

# 1 MODELY REGULACE AI V KONTEXTU MĚNÍCÍ SE SPOLEČNOSTI<sup>1</sup>

Jan Hořeňovský, Štěpán Knetl

## Úvod

Tato kapitola se věnuje vztahu práva a AI z pohledu sociologie práva, konkrétně z pohledu systémové teorie.<sup>2</sup> V první části zde představujeme koncepty tzv. **socio-technologické změny** a **policy driftu**. V druhé části se zaměřujeme na možné způsoby (modely), jak může právo na tyto jevy vnitřně reagovat, které lze dle našeho názoru současně považovat za metodologické přístupy v oboru doktrinální právní vědy. V třetí části se na příkladech spojených s AI pokoušíme ukázat, proč tyto koncepty mohou být velmi důležité i pro vztah práva a společenské implementace AI.

## 1.1 Základní právně-sociologická východiska

V našem konceptuálním rámci vycházíme ze systémové teorie Niklase Luhmanna, která považuje právní systém za **operativně uzavřený autopoietický systém**.<sup>3</sup> Pro právní systém je tudíž klíčové jeho oddělení od prostředí.<sup>4</sup> Dualisticky vzato, něco buď je součástí právního systému, nebo prostředím, ve kterém právní systém působí. Uzavřenost v tomto kontextu však nelze považovat za úplnou separaci, spíše se tím chce říct, že se právní systém reprodukuje skrze „*vytváření vlastních*

---

<sup>1</sup> Tento výstup vznikl v rámci projektu Grantová schémata na Univerzitě Karlově (reg. č. projektu CZ.02.2.69/0.0/0.0/19\_073/0016935) projekt č. START/SOC/017 s názvem *Law and Artificial Intelligence – Challenges and Opportunities* řešeném na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. Jde o souhrnný výstup tohoto výzkumu pro potřeby této publikace, přičemž tato kapitola obsahově vychází ze dvou textů: 1) z příspěvku *Modely přístupu práva k regulaci nových technologií a metodologie právní vědy*, který byl přednesen a publikován v rámci konference Civilistické pábení – Civilní právo a nové technologie, konané dne 29. 4. 2022 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy; 2) z navazujícího textu *Modely regulace nových technologií v éře socio-technologických změn*, který vyšel v roce 2022 jako článek v čísle 7-8 časopisu *Obchodní právo*.

<sup>2</sup> K systémovému pojetí práva viz ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020.

<sup>3</sup> Viz LUHMANN, N. *Introduction to Systems Theory*. Cambridge: Polity Press, 2013.

<sup>4</sup> LUHMANN, N. *Právo společnosti*. Praha: Academia, 2021, s. 41.

**operací.**<sup>5</sup> Autopoietická uzavřenost proto nevyklučuje kauzální působení systému se svým prostředím ani možnou závislost systému na prostředí (a naopak).<sup>6</sup> Důležitým znakem autopoietických systémů je, že „vše, co se děje, se děje v přítomnosti.“<sup>7</sup> Vše, co právní systém činí, se tudíž děje přesně jednou: „Veškerá repetice je věc umělé fixace struktury.“<sup>8</sup> Z toho, jak bylo něco posuzováno či rozhodováno v přítomnosti, nelze s absolutní jistotou predikovat budoucí rozhodnutí.

Z tohoto ve zkratce představeného rámce vyplývá především vzájemná operativní oddělenost mezi právním systémem a jeho prostředím. Ta přináší nutnost **relačního pohledu**<sup>9</sup> na vztah právního systému a jeho socio-technologického prostředí. Pochopení vztahu přitom vyžaduje zachycení vzájemné dynamiky. Analýza každého prvku zvláště sice může přinést cenné partikulární poznatky, v konečném důsledku však bude neúčinná při poskytování **vysvětlujícího rámce** pro relační jevy.

## 1.2 Socio-technologická změna a koncept policy driftu

Jak vyplývá z výše uvedeného, právní systémy jsou ve vzájemné provázanosti se svým prostředím (s vnějším světem) a vstupují do komplikovaných vztahů s různými společenskými sub-systémy (např. s ekonomikou či politikou). V důsledku toho se může stát, že se **socio-technologické prostředí**, v němž právní systém působí, výrazně změní a právní systém tuto změnu po dlouhou dobu nereflktuje. V takovém případě právní systém, vzhledem ke své operativní uzavřenosti, pokračuje v reprodukci závěrů (např. rozhodnutí), jako kdyby změna nenastala. To může mít nepříznivý vliv jak na ostatní společenské sub-systémy, tak na legitimitu samotného právního systému.

Jinými slovy, pokud právní systém zůstává vnitřně – operativně – nezměněn (což je otázkou jeho vnitřní struktury a vnitřních aktérů), zatímco vnější svět se výrazně proměňuje, nevyhnutelně dochází k posunům, jak právní systém působí na své prostředí. Společenský dopad práva tudíž není statický a nelze s ním zacházet staticky, neboť to vede k nezamýšleným jevům, které se v anglicko-jazyčné literatuře označují jako **policy drifty**.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> LUHMANN, N. *Právo společnosti*. Praha: Academia, 2021, s. 41.

<sup>6</sup> BAXTER, H. Niklas Luhmann's Theory of Autopoietic Legal Systems. *Annual Review of Law and Social Science*, 2013, 9(1), s. 170.

<sup>7</sup> LUHMANN, N. *Právo společnosti*. Praha: Academia, 2021, s. 42.

<sup>8</sup> Tamtéž, s. 45.

<sup>9</sup> K relačnímu přístupu viz SELG, P.; VENTSEL, A. *Introducing Relational Political Analysis Political Semiotics as a Theory and Method*. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.

<sup>10</sup> Viz RICCUCCI, M, N. *Policy Drift: Shared Powers and the Making of U.S. Law and Policy*. New York: NUP, 2018.

Policy drift znamená situaci, kdy „politika nebo instituce není modernizována, aby odrazila měnící se vnější okolnosti, a tato nedostatečná modernizace způsobuje, že se výsledky politiky nebo instituce mění – někdy dramaticky.“<sup>11</sup> Klasickým příkladem tohoto jevu může být nominálně pevně stanovená výše státního starobního důchodu (politika uskutečněná skrze právní normu), jejíž reálná hodnota byla snížena v důsledku vysoké inflace (měnící se vnější okolnosti). Policy drift je přitom situace v mnoha případech nechtěná a nežádoucí, na kterou by právní systém měl reagovat, aby zachoval původní účel právní úpravy.

### 1.3 Regulace AI – úvodní poznámky

Role moderních technologií jako je AI je v kontextu socio-technologických změn a policy driftů zcela zásadní, neboť technologie jsou důležitou příčinnou změny prostředí, ve kterém právní systém působí. Při obecných úvahách o vztahu práva, společnosti a nových technologií se přitom nabízí několik výchozích přístupů.

První kategorie zdůrazňuje nutnost regulace nových technologií jako takových a zaměřuje se na partikulární technologii a technické parametry. Domníváme se, že tento přístup není příliš perspektivní, neboť se zabývá pouze vlastností jednoho z prvků vztahu, a nikoli neustále se měnící vztahovou realitou mezi právním systémem a jeho socio-technologickým prostředím. Právní regulace vycházející z tohoto přístupu je proto často příliš technicky specifická (což ji dělá pro většinu právníků nepřístupnou), náchylná k hypertrofii (což neúměrně zvyšuje vnitřní komplexitu práva)<sup>12</sup> a může rychle zastarat, tedy stát se obsoletní.<sup>13</sup>

Jak totiž argumentuje Lyria Bennett Moses, „technologie není ani zvláštním důvodem, ani zvláštním předmětem regulace.“<sup>14</sup> Mnohem lepším přístupem je proto zaměřit se na **socio-technologické změny**<sup>15</sup> ve společnosti spojené s implementací moderních technologií, nikoli na nové technologie *per se*. Tento alternativní přístup vychází z myšlenky, že většina nových problémů spojených s technologiemi nepochází z „čehokoli technologického.“<sup>16</sup> Naopak, problémy, jak již bylo výše nastíněno, v naprosté většině případů pramení ze „skutečnosti, že se socio-technologický

<sup>11</sup> GALVIN, D. J.; HACKER, J. S. The Political Effects of Policy Drift: Policy Stalemate and American Political Development. *Studies in American Political Development*, 2020, 34(2), s. 2.

<sup>12</sup> Proč je zvyšující se komplexita v právu problémem viz SCHUCK, P. H. Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures. *Duke Law Journal*, 1992, 42(1).

<sup>13</sup> PETIT, N. Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots—Conceptual Framework and Normative Implications. *SSRN*, 2017, s. 16.

<sup>14</sup> BENNETT MOSES, L. Regulating in the Face of Sociotechnical Change. In BROWNSWORD, R. (eds.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 1.

<sup>15</sup> K tomuto konceptu viz MAAS, M. M. Aligning AI Regulation to Sociotechnical Change. In BULLOCK, J. (eds.). *Oxford Handbook of AI Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

<sup>16</sup> HEIDEGGER, M. *The Question Concerning Technology and Other Essays*. New York: Harper & Row Publishers, 1977.

kontext, v němž zákony a regulace fungují, v důsledku proudu nových technologicky umožněných možností vyvíjí.“<sup>17</sup>

Vzhledem k tomu, že kapacita právních systémů **měnit sebe sama** (adaptovat se) je ze své podstaty omezena a tempo, jakým se nové technologie objevují, se bude pravděpodobně neustále zvyšovat, je potřeba zdůraznit také požadavek, aby se řešily pouze skutečně společensky **relevantní** problémy. Jak však poznat, co je relevantní? Podle Lyrie Bennet Moses mohou být dobrým znakem **relevance** následující kritéria:

1. dochází k selhání trhu;
2. dochází k zásahům do práv osob;
3. dopady technologie narušují sociální solidaritu;
4. je potřeba demokratická správa (democratic governance) nové technologie.<sup>18</sup>

Jiní autoři používají lehce odlišná kritéria. Například Matthijs Maas v souvislosti s AI systémy používá těchto šest oblastí:

1. selhání trhu;
2. rizika pro lidské zdraví, bezpečnost nebo životní prostředí;
3. rizika pro morální zájmy, práva nebo hodnoty;
4. narušení sociální solidarity;
5. rizika pro demokratický proces;
6. rizika pro soudržnost, účinnost nebo integritu stávajícího regulačního ekosystému, jehož úkolem je zmírňovat předchozí rizika.<sup>19</sup>

V podstatě tak navrhuje analyzovat socio-technologické změny spojené se společenskou implementací AI systémů z pohledu těchto (nebo podobných) rámců. Tedy například se přednostně ptát, zda socio-technologická změna vede k ohrožení základních práv, a pokud ano, posléze hledat způsoby, jak by měl právní systém vnitřně reagovat. Pokud přitom není žádný z těchto bodů naplněn, je otázka, zda má právní systém vyvíjet úsilí k náročné adaptaci, velmi důležitá. Pokud nějaký z bodů naplněn naopak je, právní systém by reagovat s vysokou pravděpodobností měl.

## 1.4 Modely regulace (metodologické přístupy)

Jakmile dokážeme identifikovat příslušné socio-technologické změny a jejich škodlivé společenské důsledky, musíme si položit následující otázku: Jaké jsou interní možnosti, kterými se může právní systém vnitřně přizpůsobit nové realitě? V předchozí

---

<sup>17</sup> BENNETT MOSES, L. Regulating in the Face of Sociotechnical Change. In BROWNSWORD, R. (eds). *The Oxford handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 2.

<sup>18</sup> Tamtéž, s. 4-10.

<sup>19</sup> MAAS, M. M. Aligning AI Regulation to Sociotechnical Change. In BULLOCK, J. (eds.). *Oxford Handbook of AI Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

části představená východiska proto nyní propojíme se třemi základními **modely regulace** nových technologií, jež lze současně považovat za **metodologii** v oblasti doktrinální právní vědy. V praxi se námi nastíněné modely většinou vzájemně nevylučují a reakce na nově vznikající problémy bude často zahrnovat prvky více z nich.

První model je náš vlastní a logicky vyplývá z výše uvedené dynamiky. Druhý a třetí model je inspirován prací Nicolase Petita a Jerome De Coomana ve vztahu k regulaci AI.<sup>20</sup> Čtenáře zde však musíme upozornit, že definice a pojetí výše zmíněných autorů se od našeho odlišuje. V základu jde však o velmi podobné přístupy, proto je i podobně nazýváme. Výše zmínění autoři se však dle našeho názoru dopouštějí jedné výrazné chyby, neboť striktně nerozlišují mezi situacemi, kdy jde o vnitřní změnu právního systému (resp. o to, jak taková změna probíhá), a kdy je naopak diskutován vztah mezi systémem a jeho prostředím (z čehož lze dovodit relevanci pro právní systém).

Domníváme se, že tyto dvě věci je třeba striktně rozlišovat. V první situaci otázka totiž zní: bez ohledu na to, co je předmětem socio-technologické změny, jaké jsou procedurální prostředky, jimiž se právní systém může vnitřně přizpůsobit? Zatímco v druhém případě se ptáme, zda je vnější socio-technologická změna a její důsledky natolik relevantní, aby se právní systém snažil interně reagovat, a pokud ano, jakými jejími aspekty je třeba se primárně zabývat.

Důraz při hodnocení regulační reakce by proto měl být založen především na posouzení socio-technologické změny, nikoli na možnostech samotné technologie. Hodnocení však může být náročné, protože socio-technologická změna bude často vícerozměrná nebo meziodvětvová. Proto bude posouzení konkrétních případů vždy individuální a bude záviset na mnoha faktorech.

### 1.4.1 Nulový model

První možností, jak může právní systém reagovat na měnící se socio-technické prostředí, je **nedělat nic a tvářit se, jako by ke změně nedošlo**. Jedná se o pasivní model, jehož podstatou je zachování nezměněného vnitřního fungování a reprodukce právního systému. Tento přístup je z pohledu tvůrců práva, správních orgánů či soudců přímočarý a lákavý, ale v mnoha případech také velmi problematický vzhledem k výše diskutované možnosti technologicky zapříčiněných policy driftů.

V takovém případě umožňuje narušit stávající společenskou smlouvu a někdy obchází zavedené regulace v daném odvětví. Tento pasivní přístup proto může být velmi problematický, pokud jde o skutečně disruptivní technologie. Dopad AI nebo robotiky na společnost bude pravděpodobně radikálně transformační a pasivita a státnost právních systémů může vést ke značným společenským škodám.

<sup>20</sup> PETIT, N.; DE COOMAN, J. Models of Law and Regulation for AI. *RSCAS 2020/63 Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2020, s. 1-5.

Mohou však existovat situace, kdy tento přístup dává smysl, a to za předpokladu, že není naplněno žádné z **kritérií relevance**. V takovém případě se posléze nabízí řešení nezatěžovat právní systém potřebou změny či proměny. Výhodou takového přístupu je, že nezatěžuje omezenou kapacitu právního systému měnit se a díky případné deregulaci vede ke snížení celkové úrovně složitosti právního systému.

## 1.4.2 Law-centric model

Druhým možným přístupem je tzv. **Law-centric model**. V rámci tohoto modelu se na socio-technologickou změnu nahlíží optikou stávajícího právního rámce, případně jeho možných drobných modifikací. V rámci tohoto přístupu by právníci měli **reinterpretovat** stávající právo nebo provést skrze legislativu drobné změny ve stávající právní infrastruktuře tak, aby byl zachován *účel* právní úpravy, který je v důsledku socio-technologických změn a technologiemi způsobených policy driftů v nové situaci nenaplněván.

Cílem tedy není poskytnout radikálně nový pohled, ale provést chirurgický zásah, který by pomohl lépe naplnit dříve stanovené cíle právního systému. Tento přístup je ze své podstaty reaktivní a dominují mu teleologické otázky, neboť v něm soudy, orgány veřejné moci a zákonodárci musí zvažovat účel práva.<sup>21</sup> Vzhledem k relačnímu propojení právního systému s jeho dynamickým socio-technologickým prostředím se právo někdy musí změnit, aby dopad právního systému na společnost zůstal stejný. Tento přístup je tedy primárně o analýze, zda a případně jak lze aplikovat již existující právní normy a principy na novou situaci. Ve svém druhém kroku se posléze ptá, jak upravit stávající právní rámec, aby společenskou změnu lépe reflektoval.

Ve vztahu k AI může první otázka například znít, zda současná právní úprava odpovědnosti dopadá i na tyto systémy, popřípadě jak. Ve druhém kroku se můžeme ptát, zda nepřidat do právního řádu speciální ustanovení, které by tyto případy specificky upravovalo. V oblasti evropského soutěžního práva budou zase předmětem **reinterpretace**, popřípadě **úpravy** či **doplnění**, články 101 a násl. smlouvy o fungování EU. Tento krok může učinit například orgán aplikující tuto právní úpravu či soud. V mnoha případech podobnou možnost však prvně nastíní akademická práce v oblasti doktrinální právní vědy.

Základní zásadou by přitom mělo být, že pokud lze socio-technologickou změnu adekvátně vyřešit pomocí změny interpretace již existující právní úpravy, popřípadě drobnou změnou v legislativě, nemělo by se přistoupit k vymýšlení nové komplexní regulace. To souvisí s problémem, že každá nová regulace může mít nepříznivé vedlejší účinky a zvyšuje složitost právního systému. Musíme také vzít v úvahu, že vytváření nových rozsáhlých předpisů je finančně, časově i personálně nákladné.

---

<sup>21</sup> Tamtéž.

Tento model tedy bude fungovat především na úrovni rozptýlených znalostí (dispersed knowledge)<sup>22</sup> a spontánní tvorby práva<sup>23</sup>, například prostřednictvím postupně se vyvíjející judikatury soudů nebo rozhodovací praxe správních orgánů. Nicméně v případě drobných úprav stávající právní infrastruktury je možný i více centralizovaný přístup skrze legislativní normotvorbu.

Pokud jde o omezení, vidíme přinejmenším dvě důležitá. Zaprvé, lze pozorovat, že správní orgány nejsou příliš ochotny reinterpretace existujícího práva provádět. To může mít psychologické a v mnoha případech i zistné důvody. Druhý problém spočívá v tradiční otázce výkladu v právu: co je ještě přijatelné změnit skrze interpretaci, a co už ne. Jsme si vědomi tohoto problému, proto do tohoto modelu zahrnujeme i možnost drobných úprav stávajících pravidel a principů. Pokud tedy nelze provést nějakou změnu prostřednictvím reinterpretace, stále existuje způsob, jak normu nebo zásadu v rámci tohoto modelu legislativně upravit. Otázka limitů interpretace je však v právní vědě stále otevřená a dalece přesahuje rozsah a ambice této kapitoly.<sup>24</sup>

### 1.4.3 Emergentní model

Třetím možným přístupem je tzv. **Emergentní model**. Podstatou tohoto modelu je **zavedení nové komplexní regulace**, popřípadě dokonce **nového odvětví práva**. Do tohoto modelu bychom také zahrnuli vysoce inovativní přístupy, které jsou nyní nepředstavitelné, ale k nimž může socio-technologický a právní vývoj vést. Tento přístup může být užitečný při řešení otázek, které současný regulační rámec řeší pouze okrajově nebo je dokonce zcela pomíjí. Může jít také o případy, kdy je socio-technologická změna považována za příliš výraznou a specifickou na to, aby spadala pod stávající právní úpravu. V rámci tohoto modelu bychom se proto měli ptát, zda je socio-technologická změna ve svých důsledcích, které mohou být měřeny optikou kritérií relevance, tak závažná, že vyžaduje přístup *sui generis*.

Příklady užití tohoto modelu mohou být spatřovány v evropské regulaci, konkrétně v Nařízení (EU) 2022/2065 ze dne 19. října 2022 o jednotném trhu digitálních služeb a o změně směrnice 2000/31/ES a v Návrhu nařízení o umělé inteligenci. Tyto regulace také dobře ukazují na úskalí tohoto přístupu. Jde o pokusy o vysoce komplexní regulace, které mohou činit právní systém nepřístupný i vystudovaným právníkům. Zároveň taková regulace může být ve svých mnoha částech nadbytečná, či může spadnout do zbytečného (technického) detailu. Tvorba podobné regulace je navíc nákladná a hledání konsensu mezi zapojenými účastníky komplikované. V případě české veřejné správy lze mít navíc pochyby o tom, zda by takovýto druh regulace vůbec dokázala vytvořit. Půjde proto spíše o evropské pokusy. Pod tento přístup však lze zahrnout i méně rozsáhlé české zákony, které plní podobnou funkci.

<sup>22</sup> SOWELL, T. *Knowledge And Decisions*. New York: Basic books, 1979.

<sup>23</sup> HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Oxfordshire: Routledge Classics, 2012.

<sup>24</sup> Viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2019.

Pro tento model je typické, že na rozdíl od předchozích dvou se někdy zabývá socio-technologickými změnami, které mohou nastat až v budoucnosti. V takové situaci se právní systém snaží odhadnout rysy budoucího stavu socio-technologického prostředí. Někdy se takovému přístupu říká **proaktivní regulace**, a je po ní často voláno například v mezinárodním právu.<sup>25</sup> Klady a záporny jsou zřejmé. Pokud se taková predikce podaří, situaci to výrazně zlepší, protože lze řešit některé kritické problémy ještě předtím, než nastanou. Na druhou stranu, pokud se budoucnost vymyká očekávání, mohou nám zůstat drahé, rozsáhlé a neužitečné regulace.

Emergentní model přitom najde uplatnění také v oblasti autonomního smluvního práva. Dobrým příkladem je tzv. **The Windfall Clause**<sup>26</sup>, což je myšlenka dobrovolného závazku společností vyvíjejících umělou inteligenci, že darují významnou část svých zisků, pokud získají „historicky bezprecedentní ekonomický neočekávaný zisk z vývoje pokročilé umělé inteligence“<sup>27</sup>. Neočekávaný zisk se zde definuje jako úroveň příjmu vyšší než podstatná část (např. alespoň 1 %) celosvětového hospodářského výkonu. Mírou inovativnosti jde o právní řešení, které si zaslouží být v této kategorii, protože představuje zcela nový přístup v oblasti závazkového práva. Koncept The Windfall Clause rozebíráme podrobněji v kapitole věnující se ekonomickým implikacím AI.

Pro přehlednost uvádíme modely a jejich charakteristiku v Tabulce č. 1:

**Tabulka č.1 Charakteristika modelů regulace**

Model	Nulový model	Law-centric model	Emergentní model
<b>Charakteristika</b>	pasivní model zachovávací nezměněnou reprodukci právního systému	aktivní model usilující o zachování předchozího účelu již existující právní úpravy	radikální model zajišťující komplexní změnu prostřednictvím nového právního rámce
<b>vztah k socio-technologickým změnám a technologicky podmíněným policy driftům</b>	lhostejnost	zachovává stávající společenskou smlouvu řeší současné	může zachovat nebo změnit společenskou smlouvu řeší současné nebo budoucí
<b>regulatorní techniky</b>	žádné deregulace	reinterpretace drobné úpravy právního řádu	zavádění nových zákonů nebo institucí (významné legislativní změny)

<sup>25</sup> SHLOMO-AGON, S.; SALITERNIK, M. Proactive International Law Keeping Pace with an Accelerated World. In: Verfassungsblog [online]. 2022 [cit. dne 15. 11. 2022]. Dostupné na: <https://verfassungsblog.de/proactive-international-law/>.

<sup>26</sup> O'KEEFE, C.; CIHON, P.; FLYNN, C.; GARFINKEL, B.; LEUNG, J.; DAFOE, A. *The Windfall Clause: Distributing the Benefits of AI*. Centre for the Governance of AI Research Report, 2020. Future of Humanity Institute, University of Oxford. Dostupné z: <https://www.fhi.ox.ac.uk/windfallclause/>.

<sup>27</sup> Tamtéž, executive summary.