



LUND UNIVERSITY

Hohfeld i ekonomisk teori

Bengtsson, Ingemar

Published in:

Studier i Rättsekonomi: festskrift till Ingemar Ståhl

2005

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bengtsson, I. (2005). Hohfeld i ekonomisk teori. In C. Dahlman (Ed.), *Studier i Rättsekonomi: festskrift till Ingemar Ståhl* Studentlitteratur AB.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Hohfeld i ekonomisk teori

Ingemar Bengtsson

1 Inledning

1913 publicerades Wesley Newcomb Hohfelds "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" i *Yale Law Journal*. Hohfeld presenterade här sitt schema över de fyra fundamentala, och distinkta, typerna av legala rättigheter och dess korrelerat och motsatser. Ända sedan artikelns publicering och fram till i dag har Hohfelds rättighetsschema analyserats, utvecklats och tillämpats, bl.a. av jurister och filosofer samt, i mindre omfattning, av ekonomer. I Sverige har särskilt den logiska analysen av rättighetsschemat vidareutvecklats, exempelvis i Stig och Helle Kanger (1966), Stig Kanger (1971) och Lars Lindahl (1977). Ett idéhistoriskt perspektiv på Hohfelds bidrag inom juridiken ges av Joseph Singer (1982), som särskilt fokuserar på Hohfelds bidrag till synen på friheter och att dessa kan vara i konflikt med varandra. Curtis Nyqvist (2002) arbetar för att Hohfeld ska bli allmängods i juridikutbildningen. Det finns givetvis en mängd andra referenser att nämna, men syftet med den här artikeln är inte att göra en komplett genomgång, eller ens ett representativt urval, av arbeten relaterade till Hohfeld, utan istället att fokusera på några ekonomiska tillämpningar. Hursomhelst, den som är intresserad kommer att finna ett flertal användbara referenser i nämnda verk. Särskilt Nyqvists artikel är lämplig ingång till Hohfeld, syftande som den är till att stimulera användning av Hohfeld i juridikutbildningen.

I den här artikeln kommer jag, själv nationalekonom, att fokusera på relationen mellan Hohfelds rättighetsschema och några utvalda ekonomiska teoriutvecklingar, som direkt eller indirekt berör de Hohfeldska rättigheterna. Jag kommer att presentera en tillämpning av Hohfeld-rättigheter som utvecklats av Ugo Pagano, där han använder ett av ekonomens standardredskap – jämviktsanalysen – för att analysera situationer där mängden (uppfattade) rättigheter avviker

från mängden (uppfattade) skyldigheter, dvs. icke-jämvikt. Därefter kommer jag att ge exempel på hur Hohfeld-terminologin kan erbjuda nya perspektiv och insikter vid ekonomisk analys, varvid studieobjekten kommer att vara Ronald Coase och Friedrich Hayek. Först kommer jag dock att ge en kort introduktion till rättighetsschemat, sett med en ekonoms ögon.

2 Rättighetsschemat

1820 påstod Esaias Tegnér att: "det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta".¹ Huruvida Wesley Hohfeld läste Tegnér är mig obekant, men Hohfeld skulle nog nickat instämmande då hans precisering av rättighetsbegreppet i hög grad syftar till att underlätta en klar formulering av påståenden om rättighetsförhållanden. Om man har den exakta innebörden av satsen angående rättighetsförhållanden klar för sig, har man bättre möjligheter att undvika uttrycka sig på ett tvetydigt sätt.

I presentationen av rättighetsschemat (tabell 1) utgår jag ifrån L. Thorne McCarty's uppställning i tabellform, kompletterad med svensk översättning².

För Hohfeld stod det klart att rättsliga relationer endast kan existera mellan två personer angående en handling. Av detta följer en nödvändig dualitet, vilken framträder av förhållandet mellan rättigheterna och respektive korrelerat. Ifall individ A har en kravrätt gentemot individ B angående handlingen X, så har individ B en skyldighet gentemot individ A angående handlingen X. Den övre delen av tabellen anger den aktuella fördelningen av rättigheter – första ordningens rättigheter – medan den undre delen av tabellen anger möjligheten att förändra fördelningen av rättigheterna i den övre delen – andra ordningens rättigheter³. Motsatsen ska förstås som den rättsliga position som föreligger ifall rättigheten ej föreligger, dvs. att rättigheten

1 Uttrycket är knappast unikt för Tegnér. T.ex. uttrycker sig Curtis Nyqvist så här: "Hohfeld's central insight is that certain words of critical importance in law have no agreed meaning and that muddled language leads to muddled thought."

Se Curtis Nyqvist "Teaching Wesley Hohfeld's Theory of Legal Relations", *Journal of Legal Education*, vol. 52, 2002, s. 239.

2 L. Thorne McCarty "Ownership: A Case Study in the Representation of Legal Concepts", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 10, s 135f.

3 Jag följer här Ugo Pagano's uppdelning i första och andra ordningens rättigheter. Se Pagano *Legal Positions and Institutional Complementarities*, Siena, 2002.

Tabell 1.

Rättighet	Korrelat	Motsats
claim <i>kravrätt</i>	duty <i>skyldighet</i>	no-claim <i>icke-kravrätt</i>
liberty <i>frihet</i>	no-claim <i>icke-kravrätt</i>	Duty <i>Skyldighet</i>
power <i>kompetens</i>	liability <i>underkastelse</i>	no-power <i>icke-kompetens</i>
immunity <i>immunitet</i>	no-power <i>icke-kompetens</i>	liability <i>Underkastelse</i>

tillsammans med motsatsen uttömmar alla möjliga rättsliga positioner för individen angående den aktuella rättsliga relationen⁴. Om man t.ex. ej har en skyldighet att agera på ett visst sätt, så har man en frihet att avstå ifrån att agera på det sättet. Om man ej har en kravrätt angående en viss handling, så har man en icke-kravrätt.

Kravrätt har en starkare innebörd än frihet och utgör samtidigt ofta den vardagliga tolkningen av begreppet rättighet. Den vardagliga tolkningen kan medföra oklarheter när det som är en frihet, av innehavaren uppfattas som en kravrätt. Att individ A har en frihet gentemot individ B att utföra handlingen X innebär endast att B har en icke-kravrätt gentemot A, eller annorlunda uttryckt, motsatsen till att A har en skyldighet gentemot B att avstå handlingen X. Det innebär inte att B på något sätt är skyldig att medverka till att A kan utföra handlingen X. Det innebär inte ens att B är skyldig att avstå ifrån att hindra A i utförandet av handlingen X. Allt det innebär är att B ej kan förvänta sig assistans från rättsapparaten ifall han önskar att A avstår handlingen X.

För att illustrera användningen av alla fyra rättigheterna, kan vi använda ett exempel på privat ägande av något föremål, t.ex. ett

4 Innebörden av motsatsförhållandena är inte identiska för kravrätt-ickerätt respektive frihet-skyldighet. Om A har en skyldighet gentemot B att göra X, så har också A en frihet gentemot B att göra X. A har däremot inte en frihet gentemot B att avstå ifrån att göra X. Se Lars Lindahl *Position and Change*, Dordrecht, 1977, s. 27. För vårt ändamål kan vi bortse ifrån denna glidning i användningen av motsatsbegreppet.

paket smör, vilket jag lagligen köpt och har i min besittning i mitt kylskåp. Då gäller att jag har en krav rätt gentemot var och en av varje annan individ att de inte på något sätt får använda detta paket smör. Jag har friheten att själv använda smöret på en rad olika sätt, på smörgåsen, i matlagningen eller annat. (Dock har jag ingen frihet att använda smöret som tillhygge vid en attack på annan individ, eftersom jag då skulle kränka dennes krav rätt att slippa dylika attacker. Mina friheter begränsas alltså av andras krav rätter, vilka utgör mina skyldigheter.) Vidare har jag kompetens att *ändra* mina rättsliga förhållanden angående användningen av smöret, t.ex. genom att ge bort eller sälja smöret till annan individ. Slutligen har jag immunitet gentemot varje annan individ att denne inte kan ändra min rättsliga position angående användningen av smöret.

2.1 Icke-jämvikt mellan rättigheter och skyldigheter

I rättighetsschemat gäller att en krav rätt nödvändigtvis korresponderas av en skyldighet, att en frihet nödvändigtvis korresponderas av en icke-krav rätt o.s.v. är per definition sant. Ugo Pagano har formulerat det i termer av jämvikt mellan positiv och negativ konsumtion av en viss rättighet, där krav rätt, frihet, kompetens och immunitet innebär positiv konsumtion och skyldighet, icke-rätt, icke-kompetens och underkastelse innebär negativ konsumtion. Ifall A har en krav rätt gentemot B att B ska företa handlingen X, så är det liktydigt med att A konsumerar en positiv mängd av X, medan B konsumerar en lika stor negativ mängd av X. Pagano räknar rättigheter som "*positional goods*", vilka till skillnad från "*private and public goods or bads*" alltid konsumeras av två parter samtidigt, den ena i positiv mängd och den andra i negativ mängd.⁵

Rights, Liberties, Powers and Immunities have some characteristics that distinguish them from other goods. We can easily imagine a society where everyone consumes large quantities of goods such as rice, cars and housing space. It is much harder to imagine a society where everyone consumes "large quantities" of rights, liberties, powers and immunities.⁶

Varje krav rätt kräver en korresponderande skyldighet, vilket i sin tur utesluter motsvarande frihet. Samma förhållande råder mellan kom-

5 Ugo Pagano (not 3) s. 2.

6 Ugo Pagano (not 3) s. 12.

petens och immunitet. Det råder nödvändigtvis en knapphet i tillgången på rättigheter som inte har någon motsvarighet för privata eller kollektiva varor.

Ex post kommer alltid jämvikt råda – varje kravrätt korresponderas av en skyldighet. Ex ante kan dock icke-jämvikt förekomma, hävdar Pagano. Med begreppet ex ante – rättigheter avser han aktörernas uppfattning av deras respektive rättigheter, vilka mycket väl kan avvika från de rättigheter som skulle fastslås i domstol vid prövning, dvs. det vi här kommer att benämna ex post rättigheter. I någon mening är det oegentligt att tala om ex ante – rättigheter när det egentligen är fråga om aktörens feluppfattning av sin position, men vi tillåter oss det ändå eftersom aktörernas uppfattning i högsta grad är verklig för dem i deras beslutsfattande. Man kommer att agera utifrån sin uppfattning av ens rättsliga position, även om denna är oförenlig med jämvikt, dvs. ex post felaktig.

Pagano använder sin modell för att analysera situationer med icke-jämvikt. Typiskt består icke-jämvikten i ett överutbud av kravrätter, friheter, kompetenser och immuniteter. För en röstmaximerande politiker är det naturligt nog mer tilltalande att tala om vilka kravrätter man erbjuder än om de korresponderande skyldigheterna eller inskränkningarna av existerande friheter. Icke-jämvikt på marknaden för rättigheter för med sig välfärdsförluster i och med att individer kommer att fatta beslut på felaktiga grunder. Vissa kommer att agera som om de hade kravrätter de ex post inte har, medan andra kommer att agera som om de ej hade de skyldigheter som de ex post har. Individer kommer därmed att fatta beslut som de ej hade fattat ifall deras ex ante – uppfattning av sin rättsliga position hade varit korrekt, och vi kan därför fastslå att de kommer att uppleva en välfärdsförlust. Dessutom kommer en konflikt uppstå mellan de inblandade parterna, vilken i sig själv medför välfärdsförluster, dels bestående av de direkta kostnaderna för att lösa konflikten och dels bestående av den minskning av förtroendet för rättssystemet som, åtminstone, den förlorande parten kommer att uppleva. Som tidigare konstaterats kommer rättigheter och skyldigheter ex post att överensstämma, anpassningen kan ske antingen genom att rättigheterna anpassas sig till skyldigheterna eller tvärtom eller något mittemellan. Särskilt på området för sociala rättigheter kan man hitta exempel på att rättigheter deklarerats först och där skyldigheterna eventuellt fastställs senare. Deklarerandet av en rättighet utan samtidig deklaration av korresponderande skyldighet handlar mer om en viljeytring än om

en legal rättighet. Det är först när korresponderande skyldighet är fastlagd som en kravrätt föreligger.

Paganos analys av utbudet av Hohfeld-rättigheter i ett jämvikts-sammanhang borde kunna underlätta för att intressera ekonomer för rättighetsanalysen. Exempelvis borde det kunna vara fruktbart att studera tillkomsten av sociala rättigheter. Utöver själva deklARATIONEN av rättigheten (t.ex. arbetstagarens rätt till medbestämmande över sitt arbete), krävs en definition av korresponderande skyldighet (MBL) och dessutom en procedur med sanktioner (skadestånd). I just fallet med arbetstagarens medbestämmande på arbetsplatsen föreligger alla tre förutsättningarna. Endast deklARATIONEN om rättigheten är i sig själv dock inte tillräcklig för att man skall förstå exakt vilket medbestämmande man som arbetstagare har gentemot arbetsgivaren. I det här fallet, som i många fall, är det genom definitionen av skyldigheterna man kan förstå innebörden av rättigheten. I andra fall kan det vara avsevärt mer otydligt vad en deklarerad rättighet egentligen innebär, t.ex. inom området för mänskliga rättigheter. Det borde kunna vara fruktbart att studera folkhemmets utveckling ur detta perspektiv. Acceptansen för folkhemmet kan åtminstone delvis, tänkas bero på i vilken mån jämvikt råder mellan medborgarnas uppfattning av sina rättsliga positioner och de rättigheter som de i praktiken kan utöva/kräva. Ifall röstmaximerande politiker, i folkhemmets namn, med tiden utlovar alltfler rättigheter för vilka korresponderande skyldigheter saknas, kan man förutspå att acceptansen för folkhemmet avtar i samma takt. Pagano själv visar på ett annat användningsområde genom att analysera bolagsstyrning under olika rättsliga ramverk, vilket kan vara särskilt intressant när olika finansiella och rättsliga traditioner konfronteras, t.ex. när ett amerikanskt bolag köper upp ett europeiskt.⁷

3 Ronald Coase och fördelningen av rättigheter

Ronald Coase har skrivit två av det tjugonde århundradets viktigaste artiklar inom nationalekonomin: 1937 publicerades "The Nature of the Firm" och 1960 publicerades "The Problem of Social Cost". Båda

7 Se även Ugo Pagano *Public Markets, Private Orderings and Corporate Governance*, Siena, 1999.

har varit enormt viktiga för utvecklingen av den moderna mikroekonomiska teorin och gemensamt för dem är den instrumentella funktion som transaktionskostnader fyller för analysen.⁸ Coase tydliggjorde – framför allt för oss nationalekonomer – att vi aldrig skulle kunna uttala oss om den verklighet vi befinner oss i – med pengar, företag och ofullständiga kontrakt – ifall vi inte lämnade, alternativt kompletterade, den friktionslösa neoklassiska teorin om allmän jämvikt. Utan transaktionskostnader kan vi t.ex. inte förklara varför det finns företag: en värld med ett enda företag är oskiljbar från en värld med enbart egenföretagare. Utan transaktionskostnader kan vi heller inte förklara varför människor använder pengar, eller varför det finns mellanhänder. Vi ser heller ingen skillnad mellan en situation där kapitalet hyr arbetskraften och en situation där arbetskraften hyr kapitalet.⁹

I synnerhet "The Problem of Social Cost" behandlar relationen mellan ekonomi och juridik och Coase budskap till sina ekonomkollegor är att rättighetsfördelningen påverkar det ekonomiska utfallet. Det är på sin plats att här kommentera det s.k. Coaseteoremet, vilket ej är myntat av Coase själv utan av George Stigler. Teoremet säger att i en värld utan transaktionskostnader kommer rättighetsfördelningen ej att påverka det ekonomiska utfallet. Man kan också uttrycka det som att i en värld utan transaktionskostnader kommer den slutliga fördelningen av rättigheter att vara oberoende av den initiala fördelningen av rättigheter. I klartext betyder det att i en sådan värld kommer alltid den som värderar en rättighet högst i slutändan att förvärva rättigheten, oavsett vem som initialt har rättigheten. Den transaktionskostnadsfria världen är misstänkt lik den värld som neoklassiska ekonomer arbetar i och det är därför olyckligt att teoremet kommit att bli känt under Coase namn. Coase poäng var i stället att transaktionskostnader är verkliga och i högsta grad påverkar ekonomins funktion.

Om vi reducerar den 1937 publicerade artikeln till en central insikt, så blir det insikten att det är förhållandet mellan transaktions-

8 Jag använder uttrycket "modern mikroekonomisk teori" i brist på vedertagen beteckning. Den är "mikro" i betydelsen att individer, hushåll och företag är de aktiva agenterna och den är "modern" i betydelsen att den inkorporerar de kunskaper vi fått från Coase och hans efterföljare om transaktionskostnadernas betydelse. Idag används en rad olika beteckningar på skolor som kan räknas in under den här rubriken, t.ex. ny- eller neoinstitutionell ekonomi, transaktionskostnadsekonomi eller komparativ institutionell analys.

9 Ugo Pagano (not 3) s. 22.

kostnader på marknaden och transaktionskostnader i hierarkin som avgör företagets storlek. Att göra likaledes med artikeln som publicerades 1960 är vanskligare, men mitt val faller på insikten om den duala naturen hos situationer där någons verksamhet skadar en annans intressen, dvs. situationer som i ekonomisk litteratur brukar benämnas för negativa externa effekter. Insikten består i att uppmärksamma att två omständigheter krävs för att skada ska uppstå, utöver en skadande part krävs också en skadelidande part. Detta kan synas triviale, men för nationalekonomin var det en viktig insikt. Den då (och delvis fortfarande) förhärskande synen på problem med externa effekter var att skadevällaren per definition skapar skadan, och lösningen som mer eller mindre automatiskt följer innebär att skadevällaren bör beskattas till dess hans marginalkostnad överensstämmer med samhällets marginalkostnad (s.k. "Pigou-skatt"). Coase klagörande av dualiteten innebär att det inte längre var lika lätt att avgöra vad som borde göras. Dualiteten innebär faktiskt att det är omöjligt att undanröja skada: den aktuella typen av situationer handlar ju om två oförenliga intressen, och att skydda ena parten mot skada medför nödvändigtvis att samtidigt skada den andra parten. I stället för en fråga om att undanröja skadan blir det en fråga om att undanröja den allvarligaste skadan. Vi ska återkomma till det nedan, men vi kan redan notera att detta är samma sorts dualitet som återfinns mellan Hohfelds rättigheter och korrelat: med någons kravrätt följer en annans skyldighet. Vi känner också igen Paganos positiva och negativa konsumtion av en rättighet.

Coase argumenterade för sin sak bl.a. genom en mångfald exempel från verkliga rättsfall. Ett av dessa är *Sturges versus Bridgman* där den förre är läkare och den senare konditor. Förenklat handlar fallet om att Sturges (läkaren) bygger ett nytt mottagningsrum i direkt anslutning till den del av Bridgmans (konditorn) byggnad där dennes maskinpark (framförallt två mekaniska mortlar) är inrymd. När Sturges tagit sitt nya mottagningsrum i användning upptäcker han att bullret och vibrationerna från Bridgmans maskiner gör det omöjligt att använda det nya rummet som mottagningsrum. Sturges önskar därför att domstolen ska förbjuda Bridgman att använda sina maskiner på sådant sätt att de skapar störande buller och vibrationer, vilket i praktiken omöjliggör för Bridgman att bedriva sin verksamhet. Ante-Coase skulle en ekonom hävda att Bridgmans verksamhet medför externa kostnader och att hans verksamhet därför bör beskattas med motsvarande belopp. Post-Coase är svaret mindre självklart.

Vi kan inte undvika skada, utan endast välja vilken skada som ska tillåtas. Det är då fullkomligt möjligt att Sturges skada är den minst allvarliga och att domstolen därför bör ogilla kravet att Bridgman ska upphöra använda sina maskiner. Ifall målet är att maximera samhällets samlade värde mätt som betalningsvilja, kommer bedömningen att grunda sig på ett resonemang om vem av parterna som hade förvärvat rättigheten ifall transaktionskostnaderna vore noll. I verkligheten dömde domstolen till Sturges fördel, med ett resonemang som tar hänsyn till vad som kan anses vara den normala verksamheten i det aktuella området. Man är alltså nogga med att poängtera att alla som upplever andras verksamhet som störande ej kan förvänta sig att få stöd i domstolen. Domstolen är uppenbart medveten om sin roll i att balansera två värdefulla intressen mot varandra. Man vill inte skapa en situation där den som var först alltid har rätt (Bridgman i det här fallet), men man vill heller inte ge intryck av att den som genererar olägenheter alltid måste flytta ifall någon klagar.

Ett sätt att sammanfatta insikterna från "The Problem of Social Cost" består i slutsatsen att domstolen inte kan besluta i den juridiska frågan "vem har rätt att göra vad?" utan att samtidigt indirekt besluta i den ekonomiska frågan "vilken produktion ska bedrivas?". Ifall transaktionskostnaderna är tillräckligt stora kommer parterna inte kunna ändra domstolens rättighetsfördelning genom frivilliga transaktioner. Därför kan det uppstå en situation där den mindre värdefulla produktionen kommer till stånd på bekostnad av den mer värdefulla. Som jämförelse kan man ställa att i en värld utan transaktionskostnader kommer alltid den mest värdefulla produktionen att utföras, eller annorlunda uttryckt, kommer den som sätter högst värde på en rättighet att slutligen förvärva den.¹⁰ Ur denna analys har en normativ tolkning utvecklats, vilken föreskriver att rättigheter bör fördelas i enlighet med dess värdering. På detta sätt säkerställs att den mest värdefulla produktionen kommer till stånd även då transaktionskostnader omöjliggör frivillig omfördelning av rättigheterna. För detta kan man argumentera på åtminstone två sätt. För det första kommer denna regel att leda till att värdet av produktionen blir så stort som möjligt. För det andra kommer denna rättighetsfördelning att överensstämma med den som hade uppstått ifall alla frivilliga avtal hade varit möjliga att utföra. Som jag läser Coase kan jag inte se att han drog dessa normativa slutsatser. Vad han gjorde var att upp-

10 Med "att värdesätta" ska förstås "att uttrycka betalningsvilja".

märksamma dualiteten, icke-separerbarheten och peka på att domstolarna i verkliga rättsfall många gånger synes resonera i termer av ekonomisk effektivitet. I mina ögon ingår Coase här i en tradition som förespråkar den kritiska analysen och det vetenskapliga samtalet som en viktig del i det vetenskapliga arbetet, där andra representanter är t.ex. Karl Popper, Friedrich Hayek och Wesley Hohfeld själv.

4 Coase och de Hohfeldska rättigheterna

Huruvida Coase hade läst Hohfeld känner jag inte till, men man kan åtminstone konstatera att han inte använde Hohfelds terminologi. Den centrala frågan i de rättsfall som diskuteras i "The Problem of Social Cost" är vem som har rätt att bedriva sin verksamhet, den käre eller den svarande. I de allra flesta fall är det den käre som upplever sina intressen skadade av den svarande. Vi kan alltså fortsättningsvis tänka i termer av att den käre är den skadelidande och den svarande är den skadevällande. I Coase artikel, såväl som i senare litteratur, diskuteras frågan som ett symmetriskt problem: antingen har den käre rätt att slippa bli störd av den svarandes verksamhet eller har den svarande rätt att bedriva sin verksamhet utan vidare inskränkningar. Frågan blir vem som har rätt att bedriva sin verksamhet. Även utan att tillgripa Hohfelds terminologi kan man uppfatta att problemet inte är helt symmetriskt: i det ena fallet – kärandes rätt – handlar det om att förbjuda den ena verksamheten, helt eller delvis. I det andra fallet – svarandes rätt – handlar det om att tillåta samma verksamhet. Man kan alltså uppfatta det som ett val mellan att förbjuda eller tillåta den svarandes verksamhet.

Hur ser det då ut ifall vi använder Hohfelds termer? Asymmetrin framträder återigen på ett tydligt sätt, men utan (den skenbara) svängningen mellan motpolerna "tillåta" respektive "förbjuda". I stället handlar det om att pröva ifall käre har en legitim kravrätt gentemot svarande att denne ej får utföra de handlingar som hans verksamhet innebär. I fallet *Sturges vs. Bridgman* blir då frågan huruvida *Sturges* har en kravrätt gentemot *Bridgman* att denne ej får använda sina maskiner på sådant sätt att de stör *Sturges* verksamhet med buller och vibrationer. Om sådan kravrätt föreligger så har *Bridgman* en skyldighet att avstå ifrån en sådan användning av sina maskiner.

Vad tillför då Hohfeld-terminologin diskussionen? Först och

främst framträder asymmetrin tydligt. Det är inte frågan om att avgöra ifall den ene eller den andre har rätt att bedriva sin verksamhet, utan endast huruvida en kravrätt existerar eller ej. I fall liknande *Sturges vs. Bridgman* hävdar kärende en *kravrätt* medan svarande hävdar en *frihet*. Om domstolen finner att kärende har en legitim kravrätt så följer att svarande har en korresponderande skyldighet, vilket i sin tur utesluter att den svarande har en frihet angående den aktuella handlingen. För det andra, samtidigt som Hohfeld-analysen klarlägger asymmetrin i de båda parternas respektive ståndpunkt – hävdande av kravrätt respektive frihet – så undviks den asymmetri i utslaget mellan olika rättsfall som åtminstone vid en ytlig betraktelse förefaller finnas, när frågan formuleras i termer av att tillåta eller förbjuda svarandes verksamhet. Ifall man resonerar i termer av att tillåta respektive förbjuda kommer man få intryck av att domstolen ibland dömer positivt (tillåter svarandes verksamhet) och ibland negativt (förbjuder svarandes verksamhet). Som vi har sett genom att tillämpa Hohfeld-analysen så är detta endast en chimär. I det fall domstolen finner att ingen kravrätt å käreandes sida föreligger, så kan heller ingen skyldighet å svarande föreligga och därmed har svarande frihet att bedriva sin verksamhet. Domstolen har inte gett svarande tillåtelse att bedriva verksamheten, utan endast konstaterat att svarande ej har skyldighet att avstå ifrån verksamheten. Skillnaden kan synas irrelevant, och är det kanske också i många situationer. Dock finns det ett problem med att tala i termer av "att tillåta" viss verksamhet. En vardaglig tolkning av "att ha tillåtelse" kan vara "att ha rätt". Vi har ju redan sagt att den vardagliga tolkningen av begreppet rättighet i många fall mest liknar den Hohfeldska kravrätten. En sådan tolkning medför att ett domstolsutslag som innebär att den av den kärende hävdade kravrätten ej föreligger kommer att tolkas som att det i stället föreligger en kravrätt hos den svarande. Vilka praktiska problem en sådan fördunkling faktiskt skapar, vågar jag mig ej på att kvantifiera, men vi kan åtminstone konstatera att det är en onödig otydlighet som kan undanröjas genom att tillämpa Hohfeld-terminologin. Ett av Hohfelds budskap var att vi inte ska övertolka tidigare domstolsutslag, varvid han syftade på fall där tidigare konstaterade friheter tas till intäkt för att det föreligger vissa skyldigheter. Som vi tidigare sa så är detta fel eftersom korrelatet till frihet är icke-rätt och alltså inte skyldighet.¹¹

11 Se t.ex. Lars Lindahl *Position and Change* (not 4) s. 29–31.

Tillämpning av Hohfeld-terminologin minskar alltså risken för övertolkning av specifika rättsfall. Det finns dock andra tolkningar man kan göra. Ifall domstolen nekar kärandes hävdande av kravrätt innebär det att svarande har en frihet som korresponderar till kärandes icke-rätt. Vi kan alltså uttrycka domstolens val som ett val mellan kravrätt/skyldighet och icke-rätt/frihet. Vidare kan vi hävda att ifall valet blir icke-rätt/frihet så har ingenting hänt, *rättighetskatalogen* är oförändrad. Ifall valet däremot blir kravrätt/skyldighet så har rättighetskatalogen utökats. Vi kan ju betrakta tillståndet icke-rätt/frihet som ett naturtillstånd eftersom icke-rätt betyder just att man ej kan räkna med rättsapparatusens stöd. Varje beslut om att kravrätt föreligger innebär alltså att rättighetskatalogen utökas alternativt preciseras. Vilka slutsatser kan vi dra av detta, är det generellt bra eller dåligt att utöka rättighetskatalogen? Här kan jag bara instämma med Curtis Nyqvist när han konstaterar att emedan Hohfeld hjälper oss att formulera våra frågeställningar, så erbjuder han inte många svar.¹² Även om vi kan konstatera att det finns en principiell skillnad mellan att utdöma kravrätt/skyldighet eller icke-rätt/frihet, så säger det oss ingenting om hur domstolen *bör* döma. Det faktum att rättighetskatalogen blir längre säger oss inget om hur det påverkar ekonomins funktion. Man skulle kunna tycka att varje ny skyldighet innebär en begränsning av människors valmöjligheter, men då har man missat dualiteten i frågeställningen. Att alltid avstå ifrån att utdöma skyldigheter innebär att de handlingar som av praktiska skäl omöjliggörs av andra handlingar försvinner ur människors valmöjligheter. Vad detta innebär blir mycket tydligt när man tänker på användningen av t.ex. luft. Människors användning av ren luft vid andning kan aldrig hindra en fabriks utsläpp av föroreningar i luften. Däremot gäller det omvända, fabriken utsläpp av föroreningar omöjliggör i praktiken människors inandning av ren luft. Frågan är aldrig så enkel som att det handlar om att inskränka människors valmöjligheter eller ej.

12 Curtis Nyqvist (not 1) s. 238.

4 Hayek och evolutionen av rättigheter

Friedrich A. Hayek var en av det tjugonde århundradets mest ansedda samhällsvetare, bland annat för analysen av samhället som en spontan ordning.¹³ Det är också i detta sammanhang som Hayek kommer att behandlas i denna skrift. Som samhällsvetare hade Hayek en osedvanligt ödmjuk inställning till professionens möjligheter att bidra till samhällets välbefinnande. Förenklat kan vi sammanfatta buskapet som att det vi på övergripande nivå kan göra är att etablera en rättssstat som bygger på likhet inför lagen och förutsägbarhet. Likhet inför lagen kräver att rättvisan är blind, dvs. att varken lagen eller dess uttolkare tar hänsyn till vem det är som är föremål för dess tillämpning. Hayek använder här en tankefigur liknande John Rawls "okunighetens slöja". Lagarna bör formuleras så som vi skulle formulerat dem ifall vi inte känner till eller kan förutse vilka de kommer att tillämpas på. Hayek antar att vi i så fall skulle formulera lagarna i enlighet med principen om likhet inför lagen eftersom man som individ inte vill riskera att bli föremål för annans godtyckliga maktutövande. Även om principen om likhet inför lagen förmodligen kan visas gynna ekonomins funktion kan man nog hävda att principen i första hand handlar om värderingar. Principen försvårar ju avsevärt för makthavarna att använda rättssystemet i sina egna syften. Ifall man inte kan diskriminera mellan individer blir det svårare att köpa röster med hjälp av t.ex. löften om omfördelning i viss riktning. Likhet inför lagen medför alltså en frihet för individen från godtycklig maktutövning. Detta var förstås viktigt för Hayek då individens frihet för honom var det överordnade värdet. Den andra egenskapen – förutsägbarhet – är starkare förknippad med ekonomins funktion. De allra flesta ekonomer av i dag skulle hålla med om att stabila spelregler är gynnsamt för ekonomisk tillväxt. Med Hayeks betoning av det individuella skapandet och tillämpandet av kunskap som (den enda) motorn bakom ekonomins tillväxt förstår man att förutsägbarheten i rättsutövandet inte bara är viktig utan helt avgörande. Det vi kan göra på övergripande nivå består i att konstruera ett regelverk som gynnar produktion framför konfiskation och som genom sin stabilitet ger individerna möjligheter att agera långsiktigt. Förutsätt-

13 Se t.ex. Friedrich A. Hayek *Individualism and Economic Order*, Chicago 1948, *Law, Legislation and Liberty, Volume 1: Rules and Order*, London, 1973, och *Law, Legislation and Liberty, Volume 2: The Mirage of Social Justice*, London, 1976.

ningen för ett välmående samhälle är ett regelverk som medger att människor blir ersatta för det värde de skapar åt andra. I ett sådant samhälle kommer individens egenintresse få henne att försöka skapa så mycket värde åt andra som möjligt. Hayek är här mycket nära Adam Smiths "ösynliga hand". Lagstiftarna bör koncentrera sig på att skapa ett regelverk som tillåter individen största möjliga frihet att använda sin resurser – arbete, kapital och framför allt kunskap – i sina egna intressen. På så sätt kommer alla resurser att användas på de mest värdefulla sätt. Det här är förstas en grov förenkling av Hayeks argument, men det räcker för att belysa den del av hans budskap som vi är intresserade av i det här sammanhanget, nämligen den tydliga preferensen för *frihet* att använda sina egna resurser. Som vi lärt från vår tidigare diskussion, står olika friheter i konflikt med varandra och hur man ska bära sig åt för att entydigt gynna friheter att handla, som Hayek tycks förordade, framstår med ens som oklart. Detta är utgångspunkten för den fortsatta analysen.

4.1 Evolutionen av rättigheter

Det finns en beröringspunkt mellan Hayek och Hohfeld i utvecklingen av rättssystemet som jag tänker behandla. Hayeks spontana ordning är i högsta grad ett dynamiskt tillstånd i det att det ständigt är i rörelse. Det är en ordning i meningen att de samlade resurserna används på så sätt att de resulterar i värdefullast möjliga produktion, givet tillgänglig teknik, rådande preferenser och resursfördelning. Ordningen är spontan i meningen att systemet av suveräna individer – marknaden – är självkoordinerande. Varje individ agerar i sitt intresse, utifrån sina förutsättningar och sin kunskap. Genom sitt agerande förmedlar också varje individ sin privata kunskap till övriga aktörer, vilket innebär att den samlade kunskap som samhället använder blir gigantisk. Ett av Hayeks argument mot planekonomi handlar just om kunskapsproduktion och kunskapsanvändning: en planerande myndighet kan omöjligt samla in och bearbeta ens i närheten av den kunskap som marknaden använder.

Beröringspunkten vi är intresserade av handlar om förhållandet mellan Hohfelds friheter och kravrättigheter. Här pågår en kontinuerlig evolution av det vi tidigare kallade rättighetskatalogen. I fallet vi tidigare talade om, Sturges vs. Bridgman, är frågan ifall konditorns frihet att bedriva sin verksamhet som tidigare ska ersättas av läkarens kravrätt att bedriva sin verksamhet utan störande buller och vibratio-

ner från konditorns verksamhet. Evolutionen av rättighetskatalogen innebär att alltfler kravrätter erkänns, och därmed att motsvarande friheter försvinner, alternativt begränsas. I likhet med andra samhällsinstitutioner kommer ett väl fungerande rättssystem att utvecklas över tiden, i takt med samhällets behov. I Hohfeld-termer består utvecklingen i att alltfler kravrätter med korresponderande skyldigheter fastställs. Utifrån vår vardagliga tolkning av ordet skyldighet, kan vi uppfatta denna utveckling som entydigt i riktning mot en alltmer reglerad ekonomi. Detta stämmer förstas i den bokstavliga meningen att allt fler regler är i bruk, men ej nödvändigtvis i meningen att möjligheterna att bedriva ekonomisk verksamhet blir alltmer begränsad. När domstolen dömer till förmån för Sturges i tidigare nämnda fall, så blir läkarens verksamhet möjlig, på bekostnad av konditorns. Möjligheten att bedriva en ekonomisk verksamhet tillkommer medan möjligheten att bedriva en annan ekonomisk verksamhet försvinner. Vi kan inte entydigt säga att de ekonomiska möjligheterna därmed blivit mer begränsade. Det är en inneboende egenskap hos ekonomins evolution att allt fler situationer upptäcks där den enes frihet att bedriva sin verksamhet är av naturen oförenlig med en annans frihet att bedriva sin verksamhet. Det som sker i domstolen är att en icke-rättslig lösning på fördelningen av rättigheter ersätts av en rättslig. I fallet Sturges vs. Bridgman innebär den icke-rättsliga lösningen att Bridgman kan bedriva sin verksamhet – hans användning av mortlar och andra maskiner störs ej av Sturges användning av stetoskop, medan det motsatta gäller för den senares verksamhet. Vi bör förvänta oss att nya konflikter av detta slag kontinuerligt uppstår i en dynamisk ekonomi, och det kräver ett likaledes dynamiskt rättssystem. Det är både i praktiken och teorin omöjligt att upprätta en komplett rättighetskatalog, på samma sätt som det är omöjligt att förutse innovationer. Av detta följer också att domstolarna inte alltid kan förvänta sig att kunna luta sig mot tidigare rättsfall, utan att även domstolarna måste vara, i viss mån, innovativa. Det kan inte finnas gamla domslut i frågor som tidigare inte ens var möjliga att föreställa sig.¹⁴ Exempelvis kunde man innan industrialiseringen knappast föreställa sig kommande motsatsförhållanden mellan människors inandning av ren luft och fabrikers utsläpp av luft-

14 Därmed inte sagt att det inte kan finnas existerande principer eller analogier som är användbara i arbetet med att komma fram till ett beslut, och att sedan argumentera för det.

föreningar. Ifall domstolen när ett sådant fall uppstår skulle hänvisa till att inga fabriker tidigare ålagts skyldighet att begränsa sina utsläpp och därmed dömt till fabriksägarens fördel, så har man missuppfattat sin egen del i den fortlöpande produktionen av lag. Utvecklingen av rättighetskatalogen måste fortgå i takt med den övriga utvecklingen av samhället, t.ex. ekonomin.

4.2 De öppna dörrarnas princip

Kan vi i generella termer uttala oss om hur domstolen bör döma för att gynna ekonomisk effektivitet? Vi konstaterade tidigare att detta är svårt med tanke på frågans dualitet: utan att känna till det partikulära fallet vet vi inte vilken rättighetsfördelning som genererar mest värdefull produktion, i ett fall kan det vara kärandes produktion och i ett annat fall svarandes produktion. Det finns inget som säger att den produktion som kräver en kravrätt för att komma till stånd (läkarens i fallet *Sturges vs. Bridgman*) är mer eller mindre värdefull än den produktion som endast kräver en frihet för att komma till stånd. Det är de naturliga förutsättningarna som avgör vilken part som kommer att hävda kravrätt respektive frihet, vilket visades i exemplet om användningen av ren luft.

Utifrån ekonomisk effektivitet på kort sikt, dvs. användningen av resurser under givna förutsättningar, är det alltså svårt att dra generella slutsatser. Möjligen är det lättare att uttala sig ifall vi, likt Hayek, lägger större vikt vid samhällets framtida utvecklingsmöjligheter. Från Hayek kan vi formulera principen *att hålla så många dörrar som möjligt öppna*, eller mer korrekt att inte i onödan stänga öppna dörrar – det enda vi på övergripande nivå kan göra är ju att stänga dörrar; att öppna dörrar är något som endast enskilda aktörer kan göra. Dock, samhället kan hjälpa till med att *låsa upp* dörrar som enskilda aktörer har upptäckt/skapat och vill öppna. När rättsapparaten meddelar att en kravrätt föreligger, så låser man upp en dörr som någon aktör önskar öppna, jfr *Sturges vs. Bridgman*. Dualiteten, som vi redan berört ett flertal gånger, innebär dessutom att varje dörr som låses upp motsvaras av en annan som låses. Av detta kan vi konstatera att även ur det långsiktiga perspektivet är det svårt att dra generella slutsatser angående den ekonomiska fördelaktigheten i att bifalla kärandes önskan om kravrätt eller svarandes önskan om frihet. I det specifika fallet är det dock möjligt att föra ett sådant resonemang och att ta sådana hänsyn.

Även om vi till synes kommit fram till ett icke-resultat – inga generella slutsatser möjliga – så är övningen inte meningslös. Hayek (och i mindre utsträckning Coase) är förknippad med principen om *laissez faire*. Ibland tolkas (läs vantolkas) *laissez faire* som ett tillstånd med ett minimum av lagar och regler. I valet mellan [kravrätt för A/skyldighet för B] och [icke-rätt för A och frihet för B] leder en sådan tolkning till att det andra alternativet alltid förordas. Vi kan nu se att den tolkningen ej har något stöd av vare sig kriterium baserade på ekonomisk effektivitet, framtida valmöjligheter eller individuell frihet. I alla tre fallen gäller att en sådan regel ibland skulle leda till ett gynnsamt resultat och ibland till ett ogynnsamt. Vi kan konstatera att man riskerar att dra fel slutsatser ifall man likställer den Hohfeldska friheten med den frihet en anhängare av *laissez faire*, eller en liberal i allmänhet, förespråkar. Det är helt enkelt inte så att varje inskränkning av legala friheter kan tolkas som att individens frihet att agera blivit mindre. Det nu sagda är förstås inget revolutionerande, tvärtom, det är bara den gamla insikten att ett liberalt samhälle ej är liktydigt med Hobbes "allas krig mot alla", uttryckt på annat sätt. Det förefaller kanske trivialt att påpeka detta än i dag, men den förenklade, vardagliga beskrivningen av *laissez faire* som en frånvaro av regler i största allmänhet, riskerar att med tiden tolkas alltför bokstavligt ifall den ej regelbundet utmanas.

Vissa generaliseringar är dock möjliga, vi kan göra skillnad på fall där svarandes verksamhet "av naturen" förhindrar kärandes verksamhet, dvs. i praktiken omöjliggör för kärande att utöva sin verksamhet, och fall där så inte är fallet. Vårt referensfall ska uppfattas som ett exempel på den förra varianten – bullret och vibrationerna omöjliggör för läkaren att i praktiken utöva sin frihet att bedriva läkarmottagning i den aktuella byggnaden. Av en helt annan karaktär är fall där den svarandes verksamhet försvårar tillvaron för kärande genom att *konkurrera* om kunderna. I ett sådant fall skulle kärandes krav på kravrätt ej handla om en önskan om att få använda sin frihet att fritt utöva sitt yrke utan snarare om att ha ensamrätt till att utöva sitt yrke, dvs. en skyldighet för (varje) annan individ att avhålla sig från att konkurrera med kärande. I normalfallet tar inte lagen hänsyn till dylika önskingar om inskränkning av konkurrensen, utan tvärtom kan den som blir hindrad att utöva sin frihet att konkurrera på lika villkor få stöd av rättsapparaten. Lagstiftning som skyddar friheten att konkurrera framför kravrätten att slippa konkurrens finner stöd i Hayek. För att återanvända liknelsen med att öppna

stängda dörrar, så är ju kärandes dörr redan upplåst, vad han önskar av rättsapparaten är inte en upplåsning av dörren för egen del utan en stängning av dörren för (alla) andra. I de fall målen har denna karaktär bör domstolen som regel döma till fördel för den part som hävdar sin frihet och därmed mot den som hävdar kravrätt (i artikeln har resonemanget konsekvent förts i termer av att det är den kärande som hävdar en kravrätt och den svarande som hävdar en frihet). Fullständig entydighet erhålls dock inte ens i de här fallen, vi har t.ex. en patentlagstiftning som just innebär ett skydd mot konkurrens, av ett visst slag. Patentlagstiftning är dock fullt förenligt med principen om att hålla så många dörrar som möjligt öppna, eftersom viss verksamhet inte skulle bli företagen utan ett sådant skydd. Forskning i dag öppnar upp för många framtida möjligheter. Främst handlar det om verksamhet med höga utvecklingskostnader och låga produktionskostnader – som t.ex. läkemedel. Dock kvarstår att huvudregeln blir att ogilla krav på rättsapparaten att få skydd från konkurrens, medan krav på att få hjälp av rättsapparaten att överkomma praktiska hinder att själv konkurrera normalt bör erkännas.

5 Avslutning

I artikeln, som främst syftar till att få fler ekonomer intresserade av rättsliga relationer, har en standardframställning av Hohfelds rättighetsschema kort presenterats, tillsammans med ett exempel på tillämpning av rättighetsanalysen där denna integreras med ett av nationalekonomins standardredskap, jämviktsanalysen. Huvuddelen av artikeln ägnas dock åt att presentera två andra exempel på tillämpning av rättighetsanalysen inom nationalekonomin som område. Först studeras Coase arbete om rättigheter i "The Problem of Social Cost" med hjälp av Hohfeld-rättigheter, och därefter Hayeks syn på grunderna för ett välståndsskapande samhälle. I båda fallen kan man nog konstatera att Hohfeld-analysen är ett användbart pedagogiskt redskap som erbjuder delvis nya perspektiv. Dock erbjuder den inte några svar, vilket är helt i enlighet med tidigare slutsatser.¹⁵ När man behöver lösa en konflikt – om rättigheter eller något annat – är det förstås inte tillräckligt att man talar samma språk och är överens om ordens betydelse, men det underlättar! På liknande sätt kan Hohfeld-

15 Se not 13 ovan.

analysen hjälpa oss att förstå varandra, t.ex. kan en upplevd position av kravrätt förtydligas och preciseras genom att man studerar den korresponderande skyldigheten. Hohfeld hjälper oss att förstå den praktiska skillnaden av att det föreligger en frihet/icke-rätt i stället för en skyldighet/kravrätt. Frågan vilket som *bör* föreligga måste vi dock besvara på annat sätt. Nationalekonomer kan här bidra med att förut-säga utfallet av olika rättighetsfördelningar i termer av ekonomisk effektivitet. Jag tror därför inte att det skadar ifall fler ekonomer intresserar sig mer för rättsliga relationer och i mina ögon erbjuder Hohfeld en, för ekonomer, naturlig ingång till dessa frågor.

3G och skönhetsävlingar ur ett kontraktsperspektiv

Per-Olof Bjuggren

1 Inledning

Sedan millennieskiftet byggs det runt om i världen infrastruktur för tredje generationens mobiltelefoniteknik (3G). Mobiltelefoni utnyttjar radiovågor för trådlös kommunikation mellan sändare och mottagare av information. En förutsättning för att det skall vara intressant att investera i infrastruktur i form av master, radioantenner och basstationer är att tillgång till frekvensutrymme för radiovågor kan garanteras. Tillgång till de radiofrekvenser som krävs för att potentialen inom 3G skall utnyttjas är dock begränsad. Det är viktigt att olika operatörer använder olika frekvensutrymmen för att undvika störningar. Utan garantier för ostört frekvensutrymme blir incitamenten för investeringar i infrastruktur svaga eller troligen obefintliga. Begränsningen av hur mycket radiospektrum som finns att tillgå gör att tillgång till radiofrekvenser är en knapp resurs. Problemet för att få igång investeringar i den nya teknologin 3G och göra utnyttjandet av teknologin kommersiellt intressant är att äganderätter till olika icke-överlappande frekvensutrymmen skapas.

Det faktum att tillgång till radiofrekvenser är en knapp resurs medför en fördelningsproblematik som måste lösas. Hur skall rättigheterna till det begränsade frekvensutrymmet fördelas på bästa sätt sett ur ekonomisk effektivitet? Det är denna effektivitetsaspekt på fördelning av frekvensutrymme som här kommer att behandlas.

Vid fördelning av frekvensutrymme är auktioner och s.k. skönhetsävlingar två vitt skilda metoder som används. De principiella skillnaderna mellan dessa två metoder går igenom i nästa avsnitt. I avsnitt tre behandlas den löftesproblematik som finns vid användning av skönhetsävlingar. Betydelsen av ej återvinningsbara kostnader ("sunk cost") för valet mellan auktion och skönhetsävling tas upp i avsnitt fyra. Avsnitt fem ägnas åt en analys av den skönhetsävling som Sverige använt för fördelning av frekvensutrymme. I det sista