Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

Diplomová práce

Teoretickoprávní aspekty trestání

Jakub Barták

Plzeň 2013

Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

Katedra teorie práva

Studijní program Právo a právní věda

Studijní obor Právo

Diplomová práce

Teoretickoprávní aspekty trestání

Jakub Barták

Vedoucí práce:

JUDr. Michal Šejvl Ph.D.

Katedra teorie práva

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

Plzeň 2013

Prohlašuji, že jsem práci zpracoval samostatně a použil jen uvedených pramenů a literatury.

Plzeň, březen 2013……

Děkuji JUDr. Michalu Šejvlovi Ph.D. za odborné vedení, cenné rady a potřebný kritický přistup při zpracování diplomové práce.

V Plzni dne 25. 3. 2013

Obsah

1 ÚVOD 7

2 ZÁKLADNÍ POJMY 8

2.1 Filozofie ospravedlnění trestu a čtyři typy sporů 8

2.2 Pojem trestu 13

2.2.1 Požadavky na definici trestu 13

2.2.1.1 Adekvátnost 13

2.2.1.2 Ekonomičnost 14

2.2.1.3 Nenormativnost 14

2.2.1.4 Neutrálnost 15

2.2.2 Definice trestu 16

2.2.3 Instituce vs. uložení trestu 19

2.2.4 Trest vs. msta 20

2.2.5 Trest vs. ochranné opatření 21

2.2.6 Porušení právní normy 22

2.2.7 Újma 23

2.2.7.1 Nepříjemnost 24

2.2.7.2 Deprivace práv a donucení 25

2.2.7.3 Může být trest pro pachatele výhodný? 26

2.2.7.4 Skutečná vs. obvyklá újma 27

2.3 Varianty ospravedlnění a klasifikace teorií trestu 28

2.3.1 Racionálnost vs. ospravedlnitelnost trestu 29

2.3.2 Akontextuální vs. kontextově podmíněné ospravedlnění 31

2.3.3 Kdy se vyžaduje ospravedlnění? 32

2.3.4 Formy ospravedlnění 34

2.3.5 Vážení důvodu 36

2.3.5.1 Absolutní versus přispívající pravidlo 37

2.3.5.2 Prima facie důvod a pro tanto důvod 40

2.3.6 Uplatnění „negativní podmínky“ 41

2.3.7 Důvody proti trestání 43

2.3.7.1 Porušení principu negativního retributivismu 44

2.3.7.2 Ryzí retributivismus a doktrína dvojího účinku 46
2.3.8 Konsekvencialismus vs. nonkonsekvencialismus 48
2.3.9 Typologie klasifikací teorií trestu 51
2.3.10 Proč retributivistům záleží na svobodné vůli? 54
2.3.11 Korigovatelnost trestem a utilitaristická odpovědnost .. 55

2.4 Konsekvencialismus 60
2.4.1 Skutečné vs. předvídatelné konsekvence 60
2.4.2 Konsekvencialismus pravidel 62
2.4.3 Instrumentální vs. inherentní dobra 65

3 NON-KONSEKVENCIALISTICKÉ TEORIE TRESTU 68

3.1 Retributivismus 68
3.1.1 Problémy s vymezením retributivismu 68
3.1.2 Lex talionis 74
3.1.3 Retributivistický konsekvencialismus 78

3.2 Některé neretributivní nonkonsekvencialistické teorie 81
3.2.1 Konsensuální teorie 81
3.2.2 Teorie nutné obrany 84
3.2.3 Teorie krajní nouze a utilitarismus 85

4 ZÁVĚR 87

5 SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY A PRAMENŮ 89

6 RESUMÉ 96

1 ÚVOD

Státní (právní) trest je jedná z mála společensky tolerovaných forem záměrného způsobení utrpení nebo jiné formy újmy, které jsou realizovány nezávisle na vůli dotčené osoby. Proti takovým jednáním lze odvodit silné morální důvody ze širokého spektra etických teorií. Je třeba zdůvodnit, proč má mít trestání podobně jako nutná obrana výjimku z obecného zákazu takových praktik. Existuje mnoho teorií, které předkládají odpovědi na otázku, proč máme morální právo trestat, respektive které účely by instituce trestu měla sledovat. Mezi nejznámější z nich patří utilitarismus a retributivismus. Utilitarismus uznává, že utrpení pachatelů je zlem. Způsobování tohoto utrpení je však ospravedlněno zabráněním většímu utrpení a instituce trestu má být zaměřena na snížení frekvence nežádoucího jednání. Podle retributivismu závisí morální status trestu výlučně nebo primárně na charakteru pachatelova jednání. Neměli bychom trestat kvůli prospěchu, který přináší instituce trestu. Základním důvodem, proč máme morální právo, respektive povinnost uložit trest je to, že si to dotyčný zaslouží.

Jedním z cílů této práce je posoudit argumentaci vybraných teorií trestů. Velká část textu se věnuje konsekvencialismu a kritice některých desinterpretací této pozice. Podrobněji se budeme zabývat ryzím retributivismem a taliační teorií odplaty. Předloženy budou také nové argumenty týkající se konsensuální teorie trestu a retributivního konsekvencialismu.

Těžiště práce spočívá v analýze klíčových či problematických pojmů. První část se zaměří na pojmové znaky trestu. Ve druhé části pak bude nastíněn pojem a varianty ospravedlnění. Poukázáno bude dále na problémy spojené s užíváním výrazů „konsekvencialismus“, „konsekvencialismus pravidel“ a „retributivismus“.

Tento text vychází téměř výlučně ze současné angloamerické literatury. Tematicky a stylem má blízko k analytické filozofii. Ve značné míře navazuje na autorovu předchozí diplomovou práci.[1] Část textu byla převzata bez výraznější

[1] BARTÁK, J. *Ospravedlnění trestu: retributivismus versus konsekvencialismus.* Plzeň 2011. Diplomová práce. Západočeská univerzita v Plzni. Filozofická fakulta. Katedra filozofie. Vedoucí práce T. Sobek.

úpravy.[2] Vynechány byly části, které bylo možné vzhledem k nově řešeným tématům snadno izolovat.[3]

Nově dodaný text svým rozsahem splňuje kvantitativní požadavky kladené na diplomovou práci.

2 ZÁKLADNÍ POJMY

2.1 Filozofie ospravedlnění trestu a čtyři typy sporů

Filozofie ospravedlnění trestu je filozofickou disciplínou a jako taková se primárně orientuje na řešení normativních sporů. Normativní spory se vedou o to, co má být, respektive o to, co máme dělat. Máme přestat trestat? Je trestání špatné či iracionální? Máme legalizovat eutanazii? Tyto spory aplikované etiky jsou úzce spjaty s normativními spory na půdě normativní etiky. Závisí morální status jednání výlučně na povaze jeho konsekvencí? Existují jednání, která jsou eticky nepřijatelná bez ohledu na jejich užitečnost? Speciálním případem normativního sporu jsou spory o to, jakou pojmovou strukturu upřednostnit. Tyto normativní pojmové spory vycházejí z toho, že některé pojmové struktury umožňují činit efektivnější či ekonomičtější inference a přehlednější klasifikace než jejich alternativy a také z Occamovy břitvy. Jde o otázky, zda a jak změnit či upřesnit obsah pojmu spojený s určitým jazykovým výrazem neboli o to, jaké inference mají být pojmově platné. Tak například zřejmě nikdo nepochybuje o tom, že vědecký poznatek implikuje pravdivost. Ten kdo tvrdí, že X není pravda

[2] Bez doplnění či výraznější úpravy byl převzat text týkající se kapitol: Adekvátnost, Nenormativnost, Neutrálnost, Trest vs. ochranné opatření, Deprivace práv a donucení, Varianty ospravedlnění a klasifikace teorií trestu, Racionálnost vs. ospravedlnitelnost trestu, Kdy se vyžaduje ospravedlnění? Formy ospravedlnění, Vážení důvodů, Prima facie důvod a pro tento důvod, Důvody proti trestání, Ryzí retributivismus a doktrína dvojího účinku, Skutečné vs. předvídatelné konsekvence.

Zcela nové jsou tyto kapitoly: Filozofie ospravedlnění trestu a čtyři typy sporů, Ekonomičnost, Nepříjemnost, Typologie klasifikací teorií trestu, Proč retributivistům záleží na svobodné vůli?, Korigovatelnost trestem a utilitaristická odpovědnost, Problémy s vymezením retributivismu, Lex talionis, Retributivistický konsekvencialismus, Konsekvencialismus pravidel.

[3] Druhy teorií dle důrazu na instrumentální, odstrašující (deterenční) teorie, generální deterence, individuální deterence, nápravné teorie, eliminační teorie, problém obětního beránka.

a zároveň že X je vědecký poznatek, si protiřečí. Málokdo též zřejmě pochybuje o tom, že je třeba tento pojmový vztah zachovat. Na půdě filozofie ospravedlnění trestu se takto diskutují zejména pojmy jako trest, ospravedlnění, zásluha, retributivismus či konsekvencialismus.

V rámci **pojmových** sporů diskutujeme jazyková pravidla upravující pojmové vztahy. V rámci **deskriptivních pojmových** sporů nějaký pojem popisujeme (obsahem pojmu X je Y), v rámci normativních doporučujeme (obsahem pojmu X by mělo být Y). Oproti tomu **věcné** spory mají povahu diskuze nad aplikovatelností již fixovaného pojmu. V těchto případech nevypovídáme něco o pojmu, ale samotný tento pojem užíváme k tomu, abychom něco vypověděli o nějaké mimojazykové skutečnosti. V rámci **deskriptivních věcných** sporů diskutujeme aplikovatelnost deskriptivního pojmu. Zjednodušeně řečeno řešíme klasifikační problém. Například otázka, zda jsou velryby ryby nebo savci, má obvykle povahu deskriptivního věcného sporu, protože díky normativnímu pojmovému sporu zoologů byly dotyčné pojmové vztahy již zafixovány. Filozofie ospravedlnění trestu se primárně nezabývá deskriptivními věcnými otázkami jako: Lze trestem napravit pachatele? Jak minimalizovat justiční omyly? Jaká je míra latence u hospodářských deliktů? Lze identifikovat neurokoreláty pedofilie? Ty přenechává odborníkům z dotčených profesí, což se nevylučuje s tím, že jejich závěry používá jako premisy normativních argumentů.

Normativní věcné spory úzce souvisejí s aplikovatelností nějakého normativního či hodnotového pojmu na mimojazykovou skutečnost. Je Petr špatný člověk? Byl Petr potrestán spravedlivě? Je správné obětovat nevinného ve prospěch celku? Někdy může být normativním věcným sporem i diskuze nad zákazem aplikace určitého pojmu. Příkladem je pojem čisté rasy, který byl užíván zastánci nacistické morálky. Sloužil k inferencím od rasové příslušnosti k normativním důsledkům. Důvodem pro zákaz aplikace takového pojmu je to, že je spojen s nepřijatelnou koncepcí hodnot a morálky. Na druhou stranu zákaz aplikace pojmu čisté rasy ještě neznamená zákaz popisu samotného pojmu.[4]

[4] Analogický příklad a závěry: SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. str. 204.

Některé normativní věcné spory se na první pohled tváří jako deskriptivní věcné spory. Například v rámci sporu o morálním statusu potratů se často diskutuje otázka, zda je lidské embryo či plod člověkem. Houževnatost tohoto sporu pak není důsledkem omezených znalostí genetiky nebo vágnosti pojmu člověk, ale tím, že ho dotyční aktéři používají normativně. Člověka chápou jako bytost, která má základní lidská práva, včetně práva na život.

Instancí normativního pojmového sporu se minimálně na první pohled jeví diskuze mezi falibilisty a infalibilisty. Pojem vědění se tradičně definuje jako podložené (zdůvodněné) pravdivé přesvědčení. Podle infalibilistů implikuje ona (epistemická) podloženost pravdivost. Abychom mohli hovořit o vědění, je dle infalibilistů nutné takové zdůvodnění, které zaručuje pravdivost. Tedy jestliže je nějaké přesvědčení v tomto smyslu podložené, pak je pravdivé. Důsledkem infalibilismu je nadbytečnost pravdivosti v definici vědění. Falibilisté tyto názory popírají. Falibilismus bývá považován za důsledek určité skepse vůči možnosti takového podložení. Pojem vědění by se při takovém obsahu stal prakticky nepoužitelný, protože stěží budeme disponovat odůvodněností požadovanou infalibilismem.

Uvažme nyní spor mezi utilitarismem a retributivismem, který se týká aplikace pojmu správného trestu. Utilitaristé tvrdí, že trest je správný právě tehdy, když maximalizuje užitek. Retributivisté to popírají. Podle retributivismu je trest správný právě tehdy, když si ho dotyčná osoba zaslouží. Oba tábory mají odlišné koncepce správného trestu. To ale ještě neznamená, že mají zájem redefinovat pojem správného trestu a už vůbec ne to, že používají odlišné pojmy. Představme si, že bychom začali používat výraz „správný trest“ ve smyslu trestu, který maximalizuje užitek. „X je správný trest“ by potom znamenalo, X je užitečný trest neboli X je správný trest vzhledem k utilitaristické morálce. Retributivista by vůči užitečným trestům nemohl namítat, že jsou „nesprávné“, protože by to byl pojmový nesmysl. Na druhou stranu by však popřel platnost pojmové inference od „X je správné“ k „máme realizovat X“. Pojmová změna by nic nezměnila na neshodách o tom, co máme dělat.[5] Takový scénář by nakonec vedl k zavedení nového výrazu, který by odpovídal původnímu neutrálnímu pojmu správný trest. Debata mezi utilitarismem a

[5] SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. str. 206.

retributivismem má povahu normativně věcného a nikoliv normativně pojmového sporu.

Normativita umožnuje vysvětlit vytrvalost filozofických sporů a oddělit filozofické disciplíny či obory jako filozofie ospravedlnění trestu, etika, epistemologie, metaetika od vědeckých oborů jako antropologie, sociologie, lingvistika, teorie her či fyzika. Filozofové však mnohdy nereflektují, kdy řeší normativní pojmovou, deskriptivní pojmovou, normativní či deskriptivní věcnou otázku, což může vést ke zbytečným nedorozuměním. Věc se navíc komplikuje v tom, že spolu tyto otázky mnohdy úzce souvisí. Pokud se například snažím vhodně definovat pojem trestu, musím vycházet z toho, jak se dotyčný pojem běžně používá. Ve sporu o svobodnou vůli se vedle její existence řeší otázka, jak máme dotyčný pojem používat. Přitom nemusí být jasné, kdy svobodnou vůli užíváme jako normativní a kdy jako deskriptivní pojem.

Je užitečné, pokud si aktéři obdobných sporů uvědomují, kdy řeší tu či onu otázku. Rizika spojená s nereflektováním těchto distinkcí lze ilustrovat na sporu o pojem vědění mezi falibilismem a infalibilismem.

Takzvané Gettierovi protipříklady lze užít dvojím způsobem. Zaprvé mohu tvrdit, že Gettierovy protipříklady nasvědčují tomu, že některé naše jazykové intuice neodpovídají falibilistické koncepci vědění. Tím lze podpořit i tvrzení, že této koncepci neodpovídá ani jazyková konvence. V neprospěch **normativního** falibilismu je však ještě třeba dodat další premisu. Jazykové konvence prošly evolučním procesem (testem času), který nasvědčuje tomu, že jestliže je určitá koncepce pojmu více v rozporu s jazykovými konvencemi než její alternativa, pak je obvykle i méně užitečná. Navíc máme pro tanto důvod proti všem stipulativním definicím, které nerespektují jazykové intuice a konvence. Taková změna pojmových struktur sebou nese ekonomické náklady podobně jako každá rekodifikace práva. Lze najít i obdobné argumenty vystupující proti deskriptivnímu a normativnímu infalibilismu. Celkem běžně se například používá obrat „vím to jistě“, který je z pohledu infalibilismu prima facie pleonasmem. Tím se dostáváme k dalšímu způsobu argumentace, který se opírá o Occamovu břitvu. Proč fixovat pojem vědění podle infalibilismu, když lze v případech, kdy disponujeme epistemickou evidencí zaručující pravdivost, hovořit o apodiktické jistotě. Navíc účinkem infalibilismu by bylo zbytečné

zmnožení pojmů. Infalibismus totiž pojmově vylučuje vědění v případech, kdy nemáme apodiktickou jistotu. Museli bychom zavést alternativní pojem (výraz) pro případy, kdy bychom měli dobré důvody se spoléhat na určitá přesvědčení a odůvodněně o ně opírat svoje rozhodnutí, aniž bychom disponovali evidencí zaručující apodiktickou jistotu. Stejně jako jsme dodáním určité premisy upravili argument proti deskriptivnímu falibilismu na argument proti normativnímu, lze nyní dodáním premisy upravit argument proti normativnímu infalibilismu na argument proti deskriptivnímu. Jestliže je určitá koncepce pojmu úspornější či jinak užitečnější, pak také nejspíš více koresponduje s jazykovými konvencemi.

Diskuze mezi falibilisty a infalibilisty se částečně tváří jako deskriptivní pojmový spor, protože zahrnuje argumenty jazykovou intuicí. Vytrvalost diskuze naopak svědčí o její normativní povaze. Komplikovanost normativního pojmového sporu a nebezpečí pseudosporu roste v případech normativních pojmů a zejména těch latentně normativních.

Zaprvé je možné, že určité aspekty diskuze mezi falibilisty a infalibilisty mají povahu normativního věcného sporu. Jak již bylo řečeno motivem pro falibilistický pojem vědění může být skepse ohledně aplikovatelnosti pojmu „odůvodněnost garantující pravdivost“. Proč neshoda ohledně jeho aplikovatelnosti nebyla vyřešena empirickými prostředky či dohodou o jeho významu? Zdá se, že ze stejných důvodů jako nelze obdobnými prostředky vyřešit aplikovatelnost pojmu správný trest.

(Zdánlivý) nesouhlas ohledně aplikovatelnosti či pojmovém znaku normativního pojmu může být následkem odlišného chápání normativních důsledků. Předpokládejme, že vědění je normativní pojem, který vyjadřuje určitou kvalitu (hodnověrnost, spolehlivost) nějakého přesvědčení či propozice. Pokud nějakou propozici označíme za vědění, tak tím zároveň můžeme chtít říci například to, že ověřování její pravdivosti je mrhání času a energie podobně jako je tomu v případě, kdy nějakou propozici označíme za jistou. Další možnost jak chápat normativnost vědění: Jestliže je propozice věděním, pak není iracionální o ní opírat svá rozhodnutí a neověřovat její pravdivost. První normativní důsledek klade patrně přísnější požadavky na epistemické důvody. Neshoda falibilistů a infalibilistů ohledně epistémické odůvodněnosti by mohla částečně spočívat v nedorozumění ohledně normativních důsledků. Později si

ukážeme, že některé výtky směřované vůči konsekvencialismu a zejména objektivnímu konsekvencialismu spočívají v nedorozumění ohledně normativních důsledků (morální) špatnosti.

Diskuze mezi falibilisty a infalibilisty může mít povahu deskriptivního pojmového sporu. Tomu částečně nasvědčuje užívání Gettierových protipříkladů. Důvodem proti takové interpretaci je vytrvalost diskuze, která naznačuje její normativní povahu. Normativní pojmový spor ohledně pojmového znaku odůvodněnosti může souviset s věcným normativním sporem ohledně aplikovatelnosti normativního pojmu jistoty. Falibilisté mohou být skeptičtější ohledně frekvence výskytu důvodů garantujících pravdivost a proto mohou odmítat infalibilistický pojem vědění. Jako možná příčina neshod se též nabízí neartikulace názorů ohledně normativních důsledku vědění.

2.2 Pojem trestu

2.2.1 Požadavky na definici trestu

Primárním požadavkem na pojmové struktury je jejich užitečnost. V různých kontextech přitom mohou být užitečné různé pojmové struktury. Například v běžné řeči nemusí být vágnost a víceznačnost na obtíž takovým způsobem jako v právní komunikaci. Zde se zmíníme o požadavcích na definici trestu v kontextu snah teoretiků ospravedlnění trestu.

2.2.1.1 Adekvátnost

Parlament vytváří právní normy. Soudci pak s odůvodněním, že někdo porušil tyto normy, dotyčnému za toto porušení ukládají různé sankce jako například uvěznění, vyhoštění, zabavení majetku, zákaz činnosti a v některých státech i trest smrti. Jiné orgány státu pak zajistí, respektive vynutí vykonání uloženého trestu. Jeden z požadavků na definici je adekvátnost. Teorie ospravedlnění trestu se zabývají etickou přijatelností praktik této povahy, a tudíž právě jim by měla odpovídat definice trestu. Pojem získaný abstrakcí z těchto jevů může přitom zahrnovat i dosti odlišné praktiky. Upálení třináctileté osoby za porušení normy vydané absolutistickým monarchou, k němuž se tato osoba doznala za pomoci tortury, nebo situace, kdy státem naprogramovaný robot

vyhledá a usmrtí delikventa, se v důležitých pojmových znacích nemusí lišit od současných podob trestů. Naopak tomu bude v případech nabídky dovolené, která určitě není újmou, nebo vynutitelné povinnosti platit daně, která není důsledkem porušení pravidla nebo potrestáním psa, který postrádá požadovanou schopnost řídit se pravidly, respektive morální odpovědnost.

2.2.1.2 Ekonomičnost

Adekvátní definice předmětu zájmu nemusí být adekvátním zachycením toho, jak se dotyčný výraz používá v dominantní jazykové praxi. V daném případě se jedná o běžnou či právní komunikaci. To souvisí s principem, který říká, že nemáme bezdůvodně používat termíny v rozporu s jejich běžným významem. Někdy však může být užitečné se od konvencí dominantní jazykové praxe odchýlit. To se nabízí zejména v případech, kdy není dotyčný termín užíván dostatečně ostře a jednoznačně. Protože se teoretici trestu zabývají nejčastěji ospravedlněním právního trestu za zaviněné jednání, používají či definují „trest“ / „punishment“ odpovídajícím způsobem nezávisle na tom, jak se používá v běžné či právní komunikaci. Jedním z důvodů je prostá ekonomie vyjadřovaní. S termínem „trest“ se pracuje pohodlněji než s výrazem „trest za zavinění“.

2.2.1.3 Nenormativnost

Jde nám o otázku, zda je trestání eticky přijatelné. Je tedy třeba vycházet z takové definice, která je k této otázce neutrální.[6] Nemá smysl se zabývat ospravedlněním A, pokud lze morální status A rozhodnout analýzou významu slov. Definice by neměla obsahovat normativní pojmy jako například „legitimní autorita“, „spravedlnost“, „přiměřenost“ apod.[7] Důvod proč operovat s čistě deskriptivní definicí nespočívá ani tak v tom, že nemá smysl zabývat se ospravedlněním něčeho, co je správné již z definice, ale spíše v tom, že požadavek na definici je co nejpřesněji a nejjasněji identifikovat praktiky, o které nám jde a kterými se zabýváme, a tím zpřehlednit komunikaci důvodů. Buď

[6] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 5
[7] BEDAU, Hugo; KELLY, Erin. Punishment. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

můžeme definovat trest deskriptivně, a pak nebudeme mít takový problém určit, které praktiky pod něj spadají, a vést spor, které z nich jsou eticky přijatelné, nebo můžeme trest definovat pomocí normativních pojmů a vést spor o to, které praktiky pod takovou definici spadají. V případech, kdy se dva lidé neshodnou na tom, zda nebo proč je trestání morálně ospravedlnitelné, napomáhá definice identifikovat, proč tomu tak je. Umožňuje snadněji rozhodnout, zda je to důsledkem akceptace odlišných důvodů popřípadě neshody ohledně jejich váhy nebo tím, že se zabývají ospravedlněním odlišných praktik. Může se stát, že závěry své argumentace skončí na první pohled neslučitelnými tvrzeními, jako: „měli bychom trestání odmítnout" a „existuje eticky přijatelná varianta instituce trestu".[8] Přitom jejich návrhy podoby správného trestání, respektive správné alternativy k trestání, mohou být totožné.[9] Explicitní uvedení pojmových znaků trestu nám též usnadní uvědomit si ty eticky relevantní.

2.2.1.4 Neutrálnost

Definice by měla být neutrální nejen k otázce, zda je trestání eticky přijatelné, ale též k otázce, proč je eticky přijatelné, respektive na základě kterých důvodů. Přestože je trestání kombinovatelné s mnoha účely a přestože myšlenka instituce trestu, která by neměla žádný účel, není koherentní, je v kontextu soupeření různých teorií trestu užitečné, aby v sobě definice neobsahovala účel trestu.[10] Posuďme například tuto definici: Trest je „*právní následek trestného činu představující jeden z prostředků realizace ochranné funkce trestního práva, ukládaný na základě zákona výlučně trestním soudem, zahrnující v sobě určitou újmu pro pachatele a vyjadřující negativní hodnocení pachatele a jeho činu, jehož výkon je vynutitelný státní mocí*."[11] Tato definice

[8] Tak například Michael Cholbi kritizuje Davida Boonina, za to, že jeho abolicionistický návrh alternativy k trestu, kterou předložil v knize *The Problem of Punishment* splňuje jak Flew-Benn-Hartovu tak i Booninovu vlastní definici trestu. (CHOLBI, Michael. Compulsory Victim Restitution Is Punishment: A Reply to Boonin. *Public Reason*.)

[9] Obrat „alternatives to punishment, not only alternative punishments" použil: CHRISTIE, Nils. Limits to Pain. str. 11. (DUFF, R. Antony. Punishment, Communication, and Community. str. 34.)

[10] BEDAU, Hugo; KELLY, Erin. Punishment. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

[11] KRATOCHVÍL, Vladimír, et al. *Kurs trestního práva : Trestní právo hmotné. Obecná část*. str. 471.

není vhodná v případech, kdy vedeme spor o to, jestli má instituce trestu sloužit retributivní spravedlnosti nebo minimalizaci utrpení.

2.2.2 Definice trestu

Bůh seslal na lidstvo potopu. Pán udeřil svého psa, protože mu rozkousal boty. Otec zakázal svému synovi hraní na počítači, protože nevynesl koš. Zaměstnavatel dal zaměstnanci výpověď za jeho pozdní příchody. Učitel nechal žáka po škole, protože opisoval. Norimberský tribunál potrestal nacisty. Upír obecný se odmítl podělit o krev za předešlou nekooperaci. Soud uložil pachateli vraždy trest odnětí svobody. Všechna tato jednání mají zjednodušeně řečeno společné to, že jsou: 1) úmyslným nebo záměrným způsobením nějaké újmy respektive něčeho nepříjemného cítícím bytostem (osobě nebo zvířeti),[12] 2) a to nezávisle na jejich vůli[13] 3) na základě jejich předešlého jednání či chování, 4) které někdo vyhodnotil jako nežádoucí.

Pojem trestu v obecném slova smyslu zahrnuje relativně širokou a různorodou skupinu jednání. Od toho je třeba odlišit metaforické užití výrazu „trest“ jako například: „Dotyčná autonehoda je trestem za jeho bezohlednou jízdu.“; „Nepozornost brankáře byla potrestána gólem.“; „Neunesl pocit viny a sám se potrestal.“ Rozlišení metafory od nestandardního užití pojmu trest nemusí být jednoznačné. V případě autonehody tvoří základ metafory nepříznivý následek a nežádoucí jednání. O trest v pravém slova smyslu se však očividně nejedná. Autonehoda byla kauzálním následkem bezohledné jízdy, o jejímž způsobení nikdo nerozhodoval. Příklad s brankářem je na první pohled metaforickým užitím. Základ metafory tvoří nepříznivost a analogie mezi chybou brankáře a nežádoucím jednáním. Důvody a motivy vystupující ve prospěch snahy dát gól jsou dány nezávisle na existenci dotyčného pochybení, které bylo pouze příčinou toho, že ony snahy byly úspěšné. Co se týče

[12] Vzhledem k trestání právnických osob se nabízí například: 1) Napadnout myšlenku, že se tresty pojmově musejí týkat cítících bytostí. 2) Trvat na tom, že tzv. tresty právnických osob jsou ve skutečnosti tresty určitých nebo blíže neurčených fyzických osob. 3) Tvrdit, že tresty právnických osob nejsou pojmově tresty.

[13] Don Scheid vymezuje trest jako něco, co je způsobeno **proti** vůli trestaného. To je nepřesné. Lze si představit kajícníka, který dobrovolně přijímá trest. SCHEID, Don E. Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments. str. 441.

potrestání sebe sama, není zde splněn typický či pojmový znak, že o trestu rozhoduje aktér odlišný od subjektu trestu.

V tomto textu se budeme zabývat ospravedlněním té varianty trestu, která souvisí s právem, státní mocí a kriminalitou. Důvody, respektive motivy, proč se většina autorů zabývá ospravedlněním státního trestu (dále jen „trest“) spíše, než ospravedlněním ostatních variant, souvisí s tím, že tresty ukládané v rámci instituce trestu jsou obvykle daleko závažnější a v porovnání s Božími tresty frekventovanější.

Nejfrekventovanější formulace definice trestu jsou variacemi tzv. „Flew-Benn-Hart definice“, na které se podíleli, jak označení napovídá, Stanley Benn, Antony Flew a H. L. A. Hart. Podle Harta je centrální, respektive standardní případ trestu určen těmito pěti prvky:

1) Musí zahrnovat bolest nebo jiné následky, které jsou obecně pokládány za nepříjemné.
2) Musí být uložen za delikt proti právním normám.
3) Musí být uložen skutečnému nebo předpokládanému delikventovi za jeho delikt.
4) Musí být vykonán jinou osobou než delikventem.
5) Musí být uložen a vykonán autoritou ustanovenou právním systémem, proti kterému byl delikt spáchán.[14]

K těmto pěti znakům se též často dodává šestý, kterého si povšiml John Feinberg.[15]

6) Trest vyjadřuje nebo komunikuje (oproti jiným formám sankcí) rozhořčení, nesouhlas nebo odsouzení.

Pro srovnání uveďme definici, kterou formuloval Nigel Walker:

1) trest zahrnuje způsobení újmy, tj. něčeho, co je obecně pokládáno za nepříjemné;

---

[14] HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*. str. 4-5.

(i) It must involve pain or other conseqnces normály considered unpleasant.
(ii) It must be for an offence against legal rules.
(iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence.
(iv) It must be intentionally administered by humans beings other than offender.
(v) It must be imposed and administered by an authority constituted by legal systém against which thw offence is committed.

[15] BEDAU, Hugo; KELLY, Erin. Punishment. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

2) tato újma je způsobena úmyslně a cíleně;
3) trest je ukládán osobou, která k tomu má autoritu (ať je to ve společnosti, firmě či rodině);
4) trest je ukládán za konání či opomenutí, jež porušuje právo, pravidlo nebo zvyklost;
5) toto porušení musí být zaviněné, tj. trestané osobě musí být vytknutelné;
6) trest je ukládán z ospravedlnitelného důvodu, nikoliv svévolně.[16]

Rozsahy obou definic mají průnik, ale nejsou totožné. Herbert Hart definuje trest čistě deskriptivně a v tomto ohledu vyhovuje požadavku nenormativnosti. V případě Walkera záleží na interpretaci posledního bodu.[17] Při normativním čtení Walkera je dotyčný průnik pouze možný a nikoliv nutný.

Walkerova definice zahrnuje i případy uložení trestu mimo kontext práva. Hartova definice naopak pojmově nevylučuje trestání v případech objektivní odpovědnosti (strict liability). Nicméně vzhledem k Feinbergově korekci by takové trestání bylo smysluplné patrně pouze v případech zavinění. Z hlediska retributivismu založeném na zavinění (culpability) je zřejmé, že není správné odsuzovat nezaviněné „porušení pravidla“. Z hlediska utilitarismu není obecně užitečné komunikovat, že někdo svým jednáním projevil despekt k právem chráněným hodnotám nezávisle na tom, zda tento despekt skutečně projevil.[18]

Uplatňování objektivní odpovědnosti neposkytují ospravedlnění teorie, které se opírají o morální selhání pachatele. U takového „trestání“ nemá totiž smysl mluvit o zavinění nebo zásluze (retributivismus zásluhy), nápravě (edukační teorie), výtce („odsuzující teorie“) apod. Teorie, které tvrdí, že nutnou podmínkou spravedlivého trestu je morální selhání pachatele, mají dvě možnosti. 1) Odmítnout uplatňování objektivní odpovědnosti. 2) Najít eticky relevantní rozdíl mezi trestem a objektivní odpovědností, který by zdůvodnil, proč újma způsobená trestem vyžaduje morální selhání a újma způsobená

[16] WALKER, Nigel. *Why Punish?.* str. 1-3. Překlad podle: LATA, Jan. *Účel a smysl trestu*. str. 6.

[17] Zde vysoce záleží na adekvátnosti překladu, kterou bohužel nejsem schopen zhodnotit, protože nedisponuji původním textem. Walkerova definice však vhodně kontrastuje s Hartovou.

[18] Je otázka, co se přesně myslí komunikací odsouzení či nesouhlasu.

uplatněním objektivní odpovědnosti nikoliv. Retributivismus a konsekvencialismus si primárně konkurují v případech zaviněného porušení právní normy.

2.2.3 Instituce vs. uložení trestu

Je třeba rozlišit instituci trestu a konkrétní trest. Instituce trestu zahrnuje státem garantovaná pravidla a osoby, které jsou schopny se jimi řídit. Některá pravidla připisují některým osobám roli soudců, vyšetřovatelů nebo vykonavatelů trestů a podobně. Konkrétní akt uložení trestu[19] je pak jednání, kdy nějaká osoba nebo skupina osob v rámci své institucionální role úmyslně a záměrně způsobí újmu jiné osobě, a to na základě toho, respektive s odůvodněním, že trestaná osoba porušila pravidlo.

Je možné též zmínit rozdíl mezi uložením trestu a trestem. Zatímco „uložení trestu“, respektive „potrestání“ znamená vždy nějaké jednání, „trest“ referuje primárně k následku takového jednání. Pokud například řeknu, že nějaký trest byl nepřiměřeně dlouhý, predikát „nepřiměřeně dlouhý“ se vztahuje pouze na následek a nikoliv na jednání. Potrestání je záměrné způsobení újmy (jednání), zatímco trestem se primárně myslí záměrně způsobená újma (následek). V textech zabývajících se ospravedlněním trestu není obvykle třeba mezi trestem a potrestáním rozlišovat. Pokud vztahujeme morální predikáty (spravedlivý, krutý, správný) na následek určitého jednání, vztahují se automaticky i na jednání které spočívalo v jeho úmyslném způsobení.

Teorie (ospravedlnění) trestu se primárně zabývají morálním statutem instituce trestu. Zabývají se otázkou, které účely by instituce trestu měla sledovat. Zda například distribuovat nepříjemné pocity tak, aby došlo k maximalizaci blahobytu (hédonistický utilitarismus), nebo je spíše distribuovat podle zásluhy (retributivismus). Abolicionisté pak tvrdí, že instituce trestu je eticky nepřijatelná, a přicházejí s vlastními návrhy alternativních institucí.

Teoretici trestu se zabývají též etickou přijatelností konkrétních trestů, protože na nich závisí morální status instituce trestu jako takové. Instituce trestu může být ospravedlnitelná i přesto, že může vyprodukovat morálně špatný

[19] V této části opomíjím rozlišení mezi uložením trestu a vykonáním trestu.

trest.[20] Pokud by ale frekvence nebo intenzita morální špatnosti takových trestů byla nepřijatelná, byla by nepřijatelná i dotyčná instituce. Harmonizace instituce v souladu s nejlépe odůvodněnými účely je pak problémem praxe.

2.2.4 Trest vs. msta

Jaký je rozdíl mezi trestem a mstou? Tuto otázku lze interpretovat několika způsoby. Zaprvé je třeba rozlišit pojmový rozdíl (denotaci) od rozdílu obvyklých znaků či obvyklých asociací (konotaci). Se mstou si tudíž na rozdíl od trestu můžeme asociovat silný pocit hněvu související s osobní angažovaností a iracionálností či nepřiměřeností mstitelova jednání. To však ještě neznamená, že msta je pojmově (nutně) nepřiměřenou či iracionální reakcí hnanou silným pocitem hněvu.[21]

Za druhé je třeba rozlišit srovnání pravidel užívání těchto výrazů v běžném jazykovém užití a srovnání alternativních návrhů na jejich zpřesnění. Například v běžné řeči je za mstu obvykle označována reakce na jednání, které se dotklo přímo mstitele nebo jeho blízkých. Někdo může navrhovat zpřesnění pojmu msty tak, aby pojmově implikovalo námi naznačenou osobní angažovanost.

Obě výše uvedené distinkce přímo souvisí s diskutabilností názoru o ostré hranici mezi analytickými a syntetickými soudy.

Za třetí je nutné si vyjasnit, zda mstu srovnáváme s trestem v obecném slova smyslu nebo s nějakým druhem trestu. Právní trest je na rozdíl od msty něco, co se nutně odehrává v rámci instituce. Tím se právní trest pojmově liší od msty a soukromých trestů (např. rodičovské tresty). Trest v „přirozeném stavu“ je stejně rozporný jako daně či vojenská služba za absence státu.[22] Mezi právním trestem a mstou je tedy pojmový rozdíl. Někdo může namítat, že představa tzv. institucionální msty je koherentní. Tím lze mimo jiné podložit tezi, že právní trest a msta se nevylučují. Jinými slovy, že něco může být právním

[20] Např. BEDAU, Hugo; KELLY, Erin. Punishment. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

[21] Leo Zaibert argumentuje, že všechny jemu známé rozdíly jsou rozdíly na úrovni konotace. Nutno podotknout, že se zabývá trestem v obecném slova smyslu a nikoliv právním trestem. (ZAIBERT, Leo. Punishment and Revenge. *Law and Philosophy*.)

[22] Srovnej: DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. str. 76.

trestem a mstou zároveň. Příklady toho, co by možná šlo označit za formu institucionální msty, však nejsou protipříkladem vůči výroku: právní trest nutně vyžaduje instituci a msta nikoliv. Tento výrok jenom tvrdí, že msta je oproti právnímu trestu možná mimo instituci. Protipříkladem by byl pouze neinstitucionalizovaný právní trest. Nikoliv tedy institucionalizovaná msta. Naopak je zřejmé, že právní/institucionální trest a soukromý trest se pojmově vylučují. Problémy s institucionální mstou má Ted Honderich, když tvrdí, že trest není mstou, protože člověk který se mstí, k tomu není autorizován.[23] Z této spíše neobratné formulace lze odvodit problematickou tezi o tom, že právní trest a msta se pojmově vylučují.

Honderich také píše, že Leo Zaibert předložil zajímavou obhajobu teze, že trest v obecném slova smyslu (nikoliv právním) nemůže být efektivně odlišen msty.[24] Honderich má pravdu. Zaibert však tvrdí něco navíc. Argumentuje neexistencí pojmového rozdílu, což je něco jiného než neexistence efektivního rozlišovacího kritéria. Existence efektivního rozlišovacího kritéria implikuje pojmový rozdíl, ale opačně tomu být nemusí. Mezi spravedlivým a nespravedlivým trestem je pojmový rozdíl, který neposkytuje žádné empirické rozlišení, protože spravedlivost není empirický pojem. Institucializovanost je sice empirický pojem, v daném případě nám však neposkytuje efektivní rozlišovací kritérium. Na základě toho jsme schopni pouze rozlišit právní trest od neinstitucializovaného jednání.

2.2.5 Trest vs. ochranné opatření

Trest je třeba odlišit od „ochranného opatření“ (treatment). Někdy lze osobu donutit strpět ostrakizaci nebo jiné negativní následky i mimo kontext instituce trestu. Jedním z příkladů je karanténa, kdy je osoba, u které je podezření vysoce nakažlivé nemoci, nezávisle na své vůli izolována. V tomto případě dáváme přednost zdraví ostatních před preferencemi nemocného. Obdobně nakládáme s lidmi s dočasnou (např. sebevražedné sklony) nebo trvalou psychickou poruchou, a to proto, že chceme chránit je samotné nebo

[23] HONDERICH, Ted. Punishment: The Supposed Justifications Revisited. str. 8.

[24] HONDERICH, Ted. Punishment: The Supposed Justifications Revisited. str. 230.

společnost.[25] U ochranných opatření se snažíme redukovat stres a utrpení vždy, kdy je to (ekonomicky) možné. Preferují se ty alternativy, které stále slouží ochrannému účelu a zároveň nezatěžují dotyčnou osobu. V těchto případech nemá smysl mluvit o zásluze nebo o tom, že bychom tímto zásahem vyjadřovali nebo komunikovali nějaké odsouzení, rozhořčení či sociální výtku.[26] Intenzita zásahu nezávisí na předešlém jednání. Předešlé jednání je indikátorem nebezpečnosti postiženého.[27] Pokud má někdo kognitivní nebo ovládací poruchu schopnosti řídit se pravidly a spáchá jinak trestný čin, pak jeho skutek není přímým normativním důvodem pro detenci či ostrakizaci, ale epistemologickým důvodem ve prospěch jeho nebezpečnosti.

Přestože se zde zabýváme odlišením trestu od podobných praktik, neznamená to, že ospravedlnění trestu nesouvisí více nebo méně s ospravedlněním soukromých trestů, donucení nahradit škodu, ad hoc tribunálů, msty, ochranných opatření, vojenských operací a podobně. Předností některých teorií trestu (např. utilitarismu) je, že jejich ospravedlnění trestu lze obdobně uplatnit na ospravedlnění ochranných opatření a sankcí v případech objektivní odpovědností.

2.2.6 Porušení právní normy

Trest neukládáme náhodně. Trest se ukládá na základě nějakého minulého jednání.[28] Pokud řeknu, že jsem někoho potrestal, mohu očekávat otázku, za co to bylo. To se týká všech variant trestu. V případě právního trestu má dotyčné jednání charakter porušení právní normy. Představme si, že soudce v odůvodnění rozsudku uvede, že se obžalovaný žádného činu nedopustil, ale bude potrestán, protože se tím zabrání značnému utrpení. Takové zdůvodnění by dávalo smysl v instituci obětních beránků, ale nikoliv v instituci trestu. Můžeme si představit i situaci, kdy by soudce řekl, že obžalovaný sice nic nespáchal, ale bude potrestán, protože skenováním jeho mozku bylo zjištěno,

[25] FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. str. 25.

[26] HONDERICH, Ted. Punishment: The Supposed Justifications Revisited. str. 8.

[27] KRATOCHVÍL, *Vladimír, et al. Kurs trestního práva : Trestní právo hmotné. Obecná část*. str. 466.

[28] HONDERICH, Ted. Punishment: The Supposed Justifications Revisited. str. 8.

že má špatný morální charakter. Špatný morální charakter sám o sobě nemůže být důvodem k uložení trestu. Na druhou stranu mohou být některé skutečnosti, které svědčí o špatném morálním charakteru (recidiva, spáchání činu ze zvlášť zavrženíhodné pohnutky či rasové zášti), důvodem pro zpřísnění trestu. Z hlediska konsekvencialismu je to odůvodněno například nebezpečností pachatele. Z hlediska zásluhy pak dává smysl říci, že dobří lidé si zaslouží štěstí a špatní lidé si zaslouží trpět.

Každá instituce trestu v sobě pojmově zahrnuje pravidlo, o tom, že trest se ukládá za to, že byla porušena právní norma. To se nevylučuje s tím, že se používá definice trestu, pod kterou spadají i případy, kdy byl potrestán nevinný. Někdo může preferovat užší variantu definice, podle které je potrestání nevinného logicky nemožné. Tento posun v definici však neodstraní etický problém, že akceptace trestání viníků je díky naší omylnosti akceptací „trestání“ nevinných.

2.2.7 Újma

Trest je pojmově něco, co je pro pachatele nějakým způsobem nepříznivé. Tento „negativní“ následek, který je podstatou trestu, budeme v některých částech textu označovat výrazem „újma“. V této části budeme preferovat neutrální termín „negativní následek“. Není totiž zcela jisté, zda je podstatou negativního následku trestu to, co intuitivně vnímáme jako újmu.

Podle charakteru dominantního negativního následku trestu rozlišujeme například trest smrti, tresty fyzické či mrzačící (bičování), difamační (ztráta čestných titulů, vystavení na pranýři), majetkové (peněžitý trest, propadnutí majetku) nebo tresty omezující svobodu (odnětí svobody, domácí vězení, zákaz činnosti).

Složitější otázkou je, co mají všechny tyto tresty společného, respektive v čem spočívá podstata negativního následku. Vedle „újmy“ se v definicích trestu vyskytují též výrazy jako „nepříjemný“, „tíživý“, „nepříznivý“, „nastolení nepreferované alternativy“, „útrapy“, „deprivace práv či svobody“ či „donucení“. Opravdu platí, že kdykoliv je tu něco, co intuitivně vnímáme jako skutečný trest, jsou tu též dány některé z výše naznačených skutečností? Lze provést jejich další analýzu? Mají nějakého společného jmenovatele?

2.2.7.1 Nepříjemnost

Nepříjemnost či utrpení (hédonistická koncepce) je jednou z obvyklých explikací negativního následku trestu. Speciálním příkladem nepříjemně pociťovaného následku je fyzická bolest. Je zřejmé, že ne každý trest musí způsobovat bolest. Daleko problematičtější je vyvrátit tezi, že ne každý trest musí být něco nepříjemného. Některé protipříklady se však nabízí.

Představme si, že je pachatel v nepřítomnosti odsouzen k peněžité pokutě, aniž by se o daném rozhodnutí dozvěděl. Zmenšení majetku je nejspíš újmou, nastolením nepreferované alternativy a negativním následkem, nelze však hovořit o nepříjemných pocitech. Někdo by mohl namítat, že negativní následek trestu sice nemusí být vždy něco nepříjemného, musí to však vždy být něco, co je nepříjemné pro osobu, který ví, že byla takovým způsobem potrestána. I to je však možné problematizovat.

Uvažme situaci, kdy je nějaký pachatel odsouzen k relativně drobné peněžité pokutě. Protože je to miliardář a protože se obával závažnějšího trestu, nevyvolává v něm tento trest žádné negativní pocity. Zdá se, že v tomto případě lze hovořit o újmě a možná i negativním následku ve formě zmenšení majetku, nikoliv však o nepříjemných pocitech.

K diskuzi se tedy nabízí další korekce. Každý negativní následek trestu je něco, co **obvykle** vyvolá nepříjemné pocity adresátům, kteří se o dotyčné skutečnosti dozvěděli. Otázku, zda je negativní následek pouze obvykle nepříjemný, je třeba odlišovat od otázky, zda je trest pouze obvykle negativním následkem. Tou se budeme zabývat v jiné části o rozdílu mezi skutečnou a obvyklou újmou.

Mnoho analytických problémů se otvírá v souvislosti s trestáním právnických osob. Ty očividně nejsou cítícími bytostmi a nepříjemné pocity u nich nepřipadají v úvahu. Lze však u nich mluvit o ztrátě práv, která se zdá být újmou. Proti tomu lze namítat, že trestání právnických osob je ve skutečnosti trestáním fyzických osob. Lze se též pokusit bránit předešlým vymezením. Může se právnická osoba něco dozvědět? Popřípadě další korekcí: Každý negativní následek trestu je něco, co by obvykle vyvolalo nepříjemné pocity

recipientům. (Adresátům, kteří jsou fyzické osoby a kteří se o dotyčné skutečnosti dozvěděli.)

Výše jsme se zaměřili na některé příklady, které zpochybňovaly tezi, že nutnou podmínkou negativního následku je způsobení nepříjemných pocitů. Je způsobení nepříjemných pocitů též postačující podmínkou negativního následku? Představme si drahou a bolestivou operaci, která napravuje závažný zdravotní handicap. Tato operace sice způsobí nepříjemné pocity, nejedná se však o újmu či to, co pracovně označujeme jako negativní následek. Nabízí se tedy hovořit o určité bilanci nepříjemných či příjemných pocitů. Popřípadě využití některého z alternativních pojmů. Pokud bychom například začali namísto nepříjemných pocitů hovořit o negativních emocích, vyhnuli bychom se předešlému protipříkladu s bolestí. Tělesné pocity jako bolest, žízeň, únava nebo hlad nepatří mezi emoce.

Hédonistická koncepce újmy je klíčová. Retributivismus zásluhy nebude spokojen s něčím jiným než s nepříjemnými pocity. Základní tezí je, že viník si zaslouží trpět. Zastánci odstrašující teorie zase mohou vycházet z přesvědčení, že ztráta práv, omezení svobody, zmenšení majetku atd. nebudou odrazovat potencionální pachatele od trestné činnosti, pokud je potencionální pachatelé nebudou vnímat jako něco nepříjemného.

2.2.7.2 Deprivace práv a donucení

Ne každá deprivace práv bude za splnění ostatních znaků trestem. Odejmeme-li invalidovi právo pracovat, nebude to pro něj skutečným trestem.[29] Na to lze reagovat korekcí, že trest je deprivace práv, k jejichž výkonu měl potrestaný faktickou možnost. Podle Davida Boonina je vhodným termínem pro označení negativních následků trestu „újma“ (harm). Za postačující podmínku újmy považuje též „donucení osoby dělat něco, co by sama jinak nedělala.“[30] Leo Zaibert proti tomu namítá, že v tom případě Booninův abolicionistický projekt nesměřuje jen proti instituci trestu, ale též proti placení daní, řízení

[29] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 6-7.

[30] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 12.

vpravo, službě v armádě apod., což je absurdní.[31] Reductio ad absurdum se ale týká spíše této námitky. Pokud by byla správná, pak bychom podobně mohli označit za nevhodný pojem „nepříjemný“ nebo „bolest“, protože kritika trestu by pak zároveň byla kritikou zubařských zákroků. Povinnost platit daně a trest spolu sice mohou mít společné to, že „nutí osoby dělat něco, co by samy jinak nedělaly“, ale stále je mezi nimi dostatek eticky relevantních rozdílů. Jedním z nich je distribuce. Pokud by se povinnost platit daně nebo sloužit v armádě ukládala za porušení nějaké normy a nebyla „univerzální“, pak už by nám výrok typu „kritika trestu je kritikou daní“ nezněl tak podivně.

2.2.7.3 Může být trest pro pachatele výhodný?

To, že je trest újmou, se nevylučuje s tím, že se může pachateli z dlouhodobého hlediska nějakým způsobem vyplatit, nebo že v sobě vedle negativního následku může zahrnovat i následky, které jsou pro trestaného přínosné. Morálně výchovné (deontologie) respektive nápravné teorie trestu (konsekvencialismus) předpokládají, že podobně jako výchovné rodičovské tresty by státní trest mohl a měl napomoci ke kultivaci pachatelových dispozic k jednání, k neutralizaci kriminogenních faktorů a k rozvoji jeho schopností. Pokud je například pachateli poskytnuta úspěšná pomoc s léčbou drogové závislosti a pracovní rekvalifikace, může to přinést užitek pro něj i společnost.[32]

Ona výhodnost má však pojmové a praktické hranice. Pojmovým limitem je skutečnost, že trest je pojmově něco, co je nutně (objektivní koncepce negativního následku) nebo obvykle (subjektivní) újmou.[33] Praktická limita spočívá v účelu trestu dle dominantních teorií. Deterenční teorie shledává účel trestu v zastrašení potencionálních pachatelů. Obtížně budeme zastrašovat něčím, co bude pro pachatele v souhrnu přínosem. Zastáncům této teorie by však teoreticky postačovalo, kdyby pachatelé nevýhodnost „trestu“ pouze předpokládali. Oproti tomu retributivisté vyžadují skutečnou újmu a definice

[31] ZAIBERT, Leo. Punishment, Restitution, and the Marvelous Method of Directing the Intention. *Criminal Justice Ethics*. str. 46.

[32] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 7-8.

[33] Na potencionální nekonzistentnost trestu a rehabilitace upozorňuje: BAGARIC, Mirko; AMARASEKARA, Kumar. The Errors of Retributivism. *Melbourne University Law Review*. str.136.

minimálně obvyklou újmu. Teorie, které by se snažily ospravedlnit „trest“ výhodností trestu pro pachatele, která by již vylučovala újmu, by ve skutečnosti nebyly teoriemi trestu, ale teoriemi jiných opatření.

2.2.7.4 Skutečná vs. obvyklá újma

Máme pracovat se „subjektivní“ nebo „objektivní“ variantou pojmu trest? Tím nemyslíme spor, zda máme preferovat univerzalitu trestů nebo „šití trestů na míru“, ale zda je nutnou podmínkou trestu faktická újma, nebo může být trestem i něco, co v sobě újmu nezahrnuje. Jedná se pouze o terminologický spor o to, jak pojem trest používáme, popřípadě, jaký pojem trestu bychom měli používat. Boonin namítá, že vymezení trestu stylem „způsobení toho, co je obvykle újmou“ (subjektivní varianta) je v rozporu s tím, jak tento výraz užíváme. Představme si bezdomovce, který si přeje, aby byl uvězněn, protože mu hrozí, že umrzne. Pokud bude uvězněn, tak o něm sice prohlásíme, že mu byla uložena nějaká forma trestu, avšak s dodatkem, že ve skutečnosti nebyl potrestán, respektive, že ono uvěznění nebylo pro dotyčného bezdomovce skutečným trestem. Mezi odměnou a trestem panuje pojmová symetrie. Uvažme, že Karel zamýšlí odměnit Petra koláčem za to, že mu pomohl s úkolem. Pokud snědení tohoto koláče vyvolá u Petra vážnou alergickou reakci, tak tento koláč nebyl skutečnou odměnou. Jako druhý důvod Boonin uvádí to, že vězení s minimální ostrahou, které by většina lidí označila spíše jako státem placenou dovolenou, lze též stěží chápat jako trest.[34] Nicméně druhý příklad není důvodem pro odmítnutí subjektivní varianty definice trestu, protože státem placená dovolenou není obvykle újmou. Prvnímu argumentu lze vytknout, že pokud by subjektivní varianta definice trestu byla v rozporu s našimi intuicemi o tom, co je trest, nebylo by třeba užívat výraz „skutečný“. Petrův případ je totiž primárně v rozporu s našimi intuicemi o tom, co je skutečný trest.

Rozdíl mezi újmou a skutečnou újmou bude klíčový zejména pro absolutní retributivismus. To, co je obvykle újmou, sice může fungovat jako něco, co obecně odrazuje od nežádoucího jednání (viz deterenční teorie).

[34] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 8-10.

Absolutní retributivisté však budou vyžadovat skutečnou újmu i za cenu nákladného „šití trestů na míru“. Absolutní retributivismus v tomto ohledu může mít problémy s předvídatelností trestů. Na jedné straně máme absolutní požadavek určité intenzity utrpení pachatele. Na druhé straně leží požadavek předem stanovit druhy trestů a trestní sazby.

Jaký pojem trestu by se měl užívat v kontextu snah teorií ospravedlnění trestu? Možná je vhodnější pracovat se subjektivní variantou, která zahrnuje i situace, kdy nebyla způsobena újma. Podobně, jako je morálně špatný pokus o vraždu, mohou být morálně diskutabilní případy „pokusu trestu“. Z analogických důvodů definuje Adam Kolber „trest“ tak, že zahrnuje nejen úmyslně způsobený následek, ale též ostatní předvídatelné následky. To souvisí s jeho kritikou několika retributivistů, kteří nekompletnost své teorie obhajují poukazem na standardní (užší) definici trestu.[35]

2.3 Varianty ospravedlnění a klasifikace teorií trestu

Eticky ospravedlnit nějaké jednání znamená ukázat, že je konformní s etickými pravidly (principy), respektive, že není morálně špatné, tedy že není „pravda“, že bychom ho na základě morálních důvodů neměli realizovat. To, co nás zajímá, je odpověď na otázku, co máme dělat. Máme současnou instituci trestu zachovat, radikálně reformovat nebo odmítnout a nahradit nějakou vhodnější alternativou?[36] Odpověď na otázku, zda a za jakých podmínek máme trestat, předpokládá odpovědět na otázku, zda a za jakých podmínek je instituce trestu eticky přijatelná, protože špatné věci bychom neměli dělat. Většina lidí se minimálně shodne na tom, že přestat trestat zločince by bylo špatné, respektive, že nějaké trestání je správné. Nicméně pro ospravedlnění trestu by byl sociologický průzkum konvenční morálky relevantní pouze tehdy, pokud by konvenční morálka odpovídala (skutečné) morálce.

[35] KOLBER, Adam J. Unintentional Punishment. *Public* Law *& Legal Theory, Research Paper Series.* str. 1.

[36] DUFF, R. Antony. Punishment, Communication, and Community. str. XV.

2.3.1 Racionálnost vs. ospravedlnitelnost trestu

„Etické ospravedlnění“ trestání znamená důvod nebo důvody, proč je trestání eticky přijatelné. Jedná se o odpověď na otázku, proč máme morální právo trestat. „Racionální důvod“ pro trestání znamená důvod pro ustanovení instituce trestu. Racionální důvod se vyžaduje při odpovědi na otázku, proč máme trestat.[37] Nicméně etické ospravedlnění v sobě nemusí zahrnovat racionální důvod. Uvažme Petra, který kouří. Etické ospravedlnění jeho jednání může vypadat tak, že prokážeme, že Petr svým jednáním nezasahuje do práv ostatních. Petr má morální právo kouřit, pokud tím nebude ohrožovat zdraví jiných osob. Nicméně takové ospravedlnění v sobě nezahrnuje důvod, proč by Petr měl kouřit. To, že je něco v souladu s etickými pravidly, ještě nemusí znamenat, že je to racionální, respektive, že to máme dělat. Petr může mít podle některých etických systémů morální právo kouřit i přesto, že výkon tohoto práva nebude optimálním jednáním z dovolených alternativ. Pro Petrovo kouření lze jako racionální důvod uvést například to, že má problémy s nadváhou a kouření mu snižuje chuť k jídlu. (Pokud by trpěl anorexií, tak by fakt, že mu kouření snižuje chuď k jídlu, mohl sice být motivačním důvodem pro kouření, ale byl by důvodem přestat kouřit.)Tento racionální důvod lze chápat jako mimo-morální v tom smyslu, že nemá vliv na etický status dotyčného jednání. Nicméně Petr může mít morální racionální důvod, pokud například slíbil, že ukáže Karlovi, jak správně kouřit. Pokud bychom Petrovo jednání hodnotili vzhledem k morálce, která obsahuje pravidlo o povinnosti plnit sliby, pak by již tento důvod byl schopen změnit etický status jeho jednání. Nejen, že má Petr morální právo kouřit, on má nyní na základě svého slibu povinnost si zakouřit.

Podobně jako v případě Petra v sobě etické ospravedlnění trestu nemusí obsahovat přímý důvod pro trestání. Například konsensuální teorie trestu může tvrdit, že díky deliktu, který je konkludentním souhlasem pachatele se ztrátou právní imunity vůči trestu, vzniká státu morální právo uložit mu trest obdobně, jako když při ruletě tím, že Petr vhodí žetony, vzniká Karlovi morální právo,

[37]DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*. str. 508-509

nikoliv povinnost, vyžadovat případnou výhru.[38] Proč by ji ale Karel měl vyžadovat? Důvodem nebude Petrův souhlas v kombinaci s jeho prohrou, který Karla opravňuje požadovat peníze, ale například to, že si Karel bude moci něco koupit. Podle výše naznačené konsensuální teorie tedy máme morální právo trestat. Proč bychom ale měli dotyčné právo realizovat? Jednou z nabízených odpovědí je, že trestání vede ke snížení frekvence nežádoucího jednání. Je tedy možné, aby (hybridní) teorie ospravedlnění trestu nabízela více či méně odlišné odpovědi na otázky, proč máme morální právo trestat a proč bychom měli trestat. Na opačné straně spektra budou unitární teorie jako například utilitarismus nebo tzv. ryzí retributivismus (maximální či absolutní retributivismus), který chápe princip zásluhy jako absolutní pravidlo. Podle této varianty retributivismu je každé nepotrestání viníka morálně špatné. Ryzí retributivista na otázky: „Proč máme morální právo trestat?“ a „Proč bychom měli trestat?“ odpoví shodně: „Protože, ti co spáchali zločin, si zaslouží trpět (trest).“ Zastánci utilitaristické teorie trestu na obě otázky reagují tvrzením, že trestání má vůči alternativám nejlepší bilanci konsekvencí a je tedy nejen morálně dovolené, ale i přikázané. Jediný případ, kdy je v rámci utilitarismu nějaká alternativa pouze dovolená, aniž by byla přikázána, je ten, kdy vůči ní existuje stejně dobrá alternativa. [39] Jenomže i v případě, kdy máme podle utilitarismu pouze morální právo trestat a nikoliv povinnost, lze stále, na rozdíl například od výše naznačené konsenzuální teorie trestu, mluvit o jednotě důvodů ve prospěch etické přijatelnosti trestu a racionálnosti trestu. To, že trestání v nějaké míře zabraňuje nežádoucímu jednání, je jak důvodem pro etickou přijatelnost trestu, tak i důvodem, proč bychom měli trestat. To se nevylučuje s tím, že tu máme stejně silné důvody pro nějakou alternativu.

Teorie trestu lze dělit podle toho, zda používají stejnou argumentaci ve prospěch etické přijatelnosti a racionálnosti trestu či nikoliv. Ospravedlnění trestu však mohou být hybridní v jiných smyslech. Kompromisní (impure)[40] retributivismus akceptuje princip pozitivního retributivismu, na základě kterého

[38] Srovnej: NINO, Carlos S. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*. 297-298.

[39] Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. str. 78.

[40] Překlad termínu převzat od Tomáše Sobka.

je zásluha důvodem pro uložení trestu, ale upírá mu povahu absolutního pravidla. Zásluha je tedy důvodem pro uložení trestu, ale v některých případech může být převážena konkurenčními důvody.[41] Kompromisní retributivista pak může tvrdit, že etická přijatelnost trestu je obhájitelná principem zásluhy společně s eticky relevantními konsekvencemi instituce trestu.

Výhodou kompromisních teorií je, že se mohou oproti svým úspornějším alternativám snadněji vyhnout námitkám z protiintuitivních důsledků. Díky tomu, že nemají předem stanovenou prioritu pravidel/principů, mohou ad hoc úpravou váhy kolidujících důvodů dosáhnout shody důsledků teorie s intuicí, protože váha důvodů se v konkrétních případech určí pomocí intuice. Tato výhodnost je však zaplacena tím, že nám toho kompromisní teorie říkají méně. Ony pouze určují, které důvody z nich lze odvozovat. Neurčují však sílu žádného z nich.

2.3.2 Akontextuální vs. kontextově podmíněné ospravedlnění

Teorie ospravedlnění trestu lze dělit podle toho, zda považují trestání za racionální/eticky přijatelné nezávisle na kontextu či nikoliv. Uvažme následující: Karel jezdí do práce autem. Petr ho kritizuje s tím, že by mohl jezdit vlakem, který je levnější. Karel racionalitu svého jednání obhájí tím, že do místa jeho pracoviště žádné vlaky nejezdí. Nicméně Karlova obhajoba je provizorní v tom smyslu, že je myslitelná změna kontextu (zavedení železničního spoje), za které již jeho obhajoba nebude fungovat. Současnou instituci trestu lze ospravedlňovat například tím, že je oproti alternativám mnohem účinnějším instrumentem, jak snížit frekvenci nežádoucího jednání. Je však možné, že v budoucnu budeme moci například pomocí genové manipulace, látek potlačujících agresivitu, operací mozku, nových poznatků o výchově, efektivnějšího sociálního dohledu, redukce sociální nerovnosti či změny sociálních struktur též efektivně čelit kriminalitě. Síla argumentu generální prevencí se sníží o tolik, že bude převážen protichůdnými důvody. Je též například možné, že s růstem poznatků o tzv. neuro-determinismu poklesne potřeba naplňovat naše retributivní emoce, kterou nelze podceňovat.

[41]Distinkce ryzí a kompromisní retributivismus: KERSHNAR, Stephen. *Desert, retribution, and torture*. str. 69-70.

Podobná situace nepřipadá v úvahu u ospravedlnění absolutním pravidlem. Zde nemá smysl hovořit o tom, že to, co je dnes dobré, se časem stane špatným. Podle morálního absolutismu jsou totiž některé typy jednání morálně špatné/správné nezávisle na kontextu. Připadá zde však v úvahu jiný postup. Pokud by se například povedlo vyvrátit existenci svobodné vůle, pak by se mohlo také ukázat, že trestání není eticky přijatelné. V takovém případě bychom ale neřekli, že praktika, která byla dobrá, je dnes špatná. Byla špatná vždy, jen jsme o tom nevěděli.

Opět si všimněme víceznačnosti výrazu „ospravedlnitelnost“. Pokud „ospravedlnitelností“ míníme netrestuhodnost, pak výše uvedená teze není pravdivá. I z hlediska absolutismu může být určitý typ praktik v jednom čase trestuhodný a v jiném nikoliv. V čase t1 můžeme jednat v omluvitelném omylu, že existuje svobodná vůle a naše jednání tudíž nebude trestuhodné, v čase t2 však již zde takové ospravedlnění být nemusí. Podobně pokud bychom nyní netrestali a zároveň měli přesvědčivé důvody, že svobodná vůle existuje, mohlo by naše jednání být odsouzeníhodné i přesto, že by se později ukázalo, že trestání je ve skutečnosti špatné. Je třeba rozlišovat, kdy chceme pouze říci, že máme či jsme měli určitou praktiku realizovat, a kdy tvrdíme, že nějaké jednání je či bylo odsouzeníhodné.

Ospravedlnění trestání je tedy provizorní též v jiném smyslu. Pokud stojíme před dilematem, zda v daném okamžiku zvolit jednání A nebo B, není nutné vědět, zda A je bezpochyby správná volba, postačí, když A bude lépe zdůvodněná volba. Časem mohou na povrch vyplynout nové důvody, na základě kterých revidujeme naše postoje a zvolíme B. To ale nemění nic na tom, že by bylo iracionální či dokonce odsouzeníhodné zvolit hůře zdůvodněnou alternativu.

2.3.3 Kdy se vyžaduje ospravedlnění?

Některá jednání jsou eticky neproblematická. Dejme tomu, že každé poledne chodím na procházku. To je alespoň na první pohled zcela v pořádku. Můžu sice předkládat morální důvody ve prospěch svých procházek, ale

dotyčné jednání ospravedlnění nevyžaduje.[42] Pokud by se nějaká skupina filozofů zabývala morálním ospravedlněním takového počínání, řekli bychom, že řeší etický pseudoproblém. Přitom může být předmětem sporu, co je pseudoproblém. Dejme tomu, že někdo bude zpochybňovat etickou přijatelnost homosexuálního pohlavního styku na základě důvodu, že je to v rozporu s lidskou přirozeností. Někdo jiný bude oponovat, že údajný rozpor s lidskou přirozeností je pseudodůvod, protože pojem lidská přirozenost má stejnou etickou relevanci jako pojem čistá rasa, a je tedy zapotřebí ho odmítnout.[43] Podobně může někdo namítat, že zkoumání etické přijatelnosti instituce trestu je plýtvání energií, protože je přeci jasné, že alternativa vůči trestu, totiž netrestání, není žádná skutečná alternativa a že teorie ospravedlnění trestu a návrhy abolicionistů, jsou zajímavé pouze pro filozofy píšící o teorii trestu. Je třeba si uvědomit, že teorie ospravedlnění trestu neřeší jen dilema, zda trestat či netrestat. Ve skutečnosti nestojíme mezi dvěma alternativami, protože netrestání i trestání může mít mnoho podob. Některé teorie ospravedlnění trestu jsou více či (spíše) méně podrobné návody o tom, jak by měla dotyčná instituce vypadat. Jaké typy jednání kriminalizovat? Ty, jejichž zákaz bude mít lepší bilanci konsekvencí než jejich dovolení, nebo ty, které jsou tak intenzivně nemorální, že si jejich pachatelé zaslouží trpět? Jak trestat? Máme ukládat exemplární tresty, které jsou užitečné, ale které jsou v rozporu s tím, co považujeme za férový, předvídatelný nebo zasloužený trest? Kterým formám trestu dát přednost? Těm, které nejúspěšněji vedou k nápravě pachatele, nebo těm, které budou mít optimální poměr ceny a odstrašujícího efektu? Máme používat fyzické tresty? Je přijatelný trest smrti? Jak řešit kolize mezi předvídatelností trestu, ekonomickou náročností šití trestů na míru a (retributivní) potřebou přizpůsobovat trest postavení či vlastnostem pachatele.? Jak má vypadat trestní proces, respektive které principy řízení akceptovat? Máme se zdát presumpce neviny v případech extrémně škodlivých jednání? Máme akceptovat institut korunního svědka, který je užitečný, ale vede k porušování principu zásluhy? Je přijatelná amnestie, která je užitečná, avšak

[42] BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series. str. 7.

[43] O tom, že některé pojmy je třeba odmítnout, protože jsou spjaty s pochybnými normativními postoji. SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. str. 204-206.

neférová vůči těm, na které se nevztahuje, či je v rozporu s principem zásluhy? Teorie ospravedlnění trestu lze členit podle toho, zda poskytují kritéria pro správnost odpovědí na výše uvedené a jim podobné otázky.[44] Teorie jako utilitarismus či retributivismus zásluhy nám poskytují odlišná řešení všech či většiny těchto problémů. Naopak například konsenzuální teorie či teorie férovosti nikoliv.

Utilitarismus jednání klade stejně silné nároky na jednání státu jako na jednání jednotlivce. Jeden z jeho problémů spočívá v tom, že by Petrovy procházky posoudil v rozporu s běžnou intuicí jako eticky nepřijatelné, protože všechna jednání, která nemají maximální bilanci konsekvencí, jsou morálně špatná. Utilitarista bude oponovat, že intuice není morální kritérium a že to, že je něco morálně špatné, ještě neimplikuje to, že bychom na to měli nebo mohli negativně reagovat. Negativní reakce jsou namístě pouze tehdy, pokud je to užitečné. Jinak je tomu v případě liberalismu. Petrovo jednání může být hloupé či neefektivní mrhání času, ale pokud jím nezasahuje do práv ostatních, nemáme právo ho nutit, aby se polepšil. Naše negativní reakce nejsou limitovány principem užitku, ale jeho svobodou. Na jednání státu jsou však kladeny vyšší nároky. Máme právo po něm vyžadovat, aby jednal racionálně. V tomto smyslu analogie s ospravedlněním Petrových procházek a s ospravedlněním trestu pokulhává. Na druhou stranu nebylo jejím účelem demonstrovat, že stát a jedinec jsou si z hlediska hodnocení jejich jednání rovni, ale ukázat, že jednání, vůči kterému nelze nalézt žádné alespoň na první pohled přesvědčivé morální důvody, nevyžaduje ospravedlnění.

2.3.4 Formy ospravedlnění

Trest je úmyslné způsobení utrpení nebo jiné újmy, a to nezávisle na vůli trestaného. Tento fakt je pro etickou problematičnost trestu klíčový ze dvou důvodů. Zaprvé se jedná o pojmovou pravdu, které se nevyhne žádná možná varianta instituce trestu. Zadruhé bývá využíván širokým spektrem etických teorií jako premisa argumentů v neprospěch trestu. Konsekvencialista bude

[44] Srovnej: DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. str. 77.

tvrdit, že trest v sobě nutně nebo obvykle[45] zahrnuje nějaké zlo (stav věci negativní hodnoty) jako utrpení, bolesti, nastolení nepreferované alternativy, omezení svobody atd., což konstituuje důvod pro odmítnutí trestu. Pro deontologa je úmyslné způsobení újmy, které nerespektuje vůli recipienta, něco, co je prima facie v rozporu s etickými pravidly. Je třeba zdůvodnit, proč má trestání podobně jako některé akty sebeobrany[46] výjimku z obecného zákazu takových praktik. Proč tresty smrti, zabavení majetku, uvěznění, pokud tyto formy trestu akceptuje, nejsou vraždou, loupeží, únosem. Pluralisté pak budou operovat s oběma typy argumentů.

Eticky ospravedlnit X lze několika způsoby:

(1) Ukázat, že morální důvod v neprospěch X neplatí, protože vychází z neplatného morálního pravidla. (aplikace chybné etické teorie).

(2) Ukázat, že morální důvod v neprospěch X neplatí, protože došlo k aplikaci sice platného morálního pravidla (etické teorie), ale na nepravdivou propozici.

Př.: Karel a Eva nejsou manželé. Karel a Eva by tedy spolu neměli mít pohlavní styk, protože mimomanželský pohlavní styk je špatný.; tento argument lze napadnout (1) zpochybněním toho, že by na mimomanželském pohlavním styku bylo inherentně něco špatného, nebo (2) popřením toho, že Karel a Eva nejsou manželé.

(3) Ukázat, že morální důvod v neprospěch X neplatí, uvedením negativní podmínky. Př.: Karlovo usmrcení Petra nebylo špatné, protože jednal v nutné obraně.; úmyslné způsobení újmy nějaké osobě, a to nezávisle na její vůli, je sice obvykle morálně špatné, ale nikoliv v případech, kdy se jedná o přiměřenou reakci na její zločin.

(4) Ukázat, že existuje morální důvod ve prospěch X, který je silnější nebo stejně silný jako morální důvod v neprospěch X.[47] Př.: Utrpení trestaných

[45] Pokud se trest definuje jako něco, čím je zamýšleno způsobit zločinci utrpení. Podobně pokud se dar definuje jako něco, čím je zamýšleno způsobit obohacení recipienta, tak není pravda, že dar nutně obohacuje recipienta.

[46] Jedna skupina teorií trestu se definuje tezí, že trest je eticky přijatelný, protože je formou nutné obrany.

[47] Nicméně tyto čtyři postupy lze obráceně použít i při argumentaci proti teoriím trestu.

je sice důvod pro odmítnutí instituce trestu, ale vyhnutí se nežádoucím důsledkům kriminality je silnější protichůdný důvod.

(1), (2), (3) na rozdíl od (4) ospravedlňují X tím, že napadají důvod proti X. S první alternativou si teorie trestu nevystačí, protože jak bylo naznačeno výše, (prima facie) důvody proti trestu lze odvodit ze širokého spektra etických teorií. To samé platí o druhé variantě postupu, protože základní důvody v neprospěch trestu jsou založeny na pojmové pravdě o újmě způsobené trestem a nesporném faktu, že praktika trestání vede k „trestání“ nevinných.

Utilitaristé operují zejména se čtvrtým způsobem ospravedlnění. Utrpení trestaných a jejich bližních je sice důvod proti prestu, dobro spočívající v redukci kriminality a udržení sociálního řádu je však silnější protichůdný důvod.

U retributivismu je situace složitější. Co se týče utrpení viníků, tak zde se nabízí argumentace negativní podmínkou. Utrpení je sice obvykle důvodem proti realizaci jednání, nikoliv však v případě zaslouženého utrpení viníků. Proti námitce, že trestáním způsobujeme utrpení nevinným, se mohou bránit silnějším důvodem. Utrpení nevinných je sice důvodem proti trestu, požadavek adekvátního trestu je však silnějším protichůdným důvodem. Proti absolutnímu deontologickému zákazu vědomého způsobování utrpení nevinným se nelze bránit silnějším důvodem. Retributivista může popírat platnost takového pravidla nebo tvrdit přítomnost negativní podmínky. Tou mohou být například okolnosti artikulované tzv. doktrínou dvojího účinku, kterým se budeme věnovat později.

2.3.5 Vážení důvodu

Ospravedlnění může mít povahu silnějšího nebo stejně silného důvodu. Bolest způsobená injekcí podanou za účelem lokální anestézie je sice důvod proti takovému zákroku, ale vyhnutí se intenzivnější a déle trvající bolesti způsobené žádoucí operací kolene je silnější protichůdný důvod. Pro etickou přijatelnost instituce trestu postačí, pokud budou mít protichůdné důvody stejnou váhu.[48] Bilance konsekvencí eticky přijatelné alternativy nemusí být nejvyšší, ale postačí, když bude maximální. V opačném případě by se

[48] To platí pro ospravedlnění stejně silným důvodem obecně, nikoliv jen pro vážení hodnot konsekvencí. BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series.* str. 14.

konsekvencialismus dostal do konfliktu s Kantovým metapravidlem „Sollen impliziert Können“, protože by předepisoval nemožné. Ospravedlnění silnějším důvodem se může opírat nejen o konsekvence, ale i o morální pravidla. Utrpení pachatele respektive požadavek neubližovat druhým mohou být důvody proti trestu, nicméně požadavek trestat viníky diktovaný principem pozitivního retributivismu, ať už ve formě absolutního nebo přispívajícího pravidla, může být silnějším protichůdným důvodem.

2.3.5.1 Absolutní versus přispívající pravidlo

Morální pravidla se vztahují na všechny instance nějakého typu jednání (jsou univerzální). Zjednodušeně řečeno mají tuto strukturu: pro každé x platí, že jestliže má mimo-morální vlastnost P (být porušením slibu), pak má morální vlastnost Q (být morálně špatný). Pro přispívající (někdy též „prima facie“, „pro tanto“) pravidla je charakteristické, že mají menší či větší, ale vždy konečnou sílu a mohou být tedy převáženy konkurenčními důvody. Tento typ pravidla kontrastuje s tzv. absolutním pravidlem. Absolutní pravidlo nemůže být nikdy převáženo konkurenčními důvody. Pokud bude pravidlo o zákazu potrestání nevinného absolutní, každé potrestání nevinného bude morálně špatné nezávisle na kontextu. Potrestání nevinného bude morálně špatné, i kdyby se jím například mohlo zabránit potrestání stovky nevinných. Tyto vlastnosti pojmově vylučují skutečnou kolizi dvou absolutních pravidel. Pokud by se dvě absolutní pravidla dostala do kolize, pak není pravda, že každé absolutní pravidlo přebíjí všechny konkurenční pravidla, což je v rozporu s jeho definicí.[49] Proti tomu, kdo tvrdí, že trest je nepřijatelný, protože splňuje antecedent absolutního pravidla X, lze argumentovat buď tím, že X není absolutní pravidlo, nebo poukazem, že trest nespadá pod antecedent X. Proti absolutnímu důvodu nemá smysl oponovat tvrzením silnějších protichůdných důvodů.

Přispívající pravidla mají odlišnou povahu. Vlastnost být porušením slibu dělá každou svou instanci nezávisle na kontextu morálně horší. To, že je něco porušením slibu, je vždy morálně relevantní faktor a za absence silnějších konkurenčních důvodů platí, že nemáme porušovat slib. Nicméně dotyčné jednání může mít jinou vlastnost, která ji činí morálně lepší, například může být

[49] DANCY, Jonathan. Moral Particularism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

učiněno v dobré víře. Dejme tomu, že si Karel a Petr slíbili, že si nebudou lhát. Nyní Karel leží na smrtelné posteli a ptá se Petra, zda bude v pořádku. Petr ví, že Karel umírá, ale se záměrem ulehčit mu zbytek života mu odpoví, že bude v pořádku. V rámci přispívajících pravidel lze zjednodušeně užít metaforu výpočtu výsledné povinnosti. Petrovo jednání bylo porušením slibu (-2), jednáním v dobré víře (+2) a lží (-2). Podle toho by obdobná milosrdná lež za absence jiných důvodů ještě byla ospravedlnitelná (0), ale obdobná milosrdná lež, která je obdobným porušením slibu, již nikoliv (-2). Pokud se na nějaké jednání vztahuje vícero pravidel, pak se každé z nich svým příspěvkem podílí na formování jeho morálního statusu. Nicméně zastánci těchto pravidel nemusí tvrdit invarianci výše příspěvku. Například princip negativního retributivismu může odlišnou silou přispět k jednání, které je potrestáním nevinného, a k jednání, kdy je uložen trest o 5 nebo 10 let vyšší, než odpovídá zásluze. Jsou ale vázáni tím, že to, že je něco uložením nezaslouženého trestu, bude bez ohledu na kontext vždy pro tanto důvod proti takovému jednání.[50]

Tím se zastánci přispívajících pravidel odlišují od „silné“ varianty morálního partikularismu, která popírá existenci (univerzálních) morálních pravidel. Podle této varianty morálního partikularismu nejenže nelze efektivně kodifikovat morální pravidla či úspěšně formulovat alespoň nějaké (slabý morální partikularismus), nýbrž zde ani není co kodifikovat. To, že je něco lží, může být v jednom kontextu morálně relevantní faktor či důvod proti realizaci takového jednání, v jiném nikoliv. Na některé lži nemusí být nic morálně špatného. Morální partikularismus se s morálním nihilismem shodne na neexistenci morálních pravidel. Morální partikularismus ale odmítá, že by nic nebylo morálně špatné. Existují morálně špatná jednání. Morální status jednání je však funkcí konkrétní situace jako celku, a nikoliv několika vybraných abstraktních znaků.

Morální partikularismus stojí v protikladu k deontologickým a konsekvencialistickým teoriím (morální generalismus), protože a priori odmítá možnost úspěšné formulace univerzálního pravidla[51]. Snahy morálních

[50] Srovnej: SHAFER-LANDAU, Russ. Moral Rules. *Ethics*. str. 584-586.; DANCY, Jonathan. Moral Particularism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

[51] „Univerzální pravidlo“ je vzhledem k tomu, jak jsme vymezily pravidlo, pleonasmus.

generalistů sice mohou přinést plody v podobě „morálních heuristik“, nikdy však v podobě bezvýjimečných pravidel („morálních algoritmů“). Morální partikularismus bývá dáván do souvislostí s etikou ctností. Jestliže nelze s konečnou platností stanovit kritéria správného jednání, jak se o to snaží deontologie a konsekvencialismus, zkusme se spíše zaměřit na kritéria správných charakterových vlastností, respektive ctností. Zdá se ovšem, že etika ctností má v závislosti na tom, jak je chápána, buď stejné nebo obdobně závažné problémy jako deontologie a konsekvencialismus. Návody ke kultivaci morálního charakteru budou mít stěží podobu bezvýjimečných pravidel. „Pravidla“ typu „jednej statečně“ pak sice nemusí mít výjimky, to je však zapříčiněno tím, že jejich antecedent interpretujeme normativně. Je to podobné, jako když deontolog řekne, abychom jednali správně.

Morální partikularismus vychází ze zkušenosti, že ke každé formulaci pravidla lze nalézt výjimku a ke každé výjimce, výjimku z výjimky.[52] Vraťme se k příkladu s milosrdnou lží. Zastánce absolutních pravidel se může bránit tvrzením, že snaha zachytit pravidlo pomocí věty „každé lhaní je morálně špatné“ je neadekvátní, protože ve skutečnosti platí, že každé lhaní, které není milosrdnou lží, je špatné. Zastánce přispívajících pravidel má na výběr další strategii. Postačí, když nalezne důvod, který převáží špatnost lhaní. Z určitého hlediska mají zastánci přispívajících pravidel výhodu. V praxi si mohou vystačit s menším množstvím relativně jednoduchých pravidel, podobně jako je tomu v případě ústavních principů v právu. Lze jim však vytknout vyšší míru neurčitosti v podobě ad hoc určování síly důvodů. V právu má tato neurčitost různé funkce. Někdy otevírá cestu forward-looking hledisku. Od otázky zda byla naplněna hypotéza normy, přecházíme k otázce, zda uplatněním dotyčných pravidel nebudou porušeny ústavní principy.

To, zda pracujeme s absolutními či přispívajícími pravidly, bude mít významný vliv na strukturu morální argumentace, podobně jako má v právní argumentaci vliv, zda pracujeme s právními pravidly či s právními principy.[53] Nějaké rozdíly se zde přece jen nejspíš vyskytují. Pokud přijmeme předpoklad, že právní pravidlo se může dostat do kolize s právním principem a zároveň být

[52] TSU, Peter Shiu-Hwa. Moral Particularism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*.

[53] Této podobnosti se dotýká: SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. str. 31.

tímto principem „převáženo“ či „paralyzováno“, pak je tu rozdíl v tom, že absolutní pravidlo nemůže být nikdy převáženo. Další rozdíl je v tom, že oproti právním pravidlům se absolutní pravidla pojmově nemohou dostat do kolize. Pokud naopak upřednostníme pojmovou strukturu, podle které se právní pravidla striktně vzato nemohou dostat do kolize s jiným právním pravidlem a zároveň do kolize, kdy by museli ustoupit právnímu principu, tyto odlišnosti se vytratí. V takovém případě bychom pak hovořili o kolizi právních ustanovení, avšak nikoliv kolizi pravidel.

2.3.5.2 Prima facie důvod a pro tanto důvod

Nyní se zaměřme na výraz „prima facie důvod“, který bývá užíván víceznačně. Například ve smyslu pro tanto důvodu. Pro tanto důvod pro X je důvod, který může být převážen konkurenčními důvody, a zároveň platí, že pokud neexistuje silnější důvod proti X, pak máme realizovat X. Pro tanto důvodem může být konsekvence pozitivní či negativní hodnoty nebo přispívající pravidlo. Tak například proti jednání, které spočívá ve způsobení utrpení pachateli, může jako pro tanto důvod vystupovat „povinnost“ neubližovat druhým (přispívající pravidlo) a také fakt, že jím je způsobeno utrpení (negativní konsekvence). Za absence silnějších protichůdných morálních důvodů bude dotyčné jednání morálně špatné. Označení „pro tanto“ je díky víceznačnosti výrazu „prima facie“ vhodnější.

„Prima facie důvod“ též může označovat něco, co („na první pohled“) vypadá jako důvod. Prima facie důvod v tomto smyslu může být pro tanto důvodem nebo absolutním důvodem, ale také něčím, co vůbec není důvodem. Pokud máme prima facie důvod proti X, tak nejen, že je možné, jako v případě pro tanto důvodu, ospravedlnit X silnějším důvodem, ale též prokázáním, že to, co vystupovalo jako důvod proti X, není skutečným důvodem. Prima facie důvod není další speciální typ důvodu. Přívlastek „prima facie“ vyjadřuje epistemologický status.[54] „X je prima facie Y“ lze zjednodušeně překládat jako „X vypadá jako Y“. To neznamená, že prima facie důvod pro X může být cokoliv, co se někomu jeví jako důvod pro X. Zvýšení počtu dvojníků Elvise Presleyho

[54] KAGAN, Shelly. *The Limits of Morality*. str. 17.

není prima facie morální důvod proti instituci trestu, i kdyby někdo byl přesvědčen o opaku. Pro užití fráze „X je prima facie Y“ jsou zapotřebí důvody, které nasvědčují, že tvrzení „X je Y.“ je pravdivé. Například tvrzení, že to, že trest je úmyslné způsobení utrpení, je prima facie důvod proti trestání, lze podložit plauzibilitou inference: X je úmyslné způsobení utrpení, tedy X je morálně špatné. A to, že máme prima facie důvod nebo pro tanto důvod proti trestu, nás může opravňovat tvrdit, že trest je prima facie špatný. Pro správné užití „X je prima facie Y“ potřebujeme disponovat důvody pro to, že X je Y. Nicméně dotyčný výraz se neužívá v situaci, kdy nejsou důvodné pochybnosti o správnosti odpovědi na otázku, zda X je Y. Máme sice důvody tvrdit, že holocaust byl morálně špatný, o holocaustu však neřekneme, že je prima facie špatný, protože jeho morální status není diskutabilní. Fráze „X je prima facie Y“ může být normativní například v tom smyslu, že se jejím použitím dává najevo, že má smysl, respektive je třeba se zabývat otázkou, zda X je Y.

2.3.6 Uplatnění „negativní podmínky“

V případě ospravedlnění silnějším důvodem nám oba protichůdné důvody (mandatorní pravidla, stavy věcí) říkají, co máme dělat (jeden X a druhý non X), a ani jeden z nich nenapadá platnost toho druhého. Oproti tomu negativní podmínka „důvodu“ proti X nám neříká, že máme dělat X. Nevystupuje jako důvod pro X, ale jako důvod proti uplatnění něčeho, co se zdálo být důvodem proti X.[55] Nabízí se tedy odpověď, že ospravedlnění „negativní podmínkou“ se liší tím, že nám samo o sobě není schopno poskytnout přímou odpověď na otázku, co máme dělat. Ano, máme sice morální právo trestat, ale proč máme trestat? V tom však rozdíl mezi oběma variantami ospravedlnění nespočívá. Zaprvé situace, kdy máme pouze morální právo, může být též důsledkem kolize protichůdných důvodů stejné síly. Zadruhé to, co je negativní podmínka pravidla o povinnosti non X, může být pozitivní podmínka pravidla o povinnosti X, přičemž to samé lze analogicky říci o hodnocení

[55] Srovnej Razovu explikaci pojmů „cancelling condition“ a „overriding reason“. RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. str. 27 a 201-202.

konsekvencí. Například Mitchell Berman[56] (retributivní konsekvencialismus) tvrdí, že utrpení osoby je sice prima facie důvod pro odmítnutí trestu, protože utrpení je obvykle zlo. Nicméně v situaci, kdy je ono utrpení utrpením pachatele za jeho zločin, není ono utrpení zlem, ale dobrem. Nejenže dotyčné utrpení viníka není důvodem pro morální špatnost trestu, ale je to důvod pro morální správnost trestu.

Ospravedlnění trestu je etickým problémem, a proto se zde primárně věnujeme negativním podmínkám morálních pravidel, a nikoliv negativním podmínkám právních pravidel. Přitom se mohou negativní podmínky právních pravidel vzhledem k rozdílným právním systémům lišit podobně, jako se mohou lišit koncepce morální negativních podmínek vzhledem k odlišným etickým teoriím.

Argumentace negativní podmínkou může mít dvě fáze. Spor o to, zda je určitá koncepce krajní nouze negativní podmínkou, má jiný charakter než spor o to, zda má určitá skutečnost parametry dané krajní nouze. V prvním případě se diskutují morální pravidla, ve druhém pak fakta.

Je třeba rozlišovat mezi tím, kdy negativní podmínkou myslím cokoli, co je negativní podmínkou alespoň některého pravidla, a kdy tím myslím typy skutečností, které jsou univerzálními negativními podmínkami. V právu univerzálním negativním podmínkám odpovídají okolnosti vylučující protiprávnost, které se kvůli své frekventovanosti nezahrnují do formulace hypotézy norem. Buď mohou být formulovány na jiném místě, nebo se tiše předpokládají. Ona univerzálnost je ale relativní. Z určité perspektivy mohu tvrdit, že nutná obrana je univerzální negativní podmínkou a souhlas poškozeného pouze široce uplatnitelnou. Z jiné zas, že souhlas poškozeného typu X je univerzální negativní podmínkou.

Univerzálností negativní podmínky se nemyslí to, že je lze uplatňovat na všechny normy. Nutná obrana je univerzální vzhledem k normám určující potrestání pachatele. Zřejmě se však nevztahuje na normy určující například neplatnost smluv. V etice je naopak typické, že morální pravidla určují přímo trestuhodnost či špatnost jednání.

[56] BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series* str. 48.

2.3.7 Důvody proti trestání

Právní tresty jsou vedle ochranných opatření, válečných operací, či nutné obrany nejzávažnější tolerované zásahy do základních práv. Tendence problematizovat instituci trestu též souvisí s tím, že lidé bývají citlivější na utrpení, které je způsobováno někým silným (stát) tomu, kdo je vůči němu bezbranný (delikvent). Vůči státu jsme přísní též čistě na základě skutečnosti, že se mu nabízí alternativní prostředky jak bojovat s kriminalitou. Prokázání účinnosti nějaké alternativy může vystupovat jako nepřímý důvod pro odmítnutí instituce trestu. V současné době se nám nabízí například snížení nerovnosti příjmů a redukce chudoby jako prevence vůči majetkovým deliktům nebo zvýšení počtu policistu v ulicích respektive situační prevence apod. Účinnost těchto technik je diskutabilní. V budoucnu však budeme disponovat efektivnějšími prostředky kontroly kriminality, což se nevylučuje s tím, že mohou být též eticky kontroverzní. Možná, že instituce trestu, podobně jako náboženství, ztratí postupem doby svoje opodstatnění.[57]

Některé důvody proti trestání se logicky nebo fakticky vztahují na všechny možné varianty instituce trestu a jiné jen na některé. Například není v našich silách nastavit instituci trestu takovým způsobem, aby se vyloučila možnost potrestání nevinného. Naopak námitka, že trest vede k degradaci schopností uplatnit se ve společnosti, se bude týkat spíše jen některých možných institucí trestu. První skupina důvodů vystupuje proti všem praktikám trestání, přestože se jejich síla, pokud nemají povahu absolutních důvodů, může lišit v závislosti na parametrech dotyčné instituce. Například z hlediska požadavku netrestat nevinné bude trestání, které vychází z presumpce viny a povoluje mučení obviněného za účelem jeho doznání, ceteris paribus horší než alternativa s presumpcí neviny a zákazem tortury.

Dále je možné rozlišení podle toho, zda má důvod povahu porušení etického pravidla (deontologie) nebo konsekvence negativní hodnoty (konsekvencialismus). Pro některé konsekvencialistické teorie je trest sám o sobě zlem, protože zahrnuje utrpení, nastolení nepreferované alternativy,

[57] Podrobně k alternativám vůči instituci trestu: GOLASH, Deirore. *The Case against Punishment: Retribution, Crime Prevention, and the Law*.

ekonomické náklady apod. Tyto negativní následky se týkají nejen potrestaných, ať už jsou jimi skuteční pachatelé nebo nevinní, ale i třetích osob jako rodinných příslušníků, přátel a díky finanční náročnosti instituce trestu též daňových poplatníků nebo uživatelů služeb státu.[58] Pro utilitarismus (na rozdíl od deontologických teorií nebo retributivního konsekvencialismu) není kvalitativní rozdíl mezi újmou pachatele a nevinného. Kvantitativně se tyto případy liší tím, že potrestání nevinných bude mít častěji horší bilanci konsekvencí, například proto, že takové jednání nemá podporu veřejnosti.

2.3.7.1 Porušení principu negativního retributivismu

Základní deontologické námitky se opírají o to, že trestáním působíme utrpení nevinným. Do této skupiny patří případy, kdy uložením trestu osobě A způsobíme újmu zjevně nevinné osobě B. Někdo může například namítat, že není správné, abychom způsobili výraznou újmu dětem, jejichž rodiče spáchali trestný čin. Pokud chtějí teorie ospravedlnění trestu ospravedlnit instituci trestání, musí zdůvodnit nejen přímým úmyslem způsobené utrpení (domnělému) pachateli, ale též předvídatelné utrpení ostatních osob. Exotickou výjimkou by byly teorie, které by v případě předvídatelné újmy třetích osob zakazovali uložit trest.

Druhou skupinou jsou situace, kdy došlo k uložení trestu nevinné osobě. Pokud má nějaké pravidlo týkající se trestání šanci být chápáno jako absolutní, pak je to princip negativního retributivismu, který zakazuje trestat nevinné. Musíme rozlišit situace, kdy podle tohoto pravidla hodnotíme jednání osob (soudců), které rozhodují o konkrétním uložení trestu, a kdy hodnotíme jednání státu, který rozhoduje o ustanovení instituce trestu. Zaměřme se nyní na hodnocení jednání soudců. Většina současných teorií trestu nějakým způsobem akceptuje negativní (limitující, minimální) retributivismus, tedy to, že nutnou podmínkou správného uložení trestu je provinění trestaného. To neznamená, že každé uložení trestu viníkovi bude eticky přijatelné, nýbrž pouze to, že každé uložení trestu nevinnému bude nesprávné.[59] Nikdo samozřejmě neobhajuje

[58] CAHILL, Michael T. Punishment Pluralism. *Brooklyn Law School Legal Studies.* str. 11.

[59] To striktně vzato platí jen pro absolutní variantu negativního retributivismu.

etickou přijatelnost neodůvodněného, respektive zlovolného uložení trestu nevinnému. Vůči utilitarismu je však namítáno, že v principu povoluje nebo dokonce přikazuje, aby soudce úmyslně uložil trest nevinnému, pokud takové jednání bude mít (předpokládanou) maximální bilanci konsekvencí. Utilitaristé na to mohou reagovat například tím, že principem užitku jsou schopni zdůvodnit „princip negativního retributivismu“, buď jako kritérium správného jednání či rozhodování (utilitarismus pravidel), nebo minimálně jako pravidlo, kterým bychom se měli pod hrozbou sankce řídit. V prvním případě by se jednalo o morální pravidlo určující morální status jednání či rozhodovací procedury, ve druhém pak o stanovené (např. právní) pravidlo.

Podobnou námitku lze v principu předložit vůči všem teoriím trestu, které nechápou negativní retributivismus jako absolutní pravidlo. To, že některé etické teorie povolují uložit trest nevinnému, není důvodem pro odmítnutí instituce trestu, ale důvodem pro odmítnutí dotyčných etických teorií. Důvodem pro odmítnutí instituce trestu je skutečnost, že nelze instituci trestu nastavit takovým způsobem, abychom vyloučili možnost, že bude potrestán nevinný.

O negativním retributivismu též můžeme uvažovat jako o pravidle, které reguluje případy, kdy někdo rozhoduje o ustanovení, udržování nebo zrušení instituce trestu. Díky naší omylnosti respektive díky například kognitivním nebo morálním chybám soudců, popřípadě zákonodárců v sobě trestání viníků nevyhnutelně zahrnuje i trestání nevinných či příliš přísné tresty viníků. Kontextově citlivé teorie (konsekvencialismus, mezní deontologie) se mohou bránit tím, že je to nutná daň, kterou lze ospravedlnit jejími konsekvencemi. Teorie, které chápou negativní retributivismus jako absolutní pravidlo, však nikoliv. Tyto teorie se ale mohou bránit tvrzením, že negativní retributivismus neříká, že jednání, jehož následkem je potrestání nevinného, je automaticky morálně špatné. Máme sice v každém konkrétním okamžiku povinnost nepotrestat nevinného, ale k porušení této povinnosti je nutný úmysl způsobit dotyčný následek nebo vědomí, že ho mohu způsobit. Vůči tomu lze oponovat tím, že stát ví, že tento následek určitě nastane a tudíž ustanovením instituce trestu stát úmyslně způsobí potrestání nějakého nevinného. Michael Moore podobné námitky proti deontologickému retributivismu odmítá. Porušení principu negativního retributivismu vyžaduje úmysl potrestat **konkrétní** nevinná

individua, respektive vědomou nedbalost vztahující se ke konkrétní nevinné osobě. Stát neporuší pravidlo o zákazu vraždy tím, že bude podporovat automobilovou dopravu, která též nevyhnutelně vede k úmrtím.[60] Proti tomu argumentuje David Dolinko. Vztah mezi principem negativního retributivismu a ustanovením instituce trestu se spíše než vztahu mezi pravidlem o zákazu vraždy a podporou automobilové dopravy podobá vztahu mezi pravidlem o zákazu vraždy a distribucí jedovaté potraviny anonymním osobám. Představme si, že někdo distribuuje obchodním řetězcům olej. Dotyčný ví, že olej obsahuje substanci, která je pro některé lidi jedovatá. Je si prakticky jist, že svým jednáním způsobí smrt nějaké jemu neznámé osobě. Jeho jednání je nemorální. Jak právo, tak i morálka by takové jednání vyhodnotili jako pokus o vraždu respektive jako vraždu.[61] Nejen utilitaristé mají problémy s trestáním nevinných. „*Retributivisté, kteří obhajují trestání, se podobají utilitaristům, kteří obětují blahobyt nevinného ve prospěch většího dobra, protože jsou ochotni vyměnit blahobyt omylem potrestaného nevinného za větší dobro, které spočívá v trestání viníků*.“[62]

2.3.7.2 Ryzí retributivismus a doktrína dvojího účinku

Retributivisté mají v záloze ještě jinou strategii obhajoby. Mohou se odvolávat na tzv. doktrínu (princip) dvojího účinku (Doctrine of Double Effects). Podle DDE lze ospravedlnit některé případy způsobení předvídaného nežádoucího následku (např. smrt, uložení trestu nevinným), pokud je tento následek vedlejším efektem jednání, jehož realizací aktér zamýšlí způsobit žádoucí následek. První známá formulace DDE pochází od Tomáše Akvinského. Ten tímto principem v Teologické Sumě (II-II, Qu. 64, Art. 7) obhajoval etickou přijatelnost zabití v sebeobraně.[63] Existuje několik odlišných variant formulace DDE. Obecně přijímané podmínky uplatnění DDE respektive

[60] MOORE, Michael S. Justifying Retributivism. *Israel Law Review*. str. 18.

[61] DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*. str. 511.

[62] SCHEDLER, George. Can Retributivists Support Legal Punishmnet?. *Monist*. str.196.

[63] McINTYRE, Alison. Doctrine of Double Effect, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

základní sada podmínek zahrnuje: Jednání J, u kterého aktér předvídá, že jím způsobí dobrý následek A i špatný následek B, je eticky přijatelné pokud:

(1) J je morálně dobrým nebo neutrálním typem jednání. (Př.: Na znásilnění, morálně špatný typ lhaní nebo záměrné usmrcení nevinného se DDE neuplatní.)

(2) Aktér zamýšlí způsobit dobro A, a nikoliv zlo B (způsobení dotyčného zla pouze předvídá).

(3) Zlo B není prostředkem k dosáhnutí dobra A.

(4) A musí být dostatečně žádoucí k tomu, aby kompenzovalo B. (požadavek proporcionality)

Pokud zamýšlíme útokem na teroristickou základnu zajmout vůdce nebezpečné teroristické organizace, pak tento útok může být eticky přijatelný i přesto, že předvídáme smrt rukojmích. Naopak pokud usmrcením rukojmích zamýšlíme donutit vůdce teroristické organizace, aby se vzdal, je takové jednání eticky nepřijatelné. Podobně pokud ustanovením instituce trestu zamýšlíme regulovat kriminalitu nebo připravit vhodné podmínky pro trestání těch, co si to zaslouží, pak takové jednání bude eticky přijatelné i přesto, že předvídáme zlo v podobě uložení trestu nevinným. Zdá se, že akceptace instituce trestu skutečně může splňovat podmínky pro aplikaci DDE. David Dolinko tvrdí, že DDE není schopná vysvětlit, proč není na rozdíl od přijetí instituce trestu eticky přijatelná distribuce potraviny, kterou distributor zamýšlí dosáhnout zisku a otrávení jemu neznámých konzumentů důsledkem téže pouze předvídá.[64] Příčinou omylu Davida Dolinka je zřejmě to, že vychází z příliš benevolentních podmínek pro uplatnění DDE. Obě jednání mají sice společného to, že špatný následek je pouze předvídán a zároveň není prostředkem k dosáhnutí zamýšleného následku. V případě distributora ale nelze mluvit o tom, že by zamýšlený následek byl dobrem nebo minimálně dostatečně hodnotným dobrem (požadavek proporcionality). Pokud by potravina obsahovala vedle jedovaté substance, která zřejmě usmrtí nějakého člověka, také lék, který zřejmě zachrání vysoké procento konzumentů, a pokud

[64] DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*. str. 512.

by záměrem distributora byla záchrana lidských životů, mohlo by takové jednání být ospravedlnitelné.

Doktrína dvojího účinku poskytuje morálnímu absolutismu nástroj, jak se v některých případech vyhnout problémům s kolizí absolutních důvodů.[65] Pomocí DDE lze v některých případech, kdy nežádoucí následky pouze předvídáme, přepnout do konsekvencialistického modu posuzování etické přijatelnosti jednání.[66]

Ryzí retributivismus má problém též s principem positivního retributivismu. Představme si, že policista má neopakovatelnou možnost zatknout člena nějaké organizované skupiny. Pokud ho nezadržíme, unikne pravděpodobně trestu. Na druhou stranu, pokud bude zadržen, povede to k prozrazení a smrti jiného policisty v utajení. Podle ryzího retributivismu má policista povinnost zvolit první alternativu. To je ale v hrubém rozporu s morální intuicí. Tento problém se týká též utilitarismu. Pokud by dotyčné zadržení pachatele vedlo k rozbití organizované skupiny a záchraně mnoha životů, bylo by tím možné za určitých okolností ospravedlnit obětování nevinné osoby. Retributivisté se mohou bránit tím, že povinnost trestat se vztahuje pouze na jednání soudce, například poté co vyhodnotil všechny důkazy. Jenomže v takovém případě by ryzí retributivismus nedokázal vysvětlit povinnost vyšetřovat vraždy. Je tedy možná schůdnější chápat pozitivní retributivismus jako pravidlo, které určuje též povinnost vyhledávat zločince.[67]

2.3.8 Konsekvencialismus vs. nonkonsekvencialismus

Konsekvencialismus tvrdí, že etický status (správnost) jednání (přijetí instituce, formování charakteru) závisí výlučně na povaze jeho následků.[68] Ospravedlnění se musí opírat o charakteristiku konsekvencí. Vše ostatní je z etického hlediska irelevantní. Konsekvence jsou stavy věcí. Konsekvencialisty

[65] MACKIE, John L. Ethics : *Inventing Right and Wrong*. str. 161.

[66] Srovnej: BAGARIC, Mirko; AMARASEKARA, Kumar. The Errors of Retributivism. *Melbourne University Law Review*. str. 142-143.

[67] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 43-44.

[68] Hlubší analýza tohoto spíše předběžného vymezení je předmětem diskuze. Zajímavá a sofistikovaná analýza pojmu konsekvencialismus: BROWN, Campbell. Consequentialize This. *Ethics.*

lze mimo jiné klasifikovat podle toho, jaké druhy stavů věcí považují za inherentně dobré respektive špatné. Hédonismus bývá vymezován jako koncepce, která považuje za dobro příjemné pocity a za zlo ty nepříjemné. Pro hédonismus je však charakteristické, že nic jiného než příjemné a nepříjemné pocity nebere jako hodnotu. Pro preferenční utilitarismus jsou dobrem vyplněné preference respektive uspokojené touhy. Retributivní (též taky retributivistický) konsekvencialismus považuje za hodnotný stav věci utrpení pachatele za jeho trestuhodné provinění.

Centrem argumentace deontologa není kalkulace s následky, ale posuzovaní konformity s etickými pravidly. S uplatňováním těchto pravidel koresponduje to, že deontologa na rozdíl od konsekvencialisty zajímá primárně, o jaký typ jednání jde. Deontologické teorie v nejširším smyslu jakožto negace konsekvencialismu popírají, že by jediným kritériem správnosti jednání byly konsekvence.[69] Nicméně takto široké vymezení je kompatibilní s bizarní teorií, podle které se jiná kritéria uplatní pouze tehdy, pokud kritérium konsekvencí vygeneruje nerozhodný výsledek. Deontologické teorie tedy navíc zastávají silnější teze: (1) Nějaké jednání je eticky nepřijatelné i přesto, že má nejlepší bilanci konsekvencí. (2) Nějaké typy jednání jsou eticky (ne)přijatelné, ať jsou jejich konsekvence jakékoliv. (2) implikuje (1). Morální absolutismus, se kterým bývá deontologie často spojována, tvrdí, že všechny možné instance některého typu jednání jsou morálně špatné bez ohledu na protichůdné důvody. Z toho vyplývá, že morální absolutisté akceptují (2). Naproti tomu akceptací (1) a neakceptací (2) se definuje tzv. mezní (threshold) deontologie. Mezní deontologie připouští, že v extrémních či nestandardních případech mohou práva a povinnosti ustoupit hodnotě konsekvencí.[70] Podobně jako v případě konsekvencialismu je tedy vždy nutné brát v potaz kontext jednání. Morální absolutista to popírá. Morální absolutista může například tvrdit, že „potrestání“ nevinného bude eticky nepřijatelné i přesto, že by se jím zabránilo libovolně tragické katastrofě.

[69] ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. Deontological Ethics. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

[70] ALEXANDER, Larry. Deontology and Treshold. *San Diego Law Review.* str. 894.

Neplatí tedy teze, že deontologie považuje na rozdíl od konsekvencialismu některé typy jednání za nutně dobré a jiné špatné. To platí jen pro absolutní deontologie a nikoliv mezní deontologie. I mezní deontologie z definice uznává, že jakýkoliv typ jednání lze za extrémních okolností ospravedlnit. To, že je nějaký typ jednání nutně dobrý (máme ho realizovat), respektive špatný (nemáme ho realizovat), je třeba odlišovat od toho, že na nějakém typu jednání je nutně něco dobrého či špatného.[71] Na lži může být vždy něco špatného, což však nevylučuje to, že někdy je dobré lhát. Tuto tezi splňuje absolutní i mezní deontologie. Pokud budeme „typ jednání" chápat v širším smyslu tak, že pro identifikaci typu jednání nám muže postačovat pouhá charakteristika jeho konsekvencí, pak ji splňují i všechny varianty konsekvencialismu.

Zde bych měl další poznámku k terminologii. Konsekvencialismus se v normativní etice definuje převážně jako teze o tom, že morální status jednání závisí **výlučně** na povaze jeho konsekvencí. V kontextu teorií ospravedlnění trestu se však „konsekvencialismus" často užívá v širším smyslu, protože zahrnuje též teorie, podle kterých závisí morální status jednání i na něčem dalším, než jen na konsekvencích. S touto alternativní terminologií pracuje například Antoty Duff.[72] Pro konsekvencialismus, tak jak se obvykle chápe v normativní etice, užívá výraz „ryzí (pure) konsekvencialismus". Jedním z důvodů je běžná klasifikační praxe autorů zabývající se teoriemi ospravedlnění trestu. Ryzí konsekvencialismus tu má sloužit zejména jako protiklad k limitnímu konsekvencialismu (side-constrained consequentialism). Tato teorie, kterou zastával například Herbert Hart, má konsekvencialistické jádro. Od (ryzího) konsekvencialismu se liší pouze akceptováním principu negativního retributivismu. Kvůli svým vlastnostem a návaznosti výkladu však bývá zařazována do kapitol popisující konsekvencialistické teorie trestu. Dle terminologie Antonyho Duffa můžeme tvrdit, že limitní konsekvencialismus je konsekvencialismem. Taková terminologie má jednu výhodu. Výrazy jako „limitní konsekvencialismus" nemusí být chápany jako idiomatické spojení. Jiní autoři pracují s „konsekvencialismem" v souladu s jeho chápáním v normativní

[71] Negací této teze by šlo definovat morální partikularismus.

[72] DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication, and Community*. str. 3.

etice. V takovém případě nelze říci, že limitní konsekvencialismus je konsekvencialismem, a výraz „limitní konsekvencialismus“ musíme chápat jako idiomatické spojení.

Proč obecně preferovat spíše druhou variantu a užívat „konsekvencialismus“ v užším smyslu v souladu s konvencí v normativní etice? Uvažme tuto charakteristiku: „*Konsekvencialismus znamená, že morální správnost něčeho máme posuzovat podle toho, jaké to má důsledky ve společnosti, jestli a v jaké míře to podporuje dobro*.“[73] Tu lze interpretovat buď jako vyjádření příznačné vlastnosti konsekvencialismu nebo jako vyjádření postačující podmínky konsekvencialismu. Druhá varianta zahrnuje prakticky všechny morální teorie. Skoro každý patrně uznává morální relevanci utrpení. Mezní deontologie uznává morální relevanci konsekvencí z definice. Morální absolutismus de facto. Absolutista sice bude tvrdit, že tu jsou některé typy jednání, které jsou absolutně nežádoucí nezávisle na svých konsekvencích, k utrpení však mohou být morálně relevantní v případech neupravených absolutním pravidlem. Deontologie navíc reflektuje konsekvence nepřímo v tom smyslu, že mezi abstraktní znaky antecedentu morálních pravidel patří předvídané či předvídatelné následky jednání.[74] Kvůli tomu se při charakteristice konsekvencialismu někdy hovoří o **podpoře** (promote) dobra (hodnot) a při charakteristice deontologie o **respektování** dobra (hodnot). Škatulky „konsekvencialismus“ a „nonkonsekvencialismus“ by ztratily svoje uplatnění. První by zahrnovala snad všechny skutečně zastávané teorie, druhá patrně jen pár extravagantních. Výše uvedené souvisí s otázkou po tom, jak chápat etickou teorii. Jedna věc jsou skutečně artikulovaná témata a pravidla, druhá pak ty zamlčená či nereflektovaná.

2.3.9 Typologie klasifikací teorií trestu

Jak bylo naznačeno v předcházejících kapitolách, lze teorie trestu klasifikovat více způsoby. Podle role konsekvencí dělíme teorie na

[73] SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*. *Kritika moralismu.str, 509.*

[74] Podobně argumentuje: DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. str. 80-81.

konsekvencialistické a nonkonsekvencialistické, přičemž teorie nonkonsekvencialistické lze dále dělit na mezní a absolutní deontologii.

Konsekvencialismus: Morální status jednání závisí výlučně na povaze jeho konsekvencí. (deterenční teorie Jeremy Bethama)

Morální absolutismus: Některé typy jednání jsou eticky nepřijatelné bez ohledu na jejich konsekvence. (retributivismus Immanuela Kanta a patrně též anulační teorie Fridricha Hegela)

Mezní deontologie: Některá jednání jsou eticky nepřijatelná i přesto, že mají nejlepší bilanci konsekvencí a každý typ jednání lze za určitých (extrémních) okolností ospravedlnit jeho konsekvencemi. (limitní konsekvencialismus Herberta Harta, retributivismus zásluhy Michaela Moora).

Podle toho, zda příznačné či převažující podmínky správnosti trestu leží v minulosti či v budoucnosti, lze teorie dělit na backward-looking, forward-looking a smíšené.

Forward-looging teorie: Základní podmínky etické přijatelnosti trestu leží výlučně v budoucnosti. Tato skupina de facto odpovídá konsekvencialismu.

Backward-looking teorie: Základní podmínky etické přijatelnosti trestu leží výlučně v minulosti. Dotyčná charakteristika bývá spojována s retributivismem. Výjimkou je retributivní konsekvencialismus, který je třeba zahrnovat mezi smíšené teorie. Patří sem též teorie souhlasu, protože požadovaný souhlas s potrestáním předchází uložení trestu.

Smíšené teorie: Základní podmínky etické přijatelnosti trestu leží jak v minulosti tak budoucnosti. (teorie sebeobrany, edukační teorie).

Velice oblíbenou škatulkou je retributivismus. Vzhledem k tomu lze teorie trestu členit na konsekvencialismus, retributivismus a neretributivní nonkonsekvencialismus. Elegantnost této varianty klasifikace snižuje existence retributivního konsekvencialismu. K pojmu retributivismus se vrátíme v samostatné kapitole.

V českých učebnicích trestního práva se teorie trestu dělí na absolutní, relativní a smíšené:

„**Absolutní (retributivní) teorie trestu** nespojují s ukládáním trestu žádné společenské účely; trestá se jen pro odplatu (punitur, quia pecatum est – doslovně „trestá se, protože bylo spácháno zlo“).“

„**Relativní (preventivní) teorie trestu** přikládají trestu určité cíle užitečné pro společnost (punitur, ne peccetur – doslovně „trestá se, aby nebylo pácháno zlo“).“

„…**teorie smíšené (slučovací)**, které spojují myšlenku odplatného trestu a trestu účelného.“ [75]

Toto členění je celkem rozumné, protože reflektuje spor mezi retributivismem a konsekvencialismem a též spor mezi mezní a absolutní deontologií. Absolutní teorie odpovídá absolutnímu (ryzímu) retributivismu, relativní teorie pak konsekvencialismu. Smíšené teorie korespondují s kompromisním retributivismem (retributivistická mezní deontologie).

Toto členění se zřejmě zabývá teoriemi, které určují, jak máme trestat. Nereflektuje tzv. opravňující teorie, které pouze odůvodňují, že máme morální právo trestat. Kam například zahrnout retributivismus ztráty práv či teorii souhlasu? Tato klasifikace je tedy primárně určena pro diskuzi o tom, jak máme trestat, a nikoliv pro diskuzi s abolicionisty o tom, zda vůbec můžeme trestat. Ze stejného důvodu se nejspíš nemá smysl snažit pod některou z uvedených škatulek podřadit nekritické (legalistické) teorie. Teorie férovosti nám neposkytuje kritéria toho, jak má vypadat instituce trestu či trestní právo. Ona pouze zdůvodňuje, že pokud trestní právo velí potrestat určitým způsobem, pak máme morální důvod tak učinit.

Klasifikace je též zřejmě zaměřena na spor retributivismu s konsekvencialismem, a proto nezaštituje teorie, které mají povahu neretributivního nonkonsekvencialismu. Teorii sebeobrany nelze zahrnout do relativních teorií, protože závažnost trestu je třeba korelovat se závažností provinění. Edukační teorie a teorie souhlasu nelze považovat za smíšené teorie, protože v jejich případě nemá smysl hovořit o odplatě.

[75] NOVOTNÝ, O., VANTUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část.* str. 37-39.

Užitečnost klasifikací teorií trestu závisí na jejich přehlednosti a zejména na tom, zda reflektují klíčové morální neshody. Jedním ze základů neshody o tom, zda a proč lze ospravedlnit trestání, je spor o to, zda je utrpení vždy zlem. Je důležitý rozdíl mezi tím, kdy považujeme trest za nutné zlo, nebo tvrdíme, že utrpení některých viníků je inherentním dobrem. To je příčinou toho, proč je retributivismus tak oblíbenou škatulkou a též důvodem pro zavedení distinkce, která tento spor reflektuje. Jeho řešení je úzce spjato s problematikou svobodné vůle.

2.3.10 Proč retributivistům záleží na svobodné vůli?

Proč považujeme otázku svobodné vůle za relevantní či dokonce zásadní pro otázku přijatelnosti trestu a proč činí námitka neexistence svobodné vůle obtíže spíše zastáncům retributivismu než konsekvencialismu? Je třeba rozlišovat vysvětlení faktu, že nám na svobodné vůli záleží, a zdůvodnění etické relevance svobodné vůle.

Dle retributivismu je základním důvodem trestu provinění pachatele. Pachatele trestáme, protože si to zaslouží, a nikoliv kvůli pozitivním efektům. Problém je v tom, že pokud nemáme svobodnou vůli, pak neměl pachatel svoje jednání pod kontrolou. V takovém případě se otevírá větší prostor intuicím či pocitům, které velí netrestat například ty, jejichž „jednání“ bylo důsledkem donucení, drog, nouze, náhody (selhání zbraně) atd. To je pouze náčrt vysvětlení toho, proč retributivisté pociťují námitky ohledně neexistence svobodné vůle jako problém. Něco jiného je otázka, jakou roli hraje svobodná vůle v jejich teoriích a zda připouštějí nezávislost své etické teorie na řešení sporu o existenci svobodné vůle.

Platnost utilitaristických teorií (a většiny variant konsekvencialismu vyjma například retributivního konsekvencialismu) je nezávislá na existenci svobodné vůle. Újma je způsobována kvůli dobru, které přinese, a to nezávisle na tom, zda měl někdo svoje jednání pod kontrolou. Utilitaristé jsou zřejmě též vystavěni menšímu tlaku protichůdných intuic. Trest totiž vnímají jako zlo samo o sobě a k trestu přistupují spíše jako k jednání v krajní nouzi či ochrannému opatření. V rámci rozhodování o těchto činech se neuplatňují intuice zakazující způsobovat utrpení subjektům, které nemají svoje jednání pod kontrolou.

2.3.11 Korigovatelnost trestem a utilitaristická odpovědnost

Jaká jsou kritéria morální/právní odpovědnosti? Pro utilitarismus je to relativně jednoduchá a empirická úloha, protože jediným relevantním kritériem je užitečnost. Otázku užitečnosti uložení trestu lze rozložit na dvě dílčí otázky. Které typy jednání je užitečné trestat? To koresponduje se stanovením subjektivní stránky, objektu, a objektivní stránky trestného činu. Které subjekty je užitečné trestat? To souvisí s problémem příčetnosti a stanovením vhodné věkové hranice. Uvažme, že jsou splněny podmínky na straně jednání. Utilitarista se bude ptát, na které jedince je za takové okolnosti užitečné aplikovat instituci trestu a z toho důvodu jim připisovat trestní odpovědnost a na které je užitečné aplikovat alternativní instituce, jakou je například ochranná detence. V praxi se identifikace vhodné reakce rozhoduje zejména podle příčetnosti. Pokusíme se zde nastínit, že toto rozdělení souvisí se schopností osoby být korigovatelný hrozbou sankce.

Dle utilitarismu slouží instituce trestu k regulaci lidského jednání. Základním instrumentálním dobrem je odrazení potencionálních pachatelů od nežádoucího jednání. Účinná regulace je vystavena na systému sankcí různého stupně závažnosti. Adekvátní trest je primárně poměřován s povahou nežádoucího jednání. Naopak základním účelem instituce ochranné detence je ostrakizace nebezpečných jedinců. Povahu vhodného opatření nekorelujeme se závažností činu, ale s mírou a příčinami nebezpečnosti subjektu.

Jak vysvětlit, že u osob způsobilých k odpovědnosti korelujeme intenzitu trestu s povahou jejich činu a u lidí, kteří nemají dostatečnou schopnost řídit se pravidly, korelujeme povahu ochranného opatření pouze s jejich nebezpečností pro společnost a nikoliv s povahou jejich předešlého jednání? Dokonce ani zločincům, kteří spáchali nějaký závažný kriminální delikt, neudělujeme obvykle doživotní tresty vězení, protože by to odporovalo intuicím o jejich zásluze. Naopak člověka s nějakou závažnější poruchou ovládacích nebo kognitivních schopností jsme často ochotni ostrakizovat po zbytek jeho života. To je prima facie podivné. Vůči jedněm máme pocity rozhořčení, zlosti, chuti se pomstít a nastolit retributivní spravedlnost, které nás motivují k jejich potrestání i přesto, že to pro nás není (na první pohled) výhodné. Jejich trest nicméně nesmí být vyšší, než odpovídá jejich zásluze. Vůči druhým tyto emoce nemáme, ale jejich

„tresty“ mohou být a někdy i jsou daleko závažnější. Jak tento rozdíl vysvětlit? Proč se u nás evolučně vyvinula emocionální potřeba korigovat výši trestu podle povahy pachatelova činu? Částečnou odpověď na tuto otázku lze odvodit z jedné úvahy Jeremyho Benthama.

Utilitarismu bývá vyčítáno, že porušuje princip zásluhy, podle kterého by trest měl odpovídat morálnímu selhání pachatele. Tuto námitku lze ale oslabit argumentem Jeremyho Benthama, který přišel s utilitaristickým principem proporcionality trestu. Bentham si všiml, že z hlediska optimalizace odstrašujícího efektu je nutné při stanovení výše trestu za jednání typu X brát v úvahu nejen jeho škodlivost, ale též škodlivost a výši trestů „substitutů“ X.

Uvažme tři případy loupeže. Loupež beze zbraně, se zbraní a loupež, při které dojde k usmrcení oloupeného. Pokud bychom trestali všechna jednání stejně, tak by pachatel preferoval druhý případ před prvním, protože by měl větší šanci, že se mu oběť neubrání. Tato varianta je zároveň nebezpečnější pro společnost, protože pokud by pachatelé loupili se zbraněmi, počet úspěšných loupeží by byl větší. Pokud bychom trestali stejně ozbrojenou loupež a loupežnou vraždu, bylo by pro pachatele daleko výhodnější zbavit se svědků. Loupežné vraždy mají též horší bilanci konsekvencí. To znamená, že rozdíl mezi intenzitou trestu za obyčejnou loupež a loupežnou vraždu musí mít takovou povahu, aby člověka, který se rozhodne loupit, dostatečně motivoval k výběru méně škodlivé variantu.[76] V praxi se to též řeší tím, že se investuje více prostředků k prošetření loupežné vraždy než k prošetření ostatních typů loupeží.

To souvisí i s argumentem proti názoru, že s rozvojem neurověd dojde k úplnému nahrazení instituce trestu institucí ochranných opatření. S rozvojem neurověd sice dojde k razantní modifikaci instituce trestu, z utilitaristického hlediska však bude nadále užitečné si ponechat obě varianty reakce, a to nejen pro případy, kdy dokážeme identifikovat neurokoreláty s tendencí páchat trestné činy, ale též pro kauzálně vysvětlitelná jednání. Uvažme, že máme dva světy S1 a S2, které se liší pouze tím, že v S1 není na rozdíl od S2 instituce trestu a nachází se tam pouze instituce ochranné detence. Přestože budou pedofilové v S1 a S2 stejně nebezpeční, budou se mnohdy chovat odlišně. Proč nezneužít

[76] MATRAVERS, Matt. Justice and Punishment: The Rationale of Coercion. str. 14.

dítě, když to nemá vliv na to, zda a jak dlouho budu v ochranné detenci? A proč se rovnou nezbavit svědků a tím snížit pravděpodobnost, že moje nebezpečnost vyjde najevo? V S2 může nějakého pedofila ovlivnit skutečnost, že nespáchání trestného činu znamená 0 let ve vezení, zneužití dítěte 10 a vražda dítěte 20 let. Náš argument samozřejmě předpokládá, že ochranným opatřením se myslí opatření, jehož povaha není primárně korelována s povahou pachatelova činu.

David Eagleman se snaží z pozice neurověd argumentovat, že bychom měli vyměnit backward-looging pojem odsouzeníhodnosti či trestuhodnosti (blameworthiness) za forward-looking pojem modifikovatelnosti (modifiability). Svoji představu správného rozhodování o uložení trestu naznačuje následovně: *„Is rehabilitation available? If so, great. If not, will the punishment of prison sentence modify future behavior? If so, send him to prison. If punishment won´t help, then také the person under state control for the purposes of incapacitation, not retribution*.“[77] Eagleman však opomíjí specifickou roli instituce trestu postavené na odstrašujícím efektu a tím i užitečnost backward-looking pojmu trestuhodnosti.

Někdo by mohl zastávat opačný názor a tvrdit, že podmínkou užitečnosti trestu je výskyt neurokorelátu s tendencí páchat trestné činy. Tomáš Sobek interpretuje Davida Huma následovně: „*Podle Huma se lidské morální sentimenty orientují na morální charakter aktéra právě proto, že pro společnost může být do budoucna prospěšný, případně nebezpečný. Má smysl pozitivně nebo negativně reagovat na nějaké jednání pouze tehdy, když není věcí nahodilosti, ale vyjadřuje trvalou dispozici aktéra, která se může projevit v jeho dalším jednání. Pozitivně reagujeme na projevy charakteru, který má tendenci být společensky prospěšný, negativně pak na projevy charakteru, který má tendenci být společensky nebezpečný.*“ [78] Tento názor je alespoň při jedné interpretaci, která se na první pohled nabízí, též chybný. Podobně jako v případě Eaglemana nezohledňuje odrazující funkci trestu. Hume se mýlil, pokud tvrdil, že morálka a trestání se neobejdou bez morálního charakteru

[77] EAGLEMAN, David. *Incognito. The Secrets Lives of the Brain.* konec kapitoly: Why Blameworthiness Is the Wrong Question.

[78] SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. str. 67.

v běžném slova smyslu. Trestání sice ztratí funkci ostrakizace nebezpečných jedinců (není trvalá dispozice jednat dobře nebo špatně a tak ztrácí smysl někoho zavírat), nápravy (náprava se chápe jako změna „trvalých“ dispozic, ale pokud nejsou trvalé dispozice jednat morálně či nemorálně pak náprava ztrácí smysl). Na druhou stranu o to více patrně vzroste funkce motivační (pokud klesne role osobnosti, má na chování jedince větší vliv prostředí.).

Primárním účelem instituce trestu je dle utilitarismu regulace jednání prostřednictvím odstrašujícího účinku. To koresponduje s tím, že trestní odpovědnost připisujeme primárně těm, kteří jsou korigovatelní hrozbou sankce. Schopností být korigovatelný trestem zde míníme schopnost být motivován hrozbou sankce, a nikoliv možnost být vykonáním trestu napraven či jinak ovlivněn.

Dejme tomu, že platí nějaká pravidla zakazující antikooperativní jednání a že trestáme ty, kdo dotyčná pravidla poruší. Někteří mají kognitivní schopnost, aby dotyčná pravidla rozpoznali a aby dokázali předvídat následky svého jednání takovým způsobem, že mohou úspěšně identifikovat alternativy, kterými neporuší pravidla. Takové osoby má smysl trestat. Jsou schopni rozpoznat, která jejich jednání poruší pravidla, a jsou schopni spočítat si, že pro ně budou díky následnému trestu nevýhodná. Trestat má smysl také jen ty, jejichž nutkání dopustit se antikooperativního jednání není natolik silné, aby nakonec vždy zvítězilo nad strachem z případné sankce.

To je samozřejmě poněkud zjednodušující úvaha. V praxi jsou běžně trestáni ti, jejichž korigovatelnost je snížena. Je klidně možné, že někteří recidivisté nejsou od některých činů vůbec odvratitelní, a přesto dává smysl jim připisovat odpovědnost. V praxi totiž nerozhoduje skutečná korigovatelnost, ale na první pohled rozpoznatelná nekorigovatelnost, kterou je navíc obtížné simulovat. Na osoby, které dlouhodobě vykazují iracionální jednání takovým způsobem, že je zřejmé, že tím nemohou získat jinak preferované výhody, není třeba aplikovat instituci trestu. V případě nenapravitelných recidivistů však na jejich iracionalitu či nekorigovatelnost usuzujeme z jejich neschopnosti vyhnout se trestu. Pokud bychom jim odmítli připisovat odpovědnost, motivovali bychom jiné k recidivě. V případě recidivistů kombinujeme utilitaristický princip proporcionality s požadavkem dlouhodobě izolovat nebezpečné jedince.

Pravidla typu třikrát a dost však mohou s utilitaristickým principem proporcionality kolidovat. Pokud vím, že mi za třetí trestný čin hrozí doživotní trest, nemám po jeho spáchání co ztratit. Naopak instituce ochranné detence je primárně určena pro případy, kdy nám nerespektování principu proporcionality nebude činit obdobné potíže.

Někomu by se mohlo zdát, že korigovatelnost trestem je v rozporu s kauzálním determinismem. To lze vyvrátit následující ilustrací. Jakožto deterministický robot jsem zaznamenal informaci, že za určitá jednání obvykle následuje trest. Jsem naprogramován k tomu, abych se vyhýbal nepříjemným pocitům či měl větší reprodukční úspěšnost apod. Jsem tedy korigovatelný pomocí trestů stejně, jako je termostat korigovatelný změnou teploty. Jiní roboti, kteří se snaží vyhnout nepříjemným pocitům, zaznamenali informaci, že trestáním jsou schopni regulovat jednání jiných robotů. Začnou tedy automaticky trestat jednání, která jim mohou přinést nepříjemné pocity. Někteří roboti jsou porouchaní. Na první pohled je zřejmé, že nejsou korigovatelní pomocí trestů (děti, blázni atd.). Tento fakt je zaznamenán jinými roboty. Ti jsou též naprogramovaní k tomu, aby zbytečně nepůsobili bolest. Přestanou tedy automaticky dotyčným subjektům připisovat odpovědnost/trestat je.

I to, že z hlediska odpovědnosti přistupujeme jinak k psychopatům[79] a schizofrenikům, lze vysvětlit pomocí korigovatelnosti hrozbou sankce. To, že má psychopat sníženou schopnost soucitu, se nevylučuje s tím, že si dokáže vypočítat, zda se mu to či ono jednání vyplatí. Hrozba sankcí má u psychopata dokonce širší uplatnění než u normálního člověka, protože v mnoha případech, kdy normální lidé nevolí jinak výhodné, ale nemorální jednání čistě z pocitu odporu, zbývá u psychopata už jen znevýhodnění dotyčné alternativy. Psychopaté mají potřebnou kognitivní schopnost a nemají problém s tím, že by měli nepřekonatelné nutkání zvolit jednání, kterým poruší pravidlo. Mají to jen těžší v tom, že naopak postrádají nutkání nechovat se špatně. Naproti tomu schizofrenik, který si myslí, že útočí na červeného draka, nebude kalkulovat s možnou sankcí za vraždu člověka. S psychopaty díky tomu nakládáme spíše podle jejich jednání (instituce trestu respektive důraz na motivaci). Se

[79] Termín psychopatie zahrnuje různorodou skupinu nežádoucích psychických abnormalit. My ho zde zjednodušeně používáme v užším smyslu pro označení jedné z variant psychopatie.

schizofreniky pak jednáme spíše podle jejich nebezpečnosti (instituce ochranné detence/léčení).

Znaky korigovatelnosti patrně souvisí se znaky schopnosti jednat racionálně. Pokud někdo systematicky jedná sebedestruktivně, bude nejspíše i méně korigovatelný hrozbou sankce. Obecná nekorigovatelnost bude korespondovat s úplnou absencí trestní odpovědnosti. Částečná se týká například kleptomanů. Za kleptomany považujeme ty, kdo systematicky kradou i v případech malého ekonomického prospěchu a vysoké pravděpodobnosti dopadení. Protože nejsou v těchto kontextech odvratitelní hrozbou sankce, jsou částečně neodpovědní. To je opět trochu zjednodušující i vzhledem k tomu, co bylo napsáno o recidivě.

2.4 Konsekvencialismus

Část kritiky konsekvencialismu a utilitarismu obsažená zejména ve starší či přehledové literatuře se opírá o různá neporozumění či zavádějící, i když často z ekonomických důvodů pochopitelná zjednodušení. Ty nejdůležitější uvedu v následujících kapitolách.

2.4.1 Skutečné vs. předvídatelné[80] konsekvence

Prima facie důležitou otázkou je, zda mají být kritériem správného jednání pouze předvídatelné konsekvence nebo skutečné konsekvence. Proti tvrzení, že morální status jednání nezávisí na předvídatelnosti jeho následků, lze uvést následující argument Brada Hookera, který v této souvislosti zmiňuje pasáž Johna Stuarta Milla: „*Neměli bychom žádný čin označovat za špatný, pokud tím zároveň nechceme říci, že by osoba, která se ho dopustila, měla být nějakým způsobem potrestána, respektive, že by měli být potrestáni ti, co se ho též dopustí; jestliže ne právem, tak míněním ostatních osob; jestliže ne míněním, tak vlastními výčitkami.*“[81]

(A) Jestliže je nějaké jednání morálně špatné, pak je odsouzeníhodné.

[80] Proč je přesnější namísto předvídaných konsekvencí hovořit o předvídatelných konsekvencích? Protože odsouzeníhodným jednáním může být i jednání v nevědomé nedbalosti. Relevantní následky nemusely být předvídány, ale musely být předvídatelné.

[81] MILL, J. S. *Utilitarianism*. 1861. ch. 5, para. 14. (SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy)*

(B) Jestliže je nějaké jednání odsouzeníhodné, potom musela být jeho sub-optimální bilance konsekvencí předvídatelná.

Tedy: Jestliže je nějaké jednání morálně špatné, potom musela být jeho sub-optimální bilance konsekvencí předvídatelná.[82]

První premisa se opírá o vztah mezi morální špatností a odsouzeníhodností respektive trestuhodností v nejširším slova smyslu. Morální špatnost je postačující podmínkou trestuhodnosti. Pokud se někdo dopustil morálně závadného jednání, pak je zjednodušeně řečeno dán důvod pro jeho kritiku. Druhá premisa se opírá o to, že pokud někdo nemohl předvídat následky svého jednání, není za tyto následky morálně odpovědný. Z toho lze odvodit závěr, že objektivní konsekvencialismus je chybná teorie.

Objektivní konsekvencialismus na to může reagovat odmítnutím první premisy respektive akceptací odlišných kritérií morální špatnosti jednání a trestuhodnosti jednání.[83] Kritérium morální správnosti jsou skutečné konsekvence. Kritérium trestuhodnosti mohou být očekávatelné konsekvence. To, že je něco morálně špatné, znamená čistě to, že bychom to podle morálních důvodů neměli dělat, a nikoliv, že je to trestuhodné. Naopak ti, co používají pojem morální špatnosti v Millově smyslu, potřebují alternativní pojem pro případy, kdy chtějí tvrdit, že se určité konkrétní jednání nemělo zvolit, aniž by tím tvrdili jeho odsouzeníhodnost.

Ve prospěch odlišných kritérií obou normativních vlastností lze argumentovat principem užitku. Pokud bychom trestali jednání, u kterých nelze předvídat sub-optimální konsekvence, bylo by to v rozporu s principem užitku. Takové trestání by nemělo preventivní účinek, protože pokud nelze předvídat, které jednání poruší princip užitku (nebo principem užitku zdůvodněné pravidlo), pak nelze ani předvídat, které jednání povede k sankci. Docházelo by též k eliminaci osob nezávisle na jejich nebezpečnosti apod. Navíc jakékoliv trestání vyžaduje ekonomické náklady. Podobné úvahy souvisí také s utilitaristickým zdůvodněním toho, že trestní odpovědnost vyžaduje (vzhledem k tomu, že účelem trestu je odstrašení, eliminace, náprava) naplnění subjektivní stránky trestného činu respektive úmysl nebo nedbalost.

[82] HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

[83] HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

Skutečnost, že objektivní konsekvencialismus používá odlišná kritéria pro určení morální špatnosti a trestuhodnosti, souvisí též s obhajobou proti námitce, že konsekvencialismus klade na jednotlivce příliš přísné nároky, respektive že zasahuje do všech sfér života. To, že někdo mohl zvolit jednání s lepší bilancí konsekvencí, ještě neznamená, že je užitečné ztrácet čas a peníze s jeho káráním.

Za preferováním předvídatelných konsekvencí na úkor těch skutečných může stát tendence přiblížit používání některých morálních predikátů v rámci konsekvencialismu tomu, jak se používají v běžné řeči. Z konsekvencialismu primárně orientovaného na morální optimálnost by se stal konsekvencialismus orientovaný na morální odsouzeníhodnost. Předvídatelná suboptimálnost má totiž k odsouzeníhodnosti blíže ji než suboptimálnost jako taková. Etikové by se měli zaměřit na analýzu toho, jak v běžné komunikaci fungují morální termíny, a vzhledem k tomu zkusit vylepšit svou terminologii. I v běžné řeči jsme nicméně svědky obdobných problémů. Když například řeknu, že odsun Němců byl špatný, nemusí být zřejmé, zda tvrdím jeho (morální) suboptimálnost či odsouzeníhodnost.

2.4.2 Konsekvencialismus pravidel

Základní námitkou vůči konsekvencialismu (činu) je problém obětního beránka. Jedná se o případy užitečného, avšak eticky problematického obětování nevinné osoby nezávisle na její vůli. V kontextu teorií trestu se diskutuje problém úmyslného potrestání nevinného. Patrně díky tomu se v textech o teoriích trestu začal objevovat konsekvencialismus pravidel. Ten umožňuje formulovat konsekvencialistickou variantu principu negativního retributivismu, který zakazuje „trestat“ nevinné.

Distinkce mezi konsekvencialismem činu a pravidel je zdrojem konfuzí. To souvisí nejen s nejednoznačností konsekvencialismu, ale v daném případě zejména s nerozlišováním rozdílů mezi 1) kritériem správného jednání, 2) kritériem správné rozhodovací procedury, 3) kritériem trestuhodnosti jednání.

Konsekvencialismus činu se definuje odpovědí na první otázku. Správné je takové jednání, které má nejlepší bilanci konsekvencí.[84]

Frekventovaná námitka, že slabým místem konsekvencialismu činu je obtížnost či nemožnost kalkulace optimálního jednání, spočívá v chybném předpokladu, že konsekvencialismus činu automaticky a obdobně určuje druhé kritérium. Konsekvencialismus činu je však sám o sobě vůči druhému kritériu neutrální. Zastánce této teorie může preferovat rozhodování podle morální intuice a být pluralistou v morálním uvažování či argumentaci. Může též rozhodovat v duchu konsekvencialismu pravidel a volit jednání podle souladnosti s užitečnými pravidly.

Vůči třetímu kritériu není konsekvencialismus činu neutrální. Námitka, že konsekvencialismus činu vede k absurdnímu závěru, že máme trestat ty, kdo při výpočtu optimální varianty nezaviněně selhali, je však též bezdůvodná. Zřejmě souvisí s desinterpretací, která tvrdí, že podle konsekvencialismu činu je trestuhodná realizace suboptimální varianty. Trestání je druhem jednání, a proto máme realizovat trest právě tehdy, když má optimální bilanci konsekvencí. Je rozdíl mezi užitečným trestem a trestem za neužitečné jednání.

Nyní se zaměřme na konsekvencialismus pravidel. Podle konsekvencialismu pravidel nezávisí správnost na konsekvencích, ale na souladnosti s užitečným pravidlem. Například akceptační konsekvencialismus pravidel považuje za užitečné takové pravidlo, jehož akceptace bude mít lepší bilanci konsekvencí než akceptace jakéhokoliv nekompatibilního pravidla.[85] Výše uvedené nám však přímo neodpovídá na otázku, zda se ona akceptace týká kritéria jednání, kritéria rozhodování či kritéria trestuhodnosti. Podle maximálního konsekvencialismu pravidel (full rule-conseqentialism) se souladnost s užitečným pravidlem týká všech tří kritérii. Dotyčná pravidla mohou i nemusí být pro všechny tři kategorie jednotná. Dílčí konsekvencialismus pravidel (partial rule-conseqentialism) tvrdí, že se souladnost s pravidlem týká alespoň jednoho kritéria, nicméně ne všech. Nedává smysl, aby někdo akceptoval konsekvencialismus pravidel s ohledem

[84] HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.* kap. Full versus Partial Rule-consequentialism.

[85] Rozdíl mezi akceptací a dodržováním pravidel: HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.* kap. Compliance and Acceptance.

na první tezi a aby ho neakceptoval s ohledem k tezi druhé. Nejběžnější varianta dílčího konsekvencialismu se týká rozhodovací procedury. Takový dílčí konsekvencialismus je kombinovatelný s konsekvencialismem činu.[86] Úvaha, která se skrývá za takovou kombinací, bude mít následující podobu. To, na čem skutečně záleží, jsou konsekvence, avšak kvůli našim kognitivním omezením bude správné, pokud se při rozhodování budeme držet pravidel. Je sice možné, že díky tomu zvolíme suboptimální a tedy nesprávnou variantu, v globálu však tato strategie povede k lepšímu výsledku. Alespoň na první pohled se zde otvírá problém s určitou schizofrenií v případech, kdy nám pravidlo rozhodování říká A, a přitom je zřejmé, že optimální je non A.[87]

Jinou pozicí, která již není slučitelná s konsekvencialismem činu, je koncepce, podle které je souladnost s užitečným pravidlem kritériem rozhodování, ale též kritériem správnosti jednání. Tato koncepce se vyhýbá výše uvedené schizofrenii, trpí však jinou, ne méně závažnou. Na jednu stranu se zdá, že to, na čem skutečně záleží, jsou konsekvence, protože jsou jediným kritériem platnosti pravidel. Na druhou stranu je však popírána základní myšlenka konsekvencialismu. Podle této varianty konsekvencialismu pravidel může být dobré i takové jednání, které má suboptimální bilanci konsekvencí. Morální správnost jednání již nezávisí na konsekvencích, ale na pravidlech. Proto už nelze mluvit o konsekvencialismu v námi chápaném smyslu. Tato námitka předpokládá, že ultimátním cílem konsekvencialismu pravidel je maximalizace dobra. Brad Hooker argumentuje, že konsekvencialisté pravidel mohou smysluplně akceptovat jiné ultimátní cíle.[88]

V této části bylo naznačeno, že vztah konsekvencialismu činu a konsekvencialismu pravidel je relativně komplikovaný. Díky tomu může být zdrojem neporozumění. Jako příklad lze uvést tento úryvek: „*Vermeule je konsekvencialistou, ovšem ne konsekvencialistou činů, ale pravidel. Soudcům doporučuje, aby právní pravidla aplikovali striktně. Nemají řešit otázku společenské užitečnosti svých jednotlivých rozhodnutí, mají se spolehnout na*

[86] HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* kap. Full versus Partial Rule-consequentialism.

[87] MABBOT, J. D. Profesor Flew on Punishment. *Philosophy*. str. 128.

[88] HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.* kap. Old Objections to Rule-consequentialism.

společenskou užitečnost právních pravidel stanovených legislativou, protože tento přístup prý bude mít z hlediska celkového společenského užitku lepší výsledky.“[89]

Z tvrzení, že je Vermeule konsekvencialistou pravidel, a nikoliv konsekvencialistou činu, lze usuzovat, že Vermeule je ohledně kritéria správného jednání konsekvencialistou pravidel. Pouze při tomto chápání by byl konsekvencialismus pravidel v rozporu s konsekvencialismem činu. Pak ale nedává smysl argumentovat tím, že takové počínání bude mít z hlediska celkového společenského užitku lepší výsledky. Nezáleží totiž na výsledcích, ale na pravidlech.

Daná argumentace by dávala větší smysl, pokud by byl Vermeule s ohledem na rozhodovací procedury konsekvencialistou pravidel a s ohledem na kritéria jednání konsekvencialistou činu.

Autor měl však zřejmě na mysli, že Vermeule je ohledně rozhodovací procedury konsekvencialistou pravidel a nikoliv „konsekvencialistou činu“. To je problematické v tom, že podle způsobu argumentace se zdá, že Vermeule je konsekvencialistou činu v běžnějším slova smyslu.

Na úryvku lze demonstrovat i další potencionální zdroj konfuzí, který je typický pro kontext teorií trestu. Je totiž třeba rozlišovat právní pravidla a užitečná pravidla. Mohu tvrdit, že soudci mají při rozhodování upřednostňovat právní pravidla na úkor očekávané bilance konsekvencí, a přitom nebýt konsekvencialistou pravidel ohledně rozhodovací procedury. Ve prospěch toho, že Vermeule je skutečně konsekvencialistou pravidel, vystupuje fakt, že mluví o užitečných pravidlech. Vermeula lze interpretovat tak, že obhajuje metapravidlo, podle kterého máme určovat užitečná pravidla rozhodovávání.

2.4.3 Instrumentální vs. inherentní dobra

Některé věci považujeme za dobré nebo žádoucí jenom díky tomu, že jsou prostředkem k dosáhnutí stavu věcí, které jsou dobré ze své podstaty. Těm říkáme instrumentální dobra. Některé věci jsou hodnotné samy o sobě, tedy aniž by byly prostředkem k dosáhnutí jiných dober. Zastánce egoistického

[89] SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu.* str. 526.

hédonismu bude považovat svůj pocit slasti za něco, co je samo o sobě dobré. Naopak peníze jsou podle něho dobré jen díky tomu, že jsou prostředkem k dosáhnutí příjemných pocitů. Pokud je navíc altruistou, tak pro něj mohou být instrumentálním dobrem též příjemné pocity ostatních.

Za instrumentální dobro lze označit i to, co je prostředkem k vyhnutí se něčemu, co je samo o sobě zlem. Tak například odstrašení potencionálních pachatelů je dobré, protože vede k redukci kriminality, respektive k vyhnutí se zlu.

Vlastnost být inherentní hodnotou a vlastnost být instrumentální hodnotou se navzájem nevylučují. Zasloužené utrpení pachatele je z hlediska retributivního konsekvencialismu inherentně dobré, ale též instrumentálně dobré, protože snižuje kriminalitu.

Něco může vést k dosáhnutí nějakého inherentního dobra a zároveň vést k dosáhnutí nějakého inherentního zla. V tomto smyslu je „instrumentální dobro" neurčité. Lze ho používat pro označení stavů věcí, které mají pozitivní bilanci konsekvencí.

Ne vše, co je odvozeně dobré, musí být instrumentálním dobrem. Zprávu lze označit za dobrou nejen v případech, kdy je prostředkem k dosáhnutí nějakého dobra, ale též v případech, kdy pouze informuje o nějakém dobru.[90] Takovou zprávu, která by nebyla instrumentálním ani inherentním dobrem však nelze označit za „dobro" v konsekvencialistické smyslu jakožto něco, na čem přímo či nepřímo závisí etická relevance konsekvencí.[91]

Konsekvencialistické teorie trestu mohou mít odlišné koncepce hodnot. Podle toho rozlišujeme například utilitarismus preferencí, hédonistický (klasický)

---

[90] ZIMMERMAN, Michael J. Intrinsic vs. Extrinsic Value, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.*

[91] Zde uvedené vymezení inherentního (intrinsic) a instrumentálního (instrumental) dobra je třeba brát jako předběžný náčrt, který postačuje pro účely této práce. Korsgaardová argumentuje, že je adekvátnější dávat inherentní (neodvozenou) hodnotu do protikladu k odvozené hodnotě (extrinsic value) a instrumentální hodnotu do protikladu k finální hodnotě (final value). (KORSGAARD, M. Christine. *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge : Cambridge University Press. Kap. Two distinctions in goodnes. str. 249-274.) Diskuze, kterou Korsgaardová odstartovala, však prozatím nepřinesla obecně přijímanou pojmovou strukturu. Filozofové po dlouhou dobu vedli spory o to, co je skutečně hodnotné, daleko méně se zabývali pojmem hodnoty. (Dotyčnou diskuzi reflektuje: ZIMMERMAN, Michael J. Intrinsic vs. Extrinsic Value, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.)*

utilitarismus, republikánský konsekvencialismus, retributivní konsekvencialismus atd.

Vesměs se tyto teorie ale shodnou v otázce, jaká instrumentální dobra sebou přináší nebo může přinášet instituce trestu. Podle toho, která instrumentální dobra akcentují, se dělí na deterenční teorie (teorie odstrašení), podle kterých je primárním úkolem trestu odradit potencionální pachatele od kriminálního jednání hrozbou nepříjemných následků. Dále na eliminační teorie, které vyzdvihují nutnost ostrakizace respektive zneškodnění nenapravitelných pachatelů. Dále pak nápravné teorie, podle kterých je účelná snaha reformovat pachatelovy dispozice k jednání. Eliminací zajistíme, aby se pachatel nedopustil recidivy, i kdyby chtěl. Odstrašením a nápravou zajistíme, že osoby nebudou chtít zvolit kriminální čin. Náprava může být pojímána jako instrumentální dobro, tedy například jako něco, co vede k maximalizaci blahobytu. Edukační (morálně výchovné) teorie pak mohou tvrdit, že se máme pokoušet napomoci pachateli s kultivací jeho morálního charakteru nejen kvůli tomu, že je to užitečné, ale zejména proto, že je to inherentně dobré. Existují situace, kdy se nápravná, odstrašující nebo eliminační funkce mohou dostat do vzájemného konfliktu. Například vzděláváním pachatelů můžeme posílit nápravnou funkci na úkor odstrašující. Pokud je ale chápeme jako instrumentální dobra, jejichž společným účelem je například maximalizace blahobytu, pak lze jejich vzájemnou kolizi rozsoudit principem užitku.

Konsekvencialistické teorie trestu lze členit podle koncepce inherentního dobra a podle důrazu na instrumentální dobro. Oba způsoby klasifikace se v jednom důležitém ohledu liší. Odlišné koncepce inherentního dobra nutně vyjadřují odlišné a konkurenční etické teorie. Naopak v případě instrumentálních dober jde spíše o vysvětlení toho, jakým způsobem může trestání přinášet užitek. Pokud se dva zastánci stejné koncepce inherentních hodnot neshodují v otázce, na jaké instrumentální dobro klást důraz, pak je to pouze důsledkem neshody ohledně (empirických) faktů.

Na závěr ještě upozorníme na jedno nedorozumění: „*K relativním teoriím náleží i teorie zastrašení, která doznala uplatnění zejména v nacistickém trestním právu a která zdůrazňovala odstrašující účinek trestů na veřejnost. Tato reakční teorie požadovala kruté tresty (trest smrti, tělesné tresty apod.) a*

žádala jejich veřejný výkon nebo alespoň široké zveřejnění zpráv o exemplárním potrestání.“[92] Autor se dopustil zavádějícího označení. Výraz „teorie zastrašení“ použil v rozporu s převažující konvencí ohledně užívání výrazu „deterrent theory“. Jím vymezená teorie zastrašení je pouze speciálním případem odstrašující teorie. Lze ji chápat jako tezi, že odstrašující efekt lze zvýšit veřejným uplatňováním krutých či exemplárních trestů.

3 NON-KONSEKVENCIALISTICKÉ TEORIE TRESTU

3.1 Retributivismus

3.1.1 Problémy s vymezením retributivismu

„Retributivismus“ je jeden z nejfrekventovanějších klasifikačních výrazů v textech zabývajících se ospravedlněním textu. Přesto však nemá jasně a jednoznačně stanovený význam. To souvisí s tím, že je do této škatulky tradičně zahrnována různorodá skupina nonkonsekvencialistických backward-looking teorií, přičemž jejich různorodost se projevuje v obtížnosti izolovat další společné rysy. Mezi teorie, které jsou obvykle zahrnovány do retributivismu patří zejména:

A) Retributivismus zásluhy (desert-based retributivism): Trest je ospravedlnitelný na základě zásluhy. Tato teorie je bezvýjimečně uznávána jako prototyp retributivismu. Určité obtíže způsobuje fakt, že se jeho obvykle uváděná charakteristika na první pohled neliší od obvykle uváděné charakteristiky retributivismu v obecném smyslu. Retributivismus v obecném smyslu se charakterizuje variacemi teze, že viníci si zaslouží trpět (trest), a to dle míry jejich morálního selhání. [93] Antony Duff charakterizuje retributivismus sloganem: *„…trest může být ospravedlněn pouze svou zasloužeností*.“[94] Je důležité si uvědomit, že ostatní charakteristiky retributivismu nejdou příliš nad rámec tohoto sloganu. Jak tedy odlišit retributivismus zásluhy od retributivismu

[92] NOVOTNÝ, O., VANTUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*.str. 38.

[93] Srovnej například: BERMAN, Mitchell. Two Kinds of Retributivism. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series.* str. 8.

[94] DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication, and Community*. str. 3.

v obecném smyslu? Touto otázkou se zde nebudeme zabývat. Řešení by možná mohlo souviset s rozdílností ohledně zdůvodnění správnosti trestu. Dejme tomu, že se zeptám, proč je potrestání viníka X ospravedlnitelné. Retributivista zásluhy řekne, že X má být potrestán, protože si to zaslouží. Nebude pokračovat ve zdůvodňování toho, proč si viníci zaslouží trpět, protože princip zásluhy chápe jako nezávislý princip a konkrétní zásluhu jako samozřejmou. Oproti tomu zástupci ostatních variant budou nejspíš pokračovat ve zdůvodňování. Mohou například odkazovat na morální princip, který považují za fundamentálnější (princip férovosti, princip závislosti vlastních práv na respektování práv ostatních), nebo argumentovat tím, že potrestání viníka je speciálním případem jednání, jehož správnost je méně diskutabilní (komunikace, splacení dluhu).[95]

B) Retributivismus férovosti (fairness-based retributivism): Trest je ospravedlnitelný na základě férovosti. Speciálním případem je pak teorie neférově získané výhody (unfair advantage theory): Trest je ospravedlnitelný, protože je jím pachateli odejmuta neférová výhoda, kterou získal deliktem, a to na úkor těch, kteří dodržují právo. Tato teorie má zajímavé vlastnosti. Poskytuje ospravedlnění právě těm trestům, které byly uloženy dle práva. To lze vnímat jako nevýhodu, protože tato teorie nedokáže odlišit dobré trestní systémy od špatných. Z určité perspektivy je to však výhoda. Čím více respektujeme morální názory našich oponentů a věříme, že nejlepším prostředkem řešení naší neshody je demokratické zákonodárství, tím více se nám hodí skutečnost, že teorie férovosti ospravedlňuje instituce trestu nezávisle na tom, které morální hodnoty instituce trestu zrovna ztělesňuje. Zatímco někteří budou vnímat teorii férovosti jako morálně slepou, Tomáš Sobek si všímá toho, že konsekvencialismus a nelegalistické varianty retributivismu jsou institucionálně slepými. „*Retributivismus férovosti je atraktivní teorie právě proto, že respektuje právně institucionální rozměr trestání, což od každé teorie trestu (v právním smyslu) samozřejmě očekáváme. Z tohoto hlediska má retributivismus férovosti zcela jasně navrch nad klasickým retributivismem zásluhy, který je institucionálně slepou teorií, protože ospravedlňuje trestání morálně špatných*

[95] Srovnej Booninovo členění retributivismu: BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str.85-86.

činů (zlo-činů) bez ohledu na to, zda jsou protiprávním jednáním. Jestliže retributivismus opravdu chce být teorií trestního práva, pak se musí orientovat na ospravedlnění trestu jako právem stanovené sankce za zaviněné porušení, nikoliv jako neformální sankce za jakoukoliv morální špatnost.“ [96] Pokud chtějí retributivisté a konsekvencialisté ospravedlňovat právě ty tresty, které byli uloženy podle práva, měli by podle toho (re)formulovat své teorie. Otázkou však je, jestli to konsekvencialisté a retributivisté skutečně chtějí.

C) Retributivismus ztráty práv (forfeiture-based retributivism): Proviněním ztrácí viník některá práva, která poskytují imunitu vůči některým variantám trestu. Takto (příliš) široce naznačený retributivismus ztráty práv nejspíš zahrnuje i konsensuální teorii trestu, která tvrdí, že proviněním je projeven souhlas se ztrátou práv imunizujících jejich nositele vůči trestu. Tato teorie je však tradičně chápana jako neretributivní varianta backward-looking nonkonsekvencialismu. To podporuje i jazyková intuice. Nedává smysl říci, že si X zaslouží trest, protože s ním souhlasil. Jak retributivismus ztráty práv, tak konsensuální teorie považují provinění za negativní podmínku důvodů v neprospěch úmyslného způsobování újmy. Retributivismus v obecném slova smyslu se vymezuje různými variantami teze o tom, že viník si zaslouží trpět (trest). Jenomže v běžné řeči chápeme výrok typu „“X si zaslouží trest“ spíše tak, že máme důvod potrestat X, což znamená, že nepotrestání X bude za neexistence protichůdných důvodů morálně špatné. To souvisí s tím, že retributivismus ztráty práv a případné jiné varianty tzv. opravňujícího (permissive) retributivismu nesplňují některá vymezení retributivismu.

D) Retributivismus vyrovnání dluhu (repayment theory, debt-based retributivism): Trest je ospravedlnitelný, protože je jím splacen dluh viníka vůči společnosti nebo oběti.

Výše jsme uvedli několik teorií, jejichž zařazení do retributivismu je relativně přijímáno. Ohledně jiných však panuje menší shoda. Příkladem jsou patrně teorie, které se různými způsoby opírají o komunikační potenciál trestání. Trestem společnost komunikuje svůj nesouhlas či odsouzení nežádoucího jednání. Konsekvencialistické teorie tuto funkci chápou zejména jako instrumentální dobro a v jejich případě nemá smysl hovořit o retributivismu.

[96] SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. str. 502.

Diskutabilní pozici mají nonkonsekvencialistické teorie, které se opírají o práva a povinnosti související s respektováním inherentní hodnoty komunikace. [97] Zařazení komunikačních teorií trestu do retributivismu explicitně problematizuje Tadros.[98] Boonin[99] pak implicitně tím, že ji zařazuje do jiné kategorie. Naopak prominentní zastánci této koncepce Hirsch a Duff své teorie charakterizují jako retributivismus. Duff píše, že dává smysl mluvit o zásluze. Trest je ospravedlňován jakožto komunikace zaslouženého odsouzení či výtky (censure).[100] Spory ohledně zařazení komunikační teorie zřejmě souvisí s dvojím chápáním retributivismu. Na jedné straně lze mluvit o zásluze, respektive zasloužené výtce. Komunikační teorii lze však stěží považovat za ztělesnění alternativní charakteristiky retributivismu, respektive inherentního retributivismu[101]. Podle té je podstatou retributivismu názor, že zasloužené utrpení viníku je inherentně dobré. Dalším důvodem proč vyřadit některé komunikační teorie ze škatulky retributivismus je jejich propojení s edukační teorií. Edukační teorie zjednodušeně řečeno tvrdí, že se máme snažit o pachatelovu nápravu a rehabilitaci nejen kvůli tomu, že to může být užitečné, ale zejména kvůli tomu, že je to samo o sobě správné. Edukační teorie není zahrnována do retributivismu, protože má výrazný forward-looking prvek (náprava). Je též v jistém protikladu k inherentnímu retributivismu, protože je zaměřena na určitou formu pachatelova profitování z trestu. Spíše než utrpení si pachatel zaslouží naší pomoc.

Některé teorie či názory, které byly v historii označeny za retributivistické, buď nejsou retributivistické, nebo je zahrnují i teorie, které jsou tradičně chápany jako neretributivistické. Sem patří například minimální retributivismus, což je názor či princip, podle kterého je nutnou podmínkou eticky přijatelného trestu provinění subjektu trestu. Tento princip explicitně akceptuje limitní konsekvencialismus a implicitně konsensuální teorie či teorie nutné obrany.

---

[97] TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law.* str. 27

[98] TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law.*

[99] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*.

[100] DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication, and Community*. str. 30.

[101] S pojmem inherentní retributivismus operují například: BAGARIC, Mirko; AMARASEKARA, Kumar. The Errors of Retributivism. *Melbourne University Law Review*. str. 2.

Akceptace tohoto principu je spíše než pro retributivismus charakteristická pro deontologické teorie.

V této kapitole se snažíme poukázat na obtíže spojené s vymezením retributivismu. Matt Matravers má za to, že se jedná spíše o systematicky sporný (essentially contested concept) než rigorózní pojem, který umožňoval jasné rozlišení některých non-konsekvencialistických teorií od jiných.[102] To ale zřejmě není pravda. Nutnou a klíčovou (i když je otázka, zda postačující) podmínkou pro to, aby byl nějaký pojem systematicky sporný, je jeho normativnost. Musí se užívat k normativním či hodnotícím soudům. I kdyby se vedly deskriptivní pojmové spory o to, jak je pojem „retributivismus" užíván, nebo normativní pojmové spory o tom, jak by měl být užíván, neznamenalo by to ještě, že je to systematicky sporný pojem. Retributivismus je sice nejednoznačný termín, o jehož významu se mohou vést spory. Z toho, jak se chápe, je však zřejmé, že se jedná o pojem klasifikační, respektive hodnotově neutrální. Pokud by byl retributivismus hodnotový pojem, pak by „X je retributivismus" zjednodušeně řečeno implikovalo, že X je nějakým způsobem dobrá či špatná teorie, což není pravda. Pokud teoretici trestu vedou spory o to, která teorie je skutečným retributivismem, pak řeší normativní pojmovou otázku, jak dotyčný výraz vhodně definovat, a nikoliv normativní věcný spor o to, která teorie je dobrá.

Retributivismus bývá často charakterizován jako druh nonkonsekvencialismu. Problém je v tom, že teoretici ospravedlnění trestu užívají výraz „konsekvencialismus" ještě nejednotněji, než je tomu v obecné normativní etice. V části konsekvencialismus versus nonkonsekvencialismus bylo uvedeno, že pokud chceme udržet praktičnost těchto škatulek, je nutné konsekvencialismus definovat v užším smyslu tak, že se jedná o teorii, podle které morální status jednání závisí **výlučně** na konsekvencích. V tomto smyslu je výraz konsekvencialismus užíván v celé práci. Výjimkou je například „limitní konsekvencialismus", které je za těchto okolností nutné chápat jako idiomatická spojení. Limitní konsekvencialismus je z definice nonkonsekvencialismem. Naopak retributivní konsekvencialismus je sice obvykle chápán tak, že je

[102] MATRAVERS, Matt. *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion*. str. 48.

pojmově konsekvencialismem. V úvahu však přichází i varianta, podle které je kombinovatelný z konsekvencialismem i nonkonsekvencialismem.

Nyní se můžeme vrátit k tezi, že retributivismus je varianta nonkonsekvencialismu. Asi nejvýznamnější současný zastánce retributivismu zásluhy Michael Moore uvedl, že podstatou retributivismu je názor, že zasloužená újma viníka je inherentní dobro.[103] Jedná se o plausibilní charakteristiku, jejíž akceptace by učinila „retributivismus" relativně srozumitelným a jednoznačným výrazem. Přesto lze vůči ní předložit několik námitek.

První z problémů spočívá v tom, že se musíme vzdát dvou frekventovaně uváděných rysů takto chápaného retributivismu. Zaprvé neplatí, že retributivismus je nutně nonkonsekvencialismus. David Dolinko si při reakci na Moorovu charakteristiku povšiml, že při takovém vymezení retributivismu dává smysl hovořit o jeho konsekvencialistické variantě.[104] To vedlo k nalomení „dogmatu" o nutném spojení retributivismu s deontologií a rozvoji retributivního konsekvencialismu.

Pomocí Moorovy charakteristiky definuje retributivismus též Victor Tadros. Přichází s alternativní klasifikací teorií trestu, která je nezávislá na distinkci konsekvencialismus/nonkonsekvencialismus. Do protikladu k retributivismu dává pozici, kterou označuje jako instrumentalismus. Retributivismus vymezuje akceptací teze o inherentní hodnotě zaslouženého utrpení viníka.[105] Konsekvencialistický retributivismus je založen na maximalizaci[106] této hodnoty. Deontický naopak na právech a povinnostech související s respektováním této hodnoty.[107] Naopak instrumentalismus charakterizuje odmítnutím teze o inherentní hodnotě zaslouženého utrpení. Utrpení viníku je buď hodnotově neutrální, nebo zlem. Na trestání není nic

[103] MOORE, Michael S. Justifying Retributivism. *Israel Law Review*. str. 15.

[104] DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*. str. 507.

[105] TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law.*kap. The Aims Of Punishment.

[106] To, že zde mluvíme o maximalizaci, je zjednodušující. Tak například dle úhrnného konsekvencialismu (total) záleží na celkovém součtu hodnot, dle průměrového (average) se bilance hodnot dělí počtem relevantních subjektů.

[107] HAQUE, ADIL AHMAD. Retributivism: The Right and the Good. *Law and Philosophy.* str. 3.

inherentně dobrého, a proto musí být ospravedlněno jako prostředek sloužící jiným hodnotám. Instrumentalismus však neimplikuje konsekvencialismus. Příkladem je teorie nutné obrany. Trest ospravedlňuje instrumentálně jakožto prostředek redukce kriminality. Zároveň však respektuje deontologický zákaz nakládat s nevinnými jako s prostředky k dosáhnutí dobra.

Jako problematická se ukazuje též často uváděná distinkce, že retributivismus je na rozdíl od konsekvencialismu backward-looking teorie. Konsekvencialistické teorie trestu bývají označovány jako „forward-looking“, protože konsekvence, na kterých závisí morální status trestu (instituce trestu), jsou něco, co časově následuje po uložení trestu. Naopak retributivistické teorie jsou backward-looking, protože morální status trestu závisí na charakteru pachatelova jednání, které se odehrálo v minulosti. Kam zařadit retributivní konsekvencialismus? Ten je jak forward-looking, protože se snaží maximalizovat zasloužené utrpení viníků, tak i zároveň backward-looking, protože kritéria toho, kdo je viník, se nachází v minulosti. Z tohoto hlediska se jedná o smíšenou teorii.

Na tomto místě je vhodné upozornit na jedno nebezpečí. Když se v textech o teoriích trestu píše, že dle konsekvencialismu leží podmínky ospravedlnění v budoucnosti a dle retributivismu naopak v budoucnosti, zapomíná se často na slovíčko „převážně“. Konsekvencialismus totiž musí zvažovat i minulé okolnosti. Jak se má optimálně stanovit užitečný trest, pokud neznáme parametry pachatelova činu?. Retributivismus naopak musí předvídat dopady trestu, pokud chce odpovídající míru utrpení pachatele.[108] Pokud se máme vyhnout nedorozumění, je namístě mluvit o dominantních, příznačných či převažujících podmínkách ospravedlnitelnosti.

3.1.2 Lex talionis

Zásluha nám odpovídá nejen na otázku, zda určitou osobu potrestat (kritérium distribuce), ale též na otázku, jak přísně (kritérium proporcionality) má být trest proveden. Otázkou je, zda si musíme vystačit s intuitivním posuzováním zásluhy a jí odpovídajícímu trestu, nebo zda lze předložit nějakou

[108] DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. str.81.

plausibilní věcnou explikaci principu zásluhy.[109] Jednou z možností je starodávný princip odplaty (lex talionis). Notoricky známé je jeho starozákonné vyjádření (Dt 19:21) demonstrativním výčtem: oko za oko, zub za zub, život za život atd.[110] To lze zobecnit do teze, podle které má být viníku způsobeno to, co způsobil své oběti.[111] Alternativní reinterpretace, která se nabízí, zní: Viníkovi má být způsobeno utrpení o intenzitě, která odpovídá utrpení, které způsobil své oběti. Tato alternativa má určité výhody. Nelze například useknout nohu někomu, kdo nemá nohy. Je též určitý rozdíl mezi useknutím nohy spisovateli a sportovci atd. Na druhou stranu ji však nelze uplatnit v případě následků okamžité smrti oběti, při kterých nedošlo k útrapám. Kombinacemi obou variant by bylo možné dospět k sofistikovanější alternativě.

Princip odplaty má velkou výhodu v tom, že je alespoň na první pohled srozumitelným a zejména empiricky rozhodnutelným kritérium proporcionality. Jakožto univerzálnější kritérium je však natolik problematický, že slouží pouze jako příklad a nikoliv zastávaná pozice.

Uvádí se, že princip odplaty selhává zejména dvěma způsoby. Zaprvé není u některých trestných činů jasné, jaký trestný čin stanovit. Zadruhé je příliš orientován na způsobený následek, což například spočívá v nezohledňování různých stupňů zavinění (úmysl, nedbalost).

Některé z těchto analýz obsahují zdroje potencionálních konfuzí. Dostatečně nerozlišují nemožnost určit trest, praktickou nemožnost trest vykonat a etickou nepřijatelnost takového trestu. Orientují se též na problémy proporcionality a z ekonomických důvodu si nevšímají problému distribuce.

Tak například Tomáš Sobek píše: „*Tento princip je vadný jednak proto, že pro celou řadu trestných činů (např. podvod, křivé svědectví, vydírání) není zřejmé, jaký trestný čin by měl být vykonán, aby byla ona analogie zajištěna*.“[112]

---

[109] Na princip odplaty jakožto explikaci pojmu zásluhy nahlíží např.: LACEY, Nicola. *State Punishment*: *Political Principles and Community Values*. str. 17,

[110] Formulace: „*Teorie absolutní, vyjádřené formulí: punktur, quia peccatum est (trestá se, protože bylo spácháno zlo) neboli též teorie taliační (ius talionis – právo odplaty) spatřují účel a podstatu trestu v něm samotném*;“ je chybná protože teorie taliační je pouze jednou z variant teorie absolutní. Viz.: KRATOCHVÍL, Vladimír, et al. *Kurs trestního práva : Trestní právo hmotné. Obecná část. str. 462.*

[111] Toto zobecnění převzato: LATA, Jan. *Účel a smysl trestu*. str. 45.

[112] SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*. *Kritika moralismu.* str. 494-494.

Z určitého hlediska je však zřejmé, jaký trest by byl analogický. Ten, kdo podvedl, má být podveden. Proti tomu, kdo křivě svědčil, má být křivě svědčeno. Ten, kdo vydíral, má být vydírán. Problémy spočívají spíše v něčem jiném. Vydíraní nemusí být prakticky uskutečnitelné, protože nemusíme disponovat informace potřebnými pro vydírání. Podobně záludné by bylo i křivé svědectví a podvod. V těchto případech tedy není problém v tom, jak stanovit analogický trest, ale spíše v jejich nevhodnosti a až absurdnosti spočívající zejména ve fakticky a eticky problematické realizaci.

Podobné se týká Jana Laty: „*Jaký adekvátní trest můžeme uložit znásilňovateli, lupiči, drogovému dealerovi nebo padělateli? Ostatně i vícenásobnému vrahovi nelze oplatit jeho čin*.“[113] Zde se slučuje více problémů. Co se týče lupiče, nabízí se v daném případě zcela zřejmě analogický trest. V případě znásilnění může jít o faktickou nemožnost či o ryze etickou nepřijatelnost. Zatímco v případě vícenásobné vraždy fakticky nelze vykonat vícenásobné usmrcení pachatele, v případě výroby a distribuce drog je spíše problém takovou sankci určit. Jaký trest stanovit u výroby drog zejména v případech, kdy oběť a její následky absentují nebo nejsou známy? Máme pachatele či jeho blízké vystavit nebezpečí, kterému jsou vystavěni drogově závislí? Potencionální zastánce principu odplaty by mohl tvrdit, že kritici jeho koncepce zapomínají, že princip odplaty může být chápán nejen jako princip proporcionality, ale též jako princip distribuce. Činy, které nemají oběť, nejsou trestné. V takovém případě by se sice princip vyhnul námitce neurčitosti správné proporce, vzešla by však námitka ze špatné distribuce. Princip odplaty je však obvykle chápán čistě jako princip proporcionality, který se patrně opírá o distribuční princip provinění, což je alternativní koncepce principu zásluhy. Kdo má být potrestán nám stanoví provinění. V případech, kdy byla proviněním způsobena újma oběti, se uplatní princip odplaty. V případech, které postrádají oběť, je pak nutné uplatnit jiný princip proporcionality. Pokud přijmeme předpoklad, že princip odplaty není distribučním principem, pak také musíme uznat, že není univerzálním principem proporcionality.

Výše naznačená konfuznost spočívá v několika rysech. Začne se poukazem na to, že teorie odplaty má dva typy problémů. Určitelnost trestu a

[113] LATA, Jan. *Účel a smysl trestu*. str. 45.

etickou nepřijatelnost určitelných trestů. Přitom příklady, které se uvádějí v části o neurčitelnosti trestu, zahrnují jak neurčitelné, fakticky či obtížně vykonatelné, tak i eticky nepřijatelné tresty. Jakoby se zaměňovala nemožnost určit trest s nemožností určit vhodný trest. Naše námitka částečně předpokládá zobecněnou variantu lex talionis, podle které má být viníku způsobeno to, co způsobil své oběti. Pokud lex talionis interpretujeme úžeji tak, že má být analogie zajištěna mezi účinkem na těle oběti a účinkem na těle viníka, pak ve většině uvedených případů skutečně nelze stanovit odpovídající trest.

V předešlé části jsme upozornili na problémy nerozhodnutelnosti trestu, faktické obtížnosti či nerealizovatelnost trestu a na etickou nepřijatelnost trestu. Nyní se zaměříme na etické problémy související s přílišnou orientací na následky provinění. Naše morální intuice a současné instituce trestu však zohledňují rozdíl mezi různými stupni zavinění (úmysl, nedbalost).

V souvislosti s principem odplaty je vedle Starého zákona zmiňován též Chammurapiho zákoník: „*Jestliže stavitel postavil někomu dům a své dílo neudělal pevně a dům, který postavil, spadne a usmrtí majitele domu, bude tento stavitel usmrcen*.“[114] Je přeci rozdíl mezi tím, zda chtěl stavitel někoho usmrtit (úmysl), nebo byl pouze srozuměn s tím, že budova nejspíš někoho zabije (nepřímý úmysl), nebo si byl vědom možného rizika, ale bez přiměřených důvodů předpokládal, že se tak nestane (vědomá nedbalost), nebo si své chyby vůbec nebyl vědom (nevědomá nedbalost). Eticky vadným uplatněním principu odplaty je i toto ustanovení: „*Jestliže usmrtil dítě majitele domu, bude usmrceno dítě tohoto stavitele*.“[115] Tento trest je navíc nepřijatelný z důvodu užití nevinné osoby jako prostředku trestu. I současné instituce trestu často drtivým způsobem dopadají na nevinné osoby (zejména příbuzné odsouzeného) Rozdíl je v tom, že utrpení příbuzných je následkem a nikoliv prostředkem trestu.

Kvůli nereflektování subjektivní stránky selhává princip odplaty jako kandidát na princip proporcionality. Ze stejného důvodu však selhával i jako distribuční princip. Neumožňoval by například trestat pokusy trestných činů.

[114] BALÍK, S., BALÍK, S. ml. *Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA*. str. 36.

[115] BALÍK, S., BALÍK, S. ml. *Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA*. str. 36 Tento příklad užívá: LATA, Jan. *Účel a smysl trestu*. str. 46.

3.1.3 Retributivistický konsekvencialismus

Retributivní/retributivistický konsekvencialismus vychází z teze o inherentní hodnotě zaslouženého utrpení viníka. „Klasické“ deontologické varianty (inherentního) retributivismu operují s právy a povinnostmi, které souvisí s respektováním této hodnoty. Retributivní konsekvencialismus chápe zasloužené utrpení viníka jako něco, co máme maximalizovat v konsekvencialistickém smyslu. Je otázkou, jestli máme retributivní konsekvencialismus definovat jako tezi kombinovatelnou s nonkonsekvencialismem, či úžeji tak, že implikuje konsekvencialismus. S druhou variantou operuje například Michael Cahill, který dává retributivní konsekvencialismus do protikladu k meznímu a absolutnímu (ryzímu) retributivismu.[116]

Možná jediným ale určitě nejviditelnějším obhájcem retributivního konsekvencialismu je Mitchell Berman. Berman se soustředí na ospravedlnění instituce trestu. Je si vědom toho, že instituce trestu se neobejde bez újmy způsobené nevinným osobám. Z toho důvodu dělí situace, kdy byl uložen trest, do dvou základních skupin: 1) Situace, kdy byl potrestán skutečný pachatel, a to dle míry svého provinění. 2) Situace, kdy byl potrestán nevinný nebo potrestán viník, avšak přísněji, než si zasloužil. První skupinu trestů ospravedlňuje negativní podmínkou. Úmyslné způsobení újmy je sice obvykle morálně špatné, nikoliv však v případech viníků, kteří si dotyčnou újmu zaslouží. Druhou skupinu trestů ospravedlňuje silnějším důvodem. Utrpení nevinných je sice důvod v neprospěch instituce trestu, tento důvod však může být převážen hodnotou zaslouženého utrpení viníků. [117]

Vůči retributivnímu konsekvencialismu lze však formulovat jednu specifickou a doposud celkem opomíjenou námitku. Té se poprvé dotkl David Dolinko, když upozornil na absurdnost té varianty retributivního konsekvencialismu, která by zasloužené utrpení viníků považovala za jedinou hodnotu:

---

[116] CAHILL, Michael T. Retributive Justice in the Real World. *Washington University Law Review*.

[117] BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series.*

„Bezpochyby někdo může považovat to „že viník obdržuje trest“, jako „dobro konstituující“ vlastnost stavu věcí – vlastnost, která přispívá do celkové dobroty stavu věcí. Avšak žádný plausibilní konsekvencialismus to nemůže přijímat jako jedinou dobro konstituující charakteristiku – trvat na tom, že celková dobrota každého stavu věci závisí výlučně na tom, kolik trestů viníků zahrnuje nezávisle na čemkoliv dalším, co dotyčný stav věcí zahrnuje. Takový konsekvencialista by ohodnotil stav věci, ve kterém vinící dostali to, co si zaslouží, ale všichni ostatní bolestivě zemřeli ve věku 30 let, jako lepší než ten, ve kterém by jediný viník unikl zaslouženému trestu a všichni ti co se neprovinili, vedli dlouhý a šťastný život. Navíc teze, že je jedině kvantita „viník obdržuje trest“ ovlivňuje dobrotu státu věcí, implikuje absurdní závěr, že stavy věcí ve kterých nikdo nikdy nespáchá žádný zločin, postrádají naprosto dobrotu!“[118]

Srovnejme dva světy. Ve světě A bylo spácháno 100 trestných činů a všichni pachatelé byli potrestáni. Ve světě B byl spáchán 1 trestný čin. Ať už byl ve světě B dotyčný pachatel potrestán či nepotrestán, dle „čistokrevného“ retributivního konsekvencialismu je (minimálně prima facie) lepší svět A. Zjednodušeně řečeno je optimální nejen co nejvyšší míra zjišťování a trestání pachatelů, ale též co nejvyšší míra kriminality. Sledování těchto hodnot by pak vedlo k utlumování preventivních opatření i jiných nepřijatelných modifikací instituce trestu. Policie by například omezila počet policistů v ulicích, zákonodárci by modifikovali trestní právo způsobem, aby podpořili kriminalitu. Jinými slovy kriminalita by se stala instrumentálním dobrem.

Absurdnost Dolinkova scénáře má však další dimenzi. Pokud by jedinou hodnotou bylo zasloužené utrpení viníků, museli bychom razantně přehodnotit

[118] DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*.str. 513-514. „*No doubt one could treat “the guilty receiving punishment” as a “good-making” feature of a state of affairs – a feature that contributes to the overall goodness of a state of affairs. But no plausible consequentialism could take this as the only good-making characteristic – could insist, that is, that the overall goodness of any state of affairs depends exclusively on how much punishment-of-guilty-persons it contains, regardless of whatever else that state of affairs contains. What consequentialist, for example, would rank a state of affairs in which all guilty persons receive their just deserts but everyone else dies painfully by age 30 as better than one in which only one guilty person escapes deserved punishment and all non-criminals lead long and happy lives? Indeed, to insist that only the quantity of “the guilty receiving punishment” affects the goodness of a state of affairs implies the absurd conclusion that a state of affairs wherein no one ever commits any crime at all lacks goodness altogether*!“

naše představy o tom, co je trestuhodné jednání. Krádež, vražda či znásilnění by zřejmě samy o sobě nebyly morálně špatnými, protože jsou k dané hodnotě neutrální. Pokud přijmeme, že o odsouzeníhodnosti lze mluvit jen v případě těch jednání, které „útočí“ proti nějaké hodnotě, pak jediné odsouzeníhodné jednání by bylo to, které by směřovalo proti zasloužanému utrpení viníků. Jenomže tato hodnota již předpokládá, že je tu nějaký viník, a bez existence jiné hodnoty by žádné jednání nebylo odsouzeníhodné.

Berman si je Dolinkovi námitky vědom a odmítá absurdní a možno podotknout že nikým nezastávanou představu, že by utrpení viníků bylo jedinou inherentní hodnotou.[119] Problém je však v tom, že tuto námitku je možné, i když v oslabené míře, též předložit vůči retributivnímu konsekvencialismu, který uznává pluralitu hodnot. Nejsnadněji to lze provést vůči retributivnímu konsekvencialismu, který by neakceptoval žádná deontologická omezení. Stále bychom řešili otázku jak maximalizovat počet viníků za cenu co nejmenšího zla. Proč například nepodporovat spolupachatelství, když na jeden nežádoucí následek trestného činu navážeme několik viníků. Absurdním důsledkům by se tato varianta konsekvencialismu nevyhnula ani v případě, kdy by zlo spočívající ve spáchání jednoho provinění nemohlo být převáženo libovolným počtem zasloužených trestů. Za těchto okolností by se navíc razantně snížila váha zaslouženého utrpení a Bermanovi by se nezdařilo ospravedlnit situace, kdy došlo k potrestání nevinných.

Této námitce se zcela nevyhne ani retributivní konsekvencialismus, který by zahrnoval mezní deontologický zákaz podporování kriminality. Východiskem by bylo absolutní pravidlo, které by zakazovalo podporovat kriminalitu za účelem zvýšení počtu zasloužených trestů.

Jedno řešení se přece jen nabízí, a to i bez nutnosti akceptovat deontologická omezení. Adil Haque rozlišil positivní hodnotící a negativní hodnotící retributivismus. Positivní hodnotící retributivismus (positive evaluative retributivism) tvrdí, že adekvátní trest přináší do světa hodnotu, která neexistovala před uložením trestu. Negativní hodnotící retributivismus tvrdí, že adekvátní trest eliminuje zlo (negativní hodnotu), které existuje před uložením

[119] BERMAN, Mitchell. Two Kinds of Retributivism. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series.* str. 9.

trestu. Negativní hodnotící retributivismus může například tvrdit, že profitování z trestného činu je zlem.[120]

Pozitivní hodnotící retributivismus odpovídá Bermanově positivnímu retributivnímu konsekvencialismu, který pojímá zasloužené utrpení viníka jako inherentní dobro. Pokud se chce Berman vyhnout námi formulované námitce, měl by svůj pozitivní retributivní konsekvencialismus vyměnit za negativní retributivní konsekvencialismus. Jediného, čeho bychom mohli podporou kriminality dosáhnout, by bylo zvětšení množství zla.

3.2 Některé neretributivní nonkonsekvencialistické teorie

3.2.1 Konsensuální teorie

Frekventovaným případem negativní podmínky je souhlas. Souhlas projevený trpícím člověkem může být v případech eutanazie negativní podmínkou vraždy. Dalším příkladem je prominutí povinnosti splnit slib.[121]

Souhlas se ztrátou imunity proti trestu se podobá následujícímu konkludentně projevenému souhlasu. Obecně máme povinnost fyzicky nenapadat ostatní. Vstoupením do boxerského ringu za určitých okolností implicitně souhlasíme se ztrátou imunity vůči některým formám fyzického útoku.[122] Tento souhlas ospravedlňuje některé fyzické útoky, přestože ve skutečnosti není naším záměrem dostat ránu pěstí (na rozdíl od případu eutanazie, kde je záměrem trpícího zemřít), protože preferujeme výhru bez obdržení rány.

Všechny konsensuální teorie trestu zastávají nějakou podobu teze o tom, že pachatel souhlasí se svým trestem, respektive s možností být potrestán. Prominentním zastáncem této pozice je C. S. Nino. Podle jeho teorie mají osoby defaultní morální a právní právo, aby na nich nebyl vykonán trest. Jestliže vědí, že právním následkem deliktu je ztráta právní imunity vůči trestu,

[120] Jedná se o téměř doslovně převzatou charakteristiku. HAQUE, ADIL AHMAD. Retributivism: The Right and the Good. *Law and Philosophy.* str. 2.

[121] Raz uvádí prominutí slibu jako příklad zrušovací podmínky (cancelling condition). RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. str. 27.

[122] BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series* str. 15.

a pokud páchají trestný čin a ví, že páchají trestný čin, konkludentně souhlasí se ztrátou právní imunity vůči trestu. Tím státu (alespoň prima facie) vzniká morální právo uložit jim trest.[123] Nino si je vědom možných námitek: „*Ospravedlnění konkrétních distribucí založených na svobodné volbě stran předpokládá férovost právního rámce, ve kterém se tato volba uskutečnila*.“[124] Souhlas schopný ospravedlnit uložení trestu vyžaduje, aby trestní právo, na základě kterého je trest ukládán, bylo v nějakém smyslu správné. Nesmí být například diskriminační nebo zakazovat to, na co máme morální právo.[125]

Proti takové konsensuální teorii trestu, která navíc bude tvrdit, že souhlas je nutnou podmínkou eticky přijatelného trestu, lze namítnout, že pokud bude trvat na požadavku, aby pachatel věděl, že páchá trestný čin, omezuje tím škálu morálně přijatelných variant instituce trestu na ty, ve kterých neplatí zásada, že neznalost zákona neomlouvá. Dalším problémem jsou případy, kdy měl pachatel (značně) mylnou představu o výši trestní sazby.[126]

Tato teorie je zajímavá, avšak i její autor uznává, že sama o sobě nepostačuje k ospravedlnění instituce trestu. Předpokládá, že instituce trestu je alespoň do určité míry správná. Pokud totiž budeme spáchání trestného činu (za podmínek, které Nino zmiňuje), chápat jako souhlas se ztrátou imunity vůči trestu, pak lze za souhlas označit i jednání, kdy oloupený radši předal peníze, než aby přišel o život. Předání peněz jakožto „souhlas“ s tím, že si lupič může vzít peníze, se formálně podobá spáchání trestného činu jakožto „souhlasu“ se ztrátou imunity proti trestu. Ustanovení instituce trestu zde hraje analogickou roli jako loupežná výhružka. K této námitce a jejímu řešení se ještě vrátíme.

Na druhou stranu si zaslouží analýzu otázka, zda dotyčný „konkludentní souhlas“ použít alespoň jako jeden z podpůrných důvodů ve prospěch etické přijatelnosti trestů, nebo jako eticky relevantní indicii o povaze preferencí pachatele. Většina lidí bude preferovat kombinaci: spáchat trestný čin a mít právní imunitu vůči trestu. Pachatelé ale mají na druhém místě: Spáchat trestný

[123] NINO, Carlos S. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*. str. 297-299.

[124] NINO, Carlos S. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*. str. 302.

[125] NINO, Carlos S. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*. str. 302-303.

[126] Podrobněji: BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 160-164.

čin a nemít právní imunitu vůči trestu. Nevinní pak: Nespáchat trestný čin a mít právní imunitu vůči trestu. To znamená, že pokud by se preferenční utilitarista rozhodoval, zda přinese lepší výsledek alternativa potrestat viníka nebo „potrestat“ nevinného, možná by tato úvaha mohla být jedním z důvodů pro volbu viníka. Proti tomu lze ale argumentovat například tím, že mezi pachateli je častější výskyt jedinců, kteří podceňují schopnosti policie. Nebo tím, že to, že si pachatelé vybírají kombinaci: „Spáchat trestný čin a nemít právní imunitu vůči trestu“, nemusí ještě znamenat, že jim trestání vadí méně než nevinným. Může to znamenat čistě to, že mají větší potřebu spáchat trestný čin.

Představme si, že Karel, který je zdravý a má rodinu, poprosí Petra, aby ho zastřelil, protože on sám na to nemá odvahu. Petr ho následně usmrtí. Bez Karlovy prosby by bylo Petrovo jednání morálně daleko horší. Přesto však dotyčná prosba nejspíš nepostačuje k tomu, aby jeho jednání bylo eticky přijatelným například proto, že se týká důležitých zájmů Karlových dětí. Je vidět, že ani v případě explicitního souhlasu s X, při kterém je navíc jasné, že X je cílem dotyčné osoby, nemusí ještě platit, že X je eticky přijatelné. Vůči konsensuální teorii lze tedy předložit námitku, že pachatelův souhlas neospravedlňuje trest v případech, kdy se uložení trestu dotýká legitimních zájmů třetích osob.

S tím souvisí otázka, zda je správné, že stát vnucuje všem osobám tyto alternativy: (A) Nespáchat trestný čin a mít právní imunitu vůči trestu a (B) Spáchat trestný čin a nemít právní imunitu vůči trestu. Vezměme tento extrémní případ: Karel přepadne Petra a postaví ho před alternativy „peníze nebo život“. Petr ví, že pokud odmítne dát Karlovi peníze, bude zastřelen. Přesto ale odmítne peníze vydat, protože je chce zachovat pro svoji rodinu. Můžeme sice říci, že Petr preferoval kombinaci nepřijít o peníze a přijít o život. Na druhou stranu ale nejvíce preferoval variantu mít obojí, která byla Karlem neoprávněně znemožněna.

Ospravedlnění tomu, že stát dává osobám na výběr pouze alternativy (A) a (B), poskytuje princip férovosti. Tento stav je totiž nejvýhodnější z férových variant. Pro všechny zúčastněné by bylo nevýhodné, kdyby stát nepostihoval nežádoucí jednání. Trestání umožňuje získávat výhody plynoucí ze vzájemné spolupráce například tím, dělá ze situací, které by jinak měli povahu

nekooperativní hry s nenulovým součtem situace, které mají charakter kooperativní hry (vynucení dodržování smluv, placení daní apod.). Pro každou osobu je tedy výhodnější univerzální trestání než varianta bez instituce trestu. Úplně nejvýhodnější by však byla situace, kdyby stát trestal pouze nežádoucí jednání ostatních. Jedinec, který by měl takové privilegium, by získával výhody plynoucí z kooperativního jednání respektive trestání určitých typů jednání, aniž by na rozdíl od ostatních nesl břemena, která zisk těchto výhod umožňují. Námi načrtnuté ospravedlnění trestu je alternativní formulací teorie, podle které je trest odejmutí neoprávněné získané výhody. Výhodou první struktury je to, že u některých trestných činů, jako je například eutanazie je neintuitivní tvrdit, že pachatel svým činem získal nějakou výhodu.

3.2.2 Teorie nutné obrany

Teorie nutné obrany patří do skupiny teorií, které ospravedlňují trest negativní podmínkou. Představme si, že Petr úmyslně usmrtí Karla. Úmyslné usmrcení osoby mívá obvykle status vraždy, a tedy máme prima facie důvod považovat jeho jednání za morálně špatné. Po podrobnějším zkoumání ale zjistíme, že Petr jednal za podmínek nutné obrany. Dokázáním existence dotyčné okolnosti jsme zároveň dokázali to, že Petrovo úmyslné usmrcení Karla nikdy nebylo důvodem pro etickou nepřijatelnost jeho jednání, přestože mohlo být například důvodem vyžadovat po Petrovi jeho ospravedlnění. Takový postup je třeba odlišit od situace, kdy by někdo zpochybnil pravdivost tvrzení, že Petr úmyslně usmrtil Karla.

Nutná obrana se opírá o tento distribuční princip: Jestliže A a B se nachází v situaci, kdy je nevyhnutelné, že jeden z nich utrpí újmu, a zároveň platí, že tuto situaci svým pochybením zavinil A, potom je správnější distribuovat újmu spíše A než B. Teorie trestu jako nutné obrany v sobě obsahuje backward-looking i forward-looking prvek. To, že distribuuji újmu směrem k A, se řídí tím, že A se dopustil nějakého selhání (backward-looking), a tím, že pomocí této distribuce ochráním nevinného B (forward-looking).[127]

[127] BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. str. 192,196.

Podle některých zastánců teze, že ustanovení a udržování instituce trestu je forma nutné obrany, lze za A a B dosadit nejen jednotlivce, ale též skupiny osob. Dejme tomu, že máme nějakou společnost S, ve které jsou dvě skupiny osob. Jedné skupině A přímo hrozí, že jí členové druhé skupiny B svým nemorálním jednáním způsobí újmu. Pokud existuje někdo, kdo má možnost určit distribuci újmy, a pokud je tato újma nevyhnutelná, potom má tato osoba právo (pokud je členem skupiny A) nebo povinnost (pokud není členem skupiny A) distribuovat újmu vůči B.[128]

Jak už bylo řečeno, je teorie nutné obrany smíšenou teorií v tom smyslu, že kombinuje backward-looking a forward-looking hledisko. Díky tomu, že nutná obrana je přípustná pouze vůči těm, kteří se nějakým způsobem provinili (backward-looking prvek), vyhýbá se jedné z nejdůležitějších námitek proti konsekvencialismu a proti všem neabsolutistickým variantám teorie trestu, kterou je problém obětního beránka. Konsekvencialistům bude naopak sympatická přítomnost forward-looking prvku. Zlo, které je způsobeno jednáním v nutné obraně, není samoúčelné, protože slouží k zabraňování nějakého jiného zla. Obranu chápeme jako něco, co musí být přiměřené a jistým způsobem nevyhnutelné. Nicméně přiměřenost nevyžaduje stejnou intenzitu. Od utilitarismu se tato teorie liší mimo jiné tím, že povoluje, aby se menšímu utrpení nevinných zabránilo větším utrpením viníků.

Teorie nutné obrany má více subvariant, které lze rozlišovat například podle toho, jaké nároky kladou na podmínku přiměřenosti a nevyhnutelnosti. V současnosti nejdiskutovanější knihou teorie ospravedlnění trestu je The Ends of Harm od Victora Tadrose, ve které autor předložil sofistikovanou variantu této teorie.

3.2.3 Teorie krajní nouze a utilitarismus

Klasickým příkladem krajní nouze[129] je tzv. trolley problem. Na pět lidí se řítí vlak a jedinou možností jejich záchrany je, že někdo přehodí výhybku. Petr si toho je vědom a zároveň ví, že přehozením výhybky nevyhnutelně způsobí

[128] Srovnej: MONTAGUE, Phillip. *Punishment as Societal Defense*. str. 42.

[129] „Krajní nouze“ označuje primárně právní institut. My ho zde užíváme jako hypotetickou negativní podmínku morálních pravidel.

smrt Karla. Petr přehodí výhybku. Nehledě na to, že Petr preferoval záchranu pěti lidí bez usmrcení Karla, úmyslně ho usmrtil. Jeho jednání však nebylo morálně špatné (odsouzeníhodné), protože krajní nouze je negativní podmínkou vraždy.

V případech krajní nouze lze uplatnit i argumentaci vážením důvodů. Smrt Karla je důvodem v neprospěch Petrova jednání, nicméně záchrana pěti lidí je silnějším protichůdným důvodem. Rozdíl mezi oběma ospravedlněními Petrova jednání v krajní nouzi je ten, že v případě negativní podmínky se poukazuje na neplatnost důvodu proti Petrovu jednání a Petr má za neexistence jiných důvodů možnost volby. Oproti tomu v druhém případě je nepřehození výhybky nesprávné.[130]

Ve výše uvedeném popisu je však skryta zavádějící dvojznačnost. Argumentovat krajní nouzí jsme zvyklí při hodnocení odsouzeníhodnosti. Když řekneme, že si v případech krajní nouze můžeme vybrat, tak tím myslíme to, že ani jedna z možností není odsouzeníhodná. To však ještě nemusí znamenat, že žádná z nich není (morálně) lepší. Naopak vážení důvodů bude typické při identifikaci (morálně) optimálního jednání. Ona nesprávnost pak nutně nemusí implikovat odsouzeníhodnost.

Proč nikdo očividně neformuloval teorii ospravedlnění trestu vycházející z krajní nouze obdobně, jako je tomu v případě nutné obrany?

Krajní nouze se opírá o distribuční princip, podle kterého máme distribuovat újmy takovým způsobem, aby došlo k jejich minimalizaci. Jestliže se A a B nachází v situaci, kdy je nevyhnutelné, že buď A utrpí újmu, nebo B utrpí menší újmu, pak je lepší distribuovat újmu spíše B než A. Obdobně jako v případě utilitarismu zde dominuje forward-looking hledisko, protože záleží pouze na výsledku, a nikoliv například na tom, jestli danou situaci zavinil A nebo B. Utilitarismus a teorie krajní nouze se tedy co do distribuce neliší. Distribuční princip, o který se opírá nutná obrana, naopak zohledňuje zavinění a v tomto ohledu má podle některých nad utilitarismem navrch.

.

[130] V právu se v případech krajní nouze argumentuje negativní podmínkou. Záchrana pěti lidí není chápana jako silnější důvod pro volbu jednání. Poměřováním následků pouze zjišťujeme, zda jsou dány podmínky krajní nouze.

4 ZÁVĚR

Filozofie ospravedlnění trestu je již 60 let prosperující disciplínou. Její dynamika koresponduje s dynamikou etiky a filozofie práva.[131] To, že nedisponujeme žádnou bezproblémovou teorií ospravedlnění trestu, souvisí s tím, že nedisponujeme žádnou bezproblémovou teorií morálky. Problémem teorií jako ryzí retributivismus a konsekvencialismus je to, že vedou k důsledkům, které jsou v hrubém rozporu s našimi intuicemi o tom, co je správné. Konsekvencialismus přikazuje usmrtit nevinného ve prospěch blaha skupiny. Ryzí retributivismus zas přikazuje potrestat zloděje i v případech, kdyby to vedlo ke zkáze společnosti. To jsou etické problémy. Ryzí retributivismus má navíc teoretický problém, který spočívá v kolizi absolutních důvodů. Relativní výhodou kompromisních teorií je to, že jsou schopny ad hoc úpravou síly konkurujících důvodů, dosáhnout souladu s morálními intuicemi. To je však umožněno tím, že nám toho kompromisní teorie říkají méně. Neupravují sílu důvodu. Neshodu odsouvají na situace, kdy řešíme konkrétní etický problém.

Text lze vnímat jako nepřímou obhajobu objektivního konsekvencialismu jednání (například klasický utilitarismus Jeremyho Benthama). Ukázali jsme, že některé argumenty subjektivního konsekvencialismu a konsekvencialismu pravidel vedené proti objektivnímu konsekvencialismu jednání jsou irelevantní, protože vycházejí z jeho dezinterpretace. Vyvrátili jsme též námitku, že konsekvencialismus jednání klade neúnosné nároky na morální aktéry. Tato výtka spočívá v mylné představě, že realizace suboptimální varianty jednání implikuje odsouzeníhodnost.

Jako opodstatněný argument se naopak jeví problém obětního beránka. Konsekvencialismus jednání velí obětovat nevinné kdykoliv je to užitečné. Tuto námitku nelze vyvrátit, lze ji však oslabit. Problém obětního beránka se týká všech deontologických teorií vyjma morálního absolutismu. Morální absolutismus má však opačný problém. Zásah do práv je nepřijatelný, i kdyby se jím zabránilo libovolně tragické katastrově.

[131] K tomu: DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*.

Ryzí retributivismus, který akceptuje absolutní princip negativního retributivismu, má oproti kompromisnímu (meznímu) retributivismu kvalitativně odlišný problém s předvídatelným trestáním nevinných. Doktrína dvojího účinku se ukazuje jako plausibilní řešení tohoto problému.

V této práci jsme též formulovali argument proti Bermanově variantě retributivního konsekvencialismu. Pokud se chce Berman vyhnout dotyčné námitce, měl by svůj pozitivní retributivní konsekvencialismus vyměnit za negativní retributivní konsekvencialismus.

Jedním z hlavních cílů bylo poukázat na některé problémy spojené se základní terminologií. Za tím účelem jsme se věnovali pojmu trest, ospravedlnění, konsekvencialismus, konsekvencialismus pravidel a retributivismus.

5 SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY A PRAMENŮ

ALEXANDER, Larry. Deontology and Treshold. *San Diego Law Review*, 2000, Vol. 37, pp. 893-912, Dostupné také z WWW: <http://ssrn.com/abstract=253676 or doi:10.2139/ssrn.253676>.

ARMSTRONG, Keir G. The Retributivist Hits Back. *Mind* : New Series. 1961, Vol. 70, No. 280, s. pp. 471-490. Dostupný také z WWW: <http://links.jstor.org/sici?sici=0026-4423%28196110%292%3A70%3A280%3C471%3ATRHB%3E2.0.CO%3B2-4>.

BAGARIC, Mirko; AMARASEKARA, Kumar. The Errors of Retributivism. *Melbourne University Law Review*. 2000, Vol. 24, No.1, s. 124-189.

BALÍK, S., BALÍK, S. ml. *Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005. 271 s.

BARTÁK, J. *Ospravedlnění trestu: retributivismus versus konsekvencialismus.* Plzeň 2011. Diplomová práce. Západočeská univerzita v Plzni. Filozofická fakulta. Katedra filozofie. Vedoucí práce T. Sobek.

BERMAN, Mitchell. Punishment and Justification. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series* [online]. 2006, No. 129, [cit. 2011-03-09]. Dostupný z WWW: <http://ssrn.com/abstract=956610>.

BERMAN, Mitchell. Two Kinds of Retributivism. *University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series* [online]. 2011, No. 171., [cit. 2011-03-05]. Dostupný z WWW: <http://ssrn.com/abstract=1592546>.

BOONIN, David. *The Problem of Punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008. ISBN-13 978-0-511-38833-0.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts : A Republican Theory of Criminal Justice*. New York : Oxford University Press, 1990. 230 s.

BROWN, Campbell. Consequentialize This. *Ethics.* 2011, Vol. 121, No. 4, pp. 749-771.

CAHILL, Michael T. Punishment Pluralism. *Brooklyn Law School Legal Studies, Research Papers* [online]. 2010, No. 215, [cit. 2011-03-11]. Dostupný z WWW: <http://ssrn.com/abstract=1705682>.

COTTINGHAM, John. Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly*. 1976, Vol. 29, No. 116, pp. 238-246. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/2218820>.

DAVIS, Michael. Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments From (About) 1957 to 2007. *Journal of Ethics*. 2008, Vol. 13, No. 1, s. 73-100. Dostupný také z WWW: <http://www.springerlink.com/content/c3n01l4178r72440/fulltext.pdf>.

DOLINKO, David. Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment. *Law and Philosophy*. (Sep., 1997), Vol. 16, No. 5, s. pp. 507-528. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/3505018>.

DOLINKO, David. Some Thoughts About Retributivism. *Ethics*. Apr., 1991, Vol. 101, No. 3, s. pp. 537-559. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/2381468>.

DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication, and Community*. New York: Oxford University Press, 2003. 272 s. ISBN 0-19-516666-3.

EAGLEMAN, David. *Incognito. The Secrets Lives of the Brain.* New York: Pantheon Books, 2011. eISBN: 978-0-307-37978-8.

FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998. 240 s. ISBN 0-19-512171-6.

GOLASH, Deirore. *The Case against Punishment: Retribution, Crime Prevention, and the Law*. New York: New York University Press, 2005. 217 s. ISBN 0-8147-3158-9.

HAQUE, Adil Ahmad. Retributivism: The Right and the Good. *Law and Philosophy, Rutgers School of Law-Newark Research Paper.* 2012, Vol. 31. Dostupný z WWW: < http://ssrn.com/abstract=2168386>.

HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*. 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2008. 273 s. ISBN 978-0-19-953477-7.

HONDERICH, Ted. *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*. London: Pluto Publishing, 2005. 264 s. ISBN 0-7453-2131-3.

HOWELLS, Kevin; DAY, Andrew. The Rehabilitation of Offenders: International Perspectives Applied to Australian Correctional Systems. *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*. 1999, 112, s. 1-6.

CHOLBI, Michael. Compulsory Victim Restitution Is Punishment: A Reply to Boonin. *Public Reason*. 2010, Vol. 2, No. 1, s. 85-93.

KAGAN, Shelly. *Normative Ethics*. Boulder (Colorado) : Westview Press, 1998. 352 s. ISBN 10-8133-0846-1.

KAGAN, Shelly. *The Limits of Morality*. New York : Oxford University Press, 1989. 428 s. ISBN 0-19-823916-5.

KERSHNAR, Stephen. *Desert, retribution, and torture*. Lanham : University Press of America, 2001. 202 s.

KORSGAARD, M. Christine. *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge : Cambridge University Press, 1996.

KOLBER, Adam J. Unintentional Punishment. *Public* Law *& Legal Theory, Research Paper Series.* [online]. 2012, No. 2-10. Dostupný z WWW: <http://ssrn.com/abstract=1945286>.

KRATOCHVÍL, Vladimír, et al. *Kurs trestního práva : Trestní právo hmotné. Obecná část*. Vyd. 1. Praha : C. H. Beck, 2009. 834 s. ISBN 978-80-7400-042-3.

LACEY, Nicola. *State Punishment*: *Political Principles and Community Values*. London: Routledge, 1994. ISBN 0-415-10938-8.

LATA, Jan. *Účel a smysl trestu*. Vyd. 1. Praha : LexisNexis cz s.r.o, 2007. 114 s. ISBN 978-80-86920-24-5.

MACKIE, John L. Ethics : *Inventing Right and Wrong*. London : Penguin, 1990 (1977). 256 s.

MABBOT, J. D. Profesor Flew on Punishment. *Philosophy*, 1955. 30, s. 256-66. Repr. in *Acton,* 1966. s. 115-129.

MATRAVERS, Matt. *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion*. Oxford: Oxford University Press, 2000. 282 s. ISBN 0-19-829573-1.

MONTAGUE, Phillip. *Punishment as Societal Defense*. Boston : Rowman & Littlefield, 1995. 175 s.

MOORE, Michael S. Justifying Retributivism. *Israel Law Review*. 1993, Vol. 27, No. 15. s. 15-49.

NINO, Carlos S. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*. 1983, Vol. 12, No. 4, pp. 289-306. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/2265375 .>

NOVOTNÝ, O., VANTUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část.* 6 vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, s. 584.

QUINN, Warren. The Right to Threaten and the Right to Punish. *Philosophy & Public Affairs*. 1985, Vol. 14, No. 4, pp. 327-373. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/2265336>

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. New York : Oxford University Press, 1999. 224 s. ISBN 0-19-826834-3.

SARTOR, Giovanni. *Legal Reasoning : A Cognitive Approach to the Law*. Dordrecht : Springer, 2005. 844 s. ISBN 1-4020-3387-7

SHAFER-LANDAU, Russ. Moral Rules. *Ethics*. 1997, Vol. 107, No. 4, s. pp. 584-611. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/2382296 .>

SCHEDLER, George. Can Retributivists Support Legal Punishmnet?. *Monist*. 1980, 63, s. 185-199.

SCHEID, Don E. Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1997, Vol. X, No. 2, s. 441-505.

SHER, George. *Desert*. New Jersey: Princeton University Press, 1987. ISBN 0-691-07745-2.

SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Praha : Ústav státu a práva, 2008. 330 s. ISBN 978-80-904024-5-4

SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha : Ústav státu a práva, 2010. 423 s. ISBN 978-80-904024-7-8.

SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*. *Kritika moralismu.* Praha : Ústav státu a práva, 2011. 620 s. ISBN. 978-80-87439-03-6.

TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law.* Oxford University Press. 2011.

WALKER, Nigel. *Why Punish?.* New York : Oxford University Press, 1991. 168 s.

ZAIBERT, Leo. Punishment, Restitution, and the Marvelous Method of Directing the Intention. *Criminal Justice Ethics*. 2010, Vol. 29, No. 1, s.

41-53. Dostupný také z WWW: <http://dx.doi.org/10.1080/07311291003654179

ZAIBERT, Leo. Punishment and Revenge. *Law and Philosophy*. (Jan., 2006), Vol. 25, No. 1, s. 81-118. Dostupný také z WWW: <http://www.jstor.org/stable/27639423>.

Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů

Internetové encyklopedie:

ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael, Deontological Ethics, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-deontological/>.

ASHFORD, Elizabeth; MULGAN, Tim. Contractualism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/contractualism/>

BEDAU, Hugo; KELLY, Erin. Punishment, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>.

DANCY, Jonathan. Moral Particularism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/moral-particularism/>.

DUFF, Antony. Legal Punishment, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment/>.

HOOKER, Brad, Rule Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/consequentialism-rule/>.

HURSTHOUSE, Rosalind. Virtue Ethics, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/ethics-virtue/>.

LOVETT, Frank. Republicanism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/>.

McINTYRE, Alison. Doctrine of Double Effect, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/double-effect/>.

McLEOD, Owen. Desert, The *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/desert/>.

O'CONNOR, Timothy. Free Will, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/freewill/>.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/consequentialism/>.

TSU, Peter Shiu-Hwa. Moral Particularism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. (January 28, 2013), URL = <http://www.iep.utm.edu/morlpat/>.

ZIMMERMAN, Michael J. Intrinsic vs. Extrinsic Value, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/value-intrinsic-extrinsic/>.

6 RESUMÉ

BARTÁK, J. Teoretickoprávní aspekty trestání. Plzeň 2013. Diplomová práce. Západočeská univerzita v Plzni. Filozofická právnická. Katedra teorie práva. Vedoucí práce M. Šejvl.

Státní trest je jedná z mála společensky tolerovaných forem záměrného způsobení utrpení, nebo jiné formy újmy, které jsou realizovány nezávisle na vůli dotčené osoby. Proti takovým jednáním lze odvodit silné morální důvody ze širokého spektra etických teorií Je třeba zdůvodnit, proč má mít trestání podobně jako nutná obrana výjimku z obecného zákazu takových praktik. Existuje mnoho teorií, které předkládají odpovědi na otázku proč máme morální právo trestat, respektive které účely by instituce trestu měla sledovat. Mezi nejznámější patří utilitarismus a retributivismus. Utilitarismus uznává, že utrpení pachatelů je zlem. Způsobování tohoto utrpení je však ospravedlněno zabráněním většího utrpení. Podle retributivismu závisí morální status trestu výlučně na charakteru pachatelova jednání. Retributivismus pak tvrdí, že trestání je správné, protože zločin zaslouží trest.

Primárním cílem této práce je nastínit a posoudit argumentaci některých teorií ospravedlnění trestu zejména pak konsekvencialismu, retributivního konsekvencialismu a konsensuální teorie. Velká část textu je věnována souvislostem mezi různými typy ospravedlnění, důvodů a teorií trestu. Část práce se též zabývá některými pojmovými znaky trestu.

Klíčové pojmy: trest, ospravedlnění, konsekvencialismus, retributivismus, konsekvencialismus pravidel

BARTÁK, J. *Legal Philosophy Aspects of Punishment.* Plzeň 2013. Diploma Thesis. Westbohemian University Pilsen. Faculty of Law. Department of philosophy. Thesis supervisor M. Šejvl.

State punishment is one of the few socially tolerated forms of intentional infliction of suffering or other form of harm, that are inflicted independently of the will of the concerned person. Against such acts can be derived strong moral reasons from a wide range of ethical theories. It is necessary to justify, why the punishment as well as the necessary defense should have an exception from the general ban of such practices. There are many theories that submit responses to the questions, why we have a moral right to punish or what purposes should follow the institution of punishment. The best known examples include utilitarianism and retributivism. Utilitarianism recognizes that suffering caused to the perpetrator is evil. Nevertheless the infliction of this suffering is justified by preventing greater suffering. According to retributivism the moral status of punishment depends fully on the character of the perpetrator's act. The retributivism claims, that the punishment is proper, because the crime deserves punishment.

The primary aim of this thesis is to outline and evaluate the arguments of some punishment justification theories, especially of consequentialism, retributive consequentialism and consensual theory. A major part of the text is devoted to the links between different types of justification, reasons and theories of punishment. A part of the thesis also deals with some conceptual features of punishment.

Keywords: punishment, justification, consequentialism, retributivism, rule consequentialism