

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Martin Sztefek

**RAKOUSKÁ KRITIKA TRADIČNÍHO
CHICAGSKÉHO PŘÍSTUPU
K EKONOMICKÉ ANALÝZE PRÁVA**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: Doc. JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M., S.J.D.

Katedra: Katedra teorie práva a právních učení

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 10. února 2014

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 10. února 2014

.....

Poděkování

Děkuji Doc. JUDr. Zdeňku Kühnovi, Ph.D., LL.M., S.J.D., vedoucímu mé diplomové práce, za vysoce odborné vedení, trpělivost a ochotu, s jakou přijal toto nestandardní téma diplomové práce.

Obsah

ÚVOD	5
1. RAKOUSKÁ ŠKOLA A JEJÍ METODA	7
1.1 STRUČNÝ VÝVOJ A ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKA RAKOUSKÉ ŠKOLY	7
1.2 EKONOMICKÁ METODA	9
1.2.1 <i>Od „a priori“ k pozitivismu</i>	9
1.2.2 <i>A priori a praxeologie</i>	12
1.2.3 <i>Lidské jednání a další zásady rakouské ekonomie</i>	14
1.2.3.1 Lidské jednání: cílevědomé a racionální.....	14
1.2.3.2 Pomocné axiomy	16
1.2.3.3 Metodologický individualismus a subjektivismus.....	16
1.2.3.4 Nejistota ohledně budoucích stavů věcí.....	17
1.3 SHRUTÍ.....	18
2. VÝCHODISKA EKONOMICKÉ ANALÝZY PRÁVA	19
2.1 STRUČNÝ VÝVOJ EKONOMICKÉHO PŘÍSTUPU K PRÁVU	19
2.2 QUO VADIS?	22
2.3 VYMEZENÍ TRADIČNÍHO PŘÍSTUPU K EKONOMICKÉ ANALÝZE PRÁVA.....	22
2.4 ZÁKLADNÍ KONCEPTY EKONOMICKÉ ANALÝZY PRÁVA.....	24
2.4.1 <i>Racionální maximalizace užitku</i>	24
2.4.2 <i>Hodnota a užitek</i>	25
2.4.3 <i>Náklady</i>	26
2.4.4 <i>Ekonomická efektivnost</i>	28
2.5 NĚKTERÉ PROBLÉMY TRADIČNÍ EKONOMICKÉ ANALÝZY PRÁVA	28
2.6 NĚKTERÉ IMPLIKACE PRO PRÁVO	30
2.6.1 <i>Předsmluvní odpovědnost</i>	30
2.6.2 <i>Informační asymetrie</i>	31
2.6.3 <i>Efektivní porušení smlouvy</i>	33
2.6.4 <i>Výše náhrady škody</i>	34
2.7 SHRUTÍ.....	35
3. CHIMÉRA EFEKTIVNOSTI	36
3.1 ÚVOD	36
3.2 EKONOMIE BLAHOBYTU A JEJÍ LIMITY	37
3.3 POJEM EKONOMICKÉ EFEKTIVNOSTI	39
3.4 OD PARETOVA KE KALDOR-HICKSOVU KRITÉRIU	40
3.5 KALDOR-HICKSOVO KRITÉRIUM EFEKTIVNOSTI A PRINCIP MAXIMALIZACE BOHATSTVÍ.....	42
3.5.1 <i>Význam cen pro soudní rozhodování</i>	43
3.5.2 <i>Skrytí kostlivci</i>	45
3.6 JE PRÁVO SKUTEČNĚ EFEKTIVNÍ?	46

3.7	RAKOUSKÁ TEORIE BLAHOBYTU	48
3.8	EKONOMICKÁ EFEKTIVNOST A SPRAVEDLNOST	50
3.9	SHRNUTÍ.....	52
4	COASEHO TEORÉM	53
4.1	VYMEZENÍ TEORÉMU.....	53
4.2	KRITIKA TEORÉMU	55
4.3	COASEHO ŘEŠENÍ EXTERNALIT	57
4.3.1	<i>Charakter škody</i>	59
4.3.2	<i>Soudcovský aktivismus</i>	60
4.4	RAKOUSKÉ ŘEŠENÍ EXTERNALIT.....	61
4.5	SHRNUTÍ.....	62
5	NÁSTIN RAKOUSKÉ TEORIE PRÁVA A EKONOMIE.....	63
5.1	ÚVOD	63
5.2	POJEM VLASTNICTVÍ.....	63
5.3	KONTRAFAKTICKÁ ANALYTICKÁ METODA	66
5.4	TEORIE INSTITUCÍ.....	69
	ZÁVĚR	72
	POUŽITÁ LITERATURA.....	74
	RESUMÉ	80
	SUMMARY	82

Úvod

V předkládané práci se zabývám kritikou standardního (chicagského) přístupu k ekonomické analýze práva z pohledu rakouské ekonomické školy. Ekonomická analýza práva či law & economics¹ zaznamenala v posledních třech dekáдах obrovský rozvoj a patří mezi nejvýznamnější a nejvlivnější přístupy ke studiu práva nejen ve Spojených státech. Významné místo si vydobyla i na evropských univerzitách. Jistě lze souhlasit s názorem, že aplikace ekonomické teorie na právní instituty patří mezi nejvýznamnější mezníky ve vývoji právní vědy ve dvacátém století.² I přesto však můžeme říci, že spojení práva a ekonomie není ničím novým, což do značné míry vyplývá ze skutečnosti, že jak právo, tak i ekonomie mají společný předmět zkoumání – lidské jednání.

Ekonomická analýza práva, přestože je velmi vlivná a získala si již mnoho příznivců, je značně problematická, zejména pokud jde o její tradiční chicagský přístup. Bez ohledu na pozitivní či normativní stránku tohoto přístupu je za základní kritérium považována maximalizace společenského blahobytu. Ať již jde o oblast soukromého práva či práva veřejného, jednotlivé právní instituty jsou hodnoceny na základě toho, zda podporují zvyšování sociální blahobytu. Z normativního hlediska ekonomická analýza nabádá, aby právní normy byly konstruovány tak, že jejich aplikace povede ke zvyšování bohatství ve společnosti. Totéž platí pro soudní rozhodování. Metodou, kterou zákonodárce a soudci využívají v rámci své činnosti k tomu, aby došlo ke zvýšení bohatství ve společnosti, je vážení příjmů a nákladů konkrétních právních aktů. Jak ovšem uvádím dále v práci, nejenom nástroj v podobě analýzy příjmů a nákladů, ale i samotný cíl chicagského přístupu v podobě zvyšování bohatství ve společnosti jsou značně kontroverzní.

V této práci se kriticky vymezuji vůči standardnímu přístupu k ekonomické analýze práva z pohledu rakouské ekonomické školy. Pokud jde o rakouskou školu, český čtenář má k dispozici dvě významná díla rakouských ekonomů, a to konkrétně

¹ V této práci budu používat termíny ekonomická analýza práva, právo a ekonomie či law & economics jako synonyma.

² CRESPI, G.S.: Exploring the Complicationist Gambit: An Austrian Approach to the Economic Analysis of Law, In: *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, No. 2 (January 1998), s. 317.

*Lidské jednání*³ od Ludwiga von Misesa a *Zásady ekonomie*⁴ Murraye N. Rothbarda. V současnosti rakouská škola zažívá rozkvět, neboť představuje významnou alternativu, která stojí v příkrém kontrastu k přístupu ekonomie hlavního proudu, jenž pojímá člověka jako mechanickou bytost.

Hned na úvod je ovšem třeba uvést, že rakouská škola nepopírá význam spojení práva a ekonomie. Opak je pravdou a díla rakouských ekonomů to jenom potvrzují. Osobně se domnívám, že právní analýza, která přehlíží přínos ekonomické teorie, je přinejmenším neúplná. Na druhou stranu ekonomická analýza nesmí podkopávat základní právní instituty, jež stojí v základu svobodné společnosti.

Struktura práce je následující. V první kapitole je představena rakouská škola, její metodologie a základní principy, na nichž je rakouská ekonomie vybudována. Druhá kapitola se věnuje vývoji a základnímu vymezení tradičního chicagského přístupu k ekonomické analýze práva. V této kapitole analyzuji základní koncepty ekonomického přístupu k právu, přičemž zdůrazňuji jejich odlišné chápání rakouskými ekonomy. V závěru poukazuji na možné implikace, které ekonomický přístup může mít pro právní úpravu vybraných institutů. Třetí kapitola je pak věnována ústřednímu konceptu ekonomické analýzy práva, totiž efektivnosti. Postupně se zabývám základními koncepty ekonomické efektivnosti, přičemž poukazuji na některé jejich nedostatky. V této kapitole se rovněž zabývám vztahem mezi konceptem efektivnosti a spravedlností. Tato kapitola je pak zakončena představením odlišného pojetí efektivnosti v rámci rakouské ekonomie. Následuje kapitola o dalším z významných pojmů ekonomické analýzy, kterým je Coaseho teorém. Po krátké kritice teorému analyzuji samotný Coaseho přístup k problému tzv. externalit. Po vzoru předchozí kapitoly je výklad doplněn o rakouský přístup k této problematice. V závěrečné páté kapitole je představen přístup rakouské školy ke studiu právních institutů.

³ MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006.

⁴ ROTHBARD, M. N.: *Zásady ekonomie: Od lidského jednání k harmonii trhů*, Praha: Liberální institut, 2005.

1. Rakouská škola a její metoda

1.1 Stručný vývoj a základní charakteristika rakouské školy

Rakouská ekonomická škola patří k významným myšlenkovým směrům s dlouholetou tradicí. Přestože myšlenky, na něž Rakušané navazují, můžeme nalézt v dílech autorů mnohem dřívějších, teprve v druhé polovině 19. století došlo k prvnímu systematickému vyjádření základních principů rakouské ekonomie. Za zakladatele rakouské školy je považován Carl Menger (1840 - 1921), který v roce 1871 publikoval průkopnické dílo *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, v němž rozvinul teorii subjektivní hodnoty a teorii klesajícího mezního užítku. Vzhledem k tomu, že se tato práce nesečkala s příliš velkým ohlasem, rozhodl se Menger sepsat teoretické pojednání o ekonomické metodě⁵, v němž by podpořil teze publikované ve svém dřívějším díle. Své dílo publikoval v roce 1883, kdy tak zahájil slavný „spor o metodu“ (Methodenstreit) mezi rakouskou školou a německou historickou školou. Menger ve svém díle věnoval značné úsilí tomu, aby poodhalil a zformuloval „exaktní zákony“ (*exact laws*), jimž jsou podřízeny ekonomické jevy, přičemž se zejména soustředil na zkoumání *kauzálních spojení* mezi těmito jevy.⁶ Mengerova práce tak předznamenala budoucí vývoj rakouské ekonomické školy.

Nejvýznamnějšími rakouskými ekonomy byli bezesporu Ludwig von Mises, Friedrich A. Hayek, Murray N. Rothbard či Israel Kirzner. Zejména v dílech Misesa a Rothbarda dosáhla rakouská škola svého největšího rozvoje. Oba autoři sepsali tisícistránková pojednání o ekonomických principech, v nichž se pokusili vystavět ekonomickou teorii od úplných základů, čímž navázali na dlouholetou tradici obsáhlých ekonomických pojednání. Mises i jeho žák Rothbard se však nevěnovali pouze „čisté“ ekonomické vědě, ale zaměřili se rovněž na analýzu komplexních společenských systémů, jakými jsou socialismus a kapitalismus, a dále na oblast etiky a práva. Zejména Murray Rothbard bývá považován za jednoho z hlavních představitelů libertariánské politické a právní filosofie 20. století.

⁵ Toto dílo bylo publikováno v roce 1873 pod názvem *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie insbesondere*. V roce 1984 bylo toto pojednání přeloženo podruhé do anglického jazyka pod názvem *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*.

⁶ Menger, C.: *Principles of Economics*. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1997, s. 49.

Pokud jde o Hayekovu práci, ta je vnímána ostatními poněkud rozporuplně. Na jedné straně je považován za skvělého ekonomu a jeho ekonomické texty z doby do konce 30. let jsou také v rakouských řadách hojně citovány, avšak z jeho pozdějších prací je vidět, že podle vlivem Karla Poppera na London School of Economics opustil původní misesovské paradigma v rámci rakouské ekonomie. Rovněž se změnil předmět Hayekova teoretického zájmu, neboť začal publikovat práce v oblasti politické a právní filosofie. Ačkoliv jeho pozdější práce bývají někdy shledávány jako vnitřně rozporné, je právem považován za jednoho z hlavních rakouských teoretiků práva a ekonomie.

Pokud jde o současnou rakouskou školu, může se zdát problematické, co přesně ji odlišuje o jiných směřů ekonomického myšlení. Obecně se tvrdí, že rakouskou školu charakterizuje její subjektivismus, důraz na tržní proces a spontánní řád. To, co však skutečně odlišuje rakouské ekonomy od ostatních, je její praxeologie (viz dále) a tzv. *kauzálně-realistická metoda*. Kauzálně-realistická metoda spočívá v tom, že se ekonomové snaží zkoumat kauzální spojení mezi společenskými jevy. Zatímco rakouským ekonomům tak jde v prvé řadě o nalezení příčinné souvislosti mezi reálnými ekonomickými fenomény, jejich oponenti se spokojí s pouhou korelací mezi zvolenými proměnnými. Mises v této souvislosti poznamenává, že „fundamentální omyl jakéhokoliv kvantitativního přístupu k ekonomickým problémům spočívá v přehlížení skutečnosti, že mezi takzvanými ekonomickými dimenzemi neexistují žádné konstantní vztahy.“⁷ Právě ona snaha o realistické pochopení kvalitativních vztahů mezi ekonomickými fenomény namísto zkoumání kvantitativních vztahů mezi ekonomickými proměnnými je jedním z aspektů, jenž výrazně odlišuje rakouské ekonomy od jejich neoklasických kolegů.

Ekonomická metoda však není to jediné, co odlišuje rakouskou školu od jiných směřů. Jednou z nejdůležitějších otázek ekonomické teorie je otázka, jak jsou tvořeny ceny na volném trhu. Práce rakouských ekonomů významně přispěly k poznání, že ceny na volném trhu jsou výsledkem subjektivních hodnocení jednotlivců. Vrátime-li se v této souvislosti k Carlu Mengerovi, pak I. M. Kirzner argumentuje, že jeho cílem bylo znovu vybudovat abstraktní teoretickou vědu, jejíž poznatky by přispěly k pochopení významu hodnoty a tvorbě cen.⁸ Rovněž P. G. Klein se domnívá, že zkoumání tvorby

⁷ MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006, s. 106.

⁸ KIRZNER, I. M.: *The Meaning of Market Process*, New York and London: Routledge, 1992, s. 58.

cen patří mezi pilíře rakouské ekonomie a dále argumentuje, že kromě subjektivismu a důrazu na spontánní řád je pro rakouskou školu charakteristická tzv. „světská ekonomie“ (*mundane economics*), jejíž jádro tvoří teorie ceny a kapitálu, monetární teorie, teorie hospodářských cyklů a v neposlední řadě teorie státních zásahů.⁹

Základní charakteristika rakouské ekonomie by však byla neúplná, pokud bychom opomněli zmínit důraz na tržní proces. Rakušané tak tvrdí, že k tomu, abychom pochopili fungování tržní ekonomiky, nesmíme zkoumat podmínky obecné tržní rovnováhy, jež nikdy nemůže nastat, ale naopak je třeba studovat systematické změny, jež produkují tržní proces a které *směřují* k dosažení tržní rovnováhy.¹⁰ V takovém procesu pak hrají klíčovou roli podnikatelé (*entrepreneurs*), pro které není téměř žádný prostor ve statické mainstreamové ekonomii.

Během svého vývoje přispěly poznatky ekonomů píšících v rámci rakouské tradice k pochopení fungování tržní ekonomiky. Bohužel, osud nepřál tomu, aby rakouská ekonomie byla součástí ekonomie hlavního proudu, a tak museli rakouští ekonomové budovat své teorie v ústraní. Moderní ekonomický výzkum, zejména v rámci tzv. behaviorální ekonomie či behaviorální ekonomické analýzy práva, však tu a tam potvrzuje, že Rakušané měli po celá desetiletí pravdu.¹¹

1.2 Ekonomická metoda

1.2.1 Od „a priori“ k pozitivismu

Pro rakouskou školu je charakteristické, že chápe ekonomii jako *apriorní* vědu, a nikoliv vědu empirickou, jak to v současnosti platí pro ekonomii hlavního proudu. Je třeba si však uvědomit, že až do 40. let dvacátého století existoval mezi ekonomy široký konsensus ohledně povahy ekonomické vědy. Mises dokonce na počátku třicátých let napsal, že

⁹ KLEIN, P. G.: The Mundane Economics of the Austrian School, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 11, No. 3 (2008), s. 165 – 187.

¹⁰ KIRZNER, I. M.: *Competition and Entrepreneurship*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1973, s. 212.

¹¹ V této souvislosti je vhodné poukázat na zajímavý fenomén, který spočívá v přehlížení poznatků rakouských ekonomů a jejich „znovuobjevování“ jinými (neoklasickými) ekonomy. Blíže viz Šíma, J.: *Ekonomie a právo. Úvod do logiky společenského jednání*, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2004, s. 110 – 114.

„v rámci moderní subjektivistické ekonomie se stalo zvykem rozlišovat různé školy. Obvykle hovoříme o rakouské či anglo-americké škole nebo o škole lausannské. (...) [Tyto] školy myšlení se liší pouze ve způsobu vyjadřování téže fundamentální myšlenky a jsou rozděleny spíše kvůli rozdílné terminologii a zvláštnostem v podání podstaty svých učení.“¹²

Nutno však říct, že myšlenka, že ekonomie je apriorní vědou, nebyla nijak revoluční, neboť Mises ve svém díle pouze explicitně vyjádřil to, co si ekonomové mysleli po celá desetiletí. Mezi zastánci tohoto názoru v minulosti najdeme např. Jeana-Baptiste Saye (1767 – 1832), Nassau W. Seniora (1790 – 1864) či Johna E. Cairnese (1823 – 1875).

Jedním z vlivů, které zapříčinily změnu v rámci ekonomické metodologie, byl logický pozitivismus.¹³ Poprvé byl pozitivismus „zavlečen“ do ekonomie v roce 1939 v práci ekonoma T. W. Hutchinsona. Změna v ekonomické metodě byla pak dokonána v padesátých letech 20. století, konkrétně v roce 1953, kdy Milton Friedman publikoval svůj článek *The Methodology of Positive Economics*. Friedman ve svém velmi vlivném pojednání položil základy nové ekonomické metody, čímž „vymýtil“ apriorismus z ekonomických učebnic. Podle Friedmana není důležité, zda předpoklady teorie jsou realistické, ale podstatné je to, zda umí ekonomická teorie predikovat budoucí vývoj událostí. Friedman konkrétně píše: „Relevantní otázkou, kterou je potřeba si položit ohledně předpokladů používaných v ekonomické teorii, není, zda jsou deskriptivně realistické, neboť to nejsou nikdy, ale zda jsou pro účely dané teorie dostatečně dobrými přiblíženími k realitě. A tuto otázku lze odpovědět jen tím, že se člověk přesvědčí, zda příslušná teorie funguje, jinými slovy zda predikce, ke kterým teorie dospívá, je v dostatečné míře v souladu s pozorovanou realitou.“¹⁴ V ekonomii hlavního proudu tak nejde o vysvětlení skutečné povahy věcí a poznání reality, ale o to, zda nám ekonomické modely umožní předpovídat budoucnost.

¹² BOETTKE, P. J.: Where Did Economics Go Wrong? Modern Economics as a Flight from Reality, In: *Critical Review*, Vol. 11, No. 1 (Winter 1997), s. 14; MISES, L.: *Epistemological Problems of Economics*, Third Edition. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2003, s. 228.

¹³ Pro přehled vlivu logického pozitivismu na ekonomickou metodu a metodologii viz např. CALDWELL, B.: Positivist philosophy of Science and the Methodology of Economics. In: *Journal of Economic Issues*, Vol. 14, No. 1 (March 1980), s. 53 – 76.

¹⁴ FRIEDMAN, M.: The Methodology of Positive Economics, In: FRIEDMAN, M.: *Essays in Positive Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, 1966, s. 15.

Od té doby byly také v ekonomii používány metody přírodních věd, jakoby to mělo znamenat, že ekonomie bude exaktnější. Rakušané naproti tomu argumentují ve prospěch *metodologického dualismu* mezi společenskými a přírodními vědami. Z pohledu rakouské školy jsou metody přírodních věd nepřevoditelné do sféry společenských věd, a to zejména kvůli nemožnosti uskutečnit experimenty ve vztahu ke společenským fenoménům. Tato nemožnost plyne zejména ze skutečnosti, že laboratorní experimenty přehlížejí charakteristický rys, totiž že lidé cílevědomě jednájí a volí.¹⁵

Podívejme se na pozitivistickou metodologii podrobněji. Pozitivistická filosofie stojí na myšlence, že všechny výroky jsou buď analytické, nebo empirické.¹⁶ To však vyvolává důležitou otázku: Jakou povahu má tvrzení, že všechny výroky jsou buď analytické, nebo empirické? Očividně musí být buď analytický, nebo empirický. Hans-Hermann Hoppe poukázal na skutečnost, že budeme-li předpokládat, že tento výrok je analytický, pak dojdeme ke kontradikci, neboť analytické výroky jsou (podle pozitivistů) pouhé tautologie, které neříkají nic o reálném světě, avšak přesto vidíme, že nám tento výrok sděluje nějakou reálnou informaci. Budeme-li však uvažovat, že tento výrok je empirický, pak přestává mít jakoukoliv váhu, neboť může být pouze „historickým faktem“ shrnujícím povahu všech dosavadních výroků, a nikoliv základem pro přesvědčivou epistemologickou teorii.¹⁷

Z uvedeného vidíme, že pozitivistická metodologie je neudržitelná. Chceme-li však pochopit lidské jednání, fungování společnosti a další fenomény, je naprosto nezbytné mít správnou teorii, která bude založena na realistických předpokladech. V následujících podkapitolách ve stručnosti nastíním základní rysy rakouské ekonomie. Nutno dodat, že jde především o rakouskou ekonomii tak, jak ji vypracovali zejména Ludwig von Mises a následně jeho žák Murray Rothbard.¹⁸

¹⁵ MISES, L.: Social Science and Natural Science, In: MISES, L.: *Money, Method and the Market Process*, Kluwer Academic Publishers, 1990, s. 5. Pro kritiku scientismu, tedy názoru, že metody přírodních věd jsou vhodné i v oblasti společenských věd, viz např. HAYEK, F. A.: *Kontrarevoluce vědy*, Praha: Liberální institut, 1995.

¹⁶ CALDWELL, B.: Positivist Philosophy of Science and the Methodology of Economics, In: *Journal of Economic Issues*, Vol. 14, No. 1 (March 1980), s. 55.

¹⁷ HOPPE, H.-H.: *Economic Science and the Austrian Method*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2007, s. 33 – 35.

¹⁸ V tomto ohledu je vhodné poznamenat, že v rámci rakouské ekonomie můžeme rozlišovat tři proudy. Za prvé jde o misesovsko-rothbardovskou větev, kterou v současnosti představuje mj. H. H. Hoppe či J.

1.2.2 A priori a praxeologie

Výše jsem zmínil pojmy jako *praxeologie* a *a priori*, aniž bych je blíže vysvětlil. Jejich objasnění je předmětem této kapitoly. Ekonomie je v pojetí rakouské školy součástí obecné vědy o lidském jednání neboli praxeologie. Tu lze definovat jako „studium všech aspektů týkajících se lidského jednání, které mohou být pochopeny či rozeznány jako *a priori* pravdivé.“¹⁹ Rakouští ekonomové se jinými slovy domnívají, že existují jisté aspekty lidského jednání, které nejsou odvozeny ze zkušenosti a které lze poznat pomocí logické dedukce (=jsou apriorní). Pro logickou dedukci je charakteristické, že je založena na tom, že vycházíme-li na počátku analýzy z absolutně pravdivých axiomů a nedopustíme-li se žádné chyby při odvozování závěru, pak je náš závěr rovněž absolutně pravdivý. Metoda rakouské ekonomie tak spočívá v tom, že pomocí dedukce z absolutně pravdivých axiomů (a několika pomocných empirických předpokladů) odvodíme podstatnou část ekonomické teorie.²⁰

Konkrétním příkladem poznatku, který vyplývá ze samotného axiomu lidského jednání, a je tedy apriorní, je například tvrzení, že každé jednání s sebou přináší pro jednajícího člověka náklady, které vyjadřují hodnotu přisuzovanou alternativnímu cíli, jenž není tímto konkrétním jednáním sledován, tj. jde o tzv. náklady obětovaných příležitostí.

Nutno však dodat, že apriorní poznání však nemá nic co do činění s vrozenými idejemi nebo intuicí. Naopak, je pravděpodobné, že dosažení apriorního poznání bude v některých případech vyžadovat určitou míru znalosti empirických faktů.²¹

Rakouským ekonomům se v této souvislosti často vytýká, že jsou ideologičtí či dogmatictí. Poukazuje se např. na to, že rakouští ekonomové se až příliš soustředí na rozvíjení ekonomické teorie, a přitom přehlíží význam empirického výzkumu. Tento

G. Hülsmann. Druhým proudem je misesovsko-hayekovská větev, jejímž významným představitelem je I. M. Kirzner. Konečné třetí skupinu představuje lachmannovská větev pojmenovaná podle ekonoma Ludwiga Lachmanna.

¹⁹ ROTHBARD, M. N.: Praxeology. The Methodology of Austrian Economics, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 20.

²⁰ MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006, s. 58 – 62; ROTHBARD, M. N.: Mises's Human Action: A Comment, In: *American Economic Review*, Vol. 40, No. 3 (June 1950), s. 181 – 185; ROTHBARD, M.N.: Praxeology. The Methodology of Austrian Economics, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 19 – 39.

²¹ HOPPE, H.-H.: *A Theory of Socialism and Capitalism*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2010, s. 130 – 131.

názor je z části založen na nepochopení pojetí ekonomické teorie jakožto teoretické disciplíny a jejího vztahu ke zkoumaným fenoménům reálného světa. Je nutné zdůraznit, že v pojetí rakouské školy je ekonomická teorie apriorní, neboť je odvozena pomocí dedukce ze základního axiomu lidského jednání. Ekonomickou teorii je třeba odlišovat od empirického výzkumu. Jako taková nám teorie slouží k vysvětlení historických událostí. Mises v tomto ohledu píše:

„Cílem vědy je nicméně poznat realitu. Není duševní gymnastikou či logickým koníčkem. Praxeologie tudíž omezuje své zkoumání na studium jednání za těch podmínek a předpokladů, které jsou dány v realitě.“²²

Jak vidíme, Mises zastával názor, že cílem praxeologie je poskytnout teoretický aparát pro pochopení historických událostí. Samotné vysvětlení sledu historických událostí není úkolem teoretických ekonomů, nýbrž (ekonomických) historiků, jež využívají poznatků všech vědních oborů, mj. praxeologie. Empirický výzkum tak má velký význam, avšak ten lze uplatnit nikoliv na úrovni ekonomické teorie, ale na úrovni její aplikace. S tím souvisí i to, že kromě dualismu mezi přírodními vědami a společenskými vědami, rozeznával Mises ještě tzv. *dualismus druhého řádu*. Na základě tohoto dualismu je třeba odlišovat metodu ekonomické teorie, pro niž je charakteristické *pojmové myšlení* (conception, Begreifen), od metody ekonomické historie, pro niž je typické *porozumění* (understanding, Verstehen).²³

Praxeologii můžeme dále charakterizovat jako *formální analýzu všech aspektů lidského jednání*.²⁴ Pro ekonomickou teorii je příznačné, že se zabývá pouze *logickými (formálními) důsledky*, které vyplývají z lidského jednání, ale nezabývá se již *obsahem* lidského jednání, resp. cílů, na jejichž dosažení je jednání zaměřeno.²⁵ Ekonomická tvrzení mají podobu „jestliže A, pak B“. Jinými slovy ekonomie zkoumá nutné vztahy mezi jednáním jednotlivců, tj. mezi (vzácnými) *prostředky*, jichž jednotlivci využívají, a cíli, k nimž toto jednání směřuje.

²² MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006, s. 47.

²³ Tamtéž, s. 51.

²⁴ ROTHBARD, M. N.: *Zásady ekonomie: Od lidského jednání k harmonii trhů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 47.

²⁵ Tamtéž, s. 48.

Ze skutečnosti, že se ekonomie zabývá pouze formálními důsledky lidského jednání, vyplývá i další rys rakouské ekonomie, a to *hodnotová neutralita* (*value freedom, value neutrality*). Z ekonomických učebnic se často dozvídáme, že se rozlišuje mezi pozitivní a normativní ekonomikou. Ve skutečnosti nic takového jako normativní ekonomie neexistuje. Ekonomie je pozitivní vědou v tom smyslu, že neobsahuje hodnotová tvrzení. Ekonomie neříká, jestli určité jednání je správné nebo zavrženíhodné.

1.2.3 Lidské jednání a další zásady rakouské ekonomie

Základními pilíři rakouské metody jsou (i) platné axiomy a (ii) tvrzení odvozená z těchto platných axiomů. Jak axiomy, tak pak následně odvozená tvrzení nemohou být předmětem verifikace. Tyto axiomy jsou apriorní vůči historickým událostem, ale aposteriorní k obecnému pozorování lidského jednání.²⁶ Nyní již přistupme k nejdůležitějším principům rakouské ekonomie.

1.2.3.1 Lidské jednání: cílevědomé a racionální

Rakouská škola odmítá neoklasické pojetí člověka jako autonomní bytosti, která pasivně reaguje na vnější podněty. Místo toho Rakušané upřednostňují koncept jednajícího člověka. Lidské jednání lze definovat jako účelové (cílevědomé) chování (*purposeful behaviour*) a jako takové je lze odlišit od reflexů buněk lidského těla.²⁷ Tento axiom ovšem není náhodně „zvolený“, ale je nutným a jediným předmětem vědeckého bádání o lidské společnosti. To, že lidé jednají, vyplývá ze samotné lidské povahy, neboť kdyby určitá bytost nejednala, nebylo by možné ji dále považovat za člověka. Mises k tomu dodává:

„Pro člověka je lidské jednání a jeho nestálost realitou. Jednání je jeho esencí přirozenosti a existence, prostředkem k zachování života a povznesení se nad úroveň rostlin a zvířat. Jakkoli může být lidské jednání

²⁶ ROTHBARD, M. N.: In Defense of Extreme Apriorism, In: ROTHBARD, M. N.: *Economic Controversies*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2011, s. 109. V tomto tvrzení je patrný vliv Aristotelovy filosofie, zejména jeho pojetí indukce. Podle Aristotela totiž pomocí indukce a pozorování poznáváme jak konkrétní tak obecné. První principy objevujeme indukci, z nichž pomocí dedukce vyvozujeme závěry.

²⁷ MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006, s. 11.

pomíjivé a prchavé, pro člověka a lidskou vědu má prvořadou důležitost.“²⁸

Každé jednání zahrnuje prvek volby. Při zkoumání lidského jednání a jeho důsledků je třeba zkoumat nejenom jeho viditelnou část, ale i tu část lidského jednání, která nebyla uskutečněna. Lidské jednání lze pouze pochopit tehdy, budeme-li analyzovat jak vnější (viditelné) události, tak *neviditelné prvky volby*, tj. tu část lidského jednání, která představuje samotné jednání nerealizované alternativy. V tomto ohledu se někdy hovoří o tzv. kontrafaktické metodě.²⁹

Každé lidské jednání je dále cílevědomé, což vyplývá ze samotné definice lidského jednání. Z pohledu rakouských ekonomů je lidské jednání, jež je předmětem ekonomie, *ex definitione* jednáním racionálním. A přece často slýcháme, že lidé tu a tam jednají iracionálně. Toto tvrzení je podle učení rakouské školy nesprávné z následujícího důvodu. Každé jednání je zaměřeno na dosažení určitého cíle. K tomu jednotlivec volí prostředky, o kterých se domnívá, že povedou k dosažení těchto cílů. Jinými slovy, každé jednání předpokládá *rozumovou* úvahu o tom, jaké potřeby budou uspokojeny jako první, druhé, apod., a jaké prostředky jednotlivec použije, aby svých cílů dosáhl. Iracionální jednání ve skutečnosti neexistuje. Když určitá osoba prohlásí, že někdo jiný jedná iracionálně, neříká tím nic jiného, než že by jednala jinak, kdyby se nacházela v situaci této jiné osoby. Mises k tomu dodává:

„Tvrzení, že existuje iracionální jednání, je vždy založeno na hodnocení škály hodnot odlišné od té naší. Ten, kdo říká, že iracionalita má své místo v lidském jednání, pouze tvrdí, že se jiní lidé nechovají tak, jak on považuje za správné. Pokud nechceme soudit cíle a hodnoty jiných lidí a tvrdit tak, že jsme vševědoucí, pak tvrzení "Chová se iracionálně" nemá smysl, protože není v souladu s konceptem lidského jednání.“³⁰

Rakouská škola zdůrazňuje subjektivitu racionality, resp. nemožnost objektivního posuzování, zda člověk jedná racionálně či nikoliv. Toto pojetí racionality se tak diametrálně odlišuje od pojetí racionálního člověka v moderní neoklasické ekonomii.

²⁸ Tamtéž, s. 18.

²⁹ HÜLSMANN, J. G.: Facts and Counterfactuals in Economic Law, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 17, No. 1 (Winter 2003), s. 57 – 102.

³⁰ MISES, L.: *Epistemological Problems of economics*, Third Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2003, s. 34.

Podle mainstreamové teorie je racionální člověk bytostí, jež má neomezené schopnosti rozpoznat a vyhodnotit veškeré jemu dostupné informace, jež jsou nutné k tomu, aby učinil rozhodnutí.³¹ Vzhledem k tomu, že jednotlivec nemá k dispozici všechny dostupné informace o minulosti či budoucnosti, jak správně poznamenal Hayek³², bylo by naopak lidské jednání z definice iracionální.

Dále je třeba si uvědomit, že lidské jednání je v jistém ohledu směnou, neboť se člověk snaží dosáhnout toho, aby byl v pro něj uspokojivější situaci, než tomu je nebo by tomu bylo, kdyby nejednal. Každé jednání je tak činností vedoucí k lepší situaci a je namířeno do budoucnosti. Vzhledem k tomu, každé jednání se nutně odehrává v čase, jež je omezený, a že se člověk nemůže v jednom okamžiku pokoušet uspokojit dvě rozdílné potřeby, dospějeme k závěru, že člověk uspokojuje ty potřeby, jímž přisuzuje nejvyšší hodnotu. Jinými slovy každý člověk se tak snaží maximalizovat svůj *duševní příjem*.³³

1.2.3.2 Pomocné axiomy

Hodnoty, cíle, prostředky, volby, náklady, ztráta a zisk, možnost chyby, všechny tyto kategorie, které tvoří jádro ekonomie, jsou obsaženy v samotném konceptu lidského jednání. I rakouská ekonomie však pracuje s jistými předpoklady, které nejsou odvozeny ze základního axiomu, ale naopak vycházejí z naší zkušenosti. Podle Rothbarda těmito pomocnými předpoklady jsou (1) mnohost přírodních a lidských zdrojů, (2) skutečnost, že lidé preferují volný čas před prací, dále že (3) existují nepřímé směny a konečně, že se (4) firmy vždy snaží maximalizovat své peněžní zisky.³⁴

1.2.3.3 Metodologický individualismus a subjektivismus

Metodologický individualismus znamená, že základní jednotkou, jež je zdrojem poznání ve společenských vědách, je jednání jednotlivců.³⁵ Pouze jednotlivci jednají,

³¹ RICHTER, T.: *Insolvenční právo*, Praha: ASPI (Wolters Kluwer), 2006, s. 37.

³² HAYEK, F. A.: The Use of Knowledge in Society, In: HAYEK, F. A.: *Individualism and Economic Order*, Chicago: The University of Chicago Press, 1948, s. 77 – 91.

³³ ROTHBARD, M. N.: *Zásady ekonomie: Od lidského jednání k harmonii trhů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 46.

³⁴ ROTHBARD, M. N.: In Defense of Extreme Apriorism, In: ROTHBARD, M. N.: *Economic Controversies*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2011, s. 106. Podíváme-li se podrobněji na čtvrtý předpoklad, zjistíme, že se jedná o pouhou modifikaci výše zmíněného tvrzení, že lidé maximalizují svůj duševní příjem.

³⁵ ROTHBARD, M. N.: *Zásady ekonomie: Od lidského jednání k harmonii trhů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 1 – 2.

nikoliv kolektivy, národy či státy. Za jednáním větších celků je třeba vždy vidět konkrétní činy konkrétních jednotlivců. V tomto ohledu je vhodné zdůraznit, že jde o *metodologickou* tezi, která neimplikuje *metafyzickou* tezi, podle níž *existují* pouze jednotlivci, ani tezi sociologickou, z níž vyplývá, že jednotlivci nejsou ovlivněni společenskými vztahy. Rakouská škola tak nepopírá, že člověk je součástí společnosti, je však nutné si uvědomit, že společnost je tvořena jednotlivci. Je pravdou, že někdy člověk jedná jinak, než by jednal, kdyby nebyl býval součástí určitého kolektivu. Přesto jde o jeho konkrétní činy, nikoliv činy kolektivu. Metodologický individualismus tak představuje jedinou možnou pozici ve vztahu ke zkoumání lidského jednání.

Zásadní pro rakouskou ekonomii je rovněž *metodologický subjektivismus*. Podle tohoto principu platí, že konání jednotlivců vychází ze subjektivních znalostí, vnímání či očekávání. Přírodní zdroje jsou však omezené, naproti tomu lidé mají nespočet přání a cílů, kterých by chtěli dosáhnout v nejkratším možném časovém úseku. Každý jednatel pak má svoji vlastní škálu preferencí, na níž jsou uspořádány jeho cíle podle hodnot, které jim každý jednatel přisuzuje. Tento princip je třeba mít na paměti zejména při analýze konceptů nákladů v ekonomické analýze práva.

1.2.3.4 Nejistota ohledně budoucích stavů věcí

Rovněž nejistota ohledně budoucího stavu věcí vyplývá z konceptu lidského jednání. Kdybychom totiž znali svoji budoucnost, tak bychom neměli žádný důvod pro své jednání, neboť jakýkoliv pokus o změnu budoucnosti by byl naprosto zbytečný. To však neznamená, že bychom o budoucnosti nevěděli vůbec nic. Naopak, jsou věci, které víme s absolutní jistotou. Příkladem tohoto tvrzení může být nárůst užitku při transakci mezi dvěma osobami. Každý jedinec, který se účastní určité transakce, tj. jistého druhu jednání, očekává, že se ocitne v lepším postavení než doposud. Pakliže dvě osoby mezi sebou dobrovolně uzavřou smlouvu, pak je – alespoň *ex ante* – jisté, že dojde ke zvýšení jejich užitku. Z hlediska praxeologie však nevíme, a ani vědět nemůžeme, zda k nárůstu užitku skutečně (*ex post*) dojde.³⁶

³⁶ ROTHBARD, M. N.: Praxeology, Value Judgments, and Public Policy, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 98.

1.3 Shrnutí

V této kapitole jsem se pokusil stručně nastítnit metodu rakouské ekonomie. V základu rakouské ekonomie stojí analýza konceptu lidského jednání, přičemž je kladen velký důraz na subjektivitu faktorů, které lidé vnímají a na jejichž základě jednají. Poznatky, jež jsou odvozeny prostřednictvím dedukce z konceptu lidského jednání, pak mají povahu praxeologických zákonů, jež nám slouží v rámci studia tržního procesu.

Podobné výčty principů bývají velmi často neúplné. Principy, které jsem uvedl výše, jsou důležité pro analýzu tradičního přístupu k ekonomické analýze práva a pro pochopení, v čem tento chicagský přístup je chybný. K některým tématům předestřeným v této kapitole se však budu vracet i v dalších kapitolách, zejména tehdy, když podrobím kritické analýze základní předpoklady a principy, z nichž ekonomická analýza práva vychází, a dále tehdy, když se pokusím nastítnit některé implikace, které mají principy rakouské ekonomie pro právo.

2. Východiska ekonomické analýzy práva

2.1 Stručný vývoj ekonomického přístupu k právu

Ekonomická analýza práva patří v současnosti mezi nejdůležitější myšlenkové směry v rámci právní vědy. Ačkoliv si od svého vzniku v šedesátých letech na univerzitě v Chicagu získala mnoho příznivců, objevila se také velká řada autorů, která pohlíží na ekonomickou analýzu práva s jistým despektem. Zatímco někteří autoři považují moderní verzi spojení práva a ekonomie za nejvýznamnější počín ve vývoji jurisprudence ve dvacátém století, v očích jiných autorů představuje ekonomická analýza práva, alespoň ve své tradiční chicagské podobě, značně problematický přístup ke zkoumání fungování práva ve společnosti či dokonce jeho interpretaci a tvorbě.

Přestože zárodky spojení práva a ekonomie můžeme nalézt v dílech autorů mnohem dřívějších,³⁷ moderní ekonomická analýza práva teprve slaví půl století. Na prvním místě si však musíme položit otázku, proč vůbec ekonomická analýza práva existuje. Podle Mercura a Medemy musíme hledat odpověď na tuto otázku ve vývoji právní a ekonomické vědy.³⁸ V 19. století byla jurisprudence ve Spojených státech (ale ostatně i v Evropě) charakteristická pro svoji formalistickou metodu. Právo bylo chápáno jako samostatná věda, jejíž předmět sestával výlučně z analýzy právních případů, z nichž pak právní doktrína mohla pomocí induktivní metody vyvodit základní právní principy, a tyto byly následně aplikovány v obdobných soudních případech.³⁹

Okouzlení tzv. doktrinalismem, jak se někdy tato formalistická metoda označuje, však netrvalo dlouho a na scéně se objevily sociologická jurisprudence a právní realismus jako hlavní směry, které stály v opozici vůči mechanické jurisprudence 19. století. Zastánci těchto směrů zdůrazňovali rozdíl mezi „law in books“ a „law in action“, čímž rovněž poukazovali na společenský a ekonomický kontext práva. Za pozornost zejména stojí vztah právního realismu k ekonomii, kdy právní realisté tvrdili, že hospodářská změna je často podmíněna změnou právního řádu a že v právu může být

³⁷ Murray Rothbard poukazuje na knihu jezuity ze Salamanky Juana de Lugo (1583 – 1660), jehož dílo *De Justitia et Jure* je „mistrovským dílem v oblasti práva a ekonomie.“ Viz ROTHBARD, M. N.: *Economic Thought Before Adam Smith. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, Edward Elgar Publishing Ltd., 1995, s. 126.

³⁸ MERCURO, N.; MEDEMA, S. G.: *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*, Second Edition, Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 5.

³⁹ LEITER, B.: American Legal Realism, In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. (eds.): *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd., 2006, s. 50.

spatřován základ národního hospodářství.⁴⁰ Právní realismus tak zdůrazňoval potřebu zkoumání širších společenských a ekonomických aspektů aplikace práva, čímž vytvořil právní prostředí, jež bylo mnohem příznivější pro přijetí ekonomie než formální metoda 19. století.

Druhou stranu mince vzniku ekonomické analýzy práva představuje vývoj ekonomické vědy. Na počátku ekonomie jakožto vědy zkoumající širší společenské souvislosti stáli ekonomové v 18. a 19. století, kteří byli morálními filozofy a jejichž cílem bylo pochopení fungování společnosti jako celku. Tito autoři se ve svých pracích snažili o dosažení uceleného pohledu na společnost, přičemž využívali poznatků ekonomie, práva, filosofie či sociologie. Tyto společenské vědy však nebyly přísně odděleny. Naopak v průběhu 20. století můžeme pozorovat trend, kdy pod vlivem pozitivistické filosofie dochází k velmi úzké specializaci a vyčlenění různých vědních oborů. Právo přestalo být v centru pozornosti ekonomů. Toto oddělení práva od ekonomie mělo velmi neblahé důsledky, a zákonitě tak musela být „znovuobjevena“ metoda, jež by opět využila ekonomických poznatků při studiu práva.

První díla, jež aplikovala ekonomickou teorii na právní problémy, se začala objevovat ve třicátých letech 20. století. Pro tehdejší ekonomickou analýzu práva bylo příznačné zkoumání ekonomických aspektů právních pravidel v odvětvích, jež na první pohled jevila značnou příbuznost s tržním procesem. Mezi těmito odvětvími bylo zejména soutěžní právo, později bylo ekonomické analýze podrobena i právo korporátní a smluvní. Přístup autorů z chicagské univerzity k soutěžnímu právu je dodnes velmi vlivný a právníci a ekonomové zabývající se ekonomickou analýzou soutěžního práva mohou jen stěží uniknout jeho vlivu.⁴¹

„Nová ekonomická analýza“, jak ji nazývá Richard Posner, se objevila na počátku šedesátých let, tedy v době, kdy Guido Calabresi publikoval svůj slavný článek⁴² pojednávající o alokaci rizika v deliktním právu a Ronald Coase publikoval článek⁴³, jež dal vzniknout slavnému Coaseho teorému. Charakteristickým znakem nové ekonomické

⁴⁰ MERCURO, N.; MEDEMA, S .G.: *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*, Second Edition, Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 12.

⁴¹ Tamtéž, s. 97.

⁴² CALABRESI, G.: Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts, In: *The Yale Law Journal*, Vol. 70, No. 4 (March 1961), s. 499.

⁴³ COASE, R. H.: The Problem of Social Cost, In: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October 1960), s. 1.

analýzy práva bylo, že ekonomická teorie začala být aplikována *systematickým způsobem* ve všech právních oblastech.⁴⁴ Z ekonomie se tak stala, slovy Garyho Beckera, imperialistická věda, jejímuž drobnohledu neunikl žádný z právních institutů, ať už to byla smlouva, odpovědnost za škodu, kauzalita, obchodní společnosti, institut manželství, diskriminace či trestní právo.

Výsledky ekonomické analýzy práva na sebe nenechaly dlouho čekat. Stále častěji se objevovaly práce, jež odhalovaly pozoruhodné zajímavosti, z nichž zřejmě nejvýznamnější bylo tvrzení, že vlastní logikou práva je ve skutečnosti ekonomie, a nikoliv obecné právní principy, jejichž aplikací by mělo být dosaženo spravedlnosti. Postupem času tyto práce právníků-ekonomů nakonec vyústily v názor, že soudci v systému angloamerického práva rozhodovali (a stále rozhodují) soudní spory tak, aby dosáhli co možná největšího společenského blahobytu.⁴⁵

Chicagský nexus práva a ekonomie dosáhl svého vrcholu v osmdesátých letech. Netrvalo však dlouho a tradiční přístup k ekonomické analýze práva začal být podrobován kritice. Gordon Tullock například kritizoval Richarda Posnera za to, že jeho teorie nejsou podloženy žádným empirickým výzkumem a jeho tvrzení, že angloamerické právo je efektivní, není nic jiného než ad hoc hodnocením založeném na posuzování nákladů a příjmů.⁴⁶ Robert Ellickson rovněž kritizoval chicagský přístup, když zdůrazňoval, aby si zastánci mainstreamového pojetí ekonomické analýzy práva vzali k srdci kritiku modelu racionálně jednajícího člověka a obohatili své práce o poznatky sociologie a psychologie.⁴⁷

Tyto kritiky byly do jisté míry vyslyšeny. Postupem času se začaly objevovat v rámci ekonomické analýzy práva nové směry, které začaly kritizovat používání některých nerealistických ekonomických předpokladů, jakými jsou např. racionalita lidského jednání či koncept obecné tržní rovnováhy. Mezi těmito směry jsou zejména behaviorální ekonomická analýza práva, analýza práva založená na teorii her či škola veřejné volby. Za pozornost stojí zejména rozvoj empirického výzkumu. Ačkoliv je

⁴⁴ POSNER, R. A.: Economic Approach to Law, In: *Texas Law Review*, Vol. 53 (1974 – 1975), s. 759

⁴⁵ Tuto myšlenku explicitně vyjádřil Richard Posner v prvním vydání své učebnice *The Economic Analysis of Law* z roku 1977.

⁴⁶ TULLOCK, G.: Two Kinds of Legal Efficiency, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1979 – 1980), s. 667.

⁴⁷ ELLICKSON, R. C.: Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, In: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 65 (1989), s. 23.

chvályhodné, že moderní směry v rámci ekonomické analýzy práva opouštějí používání nerealistických předpokladů, nelze však tvrdit, že by tato změna byla ve všech ohledech změnou k lepšímu. Navíc tato změna neznamena, že by tradiční chicagský přístup, jehož nejvýznamnějším představitelem je již zmíněný Richard A. Posner, ztrácel na svém vlivném postavení.

2.2 Quo vadis?

Budoucnost moderní ekonomické analýzy práva je nejistá. Henry Manne, jeden z otců zakladatelů moderní ekonomické analýzy práva, spatřuje několik problémů v budoucím vývoji práva a ekonomie.⁴⁸ Jedním z nich je skutečnost, že ekonomická analýza práva bude čím dál tím víc používat formální modely (matematické) ekonomie. Nejenom, že tyto modely jsou založené na nerealistických předpokladech, a vedou tak k absurdním závěrům. Taková ekonomická analýza se nutně stane nesrozumitelná pro ty, jež nebudou mít vzdělání v matematickém modelování. V praxi to bude znamenat, že práce právníků-ekonomů budou buď ignorovány, nebo budou natolik odtržené od reálného světa, že se stanou irelevantními.

Aby však tyto řádky nevyzněly natolik černě, domnívám se, že můžeme pozorovat tendenci mezi novými akademiky věnujícím se ekonomické analýze práva, že se zabývají zkoumáním významu tradic, zvyků či kulturního zázemí a jejich vlivu na podobu právních institutů, aniž by k tomu potřebovali formální ekonomické modely. Jinými slovy objevují se teoretici, kteří jsou, byť jen v omezené míře, ovlivnění rakouskou školou, a pokoušejí se tak aplikovat typicky rakouská témata v rámci svého výzkumu. Budoucnost ekonomické analýzy práva a zejména její relevantnost v právnické obci závisí na tom, zda budou ekonomové ochotni ustoupit ze svých požadavků na používání nerealistických modelů lidského chování a fungování tržní ekonomiky, a věnovat se studiu podstaty právních institutů za použití takových metod, jež jsou srozumitelné pro právníky.

2.3 Vymezení tradičního přístupu k ekonomické analýze práva

Právo lze zkoumat z mnoha úhlů pohledu. Ať se díváme na právo očima právního filosofa, historika, sociologa či ekonomy, vždy je naším primárním cílem dosažení

⁴⁸ MANNE, H.; WRIGHT, J.: The Future of Law and Economics: A Discussion, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 08-35*, s. 1 – 28.

poznání toho, co je právo a jak funguje ve společnosti. Vědci, zabývající se právem, si vždy kladli otázky, jež se týkaly širších společenských a ekonomických důsledků konkrétních právních pravidel. Jak tvrdí Robert Cooter, v odpovědích na tyto otázky se však právníci a další, kteří zkoumali fungování práva ve společnosti, odvolávali na intuici či dostupná fakta.⁴⁹ Vše zahrnující teorie, která by vysvětlila existenci toho či onoho právního institutu doposud neexistovala. V šedesátých letech 20. století se objevila nová ekonomická analýza práva, jež měla být takovou teorií.

Ekonomickou analýzu práva můžeme charakterizovat jako aplikaci neoklasické ekonomické teorie na právní problémy či právní instituty. Jde zejména o aplikaci neoklasické cenové teorie, neboť na právní pravidla je nahlíženo jako na ceny.⁵⁰ Právní pravidla stanoví jakési implicitní ceny lidského chování, které pak může být interpretováno jako odpovědi na tyto implicitní ceny. Uvedme si to na následujícím příkladu. Představme si továrnu, která vypouští do ovzduší škodlivé látky, a znečišťuje tak životní prostředí a životní prostor, v němž žijí rodiny s dětmi. Zavedeme-li v právu odpovědnost této továrny, pak to z ekonomického hlediska znamená, že zvýšíme cenu znečišťování, a továrna tak bude přinucena omezit škodlivé aktivity, které mají neblahé důsledky na životní prostředí.⁵¹ Právní pravidla tak představují cenové signály či incentivy a měla by být konstruována tak, aby podporovala správné (tj. efektivní) jednání.

Vymežit ekonomickou analýzu práva lze také pomocí otázek, které si právníci-ekonomové kladou. V praxi pozorujeme, že jsou to otázky dvou typů:

- a) Jaké jsou ekonomické důsledky právních pravidel?
- b) Jak by měla být tato pravidla konstruována?

V souvislosti s těmito dvěma otázkami se dostáváme k rozlišení na pozitivní a normativní ekonomickou analýzu práva. Pozitivní či deskriptivní ekonomická analýza

⁴⁹ COOTER, R. C.: Law and Unified Social Theory, In: *Journal of Law and Society*, Vol. 22, No. 1 (March 1995), s. 51.

⁵⁰ MERCURO, N., MEDEMA, S. G.: *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*, Second Edition, Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 12.

⁵¹ Tento závěr vyplývá ze zákona klesající poptávky. Zvýšíme-li cenu (tj. zavedení odpovědnosti) konkrétního statku (v našem případě znečišťování), pak v praxi pozoruje tendenci, že poptávka po takovém statku klesne.

se zabývá důsledky či efekty konkrétních právních pravidel na lidské jednání.⁵² Pozitivní analýza při zkoumání efektů právních norem presumuje, že lidé racionálně maximalizují svůj užitek nebo že právní řád má jistou vnitřní logiku, která může být odhalena pomocí metod ekonomické analýzy. Tento typ analýzy zkoumá, nakolik *jsou* právní pravidla a právní instituty (společensky) efektivní.

Normativní ekonomická analýza práva naproti tomu dává jistá doporučení, na jejichž základě by *měly být* právní normy konstruovány tak, aby byly společensky efektivní.⁵³ V oblasti právní regulace si normativní teorie klade otázku, jak je třeba nastavit právní pravidla, jež by sloužila jako cenové signály, které by svým adresátům sdělovaly informace ohledně toho, jaké jednání je žádoucí či efektivní. V oblasti soudního rozhodování pak normativní teorie nabádá, aby soudci rozhodovali soudní spory s cílem maximalizovat společenský blahobyt v co největší míře.

2.4 Základní koncepty ekonomické analýzy práva

V následující části se pokusím o vymezení chicagské ekonomické analýzy práva s ohledem na nejdůležitější koncepty, s nimiž pracuje. Nejprve je budu interpretovat takovým způsobem, aby jejich význam korespondoval s významem, jenž je přikládán těmto konceptům právě v rámci tohoto tradičního přístupu k ekonomické analýze práva. Následně je podrobím kritice a nabídnu interpretaci, jež je v souladu se základními principy rakouské ekonomie.

2.4.1 Racionální maximalizace užítku

Podle Richarda Posnera a dalších představitelů tradičního přístupu lidé racionálně maximalizují svůj užitek ve všech oblastech života.⁵⁴ Na první pohled tento předpoklad je v pořádku, neboť každý jednotlivec jedná tak, aby dosáhl co možná největšího uspokojení svých preferencí. Při bližším zkoumání ale zjistíme, že racionální maximalizace zahrnuje skutečnost, že lidské preference jsou stálé, úplné, transitivní, a

⁵² SHAVELL, S.: *The Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, s. 1.

⁵³ Tamtéž, s. 2.

⁵⁴ POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010, s. 3 – 4, 22.

že jednotlivci jsou dokonale schopni posoudit všechny relevantní informace k tomu, aby učinili rozhodnutí.⁵⁵

Podle rakouských ekonomů musí být tento předpoklad odmítnut jako nerealistický a neslučitelný s konceptem lidského jednání. Lidské jednání je vždy racionální, avšak rakouské pojetí pracuje s konceptem minimální (subjektivní) racionality. K neměnnosti lidských preferencí Rothbard poznamenává, že „není žádný důvod pro to, abychom činili tento předpoklad. Jediné, co můžeme říct, je, že jednání odhaluje preference jednotlivce v konkrétní okamžik.“⁵⁶ Bylo by absurdní, kdybychom předpokládali, že se lidské preference nemění v čase. Z faktu, že se lidské preference mění v čase, můžeme také odvodit argument proti transitivnosti lidských preferencí.⁵⁷

2.4.2 Hodnota a užitek

Většina ekonomů, včetně těch neoklasických, uznává, že hodnoty ekonomických statků jsou odvozeny od subjektivních hodnocení jednotlivců, resp. od toho, do jaké míry uspokojují jejich potřeby.⁵⁸ Zastánci neoklasické ekonomické analýzy práva však již neuznávají některé důsledky, které z toho vyplývají. Posner např. tvrdí, že hodnoty jsou měřitelné v penězích, neboť hodnotou je množství, které je člověk ochoten zaplatit za konkrétní statek.⁵⁹ Naproti tomu podle rakouské školy je hodnocení čistě subjektivní záležitostí.

Co je tedy hodnotou v ekonomickém slova smyslu? Vyjádříme-li to technicky, pak hodnotu je třeba chápat jako trojstranný vztah mezi člověkem a dvěma statky, které jsou uspořádány na jeho preferenční škále.⁶⁰ Jinými slovy hodnota představuje *pořadí*

⁵⁵MERCURO, N.; MEDEMA, S.G.: *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*. Second Edition, Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 103.

⁵⁶ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 23 – 24.

⁵⁷Transitivnost lidských preferencí znamená, že pokud preferuji A před B a B před C, pak budu rovněž preferovat A před C. Problém tohoto argumentu spočívá v tom, že jsou zde dva rozdílné okamžiky. Nejprve totiž činím volbu mezi A a B, mezi B a C a až v dalším okamžiku volím mezi A a C. V průběhu času se však moje preference mohly změnit, a tak není vyloučeno, že budu preferovat C před A.

⁵⁸STRINGHAM, E.: Economic Value and Costs are Subjective, In: BOETTKE, P. J. (ed.): *Handbook on Contemporary Austrian Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, s. 43.

⁵⁹POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010, s. 8, 15. Je třeba si uvědomit, že peníze neměří hodnoty. Posner má zřejmě na mysli to, že *ceny* v rámci tržních transakcí měří hodnoty. Avšak i tato interpretace neobstojí, neboť ceny pouze *reflektují* subjektivní hodnocení jednotlivců.

⁶⁰HÜLSMANN, J. G.: From Value Theory to Praxeology, In: MISES, L.: *Epistemological Problems of Economics*, Third Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2003, s. xxxvi.

na škále preferencí konkrétního jednotlivce, které je pak demonstrováno jednáním (volbou).

Zřejmě nejdůležitějším konceptem ekonomie blahobytu, od níž se odvíjí normativní ekonomická analýza práva, je pojem užitku. Užitek můžeme definovat jako uspokojení (subjektivních) preferencí jednotlivce. Zatímco tato definice může být jen stěží kontroverzní, jinak je tomu s otázkou, zda je užitek měřitelný či nikoliv. Tento problém má dva aspekty. Za prvé, lze říci, o kolik se zvýšil užitek konkrétního jednotlivce v důsledku určité transakce? Za druhé, lze tento nárůst porovnat se změnou v užitku druhého člověka? Na obě otázky je třeba jednoznačně odpovědět, že nic takového možné není. Nechme opět promluvit Rothbarda: „Psychologické veličiny nelze měřit, neboť neexistuje jejich objektivně extenzivní jednotka – nutný předpoklad měření. Navíc volba jako taková zjevně nemůže představovat žádnou formu měřitelného užitku, může pouze dokazovat, že jedna alternativa je preferována před jinou.“⁶¹ Z uvedeného vyplývá, že užitek je ordinální veličinou, a nikoliv kardinální. Je tedy možné říct, že určitá osoba je v důsledku určité transakce „spokojenější“ nebo „šťastnější“, není však možné říct, že je dvakrát spokojenější, než byla před určitou chvílí. Z toho také vyplývá, že jakékoliv meziosobní porovnávání užitku je vyloučeno. Tento závěr je o to zřejmější, jestliže si uvědomíme, že užitek je „vnitřní duševní zkušeností“, kterou pociťuje vždy konkrétní jedinec.⁶²

2.4.3 Náklady

Analýza příjmů a nákladů je jedním ze základních východisek ekonomické analýzy práva a je zcela zásadní pro určování efektivnosti právních institutů. Efektivita určitého právního institutu totiž závisí na tom, zda příjmy plynoucí z používání konkrétního právního pravidla převyšují náklady, jež jsou spojeny s jeho vymáháním. Koncept nákladů však není tak jednoznačný, jak by se na první pohled mohlo zdát. Zatímco většinový přístup je ten, že náklady jsou objektivně měřitelné, rakouští ekonomové věrní metodologickému subjektivismu naopak důsledně zastávají názor, že i

⁶¹ ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 29.

⁶² LAWSON, G.: Efficiency and Individualism, In: *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 1 (1992 – 1993), s. 66.

náklady jsou subjektivní, a tudíž neměřitelné a neporovnatelné. Tuto povahu nákladů brilantně shrnul James Buchanan⁶³:

- a) „Nejdůležitější je, že náklady musí nést výlučně rozhodující se člověk; není možné, aby náklady byly přesunuty nebo uloženy na jiné.
- b) Náklady jsou subjektivní; existují v mysli člověka, který se rozhoduje a nikde jinde.
- c) Náklady jsou založeny na očekáváníích; je to nutně kupředu hledící či *ex ante* koncept.
- d) Náklady nikdy nemohou být realizovány již kvůli samotnému faktu volby: to, čeho se vzdáváme, si nemůžeme užít.
- e) Náklady nemohou být měřeny nikým jiným než člověkem, který se rozhoduje, protože není možné přímo pozorovat subjektivní zkušenost.
- f) Nakonec, náklady je možné časově vztáhnout (datovat) k okamžiku rozhodnutí či volby.“

Z uvedeného můžeme tedy odvodit, že náklady jsou definovány jako náklady obětovaných příležitostí, z čehož dále vyplývá, že představují „hodnotu uspokojení z jednání, které je na preferenční škále v pořadí jako druhé a které musíme obětovat při učinění volby“.⁶⁴

Toto pojetí nákladů má zásadní význam pro právo a ekonomii. Ronald Coase uvedl do ekonomické analýzy pojem transakčních nákladů⁶⁵, jejichž prostřednictvím se pokusil vysvětlit existenci firem. Tyto transakční náklady jsou definovány jako náklady, které je potřeba vynaložit při učinění konkrétní tržní transakce. Rozumí se jimi zejména náklady související s objevováním relevantních cen, náklady vyjednávání podmínek transakce a konečně náklady vynaložené při uzavření smlouvy.⁶⁶ Avšak i pro transakční náklady platí, že je musíme chápat jako náklady obětovaných příležitostí. Vzhledem k jejich subjektivitě bude tedy nesmírně obtížné určit, co ještě jsou transakční náklady a co je již jiným druhem nákladů. Koncept transakčních nákladů je právě z tohoto důvodu velmi kritizován rakouskými ekonomy. Rothbard v tomto duchu

⁶³ BUCHANAN, J.: Náklady a volba. In: BUCHANAN, J.: *Politika očima ekonomů* (editor: Josef Šíma), Praha: Liberální institut, 2002, s. 10.

⁶⁴ RIZZO, M. J.: Cost, In: BOETTKE, P. J. (ed.): *Elgar Companion to Austrian Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 1994, s. 92.

⁶⁵ COASE, R. H.: The Nature of the Firm, In: *Economica New Series*, Vol. 4, No. 16 (1937), s. 386 – 405.

⁶⁶ FOX, G.: The Real Coase Theorems, In: *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3 (Fall 2007), s. 368 – 379.

uzavírá, že „jsou-li náklady, stejně jako užitek, subjektivní, pak samozřejmě jakýkoliv koncept společenských či transakčních nákladů postrádá smysl.“⁶⁷ I přes tuto výhradu se však domnívám, že jsou oblasti práva a ekonomie, kde přece jenom argumentace pomocí transakčních nákladů (ve smyslu subjektivních nákladů obětovaných příležitostí) dává dobrý smysl. Příkladem může být analýza korporátního práva, zejména zkoumání vztahů mezi jednotlivými orgány a členy korporace, proč vůbec korporace existují apod.

2.4.4 Ekonomická efektivnost⁶⁸

Tradiční ekonomická analýza je charakterizována svým důrazem na ekonomickou efektivnost. Obecně řečeno znamená efektivnost takovou alokaci zdrojů, kdy společnost dosahuje největších příjmů.⁶⁹ V žargonu ekonomické literatury o právu se efektivní (a tedy žádoucí) právní regulací rozumí taková, jež minimalizuje náklady, resp. její náklady jsou nižší než příjmy, které tato právní regulace přinese. V oblasti soudního rozhodování o právech jednotlivců pak bývá uspořádání označeno jako efektivní v situaci, kdy jsou subjektivní práva (oprávnění) v rukou těch, kteří jsou za ně ochotni zaplatit nejvíce.

2.5 Některé problémy tradiční ekonomické analýzy práva

Proti obecnému vymezení deskriptivní ekonomické analýzy práva, která zkoumá širší ekonomické důsledky právních norem, lze jen stěží něco namítat. Takový přístup k právu je naopak žádoucí. Jenže věc není tak jednoduchá, jak by se na první pohled mohlo zdát. Spatřuji zde několik významných problémů.

Zaprvé, je velmi důležité, jakou ekonomickou teorii budeme aplikovat při zkoumání důsledků a vlivu právních norem na lidské jednání a celou společnost. Budeme-li vycházet z neoklasické ekonomie, pak je velmi pravděpodobné, že dojdeme k jiným výsledkům, než ke kterým bychom dospěli, kdybychom aplikovali behaviorální či rakouskou ekonomickou teorii. Má-li teorie podat vysvětlení společenských fenoménů, jakým fungování práva ve společnosti bezesporu je, musíme mít k takovému cíli vhodné prostředky. Abychom skutečně pochopili vliv různých právních institutů na jednání

⁶⁷ ROTHBARD, M. N.: The Myth of Efficiency, In: RIZZO, M. J.: (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*, Lexington Books, 1979, s. 92.

⁶⁸ Problematika efektivnosti je podrobně analyzována v následující kapitole.

⁶⁹ POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010, s. 21.

člověka v rámci společnosti, je nezbytné, abychom disponovali realistickou teorií lidského jednání, jež není založena na absurdních předpokladech. Neoklasická ekonomie však tuto podmínku nespĺňuje.

Další problém pozitivní ekonomické teorie práva, jenž do jisté míry vyplývá z předchozího, tkví, slovy Harolda Demsetze, v tzv. nirvánové analýze. Tento druh analýzy spočívá v tom, že ekonomové porovnávají svět reálných trhů se světem dokonalé tržní rovnováhy, tedy stavem, kdy všichni účastníci, téměř dokonalé bytosti, mají dokonalé informace. Používáme-li nerealistickou teorii a srovnáváme-li reálný svět se světem, jenž existuje pouze na papíře, nemůžeme dospět k poznání a pochopení podstaty fungování práva. V takové situaci, kdy právo je zkoumáno a analyzováno metodou, jež má pramálo společného se světem, v němž právo funguje, je otevřena cesta právní manipulaci ve jménu společenské efektivnosti.⁷⁰ Konkrétním příkladem této regulace může být např. možnost vyvlastnění ve veřejném zájmu. Základ této regulace spočívá v tvrzení, že je efektivní, aby stát vyvlastnil soukromý majetek nějakého vlastníka, jenž brání tomu, aby byla postavena „veřejně prospěšná“ silnice. Ekonomicky pak může být vyvlastnění ospravedlněno tím, že kdyby lidé byli plně racionální, jak je tomu podle modelu dokonalé tržní rovnováhy, sami by věděli, že stavba silnice a její následný provoz povede ke zvýšení společenského blahobytu. Lidé jsou však nedokonale racionální, a tak na scénu nastupuje stát, který vyvlastní majetek za náhradu, čímž umožní stavbu „veřejně prospěšné“ silnice. Problémem této argumentace je nejenom odkaz na diskutabilní kategorii „veřejného zájmu“ či „veřejné prospěšnosti“, avšak zejména to, že argument vycházející ze srovnání „vysněného“ stavu s reálným světem je jednoduše irelevantní. Argument, že by tomu tak bylo, kdyby byli lidé plně racionální, není základem pro normativní tvrzení, že by tomu tak mělo být i ve světě, v němž lidé nespĺňují podmínky (neoklasicky vymezené) racionality. Tímto se dostáváme k dalšímu problému.

Tento problém nastává k okamžiku, kdy zastánci ekonomické analýzy odvozují normativní závěry z pouhé deskriptivní analýzy. Právnicko-ekonomové tak neúprosně čelí problému Humovy teze, podle níž „nelze“ odvodit normativní závěr z čistě

⁷⁰ KRECKÉ, E.: The Nihilism of the Economic Analysis of Law, s. 8, dostupné na <http://www.mises.org/journals/scholar/Krecke.PDF>.

faktických premis.⁷¹ Tento problém se týká zejména externalit, souvisí s poskytováním tzv. veřejných statků, ale trápí i samotné soudní rozhodování, jež má být založeno na analýze příjmů a nákladů, resp. zvyšování společenského blahobytu. Podrobnější analýza se nachází v kapitole věnující se ekonomické efektivnosti.

2.6 Některé implikace pro právo

V této části nastíním některé implikace pozitivní i normativní ekonomické teorie práva pro právo a zároveň výklad doplním o názory rakouských ekonomů a libertariánských právních filosofů. Zaměřím se na čtyři situace, které mohou nastat v průběhu života smlouvy, a to na problematiku předsmlovné odpovědnosti ve fázi jednání o smlouvě, dále na problém informační asymetrie, na problém efektivního porušení smlouvy, a konečně na určování náhrady škody v případě, že dojde k porušení práva. Přitom poukážu na ustanovení českého práva a posoudím, zda jsou v souladu s mainstreamovou ekonomickou teorií práva.

2.6.1 Předsmlovné odpovědnost

V předchozí kapitole o rakouské škole jsem zmínil, že jedním ze základních znaků, jež charakterizuje její ekonomickou metodu, je důraz na nejistotu, již čelí každé lidské jednání. Tato nejistota má významné implikace pro právo. Je zřejmé, že právo v podobě zákonů nebude nikdy úplné a předvídatelné. Totéž platí i pro soudní rozhodování. Jestliže by např. strany sporu věděly s naprostou jistotou, jak soud rozhodne jejich spor, pak by nedošlo k žádnému soudnímu řízení a strany by si spor rozhodly mezi sebou. I v situaci, kdy právní předpisy jsou zcela jasné a neobsahují žádné vágní pojmy, by si strany nemohly být stoprocentně jisty, jestli soudce nerozhodne v rozporu s jejich očekáváními.

Podobně i smlouvy, které mezi sebou uzavírají jednotlivci, nebudou úplné, a je tak vždy možné, že se vyskytne situace, na kterou smlouvy nebudou pamatovat. Situace je ovšem komplikovanější v okamžiku, kdy nevíme, zda strany dospějí k uzavření konkrétní smlouvy, tj. když se nacházejí ve fázi vyjednávání smluvních podmínek. Právo může za této situace volit mezi dvěma extrémními řešeními. Buď může stanovit,

⁷¹ David Hume ovšem neměl na mysli, že by za žádných okolností nebylo možné odvodit normativní závěr z čistě deskriptivních premis. Humova teze tak v podstatě znamená, že si při odvozování normativních závěrů máme dát dobrý pozor na to, jak postupujeme při odvozování. K problému Humovy teze viz např. SOBEK, T.: *Argumenty teorie práva*. Praha: Aleš Čeněk, 2010, s. 68 – 72.

že osoby, které vstoupí do procesu uzavírání smlouvy, musejí nakonec smlouvu uzavřít, a to i tehdy, když jedna ze stran těsně před uzavřením zjistí, že taková smlouva je pro ni nevýhodná. Druhým krajním řešením je, že právo nebude sankcionovat jakékoliv přerušení kontraktačního vyjednávání. Ekonomická analýza práva nabádá k tomu, aby smlouva nebyla uzavřena v situaci, kdy by její uzavření přineslo extrémně velké náklady pro jednoho z účastníků jednání o smlouvě.

Dá se říct, že české právo je v tomto ohledu v souladu s tímto postojem. Občanský zákoník⁷² totiž stanoví v ustanovení § 1728 odst. 1, že každý může vést jednání o smlouvě svobodně a neodpovídá za to, že ji neuzavře, ledaže jednání o smlouvě zahájí nebo v takovém jednání pokračuje, aniž má úmysl smlouvu uzavřít. Na to navazuje ustanovení § 1729 odst. 1, podle něhož dospějí-li strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, které přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod. Tato nepoctivě jednající strana pak má povinnost nahradit druhé straně škodu.

Dle rakouských teoretiků je správné druhé z modelových řešení, totiž že právo by nemělo vůbec sankcionovat přerušení jednání o smlouvě. Důvodem pro tento postoj je, že „život je vždy nejistý a nese s sebou rizika. Někteří lidé jsou lepšími a jiní zase horšími podnikateli, tj. umějí lépe či hůře předvídat budoucí lidské jednání a události.“⁷³ S ohledem na svobodnou vůli každého člověka, jehož preference se v průběhu času mění, proto musí každý účastník jednání o smlouvě počítat s možností, že smlouva nebude uzavřena, a musí nést své náklady, které při vyjednávání utrpěl.⁷⁴

2.6.2 Informační asymetrie

Moderní ekonomická analýza rovněž pracuje s konceptem informační asymetrie. Problematika asymetrických informací znamená, že strany určité transakce mají nerovné postavení pro odlišnost jejich informovanosti o dané transakci. Právo

⁷² Občanským zákoníkem rozumím v této práci zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, není-li dále stanoveno jinak. Pro tento občanský zákoník rovněž používám zkratku OZ.

⁷³ ROTHBARD, M. N.: *The Ethics of Liberty*, New York and London: New York University Press, 2002, s. 136.

⁷⁴ Připouštím, že by se v případě takového pravidla dalo uvažovat o výjimce, podle níž by se „trestalo“ takové jednání, jestli by někdo *vstoupil* do jednání o smlouvě s cílem poškodit druhou stranu. V takovém případě by nešlo o ochranu očekávání druhé strany, že smlouva bude uzavřena, ale o sankci vůči osobě, která měla zlý úmysl.

v takovém případě může zaujmout dvojí postoj: buď řešení nechá na stranách konkrétních transakcí, nebo zaujme paternalistický postoj, a bude tak chránit tzv. slabší stranu. České právo zvolilo druhou možnost, což je zjevné s ohledem existenci spotřebitelského práva nebo ustanovení o povinnosti poskytnout si navzájem důležité informace při uzavírání smluv.⁷⁵

Tento koncept dokonce vedl k názoru, že informační asymetrie vede k systematické neefektivnosti trhů, jejímž projevem je známý problém „kyselých citronů“.⁷⁶ George Akerlof popisuje problém asymetrických informací na příkladu trhu s ojetými automobily a argumentuje, že nedostatečné informace kupujících a neschopnost prodávajících signalizovat kvalitu vozů povede ke snižování kvality prodáváných vozů, až na trhu zůstane zboží nejnižší kvality. Thomas DiLorenzo však poznamenává⁷⁷, že Akerlofův článek byl zastaralý již v okamžiku, kdy byl publikován, neboť Akerlof zapomněl zmínit, že prodejci vozů již v té době nabízeli 30denní záruky při koupi automobilů. Zmíněné tržní selhání se tak nekoná.

Podle Misesa byla základem společenské kooperace dělba práce, jež je založena mj. na asymetrických informacích. Podstatou totiž je, že všechny informace jsou asymetrické. Kdyby totiž měli všichni totožné informace a znalosti, tak by se každý mohl spolehnout sám na sebe, a společnost by tak nedosáhla žádného pokroku. Snaha o dosažení symetrické informovanosti tak není ani možná, ani žádoucí. DiLorenzo parafrázuje Misesa, když dodává, že „to, co odlišuje člověka od zvířete, je poznatek o výhodách, které vyplývají z kooperace v systému asymetrických informací a dělby vědomostí ve společnosti.“⁷⁸

Tím se však nechce říct, že by jakákoliv ochrana tzv. slabší strany byla špatná. O co tu jde, je míra, s jakou se ta strana právního poměru, jež se nachází ve výrazně nevýhodném postavení, chrání. Jestliže právo chrání subjekt právního poměru i proti jeho vůli, pak tyto subjekty najdou způsob, jak právo obejít, což má v konečném důsledku ten efekt, že se právu přestává důvěřovat. Libertariánští právní filosofové tak

⁷⁵ Např. ustanovení § 1728 odst. 2 OZ.

⁷⁶ AKERLOF, G.: The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, s. 488 – 500.

⁷⁷ DILORENZO, T.: A Note on the Canard of „Asymmetric Information“, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 14, No. 2 (2011), s. 252 – 253.

⁷⁸ Tamtéž, s. 252.

nezavrhuje ochranu slabší strany, avšak činí tak s odkazem na koncept podvodu a krádeže.⁷⁹

2.6.3 Efektivní porušení smlouvy

V životě smlouvy může nastat situace, kdy se plnění pro jednu ze stran stane extrémně nákladným a není spravedlivé po ní požadovat, aby plnila. Pod pojmem efektivního porušení smlouvy (*efficient breach of contract*) se tak skrývá situace, kdy je pro některou ze stran smlouvy výhodnější, aby z důvodu změny okolností neplnila to, k čemu je podle smlouvy zavázána, neboť plnění povinnosti podle smlouvy by bylo nákladnější než její porušení a následné poskytnutí náhrady škody či smluvní pokuty.⁸⁰ Z hlediska efektivnosti je tak žádoucí, aby jedna ze stran porušila povinnost a druhé straně nahradila škodu, než aby plýtvala vzácnými zdroji k plnění podle smlouvy. Ne že by žádný právní řád neznal možnost efektivního porušení smlouvy. Spojené státy americké jsou toho důkazem.⁸¹

Občanské zákoníky v evropských zemích zdůrazňují zásadu *pacta sunt servanda*. Avšak i tyto zákoníky pamatují na to, že mohou nastat situace, kdy se původní rovnováha práv a povinností smluvních stran vychýlí a jedna z nich bude nepřiměřeně zatížena povinnostmi. Pro takovou situaci obsahují pravidlo, podle něhož je osoba povinna plnit to, k čemu je podle smlouvy povinna, i s vynaložením větších nákladů.⁸² Pouze v případě, že změna okolností povede k výrazné nerovnováze mezi stranami smlouvy, může soud zakročit a upravit povinnosti smluvních stran tak, že znovu nastolí mezi nimi rovnováhu.⁸³

⁷⁹ Murray Rothbard vychází z teorie, podle níž je smlouva chápána jako převod vlastnického (či jiného majetkového) práva k určitému předmětu. Poruší-li strana smlouvu (např. prodejce v obchodě předá kupujícímu zboží, které nemá smlouvené vlastnosti), dopustí se tak implicitní krádeže, neboť získala ve své majetkové sféře více, než k čemu byla oprávněna podle smlouvy. Blíže viz ROTHBARD, M. N.: *The Ethics of Liberty*, New York and London: New York University Press, 2002, s. 133 – 148.

⁸⁰ Viz např. POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010, s. 150 – 152.

⁸¹ Viz např. rozhodnutí soudu v případě *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985). V tomto soudním rozhodnutí, které vydal soudce Richard Posner, šlo o spor mezi dvěma stranami, které uzavřely dohodu o distribuci brusného prášku, který se používá při výrobě oceli. Důležitou pasáží rozhodnutí je následující věta: „Předpokládejme, že porušení smlouvy způsobí druhé straně škodu ve výši 12 000 dolarů, ale povede k zisku strany, která smlouvu porušila, ve výši 20 000 dolarů. V takovém případě by zde byl čistý společenský zisk vzešlý z porušení smlouvy.“

⁸² Např. § 1764 OZ.

⁸³ Viz § 1765 OZ.

Rakouské (libertariánské) pojetí se v tomto ohledu příliš neliší, je však třeba uvést, že libertariáni se nedovolávají konceptu ekonomické efektivity. Pokud strana, která má podle smlouvy plnit, dospěje k názoru, že je pro ni plnění smlouvy subjektivně nákladné, jednoduše nebude plnit to, k čemu se zavázala. Neplnění však není chápáno primárně jako porušení smluvní povinnosti, ale jako skutečnost, na jejímž základě dojde k aktivaci povinnosti zaplatit náhradu škody.

2.6.4 Výše náhrady škody

Další potíže nastává v případě, kdy soudy rozhodují o výši náhrady škody. V takovém případě soudy musejí vědět něco o užitku oběti nehody nebo trestného činu. Jak poznamenává D. Friedman, „jestliže o užitku nevíme vůbec nic, jak může soud rozhodnout, kolik mi jiná osoba dluží za to, že mi zlomila ruku?“⁸⁴ Je v takové situaci možné, aby soudy rozhodly o výši náhrady škody, aniž by se přitom nedopustily porovnávání užitku mezi dvěma osobami?

Řešení nabídl Edward Stringham⁸⁵, podle něhož strany, které se dohodly na způsobu řešení sporu a předložily spor nějaké společnosti (např. arbitrážnímu centru), aby definitivně rozhodla, pak tyto strany ex ante souhlasily s pravidly soudního řízení. Stringham dodává, že „[s]oudce v takovém případě pouze vynucuje vybrané smlouvy a přisuzuje náhradu škody způsobem, na němž se dohodly všechny zúčastněné strany.“⁸⁶ Strany si pak mohou zvolit instituci, která má velmi podrobná pravidla, která poskytují soudci vodítko pro to, aby rozhodl o výši náhrady škody, nebo se mohou spolehnout čistě na morální úsudek soudce. Důležitou otázkou tak není, zda rozhodnutí soudce sníží nebo zvýší užitek jedné strany sporu, ale to, zda strany souhlasily s tím, že budou respektovat pravidla konkrétní společnosti.⁸⁷

Problém ovšem nastává v situaci, kdy spor nevychází z již existujícího smluvního vztahu mezi dvěma osobami, ale naopak jde o řešení konfliktu mezi dvěma sobě navzájem „neznámými“ osobami? Odpověď na tuto otázku je třeba zasadit do mnohem širšího pohledu na právní a soudní systém, který vychází z teorie polycentrického práva a libertariánské politické a právní filosofie, jejímž ideálem je společnost, v níž je právo,

⁸⁴ FRIEDMAN, D. D.: *The Machinery of Freedom*, Second Edition, Open Court, 1989, s. 179.

⁸⁵ STRINGHAM, E.: Market Chosen Law, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 14, No. 1 (1999), s. 70 – 76.

⁸⁶ Tamtéž, s. 73.

⁸⁷ Tamtéž, s. 74.

a tedy i rozhodování soudních sporů, poskytováno soukromými soudy. Především se vychází z toho, že libertariánská společnost je společností soukromého vlastnictví. Pokud dojde ke sporu mezi dvěma neznámými osobami na pozemku třetí osoby, je řešení sporu v jurisdikci vlastníka pozemku. V opačném případě by si každá strana sporu zvolila svého arbitra (soudce), kteří by následně zvolili předsedajícího arbitra. Na počátku takového řízení by mohlo dojít k dohodě o způsobu určení výše náhrady škody, popř. by se takové určení nechalo na volném uvážení arbitrářů.

Bez ohledu na to, v jakém systému je rozhodováno o výši náhrady škody, je třeba souhlasně s Walterem Blockem v této souvislosti poznamenat, že „(...) v každém soudním rozhodnutí je jistá míra arbitrárnosti (...). Zdá se, že zde není žádná lepší alternativa. (...) Avšak i přesto, že nám realita ukazuje své limity, to neznamená, že musíme přijmout meziosobní porovnávání užitku tam, kde existují alternativy.“⁸⁸ Chybí-li tedy stanovená kritéria (ať už ve formě dohody stran nebo ve formě závazných pravidel vypracovaných soudy), na jejichž základě bude vyčíslena náhrada za způsobenou škodu, zřejmě nezbyvá než uznat, že se soudce bude muset uchýlit ke zkoumání užitku stran sporu. V některých situacích jako např. rozhodování sporů o určení vlastnického práva, kde máme k dispozici pravidla, podle nichž lze tyto spory rozhodnout, je však nepřijatelné, aby soud rozhodoval na základě něčeho tak arbitrárního, jako jsou subjektivní náklady.

2.7 Shrnutí

V této kapitole jsem se pokusil vymezit tradiční ekonomickou analýzu práva a poukázat na některé její limity a problematická místa. Domnívám se, že z uvedeného zcela jasně vyplývá, že tento přístup je do budoucna neudržitelný. Problémy tradičního chicagského přístupu však nebyly v této kapitole vyčerpány. Za nejproblematictější místo celé ekonomické teorie práva považuji její důraz na to, aby právo bylo konstruováno tak, aby bylo dosaženo efektivního uspořádání, tj. aby maximalizovalo společenský blahobyt. Této problematice je věnována následující kapitola.

⁸⁸ BLOCK, W.: O. J.'s Defense: A Reductio Ad Absurdum of the Economics of Ronald Coase and Richard Posner, In: *European Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Issue 3 (1996), s. 277.

3. Chiméra efektivity

3.1 Úvod

Interpretace právních norem, jež by měly být aplikovány v konkrétním případě, je složitým procesem, na jehož konci mohou proti sobě stát rozdílné výklady. Soudci v takové situaci čelí nejistotě ohledně toho, jak mají určitý spor rozhodnout. Otázkou tedy je, co je oním kritériem, na jehož základě by měla být dána přednost určitému výkladu. Zastánci tradiční ekonomické analýzy práva se snaží snížit tuto nejistotu tím, že za ono kritérium považují ekonomickou efektivity (*economic efficiency*). Podle tohoto přístupu by měli soudci přistupovat k rozhodování jednotlivých případů a zákonodárce k tvorbě práva takovým způsobem, aby v co největší míře maximalizovali bohatství ve společnosti.⁸⁹

Ekonomie blahobytu (*welfare economics*), jež je základem ekonomické analýzy práva, se snaží poskytnout ekonomická kritéria, na jejichž základě by bylo možné hodnotit společenské instituce podle toho, zda jsou *efektivní*. O konkrétní situaci či uspořádání můžeme prohlásit, že je efektivní, jestliže vzácné zdroje jsou alokovány tak, že je jejich hodnota maximalizována.⁹⁰ Ve vztahu k právu pak můžeme o právním institutu či soudním rozhodnutí říct, že jsou efektivní, jestliže zvyšují bohatství ve společnosti. V rámci ekonomické analýzy práva existují dvě teorie efektivity. První z nich je tzv. *pozitivní* teorie efektivity, podle níž soudci v rámci angloamerického common law rozhodovali se záměrem zvyšovat bohatství ve společnosti. Zastánci *normativní* teorie efektivity jdou však dále a tvrdí, že právo by mělo být konstruováno tak, aby bylo dosaženo co možná nejefektivnějšího uspořádání. Tyto teorie se navzájem doplňují. Rozdíl spočívá pouze v tom, že normativní ekonomická analýza práva má ambici dodat právu společenský cíl, jímž má být právě ekonomická efektivity.⁹¹

V této souvislosti se nabízejí dvě otázky, na něž se bude soustředit tato kapitola. Předně je třeba zodpovědět otázku, co se rozumí ekonomickou efektivity a jaká jsou kritéria, podle nichž lze určit, který z právních institutů vede k maximalizaci bohatství. V průběhu dvacátého století přišli ekonomové s mnoha kritérii, na jejichž základě by

⁸⁹ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C.: *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004, s. 20.

⁹⁰ POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010, s. 16

⁹¹ RICHTER, T.: *Insolvenční právo*, Praha: ASPI (Wolters Kluwer), 2006, s. 58.

bylo možné zhodnotit, zda ta či ona transakce je efektivní. Za všechny lze jmenovat dvě nejvýznamnější, totiž Paretovo kritérium a Kaldor-Hicksovo kritérium. Druhou, avšak mnohem důležitější, otázkou je, zda by tvorba práva, ať již zákonodárná či soudcovská, měla být plně podřízena efektivnosti, a nikoliv jiným kritériím jako např. obecným principům spravedlnosti.

Ještě než přistoupím k analýze problémů souvisejících s ekonomikou blahobytu a pojmem ekonomické efektivnosti, považuji za vhodné upozornit na jednu chybnou představu, která je v rámci ekonomické literatury o právu velmi častá. V rámci ekonomické analýzy práva se totiž vytvořila představa o dokonalosti právního řádu, který je tvořen právními normami, jež jsou samy o sobě ideální z pohledu kritérií ekonomické efektivnosti.⁹² Jinými slovy jsou-li zákony konstruovány tak, aby zvyšovaly společenský blahobyt, automaticky se předpokládá, že celý právní řád bude efektivní. Domnívám se, že mnozí autoři tak přehlížejí důležitý fakt, že efektivnost práva je závislá na efektivnosti a účinnosti jeho vymáhání. Vymáhání práva je ovšem dále závislé na tradicích, zvycích a respektu, který mají lidé k jeho institucím. Chybí-li tak v právním řádu instituce, které by zajistily účinné vymáhání právních norem, a mezi lidmi se plně nerozvinul respekt k základním právním institutům, jakými jsou svoboda smlouvy a soukromé vlastnictví, pak mohou být právní normy sebedokonalejší, avšak vytouženého cíle nebude nikdy dosaženo.

3.2 Ekonomie blahobytu a její limity

Jak bylo uvedeno výše, ekonomie blahobytu se snaží poskytnout ekonomická kritéria pro posouzení efektivnosti určité konkrétní situace. Ekonomie blahobytu je však značně problematičtější, neboť pracuje s pojmy, které jsou nejednoznačné, a velmi často její závěry odporují základním ekonomickým principům. Není proto překvapující, že rakouští ekonomové, kteří si vždy uvědomovali limity ekonomické vědy, byli k ideji ekonomie blahobytu velmi skeptičtí. Za vše mluví následující Hayekův výrok:

„Dětské pokusy poskytnout základ pro „správné“ jednání tím, že se změní relativní užítky nebo uspokojení různých lidí, jednoduše nelze brát vážně. (...) Zdá se však, že většina ekonomů začíná nahlížet, že celá

⁹² TULLOCK, G.: Two Kinds of Legal Efficiency, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1979 – 1980), s. 663.

takzvaná ekonomie blahobytu, která troufale zakládá svoji argumentaci na porovnávání zjistitelných užiteků mezi jednotlivými osobami, postrádá jakýkoliv vědecký základ. Skutečnost, že tito ekonomové mohou posoudit, která z mnoha potřeb dvou či více známých lidí je důležitější, nedokazuje to, že k tomu existuje jakýkoliv objektivní základ, ani to, že můžeme vytvořit takové představy o lidech, které jednotlivě neznáme. Představa, že bychom mohli založit donucovací jednání vlády na takovýchto smyšlenkách, je zcela absurdní.⁹³

Z uvedeného výroku vyplývá, že se ekonomie blahobytu musí vypořádat s tzv. informačním problémem.⁹⁴ K tomu, aby bylo možné vyřešit tzv. ekonomický problém, tedy racionální alokaci omezených zdrojů mezi jednotlivce efektivním způsobem, je zapotřebí mít k tomu dostatečné informace. Totéž platí pro jak soudní rozhodování, tak pro činnost zákonodárce. Aby soudce mohl rozhodnout případ ve jménu efektivnosti, musel by mít k dispozici informace o nákladech, které nesou strany sporu či o všech možných důsledcích svého rozhodnutí pro tyto konkrétní strany, a ty by pak musel být schopen navzájem porovnat. Problémem ovšem je, že tyto relevantní informace jsou však široce rozptýlené (*widely dispersed*) mezi nesčetné množství jednotlivců. Je tedy nemožné, aby jediná osoba (např. soudce) měla k dispozici všechny ty informace, které mají jednotlivci a které uplatňují ve svých lokálních podmínkách. Tato nemožnost shromáždit relevantní informace pak klade obrovské limity na možnost centrálního plánování, rozhodování ve velkých korporacích a v konečném důsledku i na rozhodování soudců ve jménu ekonomické efektivnosti.

Informační problém však není jediným, který trápí ekonomii blahobytu. Murray Rothbard poznamenává, že „problémem ekonomie blahobytu vždy bylo, že se ekonomové snažili nalézt cestu jak obejít omezení ekonomie, a činit tak etická, a zejména politická, prohlášení přímo.“⁹⁵ Podobně se zastánci tradiční ekonomické analýzy práva snaží obejít tzv. Humovu tezi, podle níž není možné odvodit normativní závěr z čistě deskriptivních premis, a na základě analýzy příjmů a nákladů dávat přímá doporučení pro právní reformu, která by z práva učinila efektivnější systém, aniž by

⁹³ HAYEK, F. A.: *Law, Legislation, and Liberty*, London and New York: Routledge, 2013, s. 525.

⁹⁴ Friedrich Hayek vyjádřil tuto myšlenku již v práci *The Use of Knowledge in Society* z roku 1941.

⁹⁵ ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 45.

museli odvodit a hájit morální základy efektivnostní normy. Aby však tato efektivnostní norma měla přesvědčivý argumentační základ, je nezbytné, aby právníci-ekonomové buď našli způsob, který umožňuje odvodit normativní koncept z čistě faktických premis, nebo aby obhájili tento normativní koncept na základě apriorní argumentace. Ať už tak či onak, má-li být tedy konečným cílem práva maximalizace bohatství ve společnosti, jak hlásají zastánci ekonomické analýzy práva, je nezbytné, aby se takovému tvrzení dostalo morálního ospravedlnění.

Tím problémy nekončí. Z předchozích kapitol je dále zřejmé, že hodnoty, užitek a náklady jsou čistě subjektivními veličinami, které nemohou být měřeny, porovnávány či agregovány. Celý trik tak spočívá v tom, že jakékoliv kritérium efektivnosti musí být v souladu s principy metodologického individualismu, metodologického subjektivismu a všemi nutnými závěry, které z těchto principů vyplývají. Rovněž důraz na dynamickou povahu společnosti a vývoje pravidel musí být nedílnou součástí efektivnostních kritérií.⁹⁶ Navíc, aby ekonomie blahobytu byla stále považována za oblast *ekonomické* vědy, musí se vyvarovat etických soudů či, jinými slovy, musí zůstat hodnotově neutrální. Jak uvidíme dále, pouze rakouská teorie efektivnosti je plně v souladu s těmito požadavky.

3.3 Pojem ekonomické efektivnosti

Pojem ekonomické efektivnosti je velmi nejednoznačný a budí mnoho rozpaků. Jak bylo uvedeno výše, obecně se jí rozumí taková alokace vzácných zdrojů, z níž společnost získává nejvíce, jinými slovy dochází k maximalizaci jejich hodnot. V ekonomické literatuře se dále poznamenává, že jde o vztah mezi prostředky a cíli.⁹⁷ To lze demonstrovat na následujícím příkladu. Pokud jedinec zvolí určité prostředky či způsob jednání, o nichž se domnívá, že povedou k dosažení jím zvolených cílů, pak o takovém jednání můžeme říct, že je efektivní, pokud skutečně dojde k dosažení účelu, jež byl jednáním sledován. Platnost takového tvrzení je ovšem omezena pouze na jednání jedné osoby. Situace se stává komplikovanější, vezmeme-li v úvahu skutečnost, že společnost je tvořena nesčetným množstvím jedinců, kteří nám nejsou známi. Představme si totiž situaci, kdy jedna osoba dosáhne svého cíle a její jednání označíme

⁹⁶ KIRZNER, I. M.: Welfare Economics: A Modern Austrian Perspective, In: KIRZNER, I. M.: *The Meaning of Market Process. Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, New York and London: Routledge, 1992, s. 181.

⁹⁷ HEYNE, P.: Efficiency. Dostupné na <http://www.econlib.org/library/Enc/Efficiency.html>.

jako efektivní, druhá osoba však bude mít tu smůlu, že zvolila nesprávné prostředky, které nevedly k uspokojení jejích preferencí. Jednání druhé osoby bylo tedy neefektivní. Můžeme o takové situaci prohlásit, že je efektivní? Je možné, abychom agregovali informace o tom, že dvě osoby jednaly tak, jak jednaly, přičemž jedna osoba dosáhla uspokojení svých preferencí a druhá nikoliv, a dosáhli závěru, že tento stav je efektivní?

Vzpomeňme, že rakouští ekonomové definují lidské jednání jako cílevědomé (účelové) chování, kdy jedinec volí prostředky k dosažení svých cílů (účelu jednání). S ohledem na tuto definici pak z uvedeného příkladu vyplývá jedna zásadní skutečnost, a to, že ekonomická efektivnost je relativním konceptem, neboť má smysl pouze ve vztahu ke konkrétním cílům, jejichž dosažení sledují konkrétní jednotlivci.⁹⁸ Vzhledem k tomu, že ekonomická efektivnost vyjadřuje pouze vztah mezi prostředky či nástroji, které mají jednotlivci k dispozici při dosahování svých cílů, postrádá takový koncept smysl ve vztahu ke společnosti.

V rámci politické ekonomie a ekonomické analýzy práva pracují někteří právníci-ekonomové s pojmem bohatství společnosti či společenského blahobytu (*social welfare*), jímž se obecně rozumí souhrn užiteků všech jednotlivců.⁹⁹ Zde je však problémem subjektivita užitku a nemožnost agregovat užitky či uspokojení jednotlivců v rámci jedné užitkové funkce. Je třeba si totiž uvědomit, že z principu metodologického individualismu vyplývá, že pouze jedinci mohou mít cíle a pouze oni mohou cílevědomě jednat. Cíle a preference každého člověka jsou jedinečné v tom, že pouze on může sledovat jejich dosažení a pouze on může posoudit, zda jeho užitek vzrostl či nikoliv. Koncept společenského blahobytu se tak přičí principům metodologického individualismu a subjektivismu.

3.4 Od Paretova ke Kaldor-Hicksovu kritériu

Prvním z kritérií, které slouží k posouzení, zda je transakce efektivní, je princip alokativní či Paretovy efektivnosti. Nejprve si vyjasníme terminologii. Předně se hovoří o principu tzv. Paretovy nadřazenosti (*Pareto superiority*), podle něhož je jedna alokace zdrojů nadřazená jiné, jestliže se zvýší blahobyt (užitek) alespoň jedné osoby, aniž by se

⁹⁸ RIZZO, M. J.: Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Lexington Books, 1979, s. 71.

⁹⁹ SHAVELL, S.: *The Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, s. 597.

snížil blahobyt (užitek) žádné jiné osoby. Pokud se taková změna uskuteční, pak jde o tzv. Paretovo zlepšení (*Pareto improvement*). Konečně pojem alokativní či Paretovy efektivity (*Pareto efficiency/optimality*) označuje situaci, v níž nejsou možná žádná další Paretova zlepšení. Z uvedeného vyplývá, že zatímco pojem Paretova zlepšení je koncept dynamický, neboť analyzuje postupné změny, Pareto optimalita je analýzou konečného stavu, a tedy jde o koncept statický.¹⁰⁰

Toto kritérium lze demonstrovat na příkladu svobody smlouvy. Jestliže se dvě osoby rozhodnou uzavřít smlouvu, pak obě tyto osoby očekávají, že uzavření smlouvy jim zvýší užitek, čímž dojde k Paretovu zlepšení. V takovém případě je možné říci, že se - ex ante - zvýšil "společenský užitek". Zda skutečně dojde ke zvýšení ex post užitku, je však jinou otázkou. Samozřejmě není vyloučeno, že by se jedna či dokonce obě strany mohly dopustit omylu a uzavřít smlouvu, která bude pro ně v konečném důsledku nevýhodná. V každém případě můžeme konstatovat, že bude-li smlouva výhodná alespoň pro jednu stranu a druhá strana na uzavření smlouvy „neprodělá“, pak uzavření této smlouvy bude Pareto zlepšením.

Výhodou tohoto kritéria je, že se nedopouštíme porovnávání užitku mezi dvěma osobami.¹⁰¹ Naopak nevýhodou je, že tato analýza je založena na jednom velmi důležitém předpokladu, a to, že nebereme v úvahu vliv této transakce na třetí osoby, které se jí neúčastní. V praxi bude totiž nesmírně obtížné zjistit, zda konkrétní transakce má vliv na třetí osoby, resp. bude téměř jisté, že vliv bude mít, ale bude téměř nemožné tento vliv analyzovat či dokonce spočítat. Připomeňme si zde slova F. A. Hayeka, který hovořil o problému rozptýlených informací. Aby bylo možné posoudit, zda určité jednání či změna v právním řádu je zlepšením ve smyslu Paretova efektivity kritéria, musel by jakýsi vševědoucí pozorovatel mít k dispozici všechny relevantní informace. V reálném světě jsou však tyto informace rozšířené mezi nesčetné množství jednotlivců a nikdy neexistují v koncentrované podobě.¹⁰²

¹⁰⁰ LAWSON, G.: Efficiency and Individualism, In: *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 1 (1992 – 1993), s. 87.

¹⁰¹ Obě strany si samy podle svých subjektivních kritérií posoudí, zda jim uzavření smlouvy přináší užitek či nikoliv. K žádnému mezosobnímu porovnávání užitku tedy nedochází. Při implementaci Paretova kritéria v praxi však soudce bude muset znát subjektivní škály preferencí obou jednotlivců, aby posoudil, zda určitá osoba dosáhla zvýšení nebo snížení užitku.

¹⁰² HAYEK, F. A.: The Use of Knowledge in Society, In: HAYEK, F. A.: *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, 1948, s. 77.

Ekonomická analýza práva proto od tohoto konceptu upouští a nahrazuje jej tzv. kompenzačním principem neboli Kaldor-Hicksovým kritériem efektivity. Domnívám se, že jedním z důvodů, proč tak zastánci tradičního přístupu činí, je již zmíněná nirvánová analýza. Je to přesně ten typ analýzy, který vede k teoriím o tržních selháních a který umožňuje právníkům-ekonomům srovnávat reálný svět se světem dokonalé tržní rovnováhy, jejíž podmínky jsou v realitě nedosažitelné. Jakmile jim tato analýza „potvrdí“, že lidé v konkrétní oblasti systematicky chybují, je otevřen prostor pro právní regulaci, různé podmínky, příkazy a zákazy. Paretovo kritérium efektivity je proto z pohledu tradiční ekonomické analýzy práva nevhodné, a její zastánci se tak uchylují k tzv. Kaldor-Hicksovu kritériu efektivity jako nástroji právní regulace.

3.5 Kaldor-Hicksovo kritérium efektivity a princip maximalizace bohatství

Moderní ekonomická analýza práva vychází z tzv. Kaldor-Hicksova kritéria efektivity. Na úvod trocha terminologie. Podle Kaldor-Hicksova kritéria je jedna situace efektivnější než jiná, jestliže osoby, jimž se zvýšil užitek v rámci určité transakce, jsou *schopny* plně kompenzovat ty, jejichž užitek naopak poklesl. Jinými slovy nárůst užítku těch, kteří „získali“, převyšuje pokles užítku těch, kteří v důsledku změny „ztratili“. Kompenzace je však pouze hypotetická a ve skutečnosti k ní nemusí vůbec dojít.

Již na první pohled je očividné, že problém spočívá v tom, zda kompenzace bude poskytnuta. Základem teorie blahobytu je totiž možnost posouzení, zda skutečně došlo ke zvýšení užítku jednotlivce či nikoliv. Jeffrey Herbener v tomto ohledu dodává, že „dokud kompenzace skutečně neproběhla, pak je nemožné odvodit z pouhého faktu, že došlo k nárůstu reálného příjmu, zda pokles *užitku* jiných osob může být větší po vyrovnání *peněžní* kompenzací.“¹⁰³ Kaldor-Hicksovo kritérium je tak v rozporu již samotnými základy teorie blahobytu, která zkoumá, zda skutečně došlo ke zvýšení užítku či blahobytu.

Kaldor-Hicksovo kritérium dále zahrnuje tzv. princip maximalizace bohatství (*wealth maximization principle*), jehož zastáncem je právě soudce Richard Posner.¹⁰⁴

¹⁰³ HERBENER, J.: The Pareto Rule and Welfare Economics, In: *Review of Austrian Economics*, Vo. 10, No. 1 (1997), s. 95.

¹⁰⁴ SCHÄFER, H.-B., OTT, C.: *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004, s. 31.

Posner ale nahrazuje pojem užitek jiným pojmem, konkrétně „hodnotou“ či „bohatstvím“, jehož ekvivalentem jsou objektivně měřitelné peněžní jednotky.¹⁰⁵ Princip maximalizace bohatství potom znamená, že alokace zdrojů je efektivní, jakmile již není možné zvýšit bohatství společnosti, což nastává v situaci, kdy jsou práva (např. vlastnická práva) v rukou těch, kteří je hodnotí nejvíce, tj. těch, kteří jsou ochotni za ně zaplatit nejvíce (*willing to pay*).¹⁰⁶ Toto kritérium se však nevyhýbá nepřípustnosti porovnávání užitku mezi dvěma osobami, pouze tento problém maskuje do otázky porovnání objektivně měřitelných peněžních jednotek. Podobně jako u Paretova optima i zde musí soudce znát preferenční škálu těch osob, jež mají být kompenzovány. Jak správně poznamenává Rothbard: „(...) ze samotné povahy škály užitku vyplývá, že něco takového je naprosto nemožné. Kdo ví, co se děje na užitkové škále jiného člověka.“¹⁰⁷

3.5.1 Význam cen pro soudní rozhodování

Dalším problémem, který sužuje princip maximalizace bohatství, je role cen při soudním rozhodování. Abychom mohli porovnat jeden stav vůči druhému s ohledem na příjmy a ztráty, musíme mít k dispozici tržní ceny. Bez existence cen nemůžeme říci, zda určitá transakce maximalizuje bohatství, neboť to může být vyjádřeno pouze (podle Posnera) v cenách. Právní filosof Jules L. Coleman tak uzavírá, že „pouze transakce, jež zahrnují ceny, mohou maximalizovat bohatství.“¹⁰⁸ Z toho jasně vyplývá, že transakce, jež zahrnují směnu zboží (tzv. barter) nemohou maximalizovat bohatství.

Zůstaňme ještě u role cen a jejího vlivu na soudní rozhodování, neboť problémy nejsou vyčerpány. Představme si situaci, kdy Jan (nedbalostně) zničí motocykl Petra. Soudce v takovém případě musí rozhodnout, která ze stran odpovídá za ztrátu motocyklu, resp. komu svědčí právo poškodit motocykl. Soudce by měl dosáhnout takového rozhodnutí, jež bude maximalizovat bohatství ve společnosti. K tomu dospěje na základě analýzy „ochoty platit“ obou stran sporu. V takové situaci pak může soudce určit „ochotu platit“ obou stran například takovým způsobem, že se podívá na ceny

¹⁰⁵ POSNER, R. A.: Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (1979), s. 119.

¹⁰⁶ Tamtéž, s. 121.

¹⁰⁷ ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 48 – 49.

¹⁰⁸ COLEMAN, J. L.: Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), s. 524.

v rámci tržních transakcí.¹⁰⁹ Vzhledem k tomu, že k žádné tržní transakci nedošlo, se při absenci skutečných cen musí soudce uchýlit k tomu, že bude „napodobovat trh“ (*mimic the market*), jinými slovy podívá se na obvyklé tržní ceny.¹¹⁰ Problém s touto metodou ovšem je, že takové ceny jsou ceny minulé. Jak Ludwig von Mises poznamenává:

„Všechny ceny jsou ceny minulé. Jsou to fakta ekonomické historie. (...) Zkušenosti ekonomické historie nám neřkají nic víc než to, že dvě strany A a B spolu uzavřely v konkrétní okamžik a na konkrétním místě smlouvu o prodeji určitého množství zboží výměnou za určité množství peněžních jednotek.“¹¹¹

Z uvedeného vyplývá, že jestliže dvě strany v minulosti uzavřely určitou transakci, neznamená to, že tato cena bude navždy žádoucí. Neexistuje nic takového jako je konstantní ochota platit, která by byla v čase neměnná.¹¹² Určování toho, kolik jsou lidé ochotni zaplatit tímto způsobem, nemůže být tak nic jiného, než „věštěním z křišťálové koule“, které soudce v žádném případě neopravňuje k tomu, aby výlučně na tomto základě rozhodl konkrétní spor.

Neduhy této metody jsou mnohem viditelnější, jakmile vezmeme v potaz situaci, kdy neexistují žádné tržní ceny. Gerald O'Driscoll argumentuje¹¹³, že skutečným problémem, s nímž se musí zastánci „hypotetického trhu“ vypořádat, je problém tzv. ekonomické kalkulace. Působení soudců, rozhodují-li na základě doporučení ekonomické analýzy práva, do značné míry připomíná působení socialistických centrálních plánovačů, kteří se v systému bez vlastnických práv pokoušeli centrálně řídit ekonomickou výrobu. Byl to však Ludwig von Mises, který již v roce 1920 poukázal na nemožnost racionální ekonomické kalkulace v socialistickém uspořádání

¹⁰⁹ STRINGHAM, E.: Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 4, No. 2 (2001), s. 42.

¹¹⁰ POSNER, R. A.: Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (1979), s. 120.

¹¹¹ MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006, s. 327.

¹¹² Podobně v této souvislosti argumentuje Jules L. Coleman, který poznamenává, že nutným předpokladem pro uplatnění Kaldor-Hicksova kritéria jsou „stálé ceny“, které se však v reálném světě nevyskytují. Blíže viz COLEMAN, J. L.: Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), s. 524.

¹¹³ O'DRISCOLL, G.: Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment of Fried, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1980), s. 359.

společnosti.¹¹⁴ Misesův argument má ve stručnosti následující podobu: Řešením tzv. ekonomického problému je v systému volného trhu cenový mechanismus, neboť ceny v sobě obsahují informace o tom, kolik jsou lidé ochotni zaplatit za určitý statek či službu. Existence cen je možná pouze v systému, v němž existuje soukromé vlastnictví. V socialistické ekonomice, kde neexistuje soukromé vlastnictví výrobních prostředků, tak ceny nemohou vzniknout a racionální ekonomická kalkulace není možná. Soudce tak při absenci tržních cen postrádá jediné možné vodítko k lidským preferencím a informaci, kolik jsou lidé ochotni zaplatit za konkrétní statek či právo.

Misesův argument má ovšem ještě další významné implikace. Je zřejmé, že maximalizace má smysl pouze v systému jasně definovaných majetkových práv. Ochota platit je závislá na tom, kdo má vlastnické (či jiné majetkové) právo. Strigham a White se ptají: „Jak je možné, aby ochota platit určovala, komu případnou vlastnická práva, jestliže vlastnická práva určují naši ochotu platit?“¹¹⁵ Máme zde co do činění s kruhovou argumentací. Dovedeme-li tento argument do všech důsledků, pak nám ekonomická teorie práva neodpovídá na otázku, komu by mělo být prvotně přiděleno vlastnické právo. Je tak evidentní, že princip maximalizace bohatství nemůže sloužit jako pravidlo pro určení prvotního přidělení vlastnických práv (*initial assignment of rights*).¹¹⁶

3.5.2 Skrytí kostlivci

Situace je však mnohem horší, než se zdá. Ekonomická analýza práva vyznívá velmi nepříznivě pro některé skupiny jednotlivců. Podle Posnerova principu maximalizace bohatství by měla být práva alokována tak, že budou v rukou těch, kdo je za ně ochotni platit nejvíce. Je třeba si ale uvědomit, že tzv. „ochota platit“ je nutně závislá na „možnosti platit“ (*ability to pay*). Důsledkem toho pak je, že normativní

¹¹⁴ MISES, L.: *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*, In: HAYEK, F. A. (ed.): *Collectivist Economic Planning*, London: Routledge and Paul Kegan Ltd., 1963, s. 87 – 130.

¹¹⁵ STRINGHAM, E., WHITE, M. D.: *Economic Analysis of Tort Law: Austrian and Kantian Perspectives*, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Austrian Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, str. 378.

¹¹⁶ Posner sice hovoří o tom, že z principu maximalizace bohatství vyplývá, že individuální práva, jimiž rozumí právo na život, právo ke svobodě a právo k vlastní práci, budou přidělena svým „přirozeným vlastníkům“. Posner již ale mlčí o tom, kdo jsou těmito přirozenými vlastníky a jakým způsobem by mělo být určeno toto vlastnictví. Viz POSNER, R. A.: *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1, (1979 – 1980), s. 127.

ekonomická analýza a priori upřednostňuje bohaté před chudými.¹¹⁷ Jestliže určitá transakce je společensky efektivní a maximalizuje bohatství, pak je žádoucí a měla by být uskutečněna bez ohledu na „nepříznivé“ důsledky pro některé jednotlivce.

Tento problém lze demonstrovat na následujícím příkladu.¹¹⁸ Předpokládejme, že Jan chce hrát basketbal uprostřed noci tak, aby mohl rušit svého souseda Petra, který chce naopak klidný spánek. Petr je značně bohatý, naopak Jan v životě strádá. Petr je v takové situaci ochoten zaplatit za právo na klidný spánek mnohem více, než je Jan ochoten zaplatit za právo na hru basketbalu uprostřed noci. Tiché sousedství je tak efektivní. Jestliže ale změníme situaci a z Jana učiníme bohatého člověka, kdežto z Petra se stane chudák, výsledek bude opačný. Hraní basketbalu uprostřed noci bude efektivní. Je však společnost, v níž je dovoleno hrát basketbal v noci a rušit sousedy nějak bohatší než společnost, kde je preferován klidný spánek? Z uvedeného příkladu jasně vyplývá, že efektivnost určitého uspořádání je plně závislá na velikosti majetku konkrétního jednotlivce.

Může se dokonce vyskytnout situace, kdy v otroctví bude spatřována maximalizace bohatství ve společnosti. Walter Block dokonce upozorňuje na případ, kdy zavraždění velmi chudého člověka nějakým miliardářem může být shledáno společensky efektivním.¹¹⁹ Tyto příklady jenom ukazují, kam až může vést Posnerův princip maximalizace bohatství. Z uvedeného je více než zřejmé, že Kaldor-Hicksovo kritérium a princip maximalizace bohatství, jež stojí v samotném základu tradiční ekonomické analýzy práva, jsou chybnými a morálně značně kontroverzními kritérii, a nemohou tak obstát jako vodítko pro soudcovské rozhodování či tvorbu práva.

3.6 Je právo skutečně efektivní?

Předchozí řádky pojednávaly o kritériích, na jejichž základě by měly být tvořeny efektivní kogentní a dispozitivní normy a podle nichž by měli soudci v rámci rozhodování sporů dosahovat výsledků maximalizujících blahobyť. Mnoho odborných článků však bylo věnováno otázce, zda právo je skutečně efektivní či nikoliv. Nutno

¹¹⁷ Viz např. BAKER, C. E.: The Ideology of the Economic Analysis of Law, In: *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, No. 1 (Autumn 1975), s. 3 – 48.

¹¹⁸ Příklad je převzat z článku STRINGHAM, E., WHITE, M. D.: Economic Analysis of Tort Law: Austrian and Kantian Perspectives, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Austrian Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, str. 379.

¹¹⁹ BLOCK, W.: O. J.'s Defense: A Reductio Ad Absurdum of the Economics of Ronald Coase and Richard Posner, In: *European Journal of Law and Economics*, Vol. 3, No. (1996), str. 270.

dodat, že tyto teorie se v drtivé většině případů zabývají pouze angloamerickým právem.

Richard Posner tvrdí¹²⁰, že angloamerické common law lze nejlépe vysvětlit jako snahu soudů, byť ne explicitní, o dosažení ekonomické efektivity. Základní otázkou tak je, co je oním mechanismem, který vede k tomu, že soudci „vytvářejí“ efektivní pravidla. Důvodem pro tuto tendenci k efektivity může být, že soudci měli jednoduše preference dosahovat efektivity. Posner jako možný důvod pro toto tvrzení uvádí¹²¹ skutečnost, že na počátku 19. století převládala utilitaristická filosofie, z čehož vyplývá, že se soudci snažili implicitně dosáhnout efektivních rozhodnutí. Jakkoliv tato teorie zní zajímavě, je v podstatě netestovatelná.

Ekonom Paul Rubin přišel s jinou teorií.¹²² Rubin argumentuje, že efektivní pravidla povedou k tomu, že spory budou s větší pravděpodobností řešeny dohodou mezi stranami, kdežto neefektivní pravidla povedou k tomu, že se strany uchýlí k soudnímu řešení sporu. Efektivní právní pravidla se rozvinou v rámci soudního rozhodování, čímž dojde ke snížení incentív pro budoucí soudní spory. V rámci soudního řešení pak záleží na tom, jak velký zájem má konkrétní strana na vítězství a kolik je některá ze stran ochotna investovat do soudního řešení. V konečném důsledku jsou to pak jednotlivci a jejich rozhodnutí maximalizovat vlastní užitek, která se podílejí na celkové efektivity angloamerického práva a nikoliv snaha soudů shora implementovat rozhodnutí, jež povedou k maximalizaci bohatství.

Rakouští ekonomové pohlízejí na tyto teorie velmi skepticky. Jedno je však jisté. Ať už soudci rozhodovali ve jménu čehokoliv, rozhodně tak nečinili ve jménu dosažení efektivnějšího uspořádání. Jejich primárním úkolem bylo především nastavit jednoznačný a předvídatelný právní rámec, který by umožnil jednotlivcům účastnit se dobrovolných transakcí, aniž by do nich museli soudy přehnaně intervenovat.¹²³

¹²⁰ POSNER, R. A.: The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), s. 487 – 507.

¹²¹ Tamtéž, s. 506.

¹²² RUBIN, P. H.: Why is the Common Law Efficient?, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (1977), str. 51.

¹²³ ARANSON, P. H.: The Common Law as Central Economic Planning, In: *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, No. 2 (1992), s. 302.

3.7 Rakouská teorie blahobytu

V literatuře moderní rakouské ekonomie můžeme rozlišovat dvě rozdílné teorie standardů ekonomického blahobytu. Autorem první z nich je Murray Rothbard, druhou vypracoval o něco později Israel Kirzner. Nejedná se však o dvě teorie, které by se vylučovaly, ale naopak jde o dvě pojetí, která se navzájem doplňují. Spojujícím prvkem těchto teorií je především důraz na subjektivní hodnocení a preference a metodologický individualismus.

Murray Rothbard vychází z individuálního hodnocení a subjektivních preferencí jakožto základu teorie blahobytu. Jeho koncepce do jisté míry vychází z Paretova kritéria efektivnosti, podle nějž je transakce efektivní, jestliže alespoň u jedné osoby dojde ke zvýšení užitku, aniž by došlo ke snížení osoby jiné osoby. Jak ale víme, tento koncept trpí tím problémem, že nebere v potaz užitky a preference osob, které se dané transakce neúčastní. Rothbard proto zavádí koncept demonstrovaných preferencí, který zní takto: „Skutečná volba odhaluje, resp. demonstruje preference jednotlivce, tj. jeho preference mohou být odvozeny z toho, jakou učinil volbu v rámci jednání.“¹²⁴ Každý člověk tak jedná podle svých preferencí, čímž dává najevo, které jednání mu přináší uspokojení a které nikoliv. Je-li svobodná tržní transakce učiněna dobrovolně oběma stranami, pak z praxeologického hlediska můžeme říct, že obě strany dosáhnou zvýšení svého užitku, resp. ex ante to očekávají. Koncept demonstrovaných preferencí nám v takovém případě říká, že jsou pro nás důležité konkrétní činy jednotlivců, a nikoliv nevyslovené myšlenky, touhy a pocity jiných stran, které se transakce neúčastnily.¹²⁵

Z pohledu rakouské ekonomie a jejích metodologických tezí je však málo toho, co bychom mohli říct o zvýšení či snížení společenského užitku. Rothbard poznamenává, že „svobodný trh je označením pro všechny dobrovolné směny, ke kterým dochází na tomto světě. Jestliže každá směna demonstruje zvýšení užitku pro obě strany, musíme uzavřít, že svobodný trh prospívá všem svým účastníkům. Z hlediska ekonomie

¹²⁴ ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 18.

¹²⁵ Rothbard používá zejména argument závidění. Představme si transakci, kterou svobodně učiní dvě strany, ale která pohoršuje nějakou třetí osobu. Z hlediska demonstrovaných preferencí nás takový postoj nezajímá, neboť jen stěží můžeme zjistit, co si někdo jiný o transakci myslí, když své preference nedemonstroval svým jednáním. To se zdá vcelku logické a přijatelné. Rothbard se již bohužel nezabývá argumentem, kdy v rámci tržní konkurence může dojít ke snížení příjmu, a tedy i užitku. To může nastat například v situaci, kdy se do města, v němž působí pouze jediný pekař, přistěhuje nový pekař, v důsledku čehož může dojít ke snížení příjmu původního pekaře. Ačkoliv taková „škoda“ může být značná, podle libertariánů je eticky a právně irelevantní, neboť stávající pekař nevlastní své zákazníky, a nemá tak právo si je udržet.

blahobytu můžeme jinými slovy říct, že svobodný trh zvyšuje společenský užitek.“¹²⁶ Z uvedeného vyplývá, že donucující jednání (*coercive act*) nemůže zvyšovat „společenský užitek“.¹²⁷

Je třeba dodat, že Rothbard zde mluví o užitku *ex ante*, nikoliv o skutečném zvýšení užitku *ex post*. Klíčovou otázkou tak pro Rothbarda zůstává, zda volný trh skutečně zvětšuje užitek jednotlivců, kteří dobrovolně vstupují do tržních transakcí. Není totiž vyloučeno, že se jednatel může dopustit chyby a jeho jednání bude ve skutečnosti znamenat snížení jeho užitku. Podle Rothbarda má však svobodný trh *tendenci* zvyšovat *ex post* užitek protože je konstruován tak, že chyby jsou redukovány na minimum. Tato minimalizace chyb je způsobena jednak tím, že jednotlivci disponují schopností učit se ze svých vlastních chyb, ale také tím, že trh obsahuje mechanismus, který umožňuje podnikatelům zjistit, zda uspěli ve svém úkolu uspokojit preference svých zákazníků.¹²⁸

Podobně jako Rothbard vychází i Kirzner z metodologického individualismu a subjektivismu a dospívá k závěru, že koncept společenské efektivnosti je prázdným pojmem. Na rozdíl od Rothbarda zdůrazňuje Kirzner v rámci své verze ekonomie blahobytu význam rozptýlených informací. Pro Kirznerův systém je ústřední pojem koordinace.¹²⁹ Uveďme si tento pojem na následujícím příkladu. Dvě osoby, které vstoupily do jednání o smlouvě, nakonec smlouvu neuzavřou. Z pohledu klasické ekonomie blahobytu bychom nemohli říct, zda došlo ke snížení společenského blahobytu či efektivní alokaci zdrojů. Avšak z hlediska principu koordinace bychom mohli říct, že nedošlo ke koordinaci dvou individuálních plánů. Společenské systémy by tak měly být analyzovány a hodnoceny na základě toho, zda umožňují koordinaci plánů jednotlivců, kteří používají různé prostředky k tomu, aby dosáhli svých cílů.

Je zřejmé, že Rakouští ekonomové odmítají koncepty společenské efektivnosti a společenského blahobytu jako prázdné pojmy, neboť jim v našem světě neodpovídá nic

¹²⁶ ROTHBARD, M. N.: *Praxeology, Value Judgments, and Public Policy*, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 99.

¹²⁷ Pojem společenského užitku je třeba brát v Rothbardově pojetí s velkou nadsázkou. Sám si byl moc dobře vědom, že nic takového jako společenský blahobyt neexistuje a že ekonom může smysluplně hovořit pouze o užitku ve vztahu ke konkrétnímu jednotlivci. I proto také Rothbard vystavěl svoji obhajobu svobodné společnosti a volného trhu na etických principech, a nikoliv na pochybném konceptu společenského užitku.

¹²⁸ ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005, s. 96 – 101.

¹²⁹ KIRZNER, I. M.: *Welfare Economics: A Modern Austrian Perspective*, In: Kirzner, I. M.: *The Meaning of Market Process. Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, London and New York: Routledge, 1992, s. 185.

reálného. Na místo toho vycházejí ze skutečnosti, že pouze volba učiněná svobodně jednajícím člověkem může odhalit jeho preference. Společenský systém může být označen jako efektivní, pokud umožňuje lidem sledovat různé cíle v rámci svých plánů, které nejsou známy jedné bytosti/organizaci. Nutno si však uvědomit, že tyto individuální plány mohou kolidovat, což může vyústit v obecnou nekoordinovanost. Právo v takovém případě hraje naprosto klíčovou roli. Pouze právní řád, který umožňuje jednotlivcům, aby dosahovali svých cílů, který nenarušuje možnost účastnit se mírumilovných aktivit, a který obsahuje mechanismus pro spravedlivé řešení sporů vyplývajících z kolize plánů jednotlivců, je možno považovat za systém podporující společenskou koordinaci.

3.8 Ekonomická efektivnost a spravedlnost

Nemám zde ambici podat vyčerpávající výklad o vztahu mezi ekonomickou efektivností na jedné straně a spravedlností na straně druhé, považuji však za vhodné poukázat v této souvislosti na některé etické aspekty ekonomické efektivnosti.

Právní normy nám sdělují, jaké jednání je dovoleno a jaké jednání je zakázáno. To, co je dovoleno či zakázáno, je projevem odpovědi na otázku, co je správné (žádoucí) a co je nesprávné (nežádoucí). Toto jsou však etické kategorie, a proto je nezbytné, aby se konceptu maximalizace společenského blahobytu, jež je podle chicagských ekonomů konečným cílem práva, dostalo morálního (etického) ospravedlnění.

Předpokládejme tedy, že soudce je schopen dosáhnout takového rozhodnutí, jež bude maximalizovat společenský blahobyt. Rovněž předpokládejme, že pojem společenského blahobytu je jasně definován, a jeho význam tak není zpochybňován. V takové situaci je třeba zodpovědět následující otázku: Proč by měl soudce rozhodnout případ tak, aby maximalizoval společenský blahobyt? Jakkoliv může být normativní ekonomická analýza maskována různými ekonomickými koncepty, je zřejmé, že normativní ekonomická analýza práva je ve skutečnosti morální teorií práva. V takovém případě je však nezbytné, aby normativní koncept maximalizace společenského blahobytu byl morálně ospravedlněn.

Někteří z autorů se o takové etické ospravedlnění pokusili. Za všechny jmenuje již několikrát zmíněného Richarda Posnera, dále Guida Calabresiho či Lousie Kaplowa a

Stevena Shavella. Zejména posledně dva jmenovaní rozpravovali tezi, že právo má být výlučně hodnoceno na základě jeho efektů na blahobyt jedince, přičemž by se vůbec nemělo přihlížet k nějakým koncepcím spravedlnosti.¹³⁰ Mnozí z autorů tradiční ekonomické analýzy práva se hlásí k utilitaristické filosofii, podle níž se správnost určitého jednání posuzuje podle důsledků, které toto jednání přináší. Konkrétně jde o utilitarismus o posouzení toho, nakolik určité jednání zvyšuje užitek jednotlivce. Ekonomická analýza práva, alespoň v tom, kdy jí jde o maximalizaci společenského blahobytu, je tak přímým potomkem utilitaristické filosofie.

V rámci etických teorií teoretiků práva a ekonomie se velmi často zmiňuje vztah mezi principem maximalizace/ekonomické efektivity a individuálních práv. Zatímco Guido Calabresi¹³¹ je zastáncem tzv. instrumentalismu, tj. názoru, že princip maximalizace bohatství či ekonomické efektivity není hodnotou samou osobě a spravedlnost by měla mít právo véta při prosazování ekonomické efektivity, Richard Posner, zdá se, je zastáncem tzv. welfarismu, tedy názoru, podle něhož je bohatství a jeho maximalizace hodnotou samou o sobě. Záměrně používám spojení „zdá se“, neboť Posner ve svých dvou článcích uvádí rozporuplná tvrzení. Na jedné straně píše, že „práva jsou pouhými nástroji maximalizace bohatství“¹³², v jiném ze svých článků hned na úvod poznamenává, že „společnost, která se zaměřuje na maximalizaci (...), dosáhne eticky atraktivní kombinace štěstí, práv (ke svobodě a majetku) a sdílení s těmi méně úspěšnými členy společnosti.“¹³³ Domnívám se však, že je-li konečným cílem práva maximalizace společenského blahobytu, individuální práva, jakými jsou svoboda a právo vlastnit soukromý majetek a volně s ním nakládat, jsou velmi ohrožena. To nastává tehdy, když jsou práva, jež mohou vykonávat pouze jednotlivci, podřízena předem známému konečnému účelu, který může být, a velmi často je, v rozporu s výkonem těchto práv.

Je-li však pojem společenského užitku a jeho maximalizace prázdným pojmem, je nezbytné nalézt jiné měřítko, na jehož základě byly analyzovány a hodnoceny

¹³⁰ KAPLOW, L.; SHAVELL, S.: Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 32 (January 2003), str. 331 – 362.

¹³¹ CALABRESI, G.: An Exchange about Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, No. 3 (1979 – 1980), str. 553 – 562.

¹³² POSNER, R. A.: Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (1979), str. 127.

¹³³ POSNER, R. A.: The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), str. 487.

společenské instituce. Murray Rothbard tvrdí, že „(...) nemůžeme rozhodovat o veřejné politice, deliktním právu, individuálních právech či odpovědnosti na základě efektivnosti nebo minimalizace nákladů. Ale když ne náklady, pak co tedy? Jedinou odpovědí je, že pouze etické principy mohou sloužit jako kritéria pro naše rozhodnutí. Efektivnost nemůže být nikdy základem etiky; právě naopak, etika musí vést a být měřítkem pro jakoukoliv úvahu o efektivnosti.“¹³⁴ Pouze jednání, která je učiněno v rámci objektivních etických pravidel, která jsou univerzalizovatelná, může být označeno za efektivní. Jak uzavírá jeden pozorovatel: „Namísto ekonomického konceptu efektivnosti určujícího, co je etické, tak máme etickou teorii určující, co je efektivní.“¹³⁵

3.9 Shrnutí

V této kapitole jsem se pokusil demonstrovat, že pojmy společenského užitku a maximalizace blahobytu společnosti jsou v očích rakouských ekonomů považovány za prázdné koncepty, neboť jsou v rozporu se základními principy rakouské ekonomie – metodologickým individualismem a subjektivismem. Ekonomická efektivnost z toho důvodu nemůže být základem rozhodování soudních sporů mezi jednotlivci či přijímání zákonů, jež mají životy jednotlivců regulovat. Ačkoliv se objevují teorie, jež podporují tezi, že se soudci v rámci rozhodování sporů skutečně snažili o dosažení společensky efektivních pravidel, tyto teorie jsou velmi diskutabilní.

¹³⁴ ROTHBARD, M. N.: The Myth of Efficiency, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*, Lexington Books, 1979, s. 96.

¹³⁵ EGGER, J.: Efficiency is Not a Substitute for Ethics, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*, Lexington Books, 1979, s. 121.

4 Coaseho teorém

4.1 Vymezení teorému

Ronald H. Coase je bezesporu nejvýraznější osobností tradičního přístupu k ekonomické analýze práva. Do dějin ekonomického myšlení se zapsal již v roce 1937, kdy publikoval svůj slavný článek *The Nature of the Firm*, v němž se pokusil vysvětlit existenci firem jako důsledek tzv. transakčních nákladů. Myšlenka transakčních nákladů se vine jako červená nit celým dílem Ronalda Coaseho a sehrála také významnou roli o pár let později v roce 1960, kdy vydal revoluční článek *The Problem of Social Cost*¹³⁶, který pojednává o škodlivých důsledcích některých činností obchodních korporací na jiné osoby. Nejenom, že smetl tradiční nazírání na problém externalit, ale zároveň započal novou epochu ve vývoji ekonomické analýzy práva.

Coaseho teorém patří mezi nejvýznamnější koncepty, s nimiž pracuje ekonomická analýza práva. Tento teorém se týká problému tzv. negativních externalit, které lze jednoduše vymezit jako jednání určité osoby které má škodlivé důsledky na jiné osoby či, řečeno techničtěji, jako situaci, kdy osoba nenese plně náklady svého jednání a tyto uvaluje na jiné. Coaseho slavný článek *The Problem of Social Cost* znamenal skutečnou revoluci v nahlížení na tuto problematiku. Coase totiž upozornil na to, že právní odvětví common law, jako jsou např. deliktní právo, smluvní právo a majetkové právo, jsou ve skutečnosti jenom součástmi politiky zabývající se řešením externalit.¹³⁷

Standardní pohled na externality, který převládal v padesátých a ještě i v šedesátých letech 20. století, vycházel z prací britského ekonoma Arthura Cecila Pigoua, zejména z jeho pojednání *The Economics of Welfare*. Podle Pigoua lze negativní externality chápat jako situaci, kdy soukromé náklady určité osoby jsou nižší než tzv. společenské náklady, které konkrétní jedinec uvaluje na ostatní. Příkladem negativní externality mohou být např. škodlivé zplodiny z továrny, které ničí úrodu na sadech v její blízkosti. Podle tradičního nazírání měly být tyto externality řešeny podle okolností v zásadě třemi způsoby: (1) továrna nahradí škodu poškozeným, (2) stát uvalí

¹³⁶ COASE, R. H.: *The Problem of Social Cost*, In: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October 1960).

¹³⁷ MEDEMA, S. G.: *Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics*, In: *Economics and Philosophy*, Vol. 15, Issue 2 (1999), s. 221.

daň na činnost, kterou továrna provozuje, nebo (3) dojde k úplnému zákazu této činnosti.¹³⁸

Ronald Coase nebyl s tímto přístupem k externalitám spokojen, a tak se rozhodl sepsat vlastní článek, v němž představil zcela odlišné řešení tohoto problému. Článek je poměrně rozsáhlý a většina učebnic se soustředí pouze na prvních 15 stránek, které později vešly do povědomí ekonomů a právníků jako tzv. Coaseho teorém. Zatímco první část má být správně chápána jako kritika Pigouviánského řešení problému externalit, zbývající část článku je skutečným Coaseho přínosem k ekonomické analýze práva.

Coaseho teorém je vhodné si představit na následujícím příkladu. Představme si situaci, kdy továrna svými výpary znečišťuje ovzduší, a tím poškozuje majitele ovocného sadu v její blízkosti. Předpokládejme následující: škoda, kterou továrna způsobuje, se rovná 100 000 Kč; majitel sadu se nemůže jakýmkoli způsobem bránit před škodou; transakční náklady jsou nulové; a konečně předpokládejme, že majitel továrny může zabránit škodě tím, že nainstaluje prevenční zařízení, jehož cena je 75 000 Kč.

V první situaci uvažujme, že majitel továrny je odpovědný za škodu, kterou jeho továrna způsobuje. V takovém případě bude majitel továrny nucen k tomu, aby nainstaloval dané zařízení, a raději zaplatí 75 000 Kč, než aby platil 100 000 Kč za škodu na sadu. Předpokládejme nyní opačnou situaci, kdy majitel továrny není odpovědný za škodu na sadu. V takovém případě bude naopak majitel sadu ochoten zaplatit částku, která je v rozmezí 75 000 Kč a 100 000 Kč. Kdyby totiž prevenční zařízení stálo více než škoda, kterou mu továrna způsobí, pak by bylo pro něj levnější utrpět škodu, než platit dané prevenční zařízení. Konkrétní částka bude dosažena vyjednáváním mezi majiteli továrny a ovocného sadu.

Co z uvedeného příkladu vyplývá? Ať už právo uzná majitele továrny odpovědným či nikoliv, prevenční zařízení bude nainstalováno v případě, že je levnější než výše škody, kterou továrna způsobí. Budeme-li však uvažovat, že prevenční zařízení stojí více než výše škody, kterou továrna způsobí, pak toto zařízení nebude

¹³⁸ COASE, R. H.: The Problem of Social Cost, In: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October 1960), s. 1.

nainstalováno, ať je právo na straně kterékoliv z dotyčných osob. Na konkrétním právním pravidlu tak nezáleží. Coase se pokusil na podobném příkladu demonstrovat, že jestliže budeme mít předpoklady, z nichž vycházel Pigou, pak daně ani dotace nejsou těmi správnými prostředky k řešení problému externalit.¹³⁹ Naopak, v situaci s nulovými transakčními náklady strany budou mezi sebou vyjednávat tak, že dosáhnou efektivního uspořádání svých práv a povinností. Jinými slovy ve světě nulových transakčních nákladů je právo zbytečné, neboť strany samy o sobě budou mít tendenci dospět k efektivnímu výsledku prostřednictvím vyjednávání.

Postupem času se objevilo obrovské množství definic¹⁴⁰ Coaseho teorému a všechny jsou více či méně podobné. Zřejmě nejpřesnější definici teorému nabízí Steve Medema, který je největším odborníkem na Coaseho dílo. Coaseho teorém tak lze definovat následujícím způsobem:

„Jsou-li vlastnická práva jasně vymezena a transakční náklady jsou nulové, strany budou vyjednávat tak, že dojdou k efektivnímu výsledku, který bude totožný bez ohledu na původní přidělení práv.“¹⁴¹

Kolik se objevilo definic Coaseho teorému, tolik se rovněž objevilo jeho kritik. Některé z nich byly úspěšnější, jiné nikoliv. Jak uvidíme níže, kritizovat teorém kvůli nerealistickým předpokladům není na místě. To však neznamená, že by teorém byl imunní vůči jakékoliv kritice.

4.2 Kritika teorému

Od doby, kdy byl publikován Coaseho článek, se objevilo mnoho kritik, které poukazovaly zejména na nerealističnost předpokladů, z nichž teorém vychází. Je však třeba Ronaldu Coasemu přiznat k dobru, že většina těchto kritických analýz se vlastně týká jeho vlastní kritiky tehdejšího stavu ekonomie. Jak jsem již uvedl výše, cílem prvních stránek Coasova článku bylo ukázat, že v dokonalém světě nulových transakčních nákladů, z něhož vycházela Pigouova analýza, jsou daně a dotace nepotřebné, neboť strany sporu samy dospějí vyjednáváním k efektivnímu výsledku.

¹³⁹ MEDEMA, S. G.: The Myth of Two Coases: What Coase is Really Saying?, In: *Journal of Economics Issues*, Vol. 28, No. 1 (March 1994), s. 210.

¹⁴⁰ Pro přehled viz MEDEMA, S. G., ZERBE, R. O.: Coase Theorem, In: Bouckaert, B., De Geest, G. (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*. Dostupné na <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>.

¹⁴¹ MEDEMA, S. G.: Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, In: *Economics and Philosophy*, Vol. 15, Issue 2 (1999), s. 213.

Jeho cílem nebylo popsat svět bez transakčních nákladů, ale naopak upozornit na jejich důležitou roli při „utváření“ institucí, které ovlivňují ekonomický systém a vývoj společnosti.¹⁴²

Znamená to, že teorém je bezchybný? Nikoliv. Za prvé, Coase neuvádí žádný popis či analýzu mechanismu, který povede k dosažení efektivního výsledku.¹⁴³ Sice mlhavě hovoří o jakémsi „vyjednávání“ mezi stranami, ale nepopisuje proces, jehož prostřednictvím by strany měly takového výsledku dosáhnout. To je však pouze drobná vada na kráse teorému. Skutečným problémem je velikost majetku a jeho tržní hodnota. Jak uvádí profesor Šíma: „Brzy se ukázalo, že i ve světě nulových transakčních nákladů záleží na tom, kdo co vlastní. Klíčovým faktorem se ukázalo být bohatství či důchod. Člověk se totiž chová jinak, když vlastní továrnu a patří mu právo uvalovat náklady prostřednictvím znečištění na druhé, než když je v opačné situaci.“¹⁴⁴ Podíváme-li se na náš příklad s továrnou a majitelem sadu, pak je zřejmé, že v situaci, kdy majitel sadu nemá k dispozici 75 000 Kč či více na prevenční zařízení, pak toto zařízení nebude nainstalováno, a nebude tak dosaženo efektivního uspořádání mezi dotčenými osobami. Majitel sadu by si samozřejmě mohl půjčit potřebný obnos peněz ke koupi prevenčního zařízení od banky. Vzhledem k nulovým transakčním nákladům by to neměl být nijak závažný problém. Coaseho teorém se zdá být zachráněn.

Walter Block poukázal¹⁴⁵ na chybu i v rámci tohoto myšlenkového postupu. Argumentuje, že Coaseho teorém opomíjí tzv. duševní příjem. Jak jsem uvedl v kapitole o rakouské škole, každý člověk se svým jednáním snaží dosáhnout zvýšení duševního příjmu, což by zřejmě v žargonu neoklasické ekonomie odpovídalo pojmu užitku. Rakušané však tímto pojmem zdůrazňují subjektivní povahu hodnoty a příjmu/užitku, který člověk maximalizuje. Aplikujeme-li tento koncept na Coaseho teorém, pak je třeba položit si tuto otázku: Co když zmíněný ovocný sad má pro jeho majitele (subjektivní) hodnotu 100 000 Kč, ale jeho tržní hodnota (či lépe řečeno jeho tržní cena) je v podstatě nulová? V takové situaci by majitel sadu jen stěží získal půjčku od banky, neboť by neměl prostředky k zajištění úvěru. Prevenční zařízení v takovém případě

¹⁴² COASE, R. H.: *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1990, s. 13.

¹⁴³ FOX, G.: The Real Coase Theorems, In: *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3 (Fall 2007), s. 384.

¹⁴⁴ ŠÍMA, J.: *Ekonomie a právo. Úvod do logiky společenského jednání*, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2004, s. 29.

¹⁴⁵ BLOCK, W.: Coase and Demsetz on Private Property Rights, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, No. 2 (1977), s. 111.

nebude nainstalováno, což znamená, že strany sporu nebudou vyjednávat, a nebude tak dosaženo efektivního výsledku.

Tento problém by samozřejmě mohl být vyřešen tím, kdyby Coase učinil malou poznámku pod čarou, v níž by naznačil, že tzv. důchodový efekt a duševní příjem nejsou brány v potaz.¹⁴⁶ Josef Šíma však k tomu poznamenává: „Opomenutí důchodového efektu se ale ve své podstatě rovná prohlášení, že vzácnost neexistuje, že ji nebereme ve své analýze v potaz, že všichni mají dostatek bohatství. (...) Odstranění důchodového efektu, což je nutným krokem k tomu, aby byl teorém pravdivý, lze provést pouze s tím následkem, že se Coaseho teorém stane truismem s nulovou hodnotou: Mají-li lidé vše, na vlastnických právech nezáleží.“¹⁴⁷ Je třeba si uvědomit, že vzácnost je nezbytným předpokladem pro existenci systému vlastnických práv. Coaseho teorém je tak založen na konstrukci, v níž vlastnická práva neexistují, což činí teorém pouze cvičením v rámci intelektuální gymnastiky.

Z předcházejícího výkladu je zřejmé, že jediným cílem tzv. Coaseho teorému bylo poukázat na nesprávnost „staré“ teorie externalit, jež byla založena na Pigouově analýze. Coasovým cílem bylo především zdůraznit významnou roli transakčních nákladů. I přesto, že Coasovi bezsporu podařilo tohoto cíle dosáhnout, domnívám se, že řešení, které on sám nabídl ve zbývající části článku, je přinejmenším diskutabilní.

4.3 Coaseho řešení externalit

Ronald Coase na úvod svého slavného článku hovoří o povaze problému, který stojí před ekonomy a právníky. Coase uvádí, že „máme co do činění s problémem recipročního charakteru.(...) Skutečná otázka, která musí být zodpovězena, je tato: má být osobě A umožněno, aby poškozovala osobu B, nebo má být osobě B umožněno, aby škodila osobě A? Klíčovou otázkou je jak se vyhnout větší škodě.“¹⁴⁸ V situacích, kdy transakční náklady jsou vysoké a brání stranám učinit tržní transakce, je důležitá role soudů a státu. Coase dodává:

¹⁴⁶Medema tvrdí, že jestliže cílem Coasova článku bylo naopak poukázat na chybné uvažování ekonomů, kteří byli zastánci Pigouova řešení, pak se nelze divit, že Coase nekladl důraz na uvedení všech nutných předpokladů, aby jeho analýza byla úplná. Blíže viz MEDEMA, S. G.: Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, In: *Economics and Philosophy*, Vol. 15, Issue 2 (1999), s. 215.

¹⁴⁷ ŠÍMA, J.: *Ekonomie a právo. Úvod do logiky společenského jednání*, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2004, s. 30.

¹⁴⁸ COASE, R. H.: The Problem of Social Cost, In: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October 1960), s. 2.

„V takových případech soudy přímo ovlivňují ekonomickou aktivitu. Zdálo by se proto žádoucí, aby soudy rozuměly ekonomickým důsledkům svých rozhodnutí a pokud to nepovede k výrazné nejistotě ohledně právního postavení dotčených osob, aby soudy vzaly tyto důsledky v úvahu při rozhodování.“¹⁴⁹

Jak by měly soudy, popř. stát rozhodovat, aby transakční náklady byly brány v potaz? Coase uvádí, že vše je pouze otázkou porovnávání příjmů, které by vyplývaly z omezení činnosti, která má škodlivé důsledky, proti příjmům, kterých bychom naopak dosáhli, kdybychom tuto činnost nezakázali.¹⁵⁰ Coase si je do určité míry vědom, že ne každá státní intervence je žádoucí v tom smyslu, že s sebou nese obrovské náklady a problémy, které mohou být daleko závažnější než problémy, na jejichž řešení jsou státní intervence zaměřeny. Samotná skutečnost, že někde vysoké transakční náklady brání soukromým osobám učinit tržní transakci, ještě neznamená, že by státní intervence byla v takovém případě prospěšná. Řešení, které proto navrhuje, spočívá v analýze nákladů, příjmů a všech potenciálních důsledků soudních rozhodnutí či politických opatření. Problém externalit se tak v podstatě stává pouhým empirickým problémem. To, k čemu Coase nabádá, je, aby se ekonomové zaměřili na detailní empirický výzkum všech možných oblastí, na něž jsou různá politická opatření zaměřena.¹⁵¹

Ve světle výše uvedeného lze Coaseho závěry shrnout do následujících dvou tvrzení¹⁵²:

1. Škoda, o níž se obecně hovoří jako o negativní externalitě, by měla být interpretována jako reciproční.
2. Ve světě pozitivních transakčních nákladů, které brání tržním transakcím, může soudcovský aktivismus a vládní intervence přispět k efektivnosti tak, že dojde k přerozdělení majetku k těm, kteří jej hodnotí více.

¹⁴⁹ Tamtéž, s. 19.

¹⁵⁰ Tamtéž, s. 26.

¹⁵¹ MEDEMA, S. G.: The Myth of Two Coases: What Coase Is Really Saying? In: *Journal of Economic Issues*, Vol. 28, No. 1, s. 213.

¹⁵² Glenn Fox v této souvislosti hovoří o tzv. skutečných Coaseho teorémech, ale osobně se domnívám, že nejde o teorémy, nýbrž pouze tvrzení či doporučení, jak by měly být externality řešeny. Blíže viz FOX, G.: The Real Coase Theorems, In: *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3 (Fall 2007), s. 387.

4.3.1 Charakter škody

Podívejme se nejdříve na první tvrzení o recipročním charakteru škody. Coase tímto názorem způsobil skutečnou revoluci v chápání externalit a povahy škody, neboť jeho názor se přičí tradičnímu učení o příčině a následku.¹⁵³ V úzkém slova smyslu je samozřejmě jakýkoliv delikt či trestný čin reciproční, protože bez oběti zde není žádný delikt nebo trestný čin. Nesprávnost tohoto názoru je však vhodné demonstrovat argumentem ad absurdum. Budeme-li však nahlížet na delikty jako reciproční, pak i krádež či vražda jsou reciproční. Otázkou je, zda je ekonomicky efektivní, abychom pachateli zabránili v jeho činnosti. Vše, o co se hraje, je ekonomická efektivnost, tj. zda zisk, který plyne ze zákazu „škodlivé“ činnosti, je větší než ztráta, kterou by někdo utrpěl právě důsledku, že by tato činnost byla zakázána.

Zde však Coase pouze pokračuje podle mého soudu v omylu, kterého se dopouštějí mnozí zastánci tradiční ekonomické analýzy práva, když směšují ekonomickou efektivnost se spravedlností.¹⁵⁴ Efektivnost a spravedlnost jsou dvě odlišné věci. Efektivnost vyjadřuje vztah mezi prostředky a účelem (cílem) jednání. Zatímco efektivnost je subjektivní kategorií, a závisí tak na posouzení každého člověka, spravedlnost je systémem objektivních pravidel, jež jsou aplikovány na všechny osoby bez rozdílu.

Podívejme se opět na náš příklad s továrnou a sadem. Kdyby zde nebyl žádný sad, nevznikla by ani žádná škoda. Platí však i opačné tvrzení, že kdyby zde nebyla továrna, opět by nevznikla žádná škoda. Relevantní otázkou pak je, komu by mělo být uděleno právo: Továrně, aby mohla nadále znečišťovat své okolí, nebo majiteli sadu, jenž by měl mít právo nebyť vystaven znečišťujícímu kouři? Z hlediska Coaseho přístupu záleží na příjmech a nákladech, které souvisejí s danými činnostmi. Bude-li v konkrétní situaci ekonomičtější, aby továrna nadále pokračovala ve své činnosti, pak by právo nemělo činit továrnu odpovědnou za škodu na okolních sadech. Bude-li z ekonomického hlediska naopak výhodnější činnost sadů, tj. bude přinášet větší společenské zisky

¹⁵³ BLOCK, W.: Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz, In: *The Review of Austrian Economics*, Vol. 8, No. 2 (1995), s. 61.

¹⁵⁴ Tento omyl je pak explicitně vyjádřen Richardem Posnerem, podle něhož „druhým významem spravedlnosti (...) je efektivnost.“ Viz POSNER, R. A.: *Economic Approach to Law*, In: *Texas Law Review*, Vol. 53 (1974 – 1975), s. 777.

(příjmy), pak by právo mělo přiznat majitelům sadů právo na náhradu škody, popř. právo zabránit továrně ve znečišťování.

Glenn Fox poznamenává: „Coasovým cílem bylo přebudovat mikroekonomii, ale ve skutečnosti přebudovává pojetí spravedlnosti tím, že ji směřuje s efektivností.“¹⁵⁵ Není důležité, zda určité jednání je správné či nikoliv, podstatné je, zda jednání je ekonomicky efektivní. Coase namísto toho, aby poskytl vyjasnění pojmu vlastnického práva a práv od něj odvozených, boří tradiční chápání vlastnických práv, jejichž základní charakteristikou je možnost vyloučení jiných osob z užívání soukromého majetku.

4.3.2 Soudcovský aktivismus

Nyní přistupme k analýze druhého tvrzení, podle něhož může soudcovský aktivismus či státní intervence přispět k ekonomické efektivnosti. Podrobněji byl tento problém rozebrán v předchozí kapitole. Soudce rozhodující ve jménu efektivnosti nutně čelí informačnímu problému a problému ekonomické kalkulace. Jak jsem uvedl v předchozích kapitolách, neexistuje jakákoliv možnost, aby jediná osoba mohla zjistit subjektivní náklady, které nesou jednotlivci, nebo dokonce zjistit, zda došlo ke zvýšení jejich subjektivních užiteků. Nejde tedy o empirický problém, jak tvrdí Coase, ale o epistemologický problém.¹⁵⁶ Soudce v takovém případě nemá absolutně žádnou garanci správnosti svého rozhodnutí.

Nejenom, že je nemožné rozhodovat na základě analyzování příjmů a nákladů, ale navíc se tento způsob přičí jednomu ze skalních principů jakéhokoliv právního řádu, totiž právní jistotě. Soudy tradičně rozhodují na základě pravidel, jež se ustálila v rámci rozhodovací praxe, nebo na základě pravidel, jež jsou předem dány v zákonech. Tato pravidla jsou všeobecně platná a předem zjištělná, takže strany sporu mohou mít představu, jak soud rozhodne. Coaseho soudce či regulátor vážící příjmy a náklady, jež jsou čistě subjektivní, a tedy známy pouze jednotlivým aktérům, se však pokouší o nemožné, a vnáší tak do celého práva mnohem větší nejistotu.

Tento závěr má vážné implikace například pro rozhodování soudních sporů o vlastnická práva. Tradičně mají soudy ve sporech o vlastnická práva tu úlohu, aby

¹⁵⁵ FOX, G.: The Real Coase Theorems, In: *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3 (Fall 2007), s. 389.

¹⁵⁶ NORTH, G.: *The Coase Theorem. A Study in Economic Epistemology*, Institute for Christian Economics, 1992, s. 43.

deklarovaly, kdo je vlastníkem. Jestliže však bude soudce rozhodovat na základě doporučení ekonomické analýzy práva, pak ve skutečnosti zruší jedno vlastnické právo a vytvoří nové. Soudní rozhodování sporů o vlastnická práva již nebude mít deklaratorní charakter, ale tyto rozsudky budou mít konstitutivní povahu. Takové rozhodování však vnáší obrovskou nejistotu do právního postavení všech účastníků sporu, což může mít velmi závažné společenské důsledky. Ty mohou spočívat například v tom, že osoby, která ví, že soukromé právo nechrání jejich vlastnictví automaticky, se mohou uchýlit k svémocnému řešení.¹⁵⁷ Tím dochází k narušování společenského řádu. Coase tak místo toho, aby poskytl solidní základ pro soudcovské rozhodování, nabízí metodu, která umožňuje soudcům rozhodovat spory o vlastnická práva podle toho, co oni zrovna budou považovat za efektivní. Tím dochází k oslabení tradičního pojetí vlastnických práv jakožto základu právních řádů západní civilizace.

4.4 Rakouské řešení externalit

V rámci rakouské literatury o právu zaujímá výjimečné postavení článek Murray Rothbarda o majetkových sporech, jež zahrnují spory způsobené znečišťováním ovzduší.¹⁵⁸ Nutno však dodat, že Rothbardova teorie řešení sporů týkajících se porušení vlastnických práv (např. sporů způsobených znečištěním životního prostoru) je aplikací základních principů libertariánské právní a politické filosofie, a nejde tak o přístup vycházející z ekonomické analýzy. Z tohoto důvodu zde nebudu věnovat příliš velký prostor výkladu a analýze Rothbardova přístupu.

Rothbard vychází ze základního libertariánského pravidla, a to principu neagrese (*non-aggression principle*). Toto pravidlo zní takto: „Žádné jednání by nemělo být protiprávní, pokud neporušuje osobu či majetek jiného. Pouze tato narušující jednání mohou být považována za protiprávní a musí být proti nim zakročeno s plnou silou práva.“¹⁵⁹ Takový zásah (či jeho hrozba) musí být bezprostřední, konkrétní a fyzický. Rothbard pak dále rozpracovává svoji libertariánskou právní teorii, přičemž za základ považuje objektivní odpovědnost škůdce. Dopustí-li se agresor fyzického napadení jiné

¹⁵⁷ Tamtéž, s. 45.

¹⁵⁸ ROTHBARD, M. N.: Law, Property Rights, and Air Pollution, In: ROTHBARD, M.N.: *Economic Controversies*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2010, s. 367 – 417.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 373.

osoby, tj. fyzicky poruší její majetková práva, je odpovědný za škodu, kterou takto mohl způsobit, bez ohledu na jeho zavinění.¹⁶⁰

Nyní se znovu podívejme na náš příklad s továrnou a ovocným sadem. Jestliže továrna vypouští škodlivé látky do ovzduší, které narušují prostor ovocného sadu, pak je odpovědnost na její straně. Vše, co je nezbytné prokázat, je, zda továrna skutečně „nade vši pochybnost“ porušila majetková práva majitele sadu. Jestliže ano, pak má majitel sadu má v takovém případě právo žádat, aby továrna přestala vypouštět škodlivé látky do ovzduší. Soudce by neměl připustit úvahu o tom, zda zavření továrny v důsledku zákazu činnosti bude znamenat vyšší nezaměstnanost v regionu, popř. bude mít jiné „společenské“ následky.

Soudci, kteří podle Rothbarda zásadově chrání vlastnická práva proti neoprávněným zásahům, tak mají v rukou velmi silný nástroj k prosazování spravedlnosti a ochraně životního prostředí. Pokud tedy právo vychází z objektivních etických principů, a nikoliv doporučení chicagské ekonomické analýzy práva, je otevřena cesta ochraně majetkových zájmů všech lidí stejným způsobem. Naopak, jestliže by měla být v podobných případech aplikována poznatky a doporučení chicagských právníků-ekonomů, tolik důležitý princip rovnosti před zákonem (či lépe řečeno rovnosti v právu) by vzal za své.

4.5 Shrnutí

Ačkoliv je Coaseho teorém jedním z nejčastěji analyzovaných konceptů v rámci literatury věnující se ekonomické analýze práva, nutno dodat, že podle rakouských ekonomů je jeho význam a uplatnění při studiu ekonomické povahy právních institutů značně omezený. Na obranu teorému je však třeba zdůraznit jeho roli při oživení konceptu transakčních nákladů. Bohužel sám Coase v rámci svého inovativního přístupu ke studiu externalit upadá do mnohých problémů.

¹⁶⁰ Nutno dodat, že ne všichni rakouští autoři sdílejí Rothbardův názor, ale naopak argumentují ve prospěch takového pojetí právní odpovědnosti, která by brala v úvahu subjektivní stav mysli škůdce. Viz např. HOPPE, H.-H.: Property, Causality, and Liability, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 87 – 95.

5 Nástin rakouské teorie práva a ekonomie

5.1 Úvod

V kapitole o rakouské škole jsem stručně nastínil metodu a principy, z nichž vychází rakouská škola při studiu ekonomických jevů. Základem rakouské ekonomie je praxeologie neboli obecná teorie lidského jednání, jež je založena na axiomaticko-deduktivní teorii. Počátečním bodem této analýzy je nezpochybnitelný axiom lidského jednání, jež je „konečnou daností“ a z něhož jsou deduktivně odvozovány platné závěry. Tyto závěry mají povahu praxeologických zákonů, které jsou vždy platné bez ohledu na čas a místo. Cílem této kapitoly je rozšířit aplikaci praxeologické teorie na oblast právních institutů. Jak uvidíme dále, i ve sféře práva existují kauzální vztahy, které se svou povahou podobají ekonomickým zákonům.

Ačkoliv je zcela zřejmé, že právo je souborem normativních pravidel, která stanovují, jaké jednání je správné, neznamena to, že by možnost pozitivní ekonomické analýzy právních institutů byla vyloučena. Právě naopak, zkoumání širších společenských a ekonomických důsledků právním norem a jejich vlivu na lidské chování je nezbytným předpokladem pro pochopení fungování práva ve společnosti. Následující text je tak nástinem rakouské pozitivní ekonomické analýzy práva. Normativní aspekty, popř. možnost morálního ospravedlnění nás pro tentokrát nebudou zajímat.

5.2 Pojem vlastnictví

Podstatou člověka je, že musí jednat. V rámci jednání používá člověk různé prostředky k tomu, aby dosáhl svých cílů. Charakteristickou vlastností těchto prostředků je, že se nacházejí v omezeném množství, tj. jsou vzácné. Potřeby člověka, jeho cíle a touha „nacházet se v lepší situaci“ jsou však nekonečné. Z důvodu existence nesčetného počtu lidí, jejichž zájmy se mohou střetávat, není vyloučena možnost konfliktu ohledně využití konkrétního vzácného zdroje. Není se čemu divit, že právě vzácnost je zdrojem důležitého vztahu mezi jednajícím člověkem a prostředky, jež slouží k dosažení

lidských cílů. Vzácnost zdrojů a z ní vyplývající možnost konfliktu ohledně jejich využití je tak fundamentálním předpokladem pro vznik vlastnictví.¹⁶¹

Této skutečnosti si byli rakouští ekonomové vědomi po celá desetiletí. Carl Menger, jenž byl mj. zastáncem tzv. organické teorie práva, brilantně shrnul tento fakt v následující pasáži.

„[L]idská ekonomika a vlastnictví mají společný ekonomický původ, neboť konečným důvodem pro jejich existenci je skutečnost, že množství dostupných zdrojů je menší než požadavky lidí. Vlastnictví, a stejně tak lidská ekonomika, nejsou arbitrárním vynálezem, ale spíše jediným praktickým řešením problému, kterým je nepoměr mezi touhou po zdrojích a jejich dostupným množstvím.“¹⁶²

Jak vyplývá z uvedené pasáže, vlastnictví vzniká jako odpověď na problém všudypřítomné vzácnosti ekonomických zdrojů. Než však přistoupím k analýze implikací, které vyplývají z konceptu vlastnictví, je zde ještě jeden koncept, který jsme opominuli. Tím je vlastnictví člověka jako takového (*self-ownership*). Každý člověk nezbytně vlastní sám sebe a své tělo.¹⁶³ Je totiž vyloučeno, aby někdo jiný použil *něčí* vůli a části *jeho* těla tak, jak tyto přirozeně náleží lidské osobě.¹⁶⁴ Části lidského těla jistě mohou být odděleny, ale existuje zde pojmový rozdíl mezi tím, že konkrétní člověk používá *své* ruce a nohy a využitím těchto oddělených částí lidského těla někým jiným. Lidské tělo tak přirozeně patří lidské osobě. Kdybychom si představili opačnou situaci, že člověk není vlastníkem sebe sama, museli bychom se ptát, kdo je jeho vlastníkem. Mohli bychom si představit, že jej vlastní někdo jiný. Pak bychom se ale museli znovu ptát, kdo vlastní tuto osobu, a tak bychom mohli pokračovat do nekonečna.

Tento názor pak vedl některé autory k závěru, že princip vlastnictví sebe sama je nezpochybnitelný. Jakákoliv možnost zpochybnění totiž předpokládá argumentaci, která

¹⁶¹ HOPPE, H.-H.: *A Theory of Socialism and Capitalism*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2012, s. 18. Vlastnictvím se zde myslí výlučná kontrola osoby nad věcí, přičemž vlastník může vyloučit jiné osoby z užívání věci. V této kapitole nerozlišuji mezi pojmy vlastnictví a majetku.

¹⁶² Menger, C.: *Principles of Economics*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1997, s. 97

¹⁶³ Rothbard, M. N.: *For a New Liberty*, Revised Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2002, s. 28. Nutno zdůraznit, že se jedná o filosofickou (etickou) pozici. Jsem si plně vědom toho, že současné české právo vylučuje lidské tělo z předmětu vlastnického práva a že podle občanského zákoníku není věcí v právním smyslu.

¹⁶⁴ Hülsmann, J. G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 52.

je určitým druhem lidského jednání. Jenže každý člověk v rámci jednání používá vzácné zdroje, mezi nimi i své tělo, čas, apod. Každý proces argumentace tak předpokládá vlastnictví sebe sama.¹⁶⁵

Vlastnictví vnějších zdrojů se liší od konceptu vlastnictví sebe sama. Rozdíl mezi vlastnictvím vnějších zdrojů a „vlastnictvím sebe sama“ spočívá v tom, že zatímco lidská vůle a lidské tělo *přirozeně* patří lidské osobě, k ustavení vlastnictví vnějších zdrojů je zapotřebí dalších faktorů. V této souvislosti se po vzoru Johna Locka často hovoří o „smísení práce“ s přírodními zdroji, které slouží jako prostředky k dosažení cílů jedince. Tato argumentace má následující podobu: Člověk vlastní sebe sama, vlastní své tělo, a protože dojde ke smísení *jeho* práce s vnějšími zdroji, stává se jejich vlastníkem.¹⁶⁶ Je třeba však upozornit, že termínem „jeho práce“ se nemyslí, že by člověk vlastnil svoji práci. Práce je pouze druhem jednání a je nemožné, aby člověk „vlastnil“ svá jednání. Jde pouze o metaforu, jejímž prostřednictvím se zatemňuje skutečný způsob nabývání vlastnictví prostřednictvím prvotního přivlastnění. Nejde tak o „smísení práce“ s různými přírodními statky, ale o to, že určitá osoba využije konkrétní statek jako první.

Je však očividné, že jediným způsobem přivlastnění si vzácných zdrojů, nemůže být prvotní přivlastnění. V průběhu času se stane, že veškeré zdroje budou někým vlastněny, a tak jedinou možností, jak se může osoba stát vlastníkem těchto již vlastněných statků, je, že je získá od stávajícího vlastníka. V zásadě můžeme rozlišovat dva způsoby nabývání statků, které již jsou předmětem vlastnictví někoho jiného: nabývání se souhlasem vlastníka a nabývání bez souhlasu vlastníka.

Nejprve se podívejme na nabývání vlastnictví se souhlasem předchozího vlastníka. V rámci každé směny statků dochází k tomu, že dva vlastníci navzájem uznávají svá vlastnická práva k jednotlivým předmětům směny. Následně pak dojde k tomu, že každý z vlastníků vyjádří svoji vůli nebýt nadále vlastníkem a naopak vyjadřuje vůli stát se vlastníkem jiného předmětu. Ponecháme-li stranou otázku podvodu, platí, že po výměně věcí již nemůže dojít k tomu, že by si jeden z vlastníků činil nároky na předmět, kterého se v rámci směny vzdal, aniž by si protiřečil. Jak J. G.

¹⁶⁵ HOPPE, H.-H.: *A Theory of Socialism and Capitalism*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2012, s. 151 – 171.

¹⁶⁶ Např. HOPPE, H.-H.: *The Economics and Ethics of Private Property*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2006, s. 332.

Hülsmann v této souvislosti uvádí, z toho vyplývá, že „respekt vůči ujednáním směny lze ospravedlnit, avšak porušení těchto ujednání nikoliv.“¹⁶⁷ Je však třeba připomenout, že nám v tuto chvíli nejde o normativní implikace, ale o pozitivní analýzu. Tvrzení, že porušení konkrétních ujednání nelze ospravedlnit, je tak tvrzení čistě faktickým.

K dokončení analýzy nám ještě zbývá podívat se na nabývání vlastnictví bez souhlasu předchozího vlastníka. Jde přesně o situaci, kdy si jedna osoba přivlastní věc, která náleží jinému vlastníku, aniž by se stávající vlastník vzdal svého nároku. Seznam případů takového způsobu přivlastnění je nevyčerpatelný. Jednak jde o agresi, tj. pojem, s nímž pracuje libertariánská právní teorie a jímž se rozumí skutečnost, že osoba naruší doménu vlastnického práva jiné osoby takovým způsobem, že začne jeho majetek používat bez souhlasu stávajícího vlastníka.¹⁶⁸ Dalším příkladem může být podvodné jednání, k němuž dochází tehdy, kdy jedna osoba prodá jiné osobě místo jednoho hovězího sendviče jeden sendvič s koňským masem. Jako příklad nabývání vlastnictví bez souhlasu předchozího vlastníka lze uvést zdanění státem.

5.3 Kontrafaktická analytická metoda

Poté, co jsem nastínil základní předpoklady týkající se vlastnictví, může pozitivní ekonomická teorie práva přistoupit k analýze důsledků, jež vyplývají z různých způsobů přivlastnění a dalších právních norem. Na úvod je třeba dodat, že tento způsob analýzy se nezabývá tím, kdo by měl být vlastníkem konkrétního předmětu. Hodnotově neutrální pozitivní ekonomická analýza pouze zkoumá důsledky, jež plynou z toho či onoho právního pravidla, které stanoví, kdo by měl být vlastníkem. Tato metoda zkoumání tak předpokládá existenci objektivních pravidel, na jejichž základě se pak určí, komu svědčí vlastnický titul.¹⁶⁹

Z uvedeného vyplývá, že existuje rozdíl mezi vlastnictvím v ekonomickém smyslu a vlastnictvím ve smyslu právním či normativním. Zatímco ekonomický pohled zdůrazňuje skutečnou kontrolu člověka nad ekonomickými statky, z hlediska právního/normativního může být vlastníkem i ten, kdo nemá kontrolu nad určitou

¹⁶⁷ HÜLSMANN, J. G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 55.

¹⁶⁸ Např. ROTHBARD, M. N.: *The Ethics of Liberty*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1998, s. 45 – 50.

¹⁶⁹ HÜLSMANN, J. G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 63.

věcí.¹⁷⁰ Tak například ekonomickým vlastníkem obrazu je každý, kdo se na něj v určitém okamžiku dívá, vlastníkem parku, resp. jeho konkrétní části, je ten, kdo se v něm prochází. Tato tvrzení jsou však pojmově odlišná od tvrzení, kdo je (resp. měl by být) vlastníkem obrazu či parku v právním slova smyslu.

Toto rozdělení je důležité i pro pozitivní ekonomickou analýzu práva. Ekonomové se zde musí tak říkajíc spolehnout na právní teoretiky, jejichž účelem je rozpracovat koherentní právní teorie. Ekonomové se nemohou dopouštět výroků, kdo by měl být vlastníkem. Mohou pouze zkoumat důsledky a implikace, které plynou z toho, že určité právní pravidlo stanoví, že vlastníkem bude osoba A, a nikoliv osoba B. A právě v tom spočívá úkol pozitivní ekonomické teorie práva. Zde můžeme spatřovat možnost aplikace praxeologické ekonomické teorie do oblasti práva.

Jakou podobu má mít tato analýza? Je jasné, že předmětem našeho zkoumání nebudou náklady a příjmy, které s sebou přinášejí konkrétní právní instituty, neboť náklady jsou otázkou subjektivního hodnocení. Abychom dospěli k praxeologickým zákonům v právní oblasti, je nezbytné podniknout komparativní analýzu. Komparativní analýza porovnává situaci, v níž konkrétní pravidlo stanoví, že vlastníkem by měla být osoba A, se stavem, kdy osoba A by neměla být vlastníkem. Jinými slovy základem této analýzy je kontrafaktická metoda, kdy zkoumáme důsledky existujícího právního pravidla s jeho protikladem, čímž dospějeme k apriorně platným zákonům.¹⁷¹

Kontrafaktická metoda spočívá v realistické komparaci důsledků, které vyplývají ze skutečnosti, že konkrétní právní pravidlo je součástí právního řádu, s důsledky plynoucí z absence takového právního pravidla. Výše jsem uvedl, že v případě dalšího přivlastňování (již vlastněných) předmětů existují pouze dva způsoby získání vlastnictví: se souhlasem stávajícího vlastníka a bez takového souhlasu. Analýza právních institutů používající kontrafaktickou metodu využívá právě tohoto rozdělení, neboť jiný způsob přivlastnění není a oba se navzájem vylučují. Pro demonstraci této

¹⁷⁰ MISES, L.: *Socialism. An Economic and Sociological Analysis*, New Haven: Yale University Press, 1962, s. 37.

¹⁷¹ HÜLSMANN, J.G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 58 – 59.

metody zkoumání společenských a ekonomických důsledků právních norem si uvedme následující příklad s pravidlem o nabývání vlastnictví od neoprávněného.¹⁷²

S ohledem na toto pravidlo může rozlišit celkem tři situace. Nejprve se podívejme na důsledky toho, že právní řád neumožňuje nabývání vlastnického práva (popř. jiného majetkového práva) od nevlastníka. Představme si, že Pavel ztratí knížku a Martin si ji po určité době, řekněme za jeden rok, přivlastní. Martin následně knížku převede na Petra. Za další rok si Pavel na návštěvě u Petra všimne, že Petr má jeho knížku. Pavel samozřejmě bude žádat Petra, aby mu knížku vydal. Právo bude na straně Pavla. Jaké z toho vyplývají důsledky? Po uplynutí delší doby se může přihlásit původní vlastník, který si bude nárokovat vlastnické právo ke konkrétní věci. Dojde tak zvýšení počtu narušených právních vztahů, do nichž lidé dobrovolně vstoupili, oproti situaci, kdyby právní řád obsahoval pravidlo umožňující nabytí vlastnického práva od neoprávněné osoby. Narušení právních vztahů bude mít za následek narušení právní jistoty. To s sebou přináší větší náklady, neboť lidé při kontraktaci budou klást mnohem větší důraz na ověření, zda převodce je oprávněn převést vlastnické právo. V důsledku toho, že lidé si ne vždy budou jisti, zda jsou vlastníky nemovité věci, může dojít k tomu, že budou do svých pozemků a domovů investovat méně, než kolik by investovali, kdyby existovalo pravidlo, které by je chránilo jako vlastníky v dobré víře.

Nyní analyzujme stav, kdy právní řád umožňuje nabytí vlastnického práva od neoprávněné osoby. Přitom však můžeme rozlišovat dvě situace: jednak taková možnost může být výjimkou z obecné zásady, podle níž nikdo nemůže převést více práv, než sám má, jednak může jít o zásadu či obecné pravidlo, že nabývání práv od neoprávněného je dovoleno bez dalšího. Důsledky lze však apriori analyzovat pouze u druhého případu, neboť u výjimky z obecného pravidla závisí tyto důsledky na jejím rozsahu. Je třeba však poznamenat, že důsledky pravidla, že právní řád umožňuje nabývání od neoprávněné osoby bez dalšího, jsou odlišného charakteru než důsledky pravidla, že za žádných okolností není možné nabývat vlastnické právo od nevlastníka. Je tomu tak proto, že takové pravidlo vede k „institucionalizaci“ neoprávněného

¹⁷² Občanský zákoník z roku 1964 spočíval na zásadě, že nikdo nemůže převést více práv, než má sám. Z této zásady však české právo upravovalo tři výjimky, jmenovitě možnost zastavení věci bez souhlasu vlastníka (§ 161), nabývání nepravým dědicem (§ 486) a konečně možnost nabytí vlastnictví od nevlastníka, kterou upravoval obchodní zákoník. Občanský zákoník z roku 2012 posiluje ochranu nabyvatele v dobré víře, neboť výslovně upravuje v § 1109 - § 1113 možnost nabytí vlastnictví od neoprávněného.

nabývání vlastnictví.¹⁷³ Implikace takové institucionalizace by nebyly totožné s těmi, které by vyplývaly, jestliže by dané pravidlo bylo pouhou výjimkou z obecné zásady o nemožnosti převedení většího počtu práv, než kolik převodce má. Příkladem může být skutečnost, že by lidé při převodech nevěnovali vůbec žádnou pozornost tomu, zda je převodce oprávněn převést vlastnické právo. Veřejný seznam evidující práva jednotlivců k nemovitostem by tak zřejmě ztratil jakýkoliv význam. Toto jsou však pouze příklady těch důsledků, které automaticky plynou z existence takového pravidla. Lze si jistě představit další závažné společenské projevy takové právní normy. Ty jsou však závislé na dalších podmínkách a událostech.

Shora uvedená analýza důsledků pravidla o možnosti či nemožnosti nabývání od nevlastníka je čistě faktuální a neobsahuje hodnotící výroky. Navíc, uvedené důsledky mají povahu kontrafaktických zákonů (popř. tendencí), neboť jejich platnost vyplývá z komparace skutečnosti a (reálné) možnosti opačného stavu. Soudce si však nevystačí pouze s touto metodou. Tento způsob zkoumání jistě poslouží k tomu, abychom si plně uvědomili důsledky toho či onoho právního pravidla. Vzhledem k faktické podobě těchto tvrzení je však nutné zdůraznit, že tato analýza nemůže být základem rozhodování soudních sporů. Normativní rozhodování musí být naopak založeno na univerzálních etických principech, neboť právo je koneckonců součástí morálky.¹⁷⁴

5.4 Teorie institucí

Kromě výše popsané metody pozitivní ekonomické analýzy práva rozvinuli Rakušané rovněž komplexní teorii vzniku a rozvoje společenských institucí. Snad není jiného rakouského ekonoma, který se věnoval tolik pozornosti a úsilí zkoumání vývoje společenských, a zvláště právních, institucí, než F. A. Hayek, který ve své práci navázal na myšlenkovou tradici skotského osvícenství, jehož výraznými představiteli byli David Hume, Adam Smith či Adam Ferguson. Byl to právě Hayek, kdo zdůrazňoval, že „společenské instituce nejsou produktem lidského designu, ale lidského jednání.“¹⁷⁵

Hayek však nebyl první v rakouské tradici, kdo zdůrazňoval spontánní vývoj právních institutů. Carl Menger byl zastáncem tzv. *organické teorie práva*, kterou

¹⁷³ HÜLSMANN, J. G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 59.

¹⁷⁴ ROTHBARD, M. N.: Law, Property Rights, and Air Pollution, In: ROTHBARD, M. N.: *Economic Controversies*, The Ludwig von Mises Institute, 2010, s. 368.

¹⁷⁵ HAYEK, F. A.: *Law, Legislation and Liberty*, London and New York: Routledge, 2013, s. 20.

rozvinul ve svém pojednání o metodologii.¹⁷⁶ Menger chápal právo jako „nezamýšlený důsledek společenského vývoje, který podmiňuje a rozvíjí blahobyt společnosti, a to možná na vyšší úroveň než jiná společenská instituce, jenž je dílem lidského úmyslu a kalkulace.“¹⁷⁷ Menger zdůrazňoval spontánní vývoj práva. Právo, podobně jako jazyk, nebylo původně produktem veřejných orgánů, ale vyvinulo se organicky, bylo nezamýšleným důsledkem historického vývoje národů. Jediným způsobem jak porozumět tomuto organickému procesu vzniku práva je zkoumat tendence obecné lidské povahy a vnější podmínky, které vedly ke vzniku fenoménu, jenž je společný všem národům.¹⁷⁸

Ideálním právním řádem z Hayeka pohledu je takový řád, jenž je souborem abstraktních pravidel, která jsou aplikována vůči všem. Pouze takový právní řád, jež umožňuje jednotlivcům, aby využívali svých znalostí a vědomostí ke sledování vlastních záměrů a dosahování svých cílů, může přežít. Naopak právní řád, který uvaluje tvrdá omezení na lidskou svobodu a obsahuje pravidla, jež jsou vytvářena za konkrétním účelem, bude pravděpodobně společností opuštěn.¹⁷⁹ Konečnou podobu těmto pravidlům „spravedlivého řádu“ však neposkytly legislativní intervence vlády, ale evoluce společnosti, postupná adaptace, učení jednotlivců či „podnikatelské“ úsilí. Velmi důležitou roli sehráli také soudci, jejichž primárním úkolem je dohlížet na dodržování pravidel spontánního řádu, resp. zda jednání jednotlivce odpovídalo očekávání jiných členů společnosti.¹⁸⁰

Nemám zde ambici podat komplexní výklad Hayekovy právní teorie, avšak považují za vhodné poukázat na jeden zajímavý aspekt. Jak Hayek, tak i pozdější rakouští ekonomové, kteří se věnovali zkoumání podstaty práva a jeho fungování ve společnosti, připouštěli, že právo, které je *nalézáno* pouze v rámci rozhodování soudců a arbitrů, se také může rozvinout nežádoucím směrem, v důsledku čehož bude mít pro další vývoj společnosti škodlivé důsledky. Je zřejmé, že tato možnost je reálná, neboť

¹⁷⁶ MENER, C.: *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*, New York and London: New York University Press, 1985, s. 174 – 175, 223 – 235. Stojí za povšimnutí, že Menger v těchto pasážích vyzdvihoval historickou školu právní (Gustav Hugo, Friedrich Carl von Savigny, Barthold Georg Nebuhr).

¹⁷⁷ MENER, C.: *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*, New York and London: New York University Press, 1985, s. 223.

¹⁷⁸ Tamtéž, s. 224.

¹⁷⁹ HAYEK, F. A.: *Law, Legislation and Liberty*, London and New York: Routledge, 2013, s. 169 – 173.

¹⁸⁰ Tamtéž, s. 96 – 107.

soudci jsou pouze lidé a mohou se ve svých úsudcích mýlit. V této souvislosti je zajímavé zmínit řešení, která nabídli Hayek a Rothbard. Zatímco Hayek připouštěl, že legislativní intervence vlády může být v takových případech nevyhnutelná,¹⁸¹ Rothbard naopak zdůrazňoval potřebu, aby soudci rozhodovali ve jménu obecných principů spravedlnosti.¹⁸² Na první pohled jsou tato dvě řešení vzájemně kompatibilní a rozpor mezi nimi je pouze zdánlivý. Při bližším zkoumání však zjistíme, že tomu tak není, a rozpor mezi řešením zmíněným Hayekem a řešením prosazovaným Rothbardem je skutečný, neboť má co do činění se samou podstatou rozhodování. Jde tu o to, že zatímco soudy budou řešit rozpor mezi nežádoucími právními pravidly a principy spravedlnosti v rámci konkrétního případu, který strany předložily soudu, zákonodárce tak může učinit *ex officio*, aniž by taková změna byla někomu ku prospěchu.

Vznik a vývoj právních pravidel, které regulují lidské jednání, je však pouze jednou z otázek, se kterými se musí vypořádat každý právní filosof. Kromě těchto uvedených problémů je nezbytné zodpovědět otázky, jež se zabývají *zdrojem* práva, popř. zdrojem individuálních práv, a otázky týkající se *platnosti* práva jako takového. Tato zkoumání však přesahují téma této práce, a proto je ponechám nezodpovězené. S ohledem na výše uvedené lze však uzavřít, že konečnou podobu důležitým společenským institucím nedala pravidla vytvořená zákonodárcem, ale že jsou výsledkem postupného společenského vývoje a procesu soudcovského nalézání práva v jednotlivých případech.

¹⁸¹ Tamtéž, s. 84 – 85.

¹⁸² ROTHBARD, M. N.: Law, Property Rights, and Air Pollution, In: ROTHBARD, M. N.: *Economic Controversies*, The Ludwig von Mises Institute, 2010, s. 373.

Závěr

V předkládané práci jsem se zabýval kritickou analýzou tradičního přístupu k ekonomické analýze práva ze strany rakouské ekonomické školy. Mou snahou bylo poskytnout čtenáři práci, která poukáže na nedostatky, jež s sebou přináší jeden z nevlivnějších myšlenkových směrů moderní jurisprudence. Vzhledem k tomu, nakolik je téma ekonomické analýzy práva rozsáhlé, nebylo vždy možné podat precizní výklad týkající se problematických míst. Ačkoliv by si analýza na některých místech zasloužila být podrobnější, domnívám se, že by tento přístup měl ten negativní vliv, že by se pozornost čtenáře ubírala jiným směrem, než bylo mým záměrem.

Problém, kterému čelí každý český autor, který hodlá psát o ekonomické analýze práva, je absolutní nedostatek česky psané literatury. Podíváme-li se na věc z druhé strany, je český autor naopak zahlcen literaturou o aplikaci ekonomické teorie na právní problémy psanou v anglickém jazyce. To činí velké nároky na orientaci v literatuře zahraniční provenience, zejména v tom ohledu, že autor nesmí přehlédnout významná díla, jež jsou hojně citována a komentována, na druhou stranu by neměl věnovat příliš velkou pozornost dílům, jež jsou pouze minoritního významu.

Domnívám se, že ekonomický přístup k právu nabývá v České republice na stále větším významu a tento trend bude zejména s ohledem na rekodifikaci českého soukromého práva pokračovat. Je tomu tak proto, že nová generace právníků, kteří se podíleli na tvorbě nových právních předpisů a kteří budou rekodifikované právo vykládat a aplikovat, jsou buď přímo ovlivněni moderní ekonomickou analýzou práva, anebo jsou alespoň otevřenější k přijetí učení práva a ekonomie. I to je jeden z důvodů, proč jsem se rozhodl představit kritickou analýzu základních konceptů ekonomické analýzy práva, neboť je nezbytné si být vědom jejich nedostatků a limitů od samého počátku.

Principy ekonomické analýzy jsou v této práci konfrontovány s přístupem rakouské školy, která podobně jako ekonomický přístup nabývá na svém významu. Rakouská škola se svým odlišným přístupem k člověku jako jednající bytosti, která myslí, plánuje a chybuje, představuje významnou alternativu k tradičnímu neoklasickému paradigmatu pojímajícího člověka jako mechanickou bytost. V první kapitole této práce jsou proto ve stručnosti představy základní principy rakouské

ekonomie, pomocí nichž jsou analyzovány nejdůležitější koncepty, s nimiž pracuje ekonomická analýza práva.

Stěžejní kapitolou této práce je část věnující se konceptu ekonomické efektivity jakožto základního kritéria, na jehož základě jsou analyzovány právní instituty a které ve své normativní podobě nabádá zákonodárce i soudce, aby tvořili, resp. nalézali právo tak, aby konkrétní výsledek v co možná největší míře podporoval růst společenského blahobytu. Na tuto kapitolu pak navazuje část o tzv. Coaseho teorému, zřejmě nejdiskutovanějšímu konceptu ekonomické analýzy práva vůbec.

Předložit vyčerpávající výklad o teoretických základech ekonomického přístupu k právu a problémech, které jsou s ním spojeny, však, domnívám se, přesahuje účel diplomové práce. Tato práce proto nemá vyšší ambice než podat prostý úvod pro problematiku. Některé její části by bylo vhodné rozpracovat do větších detailů a propojit je. Již samotná kapitola o ekonomické metodě by si vyžádala několika set stránkové pojednání. Podobně je tomu tak u rakouského přístupu k právu, který je v předkládané práci představen v páté kapitole. Existuje mnoho dalších otázek týkajících se konceptu efektivity a jeho vztahu k právu, které nebyly analyzovány. Je skutečně pravda, že soudci v rámci angloamerického common law rozhodovali tak, aby dosahovali společensky efektivních rozhodnutí? Pokud ano, jak lze tuto tendenci vysvětlit? Je žádoucí, efektivní či spravedlivé, aby bylo právo „poskytováno“ státem monopolisticky, nebo je naopak vhodnější, aby bylo právo tvořeno decentralizovaně soudy? Těmto otázkám se budu věnovat až v nějaké další práci.

Použitá literatura

Knihy (monografie, učebnice)

COASE, R. H.: *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1990.

FRIEDMAN, D. D.: *The Machinery of Freedom*, Second Edition, Open Court, 1989.

HAYEK, F. A.: *Kontrarevoluce vědy*, Praha: Liberální institut, 1995.

HAYEK, F. A.: *Law, Legislation, and Liberty*, London and New York: Routledge, 2013.

HOPPE, H.-H.: *A Theory of Socialism and Capitalism*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2010.

HOPPE, H.-H.: *The Economics and Ethics of Private Property*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2006.

HOPPE, H.-H.: *Economic Science and the Austrian Method*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2007.

KIRZNER, I. M.: *Competition and Entrepreneurship*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1973.

KIRZNER, I. M.: *The Meaning of Market Process*, New York and London: Routledge, 1992.

MENGER, C.: *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*, New York and London: New York University Press, 1985.

MENGER, C.: *Principles of Economics*. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1997.

MERCURO, N.; MEDEMA, S. G.: *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*, Second Edition, Princeton: Princeton University Press, 2006.

MISES, L.: *Epistemological Problems of Economics*, Third Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2003.

MISES, L.: *Lidské jednání: Pojednání o ekonomii*, Praha: Liberální institut, 2006.

MISES, L.: *Socialism. An Economic and Sociological Analysis*, New Haven: Yale University Press, 1962.

NORTH, G.: *The Coase Theorem. A Study in Economic Epistemology*, Institute for Christian Economics, 1992.

POSNER, R. A.: *The Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Austin: Wolters Kluwer, 2010.

RICHTER, T.: *Insolvenční právo*, Praha: ASPI (Wolters Kluwer), 2006.

ROTHBARD, M. N.: *Economic Thought Before Adam Smith. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, Edward Elgar Publishing Ltd., 1995.

ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Praha: Liberální institut, 2005.

ROTHBARD, M.N.: *For a New Liberty*, Revised Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2002.

ROTHBARD, M. N.: *The Ethics of Liberty*, New York and London: New York University Press, 2002.

ROTHBARD, M. N.: *Zásady ekonomie: Od lidského jednání k harmonii trhů*, Praha: Liberální institut, 2005.

SCHÄFER, H.-B.; OTT, C.: *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004.

SHAVELL, S.: *The Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SOBEK, T.: *Argumenty teorie práva*, Praha: Aleš Čeněk, 2010.

ŠÍMA, J.: *Ekonomie a právo. Úvod do logiky společenského jednání*, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2004.

Články

AKERLOF, G.: The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, s. 488 – 500.

ARANSON, P. H.: The Common Law as Central Economic Planning, In: *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, No. 2 (1992), s. 289 – 319.

BAKER, C. E.: The Ideology of the Economic Analysis of Law, In: *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, No. 1 (Autumn 1975), s. 3 – 48.

BLOCK, W.: Coase and Demsetz on Private Property Rights, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, No. 2 (1977), s. 111 – 115.

- BLOCK, W.: Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz, In: *The Review of Austrian Economics*, Vol. 8, No. 2 (1995), s. 61 – 125.
- BLOCK, W.: O. J.'s Defense: A Reductio Ad Absurdum of the Economics of Ronald Coase and Richard Posner, In: *European Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Issue 3 (1996), s. 265 – 286.
- BOETTKE, P. J.: Where Did Economics Go Wrong? Modern Economics as a Flight from Reality, In: *Critical Review*, Vol. 11, No. 1 (Winter 1997), s. 11 – 63.
- BUCHANAN, J.: Náklady a volba. In: BUCHANAN, J.: *Politika očima ekonoma* (editor: Josef Šíma), Praha: Liberální institut, 2002, s. 3 – 17.
- CALABRESI, G.: An Exchange about Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, No. 3 (1979 – 1980), str. 553 – 562.
- CALABRESI, G.: Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts, In: *The Yale Law Journal*, Vol. 70, No. 4 (March 1961), s. 499 – 563.
- CALDWELL, B.: Positivist philosophy of Science and the Methodology of Economics. In: *Journal of Economic Issues*, Vol. 14, No. 1 (March 1980), s. 53 – 76
- COASE, R. H.: The Nature of the Firm, In: *Economica New Series*, Vol. 4, No. 16 (1937), s. 386 – 405.
- COASE, R. H.: The Problem of Social Cost, In: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October 1960), s. 1 – 44.
- COLEMAN, J. L.: Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), s. 512 – 553.
- COOTER, R. C.: Law and Unified Social Theory, In: *Journal of Law and Society*, Vol. 22, No. 1 (March 1995), s. 50 – 68.
- DILORENZO, T.: A Note on the Canard of „Asymmetric Information“, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 14, No. 2 (2011), s. 249 – 255.
- EGGER, J.: Efficiency is Not a Substitute for Ethics, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*, Lexington Books, 1979, s. 117 – 125.
- ELICKSON, R. C.: Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, In: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 65 (1989), s. 23 – 55.

- FOX, G.: The Real Coase Theorems, In: *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3 (Fall 2007), s. 368 – 379.
- FRIEDMAN, M.: The Methodology of Positive Economics, In: FRIEDMAN, M.: *Essays in Positive Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, 1966, s. 3 – 46.
- HAYEK, F. A.: The Use of Knowledge in Society, In: HAYEK, F. A.: *Individualism and Economic Order*, Chicago: The University of Chicago Press, 1948, s. 77 – 91.
- HERBENER, J.: The Pareto Rule and Welfare Economics, In: *Review of Austrian Economics*, Vo. 10, No. 1 (1997), s. 79 – 106.
- HEYNE, P.: Efficiency. Dostupné na <http://www.econlib.org/library/Enc/Efficiency.html>.
- HOPPE, H.-H.: Property, Causality, and Liability, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 87 – 95.
- HÜLSMANN, J. G.: Facts and Counterfactuals in Economic Law, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 17, No. 1 (Winter 2003), s. 57 – 102
- HÜLSMANN, J. G.: From Value Theory to Praxeology, In: MISES, L.: *Epistemological Problems of Economics*, Third Edition, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2003, s. ix – lv.
- HÜLSMANN, J. G.: The A Priori Foundations of Property Economics, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 7, No. 4 (Winter 2004), s. 52
- KAPLOW, L.; SHAVELL, S.: Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 32 (January 2003), str. 331 – 362
- KIRZNER, I. M.: Welfare Economics: A Modern Austrian Perspective, In: KIRZNER, I. M.: *The Meaning of Market Process. Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, New York and London: Routledge, 1992, s. 180 – 192.
- KLEIN, P. G.: The Mundane Economics of the Austrian School, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 11, No. 3 (2008), s. 165 – 187
- KRECKÉ, E.: The Nihilism of the Economic Analysis of Law. Dostupné na <http://www.mises.org/journals/scholar/Krecke.PDF>.
- LAWSON, G.: Efficiency and Individualism, In: *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 1 (1992 – 1993), s. 53 – 98.

- LEITER, B.: American Legal Realism, In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. (eds.): *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd., 2006, s. 50 – 66.
- MANNE, H.; WRIGHT, J.: The Future of Law and Economics: A Discussion, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 08-35*, s. 1 – 28.
- MEDEMA, S. G.: Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, In: *Economics and Philosophy*, Vol. 15, Issue 2 (1999), s. 209 – 233.
- MEDEMA, S. G.: The Myth of Two Coases: What Coase is Really Saying?, In: *Journal of Economics Issues*, Vol. 28, No. 1 (March 1994), s. 208 – 217.
- MEDEMA, S. G., ZERBE, R. O.: Coase Theorem, In: Bouckaert, B., De Geest, G. (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*. Dostupné na <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>
- MISES, L.: Economic Calculation in the Socialist Commonwealth, In: HAYEK, F. A. (ed.): *Collectivist Economic Planning*, London: Routledge and Paul Kegan Ltd., 1963, s. 87 – 130
- MISES, L.: Social Science and Natural Science, In: MISES, L.: *Money, Method and the Market Process*, Kluwer Academic Publishers, 1990, s. 3 – 15.
- O'DRISCOLL, G.: Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment of Fried, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1980), s. 355 – 366.
- POSNER, R. A.: Economic Approach to Law, In: *Texas Law Review*, Vol. 53 (1974 – 1975), s. 757 – 782.
- POSNER, R. A.: The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1980), s. 487 – 507
- POSNER, R. A.: Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (1979), s. 103 – 140.
- RIZZO, M. J.: Cost, In: BOETTKE, P. J. (ed.): *Elgar Companion to Austrian Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 1994, s. 92 – 95.
- RIZZO, M. J.: Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Lexington Books, 1979, s. 71 – 89.
- ROTHBARD, M. N.: In Defense of Extreme Apriorism, In: ROTHBARD, M. N.: *Economic Controversies*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2011, s. 103 – 111.

ROTHBARD, M. N.: Law, Property Rights, and Air Pollution, In: ROTHBARD, M.N.: *Economic Controversies*, Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2010, s. 367 – 417

ROTHBARD, M. N.: Mises's Human Action: A Comment, In: *American Economic Review*, Vol. 40, No. 3 (June 1950), s. 181 – 185.

ROTHBARD, M. N.: Praxeology. The Methodology of Austrian Economics, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 19 – 39.

ROTHBARD, M. N.: Praxeology, Value Judgments, and Public Policy, In: DOLAN, E. (ed.): *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City: Sheed and Ward, 1976, s. 89 – 111.

ROTHBARD, M. N.: The Myth of Efficiency, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty, and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*, Lexington Books, 1979, s. 90 – 95.

RUBIN, P. H.: Why is the Common Law Efficient?, In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (1977), s. 51 – 63.

STRINGHAM, E.: Economic Value and Costs are Subjective, In: BOETTKE, P. J. (ed.): *Handbook on Contemporary Austrian Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, s. 43 – 66.

STRINGHAM, E.: Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning, In: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 4, No. 2 (2001), s. 41 – 50.

STRINGHAM, E.: Market Chosen Law, In: *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 14, No. 1 (1999), s. 53 – 77.

STRINGHAM, E., WHITE, M. D.: Economic Analysis of Tort Law: Austrian and Kantian Perspectives, In: RIZZO, M. J. (ed.): *Austrian Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, str. 374 – 392.

TULLOCK, G.: Two Kinds of Legal Efficiency, In: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3 (1979 – 1980), s. 659 – 669.

Soudní rozhodnutí

Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985)

Resumé

Rakouská kritika tradičního chicagského přístupu k ekonomické analýze práva

Ačkoliv je ekonomická analýza práva v posledních letech na vzestupu, mnozí autoři zpochybňují možnost jejího uplatnění v rámci soudního rozhodování či legislativní tvorby práva. Hlavním cílem této práce je proto vedle popisné roviny poskytnout koherentní kritiku teoretických základů tradičního ekonomického přístupu k právu představovaného chicagskou školou, a to z pohledu rakouské ekonomické školy. Vzhledem k rozsáhlosti tématu jsou analyzovány pouze základní koncepty ekonomické analýzy práva.

V první kapitole je představena rakouská škola a její metoda. Nastíněn je stručný vývoj tohoto myšlenkového směru a nechybí rovněž základní charakteristika. Klíčové je uvedení základních principů rakouské ekonomie, které jsou v dalších částech práce využity k analýze významných předpokladů a konceptů, s nimiž pracuje ekonomická analýza.

Druhá kapitola se zabývá spojením práva a ekonomie jako takovým. Jsou uvedeny základní koncepty s tím, že jsou dány do protikladu s učením rakouské ekonomické školy. Rovněž jsou představy některé implikace, které má ekonomická analýza pro právo, jmenovitě pro instituty předsmělní odpovědnosti, asymetrických informací, efektivního porušení smlouvy a konečně pro určení výše náhrady škody.

Třetí kapitola je stěžejní částí této práce a zabývá se konceptem ekonomické efektivnosti. Nejprve je tento koncept analyzován obecně, poté jsou představy jednotlivá kritéria, na jejichž základě se určuje, zda konkrétní situace je efektivní či nikoliv. Jde konkrétně o kritéria tzv. Paretovy efektivnosti a Kaldor-Hicksovy efektivnosti, které dále zahrnuje známý koncept maximalizace bohatství. V této kapitole jsou rovněž diskutovány etické aspekty konceptu ekonomické efektivnosti. V závěru je představen rakouský pohled na pojem ekonomické efektivnosti.

Kapitola čtvrtá se zabývá velmi diskutovaným Coaseho teorémem, který je využíván v rámci analýzy tzv. externalit. Kromě kritiky teorému ze strany rakouské školy je analyzován samotný Coaseho přístup k řešení problému negativních externalit. V této souvislosti je rovněž poukázáno na rakouský přístup.

Závěrečná pátá kapitola je věnována představení rakouského přístupu k ekonomické analýze práva. Nejprve je analyzován koncept vlastnictví, který je stěžejní pro pochopení rakouské teorie. Následuje nastínění specifické metody, kterou používají rakouští ekonomové ke zkoumání širších ekonomických a společenských důsledků právní regulace. Na závěr pojednávám o rakouské teorii (právních) institucí.

Summary

An Austrian Critique of the Traditional Chicago Approach to Law and Economics

Although the economic analysis of law has been recently on the rise, many authors seem to question the possibility of its application in the field of judicial decision-making or legislative lawmaking. The main goal of this thesis is therefore, besides the descriptive part, to present a coherent critique of the theoretical foundations of the traditional economic approach to law, represented by the Chicago school of economics, from the perspective of the Austrian school of economics. Given the complexity of the topic, the analysis is focused only on the basic concepts of the economic analysis of law.

Chapter one deals with the Austrian school and its economic method. The development and basic characteristic of this school of thought are presented in this chapter as well. The key part consists in the introduction of the basic principles of Austrian economics, which are further used in analysing significant assumptions and concepts of the economic analysis of law.

Chapter two is focused on law and economics as such. Basic concepts are introduced as well as confronted with the teachings of the Austrian School. Also, some of the implications which the economic analysis has for law are presented in this chapter, namely implications for the concepts of pre-contractual liability and asymmetric information, the notion of efficient breach of contract, and, eventually, the amount of damages.

The key part of the thesis is chapter three which deals with the issue of economic efficiency. First, this concept is analysed from the general point of view, then the basic criteria according to which it is determined whether a situation is efficient or not are presented. These are particularly the criteria of Pareto efficiency and Kaldor-Hicks efficiency, which further encompasses the well-known concept of wealth maximization. Also discussed are ethical aspects of economic efficiency. Lastly, I present the Austrian view of the concept of economic efficiency.

Chapter four is concerned with the much discussed Coase theorem, which is employed in analysing externalities. Apart from the critique of this theorem from the

perspective of the Austrian school, the very Coasian approach to the problem of externalities is analysed. An Austrian approach to this problem is presented as well.

In the final chapter I discuss the Austrian school approach to law and economics. First, the concept of ownership, which is a key to the understanding of the Austrian theory, is analysed. This analysis is followed by an introduction of the specific method used by Austrian scholars in investigating wider economic and social consequences of legal regulation. Finally, I discuss the Austrian theory of (legal) institutions.

Klíčová slova

Rakouská škola, ekonomická analýza práva, ekonomická efektivnost

Key words

Austrian School, economic analysis of law, economic efficiency