

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

David Mařádek

**Základ teorie nezákonného důkazu v civilním
soudním řízení**

Autoreferát k disertační práci

Olomouc 2021

1. Seznam prací publikovaných k tématu Mgr. Davidem Mařádkem

MAŘÁDEK, David. Pořízení zvukového záznamu soukromou osobou a obecné možnosti jeho použití jako důkazního prostředku v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 13 – 14.

MAŘÁDEK, David. Soukromě pořízený zvukový a zvukově obrazový záznam jako důkazní prostředek a důkaz v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 20, s. 705 – 710.

2. Výzkumné hypotézy a použité metody

Cílem kvalifikační práce je vytvořit obecný základ české teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení *de lege lata*. V rámci onoho tématu autor zkoumá tři hypotézy. Zaprvé, že v České republice neexistuje žádná ucelená teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení. Zadruhé, že žádná ze základních teorií nezákonného důkazu představených ve Spolkové republice Německo není sama o sobě optimálním inspiračním zdrojem pro základ teorie české, že však odsud lze čerpat cenné dílčí závěry. A zatřetí, že kdyby již česká teorie existovala, měly by jejím základem být zákaz použití nezákonného důkazu a příkaz nápravy nezákonně provedeného (zajištěného) důkazu, které pramení v ústavním principu právního státu. Zákaz použití nezákonného důkazu by přitom měl být obecným pravidlem, jež připouští výjimky. Druhým základním východiskem teorie by mělo být komplexní poměrování kolidujících práv, zájmů a hodnot. To však jen v případech, kdy zákon poměrování explicitně kodifikuje.

Výzkum hypotéz má formu několika vědeckých metod; abstrakce, analýzy, syntézy, dedukce, indukce a systémové metody. V právní vědě je samozřejmé, že na sebe právní myšlení často bere podobu abstrakce; vždyť každý obecný právní pojem není ničím jiným, než určitou abstrakcí. Analýzy dílčích právních problémů a teoretických hypotéz se vinou celou prací. Charakter syntézy mají pasáže obsahující shrnutí dílčích poznatků a následné zaujetí obecnějšího závěru. Vyvrcholením analýzy určitého právního problému většinou bývají deduktivní úvahy. Indukce je charakteristická spíše pro metodu, fázi syntézy, kdy přichází v zájmu formulace obecně použitelného postupu aplikace práva na řadu jisté zobecnění. Nezbytnost použití systémové metody je dána povahou práva jako pohyblivého, dynamického systému, který má normativní funkci. Tento systém lze stratifikovat na několik subsystémů, jež autor zkoumá; právo ústavní a podústavní, právo hmotné a procesní. V určitém smyslu představuje ústavní právo řídicí systém k právu podústavnímu jako systému řízenému. V podobné relaci se nachází hmotné právo k právu procesnímu.

3. Struktura a základní východiska

Problém nezákonného důkazu autor nejprve pojmenovává jako právně relevantní otázku v nejobecnějším smyslu, kterou pak čím dál konkrétněji zasazuje do současného českého právního řádu. Po jeho obecném zakotvení bude třeba najít silnou inspiraci pro českou teorii nezákonného důkazu. Za tímto účelem zmapuje hlavní teoretické přístupy k problému v moderní německé procesualistice. Německo bylo zvoleno kvůli jeho geografické blízkosti, z ní plynoucímu vlivu na tuzemskou právní kulturu a především díky vysoké úrovni tamější právní vědy a aplikační praxe. Jednotlivé teorie autor analyzuje ze dvou úhlů pohledu:

1. teoretické obhajitelnosti,

2. praktické využitelnosti v reálných podmínkách dnešního českého civilního procesu.

Obojí pod zorným úhlem souladu daných teorií s tuzemským *legis lata*. Dílčí postřehy z německé procesualistiky nicméně čerpá v celém textu. Ve stěžejní části disertační práce vytvoří základ české teorie nezákonného důkazu charakteristikou klíčových normativních právních idejí, z nich plynoucích fundamentálních pravidel, forem nezákonného důkazu, jejich právních následků a hlavních metod a aplikačních modelů teorie.

Autor je zastáncem Kleinovy sociální koncepce civilního procesu, protože zaprvé alespoň v obecné rovině odpovídá české právní úpravě *de lege lata*, zadruhé je mu blízký její sociální rozměr, který civilnímu procesu dává hloubku. V sociálním pojetí je civilní proces celospolečenským výdobytkem, který neslouží jen k prosazování soukromých práv občanů ani jen k vrchnostenskému rozhodování o právech a povinnostech, nýbrž ke spoluudržení právního míru ve společnosti. Soud přitom není jen pasivním pozorovatelem soupeření stran, nýbrž v zákonných mezích aktivním strůjcem a moderátorem celého procesu.

4. Stav poznání v české procesualistice

V současných učebnicích civilního procesního práva se zpravidla jen heslovitě hovoří o nezákonnosti získání či provedení důkazu, bez pokusu o předestření teoretického základu celé problematiky.¹ Časopisecké a internetové články obvykle obsahují pouze analýzu malé části české judikatury, stručnou reakci na justiční kasuistiku, zabývající se specifickými, dílčími problémy.²

¹ Viz např. ZAHRADNÍKOVÁ, Radka a kol. *Civilní právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 228. ŠTAJGR, František a kol. *Občanské právo procesní*. Druhé, částečně přepracované vydání. Praha: Orbis, 1968, s. 202. SVOBODA, Karel, a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 283.

² Viz např. NOVOTNÝ, Bořivoj. *SMS jako důkazní prostředek* [online]. epravo.cz, 23. 5. 2001, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/sms-jakodukazni-prostredek-7855.html>>; HANUŠ, Libor. Ústavněprávní vady důkazního procesu z pohledu judikatury Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 18, s. 647 – 653; TELEČEK, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 24, s. 879 – 883; VÁVRA, David. Zvukový záznam testovací situace jako důkazní prostředek v případech diskriminace. *Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 3, s. 108 – 110; BRUTHANS, Martin. *Možnost použití nahrávky hovoru s klientem jako důkazu* [online]. epravo.cz, 26. 3. 2009, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/moznost-pouziti-nahravky-hovoru-s-klientem-jako-dukaz>>

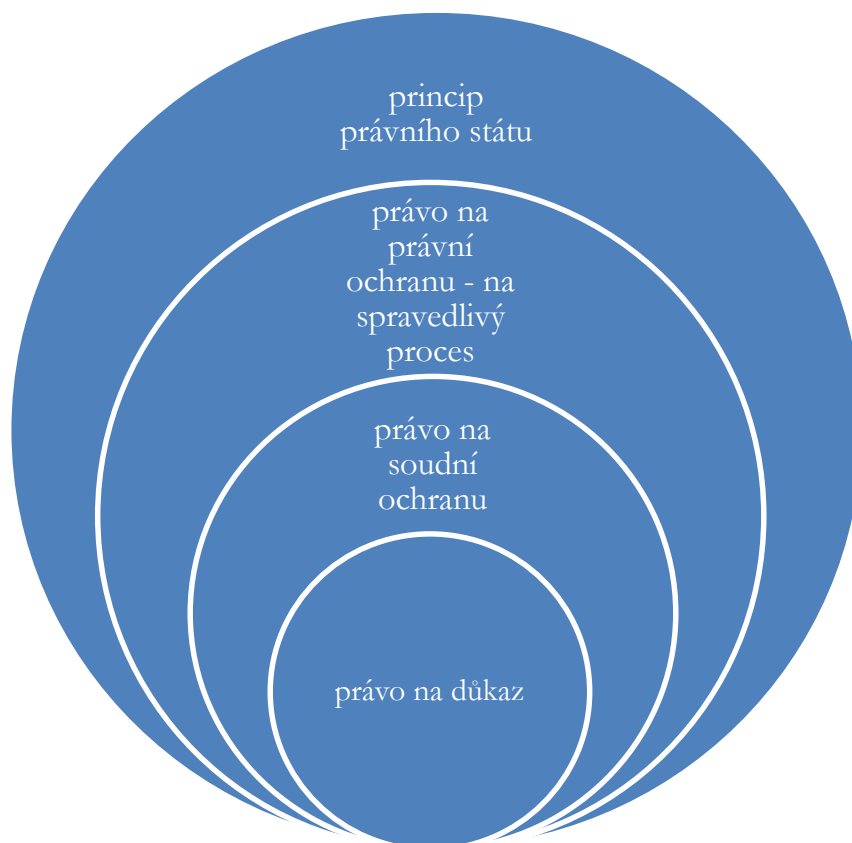
Nemají vědecký, doktrinální ráz. Obvykle jsou spíše jakýmsi případovými studiemi, analyzujícími jednotlivé soudní případy v těsné návaznosti na skutkové zvláštnosti té které kauzy. Proto z nich autor dále nevychází. Současní přední procesualisté se věnují jiným tématům. Nejvíce poznatků o zkoumaném problému se objevuje v judikatuře. Ta se však týká již velmi specifických právních otázek.

5. Popis řešení

Na problém nezákonného důkazu můžeme nazírat buďto z pohledu soudu, nebo účastníka řízení. Vždy nicméně půjde o tytéž hodnoty a subjektivní práva, neboť ty vyplývají z objektivního práva, které státu, zde vystupujícímu jako soud, přikazuje jejich ochranu. Důkaz je nástrojem právní ochrany. Bez ohledu na jeho zákonnost jej do právního řádu můžeme zakomponovat následovně.³

[pouziti-nahravky-hovoru-sklientem-jako-dukazu-55619.html](http://jinepravo.blogspot.cz/2009/12/k-pripustnosti-dukazu-audiovizualni.html)>; KÜHN, Zdeněk. *K přípustnosti důkazu utajenou audiovizuální nahrávkou v civilním řízení* [online]. jinepravo.blogspot.com, 12. 12. 2009, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://jinepravo.blogspot.cz/2009/12/k-pripustnosti-dukazu-audiovizualni.html>>; POTMĚŠIL, Jan. *Připustnost audio a video nahrávek jako důkazu* [online]. jinepravo.blogspot.com, 16. 12. 2009 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2009/12/jan-potmesil-pripustnost-audio-video.html>>; ŠEBESTA, Patrik. *Použitelnost audio a video nahrávek jako důkazu II. aneb je to horší než jsme si mysleli* [online]. jinepravo.blogspot.com, 26. 1. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2010/01/patrik-sebesta-pripustnost-audio-video.html>>; VOŠMÍKOVÁ, Helena; KRABEC, Martin. *K použití zvukového záznamu v civilním soudním řízení* [online]. elaw.cz, 7. 5. 2010, [cit. 15.2.2017]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/k-pouziti-zvukoveho-zaznamu-jako-dukazu-v-civilnim-soudnim-rizeni>>; SEIDEL, Jan. Protiprávně získané nebo použité důkazy v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 8, s. 381 – 394; VAŠUTOVÁ, Vendula. Specifika dokazování v odlišných právních procesech. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 795 – 803; MORÁVEK, Jakub. Kdy lze jako důkazní prostředek připustit záznam z kamerového systému? *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 13, s. 457 – 463; SÝKORA, Jan. Připustnost důkazu zvukovými a obrazovými záznamy v civilním dokazování. *Právní fórum*, 2012, roč. 9, č. 12, s. 532 – 539; ŠEBESTA, Kamil; BOUČKOVÁ, Jana. *Využívání kamerového systému z pohledu zákona o ochraně osobních údajů* [online]. epravo.cz, 6. 10. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/vyuzivani-kamerovehosystemu-z-pohledu-zakona-o-ochrane-osobnich-udaju-66983.html>>; JIRSA, Jaromír. *Důkaz tajným zvukovým záznamem* [online]. pravni prostor.cz, 30. 1. 2015 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/dukaz-tajnym-zvukovym-zaznamem>>; MARADEK, David. Pořízení zvukového záznamu soukromou osobou a obecné možnosti jeho použití jako důkazního prostředku v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 13 – 14, s. 481 – 487; ZEMAN, Milan. *Důkaz nahrávkou pořízenou soukromou osobou nebo projevem na sociálních sítích* [online]. epravo.cz, 5. 8. 2015, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/dukaz-nahravkou-porizenou-soukromou-osobou-nebo-projevem-na-socialnich-sitich-98326.html>>; SIVÁK, Jakub. *Nové důkazní prostředky a ochrana osobnosti v právu ICT* [online]. pravni prostor.cz, 19. 10. 2015 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni prostor.cz/clanky/procesni-pravo/nove-dukazni-prostredky-a-ochrana-osobnosti-v-pravu-ict>>; MARADEK, David. Soukromě pořízený zvukový a zvukově obrazový záznam jako důkazní prostředek a důkaz v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 20, s. 705 – 710; JIRSA, Jaromír. *Zásah Ústavního soudu do dokazování* [online]. pravni prostor.cz, 23. 11. 2015. [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/zasah-ustavnihosoudu-do-dokazovani>>; KRAMPERA, Jan, MACHÁČOVÁ, Paulína. *Připustnost nezákonně získaných důkazů v civilním řízení okem Nejvyššího a Ústavního soudu* [online]. epravo.cz, 11. 6. 2019. [cit. 31. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/pripustnost-nezakonne-ziskanych-dukazu-v-civilnim-rizeni-okem-nejvyssiho-a-ustavniho-soudu-109476.html>>

³ V níže zobrazeném diagramu vycházím především ze systematiky českého vnitrostátního právního řádu, tedy zejména LZPS.



Třebaže právo na důkaz není na ústavní úrovni explicitně zakotveno, je přirozenou součástí spravedlivého procesu, poněvadž důkaz je základním a dost možná nejpádnějším prostředkem obhajoby. EÚLP zmiňuje právo na důkaz v omezené podobě pro trestní proces v čl. 6 odst. 3 písm. d). Podle čl. 36 odst. 2 první věty LZPS má „*každý právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných průtahů a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům.*“ Soudní prosaditelnost účastnických práv by zůstala polovičatou, kdyby se účastníková přítomnost u soudu musela omezit na pasivní přihlížení. Právo aktivního zapojení se hmatatelně projevuje právem komentovat prováděné důkazy. Vyjadřuje-li se účastník k důkazu, více či méně tím také většinou glosuje životní situaci, jež má být prokázána. Právo na důkaz je tudíž složkou práva na spravedlivý proces.⁴ O. s. ř. význam důkazu akcentuje důkazní povinností účastníka (§ 120 odst. 1 první věta). Právo na důkaz má charakter právního principu, nikoli právní normy. Neplatí totiž jen za určitých skutkových okolností, nýbrž v každé situaci.

Právo na důkaz nicméně neznamená, že soud musí provést každý důkaz, který účastník navrhuje. Má naopak pravomoc některé důkazní návrhy z určitých důvodů zamítnout. Tuto pravomoc přirozeně musí uplatňovat v určitých mezích a určitým způsobem. Ten částečně popsal

⁴ Stejný názor zastává např. význačný švýcarský procesualista Berti, který s odvoláním na švýcarskou judikaturu hovoří o „právu vedení důkazu“ v souvislosti s čl. 6 odst. 1 EÚLP. Viz BERTI: *Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, s. 123.

ÚS v judikatuře o opomenutých důkazech.⁵ Opomenutí důkazu je porušení práva na spravedlivý proces nastávající v okamžiku, když soud zcela ignoruje navržený důkaz, bez vysvětlení jej odmítne provést nebo důkaz sice provede, avšak nevyhodnotí. Jenže soud nesmí důkaz nejen neprávem opomenout, ale ani provést. O důkazních návrzích by měl nepochybně rozhodovat podle předem určených pravidel. Právním základem tohoto rozhodování je v civilním procesu § 120 odst. 1 druhá věta o. s. ř., podle níž „soud rozhoduje, které z navrhovaných důkazů provede.“ Totéž pravidlo se objevuje v úpravě průběhu ústního jednání v § 118 odst. 2 a odpovídá mu právo účastníka vyjádřit se k důkaznímu návrhu či provedenému důkazu podle čl. 38 odst. 2 první věty LZPS a § 123, resp. § 119a odst. 2 o. s. ř. Z § 120 odst. 1 druhé věty ovšem plyne pouze to, že soud nemusí provést každý navržený důkaz. Nikoli už to, za jakých okolností může důkazní návrh zamítnout. Může být jedním z důvodů nezákonnost důkazu?

Většina odborných pojednání o tématu nezákonného důkazu německé provenience nemá charakter komplexní teorie nezákonného důkazu. Takové, jež by se vypořádala se všemi možnými druhy nezákonnosti a pojmenovala jejich právní následky. Většina autorů se soustředí převážně na jistě nejzajímavější a nejobtížnější otázku možnosti procesního použití nezákonně opatřeného důkazního prostředku. Není divu, protože legálně získaný důkaz otázku použitelnosti nevyvolává a jednotlivé případy zákazu provedení (zajištění) zákonně obstaraného důkazu, stejně jako správný způsob jejich provedení (zajištění), obvykle výslovně reguluje procesní právo.

Přesto má pro hlubší porozumění celé problematiky smysl začlenit onen jeden nejzávažnější moment do širšího obrazu tématu zákonnosti důkazu. Dokonce ani v Německu, kde je mu již několik dekád věnována intenzivní vědecká pozornost, dodnes neexistuje všeobecně akceptovaná, dominantní teorie nezákonného důkazu, kterou by si následně v aplikační praxi osvojily soudy.⁶ V dogmatice vzniklo vícero spíše fragmentárních teorií rozličné přesvědčivosti, z nichž žádná se zatím v právní komunitě neujala natolik, aby si vydobyla výsadní postavení. Procesualistika pouze jednoznačně odmítla obě krajní stanoviska, která považují nezákonně získané důkazy buďto za přípustné, nebo nepřipustné *en bloc*, paušálně.⁷ Soudní praxe se pak přirozeně více, než poznatky právní vědy, řídí judikaturou nejvyšších stupňů německého justičního systému, především BVerfG a BGH, v níž soudy razí metodu, založenou na přísně individualizovaném poměřování kolidujících práv a zájmů (v projednávaném případě). Judikatura je inspirativní ve snaze teoreticky správně a

⁵ Viz např. nálezy ÚS ze dne 10. 10. 2002, sp. zn. III. ÚS 173/02 (N 127/28 SbNU 95), ze dne 11. 11. 2003, sp. zn. II. ÚS 182/02 (N 130/31 SbNU 165), ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 130/31 SbNU 165), ze dne 20. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 585/04 (N 143/38 SbNU 117), ze dne 8. 12. 2009, sp. zn. I. ÚS 118/09 (N 254/55 SbNU 455), usnesení ze dne 5. 1. 2012, sp. zn. II. ÚS 1183/11.

⁶ Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot. Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, s. 1.

⁷ Viz již KAISSIS: Athanasios. *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 1978, s. 67.

současně praktickým způsobem řešit konkrétní právní otázky a v aplikaci plodů oné snahy na další případy. Není však v jejích možnostech - poněvadž má jinou funkci - rozvinout obecnou teorii. To je úkol právní vědy, zvláště nauky civilního procesního práva.

Kodek je stoupencem směru zvaného Trennungsdogma. Zastává názor, že by mělo být úlohou výhradně hmotného práva, trestat své překročení.⁸ Hmotné a procesní právo jsou podle něj zcela odlišnými a přísně oddělenými odvětvími. Historický vývoj civilního procesu v Evropě mu dává zapravdu v tom smyslu, že není vlastně ničím jiným, než dějinami osamostatňování procesního práva od práva hmotného. To však neznamená, že mezi oběma odvětvími neexistují četné styčné plochy, které je třeba seriózně teoreticky uchopit.

Zásadním Kodekovým argumentem podporujícím tento přístup je poukaz na ustanovení autorského zákona, jež umožňuje použití autorského díla v důkazním řízení. Má jít o ukázkou toho, že zákonodárce nadřazuje veřejný zájem na objasnění skutkového stavu v soudním řízení soukromému zájmu autora.⁹ Tento argument je však velmi nepřesný. Nejenže je nepoužitelný na případy nezákonného získání i provedení důkazu, neboť sám takový případ neřeší. Jde o jeden z mnoha příkladů zákonné úřední licence (Srov. § 34 písm. a) z. p. a.). Bez tohoto ustanovení by bylo použití autorského díla jako důkazu v soudním řízení ilegální, protože využití díla k dokazování je obecně vzato užitím díla, které autorský zákon podrobně reguluje. A to přesto, že by dílo sloužilo jako nástroj k ochraně soukromých subjektivních práv, třeba i autorských (sic!). Takový důsledek by byl absurdní, jelikož by paradoxně znemožnil ochranu soukromých práv.

Vidíme, že veřejný zájem se nakonec vztahuje k ochraně soukromých subjektivních práv či zájmů. Dokonce může jít o autorské právo samotné, poněvadž je vskutku nesmyslná představa občanského soudního řízení o žalobě na ochranu autorského práva, v němž by bylo zakázáno využít příslušné autorské dílo jako důkaz. Smysl a účel civilního procesu tudíž vyžaduje, aby bylo možné legálně použít autorské dílo jako důkaz.

Problém nevnímejme jako hodnotovou volbu zákonodárce mezi veřejným a soukromým zájmem, nýbrž jen jako přitakání veřejnému zájmu na ochraně soukromých zájmů prostřednictvím soudního řízení. Úřední licence k autorským dílům má opodstatnění v tom, že by bez ní použití *každého autorského díla v každé situaci a každým způsobem* bylo nezákonné, i kdyby vlastní způsob provedení díla jako důkazu plně odpovídal příslušnému procesnímu řádu. Přitom je očividné, že úřední užití díla má docela jiný účel, než užití běžné, jež bývá motivováno buďto komerčně, nebo osobní potěchou. Úřední licence není projevem nezávislosti hmotného a procesního práva. Právě

⁸ KODEK, Georg E. *Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987, s. 107. Profesor Kodek je sice Rakušan, avšak v německojazyčném prostředí patří k nejvýznačnějším proponentům *Trennungsdogmatu*. Proto je zde citován.

⁹ tamtéž, s. 123-124.

naopak - kdyby nemělo porušení hmotných práv procesní relevanci, byla by úřední licence zbytečná.

Všechny úřední i jiné licence navíc představují výjimku z pravidla (např. § § 88 odst. 2, 89 o. z.), že soudní řízení zásadně nedeklasuje soukromé zájmy ve prospěch „odhalení pravdy ve veřejném zájmu,“ nýbrž že jim přikládá prvořadý význam i v samotném procesu dokazování, aby nakonec ve veřejném zájmu ochránilo zájmy soukromé. Není tedy pravdou, že by civilní proces sám o sobě představoval veřejnoprávní licenci k užití jakéhokoli důkazu. Z ustanovení § 125 o. s. ř. rozhodně nevyplývá, že je v soudním řízení bez dalšího přípustný i nezákonný důkazní prostředek, jestliže jím lze zjistit stav věci. Ustanovení explicitně ani implicitně neodlišuje zákonné důkazy od nezákonných. Jde spíše o technickou normu, nemající s otázkou zákonnosti důkazů nic společného.¹⁰

Trennungsdogma vede k závěru o procesněprávní irelevanci nezákonného opatření důkazního prostředku. Trennungsdogma považujeme za překonaný názor,¹¹ který prakticky přehlíží funkční vazby mezi hmotným a procesním právem a v konečném důsledku koliduje se sociální koncepcí civilního procesu. V Německu je sice dodnes hojně zastoupen, nicméně většina autorů, kteří podrobně vědecky zkoumají jednotlivé konkrétní otázky vztahu obou odvětví, tuto teorii nakonec kritizují jako paušální a málo nápomocnou při řešení jednotlivého problému.

Další teorie, teorie trestněprávní relevance, zdánlivě nachází přesvědčivou oporu v principu *ultima ratio*. Je přirozené, že možnosti použití důkazu, jehož opatřením či použitím by byl spáchán trestný čin, by měly být užší, než v případě trestněprávně irrelevantním.¹² V rovině českého *legis lata* však tato teorie naráží mimojiné na fakt, že soud v občanském soudním řízení není oprávněn předběžně posoudit otázku, zda a jaký trestný čin dotyčný spáchal (§ 135 odst. 1, odst. 2 první věta o. s. ř., § 9 odst. 1 t. ř.). Takové posouzení by v případě neexistence konečného pravomocného rozhodnutí odporovalo zásadě presumpce neviny (čl. 40 odst. 2 LZPS, § 2 odst. 2 t. ř.), v případě jeho existence překážce věci rozsouzené (§ 11 odst. 1 písm. h) t. ř.) a ovšem také specializaci soudců v rámci justičního systému (§ 2 odst. 1, odst. 2 písm. a) j. ř.

Jak přistoupit k situaci, kdy by mohlo k trestnému činu dojít teprve navržením (označením), předložením či provedením důkazu v budoucnu? Překážka věci rozhodnuté odpadá a dokud čin nebyl vykonán, chybí též objekt presumpce neviny. Úsudek o trestnosti určitého chování nejenže není zakázán, ba za jistých podmínek může být přikázán (srov. § § 367, 368 t. z.). Problém je v tom,

¹⁰ Technický charakter ustanovení je patrný i ze srovnání s podobnými ustanoveními ze sociální legislativy uvedenými v devětatřicáté poznámce pod čarou. Působnost oněch ustanovení je sice užší, protože pokrývá pouze listinné důkazy, avšak jejich smysl je stejný.

¹¹ Stejný názor v Německu zastával již v roce 1976 KONZEN. Viz KONZEN, Horst. *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, s. 152 – 153, 172 – 173.

¹² Srov. např. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 99 – 101. Nebo FINK, Andreas. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*. Aachen : Fotodruck J. Mainz GmbH, 1994, s. 111 – 114.

že důkazy provádí výlučně soud. Trestnost jednání v podobě označení či předložení důkazu je silně diskutabilní jak kvůli jeho přípravnému charakteru, tak s ohledem na to, že tyto procesní úkony jsou v obecné podobě právem účastníka. Provedení důkazu může být teoreticky trestné (§ 76 odst. 1 z. s. s., § 229 odst. 1 písm. g) o. s. ř.), avšak tato potenciální trestnost je velmi problematická jednak proto, že provádění důkazů je pravomocí soudu, druhak s přihlédnutím k potřebě hladkého fungování justičního systému, jemuž mohem více napomáhá, sankcionovat provedení takového důkazu jeho nezohledněním při budování skutkového závěru v rozsudku spíše, než čímkoli jiným. Hledání trestněprávních konotací ve vlastním dokazování by mohlo podkopat funkčnost justice a pokládám je za krajně nevhodné i s přihlédnutím k nadužívání trestních oznámení pro nápravu soukromých konfliktů mezi občany, které se v posledním desetiletí v tuzemsku rozmohlo pod dojmem praktik některých vrcholných politiků.

Vidíme tedy, že by se aplikační prostor dané teorie musel omezit na případy existence pravomocného odsuzujícího rozsudku, a to ještě jen v situaci, kdy trestný čin spočíval v opatření důkazu. To činí analyzovanou teorii prakticky neupotřebitelnou. Vzhledem k masovosti předkládání důkazů, jejichž zákonnost je nutno posoudit a naprosté výjimečnosti rozsudků, trestajících porušení důkazu, by se kromě toho přerušení civilního řízení za účelem posouzení otázky viny v trestním řízení (§ 109 odst. 1 písm. b) či odst. 2 písm. c) o. s. ř.) přičilo zásadě hospodárnosti řízení (§ 100 odst. 1 první věta o. s. ř.). A jakási povšechná úvaha soudu v civilním soudním řízení, zda snad porušení či použití důkazu *mohlo* či *může být* trestné, by kromě jiného byla velmi nepřesvědčivá a stěží by tak mohla sloužit jako část odůvodnění rozsudku (§ 157 odst. 2 druhá věta o. s. ř.). Z těchto důvodů nelze tuto teorii akceptovat.

Teorie ochranného účelu zase váže existenci zákazu důkazu na kladnou odpověď na otázku, zda ochranný účel právní normy, jež byla porušena, vyžaduje procesní sankci v podobě zákazu provedení důkazu, přičemž odlišuje zákaz získání od zákazu použití důkazu.¹³ Tyto teorie umožňují diferenciovat skupiny typových případů, pro něž platí stejná pravidla. Jejich slabinou je ovšem – jak správně ukazují jejich kritikové – zejména fakt, že procesněprávní následek, přinejmenším typu zákazu provedení důkazu, obvykle nelze odvodit z účelu porušené normy, zvláště pokud jde o pravidlo hmotněprávní. Například mezi zákazem spáchat krádež a otázkou procesního využití odcizeného dokumentu neexistuje žádná souvislost. Ochranný účel porušené normy stěží může vyžadovat obecnou právní větu o proveditelnosti příslušného důkazu.¹⁴ Muthorst zdůrazňuje, že zákaz provedení důkazu by musel pramenit ve smyslu hodnotového odsudku jednání, jímž byl důkaz získán. Analýza ochranného účelu normy by potom měla zodpovědět otázku, zda by

¹³ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 95; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess. Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung Zivilrechtliche Ansprüche*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 190 – 191.

¹⁴ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 96; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 191 – 192.

připuštění nezákonně obstaraného důkazu odporovalo procesní reflexi principu poctivosti.¹⁵ S touto teorií proto autor dále nepracuje, neboť neukazuje žádnou souvislost mezi ochranným účelem normy a zákazem důkazu.¹⁶

Někteří němečtí procesualisté řeší otázku přípustnosti nezákonného důkazu podle právní síly předpisu zakotvujícího právo, jež bylo opatřením nebo použitím důkazu porušeno. Hovoříme o lidskoprávně orientovaných teoriích. Je-li porušeno ústavně zaručené právo, posuzuje se důkaz zásadně jako nepřipustný, v opačném případě jako přípustný.¹⁷

Překážkou přenosu takových teorií do tuzemského právního diskursu je silně zakořeněná metoda výkladu a použití Ústavy a LZPS, kterou Holländer nazval kognitivismem.¹⁸ Ten vychází z přesvědčení, že vnitrostátní ústava a hlavně lidskoprávní katalog mají všeobecný, komplexní charakter. A že má prakticky každá norma podústavního práva zakotvující subjektivní právo osoby svůj konkrétní ústavní korelát. Tento přístup, ač to není na první pohled zřejmé, nicméně nakonec může vést ke všeobecné nivelizaci ústavního práva na úroveň práva jednoduchého a v institucionální rovině ovšem i k zahlcení ÚS, který se *de facto* stává jen další opravnou instancí v řadě.¹⁹ Přiznejme, že povinnou součástí většiny věcných rozhodnutí ÚS o individuální ústavní stížnosti je v současnosti krátký odstavec, v němž soud vysvětluje, že není součástí soustavy obecných soudů ani jakousi superrevizní instancí, protože k revizi jejich rozhodnutí přikročí jen zřídka, v ústavněprávně relevantních případech. Právě tento detail může být jedním z indikátorů toho, že již dochází k onomu zahlcení, před nímž varoval Holländer. Baumgärtel jako příklad porušení toliko podústavního zákona uvádí krádež dokumentu, posléze použitého jako důkaz.²⁰ Kognitivistická koncepce by zde bez dalšího vedla k závěru, že pachatel porušil právo poškozeného vlastnit majetek, jež mu zaručuje čl. 11 LZPS.

V konstitucionalistice přitom dosud nevznikla fundovaná a ucelená alternativa ke kognitivismu, jež by se přesvědčivě vypořádala s otázkou, zda, za jakých podmínek a jakým přesným způsobem základní práva působí v horizontálních právních vztazích, mezi soukromými osobami. Vyřešení tohoto problému je přitom klíčové, měl-li by se dominantní českou teorií stát přístup založený na diferenciaci ústavního a podústavního práva. Vždyť soud v občanském soudním řízení projednává prakticky pouze soukromoprávní spory (§ 7 odst. 1 o. s. ř., § 21 první věta o. z.).

¹⁵ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 97.

¹⁶ Srov. tamtéž, s. 135.

¹⁷ Viz např. BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*. Festschrift für Ulrich Klug. Band II, Köln, 1983, s. 480-484, 491. Dále viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 108 – 112.

¹⁸ HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Obládnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde nakladatelství s. r. o., 2003, s. 62 – 64.

¹⁹ tamtéž, s. 64.

²⁰ BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 481.

Holländerova kritika je pádná. Kognitivismus je vesměs velmi primitivní metoda, na první pohled přitažlivá ustavičným zdůrazňováním ústavněprávních konotací každého případu pomocí jednoduché dvojí subsumpce; nejprve skutkových okolností pod hypotézu normy jednoduchého práva, posléze podústavního pravidla pod ústavní normu, která má být jeho pramenem. Tato ustavičnost spolu s jednoduchostí nicméně způsobuje profanaci, banalizaci a nakonec i paradoxní podcenění významu ústavně zaručených práv. A v konečném důsledku vyvolává nebezpečnou a zároveň poměrně legitimní otázku, jaký má vlastně smysl odlišovat ústavní aspekt od podústavního, případně jaký samostatný smysl pro řešení právního případu vůbec mají základní práva sama o sobě, jestliže každý případ má ústavněprávní přesah, avšak zároveň by ústavní normy zpravidla neměly působit samostatně, nýbrž pouze ve spojení s podústavním právem. Již jen proto, že obvykle neobsahují hypotézu ani sankci. Ústavněprávní element pak poměrně snadno degraduje v jakýsi nechtěný a mnohdy téměř systémově cizorodý přívazek, všudypřítomný, leč nepříliš významný v aplikační praxi. Což je role na hony vzdálená vážnosti, jíž by se ústavní zákony měly v právním státě těšit.

Kritická revize kognitivismu a současně obhajoba nové, důmyslnější metody, jsou tím pádem nanejvýš vhodné. A to i s ohledem na fakt, že základní práva a svobody vzhledem k jejich prozařování právním řádem chrání a tedy určitým způsobem aplikují kromě ústavního soudu všechny soudy obecné judiciální soustavy (čl. 1 odst. 1, čl. 4 a 90 Ústavy), které pochopitelně do jisté míry a v rámci svých pravomocí přebírají způsob práce soudu ústavního jakožto soudního orgánu ochrany ústavnosti (čl. 83 Ústavy).²¹ Kognitivismus znemožňuje vystavět teorii nezákonných důkazů na diferenciaci ústavní a podústavní roviny, protože je ve svém zestejňování ústavních a podústavních práv poněkud triviální. A poněvadž lidskoprávní teorie nezákonných důkazů by dávala smysl jen tehdy, jestliže by existovaly také právní případy *bez jakékoli ústavní konotace*.

Je ovšem nutno právě takové případy erudovaně teoreticky vymezit. Stejně jako otázku působení základních práv v horizontálních vztazích. Nemluvě o případném odstupňování vrstev toho kterého základního práva – kdy je porušena vlastní podstata práva a kdy jiné jeho úrovně? A o jaké úrovně může jít? Nic z toho se zatím příliš neděje; čeští konstitucionalisté se obvykle zabývají spíše samotným poměřováním *již kolidujících* základních práv, než fundamentální a prakticky i teoreticky mimořádně významnou otázkou, zda a jak přesně tato v soukromoprávních vztazích

²¹ HOLLÄNDER: *Ústavněprávní ...*, s. 71 – 72.

vůbec působí, zda a za jakých podmínek nepůsobí vůbec nebo nakolik mohou být dotčena a jaký význam to má pro právní případ.²²

Konzen zastává teorii náhrady škody názorem, že pokud soud založí rozsudek na nezákonně opatřeném důkazu, přičemž je výrok nepříznivý pro stranu touto nezákonností postiženou, brání právní moc rozsudku prosazení nároku na náhradu škody vzniklé ztrátou pře. Procesní omezení použitelnosti takového důkazu je tudíž jediným myslitelným trestem pro druhou stranu.²³ Škoda tedy zahrnuje nejen jinou újmu vzniklou protiprávním opatřením důkazu, ale i ztrátu sporu. Právo na její náhradu je právem na obnovení *statu quo ante*. Náhradě stojí v cestě právní moc rozsudku. Proto musí existovat zákaz provedení důkazu, aby k takové situaci vůbec nedošlo. Konzen se ovšem přesvědčivě nevypořádal se situací, kdy soud žalobci přisoudí pohledávku, kterou vůči žalovanému skutečně má, byť právě na základě nezákonného důkazu. Jak může, ptá se Weichbrodt, škoda spočívat v plnění, jež žalovaný po právu dluží?²⁴ Konzen odvozuje zákaz použití důkazu od skutečnosti, která je v okamžiku rozhodování o důkazním návrhu objektivně nejistá. V té chvíli přece nelze jednoznačně předpovědět, zda a jak nezákonný důkaz ovlivní rozsudek. Právní jistotě odpovídá metoda umožňující spolehlivě identifikovat právní důvod neprovedení důkazu *ex ante*. Weichbrodt správně uzavírá, že právní úprava náhrady škody není vhodným základem zákazu provedení důkazu. Stojí za zmínku, že Muthorst pokládá v této souvislosti trefnou otázku, zda procesní právo vůbec obsahuje hodnotový úsudek, že i protiprávně opatřené důkazy mají být použity k vynesení správného rozhodnutí.²⁵

Reichenbach nachází právní základ své hmotněprávní teorie nezákonného důkazu - teorie záporního nároku - v obranném právním nároku, založeném analogickou aplikací ustanovení § 1004 odst. 1 druhé věty BGB, které zakotvuje právní nárok vlastníka věci na zdržení se jiného rušení vlastnického práva, než je odnětí věci, vůči příslušnému rušiteli.²⁶ Reichenbach problém pojímá jako subjektivní procesní námitkové právo dotčeného účastníka. Jde o negatorní nárok na neprovedení - chceme-li, zdržení se provedení - důkazu. Zákaz použití důkazu je tak identický se subjektivním právem účastníka - odpůrce.²⁷ Aby se tedy soud začal otázce zákonnosti věnovat,

²² Srov. např. KOSAŘ, David, a kol. *Ústavní právo. Casebook*. Praha : Wolters Kluwer, a. s., 2014, s. 362 – 401; WAGNEROVÁ, Eliška (ed.). In WAGNEROVÁ, Eliška, a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 9 – 32 (Úvod).

²³ KONZEN: *Die Rechtsverhältnisse...*, s. 244, 249, 333. Srov. k tomu MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 107.

²⁴ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 186 – 187. KONZEN: *Die Rechtsverhältnisse...*, s. 180 – 182. Stejnou námitku vznáší Zeiss. Viz ZEISS, Walter. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Zeitschrift für Zivilprozess*. Köln: 1976, 89. Band, Heft 4, s. 387-388.

²⁵ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 107.

²⁶ Dostupné na <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Citováno dne 11. 3. 2021.

²⁷ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 108.

musí dotčený účastník namítnout nezákonnost důkazu. Reichenbach dané řešení obhájí tím, že porušená práva jsou soukromá subjektivní práva a i námitkové právo je soukromého charakteru.²⁸ Dlužno podotknout, že se autor ve své publikaci věnuje pouze těm důkazům, jejichž obstaráním byla porušena všeobecná osobnostní práva odpůrce. Uvědomíme-li si určitou bezbřehost statusových práv člověka, je jeho postoj do jisté míry srozumitelný. Otázkou je, zda by byl obhajitelný v českých podmínkách *de lege lata*. Vzhledem k mimořádné důležitosti principu legality a jeho četným kodifikacím, jež budou předestřeny níže, nikoli.

Stát převzal pozitivní závazek chránit základní práva včetně práva na spravedlivý proces, jehož je zákonnost nejzákladnější charakteristikou. Reichenbach opomíjí veřejnoprávní stránku problému. Důkaz v právním smyslu lze efektivně použít jen před soudem nebo jinou institucí, která je nositelkou veřejné moci.²⁹ Právo na důkaz je součástí práva na spravedlivý proces, které je částí obsahu procesně právního vztahu mezi soudem a účastníky, jenž vzniká zahájením řízení. Jde o trojstranný veřejnoprávní vztah, v němž se soud ocitá a vystupuje jako reprezentant veřejné moci právního státu – moci zákona – a účastníci jako vzájemně rovnoprávné soukromé osoby, které se však musí moci zákona podrobit. Právě to je klíčový moment. Jde o ryze veřejnoprávní vztah. Právní důkaz je tak v podstatě veřejnoprávní koncept. Kdyby měl v Reichenbachově pojetí odpůrce negatorní nárok, návrhovač by nemohl mít právo na daný důkaz. I negatorní nárok by tím pádem měl být veřejnoprávní. Kdyby nicméně šlo o vzájemné soukromé nároky dvou osob, těžko by do věci mohl vstoupit soud a přes odpůrcův nesouhlas důkaz provést. Taková konstelace by nedávala smysl. Doplňme, že Konzen ani Reichenbach přesvědčivě neodpovídají na otázku, co se stane, provede-li soud nezákonný důkaz, který provést neměl.

Některé teorie jsou postaveny na aplikaci právního principu poctivosti, resp. procesní povinnosti poctivého vedení sporu.³⁰ V kapitole o důležitosti otázky zákonnosti důkazu jsme naznačili, že by právní princip poctivosti mohl hrát v odpovědi na výkumné otázky roli. Reichenbach s Baumgärtem mají navíc pravdu v tom, že princip poctivosti je až příliš obecný a proto je v právní argumentaci metodologicky vhodnější hledat vždy nejprve konkrétnější pravidlo.³¹ Takové pravidlo existuje. Proto nelze teoriím objektivní dobré víry přitakat.

V německé judikatuře se vžila teorie poměřování. Poměřování je na jednu stranu velmi sofistikovanou cestou nalézání práva, neboť umožňuje zohlednit všechny jedinečné skutkové okolnosti případu a nakonec dospět k individuálně spravedlivému výsledku. Právě v tom je ale i jeho Achillova pata; je přesprávně závislé na neopakovatelných niancích dané životní situace, pročez

²⁸ REICHENBACH, Sandy Berndt. § 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten. Zur Verwertbarkeit persönlichkeitsrecht - beeinträchtigender Beweismittel im Zivilprozess. Tübingen : Mohr Siebeck, 2004, s. 204.

²⁹ Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 136, 378.

³⁰ Viz např. MUTHORST: *Der Beweisverbot...*, s. 101 – 104; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 168 – 172.

³¹ REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 99 – 100, 224. BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 480.

je jeho výsledek málo předvídatelný.³² Musíme na ně pohlížet nejen z pohledu právního profesionála, který jím řeší určitý právní případ. Jde přece především o problém jednajícího subjektu. Jestliže se mnohdy ani právníci neshodnou na správném výsledku poměrování v konkrétním případě, jak je možné znalost tohoto výsledku požadovat po laikovi, který chce dodržet zákon a rozhoduje se, zda má jednat s rizikem, že jeho jednání bude někdy v budoucnu autoritativně posouzeno jako odporující principu proporcionality a tudíž protiprávní (sic!)?

Žádná z výše představených teorií není natolik přesvědčivá, aby ji bylo možno bezesbýtku přenést do českého právního diskursu. Každou totiž právem můžeme poměrně výrazně kritizovat pro ten který, výše rozvedený, nedostatek. Proto je nezbytné vytvořit svébytnou českou teorii, v níž se můžeme inspirovat některými dílčími prvky výše analyzovaných teorií.

Podle principu legální licence (čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 LZPS) smí stát činit jen to, co mu zákon povoluje a jen povoleným způsobem. I to je projev ideje právního státu, v němž je nejvyšší autoritou zákon, jemuž se dobrovolně podřizuje i stát samotný. Proto ani on - ba zejména on - nesmí zákon porušovat. To se v soudním řízení projevuje ústavním pravidlem, že je soudce jako reprezentant státu vázán zákonem (čl. 95 odst. 1 část věty před středníkem Ústavy) a že je jeho úkolem poskytovat ochranu právům *zákonem stanoveným způsobem* (čl. 90 první věta Ústavy). Právě o této vázanosti pojednává též prvních 6 ustanovení o. s. ř. Fundamentálním argumentem proti použití nezákonného důkazu je právě princip vázanosti zákonem, který je v demokratickém právním státě natolik určující, že jej můžeme nazvat právním principem legality. Ochránit soukromé subjektivní právo není jediným úkolem soudu a ani tento úkol nelze splnit libovolnými prostředky. Má-li soud chránit zákonem chráněná práva a zájmy spravedlivě, může tak činit opět jen striktně zákonným způsobem, poněvadž jen zákonná spravedlnost je všeobecně závazná.

Má-li podrobení zákonu podle principu legality dávat smysl, musí stát dodržování zákona vyžadovat i po všech, kteří podléhají jeho moci. Jedním z nástrojů je mu občanské soudní řízení coby jedna ze „*záruk spravedlnosti a práva*“ (§ 3 první věta o. s. ř.). Tuto funkci může plnit jen tehdy, bude-li podřízeno obecným, předem nastaveným a vynutitelným pravidlům – zákonům. Zákony je nutno aplikovat tak, aby byla spravedlivě chráněna práva a zájmy osob (§§ 1 až 6 o. s. ř.). Aby výše popsané povinnosti a ústavní principy měly reálný význam, musí jim tím či oním způsobem podléhat jak soud, tak účastníci řízení, protože kromě jiného vstupují do vzájemných právních vztahů. Má-li soud být nestranný a nezávislý, účastník má právo to od něj očekávat (čl. 36 odst. 1 LZPS). Poskytuje-li soud ochranu právům *zákonem stanoveným způsobem* (čl. 90 první věta Ústavy), také účastník se může svého práva domáhat jen (*zákonem*) *stanoveným postupem* (čl. 36 odst. 1 LZPS).

³² Viz WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 83; MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 112; GEMMEKE, Thomas. *Beweisverwertungsverbote im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH. 2003, s. 226.

Nic jiného není možné, poněvadž kdyby pravidla hry platila jen pro některého hráče, ztratila by smysl hra samotná. Právě v tomto aspektu se ukrývá nejdůležitější vodítko k pochopení smyslu požadavku zákonnosti důkazu.

Budeme-li v právním řádu hledat explicitní povolení nebo zákaz nezákonného důkazu, zjistíme, že český zákonodárce kodifikoval zákaz. Podle § 89 odst. 3 t. ř. „*nesmí být důkaz získaný nezákonným donucením nebo brožbou takového donucení použit v řízení s výjimkou případu, kdy se použije jako důkaz proti osobě, která takového donucení nebo brožby donucení použila.*“ Podle § 51 odst. 1 první věty s. ř. lze „*k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.*“ Podle § 93 odst. 1 první věty d. ř. lze „*jako důkazních prostředků užít všech podkladů, jimiž lze zjistit skutečný stav věci a ověřit skutečnosti rozhodné pro správné zjištění a stanovení daně a které nejsou získány v rozporu s právním předpisem, a to i těch, které byly získány před zahájením řízení.*“ Podle § 33 odst. 6 první až třetí věty z. a. včetně lze „*v kárném řízení vyslýchat svědky, znalce nebo účastníky, jen když se dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď. Také jiné důkazy lze provádět jen tehdy, jsou-li dobrovolně poskytnuty. Důkazy, které nelze takto provést, provede na dožádání Komory a na její náklady soud; soud je povinen dožádání vyhovět, nejde-li o provedení důkazu podle zákona nepřipustného.*“ Podle § 42 odst. 2 z. m. j. s. „*mohou být důkazy získané na žádost justičního orgánu cizozemským orgánem použity v trestním řízení v České republice, pokud byly získány v souladu s právním řádem dotčeného cizího státu, nebo v souladu s právním řádem České republiky.*“ Podle § 72 odst. 2 z. m. j. s. „*mohou být důkazy získané v rámci společného vyšetřovacího týmu použity v trestním řízení v České republice, pokud byly získány v souladu s právním řádem státu, na jehož území byly získány, nebo v souladu s právním řádem České republiky.*“ Podle § 114 z. m. j. s. „*lze důkazy opatřené cizozemským orgánem v souladu s právním řádem cizího státu použít v převzatém trestním řízení stejně, jako kdyby byly opatřeny orgánem České republiky činným v trestním řízení.*“ Vidíme, že český zákonodárce obecně kodifikoval zákaz nezákonného důkazu na řadě míst právního řádu.

Navíc existuje ustanovení, které danou otázku upravuje i pro občanské soudní řízení. Kromě výše citovaných totiž ustanovení § 79 odst. 1 z. s. s. stanovuje, že jsou „*soudci a přísedící při výkonu své funkce nezávislí a jsou vázáni pouze zákonem. Jsou povinni vykládat jej podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a rozhodovat v přiměřených lhůtách bez průtahů, nestranně a spravedlivě a na základě skutečností zjištěných v souladu se zákonem.*“ Dané zákonné ustanovení je základní kodifikací požadavku zákonnosti důkazu v občanském právu procesním na podústavní úrovni *de lege lata*. To, že se nachází v předpise regulujícím instituce (soudy) a nikoli proces, je sice nezvyklé, avšak na působnosti pravidla to již s ohledem na jeho formulaci nic nemění. Ostatně, každý zákon regulující justiční instituci musí obsahovat i nějaké to procedurální pravidlo, poněvadž primárním úkolem

těchto institucí je vstupovat do kontaktu s veřejností - především vést proces - nikoli spravovat samy sebe. Výše citovanou druhou větu *in fine* bychom mohli číst také jako „na základě skutečností zjištěných zákonným způsobem.“ Z jazykového hlediska by toto pravidlo dopadalo přinejmenším na případy procesně vadného provedení (zajištění) důkazu, neboť způsobem zjištění skutečností je hlavně provedení (zajištění) důkazu. Jeho působnost je nicméně širší. I rozhodnutí, důkaz vůbec provést, totiž musí být zákonné.

Co je ovšem důležitější; skutečným pramenem onoho pravidla je princip legality, jehož je požadavek zákonnosti důkazu pouhým derivátem. Vždyť § 79 odst. 1 první věta z. s. s. jen opakuje pravidlo podle čl. 95 odst. 1 části věty před středníkem Ústavy. § 79 odst. 1 druhá věta z. s. s. *in fine* pouze rozvádí první větu téhož ustanovení. I kdyby oné kodifikace nebylo, vyplývalo by stejné pravidlo z čl. 90 první věty, čl. 95 odst. 1 části věty před středníkem Ústavy a nepřímě i ze Základních ustanovení o. s. ř., zejména z ustanovení § 1, podle něž zákon upravuje postup soudu tak, aby byl spravedlivý.³³ Zde musíme přihlídnout i k významu, jaký důkaz má. Dokazování je patrně nejvýznamnější a nesložitější částí procesu. Právě zde se proto musí princip legality prosadit vskutku důsledně.

Spojitosť s principem legality vykazuje druhá klíčová normativní právní idea. Civilní soudní řízení je projevem mocenského monopolu státu, který má nahradit svépomoc a svémoc jakožto moc soukromou.³⁴ Například protiprávní opatření důkazu ve své podstatě znamená svémoc - zakázanou svépomoc. Weichbrodt správně poukazuje na to, že kdybychom takto získaný důkaz bez dalšího připustili, i soudní řízení by se *de facto* stalo aktem svémoci.³⁵ Pokud by totiž soud samotnou otázku zákonnosti obstarání důkazu vytěsnil jako právně irelevantní, rezignoval by na výkon své pravomoci a vyslal signál, že svépomoc a svémoc jsou všeobecně povoleny, přestože právě soudní řízení je má nahradit (§ 12 a § 14 o. z.). Kdyby účastník opatřil důkaz skutečně neprávem, soud by jej zahrnul do řízení a konečného rozhodnutí místo toho, aby účastníkovi nabídl jiný, legální mechanismus jeho opatření.

Důkaz legitimizuje soudní rozhodnutí. Ono rozhodnutí je výsledkem celého procesu, což ovšem znamená, že v sobě obsahuje i daný důkaz. V šíři, v jaké by na něm bylo založeno, bychom na něj mohli pohlížet jako na svémocný akt. Má-li být občanské soudní řízení skutečně zárukou spravedlnosti a práva a vychovávat občany k dodržování smluv a zákonů a k čestnému plnění povinností, musí jim nabídnout něco mnohem lepšího, než pouhou legalizací moci soukromé.

³³ Jestliže bylo výše řečeno, že o. s. ř. nemá jednotící myšlenku, jsou to právě základní ustanovení, z nichž - jako ze snad jediné části zákona - určité alespoň obecné normativní ideje abstrahovat můžeme.

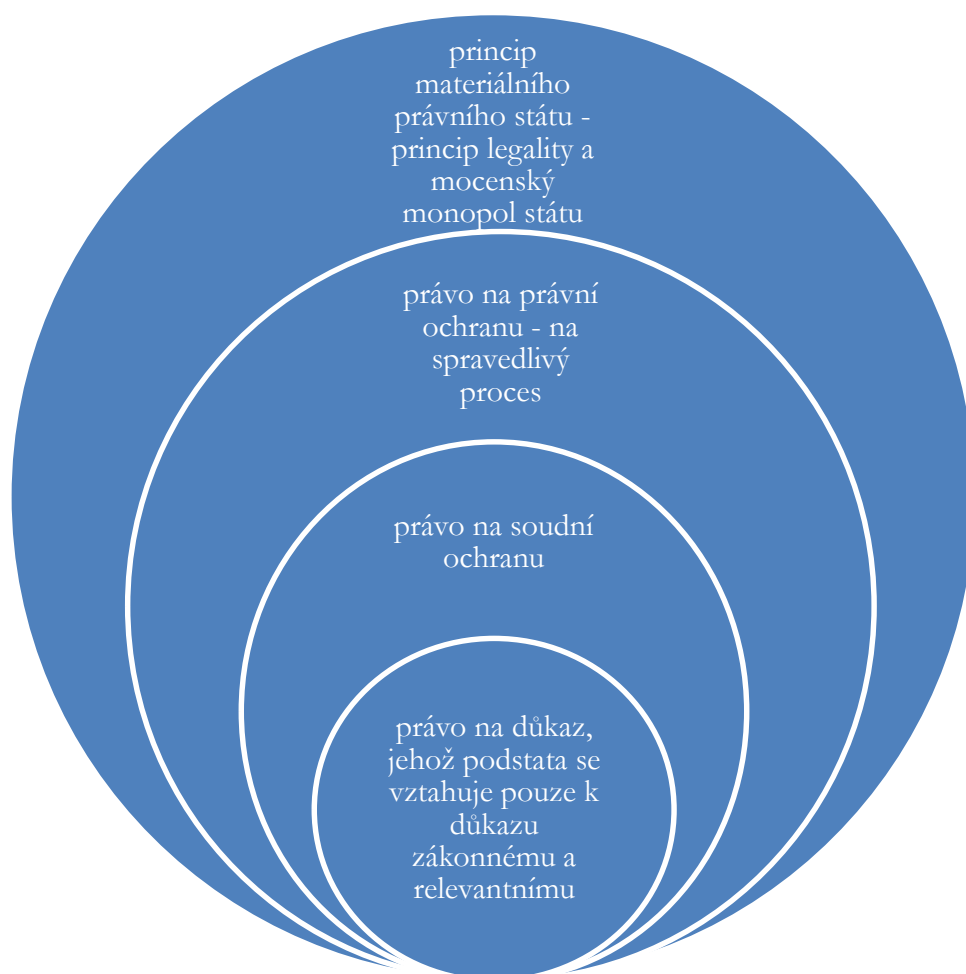
³⁴ Srov. k tomu např. konkurence soudce Župančiče k rozsudku ESLP ze dne 11. 7. 2006, č. 54810/00, ve věci *Jalloh proti Německu*. Dostupné na <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22jalloh%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-76307%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22jalloh%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-76307%22]}>)>. Citováno dne 7. 3. 2021.

³⁵ WEICHBRODT. *Der verbotene Beweis...*, s. 197.

Rychlost onou výhodou jistě není. Je jí však zákonnost, předvídatelnost, spravedlivost a kultivovanost.

Právě mocenský monopol státu a z něj plynoucí zákaz svémoci a upozadění svépomoci je druhým fundamentálním argumentem proti akceptaci nezákonného důkazu a druhou nosnou normativní právní ideou, na níž by měla být vystavěna teorie nezákonného důkazu.

Požadavky mocenského monopolu státu a legality přitom úzce souvisí. Vždyť občané se vzdali soukromé moci právě proto, aby ji předali mocenskému suverénovi a nestranné autoritě v jedné osobě. Ovšem s podmínkou, že bude postupovat čitelně a spravedlivě. Tedy podle zákona. Oba požadavky jsou tudíž součástí objektivního práva. Konkrétně ideje (materiálního) právního státu, který se dobrovolně podrobuje zákonu. Tím pádem můžeme zpřesnit použitý diagram.



Dosud jsme hovořili o kodifikacích zákazu nezákonného důkazu. Obsahuje však právní řád normu, jež by jeho použití povolila? Za takovou nemůžeme považovat definiční ustanovení o důkazních prostředcích. Nyní si položíme důležitou otázku: proč zákonodárce v o. s. ř. nekodifikoval podobné pravidlo, jako jsou dříve uvedená ustanovení? Tedy má jeho mlčení normativní význam, který lze interpretovat například tak, že jsou nezákonné důkazy povoleny, popřípadě že tato otázka je v občanském soudním řízení právně irelevantní?

Mlčení v rovině interpretace textu zákona není dostatečně pádným argumentem. Lze totiž argumentovat i opačně; že zákon nezákonný důkaz ani explicitně nepovoluje. Je sice pravdou, že co zákon osobě nezakazuje, to dovoluje (čl. 2 odst. 4 Ústavy, čl. 2 odst. 3 LZPS). Zde ovšem nejde pouze o jednání účastníka, nýbrž i soudu, který na nezákonný důkaz reaguje procesním postupem. Uvedený argument *a silentio legis* má váhu jen jako argument teleologický. Má mlčení o. s. ř. k otázce zákonnosti důkazu svébytný smysl, z něž by se dalo odvodit naznačené pravidlo? Tento možný závěr je problematický již z toho důvodu, že o. s. ř. pochází z jiného společenského zřízení a z doby, kdy otázka zákonnosti důkazu nebyla tolik aktuální a kdy vznikaly právní předpisy nevalné kvality. Jedním z projevů právního nihilismu doby, v níž o. s. ř. vznikl, byla vůčihledná stručnost právních předpisů i za cenu vypuštění celé řady důležitých životních situací, které přitom vyžadovaly právní regulaci, a to s pochybným poukazem na „lidové“ chápání práva. Příkladem může být institut držby práva, který zákonodárce *de facto* nahradil řízením o ochraně pokojného stavu podle § 5 obč. zák. Právě tento zákon vzniknuvší ve stejné době jako o. s. ř. je jako celek jednou výmluvných ukázek tohoto jevu. Celé soukromé právo zahrnul do necelých devíti set paragrafů, což způsobilo, že mnohá pravidla, jež měla být kodifikována, musela „objevit“ judikatura. Podobnou stručnost však dodnes vykazuje též o. s. ř. Již tyto důvody hovoří proti rekursu na mlčení zákona.

Problémem ovšem není pouze stručnost, nýbrž i obsahová nesourodost a nekoncepčnost. Do 15. 5. 2021 o. s. ř. prodělal přesně 120 účinných novel; výsledkem je lakonicky řečeno chaos, který postrádá ucelenou základní myšlenku. Pokud jde o aktuálnost otázky zákonnosti důkazu, není jistě náhodou, že ani druhý zásadní procesní řád ze stejného období - trestní řád - také podobně obecné ustanovení nezahrnuje, ač by to přinejmenším z dnešního úhlu pohledu vzhledem k mimořádnému významu trestního řízení bylo lze očekávat. Můžeme namítnout, že již podle ustanovení § 34 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, v prvním účinném znění, bylo možné „*k dokazování použít všech prostředků, jimiž lze zjistit a objasnit skutečný stav věci a které jsou v souladu s právními předpisy.*“ Že tedy i některé právní předpisy vzešlé z 60. let otázku zákonnosti důkazů reglementovaly. Tento fakt může opět svádět k závěru, že mlčení o. s. ř. má právotvorný význam v tom smyslu, že se příslušný zákaz vztahoval či vztahuje pouze na důkazy opatřované orgánem veřejné moci. Tento argument lze ovšem vyvrátit již poukazem na text zákona; ustanovení § 33 odst. 1 výše citovaného zákona v původním znění dávalo právo navrhopvat důkazy též účastníkovi správního řízení. Takže neexistuje přesvědčivý důvod, proč by daný zákaz neměl platit i pro důkaz, obstaraný a předložený účastníkem. Navíc je nutno si uvědomit, že zákon nesmí porušovat ani stát, ani jiné osoby. Avšak zatímco svoboda jednání státu je limitována principem legální licence, ostatní osoby smějí činit zásadně (z nejobecnějšího hlediska) vše, co zákon nezakazuje. Co do jednání státu

je proto ustanovení § 34 odst. 1 v podstatě nadbytečné, zatímco vůči jednotlivci může být právě oním možným zákazem. Jestliže by se jeho působnost měla omezit buďto na stát, nebo na jednotlivce, logičtější by bezesporu byla druhá možnost. K uvedenému ustanovení správního řádu dodejme, že zde zákonodárce dost možná cítil větší potřebu kodifikovat ono pravidlo, protože ve správním řízení stát vystupoval mnohem autoritativněji a více uplatňoval svou (úřední) moc, než v civilním soudním řízení.

Výklad a použití o. s. ř. a všech výše citovaných ustanovení by měly směřovat v první řadě k objektivně recentnímu výkladovému cíli, tedy hledat odpověď na otázku, jaký význam by jim přiřkládali jejich práva a světa znalý adresát v okamžiku jejich aplikace.³⁶ Tento výkladový cíl totiž předpokládá adaptaci interpretace a aplikace práva na změněnou sociální realitu, aniž by zákonodárce musel novelizovat právní řád. A otázka zákonnosti důkazů se stává čím dále důležitější. Zmíněný výkladový cíl navíc předpokládá mimojiné objektivně teleologický výklad. Kterému konvenuje chápání pojmu *zákon* nikoli jako pouhého textu právního předpisu, nýbrž jeho normativního významu - právního pravidla - odvozeného přitom ze všech přípustných metod výkladu či dokonce dotváření práva a zahrnujícího i účely a hodnoty.³⁷

Ve prospěch relevance zákonnosti důkazu v občanském soudním řízení naopak můžeme argumentovat principem jednotnosti právního řádu. Neexistuje rozumný důvod, proč by stejné pravidlo, jako v řízení trestním, správním, daňovém či kárném, nemělo platit v řízení občanském. Weichbrodt proti tomuto argumentu namítá,³⁸ že bezrozpornost právního řádu je pouze dogmatická pobídka, která nemůže být nikdy zcela naplněna a nemá donucující charakter. Leč prostý fakt, že nemůže být v plném rozsahu uskutečněna, neznamena, že není nutné se o ni snažit. Jde o jiné vyjádření interpretační maximy racionálního zákonodárce, který netvoří právní předpisy s neopodstatněnými hodnotovými a logickými rozpory. Tuto maximu je třeba používat i při vědomí, že ve skutečnosti zde rozpory jsou. Vždyť v opačném případě by ono interpretační pravidlo nebylo potřebné. Adresát právních pravidel musí mít možnost spolehnout se na to, že zákonodárce jednal racionálně. Bez této elementární důvěry by jednoduše nebylo možné vybudovat stabilní právní kulturu, která je významnou oporou každé společnosti. Proto je rozebíraný právní princip tak důležitý. Zákon musí být, stejně jako každé jiné literární dílo, má-li být kvalitní, „chytřejší, než jeho autor.“ I kdyby tento princip neměl donucující účinek, neznameno by to, že je právně irrelevantní. Nemůže sice k racionální normotvorbě donutit zákonodárce, avšak je

³⁶ MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. Praha : C. H. Beck, 2011, s. 84 – 86.

³⁷ Viz MELZER: *Metodologie...*, s. 44.

³⁸ Byť v trochu jiné souvislosti přenositelnosti některých konkrétních zákazů důkazu z trestního řádu do prostředí civilního procesu. Přesto je jeho úvaha relevantní i pro právě analyzované téma.

nezbytné z něj vycházet při výkladu a použití právních norem. To znamená, že vykazuje donucující účinek pro každého interpreta práva, který musí vyřešit určitý právní případ.³⁹

Podle Reichenbacha má zase princip jednotnosti právního řádu formální, ne obsahový charakter. V tom smyslu, že přikazuje vyhnout se rozporům, avšak neřeší je, pokud nastanou.⁴⁰ Tento názor je ovšem přinejmenším zjednodušující. Vždyť zásada jednotnosti nás nabádá k tomu, abychom určitý právní případ vyřešili způsobem, který nevyvolává rozpor se způsobem, jakým podobnou životní situaci řeší jiné zákonné ustanovení, které je jasnější, srozumitelnější. Případně s logickými a hodnotovými rozhodnutími zákonodárce v podobných situacích. Nebo ještě obecněji, který je co nejvíce konformní s existujícím právním řádem jako celkem. Princip jednotnosti tak implikuje právě takové řešení, jež nevyvolává či alespoň neprohlubuje rozpory.

Normativními právními idejemi, z nichž by měl vycházet základ teorie nezákonného důkazu, jsou princip legality a mocenský monopol státu. Obecně řečeno tedy idea materiálního právního státu, kterou ústavodárce vtělil do ustanovení čl. 1 odst. 1 Ústavy. Z této ideje nevyplývá povolení, nýbrž naopak zákaz nezákonného důkazu. Muthorst přiléhavě poznamenává, že dogmatickým základem zákazu důkazu jsou hranice důkazu vymezené objektivním právem⁴¹ a že zákaz důkazu není jen jakýmsi okrajovým specifickým objektivního důkazního práva, nýbrž organickou součástí právního řádu jako celku, kdy důkazní právo jen konkretizuje návaznost důkazu na objektivní právo.⁴² Základem zákazu důkazu by pak měla být právní myšlenka, imanentní konceptu důkazu. Taková, jež musí být myšlena společně s ním. Takovou autor spatřuje právě ve vázanosti důkazu na objektivní právo.⁴³

Zde se naposledy vraťme ke hledání klíčové normativní právní ideje. Může jí být právní princip proporcionality (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)? Teprve až po identifikaci hledané právní myšlenky se k němu dostáváme ze dvou důvodů. Zaprvé kvůli jeho mimořádnému a zároveň stále vzrůstajícímu vlivu. Právě z tohoto skutečně všeobecného právního principu vychází metoda poměrování kolidujících práv, zájmů, principů či hodnot.⁴⁴ Především judikatura národních ústavních soudů a ESLP, ale mnohdy i právní předpisy se zdají vyvíjet všudypřítomný tlak na využití metody poměrování v právní metodologii a v aplikační praxi. Tento tlak je v současnosti takřka drtivý. Tím spíše je třeba poukázat na nedostatky poměrování, které přitom nejplastičtěji vystoupí

³⁹ Stejný názor zastává Melzer. Viz MELZER: *Metodologie...*, s. 86 – 87. Dále viz BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Wien : facultas.wuv, 2., überarbeitete Auflage, 2012, s. 42. Ostatně, premisa racionálního zákonodárce samozřejmě nemůže ke svému respektování skutečně *donutit* ani soud – to ovšem neznamená, že neplatí.

⁴⁰ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 107.

⁴¹ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 132.

⁴² Tamtéž, s. 133.

⁴³ 378.

⁴⁴ Srov. k tomu v ČR např. ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s.

do popředí až po předchozí analýze ideje právního státu. To je druhý důvod, proč o proporcionalitě hovoříme teprve nyní.

Z analýzy principu právního státu vyplynul jeden mimořádně důležitý požadavek na podobu teorie nezákonného důkazu; že by její základ neměl být inspirován metodou komplexního poměrování kolidujících hodnot. Je totiž nutno si uvědomit, že základní poměrování provedl již zákonodárce a jeho výsledek vtělil do hodnotových rozhodnutí ve výše citovaných zákonných ustanoveních. Z nich plyne základní právní pravidlo, že nezákonný důkaz je nepřipustný. Z tohoto pravidla mohou existovat výjimky. Platí však jako obecné východisko. Poměrování kolidujících hodnot, zájmů a práv je vždy zejména úkolem zákonodárce.⁴⁵ Vždyť ten se při tvorbě *každé jedné* normy, která má alespoň určitý hodnotový základ či étos, rozhoduje, které hodnotě dá přednost, přičemž své rozhodnutí všeobecně formuluje do právního předpisu, všeobecně právně závazného. Má-li být respektována dělba moci, musí tento fakt soudní moc akceptovat bezvýhradně a setrvale. Jejím úkolem je právní předpis pouze a jen aplikovat na konkrétní případ. Je vyloučeno, revidovat výsledky poměrování promítnuté zákonodárcem do zákona, individuálním soudním rozhodnutím, které ve své podstatě přepisuje zákon. A to ani pod pláštěm individuální spravedlnosti.⁴⁶ Soud neprojevuje všeobecně závaznou vůli, nýbrž jen řeší konkrétní právní případ v mezích zákona, pročez poměrování, byť individualizované, nemůže být nikdy zcela vlastní jeho posláním. ÚS má v tomto ohledu specifické postavení, které obecné soudy postrádají. Nerespektování fundamentálního pravidla - obecného zákazu nezákonného důkazu - ze strany soudu cestou poměrování v každém jednotlivém případě by tudíž v konečném důsledku mohlo narušit ústavní princip dělby moci ve státě.⁴⁷

Základní metodou teorie nezákonného důkazu je tedy model pravidlo - výjimka, nikoli poměrování antagonisticky působících hodnot. Poměrování je přípustné jen v situaci, kdy je sám zákonodárce vyžaduje, předpokládá. V tom případě je jeho aplikace v soudní praxi naopak souladná s principem dělby moci a vázanosti zákonem. Je pochopitelně třeba si realisticky uvědomit, že i přes vznesené námitky je metoda poměrování pro soud do značné míry přirozená, poněvadž jeho úkolem je právně posoudit neopakovatelnou životní situaci. Není v žádném případě náhodou, že se tento postup ujal v německé judikatuře. Dá se přirozeně očekávat, že v procesu konkrétního poměrování může vyvstat i potřeba řešení obecnějšího právního problému. Vzhledem ke své co možná nejúžeji koncipované vázanosti na skutková specifika jednotlivé životní situace

⁴⁵ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 116.

⁴⁶ Prvotním úkolem soudu není ani tak hledat individuální spravedlnost, nýbrž *aplikovat právo* a spravedlivé řešení nalézat důsledně jen v jeho rámci.

⁴⁷ Srov. MELZER, *Metodologie...*, s. 221 -222.

však nemůže proporcionalitou prostoupená metoda vést k zobecnitelným výsledkům, pročez je nepoužitelná jako obecná teorie.

Mohli bychom argumentovat, že poměrování je spíše metodou nalézání (interpretace a aplikace) práva, než doktrinální teorií. Nabízí totiž jen instrumentář konkrétních kroků *techniky poměrování*, nikoli žádné obecné pravidlo, vědecky zdůvodněné teoretické východisko, jež by stálo na počátku. Tak tomu ovšem přesně není; metodu poměrování justifikuje právní princip proporcionality. Zásadním úskalím poměrování podle zásady proporcionality je nicméně fakt, že samotná proporcionalita je hodnotově neutrální. Předpokládá sice, že v posledním kroku testu proporcionality, spočívajícím v porovnání závažnosti kolidujících hodnot, tedy při vlastním poměrování, bude právní argumentace zaměřena hodnotově, aby mohl dát řešitel právního případu některé hodnotě přednost. Princip proporcionality však žádnou z těchto možných hodnot předem nefavorizuje. A právě to je příčinou právní nejistoty, tolik příznačné pro test proporcionality.

Nehovoříme o ní náhodně. V civilním procesu je totiž ona právní jistota mimořádně, krajně nežádoucí. Pravidla civilního procesu by měla v zájmu požadavkem legality a generální i individuální prevence vynucené čitelnosti a předvídatelnosti procesních kroků obsahovat co možná jednoznačné postupy. A sice mimojiné proto, že je nezbytné v soudním řízení vytvořit jakousi protiváhu věci samé, jejíž řešení je naopak ve fázi soudního projednávání objektivně nejisté. Individualizované poměrování může být akceptovatelné při vlastním nalézání hmotného práva, které je „tématem“ řízení, protože zde můžeme onu právní nejistotu spíše obhájit; nemluvě o tom, že hmotněprávní řád má komplexní charakter a některé mezery v zákoně je třeba řešit dotvářením práva, což se mnohdy děje za pomoci obecných právních principů včetně základních práv coby normativně vyjádřených hodnot.⁴⁸ Ani v oblasti hmotného práva však není tato metoda použitelná bez dalšího, poněvadž obsahuje prvek značné právní nejistoty. V oblasti práva procesního je ovšem obecně neakceptovatelná. Protože soudní řízení, v němž je nepředvídatelné řešení klíčového procesněprávního problému, přestává plnit funkci záruky spravedlnosti a práva. Ze všech těchto důvodů považujeme princip proporcionality za nevhodný inspirační zdroj pro základ teorie nezákonného důkazu.

Platí-li pro základ teorie nezákonného důkazu model pravidlo – výjimka, je třeba se vypořádat s faktem, že podústavní zákony v některých případech předpokládají poměrování kolidujících práv a zájmů, tedy jiný model. Poměrujeme-li totiž kolidující práva a zájmy, zaprvé neaplikujeme právní následek základní ani výjimkové právní normy, zadruhé není předem zřejmé, jak poměrování dopadne; kterému právu či zájmu bude třeba dát přednost. Poměrování tak *stricto sensu* není výjimkou ze základní zákazové právní normy. Je třeba zdůraznit, že zákonem

⁴⁸ Srov. MELZER: *Metodologie...*, s. 60.

předvídaným poměřováním nerozumím test proporcionality nebo jiné podobné testy, vyvinuté Ústavním soudem na základě čl. 4 odst. 4 LZPS. Jak již bylo vysvětleno, zkoumaná problematika není v prvé řadě otázkou základních práv. Zde se jedná o poměřování, zakotvené v podústavních předpisech.

Podle § 88 odst. 1 o. z. není „svolení (ke pořízení či použití písemnosti osobní povahy, podobizny nebo zvukového či obrazového záznamu týkajícího se člověka nebo jeho projevu osobní povahy – pozn. aut.) třeba, pokud se podobizna nebo zvukový či obrazový záznam pořídí nebo použije ke výkonu nebo ochraně jiných práv nebo právem chráněných zájmů jiných osob.“ Podle § 90 o. z. nesmí být „zákonný důvod ke zásahu do soukromí jiného nebo ke použití jeho podobizny, písemnosti osobní povahy nebo zvukového či obrazového záznamu využit nepřiměřeným způsobem v rozporu s oprávněnými zájmy člověka.“

Ona písemnost osobní povahy, podobizna nebo zvukový či obrazový záznam mohou být důkazním prostředkem, jehož použití tedy může spočívat v předložení soudu v civilním soudním řízení bez svolení dotčené osoby. Jeho provedení (zajištění) jako důkazu daný účastník řízení ospravedlňuje tvrzením, že pořízením, navržením záznamu, nebo obojím, vykonává či chrání svá vlastní práva či chráněné zájmy. Smyslem testu proporcionality podle § 90 ve spojení s § 88 odst. 1 o. z. tak bude určení, zda je v oné jedinečné situaci proporcčně silnější osobnostní právo účastníka, které bylo porušeno, nebo právo či právem chráněný zájem, který protiprávním pořízením či použitím důkazního prostředku vykonává či brání druhý účastník. Kdyby pořízení nebo použití nezkracovalo subjektivní osobnostní práva, neocitla by se obě práva v kolizi.

Narozdíl od výše rozebraných případů zde není právním následkem nezákonnosti zákaz, nýbrž povinnost provést test proporcionality, jehož je řešení právního případu teprve výsledkem. Ustanovení § 88 odst. 1 o. z. nezakotvuje žádné konkrétní právo ani zájem, jež mohou v zákonném souladu ospravedlnit nepotřebnost souhlasu. Jistě to nebude každé myslitelné právo, nýbrž logicky jen takové, které může mít přinejmenším stejnou závažnost, jako porušené osobnostní právo. Ustanovení § 90 o. z. dává tušit, že vykoná-li jednající subjekt právo, které může ospravedlnit narušení osobnostního práva druhé osoby, leč učiní-li tak nepřiměřeným způsobem, nebude jeho jednání v souladu s právním řádem.

Ani fakt, že zákonodárce kodifikoval tento jiný aplikační model, ovšem není pádným argumentem proti základnímu východisku teorie nezákonného důkazu, kterým je jeho právní zákaz, případně právní příkaz v případě čtvrté možné formy nezákonnosti. A co je také důležité; právem ani zájmem, který může ve smyslu § 88 odst. 1 o. z. ospravedlnit zásah do osobnostního práva dotčené osoby, není sám o sobě pouhý zájem dokázat v civilním soudním řízení určité skutkové tvrzení, poněvadž občanské soudní řízení není zákonnou úřední licencí a neupřednostňuje zájem na „odhalení pravdy“ před legalitou. Ostatně, o. z. je soukromoprávní,

nikoli procesní předpis, jehož tvůrce měl bezpochyby jako princip ospravedlňující zkrácení osobnostního práva namysli spíše jiné soukromé subjektivní právo, a to právo přinejmenším podobné hodnoty, jako je osobnostní právo dotčené osoby, přičemž osobnostní práva očividně patří mezi ta nejvýznamnější (viz např. § 3 odst. 1 o. z.).

První formou nezákonného důkazu je situace, v níž se mimo soudní proces odehraje něco protiprávního, co brání procesnímu využití důkazního prostředku. Jsou to hlavně případy jeho opatření hmotněprávním deliktem. Například protiprávním, tajným zaznamenáním telefonního hovoru na záznamník, osobního rozhovoru na diktafon či skrytou kameru, tajným fotografováním. Jde o právní důvod typu právní skutečnosti, konkrétně protiprávního jednání (deliktu). Tento delikt je činem odporujícím hmotněprávnímu řádu a nastávajícím vně soudního procesu, ne však nutně před jeho zahájením. V těchto případech jde o materiálně protiprávní získání důkazu. Může být procesněprávním následkem onoho deliktu nepřípustnost takového audiovizuálního záznamu či textového dokumentu jako důkazu v civilním soudním řízení? Pokud ano, šlo by o právní zákaz.

Druhou formou nezákonného důkazu je případ, kdy dotyčný získá důkaz způsobem souladným se zákonem. Protiprávní je teprve jeho předložení soudu, jakožto důkazního prostředku, a to pro rozpor s hmotným právem.

Příklad: *žalobce si s žalovaným vyměňuje SMS zprávy. Jejich důvěrný tón napovídá, že jsou určeny pouze pro oči žalobcovy. Ten však zprávy později, v době, kdy se vzájemné vztahy zhorší, vyhledá ve svém telefonu, vytiskne a předloží soudu jako důkazní prostředek, který může být rozhodující pro jeho úspěch v soudním řízení (ať už je jeho předmětem cokoli – to v tuto chvíli není podstatné).*

Zde nebylo obdržení ani vytištění SMS zpráv protiprávní. Jejich předložení soudu v rámci soudního řízení za účelem prokázání určité skutečnosti však mohlo porušit právo žalovaného na vyřčené slovo jakožto jedno z jeho osobnostních, statusových práv. Protože slova, která použil v SMS zprávách, bychom ve spojení s jeho telefonním číslem, ze kterého je odeslal, mohli vnímat jako projev osobní povahy určený jen žalobci, nadto soukromého charakteru. Může být procesněprávním následkem protiprávního použití vytištěných SMS zpráv v podobě důkazního návrhu jejich nepřípustnost jako důkazu?

Třetí formou je provedení (zajištění) důkazu, *ex ante* zakázané procesními pravidly kvůli nesplnění procesních podmínek. Např. provedení důkazu navrženého až po okamžiku koncentrace řízení, nenavrženého vůbec a nevyplývajícího ani ze spisu, provedení důkazu, za který účastník nezaplátil povinnou zálohu nebo účastnická výpověď prokazující tvrzení, dokazatelné však i jiným způsobem.⁴⁹

⁴⁹ Viz JIRSA, Jaromír. In: HAVLÍČEK, Karel (ed.). *Občanské soudní řízení (soudcovský komentář). Kniha I. § 1 – 78g občanského soudního řádu*. Vydání druhé, doplněné a upravené. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 42 (§ 6 o. s. ř.).

V těchto případech k nezákonnosti dochází až během řízení a teprve procesně protiprávním zajištěním nebo provedením důkazu, aktem soudu. Působí zde procesněprávní zákaz. Ten se vztahuje na zajištění nebo provedení důkazu jako takové. Taková právní norma tudíž znemožňuje, aby byl důkaz vůbec zajištěn či proveden. A to buď absolutně - důkaz nenavržený a nevyplyvající ze spisu či důkaz označený po koncentračním bodě a nenaplňující žádnou ze zákonných výjimek z koncentrace. Nebo relativně, do okamžiku možného budoucího splnění procesních podmínek, které ještě splnit lze – např. zaplacení zálohy. Třetí forma nezákonnosti se od obou předchozích liší v tom, že jsou explicitně kodifikována jasná procesní pravidla v podobě procesních podmínek.

Společným rysem všech tří poloh nezákonnosti porušení zákona, jež může vést k *ex ante* působícímu právnímu zakazu. V tom se liší od čtvrté, poslední formy.

Čtvrtá forma představuje situaci, kdy k porušení zákona dojde teprve během vlastního procesu dokazování. S přihlédnutím k faktu, že v občanském soudním řízení důkazy provádí, zajišťuje a hodnotí soud, především on je odpovědný za takovou nezákonnost.⁵⁰ Nezákonný je teprve *způsob provedení* nebo *zajištění* důkazu. Samotnému provedení či zajištění žádný zákaz v cestě nestojí. Zmíňme např. opomenutí povinného výsledku znalce (ve smyslu § 127 odst. 1 druhé věty, části třetí věty před středníkem o. s. ř.), provedení účastníkem předloženého a všechny náležitosti obsahujícího znaleckého posudku jako pouhé listiny (v rozporu s § 127a první větou o. s. ř.) nebo výslech svědka za použití nepřípustných otázek. Znamená taková vada, že je na důkaz třeba hledět tak, jako by vůbec nebyl proveden? Ale proč by měl účastník doplácet na chybu soudu? Mnohdy - zejména v případech napravitelných vad dokazování - bude obtížné odlišit třetí a čtvrtý typ nezákonnosti.

Představme si čtyři právní normy. Hypotéza každé zakotvuje jednu z výše identifikovaných forem nezákonného důkazu. Nyní tyto myšlené právní normy dokončíme určením dispozice - právního následku jednotlivých forem. Ten by měl vyplynout z nalezené ústřední normativní právní ideje právního státu. V prvních dvou případech je oním právním následkem bezesporu zákaz zajištění nebo provedení důkazu, vyplývající z objektivního procesního práva, v němž se samozřejmě plnohodnotně projevuje i princip legality a mocenský monopol státu. Tentýž právní následek platí pro třetí skupinu. Rozdíl tkví jen ve faktu, že zde zákaz plyne z výslovné právní normy, pročez není třeba dále hledat jeho zdroj. I tyto normy jsou přirozeně projevem principu právního státu.

⁵⁰ Viz § 78 odst. 3, § 78e, § 122 a § 132 - § 136 o. s. ř. Účastníci tedy nemohou provést důkaz sami, jak to stranám trestního řízení umožňuje § 215 odst. 2 t. ř.

Obtížnější je problém právního následku čtvrté formy. Situace zde volá po nápravě. Tato potřeba vyvěrá právě z principu legality – potřeby dodržet zákonem předepsaný postup – a navíc i z požadavku soudní ochrany práv účastníka řízení. Zde naopak povstává *ex post* příkaz nápravy důkazu. Například dodatečným poučením nebo i opakovaným výsledkem svědka, jenž nebyl poučen o právu odepřít výpověď. Tento příkaz pochopitelně může existovat jen tam, kde lze vadu dokazování dodatečně napravit postupem, souladným s právním řádem. Není-li taková možnost, příkaz vůbec nevzniká.

Může-li být zákon porušen provedením nebo zajištěním důkazního prostředku, měla by se jeho zákonnost hodnotit před provedením, aby k porušení pokud možno vůbec nedošlo.⁵¹ Protože občanskému soudnímu řádu je stejně jako celému právnímu řádu vlastní zásada prevence porušování práv a vzniku sporů.⁵² Je přece mnohem rozumnější předcházet porušování práv a konfliktům, než se potýkat s jejich následky. Otázka zákonnosti důkazního prostředku by tak měla být jakousi předběžnou otázkou vůči samotnému jeho provedení. V situaci, kdy navrhovatel označí důkazní prostředek, odpůrce namítne jeho nezákonnost a navrhovatel se odvolá na protinormu, která by mohla být důvodem k provedení, ocitl by se soud v pasti, pokud by neměl efektivní nástroj, umožňující mu v zájmu prevence porušení práv posoudit zákonnost důkazu před jeho provedením.

Tímto nástrojem je mu postup v rámci přípravy jednání, který je *de facto* i *de iure* předběžným hodnocením důkazů. V občanském soudním řízení je sice potřeba předběžného hodnocení důkazů méně zřejmá, než v trestním řízení, avšak stejně nezbytná. Bez něj by totiž soudce nemohl přijít do jednací síně připraven a vyhlásit rozsudek již na konci prvního jednání, jak obecně požaduje § 114a odst. 1 o. s. ř. Bez něj by z velké části ztratilo smysl přípravné jednání, které slouží právě ke shromáždění relevantních tvrzení a důkazů a jejich analýze pro následné ústní jednání. Kdyby soud nemohl předběžně analyzovat důkazy, nemohl by na počátku ústního jednání účastníky konkrétněji zpravit o výsledcích jeho přípravy ani rozhodnout, které z navržených důkazů provede a které nikoli, jak předpokládá § 118 odst. 2 o. s. ř. Příprava jednání ve smyslu § 114n o. s. ř. v žádném případě není pouhým přezkumem základních podmínek řízení, výběrem soudního poplatku a výzvou žalovaného k vyjádření k žalobě. Soud musí žalobu již na počátku prostudovat, aby žalobce případně mohl vyzvat k její opravě či doplnění (§ 114 odst. 1 ve spojení s § 43 a 79 odst. 1 o. s. ř.). Musí správně určit její právní základ, aby mohl vymezit právně významné skutečnosti a za účelem jejich osvětlení vyžádat zprávu (§ 114a odst. 2 písm. c)), ustanovit znalce (§ 114a odst. 2 písm. d)) nebo prostě jen určit, které důkazy budou vůbec potřebné (§ 114a odst. 2 písm. e) o. s. ř.). Součástí odpovědné přípravy je i předběžná analýza důkazů, které jsou již k dispozici. Bez ní se

⁵¹ Viz WERNER, Olaf. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Beiträge zum Zivil- und Zivilprozessrecht*. 1988, s. 357.

⁵² Viz zejména § 1, 2 a 6 o. s. ř.

citelně zvyšuje šance, že soud bude muset jednání odročit, protože žalobce své tvrzení dosud nedokázal buď proto, že o něm nepředložil žádný důkaz, nebo jím doložený důkaz jeho tvrzení neprokazuje. Předběžné hodnocení ovšem není součástí dokazování, nýbrž jen nezbytným nástrojem přípravy jednání.

6. Hlavní závěry

1. V České republice neexistuje žádná ucelená teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení.
2. Žádná ze základních teorií nezákonného důkazu představených ve Spolkové republice Německo není sama o sobě optimálním inspiračním zdrojem pro základ teorie české, leč můžeme odsud čerpat cenné dílčí závěry.
3. Zákonnost důkazu je v civilizovaném materiálním právním státě právně významným problémem civilního soudního řízení.
4. Z ústavního principu právního státu vychází normativní právní ideje v podobě ústavních právních principů legality a mocenského monopolu státu, které se znatelně projevují i v podústavní právní regulaci občanského soudního řízení *de lege lata*.
5. Tyto ideje vynucují existenci obecného právního zákazu nezákonného důkazu, který je základem teorie nezákonného důkazu jako právní pravidlo připouštějící výjimky.
6. Základem teorie nezákonného důkazu by neměl být právní princip proporcionality.
7. Nezákonný důkaz se vyskytuje ve čtyřech základních formách:
 - a. hmotněprávním deliktem opatřeného důkazního prostředku, jehož pozdější provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení může a nemusí odpovídat právnímu řádu,
 - b. důkazního prostředku, jehož opatření bylo v souladu s právním řádem, jehož provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení však odporuje hmotněprávnímu řádu,
 - c. důkazního prostředku, jehož provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení brání explicitní procesněprávní zákazová norma,
 - d. důkazního prostředku, který byl proveden (zajištěn) způsobem rozporným s procesními předpisy.

8. Právním následkem porušení zákona v prvních třech případech je zákaz provedení (zajištění) důkazu.
9. Právním následkem vadného provedení (zajištění) ve čtvrtém případě je příkaz zhojení vady tam, kde je to možné v souladu s právním řádem. Pokud to možné není, příkaz nevzniká.
10. Soud má právní povinnost prostudovat v rámci přípravy jednání i takový důkaz, jehož provedení (zajištění) může být protiprávní.
11. Podústavními předpisy předpokládané poměrování kolidujících práv a zájmů na základě principu proporcionality je třeba v zákonných případech provést. Není výjimkou z pravidla zákazu nezákonného důkazu, nýbrž samostatně stojící metodou a druhým základním aplikačním modelem vedle modelu pravidlo – výjimka. Třebaže je jeho aplikační prostor omezený, společně s modelem pravidlo – výjimka tvoří základní instrumentář teorie nezákonného důkazu.
12. Všechny tři výzkumné hypotézy byly tudíž potvrzeny.

Věřme, že disertační práce bude přínosem v procesualistice i v aplikační praxi, do nichž vnese systematické poznání základu problému nezákonného důkazu. Nezbývá než doufat, že na ni další autoři kriticky a tvořivě naváží.

7. Seznam použitých zdrojů

7.1. Monografie

- BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016. 608 s.
- BERTI, Stephen V. *Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011. 323 s.
- BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Wien : facultas.wuv, 2., überarbeitete Auflage, 2012, s. 42
- FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. 2., überarbeitete und ergänzte Auflage. Wien: Manz, 1990. 1232 s.
- FINK, Andreas. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*. Aachen : Fotodruck J. Mainz GmbH, 1994. 239 s."
- GEMMEKE, Thomas. *Beweisverwertungsverbote im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH. 2003. 246 s.
- HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde nakladatelství s. r. o., 2003. 103 s.
- HORA, Václav. *Učebnice civilního práva procesního*. Praha: Spolek československých právníků Všehrd v Praze, 1947. 602 s.
- HORA, Václav. *Československé civilní právo procesní. I. – III. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010. 286 s. (reprint původního vydání).
- KAISSIS, Athanasios. *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 1978. 266 s.
- KINDL, Milan, ŠÍMA, Alexander, DAVID, Ondřej. *Občanské právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s.
- KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří. *Ochrana osobnosti podle československého občanského práva*. 2. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Panorama, 1989. 365 s.
- KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 3. přepracované a doplněné vydání k 1. 9. 1996. Praha: Linde Praha, a. s., 1996. 361 s.
- KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2004. 435 s.
- KODEK, Georg E. *Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987. 202 s.
- KONZEN, Horst. *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. 355 s.

- KOSAŘ, David, a kol. *Ústavní právo. Casebook*. Praha : Wolters Kluwer, a. s., 2014. 636 s.
- LAVICKÝ, Petr. *Funkční vazby občanského práva hmotného a procesního*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2007. 285 s.
- LAVICKÝ, Petr, a kol. *Moderní civilní proces*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2014. 268 s.
- LAVICKÝ, Petr. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha. Leges, 2017. 272 s.
- MACUR, Josef. *Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně v Brně, 1984. 177 s.
- MACUR, Josef. *Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993. 182 s.
- MACUR, Josef. *Právo procesní a právo hmotné*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993. 157 s.
- MACUR, Josef. *Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1991. 151 s.
- MACUR, Josef. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995. 172 s.
- MACUR, Josef. *Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1996. 162 s.
- MACUR, Josef. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2001. 219 s.
- MELZER, Filip. *Právní jednání a jeho výklad*. Brno: Václav Klemm, vydavatelství a nakladatelství, 2009. 218 s.
- MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha : C. H. Beck, 2011. 276 s.
- MOLEK, Pavel. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. 576 s.
- MOLEK, Pavel. *Základní práva. Svazek první - Důstojnost*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2017, 552 s.
- MUTHORST, Olaf. *Das Beweisverbot. Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009. 417 s.
- ONDŘEJJEK, Pavel. *Lidská práva v soukromé právu. Rigorózní práce*. Praha : Univerzita Karlova, 2009. 134 s.
- ONDŘEJJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s.
- OTT, Emil. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. 384 s. (reprint původního vydání).

- REICHENBACH, Sandy Berndt. *§ 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten. Zur Verwertbarkeit persönlichkeitsrecht -beeinträchtigender Beweismittel im Zivilprozess*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2004. 252 s.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht. 17., neu bearbeitete Auflage*. München: C. H. Beck, 2010. 1155 s.
- STAVINOHOVÁ, Jaruška, HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. 660 s.
- SVOBODA, Karel, a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení*. Praha: C. H. Beck, 2014. 432 s.
- ŠTAJGR, František a kol. *Občanské právo procesní*. Druhé, částečně přepracované vydání. Praha: Orbis, 1968. 449 s.
- ŠTAJGR, František. *Některé teoretické otázky civilního práva procesního*. Praha: Universita Karlova, 1969. 81 s.
- WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess. Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung Zivilrechtliche Ansprüche*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. 410 s.
- WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní*. 3. vydání. Praha: Linde, 2004. 691 s.
- WINTEROVÁ, Alena, a kol. *Civilní právo procesní. 5. aktualizované vydání doplněné o předpisy evropského práva*. Praha: Linde Praha, a. s., 2008. 751 s.
- ZAHRADNÍKOVÁ, Radka a kol. *Civilní právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015. 579 s.

7.2. Komentáře

- BAŇOUCH, Hynek a kol. *Komentář k usnesení o vyhlášení listiny základních práv a svobod*. Praha: Wolters Kluwer, 2010 (čl. 13 Listiny základních práv a svobod).
- JIRSA, Jaromír. In: HAVLÍČEK, Karel (ed.). *Občanské soudní řízení (soudcovský komentář). Kniha I. § 1 – 78g občanského soudního řádu*. Vydání druhé, doplněné a upravené. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 42 (§ 6 o. s. ř.).
- ŠÁMAL, Pavel. In ŠÁMAL, Pavel (ed.). *Trestní právo procesní*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 367 - 368.
- ŠVESTKA, Jiří. In ŠVESTKA, Jiří (ed.). *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 175 – 176 (§ 12 obč. zák.)
- TŮMA, Pavel. In LAVICKÝ, Petr (ed.). *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 503 (§ 84)).
- TŮMA, Pavel. In BÍLKOVÁ, Jana a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 533 (§ 88 o. z.).
- WAGNEROVÁ, Eliška (ed.). In WAGNEROVÁ, Eliška, a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s, 2012, s. 9 – 32 (Úvod).

7.3. Příspěvky ve sborníku

BARTOŇ, Michal. Formy působení základních práv. *Acta iuridica olomucensia*. 2015, roč. 10, č. 1, s. 16.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*. Festschrift für Ulrich Klug. Band II, Köln, 1983, s. 477 - 491.

STAVINOHOVÁ, Jaruška. Povinnosti účastníků civilního soudního řízení ve světle díla prof. Josefa Macura. In LAVICKÝ, Petr, SPÁČIL, Jiří (ed.). *Macurův jubilejní památník: k nedožitým osmdesátinám prof. Josefa Macura*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 65 – 70.

7.4. Časopisecké články

BRINKMANN, Moritz. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadenrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. Köln: Mohr Siebeck, 2006, s. 763 – 764.

HANUŠ, Libor. Ústavněprávní vady důkazního procesu z pohledu judikatury Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 18, s. 647 – 653.

KIETHE, Kurt. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess. *Monatsschrift für Deutsches Recht*. 2005, č. 17, s. 967.

LAVICKÝ, Petr, STAVINOHOVÁ, Jaruška. Sankce v civilním právu procesním. *Právní fórum*, 2008, roč. 5, č. 9, s. 369.

MACUR, Josef. Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. *Právní rozhledy*, 1999, roč. 7, č. 4, s. 172.

MAŘÁDEK, David. Pořízení zvukového záznamu soukromou osobou a obecné možnosti jeho použití jako důkazního prostředku v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 13 – 14, s. 481 – 487.

MAŘÁDEK, David. Soukromě pořízený zvukový a zvukově obrazový záznam jako důkazní prostředek a důkaz v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 20, s. 705 – 710.

MORÁVEK, Jakub. Kdy lze jako důkazní prostředek připustit záznam z kamerového systému? *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 13, s. 457 – 463.

MÜLLER-HEIDELBERG, Till. Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats. Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, č. 5, s. 259 - 266.

ONDŘEJEK, Pavel. Účinky lidských práv v soukromém právu. *Právník*. 2011, č. 1, s. 33 – 52.

SEIDEL, Jan. Protiprávně získané nebo použité důkazy v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 8, s. 381 – 394.

- SÝKORA, Jan. Přípustnost důkazu zvukovými a obrazovými záznamy v civilním dokazování. *Právní fórum*, 2012, roč. 9, č. 12, s. 532 – 539.
- TELEC, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 24, s. 879 – 883.
- TICHÝ, Luboš. Působení základních práv na soukromoprávní poměry a jeho meze (skica k doktríně prozařování). *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, č. 1, s. 10 – 17.
- VAŠUTOVÁ, Vendula. Specifika dokazování v odlišných právních procesech. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 795 – 803.
- VÁVRA, David. Zvukový záznam testingové situace jako důkazní prostředek v případech diskriminace. *Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 3, s. 108 – 110.
- WAGNEROVÁ, Eliška. Poznámky k vývoji a k různým pojetím základních práv. *Politologický časopis*. 1995, č. 1, s. 47 – 48.
- WERNER, Olaf. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Beiträge zum Zivil- und Zivilprozessrecht*. 1988, s. 350 – 351.
- ZEISS, Walter. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Zeitschrift für Zivilprozess*. Köln: 1976, 89. Band, Heft 4, s. 377.

7.5. Internetové články

- BRUTHANS, Martin. *Možnost použití nahrávky hovoru s klientem jako důkazu* [online]. epravo.cz, 26. března 2009, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/moznost-pouziti-nahravky-hovoru-sklientem-jako-dukazu-55619.html>>.
- HALÍK, Tomáš. *Vstupujeme do 30. roku svobody (listopad 2018)* [online]. halik.cz, 17. listopadu 2018 [cit. 28. března 2021]. Dostupné na <<http://halik.cz/cs/tvorba/clanky-eseje/clanek/470/>>.
- ICHIKAWA, Jonathan Jenkins, STEUP, Matthias. *The Analysis of Knowledge. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.) [online]. palto.stanford.edu, 7. března 2017, [cit. 28. března 2021]. Dostupné na <<https://plato.stanford.edu/entries/knowledge-analysis/#GettProb>>.
- JIRSA, Jaromír. *Důkaz tajným zvukovým záznamem* [online]. pravniprostor.cz, 30. ledna 2015 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.pravniprostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/dukaz-tajnym-zvukovym-zaznamem>>.
- JIRSA, Jaromír. *Zásah Ústavního soudu do dokazování* [online]. pravniprostor.cz, 23. listopadu 2015. [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.pravniprostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/zasah-ustavnihosoudu-do-dokazovani>>.

KRAMPERA, Jan, MACHÁČOVÁ, Paulína. *Přípustnost nezákonně získaných důkazů v civilním řízení okem Nejvyššího a Ústavního soudu* [online]. epravo.cz, 11. června 2019. [cit. 31. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/pripustnost-nezakonne-ziskanych-dukazu-v-civilnim-rizeni-okem-nejvyssiho-a-ustavniho-soudu-109476.html>>.

KÜHN, Zdeněk. *K přípustnosti důkazu utajenou audiovizuální nahrávkou v civilním řízení* [online]. jinepravo.blogspot.com, 12. prosince 2009, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://jinepravo.blogspot.cz/2009/12/k-pripustnosti-dukazu-audiovizualni.html>>.

NOVOTNÝ, Bořivoj. *SMS jako důkazní prostředek* [online]. epravo.cz, 23. května 2001, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/sms-jakodukazni-prostredek-7855.html>>.

POTMĚŠIL, Jan. *Přípustnost audio a video nahrávek jako důkazu* [online]. jinepravo.blogspot.com, 16. prosince 2009 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2009/12/jan-potmesil-pripustnost-audio-video.html>>.

SIVÁK, Jakub. *Nové důkazní prostředky a ochrana osobnosti v právu ICT* [online]. pravni prostor.cz, 19. října 2015 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni-prostor.cz/clanky/procesni-pravo/nove-dukazni-prostredky-a-ochrana-osobnosti-v-pravu-ict>>.

ŠEBESTA, Kamil, BOUČKOVÁ, Jana. *Využívání kamerového systému z pohledu zákona o ochraně osobních údajů* [online]. epravo.cz, 6. 10. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/vyuzivani-kamerovehosystemu-z-pohledu-zakona-o-ochrane-osobnich-udaju-66983.html>>.

ŠEBESTA, Patrik. *Použitelnost audio a video nahrávek jako důkazu II. aneb je to horší než jsme si mysleli* [online]. jinepravo.blogspot.com, 26. ledna 2010, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2010/01/patrik-sebesta-pripustnost-audio-video.html>>.

VOŠMÍKOVÁ, Helena; KRABEC, Martin. *K použití zvukového záznamu v civilním soudním řízení* [online]. elaw.cz, 7. května 2010, [cit. 15. února 2017]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/k-pouziti-zvukoveho-zaznamu-jako-dukazu-v-civilnim-soudnim-rizeni>>.

ZEMAN, Milan. *Důkaz nahrávkou pořízenou soukromou osobou nebo projevem na sociálních sítích* [online]. epravo.cz, 5. října 2015, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/dukaz-nahravkou-porizenou-soukromou-osobou-nebo-projevem-na-socialnich-sitich-98326.html>>.

7.6. Judikatura

7.6.1. Česká

nález pléna ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb. (N 46/2 SbNU 57)

nález ÚS ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (N 163/9 SbNU 399)
rozsudek NS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, č. 39/99 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 14. 1. 2000, sp. zn. III.ÚS 617/2000 (N 143/23 SbNU 27)
nález ÚS ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 36/01 (N 80/26 SbNU 317)
usnesení NS ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 29 Cdo 2893/2000, č. 40/2003 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 10. 10. 2002, sp. zn. III. ÚS 173/02 (N 127/28 SbNU 95)
nález ÚS ze dne 11. 11. 2003, sp. zn. II. ÚS 182/02 (N 130/31 SbNU 165)
nález ÚS ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 733/01 (N 26/32 SbNU 239)
nález ÚS ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 130/31 SbNU 165)
nález ÚS ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 87/33 SbNU 339)
nález ÚS ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. IV. ÚS 570/03 (N 91/33 SbNU 377)
rozsudek NS ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. 30 Cdo 1224/2004
nález ÚS ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. II. ÚS 418/03 (N 125/37 SbNU 573)
nález ÚS ze dne 20. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 585/04 (N 143/38 SbNU 117)
usnesení ÚS ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05 (U 22/38 SbNU 579)
nález ÚS ze dne 13. 9. 2006, sp. zn. I. ÚS 191/05, č. N 161/42, SbNU 372
rozsudek NS ze dne 4. 11. 2008, sp. zn. 22 Cdo 4172/2007
nález ÚS ze dne 8. 12. 2009, sp. zn. I. ÚS 118/09 (N 254/55 SbNU 455)
rozsudek NS ze dne 23. 6. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3717/2008
usnesení ÚS ze dne 5. 1. 2012, sp. zn. II. ÚS 1183/11
usnesení NS ze dne 20. 9. 2012, sp. zn. 25 Cdo 1111/2011
rozsudek NS ze dne 27. 3. 2013, sp. zn. 30 Cdo 1585/2012
rozsudek NS ze dne 24. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 1982/2012, č. 22/2015 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 9.12.2014, sp. zn. II. ÚS 1774/14 (N 221/75 SbNU 485)
rozsudek NS ze dne 27. 5. 2015, sp. zn. 30 Cdo 5216/2014
usnesení NS ze dne 26. 4. 2017, sp. zn. 33 Cdo 2065/2016
usnesení NS ze dne 29. 11. 2017, sp. zn. 20 Cdo 3599/2017
nález ÚS ze dne 27. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2299/17 (N 35/88 SbNU 491)
nález ÚS ze dne 31. 7. 2018, sp. zn. III. ÚS 4071/17 (N 129/90 SbNU 139)
rozsudek NS ze dne 14. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1267/2018, č. 83/2019 Sb. rozh. civ.

7.6.2. Německá

rozsudek BGH ze dne 19. 6. 1970, sp. zn. IV ZR 45/69
usnesení BVerfG ze dne 3. 6. 1980, sp. zn. 1 BvR 185/77

rozsudek BGH ze dne 24. 11. 1981, sp. zn. VI ZR 164/79
rozsudek BGH ze dne 17. 2. 1982, sp.zn. VIII ZR 29/81
rozsudek BGH ze dne 13. 10. 1987, sp. zn. VI ZR 83/87
rozsudek BGH ze dne 4. 12. 1990, sp. zn. XI ZR 310/89
usnesení BVerfG ze dne 19. 12. 1991, sp. zn. 1 BvR 382/85
rozsudek BAG ze dne 29. 10. 1997, sp. zn. 5 AZR 508/96
rozsudek BVerfG ze dne 14. 7. 1999, sp. zn. 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95 a 1 BvR 2437/95
usnesení BVerfG ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 1 BvR 1611/96 a 1 BvR 805/98
rozsudek BGH ze dne 18. 2. 2003, sp. zn. XI ZR 165/02
rozsudek BGH ze dne 12. 1. 2005, sp. zn. XII ZR 227/03

7.6.3. ESLP

rozsudek pléna ESLP ze dne 23. 9. 1982, č. 7151/75 a 7152/75, ve věci *Sporrong a Lönnroth proti Švédsku*

rozsudek ESLP ze dne 12. 7. 1988, č. , ve věci *Schenk proti Švýcarsku*

rozsudek ESLP ze dne 7. 7. 1989, č. 10873/84, ve věci *Tre Traktörer AB proti Švédsku*

rozsudek ESLP ze dne 25. 6. 1997, č. 20605/92, ve věci *Halford proti Spojenému království*

rozsudek ESLP ze dne 11. 7. 2006, č. 54810/00, ve věci *Jalloh proti Německu*

rozsudek ESLP ze dne 5. 9. 2017, č. 61496/08, ve věci *Bărbulescu proti Rumunsku*

rozsudek ESLP ze dne 17. 10. 2019, č. 1874/13, ve věci *López Ribalda a ostatní proti Španělsku*

7.7. Právní předpisy

ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky ve znění pozdějších předpisů

ústavní zákon č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje LZPS jako ústavní zákon Federálního shromáždění ČSFR

zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 6/2002 Sb. o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů

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

zákon č. 85/1996 Sb. o advokacii ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 104/2013 Sb. o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 582/1991 Sb. o organizaci a provádění sociálního zabezpečení ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 117/1995 Sb. o státní sociální podpoře ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 111/2006 Sb. o pomoci v hmotné nouzi ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 361/2003 Sb. o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů ve znění pozdějších předpisů

Grundgesetz, německá ústava, zákon č. BGBl. I S. 2347

Zivilprozessordnung, německý civilní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781

Strafprozessordnung, německý trestní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 1074, 1319

Bürgerliches Gesetzbuch, německý občanský zákoník, zákon č. BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

zákon č. 160/2015 Z. z., Civilný sporový poriadok, ve znění pozdějších předpisů

8. Prohlášení

Já, níže podepsaný David Mařádek, autor disertační práce na téma Základ teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení a autoreferátu k ní, které jsou literárními děly ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona), dávám tímto jako subjekt údajů svůj souhlas ve smyslu § 43 odst. 3 první věty zákona č. 110/2019 Sb., zákona o zpracování osobních údajů ve znění pozdějších předpisů, správci údajů, kterým je

Univerzita Palackého v Olomouci, Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc,

ke zpracování mých osobních údajů v rozsahu: jméno a příjmení v informačním systému, a to včetně zařazení do katalogů, a dále ke zpřístupnění jména a příjmení v katalogích a informačních systémech UP, a to včetně neadresného zpřístupnění pomocí metod dálkového přístupu. Údaje mohou být takto zpřístupněny uživatelům služeb Univerzity Palackého. Realizaci zpřístupnění zajišťuje ke dni tohoto prohlášení vnitřní složka UP, která se nazývá Knihovna UP.

Souhlas poskytuji na dobu ochrany autorského díla podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona).

Prohlašuji, že mé osobní údaje jsou pravdivé.

V Ostravě dne 15. 5. 2021

Mgr. David Mařádek

9. Shrnutí (Abstrakt)

Autor se v disertační práci věnuje vytvoření základu teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení v mezích současného českého právního řádu. Nejprve odpovídá na otázku, proč je právní problém nezákonného důkazu tak důležitý. Poté jej v obecné rovině zasazuje do širších souvislostí českého *legis lata*. Dále mapuje základní teorie nezákonného důkazu, jež byly představeny ve Spolkové republice Německo. Poté hledá základní normativní právní ideu, která může být základem české teorie nezákonného důkazu. Po jejím nalezení identifikuje základní právní pravidlo,

které z ní plyne, a základní aplikační model teorie. Na podkladě této právní myšlenky pak pojmenovává čtyři základní formy nezákonného důkazu a jejich právní následky. Zde završuje pojednání o aplikačních modelech, metodách a právních pravidlech základu teorie. Tyto poznatky pak aplikuje na pomyslné civilní soudní řízení, v němž analyzuje proces právní kvalifikace důkazu ze strany prvostupňového i opravného soudu.

Autor v celém textu čerpá poznatky především z německé procesualistiky a z německé a české judikatury.

Summary (Abstract)

The author of the dissertation thesis deals with a creation of basis of theory of unlawful evidence in civil proceedings within the scope of application of the current czech legal order. He initially answers the question, why is the legal problem of a unlawful evidence so significant. Then he puts it in a broad context of czech *legis lata* from the general point of view. Thereafter he conducts a survey of fundamental theories of unlawful evidence, which were introduced in the Federal Republic of Germany. Then he seeks a basical normative legal idea, which could become a basis of a czech theory of unlawful evidence. After its discovery he identifies a basic legal rule, which follows from it and a basical model of application, implied in the theory. On the basis of the abovementioned normative legal idea he then identifies four elemental forms of unlawful evidence and its legal consequences. There he completes a treatise about the models of application, methods and legal rules of the basis of the theory. He applies these findings on an imaginary civil proceedings, in which he analyzes a process of legal qualification of evidence exercised by a court of the first instance as well as the court of appeal.

Author gains his findings throughout the text above from a german science of civil procedural law and from german and czech judicature.

