

Jan Broulík

VZTAH MEZI PRÁVEM A EKONOMIÍ: ROZDÍLY A SHODY V UVAŽOVÁNÍ

Abstrakt: *Tato stať se zabývá šesti rozdíly mezi právnickým (především formalisticko-doktrinálním) a ekonomickým (především v podobě analýzy dopadů práva) uvažováním o právních normách, právních institutech a právních systémech. První rozdíl se týká převládajícího směru uvažování mezi obecnějším a konkrétnějším, když v právu převládá uvažování induktivní a v ekonomii deduktivní. Druhý rozdíl se týká pozice pozorovatele vzhledem k právu, když právníci se nacházejí uvnitř práva a ekonomové mimo něj. Třetí rozdíl se týká celistvosti či výsekovosti přístupu k externím souvislostem práva, když právníci preferují přístup holistický a ekonomové redukcionistický. Čtvrtý rozdíl se týká retrospektivnosti či prospektivnosti přístupu, když právníci nahlíží na právo z ex post perspektivy a ekonomové z ex ante perspektivy. Pátý rozdíl se týká důrazu na jednotlivé případy či jejich skupiny, když právníci preferují analýzu konkrétních případů a ekonomové je raději agregují. Šestý rozdíl se týká preference kategorického či spojitého, když právníci upřednostňují jasně vymezené normy charakteru „buď / anebo“ a ekonomové tíhnou k méně ostrým hranicím. Provedená analýza ukazuje, že některé z těchto rozdílů jsou nicméně pouze zdánlivé nebo se týkají pouze určitého aspektu práva či ekonomie. Zejména o právu totiž platí, že některé jeho vlastnosti nemusí být na první pohled patrné (ex ante dopad právních norem, napětí mezi spravedlností na mikroúrovni a makroúrovni).*

Klíčová slova: *ekonomická analýza práva, právní uvažování, ekonomické uvažování*

ÚVODEM

V této stati se zabývám odlišnostmi a shodami mezi právem a ekonomikou. Předmětem zájmu je především porovnání tradičního doktrinálního přístupu a ekonomického přístupu k právním normám, institucím a systémům. Popsáním odlišností a shod mezi právem a ekonomikou tato stať objašňuje některé aspekty teoretických základů interdisciplinárního oboru označovaného jako právo a ekonomie (*law and economics*, ekonomická analýza práva),¹ který spočívá ve využití ekonomických metod pro analýzu práva.²

Vzhledem k velké rozmanitosti činností a přístupů zahrnovaných pod pojmy právo a ekonomie se nezbytně musím uchýlovat ke značnému zjednodušení, které spočívá v porovnávání toho, co považuji za jejich *typické* aspekty. Za typický právní přístup volím doktrinalismus a formalismus. Podstatou tohoto přístupu je vnímání práva jako autonomní disciplíny³ a důraz na formální pravidla.⁴ Za typický ekonomický přístup k právu volím přístup označovaný jako analýza dopadů práva (*legal impact analysis*).⁵

¹ 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.

² PARISI, F. *The Language of Law and Economics: A Dictionary*. Cambridge University Press, 2013, s. 165.

³ CALABRESI, G. An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts. *Stanford Law Review*. 2003, Vol. 55, s. 2115.

⁴ „[F]orms of reasoning that often lead to results other than what would otherwise seem to be the best all-things-considered outcome for the case at hand [...] are dominant in law but somewhat more exceptional elsewhere.“ SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009, s. 7–8.

Tento přístup se zabývá vlivem práva na jednání koncových „soukromých“ adresátů práva, čímž se liší od druhého přístupu označovaného jako politická ekonomie (*political economy*), která se zabývá vnitřním fungováním orgánů veřejné moci se zaměřením na ekonomické jednání veřejných činitelů.⁶ V souvislosti s tím analýza dopadů práva neuplatňuje plně na veřejné činitele, a především na soudce, standardní ekonomický předpoklad lidského jednání ve vlastní prospěch. U soudců se tak předpokládá, že se při rozhodování drží přijatých právních norem bez ohledu na vlastní názory o vhodnosti příslušné normy. V rámci proudu analýzy dopadů práva pak ještě konkrétněji jako výchozí bod volím tzv. chicagskou školu ekonomické analýzy práva, která vychází z tradiční neoklasické mikroekonomické teorie. Mnoho z prezentovaných závěrů je však relevantních i pro jiné školy analýzy dopadů práva.

Tato stať je motivována přesvědčením, že docenění poznatků získaných syntézou práva a ekonomie je možné pouze tehdy, pokud jsme si vědomi rozdílů ve způsobech uvažování, které v těchto dvou disciplínách existují.⁷ Rozdíly mezi právním a ekonomickým způsobem uvažování jsou často příčinou vzájemného skepticismu mezi právníky a ekonomy. Vzájemné komunikaci těchto dvou komunit by nepochybně prospělo, pokud by se blíže seznámily s myšlenkovými pochody druhé disciplíny. Možná by v takovém případě obě skupiny zjistily, že mnoho z toho, co se zdá na první pohled být odlišné, ve skutečnosti tyto disciplíny nerozděluje. Na několik takových zdánlivých rozdílů v této stati upozorňuji.

1. INDUKCE VERSUS DEDUKCE

Mercuro a Medema uvádějí jako jeden z rozdílů mezi právem a ekonomikou převládající směr uvažování mezi obecným a méně obecným.⁸ Jako směr typický pro právo přitom uvádějí směr od méně obecného k obecnějšímu, tj. *induktivní* způsob uvažování. Právníci uvažují induktivně především v tom smyslu, že se snaží z existujících právních materiálů vydestilovat doktríny a principy, které by následně mohli aplikovat na budoucí případy. Ačkoli tímto způsobem postupuje doktrína ve všech moderních právních systémech, zřetelnější je tento postup v zemích *common law*, kde se tradičně velký význam přikládá soudcovskému právu. Vzhledem k tomu, že autoři zabývající se ekonomickou analýzou práva – jako právě i Mercuro a Medema – obvykle pocházejí z USA, příslušná literatura o charakteristikách práva a ekonomie z hlediska kontinentálního právníka význam indukce v rámci právního doktrinalismu do určité míry nadsazuje.

⁵ Kornhauser používá namísto pojmu „*legal impact analysis*“ pojem „*policy analysis*“, pro který je však obtížné najít vhodný a nezavádějící český ekvivalent. KORNHAUSER, L. A. Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, s. 366. Pojem „*legal impact analysis*“ je převzat od Veljanovského. Viz VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 166.

⁶ KORNHAUSER, L. A. The Economic Analysis of Law. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Poprvé publikováno 26. 11. 2001; výrazně revidováno 12. 8. 2011 [2014-09-22]. Dostupné z: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>>.

⁷ Stejně viz např. MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2nd edition. Princeton University Press, 2006, s. 44.

⁸ MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2nd edition. Princeton University Press, 2006, s. 41.

V ekonomii naopak dle Mercura a Medemy hraje větší roli *deduktivní* způsob uvažování.⁹ Pozornost je upřena na tvorbu (obecných) modelů založených na zjednodušujících předpokladech, ze kterých se následně vyvozují logické závěry. Deduktivní myšlení v ekonomii tedy vychází ze sady axiomů o ekonomických jevech, za jejichž využití vysvětluje konkrétní události. Například lze uvést standardní ekonomický předpoklad o racionalitě lidského jednání v podobě formulované Gary Beckerem: „*na všechno lidské jednání je možné nahlížet tak, že jeho účastníci maximalizují svůj užitek ve vztahu ke stabilní sadě preferencí a hromadí optimální množství informací a jiných vstupů na různých trzích*“.¹⁰

Takto úzký pohled na obě disciplíny je však až příliš zjednodušující. V ekonomii se totiž poměrně často můžeme setkat i s induktivním myšlením. Je tomu tak v případech, kdy ekonomové empiricky pozorují jednotlivé události a z těchto pozorování poté činí obecnější závěry o existenci určitých pravidelností ve fungování ekonomických jevů. Obecně lze říci, že ve skutečnosti se v práci většiny ekonomů prolínají obě tyto roviny. V právu zase naopak můžeme často evidovat projevy deduktivního myšlení.¹¹ Deduktivní je ze své podstaty samotný proces aplikace práva, neboť se v jeho rámci vychází z obecné právní normy za účelem nalezení správného řešení pro konkrétní případ.

Lze tedy uzavřít, že v právu i v ekonomii hraje svou roli jak induktivní tak deduktivní způsob uvažování. V právu se uplatňuje dedukce při aplikaci obecné normy na konkrétní skutečnosti a indukce při systematizaci právních textů do koherentního celku. V ekonomii se uplatňuje dedukce při použití jejích axiomů pro vysvětlení a predikování sledovaných veličin a indukce při tvorbě zobecnění o lidském jednání z jednotlivých pozorování.

2. INTERNÍ VERSUS EXTERNÍ POHLED

Jedním ze základních rozdílů přístupu právníků a ekonomů k právu je ta skutečnost, že právníci se nacházejí „vnitř“ práva, zatímco ekonomové jsou „mimo“ něj.¹² Projevem vnitřního pohledu na právo je doktrinální analýza, která spočívá v hermeneutické analýze právních textů, jako jsou zejména právní předpisy a rozhodnutí aplikující právo, které jsou případně doplněny právníkovou literaturou vykládající a někdy také hodnotící právní normy.¹³ Z těchto materiálů se právní doktrína snaží poskládat koherentní celek. Řečeno slovy sociálních věd, právní akademici neustále konstruují explanatorní „modely“ z dostupných právních materiálů, proti kterým tyto modely také testují.¹⁴

⁹ MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2nd edition. Princeton University Press, 2006, s. 41.

¹⁰ BECKER, G. S. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press, 1976, s. 14.

¹¹ LIANOS, I. Lost in Translation? Towards a Theory of Economic Transplants. *Current Legal Problems*. 2009, Vol. 62, No. 1, s. 357.

¹² „Observers usually construct “non-legal”, “scientific” theories on or about law while participants, following Aristotle construct “lawyer’s theories” in law, from within law as a human practice (form of life).“ CSERNE, P. The Normativity of Law in Law and Economics. *German Working Papers in Law and Economics*. Vol. 2004, Paper 35, s. 8.

¹³ IBBETSON, D. Historical Research in Law. In: P. Cane – M. Tushnet (eds). *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press, 2006, s. 864.

¹⁴ MCCRUDDEN, C. Legal Research and the Social Sciences. *Law Quarterly Review*. 2006, Vol. 122, s. 634.

Takovýto přístup lze označit jako *interní*. Zakládá se na představě, že právo je zcela nebo výrazně autonomní systém.¹⁵ Slovy Ibbetsona se za doktrinální analýzou „*skrývá předpoklad, že právo tvoří dostatečně autonomní oblast zkušenosti či diskurzu, takže může být legitimně popisováno odkazem na své vlastní prameny*“.¹⁶ Právní normy a principy jsou v rámci toho přístupu zkoumány z pohledu někoho, kdo se nachází uvnitř příslušného systému.

Ekonomie (stejně jako jiné sociální vědy) nabízí *externí* pohled na právo. Externí přístup je „*studium práva v praxi, právních institucí činných v rámci společnosti, spíše než právních norem existujících ve společenském, ekonomickém a politickém vakuu*“.¹⁷ Ekonomická analýza se tedy zabývá souvislostí práva s vybranými aspekty lidské společnosti, čímž nabízí pohled na právo „z ptáčích perspektiv“.¹⁸

S ohledem na rozdílná východiska obou druhů přístupu k právu nepřekvapí, že tábořky jejich zastánců mají navzájem výhrady vůči své metodě analýzy. Právníci obvykle nesusouhlasí se simplistickým pohledem ekonomů na právo, které většinou nezajímá řešení vnitřních nekonzistencí práva, protože odpovídání na právní otázky podle nich není ničím náročným. Ekonomové mají sklony kritizovat právnické zaměření se na detaily právního systému¹⁹ a s tím související tendenci k přehlížení účelu právních institucí.²⁰ Není podle nich možné se právem zabývat bez toho, aby si člověk uvědomil a do analýzy zahrnul skutečnost, že veškeré právo má společenské účinky.

Byť uvedené rozdíly mezi interním a externím přístupem k právu existují, a byť proto někdy ke tření skutečně dochází, tyto rozdíly se týkají především doktrinální analýzy práva. Zcela čistá doktrinální analýza práva odtržená od reality světa, v němž právo operuje, je však v dnešní době čím dál vzácnější. Jak říká McCrudden, rozlišování mezi interní a externí perspektivou v právní vědě slouží spíše heuristickým účelům, neboť většina právní akademie se na právo do určité míry dívá z obou perspektiv.²¹

3. HOLISMUS VERSUS REDUKCIONISMUS

Další rozdíl v právnickém a ekonomickém přístupu spočívá v šíři mimoprávních souvislostí práva braných v potaz při jeho analýze. V tomto ohledu je samozřejmě pravdou, že formalismus v právu vede k omezení relevantních argumentů pouze na argumenty založené na autoritě jejich zdroje. Pokud však právníci tento svět formality opustí (např. v souvislosti s normotvorbou nebo v rámci juristických debat), mají tendenci zahrnout do analýzy pokud možno všechny souvislosti příslušné právní normy nebo právního

¹⁵ McCRUDDEN, C. Legal Research and the Social Sciences. *Law Quarterly Review*. 2006, Vol. 122, s. 635.

¹⁶ IBBETSON, D. Historical Research in Law. In: P. Cane – M. Tushnet (eds). *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press, 2006, s. 863.

¹⁷ IBBETSON, D. Historical Research in Law. In: P. Cane – M. Tushnet (eds). *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press, 2006, s. 864.

¹⁸ VAN AAKEN, A. Opportunities for and Limits to an Economic Analysis of International Law. *Transnational Corporations Review*. 2011, Vol. 3, No. 1, s. 31.

¹⁹ „[P]rávníci (zejména v Čechách) nezřídka v hnidopišském nadšení nad přesností svého pojmosloví, nevidí pro stromy les.“ RICHTER, T. *Insolvenční právo*. ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 29.

²⁰ MÄÄTTÄ, K. Law and Economics from Lawyers' Point of View. In: E. Røsæg – H.-B. Schäfer – E. Stavang. *Law and Economics: Essays in Honour of Erling Eide*. Cappelen Akademisk Forlag, 2010, s. 135.

²¹ McCRUDDEN, C. Legal Research and the Social Sciences. *Law Quarterly Review*. 2006, Vol. 122, s. 634.

institutu. Jinými slovy je zajímaví všechny relevantní substantivní okolnosti, jako např. souvislosti politické, ekonomické nebo kulturní. Zanedbání některého druhu okolností považují za nedostatek prováděné analýzy.²² K analýze tedy přistupují *holisticky*.

Ekonomie se oproti tomu při analýze práva zajímá pouze o dílčí výsek reality. Její přístup je *redukcionistický*. Redukcionismus je ve vědě obvyklý. Jednotlivé vědní obory se zabývají pouze určitými aspekty světa a od zbytku abstrahují. Ekonomie, jakožto společenskovědní obor, takovouto abstrakci provádí také.²³ Za redukcionismem stojí přesvědčení, že namísto snahy o jednolitě poznání našeho komplexního světa je možné mu lépe porozumět prostřednictvím postupného poznávání jeho různých aspektů. Jeho využití je tedy motivováno epistemologickými zřeteli.

Aplikace specifického ekonomického úhlu pohledu neznamená, že takový úhel je považován za jediný možný a správný. Většina zastánců ekonomické analýzy práva by se zřejmě přihlásila k analogii zmíněné v podtitulu věhlasného článku Calabresiho a Melameda,²⁴ 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, tj. eklekticky.²⁵

Navíc lze uvést, že v některých svých dnešních podobách ekonomie snižuje míru používané redukce, a to i v rámci aplikace ekonomie na právo.²⁶ Jedná se především o behaviorální ekonomii, která se zabývá vlivy psychologických, společenských, kognitivních a emocionálních faktorů na ekonomické rozhodování jednotlivců a institucí, a z toho vyplývající následky pro tržní ceny, alokaci zdrojů a jiné ekonomické jevy.

²² „The main criticism directed at positive economic models is that they are too simplistic and do not capture the full complexity of the legal phenomena which they seek to explain.“ VELJANOVSKI, C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*. 1980, Vol. 7, No. 2, s. 165.

²³ „It is sometimes said that the laws of economics are 'hypothetical'. Of course, like every other science, it undertakes to study the effects which will be produced by certain causes, not absolutely, but subject to the condition that other things are equal, and that causes are able to work out their effects undisturbed. Almost every scientific doctrine, when carefully and formally stated, will be found to contain some proviso to the effect that other things are equal: The action of the causes in question is supposed to be isolated; certain effects are attributed to them, but only on the hypothesis that no cause is permitted to enter except those distinctly allowed for.“ MARSHALL, A. *Principles of Economics*. 8th edition. Macmillan, 1949, s. 30, zvýraznění v originálu.

²⁴ 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.

²⁵ Viz také např. Klevorick: „Economic theory's contribution to law is likely to be greatest if, in proposing new analytical structures for traditional legal issues, the economist or lawyer-economist takes a constructive eclectic view and welcomes the contributions other social scientists may be able to make to our understanding of these areas. For psychologists, also suggest new and potentially useful approaches to legal issues, approaches which will undoubtedly complement the economist's with its relative inattention to a variety of questions—like historical development, the formation of individual and social tastes, and so on. The economic theorist's new formulation essentially provides a new metaphor for viewing the particular area of legal concern. But the economist's suggested metaphor is only one among many, and in attempting to understand, to analyze, and to aid in the development of the law, an approach which draws upon the variety of ways the several social sciences analyze human behavior is likely to be the most helpful and the most successful.“ KLEVORICK, A. K. Law and Economic Theory: An Economist's View. *The American Economic Review*. 1975, Vol. 65, No. 2, s. 243.

²⁶ Viz např. ARCURI, A. Eclecticism in Law and Economics. *Erasmus Law Review*. 2008, Vol. 1, No. 3, s. 59–81.

Dochází tedy k uvolňování předpokladů, na kterých tradiční ekonomická analýza stojí. Lze proto předpokládat, že takováto podoba ekonomie bude pro využití v praktické právní realitě přijatelnější.²⁷

4. PERSPEKTIVA *EX POST* VERSUS *EX ANTE*

Zřejmě nejčastěji uváděným rozdílem mezi právním a ekonomickým myšlením je důraz na retrospektivní, respektive prospektivní úhel pohledu.²⁸ Rozdíl mezi těmito úhly pohledu ilustruje Farnsworth na následujícím příkladu přepadení banky:²⁹ Lupič v bance přiloží jednomu z jejích klientů k hlavě střílnou zbraň a oznámí, že vystřelí, pokud mu pokladní nepředá všechny peníze. Pokladní nijak nereaguje. Lupič vystřelí, uteče a nikdo už ho nikdy nespátí. Klient na následky svých zranění zemře a jeho rodina zažaluje banku s tím, že banka měla lupiči peníze vydat a zachránit tak klienta.

První možný pohled na tuto událost je jako na spor mezi bankou a rodinou jednoho z jejích klientů. Právo tento spor případně rozřeší z titulu své autority. Jedna ze stran v takovém případě odejde jako vítěz a otázkou je pouze to, která z nich to bude. Odpověď na tuto otázku budeme hledat tak, že budeme posuzovat události nastalé v minulosti a budeme se ptát, zda banka porušila nějakou svou povinnost nebo zda si spravedlnost žádá, aby banka platila. Tento pohled zpět na již nastalou událost, v rámci kterého přemýšlíme, jak s takovou událostí naložíme, lze označit jako pohled *ex post*.

Druhý možný pohled sice považuje tuto událost za smutnou, ale zároveň ji chápe jako něco, co již nastalo a co již nikdo nemůže změnit. Jako vhodné řešení právního sporu se v této perspektivě jeví takové, které by do budoucna omezilo výskyt obdobných událostí. V uvedeném případě je v rámci této logiky nutné se zamyslet například nad tím, že by výhra žalobce do budoucna zřejmě motivovala banky v obdobných situacích platit peníze, což by následně mohlo znamenat, že lupiči budou mít větší motivaci brát rukojmí. Namísto dívání se zpět se tedy díváme do budoucna na účinky, které příslušné řešení může mít na jednání osob ocitajících se v obdobných situacích. Jedná se o pohled *ex ante*.

Pro právo je tradiční pohled *ex post*.³⁰ Právníci chápou právní systém jako soubor právních norem, které se aplikují na konkrétní právní problém po tom, co tento problém vznikl, a tedy i po tom, co stranám sporu vznikl nějaký náklad (např. utrpěná škoda) či přínos (např. bezdůvodné obohacení). Protože nelze odestát, co se stalo, soudce nezaomezuje vzniku samotného problému, ale pouze zmírňuje jeho následky. Toto zmírňování přitom obvykle spočívá v přesouvání nákladů či přínosů z jedné osoby na druhou (např. nákladů spojených se škodnou událostí z poškozeného na škůdce).

²⁷ Vzhledem k větší náročnosti na zjištění vstupních hodnot je však tento přístup oproti tradičnímu přístupu nákladnější.

²⁸ Viz např. MATHIS, K. Consequentialism in Law. In: K. Mathis (ed.). *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer, 2012, s. 6.

²⁹ FARNSWORTH, W. *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*. The University of Chicago Press, 2007, s. 3–5. Příklad je drobně upraven.

³⁰ „From a lawyer's perspective, it is usual to assess a concrete case that has already occurred (the retrospective view).“ MATHIS, K. Consequentialism in Law. In: K. Mathis (ed.). *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer, 2012, s. 6.

Ex post pohled v právu je spojen se spravedlností argumentací. Podle Summerse získává spravedlnostní argument (*rightness reason*) svou sílu z toho, do jaké míry je přijaté rozhodnutí v souladu se společensko-morální normou spravedlnosti, která se aplikuje na minulé jednání jedné ze stran nebo na stav, který je následkem tohoto jednání.³¹ Argumenty tohoto typu tedy nečerpají svou sílu z toho, co přinese budoucnost. Místo toho většina spravedlnostních argumentů čerpá svou sílu z toho, co se stalo v minulosti.³² Zároveň také lze říci, že při podrobnějším pohledu argumentace spravedlností „téměř vždy znamená odvolání se na spravedlivé rozdělení přínosů nebo nákladů mezi existující strany na základě událostí, které nastaly“.³³

Pro ekonomii je charakteristický pohled *ex ante*.³⁴ Ekonom se nezabývá dopadem soudního rozhodnutí na bohatství stran sporu, ale tím, jak právo ovlivní jednání všech potenciálních stran, které se mohou ocitnout v obdobné situaci.³⁵ Z hlediska klasifikace právních argumentů nabízené Summersem tedy ekonomie souvisí s argumenty o cílech práva (*goal reasons*). Takové argumenty čerpají svou sílu ze skutečnosti, že od jimi podepřeného rozhodnutí lze očekávat, že bude mít účinky sloužící žádoucímu společenskému cíli.³⁶ Argumentace o cílech práva může být založena na ekonomických poznatcích o příčinné souvislosti mezi právními normami a lidským jednáním (pozitivní ekonomie) nebo na ekonomické konceptualizaci možných společenských cílů potenciálně sledovaných právem (normativní ekonomie).

Na schopnost práva ovlivňovat do budoucna lidské jednání lze nahlížet dvěma různými způsoby. Za prvé se můžeme zaměřit na „interní“ faktory adresáta práva. Jedinec může například jednat v souladu s právem proto, že uznává legitimitu veřejných činitelů uvalovat na občany povinnosti. Za druhé se můžeme zaměřit na externí faktory. V rámci této perspektivy jedinec jedná v souladu s právem proto, že je to pro něj výhodnější než jednat protiprávně. Konvenční ekonomická analýza práva akcentuje druhý pohled.³⁷ První pohled je naopak umenšen.

Dle hlavního proudu ekonomické analýzy práva právní normy ovlivňují externě lidské jednání tím, že se s nimi pojí *sankce*. Podle ekonomické logiky adresáti práva vnímají právo jako mechanismus, který některým potenciálně možným akcím subjektů přiřazuje sankci. Když adresát práva volí mezi možnými akcemi, bere v potaz, že některé akce jsou obtížnější právní sankcí. Adresát práva tuto sankci vnímá jako náklad spojený

³¹ SUMMERS, R. S. Form and Substance in Legal Reasoning. In: J. M. van Dunné (ed.). *Legal Reasoning and Statutory Interpretation: Rotterdam Lectures in Jurisprudence*, 1986, 1988. Gouda Quint, 1989, s. 12.

³² SUMMERS, R. S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*. 1978, Vol. 63, s. 752.

³³ EASTERBROOK, F. H. The Supreme Court, 1983 Term. Foreword: The Court and the Economic System. *Harvard Law Review*. 1984, Vol. 98, s. 11.

³⁴ Veljanovski upozorňuje, že i v rámci ekonomie lze rozlišit přístupy, které jsou více „*ex post*“ či „*ex ante*“. Konkrétně hovoří o rozdílu mezi statickou a dynamickou efektivností. Statická (alokativní) efektivnost předpokládá určitou úroveň technologie a výrobních postupů. Dynamická efektivnost tento předpoklad odmítá a v souvislosti s hodnocením alokace zdrojů zohledňuje i vliv investic, inovací a výzkumu na změny produkčních schopností. Viz VELJANOVSKI, C. G. *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, 2007, s. 35.

³⁵ VELJANOVSKI, C. G. *The Economics of Law*. 2nd edition. The Institute of Economic Affairs, 2006, s. 45.

³⁶ SUMMERS, R. S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*. 1978, Vol. 63, s. 735.

³⁷ KORNHAUSER, L. Interest, Commitment, and Obligation: How Law Influences Behavior. In: B. G. Garth – A. Sarat (eds). *Justice and Power in Sociolegal Studies*. Northwestern University Press, 1998, s. 215.

s příslušnou akcí. Tento náklad pak zohlední při výběru té akce, která je pro něj nejpřínosnější.³⁸ Ekonomové se proto zabývají tím, jak mají být nastaveny právní sankce, aby se lidé chovali žádoucím způsobem. Právní normy jsou tedy z ekonomického pohledu posuzovány právě podle toho, jakou strukturu incentív prostřednictvím využívání sankcí vytvářejí a jaké následky má změna chování lidí v reakci na tyto incentivy.³⁹

I přes uvedenou odlišnost „archetypálního“ právního a ekonomického přístupu je třeba si být vědom, že *ex ante* úvahy nejsou jen ekonomickou výsadou. Typicky se úvahy o účincích právní normy na chování jejich adresátů uplatní v rámci normotvorby, a to i soudcovské. Prostřednictvím teleologického výkladu však přicházejí v potaz také při racionální aplikaci práva, a to sice společně s *ex post* úvahami.⁴⁰ Ačkoli soudci někdy úvahy *ex ante* podceňují,⁴¹ často musí v konkrétních případech řešit tenzi mezi těmito dvěma perspektivami.⁴²

5. JEDNOTLIVOSTI VERSUS AGREGACE

Dalším rozdílem mezi právním a ekonomickým přístupem je rozdíl v důrazu na seskupování právních případů do skupin. Zatímco právníci mají tendenci se soustředit na jednotlivé případy, ekonomy spíše zajímá vliv práva na skupiny případů.⁴³ Právníci tedy dle této charakteristiky přistupují ke každému případu samostatně. Ekonomové naopak preferují případy seskupovat či agregovat.

V rámci ekonomie hraje agregování významnou roli ve svých různých podobách. K agregování dochází kupříkladu na různých úrovních generality. Lze tak například hovořit o mikroekonomických a makroekonomických agregátech.⁴⁴ Agregaci lze také rozlišit dle jejího objektu. Takovým objektem mohou být například statky, instituce nebo jednotlivci.⁴⁵ Jelikož nejčastější podobou aplikace na právo je mikroekonomická analýza

³⁸ „*To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity.*“ COOTER, R. – ULEN, T. S. *Law & Economics*. 6th edition. Prentice Hall, 2011, s. 3.

³⁹ FRIEDMAN, D. D. *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why it Matters*. Princeton University Press, 2000, s. 11.

⁴⁰ MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2nd edition. Princeton University Press, 2006, s. 45.

⁴¹ OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 2004, Vol. 79, No. 2, s. 389.

⁴² „*A judge often is torn between doing justice in the case – that is, adjusting the apportionment of benefits and detriments among people who, by the time of litigation, are trapped in positions no longer within their control – and applying a rule that creates additional benefits for people who can alter their behavior in the future.*“ EASTERBROOK, F. H. The Supreme Court, 1983 Term. Foreword: The Court and the Economic System. *Harvard Law Review*. 1984, Vol. 98, s. 5–6.

⁴³ Viz např. MÁÄTTÄ, K. Law and Economics from Lawyers' Point of View. In: E. Røsæg – H.-B. Schäfer – E. Stavang. *Law and Economics: Essays in Honour of Erling Eide*. Cappelen Akademisk Forlag, 2010, s. 136–137.

⁴⁴ Do určité míry je rozšířená představa, že agregace je pouze záležitostí makroekonomie. Ve skutečnosti však i mikroekonomové neustále agregují. Rozdíl mezi mikroekonomií a makroekonomií spočívá pouze v úrovni agregace. Viz např. SCHLICHT, E. *Isolation and Aggregation in Economics*. Springer-Verlag, 1985, s. 12.

⁴⁵ Viz např. BLUNDELL, R. – STOKER, T. M. Heterogeneity and Aggregation. *Journal of Economic Literature*. 2005, Vol. 43, s. 350; SCHLICHT, E. *Isolation and Aggregation in Economics*. Springer-Verlag, 1985, s. 8; STOKER, T. M. Aggregation (Econometrics). In: S. N. Durlauf – L. E. Blume. *The New Palgrave Dictionary of Economics, Volume 1*. 2nd edition. Palgrave Macmillan, 2008, s. 55.

vlivu právní normy na její adresáty (či jiné dotčené skupiny lidí), zabývám se v této stati dále mikroekonomickou agregací chování jednotlivců.

Agregace spočívá ve „vydestilování“ pouze významných aspektů vztahu mezi ekonomickými agregáty.⁴⁶ Ať již jde o jakoukoli oblast zkoumanou ekonomii, reální jedinci se mezi sebou dramaticky liší, pokud jde o jejich potřeby a příležitosti. Ekonomie však nemá za cíl popsat, vysvětlit, predikovat nebo hodnotit chování každého konkrétního jednotlivce. Ekonomové mnohem více zajímají pravidelnosti opakující se ve větších skupinách jednotlivců.⁴⁷ Proces agregování spočívá v zanedbání nerelevantních nebo málo relevantních individuálních detailů (individuální heterogenity)⁴⁸ a „vydestilování“ takových pravidelností.

Tvrzení, že ekonomie je založená na agregování, není v rozporu s tím, že ekonomie často používá modely zahrnující pouze několik málo jednotlivců nebo firem. Takovéto modely je nutno chápat jako metodologicky zdůvodnitelná zjednodušení reality založená na *průměrném*⁴⁹ nebo *reprezentativním*⁵⁰ člověku. Jejich cílem není popis, vysvětlení nebo predikce toho, co se děje ve společnostech sestávajících pouze z několika členů. Ani nenesou poselství, že všichni příslušní jedinci jsou ve skutečnosti stejní.⁵¹ Spíše jde o snahu operacionalizovat debatu o společnostech tvořených mnoha členy.⁵² Právě tím, že ekonomické modely vycházejí z průměrného (reprezentativního) chování, zaměřují se na agregáty, ne na jednotlivé případy.

Agregativní přístup ekonomie se odráží také v rámci aplikace ekonomie na právo. Protože lidé nemají stejné preference, může se lišit rozsah, ve kterém právní normy jejich jednání ovlivňují. Veljanovski hovoří například o zvýšení pokut za rychlou jízdu.⁵³ Analýza incentív poskytovaných takovou pokutou nepředpokládá, že na zvýšení bude reagovat každý řidič, který dříve rychlost překračoval. Někteří řidiči přestanou překračovat rychlost zcela nebo alespoň méně často; jiní své chování nezmění. Pro učinění závěru, že pokuty (reprezentativního) řidiče od rychlé jízdy odrazují, stačí, aby někteří z řidičů,

⁴⁶ STOKER, T. M. Aggregation (Econometrics). In: S. N. Durlauf – L. E. Blume. *The New Palgrave Dictionary of Economics, Volume 1*. 2nd edition. Palgrave Macmillan, 2008, s. 56.

⁴⁷ MATHIS, K. – SHANNON, D. *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Springer, 2009, s. 14.

⁴⁸ Podle Stokera heterogenita mezi jedinci může vyplývat ze tří různých druhů odlišností mezi jedinci. Zaprvé jedinci mají odlišné preference a příjem. Zadruhé se jedinci liší v míře své účasti na trzích. Zatřetí se liší v míře rizika spojeného s bohatstvím a příjmem, které čelí. STOKER, T. M. Aggregation (Econometrics). In: S. N. Durlauf – L. E. Blume. *The New Palgrave Dictionary of Economics, Volume 1*. 2nd edition. Palgrave Macmillan, 2008, s. 56.

⁴⁹ „Economics is concerned with the study of an average man.“ JAIN, T. R. – KHANNA, O. P. *Business Economics (for BIM)*. V. K. Publications, 2006–2007, s. 25.

⁵⁰ „[E]conomics is not concerned with the idiosyncrasies of particular cases, but looks for general rules linking typical incidents. Usually these rules cannot be distilled stringently from the multitude of individual actions, and economics is bound, hence, to start from assumptions on the behaviour of aggregates – or “representative” agents – which are linked to individual actions just vaguely.“ SCHLICHT, E. *Isolation and Aggregation in Economics*. Springer-Verlag, 1985, s. 1.

⁵¹ „It is of course never maintained that all microeconomic agents actually are typical.“ SCHLICHT, E. *Isolation and Aggregation in Economics*. Springer-Verlag, 1985, s. 11.

⁵² „Averages are needed in economics because we deal with mass movements, and they are the common everyday usage of conversation.“ COMMONS, J. R. *Institutional Economics. Vol. I: Its Place in Political Economy*. Transaction Publishers, 2009, s. 268.

⁵³ VELJANOVSKI, C. G. *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, 2007, s. 23.

kteří dříve rychlost překračovali, teď kvůli zvýšení pokut s takovým překračováním přestali, nebo ho alespoň omezili.

Ekonomům pro účely jejich analýzy *ex ante* účinku právních norem postačuje právě takováto reakce části populace. „*Je to reakce některých, co vyvolává odezvu predikovanou ekonomickým modelem racionality: zjevně čím větší počet jednotlivců citlivých na nárůst pokut nebo nákladů, tím větší reakce.*“⁵⁴ Ekonomická analýza práva je tedy založena na agregování: zajímá ji „průměrná“ změna chování vyvolaná právní normou. „*Změny [sankcí] nemusí nutně ovlivnit chování konkrétního jedince. Pro populaci jako celek však zřejmě lze rozumně předpokládat, že postupné změny [sankcí] budou vést ke změně chování u více a více lidí.*“⁵⁵

Byl jsem výše uvedl obecně rozšířený názor, že právo se soustředí na jednotlivé případy, je si třeba uvědomit, že i v právu hraje agregace velkou roli. Právo totiž ne vždy cílí na dosažení správného výsledku v rámci *všech* kauz určitého druhu. Někdy je dost i *většina*. „*I když kauzy, ať již před soudem nebo ne, zahrnují konkrétní lidi s konkrétními problémy účastníci se konkrétních sporů, právo má sklon nakládat s konkrétnostmi, kterými se zabývá, jako s členy větších kategorií. Spíše než snažení se o dosažení nejlepšího výsledku pro každý spor zcela partikularistickým a kontextuálním způsobem, cílem práva je často zajištění toho, že výsledek pro [...] alespoň většinu konkrétností v dané skupině je tím správným.*“⁵⁶

Jak vysvětluje Schauer,⁵⁷ ze samotné podstaty obecných právních norem vyplývá skutečnost, že v některých případech neslouží svému cíli. Kvůli obecnosti právní normy totiž hrozí, že bude postihovat případy, na které by z hlediska jejího cíle postihovat neměla (tzv. *over-inclusiveness*, přehnaný záběr), případně že nebude postihovat případy, které by z hlediska jejího cíle postihovat měla (tzv. *under-inclusiveness*, nedostatečný záběr). Jako příklad lze uvést normu stanovící, že svéprávnosti se nabývá dosažením 18 let věku, s cílem udělit svéprávnost těm, kdo jsou již dost vyspělí na to, aby si dokázali sami řešit své záležitosti.⁵⁸ Přehnaný záběr normy se bude týkat těch osob, které ještě v osmnácti letech dostatečně vyspělé nejsou. Nedostatečný záběr zahrnuje ty, kdo jsou dostatečně vyspělí již před osmnáctými narozeninami.

I kdyby se snad v konkrétním místě a čase normotvůrci podařilo příslušnou normu vymezit tak, aby nedocházelo k takovému nesouladu s jejími cíli, stěžít lze očekávat, že normotvůrce bude schopen předpovídat budoucí vývoj světa, z něhož může potenciální nesoulad vyvstat. Tento jev byl popsán jako tzv. otevřená textura (*open texture*).⁵⁹

⁵⁴ VELJANOVSKI, C. G. *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, 2007, s. 23, poznámky pod čarou vynechány.

⁵⁵ EIDE, E. – AASNESS, J. – SKJERPEN, T. *Economics of Crime: Deterrence and the Rational Offender*. North-Holland, 1994, s. 2.

⁵⁶ SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009, s. 8. „*It is better saith the Law to suffer a mischiefe (that is particular to one) than an inconvenience that may prejudice many.*“ Sir Edward Coke (jeden z nejvýznamnějších anglických právníků 16. a 17. století), citováno dle STONER, J. R. *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. University Press of Kansas, 1992, s. 25.

⁵⁷ SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press; Oxford University Press, 1991, *passim*.

⁵⁸ CSERNE, P. *Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics*. In: K. Mathis (ed.). *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer, 2012, s. 37.

⁵⁹ Autorem konceptu je Friederich Waismann. Viz WAISMANN, F. *Verifiability*. In: A. G. N. Flew (ed.). *Logic and Language: First Series*. Basil Blackwell, 1951, s. 117–144.

V kontextu právních norem otevřená textura ukazuje, že jazyk použitý při formulaci právních norem vychází z představ normotvůrce o světě v době tvorby příslušné normy, přičemž budoucí vývoj může změnit jevy či objekty, na které je příslušné slovo potenciálně aplikovatelné.⁶⁰ V současné době se otevřená textura projevuje kupříkladu u pojmu „matka“. Je totiž možné, aby jedna žena poskytla vajíčko zbažené jádra (nicméně stále obsahující mitochondriální DNA), jiná žena jádro, a aby třetí žena plod nosila a porodila. Oproti době před pár desetiletími tedy existují sporné případy použití tohoto pojmu.

Kvůli uvedeným problémům spojeným s formálními obecnými normami by se mohlo zdát, že je lepší se jejich využívání vyhnout a dosahovat optimálního řešení v každé *konkrétní* kauze za pomoci diskrece. Z praktických důvodů souvisejících s využíváním diskrece jsou však optimální řešení často nedosažitelná. Jako příklady takových důvodů lze uvést, (1) že je žádoucí, aby subjekty práva dokázaly co nejvíce předvídat výsledky soudního rozhodování, (2) že soudci nemají dostatečné schopnosti pro to, aby skutečně dokázali v každém konkrétním případě nalézt optimální řešení, nebo (3) že diskrece otvírá prostor pro zneužití soudcovské moci.⁶¹

Z uvedených praktických důvodů mají (hypotetičtí) designéři právních systémů skromnější cíle, než je rozřešení každé kauzy optimálním způsobem. Jejich snaha se upírá na to nejlepší reálně dosažitelné řešení, což v realitě často znamená vyřešení většiny (tj. ne všech) kauz z určité kategorie žádoucím způsobem za využití *obecných* formalizovaných pravidel. Dochází tedy vlastně k aplikaci teorie druhého nejlepšího řešení.⁶² Ta nezavrhuje myšlenku dosahování „správného“ řešení každé právní kauzy. Tuto myšlenku však chápe jako ideál, k němuž je žádoucí se přibližovat, ale kterého zároveň nelze z výše uvedených praktických důvodů zcela dosáhnout.

Na tomto místě je nutno uvést, že povědomí o „agregátním“ fungování práva není mezi právníky příliš rozšířeno. Lze to patrně přičíst skutečnosti, že praktické právní debaty se obvykle točí okolo konkrétních kauz, a že tedy obvykle není důvod něco takového diskutovat. Napětí mezi řešením vhodným pro celou skupinu kauz (ve formě formálního pravidla) a řešením ušitým na míru jednotlivým kauzám, které McLeod ve své učebnici označuje jako konflikt mezi spravedlností na mikroúrovni a makroúrovni,⁶³ je však v právu nevyhnutelné. Z výše uvedených praktických důvodů se totiž právo do určité míry agregování vyhnout nemůže, což ho *inter alia* spojuje s ekonomikou.

6. SPOJITOST VERSUS KATEGORIÁLNOST

Dalším (souvisejícím) rozdílem mezi právním a ekonomickým myšlením je preference příslušné disciplíny pro uvažování ve spojitých nebo kategoriálních (nespojitéch,

⁶⁰ „Open texture is this indelible feature of language, a consequence of the confrontation between fixed language and a continuously changing and unknown world.“ SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press; Oxford University Press, 1991, s. 36.

⁶¹ Pro brilantní analýzu důvodů používání formalizovaných pravidel (v právu i jinde) viz SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press; Oxford University Press, 1991.

⁶² LIPSEY, R. – LANCASTER, K. The General Theory of Second Best. *Review of Economic Studies*. 1956, Vol. 25, s. 11–32.

⁶³ McLEOD, I. *Legal Method*. 8th edition. Palgrave Macmillan, 2011, s. 17–18.

skokových) dimenzích. Této příčině tření mezi právem a ekonomikou se věnuje ve svém článku soudce Nejvyššího soudu USA Stephen Breyer. Všímá si toho, že právo preferuje jasně vymezené normy, které lze relativně snadno aplikovat na konkrétní lidské chování. Pro právo je tedy podle něj typický přístup „bud’/anebo“.⁶⁴ Oproti tomu ekonomický styl myšlení není používání jasně vymezených kategorií při textaci norem vždy zcela nakloněn.

Ekonomie se totiž obvykle zabývá následky toho, že něčeho je o trochu více nebo o trochu méně.⁶⁵ Přístup ekonomie spočívající v zájmu o drobné změny (nárůsty či poklesy) sledované veličiny se označuje jako marginální analýza. Tu lze přiblížit na příkladu studenta, který alokuje svůj denní čas mezi práci a studium. O tom, kolik svého času každé z této aktivit přidělí, rozhoduje student na základě toho, jak užitečná mu příslušná kombinace bude. Možná mu bude připadat, že by bylo užitečnější trochu ubrat na práci a přidat na studiu. Možná naopak. Ekonomie říká, že racionální subjekt bude zvyšovat množství určité aktivity (např. studia) až do okamžiku, kdy se užitek spojený s poslední přidanou jednotkou této aktivity (marginální užitek) vyrovná s jejím nákladem (kterým by v našem příkladu byla obětovaná mzda za práci). Marginální analýza spočívá právě v takovém porovnávání přínosů a nákladů další přidané jednotky. Je zároveň ukázkou spojitého myšlení.

Tato preference spojitosti však při aplikaci ekonomie na právo nevyhnutelně vede k určité „neostrosti“ ekonomické analýzy práva. Jako příklad lze uvést známé pravidlo práva odpovědnosti za škodu, které proslavil americký soudce Learned Hand.⁶⁶ Podle tohoto pravidla, vycházejícího z ekonomické logiky, osoba, která neodvrátila určité nebezpečí, jednala nedbale, pokud náklady na odvrácení tohoto nebezpečí byly menší než očekávané náklady vzniklé realizací nebezpečí vážené pravděpodobností takové realizace. Posouzení toho, zda někdo dle tohoto pravidla jednal nedbale, zjevně nezávisí na ostře vymezených kategoriích, ale vyžaduje spíše pečlivé (až nemožné) hodnocení a vážení. Domnívám se, že právě tento charakter ekonomického přístupu k právu má na mysli Richter, když říká následující: „*Ekonomie poměrně často pracuje s relativně „neostrými“ pojmy, což právníky obvykle dovádí k nepřičetnosti.*“⁶⁷

Napětí mezi preferencí ekonomie pro neostře standardy a preferencí práva pro jasně vymezené normy se dle Breyera explicitně projevuje v právu soutěžním.⁶⁸ Ekonomové v něm často prosazují hodnocení každé jednotlivé kauzy potenciálně protisoutěžního jednání z hlediska jeho dopadu na společenský (či spotřebitelský) blahobyt. Právníci oproti tomu preferují definování způsobů protisoutěžního chování, jejichž protiprávnost by nezávisela na hodnocení dopadu na blahobyt. Jako příklad takového ostřejšího právníky preferovaného vymezení Breyer uvádí *per se* zákaz dohod o určení cen. Tento

⁶⁴ Proti takovému charakterizování práva lze namítnout význam, který v dnešní době hraje v právu proporcionalita a vážení soupeřících principů obecně. Sám se však domnívám, že takovéto vážení se týká především složitých případů aplikace práva, které v celé populaci případů realizace práva tvoří menšinu. Stále totiž platí, že za projetí červeného světla na semaforu – byť by z ostatních směrů žádná auta nejela – dostaneme pokutu a že závazkové právo se promlčí za tři roky. Právě takových jednoduchých případů aplikace práva společajících na jasně vymezené právní normy je většina.

⁶⁵ BREYER, S. Economic Reasoning and Judicial Review. *The Economic Journal*. 2009, Vol. 119, No. 535, s. F126.

⁶⁶ Viz rozhodnutí *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947).

⁶⁷ RICHTER, T. *Insolvenční právo*. ASPI; Wolters Kluwer, 2008, s. 29.

⁶⁸ BREYER, S. Economic Reasoning and Judicial Review. *The Economic Journal*. 2009, Vol. 119, No. 535, s. F126.

zákaz podle něj není založen na závěru, že dohodnutí se na ceně není *nikdy* ekonomicky obhajitelné. Spíše jde o to, že případy takové obhajitelnosti budou řídké a stěží prokazatelné, zatímco praktické výhody aplikace jasně vymezeného pravidla budou tak velké, že komplexní posuzování jednotlivých případů dohod o určení ceny nestojí za námahu. Navíc by soudy při komplexním posuzování mohly vyprodukovat více chyb. Uvedený příklad tedy ukazuje, že napětí mezi spojitostí a diskrétností v právu je jinou tvář výše diskutovaného napětí mezi jednotlivým a agregovaným.

Jako aktuální příklad uvedeného napětí z evropského prostředí lze uvést rozsudek Tribunálu EU ve věci *Intel*.⁶⁹ V rámci tohoto rozsudku bylo potvrzeno rozhodnutí Komise, které uložilo společnosti Intel pokutu ve výši 1,06 miliardy euro za zneužití dominantního postavení. Soud přitom podpořil legalistickou argumentaci Komise subsumující konkrétní praktiky Intelu pod kategorie praktik zakázané na základě předchozích rozhodnutí SDEU; tato část rozhodnutí zjevně vycházela z preference ostře ohraničených norem. Oproti tomu část rozhodnutí provádějící ekonomickou analýzu dopadů konkrétních praktik společnosti Intel soud označil za irelevantní a nadbytečnou.⁷⁰ Je přitom příznačné, že legalistickou část rozhodnutí vypracovala Právní služba Komise a že analýzu konkrétních praktik prosazovalo (ekonomičtěji naladěné) Generální ředitelství pro hospodářskou soutěž. Následně se rozpoutala také debata mezi autory věnujícími se evropskému soutěžnímu právu.⁷¹

Na napětí mezi kategorickým a spojitým přístupem se lze dívat z perspektivy ekonomické analýzy nákladů a přínosů. Na základě poměření relevantních nákladů a přínosů se totiž můžeme rozhodnout, zda je vhodnější použít méně či více ostře ohraničenou právní normu.⁷² Přínosem méně ostrých norem je lepší možnost zohlednění detailů každé konkrétní kauzy; jejich náklady vyplývají z výše uvedených důvodů pro používání formálních norem např. v podobě (1) horší předvídatelnosti rozhodování soudů, (2) nákladnosti posuzování skutkových otázek, a (3) větší možnosti zneužití soudcovské moci. Přínosem jasně vymezených norem je pak naopak (1) lepší předvídatelnost rozhodování soudů, (2) nenákladnost posuzování skutkových otázek, a (3) menší možnost zneužití soudcovské moci; nákladem je obětování optimálnosti řešení některých kauz z důvodu jejího výše vysvětleného přehnaného nebo nedostatečného záběru.

Stojí přitom za povšimnutí, že tento druh jakýchsi „systémových“ nákladů a přínosů je zastánci ekonomické analýzy práva dosti často přehlížen.⁷³ Breyer si všímá, že v soutěžních případech jsou často soudům poskytovány ekonomické analýzy tržních dopadů

⁶⁹ Rozsudek Tribunálu EU ze dne 12. 6. 2014, T-286/09, *Intel Corp. v. Komise*.

⁷⁰ Rozsudek Tribunálu EU ze dne 12. 6. 2014, T-286/09, *Intel Corp. v. Komise*, odstavce 140–166.

⁷¹ Viz např. VENIT, J. S. Case T-286/09 *Intel v. Commission* The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward. *European Competition Journal*. Vol. 10, No. 2, s. 203–230. WILS, W. P. J. The Judgement of the EU General Court in *Intel* and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance. *World Competition*. Vol. 37, No. 4, s. 405–434.

⁷² BREYER, S. Economic Reasoning and Judicial Review. *The Economic Journal*. 2009, Vol. 119, No. 535, s. F127.

⁷³ Smith dokonce tvrdí: „It is somewhat ironic that law and economics overlooks the system-wide benefits of simplicity.“ SMITH, H. E. Law and Economics: Realism or Democracy? *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 2009, Vol. 32, s. 133. Takovýto výrok je nicméně příliš silný, protože mnoho autorů z oblasti ekonomické analýzy práva se této otázce věnuje. Viz např. EPSTEIN, R. A. Simple Rules for a Complex World. Harvard University Press, 1995; KAPLOW, L. Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*. 1992, Vol. 42, s. 557–629.

konkrétních kategorií praktik soutěžících subjektů; o poznání méně často jsou však poskytovány analýzy dopadu *per se* zákazu určité kategorie praktik.⁷⁴ Dle mého názoru je nedostatek takových analýz o to zajímavější, že ekonomové mají tendenci k preferenci provádění analýz ekonomických dopadů v každé jednotlivé právní kauze. Je otázkou, zda tento jejich přístup vychází z racionálního posouzení toho, co je z hlediska právního systému vhodnější, nebo se spíše jedná o ideologii neopřenu o racionální důvody.⁷⁵

ZÁVĚREM

V této stati jsem identifikoval šest rozdílů mezi právnickým (především formalisticko-doktrinálním) a ekonomickým (především v podobě analýzy dopadů práva) přístupem, z nichž některé jsou spíše rozdíly zdánlivými. Týkají se převládajícího směru uvažování mezi obecnějším a konkrétnějším, pozice pozorovatele vzhledem k právu, celistvosti či výsekovosti přístupu, retrospektivnosti či prospektivnosti přístupu, důrazu na jednotlivé případy či jejich skupiny, a preference spojitého či kategorického. Tyto rozdíly nečiní z ekonomie nevhodný nástroj pro analýzu práva. Mohou však být překážkou komunikace mezi právníky a ekonomy, a je proto žádoucí být si jich vědom.

Děkuji tímto Liboru Duškovi, Josefu Montagovi, Haně Smrčkové a Tomáši Sobkovi za cenné podněty. Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy v Praze, projekt č. 694712.

JUDr. Ing. Jan Broulík, LL.M.

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

⁷⁴ BREYER, S. Economic Reasoning and Judicial Review. *The Economic Journal*. 2009, Vol. 119, No. 535, s. F128-F132.

⁷⁵ Domnívám se, že jedním z důvodů tohoto postoje může být víra v ekonomický předpoklad lidské racionality. Existence systémových přínosů používání jednoduchých právních norem totiž do velké míry souvisí s omezenou racionalitou soudců a adresátů práva. Wils uvádí, že v případě soutěžního práva může za postojem ekonomů prosazujícím častější provádění ekonomických kauz stát jejich vlastní zájem: „[T]he so-called *more economic approach* increases the demand for the services provided by the economics profession.“ WILS, W. P. J. The Judgement of the EU General Court in *Intel* and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance. *World Competition*. Vol. 37, No. 4, s. 433.

Jan Broulík

The Relationship Between Law and Economics: Difference and Concord in Reasoning

Abstract: The essay deals with six differences between legal (mainly formalist-doctrinal) and economic (policy analysis) reasoning about legal rules, institutes, and systems. The first difference consists in the prevalent direction of reasoning between more and less general, whereby legal reasoning is prevalently inductive and economic reasoning is prevalently deductive. The second difference consists in the position of the observer towards the law, whereby lawyers are positioned within the law and economists outside of it. The third difference consists in the whole-like or segment-like approach, whereby lawyers prefer holist approach and economists prefer reductionist approach. The fourth difference consists in retrospectiveness or prospectiveness of the approach, whereby lawyers view the law from the *ex post* perspective and economists from the *ex ante* perspective. The fifth difference consists in the emphasis on particular cases or their categories, whereby lawyers prefer analysis of particular cases and economists prefer to aggregate. The sixth difference consists in preferring the categorical or the continuous, whereby lawyers prefer bright-line rules and economists tend to work with less clear distinctions. Nevertheless, the performed analysis reveals that some of the differences are only illusory or relate to only a particular aspect of law or economics. Mainly law has properties that are not obvious at first sight (*ex ante* effect of legal rules, tension between justice at micro-level and macro-level).

Key words: economic analysis of law, legal reasoning, economic reasoning