

1 POJEM A METODA PRÁVA INFORMAČNÍCH TECHNOLOGIÍ¹

1.1 Identita oboru

Typickým znakem vývoje práva informačních technologií v uplynulém půlstoletí byl vcelku pochopitelně postupný přechod od obecných otázek ke konkrétním problémům. Zatímco se původní věda práva informačních technologií zabývala v sedmdesátých letech povětšinou základními axiomy tohoto oboru, jakými jsou informační život člověka nebo právní povaha informačního automatu, mají dnes v agendě této nové právnické disciplíny jednoznačně navrch na první pohled na sobě vzájemně nezávislé vysoce specializované problémy, jakými jsou například online užití autorských děl nebo soukromoprávní odpovědnost za újmu způsobenou autonomními systémy.²

Je v této souvislosti téměř neslušné, pokud se dnes někdo označí za odborníka na právo informačních a komunikačních technologií, neboť již není v lidských silách obsáhnout do důsledku detailní aspekty všech možných jeho podoborů. Míra podrobnosti, do níž je k adekvátní odborné orientaci nutno dnes znát příslušnou legislativu, judikaturu a doktrínu, tedy zájemce o obor práva informačních a komunikačních technologií nutí k velké specializaci. V opačném případě, tj. pokusí-li se někdo důsledně obsáhnout naráz více relativně nezávislých subdomén práva informačních technologií, skončí obvykle (po právu) s pověstí dileta.

Tlak na specializaci působený rostoucí masou odborných poznatků s sebou samozřejmě nese zvyšování kvality jednotlivých podoborů. Problémovým vedlejším efektem však je postupné zapominání na fundamentální myšlenky oboru práva informačních a komunikačních technologií, které původně určovaly společný základní směr vývoje dnes již jeho relativně nezávislých podoborů.

Tyto základní regulatorní ideje nemusí být samozřejmě explicitně přítomny v odborném nebo aplikačním diskurzu a bohatě stačí, pokud jsou implicitně přítomny v konkrétních institutech a procedurách. Problém však představují oblasti, které se v právu informačních a komunikačních technologií objevují zcela nově, typicky v návaznosti na technologický vývoj nebo doposud nevídané společenské využití

¹ Tato kapitola je založena na výsledcích výzkumu financovaného projektem GA17-20645S.

² U nás jsme tento posun mohli pozorovat v publikacích Viktora Knappa. Zatímco jeho monografie z r. 1963 je obecně zaměřena, objevují se v práci z r. 1988 už náznaky partikulárních pododvětví práva informačních technologií (které Knapp po německém vzoru ještě nazýval „právní informatikou“. Viz KNAPP, V. *O možnosti použití kybernetických metod v právu*. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1963 a KNAPP, V. *Právo a informace*. Praha: Academia, 1988.

stávajících technologií. V případech doposud nepoznaných technologických a společenských fenoménů je totiž třeba definovat relativně nově základní parametry příslušné regulační agendy a k tomu je nutno vycházet z vysoce abstraktních fundamentálních maxim. V právu se tím pádem sice neobjevuje nic úplně nového, ale míra relativní jinakosti příslušných fenoménů oproti tomu, co v praktickém právu dobře známe, nás nutí orientovat se výlučně na užití základních nástrojů.

Tuto situaci lze přirovnat k orientaci člověka v prostoru. V hustě zabydleném moderním městě se člověk přesně orientuje podle konkrétních názvů a čísel ulic nebo dokonce podle souřadnic satelitní navigace. Městský člověk tím pádem prakticky nepotřebuje ovládat orientaci za užití kompasu nebo slunce – zčásti proto, že konkrétní nástroje, které má k dispozici, mu naprosto stačí a zčásti proto, že obecné nástroje nejsou dostatečně přesné, a tím pádem nemají dostatečnou relativní efektivitu. Pokud se ale městský člověk ocitne v prostoru, kde nemůže využít konkrétních orientačních nástrojů, jedinou možností jsou pro něj extrémně obecné, nepřesné, ale přitom nesrovnatelně univerzálnější instrumenty.

Právě proto, že se v právu informačních a komunikačních technologií vcelku pravidelně a často bez varování ocitáme v pozitivním právem doposud jen málo obydlených oblastech,³ je potřeba neustále věnovat obecné metodologii náležitou pozornost. Přestože jsme si tedy v oborech, jakými jsou například ochrana osobních údajů nebo právo doménových jmen, zvykli navigovat za užití vysoce přesných nástrojů prakticky s milimetrovou přesností, nesmíme ani tady ztratit schopnost poznat základní světové strany podle polohy slunce.

1.2 Metoda

V právu obecně rozeznáváme mezi třemi základními metodologickými přístupy. Vzájemně je můžeme rozlišit například prostřednictvím trojice účelů práva, jak je formuloval Gustav Radbruch,⁴ tj.:

- spravedlnost,
- právní jistota,
- praktická užitečnost (Holländer ji překládá jako všeobecné blaho⁵).

Spravedlnost je základním kamenem **přirozenoprávní metodologie**. Ta stojí na premise, že platnost práva lze empiricky dovést ze souladu s objektivně existující

³ Příkladem může být problematika právního pojetí autonomních systémů založených na technologii umělé inteligence – srov. např. ELLIOTT, D. Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence. *The Journal of Legal Studies*, 1984, č. 13, s. 113.

⁴ K aplikaci Radbruchovy struktury účelů v oboru práva informačních technologií viz SCHMIDT, A. Radbruch in Cyberspace: About Law-System Quality and ICT Innovation. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2009, č. 3(2), s. 195.

⁵ Pojem všeobecného blaha má v kontextu dalších dvou pojmů svůj nezpochybnitelný význam – praktická užitečnost totiž vedle gigantických kategorií spravedlnosti a jistoty působí poněkud banálně. Viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 74.

spravedlností. Různé přirozenoprávní přístupy se liší v pohledu na to, co je důvodem existence objektivní (materiální) spravedlnosti – může to být Vyšší moc, přirozenost nebo dokonce lidský intelekt.

Vlastní přirozenoprávní teorii má i sám obor práva informačních a komunikačních technologií. Důvodem platnosti právního pravidla je zde jeho soulad s definiční normou, tj. kódem determinujícím fungování příslušného segmentu uměle vytvořeného sociálního prostředí.⁶

Výhodou přirozenoprávního pojetí práva je bezesporu snaha o materiální soulad s empirickými parametry příslušného prostředí, ať jde o sociální systém, metafyzickou strukturu, přírodní situaci nebo prostor vytvořený uměle prostřednictvím informačních a komunikačních technologií. Zřejmou nevýhodou tohoto přístupu je především neschopnost člověka objektivně poznat tyto empirické parametry.⁷

Z toho plyne jednak nedosažitelnost dokonalého systému pravidel, tj. systému dokonale zrcadlicího příslušný přirozený řád. Ještě závažnějším nedostatkem přirozenoprávního přístupu k právu je jeho subjektivita vyskytující se jako důsledek toho, že se na realitu (resp. na určitý její segment) díváme každý jinak.

Právní jistota je naproti tomu dominantním účelem **pozitivistického přístupu** k právu. Pozitivistická metoda je založena na Humově premise pojmového oddělení bytí a měti,⁸ tj. faktů a pravidel. Pozitivistický pohled na právo vychází z předpokladu, že tautologické přírodní zákony⁹ (včetně přirozené spravedlnosti) jsou člověkem dokonale nepoznatelné. Namísto schopnosti poznávat přirozená pravidla však byla člověku dána schopnost pravidla originárně tvořit a v důsledku toho nemá právo (tj. soubor pravidel vytvořených legitimovaným člověkem) žádnou pojmovou souvislost s empiricky poznatelnou realitou.¹⁰

Pozitivistický přístup k právu není zatížen empirií a může být tím pádem zcela idealistický. Jeho definičním znakem a zároveň omezujícím faktorem je spolehnutí se na pozitivitu výsledných právních pravidel, tj. na jejich objektivní vnímatelnost. Pozitivistická metodologie se tedy nemůže spoléhat například na metafyzické apendixy práva.

Extrémistickou formou právního pozitivismu je formalismus. Tento výraz, který se v naší praxi vžil téměř ve smyslu nadávky, označuje přístup k právu považující

⁶ Teze, že kód je zákonem internetu, se pak stala základem řady navazujících polemik a studií – první monografickou publikaci postavenou na této tezi, tj. *Code and Other Laws of Cyberspace* pak její autor Lawrence Lessig dále doplnil a vydal jako LESSIG, L. *Code V. 2*. New York: Basic Books, 2006.

⁷ Jedinou výjimkou je v tomto směru uměle vytvořená „enkáva, kde život nachází svůj domov“. Její parametry jsme schopni poznat dokonale a beze zbytku – podrobněji viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 181.

⁸ Viz HUME, D. *A Treatise on Human Nature*. Project Gutenberg, 2003. Volně ke stažení na adrese <www.gutenberg.org/etext/4705>.

⁹ Tautologii jako znak přírodního zákona zdůrazňuje i Kelsen nebo Engliš – srov. ENGLIŠ, K. Kritika normativní teorie. In WEINBERGER, O. (ed.) *Brněnská škola právní teorie*. Praha: Karolinum, 2003, s. 203.

¹⁰ Tato metodologická teze (resp. tzv. postulát ryзости) je základem ryzí nauky právní. Viz KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 147.

za legitimní pouze takové pravidlo, které je kompletně vyjádřeno objektivně vnímatelnou formou. V tomto pojetí je právem to, a pouze to, o čem *expressis verbis* hovoří slova zákona.¹¹

Tento přístup lze poměrně snadno kritizovat – například proto, že člověk prostě nedokáže vytvořit dokonalý formálně-logický systém (v tomto případě systém zákonného práva) tak, aby byl výsledek komplexní (nespoléhal na vnější obsah) a zároveň vnitřně nerozporný.¹² Na druhou stranu však máme pro formalistické vidění práva i jeden velmi pádný argument – člověku jako adresátovi právních norem by totiž právo mělo být pozitivně dostupné, tj. měl by být schopen se s ním dokonale seznámit. Pokud má být součástí platného práva i cosi, co není objektivně vnímatelným způsobem (slovy zákona) vyjádřeno, těžko lze hovořit o vládě práva a spíše jde o vládu kdejakého chytrolína schopného číst mezi řádky.¹³

Nejvyšší formou právního pozitivismu je ryzí nauka právní. Od dopadů Gödelova teorému neúplnosti ji chrání koncept Grundnormy a nezávisí ani na schopnosti člověka dokonale formalizovat (formulovat) právní pravidla, neboť rozlišuje mezi normou a výpovědí o normě. Ryzost, tj. oddělení originárně tvořených pravidel od empirických faktů, je u této koncepcie zdrojem nedostižné integrity, konzistence a logické dokonalosti.¹⁴ Zároveň však se jedná o aspekt exponující platné právo zvláště zákonodárce. Ryzí nauka totiž postrádá mechanismus externí verifikace platnosti morálně vadného pravidla, neboť nepočítá s výskytem amorálního právotvůrce.¹⁵

Obdobně má ryzí přístup k právu značné rezervy v otázce efektivity vzhledem k technologicky determinovanému prostředí. Idealistická nátura pozitivismu totiž příslušná pravidla zcela oprošťuje od empirických limitů příslušných technologií nebo od ekonomické reality. Z pohledu ryzí nauky tedy dokonalé řešení může být ve výsledku technicky neproveditelné nebo ekonomicky neúnosné.¹⁶

¹¹ Teoretické zdůvodnění formalismu viz např. v GREY, T. C. *The New Formalism. Stanford Law School, Public Law and Legal Series. Working Paper č. 4*, 1999, s. 16 a násled., volně ke stažení na adrese <www.ssrn.com/abstract=200732>. Z českých publikací viz např. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva AVČR, 2008, s. 234 a násled.

¹² Empirický důkaz nemožnosti vytvořit komplexní a zároveň nerozporný formálně-logický systém viz v GÖDEL, K. F. *On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems*, New York: Dover Publications, 1993.

¹³ Známým představitelem tohoto pojetí formalismu byl nedávno zesnulý soudce amerického Nejvyššího soudu Antonin Scalia – viz např. vzpomínku Roberts, J. G. In *Memoriam: Justice Antonin Scalia. Harvard Law Review*. 2016, č. 130(1), s. I.

¹⁴ Podrobněji k ryzí nauce právní viz shrnutí v článku KELSEN, H. *The Pure Theory of Law, Law Quarterly Review*. 1935, č. 51(3), s. 517.

¹⁵ Přílišné spoléhání se na přirozenou schopnost základních principů spravedlnosti prosadit se a tím danou orientaci na formu práva vyčítá Kelsenovi například Vladimír Čermák, když píše, že právo „je tedy právem nejen vzhledem ke své formě, ale současně i vzhledem ke svému obsahu. V období, kdy forma práva se zcela odpoutává od jeho obsahu, bývá právo vystaveno nebezpečí, že pozbude povahu práva vůbec“ – viz ČERMÁK, V. K některým otázkám Kelsenovy ryzí nauky právní. In BAROŠ, J. (ed.) *Vladimír Čermák – člověk, filozof, soudce*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 248.

¹⁶ S Danem Svantessonem přirovnáváme situaci, kdy se právo zcela rozchází s technologickou realitou, k budování Potěmkinových vesnic – viz POLČÁK, R., SVANTESSON, D. *Information Sovereignty. Cheltenham*. Edward Elgar Publishing, 2017, s. 6.

Třetí z dominantních metodologických přístupů, tj. pragmatismus, je primárně postaven na účelu praktické funkce, respektive toho, co Pavel Höllander shora označil za všeobecné blaho. Pragmatická metoda si tedy všímá především okamžitého užítku.

Východiskem pragmatického přístupu k právu je pozitivistická premisa oddělující od sebe pravidla a fakta. I pragmatismus tedy stojí na předpokladu, že právo je originárně tvořeno a platí díky legitimitě právotvůrce a proběhnutí formalizované právotvorné procedury. Oproti pozitivismu však pragmatismus není důsledný v aplikaci Humovy teze a zohledňuje tak různé relevantní empirické faktory, jako je například čas, ekonomická realita nebo technologické souvislosti.¹⁷

Pro obory práva, kde je podstatnou komponentou regulovaného substrátu technologie, se pragmatismus jeví být ideální metodologií. Může být částečně idealistický v tom, že pravidla nemusí na rozdíl od přirozenoprávní koncepce nutně stínovat empirickou realitu, avšak současně lze díky určitému zohlednění fakticity zabránit nerealistickým požadavkům právních pravidel vzhledem k technologiím nebo jiným relevantním faktorům. Pragmatismus tak vlastně jako jediný umožňuje metodologicky čistá právní řešení technologicky exponovaných společenských situací, která pružně reagují na stav techniky a její společenské reflexe.

Největší výhoda pragmatismu oproti ostatním dvěma metodologickým přístupům je současně jeho nejzávažnější slabinou. Pragmatický přístup totiž kvůli nedostatku idealismu může vést k tomu, že platné právo vlastně jen ospravedlňuje nedokonalost člověka, technologie, ekonomického systému nebo obecně prostředí, v němž se příslušná pravidla uplatňují. Ronald Dworkin v této souvislosti dokonce hovoří o pragmatismu jako o nástroji „idiotizace“ práva, neboť pragmatická cesta změkčování požadavků na základě empirické potřeby je jednosměrná, tj. pragmaticky koncipované pravidlo při svém generačním vývoji v důsledku celkové degenerace systému nikdy nepožaduje vyšší standard chování.¹⁸

Je pak nasnadě úvaha o tom, zda je horší, pokud soud například idealisticky přizná člověku ochranu práv, která ale v realitě nelze vymoci, nebo pokud v důsledku technických obtíží s výkonem otevřeně přizná, že právo objektivně neexistuje.

Skutečnost, že právo se svými restriktivními nároky někdy nestačí sekundovat přirozenosti informační sítě, dokládá i mediálně známý případ někdejšího prezidenta Mezinárodní automobilové federace FIA Maxe Mosleyho. Ten byl zachycen na choulostivém videu, kterak se, oděn do nacistické uniformy, oddává sexuálním radovánkám ve společnosti několika prostitutek. Video zveřejnil dnes již neexistující bulvární list *News of the World* na svém webu. Mosley se pak žalobou domáhal finančního zadostiučinění a rovněž odstranění videa z webových stránek deníku. Anglický soud mu sice zadostiučinění přiznal, nárok na odstranění videa z webu však zamítnul s poukazem na skutečnost, že by odstranění videa z jednoho místa stejně nevedlo k nápravě – video se totiž mezitím živelně rozšířilo po

¹⁷ Viz např. EASTERBROOK, F. Pragmatism's Role in Interpretation. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2008, č. 31(3), s. 901.

¹⁸ Viz DWORKIN, R. *Justice in Robes*. London: Belknap Press, 2006, s. 75 a násl.

celém internetu. Soudce k tomu v odůvodnění doslova uvedl (překlad RP):¹⁹ „(...) dospěl jsem k závěru, že předmětný materiál je tak široce dostupný, že by příkaz k jeho odstranění ve smyslu návrhu vedl jen k nepatrnému rozdílu oproti současné situaci. Někdo by tento závěr mohl brát tak, že pan Mosley už nemá žádná oprávněná očekávání ohledně soukromí ve vztahu k předmětnému veřejně známému materiálu nebo, i pokud by snad taková očekávání měl, že tím, že tento materiál v takovém rozsahu vstoupil do veřejné sféry, prakticky nezůstává nic, co by právo mělo chránit. Přehrada v tomto případě prostě praskla. Dospěl jsem, byť s určitými výhradami, k závěru, že přestože je předmětný materiál protiprávní a ponižující, a přestože zde není ani žádný legitimní veřejný zájem na jeho dalším zveřejnění, že vydat v tomto okamžiku příkaz proti žalovanému by představovalo jen zbytečné gesto. Každý, kdo má o to zájem, se k záznamu může jednoduše dostat a není tak důvod zakazovat *News of The World* dále ukazovat, co už je nyní všem k dispozici.“

Na toto rozhodnutí reagoval Mosley podáním k Evropskému soudu pro lidská práva. Argumentoval v něm však už nikoli proti závěrům *High Court* ohledně praktické nesmyslnosti odstraňovacího nároku ale proti absenci institutu, který by ochránil poškozené. Takovým institutem by v podobných případech dle Mosleyho názoru měla být povinnost upozornit poškozeného ještě před tím, než dojde k publikaci příslušného materiálu. Rozhodnutí, kterým Evropský soud pro lidská práva Mosleyho nárok zamítnul, tak *de facto* nejen potvrdilo pragmatickou rezignaci na efektivní informační restrikci, ale též konstatovalo nemožnost obrany preventivním institutem.²⁰

Ještě horším příkladem pragmatického přístupu kritizovaného mimo jiné i Dworkinem pak je situace, kdy soud sice konstatuje ideální existenci subjektivních práv, ale tato nepřizná proto, že jejich výkon by byl prostě příliš drahý.²¹

Z výše uvedeného plyne, že k praktické práci s právem informačních a komunikačních technologií nemáme jinou volbu než pragmatickou metodu. Její důsledná aplikace by ale měla vést k tomu, že máme jasnou představu ohledně toho, v čem konkrétně a proč ustupujeme z obecného regulatorního ideálu (ať má takový ideál metafyzický charakter nebo je definován slovy zákona). K tomu je samozřejmě nutno příslušné ideály znát, to bez ohledu na to, do jaké míry nám současná technická nebo ekonomická realita umožňuje jejich skutečnou aplikaci.

Zjednodušeně řečeno tedy musíme připustit do určité míry idiotizaci práva v důsledku různých omezujících faktorů naší reality. Současně s tím však musíme v povědomí držet ideální obraz právních pravidel už jen proto, abychom mohli jejich virtuální existenci (k pojmu viz dále) konfrontovat s jejich existencí reálnou.²²

¹⁹ Viz rozhodnutí *High Court of Justice* ze dne 9. 8. 2008, č.j. [2008] EWHC 687 (QB). Dostupné z: <www.bailii.org>. Podrobněji viz např. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 330.

²⁰ Viz rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. 5. 2011, č.j. 48009/08 *Mosley v. United Kingdom*. Dostupné z: <www.echr.coe.int/hudoc>.

²¹ Srov. např. WESTMORELAND, R. Dworkin and Pragmatism., *Oxford Journal of Legal Studies*. 1991, č. 11, s. 174.

²² Jeden ze špičkových představitelů pragmatické filozofie Richard Rorty píše, že jednou z klíčových vlastností pragmatismu je osvobození se od neadekvátně omezujících pravidel vědeckých

1.3 Virtualizace

Máme za prokázané, že s vytvořením nového prostředí, kde život nachází svůj domov,²³ nevznikly právu žádné originální výzvy.²⁴ Právo tak v demokratické společnosti stále plní Platónem popsanou funkci nástroje k řešení přirozeného konfliktu, jehož podstatou je lidská nedokonalost.

Platón vysvětluje fundamentální teleologii práva následujícím dialogem.²⁵

„Kleiniás. (...) krétský zákonodárce nám stanovil všechny zákonné předpisy pro život veřejný i soukromý se zřetelem na válku (...)

Athéňan. (...) Co jsi stanovil jako znak dobře spravované obce, tím patrně myslíš, že má mít takové zřízení, aby ve válce vítězila nad ostatními obcemi. Tak?

Kleiniás. Ovšemže ano (...)

Ath. Nuže platí to snad o poměru obcí k obcím, avšak o poměru osady k osadě platí něco jiného?

Klein. Nikoli (...)

Ath. A což o poměru jednoho domu z těch, které jsou v osadě, ke druhému a o poměru muže k muži, jednotlivce k jednotlivci, platí ještě totéž?

Klein. Totéž.

Ath. O poměru k sobě samému si má člověk myslet, že to je jako poměr nepřítele k nepříteli? Či jak ještě soudíme?

Klein. (...) správně jsi dovedl tu myšlenku až k samému počátku, a tím jsi ji udělal jasnější, takže snáze nalezneš, že bylo od nás nyní správně řečeno, že i ve veřejném životě jsou všichni nepřáteli všem a také osobně jednotlivci sami sobě.

Ath. Jak to myslíš, ty podivuhodný muži?

Klein. A právě zde, hoste, vítězit sám nad sebou je ze všech vítězství nejpřednější a nejlepší, avšak podlehnouti přemožen sám od sebe je ze všeho nejhanebnější a zároveň i nejhorší. To jistě znamená, že v každém z nás je válka proti nám samým.“

Platón hovoří Sokratovými slovy o původu práva především ve vztahu k neustálé přirozené tenzi nejen mezi státy, městy, rodinami nebo jednotlivými lidmi, ale především k napětí mezi dobrem a zlem přirozeně se svářícími v každém člověku. Čermák pak neoddiskutovatelně analyticky dokládá, že demokracie jako nejvyšší reálně

i filozofických a přiblížení se tím reálnému životu – tím přímo popírá Dworkinův argument ohledně sebedestruktivnosti a stále rostoucí omezenosti pragmatismu (viz dále). Srov. RORTY, R. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. *Southern California Law Review*, 1990, roč. 63, s. 1811 a násl.

²³ Wiener doslova píše (překlad RP): „Vesmír jako celek projevuje sklon k zániku, existují jisté lokální enklávy, jejichž vývojová tendence, jak se zdá, je protichůdná vývojovým tendencím celého vesmíru, a v nichž se projevuje omezená a dočasná tendence k růstu a organizovanosti. A právě v některé z těchto enkláv nachází život svůj domov“ – viz WIENER, N. *Cybernetics: Or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1961, s. 13.

²⁴ Srov. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 372.

²⁵ Viz PLATÓN. *Zákony, kniha první*. Praha: OIKOYMENH, 2003, s. 27.