

Michal Šejvl

## KRITIKA LEGAL ORIGINS THESIS A POJEM PRÁVNÍ KULTURY

**Abstrakt:** Článek nejdříve prezentuje (na pozadí teorie „law and economics“) základní myšlenky autorů tzv. legal origins thesis, která (jednoduše řečeno) tvrdí, že pro ekonomický rozvoj země je výhodnější anglo-americký právní systém než kontinentální právní systém. Dále provádí kritiku této teze nejdříve z hlediska metodologického, kdy poukazuje na problematičnost sběru dat, výběru kritérií, kvantifikace kritérií a obecně na problematičnost empirických výzkumů v právu jako takových. Protože legal origins thesis pracuje s představou právního původu země, článek se dále věnuje problematickému nalezení právního původu právního řádu konkrétní země. Nakonec provádí analýzu pojmů právní kultury, velkého právního systému, právní rodiny a právní tradice, aby upozornil na to, že těchto pojmů rozdílně užívá právní komparatistika, právní sociologie a srovnávací právní historie. Závěr článku pak tvrdí, že pojem právní kultury nejspíše nepatří mezi diskursivní pojmy, a snaží se především v přístupu právní sociologie najít možnost, jak zlepšit budoucí výzkumy o vztahu právního systému a ekonomiky země. V samém závěru upozorňuje na nebezpečí takových výzkumů, kdy se hypotézy, které nejsou empiricky dobře ověřeny, začnou považovat za objektivně zjištěná fakta a z nich jsou pak vyvozena normativní doporučení.

**Klíčová slova:** legal origins, law and economics, empirické metody v právu, právní kultura, právní systém, právní tradice, sociologie práva, srovnávací právní historie, pojmová analýza

### ÚVOD

Legal origins thesis<sup>1</sup>, krátce řečeno, tvrdí, že pro ekonomický rozvoj země je důležitý „právní původ“ daného právního systému země, přičemž právním původem rozumí to, čemu se mezi právními komparatisty říká právní kultura, právní rodina či velký právní systém<sup>2</sup>. Dále ve své silné variantě (která zde bude představena a kritizována) tvrdí, že pro ekonomický rozvoj země je výhodnější common law než civil law<sup>3</sup>. Protože toto odvážné tvrzení, o němž zastánci této teze tvrdí, že je podloženo empirickými kvantitativními daty, se samozřejmě dotýká právní komparatistiky, tento článek se pokouší shrnout i základní momenty polemiky mezi zastánci teze a právními komparatisty. Právní komparatisté se totiž mohou cítit celkem pochopitelně zaskočení tím, že zastánci této teze, kteří vycházejí z úplně jiných metodických postupů, prohlašují tak ostré a zásadní teze, jaké se oni po dobu přinejmenším jednoho sta let (tak dlouho nejspíše existuje právní komparatistika jako samostatný obor) nikdy vyslovit neodvážili. Následující část představí základní názory legal origins thesis v kontextu „law and economics“. Poté bude

<sup>1</sup> Tento anglický název zde nebudu většinou překládat, příp. jej podle potřeby přeložím jako „tezi o právním původu“.

<sup>2</sup> V první části článku (než se pokusím o problematizaci pojmu právní kultury) budu používat termín „právní kultura“ jako synonymum pro velký právní systém, právní rodinu apod. Domnívám se, že tento úzus je v české právní literatuře celkem obvyklý – viz např. tuto citaci: „... zejména ve srovnávací právní vědě se mluví o právní kultuře (někdy též o právním stylu) ve smyslu historicky se vyvinuvšího způsobu tvorby práva a popř. specifických politickogeografických zvláštností chápání určitých právních institucí. V tomto smyslu se mluví o právních kulturách (v množném čísle), jež se třídí do tzv. velkých právních systémů (...), mluví se ale i o právní kultuře české, německé, italské, popř. i o právní kultuře středoevropské atd.“ KNAPP, V. *Teorie práva*, Praha: C. H. Beck, 1995, s. 28.

<sup>3</sup> Zde používám „common law“ jako synonymum pro angloamerický právní systém a „civil law“ jako synonymum pro právní systém kontinentální.

následovat část, kde bude podána kritika metody sběru a analýzy dat, kterou zastánci legal origins thesis tuto tezi odůvodňují.<sup>4</sup> Pak přejdu k ústřednímu tématu celého článku, totiž k problematickému pojmu právní kultury (a jeho potenciálním ekvivalentům jako je právní systém, velký právní systém, právní rodina či právní tradice, abych jmenoval ty nejčastější pojmy, které bývají ztotožňovány s pojmem právní kultury), jehož vyjasnění (či spíše pokus o jeho vyjasnění) považuji v celé diskusi za klíčový: Jestliže legal origins thesis používá jako zásadní kritérium pro ekonomický rozvoj země právní původ, je vhodné ukázat, v čem je tento pojem problematický. Zároveň bude poukázáno na to, jak jiná odvětví právní vědy (jako právní sociologie či srovnávací právní historie) mohou přispět do celé diskuse o vztahu práva a ekonomiky. V neposlední řadě pak analýza pojmu právní kultury (a jeho výše zmíněných potenciálních ekvivalentů) může zodpovědět otázku, zda je tento pojem klasifikační (criterial concept), anebo diskursivní (essentially contested concept).

## 1. PŘEDSTAVENÍ LEGAL ORIGINS THESIS

Ekonomie patří dnes zcela jistě mezi vědy, které mají největší ambice ovlivňovat náš každodenní život (což platí tím spíše v době ekonomické krize) – politici často rezignují na ideologie (pokud ekonomický přístup ke společenským problémům není sám ideologií), ale říkají nám třeba „it's economy, stupid!“; mnohé celostátní deníky obsahují přílohu o podnicích a trzích či byznysu, od ekonomů někteří očekávají „vyřešení“ našich společenských problémů, protože ekonomové jsou odborníci apod. Je tedy pochopitelné, že ekonomie brzy „dorazila“ i do právní vědy. Zcela jistě od devadesátých let je jedním z dominantních směrů nejen v teorii práva, ale v právní vědě obecně tzv. ekonomická analýza práva či, obecněji a přitom přesněji, „law and economics“ (používám tento anglický název, protože jeho český ekvivalent, třeba „právo a ekonomie“, se, domnívám se, ještě dostatečně nevžil), a to tak silně, že dnes i pro mnohé právníky ve střední Evropě je synonymem teorie práva právě „law and economics“. Jak stručně říci, o co v tomto teoretickém přístupu k právu jde? V zásadě se snad dá říci, že původní (starší) podoba „law and economics“ je právě ekonomická analýza práva jakožto mocný nástroj pro posuzování efektivity nějaké právní úpravy (např. se zabývá tím, jaká je nejefektivnější alokace nákladů, když nastane událost, na niž strany nepamatovaly při uzavírání smluv).<sup>5</sup> V takové ekonomické analýze jde tedy v zásadě o zkoumání efektivity nějaké právní úpravy (resp. její změny, ať již ji provádí zákonodárce, či soudce „dotvářející“ právo v aplikační praxi), může využívat matematických modelů (jejichž adekvátnost může právník, většinou v matematice nezběhlý, jen velmi omezeně kontrolovat) a jde tedy o analýzu, která může být pro právo přínosem. Novější podoba „law and economics“ však již vytvořila ucelenou a v podstatě na ostatních nezávisle existující teorii práva, která stojí na tom, že každý subjekt (např. nositel práv) maximalizuje svůj „zisk“ (např. práva subjektu jsou chápána jako jeho statek, s nímž si disponuje, jak chce). V tomto smyslu jde pak o to, že si tato teorie vlastně nárokuje monopol na racionalitu – subjekt, který se takto ekono-

<sup>4</sup> V této části článku budu vycházet především ze svého článku ŠEJVL, M. Legal origins thesis a její kritika. In: J. Suchoža – J. Husár (eds.). *Právo – obchod – ekonomika*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 254–278. Tento článek je volně dostupný v rámci celého sborníku na [www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik\\_23.pdf](http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik_23.pdf).

<sup>5</sup> K tomu viz např. COLEMAN, J. L. *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

micky chová, se chová racionálně. Ekonomie je pak automaticky viděna jako věda o racionálním uvažování, což samo o sobě může být zajímavé – „normální“ teorie se zabývají jen jedním segmentem přírodního světa či sociálního života a spoustu otázek ponechávají stranou (empirický sociolog nám např. neřekne, jak má být společnost racionálně uspořádána). „Law and economics“ se pak zabývá např. problematikou trestání, náhrady škody apod. a nic jí v zásadě nebrání, aby se aplikovala třeba i v rodinném právu. Může být zajímavé, že takto „law and economics“ vlastně nutně nepracuje s normativitou – subjekt se nutně nechová tak, jak po něm právo požaduje, ale chová se ekonomicky racionálně, což samozřejmě nemusí být totéž.

Přítom i tento „novější“ směr „law and economics“ má dle mého názoru vlastně dvě podoby, které zjednodušeně představím: Ta první, která je podle mne dominantní, je welfaristická. Vychází vlastně z utilitarismu, jehož cílem je maximalizovat nějaký „benefit“ (zisk, oprávnění, sociální statek apod.) pro co největší část společnosti – snaží se tedy o maximalizaci welfare (které lze asi těžko v tomto kontextu přeložit jako „blahobyť“, protože by čtenáři ihned v mysli „naskočila“ konotace „welfare state“ jako „stát blahobyť“ či „sociální stát“, přičemž vztah „welfarismu“ k „welfare state“ je problematický). Efektivní pro tuto variantu je pak v jistém případě i taková situace, kdy maximalizace welfare celé společnosti se děje na úkor welfare jedince, což je zjevně neliberální (pokud liberalismus budeme chápat jako morální či politickou teorii stavící na piedestal před všemi ostatními hodnotami respekt ke svobodě jedince), čímž mimochodem welfaristické pojetí „law and economics“ opakuje základní problém utilitarismu. Tak např. tzv. efficient breach of contract je názor z teorie smluvního práva, podle něhož je možné porušit smlouvu, pokud její porušení vede k efektivnějšímu výsledku (z hlediska společenského welfare) než její dodržení, resp. vymáhání jejího dodržení.<sup>6</sup>

Druhá varianta by se snad dala nazvat liberální, protože pracuje s autonomií jedince, která musí být vždy zachována. Nepopíratelná je zde přítom inspirace Hayekem, příp. možná v některých podobách i Nozickem. Je jí tedy blízká představa tzv. spontánního řádu, z něhož jaksi vzniknou společenské struktury. Legal origins thesis, kterou zde hodlám představit, by přítom měla být zařazena do této varianty, jak brzy uvidíme, snad s jedinou výhradou: „Law and economics“ se převážně věnují ekonomicky vzdělaní právníci, zatímco legal origins thesis je ve své původní podobě zcela výtvozem ekonomů. Hayekův spontánní řád je z tohoto úhlu pohledu vlastně pochopitelnou inspirací, protože je považován za jednoho z těch, kdo „vzkřísili“ liberální ekonomii (a možná i něco jako liberální ideologii) a zároveň nejznámějšího z liberálních ekonomů, který něco napsal o právu. Přestože Hayekovo dílo *Právo, zákonodárství a svoboda*<sup>7</sup> vedle zajímavých myšlenek o právu (třeba o ústavním uspořádání představených ve třetí části) obsahuje z hlediska práva i mnoho nepřesností a nesmyslů (které zde nehodlám rozebírat) je tato kniha, domnívám se, jedním z hlavních teoretických východisek právě „legal origins thesis“.

Představme nyní „legal origins thesis“: Na konci devadesátých let skupina ekonomů (zejména La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny mimo jiných – ale tyto autoři jsou s touto tezí tak úzce spjati, že se stalo zvykem označovat toto „tvrdé jádro“ autorů

<sup>6</sup> K tomu viz např. POSNER, E. Contract Theory. In: M. P. Golding – W. A. Edmundson (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford – Malden – Carlton: Blackwell Publishing, 2005, s. 138 a násl.

<sup>7</sup> HAYEK, F. A. von. *Právo, zákonodárství a svoboda. Nový výklad liberálních principů a politické ekonomie*. Praha: Academia, 1994 (orig. London, 1973).

zkratkou LLSV) začala zkoumat, jak právní regulace dané země ovlivňuje ochranu investic zahraničních investorů (přičemž větší ochrana investorů vede podle nich k většímu finančnímu rozvoji země). Tato skupina nejdříve ukázala, že právo té které země regulující ochranu investic (tedy z obchodního práva zejména právo korporační a insolvenční) může být „kódováno“ (tedy že jednotlivým institutům těchto právních odvětví mohou být přiřazeny nějaké proměnné a že tyto lze sestavit do nějaké škály) a sama provedla toto „kódování“ pro čtyřicet devět zemí. Závěrem tohoto výzkumu pak bylo, že velmi významným faktorem ovlivňujícím ochranu investic je to, jakou má země právní kulturu či právní systém – zatímco země common law (tedy země angloamerické právní kultury) podle výsledků tohoto výzkumu lépe chrání investory, země civil law (tedy země kontinentální právní kultury) poskytují naopak menší ochranu. Další výzkumy pak ukázaly, že v různých právních kulturách je rozdílná nejen ochrana investic, ale také státní vlastnictví bank a médií, rozdílné překážky pro vstup na trh (typicky v podobě administrativních opatření), různá míra regulace trhu práce, různé přístupy k vojenské službě (povinná vs. dobrovolná), různá míra nezávislosti soudnictví a různá míra formálnosti právních procesů. Ve všech těchto případech (podle LLSV) kladou země common law menší důraz na státní sektor a státní regulaci, zatímco země kontinentálního práva naopak státní sektor a regulaci zdůrazňují.<sup>8</sup> Původ právního systému té které země je tedy z hlediska ekonomického velmi důležitým faktorem celého hospodářského života. Jak píše sami autoři, původ práva (legal origin) chápou jako „styl sociální kontroly ekonomického života (a možná i jiných aspektů života). Ve své silné podobě (...) tvrdíme, že common law znamená strategii sociální kontroly, která chce podporovat výsledky soukromého trhu, zatímco civil law chce tyto výsledky nahradit alokacemi žádoucími z hlediska státu (state-desired allocations).“<sup>9</sup>

Neboli, zkráceně řečeno, teze o právním původu předpokládá, že common law je efektivnější než civil law, když chceme v nějaké zemi vybudovat kapitalismus jakožto systém, který zajišťuje nejlépe ekonomický rozvoj země. To je samo o sobě dosti odvážným tvrzením, k němuž se ještě vrátím. Tito ekonomové se pokusili i o vysvětlení, kde hledat kořeny onoho rozdílu mezi těmito dvěma dominantními právními kulturami. Základní prací se v tomto případě stal Glaeserův a Shleiferův článek,<sup>10</sup> kde oba autoři hned v úvodu říkají: „Kontinentální právo (civil law) spoléhá na profesionální soudce, zákoníky a psané záznamy (written records), zatímco angloamerické právo (common law) na laické soudce, širší právní principy a ústní argumentaci (oral arguments). Navíc, současný výzkum odhaluje zásadní rozdíly mezi zeměmi angloamerického práva a kontinentálního (francouzského) práva v mnoha politických a hospodářských podmínkách. Na stejné úrovni rozvoje pak země francouzského kontinentálního práva vykazují i vyšší míru regulace, méně jistá vlastnická práva, více zkorumpované a méně efektivní vlády, a dokonce méně politické svobody než země angloamerického práva.“<sup>11</sup> (kurzívou zdůraznil autor) Historickému zdůvodnění rozdílu mezi oběma kulturami a jeho kritice se však zde také nebudu věnovat.

<sup>8</sup> Pro přehled těchto výzkumů a pozic viz LA PORTA, R. – LOPEZ-DE-SILANES, F. – SHLEIFER, A. Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature*. 2008, vol. 46, no. 2, s. 285–332.

<sup>9</sup> Tamtéž, s. 286.

<sup>10</sup> GLAESER, E. L. – SHLEIFER, A. Legal Origins. *The Quarterly Journal of Economics*. 2002, vol. 117, November 2002, s. 1193–1229.

<sup>11</sup> Tamtéž, s. 1193 a násl.

## 2. KRITIKA METOD POUŽÍVANÝCH AUTORY „LEGAL ORIGINS THESIS“

Dokazují data poskytnutá zakladateli „legal origins thesis“ opravdu vyšší ochranu vlastnických práv (typicky akcionářů), flexibilnější pracovní trh nebo dokonce vyšší míru demokracie? Jak jsou ona data získána? Jsou proměnné opravdu reprezentativní pro vystižení jevu, který mají měřit? Není metoda LLSV nějak jinak chybná? I mezi těmi, kdo vycházejí z pozic podobných „legal origins thesis“ nebo mezi právními komparatisty, kteří zásadně s LLSV souhlasí, je někdy metodická stránka výzkumů zpochybňována.

Za prvé, problémem je, jak jsou některá data sbírána. Např. článek *Courts*<sup>12</sup> vychází z dat, která byla získána pomocí dotazníků rozeslaných advokátním kancelářím zapojeným do celosvětové sítě Lex Mundi. Jistě si dovedeme představit, jak nějaký advokátní koncipient ve východní Evropě či rovníkové Africe takový dotazník vyplňuje, a tedy jakou asi vypovídací hodnotu odpovědi v takovém dotazníku mají.

Za druhé, problém představuje kvantifikace proměnných. Např. proměnná „rule of law“ v datasetu v článku *Legal Determinants of External Finance*<sup>13</sup> popisující úroveň vymahatelnosti práva (law enforcement) je založena podle autorů na subjektivním odhadu investorů samotných o vymahatelnosti práva, který samozřejmě nemusí korespondovat s realitou – z článku samotného se nedovíme, zda jde o odhad velkých institucionálních investorů, nebo o drobného podnikatele, který si chce třeba v cizí zemi založit obchodní společnost. Podle autorů vychází z *International Country Risk Guide*, produkovaného soukromou společností PRS Group; když se na tento „guide“ podíváme, zjistíme, že jediná proměnná týkající se práva je „law and order“, že není určována na škále 0 až 10 jako v článku, ale na škále 1 až 3 – takže nemůžeme vůbec z veřejných zdrojů zjistit, jak je sestavena.<sup>14</sup> Je tedy velmi nejasné a také obtížně kontrolovatelné, na základě čeho a jak je tato proměnná vlastně kvantifikována.

Za třetí, data sestavená zakladateli teze o právním původu nejsou schopna vysvětlit ekonomické jevy, které by vysvětlit měla být schopna. Dokonce i Klerman a Mahoney, kteří v zásadě s legal origins thesis souhlasí, ukazují, že tato teze není schopna vysvětlit hospodářský růst země. Podle jejich dat vykazují země s common law větší hospodářský růst než země civil law od roku 1960 do roku 2003. Tatáž data ale ukazují, že bývalé kolonie, jež přejaly nizozemské, španělské a portugalské právo, vykazují vyšší hospodářský růst než země, které patří mezi bývalé francouzské kolonie. Usuzují tedy na to, že problém nižšího hospodářského růstu v bývalých francouzských koloniích by mohl být způsoben zvláštnostmi francouzské koloniální politiky a ne nutně francouzským právem. Na obecné úrovni pak vyslovují hypotézu, že koloniální politika, která se nevyčerpává pouze na úrovni ekonomiky, ale třeba i v oblastech jako je vzdělání, by mohla být faktorem ovlivňujícím ekonomický rozvoj země závažnějším způsobem než původ jejího právního systému.<sup>15</sup>

Za čtvrté, interpretace dat sestavená zakladateli teze o právním původu se může stát obětí nejčastějšího omylu sociologie – tedy chybějící příčinné souvislosti. Jak vtipně

<sup>12</sup> DJANKOV, S. – LA PORTA, R. – LOPEZ-DE-SILANES, F. – SHLEIFER, A. Courts. *Quarterly Journal of Economics*. 2003, vol. 118, May 2003, s. 453–517.

<sup>13</sup> LA PORTA, R. – LOPEZ-DE-SILANES, F. – SHLEIFER, A. – VISHNY, R. Legal Determinants of External Finance. *The Journal of Finance*. 1997, vol. 52, no. 3, s. 1131–1150.

<sup>14</sup> Viz internetové stránky [www.prsgroup.com/ICRG\\_Methodology.aspx](http://www.prsgroup.com/ICRG_Methodology.aspx), naposledy navštíveno 30. 9. 2011.

<sup>15</sup> KLERMAN, D. – MAHONEY, P. – SPAMANN, H. – WEINSTEIN, M. Legal Origin and Economic Growth, preliminary draft. Dostupný na [http://www.law.ucla.edu/docs/klerman\\_paper.pdf](http://www.law.ucla.edu/docs/klerman_paper.pdf), naposledy navštíveno 30. 8. 2011.

ukázal ve své populární knize o sociologickém výzkumu Disman, z toho, že se na nějakém místě vyskytuje vysoký počet čápů a zároveň i vysoká porodnost, ještě nemůžeme usoudit, že čápi nosí děti.<sup>16</sup> Neboli, aplikováno na případ teze o právním původu, z toho, že je v nějaké zemi nízká ochrana investic, málo rozvinuté finančníctví atd. ještě nutně neplyne, že je to způsobeno právní kulturou dané země. Tímto směrem jde spíše vtipná kritika Marka Westa, který nachází silnou korelaci na úrovni dat (silnější než zakladatelé teze o právním původu) mezi „legal origins“ dané země a úspěšností této země na mistrovství světa ve fotbale – země s právním původem ve francouzské právní kultuře jsou podle veškerých dat ve světovém šampionátu úspěšnější než ty s common law (byť kolébkou fotbalu je Anglie).<sup>17</sup>

Konečně za paté (a tato námitka je asi nejpodstatnější), samotná metoda kvantifikace právních jevů může být problematická. Asi nepřehlednější shrnutí všech problémů spojených s kvantifikací podal naposledy Mathias Siems.<sup>18</sup> Zatímco ekonomové se podle něj snaží o kvantifikaci s tím, že právo není tak komplikované, právníci naopak s poukazem na komplexnost práva většinou kvantifikaci odmítají. Siems sám probírá několik způsobů kvantifikace, přičemž žádná není přímočará, protože vyžaduje interpretaci. Asi nejjednodušší je soustředit se na vyčíslení jevů, které lze snadno spočítat. Můžeme tedy např. počítat právníky, soudní rozhodnutí, právní předpisy, slova v nich apod.<sup>19</sup> Samotná kvantifikace je v těchto případech sice objektivní, ale má několik úskalí: Především si musíme uvědomit, že mezi vyčíslením nějakých právních jevů a mezi vyvozením obecných závěrů z nich je velká „mezera“, která musí být překlenuta interpretací – např. jestliže zjistím, že právních předpisů v tom kterém právním odvětví je mnoho, znamená to, že toto odvětví je z hlediska právního řádu nejdůležitější? Nutně ne, protože třeba občanský či trestní zákoník je jeden, a přesto reprezentují základní pilíře právního řádu. Nebo můžeme vyvodit z toho, že zrovna tato soudní rozhodnutí jsou nejcitovanější soudy daného státu, automaticky to, že jsou respektována? Domnívám se, že každý empirický výzkumník pracující na úrovni jednoho právního řádu si je právě tohoto nebezpečí zjednodušující interpretace vědom, a proto je právě ve svých interpretacích dat velmi opatrný. Problém se samozřejmě násobí, pokud jsou tyto kvantifikace prováděny napříč právními rády či napříč právními kulturami – což je právě to, co zastánci (ale i odpůrci) legal origins thesis dělají. Jestliže chceme třeba počítat, kolik právních zástupců existuje v přepočtu na jednoho obyvatele v mnoha zemích, budeme počítat např. anglické barristers

<sup>16</sup> DISMAN, M. *Jak se vyrábí sociologická znalost*. 3. vydání. Praha: Karolinum, 2002, s. 21 a násl.

<sup>17</sup> WEST, M. Legal Determinants of World Cup Success (Discussion Paper No. 009, University of Michigan John M. Olin Center for Law & Economics, 2002). Dostupný na <http://www.law.umich.edu/CENTERSANDPROG/RAMS/OLN/abstracts/discussionpapers/2002/west02-009.pdf>.

<sup>18</sup> SIEMS, M. Measuring the Immeasurable: How to turn Law into Numbers. In: M. Faure – J. Smits (eds.). *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*. Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia, 2011, s. 115–136.

<sup>19</sup> Např. COOTER a GINSBURG počítali, jak jsou dlouhé předpisy, do nichž členské státy EU transponovaly směrnice EU – viz COOTER, R. – GINSBURG, T. Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others. *Illinois Law and Economics Working Papers Series*. Working paper no. Le03-012, červen 2003. Anebo GELTER a SIEMS počítali, která rozhodnutí nejvyšších soudů v Evropě jsou nejcitovanější jejich protějšky z jiných evropských zemí – viz GELTER, M. – SIEMS, M. Language, Legal Origins and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe. *Fordham Law Legal Studies Research Paper no. 1719183*, listopad 2010. Z české produkce lze zmínit především práce Cvrčka a Nováka, kteří se zabývají kvantitativním popisem především českého právního řádu, a to jak z pohledu počtu právních předpisů, tak z hlediska lexikálního. Viz např. CVRČEK, F. *Právní informatika*. Praha – Plzeň: Aleš Čeněk, 2010.

a americké attorneys jako jednu skupinu právních zástupců, anebo (vědomi si jejich rozdílných postavení v britském a americkém právním systému) jako odlišné skupiny?

Další možností je nepočítat snadno počítatelné jevy, ale kvantifikovat kritéria, jejichž získání vyžaduje jistý druh hodnocení (klasifikace), a tedy interpretaci. Při tomto procesu se postupuje tak, že se obsah nějakých právních pravidel ohodnotí (klasifikuje) v rámci nějaké škály a pak se již pracuje s hodnotami na takové škále. Problém samozřejmě spočívá v této klasifikaci. Např. jeden ze zásadních článků LLSV *Law and Finance*<sup>20</sup> vychází z kvantifikace skupiny práv, která mají minoritní akcionáři proti „vyvlastnění“ ze strany managementu (autoři je nazývají „anti-director rights“), přičemž je vybráno šest práv, kterým je buď přiřazena hodnota 1, pokud je právo na straně akcionáře naplněno, nebo 0 pokud spíše prospívá managementu. Mezi těchto šest práv patří: zda právo hlasovat může být vykonáno pouze přímo či zástupcem (přiřazena 0), anebo může akcionář hlasovat i na dálku (per rollam, přiřazena 1); zda akcionář musí před valnou hromadou uložit své akcie u nějakého depozitáře (přiřazena 0), anebo zda s nimi může volně disponovat kdykoli před zasedáním valné hromady (přiřazena 1); zda mohou minoritní akcionáři prosadit proporcionální obsazení představenstva (přiřazena 1), anebo zda funguje princip, že majoritní akcionáři obsadí (podle většinového principu) představenstvo jakkoli (přiřazena 0); zda se mohou minoritní akcionáři bránit soudní žalobou proti rozhodnutí valné hromady či zda mohou požadovat odkup svých akcií, pokud s rozhodnutím valné hromady nesouhlasí (přiřazena 1), anebo nikoli (přiřazena 0); zda jsou nové akcie přednostně dány k úpisu stávajícím akcionářům (přiřazena 1), anebo ne (přiřazena 0); podle toho, jak velká akciová minorita může vyvolat svolání mimořádné valné hromady, je země zařazena do škály od 0 do 5.

Již jen tento přehled této klasifikace kritérií, která jsou pak použita pro kvantifikaci a následnou analýzu, je ukázkou toho, co považují autoři za důležitá „antidirector rights“, jak jsou ona kritéria vážena a jak mnoho musí autoři hodnotit dané kritérium, aby jej umístili na nějaké škále, přičemž je čtenáři často „utajeno“, proč se nějaké pravidlo ocitlo právě na takovémto místě na dané škále. Tak třeba je možné si představit ještě jiná „antidirector rights“, která se v analýze neobjeví (jako třeba možnost minoritních akcionářů ovlivňovat složení dozorčí rady společnosti), dále je možné říci, že některá „rights“ jsou důležitější než jiná (třeba možnost hlasování per rollam nemusí být tak důležitá jako možnost minoritních akcionářů požadovat odkup akcií), což se v analýze nezohledňuje.

Dalším problémem je fakt, že právě vybraná „rights“ nejsou viděna v kontextu s vnějšími faktory, které jsou nutné pro fungování těchto „rights“. Např. ve squeeze outech proběhnuvších v ČR, jež byly umožněny novelou obchodního zákoníku z roku 2005, byly malým akcionářům odkoupeny jejich akcie i proti jejich vůli a za cenu „přiměřenou“ (jak praví zákon), tedy cenu stanovenou soudním znalcem, kterého najal management společnosti ovládané majoritním vlastníkem, již i soudy v následujících sporech sice považovaly za adekvátní, ale z hlediska tržního byly akcie někdy dosti podhodnocené. Toto „vyvlastnění malých akcionářů velkými“, na němž mnozí malí akcionáři ze svého pohledu prodělali, tedy proběhlo vlastně v situaci, kdy jim nebylo upřeno žádné z jejich šesti práv, takže z hlediska výzkumu LLSV je takováto ochrana českých práv minoritních

<sup>20</sup> LA PORTA, R. – LOPEZ-DE-SILANES, F. – SHLEIFER, A. – VISHNY, R. *Law and Finance. Journal of Political Economy*. 1998, vol. 106, no. 61, s. 1113–1155.

akcionářů vlastně v pořádku. Neboli těchto šest „antidirector rights“ nemusí pro akcionáře nakonec znamenat vůbec nic, když třeba selže soudní kontrola squeeze outu, k čemuž došlo podle některých názorů u nás.

V případě klasifikace upozorňuje Siems také na skutečnost že klasifikace může probíhat i tak, že výzkumník, který klasifikuje, má před očima jakousi ideální představu toho, jak má klasifikovaný systém fungovat, a podle této představy klasifikaci provádí, což je často právě model, který sám výzkumník preferuje. LLSV je tak možné jasně usvědčit z toho, že za ideální model považují americké korporální právo a ostatní modely klasifikují podle toho, jak hodně se mu blíží. To by mohlo být v pořádku, pokud by LLSV přinesli argument, proč je právě toto korporální právo ideální *před samotnou klasifikací a analýzou*. Místo toho ale udělali to, že se tvářili, že klasifikují objektivně, aby pak vyvodili *jako závěr analýzy*, že americké korporální právo je ideální.

Konečně jako další problém spojený s klasifikací bych z vlastní zkušenosti uvedl fakt, že při klasifikaci jeví jen obtížně udržíme dlouhodobou konzistenci. S tím, jak výzkumník data klasifikuje, se může jeho pohled na klasifikaci měnit, zvláště pokud klasifikaci provádí v případě velkého množství jevů. Zkrátka to, co člověk určitým způsobem klasifikuje v případě prvního právního řádu, již neklasifikuje stejně v případě stého právního řádu.

Konečně Siems zmiňuje i možnosti, které se již neopírají ani ve svém základu o objektivně kvantifikovatelná data, ale naopak o data získaná zprostředkovaně, třeba pomocí dotazníků či interview. Samozřejmě že i dotazník, pokud je správně sestaven a vyhodnocen v souladu se sociologickými metodami, přináší objektivní data, ale častokrát o jiném jevu, než chce výzkumník sledovat – třeba pokud se ptáme podnikatelů na jejich zkušenosti např. s corporate governance a po několika anketách a pilotních studiích sestavíme rigorózní dotazník, data poskytnutá tímto způsobem budou sice dobře vypovídat o tom, co si myslí celá populace respondentů (podnikatelů) o corporate governance, ale nebudou nutně poskytovat objektivní fakta o corporate governance. Pokud naopak zvolíme jako metodu sběru dat třeba otevřené nestandardizované, strukturované či nestrukturované interview (jakožto protipól dotazníku), pak se zase vzdáme kvantitativní metody a zvolíme metodu kvalitativní. Účelem takového rozhovoru je sice porozumění osobnímu postoji či pohledu respondenta, ale díky tomu, že je rozhovor většinou veden s více respondenty, je možné se pokusit i o zobecnění. Prostě bychom neměli zapomínat na to, že takovým rozhovorem sice získáme hloubku a ostrost pohledu na zkoumaný problém (corporate governance), ale validita takto získaných poznatků je samozřejmě nižší než u kvantitativního výzkumu. A právě tato nižší validita neumožňuje to, aby se výzkumník pracující tímto způsobem mohl „měřit“ se závěry LLSV, kteří se (jako ostatně většina ekonomů) spokojí pouze s kvantitativními daty, ať již jsou získaná jakkoli.

Samozřejmě že kritiky podobného charakteru se LLSV dočkali z mnoha stran.<sup>21</sup> Přesto (anebo právě proto) se objevily pokusy „opravit“ tyto metodické chyby a sestavit lepší soubory dat (datasets), které pak posloužily k dalším výzkumům. Zde zmiňme známé soubory dat, které sestavili právníci a ekonomové působící na Centre for Business Research

<sup>21</sup> Viz např. SPAMANN, H. The „Antidirector Rights Index“ Revisited. *Review of Financial Studies*. 2010, vol. 23, no. 2, s. 467–486, poukazuje na nekonzistenci v sestavení tohoto indexu, HELLAND, E. – KLINK, J. Legal Origins and Empirical Credibility. In: M. Faure – J. Smits (eds.). *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*, s. 99–114, poukazuje na možnou chybějící kauzalitu mezi ekonomickými ukazateli a právními institucemi.



na University of Cambridge v rámci projektu „Law, Finance and Development“ a které jsou dostupné na internetu.<sup>22</sup> Obsahují data o ochraně akcionářů, věřitelů a pracovníků pro pět zemí (Francie, Německo, Velké Británie, USA a Indie) pro období 1970–2005 a dále data o ochraně akcionářů a věřitelů pro 25 zemí pro období 1995–2005, mezi nimiž je i Česká republika. Země již nejsou tříděny podle právního původu, datasety se snaží o průhlednější postup vážení jednotlivých proměnných (který nutně vyžaduje subjektivní soud výzkumníka), snaží se kódovat nejen legislativu, ale i soft law a judikaturu, ale především se snaží o zachycení jednotlivých proměnných v delším časovém úseku. Když se však podíváme opět třeba na to, jak je podle jednoho z datasetů klasifikována ochrana akcionářů v České republice,<sup>23</sup> uvidíme, že jsou hodnoty kritériím přiřazovány podle toho, jak se měnila právní úprava obchodního zákoníku. Klasifikace je tedy prováděna pouze na základě textu zákona bez přihlídnutí třeba k judikatuře či soudní praxi (která mohla být pro malé akcionáře nepříznivá, jak jsem zmiňoval výše), a tedy i bez nějaké hlubší znalosti českého prostředí. Když se pak podíváme na některé publikované články napsané na základě takového datasetu, příliš se nedivíme zde publikovaným poznatkům – např. v jednom z nich je Česká republika na základě těchto dat zařazena z hlediska ochrany věřitelů do stejné skupiny jako Japonsko, Lotyšsko a Turecko a z hlediska ochrany akcionářů do skupiny s Nizozemím a Argentinou.<sup>24</sup>

Ačkoli se tedy domnívám, že pokus o kvantifikaci nějakých jevů pro empirický výzkum práva by mohlo být cestou, jíž se může právní věda ubírat a přiblížit se tak ostatním sociálním vědám, zde nastíněné metodické problémy ukazují, že pokud by měl takový kvantitativní výzkum probíhat opravdu rigorózně, musel by nejspíše probíhat daleko déle, snažit se postihnout více faktorů a pokud by přinesl nějaké opravdu seriózní poznatky, nejspíše by byly daleko „banálnější“ než poněkud senzační tvrzení, že ta či ona právní kultura je pro hospodářský rozvoj země lepší než jiná.

### 3. KRITIKA Z POHLEDU PRÁVNÍ KOMPARATISTIKY ANEB PROBLÉMY S PRÁVNÍ KULTUROU

Jádro kritiky na úrovni komparatistiky spočívá hlavně v tom, že zakladatelé „legal origins thesis“ chápou common law i civil law ve velmi zjednodušené podobě, která vlastně vůbec nemusí být pravdivá – v tom se podobají např. současným studentům práv, kteří u státních zkoušek omílají, že angloamerické právo stojí na precedentech (a zákonodárství je podružné), zatímco kontinentální na zákonech (a soudcovská tvorba práva je podružná), což prý vede k nižší míře právní jistoty v angloamerickém právu a vyšší míře právní jistoty v kontinentálním právu – tito nedbalí studenti vlastně nevědomky argumentují opačně než „legal origins thesis“, nicméně stejně pochybně či dokonce zcela špatně. Jedna z hlavních kritik LLSV, kterou mohou vést právní komparatisté, tedy spočívá v tom, že „legal origins thesis“ chápe common law jako právo soudcovské, jež je flexibilnější, zatímco civil law jako právo postavené na zákonících, které minimalizují

<sup>22</sup> <http://www.cbr.cam.ac.uk/research/programme2/project2-20.htm>.

<sup>23</sup> <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/Shareholder%20protection%20index%20references%2025%20countries.pdf>, s. 36 a násl.

<sup>24</sup> SIEMS, M. The Web of Creditor and Shareholder Protection in 25 Countries: A Comparative Legal Network Analysis. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 2010, vol. 27, no. 3, s. 747–784.

soudcovskou právo tvorbou, a tudíž je civil law rigidní.<sup>25</sup> Není snad třeba ani připomínat, že tato úvaha je zásadně chybná – kdybychom se (podobně jako zakladatelé „legal origins thesis“) zabývali soudcovskou právo tvorbou pouze ve francouzském právu bezprostředně po přijetí „vlajkové lodi“ francouzského práva, tedy Code civil, je nepochybné, že soudcové již během 19. století pod pláštěm interpretace kodexu přetvořili některé právní instituty a jiné dokonce celé vytvořili.<sup>26</sup> (A to nemluvíme o francouzském správním právu, které je z velké části postaveno na soudcovské tvorbě práva.<sup>27</sup>) A naopak: mnohé instituty common law, a to i ty, které se týkají třeba ochrany akcionářů, jsou dány zákonem velmi detailně, takže soudcovská právo tvorba je v těchto oblastech vlastně vyloučena, zatímco podobné instituty jsou v civil law upraveny sice zákonem, ale obecně, takže kontinentální soudci mají větší možnost být tvořivými při jeho interpretaci.<sup>28</sup>

Druhá velká kritika spočívala ve zpochybnění zařazení dané země podle právního původu či (chcete-li užívat v české literatuře tradičnější výraz) právní kultury (k rozdílu v pojetí právního původu a právní kultury viz níže). Ve svých prvních souborech dat (datasets) výše zmínění autoři pracovali s kategoriemi právního původu v common law, francouzském právu, německém právu a skandinávském právu. Už to samo o sobě je problematické: Lze např. právní řády, které byly ovlivněny rakouským, německým a švýcarským právem, zařadit automaticky tak, že mají původ v německém právu, když si uvědomíme třeba rozdíly mezi rakouským, německým a švýcarským občanským zákoníkem (z nichž ten poslední byl ovlivněn i francouzským právem)?<sup>29</sup> Toto dělení podle právního původu vycházející z dominantních evropských právních tradic je také příliš „eurocentrické“, vezmeme-li v úvahu, že typicky islámské země, Indie, Čína či Japonsko měly dlouho předtím, než začaly samy či nuceně své právo přizpůsobovat common law či civil law, své vlastní svěbytné a originální právní tradice často starší než ty evropské a tyto tradice mohou ovlivňovat právní prostředí ekonomiky i dnes – jako jasný příklad vezmeme zákaz lichvy v islámském právu (arabský termín „ribá“ označuje sice lichvu, ale může být vztažen i na úrok), které podmínilo specifickou podobu současného bankovníctví islámských zemí, nebo fakt, že islámské právo nezná vůbec právnickou osobu jako samostatný subjekt práva, což se někdy projevilo v občanském i obchodním právu islámských zemí.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Pro tuto kritiku viz např. MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997, který ukazuje, že takový pohled na common law a civil law je vlastně zastaralý a neodpovídá skutečnosti. Pistor zase třeba argumentuje, že doktrína dobré víry uplatňovaná v obchodních vztazích, která je jednou z hlavních rozdílností mezi common law a civil law, není produktem zákonodárství, ale soudců. Viz PISTOR, K. Legal ground rules in coordinated and liberal market economies. *ECGI Law Working Paper No 30/2005*.

<sup>26</sup> To nejspíše poprvé popsal již Gény na konci 19. století. Viz GÉNY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. Seconde édition revise et mise au courant. Paris: Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée, 1919, zejm. svazek první.

<sup>27</sup> Např. pro pohled z common law viz BELL, J. S. – BROWN, L. N. *French Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1993; pro judikaturu jako pramen francouzského správního práva přehledově viz např. ROUSSET, M. – ROUSSET, O. *Droit administratif I, L'action administrative*. 2éme édition. Grenoble, 2004, s. 52 a násl.

<sup>28</sup> Např. podle jedné z britských autorit na korporální právo extrémně detailní britský Corporate Act vlastně fakticky znemožňuje soudcům tvořit právo, zatímco stejný autor tvrdí, že kontinentální soudci jsou při interpretaci obecných zákonných ustanovení volnější. Viz DAVIES, P. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 6th edition. London: Sweet and Maxwell, 1997.

<sup>29</sup> Pro francouzský vliv v ZGB viz např. TUOR, P. – SCHNYDER, B. – SCHMID, J. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 11. Ausgabe. Zürich, 1995, s. 1 a násl.

<sup>30</sup> Např. v Saúdské Arábii zákaz „ribá“ znemožnil v 80. letech poskytování hypotečních úvěrů, podobně jako

Podobně problematické jako samotné kategorie právní kultury je také zařazení země do již zvolené právní kultury. Autoři legal origins thesis provedli ve svých dvou základních článcích např. následující zařazení: Izrael, Jižní Afrika, Srí Lanka jsou zeměmi s anglickým právním původem; Nizozemí a Turecko jsou země s francouzským právním původem; Japonsko je země s německým právním původem. Toto zařazení je velmi sporné: Izraelský právní systém se sice v současnosti nejvíce blíží systému common law, a zejména izraelské zákony regulující obchodní právo se inspiřují americkými vzory (zatímco již dvacet let připravený návrh občanského zákoníku vychází zase ze vzorů kontinentálních), ale ve skutečnosti jde o smíšený právní systém s dalšími prvky práva kontinentálního, osmanského (které se od 19. století měnilo především podle francouzských vzorů), arabského a tradičního židovského práva.<sup>31</sup> A kam třeba zařadit Jižní Afriku s jejím právním systémem mísícím Roman-Dutch Law a anglické právo, přičemž zákony regulující obchodní právo jsou inspirovány zejména anglickým právem, ale právo vlastnické a obligacní vychází z civil law,<sup>32</sup> anebo Srí Lanku, kde vedle anglického práva platí zásadně i mnoho nizozemských právních norem vycházejících z římského práva? Radit je mezi common law není vůbec nepochybné. Zajímavý je i případ Nizozemí, byť to tak na první pohled nevypadá: Pokud si otevřeme první ze sešitů *International Encyclopedia of Comparative Law*, můžeme nizozemské právo zařadit nejspíše do okruhu práva francouzského, a to zejména z historického důvodu, že Nizozemí přejalo francouzský Code civil v době Batavské republiky a pozdější nizozemský občanský zákoník z roku 1838, obchodní zákoník a zákoník upravující občanské soudní řízení byly „téměř opravdovými kopie-mi svých francouzských protějšků“, jak píše Koopmans.<sup>33</sup> Samotný autor však tvrdí, že v některých otázkách byly zákoníky inspirovány starým nizozemským právem a bližším čtením přehledové literatury se dovíme, že interpretace a aplikace občanského zákoníku během 19. století spíše probíhala v duchu německé tzv. pojmové jurisprudence, kterou se nechal inspirovat nizozemský Nejvyšší soud (Hoge Raad), a že tento trend pokračoval, takže nový nizozemský občanský zákoník, který vstoupil v účinnost v celku v roce 1992 (Nieuw Burgerlijk Wetboek), vykazuje jasné podobnosti s německým BGB.<sup>34</sup> A pokud jde o korporacní právo, praxe zvláštního soudního senátu u amsterodamského odvolacího soudu (Gerechtshof), který soudí spory korporacního práva (Ondernemingskamer), podle svého předsedy, s nímž jsem hovořil, hojně vychází při svém rozhodování z angloamerického práva, protože mnohé obchodní společnosti z angloamerického prostředí sídlí v Amsterdamu. Do jaké právní rodiny či kultury tedy nizozemské korporacní právo patří? Podobně se dá pochybovat o zařazení Turecka mezi země s francouzským právním

---

zkomplikoval placení úroků dlužníky v případech bankovních úvěrů viz VOGEL, F. E. *Islamic Law and Legal System. Studies in Saudi Arabia*. Leiden – Boston – Köln: Brill, 2000, s. 117 a násl. a s. 123 a násl. Zákon z roku 1965 v Saúdské Arábii zavedl možnost vzniku korporací podle evropského vzoru (zprostředkovaného skrze egyptské právo) včetně společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti. Viz tamtéž, s. 288 a násl.

<sup>31</sup> Viz např. SHALEV, G. Israel. In: J. M. Smits (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar, 2006, s. 350.

<sup>32</sup> Viz např. PLESSIS, J. E. du. South Africa. In: J. M. Smits (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, s. 669.

<sup>33</sup> KOOPMANS, T. The Netherlands. In: V. Knapp (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume I: National Reports*. Mohr Siebeck – Martinus Nijhoff Publishers, 1973, s. III, N-15.

<sup>34</sup> HONDIUS, E. H. Classification. In: J. Chorus et al. (ed.). *Introduction to Dutch Law*. 3rd edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, s. 63 a násl. Jan Smits také tvrdí, že nizozemské právo lze umístit někde mezi francouzské a německé právo, přičemž vliv německého práva je větší, zejména po roce 1992, kdy byla přijata poslední část NBW. Viz Smits, J. M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, s. 493.

původem a Japonska mezi země s německým právním původem – osmanská říše skutečně přijímala francouzské vzory v 19. století, později se Turecko dostalo na cestu práva švýcarského, zatímco Japonsko přejalo common law. V článku *Law and Finance*, v němž byla legal origins thesis zformulována poprvé, autoři připouštějí, že je problém se zařazením země pod některý z vytyčených právních původů, že se však snažili zařadit zemi vždy do té kultury, která v daném státě získala pozici jako první; to sice dobře vysvětluje jejich zařazení Japonska a Turecka, ale již ne Jižní Afriky, Izraele, Srí Lanky či Nizozemí, jež mělo svou svébytnou právní kulturu postavenou na římském právu a tzv. elegantní jurisprudenci dávno před Code civil.

Anebo si vezmeme třeba české právo, které autoři legal origins thesis v jedné z pozdějších studií<sup>35</sup> zařadili mezi právní řády s původem v německém právu. Přitom jen české občanské právo má svůj původ v rakouském ABGB (jenž vznikl téměř o století dříve než německý BGB), které bylo interpretováno v duchu německé právní vědy cca od druhé poloviny 19. století (samozřejmě nikoli otrocky, ale nejspíše svébytně), ale které bylo od těchto dob „zaneseno“ mnoha vlivy tzv. socialistického práva (přičemž tzv. socialistické občanské právo, jehož výraz můžeme najít typicky v původním občanském zákoníku z roku 1964, se zase z určitého úhlu pohledu jeví jako inspirované německým občanským právem, protože vzorem pro tento zákoník byl občanský zákoník RSFSR, který přejal částečně systematiku německého BGB). Máme tedy zařazovat Českou republiku en bloc mezi země s původem v německém právu?

#### 4. POKUS O ANALÝZU POJMU PRÁVNÍ KULTURY A POJMŮ SOUVISEJÍCÍCH

Tyto úvahy pak vedou až k otázce, co je to vlastně právní kultura. Nejdříve je nejspíše vhodné vymezit pojem právní kultury vzhledem k pojmům, které jsou často používány jako synonyma termínu „právní kultura“, i když se také často poukazuje na to, že o synonyma nejde. Mám na mysli termíny jako „právní původ“, „právní systém“ (příp. „velký právní systém“), „právní rodina“ či „právní tradice“. Nemusí jít přitom pouze o terminologický problém (tedy o to, že to, jaký termín pro nějaký jev zvolíme, je vlastně pouze věcí jazykové konvence v nějakém oboru), ale možná i o problém pojmový (právní kulturou se může opravdu myslet něco jiného než třeba velkým právním systémem či právní rodinou) a konečně i o problém související s metodou, pomocí níž budeme rozlišovat právní kultury. Ačkoli je možné, že pojem právní kultury má smysl pouze jako pedagogická pomůcka, anebo jako pomůcka pro třídění, které je vždy nepřesné a je významné nejspíše jen pro počáteční orientaci v oboru, jak tvrdí třeba i klasikové jako Zweigert a Kötz dělící právní systémy do právních rodin,<sup>36</sup> je možné se o jisté pojmové vymezení přece jen pokusit.

Jak již bylo zřejmé z předchozího textu, zastánci legal origins thesis nepoužívají termín „právní kultura“, ale hovoří o **právním původu země**, přičemž vycházejí vlastně z toho, že většina právních řádů byla ovlivněna nějakým jiným právním řádem, nečastěji v důsledku kolonizace, anebo nějakého, alespoň částečně dobrovolného přijetí cizí kultury či civilizace (typicky recepce římského práva v Evropě). To je samo sobě problematické.

<sup>35</sup> Zatímco první články citované výše vycházely ze zkoumání dat ze 42 zemí, později došlo k rozšíření souboru dat na 129 zemí, mezi nimiž byla i Česká republika. Viz DJANKOV, S. – MC LIESH, C. – SHLEIFER, A. Private credit in 129 countries. *Journal of Financial Economics*. 2007, vol. 84, s. 299–329.

<sup>36</sup> ZWIEGERT, K. – KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*. 3rd edition, Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 72.

LLSV si na první pohled nejspíše nepřipouštějí, že by nějaký právní řád mohl být „autochtonní“ v tom smyslu, že by vyrůstal izolovaně pouze ze svých vlastních tradic. Představa takového „čistého práva“ může být samozřejmě podobně hloupá a třeba i nebezpečná jako třeba představa „čisté rasy“ a v tom možná lze s LLSV souhlasit. Nicméně představa jakéhosi „původního“, „mateřského“ či „zdrojového“ práva je u nich přítomna, když, jak již výše bylo zmíněno, pro své účely rozlišují původ v common law (tedy právu anglickém), francouzském, německém a skandinávském právu. Jsou to ale vhodné „kandidáty“ na ono „zdrojové“ právo? Vždyť francouzské i německé právo má své historické kořeny jednak v právních tradicích tzv. barbarů přišedších na území Římské říše, tak především ve společném dědictví římského práva. Proč tedy mezi nimi rozlišovat? Lze se ptát, zda je skandinávské právo opravdu tak specifické, a pokud ano, proč nehovořit i o jiných specifických právních tradicích, třeba o obyčejovém právu na území Uherska, abychom zůstali pouze v Evropě, anebo třeba o silné a staleté kontinuální tradici práva čínského, které ovlivnilo celý Dálný Východ, kdybychom se vydali mimo Evropu. A je samotné common law tím „zdrojovým“ právem, když jeho samotný název ukazuje, že jde o právo, jež mělo být společné pro anglosaské i normanské obyvatelstvo, tedy že zde jsou opět starší právní tradice jako ostatně vždy?<sup>37</sup>

LLSV by nám nejspíše řekli, že pro účely kvantifikace právních jevů pocházejících především z práva obchodního bychom se měli soustředit hlavně na ty právní řády, které byly vzorem pro právní úpravy tohoto odvětví v jiných zemích, mezi něž uherské ani čínské právo nepatří, ale to lze zpochybnit poukazem na to, že ani skandinávské právo většinou nehrálo roli vzoru v obchodním právu.<sup>38</sup> Pokud by se zájem LLSV omezil pouze na toto právní odvětví a nezahrnul do sebe velmi rychle třeba i soudnictví, pracovní-právní vztahy či dokonce demokratické instituce jako takové, možná by pojem právního původu jako pouze pracovní kategorie používané k analýze byl obhajitelný. To však není pravda. LLSV však opomíjejí i to, že po tomto „prvním ovlivnění“ právem země původu byl právní řád ovlivňován i později, přičemž tyto pozdější vlivy mohly být tak silné, že mohly překrýt onen první vliv – dobrým příkladem může být třeba výše zmiňované Japonsko, v jehož případě sice můžeme říci, že první zahraniční vliv byl vliv práva německého, ale tento vliv byl možná neutralizován vlivem common law po druhé světové válce, a naopak svébytné předchozí právní tradice Japonska nejspíše vykonávají svůj vliv zásadně ještě i dnes.<sup>39</sup> Pokud tedy jde o to, zda právní původ může být ztotožněn s právní kulturou (což jsem ostatně prováděl v celém předchozím textu tohoto článku), snad je nejlépe říci, že právní původ je bezesporu užším pojmem než právní kultura a je snad vhodné ho používat pouze tak, že jde opravdu „jen“ o to, který ze zahraničních

<sup>37</sup> Italský právní historik Maurizio Lupoi se ve své knize snažil mimo jiné ukázat, že právo starých Anglosasů, Franků, Vizigótů a jiných germánských kmenů již v raném středověku přejalo mnohé instituty římského práva a že tedy již v této době můžeme hovořit o jistém jus commune, do jehož okruhu pak bude patřit i anglosaská Anglie. Viz LUPOI, M. *The Origins of the European Legal Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000 (orig. publikováno 1994).

<sup>38</sup> A to ani v Pobaltí – viz např. BERNITZ, U. *What Is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future*. Dostupný na <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/50-1.pdf>, naposledy navštíveno 30. 12. 2012, zejm. s. 17.

<sup>39</sup> Viz např. fakt, že Japonsko má kodifikované občanské právo, čímž se liší od typických zemí common law, i fakt, že vykazuje ve srovnávací perspektivě velmi málo soudců, soudních pří či praktikujících právníků, což bývá připisováno přezívání předchozích tradic, v nichž daleko větší roli hrála neformální společenská pravidla ovlivněná prý konfuciánskými koncepty. K této interpretaci viz např. GLENN, H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. 4th edition. Oxford – New York: Oxford University Press, 2010, s. 345 a násl.

vlivů byl prvním ve vývoji práva dané země, což ale přináší výše zmíněné otázky po užitečnosti takového pojmu.

Pojem **právní rodiny** (v původním německém textu se používá termín „Rechtskreis“, který by měl být spíše přeložen jako „právní okruh“) je v literatuře používán hlavně proto, že jej použili klasikové právní komparatistiky Zweigert a Kötz, přičemž je možné používat ho jako synonymum pro to, co jiný klasik právní komparatistiky René David<sup>40</sup> nazýval **velkým právním systémem**, což je zase termín, který v české literatuře používal Viktor Knapp. Všichni tito autoři jím myslí, řečeno třeba s Knappem „velké skupiny podobných právních řádů“, jež „se vyvíjely na základě stejných historických základů, v podobném politickém či kulturním prostředí, pod stejnými ideologickými vlivy a v neposlední řadě pod vlivem práva jiných států, které bylo recipováno nebo podle jehož vzoru bylo vytvářeno vlastní právo“.<sup>41</sup> Vymezení právní rodiny či velkého právního systému závisí samozřejmě na kritériích jednotlivých autorů: René David je, jde-li o třídící kritéria, poněkud méně jasný než třeba Zweigert s Kötzem. Nejdříve hovoří o tom, že kritéria mohou být obsahová, technická či formální (přičemž za stabilní elementy označuje prameny práva a místo práva v životě společnosti), pak ale zmiňuje vlastně jen dvě kritéria: Za prvé jde o kritérium právní techniky (zda ten právník, který umí pracovat s právní technikou jednoho systému, může bez obtíží pracovat i v jiném právním systému) a za druhé o kritérium ideologické (jde o filozofické, ekonomické a politické faktory, jež vedou k tomu, že chceme vytvořit pomocí práva různé druhy společností).<sup>42</sup> Zweigert a Kötz třídí na základě tzv. právního stylu, který v sobě podle nich zahrnuje: historický vývoj systému, predominantní a charakteristické metody právního myšlení, distinktivní instituty, povaha pramenů práva, jež systém uznává, a způsob práce s nimi a ideologie.<sup>43</sup> Jak je patrné, většina těchto kritérií je čistě právní povahy, kromě znaku prvního a posledního, které souvisí s historií a sociologií. Knapp oproti tomu tvrdí, že třídí pouze na základě právního kritéria, jímž jsou podle něj prameny práva.<sup>44</sup>

Pro účely tohoto článku je důležité, že ani David, ani Zweigert s Kötzem nerozlišují na dva velké systémy práva, které Knapp nazývá kontinentálním a angloamerickým a které můžeme chápat zhruba jako synonyma pro označení civil law a common law známé angloamerického prostředí.<sup>45</sup> Naopak, David i Zweigert s Kötzem rozeznávají jako velké právní systémy, resp. právní rodiny (Rechtskreise), nižší jednotky než je Knappův kontinentální právní systém jako románsko-germánský právní systém, anebo románskou, německou (germánskou) a nordickou (skandinávskou) právní rodinu. Toto rozlišování nejspíše vedlo Knappa k tomu, že kontinentální právní systém člení na subsystemy (okruhy) jako je právo francouzské, německé, rakouské atd.<sup>46</sup> Z terminologického hlediska je zajímavé, že se pak termín „právní okruh“ již nestává synonymem termínu „právní

<sup>40</sup> DAVID, R. *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*. London: Stevens, 1978.

<sup>41</sup> KNAPP, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 51.

<sup>42</sup> DAVID, R. *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*, s. 19 a násl.

<sup>43</sup> ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, s. 69 a násl.

<sup>44</sup> KNAPP, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*, s. 53 a násl. anebo KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 129 a násl.

<sup>45</sup> Viz třeba de Cruz, který člení podobně jako Knapp na civil law a common law – DE CRUZ, P. *Comparative Law in a Changing World*. 2nd edition. London – Sydney: Cavendish Publishing, 1999.

<sup>46</sup> KNAPP, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*, s. 112 a násl.

rodina“, ale stává se označením nižšího subsystému velkého právního systému, tedy toho, čemu Zweigert a Kötz říkali „právní rodina“ (Rechtskreis). V české literatuře se také, zřejmě pod Gerlochovým vlivem ustavuje konvence, že termínem „právní kultura“ se pak označuje velký právní systém, resp. právní rodina.<sup>47</sup>

Ať již jsou však pro třídění právních systémů užitá jakákoli kritéria, dochází u všech výše zmiňovaných autorů k tomu, že se při třídění řadí vedle sebe sekulární a náboženské a tradiční právní systémy, byť se mezi nimi rozlišuje.<sup>48</sup> Zde nepovažují za šťastné řadit tyto právní systémy na stejnou úroveň, protože zatímco sekulární právní systémy mohou být sice v některých zemích smíšené (viz třeba výše zmíněný Izrael), ale nakonec platí vždy na území státu jako dominantní právní systém, v případě náboženských a tradičních právních systémů můžeme jen obtížně říci, že by na území nějakého státu platily jako dominantní právní systém (snad s jedinou výjimkou Saúdské Arábie).<sup>49</sup> Naopak je běžným jevem, že tyto náboženské a tradiční právní systémy platí v zemích s nějakým sekulárním právním systémem pro úpravu některých právních vztahů, typicky práva osobního statusu. Zatímco tak na zeměkouli můžeme najít státy, které mají pouze sekularizovaný právní systém bez jakékoli ingerence náboženských či tradičních právních systémů, nemůžeme najít stát, v němž by náboženský či tradiční systém platil výlučně bez institucí sekularizovaného právního systému (typicky zákonodárství).

Jestliže tedy v české právní literatuře používáme v kontextu velkých právních systémů i termín „právní kultura“, je vlastně jedno, zda hovoříme o právním systému či právní kultuře? Nejspíše ne, protože mnozí autoři mezi oběma pojmy rozlišují. Především si je nutné uvědomit, že zatímco pojem velkého právního systému je pojmem, který byl vypracován na poli právní komparatistiky pomocí metod tohoto odvětví právní vědy, pojem **právní kultury** bývá dnes především používán právními sociology v podstatě velmi podobně, jako je třeba pojem politické kultury používán politology. Díky tomu je pojem právního systému pojmem, s nímž se poji především představa právní normativity, zatímco s pojmem právní kultury se poji spíše představy o faktickém fungování práva. S tím pak souvisí to, že pojem právního systému do velké míry stojí na tom, že alespoň jako základní metodologický požadavek pro ustavení právního systému přijmeme tezi o oddělitelnosti práva od jiných normativních systémů, typicky od morálky. V případě pojmu právní kultury ale tento metodologický požadavek přijímat nutně nemusíme – naopak bývá zdůrazňováno to, že právo je jen jedním z mnoha normativních systémů ve společnosti, a to, že právo nemůže být nikdy konceptualizováno či studováno bez ohledu na jeho sociální a kulturní kontext. Konečně je třeba zdůraznit i to, že samotný pojem systému evokuje představu jakési více méně pevné struktury prvků, která se vyvíjí do velké míry podle vlastních zákonitostí (v extrémním případě se na systém pohlíží jako na autoipoie-

<sup>47</sup> Viz např. GERLOCH, A. *Teorie práva*, GERLOCH, A. *Právní propedeutika*. 2. upravené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 27 a násl. anebo POLČÁK, R. *Světové právní kultury*. In: J. Harvánek a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 453 a násl.

<sup>48</sup> René Davida rozlišoval vedle románsko-germánské právní rodiny a právní rodiny common law zvlášť náboženské a tradiční právní systémy a Zweigert s Kötzem rozlišovali vedle románské, německé, angloamerické a nordické právní rodiny ještě náboženská práva (islámské a hindské). České učebnice teorie práva hovoří nejčastěji o kontinentálním, angloamerickém a islámském právu jako o třech velkých právních systémech. Viz např. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 91 a násl., anebo z novější literatury POLČÁK, R. *Světové právní kultury*, s. 453 a násl.

<sup>49</sup> Viz VOGEL, F. E. *Islamic Law and Legal System. Studies in Saudi Arabia*. I saúdsko-arabský stát se neřídí výlučně islámským právem jakožto právem božím, protože vydává zákony (zná i tzv. základní zákon z roku 1992, který je podobný ústavě) atd.

tický) a dále pak představu, že jde o jistou konstrukci analogickou k fungování systémů v přírodních vědách. Naproti tomu pojem kultury může spíše navozovat představu, že struktury nejsou tak pevné, mění se v čase a spíše než o analogie s přírodními vědami má jít o analogie s tím, čemu se v angloamerické oblasti neříká „science“, ale „humanities“.

Tyto obecné představy lze ilustrovat na některých příkladech. Mezi těmi, kdo hovořili jako jedni z prvních o právní kultuře, je třeba zmínit zejména právního sociologa Lawrence Friedmana, který ji vymezil jako to, „co si lidé myslí o právu, právnících a právním řádu, tedy ideje, postoje, názory a očekávání ve vztahu k právnímu systému“.<sup>50</sup> Friedmanovi se také připisuje rozlišování mezi tzv. vnitřní a vnější právní kulturou, tedy rozlišování mezi výše zmíněnými idejemi, postoji apod. mezi profesionálními právníky, tedy těmi, kdo se podílejí na chodu „infrastruktury“ právního systému, a mezi idejemi a postoji těch, kdo jsou „uživateli“ právního systému, anebo z nich jen těch, kdo požadují a vykonávají jisté úsilí, aby se právo stalo nástrojem sociální změny. Různá vymezení právní kultury jsou také velmi široká, což ilustruje onu neoddělitelnost práva a jeho sociálního kontextu. Např. pro Nelkena je „právní kultura ve svém nejobecnějším smyslu jedním ze způsobů, jak popsat relativně stabilní vzorce sociálního chování a postojů, které jsou zaměřeny na právo. Identifikace prvků právní kultury probíhá v rozmezí od institucionálních faktů jako je počet a role právníků nebo způsoby, jak jsou jmenováni a kontrolováni soudci, přes různé formy chování jako je vedení sporů (litigation) nebo počty vězňů (prison rates) až k nejasným aspektům idejí, hodnot, aspirací a mentalit. Jako kultura samotná i právní kultura svědčí o tom, kdo jsme, a nejen o tom, co děláme.“<sup>51</sup> Techničtější jazykem vymezuje pojem právní kultury třeba maďarský teoretik Varga: „Termín „právní kultury“ označuje operativní a kreativní přínos zprostředkovaný sociální aktivitou ukotvenou v sociální kultuře, který vyjadřuje to, jak lidé zakoušejí ve své zkušenosti fenomén práva (chápaný jako druh objektivizované potenciality), jak a do čeho jej formují skrze svou kooperaci, jakým způsobem jej konceptualizují a v jakém duchu, rámci a k jakému účelu jej činí předmětem teoretické reprezentace a operacionalizují jej.“<sup>52</sup>

Právní pozitivista jistě namítne, že v takto širokých vymezeních se nám může v pojmu právní kultury snadno ztratit právo jako samostatný normativní systém, že se v něm mísí objektivně zjistitelné poznatky o právu spolu se subjektivními míněnými o něm (která bychom možná měli nazvat spíše právním vědomím) apod. Koneckonců bylo také mnohokrát zdůrazněno, že kultura může být nakonec používána jako „výmluva“ v podstatě pro cokoli, takže užitečnost takového pojmu se ztrácí. V této souvislosti bych však ještě chtěl poukázat na jeden význam, který může sousloví „právní kultura“ označovat, a sice ten, kde se nejen mísí objektivní se subjektivním, ale hlavně i deskriptivní s hodnotícím. K tomuto směřování dochází tehdy, když hovoříme o právní kultuře vysoké či (v našich krajích spíše) nízké a kdy bychom dle mého názoru měli spíše hovořit o „kulturnosti“ ve vztahu společnosti k právu. Protože takové používání sousloví „právní kultura“ má za primární cíl nikoli objektivní popis, ale spíše subjektivní hodnocení, poměřování toho, jak si hodnotitel představuje ideální právní systém, s tím, co naopak

<sup>50</sup> FRIEDMAN, L. The Place of Legal Culture and Its Position in the Sociology of Law. In: M. Freeman (ed.). *Law and Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 185.

<sup>51</sup> NELKEN, D. Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2004, s. 1.

<sup>52</sup> VARGA, C. Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law. *Acta Juridica Hungarica*. 2005, Vol. 46, s. 182.



chápe jako reálné fungování hodnoceného právního systému, domnívám se, že bychom tento význam sousloví „právní kultura“ měli jasně odlišit hlavně od výše představeného pojmu právní kultury používaného především právními sociology. Neboť ať se nám jejich pojem právní kultury zdá jakkoli příliš široký, přece jen jsou prvky právní kultury zkoumatelné nějakými empirickými metodami, jak uvidíme za chvíli, zatímco „právní kulturnost“ (omlouvám se za novotvar) nejspíše nikoli.

Ne všichni však souhlasí s tím, že by byl pojem právní kultury jako takový přínosný pro zkoumání práva či pro jeho srovnávání. Nejznámějším zastáncem této teze je nejspíše H. Patrick Glenn, který pojem právní kultury podrobil následující kritice:<sup>53</sup> Upozorňuje na to, že sám pojem kultury je velmi mladý a s jistým zjednodušením se dá říci, že získal své dnešní důležité místo v sociálních vědách někdy v 19. století, kdy byl především používán německými mysliteli zdůrazňujícími specifickou „Kultur“ v opozici k univerzalistickým ambicím francouzských myslitelů.<sup>54</sup> Podle Glenna něco z tohoto původního významu slova „kultura“ zůstalo, takže se používá nadále k „záchraně“ specifického vždy, když se někomu zdá, že je ohroženo hegemonií uniformity či univerzality. Pojem kultury je tedy nástrojem diferenciacce. To vede mimo jiné k tomu, že když chceme vysvětlit nějaký specifický jev, často jej vysvětlíme tím, že je kulturně podmíněný. Jenže to nemusí být právě vůbec žádné vysvětlení – kultura může sloužit jako „výmluva pro cokoli“ či lépe jako „explaining something in terms of everything“, jak říká Glenn. Vysvětlování něčeho specifického kulturou má však podle Glenna ještě temnější stránky: Za prvé to vede k tomu, že na kulturu nahlížíme jako na vlastnost specifickou pro nějakou společnost podle vzoru „jedna společnost – jedna kultura“, čímž se snažíme umenšit či přímo potlačit menšinové hlasy uvnitř dominantní společnosti. Kultura je tak chápána jako monolit. V politické rovině to může znamenat, že každý stát by měl mít svou vlastní jednu kulturu, což je možná model, který se uchytil v Evropě někdy od konce 19. století – politické uspořádání Evropy tak, jak vzešlo z pařížské mírové konference po první světové válce, je ukázkou toho, že dominantním paradigmatem se stalo paradigma národního státu (nation-state), které (až na výjimky) vedlo ke snahám o faktické potlačování národnostních menšin; „plody“ tohoto uspořádání jsme pak možná sklízeli v etnických čistkách a genocidách a pravděpodobně je sklízíme dodnes. Za druhé takové pojetí kultury vede k názoru o nesouměřitelnosti kultur – kultury jsou tedy viděny jako uvnitř koherentní a ve vztazích mezi sebou jako nekonzistentní. Představa vzájemného ovlivňování kultur či závislosti jedné kultury na jiné je tak podle Glenna implicitně vylučována a jakékoli kulturní překrývání je viděno jako ohrožení kultury. Co více, objevuje se díky tomu představa „kulturních válek“, která se stala jistou dobou populární díky Huntingtonovu konceptu „střetu civilizací“. Jazyk kultury se tak dle Glenna stal jazykem konfliktu a multi-kulturalismus se může stát vulgárním slovem (pokud ho rovnou neobviníme z toho, že je mrtev). Glenn upozorňuje dále na to, že zatímco v přístupu k mimoevropským národům se v 19. století s oblibou používal pojem rasy, 20. století jej možná nahradilo právě pojmem kultury a představa „válek kultur“ je v této interpretaci vlastně pokračovatelem rasismu.

<sup>53</sup> GLENN, H. P. Legal Cultures and Legal Traditions. In: M. Van Hoecke (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2004, s. 7–20.

<sup>54</sup> Poznamenejme v této souvislosti ještě to, že Francouzi s oblibou hovoří nikoli o „francouzské kultuře“, ale o „francouzské civilizaci“, což může být jistým indikátorem právě oněch univerzalistických tendencí. S nadávkou lze říci, že ten, kdo nevyznává právě tu jejich „civilizaci“ je vlastně „necivilizovaný“, tedy „divoch“.

Místo toho nabízí Glenn, abychom nehovořili o právních kulturách, ale o **právních tradicích**. Podle něj je pojem tradice „podstatně starší pojem, používaný a praktikovaný kdekoli na světě, který doposud nepodlehł stejné reifikaci a konfliktnalizaci jako se to stalo pojmu kultury. Možná je to proto, že tradice je nejlépe uchopitelná jako jednoduchá informace přetrvávající v čase, která postrádá materiální rozměr sociálního života přítomný v pojmu kultury. Navíc tradice postrádá jasné znaky (markers) a je proto obtížné identifikovat tradice jako autonomní nebo čisté. Tradice mají neostře, vágní okraje (fuzzy edges); mohou být identifikovány jen ve vztahu k jiným tradicím; obsahují uvnitř sebe prvky opozice vůči dominantní tradici; jsou spojeny jedna s druhou postranními tradicemi (lateral) či tradicemi probíhajícími napříč (cross traditions), které jsou definovány jinak než definičními kritérii hlavní či dominantní (principal) tradice. Hovořit o tradici „le droit civil“ či tradici common law či islámského práva neznamena konstruovat přesné, autonomní a vnitřně konzistentní objekty.“<sup>55</sup>

Glenn sám tuto svou koncepci předvedl ve své známé knize poprvé vydané v roce 2000 o právních tradicích světa, v jejíž první části podrobně rozvedl výše prezentovanou argumentaci a v poslední zase prodiskutoval možnosti vzájemného ovlivňování či smírování právních kultur (reconciling legal traditions).<sup>56</sup> Glenn v knize rozlišuje chtonickou právní tradici,<sup>57</sup> talmudickou právní tradici, tradici civil law, islámskou právní tradici, tradici common law, hindskou právní tradici a konfuciánskou právní tradici, přičemž nepopírá, že existují ještě jiné tradice uvnitř těchto sedmi (např. tradice sunnitského a šiitského islámského práva) nebo tradice „postranní“ (laterální).<sup>58</sup> S výjimkou z Evropy pocházejících právních tradic je zřejmé, že Glenn právní tradice třídí podle velkých světových náboženských či ideových systémů (abychom automaticky nezotožňovali konfuciánství s náboženstvím), a proto se lze ptát, zda nedochází ke směšování právních tradic sekularizovaného práva s právními tradicemi náboženského práva (což jsem kritizoval výše) a zda by tedy Glenn neměl být konzistentnější a nehovořit o nějaké společné „křesťanské“ právní tradici místo o civil law a common law. Glenn sice o vlivu křesťanství hovoří, ale především pokud jde o tradici civil law,<sup>59</sup> zatímco o tradici common law se pouze zmiňuje okrajově (o křesťanském pojmu blasfémie v anglickém právu).<sup>60</sup> Přitom důsledné rozpracování „křesťanské“ právní tradice by se nemohlo omezovat pouze na západní křesťanství, ale zahrnout do sebe i tradice třeba uherského obyčejového práva a dále tradice vycházející z byzantského práva pojustiniánského a spojené s východním křesťanstvím na Balkáně či v prostoru minimálně evropského Ruska a zemí přilehlých (jako je Ukrajina či Bělorusko).

Obecně lze tak o Glennově odmítnutí pojmu právní kultury a naopak přijetí pojmu právní tradice říci, že odmítnutí spočívá především ve výhradách k pojmu kultury jako takové. Toto odmítnutí se vůbec nemusí vztahovat na pojem právní kultury tak, jak je

<sup>55</sup> GLENN, H. P. *Legal Cultures and Legal Traditions*, s. 20–21.

<sup>56</sup> GLENN, H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*.

<sup>57</sup> Termín „chtonický“ byl používaný starými Řeky k označování božstev spojených se zemí na rozdíl od božstev olympských spojovaných s nebem. Glenn termín používá místo termínu „domorodý“, protože tento termín je nálepkou použitou Evropany, zatímco Glennovi jde podle jeho vlastních slov o popsání této tradice pomocí jejích vlastních kritérií, nikoli podle kritérií pocházejících z vnějšku. Viz tamtéž, str. 61 a násl.

<sup>58</sup> Tamtéž, s. 361 a násl.

<sup>59</sup> Tamtéž, s. 141 a násl.

<sup>60</sup> Tamtéž, s. 268.

používán především právními sociology, tj. v jistém techničtějším významu (byť velmi širokém) než mnohdy bezbřehý pojem kultury. Pojem právní tradice je zase v Glennově pojetí zřetelně navázán na náboženství, což samo o sobě nemusí být jeho nevýhodou, pokud by Glenn dle mého názoru neselhával ve vysvětlení toho, proč rozlišuje civil law a common law jako odlišné tradice, když se obě zrodily uvnitř křesťanského světa.

Ať již je tomu s právními tradicemi jakkoli, Glennovo odmítání pojmu právní kultury a upřednostňování pojmu právní tradice se stalo předmětem probíhající diskuse mezi právními komparatisty, kteří se věnují metodologickým otázkám.<sup>61</sup> Zde bych chtěl zmínit názor Alana Watsona, který sice nepovažuje za nutné mezi nimi rozlišovat,<sup>62</sup> je však spojen se zavedením dalšího pojmu, a to pojmu právního transplantátu (legal transplant).<sup>63</sup> Zde se však nechci zabývat tímto pojmem, místo toho hodlám charakterizovat Watsonův přístup k právní komparatistice, a sice přístup srovnávací právní historie. Watson říká, že právě srovnávací právní historie odpovídá na otázku, proč se právní kultury mění, jinak, než jak na ni odpovídají právní sociologové či historici jednoho právního řádu – a my můžeme dodat, že i jinak než právní komparatisté. Právě historický kontext právního řádu a dějiny jeho ovlivňování jinými právními řády jsou podle Watsona klíčem k pochopení změny, kterou vysvětluje, jednoduše řečeno tím, že právníci tíhnou k tomu chápat právo jako systém vybavený autoritou a legitimitou. Na tom by nebylo nejspíše nic originálního, kdybychom se nepodívali podrobněji na to, co autoritou a legitimitou Watson v tomto kontextu myslí. Hlavním činitelem změny práva jsou podle Watsona sami právníci, kteří se při přejímání řešení z jiných právních řádů či systémů orientují na takové změny, jež lze opřít právě o autoritu a legitimitu právního řádu, odkud se řešení přejímá. Watson se omezuje na oblast práva soukromého, které podle něj přinejmenším v Evropě po dlouhou dobu nebylo dominantním odvětvím, na něž by se soustředila legislativa. Změny soukromého práva tak nebyly prováděny zákonodárcem, ale spíše praktikujícími právníky, kteří si vybírali právě řešení opřená o autoritu a legitimitu, již ale nechápali v intencích politiky, ale spíše v intencích práva – proto pro ně bylo přijatelné, aby přejímali autoritativní řešení z justiniánských Digest či francouzského Code civil jakožto vzorů či zdrojů, které byly autoritativními v jejich očích. Přijetí takového autoritativního zdroje pak bylo chápáno ostatními právníky jako legitimní. Právě spojení přejímání cizího vzoru a to, že vzor je autoritativní a jeho přijetí legitimní, vytváří podle Watsona právní tradici. Watson se tedy liší od Glenna, v tom, že právní tradice není viděna v širším kontextu (nejspíše náboženském). Liší se i od právních sociologů, kteří naopak tendují ke zdůrazňování širší společenské potřeby přejímání cizího práva – Watson naproti tomu zdůrazňuje „konsensus“ pro legitimitu a autoritu „pouze“ uvnitř právního „stavu“. Podle něj nelze přejímání cizích vzorů vysvětlit ani důvody známými z politické historie. Watsonův pohled se však v mnohém zásadně liší i od názoru právních komparatistů, kteří nejčastěji vyznávají funkcionální přístup ke srovnávání právních institutů. (Jednoduše řečeno, budu srovnávat takové právní instituty, jež v různých

<sup>61</sup> Viz např. HUSA, J. *Legal Culture vs. Legal Tradition – Different Epistemologies?* Maastricht European Private Law Institute Working Paper no. 2012/18. Maastricht: Maastricht University, November 2012.

<sup>62</sup> Watson výslovně říká, že „právní kultura je právní tradice a právní tradice je právní kultura“. WATSON, A. *Legal Culture v Legal Tradition*. In: M. Van Hoecke (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2004, s. 1.

<sup>63</sup> WATSON, A. *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. 2nd edition. Athens: University of Georgia, 1993.

právních řádech či v různých právních rodinách plní stejnou či podobnou funkci.) Nalezení takové funkce však může být velmi problematické, protože funkce nemusí znamenat totéž co původ, protože Watson ukazuje, že jsou často přejímána řešení z cizích vzorů právě z důvodu jejich autority uvnitř právního stavu bez toho, abychom hlouběji uvažovali o jejich funkci – „To nás nevyhnutelně přivádí do chaosu, kterým v tomto kontextu rozumím, jakožto výsledek právní tradice, absencí nutného logického spojení mezi právními pravidly, institucemi a strukturami na jedné straně a mezi společnostmi, v níž fungují, na straně druhé. Tato absence logického spojení vede k tomu, že velká většina ani mezi právníky není schopna vysvětlit důvod, proč je právo zrovna takové, jaké je.“<sup>64</sup> A to umí podle Watsona vysvětlit právě srovnávací právní historie. Jinými slovy: Je velmi dobře možné, že z právního řádu A je do právního řádu B přejet institut X z důvodů autority právního řádu A (např. do českého občanského zákoníku bude přejet nějaký institut z práva římského, protože je právníky z oboru českého soukromého práva římské právo považováno za autoritativní vzor). Institut X pak získá v právním řádu B poněkud jinou funkci než v právním řádu A, třeba takovou, kterou v právním řádu A plní institut Y. Funkcionalistický přístup v právní komparatistice pak bude srovnávat X z právního řádu B s institutem Y v právním řádu A, protože mají stejnou funkci. Srovnávací právní historie však bude upozorňovat na to, že institut X v právním řádu B by měl být srovnáván s institutem X v právním řádu A, protože mají stejný původ. A právní sociolog si bude lámat hlavu nad tím, proč vůbec byl do právního řádu B přejet institut X, když ho v právním řádu B nikdo kromě právníků nejspíše nepotřeboval. Není např. vyloučeno, že třeba do českého občanského zákoníku je přežato řešení z římského práva, které v novém kontextu získá nejen novou funkci, ale že jde o řešení, jež nikdo kromě právního stavu nepotřebuje, a tento stav (který ani není jednotný) je přejímá proto, aby byla zachována třeba systematika římského práva jakožto autoritativního zdroje.

Proč na tomto místě tolik hovořit o změně práva cestou přejímání řešení z jiných právních řádů, když naším hlavním cílem je pojmová analýza pojmu právní kultury a pojmů souvisejících? Především proto, že Watsonova srovnávací právní historie představuje metodu odlišnou jak od právní sociologie, tak od funkcionálně zaměřené právní komparatistiky, což staví pojem právní kultury opět do jiného světla. Z hlediska legal origins thesis pak především to, že právní původ může být viděn nikoli na „makroúrovni“ právní kultury, ale spíše by mělo jít o právní původ na „mikroúrovni“ institutů jednotlivých právních odvětví.

## 5. ZÁVĚR

Co pro nás z těchto terminologických úvah a pojmové analýzy plyne? Dle mého názoru především to, že bychom měli rozlišovat mezi pojmy jako je právní původ (legal origin), právní systém, resp. velký právní systém (Davidův a Knappův pojem), který bychom měli chápat jako synonymum pro pojem právní rodiny či právního okruhu (Zweigertův a Kötzův Rechtskreis), a tedy jako pojem pocházející z nejužší domény právní komparatistiky, pojem právní kultury jako pojem sociologie práva a konečně pojem právní tradice, který používá opět buď právní komparatistika (typicky Glenn), anebo srovná-

<sup>64</sup> WATSON, A. Legal Culture v Legal Tradition, s. 4.

vací právní historie (jako Watson). Domnívám se, že je však nejspíše nemožné sestavit nějaký „slovník“, který by daným termínům dal nějaký přesný význam, protože nejen výše zmínění autoři se v užívání této terminologie liší. Kdybychom např. význam termínu „právní tradice“ chápali jako historický základ nějakého právního řádu dané země spolu s genezí změn, což je schopna odhalit srovnávací právní historie, používání tohoto termínu typicky Glennem, Merrymanem a dalšími by se od tohoto lišilo.<sup>65</sup> Tato nemožnost sestavení „slovníku“ terminologie pak před autory vždy staví nutnost definovat a vysvětlovat, v jakém významu ten který termín používají.

Domnívám se však, že v případech zde diskutovaných a analyzovaných pojmů půjde vždy nakonec o klasifikační pojmy (criterial concepts), tedy o pojmy, které nejsou diskursivní (essentials contested concepts). Zatímco klasifikační pojmy vymezují kritéria toho, co se rozumí tímto pojmem (např. zoologický pojem savce vymezuje kritérium toho, co je savec, matematický pojem prvočísla vymezuje kritérium toho, co je prvočíslo), diskursivní pojmy nemají klasifikační funkci a jejich vlastním účelem je to, že jsou diskutabilní záměrně, a nikoli pouze nahodile. Pokud např. pojem spravedlnosti chápeme jako diskursivní pojem, pak jeho vlastní funkcí není poskytnout určité kritérium pro rozlišení toho, co je spravedlivé. Diskursivní pojmy umožňují smysluplné spory, protože vytvářejí místo, ve kterém se střetávají protichůdné názory. Mohou sice také poskytovat třídící kritéria, ale jejich ambice je především normativní. Oproti tomu v používání zde nejpodrobněji analyzovaného termínu „právní kultura“ můžeme rozlišit to, kdy se chápe jako synonymum pro velký právní systém či právní rodinu (typicky v české literatuře, jak bylo uvedeno výše) a kdy jde o označení jiného pojmu, který používá právní sociologie, byť také můžeme vést diskuse o tom, co je právní kultura atd.

Kdybychom se však měli vrátit na začátek, můžeme se ptát, co nám tato pojmová analýza přinesla z hlediska legal origins thesis. Z hlediska pojmového jde o to, že termín „právního původu“ není příliš jasný, jak bylo ukázáno výše. Za druhé, pokud bychom chtěli jednotlivé řády roztrždit, musíme je situovat do nějaké bohaté struktury, v níž budou hrát roli nejen poznatky komparatistů, ale i právních sociologů a srovnávací právní historie. A to je možná nejdůležitější, protože pojmovou analýzu právní kultury a souvisejících pojmů můžeme provádět i bez prezentace legal origins thesis. Legal origins thesis je však zásadní proto, že při výzkumu souvislostí mezi právem a ekonomickým rozvojem země se její autoři rozhodli postupovat cestou empirického výzkumu, což právní komparatistika nedělá – ta se naopak soustředí na srovnávání normativních kategorií právních řádů (pramenů práva, právních institutů apod.). Proto se domnívám, že z hlediska metody může být zkoumání právní kultury tak, jak to provádějí právní sociologové či srovnávací právní historie, přínosné pro hlavní otázku legal origins thesis, tedy otázku, jak právní aspekty ovlivňují ekonomický rozvoj země. Když se totiž soustředíme jen na normativní kategorie právního řádu, mnoho z toho, co chtějí zkoumat autoři zastávající legal origins thesis, jim musí uniknout. Pro ilustraci se vraťme k příkladu

<sup>65</sup> Viz GLENN, H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2nd edition. Stanford: Stanford University Press, 1985, anebo třeba Smits, který také užívá termín „právní tradice“ jako synonymum pro velký právní systém či právní rodinu – SMITS, J. M. *Is Law a Parasite? An Evolutionary Explanation of Differences among Legal Traditions*. Symposium on Evolutionary Approaches to (Comparative) Law: Integrating Theoretical Perspectives. Ghent, April 2010.

roziřování „antidirector rights“ třeba v českém akciovém právu, který byl zmiňován výše: Zatímco LLSV i jejich kritici z Centre for Business Research na University of Cambridge při klasifikaci těchto „rights“ vycházejí pouze z normativních kritérií, kdybychom zapojili i případné poznatky právní sociologie o českém právu, mohli bychom získat jiný obrázek českého akciového práva uvnitř české právní kultury – z hlediska právní sociologie se může součástí české právní kultury stát i to, co si malí akcionáři myslí o squeeze outu, který v praxi chápou jako své „vyvlastnění“. <sup>66</sup> Právě použití metod právní sociologie a srovnávací právní historie může být pro rozvinutí legal origins thesis užitečné. Pokud perspektivu široce koncipovaného pojmu právní kultury zastánci i kritici legal origins thesis přijmou, nebudou už moci chápat „právní původ“ jako nějakou jednoduchou, vnitřně nestrukturovanou kategorii, ale naopak se budou muset otevřít veškeré složitosti a komplexnosti fungování práva v nějaké zemi. Přijetí takovéto perspektivy by pak také znamenalo, že by přestali chápat své výzkumy jako v zásadě neproblematický projekt, v rámci něhož lze na některé otázky odpovědět relativně jednoduše, ale museli by se pokusit o dlouhodobé zkoumání, které jen obtížně přinese nějaké jednoduché a nezpochybnitelné závěry. Místo toho, aby LLSV ze svých teorií a metodicky velmi zjednodušujících studií (viz výše) udělali „vědecké pravdy“ a z nich pak praktická doporučení, typicky v podobě „Doing Business Reports“ Světové banky <sup>67</sup>, museli by se ti, kdo by celý problém brali vážně, pokusit o opravdu vědecký projekt, který by nejspíše ukázal, že celá souvislost mezi právem a ekonomickým rozvojem je daleko složitější.

*Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu Grantové agentury ČR „Diskursivní pojmy v právu“, č. P408/12/2579.*

### JUDr. Michal Šejvl, Ph.D.

Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

<sup>66</sup> Viz typicky názory OSMA (Ochranné sdružení malých akcionářů) prezentované např. na <http://www.okforum.eu/aktuality.htm?id=105>. V kontextu právní kultury nemusí být důležité to, zda opravdu k vyvlastňování malých akcionářů došlo či nikoli, ale o to, co si o tom oni sami myslí.

<sup>67</sup> Tyto Doing Business Reports v posledních letech používají jako jeden z hlavních zdrojů právě hypotézy LLSV, které však chápou jako opravdová „tvrdá fakta“. Např. hlavním zdrojem pro hodnocení nějaké země z hlediska vymahatelnosti smluv (enforcing contracts) v Doing Business Report za rok 2011 (viz [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org)) je výše citovaný článek „Courts“, v němž dokazují velkou míru formalismu v zemích civil law (která je podle autorů škodlivá) a nízkou v zemích common law, a to platí i pro další sledovaná kritéria ve zprávě jako je „Starting a Business“, „Getting Credit“, „Protecting Investors“, „Paying Taxes“, „Trading Across Borders“ a „Closing a Business“. Tyto zprávy pak World Bank používá pro stanovení žebříčků dané země z hlediska míry státní regulace hospodářství, a tedy i z hlediska vhodnosti založení místní firmy – země s vyšším postavením na žebříčku jsou pak hodnoceny jako více „business friendly“, než ty s nižším postavením. Toto může samozřejmě ovlivňovat rozhodnutí mezinárodních investorů, zda a jak v dané zemi investovat (k tomu jsou ostatně určeny), což se zase může projevit v hospodářství dané země. World Bank používá názory LLSV i jako podklad pro hodnocení světové ekonomiky, z něhož pak mohou opět vyplývat praktická doporučení pro různé expertní poradce politiků a politiky samotné (např. vhodnost deregulace trhu práce apod.). Jestliže tento článek poukazuje na problematičnost výzkumů LLSV jak z hlediska jejich metody, tak z hlediska právní komparatistiky, zpochybňuje zároveň to, že tyto Reports jsou postaveny na objektivních poznacích a zpochybňuje tedy i doporučení Světové banky.

Michal Šejvl

### **A Critique of Legal Origins Thesis and a Concept of Legal Culture**

***Abstract:** The article starts with the presentation of fundamental ideas of legal origins thesis (on the “law and economics” background) which, to put it simply, states that the origin of the legal order of a particular country (in common law or in civil law) is a decisive factor for the economic development of the country. It criticizes this thesis, first from the methodological viewpoint: It points out that not only the collection of data is problematic, but also the choice of research criteria and their quantification; it also stresses the problematic character of empirical research in law as such. Because legal origins thesis uses the concept of legal origin of a country, the article also points out the problem of classification of countries according to their legal origins. Then it proceeds with the analysis of concepts of legal culture, legal family, legal system and legal tradition and pays particular attention to the fact, how these concepts are differently used by comparative law, sociology of law and comparative legal history. The result of this conceptual analysis is that concept of legal culture probably is not an essentially contested concept. To conclude it finds out that especially approach of sociology of law can be fruitful for the future empirical research on the relationship between legal system and economics it points out the danger of empirical research in law that lies in the fact, that hypotheses that are not methodologically rigorously based, are presented by their authors as objective facts and from these facts practical normative recommendations are derived.*

***Key words:** legal origins, law and economics, empirical research in law, legal culture, legal system, legal tradition, legal family, comparative law, sociology of law, comparative legal history, conceptual analysis*