

Michał ARASZKIEWICZ*

EFEKTYWNOŚĆ EKONOMICZNA ORAZ INNE KRYTERIA OCENY STANÓW RZECZY W EKONOMICZNEJ ANALIZIE PRAWA¹

(Streszczenie)

Artykuł koncentruje się na problemie metodologicznym stosowanych w ekonomicznej analizie prawa kryteriów oceny stanów rzeczy. Zgodnie z podstawową tezą normatywną, prawo, analizowane na różnych poziomach (na przykład: instytucji prawnych, regulacji prawnych, orzecznictwa sądowego, procesu legislacyjnego), powinno być ekonomicznie efektywne. Ta teza, wraz z założonym aparatem pojęciowym, tworzy podstawę teoretyczną modelowania ekonomicznego zjawisk prawnych. Podstawowe pojęcie efektywności ekonomicznej nie jest często przedmiotem analiz, z wyjątkiem wprowadzających omówień o charakterze podręcznikowym.

Artykuł jest próbą zainicjowania pogłębionych rozważań dotyczących podstawowych założeń pojęciowych ekonomicznej analizy prawa. W szczególności, dwa następujące elementy kryteriów ekonomicznych stosowanych do oceny stanów rzeczy winny być starannie rozróżniane: parametr stosowany do kwantyfikacji stanów rzeczy oraz stosowane ujęcie ulepszenia oraz stanu optymalnego. Jeżeli chodzi o pierwszy z tych aspektów, dyskutowane są dwa zasadnicze parametry: pieniądz (bogactwo) oraz użyteczność (względnie dobrobyt, aczkolwiek pojęcia te nie są tożsame, zatem nie powinny być stosowane wymiennie). W zakresie drugiego zagadnienia, standardowe pojęcia ekonomicznej efektywności w rozumieniu Pareto i Kaldora–Hicksa są dyskutowane na tle szerszego pojęcia kryteriów kompensacyjnych. Dyskutowane jest również pojęcie funkcji dobrobytu społecznego. Konkluzją artykułu jest twierdzenie, zgodnie z którym konieczne jest prowadzenie pogłębionych analiz metodologicznych założeń przyjmowanych przez wyżej wymienione kryteria, także w nawiązaniu do najnowszej literatury przedmiotu. W przeciwnym wypadku modelowanie ekonomiczne zjawisk prawnych wsparte będzie na wątych podstawach.

Słowa kluczowe: dobrobyt; efektywność ekonomiczna; funkcja dobrobytu społecznego; kryterium Pareto; kryterium Kaldora–Hicksa; maksymalizacja bogactwa

* Dr, Katedra Teorii Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński; e-mail: michal.araszkiewicz@uj.edu.pl

¹ Opracowanie powstało w ramach realizacji grantu NCN nr 2012/07/B/HS4/02994 „Nieodpłatna pomoc prawna w Polsce z perspektywy ekonomicznej analizy prawa. Stan obecny i rekomendowany”.

1. Wprowadzenie

Celem badań prowadzonych w normatywnym nurcie ekonomicznej analizy prawa (EAP) jest budowanie modeli ekonomicznych zjawisk prawnych, a następnie dokonywanie oceny analizowanych stanów rzeczy względem wybranego kryterium oraz wybór najlepszego wariantu decyzji prawnej. Niniejszy artykuł stanowi pierwszą część cyklu publikacji, które odnosić się będą w sposób bardziej szczegółowy do niektórych podstawowych problemów EAP. Kryteria efektywności wykorzystywane w analizach EAP wywodzą się przede wszystkim z nauk ekonomicznych. Ich ujęcia w obrębie EAP są nieco uproszczone i abstrahują od kontrowersji, które były i w dalszym ciągu są dyskutowane w filozoficzno-ekonomicznej literaturze przedmiotu.

Kolejność rozważań jest następująca. W części drugiej, mającej charakter wprowadzający, prezentowane są w ujęciu pogładowym najważniejsze tezy EAP, a także poziomy dyskursu prawnego, na których narzędzia ekonomiczne mogą być wykorzystywane. W każdej z dziedzin tego dyskursu narzędzia EAP powinny umożliwić klasyfikowanie stanów rzeczy z uwagi na wybrane kryteria ekonomiczne i porównywanie tych stanów rzeczy celem wyboru optymalnej decyzji prawnej. Dwa zagadnienia są kluczowe w tym kontekście: dobór parametru, którym mają być kwantyfikowane poszczególne stany rzeczy, jak również wyznaczenie kryterium stosowanego do oceny poszczególnych stanów rzeczy z uwagi na dobrany parametr. W konsekwencji, część trzecia odnosi się do problemu doboru parametru. W tym zakresie przywoływane jest klasyczne posnerowskie kryterium maksymalizacji bogactwa, oraz, z drugiej strony, różne ujęcia abstrakcyjnego pojęcia użyteczności (*utility*). Część czwarta poświęcona jest podstawowemu pojęciu efektywności ekonomicznej oraz celowości klasycznego rozróżnienia efektywności w sensie Pareto oraz innych kryteriów efektywności ekonomicznej. W części ostatniej prezentowane są wnioski z przedstawionej dyskusji, które mogą być wzięte pod uwagę w praktyce stosowania metod ekonomicznych w badaniu rzeczywistości prawnej.

2. Ekonomiczna analiza prawa a dyskurs prawny

Nie jest konieczne prezentowanie w tym miejscu, nawet skrótowo, uwag wprowadzających na temat EAP ani jej genezy, gdyż są to zagadnienia dobrze opracowane

w literaturze polskiej² oraz przede wszystkim światowej³; ponadto na język polski przełożony został w ostatnim czasie klasyczny podręcznik z tego zakresu⁴. Nie jest również celem tej pracy prezentowanie poszczególnych szkół EAP⁵. Dla celów niniejszego opracowania wystarczającym jest zaprezentowanie podstawowych tez ekonomicznej teorii prawa, przy czym należy mieć na uwadze, że ekspozycja ta ma charakter poglądowy i pomija wiele ważnych niuansów (sformułowania bronione przez poszczególnych autorów mogą się różnić, zaś nie wszyscy autorzy są skłonni do akceptowania wszystkich spośród wymienionych poniżej tez).

EAP może być uprawiana jako teoria opisowa lub jako teoria normatywna (częstym zjawiskiem jest łączenie obu tych perspektyw). Tezy deskryptywne nie są jednak relewantne z punktu widzenia celów niniejszego opracowania. W zakresie tez normatywnych należy przede wszystkim przypomnieć następujące:

Teza o maksymalizacji (TM). Według tej tezy (stanowiącej uogólnienie bardziej szczegółowych tez dyskutowanych w literaturze) rzeczywistość prawną, jak również poszczególne jej wycinki, należy uznać za tym bardziej pożądane, w im większym stopniu realizują pewne kryterium wskazywane przez daną wersję ekonomicznej teorii prawa.

W zależności od stosowanego kryterium, oraz w zależności od przyjętego w danym modelu przedmiotu analizy, TM może być konkretyzowana, na przykład, w następujące sposoby:

Teza (normatywna) o efektywności ekonomicznej (TEE). Prawo (porządek prawny jako całość, system sądownictwa, dana regulacja prawna, rozstrzygnięcie sądowe w danej sprawie etc.) winno być ekonomicznie efektywne.

Teza (normatywna) o maksymalizacji bogactwa (TMB). Prawo (porządek prawny jako całość etc.) winno maksymalizować bogactwo.

Teza (normatywna) o maksymalizacji dobrobytu (TMD). Prawo (porządek prawny jako całość etc.) winno maksymalizować dobrobyt społeczny.

² **J. Stelmach, B. Brożek, W. Zaluski**, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007; **R. Stroiński**, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law and Economics)*, w: **M. Bednarski, J. Wilkin** (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, LexisNexis, Warszawa 2003.

³ **R. Posner**, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 7th ed., New York 2007; **E. Mackaay**, *The History of Law and Economics*, w: **B. Bouckaert, G. De Geest** (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Volume 1: *The History and the Methodology of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham 2000, <http://encyclo.findlaw.com/>; stan na dzień 8.05.2015 r. oraz wiele innych.

⁴ **R. Cooter, T. Ulen**, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

⁵ **E. Mackaay**, *Schools: General*, w: **B. Bouckaert, G. De Geest** (red.), *Encyclopedia...*

Nietrudno zauważyć, że poszczególne konkretyzacje TM mogą uzasadniać różne wnioski co do oceny poszczególnych stanów rzeczy. Zagadnienie to będzie przedmiotem szczegółowej dyskusji w dalszej części opracowania.

Argumentacje oparte na tezach EAP mogą być stosowane na każdym z istniejących poziomów argumentacji prawniczej. Przypomnieć należy w tym zakresie, że wyróżnia się następujące poziomy, na których argumentacja prawnicza może być prowadzona⁶:

1. Proces legislacyjny.
2. Prowadzenie negocjacji niezwiązanych ze sferą prawa prywatnego (na przykład negocjowanie umów międzynarodowych lub układów zbiorowych pracy).
3. Stosowanie prawa (zarówno sądowe, jak i pozasądowe).
4. Opracowywanie i wyjaśnianie prawa (zarówno dla celów teoretycznych – np. przez dogmatyków lub teoretyków prawa, jak i dla celów praktycznych – np. przez pełnomocników profesjonalnych, doradców etc.).

Z uwagi na wielką złożoność fenomenów świata prawa, konstruowanie modeli ekonomicznych musi być związane ze stosowaniem, często daleko idących, uproszczeń. Twórca modelu ekonomicznego staje w takiej sytuacji przed trudnym zadaniem selekcji elementów danego stanu rzeczy nadających się do operacjonalizacji jako zmienne. W szczególności, bardzo trudnym zadaniem jest identyfikacja efektów zewnętrznych danej zmiany legislacyjnej.

3. Problem parametru

Podstawowym problemem dokonywania oceny stanów faktycznych z punktu widzenia EAP jest dobór odpowiedniego parametru⁷, za pomocą którego poszczególne porównywane obiekty mogą być kwantyfikowane, porównywane oraz porządkowane.

W badaniach z zakresu EAP stosuje się zarówno pojęcie pieniądza, jak również pojęcia bardziej abstrakcyjne, takie jak użyteczność (*utility*), dobrostan (*well-being*), czy też dobrobyt społeczny (*socialwelfare*). Wady i zalety posługiwania się każdą z tych kategorii stanowią od dawna przedmiot dyskusji w obrębie (metodologii) EAP.

⁶ A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Księgarnia Akad. Wyd. Naukowe, Kraków 1999, s. 25–26.

⁷ Por. H. Kerkmesteer, *Methodology: General*, w: B. Bouckaert, G. De Geest, (red.), *Encyclopedia...*

W pierwszej kolejności należy odnieść się do modeli wykorzystujących parametr pieniądza. Modele budowane z tego parametru unikają wielu trudności związanych z posługiwaniem się wieloznacznym i z wielu względów kłopotliwym pojęciem użyteczności czy też dobrostanu. Zwolennikiem stosowania parametru pieniądza jest przede wszystkim Richard Posner, autor kryterium maksymalizacji bogactwa (*wealth maximization*). Bogactwo (*wealth*) definiuje Posner jako wartość wszelkich materialnych i niematerialnych dóbr w społeczeństwie, wyrażoną w dolarach albo w jednostkach przeliczalnych na dolary⁸. Nie muszą to być dobra faktycznie obecne w obrocie handlowym, ale muszą być kwantyfikowalne w pieniądzu⁹. Jedyne typ preferencji jednostek, mający znaczenie w związku z kryterium Posnera, jest zwany skłonnością do zapłaty (*willingness to pay*, dalej WTP). Na przykład, jednostka posiada WTP równe 1000 dolarów w stosunku do pewnego dobra, jeżeli jest skłonna zapłacić za nie cenę nie wyższą niż 1000 dolarów i rzeczywiście dysponuje tą kwotą. Analogonem WTP jest skłonność do przyjęcia określonej kwoty za dane dobro (*willingness to accept*, WTA). Jednostka posiada w stosunku do pewnego dobra WTA równe 1000 dolarów, jeżeli jest skłonna przyjąć za odstąpienie tego dobra kwotę nie niższą niż 1000 dolarów. Stan maksymalizacji bogactwa następuje, gdy wszystkie dobra społeczne znajdują się w rękach osób, które przejawiają w stosunku do tych dóbr najwyższe WTP¹⁰. I tak, w szczególności, każda dobrowolna wymiana dóbr spowoduje maksymalizację bogactwa społecznego. Celem prawa winno być dążenie do maksymalizacji bogactwa.

Kryterium Posnera należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia jego prostej, prowadzącej do łatwego rozwiązywania problemów kwalifikacyjnych: jeżeli bowiem dana osoba będzie przejawiała WTP w określonej wysokości, to okoliczność ta będzie empirycznie obserwowalna i sprawdzalna. Kryterium to znacząco ułatwia także konstruowanie modeli z zastosowaniem skal nie tylko porządkowych, ale także interwałowych oraz ilorazowych, a to z tego względu, że ilość pieniądza może być liczona z zastosowaniem liczb całkowitych lub rzeczywistych. Nie jest to jednak kryterium zupełne, gdyż zaistnieją sytuacje wzajemnie nieporównywalne ze względu na to kryterium. Jeżeli na przykład osoby A i B mają po sto złotych, to maksymalizacja bogactwa nie rozstrzygnie, która z nich wyżej ceni każde z dóbr, które jest warte więcej niż sto złotych.

⁸ R. Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, Journal of Legal Studies 1979/8, s. 119.

⁹ R. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press 2004, s. 98.

¹⁰ R. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, Journal of Legal Studies 1980/9, s. 191.

Jeżeli dobro zostanie przyznane A, to będzie je cenił bardziej, ponieważ B nie może przejawiać WTP w stosunku do tego dobra, i odwrotnie¹¹.

Kryterium maksymalizacji bogactwa prowadzi do utrwalenia nawet skrajnie niesprawiedliwej dystrybucji dóbr. W literaturze filozoficzno-prawnej znana jest wymiana argumentów pomiędzy Richardem Posnerem a Ronaldem Dworkinem, dotycząca uzasadnienia posługiwania się tym kryterium przy dokonywaniu ocen różnych zjawisk prawnych¹². Sam Posner obecnie nie postuluje już zasady maksymalizacji bogactwa jako wyłącznego celu prawa, lecz ogranicza się do wskazywania jej zastosowań, pisząc o pragmatycznym uzasadnieniu stosowania tego kryterium¹³.

Alternatywą dla stosowania parametru pieniądza jest abstrakcyjne pojęcie użyteczności (*utility*) ewentualnie dobrostanu (*well-being*). Nie byłoby w tym miejscu celowe dokonywanie szczegółowej egzegezy posługiwania się tymi pojęciami przez poszczególnych autorów. Natomiast uzasadnione jest zaprezentowanie poszczególnych propozycji znaczeniowych, jakie nadaje się wskazanym wyżej pojęciom. Najprostszym ujęciem jest niewątpliwie preferencjalizm prosty. W tym ujęciu twierdzi się, że stan faktyczny S_1 jest dla osoby P lepszy niż stan S_2 (zwiększa jej użyteczność) jeżeli osoba ta preferuje stan S_1 nad S_2 , przy czym preferencjalizm prosty nie nakłada żadnych ograniczeń na treść preferencji jednostek. Źródłem wiedzy o preferencjach jednostek są ich zachowania. Preferencjalizm prosty budzi wiele zastrzeżeń z normatywnego punktu widzenia, gdyż nie nakładając na treść preferencji jednostek żadnych ograniczeń, dopuszcza on, że na ocenę regulacji prawnej mogą mieć wpływ preferencje jednostek amoralnych, kierujących się resentymentem, uprzedzonych do pewnych grup społecznych etc. Dostrzec należy także, że preferencje ujawniane przez rzeczywiste jednostki często nie spełniają aksjomatów teorii racjonalnego wyboru, które stanowią podstawę budowania modeli ekonomicznych. Dlatego też uzupełnienie preferencjalizmu prostego o ten zestaw aksjomatów stanowi standardowy zabieg metodologiczny.

Przypomnieć należy, że staramy się tu odpowiedzieć na pytanie o parametr stosowany do oceny stanów faktycznych w związku z dokonywaniem ocen stanów faktycznych mających znaczenie prawne, a nie w celu budowania teorii deskryptywnej. Stąd możliwe jest nakładanie różnych ograniczeń na treść preferencji jednostek uwzględnianych w danym modelu, jak również przyjmowanie idealizacyjnych założeń co do możliwości poznawczych oraz sytuacji poznawczej

¹¹ R. Posner, *Frontiers...*, s. 100.

¹² Por. R. Posner, *Utilitarianism...* oraz R. Dworkin, *Is Wealth...*

¹³ R. Posner, *Frontiers...*, s. 102.

jednostek, pod warunkiem, że nie doprowadzi to do znaczącego zdeformowania walorów predykcyjnych budowanego modelu (nie jest celowe budowanie normatywnych ekonomicznych modeli zjawisk prawnych, kwalifikujących stany faktyczne danym parametrem w sposób całkowicie kontrfaktyczny). Zgodnie z poglądem nazwanym preferencjalizmem wyrafinowanym, stan faktyczny S_1 jest lepszy dla osoby P niż stan S_2 , wtedy i tylko wtedy, gdy spełnione są trzy następujące warunki: 1) P preferuje S_1 nad S_2 , 2) P preferowałby S_1 nad S_2 także w idealnych warunkach oraz 3) zarówno rzeczywiste, jak i wyidealizowane preferencje P są w odpowiedni sposób ograniczone¹⁴. Nietrudno zauważyć, że precyzyjne określenie warunków idealizacji, jak również dokonanie stosownych ograniczeń treści preferencji branych pod uwagę, generuje znaczne ryzyko obciążenia budowanego modelu subiektywnymi wartościowaniami twórcy modelu.

Trudności związane z konstruowaniem wyidealizowanych preferencji jednostek skłaniają niektórych badaczy do stosowania tak zwanych obiektywistycznych ujęć dobrostanu. Zgodnie z tym podejściem, stan S_1 winien być oceniony jako lepszy dla osoby P od stanu S_2 , jeżeli: 1) S_1 jest bardziej korzystny dla P z punktu widzenia tzw. obiektywnych dóbr związanych z dobrobytem (*objective welfare goods*) oraz 2) P preferuje S_1 nad S_2 ¹⁵. Posługiwanie się tym ujęciem dobrostanu lub użyteczności wymaga stworzenia teorii dóbr obiektywnych oraz dokonywania klasyfikacji stanów rzeczy z uwagi na stopień ich bycia korzystnymi dla jednostek z uwagi na te dobra. Tego rodzaju zabiegi często jednak można uznać za uzasadnione w odniesieniu do decyzji prawnych odnoszących skutek wobec bardzo licznych grup społecznych (czyli np. w kontekście działalności legislacyjnej), z uwagi na istnienie prawidłowości statystycznych dotyczących dóbr cenionych przez ludzi.

Powyższe rozważania dają asumpt do sformułowania następujących twierdzeń. Posługiwanie się parametrem pieniądza pozwala na budowanie przejrzystych modeli ekonomicznych zjawisk prawnych, natomiast wnioski wyprowadzane z tych modeli będą zazwyczaj oceniane jako niekonkluzywne, z uwagi na ich potencjalny konflikt z racjami odwołującymi się do wartości niedających się reprezentować za pomocą tego parametru. Ponadto, tworzenie modeli ekonomicznych opartych na parametrze pieniądza jest zazwyczaj związane z założeniem silnej deskryptywnej tezy o zainteresowaniu jednostek maksymalizacją ich bogactwa – kryterium WTP Posnera jest tutaj najbardziej typowym przykładem. Z kolei

¹⁴ M. Adler, *Beyond Efficiency and Procedure: a Welfarist Theory of Regulation*, Florida State University Law Review 2000/28, s. 265.

¹⁵ *Ibidem*.

stosowanie abstrakcyjnych parametrów, takich jak użyteczność lub dobrostan, związane jest albo z akceptacją preferencjalizmu prostego, albo pewnych bardziej wyrafinowanych teorii, prowadzących do przyjmowania kontrowersyjnych założeń dotyczących preferencji jednostek w sytuacji idealnej lub odnoszących się do teorii dóbr obiektywnych.

4. Pojęcie efektywności ekonomicznej

Niezależnie od tego, jakim rodzajem parametru posługuje się dany model ekonomiczno-prawny, konieczne jest posłużenie się określonym kryterium porządkowania analizowanych stanów rzeczy oraz wyboru najlepszego z nich. Konkretyzacja TM przy zastosowaniu pojęcia efektywności ekonomicznej („prawo powinno być ekonomicznie efektywne”) jest jednym z najczęściej przytaczanych haseł *law and economics*. Do zakresu wiedzy podręcznikowej należy rozróżnienie pomiędzy kryterium efektywności w sensie Pareto, w sensie Kaldora–Hicksa oraz w ujęciu analizy marginalnej¹⁶. Nieco rzadziej w literaturze z zakresu EAP przywoływane są inne kryteria efektywności ekonomicznej, które były dyskutowane w ramach tzw. ekonomii dobrobytu, przede wszystkim w latach 40. XX wieku. Dyskusji na temat tych kryteriów nie poświęca się zbyt wiele uwagi¹⁷.

Pierwsze z omawianych tu kryteriów zostało wprowadzone do literatury przedmiotu przez włoskiego ekonomistę Vilfredo Pareto¹⁸. Stan S może być uznany za efektywny (optymalny) w sensie Pareto wtedy i tylko wtedy, gdy nie jest możliwe dokonanie żadnego ulepszenia tego stanu w sensie Pareto. Stan S_m jest ulepszeniem w sensie Pareto względem stanu S_n , jeżeli istnieje co najmniej jeden podmiot, który odnosi korzyść wskutek przejścia ze stanu S_n do stanu S_m oraz jeżeli nie istnieje ani jeden podmiot, który wskutek takiego przejścia odniósłby stratę.

Można mieć wątpliwości, czy kryterium to znajduje zastosowanie poza sytuacjami zupełnie wyjątkowymi, w odniesieniu do kontekstów prawnych. W szczególności, proces stanowienia prawa zawsze generuje koszty stałe, związane z jego obsługą, które muszą być poniesione niezależnie od kosztów i korzyści wynikających z wejścia aktu normatywnego w życie. Oczywiście, możliwe jest

¹⁶ Np. J. Stelmach, B. Brożek, W. Zaluski, *Dziesięć...*, s. 25–39.

¹⁷ Por. na przykład: M. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, LEX – WoltersKluwer, Warszawa 2011, s. 17, 123.

¹⁸ V. Pareto, *Manual of Political Economy*, Augustus M. Kelley Publishers, New York 1971 (oryg. wyd. włoskie 1906).

zastrzeżenie, że tego rodzaju koszty stałe nie będą brane pod uwagę w modelu ekonomicznym posługującym się kryterium Pareto. Nawet jednak sformułowanie zastrzeżenia tego rodzaju nie prowadzi do znaczącego osłabienia tezy o wąskim zakresie jego zastosowania. Jako typowy przykład kontekstu, w którym dochodzi do ulepszenia w sensie Pareto, podaje się zawarcie umowy przez strony przy spełnianiu pewnych warunków (dobrowolność, racjonalna ocena postanowień umowy przez każdą ze stron)¹⁹. Teza ta jest trafna na modelowym poziomie, ale należy mieć na uwadze jej ograniczoną użyteczność w praktyce funkcjonowania obrotu prawnego, a to z uwagi na podważalność przyjmowanych tu założeń deskryptywnych (w tym w szczególności tezy o racjonalności jednostek).

Wąski zakres zastosowania kryterium efektywności ekonomicznej w sensie Pareto powoduje, że w literaturze często podaje się jako alternatywę dla niego kryterium Kaldora–Hicksa. Podręcznikowe prezentacje tego zagadnienia są zazwyczaj uproszczone, gdyż odwołują się w zasadzie do oryginalnego kryterium Kaldora²⁰, z pominięciem nieco odmiennego sformułowania kryterium zaproponowanego przez Hicksa²¹. W niniejszym opracowaniu, mającym charakter wstępny, nie będziemy analizowali różnic pomiędzy tymi kryteriami.

Stan S może być uznany za efektywny (optymalny) w sensie Kaldora–Hicksa (KH) wtedy i tylko wtedy, jeżeli nie jest możliwe żadne ulepszenie tego stanu w sensie KH. Stan S_m jest ulepszeniem w sensie KH względem stanu S_n , jeżeli wskutek tego przejścia następuje wygenerowanie nadwyżki korzyści nad kosztami wynikającymi z tego przejścia, umożliwiającą dokonanie kompensaty na rzecz osób poszkodowanych dokonaniem tego przejścia. Użyteczność kryterium KH dla analizy kontekstów prawnych jest ewidentna, gdyż stanowi ono uogólnienie oraz podstawę teoretyczną analizy kosztów i korzyści (*Cost-Benefit Analysis*). Z drugiej strony, kryterium KH, jak również inne kryteria związane z kompensacją jednostek ponoszących stratę w związku z daną zmianą, są od momentu jego powstania poddawane surowej krytyce. W szczególności należy tu przypomnieć tzw. Paradoks Scitovsky'ego dotyczący kryteriów Kaldora i Hicksa²², jak również rezultaty uzyskane przez Williama Gormana, krytyczne względem

¹⁹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 31.

²⁰ N. Kaldor, *Welfare propositions and interpersonal comparisons of utility*, *Economic Journal* 1939/49, s. 549–552.

²¹ J.R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, *Economic Journal* 1939/49, s. 696–712.

²² T. de Scitovszky, *A Note on Welfare Propositions in Economics*, *The Review of Economics Studies* 1941/9/1, s. 77–88.

propozycji Scitovsky'ego²³. Również współcześnie kryterium Kaldora–Hicksa jest przedmiotem intensywnej krytyki, także w związku z problemem normatywnego uzasadnienia dla stosowania tego kryterium²⁴.

Trudności związane ze stosowaniem kryteriów odwołujących się do kompensacji spowodowały powstanie innego standardu, opracowanego przez ekonomistów Abrama Bergsona oraz Paula Samuelsona, nazwanego funkcją dobrobytu społecznego²⁵. Pojęcie to jest szeroko wykorzystywane we współczesnych badaniach z zakresu *law & economics*²⁶. W swej tzw. utylitarystycznej postaci funkcja dobrobytu społecznego to suma użyteczności indywidualnych liczonych w danym stanie faktycznym (na przykład w związku ze stosowaniem tego kryterium do oceny procesu legislacyjnego, poszczególne stany faktyczne można rozumieć jako warianty regulacyjne). Funkcję dobrobytu społecznego opisuje wzór:

$$W = U_1(r_i) + U_2(r_i) + \dots + U_n(r_i)$$

gdzie:

W – dobrobyt społeczny,

U_1, \dots, U_n – użyteczności indywidualne poszczególnych jednostek w społeczeństwie,

r_i – i -ty wariant regulacyjny należący do zbioru R wszystkich rozważanych opcji regulacyjnych.

Stosowanie tego kryterium w praktyce podejmowania decyzji prawnych oznacza, że należy podjąć taką decyzję (w szczególności regulacyjną), która maksymalizuje funkcję dobrobytu społecznego. Jakkolwiek ujęcie to jest intuicyjnie przekonujące, to związane są z nim liczne trudności, a w szczególności problem wyboru określonej funkcji dobrobytu społecznego (funkcja utylitarystyczna jest

²³ **W.M. Gorman**, *The Intransitivity of Certain Criteria Used in Welfare Economics*, Oxford Economic Papers New Series 1955/7/1, s. 25–35.

²⁴ **M. Adler**, *Beyond...*, s. 248–261.

²⁵ **A. Bergson**, *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, The Quarterly Journal of Economics 1938/52(2), s. 310–334. Bardzo istotnym wydarzeniem w rozwoju teorii funkcji dobrobytu społecznego było sformułowanie przez K. Arrowa tzw. twierdzenia Arrowa o niemożliwości, por. **K. Arrow**, *Social Choice and Individual Values*, John Wiley and Sons, New York – London – Sydney 1963 (wyd. 1 1951). Publikacja słynnej pracy Arrowa spowodowała zniuansowaną dyskusję dotyczącą pojęcia funkcji dobrobytu społecznego, por. w tym zakresie np. stanowisko **P. Samuelsona** w: *Reaffirming the Existence of „Reasonable” Individualistic Social Welfare Functions*, *Economica* 1977/44, s. 81–88.

²⁶ Por. np. **L. Kaplow**, **S. Shavell**, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England 2002, s. 24 i n., do których nawiązują **J. Stelmach**, **B. Brożek**, **W. Załuski**, *Dziesięć...*, s. 27 i n.

tylko jedną z nich) oraz omówione już w poprzedniej sekcji kłopoty związane z parametrami użyteczności oraz dobrobytu. Konstatacja ta pozwala dostrzec problemy w związku z normatywną tezą o wyłączności kryterium ekonomicznego²⁷. Przyjęcie tej tezy prowadzi do znaczących trudności, gdyż w przypadku stosowania parametru pieniądza to kryterium pozostawia poza swoim zakresem szereg niezwykle ważnych wartości indywidualnych i społecznych, natomiast w przypadku stosowania szeroko rozumianego kryterium użyteczności lub dobrobytu prowadzi do rezultatów paradoksalnych²⁸. Formułowane są zatem teorie, zgodnie z którymi maksymalizacja dobrobytu społecznego jest ważnym, ale nie jedynym kryterium oceny regulacji i powinna być uzupełniona innymi kryteriami²⁹. Kryterium oceny regulacji Adlera ma zatem charakter eklektyczny: koniecznym składnikiem jest maksymalizacja dobrobytu społecznego, ale w konkretnej kwestii rozstrzygające mogą okazać się np. kryteria deontologiczne czy dystrybucyjne. W odniesieniu do takich kryteriów można korzystać z bardzo wyrafinowanych teorii tzw. optymalizacji multikryterialnej (*multicriteriaoptimization*)³⁰.

Kwestią o doniosłym znaczeniu dla metodologii EAP jest określenie relacji pomiędzy poszczególnymi ekonomicznymi kryteriami oceny stanów faktycznych. Jak dotąd, zagadnienie to doczekało się jedynie wstępnego opracowania w literaturze polskiej³¹. Opracowanie tego tematu wykracza poza ramy niniejszego opracowania, dlatego też należy poprzestać w tym miejscu na konstatacji, iż owo zagadnienie jest źródłem poważnych kontrowersji, a w szczególności kryterium Kaldora–Hicksa jest krytykowane jako aproksymacja maksymalizacji funkcji dobrobytu społecznego³².

5. Podsumowanie

Niniejsze opracowanie wskazuje na podstawowe problemy metodologiczne związane ze stosowaniem modeli ekonomicznych w odniesieniu do zjawisk prawnych. Stosowanie narzędzi EAP jest możliwe na każdym z poziomów dyskursu prawnego, przy czym narzędzia te mogą potencjalnie przynieść korzyści

²⁷ *Ibidem*, s. 25.

²⁸ **M. Araszkiewicz**, *Paradoxes of the Concept of All-Encompassing Well-Being*, w: **J. Stelmach**, **B. Brożek**, **W. Załuski** (red.), *Studies in the Philosophy of Law 3 – Frontiers of Economic Analysis of Law*, Wyd. UJ, Kraków 2007, s. 89–100.

²⁹ **M. Adler**, *Beyond...*, s. 304.

³⁰ Klasycznym podręcznikiem z tego zakresu jest praca **M. Ehrgotta**, *Multicriteria Optimization*, Springer 2005 (wyd. 2).

³¹ **J. Stelmach**, **B. Brożek**, **W. Załuski**, *Dziesięć...*, s. 38–39.

³² **M. Adler**, *Beyond...*, s. 320 i n.

w argumentacji legislacyjnej, czy też, ogólniej, prawotwórczej. By jednak wnioski płynące z modelowania ekonomicznego były wsparte na solidnych podstawach, konieczne jest gruntowne przemyślenie podstaw pojęciowych EAP oraz wyjście poza ujęcia podręcznikowe, charakteryzujące się często uproszczeniami dla celów dydaktycznych. W szczególności, istotne jest wypełnienie istniejących w polskiej literaturze przedmiotu luk, zarówno jeśli chodzi o klasyczną, XX-wieczną dyskusję dotyczącą ekonomii dobrobytu, jak również o najnowsze osiągnięcia teorii ekonomicznej analizy prawa w tym zakresie. W powyższym opracowaniu wskazano na niektóre spośród problemów wymagających gruntownej analizy, a dotyczących problemu parametrów stosowanych w modelowaniu ekonomiczno-prawnym, jak i rozumienia pojęcia efektywności ekonomicznej.

Bibliografia

- Adler Matthew D.**, *Beyond Efficiency and Procedure: a Welfarist Theory of Regulation*, Florida State University Law Review 2000/28, s. 241–338.
- Araszkiwicz Michał**, *Paradoxes of the Concept of All-Encompassing Well-Being*, w: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski (red.), *Studies in the Philosophy of Law 3 – Frontiers of Economic Analysis of Law*, Wyd. UJ, Kraków 2007, s. 89–100.
- Arrow Kenneth Joseph**, *Social Choice and Individual Values*, John Wiley and Sons, New York – London – Sydney 1963.
- Bergson Abram**, *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, The Quarterly Journal of Economics 1938/52 (2), s. 310–334.
- Cooter Robeert, Ulen Thomas**, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Dworkin Ronald M.**, *Is Wealth a Value?*, Journal of Legal Studies 1980/9, s. 191–226.
- Ehrgott Matthias**, *Multicriteria Optimization*, Springer, Berlin – Heidelberg 2005.
- Gorman William M.**, *The Intransitivity of Certain Criteria Used in Welfare Economics*, Oxford Economic Papers, New Series, 1955/7/1, s. 25–35.
- Golecki Mariusz Jerzy**, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, LEX – Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Grabowski Andrzej**, *Judicial Argumentation and Pragmatics, A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Księgarnia Akad. Wyd. Naukowe, Kraków 1999.
- Kaldor Nicholas**, *Welfare propositions and interpersonal comparisons of utility*, Economic Journal 1939/49, s. 549–552.
- Kaplow Louis, Shavell Steven**, *Fairness Versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2002.
- Kerkmesteer Heico**, *Methodology: General*, w: B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume 1: The History and the Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000; <http://encyclo.findlaw.com/>; stan na dzień 27.04.2015 r.
- Mackaay Ejan**, *History of Law and Economics*, w: B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume 1: The History and the Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000; <http://encyclo.findlaw.com/>; stan na dzień 27.04.2015 r.

- Mackaay Ejan**, *Schools: General*, w: B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume 1: The History and the Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000; <http://encyclo.findlaw.com/>; stan na dzień 27.04.2015 r. .
- Posner Richard A.**, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 7th ed., New York 2007.
- Posner Richard A.**, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge 2004.
- Posner Richard A.**, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, *Journal of Legal Studies* 1979/8, s. 103–140.
- Samuelson Paul**, *Reaffirming the Existence of „Reasonable” Individualistic Social Welfare Functions*, *Economica* 1977/44, s. 81–88.
- Scitovszky Tibor de**, *A Note on Welfare Propositions in Economics*, *The Review of Economics Studies* 1941/9/1, s. 77–88.
- Stelmach Jerzy, Brożek Bartosz, Zaluski Wojciech**, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Stroiński Rafał T.**, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law and Economics)*, w: M. Bednarski, J. Wilkin, *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, LexisNexis, Warszawa 2003.

Michał ARASZKIEWICZ

ECONOMIC EFFICIENCY AND OTHER CRITERIA OF ASSESSMENT IN THE LAW AND ECONOMICS ANALYSIS

(Summary)

The paper focuses on the fundamental methodological problem of criteria of assessment of states of affairs that are employed in economic analysis of law. The basic normative claim of law and economics is that the law, analyzed on different layers and in different domains of legal argumentation (for instance, legal institutions, legal regulation, judicial decisions, legislative process) should be economically efficient. This thesis together with the conceptual framework assumed by it constitutes a basis for economic modeling of legal phenomena. The basic concept of economic efficiency is relatively rarely analyzed, apart from standard textbook approaches. This paper aims to provide a step towards a deepened investigation into the basic conceptual assumptions of economic analysis of law. It is claimed that the two elements of criteria which are applied in economic analysis of law should be carefully distinguished: the parameter applied to quantify the state of affairs in question and the adopted account of optimality and improvement. As for the former aspect, the main parameters used in the modelling are: money (wealth) and utility (or cognate concepts such as welfare, however, as it becomes apparent, these concepts should not be used interchangeably). As for the latter aspect, the standard criteria of Pareto efficiency and Kaldor–Hicks efficiency are briefly discussed on the background of a broader theme of compensationist criteria. The concept of social welfare function is also discussed. The chapter is concluded with emphasis on the need of thorough analysis of the assumptions that are backing the abovementioned concepts and for engaging into a discussion with contemporary literature of the subject. The lack of such methodological approach will leave the economic modelling of legal phenomena on rather shaky foundations.

Keywords: welfare; economic efficiency; social welfare function; Pareto criterion; Kaldor–Hicks criterion; wealth maximization