhodování, ale zejména vzhledem k podmínce optimální informovanosti.[91]

Aby se jednalo o společensky prospěšný cíl rizikového rozhodování, musí být užitečný a potřebný z celospolečenského hlediska, z čehož vyplývá, že se nepočítá se situacemi, kdy rizikové jednání přináší užitek pouze úzce vymezenému okruhu adresátů, přičemž adresáty rozumíme osoby fyzické nebo právnické. J. Kuchta uvádí, že *„cíl jednání musí být rentabilní ze společenského hlediska, musí tedy existovat celospolečenská objednávka.“*[92] Otázkou ovšem zůstává, v čem tkví ona prospěšnost. Domnívám se, že jde v prvé řadě o poměr možného prospěchu a ztráty. Užitek musí bezesporu převyšovat možný nezdar. Riziko je rovněž společensky prospěšné tehdy, pokud je cílem dosaženo úspor jednak materiálních a jednak časových anebo pokud dochází ke zvýšení celkové efektivnosti či produktivitě práce. Jinými faktory společenské nutnosti a prospěšnosti mohou být například výsledky prognóz, politické faktory, materiálně technická základna pro vědu a výzkum, nutnost zlepšení v uspokojování potřeb obyvatelstva.[93] Dalším pojmovým znakem je, že prospěch, o nějž se usiluje, nesmí být nedovolený.

Z pohledu ekonomického hlediska může společenská potřeba spočívat v produkování zcela nových hodnot (typicky půjde o riziko ve výzkumu a vývoji nových výrobků), v rozmnožení hodnot dosavadních (rozšíření existující výroby a s tím související nutné podstoupení investičního rizika), ve změně postupů při získávání takových hodnot (zde hovoříme o takzvaném obchodním zahraničním riziku při pronikání na nové zahraniční trhy).[94]

Vzhledem k výše uvedenému si myslím, že bezchybné určení, zda dané rozhodnutí mělo celospolečensky prospěšný cíl či nikoliv, bude v některých případech velice obtížné. Mnohdy bude záležet i na tom, která z různých hodnot bude blízká těm konkrétním subjektům, kteří o dané kauze rozhodují a i těm, kteří posuzují toto rozhodnutí. Nikoli výjimečně budou muset rozhodující subjekty přistoupit ke kompromisu mezi konkurujícími si hodnotami, kdy stěžejním kritériem přípustnosti by dle mého názoru, který se ztotožňuje

[91] Dr. Rudolf Jaenisch, se vyjádřil ve smyslu, že se v současnosti nedá předpovědět, zda se naklonované embryo vyvine v normálního anebo abnormálního jedince. Dostupné na <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC388203/?tool=pubmed>.
[92] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 166.
[93] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 104.
[94] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 47.

s názorem J. Kuchty,[95] mělo být prosazování nejvýznamnějších společenských zájmů, tedy z hlediska konstrukce jednotlivých hlav zvláštní části trestního zákoníku jde o život a zdraví.

3.4.5 Podmínka subsidiarity přípustného rizika

K přípustnosti rizika nepostačuje pouhé splnění požadavků optimální informovanosti, kvalifikace subjektu rizikového rozhodování a celospolečensky prospěšného zamýšleného cíle. Dalším podstatným konstrukčním prvkem přípustnosti rizika je podmínka subsidiarity, za kterou se neskrývá nic jiného než fakt, že společensky prospěšného výsledku nelze dosáhnout jinak. Jinými slovy – sledovaných hodnot nelze bez podstoupení rizika dosáhnout buď vůbec, nebo jen za podstatně méně výhodných okolností, a tedy se musí jednat o riziko nevyhnutelné. Zákonodárce zvolil obdobně podmínky subsidiarity i u jiné okolnosti vylučující protiprávnost, a to v ustanovení § 28 trestního zákoníku, které pojednává o krajní nouzi.

U přípustného rizika princip subsidiarity vyjadřuje skutečnost, že pakliže je možno stejného společensky prospěšného cíle dosáhnout jiným způsobem, tedy bez použití rizika, respektive za použití co nejmenšího rizika, neboť jak bylo uvedeno, téměř každé rozhodnutí s sebou nese jistou míru rizika, pak nesmí být postupováno za podstoupení vyššího rizika. V opačném případě bychom mohli bez nadsázky hovořit o zcela nezodpovědném přístupu kvalifikovaného subjektu k jeho povinnostem. Za nejjasnější příklad považuji případ z oblasti vývoje nových léků či léčebných postupů, u nichž je nezbytné provedení pokusu na živém organismu. V těchto situacích znamená podmínka subsidiarity dřívější vyzkoušení metody na zvířeti. Porušení principu subsidiarity by nastalo, pokud by experimentátor přistoupil ihned k pokusu na lidské bytosti, a to i tehdy, postupoval-li zcela v souladu s ostatními podmínkami přípustného rizika.

Podobně jako u ostatních podmínek přípustného rizika bychom ani zde neměli postupovat kategoricky, a tedy vyloučit veškeré odchylky. Jak správně připouští J. Kuchta,[96] není možné dogmaticky a bez rozmyslu připouštět jen ta jednání, která postupují cestou co nejmenšího rizika, neboť některá taková „bezriziková“ rozhodnutí mohou vyžadovat neúměrně vysoké náklady – nejen finanční, ale například i časové – na rozdíl od cesty rizikovější. Volba méně rizikového postupu by tak mohla vytvořit náklady, které by mohly výrazně přesáhnout hodnotu sledovaného cíle. Příkladem může být přeprava extrémního

[95] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 166.
[96] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 106.

nákladu, například nového moderního bubnového granulačního kotle pro tepelnou elektrárnu z místa výroby do místa určení. Může být zvolena přeprava neobydleným územím po komunikacích s minimálním provozem, která by znamenala co nejmenší riziko pro ohrožení života a zdraví personálu i obyvatelstva podél trasy, nicméně tato by znamenala enormní jednak časové náklady, neboť by proběhla po delší trase s náročnějším terénem s množstvím převýšení a jednak finanční náklady, poněvadž by bylo nutné zapojit mnohem více lidí zajišťujících samotnou přepravu a vznikly by další náklady spojené například s dočasným odstraněním elektrického vedení vysokého napětí. Druhou variantou by byla trasa po dálnici, jež by s sebou nesla výhody kratší vzdálenosti, vyšší rychlosti, ovšem přinášela by rizika ohrožení života a zdraví osob, protože by vedla hustě osídleným územím a ruku v ruce i celodenní odklonění provozu z dálnice na komunikace nižší kategorie. Dle mého názoru je nutné posoudit racionalitu způsobu získaní výsledku. Tedy je-li možné ke stejnému cíli dospět jak za podstoupení rizika, tak i bez podstoupení rizika, přičemž rizikovější cesta se jeví jako racionálnějším způsobem dosažení výsledku, zejména z hlediska úspor, pak by měla být volba rizikovější cesty považována za oprávněnou.

Rovněž je třeba posoudit časové možnosti, které má kvalifikovaný subjekt na přijetí rozhodnutí a současně i situace, kdy má na výběr hned několik variant dosažení cíle každou s různým stupněm rizika. Jsem toho názoru, že v dynamických situacích, kdy je třeba rozhodnutí učinit takřka okamžitě, lze učinit i to rozhodnutí, které je spojené s vyšším stupněm rizika. Naopak v situacích s dostatkem času ke zhodnocení všech relevantních skutečností je, samozřejmě s přihlédnutím ke všem ostatním okolnostem, žádoucí využít variantu spojenou s nejmenším rizikem.

Je rovněž nutné pomyslet i na situace, kdy subjekt rizikového rozhodování sám svojí nedbalostí způsobí, že k dosažení cíle, který by jinak byl dosažitelný co nejméně rizikovou cestou, je zapotřebí přijmout řešení rizikovější. Bude patrně nutno zaujmout stanovisko, že i tato původně nezamýšlena cesta s vyšším stupněm rizika naplní požadavek subsidiarity, jelikož i takové jednání neztrácí za zachování ostatních podmínek přípustného rizika společenskou prospěšnost. Tento závěr lze navíc opřít o možnost použití analogie při výkladu podmínek krajní nouze, kde se mimo jiné uvádí, že k jednání v krajní nouzi je i ten, jehož nedbalostí stav krajní nouze vznikl.[97]

Při zkoumání podmínky subsidiarity bude tedy opět nutné přihlédnout k několikerým okolnostem, zohlednit časové možnosti subjektu přijímajícího rizikové rozhodování, vzít

[97] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 107.

v potaz veškeré možné cesty vedoucí k cíli a určit jejich rizikový stupeň a v neposlední řadě také posoudit racionalitu jednání a ekonomickou výhodnost postupu.

3.4.6 Poměr mezi ziskem a ztrátou

Do druhého odstavce ustanovení § 31 trestního zákoníku zákonodárce umístil výčet podmínek, které vylučují použití přípustného rizika v určitých situacích. Přípustné riziko je vyloučeno kromě dalšího i v případě, kdy poměr mezi nadějnými užitky a možnými ztrátami je takový, že výsledek, k němuž jednání směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizikového jednání. Slovy zákona „nejde o přípustné riziko, jestliže…výsledek, k němuž činnost směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika."

Zamýšlený výsledek musí odpovídat míře podstupovaného rizika. Toto obecné tvrzení lze jistě přijmout, nicméně otázkou zůstává samotný charakter úměry mezi zisky a ztrátami. Názory se totiž různí napříč celým odborným spektrem. P. Hajn například uvádí, že *„musí existovat vysoká pravděpodobnost výhod z rozhodnutí; pravděpodobnost nezdaru musí být menší, byť ji nelze zcela vyloučit; při rizikovém rozhodnutí nejde ani pouze o maximalizace možných výhod, ani o minimalizaci možných ztrát, ale právě o nalezení příhodné relace mezi oběma těmito veličinami."*[98] Podobně se vyjadřuje i J. Kuchta, který považuje za přijatelnou koncepci, kdy *„existuje vysoká pravděpodobnost zisků, pravděpodobnost ztrát musí být podstatně menší; zamýšlená hodnota musí podstatně převyšovat tu, která je ohrožena, aby vůbec existoval stimul k jednání."*[99] Poněkud odlišné stanovisko zastával F. Balvín, jehož pojetí spočívalo v tom, že *„možný prospěch a možná ztráta se musí přibližně rovnat."*[100]

Jak správně poznamenal P. Hajn, při rizikovém rozhodnutí nejde pouze o maximalizaci možných výhod, ani o minimalizaci možných ztrát, což jinými slovy řečeno znamená, že není možné vycházet jen z nejpříznivějších hodnot jedné veličiny a pouze tou se řídit. Je nutné hodnotit nejen poměr velikosti neboli hodnoty zisku a škody, ale i pravděpodobnost jejich vzniku. Teprve až souhrnným vyhodnocením obou kritérií můžeme najít tu správnou relaci mezi užitkem a nezdarem. Hodnotit by se obě veličiny měly ve vzájemných souvislostech a řídit se trefnou tezí D. Seidela *„Pravděpodobnost zisku musí být*

[98] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 64.
[99] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 108.
[100] BALVÍN, František. Rizika hospodářské činnosti vyžadují rovnováhu. *Hospodářské noviny*, 1975, č. 13, s. 5.

o to větší, čím těžší následky mohou nastat při neúspěchu. Čím větší škoda hrozí, tím menší musí být její pravděpodobnost a naopak.“ [101]

Obdobnou metodu kvantifikace rizika podává P. Hajn. Rizikovost hodnotí podle pravděpodobnosti výskytu negativních jevů a jejich závažnosti, na druhou stranu rizika a užitnost jednotlivých alternativ posuzuje samostatně. Na základě této kalkulace pak především volí alternativu s nejvyšší užitností, popřípadě nejvyšší střední užitností a poté hodnotí riziko s touto alternativou spojené, které může být malé; značné, ale při vhodných opatřeních zvládnutelné nebo únosné; značné, přičemž neexistují dostupné, spolehlivé prostředky k jeho zvládnutí. Pokud je riziko malé nebo zvládnutelné, volí se tato možnost. Pakliže je riziko nepřijatelné, přechází se k alternativě, která je druhá v pořadí v pořadí s druhou nejvyšší užitností.[102] Z uvedené metody, ačkoli tak P. Hajn výslovně neuvádí, lze také vyvodit, že tento postup koreluje se zásadou co nejvyššího rozdílu mezi hodnotou pozitivních a negativních prvků rizika. Uvedenou metodu doplňuje ve své publikaci J. Kuchta, který dle mého názoru správně vzpomíná situaci, kdy v rámci hodnocení pozitivních a negativních faktorů se může vyskytnout nedostatek jednoho z elementů (hodnota, pravděpodobnost), když ovšem tento může být vyvážen vysokou hodnotou druhého. Názorným příkladem nepříliš vysokého užitku může být uzavřená sázka na vítězství dostihového koně v průběhu závodu s možností minimálního zhodnocení vkladu, ale jeho vysoká pravděpodobnost, neboť závodní kůň jasně vede a zbývá mu sto metrů do cíle. Naproti tomu existuje i možnost značné ztráty, když vkladem sázejícího je dlouhodobě spořená částka, ale pouze s nízkou pravděpodobností, jelikož možnost prohry je minimální vzhledem k vedoucí pozici a vzdálenosti do cíle. Nedostatkem J. Kuchtova nazírání spatřuji v tom, že se nepokouší o vyslovení vlastního názoru a spokojí se jen s tvrzením, že doposud neexistuje spolehlivá metoda pro vystižení poměru pozitiv a negativ v těchto případech.[103] Jistě bychom mohli vymyslet tucty příkladů, kdy existuje vysoká pravděpodobnost leč nízkého užitku s druhou stranou mincí v podobě enormní ztráty mírněnou nepatrnou pravděpodobností jejího vzniku. Mám-li vyslovit svoje stanovisko, použiji případ závodního koně: Jednoznačně upřednostňuji zohlednění negativního prvku. Je sice pravdou, že pravděpodobnost výhry je téměř stoprocentní, nicméně vzhledem k minimálnímu zhodnocení vkladu a jisté pravděpodobnosti, že kůň závod nedokončí (například klopýtne, a závod tak nevyhraje), a sázkař přijde o takřka celoživotní úspory, je dle mého názoru dostačujícím

[101] SEIDEL, Dietmar. *Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem*. Berlin, 1968, s. 185.
[102] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 65.
[103] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 108.

určovatelem, ke které misce vah přihodit rozhodující závaží. Svůj názor opírám o další podmínku přípustného rizika, která sice nevyplývá přímo ze znění zákona, nicméně ve své publikaci ji vzpomíná kromě jiných i P. Hajn. Ten jí přiznává postavení zvláštní podmínky přípustného rizika a nazývá ji „minimalizací možných ztrát“. Já ji ale subsumuji pod poměr mezi zisky a ztrátami.

Podmínce minimalizace možných ztrát, která je neodmyslitelně spjata a souvisí s podmínkou subsidiarity, je nutno rozumět tak, že je nezbytné eliminovat ta rizika, jež jsou vyhodnocena jako zbytečná. Subjekt rizikového rozhodování nikdy nemá jistotu budoucího stavu a musí kalkulovat s více než jedním stavem budoucí reality a s tímto vědomím musí učinit vše, aby bylo možné se vyhnout potencionálním ztrátám nebo je alespoň omezit. Opatření k minimalizaci rizik mohou mít, jak uvádí P. Hajn[104], přímo fyzickou povahu anebo vzhledem k vysoké finanční náročnosti fyzických opatření postačí příprava důkladně promyšleného teoretického plánu pro případ nepříznivého vlivu vnějších vlivů. Takovým plánem může být například případ tepelné elektrárny, která obvykle dopravuje palivo vodní cestou po toku, u něhož je podle dlouhodobých zkušeností velice nízká pravděpodobnost zamrznutí. Tuto eventualitu ovšem nelze zcela vyloučit. Proto je třeba, aby elektrárna učinila vše potřebné, aby omezila potencionální ztráty. Jako možnost se jí nabízí vybudování železniční vlečky nebo náhradní dopravu řešit zakoupením vlastních nákladních automobilů. Obě tyto varianty jsou ale tak ekonomicky náročné, že postačí, pokud elektrárna bude mít precizní plán spolehlivé mobilizace nákladních automobilů, který bude počítat se zainteresováním ostatních subjektů.

Podle J. Fotra sestává proces minimalizace rizika ze dvou fází, kdy první spočívá v eliminaci příčin vzniku rizika a druhá ve snížení nepříznivých důsledků rizika. Eliminací příčin vzniku rizika rozumí takové činnosti, jejichž cílem je působení na vlastní příčiny vzniku rizika tak, aby se snížila pravděpodobnost výskytu rizikových situací s nepříznivými důsledky pro zdar projektu a také, aby se snížila velikost nepříznivých efektů. Může se tak dít takzvanou diverzifikací, která spočívá ve snaze rozložit riziko na co největší základnu. Pro představu lze uvést příklad rozšiřování výrobního programu tak, aby důsledky poklesu poptávky po jednom produktu byly kompenzovány zvýšením poptávky po jiné skupině produktů. Riziko lze minimalizovat i flexibilitou činnosti, jež neznamená nic jiného než schopnost rychle a bez vynaložení nadměrných nákladů reagovat na různé druhy změn, například využívat více druhů energií, což umožňuje náhradu jedné suroviny jinou, a snížit

[104] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 67.

tak rizika plynoucí z jejich případné nedostupnosti. Zde je patrná paralela s teoretickým plánem dle P. Hajna. Za další nástroj minimalizace rizik správně považuje J. Fotr pojištění. Podstata pojištění spočívá v přenosu potencionální nepříznivé budoucí situace na odlišný subjekt – pojišťovnu, která podle podmínek pojistné smlouvy[105] kryje případné ztráty buď plně, nebo částečně a subjekt, který pojišťuje, platí pojišťovně poplatky – pojistné. V neposlední řadě se za další přístupy k minimalizaci rizik považuje vyhýbání se riziku, které se obecně připouští u takzvaného nepřijatelného rizika, kdy realizace plánu by v případě neúspěchu vedla k výraznému narušení, například finanční stability subjektu rizikového rozhodování a také vytváření rezerv. Existence těchto rezerv umožňuje pohotově řešit negativní efekty nečekaných rizik.[106]

Podmínkou subsidiarity se ve své podstatě zabýval i A. Mířička, který se pokusil kvantitativně vyjádřit stupeň nebezpečí a sociální hodnoty lidského jednání, a stanovit tak striktní pravidla pro jejich určování.[107] Za pomoci matematického vyjádření stanovených měřítek nebezpečí, za které považoval rozsah hodnoty ohroženého statku, hrozící škody a pravděpodobnost škody, vytvořil zvláštní stupnici pro každé uvedené hledisko, přičemž každá měla stejný počet stupňů (jeden až deset). Poté odhadem stanovil každému hledisku intenzitu vyjádřenou číslem na stupnici a výsledný součin všech tří hodnot vyjadřoval takzvaný „koeficient nebezpečí“. Stejným způsobem vypočetl i „koeficient sociálnosti“ činu a prostým porovnáním obou hodnot vyslovit závěr, zda je nebezpečí „nadnormální“ anebo normální.[108] Metoda A. Mířičky je jistě zajímává a nelze ji zcela zavrhnout, nicméně její nedostatek shledávám ve zcela subjektivním hodnocení a udělování hodnot na stupnicích a také v nemožnosti číselného vyjádření některých okolností, například ekologických škod nebo morální újmy.

P. Hajn dále správně vzpomíná i nikoli neobvyklé případy, kdy je nutno hodnotit zisky a ztráty, když tyto nejsou vyjádřené v jedné a téže veličině, tedy jde-li o veličiny hmotné a nehmotné. Neodpustím si citovat jeho humorné otázky, kterými se ptá, jak vzájemně hodnotit hmotné a nehmotné statky: *„Jak lze při obecném rozhodování o rozvoji životní úrovně převést*

[105] Zákon č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě, ve znění pozdějších předpisů.
[106] FOTR, Jiří. *Jak hodnotit a snižovat podnikatelské riziko*. 1. vydání. Praha : Management Press, 1992, s. 17 – 35. Shodně taktéž RAIS, Karel. *Řízení podnikatelských rizik a metody jejich snižování*. 1. vydání. Brno : VUTIUM, 2003, s. 12 – 17.
[107] MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné*. Praha : Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902. s. 117 – 119.
[108] A. Mířička uvádí příklad, kdy hodnotě ohroženého statku přiděluje stupeň 6, rozsahu hrozící poruchy stupeň 6 a pravděpodobnosti (možnosti) poruchy stupeň 2, přičemž součinem těchto tří hodnot vypočetl koeficient nebezpečí o velikosti 72. Srovnává s dalším příkladem, jehož veličiny jsou rovny stupňů 6, 6, 2, a dávají tak stejný výsledek. Podle A. Mířičky je tak patrné, že stupeň nebezpečí může být i přes různé stupně jednotlivých hodnot stejný.

na společného jmenovatele kilogramy skopového a Beethovenovy symfonie?“ a *„Jak lze srovnávat kilowatty elektřiny, jež přinese nové energetické zařízení s vyhubením ledňáčků v určité oblasti?“* Svoje pojednání uzavírá slovy, že porovnání užitků z jednotlivých variant je záležitostí značně náročnou a související problémy se patrně podaří odstranit až na základě dalších pravidel přípustného rizika.[109]

Lze tedy uzavřít, že nejvíce záleží nikoli na absolutních hodnotách jednotlivých veličin, nýbrž na velikosti rozdílu mezi kladnými a negativními hodnotami na obou stranách. Slovy zákonodárce nejde jen o maximalizaci možných výhod na jedné straně a minimalizaci možných ztrát na druhé straně, ale o jejich vzájemnou relaci.[110] Čím je rozdíl mezi oběma veličinami rizikového rozhodování vyšší, tím je příslušná varianta efektivnější a existuje stimul pro přijímání rizikových rozhodnutí. Rovněž je nutno za nejvhodnější hodnotící kritérium požadovat hledisko dlouhodobé perspektivy a celospolečenského významu.

3.4.7 Vyloučení škod na životě a zdraví

Během rizikového rozhodování se mnohdy objeví varianty, při nichž je vysoká míra pravděpodobnosti vzniku škod na zdraví či životě. Zájem na ochraně těchto hodnot se pak dostává do střetu se zájmy jinými, a je tudíž nezbytné zodpovědět otázku, zda je společenský zájem na ochraně lidského života a zdraví absolutní, tedy v žádném případě nesmí nastat ohrožení, tím spíše porucha těchto hodnot, nebo se připouští jisté odchylky, kdy bude možné upřednostnit jiné hodnoty.

P. Hajn například kategoricky odmítal posuzovat vzájemnou relaci mezi životem a zdravím při podnikatelských rozhodnutích, kdy tato slibují zvýšení hmotný prospěch. Odvolává se přitom na socialistické zřízení, které zásadně nepovažuje pracovní sílu za zboží a neexistuje žádné měřítko, podle kterého by se dala vypočíst užitnost a vzájemná relace hodnot lidského života a zdraví a jiných, zpravidla ekonomických. Doslova uvádí, že *„humánní hodnota života a zdraví se vzpírá jakékoliv ekonomické kalkulaci“*.[111]

Já se ale přikláním k názoru J. Kuchty, který s absolutní platností zásady vyloučení škod na životě a zdraví polemizuje. Vyskytují se totiž případy, kdy se zájem na ochraně života a zdraví dostává do rozporu se zájmem na ochraně zájmů jiných. Zejména se jedná o činnosti, s nimiž je nerozlučně spojeno riziko pro lidské zdraví a které nelze zcela vyloučit, například se jedná o lékařské výzkumy, odvracení přírodních katastrof, ale i sportovní činnost. Tyto

[109] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 65.
[110] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku.
[111] HAJN, Pavel. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984, s. 53.

činnosti nelze vzhledem k jejich společenskému významu zakázat, ale rizika v nich obsažená je třeba minimalizovat.[112]

D. Seidel vzpomíná i takzvaná pasivní rizika, tedy případy, kdy subjekt nevytváří nové hodnoty, ale snaží se zabránit zničení nebo poškození hodnot již existujících. Pakliže subjekt riskuje materiální škodu s úmyslem dosáhnout materiálního užitku anebo riskuje lidské životy a zdraví s úmyslem zachránit tyto hodnoty u osob jiných, typicky půjde o případy záchranných operací, pak je podle D. Seidela možné riziko připustit, neboť se srovnávají hodnoty a zájmy stejného druhu. Ve smíšených případech, kdy se riskuje s životem a zdravím pro dosažení materiálních cílů, D. Seidel připouští riziko, pakliže má být ohrožením života zabráněno nepoměrně vyšším hospodářským ztrátám.[113] Tyto případy lze ovšem dle mého názoru posoudit podle ustanovení o krajní nouzi. Přípustného rizika se užije tehdy, kdy se nepodaří škodě zabránit, a konečná škoda způsobená jednání tak bude vyšší nebo se bude rovnat škodě hrozící.

Zákonodárce definoval ochranu lidského života a zdraví tak, že „*nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas"*. Takto definovanou podmínku vyloučení škod na životě a zdraví nepovažuji za dostatečně precizní. Prostý požadavek informovaného souhlasu totiž nikterak nevypovídá o velikosti nebo druhu ohrožení, jemuž je na základě přípustného rizika možné životy a zdraví vystavit. Navíc se domnívám, že se zákonodárci touto konstrukcí podařilo vytvořit jistě ne žádoucí rozpor s ustanovením § 30 trestního zákoníku, který pojednává o svolení poškozeného jakožto okolnosti vylučující protiprávnost. Z ustanovení lze dovodit, že s výjimkou lékařských zákroků provedených lege artis nelze podle práva udělit souhlas k ublížení na zdraví či usmrcení – tedy k zásahu do zdraví nebo života osob. Myslím si, že informovaný souhlas tak nelze k ublížení na zdraví nebo usmrcení udělit dle ustanovení o svolení poškozeného, nicméně tak lze učinit dle ustanovení o přípustném riziku. Je-li můj názor správný, pak je jistě možné si představit situace, kdy se tyto dva instituty okolností vylučující protiprávnost dostanou do vzájemného kolize. Tento nikoli žádoucí stav by dle mého názoru bylo možné odstranit tím, že by byl požadavek informovaného souhlasu podle ustanovení o přípustném riziku rozšířen o alespoň enumerativní výčet případů, za nichž by bylo možné riziko ohrožení života a zdraví podstoupit, tedy například lékařské výzkumy, výkon lékařské praxe, záchranné práce při

[112] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 120.
[113] SEIDEL, Dietmar. *Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem*. Berlin, 1968, s. 224.

živelních katastrofách a podobně. To, že obdobný zpřesňující prvek v trestním zákoníku nikde nenajdeme, považuji za nedostatek této úpravy.

Kromě uvedeného pojednání o informovaném souhlasu dotčeného subjektu lze závěrem vymezit i další kritéria nutná pro naplnění podmínky vyloučení škod na životě a zdraví. Jednak by poškození či ohrožení života nebo zdraví nemělo být zcela jisté, tedy jinými slovy řečeno – musí existovat jen určitá míra pravděpodobnosti tohoto následku. Subjekty rizikového rozhodování musí vždy postupovat tak, aby pravděpodobnost újmy i samotný následek minimalizovali. Dále je nutné si uvědomit, že udělení informovaného souhlasu je právním úkonem odvolatelným a navíc lze souhlasit s názorem J. Kuchty, který stanoví povinnost subjektu okamžitě přerušit činnost, pakliže se objeví riziko smrti nebo těžké újmy na zdraví.[114]

3.4.8 Soulad s požadavky právních norem, veřejného zájmu, zásad lidskosti a dobrých mravů

Posledním požadavkem přípustnosti rizika je soulad rizikového jednání s požadavky právních norem a dalšími hodnotovými systémy, kterými jsou známé a často používané pojmy jako „veřejný zájem“, „dobré mravy“ a také pro český právní řád ne zcela obvyklé „zásady lidskosti“. Právní normy představují označení pro jeden obecný příkaz, zákaz nebo dovolení vyplývající z právního řádu včetně nástrojů a zmocnění k jeho dosažení nebo vymáhání. Zpravidla právní předpis, tedy zákon, vyhláška nařízení a podobně, obsahuje mnoho právních norem. Souborem právních norem platných v určité době a na určitém území rozumíme právní řád. Hlavním požadavkem na právo kladeným je, aby tvořilo koordinovaný a flexibilní systém, který budě slaďovat a chránit společenské zájmy.

V případě přípustného rizika a se o vyloučení protiprávnosti podstoupených rizik bude jednat v případech, kdy se jednání nedostává do rozporu s platným a účinným právem, tedy tam, kde subjekt neporušil povinnosti na něj právem kladené. Konkrétně se jedná o situace ovládané zásadou, že co není zákonem zakázáno, je dovoleno,[115] a to zásadně v případech, kdy rizikové jednání není vůbec právními předpisy upraveno. Pakliže právní předpisy rizikové jednání připouští v určité míře a subjekt jedná v mezích těchto norem. Protiprávnost

[114] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 168.
[115] Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod v čl. 2 odst. 3 stanoví, že každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.

rizika je vyloučena i tam, pokud právo připouští odchylky od svých norem, tedy jinými slovy řečeno – půjde o dispozitivní právní normy. V neposlední řadě je nutné vzpomenout ty případy, kdy právo výslovně rizikové jednání přímo přikazuje, například činnost horských vůdců, záchranářů nebo hasičů, neboť ti jsou povinni snášet určitá nebezpečí a současně zpravidla při výkonu své činnosti ohrožují zájmy jiných osob.

Právní teorie si ovšem pokládá správnou otázku, zda je možno považovat za jednání podléhající přípustnému riziku, i když porušují právní normy. Hovoříme také o vzájemném poměru zákonnosti a účelnosti jednání. Jsem toho názoru, že pokud právní norma výslovně stanoví určitou povinnost, je nutné ji dodržet a riziko nepřipustit. Nicméně se domnívám, že lze souhlasit s názorem J. Kuchty, který zastává stanovisko, že *„povinnost dodržovat předpisy při rizikovém rozhodování nemůže platit bezvýjimečně pro zcela obecně formulované povinnosti nezpůsobit škodu“*.[116] Jako příklad zcela obecně formulované povinnosti nám může posloužit ustanovení § 415 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.[117] Je totiž zřejmé, že v případě důsledného dodržování této obecně formulované povinnosti by bylo prakticky nemožné dosáhnout iniciativních rizik a tím ruku v ruce i celospolečensky prospěšného cíle, pokroku.

Je také nutno pamatovat na případy vzájemně kolidujících právních norem, které se mohou vyskytnout, leč výjimečně. Jde o případ, kdy normy obsahují navzájem protikladné požadavky, přičemž nesplnění jednoho z nich zároveň vylučuje respektování dalšího. Kýženého cíle dosáhneme aplikací kolizních pravidel, a to jednak pravidla lex posterior derogat priori (později schválený právní předpis má přednost před dřívějším) a také pravidla lex specialis derogat generali (zvláštní právní úprava má přednost před právní normou obecnou).

Veřejný zájem je takzvaným neurčitým právním pojmem. Jednotlivými rozhodovacími orgány je vykládán různě a navíc je proměnlivý v čase. Ve své podstatě jde o koncept uplatňovaný především ve veřejné politice, veřejné ekonomice, etice a především právu odkazující k všeobecnému dobru a společenskému blahobytu. Obecně je za veřejný zájem označována taková orientace politiky, která podporuje rozvoj společnosti a řešení jejích reálných problémů. Z tohoto vymezení je patrné, že identifikace a uznání veřejných zájmů může být a často také bývá ve společnosti zdrojem konfliktů, neboť představy o tom, co je pro společnost dobré a jaké jsou její problémy, se liší. Ve společnosti proto probíhají spory o

[116] KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 123.
[117] V ustanovení § 415 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, je obsažena obecná povinnost nezpůsobit škodu, a to tak, že každý je povinen počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí.

identifikaci, uznání a prosazení různých veřejných zájmů. Uznané veřejné zájmy mohou být formulovány v právních normách. K vymezení veřejného zájmu tak můžeme použít definici W. Lippmana, který jím rozumí *„to, co by si lidé vybrali, kdyby viděli jasně, racionálně, a jednali nezaujatě a benevolentně“*[118] nebo právní větu vyslovenou Nejvyšším soudem České republiky v rozsudku ze dne 16. 6. 2005, která stanoví, že „zájmem veřejnosti neboli veřejným zájmem je především to, aby v oblasti, ve které subjekty žijí, pracují či podnikají, bylo v co nejširší míře zabezpečeno uspokojování jejich potřeb. Přitom se nejedná pouze o základní potřeby materiálního charakteru (bydlení, zásobování, doprava apod.), ale též o potřeby kulturní, zahrnující i oblast osvětovou a vzdělávací, případně sportovní.“[119]

Zásada lidskosti neboli zásada humanity je jednou ze stěžejních zásad trestního práva hmotného. Jako zásada obecná se prolívá celým právním odvětvím a dává základ mnoha dalším principům trestního hmotného práva. Chápeme ji ve dvojím smyslu. Zásada humanity lato sensu (v širším smyslu) zahrnuje jednak ochranu obětí trestné činnosti a jednak ochranu právem chráněným zájmům. Zásada humanity stricto sensu (v užším smyslu) spíše směřuje k osobnosti pachatele a její obsah tvoří ukládání a výkon trestních sankcí. Názorný příklad zásady lidskosti zmíněný v trestním zákoníku lze vysledovat z ustanovení § 149 TZ. Za použití pravidla logického výkladu „argumentum a contrario“ (důkaz opaku) je za zásady lidskosti možno považovat respektování opaku projevů nelidskosti, tedy je-li projevem nelidskosti mučení nebo jiné kruté zacházení, pak lze odvodit zásadu lidskosti spočívající v zákazu mučení a jiného krutého zacházení. Obecné zakotvení zásad lidskosti nalezneme v Listině základních práv a svobod[120] nebo také v Úmluvě o ochraně lidských práv a svobod,[121] nicméně celkovou definici zásad lidskosti neobsahuje žádný právní ani politický dokument.

Dobré mravy jsou významově širokým pojmem, za kterým se skrývá prostředek soukromého práva, respektive určitý korektiv ke zmírnění tvrdosti práva. Netvoří uzavřený a petrifikovaný normativní systém, jsou spíše měřítkem etického hodnocení konkrétních situací a jejich souladu s obecně uznávanými pravidly slušnosti a poctivého jednání. K pojmu „dobré mravy“ se vyjádřil i Nejvyšší soud České republiky ve svém rozsudku 3 Cdon 69/1996 a rozumí jimi souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji

[118] LIPPMAN, Walter. *Essays in the Public Interest Philosophy*. Boston : Little, Brown and Co., 1955, s. 42.
[119] Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 16. 6. 2005 sp. zn. 33 Odo 489/2004.
[120] Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod v čl. 7 odst. 2 stanoví, že nikdo nesmí být mučen ani podroben krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu.
[121] Čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod obsahuje zásadu, že nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.

osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence a jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních. S touto definicí lze dle mého názoru bez výhrad souhlasit. Rozpor jednání s dobrými mravy je třeba posuzovat v každém případě individuálně, s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem jednání účastníků v příslušném období a k jejich tehdejšímu postavení.

Zakomponováním principu souladu s požadavky právních norem, veřejného zájmu, zásadami lidskosti a dobrých mravů je završen výčet podmínek přípustného rizika de lege lata. Zákonodárce se dle mého názoru podařilo pojmout takřka všechny klíčové pojmové znaky teoretické koncepce tohoto institutu. Jisté výhrady k současné úpravě však lze vyslovit. Věnuji se těmto v samostatné podkapitole 3.7 pojednávající o přípustném riziku de lege ferenda. K vyloučení protiprávnosti je třeba naplnit kumulativně všechny podmínky přípustného rizika. Nesplnění byť jediného bude mít za následek nastoupení trestněprávní odpovědnosti.

3.5 Vztah přípustného rizika a ostatních okolností vylučujících protiprávnost

Trestní právo představuje vysoce účinný nástroj, který napomáhá chránit právem stanovené oprávněné zájmy jednak jednotlivců, jednak společnosti jako celku. Slouží jako ultima ratio tam, kde ostatní systémy společenské ochrany a regulace selhávají. Zásadu ultima ratio ostatně výslovně vymezuje i nový trestní zákoník, a to v ustanovení § 12 odstavci 2, když trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené je možné uplatňovat jen v takových situacích, které jsou společensky škodlivé a kde nepostačuje uplatnění odpovědnosti dle právních předpisů.[122] Základním prostředkem, kterým trestní právo svoji „činnost“ realizuje, je precizní vytvoření institutu trestného činu, jednotlivých skutkových podstat trestného činu a trestu. Je tak vytvořen relativně jasný a přehledný systém pravidel chování, které představují nejzávažnější porušení sociálních konvencí a jako takové jsou pak trestním právem sankcionovány.

Zákonodárce ale musí pamatovat i na situace, kdy chování, které by jinak bylo považováno za nežádoucí, je realizováno za účelem prevence – odrazit útok, odvrátit nebezpečí a podobně. Proto trestní právo za dlouhé období svého vývoje postupně vyvinulo

[122] NETT, Alexander. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. In JELÍNEK, Jiří (ed). *O novém trestním zákoníku : sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 116.

svébytné právní nástroje, takzvané okolnosti vylučující protiprávnost, jakožto soubory kodifikovaných i nekodifikovaných právních institutů, které při naplnění zákonem stanovených podmínek působí, že čin, který jinak naplňuje skutkovou podstatu trestného činu, nevyvolává následky trestněprávní odpovědnosti, a to z důvodu absence protiprávnosti.

Mezi všemi okolnostmi vylučující protiprávnost zaujímá výjimečné postavení právě přípustné riziko. Domnívám se, že v jistém smyslu riziko tvoří základ ostatních okolností vylučujících protiprávnost, jelikož je imanentní součástí každého rozhodování a činnosti za stavu nejistoty (typickým příkladem je u nutné obrany nejistota obránce, zda sám sebe nebo jiného ubrání či nikoli). Přípustné riziko se od ostatních okolností vylučujících protiprávnost liší zejména vnitřním vztahem subjektu rizikového rozhodování k následku svého jednání, neboť u krajní nouze či nutné obrany subjekt ví o tom, že svým jednáním může způsobit škodu a je s tímto srozuměn anebo to přímo chce. U přípustného rizika můžeme dovodit jen poměr podobný vědomé nedbalosti, neboť subjekt sice ví, že může nastat negativní následek, nicméně s tím v žádném případě není srozuměn. Porušení zájmů chráněných trestním zákonem za krajní nouze a nutné obrany bude tedy typicky úmyslné, kdežto v případě přípustného rizika nedbalostní.

Vzájemné vztahy a mechanismy jednotlivých okolností vylučujících protiprávnost jsou bezesporu velice komplexní, rozbor jednotlivých institutů okolností vylučujících protiprávnost, jak již bylo zmíněno v úvodu, značně přesahuje možnosti mojí práce, a proto se budu snažit vystihnout základní body a případný poměr k přípustnému riziku.

3.5.1 Přípustné riziko a krajní nouze

Krajní nouzi stanoví trestní zákoník v ustanovení § 28 a ve své podstatě tato okolnost vylučující protiprávnost vyjadřuje možnost chránit ohrožený zájem obětováním zájmu jiného, a to za splnění všech zákonem požadovaných podmínek, k nimž náleží odvracení nebezpečí, které hrozí zájmu chráněného trestním zákonem; nebezpečí hrozí přímo neboli bezprostředně; podmínka subsidiarity, kdy nebezpečí nebylo možno za daných okolností odvrátit jinak; požadavek proporcionality, tedy způsobený následek nesmí být zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil a nakonec neexistence povinnosti snášet nebezpečí tomu, komu hrozilo.[123] Dochází ke střetu dvou zákonem chráněných zájmů, kdy je třeba dát přednost ochraně jednoho na úkor zájmu druhého. Jinými slovy řečeno – jednu povinnost lze

[123] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 242.

splnit toliko porušením druhé.[124] Ze samotného ustanovení vyplývá, a z okolností vylučujících protiprávnost vůbec, že jednání v krajní nouzi vylučuje protiprávnost. To znamená, že pokud takové jednání splňuje všechny podmínky krajní nouze, nemůže být posuzováno ani jako přestupek. Krajní nouzi lze bezesporu považovat za okolnost vylučující protiprávnost, u které se vyskytuje nejvíce shodných znaků s přípustným rizikem.[125]

Zákonným vyjádřením institutu krajní nouze je existence přímo hrozícího nebezpečí, které lze určit a orientačně stanovit jeho výši. U přípustného rizika nebývá akutně dáno nějaké nebezpečí, které by se mělo odstranit. Ba právě naopak – aplikací rizika se nebezpečí vytváří jako nezbytná průvodní podmínka dosažení pro společnost prospěšných hodnot. Je sice pravdou, že i u rizika existuje jistá forma nebezpečí, nicméně nejde o nebezpečí přímo hrozící nebo trvající – často bývá tak obecné a nekonkrétní, že není na první pohled nápadné a často se přehlíží.

Jistou odlišnost můžeme spatřit i v rozdílném společenském určení obou institutů. Krajní nouze je typicky obrannou reakcí, zatímco riziko má především produktivně tvůrčí charakter. Pokud krajní nouze plní funkci odvrácení nebezpečí a škod na hodnotách již existujících, riziko naopak spočívá především z tvůrčích snah na získání hodnot nových.

Shodným znakem obou institutů je podmínka subsidiarity, kterou se u krajní nouze rozumí zásada, že nebezpečí za daných okolností nešlo odvrátit jinak, aniž by se dotklo zájmů třetích osob. Přestože se podmínka subsidiarity jednání vyskytuje jak u krajní nouze, tak i u přípustného rizika, je vidět patrný rozdíl mezi nimi. Krajní nouzi je možno realizovat pouze za podmínky, že nebezpečí nelze odvrátit jinak. U rizika je tento vztah poněkud volnější, neboť se zde mohou vyskytovat případy, kdy současně vedle rizikové cesty k vyřešení problému existuje i cesta neriziková, respektive ta s nejnižším stupněm rizika, která si však vyžaduje zvýšené náklady, ať už časové či finanční. V podkapitole 3.5.4 je pro názornou představu uveden příklad dvou možností přepravy extrémního nákladu, kdy se jako racionálnější jeví použití rizikovější varianty. U přípustného rizika by striktní vyžadování podmínky subsidiarity vedlo ke mnohdy zbytečným společenským ztrátám a de facto by také docházelo k popření samotného smyslu rizika jako pro společnost potřebného jevu.

Dalším společným a zároveň poněkud lišícím se znakem je podmínka proporcionality jednání. Rozdíl tkví v odlišné formulaci podmínky proporcionality. U krajní nouze nesmí být

[124] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 242.
[125] KUCHTA, Josef. Přípustné hospodářské riziko jako okolnost vylučující protiprávnost. *Nové jevy v hospodářské a finanční kriminalitě - vnitrostátní a evropské aspekty*, 2008. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 136.

způsobený následek zřejmě stejně závažný nebo závažnější než ten, který hrozil. U přípustného rizika je obdobně jako u podmínky subsidiarity tento vztah volnější. Výsledek, k němuž jednání směřuje, totiž nesmí zcela zřejmě neodpovídat míře podstoupeného rizika. Zatímco u krajní nouze rozhoduje poměr hrozícího a způsobeného následku, u přípustného rizika vedle toho záleží i na jejich pravděpodobnosti. Navíc způsobená škoda může být i větší než prospěch, který byl sledován.

Obdobně jako u krajní nouze se připouští zásah do práv a oprávněných zájmů druhého, kdy tento bude veden s cílem odvrátit hrozbu zájmu chráněného trestním zákonem. U krajní nouze půjde typicky o zásah do práv a oprávněných zájmů třetí nezúčastněné osoby, pokud například k odvrácení nečekaného útoku amerického pitbulteriéra použije obránce jízdní kolo třetí osoby.[126] S podobným zásahem se u přípustného rizika nemusíme setkat vždy, nicméně jeho výskyt nemůžeme vyloučit. Tato forma zásahu do práv a oprávněných zájmů třetí osoby v případě přípustného rizika nastoupí za situace, kdy nastoupí negativní následek rizika. Svým charakterem půjde o zásah předem nezamýšlený, neboť za jednání v mezích přípustného rizika

Lze uzavřít, že ačkoli přípustné riziko a krajní nouzi jsou instituty do jisté míry podobné s celou řadou shodných rysů, tak mezi nimi existuje celá řada rozdílů. Přípustné riziko můžeme označit za širší institut než je krajní nouze, zejména ve formulacích zásady subsidiarity a proporcionality. Rovněž i v tom, že je přípustné riziko možné realizovat i v situacích, kdy nehrozí přímo konkrétní nebezpečí. Na rozdíl od krajní nouze ovšem obsahuje více omezujících podmínek, například podstatně užší vymezení kvalifikovaných subjektů rizikového rozhodování nebo výslovná nutnost vyhnutí se škod na životech a zdraví. Důležité je rovněž uvědomit si, že v každém konkrétním případě je nutné pečlivě zvážit, zda jde o jednání v rámci přípustného rizika nebo v rámci krajní nouze. Přípustné riziko se nesmí zaměňovat s krajní nouzí a naopak, neboť jde o dva samostatné a rovnocenné trestněprávní instituty. Nicméně vzhledem ke své zvláštní povaze a striktním podmínkám, které vymezují mantinely přípustného rizika, lze souhlasit s názorem, že přípustné riziko je v poměru speciality ke krajní nouzi.[127] Domnívám se, že demonstrací na určitém typu příkladu bychom mohli dojít k závěru, že v určitých případech je přípustné riziko vůči krajní nouzi subsidiární. Pokud vyjede hasičský vůz s porouchanými brzdami k požáru objektu, aby zabránil rozšíření ohně na sousední výzkumné středisko vybavené mnohamilionovým vybavením, je nutné zvážit význam obou povinností a důsledků, které z jednání mohou vyplynout a poměr

[126] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 243.
[127] ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník : komentář I., § 1 – 139*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 356.

hrozícího a způsobeného následku. Pokud nedojde k nehodě, je toto jednání zcela jistě subsumovat pod jednání v krajní nouzi, jelikož způsobený následek není zřejmě stejně závažný nebo závažnější než ten, který hrozil. Pokud k nehodě dojde, není podmínka proporcionality krajní nouze naplněna, ovšem takovou situaci by dle mého názoru bylo možné řešit podle ustanovení o přípustném riziku, a to i v případě škody větší, než která hrozila, neboť formulace podmínky proporcionality je v rámci přípustného rizika volnější. V tomto smyslu je tedy přípustné riziko vůči krajní nouzi subsidiární. Shodný výklad podává J. Kuchta, podle nějž by mělo přípustné riziko působit jako pojistka v případech, kdy subjekt jedná nejprve v situaci krajní nouze, ale jeho jednání skončí i závažnějších následkem, než který hrozil.[128]

3.5.2 Přípustné riziko a nutná obrana

Nutnou obranu upravuje nový trestní zákoník v ustanovení § 29. Podstatou nutné obrany je právo každého ujmout se role obránce proti útoku na zájmy chráněné trestním zákonem v případě, že takový útok přímo hrozí nebo trvá a státní moc není s to na daném místě a v daném čase proti útoku efektivně zasáhnout. Jelikož takové jednání nahrazuje zásah veřejné moci, není pro společnost nebezpečné, ba naopak je žádoucí.[129] Čin provedený v nutné obraně není protiprávní, není tedy trestným činem a jako takový nemůže být postižen trestem ani jinou sankcí. Stejně jako u ostatních okolností vylučujících protiprávnost tak i u nutné obrany je žádoucí precizní vymezení podmínek jejího uplatnění, aby se zabránilo zneužití tohoto institutu. Jinými slovy řečeno – docházelo by k rozmáhání svémoci. Z toho důvodu zákon stanoví následující podmínky: útok přímo hrozí nebo trvá; útok směřuje proti zájmu chráněnému trestním zákonem; požadavek přiměřenosti obrany, když zákon výslovně stanoví, že nejde o nutnou obranu, byla-li obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku.[130]

Ve vztahu ke krajní nouzi je nutná obrana zvláštním, privilegovaným případem. Namísto jakéhokoli nebezpečí (požadavek krajní nouze) se u nutné obrany vyžaduje útok, kterým se rozumí úmyslné a protiprávní jednání člověka, tedy jinými slovy – útokem se de facto rozumí kvalifikované nebezpečí. Co se škody týče, ta nevzniká komukoli jako u krajní nouze, nýbrž jen útočníkovi a jelikož je nejen spravedlivé, ale i žádoucí, aby se na škodě

[128] KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 169.
[129] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 249.
[130] KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 370.

podílel útočník, dovoluje zákon obránci způsobit větší škodu, než která hrozila, ovšem zákon neopomíjí zmínit jistý korektiv, když škoda nesmí být v hrubém nepoměru ke škodě, která z útoku hrozila. Rovněž je důležité si uvědomit, že u nutné obrany absentuje podmínka subsidiarity a také požadavek povinnost snášet útok, což mimo jiné vyplývá z logiky věci. Společným znakem obou institutů je totožný zájem chráněný trestním zákonem, přímá, bezprostřední hrozba nebo trvalost útoku, respektive nebezpečí a oprávnění kohokoli jednat.[131]

Poměr přípustného rizika a nutné obrany shledávám ve vazbě na zavinění. Jednání v nutné obraně totiž vykazuje znaky úmyslného trestného činu. Obránce koná s úmyslem odrazit hrozící nebo trvající útok a za tímto účelem přímo jedná proti zájmu chráněnému trestním zákonem a současně si je vědom možného negativního následku svého obranného jednání. Jednající subjekt chce dokonce mnohdy záměrně dosáhnout výsledku, který porušuje zájem chráněný trestním zákonem, neboť za účelem odvrácení útoku jedná v úmyslu usmrtit útočníka anebo mu způsobit ublížení na zdraví. Zkoumání zavinění obránce nicméně přichází v úvahu až tehdy, pakliže jeho jednání vybočí z mezí nutné obrany, tedy v případě excesu. Až tehdy bude třeba posoudit, zda obránce jednal úmyslně či z nedbalosti, neboť vybočit z mezí nutné obrany lze i z nedbalosti, a to pouze ve vztahu k samotnému překročení mezí nutné obrany.[132] U přípustného rizika je typický záměr subjektu vyhnout se nástupu negativního následku jednání. Způsobení zásahu do zájmu chráněnému trestním zákonem má u přípustného rizika formu nedbalosti, jelikož subjekt se tento zásah snaží nezpůsobit, dokonce počítá s tím, že takový následek nenastane, a nemá proto úmysl spáchat trestný čin, ani s takovým vývojem není srozuměn.

Za společný znak obou institutů považuji skutečnost, že oba jsou společensky prospěšné, a dokonce se domnívám, že lze soudit, že jsou pro společnost nutné, a to vzhledem k žádoucímu rozvoji společnosti. Rovněž riziko považuji za jakýsi základ nutné obrany, jelikož je imanentní součástí každého rozhodování za stavu nejistoty, například u nutné obrany se tato nejistota projevuje u obránce, zda se dokáže ubránit či nikoli.

3.5.3 Přípustné riziko a svolení poškozeného

Svolení poškozeného je nově kodifikovanou okolností vylučující protiprávnost, již nový trestní zákoník upravuje v ustanovení § 30. Podstata tohoto institutu spočívá v udělení

[131] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 249.
[132] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. 1, Obecná část*. 5. jubilejní, zcela přepracované vydání. Praha : ASPI, 2007. s. 278.

svolení osobou, do jejíchž zájmů chráněných trestním zákonem je zasahováno k tomu, aby byl zásah učiněn. Takové svolení je možné udělit jen tehdy, jestliže je zájem společnosti podmíněn zájmem jednotlivce na ochraně tohoto zájmu a tento zájem je zároveň ve výhradní dispoziční pravomoci oprávněného subjektu. Porušení tohoto zájmu se rovněž nesmí dotknout zájmu společnosti. Aby bylo svolení zcela v souladu se zákonem a plnilo funkci okolnosti vylučující protiprávnost, trestní zákon dále vyžaduje, aby bylo uděleno zásadně před činem anebo současně s ním, ačkoli udělení souhlasu i ex post zákon připouští, a to tehdy, mohl-li pachatel důvodně předpokládat, že poškozený by tento souhlas jinak udělila vzhledem k okolnostem případu a svým poměrům; souhlas musí být dán vážně, dobrovolně, srozumitelně a určitě.

Do kategorie svolení poškozeného řadíme i takzvaný informovaný souhlas, který uděluje pacient lékaři v rámci lékařského zákroku v oblasti péče o zdraví, jež je svojí povahou s to způsobit závažnější zásah do tělesné integrity pacienta.[133] Nový trestní zákoník plně respektuje konstrukci, že právě s výjimkou lékařských zákroků nelze platně udělit souhlas k ublížení na zdraví nebo usmrcení jednotlivce. A právě v momentu informovaného souhlasu se setkává souhlas poškozeného s přípustným rizikem. Jistou podobnost shledávám v tom, že oba instituty mohou působit současně. Jak již bylo zmíněno v podkapitole 3.4.7, spatřuji v obou ustanoveních konstrukční problém, neboť se domnívám, že z ustanovení § 30 trestního zákoníku lze dovodit, že s výjimkou lékařských zákroků provedených lege artis nelze podle práva udělit souhlas k ublížení na zdraví či usmrcení. Nelze tedy udělit informovaný souhlas k ublížení na zdraví nebo usmrcení dle ustanovení o svolení poškozeného, nicméně tak lze učinit dle ustanovení o přípustném riziku. Je-li můj názor správný, pak je jistě možné si představit situace, kdy se tyto dva instituty okolností vylučující protiprávnost dostanou do vzájemného kolize. Tento nežádoucí stav by dle mého názoru bylo možné vyřešit tím, že by byl požadavek informovaného souhlasu podle ustanovení o přípustném riziku rozšířen o

[133] Právní úpravu souhlasu nemocného upravuje jednak zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů, který v ustanovení § 23 odstavci druhém stanoví, že vyšetřovací a léčebné výkony se provádějí se souhlasem nemocného, nebo lze-li tento souhlas předpokládat. Odmítá-li nemocný přes náležité vysvětlení potřebnou péči, vyžádá si ošetřující lékař o tom písemné prohlášení (revers).
K tomu shodně i Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny (Úmluva o lidských právech a biomedicíně) ve svém čl. 5 stanoví, že jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví je možno provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas. Tato osoba musí být předem řádně informována o účelu a povaze zákroku, jakož i o jeho důsledcích a rizicích. Dotčená osoba může kdykoli svobodně svůj souhlas odvolat.
Přísnější podmínky stanoví zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), ve znění pozdějších předpisů, když v ustanovení § 7 mimo jiné požaduje písemnou formu udělení souhlasu a jeho založení ve zdravotnické dokumentaci.

alespoň enumerativní výčet případů, za nichž by bylo možné riziko ohrožení života a zdraví podstoupit, tedy například záchranné práce při živelních katastrofách a podobně.

Co se týče rozdílných prvků, na prvním místě je patrný znak společenské prospěšnosti. Zatímco u přípustného rizika je bezpodmínečně nutný celospolečensky prospěšný cíl rizikového rozhodování, v případě svolení poškozeného tento požadavek nenajdeme. Celospolečenský zájem na zásahu do sféry osobní dispozice jedince je z podstaty věci vyloučen. Dokonce se odvážím tvrdit, že s výjimkou informovaného souhlasu s lékařským zákrokem jakákoli společenská prospěšnost v případě svolení poškozeného pravidelně absentuje, což si lze ostatně uvědomit na příkladu, kdy poškozený udělí pachateli souhlas k poškození svého automobilu, a zprostí ho tak pachatele trestněprávní odpovědnosti. Společenský prospěch zde samozřejmě není. Tímto faktem se dle mého názoru liší od všech okolností vylučujících protiprávnost.

3.5.4 Přípustné riziko a oprávněné použití zbraně, výkon práva a povinnosti, plnění závazného rozkazu

Oprávněné použití zbraně je okolnost vylučující protiprávnost, kterou nový trestní zákoník upravil stejně jako předešlý pomocí blanketní normy, která odkazuje na řadu právních předpisů upravujících podmínky použití zbraně, jde například o zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů; zákon č. 553/1991 Sb., o obecní policii, ve znění pozdějších předpisů; zákon č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky, ve znění pozdějších předpisů a další právní předpisy. Oprávnění použít zbraň je v těchto právních předpisech vázáno na konkrétní a přesné podmínky, z nichž také dovodíme způsob použití zbraně nebo také výklad pojmu „zbraň“, který je různě definován tím kterým právním předpisem.[134]

Z okolností vylučujících protiprávnost, které trestní zákoník výslovně neupravuje, je třeba vzpomenout jednak výkon práva a plnění povinnost, jednak plnění závazného rozkazu. Protiprávnost je u těchto případů vyloučena tam, kde je plnění povinnosti stanoveno zákonem, na základě rozhodnutí soudu nebo jiného státního orgánu, tedy například soudce se nedopustí trestného činu omezení osobní svobody, pakliže vezme obviněného do vazby, jelikož jsou naplněny vazební podmínky.[135] Také splnění závazného rozkazu není trestným činem, neboť vyplývá z povinností uložených právními předpisy, například zákonem č. 221/1999 Sb., o

[134] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009, s. 261 – 262.
[135] Ibidem, s. 262 – 263.

vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů. Předpokládá se totiž, že výslovný rozkaz zplnomocněné osoby není nebezpečný pro společnost, pokud je vydaný v rámci předpisů. Jestliže by se ovšem podřízený domníval, že rozkaz nebo pokyn jeho nadřízeného je v rozporu s právním předpisem, je povinen nadřízeného na to upozornit. Pokud nadřízený i přesto trvá na splnění rozkazu, podřízený je povinen rozkaz splnit a není trestně odpovědný. Na druhé straně je podřízený povinen odepřít splnění rozkazu nebo pokynu nadřízeného, pokud by jeho splněním zřejmě spáchal trestný čin.[136]

Za společný znak přípustného rizika a těchto vyjmenovaných okolností vylučujících protiprávnost lze opět považovat skutečnost, že všechny tyto jsou společnosti prospěšné a dále, pokud realizace jednání pachatele půjde nad rámec platného či účinného práva, bude se v případě přípustného rizika i ostatních okolností vylučujících protiprávnost jednat o vybočení z jejich mezí.

Blízký vztah má přípustné riziko zejména k výkonu práva a povinnosti, ačkoli jde o instituty širší, které vycházejí ze zásady, že právo nemůže trestat za to, co dovoluje nebo přikazuje. Přípustné riziko je jejich speciálním případem a konkretizuje je pro určitou konkrétní oblast vztahů.

Rozdíl mezi institutem přípustného rizika a oprávněného použití zbraně, plnění závazného rozkazu a výkonu práva a povinnosti lze spatřovat ve vzájemném vztahu k zavinění. Porušení zájmu chráněného trestním zákonem bude za splnění podmínek oprávněného použití zbraně, plnění závazného rozkazu a výkonu práva a povinnosti naplňovat znaky úmyslného jednání, ostatně jako u všech ostatních okolností vylučujících protiprávnost činu, ačkoli je pravdou, že ani nedbalostní formy jednání nejsou u těchto okolností vylučujících protiprávnost vyloučeny. Nebudou však pravidlem jako je tomu u přípustného rizika, nýbrž spíše výjimkou.

3.6 Porovnání institutu přípustného rizika se slovenskou právní úpravou

3.6.1 Obecně k významu srovnávací metody

Již v úvodu práce jsem naznačil, že nutnost poznávání cizích právních řádů je zcela na místě. Domnívám se totiž, že je správné znát úpravu cizích zemí a v některých směrech, je-li

[136] KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 399.

to možné v našich poměrech, ji převzít, a to samozřejmě za předpokladu, že bude uspokojivě řešit tu kterou právní otázku. Rovněž je vhodné dívat se do minulosti a brát si ponaučení a poznatky právní vědy i tam. Názorným příkladem je i institut přípustného rizika jakožto okolnosti vylučující protiprávnost, neboť obdobnou právní úpravu nalezneme například ve slovenském právním řádu a taktéž je možné vzít si jistá ponaučení z historie a právních názorů tehdejších československých právních teoretiků.

3.6.2 Slovenská právní úprava okolností vylučujících protiprávnost

Zabývat se opětovně podrobným historickým vývojem slovenské trestní právní úpravy je dle mého názoru neúčelné, neboť tato problematika je již zmíněna v kapitole 2 této práce. Za důležité ovšem považuji zmínit až konečný výsledek procesu rekodifikace slovenského trestního práva v podobě Trestného zákona č. 300/2005 Z.z. ve znění zákona č. 650/2005 Z.z. (dále jen „TrZ“), který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2006 a nahradil Trestný zákon č. 140/1961 Zb. Rekodifikace slovenského trestního práva byla potřebná z hlediska nového ústavního zřízení Slovenské republiky a také nových požadavků na kvalitu trestněprávní ochrany společenských vztahů. Za nejvýznamnější aspekt považuji upuštění od materiálního pojetí trestného činu a přistoupení k čistě formálnímu pojetí, které dle názoru slovenského zákonodárce plyne z požadavků praxe a rovněž zabezpečuje ústavní zásadu rovnosti před zákonem. Materiálního pojetí představuje socialistický přežitek, který byl soudní praxí často zneužíván ve prospěch či neprospěch pachatele.[137]

Okolnosti vylučující protiprávnost chápe slovenská trestněprávní nauka jako *„okolnosti, které když nastanou, způsobují, že čin, který jinak vykazuje znaky trestného činu (čin jinak trestný), není trestným činem, protože mu chybí protiprávnost“*.[138]

Z dikce ustanovení § 8 TrZ plyne legální vymezení trestného činu. Trestným činem se rozumí protiprávní čin, jehož znaky jsou uvedeny v tomto zákoně, nestanoví-li tento zákon jinak. Z uvedené definice vyplývá, že trestný čin sestává ze dvou obligatorních znaků, a to protiprávnosti a znaků skutkové podstaty trestného činu.

U jednání za okolnostmi vylučujících protiprávnost schází jeden z obligatorních znaků trestného činu, a to protiprávnost. Takové jednání není trestné od počátku, nikdy o trestný čin nešlo. Protiprávnost je chápána jako *„nedovolené porušení právního řádu jako celku nebo jako nedovolené porušení některého konkrétního právního předpisu, který je součástí*

[137] Důvodová zpráva k Trestnému zákonu č. 300/2005 Z.z. ve znění zákona č. 650/2005 Z.z.
[138] IVOR, Jaroslav a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. 1. vydání. Bratislava : Iura Edition, 2006, s. 151.

právního řádu".[139] Je nutno ji dovozovat z právního řádu jako celistvého celku a zpravidla se opírá o některá ustanovení jiných právních předpisů než je TrZ, například o předpisy upravující provoz na pozemních komunikacích nebo bezpečnost při práci.

Slovenský TrZ se, na rozdíl od nového českého trestního zákoníku, který nekodifikuje všechny okolnosti vylučující protiprávnost a dále nechává některé instituty výslovně neupravené, snaží o úplný výčet okolností vylučujících protiprávnost. Tuto konstrukci považuji za vhodnou a z pohledu de lege ferenda ji lze doporučit do českého trestního zákoníku. Ve čtvrtém oddílu druhého dílu podává ucelený výčet okolností vylučujících protiprávnost následujícím způsobem:

- *§ 24 krajní nouze*
- *§ 25 nutná obrana*
- *§ 26 oprávněné použití zbraně*
- *§ 27 dovolené riziko*
- *§ 28 výkon práva a povinnosti*
- *§ 29 souhlas poškozeného*
- *§ 30 plnění úlohy agenta*

3.6.3 Slovenská právní úprava dovoleného rizika

Obdobné ustanovení, jako je u nás přípustné riziko, nalezneme ve slovenské právní úpravě v TrZ v obecné části, hlavě první, v ustanovení § 27, pod marginální rubrikou „dovolené riziko", když text celého ustanovení zní následovně:

> *(1) Čin jinak trestný není trestným činem, pokud někdo v souladu s dosaženým stavem poznání vykonává společensky prospěšnou činnost v oblasti výroby a výzkumu, pokud společensky prospěšného výsledku, který se od vykonání činu očekává, není možné dosáhnout bez rizika ohrožení zájmu chráněného tímto zákonem.*
>
> *(2) Nejde o dovolené riziko, je-li výsledek, ke kterému čin směřuje, zcela zjevně nepřiměřený míře rizika nebo provádění činu odporuje obecně závaznému právnímu předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo je v rozporu s dobrými mravy.*

[139] IVOR, Jaroslav a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. 1. vydání. Bratislava : Iura Edition, 2006, s. 150.

Na první pohled lze zaujmout stanovisko, že konstrukce dovoleného rizika je ve slovenském TrZ vyjádřena obdobně, jako je tomu v českém trestním zákoníku. V obou národních úpravách je legální vymezení přípustného, respektive dovoleného rizika rozděleno na dvě skupiny podmínek, které sledují znění dvou odstavců. První skupina pojmových znaků dovoleného rizika ve slovenském TrZ je uvedena v prvním odstavci. Pozitivním způsobem je zde charakterizována podstata, vznik a průběh přípustného rizika a je tvořena výčtem těchto podmínek, které musí být splněny kumulativně:

- Činnost je vykonávána v oblasti výroby a výzkumu.
- Činnost je vykonávána v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které existovaly a byly dostupné v čase, kdy k této činnosti došlo.
- Požadavek společensky prospěšné činnosti, z něhož plyne riziko.
- Podmínka subsidiarity, tedy nemožnost dosažení zamýšlených společensky prospěšných cílů jiným způsobem než použitím rizikové cesty.

Druhý odstavec logicky navazuje a zpřesňuje odstavec první tím, že vylučuje dovolenost rizika v zákonem stanovených případech. Hovoříme tak o negativním vymezení dovoleného rizika za stanovení následujících podmínek:

- Výsledek, ke kterému činnost směřuje, zcela zjevně odpovídá míře rizika.
- Požadavek souladu rizikového jednání s požadavky jiného právního předpisu, veřejným zájmem, zásadami lidskosti nebo dobrými mravy.

Porovnáme-li důsledně českou a slovenskou trestní úpravu rizika, najdeme v obecné rovině jak znaky shodné, tak odlišné.

Obě národní úpravy vychází ze stejné definice rizika, za nějž slovenská právní nauka chápe kvantifikovanou nejistotu, respektive právem upravený způsob rozhodovací a realizační činnosti, která se pojí s vyjádřitelnou mírou nejistoty možného pozitivního či negativního následku a která se stává předmětem právní úpravy z důvodu svojí důležitosti pro společnost.[140] Shodné je rovněž nazírání na podstatu rizika, která spočívá v rizikovém rozhodování a činnosti, jejímž cílem je celospolečenský prospěch. V neposlední řadě je taktéž možné vysledovat jistou míru kongruence v posuzování přípustnosti, respektive dovolenosti

[140] IVOR, Jaroslav a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. 1. vydání. Bratislava : Iura Edition, 2006, s. 181.

rizika, které je dáno poměrem mezi charakterem, rozsahem a pravděpodobností možného negativního následku a charakterem, rozsahem a pravděpodobností společensky prospěšného výsledku.

Co se týče konkrétních podmínek přípustnosti, respektive dovolenosti rizika, je situace obdobná obecné rovině, tedy lze najít znaky stejné i odlišné.

Totožné znaky, ačkoli legální formulace podmínek nejsou mnohdy zcela stejného znění, se vyskytují u požadavků podmínky subsidiarity; souladu rizikového jednání s požadavky jiných právních předpisů, dobrých mravů, veřejného pořádku a zásad lidskosti; optimální informovanosti jednajícího subjektu; celospolečensky prospěšného cíle a u zjišťování poměru mezi ziskem a ztrátou.

Ačkoli je z výše uvedeného patrné, že většina znaků je v obou národních úpravách shodných, vyskytují se i takové, které se zásadním způsobem odlišují. Za takový nejvýznamnější prvek považuji skutečnost, že dle slovenské právní úpravy se dovolené riziko vztahuje jen na exaktně stanovené oblasti lidské činnosti, a to na oblast výzkumu a výroby. Rizikovou činnost je tedy za splnění dalších podmínek možné provádět jen tam, kde dochází k výrobě, přičemž výrobou se rozumí *„proces, ve kterém působením člověka nebo technologickým postupem řízeným člověkem vzniká ze vstupních hodnot nová materiální nebo nemateriální hodnota“*[141] nebo k výzkumu, který je právní vědou definován jako *„cílevědomá lidská činnost vykonávaná v souladu s právními předpisy a technickými normami, která je zaměřená na získání nových poznatků a zkušeností o okolním světě“*.[142] Je při tom nerozhodné, zda v těchto oblastech dochází k inovativní činnosti anebo k odvracení nebezpečí v případě nastalého negativního následku. Jinými slovy řečeno – dovolené riziko se nevztahuje a nelze jej jako okolnost vylučující protiprávnost použít v případech vykonávání rizikové činnosti v jiných než uvedených oblastech lidské činnosti, například při sportovní činnosti. Na tyto jiné oblasti se použijí jiné instituty v rámci okolností vylučujících protiprávnost, zejména výkon práva a povinnosti. Dle mého soudu je tato konstrukce vhodnější než ta uvedená v českém trestním zákoníku, a to vzhledem k zásadě právní jistoty, když slovenská právní úprava se zdá být v otázce výkladu práva jasnější. Česká právní úprava, jak je naznačeno v podkapitole 3.4.4, totiž blíže nikterak nespecifikuje, ve kterých oblastech se přípustné riziko dovoluje a stanoví pouze neurčitý právní pojem „společensky prospěšná činnost“. Jistým vodítkem je tak mimo jiné i důvodová zpráva, která jako příklad

[141] IVOR, Jaroslav a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. 1. vydání. Bratislava : Iura Edition, 2006, s. 182 – 183.
[142] Ibidem, s. 183.

uvádí sportovní činnost[143], tedy riziko z této oblasti vyplynuvší se bude posuzovat podle českého práva dle ustanovení o přípustném riziku a podle slovenského práva dle ustanovení o výkonu práva a povinnosti. Nicméně ani důvodová zpráva neuvádí demonstrativní, natož taxativní výčet příkladů takových činností, což podle mého názoru v budoucnu může vést k výkladovým problémům a důležitou roli pak bude hrát soudní judikatura.

Dalším odlišným rysem je otázka, kdo je oprávněn jednat v rámci rizikové činnosti. Česká právní úprava stanoví, že jím může být ten, kdo vykonává společensky prospěšnou činnost v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce. Hovoříme pak o takzvaném kvalifikovaném subjektu. Naproti tomu slovenská právní úprava žádný požadavek pro postavení, povolání nebo funkci na jednající subjekt nestanoví. Jednat tak v rámci dovoleného rizika může zásadně kdokoli, kdo tak činí v souladu s dosaženým stavem poznání a v souladu s dalšími podmínkami dovoleného rizika. Je otázkou, zda v tomto ohledu není slovenská právní úprava příliš benevolentní. Mohou totiž nastat situace, o nichž se zmiňuje například i D. Císařová,[144] kdy bude jednat amatér byť s dostatečnými znalostmi oboru, nicméně se domnívám, že by společnost měla být chráněná od různých domácích kutilů, jejichž počínáním by mohly nastat škody různě velkého rozsahu. V tomto směru si myslím, že česká právní úprava plní vyšší ochrannou funkci společenských vztahů. Slovenskou právní úpravu bychom ovšem mohli považovat za flexibilnější v případě striktního požadavku kvalifikace subjektu, a to zejména v situacích, kdy je třeba okamžitého rozhodnutí. Mnohé situace totiž vznikají náhle bez předchozího varování a vyžadují okamžitou reakci. Zde by měl mít možnost přijmout rozhodnutí i ten, kdo je na základě svých zkušeností schopen rozpoznat pravý stav věci anebo kdokoliv, kdo má byť sebemenší šanci odvrátit hrozící škodu, proto v tomto ohledu je nutné vyzdvihnout slovenskou právní úpravu. Na tyto situace by v případě striktního požadavku kvalifikace subjektu bylo možné vztáhnout ustanovení o krajní nouzi, nicméně je nutné si uvědomit, že se nikoliv zřídka mohou vyskytnout situace, kdy se jednáním směřujícím k odvracení nebezpečí způsobí škoda, a aplikace ustanovení o krajní nouzi by tak byla vyloučena.

Posledním odlišným bodem, který se vyskytuje v české právní úpravě a nikoli ve slovenské, je zákaz riskování lidskými životy, respektive ohrozit lidský život nebo zdraví lze jen za zcela mimořádných podmínek stanovených zpravidla jiným speciálním právním

[143] Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku uvádí, že definice přípustného rizika v zásadě pokrývá všechny případy tohoto rizika, neboť stranou nezůstávají ani rizika např. v souvislosti se sportovními aktivitami (boxeři, hokejisté, automobiloví závodníci apod.).
[144] CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*, 2000, č. 10, s. 10.

předpisem. Je otázkou, co vedlo slovenské zákonodárce k absolutnímu upuštění od tohoto požadavku. Ačkoli jsem v podkapitole 3.4.7 vyjádřil jisté pochybnosti nad precizností formulace této podmínky v českém trestním zákoníku, tak se domnívám, že nejde o požadavek nadbytečný, tedy takový, který by měl být z konstrukce rizika zcela vypuštěn, neboť se jedná o nejdůležitější zájem chráněný trestním zákonem.

Z výše uvedeného je patrné, že slovenská právní úprava dovoleného rizika je co do většiny pojmových znaků totožná s českou úpravou, nicméně v několika bodech se zásadním způsobem odlišuje. Konkrétně zcela vynechává zákaz riskování lidskými životy, benevolentním způsobem se vypořádává s kvalifikací subjektu rizikového rozhodování a jednání a stanoví taxativní výčet oblastí lidské činnosti, ve kterých je možné ustanovení o dovoleném riziku použít. Domnívám se, že zejména oblast exaktního vymezení společensky prospěšné činnosti stojí za úvahu z hlediska přípustného rizika de lege ferenda.

3.7 Přípustné riziko de lege ferenda

Ačkoli je trestní zákoník výsledkem několikaleté legislativní činnosti předních odborníků trestního práva, a měl by tak obsahovat precizní znění ustanovení všech jednotlivých paragrafů, nevyjímaje ustanovení upravujících okolnosti vylučující protiprávnost, přesto se pokusím o návrh několika námětů právní úpravy institutu přípustného rizika de lege ferenda.

Hlavní cíl úpravy rizika v trestněprávní oblasti dle mého názoru spočívá v tom, aby respektovala právní úpravu v každém odvětví našeho právního řádu a aby dlouhodobě zajišťovala právní jistotu subjektů přijímajících rizikové rozhodnutí, že jejich jednání, pakliže odpovídá určitým pravidlům, nebudou právně a morálně odsouzeny za prospěšná riziková jednání. Právní úprava přípustného rizika by tak měla být co nejvíce konkrétní a srozumitelná, neboť platí všeobecně uznávaná zásada, že čím konkrétnější zákon je, tím větší garance jsou pro to, že bude správně pochopen, interpretován a na řešený případ aplikován.

Legislativní činnost zákonodárce bych vyzdvihl v tom, že se odhodlal k vytvoření legální konstrukce „nové“ okolnosti vylučující protiprávnost, že se pokusil o poměrně vyčerpávající výčet přísných podmínek, které zbavují rizikové jednání protiprávnosti a že ji systematicky zařadil mezi ostatní okolnosti vylučující protiprávnost do obecné části trestního zákoníku. Uvádět totiž jeho podmínky zvlášť u každé skutkové podstaty trestných činů, u nichž by aplikace přípustného rizika přicházela v úvahu, by bylo z legislativně technického hlediska těžkopádní a navíc existuje nebezpečí, že se na některá ustanovení zapomene. Tato

metoda nemá v moderních postupech tvorby právních předpisů místo. Nicméně právní úprava přípustného rizika de lege lata podle mého názoru požadavku právní jistoty a precizního ustanovení neodpovídá zcela.

Konstrukce podmínky subsidiarity, optimální informovanosti a poměru mezi ziskem a ztrátou je dle mého soudu zcela vyhovující a neměla by v aplikační praxi činit závažnější problémy. Tak tomu ale není u ostatních kritérií přípustného rizika.

Co se týče požadavku kvalifikace subjektu přijímajícího rizikové rozhodnutí, lze v právní normě zaujmout dvě stanoviska. Buď zvolit cestu, kterou se vydal český zákonodárce a pokusit se o co nejpřesnější vymezení postavení subjektu, který je s to přijímat rizikové rozhodnutí, nebo se vydat cestou, která je alespoň co do jasnosti právní normy vhodnější a žádnou zvláštní kvalifikaci pro jednající subjekt nestanovit. Každá z uvedených cest má své výhody i nevýhody. Dle mého názoru by bylo žádoucí nalézt zlatou střední cestu mezi těmito dvěma přístupy. Pakliže kvalifikaci subjektu nikterak nevymezíme a oprávníme jednat v rámci přípustného rizika kohokoli ve všech situacích, pak bude hrozit, že se do nebezpečných činností budou pouštět i osoby, které, třebaže splňují podmínku optimální informovanosti, nedisponují například dostatečným zázemím pro samotnou činnost či pro odstranění nechtěného nežádoucího následku. Rovněž existují bezesporu společensky prospěšné činnosti jako vývoj nových léků nebo rozvoj atomové energetiky, kde je dle mého názoru zcela nežádoucí nestanovit pro jednající subjekt žádnou kvalifikaci. Tento postup je, myslím si, příliš benevolentní, nicméně není neobvyklý, neboť jej do své právní úpravy zařadil slovenský zákonodárce. Jako výhodnější se tedy jeví cesta co nejpřesnějšího vymezení kvalifikace subjektu přímo v právní normě. S tím ovšem souvisí problém, že aplikační praxe bude tento požadavek absolutizovat, a bude tak kriminalizovat ta jednání, kdy zejména při odvracení bezprostředně hrozícího negativního následku toto nebezpečí odvrací i ten, který k tomuto není zákonem kvalifikován. Stejně tak je tomu v případech, kdy má jednající osoba jen minimum času k přijetí rozhodnutí a je vyžadována okamžitá reakce. Domnívám se, že tento problém v budoucnu aplikační praxe odstraní, neboť tak, jak je kvalifikace subjektu rizikového rozhodování v trestním zákoníku vymezena, nahrává poměrně extenzivnímu výkladu.

Závažnější problém se ale ukrývá v oblasti společensky prospěšné činnosti. Jak již bylo v práci uvedeno, tento neurčitý právní pojem trestní zákoník nikterak blíže nespecifikuje ani přímo v ustanovení o přípustném riziku ani v žádném jiném ustanovení. Zastávám názor, že mnohem vhodnější by bylo, kdyby zákonodárce výslovně vymezil některé oblasti lidské činnosti, na které se přípustné riziko vztahuje. Nemusel by se při tom omezit pouze na oblast

výroby a výzkumu, jak tak činí například zákonodárce slovenský, nýbrž vhodné by bylo zmínit i oblast sportovní činnosti. Toto výslovné vymezení oblastí lidské činnosti by mohlo své místo nalézt buď přímo v ustanovení o přípustném riziku, nebo v některém dalším ustanovení v obecné části trestního zákoníku. Na ostatní, výslovně neuvedené oblasti, by se přípustné riziko nevztahovalo, nicméně by byla možná úprava podle jiných okolností vylučujících protiprávnost. Právní úprava by tak dle mého názoru byla jasnější, srozumitelnější a více by se přibližovala zásadě právní jistoty.

Poslední diskutabilní oblast právní úpravy přípustného rizika představuje přísný zákaz riskování s lidskými životy modifikovaný požadavkem informovaného souhlasu. Během rizikového rozhodování se nikoli výjimečně mohou objevit situace, které jsou charakteristické vysokou mírou pravděpodobnosti vzniku škod na zdraví či životě. Zájem na ochraně těchto hodnot se pak dostává do kolize se zájmy jinými, a je tudíž nezbytné zodpovědět otázku, zda je společenský zájem na ochraně lidského života a zdraví absolutní, tedy v žádném případě nesmí nastat ohrožení, tím spíše porucha těchto hodnot, nebo se připouští jisté odchylky, kdy bude možné upřednostnit i jiné hodnoty. Typicky významnou oblastí a jistě společensky prospěšnou činností spojenou s větší či menší pravděpodobností ohrožení lidského života či zdraví je kupříkladu lékařský experiment. Tato oblast je sice co se týče informovaného souhlasu dosti podrobná a přehledná, tudíž by zde neměly nastat závažnější problémy. Ty ovšem mohou nastat u jiné společensky prospěšné činnosti jakou je oblast sportu. Podle dikce zákona „nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas“. Důsledným dodržováním této podmínky bychom dle mého názoru vyloučili přípustné riziko například v případě, kdy v souboji rohování dojde ke zranění jednoho aktéra, přičemž tento před duelem druhému boxerovi neudělil informovaný souhlas. Na každý pád považuji lidský život a zdraví natolik důležitý zájem, proto se nedomnívám, že by se úplné vypuštění této podmínky mělo stát námětem pro právní úpravu přípustného rizika de lege ferenda, nicméně si myslím, že není žádoucí toto kritérium bezvýjimečně absolutizovat.

Současná zákonná úprava je tedy dle mého názoru v podstatě vyhovující, přesto by mohla do budoucna dostát několika změn, zejména vzhledem k zásadě právní jistoty a jasnosti a preciznosti právní normy, která je navíc umocněna upuštěním od materiálního pojetí trestného činu. Formální pojetí trestného činu vyžaduje u jednotlivých skutkových podstat trestných činů, ale i u ostatních institutů trestního práva hmotného, u okolností vylučujících protiprávnost nevyjímaje, zcela precizní znění. Za nejchoulostivější oblasti problematiky přípustného rizika považuji stanovení kvalifikace subjektu, bližší nevymezení neurčitého

právního pojmu „společensky prospěšná činnost“ a přísný zákaz riskování lidskými životy. Proto si vzhledem ke znění ustanovení přípustného rizika de lege lata myslím, že v budoucnu nejvýznamnější úloha připadne nejen interpretační, ale zejména aplikační praxi. Zákonné ustanovení pak bude doplňováno poznatky z aplikační praxe, které budou kritéria přípustného rizika usměrňovat a zpřesňovat.

Závěr

Ve své práci jsem se pokusil nastínit problematiku institutu přípustného rizika jakožto okolnosti vylučující protiprávnost, které je systematicky zařazeno mezi ostatní okolnosti vylučující protiprávnost v obecné části, hlavě třetí, v ustanovení § 31 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „TZ“).

Jak z mojí práce vyplynulo, TZ představuje významný milník dějin českého trestního zákonodárství, mimo jiné svými změnami ve zvláštní části, ale i upuštěním od materiálního pojetí trestného činu, zavedením bipartice trestných činů, doplněním trestních sankcí o domácí vězení nebo kodifikací „nových“ okolností vylučujících protiprávnost, konkrétně svolení poškozeného a přípustné riziko.

V úvodní části svojí práce jsem se pokusil vyložit obecný pojem a podstatu jak všech okolností vylučujících protiprávnost a nastínit jejich historický vývoj, tak i konkrétního institutu přípustného rizika. K řešení této problematiky jsem přistoupil nejen z pohledu práva trestního, nýbrž i z pohledu jiných právních odvětví – pro vymezení pojmu a podstaty rizika zejména z ekonomických disciplín a u vývoje právní úpravy rizika jsem vzpomněl i vývoj v rámci pracovního práva.

V práci rovněž uvádím připomínky k právní úpravě de lege lata, vztah k ostatním okolnostem vylučujících protiprávnost a podněty a návrhy de lege ferenda na základě rozboru platné právní úpravy a srovnání se zahraniční právní úpravou. Některé postřehy a připomínky, ke kterým jsem dospěl, považuji za vhodné závěrem zmínit.

V případě přípustného rizika se jedná o zcela speciální nástroj trestního práva, který je s to vyloučit nástup trestní odpovědnosti v některých specifických situací. Posláním tohoto institutu je vyloučit nástup trestněprávní sankce za jednání, které je celospolečensky prospěšné, kdy vedlejším efektem jeho realizace je možný, nikoli však úmyslný nebo cílený, nástup určitých negativních následků. Zamýšlený prospěch, který je cílem uvedeného jednání, přitom nad pravděpodobností výskytu jeho negativních dopadů převažuje – proto je žádoucí jej všemi možnými způsoby podporovat. Vzhledem k prospěšnosti rizikového chování subjektů je rovněž nutné tyto osoby chránit i v případě, že nedosáhnou zamýšleného cíle a místo toho způsobí realizaci hrozby skryté v jejich jednání.

Během zkoumání právní úpravy přípustného rizika de lege lata jsem se snažil vytyčit některé problémy z ní plynoucí.

Kritériu optimální informovanosti je nutné rozumět v tom smyslu, ačkoli tak TZ výslovně nestanoví, že jednání musí být v souladu s dosaženým stavem „vědeckého“ poznání,

tedy vyžaduje se získání a následné zpracování co nejvíce relevantních informací, které odpovídají soudobému stavu „vědeckého“ poznání. Přitom je nutné počítat s různými modifikacemi, například situacemi, kdy je získání relevantních informací ve značném finančním nepoměru k zamýšlenému výsledku nebo kdy je vzhledem k časové tísni a s tím související hrozby poruchy neúčelné požadovat kumulovat další a další informace.

Subjektem rizikového jednání zpravidla nemůže být kdokoli. Účelem je, aby ve zcela specifických situacích podléhajících přípustnému riziku nejednali amatéři, tedy ti, kteří disponují inadekvátními pomůckami pro rizikovou činnost a vzhledem ke svému postavení často ani nejsou schopni naplnit další podmínky přípustného rizika. TZ poměrně přesně stanoví charakteristiku subjektů a v souladu s důvodovou zprávou lze za konkrétní příklady uvést vědecké pracovníky, lékaře, sportovce nebo horské vůdce. Zcela specifickou situací, v níž podle mého názoru může jednat kdokoli, je případ, kdy subjekt rizikového rozhodování má jen minimum času k přijetí konečného rozhodnutí a hrozí značná porucha.

Konstrukci principu společensky prospěšného cíle rizikového jednání považuji za problematickou, a to vzhledem k zásadě právní jistoty a požadavku precizní, jasné a srozumitelné právní normy. TZ totiž neurčitý právní pojem „společensky prospěšná činnost“ v žádném svém ustanovení nikterak nedefinuje a ani nestanoví kritéria pro určení, která jednání společensky prospěšná jsou a která nikoli. Lze jistě bez výhrad souhlasit, že takovou společensky prospěšnou činností bude výroba, vývoj, výzkum. Ne zcela bez výhrad některých odborníků z oblasti trestního práva můžeme za takovou považovat i sportovní činnost. Ve všech případech se ovšem musí jednat o prospěšnost z hlediska celospolečenského, nikoli jen pro určitý okruh subjektů.

Podmínce subsidiarity přípustného rizika je třeba rozumět tak, že pakliže je možno stejného společensky prospěšného cíle dosáhnout i jiným způsobem než volbou rizikové cesty, tedy bez použití rizika, respektive za použití co nejmenšího rizika, pak zpravidla nesmí být postupováno cestou vyššího stupně rizika. Takovou je ovšem dle mého názoru možné zvolit, je-li méně riziková varianta spojena s neúměrně vysokými náklady nebo možností ohrožení lidského života a zdraví.

Výsledek, k němuž činnost směřuje, nesmí zcela zřejmě neodpovídat míře rizika. Jinými slovy – zamýšlený výsledek musí odpovídat míře podstupovaného rizika. Dospět ale k jednoznačnému stanovisku je velice složitým procesem, v němž je třeba porovnat ve vzájemné souvislosti hodnoty dvou veličin (zisku a ztráty) a pravděpodobnosti jejich vzniku. Tento postup je úzce spjat s požadavkem minimalizace možných ztrát, který spočívá v eliminaci rizik vyhodnocených jako zbytečných, tedy takových, kdy je sice vysoce

pravděpodobný užitek nízké hodnoty, ale rovněž hrozí značné ztráty, byť pravděpodobnost jejich výskytu je nepatrná.

Výčet podmínek přípustného je uzavřen potřebou souladu rizikového jednání s požadavky právních norem a dalšími hodnotovými systémy jakými jsou „dobré mravy“, „veřejný zájem“ a „zásady lidskosti“. K jejich výkladu musíme často překročit hranice práva veřejného a hledat v systému soukromém nebo i právu mezinárodním. Pro vymezení zásad lidskosti lze rovněž doporučit zásadu logického výkladu „argumentum a contrario“ některých ustanovení trestního zákoníku.

Ve vztahu k ostatním okolnostem vylučujících protiprávnost jde v případě přípustného rizika o rovnocenný trestněprávní institut, a ačkoli je svojí povahou nejbližší krajní nouzi, se kterou má několik shodných i odlišných znaků, které jsou podrobně rozepsány v příslušné podkapitole, nelze je navzájem zaměňovat, nahrazovat nebo je chápat ve vztahu subsidiarity.

De lege ferenda lze dle mého soudu doporučit, aby se zákonodárce expressis verbis vyjádřil k neurčitému právnímu pojmu „společensky prospěšná činnost“, který, jak již bylo uvedeno, považuji za vůbec největší nedostatek právní úpravy de lege lata. Další náměty budoucí právní úpravy spatřuji ve zpřesnění požadavku zákazu riskování lidskými životy a taktéž se domnívám, že bližší konkretizace kvalifikace subjektu rizikového jednání by byla žádoucí.

Podle mého názoru je problematika přípustného rizika v té podobě, jakou ji nalezneme v aktuálním znění trestního zákoníku, pro potřeby moderního trestního práva relativně vyhovující.

Resumé

Risk is an undetachable part of human life. It is connected with virtually every action a human being takes – from mere getting up in the morning, through getting to any place by mass transport, over taking part in any economic activity to taking part in other general activities of his or her own life. Without risk there would be no scientific, social or economic motion, no progress and no life as we know it. As risk plays such an important role in human lives, it is desirable to keep it under control. Taking unnecessary risks should be forbidden, while at the same time, manners that are risky, dangerous and could be an acquisition for the society should be supported and protected. Law should also reflect this occasion – and this is the origin of the concept of "permissible risk". This criminal tool protects behaviour that is intended to be beneficial for the society, despite it brings some kind of socially detrimental effect.

For long time permissible risk has been a concept that has existed extra-legal by Czech penal codes and statutes. It has been a theoretical concept introduced to practice via the concept of social danger. Now, as the new Czech Penal Code 40/2009 Sb. leaves the concept of social danger behind, there arises a need for a more precision definition of all the conditions of permissible risk. That is the reason why permissible risk has been incorporated into the general part of the Czech Penal Code 40/2009 Sb. as its § 31.

The § 31 constitutes following conditions, under which an act cannot be qualified as and punished for permissible risk: the acting person must act on behalf and in compliance with his or her work assignation or function; the acting person committing the act must act lege artis and with adequate information about possible positive or negative effects of his or her deeds; the deed itself must be realized with intention to benefit for all society; such a deed that would harm health or life of a person must be carried out only after the person gave an consent; the deed itself must not be in conflict with other legal enactments in the state, public interest and principles of good manners and humanity; the aimed benefit of the deed must be proportional to the amount of risk undertaken.

My diploma paper itself is engaged in this incorporation of permissible risk into the Czech Penal Code. After introduction, the diploma paper describes historical evolution of all circumstances excluding the illegality especially permissible risk, summarizes definitions and types of risk as such and the next subchapter deals with social aspects of risking behaviour. The main subchapter is focused on identification off all conditions of permissible risk de lege

lata. Along with evaluation of the statutory form of permissible risk it mainly aims at finding out which of its general signs have been omitted by the statute and why.

My diploma paper proceeds to finding ties and links between permissible risk and other circumstances excluding illegality for an act. Next part of the diploma paper is then focused on comparison of Czech and Slovak Penal Code and its provisions of permissible risk in general parts of both codes. There is a deliberation of permissible risk in the last part of my diploma paper. It is aimed to the analysis of all conditions of permissible risk de lege ferenda. In spite of the fact that permissible risk is systematically situated into the general part of the Penal Code and so can in theory be applied to all of the crimes of the special part, the nature of permissible risk rules out such a widespread application. Unfortunately, that does not minimize the importance of permissible risk, as the "typical" crimes at which it is applicable can be expected to be quite common in such important fields of human life.

Seznam použité literatury a pramenů

a) monografie:

JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009. 896 s. ISBN 9788087212240.

JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou : zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o výkonu vazby, zákon o výkonu trestu odnětí svobody, advokátní tarif*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009. 1216 s. ISBN 9788087212226.

JELÍNEK, Jiří. *O novém trestním zákoníku : sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce*. 1. vydání. Praha : Leges, 2009. 223 s. ISBN 9788087212219.

ŠČERBA, Filip. *Výběrová bibliografie článků z trestního práva 1997-2005*. Praha : Linde Praha, 2006. 239 s. ISBN 8072016334.

KUCHTA, Josef. *Nutná obrana*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1999. 218 s. ISBN 8021021985.

KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1.vydání. Brno : Masarykova univerzita, 1997. 168 s. ISBN 8021016825.

KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423.

NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. 1, Obecná část*. 5. jubilejní, zcela přepracované vydání. Praha : ASPI, 2007. 555 s. ISBN 9788073572617.

NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. I. Obecná část*. 3. přepracované vydání. Praha : Codex, 1997. 328 s. ISBN 8085963248.

SOLNAŘ, Vladimír. *Systém českého trestního práva*. 1. vyd. Praha : Novatrix, 2009. 157, 502, 283 s. ISBN 9788025440339.

ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník : komentář I., § 1-139*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, 1287 s. ISBN 9788074001093.

SOLNAŘ, Vladimír; FENYK Jaroslav; CÍSAŘOVÁ, Dagmar. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vydání. Praha : Orac, 2003. 455 s. ISBN 8086199746.

SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vyd. Praha : Academia, 1972. 367 s.

NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*, 3. doplněné a částečně přepracované vydání, Praha : Orbis, 1976. 326 s.

SOLNAŘ, Vladimír. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 1. vydání. Praha : Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1947. 188 s.

HAJN, Petr. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. 1. vydání. Praha : Svoboda, 1984. 142 s.

FILIPOVSKÝ, Jan; TOLAR, Jan; DOLENSKÝ, Adolf. *O obecné části trestního zákona*. 1. vydání. Praha : Orbis, 1951. 150 s.

KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (Část obecná i zvláštní).* Praha : Melantrich, 1935. 337 s.

KALLAB, Jaroslav; HERRNRITT, Vilém. *Trestní zákony československé platné v Čechách a v zemi moravskoslezské.* 3. přepracované a značně rozmnožené vydání. Praha : Československý Kompas, 1933. 1438 s.

MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 9. vydání. Praha : VŠEHRD, 1930. 144 s.

MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné*. Praha : Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902. 171 s.

BRANDOVÁ, Hana a kol. *Encyklopedický slovník*. 1. vydání. Praha : Odeon, 1993. 1253 s. ISBN 8020704388.

KLIMEŠ, Lumír. *Slovník cizích slov*. 6. zásadně přepracované a doplněné vydání. Praha : Státní pedagogické nakladatelství, 1998. 862 s. ISBN 8004267106.

REJZEK, Jiří. *Český etymologický slovník*. 1. vydání. Voznice : Leda, 2001. 752 s. ISBN 8085927853.

FOTR, Jiří. *Jak hodnotit a snižovat podnikatelské riziko*. 1. vydání. Praha : Management Press, 1992. 105 s. ISBN 8085603063.

FOTR, Jiří. *Příprava, hodnocení a výběr rizikových rozhodnutí*. 1. vydání. Praha : Institut řízení, 1987. 52 s.

CHEVALIER, Alain, HIRSCH, Georges. *Rizika podnikání*. 1. vydání. Paris : Les Edition, 1982. 137 s. ISBN 808586505X.

RAIS, Karel. *Řízení podnikatelských rizik a metody jejich snižování*. 1. vydání. Brno : VUTIUM, 2003. 32 s. ISBN 8021425075.

LIPPMAN, Walter. *Essays in the Public Interest Philosophy*. Boston : Little, Brown and Co., 1955

MACH, Jan. *Medicína a právo*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006. 257 s. ISBN 807179810X.

HENDRYCH, Dušan; SVOBODA, Cyril a kol. *Ústava České republiky*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 1997, 242 s. ISBN 8071790842.

PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústava a ústavní řád České republiky : komentář*. Díl 2. 2. doplněné a podstatně rozšířené vydání. Praha : Linde Praha, 1999, 975 s. ISBN 8072011707.
BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2001, 474 s. ISBN 8071795216.
SOUČKOVÁ, Marie. *Zákoník práce : Komentář*. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, 964 s. ISBN 8071798681.
IVOR, Jaroslav a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. 1. vydání. Bratislava : Iura Edition, 2006, 530 s. ISBN 8080780994.
Artlingua (Praha). *Slovenský trestní zákon*. 1. vydání. Praha : Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2006, 201 s. ISBN 8073380552.

b) články z časopisů:

KUCHTA, Josef. Přípustné hospodářské riziko jako okolnost vylučující protiprávnost. *Nové jevy v hospodářské a finanční kriminalitě - vnitrostátní a evropské aspekty*, 2008. Brno : Masarykova univerzita, 2008. od s. 130 - 139, 10 s. ISBN 9788021047143.
KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*, 2004, roč. 3, č. 6, s. 165-169.
KUCHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2003, roč. 2, č. 2, s. 47-52.
KUCHTA, Josef. Rekodifikace trestního práva - úkol pro začátek třetího tisíciletí. Humanitní vědy : klíčová témata a evropská integrace na počátku 21. století : sborník z vědecké konference uspořádané Vysokou školou Karla Engliše v Brně dne 24. června 2002. 1. vyd. Brno : Linie, 2002. od s. 41-46, 6 s. (Series Scientiarum Humanitatis ; Svazek 2). ISBN 80-903089-7-X.
CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*, 2000, č. 10, s. 9-11.
BALVÍN, František. Rizika hospodářské činnosti vyžadují rovnováhu. *Hospodářské noviny*, 1975, č. 13, s. 4 – 9.
GALVAS, Milan; GREGOROVÁ, Zdeňka. Ke vztahu rizika a odpovědnosti v československém pracovním právu. *Právník*, 1986, č. 10, s. 925 – 941.
ELIÁŠ, Karel. Hospodářské riziko a podniková praxe. *Právník*, 1989, č. 4, str. 307 – 319.
BREHMER, Berndt. *The Psychology of Risk*. In Singleton, W.T., Hovden, J. Risk and Decisions, reprint, Chichester : J. Wiley & sons, 1988, s. 25 – 39.

c) dokumenty a právní předpisy

Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod.

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod.

Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech.

Mezinárodní pakt o občanských a politických právech.

Úmluva o právech dítěte.

Helsinská deklarace Světové lékařské asociace.

Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

Zákon č. 117/1852 ř. z., trestní zákon o zločinech, přečinech a přestupcích, ve znění zákona č. 162/1949 Sb. účinném ke dni 1. února 1950.

Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon, ve znění zákona č. 68/1957 Sb. účinném ke dni 30. prosince 1957.

Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění zákona č. 267/2006 Sb. účinném ke dni 1. července 2006.

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 300/2005 Z.z., trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 553/1991 Sb., o obecní policii, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 124/1992 Sb., o Vojenské policii, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 40/1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění ve znění zákona č. 308/2006 Sb. účinném ke dni 18. srpna 2006.

Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 172/1990 Sb., o vysokých školách, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 283/1992 Sb., o Akademii věd České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 300/1992 Sb., o státní podpoře vědecké činnosti a vývoje technologií, ve znění pozdějších předpisů.

Zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 79/1997 Sb., o léčivech, ve znění pozdějších předpisů.
Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.
Důvodová zpráva k zákonu č. 300/2005 Z.z., Trestný zákon.
Důvodová zpráva k zákonu č. 65/1965, zákoník práce.

d) soudní rozhodnutí

Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Teixeira de Castro v. Portugalsko ze dne 9. června 1998.
Zhodnocení Najvyššieho súdu v Bratislavě ze dne 6. listopadu 1975, sp. zn. Cpj 50/75.
Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 16. 6. 2005 sp. zn. 33 Odo 489/2004.

e) internetové zdroje

HOUDEK, Petr. *Případ Kerviela: proč bankéři riskují* [online]. Hospodářské noviny, 5. února 2008 [cit. 2010 01-02]. Dostupné na <http://hn.ihned.cz/c1-22889260-pripad-kerviel-proc-makleri-riskuji>.
TUČEK, Josef. *Svět vstoupil do éry klonování lidí* [online]. Hospodářské noviny, 4. března 2004 [cit. 2010 01-11]. Dostupné na <http://hn.ihned.cz/2-14055940-500000_d-85>.
JAENISCH, Rudolf, MINTZ, Beatrice. *Simian Virus 40 DNA Sequences in DNA of Healthy Adult Mice Derived from Preimplantation Blastocysts Injected with Viral DNA* [online]. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 25. dubna 1974 [cit. 2010 01-11]. Dostupné na <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC388203/?tool=pubmed>.