

Hvad er retsøkonomi?

En sokratisk dialog om økonomisk teori anvendt på retssystemet

Af Henrik Lando, professor

Retsøkonomi er økonomisk teori anvendt på retssystemet, dets regler og praksis. Disciplinen stammer i sin nyeste udformning fra USA, hvor den siden 1970-erne i stigende grad har påvirket juridisk tænkning og domstolspraksis. I ældre form stammer den tilbage fra den engelske filosof og økonom Jeremy Bentham; herhjemme var juristen Henry Ussings doktordisputats "Skyld og Skade" et tidligt, delvist retsøkonomisk bidrag. Retsøkonomiske analyser og begreber finder i dag i USA anvendelse indenfor alle retsområder: Selskabsretten, kontraktretten, erstatningsretten, konkurrenceretten, immaterialretten, etc. Der tales om, at retsøkonomien har revolutioneret juridisk teori. I Europa er retsøkonomien ikke slået igennem i nær samme grad; det er tydeligt, at dialogen mellem det økonomiske og det juridiske paradigme har det sværere i Europa end i USA.

I denne artikel vil jeg tage nogle af de indvendinger, der har været rejst mod retsøkonomien op, særligt for så vidt angår retfærdighedens rolle.

Lad os forestille os en dialog mellem en skeptiker - en jurist - og en retsøkonom.

En dialog

Juristen: Jurister har altid overvejet hvilke økonomiske konsekvenser love og domme ville få. Jeg har svært ved at få øje på det nye i retsøkonomien.

Retsøkonomen: Spørgsmålet er: Når man vurderer de økonomiske konsekvenser, hvorfor da ikke hente inspiration i økonomisk teori?

Juristen: Jeg vil ikke afvise at man på nogle punkter kan drage inspiration fra økonomisk teori. Men når det kommer til stykket, handler jura om meget andet end økonomi. Der er jo andre mål med et retssystem end at sørge for at bruttonationalproduktet bliver så stort som muligt. Hvordan kan en videnskab som økonomi, der studerer "penge", i det hele taget påstå at være central for forståelsen af retssystemet?

Retsøkonomen: Økonomisk teori handler ikke om penge, men om valg helt generelt, individuelle og samfundsmæssige. Netop derfor har den kunnet finde anvendelse indenfor andre samfundsvidenskaber, som sociologi, politologi og jura.

Juristen: Men det økonomiske hensyn er vel kun et blandt flere. Hvad med retfærdigheden? Jeg er klar over, at den danske retsfilosof Alf Ross ikke anså retfærdighed som et mål for retssystemet, men både dommere og andre juridiske eksperter skeler dog ofte til, hvad der er retfærdigt, og bør vel også gøre det i en vis udstrækning.

Retsøkonomen: Personligt er jeg enig i, at Ross går for vidt, når han fraskriver retfærdighed enhver betydning som målsætning for retssystemet. Men mange retsøkonomer vil - i øvrigt på linje med Ussing der også anså de "reale hensyn" for langt vigtigere end retsfølelsen - fundamentalt være enig med Ross. Synspunktet er, at de moralske normer, som vi lærer i barndommen og som derfor må være enkle og unuancerede og som er beregnet på den personlige livssfære, ikke altid kan overføres til en mere kompleks virkelighed eller til en mindre personlig livssfære.

Lad mig give et eksempel på, at en tilsyneladende fornuftig retfærdighedsnorm kan være fejlanbragt. Der har været modstand mod internationalt omsættelige CO₂-forureningstilladelser ud fra den retfærdighedsbetragtning, at rige lande ikke bør have lov at betale sig fra at "forurene". Denne retfærdighedsbetragtning overfører normen "man skal rydde op efter sig", der i den personlige livssfære (i familier og mellem naboer, f.eks) er en meget nyttig norm, til forholdet mellem lande. Men forholdet mellem lande er forskelligt fra forholdet mellem familiemedlemmer eller huslige naboer. Når USA køber en CO₂-kvote i Ungarn, får ungarerne penge til at købe ingeniørbistand, måske i USA eller Danmark, til at mindske sit CO₂-udslip. Det afgørende må være, hvem der betaler for denne ingeniørindsats, ikke hvor CO₂-udslippet mindskes.

Dvs. det egentlige moralske spørgsmål vedrører alene fordelingen af kvoterne og ikke deres omsættelighed. Imellem familiemedlemmer eller naboer kompenserer man ret sjældent hinanden ved at overføre penge, men det gør man mellem lande, og dermed ændres situationen fundamentalt. Når penge kan overføres, er det muligt at sikre, at det rige land betaler, samtidig med at indsatsen sker i det fattige land, hvor indsatsen giver større resultat. Derved kan både fattige og rige lande opnå højere velfærd. Og hvis to parter begge opnår højere velfærd ved en ordning kan ordningen vel ikke kaldes uretfærdig. Fattige lande går ind for omsætteligheden af CO₂-kvoter.

Juristen: Men man kan vel ikke hævde, at alle retfærdighedsnormer er fejlanbragte i en juridisk sammenhæng?

Retsøkonomen: Nej. Retfærdigheds-argumenter kan være fejlanbragt, men er det ikke altid. Mange mennesker anser det f.eks for retfærdigt, at en morder får en lang fængselsstraf, uafhængigt af om straf virker forebyggende. Denne præference bør man ikke se bort fra, når man fastlægger strafferammen for mord. Nogle retsøkonomer vil dog indvende, at dette ønske om straf i virkeligheden er et hævnmotiv, og at det principielt er forkert at inddrage en præference for at skade et andet menneske i samfundsnyttens, også selv om baggrunden er, at dette andet menneske har skadet andre. Personligt mener jeg ikke man kan se bort fra præferencen, medmindre den skyldes uvidenhed og vil forsvinde med mere oplysning. Det er ikke altid tilfældet.

Juristen: Men i praksis er det jo sjældent, at retsøkonomer inddrager retfærdighed i analysen af f.eks. kontraktretten eller erstatningsretten. Det sker måske, men det er undtagelsen. Teorien om det efficiente kontraktbrud siger, at en person skal have lov at bryde en kontrakt og betale erstatning, hvis det kan betale sig for ham eller hende. Teorien overser dermed den moralske norm, som er vigtig i erhvervslivet, at løfter bør holdes. I respekt for dette løfte er lovens hovedprincip også naturalopfyldelse, hvilket vil

sige, at en kontrakt kan gennemtvinges ved domstole og at man ikke i udgangspunktet kan slippe for at overholde en kontrakt ved at tilbyde at betale erstatning. Retsøkonomer konstaterer bare, at naturalopfyldelse ikke er økonomisk hensigtsmæssigt eller, som de siger, efficient. Hvor er etikken i det udsagn?

Retsøkonomen: Diskussionen er i nogen grad et eksempel på, at økonomer og jurister taler forbi hinanden. Økonomer siger flg: Lad os forestille os, at A ikke overholder sin kontraktlige forpligtelse overfor B. Hvis A da betaler erstatning til B og denne fuldt ud kompenserer Bs tab, vil B (per definition af "fuldt ud") være lige så godt stillet som hvis kontrakten var blevet overholdt. Og dermed vil der ikke være et moralsk argument for at kræve at kontrakten overholdes (opfyldes) for B får så stor en erstatning, at han er fuldt tilfreds, selv om kontrakten ikke gennemføres som aftalt. Hvis A samtidig foretrækker at betale denne fulde erstatning frem for at levere sin ydelse, må det være fordi også han er bedre stillet herved, og da kan vi konkludere, at begge parter er bedre stillet, end de ville være under et krav om naturalopfyldelse (der dog altid kan fraviges af parterne; jeg kan ikke her komme ind på spørgsmålet hvad der er mest hensigtsmæssigt, når parterne frit kan fravige lovens regel gennem genforhandling). Hvis man, når begge parter foretrækker erstatning, kræver naturalopfyldelse, stiller man således den ene part dårligere, uden at stille den anden bedre, ligesom hvis man forbyder handel med forureningstilladelser. Hvorved er det retfærdigt?

Juristen: Men læg mærke til hvor urealistiske dine antagelser er. Alle ved jo, at domstolene ikke kompenserer fuldt ud. Hvad har vi da ud af din teori?

Retsøkonomen: Men hvis vi er enige om, at i de tilfælde hvor man kan fastslå tabet, er fuld erstatning at foretrække for naturalopfyldelse, da er det moralske argument svækket, for argumentet var i udgangspunktet principielt og baserede sig ikke på, at erstatningerne i praksis er for små eller at mange tab er svære at opgøre. Sagt på en anden måde: Hvis domstolene satte erstatningerne højere end de gør i dag, måske i overkanten af det lidte tab, ville der ikke længere være en moralsk indvending.

Tilhængerne af det moralske argument for naturalopfyldelse burde egentlig gå ind for høje erstatninger. Højere erstatninger ville jo indebære, at flere kontrakter ville blive overholdt, for alternativet, at betale erstatning, ville være mindre attraktivt. Det ville være den eneste realistiske måde at sikre, at løfter ville blive overholdt, for naturalopfyldelse gennemføres alligevel ikke i praksis for langt de fleste kontrakttypers vedkommende. Fogden gennemtvinger sjældent kontrakter men finder en passende erstatning.

Juristen: Der er da også nogle, der har kritiseret de lave erstatninger.

Retsøkonomen: Jo, men det er vigtigt, at målet ikke er at sikre at løfter overholdes, per se. Spørgsmålet er: hvilken regel for kontraktbrud ville to rationelle og velinformerede erhvervsdrivende selv vælge? Eller: hvilken regel vælger man faktisk i erhvervslivet, når to parter forhandler en kontrakt? Og her er svaret klart. Erhvervslivet foretrækker erstatning, enten fastsat ved bod eller som fuld erstatning (såkaldt positiv opfyldelsesinteresse, hvor B i princippet stilles som hvis kontrakten overholdes). Man

kunne tro, at den part der regner med ikke at misligholde ville foretrække naturalopfyldelse, men et sådant krav ville afspejle sig i prisen og det ville som regel ikke være fornuftigt af hende. Som en erhvervsmand i computerbranchen har sagt: ”kontrakter, man ikke kan komme ud af, dur ikke”. Verden forandrer sig for hurtigt. Hvorfor da lade reglen være naturalopfyldelse, når erhvervslivet i langt de fleste tilfælde foretrækker erstatning? Det er endnu et eksempel på en moralsk vurdering, der overføres fra familie- og venne-sfæren til en situation, hvor muligheden for kompensation i form af penge er til stede, og hvor den moralske vurdering ikke hører hjemme.

Juristen: Du har argumenteret for at retfærdighed er et vanskeligt begreb at bygge på i juraen, og det er jo et velkendt synspunkt. I stedet for moral eller retfærdighed indfører retsøkonomer da begrebet samfundsnyttens. Men som Alf Ross sagde, er dette begreb en fiktion. Samfundet har ikke nytte; jeg har nytte og du har nytte, og hvem kan objektivt sige om min eller din nytte skal tilgodeses?

Retsøkonomen: Ross kendte ikke det resultat i økonomisk teori, der går under navnet Coase-teoremet (det var ikke fremme på hans tid). Overført på kontraktretten siger det flg: Hvis vi ønsker at kontraktretten skal etablere den regel som to rationelle og fuldt informerede parter selv ville aftale mellem sig, da er vores valg entydigt bestemt. Vi skal da vælge den regel, der maksimerer den samlede værdiskabelse. Parterne kan da selv dele værdiskabelsen mellem sig, når de fastlægger prisen. Hvis vi fastlægger en anden regel end den der maksimerer den samlede værdiskabelse (velfærdsskabelse), vil vi blot se, at parterne i det omfang de er rationelle og informerede, vil forsøge på egen hånd at forhandle sig frem til den optimale regel.

Juristen: Hvis vi vender tilbage til juraens formål, kan man vel ikke komme uden om at en af de vigtigste opgaver er at etablere retssikkerhed?

Retsøkonomen: Nej. Retssikkerhed er af helt central betydning. Men hvorfor er retssikkerhed egentlig så vigtig? I en nøddeskal fordi det er vigtigt, at statens magt ikke misbruges. Hvordan man sikrer dette, analyseres nu ikke kun af jurister, men også af retsøkonomer. Ligesom det beslægtede spørgsmål, hvordan man indretter Statens institutioner, så korrupsion undgås.

Juristen: Hvor får man den bedste introduktion til retsøkonomien?

Retsøkonomen: I Stanford-Professor Mitchell Polinskys bog: "Introduction to Law and Economics".