

# Různé role ekonomie v tvorbě a aplikaci práva<sup>1</sup>

JAN BROULÍK

DOKTORAND PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERZITY KARLOVY A TILBURG LAW AND ECONOMICS CENTER, TILBURG UNIVERSITY

## *Various Roles of Economics in Law-making and Law-application*

**Summary:** Economics can be helpful in law-making and law-application in three different manners. The first manner – limited only to law-application – consists in the use of economics for ascertainment of facts relevant for a particular dispute. The second manner consists in the use of the conceptual or terminological apparatus of economics for making or interpretation of legal rules. The third manner consisting in ascertainment and evaluation of effects of law on human behaviour and, vicariously, on other variables can be utilized in both law-making and law-application. This third manner of use of economics referred to as the economic analysis of law can be further categorized. Positive analysis consists in forecasting the effect of law on human behaviour. Normative analysis suggests criteria that may be used to evaluate law-influenced aggregate human behaviour and its consequences. Prescriptive analysis consists in designing law, using the insights of positive analysis, in such a way that law achieves its goals.

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

Od konce šedesátých let dvacátého století se především ve Spojených státech amerických rozšířilo interdisciplinární odvětví aplikující ekonomické metody za účelem analýzy práva. Podle Coopera a Ulena dokonce ekonomie, jako králík v Austrálii, našla prázdnou niku v „intelektuální ekologii“ práva a spěšně ji zaplnila.<sup>2</sup> Ač autoři často hovoří o ekonomickém přístupu k právu jako o jediné skutečnosti, existuje vícero odlišných způsobů, kterými může být ekonomie právu prospěšná. V této stati se zabývám právě různými rolemi, které může ekonomie mít při tvorbě a aplikaci práva. Cílem stati je jejich analýza.

## **Předběžné vymezení zájmu: analýza dopadu práva a politická ekonomie**

Literatura zabývající se ekonomickou analýzou práva je obrovsky rozsáhlá a zahrnuje v sobě velké množství odlišných proudů.<sup>3</sup> Není ji proto snadné obecně charakterizovat. Pro účely této stati rozlišme dva základní ekonomické přístupy k právu. První přístup označovaný jako analýza dopadů práva (*legal impact analysis*)<sup>4</sup> se zabývá vlivem práva na jednání koncových „soukromých“ adresátů práva. Tím se liší od druhého přístupu označovaného jako politická ekonomie (*political economy*), který se zabývá

vnitřním fungováním orgánů veřejné moci se zaměřením na ekonomické jednání veřejných činitelů.<sup>5</sup> V této souvislosti 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.

<sup>1</sup> Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy v Praze, projekt č. 694712. Autor děkuje Haně Smrčkové za cenné podněty.

<sup>2</sup> COOTER, R. – ULEN, T. *Law & Economics*. 6. vyd. Addison-Wesley, 2011, s. 3.

<sup>3</sup> V této stati označují pojmy „proudy ekonomické analýzy práva“ a „role ekonomie v právu“ odlišné skutečnosti. Proudy ekonomické analýzy práva jsou různé školy aplikace ekonomie na právo. Jde například o rakouské Law and Economics nebo novou institucionální ekonomii. Proudy ekonomické analýzy se liší především svými metodologickými východiskami a předmětem zájmu. Naproti tomu jednotlivé role ekonomie v právu – které jsou předmětem této stati – spočívají ve funkci, kterou ekonomie pro právo v daném případě má.

<sup>4</sup> 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), sv. 79, s. 366. Pojem „*legal impact analysis*“ je převzat od Veljanovského. Viz VELJANOVSKI, C. G. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society* (1980), sv. 7, s. 166.

<sup>5</sup> 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 na: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>>.

Z těchto odlišných předpokladů vyplývá také rozdílný koncept práva, na kterém je každý z proudů (implicitně) založen. Analýza dopadů práva obvykle vychází z některého z pozitivistických konceptů práva.<sup>6</sup> Právo je tedy chápáno jako soubor norem definovaných svými zdroji, ne svým obsahem.<sup>7</sup> Politická ekonomie se oproti tomu snaží porozumět pochodům, kterými společnosti strukturují své politické, ekonomické a právní instituce. Je založena na společensko-vědním konceptu práva fungujícím napříč kulturami a časem.<sup>8</sup> Východiskem tohoto konceptu jsou přitom podněty, na které veřejní činitelé reagují v rámci svého předpokládaného jednání ve vlastní prospěch.

Vzhledem k tomu, že tato stať se zabývá využitím ekonomie při tvorbě a aplikaci pozitivního práva, politické ekonomii se již níže nevěnuji.

## Přehled literatury

Výchozím bodem analýzy úlohy ekonomie v právu jsou vybraná existující třídění prezentovaná jinými autory.

### Klevorick

První rozlišení druhů prospěšnosti ekonomie právu nabízí Klevorick,<sup>9</sup> který identifikuje tři typy prospěšnosti ekonomické teorie. Dle tohoto třídění mohou za prvé ekonomové vystupovat jako „technici“. V takovém případě odpovídají na tradiční otázky týkající se konkrétních kauz, na jaké se soudy typicky ptají soudních znalců. Kupříkladu může jít o dotaz na výši ušlého výdělku pro účely stanovení výše náhrady škody.

Za druhé mohou ekonomové zastat roli „supertechníků“. Jedná se o případy, ve kterých se právníci zajímají o to, jak dosahovat cíle právních odvětví, která jsou svou podstatou ekonomická a která využívají ekonomickou terminologii. Klevorick uvádí jako příklady takových odvětví právo hospodářské soutěže, právo upravující poskytování veřejných služeb (public utilities) nebo pracovní právo. Na základě znalosti toho, jak subjekty práva reagují na různá právní ustanovení v rámci těchto „ekonomických“ odvětví, může ekonom poskytovat právníkům informace o tom, jaká úprava povede ke stanoveným cílům.

Za třetí mohou ekonomové v rámci odvětví, které není na první pohled ekonomické, nabídnout novou analytickou strukturu založenou na novém (ekonomickém) pojmosloví pro příslušný právní problém. Příkladem takového využití ekonomie je ekonomická analýza úpravy odpovědnosti za škodu způsobenou z nedbalosti. V rámci takovéto analýzy se ekonom zajímá

o to, jak právní úprava minimalizuje celkové očekávané společenské náklady nedbalostních škodních událostí (nehod). Tyto společenské náklady přitom závisí na nákladech vzniklé škody, pravděpodobnosti jejího vzniku, nákladech na opatření odvracející takovou škodu a nákladech veřejného aparátu spojených s vynucováním příslušné úpravy. Tradiční právní analýza odpovědnosti za škodu však na těchto kategoriích založená není. Podle Klevoricka proto v tomto případě ekonom nepřejímá problém v rámci vytvořeném právníky, ale vytváří si rámec vlastní. Tato role je z toho důvodu také nejkreativnější a nejnáročnější.

### Breyer

Současný soudce Nejvyššího soudu USA Stephen Breyer na počátku své soudcovské kariéry předestřel dvě kritéria, podle kterých je možné použití ekonomie třídít. Za prvé lze dle Breyera odlišit právní odvětví tradičně využívající ekonomii od těch, na které je ekonomickou optikou nahlíženo relativně nově.<sup>10</sup> Jako příklad tradičně ekonomického odvětví lze dle něj uvést právo hospodářské soutěže a regulaci ekonomiky. Kratší historii ekonomické analýzy pak mají za sebou odvětví jako např. odpovědnost za škodu, smluvní právo či ústavní právo. Rozdíl mezi těmito dvěma skupinami je především v míře kontroverze, se kterou je využití ekonomie spojeno.

Za druhé, v rámci tradičně ekonomických právních odvětví, lze rozlišit roli ekonomie dle její funkce v souvislosti s tvorbou a aplikací práva.<sup>11</sup> Za prvé ekonomie přímo ovlivňuje náplň právních norem. Za druhé ekonomie slouží ke zjištění relevantních skutkových okolností v rámci konkrétních případů. V tomto druhém případě se dle Breyera vztah mezi ekonomikou a například soutěžním právem neliší od vztahu mezi medicínou a úpravou odpovědnosti za újmu na zdraví.

### Van den Bergh a Camesasca

Další třídění „přidané hodnoty“ ekonomického přístupu k právu nabízejí van den Bergh a Camesasca ve své monografii věnované komparativní ekonomické analýze soutěžního práva.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5; Myths. *The American Journal of Jurisprudence* (2001), sv. 46, s. 199.

<sup>8</sup> KORNHAUSER, L. A. *The Economic Analysis of Law*.

<sup>9</sup> KLEVORICK, A. K. Law and Economic Theory: An Economist's View. *The American Economic Review* (1975), sv. 65, s. 237–243.

<sup>10</sup> BREYER, S. Economics for Lawyers and Judges. *Journal of Legal Education* (1983), sv. 33, s. 294.

<sup>11</sup> Ibid., s. 295.

<sup>12</sup> VAN DEN BERGH, R. – CAMESASCA, P. D. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*.

Za prvé je ekonomie nápomocná v rámci debaty o cílech soutěžního práva. Mikroekonomická teorie podle autorů poskytuje cenné poznatky týkající se účinků různých struktur trhu (dokonalá konkurence, monopol, oligopol) a typů jednání (forem strategické interakce omezující soutěž). Ekonomie blahobytu (označovaná také jako normativní ekonomie) nabízí kritéria, podle kterých je možné tyto účinky hodnotit (Pareto efektivnost, Kaldor-Hicks efektivnost). Zároveň ekonomická analýza osvětluje vztahy mezi různými cíli soutěžního práva a odhaluje, že zákonodárce se při sledování jednoho cíle nemůže vyhnout oběti v podobě určité míry jiného cíle (*trade-off*).

Za druhé může ekonomie pomoci při interpretaci právních konceptů. Van den Bergh a Camesasca si všimají, že v evropském soutěžním právu se často používají vágní termíny. Jako příklady takovýchto pojmů uvádějí např. pojmy „vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže“, „přispívání ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku“, „přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících“, „nezbytnost omezení hospodářské soutěže k dosažení uvedených cílů“, „vyloučení hospodářské soutěže ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených“, a „dominantní postavení“. Nespecifikují však přesně, jakým způsobem ekonomie při interpretaci těchto konceptů pomáhá.

Za třetí může ekonomie (a konkrétněji ekonometrie, tj. obor aplikující matematické a statistické metody na ekonomická data) pomoci při shromažďování a hodnocení důkazů. Jako příklady využití kvantitativních ekonomických metod v soutěžním právu uvádějí autoři ohraňování relevantního trhu, měření koncentrace trhu, hodnocení efektivnostních dopadů potenciálně protisoutěžních jednání, a predikování dopadu plánovaných fúzí na cenu produktů na příslušném trhu.

## Sibony

Také Sibony se ve svém příspěvku zabývají technikami „importování“ prvků ekonomického diskurzu do práva věnuje právu soutěžnímu.<sup>13</sup> Techniky importování rozděluje do dvou kategorií. První kategorií je využití ekonomie k tvorbě domněnek. Druhou kategorií je využití ekonomie při interpretaci práva.

Domněnky se týkají dokazování, které nastává až po té, co bylo právo interpretováno, a je tedy již jasné, co je potřeba dokázat. Domněnky mohou dle Sibony využít ekonomické poznatky tím způsobem, že do sebe zahrnou představu

o tom, co je „ekonomicky obvyklé“. Jako příklad nabízí případ *Tetra*, ve kterém Soud první instance uvedl, že konglomerátní fúze<sup>14</sup> *obvykle* soutěž nenarušují.<sup>15</sup> Jedná se o období obecných představ o kauzalitě projevujících se i v jiných právních odvětvích. Podle Sibony soudy například předpokládají, že pokud byl někdo usvědčen z organizování prostituce za účelem výtěžku, a zároveň nedokáže jinak zdůvodnit původ svého příjmu, pochází část příjmu takové osoby z jejich protizákonných aktivit. Jediný rozdíl mezi takovouto domněnkou a domněnkou z případu *Tetra* spočívá v tom, že namísto zdravého rozumu je předpoklad o tom, co je obvyklé, založen na ekonomické literatuře.<sup>16</sup>

Techniky importování prvků ekonomického diskurzu do práva prostřednictvím jeho interpretace rozděluje Sibony do tří skupin. První a nejjednodušší technika spočívá v identifikaci relevantnosti určitých skutečností pro interpretaci právních ustanovení. Jako příklad Sibony uvádí ekonomické zdůraznění relevance posouzení výše překážek vstupu do odvětví pro posouzení existence dominantního postavení. Obdobně se soudy EU za pomoci ekonomie naučily definovat relevantní trh za pomoci křížové cenové elasticity poptávky. Tyto relevantní skutečnosti přitom nemusí nutně být označeny ekonomickými pojmy, ačkoli v realitě obvykle ekonomické označení nesou.

Druhá technika spočívá v přeskupení relevantních skutečností. Výsledek právního případu je totiž do velké míry určen tím, jak jsou relevantní fakta seskupena. Za příklad dává Sibony posuzování zneužití dominantního postavení dle práva EU. Soudy v rámci jejich analýzy nejprve zjišťují to, zda je příslušný podnik v dominantním postavení, a následně to, zda toto postavení zneužívá. Ekonomové navrhuji odlišný postup, podle kterého by se nejprve posuzovalo, zda dochází k omezení soutěže (což by zahrnovalo i posouzení tržní síly), a poté by bylo případně analyzováno, zda lze omezující jednání ospravedlnit.<sup>17</sup> Podle Sibony bude takovéto přeskupení možné především tam, kde

2. vyd. Sweet and Maxwell, 2006, s. 4-11. Jednotlivé kategorie uvádím v pořadí upraveném pro účely této stati.

<sup>13</sup> SIBONY, A.-L. Limits of Imports from Economics into Competition Law. In: LIANOS, I. – SOKOL, D. (eds.) *The Global Limits of Competition Law*. Stanford University Press, 2012, s. 41.

<sup>14</sup> Jedná se o fúze, při kterých se spojují dvě a více společností z různých odvětví.

<sup>15</sup> Případ T-5/02, *Tetra Laval v. Komise*, 2002 E.C.R. II-4381, para 155.

<sup>16</sup> V rámci této stati se problematikou domněnek nezabývám.

<sup>17</sup> *Report by the Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), An Economic Approach to Article 82* [online]. Červenec 2005, s. 4. [2014-12-03]. Dostupné na: <[http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf)>.



právní hodnocení není příliš ostře strukturováno a ekonomické pojmy mohou fungovat jako pojmy zprostředkující.

Třetí technika spočívá v „ražení“ právního testu. Právní test založený na ekonomické analýze inkorporuje všechny ekonomicky relevantní skutečnosti a explicitně je přeskupuje do smysluplných svazků připojených k zprostředkujícím ekonomickým pojmům. Tyto svazky také explicitně spojuje. Jinými slovy je právní test strukturovaným a kompletním vyjádřením relevantních skutečností. Takový test dává strukturu správné odpovědi na právní otázku, jako například: „Je toto jednání predací?“

### Různé role ekonomie v právu

Analýzy vypracované zahraničními autory, které jsou uvedeny v předchozí části, jsou do velké míry ovlivněny konkrétními okolnostmi spojenými s příslušnou analýzou. Například Klevorickova kategorizace se zdá být výrazně ovlivněná skutečností, že autor sám je ekonomem. Zajímá se proto například do velké míry o to, zda příslušný ekonom je či není v dané situaci „služebníkem“ právníka, a zda mu tedy je či není „shora“ zadán úkol, který má řešit, nebo o to, jak moc je příslušný způsob využití ekonomie „kreativní“. Zbývající tři analýzy jsou pak do určité míry ovlivněny právním odvětvím, které měli jejich autoři na mysli při tvorbě kategorií.

Mezi analýzami je možné vysledovat řadu opakujících se prvků. Jedním z nich je vytrídění speciální kategorie užití ekonomie v souvislosti s dokazováním. Tato kategorie se tedy týká využití ekonomie v rámci odpovídání skutkových otázek (*quaestiones facti*), zatímco ostatní kategorie se týkají právních otázek (*quaestiones juris*). Ekonomie je v tomto případě využívána pro zjištění skutečností rozhodných pro posouzení konkrétního případu podobně, jako jsou jiné vědní obory využívány například pro DNA testování nebo posuzování psychického stavu obviněného.<sup>18</sup>

Dále se opakuje postřeh, že některá právní odvětví jsou svou podstatou „ekonomičtější“ než jiná.<sup>19</sup> Ač to autoři ve svých textech přímo nezmiňují, tato jejich propojenost s ekonomikou se zdá být důležitá jak z hlediska ekonomičnosti jejich cílů, tak pokud jde o blízkost pojmového aparátu příslušného odvětví s aparátem ekonomickým. Tato terminologická blízkost se projevuje tím, že právní termíny buď přímo odpovídají termínům ekonomickým nebo jsou na ně alespoň poměrně lehce převoditelné. Dá se tedy mluvit o „blízkosti používaného jazyka“.

Opakuje se také vymezení speciální role ekonomie v souvislosti s (instrumentálními) cíli

práva. Ekonomie může poskytovat poznatky o tom, jak právo ovlivňuje jednání lidí, a to i bez toho, aby příslušné odvětví bylo zapotřebí propojovat s ekonomikou terminologicky. Ekonomie je tedy v rámci této kategorie prostředkem pro zjištění tzv. právotvorných skutečností (*law-making facts, legislative facts*), což jsou obecné skutečnosti v mimoprávním světě. Právotvorné skutečnosti nejsou, na rozdíl od jednotlivých právně-aplikačních skutečností (*adjudicative facts*),<sup>20</sup> využívány pro rozhodování konkrétních kauz. Nedochozí k jejich subsumpci pod obecnou právní normu. Právotvorné skutečnosti nacházejí své využití v tvorbě norem a v jejich interpretaci.

Lze tedy shrnout, že ekonomie může být právu prospěšná následujícími třemi způsoby:

- 1) Ekonomická metodologie může být využita pro zodpovídání *questiones facti* v jednotlivých právních kauzách.
- 2) Ekonomická terminologie může být využita pro formulaci a interpretaci právních pojmů, které jsou příslušnému ekonomickému termínu obsahově blízké.
- 3) Ekonomická metodologie může být využita pro zjišťování společenských efektů právních norem, což může posloužit při tvorbě a interpretaci právních norem.

Pouze využití ekonomie pro zjišťování společenských efektů práva je obvykle označováno jako *ekonomická analýza práva*. Za náplň této analýzy se totiž standardně považuje právě zkoumání vlivu práva na lidské jednání a další zprostředkované veličiny.<sup>21</sup>

### Variety ekonomické analýzy práva

I ekonomickou analýzu práva lze dále členit. Jedno takové třídění nabízí například Mackaay.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> COOMBS, J. – PADILLA, J. The Use of Evidence before Courts of the EU. In: EHLERMANN, C.-D. – MARQUIS, M. (eds.) *European Competition Law Annual: 2009, The Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*. Hart Publishing, 2011, s. 475.

<sup>19</sup> Podle definice ekonomické analýzy práva používané Garoupou a Ulenem (a navržené jim Kaplowem) nepředstavuje analýza tradičně ekonomických právních odvětví ekonomickou analýzu práva v pravém slova smyslu (*law and economics*). GAROUPA, N. – ULEN, T. S. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review* (2008), sv. 59, s. 1567. Takového pojetí však v této stati nepřijímám.

<sup>20</sup> Americká právní teorie i předpisy upravující soudní řízení tradičně rozlišují mezi právně-aplikačními skutečnostmi a právotvornými skutečnostmi. K tomu více viz např. KEETON, R. E. *Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts*. *Minnesota Law Review* (1988), sv. 73, s. 1–72.

<sup>21</sup> Například Määttä se domnívá, že ekonomická analýza práva odpovídá na dva druhy otázek o právních a neprávních normách. Za prvé: Jaký vliv mají tyto normy na chování relevantních subjektů. Za druhé: Je tento vliv žádoucí? MÄÄTTÄ, K. *Law and Economics from Lawyers' Point of View*. In: RÖSÆG, E. – SCHÄFER, H.-B. – STAVANG, E. (eds.) *Law and Economics: Essays in Honour of Erling Eide*. Cappelen Akademisk Forlag, 2010, s. 132.

<sup>22</sup> MACKAAY, E. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar, 2013, s. 6–17. Mackaayovo třídění zahrnuje

První podoba využití ekonomické analýzy podle něj spočívá v jednoduché aplikaci konceptu lidského racionálního rozhodování za účelem určení účinku (změny) právní normy na budoucí jednání jedinců touto normou ovlivněných. Takováto rychlá analýza pracuje se značně zjednodušujícími modely. Druhá podoba zahrnuje navíc „tření, která jsou součástí skutečného světa“, jako jsou nejistota a riziko, transakční náklady, či omezená lidská racionalita. Oproti předchozí „konceptuální“ analýze musí tato analýza být založená na empirických datech, což klade výrazné nároky na osobu, která analýzu provádí. Třetí podoba se již netýká pouze odhalování účinků právních norem, ale také jejich hodnocení. Výstupy předchozích kroků jsou měřeny oproti kritériím navrhovaným ekonomy, jakými jsou Paretova a Kaldor-Hicksova efektivnost.

### Pozitivní ekonomická analýza práva

Jako vhodnější se však jeví třídění založené na Colanderově obecném třídění ekonomie do tří větví.<sup>23</sup> První větví ekonomické analýzy práva je analýza pozitivní, založená na pozitivní ekonomii. Pozitivní ekonomie popisuje, vysvětluje a předvídá lidské jednání či jiné jevy. Předmětem její aplikace na právo (tj. pozitivní analýzy práva) je to, jak právní normy ovlivňují rozhodování lidí o tom, jakým způsobem budou jednat.<sup>24</sup> Vliv právních norem na jednání je zprostředkován racionálními úvahami jednotlivců (s případnými uvolněními tohoto konceptu – viz níže), kteří se snaží v maximální míře uspokojit svoje potřeby. Nejčastěji tato analýza předpokládá, že právní norma přímo ovlivňuje jednání tím, že jednání, které je s příslušnou právní normou v rozporu, přidělí určitou cenu v podobě sankce.<sup>25</sup>

Jako příklad pozitivní analýzy lze uvést následující druh ekonomického přístupu k trestnímu právu. Základním předpokladem je to, že pachatelé se snaží maximalizovat svůj užitek. Ekonomická analýza kriminality tedy přistupuje k rozhodnutí jedince o tom, zda provést trestný čin či nikoli, podobně jako k volbě povolání. Jedinec se začne podílet na kriminalitě proto, že mu přináší větší přínosy než alternativní činnosti. Pozornost se soustředí na to, jak různé proměnné související s potrestáním za trestný čin ovlivňují míru kriminality. Dle ekonomické teorie má snížení očekávaného užitku z kriminální aktivity – způsobené například větší pravděpodobností zjištění trestného činu příslušnými orgány (například kvůli jejich větší aktivitě) – vést ke snížení míry kriminality.

Jako speciální a čím dál rozšířenější variantu pozitivní ekonomické analýzy práva lze vyčle-

nit její behaviorální podobu.<sup>26</sup> Ta je založená na uvolnění některých předpokladů o racionalitě lidského jednání. Takovéto uvolnění však neznamená, že lidské jednání je považováno za náhodné či nepředvídatelné. Stále trvá předpoklad, že je systematické a lze ho modelovat. Například namísto výše zmíněného zaměření se na skutečnou pravděpodobnost zjištění trestné činnosti by se analýza obohacená o behaviorální aspekty mohla věnovat subjektivně vnímané pravděpodobnosti zjištění a jejímu systematickému odchylování se od skutečné pravděpodobnosti zjištění.<sup>27</sup>

### Normativní ekonomická analýza práva

Druhou větví ekonomické analýzy práva je analýza normativní. 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>28</sup> a nabízí kritéria, podle kterých lze tato uspořádání využití zdrojů hodnotit.<sup>29</sup> Tato kritéria jsou přitom koncepty založené na ekonomickém aparátu. Podstata normativní ekonomické analýzy práva tedy spočívá ve využití ekonomického aparátu ke conceptualizaci možných cílů práva spočívajících v uspořádání využití zdrojů.

Když zde hovořím o „conceptualizaci“, mám na mysli vytvoření rámce, který umožňuje přesnější uchopení abstraktního cíle. Jako příklad lze uvést Summersovo pojednání o americkém „pragmaticky-instrumentálním“ právním myšlení, podle kterého se většina stoupenců tohoto

i další kritéria, jako je hloubka prováděné analýzy, která jsou pro účely této stati nadbytečná.

<sup>23</sup> COLANDER, D. C. Retrospectives: The Lost Art of Economics. *Journal of Economic Perspectives* (1992), sv. 6, s. 191–198; COLANDER, D. C. *Economics*. McGraw-Hill, 1992, s. 23.

<sup>24</sup> OGUS, A. What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review* (2004), sv. 79, s. 384. Veljanovski označuje takovouto analýzu zaměřující se na identifikaci a kvantifikaci účinků práva na měřitelné veličiny jako analýzu dopadu práva (*legal impact analysis*).

VELJANOVSKI, C. G. *The Economic Approach to Law*, s. 166.

<sup>25</sup> Druhá varianta pak spočívá v zájmu o to, jak právní norma sděluje informaci o tom, jaké jednání je žádoucí. Takto může být nahlíženo například na funkci práva v řešení koordinačních problémů. Třetí varianta se týká vlivu právních norem na preference jednotlivců. Viz KORNHAUSER, L. A. Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions. In: GOLDING, M. P. – EDMUNDSON, W. A. (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell Publishing, 2004, s. 70.

<sup>26</sup> „[B]ehavioral economics allows us to model and predict behavior relevant to law with the tools of traditional economic analysis, but with more accurate assumptions about human behavior, and more accurate predictions and prescriptions about law.“

JOLLS, C. – SUNSTEIN, C. R. – THALER, R. A. Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* (1998), sv. 50, s. 1474.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> GREENWALD, D. (ed.) *The McGraw-Hill Encyclopedia of Economics*. 2. vyd. McGraw-Hill, 1994, s. 744.

<sup>29</sup> Nejlepší využití zdrojů se pak typicky označuje jako využití ekonomicky efektivní. Pojem ekonomické efektivnosti 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), sv. 8, s. 591–639.

proudu hlásila k představě, že právo by mělo maximalizovat uspokojení existujících tužeb a zájmů.<sup>30</sup> Pro neostrost formulace toho, co to existující tužby a zájmy jsou, lze však jen stěží posoudit, zda konkrétní právní norma či právní institut ke stanovenému cíli přispívá. Normativní ekonomická analýza práva nabízí přesněji vymezené koncepty, kterými je možné tuto abstraktní formulaci nahradit a dosáhnout tak jejich snazší – byť stále často obtížné – měřitelnosti. Těmito koncepty jsou např. Paretova efektivnost, Kaldor-Hicksova efektivnost, alokativní efektivnost, produktivní efektivnost, maximalizace bohatství, dynamická efektivnost, společenský blahobyt nebo spotřebitelský blahobyt.

Pro uvedení příkladu rozdílů mezi některými z těchto konceptů lze srovnat (statickou) alokativní efektivnost a dynamickou efektivnost.<sup>31</sup> Statická efektivnost předpokládá určitou úroveň technologie a výrobních postupů. Dynamická efektivnost naopak operuje s možností rozšíření produkčních schopností ekonomiky, a zahrnuje tedy do své podstaty i vliv inovací. Rozdílnost hodnocení práva dle těchto dvou kritérií lze znázornit na příkladu ochranných lhůt pro patenty. Z hlediska statické efektivnosti jsou tyto lhůty škodlivé, protože v daném okamžiku brání využití příslušné technologie k uspokojování lidských potřeb. Z hlediska dynamické efektivnosti však zároveň motivují (budoucí) držitele patentů k produkci inovací, což v budoucnu povede k větší míře uspokojování těchto potřeb.

Je sporné do jaké míry lze za normativní ekonomii označit samotnou praxi navrhování či prosazování některého z uvedených normativních konceptů jakožto cíle, kterého by společnost měla dosahovat. Být je obvykle normativní ekonomii právě tento význam připisován, sám ho nezastávám. Jakákoli logická metoda, která vede k hodnotovým závěrům, je totiž nezbytně založena na nějakých hodnotových premisách.<sup>32</sup> Tvrzení, že „právo by mělo přispívat k efektivnímu upotřebení zdrojů“, tedy nemůže být hodnotově neutrální. Spíše než o vědecké zjištění se jedná o tvrzení politické.

### Preskriptivní ekonomická analýza práva

Třetí větví ekonomické analýzy práva je analýza preskriptivní.<sup>33</sup> V jejím rámci dochází k designování práva takovým způsobem, aby byly dosahovány jeho cíle. Při tomto designování jsou využity poznatky o lidské reakci na právní normy produkované pozitivní ekonomickou analýzou. Příslušnými cíli práva mohou být cíle konceptualizované normativní ekonomickou analýzou, avšak může se jednat i o cíle jiné.<sup>34</sup>

Úkolem preskriptivní analýzy je zjistit, jaká právní úprava nejlépe povede k dosažení stanovených cílů.<sup>35</sup> Ekonomové tedy v rámci této větve řeší úlohy následujícího typu: Jak je zapotřebí nastavit pravidla silničního provozu, aby došlo ke zvýšení dopravní bezpečnosti? Jakou úpravou odpovědnosti za škodu způsobenou z neobalosti je možné minimalizovat společenské náklady nehod? Jedná se tedy vlastně o specifickou aplikaci pozitivní ekonomie.

Poznatky o vlivu práva na lidské jednání mohou pocházet z behaviorální pozitivní analýzy. Vzhledem k opuštění některých předpokladů týkající se lidské racionality nebude v takovém případě možné posuzovat konkrétní právní úpravu dle cílů konceptualizovaných normativní ekonomii, které jsou na stejných předpokladech založeny.<sup>36</sup> Na rozdíl od konvenční analýzy, která vychází z toho, co si lidé skutečně přejí (tj. z jejich preferencí), behaviorální analýza předpokládá, že aktuální přání lidí jsou do určité míry ovlivněna jejich omezenou racionalitou a že za pomoci práva lze lidi motivovat k chování bližšímu jejich „skutečným“ preferencím.<sup>37</sup> Oproti konvenční ekonomické analýze práva je tedy tento přístup více paternalistický. Na druhou stranu však do té míry, do které platí, že behaviorální ekonomická analýza práva poskytuje lepší předpovědi o lidské reakci na právní nor-

<sup>30</sup> „[M]ost leading instrumentalists subscribed to the conventionalist and quantitative notion that the law ought to maximize the satisfaction of existing wants and interests.“ SUMMERS, R. S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Cornell University Press, 1982, s. 48.

<sup>31</sup> Vycházím z VELJANOVSKI, C. G. *Economic Principles of Law*. Cambridge University Press, 2007, s. 35–36.

<sup>32</sup> MATHIS, K. *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Springer, 2009, s. 31.

<sup>33</sup> Vyčlenění této třetí větve ekonomické analýzy není zcela běžné. Obvykle je ztotožňována s normativní analýzou. Setrvání u dichotomie mezi pozitivní a normativní analýzou však společně s Colanderem považují za nedostatečné. Viz např. COLANDER, D. C. *Retrospectives*, s. 191–198; COLANDER, D. C. *Economics*, s. 23. Colander odkazuje na významné ekonomické autory minulosti, jako jsou John Neville Keynes, Milton Friedman a Robert Lipsey. Colander – s odkazem na tyto starší autory – označuje tuto třetí větev ekonomie jako „umění ekonomie“ (*the art of economics*). Sám se však v dalším textu přidržuje termínu *preskriptivní ekonomie*, který používají např. Määttä nebo Van Damme. Viz MÄÄTTÄ, K. *Law and Economics from Lawyers' Point of View*, s. 132; VAN DAMME, E. *10 Misunderstandings of Lawyers about Economics* (nepublikováno).

<sup>34</sup> „[R]ejection of economic efficiency as the central decisional criterion does not preclude the use of economic analysis in judgments based upon other criteria.“ MAGAT, W. A. *Howard Latin's Analysis of the Legal and Economic Considerations in the Decisions of Judge Breyer. Law and Contemporary Problems* (1987), sv. 50, s. 88. „A commitment to economic analysis of law [...] does not entail a commitment to welfarist evaluation of legal rules and institutions.“ KORNHAUSER, L. A. *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, s. 68.

<sup>35</sup> JOLLS, SUNSTEIN, THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, s. 1522.

<sup>36</sup> Pokud je například opuštěn předpoklad tranzitivní preferencí, není možné hovořit o alokativní efektivnosti.

<sup>37</sup> WRIGHT, J. D. – GINSBURG, D. H. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty. Northwestern University Law Review* (2012), sv. 106, s. 1059.



my než analýza konvenční,<sup>38</sup> bude pro praktické účely designování právních systémů vhodnější.

### **Ekonomická analýza v tvorbě a aplikaci práva**

Uvedené tři varianty ekonomické analýzy práva mají své využití v úvahách *de lege ferenda*. V České republice by ekonomická analýza práva měla najít své uplatnění především v rámci procesu hodnocení dopadů regulace (i v českém prostředí se obvykle používá zkratka „RIA“ z anglického Regulatory Impact Assessment) pro právní předpisy připravované orgány státní správy. Tento proces je prováděn podle obecných zásad schválených vládou.<sup>39</sup> Jeho součástí je definování cíle, který je prostřednictvím právní úpravy sledován, a zdůvodnění volby příslušného způsobu úpravy pro účely dosažení stanoveného cíle.<sup>40</sup>

Ekonomická analýza práva však najde své využití i v rámci úvah *de lege lata*. Prostředkem pro její zapojení je teleologická interpretace práva. Normativní ekonomická analýza nabízí soudci ke zvážení, zda cíl příslušné právní úpravy nelze uchopit za pomoci některého z nabízených normativních konceptů. Především však při výkladu jakékoli normy cílící na dosažení určitého stavu (např. větší bezpečnosti na silnicích) prostřednictvím ovlivnění jednání adresátů práva, tj. normy založené na incentiviizační schopnosti práva, potřebuje mít soudce aplikující teleologický výklad práva představu o tom, jakým způsobem by lidé na možné alternativní výklady reagovali.<sup>41</sup> Poznatky nabízené pozitivní ekonomickou analýzou jsou v tomto směru zásadní.

Míra využitelnosti ekonomické analýzy práva v rámci aplikace práva je nepochybně nižší než v rámci normotvorby. Její doménou mohou být pouze složité případy aplikace práva,<sup>42</sup> a to ještě pouze ty, pro které se provedení ekonomické analýzy věcně hodí. Obecně nicméně platí, že rozdíl mezi právotvorbou a aplikací práva, pokud jde o zapojování poznatků ekonomie (a společenských věd obecně), je otázkou míry, ne principu.<sup>43</sup>

### **Závěrem**

Ekonomie může být při tvorbě nebo aplikaci práva prospěšná třemi způsoby. První způsob – omezující se pouze na aplikaci práva – spočívá ve využití ekonomie pro zjištění skutkových skutečností relevantních pro konkrétní kauzu. Ekonomie v tomto případě slouží jako nástroj pro zodpovězení *questiones facti*. Druhý způsob spočívá ve využití konceptuálního či terminologického aparátu ekonomie pro tvorbu nebo interpretaci právních norem. Třetí způsob spočívá ve zjišťování a hodnocení účinků práva na lidské jednání a zprostředkovaně na další proměnné. Tato podoba využití ekonomie pro zjišťování právotvorných skutečností (*legislative facts*) je označována jako ekonomická analýza práva. Tu je možno dále členit na analýzu pozitivní, normativní a preskriptivní. Pozitivní analýza spočívá v předvídání účinku právní normy na lidské jednání. Normativní analýza nabízí kritéria, podle kterých lze hodnotit právem ovlivněné agregované lidské jednání, či spíše uspokojení lidských potřeb, které je výsledkem tohoto jednání. Preskriptivní analýza spočívá v nastavení právní úpravy za využití poznatků pozitivní analýzy takovým způsobem, aby byly naplňovány cíle práva. Ekonomická analýza práva nachází své uplatnění jak v tvorbě, tak v aplikaci práva.

<sup>38</sup> Viz pozn. pod čarou 26.

<sup>39</sup> [Online]. [2014-10-17]. Dostupné z: <[http://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/metodiky/Uplne-zneni-Obecnych-zasad-\\_ucinnost-od-1-2-2014\\_.pdf](http://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/metodiky/Uplne-zneni-Obecnych-zasad-_ucinnost-od-1-2-2014_.pdf)>.

<sup>40</sup> Obecné zásady v této souvislosti hovoří o „kvalifikovaném odhadu fungování navrhovaného řešení“.

<sup>41</sup> „For two millennia lawyers and legal theorists in the West used the same reasoning as the man in the street to predict how people will respond to laws. Legal scholarship knew no behavioral theory beyond common sense.“ COOTER, R. D. The Minimax Constitution as Democracy. *International Journal of Law and Economics* (1992), sv. 12, s. 292.

<sup>42</sup> Pro pojednání o složitých případech aplikace práva v češtině viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K roli právních principů v judikatuře*. Karolinum, 2003.

<sup>43</sup> VAN AAKEN, A. Opportunities for and Limits to an Economic Analysis of International Law. *Transnational Corporations Review* (2011), sv. 3, s. 30.