

INFORMACE

Právní kultura – na příkladu právní kultury Spolkové republiky Německo

Peter Mankowski*

Abstrakt: Právní kultura je otevřeným fenoménem postrádajícím jasnou definici. Charakteristické vlastnosti spočívají v její dynamice; proniká všemi oblastmi práva. Zahrnuje soukromé, trestní a veřejné právo. Je ovlivněna chápáním práva a společnosti v daném státním mechanismu, zejména v důsledku působení ústavního práva. Právní kultura není předmětem diskuse mezi samotnými právníky, ale týká se celé společnosti. Vedle národních právních kultur existuje evropská právní kultura, zatímco globální kulturu sotva můžeme identifikovat. Bereme-li právní kulturu Spolkové republiky Německo jako příklad národní právní kultury, můžeme definovat její znaky. Německo je konstituční stát ovládaný především principem vlády práva. Ústava je jejím základem. Od 19. století má Německo rozvinutou tradici kodifikovaného práva. Dialog mezi soudci, advokáty, legislatory a zástupci akademie formuje německý právní řád. Typickými produkty německé právní kultury je komentář. Akademický výzkum je převážně dogmatický. V současné době stále se rozvíjí specializace.

Klíčová slova: právní kultura, dynamický fenomén, právní stát, národní právní kultura, evropská právní kultura, kodifikované právo, tetralog mezi soudci, advokáty, legislativci a zástupci akademické obce

1. Právní kultura jako pojem a fenomén

Právní kultura – toto slovo patří k těm, která vzdělaní lidé a zejména právníci rádi používají, aniž by si činili starosti ohledně toho, jak je možné chápat jeho obsah a co to vlastně znamená. Co je právní kultura, člověk prostě ví – anebo si alespoň myslí, že ví. „Právní kultura“ patří zpravidla k pojmům¹ neurčitého a nejednoznačného obsahu,² které nejsou blíže analyzovány.³ Převládají předporozumění. Vzdor tomu není „právní kultura“ a její popularita náhodná.⁴

* Prof. Dr. Peter Mankowski, Univerzita Hamburk. Tento příspěvek je rozšířený text přednášky, již autor prezentoval na fóru Centra právní komparatistiky PF UK dne 7. 11. 2019. Ve svých částech 1. a 2. vychází z díla MANKOWSKI, P. *Rechtskultur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. Autor srdečně děkuje prof. Luboši Tichému za pozvání do Prahy a jeho úsilí při překladu. Překlad Luboš Tichý, za asistence Mgr. Slavomíry Henčkové, LL.M.

1 Viz VON MÜNCH, I. *Rechtskultur*. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1993, Hf. 27, s. 1673; MICHAELS, R. In: BASEDOW, J. – HOPT, K. J. – ZIMMERMAN, R. – ILLMER, M. (eds). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 1255.

2 MERRY, S. E. *American Journal of Comparative Law*. 2012, Vol. 5, No. 2, s. 40, 52; NELKEN, D. In: SMITS, J. M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2nd edition. Cheltenham – Northampton: Mass, 2012, s. 480.

3 WILHELMSSON, T. In: WILHELMSSON, T. – PAUNIO, E. – POHJOLAINEN, A. (eds). *Private Law and the Many Cultures of Europe*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2007, s. 3, 6; TUORI, K. In: WILHELMSSON, T. – PAUNIO, E. – POHJOLAINEN, A. (eds). *Private Law and the Many Cultures of Europe*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2007, s. 23, 24; MICHAELS, R. In: BASEDOW, J. – HOPT, K. J. – ZIMMERMAN, R. – ILLMER, M. (eds). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 1255, 1258.

4 HÄBERLE, P. In: HÄBERLE, P. *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 80, 84; VON MÜNCH, I. In: VON MÜNCH, I. *Rechtspolitik und Rechtskultur*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2011, s. 52, 56.

1.1 Právní kultura jako průřez právními dílčími obory (disciplínami)

„Právní kultura“ je klasickou průřezovou právní disciplínou. Tento pojem však nepatří k žádné dílčí právní oblasti, ani žádné dílčí právní disciplíně,⁵ nýbrž je to jakýsi oblouk či most. Přemostuje soukromé právo, veřejné právo a trestní právo. Současně proniká všemi základními obory. Nikdo však nemůže tento pojem jednoznačně přiřadit k právní teorii,⁶ právní filozofii, právní sociologii⁷ ani k obecné právní vědě.

1.2 Právní kultura v tezích

Dovolím si v následujícím prezentovat tezovitý přehled fenoménu právní kultury⁸:

- 1) Právní kultura je pojem, jenž takřkajíc hraje všemi barvami. Právní kultura se proměňuje a je dynamická.
- 2) Národní právní kultura je hluboce zakořeněna v tradicích dané společnosti. Zejména to jsou náboženské a ideologické kořeny. Filosofické kořeny jsou naproti tomu podstatně slabší.
- 3) Pro právní kulturu má zvláštní význam chápání té které společnosti. Význačné to je pro ústavněprávní kulturu. Právo je totiž též instrumentem vládnoucích.
- 4) Nelze podceňovat ani stupeň ekonomizace v společnosti.
- 5) Právní kultura je součástí společenské kultury, a proto je nejen věcí právníků. Právní kultura je totiž o mnoho méně určována samotnými právníky, než jsou právníci ochotní připustit. Právní vědomí obyvatelstva je důležitým stavebním kamenem právní kultury. Do reálně existující právní kultury proniká nejen živé právo, nýbrž též vnímání práva veřejností. Právní kultura je vyživována skrze znalost práva, právní vědomí občanů, informovanost občanů⁹ o právu a vědomé respektování práva.¹⁰ Součástí právní kultury jsou postoje, hodnoty, mínění o právu a očekávání od práva ve společnosti.¹¹ Právní kulturu lze tak chápat jako souhrn zkušeností, očekávání,

⁵ JAYME, E. Rechtsanalyse als Kulturforschung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2015, Jhrg. 79, Hf. 3, s. 684, by to chtěl však připsat právní komparatistice.

⁶ O vzájemném vztahu mezi právní teorií a právní kulturou příkladným způsobem viz DESSAU, C. *Nationale Aspekte einer transnationalen Disziplin – Zur rechtskulturellen Einbettung der Rechtstheorie in Finnland, Schweden und Deutschland zwischen 1960 und 1990*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

⁷ Zejména COTTERRELL, R. In: NELKEN, D. (ed.). *Comparing Legal Cultures*. London: Routledge, 1997, s. 13; FRIEDMAN, L. M. In: NELKEN, D. (ed.). *Comparing Legal Cultures*. London: Routledge, 1997, s. 33; BLANKENBURG, E. In: NELKEN, D. (ed.). *Comparing Legal Cultures*. London: Routledge, 1997, s. 41; BLANKENBURG, E. *American Journal of Comparative Law*. 1998, Vol. 46, s. 1.

⁸ MANKOWSKI, P. *Rechtskultur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, s. 521 an.

⁹ S důrazem na ústřední význam viz SILBEY, S. N. – EWICK, P. *The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press, 1999; SILBEY, S. N. In: *Encyclopaedia of the Social Sciences*. New York, 2001, s. 8623.

¹⁰ FRIEDMAN, L. M. *The Legal System*. New York: Russell Sage Foundation, 1975, s. 193; SAMU, M. In: MOCK, E. – VARGA, C. (eds). *Rechtskultur – Denkkultur (ARSP Beiheft 35)*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1989, s. 106; obdobně TUORI, K. In: WILHELMSSON, T. – PAUNIO, E. – POHJOLAINEN, A. (eds). *Private Law and the Many Cultures of Europe*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2007, s. 23, 24.

¹¹ SARAT, A. Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence. *Law & Society Review*. 1977, Vol. 11, No. 3, s. 427; FRIEDMAN, L. M. *Law and Society*. New York: Prentice Hall, 1977, s. 76; FRIEDMAN, L. M. In: TEUBNER, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986, s. 13, 17; FRIEDMAN, L. M. *The Republic of Choice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, s. 213; FRIEDMAN, L. M. In: NELKEN, D. (ed.). *Comparing Legal Cultures*. Aldershot – Brookfield – Singapore – Sydney: Routledge, 1997, s. 33, 34; BLANKENBURG, E. *Festschrift für Manfred Rehbinder*.

předporozumění, postojů a přesvědčení společnosti, jež se vztahují k právu.¹² V moderní době hraje důležitou roli i to, jak jsou skutkové základy relevantní v právu prezentovány v médiích. Názor prezentovaný v médiích a veřejné mínění se podílí na formování právní kultury stejnou měrou. To, co se řekne u stolu v hospodě však přitom může být pro ovlivňování veřejného mínění s ohledem na jeho důraz na právo významnější než to, co je prezentováno v médiích.

- 6) Právní kultura je (též) kulturou právní ochrany. Osoba hledající právní ochranu se podílí na formování právní kultury. Důležitou roli přitom hraje účinnost (efektivita) systému právní ochrany. Neefektivní právní systém odrazuje od domáhání se soudní ochrany a otevírá tak jiné cesty vynucování práva. K formování právní kultury významně přispívají i představy o soudcích a advokátech.
- 7) Právní kultura zahrnuje též kulturu sociálního státu a státu jako výběřčího daní. Je ovlivněna i velikostí byrokracie a úrovní uskutečňovaného přerozdělování.
- 8) Právní kultura je dynamická. Musí odpovídat na otázky doby. Zejména musí reagovat na technický pokrok, např. v oblasti informační nebo lékařské technologie.
- 9) Právní kultura (kultura práva) je ohrožena z několika stran. Korupce, ideologizace a ekonomizace jsou její slabiny, představující externí nebezpečí. Imanentním nebezpečím je však zneužití právních forem k výkonu moci. Legalita totiž neznamená automaticky legitimitu.
- 10) Národní právní kultura se odlišuje od jiných právních kultur. Vzdor tomu mohou existovat určité styčné body s jinými právními kulturami. Právní transplantáty jsou toho jasným důkazem. Pravá soutěž právních řádů může však naproti tomu existovat jen výjimečně.
- 11) Právní kultura nepředstavuje monolit. Sestává z vnitřní a vnější právní kultury. Čerpá z vnitřní perspektivy právníků, jakož i z vnější perspektivy právních laiků; jde o skutečnost (realitu) společnosti v její právní podobě. Právníci jsou odborníci na právní kulturu – musejí se ale chránit před tím, aby svůj vnitřní diskurs nepovažovali za jedinou a úplnou pravdu.

2. Národnost (státní příslušnost) právní kultury

2.1 Národnost právní kultury jako východisko

Právní kultura neexistuje sama o sobě, izolovaně a nezávisle na právu. Naopak, existuje jako kultura práva. Právo je ovšem právem státu; je národní (státní). Z toho nutně plyne, že v důsledku národnosti a státnosti svého předmětu je také každá právní kultura národní. Každý národ má svoji vlastní právní kulturu.¹³ Světová právní kultura existuje právě

C. H. Beck, 2002, s. 425, 430; NELKEN, D. Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2004, Vol. 29, s. 1; NELKEN, D. In: SMITS, J. M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham – Northampton, Mass.: Edward Elgar Publishing, 2006, s. 372, 374.

¹² VOGEL, J. Transkulturelles Strafrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 2010, s. 1, 3; obdobně FRIEDMAN, L. M. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. 1985, 6, s. 191.

¹³ Viz jen FRIEDMAN, L. M. *The Legal System*, s. 209; MANKOWSKI, P. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2006, Jhrg. 70, Hf. 3, s. 587, 594.

tak málo, jako existuje světové právo. Národní právní řád je „prorostlý“ kulturou.¹⁴ Je výsledkem diferencovaných kulturních rozvojových procesů.¹⁵ Právní kultura je formou do sebe uzavřených významů tvořících její identitu, odlišnou od jiných právních kultur.¹⁶ Státní hranice mohou být původně umělé a neorganické; stát, jež vymezují, nemusí být homogenní; vzdor tomu je národní právní kultura více než pouhé přiblížení se politické fikci.¹⁷ Tradice jsou často místní, regionální nebo v nejlepším případě národní.¹⁸ Naproti tomu sotva přesahují hranice. K tomu přispívají jazykové a náboženské hranice.¹⁹

2.2 Evropská právní kultura

Právní kultury mají přirozeně mnoho společného. Národní právní kultury mohou dokonce – z hlediska časového – stále více konvergovat. Je tomu tak o to více, čím více tyto státy vytvářejí spojovací elementy; právní řády se tak navzájem propojují anebo překrývají „společnou střechou“. Nejlepším příkladem je rostoucí evropská právní kultura,²⁰ která je propojená s národními právními kulturami členských států,²¹ v nich zakořeněná a stále je ovlivňuje, nebo dokonce přetváří.²² Unijní vlivy jsou v členských státech všudypřítomné,²³ a zejména v oblasti hospodářského a správního práva převládá dynamická tendence europeizace.²⁴ Klíčové prvky evropské právní kultury lze rozpoznat, neboť vycházejí²⁵ z právního státu:²⁶ je to vědeckost (ve smyslu dogmatiky), demokracie, dělba moci a zejména nezávislost soudnictví, lidská důstojnost jako kulturně antropologický základ, právní stát, náboženská a konfesní neutralita a samozřejmě nelze vynechat základní lidská práva.²⁷ Evropská právní kultura je považována za jednotu a současně za vnitřně diferenco-

¹⁴ HÄBERLE, P. *Europäische Rechtskultur*. Suhrkamp, 1994, s. 17.

¹⁵ Ibidem, s. 17 an.

¹⁶ MAULTZSCH, F. In: *100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2014, s. 501, 512 an.

¹⁷ Oproti tomu SPELLENBERG, U. *Mélanges en l'honneur du Jean Hauser*. Paris: LexisNexis, 2012, s. 679, 682.

¹⁸ TUORI, K. In: WILHELMSSON, T. – PAUNIO, E. – POHJOLAINEIN, A. (eds). *Private Law and the Many Cultures of Europe*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2007, s. 23, 27. Charakteristicky např. AUDREN, F. – HALPERIN, J.-L. *La culture juridique française*. 2013.

¹⁹ Srov. zejména příspěvky in: GREVENDORF, G. (ed.). *Rechtskultur als Sprachkultur*. Suhrkamp, 1992; BHATIA, V. K. – CANDLIN, C. N. – EVANGELISTI ALLORI, P. (eds). *Language, Culture and the Law*. Bern: Peter Lang, 2008; a GUIDO, M. *English as a Lingua Franca in Cross-Cultural Immigration Domains*. Bern: Peter Lang, 2008.

²⁰ K tomu podrobné příspěvky v HESSELINK, M. (ed.). *The New European Legal Culture*. The Hague – Deventer, 2001, a HELLE-RINGER, G. – PURNHAGEN, K. (eds). *Towards a European Legal Culture*. Baden-Baden: Nomos – Hart, 2014, a ALPA, G. – ANDENAS, M. *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*. Berlin – Heidelberg: Springer-Verlag, 2011, a FUGLINSKY, Á. – KLÁRA, A. (eds). *Európai jogi kultúra*. Budapest, 2012, a WIEACKER, F. *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*. Verlag Göttinger Tageblatt, 1985; WIEACKER, F. *American Journal of Comparative Law*. 1990, Vol. 38, s. 1.

²¹ K tomuto problému obecně viz GIBSON, J. L. – CALDEIRA, G. A. *The Legal Cultures of Europe*. *Law & Society Review*. 1996, Vol. 30, No. 1, s. 55.

²² K těmto otázkám viz blíže příspěvky v SANDER, G. G. – BODROGA-VUKOBRAT, N. – RODIN, S. (eds). *Legal Culture in Transition – Supranational and International Law before National Courts*. Berlin: Logos Verlag, 2013, a DOUGLAS-SCOTT, S. In: NOBLES, R. – SCHNIFF, D. *Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*. Farnham, Surrey: Ashgate, 2014, s. 79, 87.

²³ SCHOCH, F. *Juridica*. 2014, 21, s. 102.

²⁴ LUDWIGS, M. Bausteine des Verwaltungsrechts auf dem Prüfstand des EuGH. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2015, Hf. 48, s. 3484.

²⁵ Čl. 2 Smlouvy o EU; v. DANWITZ, T. *Fordham International Law Journal*. 2014, Vol. 37, s. 1311.

²⁶ HÄBERLE, P. *Europäische Rechtskultur*, s. 21–26; HÄBERLE, P. *Europäische Verfassungslehre*. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2009, s. 152 an.; HÄBERLE, P. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. 2008, NF 56, s. 503, 510.

²⁷ K podobě a vývoji základních práv v jednotlivých státech, které přistoupily k Evropské unii, které jsou z důvodu sovětské nadvlády v minulosti zvláště zajímavé a které si zvolily vlastní tempo změn, podrobně v národních zprávách v MERTEN, D. – PAPIER, H.-J. – ARNOLD, R. (eds). *Handbuch der Grundrechte IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa*. C. F. Müller, 2016.

vanou rozličnost,²⁸ určenou současně partikularitou a univerzalitou.²⁹ Evropské hodnotové společenství je svojí podstatou právně kulturním společenstvím.³⁰

3. Základní charakteristiky právní kultury v Německu

Dovoľte mně, abych představil jako příklad právní kulturu toho právního řádu, kterému nejlépe rozumím: právní kulturu Spolkové republiky Německo. Přesto je vhodné předem upozornit na jednu věc: přirozeně je moje posuzování této kultury subjektivní a jiný německý profesor by jistě mohl tuto právní kulturu posuzovat jinak.

Pro právní kulturu ve Spolkové republice Německo existuje z mého hlediska v podstatě pět charakteristických rysů: zaprvé je Německo ústavním a právním státem. Důvodem je přirozeně závažnost německé zkušenosti s dvojí diktaturou. Zadruhé je německá právní kultura ve svém základě kulturou psaného práva a práva kodifikovaného. Zatřetí Spolková republika je tržním hospodářstvím. Začtvrté ve Spolkové republice existuje ideál vědecky zaměřeného právníckého vzdělání. Z toho plyne určitý vztah mezi těmi, kdo právo aplikují a právní naukou. Konečně zapáté je to kultura právní nauky Spolkové republiky, jež je ve své podstatě uspořádána na základě právní dogmatiky a systematiky. Ve svém recentním vývoji je určována vzrůstající diferenciací a specializací.

4. Spolková republika Německo jako ústavní a právní stát

Pro právní kulturu Německa je ústava (základní zákon, *Grundgesetz* – GG) naprosto základním a ústředním pramenem. Je nejlepší a nejtrvalejší ústavou, která kdy v Německu existovala. Ze zkušenosti s třetí říší staví naprosto vědomě člověka, individuum a jeho individuální práva na vrchol své struktury:³¹ článek 1 odst.1 GG je věnován lidské důstojnosti. Články 1–19 GG obsahují katalog základních práv a základních svobod. Ten je v průběhu své existence přesahující 75 let určitým měřítkem. Byl také modelem či orientačním bodem pro mladší ústavy v celém světě,³² jako např. ústavu řeckou z roku 1975, španělskou z roku 1978, jihoafrickou z roku 1996 a některé další, např. východoevropských států z 90. let 20. století.³³ Teprve v čl. 20 GG jsou obsaženy principy státu. Teprve poté je upraveno státní právo (státověda). Základní zákon (GG) a jeho uznávaná kvalita vedly ke vzniku raritního fenoménu ústavního patriotismu.³⁴

„Ústavy stanoví hranice zvlášť demokratických většin.“³⁵ Okřídlený výraz v tomto ohledu je tzv. klauzule věčnosti v čl. 79 odst. 3 GG. Odnímá totiž určité základní hodnoty německé ústavy z působnosti samotného ústavodárce. Německý zákonodárce, který by chtěl

²⁸ HÄBERLE, P. *Europäische Rechtskultur*, s. 26 an.; HÄBERLE, P. *Europäische Verfassungslehre*, s. 152 an.

²⁹ HÄBERLE, P. *Europäische Rechtskultur*, s. 29 an.; HÄBERLE, P. *Europäische Verfassungslehre*, s. 154 an.

³⁰ HÄBERLE, P. *Europäische Rechtskultur*, s. 31.

³¹ Viz BVerfGE 27, 344, 351; BVerfGE 34, 238, 245; DREIER, H. In: DREIER, H. GG, Bd. I: Art. 1-19 GG. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, Art. 1 GG, marg. č. 41; SACHS, M. – HÖFLING, W. GG. 8. Auflage. C. H. Beck, 2018, Art. 1 GG, marg. č. 1.

³² Jako příklady lze uvést Japonsko, Brazílii a Španělsko, a to v protikladu k Rakousku a dále ohledně vertikálních účinků v unijním ústavním právu viz příspěvky v: KISCHEL, U. (ed.). *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

³³ VON MÜNCH, I. In: VON MÜNCH, I. *Rechtspolitik und Rechtskultur*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, s. 132, 134.

³⁴ Autorství k tomuto termínu je obecně připisováno STERNBERGEROVI, D. *Verfassungspatriotismus*. 1982. K tomu podrobně zejména MÜLLER, J.-W. *Verfassungspatriotismus*. Suhrkamp, 2010.

³⁵ HANK, R. Wer schützt die Marktwirtschaft? FAS. 2019, Nr. 18, s. 18.

měnit ústavu, zůstává totiž pouhým *pouvoir constitué*; nemá totiž žádnou další *pouvoir constituant*³⁶ (a pozdějšího ústavodárce je třeba se ptát, zda by se směl vůbec této klauzule dotknout.³⁷ Též klauzule věčnosti je důsledkem hořkého poučení z třetí říše.³⁸ Základní zákon je tedy rezolutní: „Nikdy více!“.

5. Spolková republika Německo jako stát psaného práva a stát kodifikace

5.1 Tradice kodifikací v Německu od 19. století

Německo má od svého sjednocení v 19. století dlouhou kodifikační tradici.³⁹ Obecný německý obchodní zákoník (ADHGB) byl v roce 1861 jejím prvním projevem, a to ještě v Německém spolku, tedy před založením druhé Německé říše v roce 1871. Německé zákony (*Reichsjustizgesetze*)⁴⁰ GVG, CPO, StPO (zákon o organizaci soudů, civilní procesní řád, trestní řád a konkurzní řád) byly v roce 1877 cílenými politickými základy dalšího rozvoje jednoty Německé říše. Německý občanský zákoník (BGB) z roku 1896 byl vyvrcholením a poslední tečkou kodifikační myšlenky.⁴¹ V trestním právu je trestní zákoník (StGB) velkou ústřední kodifikací.⁴² Speciální trestní právo se nachází typicky v jednotlivých trestněprávních normách různých zákonů. Ve veřejném právu stojí přirozeně na vrcholu ústava jako nejvýznamnější produkt myšlenky kodifikace. Kodifikace jsou např. i VwGO (soudní řád správní), FGO (řád nesporného soudnictví), SGG (zákon o soudnictví v sociálních věcech), VwVfG (správní řád) a AO (daňový řád). Myšlenka kodifikace je vlastní i německému veřejnému právu zejména v procesních zákonech, které jsou všechny označovány jako „řády“. V hmotném právu ovšem převládají speciální zákony upravující relativně omezené právní oblasti. Avšak i ve veřejném právu existují kodifikace, jakými jsou např. stavební zákoník (BauGB) a sociální zákoník (SGB). Tato významná díla označuje německý ústavodárce dodnes slovem „zákoník“ namísto „zákon“. Spor o kodifikace v Německu vyhrál Thibaut proti Savignymu, a to z historického hlediska o celou koňskou délku.

5.2 Judikatura a literatura jako doplněk kodifikací

Německá právní kultura přirozeně nekončí u zákona. Vědomí, že všeobjímající kodifikace nemůže z povahy věci vzniknout, je hluboce zakořeněno. Bedřich II. Veliký a jeho kancléř Suarez podnikli ve formě Pruského všeobecného zemského práva v 18. století pokus o vytvoření takovéto všeobjímající kodifikace. Všechna čest takovému projektu – přesto ale již tehdy neuspěl. Realistická je dílčí kodifikace určité oblasti. Zákony jsou v Německu doplňovány judikaturou a literaturou. Judikatura a literatura mají, jak známo, v různých

³⁶ Viz HERDEGEN, M. In: MAUNZ, T. – DÜRIG, G. *Grundgesetz*. C. H. Beck, 2014, Art. 79 GG, marg. č. 7-9.

³⁷ Blíže MÖLLER, H. *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision*. Berlin: dissertation.de – Verlag im Internet GmbH, 2004; kromě toho např. DREIER, H. In: DREIER, H. *Grundgesetz*. Bd. II: Art. 20-82 GG. 3. Auflage. C. H. Beck, 2015, Art. 79 GG, marg. č. 59. Tuto otázku klade též BVerfGE 123, 167 m. č. 217.

³⁸ *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. 1950, NF 1, s. 586; HAIN, K.-E. In: V. MANGOLDT, H. – KLEIN, F. – STARCK, C. *Grundgesetz*. Bd. II: Art. 20-82 GG. 7. Auflage. C. H. Beck, 2018, Art. 79 GG, marg. č. 30.

³⁹ Ke kodifikaci jako „mýtu“ viz KROPPENBERG, I. Mythos Kodifikation – Ein rechtshistorischer Streifzug. *Juristenzeitung*. 2008, Jhrg. 63, Hf. 19, s. 905.

⁴⁰ K jejímu významu viz o 25 let později KISSEL, O. R. 125 Jahre Reichsjustizgesetze. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2004, Hf. 40, s. 2872.

⁴¹ Viz LANDAU, P. *Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. 1. 1877*. 1977, s. 161.

⁴² Viz STURM, F. In: *100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger*. 1999, s. 13.

právních kulturách velmi odlišný význam a formy,⁴³ a to v závislosti na postavení práva ve společnosti, ve vztahu k politice a řešení sporů mimo právo.⁴⁴ Soudce a právní vědec mohou být právními honoracemi, a tedy rozhodujícími činiteli pro právní vědomí a rozvoj práva.⁴⁵ Mohou mít rozhodující vliv na charakter a funkci právního řádu.⁴⁶ V německém právu mají určující význam.⁴⁷

5.2.1 Soudcovské právo a soudcovské dotváření práva

Německé zákony jsou stálým předmětem výkladu prostřednictvím soudů. Právě tam, kde zákony pracují s obecnými klauzulemi a otevřenými (neurčitými) právními pojmy, mají soudy za úkol zákony konkretizovat. Ten, kdo věří, že zná na základě pouhého textu zákona úpravu dané právní oblasti, hodně riskuje. Dnes platné právní kontury byly vyvinuty teprve až judikaturou.⁴⁸ Příklady jsou v korporátním právu odpovědnost koncernu v rámci koncernu společnosti s ručením omezeným,⁴⁹ nepsané kompetence valné hromady akciové společnosti⁵⁰ anebo právní způsobilost vnější společnosti občanského práva.⁵¹ V právu proti nekalé soutěži byly měřítkem dobré mravy (§ 1 zákona o nekalé soutěži z roku 1897 – UWG), dnes je to nekalost obchodních praktik (§ 3 UWG), která se stále mění, neboť se přizpůsobuje novým korporátním modelům. Také německé deliktární právo nelze chápat jen na základě ustanovení § 823 odst.1 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, občanský zákoník); stejně tak nelze porozumět zásadě dobrých mravů (*Treu und Glauben*) bez důkladného studia judikatury interpretující § 242 BGB. Seznam příkladů tohoto typu lze podle libosti prodlužovat. Soudci vykládají právo, a tím také právo dotvářejí. Soudcovské právo se prezentuje zejména v tzv. konstantní judikatuře, tedy stálé, stabilní judikatuře Spolkového soudního dvora. Hranice mezi soudcovským právem (soudcovskou tvorbou práva) a soudcovským dotvářením práva na samotné hraně psaného zákona je přirozeně plynulá a představuje stálý spor v právní metodologii.⁵² Sama ústava je tím dotčena. Např. Spolkový ústavní soud vytěžil z obecné svobody jednání a lidské důstojnosti vlastní základní právo na informační sebeurčení.⁵³ V některých oblastech musejí soudy napravit vědomou nečinnost zákonodárce. Nejvýznamnější příklad toho se nabízí v pracovním

⁴³ Viz KÖTZ, H. In: CLARK, D. S. *Essays in Honor of John Henry Merryman*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, s. 183, a pro anglické právo *Re OT Computers Ltd. (in administration)* [2004] EWCA Civ 653 [43], [2004] Ch. 417, [2004] 3 WLR, s. 886, [2004] 2 All ER (Comm), s. 331 (C.A., per Longmore L.J.); BRAUN, A. *American Journal of Comparative Law*. 2010, Vol. 58, s. 27; NEUBERGER, D. *Judges and Professors – Ships Passing in the Night? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2013, Jhrg. 77, Hf. 2, s. 233; FLOHR, M. *Judges and Legal Academics in England. Richter und Universitätsjuristen in England. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2013, Jhrg. 77, Hf. 2, s. 322.

⁴⁴ DAUNER-LIEB, B. – RUSCHE, T.-M. – UMANSKY, A. *GS Ulrich Hübner*. 2012, s. 629, 636.

⁴⁵ Zásadně WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. Auflage. 1972, s. 456–459, 506 an.

⁴⁶ Viz RHEINSTEIN, M. *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1970, Bd. 34, s. 1.

⁴⁷ Viz FLEISCHER, H. *Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2019, Hf. 24, s. 921 an.

⁴⁸ Obecně zejména PAYANDEH, M. *Judikative Rechtserzeugung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

⁴⁹ BGHZ 95, 330 – Autokran über BGHZ 115, 187 – Video, BGHZ 122, 123 – TBB und BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan bis BGHZ 173, 246 – Trihotel.

⁵⁰ BGHZ 83, 122 – Holzmüller und BGHZ 159, 30 – Gelatine I; BGH NZG 2006, s. 575 – Gelatine II.

⁵¹ BGHZ 146, 341 – Arge Weißes Roß.

⁵² Viz WANK, R. *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht*. Nomos, 2013; SCHMIDT, A. *Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

⁵³ Viz BVerfGE 65, 1 – Volkszählung; BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung; BVerfGE 120, 274 – Onlide-Durchsuchung.

právu: první senát Spolkového pracovního soudu (BAG)⁵⁴ vytvořil coby „náhradní zákonodárce“ pod dohledem prvního senátu Spolkového ústavního soudu německé právo stávky („pracovního boje“).⁵⁵ Nevyhnutelná, a dokonce žádoucí specializace činí ve svém důsledku nevyhnutelnou koordinaci mezi různými obory a dílčími disciplínami. Psychologicky lze tomu ovšem oponovat, stejně tak jako to podporovat či pozorovat s podvědomou nedůvěrou vůči jiným právním oborům.⁵⁶ Sotva však lze zabránit tomu, aby trestní, správní, finanční a sociální soudy nemusely řešit civilněprávní předběžné otázky, a právě tak ani tomu, aby civilní soudy nechaly nezodpovězené předběžné otázky veřejnoprávní a trestněprávní.

5.2.2 Komentáře jako charakteristický druh právní literatury

Charakteristickým druhem právní literatury v Německu je komentář k zákonu.⁵⁷ Němečtí právníci se orientují podle komentářů a tzv. převládajícího mínění (*herrschende Meinung* „h.M.“).⁵⁸ Komentáře jsou jejich pracovní pomůckou, po které sáhnou jako první. Věta „*quod non est in Palandto non est in mundo*“ (Co není v Palandtově komentáři k BGB, neexistuje – pozn. překl.) má pravdivý základ. Komentáře jsou prostými multiplikátory. Co není v žádném komentáři, má jen malou šanci, že bude použito. Naproti tomu komentáře potřebují kodifikace, psané právní akty, jako předmět své analýzy.⁵⁹ Komentář není učebnicí (*textbook*), ani žádnou příručkou (*répertoire*). Komentář je historicky⁶⁰ odpovědí na problémy zpozitivnění práva.⁶¹ Pro praktiky jsou komentáře obzvláště nápomocné, jelikož jsou praktici ve své práci konfrontováni zpravidla s výkladovými a aplikačními problémy jednotlivých právních předpisů, či dokonce jednotlivých skutkových podstat a právních následků jednotlivých právních předpisů, a již méně se zásadními koncepty a strukturami. Zvládnout tyto problémy pomáhá právě komentář.⁶² „*Existují dva druhy právnických knih: první jsou takové, které slouží k řešení problémů [...]; a k nim patří německé komentáře, které zde zaujímají nenahraditelné místo.*“⁶³

Anglicky psané komentáře k evropským pramenům práva vznikají v poslední době velmi pomalu; nikoliv náhodou jsou psány ve spolupráci s německými vydavateli těchto komentářů,⁶⁴ tedy současně jako export německé komentářové kultury.⁶⁵ Pionýrskou práci

⁵⁴ Např. BVerfGE 59, 231; BVerfGE 84, s. 212.

⁵⁵ Viz BAGE 1, 291; BAGE 23, 292 (Großer Senat des BAG) die Entscheidungen in AP zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁶ Viz MERKT, H. Geschäftsleiter zwischen Zivil- und Strafrecht: Die Perspektive des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 2016, Vol. 45, Iss. 2–3, s. 201, 202; FLEISCHER, H. Gesellschaftsrechtliche Zeitgeschichte im Fallformat. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2018, Hf. 7, s. 241, 242.

⁵⁷ Viz CORNELOUP, S. In: V. HEIN, J. – KIENINGER, E.-M. – RÜHL, G. (eds). *How European Is European Private International Law?* 2019, s. 255, 263 an.

⁵⁸ DAUNER-LIEB, B. – RUSCHE, T.-M. – UMANSKY, A. *GS Ulrich Hübner*. 2012, s. 629, 636.

⁵⁹ MANKOWSKI, P. *Neue Juristische Wochenschrift – aktuell*. 2019, Hf. 16, s. 19.

⁶⁰ Ke vzniku literatury jako druhu. Komentář HENNE, T. In: KÄSTLE, D. – JANSEN, N. (eds). *Kommentare in Recht und Religion*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 317; KÄSTLE-LAMPARTER, D. *Welt der Kommentare*. 2015.

⁶¹ CALLIESS, G.-P. In: KÄSTLE, D. – JANSEN, N. (eds). *Kommentare in Recht und Religion*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 381, 384–389.

⁶² Viz CORNELOUP, S. In: V. HEIN, J. – KIENINGER, E.-M. – RÜHL, G. (eds). *How European Is European Private International Law?* 2019, s. 255, 261 an.

⁶³ CALVO CARAVACA, A. L. R. Hüßtege/H.-P. Mansel (Hrsg.), BGB: Rom-Verordnungen, EuGüVO, EuPartVO, HUP, EuErbVO, Band 6. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2019, Vol. 11, No. 2, s. 824.

⁶⁴ Především HAILBRONNER, K. *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Community*. Wolters Kluwer, 2000, dnes HAILBRONNER, K. – THYM, D. *EU Immigration and Asylum Law*. 2nd edition. C. H. Beck – Hart – Nomos, 2016; MAGNUS, U. –

zde vykonaly komentáře k mezinárodním smlouvám mezinárodního práva veřejného.⁶⁶ V nejnovější době existují první anglicky psané komentáře k německým zákonům, především komentáře k BGB,⁶⁷ které jsou určeny pro použití v mezinárodním právním styku a pro čtenáře německé právní literatury. „*Kommentar goes international*“ je nejlepším důkazem otevřenosti a částečně i internacionalizace německého právního řádu; a naopak je komentář i určitým exportním úspěchem německé právní vědy.⁶⁸

6. Spolková republika Německo jako sociální tržní hospodářství

Značný vliv na právní kulturu státu vykonává jeho společenský a hospodářský řád. Ve všech bývalých členských státech RVHP to není nutné zdůrazňovat. Socialistický nebo komunistický stát spíše omezuje občanské svobody. Zejména nechrání soukromé vlastnictví jako institut, nýbrž jej potírá za účelem vlastního společenského pořádku a uspořádání společnosti. Tenduje k převzetí veškerého hospodářství do vlastní státní reže. Tržní hospodářství se naproti tomu zakládá na soukromém a podnikovém vlastnictví. V tržním hospodářství musí státní zákonodárství v oblasti hospodářského práva hledat rovnováhu mezi možnostmi soukromého hospodaření na straně jedné a přiměřenou kontrolou na straně druhé. Spolková republika Německo má zejména v oblasti kartelového práva od roku 1957 zvláštní ordoliberalní ražení. Sociální tržní hospodářství podmiňuje též minimální ochranu zaměstnanců a minimální zajištění jednotlivců.

7. Vědeckost vzdělávání právníků v Německu a její následky

7.1 Vědecký nárok právníckého vzdělání v Německu

Vzdělávání právníků v Německu se člení do dvou částí: teoretické univerzitní studium a praktická příprava (referendariát). Studium práva si nárokuje být vědecky zaměřené a není čistě jednosměrným odborným vzděláním. Požadavek vědeckého (teoretického) zaměření je vyjádřen v § 5a odst. 2 a odst. 3 věta první DRiG (zákona o soudcích):

„(2) Předmětem studia jsou povinné předměty a stěžejní oblasti s možností volby. Kromě toho je třeba vykázat úspěšně absolvovanou návštěvu teoreticky koncipovaného předmětu v cizím jazyce nebo úspěšně ukončený jazykový kurz práva; právo spolkové země může stanovit, že způsobilost cizího jazyka lze prokázat i jinak. Povinné předměty jsou základní oblastí občanského práva, trestního práva, veřejného práva a procesního práva včetně evropských přesahů, právněteoretické metody a filozofické, historické a společenské

MANKOWSKI, P. (eds). *Brussels Ibis Regulation*. 2007; MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *Brussels Ibis Regulation*. 2nd edition. 2012; MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *Brussels Ibis Regulation*. 2nd edition. 2016; CALLIESS, G.-P. (ed.). *Rome Regulations*. 2nd edition. Wolters Kluwer, 2015; MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *Brussels I bis Regulation*. Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016; MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *Rome I Regulation*. Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017; MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *Rome II Regulation*. Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019; ALTHAMMER, C. (ed.). *Brussels IIa – Rome III*. C. H. Beck – Hart – Nomos, 2019.

⁶⁵ CALLIESS, G.-P. In: KÄSTLE, D. – JANSEN, N. (eds). *Kommentare in Recht und Religion*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 381, 390.

⁶⁶ Především SIMMA, B. (ed.). *Charter of the United Nations*. 1995, dnes SIMMA, B. (ed.). *Charter of the United Nations*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012; SCHLECHTRIEM, P. (ed.). *CISG*. 1998, dnes SCHLECHTRIEM, P. – SCHWENZER, I. (eds). *CISG*. 3rd edition. 2019; TRIFFTERER, O. (ed.). *Rome Statute of the ICC*. 1999, dnes TRIFFTERER, O. – AMBOS, K. (eds). *Rome Statute of the ICC*. 3rd edition. C. H. Beck – Hart – Nomos, 2017; PROELB, A. (ed.). *The United Nations Convention on the Law of the Sea*. C. H. Beck – Hart – Nomos, 2017.

⁶⁷ DANNEMANN, G. – SCHULZE, R. (eds). *German Civil Code/BGB, Vol. I: Books 1–3*. C. H. Beck – Nomos, 2019.

⁶⁸ MANKOWSKI, P. *Neue Juristische Wochenschrift – aktuell*. 2019, Hf. 16, s. 19.

základy. Stěžejní oblasti slouží k doplnění studia, prohloubení s tím souvisejících povinných předmětů a ke zprostředkování interdisciplinárních mezinárodních aspektů práva. (3) Obsah studia reflektuje soudní, správní a advokátní praxi včetně k tomu požadovaných způsobilostí, jakými jsou vyjednávání, komunikace, rétorika, řešení sporů, mediace, výslechová praxe a další.“

Je přirozené, že vědecké (teoretické) zaměření právního univerzitního studia je určitým ideálem, respektive postulátem. V reálné praxi a v jeho implementaci existuje několik omezení. Na všech právnických fakultách Německa je však požadováno, aby studenti sepsali v průběhu studia domácí práci a strávili jejím vypracováním několik týdnů ve všech třech hlavních odvětvích a v stěžejních oblastech, anebo sepsali seminární práci jakožto předpoklad připuštění k univerzitní zkoušce. Tyto nevyhnutelné předpoklady nutí studenty k hlubokému a intenzivnímu studiu práva. V mnohých spolkových zemích je domácí práce součástí samotné univerzitní zkoušky. V rámci druhé právní (státní) zkoušky po absolvování referendariátu byly ale dřívější požadavky na domácí práci již zrušeny. To je zcela logické, neboť referendariát slouží praktickému, a nikoliv teoretickému vzdělání.

7.2 Dialog mezi soudy a právní naukou

7.2.1 Dialog prostřednictvím soudních rozhodnutí a časopiseckých článků

Soudní judikatura v Německu se vyznačuje zejména ve vyšších instancích velmi frekventovaným a intenzivním dialogem s právní naukou.⁶⁹ Nejvyšší soudy dokonce považují za samozřejmé, že jejich rozhodnutí a soudní dotváření práva je doprovázeno příspěvkem nauky na vysoké úrovni, které prohlubují soudcovské právo.⁷⁰ Německo má dlouhou tradici extenzivního citování publikací. „Vědecký aparát“, tj. důkazy (citace), jsou zejména v mnoha rozhodnutích nejvyšších soudů, ale dokonce i v rozhodnutích jiných soudů, mimořádně působivé. Citace a poukazy na diskurz v nauce přitom poskytují racionální důkaz pro rozhodnutí. Potud působí právní nauka na soudnictví prostřednictvím svých absolventů – soudců.⁷¹ Právní nauka hraje svoji roli i v „písenném“ dialogu prostřednictvím článků a komentářů v časopisech k rozhodnutím a recenzí rozhodnutí a komentářů, které se zabývají soudními rozhodnutími. Při svém výstupu je práce soudce přirozeně soustředěna na konkrétní případ a neorientuje se na systém práva.⁷² Soudci si jsou však velmi dobře vědomi toho, kdy jde pouze o rozhodnutí konkrétního případu a kdy se jedná o rozhodnutí, které přesahuje jednotlivý případ, a jedná se tedy o jakýsi stavební kámen rozvoje práva.⁷³

Zajisté však je třeba též vidět, že publikován je pouze zlomek vydávaných rozhodnutí, a to ať již v tištěné nebo elektronické podobě. Velká většina v Německu vynesených rozhodnutí publikována není. To platí především o rozhodnutích soudů prvních instancí.

⁶⁹ RENNERT, K. [Präsident des BVerwG]. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2019, Hf. 17, III = JA. 2019, Hf. 8, I = RENNERT, K. – DOMGÖRGEN, U. Horst-Sendler-Preis des Bundesverwaltungsgerichts. *Die Öffentliche Verwaltung*. 2019, Hf. 18, s. 713.

⁷⁰ RENNERT, K. [Präsident des BVerwG]. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2019, Hf. 17, III = JA. 2019, Hf. 8, I = RENNERT, K. – DOMGÖRGEN, U. Horst-Sendler-Preis des Bundesverwaltungsgerichts. *Die Öffentliche Verwaltung*. 2019, Hf. 18, s. 713.

⁷¹ MANKOWSKI, P. *Neue Juristische Wochenschrift – aktuell*. 2019, Hf. 12, s. 19.

⁷² RÖHRICHT, V. Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 1999, s. 445, 453.

⁷³ Viz HABERSACK, M. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2017, s. 813, 833.

Prvoinstanční rozhodnutí (rozhodnutí okresních soudů) se tedy na tomto dialogu prakticky nepodílejí. Typické rozhodnutí okresního soudu neobsahuje žádné odkazy na literaturu. Slouží pouze k vyřešení konkrétního případu. Těžiště zpravidla spočívá v konkrétních skutkových okolnostech, nikoliv v právních analýzách. Tak totiž nelze zvládnout pracovní nápor v době stále komplexnějších případů a personálně nevybaveného německého soudnictví. Ideál dialogu uskutečňují především vyšší soudy, které mají často vědecké spolupracovníky (asistenty). Pro vědecké spolupracovníky, kterými jsou zpravidla ctižádostiví soudci nižších instancí, je povýšení k vyššímu soudu vyznamenáním a velkou příležitostí dalšího postupu. Vědečtí spolupracovníci Spolkového soudního dvora jsou po svém návratu na svůj soud velmi rychle povyšováni na místa soudců odvolacích soudů a mají lepší šanci vrátit se k Spolkovému soudnímu dvoru jako soudci. Na ně se soustředí pozornost přátelských, vlídných, ale náročných soudních správ v jednotlivých spolkových zemích, které se starají o personální zabezpečení soudů. Tito spolupracovníci se proto typicky usilují o co nejvyšší kvalitu své práce při přípravě rozhodnutí.

7.2.2 Dialog na základě přímé výměny názorů na etablovaných fórech

V mnoha právních oblastech dialog nespočívá jenom ve výměně názorů obsažených v publikacích na jedné straně a v soudních rozhodnutích na straně druhé. Postupně se totiž etablovala fóra, která slouží k přímé výměně názorů mezi akademiky a soudci. To se děje o to snadněji a o to intenzivněji, čímž specializovanější jsou jednotlivé soudní instance. V soukromém právu jsou takovými příklady právo obchodních společností (doména II. civilního senátu Spolkového soudního dvora – BGH), insolvenční právo (doména IX. Senátu BGH), bankovní právo (doména XI. Senátu BGH) a rodinné právo (doména XII. Senátu BGH). Zejména sympozia časopisů ZGB a ZGR jsou korporátními právníky vysoce žádaná.⁷⁴ Vysoký vzájemný respekt mezi soudci a akademiky z oblasti korporátního práva je zdůrazňován odedávna.⁷⁵ Nauka má tak v mimořádném rozsahu naději se etablovat⁷⁶ a ovlivňovat soudcovské dotváření práva.⁷⁷ Pozoruhodné je, že německá judikatura nejvyšších soudů cituje i kritické názory, aniž by je však přejímala, takže citační praxe těchto soudů je postupně spíše důkazem dialogu s naukou než důkazem souhlasu s jejími názory, a tedy jejím odměněním nebo dokonce sankčním nástrojem.⁷⁸ „Mrtvolné ticho“, tedy výslovná ignorance, by naproti tomu byla hrozbou a mohla vést k monopolizaci a omezování názorů.⁷⁹ Ve vztahu k unijním soudům naráží naproti tomu dialog hlavních hráčů rychle na institucionalizované hranice, a to v důsledku nedostatku specializovaných soudů a rozdílné úrovně vzdělání a právních tradic.⁸⁰

⁷⁴ FLEISCHER, H. *Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken*, s. 921, 925.

⁷⁵ FISCHER, R. (svěho času předseda II. Civilního senátu BGH). *FG Otto Kunze*. 1969, s. 95; MÜLBERT, P. O. *Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2014, Jhrg. 214, Hf. 1–2, s. 188, 291.

⁷⁶ FLEISCHER, H. In: ENGEL, C. – SCHÖN, W. (eds). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 50, 51–55.

⁷⁷ MÜLBERT, P. O. *Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2014, Jhrg. 214, Hf. 1–2, s. 188, 293.

⁷⁸ Srov. *Ibidem*.

⁷⁹ WAGNER, G. In: DREIER, H. (ed.). *Rechtswissenschaft als Beruf*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, s. 66, 93; obdobně KUMPAN, C. *Diskussionsbericht zum Referat von Peter Mülberty*. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2014, Jhrg. 214, Hf. 1–2, s. 305 an.

⁸⁰ HABERSACK, M. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2017, s. 813, 824.

7.3 Dialog mezi zákonodárcem a právní naukou

V Německu existuje dialog též mezi zákonodárcem a právní naukou, i když je méně zřetelný a méně intenzivní než dialog mezi soudy a právní naukou. Na straně právní nauky je však zcela zřetelný, jelikož němečtí akademici analyzují v převažující většině platné právo. Píší komentáře a zamýšlejí se nad konstelacemi, které se ještě v uveřejněných soudních rozhodnutích nevyskytovaly, avšak lze se jich v budoucnu dočkat. Na tomto základě přemýšlejí nad dalším vývojem, změnami a korekturami existujícího práva z pohledu *de lege ferenda*. Právní nauka je tak jakousi základnou dynamického rozvoje práva a jeho nutného přizpůsobení se měnícím se společenským a technologickým podmínkám. Praktici tyto vývojové tendence pocítují a musí je řešit od jejich samotných začátků. Avšak právní nauka jako celek má k dispozici větší časový rámeček, víc sil a větší nezávislost k tomu, aby mohla provádět analýzu a syntézu.

Mnozí vysocí ministerští úředníci se zúčastňují na různých fórech dialogů mezi soudy a právní vědou.⁸¹ Tím se rozšiřuje dialog na trialog. Často jsou příslušní ministerští úředníci též prvními komentátory zákonů, které sami vytvářeli. Tzv. komentář referentů je v Německu vlastním literárním žánrem, i když se vlastně týká určitého subjektivního způsobu výkladu. Ministerští úředníci tak sledují cíl spočívající v tom, aby diskuse o jejich produktu tvořivé duševní činnosti byla zahájena a ubírala se pro ně přijatelným způsobem.⁸²

V mnoha oblastech zvou ministerstva dokonce zcela záměrně akademiky do svých poradních orgánů, z nichž nejvýznamnější je Německá rada pro mezinárodní právo soukromé (*Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht*).⁸³ Sice nikoliv pravidelně, ale přesto relativně často, se citují v důvodových zprávách k zákonům názory právnícké literatury.⁸⁴

7.4 Dialog mezi advokáty a právní naukou

Advokáti jsou tvůrci právní praxe. Činí tak v malé míře i v rámci své soudní (forezní) činnosti. Tato soudní (procesní) činnost se odehrává z velké části před soudy nižších instancí. Pro zpracování a přípravu podání mají omezené časové možnosti. Skutkové a důkazní otázky proto převažují. Práce se soustřeďuje na subsumpci, nikoliv na abstraktní otázky, které jsou pro právo a jeho rozvoj nejdůležitější.

Právně literární činnost advokátů nesleduje ani v Německu vždy čisté poznání práva, tedy jeho pokrok, o který jde právní nauce. V mnoha případech také v Německu vznikají články, které mají spíše reklamní charakter a slouží k zvýšení atraktivity advokáta, jeho kanceláře a k nalákání nových klientů. Vedle toho existují příspěvky, jež ukazují úroveň advokáta s ohledem na vývoj práva a prezentují tak důkaz o oprávněnosti jeho postavení na trhu advokátních služeb. Příklady lze najít především u odborných advokátů (*Fachanwalt*) v oblasti korporátního práva, a to zejména v časopisech, jež se na tuto právní oblast specializují,⁸⁵ jakož i u odborných advokátů v oblasti IT práva, a to opět v časopisech, jež

⁸¹ FLEISCHER, H. *Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken*, s. 921, 925.

⁸² Potěšujícím způsobem velmi otevřeně SEIBERT, G. *FS Gerhard Wiedemann*. 2002, s. 123, 128.

⁸³ K tomu především KRAUSE, L. *Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

⁸⁴ Např. Bundestagsdrucksache 13/10244; Bundestagsdrucksache 16/10144.

⁸⁵ Především GmbHR, NZG a AG; kromě toho ZIP, WM, BB a DB.

tuto oblast tematizují.⁸⁶ Pozoruhodné a nápadné bylo například sledovat celou vlnu článků, které vrhly na trh celé týmy významných advokátních kanceláří v oblasti mezinárodního hospodářského práva v roce 2009, když se transakce týkající se nákupu a prodeje podniků, které představují základní agendu těchto velkých advokátních kanceláří, dostaly pod tlak regulace německého práva zahraničního obchodu.⁸⁷ Jinou kategorií příspěvků jsou články, které vycházejí z konkrétních případů a které mají za účel ovlivnit mínění tak, aby bylo příznivé pro vlastní věc jejich autorů. Vrchol v tomto směru dosahují poznámky a komentáře k rozhodnutím soudů z pera zástupců stran, kteří vystupovali jako advokáti v daných případech, anebo dokonce ještě jako advokáti vystupují, jelikož jde o neskončené případy.

8. Kultura německé právní nauky

8.1 Základní systematický charakter německé právní nauky

Kultura právní nauky v Německu je dodnes primárně podmíněna německou dogmatikou. Ta se zasazuje o budování systému. Jejím účelem je tvorba vnitřně bezrozporných systémů, s jejichž pomocí lze v zásadě konzistentním způsobem řešit prakticky veškeré konkrétní případy. Technika subsumpce a syllogismus jsou téměř svatými nástroji. Tím se uplatňuje opět silný vliv techniky řešení jednotlivých případů (v civilním právu jde např. o metodu založenou na řešení jednotlivých nároků), a to již od prvních ročníků právnických fakult při vzdělávání každého německého právníka. Již pandektní nauka 19. století se upsala specifickému chápání nauky, které je určující do dnešní doby. Právní nauka je naukou o právu – vědou o právu. To lze s trochou přehánění připsávat vědeckému ideálu německého idealismu, který vychází ze spojení všech jednotlivých poznatků k celkovému systému.⁸⁸ Proto je německá právní nauka ve své podstatě též orientována na konkrétní použití v právní praxi. Přehnaně metafyzicko-filozofické směřování je jí v zásadě cizí.

8.2 Základní obory, výkladový kánon a jednotlivé právní disciplíny

Tzv. základní obory existují paralelně k vlastním určujícím pilířům právnického vzdělání. Ekonomická analýza se sice v Německu uchytila, avšak nedosáhla zdaleka takového významu jako je tomu v USA. Německá právní nauka má totiž příliš ráda svůj dialog s praxí a vliv na praxi je jí příliš drahý na to, aby se věnovala, jak tomu je v USA, přehnanému

⁸⁶ CR, MMR, K&R, ITRB.

⁸⁷ KOLLMANN, K. *AW-Prax.* 2009, s. 205; KRAUSE, H. Die Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes und ihre Auswirkungen auf M&A-Transaktionen mit ausländischen Investoren. *Betriebs-Berater.* 2009, Hf. 21, s. 1082; MARQUARDT, U. – PLUSKAT, S. Die Kontrolle von Unternehmenserwerben nach dem novellierten AWG. *Deutsches Steuerrecht.* 2009, Hf. 26, s. 1314; MÜLLER, H. – HEMPEL, R. *Neue Juristische Wochenschrift.* 2009, s. 3238; REINHARDT, W. – PELSTER, A. Stärkere Kontrolle von ausländischen Investitionen – Zu den Änderungen von AWG und AWV. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht.* 2009, Hf. 12, s. 441; V. ROSENBERG, O. – HILF, J. – KLEPPE, M. *Der Betrieb.* 2009, s. 831; SCHÄFER, M. – VOLAND, T. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht.* 2008, s. 166; SEIBT, C. H. – WOLLENSCHLÄGER, B. Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts. *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.* 2009, s. 833; TRAUGOTT, R. – STRÜMPPELL, P. *Die Aktiengesellschaft.* 2009, s. 186; VOLAND, T. Freitag, der Dreizehnte – Die Neuregelungen des Außenwirtschaftsrechts zur verschärften Kontrolle ausländischer Investitionen. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.* 2009, Hf. 15, s. 519; VOLAND, T. Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Investitionskontrolle im Außenwirtschaftsrecht – Fiat iustitia?! *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.* 2010, Hf. 4, s. 132.

⁸⁸ Takto AUER, M. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag.* Berlin: De Gruyter, 2017, s. 509, 514.

teoretizování,⁸⁹ a tím se praxi vzdálila. Zejména tzv. „formalizace“ a matematizace práva Německo zatím nedobily.⁹⁰ Podněty ze sousedních disciplín německá právní věda sice vítá, je však otázkou, co se v ní zakoření. Ekonomická analýza práva je určitým obohacujícím právníckého metodologického arzenálu, představuje však jen jednu z mnoha metod a zdaleka ne metodu hlavní. Savignyho čtyřspřeží sestávající z gramatického, systematického, historického a teleologického výkladu bezkonkurenčně převládá. Všechny jiné metody, dokonce i ústavně- a evropskoprávně konformní výklad, jsou jen doplňkem tohoto kánonu. Interdisciplinarita se pěstuje pouze na vnějších okrajích právní vědy, zejména v kriminologii. To je ovšem logické, představíme-li si právo jako galaxii s centrem v jeho středu. S vnějším světem se tak stýká pouze svými okraji, nikoliv svým centrem.

8.3 Diferenciace právní nauky

Soukromé právo, veřejné právo a trestní právo jsou a zůstávají klíčovými pilíři práva. Tyto tři pilíře jsou ale stále více vnitřně diferenciovány a specializovány. To je ovšem přirozený vývoj: čím starší je právní systém, tím intenzivněji se uskutečňuje jeho vývoj v konkrétnostech. Jeho jednotlivé části se vzájemně upevňují, ale také rostou. Diferenciace právní nauky je jen logickým následkem diferenciací práva, diferenciací práva je zase jen reakce na požadavky společenské skutečnosti a růstu právní regulace života.⁹¹ Německá kultura právní nauky je určována jednotlivými disciplínami a jejich částmi. Nejen interdisciplinarita, ale dokonce i interdisciplinarita mezi jednotlivými dílčími disciplínami, jsou výjimkami. Navzdory tomu holduje německé právníké vzdělání ideálu univerzálního právníka. Právník univerzální génius však již dávno vymřel. Snad jím byl Josef Kohler,⁹² který zemřel v roce 1919 jako poslední německý univerzální právník.⁹³ Žil ovšem před rozvojem veřejného práva a před příchodem práva evropského.⁹⁴ Vzdor modelu právníké vzdělání, kterým je univerzální právník, nemůže nikdo zvládnout všechny dílčí předměty na vědecké úrovni stejnou měrou. Dnes je civilista v nejlepším případě amatérem ve veřejném nebo v trestním právu, jestliže si vůbec troufá se k těmto oborům vyjádřit a překonat tak strach z vlastního diletantismu; obráceně⁹⁵ platí totéž o právnících veřejného práva v právu civilním.

Závěr

Právní kultura je velkým pojmem – a pojmem otevřeným. Každý právník jej musí sám za sebe osobně vyplnit, a to podle vlastního kumštu a intuice. Moje krátká procházka právní

⁸⁹ Fundamentálně kritika in: POSNER, R. A. *Divergent Paths – The Academy and the Judiciary*. Harvard University Press, 2016.

⁹⁰ MANKOWSKI, P. *Neue Juristische Wochenschrift – aktuell*. 2019, Hf. 20, s. 19.

⁹¹ HILGENDORF, E. Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft. *Juristenzeitung*. 2010, Jhrg. 65, Hf. 19, s. 913, 916.

⁹² K osobě a dílu např. OSTERRIETH, C. *Josef Kohler – Ein Lebensbild*. 1920; SPENDEL, G. *Josef Kohler – Bild eines Universaljuristen*. 1983; SPENDEL, G. In: BAUMGART, P. – SÜSS, P. A. (eds). *Lebensbilder bedeutender Würzburger Professoren*. 1995, s. 178; GROSS, N. *Josef Kohler – Lebenspfade eines badischen Universaljuristen*. 2009; GROSS, N. *Josef Kohler – Das Leben eines Universalgelehrten. Zeitschrift für Geistiges Eigentum*. 2014, Jhrg. 6, Hf. 4, s. 407; GROßFELD, B. *FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*. De Gruyter, 2010, s. 375.

⁹³ MANKOWSKI, P. – BOCK, S. Brutscher: Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts bei Sachverhalten mit Auslandsbezug -am Beispiel des § 242 StGB. *Juristenzeitung*. 2015, Jhrg. 70, Hf. 22, s. 1092.

⁹⁴ MANKOWSKI, P. *Neue Juristische Wochenschrift – aktuell*. 2019, Hf. 20, s. 19.

⁹⁵ Ibidem.

kulturou Spolkové republiky Německo reflektuje zcela zřetelně skutečnost, že jsem civilista, odborník na mezinárodní právo soukromé a komparatista. Svoji orientaci v právním systému bych však nechtěl ani popírat ani přehánět. Právní teoretik by postupoval zcela jinak a podstatně důkladněji. Právní historik by nás provedl s naprostou jistotou a bravurou dějinami. Odborník veřejného práva by jistě velmi zdůraznil význam ústavního práva a práva správního, tyto obory by u něho hrály rozhodující úlohu. Trestní právník by se zase zaměřil na význam své disciplíny. To vše přiznávám. Nešlo mně totiž o to prezentovat svoji velkou teorii práva. Taková ambice by byla nepřístojná, a širokému tématu právní kultury naprosto nepřiměřená. Právní kultura je dynamická. Žije v právní realitě, nikoli v teorii.

Legal Culture – on the Example of the Legal Culture of the Federal Republic of Germany

Peter Mankowski

Abstract: Legal culture is an open phenomenon lacking a clear definition. Some fundamental qualities can be ascribed to it, though it is dynamic, not static. It pervades all branches and sub-branches of the law. It embraces private law, criminal law and public law alike. It is deeply influenced by the prevailing understanding of law and a society in a given State, in particular by that State's constitutional law. Legal culture is formed not by the jurists and their discourses alone, but also by the general public. Besides the respective national legal cultures of its Member States, by now there exists a genuine European legal culture, at least within the EU. By contrast, a global legal culture cannot be identified. Taking the legal culture of the Federal Republic of Germany as but one example for a certain national legal culture, some dominating features emerge: Germany is a constitutional state and strictly subject to the rule of law. The Grundgesetz is a true 'Basic Law' and fundament. Since the 19th century, Germany has a great tradition of codified law. A tetralogue between the judiciary, the legal profession, the legislating instances and academia informs German law. The germane and most influential mode of legal publications is the commentary, for instance the Palandt. Academic writing in Germany still is predominantly dogmatic. It is characterized by a more and more raising specialization.

Keywords: legal culture, dynamic phenomenon, national legal culture, European legal culture, rule of law, codified law, tetralogue between judiciary, legal professions, legislating instances and academia