

Jan Broulík

## NEDOROZUMĚNÍ O EKONOMICKÉ ANALÝZE PRÁVA

**Abstrakt:** Autor se ve své stati zabývá nedorozuměními o ekonomii a o její aplikaci na právo, která jsou rozšířena mezi českými právníky. Vychází z předpokladu, že existence těchto nedorozumění je jednou z příčin dosavadního omezeného rozšíření ekonomické analýzy práva v českém právním prostředí. Stat identifikuje pět jednotlivých nedorozumění, vysvětluje jejich podstatu, objasňuje příčiny a popisuje, jak příslušné nedorozumění vede k odmítnutí ekonomické analýzy práva. Za první je rozšířena představa, že ekonomie je věda o ekonomice, ačkoli ve skutečnosti je předmět jejího zájmu širší. Za druhou je rozšířena představa, že ekonomie je věda o penězích, ačkoli ve skutečnosti peníze představují okrajový předmět zájmu ekonomie a jsou spíše využívány v rámci ekonomické metodologie. Za třetí je rozšířena představa, že podle ekonomie je právo zbytečné pro dosahování ekonomické efektivity, ačkoli ve skutečnosti může dle ekonomie právo přispívat k ekonomické efektivity několika různými způsoby. Za čtvrté je rozšířena představa, že ekonomická analýza práva se vždy týká ekonomické efektivity práva, ačkoli existují podoby ekonomické analýzy, které s efektivitami nesouvisí. Za páté je rozšířena představa, že ekonomická analýza práva si klade nároky na exkluzivitu přístupu k právu, ačkoli ve skutečnosti nic nebrání její kombinaci s jinými přístupy k právu.

**Klíčová slova:** ekonomická analýza práva, právo a ekonomie, law and economics

### ÚVOD

V této stati se zabývám nedorozuměními rozšířenými v české právní akademii o disciplíně označované jako právo a ekonomie (*Law and Economics*, ekonomická analýza práva).<sup>1</sup> Tato disciplína využívá ekonomickou (především mikroekonomickou) teorii a empirická data získaná pomocí ekonomických metod pro porozumění právu. Od zrození současné inkarnace ekonomické analýzy práva v šedesátých letech minulého století v USA došlo k vzniku jejích různých odnoží. V této stati se věnuji především původnímu, tj. chicagskému proudu, který vychází z tradiční neoklasické mikroekonomické teorie. Mnoho z prezentovaných závěrů je však relevantních i pro jiné proudy aplikace ekonomie na právo.

Ačkoli ve Spojených státech je ekonomická analýza již zcela obvyklým způsobem přístupu k právu, v Evropě je její využití stále podstatně vzácnější. Gazal-Ayal dokladuje tento rozdíl relativními počty právníků píšících články v oblasti ekonomické analýzy práva.<sup>2</sup> V letech 2003 až 2005 se podle něj v (západní) Evropě účastnilo psaní právně-ekonomických článků pouze 0,8 autora na 10 milionů obyvatel, zatímco v USA to bylo 3,14 autora. Výrazné rozdíly lze pozorovat také v zastoupení ekonomické analýzy práva ve výuce poskytované právníckými fakultami na obou stranách Atlantiku.

Různí autoři přicházejí s různými vysvětleními rozlišné míry rozšíření ekonomické analýzy práva.<sup>3</sup> Lze uvést například to poskytnuté Garoupou a Ulenem, podle kterých je

<sup>1</sup> Tyto pojmy někdy bývají používány *promiscue*, jindy je každému z nich přiřazován poněkud odlišný význam. V tomto textu je používám se stejným významem, tj. aplikace ekonomie na právo obecně.

<sup>2</sup> GAZAL-AYAL, O. Economic Analysis of „Law & Economics“. *Capital University Law Review*. 2007, Vol. 35, No. 3, s. 794–795.

<sup>3</sup> Viz např. DAU-SCHMIDT, K. G. – BRUN, C. L. Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United

hlavní příčinou vzniku a intenzivnějšího využití ekonomické analýzy práva v USA tamní soutěž probíhající mezi právníckými fakultami.<sup>4</sup> Konkurenčnější prostředí údajně poskytuje americkým právníckým fakultám silnější motivaci k hledání „inovativních“ přístupů k právu, jakým je kupříkladu ekonomická analýza práva. Zároveň Garoupa a Ulen přikládají důležitost právnímu realismu jakožto inovaci, která pro svůj důraz na vztah právních norem k reálnému světu logicky předchází ekonomické analýze a která v Evropě nenašla silnější odezvu.

Ani na českých právníckých fakultách se ekonomická analýza zatím neetablovala. Ač je na našem území výuka ekonomických předmětů s právníckými fakultami tradičně spojena,<sup>5</sup> aplikovaný přístup k ekonomickým otázkám se výrazně liší od toho, který je typický pro ekonomickou analýzu práva. Pozornost je věnována záležitostem souvisejícím s národním hospodářstvím (tj. makroekonomií) nebo s fungováním firmy (tj. podnikovou ekonomikou). Další úroveň propojení práva a ekonomie, tj. zkoumání účinků alternativních právních norem na chování lidí a dopadu těchto norem na ekonomickou efektivnost nebo analýza motivace veřejných činitelů zapojených do procesu tvorby a aplikace práva, se vyskytuje sporadicky. I když je možné pozorovat mírný nárůst zastoupení ekonomické analýzy ve výuce a v publikovaných textech, zůstává stále spíše Popelkou české právní akademie.

Společně s Janem Bartoškem jsme se pokusili identifikovat příčiny české skepse vůči této disciplíně. V říjnu 2012 jsme se proto prostřednictvím online dotazníku zeptali vybraných českých akademiků, kteří se v oblasti ekonomické analýzy práva orientují, co podle nich za současným stavem stojí. Respondenti uváděli různé příčiny. Mnozí, jako např. Zdeněk Kühn, Tomáš Richter, Tomáš Sobek nebo Jan Petrov, se vyjádřili v tom smyslu, že k odmítání ekonomické analýzy dochází (mimo jiné) kvůli neznalosti či nepochopení východisek ekonomie nebo její aplikace na právo.<sup>6</sup>

Existence nedorozumění na rozhraní dvou disciplín není ničím neočekávatelným. Každá vědní disciplína totiž disponuje specifickou terminologií a mentalitou, které jsou jejími zástupci sdíleny a které umožňují bezproblémovou komunikaci v rámci příslušné disciplíny. Nedorozumění ekonomické analýze proto není ani specificky českým fenoménem. Kupříkladu i ve Spojených státech platí, že „[v]elká část toho, co bylo napsáno proti law and economics, [...] je založeno na [...] velmi povrchním porozumění centrálních děl tohoto odvětví“.<sup>7</sup> I když jsou interdisciplinární nedorozumění zřejmě do určité míry nevyhnutelná, je nicméně žádoucí se jimi zabývat.

---

States and Europe. *The Columbia Journal of Transnational Law*. 2006, Vol. 44, No. 2, s. 602–621; GRECHENIG, K. – GELTER, M. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*. 2008, Vol. 31, No. 1, s. 295–360; GAZAL-AYAL, O. Economic Analysis of „Law & Economics“. *Capital University Law Review*. 2007, Vol. 35, No. 3, s. 787–809.

<sup>4</sup> GAROUPA, N. – ULEN, T. S. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*. 2008, Vol. 59, No. 5, s. 1555–1633.

<sup>5</sup> Na právnícké fakultě působily takové postavy české ekonomie jako Albín Bráf, Alois Rašín nebo Karel Engliš. Viz HOLMAN, R. a kol. *Dějiny ekonomického myšlení*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 500–505.

<sup>6</sup> Obdobně viz např. MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2<sup>nd</sup> edition. Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 34.

<sup>7</sup> COLEMAN, J. L. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*. 1980, Vol. 68, No. 2, s. 221. (Coleman je sám velkým – leč poučeným – kritikem tohoto odvětví.)

Obecně lze říci, že k pochopení ekonomického přístupu k právu obvykle nestačí seznámit se s pouze několika díly aplikujícími ekonomickou analýzu na konkrétní právní problém. Ke správnému využití ekonomické analýzy je třeba ovládnout její způsob myšlení, který se od klasického právního dosti liší. Je však zapotřebí si uvědomit, že nedorozumění souvisí s komunikací a že komunikace je dvoustranná aktivita. Nedorozumění o ekonomii na straně právníků jsou dle mého názoru často produktem nedostatečné schopnosti ekonomů srozumitelně předávat poznání jejich disciplíny. Účelem této stati přitom není hanění zástupců ani jedné z dotčených disciplín, ale identifikace existujících nedorozumění a jejich dopadu na přijímání ekonomické analýzy v právním prostředí. Vědomí o existujících nedorozuměních, jejich příčinách a důsledcích totiž dle mého názoru může pomoci zracionalizovat tolik potřebnou debatu mezi právníky a ekonomy.

V této stati se věnuji pěti nejčastějším nedorozuměním spojeným s ekonomickou analýzou.<sup>8</sup> V každém z jejich jednotlivých bodů se detailně zabírám konkrétním identifikovaným nedorozuměním. Po vysvětlení podstaty nedorozumění, tj. po konfrontaci zkráceného dojmu o ekonomii nebo její aplikaci na právo se skutečností, nabízím možná vysvětlení jeho existence. Následně popisují způsob, jakým příslušné nedorozumění vede k odmítání ekonomické analýzy práva. Předkládaný výčet nedorozumění si ovšem nedělá nároky na úplnost a není vyloučeno, že některá nedorozumění se vzájemně podmiňují.

## 1. EKONOMIE NENÍ TOTÉŽ CO EKONOMIKA

První z nedorozumění, kterým se budu zabývat, se týká vztahu práva, ekonomie a ekonomiky. Rozšířená je představa, že ekonomie a ekonomika jsou tatáž věc, což se odráží v názoru na vztah těchto dvou oblastí s právem.

### 1.1 Ekonomie, ekonomická analýza práva

Ekonomie je společenskovědní obor. Konkrétní vědní obor je přitom možné definovat – a tím i odlišit od jiných vědních oborů – dvojím způsobem. Za prvé je možné vědní obor definovat prostřednictvím předmětu jeho zájmu. Za druhé je vědní obor možné definovat prostřednictvím jeho metod.<sup>9</sup>

Kdysi byla *ekonomie* definována jako věda zabývající se jevy probíhajícími na explicitních trzích, jako jsou výroba, rozdělování, směna a spotřeba statků a služeb, tj. jako věda zabývající se především ekonomikou (viz níže). V dnešní době je však ekonomie chápána mnohem širěji jako věda studující lidskou interakci směřující k naplnění cílů účastníků v prostředí omezených zdrojů.<sup>10</sup> Toto metodologické východisko je přitom

<sup>8</sup> Jednotlivá nedorozumění byla identifikována na základě zkušeností z debat o různých aspektech ekonomické analýzy práva s českými právníky. Tato nedorozumění se přitom obvykle projevují tak, že fungují jako (často implicitní) východiska argumentace týkající se konkrétní otázky aplikace ekonomické analýzy.

<sup>9</sup> Vědeckou metodou rozumím skupinu postupů určených k získání, upřesnění či propojení poznání.

<sup>10</sup> Tato definice vychází z klasické definice Lionela Robinse z roku 1932, podle kterého je ekonomie „*vědou, která studuje lidské jednání jako vztah mezi cíli a omezenými zdroji, které mají alternativní způsoby využití*“, a je v souladu s Buchananem zúžena na otázky lidské interakce. Viz ROBBINS, L. *An Essay on the Nature and*

aplikováno na nespočet kontextů, ve kterých k lidské interakci dochází. Ekonomie je tedy dnes definována především používanou metodou.

Pokud zahrnuje aplikační kontext ekonomické metody právo, hovoříme o ekonomické analýze práva. Také v rámci této (sub)disciplíny je ekonomie chápána široce, když se za pomoci ekonomické teorie analyzují jak normy regulující ekonomiku, tak normy regulující mimotržní chování (např. nehody, kriminalitu či soudní proces).<sup>11</sup> Také učebnice zaměřené na ekonomickou analýzu práva definují ekonomii dosti široce. Například vlivná Posnerova učebnice používá následující definici: „*Ekonomie je vědou zabývající se racionální volbou ve světě, ve kterém jsou zdroje ve srovnání s lidskými potřebami omezené, tj. v našem světě.*“<sup>12</sup>

## 1.2 Ekonomika, ekonomické právo

Slovo *ekonomika* znamená výrobu, rozdělování, směnu a spotřebu statků a služeb subjekty na definovaném území. Můžeme tedy hovořit například o ekonomice České republiky, případně o ekonomice tržní nebo o ekonomice centrálně řízené. V konkrétní ekonomice můžeme také pozorovat makroekonomické jevy, jako jsou inflace či nezaměstnanost. Stejný význam jako slovo ekonomika mají také pojmy *hospodářství* a *ekonomický systém*. Ekonomika je tedy jednou z oblastí lidské činnosti a může být zkoumána za pomoci vědy zvané ekonomie. Záběr této vědy v jejím dnešním pojetí se tím však zdaleka nevyčerpává.

Vztah práva k ekonomice se očividně liší od jeho vztahu k ekonomii. Ekonomie přistupuje k právu jako k objektu zkoumání. Nabízí specifický úhel pohledu, kterým je možné se na právo při jeho studiu dívat. Oproti tomu ekonomika je jednou z lidské činnosti regulovaných právem. Mezi právní normy provádějící tuto regulaci (tj. do ekonomického práva) spadají především normy soutěžního práva, práva jednotlivých průmyslových odvětví (např. energetika), právo obchodních společností, právo cenných papírů, daňové právo, obchodní závazkové právo či právo ochrany spotřebitele.<sup>13</sup>

## 1.3 Příčiny nedorozumění

Zaměňování pojmů ekonomie (*economics*) a ekonomika (*economy*) může mít různé důvody. Nabízí se následující:

---

*Significance of Economic Science*. 2<sup>nd</sup> edition. London: Macmillan, 1935, s. 16; BUCHANAN, J. Game Theory, Mathematics and Economics. *Journal of Economic Methodology*. 2001, Vol. 8, No. 1, s. 27–32. Upozorňuji, že mým cílem není hodnotit, zda je takto široké pojetí ekonomie adekvátní. Taková úvaha není ani příliš smysluplná. Každý si může zběžným nahlédnutím do ekonomických časopisů ověřit, že ekonomové skutečně podrobují výzkumu lidskou volbu způsobu využití vzácných zdrojů v nejrůznějších kontextech, tj. nejen v kontextu ekonomiky. Předmětem mého zájmu tedy není samotná definice ekonomie, ale právníká znalost šíře záběru ekonomie a dopad této šíře na ekonomickou analýzu práva.

<sup>11</sup> I v tomto případě je však nutno podotknout, že v minulosti byla situace odlišná. Posner rozlišuje dvě historické větve ekonomické analýzy. První větví, navazující na práci Adama Smithe, je ekonomická analýza právních norem regulujících ekonomiku. Druhou větví, navazující na Jeremyho Benthamu, je ekonomická analýza právních norem regulujících mimotržní chování. POSNER, R. A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*. 1979, Vol. 46, No. 2, s. 282.

<sup>12</sup> POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7<sup>th</sup> edition. New York: Aspen Publishers, 2007, s. 3.

<sup>13</sup> VELJANOVSKI, C. *The Economics of Law*. 2<sup>nd</sup> edition. London: Institute of Economic Affairs, 2006, s. 25.

- 1) Setrvání u zastaralé definice ekonomie, ve které k sobě tyto pojmy měly opravdu blízko.<sup>14</sup>
- 2) Prostá podobnost slov (oproštěných od významu). Například slovo „ekonomický“ může znamenat „související s ekonomikou“ i „související s ekonomikou“. Závisí vždy na konkrétním případě použití.
- 3) Nevhodný způsob výuky ekonomie na právnických fakultách, který se soustředí spíše na témata související s hospodářstvím.
- 4) Blízká osobní zkušenost s akademickým oborem definovaným předmětem zájmu (tj. právním systémem) spíše než metodou. Pro právníka proto může být definování vědního oboru prostřednictvím metody, a následné rozlišování tohoto oboru od jeho aplikačních kontextů, do určité míry neintuitivní.
- 5) Neostré definice obou pojmů, tj. ekonomie i ekonomiky.

#### 1.4 Důsledky nedorozumění

Zmýlené představy o šíři záběru ekonomie nezbytně vedou k chybnému úsudku, pokud jde o možnosti její využitelnosti při analýze práva. Ten, kdo chápe ekonomii jako vědu zabývající se (pouze) ekonomikou, si pod ekonomickou analýzou práva představí (pouze) analýzu norem a institutů regulujících ekonomiku. Přitom právě ekonomická analýza institutů právních odvětví nesouvisejících explicitně s ekonomikou podle mnohých patří k tomu nejzajímavějšímu a nejužitečnějšímu, co aplikace ekonomických nástrojů na právo umožňuje. Kupříkladu Coasův teorém, jakožto zřejmě nejslavnější koncept vyprodukovaný ekonomickou analýzou práva, se váže k ryze soukromoprávním institutům smlouvy, vlastnického práva a odpovědnosti za škodu.<sup>15</sup> Lze uvést také Garyho Beckera (on i Ronald Coase byli za svou práci odměněni Nobelovou cenou za ekonomii), který ve svém výzkumu úspěšně aplikoval ekonomickou analýzu na trestní právo.<sup>16</sup>

#### 1.5 Shrnutí nedorozumění

V dnešní době již nelze hledat přímou souvislost mezi definicí ekonomie a ekonomikou. Ačkoli se jedná o podobně znějící termíny, jejich náplň je jiná. Ekonomie není to samé co ekonomika, ani není vědou o ekonomice. Pokud se přesto někdo mylně domnívá, že předmětem ekonomie je (pouze) ekonomika, bude mít také mylné představy o šíři využitelnosti ekonomie při analýze práva. Bude se totiž domnívat, že za pomoci ekonomie lze analyzovat pouze právní normy regulující ekonomiku. Ve skutečnosti lze ovšem za pomoci ekonomie analyzovat mnohá další právní odvětví.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Historicky se pro ekonomii dokonce používalo anglické označení *political economy*.

<sup>15</sup> Viz více o Coasově teorému v části 3 níže.

<sup>16</sup> Viz více o ekonomické analýze trestního práva v části 4 níže.

<sup>17</sup> K tomu viz např. posláním Evropské asociace pro právo a ekonomii: „*This approach applies economic concepts to explain and clarify legal issues, not only with respect to narrowly defined “economic” fields, such as competition and economic law, but also to legal fields that concern a wide variety of non-market activities, from liability issues to family matters and crime.*“ Mission Statement. In: *European Association of Law and Economics*. [2015-01-20]. Dostupné z: <<http://www.eale.org/index/index/about>>.

## 2. EKONOMIE NENÍ VĚDA O PENĚZÍCH

Druhé nedorozumění se týká vztahu ekonomie a peněz. Je možné se setkat s představou, že ekonomie je věda zabývající se penězi. Tato představa následně vyvolává dojem, že ekonomická analýza práva je analýzou peněžních transakcí upravených právem.

### 2.1 Peníze a vzácné zdroje

Jak již bylo zmíněno výše, ekonomie je věda zabývající se využitím vzácných zdrojů k uspokojování lidských potřeb. Vzácné zdroje můžeme se zjednodušením rozlišit na (1) výrobní faktory, a (2) výrobky a služby. Výrobní faktory jsou využívány firmami k produkci výrobků a služeb. Takto využívanými faktory jsou například zemědělská půda, nerostné suroviny, lidská práce, výrobní stroje nebo infrastruktura. Peníze výrobním faktorem nejsou. Není totiž možné je *přímo* využít k produkci výrobků a služeb. K uspokojování lidských potřeb dochází prostřednictvím spotřeby výrobků a služeb. Může jít například o dům, obložený chlebiček nebo masáž. Peníze nejsou ani statkem či službou. Není totiž možné je *přímo* využít k uspokojení lidské potřeby.

Peníze však v oblasti uspokojování lidských potřeb prostřednictvím vzácných zdrojů hrají velkou roli, protože *usnadňují směnu vzácných zdrojů*. Peníze používáme při nákupu a prodeji výrobních faktorů, výrobků a služeb, protože to je praktičtější než přímo vyměňovat jeden vzácný zdroj za zdroj jiný. Bez použití peněz by například bylo pro advokáta dosti složité proměnit své služby klientům v teplý oběd (pokud by klientem nebyla restaurace poblíž příslušné advokátní kanceláře). Praktičnost peněz ve směně je důvodem toho, proč právo kupříkladu příkazuje nahradit škodu v penězích (a ne třeba v trešních).

### 2.2 Právo a peníze

Bez možnosti používat peníze by docházelo k menšímu množství směn. Platí přitom, že každá dobrovolná směna zvyšuje bohatství příslušného lidského společenství (např. státu), a z hlediska tohoto společenství je proto žádoucí, aby docházelo k co nejvíce směnám. Jinými slovy se tedy dá říci, že lidé mají prospěch z toho, když mohou při směně vzácných zdrojů využívat peníze. Není tedy překvapením, že se státy prostřednictvím svých právních systémů snaží zajistit, aby peníze směnu usnadňovaly co nejvíce (např. zvyšováním důvěryhodnosti peněz prostřednictvím boje s padělký).

### 2.3 Ekonomie a peníze

Ekonomie se samozřejmě do určité míry penězi zabývá. Zajímá ji především právě jejich schopnost usnadnit směnu. Peníze jsou však pouze jedním z marginálních témat, které ekonomie řeší. Zásadní je, že ekonomii by využití vzácných zdrojů k uspokojování lidských potřeb zajímalo i ve světě, kde by peníze nebyly vynalezeny a kde by ke směně vzácných zdrojů docházelo bez jejich využití.

I v našem reálném světě někdy k takovému směnám dochází. Firmy například poměrně často směňují výrobní faktory za jiné (*barter*). Také v krizových obdobích nejistoty (např. během války) mezi lidmi obvykle dochází k přímé směně výrobků a služeb (bez využití peněz). Především však lidé velice často činí racionální rozhodnutí o využití



vzácných zdrojů v kontextu, ve kterém se peníze (přímo) nevyskytují. Může jít například o rozhodnutí o podstupované míře rizika při volnočasových aktivitách, rozhodnutí o počtu dětí, rozhodnutí o objemu škodlivin vypouštěných firmou do ovzduší apod. I tyto (nepeněžní) oblasti rozhodování o využití vzácných zdrojů jsou doménou ekonomie.

## 2.4 Ekonomická metodologie a peníze

Peníze se nicméně v ekonomické literatuře neobjevují jen jako objekt výzkumu. Vedle své praktičnosti pro subjekty směřující vzácné zdroje je koncept peněz díky svým vlastnostem účelný také pro ekonomickou *metodologii*. Ekonomie často potřebuje porovnávat veličiny, které jsou srovnatelné jen obtížně.<sup>18</sup> Peníze v těchto případech často figurují jako společný jmenovatel (*common denominator*) srovnávaných kategorií.<sup>19</sup>

Peníze se takto využívají například pro porovnání užítku ze spotřeby konkrétního výrobku mezi dvěma osobami. Člověk, kterému výrobek přináší větší užitek, za něj *ceteris paribus* zřejmě bude požadovat vyšší peněžní kompenzaci než člověk, kterému přináší užitek menší. Podobně můžeme porovnávat, jak je někomu něco nemilé (kupříkladu zranění). Ten, kdo je *ceteris paribus* ochoten zaplatit více za vyhnutí se příslušnému zranění (např. ve formě nákupu ochranných prostředků, které zranění zabrání), zřejmě vnímá příslušné zranění negativněji.

Nalezení společného jmenovatele však není nutné jen napříč různými osobami. Také při srovnávání užítku z různých výrobků, aktivit apod. (byť i u jediné osoby) lze peníze za tímto způsobem využít. Analýza nákladů a přínosů (*cost-benefit analysis*) vyžaduje, aby pro srovnatelnost byly náklady a přínosy vyjádřeny ve stejných jednotkách. I zde se k tomuto vyjádření využívá nejčastěji množství peněz, které by člověk byl ochoten zaplatit za získání přínosu nebo vyhnutí se nákladu.

Metodologické využití peněz jim však nepřikládá žádnou vnitřní hodnotu. Jedná se o pouhý analytický konstrukt, který se snaží zachytit jinak těžko kvantifikovatelné veličiny jako bolest, utrpení, radost apod. Peněžní částky přiřazené k jednotlivým alternativám, mezi nimiž se subjekt rozhoduje, v rámci analýzy pouze reprezentují volby, které by jednotlivci mezi těmito alternativami činili. Metodologické využití peněz je tedy z hodnotového hlediska neutrální.

## 2.5 Příčiny nedorozumění

Hlavní příčinou chápání ekonomie jako vědy o penězích je pravděpodobně její již zmiňované nesprávné spojování s ekonomikou, a především pak se zásahy veřejných institucí do fungování ekonomiky. Mediální debaty (kterých se obvykle účastní přední ekonomové) soustředící se na řešení ekonomických problémů prostřednictvím přidělování veřejných peněz mohou snadno vyvolat představu, že ekonomie je především o takovémto alokování peněz.

<sup>18</sup> „Even the most ardent proponents of cost-benefit analysis concede that comparing disparate categories is extremely difficult in practice. But many critics insist that such comparisons cannot be made even in principle. [...] Scarcity is a simple fact of the human condition. To have more of one good thing, we must settle for less of another. Claiming that different values are incommensurable simply hinders clear thinking about difficult tradeoffs.“ FRANK, R. H. Why is Cost-Benefit Analysis So Controversial? *The Journal of Legal Studies*. 2000, Vol. 29, No. S2, s. 914.

<sup>19</sup> KAPLOW, L. – SHAVELL, S. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, s. 32, pozn. 34.

Svou roli nepochybně hraje také nepochopení metodologické role peněz v ekonomickém výzkumu. V tomto ohledu zřejmě selhává ekonomické vzdělávání právníků.

## 2.6 Důsledky nedorozumění

Chápání ekonomie jako vědy o penězích brání pochopení skutečné náplně ekonomie. Člověk představující si pod ekonomikou vědu o penězích se přirozeně bude bránit jejímu použití v oblastech, ve kterých o peníze (přímo) nejde, nebo její aplikaci na právo vůbec.

## 2.7 Shrnutí nedorozumění

Stejně jako předmětem zájmu ekonomie na nejzákladnější úrovni není ekonomika, nejsou jí ani peníze.<sup>20</sup> Někdo však takového dojmu může přesto nabýt, protože téma peněz se v ekonomii pro jejich užitečnost při provádění transakcí i debatách o těchto transakcích<sup>21</sup> vyskytuje velmi často. Redukce ekonomie na vědu o penězích pak může vést k představě, že za pomoci ekonomie lze analyzovat pouze oblasti regulované právem, ve kterých se skutečně peníze platí, případně že penězům je připisována nějaká vnitřní hodnota. Ve skutečnosti lze ovšem ekonomii aplikovat i tam, kde se peníze nepoužívají, a peníze samy o sobě (bez lidí) pro ekonomy žádnou hodnotu nemají.

## 3. EKONOMIE NETVRDÍ, ŽE PRÁVO JE ZBYTEČNÉ

Na rozdíl od dvou předchozích nedorozumění týkajících se náplně ekonomie souvisí třetí nedorozumění s nepochopením vztahu práva a ekonomie. Jedná se o přesvědčení, že podle ekonomie (ekonomické analýzy práva) není k dosažení efektivního společenského upotřebení zdrojů právo potřeba.

### 3.1 Coasův teorém

Uvedené přesvědčení vychází z již zmiňovaného Coasova teorému.<sup>22</sup> Dle tohoto teorému by plně informované racionální subjekty ve světě s nulovými transakčními náklady dospěly vždy ke stejnému (společensky efektivnímu) využití vzácných zdrojů bez ohledu na to, kterému subjektu by objektivní právo přisuzovalo jaká oprávnění k nakládání se vzácnými zdroji. Například oprávnění k užívání vyhrazené rozhlasové vysílací frekvence by skončilo u subjektu, který je dokáže nejlépe komerčně využít (nejziskovější subjekt). Toto oprávnění by u něj skončilo i v případě, že by jej objektivní právo původně udělilo jinému subjektu. Došlo by totiž k převodu oprávnění z takového subjektu na nejziskovější subjekt, na kterém by oba subjekty vydělaly.

<sup>20</sup> „Economics, whose subject, at the most fundamental level, is not money or the economy but the implications of rational choice, is an essential tool for figuring out the effects of legal rules.“ FRIEDMAN, D. D. *Law's Order: What Economics Has to Do With Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, s. 8.

<sup>21</sup> „[M]oney, although convenient for both making transactions and talking about them, is not what economics is about.“ Ibidem, s. 21.

<sup>22</sup> COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. 1960, Vol. 3, s. 1–44. Sám Coase však pojem (coasův) teorém vůbec nepoužívá. Jeho autorem je George Stigler.



### 3.2 Oprávnění

Je nutné si všimnout, že Coasův teorém předpokládá převody oprávnění k *výlučnému* užívání určitého vzácného zdroje. Většinou totiž platí, že souběžné užívání vzácného zdroje jedním subjektem snižuje užitek z tohoto zdroje pro subjekt druhý. Pokud by například oba provozovatelé rozhlasu vysílali na stejné frekvenci (tj. využívali by stejný vzácný zdroj), docházelo by k rušení jejich signálu.<sup>23</sup> Hlavním prostředkem k docílení výlučnosti užívání určitého vzácného zdroje je v naší společnosti (objektivní) právo. Právo zajišťuje, že z užívání „naší“ věci můžeme vyloučit další subjekty. Provozovatel rozhlasu přisuzuje určitou hodnotu oprávnění k užívání vyhrazené rozhlasové vysílací frekvence (tj. je ochoten za toto oprávnění něco zaplatit), protože očekává, že se mu prostřednictvím práva povede vyloučit případné subjekty porušující jeho exkluzivitu k příslušné frekvenci.

Právo je tedy esenciální pro to, aby vůbec bylo možné o výlučnosti užívání hovořit, i pro to, aby bylo možné tuto výlučnost převádět. „[B]ez ustanovení výchozího vymezení oprávnění [prostřednictvím objektivního práva] nemůže na trhu docházet k jejich převodům.“<sup>24</sup> Coasův teorém tedy právo zjevně nepovažuje za zbytečné.

### 3.3 Vliv práva na ekonomickou prosperitu

Coase (a další, kteří ho následovali) hovoří také o důležitosti co největší jasnosti vymezení oprávnění k vzácným zdrojům.<sup>25</sup> Pokud totiž někdo uvažuje o nákupu určitého oprávnění, chce si být jist tím, že prodejce je skutečně oprávněn k převodu tohoto oprávnění. Chce si také být jist tím, jaké obranné prostředky má k dispozici pro případ, že by v budoucnu někdo výkon jeho oprávnění rušil. Pokud takovou jistotu nemá, bude ochoten zaplatit za oprávnění pouze nižší cenu, nebo případně ztratí zájem úplně. Přitom každá takováto nerealizovaná transakce je z hlediska ekonomie nežádoucí (kdyby k ní došlo, měli bychom se lépe). Podle Coasova teorému by se tedy *ceteris paribus* měla společnost s větší předvídatelností práva mít ekonomicky lépe než společnost s nižší předvídatelností práva.

Při diskutování jakýchkoli implikací Coasova teorému je také potřeba si uvědomit, že Coase hovoří o ideálním světě, který splňuje hned několik podmínek, které v našem světě nikdy být splněny nemohou. Především se jedná o podmínku nulovosti transakčních nákladů. V našem světě však každá transakce bude spojena s náklady. Člověk musí nejdřív vyhledat budoucího kontrahenta, zjistit si o něm informace, dojednat podmínky transakce a následně sledovat, zda dochází k plnění podle dohodnutých podmínek. Všechny tyto aktivity nás stojí přinejmenším čas. Coase a další ekonomové jsou si samozřejmě vědomi, že transakční náklady budou jen výjimečně zanedbatelné, a proto nebude

<sup>23</sup> Toto neplatí o všech vzácných zdrojích. Vezměme si například konzumentskou stranu samotného rozhlasového vysílání. Skutečnost, že další posluchač si frekvenci naladí a začne poslouchat, nikterak nezhoršuje zážitek dosavadních posluchačů. Ekonomové takovouto vlastnost vzácného zdroje (statku) označují jako *nedělitelnost*.

<sup>24</sup> COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. 1960, Vol. 3, s. 8.

<sup>25</sup> V anglicky psané právně-ekonomické literatuře se hovoří o *property rights*. Jedná se především o ta práva, které česká právní doktrína označuje jako *věcná práva*.

k dosahování společensky optimální alokace zdrojů postačovat, aby byla oprávnění k těmto zdrojům dostatečně jasně definována.<sup>26</sup>

Právo proto může vedle zajišťování předvídatelnosti hrát při dosahování optimální alokace zdrojů další dvě role. Za prvé může právo sloužit ke snížení transakčních nákladů. „Zlevňování“ transakcí může právo dosahovat vícero způsobů. Právo například poskytuje základ k fungování organizovaných trhů (burz), které výrazně usnadňují provádění transakcí. Právo také nutí kontrahenty k poskytnutí některých důležitých informací, čímž usnadňuje jejich získávání. Velice důležitou roli hraje také levný vynucovací mechanismus poskytovaný právem. V neposlední řadě právo vyplňuje právní vztahy dispozitivními normami, které smluvním stranám umožňují neztrácet čas domlouváním se na podrobnostech, a snižují tedy jejich transakční náklady. Za druhé může právo při výchozím vymezování oprávnění k vzácným zdrojům (tj. v případě českého práva typicky v legislativním procesu) toto vymezování provádět takovým způsobem, aby se vzácný zdroj dostal přímo do rukou toho, kdo by byl v ideálním světě s nulovými transakčními náklady jeho koncovým kupcem (tj. např. vyhrazená frekvence do rukou nejziskovějšího provozovatele rozhlasu).<sup>27</sup>

### 3.4 Příčiny nedorozumění

Vykládání si Coasova teorému tak, že právo je zbytečné, je dle mého názoru způsobeno dvěma příčinami. Tou první je fakt, že zmýlené čtení teorému je rozšířené i mezi ekonomy, kteří následně omyl šíří dál. Tou druhou (která zřejmě působí zmatení i mezi zmiňovanými ekonomy), je nepochopení významu modelování ve vědě.<sup>28</sup> Coasův teorém totiž není ničím jiným než logickou implikací zjednodušujícího modelu reality. Právnick vzdělaný především k tomu, aby si pamatoval velké množství pouček a aby (holisticky) dokázal řešit konkrétní případy, má však dle mé zkušenosti značné obtíže pochopit, k čemu jsou takovéto zjednodušující abstrakce o společenské realitě užitečné. V ekonomii, stejně jako v jiných vědách (např. hmotný bod v kinetice), je přitom používání modelů běžné. Lze uvést například modely dokonalé konkurence nebo racionálního rozhodování. Autoři takovýchto modelů (tj. i Coase) a lidé, kteří s nimi následně pracují, jsou si vědomi toho, že modely neslouží k přesnému popsání reality, ale k jejímu lepšímu pochopení.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> „[T]he assumption [...] that there were no costs involved in carrying out market transactions [...] is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.“ COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. 1960, Vol. 3, s. 15.

<sup>27</sup> Pro takovýto postup se využívá označení napodobování trhu (*market mimicking*). V případě původního Coasova příkladu s farmářem pěstujícím plodiny a rancherem chovajícím dobytek by tak oprávnění k využívání půdy (a s ním související případné právo na náhradu škody) mělo být právem přiznáno tomu zemědělci, který by (na základě vyjednávání) půdu využíval v ideálním světě bez transakčních nákladů.

<sup>28</sup> Obdobně k jiným aspektům modelování v ekonomii viz VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 175.

<sup>29</sup> Některé modely jsou pak také využívány jako normativní ideály, ke kterým je žádoucí se přibližovat. Některí autoři takto například prosazují dokonale konkurenční trh jako žádoucí (byť ne zcela dosažitelný) cíl, ke kterému bychom měli směřovat. Podobně může sloužit Coasův model světa bez transakčních nákladů.

### 3.5 Důsledky nedorozumění

Právník, který se domnívá, že podle ekonomie je právo zbytečné, k ekonomii pravděpodobně nebude mít nejvřelejší postoj. V neposlední řadě také právník, který pochopí Coasův teorém jako výzvu k zavrnutí práva, bude připraven o pochopení jeho pravého významu. A že je to význam vskutku zásadní pro porozumění ekonomické analýze.

### 3.6 Shrnutí nedorozumění

Ekonomie toho má o právu hodně co říci. Jen samotný Coasův teorém nás toho učí mnoho o důležitosti práva pro ekonomickou prosperitu: za prvé je jasnost práva důležitá pro ekonomickou prosperitu; za druhé může právo ekonomickou prosperitu podpořit tím, že se bude brát o snížení transakčních nákladů; za třetí může právo při existenci prohibitivně vysokých transakčních nákladů podpořit ekonomickou prosperitu tím, že přidělí vzácný zdroj tomu, kdo by si ho při nižších transakčních nákladech koupil sám. Rozhodně však netvrdí, že je právo (z hlediska ekonomické prosperity) zbytečné.

## 4. EKONOMICKÁ ANALÝZA PRÁVA NENÍ JEN O PROSAZOVÁNÍ EFEKTIVNOSTI DO PRÁVA

K odmítání ekonomické analýzy práva dochází často proto, že ekonomická analýza je obvykle vnímána jako přístup k právu, jehož náplní je (pouze) prosazování ekonomické efektivity do práva.<sup>30</sup> Lze se kupříkladu setkat s názorem, že ekonomický přístup k právu je nevhodný, protože absolutizuje efektivnost a opomíjí cíle neekonomické.

### 4.1 Normativní a pozitivní ekonomie

Jak jsme si řekli výše, ekonomie je věda zabývající se racionální volbou ve světě, ve kterém jsou zdroje ve srovnání s lidskými potřebami omezené. V rámci této definice se tradičně odlišují dvě větve ekonomie, a to sice větve *normativní* a větve *pozitivní*. Obě větve spolu úzce souvisí a vychází ze stejných metodologických základů. Dopady jejich aplikace při zkoumání práva jsou však výrazně odlišné.

Normativní ekonomie „sleduje využití zdrojů, jejich organizaci ve výrobě a rozdělování z nich plynoucích přínosů mezi lidi, kteří teď žijí nebo se teprve narodí“<sup>31</sup> a ptá se, jestli některá uspořádání využití zdrojů jsou „lepší“ než jiná. Nejlepší využití zdrojů se pak typicky označuje jako využití *ekonomicky efektivní*.<sup>32</sup> Následně příslušné uspořádání využití zdrojů navrhuje jakožto cíl, kterého by společnost měla dosahovat. Normativní ekonomie se tedy zabývá tím, jak by věci měly být (*sollen*).

Druhou větví ekonomie je pozitivní ekonomie. Pozitivní ekonomie se nezabývá tím, jak by věci měly být, ale tím, jak věci jsou (*sein*). Její podstatou je analýza oproštěná od

<sup>30</sup> Shodně viz např. OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 383.

<sup>31</sup> GREENWALD, D. (ed.). *The McGraw-Hill Encyclopedia of Economics*. 2<sup>nd</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 1994, s. 744.

<sup>32</sup> Pojem ekonomické efektivity může nabývat vícero různých významů. Pro detailní rozbor viz např. KORNHAUSER, L. A. A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law. *Hofstra Law Review*. 1980, Vol. 8, No. 3, s. 591–639.

hodnotových soudů. Pozitivní ekonomie popisuje, vysvětluje a předvídá lidské jednání či jiné jevy. Pozitivní ekonomie tedy nemusí (ovšem může, jak uvidíme níže) mít nic společného s efektivností.

Někteří autoři, jako například Colander, považují uvedenou dichotomii za nedostačnou a hovoří o třetí větvi ekonomie.<sup>33</sup> V rámci třetí větve dochází k využití vědomostí produkovaných pozitivní ekonomikou k dosažení cílů navrhovaných normativní ekonomikou.<sup>34</sup> Ekonomové v rámci této větve řeší úlohy následujícího typu: jakým způsobem je možné dosáhnout efektivního upotřebení zdrojů, když víme, že ekonomické subjekty se chovají určitým způsobem? Jedná se tedy vlastně o specifickou aplikaci pozitivní ekonomie. Colander – s odkazem na starší autory – označuje tuto větev ekonomie jako „umění ekonomie“ (*the art of economics*). Sám se však v dalším textu přidržuje termínu *preskriptivní ekonomie*, který používají Määtä<sup>35</sup> nebo Van Damme.<sup>36</sup>

#### 4.2 Normativní a pozitivní analýza práva

Dichotomie normativní a pozitivní ekonomické vědy má svou paralelu také v oblasti ekonomické analýzy práva. *Normativní ekonomická analýza práva* je aplikací normativní (a preskriptivní) ekonomie na právo.<sup>37</sup> Navrhuje, aby právo bylo designováno za účelem dosahování efektivnosti, a zároveň navrhuje konkrétní design, který k efektivnosti povede.

*Pozitivní ekonomická analýza práva* je aplikací pozitivní ekonomie na právo. Hovenkamp upozorňuje, že při spojování práva a ekonomie je zapotřebí mít na paměti, že pozitivismus právní se od pozitivismu ekonomického liší.<sup>38</sup> Podle právních pozitivistů platí, že to, zda je určitá právní norma platná, a zda tedy tvoří součást práva v daném systému, závisí na zdrojích této normy, ne na jejím obsahu.<sup>39</sup> „Pozitivní“ v tomto kontextu znamená „stanovený“ (z latinského *positus*). Příslušnými postupy stanovené normy jsou dle právních pozitivistů jediným souborem norem, který lze označovat jako právo. V kontrastu k tomu je pozitivismus ekonomický projevem epistemologického pozitivismu, mezi jehož nejvýznamnější zakladatele patří Auguste Comte. Tento filosofický směr je založen na premise, že důvěryhodnou znalost o našem světě lze získat pouze z jeho pozorování, a klade proto důraz na empirická data a vědecké metody. Právě epistemologický pozitivismus se pak odráží v označení pozitivní ekonomické analýzy práva.

<sup>33</sup> Viz např. COLANDER, D. Retrospectives: The Lost Art of Economics. *Journal of Economic Perspectives*. 1992, Vol. 6, No. 3, s. 191–198; COLANDER, D. C. *Economics*. McGraw-Hill, 1992, s. 23. Colander odkazuje na významné ekonomické autory minulosti, jako jsou John Neville Keynes, Milton Friedman a Robert Lipsey.

<sup>34</sup> Obvykle je tato třetí větev považována za součást normativní ekonomie.

<sup>35</sup> MÄÄTTÄ, K. Law and Economics from Lawyers' Point of View. In: E. Røssæg – H.-B. Schäfer – E. Stavang. *Law and Economics: Essays in Honour of Erling Eide*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2010, s. 132.

<sup>36</sup> VAN DAMME, E. *10 Misunderstandings of Lawyers about Economics*. Nepublikováno.

<sup>37</sup> Je však vhodné upozornit, že normativní škola ekonomické analýzy bývá v určitém kontextu definována poněkud odlišně. Jedná se o kontext, ve kterém je původní chicagská škola ekonomické analýzy srovnávána se školou vzniklou na Yale University. V rámci tohoto srovnání je Chicago označováno za školu pozitivní a Yale za školu normativní. Viz např. PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economic*. 2004, Vol. 18, No. 3, s. 259–272. Akademici z Yale – byť je jejich práce označována za normativní – jsou však známí tím, že odmítají ekonomickou efektivnost jako hlavní cíl práva. Preferují spíše spravedlnost.

<sup>38</sup> HOVENKAMP, H. Positivism in Law and Economics. *California Law Review*. 1990, Vol. 78, No. 4, s. 815–852.

<sup>39</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. 2001, Vol. 46, s. 199.

Pozitivní ekonomickou analýzu je možné členit na dvě její podoby.<sup>40</sup> První podobou je analýza snažící se za pomoci normativního ekonomického konceptu (efektivnosti) vysvětlit funkci právních norem, právních odvětví nebo celého právního systému.<sup>41</sup> Pozitivní analýza v této podobě se ptá „proč máme takové právo, jaké máme“, tj. zabývá se účelem, ke kterému právo nebo jeho komponenty slouží. Testuje, zda zkoumaný objekt není možné vysvětlit jako instituci sloužící k dosahování efektivnosti. Zřejmě nejznámější aplikací tohoto směru je Posnerova teorie efektivnosti *common law*, podle které je „*common law nejlépe (ne dokonale) vysvětleno jako systém maximalizující bohatství společnosti*“.<sup>42</sup>

Jak rozvádí Gardner, takovýto druh výzkumu má vzhledem k tomu, že vychází z normativního ekonomického konceptu, velice blízko k výzkumu normativnímu.<sup>43</sup> Zároveň však připouští, že otázka, zda je právo možné vysvětlit jako systém maximalizující efektivnost, je analyticky odlišná od otázky, zda je žádoucí, aby právo fungovalo jako systém maximalizující efektivnost. Kritici ekonomické analýzy si podle Gardnera musí být tohoto rozlišení vědomi, jelikož v rámci každé z těchto debat je nutné využívat jiné argumenty.

Zásadním typem aplikace ekonomie na právo z hlediska této části stati je pozitivní ekonomická analýza ve své druhé podobě, kterou Veljanovski označuje jako studii dopadu práva (*legal impact analysis*).<sup>44</sup> Tato analýza se zaměřuje na identifikaci a kvantifikaci účinků práva na měřitelné veličiny. Předmětem zájmu je to, jak právní normy ovlivňují rozhodování lidí o tom, jakým způsobem budou jednat.<sup>45</sup> Pro popis, vysvětlení a předvídání reakce lidí na právní normy se využívají teoretické ekonomické modely lidského jednání a empirická data. Je zjevné, že ekonomická analýza práva v této podobě s efektivností přímo nesouvisí.

Veljanovski uvádí jako dobrý příklad tohoto druhu analýzy ekonomický výzkum trestního práva.<sup>46</sup> Ekonomická analýza kriminality přistupuje k rozhodnutí jedince o tom, zda provést trestný čin či nikoli, podobně jako k volbě povolání. Jedinec se začne podílet na kriminalitě z toho důvodu, že mu přináší větší přínosy než alternativní činnosti.

<sup>40</sup> POSNER, R. A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*. 1979, Vol. 46, No. 2, s. 288. Někteří autoři namísto rozlišování dvou podob pozitivní analýzy hovoří o pozitivní a deskriptivní analýze. Viz např. COLEMAN, J. L. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*. 1980, Vol. 68, No. 2, s. 222. Pro účely této stati se přidružuji Posnerovy terminologie, byť ji sám nepovažuji za nejšťastnější.

<sup>41</sup> Je zapotřebí rozlišovat mezi výrokem, že právo by mělo být ekonomicky efektivní (normativní výrok), a výrokem, že právo je ekonomicky efektivní (popisný výrok). Nicméně souhlasím s Ogusem, že označování takového typu analýzy jako „pozitivní“ může být dosti matoucí. „It is confusing to incorporate within the framework of positive analysis a normative concept [(efficiency)].“ Ogus proto navrhuje, aby takováto analýza byla označována jako „interpretativní“ nebo „explanatorní“. OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 384–385.

<sup>42</sup> POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2003, s. 25. Podobně např. LANDES, W. M. – POSNER, R. A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

<sup>43</sup> GARDNER, J. Backward and Forward with Tort Law. In: J. Keim-Campbell – M. O'Rourke – D. Shier (eds). *Law and Social Justice*. Cambridge: MIT Press, 2005, s. 261.

<sup>44</sup> VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 166.

<sup>45</sup> OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 384.

<sup>46</sup> VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 166–168.

Základním předpokladem ekonomického přístupu je ten, že pachatelé se snaží maximalizovat svůj užitek. Pozornost se pak soustředí na teoretické a empirické zkoumání hypotézy odrazení (*deterrence hypothesis*), podle které má snížení očekávaného užitku z kriminální aktivity – způsobené například zvýšením hrozícího trestu – vést ke snížení míry kriminality.

#### 4.3 Hodnotové volby v pozitivní ekonomii

Pozitivní ekonomická analýza bývá podrobována kritice z toho důvodu, že vychází z úhlu pohledu na svět, jehož volba je nevyhnutelně vedená hodnotami. Z tohoto důvodu bývá i pozitivní ekonomická analýza odznačována za svého druhu „normativní“. Jak však ukazuje literatura z oblasti filosofie vědy, hodnoty se projevují v mnoha aspektech vědeckého bádání. Představa vědeckého výzkumu zcela oproštěného od (neepistemologických) hodnot je ideálem, ke kterému bychom se měli snažit přiblížit, ale jehož dosažení není prakticky možné.<sup>47</sup> Kritiku mířenou proti pozitivní ekonomii a jejímu odlišování od normativní ekonomie tedy není vhodné přeceňovat. Ačkoli nelze dosáhnout zcela čistého poznání neovlivněného hodnotovými volbami, oddělování pozitivního od normativního přístupu prospívá našemu porozumění studovaných jevů, jako je například právo.<sup>48</sup>

#### 4.4 Příčiny nedorozumění

Existence mylné představy, že ekonomická analýza práva vždy souvisí s efektivností v právu, má patrně vícero příčin. Tu nejvýznamnější lze paradoxně připsat na vrub osobnostem, které ekonomickou analýzu nejvíce zpopularizovaly. Znamé práce Garyho Backera a především Richarda Posnera se totiž téměř výlučně zaměřují na témata, která s efektivností souvisí.<sup>49</sup> „*Posedlost efektivností vedla k odvedení pozornosti od síly a porozumění pozitivní analýzy.*“<sup>50</sup> Podle Oguse pak Posnerovo dílo inspirovalo další autory k zaměření se právě na analýzu práva související s efektivností (tj. normativní analýzu nebo výše uvedenou první podobu pozitivní analýzy).<sup>51</sup> Výsledky první podoby ekonomické analýzy jsou pak podle Veljanovského mezi právníky rozšířenější také proto, že tato analýza se věnuje centrálním otázkám právní akademie, když (namísto předvídání účinků práva) přímo právo popisuje, vysvětluje nebo hodnotí za pomoci ekonomických termínů.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> KINCAID, J. – DUPRÉ, J. – WYLIE, A. *Value-Free Science?: Ideals and Illusions*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>48</sup> MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997, s. 10.

<sup>49</sup> „*Snad kvůli kontroverzním a dobře známým názorům soudce Richarda Posnera, byla velká pozornost v rámci odvětví law and economics věnována ekonomické efektivnosti [...], zatímco [jiné druhy] ekonomické analýzy byly přehlíženy.*“ MAGAT, W. A. Howard Latin's Analysis of the Legal and Economic Considerations in the Decisions of Judge Breyer. *Law and Contemporary Problems*. 1987, Vol. 50, No. 4, s. 88, poznámky pod čarou vypuštěny.

<sup>50</sup> OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 384.

<sup>51</sup> „*[M]ost of the law and economics literature appears to have been normative in character; [...] Posner's own work has been a primary inspiration for it.*“ OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 384.

<sup>52</sup> VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 181.



Z těchto důvodů se proto právníkům, kteří jsou pouze letmo obeznámeni s ekonomickou analýzou práva, při jejím zmínění jako první vybaví pojem „efektivnost“.

#### 4.5 Důsledky nedorozumění

Pokud je někdo přesvědčen, že ekonomická analýza práva je pouze o efektivnosti, a zároveň se domnívá, že efektivnost do práva (nebo do jeho určité oblasti) nepatří, přirozeně se bude aplikaci ekonomické analýzy bránit. Vylévá však vaničku i s dítětem, jelikož „[o]dmítnutí ekonomické efektivnosti jakožto centrálního rozhodovacího kritéria nezabraňuje tomu, aby byla ekonomická analýza využita při [činění rozhodnutí] založených na jiných kritériích“.<sup>53</sup>

#### 4.6 Shrnutí nedorozumění

Jedna z větví ekonomické analýzy práva se nezajímá o to, zda právní normy vedou k efektivním výsledkům. Tato větev se zabývá reakcí lidí na právní normy bez toho, aby předjímal kritérium, podle kterého se tato reakce hodnotí. Ekonomická analýza (tato její větev) tedy může být užitečná i v právních odvětvích, ve kterých ekonomická efektivnost nehraje roli.

### 5. EKONOMICKÁ ANALÝZA NENÍ NEKOMPATIBILNÍ S JINÝMI PŘÍSTUPY K PŘÁVU

Poslední identifikované nedorozumění spojené s ekonomickou analýzou práva se pojí s odsuzováním ekonomické analýzy za to, že opomíjí jiné než ekonomické souvislosti práva nebo absolutizuje ekonomickou efektivnost jakožto cíl práva.<sup>54</sup> Ekonomická analýza je chápána jako přístup k právu, který implicitně vylučuje ostatní přístupy. Podle předkládané logiky jsou příslušnému jedinci aplikujícímu ekonomickou analýzu při této aplikaci nasazeny na oči klapky, které mu brání vidět neekonomické aspekty práva. Je tak vytvářen dojem, že ekonomická analýza je nekompatibilní s jinými přístupy k právu.

#### 5.1 Ekonomická metoda

Ekonomie se dívá na svět ze specifického úhlu. Na některé jevy klade důraz a jiné zanedbává. Tento „redukcionismus“, který je někdy ze strany právních vědců napadán, je v oblasti vědy obvyklý. Jeho účelem je umožnění porozumění komplexnímu světu prostřednictvím postupného poznávání jeho různých výseků. Ekonomický redukcionismus je tedy motivován epistemologickými zřeteli.

Aplikace specifického úhlu pohledu však neznamená, že takový úhel je považován za jediný možný a správný. Většina zastánců ekonomické analýzy práva by se zřejmě

<sup>53</sup> MAGAT, W. A. Howard Latin's Analysis of the Legal and Economic Considerations in the Decisions of Judge Breyer. *Law and Contemporary Problems*. 1987, Vol. 50, No. 4, s. 88, poznámky pod čarou vypuštěny.

<sup>54</sup> Toto nedorozumění je odlišné od nedorozumění uvedeného pod bodem 4, jež spočívalo v neobeznámenosti s existencí podoby ekonomické analýzy práva, která nesouvisí s ekonomickou efektivností. Zde diskutované nedorozumění se týká neobeznámenosti s možností kombinovat ekonomickou efektivnost s jinými cíli práva.

přihlásila k analogii zmíněné v podtitulu věhlasného článku Calabresiho a Melameda,<sup>55</sup> kde se hovoří o „*jednom pohledu na katedrálu*“. Jedná se o odkaz na sérii obrazů Claude Moneta vyobrazujících katedrálu ve francouzském městě Rouen, jejíž fasáda je na těchto obrazech zachycena v různých obdobích roku a dne. Calabresi a Melamed tímto podtitulem chtějí dát najevo, že jimi aplikovaná ekonomická analýza je jen jedním z možných úhlů pohledu na právo a že pro jeho komplexnější poznání je nutné se na něj podívat i z jiných úhlů.

Podobně se vyjadřuje také Klevorick: „*Přínos ekonomické teorie právu bude pravděpodobně největší, když v rámci navrhování nových analytických struktur pro tradiční právní problémy přijmou ekonomové či právníci-ekonomové eklektický pohled a přivítají také přínos vědců z jiných společenskovědních oborů k porozumění této oblasti. Také psychologové, dějepisci, sociologové a další totiž mohou navrhnout nový a potenciálně užitečný přístup k právním záležitostem, přístup, který bude nepochybně doplňovat přístup ekonomů s jeho relativním nezájmem o řadu otázek, jako jsou například historický vývoj, formování preferencí jednotlivců i společnosti apod. Nová formulace nabízená ekonomickým teoretikem v zásadě poskytuje novou metaforu pro pohled na konkrétní oblast právního zájmu. Jenže tato metafora je pouze jednou z mnoha a při snaze o porozumění právu, analýzu práva a přispění k rozvoji práva, bude přístup vycházející ze škály způsobů, kterými společenské vědy analyzují lidské chování, pravděpodobně ten nejpřínosnější a nejspěšnější.*“<sup>56</sup>

## 5.2 Ekonomické cíle

Podobně se to má i s ekonomickými cíli v právu. Ekonomická efektivnost je jedním z cílů, který se jako společnost můžeme rozhodnout následovat. Ekonomové se obvykle budou ekonomickými cíli zabývat více než cíli jinými, protože jim více rozumějí a protože jim to přísluší. Neznamená to však, že by ekonomické cíle nebylo možné kombinovat s cíli jinými. Je tak například možné, aby v návaznosti na stanovení primárního (neefektivnostního) cíle byl vybrán neefektivnější způsob jeho dosažení.<sup>57</sup> Matematickou metaforou lze říci, že příslušná funkce maximalizace efektivnosti je v takovém případě vlastně pouze rozšířena o jedno omezení. Případně může ekonomická analýza sloužit ke zjištění toho, kolik společenského blahobytu prosazování určitého cíle stojí (tj. jaká je ztráta efektivnosti).<sup>58</sup>

## 5.3 Příčiny nedorozumění

První příčinou tohoto nedorozumění je patrně nepochopení role zjednodušování reality ve vědeckém výzkumu aplikované s cílem lépe komplexní realitě porozumět. Ekonomické zjednodušování právní reality je nesprávně chápáno jako „kázání“ jediného

<sup>55</sup> CALABRESI, G. – MELAMED, A. D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*. 1972, Vol. 85, No. 6, s. 1089–1128.

<sup>56</sup> KLEVORICK, A. K. Law and Economic Theory: An Economist's View. *The American Economic Review*. 1975, Vol. 65, No. 2, s. 243.

<sup>57</sup> OGUS, A. *Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 304.

<sup>58</sup> OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 383.

možného pohledu na tuto realitu. Ve skutečnosti je však z hlediska porozumění komplexnímu fenoménu práva žádoucí, aby na něj bylo nahlíženo z více úhlů a aby různá zjištění byla kombinována.

Druhou významnou příčinou je nepochybně také skutečnost, že mezi zastánci ekonomické analýzy se skutečně naleznou tací, kteří jsou přesvědčeni o exkluzivitě ekonomického přístupu k právu. Zřejmě nejznámějším autorem, který takovéto názory šířil, je Richard Posner. Ten však s postupem času ze své radikální pozice ustupoval, až ji zcela opustil.<sup>59</sup> V současnosti jsou tak asi nejvýznamnějšími proponenty exkluzivity ekonomických cílů v právu Kaplow a Shavell s jejich knihou *Fairness versus Welfare*.<sup>60</sup> Takovéto názory jsou nicméně vlastní pouze menšině zastánců ekonomické analýzy.

#### 5.4 Důsledky nedorozumění

Pokud se někdo domnívá, že ekonomická analýza práva je nekompatibilní s jinými přístupy k právu, a zároveň považuje jiné přístupy za důležité, těžko bude ekonomickou analýzu vítat s otevřeným náručím.

#### 5.5 Shrnutí nedorozumění

Ten, kdo se obrátí na ekonomickou analýzu, se nevydává na cestu, ze které není návratu. Výsledky ekonomické analýzy mohou být kombinovány s výsledky jiných analýz, nebo případně zcela ignorovány. Je si také nutné uvědomit, že ekonomická analýza sama o sobě produkuje pouze vědění, a jako taková není nebezpečná.<sup>61</sup> Jak tvrdí soudce Nejvyššího soudu USA Stephen Breyer, ekonomické poznatky, byť jsou sebeužitečnější, nemohou *samy o sobě* poskytnout odpovědi na právní otázky.<sup>62</sup>

*Děkuji tímto Janu Bartoškovi, Ericu van Dammovi, Liboru Duškovi, Pavlíně Hubkové, Josefu Montagovi a Haně Smrčkové za cenné podněty. Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy v Praze, projekt č. 694712.*

**JUDr. Ing. Jan Broulík, LL.M.**

Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
Tilburg Law and Economics Center, Tilburg University

<sup>59</sup> „Obviously there is more to justice than economics.“ POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7<sup>th</sup> edition. New York: Aspen Publishers, 2007, s. 27.

<sup>60</sup> KAPLOW, L. – SHAVELL, S. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

<sup>61</sup> I když někteří autoři tvrdí, že je snadno zneužitelná. Viz např. FOX, E. M. The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window. *New York University Law Review*. 1986, Vol. 61, No. 4, s. 558.

<sup>62</sup> BREYER, S. Economic Reasoning and Judicial Review. *The Economic Journal*. 2009, Vol. 119, No. 535, s. F130. Podobně např. van Aaken: „Economics cannot tell us whether the international legal order should pursue sustainable development, economic development, human rights, or piece.“ VAN AAKEN, A. Opportunities for and Limits to an Economic Analysis of International Law. *Transnational Corporations Review*. 2011, Vol. 3, No. 1, s. 43.

Jan Broulík

### Fallacies about Economic Analysis of Law

*Abstract:* In his essay, the author deals with fallacies about economics and its application to law held amongst Czech lawyers. The opening assumption is that existence of these fallacies is one of the causes of the hitherto limited proliferation of economic analysis of law in the Czech legal environment. The essay identifies five individual fallacies, explains the essence of each fallacy, sheds light on its origin and describes how it causes rejection of economic analysis of law. First, a belief is held that economics is a science about economy even though in reality the object of its interest is wider. Second, a belief is held that economics is a science about money even though in reality money constitutes a marginal object of interest of economics and it is rather used in the framework of economic methodology. Third, a belief is held that, according to economics, law is useless with regard to attainment of economic efficiency even though in reality, according to economics, there are several ways of how the law can contribute to attainment of economic efficiency. Fourth, a belief is held that economic analysis of law always relates to economic efficiency of law even though in reality there are varieties of economic analyses that have nothing to do with efficiency. Fifth, a belief is held that economic analysis is an exclusive approach to law even though in reality nothing prevents it from being combined with other approaches to law.

**Key words:** economic analysis of law, law and economics