

Magdalena Małecka
Polska Akademia Nauk

Prawo, ekonomia, ludzkie działanie. Dyskusja nad zastosowaniem ekonomii behawioralnej do analizy prawa

1. Wprowadzenie

Od samego początku jego rozwoju, ambicją i celem ekonomicznego podejścia do prawa było i jest wprowadzenie do badań nad prawem ścisłych rygorów naukowych. R. Posner, prekursor i propagator ekonomicznej analizy prawa, pisał o tym następująco:

„To, co mnie najbardziej interesuje w ruchu *law & economics*, to jego aspiracja, aby oprzeć studia nad prawem na naukowych fundamentach, które stanowiłyby: spójna teoria, precyzyjne hipotezy sformułowane na podstawie teorii i empiryczne testy owych hipotez. Prawo to instytucja społeczna o niezwykle długiej tradycji oraz znaczeniu i nie widzę powodu, dlaczego nie można by go badać w sposób naukowy. Ekonomia jest najbardziej zaawansowaną nauką społeczną, a system prawny zawiera wiele powiązań z systemami [ekonomicznymi – przyp. MM] badanymi z powodzeniem przez ekonomię”¹.

W tzw. neoklasycznej ekonomicznej analizie prawa (stanowiącej główny trend w ruchu *law & economics* od początku jego powstania w latach 70. XX wieku do połowy lat 90.) zakłada się, że teorie ekonomiczne (przede wszystkim mikroekonomiczne) można zastosować do prawa, ponieważ racjonalność podmiotów tworzących prawo, stosujących je, jak i podlegających mu może zostać scharakteryzowana w taki sam sposób jak racjonalność *homines economici*. Podmioty podejmujące decyzje w kontekstach prawnych² rozumiane są przez zwolenników podejścia neoklasycznego jako osoby o spójnych i niezmiennych preferencjach, maksymalizujące użyteczność³ na podstawie optymalnej ilości informacji⁴. Z kolei prawo sprowadzone jest do bodźca (*incentive*), który racjonalny podmiot uwzględni podczas dokonywania wyborów – zachowując się w sposób moż-

¹ R. Posner w: M. Faure, R. van den Bergh, *Essays in law and economics*, Antwerpen 1989.

² Pisząc o kontekstach prawnych, mam na myśli sytuacje, w których: normy prawne mogą wpływać na zachowania ich adresatów; podmioty tworzące prawo zachowują się w określony sposób; jak również sytuacje, których ramy zostały określone/zdefiniowane i wyznaczone przez normy prawne, jak np. zachowania podczas sądowego rozstrzygnięcia sporów.

³ Użyteczność w ekonomii rozumiana jest jako satysfakcja z konsumpcji dóbr.

⁴ W ten sposób podejście neoklasyczne zostało określone przez G. Beckera.

liwy do przewidzenia przez neoklasyczne teorie ekonomiczne⁵. Ekonomiczna analiza prawa rozwijała się w takiej postaci i w sposób niekwestionowany przez zwolenników *law & economics* do momentu, w którym niektórzy spośród nich zaczęli wykazywać zainteresowanie rozwojem i dokonaniem ekonomii behawioralnej.

Podczas gdy ekonomiści behawioralni przeprowadzili krytykę neoklasycznej ekonomii, prekursorzy podejścia behawioralnego w *law & economics* zaproponowali dokonanie krytycznej rewizji dotychczasowego dorobku ekonomicznej analizy prawa. Krytyka ta oparta była na interpretacji wyników eksperymentów testujących neoklasyczne teorie, wykorzystywanych w ekonomicznej analizie prawa. Większość przeprowadzonych eksperymentów pozwalało bowiem sformułować wniosek, że w niektórych sytuacjach ludzie zachowują się niezgodnie z przewidywaniami opartymi na neoklasycznych modelach.

Na przykład słynny eksperyment J. Knetscha, R. Thaler i D. Kahnemana⁶ wykazał występowanie tzw. efektu posiadania, który uznano za podważający twierdzenie Coase'a, głoszące, że jeśli koszty transakcyjne wynoszą zero, efektywna alokacja prawa własności danego dobra nastąpi niezależnie od tego, komu to prawo było początkowo przyznane przez przepis prawa lub orzeczenie sądowe – tzn. niezależnie od tego, kto pierwotnie był podmiotem tego prawa. Efekt posiadania to zaobserwowane podczas eksperymentów zjawisko, polegające na wpływie wyjściowej alokacji praw własności na wycenę uprawnień. Okazuje się, że uczestnicy eksperymentów są gotowi żądać wyższej ceny za uprawnienie, które jest im przyznane, niż byliby skłonni za nie zapłacić, aby je nabyć⁷. Występowanie efektu posiadania podważa twierdzenie Coase'a, ponieważ ze względu na wpływ wyjściowej alokacji na wycenę uprawnień, nawet przy niskich czy zerowych kosztach transakcyjnych, może nie dojść do efektywnej alokacji praw własności.

Podstawowy zarzut zwolenników podejścia behawioralnego w ekonomicznej analizie prawa wysuwany pod adresem podejścia neoklasycznego dotyczył tego, że założenia neoklasycznych teorii ekonomicznych są tak mało realistyczne, iż formułowane na ich podstawie przewidywania zachowań podmiotów działających w kontekstach prawnych często nie są prawidłowe. Dlatego w ramach behawioralnej ekonomicznej analizy prawa formuluje się postulat analizy rzeczywistych zachowań⁸ ludzi w kontekstach prawnych.

W ruchu *law & economics* do dziś toczy się ożywiona dyskusja między zwolennikami podejścia neoklasycznego i behawioralnego, a rekonstrukcja i prezentacja argumentów podnoszonych w tejsze dyskusji stanowi przedmiot niniejszego artykułu. Przjrzenie się krytyce prowadzonej wewnątrz ekonomicznej analizy prawa dostarcza wiedzy zarówno o filozoficznych i metodologicznych założeniach leżących u podstaw aplikacji teo-

⁵ W neoklasycznej (standardowej) ekonomicznej analizie prawa zastosowanie znajdują przede wszystkim następujące teorie: teoria wyboru konsumenta, teoria przedsiębiorstwa, teoria popytu i podaży, teoria równowagi ogólnej i ekonomia dobrobytu, teoria gier, ekonomiczna teoria podejmowania decyzji w warunkach niepewności i ryzyka, teoria wzrostu gospodarczego, teoria kosztów transakcyjnych, teoria wyboru publicznego.

⁶ Zob. D. Kahneman, J.L. Knetsch, R. Thaler, *The Endowment Effects, Loss Aversion and Status Quo Bias*, "Journal of Economic Perspectives" 1991/5, s. 193–206.

⁷ Studenci biorący udział w eksperymencie J. Knetscha, R. Thaler i D. Kahnemana mieli za zadanie dokonywanie transakcji kubkami do kawy (przedmiotami o bardzo małej wartości, przy pomijalnie niskich kosztach transakcyjnych). Zgodnie z przewidywaniami opartymi na twierdzeniu Coase'a przynajmniej połowa kubków powinna zmienić właściciela. W rzeczywistości jednak tylko kilka z nich zostało zbytych w wyniku transakcji. Studenci, którym przyznano przedmioty na czas eksperymentu, wyceniali je wyżej, niż byli skłonni za nie zapłacić ci uczestnicy eksperymentu, których zadaniem było nabywanie kubków do kawy. Różnica między deklarowaną ceną nabycia uprawnienia a ceną jego sprzedaży nazywana jest efektem posiadania.

⁸ Zamiennie posługują się terminami: działanie, zachowanie, podejmowanie decyzji oraz dokonywanie wyborów, mając świadomość różnic znaczeniowych między nimi. Ponieważ jednak referują poglądy autorów anglojęzycznych i odnoszą się do nich, stosują terminologię występującą w omawianych artykułach.

rii ekonomicznych do prawa, jak i o jej normatywnych implikacjach. Ponadto analiza sporu między podejściem neoklasycznym i behawioralnym może być punktem wyjścia do zastanowienia się nad zasadnością wyjaśniania zachowań w kontekstach prawnych z wykorzystaniem teorii ekonomicznych.

W dalszej części artykułu scharakteryzuję podejście behawioralne w ekonomicznej analizie prawa. Następnie dokonam rekonstrukcji argumentów krytycznych formułowanych w sporze między zwolennikami podejścia behawioralnego i neoklasycznego. Wyróżniam trzy rodzaje zagadnień, których dotyczy dyskusja, a mianowicie: zagadnienia metodologiczne, filozoficzne oraz normatywne. Przedstawię własne uwagi na temat argumentów podnoszonych w dyskusji, a w zakończeniu artykułu wspomnę o stopniu realizacji postulatu „unaukowienia” badań nad prawem oraz omówię znaczenie sporu dla możliwości uzasadnienia zastosowania teorii ekonomicznych do badań nad prawem.

2. Charakterystyka behawioralnej ekonomicznej analizy prawa

Jak już wspomniałam, rozwój i dokonania ekonomii behawioralnej nie pozostały bez wpływu na ekonomiczną analizę prawa. Zainteresowanie tym trendem w ekonomii przez badaczy z kręgu *law & economics* wydaje się zresztą dość naturalne – skoro ekonomiczna analiza prawa oparta jest na założeniu o możliwości wykorzystania teorii i pojęć ekonomicznych do analizy zjawisk prawnych, trudno dziwić się próbom aplikacji nowych teorii i koncepcji ekonomicznych do ekonomicznych analiz prawa. Przedmiotem badań ekonomii behawioralnej jest wyjaśnianie (w celu przewidywania) zachowań podmiotów podejmujących decyzje ekonomiczne, poprzez uogólnianie wyników obserwacji tego, w jaki sposób ludzie dokonują ekonomicznych wyborów (głównie w sytuacjach eksperymentalnych). Wyniki eksperymentów wskazujące na odstępstwa od przewidywań sformułowanych na podstawie teorii neoklasycznej ekonomii wyjaśniane są w oparciu o niektóre teorie i koncepcje z psychologii poznawczej. *Behavioral law & economics* z kolei wykorzystuje psychologię poznawczą w celu analizy zachowań i decyzji, mających wymiar ekonomiczny, a podejmowanych przez ludzi w kontekstach prawnych.

Swoją nazwę *behavioral law & economics* zawdzięcza tytułowi artykułu autorstwa Ch. Jolls, C. Sunsteina i R. Thalara *A behavioral approach to law and economics*⁹, który stał się „manifestem” podejścia behawioralnego w ekonomicznej analizie prawa. Obecnie analizy *behavioral law & economics* znajdują zastosowanie w większości dziedzin prawa, w tym przede wszystkim w prawie umów, prawie deliktów, prawie własności, prawie rynków kapitałowych, prawie publicznym, prawie karnym, prawie proceduralnym¹⁰.

Wspomniani autorzy twierdzą, że behawioralna ekonomiczna analiza prawa stanowić może uzupełnienie oraz ulepszenie analiz prawa prowadzonych w ramach podejścia neoklasycznego¹¹.

⁹ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A behavioral approach to law and economics*, „Stanford Law Review” 1998/5, s. 1471–1550.

¹⁰ Zob. np. O. Bar-Gill, *The behavioral economics of consumer contracts*, „Minnesota Law Review” 2007–2008/92, s. 749–802; J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, „The University of Chicago Law Review” 1998/2, s. 571–625; Ch. Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, „The University of Chicago Law Review” 2000/67, s. 163–216; D.C. Langevoort, *Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)*, „University of Pennsylvania Law Review” 1997–1998/146, s. 101–172.

¹¹ Podejście neoklasyczne w ekonomicznej analizie prawa definiowane jest przez autorów za G. Beckerem: oparte jest ono na założeniu, że wszelkie ludzkie zachowania mogą być rozpatrywane jako zachowania podmiotów, które 1) maksymalizują użyteczność, 2) w oparciu o niezmiennie preferencje, 3) na podstawie optymalnej ilości informacji.

Teorie neoklasyczne w ekonomii krytykowane są na podstawie wyników obserwacji ludzkich zachowań. Zwolennicy podejścia behawioralnego twierdzą, że w wielu sytuacjach podmioty zachowują się w sposób niezgodny z przewidywaniami opartymi na neoklasycznych modelach. W związku z tym podstawowy zarzut formułowany pod adresem tradycyjnej ekonomii (oraz tradycyjnej ekonomicznej analizy prawa) dotyczy niewielkiej mocy predykcyjnej jej teorii. Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler uważają, że wyniki obserwacji zachowań stanowiących odstępstwa od przewidywań neoklasycznej ekonomii można uogólnić. Wskazują na trzy rodzaje systematycznych odstępstw, które nazywają ograniczeniami, a mianowicie na ograniczoną wolę (*bounded willpower*), ograniczone kierowanie się własnym interesem (*bounded self-interest*) oraz ograniczoną racjonalność (*bounded rationality*).

Termin „ograniczona wola” odnosić się ma do faktu, że ludzie często działają w sposób, o którym wiedzą, iż nie jest on zgodny z ich interesem w długim okresie (jak np. zażywanie używek pomimo wiedzy o ich szkodliwych skutkach). Ograniczone kierowanie się własnym interesem dotyczy zjawiska polegającego na zachowaniu się w niektórych sytuacjach w sposób wskazujący na uwzględnianie podczas podejmowania decyzji także interesu innych ludzi (nawet obcych). Autorzy *A behavioral approach to law and economics* wskazują na to, że na wielu rynkach podmioty wchodzące w stosunki wymiany oczekują uczciwego (*fair*) traktowania i traktują innych uczciwie w odpowiedzi na takie zachowanie drugiej strony. Wreszcie ograniczona racjonalność dotyczy formułowania sądów i polega na skłonności do odstępowania od prawidłowego wzorca rozumowania, skutkującej regularnym popełnianiem błędów określonego rodzaju. W podejściu behawioralnym tendencyjność sądów wyjaśnia się za pomocą koncepcji heurystyk¹². Teoria perspektywy A. Tverskyego oraz D. Kahnemana¹³ wykorzystywana jest do wyjaśniania decyzji podejmowanych w sytuacjach ryzyka, sprzecznych z przewidywaniami teorii oczekiwanej użyteczności.

Zwolennicy podejścia behawioralnego formułują także stanowisko w kwestii możliwości ingerencji prawodawcy w sferę działań i wyborów adresatów norm prawnych (paternalizm w prawie). Uważają oni, że prawodawca może ingerować w sferę wyborów podmiotów podlegających nakazom norm prawnych, jeżeli ingerencja ta jest dokonywana w celu eliminacji negatywnych efektów ograniczeń poznawczych (błędów). Ze względu na ograniczenia poznawcze (np. ograniczoną zdolność przetwarzania informacji czy zawodną pamięć), ludzie mogą dokonywać wyborów, które nie są zgodne z ich

¹² Heurystyki są uproszczonymi zasadami rozumowania, które umożliwiają szybkie sformułowanie sądu. Stosowanie heurystyk często może prowadzić do popełniania systematycznych błędów. Np. heurystyka zakotwiczenia i dopasowania prowadzi do błędnej oceny wielkości liczbowych (w tym niedoszacowania lub przeszacowania wielkości statystycznych). W analizach prowadzonych w ekonomii behawioralnej, jak i w *behavioral law & economics*, znaleźć można odwołania do następujących rodzajów heurystyk: heurystyki reprezentatywności, heurystyki dostępności oraz heurystyki zakotwiczenia i dopasowania. Z kolei następujące tendencyjności sądów uznawane są za niepozostające bez znaczenia w kontekstach ekonomicznych i prawnych: tendencyjność optymistyczna, złudzenie myślenia wstecznego, egotyzm atrybucyjny.

¹³ Teoria ta została sformułowana w pracy A. Tversky'ego i D. Kahnemana, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, „Econometrica” 1979/47, s. 263–292 i jest teorią podejmowania decyzji w sytuacjach ryzyka. Jej sformułowanie wiąże się ściśle z odkryciem przez tych badaczy efektu *framingu* – wpływu mentalnej reprezentacji problemu decyzyjnego na treść podejmowanych decyzji. W teorii perspektywy istotne dla wyjaśnienia decyzji podejmowanych w sytuacjach ryzyka jest postrzeganie możliwych opcji wyboru w kategoriach zysków albo strat. Nakładane na problem kategorii mają wpływ na to, czy decydenci wykazują awersję wobec ryzyka albo czy są skłonni do jego podjęcia. A. Tversky i D. Kahneman stwierdzili, że podczas dokonywania wyboru między opcjami, które są postrzegane jako zysk, ludzie wykazują awersję wobec ryzyka. Z kolei, kiedy wybierają między opcjami postrzeganymi w kategoriach straty, wówczas są skłonni do ryzykowania.

(najlepszym) interesem – jak np. podczas zawierania umów o karty kredytowe¹⁴. Wówczas prawodawca, stanowiąc normy prawne, może w taki sposób wpłynąć na decyzje podmiotów, aby eliminować negatywne skutki błędnych wyborów. Ingerencja jest uzasadniona pod warunkiem, że skutkuje poprawą sytuacji (dobrobytu, *welfare*) osób podlegających regulacji. Zwolennicy podejścia behawioralnego nie zgadzają się z założeniem leżącym u podstaw antypaternalizmu, głoszącym, że ludzie zawsze dokonują wyborów w swoim (najlepszym) interesie. Nie oznacza to jednak, że *behavioral law & economics* dostarcza uzasadnień paternalizmowi – w pracach „behawioralnych” podkreśla się, że jakiegokolwiek wpływanie na decyzje za pomocą norm prawnych odbywać się powinno z poszanowaniem wolności adresatów norm¹⁵, w celu ograniczenia negatywnych skutków ich błędnych decyzji oraz w taki sposób, aby polepszać ich sytuację (dobrobyt). Ponieważ zwolennicy podejścia behawioralnego uważają, że niejednokrotnie wpływu norm prawnych na preferencje nie da się uniknąć, ich stanowisko określa się często jako anty-antypaternalizm, który zakłada możliwość ingerencji w sferę wyborów adresatów norm prawnych, przy poszanowaniu wolności wyboru.

3. Dyskusja

Jak już wspomniałam, w dyskusji między podejściem behawioralnym a neoklasycznym wyróżniam trzy rodzaje zagadnień, których dotyczy polemika: zagadnienia filozoficzne, metodologiczne oraz normatywne (argumenty odnoszące się do poszczególnych zagadnień, nazywam dalej odpowiednio argumentami filozoficznymi, metodologicznymi i normatywnymi).

3.1. Argumenty filozoficzne

3.1.1. Koncepcja racjonalności

R. Posner uważa, że zgodnie z koncepcją racjonalności przyjmowaną w neoklasycznej ekonomii działanie racjonalne to działanie, które pozwala osiągać określone cele

¹⁴ Zob. O. Bar-Gill, *The behavioral...* W artykule tym autor powołuje się na badania dotyczące zachowań i decyzji konsumentów na rynku kart kredytowych i stwierdza, że konsumenci w sposób systematyczny podejmują błędne decyzje. Wskazuje on ponadto, że w umowach o karty kredytowe znajdują się postanowienia, które można uznać za strategiczną odpowiedź oferujących kredyty na systematyczne popełnianie błędów przez konsumentów. Do postanowień takich należy między innymi rozbijanie kosztów korzystania z karty na np. opłaty za kartę i opłaty/odsetki naliczane w przypadku spłaty zadłużenia po terminie (wówczas cena postrzegana (*perceived price*) przez konsumenta jest niższa od rzeczywistej ceny produktu) lub wprowadzanie niższego oprocentowania karty w okresie początkowym (co sprzyja występowaniu tendencji optymistycznej). Tęgo typu postanowienia naruszają interes klientów, którzy ponoszą koszty popełniania systematycznych błędów, co prowadzi do nieefektywnej alokacji (*welfare loss*) na rynku kart kredytowych. Ponadto, wprowadzanie na rynek produktów naruszających interes klientów może powodować powstawanie efektów zewnętrznych (*externalities*). Występowanie takich zawodności rynku (*market failures*) uzasadniać może interwencję prawną w celu ich eliminacji.

¹⁵ Zwolennicy stanowiska zwanego libertariańskim paternalizmem (*libertarian paternalism*) twierdzą, że jest możliwe „sterowanie” wyborami adresatów norm prawnych czy regulacji, bez pozbawiania ich wolności wyboru. Takie „sterowanie” może odbywać się poprzez umiejętne wykorzystywanie dwóch typów regulacji: *opt-out* oraz *opt-in*. Np. chcąc zwiększyć uczestnictwo pracowników w programie oszczędnościowym prowadzonym przez pracodawcę, można objąć tym programem wszystkich pracowników, pozostawiając im opcję/wolność rezygnacji z uczestnictwa w nim (regulacja typu *opt-out*). Innym sposobem wprowadzenia takiego programu jest ustanowienie obowiązku wyrażenia zgody na uczestniczenie w programie (regulacja typu *opt-in*). Oba typy regulacji pozostawiają pracownikom wolność wyboru. Różnią się jednak tym, że w przypadku opcji *opt-out* programem zostanie objęta zdecydowanie większa liczba osób. Kierowanie się interesem pracowników, zdaniem zwolenników *libertarian paternalism*, powinno skłaniać pracodawców do wyboru regulacji *opt-out*.

za pomocą najlepszych dostępnych środków. W związku z tym nie odmawia racjonalności wielu zachowaniom uważanym przez zwolenników podejścia behawioralnego za irracjonalne. Jego zdaniem np. posługiwanie się heurystykami może być racjonalne w sytuacji, kiedy wybór dokonywany jest przy niepełnej informacji – ponieważ zarówno zdobywanie, jak i przetwarzanie informacji jest kosztowne, podmiot, który działając na podstawie niekompletnej informacji, stosuje heurystyki, dokonuje optymalnego wyboru przy ograniczeniach. Przyjmując tak szeroką definicję racjonalności jak R. Posnera, za racjonalne należałoby uznać większość zachowań. W tym miejscu nasuwa się jednak pytanie o to, czy definicja ta ma cokolwiek wspólnego ze sposobem rozumienia działania racjonalnego w neoklasycznej ekonomii. Wydaje się, że R. Posner posługuje się w istocie bardzo potocznym rozumieniem racjonalności. Tymczasem, jak zauważa metodolog ekonomii M. Blaug:

„dla ekonomisty racjonalność oznacza dokonywanie wyboru pozostającego w zgodzie z uporządkowanym zbiorem preferencji, które są zupełne i tranzytywne, w warunkach doskonałego i nie związanego z żadnymi kosztami dostępu do informacji. Jeśli występuje niepewność co do przyszłych wyników działania, racjonalność oznacza maksymalizację oczekiwanej użyteczności, to znaczy użyteczności wyniku przemnożonego przez prawdopodobieństwo jego pojawienia się”¹⁶.

Rozszerzenie definicji racjonalności w sposób zaproponowany przez R. Posnera prowadzi do utraty tego, co stanowi osiągnięcie neoklasycznej ekonomii – możliwości formułowania ogólnych hipotez wyjaśniających działanie na podstawie teorii o ściśle i precyzyjnie określonych założeniach.

Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler próbują uniknąć wdawania się w spór o koncepcję racjonalności, zarzucając krytykom, że niewłaściwie rekonstruują ich stanowisko i argumentację oraz przypisują im zainteresowanie zachowaniami irracjonalnymi¹⁷. Podkreślają oni, że w swoich pracach celowo unikają posługiwania się terminem „irracjonalność”. Szczególny nacisk starają się kłaść na analizę rzeczywistych zachowań ludzi, przy zawieszeniu rozważań co do ich racjonalności bądź irracjonalności. Ich zdaniem, kiedy R. Posner rozważa, czy odstępstwa od przewidywań neoklasycznych modeli należy uznać za racjonalne czy też nie, koncentruje się on na kwestii mało istotnej dla rozwoju bardziej adekwatnych teorii zachowania, które mogłyby znaleźć zastosowanie w ekonomicznej analizie prawa.

Jednakże próba uniknięcia przez autorów *A behavioral approach to law and economics* zajęcia stanowiska w sporze o koncepcję racjonalności jest mało przekonująca, jeśli zauważymy, że inspirują się oni koncepcją racjonalności ograniczonej H. Simona¹⁸ i wprost się do niej odwołują. Autor ten zakwestionował założenie o racjonalności (racjonalnym wyborze) leżące u podstaw neoklasycznych teorii ekonomicznych, twierdząc, że ludzie nie są w stanie maksymalizować użyteczności, a to, co robią, jest raczej zaspokajaniem potrzeb w stopniu zadowalającym. Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler z jednej strony nie chcą zabierać głosu w dyskusji dotyczącej racjonalności w ekonomii i ekonomicznej analizie prawa, z drugiej jednak strony posługują się koncepcją racjo-

¹⁶ M. Blaug, *Metodologia ekonomii*, Warszawa 1995, s. 334.

¹⁷ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *Theories and tropes: A reply to Posner and Kelman*, „Stanford Law Review” 1997–1998/50, s. 1594.

¹⁸ Zob. H. Simon, *Models of bounded rationality*, MIT Press 1982. Termin „ograniczona racjonalność” używany przez behawiorystów stanowi bezpośrednie odwołanie do koncepcji ograniczonej racjonalności H. Simona.

nalności ograniczonej. W związku z tym nie udaje im się uniknąć zajęcia stanowiska filozoficznego.

Można jednak domyślać się motywacji stojących za próbami takich uników, jeśli zwróci się uwagę na silne wartościujące nacechowanie terminów „racjonalny” i „irracjonalny”. Behawioryści usiłują prowadzić empiryczne badania zachowań niepodlegających normom racjonalności wyznaczonym przez teorię racjonalnego wyboru. Określenie przedmiotu ich badań jako „irracjonalny” mogłoby sugerować niemożliwość występowania prawidłowości w działaniach stanowiących odstępstwa od przewidywań teorii racjonalnego wyboru. Ponieważ zwolennicy podejścia behawioralnego są przekonani, że takie prawidłowości można wskazać, unikają używania określeń, które mogłyby dezawuować wartość poznawczą ich prac.

Pogłębiona analiza normatywnego i deskryptywnego założenia o racjonalności oraz związku między koncepcją racjonalności a koncepcjami działania przyjmowanymi w ekonomii stanowi poważne wyzwanie filozoficzne, przekraczające ramy tego artykułu.

3.1.2. Milczące założenia

Niektórzy autorzy zabierający głos w omawianej dyskusji starają się zrekonstruować ukryte przesłanki zastosowania teorii działania do analiz prawa. Na przykład S. Issacharoff¹⁹ twierdzi, że posługiwanie się teorią racjonalnego wyboru wymaga założenia, iż odstępstwa od tej teorii są przypadkowe, a zachowanie może zostać uznane za racjonalne tylko wtedy, gdy polega na maksymalizacji użyteczności. Wymienia także następujące, poddawane krytyce przez behawiorystów, założenia dotyczące zachowania, przyjmowane przez neoklasyków. Po pierwsze, w ramach podejścia neoklasycznego zakłada się, jego zdaniem, że ludzie reagują na bodźce (koszty lub zyski określonych decyzji). Po drugie, że są zdolni do dokonywania porównań użyteczności. Po trzecie, że inwestują w zdobywanie informacji potrzebnych do dokonywania takich porównań. Po czwarte, że bezbłędnie przeprowadzają porównania i obliczenia użyteczności. Po piąte zaś, że zmiany w strukturze bodźców powodują odpowiednie zmiany zachowania. Behawioryści poddają krytyce te założenia, wskazując przede wszystkim na to, że ludzie w sposób systematyczny posługują się heurystykami w celu uproszczenia procesu podejmowania decyzji w warunkach niepewności. Z tego punktu widzenia podejście behawioralne można uznać za próbę zaproponowania teorii bardziej podstawowej, która umożliwiłaby modyfikację wspomnianych założeń w oparciu o bardziej adekwatną wiedzę dotyczącą zachowań.

Próby rekonstrukcji owych ukrytych założeń można rozpatrywać łącznie ze wspomnianą wyżej problematyką koncepcji racjonalności. Jak zauważył M. Blaug:

„powodzenie wyjaśnień zachowania ekonomicznego przez ekonomistów to wynik czegoś więcej niż jedynie zastosowania założenia o racjonalności. Sama w sobie hipoteza o racjonalności jest raczej słaba. Aby zaczęły z niej wynikać interesujące konsekwencje, ogólną koncepcję racjonalności musimy uzupełnić o założenia pomocnicze (...) Innymi słowy, rzekomo imponujące wyniki ekonomii neoklasycznej (...) opierają się na czymś więcej (znacznie więcej) niż założenie racjonalnego działania”²⁰.

¹⁹ S. Issacharoff, *Can there be a behavioral law and economics?*, “Vanderbilt Law Review” 1998/51, s. 1730.

²⁰ M. Blaug, *Metodologia...*, s. 338.

Interesujące jest, że także R. Posner – gorliwy obrońca podejścia neoklasycznego – podjął się próby wskazania ukrytych założeń przyjmowanych w neoklasycznej ekonomii. Co więcej, uznał on, że niektóre z nich trzeba zmienić²¹, aby móc bez zastrzeżeń stosować model racjonalnego wyboru. Zaproponował poddanie rewizji założenia o jedności świadomości podmiotu podejmującego decyzje oraz o niezmienności jego preferencji. Aby bowiem wyjaśnić zjawiska zmian preferencji (wyjaśniane na podstawie teorii perspektywy poprzez występowanie efektu *framingu*) czy też hiperbolicznego dyskontowania, należy według niego uznać, że ludzka świadomość składa się z wielu jaźni (z wielu „ja”), a preferencje podmiotu zmieniają się w czasie²².

R. Posner jednak nie podaje teoretycznie uzasadnionego powodu, dla jakiego mielibyśmy przyjąć raczej założenie o wielości „ja” niż założenie o jedności świadomości. Jego propozycja ma charakter *ad hoc* i nie znajduje uzasadnienia w zewnętrznej, bardziej ogólnej teorii.

3.1.3. Dwa rodzaje problemów

T. Ulen, zajmujący koncyliacyjne stanowisko w omawianym sporze, zauważa, że problemy, z którymi zmagają się podmioty podejmujące decyzje, mogą mieć dwojaki charakter²³. Ograniczenia w podejmowaniu decyzji mogą być spowodowane zewnętrznymi wobec podmiotu warunkami (problemy strukturalne i otoczenia/środowiska) albo mogą wynikać z ograniczeń poznawczych. Podmioty działające w kontekstach prawnych mogą napotykać oba typy problemów. Ponieważ jednak ich źródła są odmienne, twierdzi on, że ekonomiczna analiza prawa powinna rekomendować środki korygujące skutki takich ograniczeń stosownie do typu problemu. Neoklasyczna ekonomiczna analiza prawa oferuje narzędzia do rozwiązywania i radzenia sobie z problemami strukturalnymi, behawioralna – z problemami wynikającymi z ograniczeń poznawczych. Zdaniem T. Ulena zwrócenie uwagi na ograniczenia poznawcze to niewątpliwym wkładem podejścia behawioralnego do rozwoju *law & economics*.

Nasuwa się jednak pytanie o to, czy T. Ulen formułuje dostatecznie precyzyjne kryterium podziału na dwa rodzaje problemów. Czy podział dokonany w oparciu o owe kryterium może być rozłączny i adekwatny? Czy ograniczenia poznawcze, w tym posługiwanie się heurystykami, nie są w jakiś sposób związane ze strukturą problemu, środowiska²⁴ (np. ograniczoną ilością informacji w otoczeniu działającego podmiotu)?

²¹ R. Posner, *Frontiers of Legal Theory* 2001, s. 252–288.

²² Hiperboliczne dyskontowanie czasu to zjawisko zachodzące podczas dokonywania wyboru intertemporalnego, czyli wybierania między opcjami dostępnymi w różnym czasie. Podczas eksperymentów zaobserwowano, że większość osób potrąca użyteczność opcji dostępnych w przyszłości. Np. hiperboliczne dyskontowanie czasu ma miejsce wówczas, gdy podmiot preferuje 15 zł dostępnych za 10 dni nad 10 zł dostępnych za 9 dni, równocześnie przedkładając 10 zł dostępnych dziś nad 15 zł dostępnych jutro, mimo iż w obu przypadkach chodzi o ten sam wybór (choć widziany z innej perspektywy czasowej). Zwolennicy podejścia behawioralnego uważają, że hiperboliczne dyskontowanie czasu ma negatywny wpływ na wybory konsumenckie. S. Meier i Ch. Sprenger zaobserwowali, że konsumenci, którzy mają skłonności do hiperbolicznego dyskontowania czasu, zadłużają się w stopniu większym od innych konsumentów, w szczególności poprzez korzystanie z kart kredytowych, zob. S. Meier, Ch. Sprenger, *Impatience and Credit Behavior: Evidence from a Field Experiment*, Fed. Reserve Bank of Boston, Working Paper No. 07–03, 2007. Z kolei R. Posner jest zdania, że dokonywanie wyboru między opcjami dostępnymi w odległej przyszłości jest utrudnione ze względu na brak dostatecznej informacji o przyszłej konsumpcji. Ponadto „ja przyszłe” może mieć, jego zdaniem, zmienione preferencje w porównaniu z „ja teraźniejszym”.

²³ T. Ulen, *The growing pains of behavioral law and economics*, „Vanderbilt Law Review” 1998/51, s. 1749–1750.

²⁴ G. Gigerenzer uważa wręcz, że posługiwanie się heurystykami jest przejawem racjonalności zwanej przez niego racjonalnością ekologiczną, zdeteminowanym przez strukturę środowiska i stanowiącym strategię radzenia sobie z problemami środowiska/otoczenia. Zob. G. Gigerenzer, *Adaptive thinking. Rationality in the real world*, New York 2000.

3.2. Argumenty metodologiczne

3.2.1. Alternatywny model?

Krytycy podejścia behawioralnego uważają, że wkład ekonomii behawioralnej do ekonomicznej analizy prawa polega przede wszystkim na katalogowaniu wyników eksperymentów²⁵, mających falsyfikować przewidywania oparte na neoklasycznych teoriach, a behawioralna ekonomiczna analiza prawa nie oferuje teorii alternatywnej dla neoklasycznych teorii ekonomicznych. Twierdzą także, że podejście behawioralne na razie nie jest w stanie zastąpić podejścia neoklasycznego w ekonomicznej analizie prawa, ponieważ w odniesieniu do wielu zachowań teoria racjonalnego wyboru pozostaje adekwatnym wyjaśnieniem wyborów dokonywanych przez podmioty w kontekstach prawnych. Co więcej, J. Arlen uważa, że sformułowanie konkurencyjnej teorii jest utrudnione, a być może nawet niewykonalne, ze względu na brak ogólnej teorii, która wyjaśniałaby wyniki eksperymentów prowadzonych przez „behawiorystów” oraz z powodu niemożliwości ekstrapolacji wyników eksperymentów na złożoną rzeczywistość społeczną (prawną)²⁶.

Z kolei S. Issacharoff problematyzuje kwestię wykorzystania teorii psychologicznych w modelach opartych na bardziej realistycznych założeniach i możliwych do zastosowania w ekonomicznej analizie prawa. Wymienia cztery warunki, które powinien spełnić taki „bardziej realistyczny” model, aby stanowić teoretyczną alternatywę dla modeli neoklasycznych. Otóż, jego zdaniem, ewentualna teoria proponowana przez *behavioral law & economics* powinna, po pierwsze, umożliwiać uogólnienie wyjaśnianych zjawisk, aby nie stanowiły one jedynie idiosynkratycznych, zrelatywizowanych do kontekstu opisów odstępstw od przewidywań neoklasycznych modeli. Po drugie, wyjaśniane zjawiska powinny być istotne (*robust*), a po trzecie – mieć charakter systematyczny. Po czwarte w końcu, teoria taka powinna dać się zoperacjonalizować i zastosować do działań wszystkich podmiotów podlegających określonej regulacji prawnej²⁷.

R. Posner uznaje, że zwolennicy podejścia behawioralnego próbują zaproponować alternatywny model oparty na założeniach o trzech ograniczeniach (ograniczonej racjonalności, ograniczonej woli i ograniczonym kierowaniu się własnym interesem) i zarzuca im, że „trzy ograniczenia nie tworzą spójnego modelu”²⁸.

Wydaje się jednak, że ograniczenia, o których wspominają Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler, nie mają charakteru założeń dotyczących ludzkich zachowań. Termin „ograniczenia” używany jest przez autorów *A behavioral approach to law and economics* na określenie możliwych do uogólnienia systematycznych odstępstw od przewidywań neoklasycznej ekonomii. Ponadto starają się oni odeprzeć zarzut, że behawioralna ekonomiczna analiza prawa stanowi jedynie zbiór luźno powiązanych obserwacji, powołując się na model M. Rabina²⁹, który ustalenia ekonomii behawioralnej dotyczące uczciwości (*fairness*) zastosował w teorii gier³⁰. W dyskusji z krytykami przyznają wprawdzie, że *behavioral law*

²⁵ Zob. np. R. Posner, *Frontiers...*, s. 264.

²⁶ J. Arlen, *Comment: The future of behavioral economic analysis of law*, „Vanderbilt Law Review” 1998/51, s. 1768–1770.

²⁷ S. Issacharoff, *Can there be...*, s. 1732.

²⁸ R. Posner, *Frontiers...*, s. 262.

²⁹ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *Theories...*, s. 1608.

³⁰ Zob. M. Rabin, *Incorporating Fairness into Game Theory and Economics*, „American Economic Review” 1993/83, s. 1281.

& *economics* nie może jeszcze poszczycić się teorią konkurencyjną wobec neoklasycznych teorii ekonomicznych, ale twierdzą jednocześnie, iż sukces podejścia behawioralnego (w tym sformułowanie ogólnej teorii podejmowania decyzji w kontekstach prawnych) jest jedynie kwestią czasu. W ramach tego podejścia bowiem bada się, ich zdaniem, rzeczywiste mechanizmy podejmowania decyzji w kontekstach prawnych, zdobywając wiedzę konieczną do skutecznego i adekwatnego przewidywania ludzkich zachowań.

Warto zauważyć, że na spór między podejściem neoklasycznym a behawioralnym o właściwy model zachowań w kontekstach prawnych można spojrzeć w świetle ustaleń idealizacyjnej koncepcji nauki³¹. Teorię racjonalnego wyboru wraz z jej zasadą maksymalizacji użyteczności oczekiwanej można uznać za idealizacyjną teorię podejmowania decyzji. Idealizacja polega tu na założeniu, że ludzie na ogół postępują racjonalnie, tzn. maksymalizują oczekiwaną użyteczność. Stanowi to uproszczenie problemu podejmowania decyzji, dzięki któremu można uzyskać sformułowanie twierdzeń dotyczących dokonywania wyborów w stosunkowo prostej postaci matematycznej. Behawioryści podejmują starania uchylecia założeń idealizacyjnych teorii racjonalnego wyboru (tzw. faktualizacja albo konkretyzacja praw teorii). Proponowana przez nich konkretyzacja prowadzi do komplikacji matematycznej teorii ekonomicznych, ale daje coraz dokładniejsze przybliżenia praw dotyczących działania i podejmowania decyzji. W świetle idealizacyjnej koncepcji nauki spór między dwoma stanowiskami zostaje sprowadzony do pytania o to, które sformułowanie prawa dotyczącego (racjonalnego) działania należy przyjąć w ekonomii oraz w badaniach nad prawem – mniej czy bardziej wyidealizowane.

3.2.2. Wyjaśnianie, przewidywanie, falsyfikacja

R. Posner uważa, że uzupełnienie teorii racjonalnego wyboru o bardziej realistyczne założenia dotyczące działań podmiotu nie doprowadzi do stworzenia teorii o większej mocy predykcyjnej od teorii neoklasycznych. Twierdzi on, że proponowanych koncepcji teoretycznych nie można by sfalsyfikować, gdyż poszerzenie modeli zakładających teorię racjonalnego wyboru o trzy ograniczenia³² pozwalałoby wyjaśniać niemal wszystkie zachowania – zarówno te „racjonalne”, jak i „irracjonalne”. Uważam, że R. Posner ma dużo słuszności w zarzucaniu heterogeniczności takiej postulowanej teorii. Ogólna teoria niemal wszystkich zachowań mogłaby mieć bowiem większą moc ekspanacyjną oraz predykcyjną tylko wówczas, gdyby jednocześnie było możliwe wskazanie teorii wyjaśniającej, pod jakimi warunkami stosować model racjonalnego wyboru, a kiedy modele np. racjonalności ograniczonej. A takiej teorii wyjaśniającej na razie nie znamy.

Ponadto, według R. Posnera, wyjaśnienia formułowane przez behawiorystów oparte są na założeniach typu „co by było gdyby”³³ – dokładnie tak samo, jak wyjaśnienia neoklasycznej *law & economics*, które przedstawić można następująco: „Jeśli założymy, że ludzie są racjonalni, wówczas postępują w określony sposób”. Sugeruje on, że w analizach behawioralnych dokonuje się następującego rozumowania: „Jeśli założymy, że racjonalność podmiotów jest ograniczona, wówczas postępują oni w określony sposób”. Tym samym R. Posner zdaje się uznawać, że zwolennicy podejścia behawioralnego akceptują metodologię instrumentalizmu, na gruncie którego uznaje się, że teorie są jedynie narzędziami do

³¹ Zob. L. Nowak, *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977.

³² Założenia o ograniczonej racjonalności, ograniczonej woli oraz ograniczonym kierowaniu się własnym interesem.

³³ R. Posner, *Frontiers...*, s. 263.

budowania prognoz, a ich założenia nie muszą być realistyczne³⁴. Argument R. Posnera ma charakter przede wszystkim retoryczny. Behawioryści proponują modyfikację założeń teorii neoklasycznych w wyniku falsyfikacji tychże teorii. Postulowane przez nich zmiany uzasadniane są większą realizmnością przesłanek. Przesłanki te nie są zatem dowolne, a sformułowane na podstawie uogólnień wyników obserwacji.

R. Posner jest również zdania, że większość tzw. odchyłeń od przewidywań neoklasycznych teorii można wyjaśnić albo na gruncie teorii racjonalnego wyboru, albo stosując teorie biologii ewolucyjnej lub koncepcję/teorię sygnalizowania (*signaling theory*). Sam przeprowadza wiele takich analiz³⁵.

W odpowiedzi Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler wskazują na to, że stosowana i rekomendowana przez nich metoda badawcza jest bliska Popperowskiemu ideałowi stawiania i krytyki hipotez³⁶. Ich zdaniem zwolennicy ekonomii neoklasycznej i neoklasycznej ekonomicznej analizy prawa ignorują proces testowania teorii, które znajdują zastosowanie przede wszystkim do wyjaśniania zachowania przy założeniu określonego rozumienia racjonalności podmiotu. Podkreślają, że zasługą analiz *behavioral law & economics* jest wykazywanie, że w wielu sytuacjach przewidywania oparte na neoklasycznych modelach nie są trafne. Zadaniem podejścia behawioralnego ma być ulepszenie tych modeli w celu lepszego przewidywania zachowań. Wymieniają także przykłady sformułowanych w ramach behawioralnej analizy prawa przewidywań zachowań ludzi w kontekście prawnym³⁷. W *A behavioral approach to law and economics* podkreślają oni, że ich stanowisko nie kłóci się z instrumentalizmem M. Friedmana – w analizach i badaniach bowiem starają się kłaść nacisk na formułowanie testowalnych predykcji, niekoniecznie zaś na realizm przyjmowanych założeń. Jednocześnie jednak twierdzą, że jednym z ich celów badawczych jest ulepszenie neoklasycznej ekonomii poprzez modyfikację jej założeń w taki sposób, aby były one bardziej realistyczne³⁸. Uwagi te powodują, że trudne jest, bez popadania w sprzeczność, skonstruowanie zajmowanego przez nich stanowiska w kwestii realizmności przesłanek teorii ekonomicznych znajdujących zastosowanie w badaniach prawa.

Krytycznie do strategii argumentacyjnej R. Posnera, Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler odnoszą się w artykule polemicznym *Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman*³⁹. Ich zdaniem polega ona na wstępnym omówieniu obserwacji, które behawioryści

³⁴ Stanowisko metodologiczne głoszone przez M. Friedmana zostało wyłożone w artykule *Essay on the Methodology of Positive Economics* w: M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, Chicago Press 1953.

³⁵ Np. R. Posner proponuje kilka alternatywnych wyjaśnień efektu posiadania. Wskazuje on na to, że efekt ten występuje najczęściej w sytuacjach, kiedy posiadacz dobra dysponuje nim przez dłuższy okres. Wówczas może on zostać wyjaśniony za pomocą teorii racjonalnego wyboru: każdy racjonalny podmiot posiadający jakieś dobro ceni je ponad wartość rynkową – inaczej bowiem sprzedałby je po cenach rynkowych. Dlatego posiadacze-właściciele cenią posiadane dobra wyżej od nieposiadaczy. Inne wyjaśnienie oparte jest na koncepcji racjonalnych adaptacyjnych preferencji – racjonalnie przystosowujemy się do tego, co posiadamy i czym dysponujemy, ponieważ adaptacja do nowych sytuacji wymagałaby poniesienia dodatkowych kosztów. Wreszcie efekt posiadania można wyjaśnić także w ten sposób, że występuje on w przypadku, gdy określone dobro nie ma substytutów. Takie dobro nie może zostać łatwo zastąpione i z tego powodu jego właściciel żąda za nie wysokiej ceny. Z kolei podmiot zamierzający nabyć dobro może nie akceptować proponowanej ceny, ponieważ „nie wie, co traci” – nic, co posiada nie jest i z definicji nie może być takie, jak to dobro.

³⁶ Zdaniem K. Poppera metoda naukowa nie polega na dążeniu do potwierdzania hipotez. Wszystkie zdania nauki przyjmowane są na próbę, a właściwą metodą nauki jest posługiwanie się zasadą krytycyzmu, polegającą na wysuwaniu śmiałych hipotez i podejmowaniu prób ich obalenia (falsyfikacji).

³⁷ Np. ich zdaniem można przewidywać, że uczestnicy procesu sądowego będą wykazywać tendencyjność sądów zwaną egotyzmem atrybucyjnym, jak również to, że alokacja uprawnień będzie mieć znaczenie dla ostatecznego wyniku prowadzonych negocjacji.

³⁸ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A behavioral approach...*, s. 1487.

³⁹ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *Theories...*, s. 1594.

uznają za falsyfikujące neoklasyczną teorię, a następnie zaproponowaniu takiej modyfikacji teorii neoklasycznej, aby była ona zgodna z owymi obserwacjami. Według nich R. Posner zdaje się uważać, iż możliwość wyjaśnienia odstępstw od teorii neoklasycznych za pomocą terminologii racjonalnego wyboru czy biologii ewolucyjnej wystarcza do uznania takiego wyjaśnienia za prawidłowe i trafne. Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler krytykują go jednak za to, że nie dostarcza danych, które by świadczyły o poprawności proponowanego przez niego wyjaśnienia – nie proponuje nawet testu, który pozwalałby rozróżnić między trafnością jego i behawioralnych wyjaśnień⁴⁰.

3.3. Argumenty normatywne

3.3.1. Ograniczenia i niebezpieczeństwa anty-antypaternalizmu

J. Arlen zainteresowana jest przede wszystkim możliwością wykorzystania analiz behawioralnych w celu sformułowania postulatów normatywnych dla podmiotów tworzących prawo. Z tego punktu widzenia krytykuje ona tezę, że błędy poznawcze mają charakter systematyczny⁴¹. Uważa ona, że ze względu na możliwość redukcji lub eliminacji błędów poznawczych, np. w procesach grupowego podejmowania decyzji, pod wpływem rad ekspertów, na skutek edukacji, trudno jest zgodzić się z poglądem, iż błędy poznawcze popełniane są w sposób systematyczny. Gdyby jednak nawet tak było, musielibyśmy, jej zdaniem, uznać, że błędom tym podlegają nie tylko adresaci norm prawnych, ale także osoby mające wpływ na tworzenie norm prawnych (politycy, eksperci etc.). Wówczas tracą uzasadnienie postulaty zmiany treści norm prawnych przez prawodawcę w celu eliminacji negatywnych skutków błędów, skoro także osoby zaangażowane w proces prawodawczy podlegają ograniczeniom poznawczym.

Ch. Jolls, C. Sunstein i R. Thaler odpowiadają, że krytycy niewłaściwie rekonstruują ich anty-antypaternalistyczne stanowisko. Zdają sobie oni sprawę z tego, że tworzący prawo mogą podlegać tym samym mechanizmom, co adresaci norm prawnych. Jednakże wiedza dostarczana przez ekonomię behawioralną może pomóc reformować instytucje w taki sposób, aby minimalizować możliwość popełnienia błędów poznawczych przez organy władzy publicznej. Jednocześnie ponownie podkreślają, że interwencja prawodawcy jest uzasadniona tylko w celu polepszenia sytuacji (dobrobytu) podlegających regulacjom, na podstawie analiz kosztów i strat (*cost-benefit analysis*) wprowadzenia prawa ingerującego w sferę wolnych wyborów jednostek.

4. Uwagi końcowe

Krytyczne komentarze do większości argumentów podnoszonych przez obie strony sporu formułowałam przy okazji omawiania poszczególnych kwestii polemicznych. W zakończeniu chciałabym wskazać na znaczenie sporu dla rozstrzygnięcia bardziej ogólnej kwestii, a mianowicie uzasadnienia zastosowania teorii ekonomicznych do analiz prawa. Zacznę jednak od uwagi na temat postulatu „unaukowania” badań nad prawem, wspomnianego we wstępie artykułu.

⁴⁰ Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *Theories...*, s. 1595.

⁴¹ J. Arlen, *Comment...*, s. 1766.

R. Posner, uzasadniając i zalecając aplikację ekonomii do analiz prawa, uważa, że przyczynić się to może do realizacji ideału naukowego badania prawa, na który składa się:

- 1) stworzenie ogólnej teorii,
- 2) formułowanie na jej podstawie hipotez,
- 3) testowanie tychże hipotez. Lektura prac behawiorystów pozwala stwierdzić, że opowiadają się oni za takim samym (Popperowskim) ideałem naukowości jak R. Posner.

Różnica między podejściem neoklasycznym a behawioralnym polega na tym, że zwolennicy drugiego podejścia usiłują taki ideał realizować (stosując metodę eksperymentalną i testując hipotezy wyprowadzone z neoklasycznych teorii), podczas gdy zwolennicy pierwszego jedynie go deklarują (co M. Blaug nazywa „nieszkodliwym falsyfikacjonizmem”⁴²).

Warto zauważyć, że większość argumentów pojawiających się w omówionym przeze mnie sporze dotyczy metod badawczych lub założeń ekonomii. Właściwie jedynie argumenty nazwane przeze mnie normatywnymi dotyczą problemów związanych bezpośrednio z zastosowaniem analiz behawioralnych do uzasadnień zmian prawodawczych. Uważam, że zrekonstruowana dyskusja pokazuje chwiejność samego projektu aplikacji ekonomii do prawa. Jeśli pojawiają się wątpliwości co do tego, jaką „ekonomię” należy stosować do badań prawa, oznacza to, że osłabione zostaje uzasadnienie wykorzystania ekonomii w prawie sformułowane przez założycieli i propagatorów ekonomicznej analizy prawa na początku jej powstania.

Podejście behawioralne w założeniu proponować ma modyfikację neoklasycznych modeli. Różni się jednak zasadniczo od podejścia neoklasycznego postulowaną ekonomiczną metodą badania prawa. Behawiorysty zainteresowani są obserwacją zachowań i decyzji podejmowanych przez ludzi w kontekstach prawnych. Neoklasycy przede wszystkim zajmują się formułowaniem wyjaśnień i przewidywań zachowań, zakładając określoną koncepcję racjonalności podmiotów. T. Ulen zauważa⁴³, że aktualnie badawcze zainteresowanie ekonomią behawioralną jest większe na wydziałach prawa niż na wydziałach ekonomii. Sugeruje on, że może być to związane z tym, iż ekonomia behawioralna dostarcza odpowiednich narzędzi do analizy zachowań i decyzji podejmowanych poza kontekstem rynkowym, a zatem wielu zachowań w kontekstach prawnych. Próby zastosowania ekonomii behawioralnej w prawie prowokują zatem pytania o to, czy badanie złożonego zjawiska społecznego, jakim jest prawo, za pomocą ogólnych i charakteryzujących się wysokim stopniem idealizacji neoklasycznych teorii ekonomicznych, nie prowadzi do zbyt dużego redukcjonizmu. Interesujące jest to, że pytania takie pojawiają się w ramach samego ruchu *law & economics* i podyktowane są chęcią realizacji postulatów nadania badaniom nad prawem ścisłych rygorów naukowych. Kwestią wciąż do rozstrzygnięcia pozostaje, czy metody i teorie ekonomiczne mogą dostarczać adekwatnych narzędzi do realizacji owego postulatów.

⁴² M. Blaug, *Metodologia...*, s. 175. M. Blaug uważa, że w powojennej metodologii ekonomii dominuje pogląd, iż teorie ekonomiczne „powinny być oceniane na podstawie wynikających z nich wniosków dotyczących zjawisk, dla wyjaśnienia których zostały zaprojektowane. Jednocześnie ekonomia uważana jest jedynie za „skrzynkę z narzędziami», zaś o weryfikacji empirycznej sądzi się, że może nie tyle pokazać, czy konkretne modele są prawdziwe czy fałszywe, lecz czy są możliwe do zastosowania w danej sytuacji”. Ponadto zarzuca on współczesnym ekonomistom, że choć często głoszą falsyfikacjonizm, rzadko go praktykują.

⁴³ T. Ulen, *The growing pains...*, s. 1748–1749.

Summary

Magdalena Małecka

Law, economics, human behavior. Discussion about application of behavioral economics to analysis of law

Law & economics scholars have claimed, from the very beginning of the movement, that their ambition has been to make studies of law more scientific. The neoclassical approach in economic analysis of law is based on the assumption that rationality of people acting in legal contexts can be characterized in the same ways as rationality of *homines economici*. However, emergence of behavioral economics and attempts to apply it to analysis of law by some law & economics scholars resulted in critical revising the achievements of neoclassical approach. The so called behavioral law & economics criticizes the neoclassical approach on the basis of experiments, which test hypotheses derived from neoclassical theories. Outcomes of those experiments allow to draw conclusion that in many (legal) contexts people don't behave in accordance with predictions based on neoclassical models. Behavioral law & economics scholars argue that neoclassical theories are grounded on so highly unrealistic assumptions that in many situations they cannot offer predictions of human behavior. I distinguish three main issues that are discussed: philosophical, methodological and normative ones. I formulate critical comments on the raised arguments and final general remarks concerning possibility of making legal studies more scientific, as well as application of economics to studies on law.

BIBLIOGRAFIA:

- Arlen, J. (1998). Comment: The future of behavioral economic analysis of law. *Vanderbilt Law Review*, 51, 1765-1795.
- Bar-Gill, O. (2007-2008). The behavioral economics of consumer contracts. *Minnesota Law Review*, 92(3), 749-802.
- Blaug, M. (1995). *Metodologia ekonomii*. Warszawa: PWN.
- Faure, M. & van den Bergh R. (1989). *Essays in law and economics*. Antwerpen: Maklu.
- Friedman, M. (1953). Essay on the Methodology of Positive Economics. In M. Friedman. (Ed.). *Essays in Positive Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 3–43.
- Gigerenzer, G. (2000). *Adaptive thinking. Rationality in the real world*. Oxford: Oxford University Press.
- Guthrie, Ch. (2000). Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory. *The University of Chicago Law Review* 67(1), 163-216.
- Issacharoff, S. (1998). Can there be a behavioral law and economics?. *Vanderbilt Law Review* 51(6), 1729-1745.
- Jolls. Ch., & Sunstein C., & Thaler R. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review* 50(5), 1471-1489.
- Jolls. Ch., & Sunstein C., & Thaler R. (1998). Theories and tropes: A reply to Posner and Kelman. *Stanford Law Review* 50(5), 1593-1608.
- Kahneman. D. & Knetsch J.L. & Thaler R. (1991). The Endowment Effects, Loss Aversion and Status Quo Bias. *Journal of Economic Perspectives* 5(1), 193-206.
- Langevoort. D.C. (1997). Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms). *University of Pennsylvania Law Review* 146, 102-172.
- Meier, S., Sprenger, Ch. (2007), *Impatience and Credit Behavior: Evidence from a Field Experiment*, Fed. Reserve Bank of Boston. Working Paper No. 07–03.
- Nowak, L. (1977). *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*. Warszawa: PWN.
- Posner, R. (2001). *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, MA-London: Harvard University Press.
- Rabin, M. (1993). Incorporating Fairness into Game Theory and Economics. *American Economic Review* 83(5), 1281-1302.
- Rachlinski, J.J. (1998). A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *The University of Chicago Law Review* 65(2), 571-625.
- Simon, H. (1982). *Models of bounded rationality*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Kahneman, D., Tversky, A. (1979). Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica* 47(2), 263-291.
- Ulen T. (1998). The growing pains of behavioral law and economics. *Vanderbilt Law Review* 51(6), 1747-1763.