

Mariusz J. Golecki\*

## W poszukiwaniu optymalnego prawodawcy. Dylematy regulacji i deregulacji z perspektywy ekonomicznej analizy prawa

### Spis treści

- I. Zamiast wprowadzenia
- II. W gąszczu teorii regulacji
- III. W poszukiwaniu optymalnego prawodawcy – neoinstytucjonalna teoria optymalnej regulacji
- IV. Zamiast zakończenia

### Streszczenie

W niniejszym artykule przedstawione zostaną różne koncepcje regulacji, zaprezentowane w ramach nurtu neoinstytucjonalnej ekonomii. Cel artykułu stanowi próba odpowiedzi na pytanie, dlaczego oraz w jaki sposób współczesna teoria regulacji może i powinna uwzględniać charakterystykę instytucji uczestniczących w procesie tworzeniu i stosowaniu prawa. Analiza taka może stanowić punkt wyjścia dla zarysowania integralnego modelu regulacji i deregulacji, uwzględniającego komplementarny charakter władzy ustawodawczej, wykonawczej oraz sędziowskiej.

**Słowa kluczowe:** teoria regulacji; koszty zewnętrzne; koszty transakcyjne.

**JEL:** K20, K23, L51

### I. Zamiast wprowadzenia

Niewątpliwie zagadnienia regulacji oraz deregulacji odgrywają niezwykle istotną rolę zarówno w teorii, jak i w praktyce tworzenia oraz stosowania prawa. Współczesna teoria regulacji koncentruje się na ustaleniu przyczyn oraz optymalnego zakresu interwencji państwa w procesy wolnorynkowe. Jednocześnie podjęte w latach sześćdziesiątych XX w. badania nad funkcjonowaniem instytucji gospodarczych pozwoliły prekursorom ekonomicznej analizy prawa na przedstawienie wyjaśnień odnośnie do samej istoty procesu regulacji, jak również zależności tego procesu od pewnych istotnych czynników, takich jak poziom kosztów transakcyjnych czy też charakter zawieranych na rynku transakcji. Ponadto sformułowanych zostało szereg zaleceń dotyczących optymalnego zakresu regulacji i formy prawnej ingerencji państwa w procesy gospodarcze. W niniejszym artykule w części pierwszej przedstawione zostaną trzy konkurujące ze sobą koncepcje regulacji, w części drugiej zaś – próba odpowiedzi na pytania, dlaczego oraz w jaki sposób współczesna

\* Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. E-mail: mgolecki@wpia.uni.lodz.pl; <https://orcid.org/0000-0003-1394-0096>.

teoria regulacji może i powinna uwzględniać charakterystykę instytucji uczestniczących w tym procesie. Próba ta umożliwi zarysowanie integralnego modelu regulacji i deregulacji, uwzględniającego komplementarny charakter władzy ustawodawczej, wykonawczej oraz sędziowskiej.

## II. W gąszczu teorii regulacji

Za punkt wyjścia dla przedstawienia neoinstytucjonalnej teorii deregulacji przyjąć można próbę jej usytuowania w szerszym kontekście, gdzie rywalizują ze sobą różne ujęcia istoty regulacji. Zasadniczo wyróżnić można trzy konkurencyjne teorie regulacji (Golecki, 2011). Po pierwsze, zgodnie z założeniami ekonomii neoklasycznej regulacja może być postrzegana jako konieczna interwencja państwa polegająca na zapobieganiu ułomnościom rynku. Zwolennicy tego stanowiska nawiązują do koncepcji zawodności rynku, zbadanej w latach dwudziestych i trzydziestych XX w. przez jednego z reprezentantów teorii ekonomii dobrobytu, Arthura Cecila Pigou, który jako pierwszy postawił tezę, że regulacja stanowi antidotum w stosunku do zawodności rynku (Pigou, 1962). Motywacje i struktura instytucjonalna regulatora nie odgrywają istotnej roli, a prawo ma charakter egzogeniczny, gdyż zgodnie z założeniami ekonomii neoklasycznej prawo jest zupełne, a jego tworzenie i stosowanie nie wiąże się z ponoszeniem istotnych kosztów. Zgodnie z założeniami klasycznej teorii kosztów zewnętrznych w formie przedstawionej przez A.C. Pigou, w przypadku gdy istnieje rozbieżność pomiędzy krańcowym produktem społecznym a krańcowym produktem prywatnym, nastawione na realizację własnych egoistycznych celów działanie podmiotów gospodarczych nie jest w stanie zwiększyć dobrobytu społecznego. W takiej sytuacji system rynkowy zawodzi, a co za tym idzie jego funkcjonowanie powinno być wsparte interwencją państwa. Taki stan występuje w szczególności, gdy producent dostarcza dóbr lub usług konsumentowi, który uiszcza odpowiednią cenę, a jednocześnie pewne skutki działalności producenta dotyczą podmiotów niez zaangażowanych w tego typu transakcje, czyli osób trzecich. Skutki te mogą być pozytywne bądź negatywne (Dasgupta i Pearce, 1972). W pierwszym przypadku mamy do czynienia z korzyściami zewnętrznymi, które nie znajdują pokrycia w cenie, osoba trzecia nie jest bowiem stroną transakcji. Przypadek drugi dotyczy z kolei kosztów ponoszonych przez osobę trzecią, które nie są w żaden sposób kompensowane przez producenta. W odniesieniu do rozważanego problemu Pigou stawia zatem dwie tezy, jedna z nich ma charakter opisowy, druga zaś – normatywny (Pigou, 1962). Po pierwsze, wszelkie występowanie zarówno pozytywnych, jak i negatywnych skutków działalności gospodarczej dotyczących osób trzecich stanowi typowy przypadek zawodności rynku. W omawianych przypadkach rozwiązania oparte na założeniu o prawidłowym funkcjonowaniu rynku nie będą skuteczne, a wyniki działania niewidzialnej ręki rynku po prostu nie mogą być satysfakcjonujące. Po drugie, wadliwość rynku może zostać zatem usunięta tylko w wyniku zewnętrznej interwencji państwa. Po trzecie, w przypadku wystąpienia efektów zewnętrznych istnieje swoiste domniemanie na rzecz takiej interwencji. Stwierdzenie to ma charakter normatywny, wskazując na możliwy sposób przezwyciężenia problemu rozbieżności pomiędzy krańcowym produktem społecznym i prywatnym. Jako typowe środki służące realizacji tego zadania Pigou wymienia podatki, subsydia oraz regulację działalności gospodarczej w wybranych obszarach (Golecki, 2011). Pigou oraz większość ekonomistów zdaje się twierdzić, że problem ten można rozwiązać jedynie poprzez opodatkowanie działalności stanowiącej przyczynę występowania szkodliwych efektów (Pigou, 1962). Proponowane rozwiązanie problemu

kosztów zewnętrznych opiera się zatem na założeniu, zgodnie z którym zwiększenie produkcji przez A, stanowiące przyczynę wystąpienia kosztów zewnętrznych w postaci szkody wyrządzonej podmiotowi B, powyżej wartości optymalnej O byłoby obciążone podatkiem, którego wartość odpowiadałaby krańcowej wartości szkody ponoszonej przez B, wynikającej ze zwiększenia produkcji A o daną jednostkę. Wprowadzenie podatku miałoby ten skutek, że eliminowałoby krańcowy zysk wynikający ze wzrostu produkcji powyżej poziomu O ograniczając tym samym rozmiar szkód poprzez zmuszenie podmiotu A do uwzględnienia kosztów zewnętrznych, których wysokość byłaby równa wysokości płaconego przez A podatku. Poziom produkcji odpowiadałby punktowi przecięcia krzywej kosztów krańcowych z krzywą krańcowego zysku. Istotnym problemem, jaki wyłania się w związku z przyjęciem tej metody internalizacji kosztów zewnętrznych, pozostaje jednak konieczność wyznaczenia przez regulatora czy też prawodawcę optymalnego poziomu produkcji. Tymczasem zazwyczaj nie dysponuje on wiedzą pozwalającą na ustalenie wysokości produkcji na optymalnym poziomie (Boettke, 1998). Ponadto pozyskanie takiej wiedzy wiąże się z koniecznością poniesienia znacznych kosztów. Na ten właśnie problem zwrócił uwagę Ronald H. Coase w swych wcześniejszych pracach dotyczących problematyki dokonywanego przez organy administracji wyznaczania ceny oraz szacowania krańcowego kosztu produkcji przy malejącym koszcie przeciętnym (Coase, 1946; 1947; 1959; 1966). Przy założeniu, zgodnie z którym optymalny poziom produkcji może zostać osiągnięty tylko w przypadku, gdy cena produktu bądź usługi odpowiada krańcowemu kosztowi jego wytworzenia, ustalenie takiego właśnie poziomu cen w przypadku gdy koszt krańcowy, a tym samym odpowiadająca mu cena za jednostkę produktu jest niższa od przeciętnego kosztu produkcji, prowadziłyby do sytuacji, w której przedsiębiorstwo ponosi straty. Zjawisko takie występuje w przypadku monopoli naturalnych oraz przedsiębiorstw użyteczności publicznej (Coase, 1959; 1966).

Typowe rozwiązanie tego problemu polega na przyznaniu przedsiębiorstwu subwencji pozwalającej na kontynuowanie działalności. Coase zwraca jednak uwagę na to, że nie musi być ono optymalne. W rzeczywistości bowiem popyt na dane dobro lub usługę może być inny od zakładanego przez organ administracji i w efekcie prowadzi to jedynie do redystrybucji środków. Coase podkreśla, że w sytuacji gdy mechanizm rynkowy nie funkcjonuje, ustalenie poziomu ceny opiera się jedynie na zakładanych, nie zaś faktycznych wartościach (Coase, 1959). Tego typu decyzje, zastępujące w rzeczywistości funkcjonowanie systemu rynkowego, stanowią jego zdaniem przejaw „książkowej ekonomii” (Coase, 1966). Należy, stwierdza brytyjski ekonomista, wziąć pod uwagę ograniczenia posiadanej przez regulatora wiedzy na temat zachowania potencjalnych konsumentów, co jednak może okazać się bardzo kosztowne. Ostatecznie Coase stawia tezę, zgodnie z którą w sytuacji, gdyby organy państwa mogły trafnie szacować wysokość cen określonych produktów, system rynkowy byłby zbędny (Coase, 1966; 1988). Istnieje bowiem nieuchwytna dla zwolenników wyceny w oparciu o koszt krańcowy, a posiadająca jednak zasadnicze znaczenie, różnica pomiędzy rzeczywistymi preferencjami konsumentów i ich gotowością do nabycia danego dobra po określonej cenie odpowiadającej całkowitym kosztom ich wytworzenia a przewidywanym popytem na dane dobro oferowane po cenie zaniżonej w wyniku uruchomienia mechanizmu subsydiowania produkcji. Jest oczywiste, stwierdza Coase, że konsumenci będą w tym drugim przypadku zgłaszali większe od rzeczywistego zapotrzebowanie na dane dobro (Coase, 1966). Jedynie mechanizm rynkowy pozwala na wyznaczenie ceny produktu na poziomie

odpowiadającym wartości zużytych do jego wyprodukowania zasobów (Coase, 1988). Powyższe uwagi dotyczące mechanizmu subsydiowania w sposób analogiczny odnoszą się także do ustalenia optymalnego poziomu produkcji, niezbędnego do zastosowania instrumentów podatkowych w przypadku wystąpienia efektów zewnętrznych. Ustalenie optymalnego poziomu opodatkowania wymaga dokładnych informacji na temat kosztów produkcji (1988). Ustalenie optymalnego podatku od działalności produkcyjnej powodującej wystąpienie kosztów zewnętrznych wymaga znajomości krzywej kosztów krańcowych danego przedsiębiorstwa, co może z dużym prawdopodobieństwem prowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorstwo przekazuje dane niezgodne ze stanem faktycznym (Coase, 1988).

W przeciwieństwie do ekonomii dobrobytu, zwolennicy ekonomii publicznego wyboru przestrzegają regulację jako rezultat działalności grup interesu, które inwestują w trwałą zmianę prawa, ograniczając konkurencję i tworząc bariery, prowadzące do uzyskania pozycji monopolistycznej przez określonych producentów (Buchanan i Tullock, 1962). Regulacja stanowi w tym ujęciu rezultat poszukiwania renty (*rent seeking activity*) przez grupy interesu powiązane z określonymi producentami działającymi w sektorach stanowiących przedmiot regulacji (Golecki, 2011). Dodatkowo zwraca się uwagę na to, że tworzenie rozbudowanej administracji w postaci agencji nadzorujących określone rynki prowadzi do rozrostu biurokracji, gdyż administracja maksymalizująca własny budżet, zmuszona jest poszerzać swoją domenę. Regulacja w istocie rzeczy prowadzi zatem w sposób nieuchronny do powstawania monopoli oraz rozrostu biurokracji (Tullock, 1967).

Jak zauważa R. Posner, dodatkowe wyjaśnienie wzrostu zakresu regulacji wiąże się z teorią rynku wyborczego (*electoral-market theory*) sformułowaną w ramach ekonomicznej analizy prawa konstytucyjnego (Posner, 2003). Zgodnie z tą teorią politycy pełniący funkcje ustawodawcze preferują grupy interesów ponoszące najwyższy poziom długofalowych nakładów na działalność lobbingową, czyli wpływanie na kształt tworzonej przez ustawodawcę regulacji. Z drugiej strony, podstawowym czynnikiem motywującym grupy interesów do poniesienia takich nakładów jest zdolność polityków do przekonania przedstawicieli grup interesów o stosunkowo niewielkiej możliwości dokonania w krótkim czasie niekorzystnych dla danej grupy zmian legislacyjnych poprzez sygnalizowanie przywiązania do określonych rozwiązań prawnych. Rola sądownictwa staje się kluczowa w przypadku, gdy działalność sądów prowadzi do zwiększenia bezwładności legislacyjnej i zwolnienia ustawodawcy z obowiązku dokonywania koniecznych zmian, wynikających z dynamiki stosunków społecznych, ekonomicznych czy uwzględnienia postępu technicznego (Golecki, 2011). Jednocześnie niezależność władzy sądowej oraz jej odporność na wpływ grup interesów paradoksalnie gwarantuje utrwalenie wytworzonych w wyniku wprowadzenia regulacji wpływów. Większa stabilność prawa stanowionego przez ustawodawcę przekłada się na większe korzyści czerpane przez grupy polityczne. W tym kontekście rezultat działań legislacyjnych osiągnany jest poprzez współzawodniczące między sobą grupy interesów, które optują za korzystnymi dla siebie fragmentami ustaw, a starają się przeciwdziałać przyjęciu ustaw dla siebie szkodliwych. W modelu stanowienia prawa przez grupy interesu przyjęte rozwiązania prawne są najkorzystniejsze dla tej grupy, która najaktywniej licytuje; często stanowią wynik wielostronnego handlu między różnymi grupami interesu albo rezultat działań zorganizowanych grup interesu wobec grup niezorganizowanych.

Optowanie grup interesu za korzystnymi dla siebie rozwiązaniami przybiera formę propozycji finansowych lub innych, mających na celu wzbogacenie danego polityka lub pomoc w jego reelekcji. Ta grupa, która jest w stanie dostarczyć największą ilość zasobów, może liczyć na przyjęcie korzystnej dla siebie legislacji. W tym kontekście widoczne jest zjawisko „poszukiwania zysku” (*rent seeking*) przez grupy interesu, które starają się wpłynąć na proces tworzenia prawa w celu zabezpieczenia dla siebie przepływów finansowych, wyższych (zysk) niż w przypadku uczestniczenia na otwartym rynku stanowienia prawa (Buchanan i Tullock, 1962).

Zgodnie z powyższą teorią partie polityczne są skłonne inwestować w przebieg procesu legislacyjnego kwoty nieprzekraczające potencjalnego zysku wynikającego z przyjęcia korzystnych dla siebie zapisów prawnych. W tym kontekście krzywa popytu zmiany prawa stanowi funkcję dwóch zmiennych: po pierwsze sumy korzyści wynikających z wprowadzenia nowych przepisów ( $V$ ) oraz, po drugie, trwałości tych przepisów, zdefiniowanej jako okres, w którym dana regulacja generować będzie oczekiwane korzyści ( $L$ ):

$$D = (VL),$$

gdzie:

$D$  – oznacza popyt na konkretne normy prawne,

$V$  – oznacza roczną wartość transferów,

$L$  – oznacza przewidywaną trwałość normy prawnej oraz okresy, w których dokonywane będą transfery.

Popyt na konkretną normę prawną jest zatem funkcją obecnej wartości spodziewanego zysku (renty ekonomicznej), generowanej przez tę normę. Strony będą skłonne do inwestowania większych sum pieniężnych na rzecz przyjęcia takich przepisów, które będą generowały większe zyski dla nich. Podobnie strony będą skłonne do inwestowania większych sum w celu zabezpieczenia trwałości prawa (wzrostu wartości współczynnika  $V$ ). Wartość współczynnika  $V$  jest także zależna od możliwości innych grup interesu, których dotyczą proponowane regulacje odnośnie do uniknięcia poniesienia kosztów prawa. Strony, a konkretnie konkurujące ze sobą grupy interesu będą zatem skłonne do inwestowania większych nakładów w celu ukształtowania treści obowiązujących norm prawnych w taki sposób, aby stosowanie nowych regulacji generowało zyski w perspektywie długoterminowej (teoria renty). Najbardziej korzystne przepisy nie wywołują bowiem skutku w perspektywie krótkoterminowej, większość regulacji przynosi zaś ograniczone korzyści w dłuższym okresie. Strony będą zatem skłonne do inwestowania większych sum pieniężnych w przypadku wzrostu wartości współczynnika  $L$ , odnoszącego się do prognozowanej długości trwania przyjętych regulacji, ponieważ regulacje zwiększają aktualną wartość korzyści z przyjętych regulacji.

W przeciwieństwie do dwóch pierwszych ujęć, podejście neoinstytucjonalne stawia w centrum zainteresowania strukturę instytucjonalną rynku. Struktura instytucjonalna rynku, a zatem to, jakie instytucje na danym rynku działają, zdaniem przedstawicieli tego nurtu zależy od wysokości kosztów transakcyjnych (Coase, 1988) bądź specyfiki określonych zasobów, którymi dysponują uczestnicy wymiany rynkowej (Williamson, 1985). Podejście to opiera się na założeniu, zgodnie z którym

samo korzystanie z rynku, podobnie jak i tworzenie oraz stosowanie prawa wiążą się również z kosztem wynikającym głównie z ograniczonego dostępu do informacji, ale także oportunistycznego zachowania kontrahentów czy kosztów ustalenia ceny w wyniku prowadzonych negocjacji (Demsetz, 1972). Jednocześnie w ujęciu tym zakłada się, iż optymalna struktura rynkowa istnieje w punkcie równowagi, gdzie krańcowe koszty i korzyści różnych rozwiązań instytucjonalnych równoważą się (Aoki, 2001). Ponadto zwraca się uwagę na koszt zarówno regulacji, jak i deregulacji, każda bowiem z tych strategii działania lub wycofywania się państwa z ingerencji w działanie rynku w sposób nieuchronny pociąga za sobą koszty związane z tworzeniem i stosowaniem prawa. Neoinstytucjoniści podkreślają, iż koszt reformy stanowi przy tym realny koszt, podobnie jak koszt administrowania każdym systemem oraz koszt zawarcia każdej transakcji na rynku (Golecki, 2008). Stanowisko Ronalda H. Coase'a w znacznej mierze zasadza się na krytyce przyjętych na gruncie prawa amerykańskiego regulacji dotyczących nadawców radiowych, w szczególności zaś stanowiącej uzasadnienie tych rozwiązań argumentacji zaprezentowanej przez wybitnego sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w latach 1939–1962, Felixa Frankfurtera. W głośnej sprawie *National Broadcasting Co. Inc. et al. v. United States et al.* z 1943 r., dotyczącej granic przyznanych przez Kongres Federalnej Komisji Telekomunikacji kompetencji do kontroli rynku telekomunikacyjnego w Stanach Zjednoczonych, prezentował on stanowisko, zgodnie z którym w sytuacji, gdy występuje ograniczona liczba pewnych zasobów, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do częstotliwości radiowych, których liczba jest ściśle ograniczona, jedynym możliwym rozwiązaniem pozostaje zastosowanie rozbudowanej regulacji pozwalającej na przyznanie koncesji uprawniającej do wykorzystania danej częstotliwości określonym podmiotom w drodze decyzji administracyjnej, opartej na wskazanych przez ustawodawcę przesłankach. Zdaniem sędziego Frankfurtera ustawa o prawie telekomunikacyjnym z 1934 r. (*Communications Act of 1934*) przewidywała przyznanie FCC szerokich uprawnień, nieograniczających się jedynie do nadzoru nad technicznymi aspektami działalności nadawców, ale zawierających w sobie kompetencję do takiego ukształtowania rynku medialnego, które odpowiadałoby zawartemu w Sekcji 303(g) ustawy kryterium interesu publicznego, rozumianego, zdaniem Sądu, jako dążenie do zapewnienia efektywnego wykorzystania istniejących częstotliwości radiowych. Warto zauważyć, że sędzia Frankfurter także w późniejszym okresie w kilku opiniach zwracał uwagę na konieczność ograniczenia polityki deregulacyjnej w sferze telekomunikacji, powołując się na argument, że zbyt abstrakcyjne rozumienie rynku oraz doskonałej konkurencji, właściwe ujęciom ekonomicznym, nie pozwala na prowadzenie spójnej i realistycznej polityki deregulacyjnej (Coase, 1959).

Krytyka stanowiska sędziego F. Frankfurtera stanowiła dla Coase'a punkt wyjścia do przedstawienia całkowicie odmiennego podejścia do regulacji działalności nadawców radiowych, a ostatecznie także do zarysowania relacji istniejących pomiędzy strukturą instytucjonalną rynku a funkcją prawa. Coase zakwestionował, stanowiące punkt wyjścia przyjętego przez Sąd Najwyższy w sprawie *National Broadcasting Co. Inc. et al. v. United States et al.*, rozstrzygnięcia założenie Frankfurtera, zgodnie z którym w sytuacji gdy występuje ograniczona liczba zasobów, jak miało to miejsce w przypadku częstotliwości radiowych, jedynym możliwym do przyjęcia rozwiązaniem pozostaje zastosowanie bezpośredniej regulacji rynku, polegającej na przyznawaniu przez organ administracji koncesji uprawniającej do prowadzenia działalności przez nadawców. Posługując się argumentem *ad absurdum*, brytyjski ekonomista zwrócił uwagę na fakt, że konsekwentne

zastosowanie rozwiązania proponowanego przez F. Frankfurtera prowadzioby do całkowitego zastąpienia wolnego rynku przez alokację zasobów opartą na decyzjach administracyjnych. Kwestia ta nie dotyczy bowiem jedynie działalności nadawców radiowych. Prawdą jest, jak stwierdza Coase, że częstotliwość radiowa stanowi rzadki zasób. Jednocześnie należy jednak pamiętać, że wszelkie problemy dotyczące podejmowania decyzji ekonomicznych mających za przedmiot alokację zasobów mają znaczenie jedynie w sytuacji, gdy dostępność zasobów jest ograniczona. Co więcej, w przypadku braku takich ograniczeń problem ekonomiczny z istoty rzeczy nie istnieje. Podstawową metodą służącą rozwiązywaniu problemu szczupłości zasobów pozostaje alokacja dokonywana na wolnym, konkurencyjnym rynku. Tylko ona gwarantuje osiągnięcie optymalnej produkcji w ramach danej gospodarki. W normalnym stanie, zauważa Coase, alokacja powinna być zatem dokonywana przy zastosowaniu mechanizmów wolnego rynku, nie zaś decyzji administracyjnych. Przyjęte przez sędziego Frankfurtera, a wspierane przez niektórych ekonomistów, takich jak Ch.A. Siepmann, stanowisko, zgodnie z którym konkurencja w odniesieniu do działalności nadawców radiowych przyniesie szkody, pozostaje zdaniem Coase'a całkowicie błędne, a nawet niebezpieczne (Golecki, 2011). Nie oznacza to jednak, że regulacja dokonywana za pomocą norm prawnych nie powinna odgrywać istotnej roli w odniesieniu do ukształtowania rynku nadawców radiowych. Coase stwierdza, że jest wręcz przeciwnie (Coase, 1959; 1988). Problemy dotyczące rynku nadawców wynikają nie tyle z przecenienia, ile z niedoceniań roli prawa w kształtowaniu właściwej struktury rynku. W tym miejscu Coase przechodzi do przedstawienia istoty problemu związanego z niewłaściwym funkcjonowaniem rynku nadawców radiowych, którego należy upatrywać nie tyle w szkodliwych skutkach niczym nieskrępowanej konkurencji pomiędzy nadawcami, ale raczej w postaci braku delimitacji praw własności w rozumieniu ekonomicznym. Możliwe jest zatem kontrolowanie efektów zewnętrznych czy też, posługując się terminologią Coase'a, szkodliwych skutków działalności gospodarczej przy zastosowaniu środków prywatnoprawnych. Brytyjski ekonomista w swych rozważaniach dotyczących relacji pomiędzy zastosowaniem środków prywatnoprawnych i publicznoprawnych, do tego bowiem sprowadza się problem internalizacji efektów zewnętrznych, idzie jednak znacznie dalej. Analizując istniejące w tej materii regulacje obowiązujące w prawie angielskim i amerykańskim, porównuje wydawane przez sądy w oparciu o *common law* orzeczenia z treścią rozwiązań ustawowych oraz dowodzi, że interwencje ustawodawcy w wielu przypadkach mają na celu legalizację działalności gospodarczej stanowiącej przyczynę powstania szkodliwych efektów (Coase, 1988).

W Wielkiej Brytanii miało to miejsce w odniesieniu do szkód wynikających z działalności przewoźników kolejowych, w Stanach Zjednoczonych sytuacja taka dotyczy zaś wyłączenia odpowiedzialności przedsiębiorstw działających w sektorze lotniczym, przede wszystkim administratorów portów lotniczych, którzy nie odpowiadają za szkody związane z funkcjonowaniem lotnisk w postaci nadmiernego hałasu, skutkującego spadkiem wartości okolicznych nieruchomości. Te szkodliwe efekty nie są rekompensowane, a co za tym idzie część kosztów prowadzonej przez funkcjonujące w sektorze lotniczym przedsiębiorstwa działalności gospodarczej przerzucana jest na osoby trzecie, w tym przypadku właścicieli nieruchomości położonych w pobliżu lotnisk nieruchomości. Nie istnieje bowiem żaden mechanizm pozwalający na rekompensatę spadku wartości tych nieruchomości. Dzieje się tak, gdyż państwo nie tylko nie wprowadziło podatku od przelotu samolotów lub subsydiów na rzecz podmiotów dotkniętych działalnością tego sektora,

państwo nie tylko nie dąży do internalizacji efektów zewnętrznych, lecz także wyłącza w takim przypadku możliwość posłużenia się środkami prywatnoprawnymi. Strategia ta sprowadza się do wyłączenia odpowiedzialności podmiotów gospodarczych prowadzących określoną działalność gospodarczą, uznaną za istotną z punktu widzenia interesu publicznego (Golecki, 2008). Tym samym, jak wykazuje Coase, pogląd zwolenników A.C. Pigou, zgodnie z którym jedynie interwencja władzy publicznej umożliwiła zmniejszenie, a w ostateczności wyeliminowanie szkodliwych efektów działalności gospodarczej, jest całkowicie fałszywa. Nie tylko możliwa jest internalizacja kosztów zewnętrznych przy użyciu środków prywatnoprawnych, w oparciu o funkcjonowanie wolnego rynku, ale dodatkowo można wskazać wiele przykładów na to, że ustawodawca sankcjonuje ich występowanie, dążąc raczej do ich utrwalania niż likwidacji (Coase, 1988).

Teza ta logicznie wynika z przedstawionej przez Coase'a w *The Nature of the Firm* analizy struktury instytucjonalnej rynku. Jeśli przyjąć, że dana instytucja skłonna jest do ponoszenia wysokich kosztów związanych ze swym funkcjonowaniem, określanymi przez Coase'a jako koszty administracyjne, to skłonność ta wynika tylko i wyłącznie z faktu, że krańcowe koszty administracyjne są niższe od krańcowych korzyści wynikających z instytucjonalizacji danej działalności. Efektywność prywatnoprawnego mechanizmu internalizacji efektów zewnętrznych nie zależy, zdaniem Coase'a, od treści norm prawnych czy przyjętego w danym systemie prawa reżimu odpowiedzialności deliktowej. Obserwacja ta może zostać uogólniona, co pozwala na stwierdzenie, że system prawny, ustanawiając początkową alokację zasobów, nie wpływa w żadnym stopniu na alokację końcową, a efektywność gwarantowana jest przez prawidłowe funkcjonowanie systemu wolnorynkowego (Golecki, 2011). Uzasadniając prawdziwość powyższego stwierdzenia, Coase argumentował, że z perspektywy ekonomicznej celem systemu prawa winno być ustanowienie rozkładu uprawnień i obowiązków w taki sposób, by zapewnić efektywność w znaczeniu ekonomicznym (Golecki, 2008). System prawa zależy bezpośrednio od wpływu kosztów transakcyjnych i celem takiego systemu jest zminimalizowanie szkody lub kosztów, szeroko rozumianych. Coase wykazuje znaczenie kosztów transakcyjnych przez analizę natury negocjowania oraz zawierania kontraktów, przy użyciu przykładów, takich jak zniszczenie zbiorów przez zbiegłe bydło. Zauważył, że negocjacje pomiędzy poszkodowanymi stronami powinny zakończyć się efektywnym i niezależnym od treści norm prawnych różniącym się (*invariant*) wynikiem, przy standardowym założeniu istnienia konkurencyjnych rynków (szczególnie przy założeniu, że koszty transakcyjne są zerowe), tak długo, jak treść uprawnień pozostaje ściśle określona (*well-defined*). Zdaniem Coase'a, w przypadku istnienia wysokich kosztów transakcyjnych nie ma możliwości zawarcia kontraktu zupełnego, natomiast istnienie kontraktów niezupełnych oznacza jedynie odsunięcie w czasie konfliktu o sposób wykorzystania zasobu (Golecki, 2008). Jednocześnie niezupełność kontraktów sprawia, że konieczne staje się wykształcenie pozarynkowego, instytucjonalnego mechanizmu alokacji zasobów (Aoki, 2001). Rolę taką najczęściej odgrywa sąd, podejmując w warunkach wysokich kosztów transakcyjnych decyzję o alokacji zasobów.



### III. W poszukiwaniu optymalnego prawodawcy – neoinstytucjonalna teoria optymalnej regulacji

Zgodnie z założeniem przyjętym w ramach nowej ekonomii instytucjonalnej, ze względu na istnienie wysokich kosztów transakcyjnych prawo z istoty rzeczy nie może w wyczerpujący sposób regulować wszystkich możliwych sytuacji. Jednocześnie podejście to można przeciwstawić przyjmowanemu powszechnie w ramach ekonomii neoklasycznej modelowi zupełnej regulacji, której istnienie stanowi jedno z podstawowych założeń ogólnej teorii równowagi. Koncepcja niepełnego prawa stanowi zatem punkt wyjścia dla zaproponowania teorii optymalnej, tzn. efektywnej regulacji. Korzyści związane z opracowaniem postanowień dotyczących okoliczności, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest małe, stają się bardzo niskie. Weźmy pod uwagę bardzo prosty przykład. Załóżmy, że postanowienie dotyczące odpowiedzialności jednej ze stron z tytułu niewykonania umowy odnosi się do okoliczności, której wystąpienie może powodować powstanie odpowiedzialności w wysokości 100 000 PLN, czyli potencjalna korzyść z zamieszczenia postanowienia umowy odnoszącego się do okoliczności o wynosi 100 000 PLN. Jednocześnie konieczność podjęcia negocjacji, prowadzenia ich, zredagowania odpowiedniego zapisu itp. wynosi dodatkowe 1000 PLN, co można określić jako całkowity koszt transakcyjny danego postanowienia P dla strony A. Prawdopodobieństwo P1 wystąpienia zdarzenia O1 strona szacuje na 0,001. Oznacza to, że rzeczywista korzyść wynikająca z umieszczenia postanowienia P1 wynosi:

$$\text{Opt} = O1 \times P1, \text{ czyli } O_t = 100 \text{ PLN}$$

Całkowity koszt transakcyjny umieszczenia postanowienia  $O_{kt}$  wynosi 1000 PLN, ponieważ zaś  $O_{kt} > \text{Opt}$ , to strona A nie zdecyduje się na podjęcie negocjacji dotyczących rozkładu odpowiedzialności w przypadku wystąpienia danego zdarzenia. Tym samym zdarzenie to pozostanie poza zakresem regulacji umowy, a zatem umowa będzie miała charakter niepełny. Przyczyna tej niepełności ma charakter kosztowy (Ayres i Gertner, 1989). Koszty transakcyjne w opisanym przypadku były zbyt wysokie, co oznacza, że gdyby wynosiły one, przykładowo, nie 1000 PLN, a 99 PLN, racjonalnie postępujący kontrahent powinien zdecydować się na ich poniesienie i doprecyzowanie treści umowy w omawianym zakresie. Poziom zupełności umowy w tym przypadku wynika zatem z poziomu kosztów transakcyjnych oraz poziomu potencjalnych korzyści, które z określonym prawdopodobieństwem może uzyskać strona umowy, wprowadzając do treści umowy postanowienie dotyczące określonego zdarzenia. Odpowiednikiem kosztów transakcyjnych w tym przypadku będą ponoszone przez ustawodawcę koszty tworzenia prawa, prywatnym korzyściom wynikającym ze zwiększenia szczegółowości umowy odpowiadać będą zaś korzyści społeczne netto związane z wprowadzeniem określonej normy (Elhauge, 1991). Ponieważ koszty tworzenia prawa są pewne, natomiast korzyści zależą od prawdopodobieństwa wystąpienia określonych zdarzeń, to właśnie niskie prawdopodobieństwo ich wystąpienia powodować będzie występowanie kosztowej niepełności prawa. Zależność tę dobrze opisuje zaproponowany przez I. Erlicha i R.A. Posnera standardowy ekonomiczny model tworzenia prawa (Erllich i Posner, 1974). Kosztowa teoria tworzenia prawa opiera się na następujących założeniach. Po pierwsze, proces tworzenia prawa związany jest z koniecznością poniesienia różnego rodzaju kosztów. Po drugie,

zwiększenie precyzji reguł wiąże się z koniecznością poniesienia wyższych nakładów przez ustawodawcę. W ramach modelu zastosowanie znajdzie zatem podział reguł na precyzyjne normy prawne (*rules*) oraz ogólne standardy (*standards*). Istotne znaczenie ma sposób funkcjonowania norm oraz standardów. Cel modelu konstruowanego przez I. Erlicha i R.A. Posnera stanowi wyznaczenie optymalnego stopnia precyzji reguł oraz rozważenie konsekwencji związanych ze wskazaniem punktu równowagi pomiędzy zagregowanymi kosztami społecznymi, poniesionymi w wyniku ustanowienia reguły o określonym stopniu precyzji a korzyściami wynikającymi ze zmniejszenia kosztów społecznych, które musiałyby zostać poniesione w przypadku, gdyby dana reguła nie została ustanowiona. Kluczowe znaczenie ma w związku z tym wskazanie poszczególnych rodzajów kosztów składających się na całkowity koszt związany z ustanowieniem reguły prawnej o określonym stopniu precyzji. Zasadniczo na funkcję kosztów tworzenia prawa, zdaniem I. Erlicha oraz R.A. Posnera, składają się opisane poniżej elementy (Erllich i Posner, 1974). Po pierwsze – koszt tworzenia prawa przez ustawodawcę, na który składa się suma kosztów częściowych, takich jak koszty informacyjne, związane z pozyskaniem wiedzy na temat różnych zdarzeń, w tym także zdarzeń mogących wystąpić w przyszłości, ocena skutków regulacji oraz dokonanie optymalnego wyboru treści reguły, po uwzględnieniu możliwych do wzięcia pod uwagę okoliczności. Koszty te zależą od stopnia jednolitości (homogeniczności) przedmiotu regulacji, a co za tym idzie wzrastają w przypadku, gdy dotyczy ona różnego typu zachowań czy różnych obszarów działalności adresatów norm. Po drugie, uwzględniony powinien zostać koszt ustanowienia danej reguły, sformułowania jej postaci językowej (przepisów) oraz koszt podjęcia przez ustawodawcę politycznej decyzji. Sposób uzasadnienia tego typu kosztów wiąże się z przyjęciem koncepcji tzw. wymiany głosów oraz przetargu ustawodawczego (*logrolling*), zgodnie z którą polityczny ustawodawca tworzy prawo w wyniku zawierania kompromisów przez konkurujące ze sobą partie czy inne formalne oraz nieformalne grupy polityczne (Elhauge, 1991). W sytuacji gdy dana regulacja narusza istotne interesy danej grupy, koszt polityczny związany z ustanowieniem danej reguły wzrasta. Dodatkowo należy także uwzględnić koszty transakcyjne, związane z zawieraniem przez członków organu ustawodawczego wspomnianych wcześniej porozumień. Założenia te zostały przyjęte w ramach ekonomii politycznej i należą do katalogu podstawowych twierdzeń formułowanych w ramach teorii publicznego wyboru. Po trzecie, zwiększenie precyzji reguł prawnych prowadzi do wzrostu kosztów wynikających ze zbyt szerokiego zakresu zastosowania norm w przypadku nakazów oraz zakazów (*overinclusiveness*). Zasadniczo uwzględnienie kosztów wynikających ze zbyt szerokiego stosowania zakazów opiera się na założeniu, że zjawisko to prowadzi do nieefektywnej alokacji zasobów. W związku ze zmniejszeniem ilości aktywnych działań produkcyjnych, z powodu szerszego zakresu zastosowania norm zakazujących niż pierwotnie zamierzony przez ustawodawcę, dochodzi do pojawienia się kosztu nieoptymalnego zakresu regulacji. Przedstawiona przez I. Erlicha oraz R.A. Posnera koncepcja tworzenia prawa uwzględnia założenie, zgodnie z którym w procesie tworzenia prawa uczestniczy zarówno ustawodawca, jak i sądy, co znajduje swoje odzwierciedlenie w postaci wprowadzenia dwóch różnych parametrów odnoszących się do precyzji reguł prawnych tworzonych przez sądy i przez ustawodawcę (Elhauge, 1991). Tym samym precyzja przepisów prawa stanowionego oraz precyzja norm precedensowych traktowane są jako zmienne niezależne, natomiast wysokość kosztów tworzenia prawa przez ustawodawcę oraz przez sądy stanowi zmienną zależną. Należy zauważyć, że koszty

regulacji wynikające ze zbyt szerokiego zakresu norm rosną szybciej w przypadku prawa stanowionego niż w przypadku prawa tworzonego przez sądy. Zgodnie z przyjętą przez nich ogólną konkluzją, reguły tworzone przez ustawodawcę szybciej się dezaktualizują, gdyż koszt nowelizacji jest wysoki, a co więcej, jest on wyższy od alternatywnej strategii w postaci przejęcia roli prawotwórczej przez sądy, które co prawda tworzą reguły o mniejszym zakresie zastosowania, ale do pewnego momentu, gdy całkowity koszt prawotwórstwa sądowego w odniesieniu do określonej sfery regulacji nie jest wyższy od całkowitego kosztu nowelizacji dokonanej przez ustawodawcę, sądy tworzą większą ilość norm precedensowych o mniejszym od właściwego prawu stanowionemu zakresie zastosowania (Elhauge, 1991). Jednocześnie koszty prawa stanowionego przez ustawodawcę mogą dodatkowo wzrosnąć w sytuacji, gdy koszty transakcyjne pozostają na tyle wysokie, że w praktyce uniemożliwiają podjęcie politycznej decyzji o dokonaniu nowelizacji. Asymetria krańcowych kosztów tworzenia prawa przez ustawodawcę oraz przez sądy stanowi zatem uzasadnienie istnienia oraz znaczącej roli prawotwórstwa sądowego. W tym kontekście można wskazać, propozycje ujęć teoretycznych relacji między prawem stanowionym a prawem sędziowskim. Jednocześnie możliwe jest przyjęcie odmiennego podejścia, uwzględniającego obok sądów i ustawodawcy także prawotwórczą rolę organów administracji, ograniczających kosztową niezupełność prawa. Uwzględnianie czynnika instytucjonalnego, jaki stanowią w poszczególnych dziedzinach prawa organy administracji, stanowi przejaw bardziej kompleksowego podejścia badawczego, nierzadko inspirowanego założeniami marginalizmu instytucjonalnego oraz komparatystyki instytucjonalnej. Niezupełność systemu prawa stanowiła także przedmiot zainteresowania K. Pistor i Ch. Xu (Pistor i Xu, 2002; 2003). Autorzy ci po przyjęciu założenia o kosztowej niezupełności prawa podjęli próbę odpowiedzi na pytanie o najbardziej efektywny sposób ograniczenia niezupełności prawa. Doszli oni do przekonania, że niezupełność kosztowa może zostać ograniczona poprzez działanie ustawodawcy rezydualnego, czyli instytucji, która jest w stanie uzupełnić niezupełne prawo w ramach procesu jego stosowania i jedynie w odniesieniu do konkretnych przypadków. Oczywistym kandydatem mogącym w danym systemie prawa pełnić funkcję prawodawcy rezydualnego są z jednej strony sądy, z drugiej zaś – organy administracji (Pistor i Xu, 2002).

#### IV. Zamiast zakończenia

W kontekście uwzględnienia relacji pomiędzy trzema typami władzy oraz odpowiadających im charakterystycznych cech, wyzwaniem dla teorii regulacji staje się, po pierwsze, empiryczne zweryfikowanie tezy dotyczącej tego, jaki typ instytucji odgrywać powinien rolę rezydualnego prawodawcy w różnych, porównywalnych pod względem danych wyodrębnionych parametrów, sektorach podlegających interwencji tegoż prawodawcy (teza opisowa). Po drugie zaś, celem badań powinno stać się określenie warunków, pod jakimi dana instytucja, w tym także prawodawca rezydualny, staje się prawodawcą optymalnym (teza normatywna). Tego typu badania mogą z kolei stanowić punkt wyjścia do dogłębnych reform instytucjonalnych. W tym kontekście można oceniać wzrost prawotwórczej aktywności sądów oraz administracji rządowej, dążąc przy tym do zidentyfikowania związków przyczynowych stanowiących podstawę tego procesu.

## Bibliografia

- Aoki, M. (2001). *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Ayres, I. i Gertner, R. (1989). Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *The Yale Law Journal*, 99(1).
- Boettke, P. (1998). Coase, Communism, and the 'Black Box' of Soviet-Type Economies. W: S.G. Medema (red.), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*. Boston–Dordrecht–London: Springer.
- Buchanan, J.M. i Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Coase, R.H. (1946). The Marginal Cost Controversy. *Economica*, 13.
- Coase, R.H. (1947). The Marginal Cost Controversy: Some Further Comments. *Economica*, 14.
- Coase, R.H. (1959). The Federal Communications Commission. *The Journal of Law and Economics*, 2.
- Coase, R.H. (1966). The Theory of Public Utility Pricing. W: *The Economics of Regulation of Public Utilities*. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R.H. (1988). The Problem of Social Cost. W: R.H. Coase, *The Firm, The Market, and The Law*. Chicago–London: Chicago University Press (przedruk za: *The Journal of Law and Economics*, 1960, 3).
- Dasgupta, A.K. i Pearce, D.W. (1972). *Cost-Benefit Analysis: Theory and Practice*. London: Macmillan.
- Demsetz, H. (1972). When Does the Rule of Liability Matter? *The Journal of Legal Studies*, (1).
- Elhauge, E.R. (1991). Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? *Yale Law Journal*, 101.
- Golecki, M.J. (2008). The Coase Theorem and Philosophical Foundations of Law and Economics. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2.
- Golecki, M.J. (2011). *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pigou, A.C. (1962). *The Economics of Welfare* (wyd. 4). London: Macmillan.
- Pistor, K. i Xu, Ch. (2003). Incomplete Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 35.
- Pistor, K. i Xu, Ch. (2002). Incomplete Law – A Conceptual and Analytical Framework and Its Application to the Evolution of Financial Market Regulation. *Department of Economics London School of Economics Working Papers* No. 4.
- Posner, R.A. (2003). *Economic Analysis of Law* (wyd. 6). New York: Aspen.
- Tullock, G. (1967). The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *World Economics Journal*, 5.
- Williamson, O.E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.