

# Míra důkazu – základní problémy z hlediska srovnávací analýzy

Luboš Tichý\*

**Abstrakt:** Příspěvek poskytuje přehled o řešení míry důkazu – zásadního problému nejen civilního procesního práva – v hlavních evropských jurisdikcích, analyzuje klíčové faktory tohoto institutu a dospívá tak k jeho ideálnímu pojetí, které slouží jako *tertium comparationis*, tedy měřítko hodnocení konkrétních národních přístupů, zejména českého pojetí, pro které navrhuje vlastní řešení.

**Klíčová slova:** míra důkazu, hodnocení důkazů, důkazní břemeno, jistota, přesvědčení, věrohodnost, uvážení soudu, převaha, pravděpodobnost, odůvodnění, pravda, pravdivost

## 1. Vymezení problematiky

„*Kamkoliv se člověk podívá, existuje jen pravděpodobnost, žádná jistota*“, píše Gerhard Kegel<sup>1</sup> ve svém příspěvku z roku 1983. Ona nejistota je imanentní lidskému myšlení a lidskému životu, neboť o jevech, které se udály v minulosti, nemůže mít člověk až na výjimky jistotu – absolutní pravda tedy neexistuje. Co platí o jednoduchém faktu, to lze s odpovídající vyšší měrou použít na soubory faktů, z nichž se skládá určitá událost. Platí tedy, že čím složitější je minulý děj, tím obtížnější je jeho rekonstrukce. Rekonstrukce minulých dějů, jež zahrnuje poznání a hodnocení, je problematikou, v níž se ocitá kdokoli z nás, s těmito problémy se však setkává především soudce, jehož úkolem je na základě důkazů zhodnotit tvrzení stran ohledně skutkového základu uplatňovaného nároku.

I když rozebíraná problematika je materií zásadního významu, a to nejen v procesním právu, neboť je, aniž si to uvědomujeme, předmětem každodenního uvažování člověka, nebyla v centru pozornosti české právní nauky. V poslední době se však zájem o ni zvyšuje, což platí i o určitém vývoji v praxi českých soudů,<sup>2</sup> který je předmětem našich úvah ve třetí a čtvrté části.

Účelem tohoto příspěvku je provést srovnávací analýzu základních přístupů k otázce míry důkazu v rámci civilního řízení soudního ve vybraných jurisdikcích a na jejím základě navrhnout optimální řešení. Ke splnění tohoto úkolu je třeba použít základního kritéria, kterým je tzv. *tertium comparationis* sestávající se ze základních předpokladů

\* Prof. JUDr. Luboš Tichý, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

<sup>1</sup> KEGEL, G. *Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht. Festschrift für St. Rosenfeld*. Heidelberg, 1983, s. 144.

<sup>2</sup> Srov. k tomu ze starší literatury FIALA, J. *Důkaz zavinění v občanském soudním řízení*. Praha, 1965, z pozdější literatury pak MACUR, J. *Důkazní břemeno a teorie pro uplatňování pravděpodobnosti pro hodnocení důkazu v civilním soudním řízení*. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 4, s. 356 an., MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno, 2001, TICHÝ, L. *Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha, 2010, s. 57–68, TICHÝ, L. *Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu*. *Bulletin advokacie*. 2013, č. 12, s. 30 an., a z poslední doby LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha, 2017, s. 36 an. a zejména pak HOLLÄNDER, P. *Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 3 an.; BALARIN, J. *Standard of Proof in Czech Civil Procedure*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 163 an. a TICHÝ, L. *Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analyses*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2019, s. 288 an.

fungování ideálního modelu míry důkazu. Pro vymezení tohoto modelového řešení je třeba definovat jeho klíčové součásti (elementy), jež slouží jako dílčí měřítko hodnocení předmětu našeho zkoumání, což činím v první části svého příspěvku.

Takto definovaný ideální model je podřízen základnímu účelu, jímž je správné rozhodování ve věci samé, které předpokládá dostatečně věrohodnou rekonstrukci skutkového základu uplatňovaného nároku. Tím se zabýváme v druhé části.

Ve třetí části pak provádíme na základě shora uvedeného kritéria komparativní analýzu základních (hlavních) přístupů a tendencí. Zabýváme se anglosaským pojetím míry důkazu (*standard of proof*), krátce analyzujeme skandinávský model, jak je prezentován v učení P. O. Ekelöfa, a dále se zaměřujeme na kontinentální pojetí na příkladu Německa, Rakouska, Francie a České republiky.

Ve čtvrté části pak navrhuje vlastní řešení problému jako určitou výzvu a doporučení pro soudce a zákonodárce.

## 2. Elementy modelového řešení – *tertium comparationis*

Jak již bylo řečeno, modelové řešení má dvě základní složky, a to část deskriptivní a část normativní. První z nich je tvořena mimoprávními, procesními a hmotněprávními elementy, druhá pak zahrnuje hodnoty, principy a cíle relevantní pro celkovou orientaci modelu.

### 2.1 Předpoklady a elementy

Problematika míry důkazu se již z povahy tohoto institutu týká celé řady kategorií, respektive institutů, které do značné míry přesahují tento svým základem procesní institut. Mají totiž své kořeny mimo procesní právo, respektive mimo právní systém vůbec. Podle jejich zakotvení lze rozeznávat shora uvedené elementy mimoprávní, procesní a hmotněprávní.

#### 2.1.1 Primární kategorie

##### a) Poznání a hodnocení

Lidé nejsou schopni dosáhnout uceleného poznání na základě svých dílčích poznatků ve smyslu subjektivní teorie pravděpodobnosti. Proces zážitku a vytváření přesvědčení překračuje totiž pouhou kognitivní sféru. Nikoliv náhodou zdůrazňuje právní nauka iracionální, pocitové aspekty vytváření přesvědčení, kterýžto proces lze označit za intuici. Dokonce se tvrdí, že tak komplexní jev, jakým je hodnocení relativně složitého souboru důkazů, může být uskutečněn pouze prostřednictvím intuice: jde tedy o proces, který vychází z rozumu a intuice, počívá na sepětí myšlení a pocitu, uvažování a intuici. Je zřejmé, že nevědomé, paralelní zpracovávání informací přetěžuje analytický rozum. Intuice je totiž do značné míry nevědomý proces zpracování informací, ústící v pocit, jenž může ovlivnit naše jinak racionální rozhodování. Zřejmě stále platí závěr průzkumu publikovaného v roce 1984,<sup>3</sup> který prokázal zásadní nedostatky v jinak obecně akceptovaném

<sup>3</sup> BÜRKLE, J. *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984.

racionálním přístupu soudců. V jiném případě bylo prokázáno, že výsledky hodnocení jednotlivých důkazů se významně liší, přičemž odchylky činily až 300 %.<sup>4</sup> Podstatné pak je, že soudy neodůvodňují míru přesvědčivosti jednotlivých důkazů, a to ani v jednotlivostech, ani v celku.

Zkušenostní věta je podle Friedricha Steina zobecnění, které je získáno indukci a přesahuje působnost jednotlivého případu, a nárokuje tak obecnou či obecnější platnost. To znamená, že taková věta dopadá na všechny konkrétní případy. Přípustné jsou též nejisté zkušenostní věty, jež se od obecně platných odlišují kvantitativně, nikoliv však kvalitativně. Zkušenost omezuje soudce tím, že ho váže ke skutečnosti, a tak limituje jeho svobodu při vytváření jeho přesvědčení.

Míra spolehlivosti je mimo jiné dána existencí a trváním konstantní soudní praxe.

#### b) Přesvědčení

Přesvědčení jako výsledek poznávacího (kognitivního) procesu vypovídá na základě hodnocení relevantních informací o tom, zda se určitá tvrzená skutečnost (předmět poznávání) v minulosti stala či nestala.<sup>5</sup> Součástí poznávání je hodnocení, jehož předmětem jsou informace, jež se předmětu přesvědčení přímo či nepřímo dotýkají, a dále informace, jež mají obecný charakter a působí jako ideový rámec, jenž musí být v procesu poznávání respektován. Na tvorbě přesvědčení se podílejí psychické pochody hodnotitele (poznávající osoby), které způsobují, že přesvědčení je svojí podstatou poznatek subjektivní povahy, na který působí i emotivní a iracionální vlivy.

Přesvědčení soudce je jedno z kritérií míry autenticity (správnosti či někdy pravdivosti) zjištění (rekonstrukce) minulé skutečnosti. Tato míra je vyjádřena ve formě výrazu, jakým je pravda a pravděpodobnost. Přesvědčení nemá, jak se uvádí,<sup>6</sup> bipolární hodnotu (význam), a může tak mít mnoho stupňů (může být odstupňováno). To koneckonců odpovídá i obecnému úzu o tom, že „někdo je plně, stoprocentně, anebo ne zcela, málo apod. přesvědčen“. Je proto adekvátní pojem „převládající přesvědčení“ užívaný Schweizerem.<sup>7</sup>

Přesvědčení je rozhodujícím verdiktem soudce o skutkovém stavu. Zpravidla (v závislosti na rozsahu skutkových okolností) se týká jak jednotlivých skutečností, tak celkového skutkového děje jakožto množiny těchto prvků celé události. Zde pak platí obecně známé pravidlo, že čím nižší je autenticita (pravděpodobnost) přesvědčení (poznání) o jednotlivých prvcích, tím je nižší stupeň přesvědčení o celku (množině).

Tvorba přesvědčení je výsledkem myšlenkového procesu, jehož předmětem jsou z hlediska obecnosti dva druhy informací. Soudce postupuje induktivně, ověřuje jednotlivé konkrétní informace, postupuje od informací bezprostředních k informacím zprostředkovaným (nepřímým) a od jednoho prvku (skutečnosti) k prvkům dalším. Souběžně ověřuje jednotlivé poznatky testem souladu se svými zkušenostmi a poznatky vědy. Nakonec hodnotí všechny prvky v jejich souhrnu.

Zjednodušeně řečeno, přesvědčení je výsledkem hodnocení důkazů (důkazních prostředků), neboť jeho tvorba je vyústěním poznávacího, a tedy hodnotícího procesu. Pře-

<sup>4</sup> EINMAL, M. Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess. Eine Fallstudie am Beispiel des Verkehrsunfallprozesses. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2001, 469, s. 474 a STEIN, F. Das private Wissen des Richters. Leipzig, 1893, s. 41.

<sup>5</sup> Viz však odlišnou definici např. u GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1978, s. 20.

<sup>6</sup> Např. GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 32 či BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag; 2005, s. 63.

<sup>7</sup> SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, passim.

svědčení má formu pravdivostního výroku. Protože je však známo, že absolutní pravdy (jistoty)<sup>8</sup> nelze dosáhnout,<sup>9</sup> je vyjádřením pravděpodobnostního soudu ohledně jednoho prvku, či celého souboru skutečností, či jeho části.

### c) Pravda

Převážná většina středoevropské literatury se kloní k závěru, že mírou důkazů je pravda. Tuto naprosto základní filozofickou kategorii je však třeba pojímat v relativním, velmi omezeném slova smyslu.<sup>10</sup> Pravdu je třeba chápat v relativním slova smyslu i s ohledem na klesající míru důkazů, o čemž není pochybnosti ani v německém právu, a pojímat ji jako určité kritérium při rekonstrukci skutkového stavu coby základu právního hodnocení. Tento proces se děje bez nároku na poznání pravdy.<sup>11</sup> Lze tedy konstatovat, že pravda je to, co bude v řízení nalezeno. Nejde o něco nepochybného a objektivního. Strany totiž o pravdu bojují.<sup>12</sup> Gottwald se kupodivu přiznává ke svým dřívějším názorům a tvrdí, že pravda je vlastně „*preponderance of evidence*“. Přiklání se tak k anglické doktríně, když soudí, že pravda je to, pro co mluví více argumentů jedné strany.

Tyto kategorie nejsou protiklady. V nejvyšší míře dosáhneme pravdivých rozhodnutí jen tehdy, jestliže se budeme v pochybnostech držet pravděpodobnosti. Protiklady mezi těmito instituty se odstraní, jestliže za prvé hodnocení důkazů a aplikaci práva chápeme nikoliv jako dvě separátní otázky, nýbrž jako jednotný rozhodovací postup, a za druhé rozlišujeme-li zralost rozhodování a hranici pro finální rozhodnutí, a to na základě různých hledisek. Absolutní pravdu, jakožto soulad hypotézy se skutečností, nelze dosáhnout, a proto je třeba, v souladu s americkými a anglickými soudci, kteří slovo „pravda“ používají velmi zřídka, být k této kategorii velmi zdrženlivými a používat pojem pravděpodobnosti.

Německý ZPO požaduje, aby soudce nabyl o dokazovaném tvrzení přesvědčení o pravdivosti. Nelze se proto spokojit jen s pouhou pravděpodobností. Jde tedy o subjektivní teorii míry důkazu. Oproti tomu v objektivní teorii míry důkazu je soudcovské přesvědčení nahrazeno zjištěním pravděpodobnosti.

Problém pravdy a pravděpodobnosti vyřešil zkušený německý soudce Albert Hellwig<sup>13</sup> takto: Soudce, který obžalovaného odsuzuje, musí být sice o pravdě toho, co zjistil, přesvědčen. Toto přesvědčení však nemůže nikdy dát záruku, že to, co zjistil, je skutečně pravda. Z objektivního hlediska se jedná o pouhé zjištění pravděpodobnosti.

### d) Pravděpodobnost

Z obecné lidské zkušenosti je zřejmé, že jevy, jež se mají uskutečnit nebo se uskuteční (v budoucnosti) nebo se staly (v minulosti), můžeme chápat jen jako určité hypotézy, tedy s určitou pravděpodobností. Zatímco přírodní vědy chápou a používají pravděpodobnost k „předvídání“, tedy orientují tuto kategorii do budoucnosti, v důkazním právu je pravděpodobnost směřována do minulosti. Je cílem a měřítkem poznání minulých jevů a jejich

<sup>8</sup> GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 27.

<sup>9</sup> Srov. PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 101 an.

<sup>10</sup> LEIPOLD, D. *Wahrheit und Beweis im Zivilprozess, Festschrift für Nakamura*. Tokyo, 1996, s. 320.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 321.

<sup>12</sup> GOTTWALD, P. *Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess. Festschrift für D. Henrich*. Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 165 an.

<sup>13</sup> HELLWIG, A. *Wahrheit und Wahrscheinlichkeit in Strafsache. Der Gerichtssaal*. Berlin, 1922, 88, s. 417, 431.

rekonstrukce. Přitom jde jen o přiblížení se „pravé“ skutečnosti, označované jako pravda, jež s ohledem na její komplexnost nelze se stoprocentní věrohodností reprodukovat. Pravda je jakýsi ideální objekt.<sup>14</sup> Toho lze snad dosáhnout v jednotlivých dílčích prvcích minulých jevů, a tak lze pravdu ve smyslu korespondenční teorie chápat jako soulad skutkového tvrzení s realitou. Jedná se tedy o jakousi nedosažitelnou metu. Ve filosofii, přírodních vědách, a dokonce i v právní nauce byla vyvinuta celá řada definic tohoto pojmu, z nichž však žádná není obecně přijímána. Potud platí stále Musielakovo konstatování<sup>15</sup> o celé řadě forem pravděpodobnosti. Tak například Schweizer<sup>16</sup> uvádí pravděpodobnost na základě každodenní zkušenosti neboli zkušenostní pravděpodobnosti (*Alltags- oder Erfahrungswahrscheinlichkeit*), klasickou pravděpodobnost, subjektivní a logickou pravděpodobnost, stejně jakožto frekventistickou a protenzivní pravděpodobnost jako subkategorie epistemické a ontické pravděpodobnosti. Jen v germánském právněkulturním okruhu četní autoři jako například Kegel, Maassen, Musielak, Greger, Evers, Gottwald, Stegmüller, Motsch, Huber, Bourmistrov-Jüttner, Weber, Grense, Brinkmann, Geikel, Berger-Steiner a další vyvinuli vlastní chápání pravděpodobnosti.<sup>17</sup> Pro naše účely vycházíme z konstatování Musielaka, že každý důkaz je v podstatě důkazem pravděpodobnostním,<sup>18</sup> a budeme jako základní element našeho modelu brát v úvahu jen tři, respektive dva modely vyvinutých forem, které jsou navíc v literatuře nejčastěji používány. Přitom jsme si vědomi určitého zjednodušení (jež je ovšem nutné k účelu této krátké studie) při uvážení neostrosti jednotlivých pojmů a zejména forem a jejich značných překryvů. Dokladem a příkladem toho je například značná blízkost až totožnost pojmů subjektivní a logické (induktivní) formy pravděpodobnosti. Objektivní (či relativní, matematická či statistická) forma pravděpodobnosti je definována na základě teorie četnosti výskytu události jako poměr případů ve prospěch určité hypotézy ke všem případům stejného druhu, přičemž všechny z nich musejí být stejně možné či realizovatelné. Míra pravděpodobnosti či pravděpodobnost sama se tak vztahuje k relativní četnosti (výskytu) určité události. Její použití je možné na druhy, respektive třídy událostí. Tvrdí se, že není použitelná k zjištění pravděpodobnosti konkrétní jednotlivé události,<sup>19</sup> a proto se někdy tato forma považuje v právnickém kontextu za nepoužitelnou.<sup>20</sup> Objektivní forma pravděpodobnosti vychází z hodnocení pravděpodobnosti hypotézy prostřednictvím osobních zkušeností přísně

<sup>14</sup> GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 38.

<sup>15</sup> MUSIELAK, H.-J. Das Overviktspricip: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit. In: LÜDERITZ, A. – SCHÖDER, J. (eds). *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? Festschrift für G. Kegel*. Frankfurt am Main: Metzner, 1977, s. 455.

<sup>16</sup> SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 96.

<sup>17</sup> KEGEL, G. *Der Individualanscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegender Wahrscheinlichkeit*. Festschrift H. Kronstein. 1967, s. 343; WEITNAUER, H. *Wahrscheinlichkeit und Tatsachenbestellung*. Karlsruhe Forum, 1966, s. 3, 4; MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensatzprozess*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1975, s. 6; MUSIELAK, H.-J. *Das Overviktspricip: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, s. 455; GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 39 an.; EVERS, A. *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*. Freiburg, 1979, s. 51, 66; GOTTWALD, P. *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*. München: C. H. Beck, 1979, s. 193; MOTSCH, R. *Vom rechtsgenügend der Beweis*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, s. 140 an.; HUBER, M. *Beweismass im Zivilprozess*. Köln, 1983, s. 113; NELL, E. L. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin: De Gruyter, 1983, s. 105 an., BOURMISTROV-JÜTTNER, E. *Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie*, München: C. H. Beck, s. 61, 128 an.; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 63 an.; BERGER-STEINER, I. *Beweismass im Privatrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2008, s. 109 an.

<sup>18</sup> MUSIELAK, H.-J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*. Berlin: de Gruyter, 1975, s. 115, 116.

<sup>19</sup> GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 42.

<sup>20</sup> BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 24.

racionálně jednajícího člověka<sup>21</sup> a používá i tzv. subjektivní pravděpodobnost maximálních kvocientů, přičemž stupeň pravděpodobnosti je identický s mírou, s jakou je přísně racionálně jednající osoba na základě svých zkušeností ochotna prosazovat svůj názor ohledně výskytu určité skutečnosti. Používání osobních zkušeností se děje podle pravidel, jež vylučují arbitrárnost a zaručují bezrozpornost závěrů. Určitou obdobou subjektivní formy pravděpodobnosti je logická neboli induktivní forma pravděpodobnosti,<sup>22</sup> jež činí závěry o správnosti určité hypotézy za pomoci indukce existujícího souboru faktů. Na rozdíl od subjektivní formy pravděpodobnosti směřuje induktivní forma nikoliv k samotnému stupni přesvědčení, nýbrž se soustřeďuje na subjektivní váhu odůvodnění pro induktivně získané přesvědčení. Vychází se tak ze vztahu závěru k předpokladu pravděpodobnosti ve smyslu logiky; označuje tedy objektivní danost, totiž stupeň potvrzení hypotézy na základě zkušenosti. Výpověď o ní je věrohodná, jestliže ji potvrzuje odůvodnění, tedy vztah mezi hypotézou a zkušeností.

Je zřejmé, že i uvedené tři formy pravděpodobnosti mají společné rysy a v některých aspektech se překrývají. Je tomu tak i mezi objektivní a subjektivní formou pravděpodobnosti. Jako je přísně racionálně jednající člověk schopen činit „matematicky“ správný závěr, dospívá v případech, v nichž z určitého souboru skutečností může být matematickými metodami vypočítána pravděpodobnost správnosti určité hypotézy, k obdobnému výsledku i objektivní forma pravděpodobnosti. Rozdíl mezi oběma pak může spočívat v tom, že subjektivní forma je použitelná též v případech, v nichž nelze dovést nekonečné matematické řady, a nelze tudíž použít statistickou metodu relativní četnosti. Je-li subjektivní forma pravděpodobnosti limitována racionálními pravidly, nabývá vlastně objektivního charakteru. Míra pravděpodobnosti je ještě vyšší u subjektivní a logické formy pravděpodobnosti.

Každá z forem pravděpodobnosti – objektivní i subjektivní – má své charakteristické rysy. Objektivní forma vychází z tzv. četnostní teorie, která je použitelná a v zásadě sto procentně účinná v případech, v nichž jde o nekonečné řady relativních četností s možností opakování pokusu za stejných podmínek. V celé řadě případů však tato statistická metoda nenachází použití.

Subjektivní i logická forma pravděpodobnosti se vyznačuje používáním zkušenostních vět a vědeckých poznatků. Zkušenostní věty vycházejí z pozorování jednotlivých případů a jsou zobecnovány do abstraktních poznatků, obdobně jako v přírodních vědách. Je pozorován, respektive sledován průběh určitých dějů se souhlasnými, respektive totožnými znaky a z výsledků těchto pozorování jsou činěny závěry s ohledem na četnost určitých jevů. Objektivita a platnost dosahovaných výsledků se zvyšuje tehdy, jestliže lze k stejným poznatkům dospět u navzájem nezávisle provedených pozorování. Zkušenostní věty pak lze prověřovat právě těmito výsledky. V tomto ohledu je možné přičítat těmto výsledkům určité stupně míry pravděpodobnosti.

Na základě tohoto stručného rozboru lze dospět k závěru, že tak, jako neexistuje žádné přesné vymezení pravděpodobnosti, nelze pro praxi doporučit ani výlučné používání jediné pravděpodobnostní formy. Podle typu případu lze více či méně používat ty či ony elementy či nástroje jednotlivých pravděpodobnostních forem. V zásadě platí, že subjek-

<sup>21</sup> Viz též NELL, E. L. *Wahrscheinlichkeit und juristische Entscheidungen*, s. 35 an.

<sup>22</sup> MUSIELAK, H.-J. *Das Overviktspricp: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, s. 457; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 24.

tivní vědomí pravděpodobnosti je poměřováno, respektive kontrolováno a korigováno objektivními hledisky statistické metody, zkušenostních vět a vědeckých poznatků.

#### e) Věrohodnost

V některých právních řádech (např. Německa či Švýcarska) existuje ještě jedna veličina autenticity, kterou je věrohodnost neboli zvěrohodnění. Týká se to určitých důkazů, respektive tvrzení o skutečnostech, které evidentně nepotřebují k přesvědčení soudce stejně vysoký stupeň autenticity jako v případě tzv. plného důkazu. Zvěrohodnění má tedy soudu zprostředkovat určitý stupeň přesvědčení o tom, že se určitý děj skutečně odehrál.<sup>23</sup> Míra autenticity, respektive přesvědčení soudce je označována jako převažující pravděpodobnost.<sup>24</sup> Jak již naznačeno, v německém, ale i ve švýcarském procesním právu jde o výjimku z obecné míry důkazu, která musí být soudem výslovně připuštěna. Tak je tomu v německém ZPO v § 44 odst. 2, § 104 odst. 2, § 236 odst. 2 a v celé řadě dalších. Každý důkazní prostředek je přípustný, kromě toho je možné ještě uplatnit místopřísežné prohlášení, které obsahuje popis dané události. Důkaz musí být okamžitě proveditelný (§ 294 odst. 2 ZPO). Důkazní prostředky musí být při ústním jednání k dispozici. Věrohodnost se používá zejména v případě návrhu na vydání předběžného opatření, přičemž tvrzené skutečnosti musí být prokázány s řečenou převažující pravděpodobností.<sup>25</sup> Jde o specifický způsob dokazování „jednostranným způsobem“, kdy soudce není schopen na základě přednesu jen jedné strany dospět k plnému přesvědčení.<sup>26</sup> Jinak řečeno, jedná se o situaci omezeného rozsahu důkazního materiálu, přičemž rozhodnutí v těchto věcech má provizorní, předběžný charakter. Podle některých názorů míra subjektivní pravděpodobnosti může klesnout až pod 50 procent.<sup>27</sup> To je opodstatněno v důsledku minimalizace očekávaných zmařených nákladů, kdy náklady nevydání opatření jsou vyšší než náklady nesprávného vydání opatření. Proto je věrohodnost jako míra přesvědčení považována za flexibilní míru důkazu.<sup>28</sup>

O kategorii věrohodnosti v případech hodnocení důkazů v řízeních o předběžném opatření a zajištění důkazu v českém právu pojednáváme ve třetí (3.1.6) a čtvrté části.

### 2.1.2 Procesní kategorie

Teorie a praxe procesního práva vytvořily některé specifické instituty, jež se používají při hodnocení důkazů a zejména pak při rozhodování v otázce, do jaké míry by měl soudce považovat tvrzení stran za prokázána (míra důkazu). Stejně jako instituty extralegálního charakteru, jež se promítají do procesního práva, jako je tomu například v případech pravděpodobnosti, jistoty, přesvědčení apod., jsou některé instituty procesního práva více méně zakotvené i v mimoprávní oblasti.

<sup>23</sup> ROSENBERG, L. – SCHWAB, H. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. 17. vydání. München: C. H. Beck, 2010, s. 614, marg. č. 4, podle LEIPOLD, D. *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*. München, 1971, s. 66.

<sup>24</sup> Srov. BGHZ 156, 139.

<sup>25</sup> Srov. k tomu PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 80.

<sup>26</sup> BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 53.

<sup>27</sup> SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 573.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 573.

a) Důkaz *prima facie* a zkušenostní věty

V germánském právním okruhu slouží jako důkazní prostředek tzv. důkaz na první pohled (*Anscheinsbeweis*) neboli důkaz *prima facie*.<sup>29</sup> Nejde o zvláštní důkazní prostředek, nýbrž o výslednou aplikaci obecné životní zkušenosti při vytváření přesvědčení soudce v rámci hodnocení důkazů. U určitých typických jevů či průběhů událostí umožňuje důkaz *prima facie* nahradit důkazní řízení například při prokazování příčinné souvislosti. Důkaz *prima facie* nemá dogmatický základ. Je produktem judikatury, která se v Německu vyvinula v právní zvyklost a je neodmyslitelnou součástí soudní praxe.<sup>30</sup> Podstatné je, že důkaz *prima facie* nemá jinou míru důkazu než míru obecnou. Je proto nesprávné uvažovat o důkazu *prima facie* jako o jednom z nástrojů redukce míry důkazu. Zkušenostní věty by měly odpovídat aktuálnímu stavu vědomostí a měly by být v souladu se základními logickými a přírodními zákony. Zpravidla se odlišují od základních skutkových a právních domněnek, stejně jako od tzv. notorií. Vzdor odlišným názorům v literatuře i v judikatuře plní zkušenostní věty úlohu důkazu specifického typu, nemají však žádný bezprostřední vliv na důkazní břemeno a zejména se netýkají míry důkazu.<sup>31</sup>

## b) Riziko nákladů, zejména nesprávných rozhodnutí

Relevantní náklady plynou dle Schweizera<sup>32</sup> přímo z účelů civilního procesu. Způsoblost strany nést riziko procesu je irelevantní. Učení o převládajícím přesvědčení nejlépe uskutečňuje řečené účely civilního procesního práva. Náklady jsou pro rozhodnutí o míře důkazu potud zásadního charakteru, pokud lze určit, kdy je rozhodnutím soudu maximalizován užitek a kdy jsou náklady minimalizovány. Tento okamžik nastává, jestliže dvě situace jsou podle přesvědčení soudce stejně pravděpodobné, přičemž jeho rozhodnutí bude mít za následek užitek vyšší než náklady. Jsou-li na druhé straně užitek a náklady jako následek jeho rozhodnutí stejně závazné, měl by se soudce rozhodnout pro tu situaci, kterou považuje za pravděpodobnější. Poměr hodnot užítka na straně jedné a zmařených nákladů na straně druhé jakožto možných následků jeho rozhodnutí určuje meze jeho rozhodování. Převažující míra důkazu (*preponderance of evidence*) je základem takového rozhodnutí, jež bere v úvahu zásadu ekonomiky řízení. Podle panujícího názoru není důvodu považovat náklady rozhodnutí, které zamítlo žalobu neoprávněně, za méně významné než náklady rozhodnutí, které nesprávně žalobě vyhovělo; rozhodující hranicí je přesvědčení přesahující 50 procent očekávaných zmařených nákladů. Relevantní náklady plynou z hodnot, jejichž respektování, respektive nedodržování právní řád sankcionuje. Relevantní náklady nebo užitky jsou označovány jako právní náklady anebo právní užitky.

Je-li účelem civilního procesu uskutečňování hmotného práva, je tohoto cíle dosaženo tehdy, jestliže soud oprávněným nárokům vyhová a odmítne ty, jež nemají základ v hmotném právu. V takovém případě nejsou zmařeny žádné náklady. Náklady jsou však zma-

<sup>29</sup> Např. ROSENBERG, L. – SCHWAB, H. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*, s. 621, marg. č. 11 an.; SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 171 an., s. 368 an., s. 371 an.

<sup>30</sup> GREGER, R. In: ZÖLLER, R. *Zivilprozessordnung*. 25. vydání. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2005, komentář před § 284 ZPO, marg. č. 29.

<sup>31</sup> Např. MUSIELAK, H.-J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 120 an.; WALTER, G. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979, s. 156, 206 an.; shodně pak např. PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 101 an.

<sup>32</sup> SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, passim.

řeny v případě, že soud vyhoví neoprávněnému nároku nebo zamítne žalobu, která je oprávněná. V obou případech se soud dopustil chyby, která je v principu stejně závažná. Je ovšem otázkou, zda se zbytečným (zmařeným) nákladům zabrání tehdy, jestliže měřítkem důkazu je pouze převažující přesvědčení, tj. přesvědčení soudce o autenticitě tvrzení jedné strany převažuje nad přesvědčením o autenticitě tvrzení strany druhé.

Náklady je třeba rozumět nejen materiální ztráty dotčené strany a hospodářské náklady společnosti,<sup>33</sup> ale je třeba zohlednit i „sociální“ náklady, které nemají bezprostřední negativní dopad na strany řízení. Ty však lze jen obtížně specifikovat. O to větší celospolečenský význam ovšem mají. Jde o znejistění právního vědomí, tedy o právní nejistotu, jež vzniká tehdy, vycházejí-li soudy při svém rozhodování z nesprávně zjištěného skutkového stavu, a proto jsou takováto rozhodnutí škodlivá, neboť jsou vnímána jako nespravedlivá. Podle Bendera jde vlastně o jakési nepřímé hospodářské náklady. K tomu může dojít tehdy, jestliže míra důkazu například pro prokázání škody je příliš vysoká, takže poškozený nedosáhne odškodnění. Je-li důkazní standard naopak stanoven příliš nízko, může to vést k přemíře rozsudků, jež jsou stejně tak oprávněné, a tak například i k ukládání vysokých neoprávněných povinností k náhradě škody, které mohou vést k zruinování údajných škůdců.

Při uvažování o míře důkazu, tj. s ohledem na pravděpodobnost či přesvědčení o pravdě, je nutno brát v úvahu náklady označované jako sociální náklady.<sup>34</sup> Jde o ztráty či nevýhody, respektive i o užítky, jež vznikají v důsledku soudního rozhodnutí. Jedná se o negativní následky nesprávných rozhodnutí. „Sociálními náklady“ jsou dotčeny nejen strany sporu, respektive další s nimi spojené osoby, nýbrž lze je charakterizovat i jako národohospodářské náklady. Základem a východiskem je obecná tendence schvalovat (ospravedlňovat) rozhodnutí, které maximalizuje očekávané užítky a minimalizuje očekávané náklady.<sup>35</sup> To platí zejména v případech, kdy existují dvě proti sobě stojící pozice (argumenty vycházející ze skutkových základů), které jsou podle jedince, jenž má rozhodnout o jedné přednosti před druhou, stejně pravděpodobné. Má-li se mezi nimi rozhodnout, rozhodne se pro ten výsledek, který přináší vyšší užitek a nižší náklady. Jsou-li na druhé straně užítky a náklady výsledného rozhodnutí identické (shodné), rozhodne se pro alternativu, kterou považuje za pravděpodobnější. Relevantní náklady vycházejí z hodnot, jejichž respektování právní řád sankcionuje.

Náklady, respektive užítky mají souvislost i se stupněm (mírou) důkazního standardu.<sup>36</sup> Platí totiž obecně, že čím vyšší je stupeň důkazního standardu, tím menší je pravděpodobnost, že žalobci dosáhnou svých nároků, zatímco při nízké míře důkazu může dojít s větší pravděpodobností např. i k neoprávněnému obohacení. Z toho se dovozuje, že první přístup vede lépe ke společenskému smíru, zatímco v druhém případě je podporována i nezdravá tendence k „souzení se za každou cenu“, což může vést i k záplavě žalob a zahlcení soudní soustavy.

Tak je možné uvažovat o povinnosti soudce a zvažovat možnost dopadů jeho rozhodnutí. Mělo by tedy platit pravidlo, že vyšší standard důkazu by měl přicházet v úvahu tehdy, jestliže následky nesprávného rozhodnutí by byly podstatně horší pro jednu stranu ve

<sup>33</sup> BENDER, R. Das Beweismass. In: *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, s. 247, 252.

<sup>34</sup> Např. BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 247, 252.

<sup>35</sup> SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 440.

<sup>36</sup> Viz např. BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 252.

srovnání se stranou druhou.<sup>37</sup> Podle Gregera<sup>38</sup> znamená nesprávné rozhodnutí ukládající plnění hrubé bezpráví a navíc v takovém případě působí psychologický efekt *endowment*, který pro člověka znamená, že je bolestivější, musí-li nějakou majetkovou hodnotu vydat, než v případě, že je nucen se nabytí nějaké hodnoty pouze vzdát.

### 2.1.3 Hmotné právo a hmotněprávní instituty

Tak, jak to vystihuje ustanovení § 287 německého ZPO a § 136 českého občanského soudního řádu, je situace s ohledem na hodnocení důkazu a zejména míru důkazu v některých právních oblastech a v rámci některých hmotněprávních institutů v každém z obou právních řádů specifická. Odlišuje se především vzájemným postavením stran, mírou ochrany s ohledem na význam chráněných právních zájmů; významná jsou charakteristická působení některých přírodních či společenských zákonitostí.

Jde např. o dokazování zavinění, příčinné souvislosti, odpovědnosti za výrobek, tzv. *toxické delikttní odpovědnosti* a otázek masových škod.

Relevantní je reflexe míry důkazu v rozhodnutí soudu ve věci samé, tj. řešení otázky „vše anebo nic“, respektive tolik, kolik odpovídá míře důkazu. Tak například na základě výpovědi svědků a znaleckého posudku dospěje soud k závěru, že žalovaný lékař se velmi pravděpodobně dopustil chyby. Soud však nepovažuje tvrzení za plně prokázané a odhaduje pravděpodobnost na 80 %. Má soudce v tomto případě žalobu zamítnout, anebo žalobci přiznat náhradu škody ve výši 100 % anebo 80 %?

#### a) Míra důkazu a hmotné právo

Z hlediska funkce míry důkazu je zřejmý jeden důležitý aspekt. Míra důkazu je klíčová pro posouzení předmětu řízení, tedy problematiky hmotného práva. Míra důkazu je tak jedním ze „styčných“ bodů, v nichž se hmotné a procesní právo protínají. V tomto ohledu je třeba ctít služebnou roli procesního práva, které „provádí“ hmotné právo, neboť realizuje jeho zadání.<sup>39</sup> Proto je jen logické, že při posuzování míry důkazu je třeba reflektovat hmotněprávní povahu předmětu řízení, o který v daném případě jde, a tak naplňovat uvedenou služebnou roli procesního práva. Jinak řečeno, míru důkazu je třeba podrobit i „hmotněprávní kvalifikaci“ a zohlednit relevantní právní normu [viz 3.1.6 a)–c)] včetně jejího kontextu.

To se v mnohých právních řádech skutečně děje. Lze jen připomenout sníženou míru důkazu při posuzování výše náhrady škody v německém právu.<sup>40</sup> Spojitost míry důkazu, respektive hodnocení důkazů vůbec s hmotným právem zdůrazňuje mimo jiné Greger,<sup>41</sup> který uvádí, že procesní právo nemůže odůvodnit odpovědnost, která nemá oporu v materiálním právu, i když primárně se o to má postarat úprava důkazního břemene. V tomto směru je zřejmě relevantní švédská praxe, podle které lze snížit obecně stanovenou míru (stupeň) důkazního standardu s ohledem na běžnou míru dostupnosti důkazů a zejmé-

<sup>37</sup> STRANDBERG, M. The More – probable – than – not Standard: A critical Approach. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 90.

<sup>38</sup> GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 74.

<sup>39</sup> BALDUS, Chr. G. *Beweismass und materielles Recht*. In: *Festschrift für Walter Gerhard*. Köln: RWS Verlag, 2004, s. 759.

<sup>40</sup> Viz § 287 ZPO ve vztahu k § 252 BGB.

<sup>41</sup> GREGER, R. *Hodnocení důkazu a míra důkazu*. In: TICHÝ, L. *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha, 2010, s. 77 an.

na však i v jiných odůvodněných případech hmotného práva.<sup>42</sup> Obecně by mělo platit, že míra důkazu by měla sloužit i jako nástroj k vyrovnání nerovnosti šancí sporných stran. Určité výjimky ze standardu míry důkazu lze najít v právu USA, kde je třeba brát v úvahu závažnost argumentů žaloby.<sup>43</sup> Jiným případem snížení míry důkazu s ohledem na hmotněprávní povahu předmětu řízení je rozhodnutí ve věci *Grogan v Garner*.<sup>44</sup>

Příznačně též je, že otázku míry důkazu v mezinárodním právu soukromém je třeba vyřešit podle rozhodného hmotného práva (*lex causae*) například u odpovědnosti za škodu a snížení míry důkazu se rovná zvýšení kompenzačních nároků.<sup>45</sup>

O propojení míry důkazu a hmotného práva svědčí určitý typ úlev z míry důkazu podle hmotněprávní úpravy německého zákona o smluvním pojištění (*Versicherungsvertrags-gesetz*). Jde o důkaz krádeže, který musí poškozený pojištěný provést s „dostatečnou pravděpodobností“ (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*). To je nižší standard než rovnováha pravděpodobností, který je docílen tím, že žalobce je schopen prokázat krádež zejména důkazem existence ukradeného zboží v místě vloupání.<sup>46</sup> Nižší míru důkazu upravuje i jiné hmotněprávní ustanovení německého právního řádu, a sice § 252 věta druhá BGB, jenž pro ušlý zisk stanoví standard pravděpodobnosti (viz 3.1.3). Naopak zvýšení míry důkazu obsahuje německý právní řád v § 319 odst. 1, § 562, § 660 odst. 1, § 2155 odst. 3 BGB.

Typickým příkladem stanovení míry důkazu v občanském hmotném právu je český právní řád v případech odpovědnosti za škodu. Občanský zákoník v jedenácti (!) ustanoveních upravuje pravděpodobnost jako základní míru důkazů. Na tomto příkladu je zřejmé, že míra pravděpodobnosti, jakožto míra rozhodování, je fenomén, který zdaleka nemá jen procesní stránku (viz kapitola 3.1.6).

Míru důkazu výslovně stanoví některá ustanovení švédského právního řádu.<sup>47</sup> V oblasti *common law* existuje celá řada důvodů v hmotném právu, jež znamenají zvýšení míry důkazu a spočívají v závažnosti nároku a jeho následků v případě, že žalobě bude vyhověno.<sup>48</sup>

## 2.2 Normativní složka

Zejména v této souvislosti je třeba mít na paměti účel civilního procesu a v jeho rámci i specifický cíl, jehož má být dosaženo formulací míry důkazu. Princip spravedlnosti modifikovaný zásadou hospodárnosti řízení, rovnosti stran a především právní jistoty by měl být brán v úvahu při vymezení míry důkazu jakožto převládající věrohodnosti tvrzení žalobce.

Je zřejmé, že čím vyšší jsou požadavky na zjišťování skutečnosti (míry důkazu), tím obtížněji lze dosáhnout prokázání nároku a tím častěji se budou vyskytovat případy zamítání žalob. V těchto případech tak nedochází k adekvátnímu prosazování hmotného práva, což může být v rozporu s pojetím spravedlnosti.

<sup>42</sup> STRANDBERG, M. Standards of Evidence in Scandinavia. In: TICHÝ, L. (ed.) *Standard of Proof in Europe*, s. 142, 143.

<sup>43</sup> Cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s poukazem na případ *Addington v. State of Texas*, 1979, 441 U.S. 418, 425.

<sup>44</sup> 1990, 498 U.S. 279, 286, cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 18.

<sup>45</sup> GEIMER, R. *Internationales Zivilprozessrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, marg. č. 2334.

<sup>46</sup> Viz též SCHERPE, J. C. *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2016, 80, s. 888, 909, 910.

<sup>47</sup> Viz např. *Föräldräbalk*, 1949:381, kapitola 1 § 2 – cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, pozn. 61.

<sup>48</sup> Viz např. *Addington v State of Texas* [1979], 441 U.S. 418, 423 aj.

V tomto ohledu může docházet i k rozporu se základními právy a s principem právního státu vůbec, který bude negativně dotčen, jestliže oprávnění nedosáhnou na své nároky. Procesní právo tedy nesmí klást na dokazování příliš vysoké a obtížně splnitelné požadavky.

Zároveň je však nutno respektovat druhý pól civilního procesního práva. Materiální právo není totiž uskutečňováno ani tehdy, jestliže je konstatován skutkový stav, ke kterému ve skutečnosti nedošlo. To by byl případ velmi nízké míry důkazu, kterou by bylo možné snadno splnit.

Je proto třeba přihlížet k významu chráněných zájmů a postavení osob a na základě toho vytvořit určité typové případy, jež budou výjimkou i ze zásady dostatečné věrohodnosti důkazu.

I důkazní právo by mělo v určitém omezeném smyslu reflektovat některé principy, jež korigují zásadu formální rovnosti stran. Proto i koncept hodnocení důkazů včetně míry důkazu by měl reflektovat význam hmotného práva ve smyslu vyrovnávací spravedlnosti (*iustitia commutativa*) a přihlížet k materiální nerovnosti v některých právních vztazích; jinak řečeno, vyvažovat nerovné postavení slabší strany. Tyto nerovnosti se ovšem projevují v samotném procesním právu jako jednostranné obtíže v přístupu k důkazním prostředkům, a to zejména v určitých specifických situacích (masové škody, příčinná souvislost apod.). K tomu může sloužit flexibilní nakládání s jednotlivými elementy našeho systému ve prospěch znevýhodněné procesní strany. V takových případech mohou být například významnější měrou zapojeny statistická metoda nebo zkušenostní věty či nejmodernější poznatky vědy. Projevy určité nerovnosti mají povahu i zásadního nepochybného mezi procesními stranami ve smyslu strukturální nerovnováhy. V tomto ohledu by měl být použit princip proporcionality jako nástroj vyvažování. Ten by měl být zapojen především na překonání soudní praxe při uplatňování míry důkazu ve smyslu „vše anebo nic“. V tomto smyslu zejména v některých typových případech lze totiž mluvit o zřejmém nepochybném, zejména při tendenci dosahování vysoké míry důkazu. Tato tendence je v evidentním rozporu s principem ekvivalence a popírá i základní poslání justičního systému ve smyslu udržování obecného smíru. Přímé působení principu proporcionality na míru důkazu tak propůjčuje tomuto právnímu institutu význam vyvažovacího mechanismu.

Flexibilní použití jednotlivých elementů mechanismu hodnocení důkazů včetně míry důkazu, respektování rozdílného postavení stran s ohledem na jejich nerovnovážné postavení v hmotněprávních vztazích, ale i v procesním právu, a v tomto ohledu typová míra pravděpodobnosti při hodnocení důkazů, znamenají vlastně důsledné respektování zásady proporcionality při konstituování obecných pravidel. Tento princip může být aplikován i v případech zvláštního zřetele hodných ve smyslu individuální spravedlnosti, tedy jako korektiv právě řečených obecných pravidel míry důkazu.

### 2.3 Předpoklady fungování optimálního modelu *Tertium comparationis*

- a) Soudcovské myšlení, jehož nepochybnou součástí je i intuice, by mělo být oprostěno od iracionálních elementů, tj. projevů zvládnutě, respektive arbitrárních rozhodnutí. Jeho ideálem je rozhodování „přísně racionálně uvažujícího člověka“.
- b) Hodnotit důkazy je třeba na základě obecné i individuální zkušenosti s použitím poznatků vědy, případně za použití statistických metod s vyloučením předsudků a falešných zkušenostních vět.

- c) Míru přiblížení se pravdě, tedy skutečné události, by měl soudce při rekonstrukci minulého jevu vyjádřit slovně či v procentech (jako pravděpodobnost), a to bez použití matematických formulí, nesrozumitelných pro právnickou, a tím spíše laickou komunitu.
- d) Hodnocení důkazů by mělo dospět k přesvědčení odpovídajícímu hmotněprávnímu základu a postavení stran ve vztazích jím založených, stejně jako jejich přístupu k důkazním prostředkům, a reflektovat možné riziko nákladů jako následek věcně nesprávného rozhodnutí.
- e) Tomu by měla odpovídat relativně flexibilní míra pravděpodobnosti beroucí v úvahu i řečená nákladová rizika a zásady procesní ekonomie a efektivity, stejně jako povahu a trvalost nároku, respektive rozhodnutí o něm.
- f) Procesní zjednodušení, zejména důkaz *prima facie*, by neměl mít vyšší důkazní hodnotu, neboť tento institut tomuto účelu neslouží.
- g) Nižší míra pravděpodobnosti má za následek adekvátní omezení nároku jako jeden z projevů zásady ekvivalence.
- h) Zásady ekvivalence a proporcionality mohou výjimečně korigovat výsledky použití těchto maxim ve prospěch individuální spravedlnosti.

### 3. Srovnávací analýza jednotlivých přístupů (řešení)

#### 3.1 Přehled

##### 3.1.1 Anglie

Angloamerická soukromoprávní jurisprudencí je pojmově charakteristická kategoriemi *preponderance of evidence* nebo *balance of probabilities*. Charakteristické je též jasné rozlišení mezi civilněprávní a trestněprávní oblastí (standards *preponderance* a *balance versus standard beyond reasonable doubt*). Pozoruhodné je, že *balance of probabilities* se užívá i ve smíšených jurisdikcích, jakými jsou Québec, Skotsko, Louisiana nebo Jižní Afrika. *Preponderance of evidence* je zaměřena na sílu či přesvědčivost důkazů, ačkoliv důkazy jsou pouze prostředkem k tomu vytvořit přesvědčení *free air of facts*. Podle doktríny *preponderance* postačuje, jestliže soudce věří, že důkazy, které strana nabídla, jsou silnější (přesvědčivější) než důkazy druhé strany. Podle tohoto přístupu soudce dává důkazní prostředky žalobce na jednu miskou vah a na druhou stranu váhy klade důkazy protistrany. Relevantní jsou též kategorie obsažené v *Model code of evidence* z roku 1942 a doktrína *reasonable approach* v judikatuře Sněmovny lordů.

Příznačná je též určitá flexibilita pojmů *clear and convenient evidence* v americké jurisprudenci a již méně flexibilní přístup v anglické soudní praxi (viz *Batter v Batter* anebo *Smith v Smith*).

Požadovanou mírou důkazu, které musí dosáhnout kterákoli ze stran, aby unesla důkazní břemeno, je důkaz na stupni pravděpodobnosti (*balance of probabilities*). To ovšem není nutné v případech rozhodování o předběžných opatřeních, která jsou vydávána na základě testu, zda žalovaná strana má ve věci reálnou naději na úspěch.<sup>49</sup> Obecná míra platí

<sup>49</sup> *Royal Brompton Hospital NHS Trust v Hammond* [2001] BLR 297, CA.

při rozhodování o procesních opatřeních.<sup>50</sup> Relevantní je konstatování soudce Denninga ve věci *Miller v Minister of Pensions*:<sup>51</sup> „Musí být dosaženo rozumného stupně pravděpodobnosti, avšak nikoliv tak vysokého, jak je to vyžadováno v trestních věcech.“<sup>52</sup>

### 3.1.2 Skandinávský přístup

Švédská právní nauka (Bolding a Ekelöf) se snaží prosadit racionální přístup a potlačit intuici. Již nejmírnější převažování důkazů žalobce nad důkazy žalovaného by tak mělo být postačující.<sup>53</sup>

Teorie obou švédských představitelů je tedy pokusem formulovat hodnotu důkazu jednoho důkazního prostředku, stejně jako soubor všech důkazních prostředků, jako pravděpodobnostní soud. Princip převažování (*överticksprincip*) připomíná anglosaskou doktrínu *balance of probabilities*, avšak jen na první pohled, neboť je projevem objektivizace důkazního řízení. V praxi se však tento princip převažování ve Švédsku nikdy neuplatnil. Požadovaná míra důkazu je podstatně vyšší, i když existují určité výjimky, jež vycházejí především z ustanovení zákona. Princip převažování však má zásadní význam v norské soudní praxi. I ta ovšem uznává výjimky z tohoto principu. Dánské právo nezná obecné pravidlo ohledně míry důkazu.<sup>54</sup>

Švédská, norská a dánská jurisdikce, které mají celou řadu společných znaků i v civilním procesu, vykazují v oblasti míry důkazů jednu zásadní charakteristiku. Liší se od přístupu typického pro germánský právní okruh a jím ovlivněné jurisdikce včetně jeho terminologie, pro které je relevantní přesvědčení soudce o pravdivosti důkazů a v zásadě převažující subjektivní chápání. Na rozdíl od tohoto pojetí je základem skandinávské koncepce pravděpodobnost, jež je kritériem míry důkazů, a to i s ohledem na postoje protivních stran, a dále snaha o kvantifikaci důkazního standardu. Avšak při uskutečňování tohoto východiska již u tří posuzovaných jurisdikcí dochází k odlišnostem. Konečniců liší se i v tom, jak jsou převážně chápány v zahraniční akademické obci, která považuje za reprezentanta jejich přístupů učení P. O. Ekelöfa, což je poněkud mylný názor.<sup>55</sup>

Metoda hodnocení důkazů směřuje k zjištění pravděpodobnosti.<sup>56</sup> Jde tedy o to, do jakého stupně bylo prokázáno tvrzení procesní strany na základě existujících indicií.<sup>57</sup>

Je zřejmé, že ve Švédsku, ale obdobně i v Norsku je téma míry důkazů jednou z podstatných otázek civilního procesu, kterému je věnována v akademických kruzích mimořádná pozornost.

Pro švédskou praxi je rozhodující doktrína vyvinutá Nejvyšším soudem,<sup>58</sup> která za klíčové kritérium považuje pravděpodobnost důkazů, kterou slovně (nikoliv procentuálně) kvantifikuje. Za základní standard míry důkazu se považuje vysoký stupeň pravděpodobnosti, jenž je nepochybně podstatně vyšší než pouhá převažující pravděpodobnost. Tato míra pravděpodobnosti označovaná švédskými slovy „*visat*“ nebo „*styrkt*“ je v nauce

<sup>50</sup> *Miller v Cowley* [2002] EWCA Ci v 1101.

<sup>51</sup> *Viz* [1947] 2A 11 ER 372.

<sup>52</sup> KEANE, A. – MCKEOWN, P. *The Modern Law of Evidence*. Oxford University Press, 2016, s. 115.

<sup>53</sup> *Viz* STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 173.

<sup>54</sup> *Viz* STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*, s. 158.

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 147, 159.

<sup>56</sup> EKELÖF, P. O. *Beweiswert*. In: GRUNSKY, W. et al. (eds). *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr, 1981, s. 358.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 358.

<sup>58</sup> STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*, s. 143.

kvantifikována jako devadesátiprocentní pravděpodobnost. Z této vysoké míry důkazního standardu však existuje celá řada výjimek, jež znamenají snížení míry důkazů. Přitom se přihlíží k účelu a účinnosti relevantního hmotného práva. Zvláštní pravidla míry důkazů jsou obsažena i přímo v zákonných hmotněprávních úpravách.<sup>59</sup> Míra důkazů je tak snížena až na úroveň „více pravděpodobné než nepravděpodobné“.<sup>60</sup>

Základním pravidlem norského práva je nízký stupeň standardu důkazů, který je ve výjimkách z tohoto pravidla zvyšován. K tomuto stavu dospěla judikatura až v 90. letech 20. století, kdy obecný standard byl snížen z rozumného stupně převažující pravděpodobnosti na současnou nízkou míru, jež se rovná „více pravděpodobné než nepravděpodobné“ („pravděpodobnější než nepravděpodobný“). Pouze v akademických kruzích či v učebnicích se tato úroveň míry důkazů vyjadřuje v procentech jako jednapadesátiprocentní pravděpodobnost, respektive pravděpodobnost vyšší než 50 %. Nejvyšší soud však tento stav vyjadřuje slovy a procentní vyjádření nepoužívá.

V dánské jurisdikci neexistuje obecné pravidlo míry důkazů. Jde tedy o jakousi *ad hoc* metodu, při které soudce přihlíží k okolnostem případu, i když lze konstatovat určitou typologii. Z hmotného práva může vyplývat nutnost vyššího standardu důkazu, a dále se zohledňuje možnost protivných stran opatřovat důkazy. Jiným hlediskem je dopad míry důkazů jako negativní náklady procesních stran.<sup>61</sup>

### 3.1.3 Německo

Podle základního ustanovení § 286 odst. 1 ZPO je soud povinen rozhodovat podle svého přesvědčení, zda je skutkové tvrzení třeba považovat za pravdivé, anebo nepravdivé. Jde o přesvědčení o tom, co lze považovat za pravdu, a tedy subjektivní kritérium jako změkčení požadavku pravdivosti. Judikatura německého Spolkového soudního dvora zdůraznila nemožnost absolutní jistoty o prokazované skutečnosti a konstatovala, že se soudce musí spokojit s vysokým stupněm pravděpodobnosti, aby o pravdivosti prokazované skutečnosti žádný rozumný a zkušený člověk nepochyboval.<sup>62</sup> Posléze však tento soud svůj přístup opustil zásadním rozhodnutím z roku 1970, když konstatoval, že soudce „*musí rozhodovat o tom, zda tvrzení považuje za pravdivé, nebo nepravdivé*“ a nesmí se spokojit s pouhou pravděpodobností.<sup>63</sup> Nepovažuje se ani za správný obrat „*pravděpodobnost hraničící s jistotou*“, neboť se podle Spolkového soudního dvora jedná pouze o nepřesný způsob vyjadřování a soudce nesmí upustit od nabývání svého přesvědčení o pravdě. Tato koncepce je v zásadě sdílena převážnou většinou akademiků. Žádná z doktrín ovlivněných zejména švédskými akademiky Boldingem a Ekelöfem, jež připouštěly jako relevantní měřítko (kritérium) pravděpodobnost, a to přesahující 50 %, <sup>64</sup> nebo využití principu převažování pravděpodobnosti v případech, kde není zákonem požadována pravděpodobnost hraničící s jistotou <sup>65</sup> nebo mírně převažující pravděpodobnost, <sup>66</sup> se neujaly. Vycházejí

<sup>59</sup> Ibidem, s. 142, 144.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 143, 147.

<sup>61</sup> Ibidem, s. 156 an.

<sup>62</sup> BGH NJV 1961, 777.

<sup>63</sup> BGHZ 53, 245, 255–256.

<sup>64</sup> KEGEL, G. *Der Individualanscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*. FS H. Kronstein. München: C. H. Beck, 1967, s. 321 an.

<sup>65</sup> BRUNS, R. *Zivilprozessrecht*. Berlin – Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen, 1968, s. 285–286.

<sup>66</sup> MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess*, s. 7 an.

z názorů předních německých procesualistů je zřejmé, že subjektivní přesvědčení o pravdě znamená vlastně objektivní pravděpodobnost dosahující až 90 %.<sup>67</sup> Ze zdánlivě jednotného standardu důkazů však existuje i celá řada výjimek, jež se mnohdy i výrazně od přesvědčení o pravdě odchyľují. Dostatečný stupeň „jistoty“ znamená i zhodnování (Glaubhaftmachung). Další ulehčení znamená důkaz známými skutečnostmi (Anscheinsbeweis, důkaz prima facie). V případě „typického běhu události“ je soudce povinen (např. u náhrady škody) pohlížet na příčinnou souvislost mezi jednáním a škodou jako na prokázanou skutečnost. Zřejmě vyšší subjektivní pravděpodobnost ve smyslu nižšího stupně určitosti, tedy naprostý odklon od přesvědčení o pravdě, ale i objektivní pravděpodobnost, představuje míra důkazu u příčinné souvislosti či při určení výše škody podle § 287 ZPO ve vztahu k § 252 BGB.

Německá soudní praxe zdůrazňuje maximum, že důkaz se nemůže opírat o pravděpodobnost, ale pouze o přesvědčení soudce považovat tvrzení „za pravdivé“. Jinak řečeno, soudce musí být o existenci tvrzené skutečnosti přesvědčen. Toto přesvědčení nelze ztotožňovat se soudem o pravděpodobnosti. Je ovšem sporné, zda soudce tvrzení považuje za pravdivé. V zásadě je rozhodující jen přesvědčení soudce, které je však třeba chápat subjektivně v tom smyslu, že k tvorbě tohoto přesvědčení je třeba dojít na základě racionálně pochopitelných kritérií. Problematickou může být síla důkazních prostředků nutná k tomu, aby sloužila jako základ přesvědčení soudce. Podle převládajícího mínění však tato síla není ve všech případech stejná. Podle tohoto mínění sice existuje pevná míra důkazu v tom smyslu, že důkazní prostředky musí poskytovat vysokou pravděpodobnost ohledně existence skutečnosti. Z tohoto požadavku však existuje celá řada výjimek, například v oblasti kauzality. Na první pohled se zdá, že Spolkový soudní dvůr striktně setrvává na své doktríně o vysoké míře důkazu ve smyslu přesvědčení soudce o pravdě. Jeho judikatura nebere v úvahu pokusy akademické obce tuto praxi činit flexibilnější ve smyslu flexibilního konceptu míry důkazu. Snaží se proto vymanit z tohoto paradigmatu nejen prostřednictvím procesněprávních ustanovení (§ 287), ale i na základě používání analogie juris s ohledem na ustanovení o pravděpodobnosti, jako tomu je například u § 252 BGB.

Názory teorie považované v základních rysech za nesporné však nejsou v praxi respektovány.<sup>68</sup> Údajně se praxe vždy od názorů doktríny odlišovala. I v Německu je zřejmý vývoj, ačkoliv alespoň v teorii se chápání základních elementů nemění, i když určité posuny jsou zřejmé. Je evidentní, že za podstatnou odlišnost nelze považovat terminologické změny a jejich vývoj od pravděpodobnosti hraničící s „jistotou“ (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit), respektive její posun k pojmu „osobní jistota soudce“.<sup>69</sup> Jak ovšem konstatuje Bender,<sup>70</sup> o změnu podstaty se nejedná. Neboť osobní jistota (persönliche Gewissheit) odpovídá vysokému stupni „subjektivní pravděpodobnosti“ (subjektive Wahrscheinlichkeit), kterou lze předpokládat u rozumného člověka, jestliže mu nepřímé důkazy (indicie) zprostředkovávají vysoký stupeň objektivní pravděpodobnosti, která vlastně hraničí s jistotou.

<sup>67</sup> PAULUS, Chr. *Zivilprozessrecht*. 5. vydání. Berlin: Springer, 2013, marg. č. 431; GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cca 95 %; KADNER GRAZIANO, T. „Alles oder nichts“ oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln? *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 2011, Hf. 1, s. 189, 90 %; aj.

<sup>68</sup> BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 247.

<sup>69</sup> *Persönliche Gewissheit des Richters* – BGHZ 53, 251.

<sup>70</sup> BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 248.

Stanovení pravidla pro míru důkazů by bylo možné považovat za nepřípustné omezení zásady volného hodnocení důkazů. Dokonce by bylo možné tvrdit, že jde o zavedení legální důkazní teorie. Tak tomu však není. Zatímco při hodnocení důkazů jde o otázku skutkovou, tj. o zjišťování okolností, které odpovídají skutkové podstatě relevantního právního institutu, v případě míry důkazů jde o to, stanovit hranici dovršení tohoto procesu, a tedy o otázku právní. Hodnocení důkazů a míra důkazů jsou dvě odlišné kategorie.<sup>71</sup>

Výjimky ve smyslu zvýšení míry důkazu představují některá ustanovení hmotného práva, v nichž se vyšší stupeň standardu vyjadřuje slovy jako „zřejmé“ (*offenbar*), „na první pohled“ (*auf den ersten Blick*), jak tomu je v § 319 odst. 1, 560, 660 odst. 1, 2155 odst. 3 BGB.

### 3.1.4 Rakousko

Rakouská teorie a praxe jsou nepochybně výrazně ovlivněny německým pojetím. Přesto se však v několika zásadních aspektech odlišují. Převládající mínění totiž vychází z teorie objektivní míry důkazu, aniž by však popíralo subjektivní komponenty tvorby přesvědčení soudce. Úkol hodnocení důkazů je spatřován pouze ve zjišťování pravděpodobnosti (teorie přesvědčení o pravděpodobnosti), protože definitivní přesvědčení o pravdě nelze od žádného člověka vyžadovat.<sup>72</sup> Odůvodnění hodnocení důkazu spočívá ve sdělení zkušenostních maxim, na jejichž základě soudce ke svému hodnocení dospěl. Závěry mohou vycházet stále jen z pravděpodobnostních úvah soudů. Míra důkazu je stupeň přesvědčení, který je vyžadován soudcem při hodnocení důkazu. Z § 272 ZPO lze v každém případě dovést, že je zpravidla třeba na vyžadovanou pravděpodobnost klást vysoké nároky, neboť standardní míra důkazu podle ZPO musí znamenat vysokou pravděpodobnost.

Za pozornost stojí postoj doktríny, která považuje za dostačující převažující pravděpodobnost, zatímco rakouská judikatura to považuje za nedostatečnou míru důkazu. Konstatovat však je třeba, že požadovaná pravděpodobnost nemusí dosahovat jistoty, a tak za míru důkazu je třeba považovat vysokou pravděpodobnost ve smyslu § 272 rakouského ZPO.<sup>73</sup> Z tohoto obecného standardu existují výjimky jak ve smyslu zvýšení, tak redukce míry důkazů. Důvodem je především hmotněprávní úprava, která i při stanovení obecné míry důkazu hraje významnou úlohu.<sup>74</sup> Typickým příkladem zvýšení míry je důkaz při určování otcovství, kde se vyžaduje důkaz o nemožnosti či nepravděpodobnosti hraničící téměř s jistotou toho, že matka počala dítě se svým manželem. Naopak nižší standard důkazu je předvídan zákonem o odpovědnosti za škodu způsobenou výrobkem, kde postačí pravděpodobnost s ohledem na všechny okolnosti případu. Redukci míry důkazu stanoví i samotná judikatura, a to ve věcech odpovědnosti za škodu způsobenou vadným léčením ohledně kauzálního průběhu a vůbec s ohledem na tzv. hypotetickou kauzalitu.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Ibidem, s. 249; MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess*, s. 9.

<sup>72</sup> ROMMÉ, O. *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*. Köln: Heymann, 1989, s. 123.

<sup>73</sup> Ibidem, s. 138.

<sup>74</sup> RECHBERGER, W. Standard of Proof, The Austrian Approach. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 129, 130.

<sup>75</sup> Ibidem, s. 130, 131.

### 3.1.5 Francie

Účelem francouzského práva dokazování je stejně jako v anglosaském právu a jiných kontinentálních právních řádech zjištění pravdy.<sup>76</sup> Tomu odpovídá i právní úprava, jež v mnoha předpisech *Code civil* a *Nouveau code de Procédure civile* odkazuje na pravdu jako cíl důkazního řízení (viz čl. 10 CC a čl. 181, 218 a 231 NCCP). Způsob stanovení a hodnota míry důkazu v právních předpisech civilního procesu nejsou. Pouze pro trestní řízení předepisuje čl. 427 *Code de Procédure pénale*, že soudce musí činit svá zjištění podle svého vnitřního přesvědčení (*intime conviction*). Planiol<sup>77</sup> mluví o *faith denuve certaine* jako o důkazu určité skutečnosti. Ovšem v této souvislosti nelze slovo *certaine* ztotožňovat se spojením absolutně jisté. Tento pojem (*certain*) totiž jenom zdůrazňuje, že cílem důkazního řízení je dosažení subjektivního přesvědčení soudce. Dále je pro francouzské právo příznačné rozlišování mezi historickou objektivní pravdou a přesvědčením soudce o určitém průběhu událostí, jakožto výsledkem právního hodnocení skutečnosti. Není proto zapotřebí, aby soudce při hodnocení byl prost jakýchkoliv pochybností ohledně správnosti jím zjištěných skutečností.

### 3.1.6 Česká republika

Situace v české jurisdikci skýtá velmi pestrý obraz, neboť v přístupu k hodnocení důkazů není zdaleka jednota. To se zračí zejména v odlišných postojích Nejvyššího soudu a Ústavního soudu, mezi nimiž dochází až k ostré výměně názorů.

Obdobně jako soudní praxe, byla i nauka postižena zjednodušujícím chápáním této problematiky poznamenaným komunistickým přístupem k procesnímu právu, který v zásadě materiální pravdy v podstatě skrývala svůj paušalizující pohled na hodnocení důkazů jako zcela „nepochybných a pravdivých zjištění“.<sup>78</sup> Význam ojedinělých pokusů zabývat se těmito problémy<sup>79</sup> soudní praxe nebrala na vědomí. Výjimku představuje Ústavní soud, jenž byl ovlivněn německou procesní a další zahraniční naukou, která hraje zásadní roli v dalším rozvoji doktríny na tomto poli.

I pro český pojem míry důkazu, kteréžto sousloví se ovšem ani v právních předpisech, ani v judikatuře obecných soudů nepoužívá, je rozhodující obecné ustanovení o hodnocení důkazu v § 132 o. s. ř. Toto ustanovení je interpretováno Nejvyšším soudem tak, že „přisuzování hodnoty pravdivosti jednotlivým důkazům se děje jejich zhodnocením jednotlivě i v jejich vzájemné souvislosti. Vnitřní přesvědčení soudu o pravdivosti (věrohodnosti) svědeckých výpovědí je výsledkem logického myšlenkového postupu vycházejícího z posouzení objektivních skutečností vnějšího světa zjištěných v konkrétní projednávané věci“.<sup>80</sup> Pozoruhodná na této soudní praxi je okolnost, že soud nepoužívá nejen sousloví

<sup>76</sup> THÉRY, P. (1996), 23 Droits, 41, 47.

<sup>77</sup> PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. sv. I. 13. vydání. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932. marg. č. 350.

<sup>78</sup> Např. STEINER, V. *Občanské právo procesní v teorii a praxi*. Praha: Orbis, 1975, s. 226.

<sup>79</sup> Pravdou ovšem je, že zásadou materiální pravdy se zabývala nauka i rozhodovací soudní praxe na přelomu 19. a 20. století. Zde ovšem je třeba zdůraznit jeden podstatný rys, který odlišuje tuto doktrínu od komunistického pojetí procesu materiální pravdy, související i s otázkou míry důkazu a tzv. zásady pravdivosti. Materiální pravda podle tehdejšího pojetí znamenala sepětí procesu s hmotným právem do té míry, že skutková podstata právní normy je rozhodující i pro její účinky a zkoumání skutkového stavu [Boh. A 6541/27 (101 16/27)].

<sup>80</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. SJ 93/2001 ze dne 18. 12. 2001.

„míra důkazu“, ale ani slovo „pravděpodobnost“, a vychází zcela jednoznačně z toho, že vnitřní přesvědčení soudce musí dospět k jednoznačnému závěru o pravdivosti důkazu. I česká judikatura si však všímá nutnosti rozdílné hranice pro dosažení přesvědčení o úspěšném provedení důkazů.<sup>81</sup> Stanovení hranic má nepochybně, jako objektivní přístup vůbec, přednost v tom, že posiluje právní jistotu a současně i rovnost ve smyslu pro-sazení nároků.

Český občanský soudní řád otázku míry důkazu výslovně neupravuje a je proto úko-lem judikatury standard autenticity důkazu stanovit. To platí o většině právních řádů včetně německého civilního procesního řádu (ZPO), jehož dvě relevantní ustanovení (§ 286 a § 287) soudy určujícím způsobem interpretují. Na rozdíl od obecného ustanovení § 286, kde judikatura konsekventně vyžaduje nejvyšší míru důkazu, tedy přesvědčení soudce o pravdě, v případě vysoké obtížnosti zjišťování výše nároku se výkladem § 287 ZPO připouští výrazně nižší standard. To je významné s ohledem na náš předpis § 136 o. s. ř. obsahující prakticky stejné znění, jež však v judikatuře českých soudů základ k odchylce soudcovského přesvědčení o jistotě nepředstavuje.<sup>82</sup> Vzdor tomu je třeba připomenout myšlenku J. Fialy, jenž v komentáři k § 136 o. s. ř. poprvé uznal nutnost nižší míry důkazu, když připustil, že závěr soudu nemůže být jistý, „*nýbrž se jistotě jen víceméně přibližuje, takže je v dané situaci jenom pravděpodobný*“.<sup>83</sup>

Je zásluhou Josefa Macura, že seznámil odbornou veřejnost se stavem zkoumání míry důkazu v západních jurisdikcích, zejména s vývojem nahlížení na tento problém v ně-mecké a švédské právní nauce. Podstatné je, že i v komunistické éře Macur, odklání se od mainstreamového pojetí, připisoval materiální pravdě pravděpodobnostní charakter a upíral jí hodnotu absolutní pravdy či absolutní jistoty.<sup>84</sup>

Neméně pozoruhodný je vývoj jeho názorů na tuto problematiku, kterou lze zpočátku vyčíst pouze z jeho komentářů k zahraničním názorům. Je totiž zřejmý jeho názorový posun od chápání tohoto problému jako jistoty a pravdy, k nimž se musí soud dobrat, k chápání tohoto problému jako úsilí soudu o zjištění pravdy, avšak ve smyslu stanovení přesvědčení o pravděpodobnosti. V závěru svého bádání dospívá k názoru, že klíčovým pojmem je pravděpodobnost a nikoliv pravda, a její míra může být obecně různá; stanovit ji je však oprávněn zákonodárce, výjimečně soudce. Při analýze subjektivního a objektiv-ního přístupu (metody) se přiklání k subjektivní koncepci, která ovšem musí být v soula-du s objektivními měřítky. Příspěvkem do českého důkazního práva je dále jeho jedno-značný příklon k důkazu *prima facie*, kterou považuje za nezbytnou metodu.

Lze vyslovit názor, že k vývoji myšlení tohoto představitele české procesualistiky ved-ly i úvahy o tom, že soud ve svých procesních rozhodnutích musí z praktických důvodů vycházet z předpokladů, které není schopen ověřovat s ohledem na jejich pravdivost. Musí se tedy spokojit s přesvědčením o pravděpodobnosti a nikoliv pravdě.

<sup>81</sup> Viz např. VRCHA, P. Tzv. „důkazní standard“ ve světle nálezu ÚS sp. zn. I. ÚS 173/13. ÚS. *Soudní rozhledy*. 2014, č. 6, s. 383.

<sup>82</sup> Viz např. BUREŠ, J. Komentář k § 136. In: BUREŠ, J. – DRÁPAL, L. *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 940. Do jaké míry se v pojmu „volná úvaha“ skrývá i možnost nižší míry důkazu, jak se uvádí v díle JIRSA (et al.). *Občanské soudní řízení, soudcovský komentář, kniha II*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 251, není známo.

<sup>83</sup> FIALA, J. Komentář k § 136. In: HANDL, V. – RUBEŠ, J. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*. Praha: Panorama, 1985, s. 626.

<sup>84</sup> Srov. MACUR, J. *Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení*. Brno: UJEP, 1984, s. 69, citováno podle HOLLÄNDER, P. Proof and changing idea of truth in legal thinking (reflection on postmodernism). In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 11. Konzervativní postoj, jenž v podstatě potvrzuje názory Nejvyššího soudu, zastává v nejnovější době Lavický (LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 35–36).

Do diskuse v poslední době velmi výrazným způsobem zasáhl Ústavní soud, jenž na rozdíl od obecných soudů a zejména Nejvyššího soudu, který termín „pravděpodobnost“ zpravidla nepoužívá,<sup>85</sup> tento pojem plně reflektuje.

Ke zdánlivému zlomu, byť pro další judikaturu nevýznamnému, došlo v rozsudku jednoho odvolacího soudu,<sup>86</sup> který připustil, že určitý závěr při hodnocení důkazů lze provádět i s „velkou mírou pravděpodobnosti“ a že dokonce při prokazování skutečnosti nepřímými důkazy nemusí tyto důkazy tvořit zcela uzavřenou soustavu, která nepřipouští jiný hodnotící závěr. Tento rozsudek však Nejvyšší soud k dovolání zrušil, neboť tento závěr považoval za zcela nesprávný.

Za skutečný příslib zmírnění dosavadního rigidního přístupu k míře důkazu lze považovat, i když zřejmě jen pro otázku příčinné souvislosti u deliktů odpovědnosti, názor tohoto soudu, podle něhož „*soudní praxe netrvá na prokázání příčinné souvislosti s absolutní či stoprocentní jistotou, nýbrž postačuje její prokázání v míře blízké se praktické jistotě*“.<sup>87</sup>

Z judikatury Ústavního soudu plyne rozlišování ohledně míry důkazu, a tedy jistoty v trestním řízení na straně jedné a řízením civilním na straně druhé. Podle nálezu I ÚS 520/16 se v trestním řízení vyžaduje nejvyšší možný stupeň jistoty, a tedy alespoň na úrovni obecného pravidla „*nad jakoukoliv rozumnou pochybnost*“.<sup>88</sup> V souladu s tím je i názor trestněprávní nauky, jež připouští, že „*absolutní pravdu v řízení zjistit prakticky nelze a určitá nejistota bude vždy přítomna*“.<sup>89</sup>

Na rozdíl od této situace v procesním právu došlo v hmotném právu v důsledku přijetí nového občanského zákoníku k zásadnímu průlomům, neboť ten v 11 svých ustanoveních zakotvuje pojem pravděpodobnosti. Občanský zákoník svými formulacemi stanoví několik stupňů pravděpodobnosti, a tedy i míry důkazu.<sup>90</sup> V českém civilním právu lze tak rozlišovat:

a) Prostá či relativní pravděpodobnost v § 2925 odst. 2 o. z.

Toto ustanovení předepisuje proporcionální odpovědnost provozovatele zvláště nebezpečného provozu za specifických podmínek. Tyto podmínky spočívají v tom, že nejen povaha provozu zvýšila nebezpečí vzniku škody, ale že existují i jiné možné příčiny škody. V takovém případě soud rozhodne o povinnosti náhrady škody provozovatele v rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody provozem zvláště nebezpečným. V těchto případech bude zřejmě zapotřebí vycházet z objektivní teorie pravděpodobnosti a statistickou metodou provádět důkaz jak významného zvýšení nebezpečí, tak poměru pravděpodobnosti způsobení škody provozovatelem ve vztahu k jiným příčinám. Přitom

<sup>85</sup> Viz příspěvek předsedy senátu Nejvyššího soudu (viz pozn. 81), který považuje standard důkazu jako odchylku od „absolutní“ pravdy za nepatřičné sousloví. „Tzv. důkazní standard“ ve světle nálezu ÚS sp. zn. I. ÚS 173/13. Ústavní soud se ujal tohoto problému a zcela jednoznačně připustil kategorii pravděpodobnosti, když mj. uvedl, že „*spravedlivá rovnováha mezi soupeřícími oprávněnými zájmy bude nejlépe dosažena stanovením vysoké míry pravděpodobnosti prokázání [...]*“, nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 173/13 ze dne 20. 8. 2014.

<sup>86</sup> Viz sp. zn. 21 Cdo 2682/2013 ze dne 26. 6. 2014.

<sup>87</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1222/2012 z 3. 2. 2015, a dále usnesení tohoto soudu sp. zn. 1788/2017 z 31. 1. 2019, které závěr o míře důkazu rozšiřuje i na posouzení nároků odvozených.

<sup>88</sup> Též nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 335/05 z 6. 6. 2006.

<sup>89</sup> ŠÁMAL, P. (ed.). *Trestní řád. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 34.

<sup>90</sup> Viz blíže TICHÝ, L. Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu). *Bulletin advokacie*. 2013, č. 2, zejména s. 30–31.

významné zvýšení je nutno vztahovat buď k situaci, v níž neexistují další možné příčiny škody, nebo, a to podle okolností, k situaci, ve které existují další možné příčiny. Významné zvýšení nebezpečí bude znamenat změnu oproti předchozímu stavu podle našeho mínění alespoň o 40 %. Při zjišťování pravděpodobnosti kauzality ve vztahu k provozu a škodě bude třeba zjišťovat i pravděpodobnost kauzality jiných možných důvodů vzniku škody. Míra odpovědnosti provozovatele je tedy dána od 0,1 až po 100 %. Tuto míru pravděpodobnosti musí postihnout svým pravděpodobnostním úsudkem soud.<sup>91</sup>

b) Vysoká míra pravděpodobnosti v § 1729 odst. 1 o. z.

Zde zákonodárce vymezuje podmínky odpovědnosti v případě *culpa in contrahendo*. Nepoctivá strana je povinna nahradit škodu za předpokladu, že vzdor legitimnímu očekávání druhé strany uzavření smlouvy nepoctivá strana jednání o smlouvě ukončí. Dalším předpokladem ohledně odpovědnosti je vysoká míra pravděpodobnosti uzavření smlouvy v okamžiku, kdy byla jednání ukončena. Podle našeho názoru musí míra pravděpodobnosti dosáhnout alespoň osmdesátiprocentní procentní hodnoty a bude pro ni rozhodující důvod uzavření smlouvy.<sup>92</sup>

c) Pravděpodobnost blíží se jistotě v § 2915 odst. 1 o. z.

V tomto ustanovení zákonodárce stanoví míru důkazu kumulativní příčinné souvislosti. Solidární odpovědnost více osob jednajících protiprávně v samostatných útocích je dána jen tehdy, lze-li dokázat, že každá z těchto osob mohla škodu způsobit s pravděpodobností blíží se jistotě. Míra pravděpodobnosti u každé z těchto osob tedy musí být dána alespoň devadesátiprocenty.<sup>93</sup>

d) Míra důkazu osvědčení v řízeních o předběžném opatření a zajištění důkazu

Obdobný význam jako například v § 44 či § 104 německého civilního procesního řádu [ZPO – viz 2.1 a 2.1.1. e)] mají v českém občanském soudním řádu ustanovení obsahující pravidla postupu soudu při řešení situací vyžadujících urychlené rozhodnutí, byť přechodného, „zajišťovacího“ charakteru. Jedná se například o složení jistoty k zajištění náhrady škody podle § 75b o. s. ř. či o vydání předběžného opatření podle § 75c o. s. ř. Strana řízení je povinna osvědčit některé skutečnosti na podporu svých návrhů na vydání rozhodnutí o předběžné úpravě poměrů (předběžné opatření). Pro ověřování těchto osvědčovaných skutečností předpokládá samotná zákonná úprava nižší stupeň (míru) jejich autenticity. Stanoví totiž, na rozdíl od míry potřebnosti zatímní úpravy poměrů účastníků, tedy k zajištění náhrady škody, která musí být prokázána, že okolnosti ohledně splnění podmínek pro osvobození od soudních poplatků či nezaviněného nezaplacení jistoty musejí být „alespoň osvědčeny“ (§ 75b odst. 3 písm. d, e o. s. ř.). S ohledem na nižší míru důležitosti těchto okolností jako předpokladu pro vydání předběžného opatření nemusí a nemůže být míra pravděpodobnosti osvědčení vysoká. Jisté vyšší míru důkazu je však třeba vyžadovat v případě předběžného opatření podle § 75c odst. 1 o. s. ř., neboť zde jsou předmětem osvědčení skutečnosti, „které jsou rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením“. Relevantní je v těchto a obdobných případech zajištění důkazu (srov. např.

<sup>91</sup> Viz ibidem.

<sup>92</sup> Viz ibidem.

<sup>93</sup> Viz ibidem.

§ 78a a § 78b odst. 1 o. s. ř.) urychlené rozhodnutí soudu, respektive osvědčení notáře či exekutora s ohledem na jím prokázanou potřebu předběžné úpravy poměrů. Česká nauka však k tomuto problému mlčí.<sup>94</sup> Ani na míru důkazu při zjišťování (prokazování) základních předpokladů pro vydání předběžného opatření či zajištění důkazu nelze klást vysoké požadavky.<sup>95</sup> Přitom je třeba vzít v úvahu nutnost rychlého rozhodnutí a v důsledku toho časově omezené důkazní řízení. Míra důkazu by však měla nepochybně přesáhnout šedesát procent.

### 3.2 Srovnání a hodnocení

Pro kvantifikaci míry důkazů je třeba především elementů (parametrů), na základě kterých je možné odstupňování provádět a které jsme analyzovali v druhé části tohoto příspěvku.

#### a) Používání pojmu míra důkazu

Lze konstatovat, že ve všech zkoumaných právních řádech je pojem míry důkazu znám, a to i v důsledku dlouhého historického vývoje, jenž sahá hluboko do středověku, i když je v soudní praxi zřídka používán.

#### b) Význam právní nauky a soudní praxe

Ukazuje se, že i když právní nauka do jisté míry přispěla k rozvoji teorie míry důkazu, rozhodující, a to překvapivě i v německé jurisdikci, je však jednoznačně stanovisko nejvyšších soudů.

#### c) Vyjádření institutu míry důkazu v právu

Ve většině jurisdikcí neexistují pevná zákonná pravidla stanovující míry důkazu.

#### d) Pravda jako cíl dokazování

Zřejmě ve všech jurisdikcích je cílem přiblížit se pravdě a rozdíl mezi v minulosti existující skutečností a její rekonstrukcí je rozdílem mezi pravdou a pravděpodobností, respektive mezi pravdou a přesvědčením soudu o pravdě.

#### e) Objektivní a subjektivní přístup

Jedná se o naprosto klíčovou otázku. I když v nauce není mezi těmito kategoriemi úplně jasno, je zřejmé, že to je německé právo, které vychází ze subjektivního přístupu, zatímco ostatní jurisdikce se přiklánějí k objektivnímu či objektivizovanému konceptu.

#### f) Striktnost míry důkazu a úlevy, respektive odchylky

Až na případ České republiky existuje celá řada odchylek, jež jsou normovány v procesním i hmotném právu.

#### g) Vztah k hmotnému právu

Vztah míry důkazu k hmotnému právu se projevuje především rozdílným přístupem k vyjádření odstupňování míry důkazu rozhodnutím o nároku. Míra se v některých pří-

<sup>94</sup> Srov. např. LEVÝ, J. In: SVOBODA, K. et al. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 300, 301, respektive s. 305, DAVID, L. In: DAVID, L. et al. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 317–320; IŠTVÁNEK, F. In: BUREŠ, J. – DRÁPAL, L. – KRČMÁŘ, Z. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář I. díl*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 434, 439, respektive s. 474, 475.

<sup>95</sup> Viz k tomu náleží Ústavního soudu sp. zn. ÚS IV 189/01 ze dne 21. 11. 2001.

padech projevuje v přiznaném nároku (například anglická praxe), ve většině případů však nedoznává snížení míry důkazu reflexe v rozhodnutí soudu o věci samé.

h) Význam základních právních principů a hodnot

Lze konstatovat, že vliv těchto kategorií například na míru důkazu, respektive úlevy z míry důkazu, je minimální.

## 4. Řešení

### 4.1 Východisko

V této části naší krátké studie prezentujeme koncepci, jež by překonala slabiny existujících přístupů. Měla by tedy obsahovat transparentní pravidla umožňující relativně flexibilní režim.

#### 4.1.1 Existující situace

Na základě srovnání vybraných hlavních koncepcí podáváme charakteristiky některých jejich znaků, které považujeme za jejich určité nevýhody (slabiny).

Germánský kulturněprávní okruh slouží za příklad kontinentálního přístupu k míře důkazu. V tomto modelu jako hledisko a cíl míry důkazů nakonec převládá modifikované přesvědčení soudce o pravdě, jehož základem je subjektivní měřítko, avšak vybudované i na objektivních úvahách o pravděpodobnosti prostřednictvím zkušenostních vět a pravidel logiky při kontrole na základě rozumné třetí osoby. Soudce se tedy musí smířit s určitým pro praktický život použitelným stupněm jistoty, jenž nemůže plně vyloučit určité pochybnosti.<sup>96</sup> Jde o velmi významný kompromis mezi názory zavádějícími měřítko převažující pravděpodobnosti<sup>97</sup> a konzervativním pojetím, jež prakticky vylučovalo jakékoli hledisko založené na pravděpodobnosti.<sup>98</sup> Tento vyhraněný konzervativní názor, který má stále určitý význam, přehlíží, že plný důkaz, respektive přesvědčení o pravdě, jsou jednak stejně obtížně kvalifikovatelné jako měřítko pravděpodobnosti, a dále pomíjí okolnost, že z tohoto standardu existuje celá řada výjimek či úlev. Nakonec se ukazuje, že soudci v tomto režimu za přesvědčení o pravdě považují mnohdy jistotu (!) hluboko pod sto procent (pravděpodobnosti).<sup>99</sup> Tento konzervativní názor je však považován za naprosto jednoznačně rozhodující přístup v České republice. Tento přístup se právě na pozadí vývoje v Německu někdy jeví jako naprosté nepochopení nebo dokonce přetvářka.

Anglický koncept, jenž se na rozdíl od amerického přístupu vyznačuje nejnižší mírou důkazu, neboť vychází z převládající pravděpodobnosti, znamená, že soudce věří té straně, která mu předkládá argumenty, jimž může věřit více než argumentům druhé strany. Tento přístup nebere v úvahu okolnost, že samotná převažující pravděpodobnost může být mnohdy relativně jednostranným pohledem na prokazovanou skutečnost, neboť východisko, které je rozhodující pro převažování, může být na tak nízkém stupni pravděpodobnosti, že sotva lze jeho pouhé převážení považovat za plnohodnotný důkaz.

<sup>96</sup> Viz Art. 10 CC and Art. 181, 218 a 231 NCPC.

<sup>97</sup> Viz MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadersatzprozess*, s. 54 an.

<sup>98</sup> Viz např. GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, passim, zejména však s. 201.

<sup>99</sup> Viz SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismass*, s. 11, který uvádí, že a výsledky výzkumu, dle něhož průměrný švýcarský soudce považuje za plný důkaz pravděpodobnost o něm ve výši 63 %.

Jak známo, ani ve Švédsku se neprosadily teorie vytvořené v 60. a 70. letech 20. století představiteli akademické obce. Jak to platí i obecně v celém skandinávském pojetí práva, je i přístup k míře důkazu ve všech skandinávských zkoumaných jurisdikcích flexibilní. Ať už je obecná základní míra důkazu stanovena relativně vysokým stupněm pravděpodobnosti, či naopak nízko, možnost přihlížet ke konkrétním okolnostem případu je tak široká a uvážení soudce jen volně omezené obecnými pravidly, že vzniká podezření o arbitrárnosti úsudku ve snaze navodit konkrétní spravedlnost.

#### 4.1.2 Optimální model. Význam pro řešení

Jak bylo několikrát v literatuře<sup>100</sup> při srovnání anglosaského a kontinentálního přístupu popsáno, oba systémy dosahují značné míry konvergence, neboť vzdor relativně odlišným metodám dospívají oba koncepty k obdobným výsledkům. Obdobně bychom mohli toto poznání učinit i ve vztahu ke skandinávským koncepcím. Vždy je třeba vycházet z analýzy jednotlivých prvků, které jsou součástí hodnocení důkazu, respektive míry důkazu. To jsme provedli v druhé kapitole, a jak plyne z této analýzy, považujeme za adekvátní přístup ten, jenž určité metody, respektive konkrétní řešení přebírá ze všech tří uvedených modelů. To se mimo jiné týká chápání pravděpodobnosti jako určitého smíšeného přístupu, jenž je kompromisem mezi subjektivní, objektivní a logickou pravděpodobností. Obdobné kompromisy činíme, respektive určitá „střední“ řešení navrhuje i v případě jiných mimoprávních i právních kategorií, jako například u procesu vnímání a hodnocení či přesvědčení, stejně jako u vztahu práva procesního a hmotného. Relevantní je pro nás též role některých základních principů, jakým je například zásada proporcionality, která má význam i pro dopad míry důkazu ve smyslu adekvátního zkrácení některých nároků.

#### 4.1.3 Dogmatika

Pro řešení míry důkazu je klíčovou otázkou vztah procesního práva, do jehož režimu tato kategorie patří, a práva hmotného, které ovšem může též stanovovat důkazní pravidla, včetně předpisů pro míru důkazů. Příkladem je pojetí některých představitelů procesního práva, které považuje stanovení pravděpodobnosti míry odpovědnosti za škodu mezi více škůdci zakotvené hmotným právem jako pravidlo, které nemá žádný význam pro míru důkazu. Na tomto krajním příkladu lze analyzovat otázku, v jakém rozsahu je míra důkazu čistě řešením procesního práva a v jakém rozsahu má či musí rozhodnutí o míře důkazu reflektovat i hmotné právo. Za relevantní názor lze považovat ten, který při stanovení míry důkazu plně zohledňuje výslovné ustanovení hmotného práva. Kromě tohoto přímého ovlivnění je však třeba brát v úvahu i dopad hmotněprávních zákonitostí, které nenacházejí výslovného vyjádření v konkrétní právní normě. Avšak i tento vliv hmotného práva musí procesní právo reflektovat. Konkrétně jde o otázky nutného proporcionalního zvýhodnění slabší strany či strany v typovém případě oslabené, jako tomu je u poškozených při dokazování příčinné souvislosti u masových škod. Stejně tak platí, že rozhodnutí o míře důkazu se projeví zejména „zpětně“ v hmotném právu tím, že předmětný nárok může být adekvátně omezen s ohledem na nižší míru důkazu. Měla by však

<sup>100</sup> Srov. GOTTWALD, P. *Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess. Festschrift für D. Henrich*. Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 175; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 85 an.

platit obecná zásada, že v procesu by neměla být dodržována jiná pravidla platí v hmotném civilním právu. Koncepce, za niž plédujeme, by tak měla mít obecnou platnost.

## 4.2 Analýza. Základ řešení

### 4.2.1 Podstata a účel míry důkazu

Základem míry důkazu je přiblížení se skutečnosti, jež se odehrála v minulosti. Obecně lze vycházet z toho, že tuto skutečnost lze až na výjimky jednoduchými exaktními prostředky zachycených dějů jen rekonstruovat a pouze s určitou mírou přesnosti identifikovat. Přiblížení se skutečnosti (pravdě) nelze prakticky v kontextu konkrétního komplexního případu exaktně vyjádřit. Paradoxně je nejpřesnější formulací formule o převažující pravděpodobnosti. Proto se judikatura bez ohledu na jurisdikci brání vyčíslení přesvědčení soudce v procentech.

### 4.2.2 Pravda a pravděpodobnost

S ohledem na to, že pravdu nelze kromě výjimečných jednoduchých jevů tvrdit ani prokázat, stanovíme jako východisko pojem pravděpodobnosti. Námitka proti tomuto hledisku spočívá v absenci či nemožnosti její kvantifikace. Tato námitka je ovšem již z principu nekorektní. Německé právo, z jehož okruhu tato námitka pochází, zná samo ve svých normách vyjádření pravděpodobnosti (viz 3.1.3). Především však přesvědčení o pravdě neboli o plném důkazu lze jen obtížně kvantifikovat, právě tak je tomu v případě pravděpodobnosti.

### 4.2.3 Vztah k hmotnému právu a náklady (nesprávného) rozhodnutí

Procesní právo i rozhodnutí soudce o míře důkazu musejí předně respektovat ustanovení hmotného práva o míře důkazu. Je tomu obdobně jako v případech, kdy hmotné právo stanoví důkazní břemeno. Neobsahuje-li hmotné právo výslovné ustanovení o míře důkazu, musí v rámci tohoto institutu procesní právo, respektive rozhodování soudce reflektovat nerovnost vyplývající z postavení stran v hmotném právu. Obdobně si musí soudce počínat i v případě, jestliže nerovnost se projeví v procesních vztazích, například jako důsledek nerovného přístupu k důkazním prostředkům. Procesní právo a rozhodování soudců musejí zohledňovat dopady míry důkazů, respektive jejich následky. Těmi jsou rizika nesprávného rozhodování v důsledku míry důkazu, respektive obávaná vlna nových procesů a zahlcení soudů v důsledku snížení míry důkazu. I když pro posledně uvedený argument chybějí empirická data. Zatím totiž nebyly provedeny výzkumy o těchto možných dopadech a hodnocení soudní praxe v jurisdikcích s relativně nízkou mírou důkazu v některých skandinávských státech či v anglickém právu a jejich vlivu na míru zátěže justičního systému se pohybují pouze v rovině spekulací.

### 4.2.4 Pravidla a individuální spravedlnost – základní hlediska

Navrhovaný model obsahuje základní pravidlo, pravidla představující výjimky z něho na základě typologie případů a konečně předpis pro výjimečné případy individuálních výjimek za účelem konkrétní spravedlnosti.

### 4.3 Závěr – doporučený (optimální) model

#### 4.3.1 Smíšený, subjektivně-objektivizovaný přístup

Při hodnocení dostatečnosti a přesvědčivosti důkazů je třeba vycházet ze smíšeného pojetí míry důkazu. Cílem je dosáhnout přesvědčivého a transparentního odůvodnění, které by mělo být mimo jiné založeno na kvantifikaci, tedy měřitelnosti přesvědčení, a racionálním pojetí. I když jde o osobní přesvědčení soudce, je třeba jej oprostit od iracionálních, pocitových prvků. Přísně racionálně uvažující osoba je ideálním modelem soudce, který bere v úvahu souvislosti případu a využívá poznatků vědy. Kombinuje proto jednotlivé prvky obou nejvýznamnějších metod (objektivní a subjektivní) a hledá jejich aplikovatelnost v závislosti na konkrétním případě.

#### 4.3.2 Základní obecná míra důkazu

Základním obecným pravidlem míry důkazu je vysoce věrohodná rekonstrukce minulé skutečnosti, které se zřetelně blíží. Míra důkazu přesahuje 80 procent.

Základní obecná míra důkazu je relativně vysoká, i když významně nižší nežli ta, jež je obecně zastávána českým Nejvyšším soudem, a dokonce méně přísná než judikatura a převažující názor nauky v jurisdikcích germánského právního okruhu a možná nižší než celé kontinentální pojetí tohoto problému. Podstatným způsobem však přesahuje převažující pravděpodobnost. Dosahuje tak přesvědčivé věrohodnosti a odrazuje zneužívající tendence, stejně jako obávanou záplavu žalob. Z tohoto pravidla je třeba činit výjimky, jak ve formě zpřísnění, a tedy vyšší míry důkazu (ad 4.3.3 níže), tak zejména ve směru jejího snížení, a tedy zmírnění standardu pravděpodobnosti (ad 4.3.4–4.3.5 níže).

#### 4.3.3 Vyšší než obecná míra důkazu (95 procent)

Vyšší než obecnou míru důkazu je nutno vyžadovat v souvislosti s rozhodnutími, jež mají nezvratné či obtížně zvrátitelné následky. Týkají se zejména osobnostních práv, respektive osobního stavu. Příkladem je určování otcovství či mateřství. V těchto velmi citlivých věcech se očekává téměř jistota a vyžaduje naprostá spolehlivost.

#### 4.3.4 Nižší než obecná míra důkazu

Toto pravidlo úlevy je třeba stanovit ve prospěch obecného blaha, veřejného zájmu či zřetelného druhového znevýhodnění, kde by měla postačovat relativně nízká míra důkazu, jež ovšem stále přesahuje převažující nepravděpodobnost. Typově jde o případy blaha dítěte, slabší strany, respektive otázek příčinné souvislosti, zejména u masových škod. Osobní či věcná složka těchto druhů případů vyžaduje zapojení zásady proporcionality, za jejíž pomoci, byť právě v procesu nezvyklé, procesní právo vyvažuje znevýhodněné postavení (slabší strana), nebo jiný handicap (např. nedostupnost důkazních prostředků v daných právních vztazích). Přitom je třeba přihlížet k veřejnému zájmu na existenci a podpoře obecně sdílených hodnot.

#### 4.3.5 Výjimečné pravidlo v mimořádných případech tvrdosti a „zajišťovacích“ procesních rozhodnutí

Třetí výjimkou ve smyslu snížení standardu důkazu je použití úlevy ze stanovené míry důkazu v případech, kdy je zapotřebí zjednat tzv. konkrétní spravedlnost. Zde se uplatní zásada přiměřenosti, jejíž aplikaci sice nelze vyloučit, bude však nanejvýš řídká. Jinak řečeno, v tomto ohledu je třeba volit nanejvýš zdrženlivý přístup.

Obdobné řešení lze realizovat při rozhodování o předběžných opatřeních o zajištění důkazů. Míra důkazu je v těchto případech odůvodněna potřebou urychlené ochrany a dočasnou povahou následku soudního rozhodnutí.

#### 4.3.6 Význam hmotného práva

Hmotné právo je třeba zohlednit ve dvou základních směrech. Předně je třeba respektovat, obdobně jako je tomu např. u stanovení důkazního břemene, stanovení míry důkazu. Takové ustanovení (pravidlo) je třeba plně respektovat z toho důvodu, že zde navrhaná „procesní“ pravidla nebudou použitelná. A dále, v hmotněprávních, kvantifikovatelných nárocích (např. náhrada škody či bezdůvodné obohacení aj.) je třeba vždy, bude-li v daném případě míra důkazu nižší než 95 procent, odpovídajícím způsobem nárok krátit. To je následek použití zásady ekvivalence jako důsledku nižší věrohodnosti uplatňovaného nároku.

## **Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis**

Luboš Tichý

Abstract: This contribution presents an overview of how European jurisdictions tackle the key problem of civil procedural law: the standard of proof. In order to arrive at an adequate solution, the contribution evaluates the expert assessments of fourteen law professors and their different perspectives from across the continent and presents the “ideal” picture of standard of proof.

Key words: standard of proof, assessment of evidence, burden of proof, certainty, conviction, credibility, discretion of the court, preponderance, probability, reasoning, truth, truthfulness