

Thomas S. Ulen

Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa w odniesieniu do prawa o zobowiązaniach umownych oraz do polityki regulacyjnej państwa

Zarządzanie Publiczne nr 18 (4), 5-25

2011

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Thomas S. Ulen

Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa w odniesieniu do prawa o zobowiązaniach umownych oraz do polityki regulacyjnej państwa

Esej rozpoczyna się od krótkiej prezentacji ekonomicznej analizy prawa jako dyscypliny naukowej, podane są przykłady różnic między ekonomiczną analizą prawa i tzw. analizą doktrynalną. Następnie omówione zostają dwa najważniejsze nurty badawcze w dziedzinie będącej przedmiotem szczególnego zainteresowania autora – wykorzystywanie pojęć zaczerpniętych z ekonomii behawioralnej do analizy prawa oraz rozwój empirycznych badań przepisów prawa. Po wyjaśnieniu, dlaczego są one tak ważne, autor przedstawia przykłady znaczących różnic między wnioskami, do których dochodzą przedstawiciele nowych nurtów myślenia, a interpretacjami proponowanymi przez zwolenników bardziej tradycyjnego podejścia do zagadnień prawa, a także omawia ich wpływ na politykę prawną i regulacyjną.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa, ekonomia behawioralna, prawo o zobowiązaniach umownych, prawo własności, prawo deliktowe.

Ekonomiczna analiza prawa znana także jako ekonomiczna analiza przepisów prawnych (*law and economics*) zalicza się do stosunkowo nowych dyscyplin akademickich w Ameryce Północnej. Można ją uznać za najbardziej znaczącą innowację w zakresie teorii i praktyki prawa w ostatnim półwieczu. Dziedzina ta powstała na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. Początkowo wykładano ją jako przedmiot fakultatywny studentom ostatnich lat, co oznacza, że jego zaliczenie nie było wymagane do ukoń-

czenia studiów¹. W ciągu mniej więcej dwudziestu lat ukształtował się zakres programowy typowego kursu uniwersyteckiego z tej dziedziny,

¹ Kształcenie prawnicze w USA ma chyba unikatowy charakter w skali światowej, gdyż odbywa się wyłącznie na poziomie uniwersyteckim. Typowa nauka na wydziale prawa trwa trzy lata i kończy się przyznaniem stopnia doktora praw (Juris Doctor, J.D.). Aby uzyskać licencję na praktykowanie zawodu, absolwenci akredytowanych (przez amerykańską Izbę Adwokacką) wydziałów prawa muszą zdać państwowy egzamin adwokacki.

W tym miejscu należy wyjaśnić jeszcze jedną istotną rzecz. Amerykański system prawa prywatnego określa się mianem „prawa zwyczajowego” (*common law*), podczas gdy w większości pozostałych krajów obowiązuje tzw. prawo cywilne (*civil law*). Nadal toczy się debata na temat tego, czy oba systemy rzeczywiście aż tak bardzo się od siebie różnią. Jedną z istotniejszych różnic polega na tym, że w pierwszym z nich sędziowie mogą podejmować wiążące decyzje w takich dziedzinach prawa prywatnego, jak prawo własności, o zobowiązaniach umownych i deliktów. Dlatego większość jego przepisów w systemach prawa zwyczajowego to prawo precedensowe oparte na orzecznictwie sądowym. (Prawo ustawowe [*statute law*] – czyli regulacje uchwalane przez ciała ustawodawcze – odgrywa coraz ważniejszą rolę w systemach prawa zwyczajowego, lecz nie ma takiej samej rangi jak w systemach prawa cywilnego). Nauka prawa w krajach, w których obowiązuje prawo zwyczajowe, polega na zapoznawaniu się z precedensami i rozstrzygnięciami sądów apelacyjnych, na opi-

Emerytowany profesor tytularny Swanlund Chair i emerytowany profesor prawa University of Illinois, Urbana-Champaign.

Pragnę podziękować pani Katarzynie Metelskiej-Szaniawskiej, panu Jarosławowi Bełdowskiemu i pani Annie Guzik za ich gościnność oraz za zorganizowanie wspólnie wyprawy do Polski dla mojej żony i dla mnie. Pragnę także podziękować panu profesorowi Jerzemu Hausnerowi z Krakowskiego Uniwersytetu Ekonomicznego za zaproszenie do wygłoszenia gościnnego wykładu oraz za serdeczne przyjęcie w Krakowie. Dziękuję również wszystkim wybitnym badaczom, którzy zechcieli wyrazić swoje opinie na temat wcześniejszej wersji tego referatu po jego prezentacji w Krakowie w kwietniu 2012 r. Ich komentarze stanowiły dla mnie cenną inspirację podczas wnoszenia poprawek do tekstu. Przełożył Rafał Śmietana.

na co znaczący wpływ miała niewątpliwie coraz większa liczba publikacji naukowych z wykorzystaniem narzędzi analitycznych nowej dyscypliny. W 1991 r. powstała organizacja zawodowa – American Law and Economics Association (Amerykańskie Stowarzyszenie Ekonomicznej Analizy Prawa), której coroczne konferencje spotykają się z ogromnym zainteresowaniem coraz szerszych grup uczestników. Na początku XXI w. dziedzina ta zyskała sobie znaczące wpływy, a poczynione w jej ramach odkrycia i ustalenia dotyczące tak ważnych dziedzin jak prawo własności (*property law*), prawo o zobowiązaniach umownych (*contract law*) i prawo deliktowe (*tort law*) stały się podstawą znacznej części programów nauczania dla studentów pierwszego roku.

Poza środowiskiem akademickim dziedzina ta wywarła także znaczący wpływ na kilka obszarów ustawodawstwa, na przykład na prawo karne. Sceptycyzm wobec domniemanego odstraszającego oddziaływania kary śmierci znalazł podstawy w wynikach badań empirycznych m.in. autorstwa Johna Donohue i Justina Wolfersa (2005). Badacze ci, korzystając z założeń ekonomicznej analizy prawa, udokumentowali i zaproponowali przekonujące wyjaśnienie obserwowanego od pewnego czasu w USA długotrwałego spadku liczby przestępstw – zarówno z użyciem przemocy, jak i innych (zob. Donohue, Levitt 2001)².

niach sędziów w konkretnych sprawach oraz na warunkach, które muszą zostać spełnione przed wprowadzaniem ewentualnych zmian. Niektórzy komentatorzy uważają, że właśnie te cechy charakterystyczne amerykańskiego systemu prawnego sprawiły, że ekonomiczna analiza prawa jako dyscyplina zyskała sobie w tym kraju tak dużą popularność. Przekonujące argumenty przeciwko temu stanowisku prezentują: N. Garoupa i T.S. Ulen (2008). Autorzy ci przypisują większą dynamikę i innowacyjność w tej dziedzinie silniejszej konkurencji między wydziałami prawa o kadre naukową, studentów i środki finansowe.

² Empiryczną argumentację autorów można podsumować w następujący sposób. Legalizacja zabiegu przerywania ciąży przez amerykański Sąd Najwyższy w styczniu 1973 r. (sprawa Roe przeciwko Wade, 410 U.S. 113 [1973]) doprowadziła do znacznego wzrostu liczby legalnych aborcji. Rzeczywiście wzrosła ona do 1 mln w 1980 r. – jeden zabieg przerywania ciąży przypadał na dwa żywe urodzenia. W wyniku tego po styczniu 1973 r. przyszło na świat o wiele mniej dzieci, niż wskazywałaby na to ekstrapolacja tendencji demograficznych. Donohue

Kolejnym obszarem, na który bardzo znaczny wpływ wywarła omawiana dziedzina, to regulacje wydawane przez organy administracji państwowej dotyczące prywatnej przedsiębiorczości. Ruch deregulacyjny zmierzający do wyjęcia spod kontroli państwa różnych obszarów aktywności gospodarczej z późnych lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. wiele zawdzięcza wynikom badań naukowych, które wykazały, że regulacje zaczęły służyć interesom przedstawicieli dziedzin regulowanych, nie zaś dobru wspólnemu. Przepisy prawa i wczesne rozwiązania polityczne w zakresie ochrony środowiska, które po raz pierwszy pojawiły się na początku lat siedemdziesiątych XX w. zarówno na szczeblu stanowym, jak i federalnym, miały swoje korzenie w wynikach badań naukowych, podobnie jak wprowadzenie zbywalnych zezwoleń na emisję dwutlenku siarki i niektórych innych rodzajów zanieczyszczeń³. Wiele badań na temat właściwej odpowiedzi regulacyjnej na zmiany klimatyczne opiera się właśnie na ekonomicznej analizie prawa (zob. np. Vandenberg, Steinemann 2007; Posner, Sunstein 2007; Farber 2008).

Niniejszy esej rozpoczyna się od krótkiej prezentacji ekonomicznej analizy prawa jako dyscy-

i Wolfers, odwołując się do statystycznej prawidłowości, że niemal we wszystkich społeczeństwach młodzi mężczyźni popełniają niemal połowę przestępstw, sugerują, iż spadek liczby urodzeń w 1973 r. doprowadził do spadku przestępczości na początku lat dziewięćdziesiątych XX w. Po prostu populacja mężczyzn w wieku 17–18 lat, kiedy to popełniają najwięcej przestępstw, była o wiele mniejsza. Zdaniem badaczy ten spadek liczby urodzeń odpowiada za 25-procentowy spadek liczby przestępstw notowany od 1991 r. Istnieje także drugi czynnik mogący mieć związek z legalizacją przerywania ciąży, który odpowiada za drugie 25% spadku liczby przestępstw. Młodzi mężczyźni urodzeni po styczniu 1973 r. byli mniej skłonni do ich popełniania, gdyż urodzili się w okolicznościach, które matki uznały za sprzyjające wychowaniu potomstwa (rodzice mieli pracę, starsze pokolenie mogło zaopiekować się dziećmi, ubezpieczenie finansowało opiekę zdrowotną itd.), natomiast na aborcję decydowały się przeważnie kobiety znajdujące się w gorszej sytuacji społeczno-ekonomicznej.

³ Rozwiązania oparte na koncepcji zbywalnych praw do emisji dwutlenku siarki przyniosły połowiczny sukces (zob. Tietenberg 2003). Prawa do emisji zanieczyszczeń (dwutlenku węgla) lansowano jako przydatne narzędzie regulacyjne i częściowo wprowadzono w życie w krajach Unii Europejskiej.

pliny naukowej, w której podaję przykłady różnic analitycznych między nią i tzw. analizą doktrynalną (starszy styl analizy prawnej stopniowo wypierany przez ekonomiczną). Następnie omówię, moim zdaniem dwa najważniejsze, nurty badawcze w dziedzinie będącej przedmiotem mojego zainteresowania – wykorzystywanie pojęć ekonomii behawioralnej do analizy prawa oraz rozwój empirycznych badań przepisów prawa. Po krótkim podsumowaniu przejdę do prezentacji przykładów znaczących różnic między wnioskami, do których dochodzą przedstawiciele nowych nurtów myślenia, a interpretacjami proponowanymi przez zwolenników bardziej tradycyjnego podejścia do zagadnień prawnych oraz omówię ich wpływ na politykę prawną i regulacyjną.

1. Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa

Ekonomiczna analiza prawa wykorzystuje pewne narzędzia z dziedziny mikroekonomii do analizy różnorodnych kwestii prawnych (więcej na ten temat zob. Cooter, Ulen 2011; Posner 2010). U jej podstaw leży spostrzeżenie, że przepisy prawa i standardy prawne to mechanizmy nakładające dorozumiane ceny na pewne zachowania i czynności, dlatego proponuje stosowanie narzędzi mikroekonomicznych do wyjaśnienia reakcji aktorów na tego rodzaju koszty. Na przykład, jeżeli zawieramy z kimś wykonalną umowę, musimy wiedzieć, że jeżeli nie wywiążemy się z naszej części kontraktu, poniesiemy za to odpowiedzialność i będziemy musieli wynagrodzić tej osobie poniesione przez nią straty. Właśnie to jest ceną za niespełnienie przyrzeczenia zawartego w umowie.

Ekonomiczna analiza prawa postuluje, że decyżę o tym, czy wywiązać się z umowy, podejmujemy w bardzo podobny sposób jak np. w przypadku nabyciu roweru. Osoba zainteresowana transakcją porównuje koszty i korzyści dostępnych alternatyw, a następnie wybiera tę, która wydaje się przynosić największą korzyść netto, czyli maksymalną w danych warunkach nadwyżkę (indywidualnych) korzyści nad (indywidualnie) ponoszonymi kosztami⁴. A więc jeżeli

⁴ Wyraz „indywidualnie” zapisałem w nawiasie, by zwrócić uwagę na fakt, że większość aktorów skupia się wy-

korzystać płynąca z niewykonania umowy przewyższa koszt takiego postępowania (zakładamy, że koszt ten zawiera odszkodowanie należne drugiej stronie od tej, która zrywa umowę), wtedy strona ta nie wywiąże się ze zobowiązania. Lecz jeżeli koszt odszkodowania za niewykonanie umowy przewyższa korzyść płynącą z takiego postępowania, strona umowy dotrzyma.

Spostrzeżenie to sugeruje kolejną charakterystyczną cechę ekonomicznej analizy prawa, mianowicie zainteresowanie efektywnością jako normą prawną. W przytoczonym powyżej przykładzie przyjąłem stanowisko opisowe, nie nakazowe (preskryptywne). Po prostu zasugerowałem, że postępujące racjonalnie strony umowy porównują cenę niedotrzymania jej warunków ze spodziewaną korzyścią płynącą z jej zerwania. Nie stwierdziłem przy tym, czy prawnie określona cena niewywiązania się była właściwa, zbyt niska, czy zbyt wysoka. Lecz ekonomiczna analiza prawa wykracza poza zwykły opis, sugerując, że można dokładnie określić cenę za zerwanie umowy – mianowicie powodująca tylko „efektywne zerwanie umowy” (*efficient breach of contract*). A co to takiego? Zerwanie umowy jest bardziej efektywnym działaniem niż dotrzymanie jej warunków, jeżeli na skutek takiego postępowania żadna z umawiających się stron nie znajduje się w gorszej sytuacji, niż byłaby w przypadku wykonania tejże umowy oraz jeżeli przynajmniej jedna ze stron znajduje się w korzystniejszej sytuacji⁵. Każde inne zerwanie będzie nieefektywne i nie powinno nastąpić – przy założeniu, że nadrzędnym kryterium normatyw-

łącznie na własnych kosztach i korzyściach, jeżeli prawo nie zmusza ich także do uwzględnienia kosztów i korzyści ponoszonych przez podmioty zewnętrzne – przeważnie dotyczy to kosztów, rzadziej korzyści – w konsekwencji działań podejmowanych przez tychże aktorów. W analizowanym tu kontekście umów racjonalny podmiot dokonujący wyboru między wykonaniem i zerwaniem zobowiązania umownego uwzględni jedynie własne koszty i korzyści, jeżeli nie zostanie zmuszony do czegoś innego. Bardzo ważny cel przepisów prawa o zobowiązaniach umownych stanowi skłanianie podmiotu podejmującego decyzję do uwzględniania także kosztów i korzyści ponoszonych przez inne podmioty i związanych z dotrzymaniem lub zerwaniem umowy.

⁵ To oczywiście dobrze znane optimum lub efektywność w sensie Pareta.

nym prawa zobowiązań umownych jest efektywność.

Pojęcie „efektywnego zerwania umowy” stało się kluczową koncepcją nowoczesnej teorii zobowiązań umownych (*theory of contracts*), przynajmniej w USA. W znacznym stopniu zastąpiło ono dawniejszą opinię, że dotrzymanie zobowiązania wynikającego z umowy jest silnie umocowane w etyce, a prawo powinno stać na straży i pomagać w egzekwowaniu tej etycznej koncepcji zawierania umów⁶. Prawie każdy student prawa w Stanach Zjednoczonych (corocznie kierunek ten wybiera ok. 45 tys. młodych ludzi) uczy się o „efektywnym zerwaniu umowy” w ramach obowiązkowych zajęć na pierwszym roku. Dzieje się tak od przynajmniej 20 lat i stanowi godny odnotowania sukces ekonomicznej analizy prawa jako dyscypliny⁷.

Kolejne przykłady posłużą do zademonstrowania innowacyjnych wniosków płynących z ekonomicznej analizy prawa w dziedzinie prawa deliktów (*tort law*), prawa karnego i prawa własności intelektualnej.

Prawo deliktów to zbiór przepisów dotyczących wypadków. Jeżeli ktoś poniósł uszczerbek na zdrowiu na skutek działania lub bezczynności innej osoby, strona poszkodowana może wnieść przeciwko sprawcy pozew o odszkodowanie. Istnieją dwa standardy odpowiedzialności służą-

ce do określania, czy i w jakim stopniu sprawca jest zobowiązany do wynagrodzenia poszkodowanemu poniesionego uszczerbku. Starszy to „bezpośrednia odpowiedzialność” (*strict liability*), zgodnie z którym od sprawcy można dochodzić odszkodowania za uszczerbek, jeżeli to on go spowodował. Drugi, nowszy standard to „zaniedbanie” lub „odpowiedzialność” – według niego sprawca ponosi odpowiedzialność tylko wtedy, gdy ciążył na nim obowiązek zachowania odpowiedniej ostrożności (*duty of care*), którego nie dopełnił. Zaniechanie stało się domyślnym lub głównym standardem odpowiedzialności we współczesnym świecie⁸. Należy zauważyć, że takie postawienie sprawy dopuszcza sytuację, w której w pewnych okolicznościach sprawca wypadku nie odpowiada za uszczerbek na zdrowiu poniesiony przez osobę poszkodowaną (ponieważ dopełnił obowiązku zachowania ostrożności; innymi słowy, wykazał „należy-tą ostrożność”).

Dawniejszy pogląd opierał się na opinii, że główna rola społeczna prawa deliktów to naprawienie nagannego postępowania, które doprowadziło do powstania szkody. Celem jest „przywrócenie stanu poprzedniego”, czyli przekazanie osobie poszkodowanej takiej kwoty, która umożliwi jej przywrócenie stanu sprzed uszczerbku, oczywiście na tyle, na ile tego rodzaju problem można rozwiązać za pieniądze.

Dzięki ekonomicznej analizie prawa lepiej rozumiemy społeczną rolę prawa deliktów. Po pierwsze, określono jego cel w oparciu o zasady ekonomiczne: minimalizację społecznych kosztów wypadków, które definiuje się jako sumę wydatków na zapobieganie wypadkom poniesionych przez strony, strat powstałych w wyniku

⁶ Nowszy pogląd (w którym nadrzędnym pojęciem jest efektywność) ma dość poważną podbudowę teoretyczną, by przypomnieć tylko znane spostrzeżenie sędziego Olivera Wendella Holmesa Jr., że „obowiązek dotrzymania umowy w prawie zwyczajowym oznacza domniemanie, iż umawiające się strony zostaną zobowiązane do wyrównania strat w przypadku jej niedotrzymania – i nic więcej” (Holmes 1897). Por. jednak: Perillo 2000.

⁷ Jak można się domyślić, efektywność jako normatywne kryterium prawne nie zyskała powszechnego uznania. Od zarania ekonomicznej analizy prawa wielu badaczy krytykuje tę dziedzinę za to, iż rzekomo uznaje ona efektywność za najważniejszą lub jedyną spójną normę prawną. Moja interpretacja obecnego stanu rzeczy przedstawia się następująco: wielu przedstawicieli tej dziedziny uważa, że efektywność jest lub powinna być normą prawną, lecz jednocześnie uznaje istnienie innych ważnych kryteriów prawnych oraz konieczność brania obydwo pod uwagę w pewnych okolicznościach. Ważkie argumenty przemawiające za efektywnością jako jedynym spójnym kryterium prawnym można znaleźć w książce Kaplowa i Shavella (2006).

⁸ Oczywiście podsumowuję tu w uproszczony sposób bardzo skomplikowane zagadnienia. Warto zauważyć, że odpowiedzialność za zaniechania występuje w wielu różnych postaciach oraz że w USA zdecydowanie najczęściej sprawy tego rodzaju rozstrzygają sądy stanowe (a to właśnie poszczególne stany, a nie rząd federalny odpowiadają za wymiar sprawiedliwości w oparciu o prawo deliktów) jako „względne zaniechanie” lub „względna odpowiedzialność”. Zgodnie z tym standardem, sąd bada względny stopień zaniechania działań zapobiegawczych przez każdą ze stron – zarówno przez poszkodowanego, jak i sprawcę szkody – i odpowiednio rozdziela między nich odpowiedzialność.

wypadku oraz powypadkowych kosztów administracyjnych określenia, kto ma pokryć te straty. Po drugie, ekonomiczna analiza prawa zwraca szczególną uwagę na możliwe efekty narażenia na odpowiedzialność za szkody z perspektywy *ex ante*. Zatem racjonalny potencjalny sprawca mógłby próbować uniknąć odpowiedzialności poprzez wykazanie, że zachował należytą ostrożność, a to uzasadnia minimalizację jego odpowiedzialności. Poza tym, jeżeli to wykonalne, osoba racjonalna, w sytuacji, w której mogłaby zostać poszkodowana, może ze swej strony podjąć działania zmierzające do zmniejszenia własnej odpowiedzialności za straty w razie zajścia takiego zdarzenia (gdy potencjalny sprawca podjął właściwe działania zmierzające do ograniczenia własnej odpowiedzialności). Po trzecie, analiza ta proponuje o wiele bardziej przekonujące wyjaśnienie różnic między odpowiedzialnością wynikającą z zaniedbania a odpowiedzialnością *sensu stricto*, co szczególnie dotyczy różnic między bodźcami zachęcającymi do ostrożności tworzonymi przez poszczególne standardy odpowiedzialności, dzięki czemu pomagają bardziej precyzyjnie określić okoliczności, w których jeden ze standardów jest bardziej efektywny od drugiego.

Ekonomiczna analiza prawa przyczyniła się również do wyjaśnienia kilku zagadnień teoretycznych w prawie karnym, np. dlaczego przestępcy powinni ponosić odpowiedzialność wykraczającą poza zwykłą rekompensatę szkód poniesionych przez osoby poszkodowane, czyli karę⁹. Uważam jednak, że najbardziej znaczący wkład, jaki omawiana tu dziedzina wniosła

⁹ Ze względu na fakt, że prawdopodobieństwo wykrycia, zatrzymania i skazania przestępcy jest niższe niż 1 (w niektórych przypadkach nawet znacznie niższe), samo zrekompensowanie strat ofierze przestępstwa nie działa odstrasżająco na potencjalnych przestępców. Przyjmijmy, że prawdopodobieństwo wykrycia i zatrzymania sprawcy kradzieży telewizora wynosi 0,5, nowy telewizor kosztuje 1 tys. dolarów oraz że złodziej, który zostanie schwytyany, ma obowiązek wynagrodzić straty właścicielowi sprzętu lub zwrócić mu skradziony przedmiot. Cena telewizora pochodzącego z kradzieży wynosi $0,5 \times 1$ tys. dolarów = 500 dolarów. Ponieważ jest to znacząco niższa kwota od kosztu legalnego nabycia sprzętu, osoby skłonne do kradzieży, rozumując racjonalnie, mogą stwierdzić, że lepiej wejść w posiadanie telewizora drogą kradzieży niż drogą kupna. Lecz gdyby kara za kradzież wynosiła, powiedzmy, trzykrotność oczekiwanej ceny nabycia sprzętu na skutek

do prawa karnego, ma źródło w empirycznych pracach poświęconych przestępczości. Lepiej poznaliśmy przyczyny pewnych przestępstw i zmian rodzajów przestępczości w czasie w zależności od określonych uwarunkowań społecznych, wiemy też więcej na temat jej powstrzymywania (zob. np. Levitt 2004; Levitt, Miles 2007). Jak już wcześniej wspomniałem, dowiedzieliśmy się również, dlaczego kara śmierci raczej nie sprawdza się w roli środka odstrasżającego.

Wspomnijmy jeszcze o prawie własności intelektualnej – o prawie patentowym, prawach autorskich, znakach towarowych i tajemnicach handlowych. Ekonomiczna analiza prawa wyjaśniła i doprecyzowała istotne przyczyny istnienia prawa własności intelektualnej, eksponując różnice między nią a własnością materialną. Obecnie dysponujemy także wieloma teoriami na temat tego, dlaczego istnieją i powinny istnieć różnice pomiędzy komponentami prawa własności intelektualnej. Wiemy także, skąd się biorą różnice dotyczące czasu obowiązywania rozmaitych form prawa własności intelektualnej (oraz – co równie istotne – dlaczego nie ma tego rodzaju ograniczeń w dziedzinie własności materialnej) i czemu granice te są różne dla poszczególnych form własności intelektualnej. Wiemy, z jakiego powodu patenty powinny obowiązywać przez dwadzieścia lat, dlaczego w dziedzinie praw autorskich mamy do czynienia ze stałym wydłużaniem okresu ochrony, a czas trwania ochrony znaków towarowych zależy zasadniczo wyłącznie od woli ich właścicieli.

2. Ekonomiczna analiza prawa: perspektywy behawioralna i empiryczna

Ekonomiczna analiza prawa rozwija się dynamicznie od swoich początków, czyli od końca lat siedemdziesiątych XX w. Rozszerzyła obszar zainteresowania poza analizę mikroekonomiczną głównych dziedzin prawa na prawo publiczne, instytucje systemu prawnego, międzynarodowe prawo prywatne i publiczne, a nawet na porównawcze badania prawa. Ponadto w ekonomicznej analizie prawa zaszło kilka ważnych zmian

kradzieży, czyli $3 \times 0,5 \times 1$ tys. = 1,5 tys. dolarów, kupienie go w sklepie byłoby tańsze.

metodologicznych. Po pierwsze, dziedzina ta wyszła poza pierwotny zakres zainteresowań poprzez zastosowanie teorii racjonalnego wyboru do rozstrzygnięć prawnych i wykorzystanie narzędzia ekonomii behawioralnej (oraz psychologii poznawczej i społecznej) do analiz kwestii prawnych. Po drugie, zainspirowała fascynujące prace w dziedzinie empirycznych badań prawa. W tej części eseju postaram się wyjaśnić genezę obydwu podejść metodologicznych i zaakcentuję ich znaczący wkład zarówno w rozwój ekonomicznej analizy prawa, jak i wiedzy prawnej rozumianej bardziej ogólnie¹⁰. Na koniec przytoczę przykłady zastosowania każdej z omawianych innowacji do prawa o zobowiązaniach umownych oraz do trzech zagadnień związanych z polityką regulacyjną.

2.1. Ekonomiczna analiza prawa z perspektywy behawioralnej

W zaprezentowanym powyżej krótkim wprowadzeniu do ekonomicznej analizy prawa przyjąłem milczące założenie, że decydenci w tej sferze zachowują się tak samo jak decydenci w sferze gospodarczej: w sposób racjonalny dążą do maksymalizacji użyteczności (jako konsumenci) oraz zysku (jako dostawcy). Ich preferencje mają charakter pełny i przechodni. Znają i potrafią stosować w praktyce zasady rządzące prawdopodobieństwem, gromadzą precyzyjne oraz dające się obiektywnie zweryfikować informacje, które na-

¹⁰ Chciałbym uzupełnić te rozważania krótką, lecz ważną uwagą na temat mojego opisu behawioralnej ekonomicznej analizy prawa oraz jego badań empirycznych. Cała literatura poświęcona ekonomicznej analizie prawa z punktu widzenia behawioralnego ma charakter empiryczny. W znacznej mierze składają się na nią opisy eksperymentów, które wykazują, że prognozy rzeczywistych zachowań człowieka dokonywane w oparciu o teorię racjonalnego wyboru są błędne. Tak więc w bardzo rzeczywistym sensie analiza ekonomiczna z punktu widzenia behawioralnego stanowi przykład – być może najbardziej istotny – empirycznych badań funkcjonowania prawa w praktyce. Niemniej jednak zarówno dlatego, że teoria racjonalnego wyboru jest bardzo ważnym aspektem ekonomicznej analizy prawa, jak i dlatego, iż implikacje prawne i inne polityk ekonomicznej analizy prawa z punktu widzenia behawioralnego są tak dalekosiężne, moim zdaniem powstanie tej dziedziny badań zasługuje na miano jednego z najważniejszych wydarzeń w nauczaniu i analizie prawa.

stępnie poprawnie stosują w procesie podejmowania decyzji, umiejętnie zarządzają ryzykiem, wykorzystują bilans spodziewanych zysków i strat do podejmowania decyzji o niepewnym wyniku, popełniają błędy tylko wtedy, gdy przywiodą ich do tego zręczni oszuści, emocje wpływają na dokonywane przez nich wybory tylko wtedy, gdy wyraźnie tego pragną, beznamiętnie porównują i oceniają informacje istotne dla dokonywanych przez siebie wyborów, nie przywiązując nadmiernej wagi do tych, które przemawiają za ich stanowiskiem, i tak dalej.

Powyższy skrócony opis teorii racjonalnego wyboru pokazuje, jak niedorzeczne są te założenia. Zacytuję tu słowa słuchaczy moich wykładów na wydziale prawa, którym przedstawiałem teorię racjonalnego wyboru: „Kim są ci racjonalni ludzie, o których pan mówi? Nie znamy niktogo takiego”.

Dzięki wnikliwym empirycznym pracom Daniela Kahnemana, nieżyjącego już Amosa Tversky'ego i wielu innych, wiemy teraz, że niektóre spośród przewidywań teorii racjonalnego wyboru są po prostu błędne. Rzeczywiste zachowania ludzi różnią się dość znacznie, niekiedy w przewidywalny sposób, od prognoz teorii racjonalnego wyboru¹¹. Ponieważ jednak przepisy prawa mają wpływać na zachowanie rzeczywistych ludzi, a nie wyidealizowanych konstruktorów, ekonomiczna analiza prawa oraz oparte na niej przepisy muszą uwzględniać ten fakt.

W tym miejscu chciałbym uczynić dwa zastrzeżenia. Mówi się niekiedy, że zdaniem przedstawicieli nurtu behawioralnego ludzie są nieracjonalni. Uważam to jednak za niewłaściwe podsumowanie konkluzji prezentowanych w literaturze przedmiotu. Po pierwsze, nazwanie postępowania nieracjonalnym sugeruje, że jest ono chaotyczne i niemożliwe do przewidzenia. A rzecz się ma zupełnie inaczej. Literatura behawioralna wskazuje, że ludzie zachowują się w „przewidywalny sposób”¹². Zachowania te

¹¹ W 2002 r. za swoje prace krytyczne poświęcone teorii racjonalnego wyboru D. Kahneman zdobył nagrodę Królewskiego Banku Szwecji im. Alfreda Nobla w dziedzinie nauk ekonomicznych. Kahneman jest emerytowanym profesorem psychologii Uniwersytetu Princeton.

¹² Dlaczego ludzie popełniają błędy, czemu najwyraźniej nie uczą się ani na własnych, ani cudzych, oraz co można zrobić, by im uświadomić ich skłonności do robienia błę-

można by nazwać pomyłkami lub błędami, gdyby naszym normatywnym standardem była zasada racjonalnego wyboru. I dalej, gdyby postępowanie ludzi rzeczywiście było nieracjonalne, mogłoby mieć charakter przewidywalny w odniesieniu do prognoz teorii racjonalnego wyboru. Innymi słowy, człowiek mógłby „przestrzelać lub niedoszacowywać” standardy racjonalnego zachowania w dowolnej sytuacji wyboru, lecz oczekiwane zachowanie odpowiadałoby teorii wyboru racjonalnego¹³. Myślę, że należy najpierw scharakteryzować literaturę behawioralną, a następnie porównywać ją z założeniami teorii racjonalnego wyboru, określając samych siebie jako istoty „niedoskonale racjonalne” (*imperfectly rational*).

Po drugie, na razie nie wiemy wystarczająco dużo na temat stabilności prognoz behawioralnych prezentowanych w nowej literaturze przedmiotu, a więc nie mamy wiarygodnej wiedzy, czy tego rodzaju zachowania zmieniają się w przewidywalny sposób wraz z upływem czasu oraz w odpowiedzi na zmieniające się okoliczności. Na przykład można byłoby domniemywać, że odchylenia od przewidywań teorii racjonalnego wyboru są mniejsze lub mniej prawdopodobne w miarę wzrostu poziomu wykształcenia. Najwyraźniej jednak tak nie jest. Wręcz przeciwnie, wydaje się, że pewne skłonności do popełniania błędów lub nieświadomość własnych skłonności do ich popełniania spotyka się częściej u osób dysponujących bardziej wyrafinowanymi strukturami poznawczymi (zob. West, Meserve, Stanovich 2012)¹⁴.

Teraz omówię kilka przykładowych spostrzeżeń zaczerpniętych z literatury behawioralnej. W każdym przypadku postaram się wykazać, jak bardzo wyniki badań doświadczalnych różnią się od przewidywań „teorii racjonalnego wyboru” (odtąd nazywanej skrótowo TRW) oraz jak

dów to ważkie pytania, którymi dopiero teraz zaczyna się zajmować literatura przedmiotu.

¹³ Nie można też wykluczyć, że skłonność do nieracjonalnych zachowań nie rozkłada się symetrycznie wokół racjonalnej przeciętnej.

¹⁴ Z „efektem ślepej plamki” mamy do czynienia, „gdy ludzie częściej zauważają błędy w myśleniu u innych niż u samych siebie” (West, Meserve, Stanovich 2012). Autorzy ci twierdzą, że „im bardziej złożone zdolności poznawcze, tym wyraźniej można zaobserwować ten efekt” (ibidem).

te spostrzeżenia behawioralne sugerują rozwiązania polityczne odmienne od proponowanych przez TRW¹⁵.

Nadmierny optymizm

My, ludzie, mamy skłonność do nazbyt optymistycznego traktowania naszych okoliczności życiowych. Uważamy, że jutro będzie lepiej niż dzisiaj, że przyszły miesiąc będzie lepszy niż bieżący, a następny rok – bardziej udany od obecnego. Chyba żadne dowody ani doświadczenia nie są w stanie odwieść nas od takiego podejścia do życia. Przykładowo, większość ludzi uważa się za lepszych kierowców niż przeciętni. Jeżeli na początku roku akademickiego zapytamy studentów, jakie oceny dostaną na koniec semestru, prawie wszyscy odpowiedzą, że bardzo dobre. Kiedy pytamy młodych małżonków o prawdopodobieństwo rozpadu ich związku, prawie wszyscy odpowiadają, że wynosi ono zero i po prostu „nie ma takiej opcji”. W tym ostatnim przykładzie bardziej precyzyjna odpowiedź brzmiałaby „około 45%”, bo właśnie taki odsetek pierwszych małżeństw w USA kończy się rozwodem. A może jednak nie mam racji? Kto chciałby poślubić osobę, która nie jest pewna swoich uczuć? Albo kto powie głośno, że jego małżeństwo ma dość przeciętne szanse na sukces?

Literatura prawnicza obfituje w praktyczne przykłady nadmiernego optymizmu. Na przykład przestępcy z reguły nieprecyzyjnie szacują prawdopodobieństwo schwytania, aresztowania i ukarania. Zwykle miewają zbyt wysokie mniemanie o własnych zdolnościach, sądzą też, że popełnianie przestępstw idzie im lepiej niż innym. W takim razie nie mogą precyzyjnie ocenić oczekiwanej wartości sankcji za przestępstwo, co z kolei oznacza, iż sankcje te nie spełniają roli odstraszałającej. Natomiast TRW stawia hipotezę, że przestępcy dość precyzyjnie potrafią ocenić to prawdopodobieństwo i przynajmniej w teorii można ich optymalnie odstraszyć od popełnienia przestępstwa¹⁶.

¹⁵ Dalsze objaśnienia przykładów zaprezentowanych w tej części oraz omówienia oryginalnych prac można znaleźć w pracy Korobkina i Ulena (2000).

¹⁶ Inne behawioralne przyczyny uzasadniające pogląd, że przepisy prawa karnego nie odstrasżają skutecznie przestępców, można znaleźć w: Robinson, Darley 2004.

Drugą implikacją nadmiernego optymizmu można prześledzić, zastanawiając się, czy – jak sugeruje TRW – groźba odpowiedzialności za szkodę rzeczywiście stanowi skuteczny bodziec dla potencjalnych poszkodowanych i sprawców do podejmowania działań zapobiegawczych mających na celu minimalizację społecznych kosztów wypadków. Rozpatrując wypadki samochodowe (stanowiące obecnie przyczynę ponad połowy tego rodzaju kosztów), można stwierdzić, że kierowcy samochodów, rowerzyści i piesi niekiedy znacząco nie doceniają prawdopodobieństwa własnego uczestnictwa w takim zdarzeniu. Innymi słowy, potencjalne ofiary i sprawcy wykazują nadmierny optymizm co do własnych zdolności unikania przypadkowych szkód. W wyniku tego nie zachowują należytej ostrożności lub nie zabezpieczają się w wystarczającym stopniu przeciwko uszczerbkowi na zdrowiu albo odpowiedzialności za szkodę.

Sposób prezentacji zagadnienia i niechęć do ponoszenia strat

Kolejną ważką konkluzją płynącą z literatury behawioralnej jest nasza skłonność do przypisywania różnej wagi zyskom i stratom płynącym z danego stanu rzeczy. Na przykład większość z nas niechętnie podejmuje ryzyko, mając w perspektywie zyski, lecz jest skłonna do podejmowania go (lub je preferuje), jeżeli w perspektywie ma straty. A więc wykazujemy skłonność do wybierania odmiennych opcji, jeżeli pewną sytuację niepewnego wyboru „zaprezentuje się” nam jako pociągającą za sobą zysk lub stratę. Ta elastyczność preferencji względem wydarzeń o niepewnych wynikach stoi w sprzeczności z szeroko rozpowszechnionym poglądem TRW, że postawy ludzi wobec ryzyka są względnie stałe oraz że z tego powodu wybory dokonywane pomiędzy niepewnymi alternatywami ulegają zmianom tylko wtedy, gdy zmianie ulegają czynniki zasadnicze, takie jak obiektywne prawdopodobieństwo¹⁷.

¹⁷ Teoria subiektywnej oczekiwanej użyteczności (*subjective expected utility* – SEU) to opis wyboru w warunkach niepewności z punktu widzenia TRW. Zapewne poszedłem o krok lub dwa zbyt daleko, sugerując, że SEU jest sprzeczna ze złożonymi podstawami ludzi

Przywołajmy teraz głośny przykład autorstwa Kahnemana i Tversky'ego o „epidemii w Azji”, znany także jako „ratowanie życia”. Przypuśćmy, że prosimy kogoś o dokonanie wyboru między dwoma jednakowo kosztownymi programami z dziedziny zdrowia publicznego opracowanymi przeciwko epidemii, której wybuch prawdopodobnie pociągnie za sobą 600 ofiar. Realizacja pierwszego programu z pewnością uratuje 200 istnień, natomiast drugi ma jedną trzecią szans na uratowanie wszystkich 600 osób i dwie trzecie szans na to, że nie uratuje nikogo. Większość z nas wybiera program, który z pewnością uratuje 200 ludzi, chociaż spodziewana liczba ocalonych istnień w obu programach jest dokładnie taka sama¹⁸. Ten wynik oznacza, że większość z nas niechętnie podejmuje ryzyko.

W drugiej wersji tego przykładu zakładamy, że inna grupa ludzi ma wybrać między dwoma programami z dziedziny zdrowia publicznego, które dotyczą tego samego problemu – epidemii mogącej pociągnąć za sobą 600 ofiar. Istnieją dwa programy, które kosztują dokładnie tyle samo. Lecz w tym przypadku realizacja pierwszego z nich doprowadzi z pewnością do 400 ofiar, podczas gdy drugi z prawdopodobieństwem wynoszącym dwie trzecie spowoduje 600 zgonów, lecz istnieje też jedna trzecia szansy na uratowanie wszystkich¹⁹. Przy takim postawieniu sprawy większość wybierze drugi program. Odpowiada to spostrzeżeniu, że w takiej sytuacji przeważająca liczba ludzi zdecyduje się na podjęcie ryzyka.

Profesor Kahneman zauważa: „jeżeli tym samym respondentem przedstawia się te dwa pro-

wobec ryzyka. Doskonale wiedzą to ekonomiści, m.in. Savage, który stwierdził, że można poszukiwać ryzyka, mając w perspektywie niewielkie straty (np. uprawianie hazardu na niewielką skalę) i unikać go, z perspektywą wysokich strat (jak np. uszczerbek na zdrowiu, pożar domu). Rozróżnienie wprowadzone w teorii perspektywy Kahnemana i Tversky'ego, czyli tym, co opisałem powyżej, oznacza, że sposób przedstawienia tej samej alternatywy jako możliwego zysku lub straty może prowadzić do diametralnie odmiennych postaw wobec ryzyka, a co za tym idzie, zasadniczo odmiennych i niespójnych wyborów. TRW i SEU nie proponują zadowalających wyjaśnień tego rodzaju rozbieżności.

¹⁸ Spodziewana liczba uratowanych istnień ludzkich w obu programach wynosi $1/3(600) + 2/3(0) = 200$.

¹⁹ Tu także spodziewane liczby uratowanych istnień ludzkich są równe.

blemy przy różnych okazjach, wielu spośród nich udziela rozbieżnych odpowiedzi. Gdy uświadomi się im tę niespójność, są zakłopotani. Nie potrafią wyjaśnić przyczyn rozbieżności między udzielanymi odpowiedziami, ponieważ nie dysponują żadnymi intuicyjnymi wskazaniem o charakterze etycznym co do tego, jak dokonywać wyboru między różnymi wielkościami populacji, które można uratować²⁰.

Istnienie tego rodzaju efektu prezentacji znano także jako efekt ram odniesienia (*framing effect*) oraz niechęci do ponoszenia strat leży u podłoża dwóch problemów, którym warto się przyjrzeć trochę głębiej. Po pierwsze, jeżeli ktoś jest świadom istnienia i działania tych prawidłowości oraz jeżeli wykorzystuje je do uzyskania przewagi nad inną osobą, czy tym samym robi coś godnego potępienia? Czy ten rodzaj świadomego wykorzystania cudzej skłonności do takiego, a nie innego zachowania można nazwać działaniem nieetycznym? Po drugie, jak efekt prezentacji i niechęć do ponoszenia strat powinni uwzględniać w swoim postępowaniu prawnodawcy? Czy mają obowiązek zaprezentować wyborcom wszystkie możliwe opcje postępowania w postaci zysków i strat? Czy mogą dokonywać wyboru jednego ze sposobów prezentacji, który będzie pełnił funkcję struktury dla wszystkich wyborów dokonywanych w życiu publicznym? A jeżeli tak, to od jakiego punktu wyjścia powinni zacząć i dlaczego?

2.2. Ekonomiczna analiza prawa z perspektywy empirycznej

Ekonomiczna analiza prawa u swych początków około 1980 r. była w głównej mierze nauką teoretyczną. Jak wcześniej wspomniałem, naczelnym zadaniem badawczym tej dziedziny jest identyfikacja cen ukrytych w przepisach prawa i sprawdzanie, czy ceny te przynoszą społecznie pożądane wyniki. Z kilkoma godnymi uwagi wyjątkami, praca naukowa na tej niwie w dużym stopniu była pozbawiona wszelkich treści empirycznych.

²⁰ Autobiograficzny esej prof. D. Kahnemana można znaleźć na stronie http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/kahneman.html. Zob. też jego wykład po otrzymaniu Nagrody Nobla (Kohnehan 2003).

Wróćmy do przykładu analizy ekonomicznej prawa o zobowiązaniach umownych. Ekonomiczna analiza prawa, jak już wspomniałem, zdefiniowała ważne pojęcie „efektywnego zerwania umowy”. Wykazała też, że istnieje jedno konkretne rozwiązanie prowadzące do tego rodzaju zerwania. Nosi ono nazwę „spodziewanego odszkodowania” o przewiduje, że strona zrywająca umowę musi zapłacić stronie poszkodowanej kwotę stanowiącą równowartość spodziewanych korzyści, jakie strona poszkodowana odniosłaby z realizacji umowy. Zgodnie z tą miarą wysokości odszkodowania, strona zrywająca umowę uczyni to tylko wtedy, gdy może sprawić, że druga strona odniesie przynajmniej taką samą korzyść z zerwania jak z realizacji umowy. W przeciwnym razie umowa zostanie dotrzymana.

Przez kilkadziesiąt lat po zidentyfikowaniu związku między zerwaniem i miarą wysokości odszkodowania toczyła się debata na temat tego, czy miara ta jest właściwa. Niektórzy utrzymywali, że mówienie o „efektywnym zerwaniu umowy” ma mniej więcej tyle samo sensu co mówienie o „efektywnej kradzieży”. Wczesne debaty na temat sankcji grożących za zerwanie umowy prowadzono bez żadnych informacji na temat tego, co naprawdę dzieje się w świecie. Czy sądy we wszystkich przypadkach przyznają spodziewane odszkodowania? Czy jest tak we wszystkich przypadkach zerwania umów? A może tylko w części z nich? Co odróżnia sprawy, w których przyznano odszkodowane na oczekiwanym poziomie, od tych, gdzie tego rodzaju odszkodowań nie przyznano? Jeżeli strony umowy zastrzegły w niej odszkodowanie w konkretnej wysokości, czy – zawsze, zwykle, niekiedy – była to kwota równa spodziewanemu poziomowi strat? I na koniec, lecz niemniej ważna kwestia, czy sądy kiedykolwiek stosowały alternatywne rozwiązanie, a mianowicie, czy nakazywały wykonanie umowy przez stronę, która chciała ją zerwać?²¹

²¹ Analiza ekonomiczna względnej efektywności spodziewanego odszkodowania i nakazu dotrzymania warunków umowy wydaje się sugerować, że ten ostatni powinien prowadzić do zawierania lepiej sformułowanych umów i bardziej efektywnego podejmowania decyzji co do dotrzymywania/zrywania zobowiązań (zob. Ulen 1984).

Od wczesnych lat dziewięćdziesiątych te i podobne pytania stanowiły główny przedmiot zainteresowania drugiego nurtu ekonomicznej analizy prawa, tzn. jego badań empirycznych. Początkowo tego rodzaju prace przysparzały społeczności akademickiej trudności z trzech powodów. Po pierwsze, nie istniała tradycja prowadzenia badań empirycznych w tej dziedzinie, co brało się z niewielkiego zainteresowania możliwymi wynikami tego rodzaju prac. Praktykujący prawnicy i nauczyciele akademicy przyzwyczajali się do filozoficzno-retorycznego stylu analizowania stosowności różnych przepisów i standardów prawnych. Lecz prawie nikomu nie przyszło do głowy skorzystać w toczących się debatach z argumentów mających swoje źródło w badaniach empirycznych.

Drugą przeszkodą był brak danych, które pozwoliłyby badaczom testować hipotezy na temat kwestii prawnych. Zagadnienie to tak naprawdę składa się z dwóch aspektów. Po pierwsze, dostępne dane ogólnie dotyczyły sporów sądowych. Jak się wkrótce przekonamy, stanowiły one źródło fascynującego materiału do analiz. Pamiętajmy jednak, że jedno z najważniejszych osiągnięć ekonomicznej analizy prawa polegało na poszukiwaniu efektów jego działania w zachowaniach niebędących przedmiotem rozstrzygnięć sądów. Na przykład, jeżeli do prawa deliktowego wprowadza się słabsze bodźce do podejmowania działań zapobiegawczych, w praktyce powinniśmy zaobserwować mniejsze zainteresowanie podejmowaniem działań zapobiegawczych, większą liczbę wypadków i większe szkody niż przed wprowadzeniem tego rodzaju zmian. Zapewne odnotowalibyśmy także wzrost liczby spraw sądowych i sporów rozstrzyganych w inny sposób, lecz ekonomiczna analiza prawa zwraca uwagę na efekty behawioralne potencjalnej odpowiedzialności za szkody jeszcze przed zaistnieniem wypadku. Wydawało się, że dane na ten temat nie istnieją.

Podobnie, zmiany w prawie o zobowiązaniach umownych mogłyby spowodować zmianę liczby umów zawartych, wykonanych i zerwanych w danym czasie – co niekoniecznie musiałyby znajdować odzwierciedlenie we wzroście lub spadku liczby spraw sądowych, w tym dotyczących umów.

Zmiany przepisów prawa karnego lub procedury postępowania karnego mogłyby wpły-

wać na liczbę i rodzaj popełnianych przestępstw. Ponieważ danych z tego rodzaju spraw nie gromadzono rutynowo, dokonywanie analiz empirycznych efektów działania sankcji prawnych *ex ante*²² przysparzało poważnych trudności. Dotarcie do dającego się przeanalizować materiału wymagało znacznej pomysłowości w wyszukiwaniu danych oraz poświęcenia czasu na przekonanie prywatnych lub publicznych organizacji do ich zbierania.

Niedostatek danych, które mogłyby posłużyć do przeprowadzenia badań empirycznych, doprowadził do tego, że uczeni zajmujący się prawem zaczęli znajdować sposoby rozwiązania tego problemu. Na przykład, jeżeli odpowiednio starannie zaplanujemy sondaż i eksperymenty oraz rozpowszechnimy je za pośrednictwem właściwych kanałów (np. serwisów elektronicznych, takich jak „Mechanical Turk” na Amazon.com²³), można zgromadzić sporo danych dobrej jakości za stosunkowo niewysoką cenę. Jak się wkrótce przekonamy, badacze pisali różne scenariusze dotyczące kwestii prawnych, dzielili respondentów na dobrane losowo grupy, które wyrażały własne opinie na temat tych scenariuszy, a następnie starali się zmierzyć zaobserwowane różnice między uzyskanymi od nich odpowiedziami²⁴. Problem niedostatku danych przezwyciężano stosunkowo wolno, głównie dlatego, że pionierzy empirycznego analizowania prawa zajmowali się ekonomią lub byli prawnikami zwerbowanymi przez ekonomistów jako współautorzy badań. Ponieważ ekonomiści przez dłuższy czas posługiwali się metodą regresji wielorakiej w oparciu o obszerne publiczne bazy danych (i stosunkowo niedawno zaczęli wykonywać eksperymenty), brak tego rodzaju danych na temat wielu zagadnień prawnych

²² Uwaga ta nie dotyczy systemu prawa karnego, który jest godnym uwagi wyjątkiem od prezentowanej tu prawidłowości. Dane na ten temat są od dawna dostępne i dotyczą wielu różnych przestępstw kryminalnych. Przykłady można znaleźć w *Sourcebook on Criminal Justice Statistics*, <http://www.albany.edu/sourcebook>.

²³ Zob. <https://www.mturk.com/mturk/welcome>.

²⁴ Metoda ta nosi też nazwę randomizowanego badania porównawczego i od dłuższego czasu należy do repertuaru standardowych technik doświadczalnych. Zdobywa sobie coraz większą popularność w naukach prawnych, a nawet w procesie oceny polityki prawnej (zob. Abramowicz, Ayres, Listokin 2009).

(a z pewnością na temat efektów działania prawa *ex ante*) sprawił, że naukowcy ci po prostu nie prowadzili badań empirycznych, czekając na pojawienie się potrzebnych informacji. Na szczęście istnieje wystarczająca liczba prawników szkolonych także w innych dyscyplinach niż ekonomia. Właśnie oni pierwsi wykorzystali badania porównawcze z losowym przydziałem do grup i kwestionariusze do gromadzenia danych potrzebnych do analizowania kwestii prawnych.

Po trzecie, na empiryczne badania prawne negatywny wpływ miał brak umiejętności analityków prawa w zakresie tego, jak przeprowadzać odnośne analizy empiryczne. Zajęcia z metodologii nauk empirycznych nie tylko nie są wymagane do zaliczenia kursu na żadnym wydziale prawa, jaki znam, lecz także oferuje się je jako przedmiot dodatkowy jedynie na kilku uniwersytetach. Język badań empirycznych po prostu pozostaje nieznanym zdecydowanej większości studentów prawa²⁵. Oznacza to, że naukowcy, którzy rozpoczęli empiryczne badania nad prawem, byli samoukami, ukończyli inne kierunki, gdzie poznali techniki badań empirycznych, lub współautorem ich badań byli przedstawiciele innych dyscyplin, wykonujący za nich badania o charakterze empirycznym. Wysiłki wszystkich tych grup zaowocowały powstaniem znakomitych, wnikliwych prac. Jednocześnie wzrasta zainteresowanie badaniami empirycznymi wśród pracowników naukowych wydziałów prawa. Nie wątpię, że podobnie jak powstanie i rozwój ekonomicznej analizy prawa doprowadziło do upowszechnienia wiedzy ekonomicznej wśród prawników, poszerzenie empirycznej wiedzy prawnej doprowadzi do upowszechnienia znajomości podstaw badań empirycznych wśród większości dobrze wykształconych przedstawicieli tej profesji²⁶.

²⁵ Rząd Izraela przeznaczył ostatnio spore środki na powołanie Centrum Empirycznych Badań Prawnych przy jednym z tamtejszych wydziałów prawa. Uważam to za przykład godny naśladowania.

²⁶ Nie twierdzą, że większość analityków prawa zacznie prowadzić badania empiryczne (choć mam taką cichą nadzieję). Sądzę jednak, że przeważająca liczba dobrze wyszkolonych badaczy z tej dziedziny będzie umiała interpretować wyniki tych badań. Szerszy opis zastosowania metod empirycznych w analizie prawa proponują R.M. Lawless, J.K. Robbenolt i T.S. Ulen (2010).

Powyżej wspomniałem już o kilku ważkich spostrzeżeniach zaprezentowanych w literaturze poświęconej empirycznym badaniom prawa²⁷. Chciałbym teraz posłużyć się innym przykładem, który ilustruje istotne, sprzeczne z intuicją odkrycie, a który, moim zdaniem, sugeruje istnienie silnego związku między dziedziną ekonomicznej analizy prawa i jego praktyki w USA.

Wielu obywateli Stanów Zjednoczonych uważa, że w ich kraju za dużo sporów rozwiązuje się na drodze sądowej. Ich zdaniem, większość pozwów ma charakter mało istotny²⁸, a przede wszystkim może zaszkodzić innowacyjności i konkurencyjności amerykańskiego biznesu²⁹. Krytycy twierdzą też, że za znaczną część problemów odpowiadają prawnicy oraz system łąwy przysięgłych. Zbyt wielu prawników zażarcie konkuruje o zlecenia, co sprawia, że na wokandę wchodzi coraz bardziej osobliwe sprawy, natomiast łąwy przysięgłych są niezdyscyplinowane, niekompetentne i zbyt często przychylają się do żądań powodów. Ci, którzy uważają, że amerykańskie sądownictwo nie działa właściwie, sugerują, iż czynniki te niepotrzebnie zwiększają koszty funkcjonowania amerykańskiego przemysłu, co z kolei przysparza im trudności w konkuroowaniu zarówno na rynku krajowym, jak i na rynkach międzynarodowych. Wezwali

²⁷ Zob. przypis 2 i Donahue, Levitt 2001; Levitt 2004; Levitt, Miles 2007.

²⁸ Przy tej okazji najczęściej wspomina się o kobiecie, która odniosła poważne obrażenia nóg w następstwie poparzenia kawą w jednej z restauracji sieci McDonald's. Pani Liebeck przyznano 160 tys. dolarów odszkodowania kompensacyjnego (*compensatory damages*) i 2,7 mln dolarów karnej (*punitive damages*). Sędzia obniżył nawiązkę do kwoty 480 tys. dolarów. Obie strony odwołały się od wyroku, lecz następnie zawarły ugodę na nieujawnioną kwotę, podobno niższą niż 600 tys. (zob. też: *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 [Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994]). Polecam także film dokumentalny zrealizowany dla sieci HBO pt. *Hot Coffee* (<http://www.hotcoffeethemovie.com/Default.asp>).

²⁹ Zob. np. *Litigation Cost Survey for Major Companies (The Duke Litigation Cost Survey)*, materiały z konferencji zorganizowanej na wydziale prawa Duke (Duke Law School) w maju 2010 r. Omówienie wyników badań empirycznych, według których prawo deliktów nie zagraża innowacyjności ani konkurencyjności amerykańskiej gospodarki, można znaleźć w artykule F.B. Crossa (2011).

więc (a w niektórych przypadkach wprowadzili) reformę systemu, co dotyczy zwłaszcza prawa deliktów³⁰.

Najważniejsze pytanie, które należałoby sobie zadać w obliczu tej krytyki i wezwań do reform, brzmi: czy spory sądowe naprawdę zdarzają się tak często i czy rzeczywiście dotyczą tak błahych spraw jak sugerują krytycy. Dysponujemy już zaskakującą odpowiedzią empiryczną: spory sądowe w USA nie tylko zdarzają się rzadko, lecz ich liczba nieustannie maleje. Wyniki najbardziej drobiazgowych badań sporów sugerują, że jedynie 3% z nich kończy się w sądzie. W pozostałych 97% przypadków strony odstępują od zarzutów, rozstrzygają spory w toku negocjacji lub rozwiązują je w inny sposób (zob. Silver 2002). Jak zauważa prof. Marc Galanter w swoim ważkim artykule, w ciągu minionych 60 lat zanotowano stały spadek liczby spraw sądowych w USA, i to w liczbach bezwzględnych (nie względnych) (Galanter 2004). Zgodnie z bardzo sugestywnymi danymi statystycznymi przywołanymi przez tego autora, na początku lat sześćdziesiątych XX w. przeciętny sędzia federalnego sądu okręgowego (procesowy) prowadził 39 spraw rocznie, natomiast po roku 2000 rozstrzygał ich już tylko niewiele ponad 13.

Dlaczego w ciągu minionych 50 lat liczba spraw sądowych w USA tak bardzo spadła? Nie chodzi tu raczej o wynagrodzenia prawników. Trzeba przyznać, że sporo kosztują, lecz poziom tych kosztów jest albo stosunkowo stały w czasie, albo realnie nieznacznie wzrósł. Przeciętnie koszty sprawy sądowej wynoszą około 500 dolarów za godzinę pracy prawnika dla każdej ze stron, a średni proces trwa dziewięć dni i kosztuje około 72 tys. dolarów (bez uwzględnienia kosztów pracy sędziów i utrzymania budynków sądów). Już na pierwszy rzut oka dane te sugerują, że omawiana grupa kosztów nie wzrosła

na tyle, by wyjaśnić tak znaczący spadek liczby procesów zarówno na poziomie federalnym, jak i stanowym³¹.

Przeciętny dochód na osobę oczywiście znacząco wzrósł między wczesnymi latami sześćdziesiątymi XX w. i pierwszym dziesięcioleciem XXI w. Jeżeli postępowanie sądowe byłoby czymś, co ekonomiści nazywają „dobrem normalnym”, moglibyśmy się spodziewać wzrostu liczby spraw wraz z przyrostem poziomu dochodów. Jednak dowody empiryczne wskazują, że nic takiego nie nastąpiło. Przeciwnie, postępowanie sądowe wydaje się raczej „dobrem podrzędnym”, innymi słowy takim, którego konsumpcja spada w miarę wzrostu dochodów (co w pewnym sensie przypomina zmiany poziomu popytu na najnowsze gatunki mięsa).

Galanter analizuje możliwość, że poziom popytu na postępowanie sądowe pozostał zasadniczo niezmienny, lecz strony w miarę możliwości starają się unikać drogich procesów, zastępując je tańszymi, alternatywnymi formami rozwiązywania sporów, takimi jak arbitraż i mediacja (zwane łącznie alternatywnym rozstrzygnięciem sporów – *alternative dispute resolution*, ADR). Jak widać, liczba tego rodzaju rozwiązań wzrosła, zwłaszcza od początku lat dziewięćdziesiątych XX w., lecz nie jest na tyle wysoka, by zrekomensować spadek liczby procesów sądowych w omawianym czasie. W ostatecznym rozrachunku Galanter nie potrafi jednak wyjaśnić tego zaobserwowanego spadku.

Mam pewną hipotezę, którą chyba warto byłoby przeanalizować. Liczba spraw sądowych maleje, gdyż prawnicy lepiej radzą sobie z praktycznym stosowaniem prawa i to w dwóch aspektach. Po pierwsze, udzielają lepszych porad na temat transakcji, w które mają się zaangażować ich klienci. Dobrze przewidują wszelkie rodzaje ryzyka i problemów związanych ze wzajemnymi relacjami w biznesie, sugerują zadowalający dla umawiających się stron podział tego ryzyka oraz sposoby unikania potencjalnych problemów. Liczba kontrowersji maleje, ponieważ prawnicy jako „inżynierowie kosztów

³⁰ Do reform, których wdrożenie rozważano lub które wprowadzono w życie, zaliczają się ograniczenia łącznych kwot, jakie może otrzymać powód, któremu przyznano rację, ograniczenia bezwzględnej kwoty nawiązki lub określenie jej krotności w odniesieniu do kwoty odszkodowania kompensacyjnego, przepisy ograniczające odpowiedzialność korporacji oraz wyższe standardy dowodowe wymagane do uzyskania nawiązki, ograniczenia dotyczące pozwów zbiorowych i inne.

³¹ Oczywiście na koszty i korzyści postępowania sądowego mogą wywierać wpływ bardziej złożone czynniki. Jednak Galanter odrzuca tego rodzaju wyjaśnienia spadku liczby procesów.

transakcyjnych³² przewidzieli je i uprzedzili o nich swoich klientów. Po drugie, udzielają im porad na bieżąco, w toku realizacji umów, co dotyczy zwłaszcza bardziej złożonych transakcji. Renegocjują warunki kontraktów, zamiast wykorzystywać przysługujące stronom prawa i oddawać sprawy do sądu. Czy to możliwe, że ekonomiczna analiza prawa nauczyła całe pokolenie prawników, jak lepiej pilotować transakcje, dzięki czemu bardziej efektywnie wykonują oni swoje obowiązki? Chciałbym mieć dość energii i środków, by zgromadzić i przeanalizować odpowiednie dane na ten temat³³.

2.3. Zastosowanie do prawa o zobowiązaniach umownych i polityki regulacyjnej

W tej części chciałbym przedstawić kilka przykładów konkluzji płynących z wyżej wspomnianych badań behawioralnych i empirycznych, które rzuciły nowe światło na pewne ważne rozstrzygnięcia zawarte w prawie o zobowiązaniach umownych i wykorzystywane w polityce regulacyjnej.

Prawo o zobowiązaniach umownych

Tess Wilkinson-Ryan, profesor prawa na Uniwersytecie Szkoły Prawa Pensylwanii, która ma zarówno dyplom prawa, jak i doktorat z psychologii, zbadała wpływ klauzul o karach umownych³⁴

³² To jakże celne wyrażenie pochodzi z pracy R.A. Gilsona (1984).

³³ Prowadzenie tego rodzaju badań empirycznych przysparza sporej ilości problemów, istnieją jednak także inne hipotezy wyjaśniające spadek liczby postępowań sądowych. Przykładowo, nie można wykluczyć, że w ciągu minionych 60 lat sędziowie dokonali tak precyzyjnych wykładni obowiązującego prawa, że istnieje znacznie mniej miejsca na rozbieżne interpretacje, a co za tym idzie, mniejsza liczba kontrowersji. Należałoby tu dodać, że badacze zajmujący się ekonomiczną analizą prawa nie zaproponowali do tej pory przekonującej teorii na temat tego, jakiego rodzaju spory najczęściej trafiają na wokandę.

³⁴ Kary umowne (*stipulated damages*) to odszkodowania, których wysokość strony zawarły w umowie. Strona nie dotrzymująca umowy ma obowiązek zapłacić umówioną kwotę drugiej stronie. Klauzule tego rodzaju nie muszą występować w umowach, lecz jeżeli strony podejmują tego rodzaju decyzję, ma ona zwykle charakter wiążący (w pewnych granicach). Większość umów nie zawiera klauzuli o karach umownych.

na decyzje o złamaniu umowy. Rozpoczyna, cytując następujący *casus* dotyczący strażaków i zwolnień lekarskich:

„W grudniu 2001 r. kierownictwo bostońskiej straży pożarnej zmieniło zasady korzystania ze zwolnień lekarskich. Według nowych przepisów, każdemu strażakowi przysługiwało piętnaście dni zwolnienia rocznie. Poprzedni system nie zawierał żadnych ograniczeń w tym względzie, a nowe regulacje stanowiły część inicjatywy mającej na celu wdrożenie profesjonalnych rozwiązań menadżerskich. W 2001 r. strażacy spędzili łącznie na zwolnieniach 6432 dni. W 2002 r. łączna liczba dni zwolnień wyniosła 13 431, co oznaczało ponad dwukrotny wzrost. Nowy system sprawiał wrażenie bardziej rygorystycznego, gdyż przewidywał wyższe kary za dni spędzane na zwolnieniach (za każdy dzień ponad normę pracownik nie otrzymywał wynagrodzenia). Stary system nie przewidywał żadnych określonych kar za dni spędzone na zwolnieniu, jednak istniał w nim potężny bodziec: tradycja „wytrzymywania” choroby, więc strażacy przychodzili do pracy nawet wtedy, kiedy nie czuli się najlepiej. Nowa polityka zmieniła sposób postrzegania zwolnienia lekarskiego – z naruszenia przyjętego obyczaju w zawarte w umowie prawo. Kara za niestawienie się w pracy w nowym systemie nie była na tyle wysoka, by zniechęcić pracowników do absencji (wszak piętnaście dni zwolnienia to dość dużo, większość ludzi nigdy nie potrzebuje ich tak wielu), lecz jednocześnie zmieniła społeczną normę w taki sposób, że strażacy nie przychodzili do pracy w sytuacjach, w których wcześniej czuliby się do tego zobowiązani. W ich przypadku nowa polityka okazała się kosztowna, gdyż zachęcała do pozostawania do domu nawet wtedy, gdy byli zdolni do pracy. Innymi słowy, wprowadzone rozwiązanie ośmieliło pracowników do nieprzestrzegania umowy w warunkach, gdy jej naruszenie było zasadniczo bardziej kosztowne niż jej dotrzymanie. Lecz co by się stało, gdyby bodźce dobrobrno bardziej stosownie – w taki sposób, że strony nie dotrzymywałyby umowy tylko wtedy, gdyby jej złamanie było bardziej racjonalne? A gdyby straż pożarna ustaliła liczbę dni zwolnienia na poziomie, który powstrzymałby symulantów od nadużywania przywileju, lecz jednocześnie umożliwiłby chorym zakaźnie pracownikom

pozostanie w domu w sytuacji, w której – w razie braku takiej regulacji – nacisk społeczny ka- załby im zgłosić się do pracy? W tym przypadku formalizacja polityki zwolnień lekarskich mogła przynieść pewne pozytywne efekty poprzez osłabienie wpływu normy społecznej wtedy, kiedy rzeczywiście przynosiła ona więcej szkody niż pożytku. Oznacza to, że formalizacja sankcji za złamanie umowy może stanowić sposób zachę- cania stron do łamania jej warunków, gdy jest to działanie efektywne także z innych względów” (zob. Wilkinson-Ryan 2010)³⁵.

Tess Wilkinson-Ryan zastanawiała się, czy wpływ zawarcia kar w umowach mógł mieć nieoczekiwany wpływ, analogiczny do zmia- ny zachowania strażaków spowodowanego no- wą polityką korzystania ze zwolnień lekarskich. Rozważała, czy samo zwrócenie uwagi na koszt naruszenia warunków umowy (przez wpro- wadzenie do niej klauzuli o karze) ma ten sam wpływ na gotowość umawiających się stron do złamania jej warunków jak polityka dotycząca zwolnień lekarskich na bostońskich strażaków. Badaczka opracowała więc serię scenariuszy opi- sujących warunki umów i poprosiła ponad tysiąc respondentów online o udzielenie odpowiedzi na serię pytań. Połowie badanych zaprezen- towano scenariusze, w których umowy zawierały klauzulę o karach umownych, drugiej połowie – takie same scenariusze, lecz bez tej klauzuli.

Badaczka odnotowała, że gotowość respon- dentów do „efektywnego zerwania umowy” zna- cznie wzrastała, gdy miała ona klauzulę o karach.

Dlaczego? Wilkinson-Ryan wysunęła przy- puszczenie, że większość ludzi uważa zobowią- zanie umowne do wywiązania się z obietnicy za swego rodzaju *nakaz etyczny*. „Obietnica to obietnica”, a jej złamanie uważa się za czyn nie- moralny i niewłaściwy. W wyniku takiego nastawie- nia większość ludzi niechętnie zrywa umo- wę nawet wtedy, gdy takie postępowanie byłoby bardziej efektywne niż jej dotrzymanie. Jednak

w przypadku pojawienia się klauzuli o karach umownych, strony zaczynają myśleć o złamaniu zasad w kategoriach ekonomicznych: „Jak du- żo będę musiał/a zapłacić drugiej stronie, jeżeli nie dotrzymam umowy? I jaką korzyść odniosę z jej niedotrzymania?”. W wyniku tego klauzula w pewnym sensie skłania ludzi do postrzegania niewywiązania się z umowy w kategoriach efek- tywności, a nie etyki i dlatego sprawia, że tego rodzaju postępowanie staje się o wiele bardziej prawdopodobne w sytuacji, gdy złamanie umo- wy jest bardziej efektywne niż jej dotrzymanie.

Badania behawioralne i empiryczne regulacji prawnych

Teraz przejdźmy do regulacji i sprawdźmy, ja- ki wpływ może mieć behawioralny aspekt eko- nomicznej analizy prawa na politykę regulacyjną państwa. Chciałbym zaprezentować trzy przy- kłady konkluzji w tej dziedzinie. Pierwszy ma do czynienia z regulami rządzącymi niedotrzy- mywaniem zobowiązań. Drugi dotyczy sposo- bu prezentacji oraz tego, jak regulatorzy powinni najlepiej przedstawiać opcje decyzyjne konsu- mentom i sektorowi przedsiębiorców. Trzeci do- tyka istoty regulacji rządowych, czyli tego, ja- kiego rodzaju działalność w ogóle powinno się regulować.

a. Tradycyjne regulacje w gospodarce

Tradycyjny argument ekonomiczny przema- wiający za regulacją – mam tu na myśli, ogólnie rzecz biorąc, interwencję władz w warunki podaży i popytu obowiązujące na wolnym ryn- ku – można przedstawić jako środek służący do korygowania dobrze znanych przykładów za- wodności rynku. Do przykładów tych zaliczają się obecność zewnętrznych kosztów i korzyści, obecności asymetrii informacyjnych, oszustwa, istnienia lub możliwości istnienia monopolisty rynkowego, trudności konsumentów z właściwą oceną jakości dóbr (np. uzasadnienie dla licencji zawodowych), problemów z działaniami zbiorowymi i tym podobne. W tradycyjnym modelu ekonomicznym zakłada się, że konsumenci dą- żą do racjonalnie umotywowanej maksymalizacji użyteczności, a firmy – do racjonalnie umotywo- wanej maksymalizacji zysku. Zawodność rynku,

³⁵ Ta historia przypomina o odmiennych od oczekiwa- nych reakcjach na nakładane sankcje (Gneezy, Rustichini 2000). Izraelski ośrodek opieki dziennej dla seniorów w Hajfie próbował zachęcić bliskich do punktualnego odbierania rodziców, nakładając na spóźnialskich kary finansowe. Zamiast spadku liczby spóźnień, grzywna spo- wodowała podwojenie ich liczby.

czymkolwiek mogłaby być, z pewnością nie stanowi pogwałcenia racjonalności.

Oprócz opisu okoliczności, w których rynki zawodzą i wymagają pomocy regulacyjnej, by zmaksymalizować korzyści społeczne, tradycyjna ekonomia regulacji zwykle koncentrowała się na konkretnych jej formach. Ogólnie rzecz biorąc, regulacja to działanie nakazowe – określanie norm produkcyjnych *ex ante* poprzez nakazy ustawodawcze lub nadzór organu administracyjnego oraz *ex post* narażenie na odpowiedzialność odszkodowawczą zgodnie z prawem deliktów, opodatkowanie działalności tworzącej efekty zewnętrzne, subwencjonowanie efektów zewnętrznych dających korzyści itd. Jak wcześniej zauważyłem, istnieje szereg innowacji w zakresie tego rodzaju regulacji, jak np. handel zbywalnymi pozwoleniami na emisję zanieczyszczeń, lecz w przeważającej mierze regulacje mają uświęcony czasem charakter nakazowy obejmujący racjonalnych konsumentów i dostawców w celu skorygowania czegoś, co uważa się za zawodność rynku.

b. Zasady domyślne i regulacje

Zasady domyślne stanowią punkt wyjścia, od których decydenci rozpoczynają działanie. To reguły, które obowiązują, dopóki ktoś (lub w przypadku umowy, dwie strony) nie zgodzi się ich zmienić. Wyrażenie to pochodzi z języka używanego do opisu funkcjonowania oprogramowania komputerowego. Przykładowo, gdy włączamy edytor tekstu na komputerze, na ekranie widzimy pewien interfejs, zestaw kolorów, rozmiar czcionki, marginesów, konfigurację akapitu, interlinie itd. Nie musimy jednak akceptować tego rodzaju konfiguracji ani ustawień domyślnych. Możemy zmienić je na takie, które bardziej nam odpowiadają.

W prawodawstwie istnieje wiele zasad domyślnych. Na przykład właściciel nieruchomości ma prawo nie wpuszczać nikogo na swój teren, lecz może odstąpić od tego w odniesieniu do pewnych osób. Umawiające się strony wychodzą od domyślnej zasady alokacji ryzyka niewywiązania się z warunków umowy. Jeżeli strony nie określą tego rodzaju ryzyka, a ono się zmaterializuje, strony udają się do sądu, by się przekonać, która z nich powinna pokryć koszty nieuwzględnienia owego ryzyka. Sąd obciąża nim stronę, która poniosłaby niższe koszty zapobiegaw-

cze, lub ubezpieczyciela. Jeżeli strony wolą z góry określić odpowiedzialność za ryzyko, mogą się tak umówić. W amerykańskim prawodawstwie obowiązuje domyślna zasada, że każda ze stron sporu opłaca własnych prawników, lecz mogą one przyjąć inne rozwiązanie, tzw. zasadę angielską, która polega na tym, że strona przegrywająca pokrywa koszty obsługi prawnej obu stron.

Wcześniejsza generacja ekonomicznej analizy prawa sformułowała znane twierdzenie o zasadach domyślnych. Twierdzenie Coase'a w odniesieniu do analizowanej przez nas sytuacji brzmi: gdy koszty transakcyjne (koszty identyfikacji strony, z którą należy negocjować, zawierając umowę i wymuszać przestrzeganie jej warunków) są niskie, punkt wyjścia lub reguła domyślna nie ogrywają roli w efektywnej alokacji zasobów. Przykładowo, jeżeli stronie A przydzielono do czegoś prawo, lecz strona B ceni je sobie wyżej, a koszty transakcyjne między wymienionymi są bardzo niskie, przedmiotowe prawo i tak trafi do B, mimo iż początkowo przydzielono je A.

Ważna implikacja twierdzenia Coase'a polega na tym, że przy niskich kosztach transakcyjnych prawo (lub zasada domyślna) nie ma znaczenia.

Jednak psychologowie wykazali, że zasady domyślne, nawet jeżeli łatwo je zmieniać, mogą być bardzo „lepkie” (lub sztywne), to znaczy ludzie są w stanie wykazywać niechęć do ich zmiany mimo bardzo niskich kosztów. W konsekwencji, dobór zasad domyślnych może mieć bardzo duży wpływ na rzeczywiste zachowania ludzi.

Rozważmy kwestię udostępniania narzędzi do przeszczepów. W USA, kraju liczącym 320 mln mieszkańców, corocznie u około 100 tys. osób zachodzi konieczność wymiany niewłaściwie działającego narządu wewnętrznego – serca, nerki lub wątroby. Niestety, w tym samym czasie dostępnych jest ich tylko 30 tys. W wyniku tego powzięto wysiłki zmierzające do zwiększenia liczby dostępnych narządów. Kongres zdelegalizował handel nimi, więc ta droga zwiększania podaży została zamknięta.

Jedna z możliwości podniesienia podaży narządów mogłaby polegać na zmianie zasady domyślnej, rządzącej procesem rejestrowania decyzji o przekazaniu ich do przeszczepu. Obecnie w USA oraz w wielu krajach europejskich obowiązuje zasada domniemanego sprzeciwu. To znaczy, że w odpowiednich okolicznościach nikt

nie może zgodnie z prawem pobrać naszych narządów do przeszczepu, chyba że wcześniej zarejestrowaliśmy naszą zgodę. Na przykład zgodnie z prawem obowiązującym w stanie Illinois, musiałem złożyć podpis potwierdzający moją decyzję na odwołanie prawa jazdy. Dodatkowo fakt dobrowolnego złożenia przeze mnie tej deklaracji³⁶ musieli potwierdzić własnoręcznymi podpisami dwaj świadkowie. W rzeczywistości nie jest to zbyt uciążliwa procedura, lecz zmiana zasady domyślnej wymaga pewnego wysiłku.

Przeciwieństwem zasady domniemanego sprzeciwu jest zasada domniemanej zgody. W przypadku przeszczepu zasada ta głosi, że po naszej śmierci upoważniona agencja może pobrać narządy, jeżeli wcześniej nie zarejestrowaliśmy sprzeciwu. Podobnie jak w przypadku zasady domniemanego sprzeciwu koszty tego rodzaju rejestracji są nieznaczące.

Jeżeli więc koszty wyrażania bądź niewyrażania zgody są tu niewielkie, czy stosuje się do nich twierdzenie Coase'a? Innymi słowy, bez względu na obowiązującą zasadę w przypadku przeszczepiania narządów, czy zajdzie efektywna alokacja zasobów ze względu na bardzo niskie koszty zmiany zasady domyślnej?

Tego przewidywania nie potwierdzają dowody. Zgromadzone dane sugerują, że istnieją bardzo duże różnice między liczbą narządów udostępnianych do przeszczepów w przedstawionych powyżej systemach zależnie od przyjętej zasady domyślnej. Ich liczba jest znacząco wyższa w systemach, w których obowiązuje zasada domniemanej zgody.

85% Amerykanów próbuje przekazywanie narządów do przeszczepów i wyraża zgodę na oddanie własnych na wypadek zgonu³⁷. Jednak mniej niż 50% obywateli rzeczywiście podjęło tego rodzaju decyzję, a zaledwie 28% spośród nich podpisało kartę dawcy lub w taki czy inny sposób ujawniło podjętą decyzję. Badania przeprowadzone w Niemczech, Hiszpanii i Szwecji

wykazały, że mieszkańcy tych krajów mają dokładnie takie samo zdanie na temat przeszczepiania narządów oraz że zrobili równie niewiele w tym kierunku co obywatele USA.

Erica Johnson i Daniel Goldstein przeprowadzili trzy eksperymenty mające na celu wyjaśnienie tego zastanawiającego faktu (Johnson, Goldstein 2003). Pierwszy polegał na przeprowadzeniu badania online z udziałem 161 respondentów. Jego scenariusz przewidywał, że wszyscy badani niedawno przenieśli się do nowego stanu i musieli podjąć decyzję odnośnie do przekazania własnych narządów do przeszczepu na wypadek zgonu. Jednej trzeciej respondentów powiedziano, że w tym stanie obowiązuje zasada domniemanego sprzeciwu, lecz przewiduje się możliwość wyrażenia zgody. Kolejną jedną trzecią uczestników badania poinformowano, że w tym stanie panuje zasada domniemanej zgody, lecz przewiduje się możliwość wyrażenia sprzeciwu. Ostatnią jedną trzecią powiadomiono, że nie istnieją żadne zasady domyślne i każda osoba musi jednoznacznie zadeklarować, czy chce być dawcą, czy nie.

Wyniki badania okazały się bardzo pouczające. Odsetek osób zgadzających się na przekazanie własnych narządów do przeszczepu był mniej więcej dwa razy wyższy w sytuacji, gdy należało wyrazić sprzeciw niż wtedy, gdy trzeba było wyrazić zgodę, mimo że koszt rejestracji obu opcji pozostawał taki sam³⁸. W ostatnim, neutralnym, przypadku, 79% badanych zgodziło się na oddanie narządów, co stanowiło nieznacznie niższy odsetek niż w przypadku respondentów, którzy zgodzili się je przekazać w systemie domniemanej zgody z możliwością wyrażenia sprzeciwu³⁹.

³⁸ Odsetek osób zgadzających się na pobranie narządów wynosił 42%, gdy respondenci musieli zadeklarować zgodę, i 82%, gdy trzeba było zadeklarować sprzeciw.

³⁹ Nadal nie bardzo wiadomo, dlaczego te odsetki różnią się tak znacznie w przypadku, gdy koszty wyrażenia zgody i sprzeciwu są równe. Johnson i Goldstein proponują trzy możliwości: (1) respondenci interpretują zasadę domyślną jako zalecenie decydentów, (2) przyjęcie zasady domyślnej faktycznie odbywa się bez kosztów, podczas gdy wyrażenie sprzeciwu wiąże się z kosztami, a ludzie działają w taki sposób, by zmniejszać koszty ponoszone przez siebie, (3) zasada domyślna wyraża *status quo*, a ludzie wolą go przestrzegać. Żadna z powyższych hipotez nie wyjaśnia wyników wersji neutralnej opisywanego eksperymentu.

³⁶ Obecnie procedura rejestrowania tego rodzaju decyzji jest łatwiejsza. Po prostu należy wejść na witrynę internetową Sekretariatu Stanu Illinois, który prowadzi sprawę związaną z prawami jazdy, i tam zarejestrować zgodę na pobranie narządów na wypadek zgonu.

³⁷ W tej części opieram się na materiale zaczerpniętym z mojego artykułu „Behavioral law and economics: Law, policy and science” (w druku).

Johnson i Goldstein porównywali również w różnych krajach europejskich odsetek narządów przekazywanych do przeszczepów, który różni się zależnie od tego, czy obowiązuje zasada domniemanej zgody z opcją wyrażenia sprzeciwu, czy też domniemanego sprzeciwu z opcją wyrażenia zgody. W czterech krajach, w których obowiązuje zasada domniemanego sprzeciwu – w Danii, Holandii, Wielkiej Brytanii i Niemczech – wskaźnik ten jest o wiele niższy (w Danii 4,25%, w Niemczech 12%, w Wielkiej Brytanii 17,17%, w Holandii 27,5%). W sześciu krajach, w których obowiązuje zasada domniemanej zgody – w Austrii, Belgii, Francji, na Węgrzech, w Polsce, Portugalii i Szwecji – odsetek przekazywanych narządów jest znacznie większy. Najniższy wynosi 85,9%, a najwyższy ponad 99%.

Nie wydaje się, by wyznanie, liczba ludności, zróżnicowanie etniczne bądź dochód na głowę mieszkańca stanowiły statystycznie znaczące zmienne objaśniające tak ogromne rozbieżności liczby osób wyrażających zgodę przeszczepów opisaną kwestii.

Na koniec, autorzy wykonali także analizę regresyjną, w której zmienną zależną stanowiła rzeczywista liczba narządów przekazanych (przypuszczalnie w proporcji do liczby ludności), a zmienne niezależne zawierały zmienną fikcyjną – czy w danym kraju obowiązywała zasada domniemanej zgody czy domniemanego sprzeciwu. Uzyskane wyniki były jednoznaczne: „Jeżeli obowiązuje zasada domniemanej zgody, liczba przekazanych narządów wzrasta o 16,3%”.

Co ciekawe, poczynając od lat sześćdziesiątych XX w., mniej więcej dwie trzecie stanów USA przyjęło przepisy o domniemanej zgodzie przekazywania niektórych części ciała, takich jak rogowki, przysadki, pewne rodzaje tkanek i narządów. Jednolita ustawa o przekazywaniu narządów z 1987 r. (UAGA) przyjęła zasadę domniemania zgody w odniesieniu do ograniczonej liczby narządów. Jednak poprawka z 2006 r. wyeliminowała domniemaną zgodę, zastępując ją koniecznością osobistego wyrażenia jej przez dawcę lub przez członków najbliższej rodziny. Zmienioną ustawę ratyfikowało trzydzieści kilka stanów oraz Dystrykt Kolumbia, lecz kilka z nich zachowało zasadę domniemanej zgody jedynie w przypadku rogowek (zob. Orentlicher 2009).

Z przedstawionego powyżej przykładu płynnie następująca nauka – zasady domyślne mają znaczenie. Strony umowy są skłonne ich przestrzegać i niechętnie się z nich wycofują, mimo że koszt tego rodzaju czynności jest bardzo niski.

c. Ekonomia behawioralna i regulacje

Powyżej posłużyłem się przykładem znanego eksperymentu Kahnemana i Tversky'ego, który zademonstrował, że sposób prezentacji sytuacji wyboru z niepewnym wynikiem – w dużej mierze w kontekście zysków i strat – może mieć znaczny wpływ na wybór opcji przez respondentów.

To spostrzeżenie rodem z ekonomii behawioralnej może także wpływać na to, co i jak regulujemy. Weźmy pod uwagę przepisy dotyczącą gazów cieplarnianych – CO₂ i innych. Większość krajów – z wyjątkiem USA – podejmuje próby ograniczenia zużycia paliw kopalnych oraz emisji tychże gazów. Jednym z najprostszych sposobów jest podnoszenie ceny paliw kopalnych do poziomu zawierającego ocenę efektów zewnętrznych powodowanych przez te paliwa. Problem polega na tym, że obecnie – przynajmniej w Ameryce – istnieje bardzo silny sprzeciw społeczny wobec podnoszenia podatków, co dotyczy szczególnie wzrostu cen benzyny (a także innych paliw).

W takim razie, czy moglibyśmy wykorzystać wyniki badań behawioralnych do przekonania konsumentów, by korzystali z bardziej energooszczędnych urządzeń i samochodów? Jedną z tradycyjnych metod polega na subwencjonowaniu urządzeń niskoemisyjnych, w tym samochodów, poprzez wprowadzanie ulg podatkowych dla nabywców pojazdów z napędem elektrycznym.

Niestety, oparte na cenie regulacje mające na celu ograniczenie poziomu emisji gazów cieplarnianych niezbyt dobrze sprawdziły się w praktyce. Posłużmy się następującym przykładem: w ciągu kilkudziesięciu ostatnich lat dzięki postępowi technicznemu sprawność lodówek wzrosła o około 75%, lecz mniej więcej w takim samym stopniu podniósł się odsetek amerykańskich gospodarstw domowych posiadających dwie lodówki lub więcej. W wyniku tego nie zanotowano spadku całkowitej emisji spowodowanej używaniem owej grupy sprzętu domowego.

Czy możemy zatem wprowadzić takie regulacje, które skłonią konsumentów do wyboru bardziej energooszczędnych urządzeń? Zapewne tak. Do tego celu można byłoby wykorzystać efekt prezentacji, czyli zmienić sposób przedstawiania różnicy między oszczędnością energii i jej brakiem. Na przykład moglibyśmy zaprezentować inwestycje w energooszczędne urządzenia jako unikanie strat zamiast jako realizację zysków. Moglibyśmy wyeksponować fakt, że energooszczędna lodówka umożliwia zaoszczędzenie takiej to a takiej kwoty w zakresie emisji gazów cieplarnianych w ciągu miesiąca, zamiast powtarzać konsumentom, że ich rachunki zmniejszą się o określoną kwotę.

Drugi aspekt motywowanej behawioralnie polityki regulacyjnej mógłby polegać na zarzuceniu powiązanych z ceną sposobów przekonywania ludzi do ograniczania zużycia prądu, a co za tym idzie, emisji gazów cieplarnianych, zamiast tego informując o poziomie ich zużycia w porównaniu z sąsiadami. Okazuje się, że w pewnych przypadkach jest to nadzwyczaj proste i skuteczne rozwiązanie. Okazuje się, że umieszczenie pojemników na zużyty papier tuż za drzwiami biura (czyli w miejscu, w którym każdy widzi, co robią inni) z reguły przyczynia się do wzrostu ilości papieru poddawanego recyklingowi o 50% w porównaniu z sytuacją, w której te same pojemniki umieszcza się w zaciśnięciu gabinetów. Nieco bardziej finezyjny sposób polega na informowaniu konsumenta na fakturze za prąd elektryczny, jak wiele energii wykorzystuje w porównaniu z sąsiadami. Okazuje się, że ten drobny zabieg wywiera o wiele silniejszy wpływ na zużycie energii niż podnoszenie cen prądu.

Po trzecie, instalowanie zintegrowanych z produktem ekranów informacyjnych pokazujących poziom wykorzystania energii może mieć znaczący wpływ na strukturę zużycia. Mam nowy samochód wyposażony w ekran, który powiadamia mnie na bieżąco, ile paliwa spalę na sto kilometrów. Ponadto prędkościomierz świeci się na zielono, gdy jadę bardziej ekologicznie, i na biało, jeżeli robię to mniej oszczędnie. Fakt, że mogę zobaczyć na własne oczy, jak mój styl jazdy odbija się na sprawności energetycznej samochodu ma duży wpływ na moje decyzje jako kierowcy. Zauważyłem, że teraz jeżdżę o wiele wolniej

niż wcześniej. Wiem też, że mój samochód spala mniej paliwa niż jakikolwiek inny wcześniejszy posiadany przeze mnie pojazd nie tylko dlatego, że z natury jest bardziej oszczędny, lecz także dlatego, iż natychmiast sygnalizuje mi, jak oszczędnie się poruszam⁴⁰.

d. Przepisy w dziedzinie ochrony finansowej konsumenta

Spostrzeżenia o charakterze behawioralnym są też w stanie sugerować, jakie dziedziny życia należy regulować. Mogą one prowadzić do odmiennych wniosków niż te, które osiągnięto w przeszłości, korzystając z uzasadnień regulacji proponowanych przez tradycyjną ekonomię.

Przyjrzyjmy się regulacjom finansowym obowiązującym na rynku kredytów konsumpcyjnych. Według standardowego modelu ekonomicznego jedynym uzasadnieniem interwencji regulacyjnych na rynku finansowym jest korygowanie jego zawodności. Lecz jeżeli rynki finansowe są konkurencyjne (bo takie są), jeżeli przepływ informacji przebiega właściwie, jeżeli oszukańcze praktyki są skutecznie eliminowane i jeżeli konsumenci podejmują rozsądne decyzje (jak zakłada standardowy model), trudno znaleźć argumenty przemawiające za obszerniejszą regulacją produktów finansowych kierowanych do masowego odbiorcy niż ta, która istnieje obecnie.

Jak już się jednak przekonaliśmy, ekonomia behawioralna wskazała na jeszcze jedną przyczynę wprowadzania regulacji, mianowicie na korygowanie przewidywalnych pomyłek dających się przypisać niedoskonałej racjonalności konsumentów i dostawców⁴¹.

⁴⁰ Vandenbergh i wsp. donoszą, że „informacje zwrotne dostarczane przez ekrany zintegrowane z produktem (...) prowadzą do mniej więcej 10-procentowej oszczędności paliwa z powodu zmian przyzwyczajęń kierowców” (Vandenbergh, Carrico, Schultz-Bressman 2011). Więcej ciekawych spostrzeżeń na temat możliwych związków między ekonomią behawioralną a regulacjami można znaleźć w następujących pracach: Camerer i wsp. 2003; Barr, Mullainathan, Shafir 2009; Thaler, Sunstein 2008.

⁴¹ Nie zamierzam tu sugerować, że niedoskonała racjonalność jest tak bardzo rozpowszechniona, by uzasadniała hurtową krytykę działania rynków konkurencyjnych. Uważam, że jeżeli podstawą dla pewnych regulacji stają się względy behawioralne, musi istnieć poparty dowoda-

Istnieje coraz więcej dowodów na to, że pewne przewidywalne błędy popełniane przez konsumentów skłaniają ich do nieracjonalnego korzystania z kart kredytowych. Na przykład prawie wszyscy nabywający za ich pomocą towary i usługi są zobowiązani do comiesięcznego pokrywania wszelkich należności wobec banku. Mimo to 80% konsumentów nie spłaca w terminie należnych kwot, rolując niekiedy znaczne zadłużenie z miesiąca na miesiąc. Wykazują nadmierny optymizm co do swoich zdolności spłacania długów, co pociąga za sobą bardzo wysokie koszty. Przeciętna stopa oprocentowania kredytu konsumpcyjnego w USA według stanu na początek lipca 2012 r. wynosi około 17% rocznie. Dla porównania, najwyższe dostępne odsetki od depozytów składanych w amerykańskich bankach w tym samym czasie wynoszą 1% rocznie lub są nawet nieznacznie niższe. Firmy wydające karty kredytowe najwyraźniej wykorzystują nadmierny optymizm swoich klientów.

Te fakty przemawiają za koniecznością wprowadzenia jakichś regulacji w dziedzinie kredytów konsumpcyjnych w pewnej mierze po to, by chronić konsumentów przed kredytodawcami⁴².

Jak najlepiej dokonać tego rodzaju regulacji, to kwestia nadal stanowiąca w USA przedmiot dyskusji. W tym miejscu wspomnę tylko, że z najważniejszych elementów ustawy Dodd-Franka przyjętej w ubiegłym roku było powołanie Biura Ochrony Finansowej Konsumenta (Consumer Finance Protection Bureau)⁴³.

3. Zakończenie

Jedną z najbardziej godnych podziwu cech ekonomicznej analizy prawa jest potencjał zmian i rozwoju tej gałęzi nauki. Nie jest już tą samą dziedziną, którą poznawałem trzydzieści lat temu, lecz dyscypliną o wiele bogat-

mi empirycznymi jednoznaczny i istotny związek między przewidywalnym błędem systematycznym popełnianym przez konsumenta lub dostawcę w procesie podejmowania decyzji oraz konkretną korygującą interwencją regulacyjną.
⁴² Odmiennie poglądy na temat celowości wprowadzania regulacji mających na celu ochronę konsumentów na rynku finansowym wyrażają Bar-Gill 2008; Epstein 2008.

⁴³ Nawiasem mówiąc, powołanie tego biura spotkało się z zacieklej sprzeciwem banków i innych instytucji finansowych.

szą. Moim zdaniem przyniesie nam ona jeszcze wiele ciekawych odkryć. Bardziej zniuansowany i dogłębny opis procesu podejmowania decyzji przez ludzi jako wynik prac badaczy z dziedziny ekonomii behawioralnej zapewne doprowadzi do powstania ogólnej teorii w tej kwestii w ciągu najbliższych 20–30 lat. Nie można także nie doceniać perspektyw, jakie stoją przed empirycznymi badaniami prawa. W miarę gromadzenia coraz większej ilości danych i dzięki zastosowaniu coraz sprawniejszych technik analitycznych, z pewnością dowiemy się znacznie więcej na temat tego, jak uczynić prawo bardziej sprawnym, bardziej elastycznym oraz – tak – bardziej sprawiedliwym i efektywnym.

Bibliografia

- Abramowicz M., Ayres I., Listokin Y. (2009). „Randomizing law”, *University of Pennsylvania Law Review*, nr 159.
- Bar-Gill O. (2008). „The behavioral economics of consumer contracts”, *Minnesota Law Review*, nr 92
- Barr M.S., Mullainathan S., Shafir E. (2009). „The case for behaviorally informed regulation”, w: D. Moss, J. Cisternino (red.), *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: The Tobin Project.
- Camerer C., Issacharoff S., Loewenstein G., O'Donoghue T., Rabin M. (2003). „Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for ‘Asymmetric Paternalism’”, *University of Pennsylvania Law Review*, nr 151.
- Cooter R., Ulen T.S. (2011). *Law and Economics* (wyd. 6). Boston: Prentice Hall.
- Cross F.B. (2011). „Tort law and the U.S. economy”, *Minnesota Law Review*, nr 96.
- Donohue J.J. III, Levitt S.D. (2001). „The impact of legalized abortion on crime”, *Quarterly Journal of Economics*, nr 116.
- Donohue J.J. III, Wolfers J. (2005). „Uses and abuses of empirical evidence in the death penalty debate”, *Stanford Law Review*, nr 58.
- Epstein R. (2008). „The neo-classical economics of consumer contracts”, *Minnesota Law Review*, nr 92.
- Farber D. (2008). „Modeling climate change and its impacts: Law, policy, and science”, *Texas Law Review*, nr 86.
- Galanter M. (2004). „The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts”, *Journal of Employment Legal Studies*, nr 1.

- Garoupa N., Ulen T.S. (2007). *The market for legal innovation: Law and economics in Europe and the United States*. University of Illinois Law and Economic Research Paper No. LE07-009.
- Gilson R.A. (1984). „Value creation by business lawyers: Legal skills and asset pricing”, *Yale Law Journal*, nr 94.
- Gneezy U., Rustichini A. (2000). „A fine is a price”, *Journal of Legal Studies*, nr 29.
- Holmes O.W. (1897). „The path of the law”, *Harvard Law Review*, nr 10.
- Johnson E.J., Goldstein D. (2003). „Do defaults save lives?”, *Science*, nr 302.
- Kahneman D. (2003). „Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics”, *American Economic Review*, nr 93.
- Kaplow L., Shavell S. (2006). *Fairness Versus Welfare*. Cambridge–London: Harvard University Press.
- Korobkin R.B., Ulen T.S. (2000). „Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics”, *California Law Review*, nr 88.
- Lawless R.M., Robbenolt J.K., Ulen T.S. (2010). *Empirical Methods in Law*. New York: Aspen Publishers
- Levitt S.D. (2004). „Understanding why crime fell in the 1990s: Four factors that explain the decline and six that do not”, *Journal of Economic Perspectives*, nr 18.
- Levitt S.D., Miles T.J. (2007). „Empirical study of criminal punishment”, w: A.M. Polinsky, S. Shavell (red.), *Handbook of Law and Economics* (t. 1). Amsterdam–London: Elsevier.
- Orentlicher D. (2009). „Presumed consent to organ donation: Its rise and fall in the United States”, *Rutgers Law Review*, nr 61.
- Perillo J.M. (2000). „Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference”, *Fordham Law Review*, nr 68.
- Posner E., Sunstein C.R. (2007). „Climate change justice”, *Georgetown Law Journal*, nr 96.
- Posner R.A. (2010). *Economic Analysis of Law* (wyd. 8). Aspen Publishers
- Robinson P.H., Darley J.M. (2004). „Does criminal law deter? A behavioral science investigation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 24.
- Silver C.M. (2002). „Does civil justice cost too much?”, *Texas Law Review*, nr 80.
- Sourcebook on Criminal Justice Statistics*, <http://www.albany.edu/sourcebook>.
- Thaler R.H., Sunstein C.R. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.
- Tietenberg T. (2003). „The tradable permits approach to protecting the commons: Lessons for climate change”, *Oxford Review of Economic Policy*, nr 19.
- Ulen T.S., „Behavioral law and economics: Law, policy, and science”, *The Supreme Court Economic Review* (w druku).
- Ulen T.S. (1984). „The efficiency of specific performance”, *Michigan Law Review*, nr 83.
- Vandenbergh M.P., Carrico A.R., Schultz-Bresman L. (2011). „Regulation in the behavioral era”, *Minnesota Law Review*, nr 95.
- Vandenbergh M.P., Steinemann A.C. (2007). „The carbon-neutral individual”, *NYU Law Review*, nr 82.
- West R.F., Meserve R.J., Stanovich K. (2012). „Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot”, *Journal of Personality and Social Psychology*, nr 103 (3).
- Wilkinson-Ryan T. (2010). „Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment”, *Michigan Law Review*, nr 108.

Źródła internetowe:

- http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/kahneman.html.
- <https://www.mturk.com/mturk/welcome>.
- <http://www.hotcoffeethemovie.com/Default.asp>.

An introduction to law and economics with applications to contract law and governmental regulation

The author starts his essay with a brief overview of law and economics as a research discipline and offers examples of how its analysis differs from that of doctrinal analysis, an older style of legal analysis. Next, he focuses on what he considers to be the two most important developments in the area – the incorporation of behavioural economics into the analysis of law and the emergence of empirical legal studies. After explaining why he considers them to be of such importance, he gives examples of how the legal and regulatory policies suggested by these developments significantly differ from the previous ones.

Key words: law and economics, behavioural economics, contract law, property law, tort law.