

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Martin Froněk

SPOLEČENSKÁ SMLOUVA JAKO RACIONÁLNÍ VOLBA

Rigorózní práce

Konzultant: doc. JUDr. et PhDr. Jan Wintr, PhD.

Katedra: Katedra teorie práva a právních učení

Datum uzavření rukopisu: 26. února 2015

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

V Praze dne

Obsah

Obsah	3
Úvod	4
I. Společenská smlouva – jedna, či více tradic?	7
I. 1. Od Platóna k Rawlsovi.....	7
I. 2. Druhy teorií společenských smluv.....	15
I. 3. Společenská smlouva jako hypotetický konstrukt.....	16
II. Předmět společenské smlouvy	18
II. 1. Ospravedlnění morálních pravidel.....	18
II. 2. Rawlsovo hledání spravedlnosti.....	25
II. 3. Anarchie vs. Leviathan.....	31
II. 4. Robert Nozick – kontraktarián?.....	33
III. Strany společenské smlouvy	35
III. 1. Kontraktarianismus vs. kontraktualismus – smysluplná dichotomie?.....	36
III. 2. Idea původní pozice.....	39
III. 3. Za závojem nevědomosti.....	41
III. 4. Mezi irelevancí a banálností.....	43
IV. Obsah společenské smlouvy: Příspěvek teorie her	44
IV. 1. Věžňovo dilema – ukázka problému společenské kooperace?.....	44
IV. 2. Koordinační hry - úvodní poznámky.....	46
IV. 3. Koordinační hry I.: „Driving game“.....	47
IV. 3. Koordinační hry II.: „Hon na jelena“.....	48
IV. 4. Koordinační hry III.: „Souboj pohlaví“.....	50
IV. 4. 1. Odvětvové standardy a harmonizace.....	51
IV. 4. 2. Formování ústav a ústavní zvyklosti jako koordinační nebo kooperační normy.....	52
IV. 5. Koordinační hry IV: „Hra na kuře“.....	57
IV. 5. 1. Potřeba koordinace a dopravní předpisy.....	58
IV. 5. 2. Vlastnictví jako koordinační konvence.....	59
IV. 6. Zobecnění poznatků o koordinančních hrách a expresivní teorie práva.....	60
V. Řád a anarchie: empirické studie fungování nestátních normativních systémů	63
V. 1. Positivní analytický anarchismus – úvodní poznámky.....	63
V. 2. Úloha reputace při udržení řádu I. – maghribští obchodníci.....	64
V. 3. Úloha reputace při udržení řádu II. – amsterdamská burza.....	66
V. 4. Expresivní funkce soudních rozhodnutí – islandský právní systém 10-13. století.....	67
V. 5. Vláda konvencí - potřebují dobří sousedé právníky?.....	70
V. 6. Udržitelná anarchie v malém, aneb O čem empirické studie svědčí?.....	73
VI. Společenská smlouva jako instituce	74
VI. 1. Aristotelés vs. Reid a Reinach.....	75
VI. 2. Děláme věci slovy – příspěvek Austinův.....	76
VI. 3. Základy teorie institucionální reality podle Searla.....	78
VI. 3. 1. Kolektivní intencionalita.....	78
VI. 3. 2. Konstitutivní pravidla.....	80
VI. 3. 3. Přiřazování statusových funkcí.....	82
VI. 3. 4. Deontická moc.....	84
VI. 3. 5. Role jazyka při utváření institucí.....	85
Závěr	89
Seznam literatury	92
Resumé	99
Abstrakt: Společenská smlouva jako racionální volba	100
Abstract: Social contract as a rational choice	100

Úvod

Když J. Bentham komentoval dílo W. Blackstonea, neodpustil si uštěpačnou poznámku na adresu teorií společenské smlouvy – podle Benthama je společenská smlouva předmět nehodný pozornosti, fikcí, která nemá historické opodstatnění, a je tedy zbytečné s tímto konceptem ztrácet čas. Do druhé poloviny dvacátého století se zdálo, že toto pojetí zvítězilo a smluvně-teoretické nahlížení na vznik a udržení sociálního řádu je překonáno. Jeho zachránce se, možná trochu paradoxně, stal autor vychovaný v tradici analytické filosofie, tedy směru filosofování, který s podezřením sleduje jakoukoli metafyziku.

Tímto autorem byl J. Rawls, jenž svým dílem *Teorie spravedlnosti* započal renesanci smluvní tradice. Svou knihu v souladu s nejnovějšími poznatky ekonomie, etiky, filosofie a logiky proložil grafy, indifferenčními křivkami a chytlivými termíny, které v politicko-filosofické a i právně-filosofické diskusi zdomácněly – za všechny jmenujme slavný „závoj nevědomosti“, jakkoli nejde o originální Rawlsův koncept. Rawlsovo dílo je geniální syntézou dosavadního vědění, ke které se další desetiletí vývoje teorie společenské smlouvy vztahuje a bez jejíhož obsáhnutí a vstřebání je třeba o společenské smlouvě (parafrázujeme-li Wittgensteina) raději mlčet. Proto je Rawlsovi věnována značná pozornost, jakkoli spíše kritická.

Diskutováni jsou také další soudobí autoři píšící v tradici společenské smlouvy, jejichž díla však zůstávají známa pouze úzkému okruhu znalců – D. Gauthier, T. Scanlon, J. Buchanan a i jinak známější R. Nozick, resp. jejich inspirativní myšlenky, jsou zde představeny jako součást jedné fascinující intelektuální tradice. Tato práce je skromným pokusem o jejich uvedení v české prostředí. Tutěž spíše pokornou ambici má i představení J. Searlea a jeho teorie institucionální reality právě v kontextu smluvně-teoretického přemýšlení o společnosti, státu a řádu.

Moderním teoriím společenské smlouvy je vlastní to, že se pokouší namísto metafyzických spekulací využívat aparát moderních společenských věd. Autoři, jejichž práce jsou níže podrobněji rozebrány, jsou bezpochyby špičkou v soudobých společenských vědách. Své zkoumání činí v rámci něčeho, co zde nazýváme teorií racionální volby. Jí je vlastní metodologický individualismus, přesvědčení o racionalitě jednání jednotlivých lidí, konzistenci jejich preferencí, subjektivitě užítku a možnosti zkoumat jednání nikoli na základě psychologických dispozic, ale vnějšího projevu jednání. Teorie racionální volby (která se do určité míry překrývá s ekonomikou) pochopitelně není prosta metodologických nedostatků a nepředstavuje jediný správný pohled na věc, nicméně je relativně etablovaným způsobem zkoumání společenských fenoménů, v anglosaském světě snad i dominantním,

kteřý stojí za to studovat a následně kritizovat, modifikovat a doplňovat. V této tradici je psána i má rigorózní práce.

První kapitola se věnuje historickému vývoji teorií společenské smlouvy od Platóna po Rawlse, specificky je diskutován problém hypotetičnosti společenské smlouvy. Druhá kapitola, zaměřená již na soudobé autory, analyzuje, co je vlastně předmětem společenské smlouvy, čemu autorům jednotlivých teorií slouží. Třetí kapitola je zaměřena na to, jak jsou v jednotlivých teoriích popisovány strany společenské smlouvy. Zajímá nás, kdo to je, jaké má vlastnosti a co z toho plyne pro teorii samotnou. Čtvrtá kapitola uvádí čtenáře do poznatků teorie her. Je probráno věžňovo dilema a některé paradigmatické typy koordinačních her, včetně jejich významu pro právní regulaci. Rovněž je představeno širší pojetí společenské smlouvy jako systému pravidel, která umožňují vybrat z nekonečného množství možných Nashových rovnováh. V návaznosti na zobecnění poznatků o koordinačních hrách a výběru rovnováhy podle Schellingovy teorie fokálních bodů je představena tzv. expresivní teorie práva, která zkoumá unikátní vlastnosti práva coby systému regulace společenských vztahů. V navazující páté kapitole jsou probrané herně teoretické koncepty a pojetí expresivní teorie práva diskutovány na pozadí soudobých empirických studií fungování nestátních či kvazistátních normativních systémů. Šestá kapitola nahlíží na společenskou smlouvu jako na soubor institucí ve smyslu teorie oxfordského filosofa J. Searla. Jsou představeny kořeny teorie institucionální reality v poznatcích o řečových aktech v dílech T. Reida, A. Reinacha a J. L. Austina. Následně je detailněji rozebráno pojetí institucionální reality J. Searla, včetně jeho klíčových komponent, a představen jeho pohled na společenskou smlouvu, o níž můžeme hovořit pouze tehdy, máme-li komunitu lidí, která spolu komunikuje jazykem. Na rozdíl od „klasických“ smluvních teoretiků včetně Rawlse je Searle přesvědčen, že jakákoli smysluplná debata o společenské smlouvě musí započít u teorie jazyka a jeho vlivu na utváření naší sociální reality.



V této práci navazuji na svou dnes již deset let starou studii o knize J. Buchanana *Meze svobody – mezi anarchií a Leviathanem*, kterou jsem měl možnost psát v rámci semináře na Akademickém gymnáziu v Praze v době, kdy jsem chtěl být filosofem, a také na seminář Čtení k právnímu a politickému myšlení věnovaný J. Rawlsovi, který jsem absolvoval v době, kdy bylo již zřejmé, že se stanu právníkem. Pokud tato rigorózní práce propojí světy práva a filosofie, splní svůj účel.

Rád bych na tomto místě poděkoval Nikole Burešové za pročtení rukopisu a pomoc s formátováním textu. Zbývající chyby jsou pochopitelně pouze mé. Především bych však rád vyjádřil svůj dík doc. JUDr. et PhDr. Janu Wintrovi, PhD., za konzultace k této rigorózní práci, rychlost s jakou se věnoval připomínkování textu a především za trpělivost a důvěru, s kterými již téměř tři roky očekával finální rukopis.

Za stejnou důvěru a trpělivost děkuji svým rodičům, jimž následující text také věnuji.

I. Společenská smlouva – jedna, či více tradic?

I. 1. Od Platóna k Rawlsovi

Platí-li známé tvrzení N. A. Whiteheada, že evropskou filosofickou tradici lze charakterizovat jako „sérii poznámek k Platónovi“, ¹ pojednání o teoriích společenské smlouvy jako o jednom z úhelných kamenů západního právního a politického myšlení nelze nezačít právě u tohoto řeckého filosofa. Hned ve třech Platónových dialozích zaznamenáváme existenci společenské smlouvy.

K Sókratovi, odsouzenému obcí k smrti a čekajícímu na návrat státní lodi z ostrova Délu, přichází jeho věrný přítel Kritón, aby Sókrata přemluvil k útěku z Athén. Podle mínění Kritónova se obec na Sókratovi provinila „největším zlem“, ² když jej nespravedlivě odsoudila. Sókratés si nespravedlnost počínání obce uvědomuje, přesto útěk odmítá a Kritónovi předvádí hypotetickou promluvu „zákonů“ obce, v níž můžeme spatřit jedno z prvních načrtnutí teorie společenské smlouvy v dějinách politického myšlení. Zákony svou závaznost vysvětlují tak, že jsou to právě ony, kdo umožnil Sókratovi narození, na jejich základě mu bylo dáno vzdělání, zákony mu umožnily účast na politickém životě obce. Sókratés měl možnost odejít, nevyhovovalo-li mu státní zřízení; pokud tak neučinil ani dříve, ani když měl možnost navrhnout si trest vyhnanství, pak se „skutkem dohodl“, ³ že bude za každých okolností poslouchat, cokoli zákony obce přikáží. Útěk před trestem tak pro Sókrata nepřichází v úvahu.

Zatímco Platónovo (Sókratovo) líčení v dialogu Kritón je přijímáno jako načrtnutí jistého druhu smluvního vztahu mezi jedincem a státem, kdy se jedinec konkludentně podřizuje zákonům státu, ⁴ interpretace debaty v druhé knize Ústavy naznačují Platónův odpor k možnému založení principů spravedlnosti smlouvou. ⁵ Glaukón předestírá údajně běžně přijímané pojetí spravedlnosti jako racionálního východiska ze situace extrémně egoistických jedinců, kteří páchají bezpráví, kdykoli tím mohou získat prospěch. Podle Glaukónova výkladu patrně sofistické pozice, ⁶ když lidé páchají a zároveň zakouší bezpráví

¹ Whitehead, N. A.: *Process and Reality*. Free Press, 2. vydání, 1979, str. 39.

² Platón: *Kritón*, 44d.

³ *Ibid*, 51e.

⁴ Srov. ovšem Weinrib, E.: „Obedience to the Law in Plato's *Crito*.“ *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 27, 1982, str. 85-108.

⁵ Lewis, H. D.: „Plato and the Social Contract.“ *Mind*, Vol. 48, No. 189, 1939, str. 78-9.

⁶ Tomsa, B.: *Idea spravedlnosti a práva v řecké filosofii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, str. 44.

„(...) zdá se těm, kteří nejsou schopni tomuto uniknouti, ono pak si zvoliti, že by bylo prospěšné učiniti navzájem smlouvu, že nebudou bezpráví ani činiti ani trpěti. A odtud prý počali dávat si zákony a uzavírali mezi sebou smlouvy a nazvali nařízení dané zákonem zákonným a spravedlivým.“⁷

Sókratés s Glaukónem nesouhlasí a zbytek druhé knihy Ústavy je věnován vyvrácení možnosti kontraktuálního založení spravedlnosti.

Konečně v nejrozsáhlejším dialogu – Zákonech – zmiňuje Platón prostřednictvím bezejmenného Athéňana historickou zkušenost tří dórských království – Argu, Messény a Lakedaimónu, která byla založena přísahou poddaných zvoleným králům pomáhat v případě vnějšího ohrožení.⁸ Zde se k dodržování jistých pravidel nezavazují toliko poddaní králům; i těm totiž plynou povinnosti jednak vůči vlastním poddaným, jednak vůči vládcům a poddaným všech ostatních dórských království:

„(...) tři královské vlády se vespolek zavázaly přísahou, každá s každou ze tří obcí od králů ovládaných, podle společných zákonů, které si daly a o vládnutí a poslušání vlády, jedni, že neudělají vládu postupem času a rodu násilnější, druzí, že pokud vládcové to budou dodržovat, ani sami královskou vládu nevyvrátí, ani nepřipustí, kdyby se o to pokoušeli jiní, a že králové budou pomáhat králům, kdyby se jim děla křivda, i lidu každé obce a lid druhému lidu i králům, kdyby se jim děla křivda.“⁹

Platón ve svém díle ideu společenské smlouvy nijak dále nerozvádí; výše uvedený přehled však naznačuje témata, jichž se teoretici společenské smlouvy v následujících staletích nějakým způsobem budou dotýkat; je-li společenský řád založen souhlasem, je tento souhlas explicitní, či implicitní? Uzavírají smlouvu vládce a ovládaní, nebo ovládaní mezi sebou? Činí tak z utilitárních důvodů racionálním uvážením? Je společenská smlouva hypotetický konstrukt, nebo lze nalézt společnosti, které byly smluvně založeny? Hledáním komplexních odpovědí se zhostili myslitelé 17. a 18. století, z nichž nejvýznamnější pro zrod soudobých teorií společenské smlouvy (a pro vývoj politické filosofie vůbec) jsou T. Hobbes, J. Locke, J. J. Rousseau a I. Kant.¹⁰

⁷ Platón: *Ústava*, 359a.

⁸ Platón: *Zákony*, 683e.

⁹ *Ibid*, 684.

¹⁰ Výčet myslitelů, rozpracovávajících ideu společenské smlouvy, se těmito autory samozřejmě nevyčerpává, uvádím pouze ty, kteří mají zásadní význam pro práce autorů, na něž se tato práce zaměřuje – Rawlse, Nozicka, Buchanana, Gauthiera, Scanlona a dalších.

T. Hobbes přichází s myšlenkovým experimentem tzv. „přirozeného stavu“, stavu bez státu, který mu slouží jako výchozí situace pro zodpovězení otázky, proč a jak vzniká politický řád (stát). Přestože jsou si lidé v přirozeném stavu rovni, pluralita preferencí jednotlivých lidí a omezenost zdrojů nevyhnutelně vedou ke konfliktu, kdy „se snaží jeden druhého zničit nebo si ho podrobit“.¹¹ Přirozené sklony člověka, soupeřivost, nedůvěřivost a touha po slávě jsou hlavními příčinami sporů. Situaci bez nadřazené moci, která by imanentní konflikt odstranila, Hobbes nazývá „válkou každého proti každému“.¹² Za takových podmínek vymizí specializace a dělba práce, vzájemná směna bude omezena na minimum, přednost dostane spotřeba před výrobou, neboť o plody vlastní práce slabší jedinec snadno přijde. Život člověka bude „osamělý, ubohý, ošklivý, zvířecí a krátký.“¹³

Hobbesův přirozený stav má na první pohled strukturu tzv. jednokolového věžňova dilematu, což by vysvětlovalo, proč se jednotlivci v přirozeném stavu nezřeknou násilí a nedodržují závazky, ačkoli by na tom byli všichni lépe, pokud by tak učinili.¹⁴ Uvažujme dva jedince (pro ilustraci je nazvěme Adam a Eva) uzavírající v přirozeném stavu jakýsi „pakt o neútočení“. Každý z nich má volbu pakt porušit a zaútočit, nebo se paktu držet a útoku se vzdát. Vzájemná interakce dvou jedinců pak může mít čtyři výsledky, zachycené v Tabulce 1, v níž čísla ilustrují pomyslný prospěch jedince z každé varianty jednání.

Tabulka 1

	Neútočit (E)	Útočit (E)
Neútočit (A)	2, 2	0, 3
Útočit (A)	3, 0	1, 1

Adam uvažuje takto: pokud se Eva rozhodne být mírumilovná, můžu na ni zaútočit (Adam získá maximum, Eva nic – III. kvadrant), nebo budu také mírumilovný (Adam i Eva získají pro sebe druhý nejlepší výsledek – II. kvadrant). Pokud tedy Eva nebude útočit, získám nejvíce, pokud stejně zaútočím sám. Pokud Eva útočit bude a já budu mírumilovný, nezískám nic (I. kvadrant). Proto bude lepší zaútočit také a získat alespoň něco (IV. kvadrant).

¹¹ Hobbes, T.: *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: OIKOYMENH, 2009, str. 88.

¹² Ibid., str. 89.

¹³ Ibid.

¹⁴ Hobbes, Ibid.: „Tomu, kdo tyto věci náležitě neuvážil, se může zdát divné, že by příroda lidi takto odlučovala a vedla je k vzájemnému napadání a ničení“.

Bez ohledu na to, co udělá Eva, je tak racionální zaútočit. Uvažování Evy je symetrické, proto i bez ohledu na to, co udělá Adam, je pro Evu racionální útočit. Adam i Eva současně reagují nejlepším možným způsobem na jednání toho druhého. V jazyce teorie her, výše uvedený typ hry má pouze jednu Nashovu rovnováhu, a to ve IV. kvadrantu, kdy jsou na tom oba hůře, než kdyby se oba rozhodli neútočit.¹⁵

Jak píše Jean Hamptonová, přední expertka na dílo T. Hobbesa, některé části Leviathana naznačují, že Hobbes nebyl natolik pesimistický, aby si myslel, že lidé v sociální realitě hrají jednokolové hry.¹⁶ Existuje-li dostatečně vysoká pravděpodobnost, že Adam a Eva se potkají někdy v budoucnu (budou hrát věžňovo dilema opakovaně), berou v úvahu nikoli jen momentální prospěch, a do svých racionálních kalkulací zahrnují i potenciální budoucí výnosy z možné vzájemné interakce. Hra pak má mnoho Nashových rovnováh, z nichž v některých je racionální strategií neútočit.¹⁷ Kooperace v hobbesovském světě je tak možná, byť za omezujících předpokladů. Více k tomu v kapitole IV. Na tomto místě postačí připomenout, že k Hobbesově pojetí přirozeného stavu se vyjadřují téměř všichni soudobí teoretici společenské smlouvy, nezřídka právě za použití teorie her.

Jaké nabízí Hobbes řešení nepřiliš nadějných vyhlídek lidí v přirozeném stavu? K odstranění všudypřítomného (být potenciálního) konfliktu je třeba, aby lidé svěřili

„veškerou jejich moc a sílu jednomu člověku nebo jednomu shromáždění, aby byli nositelem jejich osoby a aby každý přijal a uznal sebe jako autora čehokoli, co ten, kdo nese jejich osobu, učiní (...) a v tomto ohledu podřídit každý svou vůli jeho vůli a své úsudky jeho úsudku.“¹⁸

Lidé ustaví suveréna, a to v jednostupňovém kontraktuálním procesu. Do závazku vstoupí každý s každým; každý se vzdá svého práva vládnout sám sobě, za podmínky, že tak učiní ostatní. Tím autorizují jako jednotná osoba svého vládce.¹⁹ Motivaci hobbesovských aktérů vstoupit do takového závazku pregnantně shrnuje John Rawls v posmrtně vydaných přednáškách o dějinách politické filosofie:

„Hobbesovým poznatkem je, že za normálních podmínek lidského života a za předpokladu neustále přítomné hrozby občanského konfliktu a kolapsu

¹⁵ Binmore, K.: *Game Theory: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007, str. 18.

Na doporučení jedné kolegyně pro jistotu připomínám, že označení kvadrantů se řídí karteziánskou soustavou, tj. od I. vpravo nahore proti směru hodinových ručiček.

¹⁶ Hampton, J.: *Political Philosophy*. Oxford: Westview Press, 1997, str. 45-46.

¹⁷ Binmore, Ibid, str. 73.

¹⁸ Hobbes, Ibid, str. 120.

¹⁹ Hobbes, Ibid. Srovnej též Hampton, op. cit., str. 48.

do Přirozeného stavu má každý dostatečný a fundamentální zájem na podpoře efektivního Suveréna. Jestliže takový zájem existuje, každý racionální jedinec by uzavřel Společenskou smlouvu, pokud by na to přišlo.²⁰

J. Locke rovněž spekuluje o „přirozeném stavu“ a z něj odvozuje vznik politické vlády (státu). Za absence jediné nejvyšší autority je jedinec podřízen přirozenému zákonu, jenž zakazuje „poškozovat druhého v jeho životě, zdraví, svobodě nebo majetku“²¹, přičemž tento zákon jedinec i sám vynucuje vůči těm, kdo jej přestoupí. Nevýhodou takového uspořádání je, že jednotlivci budou soudci ve své vlastní věci a jejich vášně a stranickost při rozhodování při povede k chaosu (opět situace vězňova dilematu); je to ustavení politické vlády, co má takovému chaosu zabránit.²²

Děje se tak tím způsobem, že se každý (pravidlo jednomyslnosti) vzdá přirozené moci chránit vlastnictví a trestat přestupky a odevzdá ji společenství, které bude podle známých pravidel a nestranně rozhodovat spory.²³ V další fázi pak na základě většinového rozhodování ustaví systém politických institucí, které vyjasňují obsah přirozených zákonů a sankcionují je.²⁴ Souhlas s včleněním se do politické společnosti může být jak explicitní, tak konkludentní.²⁵ Ti, kdo budou zákony vynucovat, jsou instalováni do funkce pouze podmíněně; překročí-li meze svého oprávnění, mohou být nahrazeni – J. Hamptonová mluví v této souvislosti o Lockeovi jako o představiteli tzv. „teorie zastoupení“ (agency theory), zatímco Hobbes se zdá zastávat tzv. „teorii vzdání se práv“ (alienation theory).²⁶ Teorii zastoupení J. Locke se v textu budu věnovat v jejím modernizovaném pojetí, které představil R. Nozick, a to v kapitole III.

Koncept společenské smlouvy u J. J. Rousseaua stojí na čtyřech předpokladech. Zaprvé, lidé racionálně hájí své zájmy; zadruhé, lidé jsou na sobě vzájemně nezávislí a dospěli do bodu, v němž je společenská kooperace výhodná a žádoucí; za třetí, lidé mají stejnou schopnost

²⁰ Rawls, J.: *Lectures on the History of Political Philosophy*. (Ed. Samuel Freeman). Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, str. 33.

²¹ Locke, J.: *Druhé pojednání o vládě*. Praha: Nakladatelství Svoboda, 1992, str. 32.

²² Ibid, str. 36.

²³ Ibid, str. 79.

²⁴ Ibid, str. 85-88.

²⁵ Ibid, str. 101.

²⁶ Hampton, op. cit., str. 41. Srovnej však Forsyth, M.: „Hobbes's contractarianism. A comparative analysis.“ In: Boucher, D., Kelly, P. (eds.): *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. London, New York: Routledge, 1994, str. 35-51. Forsyth argumentuje, že dělicí čarou mezi jednotlivými teoretiky společenské smlouvy není dichotomie zastoupení-vzdání se práv, ale to, zda smluvní teorie přiznává primát politickému řádu, nebo vnitřnímu morálnímu právu.

posoudit, co je v jejich zájmu, a podle toho jednají; za čtvrté, lidé mají stejný smysl pro spravedlnost a jednají podle něj.²⁷

Základní problém, který podle Rousseaua společenská smlouva řeší, je

„naléztí formu sdružení, které by bránilo a ochraňovalo vší společnou silou osobu a majetek každého člena, a podle níž by každý poslouchal jenom sama sebe, i když se sloučí se všemi, a zůstával svobodným jako dříve.“²⁸

Každý jednotlivec vstoupí do svazku s ostatními tak, že předá „všechnu svou moc pod nejvyšší řízení obecné vůle“²⁹, čímž vytvoří novou entitu (veřejnou osobu). Podle Rousseaua tímto aktem jednotlivci nic neztrácí, postoupení práv je vyváženo ziskem větší moci k zachování svobody a dosavadních statků. Jak ale upozorňuje například Jeremy Jennings, jsou to pouze jednotliví lidé, nikoli nově vzniklá entita, kdo vůbec může smlouvu porušit, a tak se Rousseau jinou cestou dostává tam, kde skončil jeho předchůdce Hobbes – „společenská smlouva dává suverénovi nad jeho poddanými absolutní moc“.³⁰

Pro práci soudobých autorů je spíše než mnohdy nekonzistentní a nejasným jazykem psané dílo *O společenské smlouvě* daleko zajímavější jeho esej *O původu nerovnosti mezi lidmi*. Když vysvětluje, že egoistického jedince zkušenost naučila při dosahování vlastních cílů někdy spoléhat na kooperaci s ostatními, uvádí Rousseau jako ukázkou motivačního schématu jedince příklad honu na jelena:

„Měl-li se ulovit jelen, všem bylo jasné, že aby byl lov úspěšný, musí každý poctivě setrvat na svém místě. Když se ale náhodou stalo, že do blízkosti některého z lovců přiběhl zajíc, není pochyb, že se lovec bez zaváhání vrhnul za zajícem, a když ho chytil, málo ho zajímalo, že svým jednáním způsobil neúspěch ostatních.“³¹

Moderní teorie her vzala tento příklad za svůj a pojmenovala po něm jeden typ tzv. koordinační hry, která má, narozdíl od výše uvedeného věžňova dilematu, dvě Nashovy rovnováhy – jedna spočívá ve společném lovu zajíce, druhá ve společném lovu jelena. Tuto hru znázorňuje matice v Tabulce 2.

²⁷ Rawls, op. cit. pozn. 20, str. 217-219.

²⁸ Rousseau, J. J.: *O společenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2002, str. 24.

²⁹ Ibid, str. 25.

³⁰ Jennings, J.: „Rousseau, social contract and the modern Leviathan.“ In: Boucher, Kelly, op. cit., str. 120.

³¹ Rousseau, J. J.: *On the Origin of Inequality*. New York: Cosimo, Inc., 2005, str. 65.

Tabulka 2

	Jelen (E)	Zajíc (E)
Jelen (A)	4, 4	0, 3
Zajíc (A)	3, 0	2, 2

Jelen má vyšší hodnotu než zajíc; když jeden z lovců, Adam, bude lovit zajíce, bude pro Evu lepší lovit také zajíce, pokud bude Adam lovit jelena, bude pro Evu výhodnější se připojit. Ten, kdo se rozhodne lovit jelena, riskuje, že druhý nebude kooperovat a jelen uteče. Naproti tomu lovec zajíce sice neriskuje nic, zato se rovnou připraví o možnost vyššího zisku. To, zda se lovci zkoordinují v té Nashově rovnováze, která slibuje vyšší výnos (II. kvadrant), je otázkou jejich vzájemné důvěry v to, co učiní ten druhý. Někteří autoři jsou toho názoru, že hra „hon na jelena“ (stag hunt) lépe než jiné typy her ztělesňuje problém koordinace mezi lidmi, a měla by tak být základem studia otázky společenské smlouvy spíše než vzpomínané věžňovo dilema.³² K této problematice se vrátím v kapitole IV.

Posledním z klasiků teorie společenské smlouvy, na jehož dílo bylo ve 20. století navázáno, je I. Kant. Kant rozlišuje typy smluv, v nichž se lidé spojují za nějakým libovolným žádoucím účelem (např. u kupní smlouvy je finálním účelem směna zboží za peníze), a smlouvami, u nichž „spojení je samo o sobě účelem (...) a které je tedy nepodmíněnou a první povinností v každém vnějším vztahu lidí vůbec.“³³

Takovou smlouvou je smlouva společenská (v Kantově terminologii „původní“), jíž lidé formují stát:

„Akt, jímž se lidé formují do státu, je původní smlouvou. Přesněji řečeno, původní smlouva je pouhou ideou tohoto aktu, v jejímž rámci jsme vůbec s to uvažovat o legitimitě státu. V souladu s původní smlouvou se každý příslušník národa vzdává své vnější svobody, aby ji v zápětí okamžitě znovu nabyt jako člen společenství, tedy národa považovaného za stát.“³⁴

³² Skyrms, B.: „Stag Hunt.“ Presidential Address. Pacific Division of the American Philosophical Association, březen 2001, dostupné na <http://www.lps.uci.edu/home/fac-staff/faculty/skyrms/StagHunt.pdf>.

³³ Ve spise *O obecném rčení*. Viz Kant, I.: *K věčnému míru. O obecném rčení: Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi*. Praha: OIKOYMENH, 1999, str. 68.

³⁴ Kant, I.: *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, str. 127.

Takový druhu kontraktu zajistí právo člověka určit a proti vnějším zásahům druhých zajistit každému, co jeho jest. Do kontraktu lidé nevstupují z utilitárních důvodů, ale proto, „že tomu tak chce sám rozum, a sice rozum a priori zákonodárný, který nebere ohled na žádný empirický účel.“³⁵

Pro moderní učení o společenské smlouvě je Kant klíčový ve dvojitým ohledu. Zaprvé, na rozdíl od svých předchůdců výslovně odmítá spekulovat na téma historicity společenské smlouvy; tu, píše Kant, „naprosto není nutné (ba ani možné) předpokládat jako faktum“.³⁶ Jde o pouhou „ideu rozumu“.³⁷ Na společenskou smlouvu je tak možné pohlížet jako na hypotetický konstrukt. Zadruhé, tento konstrukt nemá ambice *vysvětlit* vznik aktuálních politických společností (států), nýbrž poskytnout jejich *ospravedlnění*. Jinými slovy, společenská smlouva slouží jako jakési normativní brýle, které si nasazují vládcí a zákonodárci, aby jejich pomocí nahlédli, zda by jimi vydaná opatření prošla testem souhlasu poddaných, pokud by se takový test měl uskutečnit.³⁸

Po Kantovi zažívá společenská smlouva jako použitelný koncept politické filosofie rychlý pád. Společenskou smlouvu jako možný základ sociální kooperace odmítají Hegel i Marx, před nimi Hume a Bentham, byť každý z rozdílných důvodů. Není významnějšího autora, který by považoval ideu společenské smlouvy za hodnu následování či rozpracování, natož aby přišel s vlastním originálním pojetím. Ještě v roce 1939 tak může David Lewis s lítostí konstatovat, že „doktríně společenské smlouvy se dostává pouze málo vážné pozornosti“.³⁹

Tato skutečnost se mění od 50. let 20. století. Nejprve se etické postuláty pomocí ideje „původního stavu“, tolik připomínající klasiky, pokusí s pomocí moderních metod racionální volby formulovat pozdější nositel Nobelovy ceny za ekonomii J. Harsanyi. O tři roky později přichází J. Rawls se základním článkem *Justice as Fairness*, v němž explicitně odkazuje na ideu společenské smlouvy. G. Tullock a J. Buchanan (rovněž pozdější nositel Nobelovy ceny za ekonomii) v práci, která dala vzniknout tzv. škole veřejné volby, uvažují hypotetický stav, v němž se mají lidé rozhodnout o základních pravidlech fungování společnosti. Skutečnou „renesanci“ smluvní teorie⁴⁰ pak představuje Rawlsova *Teorie spravedlnosti* – renesanci ve dvojitým smyslu. Jednak je Rawls prvním myslitelem od dob Kanta, který na ideji

³⁵ Kant, op. cit. pozn. 33, tamtéž.

³⁶ Ibid, str. 74-75.

³⁷ Ibid.

³⁸ Williams, H.: „Kant and the social contract“. In: Boucher, Kelly, op. cit., str. 143.

³⁹ Lewis, op. cit., str. 684.

⁴⁰ Koller, P.: „Nové teorie smlouvy“. In: Ballestrem, K., Ottmann, H.: *Politická filosofie 20. století*. Praha: OIKOYMENH, 1993, str. 271.

společenské smlouvy vystavěl vlastní koncepci spravedlivého politického řádu, jednak odstartoval rozmach dalších originálních teorií společenské smlouvy, které se nějakým způsobem musely s Rawlsem nastolenými tématy vypořádat. Platí to pro J. Buchanana, D. Gauthiera, T. M. Scanlona, omezeně pro R. Nozicka i moderní autory teorie her.

I. 2. Druhy teorií společenských smluv

Michael Lessnoff tvrdí, že existuje jediná, nepřerušovaná tradice autorů píšících o společenské smlouvě, jdoucí od Rawlse přes Hobbese zpět až do starověkého Řecka, a že je možné formulovat jakési „jádro“ společné všem autorům této tradice.⁴¹ Jak je však patrné i z výše uvedeného stručného přehledu, idea společenské smlouvy u jednotlivých autorů slouží různým účelům, má různý ontologický status, uzavírají ji odlišné kategorie subjektů. Pokus nalézt mezi všemi autory společný jmenovatel je možno učinit jen za cenu až přílišné generalizace. Abych parafrázoval výrok Ronalda Coase o využívání statistických dat v ekonomické teorii, mohli bychom jednotlivé autory a jejich texty mučit tak dlouho, až by se k nějakému společnému obecnému základu nakonec přiznali.

Aby se takovému mučení vyhnuli, navrhuji D. Boucher a P. Kelly pro přehlednost jednotlivé teorie rozdělit do tří skupin, o nichž můžeme prohlásit, že reprezentují odlišnou „tradici“ společenské smlouvy. Jde o tradici „morální“, „občanskou“ a „ústavní“.⁴² Je však třeba mít na paměti, že jde o pouze o umělé „zaškatulkování“ sloužící k větší přehlednosti a že jednotlivé „škatulky“ nejsou vzájemně exkluzivní.

Tradice morálních kontraktariánů sahá k sofistům, kteří, na rozdíl od Platóna, připouštěli možnost založit smlouvou samotné principy morálky. David Gauthier, nejvýznamnější moderní proponent této tradice, argumentuje, že důvod, proč bychom měli jednat morálně, je náš vlastní sebezájem. Lidé jako racionální maximalizátoři svého užitku přistoupí na taková morální omezení, která jim umožní dosáhnout „kooperativního přebytku“, tj. relativně většího koláče benefitů (široce definovaných), než by se jim dostalo ve stavu bez společenské kooperace.⁴³

Širší a známější je tradice občanských kontraktariánů, kam můžeme řadit Hobbese, Locke, Rousseau a Kanta, z moderních autorů pak Rawlse, Nozicka i Buchanana. Cílem teorií těchto autorů je v nejobecnějším smyslu řečeno „legitimizovat donucovací politickou autoritu,

⁴¹ Podle Boucher, Kelly, op. cit.

⁴² Boucher, D., Kelly, P.: „The social contract and its critics. An overview.“ In: Boucher, Kelly, op. cit., str. 1.

⁴³ Ibid, str. 3.

nebo hodnotit donucovací omezení nezávisle na legitimitě autority, od níž se tato omezení odvozují“.⁴⁴

Poslední, v současné době nejméně významnou tradicí, je tradice „ústavních kontraktariánů“, u nichž nejde ani tak o legitimní ustavení politického řádu, ale o definování vzájemných povinností vládce a ovládaných. Podle Bouchera a Kellyho jde o tradici „juristickou“, mající kořeny ve Starém zákoně, římském právu a feudálních vztazích mezi králi a jejich vazaly.⁴⁵

S jiným možným, na způsob vyslovení souhlasu s politickým řádem zaměřeným dělením teorií společenských smluv přišel D. Gauthier, který rozlišuje mezi „originálním“, „explicitním“, „tacitním“ a „hypotetickým“ kontraktarianismem.⁴⁶

Právě hypotetičnost společenské smlouvy je tématem, kterému je před rozebíráním detailů jednotlivých soudobých teorií třeba věnovat alespoň stručnou pozornost, a to z prostého důvodu – ze současných relevantních autorů v oblasti politické filosofie není nikdo, kdo by se věnoval exkluzivně otázce historických, reálných společenských kontraktů. Prim hraje kantovský přístup, jenž hledá odpověď na otázku, zda, jakým způsobem a za jakých podmínek *by* lidé mohli utvořit legitimní (spravedlivý) politický řád (stát). Jinými slovy, pozornost soudobého kontraktarianismu se zaměřuje na otázku *ospravedlnění*.

I. 3. Společenská smlouva jako hypotetický konstrukt

Opozice proti konceptu společenské smlouvy jako něčeho, co by mohlo zavazovat členy společnosti, se formovala zejména na podkladě banální otázky: viděl někdy vůbec někdo nějakou společenskou smlouvu? Zatímco Locke na toto téma spekuluje, Hobbes připouští, že nikdy žádná být ani nemusela. Jednoznačně zápornou odpověď si pak doslova „užila“ řada autorů. Za příklad můžeme uvést J. Benthama. Když Bentham komentuje dílo W. Blackstonea, píše:

„Pokud jde o Původní Smlouvu (...) Důraz na ni dříve, a stále ještě dnes některými kladený z ní činí předmět nikoli nehodný pozornosti. Dokud jsem si nevšiml zmínky o ní u našeho autora, doufal jsem, že tato chiméra byla zcela vyvrácena panem Humem. Myslím, že o ni dnes neslycháme tak často jako dříve.

⁴⁴ Ibid, str. 4.

⁴⁵ Ibid, str. 10.

⁴⁶ Gauthier, D.: *Moral Dealing: Contract, Ethics and Reason*. Ithaca, London: Cornell University Press, 1990, str. 52-54.

Nezničitelné prerogativy lidstva nemají zapotřebí stát na písečných základech fikce.“⁴⁷

David Hume uznává, že první organizované státní útvary nějakým způsobem musely být založeny na určité formě *souhlasu*; je však jinou otázkou, zda se existující státy mohou dovolávat tohoto souhlasu jako legitimizujícího důvodu, což Hume odmítá s tím, že něco takového se přičí rozumu, zkušenosti a dějinám.⁴⁸ Jednak tento původní souhlas pouze ex post dovozujeme z přirozených sklonů člověka (jde tedy o spekulaci z oboru „teoretické historie“), jednak není jasné, proč by souhlas předchozích generací měl zavazovat generace následující.⁴⁹ O implicitním souhlasu lockeovského typu smýšlí Hume rovněž s podezřením, když píše, že jediným smysluplným pojetím implicitního souhlasu je případ, kdy se cizinec dobrovolně usadí v nějaké zemi, přičemž je předem informován o detailech místního zřízení.⁵⁰

Představme si, že bychom se vydali do ulic v okolí Právnické fakulty UK a začali se ptát kolemjdoucích, zda souhlasí se současným politickým uspořádáním v nejjobecnějším smyslu. Patrně bychom nedostali jednoznačně kladnou odpověď. Moderním teoretikům společenské smlouvy tak nejde o otázku, zda skuteční lidé vyjadřují skutečný souhlas s politickým uspořádáním. Spokojí se s uvažováním nad tím, jak *by* se lidé vyjádřili, *kdybychom* se skutečně vydali do ulic na průzkum. V tomto smyslu je jejich uvažování hypotetické.

Hypotetičnost soudobých teorií společenské smlouvy jde však ještě dále. Vezměme kupříkladu Rawlse – stranami jeho smlouvy jsou empirické reality zbavené entity, které nikdy neexistovaly a existovat nebudou, neboť se nachází za „závojem nevědomosti“. Michael Sandel tak může napsat, že taková teorie je „dvojitě hypotetická“.⁵¹ Povšimněme si zajímavého vývoje. Klasici teorie společenské smlouvy (s výjimkou Kanta) se alespoň nějak zabývají historicitou společenské smlouvy. David Hume takové nahlížení zpochybnil a v interpretaci Benthamově ideu společenské smlouvy pohřbil na základě její neprokázané historické reality.⁵² Renesance smluvní teorie ve 20. století pak stojí na tom, že její hlavní představitel koncept společenské smlouvy odtrhne zcela od reálného světa a reálných lidí, a to ve snaze najít principy, které by měly ovládat skutečnou, soudobou společnost.

⁴⁷ Citováno podle Boucher, Kelly, op. cit., str. 20.

⁴⁸ Hume, D.: „Of the Original Contract“. In: Hume, D.: *Political Essays* (ed. Haakonssen, K.). Cambridge: Cambridge University Press, 1994, str. 188.

⁴⁹ Ibid, str. 189.

⁵⁰ Ibid, str. 194.

⁵¹ Sandel, M.: *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, str. 105.

⁵² Jestli je Benthamova interpretace správná, je jiná otázka. K tomu např. Castiglione, D.: „History, reason and experience: Hume’s arguments against contract theories“. In: Boucher, Kelly, op. cit., str. 97-116.

II. Předmět společenské smlouvy

Soudobé teorie společenské smlouvy tento koncept používají k ospravedlnění různých druhů sociálních fenoménů. Liší se v tom, jakým skutečným společenská smlouva vlastně propůjčuje normativní sílu. Jinými slovy, jednotlivé teorie odpovídají jiným způsobem na otázku po předmětu společenské smlouvy. D. Gauthier a T. M. Scanlon pomocí konceptu společenské smlouvy odvozují morální pravidla; J. Rawls hledá principy spravedlnosti; R. Nozick a J. Buchanan se snaží ospravedlnit existenci státu jako donucovací organizace.

II. 1. Ospravedlnění morálních pravidel

Nejambicióznějším soudobým kontraktariánským projektem se zdá být pokus Davida Gauthiera, formulovaný v jeho díle *Morals by Agreement*,⁵³ o odvození morálních pravidel z non-morálního předpokladu o člověku jakožto maximalizátoru subjektivního užitku. Gauthier se snaží ukázat, že pokud mají morální principy praktický vliv na naše jednání, není to proto, že by „lákavě našeptávaly našim tužbám, ale proto, že dokáží přesvědčit náš úsudek“.⁵⁴ Přijetí morálních principů je racionální proto, že je zdůvodnitelné jako metastrategie, která jednotlivci zajistí širší možnost dosahování vlastních cílů a vlastního užitku oproti situaci bez těchto principů. Filosof Brian Barry rozděluje etické teorie na ty založené na „vzájemné výhodnosti“ a na tzv. teorie „neutrality“, přičemž Gauthierovu teorii „morálky podle dohody“ řadí do první kategorie.

Gauthier tvrdí, že to, co nazýváme morálními principy, není ničím jiným než *potenciálně* vzájemně *odsouhlasitelnými* omezeními (constraints) vlastního jednání:

„Morálka jen tak nevyskakuje jako králík z prázdného klobouku. Spíše (...) jednoduše vyvstává z aplikace maximalizujícího pojetí racionality na určité struktury interakce. Vzájemně odsouhlasená omezení představují racionální odpověď na takové struktury.“⁵⁵

Individuální aktéři v realitě jednají buď tak, že berou situaci, v níž se nachází, za danou, a v takovém případě je teoreticky racionální pouze takové jednání, které vede k přímé maximalizaci užitku, která zahrnuje i porušení dohod, k nimž se aktér zavázal, pokud to s sebou nese větší užitek. Jedinec čelí tzv. parametrické volbě. Naproti tomu strategické volbě čelí jedinec A tehdy, když si uvědomuje, že výsledek jeho volby závisí částečně na tom, co

⁵³ Gauthier, D.: *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

⁵⁴ *Ibid*, str. 1.

⁵⁵ *Ibid*, str. 9.

udělají ostatní, a zároveň jejich výsledek závisí na tom, co udělá A.⁵⁶ Racionalita volby v takové situaci závisí na tom, zda by se na daném výsledku racionální aktéři shodli.⁵⁷ Aby mohli aktéři dosáhnout na ovoce kooperace a rozdělit si je, musí sami sebe omezit, a to dohodou.

Dohody aktéři dosáhnou ve vyjednávacím procesu, v němž je podle Gauthiera všemi aktéry akceptovatelný toliko jediný princip rozdělení benefitů kooperace, a to princip tzv. minimálního relativního ústupku (minimal relative concession). Jedinec A si při vyjednávání s jedincem B nárokuje sto procent výnosů, které byly umožněny vzájemnou kooperací, a jedinec B rovněž, takže k dohodě nejprve nedojde. Obě strany musí činit postupné ústupky ze svých požadavků a snaží se maximalizovat podíl toho, co nakonec dostanou, oproti tomu, co požadovaly původně. Čím větší relativní ústupek učiní A oproti relativnímu ústupku B, tím legitimnější důvod má B k odmítnutí dohody. Čím menší jsou maximální možné relativní ústupky jednotlivých aktérů, tím spíše bude dohoda uzavřena.⁵⁸

Máme-li dohodu o rozdělení benefitů kooperace, ještě to neznámá, že bude dodržována. Gauthier se snaží prokázat, že dodržet dohodu je racionální. Podle Gauthiera existují dva typy jedinců – maximalizátorů užítka. Bezprostřední maximalizátor (straightforward maximizer) je ten, který drží dohody do té doby, dokud užitek z jejich porušení nepřevyšuje užitek z dodržení dohody. V situaci strukturované jako věžňovo dilema pak nebude bezprostřední maximalizátor kooperovat. Naproti tomu tzv. omezený maximalizátor (constrained maximizer) dohody dodržuje i tehdy, pokud pro něj nejsou momentálně výhodné.⁵⁹ Gauthier argumentuje, že aby jedinci mohli využívat výhod sociální kooperace (relativně větší koláč benefitů oproti stavu bez kooperace s ostatními), musí v sobě vyvinout určitou vnitřní dispozici k dodržování dohod. Jaký mechanismus k tomu jedince přiměje?

Mějme Adama jako omezeného maximalizátora a Evu jako bezprostředního maximalizátora. Pokud Adam neví, že Eva je bezprostřední maximalizátor, naivně s ní vstoupí do nějakého kooperativního podniku a při nejbližší příležitosti, která se Evě naskytne, bude zrazen a na svou neznalost doplatí. Kdyby však měl Adam schopnost prohlédnout, zda v sobě Eva vyvinula dispozici k dodržování dohod, či nikoli, nikdy by s ní nekooperoval. Naopak, do kooperace by vstupoval jen s těmi, které by identifikoval jako omezené maximalizátory se

⁵⁶ Ibid, str. 21.

⁵⁷ Vallentyne, P.: „Gauthier’s three projects“. In: Vallentyne, P. (ed.): *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier’s Morals by Agreement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, str. 6.

⁵⁸ Ibid, str. 8-9.

⁵⁹ Gauthier, op. cit. pozn. 53, str. 167-8.

stejnou dispozicí k dodržování dohod, jakou má on sám. Sebezájem na větším podílu na benefitech sociální kooperace vede omezené maximalizátory k tomu, aby signalizovali svému okolí, že dodržují dohody. Čím více omezených maximalizátorů se bude navzájem nacházet, tím vyšší budou výhody kooperace a zároveň i jejich schopnost detekovat sobě podobné i bezprostřední maximalizátory.⁶⁰ Nevýhodou takového „odkrývání karet“ je, že bezprostřední maximalizátoři poznají, které z potenciálních partnerů si vybrat, aby na nich mohli „zradou“ vydělat. Pochopitelně si vyberou omezené maximalizátory, neboť tito dodržují dohody v každém případě a je jednoduché na nich „vydělat“.

Máme zde tedy dva dopady signalizace vlastní dispozice – na jednu stranu se Adam ukazuje jako vhodný partner pro kooperaci, na straně druhé se vystavuje relativně vyššímu nebezpečí, že bude podveden nějakým bezprostředním maximalizátorem. Gauthier tvrdí, že v čase bude schopnost omezených maximalizátorů se navzájem rozpoznat růst, zatímco schopnost jedinců v obou táborech se efektivně před „těmi druhými“ skrýt zůstane konstantní. Dynamika jakéhosi sebesilujícího procesu zajistí, že nakonec ve společnosti převládnu omezení maximalizátoři se sklony k dodržování dohod.

V této souvislosti je nutné poznamenat, že Gauthier čelí kritice mnoha autorů. Za příklad uveďme Margaret Mooreovou, která zpochybňuje realističnost psychologického profilu Gauthierových maximalizátorů:

„Gauthier předpokládá, bez argumentu, že lidé jsou schopni rozpoznat vnitřní dispozice u druhých s velmi vysokým stupněm přesnosti. Takový předpoklad je nerealistický, zejména pokud si uvědomíme, že jediným rozdílem mezi omezeným a bezprostředním maximalizátorem spočívá ve vnitřní dispozici, kterou na sebe sami uvalili ohledně toho, co je racionální udělat (...) Jak mohou lidé přesně zjistit, kteří lidé přijali kterou meta-strategii – zejména tehdy, když podle předpokladu se bezprostřední maximalizátoři snaží ve styku s druhým táborem svou dispozici zamaskovat?“⁶¹

Pro Gauthierovu teorii je podstatné, že pokud připustíme, že výše uvedená dynamika bude fungovat, nemusí se jeho teorie spoléhat na mechanismus opakovaně hraných vězňových

⁶⁰ Ibid, str. 180-181.

⁶¹ Moore, M.: „Gauthier’s contractarian morality“. In: Kelly, Boucher, op. cit, str. 218-19. Kromě toho se Mooreová ptá, co budou omezení maximalizátoři dělat, když zjistí, že ve společnosti jich je jednoduše nedostatek na to, aby měli s kým kooperovat. Odkrytí jejich dispozice dodržovat dohody povede k tomu, že budou častěji objektem vykořisťování ze strany bezprostředních maximalizátorů.

dilemat (nebo jiných her), kde je dodržování dohod „vynuceno“ hrozbou odvety a kde svou významnou roli hraje reputace jednotlivých účastníků.

S jiným, rovněž kontraktuálním založením morálky přichází harvardský filosof Thomas Scanlon ve své knize *What We Owe to Each Other*.⁶² Morálku chápe v užším smyslu jako morálku mezilidských vztahů, doménu, která má co do činění „s takovými věcmi jako povinnost pomáhat druhým a zákaz škodit druhým, zabíjet, donucovat a podvádět“.⁶³ Tento výsek morálky nazývá morálkou „dobrého a špatného“.⁶⁴

Scanlonův projekt je kantovský v tom smyslu, že rozvíjí Kantův názor, že bychom s druhými měli zacházet jako s cíli o sobě, nikoli jako s prostředky dosahování našich vlastních cílů.⁶⁵ Scanlon píše:

„Respektování hodnoty lidského (racionálního) života vyžaduje, abychom s racionálními bytostmi zacházeli pouze takovými způsoby, které by byly dovoleny principy, jež by tyto bytosti nemohly rozumně odmítnout vzhledem k tomu, že samy také hledají principy vzájemného uspořádání, které by jiné racionální bytosti nemohly rozumně odmítnout.“⁶⁶

Na jiném místě pak shrnuje svou verzi toho, jaká jednání máme považovat za „špatná“ (wrong):

„Skutek je špatný tehdy, pokud by jeho provedení za daných podmínek bylo zapovězeno jakoukoli sadou principů obecné regulace chování, jež by nikdo nemohl rozumně odmítnout jako základ pro informovanou, nevynucenou, obecnou dohodu.“⁶⁷

Jinak řečeno, Scanlon představuje slabší verzi ospravedlnění morálky či společenských norem než třeba Gauthier nebo Rawls, kteří hledají principy, na nichž se racionální bytosti za jistých podmínek *shodnou*. Scanlonův justifikační test je negativní, neboť staví na potenciální odmítnutelnosti principů.⁶⁸

⁶² Scanlon, T. M.: *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1998.

⁶³ Scanlon, op. cit., str. 6.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Viz heslo „Contractualism“. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Dostupné na <http://plato.stanford.edu/entries/contractualism/>.

⁶⁶ Scanlon, op. cit., str. 106.

⁶⁷ Ibid, str. 153.

⁶⁸ Principy pak rozumí „obecné závěry o statusu různých důvodů pro jednání (...) Principy mohou některá jednání vyloučit tak, že odmítnou důvody, na nichž by bylo jednání založeno, avšak ponechávají široký prostor pro interpretaci a uvážení“. Ibid, str. 199.

Otázkou je, co to znamená nějaké principy „rozumně odmítnout“ (reasonably reject). Abychom ji mohli zodpovědět, musíme nejprve osvětlit pojem „rozumného“ (reasonable) a odlišit jej od pojmu „racionálního“ (rational).

Scanlon míní racionálním jednáním takové, kdy jednající „má všechny informace o vlastní situaci a možných směrech jednání, je si vědom celé škály důvodů, které se týkají ostatních v dané situaci a korektně (logicky) uvažuje o tom, čemu tyto důvody slouží.“⁶⁹ Jsou-li všechny tyto podmínky splněny, hovoříme o „ideálně racionálním“ jednajícím. Naproti tomu iracionální jedinec je takový, který si je sice vědom nějakých důvodů pro jednání, ale není schopen jim přiřadit řádnou váhu při jednání, nebo je vůbec nebere v úvahu – student ví, že by se měl učit na zkoušku, ale místo učení jde večer před zkouškou na pivo. Mezi těmito dvěma extrémy pak nacházíme oblast „(ne)rozumného“. Soudy o rozumnosti nějakého jednání jsou „relativní vůči určité sumě informací a určité škále důvodů, z nichž obé mohou být méně než kompletní.“⁷⁰ Můžeme tak např. někoho napomenout, že na pohřbu neměl vtipkovat (bylo to nerozumné, nikoli však neracionální).

Rozumnost v oblasti morálky v užším smyslu podle Scanlona se pak týká určité říše důvodů, pro které je možno nějaký princip odmítnout jako základ pro řízení mezilidských vztahů. Takovýchto důvodů může být celá řada, např. skutečnost, že uplatnění principu dovoluje arbitrární jednání, jedince nepřiměřeně zatěžuje nebo se dotýká jeho blahobytu. Stratton-Lake proto označuje Scanlonův kontraktualismus za pluralistický.⁷¹ Na druhou stranu nikoli každý důvod, který uvedeme jako potenciální základ pro odmítnutí principu, je normativně relevantní. Scanlon proto stanoví určitá omezení pro možná odmítnutí.

Za prvé, důvody, které vzneseme pro odmítnutí nějakého principu, musí mít *osobní* povahu. Pro morálku mezilidských vztahů není relevantní např. hodnota přírodního nebo kulturního bohatství sama o sobě.⁷²

Za druhé, důvody pro odmítnutí musí mít *generickou* povahu. Podle Scanlona je při zvažování odmítnutelnosti principu nutno posoudit jejich „akceptovatelnost obecně“⁷³, jejíž vysvětlení částečně připomíná podmínky Rawlsova „závoje nevědomosti“. Jak píše Scanlon:

⁶⁹ Ibid, str. 32.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Stratton-Lake, P.: „Introduction.“ In: Stratton-Lake, P. (ed.): *On What We Owe to Each Other*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, str. 10.

⁷² Scanlon, op. cit., str. 220.

⁷³ Ibid, str. 204.

„Jelikož při posuzování nevíme, kteří konkrétní jednotlivci budou principem nějakým způsobem ovlivněni (kdo bude zasažen jako jednající, po nichž se požaduje určité chování, kdo bude potenciální oběť, kdo náhodný přihlízející atd.), naše hodnocení nesmí být založeno na partikulárních cílech, preferencích a jiných charakteristikách specifických jedinců. Místo toho se musíme spoléhat na obecně dostupné informace o tom, co lidé důvodně chtějí.“⁷⁴

Za třetí, pro odmítnutí nestačí mít za to, že nějaký princip je prostě „špatný“, neboť by to znamenalo, že celý kontraktualistický projekt se točí v kruhu – kategorii „špatného“ by totiž bylo nutno posuzovat „podle nějakého non-kontraktualistického standardu“.⁷⁵

Za čtvrté, každý jedinec může vznášet námitky vůči principům jen sám za sebe.⁷⁶ Jinými slovy to znamená, že představený model kontraktualismu neumožňuje tzv. agregaci (užitků, dober, hodnot obecně) a představuje tak alternativu vůči různým formám konsekvencialismu, jejichž „modus ospravedlnění“ spočívá na nějaké formě maximalizace.⁷⁷ Uveďme příklad.

Pan Novák je televizní technik. Během přenosu finálového zápasu žen Wimbledonu, jež sleduje 100 milionů lidí, se na něj zřítí část vysílače, přičemž mu způsobí středně těžké zranění a periodicky elektrické šoky. Jeho zranění se však časem nijak nezhorší. Zabránit jeho utrpení můžeme tak, že vysílač vypneme, avšak tím přerušíme vysílání na tak dlouho, že po zapnutí už může být po zápase, a 100 milionům lidí tak zkažíme sobotní odpoledne. Otázka zní, máme počkat, až zápas skončí?

Představitel čistého utilitarismu by odpověděl kladně, neboť i minimální užitek jednotlivce násoben počtem lidí by převážil negativní užitek pana Nováka.⁷⁸ Podle Scanlonova pojetí kontraktualismu by odpověď byla záporná. Principem by zde bylo, že je-li možné ušetřit člověka utrpení na úkor zábavy jiných lidí, byť by jich bylo velké množství, je třeba tak učinit. Podle Scanlona takovýto princip *není možné* rozumně odmítnout, neboť „menší užitky jiných nemají žádnou ospravedlňující váhu, protože ve skutečnosti není žádný jedinec,

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid, str. 216. K tomu viz níže.

⁷⁶ Stratton-Lake, P., op.cit., str. 11.

⁷⁷ Scanlon, op. cit., str. 229-30.

⁷⁸ Upraveno podle Scanlon, op. cit., str. 235. Ponechávám stranou otázku meziosobního srovnání užitku a vycházím z typového příkladu. Na tomto „slavném“ hypotetickém případě různí autoři jednak testují smysluplnost Scanlonova kontraktualismu a jeho odmítání principu agregace (srov. Raz, J.: „Numbers, With and Without Contractualism.“ In: op. cit. pozn. 71, str. 46-66), jednak s jeho pomocí napadají v současné době patrně nejvlivnější odnož utilitarismu (konsekvencialismu) – ekonomickou analýzu práva. K tomu srov. Simmons, K. W.: „Tort Negligence, Cost-Benefit Analysis, and Tradeoffs: A Closer Look at the Controversy.“ *Loyola of Los Angeles Law Review*, No. 41, str. 1171-1224 a literaturu tam uvedenou.

kterému by byly (v součtu – pozn. M. F.) ku prospěchu“.⁷⁹ Není zde tedy nikdo, kdo by námitku vůbec mohl oprávněně vznést, žádná kolektivní entita shrnující negativní užítky neexistuje.⁸⁰ Navíc by odmítnutí takového principu znamenalo, že jsou zde potenciálně určité postoje (pana Nováka), které se ani neobtěžujeme vzít v úvahu, což Scanlon odmítá.

Scanlonovo kontraktualistické pojetí morálky je možné shrnout tak, že „správné“ (dobré apod.) je takové jednání, které je možno vůči druhým ospravedlnit tak, že druzí nebudou mít důvod je zamítnout, nebude lepší alternativa. Vztah mezi lidmi v kontraktualistickém ideálu je tak charakterizován „vzájemným uznáním“.⁸¹

Scanlon, stejně jako každý významný autor tradice společenské smlouvy, čelí mnohé kritice, která se zaměřuje na různé aspekty jeho teorie. Jak již bylo řečeno, hojně diskutovanou otázkou je vyloučení uplatnění principu agregace a z toho plynoucí důsledky. Neméně významnou je rovněž otázka, zda celý kontraktualistický myšlenkový aparát – zejména idea „rozumné odmítnutelnosti“ – je vůbec potřebný k tomu, abychom dosáhli výsledků, které údajně Scanlonova teorie přináší.

Má-li být Scanlonova teorie teorií „dobrého a špatného“ a tyto kategorie poměřuje potenciální odmítnutelností principů, je třeba se ptát, zda důvody pro odmítnutí samy nejsou svou povahou *morální*. Pokud tomu tak je, pak, tvrdí kritici, nepotřebujeme projít myšlenkovým experimentem potenciálního odmítnutí a můžeme rovnou ukázat na principy, které jsou špatné a které dobré. K tomu za všechny Simon Blackburn:

„Předpokládejme, že je rozumné odmítnout mé principy, protože kupříkladu způsobují značné majetkové nerovnosti. Proč to potom ale není sama tato vlastnost, co z mého principu činí princip špatný? Proč se plahočit oklikou přes hypotetickou dohodu s ostatními?“⁸²

Obecně řečeno, dovoluje-li nějaký princip (P) jednání, jež má vlastnosti (V), které považujeme za nežádoucí (špatné), jednání je špatné pro samu vlastnost V a nikoli proto, že vlastnost V z principu P činí cosi potenciálně odmítnutelného.⁸³ Na podobné bázi kritizuje

⁷⁹ Scanlon, op. cit., str. 230.

⁸⁰ Nagel, T.: „One-to-One. Review of What We Owe to Each Other.“ *London Review of Books*, vol. 21, no. 3, 1999. Dostupné na <http://www.lrb.co.uk/v21/n03/thomas-nagel/one-to-one>.

⁸¹ Scanlon, op. cit., str. 162.

⁸² Blackburn, S.: „Am I Right?“ *New York Times*, 21. března 1999.

⁸³ Ridge, M.: „Saving Scanlon: Contractualism and Agent Relativity.“ *Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No, str. 472.

Scanlona i Joseph Raz, který má za to, že Scanlonův projekt je z tohoto důvodu možné označit za „prázdný“.⁸⁴

V teorii práva a etice však takovéto odsudky nejsou nijak výjimečné a zůstává nesporným faktem, že Scanlonova kniha ve své době byla „filosofickou událostí“⁸⁵ a je stále předmětem vážných diskusí.⁸⁶

II. 2. Rawlsovo hledání spravedlnosti

Zatímco Gauthier a Scanlon využívají ideje společenské smlouvy k ospravedlnění „meziosobních morálních nároků“⁸⁷, nejznámější představitel tradice společenské smlouvy minulého století se vydal cestou hledání principů spravedlnosti, které mají regulovat tzv. „základní strukturu společnosti“, neboli

„způsob, jakým významnější společenské instituce rozdělují základní práva a povinnosti a určují rozdělení prospěchu plynoucího ze společenské kooperace.“⁸⁸

Do základní struktury společnosti podle Rawlse patří soukromé vlastnictví, mechanismy konkurenčních trhů, instituce rodiny, politické zřízení apod. Základní struktura doprovází jedince „od kolébky ke hrobu“, postavení lidí ve společnosti a jejich očekávání jsou částečně determinovány tím, jak základní struktura vypadá; ta ovšem nutně bude vykazovat nějaké nerovnosti, zvýhodní jednoho, znevýhodní jiného. Proto je předmětem Rawlsova zkoumání spravedlnost nikoli v nějakém obecném smyslu, ale nahlížená v aplikaci na základní strukturu.⁸⁹ Přestože Rawls uznává, že ohraničení základní struktury může být neostré, je podle něj vhodné spravedlivé principy hledat i pro základní strukturu, jak ji intuitivně lidé chápou, neboť „nějaké pojetí spravedlnosti je cenné samo o sobě“.⁹⁰

Rawls k nalezení hledaných principů využívá aparátu hypotetické dohody v kantovském pojetí. Principy regulující základní strukturu by svobodní a rozumní lidé přijali „v nějaké

⁸⁴ Raz, J., op. cit., str. 58.

⁸⁵ Nagel, op. cit.

⁸⁶ Svědčí o tom např. plánovaný sborník věnovaný Scanlonovi, jehož vydání je připravováno na září tohoto roku v péči Oxford University Press, viz Kumar, R., Freeman, S., Wallace, R. J (eds.): *Reasons and Recognition. Essays on the Philosophy of T. M. Scanlon*. New York: Oxford University Press, 2011.

⁸⁷ Viz heslo „Contemporary Approaches to the Social Contract.“ In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Dostupné na <http://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary/>.

⁸⁸ Rawls, J.: *Teorie spravedlnosti*. Praha: Victoria publishing, 1995, str. 19.

⁸⁹ Jinými slovy, zkoumají se principy spravedlnosti aplikovány na instituce, nikoli na jednání jednotlivců v určité konkrétní situaci. Srov. ibid, str. 45.

⁹⁰ Ibid, str. 20.

počáteční pozici rovnosti jako definice fundamentálních termínů svého společenství“.⁹¹ Od těchto principů by pak následovala série dalších hypotetických dohod, až bychom se dostali do situace s (dočasně, neboť mohou být předmětem revize při snaze dosáhnout tzv. reflektivní rovnováhy) finální sadou pravidel společenské kooperace.⁹² V této souvislosti vyvstávají základní otázky: Za prvé, jak vůbec vypadá zmíněná počáteční pozice, za druhé, jaké principy v ní lidé jednomyslně zvolí. Věnujme se nyní podrobněji druhé otázce, k první se vrátím v části III. této práce, která se zabývá tím, jak jednotliví autoři vůbec přistupují k popisu stran hypotetického kontraktu.

Rawls byl již v době vydání svého základního článku *Justice as Fairness* v roce 1958 přesvědčen, že lidé v přirozeném stavu by zvolili dva principy – první týkající se rozdělení základních svobod, druhý ospravedlňující nutně vyvstávající nerovnosti.⁹³ Oba principy jsou speciálním vyjádřením ideje spravedlnosti, která zní:

„Všechny společenské hodnoty – svoboda a příležitosti, příjmy, majetek, sociální základy sebeúcty – mají být rozdělovány stejnoměrně, pokud nějaké nerovnoměrné rozdělení jedné nebo všech těchto hodnot není ku prospěchu každého.“⁹⁴

Rawls pak formuluje dva nejdůležitější principy následujícím způsobem:

„První: Každá osoba má mít stejné právo na co nejširší systém základních svobod, které jsou slučitelné s obdobnými svobodami pro jiné lidi.

Druhý: Sociální a ekonomické nerovnosti mají být upraveny tak, aby (a) se u obou dalo rozumně očekávat, že budou ku prospěchu kohokoliv, a (b) byly spjaté s pozicemi a úřady přístupnými pro všechny.“⁹⁵

První princip má regulovat distribuci tzv. základních svobod. Rawls, navazuje na liberalismus Kantův a německých idealistů,⁹⁶ vychází z poznatku, že některé „svobody“ hrají v životě lidí důležitější roli než jiné, definují základní postavení jedince ve společnosti a umožňují mu

⁹¹ Ibid, str. 21. V textu využívám českého překladu Rawlsovy původní, nerevidované verze Teorie spravedlnosti. Český překlad však ne vždy vystihuje přesný význam anglických pojmů, proto budu, stane-li to se nezbytným, konfrontovat překlad s anglickou verzí textu. V tomto případě by vhodný překlad byl spíše „(...) jakožto principy definující fundamentální podmínky svého společenství“. Srov. Rawls, J.: *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, str. 10.

⁹² Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 22.

⁹³ Rawls, J.: „Justice as Fairness.“ *Philosophical Review*, LXVII, str. 165.

⁹⁴ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 49.

⁹⁵ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 48.

⁹⁶ Freeman, S.: *Rawls*. London and New York: Routledge, 2007, str. 45.

vůbec účast na veřejném životě. Jako takové jsou nezcizitelné.⁹⁷ Patří mezi ně právo volit a být volen do veřejných funkcí, svoboda slova a shromažďování, svoboda svědomí a myšlení, osobní svoboda, právo na osobní vlastnictví a ochrana před neodůvodněným zatčením a vězněním.⁹⁸ Základní svobody mohou být podle Rawlse omezeny jen „kvůli svobodě samé“⁹⁹, a to tak, že omezení bude vyváženo celkovým pozitivním dopadem na systém svobody jako takový, a ti, kterých se omezení bude týkat, budou souhlasit.¹⁰⁰

H. L. A. Hart si povšiml, že Rawls nedává žádné kritérium pro zhodnocení, která ze svobod je hodnotnější, nastane-li mezi nimi konflikt, resp. Rawlsovo vodítko „maximum celkové svobody“ shledává nedostačujícím. Tak například omezujeme svobodu projevu v debatě tak, že někdo nemůže zničehonic začít vykřikovat, je třeba stanovit pořadí, kdo kdy bude mluvit. Jen tak debata vůbec může mít rozumný smysl. Hart poukazuje na to, že tato omezení těžko můžeme chápat tak, že by zaručovala větší či širší svobodu; spíše rozlišují mezi hodnotnějšími svobodami, přičemž ta méně hodnotná bude omezena.¹⁰¹

S omezením základních svobod pouze „kvůli svobodě samé“ souvisí vztah prvního a druhého principu, který má povahu priority základních svobod. Jelikož Rawls svou teorii buduje na opozici vůči utilitarismu, odmítá možnost, že by se lidé v původním stavu vzdávali části svých svobod výměnou za větší koláč benefitů společenské kooperace. Stejně jako v původním stavu lidé vyslovují souhlas s principy samými, potřebují rovněž zvolit, jak budou používány. Podle Rawlse budou principy uspořádány tzv. lexikálně, tj. první princip vždy musí přecházet druhému, druhý třetímu atd.; nelze však postoupit dál, dokud nebyly splněny požadavky principu předchozího.¹⁰² Jinak řečeno:

„Toto uspořádání znamená, že porušení stejných základních práv institucemi podle prvního principu nemůže být ani ospravedlněno, ani kompenzováno větším sociálním a ekonomickým prospěchem.“¹⁰³

Lexikální uspořádání neplatí jen mezi prvním a druhým principem, ale i mezi dvěma částmi druhého principu, kde princip (a) je nazýván „principem difference“, princip (b) pak jako

⁹⁷ Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, str. 365.

⁹⁸ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 48.

⁹⁹ Ibid, str. 150.

¹⁰⁰ Ibid, str. 153.

¹⁰¹ Hart, H. L. A.: „Rawls on Liberty and Its Priority.“ In: Rowley, Ch. K. (ed.): *Social Choice Theory, vol. III*. Aldershot: Edward Elgar, 1993, str. 91. Hart kritizuje i další aspekty Rawlsova přístupu k prioritě svobody - není jasné, proč jsou vybrány právě zmíněné svobody a nikoli jiné; je patrně v rozporu se samotnou ideou priority, že Rawls omezuje vlastnickou svobodu pouze na „osobní majetek“ atd.

¹⁰² Rawls, op. cit., pozn. 88, str. 37.

¹⁰³ Ibid, str. 49.

„rovnost šancí“. Rovnost šancí má přednost. V *Teorii spravedlnosti* je pak princip diference ještě modifikován tak, že sociální a ekonomické nerovnosti mají být „k největšímu prospěchu nejméně zvýhodněných jedinců“. ¹⁰⁴ Lze se tedy ptát, proč by si lidé v původní pozici zvolili právě princip diference a podle něj zřídili základní ekonomické instituce.

Kdyby koláč benefitů sociální kooperace byl konstantní, spravedlivým principem jeho rozdělení by byly rovné podíly pro každého. Problém je, že tento konstantní není, resp. že způsob, jakým se rozhodneme jej rozdělit, *ex ante* ovlivňuje velikost koláče. ¹⁰⁵ Může nastat situace, že celkově většího prospěchu dosáhneme pouze tak, že provedeme nerovné rozdělení výsledku ve prospěch pouze části účastníků kooperativního podniku a poskytneme „schopným“ dodatečnou motivaci k větším výkonům, než by jinak měli, kdyby jim nebylo umožněno užít vyšších výnosů (proč studovat medicínu a snažit se stát neurochirurgem, když za jinak stejných okolností budu ohodnocen jako kopáč?). ¹⁰⁶ Pokud je výsledkem situace, že každý je na tom lépe než v situaci rovnosti, princip nerovnost dovoluje, a to až do bodu, kdy další zvýšení nerovnosti již nepřinese tomu odpovídající zlepšení postavení třídy nejméně zvýhodněných osob. ¹⁰⁷

Dále, původní pozice je charakterizována radikální nejistotou, neboť se lidé nachází za tzv. „závojem nevědomosti“. Jde o myšlenkovou konstrukci, která neutralizuje partikulární zájmy jedinců v původní pozici, což vede k tomu, že jejich rozhodování o principech není zatíženo předsudky. Lidé za závojem nevědomosti neznají své schopnosti, své koncepce dobra a netuší, v jaké sociální pozici se ocitnou, až bude závoj nevědomosti stržen. Nejistota je charakterizována tím, že ji nelze měřit, nějaké události není možné přiřadit pravděpodobnost výskytu. Tím se liší od rizika, které je principálně měřitelné. ¹⁰⁸ Za závojem nevědomosti tak neznáme pravděpodobnost, s jakou se ocitneme na horním či dolním konci sociálního žebříčku. Proto, tvrdí Rawls, lidé zvolí právě princip diference, který je jiným vyjádřením tzv. *maximinového principu* známého z teorie her. Za stavu nejistoty je racionálním přístupem hodnotit své kroky podle nejhoršího možného scénáře, který může nastat, a snažit se maximalizovat nejmenší možný prospěch v tomto scénáři. ¹⁰⁹

¹⁰⁴ Ibid, str. 182.

¹⁰⁵ Srov. kupř. Easterbrook, F., Fischel, D.: *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1991, str. 110-11.

¹⁰⁶ Koller, op. cit., str. 273-4. Není však takový přístup porušením kantovského principu, že s druhým není možno zacházet jako s prostředkem dosahování vlastních cílů?

¹⁰⁷ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 58.

¹⁰⁸ Za toto rozlišení ekonomie vděčí práci Franka Knighta z roku 1921. Srov. Knight, F.: *Risk, Uncertainty, and Profit*. Boston: Hart, Schaffner & Marx, 1921. Dostupné na <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP.html>.

¹⁰⁹ John Harsanyi tvrdí, že takto by se nikdo normální v realitě nechoval, maximinový princip (v podobě principu diference) přináší zcela iracionální důsledky, např. povinnost společnosti věnovat ohromné zdroje na byt'

Právě finální formulace principu difference představuje jádro Rawlsovy koncepce spravedlnosti a byla od počátku předmětem mnohostranné kritiky,¹¹⁰ na rozdíl od rovnosti šancí, která se takové pozornosti netěší. Kritik bylo tolik, že Rawls na ně v zásadě neodpovídal (s několika čestnými výjimkami, kupř. Herberta Harta), spíše se je snažil průběžně inkorporovat do své teorie, takže mnohdy je dnes složité zjistit finální Rawlsův postoj. Je i mimo možnosti této práce zabývat se dalšími detaily Rawlsovy koncepce. Nelze se nicméně alespoň ve stručnosti nezmínit o první komplexnější reakci na princip difference. Nalezneme ji ve slavné knize harvardského filosofa Roberta Nozicka *Anarchy, State, and Utopia* z roku 1974. Opomeneme-li problémy s maximinovým principem, ptá se Nozick, opravdu by výsledkem rozvažování v původní pozici byl princip difference? Je Rawlsova pozice argumentačně udržitelná?

K tomu uvedu dvě poznámky, jednu obecnou, zaměřenou na smysl (účel) kritérií sociální spravedlnosti, druhou konkrétní, týkající se neutrality principu difference při rozhodování v původní pozici.

Podle Rawlse je společnost jakýsi „kooperativní podnik“ (cooperative venture), spolupráce přináší výhody všem, kdo se jí účastní. Bez ní by byl život bídný. Zájmem všech je tedy účastnit se kooperace a potud jsou zájmy všech identické. Zájmy se nicméně rozcházejí v okamžiku, kdy dojde na otázku rozdělení výnosů ze společné spolupráce. Proto je třeba stanovit principy spravedlivého rozdělování neboli principy sociální spravedlnosti. Nozick se ptá, kvůli kterým faktům otázka spravedlnosti vůbec vyvstává. Kvůli kooperaci jako takové to není. Lze si představit deset ostrovů obývaných desítkou Robinsonů, kteří po dva roky pracují na svém přežití. Po dvou letech se spojí vysílačkou (která byla na ostrovech zanechána předtím) a zjistí, že každý má jinou životní úroveň. Bylo-li by možné přesouvat zdroje z jednoho ostrova na druhý, i zde by rychle vyvstala otázka možné redistribuce bohatství; Robinson s nejméně pohostinným ostrovem by vznesl nároky vůči jiným, rovněž tak nejméně schopný Robinson. Skutečnost, že nároky těchto Robinsonů by ostatní odmítli, plyne z toho, že v čistě nekooperativní situaci každému náleží to, co vyprodukoval. Uplatní se zde Nozickova procedurální teorie oprávnění,¹¹¹ postavená na teorii Johna Locka, která má zhruba tuto strukturu:

i částečné uzdravení jednoho postiženého jedince i za cenu toho, že tisícům lidí bude odepřeno vyšší vzdělání (neboť zdroje jsou omezené). Srov. Harsanyi, J.: „Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls' Theory.“ *American Political Science Review*, no. 69, str. 595-7.

¹¹⁰ Pro některé z nich viz Freeman, op. cit. pozn. 94, str. 115-125.

¹¹¹ Nozick, R.: *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, Inc., 1974, str. 185-6. Zhruba řečeno, podle této teorie je každé rozdělení práv legitimní, pokud splňuje následující podmínky: 1. Právo bylo legitimně nabyto

spravedlivá výchozí situace→spravedlivý proces→spravedlivý výsledek.

Nozick argumentuje, že změna z autarkního hospodářství na systém tržních směn, případně kolektivních podniků typu firem, na tom ničeho nemění. Použijeme-li správnou (tj. nikoli překvapivě Nozickovu) teorii oprávnění, vždy budeme v každém okamžiku vědět, jaká část výnosů spolupráce náleží tomu kterému jedinci. Rawlsovská otázka distribuce předpokládá, že produkce a distribuce jsou od sebe odděleny. Tak tomu není. Rawls pak ale řeší problém, který neexistuje.¹¹²

I kdybychom připustili smysluplnost otázky distribuce zdrojů, Nozick nadto zpochybňuje samotnou férovost principu diference. Připomeňme Rawlsovu poznámku komentující tento princip:

„Intuitivně tu jde o tuto myšlenku, jestliže blahobyť každého jedince závisí na kooperaci, bez níž by nikdo nemohl vést uspokojivý život, měly by být výhody rozděleny tak, aby přiměly k ochotné spolupráci každého člověka, včetně těch méně situovaných. To lze však očekávat jenom tehdy, jsou-li pro to navrženy rozumné podmínky. Oba (...) principy se zdají být slušným smluvním základem pro to, aby ti nadanější nebo svým sociálním postavením šťastnější lidé (...) mohli očekávat ochotnou kooperaci ostatních (...).“¹¹³

Rawlsovu formulaci lze obrátit a uvažovat nad tím, zda by ti méně šťastní mohli očekávat ochotnou kooperaci těch šťastnějších. Každá skupina těží ze spolupráce s tou druhou, jejich uvažování v duchu předchozího citátu by proto mohlo být symetrické, ti méně šťastní rovněž potřebují ty lépe postavené. Jenže výše formulovaný princip diference mezi nimi není neutrální, aniž to podle Nozicka Rawls přesvědčivě zdůvodňuje; Rawls pouze opakuje, že jeho principy jsou „rozumné“, ovšem bez argumentu.¹¹⁴ Podobnou výtku Rawlsovi ve své velmi kritické recenzi *Teorie spravedlnosti* adresoval oxfordský utilitarista Richard M. Hare.¹¹⁵

Problematické na Rawlsově teorii je rovněž jeho pojetí původní pozice. Dalo by se dokonce říci, že většina kontroverzních částí jeho systému, včetně principu diference, není bez dalšího přijímána právě proto, že je přímým důsledkem naaranžování předpokladů původní pozice. Proto se tomuto tématu budu ještě věnovat ve III. části.

prvotním přivlastněním či výrobou, nebo dobrovolným převodem jako směna a dar; 2. Nabývání majetku jinak než způsobem podle bodu 1 je nepřipustné.

¹¹² Ibid, str. 186-9.

¹¹³ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 23.

¹¹⁴ Nozick, op. cit., str. 192-6.

¹¹⁵ Hare, R. M.: „Rawls' Theory of Justice – I.“ *The Philosophical Quarterly*, Vol. 23, No. 91, 1973, str. 150.

II. 3. Anarchie vs. Leviathan¹¹⁶

Další závažnou otázkou politické filosofie, otázkou po vzniku společenského řádu, potažmo státu, se na bázi smluvní teorie věnoval americký ekonom, nositel Nobelovy ceny za ekonomii (1986) a hlavní představitel tzv. školy veřejné volby James M. Buchanan. Zatímco jeho práce v oblasti pozitivní ekonomie se analyticky zabývala problematikou kolektivního rozhodování, vlivu zájmových skupin, chování voličů a byrokracie,¹¹⁷ na poli normativním se Buchanan posunul „za hranice pouhého popisu, jak pravidla fungují, k uvažování o tom, jaká pravidla fungují nejlépe“,¹¹⁸ a vytyčil si v hobbesovském duchu ospravedlnit vznik společenských pravidel a jejich garanta – státu.

Činí tak modelem přirozeného stavu, který je charakterizován jednak absencí donucovacích institucí, jednak absencí vlastnických práv. Tento stav, kdy jedinci spolu mohou kooperovat pouze na základě dobrovolného souhlasu a za dodržení minimálních souborů norem, nazývá „spořádanou anarchií“.¹¹⁹ Problémem tohoto stavu je, že je nestabilní a neumí řešit komplexnější problémy, neboť neumí v dlouhém horizontu vytvořit hranice mezi lidmi a vymezit, na co mají „právo“. Jak píše Buchanan, „únik ze světa věčného hobbesovského konfliktu si vyžaduje explicitní definování práv lidí činit jisté věci“.¹²⁰ Aby vůbec mezi lidmi mohla jakákoli interakce započít, musí existovat byť třeba implicitní uznání individuálních práv, zejména práv vlastnických.

Jak vznikají mezi lidmi vlastnická práva, která zabezpečí sociální stabilitu, vysvětluje Buchanan na příkladu z hypotetického světa, kde předpokládá omezené množství statku X, jenž je volně k dispozici dvěma jednotlivcům A a B. V počátku neexistuje vlastnické právo. Každý bude chtít získat maximum statku X. Dojde k nějaké formě „přirozené distribuce“ na základě schopností a talentů jedinců. Tato představuje rovnováhu,

„při které každý jednotlivec jde ve svém jednání při zabezpečování (obraně) podílu na X až k hranici, kdy se zisk z dalšího úsilí rovná nákladům s ním spojeným“.¹²¹

¹¹⁶ Tato kapitola je zčásti založena na Froněk, M.: *Interpretace knihy J. M. Buchanana „Hranice svobody: Mezi anarchií a Leviathanem.“* Středoškolská odborná činnost, Praha, 2005. Dostupné na <http://soc.nidm.cz/data/2005/17-2.pdf>.

¹¹⁷ Srov. Buchanan, J. M., Tullock, G.: *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 3.* Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

¹¹⁸ Buchanan, J. M.: „From Private Preference to Public Philosophy: the Development of Public Choice.“ In: Buchanan, J. M.: *Constitutional Economics.* Oxford: Blackwell Publishers, 1991, s. 34.

¹¹⁹ Buchanan, J. M.: *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 7.* Indianapolis: Liberty Fund, 2000, str. 9

¹²⁰ Ibid, str. 13.

¹²¹ Ibid, str. 30.

Na základě racionální úvahy pak oba zjistí, že úsilí vynaložené na obranu získaného podílu vychází nazmar. Buchanan pak tvrdí, že „obě strany na tom budou lépe, podaří-li se jim dosáhnout dohody“.¹²² Takto lze podle něj teoreticky odvodit vznik vlastnických práv. V okamžiku dohody jsou lidé v první ze dvou fází vzniku státu, již Buchanan nazývá „konstituční smlouvou.“ Ta je prvním skokem z hobbesovské anarchie. Problém je, jak si vynutit její dodržování v situaci, kdy interakce může mít strukturu věžňova dilematu a kdy nejde o dva jedince, ale skupina se rozroste a uvědomění si vzájemné závislosti zmizí. Pak se vracíme zpět do hobbesovské džungle.¹²³ Účastníci konstituční smlouvy zjistí, že optimální strategií je individuální nedodržování smlouvy a porušování vymezených práv a bude třeba ještě na úrovni konstituční smlouvy zabudovat do systému donucovací aparát, který bude dohodnuté nároky ochraňovat a vynucovat.

Buchanan tento aparát postuluje jako v „idealizovaném smyslu“ externí vůči účastníkům dohody, neboť je zjevné, že donucení není možné svěřit jedné ze stran kontraktu.¹²⁴ Po ustavení státu (tzv. „ochranářského“, minimálního) může dojít ke kompletaci společenské smlouvy v tzv. postkonstitučním stadiu, kde mezi sebou lidé budou svobodně kontrahovat a vytvoří systém pro poskytování veřejných statků.

Buchanan si uvědomuje, že konstrukce společenské smlouvy je problematická. Zaprvé, historicky není potvrzena, zadruhé, což je závažnější námitka, i kdyby k nějaké takové dohodě historicky došlo,

„lidi, kteří sami nebyli účastníky tohoto smluvního uspořádání, nezavazuje nic – není tu ničeho, co by je nutilo respektovat závazky, které oni osobně nemohli přijmout“.¹²⁵

Buchanan tuto námitku řeší dalším odkazem na hypotetický stav. Na otázku, za jakých podmínek budou lidé nejspíše dodržovat smluvené podmínky, odpovídá, že k existujícímu systému je třeba přistupovat tak, „jako by byl výsledkem současné smlouvy anebo smlouvy, která je permanentně ve stádiu vyjednávání“.¹²⁶

To je problematický přístup. Dává neospravedlnitelně významnou váhu statu quo, a to do té míry, že Buchanan prohlásí:

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid, str. 84.

¹²⁴ Ibid, str. 87.

¹²⁵ Ibid, str. 96.

¹²⁶ Ibid, str. 97.

„Status quo definuje to, co existuje. Proto bychom jej měli nezávisle na jeho historii posuzovat tak, jako by byl legitimní na základě smlouvy.“¹²⁷

Takto je však možno „jakoukoli situaci označit za to, co si lidé přáli“.¹²⁸ Pro Buchanana, klasického liberála a metodologického individualistu, který si vytyčil teoreticky ospravedlnit minimální stát a vymezit ho proti hrozbě Leviathana, poněkud nepříjemný výsledek.

Bez ohledu na právě uvedené je možno pochybovat, zda je Buchananova koncepce teoreticky koherentní a udržitelná. Pokud je platný „hobbesovský“ předpoklad o egoistickém chování lidí v přirozeném stavu, ústícím ve stav „džungle“ (což je Buchananův závěr), je korektní tentýž předpoklad vztáhnout i na ty, co pravidla vynucují. Externí donucovací instituce v podobě státu rovněž musí být ovládána lidmi. Pak tedy ovšem nemůže být externí, nestranná – je sama součástí smlouvy s tím rozdílem ovšem, že oproti zbývajícím stranám nad sebou již nemá další stranu, která by omezovala ji. Jeden z kritiků pak může napsat, že „anarchii nikdy neunikneme“.¹²⁹

To si koneckonců uvědomuje sám Buchanan, když píše, že v postkonstitučním stádiu se může stát vymknout ze své původní role, stát se Leviathanem. Demokratické hlasování může rozhodnout o změně systému základních práv dohodnutých v konstituční fázi. Sociální struktura se pak posune „směrem ke konstituční anarchii“.¹³⁰

Bylo-li však Buchananovým cílem na jedné straně ospravedlnit stát a na straně druhé vyhnout se Hobbesovu řešení všemocného Leviathana, můžeme jeho kontraktariánský projekt za takového výsledku vůbec považovat za úspěšný?¹³¹

II. 4. Robert Nozick – kontraktarián?

Robert Nozick, zmiňovaný výše v souvislosti se svou kritikou Rawlse, resp. ideje distributivní spravedlnosti vůbec, bývá řazen vedle Buchanana a právě Rawlse jako klíčový autor znovuoživené tradice smluvní teorie ve 20. století.¹³² Takové tvrzení je bez dalšího ovšem stěží udržitelné a vyžaduje alespoň stručnou poznámku.

¹²⁷ Ibid, str. 109.

¹²⁸ Šíma, J.: „Moc argumentů proti argumentu moci. Ludwig von Mises na politickém trhu.“ In: Mises, L.: *Byrokracie*. Praha: Liberální institut, 2002, str. 19.

¹²⁹ Cuzan, A.: „Do We Ever Really Get out Anarchy?“ In: Stringham, E. P. (ed.): *Anarchy and the Law*. Oakland, Cal.: The Independent Institute, 2007, str. 259-267.

¹³⁰ Buchanan, op. cit. pozn. 119, str. 206.

¹³¹ K tomu více viz Froněk, op. cit.

¹³² Srov. Koller, op. cit., popř. Gordon, H. S.: „New Contractarians.“ *Journal of Political Economy*, Vol. 84, No. 3 (June, 1976), str. 573-590.

Nozick se snaží ospravedlnit vznik státu, vymezit jej proti jediné alternativě v podobě anarchie. Styčným bodem Nozickova přístupu a smluvní tradice je výchozí situace, tzv. „přirozený stav“, explicitně postavený na popisu Johna Locka, v němž je každý oprávněn bránit svá práva svými silami nebo ve spojení s dalšími lidmi. Podle Nozicka v přirozeném stavu specializace, dělba práce a úspory z rozsahu povedou k zakládání konkurujících si „ochranných asociací“, které budou bránit své členy, vytvoří pravidla pro urovnávání sporů uvnitř asociace, budou poskytovat za tržní cenu balík obranných a „justičních“ služeb. Takovýchto asociací vznikne větší množství. Problém nastane, pokud si představíme, že klient asociace A např. odcizí nějakou věc klientu asociace B. Shodují-li se pravidla a hodnocení skutku u obou asociací, není zde konflikt. Jestliže ale existuje spor o hodnocení skutku, jedna asociace se bude snažit chránit svého klienta před trestem, uvaleným druhou asociací. Jsou dvě možnosti řešení – buď spolu budou asociace válčit, přičemž jedna bude vyhrávat častěji, získá více klientů. Nebo spolu budou válčit s přibližně stejně velkou pravděpodobností úspěchu; pak se asociacím vyplatí stanovit pravidla pro rozhodování sporů mezi jejich klienty, vznikne jakýsi federální odvolací systém, který Nozick nazývá „dominantní ochrannou agenturou“.¹³³ Tu však ještě nemůžeme nazývat státem, protože asociace nejsou oprávněny zakázat jiným použití síly a pouze ti, kdo platí tržní cenu, získávají ochranné služby.¹³⁴

Uvedený evoluční proces pokračuje tak, že dominantní agentura zakáže ochranným asociacím používat jistý druh interních procesních pravidel pro odškodňování a trestání zločinů – zakáže taková pravidla, která s sebou budou přinášet vysoké riziko „obvinění“ nevinných (dejme tomu ordál vodou). Vznikne tak „ultraminimální stát“. Stejně tak zakáže jednotlivcům mimo asociaci vynucovat si spravedlnost vlastními silami.¹³⁵

Proces vzniku státu („minimálního“) je dovršen v okamžiku, kdy „ultraminimální stát“ začne kompenzovat jedince stojící mimo její (v daném teritoriu) systém za to, že jim neumožní brát spravedlnost do svých rukou – kompenzovat tím, že jim poskytne své služby. V daném okamžiku bude muset k zabezpečení většího množství služeb dosavadní kvality jednostranně zvýšit cenu svých služeb nad tržní úroveň, což již je ekvivalentní zdanění.¹³⁶

¹³³ Nozick, op. cit., str. 15-16.

¹³⁴ Ibid, str. 24.

¹³⁵ Ibid, 78-84.

¹³⁶ Ibid, str. 88-120.

Nozickovo pojetí vzniku státu a jeho teorie práv se ocitly pod palbou kritiky jak od kolegů-libertariánů,¹³⁷ tak od významných filosofů své doby.¹³⁸ Detaily zde však nejsou důležité. Podstatné je, že Nozickova teorie je s tradicí společenské smlouvy tak, jak o ní bylo pojednáno výše, spojena pouze velmi volně. Zhodnocení, zda je vhodné setrvat v anarchii, nebo ustavit stát, je provedeno s pomocí pro smluvní teorie typické myšlenkové konstrukce přirozeného stavu. Ta slouží Nozickovu účelu ospravedlnění, „i kdyby popsáním způsobem nikdy žádný skutečný stát nevznikl“.¹³⁹

Jiným „kontraktualním“ prvkem v Nozickově teorii je spojení jedinců do ochranných asociací, kdy dobrovolně kooperují s ostatními na ochraně svých práv. Takovéto smlouvy se však v principu neliší od běžných smluvních typů, už jen proto, že na začátku evolučního procesu existuje konkurence ochranných asociací. Tyto kontrakty mají tak málo společného se společenskými smlouvami, jak o nich pojednávali Hobbes, Locke, Rousseau, ale i Gauthier, Scanlon a Rawls.

Nozick sám nazývá postupný, evoluční vývoj státu ze stavu anarchie „vysvětlením s pomocí neviditelné ruky“. S odkazem na Adama Smithe se domnívá, že vysvětlil vznik státu jako fenoménu, který nikdo primárně vědomě nechtěl, ale koordinací sebezájmu jednotlivých aktérů nakonec vyvstal jako nezamýšlený důsledek jejich jednání stejně jako například fenomén peněz či tržních cen. Bylo by tak snad vhodnější považovat Nozicka za autora písíciho v tradici „teorie spontánního řádu“, kde by Nozick mohl mít svůj pomník vedle A. Smithe, A. Fergusona, D. Huma či F. A. Hayeka.¹⁴⁰

III. Strany společenské smlouvy

Pro výsledek a přesvědčivost justifikačního úsilí autorů používajících smluvně-teoretický aparát je významné, koho považují za strany svého modelu společenské smlouvy, případně jak vůbec vypadá počáteční situace, z níž jednotliví autoři vychází. Obě otázky jsou spolu úzce spjaty, často je lze těžko od sebe oddělit. To, kdo jsou „lidé“, již participují na společenské smlouvě, jaké mají vlastnosti, do jaké míry jsou racionální, zda se řídí morálním úsudkem, to vše může ovlivnit výslednou podobu smlouvy. V této části se proto zaměřím na to, jak k uvedenému soudobí teoretici smlouvy přistupují. Zvláštní pozornost

¹³⁷ Srov. např. Rothbard, M.: „Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State.“; Childs, R.: „The Invisible Hand Strikes Back“. Oba texty přetištěny v Stringham, op. cit., str. 232-259, resp. 218-231.

¹³⁸ Srov. např. Nagel, T.: „Libertarianism without Foundations“. *Yale Law Journal*, Vol. 85 (1975), str. 136-49. Nagel byl Nozickův dlouholetý přítel. Po přečtení recenze s Nagelem přestal mluvit.

¹³⁹ Nozick, op. cit., str. 7.

¹⁴⁰ Barry, N.: „The Tradition of Spontaneous Order.“ *Literature of Liberty*, Summer 1982, str. 7-58.

bude věnována J. Rawlsovi, neboť jeho pojetí kontrahentů v původní pozici je ve srovnání s ostatními nejpropracovanější.

III. 1. Kontraktarianismus vs. kontraktualismus – smysluplná dichotomie?

Doposud byly výše používány pojmy „kontraktarianismu“ a „kontraktualismu“, aniž by byly blíže osvětleny. Nálepky nepovažuji za důležité. Nicméně pro přehlednost je užitečně v úvodu této kapitoly učinit k tomu stručnou poznámku, neboť někteří ze současných autorů, píšících v rámci smluvní tradice nebo ji komentující, oba pojmy odlišují a i obeznámenému čtenáři tak doslova komplikují intelektuální život.¹⁴¹

„Kontraktarianismem“ v užším smyslu se rozumí větev společensko-smluvní tradice, která sahá k Hobbesovi a již charakterizuje, že strany společenské smlouvy v původní pozici nejsou zatíženy úvahami o tom, co je morální. Naopak, morálka (nebo obecněji vnitřní omezení jednání) je chápána jako odvoditelná od non-morálních východisek. Příkladem může být teorie D. Gauthiera. Těžko by sem však patřil J. Buchanan, jehož zájmem není řešit morální pravidla a který také staví na Hobbesovi.

Naproti tomu „kontraktualisté“ strany společenské smlouvy již v počáteční fázi kontraktace omezují zavedením morálky do jejich uvažování. Typickými kontraktualisty tak jsou T. Scanlon nebo J. Rawls.¹⁴²

Komplikující skutečností je, že někdy je za „kontraktualismus“ považována výlučně teorie T. Scanlona. Pak bychom mohli hovořit o „kontraktualismu v užším smyslu“. Obdobně bychom mohli celou tradici smluvní teorie označit za „kontraktariánskou“, což by pak byl „kontraktarianismus v širším smyslu“. Jak je vidět, rozlišení mezi kontraktualismem a kontraktarianismem je spíše umělé a v zásadě nemá žádný praktický význam. V následujícím textu se proto pokusím používání těchto pojmů jednoduše vyvarovat a věnovat se jednotlivým autorům. Bez nálepek.

Cílem teorie D. Gauthiera v knize *Morals by Agreement* je pomocí teorie racionální volby dokázat, že podřízení se morálním pravidlům je racionální strategie, která umožňuje zlepšit životní vyhlídky jedinců. Je pak logické, že strany vstupující do pomyslné společenské smlouvy vůbec neuvažují v kategoriích morálky. Smyslem Gauthierova intelektuálního cvičení je ukázat, že výsledkem smlouvy je racionální *přijetí* morálky, proto by byl celý Gauthierův argument zhačen, kdyby morálka byla již v předpokladech:

¹⁴¹ Chaos v pojmech vyvstane již při srovnání dvou hesel „Contemporary Approaches to the Social Contract“ a „Contractualism“ v téže (!) encyklopedii. Viz op. cit. pozn. 65 a 87.

¹⁴² Srov. op. cit. pozn. 87.

„Naše teorie musí generovat přísně racionální principy volby, a tak aniž by zaváděla prvotní morální předpoklady, omezení sledování individuálních zájmů či výhod, jsouce (omezení – pozn. M. F.) nestranná, naplňují tradiční rozumění morálce.“¹⁴³

Podle Gauthiera jsou strany kontraktu reálné osoby z masa a kostí. Mají (a znají) své zájmy, schopnosti, talenty, svou situaci ve společnosti. Strana kontraktu je „nezávislé centrum aktivity snažící se využít svých schopností a zdrojů k naplnění svých cílů“.¹⁴⁴ Jinými slovy to znamená, že narozdíl od Rawlse Gauthier nepotřebuje idealizovat lidi v původní pozici pomocí závoje nevědomosti či podobného nástroje. V tomto smyslu je Gauthier na opačném spektru úrovně idealizace než Rawls a jeho předpoklady by bylo *cum grano salis* možno označit za realistické.

Tato charakteristika je však přece jen poněkud oslabena, uvědomíme-li si, že Gauthierův projekt se zcela spoléhá na soudobou mainstreamovou (neoklasickou) mikroekonomii, která sama vychází z nerealistických předpokladů o člověku a jeho chování, a pokročilou teorii her. Na tom samo o sobě nelze shledat nic závadného, pro chování kontrahentů v modelu společenské smlouvy to však má zásadní význam. To koneckonců bylo patrné i na psychologickém profilu Gauthierových dvou typů maximalizátorů, jak jej kritizovala M. Mooreová. Ačkoli tedy Gauthier neabstrahuje od vlastností reálných lidí a jejich potřeb a zájmů, jeho teorie je přesto vysoce abstraktní, někdy až na hranici srozumitelnosti.

Naproti tomu teorie J. Buchanana, ač rovněž využívající několika základních poznatků ekonomie (subjektivní náklady, racionální jednání, mezní analýza, vězňovo dilema apod.), je o poznání realističtější. O stranách konstitučního kontraktu neříká nic příliš detailního. Z jeho výkladu je však zřejmé, že jedince ustanovující konstituční kontrakt nijak neidealizuje, kontrahenti vypadají proto jako třeba autor nebo čtenář této diplomové práce. Když Buchanan začíná svůj výklad „spořádané anarchie“, píše:

„Lidé obývající tuto utopii nemusí dělat nic jiného, než respektovat ostatní, což je minimální omezení chování, alespoň na první pohled. V rámci tohoto omezení lze teoreticky sledovat hluboké rozdíly ve vzorcích meziosobního chování. Každý jednotlivý pozorovatel může některé z nich preferovat před jinými.“¹⁴⁵

¹⁴³ Gauthier, op. cit. pozn. 53, str. 6.

¹⁴⁴ Ibid, str. 9.

¹⁴⁵ Buchanan, op. cit. pozn. 119, str. 5.

Buchanan popisuje obyvatele anarchického stavu jako lidi s rozdílnými preferencemi, zálibami, schopnostmi, množstvím statků. Bez ohledu na to, jak došlo k „přirozené distribuci“ statků v anarchickém stavu, lidé budou mít určitá práva (dejme tomu vlastnická), budou si jich vědomi a stejně tak si budou vědomi, že i ostatní mají práva k určitým věcem. Předpokládat opak by znamenalo zrušit¹⁴⁶ důvod směny: „Ve světě rovných mizí motivace ke směně.“¹⁴⁷

V Buchananově normativní teorii rovněž nemá místo nástroj typu „závoje nevědomosti“. Jeho snahou je analyzovat původní kontrakt, který *vymezuje* subjektivní práva, dovoluje proto nerovnosti, ty jsou a musí být pro tento úkol relevantní.¹⁴⁸ To se stane zřejmějším, uvážíme-li, že v knize *Calculus of Consent* Buchanan a Tullock na jednom místě přichází s prakticky totožnou konstrukcí jako Rawls,¹⁴⁹ kterou později spolu s G. Brennanem nazvou „závoj neurčitosti“.¹⁵⁰ Jenomže v tomto případě nebyla předmětem zkoumání individuální práva, ale pravidla kolektivního rozhodování na úrovni ústavy. Obecná ústavní pravidla prospěšná všem bez ohledu na individuální zájmy budou přijata za podmínky, že jedinec činící rozhodnutí nebude vědět, v jaké pozici se bude nacházet při konkrétním kolektivním rozhodnutí – rawlsovský postoj *par excellence*!

Lze uzavřít, že Buchanan z dosud probraných autorů idealizuje nejméně. I proto je jeho teorie relativně dobře srozumitelná, a byť třeba nakonec podle mého názoru není úspěšná, není to proto, jakými předpoklady zatížil účastníky dohody, ale proto, že přínosnou analýzu o chování jedinců v kontraktuálním procesu vůbec neaplikuje na donucovací instituci, která je mávnutím kouzelného proutku nestranná a externí vůči účastníkům konstituční smlouvy.

Obdobný závěr o úrovni idealizace a abstrakce by bylo možné učinit i ve vztahu k teorii R. Nozicka do té míry, v jaké je vůbec možné ji označit za smluvní.

T. Scanlon svou teorii, pokud jde o strany jeho „kvazikontraktu“ (vskutku půjde spíše o „kvazikontrakt“, neboť v této teorii se ptáme po potenciální odmítnutelnosti) vymezuje vůči Rawlsovi a Gauthierovi.¹⁵¹ Oba tyto autoři se nějakým způsobem snaží nalézt odpověď na otázku, co by bylo ve vztahu k morálce (spravedlnosti) racionální volit či chtít. V obou

¹⁴⁶ Angličtina by pro to, co mám na mysli, použila výrazu „to assume away“, smysluplný český ekvivalent mě nenapadá.

¹⁴⁷ Ibid, str. 15.

¹⁴⁸ Ibid, str. 91.

¹⁴⁹ Buchanan, Tullock, op. cit. pozn. 117.

¹⁵⁰ Buchanan, J. M., Brennan, G.: *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 10*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000, str. 33.

¹⁵¹ A rovněž vůči R. Hare a J. Habermasovi, pro úplnost. Srov. Scanlon, op. cit, str. 191.

případech ji hledáme tak, že se „obujeme do bot“ druhých, vezmeme nějak v úvahu jejich zájmy. V Gauthierově případě tak učiníme proto, že chceme benefity kooperace a bez druhých máme smůlu (strategická volba), Rawls si pomůže závojem nevědomosti a maximinovým pravidlem, které nás přinutí volit tak, jako by nám ve skutečnosti záleželo na „nejméně zvýhodněném jedinci“.¹⁵²

Scanlon nepotřebuje ani závoj nevědomosti, ani strategickou racionalitu. Lidé v jeho teorii znají své postavení i postavení druhých, jednoduše se vzájemně uznávají, nepotřebují se ptát, jak by jednali v nějaké rawlsovské alternativní dimenzi, pouze mají potřebu své jednání ospravedlnit vůči druhým:

„(...) Chtějí najít principy, které by ostatní, do té míry, v jaké mají stejnou motivaci, nemohli rozumně odmítnout“.¹⁵³

Scanlonovým lidem je tato touha inherentně vlastní, je to součástí bytí „morálně jednajícím“.¹⁵⁴

III. 2. Idea původní pozice

Nejdetaillnější představu výchozího stavu, v němž účastníci hypotetické společenské smlouvy rozhodují, jak uspořádat společnost, představil J. Rawls v *Teorii spravedlnosti*. Nazval ji „původní pozice“ (original position).¹⁵⁵ Ta se od představ klasických autorů smluvní tradice podstatným způsobem liší, zejména co do úrovně abstrakce a idealizace jednotlivců, a to do té míry, že pojem „lidé“ můžeme používat pouze s vědomím jisté literární licence.

Účel konstrukce původní pozice je zřejmý a dává dobrý smysl. Kdyby lidé v původní pozici byli běžní lidé se svými schopnostmi, zálibami, vírou, talenty, koncepcemi dobra, sebezájem by je nutil plédovat pro takové principy, které by favorizovaly právě jejich zájmy. Výsledné principy by nebyly nestranné. Původní pozice je proto zatížena podmínkami,

„o nichž si myslíme, že jsou rozumně kladeny na výběr principů. (...) Je vymezen[a] tak, že je to status quo, v němž jsou všechny uzavřené dohody slušné. V tomto stavu jsou smluvní strany stejně morálními subjekty a výsledek není

¹⁵² Ibid, str. 192.

¹⁵³ Ibid, str. 191. Pokud by měl čtenář pocit, že při popisu Scanlonovy teorie až příliš často opakují magickou formuli „...by nemohli rozumně odmítnout“, je to pouze proto, že na více jak čtyřech stech stránkách *What We Owe to Each Other* se tato, popřípadě její pozitivní varianta „by mohli rozumně akceptovat“, opakuje ad infinitum.

¹⁵⁴ Srov. op. cit pozn. 65.

¹⁵⁵ V české verzi *Teorie spravedlnosti* překladatel používá pojem „původní stav“, což však příliš připomíná tradiční teoretiky společenské smlouvy, proto se budu držet doslovnějšího překladu – „původní pozice“.

podmíněn ani arbitrárními nahodilostmi, ani relativní rovnováhou společenských sil“.¹⁵⁶

Jen optikou původního stavu jsme podle Rawlse schopni nezaujatě prozkoumat naše morální soudy a jednomyslně vybrat spravedlivé principy pro základní strukturu. Jen pokud abstrahujeme od konkrétních faktických vlastností lidí a kontextu, v němž se nachází, může být tento pokus úspěšný.¹⁵⁷ Pokud je původní pozice „slušná“, principy z ní správně odvozené budou rovněž slušné. Rawlsovo pojetí spravedlnosti má procedurální povahu, v čemž se shoduje třeba s Nozickem. Původní pozice se vyznačuje čtyřmi charakteristikami: kontextem spravedlnosti, formálním omezením pojmu práva, závojem nevědomosti a racionalitou smluvních stran.

Původní pozice je charakterizována kontextem spravedlnosti. Aby vůbec mohla otázka spravedlnosti vyvstat, musí být splněny podmínky, za nichž je kooperace mezi lidmi možná. Z objektivního hlediska to znamená, že na jistém území je více lidí se zhruba stejnými fyzickými schopnostmi (nepřipouští se zotročení jedněch druhými) a rovněž existuje vzácnost zdrojů. Kdyby tomu tak nebylo, otázka kooperace by nedávala rozumný smysl. Ze subjektivního hlediska pak mají lidé různé životní plány a sledují odlišné cíle.¹⁵⁸

Formální omezením pojmu práva („right“) Rawls rozumí restrikcí toho, jak mohou vybrané principy vypadat. Mají být obecné, univerzálně aplikovatelné a veřejně známé. Dále musí umožnit ordinální uspořádání všech potenciálních nároků a musí být konečné v tom smyslu, že nebude žádné vyšší kritérium pro hodnocení nároků lidí, než tyto principy.¹⁵⁹

Dále, lidé v původní pozici jsou racionální ve smyslu vztahu cíle a prostředků, „při volbě principů se každý snaží, jak může nejlépe, prosazovat své zájmy“.¹⁶⁰ To je problematické, uvážíme-li, že závoj nevědomosti je zbaví vědomí o tom, co jejich zájmem ve skutečnosti je. Rawls to řeší tím způsobem, že za zájem lidí považuje obecně preferenci většího množství základních statků před nižším, což je jistě realistické.

Nejvýznamnější a nejkontroverznější vlastností původní pozice je, že lidé v ní rozhodují za „závojem nevědomosti“.

¹⁵⁶ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 84.

¹⁵⁷ Freeman, op. cit., str. 143.

¹⁵⁸ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 87. Holandský právní teoretik F. van Dun podobně vymezuje nutné a postačující podmínky společenského konfliktu: 1. pluralita lidí; 2. diversity jejich preferencí; 3. vzácnost; 4. volný přístup ke statkům. Srov. Dun, F.: „Concepts of Order.“ In: Bouillon, H., Kliemt, H. (eds.): *Ordered Anarchy. Jasad and His Surroundings*. Aldershot: Ashgate, 2007, str. 59-71.

¹⁵⁹ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 89-91.

¹⁶⁰ Ibid, str. 95.

III. 3. Za závojem nevědomosti

Závoj nevědomosti není Rawlsův vynález, pokud se týká obsahu této konstrukce. Ta je hluboce zakořeněna v etických teoriích západní civilizace a objevuje se periodicky pod různými jmény, například „kategorický imperativ“ nebo „nestranný pozorovatel“. Jak píše A. Smith, konfliktní zájmy

„musíme nahlížet z pozice a očima třetí osoby, která s nimi nemá žádné spojení a která mezi námi bude rozhodovat s nestranností“.¹⁶¹

V článku týkajícím se metod měření užítku cosi jako závoj nevědomosti před Rawlsem použil pozdější nositel Nobelovy ceny za ekonomii W. Vickrey,¹⁶² o pár lety později jiný nobelista J. Harsanyi.¹⁶³ Jak již bylo řečeno, prakticky totožný nástroj používali Buchanan a Tullock. Přestože Rawls tedy nebyl původcem této ideje, společenské vědy mu vděčí za trefné pojmenování a popularizaci její moderní verze.

Závoj nevědomosti lidi v původní pozici zbavuje vědomí o jejich vlastnostech. Ty by je mohly vést k předsudkům a vlastním zájmům zatíženým volbám, „arbitrárnost světa musí být korigována“¹⁶⁴. Nikdo nezná své postavení ve společnosti, původ, schopnosti, vlohy, koncepce dobra, životní plány, míru averze k riziku ani kontext společnosti, v níž se nachází, nebo to, k jaké generaci náleží. Naopak všem jsou známy poznatky společenských a přírodních věd a „kontext spravedlnosti“ (viz výše). Za takových omezujících předpokladů „musejí vybrat principy, jejichž důsledky jsou ochotni uznat a žít podle nich“.¹⁶⁵

Výhodou závoje nevědomosti je, že zabraňuje utváření koalic a problému vydírání („hold-out“), nikdo neví, v jaké společenské pozici po stržení závoje nevědomosti skončí, a tak nezbude, než volit nestranně. Proto se v původní pozici může s každým zacházet jako s rovným. Jeho nevýhodou je, že z běžných lidí činí jakési „zombie“, odtržené od světa, jaký důvěrně známe – entity, s jejichž pomocí bychom však my, obyvatelé běžného světa, měli testovat existující společenské instituce. Proč by nás tyto entity měly zajímat?

¹⁶¹ Smith, A.: *The Theory of Moral Sentiments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, str. 157.

¹⁶² Vickrey, W.: „Measuring Marginal Utility by Reactions to Risk.“ *Econometrica*, Vol. 13, No. 4 (October 1945), str. 329.

¹⁶³ Harsanyi, J.: „Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking.“ *Journal of Political Economy*, Vol. 61, 1953, str. 434.

¹⁶⁴ Rawls. op. cit. pozn. 88, str. 94

¹⁶⁵ Ibid, str. 92.

Na této otázce vybudoval svou kritiku Rawlse Ronald Dworkin, který píše: „Hypotetická smlouva není nějaká slabší forma skutečné smlouvy; není to žádná smlouva.“¹⁶⁶ Není proto vůbec zřejmé, proč by něco takového mohlo někoho zavazovat.

Když Dworkin zkoumá, jaké principy by lidé zvolili, rozlišuje mezi předchozím (antecedent) a skutečným (actual) souhlasem, dnes bychom řekli, že rozlišuje mezi *ex ante* a *ex post* perspektivou.¹⁶⁷ V tomto smyslu se může lišit hodnocení toho, co je v „mém“ zájmu. Dworkin si vypomáhá příkladem sázkaře na dostizích.

Ex ante je v mém nejlepším zájmu vsadit na koně s nejlepším kursem, i když nakonec kůň nevyhraje. *Ex post* by však v mém nejlepším zájmu bylo vsadit na koně, který skutečně vyhrál, byť by se to před začátkem závodu zdálo šílené. Jestliže Rawls tvrdí, že jeho dva principy spravedlnosti jsou v zájmu kontrahentů, musí mít na mysli *ex ante* perspektivu. Když bude totiž závoj nevědomosti stržen, někteří zjistí, že by pro ně byl býval lepší jiný princip než princip difference, třeba princip průměrného užitku, jak argumentoval Harsanyi.

Zhodnocení *ex ante* zájmů spočívá na znalostech situace, v níž se ten, kdo má principy volit, nachází. Vsadit si na nějakého koně za určitého kursu dává smysl před startem závodu; jakmile ale závod odstartuje a kůň na první překážce zakopne (máme jiné znalosti), již to nemusí být v našem zájmu, alespoň za stejného kursu.¹⁶⁸ Jenže pokud Rawls tvrdí, že *závazné* principy pro naše současné instituce máme hledat za závojem nevědomosti, žádá po nás, abychom si vsadili na zakopnuvšího koně, neboť předtím, než zakopl, to bylo v našem nejlepším zájmu:

„Skutečnost, že určitá volba je v jistém okamžiku za podmínek velké nejistoty v mém nejlepším zájmu, není dobrým argumentem pro to, abychom tuto volbu později za podmínek daleko širších znalostí vynutili a označili to za férové.“¹⁶⁹

Otázka, zda nějaké neexistující entity mohou mít co do činění s justifikačním problémem mezi běžnými lidmi v našem skutečném světě, je legitimní. Libertariáni by odpověděli, že nikoli.¹⁷⁰ Pochybuji však, že Rawlsovým projektem takové úvahy nějak významně otřesou. Jak píše sám Rawls:

¹⁶⁶ Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, str. 151.

¹⁶⁷ Farnsworth, W.: *Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*. Chicago: Chicago University Press, 2007, str. 3-12.

¹⁶⁸ Dworkin, op. cit., str. 153.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Viz Rothbard, op. cit.

„Pro závoj nevědomosti tedy svědčí více důvodů než jenom jednoduchost. Chceme přece vymezit původní stav tak, abychom dosáhli žádoucího řešení.“¹⁷¹

Můžeme se tak ptát s R. Hare, jestli vůbec překvapuje, že Rawls došel k těm závěrům o svých dvou principech, k nimž nakonec došel. Kdyby nedošel, změnil by předpoklady. To, jak Rawls modeluje původní pozici, je totiž „podstatou“ jeho teorie, vše ostatní je nadbytečné.¹⁷²

III. 4. Mezi irelevancí a banálností

Ve způsobu, jakým jednotliví autoři modelují bytosti obývající tento, či nějaký jiný, hypotetický svět, leží patrně klíč k přesvědčivosti jednotlivých smluvních teorií. Autoři se liší v míře, v jaké si své kontrahenty idealizují, jak u nich abstrahují od jinak relevantních vlastností. Někdy vypadají jako my, jindy jsou upraveni tak, že bychom se v nich nepoznali.

Idealizace a abstrakce slouží smluvním teoretikům dvěma účelům. Za prvé, umožňují jim neutralizovat nahodilosti a pro morální rozvažování irelevantní faktory. Pokud si je odmyslíme, naše uvažování by mohlo být v jistém smyslu „čisté“. Za druhé, pomáhají jim určit konkrétní výsledek kontraktace; omezující předpoklady jej činí „determinovanějším“.¹⁷³

To s sebou přináší jeden závažný problém. Existuje přímá úměra mezi mírou idealizace a abstrakce na straně jedné, a určitostí výsledku na straně druhé. Jinými slovy, čím více si nějaký teoretik upraví předpoklady o potenciálních kontrahentech, tím jistější bude jeho výsledek. Rawls si člověka a hypotetický stav upraví tak, že patrně neexistuje jiná možnost, než odvodit přesně ty principy, které nakonec odvodil. Výsledek je téměř daný, avšak jeho smysl pro to, čím by se reální lidé měli řídit, je možno zpochybnit. Toho si všimli třeba Hare nebo Nozick. Naproti tomu Scanlon člověka idealizuje jen velmi omezeně. Důsledkem pak ale je velmi volná koncepce „rozumné odmítnutelnosti“, která v konkrétním případě může znamenat mnoho výsledků.

Jsme tak odsouzeni k dilematu. Buď budeme mít silné předpoklady a determinovaný a komplexní výsledek (Rawlsovy principy jsou příkladem), který ale bude nám, běžným lidem, připadat pro náš svět irelevantní. Nebo budeme mít slabé předpoklady, méně determinovaný a málo komplexní výsledek, který se ale bude zdát banální (Scanlonův princip, Buchananovo odvození potřebnosti státu). Pohybujeme se tak na jakémsi kontinuu, kde každému řešení bude chybět v nějaké míře něco, co bychom od teorie očekávali. Není tomu tak ale s každou koncepcí politické filosofie?

¹⁷¹ Rawls, op. cit. pozn. 88, str. 94.

¹⁷² Hare, op. cit., str. 149.

¹⁷³ Srov. op. cit. pozn. 87.

IV. Obsah společenské smlouvy: Příspěvek teorie her

Dva muži, kteří veslují na lodi, tak činí na základě dohody či konvence, ačkoli nikdy si nic navzájem neslibili. Podobně pravidlo o stálosti vlastnictví není o nic méně odvozeno z konvencí, vzniká postupně a získává na síle pomalým vývojem a naši opakující se nepříjemnou zkušeností při jeho narušení. (...) Podobně se na základě konvencí bez jakýchkoli slibů ustavily jazyky.

David Hume¹⁷⁴

Drtivá většina soudobých pojednání o společenské smlouvě využívá různých nástrojů společenských věd, od psychologie přes evoluční teorii k ekonomii. Někdy s úmyslem ilustrovat nějakou myšlenku, jindy s jejich pomocí nějakému tvrzení dodat argumentační váhu. Podobné je to s aplikací teorie her. V nějaké formě ji používají ve svých originálních pracích Gauthier a Buchanan, v pracích komentujících teorie společenské smlouvy je teorie her rovněž užíváno.

Stejně tak soudobá teorie práva, zejména její část zakotvená v anglosaské analytické filosofii, se bez teorie her málokdy obejde především tam, kde se autoři zabývají problémy koordinace, autority, podřizování se pravidlům, konvencím apod.¹⁷⁵ Považuji proto za vhodné věnovat alespoň několik stručných poznámek teorii her ve vztahu ke společenské smlouvě. Pro vyšší ambice zde není místo – jen základní dílo o teorii her a společenské smlouvě, kniha Kena Binmora *Game theory and the Social Contract*, představuje dvoudílné pojednání o téměř tisíci stran.¹⁷⁶

Teorie her je užitečná v tom, že nám pomáhá uvědomit si důležité aspekty mezilidské interakce, ilustruje nějaký relevantní faktor, pomáhá pochopit motivace aktérů. Typické, v realitě se pravidelně vyskytující struktury interakce pak pojmenovává jako různé druhy her, s hráči, strategiemi, výnosy, výsledky. Označíme-li pak nějakou situaci kupř. za „věžňovo dilema“, je to užitečná zkratka, která nám říká, jakému problému někdo čelí a co se s tím dá (resp. nedá) dělat. V tomto omezeném smyslu chápu i pojednání v této kapitole.

IV. 1. Věžňovo dilema – ukázka problému společenské kooperace?

Líbí-li se nám teorie her, jako třeba Kenu Binmorovi, můžeme se na lidský život a mezilidské vztahy dívat jako na jakousi „hru života“, v níž každý má své životní plány a cíle, které se ne vždy snesou se životními plány a cíli jiných, potenciálně hrozí konflikt. Fungující společnost tyto zájmy dokáže vyvážit, zabránit ztrátě vzácných statků v nesmyslném boji a ustavit

¹⁷⁴ Hume, D.: *Hume, D.: A Treatise of Human Nature*. New York, Barnes&Noble, 2005, str. 378.

¹⁷⁵ Srov. kupř. Green, L.: *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

¹⁷⁶ Binmore, K.: *Game Theory and the Social Contract. Vol. 1: Playing Fair*. MIT Press, 1994.; Binmore, K.: *Game Theory and the Social Contract. Vol. 2: Just Playing*. MIT Press, 1998.

rovnováhu. To vyžaduje nějaký systém konvencí, které ji budou dlouhodobě udržovat; umožní nám vzájemně koordinovat naše jednání. Tento systém můžeme nazvat společenskou smlouvou.¹⁷⁷

Otázka je, jakou hru to vlastně hrajeme. Podle Hobbese v interpretaci některých teoretiků, a v každém případě podle Buchanana, je to vzpomínané vězňovo dilema, hrané našimi známými průvodci světem smluvních teorií, Adamem a Evou, které zobrazuje Tabulka 3.

Tabulka 3

	Neútočit (E)	Útočit (E)
Neútočit (A)	2, 2	0, 3
Útočit (A)	3, 0	1, 1

Když si Adam zvolí strategii neútočení, pro Evu by bylo vždy lepší zaútočit, kdyby dopředu věděla, co Adam udělá (I. kvadrant). Stejně tak kdyby věděla, že si Adam zvolí strategii útočení, rovněž je pro ni nejlepší reakcí útočit (IV. kvadrant). Znamená to, že útok si Eva zvolí vždy, je to to nejlepší, co může udělat. V jazyce teorie her bychom řekli, že útočení je dominantní strategií – samozřejmě nejen pro Evu, ale i Adama. Jedině tyto strategie vedou k Nashově rovnováze. V té každý hráč zvolí takovou strategii, která je nejlepší reakcí na strategii druhého. Kooperace nevznikne, byť by na tom oba byli lépe, kdyby vznikla.

Jenže ona vzniknout nemůže. Hra je prostě tak definována.¹⁷⁸ Proto nedává příliš smysl modelovat „hru života“ (nebo třeba původní pozici ala Buchanan) jako vězňovo dilema. Jak píše Binmore:

„Kdyby velká hra života hraná lidským druhem byla vězňovo dilema, nikdy bychom se nebyli vyvinuli jako společenské bytosti.“¹⁷⁹

Na vězňově dilematu je pro politické filosofy (a právníky) přitažlivá jeho beznadějnost a také to, že má pouze *jednu Nashovu rovnováhu*, takže je na první pohled vidět, „jak to dopadne“. Kromě toho, kdybychom použili nějakou externí instituci, třeba právo, vězňovo dilema

¹⁷⁷ Binmore, op. cit. pozn. 175, 1. díl, str. 6.

¹⁷⁸ Ibid, str. 103.

¹⁷⁹ Binmore, K.: *Natural Justice*. New York: Oxford University Press, 2005, str. 63. Kniha *Natural Justice* je zhuštěnou a de-formalizovanou verzí jeho dvou knih o společenské smlouvě.

„vyřešíme“, protože tak na tom budou všichni lépe.¹⁸⁰ Jenomže svět není tak triviální, a tak pokud ho chceme modelovat, měli bychom se zaměřit na tzv. koordinační hry, které mají více Nashových rovnováh. Navíc, nějaký externí vynucovatel (právo) se jen tak zničehonic neobjeví, nikdo takový neexistuje, hru života hrajeme všichni, politici, policisté, soudci, právníci (srov. mou kritiku Buchanana výše).¹⁸¹

Výše uvedené platí pro věžňovo dilema hrané jednokolově. V něm hráči volí zničující strategii bez ohledu na strategii druhého, neboť není žádné „zítra“. Ale jak jsem uvedl již v první kapitole, život je málokdy takový. Existuje-li pravděpodobnost, že Adam a Eva se nevidí naposledy, jejich jednání se odehrává tzv. „ve stínu budoucnosti“.¹⁸² V takovém případě je racionální kooperovat a hrozit trestem za zradu – je kdy zrádce potrestat, hned v dalším kole. Oba hráči smýšlí symetricky, odměňují kooperaci kooperací a zradu zradou. Kooperace je udržitelná, vše závisí na pravděpodobnosti, že se hra bude opakovat. Jestliže ale Adam jedná v závislosti na tom, co udělala Eva, věžňovo dilema se de facto transformuje do tzv. koordinační hry.¹⁸³

IV. 2. Koordinační hry - úvodní poznámky

Jak jsme popsali výše, věžňovo dilema charakterizuje situace, v nichž sobecké sledování vlastních cílů přinese každému z aktérů horší výsledek než ten, který nabízí dostupná alternativa. Problém je, že aktéři musí najít způsob, jak spolupracovat (kooperovat) na jeho dosažení, což v některých kontextech není prostě možné.

Jinému typu výzev čelí jedinci v situacích tzv. koordinačních problémů. Obecně řečeno jde o situace, v nichž existuje více způsobů, jak dosáhnout kýženého výsledku, aktéři mají zájem na tom najít vzájemně souladné řešení, nicméně ani jeden z aktérů netuší, které z možných řešení ten druhý zvolí.

Někteří autoři mají za to, že koordinační problémy jsou v reálném světě v zásadě stejně časté jako problémy kooperace, ilustrované věžňovým dilematem, ne-li četnější, a upozorňují, že jedním z úkolů práva je tyto koordinační problémy nějakým způsobem řešit.¹⁸⁴ Podívejme se proto na některé typové příklady tzv. koordinačních her. Níže podrobněji rozvedeme hry typu „driving game“, „hon na jelena“, „souboj pohlaví“ a „hru na kuře“ a následně se pokusíme

¹⁸⁰ McAdams, R. H.: „Beyond the Prisoner’s Dilemma: Coordination, Game Theory and The Law.“ *Southern California Law Review*, Vol. 82, No. 2, 2008-2009, str. 212.

¹⁸¹ Binmore, op. cit. pozn. 178, str. 66.

¹⁸² Axelrod, R.: *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, Inc., 1984, str. 124.

¹⁸³ Skyrms, B.: *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 5-6.

¹⁸⁴ McAdams, op cit.

poukázat na reálné situace, odpovídající svou strukturou uvedeným hrám, a možnosti jejich řešení prostřednictvím práva.

IV. 3. Koordinační hry I.: „Driving game“

Nejlepší ilustraci toho, co mají teoretici her na mysli, když hovoří o koordinačních hrách, ukazuje jednoduchý příklad z každodenního života. Když Adam a Eva nasednou ráno každý do svého auta a vydají se do ulic, hrají koordinační hru. Jejich cílem je dostat se tam, kam potřebují, a to živí. Pro jednoduchost si představme, že pojedou na silnici proti sobě. Mohou si vybrat, jestli pojedou na silnici vpravo, nebo vlevo. Z hlediska jejich cílů je lhostejné, na jaké straně pojedou. Důležité však je, aby si zvolili každý stejnou stranu, buď oba vlevo, nebo oba vpravo. Situaci znázorňuje Tabulka 4.

Tabulka 4

	Vpravo (E)	Vlevo (E)
Vpravo (A)	1, 1	0, 0
Vlevo (A)	0, 0	1, 1

Výsledek vlevo-vlevo a vpravo-vpravo představuje dvě Nashovy rovnováhy, které jsou obě Pareto-efektivní, jednostranná změna strategie vždy povede k horšímu výsledku. Obě možnosti jsou rovnocenné.¹⁸⁵ Zbývá tedy vybrat, na jaké straně by měli Adam a Eva jet, výběr je čistě arbitrární. Mohou se dopředu domluvit. Uprostřed silnice můžeme postavit pana Hada, který bude usměrňovat provoz. Jeho může nahradit značka. Jinými slovy, objevují-li se jako součást řešení koordinačního problému určité pravidelnosti, vzniká koordinační norma neboli *konvence*.¹⁸⁶ Značku může nahradit pravidlo silničního provozu, že se jezdí na té, či oné straně, toto pravidlo je pak třeba vyhlásit (právo) a učit v autoškole budoucí řidiče. Existuje pak dobrý důvod spoléhat se na to, že všichni budou jezdit na téže straně silnice. Konvence určuje, na které rovnováze je možné se zkoordinovat.

¹⁸⁵ Ve skutečnosti existuje ještě jedna strategie (tzv. smíšená). Adam a Eva si mohou hodit korunou, na jaké straně pojedou. Proč tak nikdo normální nečiní, je nasnadě, je to neefektivní. Ze „hry života“ by byl brzy eliminován.

¹⁸⁶ Green, L.: „Law, Co-Ordination, and the Common Good.“ *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 3 (Winter, 1983), str. 302. První práci, která poskytla herně-teoretickou analýzu konvencí, je Lewis, D.: *Convention: A Philosophical Analysis*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960.

Povšimněme si, že odpověď na otázku, zda se bude jezdit na „správné“ (tj. všichni stejně) straně nijak nezávisí na sankci dané právem. Samotné *vyhlášení* způsobí, že lidé budou mít dost dobrý důvod se normě podřídit, protože budou předpokládat, že se jí podřídí i ostatní. Pokuty za nedodržení jsou irelevantní. Kromě toho, jakmile je konvence ustavena, má to negativní dopad na toho, kdo se od ní odchyluje. A je rovněž těžké se jí zbavit.¹⁸⁷

IV. 3. Koordinační hry II.: „Hon na jelena“

Ne všechny koordinační hry mají Nashovy rovnováhy stejně efektivní, jako je tomu u „driving game“, o které z tohoto důvodu hovoříme jako o „čisté koordinační hře“. Je-li nějaká z Nashových rovnováh efektivnější než jiná, pak už není lhostejné, v jaké rovnováze Adam s Evou skončí, vždy pro ně bude lepší zkoordinovat se na té, která slibuje vyšší výnos. Jenže to není jednoduché. Ilustrací budiž na počátku práce zmíněná hra „hon na jelena“ v následující tabulce.

Tabulka 5

	Jelen (E)	Zajíc (E)
Jelen (A)	4, 4	0, 3
Zajíc (A)	3, 0	2, 2

Zde máme dvě Nashovy rovnováhy. Jednou je to kooperace při lovu jelena (II. kvadrant), podruhé univerzální zrada, kdy Adam i Eva loví zajíce (IV. kvadrant). Z hlediska racionality hráčů není možné bez dalšího rozhodnout, jakou ze strategií zvolit. Obě strategie dávají smysl, za předpokladu, že druhá strana volí stejnou (jako u „driving game“). Musí existovat nějaký mechanismus, jenž Adamovi a Evě pomůže dosáhnout kýženého výsledku.

Složitost tohoto problému vysvětluje Binmore. Předpokládejme, že v současnosti mezi Adamem a Evou vládne taková společenská smlouva, kde rovnováha je u honu zajíce (2;2). Pro Evu bude obtížné přesvědčit Adama, že se v budoucnu chystá lovit jelena a že tedy by měl lovit s ní. Bez ohledu na to, co se Eva chystá nakonec udělat, vždy pro ni bude lepší přesvědčit Adama, aby lovil jelena. Když ho přesvědčí a sama bude lovit s ním, dostane Eva 4. Když ho přesvědčí, aby lovil jelena, ale sama půjde lovit zajíce, dostane 3. Co to znamená? Adam si nemůže udělat žádnou smysluplnou představu o tom, co Eva udělá. Ať má v plánu

¹⁸⁷ Pro další charakteristiky konvencí viz Postema, G.: „Coordination and Convention at the Foundations of Law.“ *Journal of Legal Studies*, Vol. 11 (January 1982), str. 176-179.

cokoli, pořád bude na Adama naléhat, aby lovil jelena. Racionalita Adamovi nepomáhá.¹⁸⁸ Neumí si bez dalšího vybrat mezi dvěma rovnováhami. Stejně jako u „driving game“ máme problém s výběrem rovnováhy. Co může Adama přesvědčit, aby lovil jelena? Je možné spolehnout se na precedent. Je možné se spolehnout na analogii nebo nějaký signál důvěry. Zkrátka je třeba něco, co druhou stranu přiměje věřit ve společný projekt.¹⁸⁹

Toto „něco“ teorie her nazývá tzv. fokální, neboli „Schellingovy body“, pojmenované po ekonomu Thomasi Schellingovi (Nobelova cena za ekonomii, 2005). Schelling udělal malý průzkum mezi náhodně vybranými jedinci. Dá se interpretovat tak, že se ptal lidí v Nové Anglii, kdy a kde by se v New Yorku sešli s někým jiným, kdyby obě strany věděly pouze to, že se mají sejít. Typický koordinační problém. Schelling dostal poměrně přesvědčivý výsledek, že by to mělo být na Grand Central Station v pravé poledne. Lidé z Nové Anglie totiž obvykle jezdí do práce právě tam. Pro ilustraci je to jako pro studenty PF UK v poledne „v bazénu“.¹⁹⁰

„Fokality“ těchto bodů spočívá v tom, že se na ně lidé spoléhají, protože se na ně spoléhají ostatní, protože... ad infinitum. Vyznačují se tím, že jsou místně a kulturně podmíněné. Umožňují nám koordinaci tam, kde by to na první pohled nebylo možné. Svým fungováním jsou podobné konvencím, je to nástroj výběru rovnováhy. Liší se od nich tím, že je možné je také vědomě utvářet. To je klíčové pro právo.

Vraťme se zpět k „honu na jelena“. Tentokrát tuto hru budu nazývat „hra na jistotu“ („Assurance game“), což je až na technické detaily totéž. Změním totiž příběh. Představme si „run na banku“. To je případ koordinační hry o dvou rovnováhách, jedné efektivní, druhé neefektivní. První máme tehdy, pokud je banka stabilní a není nejistota ohledně její schopnosti vyplácet vklady. Druhá je tehdy, když naopak panuje dostatečně velká nejistota o schopnosti vyplácet. Samo o sobě to ještě nic neznamená. Pokud ovšem k tomu přistoupí přesvědčení vkladatele o tom, že *ostatní vyberou vklady*, posouváme se do neefektivní

¹⁸⁸ Binmore, op. cit. pozn. 178, str. 68.

¹⁸⁹ Problém výběru rovnováhy má obecně dvě možnosti. Buď racionální řešení, spočívající ve změně toho, čemu lidé věří, v co mají důvěru, nebo evoluční. Druhá možnost je předmětem evoluční teorie her, která přichází se svým vlastním originálním přístupem, jehož vysvětlení ale přesahuje možnosti této práce. Nejdůležitější postavou tohoto proudu je patrně Brian Skyrms, který se soustřeďuje na analýzu právě „honu na jelena“. Srov. Skyrms, op. cit. pozn. 182; viz rovněž Skyrms, B.: *Evolution of the Social Contract*. Cambridge: Cambridge University Press, 8. vydání, 2005.

¹⁹⁰ Schelling, T.: *The Strategy of Conflict*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1980 (pův. 1960), str. 55.

Nashovy rovnováhy, kdy vkladatel rovněž poběží do banky a možná už bude stát před vytlučnými okny svého peněžního ústavu.¹⁹¹

Tomu lze někdy zabránit pomocí práva. Příkladem je povinné pojištění bankovních vkladů. Smyslem tohoto institutu primárně není ex post odškodnit ty, kdo utopili své celoživotní úspory v bance, ale ex ante zabránit tomu, aby si vkladatelé hromadně vybírali, resp. aby nejistota vůbec vznikla, právě kvůli tomu, že jde o koordinační problém. S pojištěním vkladů bude menší motivace vybírat, protože o pojištění všichni vědí, riziko se snižuje. Právo zde má spíše než sankční jakousi „expresivní“ funkci. Pomáhá lidem se koordinovat v efektivnější rovnováze tím, že určitou strategii učiní „vyčnívajícím nad jiné“ („salient“).¹⁹²

IV. 4. Koordinační hry III.: „Souboj pohlaví“

Hra „Souboj pohlaví“ ilustruje podobný problém jako „Hon na jelena“ s tím rozdílem, že v této koordinační hře je obsažen inherentní konflikt mezi jejími hráči. Zatímco v předchozím typu hry oba hráči preferovali jeden Pareto-efektivní výsledek (oba chtěli jelena), případně z důvodu rizika Pareto-inefektivní výsledek (oba chtěli v takovém případě zajíce), zde se sice oba chtějí shodnout na výsledku, ale každý na jiném. Přitom nejhorší, co se z hlediska obou hráčů může stát je, že se nedokáží zkoordinovat vůbec. Koordinační problém tohoto typu ilustruje následující tabulka:

Tabulka 6

	Kino (E)	Kavárna (E)
Kino (A)	3, 1	0, 0
Kavárna (A)	0, 0	1, 3

Adam by si přál jít do kina na nový film, Eva by raději do své oblíbené kavárny. Nejhorší variantou pro oba ovšem je, že se nedokáží dohodnout a zůstanou doma. Jinými slovy, každý si přeje zkoordinovat se v jiné rovnováze. Pokud Adam chce jít do kina, Eva udělá lépe, pokud půjde také do kina. Eva získá 1, namísto 0, pokud by trvala na kavárně, a Adam získá

¹⁹¹ McAdams, op. cit., str. 216-17.

¹⁹² Srov. Cooter, R.: „Expressive Law and Economics.“ *Journal of Legal Studies*, Vol. 27 (June 1998), str. 585-608.

3. Uvažování obou je symetrické. Pokud chce jít Eva do kavárny, Adam udělá lépe, pokud půjde s ní, neboť jinak zůstanou oba doma. Tento koordinační problém obsahuje ryzí konflikt, neboť preference aktérů se rozcházejí v tom, na které z čistých rovnováh se zkoordinovat. Adam preferuje rovnováhu Kino/Kino, Eva zase rovnováhu Kavárna/Kavárna, přitom obě jsou Nashovy rovnováhy, neboť jednostranná změna strategie vede k horšímu výsledku.

Roli práva jako jednoho z možných nástrojů řešení koordinačních problémů výše popsaného typu nyní demonstrujeme na dvou oblastech reálného světa, a to problematiku ustanovování odvětvových standardů a harmonizace práva a z hlediska čtenáře-právnicka možná zajímavější okruh otázek týkajících se vzniku ústav.

IV. 4. 1. Odvětvové standardy a harmonizace

V různých odvětvích hospodářství mezi sebou konkurují různé subjekty. Konkurence probíhá na nekonečném množství podnikatelských rozhraní a na různých úrovních relevantních trhů. Někdy je však třeba, aby si jednotliví hráči na trhu shodli na určitém (technickém) standardu tak, aby jejich produkty byly vzájemně kompatibilní. Typicky půjde například o hardware a software, nebo třeba příslušenství k elektronice. Můžeme vzpomenout příklad nabíječek k mobilním telefonům – nedávno ještě nebylo výjimkou, že nabíječka k telefonu Nokia, pokud byla náhodou při ruce, byla uživateli přístroje Blackberry k ničemu. Dnes lze drtivou většinu mobilních zařízení nabít prostřednictvím micro USB portu.

Hra „Souboj pohlaví“ demonstruje snahu dosáhnout takového odvětvového standardu. Všichni si přejí společný standard, ovšem jednotlivým aktérům není lhostejné, které řešení bude zvoleno, každý si z důvodu úspor nákladů přeje, aby se standardem stalo právě jím používané řešení. Na druhou stranu si ale každý také přeje, aby jeho výrobek byl kompatibilní s výrobky ostatních. Jakmile se standard vžije, každý má dobrý důvod se jej držet a nadále se od něj neodchylovat (mimoходом přesně opačný výsledek, než v případě vězňova dilematu, kde má každý dobrý důvod se od statu quo odchýlit).

Za ustavením mnoha mezinárodních standardů stojí právě relativně vysoká motivace koordinovat jednotlivé aktéry alespoň na nějakém společném řešení, bez ohledu na to, které z řešení aktéři považují za optimální.¹⁹³ Budou-li všichni vědět, že vybranému řešení se ostatní podřídí, snaha se od něj odchýlit přestane být atraktivní. Jako příklady cituje sjednání

¹⁹³ Mattli, W., Büthe, T.: Setting International Standards. Technological Rationality or Primacy of Power? *World Politics*, Vol. 56, No. 1, October 2003, str. 9 a násl.

mezinárodních smluv standardizujících míry a váhy, komunikační protokoly řízení letového provozu a mailové a telefonní komunikace.¹⁹⁴

Je nadto třeba upozornit, že ustanovování standardů jakožto řešení koordinačních problémů je pro právo typičtější, než naznačují uvedené příklady. McAdams uvádí jako příklad snahy o unifikaci právních pravidel v rámci federativních států, případně i v mezinárodním měřítku. Harmonizovaná právní pravidla jako taková jsou sama „standardem“, který snižuje transakční náklady přeshraniční spolupráce. Naproti tomu změna pravidel uvnitř státu za účelem harmonizace sama o sobě přináší nenulové náklady, takže každý subjekt účastníci se harmonizace má silnou motivaci prosadit právě svůj standard. Za předpokladu, že výhody z harmonizace převyšují náklady změny existujících pravidel, máme co do činění se „Soubojem pohlaví“.¹⁹⁵

IV. 4. 2. Formování ústav a ústavní zvyklosti jako koordinační nebo kooperační normy

Konstitucionalista Russel Hardin se vymezuje proti tradičnímu pojetí ústav jako společenských smluv odpovídajících reálným kontraktům. Proti nim namítá to, co v zásadě většina kritiků tradičního nazírání na koncept společenské smlouvy coby reálného kontraktu počínaje Humem: dodržování reálných kontraktů zpravidla vynucuje nezávislá třetí strana (typicky stát), zatímco ústavy takového externího garanta nemají; běžná smlouva vymezuje oboustranné plnění, zatímco v případě ústav je plnění vymezeno spíše obecně a neznáme ani všechny budoucí kontrahenty; běžná smlouva zpravidla plnění časově ohraničuje, ústava je formulována jako projekt do budoucna bez ohraničení; k uzavření běžné smlouvy je třeba souhlasu, u ústav hovoříme spíše o jejich akceptaci; běžné smlouvy regulují problém oportunistu stran smlouvy (řešení věžňova dilematu), ústavy koordinují jednání masy lidí v čase.¹⁹⁶

Podle Hardina ústavy vznikají jako produkt reálných koordinačních problémů, které mají strukturu koordinační hry „Souboj pohlaví“. Ústava je podle Hardina výsledkem vyjednávání mezi zájmovými skupinami, jejichž cílem je shodnout se alespoň na nějaké formě vlády, neboť takovou variantu silně preferují před absencí koordinace, a tedy před stavem

¹⁹⁴ McAdams, op. cit., str. 33.

¹⁹⁵ McAdams, op. cit. str. 35.

¹⁹⁶ Hardin, R.: „Constitutionalism.“ In: Weingast, B., Wittman, D. (eds.): *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford: Oxford University Press, str. 289 a násl.

anarchie.¹⁹⁷ Bylo by nesmyslné si představovat, že vyjednávání např. ústavy Spojených států amerických, ale i jakékoli jiné ústavy, by vyústilo v ten nejlepší výsledek pro jednu významnou společenskou skupinu, který by zároveň byl nejhorším možným výsledkem pro jinou významnou společenskou skupinu. Příkladem budiž proces přijetí Ústavy spojených států amerických. Skupina finančních a loďařských partikulárních zájmů, reprezentovaná Alexandrem Hamiltonem, si jistě nemyslela, že se jí podaří dosáhnout nejlepšího možného výsledku tak, že zcela eliminuje zájmy jižanských farmářů soustředěných okolo Thomase Jeffersona:

„Jakýkoli režim, který by jim neumožňoval spolupracovat při vývozu zemědělských plodin z Jihu a dovozu či výroby zemědělského náčiní, by nepříznivě zasáhl obě skupiny. Jakýkoli režim, který by jim umožnil v těchto záležitostech efektivně spolupracovat, byl výhodný pro obě skupiny. Zásadním tématem ústavy tak bylo odstranit překážky obchodu v rámci třinácti států a upravit cla s ostatními státy. Toto téma přivedlo obě skupiny ke stolu, kde se vyjednala a přijala ústava jako vzájemně výhodná dohoda. Obě skupiny čelily relativně jasnému koordinačnímu problému.“¹⁹⁸

Uvedené uvažování vede Hardina k závěru, že aby mohla ústava fungovat, musí být strukturována tak, aby její adresáti měli motivaci ji dodržovat kvůli sobě samým. Jinými slovy, „pokud má ústava zajistit a udržet společenský řád, musí být soběstačná“ (self-enforcing).¹⁹⁹ Ústava bude úspěšná tehdy, pokud je většina jejích adresátů přesvědčena, že status quo je v jejím zájmu v porovnání s vysokými náklady snahy o převrat. Pokud však postačuje jakýsi druh spontánně vzešlých ústavních konvencí coby řešení koordinačních problémů, proč je důležité mít psanou ústavu? Hardin odpovídá:

„Pochopitelně proto, aby se podpořilo ustanovení relevantních konvencí a tyto se usměrnily určitým směrem, spíše než směrem jiným, a to tak, že lidé se těmito konvencemi zaváží ihned, což je lepší, než aby se potloukali od výsledku k výsledku, z něhož by nakonec klidně mohl vzejít tyran.“²⁰⁰

¹⁹⁷ Hardin, R.: „Why a Constitution?“ In: Grofman, B, Wittman, D. (eds.): *The Federalist Papers and the New Institutionalism*. New York: Agathon Press, 1989, str. 100 a násl.

¹⁹⁸ Hardin, op. cit., str. 5.

¹⁹⁹ Hardin, R.: *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. Oxford and New York: Oxford University Press, 1999, str. 89.

²⁰⁰ Ibid, str. 134-135.

Výhodu psané ústavy Hardin spatřuje v tom, že jakmile ústava existuje, staví překážky určitým cestám, jimiž bychom se mohli na poli společenské praxe vydat, a nutí nás jít v rámci předem vytyčených hranic; společnost tak může věnovat své zdroje na smysluplné vytváření hodnot, namísto toho aby plýtvala energií při bloudění náhodnými směry společenské praxe.²⁰¹ Díky konvencionalistickému původu ústavy a problémům spojeným s kolektivním jednáním je extrémně obtížné změnit ustavenou koordinační rovnováhu a ustavit novou, náklady změny jsou vyšší než náklady pouhé podřízenosti. Tento závěr je v souladu s Postemovým postřehem, že jakmile je konvence ustavena, je obtížné se jí zbavit.²⁰² To platí tím spíše, pokud ústava funguje relativně dlouhou dobu. V kontextu ústavy spojených pak Hardin dospívá k závěru, že

„obecně dává smysl se koordinovat v řádu, který nastolila Ústava. To ukazuje na strategický podklad konzervativního dogmatu, že cokoli je, je dobré, alespoň někdy a do určité míry“.²⁰³

Hardinův závěr je paradoxní, uvědomíme-li si, že Hardin jedním dechem zároveň kritizuje představitele kontraktarianismu Buchanana a Brennana za jejich názor, že ústava je druh společenské smlouvy, jímž se každý do budoucna zavazuje k určitým činnostem, například k placení daní.²⁰⁴ Jakkoli v této kritice lze s Hardinem souhlasit (viz výše kapitola II. 3.), Hardin nakonec končí svou analýzu konzervativním krédem „whatever is, is good“, zatímco Buchanan se na status quo dívá jako na výsledek hypotetického kontraktu, který by všichni měli respektovat. Z odlišných pozic tak oba dospívají k témuž závěru, který ale rozhodně není nekontroverzní.

Nelze zároveň přehlédnout, jak jsme koneckonců upozorňovali zde na několika místech i při rozboru prací jiných autorů, že přes sofistikovanost argumentace a používání moderních analytických metod ústí Hardinovo pojednání v banální závěr, že dokud adresáti ústavy považují jí upravený rámec za prospěšný, nebo alespoň ne natolik vadný, aby jim stálo za to se pokusit o změnu, v zásadě je společenský řád stabilní.

Z analytického hlediska je zajímavější pojednání norského politologa Jona Elstera o nepsaných ústavních zvyklostech coby mechanismech, které umožňují kooperaci mezi

²⁰¹ Hardin, op. cit, str. 116.

²⁰² Viz výše, str. 47.

²⁰³ Ibid, str. 119.

²⁰⁴ Ibid, str. 111.

politickými aktéry tam, kde čelí vícekolovým vězňovým dilematům, nebo jejich koordinaci v těch případech, kdy je třeba najít alespoň nějaké řešení problematické situace.²⁰⁵

V Elsterově pojetí se ústavní zvyklosti (constitutional conventions) týkají výhradně fungování „mašinerie vládnutí“, nikoli například individuálních práv občanů zaručených ústavami či listinami základních práv.²⁰⁶ Pokud jde o jejich normativní modalitu, ústavní zvyklosti mohou mít povahu příkazu k nějakému jednání, zákazu nějakého jednání anebo mohou zakládat oprávnění relevantních aktérů nějakým způsobem jednat.²⁰⁷ Existence ústavních zvyklostí je pak úzce spjata s široce rozšířenou důvěrou těchto aktérů v jejich existenci. Na rozdíl od ústav samotných, ústavní zvyklosti nejsou vytvořeny, ale vznikají spontánně. Neshoda na tom, zda ústavní zvyklost existuje, implikuje, že žádná není; obdobně pokud porušení údajné ústavní zvyklosti nevyvolá žádnou reakci, rovněž lze říci, že žádná vůbec neexistovala. Elster jde ještě dále, když v tradici výše citovaného filosofa Davida Lewise doplňuje:

„Je dokonce možné si představit, že každý jednotlivec věří, že určité pravidlo dává smysl, nicméně neví, že ostatní si to myslí také („pluralistická ignorance“). Toto je rovněž pro existenci ústavní zvyklosti nedostatečné. Sdílené přesvědčení nestačí; sdílení samo musí být sdílené („obecná znalost“).“²⁰⁸

Za nejzajímavější otázku Elster považuje to, jakým způsobem ústavní zvyklosti fungují, a rozlišuje tři modely ústavních zvyklostí. Ústavní zvyklost může být „koordinační rovnováhou“, „kooperační rovnováhou“, anebo se může jednat o „sankcí podloženou normu“.²⁰⁹

Za příklad koordinační rovnováhy, resp. konvence, která ji dokáže ustavit, uvádí Elster „Lex Salica“, tedy středověkou francouzskou ústavní zvyklost, podle níž po smrti monarchy přechází koruna na nejbližšího mužského legitimního příbuzného v mužské linii. Jako řešení problému nástupnictví lze totiž vybrat jakýkoli jiný mechanismus, který poslouží proklamovanému účelu, nikoli zrovna takto formulovaný postup. Podle Elstera je Lex Salica konvencí stejným způsobem, jako je konvencí pravidlo o tom, zda se na silnici jezdí vpravo nebo vlevo, viz výše pojednání o „driving game“.²¹⁰ Neshoda o konvenci v případě jízdy autem vede ke srážce, v případě nástupnictví k občanské válce. V tomto bodě lze ale také vznést drobnou námitku, zda se spíše (ve smyslu teorie her a vlastně i doslova) nejedná

²⁰⁵ Elster, J.: *Unwritten Constitutional Norms*. Columbia University, 2009, nepublikovaný manuskript.

²⁰⁶ Ibid, str. 21.

²⁰⁷ Ibid, str. 22.

²⁰⁸ Ibid, str. 27.

²⁰⁹ Ibid, str. 36.

²¹⁰ Ibid, str. 37.

o koordinační problém představovaný hrou „Souboj pohlaví“, neboť ve skutečnosti není jedno, které z řešení bude zvoleno – příbuzné v ženské linii by mohly teoreticky vznášet požadavek na to, aby bylo přijato řešení, které zahrne do nástupnictví i (nebo dokonce výhradně) je.

Příkladem kooperační rovnováhy, resp. konvence, která ji dokáže ustavit, je párování poslanců při hlasování v zákonodárném sboru. Podle Elstera hrají poslanci uvnitř legislativních těles opakovaná věžňova dilemata, v nichž, jak jsme ukázali výše, může být racionální s protistranou kooperovat, jakkoli v případě jednokolové hry je dominantní strategií zrada. Jednají-li aktéři „ve stínu budoucnosti“, zisk ze zrady je dostatečně malý a naopak zisk z kooperace dostatečně vysoký, oba hráči v prvním kole kooperují a v dalších kolech v tom pokračují, dokud kooperuje ten druhý.²¹¹ Přírozeným jazykem uvedený mechanismus popisuje Jan Wintr, když analyzuje fenomén párování v české parlamentní kultuře:

„Zvyk tzv. párování svědčí o existenci elementárního konsensu mezi koalicí a opozicí. Poslanci chápou, že za velmi těsných poměrů ve Sněmovně by bylo nesmyslné, kdyby se u každého důležitého hlasování pořádaly závody o to, kdo dřív doběhne do sněmovního sálu.“²¹²

V souladu se Schellingovým konceptem fokálních bodů Elster poukazuje na to, že k ustavení kooperační resp. koordinační rovnováhy není per se nutná žádná sankce, sebezájem aktérů je dostatečný na to, aby se tito vyvarovali konfliktního jednání. Pokud již jedna strana přesto zradí, má taková zrada formu trvalého neúčasti na další vzájemné interakci. Ustavená rovnováha je tedy nestabilní a jistý druh „sankcí“ může tuto nestabilitu narušit. Půjde přitom spíše o neformální sankce, než sankce čistě právní.²¹³ Zatímco porušení některých ústavních zvyklostí s sebou přináší obviňování a opovržení²¹⁴, v jiných případech se jedná o politické principy, jejichž obcházení přinese politickou prohru v dalších volbách, aniž se to nějak dotkne osobní cti toho, kdo ústavní zvyklost porušil.²¹⁵

²¹¹ Ibid, str. 39-40.

²¹² Wintr, J.: *Česká parlamentní kultura*. Praha: AUDITORIUM, vydání první, 2010, str. 280.

²¹³ Srov. Waldron, J.: „Are Constitutional Norms Legal Norms?“ *Fordham Law Review*, no. 76, 2006.

²¹⁴ Srov. reakci Petra Pitharta na výroky Miloše Zemana o ztratě důvěry v Nejvyšší soud. Mimochodem, prezident Zeman by byl patrně překvapen, že Elster ve svém rukopisu uvádí seznam celkem osmašedesáti různých ústavních zvyklostí, zachovávaných v různých zemích, jmenovitě ve Velké Británii, USA, Austrálii a Kanadě, Francii a Norsku.

²¹⁵ Elster, op. cit. str. 45.

IV. 5. Koordinační hry IV: „Hra na kuře“

Dalším paradigmatickým příkladem relevantním pro právo je tzv. „Hra na kuře“, která ilustruje koordinační problém, v němž je inherentní konflikt mezi aktéry ještě intenzivnější než v případě „Souboje pohlaví“; tato intenzita se v modelu projeví radikální nerovností zisků obou aktérů vyplývajících z jednotlivých strategií (resp. výsledných rovnovah). Název hry se odvozuje od fiktivní „zábavy“, kdy se proti sobě plnou rychlostí rozjedou dvě auta, přičemž ten z řidičů, který uhne jako první, prohrál a je zesměšněn (je „kuře“). Na druhou stranu pokud neuhne z přímé cesty ani jeden, následky jsou tragické. Lze vzpomenout dnes již klasický film *Rebel bez příčiny* s Jamesem Deanem v hlavní roli, v němž se obdobný souboj stane hlavnímu hrdinovi osudným. Tento typ koordinačního problému zachycuje následující tabulka:

Tabulka 7

	Uhnout (E)	Neuhnout (E)
Uhnout (A)	2, 2	0, 4
Neuhnout (A)	4, 0	-1, -1

Jestliže se Adam rozhodne uhnout z cesty, nejlepší reakcí Evy je pokračovat v cestě rovně, neboť získá 4 namísto 2, pokud by se rozhodla také uhnout. Jestliže se Adam rozhodne neuhnout, nejlepší reakcí Evy je uhnout, neboť Eva sice bude zesměšněna, ale přežije, získá 0. Uvažování Adama je pak symetrické. Tento typ hry tak má dvě Nashovy rovnováhy, zachycené v I. a III. kvadrantu. Povšimněme si nerovnosti v ziscích v obou rovnováhách (4:0, resp. 0:4), je zřejmé, že obě strany chtějí každá něco zcela jiného.

Koordinační problém v tomto případě spočívá v tom, jak se vyhnout nejhoršímu možnému výsledku, totiž srážce. Srážka přitom není rovnovážný stav, protože jednostranná změna strategie povede k lepšímu výsledku. Stejně tak ani výsledek Uhnout/Uhnout nepředstavuje rovnovážný stav, a to ze stejného důvodu – pokud jeden nakonec přece jen neuhne, jeho zisk je vyšší.

Právní (herní) teoretici považují „Hru na kuře“ za užitečný nástroj k porozumění fungování například dopravních předpisů nebo institutu vlastnictví. Oba okruhy proto blíže rozvedeme.

IV. 5. 1. Potřeba koordinace a dopravní předpisy

S ilustrací potřeby koordinace na nějakém vzájemně uspokojivém řešení na příkladu dopravy jsme se již setkali u tzv. „driving game“, která představuje ten nejjednodušší příklad koordinační hry s dvěma hráči a třemi strategiemi, které ustavují Nashovu rovnováhu (dvě čisté strategie a jedna smíšená). V teoretické i praktické rovině jsou rozličné situace v dopravě paradigmatickým příkladem složitějších koordinačních problémů.

Na křižovatku tvořenou vzájemně kolmými silnicemi přijíždí zároveň dvě auta, přičemž oba řidiči by rádi do křižovatky vjeli jako první. Nebo si lze představit dva jízdní pruhy sbíhající se do jednoho, kde se chce každý řidič dostat dopředu, případně dva řidiče, kteří chtějí jet každý doleva a vyjíždí proti sobě (jejich cesty se logicky kříží). V těchto modelových (a zároveň veskrze reálných) situacích je obsažen inherentní konflikt mezi aktéry a zároveň společný zájem účastníků silničního provozu – každý chce „jet první“, na druhou stranu nikdo nechce nabourat. Kromě toho také nikdo nechce čekat, navíc jakmile řidiči zjistí, že vzájemně na sebe čekají, jsme opět u stejného koordinačního problému, který má strukturu „Hry na kuře“.²¹⁶

Díky silné motivaci vyhnout se nejhoršímu možnému scénáři (tj. nehodě) je pravděpodobné, že některá základní pravidla silničního provozu by mohla existovat, resp. by se vyvinula, i bez jejich promulgace a vynucení ze strany státních (místních) autorit. Skutečnost že v naprosté většině případů jsou pravidla silničního provozu dodržována, je možné připsat „fokálnímu efektu“ (ve smyslu Schellingova bodu) dopravního značení a pravidel pro případ, že značení absentuje. Při příjezdu na křižovatku, kde svítí červená, je nejsmysluplnější strategií zastavit nikoli proto, že to přikázal stát (efekt legitimacy), nebo proto, že v opačném případě řidič dostane pokutu (efekt donucení), ale proto že ví, že ostatní od něj očekávají, že zastaví, a zároveň mají důvod se domnívat, že tento řidič o tomto jejich očekávání ví.²¹⁷

Důležitým poučením z tohoto příkladu, na němž staví tzv. expresivní teorie práva, jíž se budeme věnovat dále, je poznatek, že efekt fokálního bodu (nutnost koordinace) existuje vedle efektu legitimacy práva a hrozby sankcí a často je jím podpořen. Jinými slovy, na jednu

²¹⁶ McAdams, op. cit. str. 39.

²¹⁷ Ibid, str. 40.

ze základních otázek filosofie práva, a sice proč lidé dodržují právo, je třeba se dívat optikou všech tří uvedených prvků.

IV. 5. 2. Vlastnictví jako koordinační konvence

Ekonom Robert Sugden se snaží pomocí „Hry na kuře“ vysvětlit vznik institutu vlastnictví z podmínek hobbesovské anarchie, v níž

„dva lidé touží po téže věci, z níž se však oba zároveň těšit nemohou chtějí stejnou věc, kterou však oba mít nemohou, stávají se nepřáteli a na cestě k svému cíli (jímž je prvotně jejich sebezáchova a někdy pouze požitek), se snaží jeden druhého zničit, nebo si ho podrobit“.²¹⁸

Předpokládejme, že Adam a Eva se dostanou do sporu ohledně toho, komu patří nějaký hodnotný zdroj, například pytel jablek z rajské zahrady, a že jejich šance na vítězství ve sporu pomocí holého násilí je rovnocenná. Dále předpokládejme, že existují dvě strategie, jak ke sporu přistoupit: (i) submisivní strategie (někdy nazývaná v teorii her „holubičí“), kdy hráč v případě sporu nárokuje pouze polovinu zdroje a není ochoten o něj bojovat, pokud druhá strana jasně ukáže, že je ochotna užít násilí; (ii) agresivní strategie (někdy nazývaná v teorii her „jestřábí“), při níž se hráč snaží zdroj získat celý zdroj rovnou pomocí násilí. Jakmile tudíž potká submisivní protějšek, signalizuje připravenost o zdroj bojovat, a tudíž k boji ani nedojde. Jakmile se ale potkají dva „jestřábi“, dojde k boji, kdy mají oba poloviční šanci na vítězství, v němž jistě utrpí nějaké ztráty. Tomuto výsledku odpovídá IV. kvadrant tabulky 7. „Jestřábi“ si pak přejí potkávat „holubice“ a „holubice“ si přejí potkávat zase jen „holubice“.²¹⁹

Předpokládejme nyní, že je mezi jedinci nárokujícími si zdroj zjevné, kdo jej fakticky drží, a že strany očekávají v souladu s výše uvedeným, že se všichni drží následujícího vzorce chování: Pokud věc fakticky držím, budu se chovat jako „jestřáb“, pokud věc nedržím, budu se chovat jako „holubice“. Pokud se této strategie všichni ostatní drží, je v mém zájmu ji dodržet taky, odklon od této strategie je suboptimální. Výsledkem tak je konvence, která připomíná institut vlastnictví a opět funguje jako Schellingův bod. Tato konvence je podpořena tzv. „endowment efektem“ (česky nejlépe asi „co je doma, to se počítá“), z něhož vyplývá, že držitel v průměru vynaložil vyšší náklady na získání zdroje, a tudíž jej hodnotí

²¹⁸ Hobbes, op. cit., str. 87-8.

²¹⁹ Sugden, op. cit., str. 63-5.

výše než ne-držitel.²²⁰ Ve výsledku tak Sugden dospívá k závěru, kterého si povšiml již David Hume, podle nějž vlastnictví „vzniká postupně a získává na síle pomalým vývojem a naší opakující se nepříjemnou zkušeností při jeho narušení“²²¹

IV. 6. Zobecnění poznatků o koordinančních hrách a expresivní teorie práva

Koordinanční hry jsou z hlediska práva relevantní, protože obsahují jistý prvek nerovnosti (srov. radikálně nerovné zisky v „Souboji pohlaví“ a „Hře na kuře“). Kromě toho výše zisků sama o sobě nijak nedeterminuje výsledky koordinančních her, protože ty ústí ve vícero rovnováh, mezi nimiž je třeba nějak vybrat.

Jak jsme ukázali výše, jedním z možných nástrojů výběru výsledné rovnováhy jsou „fokální“ (Schellingovy) body. De facto jde o cokoli, co z určité množiny řešení vybere jedno, které se tak stane řešením „prominentním“ a vytvoří tak sebenaplňující očekávání, že bude ustavena právě konkrétní (a nikoli jiná v úvahu připadající) rovnováha. Otázka, co takovým fokálním bodem bude, není otázka logická (ve smyslu, že by řešení vyplývalo samo o sobě z povahy věci), ale empirická, založená na kontextu.

Na základě Schellingovy práce můžeme identifikovat čtyři mechanismy, jimiž se určité řešení stane fokálním bodem a ustaví rovnováhu (konvenci). Jedná se o precedent, analogii, vzájemnou znalost historických reakcí relevantních aktérů a komunikaci. Poslední z uvedených mechanismů je základem tzv. expresivní teorie práva, byť, jak dále uvidíme, není na ostatních třech mechanismech zcela nezávislá.

Vraťme se ještě jednou (a naposledy) k příkladu s dopravou a tentokrát si představme, že na křižovatce bez značek zhasnou signalizační světla. Náhodný kolemjdoucí si toho povšimne a začne sám dopravu řídit. V daném kontextu (tj. při absenci jiných vodiček pro chování řidičů) mají všichni velmi dobrý důvod jeho příkazy poslechnout, protože jeho samotná přítomnost vytváří v řidičích očekávání o tom, co přesně ostatní udělají. Otázka legitimacy nebo sankcí je v daném případě irelevantní a máme co do činění s čistě expresivním vlivem na jednání ostatních. Na tomto příkladu vidíme, že expresivní vliv fokálních bodů může vykonávat jakákoli třetí strana, nemusí být ani součástí „hry“. Tím se dostáváme k jedinečným vlastnostem práva, které z něj činí nejvhodnější nástroj vytváření fokálních

²²⁰ Gintis, H.: „The Evolution of Private Property.“ *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 64, No. 1, 2007.

²²¹ Hume, D.: *A Treatise of Human Nature*. New York, Barnes&Noble, 2005, str. 378.

bodů. Uvedenými vlastnostmi jsou (i) publicita, (ii) vnitřní vlastnosti práva a (iii) reputace veřejných činitelů vytvářejících nebo aplikujících právo při predikci budoucího chování lidí.

Právo může plnit svou expresivní funkci pouze do té míry, do jaké je jím zvolené řešení všeobecně známé. K rozšířenosti znalostí o právu přispívá nejen jeho publikace ve veřejných sbírkách, ale také masová média a konečně nepřímo i sankce s ním spojené – v některých případech je potenciální sankce dostatečnou motivací, aby se veřejnost s právní normou alespoň do jisté míry seznámila.

Právo je dále schopno svou expresivní funkci vykonávat proto, že je svým způsobem unikátní v porovnání s jinými nástroji sociální kontroly. Vraťme se k potřebě ustanovit například standard měření – každý preferuje, aby všichni ostatní používali jeden a týž standard. Mějme možnosti systémů měření A, B a C, které jsou používány velkým množstvím lidí, nicméně díky omezeným informacím se neví, který ze systémů používá většina. V takovém případě pouhé vyhlášení „používejte systém A“ nepovede k ustavení fokálního bodu. Existuje množství informací o používání dalších dvou systémů, takže jedno takové vyhlášení navíc nebude mít fokální efekt samo o sobě. Ten, kdo vyhláší, které pravidlo má být používáno, musí rovněž nějakým způsobem „vyčnívat“. Zde do analýzy vstupuje legitimita nebo morální kredit promulgátora pravidel:

„Pokud má právo unikátní legitimitu nebo morální kredibilitu, pak je taková charakteristika pro teorii fokálních bodů jistě relevantní. Avšak tato charakteristika není relevantní proto, že lidé věří, že metrický systém nabízený legitimním mluvčím je lepší než metrický systém předkládaný nelegitimním mluvčím. Každý je schopen rozpoznat, že konkrétní metrický systém je stejně tak dobrý jako jakýkoli jiný, dokud se všichni drží jednoho a téhož. Vlastnosti spojené s legitimitou jsou relevantní pouze do té míry, do jaké odlišují jednu informaci od druhé“.²²²

Jinými slovy, právo je unikátní z důvodů pouze volně spojených s legitimitou. Pro jednání lidí může bez ohledu na legitimitu postačovat, že vnímají rozdíl mezi jednáním aktérů z veřejné a soukromé sféry. Bez ohledu na legitimitu například nějakého státního orgánu pak nějaké vyjádření ohledně toho, jaké pravidlo má být dodržováno, postačí k jeho faktickému

²²² McAdams, R. H.: „A Focal Point Theory of Expressive Law“. *Virginia Law Review*, vol. 86, November 2000, 1672.

dodržování pouze proto, že jiná „veřejná“ promulgace absentuje. Podobný podpůrný efekt může mít pouhá formální hrozba uplatnění sankcí spojená s právem, ačkoli aktéři vnímají pravděpodobnost jejich uplatnění jako mizivou. Právem zvoleného řešení se lidé pak nedrží kvůli sankci o sobě, ale proto, že sankce z práva činí systém, který vyčnívá nad jiné.

V tomto bodě je však třeba se kriticky ptát, zda lze vůbec nějak empiricky izolovat charakteristiku „unikátnost práva per se“ od vlivu legitimacy a sankcí. Oproti McAdamsovu názoru se mi spíše jeví, že toto oddělení je možné pouze na teoretické, apriorní úrovni a ze všech tří uvedených charakteristik práva jako unikátního expresivního systému se zdá nejméně přesvědčivá, protože na existenci alespoň minimálně vnímané legitimacy a formálních sankcích přece jen nakonec spočívá.

Oprávněnosti této námitky koneckonců nasvědčuje i třetí charakteristika práva coby expresivního systému, tedy reputace veřejných činitelů (zákonodárců a soudců) vytvářejících resp. vykládajících právo při odhadu budoucího chování lidí:

„Pokud umí nějaký jedinec správně odhadnout budoucí chování, pak jeho prohlášení o tom, že se všichni posouvají k určité rovnováze, dává všem motivaci zaujmout strategii spojenou s touto rovnováhou (která je nejlepší odpovědí na to, co všichni ostatní v tomto výsledku činí).“²²³

Názor, že veřejní činitelé takovou reputací disponují, zastávají Robert Cooter²²⁴ a Eric Posner.²²⁵ Oproti tomu McAdams se domnívá, že ti, kdo artikuluji právní pravidla nebo je vykládají, se pouze zdají správně předvídat budoucí chování lidí, zatímco ve skutečnosti behaviorální změnu způsobují. V čase T nemá zákonodárce (soudce) žádnou reputaci ohledně predikce budoucího jednání, avšak předchozí dvě charakteristiky práva, tj. publicita a unikátnost, samy o sobě vytvoří fokální bod a mají expresivní účinky. V čase T+1 lidé vidí, že jednání ostatních tenduje k tomu, co tvůrci práva proklamovali. Nyní už získávají reputaci, což zase vede lidi k tomu, že vyhledávají jejich další proklamace a posilují tak jejich expresivní význam.²²⁶

Vidíme, že z analytického pohledu jsou McAdamsovy tři charakteristiky práva jako expresivního systému schopného ustavit relevantní konvence do značné míry spojenými

²²³ Ibid, str. 1671.

²²⁴ Cooter, R.: „Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms“. *Virginia Law Review*, vol. 86, November 2000, str. 1598.

²²⁵ Posner, E.: Law, Economics, and Inefficient Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1995-1996, str. 1719.

²²⁶ McAdams, R. H., op. cit. pozn. 222, str. 1672.

nádobami, které není možné zcela od sebe izolovat. Za významný příspěvek této teorie nicméně považuji poznatek, propagovaný např. i Cooterem, že promulgované právní pravidlo bude dodržováno tím spíše, pokud jsou jeho legitimita a hrozba sankcí za jeho porušení doplněna o expresivní funkci, resp. míří stejným směrem jako fokálním bodem vytvořená očekávání adresátů pravidla.

Tento poznatek můžeme testovat na historických příkladech normativních systémů (abychom se vyhnuli nekončícím diskusím o tom, co je právo, vyhýbáme se v tomto kontextu pojmu „právní systém“), které do značné míry a v určitém čase dokázaly plnit svou regulativní funkci nezávislé na oficiálních (státních) vynucovacích mechanismech. Těmto reálně fungujícím, rozsahem omezeným „společenským smlouvám“ (v širokém smyslu) je věnována následující kapitola.

V. Řád a anarchie: empirické studie fungování nestátních normativních systémů

V. 1. Positivní analytický anarchismus – úvodní poznámky

Velká část právníků, ekonomů a politických filosofů je, jak jsme koneckonců ukázali v předcházejících částech této práce, doslova uvězněna v paradigmatu „hobbbesovské džungle“ jako výchozí bodu analýzy vzniku institucí, resp. pravidel regulujících základní mezilidskou interakci; vysvětlují v rámci tohoto paradigmatu vznik vlastnictví, práva a státních donucovacích mechanismů. Z moderních autorů zde probíraných jsou představiteli tohoto proudu zejména J. Buchanan a D. Gauthier.

Byl to kolega J. Buchanana Gordon Tullock, spoluzakladatel tzv. teorie veřejné volby, kdo v tradici nezaujatého vědeckého zkoumání podnítli širší zájem o řešení otázky, do jaké míry mohou pravidla a instituce vznikat spontánně, nezávisle na formálních donucovacích mechanismech (*cum grano salis* státu) a za jakých podmínek se mohou dlouhodobě udržet. V jím editovaných knihách *Explorations in the Theory of Anarchy*²²⁷ a *Further Explorations in the Theory of Anarchy*²²⁸ ze sedmdesátých let se většina autorů přiklonila na k argumentu nezbytnosti státu jako garanta základních společenských institucí – vlastnictví, smluv a zajištění jejich vynucování.

²²⁷ Tullock, G. (ed.): *Explorations in the Theory of Anarchy*. Blacksburg, VA: Center for the Study of Public Choice, 1972.

²²⁸ Tullock, G. (ed.): *Further Explorations in the Theory of Anarchy*. Blacksburg, VA: University Publications, 1974.

Po třech desetiletích intenzivních debat, zažehnutých právě Tullockovým sborníkem, do nichž se z výše uvedených autorů zapojil třeba i Nozick a Buchanan, sestavil Buchananův žák Edward Stringham nový sborník pod názvem *Anarchy, State, and Public Choice*, v němž již třetí generace autorů školy veřejné volby reaguje na původní články v Tullockově knize. Vznikla zajímavá intelektuální debata, v níž mladší generace teoretiků kritizovala přílišný důraz svých předchůdců na pesimistické předpoklady Hobbesova výchozí stavu a naopak je daleko optimističtější v pohledu na možnosti fungování právních pravidel bez externího (státního) donucení. Sám Buchanan přitom při reflexi svých postojů ze sedmdesátých let píše, že díky příliš pesimistickým předpokladům o chování lidí v hobbesovské situaci „jsme v té době zanedbali jakýkoli pokus o vypracování modelu spořádané anarchie. Jaké by byly výsledky, kdyby se lidé měli chovat tak, aby mezi sebou internalizovali veškeré relevantní externality vzniklé z jejich vzájemné interakce?“²²⁹

Nutno přiznat, že právě uvedená intelektuální výměna se odehrává na poli čistě teoretickém. S nadsázkou lze říci, že jde o debatu, v níž zvítězí ten, kdo vymyslí sofistikovanější herně-teoretický argument pro svůj závěr. Jak už to bývá, obě strany si své argumenty ponechaly a jsou přesvědčeny o svém vítězství. Ve shrnující závěrečné eseji však Peter Boettke načrtává poněkud odlišnou představu výzkumu v této oblasti – tzv. pozitivní analytický anarchismus – a vyzdvihuje práce autorů, kteří se pouští do empirických a historických prací, které ukazují reálnou (ne)životnost alternativních, nestátních (někteří autoři hovoří o „mimoprávních“) mechanismech zajištění společenského řádu.²³⁰

Níže se proto stručně podíváme na některé z těchto „společenských smluv v malém“, a to na příkladu regulace obchodu ve Středozeří v 10. století, vzniku a fungování amsterdamské akciové burzy v 17. století (obou coby příkladů řešení opakovaných vězňových dilemat prostřednictvím reputace), expresivní funkce islandského práva v 10-13. století a ne-státního řešení sporů mezi farmáři v Kalifornii ve 20. století.²³¹

V. 2. Úloha reputace při udržení řádu I. – maghribští obchodníci

Standfordský ekonom Avner Greif publikoval v letech 1989 a 1993 dva články, v nichž interpretací primárních pramenů dospěl k závěru, že komunita židovských obchodníků

²²⁹ Citováno podle Stringham, E. (ed.): *Anarchy, State, and Public Choice*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005, str. 2.

²³⁰ Boettke, P.: „Anarchism as a progressive research program in political economy“. In: Stringham, E. (ed.): *Anarchy, State, and Public Choice*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005, str. 206 a násl.

²³¹ Podobných empirických studií jsou v současné době desítky, skvělý přehled pak poskytuje Stringham, E., a Powell, B. W.: „Public choice and the economic analysis of anarchy: A survey.“ Dostupné na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324407.

v oblasti Středozeří 11. století úspěšně prosperovala vně tehdejších oficiálních právních systémů.²³²

Efektivním způsobem uskutečňování dálkových obchodů bylo najímání „agentů“ v obchodních centrech, kteří pro obchodníka sháněli kontakty, vybírali platby, dodávali zboží na konkrétní trhy. Jejich vzájemný vztah charakterizovala značná asymetrie informací. „Agent“ v Káhiře si mohl vymýšlet, že zrovna bylo špatné počasí, a tak zboží prodal za méně, než se čekalo, což obchodník na Sicílii těžko mohl zkontrolovat. Podle Greifa nebyly formální normativní systémy, ať muslimský či židovský, schopny se s danými typy vztahů vyrovnat, a tak vznikla „soukromá“ institucionální alternativa.

Prvotní roli Greif připisuje reputačnímu mechanismu, agent měl ex ante dokázat, že jeho nejziskovější jednání ex post bude poctivé. Agentovou motivací nepodvádět je prémie, kterou mu poskytne obchodník. Její optimální výše odpovídá nejnižším nákladům obchodníka, za nichž dlouhodobý přínos pro agenta z nepodvádění převyšuje krátkodobý přínos z nepoctivého jednání. K zajištění fungování reputačního mechanismu utvořili obchodníci jakousi koalici (kartel). Zavázali se, že budou zaměstnávat pouze určité agenty, budou platit optimální prémii a už nikdy nezaměstnají toho, kdo jako agent jednou podváděl, což navíc, ceteris paribus, optimální prémii snižuje. Dále ji snižovala skutečnost, že agenti byli sami zároveň obchodníky. Pokud agent podváděl, informace se rozšířila mezi všemi členy koalice, a tak podvodník ztrácel i své vlastní obchody. Celý koaliční kontrakt tak zvyšoval kapitálový výnos jednotlivých členů. Greif tvrdí, že tento systém fungoval zcela mimo právo, obešel se bez donucení vládců, a svá tvrzení dokládá na dobové korespondenci členů koalice.

V roce 2008 Edwards a Ogilvie publikovali kritiku zmíněných studií, v níž dokazují, že prakticky každé Greifovo závažnější tvrzení týkající se reputace a koalice maghribských obchodníků je empiricky nepodloženo.²³³ Jejich vlastní interpretace primární a sekundární literatury podle nich dokládá, že obchodníci ve velkém měřítku dobrovolně využívali existujících právních systémů, dovolávali se jich při problémech s agenty. Rovněž naznačují, že žádná koalice přenášející informace napříč Středozeří nemohla efektivně fungovat. Kritika je to na první pohled zdrcující a autoři nešetří tvrdými slovy na adresu empirické práce provedené Greifem. Podle něj Edwards a Ogilvie provedli mizernou práci, nechápou

²³² Greif, A.: „Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders.“ *Journal of Economic History*, 1989, 49(4), str. 857-82; Greif, A.: „Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition.“ *American Economic Review*, 1993, 83(3), str. 525-48.

²³³ Edwards, J., Ogilvie, S.: „Contract Enforcement, Institutions and Social Capital: The Maghribi Traders Reappraised.“ CESifo. Working Paper Series No. 2254, 2008.

nuance jednotlivých slov v primárních textech (protože na rozdíl od něj neumí hebrejsky), překrucují tvrzení jiných autorů a vytrhávají z kontextu, což dokládá na jednotlivých citacích a krok za krokem vyvrací tvrzení kritiků. Oproti nim má navíc k dispozici dosud nejrozsáhlejší kvantitativní analýzu všech dostupných textů, která podle něj ještě posiluje přesvědčivost jeho původních závěrů o extralegalitě obchodu v Maghribu. Obdobná výměna se ještě opakovala²³⁴ a jakkoli by si autor této práce z ideových důvodů přál, aby měl pravdu Greif, ruku do ohně za to pro složitost vytvoření vlastního názoru na čistě empirickou otázku dát nehodlá.

V. 3. Úloha reputace při udržení řádu II. – amsterdamská burza

Z empirického hlediska méně napadanou případovou studií je článek Edwarda Stringhama popisující vznik a fungování amsterdamské burzy v 17. století.

Jak jsme se snažili ukázat v kapitole IV., některé interakce (trhy) mohou do značné míry fungovat i bez externího dodavatele pravidel a vynucení (státu); chování podle norem je zajištěno reputací a pomocí opakovaných interakcí. Tam, kde aktéři očekávají budoucí spolupráci, nemají motivaci pro krátkodobý přínos z porušení norem zlikvidovat potenciál dalších směn; jednájí v Axelrodově „stínu budoucnosti“ a zdánlivě nekooperativní situace (věžňovo dilema) se transformuje do příznivějšího typu hry. Jinými slovy, na některých trzích vznikají sebe-vynucující pravidla.

Méně se autoři shodnou na tom, nakolik uvedené mechanismy fungují na trzích, kde dochází ke komplikovaným finančním transakcím, které se neuskutečňují v jeden okamžik, ale plnění je v čase odloženo. Tullock a Olson jsou skeptičtí.²³⁵ Stringham je optimista a ve svém článku ukazuje, že i finanční trhy mohou prosperovat nejen bez podpory státního vynucení, ale dokonce i jemu navzdory.

Stringham zkoumá amsterdamskou burzu v 17. století. V Amsterdamu se již předtím čile obchodovalo s komoditami. Po roce 1602 se zde začaly obchodovat akcie holandské Východoindické společnosti, které investorům během sto dvaceti let vynesly na dividendách v průměru 22,5 % ročně. Burza byla trnem v oku místní autoritám, panovalo přesvědčení, že za cenovými výkyvy stojí nekalé praktiky spekulantů (ano, je to pořád stejné), a tak v průběhu celého století můžeme spočítat sedmero oficiálních zákazů short-sales a forwardů. Pokud jde

²³⁴ Pro přehled debaty, včetně jednotlivých článků, viz: <http://web.stanford.edu/~avner/greif-debate.html>.

²³⁵ Tullock, G.: „The Edge of The Jungle.“ In: Tullock, G. (Ed.): *Explorations in the Theory of Anarchy*, Blacksburg, VA: Center for the Study of Public Choice, 1972, str. 65-75; Olson, M.: „Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor.“ *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, no. 2, 1996, str. 22.

o opce, jejich právní status byl nejasný, mezi tehdejšími experty nepanoval jednotný názor na to, zda se regulace vztahují i na tento instrument.

Jisté je, že zakazy nebyly fakticky vynucovány, vládci měli jinačí starosti, než si chodit posvítit na spekulanty. Pokud měly trhy s short sales, forwardy i opcemi fungovat, musely se obejít bez pomoci třetí strany. Podle standardní teorie by takový trh neměl vůbec vzniknout, Stringham nicméně analýzou primárních pramenů dochází k opačnému závěru. Se všemi uvedenými instrumenty se běžně obchodovalo. Když se někdo dovolal neplatnosti kontraktu z důvodu protiprávnosti, dělo se tak tehdy, když se mu splnění závazku jaksi nehodilo. Kdyby se tak ale chovali všichni, nikdo by se trhu neúčastnil, takže obdobné jednání bylo spíše výjimkou.

K vynucení kontraktů existujících mimo právo je třeba náboženských, sociálních nebo ekonomických sankcí. Homogenity potřebné k účinnosti prvních dvou se nedostávalo, takže zbývalo spolehnout se na ekonomické donucení. I když dva obchodníci vstupovali do vzájemného styku poprvé a neměli v úmyslu spolupracovat v budoucnu, podvádět se nevyplácelo, protože obchodníci spolu sdíleli informace o spolehlivosti, nepoctivci byli bojkotováni. Každý se snažil ostatním signalizovat dobrou pověst, kterou postupně získával od začátku, od nejmenších transakcí. Podle Stringhama toliko disciplinující úloha reputace stačila k tomu, aby burza mohla fungovat bez formálních, externě vynucovaných pravidel. Pro úplnost lze upozornit, že prakticky stejný mechanismus popisuje L. Bernsteinová na příkladu soudobého newyorského trhu s diamanty, na němž vybraní členové „klubu“ operují výhradně vně státního a federálního práva, neboť veškeré spory související s jejich činností jsou řešeny interními „soudy“ na základě povinných rozhodčích doložek.²³⁶

V. 4. Expresivní funkce soudních rozhodnutí – islandský právní systém 10-13. století

„Island'ané byli natolik ponořeni do pravidel řešení konfliktů prostřednictvím arbitráže, že obdobným způsobem zacházeli i se zakletými domy – soudili duchy za nepovolený vstup do domu v přesvědčeném očekávání, že pokud bude shledán vinným, správný islandský duch bude rozsudek soudu respektovat a pokojně zmizí!“²³⁷

²³⁶ Viz Bernstein, L.: Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, no. 1, January 1992, str. 120-21.

²³⁷ Long, R.: „Privatization, Viking Style: Model or Misfortune.“ Podle <http://archive.lewrockwell.com/orig3/long1.html>.

Jako ilustrace expresivní funkce práva – soudních rozhodnutí může sloužit příklad fungování islandského právního systému v letech 930-1264, která vymezují trvání tzv. islandského společenství, téměř nestátní společnosti založené osadníky, kteří začali emigrovat z Norska před opresivními opatřeními krále Haralda Světlovlasého počínaje rokem 870. Islandané v laboratorních podmínkách absence jakékoli vnější hrozby vytvořili unikátní politický a právní systém, jež americký sociolog Thorstein Veblen nazval „působivou anomálií“²³⁸, neboť tento systém postrádal primární znaky „vlády“, zejména oficiální donucovací aparát, neboli výkonnou moc. Ekonom David Friedman o středověkých islandských institucích pak píše, že vypadají, „jako by je snad vymyslel nějaký šílený ekonom, který si chce ověřit, jak dlouho tržní systém dokáže nahrazovat základní funkce vlády“.²³⁹ Richard Posner toto společenství popisuje jako „stát ještě slabší než ten nejslabší stát-noční hlídač“.²⁴⁰

Islandští osadníci z původních jim známých institucí zcela vědomě vynechali osobu panovníka-krále; chyběla výkonná moc, dnešními slovy chyběli policisté, vojáci, prokurátoři; politické instituce se omezily na dva základní typy, shromáždění lokálních náčelníků (thingy) a porotní soudy. Jedinou permanentní institucí byl tzv. mluvčí práva (logsogumadr), osoba volená na tři roky nejvyšším shromážděním, jejímž úkolem bylo každoročně zpátra předříkat všechny platné obyčeje, přičemž ty, které neuvedl, nadále neměly být používány, což ovšem muselo být stvrzeno hlasováním v jakési legislativní radě náčelníků (lögrétta).

Absence formalizované výkonné moci s sebou přinesla problém vynucování práva resp. soudních rozhodnutí. V jeho základu stojí osoba lokálního náčelníka (godí), který ostatním poskytuje náboženské, politické, soudní a ochranné služby, a to za poplatek. Od feudální vazby se tento vztah liší tím, že nemá geografický základ a byl v zásadě kontraktuální povahy, bylo možné jej tedy kdykoli i jednostranně vypovědět a začít využívat služby jiného náčelníka, aniž bylo nutné „hlasovat nohama“.²⁴¹

Systém protoních soudů byl čtyřstupňový. Na nejnižší úrovni se soudy vytvářely ad hoc, polovinu soudců vybíral žalobce a polovinu žalovaný, šlo tedy o jakousi obdobu dnešní arbitráže. Vyšší stupeň soudů představovaly tzv. Varthingy, shromáždění tvořené třemi různými náčelníky a jejich „klienty“. Každý z náčelníků vybral 12 soudců. Vzhledem ke složení Varthingu bylo jejich cílem řešit konflikty vně konkrétní skupiny jednotlivého

²³⁸ Veblen, T.: „On Icelandic Anarchy.“ In: *An Inquiry into the Nature of Peace and the Terms of its Perpetuation*. 2. Vydání, New York: B.W. Huebsch, 1919, citováno podle <http://praxeology.net/TV-IA.htm>.

²³⁹ Friedman, D.: „Private Creation and Enforcement of Law – A Historical Case.“ In: op. cit. pozn. 129, str. 586.

²⁴⁰ Posner, R.: „Postmodern Medieval Iceland.“ In: Posner, R.: *Overcoming Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, str. 313.

²⁴¹ Long, Ibid.

náčelníka. Podobnou funkci plnily čtyři tzv. čtvrtinové soudy, které se pak staly součástí zastřešující, celoinlandské instituce zvané Althing. Mezi lety 1004-1030 byl pak zřízen tzv. „pátý soud“, k němuž putovaly nevyřešené případy a který rozhodoval prostou většinou, zatímco rozhodování předchozích soudů se zakládalo na kvalifikovaných většinách.

Nedospěl-li žalobce a žalovaný k dohodě a smírnému řešení v rámci prvostupňové arbitráže, měl věc rozhodnout soud. Jakmile soud vynesl své rozhodnutí, jeho role tím skončila, a to i v případech takových deliktů, které bychom dnes označili za doménu „veřejného práva“. Jakmile soud vynesl rozsudek nad žalovaným (např. pro vraždu), bylo na žalovaném, aby žalobci (nejčastěji příbuzným zavražděného, ovšem nikoli nutně, viz dále) zaplatil stanovenou pokutu, resp. peněžní zadostiučinění. Pokud tak dobrovolně neučinil, žalobce mohl jít opět k soudu a žalovaného nechat prohlásit psancem, jehož mohl kdokoli beztrestně zabít. Fakticky si rozhodnutí vynutit šlo ale pouze tak, že žalobce (oprávněný) dal dohromady své příbuzné, přátele a členy skupiny svého náčelníka a šli si rozhodnutí vynutit násilím v zásadě stejně jako kdyby se jali aplikovat krevní mstu bez soudního rozhodnutí.²⁴² Důležité je, že kdo se dal na stranu psance, sám se dopouštěl deliktu. Pokud tedy žalobce sebral své souputníky a odhodlal se vynutit si soudní verdikt silou, na stranu psance se zpravidla přidalo méně lidí než na stranu žalobce; chránit psance znamenalo nacházet se „na špatné straně barikády“, každá újma způsobená při obraně psance někomu z druhé strany znamenala další soudní žalobu a následnou pokutu, a následná neochota zaplatit pokutu vyústila pouze v to, že „správná strana barikády“ se rozšiřovala o další okruh příbuzných a přátel.²⁴³

Vidíme, že vzniká určitá forma kolektivní odpovědnosti za dodržování práva a jeho vynucení, a to ve dvojím smyslu. Zaprvé, bylo v zájmu (definované příbuzenstvím, přátelstvím a/nebo příslušností k určitému náčelníkovi) systematicky vynucovat soudní rozhodnutí, v případě vražd vymáhat zaplacení odškodnění, tzv. wergeldu, i v situacích, kdy náklady takového vynucení převýšili odškodnění samo. Bezpečí skupiny totiž do jisté míry záviselo na reputaci jejích členů co do schopnosti bránit své nároky.²⁴⁴ Zadruhé, skupina sama měla motivaci dohlížet na chování svých členů, neboť msta případných poškozených se lehce mohla obrátit proti členům celé skupiny.

Výše nastíněné by mohlo na první pohled naznačovat, že bezbřehé násilí bylo téměř definičním znakem islandské společnosti, k čemuž koneckonců svádí i některé interpretace

²⁴² Posner, R., *Ibid*, str. 321.

²⁴³ Friedman, D., *Ibid*, str. 591.

²⁴⁴ *Ibid*, str. 592.

islandských ság. Historické práce věnující se tomuto tématu se nicméně spíše kloní k závěru, že tehdejší islandská společnost nebyla ani v tom nejnásilnějším období o nic více násilnější než např. soudobé USA (v přepočtu na obyvatele).²⁴⁵ Teoretickým vysvětlením, jehož se dobírají i historičtí specialisté na dané téma, aniž ovšem mají o tom bližší ponětí²⁴⁶, může být expresivní funkce soudních rozhodnutí.

Výše jsme uvedli, že bezpečí skupiny záviselo na reputaci jejích členů co do schopnosti bránit své nároky. Přesně tato reputace byla také základem spíše smírného řešení konfliktů. Mít moc fakticky znamenalo přesvědčit ostatní, aby si mysleli, že skupina je schopna sehnat dostatek bojeschopných a k boji ochotných členů a v případě legitimní potřeby nashromážděnou sílu bez dalšího uplatnit. Mezi dvěma skupinami nejde o věžňovo dilema, ale o hru na kuře, kdy sice žádná ze stran nechce ustoupit, ale žádná také není ochotna účastnit se nesmyslného boje až do úplného vzájemného zničení. Za takové situace samotné vyhlášení rozhodnutí mělo expresivní účinek – soud vyhlásil vítěze sporu, kterému tím dodal punc legitimacy a vytvořil v ostatních očekávání, že vítěz bude ochoten si svůj nárok v nejhorším případě vynutit silou; druhá strana tak pochopitelně obtížněji sháněla podporu, žalovaný se ocital v izolaci, což zase snižovalo jeho motivaci se bránit silou.²⁴⁷ Rovnovážným stavem tak nebylo násilí, ale naopak podvolení se právu.

V. 5. Vláda konvencí - potřebují dobří sousedé právníky?

Robert Ellickson, profesor práva na Stanford University, prováděl v osmdesátých letech kvalitativní výzkum mezi chovateli dobytka v Shasta County v severní Kalifornii s cílem testovat v realitě tzv. Coasův teorém. Po několika interview s překvapením dospěl k závěru, že jeden ze základních předpokladů hnutí Law and Economics, a sice že výchozím bodem vyjednávání mezi jednotlivci jsou právním řádem uznaná práva a oprávnění, zde vůbec neplatí. Místní obyvatelé, chovatelé dobytka a farmáři (paradigmatická dvojice Coasova teorému), totiž své spory řeší zcela nezávisle na státem přiznaných právech a vynuovacích mechanismech, a to přestože o odlišné a právně závazné úpravě svých poměrů vědí.²⁴⁸ V Shasta County vládne neformální konvence, nikoli právní normy.

²⁴⁵ Friedman, D., *Ibid.*, str. 594.

²⁴⁶ Miller, Ian: *Bloodtaking and Peacemaking. Feud, Law, and Society in Saga Iceland*. Chicago, University of Chicago Press, 1990, str. 245.

²⁴⁷ McAdams, R. H.: „Beyond the Prisoner’s Dilemma: Coordination, Game Theory and The Law.“ *Southern California Law Review*, Vol. 82, No. 2, 2008-2009, str. 30.

²⁴⁸ Ellickson, R.: *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, str. viii.

Generální normou, kterou si komunita Shasta County považuje, je „být dobrý soused“. Taková norma je nicméně natolik obecná, že je pro specifické konfliktní situace sama o sobě nepoužitelná. Proto místní komunita vyvinula konkrétnější normy pro každodenní použití, a to zejména v oblasti odpovědnosti za škodu způsobené na majetku působením vlastních zvířat (stáda). O těchto pravidlech pak Ellickson mj. tvrdí, že maximalizují blahobyt zúčastněných.²⁴⁹

Jakmile zvířata jednoho chovatele dobytka poškodí něčí majetek, odpovědnost za škodu podle místních neformálních norem stíhá vlastníka zvíře, a to bez ohledu na okolnosti; ustavené pravidlo tedy zakotvuje absolutní objektivní odpovědnost bez možnosti liberace. Na jednu stranu se tak rapidně snižují náklady dokazování, na straně druhé se rozšiřuje množina případů náhrady škody. Na tom, že neformální pravidlo zakotvuje uvedenou formu odpovědnosti by samo o sobě nebylo nic až tak zvláštního, kdyby formálně platná a státem promulgovaná pravidla nestanovila něco jiného. Podle platných předpisů se forma odpovědnosti za škody liší podle druhu pastvy, kdy se rozlišuje tzv. otevřená vs. uzavřená pastva. Na tzv. otevřené pastvě (rozlišení není faktické, ale administrativní) je farmář, tj. poškozený, odpovědný za škody na svém majetku, a to i v případě nedbalosti škůdce. Dále jsou tři druhy případů, kdy i na otevřené pastvě odpovídá za škody vlastník dobytka. Problém je, že tato pravidla z místních málokdo zná, někteří ani netuší, jaké území představuje otevřenou, resp. uzavřenou pastvu. Pokud už jsou formální pravidla známa, stejně se jimi nikdo neřídí. Pravidlo o objektivní odpovědnosti vlastníka zvířat vnímá komunita jako otázku morálky – co je vůči sousedovi správné, co mohou legitimně chtít a co již ne?

Vzhledem k velkému množství každodenních incidentů se místní spokojí s neúplným vynucením pravidel, škody malého rozsahu, resp. nedovolená vniknutí zvířat na cizí pozemek (tzv. trespassing) nikdo neřeší; pokud k tomu dojde, soused dá majiteli zvířete vědět, aniž by to chápal jako stížnost, vnímá to spíše jako službu. „Dobrý soused“ za upozornění poděkuje, omluví se a zvíře si vyzvedne. Ví totiž, že do takové situace se dříve či později dostane každý a v dlouhém období (v jazyce teorie her se hraje hra s více koly s neurčitým počtem opakování) se účty srovnají. Ellickson dokonce zaznamenal, že je zcela běžné susedovo zběhlé zvíře začlenit do vlastního stáda a třeba i několik měsíců živit a až se se susedem střetne, domluví předání, peněžní kompenzaci ale nikdy nikdo nechce. V komunitě totiž funguje jakési „mentální účetnictví“ – vzhledem k tomu, že susedé nějakým způsobem

²⁴⁹ Ve smyslu tohoto pojmu, jak jej používá ekonomická analýza práva – snižují transakční náklady a eliminují tzv. náklady mrtvé váhy.

kooperují na mnoha úrovních (přeprava vody, zakládání řízených požárů, opravy plotů, společenské akce...), vzájemné protislužby a reciprocita se vyrovnává na více „podúčtech“.

Výše uvedené reciproční jednání funguje ovšem mezi dobrými sousedy. Někteří jedinci se systematicky dostávají do recipročních „dluhů“, prostě proto, že nejsou natolik čestní. Pak nastupují mechanismy donucení. Ellickson identifikoval čtyři způsoby donucení: (i) svépomocná odvěta, (ii) nahlášení místním úřadům, (iii) mimoprávní uplatnění kompenzace, (iv) soudní uplatnění kompenzace. První způsob stojí, stejně jako používané normy, zcela mimo oficiální právní systém, každá další metoda dodává oficiálnímu právu na významu, naproti tomu ale také jejich využití a četnost v praxi s nabývajícím významem oficiálního práva klesá.

Jakmile se člen komunity dostane v rámci uvedeného „mentálního účetnictví“ do deficitu, který překročil únosnou mez, první reakcí okolí jsou pochopitelně pomluvy a drby. Vzhledem k tomu, že jde o sousedy, kteří na sebe naráží dnes a denně, mnohdy jde o účinný prostředek donucení. Představme si však, že to nezabere a na náš pozemek už potřetí během měsíce vtrhne sousedovo stádo zdivočelých býků a likviduje nám úrodu. Pak, vyzoroval Ellickson, bude nejvhodnější odvetou sousedovo stádo jednoduše vzít a odvést ho někam hodně daleko, na místo, které bude sousedovi velmi obtížně dostupné. Funkční se také ukazuje hrozit sousedovi poškozením nebo i zabitím kusu dobytka, jakkoli jde podle státních zákonů o trestný čin.

Hlášení úřadům je méně časté, uchylují se k němu farmáři-nově přistěhovalí, kteří nemají s místními konvencemi takové zkušenosti. Místní úředník pak místo nějakého zásahu stejně zvedne telefon a postupuje podle místních pravidel, jednoduše zavolá majitele, aby si přijel své stádo vyzvednout z cizího pozemku. Nejde o příliš častý jev, neboť místní jsou pyšní na to, že si své konflikty umí řešit sami bez cizí pomoci, étos „dobrého souseda“ má i tento přesah.

Požadavky na monetární kompenzaci, ať již mimosoudně, nebo cestou oficiálního právního systému, jsou v Shasta County vyloženou raritou. Dobří sousedé se totiž prostě nesoudí, na právníky hledí jako na příživníky, kteří jsou fakticky jedinými vítězi případného sporu. Pokud už se někdo dožaduje kompenzace, pak jde výhradně o nějaké naturální plnění, sociální tlak vylučuje, že by si sousedé mezi sebou plnili v penězích.

V. 6. Udržitelná anarchie v malém, aneb O čem empirické studie svědčí?

Výše jsme na několika historických příkladech ilustrovali udržitelnost řádu na základě sebevynucujících či sebeudržujících pravidel či mechanismů sociální kontroly. Se studii na obdobné téma se v současnosti doslova roztrhl pytel (viz přehled uvedený v pozn. 231). Je však otázkou, o čem zde vybraný úzký okruh historických příkladů svědčí.

Mám za to, že příklad vzniku amsterdamské burzy, stejně jako zde pouze okrajové zmíněná studie L. Bernsteinové o soudobém trhu s diamanty, dokazuje, že je možné udržet trh (řád) i v situacích s časově odloženým plněním, neboť disciplinujícím prvkem je zde opakovaná interkace, „stín budoucnosti“. Současně je však zřejmé, že aktéři na těchto trzích tvoří relativně homogenní skupiny, které sdílí určitá přesvědčení a zřejmě již určitý soubor norem internalizovaly, tj. členové těchto skupin je přijali za vlastní, aniž přitom prováděli nějaké abstraktní kalkulace nákladů a výnosů, či si kreslili „výplatní matice“ herních teoretiků. Současně také relativní blízkost těchto aktérů a jejich ne-anonymita umožňuje pravidelné sledování dodržování zaběhlých norem. Totéž lze vlastně říci i o kalifornských farmářích jako skupině „dobrých sousedů“.

Příklad severoafrických obchodníků je v tomto ohledu komplikovanější. V porovnání s uvedenými příklady bylo obchodování na velkou vzdálenost s anonymními jedinci přece jen náchylnější k neúspěchu, přesto byl vynalezen systém prostředníků, který dokázal eliminovat informační asymetrie do takové míry, že se vyplatilo podstoupit riziko obchodu. Nicméně i zde systém prostředníků nebyl ničím jiným než určitou modifikací toho, co jsme viděli na příkladech uvedených výše – kartel prostředníků zahrnoval pouze skupinu lidí, kteří internalizovali určité normy, a toto „umělé“ zmenšení skupiny zase umožnilo snazší monitoring dodržování těchto norem.

Nejkomplikovanější případ je bezesporu islandský experiment. Kritik by mohl namítnout, že tamní anarchické „právo“ a tamní „kvazistát“ neprošel evolucí a zkouškou času, když byl převálcován silnější, státní společností. Tomu by bylo lze oponovat tak, že tato společnost či kvazistát trvaly asi tak stejně dlouho jako Spojené státy americké. Islandský experiment podle mého (byť jsem si vědom, že jde o otázku interpretace historických záznamů či spíše literárních děl) ukazuje možnost vynucování práva bez klasického státního aparátu. Autor těchto řádků nicméně chápe, že kdyby měl s vážnou tváří obhajovat reformu současného právního řádu podle tisíc let starého vzoru, zůstal by přinejmenším nepochopen.

Lze podle mého shrnout, že fungující anarchii nalezneme v relativně (etnicky, nábožensky) homogenních skupinách, které žijí na relativně malém území, mají k sobě blízko v tom smyslu, že umožňují monitoring dodržování norem a jeho účinné (tj. rychlé a přiměřené) vynucení. Lze pak pochybovat, zda něco takového postačí pro moderní, anonymizovanou a globalizovanou společnost. Dovoluji si zde ponechat otázku otevřenou a případně se jí věnovat v nějaké další práci.

VI. Společenská smlouva jako instituce

K. Binmore ztotožňuje společenskou smlouvu se systémem konvencí, které drží společnost pohromadě. Součástí společenské smlouvy jsou mechanismy, které řeší koordinační problémy, vybírají rovnováhu. Mohli bychom také říct, že společenská smlouva je *instituce*, resp. systém institucí. V jakém smyslu?

Teorie her chápe pojem „instituce“ v trojím významu. Za prvé, nazývá tak samotné hráče, tj. zákonodárce, soudce, firmy atd. V této souvislosti by bylo vhodnější použít pojmu „organizace“. Za druhé, institucí rozumí pravidla hry, která se sice vzájemně ovlivňují s hráči, ale jsou od nich jinak oddělena. Za třetí, institucí se rozumí právě rovnováha hry.²⁵⁰

Na instituce lze nahlížet i jinými než herně-teoretickými očima. Filosof John Searle si povšiml, že po desítkách let výzkumu velkých postav západního myšlení, od Webera, Durkheima přes Alfreda Schütze až k institucionálním ekonomům, je naše představa o tom, co instituce jsou a kde se berou, poněkud mlhavá. Možná proto mohl Ota Weinberger napsat, že „jde o velmi široký pojem, jehož hranice snad ani nejsou určeny“.²⁵¹

J. Searle rovněž kritizuje celou dosavadní tradici smluvních teorií, neboť má za to, že v ní není dostatečně, resp. vůbec, zohledněn význam jazyka coby základního předpokladu vzniku a existence toho, čemu říkáme společenská smlouva:

„Je například ohromující skutečností, že teoretici společenské smlouvy berou za dané, že lidé hovoří jazykem, a pak se ptají, jak tito lidé mohou utvořit společenskou smlouvu. Teorii řečových aktů je nicméně implicitní, že pokud máte komunitu lidí, kteří spolu mluví, činí řečové akty, už máte společenskou smlouvu. Klasičtí teoretici v krátkosti směřují analýzu odzadu dopředu. Namísto toho,

²⁵⁰ Aoki, M.: *Toward a Comparative Institutional Analysis*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2001, str. 5-9.

²⁵¹ Weinberger, O.: *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, str. 16.

abychom jazyk předem předpokládali a pak analyzovali instituce, měli bychom analyzovat roli jazyka při vytváření institucí.²⁵²

V této části se Searlova apelu přidržíme a představíme teorii institucí (společenské smlouvy), kterou považujeme za komplementární k těm, o nichž bylo pojednáno výše. Pokud je mi známo, v kontextu společenské smlouvy o ní v českém jazyce nebylo dosud pojednáno. Tato teorie je založena na teorii tzv. řečových aktů, kterou na sociální realitu aplikoval právě J. Searle. Ani on však netvořil ve vzduchoprázdnu a navazoval na své předchůdce, kteří jsou známí spíše jen úzkým specialistům na analytickou filosofii. Proto je třeba se o nich krátce zmínit.

VI. 1. Aristotelés vs. Reid a Reinach

Východiskem teorie řečových aktů je poznatek, že použití jazyka má běžně charakter jednání (činnosti). Jak upozorňuje B. Smith, činnostní charakter lingvistických jevů byl až do moderní doby zcela opomíjen, přičemž příčinou tohoto stavu bylo autoritativní postavení Aristotelova přesvědčení, že pouze výroky, jimž lze přiřadit pravdivostní hodnotu (propozice), jsou hodny analýzy, zatímco ostatní typy vět jsou spíše doménou rétoriky a poetiky.²⁵³

Prvním autorem, který se tomuto názoru postavil, byl skotský filosof 18. století Thomas Reid. Vedle klasických výroků, jež byly předmětem zájmu Aristotela a logiků, postavil tzv. „sociální operace“, případně „sociální akty“, mezi něž patří např. akty slibování, varování, promíjení apod. Naproti nim stojí tzv. „samostatné akty“ jako chtění a zvažování. Posléze jmenovaným je vlastní, že jejich provedení nevyžaduje existenci další inteligentní osoby vedle toho, kdo takový akt činí. Sociální akty naopak nutně vyžadují jejich namíření na druhou osobu a pouze je-li toto splněno, dává takový akt smysl. Sociální akty pak vytváří miniaturní „občanskou společnost“.²⁵⁴

Reidovy poznatky však nebyly součástí nějakého promyšleného celku. První systematické pojednání o „sociálních aktech“, tedy aktech slibování, požadování, prikazování, obviňování atp. vyšlo z pera mnichovského fenomenologa a právníka (a člena nejužšího okruhu spolupracovníků E. Husserla) Adolpha Reinacha,²⁵⁵ který své pojetí shrnul v roce 1913 ve své

²⁵² Searle, J.: „What Is an Institution?“ *Journal of Institutional Economics*, Vol. 1, No. 1 (2005), str. 2.

²⁵³ Smith, B.: „Towards a History of Speech Acts Theory.“ In: Burkhardt, A. (ed.): *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*. Berlin/New York: de Gruyter, 1990, str. 29.

²⁵⁴ Ibid, str. 30.

²⁵⁵ Blíže k osobě a dílu tohoto dnes „zapadlého“ autora viz Schumann, K., Smith, B.: „Adolf Reinach: An Intellectual Biography.“ In: Mulligan, K. (ed.): *Speech Act and SaachvBurkerhalt: Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Nijhoff, 1987, str. 1-27. Není bez zajímavosti, že doktorát z filosofie získal ve svých jedenadvaceti letech práci o pojmu přičinnosti v trestním právu, k níž nepříliš příznivou recenzi napsal G. Radbruch, zatímco jiný velikán tehdejší právní vědy, H. Kantorowicz, se Reinacha zastal.

práci *Apriorní základy civilního práva*, jež vyšla v prvním díle Husserlovy slavné fenomenologické ročenky.²⁵⁶ Vzhledem k Reinachově právníkové průpravě nepřekvapí, že svou teorii řečových aktů rozvíjí na pojednání o povaze a podstatě slibu.

Například podle Huma je akt slibu vyjádřením vůle nebo určitá deklarace záměru jednat v zájmu druhého. Problém s tímto pojetím spočívá v tom, že nám nedává žádnou odpověď na otázku, jak samotné vyslovení určitých zvuků (slov) může dát vzniknout závazku učinit to, co bylo slíbeno, resp. jak z něčeho takového mohou vzniknout korelující nárok a povinnost.

Akt slibu je podle Reinacha tzv. spontánním aktem, jímž jednající dá vzniknout něčemu ve vlastní mentální sféře a současně vyžaduje nějakou promluvu nebo jiný výkon; ten dále současně vyžaduje druhou osobu, která takovou promluvu či výkon zaznamená.²⁵⁷ Slib, či sociální akt obecně, pak zahrnuje

„aktivity mysli, které nejenže nachází ve slovech své přiléhavé a dodatečné vyjádření, ale které jsou vyjádřeny v aktu promluvy samém a (...) ukazují se jiným takovým či jiným podobným vnějším uskutečněním“.²⁵⁸

Jinými slovy, akt slibu má svou vnitřní i vnější dimenzi. Jednak je spjat s doménu mentálních stavů, jednak nachází své vyjádření v promluvě a navenek se projevujícím jednáním.²⁵⁹ Reinach také tvrdí (což dále bude mít svůj význam u Searla), že o sociálních aktech lze pojednávat ontologicky, tedy že např. sliby, nároky a závazky jsou existující entity, které jsou součástí našeho světa.

VI. 2. Děláme věci slovy – příspěvek Austinův

Přímým předchůdcem J. Searla v expozici teorie řečových aktů a současně Searlovým učitelem v Oxfordu byl filosof John L. Austin, kterého můžeme spolu s jeho kolegy G. Rylem, A. Ayerem, P. Gricem a P. Strawsonem označit za tzv. filosofy každodenního jazyka.²⁶⁰ Narozdíl od logiků typu Carnapa a Russela či Fregeho je spíše než pravdivost či nepravdivost jazykových výpovědí zajímá to, jak je jazyk v reálném životě v různých kontextech používán.

²⁵⁶ Reinach, A.: „Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts“ *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, I/2 (1913), dostupné v anglickém překladu „The Apriori Foundations of Civil Law“ *Aletheia*, vol. 3, 1983, str. 1-142.

²⁵⁷ Smith, B., op. cit. pozn. č. 253, str. 46.

²⁵⁸ Reinach, A., *Ibid*, str. 36 (anglická verze).

²⁵⁹ Smith, B., *Ibid*.

²⁶⁰ Peregrin, J.: *Kapitoly z analytické filosofie*. Praha: Filosofía, 2001, str. 171.

Austin se ve své klíčové práci, resp. v posmrtně vydaných přednáškách z Harvardu s názvem *Jak udělat něco slovy*, zaměřil na taková použití jazyka, která jsou sama o sobě jednáním a jejichž přednesení způsobuje nějakou změnu stavu, nějaký důsledek. Typově můžeme opět použít paradigma slibu – když spoluhráči slíbím, že po odehraném tenisovém zápase zametu antukový kurt, neptáme se, zda taková promluva je pravdivá, ale jestli se splní. Když tedy říkám, že něco slibuji, pak slovy Austina,

„jsem nejen vyslovil svůj záměr, ale použitím této formule (provedením tohoto rituálu) jsem se novým způsobem zavázal vůči druhým a vsadil na to svou reputaci“.²⁶¹

Austin nazývá uvedená jednání tzv. performativními promluvami, zkráceně performativy.²⁶² Nejedná se o tvrzení (statements), neboť nic nepopisují, neoznamují ani nekonstatují, nejsou ani pravdivé ani nepravdivé; současně o performativních platí, že vyslovení věty znamená výkon nějaké činnosti, nebo je jeho součástí. Typickým příkladem takového performativu je vyslovení souhlasu v průběhu svatebního obřadu - přitakání „ano“, nebo věta „Křtím tuto loď jménem Královna Alžběta“ za současného roztříštění lahve o příd.²⁶³ Tyto věty nejsou popisné, samotné vyslovení znamená udělat to, co vyslovuji, např. uzavírám sňatek.

Samotné vypovězení určitých slov zpravidla nestačí k tomu, aby byl daný (performativní) akt pokládán za vykonaný. Výpověď se musí mnohdy udát za nějakých speciálních okolností, případně k ní musí přistoupit další úkony či vyslovení dalších slov. Přidržíme-li se příkladu s uzavřením sňatku, aby byl takový sňatek zdárně uzavřen, nesmím být již ženatý, oddávající musí být k aktu zmocněn apod.²⁶⁴

Austin zobecňuje podmínky pro zdařilé performativy, které mu pak umožní detailně klasifikovat a analyzovat situace, v nichž dochází k nezdarům, kdy tedy performativní akt není řádně proveden. Pro naše účely však postačí přehlédnout podmínky zdařilých performativů podle Austina:

„(A.1) Musí existovat nějaká přijatá konvenční procedura, která má určitý konvenční účinek, procedura zahrnující vypovídání určitých slov určitými osobami za určitých podmínek, a dále

²⁶¹ Austin, J. L.: *Philosophical Papers*. Oxford: Oxford University Press, 1979, str. 99.

²⁶² Srov. např. indikativ, imperativ.

²⁶³ Austin, J. L.: *Jak udělat něco slovy*. Filosofie, Praha, 2000, str. 23.

²⁶⁴ *Ibid*, str. 25.

(A.2) jednotlivé osoby a okolnosti musí být v daném případě přiměřené k tomu, aby se oné speciální procedury, která má být použita, mohlo použít.

(B.1) Procedura musí být provedena všemi účastníky správně a zároveň (B.2) úplně.

(Г.1) Kde tato procedura – jak tomu často bývá – má být použita lidmi, kteří mají určité myšlenky či určité city, nebo jako základ určitého následného chování některého z účastníků, která se na ní podílí (a takto se jí dovolává), musí ony myšlenky a city skutečně mít, a účastníci musí mít záměr tak a tak se chovat, a dále

(Г.2) skutečně se následně takto chovat musí.²⁶⁵

Austin se následně věnuje různým druhům performativů, které detailně analyzuje, avšak nějakou obecnou teorii řečových aktů nepředkládá. Závěrečné části Austinova přednáškového cyklu jsou již spíše katalogizací různých druhů řečových aktů. Zobecnění teorie řečových aktů a jejich aplikace na sociální realitu je až dílem J. Searla. Jak zakrátko uvidíme, Austinův koncept performativů a zkoumání podmínek jejich zdařilosti je Searlovi přímou inspirací.

VI. 3 Základy teorie institucionální reality podle Searla

Searle zasvětil část své filosofické práce zkoumání otázky, jak je možné, že ve světě sestávajícího výlučně z fyzikálních částic, tj. z objektů, jež jsou předmětem studia přírodních věd, může zároveň existovat svět takových fenoménů jako jsou peníze, vlastnictví, vlády, volby, fotbal či hokej a soudní systém. Tyto fenomény sice objektivně existují, avšak jen díky určité shodě (dohodě) mezi lidmi. Jinými slovy, Searle se ptá, jak vedle naší fyzikální reality, či spíše nad naší fyzikální realitou, může existovat tzv. sociální realita. Předběžně lze říci, že sociální realita může existovat díky výše zkoumaným řečovým aktům.

Searle vystavěl svou teorii sociální reality na třech základních komponentech, kolektivní intencionalitě, konstitutivních pravidlech a přiřazování symbolických či statusových funkcí. Jednotlivým komponentům Searlovy teorie se nyní budeme věnovat podrobněji.

VI. 3. 1. Kolektivní intencionalita

Lidé jsou podle Searla nadáni určitou dále neredukovatelnou schopností, tzv. kolektivní intencionalitou. To znamená, že lidé jsou schopni s ostatním spolupracovat toliko tím, že

²⁶⁵ Ibid, str. 31.

spolu v rámci svého jednání sdílí určité postoje, přání a intence.²⁶⁶ Searlovými slovy: „Kolektivní intencionalita neznámá pouze účast při kolektivním jednání, ale také sdílení společných postojů, přání a záměrů.“²⁶⁷

Kolektivní intencionalita je přítomná tehdy, když spolu dva autoři píšou odborný článek, přátelé jdou na procházku, dva týmy hrají fotbal. Podle Searla taková intencionalita není redukovatelná na sumu jednotlivých individuálních intencionalit a jejich vzájemnou znalost následujícího typu: mám v úmyslu uklidit dvorek, ty máš v úmyslu uklidit dvorek a oba věříme v úmyslu toho druhého, tedy já uklízím a věřím, že ty také uklízíš, věřím, že ty věříš, že já také uklízím, věřím, že věříš, že já věřím...atd. až do nekonečna.²⁶⁸ Taková redukce podle Searla není potřebná, protože kolektivní intencionalita je dle jeho přesvědčení biologickou daností.²⁶⁹ Z faktu, že každá intencionalita se nutně projevuje v mozku individuálních jedinců nutně neplyne, že jde o já-intencionalitu. Nemožnost redukovat kolektivní intencionalitu na individuální intencionalitu lze předvést na následujícím příkladu.

Absolventi VŠE, věřící v ideu Smithovy neviditelné ruky trhu (v její soudobé, bohužel nepřesné interpretaci) vyrazí po promoci do světa s cílem co nejvíce prospět lidstvu, a to tím, že budou jednat co nejvíce sobecky a budou se snažit maximálně zbohatnout. Každý tak bude činit s vědomím, že tak činí i ostatní. Každý bude mít tedy svůj cíl a všichni vědí, že takový cíl všichni mají, nicméně nijak nekooperují, mají toliko sdílenou ideologii. Kolektivní intencionalita zde chybí.

Jako alternativu si představme, že v den promoce se absolventi sejdou a uzavřou čestnou dohodu, že vyrazí do světa s cílem co nejvíce prospět lidstvu, a to tím, že budou jednat co nejvíce sobecky a budou se snažit maximálně zbohatnout. Zde už kolektivní intencionalitu máme, neboť je zde přítomen převzatý závazek, přitom se však jednání všech účastníků zvenku nedá (z fyzikálního hlediska) nijak rozlišit, je jiné pouze interně, za což může právě kolektivní intencionalita.²⁷⁰

Kolektivní intencionalita hraje zásadní úlohu při tvorbě institucionálních faktů prostřednictvím přiřazování statusových funkcí (viz dále).

²⁶⁶ Smith, B.: „John Searle: From speech acts to social reality“. In: Smith, B.: *John Searle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. str. 19.

²⁶⁷ Searle, J.: *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press, 1995, str. 24.

²⁶⁸ Searle, J.: *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2011, str. 46.

²⁶⁹ Ke kritice tohoto přístupu v českém jazyce viz Toráčová, P.: *Teorie institucionální reality J. Searla*.

Diplomová práce. Filosofická fakulta UK, Praha, 2006, str. 13 a násl. Tato práce zároveň představuje nejúplnější expozici teorie institucionální reality J. Searla v českém jazyce a autor ji může čtenáři jen doporučit.

²⁷⁰ Ibid, str. 48.

VI. 3. 2. Konstitutivní pravidla

Výchozím bodem naší další analýzy je rozlišení dvou druhů pravidel. Ve svém článku *Two Concepts of Rules* z roku 1955 si J. Rawls povšiml, že panuje určitá nejasnost ohledně toho, co odpovídá pojmu pravidlo. Rozlišil proto tzv. „souhrnná pravidla“ (summary rules) a „praktická pravidla“ (practice rules). Souhrnná pravidla jsou vodítkem pro jednání, která byla zformulována induktivně, na základě určitých zkušeností. Jednání na základě těchto pravidel logicky předchází těmto pravidlům. Naproti tomu praktická pravidla nejsou induktivní, nejsou formulována na základě zkušenosti a logicky předchází situacím, v nichž se uplatní. U Searla odpovídá pojmu souhrnné pravidlo pojem „regulativní pravidlo“ a pojmu praktické pravidlo pojem „konstitutivní pravidlo“²⁷¹. Rozdíl mezi oběma druhy pravidel ilustruje následující příklad.

Rodina sedí u stolu a jí večeři. Děti na sebe nepokřikují, vidličku drží v levé ruce, nůž v pravé, nemlaskají. Obdobně rodiče nemají nohy na stole a nekouří. Řekli bychom, že všichni dodržují pravidla stolování. Po večeři si jdou otec se synem zahrát šachy. Když táhnou věží, táhnou buď vertikálně, nebo horizontálně, nikoli diagonálně, když táhnou střelcem, táhnou naproti tomu pouze diagonálně. Řekli bychom, že oba dodržují pravidla šachu. Mezi pravidly stolování a pravidly šachu je však podstatný rozdíl. Zatímco pravidla stolování regulují již dříve existující chování („pojídání jídla“), pravidla šachu nejen regulují, jaké tahy jsou přípustné a v jakém okamžiku někdo vyhrává, ale rovněž vůbec vytváří možnost účastnit se hry s názvem šachy. První pravidla lze nazvat regulativní, druhá konstitutivní. Konstitutivní pravidla mají totiž tu „schopnost“, že vytváří (konstituuje) nové, dříve neexistující možnosti jednání.

Konstitutivní pravidla mají zvláštní strukturu: *(X) znamená (Y) v kontextu (C)*. Zvednutí ruky (X) znamená příhoz (Y) na aukci (C). Vhození papíru s názvem politické strany do urny znamená v kontextu voleb hlasování, blikající červené světlo na vlakovém přejezdu znamená příkaz k zastavení apod. (Y) v konstitutivních pravidlech označuje něco, co s sebou přináší nějaké účinky. Konstitutivní pravidla ale často nestojí sama o sobě. Můžeme mít celou sérii pravidel o výše uvedené struktuře. Lze tak třeba říct, že takový systém konstitutivních pravidel zakládá hru v šach. Pokud se nedržíme drtivé většiny pravidel šachu, posouváme sice dřevěné figurky po šachovnici, ale určitě nehrajeme šachy.²⁷²

²⁷¹ Této terminologie se také budeme v dalším textu držet.

²⁷² Searle, J., op cit. pozn. 267, str. 28.

Na tomto místě stručně probereme jednotlivé komponenty konstitutivních pravidel, abychom uvedli základní terminologii, na níž dále v textu navážeme.

Výraz (X) je nějaký fakt nebo událost, který existuje ve světě nezávisle na tom, zda jej lidé vnímají či nikoli. Skutečnost, že na vrcholu Mt. Everest je sníh, je faktem, který je dán, i kdyby nebyli žádní lidé. Obdobně skutečnost, že Země se nachází 150 milionů kilometrů od Slunce, je faktem, který sám o sobě nevyžaduje žádné lidi, jazyky, instituce. Pochopitelně k tomu, abychom takovouto větu mohli říct, jazyk potřebujeme, avšak lze říci, že Slunce v této vzdálenosti od Země bylo ještě předtím, než se objevily jazykové možnosti takovéto formulace. V návaznosti na pojmosloví oxfordské filosofky G. E. M. Anscombové taková fakta Searle nazývá „surová fakta“ (brute facts)²⁷³, v pozdějších pracích pak „na pozorovateli nezávislá fakta“. Surovým faktem ve výše uvedeném příkladu šachové partie je posun figurky rukou po šachovnici. Významným poznatkem v tomto ohledu je, že (X) může být i takový surový fakt jako vyslovení slova nebo věty.

Přechod mezi výrazem (X) a výrazem (Y), tedy vztah označený slovem „znamenat“ (count as), je čistě otázkou jazyka, jak píše Searle, jde o „lingvistický tah“.²⁷⁴ Když například hrajeme fotbal, kopeme do míče s cílem dát gól. Bez jazyka bychom však *stricto sensu* *dát gól* nikdy nemohli, mohli bychom fyzicky kopat do míče tak, že trefíme branku. Podle Searlea bychom však nekopali do míče, *abychom dali gól*. Gól je totiž něčím, co předpokládá existenci jazyka, je tzv. institucionálním faktem. Kopnutí do míče a přechod míče přes brankovou čáru se stane gólem (Y) jen určitou konverzí, kterou provede jazyk. Ze surového fakta se za použití konstitutivního pravidla stane institucionální fakt.

Jak však upozorňuje jeden ze Searlových kritiků, není vůbec zřejmé, kde se bere závaznost konstitutivního pravidla, které převede surový fakt ve fakt institucionální.²⁷⁵ Searle se nakonec musí uchýlit k odkazu na zavedenou praxi či akceptaci pravidla – je-li konstitutivní pravidlo akceptováno, pak se aplikuje na situaci (X) a provede přeměnu (X) na (Y). Pravidlo však může být akceptováno jen částečně nebo do určité míry, anebo také vůbec. Pak, jak správně upozorňuje Fletcher, není závaznost konstitutivního pravidla otázkou logické nutnosti, ale spíše síly konsensu o aplikovatelných pravidlech.²⁷⁶

²⁷³ Searle, J.: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, str. 51.

²⁷⁴ Searle, J.: *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press, 1995, str. 63

²⁷⁵ Fletcher, G. P.: „Law“. In: Smith, B.: *John Searle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, str. 88.

²⁷⁶ *Ibid.*

Výraz (Y) je institucionální fakt, je závislý na pozorovateli, je to vlastnost, kterou přiřazujeme surovému faktu tak, že tento surový fakt pak plní nějakou funkci nikoli díky svým materiálním vlastnostem, ale právě proto, že jeho funkce, resp. její přiřazení je kolektivně akceptováno, jak podrobněji rozvedeme dále.

Výraz (C) pak představuje kontext, v němž (a pouze v němž) se odehraje jazyková konverze z X na Y. Vzhledem k tomu, že (C) popisuje podmínky, za nichž se celé konstitutivní pravidlo aktivuje a tyto spočívají ve vnějším světě, není zcela zřejmé, které skutečnosti vlastně mají spadat pod výraz (X) a které pod výraz (C). Tento problém ilustrujeme na následujícím příkladu. Usmrcení (X) může být podle okolností (C) například vraždou (Y1), zabitím (Y2), nebo také nutnou obranou (Y3). Je určení, že se jedná o usmrcení osoby součástí (X) všeobecně přijímaného významu slova, nebo spadá pod kontext (C)?²⁷⁷

VI. 3. 3. Přiřazování statusových funkcí

Lidé mají schopnost přiřazovat fyzickým objektům určité funkce, které by tyto objekty samy o sobě, díky svým fyzickým vlastnostem, neměly – typicky nástroje. Pokud propojíme schopnost kolektivní intencionality se schopností přiřazování funkcí, vidíme, že může existovat kolektivní přiřazování funkcí. Někaký objekt nemusí sloužit, plnit nějakou funkci jen jednotlivci, ale také kolektivu.

Speciálním případem přiřazování funkcí objektům nebo i osobám je situace, kdy tyto nemohou vykonávat funkci toliko na základě svých fyzických vlastností, ale jen a pouze díky tomu, že je jim přiřazen určitý status, který je kolektivně přijímán. Toto přiřazení funkce má opět formu (X) znamená (Y) v kontextu (C), kde (Y) je kolektivně přijímaný status. Nejslavnějším Searlovým příkladem tohoto jevu, opakovaným v jeho díle v mnoha obměnách²⁷⁸, je následující.

Představme si nějaký kmen, který okolo svého území postaví zeď tak, že je příslušníkům kmene fyzicky znemožněno území opustit, resp. na toto území není povolen vstup zvnějšku. Zeď je prostě příliš vysoká na to, aby ji někdo přešel. Zeď však postupem času chátrá, až z ní na zemi zbudou pouhé jednotlivé, snadno překročitelné kameny. Předpokládejme pak, že příslušníci kmene i cizinci se přesto ke kamenům chovají dále jako k překážce, můžeme říct jako k hranici, o níž smýšlí tak, že ji bez dovolení není možné překročit. Došlo zde k přeměně surového faktu ve fakt institucionální. Zeď původně plnila svou funkci hranice jen díky svým

²⁷⁷ Ibid., str. 91-92.

²⁷⁸ V českém jazyce se tento příklad objevuje např. v Sobek, T.: *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, str. 112.

fyzickým vlastnostem. Ty se však postupem času změnily, přestaly být důležité a pouhé kameny začaly plnit svou funkci nikoli snad proto, že by samy o sobě dokázaly zabránit v opuštění území, ale jen proto, že zainteresované osoby je začaly vnímat, uznávat coby objekt s určitým statusem, coby hranici. Kameny plní svou funkci nikoli díky fyzickým vlastnostem, ale díky kolektivnímu přijetí nového statusu. Jedná se o tzv. statusovou funkci.²⁷⁹ Přechod mezi surovým faktem, fyzickou funkcí, a statusovou funkcí je pozvolný a je nemožné říci, kde končí jedna a začíná druhá.²⁸⁰

Povšimněme si navíc, že k jejímu uplatnění není třeba psaného jazyka. Současně podle Searla můžeme říct, že kolektivní přiřazení funkce v tomto případě způsobilo, že řada kamenů na zemi je vnímána jako povinnost, resp. zákaz jejich překročení. Tento přechod od fyzických faktů k povinnosti by nebyl možný bez jazyka, resp. schopnosti reprezentace určitých jevů symbolickou formou.

Jak řečeno výše, přiřazování statusové funkce má formu (X) znamená (Y) v kontextu (C). Jakmile se praxe přechodu z X na Y opakuje, stane se pravidlem, konstitutivním pravidlem. Tato struktura se však může nekonečně větvit. Vydám určité zvuky, tyto zvuky znamenají nějaká česká slova, potažmo věty; tyto věty znamenají, že dávám slib; takový slib je v určitém kontextu právním jednáním; tímto právním jednáním je uzavření manželství atd. Zde X1 znamená Y1, dále však Y1 znamená X2, X2 znamená Y2, Y2 znamená X3 atd. Tato nekonečná možnost větvení statusových funkcí pak je schopna vytvořit novou realitu, takže Searle může učinit zásadní prohlášení:

„Institucionální ontologie lidské civilizace, zvláštní způsob, jímž se lidská institucionální realita odlišuje od sociálních struktur a chování jiných druhů, je otázkou statusových funkcí přiřazovaných podle konstitutivních pravidel a postupů. Statusové funkce jsou lepidlo, které drží společnost pohromadě.“²⁸¹

Nyní můžeme spolu se Searlem definovat, co je to institucionální fakt. Podle Searla je institucionální fakt jakýkoli fakt o struktuře (X) znamená (Y) v kontextu (C), kde (Y) přiřazuje statusovou funkci a statusová funkce s sebou nese určitou deontologii.²⁸² Instituce pak je systémem takových konstitutivních pravidel. Nad rámec Searlových explicitních tvrzení pak můžeme v rámci této práce dodat, že systém institucí tvoří jakousi společenskou

²⁷⁹ Searle, J., *Making the Social World*, str. 94-95.

²⁸⁰ Searle, J., „What is an institution“, str. 8.

²⁸¹ Ibid, str. 9.

²⁸² Tj. vztahuje se k právům a povinnostem. Z řec. δέον (povinnost).

smlouvu – vypůjčíme-li si název do češtiny nedávno přeložené práce výše citovaného Jona Elstera –, je to „tmel společnosti“.²⁸³

VI. 3. 4. Deontická moc

Jakým způsobem se statusové funkce podílí na fungování společnosti? Prvotní, intuitivní reakcí právníka by možná bylo, že statusové funkce, utvářející instituce, omezují naše jednání. To je ovšem pouze část obrazu, který nám optika teorie institucionální reality umožňuje vidět. Instituce jsou spíše v daleko větším rozsahu fenomény, které nám rozšiřují škálu možných voleb a rozsah našeho jednání, neboť vytváří určitou moc. Tuto moc nazývá Searle deontickou, neboť je to moc charakterizovaná pojmy jako právo, nárok, oprávnění, povolení, osvědčení apod. Veškeré instituce front na maso, banketů, univerzit, smluv, korporací, peněz až po soudní systém jsou těmito pojmy charakterizovány, jde o struktury mocenských vztahů.²⁸⁴ Vztahy v rodině mají většinou nějaký biologický základ. Nad tím však stojí institucionální struktura, kde jednotliví členové mají určitý status, mezi sebou mají nějaké autoritativní vztahy. Fungovat mohou proto, že instituce vytváří *důvody pro jednání nezávislé na momentálním přání*. Uznat, že mám nějakou povinnost, znamená uznat, že mám důvod pro jednání, který je nezávislý na tom, co si přeji.²⁸⁵ Jak tyto vztahy fungují? Oxfordský filosof odpovídá:

„institucionální struktury vytváří důvody pro jednání, které jsou nezávislé na našich přáních. Uznat něco jako povinnost, závazek či požadavek znamená již také uznat, že máte pro svou činnost nějaký důvod, který je nezávislý na vašich momentálních tužbách.“²⁸⁶

Tato institucionální realita rozšiřuje naše možnosti jednání. Ovšem to má jednu podmínku – uznání a akceptaci deontického charakteru vztahů, které se v jejím rámci utváří. Bez nich by pro naše jednání byla k ničemu. Vezměme příklad univerzitního titulu z právnické fakulty. Smysl takového titulu (titulu per se, tedy statusu, nikoli vzdělání jako takového) je dán pouze v tom rozsahu, v jakém je ostatními uznáván (např. advokátní komorou, jinými univerzitami, úřednicí na podatelně soudu při nahlížení do spisu), tedy že ostatní s ním spojují můj určitý status a podle toho se mnou jednají, bez ohledu na to, co si momentálně přejí. Bez tohoto statusu bych se nemohl stát advokátem, bez statusu advokáta bych zase nemohl zastupovat

²⁸³ Elster, J.: *Tmel společnosti*. Praha: Academia, 2013.

²⁸⁴ Searle, „What is an institution“, str. 11.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid.

klienta u Ústavního soudu atd. Jedna statusová funkce rozšířila moje možnosti jednání do dříve nemožného rozsahu.

VI. 3. 5. Role jazyka při utváření institucí

Vraťme se ke klíčovému poznatku, že bez jazyka by nebyla žádná společenská smlouva, žádné instituce, ba ani žádné statusové funkce. Tradiční teorie společenské smlouvy a institucí tento poznatek povýtce spíše ignorují, resp. jazyk předpokládají, berou jej jako danost a nijak jeho úlohu neanalyzují. Jakým způsobem je jazyk pro utváření institucí nezbytný? Jakým způsobem je pro institucionální realitu konstituujícím prvkem?

Jazyk nepopisuje již „od předtím“ existující institucionální realitu, ale spoluutváří ji. Když přiřazujeme nějakému (X) statusovou funkci, musíme mít nějaký způsob reprezentace této funkce. Jak vysvětluje Searle:

„Zamysleme se nad rozdílem mezi nožem a dvacetidolarovkou. Nůž bude krájet díky svým fyzickým vlastnostem. Dvacetidolarovka ale nic nekoupí díky tomu, jakou má fyzickou strukturu. Může fungovat jako peníze jen tehdy, když je rozpoznávána, akceptována a brána na vědomí jako platná měna... [její] statusová funkce může existovat jen tehdy, pokud máme kolektivní reprezentaci objektu, který má status, který nese funkci.“²⁸⁷

Jinak řečeno, musíme mít nějaký prostředek, jak statusové funkce vyjádřit. Prostředkem tohoto vyjádření je jazyk nebo nějaký druh symboliky. Bez ní nebude statusová funkce. Můžeme dvacetidolarovku zkoumat pod lupou, osvětit UV zářením a rozstříhat na kousky, ale její status z ní nepoznáme.

Funkci jazyka při utváření institucí tak můžeme spolu se Searlem shrnout v následujících čtyřech bodech. Zaprvé, institucionální fakt existuje jen do té míry, v jaké je reprezentován coby existující fenomén. Tato reprezentace je lingvistická v širokém smyslu – nepotřebujeme nutně komplexní jazyk, postačuje symbolická forma, která s sebou ponese deontickou moc.

Zadruhé, formy statusových funkcí jsou věcí deontických mocí. Zvířata ve smečce jsou schopna podřídit se alfa-jedincům, avšak vzniklá hierarchie není otázkou práv a povinností, zvířata nerozeznávají různé statusy jednotlivých členů smečky, protože je nemají jak reprezentovat, schází jim jazyk.

²⁸⁷ Ibid, str. 12.

Zatřetí, deontologická povaha institucionálních faktů v čase trvá, i když všechny zúčastněné strany nadále nereflektují jejich vznik. Vezměme oblíbený příklad slibu. Adam v pondělí slíbí Evě, že ji v sobotu pomůže nalakovat stůl. Slib, tj. forma závazku, trvá i poté, co byl vytvořen a co na něj všichni přestali myslet, například hned v pondělí poté, co Eva a Adam usnou. Bez jazyka, symbolické reprezentace, by to nebylo možné.

Začtvrté, samo rozpoznání a uznání institucionálních faktů je výlučnou věcí jazyka, respektive symbolické reprezentace.

VI. 3. 6. Zobecnění teorie institucionální reality

Institucionální fakta podle tradičního Searlova schématu mají formu (X) znamená (Y) v kontextu (C). Barry Smith však upozornil, že existuje celá škála institucionálních faktů, které tuto strukturu nemají, neboť se nevážou na žádný fyzický fakt, chybí jim (X). Smith pak hovoří o „volně stojících výrazech Y“.²⁸⁸

Příkladem takového (Y), samostatně stojící jazykové reprezentace, je korporace. Aby mohla existovat korporace, nemusí mít žádný hmotný substrát, je oddělena od těch, kdo ji tvoří, a po svém vzniku trvá pouze jako soubor statusových funkcí.²⁸⁹ Korporace tak vzniká doslova z ničeho. Může mít vnitřní pravidla, organizační strukturu, zaměstnance, společníky, ale sama není žádný objekt, neodpovídá žádnému (X).

Vezměme jako příklad korporace společnost s ručením omezeným. Společnost s ručením omezeným se zakládá společenskou smlouvou ve formě veřejné listiny (§ 8 odst. 1 ZOK). Vzniká zápisem do veřejného rejstříku (§ 126 odst. 1 NOZ). Obě uvedená ustanovení společně tvoří konstitutivní pravidlo. Společnost s ručením omezeným vznikne prakticky sérií řečových aktů, „performativní deklarací“²⁹⁰, není zde však žádný (preexistující) objekt, který by byl touto korporací per se, vznikly toliko statusové funkce, deontické mocenské vztahy mezi společníky, případně mezi společníky a statutárním orgánem. Korporace pak bude trvat do té doby, dokud se nesplní jiné zákonné podmínky.²⁹¹

Narozdíl od příkladu přiřazení funkce kamenům coby hranici zde vidíme velmi komplexní deontologický jev zahrnující vzájemné vztahy mezi různými lidmi, společníky, jednatelem, zaměstnanci, věřiteli. Všimněme si, že vzhledem k absenci preexistujícího (X) se u volně

²⁸⁸ Smith, B.: „John Searle: From speech acts to social reality“, str. 26 a násl.

²⁸⁹ Searle, J., Smith, B.: „The Construction of Social Reality: An Exchange.“ *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 62, No. 1, 2003.

²⁹⁰ Searle, J.: „What is an institution“, str. 16.

²⁹¹ Srov. Searle, J.: *Making the Social World*, str. 98.

stojících (Y) poněkud pozměnila struktura konstitutivního pravidla, které lze shrnout takto: „Deklarací určujeme, že každé x , které splní podmínky p , má status Y a plní funkci F v kontextu C .“²⁹² To lze přeformulovat také následovně: „Deklarací určujeme, že existuje entita Y , která má statusovou funkci F v kontextu C “. Nejde totiž o pouhé konstatování existence statusových funkcí, ale o zdůraznění toho, že existuje entita Y , tj. korporace, jakkoli se jedná o „fiktivní“ entitu.

Smyslem těchto našich aktivit pak není vytváření statusových funkcí pro sebe samé, jejich smyslem je přiřazovat skutečným lidem určitou moc (oprávnění) tím, že tyto lidi vztáhneme k vytvořeným statusovým funkcím. Prezidentem České republiky (Y) pak je osoba, která je identická s nositelem této funkce. V případě peněz je nositelem oprávnění jejich držitel, v případě vlastnického práva je nositelem oprávnění vlastník majetku, v případě korporace jsou to různé skupiny lidí s různými druhy oprávnění. Jakmile tedy akceptujeme, že někdo je prezidentem České republiky, pak také akceptujeme, že je tato osoba vrchním velitelem ozbrojených sil, jmenuje členy bankovní rady ČNB a že má další ústavou daná oprávnění a ústavou uložené povinnosti. Searle pak zobecní strukturu institucionálního faktu tak, že základním mocenskotvorným operátorem je toliko deklaráce *Uznáváme, že nějaká osoba S má oprávnění A (S činí A)*, kde $S=X$, neboť předtím jsme akceptovali, že (X) znamená (Y) a (Y) s sebou nese deontickou moc.²⁹³ Celý aparát vytváření a udržení institucí a z nich vyplývajících oprávnění pak tedy stojí na kolektivní akceptaci.

S ohledem na uvedený závěr je však otázkou, jak dalece naše chápání institucionální reality Searle svým celoživotním výzkumem posunul. Za vyzdvihnutí stojí zaměření Searla na jazyk coby esenciální předpoklad existence institucí, který byl dosavadními teoretiky sociálního řádu téměř zcela opomíjen. Teoretici společenské smlouvy jdou špatným směrem, když si představují, že lidé, obdařeni jazykem, se sejdou, byť hypoteticky, a v nějakém procesu začnou ustavovat systém společenských institucí neboli společenskou smlouvu. Typicky Buchanan, s výhradami Rawls. Mít jazyk a komunitu lidí, která spolu mluví, provádí řečové akty, znamená již mít nějakou společenskou smlouvu v širším smyslu. Jak říká Searle, „místo abychom předpokládali jazyk a analyzovali instituce, musíme analyzovat roli jazyka při konstituování institucí“.²⁹⁴

²⁹² Ibid, str. 99.

²⁹³ Searle, J.: „What is an institution“, str. 17.

²⁹⁴ Searle, Ibid, str. 2.

Takový projekt by měl být založen na metodologickém individualismu, neboť instituce existují díky tomu, jak smýšlí jednotlivci; zároveň by měl počítat s tím, že společnost je tvořena zčásti jazykovými reprezentacemi a ty mají logickou strukturu, proto i společnost bude mít logickou strukturu.²⁹⁵ Jak ale upozorňuje Searle, takový projekt je zatím v plenkách.

Na druhou stranu závěr, že institucionální realita a mocenské vztahy v rámci ní vznikající spočívá v posledku na nějaké formě kolektivní akceptace zúčastněných, je v rámci teorií sociálního řádu, či chceme-li společenské smlouvy, v zásadě neoriginální. Současně platí, že Searlovo upozornění na význam jazyka závěry soudobých teoretiků společenské smlouvy patrně nijak nenabourává a jejich práce a práce Searla jsou v tomto ohledu spíše komplementární.

²⁹⁵ Ibid, str. 22.

Závěr

Teorie společenských smluv tvoří významnou část západního politicko-filosofického myšlení. Smluvně ukotvené uvažování o vzniku státu, morálce, právu a spravedlnosti upadlo po Kantovi téměř v zapomnění. Ze smetiště intelektuálních dějin je vyzdvihl až v druhé polovině dvacátého století J. Rawls, znovu nastolil otázku po spravedlnosti společenských institucí a odpověď hledal pomocí nejnovějších poznatků společenských věd. Už jen tím se zařadil na důstojné místo po bok svého pomyslného učitele.

Rawlsova kniha *Teorie spravedlnosti* způsobila revoluci. Zavilý odpůrce jeho koncepce Robert Nozick pochvalně napsal, že takové dílo tu nebylo od dob J. S. Milla a že „političtí filosofové musí nyní buď pracovat v rámci Rawlsova systému, nebo vysvětlit proč tak nečiní“.²⁹⁶ Rawls byl na začátku oživení smluvní tradice, jejíž rozvoj pokračuje do současnosti. Se svými originálními pracemi na tomto poli přišli J. Buchanan, D. Gauthier, T. Scanlon i R. Nozick. Svůj podíl na rozpracování našeho chápání toho, co udržuje v chodu naše instituce, má i teorie her. Všichni zmínění představují elitu společenských věd minulého a počátku nového století a pracují v paradigmatu teorie racionální volby. O to zajímavější bylo zjistit, že v české právní a politologické literatuře o těchto nejnovějších teoriích není napsáno mnoho. Pozornost je věnována zejména Rawlsovi a jeho pojetí spravedlnosti, zmínky se objevují i o Nozickovi.²⁹⁷ Nejnovější smluvní teorie jsou však v českém prostředí *terra incognita*. Vznikl troufalý nápad, že jakýsi úvod do těchto teorií si bude muset autor těchto řádků napsat sám.

Nejprve jsem se pokusil nastínit vývoj teorií společenské smlouvy od klasiků po Rawlse. Zdůraznil jsem hypotetickou povahu kontraktů, o nichž klasici a soudobí teoretici píší. Máme-li společenskou smlouvu vůbec nazývat smlouvou, pak musí mít alespoň přibližně prvky smlouvy, jimiž jsou strany, předmět a obsah. Proto jsem výklad o jednotlivých teoriích pojal méně tradičně a jednotlivé teorie na tyto prvky „dekonstruoval“ a pojednal o nich společně.

Předmětem společenské smlouvy mohou být morální pravidla, spravedlnost, vznik řádu. Strany mohou být více či méně idealizovány, aby nám teorie vůbec mohla dát nějaký určitý výsledek. Snažil jsem se ukázat, že v tomto bodě možná leží klíč k přesvědčivosti

²⁹⁶ Nozick, op. cit., str. 183.

²⁹⁷ Srov. kupř. Šturma, P.: „K problémům spravedlnosti a rovnosti v moderní filozofii práva.“ *Právník*, roč. 132, č. 12 (1993), str. 1007-1014; Velek, J. (ed.): *Spor o spravedlnost*. Praha: Filosofia, 1997; Večeřa, M.: *Spravedlnost v právu*. Brno: Masarykova univerzita, 1997; z novějších pak Holländer, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006.

jednotlivých teorií. O obsahu (tedy o závěrech, k nimž dochází) jednotlivých teorií jsem stručně pojednal i v kapitole o předmětu, takže jsem se dále mohl soustředit na to, jakým způsobem nám obsah společenských smluv pomáhá chápat teorie her.

Tuto část jsem pojal jako úvod do konceptů, s nimiž teorie her pracuje a které je užitečné znát, abychom vůbec soudobé teoretiky mohli číst. Snažil jsem se ukázat, co teorie her přináší právu a jak teoretici her vnímají fenomén společenské smlouvy. Je patrné, že jejich pojetí jde za rámec tradičních koncepcí, je to celý souhrn pravidel, která umožňují udržovat společnost v nějaké rovnováze. Detailněji bylo pojednáno o paradigmatické hře „věžňovo dilema“ a některých koordinačních hrách. Za v českém kontextu ojedinělou považuji diskusi o ústavních zvyklostech jako koordinačních konvencích a rád bych se tomuto tématu v budoucnu ještě podrobněji věnoval. Totéž platí o expresivní teorii práva. Ta pomocí herně-teoretických poznatků zkoumá otázku dodržování právních pravidel, které nutně nemusí souviset s legitimitou toho, kdo právní pravidla vyhláší, ani s hrozbou uplatnění sankcí za jejich porušení.

Tyto poznatky pak ilustruji v další kapitole na příkladech normativních systémů, které alespoň po nějaký čas dokázaly plnit svou regulativní funkci nezávisle na oficiálních vynucovacích mechanismech. Docházím však spíše k závěru o omezeném rozsahu aplikovatelnosti těchto „anarchických“ řádů.

Nakonec jsem se zabýval teorií institucionální reality J. Searla, kterou vnímám jako komplementární ke „klasickým“ teoretikům. Searle si totiž coby „čistý“ analytický filosof uvědomuje, že zkoumat společenskou smlouvu bez ohledu na roli jazyka při utváření našich institucí znamená celou problematiku postavit na hlavu. Představy, jakkoli sofistikované a přiznaně hypotetické, o konsensu za závojem nevědomosti (Rawls) případně o permanentním vyjednávání mezi členy společnosti (Buchanan), nedávají smysl, pokud nepřistoupíme na výchozí bod celé analýzy, a sice že mít společnost, komunitu vzájemně si rozumějících a komunikujících lidí nutně znamená mít již nějaký rudimentární druh společenské smlouvy.

Tato práce je určitou syntézou poznatků soudobých společenských věd, jejichž očima jsem zkoumal fenomén společenské smlouvy, či fenomén institucí, které ve svém souhrnu drží společnost pohromadě. Z metodologického hlediska se tato práce přidržuje jednak analytické filosofie, jednak určitého způsobu uvažování o společnosti, jež se nazývá „teorie racionální volby“ (rational choice theory). Promýšlením jejích východisek a závěrů zde aplikovaných

jsem nakonec dospěl k poznání, že má analýza sice snad tvoří nějaký koherentní celek, ale rozhodně není kompletní.

To platí zejména o ilustraci lidského jednání a jeho motivací na příkladech z teorie her, které jsou samozřejmě určitým zjednodušením. Kdyby reální lidé z masa a kostí jednali tak, jako naši průvodci světem teorie her Adam a Eva, dívali bychom se na ně se stejným podezřením jako na Rawlsovy základních lidských vlastností zbavené jedince za závojem nevědomosti. Být Adamem či Evou z výše uvedených příkladů by znamenalo, že budeme procházet podél Právnické fakulty a brát za kliky zde parkujících aut s tím, že jich vyzkoušíme tolik, až se nějaké otevře, a my v něm jednou odjedeme. Hrozba donucení a obava o reputaci je pouze jednou oblastí důvodů, pro něž se takto chovat nebudeme. Zdá se, že tyto skutečnosti, vtělené do různých výsledků výplatních matic, jsme již nějakým způsobem dříve internalizovali, přijali za své, a z Nashových rovnováh se staly fungující instituce, podle nichž se řídíme, aniž o tom zrovna nutně musíme racionálně uvažovat tak jako Adam a Eva.²⁹⁸

Jinými slovy, zkoumání institucí (a práva) prizmatem teorie racionální volby je nutné doplnit o poznatky např. z evoluční psychologie či sociální antropologie. Věřím, že se k takovému projektu jednou vrátím.

²⁹⁸ Za tento postřeh a námět k dalšímu výzkumu děkuji Ing. Davidu Lipkovi, PhD.

Seznam literatury

- Aoki, M.: *Toward a Comparative Institutional Analysis*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2001.
- Austin, J. L.: *Jak udělat něco slovy*. Filosofía, Praha, 2000.
- Austin, J. L.: *Philosophical Papers*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Axelrod, R.: *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, Inc., 1984.
- Barry, N.: „The Tradition of Spontaneous Order.“ *Literature of Liberty*, Summer 1982.
- Bernstein, L.: Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, no. 1, January 1992.
- Binmore, K.: *Game Theory: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Binmore, K.: *Game Theory and the Social Contract. Vol. 1: Playing Fair*. MIT Press, 1994.
- Binmore, K.: *Game Theory and the Social Contract. Vol. 2: Just Playing*. MIT Press, 1998.
- Binmore, K.: *Natural Justice*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Blackburn, S.: „Am I Right?“ *New York Times*, 21. března 1999.
- Boucher, D., Kelly, P. (eds.): *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. London, New York: Routledge, 1994.
- Buchanan, J. M.: „From Private Preference to Public Philosophy: the Development of Public Choice.“ In: Buchanan, J. M.: *Constitutional Economics*. Oxford: Blackwell Publishers, 1991.
- Buchanan, J. M.: *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 7*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- Buchanan, J. M., Brennan, G.: *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 10*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- Buchanan, J. M., Tullock, G.: *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy. The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 3*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.
- „Contractualism“. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Dostupné na <http://plato.stanford.edu/entries/contractualism/>.
- Cooter, R.: „Expressive Law and Economics.“ *Journal of Legal Studies*, Vol. 27 (June 1998).

Cuzan, A.: „Do We Ever Really Get out Anarchy?“ In: Stringham, E. P. (ed.): *Anarchy and the Law*. Oakland, Cal.: The Independent Institute, 2007.

Dun, F.: „Concepts of Order.“ In: Bouillon, H., Kliemt, H. (eds.): *Ordered Anarchy. Jasad and His Surroundings*. Aldershot: Ashgate, 2007.

Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

Easterbrook, F., Fischel, D.: *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.

Edwards, J., Ogilvie, S.: „Contract Enforcement, Institutions and Social Capital: The Maghribi Traders Reappraised.“ CESifo. Working Paper Series No. 2254, 2008.

Ellickson, R.: *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

Elster, J.: *Unwritten Constitutional Norms*. Columbia University, 2009, nepublikovaný manuskript.

Elster, J.: *Tmel společnosti*. Praha: Academia, 2013.

Farnsworth, W.: *Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*. Chicago: Chicago University Press, 2007.

Freeman, S.: *Rawls*. London and New York: Routledge, 2007.

Froněk, M.: *Interpretace knihy J. M. Buchanana „Hranice svobody: Mezi anarchií a Leviathanem.“* Středoškolská odborná činnost, Praha, 2005. Dostupné na <http://soc.nidm.cz/data/2005/17-2.pdf>.

Gauthier, D.: *Moral Dealing: Contract, Ethics and Reason*. Ithaca, London: Cornell University Press, 1990.

Gauthier, D.: *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

Gintis, H.: The Evolution of Private Property. *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 64, No. 1, 2007.

Gordon, H. S.: „New Contractarians.“ *Journal of Political Economy*, Vol. 84, No. 3 (June, 1976)

Green, L.: „Law, Co-Ordination, and the Common Good.“ *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 3 (Winter, 1983).

Green, L.: *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Gregárek, M.: *Presumpce nelegitimity státu*. Praha: Univerita Karlova, Právnická fakulta. Diplomová práce, 2010.

Greif, A.: „Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders.“ *Journal of Economic History*, 1989, 49(4).

Greif, A.: „Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition.“ *American Economic Review*, 1993, 83(3).

Hampton, J.: *Political Philosophy*. Oxford: Westview Press, 1997.

Hardin, R.: „Constitutionalism.“ In: Weingast, B., Wittman, D. (eds.): *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford: Oxford University Press

Hardin, R.: *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. Oxford and New York: Oxford University Press, 1999.

Hardin, R.: „Why a Constitution?“ In: Grofman, B., Wittman, D. (eds.): *The Federalist Papers and the New Institutionalism*. New York: Agathon Press, 1989.

Hare, R. M.: „Rawls' Theory of Justice – I.“ *The Philosophical Quarterly*, Vol. 23, No. 91.

Harsanyi, J.: „Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking.“ *Journal of Political Economy*, Vol. 61, 1953.

Harsanyi, J.: „Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls' Theory.“ *American Political Science Review*, No. 69.

Hart, H. L. A.: „Rawls on Liberty and Its Priority.“ In: Rowley, Ch. K. (ed.): *Social Choice Theory, vol. III*. Aldershot: Edward Elgar, 1993.

Hobbes, T.: *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: OIKOYMENH, 2009.

Holländer, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006.

Hume, D.: *A Treatise of Human Nature*. New York, Barnes&Noble, 2005.

Hume, D.: „Of the Original Contract“. In: Hume, D.: *Political Essays* (ed. Haakonssen, K.). Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

Childs, R.: „The Invisible Hand Strikes Back.“ In: Stringham, E. P. (ed.): *Anarchy and the Law*. Oakland, Cal.: The Independent Institute, 2007.

Kant, I.: *K věčnému míru. O obecném rčení: Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi*. Praha: OIKOYMENH, 1999.

Kant, I.: *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Knight, F.: *Risk, Uncertainty, and Profit*. Boston: Hart, Schaffner & Marx, 1921. Dostupné na <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP.html>.

Koller, P.: „Nové teorie smlouvy“. In: Ballestrem, K., Ottmann, H.: *Politická filosofie 20. století*. Praha: OIKOYMENH, 1993.

Kumar, R., Freeman, S., Wallace, R. J (eds.): *Reasons and Recognition. Essays on the Philosophy of T. M. Scanlon*. New York: Oxford University Press, 2011.

Lewis, H. D.: „Plato and the Social Contract.“ *Mind*, Vol. 48, No. 189, 1939.

Lewis, D.: *Convention: A Philosophical Analysis*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960.

Lipka, D.: „Etika – Společný základ ekonomie a práva.“ *Acta Oeconomica Pragensia*, roč. 10, č. 8, 2002, str. 46-64.

Locke, J.: *Druhé pojednání o vládě*. Praha: Nakladatelství Svoboda, 1992.

Long, R.: „Privatization, Viking Style: Model or Misfortune.“ Podle <http://archive.lewrockwell.com/orig3/long1.html>.

Mattli, W., Büthe, T.: Setting International Standards. Technological Rationality or Primacy of Power? *World Politics*, Vol. 56, No. 1, October 2003.

McAdams, R. H.: „Beyond the Prisoner’s Dilemma: Coordination, Game Theory and the Law.“ *Southern California Law Review*, Vol. 82, No. 2, 2008-2009.

McAdams, R. H.: „A Focal Point Theory of Expressive Law“. *Virginia Law Review*, vol. 86, November 2000.

Miller, Ian: *Bloodtaking and Peacemaking. Feud, Law, and Society in Saga Iceland*. Chicago, University of Chicago Press, 1990.

Nagel, T.: „One-to-One. Review of What We Owe to Each Other.“ *London Review of Books*, vol. 21, no. 3, 1999. Dostupné na <http://www.lrb.co.uk/v21/n03/thomas-nagel/one-to-one>.

Nozick, R.: *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, Inc., 1974.

Olson, M.: „Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor.“ *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, no. 2, 1996.

Peregrin, J.: *Kapitoly z analytické filosofie*. Praha: Filosofia, 2001.

Platón: *Kritón*.

Platón: *Ústava*.

Platón: *Zákony*.

Posner, R.: „Postmodern Medieval Iceland.“ In: Posner, R.: *Overcoming Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

- Postema, G.: „Coordination and Convention at the Foundations of Law.“ *Journal of Legal Studies*, Vol. 11 (January 1982).
- Ridge, M.: „Saving Scanlon: Contractualism and Agent Relativity.“ *Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 4.
- Rawls, J.: *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Rawls, J.: „Justice as Fairness.“ *Philosophical Review*, LXVII (1958).
- Rawls, J.: *Lectures on the History of Political Philosophy*. (Ed. Samuel Freeman). Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.
- Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- Rawls, J.: *Teorie spravedlnosti*. Praha: Victoria publishing, 1995.
- Rawls, J.: „Two Concepts of Rules“. *The Philosophical Review*, Vol. 64 (1955).
- Raz, J.: „Numbers, With and Without Contractualism.“ In: Stratton-Lake, P. (ed.): *On What We Owe to Each Other*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.
- Reinach, A.: „Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts“. *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, I/2 (1913), dostupné v anglickém překladu „The Apriori Foundations of Civil Law“. *Aletheia*, vol. 3, 1983.
- Rothbard, M.: „Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State.“ In: Stringham, E. P. (ed.): *Anarchy and the Law*. Oakland, Cal.: The Independent Institute, 2007.
- Rousseau, J. J.: *O společenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2002.
- Rousseau, J. J.: *On the Origin of Inequality*. New York: Cosimo, Inc., 2005.
- Sandel, M.: *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Scanlon, T. M.: *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1998.
- Searle, J.: *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press, 1995.
- Searle, J.: „What Is an Institution?“ *Journal of Institutional Economics*, Vo. 1, No. 1 (2005).
- Searle, J., Smith, B.: „The Construction of Social Reality: An Exchange.“ *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 62, No. 1, 2003.
- Schelling, T.: *The Strategy of Conflict*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

Schumann, K., Smith, B.: „Adolf Reinach: An Intellectual Biography.“ In: Mulligan, K. (ed.): *Speech Act and SaachvBurkerhalt: Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Nijhoff, 1987.

Simmons, K. W.: „Tort Negligence, Cost-Benefit Analysis, and Tradeoffs: A Closer Look at the Controversy.“ *Loyola of Los Angeles Law Review*, No. 41.

Skyrms, B.: „Stag Hunt.“ Presidential Address. Pacific Division of the American Philosophical Association, březen 2001, dostupné na <http://www.lps.uci.edu/home/fac-staff/faculty/skyrms/StagHunt.pdf>.

Skyrms, B.: *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Skyrms, B.: *Evolution of the Social Contract*. Cambridge: Cambridge University Press, 8. vydání, 2005.

Smith, A.: *The Theory of Moral Sentiments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Smith, B.: *John Searle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Smith, B.: „Towards a History of Speech Acts Theory.“ In: Burkhardt, A. (ed.): *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*. Berlin/New York: de Gruyter, 1990.

Sobek, T.: *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.

Stratton-Lake, P.: „Introduction.“ In: Stratton-Lake, P. (ed.): *On What We Owe to Each Other*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

Stringham, E. (ed.): *Anarchy, State, and Public Choice*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

Stringham, E., a Powell, B.W.: „Public choice and the economic analysis of anarchy: A survey.“ Dostupné na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324407.

Šíma, J.: „Moc argumentů proti argumentu moci. Ludwig von Mises na politickém trhu.“ In: Mises, L.: *Byrokracie*. Praha: Liberální institut, 2002.

Šturma, P.: „K problémům spravedlnosti a rovnosti v moderní filozofii práva.“ *Právník*, roč. 132, č. 12 (1993).

Tomsa, B.: *Idea spravedlnosti a práva v řecké filosofii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007.

Tullock, G. (ed.): *Explorations in the Theory of Anarchy*. Blacksburg, VA: Center for the Study of Public Choice, 1972.

Tullock, G. (ed.): *Further Explorations in the Theory of Anarchy*. Blacksburg, VA: University Publications, 1974.

Vallentyne, P.: „Gauthier’s three projects“. In: Vallentyne, P. (ed.): *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier’s Morals by Agreement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Veblen, T.: „On Icelandic Anarchy.“ In: *An Inquiry into the Nature of Peace and the Terms of its Perpetuation*. 2. Vydání, New York: B.W. Huebsch, 1919, citováno podle <http://praxeology.net/TV-IA.htm>.

Večeřa, M.: *Spravedlnost v právu*. Brno: Masarykova univerzita, 1997.

Velek, J. (ed.): *Spor o spravedlnost*. Praha: Filosofia, 1997.

Vickrey, W.: „Measuring Marginal Utility by Reactions to Risk.“ *Econometrica*, Vol. 13, No. 4 (October 1945).

Waldron, J.: „Are Constitutional Norms Legal Norms?“ *Fordham Law Review*, no. 76, 2006.

Weinberger, O.: *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995.

Weinrib, E.: „Obedience to the Law in Plato’s Crito.“ *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 27, 1982.

Whitehead, N. A.: *Process and Reality*. Free Press, 2. vydání, 1979.

Wintr, J.: *Česká parlamentní kultura*. Praha: AUDITORIUM, vydání první, 2010.

Resumé

This thesis is intended as a mere attempt to introduce the contemporary social contract theories, which are mostly elaborated within the methodological framework of the rational choice theory, into local legal-philosophical environment. Discussed are notions of the social contract as described by key figures of legal and political philosophy of the 20th century (admittedly, of the anglo-saxon world). Following a historical introduction, works of J. Rawls, D. Gauthier, T. Scanlon, R. Nozick and J. Buchanan are analyzed in greater detail and in their mutual comparison. Introductory game theory is used to illuminate some of the important issues of social cooperation and regulation of social life. Furthermore, the thesis demonstrates some of the problems of social cooperation on the examples of real-life non-state normative systems. The thesis introduces a theory of social reality elaborated by Oxford philosopher J. Searle as an alternative way of looking at an emergence of social contract.

The first chapter deals with the social contract theories in historical perspective. Specifically, the first chapter looks into a hypothetical nature of social contracts. The second chapter focuses on the works of contemporary authors, analyzes what exactly is the object of social contract and what purpose does it serve according to these authors. Third chapter is devoted to the way each social contract theory models the parties to the social contract. The fourth chapter introduces some basic notions of the game theory. Paradigmatic games such as the prisoner's dilemma, stag hunt, battle of the sexes and game of chicken are discussed with specific attention to problems of social cooperation and the need for legal regulation. The thesis presents a wider concept of the social contract as a system of rules enabling the choice from the vast number of Nash equilibria. Following a discussion of the Schelling's theory of focal points, expressive nature of law is highlighted. The introduced theoretical tools are then applied in a context of the recent empirical studies on emergence of rules. The sixth chapter views the social contract as a set of institutions in a fashion used by J. Searle. Searle's theory of institutional reality and its components are analyzed in further details. The author concurs with Searle that any meaningful debate on the social contract should start with analysis of language as the most important social institution and a prerequisite for any social contract in a narrow sense.

Abstrakt: Společenská smlouva jako racionální volba

Tato rigorózní práce je zamýšlena jako úvod do soudobých teorií společenské smlouvy, které jsou vypracovány v metodologickém rámci tzv. teorie racionální volby. Základním dílem na tomto poli je *Teorie spravedlnosti* J. Rawlse. Práce se však zabývá nejen Rawlsovým přístupem ke společenské smlouvě, ale také koncepcemi dalších autorů, jmenovitě J. Buchanana, D. Gauthiera, T. Scanlona a R. Nozicka, které jsou v českém prostředí zatím méně známé. Struktura práce je orientována na možnost jejich srovnání, proto autor postupuje od předmětu ke stranám až k obsahu společenské smlouvy. Pozornost je věnována teorii her, která modeluje některé typické mezilidské interakce a pomocí svého teoretického aparátu může ilustrovat problémy sociální spolupráce, což je ústřední téma patrně všech smluvních teorií. V návaznosti na Schellingovu teorii fokálních bodů je diskutována expresivní teorie práva. V dalších částech práce autor ilustruje mechanismy udržení společenského řádu na příkladu nejnovějších empirických studií. V závěru se autor snaží nastínit pohled analytické filosofie na společenskou smlouvu jako na soubor institucí, který je nutným důsledkem existence jazyka, a probírá základní komponenty teorie institucionální reality J. Searla.

Abstract: Social contract as a rational choice

The thesis is intended to be an introduction into contemporary social contract theories which are elaborated within the methodological framework of the rational choice theory. John Rawls' book *A Theory of Justice* is a seminal work in this field. The thesis, however, does focus not only on the approach adopted by Rawls, but on the theories of other authors as well – that of J. Buchanan, D. Gauthier, T. Scanlon and R. Nozick. These remain quite unknown in the Czech context. The structure of the thesis should allow for a comparison between the respective theories as the author starts with the object of the social contract, proceeds to the parties to the contract and, finally, to its content. Special attention is devoted to the game theory which models some of the typical interpersonal interactions and, using its theoretical apparatus, can illustrate problems of social cooperation – the key theme of virtually all social contract theories. Following Schelling's theory of focal points an expressive theory of law is discussed. In the next part of the thesis the author illustrates mechanisms of maintaining of social order with the help of latest empirical studies. Eventually, the author tries to outline the way analytic philosophy views the social contract as a system of institutions. In its eyes, the social contract is a necessary implication of the existence of language. The thesis looks into the basic components of J. Searle's theory of institutional reality.

Klíčová slova: společenská smlouva, teorie her, instituce

Keywords: social contract, game theory, institution